

א 9227/07 (בש"א 5633/07)

בבית המשפט המחוזי
בירושלים

בעניין שבין:

1. עו"ד נחום אורן, ת.ז. 024427320

2. עו"ד זאב קורמן, ת.ז. 312801509

שניהם מרחוב הרב קוק 8, ירושלים, 94226
טל': 02-6255311; פקס: 02-6255312; נייד: 0528-376932
דוא"ל: noren@korenlaw.com

(המבקשים יקראו להלן: "התובעים")

נגד:

1. קולנוע חדש בע"מ, ח.פ. 510963580

2. עמוס הורוביץ, ת.ז. 56092661

שניהם מרחוב ביאליק 5, תל אביב יפו, 63324
טל': 03-6201516; פקס: 03-5281564
דוא"ל: newcine@netvision.net.il

(המשיבים יקראו להלן: "הנתבעים")

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

עובדות התביעה בקצרה:

1. הנתבעת 1 הנה חברה המייבאת לישראל את נעלי המותג CROCS.
2. הנתבע 2 הנו מנהל ובעל השליטה בנתבעת 1. מצ"ב פלט מרשם החברות **כנספח א'**.
3. נעלי קרוקס מיוצרות על ידי חברת crocs Inc, חברה רשומה בדלאוור, שמקום מושבה במדינת קולוראדו בארה"ב.
4. התובעים רכשו במועדים שונים מספר זוגות של נעלי קרוקס, אשר יובאו ארצה על ידי היבואן והוצעו למכירה בחנויות שונות, כפי שפורט בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1 המצ"ב **כנספח ב'**.
5. טענת התובעים כנגד הנתבעים בתכלית הקיצור הינה, כי הנתבעים יזמו וארגנו קרטל אשר תיאם את מחירי הנעליים המיובאות תחת המותג CROCS בין כל החנויות המשווקות והמציעות נעליים אלו לצרכן. הנתבעים עשו שימוש בסמכותם כיבואני המותג קרוקס, וכפו על כל החנויות הקונות מהן את המותג ומציעות אותו לצרכן מחיר אחיד, תוך אזהרות מפורשות לבל יורידו את המחיר המוכתב על ידי מארגני הקרטל, ותוך איום מפורש או משתמע כי יפסיקו לספק את המותג לבעלי חנויות שיציעו את המותג בפחות מהמחיר המתואם על ידי הנתבעים.
6. להערכת התובעים, כתוצאה מהקרטל שארגנו הנתבעים, נגרם לתובעים נזק בסך 65 ₪ ברכישת כל זוג מהדגם הבסיסי של נעלי קרוקס (דגם BEACH) המוצע לצרכנים במחיר מתואם של 200 ₪, ועוד נזק של 80 ₪ ברכישת זוג מהדגם הסגור מלפנים המוצע לצרכנים במחיר מתואם של 240 ₪.

7. התובעים טוענים עוד כי יקשה עליהם במועד זה, לדעת את הנזקים המדויקים שגרם הקרטל למאות אלפי הצרכנים שרכשו נעלי קרוקס מאז יובא מותג זה לישראל על ידי הנתבעים. אולם בהערכה שנמכרו עד עתה כ- 300,000 זוגות, הם מגיעים לכ- 20.85 מיליוני ₪. מספרים אלו נגזרים הן מכמות הנעליים שנמכרו, ומהנזק שנגרם לצרכנים כתוצאה מקיומו של הקרטל, והיעדרה של התחרות, אשר התובעים מעריכים אותם ב- 65 ₪ עבור כל זוג מהדגם הבסיסי, 80 ₪ עבור הדגם הסגור מלפנים, ו-95 ₪ עבור הדגם המעוצב, המוצע לצרכנים במחיר מתואם של 280 ₪.
8. התובעים טוענים גם כי מעשי הנתבעים היוו הפרה גם של הוראות חוק הגנת הצרכן כפי שפורט בכתב התביעה.
9. בד בבד עם בקשה זו מוגש כתב תביעה המצ"ב **כנספח ג'**. ביהמ"ש הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כייצוגית ולפסוק כי על הנתבעים לפצות את כל הצרכנים שרכשו נעלי קרוקס בנוזקי הקרטל שנגרמו להם. כמו כן מתבקש ביהמ"ש לפסוק לתובעים גמול מיוחד, וכן שכ"ט עו"ד בגין ייצוגם המשפטי את עצמם וביצוע כל העבודה המשפטית שהשקיעו ושישקיעו בתביעה זו ובבקשה לאישורה כייצוגית.
10. מעיון בפנקס התובענות הייצוגיות שבהנהלת בתי המשפט עולה כי לא רשומה שם תביעה ייצוגית בעניין תיאום מחירי נעלי המותג קרוקס.
11. בקיץ 2006 קנה תובע 1 שני זוגות נעלי קרוקס (מהדגם הבסיסי BEACH) בנסיבות שתוארו בכתב התביעה ובתצהירו נספח ב', ולהערכתו סבל מנזק של כ- 65 ₪ ברכישת כל אחד מהן, עקב מעשי הנתבעים, אשר התנהגותם מהווה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים.
12. בפעם השנייה, ולאחר שנוכח שלא יוכל למצוא מחיר שונה בשום מקום באזור מגוריו או בקניה באינטרנט, רכש תובע 1 זוג נעלי קרוקס. הפעם עשה התובע 1 דרכו ישירות לקניון הגדול, ופנה לחנות ריקושט ואף לספורט ורטהיימר, בשתייהן שאל את המוכרנים או את בעלי החנות, ששירתו את הלקוחות, האם אפשר לקבל איזושהי הנחה על זוג נעליים. בשתי החנויות נענה תובע 1 באופן זהה, כי היבואן אינו מרשה לאף חנות לתת הנחות, וכי הוא מכתיב מחיר אחיד בכל הארץ.
13. תובע 1 שאל את האחראים בשתי החנויות האם אינם רוצים לעורר תחרות בין שתי חנויות הנמצאות באותו קניון וסמוכות זו לזו, ולמשוך אליהן קונים מהחנות השנייה. בשתי החנויות הוא נענה כי הם מאוד רוצים למכור את המותג קרוקס, והם חוששים שהיבואן לא יספק להם את המוצר, ולכן עליהם להיכנע לתכתיבי היבואן.
14. תובע 2 רכש את נעלי קרוקס סגורות מלפנים (דגם ENDEAVOR) בחנות הפנינג במדרחוב בן יהודה בירושלים, במחיר המתואם האחיד של מוצר זה 240 ₪. הרכישה בוצעה במהלך שנת 2006.
15. לקראת יום הכיפורים רצה תובע 2 לרכוש זוג נעלי קרוקס עבור בנו. התובעים שמעו מעובדת במשרדם בשם שרית מוראד (להלן: "שרית"), שיש לה קשר עם בעל חנות בפתח תקווה, ושיתכן שדרכו תוכל להשיג את הנעליים במחיר מוזל. כעבור מספר ימים אמרה שרית לתובעים שביקשה מבעל החנות בפתח תקווה לתת לה זוג נעליים בהנחה ונענתה שאין לו כל אפשרות לעשות זאת, מכיוון שהוא חושש מהיבואן שאינו מרשה לתת הנחות או מבצעים בשום פנים ואופן, ומכתיב לכל החנויות המוכרות את המותג מחיר אחיד. לבקשת התובעים שבעל החנות ידבר איתם, סירבה שרית לגלות את שמו או את שם החנות שלו, מכיוון שהוא חשש ליחסיו עם היבואן אם ידבר עם התובעים (ראה תצהירו של תובע 1 נספח ב').

16. בעקבות מאורע זה, פנו התובעים אל עו"ד אורנה גלבשטיין ממחלקת החקירות ברשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") ושטחו בפניה את טענותיהם כי המדובר לכאורה בעבירה על חוק ההגבלים העסקיים, הן של תיאום מחירים, הן של ניצול מעמדו של מונופול וקביעת תנאים בלתי סבירים, כולל מחיר מוגזם. לאחר שיחת התובעים עם עו"ד גלבשטיין, בה הבטיחה להעביר את הדברים הלאה לבדיקת רשות, החליטו התובעים להמתין עם הגשת תביעה זו עד שהרשות תצא בהודעה גלויה על החקירה, כיוון שעד שלב זה, הבדיקה מתרחשת בדרך כלל בצנעה, והגשת תביעה ייצוגית בטרם הודעה פומבית על הבדיקה, עשויה לסכל את בדיקת וחקירת הרשות.

17. ביום 9.5.07 נתנה הרשות פומבי לחקירתה כנגד יבואן המותג קרוקס, מר עמוס הורוביץ והחברה שבבעלותו חברת קולנוע חדש המייבאת את המותג לישראל. נמסר בעיתונות כי הממונה על ההגבלים העסקיים רונית קן בודקת האם תיאום היבואן מחירים והאם יש במעשיו משום עבירה על חוק ההגבלים העסקיים. בשלב זה כבר החליטו התובעים כי אין טעם בהמתנה ושכעת ניתן להגיש את התביעה כנגד היבואן והיצרנית של נעלי קרוקס, ולבקש לאשרה כייצוגית. הפרסומים בדבר חקירת הרשות מצ"ב **כנספח ד'**.

עובדות והערכות לגבי הקרטל :

18. העובדה שבמשך שנים היה מחירן של נעלי קרוקס מחיר אחיד בכל רחבי הארץ, הנו כמעט מן המפורסמות שאינן צריכות הבאת ראיה. בכל חיפוש והשוואת מחיר באינטרנט, קשה מאוד למצוא מישהו המציע מחיר שונה מאשר המחיר האחיד שמכותב על ידי היבואן. לדוגמא בחיפוש פשוט ביום 15.5.07 במספר אתרי השוואת מחירים (כגון ZAP או BZMAN) על דגם בסיסי, (BEACH או MARY JANE) נמצא שהמחיר הנו 199-198 ₪ בכל האתרים שנמצאו : סאקאל און ליין, נענע שופס, גט איט, נטושופס, רוקי ספורט, ראיתי קניתי, שופי, טונדרה, למטייל, וואלא שופס, חבילה, קניה טובה לישראל (KTL), רנספורט וכיו"ב. בחיפוש ובהשוואת מחירים של דגם HIGHLAND נמצא שמחירו בכל האתרים, למעט ב"למטייל" (שם הציעו את הנעל במחיר של 227 ₪ ועוד דמי משלוח שגרמו למחיר סופי של 252 ₪), הנו שווה למחיר האחיד בכל החנויות של 239-240 ₪. בהשוואת מחיר של הדגם המעוצב (OFF ROAD או METRO) נמצא שהמחיר הן המחיר האחיד של 279 ₪ בכל האתרים שנבדקו (ראה נספח ב').

19. יצוין גם כי למרות הפרסום בדבר חקירת הרשות עדיין לא נבעו סדקים רחבים מידי בחומת הקרטל שיצר היבואן. למרות שפה ושם ניתן למצוא סימנים להתרופפות המשמעת בקרב בעלי החנויות כמו זו ממודיעין סנטר שאליה התקשר תובע 1 (ראה נספח א' ולהלן). סימן מעיד נוסף פורסם באתר האינטרנט וואלא ברנז'ה ביום 15.5.07, בדבר כוונת היבואן לצאת במסע שיווקי פרסומי לנעלי קרוקס (עד עתה היבואן מעולם לא השקיע בפרסום), כשלהערכת מחברי המאמר, הדבר נובע מהלחץ על היבואן כתוצאה מחקירת הרשות, או שזה מרמז שהיבואן לא יוכל להמשיך ולהכתיב מחירים לאורך זמן. הפרסום מצ"ב **כנספח ה'**.

20. בעקבות הפרסום בעיתונות המקוונת (באתרי האינטרנט) על החקירה של הרשות בעניין הנתבעים, פורסמו תגובות שונות לחדשות (טוקבקים), אחד המגיבים מספר כי: **"אני בעל חנות במרכז הארץ. לפני שנה החזקתי את קרוקס בחנות ומכרתי מתחת למחיר. קרוקס באו ללא הודעה מוקדמת ואספו את הסחורה".** סיפור זה הנו רק דוגמה להמחשה מהנטען בתביעה זו, בדבר אמצעי הכפייה וההפחדה בהם פועל ופעל הקרטל של יבואן קרוקס, וכיצד נכפתה מדיניות המחיר המתואם על כל בעלי החנויות, "למען יראו וייראו". רשימת התגובות ממנה צוטט הסיפור מצ"ב **כנספח ו'**.

21. לאורך החודשים שחלפו מאז פניית התובעים אל הרשות, המשיכו התובעים לבדוק באופן לעיתים את מחירי המותג קרוקס בחנויות שונות, אשר סביר להניח שתהיה ביניהן

- תחרות, ועם זאת לא מצאו כל תחרות, והמחירים המשיכו להיות זהים בהפרש של עד 1 ₪.
22. גם לפני הגשת תביעה זו, ביום 10.5.07 ערך תובע 1 סיור בקניון הגדול בפתח תקווה ושב וסקר את מחירי המותג בשלוש החנויות המוכרות אותו למיטב ידיעתו. המחירים בכל החנויות שנבדקו המשיכו להיות זהים וללא תחרות אמיתית, כמפורט בתצהירו של תובע 1, נספח ב'.
23. לבקשת התובעים בדקה עבורם גבי' מישל פוס את מחירי המותג קרוקס בחנויות במרכז העיר ירושלים, ותוצאות סקירתה מובאים בתצהיר מטעמה, המצ"ב כנספח ז'. תוצאות הסקירה מראות באופן ברור על אחידות במחיר ועל אי תחרות בין חנויות הסמוכות זו לזו במרכז של עיר הומת אדם, אשר סביר להניח שלו התאפשר להן, היו מתחרות זו בזו על כיסם של הלקוחות.
24. ביום בו פורסם דבר חקירת הרשות, נתקל תובע 1 בפרסום של חנות בשם פוינט ספורט וכושר, הנמצאת במודיעין סנטר בעיר מודיעין. הפרסום הנו באחד המקומונים של מודיעין, ובו פורסם על מכירת נעלי קרוקס במבצע. פירוט שיחתו של התובע עם בעל החנות מצוי בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1, אולם בקיצור ניתן לומר שבעל החנות אישר את תכתיבי והגבלות היבואן, ואמר כי הוא עושה את מבצע ההנחות תוך שהוא "מצפצף" על היבואן, וסומך על קשריו שימנעו ממנו סנקציות מטעם היבואן כמו גם על הפרסום בדבר חקירת הרשות. בעל החנות הוסיף כי הוא צופה שהקטנת מתח הרווחים המוכתב תגדיל את מספר הקונים פי שלושה.
25. מרוח הדברים ששמע תובע 1 בעת שיחה עם בעל החנות, הבין שאין זו הפעם הראשונה בה עשה בן שיחו מבצעים כאלו, בניגוד לדעת היבואן, וכי הוא מסתמך על ניסיון העבר באמירתו שעקב קשריו עם גורמים כלשהם, היבואן לא ינקוט נגדו בצעדים משמעותיים, בניגוד לבעלי חנויות אחרים להם יש סיבה לחשוש, וכי מניסיון העבר הזה גם למד שבהזילו את מחירי נעלי קרוקס, גדל מספר הקונים פי שלושה.
26. למיטב הערכות התובעים, ובהתאם להערכות שונות העולות ממקורות שונים נמכרו עד עתה בישראל 300,000 זוגות נעלי קרוקס. רובם מהדגם הבסיסי העולה כ- 200 ₪ (179.37 ₪ ללא המע"מ). לפי מקורות עיתונאיים, המחיר אותו גובה היבואן מהחנויות עבור כל זוג הנו כ- 100 ₪ ועוד מע"מ (ראה פרסום ב- THE MARKER מיום 9.5.07 חלק מנספח ד'). דבר זה משאיר לבעלי החנויות מרווח של כ- 79 ₪ מהם הם מרוויחים וממנו הם יכולים לפתח תחרות.
27. הערכות התובעים בדבר נזקי הקרטל לציבור הצרכנים מבוססות כולן על הערכות, כיוון שאין מידע מוצק לגבי מספר זוגות שנמכרו, עלויות הייצור וכיו"ב. הערכות מובאות באורח מקדמי בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1, ונתמכות על ידי השוואת מחירים לארה"ב, ועוד פקטורים אחרים. כמובן שנתונים אלו עשויים להשתנות לרעה או לטובה, אם לאחר גילוי מסמכים מטעם הנתבעים יתגלו יותר נתונים גולמיים שיקלו על עריכת החישוב בצורה מדויקת הרבה יותר.
28. בתנאי תחרות חופשית, היה נוצר לחץ של בעלי החנויות על היבואן להוזיל אף את מחיריו הסיטונאיים, כך שבפועל ההפסד הנגרם לבעלי החנויות בגלל התחרות היה מתקזז באופן חלקי בינם ובין היבואן, ויתכן שאף בין היבואן ובין יצרנית הנעליים. במצב של תחרות חופשית יכול והיו נוצרות הנחות מיוחדות לגודל, דהיינו היבואן היה נותן מחירים נמוכים יותר לחנות או רשת חנויות הרוכשת ממנו נעליים באופן מרוכז, ואם המדובר במוצר בעל מעמד שוק דומיננטי, יתכן ואף היו נוצרות התאגדויות לרכש מרוכז מהיבואן על מנת ליהנות מאותם יתרונות לגודל שמעניק היבואן. יש להוסיף גם כי אם מחיר זוג נעליים היה יורד, סביר לצפות שהחיקויים היו נדחקים מהשוק, ונתח השוק שלהם היה

- פוחת משמעותית מול המותג המקורי, דהיינו יותר קונים ויותר רווחים לחנויות, ליבואן וליצרנית, למרות מתח הרווחים הנמוך.
29. לאור האמור, יש להניח שבתנאי תחרות משוכללת, היה ניתן להגיע עד כדי מחיר של 130-140 ₪ לזוג נעליים מהדגם הבסיסי (כולל מע"מ), עוד 25 ₪ לדגם הסגור מלפנים ו-50 ₪ לדגם המעוצב (דהיינו 155-165 ₪ לזוג סגור מלפנים ו-180-190 ₪ לזוג מעוצב). ניתן גם להסתייע מהשוואה למחיר בארה"ב כמפורט בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1.
30. הערכת התובעים שפורטה ונומקה בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1, כולל סקירת מחירי הדגמים היקרים יותר באתרי אינטרנט בארה"ב מביאה להצדקה להפרש במחיר שצוין לעיל: 25 ₪ מעל למחיר הבסיסי עבור הדגם הסגור מלפנים, ו-50 ₪ מעל הדגם הבסיסי עבור הדגם המעוצב. מכאן נובעת הנחת התובעים, שכל רוכש של הדגם הסגור מלפנים מפסיד 15 ₪ נוספים ושכל רוכש הדגם המעוצב מפסיד 30 ₪ נוספים מעבר לרוכשי הדגם הבסיסי. לאור זאת הערכת התובעים הנה שהנזק הנגרם לכל רוכש זוג נעליים מהדגם הבסיסי הנו כ-60-70 ₪ (ולצרכי תביעה זו נלקח ערך ממוצע של 65 ₪), ועוד 15 ₪ לרוכשי הדגם הסגור מלפנים (דהיינו נזק של 80 ₪ בסה"כ), ועוד 30 ₪ לרוכשי הדגם המעוצב (דהיינו 95 ₪ בסה"כ).
31. אם אכן צודקת הערכת התובעים בדבר מכירת 300,000 זוגות בישראל מאז הבאת המותג לישראל, הרי שמדובר בנזק שנגרם לציבור הצרכנים שרכשו את המותג בסכום של כ-19.5 מיליוני ₪. על כך יש להוסיף את הנזק המוערך מרכישת הדגמים היקרים יותר המהווים מיעוט מסך הנעליים הנרכשות. נזק זה מוערך ב-1.35 מיליוני ₪, כפי שפורט בכתב התביעה ובתצהירו של תובע 1.
32. ההסדר שנוצר כך שהמחיר מוכתב על ידי היבואן לחנויות, הנו הסדר בו יכול להפסיד רק הצרכן הסופי, שכן לאיש אין אינטרס "בוער" להוזיל מחירים שכן הרווח מובטח, ומאידך פועל החשש שהיבואן יפסיק לספק את המוצר לבעל חנות סרבן המסרב לשחק לפי כללי הקרטל שבה היבואן.
33. מסקירה באינטרנט עולה כי גם בארה"ב קיימת מדיניות של מחיר אחיד של נעלי קרוקס בכל אתר ואתר, וכמעט שאין תחרות אמיתית. התובעים אף אינם יכולים לומר במספיק ביטחון כי גם היצרנית הכתיבה ליבואן מדיניות של מחיר אחיד לגבי ישראל. אולם, אם יתגלה במהלך המשפט או הדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית, חומר נוסף המצביע על מעורבותה של היצרנית, שומרים התובעים לעצמם את הזכות לצרף גם את היצרנית כנתבעת.
34. גם אם יוכח שהיבואן נאלץ להישמע לתכתיבי היצרנית, ושלא הייתה לו כל שליטה על הקרטל, כי אם הוא פעל כעושה דברה של היצרנית בלבד, עדיין אין בכל כל צידוק לפטור את היבואן מאחריותו האזרחית כלפי כל ניזוק, שכן, לא היה עליו לשמש כיבואן ולבנות עבור היצרנית את הקרטל שלה בישראל, ובודאי היה ביכולתו לפנות ולבקש פטור מהסדר כובל, או אישור לביה"ד להגבלים עסקיים, ובכך להכשיר את פעילותו. משלא עשה זאת, אין היבואן יכול להישמע בטענה שרק מילא את הוראות היצרנית.

