

בעניין:

המועצה הישראלית לצרכנות, ח.פ. 510535073  
ע"י ב"כ איידן תירוש ושות', עורכי דין  
מרח' הירקון 167, ת.ד. 6262, תל אביב 6106201  
טל' 03-5246141; פקס' 03-5246703

המבקשת;

- נ ג ד -

1. **D-link Corporation** (חברה זרה)  
Xinhu 3rd Road, No. 28  
Neihu District, Taipei 11494, Taiwan  
באמצעות המשיבה 2  
מרח' מוטה גור 7, פתח תקווה 4952801

2. **D-Link International Pte. Ltd.**, מספר תאגידי (חברת חוץ) 560024887  
מרח' מוטה גור 7, פתח תקווה 4952801

3. **סטניסלב לנג**, ת"ז 31757943  
מרח' מוטה גור 7, פתח תקווה 4952801

4. **אמטל מחשבים בע"מ**, ח.פ. 511754798  
מרח' החרש 34, הוד השרון 4527701

5. **אורן פרץ**, ת"ז 027463470  
מרח' החרש 34, הוד השרון 4527701

המשיבים;

סכום התביעה הייצוגית: מוערך, בשלב זה, בכ- 19.2 מיליון ₪.

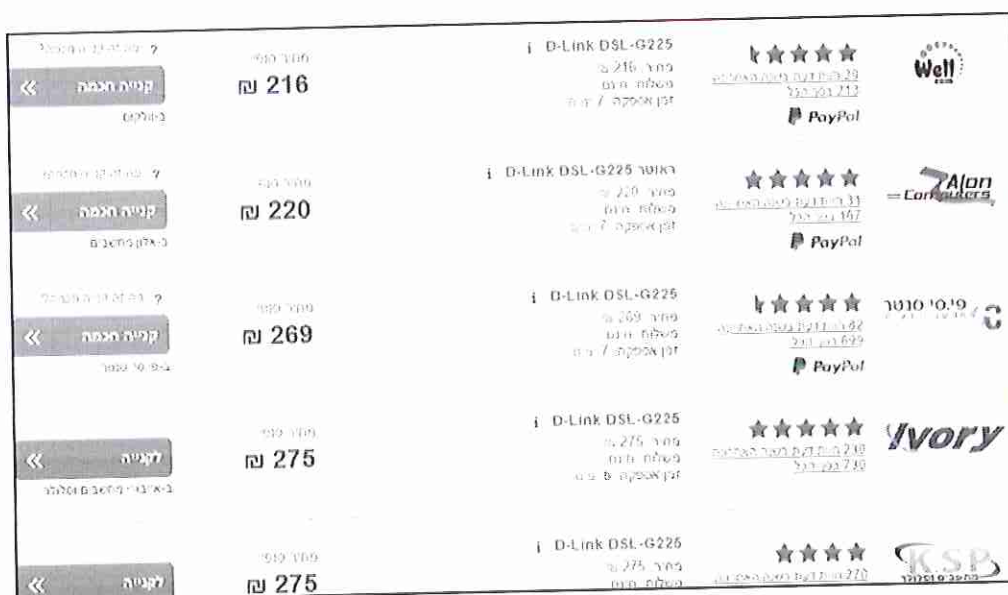
## בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת על ידי המבקשת לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2005 ("חוק תובענות ייצוגיות"), ולאשר את ניהול התובענה, בגדרה מוגשת בקשה זו, כתובענה ייצוגית; להגדיר את הקבוצה התובעת בשמה מוגשת בקשה זו, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות; להורות על מתן סעדים לטובת חברי הקבוצה המוגדרת בבקשה זו; והכול כפי שמפורט בהרחבה להלן.  
בקשה זו נתמכת בתצהיר מנכ"ל המבקשת, בתצהירו של מר סמיון סולקין, ובחוות דעת מומחה של ד"ר רועי שלם.  
כל ההדגשות במובאות שלהלן אינן במקור אלא אם נאמר אחרת במפורש.

**א. מבוא**

1. עניינה של בקשת האישור דין הוא בהסדר כובל ארוך שנים בו היו מעורבים המשיבים, כל אחד לפי חלקו, ביחס למוצריה של המשיבה 1 ("די-לינק") שהביא לפגיעה בצרכנים אשר רכשו את מוצריה של די-לינק.
2. בתמצית, די-לינק הינה חברה המייצרת ומשווקת מוצרי תקשורת, לרבות נתבים אלחוטיים. במהלך השנים, די-לינק התקשרה (באמצעות המשיבה 2) בהסכמי הפצה עם יבואניות מוצרי תקשורת ישראליות שונות, שמכרו את מוצריה של די-לינק לקמעונאים, שמכרו בתורם את מוצרי די-לינק לצרכן הסופי.
3. אחת מאותן יבואניות עימן התקשרה די-לינק הייתה CD-Log בע"מ (סידי-לוג). די-לינק הפעילה לחצים משמעותיים בניסיון להכתיב ללקוחותיה הקמעונאים של סידי-לוג את המחיר הסופי לצרכן, תוך דרישה להעלות המחיר לצרכן עד לרמת המחירים שבה נמכרים מוצרי די-לינק על ידי רשתות השיווק הגדולות.
4. לדוגמא, די-לינק הפנתה דרישה מפורשת כי הקמעונאית Wellcom, שרוכשת את מוצרי די-לינק מסידי-לוג ואשר מכרה לצרכן את הנתב של די-לינק בסך של 216 ש"ח, תעלה את המחיר הסופי לצרכן בכ- 30% בהתאם למחיר (275 ש"ח) שבו משווקות את אותו המוצר רשתות השיווק הגדולות אייבורי ו-KSP.
5. ודוק. לחצים אלה שהפעילה די-לינק בניסיון להשפיע על המחיר מגובים בראיות מפורשות בכתב. זו אף זו. מהראיות אף עולה בבירור כי די-לינק הייתה מודעת היטב לאי החוקיות של פעולותיה והדרישות שהיא העלתה. בהקשר זה נפנה, למשל, להודעת דוא"ל ששלח המשיב 3 ("לנג'י"), נושא משרה בכיר בדי-לינק למנכ"ל סידי-לוג, סמיון סוולקין ("סוולקין"), ובה נדרשה סידי-לוג לפעול באופן הבא:  

*"תבקש מהמוכרים שלך, אלה שעוסקים בחנות Wellcom להעלות את המחירים ב-ZAP עד מספרים סבירים, היות וזה יוצר בעיות עם החנויות האחרות... Alon Computers גם כן יעלו את המחירים".*
6. להודעת הדוא"ל אף צורף צילום מסך מאתר האינטרנט "זאפ" להשוואת מחירים בו מתועדים פערי המחירים בין הקמעונאים השונים ביחס לנתב מתוצרת די-לינק:



7. בסמוך לכך, התקיימה שיחה טלפונית בין השניים המהווה הודאת בעל דין מפורשת לכך שדי-לינק הייתה מודעת היטב לאי-החוקיות שבדרישתה לתיאום מחירים באופן שנועד להפחית את התחרות התוך-מותגית במוצרי די-לינק בהתאם לדרישת רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP:

**”לנג:** תקשיב, יש לי שם בעיות עם א.א. ו-Wellcom. הם עשו שם ב”זאפ” בלגן עם המחיר של DSL-G225 [נתב אלחוטי מתוצרת די-לינק]. פרסמו אותו במאתיים שקלים. אייבורי ו-KSP משגעים אותי מאוד חזק. האם תוכל לבקש מהם להחזיר את המחיר כמו שהיה?

**סוולקין:** תראה, האמת לבקש כאלה דברים זה בלתי חוקי. אתה מודע לזה?

**לנג:** אני מבין.

**סוולקין:** אז זהו. אני יכול, אני אשאל את זאב [מנהל מכירות בסידי-לוג], מה קורה שם בכלל עם המחיר ו...

**לנג:** כן, כן. אתה מבין, כאילו, שאם הברדק הזה עם המחיר יימשך, יהיה לי פשוט יותר.. נפטיק למכור וזהו.

**סוולקין:** כן, אבל אתה מבין שאסור לעשות כזה דבר?

**לנג:** מה זאת אומרת אסור לעשות? אני יכול לא לבקש ממנו לא להעלות מחירים, אין בעיה עם זה. אבל מי יכריח אותי למכור להם?!”

8. דרישות בלתי חוקיות אלו ונוספות שהפנתה די-לינק לסידי-לוג, לא נענו. לכן, די-לינק מימשה את האיום והחלה לשבש את אספקת מוצריה לסידי-לוג ולבסוף אף הודיעה על הפסקת ההסכם בין הצדדים.

