



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

תאריך: 09/07/2007

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

בעניין: שטראוס עלית בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ניב זקלר ועו"ד שרון מרקוביץ העוררת

נ ג ד

הממונה על הגבלים עסקיים
ע"י ב"כ עו"ד נאוה קרואני ועו"ד יאירה פרנקל המשיבה

פסק דין

1. ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) להכריז על עלית תעשיות בע"מ (היום - שטראוס עלית בע"מ; להלן: עלית) כעל בעלת מונופולין בתחום אספקת הקפה השחור (להלן: ההכרזה).

2. ההכרזה הוצאה ביום 22.3.04 על-ידי הממונה דאז, דרור שטרומ, ובה צוינו שלושה סוגי קפה עיקריים: "קפה טורקי קלוי וטחון (לעיל ולהלן: "קפה שחור")", קפה נמס (שוק בו מוכרזת עלית כמונופול משנת 1989) וקפה אספרסו. הממונה הבחין בין שלושת סוגי הקפה הנזכרים בהתבסס על הליך הייצור שונה של המוצר הסופי; אופן ההכנה (הכנת קפה נמס וקפה שחור "הם תהליכים פשוטים, יחסית, שאינם דורשים ציוד מתוחכם וניתנים להכנה בכל בית"); ומאפייני הצריכה (צריכה ביתית של קפה שחור וקפה נמס למול צריכת קפה אספרסו, שעיקרה מחוץ לבית). הממונה הוסיף וציין, כי העובדה שעלית כבר הוכרזה בעבר כמונופול בשוק אספקת הקפה הנמס, מלמדת כי שוק הקפה השחור הוא שוק נפרד משוק הקפה הנמס, ואולם הוסבר כי לאור מועדה של ההכרזה אודות הקפה הנמס (שנת 1989) הורה הממונה למחלקה הכלכלית ברשות "לבצע בדיקה כלכלית עצמאית הנוגעת לאספקת הקפה השחור ולמידת התחליפיות שבין הקפה הנמס וקפה האספרסו לבין הקפה השחור. בדיקה זו העלתה [כך על-פי ההכרזה], כי לא מתקיימת תחליפיות ישירה



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

ומשמעותית בין סוגי הקפה השונים". עוד ציין הממונה, כי הנתונים שנאספו ברשות ההגבלים מצביעים על כך שבשנת 2002 נסחר הקפה השחור בישראל בהיקף של כ- 5,700 טון וכן כי עלית מחזיקה בנתח של כ- 70% משוק זה. על יסוד דברים אלה הכריז הממונה על עלית כעל בעלת מונופולין באספקת הקפה השחור.

3. עלית עוררת על ההכרזה. נימוק הערר העיקרי מתייחס לאופן הגדרת השוק. לטענת עלית הגדרת השוק שבה נקט הממונה מקיפה עשרות יצרנים ובתי קלייה המספקים קפה שחור לצרכנים. עלית הסבירה, כי אספקת הקפה לאוכלוסיה הלא-יהודית המתגוררת בתחומי מדינת ישראל (מוסלמים, נוצרים ודרוזים) מתבצעת בעיקרה באמצעות בתי קלייה פרטיים, ואולם הממונה התעלם מכל אלה בבדיקתו. לשיטתה של עלית, אם מביאים בחשבון את כלל אספקת הקפה השחור לכל האוכלוסייה המתגוררת בתחומי המדינה, היקפו המוערך של שוק הקפה השחור בישראל הוא כ- 9,000 טון בשנה, וחלקה של עלית מכלל האספקה נופל משיעור המונופולין הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

4. בתשובה לערר הועלתה לראשונה על-ידי הממונה הטענה, כי קיים סוג נוסף של קפה, המכונה "קפה לבישול", אשר אינו מהווה תחליף ישיר ומשמעותי לקפה שחור מן הסוג המיוצר על-ידי עלית, ולכן אינו נכלל בשוק המוצר הרלוונטי להכרזה. ב"כ הממונה מציינת בתשובה (בפסקה 27), כי:

"קפה לבישול הינו קפה המיוצר מקלייה חזקה וטחינה גסה יחסית של פולי קפה ירוקים והוא נושא שורה של מאפיינים המוציאים אותו משוק המוצר הרלוונטי, כפי שיפורט בהמשך. קפה לבישול נצרך על-ידי חלקה המכריע של האוכלוסייה הלא-יהודית בישראל ובלשון המדוברת מכונה לעיתים 'קפה ערבי'".



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

ב"כ הממונה הוסיפה, כי יתכן שקפה לבישול מכונה בלשון העממית 'קפה שחור', אך שורה ארוכה של סממנים מצביעים על כך שהשחקנים בשוק הקפה השחור פועלים במנותק מהשחקנים בשוק הקפה לבישול ואינם רואים בהם מתחרים. ב"כ הממונה אף טענה, כי גם לפי הגדרת השוק הרחבה, הכוללת את מוצרי הקפה לבישול, אוחזת עלית בנתח שוק הגדול ממחצית. ואולם, לביסוס טענה זו לא הובאו נתונים כלשהם, שכן בחינת נתחי השוק על-ידי הממונה נעשתה רק ביחס למוצרים שהוגדרו על-ידו בעת ההכרזה כמוצרי 'קפה שחור'.

5. בעקבות האמור בתשובה, ביקשה עלית לבטל את ההכרזה, בטענה שהאבחנה שערך הממונה בין קפה לבישול לבין קפה שחור איננה משתקפת בהכרזה, והיא באה לעולם רק בתשובה לערר. ואולם, מכיוון שההכרעה בשאלת הגדרת השוק בו עוסקת ההכרזה, ובפרט בשאלה האם המוצר המכונה על-ידי הממונה 'קפה לבישול' נכנס להגדרת המוצר 'קפה שחור', דרשה בחינה מעמיקה של טענות הצדדים ושל חומר הראיות, דחיתי את בקשת עלית לביטול ההכרזה "על הסף".

עתה, לאחר שמיעת הראיות, הגיעה השעה להכריע בשאלות אלה.

לפי הסמכות המסורה לי בסעיף 33 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק או חוק ההגבלים), ובהסכמת הצדדים, הוריתי כי הדיון בתיק יתקיים בפני בדין יחיד, מתוך הערכה שהשאלות העולות על הפרק אינן מורכבות מהבחינה הכלכלית והמשפטית.

פועלה של הכרזה על מונופולין

6. סעיף 26(א) לחוק ההגבלים קובע כך:



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43(א).

הגדרה זו מורכבת משני חלקים: האחד הוא, הגדרה מהותית מהו מונופולין. החלק השני עוסק בסמכות ההכרזה של הממונה על קיום מונופולין, בהיבטי פרסומה, במשמעותה ובתקיפתה.

7. מבחינה מהותית, בחר המחוקק הישראלי להגדיר מונופולין באמצעות מבחן כמותי, שלפיו שליטה ביותר מ-50% מאספקת הנכסים בשוק מסויים בידי גורם אחד, יוצרת מונופולין. בהצעת החוק הוסבר, כי "במשך השנים התברר כי שיעור של מעל 50% מכלל ההספקה או הרכישה בשוק מתאים לבטא שליטה בשוק הישראלי, ולכן ניתן לקבעו בחקיקה ראשית" (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 41). המחוקק קבע אפוא חזקה, לפיה גורם המחזיק בידיו נתח של 50% מהשוק הוא בעל שליטה בשוק (ה"ע (ירושלים) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, תק-מח 2000 (2) 9044, ע' 9065). שליטה כזו מכונה בז'רגון המקצועי 'כח שוק'.

8. חלקו השני של סעיף 26(א) לחוק מקנה לממונה סמכות מינהלית להכריז על קיומו של מונופול. סמכות זו היא ייחודית לדין הישראלי. סעד דומה איננו קיים בדיני ה-Antitrust האמריקניים ולא בדיני התחרות האירופאים (ראו: יצחק (צחי) גור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שלישית, 2002) 553). ההכרזה על אדם כבעל מונופולין איננה משנה, כשלעצמה, את מעמדו של בעל המונופולין, ואף אינה



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

מטילה עליו חובות (ראו: בג"צ 326/96 כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד 51 (133, 154). פועלה של ההכרזה על מונופולין הוא דקלרטיבי, דהיינו; קיומו של מונופולין נגזר מהתמלאות התנאים הקבועים בחוק, ואינו מותנה בהכרזה (ראו: ה"ע (ירושלים) 7/95 בזק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים-מחוזי לב(1) 66, פסקה 6; להלן: עניין בזק). עם זאת, הכרזה משמשת ראיה לכאורה בכל הליך משפטי לכך שהמוכרז הוא בעל מונופולין (ראו: סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים).

9. קיומו של מונופולין אינו אסור אמנם בחוק, אך החשש מפני פגיעה בתחרות או בציבור בשל ריכוז כח שוק בידי גורם אחד, הביאו לקביעת כללי התנהגות בחוק ההגבלים לגבי בעל מונופולין, המגבילים את חופש העיסוק שלו, בין השאר, כדי לחזק מולו את כושר התחרות של מתחריו. חלק מהכללים הקבועים בחוק חלים על מונופולין באשר הוא (סעיפים 29 ו-29א לחוק) וחלקם מותנים בהפעלת סמכות מינהלית מצד הממונה (סעיפים 27 ו-30 לחוק) או סמכות שיפוטית של בית הדין (סעיף 31 לחוק). השיקול המנחה בכל המקרים הוא חשש מפני הפחתת התחרות בעסקים או מפני פגיעה בציבור (ראו: עניין בזק, פסקה 8).

10. מהאמור לעיל נובע, שההכרזה על מונופולין איננה מותנית בהוכחה כי אותו מונופולין גורם, בפועל או בכח, פגיעה בתחרות או נזק לציבור. שיקול זה יובא בחשבון בשלב בו יתבקש בית הדין או בית המשפט לנקוט צעדים כנגד בעל המונופולין. ואולם, מאחר שנקודת המוצא היא שעצם קיומו של המונופולין טומן בחובו פוטנציאל לגרימת נזקים לציבור, הורה המחוקק על נקיטת צעדים מקדימים, בדמות ההכרזה, המכשירים את הקרקע לנקיטת פעולה נגד המונופולין, כאשר יגיע המועד לכך.

