



## בבית המשפט העליון

רע"א 729/04

ע"א 1043/04

רע"א 2368/04

בפני :  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל

המבקשת  
ברע"א  
729/04 :  
מדינת ישראל

המערערת  
בע"א  
1043/04 :  
קו מחשבה בע"מ

המבקשת  
ברע"א  
2368/04 :  
בזק בינלאומי בע"מ

נ ג ד

המשיבות  
ברע"א  
729/04 :  
1. קו מחשבה בע"מ  
2. בזק בינלאומי בע"מ

המשיבות  
בע"א  
1043/04 :  
1. בזק בינלאומי בע"מ  
2. מדינת ישראל

המשיבות  
ברע"א  
2368/04 :  
1. קו מחשבה בע"מ  
2. מדינת ישראל

ערעור ובקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-  
יפו בת.א 2298/01 מיום 13/01/2004 שניתן ע"י כב' השופטת ר' שטרנברג-  
אליעז

בשם קו מחשבה בע"מ  
(המערערת בע"א  
1043/04, משיבה 1  
ברע"א 729/04, משיבה 1  
ברע"א 2368/04):

עו"ד ל' דורון

בשם בזק בינלאומי  
בע"מ (המבקשת ברע"א  
2368/04, משיבה 2  
ברע"א 729/04, משיבה 1  
ברע"א 1043/04):

עו"ד צ' אגמון

בשם מדינת ישראל: עו"ד אמיר לוי; עו"ד גלי בהרב-מיארה

## פסק-דין

### השופט א' גרוניס:

1. שלושת ההליכים שבפנינו מוסבים על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטת ר' שטרנברג-אליעז) בבקשה שהגישה המערערת בע"א 1043/04 (להלן – התובעת) לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת ברע"א 2368/04 (להלן – בזק בינלאומי) ונגד המבקשת ברע"א 729/04 (להלן – המדינה).

רקע

2. בזק בינלאומי הוקמה ביום 1.6.96. מיום זה ועד יום 8.7.97 הייתה היא הגורם היחיד שסיפק בישראל שירותי טלפון בינלאומיים. התובענה שהגישה התובעת מתייחסת לתקופה זו. ביום 8.7.97 הצטרפו לשוק שיחות הטלפון הבינלאומיות שתי חברות נוספות. עם הצטרפותן לשוק החלו הן חברות אלה והן בזק בינלאומי לגבות מחירים הנמוכים בכ-80% מן המחירים שגבתה בזק בינלאומי עד אותה עת. תעריפיה של בזק בינלאומי בתקופה שאליה מתייחסת התובענה הוסדרו בתקנות שהתקינה שרת התקשורת, לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (החוק להלן – חוק הבזק; התקנות להלן – התקנות). צו שפרסמו שר האוצר ושרת התקשורת, לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (החוק להלן – חוק הפיקוח; הצו להלן – הצו), הפנה לתקנות (התקנות והצו פורסמו בקובץ התקנות 5763, מיום 18.6.96).

3. לאחר פתיחת שוק שיחות הטלפון הבינלאומיות לתחרות וירידת מחירי השיחות הגישה התובעת בקשה ראשונה לאישור תובענה ייצוגית, אשר כוונה נגד בזק בינלאומי בלבד (ת"א (מחוזי ת"א) 913/97). במסגרת אותה תובענה גרסה התובעת כי המחירים שנקבעו בתקנות היו מחירי מקסימום, וטענה כי היה על בזק בינלאומי לגבות מחירים נמוכים יותר. התובענה אושרה כייצוגית בבית המשפט המחוזי, תוך תיקון עילת התביעה. החלטה זו בוטלה בהסכמה בבית משפט זה, מן הטעם שלא הייתה לכאורה סמכות לבית המשפט המחוזי לאשר את התובענה כייצוגית תוך תיקונה (רע"א 6541/99). נשמרה לתובעת הזכות להגיש תובענה חדשה, וכך היא עשתה בהליך נשוא הערעור ובקשות רשות הערעור שבפנינו.

#### עילות התביעה

4. התובענה נגד בזק בינלאומי הושתתה, ראשית, על עילה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים). סעיף זה קובע, בסעיף קטן (א), כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". אין חולק, כי בתקופה אליה מתייחסת התובענה הייתה בזק בינלאומי בעלת מונופולין בתחום השיחות הבינלאומיות. בסעיף קטן (ב) של הסעיף האמור קבועה רשימת מקרים, בהם "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". פרט (1) ברשימה זו הוא "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". בתובענה נטען, כי בתקופה הרלוונטית קבעה בזק בינלאומי מחירים "בלתי הוגנים". לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, דינו של מעשה או מחדל בניגוד להוראות החוק "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]" (להלן – פקודת הנזיקין). עילה שנייה שנטענה בתובענה נגד בזק בינלאומי הייתה, כי בזק בינלאומי התעשרה שלא כדין, בניגוד להוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן – חוק עשיית עושר ולא במשפט).

5. באשר למדינה נטען, ראשית, כי היא אחראית ביחד עם בזק בינלאומי בעילה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, כדין "המשתף עצמו, מסייע, מיעץ או מפתח למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם" (סעיף 12 לפקודת הנזיקין). שנית נטען לעילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, על סמך העובדה שחלק מרווחיה של בזק בינלאומי הועברו למדינה. זאת, הן מכוח זכאות המדינה לתמלוגים לפי סעיף 54 לחוק התקשורת (בזק

ושידורים), התשמ"ב-1982, והן מכוח החזקותיה של המדינה בחברת האם של בזק בינלאומי, היא בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן – בזק ישראל). שליטת נטען, כי אותם תקבולים שקיבלה המדינה מבזק בינלאומי הריהם "מס" אשר נגבה שלא על פי חוק, בניגוד להוראת סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה.