9. כעבור תקופה מסוימת, הסכימה די-לינק לחזור ולספק, באופן עקיף (באמצעות המשיבה 4 - “אמטל”), את מוצריה לסידי-לוג, וזאת בתנאי שסידי-לוג לא תגרום לשבירת מחירי השוק. ברם, בשורה של שיחות שנוהלו בין מנכ”ל אמטל, המשיב 5 (“פרץ”), לבין סלווקין, נמשכו המאמצים להכתיב ללקוחותיה הקמעונאיים של סידי-לוג את המחיר לצרכן, תוך דרישות להעלות את המחיר לרמת המחירים של רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP, שהיו לקוחותיה של אמטל.

10. בענייננו, הראיות הקיימות מלמדות בבירור על קיומו של הסדר הכתבת מחירים אנכי (RPM) שמוכתב על ידי היצרן או הספק לקמעונאים ביחס למחיר המינימום של המוצר לצרכן. בנוסף, מהראיות עולה בבירור, שאף שהכתבת המחיר לקמעונאים בוצעה על ידי היצרן או הספק, אין המדובר רק בהסדר אנכי אלא גם בהסדר אופקי. שכן, הכתבת המחיר בוצעה בעקבות דרישות שהועלו על ידי רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. מדובר אפוא בהסדר אופקי מסוג קרטל, שבוצע תוך פנייה ליצרן או לספק במעלה שרשרת ההפצה, וזאת על מנת לתאם מחירים בין כל הקמעונאים.

11. כמפורט בחוות דעתו של ד”ר שלם, ההסדר הכולל גרם לצרכנים לנזקים ישירים ועקיפים. חישוב הנזק המדויק מצריך מטבע הדברים נתונים ומידע שאינם פומביים ואינם נמצאים ברשות המבקשת בשלב זה. עם זאת, גם בהתבסס על הנחות שמרניות ביותר, אומדן הנזק הישיר שנגרם לצרכנים משנת 2012 ועד היום מוערך על ידי המומחה בסך של כ- 19.2 מיליון ש”ח, ללא הפרשי ריבית והצמדה כדן. מדובר באומדן חסר הכולל את הנזק הישיר בלבד ושנועד רק לצרכי הוכחת קיומו של נזק לכאורה, כנדרש בשלב דיוני זה.

12. אלה הם פני הדברים בתמצית. נעבור עתה להרצאת הדברים, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

### **ב. הצדדים**

13. המשיבה 1, חברת D-Link Corp. ("די-לינק"), היא חברה זרה המאוגדת בטאיוואן ומייצרת ומשווקת מוצרי תקשורת, לרבות נתבים אלחוטיים. במהלך השנים, די-לינק התקשרה בהסכמי הפצה לא בלעדיים עם יבואניות מוצרי תקשורת ישראליות, שמכרו בסיטונאות את מוצרי די-לינק לרשתות שיווק קמעונאיות ישראליות, שמכרו בתורן את מוצרי די-לינק לצרכן הסופי.

14. המשיבה 2, חברת D-Link International Pte. Ltd. ("די-לינק סינגפור") היא חברה זרה המאוגדת בסינגפור ורשומה ברשם החברות בישראל כחברת חוץ (בהתאם להוראות סעיף 346 לחוק החברות). די-לינק סינגפור משמשת כנציגתה הבלעדית של די-לינק בישראל בכל הקשור להסכמיה מול יבואניות מוצרי תקשורת ישראליות שהפיצו בסיטונאות את מוצרי די-לינק בישראל.

15. המשיב 3, מר סטניסלב לנג ("לנג"), כיהן, החל מחודש אוקטובר 2016, כנושא המשרה הבכיר (Country Manager) בנציגות די-לינק סינגפור בישראל, והוא זה שפעל מטעם די-לינק בכל הקשור להסכמיה מול יבואניות מוצרי תקשורת ישראליות שהפיצו בסיטונאות את מוצרי די-לינק בישראל.

16. המשיבה 4, אמטל מחשבים בע"מ ("אמטל"), היא חברה פרטית המאוגדת בישראל ועוסקת בייבוא ושיווק של מוצרי תקשורת. אמטל התקשרה עם די-לינק בהסכם הפצה לא-בלעדי של מוצריה בישראל.

17. המשיב 5, מר אורן פרץ ("פרץ"), שימש, בזמנים הרלוונטיים לבקשה זו, כמנהל מכירות ארצי של אמטל.

18. המבקשת, המועצה הישראלית לצרכנות ("המועצה"), היא חברה ממשלתית הפועלת מכוח חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008. מטרת המועצה, על פי החוק, היא לפעול באופן עצמאי, בלא תלות, לטובת הצרכן (סעיף 1 לחוק), וזאת בין היתר, תוך סיוע לצרכנים במימוש זכויותיהם מול גופים פרטיים וציבוריים באמצעות הגשת תובענות ייצוגיות (סעיף 2(א)(4)(ב) לחוק).

### **ג. רקע עובדתי**

19. כאמור, די-לינק התקשרה, במהלך השנים, בהסכמי הפצה לא בלעדיים עם חברות ישראליות שעסקו בייבוא, הפצה ואינטגרציה של מוצרי תקשורת ומחשוב, ואשר מכרו את מוצרי די-לינק לקמעונאים השונים: בשנת 2009, התקשרה די-לינק עם CD-Log בע"מ ("סידי-לוג"); באותה השנה (2009), התקשרה די-לינק עם יבואנית נוספת, אקסל טלקום בע"מ, שזכתה במכרז שערכה בוק לאספקת נתבים אלחוטיים של די-לינק ללקוחות שירותי האינטרנט שלה; בשנת 2013, התקשרה די-לינק עם אוקטביוס תקשורת בע"מ ("אוקטביוס"); בשנת 2015, התקשרה די-לינק עם אמטל.

20. מחזורי המכירות השנתיים של סידי-לוג ממוצרי די-לינק עלו לאורך השנים ועמדו בשנת 2012 על סך של כ-890 אלף דולר. ברם, לאחר כניסתה של אוקטביוס לשוק, בשנת 2013, וביתר שאת לאחר כניסתה של אמטל לשוק, בשנת 2015, החלו להתדרדר מחזורי המכירות של סידי-לוג ממוצרי די-לינק. כך, למשל, מחזור המכירות של סידי-לוג ממוצרי די-לינק עמד בשנת 2014 על סך של 350 אלף דולר, ובשנת 2015 הוא כבר עמד על סך של 139 אלף דולר בלבד. הירידה במחזורי המכירות של סידי-לוג ממוצרי די-לינק לא נבעה אך ורק מכניסת יבואניות נוספות לשוק, שהתקשרו בהסכמי הפצה עם די-לינק, אלא מהתדרדרות של מערכת היחסים העסקית בין סידי-לוג לבין די-לינק סינגפור, נציגתה של די-לינק

בישראל. וזאת, בין היתר, נוכח העובדה שסידי-לוג לא נענתה לדרישותיה של די-לינק סינגפור להכתיב לקמעונאיות השונות שרכשו ממנה את מוצרי די-לינק את מחירי המוצרים הסופיים לצרכן.

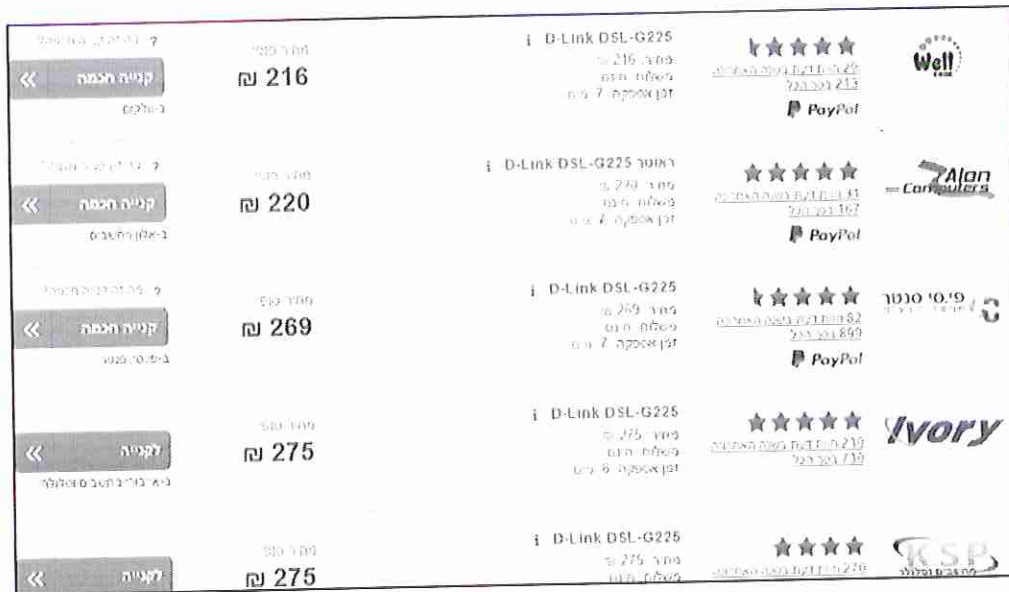
העתק הודעות דוא"ל מהימים 5.2.2012 ו-18.2.2012, שבהן הופנתה דרישה מדי-לינק לסידי-לוג להכתיב לקמעונאיות את המחירים הסופיים לצרכן, מסומן "א" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

21. בשנת 2016, נעשה ניסיון של סידי-לוג לשקם את יחסיה עם די-לינק, שלאחריו נחתם הסכם הפצה לא בלעדי נוסף ביניהן. בסמוך לכך, החלה די-לינק להפעיל לחצים משמעותיים בניסיון להכתיב ללקוחותיה הקמעונאים של סידי-לוג, וביניהן א.א. מחשבים ו-Wellcom, את המחיר הסופי לצרכן, תוך דרישה להעלאת המחיר לצרכן עד לרמת המחירים שבה נמכרים מוצרי די-לינק על ידי רשתות השיווק הגדולות.