11. שילובה של ההגדרה המהותית למונופולין, המסתפקת בנתון אודות נתח שוק העולה על 50% כראיה לקיומו של כח שוק, עם סמכותו של הממונה להכריז על



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

קיומו של מונופולין, על יסוד ההנחה כי קיומו של מונופולין (דהיינו; החזקה בנתח שוק של 50%) טומן בחובו סכנה אינהרנטית לפגיעה בתחרות ובציבור, ממקדים את תשומת הלב בשלב המקדמי על הגדרת השוק הרלוונטי. על יסוד הגדרה זו ייקבע נתח השוק בו מחזיקה הפירמה הנבחנת - נתון אשר ממנו תיגזר התשובה לשאלה האם אכן מדובר במונופול.

הגדרת השוק

12. הגדרת תחומיו וגבולותיו של השוק הרלוונטי היא צעד ראשון בבחינת קיומו או העדרו של כל הגבל עסקי ומונופולין בפרט. רק לאחר הגדרת שוק זה, ניתן לעבור לחלקה השני של הבדיקה ולבחון את השאלה האם אותו גוף מחזיק בידיו יותר ממחצית מאספקת הנכסים בשוק שהוגדר. המונחים 'שוק' או 'הגדרת שוק' אינם מוזכרים או מוגדרים בחוק. כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006 (להלן: הכללים) קובעים כי "שוק מוצר" הוא "קבוצת הטובין התחליפיים". טובין תחליפיים מוגדרים כ"קבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגאוגרפי". הגדרות אלה מקיפות שניים מבין שלושת הרכיבים, אותם נהוג לראות כרכיבים המצטברים שבאמצעותם מוגדר שוק (ראו: Herbert Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice** (3rd ed. 2005), 84-85; יגור, 115) והם:

- א. שוק המוצר;
- ב. השוק הגיאוגרפי;
- ג. חסמי כניסה לשוק (barriers to entry).

13. מוקד הבדיקה בענייננו מצוי ברכיב הראשון – תיחום שוק המוצר. ביחס לשני המרכיבים הנוספים יוער בקצרה, כי בנסיבות המקרה אין מחלוקת כי השוק



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

הגיאוגרפי הרלוונטי הוא כל שטחה של מדינת ישראל (הכרזה, ע' 6), ואין גם מחלוקת שמרביתו המוחלט של ייצור הקפה השחור נעשית בשטח המדינה (ערר, ס' 41). באשר לשאלת התחליפיות מצד ההיצע, החופנת בחובה את שאלת קיומם של חסמי הכניסה לשוק, קבע בית הדין בעבר, כי "טענה זו איננה נוגעת לשלב ההכרזה על המונופולין, והיא תבוא לדיון, אם בכלל, בשלב שבו יתבקש בית הדין ליתן הוראות שמטרתן למנוע או להקטין את פגיעתו של המונופולין בתחרות" (ראו: עניין בזק, פסקה 28). בית הדין הסתמך על כך שהגדרת המונופולין שבחוק מתייחסת לשוק הקיים בעת ההכרזה, ואיננה מתייחסת לנכסים או לשירותים פוטנציאליים שאינם מסופקים או נרכשים בשוק והעומדים בעמדת איום כניסה לשוק. ומכאן, שקיומם או העדרם של חסמי כניסה לשוק יובא בחשבון בעת הפעלת שיקול הדעת (המינהלי או השיפוטי) ביחס להחלת כללי ההתנהגות כלפי בעל המונופולין, אך לא בשלב המקדמי של ההכרזה.

14. הגדרת שוק מוצר כוללת את אותם מוצרים שהם תחליפיים במידה קרובה מספיק למוצר נשוא ההכרזה, כך שהעלאת מחירו של מוצר זה תביא למעבר קונים למוצרים תחליפיים, ועקב כך להפחתת הכמות הנמכרת ממנו, באופן שייפגע ברווחיו של הספק (ראו: ה"ע (ירושלים) 3/97 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2001 (3) 39047). בית המשפט העליון עמד על כך בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213, כאשר קבע כי:

עיקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, על פיו פירמה צוברת כוח עוצמה ושליטה בשוק מסויים, מקום בו יכולה היא להעלות את המחיר או להקטין את היצע המוצר מבלי שהביקוש למוצר ירד. מצב כזה יתכן, לרוב, כל עוד העלאת המחיר או הקטנת ההיצע אינם גוררים מתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף הרלבנטי, או



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחלופי, תוך הורדת
הביקוש למוצר המסויים בו הועלה המחיר, או הוקטן ההיצע,
והחזרת מחירו של המוצר לשיווי משקל תחרותי.

15. המבחן העיקרי שהוזכר בפסיקה למדידת תחליפיות הוא מבחן גמישות המחיר הצולבת (cross - price elasticity). מבחן זה בודק האם העלאה מתונה במחיר של מוצר מסויים תהא כדאית עבור יצרן, או שמא בעקבות זאת יפסיקו צרכנים לרכוש את המוצר שמחירו עלה ויחליפו אותו במוצר אחר (Hovenkamp, 103). ההנחה היא, שאם בתגובה לעליית מחיר מתונה בשיעור של 5%-10% תעבור כמות גדולה של רוכשים לרכוש מוצר חלופי, בהיקף רחב מספיק כך שליצרן לא כדאי יהיה להעלות את המחיר, אזי מדובר במוצרים בעלי תחליפיות גבוהה, השייכים לאותו שוק.

16. יישומו של מבחן גמישות הביקוש הצולבת זכה לביקורת כלכלית נרחבת בספרות, וכן אף לכינוי: 'The Cellophane Fallacy', וזאת בהתייחס לפסק הדין האמריקני שעסק בהגדרת שוק הצלופן באופן שגוי על-יסודו (U.S. v. E.I. du Pont, 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994 (1956)). הביקורת נסמכת על ההבנה שגם יצרן בעל כח שוק אינו יכול להעלות את מחיר המוצר אותו הוא מוכר ללא גבול. קיים מחיר מונופוליסטי אופטימלי, שבו מפיק המונופול את הרווח המקסימלי האפשרי. דרישת מחיר העולה על המחיר המונופוליסטי האופטימלי, תביא להקטנת הביקוש למוצר ולגריעה מרווחי המונופול. לפיכך, הפעלת מבחן גמישות הביקוש הצולבת במצב בו מונופול מפעיל כח שוק וגובה את המחיר המונופוליסטי האופטימלי, תוביל למסקנה שגויה: העלאה של המחיר בשיעור מתון של 5%-10% אכן תביא למעבר משמעותי של צרכנים לרכוש מוצר אחר. אולם ברור שאין הדבר מצביע על היעדר כח שוק, אלא דווקא על הפעלת מלוא כח השוק בטרם הבחינה



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

תאריך: 09/07/2007

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

האקונומטרית של גמישות הביקוש הצולבת. עמד על כך Hovencamp בציינו (ע')
:(105

Every seller, whether monopolist or competitor, sells its output in the high elasticity region of its demand curve. That is to say, every seller sets as high a price as it can without losing so many customers that the price increase is unprofitable. To say it another way, the monopolist that is not pricing at a level where the elasticity of demand is high is probably not maximizing its profits, and we would ordinarily regard such behavior as irrational. High cross-elasticity of demand at the current market price is simply evidence that the seller could not profitably charge an even higher price.

מבחן גמישות הביקוש הצולבת מוזכר אמנם בהנחיות רשויות ההגבלים האמריקנית לעניין מיזוגים (ראו: US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 1992), ואולם, השיקולים המנחים את אופן הגדרת השוק לעניין מיזוג הם שיקולים הצופים פני עתיד, ובגדרם נבחנת השאלה האם המיזוג צפוי להוביל ליצירת מונופול היפותטי שיוכל להעלות את מחיריו באופן אפקטיבי. שיקולים אלה שונים מהשיקולים המתווים את הגדרת גבולותיו של השוק הקיים בעת הבדיקה, לצרכי הכרזה על מונופולין, כאשר הנחת



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

היסוד היא כי המונופול הנטען כבר מפעיל כח שוק (Richard Whish)
Competition Law (5th ed., 2005) 31; Valentine Korah **EC**
104 (8th ed., 2004) **Competition Law and Practice**).

עמדה על כך גם ב"כ הממונה, כאשר ציינה בסיכומיה (ע' 45) כי "המלומדים הצביעו על כך שיש ערך מועט, אם בכלל, בניסיון לתחום שוק רלוונטי תוך שימוש במבחן "מה יארע במידה ויעלו המחירים", כיוון שיתכן שהמחירים כבר ממילא גבוהים מהמחירים שנקבעים בתנאי תחרות". ב"כ הממונה ייחסה אמנם את הקושי המוזכר רק למבחן תחליפיות ההיצע, ברם הדברים האמורים תקפים לכל ניסיון לתחית גבולותיו של שוק באמצעות מבחן גמישות המחירים הצולבת בשוק שבו יש חשש כי כבר מופעל כח שוק על-ידי פירמה מסוימת. ב"כ הממונה הפנתה אף היא בסיכומיה למספר אסמכתאות שעניינן "דיון בשגיאה שבהסתמכות על דפוסי ביקוש קיימים, בהינתן אפשרות כי לחברה הנבדקת כוח שוק" (ע' 43).

17. חלף השימוש במבחן האקונומטרי של הגמישות הצולבת, אומצו אמות מידה פרקטיות לבחינת התחליפיות. בין אמות מידה אלה ניתן למנות את הנתונים הפיזיים - אובייקטיביים של המוצרים; שימוש בטכנולוגיה דומה; בחינה פונקציונלית של הייעוד והשימוש שנעשה במוצרים; מחיר המוצרים; הפרספקטיבה בקרב בנפשות הפועלות בשוק; מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; וכן גם מאפיינים אחרים של המוצרים המצביעים על מידת התחליפיות ביניהם (ראו: ערר (ירושלים) 10,11/99 תבל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 20.9.04); ה"ע (ירושלים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2003(2) 5587).