6. כשהוגשה לראשונה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נטען, כי המחירים שנקבעו בתקנות היו מחירי מקסימום ולא מחירים מחייבים. טענה זו התקבלה על דעתו של בית המשפט בהחלטה הראשונה שאישרה את הגשת התובענה כייצוגית. כזכור, בוטלה החלטה זו על ידי בית המשפט העליון והתיק הושב לבית המשפט המחוזי. בשלב זה הוסכם על הכל כי המחירים שנקבעו בתקנות היו מחירים מחייבים ולא מחירי מקסימום. ברם, התובעת טענה כי תקנות אלה הותקנו בחריגה מסמכות, תוך שקילת שיקולים זרים ובחוסר סבירות קיצוני, ולפיכך בטלות הן. לעניין זה נטען, בין השאר, כי בזק בינלאומי השפיעה על הליכי התקנת התקנות. על כן גרסה התובעת כי התקנות אינן מסייעות להגנת הנתבעות.

החלטתו של בית המשפט המחוזי

7. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי, כי ירידת המחירים התלולה לאחר פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות מעידה לכאורה, כי מחירה של בזק בינלאומי עובר לאותה עת לא היו מחירים "הוגנים". נקבע, כי אפשר שהתובענה תיכשל בגין העובדה שמחירה של בזק בינלאומי הוסדרו בתקנות. ברם, לשיטת בית המשפט המחוזי, ראוי לברר את טענת התובעת לבטלות התקנות במסגרת הדיון בתובענה עצמה. בין השאר צוין, כי יש לכאורה ממש בטענת התובעת, לפיה בזק בינלאומי השפיעה על הסדרת מחירה בתקנות. בהחלטתו התייחס בית המשפט המחוזי לטענת הנתבעות, לפיה מחירה של בזק בינלאומי כללו מרכיב של "סבסוד צולב". לפי הטענה, המחירים שנקבעו לשיחות הטלפון הבינלאומיות נועדו לאפשר הוזלה של מחירי השיחות הפנים-ארציות. יצוין, כי שירות השיחות הפנים-ארציות הופעל באותה תקופה על ידי בזק ישראל. בית המשפט המחוזי קבע כי שיקול הסבסוד הצולב ראוי הוא, אך כי לא עלה בידי הנתבעות להוכיח שהשיקול בא לידי ביטוי בפועל.

אשר לתובענה נגד המדינה נקבע, כי זו נעדרת עוגן פרוצדורלי: התובענה התבססה על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ברם, בעניין א.ש.ת. נשללה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית "במתכונתה המודרנית" על סמך תקנה זו (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד

נז(3) 220 (2003) (להלן – רע"א א.ש.ת.); כן ראו, דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005)).

8. בחלק האופרטיבי של החלטתו קבע בית המשפט המחוזי, כי התקיימו התנאים לאישור התובענה כייצוגית, לגבי קבוצת הצרכנים ששילמו עבור שירותי התקשורת הטלפונית שסיפקה בזק בינלאומי בתקופה אליה נוגעת התובענה. מכאן שלכאורה, התקבלה במלואה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. ברם, מנימוקי ההחלטה עולה, כמתואר, כי דין הבקשה היה להידחות ככל שמדובר בתובענה נגד המדינה. על כן תוקפים שלושת הצדדים שבפנינו את החלטתו של בית המשפט המחוזי: בזק בינלאומי משיגה בבקשת רשות הערעור שהגישה על קבלת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית ביחס אליה. התובעת משיגה על הקביעה, בנימוקי ההחלטה, כי אין מקום לתביעה נגד המדינה, וסבורה כי יש לאשר את התובענה הייצוגית במלואה. ואילו בקשת רשות הערעור מטעם המדינה הוגשה "למען הזהירות", שמא אושרה התובענה הייצוגית גם ביחס אליה. עוד נוגעת בקשת רשות הערעור מטעם המדינה להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 13.1.04, לאשר לפרסום נוסח הודעה בדבר אישור התובענה הייצוגית. לאור התוצאה אליה נגיע בהמשך, אין צורך להידרש להחלטה זו.

9. לאחר הגשת הערעור ובקשות רשות הערעור נכנס לתוקף חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות). הוראותיו של חוק זה חלות גם על ההליכים שבפנינו (ראו, רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ (לא פורסם, 14.12.06)). הצדדים הגישו השלמות טיעון לעניין השלכותיו של החוק על ההליכים.