22. כך, למשל, ביום 26.3.2017, שלח לנג, שכאמור כיהן כנציג די-לינק בישראל, הודעת דוא"ל למר סמיון סוולקין ("סוולקין"), מנכ"ל סידי-לוג, שבה נדרשה סידי-לוג לפעול כדלקמן<sup>1</sup>:

*"תבקש מהמוכרים שלך, אלה שעוסקים בחנות Wellcom להעלות את המחירים ב-ZAP עד מספרים סבירים, היות וזה יוצר בעיות עם החנויות האחרות... (Alon Computers) גם כן יעלו את המחירים".*

להודעת הדוא"ל אף צורף צילום מסך מאתר האינטרנט "זאפ" להשוואת מחירים בו מתועדים פערי המחירים בין הקמעונאים השונים ביחס לנתב מתוצרת די-לינק:



העתק הודעת דוא"ל מיום 26.3.2017 ותרגומה לעברית מסומן "ב" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

23. דהיינו, די-לינק העלתה דרישה מפורשת כי הקמעונאית Wellcom, שרוכשת את מוצרי די-לינק מסידי-לוג, ואשר מכרה לצרכן נתב של די-לינק בסך של 216 ש"ח, תעלה את המחיר הסופי לצרכן בכ-30%, בהתאם למחיר שבו משווקות רשתות השיווק הגדולות, אייבורי ו-KSP, את המוצר. די-לינק אף הבהירה כי גם לקמעונאית נוספת, Alon Computers, שאינה רוכשת את מוצרי די-לינק מסידי-לוג, הופנתה דרישה דומה, בעקבותיה גם היא תפעל על מנת להעלות את מחיריה הסופיים לצרכן.

<sup>1</sup> כל המובאות משיחות ותכתובות שנוהלו בשפה הרוסית מופיעות בבקשה בתרגום לעברית שנערך על ידי חברת גלובוס תרגומים בע"מ.

24. בסמוך לכך, נערכה שיחת טלפון בין סוולקין ללנג, שמהווה הודאת בעל דין מפורשת לכך שדי-לינק הייתה מודעת היטב לאי-החוקיות שבדרישתה לתיאום מחירים באופן שנועד להפחית את התחרות התוך-מותגית במוצרי די-לינק בהתאם לדרישת רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. הדברים החמורים שנאמרו על ידי לנג בשיחה זו מדברים בעד עצמם:

"לנג: תקשיב, יש לי שם בעיות עם א.א. ו-Wellcom. הם עשו שם ב"זאפ" בלגן עם המחיר של DSL-G225 [נתב אלחוטי מתוצרת די-לינק]. פרסמו אותנו במאתיים שקלים. אייבורי ו-KSP משגעים אותי מאוד חזק. האם תוכל לבקש מהם להחזיר את המחיר כמו שהיה?"

סוולקין: תראה, האמת לבקש כאלה דברים זה בלתי חוקי. אתה מודע לזה?  
לנג: אני מבין.

סוולקין: אז זהו. אני יכול, אני אשאל את זאב [מנהל מכירות בסידי-לוג], מה קורה שם בכלל עם המחיר ו..."

לנג: כן, כן. אתה מבין, כאילו, שאם הברדק הזה עם המחיר יימשך, יהיה לי פשוט יותר.. נפטיק למכור זהו.

סוולקין: כן, אבל אתה מבין שאסור לעשות כזה דבר?

לנג: מה זאת אומרת אסור לעשות? אני יכול לא לבקש ממנו לא להעלות מחירים, אין בעיה עם זה. אבל מי יכריח אותי למכור להם?

סוולקין: טוב, בקיצור, סטאס, עדיף לא לדון בכלל בעניין הזה. בסדר?

לנג: נו, טוב. תבדוק מה העניינים שם.

סוולקין: אבדוק ואגיד לך.

העתק תמלול שיחת הטלפון ברוסית ותרגומה לעברית מסומן "ג" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

25. ביום 27.4.2017, שלח לנג הודעת דוא"ל נוספת לסוולקין, שבה דרישה נוספת להעלאת המחיר של נתב די-לינק. וזאת, כך הובהר, כתוצאה מ"בלגן" שעושות הקמעונאיות האחרות. בהודעת הדוא"ל נכתב כך:

"תבקש בבקשה מהחבריה שלך שיעלו את המחירים ב- Wellcom ב- DSL-G225 [נתב אלחוטי מתוצרת די-לינק] ב- zap.co.il עד לרמת האחרים, כי האחרים עושים בלגן ©".

העתק הודעת הדוא"ל מיום 27.4.2017 ותרגומה לעברית מסומן "ה" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

26. ביום 21.5.2017, שלח לנג הודעת דוא"ל למר זאב לויטץ, מנהל מכירות בסידי-לוג, ובה דרישה מפורשת, לפיה הקמעונאיות שסידי-לוג מוכרת להן את מוצרי די-לינק, יעלו את המחירים הסופיים לצרכן בהתאם לקמעונאיות האחרות שפועלות בשוק. בהודעת הדוא"ל, שאליה צורף קישור לעמוד הרלוונטי באתר זאפ שמשווה בין מחירי הקמעונאיים השונים לנתב די-לינק, נכתב כך:

"לקוחות שלכם עושים בלגן ב-ZAP וזה גורם לי לבעיות עם מפיצים אחרים... מדובר ב- Wellcom ו-א.א. תבקש מהם לעלות מחיר ZAP למחיר שאחרים מוכרים".

העתק הודעת הדוא"ל מיום 21.5.2017 מסומן "ה" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

27. ביום 22.5.2017, שלח לנג הודעת דוא"ל נוספת לסוולקין, שבה הועלתה פעם נוספת הדרישה לתיאום מחירים אסור, תוך שהובהר כי מדובר בדרישה שהועלתה על ידי רשתות השיווק הגדולות, אייבורי ו-KSP, שלאורך כל התקופה מחיריהן היו מתואמים וגבוהים משמעותית. בהודעת הדוא"ל, שגם אליה צורף קישור לעמוד הרלוונטי באתר זאפ שמשווה בין מחירי הקמעונאיים לנתב די-לינק, נכתב כך:

"כרגע דיברתי עם זאב בעניין המחירים ב-zap.co.il על dsl-g225 נתב אלחוטי מתוצרת די-לינק]. החנויות שלכם א.א.ו-Wellcom הורידו באופן משמעותי את המחירים, והדבר יוצר בעיות מצד הרשתות כגון KSP ו-Ivory. אתה יכול לבקש מהם להחזיר את המחיר?".

העתק הודעת הדוא"ל מיום 22.5.2017 ותרגומה לעברית מסומן "י" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

28. דרישות בלתי חוקיות אלו ונוספות שהעלתה די-לינק כלפי סידי-לוג - לא נענו. משכך, די-לינק מימשה את האיום והחלה לשבש את אספקת מוצרי די-לינק לסידי-לוג. ביום 15.10.2017, ולאחר חודשים שבהם די-לינק סירבה לספק לסידי-לוג את מוצריה באופן סדיר, הודיעה די-לינק כי היא מפסיקה את הסכם ההפצה עם סידי-לוג, וזאת מאחר והיא לא עמדה בכיכול ביעדי הרכישות השנתיים שהציבה לה די-לינק.

29. בסמוך לאחר ביטול הסכם ההפצה, פנתה סידי-לוג לדי-לינק שוב לצורך רכישת נתבי די-לינק. ברם, בפגישה שהתקיימה בין לנג לסוולקין בעניין זה, הודיע לנג כי המוצרים לא יסופקו לסידי-לוג על ידי די-לינק באופן ישיר, אך הוא ידאג לכך שהמוצרים יסופקו לסידי-לוג על ידי מפיצות ישראליות אחרות. וזאת, בתנאי שסידי-לוג לא תגרום ל"שבירת מחירי השוק" (כלשונן).

30. ואכן, בסופו של יום, אמטל, החלה לספק לסידי-לוג את מוצרי די-לינק. ברם, בשורה של שיחות שנוהלו בין פרץ, מנהל מכירות ארצי של אמטל, לבין סוולקין, בין החודשים אוקטובר-דצמבר 2017, נמשכו המאמצים להכתיב ללקוחותיה הקמעונאיים של סידי-לוג את המחיר לצרכן, תוך דרישה להעלות את המחיר עד לרמת המחירים של רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP, שהיו לקוחותיה של אמטל.

31. כך, למשל, פרץ התלונן בפני סוולקין על כך ש-Wellcom "שורף את כל המוצרים של די-לינק ב-ZAP". פרץ אף הבהיר כי "ברגע שלא היה לו סחורה והמקטי"ים לאט לאט התחילו להתנקות, השוק חזר לשפיות". פרץ אף הבהיר מהו שיעור הרווחיות שצריך לשרור בשוק לשיטתו:

"סוולקין: רגע, מה זה פירק, (מדברים ביחד – לא ברור) הוא, אני אז שלח לי דילים במייל, הסתכלתי, המחיר היה סביר לגמרי. נכון, כי K.S.P ואייבורי מוכרים יותר יקר. אבל בסדר, זה רשתות שיווק זה הגיוני, אבל זה (לא ברור)..."

פרץ: אבל אחי (לא ברור)... אני לא אדבר מילה, אבל בפערים של, אתה יודע, של סתם להוריד,

סוולקין: מה זאת אומרת פערים? מה זאת אומרת פערים, הוא מוכר עם רווח, הוא לא מוכר במינוס.

פרץ: אבל זה תקשיב, זה מוצרי תקשורת, צריך להרוויח 30 – 40 אחוז, אתה מסכים איתי? אי אפשר לעבוד על עשרה אחוז.

סוולקין: אני לא יודע כמה צריך להרוויח, אבל כאילו כל אחד עושה חשבון שלו, אבל אתה יודע,

אורן: נכון,

סולקין: כן, אני, 30-40 אחוז אם K.S.P ואייבורי רוצים להרוויח שירוויחו, אבל למה, למה אתה מונעים מאחרים למכור?<sup>2</sup>

העתק תמלול השיחה מסומן "ז" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

32. בשיחה נוספת, פרץ התלונן שוב על כך ש"Wellcom פירק שם את המקי"ט. עכשיו גם אייבורי וגם K.S.P נהיה לי בלגן". סולקין הבהיר לפרץ כי Wellcom מוכרת את הנתב לצרכן הסופי ברווחיות גבוהה:

סולקין: לא, מה זאת אומרת פירק? הוא מוכר את זה 219 ש"ח איפה הבעיה? [...]

פרץ: 219 ש"ח לצרכן של המוצר הזה 275 ש"ח.

סולקין: מה זאת אומרת מחיר צרכן? [...] לפי 200 ש"ח, איפה הבעיה שלך? 19 אחוז, מה לא טוב?

פרץ: מה 19 אחוז, אבל אחי, זה מוצרים שמרוויחים עליהם 40 - 50 אחוז, זה הולך להתקנות. לא מוכרים אותם ב-15 ש"ח וגם אם אייבורי ו-K.S.P מוכרים בעוד 60 - 70 ש"ח, למה לא להיצמד אליהם! למה לשבור את המחיר?

סולקין: קודם כל, רגע, רגע, קודם כל K.S.P אייבורי, קודם כל K.S.P אייבורי, מוכרים את זה סה"כ 21 ש"ח יותר, בסדר.

פרץ: לא, בגלל, בגלל K.S.P הורידו את המחיר ל-240 בגללו. המחיר היה 285. [...]

סולקין: לא, אני, אני ביום שהוא העלה את זה לזה, ראיתי, זה היה 240, אל תספר לי סיפורים, בסדר? קודם כל.

פרץ: אתה יודע מה? שישים תודה על 240 נגיד כמו K.S.P לפחות 240. [...] למה לשבור את המחיר?

סולקין: רגע למה הוא חייב לשים מחיר של K.S.P אבל?

פרץ: סימיון נשמה, הכל בסדר לא קרה כלום. תודה רבה."

העתק תמלול השיחה מסומן "ח" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

33. לאחר שיחה זו אמטל סירבה לספק לסידי-לוג מוצרי די-לינק. בשיחה שניחל סולקין עם מנהלת מכירות באמטל הוסבר לו כי הסירוב לספק סחורה נובע מהחשש שמוצרי די-לינק ימכרו לקמעונאיים שיהולכים לשחוט את המחיר שלו. עוד הובהר כי תסופק לסידי-לוג סחורה רק אם סלוקין יתחייב שלא למכור אותה לקמעונאיים ש"יתחילו לשחק עם המחיר הזה, זאפ ולהוריד את המחיר כמו ש-Wellcom סבלנו מזה הרבה מאוד זמן. כל מיני כאלה שאנחנו, פחות בעד שהם יעשו בלגן".<sup>2</sup>

העתק תמלול השיחה מסומן "ט" ומהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

<sup>2</sup> למען שלמות התמונה יצוין, כי סידי-לוג הגישה תביעה כספית כנגד די-לינק ונתבעים נוספים (תי"א (מרכז) 18-05-17408) בשל נזקים מהותיים שנגרמו לה לטענתה כתוצאה ממעשי ומחדלי הנתבעים, לרבות נזק אשר מקורו בצידו שנרכש ואוחסן במחסניה, הפסקת חוזה הסוכנות בניגוד להוראות הדין, ועוד. תביעה זו נמחקה לאור קיומן של תניות שיפוט זר ייחודיות ותניית דין זר (פורסם בנבו, 18.6.2019). על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 4984/19) אשר נמחק לבסוף על ידי סידי-לוג (פורסם בנבו, 17.6.2020).



#### 4. עילת התביעה - הסדר כובל

34. הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988,<sup>3</sup> כדלקמן:

"(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 [...]"

35. כפי שהובהר בפסיקות בית המשפט העליון, "עבירת ההסדר הכובל היא עבירת הליבה של חוק ההגבלים העסקיים. היא משקפת בצורה הטובה ביותר את תכלית החוק במובנה הבסיסי ביותר – לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת".<sup>4</sup> 'הסדר כובל' דורש הוכחת ארבעה יסודות מצטברים: (1) הסדר; (2) בין בני אדם המנהלים עסקים; (3) כבילה; ו-(4) פגיעה מסתברת בתחרות.<sup>5</sup> כפי שנראה להלן, כל ארבעת היסודות מתקיימים בענייננו באופן ברור ומובהק.

36. בנוסף, סעיף 50 לחוק התחרות קובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין". הוכחת עוולה נזיקית, בהקשר של הפרת הוראות חוק התחרות, "מגלמת בתוכה דרישה לקשר סיבתי בין מעשה העוולה לבין הפגיעה או הנזק שנגרמו כתוצאה ממנו".<sup>6</sup> לפיכך, יש להוכיח (ברמה לכאורית בשלב זה של הדיון) כי ההסדר הכובל הוביל בפועל לנזק שנגרם לציבור הצרכנים. הפרת הוראות החוק וגיבוש העוולה הנזיקית כאמור וכמפורט בהרחבה בפרק ג' לעיל, בוצעה על ידי כל המשיבים.

#### 1.4. יסוד I - הסדר

37. יסוד ה'הסדר' כולל "כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה 'הסדר' שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יוצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק".<sup>7</sup>

38. בנוסף, "בדרישת ההסדר, להבדיל מחוזה, 'די ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או

<sup>3</sup> ובשמו הקודם: חוק ההגבלים העסקיים.

<sup>4</sup> ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מזינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015) סעיף ל"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (להלן: "עניין שופרסל").

<sup>5</sup> שם, סעיף ל"ב.

<sup>6</sup> ת"א (מרכז) 13427-02-10 אוטו ליין בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ (פורסם בנבו; 19.6.2012) סעיף 35.

<sup>7</sup> עניין שופרסל, בסעיף ל"ג, תוך ציטוט בהסכמה של דבריו של כבוד השופט זילר בת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ (לא פורסם).

שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו<sup>8</sup>. שכן, הסדר נעשה "מעצם טבעו, במחשכים, תוך הבנה בין העושים אותו כי הם עוברים על החוק או מהלכים על תפר החוקיות, ולכן עליהם להיזהר בלשונם ובפעלם; מטבע הדברים, באותם מקרים אין המדובר בניסיון להביא לחוזה בר-אכיפה בבית משפט"<sup>9</sup>.

39. בענייננו, הראיות שהובאו לעיל מלמדות באופן מובהק על קיומו של הסדר הכתבת מחירים אנכי (RPM) שמוכתב על ידי היצרן או הספק לקמעונאים ביחס למחיר המינימום של המוצר לצרכן.

40. בנוסף, מהראיות עולה בבירור, שאף שהכתבת המחיר לקמעונאים בוצעה על ידי היצרן או הספק, אין המדובר רק בהסדר אנכי אלא גם בהסדר אופקי. שכן, הכתבת המחיר בוצעה בעקבות דרישות שהועלו על ידי רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. מדובר אפוא בהסדר אופקי מסוג קרטל, שבוצע תוך פנייה ליצרן או לספק במעלה שרשרת ההפצה, וזאת על מנת לתאם מחירים בין כל הקמעונאים.

#### 2. ד. יסוד II - בין בני אדם המנהלים עסקים

41. סעיף 1 לחוק התחרות מגדיר "עסק" כ"עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו". המשיבות - די-לינק, די-לינק סינגפור ואמטל - הן חברות עסקיות העוסקות בייצור, ייבוא, הפצה ושיווק של מוצרי תקשורת. כידוע, "באשר למשמעות המונח 'בני אדם' בהגדרת הסדר כובל, אין כל ספק כי המונח מתייחס גם לתאגידים"<sup>10</sup>.

#### 3. ד. יסוד III - כבילה

42. לא יכול להיות חולק כי ההסדר בענייננו יצר 'כבילה' שנועדה לצמצם את חופש הפעולה של הקמעונאים בקביעת המחיר הסופי לצרכן. וזאת, תוך דרישה מהקמעונאים שישווקו את מוצרי די-לינק במחיר אחיד, בהתאם למחיר שבו נמכרו המוצרים ברשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. וזאת, תוך הצבת איום ברור, לפיו לא תימכר סחורה לקמעונאי "סורר" שיסטה ממדיניות התמחור שהוכתבה. הקמעונאים בשוק, שפעלו בהתאם לתכתיבים אלו - בין אם הם יצרו את התכתיבים, כמו במקרה של אייבורי ו-KSP, ובין אם הם התיישרו אחר התכתיבים, כמו במקרה של הקמעונאי 'אלון מחשבים' שגם אליו הופנתה דרישה להעלאת מחירים ועל פי הנטען על ידי לנג בהודעת הדוא"ל מיום 27.3.2016 (סומן אי לעיל), הוא התיישר לפיה - הגבילו את חופש הפעולה העסקי שלהם בקביעת המחיר הסופי לצרכן.

#### 4. ד. יסוד IV - פגיעה מסתברת בתחרות

43. כפי שיובהר להלן, ההסדר שבנדון, שבו הכבילה נוגעת למחיר הסופי שיידרש על ידי הקמעונאים מהצרכן או לרווח שיופק על ידי הקמעונאים, מקים חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות, בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק התחרות. מכל מקום, גם בהנחה שסעיף 2(ב) אינו חל בענייננו, כפי שעולה מחוות דעת המומחה שערך די"ר רועי שלם, לא זו בלבד שההסדר עלול לפגוע בתחרות, אלא שהוא אף פגע בה בפועל.

#### I.4. ד. ההסדר בענייננו פוגע בתחרות ואינו פולל שום יתרונות פרו-תחרותיים

44. ההסדר בענייננו, שבו הפירמות במעלה שרשרת ההפצה (היצרן והמפיץ) הכתיבו את מחיר המינימום של מוצרי די-לינק לקמעונאים השונים, מהווה, על פניו, הסדר כובל אנכי. בפסיקת בית המשפט העליון

<sup>8</sup> עניין שופרסל, בסעיף ל"ו.

<sup>9</sup> שם, בסעיף ל"ד.

<sup>10</sup> ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, נט(6) 776, 862 (2005).

בעניין שופרסל, נקבע כי "ככלל הסדרים אנכיים ייבחנו בהתאם לסעיף 2(א) [לחוק התחרות], ולא בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק",<sup>11</sup> שמקים כאמור חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות כתוצאה מההסדר.

45. גם בהתעלם מכך שמהראיות עולה כי ההסדר האנכי בענייננו נועד להשוות את ההסדר האופקי שרשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP, הנהיגו בשוק - לא יכול להיות חולק כי הוא פגע בתחרות.

46. שכן, כפי שציינה רשות התחרות, "מעצם טיבו, הסדר RPM הנוגע למקטע הקמעונאי מגביל את התחרות התוך-מותגית באותו מקטע והוא עשוי לקבוע מחיר גבוה יותר לצרכן עובר המוצר שבהסדר בהשוואה למצב בהיעדר RPM".<sup>12</sup> שכן, הסדר להכתבת מחיר מינימום מגביל באופן מלאכותי את יכולתם של קמעונאים להוריד את המחיר הסופי לצרכן, כתוצאה מלחצים תחרותיים, ומשכך יש לו השפעה ישירה בהפחתה ניכרת של התחרות התוך-מותגית. בנוסף, הסדרי הכתבת מחיר מינימום מביאים לפגיעה בכושרם התחרותי של קמעונאים קטנים ויעילים תוך הערמת חסמי כניסה מלאכותיים בפניהם. שכן, הסדר שכזה אינו מאפשר לקמעונאים יעיל לגלגל את החיסכון המושג מיעילותו לצרכן תוך קביעת מחיר זול יותר מאשר המתחרים. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בענייננו, כאשר הגבלת התחרות מתוקף ההסדר לא הייתה תוצר לוואי, כמו במקרה שבו ספק מכתב לקמעונאי מחיר לצורך הגעה לשיווי משקל מתואם שיגביר את כמות המכירות של המותג. ההיפך, הגבלת התחרות הייתה תכלית ההסדר.

47. ואכן, בענייננו, כאשר הקמעונאים ה"בעייתיים", א.א. מחשבים ו-Wellcom, מכרו את מוצרי די-לינק בשיעור רווחיות של 10% (לעומת המחיר הסיטונאי ולא לעומת עלות הייצור), רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות הורידו באופן משמעותי את מחיריהן לצרכן הסופי. זהו בדיק מחולל התחרות שההסדר שהנהיגו הקמעונאיות הגדולות, להכתבת מחיר מינימום, נועד למנוע. לעומת זאת, כאשר די-לינק ביטלה את הסכם ההפצה עם סידי-לוג, באופן שהוציא את הקמעונאים ה"בעייתיים" מהשוק, רשתות השיווק הגדולות מכרו את מוצרי די-לינק לצרכן בשיעור רווחיות של כ-40%. מדובר בפגיעה ברורה בתחרות התוך-מותגית (intra-brand competition), שהובילה לעליית מחירים שפגעה בצרכנים.

48. משכך, ולאור הפגיעה המשמעותית של הסדרי הכתבת מחירי מינימום על התחרות התוך-מותגית, "עמדת הרשות היא שאין מקום להתקשרות בהסדר RPM הנוגע למקטע הקמעונאי, אלא אם מאפייני השוק מצביעים על מידה מספקת של תחרות ורק לצורך השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת".<sup>13</sup> כפי שנראה להלן, בענייננו, הפגיעה בתחרות התוך-מותגית לא הובילה להגברת התחרות הבין-מותגית (Interbrand competition), ההיפך מכך; וההסדר לא נועד להשגת תועלת פרו-תחרותית, ההיפך מכך.

49. **ביחס להגברת התחרות הבין-מותגית** - כפי שעולה מחוות דעתו של ד"ר שלם, המבחן המרכזי לתיחום גבולותיו של השוק הרלוונטי הוא מבחן גמישות הביקוש הצולבת, המודד את ההשפעה שיש לשינוי במחירו של מוצר מסוים על הביקוש למוצר שמהווה תחליף. בהתאם למבחן הגמישות הצולבת, בשלב הראשון יש לבחון את הגדרת שוק המוצר הצרה ביותר האפשרית מתוך הנחה כי קיים רק יצרן היפותטי אחד של המוצר. בהמשך לכך, בוחנים את ההשפעה של העלאת מחיר המוצר על הביקוש לו. אם נמצא שאותו יצרן יכול להרוויח מהעלאת מחיר קבועה בשיעור קטן אך משמעותי,<sup>14</sup> שבין 5% ל-10%, מבלי לאבד את נתח השוק שלו, אזי שוק המוצר הרלוונטי יוגדר ככולל את המוצר האמור בלבד.

<sup>11</sup> עניין שופרסל, בעמ' 73.

<sup>12</sup> רשות התחרות, גילוי דעת 2/17 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM) מיום 28.6.2017, בעמ' 6 (להלן: "גילוי דעת הרשות").

<sup>13</sup> שם, בעמ' 2.

<sup>14</sup> SSNIP - Small but Significant Non-Transitory Increase in Price.

50. בענייננו, הראיות שהובאו לעיל מלמדות שהסדר הוביל לרמת מחירים מינימאלית הגבוהה בשיעורים משמעותיים, הרבה מעבר לאלו הנבחנו לפי למבחן הגמישות הצולבת. כך, למשל פערי המחירים שבין לקוחותיה הקמעונאיים של סידי-לוג לבין רשתות השיווק הגדולות, אייבורי ו-KSP, הגיעו בדגם מסוים של נתב מתוצרת די-לינק, הגיעו ליותר מ-30%. משכך, מבחינה כלכלית התמחור העודף המשמעותי של הנתבים לא הוביל לכך שמספיק צרכנים יסיטו את הביקוש שלהם לנתבים וציוד תקשורת מתוצרת יצרניות אחרות, באופן שבו העלאת המחיר החז-צדדית תהפוך ללא כדאית. התמחור העודף לא הוביל אפוא לאובדן נתח השוק של די-לינק במכירת נתבים תוך מעבר הצרכנים למתחרות.
51. בנסיבות אלו, גם בהתאם להגדרת השוק הרחבה ביותר, לפיה השוק הרלוונטי כולל את כל הנתבים האלחוטיים הנמכרים בשוק, לא יכול להיות חולק כי לדי-לינק ישנו כוח שוק משמעותי, שנובע מכך שהיא הספקית הבלעדית של נתבים אלחוטיים לבזק, הנותנת שירותי אינטרנט ליותר ממיליון מנויים בישראל. זאת, תוך התחזקות מודעות הצרכן הישראלי למוטג די-לינק בתחום הנתבים וציוד הרשת. קל וחומר כאשר די-לינק היא ממילא אחד היצרנים המובילים והידועים בתחום, והיא בעלת נתח השוק הגולבלי הגדול ביותר בתחום זה (כאשר היא גדולה יותר מפי 2 מהמתחרה בעלת נתח השוק הגדול הבא אחריה). כוח שוק זה מאפשר לקמעונאים המוכרים את מוצרי די-לינק להעלות את המחיר הסופי לצרכן מבלי שדי-לינק תאבד נתח שוק, דהיינו - מבלי להגביר את התחרות הבין-מותגית בשוק הנתבים.
52. בנוסף, שוק הנתבים הוא שוק בעל חסמי כניסה גבוהים, כתוצאה מדרישה לפיה מוצרים מיובאים יועמדו בדרישות התקן הישראלי. משכך, ייבוא מוצרי תקשורת, כגון נתבים אלחוטיים, מחייבים ביצוע הליך לוקליזציה למוצרים תוך התאמתם לדרישות החוק הותקן הישראלי. וזאת, תוך נשיאה בעלויות גבוהות.
53. משכך, מובן כי מאפייני השוק, גם בהגדרה הרחבה ביותר, אינם מצביעים על מידה מספקת של תחרות בין-מותגית, שיש בה להצדיק את הפגיעה הברורה בתחרות התוך-מותגית. אדרבא, נוכח כוח השוק העודף של די-לינק, לא זו בלבד שהפגיעה בתחרות התוך-מותגית לא הובילה להגברת התחרות הבין-מותגית, אלא בדיוק ההיפך מכך. שכן, סביר שהפגיעה בתחרות התוך-מותגית תוך העלאת המחירים הובילה לאפקט מטריה (umbrella effect) - העלאת המחירים גם ביחס לשאר המותגים. וזאת, תוך שנוצר מצב שבו מרבית המותגים נמכרים ברווח גבוה דמוי קרטל במקטע הקמעונאי. בייחוד, כאשר רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP, אינן משווקות אך ורק את נתבי די-לינק, אלא גם את נתבי המתחרות, תוך שמטבע הדברים יש להן אפשרות להעלות את מחיריהן באופן דומה.
54. **ביחס לקיומן של תועלות פרו-תחרותיות** - כפי שעולה מגילוי הדעת של הרשות, הכתבת מחיר מינימום לקמעונאיים עשויה להוביל לתועלות פרו-תחרותיות שיש בהם להועיל לצרכנים, במקרים שבהם תחרות תוך-מותגית עלולה להוביל לבעיית טרמפיסט, שבה הקמעונאים יירתעו מלהשקיע בשיפור השירות, שירותים נלווים, קידום המוצר, וכדו'. כפי שמציין המלומד גילה, "טיעונים אלה אינם תמיד מופרכים, אולם יש לשים לב שהם יפים גם להסדר אופקי לתיאום מחירים. גם בהסדר בין מתחרים, המתחרים יכולים לטעון שהם זקוקים להפסקת תחרות המחירים ביניהם על מנת לעודד השקעות מועילות. בפרט, הם יכולים לטעון שללא המרווח הנוסף שהעלאת המחירים מקנה להם, לא יהיה להם תמריץ להשקיע".<sup>15</sup> בענייננו, שבו ההסדר האנכי נועד להסוות תיאום אופקי, הדברים מקבלים משנה תוקף.

<sup>15</sup> די גילה, הכתבת מחיר מינימום אחרי שופרסל, עתיד להתפרסם בספר רובינשטיין (2019) בעמ' 27 (להלן: "גילה"). ניתן לצפייה בקישור הבא: <https://law.tau.ac.il/profile/gilod>

55. מכל מקום, בענייננו אין להסדר שום תועלות פרו-תחרותיות. שכן, בענייננו, שיווק מוצרי די-לינק לצרכן אינו מחייב שום השקעה מצד הקמעונאים בקידום המוצרים או באספקת שירותים נלווים. שכן, נתבים ומוצרי תקשורת אינם מסוג המוצרים שניתן להזגים במעמד הרכישה ורכישתם אינה קשורה בהתנסות של הצרכן עם המוצר (experience products). בנוסף, הקמעונאיות אינם מעניקות אחריות על המוצר, כאשר אחריות, תמיכה ושירות ניתנות באופן ישיר על ידי די-לינק. לא בכדי, לסידי-לוג לא הופנו שום דרישות ביחס להשקעות שעל הקמעונאיות הקשורות בה לבצע בכדי שלא יתפסו "טרמפ" כביכול על מאמציהן של המתחרות. הדרישות היחידות שהופנו לקמעונאיות הקשורות בסידי-לוג היו ביחס לרמת המחירים, שנועדה להבטיח רמת רווחיות מסוימת למתחרות, הא ותו לא.

#### II.4. ז. למעלה מן הצורך - ההסדר מקים חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות

56. אמנם ההסדר בענייננו מהווה, על פניו, הסדר כובל אנכי, שבו הפירמות במעלה שרשרת ההפצה (היצרן והמפיץ) הכתיבו את מחיר המינימום של מוצרי די-לינק לקמעונאים השונים. ברם, כפי שקבעה רשות התחרות, "הסדר שלו היבט של תיאום אופקי - למשל, פנייה משותפת או מתואמת של קמעונאים לספק משותף בדרישה כי יקבע ויאכוף הסדרי RPM או הסכמה בין ספקים על אימוץ משותף של הסדר RPM - אינו בגדר הסדר RPM אלא **הסדר אופקי במסווה של הסדר אנכי**".<sup>16</sup> משכך הסדר זה חוסה תחת סעיף 2(ב) לחוק התחרות, שמקים כאמור חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות כתוצאה מההסדר.

57. כפי שעולה מהראיות שהובאו לעיל, בענייננו, אף על פי שהכתבת המחיר לקמעונאים בוצעה על ידי היצרן והספק, אין המדובר בהסדר אנכי, אלא בהסדר אופקי. שכן, הכתבת המחיר בוצעה בעקבות דרישות מפורשות שהועלו על ידי רשות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. ברי, אפוא, כי בענייננו ההסדר נועד לצורך ביצוע תיאום מחירים אופקי - והוא מקים חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות.

58. גם בעניין **שופרסל**, קבע כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין כי "בעניינים מסוימים, בהם ככלל התועלת שבהסדר מאותו סוג תהא קטנה מהנוק שיגרום, יש להטיל איסור Per Se ("כלשעצמו", "לגופו") על ההסדר ואין צורך לבחון את פגיעתו הקונקרטיית בתחרות; ההסדרים האחרונים הם בעיקר, אולם לא רק, אלה הכלולים 'כבילות ערומות', **תיאום מחירים של ממש בין מתחרים** והסדרים אופקיים של חלוקת שוק".<sup>17</sup> וזאת, בהסתמך בין היתר על פסיקת בית המשפט הפדראלי לערעורים בארה"ב בעניין **Cernuto**,<sup>18</sup> שעסקה במקרה שבו יצרן ארונות מטבח סירב לספק את מוצריו לקמעונאי א' נוכח תלונות שהתקבלו מקמעונאי ב', לפיהם המחירים הסופיים לצרכן שקבע קמעונאי א' נמוכים מדי. בית המשפט קבע כי "אף שההסדר הוא לכאורה אנכי, השפעתו העיקרית היא במישור האופקי", וכי "הסדר מעין זה המתואר אסור per se, אף שמדובר לכאורה בהסדר אנכי, ואף שאינו כולל כבילת מחיר מפורשת".<sup>19</sup>

59. עוד הסתמך כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין על דעת המיעוט בפסיקת בית המשפט העליון בארה"ב בעניין **Business Electronics**,<sup>20</sup> תוך שנקבע כי בדין הישראלי (השונה מהדין האמריקאי בין היתר בכך שניתן לאשר קיומו של הסדר כובל טרם הוצאתו אל הפועל), יש "ליצור נקודת איזון הנושקת לקביעת בית המשפט כאמור בעניין **Cernuto** ועמדת המיעוט בעניין **Business Electronics**".<sup>21</sup>

<sup>16</sup> גילוי דעת הרשות, בעמ' 2.

<sup>17</sup> עניין **שופרסל**, בסעיף ע"ז.

<sup>18</sup> *Cernuto, Inc. v. United Cabinet Corp.*, 595 F.2d 164 (3d Cir. 1979).

<sup>19</sup> עניין **שופרסל**, בסעיף ע"ט.

<sup>20</sup> *Business Electronics v. Sharp Electronics*, 485 U.S. 717 (1988).

<sup>21</sup> עניין **שופרסל**, בסעיף פ"ח.

60. גם באותו עניין, יצרן מחשבוניס סירב לספק את מוצריו לקמעונאי אי נוכח תלונות שהתקבלו מקמעונאי ב', לפיהם המחירים הסופיים לצרכן שקבע קמעונאי אי נמוכים מדי. דעת המיעוט קבעה כי "הסדר אנכי ירגילי אליו מתייחסת הפסיקה, הוא הסדר בו יצרן וקמעונאי (או מפיץ, משווק, סוכן וכיוצא באלה) מחליטים מראש על סטנדרטים בהם על הקמעונאי לעמוד, הנוגעים לשיווק המוצר, אופן הצגתו בחנות, תחזוקת המוצר ועוד; אם הקמעונאי אינו עומד בסטנדרטים אלה, מותר יהיה ליצרן להפסיק את ההתקשרות עמו. אלה הם הסדרים אנכיים הכוללים כבילות אנכיות שאינן קשורות למחיר, ולגביהם נקבע כי ככלל יבחנו על פי כלל הסבירות. ההסדר נשוא העניין, כך נקבע, אינו הסדר מעין זה, שעה שמדובר בהוצאת קמעונאי אי מהתחרות אך נוכח זרישת הקמעונאי החזק יותר, קמעונאי ב', וללא כל התחייבות מצדו של האחרון לשיפור השירות הניתן על ידו".<sup>22</sup> עוד נקבע כי "העובדה שמדובר בהסדר אנכי בין יצרן וקמעונאי, אין בה כדי להפחית מהקביעה כי הכבילה עצמה נעשית במישור האופקי, כאשר קמעונאי ב' פוגע מפורשות בתחרות עם קמעונאי אי על-ידי הוצאתו משוק המוצר, פגיעה אשר היא בה כדי לפגוע בציבור הצרכנים" ולכן זהו "הסדר כובל per se ואין לבחנו בגדרי כלל הסבירות".<sup>23</sup>

61. גם דעת הרוב בעניין Business Electronics קבעה כי ההסדר אינו אסור per se משום שלא הייתה כבילה ביחס למחיר, והבהיר כי "כדי שהסדר יהיה אסור per se, יש להראות שההסדר בין היצרנית לבין קמעונאי ב' כולל בתוכו, פרט לשכנוע היצרנית להפסיק את עסקיה עם קמעונאי אי, הסכמה מפורשת על המחירים המדויקים או רמת המחירים בה ימכור קמעונאי ב' את המוצרים".<sup>24</sup>

62. בענייננו, לא זו בלבד שמדובר בהסדר אופקי ברור, במסווה של הסדר אנכי, אלא שהכבילה כללה הסכמה מפורשת לגבי רמת המחירים שבה הקמעונאים ימכרו את מוצרי די-לינק, וזאת תוך התיישרות לרמת המחירים שנקבע על ידי רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP. משכך, לא יכול להיות חולק כי ענייננו נופל לגדרי סעיף 2(ב) לחוק התחרות והוא מקים חזקה חלוטה לפגיעה מסתברת בתחרות.

63. למותר לציין, בהקשר זה, כי לעמדת המלומד גילה "הדין הראוי להכתבת מחירי מינימום הוא שהסדר מעין זה יהיה אסור כשלעצמו (קרי, אסור per se), ללא צורך בעריכת ניתוח שוק מעמיק המראה את פגיעתו של ההסדר בתחרות, וזאת מכוח החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) "25. וזאת, גם אם מדובר בהסדר אנכי שאינו מסווה להסדר אופקי. שכן, לטענתו, "הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בהכתבת מחיר מינימום היא מספיק מובנת מאליה ומובהקת, ואילו הערך הכלכלי החיובי של הסדר מסוג זה, הלכה למעשה, הוא מספיק נמוך, ואינו שונה, מהערך הכלכלי החיובי שאפשר לטעון לגבי הסדרים בין מתחרים לבין עצמם (אשר באופן טיפוסי, נתפשים כפוגעניים יותר מהסדרים אנכיים), על מנת להכתיים הכתבת מחיר מינימום אוטומטית כהסדר כובל במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) "26.

#### 5.4. הנזקים שנגרמו לצרכנים

64. כמפורט בחוות דעתו של ד"ר שלם, ההסדר הכובל גרם לצרכנים לנזקים ישירים ועקיפים. חלק מההשפעות השליליות של ההסדר הן השפעות עקיפות הקשורות להשפעה על מבנה התחרות והשוק שקשה לאמדם בשלב זה, בוודאי ללא כמות גדולה של נתונים שאינם פומביים ואינם ברשות המבקשת. בהקשר זה ניתן לציין, למשל, את החשש מריכוך התחרות בין הספקים; החשש מחסימת ספקים

<sup>22</sup> שם, בסעיף פ"ב.

<sup>23</sup> שם.

<sup>24</sup> שם, בסעיף פ"א.

<sup>25</sup> גילה, בעמ' 2.

<sup>26</sup> שם, עמ' 3.

חדשים; והחשש למניעת לחצים על הקמעונאים להתייעל, לחדש ולנצל יתרונות על מנת להפחית מחירים - ובפרט במקרה דנן הקיטון בחלקו של הערוץ המקוון והישיר. לכן, באמידת הנזק התמקד המומחה רק בהשפעה הישירה והברורה של ההסדר שהיא סיכול האפשרות של הקמעונאים להפחית את מחיר המוצרים, ובהתאם העלאה אפקטיבית של מחיר הנתבים ומוצרי הרשת של די-לינק לצרכן.

65. כמפורט בחוות דעתו של ד"ר שלם, יש לאמוד את הנזק הישיר שנגרם לצרכנים כתוצאה מההסדר הכובל תוך בחינת רמת המחירים שנקבעה בפועל על ידי הקמעונאים עבור מוצרי די-לינק והשוואתם לאומדן של רמת המחירים שהייתה נקבעת אלמלא ההסדר הכובל. גם אומדן נזק שכזה מחייב נתונים רבים המצויים אך ורק בידי הקמעונאיות, הספקים והיצרן של מוצרי די-לינק והם אינם מפורסמים באופן פומבי. משכך, אומדן הנזק הישיר שערך המומחה ד"ר שלם, בוצע באופן אינדיקטיבי בלבד תוך נקיטת גישה שמרנית המבוססת על מחזורי המכירות של סידי-לוג בלבד, שאינה מפעילה חנויות בפריסה עצמית, ומתוך הנחה כי מחזורי המכירות של כל אחת מרשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות היו לכל הפחות דומים. ונזכיר, לא זו בלבד שאומדן הנזק בוצע בהתעלם מכך שמחזור המכירות של רשתות השיווק הקמעונאיות גדול לאין שיעור ממחזור המכירות של סידי-לוג, אלא שהאומדן מתעלם מכך שקמעונאיות נוספות מכרו את מוצרי די-לינק בתקופה הרלוונטית, חלקן תוך התיישרות להכתבת מחירי המוצרים שהונהגה כאמור.

66. בענייננו, קיימות ראיות ברורות ומפורשות לכך שרמת המחירים שנקבעה בפועל על ידי הקמעונאים בשוק עבור מוצרי די-לינק הייתה גבוהה בשיעורים של עד 30% מרמת המחירים שהייתה נקבעת אלמלא ההסדר הכובל. ברם, מתוך גישה שמרנית כאמור, בחוות הדעת הונחה השפעה נמוכה יותר, לפיה הרווח הקמעונאי שכפה ההסדר הינו בשיעור של כ-40% ואילו הרווח הקמעונאי בתנאי תחרות היה בשיעור של כ-15% - כך שההשפעה של ההסדר הייתה בקביעת מחירים גבוה בכ-22% בלבד מהמחיר התחרותי.

67. בנוסף, בחוות הדעת הונח כי המחזור השנתי של סידי-לוג בשנת 2012 ממכירת מוצרי די-לינק אמור היה לשקף את מחזורי המכירות בכל התקופה הנבחנת, שכן לאחר מכן מחזורי המכירות קטנו, בין היתר, כתוצאה מאי-ציות להסדר הכובל. עוד הונח, כי מחזור שנתי זה של סידי-לוג, שהינה קמעונאית קטנה יחסית שאינה פועלת בפריסה ארצית, בסך של 890 אלף דולר, שיקף גם את המכירות של כל אחת מרשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות, אייבורי ו-KSP.

68. בהתבסס על ההנחות שצוינו לעיל, אומדן הנזק הישיר לצרכנים משנת 2012 ועד היום מוערך על ידי המומחה בסך של כ-19.2 מיליון ש"ח, ללא הפרשי ריבית והצמדה כדין. מדובר באומדן חסר שנועד רק לצרכי הוכחת קיומו של נזק לכאורה, כנדרש בשלב דיוני זה, ולא לצורכי הוכחת השיעור המדויק של הנזק, שיתבצע בשלב הדיוני הבא של שמיעת התובענה לגופה לאחר גילוי מלוא המידע והנתונים הרלוונטיים.

#### ה. הגדרת הקבוצה והסעדים המבוקשים

69. בית המשפט הנכבד מתבקש, להגדיר את הקבוצה המיוצגת, בשמה מוגשת בקשה זו, בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, באופן הבא:

*"כל מי שרכש ו/או ירכוש את מוצרי די-לינק החל משנת 2013 ועד למתן פסק דין בתובענה".*

70. לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להגדיר קבוצה אחרת ו/או תתי קבוצות לפי שיקול דעתו.

71. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי המשיבים הפרו את הוראות סעיף 2 לחוק התחרות, ולהורות להם

לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזקים הישירים והעקיפים שנגרמו להם עקב הפרות אלו. בנוסף ו/או לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד אחר שייראה לו נכון ומתאים בנסיבות העניין.

#### 1. התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית

72. **המבקשת זכאית להגיש את התובענה.** בהתאם לסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, המועצה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, וזאת אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם לפי סעיף 4(א)(1) לחוק. עוד בהתאם לסעיף 4(ב)(2) לחוק, המועצה הראתה, באמצעות חוות דעתו של ד"ר שלם, כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה.

73. **התובענה מוגשת בהתאם לתוספת השנייה לחוק.** שכן, התובענה דין נכנסת לגדר פרט 4 לתוספת השנייה שעניינה "תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים". למעלה מן הצורך, יצוין כי התובענה דין נכנסת גם לגדרי פרט 1 לתוספת שעניינה "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". בענייננו, לא יכול להיות חולק כי המשיבים, העוסקים בייצור, הפצה ושיווק של מוצרי די-לינק, הם בגדר "עוסק", וכי חברי הקבוצה, שרכשו את מוצרי די-לינק, הם בגדר "לקוחות". ונזכיר, בהקשר זה, כי פרט 1 לתוספת השנייה פורש בהרחבה בפסיקת בתי המשפט בין היתר על רקע דברי ההסבר של המחוקק לפיהם "כל התחום הצרכני הוא נושא להגשת תובענות ייצוגיות" וכי "אומצו הגדרות רחבות ככל האפשר, כדי למנוע התדיינות בשאלת תחולת החוק".<sup>27</sup> כן נקבע, שעילות התביעה שבין הלקוח לעוסק אינן מוגבלות על פי פרט 1 לאחת מן העילות הספציפיות המנויות בחוק הגנת הצרכן, וכי הן עומדות גם למי שאינו נופל להגדרת "צרכן".<sup>28</sup>

74. **התובענה מעוררת שאלות מהויות של עובדה ושל משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.** כפי שעולה מהאמור לעיל, השאלות הטעונות הכרעה במקרה דנן חורגות מעניינה האישי של המבקשת בלבד, והן בעלות יסוד של משותפות, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית, עבור חברי הקבוצה אשר רכשו את מוצרי די-לינק בתקופה הרלוונטית שבה קוים הסדר כובל שפגע בתחרות. ודוק, בפסיקה נקבע כי אין צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לחברי הקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות, כפי שללא ספק מתקיים במקרה דנן, בכדי למלא אחר תנאי זה.<sup>29</sup>

75. **ישנה אפשרות סבירה לכך שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.** דומה, כי לאור כל המפורט בבקשה זו, על סמך ראיות ברורות ומפורשות ביחס לקיומו של ההסדר ועל סמך בחוות הדעת התומכת - ולא נחזור על הדברים - ברור כי המועצה העמידה תשתית עובדתית ומשפטית מקיפה ואיתנה שיש בה לבסס את הטענות העומדות ביסוד בקשת האישור הרבה מעבר לרף הראייתי הלכאורי הדרוש בשלב זה.

76. **תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להפיעה במחלוקת בנסיבות העניין.** כידוע, התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן התביעה הפרטנית אינה הליך יעיל ומעשי, ובכלל זה תביעות שסכומן זניח לעומת עלות התביעה. בענייננו ניהול התובענה כייצוגית הכרחי על מנת לממש את זכותם של חברי הקבוצה לסעדים אשר סביר וחברי הקבוצה לא יפנו לבית המשפט על מנת לממשו, שהרי הוצאות התביעה לכל תובע בנפרד אינן כדאיות ולא מצדיקות את הטרחה הכלולה בהן,

<sup>27</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006, 234, בעמ' 284.

<sup>28</sup> ראו ע"א 4696/08 גפני נ' עמותת אגודת בעלי מוניות התחנה, פסקה 6 (פורסם בנבו, 5.8.2010).

<sup>29</sup> ע"א 1977/97 ברוזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 612 (1999).




למול הפיצוי הנדרש. ניהול התובענה כייצוגית משרת נאמנה את אינטרס הציבור, באכיפת החובות המוטלות על המשיבה. תביעה בעילה לפי חוק התחרות מתאימה באופן מובהק להתברר באופן ייצוגי.


77. **קיים יסוד סביר לכך שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב.** המועצה מגישה תובענה זו, ואת הבקשה דין המוגשת בגדרה, בתום לב מלא, ומתוך אמונה באיתנות התביעה ובסיכוייה הגבוהים להתקבל. המועצה פועלת בהתאם לחובותיה על פי חוק, לפעול באופן עצמאי בלא תלות לטובת הצרכן, בין היתר, תוך סיוע לצרכנים במימוש זכויותיהם באמצעות הגשת תובענות ייצוגיות. בנוסף, באי כוחה של המועצה הם בעלי ידע וניסיון בתחום הליטיגציה האזרחית-מסחרית בכלל, ובתחום התובענות הייצוגיות בפרט, וביכולתם לנהל את התובענה, ולייצג את חברי הקבוצה, באופן ראוי והולם.

#### ז. סוף דבר

78. מן המקובץ לעיל עולה, כי דינה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית להתקבל. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הבקשה, להורות על ניהול התובענה כייצוגית, להורות על מתן סעדים לטובת הקבוצה המוגדרת בבקשה זו, והכול כפי שמפורט לעיל.

79. כמו כן, מבוקש לחייב את המשיבים, ביחד ולחוד, בהוצאות הבקשה ובשכר טרחת עורכי דין כדין.

  
דוד תירוש, עו"ד

  
עידן איזן, עו"ד

ב"כ המבקשת  
איזן תירוש ושות', עורכי דין

תל אביב, היום 6 בחודש דצמבר בשנת 2020.