**בבית המשפט העליון**  רע"א 3186/20

רע"א 3183/20

רע"א 3185/20

**אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד אגמון ושות' עורכי דין

הגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג' דרך אגודת ספורט הפועל 1, מלחה ירושלים

ת.ד. 4675 מיקוד 96951

טל': 02-5607607; פקס': 02-5639948

**המבקשת ברע"א 3186/20 והמשיבה ליתר הבקשות**

-נגד-

1. **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)**

ע"י ב"כ עו"ד עמית מנור

מגדל המוזיאון, רחוב ברקוביץ 4, תל אביב 6423806

טל': 03-6075001; פקס': 03-6075029

**המשיבה**

2. **British Airways PLC**

ע"י ב"כ ש. הורביץ ושות' עורכי דין

מרחוב אחד העם 31, תל אביב 65202

טל': 03-5670700; פקס': 03-5660974

**המבקשת ברע"א 3185/20 והמשיבה ליתר הבקשות**

3. **Deutsche Lufthansa AG**

4. **Swiss International Air Lines Ltd**

ע"י ב"כ עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון ושות'

מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב 64731

טל': 03-6944141; פקס': 03-6941351

**המבקשת ברע"א 3183/20 והמשיבה ליתר הבקשות**

5. **היועץ המשפטי לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים

ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630; פקס': 02-6467038

**המשיב**

**תשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשות רשות הערעור**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת תשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשות רשות הערעור.

1. **מבוא- השאלות הטעונות הכרעה בהליך ותמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה**
2. בקשות רשות הערעור שלפנינו מופנות כלפי החלטת בית משפט קמא (כב' השופט גרוסקופף) לאשר הגשת תובענה ייצוגית כנגד מספר חברות תעופה (המבקשות שלפנינו), בגין טענה לקיומו של קרטל עולמי בין חברות התעופה שכלל תיאום מחירים של מספר רכיבים בתעריפי שינוע מטענים בהטסה, וכאשר לפי הנטען בבקשה לאישור התובענה הייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**"), הקרטל כלל הטסת מטענים מישראל ואליה.

חברות התעופה (המבקשות) סבורות, ששגה בית משפט קמא בהחלטתו ומבקשות מבית המשפט הנכבד שיורה על דחיית בקשת האישור. מנגד, התובעת המייצגת, **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת** **(ע"ר)** (להלן: **"הצלחה**") סבורה, שבדין אושרה הגשת התובענה הייצוגית ומבקשת מבית המשפט הנכבד לדחות את בקשות רשות הערעור.

1. הצדדים להליכים שבכותרת נדרשו לסוגיות משפטיות רבות ומגוונות. היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש לכל טענות הצדדים, אלא רק לאותן סוגיות שטעונות לגישתו הכרעה בהליך זה, ושהוא רואה חשיבות בהתייחסות אליהן. בכדי למקד ולדייק את הדיון בהליך ובכדי לחדד את עמדתו המשפטית, היועץ המשפטי לממשלה יבהיר כעת בקצרה, מדוע הוא לא רואה לנכון להידרש לכמה מהסוגיות.
2. בין היתר מדובר בסוגיות הבאות, שהצדדים נדרשו אליהן באופן מפורט: האם ניתן לבסס החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית על פי פרט 4 לתוספת השנייה **לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006[[1]](#footnote-1)** ("תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית") על החלטות שניתנו במדינות זרות (בהליכים פליליים, מנהליים, ואזרחיים) שעסקו בטענות לקיומו של קרטל בעניין הנדון, וזאת בעניינה של נתבעת בהליך הייצוגי והאם החלטות אלה קבילות, ככלל, בהליך משפטי בישראל[[2]](#footnote-2); האם ניתן להכיר בהחלטות כאלה בגדרי סעיף 11 **לחוק אכיפת פסקי חוץ תשי"ח-1958**, או מכוח סמכות טבועה שנטען שנתונה לבתי המשפט בעניין זה[[3]](#footnote-3); האם ההחלטות הזרות קבילות לעניין מכוח הוראות סעיף 42א **לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971** (להלן: "**פקודת הראיות"**)[[4]](#footnote-4).
3. אכן, מדובר בסוגיות משפטיות נכבדות, שחלקן אף מעורר שאלות מורכבות. אלא, שלגישת היועץ המשפטי לממשלה, **שאלות אלה אינן טעונות הכרעה בהליך זה**, היות ובית משפט קמא **לא ביסס** את אישור התובענה הייצוגית על ההחלטות בהליכים הזרים, וממילא שאלת מעמדן הראייתי של ההחלטות הזרות בכלל ולצורך אישור תובענה ייצוגית בפרט, אינה רלבנטית להכרעה בהליכים שבכותרת.[[5]](#footnote-5) ההחלטה המאשרת בוססה אך על **ההודאות** (הנטענות) של חברות התעופה בהליכים במדינות זרות, בקיומו של הקרטל הנטען: "**די בצירופן המצטבר של ההודאות והפשרות בהליכים שנוהלו בחו"ל עליהן נסמכת הצלחה, כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית להוכחת קיומו של הקרטל... לצורך בירור ההצדקה לאפשר בירור התובענה כייצוגית, די לנו בכך שלצורך הליכים שונים בחו"ל הסכימו כל המשיבות להודות בקיומו של קרטל ולשלם פיצויים**" (סעיף 49 להחלטה קמא); "**נטל ההוכחה המוטל על המבקשת בשלב בקשת האישור להוכיח קיומו של קרטל צריך להיקבע בשים לב למידע הגלוי העומד לרשותה. בנסיבות העניין מידע זה מוגבל להודאות בקיומו של קרטל גלובלי שניתנו בהליכים הפליליים שהתקיימו בחו"ל, כמו גם הסכמי הפשרה שחתמו עליהן המשיבות בהליכים האזרחיים**" (שם, סעיף 42).
4. על כן, היועץ המשפטי לממשלה יתמקד בהליך ערעורי זה, בעיקר **בשאלת ההודיות** מטעם חברות התעופה בהליכים במדינות הזרות, שהיא שנדונה בהחלטה קמא.[[6]](#footnote-6)
5. עוד יעיר היועץ המשפטי לממשלה, שאין צורך להידרש בהליך לשאלה, האם ניתן לבסס אישור תובענה ייצוגית (בכלל ובתחום דיני התחרות) על עדויות שמיעה, כאשר מדובר בראיות שאינן קבילות בתובענה לגופה[[7]](#footnote-7) שהרי בענייננו, כפי שיפורט, ההודיות של חברות התעופה בהליכים במדינות זרות (שעליהן בוססה ההחלטה המאשרת) הן ראיות קבילות (לרבות בתביעה לגופה).[[8]](#footnote-8) על כן, **ניתן להותיר שאלה זו לעת מצוא** מבלי לקבוע מסמרות בעניינה.

כך גם, אין צורך בהליך דנן לקבוע מסמרות בשאלה האם החלטות של בתי משפט או גופים מנהליים (מהימנים וברי סמכא שערכו בחינה מעמיקה וראויה בעניין) מחוץ לישראל בנוגע לקיומו של קרטל, עשויות להיות קבילות באופן עקרוני בהליך משפטי בישראל (גם בשלב התובענה גופה),[[9]](#footnote-9) בגדרי חריג שיורי, ככל שיוכר, לכלל הפוסל עדות שמועה (והיועץ המשפטי לממשלה גם לא יביע כאן כל עמדה בשאלה האם יש מקום להכיר בחריג שיורי שכזה באופן כללי[[10]](#footnote-10)), שהרי, כאמור, ההחלטה המאשרת בענייננו לא התבססה על ההחלטות הזרות, אלא רק על ההודיות.

1. וכעת, להודיות. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שמהבחינה העקרונית, הודיה של חברות התעופה במסגרת הסדרי טיעון בהליכים פליליים במדינות זרות, או במסגרת הסדרי פשרה בהליכים אזרחיים במדינות זרות, היא **ראיה קבילה**, **כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה**. כך, בהתאם לפסיקתו המושרשת של בית משפט זה, כדלהלן. אמנם, בהתאם לפסיקה, יש להבחין בין הודיית בעל דין שניתנה בכתב טענות במסגרת ההליך הנדון, שמוגדרת כהודיה "פורמלית" שקובעת את חזית המחלוקת בדיון, וניתן לחזור ממנה ולהביא ראיות סותרות, רק בהיתר של בית המשפט, לבין "הודיית חוץ" (בין אם היא ניתנת במסגרת הליך אחר, ובין אם ניתנת מחוץ לכותלי בית המשפט), שדינה כראייה ככל הראיות, וניתן להפריכה באמצעות ראיות אחרות, מבלי שנדרש לקבל היתר של בית המשפט לכך. מכל מקום, **מבחינת שאלת הקבילות, מדובר בראיה קבילה.**

על כן, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות את טענות המבקשות**, שההודיות שעליהן בוססה ההחלטה המאשרת היו ראיות שאינן קבילות.

1. הצדדים נחלקו גם מעבר לשאלת הקבילות, האם ההודיות והפשרות מצדיקות לגופן את אישור התובענה הייצוגית שבנדון. הם נחלקו בפרשנותן של ההודיות ובמידת הרלבנטיות שלהן לשאלת קיומו של הקרטל ביחס לישראל; הם נחלקו גם בשאלה האם ניתן לקבל טענה, שההודיות ניתנו כגידור סיכונים בלבד מצד המבקשות באותם הליכים, באופן שאינו משקף בהכרח את תמונת המצב העובדתית. בית משפט קמא קיבל, ככלל, את עמדת הצלחה וקבע שניתוח הראיות מלמד, שההודיות של חברות התעופה במדינות הזרות מבססות ברמה הלכאורית קיומו של קרטל גלובלי שהתייחס גם למשלוח אווירי של סחורות מישראל ואליה (ראו בסעיפים 61-60 להחלטה קמא).
2. בעניין זה מדובר למעשה בשאלות עובדתיות-ראייתיות קונקרטיות. היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את השאלה הקונקרטית האם ההודיות מבססות במקרה הקונקרטי שלפנינו, באופן לכאורי וברף הנדרש לצורך אישור התובענה הייצוגית דנן, את הטענה לקיומו של קרטל שפעל בהובלת מטענים לישראל וממנה. עם זאת, **היועץ המשפטי לממשלה ידגיש שוב, כי יש לדחות את טענת חברות התעופה**, שההודיות בחו"ל אינן קבילות. מדובר **בראיות קבילות לכל דבר ועניין**. אולם, **שאלת הקבילות לחוד, ושאלת המשקל והרלבנטיות של ההודיות להליך לחוד**. לצד זאת, היועץ המשפטי לממשלה יטעים את גישתו, שברמה העקרונית, **להודיה במסגרת הליכים משפטיים (גם מחוץ לישראל) יש משקל**, ולשם התכחשות להודיות במסגרת ההליך דנן יצטרכו המבקשות לעמוד בנטל ראייתי מתאים.
3. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה ייראה להידרש **לשאלה העקרונית של הרף הראייתי הנדרש לאישור תובענה ייצוגית בכלל ובעניין הסדרים כובלים על ידי קרטלים בפרט**, באשר הבחינה הראייתית הקונקרטית בענייננו צריכה להיעשות על בסיס הנחת הרף העקרוני ההולם ולאור השיקולים הרלבנטיים לעניין זה.
4. בהחלטה קמא (סעיפים 49-43) נקבע, שנטל ההוכחה לשם אישור תובענה ייצוגית בעניין הסדרים כובלים על ידי קרטל אינו צריך להיות גבוה, בשל החשיבות בתובענות ייצוגיות בתחום זה ובשל הקשיים הראייתיים הניצבים בפני התובע המייצג בתביעות ייצוגיות שכאלה.

חברות התעופה טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מידי לצורך אישור התובענה הייצוגית שאינו תואם, לשיטתן את פסיקת בית המשפט העליון. עוד הן טוענות, שאין מקום להתחשב בהיבטים ייחודיים לדיני התחרות, והרף הראייתי לאישור תובענה ייצוגית צריך להיות רף אחיד. מנגד, הצלחה טוענת, שקביעות בית המשפט קמא בנדון תואמות את פסיקת בית המשפט העליון.

1. היועץ המשפטי לממשלה יראה להלן לעמוד על הרף הנדרש לאישור תובענה ייצוגית בכלל, ובנושא הסדרים כובלים על ידי קרטלים בפרט, תוך עמידה על אמות המידה שנקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין זה ותוך חידוד הדברים. כך, מצד אחד, התובע המייצג נדרש לעמוד בנטל ראייתי ממשי (גם אם לכאורי) לשם אישור תובענה ייצוגית (ואין די בטענות, השערות או חשדות), בהינתן משמעויותיה של החלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית שהיא שלב בעל משמעות בהליך הייצוגי. מצד שני, אין לקבוע דרישות ראייתיות מחמירות מידי, בהינתן שמדובר בשלב מקדמי, ולאור החשיבות בכך, שלא תיפגע האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות ראויות המקדמות את האינטרס הציבורי.

זאת ועוד: לגישת היועץ המשפטי לממשלה (כפי שעולה גם מפסיקת בית המשפט הנכבד) **יש להתאים את יישומו של הנטל הראייתי, למיהותו של התחום שבו מדובר, ולקשיים האובייקטיביים העומדים בפני התובע המייצג בתחום הנדון ובמקרה הקונקרטי**. על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, **שצדק בית משפט קמא הנכבד כאשר נתן דעתו להיבטים ייחודיים הקיימים בתובענות ייצוגיות הנוגעות לתיאום מחירים אסור על ידי קרטלים**, ואכן יש חשיבות בכך, שלא יוצב בפני התובע המייצג בתובענות שכאלה, נטל ראייתי מחמיר מידי בשלב האישור, וזאת בהתחשב בקשיים שונים שבולטים בתחום זה (בין היתר, עילת התביעה שבנדון נוגעת להתנהלות עוולתית שנעשית בדרך כלל במחשכים, ופערי מידע משמעותיים וקושי ממשי בנגישות למידע הרלבנטי), שעלולים לחסום הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, ובהינתן **החשיבות המיוחדת של תובענות ייצוגיות בתחום זה**, כאכיפה אזרחית משלימה.

