

בבית המשפט המחוזי

בתל-אביב

בעניין:

ת.צ.

רחלי ביסמוט, ת.ז. 037775301

ע"י ב"כ עו"ד יוחי גבע ו/או אמיר ישראלי

מדרך מאיר ויסגל 2 פארק המדע רחובות

טל': 08-9102344 פקס': 08-9102361

המבקשת

- נגד -

החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, ח.פ. 511930125

רחוב כהנמן 129 בני ברק, ת.ד. 51553, 51553

המשיבה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

המבקשת מתכבדת בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד, בד בבד עם הגשת התביעה העיקרית בתיק דנן ("התביעה"), בקשה לאישור התביעה כייצוגית לפי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

- כתב התביעה מצ"ב כנספח "1" לבקשה זו.

- תצהירה של המבקשת מצ"ב כנספח "2" לבקשה זו.

ביהמ"ש הנכבד מתבקש בזאת להגדיר את קבוצת התובעים כדלקמן:

"כל מי שרכש משקאות מתוצרת המשיבה".

לחליפין, מתבקש ביהמ"ש הנכבד להגדיר את הקבוצה באופן הבא:

"כל מי שרכש (החל משנת 2006) בקבוקי שתיה ו/או פחיות שתיה אותן מייצרת ו/או משווקת ו/או מייבאת המשיבה, ממכונות שתיה (מכונות אוטומטיות למכירת משקאות קלים) אותן הפעילה חברת שתקר, החברה הישראלית ליבוא ותפעול מכונות שתיה אוטומטיות בע"מ".

א. מבוא ורקע עובדתי:

תמצית התובענה בקיצור נמרץ

1. המשיבה הינה חברה בעלת מעמד דומיננטי בתחום המשקאות הקלים, ומונופול מוכרז במשקאות מוגזים מסוג "קולה". ככזו, ומכח צווים והוראות, מוטלות על פעילותה מגבלות שונות ביחסיה עם ספקי משנה, שתכליתן למנוע מצב בו תעשה המשיבה שימוש בכוח השוק שבידיה על מנת לפגוע בתחרות החופשית תוך צמצום התחרות ופגיעה במתחרים.
2. **לדאבון הלב, נראה כי למשיבה אין גבולות, וכי היא עושה ככל העולה על רוחה תוך שהיא פוגעת אנושות וביודעין בתחרות החופשית ובמתחריה. את הנזק – משלם הצרכן הקטן.**
3. תובענה זו עניינה במקרה שתחילתו בשנת 2006. חברה בשם שתקר, המפעילה כ-1500 מכוונות שתיה, ובכלל זאת באוניברסיטאות ברחבי הארץ (כגון אוניברסיטת תל אביב, חיפה, הטכניון, רשת אורט), החליטה לייבא באופן מתחרה משקאות קולה מתוצרת קוקה קולה במטרה להוזיל את עלויותיה.
4. בתגובה, כך עולה בבירור מחומר הראיות, הציעה המשיבה לשתקר הנחות ובתמורה התחייבה שתקר להימנע מייבוא מתחרה, ולהסיר מהמכוונות בקבוקים ופחיות מתוצרת מתחרה, של חברת יפאורה (בין היתר יצרנית קולה R.C, תפוזינה, ומוצרי ספרינג) אשר נמכרו במכוונות במחירים זולים יותר.
5. **את המחיר, שילם הצרכן הקטן, ולענייננו המבקשת וחברי הקבוצה. אלו נאלצו לשלם סכומים גבוהים יותר בעבור תוצרתה של המשיבה, מקום בו אילולא מעשיה של המשיבה, היו הם משלמים סכומים נמוכים יותר בעבור תוצרת מתחרה.**

עובדות המקרה בהרחבה

6. המשיבה, הינה מונופול מוכרז בתחום המשקאות הקלים, ובפרט בענף הקולה. בין היתר, משווקת המשיבה משקאות דוגמת קוקה קולה, ומוצרי נביעות (ובכלל זאת מים מינרליים ונביעות בטעמים).
 - פרטי המשיבה מאתר רשם החברות מצ"ב **כנספח "3"** לבקשה זו.
 - הכרזה בדבר קיום מונופולין מצ"ב **כנספח "4"** לבקשה זו.
7. המבקשת, הינה סטודנטית באוניברסיטת חיפה הלומדת שם משנת 2006 עד שנת 2010 (בתחום ריפוי ועיסוק).
8. במהלך לימודיה, נאלצה המבקשת לרכוש משקאות מתוצרת המשיבה (במחיר 3.5-3 ש"ח), למרות שהמבקשת היתה מעדיפה לרכוש משקאות הנמכרים במחיר נמוך יותר (כ- 2.5-2 ש"ח) מתוצרת שונה. כך למשל, נאלצה המבקשת לרכוש פחיות קוקה קולה ולא פחיות RC קולה.

9. מסתבר, כי לא בכדי מתקיים "מחסור" במשקאות מתחרים, וכי מאחורי הפרשה עומדת יד מכוונת, היא ידה של המשיבה.

10. החברה המפעילה את מכוונת השתיה באוניברסיטת חיפה הינה חברה בשם שתקר, החברה הארצית ליבוא ותפעול מכוונת שתיה אוטומטיות בע"מ (להלן: "שתקר").

- פרטי שתקר מאתר רשם החברות מצ"ב כנספח "5" לבקשה זו.

11. בתחילת שנת 2006, התכוונה שתקר לייבא לארץ ביבוא מתחרה פחיות מתוצרת קוקה קולה, משום שרכישת מוצרי המשיבה במחירים בהם הם נמכרו לה הסבו לה הפסדים.

12. בעקבות תובענה ייצוגית שהוגשה בשנת 2004 בידי מפעילי מכוונת אוטומטיות, הפחיתה המשיבה במהלך השנים 2005-2006 את ההנחות למפעילי המכוונת דבר שהקטין משמעותית את הרווחיות של שתקר שהייתה כבולה למחיר המכרזים בהם זכתה. כפיתרון לבעיית צמצום ההנחות מצד החברה המרכזית ייזמה שתקר ייבוא עצמי של משקאות קולה מתוצרת "קוקה קולה".

13. בנסיון למנוע את היבוא המתחרה, הסכימה המשיבה ליתן לשתקר הנחות בשיעור של 6% נוסף על ההנחות הרגילות שהוענקו לשתקר. בתמורה הסכימה שתקר להימנע מייבוא פחיות קולה מחו"ל, וכן להפסיק לאלתר את התקשרותה עם חברת "יפאורה", המשווקת מוצרים מתחרים (דוגמת פחיות RC קולה, ספרינג, מים מינרליים ותפוזינה). הדברים עולים בפרוש ממכתב שנשלח על ידי שתקר למר רוני קוברסקי, נשיא המשיבה.

- מכתב מאת שתקר מיום 29.3.2009 מצ"ב כנספח "6" לבקשה זו.

14. במכתב זה מצהיר בין היתר מר יגאל שמואלי, מנכ"ל שתקר, את הדברים החמורים הבאים:

"ביום 26.01.06 נערכה פגישה ביני, בין דורון שטרן ובין ארן אלסנר (להלן: ארן) ששמש כמנכ"ל מכירות קוקה קולה. במעמד זה יידעתי אותם לגבי החלטתי הסופית וזאת לאור הנסיבות שצוינו לעיל. דורון וארן ניסו להניא אותי מהחלטתי וניאיתו לתת לי הנחה קבועה נוספת על סך 6% מעבר ל-23% וזאת לאור התחייבותי שלא לייבא פחיות קוקה-קולה מחו"ל, ולהפסיק לאלתר את התקשרותי עם חברת "יפאורה" ולא לרכוש ממנה פחיות קולה R.C מוצרי ספרינג ומים מינרליים. ולהמשיך את ההתקשרות עם חברת קוקה קולה בצורה בלעדית ומוחלטת, ואכן כך פעלתי".

15. לא בכדי דרשה המשיבה כי יופסק שיווק מוצריה של יפאורה, אלא משום שמוצרים אלו נמכרו במחיר זול יותר מאשר מוצריה שלה. מהמחירוים עולה, כי בעוד שמחיר פחיות שתיה מתוצרת המשיבה נע בין 2.2-3.3 ש"ח בין השנים 2005-2007, הרי שמשקאות מתוצרת יפאורה נמכרו בטווח מחירים של 2.2-2.5 ש"ח.

- מחירוים של שתקר מהשנים 2005 ו-2007 מצ"ב כנספח "7" לבקשה זו.

16. המשיבה "ניצלה את ההזדמנות", ובעת בה נטרלה את היבוא המתחרה, נטרלה היא גם את התחרות הפנים ארצית בינה ובין חברת יפאורה.
17. ההנחות שהוענקו לשתקר בגין הסכמתה להימנע מרכישת מוצרים מתחרים ומייבוא מתחרה מפורטות גם במסמך הבנות מיום 26/1/2006 ובהסכם מיום 1/3/2007.
- מסמך הבנות מיום 26/1/2006 מצ"ב **כנספח "8"** לבקשה זו.
- הסכם מתאריך 1/3/2007 מצ"ב **כנספח "9"** לבקשה זו.
18. העובדות נלמדות גם מתמליל של שיחה שהוקלטה בין מנכ"ל שתקר ובין מר דורון שטרן, ששימש דאז כמנכ"ל ערוץ קר אצל המשיבה. בין היתר ציין מר שטרן את הדברים הבאים, ביחס לפגישה שהתקיימה בנוכחותו ובנוכחות מר ארן אלסנר, מנכ"ל המכירות אצל המשיבה:
- "קבענו פגישה, ואתה העלית כמה דברים, כל הדברים מה שרשום במסמך, מגיע לך הנחה בנביעות וזה, ובין השאר היה תוספת הנחה. תוספת הנחה כדי שלא ישתלם לך לייבא את RC קולה, את הפחיות קוקה קולה. בנוסף ארן אמר לך לא תקנה RC ולא תקנה עין גדי ולא תקנה יפאורה בכלל".
- תמליל שיחה מיום 25/6/2009 מצ"ב **כנספח "10"** לבקשה זו.
19. מסקנת הדברים היא פשוטה: המשיבה נטרלה את התחרות באופן כפול: האחת, בדרך של מניעת יבוא מתחרה בידי שתקר, במחירים נמוכים יותר מאלו אותה גובה המשיבה. השניה, בדרך של חיוב שתקר לבלעדיות כלפי המשיבה, ולהמנעות מרכישת מוצריה המתחרים של חברת יפאורה, הנמכרים (לשתקר ולצרכן) במחיר נמוך יותר.
20. כפי שיובהר להלן, בחלקה המשפטי של התובענה, עובדות אלו מקימות עילת תביעה למבקשת ולחברי הקבוצה.
21. לשם שלמות הדברים יצויין, כי בין המשיבה ובין שתקר מתקיים הליך משפטי שעניינו טענות הדדיות לחובות כספיים בין השתיים.
- חומר משפטי רלוונטי מצ"ב **כנספח "11"** לבקשה זו.

ב. הטיעון המשפטי

א. כללי

22. חוק תובענות ייצוגיות נועד להסדיר באופן ממצה את הדינים החלים על הגשת תביעות ייצוגיות בישראל.

23. המטרות שביסוד החוק מפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".

24. חוק תובענות ייצוגיות מתיר הגשת תביעה ייצוגית בעניינים המנויים בתוספת השניה לחוק, או בעניינים בהם נקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית. כאמור בסעיף 3(א) לחוק:

" לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית"

25. התוספת השניה לחוק כוללת רשימה של עילות בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית. לענייננו, העילות הקבועות סעיף 4 לתוספת היא הרלוונטית:

"4. תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים."

26. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את רשימת הזכאים להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית. לענייננו, רלוונטי סעיף 4(א)(1) לחוק:

" אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

27. כלומר, על מנת להיות זכאית להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית, על המבקשת להראות כי עומדת לה עילת תביעה באחד העניינים המנויים בתוספת השניה, וכן כי התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים.

28. וליישום לענייננו, על המבקשת להראות כי עומדת לה עילת תביעה כנגד המשיבה, וכי עילת התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט לכלל חברי קבוצת התובעים.

29. בשלב של הבקשה לאישור תביעה ייצוגית על המבקשת לשכנע את ביהמ"ש כי עומדת לה לכאורה עילת תביעה אישית, אך אין להעמיד בהקשר זה דרישות מחמירות. עמדה על-כך השופטת שטרסברג כהן בע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו**, פ"ד נא(2) 312 (פסקה 19 לפסק-דינה):

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס

יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

30. בנוגע להוכחת הנזק, חוק תובענות ייצוגיות קובע כי די בהוכחת גרימה של נזק ברמה לכאורית. כאמור בסעיף 4(ב)(1) לחוק:

"בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן 1(א) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק."

31. התנאים לאישור תביעה ייצוגית מנויים בסעיף 8(א) לחוק, הקובע כי:

8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

32. בהתאם להוראות שפורטו לעיל, הרי שהדיון משלב זה יחולק לשני שלבים. **בשלב הראשון**, נראה כי עומדת למבקשת עילת תביעה אישית כנגד המשיבה, וכי נגרם לה לכאורה נזק. **בשלב השני**, נעמוד על התקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית המנויים בסעיף 8 לחוק.

ב. עילת תביעה מכוח דיני ההגבלים העסקיים

1. ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי

33. כידוע, על בעל מונופולין **מוטלות חובות מיוחדות הנובעות ממעמדו הדומיננטי בשוק** (ה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות, נבו, 7.6.00, מוני' 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת דובק, נבו, 17.1.95).

34. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים קובע באופן הבא:

29א. **ניצול מעמד לרעה** (תיקון: תשנ"ו)

- (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.
- (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:
- (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;
 - (2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;
 - (3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;
 - (4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.
- הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א).

35. עוולת ניצול לרעה של כח מונופוליסטי מותנית בשלושה תנאים מצטברים לצורך התקיימותה (ה"ע 801/08 בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו, 16.12.2009) בפסקה 49:

- (א) קיומו של בעל מונופולין.
- (ב) ניצול לרעה של מעמדו בשוק.
- (ג) באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

36. לעניין היסוד הראשון, המשיבה הינה מונופול מוכרז בענף הקולה (ההכרזה צורפה כנספח "4" לעיל) ובעלת מעמד דומיננטי בענף המשקאות הקלים. בין היתר נקבע בהכרזה באופן הבא:

"מהנתונים הנמצאים בידי עולה כי החברה המרכזית למשקאות קלים בע"מ היא בעלת מעמד דומיננטי בתחום המשקאות הקלים, בתחום המשקאות המוגזים ובענף הקולה".

37. לעניין היסוד השני, ברי כי מעמדה של המשיבה בשוק נוצל לרעה. המשיבה ניצלה את כוחה העודף על פני מתחרותיה (ובפרט יפאורה), על מנת לכבול את שתקר בהסכם בלעדיות, למנוע יבוא מתחרה, ותחרות עם חברת יפאורה. מובן מאליו, כי ללא מעמדה הדומיננטי של המשיבה בשוק, אשר נוצל כאמור באופן מחפיר, לא היה ביכולתה לעשות כן, והיא היתה נאלצת להתחרות בשוק ככל גוף מסחרי רגיל.

38. לעניין היסוד השלישי, מובן מאליו כי מתקיים חשש לפגיעה בתחרות בשוק ובציבור הלקוחות. כפועל יוצא של פעולותיה של המשיבה, נפגע מגוון המוצרים העומד אל מול הצרכן ונשללה יכולתו של הצרכן לרכוש את מוצרי מתחרותיה של המשיבה הנמכרים במחירים זולים יותר. כמו כן, נמנע יבוא מתחרה אשר היה עשוי לגרום לתחרות בין המשיבה ובין היבואן המתחרה.

39. המשיבה ניצלה באופן מחפיר את מעמדה בשוק על מנת להוביל למניעה של יבוא מתחרה ולדחיקת רגלי מתחרותיה. מעבר לכך, מתקיימות בנסיבות אלו החזקות החלוטות הקבועות בסעיפים 29(א)(ב)(3) ו-29(א)(ב)(4):

(א) מדובר, כדברי סעיף 29(א)(ב)(4) בהתניית ההתקשרות (עם חברת שתקר) **בתנאים אשר אינם נוגעים לנושא ההתקשרות**, ובפרט לעניין איסור רכישת מוצריה של יפאורה ואיסור על יבוא מקביל.

(ב) מדובר, דברי סעיף 29(א)(ב)(4) **בהפליית מחירים** בין שתקר ובין רוכשים אחרים באופן המעניק לשתקר הנחות לעומת אותם רוכשים.

40. כידוע, החזקות הקבועות בסעיף 29(א)(ב) לחוק הינן חלוטות. כפי שנקבע בה"ע 2/96 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות** (נבו, 4/11/1999), בפסקה 56

"הנפקות העיקרית הנודעת לסעיף קטן זה היא, שבהתקיים אחת מהפרקטיקות ההתנהגותיות הקבועות בסעיף, קמה חזקה חלוטה של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, חזקה המייתרת את הוכחת הפגיעה הנגרמת או העלולה להיגרם עקב התנהגות כזאת, ואף איננה מאפשרת הוכחה נגדית של העדר חשש לפגיעה."

2. הפרת הוראות הממונה על ההגבלים העסקיים ועל הוראות צווים מוסכמים

1.2. הוראות הממונה על ההגבלים העסקיים

41. סעיף 30(א) לחוק ההגבלים העסקיים מעניק לממונה על ההגבלים העסקיים את הסמכות **ליתן הוראות לבעל מונופולין**:

"ראה הממונה כי כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה."

42. ביום 10/5/1998 הוציא הממונה על ההגבלים העסקיים הוראות למשיבה מכח סמכותו בהתאם לסעיפים 30(א) ו-30(ב) לחוק.

- הוראות למשיבה כבעל מונופולין מיום 10/5/1998 מצ"ב **כנספח "12"** לבקשה זו.

43. בין היתר נקבעו בהוראות הממונה האיסורים הבאים:

"1. החברה לא תתנה את אספקת מוצרי החברה (כולם או חלקם), או את תנאי אספקתם, ברכישת סוג משקאות מסוים רק מהחברה"

"2. החברה לא תתקשר עם לקוחותיה בהסכמים הכוללים הסכמות בלעדיות והסכמות קישור."

5. החברה תקבע מחירון עבור מכירת משקאותיה לחברות המשווקות מוצרי מזון באמצעות מכונות אוטומטיות. החברה תגבה מחירי המחירון מכל החברות העוסקות בשיווק מוצרי מזון באמצעות מכונות אוטומטיות ולא תפלה בין חברות הנמצאות בשליטה לבין חברות אחרות".

44. לענייננו, הוראות הממונה הופרו הפרה חמורה ומוחלטת. המשיבה בהחלט קבעה תנאי בלעדיות בהסכמיה עם שתקר, והעניקה לאחרונה הנחות על מנת שזו לא תייבא מוצרים ביבוא מתחרה, ובמטרה לחסל את התחרות עם חברת יפאורה.

45. המשיבה הפרה את הוראות סעיף קטן 5 תוך הפלית מחירים אסורה בין החברות הפועלות בתחום המכונות האוטומטיות, במטרה ברורה למנוע תחרות בינה ובין שתקר, שכן האחרונה התכוונה לייבא ביבוא מקביל משקאות מסוג קוקה קולה.

46. מדובר בהפרה חמורה אשר נעשתה בידי עובדים רמי דרג אצל המשיבה, כך שאין מקום להתיר למשיבה לחמוק מאחריות מנושא זה בטענה לפעולות בחוסר סמכות.

ב.2.2. הוראות הצו המוסכם

47. בתאריך 13/11/2005 נחתם צו מוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים ובין המשיבה, אשר זכה לאישור בית הדין להגבלים עסקיים.

- הוראות הצו המוסכם מצ"ב **כנספח "13"** לבקשה זו.

- אישור בית הדין להגבלים עסקיים מצ"ב **כנספח "14"** לבקשה זו.

48. הוראות הצו קובעות בין היתר באופן הבא:

סירב לקוח לרכוש מוצר של החברה או הביע לקוח עניין ברכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי החברה, לא תנקוט החברה כנגדו בצעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור או בצעדים שנועדו להרתיעו מלממש את רצונו, ובכלל זה:

1.1. ביטול, הפחתת הנחות, הרעת תנאי אספקה אחרים ללקוח, או איום לעשות אחד מאלה;

1.3. הוספת הנחות או שיפור תנאי סחר כנגד התחייבות הלקוח שלא לקנות מוצר שאינו משווק על ידי החברה או כנגד התחייבות הלקוח להפחתה משמעותית של קניית מוצר כאמור.

49. הוראות הצו נועדו למנוע בדיוק את הסיטואציה נשוא תובענה זו, במסגרתה נוקטת המשיבה "פעולות מנע" שמטרתן מניעת רכישת מוצרים מיבוא מתחרה ומתוצרת אחרת (יפאורה) תוך שהלקוח זוכה

להנחות נוספות המוענקות לו "כשוחד" בידי בעל המונופולין. זו בדיוק הסיטואציה בה עסקינן בתובענה זו, והוראות הצו הופרו באופן שאינו משתמע לשתי פנים.

ב.3. הסדר כובל

50. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים קובע באופן הבא:

א. הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

ב. מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

1. המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

2. הריווח שיופק;

3. חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או

סוג האנשים שעמם יעסקו;

4. כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

51. לענייננו, אין ספק כי מדובר בהסדר שעניינו חלוקת שוק. התחייבותה של שתקר להימנע מיבוא מקביל ומרכישת תוצרת מתחרה, הינה למעשה הסדר כובל אופקי, בין מתחרים (או מתחרים פוטנציאליים), לעניין היבוא המקביל, ואנכי, ביחס לאיסור על רכישת מוצריה של יפאורה.

52. לעניין ההסדר האופקי, אין מחלוקת כי הוא נופל תחת החזקות החלוטות.

53. אך גם הסדרים היוצרים בלעדיות נבחנים תחת הכלל הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק, כפי שנקבע למשל בה"ע 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3010588, בפסקה 69:

"במשפט הישראלי נופלים הסכמי בלעדיות אנכיים חד-צדדיים, בהם מתחייב אחד הצדדים להסכם (המפיץ) לרכוש את כל צרכיו מהצד השני להסכם (הספק) ולא מאחר זולתו, בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיות הכבילה שבהם נוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, ... לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו". (ראה: ה"ע 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, (טרם פורסם)). הסדרים הנופלים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, וכזה הוא ההסדר שבפנינו, מוחזקים על-ידי המחוקק כהסדרים הפוגעים בתחרות. (ראה פסק הדין בעניין טבעול הנזכר לעיל)."

54. נכון הוא הדבר כי בעת האחרונה יש המפקפקים במוחלטותן של החזקות החלוטות, אך הדבר איננו רלוונטי מקום בו מדובר בהסכמים שמונופול מוכרז הינו צד להם, אותם יש לראות בחומרה.

ג. הגדרת הקבוצה והסעדים להם זכאים חברי הקבוצה

55. בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שבעקבות אישור התביעה כייצוגית על ביהמ"ש הנכבד להגדיר את הקבוצה אשר בשמה תנוהל התובענה:

אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה; לא יכלול בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור.

56. המבקשת תטען כי את חברי הקבוצה יש להגדיר באופן הבא:

"כל מי שרכש משקאות מתוצרת המשיבה".

57. לחליפין (או בנוסף), יש להגדיר את הקבוצה באופן מצמצם המתייחס למשקאות שנמכרו במכונות אותן הפעילה שתקר, לגביהן אין מחלוקת כי התחרות נפגמה, הואיל והמשיבה נטרלה את התחרות החופשית מצד חברת יפאורה. ההגדרה בנסיבות אלו תהיה כדלקמן:

"כל מי שרכש (החל משנת 2006) בקבוקי שתיה ו/או פחיות שתיה אותן מייצרת ו/או משווקת ו/או מייבאת המשיבה, ממכונות שתיה אותן הפעילה חברת שתקר, החברה הישראלית ליבוא ותפעול מכונות שתיה אוטומטיות בע"מ".

58. לעניין הסעד הראוי במסגרת תובענה זו, סעד זה ניתן לפסוק בהתאם לשיקול הדעת הרחב המוענק לביהמ"ש הנכבד במסגרת תובענה ייצוגית. כפי שפסק כב' השופט בנימיני בת"א 1065/05 שהי נ' תדיראן (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.2.08):

הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה מצריכה בירור של הסעדים המבוקשים בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. מגמת החוק החדש להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין אישור התובענה הייצוגית ודרך ניהולה, מוצאת את ביטויה גם בנושא הסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית. סעיף 20 לחוק דן בסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית, ואלו כוללים "מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה", בהתאם להוראות שבסעיף 20. סעיף 20(ג) לחוק קובע:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין".

59. עקב פעולותיה של המשיבה נגרם למבקשת נזק ממוני. המבקשת, יכולה היתה לרכוש משקאות במחיר מוזל, ובכלל זאת פחיות RC קולה, שנמכרו בתקופה הרלוונטית במחיר של 2.5-2 ש"ח, ותחת זאת נאלצה לרכוש משקאות מתוצרת המשיבה, הנמכרים במחיר של 3-3.5 ש"ח. עוד יצויין, כי בהתקיים יבוא מקביל, היתה המבקשת מסוגלת לרכוש משקאות קוקה קולה במחיר מוזל.
60. באופן שמרני, מעריכה המבקשת כי היא רכשה בין השנים 2006-2007 60 משקאות מתוצרת המשיבה, ומעמידה את נזקה על סך 60 ש"ח (התחשיב הוא לפי 30 שבועות לימודים, פחית אחת בשבוע).
61. האפשרות הראשונה (ביחס להגדרת הקבוצה), מתייחסת לכך שהמשיבה ביקשה לחסום יבוא מקביל של משקאות, דבר אשר היה גורם לירידה במחיר המשקאות הנמכרים במכונות שתיה ובכלל.
62. בהנחה סבירה לפיה היתה שתקר מייבאת לארץ בשנה אחת כשני מליון בקבוקים ופחיות, ניתן להניח את ההנחות הבאות:
- (א) מנתונים שהגיעו למבקשת, היקף רכישת הבקבוקים ו/או פחיות ע"י שתקר לצורך שימוש במכונות השתיה הינו 1,680,000 ומתוך זה 80% הינם קוקה-קולה. כלומר, בסה"כ כמות יחידות המשקה הינה 1,340,000. ניתן להניח, כי בהפחתת עלויותיה של תשקר היתה ההנחה לצרכן בגובה 30 אגורות לכל בקבוק/פחית. הנזק לעניין זה עומד על סך של 1,608,000 ש"ח.
- (ב) בהנחה ששתקר היתה מוכרת 660,000 יחידות משקה בהנחה לצרכן הסופי של 30 אגורות, הרי שבחישוב ל-4 שנים מדובר בסך 792,000 ש"ח.
63. סך הכול הנזק לעניין זה עומד על סך 2,400,000 ש"ח.
64. לעניין הנזק שנגרם ללקוחות שתקר, הרי שבהתאם להגדרת הקבוצה המצמצמת נניח את ההנחות הבאות:
- (ג) שתקר מפעילה 1500 מכונות שתיה.
- (ד) בכל מכונה נמכרות בשנה כ-6000 פחיות ו/או בקבוקי משקה.
- (ה) אילולא ההסדר, היו הלקוחות רוכשים 30% מהפחיות במחיר מוזל (שקל פחות מהמחיר אותן שילמו).
65. בהתחשב בהנחות אלו, עומד הנזק ביחס למכונה אחת בשנה אחת על סך של 1800 ש"ח (30 אחוז מתוך 6000), ולתקופה של שנתיים על סך 3600 ש"ח.
66. הואיל ומדובר ב-1500 מכונות שתיה, הרי שסך הנזק הכולל הינו 5,400,000 ש"ח.
67. בנוסף, לחברי הקבוצה נגרם נזק בלתי ממוני, שמקורו בפגיעה באוטונומיה של הצרכן ובחופש הבחירה המוקנה לו. מחברי הקבוצה, נשללה האלטרנטיבה לבחור מה לצרוך וממה להימנע.

68. בע"מ 1338/97 תנובה נ' ראבי, פד נז(1) 672, 682, נאמרו הדברים הבאים בידי כב' השופטת נאור:

"הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. **אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו.** מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. **מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה,** ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן."

וכך קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה (בפסקה 13 לפסק-דינה):

"בענייננו מדובר בהוספת מרכיב לדבר מאכל תוך הפרת חובת התקן הרשמי בלא שהצרכן ידע את דבר קיומו של אותו מרכיב במזון שצרך ובמציאות דברים שבה אותו תוסף מזון איננו מזיק לבריאות. לשאלה באיזו מידה עוגמת נפש של צרכן במצב דברים זה היא בבחינת נזק הנובע ממהלכם הטבעי של הדברים, אין תשובה אחידה אשר קורצה מעור אחד. אכן עשויים להיות מצבים קיצוניים שבהם הטעיה לגבי מרכיבו של מוצר אכילה, גם כשאינן בהם נזק בריאותי, עשויה להיות בעלת חשיבות מיוחדת לצרכן מהיבטים שונים, למשל מבחינה ערכית, מבחינת השקפת עולמו או עקב קיומה של העדפה מוגדרת למוצר בעל מרכיבים מסוימים לצורך השגת תכלית ספציפית. כך למשל הצגת מוצר אכילה ככשר אף שאינו כשר, או הצגת מזון כמזון אורגני אף שאינו כזה, **או הצגת מוצר כדל-שומן בעוד שלמעשה הוא רב-שומן – אלה עשויות במקרים מסוימים להוליד נזק לא ממוני שניתן לומר במידת ודאות כי הוא נגרם באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ישירה מעולת הנתבע.** בסוג מקרים אלה מצויה בלב הצרכן העדפה ברורה ומוגדרת למוצר בעל אפיון מסוים – בין העדפה שמקורה בערכי דת והשקפת עולם, בין העדפה הנובעת מערכי טבעונות ובין העדפה הבנויה על תכלית לשלוט בהיקף הקלוריות הנצרכות מהמזון, וכיוצא באלה עניינים. פגיעה בהקשרים אלה בזכותו של הצרכן לבחור את המוצר הראוי בעיניו היא פגיעה ממשית בתחום העדפותיו כפרט, ונזקו הכללי מפגיעה זו אינו קשה להוכחה.

קיומה של העדפה מוגדרת וברורה של הצרכן לרכוש מוצר בעל איכויות מוגדרות עשוי לתת בידו כלי לגיטימי לתבוע את נזקו מהמשווק על הפרת חובתו שלא להטעותו לגבי תכונותיו של המוצר הנרכש. עילה מסוג זה עשויה במקרים מתאימים גם להצדיק תובענה ייצוגית אשר את בני קבוצתה, השותפים לתובענה, ניתן להגדיר בלא קושי מיוחד. אולם המקרה שלפנינו הוא שונה, והתשובה לו קשה ומורכבת יותר."

69. בהנחה כי במוסדות בהם מספקת שתקר מכונות שתיה שוהים בממוצע כ-100,000 צרכנים פוטנציאליים ביום, וכי יש לפצות כל אחד מהצרכנים בסך 1 ₪ ליום בו נתקיים ההסדר, הרי שסך הפיצוי לשנתיים בהן נתקיים ההסדר (לפי חישוב של 30 שבועות אפקטיביים, 5 ימים בשבוע) הינו 30 מליון ₪.

70. האמור לעיל הינו בגדר הערכה כללית של הנוזקים. הערכה מדוייקת יותר ניתן יהיה לבצע באמצעות נתונים המצויים בידי חברת שתקר, ובכלל זאת נתונים בדבר כמות כמויות המשקאות מתוצרת יפאורה שנמכרו במחירים מוזלים טרם הופסק שיווקן בידי שתקר.

71. סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע בהקשר של מתן פיצוי לחברי הקבוצה באופן הבא:

(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדוייק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה.

72. החוק קובע מנגנון גמיש במסגרתו יהא רשאי ביהמ"ש לקבוע כיצד ניתן יהיה להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם לסעיף 20(א)(3) יתרת הכספים – אשר לא יידרשו – תועבר לאוצר המדינה.

73. לחליפין, במידה ויתגלו קשיים באיתור חברי קבוצת התובעים, ניתן יהיה ליישם את עקרונות "הפיצוי לטובת הציבור" הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות

על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין."

ד. התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית

74. התנאים לאישור תובענה כייצוגית קבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע באופן הבא:

9. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:
- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
 - (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
 - (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
 - (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

75. להלן נעמוד על התקיימות תנאים אלו כסדרם. התנאי הראשון לאישור התביעה הייצוגית הינו כי התובענה מעוררת שאלות משותפות – לכלל חברי הקבוצה – של עובדה ומשפט.

76. לענייננו, איש לא יחלוק כי התובענה מעוררת שאלות רבות משותפות לכלל חברי הקבוצה, שכן:

(א) לחברי הקבוצה עומדות עילות משפטיות זהות כלפי המשיבה, מכח הוראות דיני ההגבלים העסקיים.

(ב) הסעד המבוקש הינו זהה ביחס לכלל לחברי הקבוצה.

77. התנאי השני הוא כי התובענה הייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בסכסוך בנסיבות הענין. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**, **"מימוש זכות הגישה לבית המשפט"**, **"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"** וכן **"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות"**. לענייננו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות הנ"ל בכללותן.

78. ראשית, יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעה של המשיבה – ומעוולים כדוגמתה – מלפגוע בצורה חמורה בציבור במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו. הצורך בהרתעה מתחזק לאור החשיבות שבמניעת התופעה הנפוצה (למרבה הצער) של גופים בעלי כוח שוק המנצלים את כוחם העודף על מנת לשלול את זכות הבחירה מהצרכן ולפגוע בזכויותיו.

79. שנית, תובענה זו היא הכרחית על מנת לממש את זכאותם לפיצוי של חברי הקבוצה כלפי המשיבה. כפי שהובהר לעיל, בית המשפט הנכבד יתבקש לפסוק פיצוי ממוצע בסך עשרות שקלים לכל חבר בקבוצה. סכום זה אין די בו על מנת לתמרץ תובע לפתוח בהליך משפטי מורכב ומסובך כנגד גופים עוצמתיים

במיוחד כדוגמת המשיבה, וראה בהקשר זה את הדברים שנאמרו ברע"א 4556/94 **טצת ואח' נג' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, בעמ' 784.

80. לעניין הייצוג ההולם, הרי שהמבקשת הינה בעלת אמצעים כלכליים הנדרשים לשם ניהול ההליך. המבקשת תיוצג ע"י עו"ד יוחי גבע ועו"ד אמיר ישראלי, המבטיחים להעמיד לרשות הקבוצה ייצוג משפטי ככל שידרש על מנת לממש את זכויות החברים בקבוצה כלפי המשיבה. הח"מ הינם מייצגים עתירי נסיון בתחום התובענות הייצוגיות ובפרט בתחום התובענה הייצוגית ההגבלית.

81. לעניין דרישת תום-הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום-לב בידי המבקשת אשר נפגעה בצורה קשה ממעשיה של המשיבה ומעוניינת לזכות בפיצוי המגיע לה וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבה מפני מעשים דומים בעתיד.

82. יוער, כי לעניין המסמכים שהגיעו לידי המבקשת, הרי שדודתה של המבקשת, גבי' שלומית להב, הינה בעלת מניות לשעבר אצל חברת "שיאי אופיר השקעות בע"מ", חברה המשמשת כתובעת ייצוגית בתובענה המתנהלת כנגד המשיבה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע. בהיות דודתה בעלת עניין של ממש בתובענה, הגיעו לידיה המסמכים הרלוונטיים, ומשם למבקשת, אשר פנתה לקבלת ייעוץ משפטי אצל הח"מ.

ג. בקשה לזימון עדים:

83. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על זימון של שלושה עדים, אשר עדותם נדרשת לצורך הכרעה בבקשה זו.

84. העד הראשון הינו **מר יגאל שמואלי, ת.ז. 010693760** המשמש כמנכ"ל שתקר. עדותו של מר שמואלי הינה חיונית לצורך בירור העובדות הנוגעות לניצול כוחה המונופוליסטי של המשיבה. בידיו של מר שמואלי מידע מהימן אודות הפעולות הכוחניות אותן ביצעה המשיבה, ובדבר הנזקים אשר נגרמו לחברי הקבוצה עקב כך.

85. העד השני הינו **מר דורון שטרן**, ששימש כמנהל ערוץ קר אצל המשיבה, ואשר נכח בפגישה במהלכה סוכם כי שתקר תימנע מייבוא מתחרה ומרכישת מוצריה של יפאורה. השיחה עם מר שטרן תומללה (נספח 10 לעיל) וזימונו של מר שטרן כעד הינו הכרחי על מנת לעמת אותו אל מול הדברים החמורים אשר נאמרו על ידו בשיחה כאמור.

86. העד השלישי הינו **מר ארן אלסנר**, ששימש כמנכ"ל המכירות אצל המשיבה בתקופה הרלוונטית, ונכח בפגישה במהלכה הוסכם כי שתקר תימנע מייבוא מתחרה ומרכישת מוצריה של יפאורה. כיום מר אלסנר משמש כמנכ"ל מחלבות טרה, שהינה חברת בת של המשיבה. גם עדותו של מר אלסנר הינה חשובה לצורך בירור העובדות נשוא תובענה זו.

87. מיותר לציין, כי עדים אלו לא יגיעו להעיד מרצונם, הואיל ובנסיבות התובענה קיים חשש כי הם באופן אישי היו מעורבים בפעילות אסורה בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים. עוד יצויין, כי שניים מהעדים הם עובדים ו/או עובדים לשעבר אצל המשיבה.

88. בהתאם להלכה, קיימת למבקש בתובענה ייצוגית הזכות לזמן עדים. דברים ברורים בהקשר זה נקבעו ע"י בית המשפט העליון ברע"א 8562/06 לימור פופיק נ' פאזז 1993 בע"מ (ניתן ביום 15.4.07, פורסם בנבו), בפסקאות 7-8 לפסק-דינו של כב' השופט ריבלין:

"בנוסף, הליך אישורה של תובענה ייצוגית הינו, ככלל, מורכב בהרבה מהליך בירורה של בקשה רגילה בכתב. במסגרת הליך אישור תובענה ייצוגית בודק בית המשפט האם התובע המייצג אוהז בעילת תביעה אישית (כך בדרך כלל, ואולם ראו סעיפים 4(א)-2(3), וכן סעיף 8(ג)2) לחוק תובענות ייצוגיות). כן בודק בית המשפט אם עומדת התובענה הייצוגית בתנאים שנקבעו בחוק לאישורה, כגון קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, שיש אפשרות סבירה שיוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות). כלומר, טרם הכרעתו בשאלת אישור התובענה הייצוגית בוחן בית המשפט שורה ארוכה של שאלות עובדתיות ומשפטיות הנוגעות לתובענה ולאישורה (ראו, ז' גושן, מבט ביקורתי על חוק החברות החדש - תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית, משפטים לב (תשס"ב) 381, 412-417). ההבדל בין בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבין בקשות ביניים אחרות הוביל, בין היתר, לכך שהפסיקה הכירה בהליך של גילוי מסמכים (מוגבל ככל שיהיה) בגדרה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ראו, רע"א 1005/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, 518; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774). הבדל זה צריך לעמוד לנגד עינינו גם כאשר נדרשים אנו לשאלת הבאת ראיות נוספות שלא צורפו לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולזימון עדים שתצהיריהם לא הוגשו לפי הוראות תקנה 241.

8. בהנחה שטענת המבקשת לפיה אין ביכולתה לקבל תצהירים מהעדים שביקשה לזמן נכונה ובהנחה שמדובר בעדים הדרושים לבירור המחלוקת העובדתית בין בעלי הדין, **מתקיים לכאורה טעם מספיק להחיר למבקשת לזמן את העדים**. זאת במיוחד לאור העובדה שנראה כי אופיו הקצר והיעיל של הדיון בבקשות בכתב ממילא לא נשמר כשמדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. כמו כן, הואיל והכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מצריכה, בדרך כלל, תשתית עובדתית ניכרת, פוחתת הרתיעה משמיעת עדים שתצהירם לא צורף לבקשה.

89. מכל האמור לעיל, מתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות על אישור התובענה הייצוגית, להכריע בתובענה ולפסוק בה לטובת המבקש וחברי הקבוצה ובכלל זאת:

(א) לאשר למבקשת לנהל תובענה כייצוגית בשמם של חברי הקבוצה, בהתאם להגדרתה לעיל.

(ב) להורות למשיבה להשיב לחברי הקבוצה סך של 37.8 מליון ש"ח ו/או סכום אחר בהתאם לנתונים המצויים בחזקת המשיבה.

(ג) להורות על פסיקת פיצוי מיוחד למבקשת.

(ד) להורות על תשלום שכר טרחת עורך-דין לעורכי הדין המייצגים באחוזים מתוך הקרן בהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד וכן על תשלום הוצאות משפט.

יוחי גבע, עו"ד

אמיר ישראל, עו"ד

ב"כ המבקשת