הנטל להוכחת התחליפיות בנסיבותיו של המקרה שבפני



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

18. הצדדים הקדישו חלק נרחב מסיכומיהם לבחינתן של אמות המידה לבחינת התחליפיות, תוך שהם מתייחסים לסוגיית הנטל להוכחתן. לאחר שבחנתי את עובדות המקרה, לא מצאתי כי הסוגיה הכללית של נטל ההוכחה בערר על החלטת הממונה - סוגיה אשר הושארה בצריך עיון בפסיקת בית-המשפט העליון (ראו: ע"א 2247/95 תנובה, בע' 231; ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, תק-על 2006(4) 3300 (להלן: עניין דור אלון)) - מצריכה את הכרעתי. זאת כיוון שנסיבותיו הספציפיות של המקרה שלפני מובילות למסקנה שבמקרה זה הנטל להוכחת התחליפיות מוטל על כתפי הממונה. להלן יפורטו את הטעמים שהובילוני למסקנה זו.

19. בעניין דור אלון נקבע, כי אף שהיקף התערבותו של בית הדין בהחלטות רשות ההגבלים העסקיים (להלן: הרשות) רחב יותר מן המקובל בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בעתירות מינהליות, הרי שהחלטת הממונה צריכה להוות בסיס ונקודת מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, תוך שההנחה היא כי על ההחלטה חלה חזקת התקינות. בית המשפט העליון הוסיף כי:

"במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט...

על רקע דברים אלה, הדעת נותנת, כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה...



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתיחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי."

ואכן, בטרם ההכרזה על עליית כעל מונופולין נערכו בדיקות כלכליות מטעם הרשות, שמטרתן הייתה לתחום את שוק המוצר הרלוונטי. מוקדן של בדיקות אלה היה בחינת התחליפיות שבין הקפה הנמס וקפה האספרסו לבין הקפה השחור (ראו: ע' 4 להכרזה). הממונה סקר את האינדיקציות השונות המובילות למסקנה כי שוק הקפה השחור מובחן משוק הקפה הנמס וקפה האספרסו (ע' 5 להכרזה). ההכרזה, אשר כאמור ביחס אליה חלה חזקת התקינות, אינה מזכירה ולו במילה אחת קיומו של שוק נוסף נטען, הוא שוק ה'קפה לבישול'. מצד הממונה גם לא נטען שקיומו ומאפייניו של שוק ה'קפה לבישול' נבחנו בטרם ההכרזה. במהלך החקירה הכלכלית שקדמה להכרזה, ביקש הממונה, במסגרת "בדיקת תחום הקפה", משחקנים שונים למסור לו נתונים אודות היקף המכירות השנתי הארצי בתחום "קפה טורקי קלוי וטחון, אספרסו טחון, קפה פילטר, פולי קפה קלויים לאספרסו, קפה נמס, קפה עבור שימוש במכונות קפה אוטומטיות (במידה וסוג זה אינו נכלל באחת הקטגוריות הקודמות", וכן ביקש הוא מאותם שחקנים לפרט מי הם היצרנים והמשווקים הפועלים בישראל בכל אחת מהקטגוריות (ראו מכתב מיום 13.4.2003, נספח י"ח לתגובה המקדמית מטעם העוררת לתשובת הממונה). הממונה לא ביקש ולא אסף נתונים אודות היקף המכירות או זהות השחקים בתחום ה'קפה לבישול'. מאחר שאין מחלוקת שסוג הקפה המוגדר על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' מהווה חלק מהתחום הרחב המכונה "תחום הקפה", הרי שברור ומובן כי הנתונים שנדרשו ונאספו על-ידי



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

הממונה טרם ההכרזה אינם יכולים לבסס אבחנה כלשהי בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'.

דברים אלה היו ברורים, כפי הנראה, גם לממונה. לכן, במהלך פרק הזמן שבין מועד הגשת הערר על ההכרזה (22.3.04) לבין מועד הגשת תשובת הממונה (27.5.04), נערך איסוף של נתונים נוספים, שמטרתו הברורה הייתה לבסס את האבחנה הפנימית הנטענת בתוך שוק הקפה הטורקי הקלוי וטחון, בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'. כך, במכתב מיום 4.4.04 (נספח י"ב לתגובה המקדמית מטעם העוררת לתשובת הממונה) ביקש כלכלן מטעם הרשות משחקנים בתחום הקפה, בין היתר, נתונים בדבר הבדלים בצריכת הקפה בין קפה שחור הנצרך על-ידי תושבי המגזר הערבי לבין זה הנצרך על-ידי תושבי המגזר היהודי, ובכלל זאת התבקשה התייחסות להבדלים בעובי הטחינה, טעם הקפה, אופן ההכנה ואופן המכירה. כן נתבקשו השחקנים להעריך מהו סך אחוז הקפה שהוגדר על-ידי הממונה כ'שחור' (עלית, לנדור, רג'ואן, ויסוצסקי וושקביץ) הנמכר במגזר הערבי, ומהו סך אחוז הקפה מתוצרת יצרני קפה מהמגזר הערבי שנמכר במגזר היהודי. בנוסף, נתבקשו השחקנים בתחום הקפה להעריך מה היה המחיר הממוצע של 1 ק"ג קפה שחור הנמכר במגזר הערבי בשנים 2001 ו-2002. איסוף נתונים אלו היה נחוץ לממונה לשם ביסוס האבחנה, שאין חולק כי לא נטענה, לא נבדקה ולא בוססה טרם ההכרזה, בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'. אבחנה זו נועדה לבסס, בדיעבד, את עמדת הממונה בהכרזה, שנסמכה על תשתית עובדתית שונה בתכלית.

20. לפיכך, באשר לשוק הנטען של 'קפה לבישול' נקודת המוצא היא מיוחדת: ביחס אליו לא ניתן לומר שנאספו על-ידי הממונה טרם שקיבל החלטתו נתונים עובדתיים, שיש לייחס להם משקל רב. ביחס לשוק זה גם לא ניתן לומר כי הופעל מיטב שיקול הדעת המנהלי קודם לקבלת החלטת הממונה. אמת, הופעל שיקול דעת כזה לאחר ההכרזה, אך ספק בעיני אם במקרה כזה חוסה שיקול הדעת של הממונה



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

תחת מטריית חזקת התקינות. כאשר רשות מינהלית כלשהי מבצעת בדיקה שתוצאתה ידועה מראש - הצדקת ההחלטה שנתקבלה על-ידי אותה הרשות בשלב מוקדם יותר - נפגם שיקול דעתה. דברים אלה אין משמעם כי הממונה אינה רשאית להוסיף ראיות או הנמקות נוספות לביסוס ההחלטה המקורית בגדרו של הליך ערר. ברי, כי פירוט עמדת הממונה נדרש לשם פרישת מלוא התשתית הנחוצה להכרעה בערר. ואולם, יש להבחין בין הראיות והטענות המצדיקות ומבססות דבר מה המצוי בהחלטת הממונה, ולו ברמז, לבין כאלה שנועדו לבסס טענה חדשה, קו מחשבה שלא נבדק ולא נטען בהחלטה המקורית.

יתרה מזאת, גם אמינותם ומהימנותם של נתונים הנאספים ממתחרים של גורם שהוכרז זה מכבר כמונופול, כאשר ברור לכל שהנתונים נדרשים לצורך הליך משפטי הקשור בהכרזה, פחותות. לכך הסכים גם הכלכלן מטעם הרשות כאשר הסביר בחקירתו, כי עדויות שנמסרות כאשר המטרה שלשמן הן נמסרות ברורה וידועה הן "פחות חשובות" (פרו' מיום 8.5.06, ע' 28). האינטרס המסחרי של מתחריה של עלית ברור וידוע - הגבלת כוחה של עלית. במצב כזה, וכאשר איסוף הנתונים נעשה לצורך ביסוס הכרזה על עלית כמונופולין - הכרזה שמשמעותה המסחרית היא הצרת צעדיה של עלית והטלת מגבלות עליה - המשקל שניתן לייחס להערכותיהם של המתחרים הוא קטן. לעניין זה ראו גם את מסמך ההנחיות של ה - International Competition Network (להלן: ICN), בו חברות רשויות תחרות שונות בעולם ובכללן ישראל: Investigative Techniques Handbook for Merger Review (2005) (ע' 23, ע' 49), המציע להתייחס בספקנות לדבריהם של גורמים בעלי עניין בהחלטת רשות התחרות. ודוק: חקירת ההמשך של הרשות לא דרשה ממתחרותיה של עלית רק נתונים יבשים, הניתנים לכימות ולבדיקה, אשר ביחס אליהם מחויבות המתחרות בדיוק ובאמינות. חלק מהמידע שהמתחרות נדרשו למסור הוא בגדר הערכות גרידא. הערכות מבוססות מטבען על הנחות שאינן ברורות, ולכן בגדרן יכולה המתחרה להפריז או להמעיט, בהתאם לאינטרס המסחרי



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

שלה (וראו גם: מסמך ה- ICN, ע' 49). לכן ככלל, משקלן הראייתי של אמירות של מתחרות, שנגבו במועד המאוחר להחלטת הרשות, איננו גבוה, ובמיוחד נכונים הדברים כאשר מדובר בהערכות ולא בנתונים "יבשים".

21. מקובלת עלי טענת ב"כ הממונה, כי נסיבותיו של מקרה זה שונות מהנסיבות בה"ע (ירושלים) 8005/03 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק בע"מ, דינים מחוזי לג (10) 526 (להלן: עניין דובק). שם, הוכרזה דובק כבעלת מונופולין בשוק הסיגריות מייצור מקומי, שעה שלא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי שוק זה לא היה קיים במועד הדיון ואף ספק אם היה קיים בעבר. למרות זאת, התנגד הממונה לביטול ההכרזה, מכיוון שעמד בפני סיום בדיקה שהובילה להכרזה על דובק כעל בעלת מונופולין בשוק אחר – שוק הסיגריות ממיצוב עממי. במצב כזה, נקבע (בפסקה 10) כי:

"אם דובק אינה בעלת מונופולין בשוק נשוא ההכרזה, כי אז יש לבטל את ההכרזה. אין הצדקה להותיר על כנה הכרזה שאינה נכונה, רק משום שהממונה שוקל להכריז על דובק כעל בעלת מונופולין בשוק שונה".

