

בעניין:

1. אסף פינק

נושא תעודת זהות מספר 033695909
מדרך חברון 101, ירושלים 9348001

2. יוסף גיא

נושא תעודת זהות מספר 36242527
מרחוב ההשכלה 3, כפר סבא 4445502

על ידי באי-כוחם גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
מבית לסין, רחוב ויצמן 32, תל אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676; מס' פקס': 03-6967673

המבקשים

- נ ג ד -

סודהסטרים ישראל בע"מ

חברה פרטית מס' 510999410
מרחוב גלבע 2, תא דואר מספר 280
קריית שדה התעופה, מיקוד 7019900

המשיבה

בקשה מתוקנת לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן :

- א. לאשר למבקשים להגיש תובענה ייצוגית נגד המשיבה, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות);
- נוסח התובענה הייצוגית מצורף לבקשה זו כנספח 1;
- ב. לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי התובענה תוגש בשם כל לקוחות המשיבה, שבבעלותם או שהיה בבעלותם מכשיר ביתי להגזת מים, ואשר הזמינו וקיבלו (ישירות מהמשיבה או בנקודת מכירה) מיכל גז CO₂, לרבות בדרך של החלפת מיכל ריק במיכל מלא (פעולה המכונה – מילוי מיכל), בתקופה שמתחילה שבע שנים לפני יום הגשת בקשה זו ומסתיימת במועד הגשת התביעה לאחר אישורה; לחלופין בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה;
- ג. לקבוע, בהתאם לסעיפים 4(א)(3) ו-14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשים יהיו התובעים הייצוגיים, וכי באי-כוחם החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכוח המייצגים;
- ד. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המעשים המתוארים בבקשה זו מגבשים עילות תביעה לקבלת סעד הצהרתי בדבר תוכן החוזה; קיפוח לקוחות, לפי סעיפים 3, 4(5) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים); הטעיה, לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין, לפי סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות הכלכלית); וכל עילה אחרת שעולה מן העובדות שבבקשה זו;
- ה. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית:
- (1) הצהרה כי התנאים שמופיעים במסמכי המשיבה, לפיהם הבעלות במיכלי הגז נותרת בידי המשיבה (או גוף קשור), וכן כי הלקוחות אינם רשאים למלא את מיכלי הגז באמצעות ספקים אחרים מלבד המשיבה, אשר מופיעים במסמכים שונים, אינם מחייבים את חברי הקבוצה; וככל שהדבר נדרש – ביטול כל תנאי במסמכי ההתקשרות שקובע אחרת;
 - (2) הצהרה כי ההסכם על-פיו נמסרו ללקוחות מיכלי הגז, הוא עסקת מכר, ובהתאם לכך לחברי הקבוצה בעלות במיכלי הגז; וככל שהדבר נדרש – ביטול כל תנאי במסמכי ההתקשרות שקובע אחרת;
 - (3) הטלת איסור על המשיבה לכלול בהסכם עם הלקוחות או בכל פרסום ומסמך אחר הוראה, לפיה הבעלות במיכלי הגז נותרת בידי המשיבה או כל גורם אחר, זולת הלקוחות;
 - (4) הטלת איסור על המשיבה לכלול בהסכם עם הלקוחות או בכל פרסום ומסמך אחר הוראה, האוסרת על הלקוחות למלא את מיכלי הגז באמצעות אחרים;
 - (5) הטלת איסור על המשיבה להציג כי שיקולי בטיחות מחייבים שרק היא תבצע מילוי של מיכלי הגז;
 - (6) חיוב המשיבה לכלול, במסמכים שנמסרים ללקוחות עם המכשיר, לרבות תעודת האחריות, ובצמוד לכל מיכל גז, הודעה לפיה הלקוחות רשאים למלא את מיכלי הגז באמצעות ספקים אחרים;
 - (7) פיצוי כספי לחברי הקבוצה, בגין נזקים שנגרמו להם כתוצאה מניצול לרעה של מעמד המשיבה כבעלת מונופולין;
 - (8) מינוי בעל תפקיד אשר יפקח על ביצוע פסק הדין; וכן
 - (9) כל סעד אחר לטובת הקבוצה או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות;
- ו. להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, לרבות משלוח הודעה אישית לחברי הקבוצה אשר למשיבה פרטי התקשרות שלהם, וכי המשיבה תישא בעלות משלוח ההודעות והפרסום;
- ז. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית המשפט הנכבד יחליט, הכל כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי להבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית; וכן
- ח. לחייב את המשיבה בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

חלק ראשון - מבוא

1. המשיבה היא בעלת מונופולין בשוק המכשירים להגזת מים. היא אווזת בלמעלה מ-90% משוק זה בישראל. המשיבה מוכרת את מכשירי ההגזה בצירוף מיכל גז. כאשר הגז שבמיכל אוזל, הלקוח נדרש להחליף את המיכל הריק במיכל מלא. בשלל דרכים פסולות, המשיבה משמרת לעצמה את השליטה בהחלפת המיכלים, ומפיקה מכך רווח גדול. המשיבה מתימרת להודיע ללקוחות כי המיכל נותר בבעלותה, ונמסר לשימוש על-פי רישון. המשיבה אף מזהירה את הלקוחות כי מילוי המיכל על-ידי אחרים מלבדה, מהווה הפרה של זכויותיה. המשיבה גם מזהירה כי מילוי המיכל באמצעות אחרים מנוגד לחוק, ויוצר סכנה בטיחותית.
2. בדרכים אלה המשיבה מאלצת את הלקוחות לפנות רק אליה, לצורך מילוי המיכלים. כך היא משיגה לעצמה מעמד מונופוליסטי גם בשוק מילוי המיכלים. אם בכך לא די, בגין מילוי הגז המשיבה גובה מחיר מופרז.
3. התנהלות זו מנוגדת לדין. הלקוחות רוכשים את המכשיר, על כל חלקיו, ואינם נותנים את הסכמתם לכך שהמיכל נשאר בבעלות המשיבה. הצהרות המשיבה בקשר לכך מופיעות במסמכי לוואי, אשר הלקוחות מתוודעים אליהם לאחר הרכישה, אם בכלל. על כן, הצהרות אלה אינן מחייבות את הלקוחות.
4. יתרה מכך, גם אם הלקוחות היו מסכימים לכך, הרי שאלה תנאים מקפחים בחוזה אחיד. העסקה, מבחינה מהותית, היא עסקת מכר. הצגת מצב הדברים, כאילו מדובר בעסקת רישון, מלאכותית. בע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 473-474 (1993) (להלן: עניין ספילמן), בית המשפט העליון קבע, ביחס למשיבה (שפעלה אז תחת שם אחר), כי "הנסיבות שבהן נמסרו המיכלים לצרכנים מעידות, ביתר שאת, על קשירתה של עסקת מכר, מאשר על קשירתה של עסקה אחרת, ונסיבות אלו מכריעות את הכף"; וכי "...[ש]קיים פער שאינו בר-גישור בין התיאור המילולי של מהות העסקה לבין תנאיה של העסקה הלכה למעשה: העסקה מתוארת כעסקת שאילה, בעוד שתנאיה של העסקה אינם ממלאים (ואף סותרים) את יסודותיה החיוניים של שאילה כמובנה בדין". כך נקבע לפני למעלה מ-25 שנים. והמשיבה – בשלה. היא ממשיכה באותה פרקטיקה פסולה.
5. לפי חוק החוזים האחידים, רואים תנאי בחוזה אחיד, השולל זכות של לקוח על פי דין, כתנאי מקפח. חוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר), קובע כי הבעלות בממכר עוברת במסירתו. על כן, שלילת זכות הבעלות בעסקת מכר – דינה להתבטל. יתרה מכך, זהו תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק, ומגביל את חופש הלקוח להתקשר עם אחר. חוק החוזים האחידים רואה גם תנאי כזה כמקפח.
6. המשיבה גם מטעה את הלקוחות. היא נותנת מצג כוזב, לפיו מילוי מיכל הגז באמצעות אחרים מנוגד לחוק, ומהווה הפרה של זכויותיה. אלה דברים חסרי שחר. המשיבה מפרה בכך את הוראות חוק הגנת הצרכן.
7. המשיבה היא בעלת מונופולין בשוק מכשירי ההגזה ובשוק מילוי מיכלי הגז. היא פועלת בדרכים הפסולות עליהן עמדנו כדי לשמר את מעמדה, תוך חסימת תחרות. בכך המשיבה מנצלת לרעה את מעמדה המונופוליסטי, באופן שמפחית את התחרות ופוגע בציבור. נוסף על כך, המשיבה גובה מחיר מופרז עבור מילוי המיכלים בגז. בגין כל מילוי המשיבה מפיקה רווח עודף, שאין לו מקום בסביבה תחרותית.
8. בגרמניה, חברה הקשורה למשיבה הנהיגה פרקטיקות דומות. התנהלותה נדונה על ידי בית המשפט העליון של גרמניה. נקבע כי התנהלות זו מהווה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. בית המשפט חייב את החברה הקשורה לאפשר ללקוחות למלא את מיכלי הגז באמצעות אחרים. כך מן הראוי להורות גם בענייננו.
9. בקשת האישור נתמכת בחוות דעת של הכלכלן חנן שרון. מחוות הדעת עולה כי המשיבה הסבה לציבור הצרכנים נזק של כ-56 מיליון ש"ח (נומינלי) בשבע השנים האחרונות. יש לפצות את חברי הקבוצה על כך.