1. היועץ המשפטי לממשלה יידרש להלן בקצרה גם לטענת אל על, כאילו סעיף 3(7) לחוק התחרות "פטר באופן גורף הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה אווירית". בית משפט קמא דחה טענה זו (ראו: סעיף 71 להחלטה), בין היתר מן הטעם, שתנאי לתחולת הפטור הוא מסירת הודעה על ההסדר הכובל לשר התחבורה. היות ובענייננו לא נמסרה הודעה כזו, לא חל הפטור. **היועץ המשפטי לממשלה סבור שקביעות בית משפט קמא בעניין זה נכונות** ויש לדחות את טענות אל על כאילו מתן ההודעה לשר התחבורה היא עניין "טכני" שאינו הכרחי לשם שכלול הפטור. היועץ המשפטי לממשלה יחדד להלן את הדברים ויעמוד בין היתר על כך, שהדרישה למתן הודעה לשר התחבורה היא דרישה מהותית שבלעדיה לא חל הפטור.
2. סוגיה עקרונית נוספת, שהיועץ המשפטי לממשלה יראה להידרש אליה בקצרה היא השאלה **האם קיימת עילת תביעה לצרכן שרכש את השירות של שינוע מטענים בהטסה ממשלחים בינלאומיים, שהם שרכשו את השירות מחברות הקרטל**. לסוגיה זו (של עילת הצרכן "העקיף" בדיני התחרות) חשיבות והשלכות רוחב, והיא **טרם נדונה בפסיקת בית משפט זה**. בית משפט קמא קבע בסעיף 101 להחלטתו כי "**יש להעניק זכות תביעה לצרכן עקיף**".
3. חברות התעופה נדרשות לסוגיה זו בקצרה בבקשותיהן, ומסתייגות מההכרה בעילת הצרכן. מנגד, הצלחה בתשובתה טוענת, שיש להכיר בעילת התביעה של הצרכנים.
4. עמדת היועץ המשפטי לממשלה וסיכומיו שהוגשו בהליך קמא (נספחים **א'-ב'**) נדרשו בהרחבה לסוגיה זו **ובית המשפט הנכבד מתבקש לראות בעמדות אלה כחלק בלתי נפרד מהעמדה דנן**. כאן, היועץ המשפטי לממשלה רק יחדד מעט את הדברים. **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש להכיר בעילת הצרכן "העקיף" כלפי צדדים לקרטל אסור**, שגרם לו לנזק, ככל שמתקיים קשר סיבתי בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הנזיקין בין עוולות הקרטל לבין הנזק. זאת, גם אם הצרכן רכש את המוצר או השירות שבנדון מגורמי ביניים שהתקשרו ישירות עם חברות הקרטל, וכאשר גורמי הביניים "גלגלו" את העלויות העודפות שנגרמו כתוצאה מהקרטל האסור, על הצרכן. עמדה זו מבוססת על שיקולים מהותיים הנוגעים לתכליות דיני הנזיקין ודיני התחרות, על כוונת המחוקק כשקבע בסעיף 50 **לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988** (להלן: **"חוק התחרות**"): "דין מעשה או מחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין", ובהינתן שאי הכרה בעילת הצרכן "העקיף" עלולה לאיין את הוראות חוק התחרות ותכליתן, שנועדה בין היתר להגן על אותו צרכן.
5. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס גם להצעת בית משפט קמא הנכבד לצמצם את ההכרה בעילת הצרכן העקיף, לאותם מקרים שבהם מדובר באותו מוצר או שירות "שלא שינה מצורתו המקורית", כפי שנמכרו על ידי חברות הקרטל (ומבלי שבית משפט קמא קבע מסמרות בנוגע למקרים שבהם המוצר או השירות שינה מצורתו). היועץ המשפטי לממשלה סבור בעניין זה, שהגם שניתן לתת משקל לשאלת ה- "צורה המקורית" בין יתר השיקולים בעניין, לגישתו, **אין לקבוע מבחן זה כמבחן בלעדי או עיקרי**. כך, ייתכנו מקרים, שבהם לא מדובר בהכרח מבחינה פורמלית ב-"אותו מוצר" ועם זאת, ראוי יהיה להכיר בעילת הצרכן העקיף, במידה ומתקיים קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין הקרטל לבין הנזק של הצרכן, וכאשר שיקולי מדיניות ראויים תומכים בהכרה זו. מאידך גיסא, ייתכנו גם מקרים שבהם מבחינה פורמלית כן מדובר ב-"אותו מוצר", אולם לא יהיה מקום להכיר בעילת הצרכן העקיף אם משום "ריחוק הנזק" והיעדר קשר סיבתי בנסיבות הקונקרטיות, ואם מטעמי מדיניות אחרים. על כן, **היועץ המשפטי לממשלה סבור**, שלצד ההכרה העקרונית בעילת הצרכן העקיף, **יש לבחון בכל מקרה לגופו, את שאלת קיומו של הקשר הסיבתי, העובדתי והמשפטי, בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הנזיקין, ובכלל זה לתת משקל גם לשיקולי מדיניות רלבנטיים בהתאמה למכלול נסיבות המקרה הפרטני**. במסגרת בחינה זו, כאמור, יש מקום לשקול גם את השאלה האם המוצר המקורי שינה מצורתו המקורית, זאת, כחלק ממכלול השיקולים הרלבנטיים ובמסגרת בחינת נסיבות המקרה הפרטני, אך לא כמבחן בלעדי.
6. במקרה שלפנינו, **היועץ המשפטי לממשלה מסכים עם מסקנתו של בית משפט קמא הנכבד** (בסעיף 102 להחלטתו), כי ככל שייקבע במסגרת הדיון בתובענה, שהוכח שהמבקשות הפרו את הוראות חוק התחרות במסגרת הקרטל שבנדון וגרמו נזק לצרכנים, הרי **שראוי להכיר בעילת הצרכנים** שרכשו את שירות השילוח דרך משלחים בינלאומיים (שרכשו את השירות מהמבקשות) ונפגעו מעוולות המבקשות בכך, שנאלצו לשלם מחירים גבוהים יותר עבור השירות. כך, בהתאם לתכליות דיני התחרות ודיני הנזיקין, כדלהלן.

**עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה**

1. **קבילותן של הודיות המבקשות בהליכים במדינות זרות**
2. טענות הצדדים: אל על טוענת כי הסדר הטיעון עליו חתמה בארה"ב ובמסגרתו הודתה בקיומו של קרטל אינו ראיה קבילה (סעיפים 79-66 לבקשה מטעם אל-על). נטען, שקביעות בית משפט במשפט פלילי הן בגדר עדות שמיעה, וכן נטען שהמקרה דנן אינו בא בגדר החריגים לכך הקבועים בסעיף 42א לפקודת הראיות או בגדר חוק אכיפת פסקי חוץ. בדומה, טוענות לופטנהוזה וסוויס, שההודאות והפשרות בהליכים במדינות הזרות הוא של עדות מפי השמועה שאינה קבילה בהליך דנן, בהיותם מסמכים שמקורם בהליכים זרים (סעיפים 86-75 לבקשת רשות הערעור מטעמן). כך גם בריטיש טוענת, שהמסמכים שעליהם בוססה ההחלטה המאשרת "אינם קבילים כראיה והם אינם יותר מעדות מפי השמועה" (סעיף 98 לבקשת רשות הערעור מטעמה. עוד ראו שם, בסעיפים 105-99).

מנגד, הצלחה טוענת, בסעיף 191 לתשובתה, כי הראיות קבילות, כהודיית חוץ של בעל דין המהווה חריג לכלל הפוסל עדות שמועה.

1. אכן, ככלל, עדות שמועה היא ראיה לא קבילה במשפט אזרחי, כמו במשפט פלילי: "**הכלל הוא שעד מעיד בבית המשפט על עובדות שהוא קלט בחושיו שלו; ואין הוא רשאי למסור בעדותו עובדות שנקלטו בחושיו של אחר והגיעו לידיעתו של העד מפי השמועה, לאמור: מפיו של אחר אשר קלט אותן בחושיו שלו או שמע אודותן מאחר**";[[11]](#footnote-11) "**הכלל הפוסל עדות מפי השמועה הינו בעל אופי כללי והוא חל הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי**" (קדמי, 479).[[12]](#footnote-12) כלל הפסלות של עדות שמועה הוא "**אחד ממאפייניו הבולטים של המשפט האנגלו-אמריקני**"[[13]](#footnote-13) ואף הוגדר בפסיקת בית המשפט הנכבד בשנות החמישים כ- "**יסוד מוסד... של דיני הראיה החלים בישראל**"[[14]](#footnote-14). יוער, שלא מדובר בכלל פסלות קוגנטי, אלא הצדדים להליך משפטי רשאים להסכים על קבילותה של עדות שמועה.[[15]](#footnote-15)
2. בחקיקה ובפסיקה נקבעו **חריגים לא מעטים** לכלל בדבר אי קבילותה של עדות שמועה. ראו בעניין **יחיא** (לעיל, הערה 13), בעמודים 671-669, שם ציין הנשיא שמגר **עשרות חריגים** ואף קובע כי "כאשר מקרה קונקרטי הוכיח את הבעייתיות היתרה שבהיצמדות הדווקנית לכלל זה בחרה פסיקתנו לאגוף את הכלל..." (שם, בעמוד 669). מעבר לחריגים הרבים, שאין זה המקום לפרטם בהרחבה[[16]](#footnote-16), הפסיקה עמדה על המגמה הידועה במשפט הישראלי לעבור מכללים של פסלות ראיות, לכללים המתמקדים במשקלן ובתוכנן, לרבות בסוגיית עדות שמועה:

"**מוסב הדגש מכללים פורמאליים של קבילות לכללים גמישים של משקל**" ועל כן, "**בהתייחס לכלל הפוסל עדות מפי השמועה מתבטאת מגמה זו בנטייה להסיר את מגבלותיו של הכלל מקום בו על פני הדברים אין חשש משמעותי למהימנות העדות. כך, במקום לחסום את דרכה של הראיה לבית המשפט, ניתן יהיה ליתן ביטוי לחשש האפשרי מפני מהימנותה בשלב של הערכת משקלה**" (עניין **וינברג**, סעיף 28).[[17]](#footnote-17)

1. מכל מקום, נתמקד בעניין שלפנינו. **הודיית חוץ של בעל דין הוכרה זה מכבר כאחד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, כך שההודיה מוגדרת כראיה קבילה**. כבר בשנת 1950 קבע בית משפט זה בעניין **סלטי**[[18]](#footnote-18): "**הצהרות של אנשים, אשר אינם עדים במשפט אינן מתקבלות כהוכחה לאמיתות הדברים שהם נושא ההצהרה, מכיוון שעדות על הצהרות כאלה היא רק עדות שמיעה. זהו הכלל. אבל ישנם יוצאים מכלל זה. אחד היוצאים מן הכלל החשובים הוא הודאת אחד המתדיינים שמותר להוכיחה על ידי עדים...**". כך גם בפסיקה מאוחרת יותר. ראו למשל בעניין **מרינה**[[19]](#footnote-19) (מפי כבוד השופטת נאור): "**ניתן להביא ראיה בעניין הודאת בעל-דין מחוץ לכותלי בית-המשפט כחריג לכלל האוסר על קבלת עדות שמועה**", וכן בדבריו של כבוד השופט דנציגר בעניין **בלמורל** [[20]](#footnote-20): "**הודאת חוץ היא ראיה כשאר הראיות ובין היתר הראיות... הלכה היא כי הודאת חוץ של בעל דין שלא לטובתו היא קבילה כראיה במשפט...**".[[21]](#footnote-21) כן ראו בדברי **הרנון[[22]](#footnote-22)**: "**קבילותה של הודאת בעל דין מוסברת בכך, שהיא אחד החריגים העיקריים לכלל הפוסל עדות שמיעה. הכוונה היא לראיה של אמרתו של בעל דין מחוץ לבית המשפט המובאת כהוכחה לאמיתות הדברים**". אחד הטעמים לקבילותה של הודיית חוץ הוא, שהנימוק המרכזי לפסלות עדות שמיעה נעוץ בכך, שלא ניתן לחקור את עד השמועה על תוכן השמועה,[[23]](#footnote-23) ואילו כאשר מדובר בהודיה של בעל הדין עצמו, ברי כי טענה זו אינה רלבנטית.[[24]](#footnote-24) כך גם לאור ההנחה, שלרוב, "**דברים שאמר אדם לחובתו... נכונים הם**" (הרנון 230).
2. **הודיית חוץ היא ראיה קבילה גם כשהיא נאמרה במסגרת הליך משפטי או מעין משפטי אחר**, שוודאי אינה נפסלת שעה שהודיה מחוץ לכתליו של הליך כלשהו מתקבלת. ראו למשל בעניין **דולב**[[25]](#footnote-25) שם נקבע (מפי כב' השופטת נאור), שהודאה שמסר אדם בהליכי ביטוח לאומי בפני המוסד לביטוח לאומי, נחשבת כראיה קבילה (בין שאר הראיות), במסגרת הליך משפטי אחר שנפתח לאחר מכן. בדומה, **גם הודאה באישום במסגרת הליך פלילי נחשב כהודיית חוץ וכראיה קבילה, ביחס להליך אזרחי** במסגרתו רוצים להגישה: "**כאשר מבקשים לעשות שימוש, במישור האזרחי, בהודאה שנעשתה בהליך פלילי... הודאות חוץ הן לעניינו של המישור האזרחי...**" (קדמי, 1386).[[26]](#footnote-26) כך נקבע גם בפסיקה, שהודיה בהליך פלילי היא ראיה קבילה בהליך אזרחי. ראו למשל בעניין **כהן**: "**קבילה הודאת הנתבע במשפט פלילי לצורך תביעה אזרחית, שהוגשה נגדו לאחר מכן**"[[27]](#footnote-27). ראו גם בדברי הרנון, 229-228: **"הודאה שמסר נאשם במשפט פלילי- האם היא קבילה, כראיה נגדו, במשפט אזרחי על אותו אירוע?... ההודאה כמובן קבילה, כדין כל הודאת בעל דין שנמסרה מחוץ לבית המשפט... וכך גם נפסק**."[[28]](#footnote-28)
3. אדרבה, דומה, **שלהודיה במסגרת הליך משפטי יש לתת משקל גבוה באופן יחסי**, בהתחשב במסגרת שבה ניתנה ההודיה. אכן, כפי שיפורט בסמוך, כאשר מדובר בהודיית חוץ שלא ניתנה במסגרת ההליך הנדון, ניתן להביא ראיות הסותרות את תוכן ההודיה ובעל הדין שנתן את הודיית החוץ לא כבול אליה בהכרח. בית המשפט יבחן את המשקל שראוי לתת להודיית החוץ (כל עוד מדובר בהודיית חוץ בלבד ולא בהודיה פורמלית שניתנה באותו הליך שמחייבת את בעל הדין כדלהלן), בהתאם למכלול הראיות שהוגשו. כך גם כאשר מדובר בהודיית חוץ שניתנה בהליך משפטי אחר. ראו הרנון 229: "**קבילותה של ההודאה עוד אינה קובעת מה משקל ייחס לה בית המשפט- כי הדבר תלוי בנסיבות**...". כך גם בעניין **כה**ן, 1174, נקבע שיש לבחון את המשקל שראוי לתת בהליך אזרחי, להודיה שניתנה בהליך פלילי, בהתאם לנסיבות העניין והראיות שהוגשו. אולם, דומה, שבהיבט זה, **יינתן משקל עודף להודיה שניתנה במסגרת הליך משפטי** (אחר) על פני הודיית חוץ שנאמרה שלא במסגרת הליך משפטי. **לא בקלות תתקבל טענה שהודיה במסגרת הליך משפטי הייתה הודיית שקר**.[[29]](#footnote-29) מעניין להשוות בעניין זה גם למשפט העברי שבו נקבע (שולחן ערוך חושן משפט, סימן פ"א, סעיף כ"ב[[30]](#footnote-30)), שאם אדם הודה בחוב בפני בית דין (ואף ללא תביעה ולא במסגרת הליך משפטי הנוגע לחוב הנדון) הוא לא רשאי לחזור בו מהודאתו, ואילו כאשר מדובר בהודיית חוץ שלא במסגרת הליך משפטי כלל, האדם עשוי להיות רשאי לטעון שהודייתו נאמרה "לא ברצינות", ובאופן שאינו מחייב (בלשון חז"ל: "משטה הייתי בך"). ראו: שולחן ערוך שם, סעיפים א, ו.[[31]](#footnote-31) ייתכן, ויש מקום ללמוד מכך, שגם בגדרי המשפט הישראלי דהיום, **להודיה במסגרת הליך משפטי אחר לחובתו של בעל הדין הנדון, יינתן משקל רב יותר** והחפץ בהפרכת תוכן הודיית חוץ שכזו בראיות סותרות (הגם, שהדבר אפשרי במשפט הישראלי, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד) יצטרך לעמוד **בנטל משמעותי**. לדברים אלה משמעות הנוגעת להליך דנן ונשוב לכך להלן. מכל מקום, אין ספק, שהודיית חוץ (לרבות במסגרת הליך משפטי אחר) היא **ראיה קבילה, כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה.**
4. עוד יובהר, שלשם קבילותן של הודיות חוץ במשפט אזרחי, לרבות הודיות שניתנו במסגרת הליך פלילי, **אין הכרח לבוא בגדרי סעיף 42א לפקודת הראיות** (העוסק בקבילות הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט ומרשיע במשפט פלילי, בהליך אזרחי), וממילא גם אין צורך להיכנס למחלוקת הצדדים שלפנינו האם הסעיף הזה עשוי לחול בענייננו.[[32]](#footnote-32) אכן, במקרה שבו עומדים בגדרי סעיף 42א לפקודת הראיות, הרי שגם אם פסק הדין המרשיע ניתן על בסיס הודאה של הנאשם בכתב האישום, הסעיף עשוי לחול.[[33]](#footnote-33) מכל מקום, גם אם לצורך הדיון בלבד נניח (בלי לקבוע מסמרות) שסעיף 42א לפקודת הראיות לא חל בענייננו כאשר מדובר בהליכים זרים, הדבר **אינו גורע מקבילות ההודיות עצמן** (שנתנו המבקשות בהליכים פליליים ואזרחיים מחוץ לישראל), כהודיות חוץ הקבילות כחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, כאמור לעיל.[[34]](#footnote-34) וכפי שציין כבוד הנשיא שמגר בעניין **שיף**, בעמוד 756: "**הודה המערער הראשון בעובדות הכלולות בכתב האישום ובית המשפט הרשיעו על יסוד הודאתו האמורה. הודאה כאמור המתייחסת לעובדות מוגדרות הייתה קבילה עוד לפני חקיקתו של התיקון הנ"ל לפקודת הראיות...**".[[35]](#footnote-35) ממילא, גם כשלא עומדים במקרה כזה או אחר בגדרי סעיף 42א לפקודה, **הודיית חוץ כשלעצמה** (בהליך משפטי אחר בארץ או מחוצה לה, כמו גם שלא במסגרת הליך משפטי בכלל) היא **ראיה קבילה** בהתאם לדוקטרינה של הודיית חוץ כחריג לפסלות עדות שמיעה, כפי שהיה גם לפני חקיקת סעיף 42א לפקודה.
5. אם כן, מסקנת הדברים היא, **שההודיות הנטענות של המבקשות בהליכים פליליים ואזרחיים מחוץ לישראל הן ראיות קבילות**, ויש לדחות את טענות המבקשות במישור הקבילות.
6. **בין קבילות למשקל ובין הודיות פורמליות להודיות חוץ**
7. אמנם, שאלת הקבילות לחוד, ושאלת תוכנן של ההודיות ומשקלן הראייתי לחוד. בהקשר זה יש לעמוד על האבחנה בין הודיית חוץ, לבין הודיה "פורמלית" בגדרי ההליך הנדון. הודיה שניתנה בהליך הנדון במסגרת כתבי הטענות בהליך מכונה כ- "**הודיה פורמלית**". הודיה כזו **אינה נתפסת כראיה, אלא כקובעת את גדר המחלוקת בהליך** ובעל הדין שכנגד פטור מלהוכיח את העניין נושא ההודאה.[[36]](#footnote-36) בעל דין אינו רשאי לחזור בו מהודיה פורמלית, או להביא ראיות הסותרות את ההודיה, אלא אם כן בית המשפט התיר זאת.[[37]](#footnote-37) לעומת זאת, "**הודיית חוץ**" נתפסת, כראיה ככל הראיות. בגדר זה נכנסות הודיות שניתנו במסגרת עדות (אפילו באותו הליך) ולא בכתבי הטענות[[38]](#footnote-38); הודיות שניתנו בהליך אחר; או הודיות שניתנו מחוץ למסגרתו של הליך משפטי כלשהו. בעל דין רשאי לחזור בו מהודיה כזו גם ללא היתר של בית המשפט ולהביא ראיות הסותרות את תוכן ההודיה, ובית המשפט ישקול ויבחן את מכלול הראיות לגופן.[[39]](#footnote-39) ראו, מבין רבים, בעניין **יחזקאל**, בעמוד 572:

**"הודאת בעל דין שלא לצורך הדיון, כגון הודאה מחוץ לכתלי בית המשפט, אינה אלא ראיה נגד בעל הדין, ראיה כשאר הראיות ובין שאר הראיות. הודאת בעל דין יכולה להיות כבדת משקל או פחותת ערך, מהימנה או בלתי מהימנה... הכל לפי נסיבות ההודאה ושאר הראיות במשפט. על כן רשאי בעל הדין לסתור את הודאתו על ידי ראיות אחרות"**.

1. בענייננו לא מדובר בהודיה פורמלית, אלא בהודיות חוץ (נטענות) בהליכים אזרחיים ופליליים מחוץ לישראל. על כן, המבקשות אינן כבולות להודיות אלה באופן מוחלט, ואינן זקוקות להיתר של בית המשפט להביא ראיות הסותרות את ההודיות. עם זאת, כפי שציין הרנון, בעמוד 59: "**במקרים רבים יהיה להודאת בעל דין משקל רב"**.

כאמור לעיל בסעיף 24, כך אף ביתר שאת, כשמדובר בהודיות במסגרת הליכים משפטיים (אחרים), ועל כן טענה כי ההודיות בהליכים המשפטיים מחוץ לישראל לא משקפות את האמת העובדתית וניתנו רק משיקולי "קניית סיכון" אינה פשוטה ותידרש לעמוד ולהיתמך **בנטל ראייתי ממשי**. כמו כן, כמובן, המבקשות רשאיות להעלות טענות בנוגע לפרשנותן של ההודיות שניתנו בהליכים מחוץ לישראל,[[40]](#footnote-40) וביחס לשאלה האם הודיות אלה אכן מבססות את בקשת האישור שלפנינו בנוגע לקיומו והשפעתו של הקרטל על מחירי המשלוחים לישראל.

1. ואכן, מעבר לשאלת הקבילות, אל על טוענת כי "**הודאתה שם נעשתה מטעמי קניית סיכון**" (סעיף 54 לבקשתה). עוד טוענת אל על, שההודאה בהסדר הטיעון בארה"ב התייחסה רק להובלת מטענים מארה"ב ואליה, ולא לנתיבי טיסה אחרים, ונתיבי הטיסה מארה"ב לישראל הוחרגו מהקבוצה המיוצגת שלפנינו (ראו בסעיף 72 לבקשת אל על). גם לופטנהוזה וסוויס מעלות טענות דומות (סעיפים 92-89 לבקשתן), וכן טוענות, שהוכח בהליך שבקווי התעופה לישראל התקיים שוק תחרותי בתחום הובלת המטענים (סעיפים 116-109 לבקשתן). גם בריטיש מעלה טענות דומות ביחס להסדר הטיעון של אל על בארה"ב (בסעיפים 66-64 לבקשתה), כמו גם ביחס להסדר הטיעון של בריטיש עצמה בארה"ב שנטען שאינו מתייחס לנתיבי טיסה לישראל (סעיף 79 לבקשתה) וכן בנוגע להסדר טיעון שחתמה בריטיש באוסטרליה נטען, שההודאה אינה מתייחסת לנתיבי טיסה לישראל (סעיף 80, שם). מנגד, הצלחה טוענת, שמהודאות אל על ובריטיש בהסדרי הטיעון בארה"ב ובאוסטרליה עולה, שההודאות התייחסו לקרטל באופן כללי ולא רק ביחס לטיסות ליעדים אלה (סעיפים 64, 71-70 לתשובת הצלחה) והצלחה טוענת שכך עולה גם מראיות ועדויות נוספות בתיק (סעיפים 77-74 לתשובתה). כך טוענת הצלחה גם בנוגע ללופטנהוזה (סעיפים 81-79, 83-82 לתשובה). עוד טוענת הצלחה, שלא ניתן לקבל טענה, שהודאה בהליך פלילי ניתנה כ-"גידור סיכונים בלבד" ולא כאמיתם של דברים ואף טוענת שטענה זו היא "עזת מצח" (סעיפים 68-67 לתשובה).

**בית משפט קמא קיבל, ככלל, את עמדת הצלחה** וקבע, שניתוח הראיות מלמד שההודיות של חברות התעופה במדינות הזרות מבססות ברמה הלכאורית קיומו של קרטל גלובלי שהתייחס גם למשלוח אווירי של סחורות מישראל ואליה (ראו בסעיפים 61-60 להחלטה קמא). לגבי הטענה שההודיות בחו"ל ניתנו כ- "גידור סיכונים", קבע בית משפט קמא (בסעיף 49 להחלטתו) כי ההודיות עומדות ברף של ראיות לכאורה באופן מספק לשם אישור התובענה הייצוגית, וככל שהמבקשות יתמידו בטענותיהן בשלב דיון בתובענה גופה כי הן "מתכחשות למשמעות הלכאורית של הסדרי הטיעון והפשרה שעשו בחו"ל", הרי שהעניין יתברר בשלב הדיון בתובענה לגופה, באמצעות הכלים הדיוניים הקיימים בשלב הדיון בתובענה (גילוי מסמכים, שאלונים, זימון עדים).

1. מחלוקות אלה של הצדדים הן מחלוקות ראייתיות ופרשניות קונקרטיות. **היועץ המשפטי לממשלה יותיר שאלות אלה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד**. יצוין בהקשר זה, שהקרטל הנטען לא נחקר על ידי רשות התחרות ואין בידיה תשתית עובדתית עצמאית בעניין. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה ידגיש את העמדה הברורה שהוצגה לעיל, שההודיות הן **ראיות קבילות**, שברמה העקרונית ניתן לבסס עליהן החלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית, ושבאופן עקרוני, **להודיות במסגרת הליכים משפטיים** (גם מחוץ לישראל) **יש משקל**, באופן שהפרכת תוכן ההודיות על ידי המבקשות (בטענה שהן ניתנו כגידור סיכונים בלבד) תוך הבאת ראיות סותרות, דורשת **עמידה בנטל ראייתי ממשי** מצד המבקשות (וכאמור מבלי להביע עמדה בנוגע לפרשנותן של ההודיות לגופן). ראו לעיל, בסעיפים 24, 28.
2. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס מהבחינה העקרונית, לשאלת טיב הרף הראייתי הנדרש לשם אישור תובענות ייצוגיות בכלל ובעניין תיאום מחירים במסגרת הסדר כובל על ידי קרטלים בפרט, תוך התייחסות לטענות הצדדים בנדון. זאת, בכדי שיוצג המצע הנורמטיבי הראוי בעניין, מנקודת מבטו של היועץ המשפטי לממשלה, שעל בסיסו יש לבחון את הטענות הראייתיות הקונקרטיות של הצדדים.
3. **הרף הראייתי הנדרש לשם אישור תובענה ייצוגית**
4. בהחלטה קמא נקבע, שנטל ההוכחה לשם אישור תובענה ייצוגית בעניינם של קרטלים בינלאומיים, אינו צריך להיות גבוה בשל החשיבות בתובענות ייצוגיות בתחום זה ובשל הקשיים הראייתיים הניצבים בפני התובע המייצג בעניין (ראו בסעיפים 49-43 להחלטה). חברות התעופה טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מידי לצורך אישור התובענה הייצוגית שאינו תואם, לשיטתן את פסיקת בית המשפט העליון.[[41]](#footnote-41) מנגד, הצלחה טוענת, שקביעות בית המשפט קמא בנדון תואמות את פסיקת בית המשפט העליון (סעיפים 114, 121-120, 126 לתשובתה).
5. תחילה יידרש היועץ המשפטי לממשלה לשאלה הכללית של הרף הנדרש לשם אישור תובענה ייצוגית. בהמשך הדברים יידרש לשיקולים ייחודיים הנוגעים לתובענות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים. בין התנאים לאישור תובענה ייצוגית, נקבעה בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הדרישה הבאה, ביחס לשאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה: "**יש אפשרות סבירה, שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה**".[[42]](#footnote-42)
6. הפסיקה נדרשה לא אחת לקונקרטיזציה של דרישה זו. נקבע, שלצורך אישור תובענה כייצוגית לא די בעמידה ברף שמספיק לדחיית בקשה לסילוק על הסף של תובענה אזרחית רגילה (כשבעניין זה נקבע, שדי בכך שלפי העובדות הנטענות בכתב התביעה קמה זכות לסעד הנתבע, ולא נדרש לעמוד ברף ראייתי כלשהו), אלא נדרש לעמוד גם **ברף ראייתי לכאורי וממשי**, תוך שעל בית המשפט "**להיכנס לעובי הקורה**". מבין רבים, ראו בעניין **אולסייל**[[43]](#footnote-43):

**"הלכה היא כי התשתית הלכאורית שעל המבקש להציג לביסוס בקשת האישור אינה נבחנית על-פי אמות המידה ועל-פי הכללים המקלים הנוהגים לעניין סילוק תובענה על הסף בהעדר עילה. הכללים שנקבעו לצורך אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית מחמירים יותר ולפיהם לא ניתן להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה ועל מבקש האישור להציג בטיעונים ובראיות לכאוריות בסיס ממשי - עובדתי ומשפטי - התומך בתביעתו. עוד נפסק כי על מנת שבית המשפט ישתכנע כי קיימת לכאורה אפשרות סבירה ש"שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" עליו להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים".** כן ראו בדברי כבוד השופטת ארבל, שם, בסעיף 40.

