|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו** |
|  |
| קורמן ואח' נ' פליי - פוט גרופ בע"מ ואח' | 6 ינו 20217033-06-12, 20393-07-12, 7182-06-12, 7148-06-12 |
|  |
| **השופט** | רחמים כהן |
|  |
| **מבקשות** | 1. ג'אנט קורמן2. שנית אורן3. שרון אפפלדורףע"י עו"ד זאב קורמןעו"ד נחום אורן |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **משיבות** | 1. פליי - פוט גרופ בע"מ2. ליידי קונפורט (88) ואח'3. שורש ערכות נוודים בע"מ4. א. מורן ייצור נעליים בע"מע"י עו"ד ערן לב (בשם נתבעת 1)עו"ד יוסי רייטר ועוה"ד חיים הירשפלד אבי ניזרי והילה שעשוע (בשם נתבעת 2)עו"ד דן סלע ועוה"ד ניר ספיר (בשם נתבעת 3)עו"ד ד"ר אבי וינרוט ועוה"ד יגאל אורנשטיין ואריק מגידיש |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |
|   |   |   |

1. ארבע בקשות לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבות לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן - חוק תובענות ייצוגיות, בקשות האישור, בהתאמה). בקשה נוספת לאישור תובענה ייצוגית נגד נעלי נאות הסתיימה במתן פסק דין המאשר הסדר הפשרה אליו הגיעו הצדדים (ת"צ 7104-06-12 אורן נ' נעלי נאות אגש"ח לעסקים בע"מ, מיום 9.7.2017).

עילת התביעה הנטענת היא הסדר כובל, הפרה של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (שם החוק שונה לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988, להלן - חוק התחרות) המהווה עוולה נזיקית לפי סעיף 50 לחוק התחרות.

1. לטענת המבקשות, קיימים הסדרים כובלים אנכיים בין כל אחת מהמשיבות, המשווקות נעלי נוחות, לבין הקמעונאים המוכרים את תוצרתן. המבקשות טוענות, כי ההסדרים נועדו להכתיב מחיר אחיד לצרכן זאת תוך שימוש באיום מצד המשיבות, שלא יספקו את מוצריהן לקמעונאי שימכור מתחת למחיר המוכתב.

המבקשות טוענות, כי כל המשיבות, שהן מתחרות בשוק נעלי הנוחות, נוהגות באותו אופן, מכתיבות מחיר אחיד לצרכן ולרובד הקמעונאי, בכדי לנצל את מיעוט התחרותיות בשוק נעלי הנוחות, את כוח השוק שלהן כלפי הצרכנים וליצור לעצמן רווחים על-תחרותיים.

הקבוצה אותה מבקשות המבקשות לכלול במסגרת התובענות הייצוגיות כוללת את כל הצרכנים שרכשו את מוצרי ההנעלה מתוצרת או מייבוא המשיבות בשבע השנים שקדמו להגשת הבקשה. המבקשות מבקשות לכלול בקבוצה גם צרכנים שירכשו את מוצרי המשיבות עד לאישור התובענה כייצוגית.

1. המבקשות עותרות למתן לצו מניעה קבוע האוסר על המשיבות להמשיך ולהכתיב מחיר לצרכן של מוצרים שהן משווקת לחנויות שאינן בבעלותן וכן לסעד של פיצוי כספי, שישולם לכל צרכן שרכש נעליים מתוצרת ומייבוא של המשיבות וסבל נזק כתוצאה מכך.

הסעד הכספי כלפי כל משיבה הוערך בין 35 מיליון ₪ ל-55 מילון ₪, בהתאם לחישובים שפורטו בבקשות.

הצדדים והרקע לבקשות האישור

1. המשיבות הן חברות העוסקות בייצור או בייבוא נעליים ומשווקות אותן בארץ באמצעות קמעונאיים וחלקן גם באמצעות רשת חנויות שבבעלותן:

* פלייפוט גרופ בע"מ היא המשיבה בת"צ 7033-06-12 (להלן - פלייפוט). המבקשת בתיק זה היא גב' ג'אנט קורמן (להלן - המבקשת קורמן).

* ליידי קומפורט בע"מ, אל.סי. קומפורט בע"מ ו- פי.פי.טי קומפורט בע"מ הן המשיבות בת"צ 20393-07-12 (להלן - ליידי קומפורט). המבקשות בתיק זה הן גב' שנית אורן וגב' שרון אפפלדורף (להלן - המבקשת אפפלדורף).

* שרש ערכות נוודים בע"מ היא המשיבה בת"צ 7182-06-12 (להלן - שורש). המבקשת בתיק זה היא גב' שנית אורן (להלן - המבקשת אורן).

* א. מורן ייצור נעליים בע"מ היא המשיבה בת"צ 7148-06-12 (להלן - מורן). המבקשת בתיק זה היא גב' ג'אנט קורמן.

1. המבקשות הן לקוחות אשר רכשו מנעלי המשיבות:

* המבקשת קורמן רכשה ביום 20.12.2011, בחנות "ארבע העונות" ברחוב יפו 47 בירושלים, זוג נעליים מתוצרת מורן. על קופסת הנעליים צויין המחיר 498 ₪. המבקשת קורמן ביקשה הנחה, המוכר אמר לה, כי מורן מנהלת מדיניות שלא מרשה לתת הנחות וכי אין מבצעים או הנחות על הנעליים מתוצרת זו. המוכר אמר למבקשת קורמן, שלא תמצא נעליים במחיר זול יותר מכיוון שכל החנויות מוכרות את נעלי מורן באותו מחיר. יחד עם זאת, ניתנה למבקשת קורמן הנחה ובקופה שילמה תמורת הנעליים סך של 470 ₪. לטענתה, על פי חוות דעת המומחה, הנזק שנגרם לה בשל המחיר המתואם והמוכתב על ידי מורן הוא בשיעור של 16% מהמחיר המוכתב על ידה. לאחר התחשבות בהנחה שקיבלה, הנזק שנגרם למבקשת קורמן בפועל הוא בסך 51.68 ₪. הנזק שנגרם לקבוצה מוערך בלפחות 35 מיליון ₪.

* המבקשת קורמן רכשה ביום 9.11.2009, בחנות "פריימן את ביין" ברחוב יפו 50 בירושלים, זוג נעליים שייבאה פלייפוט. המבקשת קורמן ביקשה הנחה מהמוכרים בחנות ונענתה, לטענתה, שאין הנחות על הנעליים. המבקשת קורמן שילמה עבור הנעליים סך של 438 ₪. לטענתה, על פי חוות דעת המומחה, הנזק שנגרם לה בשל המחיר המתואם והמוכתב על ידי פלייפוט הוא בשיעור של 16% מהמחיר המוכתב על ידה. הנזק שנגרם בפועל לטענתה הוא בסך 70.24 ₪. הנזק שנגרם לקבוצה מוערך בלפחות 36 מיליון ₪.

* המבקשת אורן רכשה ביום 12.4.10, בחנות תעשיות נעליים נגה עינת בע"מ, שבקיבוץ גבעת השלושה, זוג סנדלים מתוצרת שורש עבור בנה. מחיר הסנדלים 229.90 ₪, אך מאחר והמבקשת אורן היא חברת מועדון לקוחות החנות, היא קיבלה הנחה בסך 7%, כך ששילמה 213 ₪ עבור הסנדלים. לטענתה, על פי חוות דעת המומחה, הנזק שנגרם לה בשל המחיר המתואם והמוכתב על ידי שורש הוא בשיעור של 16% מהמחיר המוכתב על ידה. לאחר התחשבות בהנחה שקיבלה הנזק שנגרם בפועל הוא בסך 20.7 ₪. הנזק שנגרם לקבוצה מוערך בלפחות 39 מיליון ₪.

* המבקשת אורן רכשה ביום 3.6.2012, בחנות "נעלי ארז" ברחוב ויצמן 124 בכפר סבא, סנדלים מתוצרת או מיבוא של ליידי קומפורט. מחיר הסנדלים 289 ₪. המבקשת אורן ביקשה הנחה ולטענתה המוכר אמר לה, שליידי קומפורט אינה מרשה לו לתת הנחה של יותר מ-20 ₪ (כ- 5%), וכי ליידי קומפורט לא תספק לו סחורה אם ימכור במחירים נמוכים יותר. למבקשת אורן ניתנה הנחה ובקופה שילמה סך של 270 ₪. לטענתה, על פי חוות דעת המומחה, הנזק שנגרם לה בשל המחיר המתואם והמוכתב על ידי ליידי קומפורט הוא בשיעור של 16% מהמחיר המוכתב על ידה. לאחר התחשבות בהנחה שקיבלה הנזק שנגרם בפועל הוא בסך 27.24 ₪.

המבקשת אפפלדורף רכשה ביום 5.6.2012, בחנות הרשת ליידי קומפורט, בקניון רמות בירושלים, שני זוגות נעליים של ליידי קומפורט – סנדלים במחיר 299 ₪ ונעלי בובה במחיר 299 ₪. המבקשת אפפלדורף ביקשה הנחה ולטענתה המוכרת אמרה לה, שאין הנחות על המחירים בחנות זו וכי מדבריה השתמע, שזה המחיר בכל החנויות המוכרות את מוצרי ליידי קומפורט, גם בחנויות שאינן חנויות הרשת. בסך הכל שילמה המבקשת אפללדורף עבור הנעליים סך של 598 ₪. לטענתה, על פי חוות דעת המומחה, הנזק שנגרם לה בשל המחיר המתואם והמוכתב על ידי ליידי קומפורט הוא בשיעור של 16% מהמחיר המוכתב, בסך 95.68 ₪.

הנזק שנגרם לקבוצה מוערך על ידי המבקשות אורן ואפפלדורף בלפחות 55 מיליון ₪.

1. בקליפת אגוז, המבקשות טוענות, כי המשיבות מכתיבות לקמעונאים את מחיר המינימום לצרכנים ומגבילות את שיעור ההנחות על הנעליים ובכך הן פוגעות בתחרות. מעשיהן מהווים, לטענת המבקשות, הפרה של הוראות חוק התחרות בכך שנקטו בפרקטיקה אנטי תחרותית וקיימו הסדר כובל – זאת על ידי הכתבה של מחירי מינימום לצרכן, אכיפת הכתבה זו והגבלה של הקמעונאים במתן הנחות לצרכן.

1. לתמיכה בטענותיהן הגישו המבקשות חוות דעת כלכלית וחוות דעת כלכלית משלימה של חברת אפלייד (להלן - חוות דעת אפלייד), תצהירים מטעם המבקשות, תמלילי שיחות עם מוכרים בחנויות בהן נמכרים מוצרי המשיבות ותמלילי שיחות עם סוכני מכירות.

1. המשיבות טוענות, שיש לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. המשיבות דוחות את טענות המבקשות בדבר הכתבת מחירי מינימום לקמעונאים ובדבר אכיפת המחירים על הקמעונאים והענשת קמעונאים הסוטים מהמחיר המוכתב. המשיבות טוענות, כי חוות הדעת מטעם המבקשות אינה מבוססת וכי המבקשות לא הצליחו להוכיח קיומו של הסדר כובל. בנוסף, טוענות המשיבות, כי התביעה אינה כשירה להתברר כתובענה ייצוגית.

1. לתמיכה בטענותיהן, המשיבות הגישו חוות דעת כלכלית של מר מנחם פרלמן (להלן - חוות דעת פרלמן), תצהירים מטעם מנהלים במשיבות, תצהירים מטעם בעלי חנויות בהן נמכרים מוצרי המשיבות וכן מסמכים חשבונאיים שונים המעידים על מתן הנחות בפועל.

התנאים לאישור תובענה כייצוגית

1. בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך מקדמי במסגרתו בית המשפט נדרש להכריע בשאלה, האם יש מקום לדון בתובענה שהובאה לפתחו במסגרת תובענה ייצוגית. לשם כך, על בית המשפט לבחון, האם מתקיימים התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, שלא תוגש תובענה ייצוגית אלא "בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת, כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". בקשת האישור נכנסת לגדר פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הקובע את האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית "בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית".

סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע, שאדם רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית אם יש לו עילת תביעה, "המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפת לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה". סעיף 8(א) לחוק מקנה לבית המשפט שיקול דעת האם לאשר את הגשת התובענה כייצוגית בהתקיים מספר תנאים:

(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 במחלוקות בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

בשלב בקשת האישור, המבקש אינו נדרש להוכיח את מלוא טענותיו לגופן ודי בכך, שלכאורה יש בהן ממש. אולם, על המבקש לעמוד בנטל ראייתי מסוים ואין די בהעלאת האפשרות גרידא, כי התובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת. לצורך כך, על המבקש להציג בטיעונים ובראיות בסיס ממשי - עובדתי ומשפטי - התומך בתובענה הייצוגית והמקים אפשרות סבירה לכך שתתקבל (רע"א 3138/17 חברת דואר ישראל בע"מ נ' אחמד אבו אל היג'א, מיום 8.8.2017, פסקה 8).

1. העילה הנטענת בתובענות הנדונות היא עילה של הסדר כובל לפי סעיף 2(א) וסעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית, המהווה עוולה נזיקית לפי סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית.

2 (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."

הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית כולל ארבעה רכיבים:

* הסדר;
* ההסדר נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים;
* קיימת כבילה - מגבלה המוטלת על לפחות אחד מהצדדים להסדר;
* הכבילה נעשית באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בין הצד המוגבל לבין אחרים.

סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית קובע חזקה, כי בהתקיים הסדר מהסוגים המפורטים בו יחשב אותו הסדר להסדר כובל. במידה ואחת החזקות חלה, תתייתר הדרישה להוכיח כי ההסדר הכובל פוגע או מפחית את התחרות. בענייננו, המבקשות טוענות, כי ההסדר הכובל הוא לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית הקובע חזקה חלוטה לגבי הסדר כובל ביחס ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם".

בנוסף, מכיוון שעילת התביעה היא עוולה נזיקית, על המבקשות להוכיח קיומו של נזק וקשר סיבתי בין ההסדר הכובל לנזק. בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית די כי המבקשות יוכיחו, כי נגרם להן נזק לכאורה.

1. אם כן, על המבקשות להראות, ביחס לכל אחת מהמשיבות, כי קיימת אפשרות סבירה שיקבע , כי מתקיימים כל הרכיבים של עילת הסדר כובל כעוולה נזיקית.

תמצית טענות הצדדים

1. טענת המבקשות היא, כי קיים הסדר כובל בין כל אחת מהמשיבות לבין הקמעונאים לגבי המחיר של נעלי נוחות בטווח המחירים האמצעי, בין 250 ל-550 ₪, המשווקות על ידן לקמעונאים. לטענת המבקשות, ההסדר נכפה באמצעות איום, שלא יסופקו לקמעונאים מוצרי המשיבות במידה וימכרו אותם מתחת למחיר המוכתב.

ביחס לכל אחת מהמשיבות מפרטות המבקשות מסכת ראייתית נפרדת וכן מפרטות את הראיות שנאספו ביחס למשיבות האחרות, ראיות אלו מובילות לטענתן לאותה מסקנה – המשיבות כולן נוקטות בהסדר כובל כלפי הקמעונאים.

לטענת המבקשות, ההסדרים הכובלים, בין כל אחת מהמשיבות והקמעונאים שלהן, הם נוהג בשוק נעלי הנוחות. נוהג המסייע למשיבות להימנע מתחרות במחיר מול מתחרותיהן בשוק נעלי הנוחות. המבקשות צרפו לכל אחת מבקשות האישור פרק נרחב העוסק בטענותיהן כלפי המשיבות האחרות וכן העלו את הטענה, כי קיים בפועל (דה פקטו) תיאום אנטי תחרותי בין המשיבות. לטענת המבקשות, התנהלות המשיבות דומה לקרטל אופקי ברובד הקמעונאי וברובד ספקי נעלי הנוחות.

חוות דעת כלכלית מטעם המבקשות – חוות דעת אפלייד

1. המבקשות תומכות טענותיהן לקיום הסדר כובל אסור בחוות הדעת הכלכלית של אפלייד מיום 22.5.2012, חוות דעת זו התייחסה למשיבות – טבע נאות, מורן, פלייפוט ושורש. לגבי ליידי קומפורט הוגשה חוות דעת משלימה מיום 9.7.2012. הניתוח הכלכלי זהה בחוות הדעת הראשונה והמשלימה. חוות הדעת דנות בשלוש שאלות:

* האם שוק נעלי הנוחות הוא שוק מוצר נפרד או שהוא חלק מתחום ההנעלה הרחב, ומה הם המאפיינים הספציפיים של שוק זה?
* האם הכתבת מחיר אנכית ואכיפתה על ידי היצרנים או היבואנים לרובד הקמעונאי בשוק של נעלי הנוחות פוגעת בתחרות ה"תוך-מותגית" ובתחרות ה"בין-מותגית"?
* מהי מידת הנזק שנגרם לצרכנים כתוצאה מהכתבת המחירים האמורה?

1. באשר להגדרת שוק נעלי הנוחות – המבקשות מתייחסות לשוק נעלי הנוחות, בטווח מחירים אמצעי של בין 200-250 ₪ ועד 500-550 ₪. לטענתן, זהו שוק נפרד הרלוונטי לבחינת הכתבת מחירי מינימום. בשוק קיימים מעט מתחרים גדולים, בכל סגמנט של השוק (active, fashion, comfort) קיים מספר נמוך של מתחרים – בין ארבעה לחמישה מתחרים.

לטענת המבקשות בשוק נעלי הנוחות קיימים חסמי כניסה והתרחבות:

* טכנולוגיות ייצור מיוחדות המוגנות בזכויות קניין רוחני ובתנאי סודיות.
* ההשקעה הנדרשת בטכנולוגיות ייצור ייחודיות מגדילה את עלויות המעבר מפלח שוק אחד למשנהו.
* עלויות השכירות הגבוהות במרכזים המסחריים הפכו לחסם כניסה.
* נאמנות גבוהה של צרכני נעלי הנוחות למותג המסוים.
* המודעות הבלתי נעזרת (מודעות הצרכן למותג) של צרכי נעלי הנוחות היא גבוהה ומשמעותית. יש צורך במותג חזק בכדי להפוך לשחקן משמעותי בשוק.
* היקפי השקעה גדולים בפרסום נדרשים לשם בניית המותג וביסוס מודעות צרכנית ומהווים חסם כניסה.

חוות הדעת הציגה נתונים אודות התנהגות המחירים בענף ההנעלה לפי קטגוריית מחיר והתנהגות המחירים של מותגים נבחרים בפלח שוק הנעליים האורתופדיות (בהן המשיבות)

מקור נתוני המחירים הוא הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן - למ"ס).

1. באשר לפגיעה בתחרות - המבקשות טוענות, כי התנהלות המשיבות מהווה מניעת תחרות ופגיעה בתחרות, זאת על ידי הנהגת מדיניות הכתבת מחיר אנכית לנקודות מכירה עצמאיות, התנהלות המהווה הסדר כובל. על פי חוות הדעת, קיימת בשוק נעלי הנוחות הכתבת מחיר אנכית (resale price maintenance) RPM – התחרות בתחום נעלי הנוחות היא תחרות מונופוליסטית בפלח שוק מבודל – הוא פלח השוק של נעלי נוחות בקטגוריית מחיר ביניים. תיאום אופקי אנטי תחרותי בין הקמעונאים פוגע בתחרות בין המותגים (intrabrand competition). הוא מאפשר למשיבות לשלוט במחירים לצרכן של הנעליים מתוצרתן, למנוע תחרות בין הקמעונאים ולהימנע מהורדת מחירים לצרכן. הכתבת המחיר האנכית מונעת תחרות בין החנויות הקמעונאיות העצמאיות ובינן לבין חנויות הרשת של המשיבות (חוות הדעת הראשונה מתייחסות לרשת החנויות של טבע נאות ופלייפוט וחוות הדעת המשלימה מתייחסת לרשת החנויות של ליידי קומפורט).

1. על פי חוות הדעת, המצב הקיים מאפשר למשיבות לקיים תיאום אנטי תחרותי דה-פקטו. המצב מאפשר למשיבות לקיים הפרשי מחיר ידועים מראש, שמירת מחירים לאורך זמן, מניעת תחרות בין יצרנים ויבואנים של נעלי נוחות. תיאום זה מתאפשר, בין היתר, בשל המספר הקטן של המתחרים בתחום נעלי הנוחות. הגבלת המחיר על ידי המשיבות פוגעת בתחרות התוך מותגית, פוגעת בתחרות הבין מותגית וכתוצאה מכך גורמת לנזק לצרכנים. הכתבת המחיר האנכית מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית. מדובר בהסדר בו הגבלה על המחיר שיגבה אחד הצדדים (הקמעונאי) מלקוחותיו.

1. באשר לנזק הנגרם לצרכנים - חוות הדעת מפרטות את חישוב הנזק הכספי שנגרם לצרכני נעלי הנוחות כתוצאה מהכתבת המחיר: כתוצאה מהכתבת המחיר נגרמת רווחיות עודפת (abnormal profit) למשיבות. הפער בין שיעור הרווחיות של המשיבות לעומת שיעור הרווחיות המקובל בעולם הוא האומדן לתשואה העודפת. על פי חוות הדעת, שיעור הרווחיות הנורמלי של יצרני נעליים בתחום נעלי הנוחות הוא כ- 8% עד 10% במונחי שיעור רווחיות נקי (margin profit). וכ- 13% עד 16% במונחים של תשואה על נכסים (return on assets). הערכת הנזק נעשתה על סמך מידע שהתקבל ממקורות גלויים, שכן הנתונים המשמשים לחישוב האומדנים, כגון מספר המכירות, נכסים, הון פעיל ורווח נקי של הנתבעות, הם נתונים חסויים. בהעדר הסדר כובל, התחרות בשוק נעלי הנוחות הייתה מביאה לכך, שלאורך זמן מחירי נעלי הנוחות היה יורד בכ- 16% בממוצע באופן קבוע.

חוות דעת כלכלית מטעם המשיבות – חוות דעת פרלמן

1. המשיבות הגישו חוות דעת כלכלית מטעם מר מנחם פרלמן. לטענת מר פרלמן, חוות דעת אפלייד מוטעית ושגויה. חוות דעת פרלמן דנה בנושאים הבאים:

* הגדרת השוק הרלוונטי וזיהוי השחקנים הפועלים בו.
* האם למשיבות (ולטבע נאות) יש יכולת להפעיל כוח שוק בשוק הרלוונטי.
* האם הסדר אנכי כובל ((RPM בשוק הרלוונטי עלול לפגוע בצרכנים.
* התייחסות כללית לחוות דעת אפלייד.

1. בחוות הדעת נטען, כי הגדרת שוק רלוונטי בתחום בו יש רצף של מוצרים הנבדלים זה מזה במספר מאפיינים (כגון – מחיר וסוג) צריכה להיעשות תוך התייחסות לרצף. ההתייחסות לשוק הנעליים הייתה צריכה להיעשות בהתאם ולכלול את כל טווח המחירים מלבד המחירים הקיצוניים, וכך גם מבחינת סוג הנעליים שגם בו קיים רצף – כגון נעלי ספורט שהן נעלי נוחות ונעלי אופנה שהן נעלי נוחות.
2. בנוסף נטען, כי לאף אחת מהמשיבות אין בנפרד די כוח שוק ואף לא יהיה להן די כוח שוק אם יפעלו יחד, בכדי לכפות הסדר על הקמעונאים, שכן נתח השוק המצרפי של המשיבות הוא פחות מ – 30%. עוד נטען, שלא קיימים חסמי התרחבות למתחרים הפועלים בשוק ולא קיימים חסמי כניסה למתחרים חדשים. בהעדר כוח שוק לא קיים בסיס לבקשה.

1. בחוות הדעת הועלתה ביקורת נגד חוות דעת אפלייד. נטען, כי ההבחנה בין קטגוריות המחירים כפי שבוצעה בחוות דעת אפלייד אינה נתמכת באינדיקציות איכותיות. גם מבחינת השכל הישר, החלוקה לקטגוריות מחירים כפי שבוצעה אינה הגיונית שכן לפי החלוקה, נעליים במחיר 499 ₪ לא יהוו תחליף לנעליים במחיר 501 ₪ אך כן יהוו תחליף לנעליים במחיר 300 ₪.

בנוסף, באשר למספר השחקנים בשוק - חוות דעת אפלייד קבעה, כי בשוק פועלים 10 עד 15 שחקנים. לפי חוות דעת פרלמן בכמות שחקנים שכזו מדובר בשוק לא ריכוזי. מעבר לכך, גם בשוק הרלוונטי לשיטת אפלייד פועלים שחקנים רבים נוספים שלא נספרו על ידי אפלייד כמתחרים ושהמבקשות לא הגישו נגדן בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

1. זאת ועוד, ניתוח המחירים שבוצע על ידי אפלייד מתייחס למחירים ממוצעים, ניתוח שכזה עלול להציג תמונה מעוותת של המציאות.

חוות דעת פרלמן מפנה גם לחוסר העקביות ביחס לשחקנים הפועלים בשוק. מחד, לא נכללו נעלי נייק, פומה ואדידס בהגדרת השוק הרלוונטי מפני שלשיטת אפלייד אינן מייצרות נעלי נוחות. מאידך, בעת בדיקת הרווחיות, חוות דעת אפלייד נסמכת על שיעורי הרווחיות של חברות אלה בכדי להסיק מסקנות לגבי המשיבות. בנוסף, החברות הבינלאומיות מייצרות ומשווקות גם ביגוד ואביזרי אופנה שונים, כך שלא ניתן להסיק מהרווחיות שלהן לגבי רווחיות המשיבות.

הטענות המשפטיות של המבקשות

1. יסודות העילה – דיני התחרות הכלכלית. דיני ההגבלים העסקיים (ובשמם כיום דיני התחרות הכלכלית) נועדו להגן על זכויות הצרכן והתחרות החופשית. המבקשות טוענות, כי המשיבות עוולו כלפיהן וכלפי יתר הצרכנים שרכשו את נעלי המשיבות לפי סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית הקובע, כי דין כל הפרה של החוק דינה כעוולה נזיקית.

1. המבקשות טוענת, כי יסודות סעיף 2(א) לחוק מתקיימים במקרה הנוכחי ביחס למשיבות:

התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים" מתקיים, כי הן הקמעונאים והן המשיבות הם אנשים המנהלים עסקים. התנאי של "הסדר" מתקיים מאחר והמונח "הסדר" מפורש באופן רחב וכולל בתוכו גם הסכמים וגם התנהגויות שונות הנקבעות בין בני אדם. במקרה הנדון, לטענת המבקשות, מתקיימים הסדרים בין המשיבות לקמעונאים השונים, עם כל אחד מהם בנפרד. התנאי לפיו "אחד הצדדים להסדר מגביל עצמו" מתקיים שכן הקמעונאים הסכימו להגביל את החופש שלהם לקבוע את מחיר המוצר לצרכן והכפיפו עצמם לתכתיבי המשיבות. התנאי שההגבלה היא "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו ובין הצדדים האחרים להסדר או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". תנאי זה מתמלא בכך, שכל הקמעונאים היו שותפים להסדר עם המשיבות, כך שכל קמעונאי הגביל את עצמו באופן המונע תחרות על המחיר לצרכן בינו לבין הקמעונאים האחרים.

1. המבקשות טוענות, כי מעשי המשיבות מהווים הפרה של סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית. הסעיף קובע, כי במקרה שבו התקיים הסדר מהסוגים המפורטים בסעיף קיימת חזקה בדבר היותו הסדר כובל. המבקשות טוענת, שהכבילה במקרים הנדונים נוגעת למחיר ולפיכך החזקה חלה.

1. המבקשות מפנות לקביעות הממונה על הסדרי הסחר ולעמדת הממונה על התחרות הכלכלית, כי הכתבת מחיר מינימום לצרכן אסורה בהיותה הסדר כובל. המבקשות טוענות, כי המלצה על מחיר לצרכן שתוצאתה מניעת תחרות מהווה הסדר כובל.

המבקשות טוענות, כי בידיהן ראיות ביחס לכל המשיבות המעידות על כך, שאין מדובר בהמלצה 'טהורה' בלבד, אלא שלצד ההמלצה על המחיר ננקטו צעדי אכיפה אשר פגעו בתחרות בשוק נעלי הנוחות וגרמו נזק לצרכנים.

1. המבקשות טוענות, כי הסדר RPM הוא הסדר כובל אשר לו גם משמעות אופקית. המבקשות טוענות עוד, כי ההסדר האנכי בין היצרן לקמעונאי הוא רק חלק משרשרת הסדרים כובלים היוצרים מחיר אחיד אצל כל הקמעונאים בתחום גאוגרפי מסוים או בשוק מסוים וכך נמנעת תחרות.

1. המבקשות טוענות, כי המקרים בהם ניתנו הנחות על ידי הקמעונאים לא משפיעים על התביעה. זאת מאחר וההנחות היו בסכומים נמוכים שלא עלו על 10-20 ₪ וחלק מאנשי המכירות מטעם המשיבות הצדיקו מתן הנחות בגובה 10-20 ₪ במקרים מיוחדים. המבקשות טוענות, כי ההנחות הנקודתיות לא גורעות מהחלת ההסדר הכובל באופן כללי ומפנה לפסיקה הקובעת, שאין צורך בזהות מלאה של המחירים כדי ללמד על הסדר כובל.

1. המבקשות הציגו מסכת ראייתית נפרדת ביחס לכל אחת מהמשיבות והן מבקשות ללמוד מהראיות שהציגו ביחס להתנהלות כל משיבה על התנהלות המשיבות האחרות. כך נמצא, שחלק נכבד מכל בקשת אישור מוקדש לתיאור הראיות שנאספו כנגד מתחרות המשיבה והתנהלותן. בנוסף צורפו מסמכים שהגיש משרד הפרסום של טבע נאות למועמדות לפרס איגוד פרסומאי ישראל ובו מתוארת מדיניות טבע נאות.

תמצית הטענות המשפטיות של המשיבות

1. המשיבות טוענות, שלא הוצגו ראיות המבססות קיומו של הסדר כובל מצדן.

1. המשיבות כולן טוענות, שהן לא כופות מחירים או מגבילות את המחירים בהם הקמעונאים מוכרים את מוצריהן. המשיבות כולן מכחישות, כי הן נוקטות בפעולות אכיפה או סנקציות על קמעונאים אשר נותנים הנחות על מוצריהן. המשיבות כולן הפנו לתצהירים, שהוגשו על ידי קמעונאים שונים המשווקים את מוצריהן, לפיהם המשיבות לא מכתיבות מחירים ולא נוקטות בסנקציות במידה וניתנות הנחות. המשיבות צרפו דוגמאות חשבונאיות להנחות שניתנות על ידי הקמעונאים.

1. המשיבות, אשר מפרסמות מחירון מומלץ לצרכן או מדביקות על קופסאות הנעליים מתוצרתן מדבקות עם מחיר מומלץ, טוענות, כי המלצה על מחיר על ידי ספק אינה מהווה הכתבת מחיר אסורה. מדובר בפרקטיקה חוקית אשר תורמת לצרכן בכך, שהיא מקשה על הקמעונאי לגבות מחיר גבוה יותר מהצרכן.

1. המשיבות טוענות, כי המבקשות לא יכולות לבסס את הבקשה על סמך המקרים הפרטיים בהם רכשו זוג נעליים או שניים. לטענת המשיבות, לא ניתן על בסיס רכישות בודדות לטעון לשיטה ולהסדר כובל כולל.

1. המבקשות לא ערכו בדיקה אמפירית או סקר שוק אשר יבסס את טענותיהן.

1. המשיבות טוענות כנגד הנחות היסוד שבבסיס בקשות האישור. ראשית, הגדרת השוק בו חל ההסדר לכאורה אינה נכונה. אין הגדרה לתחום "נעלי הנוחות". מרבית הנעליים המשווקות כיום נחשבות לנעליים נוחות (מלבד נעליים אופנתיות ונעלי עקב, כאשר גם ביחס לתחום זה הקביעה אינה חד משמעית, שכן חלק מהמשיבות משווקות גם נעלי עקב תחת הכותרת נעלי נוחות). שנית, גם בתחום נעלי הנוחות, כפי שהוגדר על ידי המבקשות, קיימות עשרות חברות המשווקות את תוצרתן לקמעונאים. מעבר לכך, חלק מהמוצרים המשווקים על ידי המשיבות משווקים גם בידי חברות אחרות והקמעונאים יכולים לבחור ממי לרכוש את המוצרים. שלישית, המשיבות כולן טענו, שאין בידן כוח שוק בכדי להכתיב מחירים לקמעונאים. חלק מהמשיבות אף טענו, כי הקמעונאים הם בעלי הכוח, והדבר ניכר בתנאי התשלום המפליגים בהם הקמעונאים משלמים למשיבות ובכך, שהמשיבות נאלצות לתת זיכויים לקמעונאים לאחר שהאחרונים מכרו את הנעליים בהנחות.

1. המשיבות הפנו לגילוי דעת 2/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים, מיום 28.6.17, לפיו אין בהמלצת מחיר שלא פוגעת בתחרות, כדי להוות הסדר כובל ולבוא במסגרת ההגבלות שבסעיף 2 לחוק התחרות הכלכלית. גילוי הדעת פורסם נוכח ההלכה שנקבעה בע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (מיום 10.8.2015, להלן - פרשת שופרסל).

1. המשיבות טוענות, כי המבקשות לא הוכיחו עילת תביעה אישית. המבקשות נחקרו על תצהיריהן ומעדותן עלה, שאינן זוכרות את פרטי הרכישות, את הדברים שנאמרו בין המבקשות למוכרים בחנות ואף האם בכלל ביקשו הנחה על המחיר. המשיבות טוענות, כי במצב זה לא ניתן לראות במבקשות כבעלות עילת תביעה אישית.

בנוסף נטען כנגד התאמת המבקשות לייצג את קבוצה הן לאור הקשר המשפחתי בין המבקשות לבאי כוחן (המבקשת קורמן היא רעייתו של עו"ד קורמן והמבקשת אורן היא רעייתו של עו"ד אורן, המבקשת אפלדורף היא גיסתו של עו"ד קורמן). במצב דברים זה, אין מדובר בעילה אותנטית אלא במי שמשמשות "בובות" מטעם באי כוחן.

1. המשיבות טוענות כנגד קבילות תמלילי השיחות שקיימו המבקשות ובאי כוחן בחנויות הנעליים ועם אנשי המכירות של המשיבות. ההקלטות לא עומדות בדרישות החוק והפסיקה – הן הוגשו לא בידי מי שהקליט אותן, שכן הוקלטו בידי עוה"ד אורן וקורמן, שלא הגישו תצהירים לגבי ההקלטות; המבקשות עצמן לא ידעו לומר באיזה מכשיר הוקלטו השיחות, היכן ואיך נשמרו ההקלטות במהלך השנים עד לתמלולן, כיצד תומללו והאם תוכנן מלא ואותנטי. בנוסף, האנשים המוקלטים בחלק מהשיחות, בעיקר המוכרים בחנויות הנעליים, אינם מזוהים והם מוסרים דברים שלטענתם שמעו מאחרים. מדובר, לטענת המשיבות, בעדות שמועה בלתי קבילה.

1. באשר לתוכן השיחות המוקלטות - המשיבות טוענות כנגד כוונת המבקשות להסתמך על דברי המוכרים בחנויות הנעליים כראייה לקיום הסדר כובל. לטענתן, המוכרים יאמרו כל מה שלדעתם נדרש בכדי להשלים את המכירה ולהצדיק את מחיר המוצר, גם אם הדברים אינם נכונים או מדויקים. כך למשל, נאמר על ידי מוכר על מוצרי משיבה מסוימת (מורן) כי הם מיובאים, אף כי אין כך הדבר. המשיבות טוענות, שחלק מהמוכרים מתקשים בהתבטאות בשפה העברית, כי חלק מהם לא הבדילו בין יבואן ליצרן, כי חלק מהם מסרו דברים ששמעו מצדדים שלישיים ולא מידיעתם האישית ולכן לא ניתן לבסס מסקנות על שיחות אלה.

המשיבות טוענות, כי חלק מהשיחות שהוקלטו בחנויות הנעליים היו שיחות סרק, שנועדו כולן לבסס את התובענה ולנסות ולדובב את המוכרים לומר תכנים שיעלו בקנה אחד עם טענות המבקשות. לטענת המשיבות, המבקשות ובאי כוחן ביקרו בחנויות, לא רכשו נעליים והמוכרים, שהבחינו כי אין בכוונת המבקשות לרכוש דבר, אישרו את מה שהמבקשות ביקשו לשמוע בכדי להיפטר מהן.

1. המשיבות טוענות, כי מאחר והמבקשות לא ביקשו לחקור אף אחד מהמצהירים מטעם המשיבות, יש לקבל את האמור בתצהירים. המשיבות צרפו תצהירים מטעם המנהלים והבעלים שלהן וכן מטעם אנשי מכירות ובעלי חנויות המשווקים את תוצרתן. אף לא אחד מהמצהירים זומן לחקירה, גם לא מצהירים שהוקלטו בידי המבקשות ולאחר מכן מסרו תצהירים מטעם המשיבות. לטענת המשיבות, על המבקשות מוטלת חובה לחקור עדים בנושאים שבמחלוקת ומשלא עשו כן המסקנה היא, כי המבקשות לא חולקות על האמור בתצהירים.

ראיות המבקשות

1. נעלי מורן - שיחות עם מנהל המכירות הארצי של מורן, ביקורים בחנויות נעליים בהן נמכרות נעלים מתוצרתה. בנוסף, לשם ביסוס הבקשה מפנה המבקשת גם למסמכים שפורסמו ביחס לטבע נאות ומסמכים ביחס להתנהלות המתחרים של המשיבה, זאת במטרה לבסס את הטענה, כי הייתה הכתבת מחירים לצרכן בשוק נעלי הנוחות וכי המתחרות בשוק ידעו זו על פעילותה של זו.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחה עם מנהל המכירות הארצי של המשיבה, מר סרג'יו קושניר. בשיחה הציגו עצמם המבקשת ובא כוחה כמי שמבקשים למכור את מוצרי המשיבה בחנות בבית שמש. מנהל המכירות השיב, כי כבר יש לו קמעונאי המוכר את מוצריו וכי הוא לא רוצה לפגוע בפרנסתו וליצור לו תחרות. לגבי מותגים מתחרים מסר מנהל המכירות, שאין מגבלה על מכירת תוצרת חברות מתחרות. באשר למדבקות עם המחיר על קופסאות הנעליים אמר מנהל המכירות, כי זה המחיר בו הקמעונאי אמור למכור את המוצר. באשר להנחות סוף עונה אמר, כי אין הנחות גם בסופי עונה מאחר והנעליים רב עונתיות ואותם דגמים נמכרים גם בעונות הבאות. בנסיבות מסוימות יעלימו עין ממחיר הנחה אך לעולם לא באמצע העונה.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחות שקיימה עם קמעונאים המוכרים את מוצרי המשיבה: תמליל שיחה עם בעלת חנות נעלי ציגלר ברחוב מוהליבר 7 פתח תקווה.

תמליל שיחה עם מוכרת בחנות נעלי TLV ברחוב אהרונוביץ בבני ברק.

תמליל שיחה עם מוכרת בחנות נעלי גילית ברחוב רבי עקיבא בבני ברק.

תמליל שיחה עם המוכרת בחנות נעלי גיל ברחוב הרב ש"ך בבני ברק.

תמליל שיחת טלפון עם מוכר בחנות וורקר בבנין כלל ברחוב יפו בירושלים.

תמליל שיחה עם המוכר בחנות מתאים לי ברחוב יחזקאל בירושלים.

תמליל שיחה עם מוכרת בחנות נעלי ג'ניאן ברחוב מלכי ישראל בירושלים.

בכל השיחות נאמר למבקשת, כי קופסאות הנעלים מגיעות עם מדבקת מחיר וכי זה המחיר בו יש למכור את הנעליים, כי אין הנחות על נעלי המשיבה וכי לכל היותר ניתן לתת 10 ₪ הנחה. עוד נאמר בשיחות, כי במידה והקמעונאי ייתן הנחה גדולה יותר המשיבה תיקח את הנעליים מהחנות.

1. ליידי קומפורט – שיחות עם מנהל המכירות של ליידי קומפורט, ביקורים בחנויות נעליים בהן נמכרות נעלים מתוצרתה. בנוסף, לשם ביסוס הבקשה מפנה המבקשת גם למסמכים שפורסמו ביחס לטבע נאות ומסמכים ביחס להתנהלות המתחרים של המשיבה, זאת במטרה לבסס את הטענה, כי הייתה הכתבת מחירים לצרכן בשוק נעלי הנוחות וכי המתחרות בשוק ידעו זו על פעילותה של זו.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחה עם מנהל המכירות של ליידי קומפורט, מר דוד. בשיחה הציגו עצמם המבקשת ובא כוחה כמי שמבקשים למכור את מוצרי המשיבה בחנות בסנטר וואן בקרבת התחנה המרכזית בירושלים. מנהל המכירות השיב, כי עם קמעונאים חדשים העבודה במזומן ולא באשראי. הוא אמר, כי מותגי ליידי קומפורט נמכרים בחנויות הרשת ובחנויות עצמאיות. קופסאות הנעליים נשלחות כשעליהן מדבקה עם המחיר לצרכן. דוד אמר, שבעבר עבד עם מורן וגם הם שולחים את קופסאות הנעליים עם מדבקה עם המחיר לצרכן. דוד אמר שלקמעונאי מותר לתת הנחות קטנות בסך 5-10 ₪ וכי בחנויות הרשת אין אפשרות לתת הנחות אלא יש לחייב את המחיר המופיע בברקוד. בנוסף, הוא אמר, כי קמעונאי שייתן הנחה של 50 ₪ תופסק העבודה עימו, מאחר וקמעונאים כאלה הופכים את נעלי ליידי קומפורט ל"מוצר של שוק". עוד אמר, שלא יספק סחורה לקמעונאי שבאזורו כבר פועל קמעונאי אחר שמוכר את מוצרי המשיבה.

1. המבקשת מפנה לתצהירה ובו תוכן השיחות שקיימה עם קמעונאים המוכרים את מוצרי המשיבה, לא הוגשו תמלילי השיחות:

שיחה עם בעלת חנות ארגש ברחוב שטמפפר פינת בר כוכבא בפתח תקווה.

שיחה עם בעל החנות בחנות נעלי ארז ברחוב וייצמן 124 בכפר סבא.

בשיחות נאמר למבקשת, כי קופסאות הנעלים מגיעות עם מדבקת מחיר וכי זה המחיר בו יש למכור את הנעליים, כי אין הנחות על נעלי המשיבה וכי לכל היותר ניתן לתת 20 ₪ הנחה. עוד נאמר בשיחות, כי במידה והקמעונאי ייתן הנחה גדולה יותר המשיבה לא תספק עוד סחורה לחנות.

1. שורש – שיחות עם מנהל המכירות של שורש, ביקורים בחנויות נעליים בהן נמכרות נעלים מתוצרתה. בנוסף, לשם ביסוס הבקשה מפנה המבקשת גם למסמכים שפורסמו ביחס לטבע נאות ומסמכים ביחס להתנהלות המתחרים של המשיבה, זאת במטרה לבסס את הטענה כי הייתה הכתבת מחירים לצרכן בשוק נעלי הנוחות וכי המתחרות בשוק ידעו זו על פעילותה של זו.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחה עם מנהל המכירות של שורש, מר יגאל. בשיחה הציגו עצמם המבקשת ובא כוחה כמי שמבקשים למכור את מוצרי המשיבה בחנות בישוב אפרת ובסנטר וואן בקרבת התחנה המרכזית בירושלים. מנהל המכירות התנגד לספק סחורה לחנות באפרת מאחר וכבר קיימת ביישוב חנות המוכרת את מוצרי המשיבה ואין הוא מעוניין שתתפתח תחרות בין שתי החנויות. לגבי מדיניות מתן הנחות בסוף עונה יגאל לא ענה וטען, כי מדובר בשאלה שמעוררת חוסר רצון למכור לשואל את מוצרי המשיבה. יגאל אישר, כי יש מדיניות של מחירון לצרכן וכי אין הנחות בסוף העונה והמחיר של הסנדלים קבוע כל השנה. הסיבה לכך שאין מחירי סוף עונה היא מכיוון שמדובר במוצר שלא מתיישן וניתן למכור אותו כל השנה במחיר מלא. יגאל אמר כי המדיניות שלו היא לא לרדת מהמחיר במחירון המומלץ וכי חנויות שנותנות הנחות עושות זאת על דגמים שיצאו מהמלאי ולא יחודשו בשנה הבאה.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחות שקיימה עם קמעונאים המוכרים את מוצרי המשיבה: תמליל שיחה עם בעלת חנות נעלי יעל ברחוב בן הלל בירושלים.

תמליל שיחה עם מוכר בחנות נעלי ורד ברחוב אחוזה ברעננה.

בשיחות נאמר למבקשת, כי לסנדלי המשיבה מחיר קבוע המוכתב על ידה. המוכר בחנות נעלי יעל אמר, כי הוא מוכר את הסנדלים במחיר המוכתב על ידי שורש. המוכר בחנות נעלי ורד היה מוכן למכור רק זוגות אחרונים בהנחה ואף אמר, כי במידה וימכור את הסנדלים במחיר זול שורש לא תספק לו עוד מוצרים.

1. לאחר סיום החקירות הנגדיות של המצהירים על תצהיריהם, הגישו המבקשות בקשה להוספת ראיה – עדותו של מר דוד טוביאן, בעל חנות נעליים מירושלים המשווק את סנדלי שורש. מר טוביאן העיד, כי מכר את סנדלי שורש במשך מספר שנים, עובר לחודש יוני 2015. באותו מועד הפיץ עלון פרסומי (פלאייר) והציע הנחות על נעליים וביניהם, על סנדלי שורש. לאחר מספר שבועות התקשר אליו יגאל, מנהל המכירות של שורש, וכעס על הפרסום שהציע הנחות מבלי שניתן לכך אישור מראש. מר טוביאן העיד, כי בעקבות הפרסום לא קיבל הזמנה לתערוכה שעשתה שורש בקיץ 2015, במסגרתה מזמינים הקמעונאים סחורה להמשך השנה. כאשר התקשר להזמין סחורה הוא נדחה בלך ושוב בתירוצים שונים. לאור מצב דברים זה פנה טוביאן אל באי כוח המבקשות והציע להעיד מטעמן כנגד שורש. מטרתו בפניה לבאי כח המבקשות הייתה, לטענתו, בכדי ליצור לחץ על שורש לחדש לו את האספקה. טוביאן העיד, כי לאחר שסיפר ליגאל שפנה אל באי כוח המבקשות האחרון יצר עימו קשר והבטיח לספק לו סחורה. טוביאן העיד, ששלח דוא"ל אל יגאל ובו התחייבות שלא לתת הנחות על סנדלי המשיבה ללא אישור מראש וכן ששלח דוא"ל אל באי כוח המבקשות והודיע, כי אינו מעוניין להעיד מטעמן.

1. במהלך חקירתו הנגדית של טוביאן הוגשו תמלילי שיחה שנערכה בינו לבין יגאל, מנהל המכירות של שורש, במסגרתה חזר בו מהאמירות נגד שורש. בחקירתו הנגדית טען טוביאן, כי בשיחה אמר את הדברים בכדי לרצות את שורש ולהביא לחידוש האספקה לחנותו. המבקשות טוענות, כי עדותו של טוביאן אמינה ומבוססת, ניכר כי עדותו אותנטית שכן היא לא משרתת את האינטרסים שלו. ניכר, שטוביאן חושש מפעולות שורש, לכן אמר לנציג שורש את שאמר ולא שש להעיד נגדה.

1. פלייפוט – שיחות עם אנשי מכירות של פלייפוט, ביקורים בחנויות נעליים בהן נמכרות נעלים מתוצרתה. בנוסף, לשם ביסוס הבקשה מפנה המבקשת למסמכים שפורסמו ביחס לטבע נאות ומסמכים ביחס להתנהלות המתחרים של המשיבה, זאת במטרה לבסס את הטענה כי הייתה הכתבת מחירים לצרכן בשוק נעלי הנוחות וכי המתחרות בשוק ידעו זו על פעילותה של זו.

1. המבקשת מפנה לתמלילי שיחה עם מנהל המכירות של פלייפוט, מר דוד. בשיחה הציגו עצמם המבקשת ובא כוחה כמי שמתלבטים האם לפתוח חנות נעליים באפרת או באזור התחנה המרכזית בירושלים. מנהל המכירות השיב, כי הוא משווק את המותגים רומיקה, פטריציה וארקופדיקו המשווקים על ידי המשיבה. דוד אמר, כי ביישוב מבודד כמו אפרת מותר לבעל החנות למכור באיזה מחיר שירצה מאחר ואין חשש לפגיעה בחנויות מתחרות. בנוסף, אמר כי לא יספק סחורה לקמעונאים הנמצאים בסמיכות גאוגרפית לחנויות המוכרות את מוצרי המשיבה. לדבריו, החנויות בירושלים מחויבות למכור במחיר אחיד את מוצרי המשיבה בכדי למנוע תחרות, מדובר בנוהג של עשרות שנים. דוד אמר, כי נוהג זה הוא בלתי חוקי אך מקובל ואישר, כי מדובר בחשש לקרטל ותיאום מחירים אסור. במידה וקמעונאי מפר את ההסכמה למחיר אחיד דוד ינסה לדבר איתו ובמידה וההפרה תמשך הוא יפגע באספקת המוצרים אליו. דוד ציין, כי גם המתחרים לענף, טבע נאות ומורן, נוקטים בפרקטיקה דומה של הכתבת מחיר ואי מתן הנחות. דוד אמר, כי חלק מהקמעונאים מעלים את מחיר הנעליים בכדי שיוכלו לתת "הנחה" בסך 10%.

1. המבקשת מפנה גם לתמליל שיחה עם איש המכירות של קבוצת פלייפוט, מר שלום. הוא אישר את דבריו של דוד, כי קיים מחירון מוכתב לצרכן וכי מחירון שכזה קיים גם אצל המתחרות טבע נאות ומורן. שלום אמר, כי המשיבה מעלימה עין ממתן הנחות קטנות בקופה "עיגול מחירים" ומאפשרת מתן הנחות בסך 10-20 ₪.

1. המבקשת מפנה לתמליל שיחה עם איש מכירות המשיבה באזור המרכז והשרון, מר אריק. אריק אישר, כי קיים מחירון לצרכן וכי לחנויות חדשות יש חופש במתן הנחות עד ל-10% ממחיר השוק, בכדי לאפשר צבירת קהל לקוחות. בנוסף אמר, כי ניתנות הנחות סוף עונה על מלאי שנותר אצל הקמעונאים. אריק הסביר את העמידה על מחיר אחיד לצרכן ברצון לשמור על רמת מחירים גבוהה למותג.
2. המבקשת מפנה לתמלילי שיחות שקיימה עם קמעונאים המוכרים את מוצרי המשיבה: תמליל שיחה עם מוכרת בחנות פריימן את ביין ברחוב יפו 50 בירושלים.

תמליל שיחה עם מוכר בחנות עופר אורתופדיה ברחוב אחוזה ברעננה.

תמליל שיחה עם מוכרת בחנות נעלי TLV ברחוב אהרונוביץ בבני ברק.

בשיחות נאמר למבקשת, כי המחיר של הנעליים נקבע על ידי המשיבה ולא על ידי בעל החנות וכי מחיר הנעליים יהיה זהה בכל מקום. כן נאמר בשתי חנויות, כי במידה ולא ימכרו הנעליים במחיר הקבוע המשיבה תפגע באספקת הנעליים לחנות. עוד נאמר באחת החנויות, כי אין הנחות ולכל היותר ניתן לתת הנחה בסך 10 ₪.

ראיות המשיבות

1. המשיבות הגישו תצהירים מטעם בעלי חנויות ומשווקים אחרים של מוצריהן, וכן הגישו חוות דעת כלכלית.

1. מורן – צרפה תצהירים מטעם שישה בעלים ומנהלים של חנויות נעליים המשווקות את תוצרתה וכן תצהיר מטעם בעלי נעלי מורן ומאת מנהל המכירות, מר קושניר.

1. ליידי קומפורט – צרפה תצהירים מטעם 17 בעלי חנויות, ביניהם של מר סמאהי, בעל חנות נעלי ארז, בה רכשה המבקשת את הנעליים וקיבלה הנחה. עוד צרפה תצהיר של סוכן המכירות שהוקלט, מר דבוש.

1. פלייפוט – צרפה תצהירים מטעם 14 בעלים ומנהלי חנויות המשווקים את תוצרתה וכן שני תצהירים מטעם בעלי פלייפוט.

1. שורש – צרפה תצהיר מטעם מי ששימשה מנכ"לית שורש בתקופה הרלוונטית לתובענה. תצהירים מטעם שבעה בעלי חנויות הרוכשים משורש סנדלים. תצהיר מטעם גב' מירב מזור שרכשה סנדלים בחנויות שונות בארץ ומצהירה על מחירי הרכישה. נתונים מאתר האינטרנט ZAP אתר השוואת מחירים המרכז מידע על עשרות חנויות המוכרות את סנדלי שורש.

דיון

1. המבקשות טוענות, כי בקשות האישור נוגעות ל"ליבת המאבק על יוקר המחייה, העובדה שגופים עסקיים מייקרים עד מאוד את מחירי מוצריהם לצרכן, ושקיים קושי בלתי נתפס לקיים תחרות חופשית במחירי מוצרים במדינת ישראל" (סעיף 1 לבקשות האישור). לטענת המבקשות, כל אחת מהמשיבות מכתיבה מחירים אחידים לצרכן לכל נקודות המכירה של מוצריה, תוך שימוש באיום שלא תספק את מוצריה למי שימכור מתחת למחיר המוכתב. עוד טוענות המבקשות, כי הכתבת המחירים נועדה למנוע תחרות במחיר לצרכן וכמו כן מסייעת למשיבות להימנע מתחרות מחירים בינן לבין עצמן. המבקשות טוענות, כי כל המשיבות פועלות באותה מדיניות של הכתבת מחירים אחידים לצרכן ומנצלות את מיעוט התחרות ואת כוח השוק שלהן כלפי הצרכנים בכדי לייצר לעצמן רווחים על תחרותיים. התנהלות זו מהווה הפרה של הוראות סעיף 2 לחוק התחרות הכלכלית.

עילת תביעה לכאורה

1. בשלב בקשת האישור נבחנת השאלה, האם קיימת "אפשרות סבירה" שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). רף ההוכחה הנדרש הוא גבוה יותר מהרף הנדרש מתובע המבקש לדחות בקשה לסילוק תביעה על הסף, מחמת העדר עילה, בתביעה רגילה (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, מיום 14.4.1997, פסקה 17; רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, מיום 12.7.2001, פסקה 11) אך מידת ההוכחה פחותה ממאזן ההסתברויות הנדרש בסוף ההליך.

1. סעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית קובע ארבעה תנאים מצטברים להגדרת הסדר כ"הסדר כובל" והם: הסדר, בין בני אדם המנהלים עסקים, הגבלה של אחד הצדדים לפחות, באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות.

1. סעיף 1 לחוק התחרות הכלכלית קובע, כי הסדר יכול שיהיה "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". הפרשנות למונח "הסדר" נועדה להיות רחבה במטרה להקיף את כל קשת האפשרויות ליצירת הסדר כובל (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, מיום 19.8.2001). להוכחת ההסדר לא ידרשו בהכרח ראיות ישירות ונקבע, שניתן להוכיח קיומו של הסדר על סמך ראיות נסיבתיות (מיכל גל, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, 2008, עמ' 210).

1. בשל מהות העוולה המיוחסת למשיבות, נטל ההוכחה המוטל על המבקשות כבד יותר מאשר בבקשות אישור של תובענות בעילות שאינן מייחסות מעשים פליליים למשיבים:

"עילת ההסדר הכובל היא אולי העילה הקשה והמורכבת ביותר להוכחה על ידי תובעים ייצוגיים, מאחר שהיא מייחסת לנתבע ביצוע מעשים פליליים, שהעונש בצדם חמור. בשים לב לכך שמדובר בייחוס מעשים פליליים לנתבע, נטל ההוכחה המוטל על התובע הייצוגי בהקשר זה הוא גבוה יותר מזה הנדרש בתביעה ייצוגית רגילה, ועליו להציג ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר מן הנדרש מתובע ייצוגי רגיל" (א' פלינט, ח' ויניצקי תובענות ייצוגיות (2017) עמ' 424, להלן - הספר תובענות ייצוגיות).

1. המבקשות טענו, כי התנהלות המשיבות מקיימת את הוראות סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית המקים חזקה חלוטה לעניין כפיית המחיר.

1. עם זאת, בפסק הדין בפרשת שופרסל נקבע, שיש לבחון הסדרים כובלים אנכיים תחת סעיף 2(א): "סבורני, נוכח ההבדלים המהותיים עליהם עמדנו, כי על בתי המשפט – והממונה – לעשות שימוש זהיר בהחלת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים מטבעם, וככלל לבחנם תחת סעיף 2(א), היינו בהתאם לעלילות פגיעתם בתחרות" (פרשת שופרסל, פסק דינו של כב' הש' רובינשטיין, פסקה פו.).

גילוי דעת 2/17 של הממונה על הגבלים עסקיים (כתוארה דאז) "בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM)" מיום 28.6.2017 התפרסם בעקבות פסק הדין בפרשת שופרסל. בגילוי הדעת נקבע, כי בהתאם לקביעת בית המשפט העליון בפרשת שופרסל, הסדרים אנכיים ככלל אינם נתפסים בחזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית. וכי לאור הפסיקה יש ככלל לבחון הסדרי הכתבת מחיר אנכיים בהתאם להוראות סעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית. בשל החשש לפגיעה בתחרות על ידי הסדרים אנכיים בין ספק לקמעונאי או מפיץ יצא גילוי הדעת וקבע, כי יש לבחון פרטנית את השפעת הסדר אנכי על התחרות על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 2(א) לחוק התחרות כלכלית.

על פי גילוי הדעת, לצורך הקביעה האם הסדר הכתבת מחיר אנכית RPM הוא הסדר כובל יש לבחון שני היבטים מצטברים: האחד, נוגע לחשש לפגיעה בתחרות כתוצאה מרמת תחרות נמוכה במקטע הספקים או במקטע הקמעונאים. הערכת היבט זה תעשה על ידי בחינת מאפייני השוק בו נערך ההסדר, בחינת השפעת ההסדר על הסתברות לשמור שיווי משקל מתואם (תוך בחינת מספר השחקנים במקטע, קיום חסמי כניסה או חסמי התרחבות בשוק), בחינת נתח השוק שבידי הספק וכוח השוק שיש בידו. השני, הוא קיומה או העדרה של תכלית פרו-תחרותית בהסדר.

1. המבקשות מעלות טענות ביחס לחלק מהמשיבות, כי הן מפיצות מחירון מומלץ לצרכן או מספקות את קופסאות הנעליים עם מדבקת מחיר מומלץ לצרכן וכופות על הקמעונאים לגבות מהצרכנים את המחירים הנקובים. המבקשות רואות במחירון המומלץ לצרכן ובמדבקות המחיר על קופסאות הנעליים ראיות לקיום ההסדר הכובל.

דא עקא, הפצת מחירון מומלץ לצרכן או המלצה של ספק לקמעונאי על מחיר מכירה כשלעצמן אינן מהוות הסדר כובל. רק אם ננקטים אמצעי אכיפה או דרבון תהפוך ההמלצה לאכיפה אסורה.

"ההלכה המקובלת בדיני התחרות האירופאים ובדיני ההגבלים העסקיים בישראל היא כי ההמלצה בין ספק ללקוח, אשר איננה מלווה באמצעי אכיפה או דרבון מחייבת באופייה, לגבי המחיר לצרכן, אינה יכולה לעלות כדי הסדר כובל. כך גם בדרך כלל לגבי סימון מראש של המחיר המומלץ לצרכן על גבי המוצר, ובלבד שכאמור לא מופעלים כל אמצעי דרבון או כפייה לאימוץ המחיר המומלץ וביכולתו של המוכר להציע הנחות על המחיר המומלץ ללא שום סנקציה ישירה או עקיפה וללא שלילת הטבות כלשהן" (א' אזרחי, ד, גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראלים (התש"פ-2019), עמ' 211).

הפצת מחירון מומלץ לצרכן כשלעצמה אינה אסורה. הפצת מחירון מומלץ נעשית לאחר שהספק בוחן את תנאי השוק ומשקלל את הנתונים הרלבנטיים. קביעת המחיר בידי הקמעונאים בהתאם למחירון הספק אף היא בעלת הגיון עסקי, כפי שנקבע:

"...מטבע הדברים כאשר ספק קובע מחירים מומלצים הוא עושה זאת לאחר בחינת תנאי השוק וניתוח הנסיבות השונות. מנתונים אלו הוא מסיק מהו טווח המחירים הסביר, ומתוך טווח זה הוא בוחר את המחיר המומלץ. מכיוון שכך, רק טבעי הוא כי המחירים הנקבעים על ידי המשווקים בפועל יתפרשו על אותו טווח מחירים סביר שהניח הספק, ועל כן גם טבעי שיהיה דמיון כלשהו בין המחירים הנקבעים בפועל לבין המחירים המומלצים שפרסם הספק. ...דמיון בין מחיר של משווק למחיר מומלץ של ספק לא רק שאינו מעורר חשד לקיומו של הסדר כובל אנכי, אלא הוא אף טבעי, צפוי ובעל רציונאל עסקי מובנה" (ת"צ 525-06-08 אליעזר לויט נ' היולט-פקרד (ישראל) בע"מ, מיום 22.8.2011, פסקה 89).

1. השאלה המתעוררת היא, האם הצליחו המבקשות להרים את הנטל הנדרש להוכחה לכאורית של קיום "הסדר" ביחס לכל אחת מהמשיבות. טענת המבקשות מורכבת משניים - טענות פרטניות ביחס להתנהלות כל אחת מהמשיבות כלפי הקמעונאים העולה כדי הסדר כובל, וטענות כלליות ביחס לידיעת המשיבות על התנהלות המשיבות האחרות והתאמת התנהלותן בהתאם.

לאחר עיון בכתבי טענות וחוות הדעת, שמיעת הראיות ובחינתן הגעתי למסקנה, כי המבקשות לא השכילו לעמוד בנטל הראייתי הלכאורי הנדרש בבקשת אישור. בשל רוחב היריעה לא אדרש לבחינה פרטנית של כל רכיב ורכיב בתנאים, אלא אעמוד על הכשלים בבקשות שהובילו למסקנה, שאין לאשר את הבקשות.

1. מורן – לא מצאתי שהמבקשות בססו טענותיהן לגבי מורן:

בייחוד ייחסתי משקל לקשיים הראייתיים בביסוס טענות המבקשות לקיום הסדר. המבקשות צרפו תמלילי הקלטות שיחה עם קמעונאים ואנשי מכירות של המשיבות השונות. על האמור בתמלילים אלה ביקשו המבקשות להתבסס. אולם, כשניתנה להן האפשרות לחקור את האנשים הרלוונטיים אודות הדברים שהוקלטו, בחרו המבקשות שלא לחקור אותם. לבחירה זו יש משמעות ומשקל ראייתי.

בעניינה של מורן, צורף על ידה תצהיר מטעם מנהל המכירות הארצי, מר סרג'יו קושניר, שהוקלט בשתי שיחות על ידי המבקשות. על פי תצהירו, הוא מציג גישה קשוחה בשיחות עם מתעניינים בפתיחת חנות נעליים וזאת משיקולים עסקיים. וכך היה גם בשיחות שהוקלטו על ידי המבקשות. מר קושניר אישר בתצהירו, כי הוא האיש המוקלט בשיחות אך טען, כי מסר פרטים לא נכונים מתוך רצון "להפגין גישה קשוחה". מר קושניר מסר בתצהיר, כי מורן ממליצה לקמעונאים על מחיר אך אינה כופה אותו, אינה אוסרת על מתן הנחות ולא מאיימת או נוקטת בסנקציות במידה וניתנו הנחות.

על אף שתצהיר מר קושניר סותר את האמירות עליהן מבססות המבקשות את עילת התביעה, לא מצאו לנכון לזמנו לחקירה על תצהירו. סבורני, שיש לייחס משמעות ראייתית נכבדת להחלטה זו.

הלכה היא, כי משמעות אי חקירת עד, על הנושאים שבמחלוקת, היא קבלת גרסת המצהיר: "נמנע בעל דין מחקירה נגדית של עד – רואים אותו, לכאורה, כמי שאינו חולק על דברי העד, אלא אם כן מוצג "הסבר" להיעדרה של החקירה" (י. קדמי על הראיות, חלק רביעי, עמ' 1957). "כשבעל דין, מרצונו ומתוך מודעות לתוצאות מעשהו, מוותר על חקירה נגדית, יש לראותו כמי שאינו משיג על גרסת העד במקום שזו סותרת את גרסתו שלו" (אורי גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 13, 2020) עמ' 499).

ב"כ המבקשות, כשעומת עם הטענה בדבר משמעות אי חקירת מר קושניר ומצהירים נוספים טען, כי אי חקירת המצהירים מטעם המשיבות על תצהיריהם נבעה מהסכמה דיונית שניתנה בפני בית המשפט, ואין לייחס לכך משמעות ראייתית בשלב זה של ההליך.

אולם, עיון בפרוטוקול הדיון מיום 23.2.2014 (הדיון התקיים בפני כב' הש' י. ענבר) מעלה, כי הצהרת ב"כ המבקשות לא היתה מוחלטת. מפי ב"כ המבקשות נרשם, כי ישקלו את אפשרות הזימון לחקירה נגדית: "אין לנו התנגדות לוותר על חקירות נגדיות, ואולם אם המשיבים יבקשו לחקור אז גם אנחנו נהיה מעוניינים לבצע חקירות ולו של חלק מהמצהירים" (עמ' 8 לפרוטוקול, ש' 9 – 10).

בהתחשב בכך, שתמלילי שיחות ב"כ המבקשות עם מר קושניר מהווים נדבך נכבד במסכת הראייתית שהציגו המבקשות, חקירתו הייתה הכרחית ונדרשת. זאת בייחוד בשעה שמר קושניר נתן בתצהירו הסבר לחלק מהדברים שאמר בשיחות וחזר בו מחלק מהדברים שאמר. לא ניתן להותיר את הנושא ללא ליבון. משמעות אי חקירת מר קושניר היא אחת – בהעדר חקירה עומדת גרסתו.

הדברים נכונים גם ביחס למצהירים מטעם ליידי קומפורט - מר אבי סמאהי, בעלי החנות נעלי ארז ברח' ויצמן בכפר סבא, בה נרכשו נעליים מתוצרת ליידי קומפורט; ומר דוד דבוש מנהל מכירות מטעם ליידי קומפורט (ראו להלן בסעיף 76).

1. עוד נמצא, כי חוות הדעת הכלכלית של אפלייד ביחס למורן אינה מבוססת דיה. חוות דעת בוססה, בין היתר, על נתוני הלמ"ס ומסמכי הפרסומאי של טבע נאות. בהיבטים אלה לקתה חוות הדעת ביחס למורן. מומחה המבקשות, מר סומקין, נחקר ביחס לחוות הדעת והובהר, כי לא היו בידיו נתונים ספציפיים אודות מורן. כפי שאישר בחקירתו הנגדית, הנתונים שהועברו מהלמ"ס לא מלמדים ספציפית דבר על מחירי המוצרים של מורן:

"ש. ... תאשר לי בבקשה שמהנתונים של הלמ"ס שעל בסיסם ערכתם את הגרפים היפים האלה אתה לא יכול לדעת שום דבר על נעלי מורן ספציפית, אני מדבר רק על זה, מפה אתה יכול לדעת משהו על מורן?

ת. מכאן אני לא יכול לדעת ספציפית על מורן" (עמ' 11 לפרוטוקול, ש' 17-21).

מעדות מר סומקין התברר, כי נתוני למ"ס ריכזו דיווחים אודות מחירי מוצרים מתוצרת חלק מהמותגים שהתבקשו על ידי המבקשות והניבו מספר מועט של תצפיות. ביסוס חוות דעת כלכלית על סמך מספר נמוך של תצפיות הוא בעייתי, כך גם הנחתה הלמ"ס במכתב למר סומקין (מורן/2).

אם בכך לא די, כפי שמר סומקין אישר בעדותו, אין בטחון כי תצפיות למ"ס כללו נעלים מתוצרת מורן, לכל היותר ניתן להתייחס למחירים שנדגמו בתצפיות למ"ס כמדגם מייצג של תחום הנוחות (עמ' 24, 31, 36 לפרוטוקול).

בנוסף, חוות דעת אפלייד ומסקנותיה בקשר לקיום הסדר כובל אנכי על ידי מורן, בוססה על מסמכי משרד הפרסום של טבע נאות שהוגשו לצורך השתתפות בתחרות איגוד פירסומאי ישראל (אפ"י). בחקירתו הנגדית של מר סומקין הובהר, כי במסמכי משרד הפרסום אין התייחסות למורן בשנים 2006, 2007 ו-2008 וכי מההתייחסות למחירי מורן בשנים 2008 ו-2009 עולה, כי מחירי הנעליים מתוצרתה נותרו זהים בשנים אלה. מאחר ומדד מחירי ההנעלה הכללי עלה בשנת 2010 ביחס לשנת 2009, המסקנה היא, כי יציבות מחירי נעלי מורן מבטאת ירידה ראלית במחיר (עמ' 70 – 71 פרוטוקול). הנה כי כן, גם בהיבט זה לא הצליחה המבקשת לבסס טענותיה בראיות לכאורה.

די באמור כדי לקבוע, כי בקשת האישור לא בוססה כדבעי. אציין, כי למשיבה טענות טובות נוספות וכי הדיון שיובא בהמשך ביחס לקבילות ההקלטות והתמלילים רלוונטי גם למורן.

1. ליידי קומפורט – לא מצאתי שהמבקשות בססו את טענותיהן לגבי ליידי קומפורט.

גם בעניין ליידי קומפורט היו למבקשות קשיים בביסוס הנדבך הראייתי הנוגע לה. בעניין ליידי קומפורט המבקשות נמנעו מלחקור שני מצהירים אשר נגעו ישירות לטענות עליהן המבקשות סומכות בקשתן. האחד, מר סמאהי, הוא בעלי החנות בה בוצעה הרכישה המהווה את העילה האישית שבבסיס הבקשה לאישור התובענה כייצוגית והשני, מר דבוש, הוא איש מכירות ששיחה עימו הוקלטה, תומללה והוגשה כראיה להתנהלות האסורה מצד ליידי קומפורט. ואפרט:

המבקשת אורן רכשה זוג נעליים מתוצרת ליידי קומפורט בחנות "נעלי ארז" בכפר סבא. תמליל השיחה לא צורף לבקשה והמבקשת אורן פרטה בתצהירה את תוכן השיחה שהתקיימה בחנות הנעליים. לטענתה, המוכר בחנות אמר שנאסר עליו לתת הנחות על מוצרי המשיבה מעבר ל-20 ₪ וכי במידה וייתן הנחות גדולות יותר לא תסופק לו סחורה. המוכר אמר בנוסף, כי המפעל של ליידי קומפורט מייצר 1,000 נעליים ביום, רובן לתוצרת מקומית ומיעוטן לייצוא.

ליידי קומפורט צרפו תצהיר מטעמו של מר אבי סמאהי, בעלי החנות "נעלי ארז" בה רכשה המבקשת אורן סנדלים מתוצרתה. מר סמאהי טוען, כי הוא עצמאי בקביעת מחירי הנעליים, כי ליידי קומפורט לא מכתיבה לו דרישות לגבי מחירי המכירה וכי הוא נוהג לתת הנחות ולצאת במבצעים בסוף העונה ובמהלכה לפי שיקול דעתו הבלעדי. ב"כ המבקשות לא ביקשו לחקור את בעל החנות, מר סמאהי, על תצהירו ולעמתו עם הדברים שלטענת המבקשת אורן נאמרו בחנותו לגבי הכתבת המחיר מצד ליידי קומפורט ונקיטת צעדי אכיפה כנגד מי שסוטה מהמחיר המוכתב. לבחירה שלא לחקור את מר סמאהי על תצהירו ישנה משמעות ראייתית, והדברים האמורים לעיל לגבי אי חקירת מר קושניר מנהל המכירות מטעם מורן, יפים גם לעניין זה. משלא נחקר מר סמאהי על תצהירו מוחזקות המבקשות כמי שמקבלות את האמור בתצהירו.

בנוסף, ליידי קומפורט מציינת, כי הוגש תצהיר מטעם מר דוד דבוש, אחד מסוכני המכירות שלה, הסותר את דברים שאמר בשיחה שהוקלטה עימו. מר דבוש מצהיר, כי אין בסמכותו לקבוע מדיניות הנחות וכי כל התקשרות עם קמעונאי חדש וקביעת תנאי ההתקשרות נעשים על ידי מנהל החברה ולא על ידו. על פי התצהיר, אמר בשיחה דברים שאינם נכונים מתוך רצון להאדיר את החברה, כך למשל אמר, כי החברה מייצאת נעליים. מר דבוש הצהיר, כי מתוך רצון להשתוות לחברות אחרות שהוזכרו בשיחה ולהתפאר אמר, כי תופסק ההתקשרות עם קמעונאי שייתן הנחות. גם מר דבוש לא נחקר על תצהירו על ידי המבקשות, על אף שעו"ד אורן הוא זה ששוחח עימו. להחלטה שלא לחקור עד חיוני יש משמעות ומשקל, בייחוד כאשר מדובר בעד שתוכן תצהירו נוגד לחלוטין את שאמר בשיחה שהוקלטה ותומללה והמבקשות מבססות את בקשתן על הנאמר בה.

המבקשות מאשרות בסיכומים מטעמן, כי "ישנה התנגשות עובדתית בין תמלילי השיחות עם הקמעונאים ואנשי מכירות... ובין תצהירי הקמעונאים מטעם המשיבות" (סעיף 122 לסיכומי המבקשות) אולם לדידן של המבקשות "השכל הישר ונסיון החיים" מובילים למסקנה שתמלילי השיחות אמינים יותר. טענה זו אינה יכולה להתקבל. על המבקשות מוטל הנטל לעמת את המצהיר עם הנקודות שבמחלוקת.

לא ניתן לבסס בקשה לאישור תובענה כייצוגית, לא כל שכן תובענה בגין עוולה של הסדר כובל, אשר לה היבטים פליליים, מבלי לעמת מצהירים עם הנקודות שבמחלוקת. באשר לטענה, כי "השכל הישר ונסיון החיים" מובילים בהכרח למסקנה, שהדברים שנאמרו בשיחות הם הנכונים, אין לה על מה להתבסס. יתכן שדווקא, כטענת המשיבות, "השכל הישר ונסיון החיים" יובילו למסקנה, שמוכר יאמר ללקוח דברים בכדי לשכנעו לרכוש מוצרים במחיר גבוה שיגדיל את הרווח עבורו וינסה להטיל את ה"אשמה" במחיר הגבוה על צד שלישי הכופה עליו את המחיר. כך גם אפשר, כטענת המשיבות, שסוכני מכירות יציגו בשיחת הכרות תנאי עסקה שלא יאושרו לאחר מכן בהנהלת החברה. ההליך המשפטי נועד ללבן מחלוקות, לעמת עדים מול אמרותיהם ולברר מהי הגרסה הנכונה. בהעדר חקירה על תצהיר נותר להניח, שמסכימים עם דברי העד. המבקשות נדרשו לעמת את המצהירים, לכל הפחות את חלקם, עם הנושאים שבמחלוקות ועם שינויי הגרסאות. העלאת השערות והפרחת ספקולציות מול גרסאות שמסרו עדים בתצהיר, אין בה די.

1. נקודה נוספת אשר הובילה למסקנה, שעילת התביעה הלכאורית נגד ליידי קומפורט לא בוססה כנדרש היא חוות הדעת הכלכלית ביחס אליה והתייחסות המבקשות והמומחה מטעמן לנתונים שהציגה ליידי קומפורט.

המומחה מטעם המבקשות, מר סומקין, אישר, כי לא ביצע בדיקה מטעמו ביחס למחירי נעלי ליידי קומפורט אלא הסתמך על נתוני הלמ"ס, אשר כפי שפורט לעיל, הם מצומצמים. כמו כן, הסתמך על מסמכי משרד הפרסום של טבע נאות, על בסיסם קבע מר סומקין, כי מחירי נעלי ליידי קומפורט עלו ממחיר של 249-299 ₪ בשנת 2003 למחיר של 339 ₪ בשנת 2009-2010. ברם, במסמכי משרד הפרסום של טבע נאות כלל לא צויין מחיר נעלי ליידי קומפורט לשנת 2003. עוד הובהר, כי בבדיקה שעשה מר סומקין באופן אישי בחנויות שונות לא התייחס כלל לליידי קומפורט (עמ' 380 לפרוטוקול, ש' 17 – 20).

ליידי קומפורט מנהלת רשת חנויות נעליים המצויה בבעלותה, מפעילה חנויות נעליים באמצעות זכיינים ובנוסף מפיצה מוצריה לקמעונאים. ליידי קומפורט צרפה מסכת ראייתית מקיפה לביסוס טענתה, כי אינה כופה מדיניות מחירים אחידה על הקמעונאים. כך, הציגה ליידי קומפורט ראיות להנחות קבועות שניתנו בחנויות הרשת לחברי מועדוני צרכנות שונים (חלקם מקומיים, כגון – עובדי בתי חולים מסוימים ודיירי בית אבות מסוים), הנחות ומבצעים שניתנו למחזיקי כרטיסי אשראי ומבצעים שפורסמו לכלל הציבור בסופי עונה. מקובלת עלי טענת ליידי קומפורט, כי בהעדר אכיפת מחיר אחיד בחנויות הרשת שלה לא קיים בסיס להניח שהקמעונאים ישמרו על מחיר אחיד. בנוסף, ליידי קומפורט תמכה את טענותיה בראיות של ממש בכך שהציגה תצהירים מטעם קמעונאים שונים אליהם צורפו רישומי מכירות המעידים על המחירים בהם נמכרו נעליים שמכרה לקמעונאים שונים. הרישומים מעידים על טווח מחירים ומתן הנחות. המבקשות לא חקרו איש מהמצהירים ולא ערערו על טיב רישומי המכירות.

1. בנוסף, בהיבט הראייתי, יצויין, כי לא צורפו תמלילי שיחות של המבקשות אורן ואפלדורפף מרכישת הנעליים נשוא הבקשה. זאת על אף שמומחה המבקשות מר סומקין טען בחקירתו הנגדית, כי שמע את תמליל השיחה בחנות ליידי קומפורט. סתירה זו נומקה בכך, שמר סומקין טעה ולא הוצגו בפניו תמלילים.

עדותה של המבקשת אפלדורפף ביחס לתצהיר שנתנה אודות רכישת שני זוגות נעליים שביצעה בחנות רשת של ליידי קומפורט – לתצהיר זה, בניגוד לרכישות אחרות שביצעו המבקשות, לא צורף תמליל. בגין רכישה זו לא קיבלה המבקשת כל הנחה ובתצהירה טענה, כי "השתמע" מדברי המוכרת, שאין הנחות על נעלי ליידי קומפורט גם בחנויות אחרות. מחקירתה של המבקשת אפלדורפף עולה, כי לא שאלה את המוכרת אם ניתנות הנחות בחנויות אחרות. סבורני, כי המסקנות שהמבקשות מבקשות לבסס על סמך המסד הראייתי הנ"ל הן מרחיקות לכת ואינן עולות בקנה אחד עם הדרישה לתשתית ראייתית לכאורית לאישור הגשת תובענה ייצוגית.

1. פלייפוט - לא מצאתי שהמבקשות בססו טענותיהן לגבי פלייפוט.

בעניין פלייפוט, הקביעה, שהמבקשות לא עמדו בנטל להוכיח לכאורה בסיס ראייתי לבקשתן, מבוססת, בין היתר, על כך, שפלייפוט, בניגוד למשיבות האחרות, לא הפיצה לקמעונאים מחירון מומלץ לצרכן. זאת בנוסף לקשיים בחוות הדעת הכלכלית בהיבטים הנוגעים לפלייפוט. יצוין, כי פלייפוט העבירה נתונים אודות מכירות אמת של שני דגמי נעליים הנמכרים בחנויות שבבעלותה. נתונים החותרים תחת טענות המבקשות בדבר הסדר כובל ותיאום מחירים.

בנוסף, קיים ספק של ממש באשר לקיום עילת תביעה אישית למבקשת קורמן כנדרש בסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות– שכן הרכישה של נעליים מתוצרת פלייפוט נעשתה בחנות המחזיקה את נעלי פלייפוט בקונסיגנציה ולמעשה מהווה רכישה מהספק עצמו.

1. כאמור, פלייפוט לא מפיצה מחירון מומלץ לצרכן לקמעונאים המשווקים את תוצרתה. דומה שאת עיקר בקשתה מבססת המבקשת על הקלטות הסתר של שלושה סוכני פלייפוט המאשרים בדבריהם, כי פלייפוט מכתיבה מחיר אחיד לצרכן ואוכפת אותו במקרה של סטייה. אולם, מלבד ההקלטות, שקבילותן מעלה סימני שאלה, לא ביססו המבקשות את בקשתן בדי ראיות לכאורה.

1. לגבי עילת התביעה האישית מתעורר קושי של ממש. "התנאי הראשון והבסיסי ביותר שעל תובע ייצוגי להוכיח הוא כי קיימת לו עילת תביעה אישית באחד מהעניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק או בהוראת חוק מפורשת" (הספר תובענות ייצוגיות, עמ' 112). כדברי כב' הש' מ' חשין (כתוארו אז): "התובענה הייצוגית היא בבחינת המשך לזכות התביעה האישית, ובאין זכות תביעה אישית לא תקום ולא תהיה אף תובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית מדמה עצמה לחדר שלפנים מחדר, ואין אתה בא כלל אל חדר פנימי אלא אם עברת בחדר חיצוני. אם אלה הם פני הדברים – ולדעתי אלה הם פניהם – כי אז נתקשה ללמוד מן התובענה הייצוגית לתביעה האישית" (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, מיום , פסקה 22).

במקרה הנדון לא קמה למבקשת עילת תביעה אישית. המבקשת קורמן רכשה זוג נעליים מתוצרת פלייפוט בחנות פריימן את ביין ברח' יפו בירושלים. אולם חנות זו פועלת עם מוצרי פלייפוט בשיטת הקונסיגנציה (מכר מותנה). דהיינו, החנות מקבלת את הסחורה מהספק ולא רוכשת אותה ממנו, הבעלות בסחורה עוברת מהספק ישירות לצרכן והמוכר מקבל עמלה תמורת המכירה. רכישה זו היא למעשה רכישה ישירות מפלייפוט. עילת ההסדר הכובל דורשת, כי ההסדר יעשה "בין בני אדם המנהלים עסקים" ולא ניתן לטעון, כי פלייפוט עשתה הסדר עם עצמה. אם כן, הבסיס לעילת תביעה אישית נשמט.

בנוסף, בגילוי דעת 2/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים (כתוארה דאז) מיום 28.6.2017 נקבע מפורשות ביחס להסדר קונסיגנציה בין ספק לקמעונאי, כי ככלל הסדר כזה לא ייתפס כהסדר הכתבת מחיר אנכי (RPM); שכן הספק הוא בעלי המוצר הנמכר לצרכן והוא נוטל על עצמו חלק גדול יותר מהסיכונים הכרוכים במכירת המוצרים. בהתחשב בכך, שהסיכון חל על הספק אין זה הגיוני, שהקמעונאי יקבל את ההחלטה הבלעדית לגבי תנאי המכירה, דהיינו יקבע את מחיר המכירה (ראה פרק ד' לגילוי הדעת).

1. נוסף על כך, פלייפוט השכילה להציג נתונים אודות מחירי מכירה בפועל של שני דגמי נעליים פופולריים מרשת חנויות הנעליים שבבעלותה (רשת קמינרו). הנתונים מעלים הפרשי מחיר בין חנויות הרשת עצמה. הפרשי המחיר קיימים בין חנויות רשת מרוחקות (עכו ותל אביב) ואף בין חנויות רשת קרובות (בני ברק לעומת תל אביב, בת ים וראשון לציון). מומחה המבקשות מר סומקין העלה טענה, כי הפרשי המחיר בין החנויות הזולות יותר (בני ברק, בתי ים ואור יהודה) נובעים מכך, שהחנויות הזולות יותר הן חנויות עודפים (outlet) אך בחקירתו הנגדית אישר, כי לא בדק האם אכן מדובר בחנויות עודפים ואינו יודע זאת. ב"כ המשיבה פלייפוט ציין, כי לא מדובר בחנויות עודפים. בהמשך העלה מר סומקין השערה, כי ההפרש במחיר נובע מרמה סוציו-אקונומית שונה של האוכלוסייה. אך גם טענה זו לא נתמכה בבדיקה אמפירית כלשהיא מצד המבקשות.

1. ביחס להפרשי המחיר בין החנויות בנתונים שמסרה פלייפוט, טען מר סומקין, כי אין מדובר בנתונים המפריכים את מסקנתו בדבר הכתבת מחיר אנכית. לשיטתו, ברשת חנויות פלייפוט קיימות שתי רמות מחיר לדגמי הנעליים ביניהן נקבעים המחירים ומעט עסקאות חורגות משתי רמות מחירים אלה. המבקשות מצידן לא ערכו כל בדיקה אמפירית ביחס לדגמי הנעליים שאת מחיריהם הציגה פלייפוט בחנויות קמעונאיות, גם לא ביחס לדגם אותו רכשה המבקשת קורמן.

משהוצגו נתונים עובדתיים אודות מכירות מוצרים וההפרשים במחיר בתוך רשת חנויות הנעליים של המשיבה, נשמט הבסיס לבקשת האישור. טענה זו מתווספת לטענות בדבר העדר עילת תביעה אישית וחולשת הבסיס הלכאורי של ראיות המבקשות.

1. שורש – לא מצאתי שהמבקשות בססו טענותיהן לגבי שורש.

על המבקש לשמש כתובע ייצוגי מוטל להציג ראיות לכאורה בעלות משקל, נטל זה גבוה יותר בעילה של הסדר כובל (הספר תובענות ייצוגיות, עמ' 424). גם בעניין שורש סבורני, כי המבקשות לא עמדו בנטל זה. ראשית, חוות הדעת הכלכלית ביחס לשורש לוקה בחסר. שורש מייצרת ומשווקת סנדלי מטיילים ונראה, שאינה חלק משוק נעלי הנוחות ואינה מתחרה עם המשיבות האחרות על אותו פלח שוק. חוות הדעת הכלכלית של אפלייד לוקה בהתייחסות לשורש כחלק משוק נעלי הנוחות. ספק, אם המסקנות אותן גוזרת חוות דעת ביחס למשיבות האחרות רלוונטיות לשורש. שנית, קיים ספק באשר לקבילות ההקלטות עליהן מתבססות המבקשות. שלישית, חולשת עדותו של מר טוביאן.

1. חוות הדעת הכלכלית לא ביססה די הצורך את הטענות נגד שורש. בראש ובראשונה יאמר המובן מאליו - קיים סימן שאלה גדולה לגבי ההצדקה להכליל את סנדלי שורש תחת קורת הגג של "נעלי הנוחות". בחוות הדעת אפלייד עצמה נכתב "סנדלי שורש משרתים תחום נישה ייחודי של סנדלי מטיילים. תחום זה מאופיין על ידי מעט מתחרים" (עמ' 56). מספר התצפיות הממוצע עליהן נסמכה חוות הדעת, על בסיס נתוני הלמ"ס לגבי סנדלים לגבר הוא שבע (7) ואילו לגבי סנדלים אורטופדיים לאישה מספר התצפיות הממוצע הוא 13 (הערת שוליים 35 ו-36 לחוות דעת אפלייד). סנדלי מטיילים לא מהווים מוצר משלים או תחליפי לנעלי נוחות.

מלבד נתוני הלמ"ס, התבססה חוות הדעת על תמלילי ההקלטות (לגביהם ראה דיון להלן) ועל שיחות "עם הגורמים המקצועיים בענף ההנעלה" שערך מר סומקין (עמ' 14 לחוות דעת אפלייד). בחקירתו של מר סומקין התברר, כי השיחות עליהן התבסס הן שיחות, לא מתועדות, אותן ערך במספר קטן של חנויות נעליים עת שוחח עם המוכרים במקום. במסגרת אותם ביקורים בחנויות נעליים מר סומקין טען, כי ביצע דגימת מחירי נעליים, אך בחקירתו התברר, כי אינו זוכר פרטים אודות אותה דגימת מחירים.

"ש. אבל אני לא רוצה לראות את הטבלה. אני מבקש לראות תרשומת מהביקור שלך?

ת. אמרתי שלא ניהלתי לא תמליל ולא תרשומת" (עמ' 356 לפרוטוקול, ש' 8-9).

"ש. ...בכמה חנויות, בכמה חנויות בארץ מוכרים את סנדלי שורש?

ת. מעל 300 נקודות מכירה.

ש. ואתה ביקרת בכמה?

ת. אני לא זוכר, אבל ביקרתי, פחות מ-10.

ש. פחות מ-10, יותר מ-5?

ת. בערך 5" (עמ' 354 לפרוטוקול, ש' 3-9).

"ש. עכשיו תגיד לי מה היה המחיר לאיזה דגם ובאיזה חנויות זה היה?

ת. יותר קל להגיד לא זוכר.

ש. אז תגיד שאתה לא זוכר?

ת. לא זוכר" (עמ' 356 - 357 לפרוטוקול).

1. כפי שהוזכר לעיל, קיים ספק בשאלת קבילות תמלילי ההקלטות, שהוגשו על ידי המבקשות. הדבר נכון גם לעניין תמלול ההקלטות עם סוכן המכירות של שורש, יגאל.

הלכה היא, שעל הקלטה המוגשת כראיה לעמוד בשישה תנאים מצטברים שנקבעו בע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, מיום 4.11.1984. התנאים הם: 1) המכשיר בו בוצעה ההקלטה פעל כהלכה והקליט את כל שנאמר; 2) האדם שטיפל בהקלטה ידע את מלאכתו; 3) ההקלטה מהימנה ונכונה; 4) לא נעשו שינויים או השמטות מההקלטה; 5) הדוברים בהקלטה זוהו; 6) הדברים נאמרו מרצונם הטוב של הדוברים. אמנם, במהלך השנים ועם התפתחות הטכנולוגיה התרככו חלק מדרישות המבחנים, אך עדיין הנטל הוא על בעל הדין המגיש את ההקלטה להוכיח כי היא עומד במבחנים: "זה גם המקום לציין, כי בעל דין, המבקש להגיש את ההקלטה כראיה, הוא אשר נושא בנטל להוכיח את קבילותה הלכאורית, בהתאם לתנאים האמורים" (ע"פ 4481/14 פלוני נ' מדינת ישראל, מיום 16.11.2016, פסקה 33, להלן - פס"ד פלוני).

1. תמלילי ההקלטות הוגשו באמצעות המבקשת אורן (שיחה בחנות נעלי "ורד חן" ברח' אחוזה ברעננה ובחנות "נעלי יעל" ברח' בן הלל בירושלים) וגב' ג'סיקה קורמן (שיחות עם סוכן המכירות של שורש, יגאל), על אף שאת ההקלטה עצמה ביצע עו"ד אורן והוא גם ניהל את עיקר השיחות. בתחילת השיחות המוקלטות עם סוכן המכירות מציג עו"ד אורן, כי הוא מקיים את השיחה יחד עם ג'סיקה קורמן (בתו ובתה של המבקשת קורמן). אולם היא לא מדברת וכל השיחה מתנהלת על ידי עו"ד אורן. בחקירתה אישרה ג'סיקה קורמן, כי אינה יודעת בוודאות כיצד בוצעה ההקלטה, היכן נשמרה ההקלטה במהלך השנים, האם בוצעו בה שינויים כלשהם ומי תמלל אותה:

"ש. עו"ד אורן הקליט אותם?

ת. כן.

ש. ובאיזה מכשיר הוא הקליט אותם?

ת. אם אני זוכרת נכון בטלפון שלו, אני,

ש. את לא בטוחה.

ת. אבל אני לא בטוחה.

ש. ואת גם לא יודעת באיזה מכשיר פלאפון, נכון? את לא יודעת את הסוג, את לא יודעת את הדגם.

ת. לא.

ש. ואת גם לא יודעת אם המכשיר שהיה לו ביד, יכול בכלל להקליט, נכון? את לא יודעת.

ת. מה?

ש. את לא יודעת מידיעה אישית שהמכשיר שהוא החזיק ביד, יכול להקליט, נכון שאת לא יודעת?

ת. נכון" (עמ' 213 לפרוטוקול, ש' 12-25).

.......

"ש. את לא יודעת. עכשיו תגידי לי, ההקלטה שכביכול נעשתה, איפה היא נשמרה?

ת. עכשיו איפה היא נשמרה?

ש. ההקלטה שהיא נעשתה,

ת. כן.

ש. מאז שהיא נעשתה,

ת. כן.

ש. איפה היא נשמרה? האם את יודעת באופן אישי?

ת. אני חושבת על המחשב, אבל אני לא יודעת בוודאות.

ש. את לא יודעת.

ת. לא

ש. אוקי. ואם את לא יודעת אם בהקלטה הזאת שאת אפילו לא יודעת איפה היא נשמרה, את לא יודעת אם נעשו בה שינויים או לא נעשו בה שינויים, נכון? זה שאת לא יודעת איפה ההקלטה, נכון?

ת. נכון" (עמ' 215 לפרוטוקול, ש' 14 – 27).

1. גם המבקשת אורן אישרה בחקירתה, שאינה יודעת בוודאות כיצד בוצעה ההקלטה, היכן נשמרה ההקלטה במהלך השנים, האם בוצעו בה שינויים כלשהם ומי תמלל אותה. כדלקמן:

"ש. לא שאלתי אותך אם את אשת מקצוע טכני, שאלתי אותך את לא יכולה לדעת אם הכלל הוקלט, נכון? את לא יכולה לדעת.

ת. אני לא יודעת" (עמ' 261 לפרוטוקול, ש' 10 - 12).

"ש. מי תמלל את ההקלטה?

ת. אני לא יודעת" (שם, ש' 16 – 17).

"ש. אז לכן את גם לא יכולה לאשר לי שתמלול אכן מאשר נכונה את השיחה, מפני שאת לא יודעת מי תמלל, נכון?

ת. כן." (שם, ש' 24 – 26).

"עו"ד סלע: סליחה, מישהו שינה משהו בהקלטה, את לא יודעת.

ת. לא יודעת" (עמ' 262 לפרוטוקול, ש' 1 - 2).

לשתי המצהירות אין ידיעה אודות ההקלטה ומהימנותה. עו"ד אורן, אשר ביצע את ההקלטות במכשיר הטלפון הנייד שלו, לא הגיש תצהיר אודות נסיבות ההקלטות, אופן שמירתן במהלך השנים ואופן תמלולן.

שורש טוענת, כי בהעדר תצהיר מטעם המקליט עצמו חלה ההנחה, כי עדותו עלולה הייתה לחזק את הצד שכנגד. שורש מוסיפה וטוענת, כי בנסיבות אלה אין לקבל את ההקלטות והתמלילים ואילו המבקשות טוענות, כי בהתאם להתפתחות ההלכה (כפי שבוטא גם בפס"ד פלוני) ההקלטות והתמלילים קבילים, שכן הם משקפים נאמנה את התרחשות האירועים. בנוסף, כל עוד המשיבות לא טענו, כי ההקלטות או התמלילים שונו ועוותו, הרי שהתמלילים עומדים בזכות עצמם.

בפס"ד פלוני נקבע, כי שאלת הערכתם מחדש של תנאי הקבילות הטכנית של הקלטה תושאר לדיון לעת מצוא (ראו דעת כב' השופטים ד' ברק-ארז וע' פוגלמן בעמ' 51-52). אם כן, כללי הקבילות חלים על ההקלטות בעניינינו ואף אם תותר הגשתן נפגע המשקל שיש לייחס להן ולנאמר בהן וזאת בייחוד לאור העובדה, שהמקליט נמצא בהישג יד למתן עדות אודות נסיבות ההקלטה, אופן ההקלטה ותימלולה.

הקשיים בקבילות ובקבלת ההקלטות מצטרפים לפגמים בחוות הדעת הכלכלית ולחולשת עדותו של מר טוביאן.

הבניין אותו בנו המבקשות מבוסס על יסודות רעועים – לגבי העילה האישית הרי שכל שנרכש הוא זוג סנדליים אחד, בגינו ניתנה בפועל הנחה; חוות הדעת הכלכלית חסרה בהיבטים הקשורים לביסוס המסקנות על מידע אמין אודות התנהלות מחירי הסנדלים מתוצרת שורש, בשל מספר תצפיות נמוך והעדר נתונים אמפיריים משמעותי.

מומחה המבקשות, מר סומקין מאשר, כי מסקנותיו לגבי שורש מבוססות בעיקרן על התמלילים. ובהעדר תמלילים אין הוא יכול להגיע למסקנות שקבע, ובלשונו: "אם אין תמלילים אני לא יכול להצביע ספציפית על מי מהנתבעים אם זה הוא, אם זה הוא עושה את זה. אני יכול לשער, בלי להוכיח, שהתופעה עצמה היא של הכתבת מחיר... אני לא יודע להפנות אצבע מאשימה אל מי מהם ורק לשער שהיכולת להפעיל כח שוק היא של הגדולים..." (עמ' 349, לפרוטוקול, ש' 4 – 8). דומה שהדברים מדברים בעד עצמם.

1. נושא נוסף הוא עדות מר דוד טוביאן. לאחר סיום מסכת הראיות ביקשה המבקשת אורן לזמן לעדות את מר דוד טוביאן, קמעונאי המוכר את מוצרי שורש. על פי הבקשה, מר טוביאן פנה אל באי כח המבקשות ואמר להם, כי הוא בעל חנות נעליים המוכר, בין היתר, את מוצרי שורש. לטענתו, לאחר שהפיץ עלון פרסומי (פלאייר) בו פרסם מחיר מבצע עבור סנדלי שורש, נתקל בסירוב מצד סוכן המכירות של שורש לספק לו מוצרים נוספים. לטענתו, הדבר נעשה כצעד ענישה בגין פרסום במחיר מבצע. עוד לטענתו, סוכן המכירות של שורש לא הזמין אותו לתערוכת הקיץ בה מתקבלות הזמנות להמשך השנה והתחמק משיחות טלפון עימו. על פי עדותו, סוכן המכירות של שורש, יגאל, אמר לו בעבר, כי שורש נתבעת ולפיכך חיפש באינטרנט מיהו עורך הדין התובע את שורש, וכך הגיע לבאי כח המבקשות. מר טוביאן העיד, כי לאחר שאמר לסוכן המכירות של שורש שיצר קשר עם באי כח המבקשות השתנה היחס כלפיו, נמכרה לו סחורה וסוכן המכירות אמר לו, שהעיכוב באספקת הסחורה נבע מקשיים בייצור ומקריסת רשת ורטהיימר וגם כי לחנויות נוספות עוכבה האספקה. מר טוביאן הוסיף, כי סוכן המכירות אמר לו ש"האמת" היא, שלא רצה לספק לו סחורה מכיוון שאם ימכור בזול חנויות אחרות יתלוננו בפני הסוכן, כי וודאי הוא מוכר בהנחה למר טוביאן (עמ' 471 לפרוטוקול, ש' 18 -20).

טוביאן העיד, כי סרב למסור תצהיר מטעם המבקשת שכן כל מטרתו היתה לקבל סחורה עבור חנותו ולפיכך זומן לעדות על ידי באי כח המבקשות: "אני לא רציתי להיות פה היום, כל זה כדי שאני אקבל סחורה. ...אני לא רציתי לבוא לפה, אני רק רוצה למכור סנדלים. אבל אם אני פה כבר, אני צריך להגיד את האמת, לא?" (עמ' 471 לפרוטוקול, ש' 24 – 26).