חלק שני - הפרקטיקה הפסולה - המשיבה מאלצת את הלקוחות לקבל מילוי גז רק באמצעותה

10. המשיבה, סודהסטרים ישראל בע"מ, שייכת לקבוצת סודהסטרים הבינלאומית. קבוצת סודהסטרים היא הגורם הדומיננטי בעולם בתחום ייצור מכשירים ביתיים להגזת מים ומכירתם.
11. המשיבה מוכרת ומשווקת את מוצרי סודהסטרים בישראל. להערכת המבקשים, המשיבה אוזרת בלמעלה מ-90% משוק מכשירי ההגזה הביתיים בישראל.
12. מכשיר ההגזה הביתי נרכש בנקודות מכירה שמוצבות במקומות שונים, לרבות סניפים של רשתות שיווק מוכרות. המכשיר ניתן לרכישה גם באמצעות אתר האינטרנט של המשיבה.
13. הגזת המים במכשירי המשיבה נעשית באמצעות גז דחוס, מסוג פחמן דו-חמצני. בעת רכישת המכשיר, הלקוח מקבל עמו מיכל גז מלא. המשיבה אינה מאפשרת ללקוחות לרכוש את מכשיר ההגזה ללא מיכל. כאשר הגז שבמיכל אוזל, הלקוח נדרש להחליף את המיכל הריק במיכל מלא, פעולה המכונה - מילוי מיכל. הלקוח יכול גם לרכוש מיכל גז נוסף, מלא.
14. לקוח שרוכש את המכשיר בנקודת מכירה או באתר האינטרנט, מבין כי הוא רוכש את המכשיר, על כל חלקיו. הדבר מובן מאליו.
15. בתוך אריזת המכשיר, נמסר מסמך המכונה "מדריך משתמש והוראות בטיחות". בעמוד הראשון של המסמך, תחת הכותרת "הוראות בטיחות ומידע על אחריות", מופיע כיתוב בנוסח הבא -

SodaStream
רישיון למשתמש

עבור מיכל סודהסטרים אחד
לא למכירה

רכושה של סודה-קלאב (CO₂) בע"מ או חברות קשורות שלה
תחת רישיון

זהו מסמך מחייב משפטית בין סודה קלאב (CO₂) בע"מ או חברות קשורות שלה ('סודהסטרים') לבין הצרכן בנוגע לזכות השימוש במיכל גז של סודהסטרים ('המיכל').

על מנת לשמור על בטיחות המשתמשים, חלים חוקים ותקנות שונים על שימוש, מילוי, בדיקה ותיקון של מיכלי גז פחמן דו חמצני. לסודהסטרים הידע והמומחיות הדרושים לצורך קיום הוראות החקיקה כאמור. עמידה בדרישות החוק אפשרית כל עוד המיכלים מתוחזקים, נבדקים וממולאים על ידי סודהסטרים. לפיכך, כל מיכל נשאר רכושה של סודהסטרים ומסופק תחת רישיון.

1. כאשר המיכל ריק, אנא החזירו אותו לסודהסטרים או למפיץ המורשה של סודהסטרים לצורך החלפה במיכל מלא בתמורה לתשלום מחיר הגז בלבד. רישיון זה ימשיך לחול ויחייב בשימוש של כל מיכל מלא שיתקבל כאמור.

2. מילוי מיכל ריק על ידי צדדים שלישיים עלול להיות מסוכן ביותר. מילוי המיכל על ידי גורם שאינו מוסמך לכך עשוי להוות הפרה של החוק ושל זכויותיה של סודהסטרים ...

16. באריות המכשיר נכללת גם תעודת אחריות. בתעודת האחריות מופיעות, תחת הכותרת "מיכלי גז SodaStream", ההוראות הבאות – "מיכל גז סודהסטרים הנמצא באריות המכשיר נשאר רכוש של סודהסטרים או חברות קשורות שלה ונמסר לשימוש הצרכן בהתאם לתנאי רישיון השימוש המצורף לאריות המכשיר. מיכל גז סודהסטרים מולא ונבדק על ידי סודהסטרים אינטרנשיונל בי.וי או ע"י גורם מטעמה. מכשיר סודהסטרים מתוכנן ומיועד לפעול עם מיכל סודהסטרים המותאם לו. על מנת להגן על בטיחותו ושלומו של המשתמש במיכל, נקבעו תקנות והנחיות שונות בקשר לאופן השימוש, אופן המילוי, התחזוקה, הבדיקה והתיקון של מיכלי גז המכילים פחמן דו חמצני (CO₂). לסודהסטרים הידע והמומחיות הדרושים לצורך מילוי הוראות החוק בעניין זה. עמידה בדרישות החוק אפשרית כל עוד סודהסטרים מבצעת בעצמה את התחזוקה, הבדיקה והמילוי החוזר של המיכל. מילוי מיכל ריק על ידי צד שלישי כלשהו עלול להיות מסוכן ביותר. מילוי המיכל על ידי גורם שאינו מוסמך לכך מהווה הפרה של החוק וזכויות סודהסטרים".

העתק תעודת האחריות המצורפת למכשירי המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 3.

17. על מיכלי הגז מודבקת תווית שכותרתה "מיכל sodastream תחת רשיון". תחת הכותרת, מופיע כיתוב בנוסח הבא – "מיכל סודהסטרים זה ניתן לך תחת רישיון ונשאר רכוש של סודה-קלאב (CO₂) בע"מ או חברות קשורות שלה (להלן: 'סודהסטרים'). מילוי המיכל על ידי צדדים שלישיים עלול להיות מסוכן ביותר. מילוי המיכל על ידי גורם שאינו מוסמך לכך עשוי להוות הפרה של החוק ושל זכויותיה של סודהסטרים. סודהסטרים אחראית אך ורק לבטיחות מיכלים שמולאו על ידה ואשר סגורים באטם השסתום המקורי של סודהסטרים. כאשר המיכל ריק יש להחזירו לסודהסטרים או למפיץ מורשה של סודהסטרים לצורך החלפה במיכל מלא בתמורה לתשלום מחיר הגז בלבד. לחילופין, כנגד השבת המיכל לסודהסטרים או למפיץ מורשה של סודהסטרים במצב תקין ומבלי להחליפו במיכל מלא, תהא זכאי לדמי החזרה בסך 8 ש"ח".

העתק התווית המופיעה על מיכלי הגז של המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 4.

18. בעת רכישת המכשיר, הלקוח אינו מודע להוראות אלה. כל צרכן סביר מבין כי הוא רוכש את המכשיר.