עוד ראו בעניין **מגדל**[[44]](#footnote-44):

**"המבחנים לאישורה של תובענה ייצוגית הם מחמירים מאלה שעל-פיהם נבחנת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה. על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו... בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית... מבחנים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית".[[45]](#footnote-45)**

1. כן נקבע, שהרף הנדרש לצורך אישור תובענה כייצוגית הוא רף גבוה יותר מזה הנדרש לצורך קבלת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת הדיון בבקשת האישור. גם לצורך גילוי מסמכים נקבע, שלא די בכך שלא מדובר בתובענת סרק אלא נדרשת "תשתית ראייתית ראשונית".[[46]](#footnote-46) מכל מקום, לצורך אישור תובענה כייצוגית נדרש לעמוד ברף ראייתי משמעותי אף יותר.[[47]](#footnote-47)
2. עוד נפסק, שלשם אישור תובענה ייצוגית לא די ב- "חשד גרידא", או ב- "השערות וספקולציות גרידא" לקיומה של עילת תביעה, אלא נדרשות "**ראיות לכאוריות**" שיציגו "**בסיס ממשי- עובדתי ומשפטי**" התומך בתביעה (ראו עניין **אולסייל,** פסק הדין של השופטת חיות, סעיפים 4-3, 6).
3. ראו גם בדבריו של כבוד השופט דנציגר בעניין **מגדל**, שהטעים את החשיבות בהצבת רף ראייתי הולם לאישור תובענה ייצוגית, גם מבחינת ההשלכות הרוחביות הכרוכות באישור תובענה ייצוגית:

**"מן הראוי לטעמי למנוע מצבים שבהם כל מאן דהוא החפץ לנהל תובענה ייצוגית יוכל לעשות כן, גם מבלי שצלח את חובתו לבסס בראיות לכאורה את עילת התביעה. הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה. משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית"**.[[48]](#footnote-48)

1. מהצד השני, יש לזכור, שהליך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא **הליך מקדמי**, ומשכך **אין להחמיר בדרישות הראייתיות בשלב זה, יתר על המידה,** באופן שימנע הגשת תובענות ייצוגיות ראויות. על כן, החוק לא דורש להוכיח בשלב זה את עילת התביעה במאזן הסתברויות, אלא רק להראות שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל. עוד לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות נקבע בעניין **טצת**[[49]](#footnote-49): "**אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו להליך זה להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית**". כך גם לאחר חקיקת החוק, בדברי כבוד השופט פוגלמן בעניין **מגדל**, בסעיף 15[[50]](#footnote-50):

"**אישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית משמעו קביעה לכאורית כי עסקינן בתובענה שיש אפשרות סבירה שהטענות המועלות בה תוכרענה לטובת חברי הקבוצה. הא ותו לא. הטלת נטל גבוה מזה ביחס לתשתית הנדרשת עלולה לגרום לכך שתובענות מוצדקות לא תעבורנה את הרף הדרוש... תוצאה כזו, אשר אינה נותנת ביטוי מספק לאופיו המקדמי של הליך בקשת האישור, אינה יעילה ואינה רצויה."** ובפסק דינו של השופט דנציגר שם: **"...הבחנה זו... אינה הבחנה עיונית בלבד אלא צריך שינתן לה משקל ממשי באופן שלא יוצב בפני תובעים ייצוגיים רף הוכחה גבוה מדי, דבר שעלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית"**.

ובעניין עמוסי[[51]](#footnote-51) נאמר: "**די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה. נוסף על כך, דיון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור... אין הצדקה להרחבת היריעה בשלב המקדמי של אישור התובענה הייצוגית. יש להקפיד על בירור התנאים המוגדרים בחוק, והם לבדם**".[[52]](#footnote-52)

כן ראו בדברי כבוד השופטת ארבל, בעניין אולסייל,[[53]](#footnote-53) בסעיפים 42-41:

**"יש להישמר מפני הצבת דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בשלב האישור, אשר עלולות לרפות את ידיהם של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים .... כדי לספק תמריץ להגשת תובענות ייצוגיות ראויות ויעילות שקיים אינטרס ציבורי בבירורן, הוגבל הנטל בשלב מקדמי זה לביסוס אפשרות סבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה, הא ותו לא".**

1. כפי שעולה מציטוטי הפסיקה שהובאו לעיל, העיקרון **שאין להכביד יתר על המידה בדרישות הראייתיות** המופנות כלפי התובע המייצג בשלב האישור נובע מטעמי היעילות הדיונית, מהתפיסה שמדובר בהליך מקדמי, ובעיקר מהצורך לאפשר קידומם ואישורם של הליכים ייצוגיים ראויים בעלי חשיבות ציבורית. בנוסף, עיקרון זה בוסס בפסיקה גם על **הכלים הדיוניים המוגבלים** העומדים לתובע המייצג בשלב זה (בהשוואה לשלב התביעה), שבאופן מובנה מקשים על הוכחת עילת התביעה בשלב האישור[[54]](#footnote-54) וכן על **פערי המידע** הקיימים במקרים רבים בין התובע המייצג לבין הנתבע בשלב האישור, באופן שמצדיק גם הוא **לא לקבוע רף ראייתי מחמיר מידי לאישור התובענה, באופן שימנע אישור הליכים ייצוגיים ראויים**.[[55]](#footnote-55)
2. עוד יצוין, שנפסק, שבשלב האישור **הראיות יכולות להיות ראיות נסיבתיות** ולאו דווקא ראיות ישירות, זאת בהינתן הקושי להוכיח את הפרות הדין בראיות ישירות ובהתחשב בפערי המידע בין הצדדים ובכך שבדרך כלל הנתונים הרלבנטיים מצויים בידי הנתבעים.[[56]](#footnote-56)
3. אם כן, הפסיקה יצרה **איזון מידתי**, באופן זה, ששלב האישור הוא **שלב משמעותי שדורש ביסוס ראייתי לכאורי** של האפשרות הסבירה שהתובענה תתקבל, אולם מצד שני, **אינו מחליף את ההליך העיקרי ולא דורש בשלב זה הוכחה של התביעה במאזן הסתברויות אלא מציב רף ראייתי נמוך יותר**, באופן שמתחשב **בטיב המקדמי של הליך האישור, בפערי המידע בין הצדדים, בכלים הדיוניים המוגבלים בשלב זה, ובצורך לאפשר אישור הליכים ייצוגיים ראויים**. כפי שסיכמה את הדברים כב' השופטת ברק ארז בעניין **מגדל**, בסעיף 59:

**"הבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה"**.[[57]](#footnote-57)

**ד1- מהכלל אל הפרט- באופן עקרוני, הודיית חוץ של בעל דין עשויה להספיק לשם אישור תובענה ייצוגית**

1. על יסוד האמור, יידרש כעת היועץ המשפטי לממשלה למחלוקת הצדדים בענייננו בסוגיית הרף הראייתי הנדרש לאישור תובענה ייצוגית.כאמור, חברות התעופה (המבקשות) טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מידי לצורך אישור התובענההייצוגית שאינו תואם, לשיטתן את פסיקת בית המשפט העליון.
2. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שברמה העקרונית (ומבלי להביע עמדה בנוגע לניתוח הראיות הקונקרטיות), ראיות מסוגן של הודיות המבקשות בהליכים מחוץ לישראל, **עשויות לעמוד ברף הנדרש לאישור תובענה ייצוגית**, ועל כן אין לקבל את טענת המבקשות, שברמה העקרונית, אישור תובענה ייצוגית על בסיס הודיות אלה (ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שתוכנן תומך בעילת התביעה) אינו עומד בנטל הראייתי שנקבע בפסיקה.

כך, משום שהודיות כאמור הן ראיות קבילות כמפורט לעיל בהרחבה. כך גם משום, שלהודיית בעל דין (גם אם מדובר בהודיית חוץ ולא בהודיה פורמלית) נודע במקרים רבים משקל ראייתי משמעותי, כמפורט לעיל, בסעיפים 24, 28. כך אף **ביתר שאת** (כאמור שם), כשמדובר בהודיות **במסגרת הליכים משפטיים** בפני גופים שפועלים על פי כללים וסטנדרטים ראויים (גם אם מחוץ לישראל). על כן, הגם שבסופו של דבר **ההודיות ייבחנו לגופן ומשקלן הראייתי עשוי מטבע הדברים להשתנות ממקרה למקרה ובהתאם לבחינת מכלול הראיות שהוגשו בהליך** (עניין **יחזקאל**, 572), במקרים המתאימים ראיות מסוגן של הודיות בעל דין **עשויות להספיק לאישור תובענה ייצוגית,** וכידוע, במשפט האזרחי, לא נדרשת בהכרח תוספת ראייתית לראיה מסוג הודיית בעל דין.

היועץ המשפטי לממשלה סבור שכך נכון לקבוע גם על רקע הפסיקה שהובאה לעיל, בדבר הצורך, **שלא להציב דרישות מחמירות מידי בפני התובע המייצג, באופן שעלול למנוע אישור הליכים ייצוגיים ראויים**, בהתחשב בכלים הדיוניים המוגבלים העומדים לרשות התובע המייצג בשלב האישור, ובהתחשב בפערי הכוחות והמידע בין הצדדים בשלב זה.

1. **סיכום הדברים בעניין זה**: היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קביעותיו של בית משפט קמא (בסעיפים 49-48 להחלטה) מתיישבות עם פסיקת בית משפט זה בנוגע לרף הראייתי הנדרש בשלב האישור, כפי שפורטה לעיל. ובלשונו של בית משפט קמא בהחלטתו, שם:

**"נוכח השלב הדיון בו אנו נמצאים... הרף הראייתי הנדרש על פי** [**סעיף 8(א)(1)**](http://www.nevo.co.il/law/74020/8.a.1) **ל**[**חוק תובענות ייצוגיות**](http://www.nevo.co.il/law/74020) **הוא קיומן של ראיות לכאורה המגבשות אפשרות סבירה כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה. רף ראייתי זה צריך להיות מפורש בצורה מקלה עם המבקשת, וזאת הן לאור הימנעותן של המשיבות מלהביא ראיות שיפריכו את הטענה בדבר קיומו של הקרטל (כדוגמת אינדיקציות לכך שעדכון מחירי התוספות לא היה מתואם או עדים שיכולים להעיד ממקור ראשון), והן לאור חשיבותו של ההליך הייצוגי לקיומה של אכיפה יעילה של דיני התחרות הכלכלית. בשים לב לרף האמור, סבורני כי די בצירופן המצטבר של ההודאות והפשרות בהליכים שנוהלו בחו״ל, עליהן נסמכת הצלחה, כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית להוכחת קיומו של הקרטל...**".

והכל, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שתוכן ההודיות ופרשנותן הראויה תומכות בעילת התביעה (ושאלה קונקרטית זו יותיר היועץ המשפטי לממשלה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד).

**ד2. התחשבות במאפיינים של תחום מסוים, לצורך יישום הרף הראייתי שנקבע לאישור תובענה ייצוגית**

1. טענה עקרונית נוספת של המבקשות אליה יראה להידרש היועץ המשפטי לממשלה היא הטענה, שאין מקום לקביעת נטל הוכחה מקל דווקא בנוגע לבקשות אישור בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים (כפי שעולה מההחלטה קמא (סעיפים 49-43 להחלטה)), וכי קביעה כזו היא עניין למחוקק (ראו למשל בסעיף 114 לבקשת בריטיש). מנגד, טוענת הצלחה, שבצדק התחשב בית משפט קמא בכך, שבתחום דיני התחרות קיימים קשיים אינהרנטיים להוכיח קיומו של הסדר כובל על ידי קרטל, היות ותיאום מחירים נעשה בסתר ובמחשכים (סעיפים 128-126 לתשובתה).
2. אכן, הדרישה הראייתית העקרונית המוטלת בפני המבקש להיות תובע מייצג היא דרישה אחידה כפי שקבועה בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות: **ביסוס אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה**. דרישה זו יפה לכל סוגי התובענות הייצוגיות. אולם, דרישה זו ל- "אפשרות סבירה" היא **דרישה מופשטת, הדורשת קונקרטיזציה**. על כן, כפי שפורט לעיל, בפסיקה נקבעו עקרונות שונים לפרשנות וליישום דרישת המחוקק שבנדון.
3. ברי, שיישום הדרישה לאפשרות סבירה לקבלת התובענה **משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות הפרטניות**. לאור זאת, **היועץ המשפטי לממשלה סבור** (בדומה לקביעות בית משפט קמא הנכבד), שבתחומים ובמקרים שבהם קיימים קשיים אינהרנטיים מיוחדים בפני התובע המייצג (כגון תחום שבו קיימים פערי מידע מובהקים בין התובע המייצג לנתבעים), **יהיה מקום לקבוע רף הוכחה מתאים לתחום זה, בגדר פרשנות ויישום דרישת המחוקק לאפשרות סבירה לקבלת התובענה**. כך גם ניתן להתחשב **בחשיבות ציבורית** בעידוד תובענות ייצוגיות בתחום מסוים כאכיפה אזרחית משלימה הנדרשת באותו תחום, כשמיישמים את אמות המידה הכלליות, לבחינת קיומה של עילת תביעה לכאורית באותו תחום.
4. בעניין זה, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז בעניין **מגדל**, בסעיף 59, שם הוטעם כי בקביעת נטל ההוכחה בשלב האישור על בית המשפט לתת דעתו "**בכל מקרה ומקרה לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה**". בדומה, ראו בפסק דינו של כבוד השופט דנציגר שם, ביחס לעיקרון לפיו אין להציב בפני תובעים מייצגים "**רף הוכחה גבוה מידי שעלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית**", כי "**הדברים נכונים ביתר שאת במערכת יחסים בין מבטח למבוטח בה למבטח ישנה שליטה על מסמכים מהותיים שלא נמצאים בידי המבוטח, מסמכים שעשויים לסייע רבות להוכחת עילת התביעה בשלב אישור התובענה כייצוגית**". כך נקבע גם בעניין **גרסט**, בסעיפים 39-36:

"**פערי הכוחות בין צדדים להליך של תובענה ייצוגית אינם חדשים עמנו; פסיקתנו עמדה על הבעיה הזו, והתמודדה עמה בהקשרים ובאופנים שונים... פערי מידע אלו נשקלים במניין שיקוליה של הערכאה הדיונית בצמתים שונים של ההליך... או במסגרת קביעת רף ההוכחה הלכאורי בשלב בקשת האישור... אחת ההשלכות האפשריות של פערי המידע בין צדדים לתובענה ייצוגית, היא הצבת רף ראייתי נמוך יחסית בקשר לדרישות הסף לאישור תובענה כייצוגית, בד בבד עם קביעה שאם המבקש עמד ברף זה, מועבר נטל הראיה אל... המשיב לבקשה... האפשרות של הצבת רף ראייתי נמוך והפיכת נטל הראיה כלפי העוסק, מתאימה יותר בנוגע לסיכויי התובענה באותם מצבים שבהם יש עובדות וראיות בקשר לעילת התביעה המצויות בידי העוסק. במצב דברים שכזה, כאשר המבקש מגבש תשתית ראשונית לתביעתו ואילו העוסק נמנע מלהפריכהּ, יתכן שיהא די בכך על מנת לבסס את סיכויי התביעה בשלב המקדמי של בקשת האישור".**