הערת פתיחה ומתווה להכרעה

10. עסקינן בבקשה לאישור התובענה כייצוגית. הליך זה אינו המקום לבירור התביעה עד תום. הוא תואר כ"פרוזדור באמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט (5) 774, 787 (1996)). ברם, "ראוי לעבור פרוזדור זה בזהירות מרובה וליתן את הרשות רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים..." (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713, 720 (1998) (להלן – עניין עיזבון גת)). בין התנאים הדרושים לאישור תובענה ייצוגית נמנה התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או

משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

בית המשפט המחוזי הותיר את בירורן של שאלות שונות שמעוררת התובענה למשפט גופו. אולם כבר נאמר, כי "על מנת להשתכנע כי, לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים" (ע"א 6343/95 אבנר נפוט וגז בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 118 (1999); כן ראו, ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 327-329 (1997); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 291 (2001); ע"א 1509/04 וולט נ' Chrysler Corporation, פסקאות 13-14 (לא פורסם, 22.11.07)). בחינה מעמיקה של סיכויי הצלחת התובענה היא מלאכה רבת-חשיבות. יש לזכור, כי הכלי של תובענה ייצוגית הוא רב-עוצמה. בצד היתרונות של כלי זה, לא ניתן להתעלם מכך שעצם אישורה של בקשה להגיש תובענה ייצוגית עשוי ליצור לחץ כבד על הנתבע. על כן, קיים צידוק רב שכבר בשלב הדיון בבקשת האישור יידרש בית המשפט לבחון את הסוגיה של זכות לכאורה וסיכויי ההצלחה (השוו ביקורת מלומדים על הדין האמריקאי, בו אין עילת התובענה הייצוגית נבחנת בחינה מהותית בשלב אישור התובענה: Bartlett H. McGuire, *The Death Knell for Eisen: Why the Class Action Analysis Should Include an Assessment of the Merits*, 168 F.R.D. 366 (1996); Robert G. Bone & David S. Evans, *Class Certification and the Substantive Merits*, 51 Duke L.J. 1251 (2002)). על כן, נדרשים אנו להיכנס לעובי הקורה ולבחון בחינה מהותית אף את עילות התביעה בעת הדיון בבקשת האישור. המתווה לבחינה זו יהיה כדלהלן: תחילה נבדוק האם יכולות עילות התביעה נגד בזק בינלאומי להצליח בהנחה שהתקנות תקפות הן. על שאלה זו נשיב בשלילה, ועל כן נבחן בהמשך האם יש לקבל את טענתה של התובעת לבטלות התקנות. לבסוף נבחן האם צולחת התביעה נגד המדינה משוכות שונות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות.

האם תלויות עילות התביעה בקביעה בדבר בטלות התקנות?

11. התובענה נגד בזק בינלאומי מיוסדת בראש ובראשונה על סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 50 לאותו חוק קובע, כי מעשה בניגוד להוראות החוק דינו "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין". ואולם, טוענת בזק בינלאומי, כי אף אם נניח שמתקיימים הרכיבים השונים של סעיף 29א, חלה על העניין הוראת סעיף 6 לפקודת הנזיקין. סעיף זה קובע, כי –

"בתובענה שהוגשה על עוולה, חוק מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, 'מעשה' – לרבות מחדל".

בהנחה שסעיף זה חל על העניין, ובהנחה שהתקנות תקפות הן, הרי שבזק בינלאומי גבתה את המחירים "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן". בהתקיים הנחות אלה קמה לה, איפוא, הגנתו של סעיף 6. זאת, אף מבלי להידרש לעת הזו לסיפא של הסעיף (אליו נתייחס בהמשך הדברים). לטענת התובעת, סעיף 6 אינו חל בענייננו. לשיטתה, הדוקטרינה הקבועה בסעיף נוגעת לעוללות המוגדרות בפקודת הנזיקין, ואינה חלה מקום שמדובר, כבענייננו, בעוולה ה"מיובאת" לפקודת הנזיקין מחוק ההגבלים העסקיים.

אין לקבל טענה זו. תחילה נציין, כי בעניין עזבון גת הניח בית משפט זה, כי הוראת סעיף 6 חלה על עוולה המיובאת לפקודת הנזיקין מחיקוק אחר. באותו מקרה הוגשה תובענה נגד בזק ישראל, בגין שיטת חישוב תשלום שנקטה. שיטת החישוב נקבעה בתקנות. התובענה התבססה על חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הצרכן). סעיף 31(א) לאותו חוק מורה, כי מעשים מסוימים דינם "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין". בית המשפט קבע, כי "לא ניתן לתקוף ישירות את בזק על התעריף המונהג, שכן, פעולתה חוסה תחת כנפי התקנות ולכאורה מוגנת היא מפני תביעה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע כי פעולה על פי חיקוק תהווה הגנה טובה..." (עמ' 717).

12. השאלה העיונית בדבר תחולתם של הסדרי פקודת הנזיקין על עוללות ה"מיובאות" לפקודה נדונה בהרחבה בעניין ברזני (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003); וראו, ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001)). השאלה שהתעוררה באותו עניין הייתה, האם חל סעיף 64 לפקודת הנזיקין על עוולה המיובאת לפקודה מחוק הגנת הצרכן. דעתו של השופט מ' חשין הייתה, כי העוולה המיובאת "משימה עצמה כאחת מן העוללות הילידות שבפקודת הנזיקין, וממילא חלים עליה לכאורה – ובמלואם – עיקרי היסוד והדוקטרינות שבפקודת הנזיקין באותה מידה ובאותה עוצמה שחלים הם על העוללות הילידות" (עמ' 409). לחוות דעתו של השופט מ' חשין הצטרפו רוב חברי ההרכב. לפי גישה זו ברור, כי גם על העוולה המיובאת לפקודת

הנזיקין מסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים יחולו הדוקטרינות הקבועות בפקודה, וביניהן הוראת סעיף 6 לפקודה (וראו עוד, ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation<sup>1</sup> חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393, 441-440 (1985) (השופט א' ברק); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 73 (1992) (השופט מ' חשין); י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (השופט מ' חשין) 73-83 (ג' טדסקי עורך, מהדורה שניה, 1976) (להלן – תורת הנזיקין הכללית)).