המקרה שלפני שונה ממצב הדברים בעניין דובק, שכן כאן המדובר בהכרזה, שאף כי הוצאה על-ידי הממונה הקודם, הממונה כיום עומדת מאחוריה ואין סבורה כי יש לבטלה. אמת, הממונה מצדיקה את תוקפה של ההכרזה בטענות ובנתונים שלא היו מונחים בפני הממונה הקודם בעת ההכרזה, אלא נאספו לאחריה. במצב כזה נכון לאפשר לממונה להביא את ראיותיה, לשמוע את טענותיה, ולבחון האם יש בהן כדי להצדיק את עמדתה. ואולם, לא ניתן לייחס לנתונים ולטענות שנאספו וגובשו לאחר מועד ההכרזה באופן זהה כמו לנתונים ולטענות שגובשו עובר להכרזה: שיקול הדעת של הממונה הוא שונה; מהימנות הנתונים הנאספים



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

מהמתחרים היא שונה; מסגרת הזמנים המוקצבת דחוקה פי כמה. אכן, אין ספק שההכרזה, חרף כוחה הדקלרטיבי בלבד, מחוללת שינוי במציאות העסקית. משינוי זה לא ניתן ולא ראוי להתעלם.

22. ההתייחסות השונה לנתונים ולטענות של הממונה, שאינם נסמכים על תוכנה הברור של ההכרזה ועל לשונה, ושאינן חולק כי לא היו מונחים בפני הממונה הקודם עת גיבש החלטתו, תבוא לידי ביטוי בנטלי ההוכחה. כאמור, אינני נדרשת להכריע בסוגיה, שאף בית המשפט העליון נמנע מלהכריע בה, והיא השאלה הכללית של נטלי ההוכחה בערר על החלטות הממונה. יחד עם זאת, ומהטעמים שפורטו לעיל, אני סבורה כי הנטל להוכחת טענות שאינן מעוגנות בלשונה או בתוכנה הברור של החלטת הממונה, ראוי שיהיה מוטל על כתפי הממונה.

23. לתוצאה דומה ניתן להגיע גם באמצעות הנמקה המתבססת על נטלי ההוכחה המקובלים במשפט הציבורי. הכלל במשפט הציבורי הוא, כי מתוך חובתה של הרשות המינהלית לנהוג בהגינות ובסבירות נגזרת החובה המוטלת עליה לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית ראויה (ראו: יצחק זמיר הסמכות המנהלית (כרך שני, תשנ"ו) 734). לצורך כך מחויבת הרשות המינהלית לשקוד באופן סביר על איסוף הנתונים, לסווג ולמיין מתוכם את הנתונים הרלוונטיים ולקבוע את העובדות על פי מבחן הראיה המינהלית (ראו: ע"א 2062/02 ארגון הקבלנים והבונים חולון נ' עיריית חולון, תק-על 2004(2) 1991). לעניין זה אמר השופט אור בבג"צ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מד(2) 601, 606:

כשמסתבר שהחלטה מבוססת הייתה - ולו בחלקה - על עובדות שאינן נכונות, קמים ועולים החשש והספק שמא אם היה יודע המשיב את העובדות לאמתן - והמדובר בשוני עובדתי משמעותי - יתכן ולא היה מגיע להחלטה אליה הגיע.



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

לכן הכלל הוא, כי כל עוד לא הראה העותר קיומו של פגם לכאורי כנטען על ידו, תוכל הרשות המנהלית להתבסס על חזקת החוקיות ולטעון לכשרות ההחלטה ולתקפותה. ואולם, משהרים העותר את הנטל הראשוני המוטל עליו והראה כי לכאורה מתקיימת אי חוקיות או נפל פגם במעשה הרשות העלול להצביע על אי חוקיות, יעבור הנטל אל הרשות המנהלית להראות כי לא נפל במעשיה ובהחלטותיה פסול מן הסוג שיש בו כדי להשפיע על תוקפה של ההחלטה או להשפיע באופן אחר על תוצאות הדיון. מידת ההוכחה המוטלת על העותר כנגד החלטת הרשות עשויה להשתנות בהתאם לסוג העניין וטיבה של ההחלטה המנהלית. ככל שהזכות הנפגעת היא ברמה גבוהה יותר - כזכות יסוד - וככל שהפגם הנטען חמור יותר, ולכאורה יש ראיות התומכות בטענת הפגם, כך תהיה מידת ההוכחה המוטלת על העותר פחותה והנטל יעבור לרשות המנהלית כדי להפריך את טענת אי החוקיות (ראו: בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 433).

במקרה שלפני נסמכה הרשות, בעת שהחליטה להכריז על עליית כעל מונופולין, על מסכת עובדתית חסרה, שהתייחסה רק לאבחנה בין שוק הקפה השחור לבין שוק הקפה הנמס וקפה האספרסו. התשתית שעמדה בפני הרשות לא כללה נתונים ביחס לאבחנה בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'. נתונים אלה נאספו רק בדיעבד. לכך מצטרפת העובדה כי ההכרזה על עליית כעל מונופול פוגעת בזכותה לחופש העיסוק (ראו: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213, 234-235) - זכות המצויה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר. משהתברר כי התשתית העובדתית שנפרשה בפני הרשות בעת קבלת החלטתה, הפוגעת בזכות יסוד של עליית, הייתה חסרה באופן מהותי, הופרכה חזקת התקינות החלה לגבי מעשה הרשות וקם החשש כי אילו ידעה הרשות את העובדות לאמיתן לא הייתה מגיעה להחלטה שאליה הגיעה. לפיכך, עובר הנטל אל הרשות להראות כי לא נפל בהכרזה פסול המצדיק את ביטולה. הממונה תרים נטל זה אם תצליח להוכיח קיומו של שוק קפה



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

שחור, במובחן משוק 'קפה לבישול', אשר בו מחזיקה עלית ביותר מ- 50%. המסקנה היא, אפוא, כי במקרה זה הנטל להוכחת קיומה של אבחנה בין שוק הקפה השחור לבין שוק ה'קפה לבישול' מוטל על כתפיה של הממונה.

24. ועוד בהקשר הראיתי אבקש להעיר, כי לא ראיתי לנכון להתייחס לטענות שהעלו שני הצדדים ביחס למשמעות חילופי הגברי במחלקה הכלכלית ברשות ולהשפעתה על משקל עדותו של הכלכלן מטעם הרשות, שלא טיפל בעצמו בהכנת החומר, ואף לא לטענות שהועלו כנגד תוקפן הראיתי של תרשומות השיחה המצויות בתיק החקירה של הרשות. ניתוח המצב המשפטי במקרה שבפני לא חייב בחינת שאלות אלו.

האם הוכח קיומו של שוק קפה שחור במובחן משוק 'קפה לבישול'?
25. הגדרת שוק מוצר כוללת, כאמור, את אותם מוצרים שהם תחליפיים במידה קרובה מספיק למוצר נשוא ההכרזה. לבחינת התחליפיות אומצו אמות מידה פרקטיות, שביחס אליהן טענו הצדדים בהרחבה כפי שיפורט להלן.

26. הנתונים הפיזיים - אובייקטיביים של המוצרים:
ב"כ הממונה טענה, כי פולי הקפה המשמשים לייצורו של קפה לבישול נקלים בקלייה חזקה יותר וטחינתם עבה. טענות אלה בוססו על אמירות של חמישה מתחרים של עלית וכן על דברים שאמר אחראי תחום המכולת בשופרסל (סיכומי הממונה, ע' 25-26). כל האמירות נמסרו לרשות במועד מאוחר למועד ההכרזה והגשת הערר, בעת השלמת החקירה הכלכלית לצורך הכנת תשובת הממונה לערר. טענת הממונה לא נסמכה על בדיקות מעבדה בדבר עוצמת הקלייה או עובי הטחינה (פרו' מיום 29.5.06, ע' 15; פרו' מיום 8.5.06, בע' 7, 10, 13, 14, 21), אלא על התרשמותו של כלכלן הרשות מהבדלים בין סוגי הקפה, אותם ניתן לחוש ב"מגע



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

יד" (פרו' מיום 29.5.06, ע' 15) וכן מטעימה עצמאית שערך (פרו' מיום 8.5.06, ע' 14).

ב"כ עלית טענו מנגד, כי כל מוצרי הקפה השחור, לרבות המוצרים המכונים 'קפה לבישול', נטחנים בטחינה דקה, כאשר טחינה גסה משמשת לייצור קפה פילטר וטחינה בינונית – לייצור קפה אספרסו. טענה זו נסמכת על תקן ישראלי מס' 1103 של מכון התקנים הישראלי (ע' 1), שהוכרז כתקן רשמי, ומבחין בסעיף 103.2 בין סוגי קפה קלוי טחון בהתאם לדקות הטחינה: גסה – קפה פרקולטור, בינונית – קפה פילטר, ודקה – קפה טורקי. לטענת עלית, גם לא ניתן לשייך את עוצמת הקלייה לפי סיווג הקפה על-ידי הממונה. עלית מצאה, כי חלק מבתי הקלייה הפרטיים קולים את פולי הקפה בעוצמה בינונית, לעומת חלק ממוצרי הקפה שחור-בוץ, הנקלים בקלייה כהה (פרו' מיום 22.2.06, ע' 10, 15). יתרה מזאת, סעיף 106.4 לתקן הישראלי האמור קובע, כי על אריזת מוצר הקפה הרלוונטי "מותר לסמן את טיב הקלייה במילים "קלייה כהה" או "קלייה בהירה"". ומכאן, שמכון התקנים הישראלי לא מצא את עוצמת הקלייה כאינדיקציה המבחינה בין מוצרי קפה שונים, אלא כנתון המשפיע על טעמו של הקפה השחור, ועל כן ניתן לסמנו על גבי אריזתו.

ב"כ הממונה טענה, כי תקן זה איננו רלוונטי להגדרת שווקים לצורכי דיני התחרות, וכל ייעודו הוא הבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים. ואולם, סעיף 8(א)(5) לחוק התקנים, התשי"ג-1953 קובע, כי שר התעשייה והמסחר רשאי להכריז בהכרזה שפורסמה ברשומות על תקן מסוים כעל תקן ישראלי רשמי "אם נוכח כי הדבר דרוש... [לשם] הבטחת תאימות או חלופיות של מוצרים". תקן 1103 אינו מפרט מה היה המניע בגינו החליט השר להכריז על התקן כרשמי: יתכן שייעודו הבלעדי הוא אכן הבטחת רמה נאותה של טיב הקפה, כשם שיתכן שייעודו הוא גם הבטחת תאימות או חלופיות של מוצרים. הנקודה המרכזית היא, שהתקן אינו עורך אבחנה,



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

על יסוד עוצמת הקלייה או עובי הטחינה, בין סוגים שונים של קפה טורקי וכל שהוא קובע הוא שניתן לסמן את עוצמת הקלייה על גבי אריזת המוצר.

מסקנתי היא, אפוא, כי טענת ב"כ הממונה בדבר הבדלים בעובי הטחינה ועוצמת הקלייה לא הוכחה, שכן לא ניתן לייחס לראיות בהן טענה זו נתמכת - אמירות מתחרים שנגבו לאחר מועד ההכרזה והגשת הערר - משקל ראייתי גבוה. מנגד, נסמכה עלית על ראיה אובייקטיבית לכך שמכון התקנים הישראלי - שייעודו המוגדר הוא הבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים, איסוף מידע אודות תאימות או חלופיות של מוצרים והפצתו לציבור - איננו מבחין בין סוגים שונים של קפה טורקי. לשיטת מכון התקנים הישראלי, כל סוגי הקפה הטורקי נטחנים בטחינה דקה, ואילו עוצמת הקלייה היא פרמטר שאינו מבחין בין סוגי קפה שונים, אך מותר לסמנו על גבי אריזת המוצר. ומכאן, שמכלול הראיות בדבר הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים מעלה, כי לא הוכחו קיומם של הבדלים כאלה בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'.

גם ניסיון ההשקה הכושל מצד עלית של קפה המיועד למגזר הערבי ונקרא 'אסאלה', איננה מובילה למסקנה שונה. ב"כ הממונה טענה, כי השקת המוצר 'אסאלה' נעשתה לאחר הליך למידת הרגלי צריכת הקפה במגזר הערבי. שיווקו של המוצר כלל אמירות לפיהן: "פולי הקפה המובחרים, הקלייה המדויקת, הטחינה המתאימה, ההכנה המקצועית, ארומה נפלאה וטעם שכולו אסאלה" (נספח 18 לסיכומי הממונה). לשיטת הממונה, אופן הפרסום מצביע על כך שעלית הכירה בהבדלים בעובי הטחינה ובעוצמת הקלייה וניסתה לאמצם לקפה 'אסאלה', כדי לפרוץ למגזר הערבי. מנגד, לטענת עלית, השקת המוצר וכינויו כ'קפה ערבי' נבעו מצרכים שיווקיים ולא מהכרה כלשהי בשוני אובייקטיבי בין קפה טורקי רגיל לבין קפה ערבי. מנהל תחום קפה קלוי בעלית, ניר אלעד, הסביר, כי כשם שעלית מכנה מותגי קפה טורקי מסויימים שהיא מייצרת 'קפה אתיופ' או 'קפה תימני', ואיש לא טוען



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

כי בשל כך קיימים שווקים נפרדים של קפה מסוגים כאלה, כך כינתה עלית את המותג 'אסאלה' כ'קפה ערבי' (פרו' מיום 22.2.06, ע' 11). מכאן לא ניתן להסיק את דבר קיומו של שוק נפרד.

מקובל עלי שלא כל אמירה המופיעה במסגרת פרסום מוצר, ושמטרתה היא להוביל לשיווקו במגזר מסויים, משקפת בהכרח מציאות אובייקטיבית. לפיכך אני סבורה, כי גם האמירות השיווקיות מצד עלית בדבר מאפייני קפה 'אסאלה' אינן יכולות לתמוך באופן ממשי בטענת קיומם של הבדלים אובייקטיביים בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'.

27. בחינה פונקציונלית של הייעוד והשימוש שנעשה במוצרים: נטען מטעם הממונה, כי בעוד שקפה שחור מוכן באמצעות יציקת מים על גבי אבקת הקפה, 'קפה לבישול' מוכן באמצעות בישולו ולשם כך נדרש מקור חום (כיריים) וסיר והתהליך אורך זמן ממושך יותר. ב"כ הממונה הסכימה כי ניתן להכין גם קפה שחור באמצעות בישולו. ואולם, קפה לבישול, כך נטען מטעם הממונה, לא נועד להכנה על-ידי יציקת מים רותחים, והכנתו בדרך זו תפגום במוצר הסופי. טענה זו נסמכה על דברי שלושה יצרני קפה ונציג חברת שופרסל בע"מ, שנמסרו לאחר מועד ההכרזה (סיכומי הממונה, ע' 33-32).

ב"כ עלית טענו מנגד, שאין יסוד לדברים אלה. הם השוו בין הוראות הכנת הקפה של מוצרי קפה שונים, חלקם מבתי קלייה פרטיים, ומצאו כי על גבי אריזותיהם של ששה מוצרי קפה, שסווגו על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' (קפה דליה, קפה שפרעם, קפה הגלילי, קפה עילבון, קפה טיראן חוני ובניו, קפה קליית גת), מופיעות הוראות להכנת המשקה הן באמצעות בישול והן באמצעות מזיגת מים רותחים (סיכומי עלית, ע' 14). ביחס למוצרים אלה טען המומחה הכלכלי מטעם הרשות, כי מדובר



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

ב"מקרים יוצאים מן הכלל המעידים על הכלל, והכלל הוא שקפה לבישול לא ניתן להכין על דרך של קפה בוך" (פרו' מיום 8.5.06, ע' 5).

אני סבורה, כי גם לעניין זה לא הורם הנטל המוטל על הממונה להוכיח את טענתה. משקלן הראייתי של אמירות יצרנים בודדים, לפיהן אם מכינים 'קפה לבישול' באמצעות מזיגת מים רותחים "זה לא יוצא טוב" או ש"הקפה יצוף למעלה" אינו עולה על המשקל הראייתי של אמירות מתחרים אחרים בדבר האפשרות להכין קפה המסווג על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' הן באמצעות בישולו והן באמצעות מזיגת מים רותחים. מצב של שוויון ראיתי כזה מוביל למסקנה, כי טענת קיומו של שוני פונקציונלי בין שני המוצרים לא הוכחה.

28. מחיר המוצרים:

טענת ב"כ הממונה היא, כי המחיר הממוצע לק"ג קפה מתוצרת עליית בשנת 2002 עמד על 50 ₪, בעוד שהמחיר המדווח המקסימלי לק"ג קפה לבישול הוא 44 ₪. פער מחירים של למעלה מ-10% תומך בטענת קיומם של שני שווקים נפרדים.

טענה זו מדגימה באופן ברור את הקושי שטמון בהסתמכות על הערכות מתחרים. כיוון שהממונה לא פנתה ליצרני 'קפה לבישול', אלא לשחקנים הבולטים בשוק הקפה השחור, לא נאספו, עובר להכרזה או לאחריה, נתונים אודות מחירי קפה המוגדר על-ידי הממונה כ'קפה לבישול'. חלף זאת נשאלו המתחרים, במסגרת השלמת הנתונים בין מועד ההכרזה למועד הגשת התשובה לערר (נספח י"ב לתגובה מקדמית מטעם העוררת לתשובת הממונה): "מה לדעתך היה המחיר הממוצע של 1 ק"ג קפה שחור קלוי וטחון הנמכר במגזר הערבי בישראל, בכל אחת מהשנים 2001, 2002...?" [ההדגשה במקור]. ברור לגמרי, ואין צורך לשוב ולהסביר, מדוע הערכות כאלה של המתחרים, שניתנות לאחר מועד ההכרזה ושאינן נסמכות על נתונים קונקרטיים, אינן יכולות לבסס נתון כלשהו שעניינו המחיר הממוצע של 1 ק"ג 'קפה



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

לבישול'. בהיעדר נתון כזה, לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי אודות פער כלשהו בין מחירו של קפה שחור לבין מחירו של 'קפה לבישול'.

29. פרספקטיבת הנפשות הפועלות בשוק:

לשיטת ב"כ הממונה, ישנה חשיבות רבה לשאלה זו לשם קביעת תחליפיות בין מוצרים. בפועל, בחינת הטיעונים מעלה, כי המתודולוגיה של הגדרת השוק הרלוונטי על-ידי הממונה מתבססת בעיקרה על פרספקטיבת השחקנים. כלכלן הרשות, יובל אליעז, הסביר בחקירתו (פרו' מיום 8.5.06, ע' 12):

"בשלב הבדיקה מי נמצא בשוק אתה יוצר מנקודה א' והולך למוצרים ב' ו-ג', והגדרת השוק היא כאשר תקים לעצמך עיגול תחום שהוא השוק הרלוונטי. הפניה לסופר סל ולריבוע הכחול לא נעשתה על מנת למדוד את נתח השוק של עלית, היא נעשתה על מנת לראות, לבדוק, מי הם השחקנים בשוק. סופר סל נתנה לנו רשימה, קו-אופ נתנו לנו רשימה, ונמצאים שם גם קפה שחור וגם קפה לבישול. אתה משווה רשימה זו לרשימות אחרות שקיבלנו, הרשימה שעלית שלחה, של לנדוור, רגו'אן וכו'. בסופו של דבר אתה תוחם מי מתוך הרשימות האלה הוא חלק מהשוק הרלוונטי..."

ועוד (פרו' מיום 29.5.06, ע' 17):

"הרשות לא החליטה שקפה א' הוא לבישול או ב' הוא קפה שחור. הרשות שאלה את עלית מי המתחרים שלה, שאלה את לנדוור ורגו'אן מי המתחרים... הרשימה היתה מצומצמת, סגורה ומאוד מאוד ברורה. לא היו חילוקי דעות על רשימה זו. כולם



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

תאריך: 09/07/2007

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

טענו אותו דבר. על כן, כל מי שלא נכלל ברשימה זו אינו נופל
בהגדרת השוק של קפה שחור.

דהיינו; לגישה של הממונה מעמדה של אמת מידה המתייחסת לפרספקטיבת הנפשות הפועלות בשוק אינו כמעמדן של שאר אמות המידה, אלא יש לה מעמד-על ביחס לבחינת התחליפיות ולהגדרת השוק. דברי הכלכלן מטעם הממונה מלמדים, כי שיטת העבודה של הממונה בעת הגדרת שוק המוצר היא לבדוק תחילה עם היצרנים הבולטים בשוק המוצר הנבחן את מי הם רואים כמתחרים באותו שוק, להצליב בין הנתונים שהתקבלו מהיצרנים השונים לבין הנתונים שהתקבלו מהפירמה הנבחרת, ובהתאם לכך להרחיב או לצמצם את קבוצת השחקנים הפועלים בשוק. על יסוד קבוצת השחקנים שאותרה מתוכם שוק המוצר. בשיטת עבודה זו אין כל פסול, ובלבד שלאחר התייחום הראשוני של השוק, תבחן השאלה האם גם אמות המידה האחרות מצביעות על תחליפיות בהתאם להגדרה הראשונית. בהיעדר בחינה אובייקטיבית כזו, מתבססת קביעת הממונה רק על אמת מידה אחת מבין כלל אמות המידה שתוארו, והדבר עלול להוביל לתוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם מכלול הנתונים שבאמצעותם יש להגדיר שוק מוצר.

על יסוד תשובותיהם של יצרני הקפה בעניין שלפני הסיקה הממונה, כי השחקנים בשוק הקפה השחור פועלים במנותק מהשחקנים בשוק ה'קפה לבישול' ואינם רואים בהם מתחרים. היצרנים בשוק הקפה השחור שאליהם פנתה הרשות לא הזכירו את בתי הקלייה במגזר הערבי כאחראיים לאספקת קפה שחור בישראל. גם בתשובותיה הרשמיות של עלית לרשות בדבר זהות הגורמים המתחרים בה, בשלב בו טרם ידעה על הכוונה להכריז עליה כעל בעלת מונופולין בשוק הקפה השחור (ע/11), לא הוזכרו בתי הקלייה במגזר הערבי כמתחרים. לשיטת הממונה, הדבר מצביע על כך שעלית לא רואה בבתי קלייה אלה גורם המתחרה בה ועלול לערער את מעמדה בשוק הקפה השחור.



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

בתגובה לטענות אלה הסבירה עלית, כי תשובותיה בדבר היצרנים והמשווקים הפעילים בישראל בשוק הקפה השחור התבססו על נתוני מדגם נילסן, וכך אף צוין במפורש בתשובה הפורמלית שנשלחה לממונה. חברת A.C. Nielsen (נילסן) מתמחה בחקר שווקים מתמשך, ונעזרת בכלי מחקרי המכונה 'פאנל צרכנים', המבוסס על מדגם של 2,600 משקי בית באוכלוסיה היהודית בלבד. נתוני נילסן מתייחסים רק למכירות שבוצעו בנקודות מכירה קמעונאיות, העושות שימוש במערכות קופה ממוחשבות (להלן: שוק מבורקד). ב"כ עלית טענו, כי לא ניתן להתבסס על נתוני נילסן בהתייחס לשוק הקפה השחור, וזאת מטעמים אלה: ראשית, מדובר במדגם המתייחס לצריכה של המגזר היהודי בלבד. ושנית, חלק משמעותי מהקפה השחור בארץ נמכר דווקא בשוק שאינו מבורקד - בבתי קלייה ובנקודות המכירה הקמעונאיות שאינן עושות שימוש במערכת קופה ממוחשבת - ולכן בחינת השוק המבורקד בלבד מובילה לנתונים שגויים. לכן, טוענת עלית, כאשר היא פרטה את שמות היצרנים והמשווקים, תוך שהיא מציינת שמדובר בנתונים המתבססים על מדגם נילסן, ברור היה שאין מדובר ברשימה ממצה של כלל השחקנים בשוק. עלית הוסיפה עוד, כי בתשובתה לפניית הממונה היא לא ערכה אבחנה בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול', והיא אף ציינה במפורש את קפה אל נח'לה בני רפיק, קפה המסוגל על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' כמתחרה בשוק הקפה השחור.

באשר לפרספקטיבה של גורמים אחרים הפעילים בשוק הקפה השחור, הביאה עלית את תשובותיהם של חמישה יצרנים (סובחי נח'לה ובניו בע"מ, בני רפיק נח'לה בע"מ, סלמאן את סלמאן בע"מ, לנדוור בע"מ, רוני רג'ואן ושות' 1986 בע"מ) וכן את התייחסותם של שתי רשתות שיווק גדולות (שופרסל והריבוע הכחול), אשר מהן עולה, כי אין הבדל בין קפה שחור הנצרך על-ידי תושבי המגזר הערבי בישראל, לבין קפה שחור הנצרך על-ידי תושבי המגזר היהודי (סיכומי עלית, ע' 21-19).



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

ספק בעיני אם האינדיקציות המצביעות על כך שחלק מהשחקנים מבחינים בין שוק הקפה השחור לבין שוק של 'קפה לבישול', עולות במשקלן על אינדיקציות אחרות, המצביעות על כך ששחקנים אחרים אינם מבחינים בין השווקים. עלית הסבירה, ואף ציינה זאת מפורשות בתשובתה לממונה עובר להכרזה, כי התייחסותה הראשונית ליצרנים האחרים התבססה על נתוני נילסן, שאין חולק שאינם מקיפים את כלל היצרנים בשוק הקפה. נראה שגם הממונה ערה לבעייתיות שבהתבססות על נתוני נילסן, ולכן העיד הכלכלן מטעמה, כי "בעת בחינת נתח השוק של עלית, רשות ההגבלים העסקיים לא הסתמכה על נתוני נילסן" (פרו' מיום 8.5.06, ע' 17). רשתות שיווק גדולות ציינו בנשימה אחת ספקי קפה שחור וספקי קפה המוגדר על-ידי הממונה 'לבישול' (ע/ו- 7/ע-8). עמדתו של ציבור הצרכנים נותרה לוטה בערפל, מכיוון שלא נערך סקר מקיף בקרב הצרכנים. לפיכך, לא אוכל לקבל את הטענה, לפיה האינדיקציות עליהן הצביעה הממונה מובילות בהכרח למסקנה, כי השחקנים בשוק הקפה השחור פועלים במנותק מהשחקנים בשוק ה'קפה לבישול'.

30. מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים: טענת ב"כ הממונה היא, כי קיימים הבדלי צריכה בין קפה שחור, הנצרך בעיקר על-ידי האוכלוסייה היהודית, לבין 'קפה לבישול' הנצרך בעיקר על-ידי האוכלוסייה הלא-יהודית. מכאן מסיקה ב"כ הממונה, כי קפה שחור ו'קפה לבישול' אינם מתחרים ישירים ומשמעותיים זה לזה בנקודות המכירה (נוכחות בחנויות ושטחי מדף). טענה זו נסמכת על אמירה המופיעה בתצהירה של מנהלת שיווק הקפה של עלית שצורף לערר, לפיה קיימים הבדלים בדפוסי הצריכה של האוכלוסייה היהודית והלא-יהודית המתגוררת בתחומי מדינת ישראל. להערכת מנהלת השיווק רק 30% מהיקף הקפה השחור הנמכר באזורים בהם קיימים ריכוזי אוכלוסייה לא-יהודית משווק על-ידי יצרנים תעשייתיים, ואילו היתרה נמכרת באמצעות בתי קליה פרטיים. אמירות דומות נאמרו גם על-ידי מתחריה של עלית.



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

אין אפוא מחלוקת בין הצדדים בדבר קיומם של הבדלים בדפוסי צריכת הקפה השחור של האוכלוסייה היהודית והאוכלוסייה הלא-יהודית. ואולם, אין בהכרח התאמה בין הבדלים אלה לבין האבחנה בין שוק הקפה השחור לשוק ה'קפה לבישול'. האוכלוסייה היהודית אכן נוהגת לרכוש את הקפה בעיקר ברשתות השיווק הגדולות או בנקודות מכירה קמעונאיות, העושות שימוש במערכות קופה ממוחשבות (שוק מבורקד). ואולם, בנקודות מכירה אלה נמכרים גם סוגי קפה המסווגים על-ידי הממונה כ'קפה לבישול'. כפי שצוין לעיל, כאשר נתבקשו רשתות השיווק לספק נתונים אודות מוצרי הקפה השחור המשווקים על ידן, הן ציינו גם מוצרי קפה המסווגים על-ידי הממונה כקפה שחור וגם מוצרים המסווגים כ'קפה לבישול' (ראו: ע' 7 ו-ע' 8 וכן אישורו של אליעז לכך בפרו' מיום 29.5.06, ע' 4). באופן דומה, ציין הממונה עצמו בהכרזה את קפה אל-נח'לה, המסווג על-ידו כעת כ'קפה לבישול', כמתחרה של עלית בשוק הקפה הטורקי הקלוי והטחון. ומכאן, שקיומם של הבדלים בדפוסי הצריכה אינו תומך דווקא בקיום האבחנה לה טוען הממונה. הנה כי כן, מוצרים המכונים על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' נמכרים גם ברשתות השיווק הגדולות, מסודרים על גבי אותם המדפים בהם מסודרים מוצרי קפה שחור ונרכשים גם על-ידי צרכנים מהמגזר היהודי. לכן לא אוכל לקבל את הטענה, כי שני סוגי הקפה הנטענים אינם מתחרים ישירים ומשמעותיים זה לזה בנקודות המכירה.

31. טעמו של קפה לבישול:

אין חולק כי עוצמת הקלייה משפיעה על טעמו של הקפה (אישור לכך נתן מנהל תחום קפה קלוי בעלית בחקירתו, פרו' מיום 22.2.06, ע' 10). ב"כ הממונה טענה, כי מכיוון ש'קפה לבישול' נקלה בעוצמה גבוהה יותר, טעמו שונה מטעמו של קפה שחור. בנוסף, טענה ב"כ הממונה, כי למרבית סוגי ה'קפה לבישול' מוסף התבלין הל. קביעה זו נסמכת על מידע שנמסר לממונה מארבעה יצרני קפה ומנציג קלאבמארקט (סיכומי הממונה, ע' 28-30). על כן, טעמם של הקפה השחור והקפה



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

לבישול – שונים. בהקשר זה הזכירה שוב ב"כ הממונה את קפה 'אסאלה', ששווק למגזר הערבי, ויוצר לאחר שעלית ערכה סקרי שוק מקיפים וניסתה לשווק מוצר שונה, שיתאים לקהל היעד.

מכיוון שלא הוכח כי קיימת דיכוטומיה ברורה בין עוצמת הקלייה לבין סוג הקפה, הרי שלא ניתן לקבל את הטענה כי טעמו של 'קפה לבישול' הוא שונה בשל כך שקלייתו כהה יותר.

באשר להוספת התבלין הל, טענה עלית, כי חלק ממוצרי הקפה המסווגים על-ידי הממונה כקפה שחור כוללים הל (מוצרי קפה שחור של עלית), וההפך; חלק מהמוצרים המסווגים כקפה לבישול אינם כוללים הל (קפה דליה, קפה אל נח'לה; ראו: ע/3). כן טענה עלית, כי אבחנה בין מוצרים לפי התבלין המוסף להם יכולה להוביל לתוצאות לא רצויות, כגון הכרזה על בעלי מונופולין במוצרים זהים, המתובלים באופן שונה. ולבסוף צוין, כי הוספת ההל אינה משנה את תהליך הייצור וכל שנדרש הוא להוסיף את התבלין למוצר הסופי לפני אריזתו.

נדמה, כי עמדתה של עלית לעניין הוספת התבלין הל מקובלת גם על הממונה, שכן על אף שעלית מוסיפה למספר מוצרי קפה שחור המיוצרים על-ידה הל, הממונה לא טענה כי יש להבחין בינם לבין שאר מוצרי הקפה השחור שעלית מייצרת. אכן, כאשר הוספת התבלין אינה משנה את מהלך הייצור, קשה לקבל את הטענה כי די בתיבול שונה כדי להבחין בין שני שווקים של אותו המוצר. מהלך כזה היה מוביל לתוצאות אבסורדיות של הגדרת עשרות, אם לא מאות, תתי-שווקים, בהתאם לתיבול הספציפי של מוצר מזון מסויים. במצב כזה, כל פיתוח של טעם חדש למוצר מזון, היה גורר אחריו הכרזה על היצרנית כעל בעלת מונופולין בשוק המוצר החדש. תוצאה כזאת היא בלתי רצויה ואף אינה משקפת את הדינמיקה השוררת בתחום מוצרי המזון.



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

תאריך: 09/07/2007

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

32. כשרות:

ב"כ הממונה טענה, כי חלק ניכר מהאוכלוסייה בישראל אינו יכול לרכוש מוצרי 'קפה לבישול', מפני שהם אינם נושאים הכשר. ב"כ הממונה הסכימה כי קיימים מוצרי 'קפה לבישול' הנושאים הכשר, אך טענה כי מדובר במיעוט מבין עשרות רבות של יצרנים קטנים, כי מדובר אך ורק במוצרי קפה תעשייתיים, הנארזים באריזה אטומה ומשווקים לנקודות המכירה הקמעונאיות וכי אין ביניהם מוצרי קפה המיוצרים בבתי קלייה פרטיים. היות שרוב השיווק של 'קפה לבישול' מיוצר בבתי הקלייה הפרטיים, ורק מיעוטו (30%) מיוצר באופן תעשייתי, הרי שמרביתם המוחלטת של מוצרי הקפה לבישול אינם נושאים חותמת הכשר.

ב"כ עלית טענו מנגד, כי מגוון מוצרי קפה המיוצרים בבתי הקלייה הפרטיים במגזר הערבי נושא הכשר. לתמיכה בטענה זו הביאה עלית נתונים אודות שמונה מוצרי קפה, המסווג על-ידי הממונה כ'קפה לבישול', הנושאים חותמת כשרות (ע/3). מנהל תחום קפה קלוי בעלית אף הבהיר, כי במקרה של קפה קלוי לכשרות אין כל השפעה על אופן הייצור, והיא נגזרת מפיקוח של הרבנות או של בד"ץ.

הטענה בדבר יצירת אבחנה בין שווקי הקפה שחור על-יסוד הכשרות, או העדרה, נטענה בעלמה, ללא כל ביסוס ראיתי. ב"כ הממונה לא הציגה נתונים כלשהם בדבר אחוז מוצרי ה'קפה לבישול' הנושא הכשר או שאינו נושא הכשר. ב"כ הממונה גם לא הביאה נתון כלשהו ביחס לשאלה איזה אחוז מתוך האוכלוסייה היהודית מתייחס לכשרות כאל שיקול מהותי בעת שהוא רוכש קפה שחור. יתר על כן, דחיית הטענה בדבר חלוקה ברורה בין צרכני קפה שחור (המגזר היהודי) לבין צרכני קפה לבישול (המגזר הערבי) שומט את הקרקע תחת טענת קיומה או העדרה של חותמת כשרות כאינדיקציה המבחינה בין קפה שחור לבין 'קפה לבישול'.



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

33. המסקנה העולה מכל האמור היא, כי בחינתן המקיפה של כלל אמות המידה הפרקטיות לבחינת תחליפיות בין מוצרי קפה שחור לבין אותם מוצרים שסווגו על-ידי הממונה כ'קפה לבישול' תומכת בגישת עלית, לפיה השוק הרלוונטי הינו שוק הקפה השחור, כמוגדר בהכרזה עצמה. הממונה, שנטל הוכחת התחליפיות בנסיבותיו של מקרה זה מוטל על כתפיה, כפי שהובהר לעיל בהרחבה, לא עמדה בנטל ולא הוכיחה קיומו של שוק מובחן נטען של 'קפה לבישול'.

הודאות נציגי עלית בחקירתם ברשות ומצגיה של עלית באשר לנתח השוק בו היא מחזיקה

34. הנה כי כן, לאחר בחינת אמות המידה להגדרתו של שוק המוצר הרלוונטי לגופו, נותרה לדיון שאלת משמעותן של ההודאות המיוחסות לעלית ולבכירה, אשר לשיטת ב"כ הממונה די בהן כדי לבסס את ההכרזה. אקדים ואומר, כי כיוון שמצאתי שהודאות אלה מבוססות על נתוני מדגם נילסן, אשר אין מחלוקת בין הצדדים שאין בהם די לצורך הגדרת שוק מוצר, לא אוכל לקבל את הטענה כי מצגיה של עלית והודעות בכירה הינן בגדר "הודאת בעל דין".

35. ביום 23.2.03 נחקרו בכירי עלית תחת אזהרה ברשות ההגבלים העסקיים, בחשד לניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי של עלית בשוקולד, לשם דחיקת רגליה של המתחרה, משווקת המוצר 'קדבורי' בישראל. במהלך חקירה זו נשאלו מנכ"ל החברה, גיורא בר-דעה, ומנהל מכירות ארצי שוק פרטי, יובל עירד, מה הם נתחי השוק של עלית במגוון מוצרים. מהודעות הבכירים עולה, כי עלית מחזיקה בנתח של כ- 75%-80% משוק הקפה הטורקי הקלוי (סיכומי הממונה, נספחים 1 ו-2). לשיטת הממונה הודעות בכירי עלית הינן בגדר הודאת בעל-דין בדבר נתח השוק המונופוליסטי של עלית בשוק הקפה השחור ובדבר הזירה התחרותית בה פועלת עלית, השומטת את הקרקע תחת הערר כולו. ב"כ הממונה הוסיפה שגם ממסמכי הפנימיים של עלית וממצגים של עלית לאנליסטים מהשנים 2001-2002



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

עולה מסקנה דומה. כך, גם בדו"ח התקופתי של עליית לשנת 2005, מוצג נתון לפיו עליית מחזיקה ב- 79% משוק הקפה הקלוי, הכולל קפה שחור, פילטר ואספרסו. ב"כ הממונה טוענת, כי הצהרותיה של עליית בדו"ח לשנת 2005, שניתנו בלא הסתייגות כלשהי באשר לאמינות נתוני נילסן - וזאת לאחר הגשת הערר - מעידות על גבולות השוק שעליית רואה לנגד עיניה בחיי המעשה והעובדה שעליית לא הזכירה את בתי הקלייה הפרטיים בדו"ח זה, או בדו"חות אחרים, מלמדת כי עליית לא רואה בבתי קלייה אלה גורם המתחרה בה ועלול לערער את מעמדה בשוק הקפה השחור.

36. ב"כ הממונה מבקשת להסתמך באופן בלעדי על מצגיה של עליית ועל אמירות נציגיה לשם ביסוס הטענה בדבר הגדרת השוק הרלוונטי ונתח השוק בו מחזיקה עליית בשוק הקפה השחור. כאמור לעיל, מצאתי כי הודעות בכירי עליית ומצגיה אינם בגדר הודאת בעל-דין וזאת מהטעמים שיפורטו להלן:

הן בדו"חות הפנימיים והתקופתיים של עליית (נספחים 4 ו-5 לסיכומי הממונה ונספח א' לסיכומים המשלימים מטעם הממונה, בע' 53) והן במצגי עליית כלפי אנליסטים (נספח 6 לסיכומי הממונה) מצוין באופן מפורש, כי מקור הנתונים הוא: A.C. Nielsen וכי הנתונים מתייחסים לשוק המבורקד. לפי נתוני נילסן, בשנת 2001 החזיקה עליית בנתח של כ- 72% משוק הקפה הקלוי, ובשנת 2002 בנתח של כ- 78%. מכיוון שחקירות בכירי עליית נערכו בראשית שנת 2003, הרי שתשובותיהם באשר לנתח השוק בקפה שחור התייחסו לנתוני נילסן משנת 2002 – 78%.