1. הקלת הנטל הראייתי המוטל על התובע המייצג בשלב האישור, באותן תביעות (או סוגי תביעות) שבהם קיימים פערי מידע בין הצדדים וראיות רלבנטיות מצויות בידי הנתבע שאינו מגישן, מבוסס בפסיקה גם על ההלכה הידועה לפיה צד שבידו ראיה רלבנטית ואינו מגישה לבית המשפט, ניתן להניח (כל עוד לא הוברר אחרת) שהראיה פועלת לחובתו של אותו בעל דין שנמנע מהגשתה.[[58]](#footnote-58)
2. עוד ראו בעניין **אולסייל**, סעיף 41 לפסק הדין של השופטת ארבל[[59]](#footnote-59), שיש לתת ביטוי למידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, וכאשר קיימת חשיבות ציבורית רבה בהליך הייצוגי המקדם את תכליות החוק, אין לקבוע רף ראייתי מחמיר מידי:

"**יש להישמר מפני הצבת דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בשלב האישור... הקשחת תנאי הסף מקום בו התובענה הייצוגית מוצדקת על פניה ועוסקת בעניין בעל חשיבות ציבורית רחבה, תוביל לתוצאה בלתי רצויה לטעמי - תוצאה החוטאת לתכלית הצרכנית המונחת ביסוד חוק התובענות הייצוגיות. תכלית זו עניינה, כאמור, בקידום זכות הגישה לבית המשפט כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין והרתעה מפני הפרתו".**

1. כן ראו בדברי **קלמנט ורונן**, 32-31: **"רף ההוכחה... אינו אחיד בכל סוגי התביעות. הוא נגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה... מהצורך ביצירת הרתעה הולמת... ומהמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע... ככל שפערי המידע בין הנתבע לתובע גדולים יותר, רף ההוכחה צריך להיות נמוך יותר..."**.[[60]](#footnote-60) הם עומדים גם על הרלבנטיות של שאלת **החשיבות הציבורית** של התובענה לעניין הרף הראייתי הנדרש בשלב האישור (ראו שם בעמודים 25-23) ומסכמים כי: "**מדובר אם כן במבחנים גמישים, אשר לצורך יישומם יש להביא בחשבון מכלול של גורמים ונסיבות ולאזן ביניהם כדי להגיע לתוצאות המיטביות במקרה הקונקרטי"** (שם, עמוד 25).[[61]](#footnote-61)
2. אם כן, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, ביישום דרישת החוק להראות שקיימת אפשרות סבירה לקבלת התובענה כתנאי לאישור תובענה ייצוגית, **יש לבחון ולתת משקל לנסיבות התביעה הספציפית**, או לסוג התביעות שבהן מדובר, ובכלל זה, בין היתר, לשאלה **האם קיימים פערי מידע מהותיים בין התובע המייצג לנתבע היוצרים קושי ממשי, ולמידת החשיבות הציבורית של ההליך הייצוגי**, כאשר, במקרים המתאימים, **הרף הראייתי הנדרש בנסיבות המקרה ייושם בשים לב לשיקולים אלה**.
3. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שיש לדחות את טענת המבקשות** לפיה שגה בית משפט קמא הנכבד, כביכול, כאשר נתן משקל בקביעת רף ההוכחה הנדרש לעילת התביעה בשלב האישור בענייננו, לפערי המידע בין הצדדים בתביעות ייצוגיות מסוג זו שלפנינו, לקשיים הראייתיים האינהרנטיים והמיוחדים בתחום זה, ולמידת החשיבות הציבורית של הליכים ייצוגים ראויים בנדון (ראו: סעיפים 49-39 להחלטה). **לגישת היועץ המשפטי לממשלה, דרך הילוכו של בית משפט קמא הנכבד בנדון, מיישמת כראוי את פסיקת בית המשפט הנכבד**, תוך מתן קונקרטיזציה לעקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה, תוך יישומם בתחום הספציפי של תובענות ייצוגיות בעילות הנוגעות לתיאום מחירים על ידי קרטלים.

**ד3. יישום הרף הראייתי לאישור תובענה ייצוגית בשים לב למאפיינים ייחודים של תביעות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים**

1. כעת יראה היועץ המשפטי לממשלה לעמוד על **מאפיינים ייחודים של תביעות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים**, שיש להתחשב בהם (כאמור לעיל), ביישום הרף הראייתי הנדרש, לצורך אישור תובענה ייצוגית.
2. בית משפט קמא עמד באופן כללי (בסעיף 47 להחלטה), על פערי המידע וקשיי ההוכחה האינהרנטיים בתביעות הנוגעות לקיומו של הסדר כובל במסגרת קרטל, במקרים רבים. "**התנהלות קרטליסטית מוסתרת ומוסווית על ידי גופים חזקים ומתוחכמים וחשיפתה אינה פשוטה כלל ועיקר**". כך, מעצם טיבו של קרטל אסור, פעולתו נעשית במחשכים ובהיחבא, וקיים קושי ממשי בפני תובע מייצג פוטנציאלי להשיג את המידע הדרוש שיוכיח את הפרת הדין, באשר המידע מצוי בידי הנתבעים ואינו מפורסם לרבים. ראו בעניין זה גם **אינדיג וגל**, 36: "**בין המפגעים ובין ניזוקיהם קיימים לעיתים פערי מידע משמעותיים. כך, למשל, קיומו של קרטל מוסתר, מטבע הדברים, מהציבור. הוכחת קיומו של קרטל שנערך מעבר לים קשה עשרות מונים**".
3. בנוסף לפערי המידע ולהתנהלות במחשכים, קיימים קשיים ייחודיים נוספים העומדים בפני המבקש להיות תובע מייצג בנוגע לתיאום מחירים במסגרת קרטל, כפי שפורט בהחלטה קמא, בסעיף 46.[[62]](#footnote-62)
4. כאשר מדובר בקרטל בינלאומי (כבענייננו), הקושי אף עולה, כאמור בסעיף 47 להחלטה קמא: "**בקרטלים בינלאומיים קיים מימד נוסף אשר מקשה על הגשת תביעה – השתתפותן של חברות זרות אשר פועלות מחוץ לישראל, רחוק מעינה של רשות התחרות הישראלית. הקושי האמור ביחס לקרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מביא לא אחת לתת-אכיפה ולהחלשת ההרתעה...**".

כן ראו בעניין זה באמור בסעיף 10 לסיכום טענות היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא (נספח **ב'**):

**"בכל הנוגע לקרטלים בינלאומיים שבהם כל החברות הוא חלקן, הן חברות זרות...הגורמים הנוגעים בדבר מצויים מחוץ לישראל, הרכיב העובדתי של הקרטל כדוגמת פגישות בין נציגי החברות מתקיים מחוץ לישראל, משרדי החברות, מחשביהן וארכיוניהן נמצאים אף הם הרחק מהישג ידה של זרוע אכיפה ישראלית..."**.

גם לאור קשיים אלה, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לקבוע רף הוכחה מחמיר מידי בשלב אישור התובענה הייצוגית בתביעות שכאלה, שיהווה מחסום בפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות בתחום זה.**

1. לצד הקשיים הייחודיים בהגשת תובענות ייצוגיות בתחום זה, חשוב להטעים את **החשיבות הציבורית** והצורך בהגשת תובענות ייצוגיות ראויות בנושא. כפי שנאמר בסעיף 44 להחלטה קמא:

**"דיני התחרות הכלכלית הם אחד מאותם תחומים אשר בהם הצורך בשימוש בתובענה הייצוגית הוא מובהק וברור... שילובם של דינים אלה עם כלי התובענה הייצוגית הוא אך טבעי, ונועד להגביר את האכיפה של דיני התחרות בישראל והרתעת מעוולים מהפרתם. בתחום התחרות הכלכלית ניצב האזרח הקטן מול גופים כלכליים גדולים וחזקים. כאשר אותם גופים מתקשרים בהסדר כובל... הנזק שנושא כל צרכן הוא ברוב המקרים קטן, ואין די בו כדי לתמרץ הגשת תביעה אישית. ואולם, סך הנזק שנגרם לכלל ציבור הצרכנים עשוי להיות גדול ומשמעותי מאד. יתרה מכך, אפילו יתבע הצרכן את נזקו האישי, לא יביא הדבר להרתעה מפני הפרת החוק. מכאן, מתעצם הצורך בתובע ייצוגי שיתבע את זכותם של כל חברי הקבוצה שנפגעו"**.[[63]](#footnote-63)

היועץ המשפטי לממשלה יחזור בעניין על דבריו בסעיף 8 לסיכומים שהגיש בהליך קמא (נספח **ב'**):

**"התובענה הייצוגית מהווה אמצעי משלים לסמכויות הפליליות והמנהליות המצויות בידי הרשויות... מעבר לתפקידה הציבורי החשוב בהעברת פיצוי לניזוקים, התובענה הייצוגית היא אמצעי אכיפה משלים, במקרים שבהם התנהלות...של מנהלי עסקים לא הגיעה לידי הרשות... לא נבדקה על ידיה, או כאשר לא נמצא בסיס מספיק, בהתחשב במכלול השיקולים וסדרי העדיפות העומדים לפני הרשות, לפתיחה בחקירה או הפעלת סמכויות אחרות. הגברת היקף החשיפה הכספית של מעוולי הגבלים כספיים והגברת ההסתברות כי יידרשו לשאת באחרות על עוולתם חשובה מאד לשם הרתעת מנהלי עסקים, מהסדרים קרטליסטיים"**.

1. זאת ועוד: החשיבות באכיפה הפרטית באמצעות הגשת תובענות ייצוגיות ראויות מתעצמת כאשר מדובר **בקרטלים בינלאומיים** (כבענייננו) שבהן חלק מחברות הקרטל הן חברות זרות (שגרמו נזקים לצרכן הישראלי), כאשר "**ניהול הליך משפטי נגד המעורבים הזרים כרוך בקשיים משפטיים ולוגיסטיים משמעותיים ביותר המקהים את הטעם בניהול הליכי אכיפה פליליים ובמידה מסוימת גם מנהליים**" (סעיף 10 לסיכומי היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא), וממילא, כאשר קיימים קשיים באכיפה הציבורית בנדון, יש חשיבות ציבורית מיוחדת "**בעידוד אכיפה פרטית כלפי החברות בקרטלים בינלאומיים**" (שם).ראו גם **אינדיג וגל**, 33-30, הכותבים דברים דומים. ראוי לציין, שאינדיג וגל הביעו תמיכה בקביעותיו של בית משפט קמא בענייננו, עמדו על חשיבותה של האכיפה הפרטית בנדון ועל הקשיים העומדים בפני תובע מייצג פוטנציאלי המבקש לקדם את טובת הכלל (שם, הערת שוליים 289) וכתבו כי ההחלטה קמא נותנת "**רוח גבית נחוצה לאכיפה**" (שם, עמוד 47).
2. עוד ראוי לציין, שרשות התחרות כמאסדר הרלבנטי בעל המומחיות בנדון ובעל ראיית רוחב בתחום זה של דיני התחרות, ר**ואה חשיבות רבה באכיפה הפרטית המשלימה בכלל ובפרט על ידי תובענות ייצוגיות**:

"**רשות התחרות רואה בהגשה של תובענות ייצוגיות בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית כלי רב חשיבות להגברת אכיפת דיני התחרות בישראל, כהשלמה לסמכויות הפליליות והמנהליות המצויות בידי הרשות. נוכח חשיבותה הרבה של האכיפה הפרטית על דרך התובענה הייצוגית, רשות התחרות בוחנת דרכים לעודד הגשת תובענות ייצוגיות לפי חוק התחרות הכלכלית ובכלל זה פתיחת ערוץ קשר בין תובעים ייצוגיים לבין הרשות ומתן הכוונה כללית..."**.[[64]](#footnote-64)

1. עוד יטעים היועץ המשפטי לממשלה, שהפרטים הכלולים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות שבעניינם (בלבד) ניתן להגיש תובענות ייצוגיות (ראו בסעיף 3 לחוק), נקבעו בתוספת השנייה, בין היתר, מתוך תשומת לב **לצורך לאפשר ולקדם אכיפה פרטית בעניינם**. ראו **הצעת חוק תובענות ייצוגיות**[[65]](#footnote-65) בדברי ההסבר:

"**הועדף מודל הדרגתי שלפיו מפורטים בתוספת לחוק העניינים שבהם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות. תפיסת החוק היא שעדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך לכל תחום בנפרד, תוך בחינה מהותית של מידת קשיי האכיפה שמעורר התחום, אמצעי האכיפה האלטרנטיביים, התועלת הכוללת שבהליך הייצוגי לקידומו של תחום מסוים**...".

כך בכלל וכך גם ביחס לפרט 4 לתוספת, בנוגע לתביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית. המחוקק הקנה את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בתחום זה, מתוך **הכרה בחשיבות הציבורית בתובענות ייצוגיות ראויות בנושא זה, המקדמות את התכליות של חוק התחרות ואת האינטרס הציבורי בכללותו**.[[66]](#footnote-66)

1. לאור כל האמור, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא הנכבד כשנתן משקל לחשיבות ציבורית זו**,[[67]](#footnote-67) במסגרת בחינת הראיות שלפניו ובמסגרת יישום הרף הראייתי שקבע המחוקק לשם אישור תובענה ייצוגית.
2. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר, שהעובדה שרשות התחרות לא חקרה את הפרשה ולא ניהלה הליכים פליליים ומנהליים נגד המבקשות (וזאת מחמת מכלול השיקולים הנוגעים להליכים אלה וגם בהתחשב במשאביה המוגבלים של הרשות), **אינה גורעת מהחשיבות הציבורית** בבירור התובענה הייצוגית שלפנינו, ובוודאי אינה מכשירה את התנהלותן של המבקשות. כפי שציין בית משפט קמא בסעיף 60 להחלטתו:

**"אי העמדה לדין על ידי הרשויות השונות בעולם, ובכלל זאת על ידי רשות התחרות הישראלית, לא מלמדת על היעדר אחריות של מי מהמשיבות, ובוודאי שאינה מעניקה "תעודת הכשר" לפעולתן... ההליכים המתנהלים בעניין קרטלים בינלאומיים הם ארוכים, ובמסגרתם מחויבות הרשויות בשלבים רבים ובקיום חובות על פי דין, כגון הליכי שימוע. כל אלה מחייבים הקצאת משאבים רבים ויקרים, ועל כן על רשויות התחרות לכלכל את צעדיהן במסגרת אותה מציאות של משאבים מוגבלים"**.

עוד ראו והשוו לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **צולר[[68]](#footnote-68)**:

**"הרגולטור ככל גוף מנהלי פועל במגבלות תקציביות ותחת סדרי עדיפויות. על כן, שיקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו; ואין לראות בהיעדר פעולת אכיפה מצד הרגולטור כהיעדר צורך באכיפה... העובדה שרגולטור לא אכף נורמה מסוימת, אינה מעידה על כך שהיא לא הופרה..."**.

לפיכך, **יש לדחות את טענת אל על** (בסעיף 82 לבקשתה) שיש לייחס משקל לכך, שהרשות לא חקרה את הפרשה.