19. בבדיקה של אריות מכשיר Genesis התגלה רמז להסדר המלאכותי. בחזית האריזה לא נאמר דבר בקשר למיכל. גב האריזה, לצד ציון המיכל מופיעה כוכבית. בתחתית גב האריזה מופיעה כוכבית, ולצידה, באותיות קטנטנות באנגלית - "Provided under license. Not for sale...". בשורה שמתחת, באותיות קטנות אף יותר, גם זאת באנגלית, נאמר כי המיכל נותר בבעלות חברה קשורה.

תמונות של חזית אריות המכשיר וגב האריזה, ושל הכיתוב שעל גב האריזה, מצורפות לבקשה זו כנספח 5.

20. באחד מעמודי אתר האינטרנט של המשיבה, באותיות קטנות, מופיעים הדברים הבאים - "הבעלות על מיכל הגז נשארת בידי סודהסטרים ישראל בע"מ בכפוף לתנאי רישיון השימוש". הלקוחות אינם נותנים דעתם לכך.

צילום מסך של העמוד הרלוונטי מתוך אתר האינטרנט של המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 6.

21. כך המשיבה מאלצת את הלקוחות להיזקק לה לצורך מילוי מיכלי הגז. עבור שירות זה, המשיבה גובה מהלקוחות סכום של 59 ש"ח עבור מילוי גז 60 ליטר.

22. זהו מחיר מופרז, שמושג בדרך של ניצול כוח שוק לרעה. הכלכלן מר שרון משווה את המצב בישראל למצב בגרמניה, שם מתקיימת תחרות בשוק מילוי הגז, והמחיר נמוך בהרבה. יתרה מכך, לאחרונה נכנסה לתחום זה בישראל חברה חדשה, והיא מציעה מחיר נמוך בהרבה עבור מילוי הגז. לדברי המומחה, עלות מילוי מיכל גז והפצתו, עומדת על כ-21 ש"ח לכל היותר. יוצא כי ממילוי המיכלים המשיבה מפיקה רווח של כ-180%.

חלק שלישי – הלקוחות לא הסכימו להסדר הרישיון ועל כן הוא אינו מחייב אותם

23. לקוח שרוכש מכשיר הגזה מבין כי הוא רוכש את המכשיר, על כל חלקיו. במעמד הרכישה הלקוח משלם עבור המכשיר, מקבל אותו, והעסקה מושלמת. לאחר מכן הלקוח פותח את האריזה, מוציא את המכשיר, ומתחיל לעשות בו שימוש. מבחינת הלקוח הרגיל, זוהי עסקת רכישה של מכשיר ההגזה, לכל דבר ועניין.
24. רק במסמכי הלוואי שבתוך אריזת המכשיר מופיעות הצהרות, כאילו הבעלות במיכל הגז נותרת בידי המשיבה, והלקוח עושה במיכל שימוש מכוח רישיון. הלקוחות ודאי אינם טורחים לעיין במסמכים רוויי האותיות הקטנות, וכלל אינם מתוודעים לכך לפני הרכישה, ולרוב גם לא נותנים דעתם לכך אחרי הרכישה.
25. הלקוחות לא הסכימו לתנאים אלה. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי "כדי שתניה תהווה חלק מהחוזה, יש להביאה לידיעת הצד המתקשר לפני או בעת עשיית החוזה" - ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 71 (1974) (להלן: עניין לגיל טרמפולין).
26. על כך נאמר - "התשלום הוא הקיבול. הכרטיס נמסר ללקוח לאחר מכן, ואין הוא חלק מהחוזה. אם ניצב שלט במקום, ההוראות הכלולות בו יהוו חלק מהחוזה, רק אם הוצב ליד הכניסה, כך שללקוח היתה שהות לעיין בו, ולהחליט אם הוא מעוניין לכרות חוזה בתנאים המפורטים בו. אם ממוקם השלט לאחר הכניסה, אין הוא נכלל בחוזה. הוא לא היווה חלק מן ההצעה. הלקוח לא הסכים לקבל את תנאותיו. הספק אינו יכול להוסיף באופן חד-צדדי תניות לחוזה, לאחר שזה נכרת" - דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 189 (1991).
27. יישום דברים אלה מוביל למסקנה, כי לא התגבשה הסכמה של הלקוחות להסדר הרישיון. ההסדר והמגבלות שהמשיבה מבקשת להחיל על הלקוח מופיעים במסמכי לוואי, הנכללים בתוך אריזת המכשיר. הלקוח יכול להתוודע אליהם רק לאחר הרכישה.
28. עניין זה כבר נדון לפני שנים רבות. בעניין ספילמן נדונה תביעה של המשיבה (שפעלה אז תחת השם סודהפופ) נגד גורמים שביקשו להתחרות בה במילוי הגז. המשיבה ביקשה למנוע זאת על סמך טענה בדבר בעלותה במיכלים. הטיעון כשל. נקבע, בין היתר, כי "...[ש]תניות כאלה תיחשבנה כחלק מן החוזה בין הצדדים, רק אם הצרכן יודע (או, למצער, מוחזק כיודע), כי הן מהוות חלק מהחוזה שבינו לבין המוכר; ועל המוכר, מצדו, מוטל לנקוט אמצעים נאותים כדי להביא את התניות לידיעת לקוחותיו ... בדרך כלל, יוצא המוכר ידי חובה זו אם הוא מפרסם את התניה בצורה בולטת על המסמך הנמסר ללקוח ... אך מקום שהתניה היא חריגה או בלתי סבירה על פניה, היא לא תחייב את הקונה, אלא אם נקט המוכר צעדים, שהעמידו את הקונה בפועל על כך שהתניה מהווה חלק מעיסוקם ... בחפצה של סודהפופ לשמור בידה את הבעלות במיכלים יש משום תניה חריגה, ואם ביקשה להחיל תניה זו על הצרכנים, היה עליה לעשות את הדרוש כדי שכוונתה זו תובא לידיעת הצרכנים מבעוד מועד ... בכתוביות שעל גבי המכלים לא היה כדי להוציאה ידי חובה זו" (עמ' 474).
29. חלפו למעלה מעשרים שנה. אפילו פסיקת בית המשפט העליון לא הביאה את המשיבה לתקן את דרכיה. הפניה להסדר הרישיון מופיעה בתחתית החלק האחורי של האריזה, באותיות טל ומטר, והנוסח אינו ברור. אין שום אפשרות לסבור כי הלקוח, שרכש את המכשיר, מודע להסדר זה. על כן, אין לו שום תוקף.
30. בעניין ספילמן נקבע כי גם כשהתניה לא חריגה, נדרש לציין את התניה באופן בולט במסמך הנמסר ללקוח.
31. יתרה מכך, המשיבה אינה טורחת להציג את ההסדר בשפה העברית. על חשיבות הסימון בעברית ניתן ללמוד מסעיף 17(ג) לחוק הגנת הצרכן וסעיף 4 לצו הגנת הצרכן (סימון טובין), תשמ"ג-1983, הקובעים כי סימון המוצרים המתחייב על-פי חוק ייעשה בעברית, אלא אם נקבע אחרת. כן ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 51324-03-14 יהודה נ' Hewlett-Packard Company, פסקה 20 (פורסם בנבו, 3.5.2017) (להלן: עניין HP).

32. המסקנה כי המשיבה אינה מעמידה את הלקוחות על התניות החריגות עובר לכריתת ההסכם, נכונה גם ביחס ללקוחות שרכשו את מכשיר ההגזה באמצעות אתר האינטרנט של המשיבה. ניתן להשלים את הרכישה ללא אזכור של תנאי הרישיון. לקוח שילחץ על התיבה "פרטים נוספים", יגיע לחלונית, ובה פירוט אודות המכשיר. רק בתחתית החלונית, באותיות זעירות (קטנות בהרבה מאלה המשמשות להצגת יתר המידע), מופיע כי "הבעלות על מיכל הגז נשארת בידי סודהסטרים ישראל בע"מ בכפוף לתנאי רישיון השימוש" (נספח 6 לבקשה זו). המשיבה אינה טורחת להפנות את הלקוח לתוכנו של אותו רישיון שימוש, אליו היא מפנה. גם חיפוש של מסמך זה באתר האינטרנט של המשיבה העלה חרס. בנסיבות אלה, ברור כי לא ניתן לראות בלקוחות כמי שהסכימו לתנאי הרישיון, ובפרט - לתנאי המאלץ אותם למלא את מיכל ההגזה רק באמצעות המשיבה.

33. ועוד, לקוח המתעניין ברכישת מיכל גז או ברכישת מילוי גז למיכל שברשותו, ולוחץ על הלשונית "מיכלי גז" באתר האינטרנט של המשיבה, נתקל מיד בכיתוב - "ניתן להחליף מילוי גז או לרכוש מיכל נוסף במוקד שירות הלקוחות והמכירות ב-9880*", באתר ובנקודות המכירה... (ההדגשה הוספה). הנה, גם המשיבה מבינה כי המיכל מוצע למכירה, ולא נמסר בכפוף לרישיון או בכל דרך אחרת.

צילום מסך מתוך אתר האינטרנט של המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 7.

34. לצורך בירור העניין, מבקש מס' 2, מר יוסף גיא, התקשר לאחרונה אל מחלקת שירות הלקוחות של המשיבה. הוא שאל האם המיכל בבעלותו, ונענה על ידי נציגת השירות - "המיכל הוא שלך, מה זאת אומרת? אתה קונה מכשיר עם מיכל". מר גיא שאל עוד על הצורך לקבל אישור להעברת המיכל לקרוב, ונענה כי אין צורך. במענה לשאלתו של מר גיא בנוגע לאפשרות לקבל זיכוי על מיכל ריק שכבר אינו בשימוש, נציגת השירות ציינה כי ניתן להחזיר את המיכל ולקבל עבורו סכום כסף (שכונה על ידיה "פיקדון", למרות שלא מדובר בפיקדון כלל).

תמלול השיחה של מר גיא עם נציגת השירות של המשיבה מצורף לבקשת אישור זו כנספח 8.

תקליטור עם הקלטת השיחה מצורף לבקשת אישור זו כנספח 9.

35. הנה, הסדר הרישיון מלאכותי לחלוטין. לפנינו עסקת מכר, לכל דבר ועניין.

36. לסיכום חלק זה, הלקוח מתקשר בעסקה לרכישת מכשיר ההגזה. אין לו עניין בהסדר רישיון, שמטיל עליו להחזיק רכוש של המשיבה או גורם הקרוב לה. הלקוח לא מודע להסדר הרישיון, אף לא למגבלות שמוטלות עליו בקשר לשימוש במכשיר, והוא לא מסכים להסדרים אלה. על כן, הם אינם יכולים לחייב אותו. לאחר השלמת הרכישה, מכשיר ההגזה, על כל חלקיו, עובר לבעלות הלקוח.

חלק רביעי - גם אם הלקוחות היו מסכימים למגבלות שבהסדר הרישיון - יש לבטלן בהיותן תנאים מקפחים

37. גם אם הלקוחות היו נותנים את הסכמתם להסדר הרישיון, הרי שיש לפסול הסדר זה.

38. סעיף 1 לחוק המכר מורה כי "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר". תיאור זה תואם לחלוטין את העסקה בה נמסר המיכל ללקוח, בין אם מדובר בחלק ממכשיר ההגזה, ובין אם מדובר במיכל שנרכש לאחר מכר. המשיבה מקנה את המיכל ללקוח. לאחר מכר, הלקוח נוהג בו מנהג בעלים, לכל דבר ועניין.

39. ואכן, בעניין ספילמן בית המשפט העליון קבע כי העסקה, לפיה נמסרים מיכלי הגז לצרכנים, היא עסקת מכר לכל דבר ועניין. בהתאם לכך, נקבע כי הבעלות במיכלים עברה לצרכנים. נקבע כי "הנסיבות שבהן נמסרו המכלים לצרכנים מעידות, ביתר שאת, על קשירתה של עסקת מכר מאשר על קשירתה של עסקה אחרת, ונסיבות אלו מכריעות את הכף"; וכי "ש[קיים] פער שאינו בר-גישור בין התיאור המילולי של מהות העסקה לבין תנאיה של העסקה הלכה למעשה: העסקה מתוארת כעסקת שאילה, בעוד שתנאיה של העסקה אינם ממלאים (ואף סותרים) את יסודותיה החיוניים של שאילה כמובנה בדיון" (עמ' 473-474).

40. בית המשפט העליון חזר על קביעה זו בשני מקרים נוספים - ע"א 6064/93 **מימסב חברה למילוי מיכלי סודה ביתיים בע"מ נ' סודהגל בע"מ**, פ"ד נ(3) 35, 41 (1996) (להלן: **עניין מימסב**); ע"א 5924/97 **און הצפון (וינגרטון) בע"מ נ' סודהפופ בע"מ**, פ"ד נג(4) 488 (1999) (להלן: **עניין און הצפון**). בעניין **און הצפון** נקבע כי "העיסקה שבה העבירה סודהפופ את מכלי הגז לרשות צרכניה - אף שבכיתוב שעל גבי המכלים, ובפרסומים נוספים, תוארה כעיסקת שאילה - הרי שלמעשה, ועל-פי מהותה האמתית, הייתה עסקה מכר ... בפועל לא עשתה סודהפופ שום דבר מועיל ויעיל לשינוי אופייה של העיסקה ... במה שעשתה לא היה אלא משום חזרה (אם כי בצורה יותר מודגשת) על מודעות שכדוגמתן פרסמה גם בעבר ..." (עמ' 497-498).
41. מסקנה זו תקפה גם כיום. המשיבה משווקת לצרכנים את מיכלי הגז תמורת מחיר; הלקוחות רשאים להחזיק בממכר, לצמיתות. זוהי עסקת מכר. חוק המכר קובע את זכויות הצדדים לעסקת מכר וחובותיהם. החיוב המרכזי המוטל על המוכר קבוע בסעיף 7 לחוק המכר - "המוכר חייב למסור לקונה את הממכר ולהעביר לו את הבעלות בו". סעיף 33 לחוק המכר קובע כי "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות". על כך נאמר כי "אין לקבל עמדה הגורסת כי בעסקת מכר ניתן להקנות זכות פחותה מבעלות. הזכות המוקנית במכר היא לעולם בעלות" - מיגל דויטש **דיני חוזים מיוחדים** כרך ראשון 75 (2008).
42. ההוראות שבמסמכי המשיבה, המתיימרות לשלול מהלקוחות את הבעלות במיכלים, מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד. תנאי ההתקשרות נקבעו באופן בלעדי על-ידי המשיבה, לצורך התקשרות עם כלל הלקוחות. על כן מתקיימים יסודות הגדרת החוזה האחיד, הקבועים בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים.
43. סעיף 19(א) לחוק החוזים האחידים מורה כי "מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח". סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מגדיר תנאי מקפח - "תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למיכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות ...". סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע, על סוגים של תנאים, חזקה כי הם מקפחים. סעיף 4(6) לחוק מחיל חזקה זו על "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין...".
44. כפי שהראינו, הלקוחות זכאים לבעלות במיכלים, עם מסירתם. זכות זו מעוגנת בסעיפים 7 ו-33 לחוק המכר.
45. לביטול תנאי מקפח משום שהוא שולל זכות הקבועה בחוק, ראו ע"א 232/10 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' המפקח על הבנקים**, פסקאות 21-24 (פורסם בנבו, 19.9.2012). באותו מקרה דובר על שלילת זכות דיספוזיטיבית. נקבע כי ההתניה על ההסדר מקנה לספק עדיפות לא ראויה, וכי "הבנק לא הצביע על אינטרס מהותי שיצדיק - במסגרתו של חוזה אחיד ... - סטייה מההסדר שקבע המחוקק". כן ראו ע"א 1632/98 **ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ**, פ"ד נה(3) 913 (2001).
46. אותו עיקרון יפה לענייננו. שימור הבעלות במיכל הגז בידי המשיבה הוא מלאכותי, ולא מגן על אינטרס לגיטימי של המשיבה. ההסדר המלאכותי נועד לחייב את הלקוחות להיזקק לשירותי המשיבה, לצורך מילוי הגז. כך עולה מכלל המסמכים שהוצגו (נספחים 2-4 לבקשה זו). למסקנה זו הגיע גם בית המשפט העליון, בעניין **ספילמן** - "[ש]עיקר מטרתה של סודהפופ - בהכללת התנייה בדבר בעלותה - לא הייתה לשייר לעצמה זכות ממשית להחזיק במיכלים שבידי צרכניה, אלא להרתיע את מתחריה מפני עשיית שימוש במיכלים אלה לצרכיהם המסחריים" (בעמ' 475).

47. בנסיבות אלה חלה גם החזקה הקבועה בסעיף 4(5) לחוק החוזים האחידים – "תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר". על הוראת חוק זו נאמר כי "החזקה מכוונת למצב שבו הספק כולל בחוזה הוראות המתערבות בחופש ההתקשרות של הלקוח עם אחרים" - ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 91 (1994) (להלן: לוסטהויז ושפניץ **חוזים אחידים**).

48. ועוד, "לעתים מבקש הספק לשמור לעצמו שליטה על ענייני הלקוח אף לאחר ביצועו העיקרי של החוזה. דרך אחת לעשות זאת היא לאלץ את הלקוח להיזקק למוצרי או לשירותיו של הספק בעניינים מסויימים, או לאסור עליו להיזקק למוצריהם או לשירותיהם של אחרים" - אריאל פורת "חוזים אחידים" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 729, 767 (2003). פרופסור פורת מסביר על הפגיעה בתחרות - "נזקה של פגיעה זו הוא כפול. הלקוח עצמו נפגע שכן בבואו לרכוש את המוצר או השירות הנוסף הוא ימצא עצמו כבול לספק ולא יוכל ליהנות מהתחרות הקיימת בשוק, אשר עשויה לאפשר לו לקבל את המוצר או השירות במחיר נמוך יותר או באיכות גבוהה יותר. הנזק הנוסף הוא רחב וכללי יותר. הוראות מסוג זה פוגעות בתחרות במשק, שכן הן מונעות מספקים אחרים גישה ללקוחותיו של הספק אשר 'כבל' את לקוחותיו" (שם).

49. שלילת הזכות של הלקוחות להתקשר עם ספקים אחרים לצורך מילוי גז אינה סבירה. מיכל הגז נמכר ללקוחות, ולהם הבעלות בו (סעיפים 1, 7 ו-33 לחוק המכר). סעיף 2 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, קובע כי "הבעלות במיטלטלין היא הזכות להחזיק ולהשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". זכות השימוש בנכס מצויה בליבת זכות הבעלות. הגבלת זכות השימוש במיכל, בדרך של הטלת איסור על הלקוח למלאו באמצעות ספק אחר, פוגעת קשות בזכות הבעלות.

50. בית המשפט העליון קבע כי לצורך ההכרעה בשאלה אם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח, יש "להבחין בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול" - רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' **בן חמו**, פסקה 22 לחוות הדעת של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 31.5.2018). כן ראו ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד (2) 526, 462 (1992); ע"א 764/76 **שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ**, פ"ד (3) 113, 119 (1977); וכן לוסטהויז ושפניץ **חוזים אחידים**, בעמ' 75.

51. כאשר המשיבה מאיימת על הלקוח כי מילוי המיכל על ידי אחרים פוגע בזכויותיה ומנוגד לחוק, יש לראות זאת כאיסור מפורש. מעבר לכך, "גם תניה משתמעת, המהווה חלק מהחוזה על-פי אחת מדרכי הפרשנות וההשלמה, עשויה להיחשב תנאי מקפח בחוזה אחיד" - ע"א 3105/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' B.G. Financing Ltd**, פ"ד (3) 14, 19-20 (1998). כן ראו ח"א (חוזים אחידים) 35070-02-11 **עמותת דיירי הדיר המוגן בישראל נ' אחוזת בית - מרכז מסחרי ודיר לגיל הזהב**, פסקה 24 (פורסם בנבו, 28.5.2013).

52. לסיכום חלק זה, הניסיון לשלול מהלקוחות בעלות במיכל, ולאסור עליהם למלאו באמצעות מתחרים, פסול. גם אם ייקבע כי הוראות אלה מהוות חלק מהחוזה, הרי שמדובר בתנאים מקפחים, ויש לבטלם.

חלק חמישי - המשיבה מטעה את הלקוחות

53. המשיבה פוגעת בלקוחות, גם בדרך של הטעייה. האזהרות שמופיעות במדריך למשתמש, בתעודת האחריות ועל המיכל (נספחים 2, 3 ו-4 לבקשה זו), נוטעות אצל הלקוחות את הרושם, כאילו שיקולי בטיחות, או שיקולים של הפרת זכויות המשיבה, מחייבים שמילוי מיכלי הגז ייעשה רק באמצעות המשיבה. מדובר באזהרות כוזבות. אין מניעה, חוקית או בטיחותית, למלא את המיכל באמצעות ספקי גז אחרים. גם אין למשיבה כל מעמד מיוחד אשר מכוחו היא יכולה למלא את המיכלים.

54. בבדיקה שנערכה לצורך בקשת האישור, לא נמצא תקן שמגדיר מי רשאי למלא את המיכלים. ככל שקיימות דרישות בנוגע לכך, יש לעמוד בדרישות, ואין בסיס להכרזה כי רק המשיבה יכולה לעשות זאת. ועוד, בהתאם לתקנות החומרים המסוכנים (סיווג ופטור), תשנ"ו-1996, מילוי גז מסוג CO₂ במיכלי ההגזה אף אינו כרוך בקבלת היתר רעלים, וזאת משום שמדובר בגז בלתי-דליק, בכמות של כ-400 גרם, במיכל סטנדרטי.
55. סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן אוסר לעשות דבר, אשר עלול להטעות צרכן, בין היתר, ביחס לשימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם, הסיכונים הכרוכים בהם, ודרכי הטיפול בהם. אין הכרח להראות הטעייה בפועל, די בכך שהמעשה עלול להטעות. ראו ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פסקה 53 (פורסם בנבו, 4.9.2014); דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 398, 385 (2003).
56. בע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פסקה 58 (פורסם בנבו, 30.4.2017), בית המשפט העליון קבע כי החשש מפני הטעיה צרכנית גובר ביחס לפרסום עובדתי (להבדיל מפרסום שעניינו תשובות בדבר איכות המוצר). כן ראו בש"א (מחוזי ת"א) 24655/06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2009) (להלן: עניין מולטילוק).
57. המשיבה מטעה את הלקוחות בנוגע למילוי מיכלי הגז, תוך הפרת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. היא מציגה כאילו מילוי המיכלים על-ידי אחרים כרוך בהפרת החוק, ומהווה הפרה של זכויותיה.
58. בעניין און הצפון, שנדון לפני כעשרים שנה, נדונה תביעה של חברה שהתחרתה במשיבה על מילוי הגז. נקבע שם כי פרסומי המשיבה לפיהם המיכל אינו למכירה, אלא נמסר בהשאלה וכנגד תשלום דמי פיקדון - אינם לוקים בהטעיית הלקוח (שם, עמ' 495-497). פסיקה זו אינה מסייעת למשיבה. קל להיווכח כי הפרסומים הנוכחיים מרחיקים לכת הרבה מעבר לאלה שנדונו שם. עולה מהפרסומים כאילו למשיבה מעמד חוקי מיוחד בקשר למילוי המיכל, בעוד שאין הדבר כך. המשיבה אף מציגה שיקולי בטיחות שאינם אמת.
59. יתרה מכך, על פסיקה זו נמתחה ביקורת - "... חלק ניכר מפרסומי המפיצים, ובראשם האמירה כי המכלים נמסרים לידי ציבור הלקוחות 'בהשאלה כנגד דמי פיקדון - לא למכירה', הם ניסיונות מובהקים להכתיב את תוכן ההתקשרות, ולפיכך אינם יכולים להוות פרסום מטעה. לעומת זאת, חלקים אחרים מהאמור בתווית ... לא היו, ולא התיימרו להיות, חלק מהיחסים החוזיים שבין הצדדים, אלא היה בהם משום מתן חוות דעת משפטית, חינם אין כסף, לצרכן. פרסומים אלה, כדוגמת 'הרשות להחזיק, להשתמש או למלא את המכל נתונה אך ורק למי שהחברה הסמיכה במפורש לעשות כן' ... מהווים, בהנחה שהבעלות במכלים אכן עברה לציבור הלקוחות, הטעיה של הציבור" - עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 336-335 (2002). כן ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 586-587 (מהדורה שלישית, 2015).
60. לסיכום חלק זה, המשיבה מטעה את הלקוחות, ומציגה כאילו מילוי מיכל הגז באמצעות ספק אחר מפר את החוק ואת זכויותיה, ויוצר סיכון בטיחותי. מצגים כוזבים אלה מקנים לציבור עילת תביעה בגין הטעייה.

חלק שישי - המשיבה מנצלת את כוחה בשוק מכשירי ההגזה על-מנת לחסום תחרות בשוק מילוי הגז

61. המשיבה היא בעלת מונופולין בשוק המכשירים הביתיים להגזת מים ובשוק ההמשך של מילוי הגז. לבקשת אישור זו מצורפת חוות דעת כלכלית של המומחה, מר חנן שרון. המומחה מראה בחוות דעתו כי המשיבה אוזחת בנתח שוק של למעלה מ-90%, והיא גם מחזיקה בכוח שוק משמעותי, בשני השווקים. על כן, בהתאם לסעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית, המשיבה היא בעלת מונופולין.

62. סעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית אוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה. סעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית קובע רשימה של פרקטיקות, שנקיטתן על-ידי בעל מונופולין מקימה חזקה של ניצול לרעה. בית הדין לתחרות קבע כי "בהתקיים אחת מהפרקטיקות ההתנהגותיות הקבועות בסעיף, קמה חזקה חלוטה של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, חזקה המייתרת את הוכחת הפגיעה הנגרמת או העלולה להיגרם עקב התנהגות כזאת, ואף איננה מאפשרת הוכחה נגדית של העדר חשש לפגיעה" – ה"ע 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ**, פ"מ תשנ"ט(2) 529, 561 (1991) (להלן: עניין **ידיעות אחרונות**).
63. מקובל להבחין בין שני סוגים של התנהגות המהווה ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה – התנהגות המדירה מתחרים והתנהגות נצלנית כלפי הלקוחות. ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 16-05-36098 **צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ** (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן: עניין **צדוק**); וכן גילוי דעת 1/17 - "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (להלן: גילוי דעת 1/17).
64. בסעיף קטן 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית מופיעה החזקה הבאה – "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". חזקה זו מכוונת נגד פרקטיקה של קשירה בין מוצרים או שירותים. היא אוסרת על בעל מונופולין להתנות את רכישת המוצר שבמונופולין ברכישת מוצר נוסף - עניין **ידיעות אחרונות**, עמ' 591-595.
65. המשיבה קושרת בין רכישת מכשיר ההגזה לבין רכישת הגז המשמש להפעלתו. בדרך זו, המשיבה קנתה לעצמה, בניגוד לדין, ולא על יסוד תכונות עדיפות של המוצר שלה, מעמד מונופוליסטי גם בשוק מילוי הגז. פעולות המשיבה מהוות קשירה אסורה, בהתאם לחזקה שבסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית.
66. התנהלות המשיבה פוגעת בתחרות גם כתוצאה מהשפעתה על מתחרים. היא מקשה על כניסה לשוק, וממילא על התבססות בשוק של מתחרים נוספים. המומחה מר שרון עומד על כך בחוות דעתו. זוהי התנהלות מדירה, שיש בה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי של המשיבה בשוק מכשירי ההגזה.
67. כפי שהראינו, האיסור שהמשיבה מטילה על מילוי המיכל נחרץ. גם אם האיסור היה רך יותר, הוא היה פסול. פסיקת בתי המשפט, בישראל ובעולם, הכירה בכך שההתניה המבססת את הקשירה עשויה לשאת צורות שונות. גם תמריץ כלכלי לרכישת מוצר אחר יחד עם המוצר הקושר, עשוי לבסס את יסוד ההתניה. ראו עניין **ידיעות אחרונות**, עמ' 597-602; וכן *Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 781 F.3d 264 (6th Cir. 2015).
68. קשירה תיחשב לא טבעית, וכזו שאינה תואמת תנאי מסחר מקובלים, כשהמוצר הנקשר נפרד מהמוצר הקושר. ראו הנחיות הנציבות האירופית - *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 102 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009/C 45/02). כן ראו *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs.*, 504 U.S. 451 (1992).
- הנחיות הנציבות האירופית בעניין יישום האיסור על ניצול מעמד לרעה מצורפות לבקשה זו כנספח 10.
69. המבחן העיקרי המשמש לקביעה האם מדובר במוצרים נפרדים, לעניין האיסור על קשירה, מתייחס לקיומו של ביקוש נפרד לשני המוצרים. ראו עניין *T-201/04 Microsoft Corp. v Commission* [2007] 5 CMLR 11 (להלן: עניין **מיקרוסופט**). על-פי מבחן זה, אם הביקוש למוצר הקושר והביקוש למוצר הנקשר נפרדים זה מזה, הדבר מלמד על קשירה פסולה. מבחנים נוספים שהועלו בפסיקה מתייחסים להפרדה בצד ההיצע, ובכלל זה לשאלה האם נדרש תשלום נפרד בגין כל מוצר.

70. יישום מבחנים אלה על ענייננו מלמד כי מדובר במוצרים נפרדים, והקשירה אינה טבעית. משנרכש מכשיר ההגזה, הביקוש למילוי המיכל עומד בפני עצמו, ללא קשר לרכישה שכבר הושלמה. מיכל גז רגיל מספיק לרוב להכנה של כ-60 ליטר משקה. צרכן אשר צורך ליטר משקה פעמיים בשבוע, יגלה ביקוש למילוי רק בחלוף למעלה מחצי שנה. לעומת זאת, משפחה אשר צורכת את המשקה בכל ארוחה, עשויה להידרש למילוי אחת לכמה שבועות. הביקוש למילוי גז מנותק לחלוטין מהביקוש למכשיר, שמשמש את משק הבית שנים רבות.
71. זוהי הגישה המקובלת ביחס למכשירים קבועים, בני קיימא, שהשימוש בהם כרוך ברכישה חוזרת של מרכיבים מתכלים או מוחלפים. ראו C-333/94P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-5951 (להלן: עניין Tetra Pak); וכן T-30/89 Hilti AG v Commission [1991] ECR II-1439 (להלן: עניין Hilti). גם במקרים אלה דובר בניסיונות של בעלי מונופולין לקשור למוצר הראשי מכירה של מוצר משלים, ולהשיג לעצמם מעמד מונופוליסטי בשוק ההמשך, למרות הניתוק בין הביקוש בשני השווקים. קשירה כזו - פסולה.
72. בעבר פעלו בשוק מילוי הגז גורמים נוספים, אשר ככל הנראה לא עסקו בייצור מכשירי ההגזה. ניתן ללמוד על כך, בין היתר, מפסקי הדין בעניין **און הצפון** ובעניין **מימסב**. בהתאם לכך, ובהתאם למבחנים נוספים, מר שרון מחווה דעתו כי שוק ההמשך של מילוי הגז, הוא שוק רלוונטי מובחן ונפרד משוק מכשירי ההגזה.
73. אין זה מקרי, שהמשיבה מנסה לתרץ את הקשירה בשיקולי בטיחות. גם במקרים דומים שנדונו באירופה הועלה אותו תירוץ, ונדחה. ראו עניין Tetra Pak, פסקה 36, ועניין Hilti, פסקה 118.
74. למעלה מן הצורך, גם אם ייקבע שלא מתקיימת החזקה שבסעיף 29א(ב)(4), יש לקבוע כי המשיבה מנצלת לרעה את מעמדה בשוק מכשירי ההגזה. רשימת הפרקטיקות המנויות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית אינה ממצה. ראו סעיף 29א(ב) סיפא, ועניין **צדוק**, פסקה 29.
75. סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית מבוסס על סעיף 102 לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (Treaty on the Functioning of the European Union, להלן: TFEU) – ראו דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 2446 מיום 14 בנובמבר 1995, עמ' 229. על כן, מקובל לייחס משקל מיוחד לדין האירופי בנוגע לפרשנות הדינים החלים על בעל מונופולין - גילוי דעת 1/17, בעמ' 6; עניין **ידיעות אחרונות** בעמ' 596. בפסיקת בתי הדין של האיחוד האירופי נקבע כי קשירה שמבצע בעל מונופולין עשויה לעורר חשש לניצול לרעה, אפילו כשהיא תואמת תנאי מסחר מקובלים - עניין Tetra Pak, פסקה 37; עניין מיקרוסופט, פסקאות 860-861. ראו גם דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 635, 701, ה"ש 281 (2003).
76. סעיף 102 ל-TFEU מטיל חובות מיוחדות על חברה שנהנית ממעמד דומיננטי, שעיקרן איסור להתנהל באופן העלול לעוות את התחרות. כאשר חברה בעלת מעמד דומיננטי עושה שימוש באמצעים החורגים מגדרה של תחרות עניינית (competition on the merits) באופן העלול לפגוע בתחרות, זהו ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי. ראו הנחיות הנציבות האירופית (נספח 10 לבקשה זו), פסקה 1; C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, para. 91; C-52/09 Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-527, para. 24; C-322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.
77. המשיבה מאלצת את הלקוחות להיזקק לשירותיה, לצורך מילוי המיכלים. לשם כך היא מתיימרת לשמר הבעלות במיכלים, באמצעות תיאור מלאכותי ומקפח של העסקה. המשיבה אף מטעה את הלקוחות. כך המשיבה הצליחה לחסום תחרות בשוק מילוי המיכלים. התנהלות כזו חורגת מתחרות עניינית.

78. קבוצת סודהסטרים, שהמשיבה משתייכת אליה, פעלה באופן דומה בגרמניה. בשנת 2008 בית המשפט העליון של גרמניה קבע כי חברת סודה קלאב ניצלה לרעה מעמד בשוק, והפרה את האיסור הקבוע בסעיף 102 ל-TFEU. בית המשפט חייב את חברת סודה קלאב לאפשר מילוי הגז באמצעות מתחרים, והורה לשנות את הכיתוב המופיע על המיכלים. עיון בפסק הדין מלמד כי דפוס הפעולה של חברת סודה קלאב בגרמניה, היה זהה לדפוס הפעולה של המשיבה בישראל. קבוצת סודהסטרים דיווחה על פסק הדין בדוחות השנתיים.
- פסק הדין של בית המשפט בגרמניה מיום 4 במרץ 2008, בתרגום חופשי, מצורף לבקשה זו כנספח 11.
- החלק הרלוונטי מתוך הדוחות הכספיים של קבוצת סודהסטרים לשנת 2017 מצורף לבקשה זו כנספח 12.
79. מר שרון קובע כי "מצאתי אינדיקציות משמעותיות לפגיעה בתחרות בשל התנהלותה של סודהסטרים בשוק מילוי מכילי CO₂. נראה כי גם סודהסטרים בעצמה מודעת לפגיעה התחרותית האמורה, ופועלת לשימור מעמדה ולמניעת כניסה של מתחרים לשוק למילוי מכילי CO₂" (עמוד 5 לחוות הדעת).
80. מר שרון עומד על הנזק שנגרם לציבור הלקוחות, כתוצאה מהפרקטיקה הפסולה. לדבריו, ניתן ללמוד על הפגיעה ממהלך הדברים שארע בגרמניה (שם נכפה על חברה הקשורה למשיבה להפסיק את הפרקטיקה הפסולה), וממחיר המילוי שם בהשוואה למחיר המילוי בישראל. מר שרון מוסיף ומתייחס למחיר שמוצע לאחרונה על ידי מתחרה חדש בשוק הישראלי, חברת סופר סודה, ולעלות של מילוי המיכל. על בסיס כל אלה, הוא מגיע למסקנה כי נגרם לציבור נזק בהיקף של כשמונה מיליון ש"ח בכל שנה (עמוד 24 לחוות הדעת).
81. לסיכום, המשיבה מנצלת לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק מכשירי ההגזה. היא קושרת בין רכישת מכשיר ההגזה לבין מילוי הגז לאחר הרכישה. התנהלות ארוכת שנים זו של המשיבה הביאה לחסימת תחרות, ולהשגת מעמד מונופוליסטי בשוק מילוי הגז, בניגוד לדין.
- חלק שביעי - המשיבה מנצלת את כוחה בשוק מילוי הגז וגובה מחיר מופרז על המילוי**
82. סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית אוסר על בעל מונופולין לקבוע מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים. האיסור מתייחס הן למחיר נמוך, שנועד לדחוק מתחרים (מחיר טורפני), והן למחיר גבוה, שפוגע ישירות בצרכנים (מחיר מופרז). ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (טרם פורסם, 16.6.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן: עניין גפניאל) (בקשת רשות ערעור טרם הוכרעה - ע"א 1248/19); וכן ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017) (להלן: עניין ויינשטיין).
83. ניתן למצוא לגישה זו סימוכין בפסיקת בית המשפט העליון. ראו רע"א 1361/18 אסם השקעות בע"מ נ' סורוקר (פורסם בנבו, 26.6.2018); רע"א 10170/16 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' המועצה הישראלית לצרכנות (פורסם בנבו, 7.4.2017); רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' זליכה (פורסם בנבו, 29.3.2016) (להלן: עניין זליכה). עם זאת, למען ההגינות המלאה, בית המשפט העליון טרם הכריע במישרין בסוגיית קיומה של עילת תביעה בגין מחיר מופרז.
84. ככלל, ניתן לומר כי מחיר מופרז הוא מחיר הגבוה באופן משמעותי מן המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות - עניין צדוק, פסקה 25; גילוי דעת 1/17. מוכרים שלושה מבחני עזר לזיהוי מחיר מופרז - מבחן עלויות הייצור, השוואת הרווחיות למקובל בענף, והשוואת מחיר המוצר למחיר של מוצרים מתחרים, למחיר בשווקים גיאוגרפיים אחרים ולמחירים בתקופות אחרות. ראו עניין זליכה, פסקה 12; רע"א 2616/03 ישראל כרטיס בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 712-713 (2005); עניין צדוק, פסקה 39; עניין גפניאל, פסקה 36; גילוי דעת 1/17.

85. מר שרון אמד את הנזק, תוך התייחסות למצב הדברים בגרמניה, למחיר שמוצע על ידי מתחרה חדש בישראל ולעלות המילוי. מר שרון הגיע (תוך אימוץ הנחות מחמירות), לכך שעלות המילוי עומדת על כ-21 ש"ח לכל היותר, בעוד שנגבה סכום של כ-57 ש"ח לכל הפחות. המסקנה ברורה – "זוהי לא רק השלכה של ההתנהלות האנטי-תחרותית של סודהסטרים, אלא גם ראייה ברורה לגביית מחיר מופרז" (עמוד 21 לחוות הדעת).

86. לסיכום חלק זה, המשיבה, כבעלת מונופולין מנצלת לרעה את מעמדה וגובה מחיר מופרז עבור המילוי.