13. נציין, כי חלק משופטי ההרכב בעניין ברזני הביעו דעות המצמצמות את תחולתן של דוקטרינות הקבועות בפקודת הנזיקין על עוולות המיובאות אליה. כך, השופט (בדימוס) ט' שטרסברג-כהן סברה, כי עילת תביעה המיובאת לפקודה "אינה חופפת עולה אלא תואמת עולה במובן זה שהיא מחילה על אותו מעשה או מחדל דוקטרינות שבפקודת הנזיקין... עילה זו... היא עצמאית במהותה, ועליה להתפרש מתוכה היא, במסגרת התכלית שלמענה נוצרה, תוך התייחסות לדוקטרינות האמורות..." (עמ' 437-438). כעולה מדברים אלה, אף לפי הדעה המצמצמת יחולו הוראות מסוימות הקבועות בפקודת הנזיקין על עוולות המיובאות לפקודה (וראו דברי השופט א' מצא שם, בעמ' 446-447). אינני רואה סיבה שלא תימנה הוראת סעיף 6 לפקודה בין הוראות אלה. הגיונו של סעיף 6 ברור, והוא כי "המחוקק, המוסמך להפוך מעשה מותר לאסור, מוסמך גם להפוך מעשה אסור למותר" (תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 302). לשון אחרת, אין זה מתקבל על הדעת כי הדין יורה בידו האחת על ביצוע מעשה או מחדל, ובידו השנייה יטיל בגינו אחריות אזרחית. רציונאל זה נכון הוא לא פחות כאשר מדובר בעוולות הקבועות מחוץ לפקודת הנזיקין.

הוראת סעיף 6 לפקודת הנזיקין חלה, איפוא, על עוולות המיובאות לפקודה, וביניהן זו הקבועה בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. כאמור לעיל, סעיף 6 מספק לנתבעות הגנה מפני התובענה דנא, אם התקנות תקפות הן. כלומר, עילת התביעה שיסודה בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים תלויה בקביעה כי התקנות בטלות.

14. התובעת מבקשת לייסד את תביעתה נגד בזק בינלאומי גם על הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט. ביחס לעילה מכוח חוק זה נגד המדינה קבע בית המשפט קמא, כי היא נעדרת עוגן פרוצדורלי (על פי המצב המשפטי שקדם לחוק תובענות ייצוגיות). דומה שכיום העילה, ככל שמדובר בבזק בינלאומי, באה בגדרי הפרט הראשון בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, היינו "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם

לאו". לגבי המדינה ייתכן שהעילה באה, מן ההיבט העקרוני, בגדר תביעה נגד רשות להשבת מס שנגבה שלא כדין (לפי פרט 11 לתוספת השניה בחוק תובענות ייצוגיות).

15. העיקרון הכללי הקבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט הוא, כי "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה". החבות לפי הוראה זו תלויה בקיומם של שלושה תנאים: קבלת טובת הנאה; שלא על פי זכות שבדין; שבאה מאדם אחר (ראו, ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 275 (1988) (השופט א' ברק); ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה (5) 297, 319 (1991)). הקושי הבולט העומד בפני התובעת במקרה דנא נעוץ ברכיב השני מבין השלושה, קרי, בכך שטובת ההנאה התקבלה שלא על פי זכות שבדין (ראו, דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 80-86 (מהדורה שניה, 1998)). שכן, ברור שאם בזק בינלאומי גבתה מחיר שמחובתה היה לגבותו על פי התקנות, הרי הגבייה הייתה על פי זכות שבדין. משמע, גם עילת התביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט אינה יכולה להצליח, אלא אם ייקבע כי התקנות בטלות.

סיכומו של דבר, הוא ששתי עילות התביעה נגד בזק בינלאומי אינן יכולות להצליח אלא אם ייקבע שהתקנות בטלות הן. נפנה, איפוא, לבחינת טענות התובעת לבטלות התקנות.

#### תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית

16. הטענה לבטלות התקנות מועלית במסגרת הליך אזרחי. מדובר בתקיפת התקנות ב"תקיפה עקיפה", בה מוסמך בית המשפט לדון מכוח ה"סמכות הנגזרת" הקבועה בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט) (ראו במיוחד, ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצ'ינסקי, פ"ד טו 705 (1961); ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחון, פ"ד כג(2) 398 (1969) (להלן – עניין טחון); יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 19 ואילך (הדפסה שלישית, 1987) (להלן – השפיטה בעניינים מינהליים)). לטענת הנתבעות, אין לאפשר תקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית. הטעם העיקרי לטענה הוא, כי בדרך כלל תחולתה של הכרעה בתקיפה עקיפה היא "לצורך אותו ענין" (סעיף 76 לחוק בתי המשפט; ראו השפיטה בעניינים מינהליים, עמ' 47-48). לעומת זאת, כאשר מדובר בתובענה ייצוגית, תחול ההכרעה

על כל הקבוצה הרלוונטית. לפי הטענה, יש לייחד את התוצאה של תחולה כללית להליך של תקיפה ישירה, למשל בבית המשפט הגבוה לצדק או בבית המשפט לעניינים מינהליים (השוו, רע"א א.ש.ת., בעמ' 272-274 (השופטת ד' ביניש)).