1. בית משפט קמא עמד גם על פערי המידע המשמעותיים בין הצדדים **בהליך הקונקרטי**. נקבע, שבענייננו היקף המידע הפומבי הנגיש לבאי הכוח המייצגים מוגבל ומתמצה בהסדרי הפשרה והסדרי הטיעון בהליכים מחוץ לישראל שפורסמו לציבור (סעיף 41 להחלטה); עוד נקבע כי "**המשיבות... עשו כל מאמץ על מנת שלפני בית המשפט לא ימצא מידע נוסף ביחס לשאלת קיומו של הקרטל**", תוך הבאת עדים מטעמם שלא יכלו למסור מידע רלבנטי מכלי ראשון (שם); והמבקשות אף דחו את הצעת בית המשפט למנות מומחה אשר יקבל מהמבקשות את נתוני האמת (שם). היועץ המשפטי לממשלה לא יביע כל עמדה בנוגע לטענות הצדדים ביחס לקביעות אלה מהבחינה העובדתית. מכל מקום, ככל שבית המשפט הנכבד יראה לאמץ קביעות אלה, הרי שנראה כי **צדק בית משפט קמא הנכבד מהבחינה המשפטית, כאשר קבע ויישם את רף ההוכחה הנדרש בתשומת לב לנסיבות אלה**, והדבר תואם את פסיקת בית משפט זה, כמפורט לעיל. כפי שנקבע בסעיף 42 להחלטה קמא:

"**במצב דברים זה, בו קיימים פערי מידע ניכרים בין הצדדים, והמשיבות עושות ככל שביכולתן על מנת להימנע ממתן מידע מעבר לזה שפורסם ברבים, נטל ההוכחה המוטל על המבקשת בשלב בקשת האישור להוכיח קיומו של קרטל צריך להיקבע בשים לב למידע הגלוי העומד לרשותה"**.

1. **סיכום הדברים**: היועץ המשפטי לממשלה **יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד** את ההכרעה במחלוקות הצדדים בנוגע לניתוח הקונקרטי של הראיות שהוגשו, ובכלל זה בנוגע לפרשנות הראויה של הודיות המבקשות בהליכים מחוץ לישראל, והרלבנטיות שלהן להליך שלפנינו. עם זאת, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא הנכבד בנקודת המוצא המשפטית העקרונית** לפיה, יש לבחון את הראיות תוך **מתן משקל לחשיבות הציבורית** של תובענות ייצוגיות ראויות בעניין תיאום מחירים קרטליסטי, ותוך **מתן משקל לקשיים האינהרנטיים בהגשת תובענות ייצוגיות בנושא**, כמו גם לנסיבות ההליך הקונקרטי שבמסגרתו לפי קביעת בית משפט קמא (בעניינה היועץ המשפטי לממשלה לא יביע עמדה) המבקשות נמנעו מהבאת מידע וראיות רלבנטיות ואף ביקשו להסתיר מידע מבית המשפט וקיימים פערי מידע משמעותיים בין הצדדים. **לגישת היועץ המשפטי לממשלה, היבטים אלה רלבנטיים ובעלי משקל בבחינת השאלה האם המשיבה עמדה ברף הראייתי לאישור תובענה ייצוגית, ויש לתת להן ביטוי ביישום הרף הראייתי שנקבע על ידי המחוקק**, באופן שלא ייקבע רף ראייתי מחמיר מידי שיחסום הגשת תובענות ייצוגיות ראויות. בכפוף לנקודת מוצא משפטית עקרונית זו, **היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה הקונקרטית בשורה התחתונה**, האם להותיר את אישור התובענה הייצוגית על כנו.
2. **סעיף 3(7) לחוק התחרות לא מקנה פטור מהסדרים כובלים בתחום התובלה האווירית, כשלא נמסרה הודעה לשר התחבורה**
3. היועץ המשפטי לממשלה יידרש בקצרה גם לטענה העקרונית של אל על (בסעיפים 85-80 לבקשה מטעמה), כאילו סעיף 3(7) לחוק התחרות, "**פטר באופן גורף הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה אווירית"**.
4. **בית משפט קמא דחה טענה זו**, ועמד על כך, שתנאי לתחולת הפטור הוא **מסירת הודעה על ההסדר הכובל לשר התחבורה**. היות ובענייננו לא נמסרה הודעה כזו, לא חל הפטור. כך גם מהטעם, שטענת המבקשות שלא הוכח קיום הסדר כובל, **אינה מתיישבת** עם טענתן שמדובר בהסדר כובל שזכאי לפטור (ראו: סעיף 71 להחלטה).[[69]](#footnote-69)
5. **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שקביעות בית משפט קמא בעניין זה נכונות**, ויש לדחות את טענות אל על.

סעיף 3 לחוק התחרות מונה מקרים שבהם הסדרים לא ייחשבו כהסדרים כובלים. בין היתר, נקבע בסעיף 3(7) לחוק, שלא ייחשב כהסדר כובל: "**הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית באויר, או לתובלה בינלאומית משולבת, באויר וביבשה... ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע..."**.[[70]](#footnote-70)

הרי, שמפורש בהוראות הסעיף, **שתנאי לתחולת הפטור הוא שהודעה על ההסדר הכובל נמסרה לשר התחבורה**.

**אין מחלוקת, שבענייננו לא נמסרה הודעה כאמור**, ודי בכך בכדי לקבוע שלא מתקיים הפטור האמור.

1. יש לדחות את טענת אל על, שהדרישה למשלוח הודעה לשר התחבורה היא דרישה "טכנית" וכי "אין באי שליחה טכנית של הודעה כדי לשלול את התקיימותו של הסעיף" (סעיף 85 לבקשתה). אכן, החוק אינו דורש אישור של שר התחבורה להודעה שנמסרת אליו על ידי חברות הקרטל[[71]](#footnote-71), אולם הדרישה למשלוח הודעה לשר התחבורה היא **דרישה מהותית**. כך עולה מדברי הכנסת[[72]](#footnote-72), וכך נקבע גם בפסיקה בעניין **תור אויר**[[73]](#footnote-73), על ידי כבוד הנשיא ברק: "**במקום אישורו של שר התחבורה הסתפק המחוקק בהודעה לשר התחבורה, מתוך ההנחה, שאם שר התחבורה יהיה מודע לקיומו של ההסדר הכובל, הוא יוכל לפעול במסגרת הסמכויות הנתונות לו, אם ההסדר לא ייראה לו... תוך הפעלת שיקול-דעתו "המקצועי-מדיני" של שר התחבורה"**.

ברור מהדברים, **שההודעה לשר התחבורה היא דרישה מהותית**, **שהפטור אינו משתכלל ללא קיומה**. כך עולה גם מדרישת החוק (בסעיף 3(7) לחוק התחרות), ששר התחבורה יודיע לוועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות שנמסרו לו כאמור. כאמור בפסק הדין בעניין **תור אויר,** כאשר נמסרת הודעה לשר כדין הוא יכול לפעול בכלים שבידיו (בין בהפעלת הסמכויות המוקנות לו ובין בהנעת שינויי חקיקה או מדיניות במקרים המתאימים).

1. כן יצוין כי כבר בשנת 2003 עמד הממונה על הגבלים עסקיים (דאז) על הדברים, בקביעתו מכוח סעיף 43(א) לחוק התחרות[[74]](#footnote-74): "... **מסירת ההודעה לשר התחבורה... אינה מהווה דרישה פורמליסטית גרידא, שמטרתה טכנית... המדובר בדרישה שנועדה לאפשר לשר התחבורה להפעיל שיקול דעת... כוונת המחוקק לא היתה כי שר התחבורה ישמש מעין "חותמת גומי" להסדר בין מובילים. מכאן כי אי מסירת ההודעה לשר התחבורה עומדת בעוכרי תחולתו של הפטור...**" (סעיף 3.4 לעמדת הממונה, שם).
2. יש לדחות את טענת אל על בנדון, גם מהטעם **שסעיף 3 לחוק התחרות עוסק בחריגים לכלל** הקבוע בסעיף 2 לחוק לפיו הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, המונע או מפחית את התחרות בעסקים הוא הסדר כובל אסור. עיקרון יסודי הוא, שככלל, **יש לפרש חריגים בצמצום** ובאופן שלא יחתור תחת הכלל ותחת תכליות החוק[[75]](#footnote-75). כך נקבע בפסיקה גם ביחס לחריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התחרות: **"יש לפרשו בצמצום, במיוחד נוכח מרכזיותו וחשיבותו של העיקרון הכללי"**.[[76]](#footnote-76) הרי, שטענתה מרחיקת הלכת של אל על, שההודעה לשר התחבורה אינה הכרחית, כביכול, לתחולת הפטור של סעיף 3(7), **מנוגדת ללשונו ותכליתו של הסעיף**, **ומנוגדת גם לעיקרון, שיש לפרש את הפטורים בסעיף זה, באופן מצמצם**.
3. יש לדחות את טענת אל על, אף מהטעם, שכפי שנאמר בהחלטה קמא, הטענה לקיומו של פטור מכוח סעיף 3(7) לחוק התחרות, **סותרת** את טענתה היא, שלא הוכח קיומו של הסדר כובל. אם לא הוכח קיומו של הסדר כובל, **כיצד ניתן לטעון שחל הפטור המניח קיומו של הסדר כובל הנוגע לתובלה בינלאומית??** והדברים מדברים בעד עצמם.
4. לבסוף ולמען שלמות התמונה יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, שיש לדחות גם את ניסיון אל על (בסעיף 81 לבקשתה) להסתמך על דבריה של הממונה על ההגבלים העסקיים בשעתו (גב' רונית קן) בכנסת[[77]](#footnote-77), שעד שנת 2007 נושא התעופה היה מוחרג מחוק ההגבלים העסקיים. מהקשר הדיון שם נראה, כי דבריה של הממונה היו מכוונים למקרים שבהם נמסרה הודעה כדין לשר התחבורה והשתכלל פטור, כקבוע בחוק. מכל מקום, למעלה מהנדרש ייאמר, שבכל מקרה ברור, שאין כוח בדברי גורם מנהלי כזה או אחר בדיון בכנסת, לגבור על הוראותיו המפורשות של החוק. ברור גם, שאי קיום חקירה על ידי רשות התחרות בעניין (ממכלול שיקוליה וגם לאור משאביה המוגבלים) אינו רלבנטי לעניין ואינו יכול להכשיר את פעולות המבקשות. על כן יש לדחות את טענת אל על גם בעניין זה (בסעיף 82 לבקשתה).[[78]](#footnote-78)