האספקטים המשפטיים:

הגבלים עסקיים: הסדר כובל:

35. התובעים טוענים כי הנתבעים עוולו כלפיהם וכלפי יתר הצרכנים שרכשו את נעלי קרוקס לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988, הקובע כי כל הפרה של חוק זה דינה כעוולה נזיקית.

36. בהתנהגותם ובקרטל שיצרו עברו הנתבעים על הוראות סעיף 2 (א) לחוק ההגבלים העסקיים, ויזמו הסדר כובל, שכן ההסדרים שיצרו פגעה פגיעה של ממש בתחרות בין חנויות המתחרות זו בזו. במחירים האחידים (לפי דגמי נעליים בהתאמה) שנגבו בפועל מאז שהנתבעים הכניסו נעלי קרוקס לשוק הישראלי מכל ציבור הצרכנים בארץ, הוכח גם התממשותו של החשש לפגיעה בתחרות, והתחרות שהייתה צריכה להתקיים בין חנויות המוכרות את אותו מותג היא ברורה ומובנת מאליה.
37. כמו כן עברו הנתבעים במעשיהם על הוראות סעיף 2 (ב) (1) לחוק ההגבלים העסקיים העוסקות בתיאום מחיר של מוצר. במקרה כזה אין אפילו צורך ברכיב של חשש לפגיעה בתחרות אלא די שהוכח כי היה תיאום מחירים. דומה שמשלל המקורות והראיות שהובאו, הן מסיפורים אישיים של התובעים, הן מבעלי חנויות, הן מתגובות למאמרים באינטרנט והן ממאמרי האינטרנט עצמם, ברור שישנה יותר מראשית ראייה, ויש רגליים לדבר שהיבואן אכן תיאם מחירים בין החנויות בצורות אלו ואחרות, ובכל עבר על הוראות הסעיף האמור.
38. די אם נצטט מתוך עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ביחס הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות, 5 בינואר 2005, בעמ' 33-32 וה"ש 63 שם):
- מקובל להבחין בין שלושה סוגים שונים של התערבות ספקים בהליך קביעת המחיר של מוצריהם לצרכן: **הכתבת מחיר מינימום לצרכן, הכתבת מחיר מקסימלי לצרכן ושימוש בהמלצה על מחיר לצרכן**. בכל אחד מהמקרים משתנה נקודת האיזון שבין התועלת הגלומה בפרקטיקה ובין הנזק התחרותי שעלול להיגרם מנקיטה בה. (...)
- הסדר בין ספק לרשת שיווק שעניינו קביעת מחיר מינימום שייגבה מן הצרכן עבור מוצרי הספק הינו **הסדר כובל לפי סעיף 2(א) ו-2(ב) לחוק**. (ראה למשל, **הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעלי תחנות תדלוק - קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים**; 1993, **הגבלים עסקיים** 3003595, סעיף 4 לקביעה. ליחס שלילי כלפי הכתבת מחיר מינימום בידי ספק במדינות הים ראו: ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (5th Ed. 2002) at p. 131-132 וכן (R. Whish Competition Law (London, 5th Ed., 2003) at p. 612-614
- עמדת הסופית היא כי קביעת מחיר מינימום לרשת מהווה הסדר כובל והיא אסורה בתכלית. בהתאם, פניות לרשת כי תעלה את מחירי מוצרי הספק אצלה (...) ובין שמקורן בטענת הספק לפגיעה במותגיו – היא ניסיון אסור להסדר כובל.
39. עו"ד דרור שטרום אף אמר דברים מפורשים לעניין זה בראיון לפרסום באתר האינטרנט של THE MARKER בעניין נשוא תביעה ובקשה אלה (ראה פרסום מיום 9.5.07 בנספח ד'):
- "הכלל הוא שלכל מי שמוכר מוצרים לצרכנים, צריך להיות שיקול דעת עצמאי שיאפשר לו להתחרות בספקים אחרים ולהציע לציבור את המחיר שהוא חושב שהוא האטרקטיווי ביותר – כלומר, הזול ביותר. ברגע שמשווק, ובמיוחד כשמדובר במשווק דומיננטי וגדול, מונע תחרות מחירים בין החנויות ונקודות המכירה על ידי קביעת מחיר מינימום – זה פוגע ביכולת הצרכנים להשיג מחיר זול יותר, ולכן הדבר הזה אסור"**.
40. אין ספק שהיבואן לא ביקש ולא קיבל פטור מהרשות או אישור מביה"ד להגבלים עסקיים להסדר כובל.

41. אין ספק שפטורי הסוג השונים אינם חלים על מערכת היחסים בין היבואן ובין בעלי החנויות. אין סוג פטור שבהגדרתו מתאים למערכת יחסים דומה לזו שבין היבואן ובין בעלי החנויות.
42. המקרה של קרוקס דומה ליחסים בין ספקים דומיננטיים של מזון ורשתות שיווק. היעלה על הדעת שחברת קוקה קולה תכתוב מחיר אחיד של מוצריה לכל רשתות השיווק ולחנויות המציעות את משקאות קוקה קולה לציבור? היעלה על הדעת שאוסם תכתוב מחיר אחיד של מוצריה לרשתות השיווק? ברור שלא, ואלו ההוראות עליהן חתם הממונה על ההגבלים עו"ד שטרם.
43. **כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א – 2001, ק"ת התשס"א, מס' 6096 בעמ' 659, בסעיף 4 קובעים כי הכתבת מחירים הנה אסורה, אלא אם כן נאמר בפטורי הסוג אחרת באופן מפורש:**
- "זולת אם נאמר אחרת בכללי פטור סוג, לא יחול פטור סוג על הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין, כבילה באחד או יותר מעניינים אלה: (1) תיאום מחירים שיוצעו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם."**
44. לצורך המחשה עד כמה מתנגדת הרשות להכתבת מחיר נביא גם את פטור הסוג המקביל העוסק בהסכמי הפצה בלעדיים (כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) התשס"א – 2001, ק"ת התשס"א, מס' 6096 בעמ' 669). סעיף 3 קובע כי פטור הסוג לא יחול על הסכם בין מפיץ וספק שבהם מתקיים:
- "בין צדדים להסכם להפצה בלעדית קיים הסכם לעניין אחד מאלה: (א) המחיר בו יציעו המפיץ, הספק או אדם אחר מטעם מי מהם את הטובין לאחר; (ב) המחיר שיידרש תמורת הטובין מאדם אחר או שישולם בעדם."**
45. אין ספק שבמקרה של קרוקס, בו הכתיב היבואן מחיר לבעלי החנויות, הוא יצר מצב בו המחיר האחיד מנע תחרות, ואפילו אם היו אמיצי לב שהעיוז "לצפצף" על היבואן ולהוריד מחיר, הרי ברור שאלו המיעוט שבמיעוט, ורובם ככולם של בעלי החנויות חששו, כך שיש לנו עניין עם מניעת תחרות או הפחתתה, ובודאי שיש כאן תיאום מחירים שיטתי, המהווים "כבילה עירומה".
- הגבלים עסקיים: פעולות בעל מונופולין:**
46. הנתבעים גם מהווים בעל מונופולין בשוק המוצר של נעלי הקרוקס. התובעים יטענו כי נעלי הקרוקס מהווים לצורך דיני ההגבלים העסקיים שוק מוצר נפרד ומובדל, בו נהנו הנתבעים ממעמד דומיננטי ומוביל שהעניק למותג שלהם עליונות מול החיקויים, אשר נבעה בין היתר מהפוטנט שיש ליצרנית נעלי קרוקס, כמו גם ממדיניות אגרסיבית של תביעות כנגד נעליים הדומות למותג קרוקס (ראה פרסום באתר האינטרנט של THE MARKER כחלק מנספח ד' בדבר התביעה שהגיש יבואן קרוקס נגד חברת FOX שניסתה לייבא ולשווק נעלים המוגדרות כ"דומות עד כדי הטעיה" לנעלי קרוקס). המעמד הדומיננטי של הנתבעים, כמו גם מדיניותם האגרסיבית לדחיקת רגלי המתחרים, והפוטנט שלהם בחומר ממנו עשויות הנעליים, העניקו להם שליטה שמעל 50% בשוק המותג קרוקס וחיקוייו.
47. מעשי הנתבעים היו ניצול מעמד של בעל מונופולין לרעה, ובעיקר הפרה של סעיף 29א (א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר ניצול מעמד העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, ובעיקר של הוראות סעיף 29א (ב) (1) הדבר קביעת מחיר מכירה בלתי הוגן.

48. כבר נקבע שבעל פטנט אינו רשאי לנצל את מעמדו, ושחלים עליו גם כללי ההתנהגות החלים על בעל מונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים (ראה: הע (י-ס) 3/97 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, נבו 4.11.01).

49. סעיף 29 א לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי:

"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 קנייה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין."

50. הנתבעים ניצלו את פגיעותם של בעלי החנויות אשר לא יכלו להרשות למותג חזק ודומיננטי כקרוקס לחמוק מידם, וכפו עליהם הסדרים ומחירים לצרכן המהווים מחירי קנייה ומכירה בלתי הוגנים. בעיקר עברו הנתבעים על החזקה הקבועה בתת סעיף (ב) (1) האמור, שכן הם קבעו מחירי קנייה ומכירה שהינם בעליל בלתי הוגנים, הן בהיותם גבוהים משמעותית מאלו הנגבים בארה"ב ובאירופה (ראה השוואת מחירי קרוקס במדינות שונות בעולם, בפרסום באתר האינטרנט של THE MARKER כחלק מנספח ד'), וברור גם שהמחירים אינם הוגנים, שכן נמנעה תחרות שהייתה יכולה להוריד את רמות המחיר שמשלם הצרכן עבור המוצר.

הגבלים עסקיים: האספקט הבינלאומי של היצרנית:

51. אומנם הובהר כי היצרנית איננה נתבעת בשלב זה מחוסר מידע המצביע על מעורבותה ביצירת הקרטל. עם זאת יש בעובדה כי גם באתרי האינטרנט בארה"ב מוצעים מוצרי קרוקס במחיר אחיד וזהה ללא תחרות אמיתית, יש כדי להצביע ולעורר חשש כי המדיניות שתוארה ככזאת שהוכתבה על ידי היבואן של קרוקס לישראל, הנה מדיניות המוכתבת בצורה זאת או אחרת גם בארה"ב, וביתר מדינות העולם, ומשום כך, ניתן להגיע למסקנה כי מדיניות המחיר האחיד מוכתבת על ידי היצרנית. חשש זה עדיין אינו מספיק לדעתנו על מנת לכלול את היצרנית כנתבעת, ואנו מחכים לבדל ראיה מוחשית קצת יותר, שתתברר, אם תתברר בחקירת הרשות או בגילוי המסמכים מול היבואן.

52. על כל פנים, על מנת לקדם פני תטענה עתידית בדבר העובדה שהיצרנית אינה פעילה בישראל, וכי אם הכתיבה מחיר אחיד או מדיניות של מחיר אחיד, עשתה זאת מחוץ לישראל, טוענים התובעים כבר מעתה כי לביהמ"ש יש סמכות בינ"ל גם על מעשיה של היצרנית, במידה ויסתבר כי נעשו.

53. הממונה על ההגבלים ד"ר דוד תדמור כתב את הדברים הבאים (קביעה לפי סעיף 43 א) (1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים, מיום 11.2.99, בהערת שוליים 68:

"יש לזכור כי הדין בישראל אינו עוסק בכוונת הצדדים לפגוע בתחרות אלא עניינו בתוצאות האובייקטיביות של מעשיהם. ראה ה"ש 69 להלן... אין ספק כי החלה בלתי זהירה או בלתי שקולה של עקרונות תחרות הנוהגים במדינה אחת על עסקאות הנעשות במדינה אחרת, כאשר עיקר השפעתן איננה בשוק המקומי, ושאינן ממוקדות כלל בשוק זה, אפילו יש להן השלכות עליו, אינה סבירה. מאידך, מתן חסינות לגופים הפוגעים בתחרות בישראל רק מהטעם שהעסקה בחלקה או במלואה נעשתה מחוץ לגבולות המדינה אינה סבירה אף

היא ותוצאתה כזו שאין הדעת סובלתה. המלומד WHISH משווה בצדק פעולה כזו ליריות על שטח מדינה שמקורן מעבר לגבול".

54. ברור אם כך, שמדיניות שהוכתבה על ידי היצרנית, אם הוכתבה, לא תימלט משיפוטו של ביהמ"ש בישראל רק מחמת העובדה שהוכתבה גם לשווקים אחרים, היות ותוצאותיה האובייקטיביות היוו פגיעה בתחרות בישראל, ומדיניותה כוונה ספציפית לישראל בהתקשרות מול יבואן ובדאגה, אם אכן דאגה לכך היצרנית, שגם הוא יאכוף, מדיניות כלל עולמית של מחיר אחיד בכל מדינה.

הגנת הצרכן:

55. מעשי הנתבעים גם עולים כדי הפרה של הוראות סעיף 3 (ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981, משום שיש והיה בהם ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו, והפעלת השפעה בלתי הוגנת על הצרכן לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת שיש לגבותה בתנאי שוק חופשי.

56. התובעים יטענו כי הנתבעים הנם "עוסק" למטרות חוק הגנת הצרכן, וכי התובעים הנם בעיקרם "צרכן" כהגדרתו בחוק האמור, ושהמוצר אותו רכשו מהחנויות להם מכרו הנתבעים נועד לשימוש אישי.

57. ההסדר שיצרו הנתבעים קבע תמורה שנגבתה מצרכנים, תמורה אשר חלקה הגיע גם לכיסם של הנתבעים בהיותם היבואנים של המוצר. התמורה שנגבתה מהצרכנים ביוזמתם ובניצוחם של הנתבעים הנה תמורה בלתי הוגנת, העולה על התמורה המקובלת שיש לגבותה בעד מוצר כאמור בתנאי שוק חופשי. כל זאת תוך ניצול מצוקה של הצרכנים, אשר לא היה ביכולתם ליהנות מתחרות חופשית, ונאלצו לרכוש את המותג קרוקס במחיר שכפו הנתבעים על בעלי החנויות.

תובענות ייצוגיות:

תובענות ייצוגיות: התובענה נכללת בסוגי התביעות המפורטות בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות:

58. על-פי סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, "לא תוגש תובענה אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית".

59. על-פי סעיף 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

60. על-פי סעיף 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית "נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

"עוסק" מוגדר בחוק הגנת הצרכן כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן".

אין ספק, כי שהנתבעים באים בגדרה של הגדרת "עוסק", שכן הם מייבאים מוצר המוצע לצרכנים בחנויות שונות, והמוצר אינו מוגדר כמוצר הפונה לסקטור העסקי.

תובענות ייצוגיות: למבקש עילת תביעה אישית (סעיף 4(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות):

61. כפי שפורט בבקשה זו לעיל, למבקש עילת תביעה אישית כנגד המשיבה.

62. לתובעים נגרם נזק, ועל כן הם רשאים לייצג את קבוצת התובעים הפוטנציאליים בתביעה הייצוגית המבוקשת.

תובענות ייצוגיות: התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיפים 4(א) ו-8(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות):

63. עמדת הפסיקה, בכל הנוגע לצורך בשאלות משותפות של משפט ושל עובדה בין חברי קבוצת התובעים, הנה שדי בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות בכדי למלא תנאי זה (ראו למשל: ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, בעמ' 612).

64. בענייננו, השאלות העובדתיות והמשפטיות הניצבות בבסיס התביעה הינן משותפות, לכל חברי הקבוצה: הוראות הדין הרלבנטיות לתביעה חלות ביחסים שבין הנתבעים לבין כלל חברי הקבוצה, ומשכך השאלה אם הנתבעים הפירו את הוראות הדין משותפת לכלל חברי הקבוצה.

65. כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהפרות הוראות הדין על-ידי הנתבעים בנסיבות דומות, אם לא זהות. נזקיו של כל אחד מחברי הקבוצה ברכישת כל זוג נעליים מדגם מסוים הנם זהים לנזקי יתר חברי הקבוצה שרכשו את אותו דגם.

66. הקבוצה של התובעים הפוטנציאליים שניזוקו הנה כל רוכשי נעלי קרוקס מאז התחלת ייבואם לישראל ועד שתיפסק ההתנהגות הקרטליסטית בה נוקט היבואן. מספר חברי הקבוצה מוערך על ידי התובעים במאות אלפי צרכנים, שכל אחד מהם סבל נזק המגיע לעשרות או מאות ש' בודדים.

תובענות ייצוגיות: תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)2 לחוק תובענות ייצוגיות):

67. אין ספק, כי הדרך העדיפה לבירור המחלוקת בענייננו הינה במסגרת של תובענה ייצוגית: קבוצת התובעים הצרכנים שרכשו את קרוקס בישראל מוערכת במאות אלפים.

68. התובענה אינה מצריכה בירור פרטני בדבר נסיבותיו של כל תובע ותובע, שכן הפרת הוראות החיקוק הרלבנטיות על ידי הנתבעים, מהווה בהכרח הפרה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה.

69. זהותם של חברי הקבוצה הפוטנציאליים אינה ידועה בשלב הגשת הבקשה, ואין אפשרות מעשית לאתרם ולצרפם למסגרת של תובענה רגילה.

70. תובענה ייצוגית היא הדרך הנאותה והנכונה לניהול עניין זה. שכן, הנזק אותו סבל כל צרכן בנפרד מהקרטל שיזמו הנתבעים, הנו נזק קטן בן כמה עשרות או מאות ש'. בנזקים בסדרי גודל אלו קשה מאוד להניח שכל תובע יתבע בנפרד, והעומס על מערכת המשפט אם אפילו רק חלק מהתובעים יתבעו בנפרד, יהיה עצום. מצב כזה מתאים ונכון לתביעה ייצוגית, וזאת הדרך שתקל הן על כל חברי הקבוצה והן על מערכת המשפט. אם תביעה זו לא תאושר כייצוגית, התוצאה המסתברת הנה שהנתבעים יחמקו מבלי לפצות את כלל הצרכנים להם נגרמו נזקים מהקרטל.

71. על-פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, אחת ממטרות ההליך הייצוגי הנה אכיפת שלטון החוק. המקרה דנן הנו מקרה קלאסי להגשמת מטרה נעלה זו באמצעות מכשיר התביעה הייצוגית.

72. השאלה מהו הדגם שרכשו חברי הקבוצה (דגם יקר יותר יגרור נזק גדול יותר), שהיא שאלה שניתן לבררה בקלות במסגרת מנגנון הפיצוי שיינתן לכל חברי הקבוצה.

תובענות ייצוגיות: קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת (סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות) וקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב (סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות):

73. קיים יסוד להניח כי עניינם של כל חברי הקבוצה ינוהל וייצג באורח סביר, הולם, הגיוני ובתום לב. התובעים, עוסקים בדיני הגבלים עסקיים ומכירים את הדין היטב, עו"ד קורמן עסק גם בייצוג תובעים ונתבעים בתביעות ייצוגיות בארה"ב, והייצוג שניתן לקבוצה יעשה בצורה הטובה ביותר האפשרית.

74. התובעים הנם התובעים הייצוגיים הראויים, שכן הם הגישו את התלונה לרשות ההגבלים העסקיים, ובחרו להמתין עם הגשת התביעה עד לפרסום בדבר החקירה כדי לא להפריע לרשויות החקירה והאכיפה של מדינת ישראל בפעולתן, והדבר מראה כי לא על עצמם לבד חשבו התובעים, אלא ראשית לכל, על האינטרס של כלל הצרכנים ושל רשויות האכיפה של מדינת ישראל.

תובענות ייצוגיות: קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות):

75. טענות התובעים בדבר הפרת הוראות החיקוק הרלבנטיות על ידי הנתבעים, מבוססות על ראיות מוצקות, ובכלל זה על עדויות אישיות, נתוני השוואת מחירים ממקומות שונים וממקורות שונים, פרסומים עיתונאיים, והעובדה שהרשות בחרה לחקור את העניין ואף נתנה פומבי להחלטתה זו, אומרת שיש בטענות התובעים ממש. לפיכך ברור כי קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה

סיכום:

76. התובעים טוענים כי נגרם להם נזק ראייתי על ידי הקרטל שיצרו הנתבעים, המקשה על התובעים להוכיח את נזקי הקרטל האמיתיים, ועל כן על ביהמ"ש לאמץ ולקבל ראיות המבוססות על הערכות ואומדנים בקביעת נזקי הקרטל שנגרמו הן לתובעים, והן ליתר הצרכנים. (ת"פ (י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, פ"מ תשס"ב (1) 493, לגבי תביעות אזרחיות ובהמשך לדין בארה"ב).

77. לבית משפט נכבד זה הסמכות לדון בתביעה מבחינה מקומית, מכיוון שהקרטל פעל גם בירושלים, והנזק הנטען לתובע 2 נגרם על ידי רכישת נעלי קרוקס בירושלים.

78. הסמכות העניינית מוקנית לבימ"ש זה בשל הסכום המצטבר של כלל הנזק המוערך לכל קבוצת הצרכנים של קרוקס, לפי הוראות סעיף 5 (ב) (1) לחוק תובענות ייצוגיות.

79. אשר על כן מתבקש ביהמ"ש הנכבד לאשר לתובעים להגיש את התביעה המצ"ב כנספח ג' כתביעה ייצוגית.

היום _____ לחודש מאי שנת 2007.

עו"ד נחום אורן
מ.ר. 23185

עו"ד זאב קורמן
מ.ר. 18498