17. האפשרות לתקוף תקנות על דרך תקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית עלתה בעניין עזבון גת. שם נאמר, כי "גם אם נסבור כי ניתן לתקוף את התקנות בתקיפה העקיפה בדרך של תובענה ייצוגית המוגשת נגד בזק, תהיה מסקנתי כי לא היה מקום לאשר את הגשת התובענה הייצוגית בענייננו" (עמ' 717; כן ראו, ע"א 3613/97 אזור נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 806-807 (2002)). גם במקרה הנוכחי, אפילו אם התובעת רשאית לתקוף את התקנות בתקיפה עקיפה, לא תוכל התובענה להצליח, כפי שיוסבר בהמשך. עם זאת אעיר, כי נוטה אני לדעה שבמקרים המתאימים ניתן יהיה לתקוף מעשה מינהל בתקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית. אפשר שדוגמה לכך היא מקום שלא פתוחה בפני התובע אפשרות של תקיפה ישירה. כך הדבר בענייננו, שכן התקנות כבר בוטלו. נזכיר, כי הנטייה להיעתר לתקיפה עקיפה גוברת מקום שהיא נוגעת לתקנות בעלות תחולה כללית, להבדיל ממעשה מינהלי פרטני (ראו, רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 648 (2000) (להלן – עניין הראל); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 859-869 (2003) (להלן – עניין אקונס) (השופטת מ' נאור); בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פסקה 20 (לא פורסם, 9.9.07)). ניתן להניח כי ככלל, כבענייננו, תתייחס תקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית למעשה מינהלי בעל תחולה רחבה.

האם התקנות בטלות?

18. עמדת התובעת לפיה התקנות בטלות נשענת על הנימוקים העיקריים הבאים: ראשית, נטען שהסמכות המוקנית לשרים בחוק הפיקוח מוגבלת לקביעת מחירים המתאימים לאלה שהיו נקבעים בתנאי שוק תחרותי. לשיטת התובעת, המחירים שנקבעו בתקנות היו גבוהים משמעותית ממחירי שוק תחרותי. על כן נטען שהתקנות הותקנו בחוסר סמכות. שנית, נטען שהתכלית שעמדה ביסוד התקנות הייתה גריפת "רווחים מונופוליסטיים" עבור בזק בינלאומי. מדובר, לפי הטענה, במעשה של "הסוואה חקיקתית" (כך בפי התובעים), בו שימש מחוקק המשנה אמצעי לקידום טובת העסקית של בזק בינלאומי. על כן נטען שהתקנות הותקנו תוך שקילת שיקולים זרים. שלישית, נטען שהתקנות קבעו מחירים גבוהים עד כדי כך, שהן לוקות בחוסר סבירות קיצוני.

19. אכן, קשה שלא להביע תמיהה נוכח הירידה הדראסטית במחירי שיחות הטלפון הבינלאומיות לאחר פתיחת השוק לתחרות. הדבר מעורר את השאלה האם לא ניתן היה לקבוע מחירים ראויים יותר בעבר. בהקשר זה נציין, כי הממונה על ההגבלים העסקיים הגיש לבית משפט קמא עמדה, בה טען כי בידיו ראיות המוכיחות שבזק בינלאומי החליטה בעצמה שלא להוריד את תעריפיה בתקופה הרלוונטית לתובענה הייצוגית. ממסמכים שונים אליהם הפנתה התובעת עולה, כי הייתה נכונות מצד משרד התקשורת להפחתת מסוימת של התעריפים והדבר נאמר לבזק בינלאומי, אולם היא בחרה לא לפעול בכיוון זה. ברם, בסופו של יום קשה לקבל את הטענה לבטלות התקנות, על ראשיה השונים. תחילה נזכיר, כי עסקינן בדבר חקיקת משנה. התקנות הותקנו על ידי שרת התקשורת, חלקן בהתייעצות עם שר האוצר וחלקן בהסכמתו. הצו הוצא על ידי שני השרים יחד, תוך אימוץ החלטת ועדת המחירים. חלק מן התקנות אושרו על ידי ועדת הכספים של הכנסת. עובר לחקיקת התקנות התכנסו ועדות מקצועיות שונות אשר דנו בנושא והמליצו המלצותיהן (ובפרט ועדת שורר, אשר סיימה מלאכתה בנובמבר 1993). יש לזכור, כי היקף ההתערבות השיפוטית בתקנות מעין אלה הינו מצומצם במיוחד (ראו למשל, בג"ץ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו נ' שר הפנים, פ"ד מא(1) 172, 757 (1987); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 172 (1993)).

20. עתה נפנה לגופן של הטענות לבטלות התקנות. נפתח בטענה לפיה התקנות שימשו מסווה לקידום האינטרסים העסקיים של בזק בינלאומי. מדובר בטענה מרחיקת לכת שצריכה להתמודד עם חזקת התקינות המינהלית. חזקה היא, כי הרשות מפעילה את שיקול דעתה באופן תקין, שוקלת את השיקולים הרלוונטיים להחלטותיה ודוחה את אלה שאינם רלוונטיים (השוו, בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 37-35 (1990); בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים, פסקה 43 (לא פורסם, 3.6.08)). על המבקש לסתור חזקה זו לבסס טענותיו בראיות של ממש (השוו, יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 297-307 (1993)). במקרה דנא, הראיות שהביאה התובעת בהחלט אינן מבססות מסקנה בדבר "הסוואה חקיקתית". חלקן המכריע של הראיות עניינן החלטות של בזק בינלאומי שלא לפעול להפחתת מחיריה. על אלה נוספות ראיות לפיהן נמסר לבזק בינלאומי מטעם משרד התקשורת, כי אם תגיש בזק בינלאומי בקשה להפחית את מחיריה, המשרד לא יתנגד. קשה לראות באלה עדות למעורבות של שיקולים זרים מצד הרשויות בתהליך התקנת התקנות, אפילו לא הייתה התנהלותן של הרשויות כליל השלמות. אין מקום

שלא להניח שהתקנות הותקנו על יסוד שיקולים כשרים, גם אם בזק בינלאומי לא ראתה סיבה לפעול לשינויין, וגם אם בשלב מסוים היה משרד התקשורת פתוח לשקילה מחודשת של ההסדרים שנקבעו.