1. להלן: "חוק תובענות ייצוגיות". [↑](#footnote-ref-1)
2. ראו: סעיפים 180-176, 184-183, 193 לתשובת הצלחהלבקשות רשות הערעור. מנגד ראו בסעיפים 70-68 לבקשת רשות הערעור מטעם **אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** (להלן: **"אל על**"); סעיפים 103-100לבקשת רשות הערעור מטעם **British Airways PLC** (להלן: "**בריטיש**"); וסעיפים 80-75 לבקשת רשות הערעור מטעם **Deutsche Lufthansa AG** ו- **Swiss International Air Lines Ltd** (להלן: "**לופטנהוזה וסוויס**"). [↑](#footnote-ref-2)
3. ראו: סעיפים 186-182 לתשובת הצלחה, ומנגד ראו סעיף 71 לבקשת רשות הערעור מטעם אל על, סעיפים 104-100 לבקשת רשות הערעור מטעם בריטיש. [↑](#footnote-ref-3)
4. ראו: סעיף 187 לתשובת הצלחה; סעיפים 69-68 לבקשת רשות הערעור מטעם אל על. [↑](#footnote-ref-4)
5. אמנם, הצלחה מפנה לכמה החלטות זרות שהגישה בהליך קמא (ראו בסעיף 62 לתשובת הצלחה), ומנגד בריטיש טוענת (בסעיף 81 לבקשתה), שהצלחה לא הגישה את החלטת הנציבות האירופית עצמה, אלא רק הודעה תמציתית לעיתונות על ההחלטה ולטענתה בהחלטה זו אין ממצאים על קרטל עולמי ואין התייחסות לישראל ולחברת אל על (לופטנהוזה וסוויס מעלות טענות דומות בסעיפים 71-70 לבקשתן). אולם, כאמור למעלה, בית משפט קמא לא דן בכך ולא ביסס את ההחלטה המאשרת על ההחלטות הזרות, אלא רק על ההודאות. [↑](#footnote-ref-5)
6. יוער כי הצדדים נחלקו גם במישור הנזק, האם קיימת אפשרות סבירה שייקבע בתובענה כי נגרם נזק לקבוצות המיוצגות בתובענה (ראו: סעיפים 143-128, 161-159 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס; סעיפים 155-133, 226-208 לבקשה מטעם בריטיש; סעיפים 242-220, 272-250, 287-283 לתשובת הצלחה).מדובר במחלוקות עובדתיות-כלכליות בעיקרן, לרבות השאלה איזו מחוות הדעת שהגישו הצדדים לבית משפט קמא יש להעדיף. **היועץ המשפטי לממשלה יותיר שאלות עובדתיות-כלכליות קונקרטיות אלה, לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד**. [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו: סעיף 99 לבקשה מטעם בריטיש; סעיף 82 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס. [↑](#footnote-ref-7)
8. כך גם, בהינתן, שהצלחה עצמה אינה טוענת שניתן להסתמך בשלב אישור התובענה הייצוגית על ראיות שאינן קבילות (אלא היא טוענת שהראיות שהוגשו קבילות גם בתובענה גופה). [↑](#footnote-ref-8)
9. פרופסור מיכל גל ותמר אינדיג הציעו (משיקולי יעילות וקידום אכיפה פרטית ראויה), להכיר בהחלטות במדינות זרות בענייני קרטלים כראיות קבילות, כך שהדיונים המשפטים הפרטניים הנפרדים בכל מדינה יצטמצמו לשאלת הנזק בכל מדינה. ראו: תמר אינדיג ומיכל גל דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של החוק הישראלי, אוניברסיטת חיפה (2020), בעמוד 33 (פורסם במרשתת בכתובת: <https://law.haifa.ac.il/images/Docs/doctrine.pdf>). להלן: "**אינדיג וגל**". עוד ראו: Michal Gal, Free Movement Of Juddgments: Increasing Deterrence Of International Cartels Tough Jurisdictional Reliance (2010) (נספח 2 לתשובת הצלחה לבקשות הסילוק של בקשת האישור). [↑](#footnote-ref-9)
10. ראו: גיא בן דוד "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה **משפטים** מז (2018) 61, הסבור כי "עיגונו של חריג שיורי בדיני הראיות מוצדק" (שם, 110). ראו שם עוד בעמודים 102-110, שם מציע בן דוד להכשיר עדויות שמיעה, לפי שיקול דעת בית המשפט, כאשר קיימות ערובות המבטיחות את אמיתותה של העדות, כאשר קיים צורך בקבלתה, ובהתאם לשיקולים נוספים כגון מידת תרומת הראיה לחשיפת האמת, בחינת זכויות הצדדים והאינטרסים שלהם וטעמי צדק והגינות. בן דוד מציין, שלגישתו "המודל המוצע יכול שייקבע כהוראה סטטוטורית בפקודת הראיות והוא ניתן לאימוץ בפסיקת בית המשפט העליון... לבית המשפט העליון יש סמכות לאמץ את המודל המוצע בפסיקה... בדומה למרבית ההוראות בדיני הראיות אשר נקבעו בפסיקה..." (103). [↑](#footnote-ref-10)
11. יעקב קדמי, **על הראיות**, חלק ראשון, תשס"ד-2003, עמוד 481 (להלן: "**קדמי"**). [↑](#footnote-ref-11)
12. אמנם, כלל פסלות זה אינו קבוע מפורשות בפקודת ראיות, אולם הדבר משתמע, מהחריגים השונים הפזורים בפקודה ומכשירים בתנאים מסוימים עדות שמועה (ראו למשל בסעיפים 9, 10, 10א, 42 א לפקודה) ומכלל הן נשמע לאו, שכאשר לא מתקיימים חריגים אלה על תנאיהם (או חריג פסיקתי כלשהו), עדות מפי השמועה אינה קבילה. כן ראו בדברי קדמי בעמוד 479: "**אף שמדובר באחד מן הכללים היסודיים של דיני הראיות לא יוחדה לו הוראה חקוקה בפקודת הראיות... תוכנו והיקפו נעוצים בהלכה הפסוקה אשר אימצה לענייננו את ההלכה שהגבשה בסוגיה זו במשפט המקובל באנגליה**". עוד ראוי לציין, **שמקור קדום לכלל הפוסל, ככלל, עדות מפי השמועה מצוי במשפטנו הלאומי הוא המשפט העברי**. ראו במשנה, מסכת סנהדרין, דף לז עמוד א (לגבי פסלות "עד מפי עד" במשפט פלילי ("דיני נפשות" בלשון חז"ל)) ובעמוד ב' שם בגמרא בבלי, (לגבי פסלות עדות שמועה במשפט אזרחי, "דיני ממונות" בלשון חז"ל). עוד ראו בפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בעניין ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל** פ"ד סו(2) 772, 800-799 (5.8.2013), שעומד על כך שלכלל הפוסל עדות שמועה יש "רקע מובהק במסורת המשפטית היהודית". [↑](#footnote-ref-12)
13. דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' יחיא** פ"ד מז(3) 661, 669 (5.7.1993) (להלן: **"עניין יחיא**"). [↑](#footnote-ref-13)
14. בג"צ 124/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל** פ"ד יג 5, 17 (2.1.1959). [↑](#footnote-ref-14)
15. ראו: ע"פ 6251/94 **בן-ארי נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(3) 45, 76 (17.5.1995); ע"א 373/54 **אהרונסט נ' נוימן** פ"ד י' 1121, 1140 (25.6.1956); ע"א 2110/09 **קדור נ' דקסה** (20.9.2012), פורסם בנבו, בסעיף 13 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; קדמי, 497-496. [↑](#footnote-ref-15)
16. בין היתר ניתן להזכיר אמרת נפטר הנוגדת את האינטרס הרכושי שלו (בתנאים שנקבעו בפסיקה)- ראו: ע"א 2576/03 **וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, בסעיפים 26-27 (פורסם בנבו, 21.2.2007, להלן: "**עניין וינברג**") ; רישומי נפטר במהלך העסקים הרגיל שלו (ראו: עניין **וינברג**, סעיף 31; רע"א 4495/20 **פלונית נ' רפעת** (פורסם בנבו, 16.12.2020, בסעיף 22); אמרה בכתב של ממלא תפקיד במסגרת מילוי תפקידו (בתנאים מסוימים)- ראו ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד מג(4) 529, 538-533 (19.11.1989, להלן: "**עניין ברנשטיין**"); אמרת עד בעת ביצוע עבירה פלילית (ראו סעיף 9 לפקודת הראיות); אמרה של קרבן אלימות בתנאים מסוימים (שם, סעיף 10); אמרת עד חוץ לבית המשפט ביחס להליך פלילי ובתנאים מסוימים (שם, סעיף 10א); ממצאים ומסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי המרשיע את הנאשם קביל כראיה לכאורה במשפט אזרחי אם המורשע או חליפו הוא בעל דין במשפט האזרחי (שם, סעיף 42א. ראו לאחרונה בעניין זה גם ב- ע"א 71/18 **הרשות הפלסטינית נ' בן שלום** (פורסם בנבו, 10.3.2021), בסעיף 56. [↑](#footnote-ref-16)
17. ראו גם בעניין **ברנשטיין**, בעמוד 533 ובעניין **יחיא** בעמוד 671. עוד ראו גיא בן דוד "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה **משפטים** מ"ז (2018) (להלן: "**בן דוד חריג שיורי**"), המציע, לצד כלל הפסלות של עדות שמועה והחריגים שהוכרו לכלל, להכיר גם בחריג שיורי, שייתן לבית המשפט סמכות רחבה יותר, במקרים המתאימים, להכשיר עדות שמועה שנמצאה על ידיו כמהימנה, ובתנאים מסוימים המפורטים במאמר. [↑](#footnote-ref-17)
18. ע"א 48-49 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סלטי** פ"ד ג 61, 65 (5.1.1950). [↑](#footnote-ref-18)
19. ע"א 7003/99 **מרינה נ' סהר חברה לביטוח בע"מ** פ"ד נו(1) 517, 525 (8.11.2001). [↑](#footnote-ref-19)
20. ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן** פ"ד סג(3) 577, 600-599 (23.2.2010) (להלן: "**עניין בלמורל**"). [↑](#footnote-ref-20)
21. עוד ראו: ע"א 9605/03 **יגלום נ' שר הבריאות** פ"ד נט(5) 278, 284 (14.2.2005); ע"א 211/63 **יחזקאל נ' קלפר** פ"ד יח 563, 572 (30.4.1964) (להלן: "**עניין יחזקאל**"); אליהו הרנון הכלל הפוסל עדות שמיעה- מה מקומו במשפט הישראלי **משפטים** ו (תשל"ה-תשל"ו) 73, 83; **בן דוד** חריג שיורי, 64; אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה 11, 2013) 307. [↑](#footnote-ref-21)
22. אליהו הרנון **דיני ראיות** חלק שני 228 (1985) (להלן: "**הרנון**"). [↑](#footnote-ref-22)
23. ראו הרנון, לעיל, הערה 22, 146-145: "**הנימוק העיקרי לאי קבילותה של עדות שמיעה הוא חוסר האפשרות לחקור את בעל האמרה חקירה שכנגד... אין צורך להסביר מה רבה החשיבות של החקירה שכנגד... בעדות שמיעה, האפשרות של חקירה שכנגד הרי נשללת לחלוטין. אין ערך רב לחקירת העד שבאמצעותו מוגשת עדות השמיעה. עד זה אינו נכנס לפרטים, אינו מיישב סתירות, איננו מבהיר נקודות סתומות או דו משמעיות; הוא יכול להצטמצם בתשובה אחת, שכך נמסרו לו הדברים ותו לא**". עוד ראו בן דוד חריג שיורי, 67-66; גיא בן דוד עדות מפי השמועה "כפולה" בהליך הפלילי- מעמדה בדין הישראלי, הקשיים בקבלת הדין הקיים והצעה לפיתרון, **דין ודברים** י"א (2018) 147, 153-152. [↑](#footnote-ref-23)
24. ראו הרנון 228: "**לא תתקבל הטענה שבשעת האמירה לא הייתה לו ההזדמנות "לחקור את עצמו"... רשאי המודה- שהוא כעת בעל דין- לעלות על דוכן העדים ולהסביר את אמרתו הקודמת**". [↑](#footnote-ref-24)
25. ע"א 8251/04 **דולב חברה לביטוח בע"מ נ' אייש** (פורסם בנבו, 6.9.2006), בסעיף 16. [↑](#footnote-ref-25)
26. ראו גם: אוריאל פרוקצ'יה לשאלת קבילותה של הרשעה פלילית במשפטים אזרחיים- תפקידה של חברת הביטוח **משפטים** ו (תשל"ה-תשל"ו) 610, 612, הערת שוליים 8 (להלן: "**פרוקצ'יה**"). [↑](#footnote-ref-26)
27. ע"א 135-59 **כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד יג 1172, 1174 (26.7.1959) (להלן: "**עניין כהן**"). עוד ראו: ע"א 190/56 **אל פתאח נ' אל עלי** פ"ד יא 1169 (23.9.1957); ע"א 285/80 **שיף נ' אליאסי** פ"ד לד(4) 752, 756 (3.9.1980, הנשיא שמגר, להלן: "**עניין שיף**"); ת"א (חיפה) 917-59**רוזנטל נ' דשנים וחומרים כימיים בע"מ** פסקים מחוזיים כ"ט 131, 137 (13.9.1961). [↑](#footnote-ref-27)
28. אמנם, הרנון (בעמוד 229) מפנה לעניין ע"א 373-54 **גורדון נ' נוימן** פ"ד י 1121, 1142 (25.6.1956) שם נאמר, שהודאה בהליך פלילי אינה קבילה בהליך אזרחי אלא אם הסכימו הצדדים להגשת הראיה; ובעניין ע"א 261-57 **בן שלום נ' דשתי** פ"ד יב 1409, 1411 (1.10.1958) חזר והפנה בית המשפט לדברים אלה, אולם הרנון מעיר שם בצדק, שבית המשפט לא מציין מניין שאב קביעה זו (**המנוגדת לפסיקה נרחבת** אחרת כמפורט למעלה) ולכן מעיר הרנון ביחס לפסיקה בעניין גורדון ודשתי כי "**דומה שאינה נכונה**". עוד ראו בפסק דין **רוזנטל** (לעיל, הערה 27), בעמוד 137, שציין, שפסקי הדין בעניין דשתי וגורדון "**הם בבחינת אמרת אגב, כי באותו המקרה לא התנגד הצד שכנגד לקבלת ההודאה כראיה**". [↑](#footnote-ref-28)
29. הגם, שאם הדבר יבוסס בראיות מדובר בטענה אפשרית- ראו בעניין **דולב**, לעיל, הערה 25, בסעיפים 18-16 לפסק הדין של השופטת נאור שם. [↑](#footnote-ref-29)
30. מקור הדברים בספר התרומות, שער מ"ב, , חלק א', סימן ו'. ראו גם אנציקלופדיה תלמודית, "הודאת בעל דין", עמודה תי"ב. [↑](#footnote-ref-30)
31. ראו גם: תלמוד בבלי, סנהדרין, כט, א. ראוי לציין, שבהתאם למשפט העברי, הודיית בעל דין מחייבת אף כאשר מדובר בהודיית חוץ (אלא אם כן מתקבלת כאמור טענת "משטה הייתי") ולא ניתן להביא ראיות לסתור את ההודיה לגוף העניין (ראו, תלמוד בבלי, בבא מציעא, ג, ב וברש"י שם, דיבור המתחיל "אינו בהכחשה"). עוד ראו בהתייחסות פסק דין **יחזקאל**, לעיל, הערה 21, למשפט העברי בעניין זה, בעמ' 572-571 לפסק הדין; הרנון 59; ברכיהו ליפשיץ הודאה בנפשות ובממונות על ספרו של אהרן קירשנבאום: "הרשעה עצמית במשפט העברי" **דיני ישראל** כ"ג (תשס"ה) 199, 208-203. מכל מקום, ממקורות ההלכה עולה, שהודאה במסגרת הליך משפטי (לרבות הליך משפטי אחר) הינה **בעלת תוקף "רציני" יותר**, באופן ששולל את האפשרות לקבל טענה שההודאה הייתה "לא רצינית" וללא כוונה לתת לה מעמד משפטי מחייב. [↑](#footnote-ref-31)
32. ראו לעיל, בסעיף 3 ובהערת שוליים 4. [↑](#footnote-ref-32)
33. ראו למשל: ע"א 71/85 **אריה חברה לביטוח בע"מ נ' בוחבוט** פ"ד מא(4) 327, 332 שעובדות כתב האישום שבהן הודה הנאשם מוגדרות כחלק מהכרעת הדין במשפט הפלילי הקבילה כראיה לכאורה במשפט אזרחי לפי סעיף 42א לפקודת הראיות. לאחרונה ראו דברים דומים בעניין ע"א 71/18 **הרשות הפלסטינית נ' בן שלום ז"ל** (פורסם בנבו, 10.3.2021), בסעיף 62. [↑](#footnote-ref-33)
34. השוו גם לדברי פרוקצ'יה, לעיל, ה"ש 26. [↑](#footnote-ref-34)
35. מדובר בתיקון לפקודת הראיות במסגרתו נחקק סעיף 42א לפקודה. הנשיא שמגר עומד שם על כך, שלאחר התיקון (וכאשר מדובר בהודיה העומדת בגדרי סעיף 42א לפקודה), אין עוד תוחלת לטענת נאשם, שההודיה הייתה מסויגת להליך הפלילי בלבד, שהרי בהתאם לסעיף 42א לפקודה הממצאים והמסקנות של בית המשפט בהליך הפלילי משמשים ראיה לכאורה במשפט האזרחי מכוח הדין (ולא רק על בסיס הדוקטרינה של הודאת בעל דין), וממילא הרשעה (גם על בסיס הודאה) בהליך פלילי משמשת ראיה לכאורה להליך האזרחי לכל עובדות כתב האישום שבהם הודה הנאשם. ראו שם. [↑](#footnote-ref-35)
36. **"הודיה פורמאלית אינה ראיה כלל, אלא היא מוציאה עובדה מתחום המחלוקת ופוטרת מן הצורך להוכיחה"** (עניין **בלמורל**, סעיף 31 לפסק הדין של השופט דנציגר). [↑](#footnote-ref-36)
37. ראו: ע"א 279/89 **הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' דמתי** פ"ד מז(3) 156, 164-163 (27.6.1993) (להלן: "**עניין דמתי**"); עניין **בלמורל**, סעיף 31 לפסק הדין של השופט דנציגר; קדמי, 1384-1383; **תקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984**, סעיפים 102, 104. [↑](#footnote-ref-37)
38. ראו: עניין **דמתי**, 163; ע"א 724/70 **חמדאן נ' יוסף** פ"ד כה(2) 785, 788 (17.11.1971); עניין **יחזקאל**, 577-573; ע"א 8425/02 **בדר נ' פארוק** פ"ד נח(2) 673, 675 (12.11.2003) (להלן: "**עניין בדר**"). [↑](#footnote-ref-38)
39. ראו: עניין **דמתי**, 164-163; עניין **בלמורל,** סעיף 32; עניין **כהן** 1174 (לגבי משקלה של הודיה בהליך פלילי במסגרת תביעה אזרחית שהוגשה לאחר מכן); עניין **דולב**, בסעיפים 18-16 לפסק הדין של השופטת נאור; עניין **בדר**, 676-675; קדמי, 1386-1385. [↑](#footnote-ref-39)
40. ראו **הרנון** 229: "**מותר לבעל דין שהודה... לתת לה הסבר שיתיישב עם טיעונו במשפט**". עוד ראו והשוו: תלמוד בבלי, בבא בתרא לא, א, ובפירוש רשב"ם שם, דיבור המתחיל עולא אמר ודיבר המתחיל ומודי עולא, שלדעת האמורא הארץ ישראלי עולא (שנפסקה להלכה בסוגיית הגמרא שם) קיימת אפשרות לבעל דין לפרש בדיעבד את הודייתו, אף באופן אחר מזה שבו השתמעה הודייתו מלכתחילה, ובלבד שאינו עוקר לגמרי את ההודיה ממשמעותה המקורית. עיינו שם. ראו גם, שולחן ערוך, חושן משפט, קמו, כד. [↑](#footnote-ref-40)
41. ראו: סעיפים 49-22 לבקשה מטעם אל על; סעיפים 43, 116-107 לבקשה מטעם בריטיש שטוענת, שבית משפט קמא "**הנמיך בהחלטה, באופן חסר תקדים את מידת ההוכחה... עד כדי העלים אותה כליל...**" (סעיף 110 לבקשתה); סעיפים 3, 62-55 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס. [↑](#footnote-ref-41)
42. מעניין לציין, שבארה"ב לא נבחנים סיכויי ההליך כתנאי נפרד לאישור התובענה הייצוגית. עם זאת סיכויי ההליך כן נבחנים במסגרת בקשות לסילוק על הסף. להרחבה ראו: אלון קלמנט רות רונן בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית **עיוני משפט** מב 2019 5, (להלן: "**קלמנט ורונן**"), בהערת שוליים 12 למאמרם, והאסמכתאות שם. [↑](#footnote-ref-42)
43. ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסייל** (פורסם בנבו, 22.9.2014), בסעיף 3 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות (להלן: "**עניין אולסייל**"). [↑](#footnote-ref-43)
44. רע"א 3489/09 **מגדל חברה לפיתוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ** פ"ד סו(1) 633, 654-653 (11.4.2013) (להלן: "**עניין מגדל**"). [↑](#footnote-ref-44)
45. עוד ראו: רע"א 9617/16 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר** (פורסם בנבו, 28.10.2018), בסעיף 16 (להלן: "**עניין לפינר**"); ע"א 7928/12 **אי.אר.אם טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ**, בסעיף 23 (פורסם בנבו, 22.1.2015). [↑](#footnote-ref-45)
46. ראו: תקנה 4(ב) **לתקנות תובענות ייצוגיות תש"ע- 2010** (להלן: "**תקנות תובענות ייצוגיות**").להרחבה בנוגע לטיבו של הנטל הראייתי הראשוני במסגרת בקשת לגילוי מסמכים בבקשת האישור, ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט הנכבד ביום 7.8.2020 בעניין רע"א 6646/19 **ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG** (ההליך תלוי ועומד), בסעיפים 122-113 לעמדה. העמדה פורסמה ב-https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/6646-19/he/6646-19.pdf. [↑](#footnote-ref-46)
47. ראו: רע"א 8649/17 **חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר**, בסעיף 20 (פורסם בנבו, 16.4.2018); רע"א 4841/18 **פרטנר תקשורת בע"מ נ' כרמי**, בסעיף 15 (פורסם בנבו, 12.8.2019). [↑](#footnote-ref-47)
48. ראו גם דברים דומים של כבוד הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ** (פורסם בנבו, 26.4.2010), בסעיף 10. [↑](#footnote-ref-48)
49. רע"א 4556-94 **טצת נ' זילברשץ** פ"ד מט(5) 774, 787 (26.5.1996). [↑](#footnote-ref-49)
50. אמנם, השופט פוגלמן היה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אולם נראה שדברים אלו לא היו במחלוקת, כעולה מפסק דינו של השופט דנציגר שם. [↑](#footnote-ref-50)
51. רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי** (פורסם בנבו, 5.7.2012), בסעיף 15 לפסק הדין של השופט ריבלין. [↑](#footnote-ref-51)
52. ראו גם בדברי כב' השופטת ברק ארז, עניין **מגדל**, סעיף 59; ובדברי כב' השופטת ברון בעניין **לפינר,** בסעיף 16. [↑](#footnote-ref-52)
53. אמנם, השופטת ארבל הייתה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אך נראה שדברים אלה אינם במחלוקת. ראו גם בסעיף 6 לפסק דינה של השופטת חיות שם. [↑](#footnote-ref-53)
54. בכלל זה הזכות המסויגת והמצומצמת לגילוי מסמכים בשלב זה (ראו סעיף 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות), הזכות המוגבלת לחקירת עדים, והיעדר זכות בשלב זה לשליחת שאלונים ודרישת פרטים נוספים או הודיות. [↑](#footnote-ref-54)
55. ראו: עניין **מגדל**: פסק דינו של השופט דנציגר, סעיפים 16-12 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **אולסייל**: סעיפים 41, 59 לפסק הדין של השופטת ארבל וסעיף 5 לפסק דינה של השופטת חיות; ע"א 2112/17 **גרסט נ' נטוויזן בע"מ** (פורסם בנבו, 2.9.2018), בסעיפים 37, 39, 41 לפסק הדין (להלן: "**עניין גרסט**"). [↑](#footnote-ref-55)
56. ראו: עניין **אולסייל**, בסעיף 99 לפסק הדין של השופטת ארבל וסעיף 6 לפסק דינה של השופטת חיות. [↑](#footnote-ref-56)
57. יצוין, כי פלינט וויניצקי (אביאל פלינט חגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 2017, 172-165), סבורים, שניתן להצביע על גישות שונות בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לטיב הנטל הנדרש לביסוס ראייתי של עילת התביעה בשלב האישור (פלינט וויניצקי עצמם סבורים, שיש לאמץ גישה מחמירה הדורשת בדיקה קפדנית של סיכויי התביעה (שם, 196-195)). ראו גם: קלמנט ורונן, 31-30. עם זאת יוער, שייתכן, שחילוקי הדעות בכמה פסקי דין (למשל בעניין אולסייל ובעניין מגדל שצוינו לעיל) לא נובעים בהכרח מגישות עקרוניות שונות, אלא ממחלוקת בין חברי ההרכב שם, ביישום העקרונות המוסכמים על הנסיבות הקונקרטיות. מכל מקום, נראה כי העקרונות שהוצגו למעלה, מקובלים ומוסכמים בפסיקת בית המשפט העליון. [↑](#footnote-ref-57)
58. ראו: עניין **גרסט**, סעיף 39; עניין **מגדל**, סעיף 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן. [↑](#footnote-ref-58)
59. כבוד השופטת ארבל אמנם הייתה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אך לא בעניין זה. [↑](#footnote-ref-59)
60. עוד ראו שם בעמוד 19: "**בית המשפט יכול- תוך הכרה בהטיה שפערי המידע יוצרים וניסיון לצמצם את השפעתם- להנמיך את רף ההוכחה שנדרש מהתובע**...". [↑](#footnote-ref-60)
61. כך, למשל, לדעת קלמנט ורונן (שם, 35-34), בתחום דיני העבודה, ככלל, רף ההוכחה צריך להיות נמוך יחסית, לאור פערי המידע המשמעותיים בין העובדים למעסיק, לאור מחסור בתמריצים לתביעה, ולאור צורך משמעותי בהרתעה לנוכח הפרות דין רווחות שגורמות נזק ממשי לעובדים. לעומת זאת, לגישתם (שם, 34-32), ביחס לתביעות ייצוגיות הנוגעות לסימוני מזון, יש מקום לרף הוכחה גבוה יותר, היות ולא קיימים פערי מידע משמעותיים הרלבנטיים לעילת התביעה, במקרים רבים מדובר בהפרות טכניות של הוראות הדין שלא גרמו נזק ממשי לקבוצה וכן, במקרים רבים, מדובר בתביעות בעלות בסיס משפטי רעוע. [↑](#footnote-ref-61)
62. כאמור שם, בקשת אישור בתחום זה מחייבת, ככלל, הגשת חוות דעת כלכלית. אף הוכחת הנזק בתביעות כאלה היא מאתגרת. כן ראו בעניין זה: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי דלות הסעדים ההגבליים- ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור **עיוני משפט** ל"ה (2012), 37-33, העומדים על הקשיים המיוחדים בהוכחת העילה והוכחת הנזק בתחום זה וכן עומדים על מאפייני השוק הישראלי כשוק קטן שמקשים גם הם על העניין, ולעיתים לא מתמרצים הגשת הליכים משפטיים בנושא. [↑](#footnote-ref-62)
63. עוד ראו: אמיר ישראלי כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" **משפטים** לז (תשס"ז) 131, הסבור כי "מוסד התובענה הייצוגית הוא הכרחי לאכיפתו הראויה של חוק ההגבלים העסקיים ושל הערכים שבבסיסו" (שם, עמוד 133), וכן: "אין די במנגנון האכיפה הפלילית... כדי להרתיע באופן אפקטיבי מפני עבירה על הוראות החוק... ביכולתה של התובענה הייצוגית ההגבלית לתרום באופן משמעותי לשינויו של מצב דברים זה... לתרום באופן משמעותי להרתעת עוסקים מפני ביצוע עוולות הגבליות... תובעים ייצוגיים עשויים לאכוף את החוק במקרים שבהם רשויות האכיפה בוחרות שלא לפעול, בין אם מאילוצי משאבים ובין אם משום הקשיים בהוכחת האשמה מעל לכל ספק סביר..." (140-138). [↑](#footnote-ref-63)
64. ראו: https://www.gov.il/he/Departments/General/claims. [↑](#footnote-ref-64)
65. **הצעת חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006**, ה"ח ממשלה 234, 26.1.2006, בעמוד 257. [↑](#footnote-ref-65)
66. חשיבות זו עולה גם מכך, שתחום התחרות הכלכלית הוא אחד התחומים הבודדים (יחד עם תחומי הגנת הצרכן וניירות ערך) שהוסדרה בעניינו האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות, עוד טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות (ראו: **חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס׳ 3), התשמ״ח-1998**, ס״ח 302, 306-305). בית משפט קמא עמד על כך בהחלטתו. ראו: סעיף 45 להחלטה. [↑](#footnote-ref-66)
67. היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לעמדתו שהוגשה לבית משפט זה בעניין **ר.ל.פ.י.** (לעיל, הערה 46) התלוי ועומד, שאף במסגרתה עמד על הקשיים העומדים בפני תובע מייצג בהוכחת קיומו של קרטל, לנוכח העובדה שהוא נעשה בחשאי, ובוודאי כשהוא נעשה בין תאגידים גדולים הפועלים מחוץ לגבולות המדינה (שם, בסעיפים 2, 14 לעמדה). הדברים שם נאמרו בהקשר של ניתוח ויישום דוקטרינת ההשפעות המקובלת בעולם (בנוגע לחברות זרות לקרטל שערכו תיאום מחירים אסור מחוץ לישראל, וביחס לשאלת חבותן הנוגעת למוצריהן שיובאו ונמכרו בישראל), ובנוגע לקביעת הרף הראייתי במסגרת בקשה לגילוי מסמכים בהליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ביחס לעמידה בתנאי דוקטרינת ההשפעות. ראו שם, בסעיף 116 לעמדה. יצוין כי בענייננו כאן, קבע בית משפט קמא (בסעיף 61 להחלטתו) **שאין צורך להידרש לדוקטרינת ההשפעות**, היות "שהקרטל העולמי בו עסקינן חל על שירותים הנוגעים לשוק הישראלי במישרין- שילוח של סחורות מישראל ואליה- וממילא ברור שלדיני התחרות הכלכלית הישראליים תחולה ביחס לעוסקים שפעלו בשוק הישראלי בתחום השילוח הבינלאומי והיו חלק מהקרטל ובראשם אל-על". [↑](#footnote-ref-67)
68. ע"א 6187/15 **פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' צולר** (פורסם בנבו, 28.5.2018), בסעיפים 38-37 לפסק דינה של כב' השופטת ברון. [↑](#footnote-ref-68)
69. ראו גם בהחלטת בית משפט קמא מיום 12.11.2013 (פורסמה בנבו), שם נקבעו קביעות דומות במסגרת החלטת בית המשפט לדחות את בקשת המבקשות לדחות על הסף את בקשת האישור. ראו שם, בסעיף 6ד להחלטה. [↑](#footnote-ref-69)
70. למען שלמות התמונה יצוין כי במסגרת תיקון מספר 10 לחוק התחרות (בשמו דאז חוק ההגבלים העסקיים) משנת 2007 (**חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007) התשס"ז-2007**, ס"ח 2077 (11.1.2007), בעמוד 78) נוסף לחוק סעיף 3א הקובע, שהוראת הפטור הקבועה בסעיף 3(7) לחוק **לא תחול כאשר לפחות אחד מהצדדים להסדר הכובל הוא מוביל באוויר ישראלי**. אלא, שתיקון זה לא חל בענייננו, היות והקרטל העולמי שבו עוסקת התובענה הייצוגית פעל בין השנים 2000-2006. [↑](#footnote-ref-70)
71. יצוין, שבהצעת החוק המקורית בעניין הוצע לדרוש את אישור השר. ראו: **הצעת**[**חוק ההגבלים העסקיים**](http://www.nevo.co.il/law/71600)**(תיקון מס' 2), תשכ"ג-1962-**  בסעיף 7 (ה"ח 530, 3.10.1962). אלא שבעקבות הדיונים בכנסת בהצעת החוק, הוחלט להמיר את הדרישה באישור השר לדרישה להודעה לשר (ראו: דברי הכנסת 37 (תשכ"ג), 6.8.1963, 2615). מכל מקום, דרישה זו היא **דרישה מהותית** כמפורט למעלה וכעולה מדברי הכנסת ומהפסיקה. [↑](#footnote-ref-71)
72. דברי הכנסת 37 (תשכ"ג), 6.8.1963, 2615, דיון **בהצעת**[**חוק ההגבלים העסקיים**](http://www.nevo.co.il/law/71600)**(תיקון מס' 2), תשכ"ג-1962-** בקריאה שנייה ושלישית. [↑](#footnote-ref-72)
73. בג"צ 47/83 **תור אויר בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים** פ"ד לט(1) 169, 181 (14.2.1985). [↑](#footnote-ref-73)
74. בהתייחס להסדר כובל בין המובילים הימיים חברי הקונפרנס EMTA. עמדת הממונה מיום 30.4.2003 מצ"ב כנספח **ג'**. [↑](#footnote-ref-74)
75. ראו למשל דנ"א 2591/14 **אפרתי נ' הרשות לזכויות ניצולי השואה במשרד האוצר** (פורסם בנבו, 6.4.2015), בסעיף 50. [↑](#footnote-ref-75)
76. ע"פ 7014/06 **מדינת ישראל נ' לימור** (פורסם בנבו, 4.9.2007), בסעיף 7. אמנם ההתמקדות שם הייתה בפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק, אולם נראה שהדברים המצוטטים למעלה בפסק הדין, מתייחסים באופן כללי לכלל החריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התחרות. [↑](#footnote-ref-76)
77. פרוטוקול דיון בוועדת העלייה הקליטה והתפוצות של הכנסת, 28.10.2008, בעמוד 14 (מפורסם באתר המרשתת של הכנסת). [↑](#footnote-ref-77)
78. ראו ביתר הרחבה לעיל, בסעיף 63 לעמדה זו. [↑](#footnote-ref-78)