חלק שמיני - הסעדים בתובענה הייצוגית

87. עילות התביעה מקימות לחברי הקבוצה זכאות לסעדים שנזכרים בפתח בקשת האישור.

89. בהתייחס לחלק מעילות התביעה, אין צורך להראות נזק. חברי הקבוצה זכאים להצהרה לפיה הסדרי הרישון אינם מחייבים אותם, ללא קשר לנזק. אם ייקבע שהסדרי הרישון מהווים חלק מהחווה, יש לבטלם בהיותם תנאים מקפחים בחוזה אחיד, גם זאת ללא קשר לנזק. את מעשה ההטעייה יש לרפא, גם זאת ללא קשר לנזק. די בכך שהמעשה עלול להטעות (סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן). אותם דברים נכונים ביחס לניצול לרעה של מעמד על ידי בעל מונופולין - "באופן העלול להפחית ... או לפגוע ... " (סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית).

90. מכל מקום, חוות הדעת קובעת כי נגרם לחברי הקבוצה נזק משמעותי. הוא מתבטא במחיר המילוי.

91. לפי הערכת המומחה מר שרון, הגביה העודפת של המשיבה, עומדת על כשמונה מיליון ש"ח בכל שנה (עמוד 21 לחוות הדעת). זהו אמדן שהוגש לצורך שלב זה בלבד. במהלך ניהול התביעה אמדן הנזק ייבחן שוב.

92. עוד למען הזהירות, לצורך קבלת בקשת האישור, אין צורך למצות את הדיון בנושא הנזק. בעניין HP נקבע כי "... הדיון בשלב בקשת האשור מתמקד בשאלת העילה הקבוצתית, כאשר שאלת הסעד מקבלת התייחסות ראשונית בלבד ... השאלה מהו היקף הנזק שנגרם, כיצד לתמחר אותו, וכיצד לפצות בגינו את חברי הקבוצה, הקבוצה בכללותה או הציבור היא עניין אותו יש לבחון בשלב הדיון בתובענה גופה..." (פסקאות 29-30). בקשת רשות ערעור על ההחלטה התקבלה בחלקה, מטעמים שאינם רלוונטיים לענייננו – רע"א 5119/17.

93. בהתאם לתקנות 2(א)(11) ו-2(א)(12) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקשים עותרים לקבוע גמול בשיעור של 10% משווי ההטבה לציבור ושכר טרחה בהתאם לשיעורים שנקבעו בע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012).

חלק תשיעי - מתקיימים כל התנאים לאישור התביעה כייצוגית

94. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". בקשת אישור זו מוגשת בהתאם לפרטים 1 ו-4 בתוספת השניה - "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"; וכן – "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית".

95. המבקשים אוחזים בעילת תביעה אישית, כנדרש לפי סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות. בשנת 2018 או סמוך לה מבקש מס' 1, מר אסף פינק, רכש מכשיר הגזה של המשיבה, שכלל מיכל גז. כל אימת שאוזל הגז במיכל, המבקש מחליף אותו במיכל אחר. הוא עושה כן הן באמצעות אתר האינטרנט של המשיבה, והן בסניף של רשת שיווק הקרובה למשרדיו. בשנת 2017 או סמוך לה מבקש מס' 2, מר יוסף גיא, רכש מכשיר הגזה של המשיבה, שכלל מיכל גז. כל אימת שאוזל הגז במיכל, מר גיא מחליף אותו במיכל אחר.

קבלות בגין החלפת מיכלי גז מצורפות לבקשת אישור זו כנספחים 13 ו-14.

96. המשיבה פועלת כלפי כל חברי הקבוצה באותו אופן. היסודות המשותפים למבקשים וליתר חברי קבוצת התובעים מהווים המרכיב העיקרי, אם לא הבלעדי, בהתדיינות זו. הראינו אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה. הנזק מפוזר על פני מספר רב של חברי קבוצה. כל אחד מהם ניצב בפני קושי לנהל הליך. גם מנקודת המבט של מערכת בתי המשפט, יעיל לברר את העניין במאוחד. עניינם של כלל חברי הקבוצה מיוצג ומנוהל על ידי המבקשים ובאי-כוחם, בדרך הולמת ובתום לב. על כן, כל התנאים לאישור התביעה כייצוגית, הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, מתקיימים.

חלק עשירי - תביעות קודמות שהוגשו נגד המשיבה

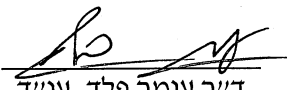
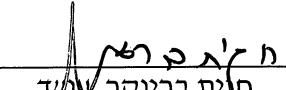
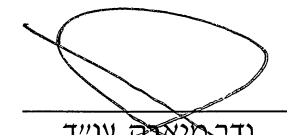
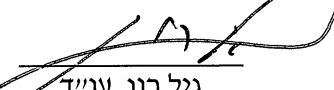
97. עניין און הצפון עסק בתביעה של מתחרה נגד המשיבה, בגין שקר מפגיע ועשיית עושר ולא במשפט. נקבע כי "טרונייטה האמיתית של און הצפון אינה נוגעת לעניין ההטעה, אלא ... היא נוגעת לעניין הניסיון [...] למנוע תחרות חופשית ... אפשר גם אפשר, כי יש יסוד לטרוניה זו בדבר הגבלת חופש התחרות באמצעות תניה לשימור הבעלות. אולם, מקומה הראשוני של שאלת התחרות החופשית אינו במישור המשפט הפרטי, אלא בתחום חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 ... זאת ועוד אחרת, אם יתברר כי שימור הבעלות הוא בבחינת תנאי מקפח במובן חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982, הרי קיימות דרכים לביטול תנאי זה או לשינויו, הכול בהתאם להוראות חוק זה" (עניין און הצפון, פסקה 20 לחוות הדעת של השופט אנגלרד).

98. מספר שנים לאחר מכן, הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבה. התביעה אושרה, ורעור על כך התקבל. בית המשפט העליון קבע כי " ... נוטה הייתי להחזיר את ההליך שלפניי לבית-המשפט המחוזי, אילו התרשמתי, שבכתב-תביעתה ובבקשתה לאישור הגשת התביעה כתובענה ייצוגית, הניחה המשיבה תשתית עובדתית ומשפטית המבססת לכאורה כראוי את עילת הקיפוח, וכן הקימה יסוד סביר להנחה שהיא מייצגת בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים על הקבוצה שבשםם ביקשה רשות לתבוע. אך לא אלה הם פני הדברים ... ככל שעילת הקיפוח מצדיקה הגשת תובענה ייצוגית, אין בהחלטה זו כדי למנוע מציבור הצרכנים להגישה" - רע"א 6164/99 סודה קלאב בע"מ נ' רמות, פ"ד נה(1) 412 (1999). טעמים אלה, שנוגעים להתנהלות בעל הדין באותו הליך, ודאי לא חוסמים את הדיון בבקשת אישור זו.

99. עולה מכך כי זכויות הצרכנים טרם הוכרעו בהליכים שהתקיימו בעבר. מאז חלפו למעלה משני עשורים. המשיבה לא שינתה מהתנהלותה. עלה בידיה לדחוק מן השוק מתחרים, על ידי סדרת מעשים פסולים. יתרה מכך, במהלך השנים חלו התפתחויות רבות בתחום הגנת הצרכן ובתחום התחרות הכלכלית. הולכת וגוברת ההכרה בזכויות הצרכנים בתחומים אלה. הגיעה העת לממש את זכויותיהם כלפי המשיבה.

חלק אחד עשר - סוף דבר

100. בקשה זו נתמכת בתצהירי המבקשים, וכן בחוות דעת כלכלית של מר שרון.
101. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, ולהורות כמבוקש בפתח הבקשה. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.

ד"ר עומר פלד, עו"ד חגית ברינקור, עו"ד נדב מיצרחי, עו"ד גיל רון, עו"ד

גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
באי-כוח המבקשים