21. באשר לטענת התובעת לגבי פרשנותו של חוק הפיקוח: קשה לקבל את התיזה לפיה מוגבלת סמכות השרים מכוח החוק לקביעת מחירי שוק תחרותי דווקא. ברור, שתכלית מרכזית של החוק היא ההגנה על צרכנים בתנאי מונופול (ראו סעיף 6(א) לחוק, ואת דברי ההסבר להצעת החוק – הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ו-1995, ה"ח 136, 144-145). יחד עם זאת, הדעת נותנת כי לעתים ראוי שגורמים נוספים, מלבד השאיפה למחירי תחרות חופשית, ישפיעו על המחירים המפוקחים. למשל, לעתים ייזוק ציבור הצרכנים ממחירים נמוכים המוצעים לו על ידי מונופול בטווח הקצר, שכן אלה עלולים לגרום לדחיקת מתחרים מן השוק (השוו, בקשר לסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, רע"א 2616/03 ישראל כרם בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 711-713 (2005) (להלן – עניין רייס); מיכל (שיצר) גל "גביית מחירים מונופוליסטיים – ניצול מעמד לרעה?" (הרצאה שניתנה בכנס באוניברסיטת חיפה ביום 8.1.04)). בנסיבות אלה, טובת ציבור הצרכנים עשויה להיות דווקא בכבילת בעל המונופול למחירים גבוהים. גם שיקולים נוספים עשויים להביא להעדפת מחירים שאינם מחירי שוק תחרותי. למשל, בענייננו קבע בית המשפט המחוזי, כי משרד התקשורת רשאי היה לשקול את השאיפה לסבסוד בסבסוד צולב את מחירי השיחות הפנים-ארציות (אלא שלא הוכח שכך נעשה בפועל). על כן, אף אם נניח שמחיריה של בזק בינלאומי בתקופה הרלוונטית היו גבוהים ממחירי שוק תחרותי, אין פירוש הדבר כי התקנות שקבעו את המחירים הותקנו בחריגה מסמכות.

22. טענת התובעת הנטועה ישירות בגובהם של המחירים הקבועים בתקנות מעוררת התלבטות. כאמור, לא ניתן להתעלם מן הפער בין מחירים אלה לבין המחירים שגבו בזק בינלאומי ומתחרותיה לאחר שנפתח השוק לתחרות. ברם, ירידת מחירים בעת פתיחת השוק לתחרות אינה מעידה כשלעצמה על גריפת רווחים מונופוליסטיים עובר לפתיחת השוק. יכולות להיות סיבות שונות לירידת מחירים כזו, כגון שימוש במחירי "חדירה לשוק" (ראו, עניין רייס, בעמ' 710, 713-715). ועוד, כעולה מדברים שכבר נאמרו, גם מחירים הגבוהים במובהק ממחירי שוק תחרותי עשויים היו להיות ראויים במקרים מסוימים, בעיקר נוכח השאיפה להקל על כניסת חברות חדשות לשוק (כזכור, הטענה לסבסוד צולב נדחתה עובדתית על ידי בית משפט קמא). על כן הייתי נוטה, בסופו של יום, לדחות גם את הטענה לבטלות התקנות בעילת חוסר סבירות קיצוני. אך

אפילו היינו מקבלים את עמדת התובעת כי התקנות לוקות בחוסר סבירות קיצוני, לא היה בכך כדי לסייע לתובעת במישור הסעד, כפי שיוסבר עתה.

#### בטלות יחסית

23. בימים עברו מקובל היה, כי פגמים מסוימים במעשה מינהלי, ובמיוחד הכוונה לפגם של חריגה מסמכות, מובילים בהכרח לבטלותו המלאה (ראו למשל, ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577, 583-584 (1970)). עם השנים התפתחה בפסיקה הלכה, לפיה יש להבחין בין שאלת קיומו של פגם במעשה מינהלי לבין שאלת התוצאות שיש לייחס לפגם זה (למשל, בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, 194-195 (1996) (השופט י' זמיר); רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 719-720 (1998)). את תוצאות הפגם יש להתאים בכל מקרה ומקרה לנסיבותיו ולמאפייניו המיוחדים. בין הנתונים שיש להביאם בחשבון נמנים חומרת הפגם במעשה המינהלי, אופן תקיפתו (תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה), מועד התקיפה, הנזק שנגרם כתוצאה מן המעשה המינהלי והנזק שעלול להיגרם כתוצאה מביטולו (ראו למשל, בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305-307 (1994); בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 308-309 (2004)).