1. בחקירתו הנגדית עומת מר טוביאן עם תמליל שיחה שנערכה בינו ובין יגאל, סוכן המכירות של שורש. משלב זה עדותו של מר טוביאן התגלתה כמרובת סתירות ומתמליל השיחה עולה, כי אמר דברים הסותרים את עדותו בחקירה הראשית. בין היתר הוקלט מר טוביאן אומר, שהופעלו עליו מטעם המבקשות ניסיונות שכנוע להעיד כנגד שורש, כי שורש לא התערבה בקביעת המחיר וכי פנה ליגאל, סוכן המכירות, בדוא"ל, בהתאם לעצת באי כח המבקשות בנסיון "לתפוס" את שורש. מר טוביאן טען בחקירתו הנגדית, כי הדברים שאמר לסוכן המכירות נועדו בכדי להפיס את דעתו ולהביא לחידוש האספקה לחנותו.

"ש. אז למה אתה מספר ליגאל שעוה"ד אמר לך לשלוח לו אימייל ולתפוס אותו?

ת. אני לא רוצה להרשיע את עצמי, אני אומר לך את האמת. הם לא אמרו את זה, אני אמרתי את זה בשמם וזה לא נכון.

ש. אז שיקרת שוב?

ת. פה אני לא משקר. זה מה שחשוב." (עמ' 477 לפרוטוקול, ש' 11 – 15).

1. מעדותו על מר טוביאן ניכר, שלא דייק בדבריו בחקירה ראשית ולא מסר את מלוא תוכן שיחתו עם סוכן המכירות. נראה, שמר טוביאן אכן חש, שהפסקת אספקת הסחורה לחנותו נעשתה בשל פרסום העלון ובכדי לחדש את אספקת הסחורה היה מוכן לפעול בכל קו פעולה שיקדם אותו, כפי שענה לשאלת בית המשפט "אחרי שיגאל סיפק לי את הסחורה לא רציתי להתקדם עם התהליך הזה. כל מה שעשיתי היה כדי שהוא ימכור לי, זהו" (עמ' 474 לפרוטוקול, ש' 2 – 3). בכדי לבסס בקשה לאישור תובענה כייצוגית יש להציג ראיות מהימנות וגרסה סדורה הנתמכת בראיות. עד שמשנה את דבריו בכדי להתאימם לאוזן השומע לא ראוי להוות בסיס לתובענה ייצוגית. "זה נכון שאמרתי לו, אבל זה לא נכון. אבל כל מה שאני אומר עכשיו, בבית משפט זה נכון. אתה בחוץ לא משקר? מה הקשר בין בנאדם בחוץ אם הוא משקר או אם הוא פה משקר, יש הבדל גדול" (עמ' 474 לפרוטוקול).

המבקשת אורן לא השכילה לבסס את בקשתה, זאת עקב פגמים בחוות הדעת הכלכלית לעניין פעילות שורש, כאשר מתווסף לכך קושי בעילה האישית של המבקשת, שאלת קבילות ומשקל ההקלטות והתמלולים והפגמים בעדות מר טוביאן – המסקנה היא, שאין לקבל את בקשת האישור.

יצוין, שגם אם הועלו תמיהות באשר להתנהלות שורש הרי שסיפקה הסברים והציגה מסכת ראיתית הכוללת מידע אודות מחירי סנדלים מאתר האינטרנט זאפ ומבדיקה אקראית שנערכה בחנויות שונות. מכל מקום, המבקשות נדרשות לבסס בראיות לכאורה את הטענה לאכיפת מחירים וזו לא בוססה די הצורך.

חוות הדעת הכלכלית אפלייד

1. להלן מספר נקודות בחוות דעת אפלייד אשר יש בהן לכרסם במסקנות אותן מציגה חוות הדעת. הנקודות רלוונטיות לכל המשיבות. בכדי לטעון להסדר כובל אנכי על המבקשות להוכיח, לכאורה, כי בידי המשיבות כוח שוק וכי פעלו להכתבת מחיר.

1. באשר להגדרת השוק – המבקשות הגדירו את השוק כ- שוק נעלי נוחות הנמכרות בטווח מחיר אמצעי, בין 200 ל-550 ₪. לפי הגדרת המבקשות וחוות הדעת אפלייד בשוק קיימים 15 מתחרים המתחלקים למספר סגמנטים, תתי התמחויות – active, fashion, comfort. בכל סגמנט 4-5 מתחרות - אלו הן המשיבות.

כל המשיבות העלו טענות ביחס להגדרת שוק המוצר, ולא בכדי.

ראשית, המונח "נעלי נוחות" הוא רחב וכוללני, הוא אינו מוגדר בצורה מובחנת ובחוות הדעת אפלייד עצמה נעשה שימוש במונחים "נעליים אורתופדיות" ו"נעלי נוחות" לחלופין וללא הבחנה מוגדרת בין המונחים. בחוות הדעת מוגדרות הנעליים האורתופדיות או נעלי הנוחות כנעליים המיועדות לאוכלוסיית הצרכנים המייחסת חשיבות רבה לתכונות הנוחות, נעליים המיוצרות בטכנולוגיה מיוחדת העוזרת ליציבה נכונה. עוד יצוין, כי נתוני הלמ"ס, עליהם מבסס מומחה המבקשות את חוות דעתו, התייחסו לרכישות נעליים תחת ההגדרות הבאות– נעלי מוקסין ונעליים חצאיות מעור אמיתי לגבר, נעליים שלמות לגבר וסנדלים לגבר וכן נעלי מוקסין ונעלי עור לאשה, סנדלים מעור אמיתי, לא אורתופדיים לאשה, סנדלים אורתופדיים לאשה. מחוות הדעת הכלכלית וחקירת המומחה, מר סומקין, עלה, כי מספר התצפיות עליהן התבססה חוות הדעת היה נמוך מאוד (הערות שוליים 35 ו-36 לחוות דעת אפלייד מפרטות את מספר התצפיות הממוצע: סנדלים לגבר – 7 תצפיות, נעליים שלמות לגבר – 4 תצפיות, נעלי מוקסין ונעליים חצאיות מעור אמיתי – 8 תצפיות, סנדלים אורטופדיות לאישה – 13 תצפיות, סנדלים מעור אמיתי לא אורטופדיות לאישה – 6 תצפיות, נעלי מוקסין ונעלי עור לאישה – 8 תצפיות). נתוני התצפיות התקבלו מהלמ"ס והם מתייחסים לתשעה מותגים (טבע נאות, מורן, ליידי קומפורט, שורש, פלייפוט (על המותגים שהיא מייבאת), רשת אוריג'ינלס (על המותגים שהיא מייבאת), קרוקס, טימברלנד וקלארקס). כפי שאישר מר סומקין בחקירתו, לא ברור כמה מתוך תצפיות מתייחסות למותגי כל משיבה, והאם בכלל בוצעה תצפית לגבי מותג המשיבות.

שנית, באשר למספר החברות המתחרות בשוק "נעלי הנוחות". המבקשות מנו 15 מתחרים, אולם המשיבות כולן מפנות לחברות רבות נוספות הפועלות בתחום נעלי הנוחות, חלקן מפעילות רשתות חנויות נעליים וחלקן מייבאות ומשווקות נעלי נוחות לקמעונאים.

שלישית, חוות דעת אפלייד מצביעה על עלייה במחיר נעלי הנוחות בשעה שמדד מחירי ההנעלה הכללי ירד. על פי המבקשות, עליה זו מוסברת בהתנהלות האנטי תחרותית של המשיבות, בדמות תיאום המחירים. אולם, לטענת המשיבות, אין זה הסבר בלעדי וכפי שהוצג בחוות דעת אפלייד עצמה גם מדד מחירי נעלי הספורט עלה באותה תקופה. בנוסף, ביחס לחלק מהמשיבות הובהר, כי מחיר המכירה של נעליהן נותר קבוע לאורך השנים כך שבפועל, התחשב בעליה במדד, חלה ירידה במחיר מוצריהן (ראה לגבי מורן).

רביעית, באשר לנתח השוק – נתח השוק של כל אחת מהמשיבות נמוך ומצביע על כך, שאין לכל אחת מהן כוח שוק ואף לכולן יחדיו אין כוח שוק. המבקשות טוענות, כי המשיבות מחזיקות יחדיו נתח שוק משמעותי (כ-39% לפי החלוקה הבאה: מורן כ-7%, פלייפוט כ-11%, ליידי קומפורט כ-10% ושורש כ-11%), זאת בהתבסס על הערכת כמות הנעליים שמוכרת כל משיבה. אולם מדובר בהערכה בלבד והמשיבות מצידן טענו, כי נתח השוק שלהן נמוך יותר - מורן טענה כי נתח השוק שלה 3.2% ופלייפוט טענה, כי נתח השוק שלה קטן מ 5%, ליידי קומפורט ושורש לא ציינו את נתח השוק שלהן להערכתן.

בהעדר כוח שוק קטנה האפשרות של המשיבות לכפות מחיר על הקמעונאים, בייחוד בשוק בו קיימים מתחרים רבים, חלקם מייבאים ומפיצים את אותם המותגים המופצים על ידי המשיבות.

1. באשר להתבססות על נתוני משרד הפרסום ראובני פרידן - נכון להתייחס באופן מרוכז להסתמכות חוות הדעת על המסמכים שהוכנו על ידי משרד הפרסום ראובני פרידן, הפרסומאי של טבע נאות. מסמכים אלה הוכנו על ידי משרד הפרסום לצורך השתתפות בתחרות איגוד פרסומאי ישראלי ביחס לשנים 2006, 2009 ו-2010. המסמכים הוגשו שלא באמצעות עורכיהם, לא ברור על אילו נתונים מבוססים המסמכים, ועל סמך מה מבקשות המבקשות להתבסס על האמור בהם ביחס למשיבות, שאינן לקוחות משרד הפרסום. על פניו ברור, כי תוכן המסמכים נועד להאדיר את משרד הפרסום והלקוח שייצג, טבע נאות. ההצהרות שמובאות במסמכי התחרות נועדו לקדם מטרה אחת – זכיית משרד הפרסום בפרס. אמינות הנתונים המובאים באותם מסמכים מוטלת בספק ולא הוכחה באמצעים אובייקטיבים. בהעדר ביסוס לטענות ולנתונים המובאים במסמכים, לא ניתן להסתמך עליהם בהליך זה. בהקשר זה יצוין, כי שורש כלל לא מוזכרת במסמכי משרד הפרסום ועדיין המבקשות הסיקו מסקנות לגבי פעילותה על בסיס מסמכי משרד הפרסום.

1. האמור במסמכי משרד הפרסום לא יכול לשמש בסיס להסקת מסקנות ביחס למשיבות. אמנם, ברור הקושי של המבקשות לאסוף מידע אודות פעילות המשיבות, היקפי הייצור והמכירות שלהן, מחירי המכירה, שיעור עלויות התפעול והרווחיות. מידע זה מצוי בידי המשיבות. אולם, השענות על מידע בלתי מבוסס, שנאסף לצורך השתתפות בתחרות, לא יכולה להוות תחליף למידע אובייקטיבי ומבוסס.

1. זאת ועוד, הבקשות נעדרות תשתית עובדתית מתבקשת, בנושא המחירים לגביהם טוענות המבקשות לתיאום. המבקשות ביצעו רכישה אחת או שתיים ממוצרי המשיבות, במסגרת חוות הדעת לא נערך סקר אודות מחירי מוצרים של המשיבות ולו על דגם מסוים, כגון הדגם שנרכש לעניין התביעה האישית. מידע זה נגיש לכל צרכן, בין אם באמצעות בדיקת מחיר דגם מסוים בחנויות בפריסה ארצית ובין אם באמצעות בדיקה באתרי אינטרנט.

המבקשות עצמן תיארו את שנדרש בכדי לבסס מסקנה לגבי התנהגות המחירים בתחום נעלי הנוחות - בסעיף 29 לתגובה לתשובה לבקשת האישור, סוכם כי:

"כדי לאפשר בחינה אמיתית של תמונת שוק נעלי הנוחות, יש לבחון באופן שיטתי נתוני עסקאות של כל אחת מהמשיבות, לגבי כלל העסקאות ב- 4-5 דגמים בכל עונה, ממספר אזורים בישראל ולמשך מספר שנים. בניתוח כזה ניתן להגיע למסקנות מבוססות סטטיסטית, באשר לאחידות או שונות במחיר לצרכן שבו נמכרים דגמים של נעלי נוחות מתוצרת כל אחת מהמשיבות".

אך בחינה שכזו, או קרובה לה, לא נערכה על ידי המבקשות.

המבקשות טוענות, כי נערכו במשך ארבע שנים להגשת הבקשה לאישור התובענות כייצוגיות ואספו ראיות רבות. אך הן לא הציגו מסד ראייתי מסודר אודות שוק נעלי הנוחות. לא הוצגו נתונים שיאפשרו הסקת המסקנות הרוחביות אותן הן המבקשות להסיק. המבקשות הציגו רכישות נעליים ספורדיות, שתועדו רק בחלקן, ודומה שעיקר יהבן הוטל על השיחות שהוקלטו עם מוכרים בחנויות וסוכני מכירות.

ההתבססות על השיחות המוקלטות מעוררת קשיים, כפי שפורט לעיל. בין אם בשל הקושי להסתמך על דברי מוכרים בחנויות, שניכר שלא תמיד דייקו בדבריהם, ובין אם בשל אי חקירת חלק מהעדים שהוקלטו והספק בשאלת קבילות ההקלטות. בהעדר איסוף שיטתי וסדור של נתונים המצויים בהישג יד כל צרכן, לא ניתן לבסס את בקשת האישור.

סוף דבר

1. המבקשות לא עמדו בנטל המוטל עליהן ולא העמידו תשתית ראייתית לכאורית לפיה, המשיבות מקיימות הסדרים כובלים עם הקמעונאיים המשווקים תוצרתן לגבי מחירי מוצריהן.

 המבקשות לא השכילו לשכנע, שיש אפשרות סבירה, שהשאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה.

1. יצוין, שהן המבקשות והן המשיבות הציגו טיעונים משפטיים נוספים, אך נוכח המסקנה אליה הגעתי, מתייתר הדיון בטיעונים אלה.

1. הבקשות לאישור התובענות כייצוגיות - נדחות כולן.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, &rlm;כ"ב טבת, תשפ"א, &rlm;6 ינואר, 2021, בהעדר הצדדים.