נתוני נילסן הם מדגם, והשימוש בהם הוא כאמור בעייתי משלושה טעמים מרכזיים: ראשית, מדובר במדגם; שנית, המדגם מתייחס לאוכלוסייה היהודית בלבד, שאצלה אין מחלוקת כי היקף צריכת הקפה נמוך באופן משמעותי מהיקף הצריכה בקרב המגזר הערבי; שלישית, הנתונים מתייחסים לשוק המבורקד בלבד. ואמנם, הכלכלן מטעם הממונה אישר (בסעיף 89 לתצהירו), כי הכרזת המונופולין לא הסתמכה על



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

נתוני נילסן. ומכאן, שגם הממונה עצמה אינה רואה בנתוני נילסן מדד שניתן להסתמך עליו. יתרה מזאת; על-פי נתוני נילסן, היקף המכירות השנתי בשוק הקפה השחור עומד על 2,016 טון. נתון זה נמוך במחצית מהיקף המכירות של קפה שחור על-ידי עלית בלבד ומהווה 37% בלבד מגודלו המוערך של השוק על-ידי הממונה בהכרזה (5,700 טון). לפיכך אני קובעת, כממצא עובדתי, כי לא ניתן להתייחס לאמירות נציגי עלית המבוססות על נתוני נילסן או על מצגים פנימיים או מצגים לאנליסטים, הנסמכים באופן מפורש על נתוני נילסן, כאל "הודאת בעל-דין".

לא אוכל גם לקבל את טענת הממונה, לפיה בחירתה של עלית להשתמש בנתוני נילסן במסמכיה הפנימיים ובמצגיה החיצוניים מלמדת כי נתוני נילסן, המתייחסים לשוק היהודי המבורקד, הם המאפיינים הראויים להגדרת שוק הקפה השחור. בהיעדר מקור אמין אחר לנתונים הנוגעים לשוק הקפה השחור, נתוני נילסן מהווים נקודת מוצא להתייחסות. אמנם כשנשאל מנהל שיווק הממתקים של עלית, ארז וולף, בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים בפרשת קדבורי, עד כמה לדעתו נתונים אלה מדויקים, הוא השיב: "תשעים אחוז". ברם, אין כל וודאות שמאמנות נתוני נילסן בשוק הממתקים, שבגדרו לא נטען כי קיימים הבדלי צריכה מהותיים בין השוק המבורקד לבין השוק שאינו מבורקד, ניתן להסיק דבר מה באשר לאמינותם בשוק הקפה השחור. במצב בו אין מחלוקת בין הצדדים, כי לא ניתן לבסס הגדרת שוק ולקבוע נתחי שוק על יסוד נתוני נילסן, לא ניתן גם להתייחס למצגות עלית ולאמירות של נציגיה, המבוססות על נתוני נילסן, כאל הודאת בעל דין לעניין היותה של עלית מונופולין בשוק הקפה השחור. גם אין לומר, כי עלית סותרת באופן לא ראוי מצגים שהציגה לציבור, מאחר שעלית הבהירה במצגיה עצמם כי הם מתייחסים לנתוני נילסן.

37. למעלה מן הצורך בנסיבות המקרה יצוין, כי מצגיה של עלית ואמירות נציגיה אינם מתייחסים לשלב הדיון המקדמי, אך ההכרחי, של הגדרתו ותיחומו של שוק



בית המשפט

ה"ע 506/04

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים

כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין

תאריך: 09/07/2007

המוצר הרלוונטי, אלא רק לשלב השני שבתהליך ההכרזה על פירמה כעל בעלת מונופולין – הוא שלב הערכת נתח השוק המוחזק על-ידי הפירמה הנבחנת. לכן, לכאורה, הודאותיה הנטענות של עלית כלל אינן רלוונטיות לשלב הדיון הנוכחי. אמנם, אבחנה חדה בין שלבי הדיון, עשויה להראות כמלאכותית, אך היא מחויבת המציאות, מפני שבהיעדר הגדרה של שוק המוצר הרלוונטי לא יכול להיות כל ערך למדידה או להערכה של נתח שוק.

יתרה מזאת, הגדרת השוק מתבצעת, כאמור, באמצעות בחינת שורה של אמות מידה פרקטיות, שנועדו לבחון תחליפיות בין מוצרים. מרבית אמות המידה הינן אובייקטיביות: מבחן פונקציונאלי, הבוחן את הייעוד והשימוש שנעשה במוצרים; הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים; מחירם; מבנה הביקוש וההיצע וכד'. רק אחת מבין אמות המידה מתייחסת לפרספקטיבת הנפשות הפועלות בשוק, ובכלל זאת פרספקטיבת הפירמה הנבחנת. לפיכך, מעמדה של הודאה נטענת של בעל דין בכך שהפירמה המוכרזת מהווה מונופול בשוק מסוים, אינו כמעמד הודאת בעל דין בהליך משפטי 'רגיל'. בהליך שמוקדו הוא הגדרה אובייקטיבית של שוק, הודאת בעל דין היא אינדיקציה אחת, מני רבות, לבחינת התחליפיות, ולכן משקלה פחות. ניטול לדוגמה מקרה בו מנכ"ל הפירמה מודה באופן חד משמעי בכך שהחברה שבראשה הוא עומד מחזיקה בנתח של 90% משוק X. ואולם, בחינה אובייקטיבית של כלל אמות המידה מובילה דווקא למסקנה כי שוק המוצר הוא Y. ברי, כי במקרה כזה לא ניתן יהיה לבסס הכרזה על הפירמה כמונופולין בשוק X, חרף הודאת בעל-דין.

38. על יסוד כלל שיקולים אלה אני קובעת, כי מאחר שמבחינה עובדתית מצגיה הפנימיים של עלית והודעת נציגיה ברשות להגבלים עסקיים נסמכו על נתוני נילסן, הרי שהם אינם בגדר "הודאת בעל דין" לענייננו. יתר על כן, גם אילו היו בגדר הודאה כזו, לא ניתן היה לייחס להם משקל בלעדי ומכריע בהליך שעיקרו הוא



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

תיחומו והגדרתו של שוק מוצר. לפיכך, אין במצגים והודעות אלה כדי לשנות את המסקנה אליה הגעתי באשר לתיחומו של שוק הקפה השחור.

התוצאה

39. המסקנה העולה מכל האמור הינה, כי שוק המוצר הרלוונטי בענייננו הוא שוק הקפה השחור בכללותו, וכי האבחנה שביקשה הממונה לעשות בהקשר זה בין קפה שחור-בוץ לבין 'קפה לבישול' - כדי להגן על ההכרזה שיצאה על-ידי הממונה הקודם - אינה יכולה לעמוד. מכיוון שבעת בחינת נתח השוק של עלית לא הביא הממונה בחשבון את כלל המתחרים הפועלים בשוק הקפה השחור, ובכלל זאת אף לא את נתחי השוק של המתחרים הפועלים בעיקר במגזר הערבי, הרי שלא ניתן לבסס על יסוד ממצאיו קביעה בדבר הנתח בו מחזיקה עלית בשוק הקפה השחור, ולא ניתן לקבל את קביעתו, לפיה עלית מרכזת בידיה יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים בשוק זה, כלשון סעיף 26(א) לחוק ההגבלים.

מובן, שאין במסקנה זו כדי למנוע מהממונה לערוך בחינה מחודשת של כלל הנתונים הנוגעים לשוק הקפה השחור, ובמידה שבחינה כזו תוביל למסקנה שעלית מחזיקה בלמעלה ממחצית משוק זה, להכריז על עלית כעל מונופולין, ובלבד שהתשתית הראייתית שתונח בפני הממונה בעת ההכרזה העדכנית תתמוך במסקנה כזו. אוסיף, כי שר התעשייה והמסחר אף רשאי, בהמלצת הממונה, לקבוע כי יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית (סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים). יתרה מזאת, אינני שוללת את האפשרות שמכלול הנתונים שיאספו בבדיקה כלכלית מחודשת אף יוביל לביסוס המסקנה כי אכן קיימים שני שווקים נפרדים של קפה שחור וקפה לבישול. אינני מביעה עמדתי בסוגיה זו, וכל שקבעתי במסגרת זו הוא, שהתשתית העובדתית שהיתה מונחת בפני הממונה בעת ההכרזה נשוא הליך זה לא היתה מספקת לשם ביסוס מסקנה כאמור וכי גם לא היה בכוחן של הראיות הנוספות שהובאו בפני בית הדין בהליך זה כדי לשנות את התמונה.



בית המשפט

ה"ע 506/04

**בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

**בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי
המשנה לאב בית הדין**

תאריך: 09/07/2007

40. בית הדין קבע בעבר, כי "אין הצדקה להותיר על כנה הכרזה שאינה נכונה", וביטל הכרזה על דובק כעל בעלת מונופולין (ה"ע (י-ם) 8005/03 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק בע"מ, דינים מחוזי לג(10) 526). למסקנה דומה הגיע בית הדין גם בה"ע (י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2001(3) 39047.

אשר על כן, גם במקרה שבפני, ובהתאם לסמכות המסורה לי בסעיף 43(ד) לחוק ההגבלים, אני מקבלת את הערר ומורה על ביטולה של ההכרזה נשוא הערר.

הממונה תשא בהוצאות המשפט ובשכר טרחת עוה"ד של העוררת בסך של 18,000 ש"ח, בתוספת מע"מ כחוק.

ניתן היום כ"ג בתמוז, תשס"ז (9 ביולי 2007), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

מרים מזרחי, שופטת

המשנה לאב בית הדין להגבלים עסקיים