24. התובעת מבקשת כי התקנות ייראו כבטלות, באופן שיאפשר קבלת תביעתה נגד בזק בינלאומי. ברם, שיקולים שונים מביאים למסקנה כי יש להימנע מתוצאה זו, אף אם נניח שאכן נפל פגם בתקנות. כוונתי לשיקולים הבאים:

ראשית, חומרת הפגם בתקנות אינה רבה. כפי שפורט, אין בהכרח פסול בעצם העובדה שנקבעו בתקנות מחירים הגבוהים ממחירי תחרות, בהנחה שכך אירע. אף לא הוכח שהרשויות הרלוונטיות ראו לנגד עיניהן את טובתה של בזק בינלאומי ולא את טובת הציבור. לכל היותר ייתכן שנקבעו בתקנות מחירים גבוהים מדי, מבחינה אובייקטיבית.

שנית, יש לייחס משקל לאופן תקיפת התקנות ולמועד התקיפה, קרי, תקיפה עקיפה, לאחר שפג תוקפן של התקנות (ראו, למשל, עניין הראל, בעמ' 648; עניין אקונס, בעמ' 859-860). אמנם, קשה לבוא בטענות לתובעת על כך שלא תקפה את התקנות בתקיפה ישירה בתקופת תחולתן, היינו, טרם פתיחת השוק לתחרות. זאת, הואיל ולשם הגשת תביעה כזו הייתה נדרשת מלאכת הכנה מקצועית מורכבת. אף על פי כן, אופי ומועד התקיפה מקשים על היעדרות לסעד אותו מבקשת התובעת. סעד של השבת כספים שנגבו על פי התקנות הוא מרחיק לכת, וזאת בהשוואה למשל לסעד המונע המשך גביית הכספים לעתיד. נציין, כי בעניין טחן חויבה הנתבעת בתשלום כספים שהגיעו לתובע משנתברר, בדיעבד, שהעסקתו הופסקה שלא כדין. ברם, באותו מקרה הייתה הנתבעת הרשות עצמה, היא זו שפעלה שלא כדין ופעולתה הוכרזה כבטלה. לעומת זאת, במקרה דנא מבקשת התובעת החזר תשלומי עבר, על סמך החלטה בדבר בטלות מעשה מינהלי, כלפי נתבע שאינו הרשות עצמה. כאמור, מדובר בסעד מרחיק לכת, ובמיוחד הדבר כך משעסקינן בתובענה ייצוגית.

שלישית, וברוח דומה, לא ניתן להתעלם ממידה של אי-צדק כלפי בזק בינלאומי שטמונה בסעד לו עותרת התובעת. בזק בינלאומי גבתה מחירים שנקבעו בתקנות, שהיו לכאורה כשרות ומחייבות. על כן תהיה זו תוצאה לא פשוטה, אם בחלוף הזמן תידרש היא להשיב את הכספים שקיבלה על פי הוראת התקנות, אשר עליהן היא סמכה (לעניין התחשבות בהסתמכות על מעשה מינהלי או חקיקתי בטל, ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 43 (2004); דנג"ץ 1376/05 ארגון אלמנות ויתומי צה"ל נ' שר הבטחון, פסקה 6 (לא פורסם, 11.1.06)). ועוד יש לומר, כי כאשר רגולציה נוטלת מגוף מסחרי את האפשרות לקבוע את מחיריו, תהיה זו בדרך כלל תוצאה מוזרה אם אותו גוף יידרש בדיעבד להשיב כספים שגבה מן הנימוק שמחיריו היו גבוהים מדי.

שיקולים אלה מביאים למסקנה, כי אפילו היינו מקבלים את הטענה לבטלות התקנות, לא היה מקום לראותן כבטלות ביחס לבזק בינלאומי, לעניין הענקת הסעד הכספי אותו מבקשת התובעת.

טענות הגנה נוספות

25. נזכיר בקצרה שתי טענות הגנה נוספות שבפי בזק בינלאומי, אשר בהן איננו נדרשים להכריע. כל אחת מטענות אלה משמעותה, כי אפילו אם נראה את התקנות

כבטלות לכל דבר ועניין, לא ניתן יהיה לקבל את התובענה נגד בזק בינלאומי. הטענה הראשונה נוגעת לתוכנו של סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. שם מדובר, כזכור, ב"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים" (ההדגשה הוספה). טוענת בזק בינלאומי, כי אפילו אם נניח שהתקנות בטלות הן לכל דבר, לא ניתן לומר שבזק בינלאומי היא שקבעה את המחירים, שכן אלה נקבעו על ידי מחוקק המסנה. לשיטת התובעת, לעומת זאת, ניתן לראות בבזק בינלאומי כמי שקבעה את המחירים. זאת, מכוח אותה טענה ל"הסוואה חקיקתית", היינו, הטענה לפיה התקנות הותקנו בהכוונתה של בזק בינלאומי ולשם קידום טובתה. כאמור, איננו נדרשים להכריע בכך, אך נציין, כי קשה להעלות על הדעת מקרה כה קיצוני בעובדותיו עד כדי שנייחס מעשה חקיקה לגורם פרטי שפעל לקידומו.

26. טענת ההגנה הנוספת שראוי לציין, אך אין צורך להכריע בה, נוגעת לסיפא של סעיף 6 לפקודת הנזיקין. שם נקבע, כזכור, כי תקום לנתבע הגנה לגבי מעשה שנעשה "מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית", ואפילו הייתה אמונה זו מוטעית. לשיטתה של בזק בינלאומי, גם הוראה זו אמורה לפטור אותה מאחריות, אפילו אם התקנות בטלות לכל דבר. התובעת סבורה, מנגד, כי אין לומר שהייתה לבזק בינלאומי אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית. נראה שלא קל יהיה לבסס עמדה זו.

27. לסיכום דיוננו באחריותה של בזק בינלאומי: תנאי לקיומה של עילת תביעה לפי חוק ההגבלים העסקיים ולפי חוק עשיית עושר ולא במשפט הוא שהתקנות בטלות הן. התנאי נדרש לעניין העילה לפי חוק ההגבלים העסקיים, נוכח הוראת סעיף 6 לפקודת הנזיקין. כך הוא אף לגבי העילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, לאור התנאי בחוק זה המדבר על התעשרות "שלא על פי זכות שבדין". כאמור, קשה לקבל את הטענה לבטלות התקנות, על ראשיה השונים. אפילו הייתה הטענה מתקבלת, לא היה מקום לראות את התקנות כבטלות ביחס לבזק בינלאומי במונח הנחוץ לתובענה, קרי, כך שבזק בינלאומי תחויב להשיב כספים שקיבלה על סמך התקנות. המסקנה היא כי באשר לתובענה נגד בזק בינלאומי, אין אפשרות סבירה שידם של התובעים תהיה על העליונה בשאלות הנחוצות להכרעה. נפנה עתה לבחינת אחריותה של המדינה.

28. עילת התביעה נגד המדינה מבוססת, כזכור, על אלה: נטען, כי המדינה אחראית יחד עם בזק בינלאומי בעילה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, כדין "משתף ומשדל" (ככותרתו של סעיף 12 לפקודת הנזיקין). כאן מתהפכות היוצרות, והתובעת היא שטוענת לתחולתה של דוקטרינה הקבועה בפקודת הנזיקין על העוולה המיובאת לפקודה מחוק ההגבלים העסקיים. עוד טוענת התובעת, כי המדינה התעשרה שלא כדין, וכי תשלומים שהועברו מידי בזק בינלאומי לידי המדינה מהווים "מס" שנגבה שלא על פי חוק.

יש לדחות טענות אלה. קשה לקבל שניתן לראות בכספים ששילמו צרכנים לבזק בינלאומי, כולם או מקצתם, משום מס. ברם, אפילו היינו מתייחסים לסכומים אלה כאל מס, מדובר היה ב"תביעת השבה נגד רשות", כהגדרתה בסעיף 9(א) ובפרט 11 לתוספת השניה של חוק תובענות ייצוגיות. משמעות הדבר היא, כי חל על העניין סעיף 9(ב) לחוק, הקובע כי תובענה לא תאושר אם "הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע". תנאי זה מתקיים בענייננו, הואיל והתקנות בוטלו והגבייה על פיהן פסקה עוד טרם הגשת התובענה (לעניין הגדרת "המועד הקובע" ראו סעיף 9(א) לחוק; וראו, רע"א 7860/96 מדינת ישראל נ' ינובר, פסקה 3 (לא פורסם, 23.3.08)).

29. אשר לעילות התביעה האחרות נגד המדינה: ראשית נעיר, כי עילת התביעה מכוח עשיית עושר ולא במשפט נותרה לכאורה ללא עוגן פרוצדורלי גם לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, אלא אם כן מדובר ב"תביעת השבה נגד רשות" שנזכרה בפסקה הקודמת. באשר לעילת התביעה מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין וסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים נציין, כי יהיו אלה מקרים בלתי שגרתיים בהם יימצא אחראי בנזיקין "משתף ומשדל" בהעדר אחריות של "מבצע עיקרי" (השוו, תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 438-441), וכבר ראינו כי לא ניתן לבסס בענייננו אחריות של בזק בינלאומי.

אך העיקר טמון בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות. סעיף זה קובע, בין השאר, כי "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי". התובענה נגד המדינה מכוח חוק ההגבלים העסקיים

ומכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט נטועה ב"נזק" שנגרם על ידי צד שלישי – היא בזק בינלאומי – ובפעילות המדינה בתחום הפיקוח על המחירים. מדובר בבירור בסמכות פיקוח והסדרה, ולא ניתן לאשר תובענה ייצוגית לגביה. התובעת מציעה קונסטרוקציות שונות לצמצום תחולתה של ההוראה האמורה שבסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות. בין השאר, נטען כי ההוראה לא תחול מקום שהמדינה מפיקה רווח מהפעלת סמכות הפיקוח. אינני רואה יסוד להצעות פרשניות אלה (והשוו, בש"א (מחוזי י-ם) 1919/06 אעתדאל נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (לא פורסם, 2.11.08)).

סוף דבר

30. המסקנה היא, כי אין אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המתעוררת בתובענה יוכרעו לטובת קבוצת התובעים. לפיכך, אין מקום לאישורה כתובענה ייצוגית. על כן אציע לחברתי כי נדון בבקשות רשות הערעור של בזק בינלאומי ושל המדינה (רע"א 2368/04 ורע"א 729/04) כאילו ניתנה בהן רשות ערעור וערעורים הוגשו על פיה, ונקבל ערעורים אלה. החלטתו של בית המשפט המחוזי מבוטלת. מנגד אציע כי נדחה את ערעורה של התובעת (ע"א 1043/04). התובעת, היא המערערת בע"א 1043/04, תישא בשכר טרחה בסך 20,000 ש"ח לזכות המדינה.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור :

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל :

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

ניתן היום, י"ב באייר התש"ע (26.4.2010).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט