



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

לפני ראשת בית הדין לתחרות, כבוד השופטת תמר בזק רפפורט, סגנית נשיא

המבקשת
החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד אמיר ונג, עו"ד יגאל קווה, עו"ד בועז
סיטי ועו"ד טל רוזנקוביץ

נגד

המשיבה
הממונה על התחרות
על ידי ב"כ עו"ד אשר גושן ועו"ד תמארה סג'יראת

1

פסק דין

הפרק מס' הפסקה

2 א. כללי 28-1

3 ב. דיון בקביעת הממונה, לפרקיה, לגופה 537-29

4 פרק סעיף תקופת ההסכם 132-29

5 פרק המקררים 226-133

6 פרק בלעדיות וקישור 278-227

7 פרק סטנדרט הנחות 327-279

8 פרק מכשירי נסטי 448-328

9 פרק מדיניות נגד ייבוא מקביל 543-449

10 ג. סוגיות כלליות 628-544

11 ד. סיכום 632-629

12



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

חלק א':

רקע

1. עניינו של ערר זה בעיצום כספי בסך כולל של 39,151,359 ₪, שהוטל על העוררת, על יסוד קביעתה של המשיבה אודות מספר אירועי הפרה של חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1998 (להלן – החוק או חוק התחרות) והוראות מכוחו.
2. העוררת, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן – העוררת או החברה) היא הגורם המוביל בתחום המשקאות הקלים בישראל ולה מותגים חזקים ומשמעותיים של משקאות מוכנים לשתייה – קוקה קולה, ספרייט, פאנטה, קינלי, פיוז טי. מוצרי "קוקה קולה" הם בבחינת Must-Have עבור עיקר נקודות המכירה.
3. שוק המשקאות הקלים הוא תחום ריכוזי בו פועלות שתי שחקניות נוספות – טמפו משקאות בע"מ (להלן – טמפו) ויפאורה-תבורי בע"מ (להלן – יפאורה) – חברות שהיקף המכירות שלהם בתחום המשקאות הקלים קטן משמעותית מזה של העוררת.
4. לאורך השנים, מספר פעמים נדרש מערך אכיפת דיני התחרות לשוק המשקאות הקלים בכלל, ולעוררת בפרט.
5. בכלל כך, לפני למעלה מ-20 שנה הוכרזה החברה לייצור משקאות קלים בע"מ, המחזיקה את מלוא הון המניות המונפק של העוררת, כבעלת מונופולין בענף משקאות הקולה (הרגיל והדיאטטי) (הכרזה בדבר קיום מונופולין – החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (8.4.1998) רשות התחרות 3001292), ונקבעו לגביה הוראות לבעל מונופולין (הוראות לבעל מונופולין: החברה לייצור משקאות קלים בע"מ (10.5.1998) רשות התחרות 3006300 (להלן – הוראות לבעל מונופולין)). בין הוראות אלו נאסרו על החברה פעולות שונות. בכלל כך נאסר להתנות אספקת מוצרי החברה או את תנאי אספקתם ברכישת מוצר מסוים רק מהחברה ובאי רכישת מוצר מאחרים; להתקשר בהסכמות בלעדיות או בהסכמות קישור; להעניק יתרונות לבית עסק בגין העדרם של קולחנים שאינם קשורים לחברה; להתנות הצבת מקרר מטעמה בעסק, באי הצבת מקרר נוסף או באי רכישת מוצרים זרים, ועוד. בנוסף, נדרשה החברה לפעול על מנת שכלל עובדיה יקיימו את ההוראות, כמו גם את החוק. בכלל כך לאמץ תוכנית



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 פנימית מתאימה ולמנות קצין תיאום אשר תפקידו לוודא באופן שוטף את קיום
2 ההוראות שניתנו וכן את הוראות החוק.
- 3 6. בהמשך, בשנת 2004, אושר בתנאים מיזוגה של החברה עם נביעות טבע הגליל בע"מ
4 (הודעה על מיזוג חברות י"פ התשס"ה 210, 230; הודעה על מיזוג חברות, י"פ
5 התשס"ה 722, 728 (להלן – מיזוג נביעות)). בין תנאי המיזוג נאסר על החברה לקשור
6 בכל דרך שהיא בין מכירת מוצרי נביעות למכירת מוצרי קולה.
- 7 7. בשנת 2005 עלה חשד שעובדי החברה הפרו את הוראות הדין וההוראות הקודמות,
8 בכך שלאחר המיזוג של נביעות בחברה, וחידלתה מלהפיץ "מי עדן", התנו הם את תנאי
9 אספקת המוצרים, לרבות קולה, ברכישת מים מינרליים "נביעות", ולא "מי עדן". על
10 רקע זה, ומבלי להודות בדבר, נעשה צו מוסכם, שאושר בבית הדין לתחרות חלף נקיטת
11 הליכי אכיפה (ה"ע (הגבלים עסקיים) 612/05 הממונה על הגבלים עסקיים נ' החברה
12 המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (פורסם במאגרים; 13.11.2005) (להלן – הצו
13 המוסכם)). עיקרו של הצו בהתחייבות החברה שלא לנקוט בצעדים מרתיעים או מונעים
14 נגד לקוחות המסרבים לרכוש מוצר ממוצריה או מגלים עניין ברכישת מוצר זר. גם כאן
15 החברה התחייבה לנקוט בכל האמצעים הדרושים על מנת שעובדיה ושלוחיה יקיימו
16 את ההתחייבות.
- 17 8. אין חולק כי כתוצאה מן האמור בהיבט התחרותי מחויבת כיום העוררת בהוראות
18 הבאות: בהוראות פרק ד לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, העוסק בפעילות
19 מונופולין והפיקוח עליו (להלן – החוק); בהוראות לבעל מונופולין שניתנו ב-1998;
20 בתנאי אישור מיזוג נביעות; ובהוראות הצו המוסכם.
- 21 9. ראשיתו של המהלך שביסוד ערר זה בשנת 2012, עת פתחה רשות התחרות (להלן –
22 הרשות) בחקירה פלילית נגד העוררת. בחודש מרץ 2017 הודיעה הממונה על התחרות
23 (להלן – הממונה) לעוררת כי החקירה נסגרה באפריל 2016. בהמשך לכך, ביום
24 23.3.2017 הודיעה הממונה לעוררת כי היא שוקלת להטיל עליה עיצומים כספיים
25 (להלן – מכתב השימוע הראשון). ביום 27.11.2017 השיבה העוררת למכתב השימוע
26 הראשון. ביום 16.4.2019 שלחה הממונה לעוררת מכתב שאיננו זהה בתוכנו למכתב
27 השימוע הראשון ובו "הודעה על כוונת חיוב ועל שימוע בטרם קביעה" (להלן – מכתב
28 השימוע השני). אחר שהשיבה העוררת למכתב, התקיים שימוע בעל פה בפני הממונה,



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 וכן היוועצות עם הוועדה לפטורים ומיזוגים בהתאם להוראות סעיף 50ח(א)(1) לחוק
2 אשר בסופם, ביום 24.12.2019, ניתנה הקביעה נושא הערר והושת העיצום הכספי.
- 3 10. על פי האמור בקביעה, העוררת ניצלה את מעמדה לרעה כבעלת מונופולין בניגוד
4 להוראות סעיף 29א לחוק. הממונה השיתה על העוררת עיצום כספי בסך מצטבר של
5 39,151,359 ₪ בגין ניצול לרעה של מעמדה של העוררת, בשל סירוב בלתי סביר לספק
6 מוצר שבמונופולין בניגוד לסעיף 29 לחוק, בשל הפרות של ההוראות לבעל מונופולין,
7 בשל הפרות של הצו המוסכם, ובשל הפרות של תנאי המיזוג עם נביעות. הממונה
8 חילקה את קביעתה בעניין האירועים השונים לששה פרקים בהם נדונות שש התנהגויות
9 של העוררת לאורך השנים, אשר מפרות, כל אחת, מספר חובות החלות עליה.
- 10 11. אשר לתקופה בגינה הוטלו העיצומים הכספיים השונים: סמכות הממונה להטיל עיצום
11 כספי הוספה לחוק התחרות הכלכלית בשנת 2012, במסגרת תיקון מס' 13, שפורסם
12 ביום 14.5.12. בהמשך, ביום 24.7.2012, פרסמה הרשות את גילוי דעת 1/12 של
13 הממונה על ההגבלים העסקיים "הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש
14 בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" (24.7.2012) רשות התחרות 5001998 (להלן –
15 גילוי דעת 1/12). בנוסף, ביום 14.10.2012 פורסמה הודעת הממונה בדבר סוג
16 המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי ("הודעה בדבר סוג המעשים והמחדלים לענין
17 עיצום כספי לפי חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988" (14.10.2012) רשות
18 התחרות 500250 (להלן – הודעת הממונה ברשומות)) כפי שנדרש לפי סעיף 50ד(א)(3)
19 לחוק לצורך הטלת עיצום כספי בגין הפרת סעיף 29 לחוק. כאמור בקביעה, על רקע
20 האמור, תקופת ההפרה לצורך חישוב גובה העיצום נמנתה ככלל החל מיום 24.7.2012,
21 מועד בו פרסמה הרשות את גילוי הדעת 1/12, למעט לעניין הטלת עיצום כספי בגין
22 הפרת סעיף 29 לחוק, שהמועד הקובע לגביה הוא מועד פרסום הודעת הממונה
23 ברשומות, 24.10.12.
- 24 12. כאמור בקביעה, הוראות החוק החלות על הטלת העיצום בענייננו הן אלו שלפני תיקון
25 21 לחוק שמשנת 2019 משההפרות אירעו קודם לתיקון. לפיכך, קביעת גובה העיצום
26 והשיקולים שבבסיסה נעשו בהתאם לנוסח גילוי דעת 1/16 של הממונה על ההגבלים
27 העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי"
28 (26.10.2016) רשות התחרות 501072 (להלן – גילוי דעת 1/16) קודם תיקונו, למעט



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מקרים שבהם תיקון גילוי הדעת מיום 24.11.2019 - תיקון גילוי דעת 1/16 של הממונה
- 2 על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על התחרות בקביעת גובה עיצום כספי"
- 3 (24.11.2019) רשות התחרות 501683 (להלן – גילוי דעת מתוקן) פועל באופן המיטיב
- 4 עם העוררת.
- 5 13. העוררת עררה כנגד העיצום הכספי וקביעת הממונה, ומכאן פסק דין זה.
- 6 14. לאחר שעיינתי בחומר שהוצג ושמעתי את חקירת מר ניר לוינגר, מנכ"ל העוררת; יואב
- 7 בר, סמנכ"ל מכירות בעוררת; רועי רוזנברג, מומחה כלכלי מטעם העוררת; וחקירת
- 8 נציג הממונה, מר משה לאו, כלכלן ברשות, הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות
- 9 בעיקרו.
- 10 15. אכן, העוררת הפרה חובות שבדין וחובות שהוטלו עליה מכוח הדין באופן המצדיק
- 11 השתת עיצום כספי.
- 12 16. עם זאת, בפרק העוסק בסעיף תקופת ההסכם לא מצאתי כי הופר האיסור בדבר
- 13 "הסכמות בלעדיות" כאמור בהוראות לבעל מונופולין; כמו כן, לא מצאתי שדי בחומר
- 14 שהוצג לביסוס קביעה אודות מדיניות מפרה בפרק המקרים והפרת סעיף 29 לחוק
- 15 שם; וכך גם לגבי הפרת סעיף 29 לחוק והצו המוסכם בפרק העוסק ביבוא המקביל.
- 16 17. בטרם יפורטו הדברים, אתייחס לטענה כללית אותה מעלה העוררת לאורך ההליך:
- 17 18. לטענת העותרת, מדובר בעיצום כספי בשיעור שאין לו תקדים והוא איננו מידתי ביחס
- 18 לחומרת המעשים. נרמז שהמשיבה חתרה לסכום גבוה באופן מלאכותי, לאחר שחקירה
- 19 פלילית שהתנהלה כנגד העוררת לא הניבה פרי. בהקשר זה מועלות טענות כנגד שינויים
- 20 בין תוכנם של שני מכתבי השימוע, שאינם נובעים דווקא ממידע נוסף שהצטבר, אלא
- 21 כנטען נובעים מהחתימה לעיצום בסכום "מהדהד".
- 22 19. אין לקבל את הדברים.
- 23 20. סכומי עיצומים ניכרים, יחסית, בעניינה של העוררת הם תולדה של נתונים הכספיים
- 24 של העותרת – שמחזורה הכספי עמד על כ 3.9 מיליארד ₪ בתקופה הרלבנטית – ושל
- 25 החלת הוראות החוק והכללים הקבועים בגילוי דעת 1/16 על נתונים אלו, בהתבסס על
- 26 הקביעה בדבר הפרות. הוראות חוק התחרות והכללים המעוגנים בגילוי דעת 1/16



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

חלים, כמובן, על כלל הגורמים במשק והם מעניקים משקל נכבד למחזור הכספי הרלבנטי בקביעת סכום העיצום הכספי. כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 240, 241 (להלן – דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי)), תכליתו העיקרית של מנגנון להטלת עיצום כספי הוא להוות כלי משלים למנגנוני האכיפה הפלילי והאזרחי-מינהלי שיאפשר מתן מענה אפקטיבי, מהיר ויעיל למגוון ההפרות.

21. כדי לייצר הרתעה אפקטיבית גם כלפי גופים גדולים, הותאם גובה העיצום הכספי המקסימלי, במצוות המחוקק, למחזור המכירות של התאגיד (שם, בעמ' 241). בהתאם, חברה בעלת מחזור מכירות נכבד שתחוב בעיצום כספי, תאלץ לשלם סכומים נכבדים לאור היקף פעילותה, ועל מנת לייצר הרתעה אפקטיבית כלפיה.

22. בעניינו, הסכום הלא מבוטל, לכאורה, שהושת על העוררת, מושפע במידה רבה מהיקף המחזור הכספי של העוררת, העומד, כאמור, על כ-3.9 מיליארד ₪. הצבת סכום העיצום הכספי אל מול מחזור עסקיה של העוררת מלמדת כי מדובר בעיצום שהוא מאית (!) ממחזור עסקיה של העוררת. להמחשה, אילו מדובר היה בחברה שמחזור עסקיה עומד על 39,000,000 ₪, נראה שהעיצום הכולל היה מסתכם בסכום צנוע בהרבה. כלומר, למעשה לא מדובר בסכום גבוה במיוחד ביחס לעיצומים שניתן להטיל על העוררת במקרים המתאימים.

23. כך ארע על שום שכעולה מקביעת הממונה, אין היא מייחסת לעוררת מעשים שמזוהה מהם ישירות פגיעה קיצונית בפועל בתחרות. עם זאת הלכה למעשה מדובר במעשים שנאסרו על החברה מפורשות בהזדמנויות קודמות, באופן מוחלט, שנועד להבטיח שהשוק יפעל בעתיד באופן תחרותי. כעולה מהקביעה, על אף האיסורים המוחלטים, העוררת איננה מונעת עצמה ממעשים אלו כנדרש, וממילא ברורה ההצדקה לעיצומים הכספיים, הן ביחס למדיניות פסולה שננקטה והן ביחס להפרות פרטניות שזוהו, וזאת על מנת ליתן להוראות פרטניות שניתנות את המשקל הראוי להן כך שתשמשנה מגן ראוי לתחרות ולאינטרס הציבורי המגולם בה.

24. הנה כי כן, בשים לב להיקף המחזור הכספי, הטענה כי מדובר בסכומי עתק מלאכותיים, איננה מבוססת.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 25. אכן, כפי שיבואר, בעניינים מסוימים מצאתי את טיעוני העוררת מוצדקים לגופם, כך
- 2 שסכום העיצום הכולל הופחת. עם זאת הטענה כי הקביעה מכוונת באופן מלאכותי
- 3 ל"סכום מהדהד" ומטעם זה יש להפחית את העיצום הכספי, איננה מבוססת ואני דוחה
- 4 אותה.
- 5 26. עוד בהקשר זה וביחס לטענת מגמתיות ופסול העולה מן השוני בין מכתבי השימוע –
- 6 אף טענה זו אין לקבל. שוני כזה איננו פסול כשלעצמו, ולמעשה הוא מלמד על כך
- 7 שהמשיבה שוקלת בדבר ואיננה נועלת עמדתה, אלא בסופו של ההליך המינהלי.
- 8 27. הלכה למעשה, השאלה המכרעת לפניי איננה האם עמדת המשיבה בזמנו, במכתבי
- 9 השימוע הייתה מבוססת, אלא אם העמדה כפי שהתגבשה בסופה של דרך, בקביעה,
- 10 מבוססת דיה. על כך אעמוד להלן.
- 11 28. כאמור, עניינה של הקביעה בהתנהגויות של העוררת שפורטו בששה פרקים. בערר
- 12 הועלו טענות לגבי כל אחד מהפרקים, וכן הועלו טענות הנוגעות לכללם. בפסק הדין
- 13 אתייחס תחילה לכל פרק בנפרד, ובהמשך לסוגיות המשותפות לכלל האירועים.
- 14



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

חלק ב': דיון בקביעת הממונה, לפרקיה, לגופה

פרק סעיף תקופת ההסכם

קביעה

29. לפי הקביעה, העוררת הפרה את החוק והוראות ספציפיות שחלות עליה בכך שבהסכמי סחר, בהם היא מתקשרת עם לקוחות מסוימים, כוללת היא סעיף קבוע שזה נוסחו (להלן – סעיף תקופת ההסכם):

15. תוקפו של הסכם זה הינו ... [מספר שנים] – תחילתו ביום ...
וסיומו ביום (להלן: "תקופת ההסכם").

על אף האמור לעיל, החברה רשאית לבטל הסכם זה באופן מיידי
וללא כל התראה מוקדמת בכל מקרה בו לא עמד הלקוח באחת
מהתחייבויותיו לפי הסכם זה, לרבות אך מבלי למעט:

15.1 הלקוח חדל לרכוש את מוצרי החברה או צמצם את
רכישותיו באופן משמעותי ביחס לשנים קודמות;

30. כעולה מלשוננו, סעיף זה מאפשר לעוררת לסיים הסכם סחר עם לקוח, על תנאי הסחר
שבו, במקרה בו הוא מפחית את רכישותיו ממנה, לרבות בגין העברת רכישות למתחרה.

31. כאמור בקביעת הממונה, במקרים מסוימים נוהגת העוררת להחתים את לקוחותיה גם
על "הצהרת קניות", בה לקוח מצהיר מראש על היקף סך כל רכישות השתייה של עסקו.
ההצהרה נעשית ללא הפרדה בין קוקה קולה למוצרים אחרים. באופן זה למעשה, סעיף
תקופת ההסכם מאפשר לעוררת לסיים הסכם סחר עם לקוח, אף שזה מעוניין להוסיף
ולרכוש מהעוררת קוקה קולה באותם היקפים, בשל הסטת ביקושים במוצרים אחרים
למתחרות.

32. הקביעה מתארת את פרשת לקוח העוררת __, משנת 2013, ככזו הממחישה את
הפרשנות שהעניקה העוררת לסעיף תקופת ההסכם והאופן שבו העוררת סברה שהוא
עשוי לשמש אותה ככלי אנטי תחרותי. באותו ענין מדובר היה ברשת מסעדות מזון
מהיר שהעבירה חלק מרכישותיה לחברת משקאות מתחרה ("יפאורה"). בתגובה איימו
על הלקוח עובדי העוררת, במעורבות מקדם מכירות, מנהל מכירות ומנהל ערוץ,
בהפחתת שיעור ההנחות על מוצרי קוקה קולה שאותם ימשיך לרכוש מהעוררת, תוך
הסתמכות על סעיף תקופת ההסכם.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

33. כך, מנהל הערוץ (האחראי בעוררת על ____ [אלפי] לקוחות) חישב עבור מנהל המכירות
הכפוף לו בכמה צריך להקטין את ההנחות של לקוח זה על מוגזים (שהעיקריים בהם
הם מוצרי קוקה קולה), על מנת לגרום ללקוח הפסד, כך שלא יהיה כדאי ללקוח לרכוש
את שאר המוצרים מהמתחרה (נספח 19 לתשובת הממונה לערר).
34. בשיחה מיום 8.12.2013 של מנהל המכירות עם הלקוח הדבר הוסבר לו, תוך הפניה
לסעיף תקופת ההסכם ככזה המאפשר לעוררת פגיעה בלקוח מכוח סעיף זה בסיטואציה
של רכישת מוצרים ממתחרים: "רשום בהסכם אם אתה יורד משמעותית מהמכירות...
ברגע שככה התנהלות שאתה ירדת משמעותית בקניות, הוא ראה לנכון וגם יודע שמשפטית
הוא [מנהל הערוץ, לפי הקביעה] מוגן, להוריד לך את ההנחות" (נספח 17 לתשובת
הממונה לערר). וכן מנהל הערוץ בחקירה: "והסעיף היחידי המתייחס לתקופת ההסכם
הינו סעיף 15 המדבר על כך שהחברה רשאית לבטל הסכם זה באופן מיידי ללא כל
התרעה מוקדמת בכל מקרה בו לא עמד הלקוח באחת מהתחייבויותיו לפי הסכם זה
לרבות אך מבלי למעט סעיף 15.1 הלקוח חדל לרכוש את מוצרי החברה או מצמצם את
רכישותיו באופן משמעותי ביחס לשנים קודמות. ולכן אני מניח שהסיבה לשיחות שהיו
עם הלקוח היו ירידה של כ-50% מהיקף רכישותיו אל מול שנה קודמת" (הודעה מיום
5.8.15 שורות 691 עד 696, נספח 23 לתשובת הממונה לערר, עמ' 299 לכרך נספחים;
וכן ראו דבריו של מנהל הערוץ בהודעתו מיום 10.2.14 שורות 528 עד 533, נספח ח –
12 לערר, עמ' 455 לכרך הנספחים).
35. לאחר חילופי הדברים סוכם עם הלקוח שהעוררת תממן לו שילוט חדש ולאחר מכן
יעבוד הלקוח עם העוררת בבלעדיות. כך מנהל המכירות בשיחה עם הלקוח מיום
15.12.2013: "תראה אני לא אומר לך יאללה מחר זה אתה הבטחת לי וזה, לא. בוא שהכל
יצא לפועל בעזרת השם, יעשו את המדבקות, יעשו את המניו בורד, יחליפו את השילוט
נתקדם. ואחרי זה דיר בלאק, אני אוציא לך את הזיכויים של מה שהבטחתי לך, את המענק
שלוש אלף שקל, והשלמה של האלף שקל שרציתי מנביעות פלוס, אתה רואה, אני זוכר
הכל... ותבעט את יפאורה ושלוש על ישראל" (נספח 17 לתשובת הממונה לערר).
36. לפי הממונה, סעיף תקופת ההסכם בהסכמי הסחר מהווה הפרה של ההוראות לבעל
מונופולין המושתות על העוררת (האיסור על הנחות מטרה מצרפיות שבסעיף 6
בהוראות; האיסור בדבר "הסכמת בלעדיות" שבסעיף 2 בהוראות; והאיסור בדבר
"הסכמת קישור" שבסעיף 2 בהוראות); של הצו המוסכם (האיסור שבסעיף 1 לנקוט



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 צעדים שנועדו למנוע רכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי העוררת); של תנאי
- 2 מיזוג נביעות (האיסור לקשור בין שיעור ההנחות הניתן בגין קוקה קולה להיקף
- 3 רכישתם של מוצרי נביעות שבסעיף 1.2); וכן של סעיף 29 לחוק בדבר ניצול לרעה
- 4 של מעמד העוררת כבעלת מונופולין (לפי הקביעה מעשי העוררת הם מסוג המעשים
- 5 המפורטים בסעיפים 1, 2, 3, 4 ו-7 בהודעת הממונה ברשומות).
- 6 37. בגין הפרה זו נקצב בקביעה עיצום כספי בגובה 9,825,028 ₪ לפי החישוב הבא: מסגרת
- 7 העיצום הועמדה על תקרת העיצום המרבי לאור מחזור מכירות העוררת העולה על 3.9
- 8 מיליארד ש"ח; עיצום הבסיס הועמד על 50% מסכום העיצום המרבי בגין מידת
- 9 פוטנציאל הפגיעה בתחרות, ומשך ההתנהלות; הממונה החמירה עם העוררת ב-30%
- 10 בשל כך שהסעיף מהווה הפרה של הוראות פרטניות שהוטלו עליה וב-36% בגין מחזור
- 11 מכירות גבוה במיוחד. סכום העיצום הופחת ב-50% בגין ראשית האכיפה באמצעות
- 12 עיצום כספי. לבסוף הופחת העיצום במסגרת הפחתת רוחב בשיעור של 10% שחלה על
- 13 כלל העיצומים בגין התמשכות ההליכים.
- 14 טענות העוררת
- 15 38. העוררת העלתה מספר טענות הנוגעות לסעיף תקופת ההסכם: בנוגע למטרתו; בנוגע
- 16 למועד העלאת הטענות בעניינו מאת הממונה כלפי העוררת; ולעצם הפגם הטמון בו
- 17 כפי שנטען כלפיה.
- 18 39. כפי שנראה להלן, לא מצאתי לקבל את עיקר טענות העוררת בעניין סעיף תקופת
- 19 ההסכם. אכן, כפי שנאמר בקביעה, מתוכן הסעיף ומאופן יישומו עולה כי מדובר
- 20 בהוראה פסולה המהווה הפרה ומבססת עילה להשתת עיצום כספי.
- 21 האם פרשנות העוררת עולה בקנה אחד עם תכלית הסעיף העולה ממבנה ההסכם?
- 22 40. העוררת טוענת כי סעיף תקופת ההסכם הינו סעיף סטנדרטי בחברה שבה שיטת ההנחות
- 23 מבוססת על כמות, כנהוג אצלה. לשיטתה, מטרתו לאפשר התמודדות עם מצב שהלקוח
- 24 מקבל סכום כסף כהקדמת הנחות או כדי שיבצע פעולות קידום מכירות במהלך תקופת
- 25 ההסכם, ולאחר תקופה קצרה סוגר את העסק. להבנת העוררת, הסעיף מאפשר לה לבטל
- 26 את ההסכם בשני מצבים: כשהעסק חדל לחלוטין מלרכוש את מוצריה; כשהעסק
- 27 ממשיך לבצע רכישות מינוריות במטרה להתחמק מהחזר הכספים. לשיטתה לא ראתה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 בסעיף פגם תחרותי, ולא הייתה מאחורי ניסוחו כוונה לאיים על לקוחות בגין הסטת
2 ביקוש למתחרות.
- 3 41. אלא שפרשנות העוררת לסעיף ולמטרותיו, איננה עולה בקנה אחד עם ניסוחו, יישומו,
4 כמו גם מבנה ההסכם בכללותו.
- 5 42. אשר למבנה ההסכם – כפי שציינה הממונה, בהסכם סעיפים ייעודיים המסדירים
6 היבטים ספציפיים הנובעים מהצורך להחזיר סכומים שניתנו כהקדמת הנחות וקידום
7 מכירות במצב של סיום הסכם – סעיפים 7-9 להסכם הסחר (נספח 15 לתשובת הממונה
8 לערר). קיומם של סעיפים ייעודיים לטיפול בסיטואציה הדורשת החזר סכומים
9 ששולמו בגין הקדמת הנחות וקידום מכירות מקשה על הטענה שתכלית סעיף תקופת
10 ההסכם, הנבדל מהם, נועד לטפל באותה סיטואציה.
- 11 43. בנוסף, והוא עיקר: לשון סעיף תקופת ההסכם כפי שצוטטה לעיל איננה מגבילה עצמה
12 להפחתת כמויות שלא בתום לב למטרות התחמקות מהחזר כספים. הסעיף מנוסח
13 בצורה גורפת ביותר, תוך שימוש במושגים גמישים, ומקנה לעוררת סמכויות נרחבות
14 להפסיק את ההסכם וההטבות הנגזרות ממנו, במקרה שהיקף הרכישות של אותו לקוח
15 לא יראה לה מסיבה כזו או אחרת, לרבות בקשר עם רכישה ממתחרה, בין אם שולמו
16 לעסק סכומים מראש, כדוגמת הקדמת הנחות, ובין אם לאו.
- 17 44. בכל אופן, מקובלת עלי עמדת הממונה כי גם אילו שוכנעתי – ולא שוכנעתי –
18 שמלכתחילה מטרת הכללת הסעיף בהסכמי הסחר הייתה שונה, הרי שבתקופה
19 הרלוונטית לקביעה הוצג בפועל אירוע __, בו פירשו עובדי העוררת את הסעיף ככזה
20 החל במקרה שלקוח רוכש ממתחרים, ומאפשר לאיים עליו בסיום הסכם ובשלילת
21 הטבות בגין כך.
- 22 45. בהקשר זה יושם אל לב כי הסעיף איננו מדבר על התאמת ההנחות לסטנדרט ההנחות
23 הכללי של החברה בגין הפחתה במכירות, אלא מעניק לחברה כוח לשלול כל הטבה
24 לפי שיקול דעתה, כנגזרת מכוחה להביא את ההסכם לגמר מייד. כך גם הייתה
25 ההתנסחות וההתנהלות בעניין __
- 26 46. יצוין כי במענה למכתב השימוע הראשון, העוררת לא הכחישה ואף טענה שסעיף
27 תקופת ההסכם חל גם במקרה __, בו מדובר היה בהסטת ביקושים של משקאות שאינם



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 קוקה קולה לחברת משקאות מתחרה. וכך נכתב שם: "הגם __ (מנהל המכירות – הח"מ)
2 חרג מסמכותו, הרי שלמעשה נוכח הירידה בשיעור של עשרות אחוזים בהיקף הרכישות של
3 בית העסק, הייתה זכאית החברה המרכזית, גם בשים לב להסכם בין הצדדים וגם בשים לב
4 להוראות הצו המוסכם, להפחית את ההנחות שנקבעות בהסכם בין הצדדים. אך ממילא
5 כאמור, הנחותיו של בית העסק לא נפגעו" (פס' 1925, נספח 3 לערר). וכן "אכן, אין
6 מחלוקת __ [מנהל המכירות] איים על __ [הלקוח, הבעלים של __ – הח"מ] שיפחית לו את
7 ההנחות. אלא שעל אף לשונו הבלתי מקובלת של __ [מנהל המכירות] בסופו של יום,
8 בהתאם להוראות ההסכם בין הצדדים ונוכח הירידה הדראסטית בכמות הרכישה מצדו של
9 __, זכאית החברה המרכזית לבטל את ההנחות שניתנו לו (סעיף 15.1 להסכם). הבהיר
10 זאת גם __ [מנהל המכירות] בחקירתו" (בפס' 1939; ההדגשה איננה במקור).
- 11 47. כלומר, לשיטת העוררת עצמה, כפי שבאה לידי ביטוי בהתנהלות בשטח, וכפי שבאה
12 לידי ביטוי במענה למכתב השימוע הראשון, במקרה של הסטת ביקוש למתחרים בחלק
13 ממגוון מוצרים כפי שנעשה במקרה __, רשאית היא לעשות שימוש בסמכות הנתונה
14 לה בסעיף תקופת ההסכם ולהביא את הסכם הסחר עם אותו לקוח לידי גמר. בשונה מן
15 הנטען עתה, בזמנו העוררת הצדיקה את האיום ואף עיגנה אותו בסעיף תקופת ההסכם,
16 כך שקביעת הממונה במקומה.
- 17 מועד העלאת הטענה והפגם שבעצם הכללת הסעיף בהסכמי הסחר של העוררת
- 18 48. לפי העוררת, הסכמי סחר שלה, הכוללים את הסעיף, עמדו לפני הממונה במסגרת מספר
19 בדיקות שערכה שנים קודם לכן, החל משנת 2004. נטען שהממונה התוודעה לסעיף
20 תקופת ההסכם זמן רב לפני ההליך הנוכחי, לרבות במהלך החקירה הפלילית שנוהלה
21 ובתקופת מכתב השימוע הראשון, אך לא ראתה בו פגם עד למכתב השימוע השני. כמו
22 כן, הרשות התוודעה לעניין __ – הדוגמה היחידה שבקביעה – לקראת סוף 2013, וגם
23 אז לא הלינה כנגד הסעיף כשלעצמו. עוד הדגישה העוררת כי גם בתהליך גיבוש הצו
24 המוסכם בשנת 2004 לא עלתה טענה בדבר סעיף תקופת ההסכם, אף שנקבע בו שאסור
25 לעוררת לבטל הנחות, להפחית הנחות או לבצע פעולות שנועדו להרתיע לקוחות
26 מלרכוש מוצרים של המתחרות, כך שמדובר למעשה באישור פוזיטיבי לכשרות סעיף
27 תקופת ההסכם.
- 28 49. בנוסף, העוררת טוענת כי מועד העלאת טענות הממונה כלפיה בעניין סעיף תקופת
29 ההסכם מלמד על קלישותן באופן מהותי – משבעבר לא זיהתה הרשות כל פגם בסעיף,



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 כיצד ניתן לקבל שלקוחות העוררת קראו את הסעיף באופן שעלול היה לפגוע בתחרות?
2 כמו כן, נטען כי מועד העלאת הטענות מלמד על שיהוי וחוסר הגינות מצד הממונה
3 בהטלת עיצומים בגינו. לפי העוררת, הממונה לא הסבירה מדוע להעדיף את טענתה
4 היום ולא את עמדתה המשתמעת במשך השנים – שאין כל פגם בסעיף תקופת ההסכם.
5 עוד צוין שטענות הממונה בנוגע למועד העלאת הטענה נטענו ללא תצהיר, והמצהיר
6 מטעם הממונה, מר לאו, העיד שאינו יודע בדבר מה שארע טרם כניסתו לתפקיד. בכל
7 הנוגע ללקוח __ הצביעה העוררת על כך שלא הובא תצהיר מהלקוח, אלא דוח
8 המודיעין שהפעיל __ ואף לא הובא תצהיר עובדי הממונה שעסקו בעניין.
- 9 50. הממונה הטעימה כי העוררת איננה מפנה לקיומו של אישור כלשהו שניתן לה מטעם
10 מי מצוות רשות התחרות לחוקיות סעיף תקופת ההסכם. גם אם עובדי הרשות לא נתנו
11 את דעתם באופן מיוחד לסעיף בהזדמנויות קודמות בהן נסקרו הסכמי הסחר, הרי שלא
12 מדובר באישור פוזיטיבי, ואף לא באישור משתמע.
- 13 51. פרשנות העוררת לסעיף תקופת ההסכם, במסגרת תשובתה למכתב השימוע הראשון
14 כפי שפורטה לעיל, הסבה את שימת הלב לסעיף וגרמה לעיון בנושא, לאחר שזו
15 הצדיקה את פרשנות עובדיה בחקירה, תוך הפניה ישירה לסעיף ככזה המאפשר סיום
16 הסכם בשל הסטת ביקושים למתחרה. לפי הממונה, בכל מקרה, לא נחוץ שינוי נסיבות
17 על מנת להצדיק את שינוי גישתה לסעיף תקופת ההסכם בין מכתב השימוע הראשון
18 לבין מכתב השימוע השני.
- 19 52. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, נראה כי אין לקבל את טענת העוררת בהקשר זה.
20 אף שהממונה לא העלתה טענה כנגד חוקיות הסעיף בשנים עברו, אינני סבורה שמועד
21 העלאת הטענה שולל את האפשרות להעלותה בחלוף זמן, שעה שזוהה הפגם בסעיף.
22 מחדלה של הרשות המינהלית לפעול כנגד הסעיף בעבר, איננו מצדיק בנסיבות העניין
23 הכשרת הפגם. העובדה שההסכם נגלה לעיני הממונה וצוות הרשות בעבר, איננה
24 מכשירה אותו כיום, שכן הלכה למעשה, נפל בו פגם. מה גם שבעניינינו, הרשות לא
25 התייחסה בפועל לסעיף בעבר וכלל לא הביעה עמדה חיובית לגביו, והטענה היא
26 למעשה לגבי שתיקתה של הרשות כנגדו לאורך שנים. ברי כי שתיקה כשלעצמה, איננה
27 מכשירה סעיף פסול.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

53. כפי שיבואר, מבחינה מהותית, כשלעצמי, סבורה אני כי מן הסעיף כמות שהוא עולה
הפגם הטמון בו, אל מול ההוראות הפרטניות שניתנו לעוררת לאורך השנים, ובוודאי
שכך לאחר שהעוררת ואנשיה התבטאו ביחס אליו כפי שהתבטאו בעניין __. העובדה
שהרשות לא הציפה את הדבר בעבר, איננה מעניקה לסעיף או לעוררת חסינות.
54. העובדה שהממונה הודיעה שמצאה פגם בסעיף רק במועד מאוחר גם איננה מלמדת על
קלישות הטענה או כי לא ניתן לראות פגם בסעיף. אי ההצבעה על הפגם בסעיף בעבר
עשוי להיות מוסבר בשלל סיבות מוצדקות ושאינן מוצדקות, שכולן אינן מהותיות
לטענה. כך או אחרת, אי טיפול הרשות בעניין בעבר, איננו מהווה הכשר לסעיף פסול
ואיננו מעניק לו חסינות כיום.
- אשר לטענה שלא הוכח שיש בסעיף כדי לאיים ולהרתיע לקוחותיה מרכישת מוצרי
מתחרים
55. לגוף העניין: אינני מקבלת את טענות העוררת כי עצם קיומו של הסעיף אינו מציב
מכשול על התחרות, וכי הממונה לא הוכיחה כלל את אלמנט "האיום" הגלום בסעיף
וההרתעה הגלומה בו מרכישת מוצרי מתחרים.
56. לטענת העוררת, הראיות בתיק מוכיחות שהלקוחות לא ראו בכל היבט שהוא בהסכם
עם העוררת איום שמרתיע אותם מלרכוש מוצרי מתחרים. לפי העוררת, מתשובת
המצהיר מטעם הממונה, מר לאו, בחקירה לשאלה בעניין זה נראה שהממונה כלל לא
התיימרה לדעת מה מבינים עסקים בפועל מהסעיף (עמ' 54 לפרוטוקול הדיון, שו' 24).
רק אחד מתוך 114 העסקים שנחקרו, נשאל על סעיף תקופת ההסכם, וגם הוא, הבין
שמדובר בבעיות תשלום או הפסקת הקנייה (סעיף 145 להשלמת טיעון מאת העוררת).
נטען כי כל העסקים תוחקרו לגבי תהליך החלטותיהם ברכישת משקאות, ואף אחד לא
העלה טענה לגבי סעיף תקופת ההסכם וקיומו של חשש לרדת בכמות הקניות.
57. אין לקבל את הטענה. אף שחקירתם של 114 עסקים איננה דבר של מה בכך, דומה שיש
להציג את הדברים בהקשר המתאים, שכן על פי נתוני הרשות היקף הסכמי הסחר עולה
כדי פי 10 ממספר זה. יתר על כן, גם לאותם 114 בעלי עסקים, לא הופנתה שאלה ישירה
בעניין.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

58. מכל מקום, לא נראה שניתן להסיק מסקנה פוזיטיבית בדבר היעדר עלילות לפגיעה בתחרות, מתוך מה שלא נשאלו ומה שלא ענו חלק לא גדול מהלקוחות. לב הבחינה של הפוטנציאל לפגיעה בתחרות הוא בנוסח הסעיף ובסעדים החוזיים שהוא מקים לעוררת במקרה של הסטת ביקושים לחברה מתחרה, ובזיהוי העלילות לפגיעה בתחרות שהם מגלמים לאור נסיבות העניין, כפי שמצאה המשיבה.
59. מוסיפה העוררת וטוענת כי עיון בעדויות עובדיה עליהן מסתמכת הממונה בקביעה, אף הוא אינו מלמד על מדיניות כנטען, ואילו עדויות אחרות של עובדיה מלמדות כי מעולם לא הפחיתו הנחות במהלך תקופת ההסכם או איימו על לקוח כי יפגעו בו אם יצמצם את היקפי הרכישה במהלך תקופת ההסכם. לפי העוררת, תשובת מר לאו בחקירה כי לא היה צורך בבדיקות נוספות, נוכח מקרה ____ (עמ' 55 לפרוטוקול הדיון, שו' 1-12) לא משכנעת. בפועל ____ ירד בכמות הקנייה ולא חשש לעשות זאת. מר לאו אף הודה שיכול להיות ____ לא הבין את משמעות הסעיף, אך מציין שיתכן שלקוחות אחרים כן (עמ' 55 לפרוטוקול הדיון, שו' 22-23). טוענת העוררת כי בנסיבות אלה, אין לקבל שמקרה ____ מקרה יחיד שגם הוא סותר לשיטתה את טענת הממונה, מעיד על התנהלות כללית. כן נטען, בהתבסס על חוות הדעת של ד"ר פדילה שצירפה העוררת במענה למכתב השימוע הראשון (נספח 32 לערר) כי הנתונים מראים שלקוחות רבים יורדים בכמות הרכישות, אך ההנחות שלהם לא נפגעות. לפי העוררת, הדברים לא נסתרו בחקירה הנגדית של המומחה הכלכלי מטעמה, מר רוזנברג (אשר הוא שנחקר בנושא בהתאם להסכמה דיונית בין הצדדים).
60. אלא שבאופן פשוט, מקריאת לשון הסעיף עולה שהוא אכן מאפשר לעוררת לבטל הסכם סחר עם לקוחות שהפסיקו לרכוש ממנה מוצרים או צמצמו משמעותית רכישתם ממנה, תוך שמידת הפחתת הרכישות איננה מוגדרת באופן קונקרטי; וכן הרכישות כולן מוגדרות ב"סל" אחד. כך ההפחתה מקנה לעוררת אפשרות חוזית, משפטית, לסיים התקשרות לגבי כלל המוצרים, כולל מוצרי קוקה קולה, בשל הסטת ביקושים למתחרות במוצרים אחרים.
61. הלכה למעשה: במקרה שהוצג בקביעה בו ביקש לקוח בפועל לרכוש ממתחרה, מקרה ____ בו היו מעורבים עובדי העוררת לרבות בכיר בה (מנהל ערוץ, כמפורט לעיל), אכן ביקשו אנשי העוררת להשתמש בסעיף על מנת להפחית הנחות שניתנו ללקוח ____



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 שהסיט ביקושים לחברת משקאות אחרת ולאיים בביטול ההסכם כליל, תוך שהפנו אל
- 2 הסעיף האמור (ראו הציטוטים לעיל וביתר פירוט בקביעה עצמה).
- 3 62. כאמור בקביעה, גם בעדות של לקוח נוסף, שאיננו __, הזכיר זה איום שהופנה אליו
- 4 בדבר "פתיחת הסכם" בגין הסטת ביקושים למתחרים, כפי שבפועל מאפשר סעיף
- 5 תקופת ההסכם. אמנם מדובר במקרה שאירע לפני כניסתה לתוקף של סמכות הממונה
- 6 להטיל עיצומים, אך יש בו כדי לשלול את טענת העוררת כאילו מדובר בהוראה הוגנת
- 7 שנועדה לטפל במצב של רכישה מינימלית בחוסר תום לב כדי להימנע מהחזר
- 8 הנחות/תשלומים; ולא לטפל במקרה של הסטת ביקושים למתחרים.
- 9 63. מדובר בחקירת הלקוח __ שאמר: "הייתה פגישה שלי עם המקדם [מקדם המכירות –
- 10 הח"מ] שלי והמנהל מכירות שלו לפני כארבע שנים. אני עשיתי מהלך חד צדדי והכנסתי
- 11 את יפאורה לכל הנקודות שלי ואז עובדים של החברה המרכזית הגיעו אליי למשרד
- 12 ואמרו לי שאני תחת הסכם וההנחות שלי יפגעו אם אני לא אמשיך לקנות מהם כמו
- 13 שקניתי עד עכשיו והם יפתחו את ההסכם שלי וההנחות יפגעו. בעקבות השיחה ניתקתי
- 14 מגע עם חברת יפאורה" (ראו סעיף 53 לקביעה; הודעת מר __ (לקוח), נספח 26
- 15 לתשובה ערר, שו' 49-54, 65).
- 16 64. אמנם הדברים הוכחו במסגרת הודעת מר __ (מנהל מכירות בעוררת), נספח 27
- 17 לתשובה לערר, שו' 909-1109). אך מטבע הדברים יש לייחס משקל יתר לדבריו של
- 18 מר __, שכן לא נראה מדוע יטען מר __ שהוצג כלפיו ש"יפתחו את ההסכם", כפי שסעיף
- 19 תקופת הסכם מאפשר לעשות, בהקשר של רכישה ממתחרים, אם לא אלו היו פני
- 20 הדברים בפועל. יצוין כי גרסת מר __ עולה בקנה אחד עם דברי מר __ בהודעת דוא"ל
- 21 מזמן אמת "לאחר מס' פגישות מורכבות ומשותפות שלי ושלך עם הלקוח במטרה
- 22 להחזירו למוטב ולהוציא את יפאורה, הצלחנו לשמחתי להגיע להבנות ולעשות זאת"
- 23 (17.3.2014).
- 24 65. אשר להפניה לחוות הדעת של ד"ר פדילה מטעם העוררת – כפי שמציינים ב"כ
- 25 הממונה, זו לא עסקה ולא בחנה את סעיף תקופת ההסכם, אלא עניינה בהשפעות
- 26 התחרותיות של "סטנדרט ההנחות" של העוררת. בתרשים 1 בטבלה 7, ובטבלה 11
- 27 בחוות הדעת, פדילה איננו מבחין בין לקוחות שיש להם הסכם סחר – שבו נכלל סעיף
- 28 תקופת ההסכם – לבין אלו שלא. מר רוזנברג אישר בחקירתו הנגדית שהנתונים אינם



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

מבחינים בין לקוחות שיש להם הסכם סחר לאלו שלא (עמ' 16 לפרוטוקול הדיון). לא נראה אפוא כיצד ניתן להסיק מסקנה לגבי סעיף תקופת ההסכם שבהסכם הסחר, מתוך נתונים נטענים אלו.

66. ודוק: כאמור, סעיף תקופת ההסכם איננו מפנה לסטנדרט ההנחות ואיננו מפנה לרמת הנחות כזו או אחרת יותר במקרה של ירידה בכמויות בהיקף מסוים, אלא מאפשר לחברה לבטל את הסכם הסחר כולו במקרה כזה, וממילא לשלול לחלוטין את ההנחות, בלא שההסכם מבטיח ללקוח תנאים חלופיים הנובעים מהיקף הרכישות על דרך הפניה לסטנדרט הנחות כלשהו.

הנה כי כן, הכללת סעיף תקופת ההסכם בהסכמי הסחר של העוררת, יצרה לעוררת זכות משפטית לבטל מידית הסכם סחר עם לקוח שמסיט ביקושים אל חברה מתחרה ולשלול ממנו הנחות והטבות (ולא להעביר אותו לדרגה אחרת ב"סטנדרט ההנחות", כנטען). לאור מעמדה המונופוליסטי בשוק הקולה, וההוראות בהן חויבה לאורך השנים, יש בכך פסול, כפי שיפורט.

הוראות הצו המוסכם

67. לפי סעיף 1 לצו המוסכם:

"1. סירב לקוח לרכוש מוצר של החברה או הביע לקוח עניין ברכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי החברה, לא תנקוט החברה כנגדו בצעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור או בצעדים שנועדו להרתיעו מלממש את רצונו, ובכלל זה:

1.1 ביטול, הפחתת הנחות, הרעת תנאי אספקה אחרים ללקוח, או איום לעשות אחד מאלה".

68. כעולה מנוסח הסעיף, אוסר הוא על העוררת לנקוט צעדים להרתעת לקוח מרכישת מוצרי מתחרים.

69. לפי הקביעה, המקובלת עליי, האיום הגלום בסעיף תקופת ההסכם – ביטול הסכם הסחר כולו – עשוי להרתיע לקוחות מלממש את רצונם לרכוש מוצרים שאינם של העוררת או להפסיק לרכוש מוצרים מסוימים של העוררת, כך שהכללת סעיף זה בהסכם סחר מהווה הפרה של סעיף 1 לצו המוסכם.

70. אשר לטענת העוררת כי ראתה את הסעיף ככזה שמטרתו לעצור התקשרות ולהשיב כספים במקרה שלקוח סוגר למעשה את עסקו, ולכן אין בסעיף תקופת ההסכם משום



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הפרה של הוראת סעיף 1 לצו המוסכם – אכן הצו המוסכם אוסר על צעדים "שנועדו"
2 להרתיע מהתקשרות עם מתחרה, כך שבכל הנוגע להפרת הצו המוסכם, אכן אילו
3 השתכנעתי כי מדובר בהוראה שתכליתה שונה לחלוטין, ייתכן שלא היה מקום לראות
4 את סעיף תקופת ההסכם ככזה המפר את הוראת סעיף 1 לצו המוסכם. אלא שכאמור,
5 הטענה כי מדובר בסעיף שתכליתו שונה, ושהוא נועד לטפל בהחזרי כספים והשקעות
6 מלקוח הפועל שלא בתום לב, וכלל לא במקרה של רכישה ממתחרים, איננה משכנעת
7 ואין לה עיגון בלשון הסעיף או במבנה ההסכם. עומדת אפוא תכלית הסעיף כפי שנעשה
8 בה שימוש בעניין __, וכפי שהיא מתבקשת מנוסחו – להותיר בידי העוררת כוח
9 להפסקת התקשרות, וממילא להפחתת הנחות או ביטולן לפי שקול דעתה, במקרה של
10 הפחתת רכישות, לרבות בשל הסטת רכישות של מוצרים שאינם קוקה קולה אל מתחרה,
11 ובאופן זה להקים הרתעה מתמדת מפני רכישה ממתחרים.
- 12 71. אשר לטענת העוררת כי יש לפרש את הסעיף בצו המוסכם ככזה שנועד לחול במקרה
13 שבו התנהלות העוררת נעשית דווקא בתגובה להבעת עניין קונקרטי מצד לקוח לרכוש
14 משקאות ממתחרים, ובמטרה להרתיעו מכך, מה שלפי העוררת לא הוכח בעניינה –
15 מקובלת עלי טענת הממונה כי לא סביר לפרש את הצו ככזה האוסר על העוררת לאיים
16 בביטול ההסכם לאחר שלקוח סירב לרכוש מוצר שלה, אך מתיר לה להעמיד איום קבוע
17 על לקוח מראש, שאם יסרב לרכוש מוצר שלה, היא תבטל את ההסכם. פרשנות כזאת
18 איננה סבירה ולמעשה היא תאפשר לעוררת לאיים מראש, בהתאם הלקוח לא יסרב
19 לרכוש מוצר שלה, והאיסור לעולם לא יחול.
- 20 72. טענת העוררת שאין בסיס לסבור שלקוחות יטעו לחשוב שהעוררת לא תמשיך להעניק
21 להם הנחות הוגנות לפי גודלם, בהתאם לסטנדרט ההנחות של העוררת (התאמה
22 המותרת גם לפי הצו המוסכם), קשורה בטענתה לגבי פרשנות הסעיף והאיום הגלום
23 בו. טענה זו של העוררת בקשר לאיום הגלום בעצם קיומו של הסעיף בהסכם – האיום
24 בביטול הסכם הסחר, נדחתה לעיל: כאמור, לשון הסעיף איננה מלמדת על כך שלקוח
25 שיקטין משמעותית את רכישותיו בכלל המוצרים, יוסיף וייהנה מתנאי סחר ומהנחות
26 שנהגו קודם לכן בגין מוצרי קוקה קולה או שההנחות לגביו תהיינה על פי סטנדרט
27 הנחות. ההיפך הוא הנכון. הסעיף קובע באופן גורף כי צמצום משמעותי ברכישות,
28 עשוי להביא להפסקה מיידית של הסכם הסחר, ללא התראה. כלומר, לקוח שיסבור
29 שסעיף תקופת ההסכם מקנה לעוררת כוח לפגוע בתנאי הסחר שלו לגבי מוצרי קוקה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

קולה בשל הסטת ביקוש במוצרים אחרים, לא ייטעה כלל, אלא להיפך. לקוח שיסבור
שההסכם מקנה לו את הזכות ליהנות מהנחות על פי סטנדרט ההנחות במקרה של
הפחתת מכירות, יטעה בפרשנות ההסכם לפי לשונו ונוסחו. סעיף תקופת ההסכם אכן
מפר, אפוא, את הוראות הצו המוסכם.

הוראות לבעל מונופולין

73. סעיף 2 להוראות לבעל מונופולין שניתנו לעוררת קובע כך:

2. החברה לא תתקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הסכמות
בלעדיות והסכמות קישור.

74. בסעיף ההגדרות שם הוגדר כך:

הסכמות בלעדיות – הסכמות בין החברה לבין לקוח, הן במישרין והן
בעקיפין, לפיהן ירכוש הלקוח רק את מוצרי החברה ולא ירכוש משקה או
משקאות שאינם משווקים על ידי החברה; לרבות הסכמות בין החברה לבין
לקוח לפיהן יקבל הנחות, יתרונות כספיים או הטבות אחרות עבור רכישת
מוצרי החברה ואי רכישת משקה, או משקאות, שאינם משווקים על ידי
החברה; יתרונות כספיים – לרבות מענקים חד פעמיים והקדמת הנחות;

הסכמות קישור – הסכמות בין החברה לבין לקוח פלוני לפיהן הלקוח יהא
זכאי להנחות עבור רכישת 'קוקה קולה' אם ירכוש מהחברה משקאות
אחרים המשווקים על ידה.

75. לפי הקביעה, כלפי לקוחות שרכשו את כל צריכת המשקאות שלהם מהעוררת עובר
לחתימת הסכם הסחר (גם מבלי להתחייב לכך), מהווה סעיף תקופת ההסכם בפועל
"הסכמת בלעדיות", אשר מאלץ את הלקוח להמשיך בכך מחתימת ההסכם ואילך, על
מנת שלא יחול צמצום משמעותי בהיקף רכישותיו מהעוררת (במקרה שלא חל גידול
בצריכת השתייה). כן נטען כי מדובר בהפרת האיסור בדבר "הסכמות קישור" לגבי
לקוחות שיבקשו להפסיק לרכוש מוצר מסוים מהעוררת לאחר שרכשו אותו ממנה
בשנים קודמות, עד כדי צמצום משמעותי בהיקף הרכישות.

76. כפי שיבואר, אינני מקבלת את טענות העוררת לעניין הקביעה בדבר הפרת הוראות
לבעל מונופולין הגלומה בסעיף תקופת ההסכם בנוגע לאיסור על "הסכמות קישור".
עם זאת, מקובל עליי שלא נראה שמדובר בהפרת האיסור על "הסכמות בלעדיות".

77. אשר להסכמות קישור – טוענת העוררת כי האיסור בדבר "הסכמת קישור" אינו רלוונטי
לענייננו. לפי העוררת, אכן, לשון הסעיף שבהוראות לבעל מונופולין אוסרת להתנות
הנחות עבור קוקה קולה בכך שהלקוח ירכוש גם משקאות אחרים כלשהם. אולם,



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לטענתה, כשהתנאי להנחות הוא הגעה להיקף רכש מסוים, תוך שבידי הלקוח חופש
2 להחליט אילו סוגי משקאות ירכוש במסגרת זו (כבענייננו) – הרי שלא מדובר בתנאי
3 שנאסר בסעיף 2 למסמך ההוראות לבעל מונופולין. לטענת העוררת גם פנייה לדין
4 הכללי בנושא "קשירה", מלמדת כי פרשנות העוררת היא המסתברת. בנוסף הצביעה
5 העוררת על הוראות שהושגו על חברת תנובה בפטור להסדר כובל להפצת מוצרי "טיב
6 טירת צבי", המלמדות לשיטתה שכשחשבה הממונה לנכון לאסור על קשירה באופן
7 שיכלול אישור התניית היקף התקשרות כולל (ולא רק התניה בעצם רכישת המוצר
8 הנוסף) – עשתה זאת הממונה מפורשות, כשאסרה שם קשירה שעניינה "היקף
9 התקשרות".
- 10 78. דין טענת העוררת להידחות. עמדת העוררת לא משכנעת. אין זה סביר לפרש את הסעיף
11 בהוראות לבעל מונופולין כאוסר על התניית הנחה על קוקה קולה, רק בכך שהלקוח
12 ירכוש מוצר אחר ספציפי, תוך שהוא מתיר התנית ההנחה על קוקה קולה בכך שאותו
13 לקוח ירכוש מגוון מוצרים או מוצרים שאינם ספציפיים, כפי שמציעה העוררת.
- 14 79. התניה על תוקפו של הסכם הסחר, בשל הפחתה משמעותית במכלול הקניות מהעוררת,
15 קושרת הלכה למעשה בין זכאות להנחות לרכישת קוקה קולה לבין רכישת מוצרים
16 אחרים מהעוררת, אם וכאשר בוחר לקוח פלוני לרכוש את המוצרים האחרים מספק
17 אחר. הסטת ביקוש המוצרים האחרים לספק האחר עשויה, מאליה, להביא להפחתה
18 משמעותית בכלל הרכישות, וממילא מאפשרת לעוררת, באופן פסול, מכוח סעיף
19 תקופת ההסכם לבטל את הסכם הסחר בכללותו בגין היענות לקוח לתחרות, בניגוד
20 לאיסור שבהוראות לבעל מונופולין על הסכמות קישור.
- 21 80. אשר לטענה בדבר נוסח הוראות המשיבה לחברת תנובה – מקובלת עלי עמדת הממונה
22 כי משהוראות לבעל מונופולין שניתנו לתנובה, מאוחרות לאלו שניתנו לעוררת, ברי
23 שלא ניתן להסיק מהנוסח המאוחר הנוגע לתנובה כוונה שונה לגבי העוררת. אין בכך
24 להעיד דבר מלבד שהממונה בחרה בעניין תנובה ניסוח מחודד יותר לקביעת אותן
25 הוראות. בהקשר זה מציינת הממונה ובצדק שהעוררת לא הצביעה על הבדל מהותי בין
26 המקרה שלה לבין המקרה של תנובה, שיצדיק את המסקנה שמדובר בכוונה להורות
27 הוראות שונות במהותן לשני המונופולים הללו בהקשר זה כשאסרה "קשירה".



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

81. אשר להסכמות לבלעדיות – לצד זאת, נראה כי טענת הממונה שסעיף תקופת ההסכם מהווה הפרת החיוב להימנע מהסכמה לבלעדיות, איננה עומדת. כעולה מלשון סעיף תקופת ההסכם, מדובר בסעיף שיחול רק במצב של "צמצום משמעותי" ברכישות, ולא במצב של הפרת בלעדיות. כלומר, גם אם עסק יצהיר על כמות רכישה המבטאת בפועל בלעדיות, הסעיף איננו מגלם ולו איום פוטנציאלי כלפיו, גם אם לא יידבק בפועל בבלעדיות, תוך שיצמצם רכישותיו מהעוררת במידה מסוימת, שאיננה עולה כדי "צמצום משמעותי". מלשון הסעיף עולה שהאיום יעמוד רק אם הצמצום יעלה כדי "צמצום משמעותי". אף שהמושג העמום מעורר קושי, ניתן בהחלט ללמוד ממנו שצמצום שאיננו משמעותי, לא יקים כל סנקציה כנגד מי שלא יקיים בלעדיות וירכוש משקאות ממתחריה של העוררת באופן שאיננו כרוך בצמצום משמעותי. קביעת הממונה כי סעיף תקופת ההסכם מהווה הפרת האיסור על הסכמות בלעדיות כפי שנקבע בהוראות לבעל מונופולין איננה עומדת, אפוא.
82. לצד זאת יובהר, שאף שהטענה כי אין מדובר בהפרת האיסור על הסכמות לבלעדיות התקבלה, אינני רואה לכך משמעות מעשית בנוגע לשיעור העיצום, שכן כאמור הלכה למעשה יש בסעיף תקופת ההסכם משום הפרה של הוראות לבעל מונופולין שניתנו לעוררת בהיבט אחר, כמתואר כאן לעיל ולהלן, ודי בכך כדי להצדיק את העיצום בהיקפו.
83. בנוסף, בקביעה נמצא כי סעיף תקופת ההסכם מהווה הפרה של האיסור על הנחות מטרה מצרפיות שבסעיף 6 בהוראות לבעל מונופולין המושתות על העוררת. סעיף 6 להוראות לבעל מונופולין קובע:
- "6. החברה לא תתקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הנחות מטרה או הנחות מטרה מצרפיות כאשר יעדי המכירה מתייחסים לתקופה העולה על חודשיים עוקבים. החברה לא תקבע יעדי מכירה לתקופות קצרות יותר אם סך התקופות שנקבעו עולה על 3 חודשים במשך תקופה של שמונה עשר חודשים קלנדרים. לאחר תום התקופה בה התקשרה החברה עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הנחות מטרה מצרפיות, לא תתקשר החברה בהסדרים הכוללים הנחות מטרה או הנחות מטרה מצרפיות במשך פרק זמן שלא יפחת מ-45 ימים."
- "הנחות מטרה מצרפיות" מוגדרות כך:
- "הסכמות בין החברה לבין לקוח פלוני לפיהן הלקוח יהא זכאי להנחות עבור השגת יעדי קנייה מצרפיים של מספר מוצרים המשווקים על ידי החברה, אשר ביניהם נכלל 'קוקה קולה'."



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

84. לפי הקביעה, משמעות סעיף 6 בהוראות לבעל מונופולין היא, בין היתר, מגבלה על התניית ההנחות להן זכאי לקוח על פי ההסכם, בעמידתו בהיקף רכישותיו בשנים קודמות, היקף שהוא נתון אינדיבידואלי, המציב למעשה "הנחת מטרה". סעיף תקופת ההסכם הופך למעשה את היקף רכישות הלקוח בשנים קודמות, ליעד קנייה אינדיבידואלי לאותו לקוח, תוך שההנחות הניתנות ללקוח – גם על מוצרי קולה – תלויות בעמידה בו.
85. לא זו אף זו: סעיף תקופת ההסכם אינו מבחין בין צמצום ברכישות קולה לבין צמצום ברכישות של מוצרים אחרים המשווקים על ידי העוררת ולכן היקף הרכישות של הלקוח בשנים קודמו הוא אף יעד קנייה מצרפי לגביו קיימות מגבלות תקופתיות, שאין ספק שאינן מתקיימות בהסכמי הסחר.
86. בקשר עם סעיף 6 להוראות לבעל מונופולין, גורסת העוררת שסעיף תקופת ההסכם איננו יעד אינדיבידואלי ללקוח, וזאת שעה שהסכמי הסחר אינם מחייבים את הלקוחות מבחינת היקף רכישותיהם, ואין חיוב לעמוד ביעד כלשהו על מנת לקבל הנחות בתקופת ההסכם. לטענת העוררת, גם לשיטת הממונה אין מדובר במנגנון אינדיבידואלי, שהרי צמצום משמעותי בהיקף הרכישות יוביל לשינוי במיקומו של הלקוח בתוך סטנדרט ההנחות, תוצאה שהיא לגיטימית מבחינה תחרותית. לשיטת העוררת, בסעיף תקופת ההסכם היא רק עיגנה את זכותה לפעול במקרה בו יאבד לגמרי הקשר שבין היקף הרכישות של הלקוח לבין ההנחות שניתנו לו, מבלי לקבוע יעד אינדיבידואלי ובאופן הכי פחות אגרסיבי שניתן להעלות על הדעת ולא למפרע. נוסף על כך, לטענתה, גם לפי פרשנות הממונה לסעיף, אי עמידה ביעד מאפשרת לכל היותר פתיחה במו"מ על הנחות ברכישות עתידיות, ולא מדובר בהנחה על רכישות שכבר בוצעו בתוך התקופה, בה נמדד היעד כהנחות מטרה.
87. אין לקבל טענה זו. האיום בביטול ההסכם הגלום בסעיף תקופת ההסכם אכן מהווה מגבלה על האפשרות של הלקוח לנהל בחופשיות כרצונו את רכש המשקאות שלו, בזיקה לכמות קניה אינדיבידואלית בעבר. כפי שכבר צוין, הסנקציה שבסעיף תקופת ההסכם אינה מתייחסת כלל לסטנדרט ההנחות, ולשינוי מיקום הלקוח בסולם זה, אלא היא מקימה עילה לסיום מידי של ההסכם, בזיקה להיקף הרכישה של הלקוח בשנים קודמות, ללא הפניה לדרגה שונה בסטנדרט ההנחות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 88. משנמצא כי סעיף תקופת ההסכם מהווה גם הפרה של סעיף 6 להוראות לבעל
2 מונופולין, ממילא לא עומדת הטענה כי הקביעה אודות הפרה של סעיף 1 להוראות
3 לבעל מונופולין יוצרת פרשנות לא הרמונית אל מול משמעותו של סעיף 6.
4
5 תנאי מיזוג נביעות
6
7 89. בקביעה נמצא כי סעיף תקופת ההסכם מפר את האיסור שבסעיף 1.2 לתנאי מיזוג
8 נביעות, שזו לשונו:
9
10 "1. החברה לא תקשור בין מוצרי נביעות לקוקה קולה, בכל דרך
11 שהיא, בין היתר על ידי:
12 1.2. קישור כלשהו, בהסדר או בהתנהגות, בין שיעור ההנחות הניתן
13 בגין קוקה קולה – לבין שיעור ההנחות הניתן בגין מוצרי נביעות,
14 להיקף רכישתם או לתנאי סחר אחרים הנוגעים להם".
15
16 90. לפי הקביעה, סעיף תקופת ההסכם קושר הלכה למעשה בין שיעור ההנחות הניתן בגין
17 קוקה קולה, להיקף רכישתם של מוצרי נביעות. טענות העוררת בהקשר זה נוגעות
18 למובן שבו מדובר ב"קשירה" באיסור שבתנאי מיזוג נביעות. דיון מפורט בעניין נמצא
19 תחת פרק "סטנדרט ההנחות" מטה, בו אינני מקבלת את פרשנות העוררת. באופן כללי
20 יצוין כי לטעמי, האיסור שבתנאי המיזוג הוא גורף וחל על כל קישור ("קישור כלשהו")
21 בין שיעורי ההנחות למוצרים השונים – קוקה קולה ומוצרי נביעות. איסור זה מופר
22 בסעיף תקופת ההסכם, היוצר מטבעו קשר בין מכירת מוצרי נביעות למכירת מוצרי
23 קוקה קולה, שעה שהוא מתייחס לכלל הרכישות מהעוררת, לרבות רכישת קוקה קולה
24 ורכישת מוצרי נביעות, בחדא מחתא.
25
26 סעיף 29א לחוק
27
28 91. הממונה מצאה בקביעה כי סעיף תקופת ההסכם מהווה ניצול לרעה של מעמד העוררת
29 כבעלת מונופולין בניגוד לסעיף 29א לחוק. צוין כי לעוררת מעמד מונופוליסטי בשוק
משקאות הקולה ועבור קמעונאים רבים מוצרים הקולה הם בבחינת מוצרים הכרחיים
לאור העדפת הצרכנים (Must have). בכל אחת מהשנים 2012-2015 החזיקה העוררת
בנתח שוק של מעל 90% בשוק משקאות הקולה. לפי הקביעה, גם יחד עם שאר
המשקאות המוגזים בטעמים, בידי העוררת נתח שוק מונופוליסטי (נתח מכירות מעל
80% בשנים 2012-2015). לעוררת כוח שוק משמעותי בשיווק כלל המשקאות הקלים
וכוח שוק זה מושפע גם מחסמי כניסה משמעותיים לתחום המשקאות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

92. הצגת מעמדה של העוררת בשוק באופן זה מקובל עליי, ולמעשה לא נראה שהעוררת
חולקת על מעמדה המונופוליסטי ועל כוח השוק המשמעותי שבידיה מכוח שיווקה את
משקאות הקולה למיניהם, שעבור קמעונאים רבים הם, כאמור, מוצרים הכרחיים.
93. כפי שמבארת הממונה (סעיף 19 לקביעה וסעיף 52 לתצהיר מר לאו מיום 13.7.2020),
הסכמי הסחר של העוררת, על סעיף תקופת ההסכם שבהם והכוח שהוא מעניק לעוררת,
נכון לאוקטובר 2013 חולשים על כמחצית המכר של העוררת בסגמנט מזון מהיר __
הסכמים) ובכלל הסגמנטים הקרים של הערוץ הפרטי (__ הסכמים) והם בשימוש גם
בסגמנטים נוספים.
94. באופן זה, נקבע כי סעיף תקופת ההסכם מגלם בחובו "עלילות" להרתעת לקוחות
מלרכוש מוצרים ממתחרי העוררת, וכך להקשות על מתחרים ולהחליש את יכולתם
להתחרות על לקוחות אלו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע
בציבור.
95. העוררת מצידה טוענת שבסעיף תקופת ההסכם אין כל עלילות להפחתת התחרות או
לפגיעה בציבור והממונה לא הוכיחה זאת. לטענתה, מדיניות למתן הנחות לפי גודל
הלקוח, אינה מהווה ניצול כוח מונופוליסטי לרעה, ואין כל תקדים בו נאסר על בעל
מונופולין המחזיק במדיניות כזו לשמור על זכותו להפחית הנחות ללקוחות שהיקף
פעילותם מצטמצם.
96. אלא שכפי שצינו לעיל לא אחת, סעיף תקופת ההסכם איננו מדבר בהפחתת הנחות
בשל צמצום רכישות של מוצר כזה או אחר בהיקף כזה או אחר, אלא בביטול מוחלט
ומייד של הסכם הסחר בכללותו במקרה של צמצום סך כולל של הרכישות ביחס לשנים
קודמות. הסעיף ולמעשה גם ההסכם כולו, לא כולל הפניה ל"סטנדרט ההנחות", ואין
הוא עוסק כלל בירידת דרגה בשיעור ההנחות, אלא בביטול הסכם. טענת העוררת
בעניין זה אינה מתיישבת אפוא עם לשון הסעיף ומשמעותו כמתואר לעיל.
97. טוענת העוררת כי הממונה לא הראתה שלקוחות חשו מאוימים מסעיף תקופת ההסכם,
ודאי לא באופן שפגע ביכולת של חברות משקאות מתחרות לשכנע את הלקוחות להמיר
ממוצרי העוררת במוצרים של חברות אחרות, ואף לא התקבלו טענות מהמתחרות, אשר
לדברי העוררת למעשה טענו לפני בית הדין כי לא היו מתלוננים כלל כנגד ההתנהלות
הנטענת של העוררת (סעיף יא למסמך שהוגש ביום 7.9.2020 בעניין עיון במסמכים



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 שבתיק (הרשות). זאת, חרף הכללת הסעיף בהסכמי הסחר משך שנים רבות וחרף חקירת
2 הרשות הנרחבת. לפי העוררת אין בקביעה כל ראיות לפגיעה בפועל בתחרות והטענה
3 לפוטנציאל נהדפת מכוח ההעדר הראייתי.
- 4 98. ראשית, בהתאם ללשון סעיף 29א לחוק ולפסיקה, אין צורך בהוכחת פגיעה בפועל. די
5 ב"עלילות", בפגיעה מסתברת, בתחרות או בציבור, לשם ממצא אודות הפרתו של
6 הסעיף (ת"כ (הגבלים עסקיים) 16-01-40796 חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על
7 התחרות, פסקה 164 (פורסם במאגרים; 23.06.2020) (להלן – עניין נמל אשדוד)
8 בעקבות פסיקה קודמת בעניין).
- 9 99. שנית, מבחינת העלילות לפגיעה בתחרות, פירטה הממונה בתשובה המשלימה כי
10 הסכמי הסחר נחתמים ככלל עם לקוחות בעלי היקף רכישות גדול. נוכח כך, "תפירת"
11 יעד קניות אינדיבידואלי עבור כל לקוח, כפי שמאפשר למעשה סעיף תקופת ההסכם,
12 עלולה לצמצם במידה של ממש את אפשרותם של מתחרי העוררת להתחרות לעניין
13 משקאות מסוימים.
- 14 100. שלישית, מנהל הערוץ בעוררת שחלש על _ [אלפי] לקוחות, מר _ , הבין את סעיף
15 תקופת ההסכם במקרה _ ככזה המאפשר לו לסכל תחרות, ואף שטען ש"אין כאן
16 איום", תאר הוא את ההסכם ככזה המאפשר לבאר ללקוח כי אם יסיט ביקושים
17 למתחרה, ניתן יהיה לפגוע ברווחיות שלו, וכך הלקוח יוותר עם העוררת, והתחרות
18 תסוכל מכוחו של סעיף תקופת ההסכם, המשקף את האופן בו בכיר בעוררת מפרש
19 בפועל את הסעיף תקופת ההסכם (ראו ציטוט בתיאור הקביעה לעיל מנספח 23
20 בתשובה לערר, שו' 691-696 וכן בנספח ח-5 לערר, שו' 260-282).
- 21 101. אשר לטענת העוררת שהצדדים השלישיים אמרו שהם "לא היו מתלוננים" כנגד הכללת
22 הסעיף בהסכם – טענה זו מהווה פרשנות שגויה לדברים שנכתבו מטעמם (סעיף יא
23 למסמך שהוגש לבית הדין ביום 9.7.2020). הצדדים השלישיים ציינו בהודעותיהם
24 לבית הדין, כדבר שבעובדה, שהם לא היו אלו שהגישו את התלונה בתיק. הם לא טענו
25 שמדובר בפרקטיקה שמקובלת עליהם, ולא ציינו שאין הם רואים מקום לבקר אותה,
26 כך שהפרשנות שמנסה העוררת ליצוק לדבריהם איננה מקובלת.
- 27 102. טוענת העוררת שלא השתמשה בפועל בסעיף תקופת ההסכם כדי לאיים על לקוחות
28 שצמצמו את היקף הרכישות שלהם ממנה (כך הצהיר מר לוינגר), כי לא הייתה לה כל



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מדיניות כזאת ולהיפך – מדיניותה הייתה להימנע בכל מחיר מהפעלת סעיף תקופת
2 ההסכם. נטען שהממונה לא הוכיחה מדיניות כזאת – לכל היותר הצביעה על מקרה
3 יחיד וחריג (הלקוח _), וזאת על אף חומר הראיות המסיבי שנאסף – כאמור, חקירה
4 של 114 עסקים. גם מתוך 2 עסקים להם הפנה מכתב השימוע הראשון בהקשר של איום
5 בהפחתת הנחות, נותר בסופו של דבר רק ____.
- 6 103. אלא שגם אם העוררת נהגה ככלל שלא לבטל בפועל הסכמי סחר מכוח סעיף תקופת
7 ההסכם, אין בכך כדי לשלול את האיום הפוטנציאלי הגלום בסעיף כשלעצמו וכן את
8 השימוש האפשרי באיום (להבדיל ממימוש האיום). ואמנם, גם במקרה של _ לא
9 הקטינה העוררת את ההנחות בסופו של דבר – אלא רק איימה לעשות כן. די באיום,
10 ולמעשה בפוטנציאל האיום, בהתחשב במכלול הנסיבות ומעמדה של העוררת בשוק,
11 כדי להקים "עלילות" לפגיעה בתחרות.
- 12 104. גם אם לא אותו בחקירה מקרים נוספים מלבד מקרה __, אין בכך כדי לשנות מכך
13 שבפועל ניתן לעשות שימוש בסעיף כדי לאיים על לקוח שרוכש ממתחרה, ומכך
14 שהעוררת עצמה הביעה את עמדתה שהיא רשאית לעשות שימוש בסעיף כדי לאיים
15 על לקוחות בדבר ההשלכות הצפויות אם יבחר להפחית מכמות הרכישות מהעוררת
16 עקב העברת רכישות חלק מהמוצרים למתחרים, כפי שהובעה באופן ברור בתשובת
17 העוררת למכתב השימוע הראשון וכפי שעולה מהעדויות בכל הנוגע למקרה ____.
- 18 105. כאמור, העוררת טענה שנמנעה במקרים מסוימים מהפעלת סעיף תקופת ההסכם, גם
19 כשלקוחות צמצמו את היקף רכישותיהם ממנה, אף שיש תופעת נרחבת וקבועה של
20 לקוחות היורדים בהיקף הרכישה, ומכאן שבפועל אין פסול בסעיף.
- 21 106. דומה שגם טענה זו מתייחסת לכל היותר למידת הפגיעה בתחרות בפועל, ולא
22 לעלילות לפגיעה בתחרות, שהיא הנוגעת לענייננו. לצד זאת יצוין כי מנגד, הממונה
23 הראתה שעל פני הדברים באותם מקרים להם טענה העוררת, מדובר במצבים
24 שהצמצום בהיקף הרכישות נבע מסיבות שאינן נוגעות לרכישה ממתחרים, אלא
25 להאטה בעסקי הלקוח. כפי שטענה הממונה, נראה כי המצב בו העוררת אינה נוהגת
26 להקטין את הנחות הלקוח באמצעות סעיף תקופת ההסכם במקרים אלו או לבטל את
27 ההתקשרות, דווקא מחדד את הפסול שבקיומו של סעיף המאפשר איום להקטין את



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ההנחות על מוצרי קוקה קולה, במקרים שהצמצום בהיקף הכולל חל עקב רכישת
- 2 מוצרים אחרים אצל מתחרים.
- 3 107. סבורה אני כי די באמור לביסוס הקביעה כי הכללת סעיף תקופת ההסכם בהסכמי
- 4 הסחר מהווה ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה בניגוד לסעיף 29א.
- 5 העיצום הכספי
- 6 108. כמתואר לעיל, מצאתי כי מועד העלאת טענות ישירות מצד הרשות כנגד סעיף תקופת
- 7 ההסכם, איננו מכשיר את סעיף תקופת ההסכם. אלא שבהקשר זה, בפי העוררת טענה
- 8 נוספת על פיה גם אם שתיקת הממונה כנגד הסעיף איננה מעניקה לו חסינות, הרי
- 9 שאין מקום להטיל בגין הסעיף עיצום כספי, מאחר שלשיטתה נוצר כלפיה מצג שאין
- 10 כל פגם בסעיף. לפי העוררת, ההחלטה להטיל עיצום, חלף בחירה באמצעי פוגעני
- 11 פחות, דוגמת הנחיה להסיר את הסעיף או לתקנו, עולה כדי שימוש לרעה בסמכות.
- 12 כן נטען כי משהעיצום הכספי הוטל בגין הכללת הסעיף בהסכמי הסחר של העוררת,
- 13 יש לדחות את טענת המצהיר מטעם הממונה בחקירה, הכלכלן מר לאו, לפיה לא היה
- 14 מקום להסתפק באזהרה משום שעובד בכיר בעוררת עשה שימוש בסעיף בצורה בוטה
- 15 (עמ' 58 לפרוטוקול הדיון, שו' 32-34).
- 16 109. כאמור, סבורה אני כי אין בהתנהלות הרשות בעניין זה כדי להכשיר את הפגם בסעיף
- 17 תקופת ההסכם. אינני מקבלת את הטענה כי התנהלות הרשות עלתה כדי מצג שמדובר
- 18 בסעיף כשר. העוררת לא הצביעה על חילופי דברים בנוגע לסעיף המלמדים כי הוא
- 19 היה בבירור או בדיון. אמנם הרשות לא הלינה על תוכנו של הסעיף, שהיה חלק
- 20 ממכלול שהיה בפניה, אך לא הוצג כל מצג אקטיבי מטעמה.
- 21 110. אמנם, אילו ניתן היה מצג אקטיבי בדבר כשרות הסעיף, טענה כנגד סבירות הטלת
- 22 עיצום כספי בגינו עשויה הייתה להיות טענה משכנעת. אך כאמור, מהחומר שהוצג
- 23 לא הוכח שאלו פני הדברים בענייננו. כאן, התנהלות הרשות מסתכמת בהעדר תגובה
- 24 לאחת מהוראות בהסכם שבא לפניה במהלך בירורים שלא נגעו לסעיף כשלעצמו.
- 25 111. נוכח כך אינני סבורה שיש מניעה להטיל עיצום כספי בגין סעיף תקופת ההסכם.
- 26 112. כאמור, תחשיב שיעור העיצום נעשה בידי הממונה בהתאם לאמות המידה שנקבעו
- 27 בגילוי דעת 1/16 – תחילתן בקביעת העיצום המרבי האפשרי בהתאם לסעיף 150ד(א)



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 לחוק, ולאחר מכן ייקבע "עיצום בסיס" כשיעור מסכום העיצום המרבי. במסגרת
2 קביעת עיצום הבסיס נשקלות הנסיבות הנוגעות להפרה עצמה, ועיקרן במידת
3 הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור ובהתחשב בהימשכותה. בשלב
4 הבא נבחנות הנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה ובשלב האחרון
5 נבחנות נסיבות חיצוניות להפרה ובהן העובדה שמדובר בתאגיד עם מחזור מכירות
6 גבוה.

7 113. בענייננו, עיצום הבסיס הוצב על 50% מסכום העיצום המרבי. בחישוב עיצום הבסיס
8 עמדה הממונה על מעמדה הדומיננטי של העוררת במשקאות קלים, מעמדה כבעלת
9 מונופולין בעלת נתח שוק של יותר מ-90% בשוק משקאות הקולה וכן על מאפייני
10 השוק. בכך מודגש הפוטנציאל לפגיעה בתחרות הטמון בסעיף תקופת ההסכם,
11 להצבת קושי בפני מתחרי העוררת והחלשת יכולתם להתחרות. עוד נלקחו בחשבון
12 השיטתיות של הכללת הסעיף בכל הסכמי הסחר של העוררת והתקופה הארוכה בה
13 נמצא הסעיף בשימוש בהסכמי העוררת, וכן שמדובר במדיניות ממוסדת ומוסדרת
14 שהעוררת הכתיבה ומיישמת באופן רחב ושיטתי. לקולה התחשבה הממונה בכך
15 שבחומר הראיות נמצא רק מקרה אחד בו נפרס במלואו ובאופן מפורט שימוש מובהק
16 במנגנון סעיף תקופת ההסכם כדי לאיים על לקוח (אף שהפגיעה טמונה בעצם
17 הכללתו בהסכם). בעקבות מכתב השימוע השני השתכנעה הממונה כי עוצמת האיום
18 שבסעיף פחותה ממה שסברה תחילה והציבה את עיצום הבסיס, כאמור, על 50%
19 (במקום 65%).

20 114. העוררת טענה כי טענות הממונה בהקשר זה מתייחסות להכללת הסעיף בהסכמי
21 הסחר, אולם הקביעה נוגעת לשימוש בו במקרה אחד – כך שהיה צריך להעמיד את
22 עיצום הבסיס על שיעור נמוך בהרבה, הנגזר מהפגיעה התחרותית המינימלית
23 מהיישום המינימלי שהוכח בפועל, אם בכלל.

24 115. אלא שהפגם בסעיף טמון בראש ובראשונה בעצם הימצאותו בהסכמי הסחר של
25 העוררת, המקים עלילות לפגיעה בתחרות, ולא בהיקף השימוש בו בפועל כך
26 שהסכמים מסתיימים מכוחו. בהינתן זאת, ובהתחשב ביתר המאפיינים שפורטו לעיל,
27 לא נראה כי העמדת עיצום הבסיס על שיעור של 50% מהעיצום המרבי, מופרזת
28 ומצדיקה התערבות לטובת העוררת.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

116. עוד טענה העוררת כי מהקביעה עולה כי פוטנציאל הפגיעה בתחרות בשל שימוש בסעיף הוא זניח והניתוח התחרותי בעניין זה חסר. כן טענה כי לא הוסבר מדוע הופחת גובה העיצום הבסיסי מ-65% ממכתב השימוע השני ל-50% בקביעה. בהקשר זה שללה העוררת את דברי מר לאו בחקירה כי הדבר נובע ממדרג ההפרות באירועים השונים (עמ' 57 לפרוטוקול הדיון, שו' 16-17) וטענה כי שיקול זה איננו רלוונטי לפי החוק ואינו מוזכר בגילוי דעת 1/16.
117. אינני סבורה כי בית הדין אמור – ואף ספק אם יכול – להתחקות אחר שיקול דעת הממונה בין מכתבי השימוע השונים בהפחתה מעין זו. הלכה למעשה, העומד לפני עתה הוא החלטה כי מידת חומרת ההפרה מצדיקה הפחתת עיצום הבסיס למחצית מהסכום המקסימלי. נוכח מכלול הנתונים המפורטים בקביעת הממונה, כפי שהובאו לעיל, ובפרט נפוצות התניה, העמדת גובה עיצום הבסיס על מחצית מהסכום המלא, בהחלט מסתברת בעיני. בהקשר זה יודגש: העומד על הפרק בהקשר זה איננו הפגיעה בתחרות בפועל, אלא הפוטנציאל האנטי תחרותי, שבהתחשב בנפוצות הסעיף הוא בעל משקל של ממש. בנוסף, מקובלת עלי טענת הממונה כי בהחלטה שבה מספר הפרות ועיצומים, הגיוני וראוי שהממונה תשאף לשמור על מדרג בין עיצומי הבסיס של ההפרות השונות בהתאם להערכתה את חומרתן היחסית.
118. אשר לטענת העוררת כי לאור הטענה בקביעה כי השימוש הפסול בסעיף נמשך שנים רבות, לא ניתן להסתפק בעלילות לפגיעה בתחרות אלא שהיה על הממונה להראות פגיעה בתחרות בפועל – כאמור לעיל, אין לקבל טענה זו. הדין דורש עלילות לפגיעה בתחרות, והעלילות לפגיעה בתחרות נלמדת מהתניה גופה. למעשה, אילו הובאו ראיות בדבר שימוש בפועל בסעיף בהיקף נרחב, לא ניתן היה להצדיק הפחתת עיצום הכספי ל-50%. משהועמד העיצום הכספי הבסיסי על 50% בלבד, העדר דוגמאות רבות ליישום, איננו מצדיק גריעה משיעור זה.
119. אשר לנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה – כאמור מצאה הממונה להחמיר עם העוררת ב-30% בשל כך שהסעיף מהווה הפרה של הוראות פרטניות שהוטלו על העוררת: הוראות לבעל מונופולין, תנאי מיזוג נביעות ותנאי צו מוסכס. הממונה לא מצאה להפחית בגובה העיצום על רקע מערך הדרכות והכשרות משזה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 אינו רלוונטי להפרה (שעוסקת בהסכמי הסחר) וממילא עובדי העוררת איימו להפעיל
- 2 את הסעיף בהתאם לפרשנות העוררת, על אף ההדרכות.
- 3 120. אף שמכלול שיקולים אלו מקובל עליי, סבורה אני כי שיקול נוסף מוביל למסקנה
- 4 שאין למצות עם העוררת את ההחמרה בגין המרכיב של נסיבות הנוגעות להתנהגות
- 5 העוררת ביחס להפרה.
- 6 121. משעל אף שההסכם בא בפני הרשות לאורך השנים, לא הופנתה אל העוררת דרישה
- 7 ישירה לבטלו, חומרת היתר בגין הפרת הוראות קונקרטיות פחותה. כלומר, אף שאין
- 8 בכך שהממונה לא הצביעה על הפגם מראש כדי להכשיר התנהלות פסולה של
- 9 העוררת, הרי שהדברים משליכים על מידת ההחמרה עם העוררת בשל הפרת
- 10 ההוראות הפרטניות שניתנו לאורך השנים.
- 11 122. בהקשר זה ולמעלה מן הצריך יצוין שאינני מקבלת את טענת העוררת שבהתאם
- 12 לסעיף 3 לגילוי דעת 1/16 ניתן להחמיר עם העוררת בנוגע לנסיבות הנוגעות
- 13 להתנהגות המפר ביחס להפרה ב-20%. כפי שמר לאו הצהיר בחקירה, הממונה שמרה
- 14 לעצמה את האפשרות לסטות מגילוי הדעת (עמ' 58 לפרוטוקול הדיון, שו' 6-7).
- 15 ואכן לפי הקביעה הבהירה הממונה שתעשה שימוש בהוראות המצויות בגילוי דעת
- 16 1/16. אולם בעמ' 11 לגילוי הדעת עצמו נכתב כי "במקרים מיוחדים עשויה הממונה
- 17 להידרש גם לשיקולים נוספים, לקולה או לחומרה". כך שהממונה איננה מנועה במקרה
- 18 דנן מלסטות מגילוי הדעת במקרה המתאים.
- 19 123. לגוף העניין, במקרה דנן הסטייה מגילוי הדעת נומקה פרטנית בסעיף 265 לקביעה
- 20 באופן זה: "נוכח העובדה שהחברה המרכזית הוזהרה בשלוש הזדמנויות שונות, מלנקוט
- 21 במעשים אלו, ואף על פי כן נקטה בהם, מצאתי להתחשב בנסיבות ייחודיות אלו כשיקול
- 22 לחומרה ולהחמיר את העיצום ב-30%".
- 23 124. עם זאת, בהעדר הוראה ישירה לביטול תניה זו, לא היה מקום למיצוי ההחמרה בגין
- 24 הפרת הוראות קונקרטיות. אני מורה אפוא שזו תעמוד על 15% בלבד.
- 25 125. אשר לשיקול שעניינו נסיבות חיצוניות להפרה ושיקולים נוספים – הממונה
- 26 החמירה עם העוררת ב-36% בגין מחזור מכירות גבוה במיוחד, שיקול שפורט בגילוי
- 27 דעת 1/16, וכן הפחיתה את סכום העיצום ב-50% בגין ראשית האכיפה באמצעות



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 עיצום כספי. הממונה דחתה בהקשר זה טענה שיש להפחית מגובה העיצום נוכח
2 העובדה שנוסח ההסכם הוכן תוך התייעצות עם עורכי הדין של העוררת המתמחים
3 בדיני התחרות. כמו כן, נקבעה הפחתת רוחב החלה על כלל העיצומים, בשיעור של
4 10%, בשל התמשכות ההליכים.
- 5 126. בעניין הסתמכות על ייעוץ משפטי – אינני מקבלת טענה זו, וראו התייחסות בהמשך
6 פסק הדין.
- 7 127. בעניין מחזור מכירות גבוה – לגרסת העוררת, בהתאם לפסק הדין בעניין נמל אשדוד
8 (סעיף 305) – שם נמצא כי נוסחת החישוב שבגילוי דעת 1/16 איננה מספקת – נדרש
9 להעלות את סכום העיצום הכספי בסכום נמוך ממה שנעשה כאן. לפי העוררת, ניתן
10 לחלץ נוסחה מהסכום שננקב בעניין נמל אשדוד (log לפי בסיס 3.5 במקום 2), ועל
11 פיו היה מקום להעלות את גובה העיצום ב-20%, ולא 36%.
- 12 128. אינני מקבלת את טענת העוררת בהקשר זה, בהינתן המחזור הכספי הנכבד בו מדובר.
- 13 129. בעניין נמל אשדוד צויין כי בנסיבות אותו מקרה, הנוסחה שנקבעה בגילוי הדעת לחישוב
14 שיעור ההחמרה בגין מחזור מכירות גבוה, ביטאה מדרג תלול מדי שהביא להחמרה בלתי
15 מידתית. מדובר היה שם בהחמרה של 18% בגין מחזור מכירות בשיעור 1.09 מיליארד ₪,
16 כשלצד נתון זה צויין שמחזור מכירות בשיעור 450 מיליון ₪ מביא להחמרה בשיעור של
17 6%; מחזור מכירות בשיעור 600 מיליון ₪ מביא להחמרה בשיעור של 10%; מחזור מכירות
18 בשיעור של 1.2 מיליארד – 20%; ומחזור מכירות של 2.4 מיליארד ₪ - 30%. נוכח כך
19 הופחתה של ההחמרה מ 18% ל 10%.
- 20 אלא שכפי שהוסבר מטעם הרשות, המידרג התלול האמור בא לידי ביטוי בעוצמה דווקא
21 כשנמצאים אנו ברף הנמוך של מחזורי מכירות גבוהים – למשל בעניין נמל אשדוד, שם
22 מדובר היה במחזור מכירות של 1.08 מיליארד ₪. בשונה מכך, בענייננו, אף שיש חברות לא
23 מעטות בעלות מחזור גבוה מזה של העוררת, לא ניתן לומר שהיא נמצאת ברף הנמוך: מדובר
24 במחזור מכירות גבוה יותר מפי 3.5 מזה בו היה מדובר בעניין נמל אשדוד. כאמור, בעניין נמל
25 אשדוד הופחת שיעור ההחמרה מ 18% ל 10%. בנסיבות אלו, לא נראית עילה להתערבות
26 בקביעת שיעור החמרה של 36% בשל חוסר מידתיות כפי שנעשה בעניין נמל אשדוד.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

130. אמנם, כפי שמציינת העוררת, ואף הוזכר בעניין נמל אשדוד, כשמדובר במפר עם היקף מחזור מכירות גדול במיוחד ואם לא קיימות נסיבות אחרות להפחתה מסכום העיצום, הנוסחה המוזכרת בגילוי הדעת לא תהיה רגישה כלפיו. אלא שלא נראה שדי בנימוק זה לבדו כדי להצדיק הפחתה משיעור ההחמרה שננקב כאן, נוכח ההיקף הנכבד של מחזור המכירות של העוררת. בהתאם יעמוד שיעור ההחמרה בגין מחזור מכירות גבוה, כפי שננקב בקביעה, על כנו.
- סיכום פרק זה
131. מצאתי כי אכן, בהכללת סעיף תקופת ההסכם בהסכמי הסחר של העוררת נפל פגם אנטי תחרותי. הסעיף נוגד את הוראות הצו המוסכם; את ההוראות לבעל מונופולין בעניין הנחת מטרה מצרפית ובעניין קשירה (אך לא בעניין בלעדיות); את תנאי מיזוג נביעות; וכן את סעיף 29א לחוק, ומצדיק הטלת עיצום כספי.
132. עם זאת, מצאתי שלא היה מקום בנסיבות העניין למצות את ההחמרה עם העוררת ולהוסיף 30% על סכום העיצום הבסיסי בגין שלוש התראות קודמות, אלא ראוי להסתפק בהחמרה של 15% בלבד בהקשר זה, ובהתאם יש מקום להפחית מגובה העיצום הכספי שנקבע כמפורט בפרק זה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

פרק המקררים

קביעה

133. בענף המשקאות רווח נוהג של השאלת מקררים ממותגים ללקוחות לצורך קירור, אחסון ותצוגה של משקאות. השאלת מקרר עלולה לשמש כלי להדרת מתחרים ולמצער הצרת צעדיהם, על דרך מניעת אחסון משקאות מתחרים במקרר הממותג ו/או הגדרתו כמקרר הבלעדי אצל הלקוח. בהתאם, בסעיף 4 בהוראות לבעל מונופולין נקבע:

"החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי הצבת מקרר או מקררים נוספים בתחומי אותו בית עסק, או באי רכישת מוצרים שאינם משווקים על ידי החברה. החברה לא תעניק הנחות כלשהן או יתרונות אחרים עבור אי הצבה של מקרר, או מקררים, שאינם קשורים לחברה בתחומי בית העסק".

134. עוד מוצא נוהג זה את ביטוי בתנאי מיזוג נביעות בהם נקבע:

"החברה לא תקשור בין מוצרי נביעות לקוקה קולה, בכל דרך שהיא, בין היתר על ידי:

...
1.3 איסור הצבתם של מוצרים מתחרים לנביעות במקררים של החברה. האמור לא יחול על בתי עסק שברשותם לפחות מקרר משקאות נוסף, אחד לפחות, שאינו של החברה המרכזית או מטעמה. לעניין זה "מקרר משקאות" – מקרר המיועד למכירת משקאות קלים והמכיל בעיקרו מוצרים מתחרים למוצרי החברה ובהם מוצרים מתחרים לנביעות".

135. לפי הקביעה, לעוררת מדיניות האוסרת או מגבילה מאוד הצבת מוצרים מתחרים במקררים שהשאלה לנקודות המכירה. המדיניות מצאה ביטוי במסמך מ-2010 שנועד למסירה ללקוחות חדשים ומסמך מ-2011 שנועד להתפרסם באתר האינטרנט של העורר בהם נרשם: "אנו שומרים לעצמנו את הזכות להוציא את ציוד הקירור ואמצעי התצוגה אם ישמשו למוצרים שאינם משווקים על ידנו". כאמור בקביעה, גם במועד הקביעה עצמה, עדיין הופיע באתר האינטרנט של החברה נוסח דומה במסגרת "מדיניות השירות" שנמצאת באתר תחת הקישור "אודות". ראיה נוספת למדיניות זו מוצאת הממונה במשפט המופיע בשטר הביטחון עליו נדרש לקוח לחתום בעת שאילת מקרר: "הרשות הבלעדית להוציא את הציוד בכל עת ללא מתן הודעה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מוקדמת שמורה בידי נציג החברה". כאמור בקביעה, בכך מאוימים כמחצית
2 מלקוחות החברה בסגמנטים הרלבנטיים.
- 3 136. אמנם, כאמור בקביעה, לכל המאוחר בשנת 2012, אימצה העוררת מדיניות ליברלית
4 יותר ביחס להצבת מוצרי מתחרים במקררי העוררת – "מדיניות שלושת הכללים",
5 אשר הממונה איננה קובעת שהיא אסורה כשלעצמה. עם זאת, כאמור בקביעה, אף
6 שהמדיניות החדשה מוזכרת בהתכתבויות פנימיות בחברה ואף שעובדי העוררת
7 נבחנו עליה באמצעות לומדה מתוקשבת, בפועל המדיניות לא פורסמה ולא נמסרה
8 באופן סדור ללקוחות. כמו כן, בהזדמנויות שונות בפועל היא כורסמה. עוד, הוצגו
9 מקרים שבהם, לאחר שבאופן פורמלי נהגה "מדיניות שלושת הכללים", פעלו
10 עובדי העוררת להוצאת מקררים שהשאלו המתחרים, זאת בניגוד להוראות לבעל
11 מונופולין החלות על העוררת.
- 12 137. עוד נקבע כי בכל המקרים בהם ללקוח מקרר של העוררת בלבד (יותר _ [אלפי]
13 לקוחות בסגמנטים הרלוונטיים), הרי שהעוררת הפרה את סעיף 1.3 לתנאי מיזוג
14 נביעות (לפיו אין לאסור הצבת מוצרים מתחרים לנביעות במקררי העוררת בבתי עסק
15 שברשותם מקרר של העוררת בלבד).
- 16 138. לצד זאת כאמור, הוצגו בקביעה 9 מקרים פרטניים, בהם פעלו עובדי העוררת בשטח
17 להוצאת מקררים של מתחרים מנקודות המכירה באזורים שונים בארץ (_____
18 _____
19 _____
- 20 _____. נמצא כי במקרים אלו, ולאור הגבלת האפשרות של הלקוח
21 להציב מוצרי מתחרים במקררי העוררת, נפגעה יכולתם של מתחרים להתחרות
22 בעוררת. לפי הקביעה, בכך הפרה העוררת את סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין
23 (האוסר על העוררת לנקוט פרקטיקות למניעת כניסת מקררים של מתחרים לנקודות
24 מכירה או להוצאת מקררי מתחרים).
- 25 139. לפי הקביעה, מדיניות העוררת לאסור או להגביל באופן משמעותי הצבת מוצרי
26 מתחרים במקרריה עלולה לפגוע בתחרות, בפרט כשהיא משולבת בפעולות להוציא
27 מקררי מתחרים מנקודות המכירה – ועולה כדי ניצול לרעה של מעמד העוררת כבעלת
28 מונופולין, בניגוד לסעיף 29א לחוק. נקבע כי מעשי העוררת הם מסוג המעשים



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

המפורטים בסעיפים 1, 2 ו-4 בהודעת הממונה ברשומות. העוררת צמצמה את יכולתם של מתחרים לאחסן ולהציג סחורה מקוררת בנקודות הקמעונאיות בסגמנטים שונים בשוק הקר ולהתחרות בה באספקת משקאות קלים לנקודות המכירה. בהקשר זה הוטעם כי בסגמנטים הקרים בהם חשיבות רבה למקררים המושאלים, [אחוז משמעותי] מהלקוחות מחזיקים במקררים של העוררת בלבד. כתוצאה מכך, מדיניות העוררת מגבילה את יכולת המתחרים להציג את מוצריהם ללקוח, לקרר ולמכור אותם בצורה אפקטיבית בנקודת המכירה, וודאי כך הוצאת מקררים של המתחרים, כך שמדובר במדיניות שעלולה לפגוע בתחרות.

140. אשר למדיניות שלושת הכללים שהוזכרה לעיל ואומצה לכל המאוחר במהלך שנת 2012 – מדיניות זו איננה קובעת איסור גורף על הצבת מוצרים מתחרים במקררי החברה. על פי מדיניות זו: 1. אם קיים בנקודת המכירה מקרר נוסף שאינו של העוררת, אסור ללקוח להציב מוצרי מתחרים במקררי העוררת; 2. אם בנקודת המכירה מקרר אחד בלבד של העוררת ואין מקרר נוסף, מותר ללקוח להציב מוצרי מתחרים עד 20% משטח הקירור של מקרר העוררת; 3. אם בנקודת המכירה שני מקררים או יותר של העוררת ואין מקרר נוסף שאינו שלה, מותר ללקוח להציב מוצרי מתחרים עד 20% משטח הקירור של מקרר אחד בלבד של העוררת (כלומר, אם יש שני מקררים של העוררת – עד 10% מסך כל שטח הקירור; אם יש שלושה מקררים של העוררת – עד 6.67% מסך כל שטח הקירור וכן הלאה).

141. כעולה מטיעוני הצדדים, הממונה איננה גורסת שמדיניות כזו אסורה לפי דיני התחרות. עם זאת, בקביעה נאמר שגם אם מדיניות שלושת הכללים מקלה את מידת הפגיעה בתחרות הנובעת מאיסור מוחלט על הכנסת מוצרי מתחרים למקררי העוררת, הרי שאף מדיניות זו טומנת בחובה מגבלה משמעותית על היכולת להציג מוצרי מתחרים ובכל מקרה, מדיניות זו לא נמסרה ללקוחות ולא פורסמה באתר העוררת, כך שקיים ספק עד כמה לקוחות היו מודעים אליה וראו עצמם חופשיים להתנהל לפיה.

142. כמו כן צוין בקביעה כי מדיניות זו כורסמה על ידי הנחיות הסותרות אותה שהופצו לעובדי המכירות של העוררת (הוצגו בקביעה מקרים מהם עולה הנחיה אודות איסור גורף על הצגת מוצרי XL ונסטי במקררי העוררת וכן צמצום שיקול הדעת של הלקוח



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

בהכנסת מוצרים למקררי העוררת, תוך סיכום על מוצר בודד מסוים שאינו של העוררת, שיוצג במקרריה).

143. בגין הפרת סעיף 1.3 לתנאי מיזוג נביעות, סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין וסעיף 29א לחוק, הטילה הממונה על העוררת עיצום כספי בסך 9,976,182 ₪. העיצום המרבי נקבע בהתאם למחזור המכירות של העוררת; עיצום הבסיס הועמד על 55% מסכום העיצום המרבי לאור חומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות וכן התקופה הממושכת של ההפרה. נלקחה בחשבון לקולה העובדה כי בידי הרשות ראיות למספר מצומצם של מקרים של הוצאת מקררי מתחרים מנקודות המכירה. צוין כי לאור חוות הדעת הכלכלית שהציגה העוררת השתכנעה הממונה כי מידת הפגיעה שעלולה להיגרם לתחרות פחותה ממה שסברה קודם לכן, בפרט – נוכח מידע על כמות משמעותית של מקררים שמצויים בבעלות הלקוח בחלק מהסגמנטים הקרים. כן צוין כי כל אחד ממקרי הוצאת המקררים ראוי לעיצום פרטני, גם אם אין בכל מקרה בנפרד כדי לייצר חשש לפגיעה בתחרות, ובכל מקרה מדובר במסכת כוללת שבצירוף עם התנהגויות נוספות קם חשש לפגיעה בתחרות. בשלב שקילת הנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, הוחמר סכום העיצום הכספי בשיעור של 20% לאור הפרה של הוראות פרטניות ונלקח בחשבון שהעוררת לא נקטה בפעולות ממוקדות לאיתור או למיגור הפרקטיקה המתוארת, לא נקטה בצעדים כתגובה להתרחשותה ולא הביאה את הפרקטיקה לידיעת הממונה וכי המדיניות הייתה בתוקף גם בעת פרסום הקביעה. בשלב שקילת נסיבות חיצוניות הוחמר סכום העיצום הכספי בשיעור של 36% לאור מחזור מכירות גבוה במיוחד, והופחת בשיעור של 50% לאור ראשית האכיפה, וכן הפחתת 10% בגין התארכות ההליכים.

טענות העוררת

144. בכל הנוגע לפרק המקררים בקביעה, מכחישה העוררת כי החזיקה במדיניות האוסרת על לקוחות להציב מוצרי מתחרים במקרריה. לטענתה, המדיניות שנהגה אצלה בתקופה הרלבנטית היא "מדיניות שלושת הכללים", מדיניות מקבילה לזו שאומצה בידי יצרנית קוקה קולה ושלושה משווקים באירופה בשנת 2005 בתיאום עם נציבות התחרות האירופית, ואשר הממונה מודה בחוקיותה. נטען שגם קודם לכן לא נהגה מדיניות של איסור גורף על הכנסת משקאות מתחרים למקררים ממותגים, אלא רק



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

כלפי מוצרי שתי המתחרות הגדולות, שמצדן החזיקו במדיניות דומה. אשר לטענה
כי מדיניות זו כורסמה בתקופה הרלבנטית – הוצע הסבר פרטני לכל אחד מארבעת
ה"כרסומים" הנטענים. אשר לתשעה המקרים הקונקרטיים בהם פעל נציג החברה
להוצאות מקררי מתחרים – העוררת איננה מכחישה כי בחלק מהמקרים אכן נהגו
אנשי המכירות שלא כדין. עם זאת, הדבר אינו עולה כדי הפרת סעיף 29א לחוק, שכן
בהינתן ההיקף המוגבל של העניין, אין מדובר בפגיעה בתחרות ובחסימת מתחרה,
אלא באירועים נקודתיים החורגים מן המדיניות ואינם מצדיקים הטלת עיצום כספי.

דיון

145. כפי שיפורט בהרחבה, נראה כי בדין הושת על העוררת עיצום כספי בגין ההתנהלות
בכל הנוגע למקררים הממותגים, אף כי לא באופן בו נעשו הדברים, דבר המשליך על
שיעור העיצום. אכן נראה כי הוצגו ראיות משכנעות לכך שבתשעת המקרים הנקובים
בקביעה פעל נציג החברה להוצאת מקררי מתחרים בניגוד לאמור בסעיף 4 להוראות
לבעל מונופולין (לגבי ארבעת מקרי ה"כרסום" במדיניות שלושת הכללים לא נטען
שהם כשלעצמם מהווים הפרה). ניתוח מפורט בעניין זה יוצג בהמשך. אלא שלצד
זאת, הקביעה כי בפועל נהגה בתקופה הרלבנטית מדיניות העולה כדי ניצול מעמד
לרעה העלול להפחית את התחרות כאמור בסעיף 29א לחוק התחרות, איננה מבוססת
דיה.

האמנם הוכח שבתקופה הרלבנטית הופר סעיף 29א לחוק בכל הנוגע לבלעדיות
במקררים?

146. כאמור בקביעה, סמכות הממונה להטיל עיצום כספי בגין הפרת סעיף 29א לחוק,
החלה ביום 24.10.12, מועד פרסום הודעת הממונה ברשומות אודות סוג המעשים
שניתן להטיל בגינם עיצום כספי בקשר עם הפרת סעיף 29 ו 29א לחוק (בגין הפרות
אחרות הוסמכה הממונה להטיל עיצום כספי עוד קודם לכן וביום 24.7.12 אף פרסמה
את גילוי דעת 1/12, ובו השיקולים המנחים בעת שימוש בסמכות).

147. מששאלת קיומה של מדיניות פסולה נוגעת להפרת סעיף 29א לחוק, התקופה
הרלבנטית בהקשר זה היא החל מיום 24.10.12 (להלן – התקופה הרלבנטית).

148. כמפורט בתשובת הממונה לערר (סעיפים 419 עד 423), אכן קיימות ראיות משכנעות
לכך שקודם לתקופה הרלבנטית נהגה אצל העוררת מדיניות האוסרת של הצבת מוצרי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מתחרים במקררי העוררת. למשל, במבחן שניתן לעובדי העוררת בשנת 2011 נשאלה
2 השאלה: "מה יש לעשות במידה ויש בנקודת המכירה מקרר יחיד והוא של חברת
3 קוקה-קולה?". התשובה הנכונה היא "במקרה זה יש להשאיר מוצרים של החברה
4 המרכזית בלבד" (נספח 41 שם).
- 5 149. עם זאת, כאמור בקביעה (סעיף 77), החל משנת 2012 – כלומר החל מתחילת
6 התקופה הרלבנטית – אימצה העוררת את מדיניות שלושת הכללים באשר לסוגיית
7 המקרים. בהתאם, החל מתקופה זו מדיניות שלושת הכללים מוזכרת בהתכתבויות
8 שונות של החברה, ועובדי החברה נבחנו עליה באמצעות לומדה מתוקשבת.
- 9 150. על אף שהקביעה איננה מציינת שמדיניות שלושת הכללים כשלעצמה מהווה הפרה
10 של סעיף 29 א לחוק, מזהה הממונה פגם בהתנהלות העוררת גם בתקופה הרלבנטית
11 משלהי שנת 2012, משום שמצאה שמדיניות שלושת הכללים לא פורסמה משעה
12 שאומצה, ולא נמסרה ללקוחות כדבר שבשגרה, כך ש"קיים ספק רב עד כמה לקוחות
13 אמנם היו מודעים למדיניות זו וראו את עצמם חופשיים להתנהל על פיה ללא חשש"
14 (סעיף 79 לקביעה).
- 15 151. משהפגם הוא למעשה מידת ההבהרה ללקוחות אודות שינוי המדיניות, נחוצים
16 נתונים משמעותיים שאינם בפניי כדי לקבוע שמתקיימת עלילות לפגיעה בתחרות
17 בשל כך. נחוצים נתונים אודות מידת מודעות הלקוחות למדיניות הגורפת הקודמת,
18 ואף ניתן לטעון שנחוצים נתונים אודות מידת הציות לה. זאת על שום שככל שככלל,
19 הלקוחות לא היו מודעים למדיניות הגורפת ולא נהגו לכבד אותה בעבר, הרי שלא
20 נראה כיצד העדר הודעה ללקוחות אודות השינוי מהמדיניות הגורפת, עלול להפחית
21 תחרות.
- 22 152. הלכה למעשה, לא הובאו מטעם הרשות נתונים כלליים אודות המצב בפועל אצל
23 הלקוחות עובר לתחילת מדיניות שלושת הכללים, ולא נערך סקר ואף לא בדיקה
24 פרטנית עם לקוחות שנחקרו בידי הרשות בסוגיה זו – האם ובאיזו מידה הם היו
25 מודעים למדיניות האיסור הגורף, או להנהגת מדיניות שלושת הכללים.
- 26 153. אשר להפרות פרטניות שהוצגו – בהתחשב בהיקף הכולל העצום של נקודות
27 המכירה, מקרים בודדים אינם מקימים בסיס מספק לממצא אודות התנהלות החברה
28 ותפיסת לקוחות החברה את מדיניות העוררת בסוגיה זו לאורך התקופה וקודם לה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ממילא אין הם מקימים תשתית לקביעה שסעיף 29 א לחוק התחרות הופר בתקופה
2 הרלבנטית.
- 3 154. בדברים אלו אינני מתעלמת מכך שסעיף 29 א לחוק התחרות איננו מחייב הפחתת
4 תחרות בפועל, ושדי בהוכחת "עלילות" להפחתת תחרות כדי לקבוע כי הופר החוק.
5 בהתאם, אם הייתה הממונה מוכיחה מדיניות המורה על איסור גורף של הנחת
6 משקאות מתחרים במקרי העוררת בתקופה הרלבנטית, לרבות מקרר בודד אצל
7 לקוח, לא היה בהעדר נתונים "מן השטח" כדי להכשיל את הקביעה. אף אם הלקוחות
8 לא היו מצייתים למדיניות בפועל, ניתן היה לראות במדיניות הגורפת ככזו העלולה
9 לפגוע בתחרות. ואולם שונים הם פני הדברים שעה שהמדיניות בתקופה הרלבנטית
10 לא גרסה איסור גורף, אלא אימצה את "שלושת הכללים", שכשלעצמם לא מצאה
11 הממונה לנכון לקבוע כי עולים הם כדי הפרת חוק התחרות. משזו המדיניות עליה
12 נבחנים אנשי המכירות בתקופה הרלבנטית, והפגם הוא בהורדת ההבהרה לשטח,
13 ללקוחות, נחוץ מידע אודות תפיסת הלקוחות את העניין עובר לאימוץ מדיניות
14 שלושת הכללים. זאת על מנת שניתן יהיה להעריך אם אכן אף שהמדיניות העדכנית
15 לא נקבעה כפסולה, נותרה תפיסה שנדרש היה למגרה, אודות מדיניות איסור גורף,
16 ובכך התקיימה עלילות לפגיעה בתחרות.
- 17 155. להסרת ספק, אין בדברים האמורים משום אישור לתקינותה של מדיניות שלושת
18 הכללים כשלעצמה. הצדדים לא הציגו בפניי ניתוח כלכלי המבסס קביעה כי מדובר
19 במדיניות כשרה או פסולה שעלולה להפחית את התחרות. בהתאם אין מקום לקביעת
20 ממצאים בעניין זה. עם זאת, בהעדר טיעון מבוסס או אחר לאי חוקיות, נקודת המוצא
21 בפסק הדין היא שמדובר במדיניות שאין בה פסול, בלא שיהא בכך משום קביעת
22 מסמרות בסוגיה זו שלא התלבנה לעומקה בהליך.
- 23 האינדיקציות שהציגה הממונה לכרסום במדיניות שלושת הכללים – פרשנותן
24 ומשמעותן
- 25 156. כאמור, אינדיקציה לכך שמדיניות שלושת הכללים לא נהגה באופן גורף מבקשת
26 הממונה ללמוד ממספר מקרים בהם כלשון הקביעה חל "כרסום" במדיניות, בשל
27 הנחיות שאסרו על הצבת מוצרים מסוימים במקרי החברה, אף שעל פי מדיניות
28 שלושת הכללים לא היה מקום לאיסור גורף כזה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

157. אלא שדומה שדווקא ההתנהלות הייחודית באותם מקרי "כרסום" שהיקפם מוגבל, מחזק את המסקנה שהכלל שנהג באותה תקופה בפועל היה "מדיניות שלושת הכללים", ולא מדיניות איסור גורף.
158. אשר להנחיה שניתנה ביום 19.5.13, כי ניתן להוציא מהמקרים משקה XL המשווק בידי טמפו (נספח 53 לתשובת הממונה לערר) – אכן מדובר בהוראה נקודתית שאינה עולה בקנה אחד עם מדיניות שלושת הכללים. עם זאת, הובהר כי העוררת ראתה לנכון לנקוט במדיניות זו באופן פרטני ביחס למוצר זה, משום שמדובר היה במוצר דומיננטי במיוחד של חברה שהייתה בעלת מונופולין במוצר זה בעצמה – טמפו. העוררת סברה באותו עת שבשים לב למאפיינים אלו, לא הייתה היא מחויבת לנהוג במוצר על פי "מדיניות שלושת הכללים".
159. בין אם צדקה העוררת בגישה זו ובין אם לאו, אינני סבורה כי ההיתר שמצאה לה העוררת ביחס למוצר זה מלמד על כך שמדיניות שלושת הכללים כורסמה ולא נהגה באופן גורף. אדרבא, כאמור, מן ההיתר שביקשה לה העוררת בעניין זה, לאור מאפייניו הלא שגורתיים, משמע שככלל נהגה היא לפי מדיניות שלושת הכללים.
160. אשר לטענה בדבר הנחיה שניתנה שאין לאפשר הצבת המוצר נסטי במקרי החברה, ולו בהיקף המותר לפי מדיניות שלושת הכללים, כראיה לכך שהם כורסמו ולא נהגו בפועל – בהקשר זה מפנה הממונה להודעת דוא"ל יום 15.1.14 שהפיץ סמנכ"ל השיווק דאז בעוררת, מר ניר לוינגר, בה נכתב: "בנוסף, יש לשמור על מקרי החברה המרכזית בהתאם לנהלים ולמוצרים שנקבעו, כשנסטי אינו נכלל בחריגים שהוגדרו, ולכן דינו להימצא במקרים בבעלות הלקוח בלבד" (נספח 55 לתשובת הממונה לערר).
161. דומני שאכן דבריו של מר לוינגר בהודעת הדוא"ל אינם עולים בקנה אחד עם מדיניות שלושת הכללים, ונראה שגם העוררת איננה מציעה פרשנות חליפית סבירה לדבריו הנכוחים של מר לוינגר כי "דינו של הנסטי להימצא במקרים בבעלות הלקוח בלבד". אינני סבורה כי די בעובדה שההודעה הוצגה למר לוינגר בשלב מאוחר בחקירה, ובטענה שלכן לא יכול היה להסביר את ההקשר, כדי להוציא את הדברים מכדי פשוטם.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

162. עם זאת, גם כאן מכלל הן את שומע לאו: מן ההגבלה הספציפית שניסה ליזום מר לוינגר לגבי הוצאת נסטי ממקררי החברה, ואי החלת ה"חריגים" לגבי מוצר זה, נמצאים אנו למדים שככלל הדבר היה אפשרי בגדרי שלושת הכללים אשר קבעו את הנסיבות בהם ניתן לאחסן מוצרי מתחרים במקררי העוררת.

163. עוד מפנה הממונה לדרישה דומה מאוקטובר 2012 שהופנתה לרשת _____ כפי שרשם מנהל המטה מר _ : "הובהר לרשת כי לא תינתן הסכמה בשום צורה להימצאות נסטי במקררי החברה" וכן "נתבקש להוציא מסמך לדרג השטח אודות אי המצאות נסטי במקררים" (נספח 56 לתשובת הממונה לערר).

164. אינני מקבלת את טענת העוררת בהקשר זה, המפנה לחקירתו של מר _ [מנהל המטה] ברשות, בה גרס הוא שבכל נקודות המכירה המדוברות היה ציוד קירור נוסף מלבד זה של החברה, כך שדרישתו הייתה שבקבוקי הנסטי יוצבו בציוד שאיננו של החברה, כפי שמאפשרת מדיניות שלושת הכללים, ולא שיודרו מנקודות המכירה. כפי שמציינת הממונה, ההסבר איננו משכנע. בתרשומת שבנספח 56 לערר, רשם מר _ [מנהל המטה] בזמן אמת שסרב ל"הצעת פשרה" שהציעה נציגת הלקוח, הצעה על פיה בכל נקודת מכירה בה פועל מקרר בודד של החברה – תתאפשר הצגת בקבוקי נסטי, ובמקומות בהם יש מקררים נוספים – נסטי יוצג בהם, ולא במקרר החברה. אילו אכן היה מר _ [מנהל המטה] דורש מנציגת הלקוח לנהוג על פי שלושת הכללים, לא הייתה היא מציעה _ [מנהל המטה] "הצעת פשרה" נגדית ברוח זו, שאינה אלא הצעה ברוח שלושת הכללים, ובוודאי _ [מנהל המטה] לא היה דוחה את ההצעה.

165. כלומר, אכן בכל הנוגע לנסטי, קיימות ראיות למדיניות שאיננה תואמת את שלושת הכללים, אלא חותרת להדרה גורפת של מוצר זה ממקררי החברה, גם מקום בו קיים מקרר בודד של החברה. עם זאת, מן הדברים גם עולה שככלל, באותה עת נהגה בפועל מדיניות שלושת הכללים, ושהלקוחה גם הייתה מודעת לה. כפי שרשם _ [מנהל המטה] באותו מסמך: "הרשת מסרבת לקבל את ההנחיה, ומבקשת אותה כתובה במסמך או במייל. לטענתה אנו לא יכולים לדרוש זאת ואנו עוברים על חוק המונופול(הובהר להם על ידי מה החוק אומר)".



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 תשעת המקרים בהם פעלה העוררת להוצאת מקררי מתחרים
- 2 166. כאמור, בקביעה מפרטת הממונה 9 מקרים בהם פעלה העוררת להוצאת מקררי
- 3 מתחרים מנקודות מכירה – פעולה שנאסרה עליה במפורש במסגרת ההוראות לבעל
- 4 מונופולין. הממונה לא ייחדה עיצום כספי לכל אחת ואחת מהפעולות, שכן הן נתפסו
- 5 בעיניה כחלק מהתנהלות רחבה יותר, אותה מצאה הממונה ככזו המפרה את הוראת
- 6 סעיף 29א לחוק התחרות, והוצגו כדוגמא להתנהלות הפסולה של העוררת. בגין
- 7 התנהלות זאת נקצב עיצום כספי כולל בסך 9,976,182 ₪. נוכח מסקנתי כי משככלל
- 8 אומצה מדיניות שלוש הכללים, שהפסול שבה כשלעצמה לא נטען ולא הוכח, אין
- 9 מקום בפרק זה לעיצום בגין הפרה הוראת סעיף 29א לחוק, אבחן את קביעת הממונה
- 10 כי מקרים פרטניים אלו עולים כדי הפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין, ואתייחס
- 11 לשיעור העיצום הכספי הנגזר מכך.
- 12 כאמור, סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין קובע כי:
- 13 "החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי הצבת מקרר או
- 14 מקררים נוספים בתחומי אותו בית עסק, או באי רכישת מוצרים
- 15 שאינם משווקים על ידי החברה. החברה לא תעניק הנחות כלשהן או
- 16 יתרונות אחרים עבור אי הצבה של מקרר, או מקררים, שאינם קשורים
- 17 לחברה בתחומי בית העסק".
- 18
- 19 167. כאמור, הממונה מפנה ל-9 מקרים בהם, לטענתה, עולה מהחומר שבא לפניה,
- 20 שהעוררת הפרה את ההוראה האמורה. טרם שאדון במקרים אלו אחד לאחד, אתייחס
- 21 לטענות כלליות שהעלתה העוררת בנושא זה.
- 22 טענות כלליות
- 23 168. נטען כי "המקרר הולך אחרי המכירות ולא להיפך" – כלומר המקררים הם אמצעי
- 24 תפעולי בהתאם להיקף הרכישות ולא להיפך. בהתאם, החלפת מקרר של מתחרה
- 25 במקום בו הלקוח רוכש מהחברה מוצרים רבים, איננו מהלך אנטי תחרותי, אלא
- 26 מהלך תפעולי לגיטימי ומתן מענה לביקושים.
- 27 169. כפי שמציינת הממונה בצדק, אכן, מקום בו לקוח זקוק למקרר נוסף של העוררת כדי
- 28 לענות על צרכיו לאחסן את מוצריה, וזו מספקת לו מקרר, ללא התניית הדבר בהוצאת
- 29 מקרר המתחרה, אין מדובר בהפרה. אלא שלא אלו פני הדברים בכל המקרים.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לעיתים, הוצאת מקרר מתחרה והחלפתו במקרר החברה היא מהלך לשם החלשת
- 2 המתחרה והדרתו, וחזוק עתידי של העוררת. כפי שהתבטא אחד ממקדמי המכירות
- 3 של העוררת בחקירתו: "הדרך להגדיל את המכירות זה להוציא את המקרר של
- 4 יפאורה" (הודעה מיום 24.3.15, נספח ח-10 לערר, שורה 358). גם מנהל המטה __,
- 5 אמר בהודעתו "ברגע שנכנס מקרר נוסף, אז אוטומטית הנקודה קטנה במכר" (הודעה
- 6 מיום 29.7.15, נספח ח-21 לערר, ש' 1035). כלומר, הוצאת והכנסת מקרר של חברה
- 7 מסוימת, עשויה להשפיע על היקף המכירות של המתחרים השונים, והיא לאו דווקא
- 8 מהווה מענה לצורכים תפעוליים. כפי שניווכח להלן, כך קרה בפועל במקרים
- 9 המוזכרים בקביעת הממונה, בהם פעלו אנשי מכירות להוצאת מקררי מתחרה, על
- 10 מנת להפחית מכירות מתחרות, ולא כתגובה ומענה לצורך במקררים נוספים של
- 11 העוררת בגין גידול במכירות מוצריה.
- 12 170. טענה כללית נוספת שמעלה העוררת בהקשר זה היא שמתן מקרר של החברה איננו
- 13 "יתרון" עבור הוצאת מקרר של מתחרה, כאמור בסעיף 4 להוראות לבעל מונופולין,
- 14 שכן הלקוח נשאר באותו מצב, כשבידו מקרר.
- 15 171. טענת הממונה כי מדובר בפרשנות שגויה של ההוראות לבעל מונופולין, החותרת
- 16 תחת תכלית ההוראות, מקובלת עליי. תכליתו של האיסור על הוצאת ומניעת מקרר
- 17 מתחרה מלקוח כנגד מתן "הנחה או יתרון אחר" ללקוח, הוא מניעת פעילות להדרת
- 18 מתחרה בידי בעל מונופולין. תכליתו של האיסור, כמו גם לשון ההוראה, אינם
- 19 מחייבים שההנחה או היתרון יעלו בערכם על החיסרון שבהוצאת המקרר. משמעו
- 20 של ה"יתרון האחר", כמו של "ההנחה" הוא מתן דבר ערך ללקוח, כנגד שלילת
- 21 מקומו של המתחרה בעסק. על כך אסרו ההוראות, והוכחת הפרתן איננה דורשת חוות
- 22 דעת שמאית ביחס לשווי מקררים השונים, להערכת יתרונו של החדש על פני קודמו.
- 23 די בכך שניתן דבר מה ללקוח על מנת שיוציא מקרר של מתחרה, על מנת להפר את
- 24 ההוראות, האוסרת לתת הנחה או יתרון אחר עבור אי הצבת מקרר מתחרה.
- 25
- 26 172. על פי האמור בקביעה, וכעולה מתכתובת דוא"ל שצורפה, בשלהי שנת 2013 פנה
- 27 מקדם מכירות בעוררת אל מנהל מכירות הממונה עליו, ודיווח על סיכום עם לקוח



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 להוצאת מקרר של יפאורה המוצב במקום, כנגד הטבות שונות. מנהל המכירות העביר
- 2 את ההודעה למנהל המטה, ___, הממונה עליו, אשר מצדו אישר את המהלך.
- 3 173. אף שהעוררת איננה חולקת שמדובר בהפרה, היא טוענת שמדובר במקדם מכירות
- 4 נלהב מדי ושהיא אפשרה לאותו לקוח להחזיק מוצרי יפאורה באחד ממדפי המקרר.
- 5 174. בצדק מציינת הממונה שאין מדובר רק ביוזמה מופרזת של מקדם מכירות בדרג נמוך,
- 6 אלא שהעניין אושר על ידי מנהל מכירות וגם על ידי מנהל המטה, שהוא בכיר
- 7 בחברה. מה גם שמקדם המכירות הבהיר בהודעת הדוא"ל את מגמתו "להוציא את
- 8 יפאורה מהציר" בדרך זו, ולא נראה שהגורמים שמעל איש המכירות יכולים היו שלא
- 9 להבין במה עסקינן.
- 10 175. אשר לטענה שניתן היה להציג מוצרי יפאורה במקרר החברה – כאמור, מקרה זה
- 11 מובא כאן בהקשר של הפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין האוסר על הטבות
- 12 עבור אי הצבת מקרר מתחרה בתחומי העסק, כך שטענה זו איננה רלבנטית.
- 13 176. בכל הנוגע להצגתו של המקרה כאינדיקציה לכרסום במדיניות שלושת הכללים –
- 14 ההסבר שמציעה העוררת, שהאמירה שניתן יהיה לאחסן "כלו" במדף אחד, נאמרה
- 15 כתוספת לשלושת הכללים, ולא כגרעיה מהם, איננו משכנע, ואין לו זכר בנוסח
- 16 הכתוב. עם זאת, כאמור, אף אם מדובר בהתנהלות שאיננה עולה בקנה אחד עם
- 17 מדיניות שלושת הכללים, אין הדברים עולים כדי ראיה להפרת סעיף 29א לחוק
- 18 התחרות.
- 19 177. מדובר אפוא בהפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין.
- 20 _____
- 21 178. בסמוך למועד הודעת הדוא"ל בעניין ___, ביום בו עמד מקדם המכירות על הצורך
- 22 "להוציא את יפאורה מהציר", כתב אותו מקדם מכירות הודעת דוא"ל נוספת למנהל
- 23 המכירות, ובו הודיע על סיכום עם לקוח נוסף ___ שממוקם בסמיכות, על
- 24 הוצאת מקרר יפאורה והחלפה למקרר כפול של העוררת. כלשונו:
- 25 "נקודה שנמצאת ברחוב הנשיא הציר המרכזי שלי בעפולה ללקוח
- 26 בודד שלנו ובודד של יפ[או]רה[.]. לאחר שיחה עם הלקוח החלטנו
- 27 להוציא את יפ[או]רה ולתת בודד נוסף לנקודה במקום יפ[או]רה. גם



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

עם הבודד הנוסף לא יהיה יעיל ב-100% חשוב שנבצע את המהלך על
מנת ל"נקות" את יפ[אור]ה מהציר
אודה לעזרתך באישור המקרר הנוסף" (נספח 58 לערר).

179. בקביעה צוין כי מדובר במתן מקרר (נוסף או כפול) בתמורה להוצאת מקרר יפאורה,
וכי מתן המקרר הותנה בהוצאת מקרר יפאורה, כך שמדובר בהפרת סעיף 4 רישא
וסיפא להוראות לבעל מונופולין.

180. לטענת העוררת, המקרר ניתן לעסק בשל צרכיו התפעוליים. נטען כי הקצאת מקרר
של העוררת לא הותנה בהוצאת מקרר יפאורה, שמצידה הודיעה ללקוח עוד קודם
לכן על כוונה להוציא את המקרר שלה, משום שהלקוח עשה בו שימוש שלא לאחסון
משקאות. עוד נטען כי הלקוח אמר במפורש בהודעתו, שלא הופנתה כלפיו דרישה
להוצאת מקרר יפאורה באותה עת.

181. מעיון בחקירת הלקוח (נספח ח-25 לערר) עולה כי אכן אותו לקוח גרס לאורך
חקירתו שלא נדרש ישירות בידי העוררת להוציא את המקרר של יפאורה. אך אותו
לקוח גם אמר בחקירה "אני אומר לך מה שאני שמעתי מהם, וכך נאמר לי אם אתה
עובד עם יפאורה אנחנו לא ניתן לך הנחות, לא אמרו להוציא את המקרר של יפאורה,
אבל זה בעצם מה שזה אומר" (ש' 227).

182. דבריו האחרונים של הלקוח (ש"זה בעצם מה שזה אומר"), עולים בקנה אחד עם מה
שדיווח מקדם המכירות למנהליו בדוא"ל נספח 58 לערר: "החלטנו להוציא את
יפאור[ה]... "לנקות" את יפאור[ה] מהציר". כך גם עולים הם בקנה אחד עם דבריו
של מנהל המכירות בהודעה מיום 2.12.12, שאישר שהיה סיכום עם __, על הוצאת
מקרר יפאורה מהנקודה (נספח 78 לתשובת הממונה לערר, ש' 51-45, ש' 64 וש'
160).

183. אכן הלקוח פרט בהודעתו את תלואותיו ביחסיו עם העוררת ועם יפאורה, וגם הזכיר
שמוצרי יפאורה נמכרים אצלו פחות מהר ממוצרי העוררת. עם זאת, הניסיון להציג
את הוצאת מקרר יפאורה מעסק זה כמהלך תפעולי שנבע מהצורך בשטח נוסף לטובת
מוצרי העוררת, לא יצלת. המסמכים מזמן אמת מספרים סיפור אחר. כשמקדם
המכירות שולח הודעת דוא"ל ומבקש אישור להחלפת המקרר עליה סיכם עם הלקוח,
הוא איננו מזכיר כלל צרכים תפעוליים כהצדקה למהלך. אדרבא, מדבריו עולה שלא



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ברור שהוספת המקרר תהיה יעילה מבחינת צרכיה הישירים של העוררת. אלא
2 שלהשקפתו הדבר נחוץ כדי לפגוע במכירות יפאורה. כלשונו: "גם אם [המקרר]
3 הבודד הנוסף לא יהיה יעיל ב-100% חשוב שנבצע את המהלך על מנת ל"לנקות"
4 את יפ[אן]רה מהציר. אודה לעזרתך באישור המקרר הנוסף".
- 5 184. מדובר אפוא בסיכום עם לקוח על הוצאת מקרר של יפאורה, ומנגד קבלת מקרר של
6 העוררת. קביעת הממונה כי בכך הופרה הוראת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין
7 מקובלת עליי. אין לקבל את טענת העוררת כי משמעותה המעשית של הוראה כזו
8 היא שהעוררת לא תוכל למלא צרכים תפעוליים שלה ושל לקוחות. אילו ביקש הלקוח
9 ____ מהעוררת מקרר נוסף, לצורך אחסון מוצריה, משום שהמקרר הקיים איננו
10 מספיק לצרכיו, ואילו זו הייתה נענית לו ללא זיקה וקשר להוצאת מקרר יפאורה –
11 אף אם זו הייתה התוצאה המעשית של המהלך – לא היה בכך משום הפרת סעיף 4
12 להוראות. בענייננו, במה שנרשם בזמן אמת, כמו גם בדבריו של הלקוח, אין כל רמז
13 לכך שהדבר נעשה מצרכים תפעוליים, אלא בפעולה מול הלקוח "להוצאת" יפאורה.
14 מדובר אפוא בהפרת הוראת סעיף 4, ובגין כך ניתן להטיל על העוררת עיצום כספי.
- 15 _____
- 16 185. כאמור בקביעה, מדובר בלקוח בתחנה המרכזית קריית שמונה, עמו הגיעה העוררת
17 לסיכום כי יוציא מקרר של יפאורה ויקבל מקרר חברה וכן הנחות בתמורה. הלקוח
18 עמד על כך בחקירתו: "הם דרשו להוציא את המקרר של יפאורה" (נספח ח-4 לערר).
19 הדברים עולים מהודעת דוא"ל מיום 16.9.12 בה ביקש מנהל המכירות אישור למתן
20 הנחות כנגד הוצאת יפאורה (נספח 80 לתשובת הממונה לערר). בהמשך, בהודעת
21 דוא"ל מיום 12.12.12 כותב מקדם המכירות למנהל המכירות: "הלקוח לקראת הוצ'
22 מקרר כפול מתחרים (יפאורה), עברנו לעבוד בשיתוף פעולה מלא מאז החלפת
23 בעלים, חשוב לספק במקומו מקרר כפול נוסף, ואז ייווצר השתלטות מלאה באגד
24 ק"ש" (נספח 81 לתשובת הממונה לערר).
- 25 186. כך גם הלקוח, ____ אמר בחקירתו "הם דרשו להוציא את המקרר של יפאורה"; מנהל
26 המכירות ____ מסר בחקירה שלפי הסיכום עם הלקוח, יקבל הלקוח הנחות וציוד
27 נוסף, ואילו הלקוח התחייב "להוציא את יפאורה ולקנות מאיתנו מגוון מלא";



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 בהמשך הבהיר ____ [מנהל המכירות] "ומבחינתי היה תקין גם אם היה נשאר מוצרים
- 2 של יפאורה בנקודה אך ללא ציוד קירור" (ההדגשות במקור).
- 3 187. העוררת איננה חולקת שמדובר בהפרה של ההוראות לבעל מונופולין, ואכן אלו פני
- 4 הדברים גם במקרה זה.
- 5 _____
- 6 188. מדובר בגלגול חדש של העסק " _ _ " שבחודש יוני 2014 נמכר לאחר, ששינה את
- 7 שמו. מקדם המכירות העיד ברשות כי הגיע לסיכום עם הלקוח "שהציוד של יפאורה
- 8 לא יהיה בנקודה. זה לא אנחנו הכרחנו. ש. אבל אתם סיכמתם? ת. כן, סוכם ביננו"
- 9 (נספח ח – 29 לערר שו' 861 ואילך). כך גם העיד הלקוח שבתשובה לשאלה "מה
- 10 בדיוק כלל הסיכום?" השיב: "להוציא את המקרר של יפאורה, לקנות את המוצרים
- 11 שיש לחברה המרכזית רק דרך החברה המרכזית ולא לקנות אותם מוצרים דרך ספקים
- 12 מתחרים, ובתמורה אני מקבל הנחות אקסטרא ושילוט חדיש" (נספח ח – 30 לערר).
- 13 189. העוררת טוענת שדבריו של מקדם המכירות מצוטטים בצורה מסולפת ושקריאתם
- 14 בשלמות מלמדת על סיכום תפעולי כי לאור הגדלת מכירות, יסופק מקרר נוסף.
- 15 190. עיינתי בהודעת מקדם המכירות, ועולה ממנה תמונה ברורה של סיכום על הוצאת
- 16 מקרר יפאורה, כנגד קבלת מקרר כפול של העוררת (למשל: "[הוא אמר שהוא יוציא
- 17 את המקרר יפאורה בתנאי שאני אספק לו כפול של החברה המרכזית]").
- 18 191. מוסיפה העוררת וטוענת כי הלקוח ציין שאת השילוט קיבל "במתנה", ושילוט לא
- 19 נתפס בעיני לקוחות כהטבה המצדיקה בלעדיות. עוד נטען כי הלקוח גרס שקיבל
- 20 הנחות והטבות כנגד התחייבויות שונות, כולל בלעדיות, ולאו דווקא כנגד הוצאת
- 21 המקרר, וכי יש סתירה בדברי הלקוח, שחובתה של הרשות היה לבררה, ולכן על פי
- 22 האמור בערר, העוררת עומדת על זכותה לחקור את אותו לקוח (זכות שהעוררת בסופו
- 23 של דבר לא מימשה).
- 24 192. עיינתי בהודעת הלקוח והיא כוללת שלל אמירות ברורות אודות הטבות כנגד הוצאת
- 25 מקרר יפאורה. האמירה שהשילוט היה "במתנה" איננה משנה מאמירותיו הרבות של
- 26 הלקוח אודות ההטבות שקיבל כנגד הוצאת מקרר יפאורה, דבר שנעשה לפי בקשת
- 27 אנשי העוררת. אף אם מר _ [מנהל המטה] גרס אחרת בהודעתו, אין בכך כדי לגרוע



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

מהמסקנה העולה מדברי הלקוח ומקדם המכירות. העובדה שמקדם המכירות אמר
שלא "הכריח" את הלקוח איננה שוללת את הפגם שבהתנהלותו, שכן ההוראות אינן
אוסרות "להכריח" לקוח להוציא ציוד מתחרה, אלא אוסרות לסכם עמו על הוצאת
ציוד מתחרה, ומתן דבר מה בגין כך, כפי שנעשה.

מדובר אפוא במקרה פרטני נוסף של הפרת הוראת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין.

193. בסמוך ליום 2.2.12 התקיימה פגישה של מקדם מכירות ומנהל מכירות בעוררת עם
מנהל החברה המפעילה את _____ במייל מיום
2.2.12 (נספח 61 לערר) שלח אותו מקדם מכירות, ____, למנהל המכירות, ____, דוא"ל
המתמצת את מה שסוכם באותה פגישה, ובכלל כך הנחות שהובטחו, והוסיף וכתב
בזו הלשון: "סוכם עם הלקוח על הוצאת ציוד קירור של מתחרים והרחבת שיתוף
הפעולה". מנהל המכירות השיב, עם העתק למנהל המטה ____, וציין בין היתר ("...
[מקדם המכירות] – הצהרה זו אסורה עפ"י הממונה על ההגבלים העסקיים)".
בעקבות כך שכתב מנהל המכירות את סיכום הפגישה ובנושא ציוד הקירור של
מתחרה רשם "הלקוח בחר להוציא את ציוד הקירור של יפאורה". הוא גם שלח העתק
למנהל המטה ____, אשר השיב לו "יפה מאד".

194. בהמשך, ביום 20.11.12 (נספח 60 לערר) חזר מקדם המכירות על הדברים בהודעת
דוא"ל למנהל המכירות, והשתמש בניסוח המקורי, כי מדובר ב"הוצאה", אף שהוער
לו חודשים אחדים קודם לכן שמדובר בניסוח פסול. הוא ציין כי "סוכם [ע] הלקוח
על הוצאת ציוד קירור של מתחרים והרחבת שיתוף הפעולה", וכן רשם שהוצע ללקוח
מקרר לבן בתור "פתרון ציוד". מנהל המכירות העביר את הדברים למנהל המטה.
מנהל המכירות לא תיקן את מקדם המכירות, אך ניסח את הדברים בצורה שונה כאילו
"הלקוח ביקש להוציא מקרר של יפאורה".

195. לטענת העוררת, אכן מדובר ביוזמה של לקוח להוצאת מקרר; מקרר יפאורה לא הוצא
בפועל, כפי שהעיד מקדם המכירות; הלקוח לא קיבל תמורה עבור הוצאת מקרר
מתחרה; ואיש המכירות שהודעתו תומכת בקביעת הממונה פוטר מהחברה, הוא
מוטה כנגדה, ואיננו אמיץ.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

196. ממכלול חומר הראיות עולה כי אין לקבל את טענות העוררת, וכי קביעת הממונה מעוגנת היטב בחומר שבא לפניה.

197. ראשית, כאמור, היא מעוגנת בנוסח הודעת הדוא"ל כפי שניסח אותה מקדם המכירות בזמן אמת כמצוטט לעיל. שנית, היא נתמכת בגרסת מנהל __, (נספח ח-31 לערר), אשר אכן בתחילת חקירתו לא זכר את פרטי העניין ולא זכר אם נדרש להוציא מקרר יפאורה ואם הוציא בפועל. עם זאת, במהלך החקירה הוא נזכר ואמר דברים ברורים, העולים בקנה אחד, כאמור, עם הודעות דוא"ל מזמן אמת. מידת הזהירות בה נקט בחקירתו כשבתחילה לא זכר את פרטי העניין, מקנה משנה אמינות לדבריו בהמשך החקירה, עת נזכר בפרטי העניין, ואמר:

"תשובה: כן. עכשיו אני נזכר, __ [מקדם ומנהל המכירות] באו אליי וביקשו ממני להוציא את המקרר של יפאורה. גם התאים לי שיהיה לי מקרר ללא שילוט של חברה והם הציע לי מקרר לבן במקום המקרר של יפאורה.
שאלה: של מי היה היוזמה להוציא את המקרר של יפאורה?
תשובה: לא זוכר ממש את הסיטואציה. אבל אני זוכר __ [מקדם ומנהל המכירות] לא רצו שיהיה לי __ מקרר של יפאורה אז הם הציעו לי להחליף את זה במקרר שלהם" (שורות 308 עד 319).

בהמשך:

"שאלה: האם קיבלת מקרר של החברה המרכזית כפי שסוכם?
תשובה: כן. הוצאתי את המקרר של יפאורה וקיבלתי מקרר לבן של החברה המרכזית" (שו' 415-414).

גם מנהל המכירות חזר על גרסה דומה (נספח ח' 7 לערר, ש' 1520-1519, 1555-1557).

198. אכן מקדם המכירות גרס בהודעתו שהסיכום על הוצאת מקרר יפאורה נולד מפניה של הלקוח, ודבר לא הותנה בהוצאת מקרר זה. אך אינני רואה עילה להעדיף את גרסת מקדם המכירות בדיעבד, שאיננה עולה בקנה אחד עם מה שכתב בזמן אמת, ואף לא עולה בקנה אחד עם גרסת הלקוח כמפורט לעיל, כמו גם גרסת מנהל המכירות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

199. נראה כי גם בעניין לקוח זה הוכחה הפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין.

200. בעניין ____ מדובר בלקוח שהחזיק במקרר כפול של העוררת וכן במקרר של חברת יפאורה. הממונה מפנה לתכתובת ממנה עולה כי בשלהי שנת 2013 נוהל מו"מ עם לקוח זה וסוכם עמו שהוא יוציא את המקרר הבודד של יפאורה, ותחתיו יקבל מקרר בודד נוסף של העוררת, לצד המקרר הכפול של העוררת המוחזק אצלו. לטענת העוררת, אין מדובר בהפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין, משום שהמקרר שסופק ללקוח לא היה הטבה כנגד הוצאת מקרר יפאורה. לדבריה עולה מחקירת הלקוח ברשות שהוא שיזם את המהלך בשל איומיה של יפאורה לקחת ממנו את המקרר אם לא ירכוש ממנה כמויות גדולות יותר של משקאות. העוררת סיפקה ללקוח מקרר, בשל צפי הגדלת מכירות.

201. אכן בהודאתו מיום 29.12.14 מציין הלקוח שהוא זה שפנה למקדם המכירות בעניין. כלשונו "אני הוצאתי אותם, את יפאורה. להיפך. אני פניתי _ וביקשתי ממנו מקרר יפה כדי שאני יוציא את יפאורה. כי הסוכן של יפאורה היה מלחיץ אותי שאני לא קונה ממנו מספיק. הסחורה שלו לא הולכת אז אמרתי לו לא צריך. קח את המקרר" (נספח ח-32 לכתב הערר).

202. ואולם, מקדם המכירות ____ דיווח למנהלת המכירות בעוררת על מה שארע בזמן אמת, בהודעת דוא"ל מיום 11.12.13 (נספח 74 לתשובת הממונה לערר) וכתב:

"ללקוח קיים מקרר כפול אחד שלנו ומקרר בודד של יפאורה. לאחר משא ומתן הלקוח מחזיר ליפאורה את המקרר. נא אישורך ויזה בודד להגדלת המגוון וסידור סחורה שלנו..."

203. הנה כי כן, בזמן אמת מתואר המהלך כתוצר של משא ומתן שכתוצאה ממנו הלקוח מחזיר ליפאורה את המקרר, ולא כפי שנטען.

204. בהמשך לאמור, מנהלת המכירות דיווחה על שארע לגורם שמעליה – מנהל המטה, וכך כתבה:

"עבודה מצויינת של ____ [מקדם המכירות] במשא ומתן להוצאת יפאורה מהנקודה ולהגדלת המכר. נא אישורך."



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

מנהל המטה השיב:

"מאושר תוספת בודד עם חליפה. נא לשלוח תמונה לפני ותמונה אחרי, בנוסף קצת פירוט על המו"מ שהיה עם הלקוח".

205. התמונה המתקבלת היא שלצד אמירת הלקוח שהוא זה שיזם את המהלך כמימוש רצונו העצמאי להוצאת מקרר יפאורה מנקודת המכירה, הוא גם אומר שביקש "מקרר יפה" על מנת שיוציא את יפאורה. כלומר, הלקוח ביקש לקבל יתרון כנגד הוצאת מקרר מתחרה. בנוסף, המסמכים מזמן אמת מצביעים על כך שכדי להגיע לתוצאה של הוצאת מקרר יפאורה וקבלת מקרר של העוררת, מקדם המכירות מטעם העוררת ניהל משא ומתן עם הלקוח, כפי שדווח, ובעקבותיו הוסכם שיסופק מקרר של העוררת כנגד הוצאת מקרר של יפאורה. מקדם המכירות מדווח אודות מו"מ מוצלח זה לאחראית עליו, אשר מצידה מדווחת על כך לאחראי עליה, תוך ציון לשבח של המהלך, ומבהירה שמדובר במו"מ להוצאת יפאורה מהנקודה ולהגדלת המכר.

206. אין די בהפניה להסבר שהציע הלקוח בדיעבד לפער בין הדברים שבכתובים לבין גרסתו – כאילו מקדם המכירות הציג תמונה שגויה בפני האחראים עליו, כדי לזכות לשבח – כדי להוציא מסמכים מקוריים מזמן אמת מידי פשוטם. מדובר בהשערה סתמית של הלקוח, שאיננו טוען, ולו לכאורה, שהדברים ידועים לו, השערה המייחסת למקדם המכירות אי אמירת אמת לממונים עליו באופן לא מבוסס, שאין לקבלה.

207. המסמכים הכתובים מלמדים על ניהולו של מו"מ אפקטיבי, בידי מקדם מכירות מטעם העוררת הזוכה לשבחים מן הממונים עליו, להוצאת מקרר יפאורה כנגד קבלת "מקרר יפה" של העוררת והגדלת מגוון מוצרי העוררת הנמכרים בנקודת המכירה.

208. מסקנת הממונה כי מדובר בהפרת של ההוראות לבעל מונופולין במקרה זה מקובלת עליי, ובכל אופן בוודאי איננה מצדיקה התערבות.

209. בעניין בית העסק ____ מדובר בלקוח שהיו אצלו 2 מקררים בודדים של העוררת וכן מקרר של יפאורה. מקדמת מכירות סיכמה עם הלקוח כי מקרר יפאורה יוצא מהמקום



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 "במידה" ושני המקרים הבודדים של העוררת יוחלפו במקרה כפול, וכן ייוסף מקרה
2 של העוררת.

3 210. בחקירתה טענה מנהלת המכירות כי מדובר היה בלקוח שרצה להרחיב את רכישותיו
4 מהעוררת, ולכן ביקש מקרה נוסף, וכי הוא חשש שיפאורה תקח ממנו מקרה שלה אם
5 יפחית רכישותיו ממנה.

6 211. הממונה איננה מאמצת את ההסבר שהציעה מנהלת המכירות, ובדין, משום שהוא
7 איננו עולה בקנה אחד עם נוסחם של המסמכים מזמן אמת.

8 212. הוצאת המקרה של יפאורה מתועדת בהודעת דוא"ל של מנהלת מכירות אל מנהל
9 המטה מיום 26.8.19 (נספח 86 לתשובת הממונה לערר) בה נכתב:

10 "הלקוח בגידול של כ- 35% מ.ש.ק ומסיכום המקדמת המקרה של
11 יפאורה יוצא במידה ותביא לו מקרה נוסף ותחליף לו את 2
12 הבודדים לכפול".
13

14 מנהל המטה השיב:

15 "מאושר הוצאת 2 בודדים ואספקת כפול+מקרה קרלסברג".
16

17 213. נוסח זה איננו מתיישב עם גרסת מנהלת המכירות בחקירתה. ניסוח הדברים מזמן
18 אמת מדבר על הוצאת המקרה של יפאורה מצדו של הלקוח, ולא מצידה של יפאורה,
19 כפי שנטען בדיעבד, בתנאי שהעוררת תפעל ותעניק ללקוח מקרים חדשים. בנוסף
20 כעולה מהדברים, הפעולה לה מתחייבת העוררת אם וכאשר יוצא המקרה הבודד של
21 יפאורה, איננה רק אספקת מקרה חליפי, כביכול, לזה שיפאורה תוציא, אם בעל העסק
22 ירכוש יותר מהעוררת, אלא גם החלפת שני מקרים בודדים למקרה כפול, הטבה
23 שאין לה דבר עם הוצאת מקרה מטעם יפאורה מיוזמתה של יפאורה, כנטען, דבר
24 שאין לו כל ביטוי בכתובים.

25 214. מדובר אפוא בהפרת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין, ומתן טובת הנאה כנגד
26 הוצאת מקרה מתחרה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 _____
- 2 215. בעניין זה מדובר בסיכום פגישה מיום 23.10.12 בין מנהל המטה בעוררת, מר _____
- 3 לבין נציגי חברת _____ - החברה שהפעילה את רשת _____
- 4 נרשם "סוכם כי בכול מקום שייכנס מקרר נוסף של אחת המתחרים מקרר
- 5 של החברה יצא". נקבע כי בכך הפרה העוררת את סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין
- 6 הקובע כי "החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי הצבת מקרר או מקררים
- 7 נוספים בתחומי אותו בית עסק".
- 8 216. לטענת העוררת, אין מדובר בהתניית הצבת מקרר שלה _____ השונות בכך שלא יוצבו
- 9 בהן מקרר של מתחרה, אלא בסיכום שבשעה שהכנסת מקרר מתחרה תביא להגברת
- 10 צריכת מוצרי המתחרה והקטנת מוצרי העוררת ותייתר את הצורך במקרר העוררת
- 11 בנקודת מכירה מסוימת, תוציא העוררת את המקרר שלה מהמקום, משום שאין
- 12 הצדקה להצבתו בו. לדברי העוררת, כך הסביר את הדברים מר _____, מנהל המטה,
- 13 בחקירתו בפני הרשות, וזו לא בדקה את הדברים וממילא אין מקום לשלול אותם.
- 14 217. אין לקבל את טענת העוררת. לשון ההחלטה, כפי שניסח אותה _____ [מנהל המטה]
- 15 ברורה לגמרי: "בכול מקום שייכנס מקרר נוסף של אחת המתחרים מקרר של החברה
- 16 יצא". לא התניה כמותית בין הימצאות מקרר העוררת לכמות האספקה, אלא התניה
- 17 חד ערכית בין הימצאות מקרר העוררת בנקודת המכירה, לבין אי הימצאות מקרר
- 18 מתחרה במקום. לא "בכל מקום שבו מקרר של העוררת לא ישמש מוצרים של
- 19 העוררת בהיקף מסוים, המקרר יוצא", כנטען. אלא, כאמור: "בכול מקום שייכנס
- 20 מקרר נוסף של אחת המתחרים מקרר של החברה יצא".
- 21 218. אשר לטענת העוררת כי ההסבר האלטרנטיבי של מר _____ [מנהל המטה] בחקירתו
- 22 ברשות לא נסתר ואף לא נבדק – ראשית יצוין כי לאור נוסח המסמך, ההסבר זה,
- 23 אילו היה ניתן, לא היה משכנע, ולא עולה בקנה אחד עם הניסוח החד של המסמך,
- 24 ניסוח בו בחר מר _____ [מנהל המטה] עצמו בזמן אמת. יתר על כן, כפי שמציינת
- 25 הממונה בתשובתה, מקריאה של דבריו של מר _____ [מנהל המטה] בחקירה, כלל לא
- 26 ברור שהוא הציע שם את ההסבר החלופי הנטען לסעיף 1 להחלטות במסמך מיום
- 27 23.10.12. למעשה, נראה שבדבריו בלבד בין התייחסות לסעיף זה להחלטות, לבין
- 28 התייחסות לסעיף 2 שם (ראו בהרחבה סעיפים 523 עד 526 לתשובת הממונה). אילו



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 סברה העוררת שמר _ [מנהל המטה] יכול למסור גרסה מוצקה ומשכנעת בסוגיה זו,
2 יכולה הייתה לכלול את העניין בתצהיר מטעמו. בהקשר זה יוטעם כי הודעת הערר
3 נתמכה בין היתר בתצהיר של _ [מנהל המטה] תצהיר זה לא התייחס כלל לסוגיה
4 האמורה. גם בתגובה לתשובת הממונה, בה הועמדה העוררת על כך שמה שנטען
5 שמר _ [מנהל המטה] חווה בחקירה לא עולה מדבריו שם שנראה שחל בהם בלבול,
6 לא כללה העוררת הבהרה מפיו של מר _ [מנהל המטה] בסוגיה זו.
- 7 219. עומדים אנו אפוא כשבפנינו הדברים הברורים שרשם מר _ [מנהל המטה] בסיכום
8 ההחלטות מיום 23.10.12 מול _____, כי "בכול מקום שייכנס מקרר נוסף של אחת
9 המתחרים מקרר של החברה יצא". דברים המהווים הפרה ישירה של הוראת סעיף 4
10 להוראות לבעל מונופולין הקובעת כי "החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי
11 הצבת מקרר או מקררים נוספים בתחומי אותו בית עסק".
- 12 _____
- 13 220. מקרה נוסף בו קבעה הממונה כי הופרה הוראת סעיף 4 להוראות לבעל מונופולין
14 נוגע ללקוח _____. הדברים מתועדים בשרשור דוא"ל מספטמבר-אוקטובר 2012
15 (נספח 87 לתשובת הממונה לערר), בו מקדם מכירות מבקש אישור להוספת מקרר
16 כפול של העוררת ללקוח, על מנת להוציא מקרר של יפאורה. טענת העוררת היא
17 שמדובר בלקוח שרצה מקרר של החברה, כך שהוצאת מקרר של המתחרה לא הייתה
18 אלא תוצאת לוואי של הדבר, כפי שטענו אנשי המכירות בחקירותיהם. עוד נטען כי
19 לא מדובר במתן יתרון כנגד אי הצבת מקרר מתחרה, כלשון סעיף 4 להוראות לבעל
20 מונופולין.
- 21 221. אלא שהפרשנות המוצעת בדיעבד לדברים, איננה עולה בקנה אחד עם מה שנכתב
22 בזמן אמת. בהודעת הדוא"ל של מקדם המכירות ביקש הוא אישור להוספת מקרר
23 ללקוח זה בזו הלשון: "הבקשה הינה לספק כפול על מנת שנוציא את המקררים של
24 י[פא]ורה". הוא שב והתבטא באופן דומה בהמשך: "מדובר על הוצאת מקרר
25 מתחרים מהנקודה". מנהל המכירות תיאר את המהלך בו עוסק מקדם המכירות וכתב:
26 "המקדם נמצא בתהליך ממושך עם הלקוח להוצאת המתחרים מהנקודה". על פי
27 פשוטם של דברים, מדובר במהלך בו מקדם מכירות פעל מול לקוח כדי שיוציא מקרר
28 מתחרה, ובתמורה לכך הציע לו מקרר כפול.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

222. אמנם, כפי שמזכירה העוררת, בחקירתו אמר מנהל המכירות "מבחינתי אין לי בעיה
2 שהמקרים של יפאורה ישארו בנקודה" (נספח ח-35 לערר, ש' 1285-1282). ואולם,
3 במסמך אחר מסמוך לאותה עת, מיום 18.10.12, אליו מפנה הממונה (נספח 64
4 לתשובת הממונה לערר), עולה כי בזמן אמת לא גילה אותו מנהל מכירות שוויון נפש
5 כלפי נוכחות מקררי יפאורה אצל לקוחות, וכתב ביחס ללקוח אחר: "נכון להיום
6 ללקוח יש מקרר נוסף של יפאורה בנקודה שפוגע בנו לא מעט במכר". הנה כי כן,
7 כפי שנכתב במסמכים בזמן אמת, המקדם היה בתהליך ממושך עם הלקוח להוצאת
8 מתחרים מהנקודה, ועל מנת לבצע זאת הוצע ללקוח מקרר כפול של העוררת.
223. אף במקרה זה סבורה אני כי פרשנותה של הממונה למסמכים ולסיטואציה משכנעת,
9 ומלמד, כי בעניין __ פעלה העוררת להוצאת מקרר של מתחרה, וכנגד זאת הציעה
10 ללקוח מקרר כפול של העוררת, והכל בניגוד לסעיף 4 להוראות לבעל מונופולין.
11
224. מדובר אפוא ב-9 הפרות פרטניות של הוראות לבעל מונופולין.
12
225. אף שהממונה קבעה כי מדובר בהפרות, לא השיתה בגין עיצום כספי, משום שחייבה
13 בגין מדיניות פסולה בסוגיית המקרים, והמקרים שנדונו נחזו כביטוי קונקרטי שלה.
14 אלא שכאמור לעיל, משסברתי שמהונהגה מדיניות שלוש הכללים על דרך עדכון
15 ההדרכות לאנשי המכירות, לא ניתן לבסס ממצא בדבר מדיניות כוללת פסולה ולא
16 ניתן לבסס ממצא אודות מידת הפגיעה הכוללת בתחרות שהיא מבטאת, בהתאם
17 הוריתי שהחיוב שנקבע איננו עומד. אינני סבורה שבנסיבות אלו, יש מקום לפטור
18 את העוררת כליל מעיצומים בגין אותן הפרות חוזרות ונשנות.
19
- אף שניתן יהיה להחזיר את הענין לממונה על מנת שתקצוב את העיצומים בגין כך,
20 לאור התמשכות הליך העיצום לאורך שנים, ולאחר שנתתי לצדדים הזדמנות לטעון
21 בעניין, סברתי כי ראוי לקצוב את העיצום החליפי לזה שבוטל במסגרת ההליך
22 שלפניי, ולא להחזיר את העניין לממונה להחלטתה.
23
- הדבר ייעשה באותו אופן בו נקצבו העיצומים בפרקים האחרים, וברוח גילוי דעת
24 1/16: בהינתן שכל אחת מההפרות כשלעצמה נקודתית ולא משקפת פגיעה רחבה
25 בתחרות בשוק, עיצום הבסיס יעמוד על 5% מסכום העיצום המרבי בנוגע לכל אחת
26 מ-9 ההפרות (אמנם בעניין __ מדובר לכאורה בהיקף רחב יותר, אך לא הוצגו בפניי
27 טענות בהקשר זה ובהתאם נקצבים 5% על כל אחד מהמקרים באופן אחיד); אשר
28



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 לנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה – הואיל ומדובר בהפרה של הוראה
2 פרטנית שנתפרה למידותיה של העוררת יש להחמיר ב-10%; באשר לנסיבות
3 חיצוניות להפרה – לצד כל אחת מתשע ההפרות, ניצבות יתר 8 ההפרות האחרות
4 שבפרק זה, הסמוכות בזמן, ומוסיפות חומרה לדברים שאף שלא סברתי שעולים כדי
5 תופעת רוחב, חורגים הם ממקרה נקודתי ממוקד, דבר העולה כדי נסיבות חיצוניות
6 לחומרה, המצדיקות החמרה ב-20%. בנוסף, כפי שנקבע לגבי יתר העיצומים, יש
7 להחמיר ב-36% לאור מחזור מכירות גבוה במיוחד, וכך להפחית ב-50% לאור
8 ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי, וכן 10% בגין התמשכות ההליכים. כל זאת
9 בגין כל אחד ואחד מתשעת מקרי ההפרה לעיל.

10 לסיכום פרק זה

11 226. קביעת הממונה בדבר מדיניות מפרה בעניין המקרים איננה מקובלת עליי. עם זאת,
12 הקביעה בדבר תשעה מקרי הפרה בעניין המקרים מקובלת עליי ובגינה מושתים על
13 העוררת עיצומים כספיים בגין כל אחד ואחד ממקרי ההפרה, כמפורט לעיל.

14



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

פרק בלעדיות וקישור

קביעה

227. לפי הקביעה, לגבי לקוחות מסוימים נמצא שהעוררת התנתה מתן הנחה על קוקה קולה, ברכישת מוצרים נוספים ממנה. כך, במקרים פרטניים המתוארים בקביעה, התקשרה העוררת למעשה בהסדר הכולל "הסכמת בלעדיות" ובמקרה אחד "הסכמת קישור", אף שהדבר נאסר עליה זה מכבר. אמנם הסכמי הבלעדיות לא תועדו בהסכמי הסחר ותכתובות פנימיות נמנעו מהמילה "בלעדיות", תוך שהשתמשו תחתיה במונח "שיתוף פעולה מלא". אלא שזו משמעות הדברים. כן נפוצו ביטויים על "הוצאת" מתחרים מנקודות מכירה, ללא הערה מצד מנהלים.

228. נקבע כי בכך הפרה העוררת באותם מקרים את סעיף 2 להוראות לבעל מונופולין ("החברה לא תקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הסכמות בלעדיות והסכמות קישור"); את סעיף 1 לצו המוסכם ("סירב לקוח לרכוש מוצר של החברה או הביע לקוח עניין ברכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי החברה, לא תנקוט החברה כנגדו בצעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור או בצעדים שנועדו להרתיעו מלממש את רצונו"); ואת סעיפים 3 ו-1.2 לתנאי מיזוג נביעות ("החברה לא תמנע, להלכה או למעשה, הכנסת מוצרי מתחרה לנקודת מכירה ולפי דרישת הממונה תסיר כל מניעה להכנסת מוצרי מתחרה למקור משקאות שאינו בבעלותה"); ("החברה לא תקשור בין מוצרי נביעות לקוקה קולה, בכל דרך שהיא, בין היתר על ידי: קישור כלשהו, בהסדר או בהתנהגות, בין שיעור ההנחות הניתן בגין קוקה קולה או תנאי רכישה אחרים של קוקה קולה – לבין שיעור ההנחות הניתן בגין מוצרי נביעות, להיקף רכישתם או לתנאי סחר הנוגעים להם").

229. בגין זאת נקבע לעוררת בפרק זה עיצום כספי בסך כולל של 3,703,280 ₪ (החלוקה פנימית בין המקרים לפני הפחתת 10% בגין התמשכות ההליכים היתה זו: 923,721 ₪ בגין ההפרות המתוארות בעניין הלקוח ____; 1,007,695 ₪ בעניין הלקוח ____; 1,091,670 ₪ בעניין הלקוח ____; 1,091,670 ₪ בעניין הלקוח ____). התחשיב בקביעה נעשה כך: העיצום המרבי הועמד בגובה של 24,563,540 ₪ לאור מחזור מכירות העוררת; עיצום הבסיס נקבע על 5% מסכום העיצום המרבי בנוגע לכל אחת מ-4 ההפרות; בהתאם למספר ההוראות הפרטניות שהופרו בכל מקרה, החמירה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

הממונה את סכום העיצום הכספי ב-30% בעניין הלקוחות _____
_____, ב-20% בעניין הלקוח, וב-10% בעניין הלקוח __; כן החמירה הממונה
עם העוררת ב-36% לאור מחזור מכירות גבוה במיוחד. סכום העיצום הכספי הופחת
ב-50% לאור ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי, וב-10% נוספים, בשל התמשכות
ההליכים.

טענות העוררת

230. העוררת העלתה מספר טענות בנוגע לפרק זה: בנוגע לשניים מהמקרים הפרטניים
שנטענו בקביעה; בנוגע להיותם של הסדרי הבלעדיות הנטענים לא תחומים בזמן;
בנוגע למשמעות מתן הטבה בתמורה לבלעדיות הנטענת והתקיימות הבלעדיות בפועל;
בנוגע לאכיפה בירנית ובנוגע לעיצום הכספי שהוטל.

231. כפי שנראה להלן, סבורה אני שלא נפל פגם בקביעה בכל הנוגע לפרק זה, ויש לדחות
את טענות העוררת.

התייחסות למקרים הפרטניים שהוצגו בקביעה

232. בקביעה הוצג עניינו של הלקוח מזנון ____ ובו מקדם מכירות דיווח למנהל מכירות
על מגעים שקיים עם הלקוח, על מנת שהעוררת תהיה אצלו הספק היחיד של שתייה על
מגוון מוצריה. ההודעה על המגעים הועברה גם למנהל המטה. הדברים נתמכו בדברי
הלקוח בחקירה.

כן הוצג עניינו של הלקוח _____, שם כתב מנהל המכירות למנהל המטה על סיכום
שאליו הגיע עם הלקוח שכלל התניית שיעור ההנחה על קוקה קולה ברכישת משקאות
נוספים מהעוררת (מנהל המטה העביר את ההודעה למנהל הערוץ אשר העבירה
לסמנכ"ל תוך החלפת מילים בה – "באם יחזור לעבוד איתנו באופן מלא" למילים
"בכלל הקטגוריות").

עוד הוצג עניינו של הלקוח _____, לגביו מקדם המכירות התייחס בחקירתו כדוגמה
למקרה שסיכם עם לקוח על הוצאת מתחרים מנקודות מכירה. כמו כן, הלקוח אישר
שסוכם עמו שירכוש משקאות מהעוררת בלבד.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מקרה נוסף שהוצג בקביעה הוא של הלקוח __, לגביו ציין מקדם המכירות בהודעת
2 דוא"ל למנהל המכירות כי "הלקוח התחייב להוציא את המקרר שלהם ולהפסיק לקנות
3 מיפאורה ברגע שהיה לו מקרר". הדברים אושרו בחקירת מקדם המכירות והלקוח.
- 4 233. אשר לקביעת הממונה בעניין הלקוחות _____ העוררת אישרה שהיא מקבלת
5 את האפשרות לפיה עובדיה פעלו שלא בהתאם להנחיות בפועלם שם.
- 6 234. אשר ללקוח __ – העוררת סבורה שהודעת הדוא"ל מיום 17.10.2012 (נספח 67
7 לערר/111 לתשובת הממונה לערר) מתארת מו"מ ושיח לגיטימי נוכח הגדלת המכירות
8 של הלקוח ולא מגלמת סיכום על בלעדיות – הפסקת הרכישה ממתחרה תמורת אספקת
9 מקרר מהעוררת – כפי שפירשה זאת הממונה. לפי העוררת, הקביעה שגויה, ולכל
10 הפחות מופרזת בחומרתה, משהנושא נזנח לאחר שיחה אחת בין מקדם המכירות
11 ללקוח, וכן לא סופק ללקוח מקרר נוסף ולא הוחזר מקרר למתחרה אשר הלקוח המשיך
12 לרכוש משקאות ממנה – כך שאין להטיל בעניין עיצום כספי, כל שכן לא בהיקף
13 שנקבע. לשיטת העוררת, בחירת המילים בהם עשה שימוש מקדם המכירות בהודעת
14 דוא"ל איננה דרך לקבוע אם השיחה עם הלקוח היוותה התקשרות של העוררת בהסדר
15 הכולל הסכמת בלעדיות עם הלקוח. לטענתה, יש להסתמך גם על דברי מנהל המכירות
16 בחקירות ולהבין כי לדברים משמעות שונה מזו שהממונה מייחסת להם. בכל אופן,
17 השיחה הבודדת של מקדם המכירות עם הלקוח אינה מצדיקה עיצומים כספיים כלל,
18 כל שכן לא בסך כ-2 מלש"ח.
- 19 235. אינני מקבלת את טענות העוררת בעניין הלקוח __. אכן לפי לשון הודעת הדוא"ל,
20 המצוטטת לעיל, הלקוח התחייב להפסיק לרכוש מהמתחרה אם יסופק לו מקרר.
21 כלומר, התחייב לבלעדיות לשם קבלת טובת הנאה. דברי הלקוח ומקדם המכירות
22 בחקירתם תומכת בכך. אין בדבריהם התייחסות להגדלת מכר כשלעצמה כפי שטוענת
23 העוררת, אלא להימנעות מקניה מאחר. אשר למנהל המכירות - זה טען בחקירה שאינו
24 זוכר את הלקוח ולא השתתף בפגישה עם הלקוח בה נדון העניין, כך שברי שלא ניתן
25 להסתמך על דבריו כדי לשלול את דברי הלקוח ומקדם המכירות, כמו גם לשונה
26 הברורה של הודעת הדוא"ל כי "הלקוח התחייב להוציא את המקרר שלהם ולהפסיק
27 לקנות מיפאורה ברגע שהיה לו מקרר". נוכח הפגם התחרותי בשיחה שנוהלה, גם אם
28 לא יצא הסיכום אל הפועל – ההחלטה להטיל עיצום כספי איננה מצדיקה התערבות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

236. אשר ללקוח __ – העוררת טוענת כי מחקירת מקדם המכירות ומההודעה שנגבתה מהלקוח, עליהם הסתמכה הממונה בקביעה, נלמד כי עסקינן בשיח של הטבות בגין הגדלת רכישות ולא בגין בלעדיות וכי הסתמכות הממונה בעניין זה על "מבטים" של מקדם המכירות קלושה. צוין כי אין מחלוקת שהלקוח לא קיבל כל הטבה כפי שנמצא בקביעה שהובטחה לו בתמורה לבלעדיות (עניין שהממונה שינתה את עמדתה לגביו במהלך השימוע) ובפועל הלקוח המשיך לרכוש מהמתחרה, כך שלא הייתה כל בלעדיות למעשה. עוד טענה העוררת כי הטענה בקביעה כי הופרו במקרה זה גם הצו המוסכם ותנאי מיזוג נביעות נטענה בעלמא, ומאחר שבתשובה לערר לא התייחסה לכך הממונה, יש לקבל את הערר בכל הנוגע לכך.

237. מעיון בהודעות גופן, נראה כי מסקנת הממונה מן האמור בהן מבוססת היטב ואיננה מצדיקה התערבות. כעולה מהדברים, מקדם המכירות עצמו הביא את הלקוח __ כדוגמה להסדר בלעדיות. אמנם בתחילה השיב:

"שאלה: האם סיכמת עם לקוחות שבתמורה להנחות מסוימות הם יוציאו מתחרים ויעברו לקנות מוצר או מוצרים מסוימים רק מהחברה?
תשובה: לא.
[...]"

אך בהמשך הבהיר כי מדובר היה בהתחייבות להימנעות מקניה ממתחרה:

"שאלה: במה __ לא עמד בסיכום?
תשובה: הוא בעל העסק, אבל אשתו מתערבת בעסק והיא קונה מדי פעם מיפאורה מוצרים מסוימים, למרות שהוא הבטיח שזה לא יהיה, ושיפאורה יצאו, שלא יקנה יותר מיפאורה, אבל זה לא קרה. זה מתנדנד" (נספח ח-29 לערר, שורה 638-652).

נוסף על כך, הלקוח אישר בחקירה, שלאחר שהחל לרכוש מהמתחרה, הגיע מקדם המכירות להסכמה עמו על שדרוג תנאים תמורת בלעדיות:

"ש: אמרת לו – כלומר ... [מקדם המכירות – הח"מ] שזאת פעם אחרונה שאתה קונה מיפאורה. למה אמרת לו את זה?
ת: לרצות אותו ודרך כך לקבל הסכם הנחות יותר טוב ושדרוג ואיבזור של המקום בזה שאני לא קונה מיפאורה וכך אני מגדיל את כוח הקניה שלי בחברה המרכזית" (נספח ח' 36 לערר, עמ' 9 שורה 13-17 וכן שם שורה 21 עד עמ' 10 שורה 1).



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1

2 238. למעשה, גם התנהגות הצדדים לאחר מכן כפי שעולה מהודעת מקדם המכירות

3 מלמדת על ההתייחסות להיעדר הבלעדיות בפועל, כהפרה של סיכום, כך שלא הוצגה

4 תשתית להתערבות בממצאיה של הממונה בקביעה בעניין זה.

5 "שאלה: אתה לא באת אליו ושאלת אותו למה הוא לא עומד

6 בסיכום, למה יפאורה נמצאת בנקודה?

7 תשובה: לא, כשנכנסתי אליו הוא כבר יודע לפי המבטים, והוא

8 לבד אמר לי את הסיפור. הוא אמר לי לא הייתי פה ואשתי

9 הזמינה וזה מה שקרה. אני רבתי עם אשתי ובלה בלה בלה.

10 [...]

11 שאלה: איזה מוצרים של יפאורה ____ הכניס בניגוד לסיכום

12 איתך?

13 תשובה: תפוזינה, היה פעם אחת שוופסים, אחד הטעמים לא

14 זוכר. זה בעיקר.

15 [...]

16 שאלה: מתי פעם אחרונה?

17 תשובה: שבוע שעבר.

18 שאלה: לא התעצבנת?

19 תשובה: כן.

20 שאלה: מה אמרת לו?

21 תשובה: אני חושב שאפילו לא שאלתי אלא לבד הוא ענה למה יש

22 לו יפאורה והוא אמר שזה פעם אחרונה. עשיתי איזושהי תנועה

23 אולי או מבט של ייאוש טוב נו מילא אין מה לעשות" (נספח ח-29

24 לערר, שורה 653-674).

25

26 239. אמנם בהמשך הדברים מציין מקדם המכירות ש"זה יותר הציק לא בגלל שהוא קנה

27 מהמתחרים, אלא כי זה היה בציוד קירור של קוקה קולה". עם זאת, מדבריו המצוטטים

28 לעיל עולה הבנה ברורה בינו לבין __, שבעסק לא אמורים כלל להיות מוצרי יפאורה.

29 240. אינני מקבלת את דברי העוררת כי הקביעות בנוגע להפרת הצו המוסכם ותנאי מיזוג

30 נביעות בהקשר האמור נטענו בעלמא. בסעיף 134 לקביעה מתואר כיצד עובדות

31 המקרה בעניין הלקוח ____ מפרות את סעיף 1 לצו המוסכם ואת סעיף 3 לתנאי מיזוג

32 נביעות; בסעיף 139 לקביעה נכתב כי עניינו של הלקוח ____ מהווה הפרה של סעיף

33 1.2 לתנאי מיזוג נביעות כי הוא יוצר קישור בין שיעור ההנחה על קוקה קולה לבין

34 רכישת מי נביעות; ובעניינו של ____ מצוינת הפרה של סעיף 1 לצו המוסכם וסעיף 3

35 של תנאי מיזוג נביעות. בנוסף, בסיכומיה ציינה הממונה כי הגעה להסכמת בלעדיות

36 עם לקוח שהיה מעוניין לרכוש גם מוצרי מתחרה, לפיה ישודרגו תנאי המסחר של



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הלקוח "כנגד התחייבות הלקוח שלא לקנות מוצר שאינו משווק על ידי החברה", היא
2 הפרה של סעיף 1.3 לצו המוסכם. וכי הסכמת בלעדיות מפרה את סעיף 3 לתנאי מיזוג
3 נביעות האוסר על מניעת כניסת מוצרי מים מתחרים לנקודת המכירה. העוררת לא
4 הציגה מענה משכנע לדברים, ואין מקום להתערבות בהקשר זה.
- 5 האם האיסור על הסכמות בלעדיות חל גם לגבי בלעדיות שאינה תחומה בזמן?
241. לטענת העוררת, הסכם בדבר בלעדיות שאינו תחום בזמן, לא יכול, באופן אינהרנטי,
6 ליצור עלילות לפגיעה בתחרות. לשיטתה, מקום שלא סוכם בין העוררת לעסק כי
7 מחויב הוא לפרק זמן מינימלי שלא לרכוש משקאות מהמתחרים, ובית העסק חופשי
8 לרכוש מוצרים ממתחרים, הרי שלמעשה, לא סוכמה במישור החוזי או במישור דיני
9 התחרות כל בלעדיות בין הצדדים. העוררת הדגישה שאין מדובר בטענה כי האיסור
10 על הסכמות בלעדיות חל רק על הסכמות היוצרות עלילות לפגיעה בתחרות, אלא
11 כאמור – שהסכמות בדבר בלעדיות שאינה תחומה בזמן, לעולם לא ייצרו עלילות כזו.
12 כך שמבחינה לשונית ותכליתית, האיסור על הסכמות בלעדיות שבסעיף 2 להוראות
13 לבעל מונופולין לא חל.
- 14
242. עוד לטענת העוררת, הראיות שאספה הממונה מעידות שהלקוחות מעולם לא תפסו
15 עצמם כבולים או מחויבים לעוררת – כך שלא היה כל פסול בהתנהגותה ומדובר
16 בפעולות של תחרות לגיטימית לגופו של עניין.
- 17
243. בקביעה נדחתה טענת העוררת כי בלעדיות שאינה תחומה בזמן שבו הלקוח אינו רשאי
18 לשקול אפילו הצעות של מתחרים, אינה נחשבת בלעדיות. כן נמצא כי מטרת האיסור
19 על הסכמות בלעדיות כפי שהוא מופיע בהוראות לבעל מונופולין היא הצבת איסור
20 גורף, שאין לפרשו כחל רק כשהסכמות יוצרות עלילות לפגיעה בתחרות.
- 21
244. עמדת הממונה מקובלת עליי ודין טענות העוררת בעניין זה להידחות.
- 22
23 אם אכן כנטען הסכמה על בלעדיות שאינה תחומה בזמן איננה משנה את המצב
24 המשפטי-כלכלי, מדוע מסכימים עליה? ! חזקה על צדדים שמסכימים על דבר מה,
25 שהם עושים זאת לצורך ולתכלית כלשהי. התחייבות, גם אם איננה תחומה בזמן,



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מחייבת את הצדדים לשעתה, כל עוד לא בוטלה, וגם אם ניתן לסיימה, הרי שהיא
2 איננה התחייבות ריקה מתוכן. היא התחייבות בעלת תוקף כל עוד היא לא מבוטלת.
- 3 לא זו אף זו, התחייבות לתקופה לא קצובה איננה מתבטלת מאליה ברגע שאחד
4 הצדדים בוחר לסיימה. כפי שנפסק לא אחת, התחייבות לתקופה בלתי קצובה ניתנת
5 לביטול רק לאחר חלוף תקופת זמן סבירה בין מועד הודעה הביטול ובין מועד סיום
6 החוזה בפועל (ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 858, 849 (2000)
7 וכן דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 258 (כרך ג, 2003)). מדובר בפרק זמן שעשוי
8 להיות תקופה ממשית בהתאם לנסיבות.
- 9 בנוסף, בסעיף ההגדרות להסכמות בלעדיות שבהוראות לבעל מונופולין אין כל דרישה
10 לתחימה בזמן של הסכמת בלעדיות. כמו כן, כפי שלמעשה העוררת מסכימה, גם אין
11 שם כל דרישה להוכחת פגיעה בתחרות או עלילות לכך.
- 12 245. זאת ועוד, ובאשר לטענה כי בלעדיות שאיננה תחומה בזמן, לא יכולה, באופן
13 אינהרנטי, לפגוע בתחרות – משהגדרת בלעדיות בהוראות לבעל מונופולין אינה
14 דורשת זיקה לפגיעה בתחרות, אין בטענה זו כדי להקים עילה להתערבות בקביעת
15 הממונה ובעיצום הכספי.
- 16 246. מכל מקום, אף אין לקבלה בפני עצמה, שכן אף אם פגיעתה של בלעדיות תחומה בזמן
17 רעה במיוחד, גם בלעדיות שאינה תחומה בזמן עלולה לצנן תחרות. גם אם בלעדיות
18 גרמה למניעה של רכישת מוצר ממתחרים לפרק זמן לא ממושך במיוחד, הדבר עלול
19 לפגוע בתחרות בהיקף מסוים.
- 20 247. לא זו אף זו: למעשה אף ניתן לסבור שהעובדה כי הבלעדיות איננה תחומה בזמן,
21 עשויה להגביר את עלילות הפגיעה בתחרות שכן השפעתה היא לכל אורך תקופת
22 ההתקשרות בין הצדדים, ולא רק לחלקה.
- 23 בעניין זה הפנתה הממונה לפסק דין United States v. Dentsply Int'l, Inc.,
24 399 F.3d 181, 193 (3d Cir. 2005), בו הובהר כי למרות זכותו של כל צד לשים קץ
25 להסדר בכל עת לפי רצונו – בנסיבות העניין, בהינתן הכוח המונופוליסטי והתנהלות
26 בעל המונופולין להוצאת מתחרים, מדובר בהסדרי בלעדיות הפוגעים בתחרות. כך גם
27 בפסק דין Am. Express Travel Related Servs.Co. v. Visa U.S.A., 2005



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 U.S Dist. Lexis 42852, 21 (S.D.N.Y. June 23, 2005) התייחס בית המשפט
2 לכך שמשך ההסכם הוא לא שיכריע האם הופר סעיף החוק. עוד צוין שהוכרע בעבר
3 שאף אם הסדר הבלעדיות ניתן לסיום מרצון, הוא יכול עדיין להקים הגבלה פסולה על
4 המסחר.

5 בענייננו, מעמדה של החברה בשוק, והעובדה כי קוקה קולה הוא בבחינת – must
6 have עבור הצרכנים, מביאים לכך שאך סביר הוא שהקמעונאים השונים יבחרו שלא
7 לסיים את ההסכם, כך שהמשמעות המעשית הצפויה של הסכמי בלעדיות נרחבים,
8 אילו הוכחו, בהחלט עשויה להקים עלילות להכבדה על מתחרים, גם אם תקופת
9 הבלעדיות איננה תחומה בזמן. אכן, בענייננו מדובר בבלעדיות במקרים בודדים, ולא
10 נטען שההיקף שבו מדובר מקים עלילות לפגיעה בתחרות. עם זאת, יובהר כי אין לקבל
11 את הטענה לכשרות תחרותית אינהרנטית מקום בו הבלעדיות איננה קצובה בזמן,
12 כטענת העוררת.

13 מתן הטבה בתמורה לבלעדיות ובלעדיות בפועל
14 248. בקביעה נדחו טענות העוררת כי לא ניתנה הטבה בתמורה לבלעדיות, וכי היוזמה
15 לבלעדיות באה מצד לקוחות וכן הטענה כי לא התקיימה בלעדיות בפועל. נמצא
16 שהאיסור על הסכמות בלעדיות אינו מותנה בכך שתינתן הטבה בפועל; לא בשאלה מי
17 יזם את הסכמת הבלעדיות; ואף לא בהתקיימות הבלעדיות בפועל. כן נמצא שהראיות
18 אינן תומכות בטענות העוררת.

19 לפי העוררת, הממונה שינתה עמדתה ממכתב השימוע הראשון לשני בסוגיית
20 רלוונטיות הטבה לעסק לתחולת האיסור.

21 249. אינני מקבלת את טענות העוררת בעניין זה. בלשון סעיף ההגדרות להסכמות בלעדיות
22 שבהוראות לבעל מונופולין אין אזכור למרכיבים להם טוענת העוררת, ואין הם
23 נדרשים לצורך הגדרת הסדר בלעדיות כמפר את ההוראות.

24 250. אשר למכתבי השימוע השונים – מכתב השימוע הראשון איננו כולל אמירה מצד
25 הממונה המצביעה על כך שתנאי לתחולת איסור הבלעדיות, הוא מתן הטבה כנגד
26 בלעדיות. מקובל עלי הסבר הממונה כי מצורת סידור המקרים השונים במכתב השימוע
27 הראשון, אין כדי לקבוע כי הטבה או איום הוא יסוד נדרש להפרת איסור על הסכמות



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

בלעדיות, מקום בו הדבר לא נדרש, ואין בדרך הצגת הדברים שם כדי להוסיף על
ההוראות לבעל מונופולין תנאי שאיננו מוזכר בהן. כמו כן, מקובלת עלי עמדת
הממונה כי לאור מורכבות היחסים בין העוררת ללקוחות וכוחה הרב כלפיהם כבעלת
מונופולין במוצר שהוא must-stock עבור רבים מהלקוחות, זיהוי והוכחה של
התמורה או האיום עשויים להיות מורכבים באופן שיכביד על אכיפת ההוראה, אף
במקום בו היא נחוצה. זאת בפרט משבענייננו הסדרי הבלעדיות לא תועדו בכתב
בצורה מסודרת, ובהתכתבויות חזר על עצמו המונח "שיתוף פעולה מלא".

אכיפה בדרנית

251. בקביעה נדחתה טענת העוררת בדבר אכיפה בדרנית מול חברת טמפו המתחרה בה.
לפי העוררת, לממונה הגיע בזמנו מידע המעורר חשד שטמפו נהגה לסכם על הסדרי
בלעדיות עם לקוחות בענף הבירה, כשהייתה מוכרזת כבעלת מונופולין בענף זה.
למרות זאת לא נקטה הממונה בעניינה כל הליך אכיפה.

252. הממונה הסבירה כי משטמפו חדלה לעמוד בהגדרה הסטטוטורית דאז של בעל
מונופולין שלוש שנים לפחות קודם לתלונות שהגיעו לפתחה של הרשות, הייתה
חשיבות פחותה, מבחינת האינטרס הציבורי, בבירור האם טמפו הפרה הוראות שניתנו
לה כבעלת מונופולין. זאת לעומת העוררת, הממשיכה להחזיק נתח שוק גדול מאוד
בשוק הקולה ובהתאם חשיבות האכיפה כלפיה.

253. בערר חזרה העוררת על טענתה בדבר אכיפה בדרנית וגרסה שאין כל סיבה להבחין
בינה לבין טמפו, אשר כל עוד הייתה מונופול מוכרז היה עליה לקיים את כל ההוראות
החלות עליה, וודאי את אלה שזהות לאלו שהוטלו על העוררת.

254. עמדת הממונה בעניין זה מקובלת עלי, ומקובל עלי כי האינטרס הציבורי בבירור
החשדות להפרת הוראות לבעל מונופולין, במבט צופה פני עתיד, ראוי ומבטאת
שיקול שהוא רלוונטי לאכיפת הרשות המינהלית, כך שאין מדובר באכיפה בדרנית
ופסולה המצדיקה התערבות בקביעת הממונה ובעיצום הכספי.

העיצום הכספי

255. לעניין עצם הטלת העיצום הכספי בפרק זה – טוענת העוררת כי לא היה מקום להטיל
עיצום כספי במצב של שתי חריגות נקודתיות (בהתייחסה ללקוחות _____



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לגביהן לא חלקה על קיומה של חריגה), בקשר עם עסקים קטנים שבטלים בשלל
2 פעילות העוררת. עוד טענה כי הטלת עיצום כספי בגין הלקוח – אינה סבירה,
3 משמדובר לכל היותר בשיחה בודדת שבעקבותיה לא קרה דבר, ולמעשה מדובר
4 בכפילות שכן האירוע מכוסה בפרק המקרים. לשיטת העוררת ניתן היה להסתפק
5 בהתראה.
- 6 256. אינני מקבלת את הטענות. כמפורט בקביעת הממונה, אותה אימצתי בעניין זה כאמור,
7 אין מדובר בשני מקרים, אלא בארבעה. הצטברותם של מקרים שזוהו לאחר שצעדי
8 אכיפה חלופיים ננקטו בעבר כלפי העוררת, וזו שבה וחזרה על התנהלות שנאסרה
9 עליה, מצדיקה עליית מדרגה ושימוש בכלי של עיצום כספי. אכן מדובר במקרים
10 קונקרטיים בהם זוהתה הפרה ממוקדת, אך אין בכך כדי לשלול את הסמכות לקצוב
11 בגינם עיצום כספי, תוך שהיקף ההפרה משליך על גובה העיצום (שיעור סכום הבסיס
12 בגין כל אירוע הועמד על אחוזים בודדים מהעיצום המקסימלי – 5%, שהוא השיעור
13 המינימלי לפי גילוי הדעת).
- 14 257. אשר ללקוח – כאמור, ההוראות לבעל מונופולין אוסרות על הסכמה, גם אם זו
15 איננה יוצאת לפועל. הממונה הדגישה את הסכמת הבלעדיות במקרה זה דווקא לאור
16 העובדה שהמקרה של המתחרה הוצב במחסן הלקוח ולכן לדבריה הכלילה אותו בפרק
17 זה, אף שהכירה בכך שהמקרה בעל זיקה לפרק המקרים (ללא שנקצב בגינו עיצום
18 קונקרטי שם). כמו כן, בקביעה צוין כי לקוחות נוספים שהופיעו בפרקים אחרים יכלו
19 להיכלל גם בפרק זה (סעיף 131 לקביעה). כדוגמה ניתנו מקרה הלו תימן ולקוחות
20 נוספים שנזכרו בפרק המקרים – כך שלא מדובר בהפרות נקודתיות גרידא כפי
21 שגורסת העוררת.
- 22 258. אכן, הרושם הראשוני הוא שמדובר בעיצום בסכום גבוה למדי ביחס לאירועים
23 נקודתיים. אלא כאמור, וכפי שפרטנו לעיל, הבנת תכלית העיצום הכספי מבהירה כי
24 למעשה אין מדובר בסכום מופרז. כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים
25 העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), תכליתו העיקרית של עיצום כספי היא יצירת
26 הרתעה כלכלית מפני הפרת דיני התחרות. בהתאם, המדד היסודי והדומיננטי ביותר
27 לקביעת גובה עיצום כספי הוא היקף מחזור המכירות של המפר, המבטיח שההרתעה
28 תהיה אפקטיבית, והוא הגורם לשיעור הגבוה של העיצום במקרה כאן.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

259. בענייננו, היקף המכירות של העוררת הוא גורם עיקרי לכך שסכום העיצום נקצב על כ-830,000 ₪ לדוגמא לעניין הלקוח __, אף שמדובר בהפרה נקודתית. נדגים זאת בהשוואת שיעור העיצום הכספי שנקצב כאן, לשיעור העיצום הכספי שהיה נקצב, על פי אותן אמות מידה שהפעילה הממונה כאן, אילו מדובר היה בהפרה מצד חברה שמחזור המכירות שלה עומד על 40 מיליון ₪, ולא קרוב ל-4 מיליארד ₪. תחשיב זה היה מביא לעיצום כספי בסך צנוע בהרבה.
260. ואכן, הממונה מתייחסת לאירועים הנקודתיים, ככאלה המצויים ברף הנמוך. בהתאם, כאמור, נקבע כי עיצום הבסיס יעמוד על 5% בלבד מהעיצום המרבי. הטענה כי מן הראוי להעמיד על העיצום המינימלי על שיעור נמוך מ-5% איננה משכנעת, ומשמעותה איון עיצום במקרה של הפרת הוראות ללא הוכחת עלילות לפגיעה בתחרות. מדיניות מעין זה תכרסם עד מאוד ביכולתה של הרשות לטיפול בכשלים על דרך מתן הוראות גורפות האוסרות על פרקטיקות אנטי תחרותיות, ואכיפתן באמצעות עיצום כספי. החלת כלל זה על העוררת, בהתחשב במחזור המכירות שלה, מביאה לסכום הנתפס כגבוה, וביקורת על כך נובעת מהתעלמות מהיקפה של החברה, ומן התכלית ההרתעתית של העיצום הכספי. בהתחשב בהיקף מחזור המכירות של העוררת, ובתכלית העיצום הכספי לשמש הרתעה מפני הפרות עתידיות של הוראות ישירות שניתנו לעוררת להבטחת התנהלות תחרותית תקינה, מדובר בסכום ראוי ולא מופרז, המתקבל מהפעלת אמות מידה ראויות על המקרה דנן.
261. לעניין דרך חישוב העיצום הכספי בפרק זה – לטענת העוררת היה על הממונה לראות בארבעת מקרי ההפרה כמקשה אחת לצורך הטלת עיצום כספי, כפי שנעשה במכתב השימוע הראשון. העוררת מדגישה שגם צירוף המקרים לא עולה כדי היקף המקרים חשש לפגיעה בתחרות.
262. כאמור, מקובלת עליי עמדת הממונה לפיה אין בהיעדר עלילות לפגיעה בתחרות כדי לייתר את אכיפת ההפרות והטלת עיצום בגינן, מטעמים של הבטחת הציות לחוק ומניעת פגיעה במשטר הפיקוח שנקבע מכוחו. העמדת עיצום הבסיס במקרה פרטני על שיעור של 5% לכל מקרה נראה מאוזן והולם, שכן שיעור נמוך מאוד יביא במקרים של חברות רבות וחזקות לסכום מגוחך מנקודת ראותן, שאין בו משום הרתעה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

263. עוד מציינת הממונה כי מדובר במקרים שיש בהם חומרה ייחודית, אף אם אין טענה לעלילות לפגיעה בתחרות, בשים לב לאירוע הנקודתי. כך, בעניין הלקוח __ היה מעורב מנהל ערוץ בעוררת. בעניין הלקוח _____ היה מעורב מנהל מטה. דבר המלמד על התנהלות חריגה שאיננה מתמצה ביוזמה מקומית של איש מכירות ששגה.
264. עוד הבהירה הממונה כי מדובר בארבע הפרות מובחנות כלפי עסקים שונים, שהסכמות בלעדיות וקישור בהן מהוות פרקטיקות שונות אשר נבחנו באופן עצמאי. אמנם בעניין זה שינתה הממונה עמדתה ממכתב השימוע הראשון, אך גם עיצום הבסיס שונה מ-80% ל-5%.
265. הובהר כי הטלת עיצום כספי בגין כל מקרה כהפרה נפרדת אינו דבר תקדימי, בפרט בנוגע להסכמות בלעדיות, וכך נמצא בצו המוסכם שאושר במסגרת ה"ע (הגבלים עסקיים) 20171-11-18 הממונה על הגבלים עסקיים נ' שופרסל בע"מ (פורסם במאגרים; 19.11.2018) (להלן – עניין שופרסל).
266. בהקשר זה טוענת העוררת שהשוואה בין עניינה לעניין זה מלמדת כי העיצום הכספי שהוטל כאן מופרך – שם דובר בהסכם שכירות של סניף של רשת שיווק – שנערך ונכתב בהשתתפות הנהלת הרשת, שמייצג פעילות בהיקפים של מיליוני ₪ רבים בשנה, ושנחתם ובוצע בפועל.
267. אלא שמגוף ההחלטה בעניין שופרסל נראה כי מדובר בנסיבות שונות לחלוטין מענייננו. שם מדובר בעיצום כספי בגין הפרת החוק לקידום התחרות בענף המזון, ולא בהפרת הוראות פרטניות מכוח חוק התחרות הכלכלית; שם לא מדובר בחיוב לקוח ברכישה בלעדית מספק, אלא בבלעדיות בשטחי השכרה מסוימים, שלא חל עליה איסור גורף. כך או אחרת, בכל הנוגע לטענה נגד קציבת עיצום כספי בגין כל הסכם בלעדיות בנפרד – מהחלטת הממונה בדבר החיוב בעיצום כספי שם עולה בבירור, כי בפועל סך העיצומים הכולל נקבע לפי תחשיב שנעשה לגבי כל אחד מהסכמי הבלעדיות הפסולים בנפרד, בדומה למה שנעשה כאן.
268. אשר לקביעת עיצום הבסיס – בקביעה כאמור הועמד עיצום הבסיס על 5% מהעיצום המרבי לכל הפרה נטענת. העוררת טענה כי מדובר בסכומים חסרי פרופורציה לעובדות המקרה, כשאינן כל עלילות לפגיעה בתחרות. עוד טענה כי בעצם גילוי דעת 1/16 מאפשר הטלת עיצום כספי מינימלי על כל אירוע שבדיעבד נמצא שלא גילם פגיעה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 בתחרות, ואין זה סביר. לשיטתה, העובדה שגם בעניין שופרסל לעיל הועמד עיצום
2 הבסיס על 5%, מלמדת על מופרכות העמדת העיצום הכספי בענייננו על 5% כמתואר
3 לעיל.
- 4 269. דינן של טענות העוררת בעניין זה להידחות. כפי שהסבירה הממונה, אף אם במקרים
5 שונים נקצב שיעור זהה מעיצום הבסיס (5%), לא מדובר בהכרח בסכום אחיד של
6 עיצום כספי, שכן זה תלוי במחזור המפר וביתר אמות המידה שעשויות להביא לשוני
7 בגודל העיצום המוטל בפועל במקרים שונים.
- 8 לדברי הממונה, משייחס המחוקק מקום לשיקול של מידת הפגיעה שההפרה עלולה
9 לגרום לתחרות או לציבור בקביעת סכום העיצום הכספי שיטיל בסעיף 50ה(2) לחוק,
10 הרי שאך הולם יהיה שבפרמטר שעניינו עיצום הבסיס, יהיה יחס דומה למפרים
11 שבמישור מידת הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית קיים ביניהם דמיון. טענה זו מקובלת
12 עלי.
- 13 270. אשר לנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה – בעניין החמרת ענישה עקב
14 הפרת הוראות פרטניות חזרה העוררת על הטענות שהועלו בהקשר זה בנושא סעיף
15 תקופת ההסכם והוסיפה שבפרק דנן אין טענה להפרה של החוק כשלעצמו, אלא רק של
16 הוראות פרטניות שניתנו לעוררת, וממילא לא היה מקום להחמיר עמה, בוודאי לא בגין
17 כל מקרה בנפרד.
- 18 271. מקובלת עליי עמדת הממונה כי הפרה של הוראה פרטנית מהווה שיקול לחומרה.
- 19 272. כשתנאים ספציפיים מוטלים על בעל מונופולין, הרי שהם נתפרים באופן מותאם
20 למאפייני השוק ומכוונים למצבים שהממונה סבור שיש למונעם מבעוד מועד, על מנת
21 להתרחק מראש מעלילות לפגיעה בתחרות. הפרת תנאים אלו מסכלת זאת, לאחר אזהרה
22 מראש ותחימת האסור באופן קונקרטי, ופוגעת באפקטיביות ובתועלת של קיום הוראות
23 חוקיות שניתנות על ידי הממונה למניעה מראש של פגיעה בתחרות. מקובל עליי
24 שהפרה כזו מצדיקה שיקול להחמרה בגובה העיצום.
- 25 273. אינני סבורה שהעובדה שלצד זאת לא זוהתה הפרה של איסור כללי הקבוע בחוק וחל
26 על כלל התאגידים, מהווה שיקול לקולה. ראשית, קיומה של הוראה פרטנית, שהדין
27 מחייב לקיימה, משמעו בדרך כלל שמדובר הן בהפרה של ההוראה הפרטנית, והן של



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 ההוראה שבדין המחייבת לקיים את ההוראה הפרטנית (ראו סעיף 47(א)(5) האוסר
2 הפרת הוראות לבעל מונופולין; סעיף 47(א)(4) האוסר הפרת תנאי מיזוג). כלומר,
3 מדובר גם בהפרה של הוראה שבדין.

4 שנית, מרגע שקיימת הוראה קונקרטית האוסרת על העוררת לנהוג בצורה מסוימת, ברי
5 שהעובדה שעל חברות אחרות אין איסור דומה, איננה ממעיטה מחומרת פעילות
6 העוררת אם זו נעשית בניגוד להוראה פרטנית, שנתפרה למידותיה של העוררת, על מנת
7 להרחיקה מפעילות אנטי תחרותית.

8 274. עוד טוענת העוררת שיש להקל עמה בשיעור מקסימלי לאור הדרכת והכשרת עובדיה
9 בכללים הנדרשים לשמירה על דיני התחרות. נטען כי בכלל כך ניתנו הוראות ברורות
10 לעובדים שלא להתקשר בהסכמות בלעדיות והדבר היה חלק מתכנית ההכשרה. לשיטת
11 העוררת, השיעור האפסי של ההפרות מראה שהעוררת פעלה במישור זה בהצלחה
12 עצומה.

13 275. יש לדחות את הטענות – הרי מהמקרים המתוארים בקביעה עולה כי הנורמות הראויות
14 בתחום דיני התחרות לא הופנמו כראוי, בפרט בשים לב לדרג המעורב. מה גם שתוכנית
15 ההכשרה לא הייתה דווקא וולונטרית כאמור, שכן ההוראות לבעל מונופולין חייבו את
16 עוררת לאמץ תכנית פנימית להבטחת קיום הוראות החוק, ואף מינוי "קצין תאום"
17 למטרה זו.

18 276. העוררת טענה כי הממונה לא לקחה בחשבון שמדובר בעסקים קטנים שהיקף הרכישה
19 שלהם מהעוררת עומד על 10% מסכום העיצום שהטילה.

20 277. אלא שהמחוקק לא התנה את סמכות הממונה להטיל עיצום מכוח החוק בהיקף
21 הפעילות היחסי הקשור באופן ישיר להפרה וגם לא התייחס לפרמטרים שהציעה
22 העוררת במסגרת שיקולי הממונה בקביעת גובה העיצום הכספי לפי סעיף 50 לחוק.
23 לצד זאת, למעשה, העובדה שמדובר בעסקים קטנים באה לידי ביטוי בקציבת העיצום,
24 שכן היקפם של העסקים הוא שמביא להעדר טענה לעלילות פגיעה בתחרות, דבר
25 שהפחית את עיצום הבסיס לכדי 5% בלבד.

סיכום פרק זה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 278. לא נפל פגם בקביעת הממונה בפרק הנוגע להסכמות הבלעדיות והקישור המצדיק
- 2 התערבות ודין הערר בקשר אליו להידחות.
- 3



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

פרק סטנדרט הנחות

קביעה

279. כאמור בקביעה, העוררת מנהיגה "סטנדרט הנחות" הקובע את שיעור הנחות ממחיר מחירון המתעדכן מעת לעת. גובה ההנחה נקבע על בסיס שיוך הלקוח לסגמנט לקוחות מסוים (למשל – מזון מהיר, מוסדות השכלה). בתוך כל סגמנט נקבע שיעור הנחות לכל קטגוריית מוצרים, בהתאם למדרגות שנקבעו על בסיס ההיקף המצרפי של רכישת כלל מוצרי העוררת מכל הקטגוריות.

280. מדובר במסמך פנימי של העוררת שעל פי רוב אינו גלוי ללקוחות. עם זאת, עובדי העוררת נוהגים לומר ללקוחות שאם ירכשו יותר מוצרים מהעוררת מכל הקטגוריות, יוכלו לזכות בשיעורי הנחות גדולים יותר גם בקטגוריית המוגזים.

281. נמצא כי סטנדרט הנחות, המכליל את היקפי הרכישות של מוצרי המים השייכים לנביעות בתוך היקפי הרכישות שלפיהם ייקבע שיעור הנחות על מוצרי קולה, מפר את סעיף 1.2 לתנאי מיזוג נביעות האוסר על העוררת לקשור בין שיעור הנחות הניתן בגין קוקה קולה להיקף רכישתם של מוצרי נביעות.

282. בגין זאת הוטל על העוררת בפרק זה עיצום כספי בסך 1,163,888 ₪. העיצום המרבי הועמד על 24,563,540 ₪ בהתאם למחזור המכירות של העוררת; עיצום הבסיס הועמד על 7% מהעיצום המרבי; הממונה החמירה עם העוררת ב-10% מגובה העיצום נוכח הפרה של הוראות פרטניות; וב-36% לאור מחזור מכירות גבוה במיוחד; כן הפחיתה הממונה מסכום העיצום הכספי שהוטל ב-50% בשל ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי, וכן הפחתה בשיעור 10% בשל התמשכות ההליכים.

טענות העוררת

283. העוררת לא חולקת על העובדה שקיים אצלה סטנדרט הנחות כמותי, במסגרתו הלקוח משוויך למדרגת הנחות לפי היקף הרכישות הכולל שלו בכל סוגי המשקאות (כולל קוקה קולה). כלומר שככל שהיקף הרכישות של הלקוח מהעוררת יותר גדול, הוא מקבל הנחה גדולה יותר עבור סך הרכישות. העוררת חולקת על פרשנות הממונה את המונח "קשירה" שבתנאי מיזוג נביעות, ובהתאם סבורה היא שכלל לא הפרה את התנאי. כן חולקת היא על הממונה באשר למשמעות שיש לייחס למחלוקת זו בדבר פרשנות



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 התנאי. עוד טוענת העוררת לכשל לוגי הנובע, לטענתה, מהטלת העיצום הכספי
- 2 בענייננו בגין הפרת תנאי מיזוג נביעות. עוד נטען כי על הממונה היה לבחון את תנאי
- 3 מיזוג נביעות לאור חלוף הזמן מקביעתם. לבסוף טוענת העוררת טענות שונות בדבר
- 4 גובה העיצום הכספי שהוטל.
- 5 284. כפי שיפורט, מצאתי לדחות את עיקר טענות העוררת ביחס לפרק סטנדרט ההנחות.
- 6 משמעות המונח "קשירה" בתנאי מיזוג נביעות
- 7 285. לפי הקביעה, סטנדרט ההנחות מפר את סעיף 1.2 לתנאי מיזוג נביעות, שזה נוסחו:
- 8 "1. החברה לא תקשור בין מוצרי נביעות לקוקה קולה, בכל דרך
- 9 שהיא, בין היתר על ידי:
- 10 1.2. קישור כלשהו, בהסדר או בהתנהגות, בין שיעור ההנחות
- 11 הניתן בגין קוקה קולה או תנאי רכישה אחרים של קוקה קולה
- 12 – לבין שיעור ההנחות הניתן בגין מוצרי נביעות, להיקף
- 13 רכישתם או לתנאי סחר אחרים הנוגעים להם".
- 14 286. העוררת טוענת שסטנדרט ההנחות אינו מפר את האיסור שבתנאי מיזוג נביעות. לפי
- 15 העוררת, מבחינה לשונית, סטנדרט ההנחות אמנם קושר בין היקף הרכישות הכולל לבין
- 16 ההנחה על מוצרי קוקה קולה; אך אינו קושר בין ההנחה האמורה לבין רכישת מוצרי
- 17 נביעות. שיעור ההנחה על מוצרי קוקה קולה תלוי גם בהיקף הרכישות של מוצרים
- 18 נוספים. כלומר, גידול בהיקף רכישת מוצרי נביעות, איננו בגדר תנאי הכרחי או מספיק
- 19 לגידול ההנחה על מוצרי קוקה קולה. מכאן שאין תלות (או קשר הכרחי) בין היקף
- 20 רכישת מוצרי נביעות לגידול בשיעור ההנחות הניתן בגין קוקה קולה ואין כל הפרה
- 21 של איסור הקשירה.
- 22 287. מנגד, גורסת הממונה בקביעה כי לשון תנאי מיזוג נביעות אוסרת על קישור "בכל דרך
- 23 שהיא", קישור "כלשהו" בהסדר או בהתנהגות. כלומר כל המובנים האפשריים של
- 24 קישור אסורים, לרבות הגדרת היקף הרכישות של מוצרי נביעות כגורם שמשפיע או עשוי
- 25 להשפיע על קביעת שיעור ההנחה על מוצרי קוקה קולה ויוצר זיקה ביניהם.
- 26 288. עוד לפי העוררת פרשנות לשונית גם מחייבת את הממונה להוכיח שאכן בפועל קיים
- 27 לקוח שהתקיים לגביו בפועל אותו "קישור". הממונה שללה את הטענה, אך השיבה
- 28 שאין קושי לחשב את היקף הלקוחות שעלו מדרגה כתוצאה מרכישת מוצרי נביעות.
- 29 הממונה פירטה כי לפי בדיקת כלכלני הרשות, בשנים 2015-2018 7% עד 9% מלקוחות



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מזון מהיר (פרי סל וטלסל, אך לא מזון מהיר מאורגן) רכשו מוצרי נביעות בהיקף שנתי
- 2 שהעלה אותם מדרגה אחת לפחות בסטנדרט ההנחות ואצל לקוחות שרכשו בהיקף שנתי
- 3 של 70,000 ₪ ומעלה מדובר בין 32% ל-38%. מעבר לכך ציינה שייתכן שלקוח ירכוש
- 4 מוצר נביעות במקום מוצר מתחרה מתוך תקווה לעלות למדרגה גבוהה יותר, גם אם
- 5 ללא הצלחה. כן הוצגו שתי דוגמאות פרטניות לדבר.
- 6 289. אשר לבדיקת כלכלני הרשות – לטענת העוררת כי מדובר בהרחבת חזית אסורה
- 7 העומדת בסתירה לדברי הממונה שאין בפיה טענה כי הסטנדרט כשלעצמו יוצר חשש
- 8 לפגיעה בתחרות. העוררת טענה שלא מדובר במענה לטענותיה בערר, שכוונו לכך שלא
- 9 הוצג מבחן דינמי הבוחן לאורך מספר שנים אם חלה עליה ברכישות הלקוח מוצרי
- 10 נביעות אל מול סטגנציה ברכישות של יתר המוצרים ותוצאה של עלייה בשיעור
- 11 ההנחות. לזאת השיבה הממונה שאין מדובר בהרחבת חזית, וטענת העוררת היא
- 12 למעשה טענה בדבר איכות התגובה כלא מספקת או לא משכנעת, טענה שאיננה
- 13 משכנעת כשלעצמה.
- 14 290. לאחר שקילת טענות הצדדים נראה כי מסתברת יותר פרשנותה של הממונה,
- 15 המתייחסת למכלול תנאי הכלל ונוסחו לחלקיו, לרבות חלקים עמם פרשנות העוררת
- 16 לא מתמודדת.
- 17 291. כאמור, התנאי מדבר ב"קישור כלשהו, בהסדר או בהתנהגות, בין שיעור ההנחות
- 18 הניתן בגין קוקה קולה או תנאי רכישה אחרים של קוקה קולה – לבין שיעור ההנחות
- 19 הניתן בגין מוצרי נביעות, להיקף רכישתם או לתנאי סחר אחרים הנוגעים להם". הנה
- 20 כי כן, התנאי על פי לשונו, אוסר על קישור כלשהו בין הנחה על קוקה קולה לבין
- 21 ההנחה על מוצרי נביעות. הכללת כלל מוצרי העוררת – וביניהם קוקה קולה ומוצרי
- 22 נביעות – בסל אחד לעניין סטנדרט ההנחות, איננה אלא יצירת קישור פוטנציאלי ישיר
- 23 בין שיעור ההנחות בגין שני סוגי המוצרים.
- 24 292. לא השתכנעתי כי פרשנות לשונית מחייבת את הממונה להתייחס ללקוח ספציפי
- 25 שלגביו התקיים אותו "קישור" בפועל. הקישור הוא במדיניות סטנדרט ההנחות גופה,
- 26 תוך שאין חולק כי העוררת יישמה בפועל באופן נרחב מדיניות זו במשך שנים, ודי
- 27 בכך.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

293. טוענת העוררת שבענייננו מתחייבת פרשנות תכליתית לתנאי מיזוג נביעות. לשיטתה, לפי המובן הפרשני המקובל של המונח "קשירה" בדיני התחרות, בין בחוק ובין בכל מסמך משפטי אחר, יש לבחון אם הקשירה משיגה תוצאות דומות לאלה שתושגנה במצב של כפייה רגילה (בעניין זה הפנתה היא לה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 158 (פורסם במאגרים; 4.11.1999) (להלן – עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין החלקי או עניין ידיעות החלקי)). כלומר כורח.
294. נטען שבענייננו, כאמור, על פי סטנדרט ההנחות, היקף רכישת מוצרי נביעות אינו מהווה תנאי הכרחי לגידול בשיעור ההנחה על מוצרי קוקה קולה, כך שאין כל "קשירה". כן נטען כי נדרש לבחון האם לא מדובר בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנשוא ההתקשרות, שאזי מותרים הם (בעניין זה הפנתה היא לה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם במאגרים; 7.6.2000) (להלן – עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין המשלים או עניין ידיעות המשלים). לשיטת העוררת, בחינת המאפיינים הכלכליים של הנחות כמות כבסטנדרט ההנחות תביא למסקנה כי לא הפרה את האיסור בדבר "קשירה". לפי העוררת, פרשנות המונח לפי דיני התחרות מתחייבת בנסיבות העניין, משנעשה שימוש במונח בעל משמעות מקצועית ידועה בדיני התחרות (ניתן היה להשתמש במילה "זיקה" למשל, ולא "קשירה", אילו הכוונה לא הייתה למונח המוכר בדיני התחרות).
295. עוד טוענת העוררת שמדיניות פרשנית ראויה תומכת בעמדתה, שכן איסור על מתן הנחות באופן גורף, בלי לבחון כלל מהו שיעור המקרים בהם פרקטיקה זו מביאה לתוצאה הנטענת, עלולה לזהות קשר מקרי בין שיעור ההנחה על מוצרי קוקה קולה לבין היקף הרכישה של מוצרי נביעות כפרקטיקה פסולה, והיא חותרת תחת מטרת דיני התחרות לעודד הורדת מחירים.
296. בקביעה דחתה הממונה את טענת העוררת שהמונח "קשירה" בסעיף 1.2 מצומצם למונח זה שבדיני התחרות. לפי הממונה, גם פרשנות תכליתית מביאה למסקנה שסטנדרט הנחות היוצר קישור כלשהו בין שיעור ההנחות על קוקה קולה לבין היקף הרכישות של נביעות – מהווה הפרה של תנאי המיזוג, בלי קשר לשאלה האם לאור המשתנים הכלכליים השונים בנקודת זמן כזו או אחרת, יוצר הוא בפועל עלילות לפגיעה בתחרות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

297. עמדת הממונה מקובלת עליי. אכן, חוק התחרות כולל בין היתר איסורים שמטרתם הגנה על התחרות, בלא שנדרשת הוכחת יסוד של עלילות לפגיעה בה (למשל סעיף 2 (ב) לחוק). בדומה, גם תנאים שמוטלים בגין מיזוג עשויים להיעשות לצורך מניעת פגיעה בתחרות במקרים מסוימים, בדרך של הטלת איסור מוחלט על התנהגות מסוימת, ללא צורך בהוכחת העלילות לפגיעה בתחרות. איסור מוחלט כאמור מייעל את האכיפה ובמקרה המתאים מגשים בכך את התכלית הרחבה של מניעת פגיעה בתחרות.
298. כפי שהסבירה הממונה, תנאי מיזוג נביעות נקבעו בזמנו מתוך נקודת מוצא בדבר מעמדה הייחודי של העוררת בשוק הקולה. נקודת מוצא זו לא השתנתה במשך השנים. כמו כן, בשל חשש מפגיעה חמורה בתחרות שעלולה להיגרם מיצירת זיקה כלשהי בין שיעור ההנחה על קולה לבין היקף הרכישות של נביעות, זאת ללא קשר למשתנים כלכליים שונים.
299. אין בבדיקות שערכה הממונה כדי לבדוק אם יש פוטנציאל לפגיעה משמעותית בתחרות, כדי לשנות מכך שתכלית תנאי מיזוג נביעות מביאה למסקנה שיש לפרשם ככאלה המופרים, גם אם לא נעשית בדיקה ולא נעשו בדיקה וניתוח המוכיחים פגיעה בתחרות בפועל, בדיקה שאין חולק שיכולה להיות לה משמעות לצורך קציבת שיעור העיצום.
300. הממונה הבהירה כי עמדתה איננה גורסת איסור גורף על הנחות כמות אצל העוררת, אלא איסור על הנחת כמות מצרפית שלפיה שיעור ההנחה על מוצרי קולה עשוי לגדול לפי כמות מוצרי נביעות שהלקוח רוכש. בהוראות המיזוג לא נאסרו הנחות באופן גורף, אלא נקבעה מגבלה לגבי דרך מסוימת של מתן הנחות (בנוסף, דרכים אחרות נאסרו בהוראות לבעל מונופולין, למשל סעיפים 2 ו-6, אך לא נקבע איסור גורף על הנחות).
301. יצוין כי גם על פי דעת מלומדים, בתנאים מסוימים, מתן הנחות לפי סל רכישות של מוצרים שונים אכן אינו מיטיב עם לקוחות (Assaf Eilat, David Gilo, and Guy Sagi, "Loyalty Discounts, Exclusive Dealing and Bundling: Rule of Reason, Quasi-per-se, Price-cost Test, or Something in Between?", (v4(2) Journal Of Antitrust Enforcement 1,8 (2016)).
302. אף אם האלטרנטיבה למתן הנחות בדרך אחרת, שאיננה מוגבלת לפי התנאים החלים על העוררת, היא אפשרות תיאורטית בשלב בו מונהג משטר הנחות אחר, אין בכך כדי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לשנות את המסקנה כי סטנדרט ההנחות אכן מפר את תנאי מיזוג נביעות, לפי פרשנות
2 לשונית ותכליתית.
- 3 משמעות המחלוקת בין העוררת לממונה בפרשנות האיסור שבתנאי מיזוג נביעות
4 303. טוענת העוררת כי הממונה לא עמדה בנטל המונח על כתפיה להוכיח שפרשנותה את
5 תנאי מיזוג נביעות היא הפרשנות הנכונה. כמפורט לעיל, סבורה אני כי שגתה העוררת
6 בטענתה זו ומאמצת אני את פרשנות הממונה לתנאי מיזוג נביעות. אולם ממשיכה
7 העוררת וטוענת כי גם אם אין לאמץ את פרשנותה, הרי שיש לפרשנותה נפקות לענייננו,
8 משום שקיומה של פרשנות לגיטימית מלמד שאין להטיל עיצום כספי, ויש להסתפק
9 בהתראה. לטענת העוררת, נפל פגם בכך שהממונה לא שקלה נתון זה המהווה, לטענת
10 העוררת, שיקול רלוונטי.
- 11 304. לפי העוררת, היה על הממונה לבחון האם מדובר במחלוקת סבירה על פרשנות הדין,
12 שכן "מחלוקת כנה בציבור" מהווה שיקול להתראה, חלף הטלת עיצום כספי. לעניין
13 זה הפנתה העוררת בין השאר לנוהל הרשות להגנת הצרכן להמצאת התראה מנהלית
14 חלף עיצום כספי לפי סעיף 22 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; למסמך מנחה של
15 משרד המשפטים (עיגון אכיפה חלופית בחקיקה – עקרונות מנחים משרד המשפטים
16 (ספטמבר 2018) (עמ' 16) לפיו שיש לנקוט הליך התראה ולא עיצום כספי כשבשל נוסח
17 ההוראה המצב המשפטי עלול להיות לא ברור דיו; ולעניין עת"מ (מרכז) -10223-09-
18 17 פזגז בע"מ נ' מנהל ענייני בטיחות הגז במשרד האנרגיה (פורסם במאגרים; 27.2.2019)
19 שם יושם העיקרון לגבי עיצום כספי לפי חוק המקרקעין (החלפת ספק גז המספק גז
20 באמצעות מערכת גז מרכזית), התשנ"א-1991.
- 21 305. דין טענות העוררת לעניין זה להידחות.
- 22 306. כאמור, פרשנות העוררת לתנאי מיזוג נביעות נדחתה בידי. לטעמי, אין היא מתיישבת
23 עם לשון התנאים, ומייתרת חלק מן האמור בהם, כך שלא נראה כי העיקרון של
24 "מחלוקת כנה בציבור" רלבנטי לענייננו. יתר על כן, לא השתכנעתי כי העיקרון של
25 "מחלוקת כנה בציבור" מצדיק כשלעצמו הימנעות מהטלת עיצום כספי לפי חוק
26 התחרות. לעומת חוק הגנת הצרכן והחלק אליו הפנתה במסמך של משרד המשפטים –
27 בחוק התחרות לא מעוגן מנגנון של התראה מינהלית חלף עיצום כספי, והעיקרון של
28 "מחלוקת כנה" לא הוכר עד כה כשיקול להקלת בסכום העיצום הכספי שיוטל, ובוודאי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

לא כשיקול חובה המונע הטלת עיצום. בעניין פזגז לעיל, נמצא שלא הייתה הפרה, והדברים בדבר "מחלוקת כנה" נאמרו למעלה מן הצורך (כשהערעור על פסק הדין התקבל בחלקו בהסכמת הצדדים). כן יובהר כי המסמך של משרד המשפטים אליו מפנה העוררת, הוא מדריך ליועצים משפטיים במשרדי ממשלה בבואם לנסח תזכירי חוק לצורך קביעת סמכות לנקוט הליכי אכיפה חלופיים. ספק אם מסמך זה רלוונטי לשלב הטלת העיצום הכספי בהתאם לחוק שנחקק, שאיננו מונה "מחלוקת כנה" כסיטואציה המונעת הטלת עיצום כספי. מה גם שנוכח הניסוח הברור של תנאי המיזוג, מסופקת אני אם עוצמתה של הפרשנות המוצעת בידי העוררת עולה כדי "מחלוקת כנה" המצדיקה הגנה לעיצום כספי, גם במקום בו הדבר עשוי להקים הגנה.

אשר לטענה כי בחזרת הממונה מהטענה כי קיימות הסכמות קישור לגבי שאר המוצרים – כשל לוגי

307. לטענת העוררת, לאחר מכתב השימוע הראשון, נותרה כלפי העוררת בפרק זה רק הטענה בדבר תנאי מיזוג נביעות. הטענה כי קיימות הסכמות קישור לגבי שאר המוצרים נזנחה בידי הממונה. זאת, אף שסטנדרט ההנחות קושר (לכאורה, לטענת העוררת) בין היקף הצריכה של מוצרים שונים – ולא רק מוצרי נביעות – לבין שיעור ההנחה על מוצרי קוקה קולה. העוררת טענה כי מדובר בכשל לוגי, ולכן פרשנות הממונה שגויה.

308. אינני מקבלת את הטענה. אינני רואה מניעה להבחין בין כלל המוצרים לבין מוצרי נביעות. זאת כפי שעשתה הממונה בתנאי המיזוג, בהם נקבעו לגבי מוצרים אלו תנאים מיוחדים לאור המיזוג ומאפייני השוק. טענות מסוג זה יכולה הייתה העוררת להעלות עובר למיזוג, ולא בדיעבד, שנים לאחר שהמיזוג הושלם, בכפוף לתנאים מחייבים שנקבעו.

309. יצוין כי הממונה הסבירה שהטענה כנגד החלת סטנדרט ההנחות לגבי יתר המוצרים, שנשקלה מכוח ההוראות לבעל מונופולין במכתב השימוע הראשון, לא אומצה בסופו של דבר לאור היסוד ההסכמי – "הסכמות בלעדיות וקישור" – שבסעיף 2 להוראות לבעל מונופולין, אשר נמצא שאיננו מתקיים בעניין סטנדרט ההנחות, כך שאין מדובר בכשל לוגי, אלא בעניינים שביניהם שוני מהותי רלבנטי.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

אשר לטענה שהיה על הממונה לבחון את תנאי מיזוג נביעות לאור חלופ הזמן
310. טוענת העוררת כי הממונה אינה מוסמכת להטיל עיצום כספי על בסיס תנאי מיזוג
נביעות שנקבעו בשנת 2004, בלי שבחנה מחדש את התאמתם בחלופ הזמן לחוקים
המסמיכים מכוחם הותקנו ולהלכות שנפסקו, ובלא שבחנה את יישומם של התנאים
בשים לב לתנאי השוק. לחלופין נטען שמדובר בהפעלת שיקול דעת באופן בלתי סביר.
נטען שהחובה על הרשות לבחון את תנאי המיזוג בחלופ הזמן, נובעת מסמכותה להשית
אותם בהתאם לחוק; מחובתה לבחון מחדש החלטות מינהליות; ומכך מדובר בתנאי
התנהגותי שיש לבחון מעת לעת (ולא תנאי מבני שמרגע שקוים לא ניתן להחזירו
לאחור). נטען כי בפועל, הרשות אכן נוהגת לעיתים לתקן תנאי מיזוג התנהגותיים,
בחלופ הזמן. לשיטת העוררת, על הרשות היה לבחון האם בחלופ השנים ראוי לאסור
על סטנדרט ההנחות, שאינו פוגע בתחרות או מקים חשש לכך, אשר עוסק בהנחות –
פעולה המיטיבה עם הציבור שיש לאסור במקרים חריגים.
311. טענת העוררת בדבר חובת הממונה ליזום בדיקת בדבר תנאי מיזוג נביעות נדחתה
בקביעה. לפי האמור שם, לאור יציבות כוחה של העוררת בשוק הקולה לאורך השנים,
לא היה מקום ליזום בדיקה כזאת. העוררת עצמה לא פנתה בבקשה לבדוק מחדש את
התנאים. בכל מקרה, כל עוד לא בוטלו התנאים הודגש כי חובה על העוררת לקיימם.
312. עמדת הממונה מקובלת עליי, ודין טענות העוררת בעניין זה להידחות. משנקבעו תנאי
מיזוג, וכל עוד הם לא בוטלו, עומדים התנאים בעינם, ושומה על מי שביצע מיזוג
הכפוף לתנאים, לקיימם ככתבם וכלשונם. הפרת התנאים איננה מקימה זכות לביקורת
מחודשת, שכלל לא התבקשה, ולביטולם בדיעבד.
313. לא הוצגה תשתית משכנעת לקביעה כי הממונה חייבת לבחון תנאי מיזוג שהטילה
בשל חלופ הזמן כשלעצמו, ובוודאי לא לכך שאם הממונה לא תעשה כן, יהא התנאי
בטל. בהקשר זה יצוין כי מדובר בטענה לחלופ הזמן, ולמעשה פרט לעצם הזמן שחלף,
העוררת לא פירטה כל שינוי נסיבות שעשוי היה להצדיק ביטול תנאי המיזוג. יתר על
כן, משהעוררת עצמה לא פנתה בבקשה לבחון מחדש את תנאי המיזוג, נראה כי לא
סברה כי מתקיים נימוק המצדיק ביטול התנאי, ובהתאם הוא עומד בעינו.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 העיצום הכספי
- 2 314. כמתואר לעיל, בקביעה נקצב סכום העיצום הכספי בגין פרק זה על סך 1,163,888
- 3 שח. כפי שנראה להלן, מאמצת אני את הקביעה ודוחה את טענות העוררת בכל הנוגע
- 4 לעצם הטלת העיצום הכספי ולגובהו.
- 5 315. חוסר סבירות ההחלטה להטיל עיצום כספי העולה כדי חוסר סמכות – העוררת טוענת
- 6 שהטלת עיצום כספי אינה סבירה משסטנדרט ההנחות הוא פרקטיקה סבירה; משאין
- 7 טענה כי כשלעצמו יוצר הסטנדרט חשש לפגיעה בתחרות; משמדובר בהפרה טכנית על
- 8 בסיס פרשנות מילולית של הסעיף שצומצמה משמעותית ממכתב השימוע הראשון, גם
- 9 בטענות וגם בהיקף העיצום הכספי שהוטל.
- 10 316. לעיל נדחו טענות העוררת בדבר פרשנות האיסור שבתנאי מיזוג נביעות. נמצא כי
- 11 העוררת הפרה את התנאים שנועדו לאסור על פרקטיקה מסוימת ואין מדובר בהפרה
- 12 "טכנית". בנסיבות אלו, משנמצאה הפרה של התנאים, מוסמכת הממונה להטיל עיצום
- 13 כספי, אף אם לא הוכחה עלילות לפגיעה בתחרות.
- 14 317. אשר לשיעור עיצום הבסיס – טוענת העוררת שאין מקום לקבוע את עיצום הבסיס על
- 15 7% מהעיצום המרבי שהוא רף שרירותי. לשיטתה לא נלקח בחשבון כי סטנדרט
- 16 ההנחות לא פגע בתחרות, שאחרת עיצום הבסיס היה נקבע על 0, וזאת לאור גילוי דעת
- 17 1/16. כן נטען שלא נלקחו בחשבון שמדובר בפרקטיקה של מתן הנחות שהיא מבורכת
- 18 ואין כל עלילות לפגיעה בתחרות, משאין זיקה משמעותית בין ההתנהגות המדוברת
- 19 לפגיעה אפשרית בתחרות, ולאור עדויות שבפועל לא הייתה השפעה תחרותית על
- 20 תמריצי הלקוחות.
- 21 318. עיצום הבסיס הועמד בקביעה על 7% מהעיצום המרבי בהתאם לנסיבות הנוגעות
- 22 להפרה עצמה. מדובר בשיעור קרוב לרף התחתון של טווח החומרה שנקבע בגילוי דעת
- 23 1/16 – 5%-90%. לפי הקביעה, השיקולים שנסקלו בהקשר זה הם שמדובר במסמך
- 24 עבודה פנימי, ששימש בסיס למדיניות התמחור של העוררת לאורך תקופה ממושכת,
- 25 בניגוד לתנאי המיזוג. מנגד נשקלה העובדה שאין בפי הרשות טענה שסטנדרט ההנחות
- 26 יצר כשלעצמו חשש לפגיעה בתחרות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

319. אכן, השיקול המרכזי בהערכת חומרת ההפרה לפי גילוי הדעת הוא מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור. אולם סבורה אני שבהעמדת עיצום הבסיס בשיעור קרוב לרף התחתון יש כדי לגלם באופן סביר את העובדה שאכן אין בפי הרשות טענה לעלילות לפגיעה בתחרות בפועל, אך לצד זאת מדובר במדיניות מפרה נרחבת.
320. במסגרת ההליך שלפני טענה הממונה בהקשר זה כי למעלה מן הצורך, גם ניתן להצביע על לקוחות שהיקף רכישותיהם של מוצרי נביעות הספיקו להעלותם מדרגה בסטנדרט ההנחות. לפי בדיקת כלכלני הרשות, בשנים 2015-2018 32%-38% מלקוחות המזון המהיר בעלי היקף רכישה מעל 70,000 ₪ רכשו מוצרי נביעות בהיקף שנתי שהעלה אותם דרגה אחת לפחות. לפי הממונה ממילא, כשגובה המדרגה המדויק לא ידוע ללקוחות רק מעצם ידיעתם הכללית על קיומו של סטנדרט ההנחות מעובדי העוררת, הלקוחות מתומרצים לרכוש מוצרי נביעות במקום מוצר תחליפי מהמתחרה – מתוך תקווה לעלות למדרגה גבוהה יותר וליהנות מהנחה על מלוא סל מוצרים שרכשו מהעוררת.
321. כאמור לעיל, בהשלמת הטענות לערר, טענה העוררת להרחבת חזית בעניין בדיקת כלכלני הרשות. נטען שבניגוד לקביעה, משמשת הבדיקה כנימוק לקביעה השרירותית של שיעור העיצום בגובה 7%. משסבורה אני שדי בנימוקים שתוארו לעיל כדי להעמיד את עיצום הבסיס על השיעור שנקבע, אין צורך להכריע בעניין טענה זו של העוררת. מכל מקום לא ניתן משקל לדברים, אלא כמענה לטענת העוררת.
322. אשר לנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה – בקביעה החמירה הממונה את גובה העיצום ב-10% נוכח הפרה של הוראות פרטניות. לפי הקביעה, בשלב שקילת הנסיבות הנוגעות להפרה נשקל שלא נקטה העוררת בפעולות ממוקדות כנגד ההפרה, לא הביאה לידיעת הממונה את ההפרה ולא חדלה עד היום מההפרה.
323. טוענת העוררת כי לא היה מקום להחמיר עמה, בפרט משתנאי מיזוג נביעות לא נוסחו באופן ברור, וכי הדבר פסול במיוחד מקום שעסקינן בטענה בדבר הפרת הוראה פרטנית בלבד (ולא הפרת חוק), כך שמתקבל הרושם כי הוראות הממונה חשובות מאלה שיצר המחוקק. עוד חזרה העוררת על טענתה שיש להקל עמה בשיעור המקסימלי, לאור מנגנון מובנה ומוסדר להדרכת עובדיה והכשרתם בכללים הנדרשים לשמירה על דיני התחרות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 324. דין טענות העוררת בעניין זה להידחות. הממונה הסבירה כי תנאי מיזוג נביעות נקבעו
2 מקום שראתה הממונה אפשרות לפגיעה בתחרות בנסיבות העניין, לרבות מעמד
3 העוררת ומאפייני השוק. הרציונל להחמרה במקרה של הפרת הוראה פרטנית, אם כן –
4 חל גם כאן – שעה שההוראה נתפרה למידות המפר ומתייחסת לפעולתו באופן ספציפי.
5 העובדה שלא הופרה כאן הוראת חוק כללית - מלבד האיסור להפר תנאי מיזוג - אינה
6 מורידה מהחומרה שבכך שהעוררת מפרה הוראה שנקבע מכוח סמכות חוקית ונתפרה
7 למידותיה של העוררת. מה גם, שכפי שציננה הממונה, הפרת תנאי מיזוג היא גם עבירה
8 פלילית לפי סעיף 47(א)(4) לחוק. לעניין הטענות בדבר הנוסח, כפי שהרחבתי לעיל
9 אני סבורה כי נוסח התנאים היה ברור ולא ניתן לגזור ממנו פרשנות שונה המקבלת את
10 עמדת המערערת לגבי הסעיף.
- 11 325. אשר לטענה בדבר מנגנון ההדרכות של העוררת – לא ברור כיצד יכול היה לסייע
12 מנגנון זה במניעת ההפרה. סטנדרט ההנחות נקבע על ידי העוררת, ועובדיה פעלו על
13 פי המדיניות שהותוותה בו, כך שמנגנון ההדרכות איננו ממין העניין. לפיכך אין לקבל
14 טענה להקלה בהקשר זה.
- 15 326. נוכח המקובץ, מאמצת אני את הקביעה בעניין עצם הטלת העיצום הכספי ושיעורו
16 (למעט לעניין ההפחתה בגין מחזור כספי גדול במיוחד).
- 17 טיכום פרק זה
- 18 327. בפרק זה מצאתי כי סטנדרט ההנחות מפר את תנאי מיזוג נביעות, והטלת עיצום כספי
19 מוצדקת בנסיבות העניין והערר נדחה בעניין פרק זה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

פרק מכשירי נסטי

קביעה

328. במהלך 2012 פורקה שותפות לייצור תה קר בין קוקה קולה העולמית וקבוצת נסטלה העולמית. נקבע שקוקה קולה העולמית תמשיך להחזיק בזכויות לנוסחת הטעם של מוצרי תה קר תחת המותג "נסטי", ואילו קבוצת נסטלה העולמית תמשיך להחזיק במותג נסטי עצמו. בהתאם, באוגוסט 2012 עברה העוררת לשווק את קו משקאות התה הקר שלה תחת מותג חדש – "פיוז טי". באוקטובר 2012 החלה אסם, חברה בת של נסטלה העולמית, לשווק בישראל מוצרי תה קר תחת המותג נסטי. לפי הקביעה, גם לאחר השינוי המתואר, נותר על פי רוב נתח השוק של העוררת במוצרי התה הקר בשיעור של 50%-60% ובהמשך אף עלה.

329. עניינו של פרק זה במכשירים ששיווקה אסם למזיגת משקה נסטי על בסיס אבקה באמצעות קולחנים (להלן – מכשירי נסטי). ב-2011, עוד לפני פירוק השותפות המתואר, החלה אסם לספק מכשירי נסטי לנקודות מכירה שונות. לעוררת לא היה מכשיר ייעודי דומה למזיגת תה קר. עבור נקודות המכירה, העלות של כוס נסטי מזוג ממכשיר הנסטי הייתה נמוכה בהרבה מהעלות של בקבוק תה קר. בנוסף, ככלל, נקודות מכירה שבהן הותקנו מכשירים למזיגת נסטי, המשיכו להציע ללקוחות גם בקבוקים של תה קר ממותגי פיוז טי, נסטי ואחרים.

330. לפי הקביעה, העוררת זיהתה את האיום התחרותי במכשירי נסטי והעריכה שיש להם חשיבות במסגרת מאמצי אסם לחדור לשוק, נתון העולה ממצגת העוררת על הערכות לכניסתה של אסם לשוק התה הקר. במצגת נכללת הערכה כי "נסטלה תיכנס לשוק המשקאות בצורה מדורגת תוך בחינת הצלחה לפני החלטה על השקעות בתשתיות ייצור...", כשאחת הדרכים החלופיות לכך היא "כניסה מוגבלת לשוק דרך פעילות במכשירי המזיגה..." ולצד זאת "במקביל המשך הרחבת כמות מכשירי המזיגה של נסטי תוך שימוש ביתרון המחיר הזול וניסיון לייצר לגיטימציה" (נספח 148 לערר).

331. על רקע האמור נקבע כי העוררת שמה לה יעד ופעלה להוצאת מכשירי הנסטי מנקודות המכירה, שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין. בערוץ המקצועי (הכולל למשל בתי קפה, מסעדות, בתי מלון) נוהלה טבלת מעקב אחר הימצאות מכשירי נסטי שאותו בנקודות מכירה ואחר הצלחת מאמצי העוררת להביא להוצאת המכשירים



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 (האם המכשיר פורק, האם קיים תאריך להוצאת המכשיר). עובדים הונחו לעדכן את
- 2 הטבלה פעם בשבוע. גם בערוץ הקר נזהלה טבלת מעקב דומה. לפי הממונה, המעקב
- 3 אחר הימצאות המכשירים החל לכל המאוחר בחודש יוני 2012 (בהתאם לעולה
- 4 מנספח 141 לתשובת הממונה לערר).
- 5 332. הפסול בטבלאות המעקב, היה בכך שתוכנן מבטא תכנית של העוררת לגרום להוצאת
- 6 המכשירים מנקודות המכירה, שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין. לפי הקביעה,
- 7 אינטנסיביות העיסוק בטבלאות ותוכנן מלמד על היקף התכנית ומטרת העוררת
- 8 שצרכן המעוניין בכך, יתקשה למצוא כוס נסטי מזוג עקב הוצאת מכשירי הנסטי
- 9 מנקודות המכירה.
- 10 333. בקביעה הוצג עניינו של הלקוח ____ אשר קיבל מהעוררת הטבות תמורת הוצאת
- 11 מכשיר נסטי מנקודת המכירה – פיצוי על תיבות בקבוקי הנסטי שהוציא, הקדמת
- 12 הנחות, והנחות גדולות יותר על מוצרים שונים. נמצא כי בכך שהעניקה הנחות
- 13 והטבות שונות בגין הוצאת מכשירי נסטי מנקודות מכירה, הפרה העוררת את סעיף
- 14 3 להוראות לבעל מונופולין, האוסר להעניק הנחות או יתרונות אחרים לעסקים בגין
- 15 היעדרם של קולחנים שאינם קשורים לעוררת בתחומי העסק.
- 16 334. בקביעה תוארו צעדים שנקטה העוררת ביחס למספר לקוחות, כדי לגרום להם להוציא
- 17 את מכשירי הנסטי: כאמור ____ (הוענקו הנחות והטבות); ____ (דובר על הקטנת
- 18 ערבות); ____ (הובטחו פינות זולה ממותגות); ____ (הובטחה אספקת פינות
- 19 ישיבה ממותגות). לגבי 4 מקרים אלו נמצא כי הפרה העוררת את סעיף 1 לצו המוסכם
- 20 האוסר על העוררת לנקוט בצעדים כנגד לקוח שהביע עניין ברכישת מוצר שאינו
- 21 משווק או מיוצר על ידה, צעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור.
- 22 335. עוד נמצא בקביעה כי מדיניות העוררת ופועלה בעניין הוצאת מכשירי הנסטי
- 23 מנקודות המכירה, נועדו להפחית את התחרות ולפגוע בציבור ונעשו מעמדת כוח
- 24 בזכות מעמדה כבעלת מונופולין בשוק הקולה. נקבע כי הדברים עולים כדי ניצול
- 25 לרעה של מעמדה המונופוליסטי של העוררת בשוק הקוקה קולה בניגוד לסעיף 29א
- 26 לחוק. נקבע כי מעשי העוררת המפורטים בפרק הם מסוג המעשים המפורטים
- 27 בסעיפים 1, 2 ו-3 להודעת הממונה ברשומות. לעניין העלילות לפגיעה בתחרות נגרס
- 28 כי זו מתעצמת לאור העובדה שמכשירי הנסטי אפשרו מכירת משקה תה קר לציבור



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הצרכנים הרלוונטי במחיר נמוך באופן ניכר מהמחיר של בקבוק תה קר ולאור כך
2 שמדובר בפעילות לשם גדיעת איום תחרותי חדש באיכו.
- 3 336. בגין אלו הוטל על העוררת עיצום כספי בסך 7,240,993 ₪ לפי התחשיב הבא:
4 העיצום המרבי הועמד על 24,563,540 ₪ בהתאם למחזור המכירות של העוררת
5 בתקופה הרלוונטית; עיצום הבסיס נקבע על 40% מגובה העיצום המרבי בשל הערכת
6 חומרת ההפרות בפרק זה; בשלב שקילת הנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס
7 להפרה, הוחמר סכום העיצום בשיעור של 20% בגין הפרת הוראות פרטניות; ובשלב
8 שקילת הנסיבות החיצוניות להפרה, הוחמר סכום העיצום בשיעור של 36% בגין
9 מחזור מכירות גבוה במיוחד, והופחת ב-50% בגין ראשית האכיפה באמצעות עיצום
10 כספי, וכן ב-10% בשל התמשכות ההליכים.
- 11 טענות העוררת
- 12 337. בנוגע למכשירי הנסטי, העלתה העוררת מספר טענות: כי כלל לא החזיקה במדיניות
13 להוצאת מכשירי נסטי; כי למכשירי הנסטי אין כל חשיבות לתחרות ואין כל משמעות
14 למחירו הנמוך של הנסטי המזוג; כי במיוחד לא אין כל עלילות לפגיעה בתחרות; כי
15 היא לא הפרה את סעיף 3 להוראות לבעל מונופולין, את סעיף 1 לצו המוסכם או את
16 סעיף 29 לחוק; וכי אין להטיל עליה כל עיצום כספי בגין המיוחד לה בפרק זה,
17 ובפרט לא בשיעור שנקבע.
- 18 338. כפי שאפרט להלן, לא מצאתי כי יש לקבל את טענות העוררת בפרק זה.
- 19 האם החזיקה העוררת במדיניות להוצאת מכשירי נסטי?
- 20 339. ביסוד הקביעה מסקנתה של הממונה כי העוררת אחזה במדיניות של הוצאת מכשירי
21 נסטי מנקודות המכירה השונות של לקוחותיה ופעלה להשגת מטרתה. דומה שכאן
22 נמצאת לב המחלוקת בכל הנוגע לפרק זה, שכן אם אכן פעלה העוררת למימוש
23 מדיניות להוצאת קולחני נסטי מנקודות מכירה, הרי שהפסול שבכך מתבקש מאליו.
24 הדברים אמורים במשנה תוקף בשים לאמור במפורש בסעיף 3 להוראות לבעל
25 מונופולין על פיו "... החברה לא תעניק הנחות, או יתרונות אחרים, לבית עסק
26 מסוים בגין היעדרם של קולחנים, שאינם קשורים לחברה בתחומי בית העסק".
27 כלומר, פרקטיקה של הוצאה פרטנית של קולחני מתחרים מבתי עסק נאסרה על



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 העוררת זה מכבר. קל וחומר, מדיניות להוצאת קולחנים גורפת וממוקדת למותג
- 2 ספציפי.
- 3 340. מעיון בחומר שלפני עולה כי מדיניות העוררת להוצאת המכשירים מבתי העסק
- 4 ופועלה בעניין זה אכן נלמדים מהמקרים שפורטו בקביעה, ממסמכים שונים,
- 5 מתכתובות בזמן אמת, מטבלאות המעקב על השגת המטרה (הוצאת המכשירים)
- 6 ומהאופן והתדירות בהן עודכנו, כמו גם מעדויות חלק מעובדי העוררת. מקובלת
- 7 עליי קביעת הממונה כי המסמכים מלמדים כי לכל המאוחר מחודש יוני 2012 הנהיגה
- 8 העוררת מעקב באמצעות טבלאות מעקב אחר הימצאות מכשירי נסטי בנקודות
- 9 המכירה ואחרי התקדמות מאמצי העוררת להוצאתם, לרבות דיווח על תאריך עתידי
- 10 להוצאת המכשיר, ככל שקיים. מנהל הערוץ המקצועי, מר יואב בר, הורה לעובדים
- 11 לעדכן את הטבלה פעם בשבוע. כך עלה גם בחקירתו וכן עלה משכלול העמודות
- 12 בטבלה אשר היו דואגים לעדכן אותה באופן תדיר (עמ' 11-12 לפרוטוקול הדיון).
- 13 341. לעומת דברים שאמר בנושא זה בדיעבד, בחקירה, מנהל הערוץ הקר, מר __, בזמן
- 14 אמת כתב הוא בהודעת דוא"ל, כשדווח לו על הימצאות מכשיר נסטי אצל לקוח, "לא
- 15 תקין שמקדם לא עדכן באם ידע על המכונה. יש לדאוג להוציא את המכונה" (נספח
- 16 142 לתשובת הממונה לערר), וכן בהודעת דוא"ל אחרת – "נא בדקו בבקשה כל
- 17 אחד בגזרתו האם המכשיר פעיל/לא פעיל מעבר לזה שהוא נמצא שם" (נספח 139
- 18 לתשובת הממונה לערר).
- 19 342. הממונה צירפה לכתבי הטענות תכתובות פנימיות בעוררת שמלמדות על חשיבות
- 20 המעקב והמאמצים שנעשו להוצאת המכשירים (נספחים 139-142 לתשובת הממונה
- 21 לערר). כן ניתן ללמוד, למשל, על בכירות העובדים שהיו מעורבים בהוצאת
- 22 המכשירים – בהודעת דוא"ל מיום 2.1.2013 למר יואב בר "סגרנו עם __ [נקודת
- 23 מכירה שניר לוינגר ראה בה מכשיר] שהוא מוציא את המכשיר". מנהל מכירות בערוץ
- 24 הקר, ולאחר מכן מנהל סחר בערוץ המקצועי, מר __, אמר בהודעתו מיום 21.7.2015
- 25 (נספח 97 לתשובת הממונה לערר) כי: "הקובץ עצמו בנוי בשביל להוציא מכשירים.
- 26 וכמובן שדיברנו ארוכות [בחקירה] על כל ההנחיות שקיבלתי להוצאת נסטי מנקודות
- 27 המכירה". ובהודעתו מיום 14.7.2015 (נספח ח-53 לערר): "הייתה כאן חשיבות
- 28 עצומה ולכן אמרו נעדכן ברמה שבועית כדי שתהיה בקרה צמודה". כן ציין שבכל



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 פורום שהיה משתתף בו – ישיבות ערוץ וישיבות מטה בערוץ המקצועי – התבקש
2 להוציא מכונות של נסטי מנקודות המכירה. לצד אלו תוארו בקביעה מקרים
3 ספציפיים כאמור בהם אכן פעלה העוררת להוצאת מכשירי הנסטי.
- 4 343. אינני מקבלת את הכחשותיה של העוררת בנוגע לקיומה של מדיניות זו. נוסחי
5 הטבלה, חילופי הדברים בקשר אליה, עדויות העובדים וכמות המקרים המתוארים
6 בקביעה אינם עולים בקנה אחד עם טענה בדבר היעדרה של מדיניות כנטען. העוררת
7 מבקשת להוציא דברים מידי פשוטם בשלל טיעונים. אלא שאין די בטיעונים אלו כדי
8 לשלול את העולה בבירור מן הכתובים ומן המכלול, כפי שמצאה הממונה.
- 9 344. טוענת העוררת שבעמדתה תומכת עדותם של עובדיה לפני הרשות, לפיה לא הייתה
10 כל מדיניות כנטען בקביעה ולא הייתה הנחיה להוציא את מכשירי הנסטי מנקודות
11 המכירה.
- 12 345. אלא שעדויות העובדים אינן עולות בקנה אחד עם הראיות המלמדות על פועלם בזמן
13 אמת – הלכה למעשה, עובדי העוררת פעלו לעדכן את טבלאות המעקב, קיבלו
14 דיווחים על הוצאת מכשירי נסטי, או פעלו להוצאת מכשירים. כך למשל, עובד
15 המכירות __ טען שלא זכר הנחיה ספציפית לפעול להוצאת מכשירי נסטי מנקודות
16 מכירה, אולם מדיווח מזמן אמת עולה שהוא עצמו מנע כניסת מכשיר נסטי לנקודת
17 מכירה (נספח 146 לתשובת הממונה לערר, עמ' 8).
- 18 346. בהקשר זה יוער בסוגריים כי בעניין המסמכים אליהם הפנתה הממונה בפרק זה
19 לסתירת עדויות עובדי העוררת לטובתה, טענה העוררת טענות להרחבת חזית אסורה.
20 סבורה אני כי די בראיות שהוצגו אשר לגביהן לא הועלתה הטענה כדי לבסס את
21 מסקנת הממונה בעניין. מכל מקום, הפניה למסמכים על מנת לתמוך בנטען בקביעה,
22 תוך סתירת טענות עובדתיות שהעלתה העוררת בערר, איננה מהווה הרחבת חזית
23 אסורה כלל ועיקר.
- 24 347. הלכה למעשה, מטבלאות המעקב עולה כי עובדי העוררת הבינו שכשהמכשיר יצא,
25 די לדווח על עצם הוצאת המכשיר ואין צורך לציין אם יש או אין גידול במכירות וגם
26 לא את סיבותיו של הלקוח (למעט זקיפת הוצאת המכשיר לזכות המדווח). מנגד,
27 כשהמכשיר לא יצא – הוצגה הסיבה לכך בטבלה. תוכנן של הטבלאות כאמור
28 מתיישב עם עמדת הממונה בכל הנוגע למדיניות שהתבטאה בטבלאות ולתכליתן –



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הוצאת מכשירי הנסטי לסיכול תחרות מצד אסם, ואין הוא מרמז כלל לתכלית הנטענת
2 בידי העוררת - הגברת מכירות.
- 3 348. טוענת העוררת כי בקביעה הוצגו רק 4 מקרים כבסיס לטענה בדבר מדיניות ופעולות
4 שנקטה לכאורה העוררת, זאת אף שבטבלאות המעקב 60 נקודות מכירה שהעוררת
5 הכירה ככאלה המחזיקות מכשירי נסטי. אין ראיות כיצד התבקשו יתר העסקים
6 להוציא את המכשירים, כך שארבעת המקרים אינם מייצגים את היתר. כמו כן, מש-
7 11 מהעסקים שהופיעו במכתב השימוע הראשון בהקשר זה, לא נזכרו במכתב
8 השימוע השני – יש להסיק כי לגביהן הודתה הממונה שאין כל טענה. לפי העוררת,
9 משהממונה מחזיקה במלוא הנתונים לאור חקירותיה הנרחבות (לרבות נתונים
10 מאסם), ומשהציגה את מלוא העובדות שביכולתה להציג, הרי שיש להסיק מכך
11 מסקנה פוזיטיבית, שאין מקרים נוספים של עסקים שהעוררת פעלה נגדם כפי שנטען
12 כלפיה בקביעה. לפיכך, לשיטת העוררת, מספר מקרים מועט כל כך לא יכול ללמד
13 על מדיניות ואף שולל טענה בדבר קיומה. עוד טוענת העוררת בהקשר זה כי מלבד
14 מקרה אחד ____ המתואר בקביעה), לא קרה שלקוח הוציא את מכשיר הנסטי –
15 בכלל, או בגלל פעולה שלא כדין של העוררת. הדבר מלמד לשיטת העוררת על היעדר
16 מדיניות כנטען כלפיה בקביעה.
- 17 349. אינני מקבלת את טענות העוררת כי מדובר בפעילות זניחה ואקראית בשל מספר
18 המקרים הספציפיים המוזכרים בקביעה. עניינו של חוק התחרות ושל ההוראות
19 מכוחו לא רק בפגיעה בפועל בתחרות, אלא בעיקר באיסור מראש על פעולות
20 שעלולות לפגוע בתחרות. בהתאם, גם אם לא זוהו מקרים רבים בהם הצליחו עובדי
21 העוררת להוציא את מכשיר הנסטי מנקודת המכירה, אין בכך ללמד על היעדר
22 מדיניות שמטרתה הייתה לעשות כן ועל הפסול שבמדיניות זו. כאמור, קיומה של
23 מדיניות כזו נתמך בראיות לא מעטות. למשל, בהודעת מר __, מנהל מכירות בערוץ
24 הקר (נספח ח-53 לערר, שו' 833-836) שם נאמר בהקשר של טבלאות המעקב:
25 "חייבים להראות תוצאות ושהמכשירים יוצאים". מר ____ [מנהל המכירות] גם פירט
26 כי בפורומים רבים התבקש להוציא מכונות של נסטי מנקודות מכירה, וכי בכל
27 ישיבה, מספר מנהלי ערוץ דיברו בנושא (שו' 866-889). עוד מזכירה הממונה כי
28 המעקב אחר מכשירי הנסטי כלל למעשה סריקת לקוחות רבים מאוד, מתוכם אותרו
29 60 המקרים שמתוארים בטבלאות המעקב ככאלה אצלם אותרו המכשירים. כלומר



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 עשרות עובדי מכירות התבקשו למסור את המידע לגבי חדירת מכשירי נסטי ללקוחות
2 והוצאתם מהם, תוך שהם נדרשו לבצע מעקב אחר שינויים, עם חובת דיווח על בסיס
3 שבועי. על רקע זה, הצגת העניין כמשני וזניח מבחינת העוררת, שאיננו מעיד על
4 מדיניות החברה, לא תצלח.
- 5 האם ראוי להגדיר את פעילותה של העוררת בקשר למכשירי הנסטי, כשיח לגיטימי וחלק
6 מתחרות לגופו של עניין, שאין תכליתה הוצאת מכשירי נסטי?
7 כאמור, לפי הקביעה, ההוראה לפעולה להוצאת מכשירי הנסטי מהעסקים הייתה
8 מדיניות ברורה ושיטתית של העוררת שנעשתה בהוראת מנהלי ערוצים ותחת
9 פיקוחם, תוך שימוש לרעה בכוח מונופוליסטי (זאת בזיקה לטענה להפרת הוראת
10 סעיף 29א לחוק).
- 11 350. לטענת העוררת, לא מדובר בשימוש לרעה בכוח מונופוליסטי. עובדיה לא דרשו
12 מלקוחות להוציא מכשירי נסטי, ובפרט לא עשו זאת מעמדה של כוח, מתוקף מעמד
13 החברה כבעלת מונופולין בקולה כפי שנמצא בקביעה. השיח שניהלו העובדים עם
14 לקוחות היה שיח מסחרי, לגיטימי. נטען כי מדובר בתחרות לגופו של עניין, דבר
15 העולה, כנטען, מפרק הזמן בו עקבה העוררת אחר פריסת מכשירי הנסטי באמצעות
16 טבלאות המעקב, וממידת אינטנסיביות העיסוק בטבלאות המעקב.
- 17 351. העוררת טענה כי במכתב השימוע הראשון נטען שהשתמשה באיום או בהטבות על
18 מנת להוציא מכשירי נסטי מעסקים. אולם אף שלא נערכו בדיקות נוספות, במכתב
19 השימוע השני ובהמשך בקביעה, נאמר שהעוררת דרשה מלקוחות לעשות כן.
20 לשיטתה, מר לאו לא ידע להבהיר מדוע הועלתה טענת ה"דרישה" באיחור (עמ' 50
21 לפרוטוקול הדיון, שו' 19-20) או להפנות למקרים ספציפיים בהם הועלתה דרישה
22 כנטען בקביעה (שם, בשו' 26-28).
- 23 352. ראשית, אשר לפער הניסוחי בין מכתבי השימוע בהקשר זה – כאמור, אינני סבורה
24 שיש לייחס לשינויי הנוסח את החשיבות שהעוררת מציעה לייחס להם. השאלה
25 העיקרית לפניי בשלב הנוכחי היא האם האופן שבו תוארו הדברים בקביעה, לאחר
26 השימועים, משכנע דיו ומעוגן היטב בחומר שלפניי, אם לאו. אם הייתי מוצאת
27 שהקביעה איננה מבוססת כדבעי, אזי היה מקום לבטלה, יהא ניסוחם של הדברים
28 במכתבי השימוע הקודמים אשר יהא; אם היא מבוססת כדבעי, ומשניתנה הזדמנות



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 להגיב לדברים במכתבי השימוע, אין מקום לבטלה, ושינויי הנוסח בין מכתבי
2 השימוע איננו משפיע על התוצאה.
- 3 353. לגוף הטענה: כאמור, טוענת העוררת, שלכל היותר קיימו עובדיה שיח מכירות
4 לגיטימי לשכנע את הלקוחות להעדיף את בקבוקי פיוז טי על פני כוס נסטי מזוג,
5 למשל משום שהפיוז טי בבקבוק איכותי וטעים יותר, כנטען, ופעמים גם רווחי יותר
6 לבעל העסק, כדי להגדיל את מכירותיו. לטענתה, עמדה לפיה מדובר בשיח שאינו
7 לגיטימי משמעה שלא ניתן לקיים שיח מסחרי ולהציע ללקוח יתרונות, שכן תמיד
8 ניתן לטעון שהלקוח חשש לסרב ויהיה בכך פגם. לשיטת העוררת, פעולותיה היו
9 חלק מההליך התחרותי ולפי כל דין.
- 10 354. ואולם, כפי שציין מר לאו בחקירתו וכפי שעולה מן החומר, הקביעה אמנם מתייחסת
11 פרטנית ל-4 מקרים בהם נעשו ניסיונות להוצאת מכוונות נסטי, אך לא מדובר ברשימה
12 סגורה של מקרים לגביהם פעלה העוררת, ואין להסיק מכך שלא נעשו ניסיונות
13 נוספים, כנטען. למעשה, יש לומר שהעוררת פעלה על מנת לגרום להוצאת כל מכוונות
14 הנסטי מנקודות המכירה, שהרי כלל המשווקים נדרשו לבדוק ולמסור מידע על כלל
15 הנקודות בהן הותקנו מכוונות נסטי ואף לפעול להוצאת המכשירים בפועל (עמ' 50
16 לפרוטוקול הדיון, שו' 1-9).
- 17 355. מקובלת עלי עמדת הממונה כי עיקר הפגם התחרותי הוא במדיניות העותרת
18 ובתכניתה, בקשר לכל מכשירי הנסטי בנקודות המכירה. פגם זה אינו נובע מהאופן
19 בו פעלו עובדי העוררת כדי להביא את הלקוחות להוצאת המכשירים. הטיעונים בהם
20 שוכנעו בעלי נקודות המכירה אינם מעלים או מורידים לעניין הלגיטימיות של
21 המהלך, משהעוררת הנהיגה מדיניות של פעילות לשם הוצאת מכשירי נסטי מנקודות
22 המכירה, לתכלית אנטי תחרותית של מניעת חלופה של נסטי מזוג מלקוחות. הדברים
23 אמורים במשנה חומרה משהדבר נעשה בתקופה לגביה קיימת הערכה פנימית של
24 העוררת כי מדובר בחלופה בעלת השלכה על מהלכה של נסטלה/אסם, להעמיד
25 חלופה תחרותית למשקה התה הקר של העוררת.
- 26 356. כאמור, מסמך פנימי של העוררת שהועבר לממונה מהעוררת לפי דרישת גילוי, כולל
27 שקופיות ממצגת ובה הערכות אודות התנהלותה הצפויה של אסם בעקבות
28 ההיפרדות. במצגת שלוש הערכות חלופיות, שבאחת מהן נזכרים מכשירי מזיגה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 כאמצעי בידי אסם לכניסה מדורגת לשוק תחילה ("כניסה מוגבלת דרך פעילות
2 במכשירי המזיגה"), ולאחריה ובהתאם להצלחת המהלך, החלטה האם להרחיב את
3 הפעילות (החלופות המתוארות בשתי השקופיות האחרות מוערכות כ"סבירות נמוכה
4 לתקופת ההשקה" וגם באחת מהן נזכרת הערכה על המשך "המאמצים להגדיל את
5 נפח מכשירי המזיגה" (נספח 148 לערר)).
- 6 357. אמנם העוררת מנסה להתכחש למסמך זה, ולהציגו ככזה שאין ראיה לכך שאיש עיין
7 בו ופעל על פיו. אלא שמדובר במסמך שהעוררת עצמה מסרה לרשות, במענה
8 לדרישת נתונים. העוררת איננה טוענת שמדובר במסמך שהוכן ונגנז או נדחה.
9 למעשה, העוררת איננה טוענת כל טענה פוזיטיבית באשר לתכליתו ומהותו של מסמך
10 זה, אלא טוענת שבחלוף השנים אין היא יכולה להצהיר מה נעשה בו, ואין איש שזוכר
11 שהוא הוצג או שהתקבלה החלטה לפעול על פיו.
- 12 358. משטענת העוררת היא שהמסמך אינו זכור לה והיא איננה תורמת מידע לגביו, הרי
13 שיש ליתן לו את המשמעות העולה מתוכו. קרי, ככזה המשקף ניתוח תחרותי של
14 העוררת לגבי הצפוי להתרחש עם ההיפרדות מנסטלה. מדובר בניתוח שחלק ממנו
15 הוא הערכה שמכשירי המזיגה עלולים לשרת את אסם כחלק ממהלך של כניסה
16 מדורגת לשוק "תוך בחינת הצלחה לפני החלטה על השקעות בתשתיות יצור" (שם).
- 17 359. אכן, לא הוצג מסמך ובו החלטת הנהלת החברה לפעול לסיכול חדירתה של אסם על
18 דרך הוצאת מכשירי המזיגה מנקודות מכירה. אולם, מהחומר שהוצג עולה כי
19 טבלאות המעקב הופיעו במחצית 2012, סמוך להיוודע דבר ההיפרדות, אף שמכשירי
20 המזיגה הותקנו בידי אסם עוד בשנת 2011. נתון זה, במשולב עם תוכן המצגת, תוכנן
21 של טבלאות המעקב ואינטנסיביות העיסוק בהן, תומך במסקנת הממונה שהטבלאות
22 משקפות מדיניות מכוונת להוצאת מכשירי הנסטי מנקודות המכירה, על רקע
23 ההיפרדות וכהערכות ליציאתה לפועל והתמודדות עמה.
- 24 360. אשר לטענת העוררת כי תחילת המעקב אחר פריסת המכשירים נעשה שעה שעוד היה
25 לה (לעוררת) זיכיון למכור בקבוקי נסטי, ובהתאם תכלית המעקב היה סיכול מוצר
26 שעלול היה לפגוע בתדמית המוצר ששיווקה באותה עת – טענה זו איננה משכנעת.
27 לא הוצגה תשתית במסמכים מזמן אמת התומכים בכך שזו הייתה תכלית המהלך. לא
28 זו אף זו, העוררת המשיכה במעקב אחר מכשירי הנסטי ובמאמצים להוצאתם גם



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 אחרי שהיא עצמה הפסיקה למכור את המותג "נסטי", כך שטענת שמירת התדמית
- 2 איננה סבירה. הטענה שהדבר נעשה מתוך ההבנה שמקום שבו יש מכשיר נסטי, הינו
- 3 מקום שניתן להגדיל בו את המכר של בקבוקי פיוז טי, אף היא איננה משכנעת. זאת
- 4 שכן גם לה אין כל אסמכתא במסמכים מזמן אמת, ובשים לב לנמרצות ולנחרצות
- 5 שגילו אנשי העוררת בניסיון להוצאת מכשירי הנסטי מנקודות מכירה כאשר לצדו לא
- 6 הוצג אף תיעוד למאמץ ממוקד להגדלת מכירות תה קר באותן נקודות דווקא כתמיכה
- 7 לטיעון זה.
- 8 361. הלכה למעשה, כעולה מן הראיות, העוררת ביקשה להוציא את מכשירי הנסטי
- 9 מנקודות המכירה באופן שישלול מהצרכן הסופי את האפשרות לרכוש נסטי מזוג.
- 10 השלכות מעשיה הן פגיעה באפשרות השיווק של נסטי על דרך מכירת נסטי מזוג
- 11 במחיר זול יותר, שכתוצאה מכך בלית ברירה הצרכן עשוי לרכוש מן הסתם יותר
- 12 בקבוקי פיוז טי (ובהתאם הלקוחות ירכשו יותר בקבוקים מהעוררת).
- 13 הגדלת מכר של גורם מסחרי, על דרך פגיעה ביכולת של מתחרה להתחרות (להבדיל
- 14 מתחרות על לב הלקוחות באמצעות איכות, מחיר או מגוון) – אינה תחרות לגופו של
- 15 עניין, ואיננה לגיטימית כשהיא נעשית בידי בעל מונופולין.
- 16 362. הלכה למעשה, הראיות מלמדות על פנייה של העוררת אל הלקוחות על מנת שאלו
- 17 יוציאו את מכשירי הנסטי, ולא כטענת העוררת עתה – שיח מכירות בנוגע להעדפת
- 18 המוצר שלה ולהצגת יתרונותיו.
- 19 363. העוררת מתעכבת בטיעוניה על הטענה ששיחה בה מקדם מכירות מנסה לשכנע לקוח
- 20 להפסיק להשתמש במכונת נסטי יכולה להיות כדין, כחלק מהליך מכירות תחרותי,
- 21 ושאינן פסול בכך שמתחרה – אפילו בעל מונופולין – ינצח עד כדי שמתחרה יצא
- 22 מהשוק. בהקשר זה טענה העוררת שאין לבסס סטנדרט אחר על פעולה תחרותית מול
- 23 מפיץ, לעומת אותה פעולה מול לקוח סופי.
- 24 364. אולם, מחומר הראיות עולה שעובדי העוררת לא ביקשו לשכנע לקוחות להעדיף את
- 25 מוצריה, אלא הונחו לפעול ופעלו מול מפיצים, כדי להרחיק את הלקוחות מבחירה
- 26 חופשית של מוצרים לגופם לפי העדפתם, על דרך הוצאת מכשירי נסטי.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

365. כך, בעניין _____ – בהודעת דוא"ל פנימית מיום 21.10.2013 של עובדת שיווק של העוררת, נספח 153 לתשובת הממונה לערר נכתב: "במידה והוא אכן מוציא את נסטי, כולל מכוונות, חולצות וכל אלמנט ממותג, נשמח לעזור עם 5 פינות זולה".
- ודברי הלקוח בחקירה, נספח 135 לתשובת הממונה לערר בשורה 257: "זה היה בקטע של תעזור לנו, כאילו בקטע חברי, אנחנו עוזרים לך נותנים לך ציוד חדש, אז תעזור לנו, אנחנו רוצים שיהיה פה רק פיוז טי ולא נסטי"; כך גם בעניין _____
- דברי הלקוח בחקירה, נספח 134 לתשובת הממונה לערר, ש' 130-131: "באו ורצו שאני יוציא את המכונה של נסטי שאני מוזג בכוס. והם אמרו שהם יעשו לי ריהוט גן יפה כזה ושאני יוציא ולא הסכמתי"; ובמקרה של _____ – מר יואב בר, מנהל הערוץ המקצועי ביקש את אישור סמנכ"ל מכירות, מר ניר לוינגר, להקטנת ערכות וציין: "אני אפעל במקביל לחיזוק שיתוף הפעולה והוצאת המכשירים" (נספח 151 לתשובת הממונה לערר). או בעניין _____ – הוראת מנהל הערוץ הקר, מר _____ "יש לדאוג להוציא את המכונה" (נספח 142 לתשובת הממונה לערר).
366. תוכן טבלאות המעקב מבטא את מדיניות העוררת ופועלה להגשמת מטרתה להוצאת מכשירי המזיגה: בטבלאות המעקב בערוץ המקצועי (נספח 139 לתשובת הממונה לערר) הופיעו הכותרות הבאות: "האם המכשיר פורק? כן/לא"; "האם קיים תאריך להוצאת המכשיר? כן/לא/אם כן נא ציין תאריך"; "האם המכשיר פעיל ומוכר?".
367. טוענת העוררת כי העמודות הללו נועדו להבהיר אם הושגה המטרה של הגדלת המכר של הפיוז טי על חשבון מכירות נסטי ממכשיר.
368. מדובר בפרשנות מלאכותית המבקשת, כאמור, להוציא דברים מידי פשוטם באופן לא משכנע. אם רוצים לדעת שהושגה המטרה של הגדלת מכר פיוז טי, ולא האם הושגה המטרה של הוצאת מכשירי נסטי, מה הקושי לבקש מהעובדים לתעד בטבלת המעקב עד כמה גדלו מכירות הפיוז טי, ולא כמה מכשירי נסטי הוצאו? מדוע סוגיה זו, שהיא, כנטען, תכלית הדיווח, כלל איננה מוצאת את ביטוייה בדו"ח גופו?!
369. פרשנות זאת גם איננה מתיישבת עם מסמכים מזמן אמת. כך למשל בהערות שמולאו טבלאות המעקב – "אין אפשרות להוצאת המכשיר", "לקוח לא מוכן להוציא בגלל עלויות זולות". דברים דומים בטבלאות המעקב של הערוץ הקר בקשר להוצאת המכשיר, ולא דבר בקשר עם הגדלת מכירות (נספחים 140-141 לתשובת הממונה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לערר). הדברים לא מתיישבים גם עם הוראות מנהל הערוץ המקצועי, מר יואב בר על
2 עריכת תיקונים בעמודות הטבלה (עמ' 12-13 לפרוטוקול הדיון), תוך שלא נערך
3 שינוי בכותרות האמורות הנוגעות למכשירי הנסטי, על אף טענת העוררת כי אלו,
4 כביכול, כלל לא בלב העניין. כמתואר לעיל, בחקירתו אמר ____ [מנהל המכירות] כי
5 הקובץ בנוי במתכונתו לשם הוצאת המכשירים ("הקובץ עצמו בנוי בשביל להוציא
6 מכשירים. וכמובן שדיברנו ארוכות [בחקירה] על כל ההנחיות שקיבלתי להוצאת
7 נסטי מנקודות המכירה").
- 8 370. אינני מקבלת את ההסבר שטבלאות המעקב מבטאות אינדיקטור להצלחת מהלך
9 להגדלת המכר של העוררת. כאמור, יש דרכים נוספות ולגיטימיות לבחון זאת ולהביא
10 למטרה זו, גם ללא הוצאת מכשירי הנסטי מנקודת המכירה. לעוררת יש דוחות
11 חודשיים המראים על היקף הרכישות של כל מוצר, כך שטבלאות הדיווח על מכשירי
12 הנסטי והוצאתם/אי הוצאתם אינן נחוצות לצורך מעקב אחר הגדלת מכירות (עמ' 14
13 לפרוטוקול הדיון, שו' 6-11).
- 14 371. בהקשר זה מציינת המשיבה, ובצדק, שאם אכן מדובר היה בהליך שיווקי פוזיטיבי,
15 להגדלת מכירות פיוז טי, ולשכנע את הצרכנים הסופיים שפיוז טי טעים יותר
16 ואיכותי, ולא לסיכול מכשירי הנסטי, ניתן היה לפעול בדרכים אחרות. לדוגמא,
17 להוזיל במבצע את מחיר בקבוקי הפיוז טי עבור הצרכנים הסופיים ולערוך מבצעי
18 "קומבו", שלא הוצג שנערכו בתקופה הרלבנטית, ולא לנקוט דווקא בדרך של מעקב
19 אחרי כמות מכשירי הנסטי בלבד וניסיון להביא להוצאתם מלקוחות.
- 20 372. מר בר הסכים בחקירה שדרכים חלופיות אלה להגדלת מכירות קיימות ונמצאות
21 בשימוש תדיר (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון, שו' 12-30). עם זאת טען מר בר שמבצע
22 מסוג "קומבו" לא מגדיל את המכר "בצורה דרמטית" ולכן לא מופיע בטבלת המעקב
23 (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון, שו' 22-23). אלא שגם אם, כנטען, מבצע כזה או אחר
24 איננו מגדיל מכר בצורה דרמטית, תשובתו כי קיימות דרכים חלופיות נוספות
25 ונפוצות להגדלת מכר, דרכים שאין טענה שננקטו באותה עת, מחזקת את המסקנה
26 שהטבלה עסקה במהלך להוצאת מכשירי הנסטי ולחסימת אפשרות של הצרכן הסופי
27 לבחור ברכישת נסטי מזוג, ולא במהלך שבמרכזו הגדלת מכר באופן ישיר. הטבלה
28 איננה כוללת כל דיווח בקשר עם פעילות בדרכים המקובלות להגדלת מכר או על



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הגדלת המכר כשלעצמה. יתר על כן, מקובלת עלי טענת הממונה כי אכן, ככלל, גם
- 2 פעולות המביאות להגדלת מכירות עלולות להיות פסולות בנסיבות מסוימות. למשל,
- 3 הגדלת מכירות הבאה כתוצאה מחסימת גישת צרכנים למוצר מתחרה (לעניין זה
- 4 הפנתה המשיבה לעניין ידיעות אחרונות – פסק הדין המשלים בפס' 36-37).
- 5 373. אשר לקביעת הממונה כי אינטנסיביות העיסוק בטבלאות ותוכן מלמד על היקף
- 6 התכנית ומטרת העוררת – לטענת העוררת, מדיניות חוקית ותחרותית מצד בעל
- 7 מונופולין לא הופכת פסולה רק משום שהוא מיישם אותה באינטנסיביות.
- 8 374. אכן אינטנסיביות כשלעצמה לא הופכת מעשה לאסור. אולם סבורה אני כעמדת
- 9 הממונה כי האינטנסיביות של עיסוק העוררת במכשירי הנסטי, למשל בעדכון
- 10 טבלאות המעקב באופן שבועי כפי שעולה מן הראיות, אף שאיננה פסולה כשלעצמה,
- 11 חשובה לענייננו משום שהיא סותרת את טענת העוררת שמדובר אך בניסיון להגדיל
- 12 מכר בקבוקי פיוז טי. העיסוק הפעלתני סביב הוצאת המכשירים כשלעצמו, ללא
- 13 איסוף מידע או תיעוד מהלכים אחרים באינטנסיביות דומה להגברת מכירות פיוז טי,
- 14 מלמד כי הצגת המהלך כתחרות לגופו של עניין, לא יצלח.
- 15 375. אינני מקבלת איפוא את טענותיה של העוררת כי פעלה להגברת מכירותיה, ולא
- 16 להוצאת המכשירים, ואת טענתה כי פעולותיה להוצאת מכשירי הנסטי היו במסגרת
- 17 תחרות לגופו של עניין, ולא כמהלך אנטי תחרותי.
- 18 סעיף 3 להוראות לבעל מונופולין
- 19 376. כאמור, סעיף 3 להוראות לבעל מונופולין קובע כך:
- 20 "החברה לא תתנה התקנת קולחן בהתחייבות בית העסק שלא
- 21 להתקין בתחומיו קולחנים נוספים או באי רכישת מוצרים
- 22 המתחרים במוצרי החברה.
- 23 החברה לא תעניק הנחות, או יתרונות אחרים, לבית עסק מסוים
- 24 בגין היעדרם של קולחנים, שאינם קשורים לחברה בתחומי בית
- 25 העסק".
- 26 377. כאמור, בקביעה תואר עניינו של הלקוח __, שקיבל הטבות תמורת הוצאת נסטי
- 27 מנקודת המכירה. העוררת הבהירה בערר כי מקבלת היא את האפשרות לפיה מקדם



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 המכירות ____ פעל תוך הפרת ההוראות, אך נטען שהוא חרג מההנחיות בפועלו
2 במקרה שתואר. הממונה דחתה את הטענה כי העובד פעל בניגוד למדיניות העוררת
3 והוראותיה – לשיטתה פעל בהתאם למדיניות העוררת. הממונה ציינה כי העוררת לא
4 פירטה מהן ההנחיות שלטענתה הופרו, ומה גם שהוא אינו הגורם הבכיר ביותר מטעם
5 העוררת שהיה מעורב בעניין לפי דברי הלקוח.
- 6 378. משהעוררת הודתה כי העובד פעל בניגוד להוראות לבעל מונופולין, תוך שהטענה
7 כי חרג מההנחיות לא בוססה, נראה שדי בכך כדי לבסס את קביעת הממונה בדבר
8 הפרת הוראות לבעל מונופולין בהקשר זה.
- 9 סעיף 1 לצו המוסכם
- 10 379. לפי סעיף 1 לצו המוסכם: "סירב לקוח לרכוש מוצר של החברה או הביע לקוח
11 עניין ברכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי החברה, לא תנקוט החברה
12 כנגדו בצעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור או בצעדים שנועדו להרתיעו מלממש
13 את רצונו" (סעיפי המשנה של סעיף זה מתייחסים לפרקטיקות מסוימות שנאסרו על
14 העוררת בהקשר זה, שחלקן נוגע לענייננו, והם יצוטטו להלן).
- 15 380. בקביעה הוצגו מקרים פרטניים בהם נמצאו הפרות של סעיף 1 לצו המוסכם כשנקטה
16 העוררת בצעדים כנגד לקוחות שהביעו עניין ברכישת מוצר שאינו משווק או מיוצר
17 על ידה ואף רכשו אותו בפועל – מכשיר נסטי והנחוץ לתפעולו, צעדים אשר נועדו
18 לסכל את הרכישה: ____ .
- 19 381. אשר ____ – במקרה זה הוציא הלקוח לבסוף את מכשיר הנסטי מנקודת המכירה וכן
20 מנהל המכירות הוציא בידיו עשרים תיבות של בקבוקי נסטי שהיו בעסק למכוניתו.
21 כחלק מהסיכום על הוצאת המכשיר והבקבוקים, קיבל הלקוח הנחות והטבות, בין
22 השאר הסכם סחר שהוכן לחתימה עמו לפיו יקבל הקדמת הנחות ויזכה להנחות
23 גדולות יותר על מוצרים שונים. כאמור העוררת קיבלה את האפשרות שמקדם
24 המכירות הפר את ההוראות, אך טוענת שהוא פעל שלא בהתאם להנחיותיה בפועלו
25 בעניין זה. כאמור, משכך הוסכם ומשלא הוכח שפעל בניגוד להנחיות, ההתייחסות
26 לעניין הפרת ההוראות לבעל מונופולין זהה לעניין זה – נראה שדי בכך על מנת
27 להטיל עיצום כספי, משנמצא, כפי שיבואר, שניתן להטיל עיצום כספי בגין הפרת
28 הצו המוסכם.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

382. אשר ____ – במקרה זה תוארו מגעי עובדי העוררת עם הלקוח להוצאת מכשירי הנסטי
בהקשר של הקטנת ערכות שניתנה ללקוח. בתשובתה לערר הבהירה הממונה כי
ההפרה בפועל בעניין זה מצויה במגעים בין מנהל הסחר ללקוח, שנעשו במטרה
להביאו להוציא את מכשירי הנסטי. אין בקביעה טענה כי הערכות הוקטנה בפועל
תמורת הוצאת מכשירי הנסטי, שכן זו הובטחה כבר נוכח ירידה ברכישות, אלא
שהנושא הובא כרקע כדי להראות את יחס בכירי העוררת לנושא של הוצאת מכשירי
נסטי. בעניין זה, מנהל ערוץ האחראי על אלפי לקוחות, הציע לעובד הכפוף לו
להתנות הקטנת ערכות שהובטחה כבר, כדי להוציא מכשירי נסטי מנקודת
המכירה (פסקה 848 לתשובת הממונה לערר).
383. טענת העוררת כי סעיף 1 לצו המוסכם אוסר על צעד שהוא כנגד הלקוח, ואילו
במקרה זה, לכל היותר ניתנה הטבה, איננה עומדת. סעיף 1.3 לצו המוסכם המפרט
את אחת החלופות הקונקרטיות שנאסרו בגדרי סעיף 1 לצו, מתאר הנחות או שיפור
תנאי סחר כסוג אחד של צעד האסור לפי סעיף 1: "הוספת הנחות או שיפור תנאי סחר
כנגד התחייבות הלקוח שלא לקנות מוצר שאינו משווק על ידי החברה או כנגד התחייבות
הלקוח להפחתה משמעותית של קניות מוצר כאמור". כלומר, האיסור הוא על התניית
הטבה, בהפחתה או הימנעות רכישה מאחר. לא קיימת דרישה לפעולה "נגד" הלקוח,
אלא שאסור להתנות את זה "כנגד" זה: את הפחתת הערכות כנגד התרחקות מקולחן
הנסטי ונילו.
384. עוד טענה העוררת כי סעיף 1 מדבר במקום שהעסק טרם רכש את המוצר בעבר, ואילו
במקרה זה מדובר במוצר שקיים היה בעסק. גם פרשנות זו שגויה לדעתי. לא נראה
הגיוני לפרש כך את האיסור – שמטרתו לאסור על סיכול רצונו של לקוח לרכוש
מוצר מתחרה חדש בלבד. לא זו אף זו, כפי שהציעה הממונה, החזקת מכשיר נסטי
על ידי לקוח היא גם הבעת עניין בהמשך רכישת אבקת נסטי מאסם בעתיד, ופעולה
להוצאת המכשיר מהלקוח, היא צעד למניעת רכישה עתידית זו.
385. אשר ____ – העוררת ביקשה להשתמש במתן ריהוט חדש ממותג ללקוח, כדי להביאו
להוציא את מכשירי הנסטי. אין בידי לקבל את טענת העוררת כי ההטבה ניתנה ללא
תנאי ולכל היותר מדובר בבקשה חברית להוצאת מכשירי הנסטי. האיסור שבסעיף 1
כולל גם מקרה בו מדובר בעסקת גומלין כבענייננו – דבר תמורת דבר (גם אם הבקשה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 הוצגה (כחברית). טענות העוררת כי הצו המוסכם אוסר רק על צעד שהוא כנגד
2 הלקוח, כלומר לרעתו, ורק מקום שמדובר במוצר חדש שלא נרכש בעבר – נדחו
3 לעיל בעניין רשת עגבניה, ודברים אלה יפים גם לעניין ____.
- 4 386. אשר ____ – שם דובר על אספקת פינות ישיבה ממותגות בהקשר של הוצאת מכשיר
5 הנסטי. טענת העוררת מבחינה עובדתית היא כי הלקוח לא הוציא את מכשיר הנסטי
6 וקיבל פינת ישיבה בכל מקרה וכי התנהלות העוררת איננה הוצאת המכשיר
7 כשלעצמה, אלא ניסיון להגדיל את היקף המכירות. כן נטען שאין ראיה שסוכם
8 שהלקוח יוציא את פינת הישיבה של נסטי ובפועל חלקה עדיין קיים במקום.
- 9 387. אלא שמצאתי כי הראיות מלמדות שבפועל עובדי העוררת ביקשו להשתמש באספקת
10 ריהוט ממותג חדש, כאמצעי לגרום ללקוח להוציא את מכשיר הנסטי, גם אם לא
11 מדובר בהתניה מוחלטת. בכך הפרה העוררת את סעיף 1 לצו המוסכם. טענות העוררת
12 כי הצו המוסכם אוסר רק על צעד שהוא כנגד הלקוח ומקום שמדובר במוצר חדש –
13 נדחו לעיל, ולא נחזור על הדברים לעיל היפים גם כאן.
- 14 סעיף 29א לחוק
- 15 388. סעיף 29א(א) לחוק קובע: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן
16 העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". אם כן, לצורך הוכחת הפרה
17 לפי הסעיף, נדרשת הוכחת ניצול לרעה, הוכחת מעמד מונופוליסטי וכן הוכחת
18 עלילות הפגיעה בתחרות.
- 19



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

עלילות לפגיעה בתחרות

389. טוענת העוררת כי לאחר שלא הציגה הממונה ראיות לדרישה בפועל מלקוחות להוציא את מכשירי הנסטי מנקודות המכירה, מלבד 4 המקרים המתוארים בקביעה, למעשה עמדת הממונה היא שלא משנה כיצד פעלה העוררת מול הלקוחות, אלא די ביעד העסקי שהוצב, כדי לקבוע שהעוררת ניצלה את מעמדה המונופוליסטי לרעה. לטענת העוררת, מדובר בניתוח שגוי. הדין מחייב להוכיח ראשית שמדובר בפרקטיקה פסולה, ולאחר מכן יש להוסיף ולהוכיח, כדי לקבוע שהופר סעיף 29א לחוק, שיש בפרקטיקה כדי להביא להפחתת התחרות בעסקים או לפגיעה אחרת בציבור. לפי העוררת אין בשימוש בכוח כדי להוכיח כוונות (שהעוררת מכחישה שהיו לה) וכדי להוכיח עלילות לפגיעה בתחרות.

390. בכתבי הטענות טענה הממונה מצידה כי לא נדרש בענייננו ניתוח תחרותי אקונומטרי, מפורט של עלילות הפגיעה בתחרות לצורך הפרת הוראת סעיף 29א לחוק, שכן מדובר בתכנית מכוונת להוצאת מכשירי הנסטי מנקודות המכירה, שאין בה תועלת לגיטימית לעוררת, פרט לפגיעה בתחרות. כלומר: העלילות נלמדת מתוך המהלך עצמו ומתוך המטרה האנטי תחרותית שבבסיסו, המכוון לחסימת ערוץ שיווקי.

391. העוררת טענה כי מדובר במעגל שוטים – לשיטתה, היוצא מטענת הממונה הוא שלא משנה מה המעשה ואם נעשה במסגרת תחרות לגופו של עניין, וגם לא משנה אם הצלחה במעשה עלולה או לא להיות מושגת (כי אין צורך לבדוק את עלילות הפגיעה בתחרות) – כך או אחרת תוטל אחריות. החלת אמות מידה כאלו מביאה, כנטען, לנקיטת סנקציות כנגד מעשים לגיטימיים, שאין בהם כל איום תחרותי.

392. סבורה אני כי בחומר שהוצג, הונחה תשתית מספקת למסקנת הממונה כי העוררת אכן התכוונה להוציא את מכשירי הנסטי ואכן פעלה כאמור למימוש כוונתה, כמהלך אנטי תחרותי לבלימת תחרות באיבה ולחסימת ערוץ שיווקי זה. כאמור נמצא שהאופן שבו ניסו לשכנע עובדי העוררת את הלקוחות להפסיק שימוש במכשירי נסטי ולהוציאם, אינו הופך את השיח ללגיטימי, בהיותו חלק ממהלך המבטא יישום של מדיניות אנטי תחרותית, לשלילת המתחרה ודחיקת רגליו, ולא להעצמת העוררת כשלעצמה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

393. מקובלת עליי עמדת הממונה כי משמעות כוונתה האנטי תחרותית של העוררת לעניין מכשירי הנסטי עשויה להיות רלוונטית לצורך זיהוי עלילות לפגיעה בתחרות. עמדתי בעניין נמל אשדוד (פס' 207) בהקשר של קביעת הנחת מטרה, שהגיונם של דברים מלמד שניתן להניח שהתנהלות בעל מונופולין מתוך כוונה אנטי תחרותית, אכן עלולה להביא לתוצאה האנטי תחרותית אליה כיוון את מעשיו. על כוונה אנטי תחרותית של מתחרה דומיננטי כאינדיקציה לעלילות לפגיעה בתחרות עמד בית הדין לצדק באיחוד האירופאי בעניין Case-377/20 Servizio Elettrico Nazionale v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato EU: C: 2022: 379. (להלן – עניין Servizio).

394. העוררת טוענת כי על פי הדין האירופי, "ניצול לרעה" הוא מושג אובייקטיבי שבבסיסו התנהגות אשר באופן אובייקטיבי נמצא שאינה תחרות לגופו של עניין, תוך שימוש לרעה בכוח של בעל המונופולין בשוק שהוא בעל מונופולין. כלומר, נדרש ניתוח כלכלי מבורר לביסוס טענה כי פרקטיקה מסוימת מהווה ניצול לרעה המקימה עלילות לפגיעה בתחרות. נטען שכוונת בעל המונופולין איננה רלבנטית לזיהוי "ניצול לרעה" ועלילות לפגיעה בתחרות.

395. אכן, נזכר בספרות שניצול לרעה הוא מושג אובייקטיבי, במובן זה שיסוד נפשי וכוונה לפגוע בתחרות אינם ממרכיביו. אולם לצד זאת הובהר כי בבדיקה אם התקיים ניצול לרעה, יש גם יש מקום ליתן משקל ראייתי לכוונתו האנטי תחרותית של בעל המונופולין במעשיו:

"The EU institutions have long held that abuse is "an objective concept," implying that exclusionary intent is not relevant to the determination of whether conduct is abusive. Nonetheless, it is clear that weight can be attached to evidence of exclusionary intent under Article 102 TFEU"

Robert O'Donoghue QC & Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU ch 5.4.4 (3rd ed. 2020). (להלן – "O'Donoghue&Padilla").

הדבר עולה גם מסעיף 20 להנחיות הנציבות האירופית, המונה שיקולים אותם תשקול הנציבות בקביעה כי התנהגות בעל מונופולין עולה כדי ניצול כוח לרעה. בין



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

השיקולים נזכרות ראיות המצביעות על אסטרטגיה לדחיקת מתחרים, לרבות מסמכים פנימיים המלמדים על אסטרטגיה לדחוק מתחרים:

"direct evidence of any exclusionary strategy: this includes internal documents which contain direct evidence of a strategy to exclude competitors, such as a detailed plan to engage in certain conduct in order to exclude a competitor, to prevent entry or to pre-empt the emergence of a market, or evidence of concrete threats of exclusionary action. Such direct evidence may be helpful in interpreting the dominant undertaking's conduct,"

Communication from the Commission – Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ C 45/02 (Feb. 24, 2009) (להלן – "הנחיות הנציבות האירופאית")

396. בענייננו אין הדברים מסתכמים בכוונה גרידא, אלא מדובר בפעולות של ממש כמתואר לעיל, למניעת אמצעי שבמסמך של העוררת עצמה מצוין שעשוי לשמש את אסם ככלי להותרת המותג נסטי בשוק בסמוך למועד ההיפרדות בין נסטלה לקוקה קולה במכירת מותג התה הקר. כאמור, הממונה הציגה מסמכים מהם למדה היא כי החברה פעלה לסיכול אמצעי זה, על פעילות שתכליתה איסוף מידע על כל מקום בו יוצבו מכשירי הנסטי, ומעקב שבועי אחרי מידע זה ואחרי הצלחת פעילות אנשי המכירות להוצאת המכשירים מן הלקוחות, תוך עידודם לכך. נראה שדי בכל אלו לביסוס מסקנת הממונה, בדבר עלילות לפגיעה בתחרות.

397. בהקשר זה אינני סבורה כי השאלה אם בפועל בחרה אסם באותה אסטרטגיה שהחברה פעלה לסיכולה או באסטרטגיה שיווקית אחרת, נוגעת לעלילות לפגיעה בתחרות. די בכך שהחברה נקטה במהלך לסיכול אסטרטגיה אותה החברה עצמה זיהתה ככזו שתאפשר לאסם להקים תחרות למותג התה הקר של החברה, בתקופה הקריטית בה היה על אסם להחדיר לשוק את מוצרה, כדי ללמד על עלילות לפגיעה בתחרות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

עלילות הפגיעה בתחרות, בפעולות שטיבן חסימת ערוץ שיווק

398. על מובהקותן של פעילויות מסוג הפעילות דנן, כאלה שעלולות לפגוע בתחרות, בלא צורך בניתוח כלכלי פרטני, עומדות הנחיות הנציבות האירופאית לגבי ניצול לרעה של מעמד דומיננטי האמורות לעיל. שם בסעיף 22 מפורטות נסיבות בהן הנציבות פטורה לבצע ניתוח פרטני לביסוס מסקנה אודות חשש לפגיעה בתחרות. הנציבות קובעת כי אם ההתנהגות נראית ככזו המציבה מכשול בפני מתחרים, ולא יוצרת יעילות, ניתן להסיק שהיא תהיה בעלת השפעה אנטי תחרותית ללא ניתוח פרטני. הנציבות מציגה דוגמאות לכך, כגון מקרה בו בעל המעמד הדומיננטי מונע מצרכנים לנסות מוצר של מתחרה, או מספק תמריץ כספי לצרכנים בתנאי שלא ינסו את המוצרים של המתחרה, וכן דוגמא בה בעל המעמד הדומיננטי משלם למפיץ או לצרכן על מנת לעכב את ההשקעה של מוצר המתחרה.

"There may be circumstances where it is not necessary for the Commission to carry out a detailed assessment before concluding that the conduct in question is likely to result in consumer harm. If it appears that the conduct can only raise obstacles to competition and that it creates no efficiencies, its anti-competitive effect may be inferred. This could be the case, for instance, if the dominant undertaking prevents its customers from testing the products of competitors or provides financial incentives to its customers on condition that they do not test such products, or pays a distributor or a customer to delay the introduction of a competitor's product".

כן ראו Commission Decision of 14 May 1997 Relating to a Proceeding Pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) OJ 97/624/EC (22.9.97), שם עמדה הנציבות על כך שהחלפת מוצרים על ידי גורם בעל עמדה דומיננטית מהווה ניצול לרעה כאשר הדבר נעשה למניעת כניסת מתחרים לשוק. הערעור בנקודה זו נדחה. "Case T-228/97 irish sugar v commission judgment of the court of first instance" (Third Chamber) (7.10.99). לעניין הפרקטיקה של החלפת המוצר על ידי גורם דומיננטי, כניצול של כוחו לרעה ראו גם בספרם של O'Donoghue & Padilla בפרק 12.2.5.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

399. לטענת העוררת, הפעילות המיוחסת לה בקשר להוצאת מכשירי הנסטי איננה חסימת
 ערוץ שיווק, אלא פעילות תחרותית גרידא לחסימת לקוחות על מנת שיעדיפו מוצר
 אחר.
400. כאמור, אינני מקבלת טענה זו. אמנם בנקודות המכירה מתקיימת תחרות על בחירת
 הצרכן הסופי – זאת שכן נקודות המכירה החזיקו גם מכשירי נסטי וגם בקבוקי תה
 קר וכך אפשרו ללקוחות (הצרכנים הסופיים) לבחור בין כוס נסטי מזוג מהמכשיר
 של אסם לבין בקבוק תה קר. אלא שבכך שהעוררת הורתה לעובדיה לאתר ולנסות
 להוציא את מכשירי הנסטי מכל נקודות המכירה בכללותן, בפועל היא ביקשה לחסום
 את ערוץ השיווק הרלוונטי בפני אסם בכללותו, וכך ולמנוע מהצרכנים גישה למוצר
 של נסטי מזוג בכוס. לפיכך, דינן של טענות העוררת כי עסקינן בפעילות תחרותית
 לחסימת לקוחות ספציפיים גרידא, ולא בחסימת ערוץ שיווק – להידחות.
401. טוענת העוררת בהקשר זה כי נקודות המכירה – אינן הצרכן הסופי, והתחרות
 בענייננו היא סביב המכירות לנקודות המכירה, ולכן לא מדובר בערוץ שיווק. אלא
 שאסם והעוררת זקוקות לנקודות המכירה על מנת לשווק את התה הקר לצרכן הסופי,
 משאלו מספקות את מקום המפגש עם הצרכן הסופי ואת התנאים הנלווים הרצויים
 (מנות מזון, מקום ישיבה, שירות) המאפשרים למכור לו תה קר. אף שניתן לראות
 בנקודות המכירה "תשומות ייצור", אין הצדקה שלא לראותן כמות שהן, כערוץ
 שיווק. כמו כן, קיומם של מכשירי הנסטי מוגבל לערוץ הקר בלבד. בחסימת ערוץ
 שיווק זה העוררת למעשה חוסמת כל אפשרות של מפגש המוצר ככוס נסטי, אשר
 מחירו מלכתחילה זול יותר על כל המשמעויות של כך, עם הצרכן הסופי.
- עלילות לפגיעה בתחרות: מחיר כוס נסטי מזוג לעומת בקבוק תה קר
402. טענה נוספת בפי העוררת נוגעת לקביעה כי העלילות לפגיעה בתחרות מתעצמת נוכח
 מחירה של כוס נסטי, הזול באופן ניכר ממחיר בקבוק תה קר (נתון שאיננו שנוי
 במחלוקת). לפי הקביעה, בהתנהגותה ביקשה העוררת, בעלת מונופולין, למנוע
 מצרכני התה הקר גישה למוצר הנמכר במחיר זול יותר משמעותית מהמוצר המשווק
 על ידה ולפגוע בתחרות על המחיר בבקבוקי התה הקר שלה – וכך להשפיע על
 האפשרות לירידת מחירים בקטגוריה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 403. לשיטת העוררת, תה קר מבקבוק ונסטי מאבקה אינם אותו מוצר. לכן לשיטתה, לא
2 ניתן לקבוע כי מחיר נמוך יותר למוצר שונה 'טוב תחרותית' לצרכן מאשר מחיר גבוה
3 יותר למוצר שונה ואיכותי יותר.
- 4 404. דין הטענה להידחות. אף אם קיים שוני בין המוצרים, אין בכך כדי לשנות את הפסול
5 שבהתנהלות העוררת. כעולה מהראיות שבתיק – טבלאות המעקב, תכתובות מזמן
6 אמת ועדויות שנאספו - מדיניות העוררת להוצאת מכשירי הנסטי מנקודות המכירה
7 נועדה לפגוע במנגנון התחרותי של אפשרות הצרכן לבחור את המוצר שתמהיל
8 האיכות והמחיר של תה קר מזוג מתאים לו.
- 9 405. זאת ועוד, תמהיל שונה של מחיר ואיכות בין מוצרים, אינו שולל את החשיבות
10 התחרותית שבפתיחת אפשרות לרכישה במחיר זול בפני עצמו, וכן את האפשרות
11 למגוון עבור הצרכן. לכן מקובלת עליי העמדה בקביעה שיש לראות חומרה מיוחדת
12 בכך שבעלת מונופולין תמנע מהצרכנים גישה למוצר קרוב, הנמכר במחיר זול יותר
13 מהמוצר שלה. אף יש חומרה מיוחדת בהקשר של מאבק תחרותי בחדירת אסם לתחום
14 התה הקר בהיבט הרחב. זאת שכן לפי הקביעה, העוררת העריכה שיש למכשירי
15 הנסטי חשיבות במסגרת מאמצי אסם לחדור לשוק כאמור לעיל (לאור מצגת העוררת
16 על כניסתה של אסם לשוק התה הקר, נספח 148 לתשובת הממונה לערר, ראו הרחבה
17 בעניין זה לעיל ובהמשך).
- 18 עלילות פגיעה בתחרות: חשיבות מכשירי הנסטי לתחרות
- 19 406. כחלק מטיעונה לאי התקיימות יסוד העלילות לפגיעה בתחרות, הדרוש להוכחת
20 ההפרה לפי סעיף 29א לחוק (להבדיל מהטענה להפרת ההוראות לבעל מונופולין
21 והוראות הצו המוסכם, שאינן כוללות כלשעצמן מרכיב של פגיעה בתחרות), טוענת
22 העוררת כי כלל לא ראתה במכשירי הנסטי איום תחרותי, ואף אסם לא ראתה
23 במכשירי הנסטי נשק תחרותי, וכי ממילא לא היה במכשירי הנסטי כדי לשנות את
24 כללי התחרות. זאת כנגד האמור בקביעה, כי ממסמכי העוררת ניתן ללמוד שזו סברה
25 שיש ערך אסטרטגי בהוצאת מכשירי הנסטי והתנהלותה נועדה לחסום את ערוצי
26 השיווק בפני העוררת בהיבט זה.
- 27 407. גם אם מר לאו אישר בחקירתו הנגדית (עמ' 49 לפרוטוקול) שאינו יודע אם השקפים
28 ממצגת העוררת אודות כניסת אסם לשוק, המזכירים את הרחבת כמות מכשירי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 המזיגה של נסטי כחלק מאסטרטגיות כניסה צפויות של אסם, הוצגו בישיבה מסוימת,
2 הרי שכאמור, העוררת לא הציגה כל גרסה פוזיטיבית ביחס לשקפים הללו, אף שהיא
3 שהעבירה אותם לממונה במענה לדרישת גילוי. העוררת הסתפקה בטענה כי המסמך
4 לא זכור לה. בהעדר הסבר, ולו לכאורה, כי מדובר בשקפים המציגים הערכות וניתוחי
5 שוק שנדחו, עומד המסמך כמות שהוא – ככזה המשקף ניתוח שוק תקף מטעם
6 העוררת.
- 7 408. למעלה מכך, כאמור, המסקנה אודות האופן בו נתפסו מכשירי המזיגה של נסטי
8 בראיית העוררת נלמדת ממסמכים נוספים: טבלאות המעקב אודות הוצאת מכשירי
9 הנסטי מנקודות המכירה שהונהגו החל מאמצע 2012, התייחסות המנהלים אליהן
10 כפי שתוארה לעיל ואינטנסיביות העיסוק בהן. כל אלו שוללים את סבירות ואמינות
11 טענת העוררת שמכשירי הנסטי לא העסיקו אותה מבחינה תחרותית. לעניין זה דחתה
12 הממונה, ובדין, את טענות העוררת שביקשו למזער את חשיבותן של טבלאות המעקב
13 ואת משמעות העניין לאור מספר המקרים בהם הוצאו בפועל המכשירים.
- 14 409. עמדת הממונה מקובלת עליי ועולה בקנה אחד עם המסמכים מזמן אמת, מהם עולה
15 כי תגובת העוררת בזמן אמת כלפי מכשירי הנסטי הייתה, כאמור בקביעה,
16 אינטנסיבית וממשית, ואין מקום להמעיט בכך כפי שמבקשת העוררת לעשות. הדבר
17 עולה בעיקר מטבלאות המעקב, שהעוררת מבקשת להוציאן מידי פשוטן, ומתדירות
18 העדכון שלהן, העולה בקנה אחד עם הטענה שהעוררת ראתה חשיבות תחרותית
19 במניעת מכשירי נסטי מלקוחות וכן ממסמכים נוספים מזמן אמת שתוארו לעיל.
- 20 410. הצגת הנושא ככזה המוגבל ל-60 לקוחות המופיעים בטבלה ול-4 לקוחות הנזכרים
21 פרטנית בקביעה, מנסה להצניע את הנושא כשולי ומינימלי. אלא שכפי שמציינת
22 הממונה, מן החומר הראייתי עולה שהעוררת פעלה לאיתור כניסת מכשירי נסטי
23 נוספים על אלו שאותרו ומוזכרים בטבלאות המעקב. באיתור זה אמורים היו לקחת
24 חלק עובדי המכירות אשר בעלי גישה והיכרות עם אלפי לקוחות בערוצים
25 הרלוונטיים. טבלת המעקב המונה כ-60 לקוחות שאצלם הותקן מכשיר נסטי לא
26 נולדה מאליה, וברור שהיא פרי איסוף מידע רחב יותר במהלכו אותרו אותם לקוחות.
- 27 411. השקעת המאמצים בסוגיה מלמדת שמכשירי הנסטי היו משמעותיים מבחינה
28 תחרותית בעיני העוררת. למצער, בזמן אמת תפסה העוררת את המצב כך שאם לא



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 תפעל, הדברים יתפתחו בהמשך לרעתה מבחינה תחרותית. הראיות אם כן, מלמדות
2 שהעוררת תפסה את מכשירי הנסטי כחלק מאיום תחרותי, ולמצער כחלק ממהלך
3 להתבססות חלופת הנסטי. לא נראה סביר לייחס בדיעבד למכשירי הנסטי חוסר
4 חשיבות תחרותית, שעה שבזמן אמת פעלה העוררת כנגדם בפועל במטרה להרחקתם
5 מהשוק.
- 6 412. זאת ועוד, דומה שהצבת מספרם המוגבל של מכשירי הנסטי שנזכרו בטבלה בסופו
7 של דבר, לעומת אינטנסיביות העיסוק של העוררת במכשירי הנסטי באמצעות
8 טבלאות המעקב, דווקא חותרת תחת טענת העוררת כאילו ראתה בהם רק הזדמנות
9 להגדיל את מכירות בקבוקי הפיוז טי. הדרישה לקבל דיווח שבועי לגבי 60 הלקוחות
10 אצלם אותרו המכשירים מלמדת על החשיבות שראתה העוררת בדבר בהיבט רחב
11 מאשר הגדלת מכירות ישירה, ולא על זניחות הסוגיה בעיניה, תוך חתירה לאיתור
12 מכשירים נוספים אצל לקוחות נוספים. העוררת זיהתה את חשיבות מכשירי הנסטי
13 עבור אסם במסגרת מאמצייה לחדור לשוק, והתייחסה אליהם בהתאם.
- 14 413. עוד טוענת העוררת, כי מהתייחסות אסם למכשירי הנסטי והנתונים שנאספו ממנה,
15 עולה כי לא תיתכן כל עלילות לפגיעה בתחרות כתוצאה ממהלכיה של העוררת.
16 לדברי העוררת עולה כי אסם לא ראתה במכשירי הנסטי אמצעי כלשהו לקידום
17 מכירות של בקבוקי נסטי או לקידום המותג, לא ראתה בהם אמצעי לחדור לשוק
18 המשקאות הקלים או חשיבות בהקשר זה. לטענתה היא לא סברה שיש במכשירים
19 כדי לשנות את כללי התחרות, אלא שמכשירי הנסטי מהווים פעילות שולית שהנהלת
20 אסם לא הקדישה לה תשומת לב מיוחדת. לכל היותר הייתה פריסת מכשירי הנסטי
21 חלק מצעד אסטרטגי של אסם להיכנס לתחום של מכשירי משקאות (בעיקר קפה)
22 בערוץ המקצועי.
- 23 414. לתמיכה בטענה התייחסה העוררת למספר נתונים: במסמכים שהתקבלו מאסם
24 לדרישת הממונה, אין לכאורה אסמכתה לתפיסתה של הממונה את הסוגיה, והממונה
25 ייחסה למסמכים אלו חשיבות, שאחרת לא הייתה מציבה דרישה לאסם לקבלת
26 מסמכים. גם כשאסם שקלה את הפסקת פעילות המותג, לא הועלה נושא מכשירי
27 הנסטי ככלי שעשוי לסייע בתחרות בקטגוריה של התה הקר. כמו כן, העוררת
28 התייחסה לכך שאסם הפעילה את מכשירי הנסטי מספר חודשים לפני הפיצול בינה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

ובין העוררת, כך שאין קשר בין מכשירי הנסטי למאמצי אסם לחדור לשוק. העוררת
הדגישה כי חוקרי הרשות לא שאלו את נציגי אסם בדבר חשיבות מכשירי הנסטי ולא
התבקשו נתונים בדבר היקף המכירות של נסטי לשנים 2011-2013 כך שיש להניח
שהממצאים היו נוגדים את עמדת הממונה. עוד נטען שלא ניתן לראות במכשירי
הנסטי אמצעי לחדירה לשוק, מקום שמחודש פברואר 2013 ביקשה אסם לשווק את
הנסטי כמוצר בריא יותר המבוסס על מים מינרליים. עוד התייחסה העוררת לכך
שנתח השוק לאחר שלב ההשקה הראשוני של בקבוקי הנסטי החדשים שאליו הגיעה
אסם, הוא הגבוה ביותר בכל המדינות בהן התרחש אירוע דומה. מנגד, גם בתקופה
לגביה אין טענות כלפי העוררת בעניין מכשירי הנסטי, היקף המכירות של הנסטי ירד
בצורה משמעותית ואסם הפסיקה את הפעילות ב-2016. בנוסף נטען כי קהל המטרה
של אסם למכשירים היה הערוץ המקצועי – ארגונים המעניקים את השתייה כשירות
(בתי מלון, חדרי אוכל), כך שהלקוח הוא העסק ולא הצרכן הסופי כפי שטוענת
הממונה. נתון נוסף שהתייחסה אליו העוררת הוא שנכון לאוגוסט 2012 פרסה אסם
180 מכשירי נסטי, כך שהעוררת התייחסה בפועל רק לשליש מהמכשירים שהיו
באותה עת (60 מכשירי נסטי בטבלאות המעקב). מסקנת העוררת מנתונים אלו של
אסם היא שמעשיה שלה, של העוררת, לא היו עלולים לפגוע בתחרות. טענה נוספת
נוגעת לעמדת הממונה לפיה מכשירי הנסטי יכלו להיות מרכיב חשוב במאמצי כניסת
אסם לשוק בזמן שטרם היו לה מוצרים בבקבוקים לשיווק. אלא שלפי העוררת, לאסם
היו בבקבוקים לשיווק עוד טרם תקופת ההפרה הנטענת. עוד התייחסה העוררת לכך
שאסם פנתה אליה ב-2015 במטרה לבחון אפשרות שזו תספק שירותי אחזקה ותמיכה
למכשירי המזיגה שלה, כך שברור שלא סברה שיש תחרות שלא כדין ולא ראתה פגם
בלחשוף את מיקומי המכשירים שלה בפני העוררת.

415. על אף האמור, אינני מקבלת את טענות העוררת כי אין לראות את פעילותה בעניין
מכשירי הנסטי כאסורה, משעולה שבזמן אמת, פעלה היא באופן פסול כשזיהתה את
המכשירים כחלק מאיום התחרותי האפשרי מצד אסם בעקבות ההיפרדות, ופעלה
באופן ממוקד למעקב אחריהם ולהרחקתם מהשוק. כאמור, אינני סבורה שהעיקר
הוא האופן שבו מתברר בדיעבד שאסם תכננה את צעדיה ופעלה בתחום. אכן נראה
שאסם לא הייתה מודעת לשיח הפנימי אצל העוררת בנושא הוצאת מכשירי הנסטי,
ונראה שעל אף הערכותיה של העוררת בעניין העולות מנספח 148 לתשובת הממונה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 לער, בדיעבד אין אינדיקציה לכך שבפועל אסם בחרה באסטרטגיה שכללה את
2 מכשירי הנסטי ככלי תחרותי משמעותי. אלא שאין בכך כדי לשלול את העלילות
3 לפגיעה בתחרות מלכתחילה. מלכתחילה, ראתה העוררת את המכשירים כאמצעי
4 תחרותי משמעותי אפשרי בידי אוסם, ואכן מדובר היה בהערכה שעל פניה היה בה
5 טעם רב. בהתאם, בזיקה להערכה זו נקטה העוררת מהלך לאיתור המכשירים
6 ולהוצאתם מהלקוחות בנקודת זמן רגישה מבחינה תחרותית. מהלך כזה, מטבעו,
7 איננו אלא מהלך לסיכול תחרות, מהלך שלהשקפת מי שנקט בו – העוררת – עלול
8 היה לפגוע בתחרות. זאת אילו בחרה אסם באסטרטגיה זו, שהעוררת העריכה שאסם
9 עשויה לנקוט בה, הכוללת התקנת מכשירי נסטי בשלב בו אין עדיין יצור של נסטי
10 בישראל. פעולה שנועדה לסכל מהלך שהעוררת עצמה ראתה אותו כמהלך תחרותי
11 צפוי של אסם בדרכה לבסס מעמד בתחום התה הקר, היא בהכרח פעולה ש"עלולה"
12 לפגוע בתחרות, ואין מקום לשמוע מפי מי שנקט בה, טענה שאין היא עלולה לפגוע
13 בה.

14 416. טיעון נוסף של העוררת נוגע ללוח הזמנים של העיסוק במכשירים: מכשירי הנסטי
15 הוצבו בסוף 2011 והמעשים המיוחסים לה נעשו בין דצמבר 2012 לינואר 2014 כך
16 שבמשך שנה שלמה פעלו מכשירי הנסטי ללא מפריע ולא שונו כללי התחרות
17 בקטגוריית התה הקר. הממונה לא בחנה מה המאמצים שהשקיעה אסם במכשירי
18 הנסטי באותה תקופה, אף שמר לאו בחקירתו תלה את מידת הצלחת פעילות מכשירי
19 הנסטי באופן פעילות אסם עצמה ובחשיבות שראתה במכשירי הנסטי (העוררת
20 הפנתה לעמ' 47 לפרוטוקול הדיון, שו' 22-24). עוד נטען כי היקף המכירות של נסטי
21 באבקה ירד משמעותית בין 2014-2015, תקופה בה לא נטען כי העוררת ניסתה
22 להוציא את מכשירי הנסטי, ולא שונו כללי התחרות.

23 417. אמנם מכשירי הנסטי החלו להופיע אצל לקוחות בנובמבר 2011. ואולם, טבלאות
24 המעקב הופיעו ביוני 2012 – כחצי שנה לאחר השקת מכשירי הנסטי בישראל, עם
25 היוודע דבר ההיפרדות בשנת 2012. לאור זאת, דומה שתזמון הטבלאות דווקא שולל
26 את הצגתן ככאלה שבאו להגביר את מכירות העוררת, שאז היינו מצפים לראותן סמוך
27 לנובמבר 2011. בפועל התזמון תומך בטענה שהן נועדו לסיכול תחרות מצד אסם,
28 שכן הן החלו להיערך בסמוך לאחר הפיצול שנעשה במחצית 2012. כלומר, הלכה
29 למעשה, מרגע שעבר המותג נסטי לרשותה הבלעדית של אסם, לא הייתה עת שבה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 יכולה הייתה זו לשווק את מכשירי הנסטי מבלי שהעוררת תעקוב אחרי חדירתם
2 לשוק ותבקש להוציא אותם מנקודות המכירה. בהקשר זה יוער כי הטענה שהמעשים
3 המיוחסים לעוררת בנוגע למכשירי הנסטי אירעו לקראת סוף שנת 2012 שגויה. אכן,
4 העיצום הכספי בגין הפרת סעיף 29א לחוק נקצב בגין תקופה החל מנובמבר 2012,
5 בשל מגבלות חוקיות בנוגע לסמכות הטלת עיצום כספי. אולם הראיות הן למעשים
6 שנעשו החל ממצחית 2012, ולא כפי שנטען. מובן שהאנטי תחרותיות שבמעשים
7 נלמדת מהמועד שבו הם החלו בפועל, ולא מהמועד בו ניתן להטיל עיצום כספי
8 בגינם.

9 נפקויות העדר הוכחת פגיעה בתחרות בפועל

10 418. העוררת אישרה בסיכומיה שאין היא גורסת שבכל מקרה עלילות הפגיעה בתחרות
11 נמדדת על פי בחינה של פגיעה בפועל בתחרות. אלא שלטענתה, במקרה הנדון, מקום
12 שהפרקטיקה הנטענת ערטילאית והקביעה באה שנים לאחר הפסקתה ללא ראיות
13 לפגיעה בתחרות בפועל, היה על הממונה לבצע בדיקה פרטנית של סוגיית הפגיעה
14 בפועל בתחרות, בדיקה שניתן היה לעשות נוכח הנסיבות. לשיטתה, מר לאו הסכים
15 שבנסיבות מסוימות בדיקה כזו בדיעבד יכולה לעזור להערכת העלילות כפי שהייתה
16 מלכתחילה (עמ' 52 לפרוטוקול הדיון, שו' 24-26).

17 419. במענה לטענות אלו יובהר: ראשית, וחשוב – הדין דורש עלילות לפגיעה בתחרות
18 לתחולת סעיף 29א לחוק, ולא הוכחה לפגיעה בתחרות בפועל (ת"כ (הגבלים
19 עסקיים) 53090-03-17 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על התחרות פסקה
20 351 (פורסם במאגרים; 19.01.2021) (להלן –חברת החשמל)). העלילות לפגיעה
21 בתחרות נלמדת מהתנהלות העוררת כאמור, שעלולה הייתה להקטין את הבחירה של
22 הצרכן (ראו בהרחבה לעיל). העוררת לא הצביעה על מצב עדכני בשוק ששולל את
23 העלילות לפגיעה בתחרות מכוח המדיניות שאימצה.

24 420. שנית, טענות העוררת לראיות בדבר היעדר פגיעה בתחרות בפועל אינן מתחייבות
25 ומובהקות כפי שמניחה היא. טוענת העוררת שיש כלפיה טענה למכשיר נסטי אחד
26 שיצא, כי מכשירי הנסטי פעלו שנה לפני תקופת ההפרה ללא הפרעה והגיעו ל-60
27 לקוחות בלבד; ומכירות מכשירי הנסטי בשנים שלאחר התקופה הנטענת קטנו
28 ופעילות אסם בתחום נעלמה, ללא השפעת העוררת.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 אלא שכפי שתואר לעיל, המעקב אחר מכשירי הנסטי נסב על פי הוראות העוררת על
- 2 אלפי לקוחות, מתוכם 60 מקרים שאותרו בידי העוררת ומתוארים בטבלאות המעקב.
- 3 ניתן להתייחס בהקשר זה גם לנתון אליו הפנתה העוררת, שנכון לאוגוסט 2012 פרסה
- 4 אסם 180 מכשירי נסטי. כלומר, בפועל, העוררת לא הצליחה לאתר את מלוא המכשירים
- 5 שהתקינה אסם. בנסיבות אלו, בדיקת התוצאות האנטי תחרותיות בפועל בדיעבד איננה
- 6 במקומה. אם מתברר שהמהלך שיזמה העוררת לאיתור מכשירי הנסטי והוצאתם לא
- 7 הושלם בהצלחה ולו במישור הראשוני של איתור כל המכשירים, ברי שהוא לא יכול
- 8 היה להביא לתוצאות האנטי תחרותיות המקוות. לפיכך, אין בכך כדי לשלול את
- 9 הפוטנציאל השלילי של הדברים מלכתחילה, אילו יושמו בהצלחה.
- 10 421. אשר לטענת העוררת בהסתמך על פסק הדין החלקי שניתן בעניין ידיעות אחרונות –
- 11 העוררת טוענת כי נקבע ששעה שהממונה מפעיל סמכויות שנים לאחר תחילת הפעולה
- 12 בה נקט בעל מונופולין שלא כדין, נדרשת הוכחה לפגיעה בתחרות בפועל ולא אך
- 13 עלילות לפגיעה בתחרות. לפיכך טוענת העוררת כי משלא הוכחה בפועל פגיעה
- 14 בתחרות לאורך השנים, יש לומר כי גם עלילות לפגיעה אין.
- 15 422. אין לקבל טענה זו. בעניין ידיעות החלקי לא נקבעה הלכה גורפת בדבר חיוניות הוכחת
- 16 פגיעה בפועל בכל מקרה בו התערבות הממונה היא בדיעבד. הלכה כזו, אילו נקבעה,
- 17 הייתה מרוקנת מתוכן את קביעת החוק האוסרת על פרקטיקות שעלולות לפגוע
- 18 בתחרות אם בפועל לא התרחשה פגיעה או ככל שבהליך לא הוכחה הפגיעה. כפי
- 19 שמציינת הממונה, בעניין ידיעות החלקי, בפועל, הטענה מלכתחילה הייתה
- 20 לפרקטיקה שיושמה במלואה ולפגיעה קונקרטית שהייתה מדידה והוכחה בידי ידיעות
- 21 אחרונות ככזו שלא הניבה את התוצאות המצופות. כעולה מפסק הדין, באותו עניין
- 22 היה בסיס נתונים שאיפשר הערכת פגיעה בפועל באופן מדיד. נקבע כי הממצאים
- 23 בפועל העידו על הטבה לציבור, ולא הוכחה פגיעה. בהתאם המסקנה הייתה העדר
- 24 אפשרות סבירה לפגיעה. כלומר, מדובר היה במי שנקט פרקטיקה שנחזית להיות לא
- 25 תחרותית, שהוכיח פוזיטיבית, על יסוד נתונים אובייקטיביים, שאף שהפרקטיקה
- 26 יושמה, הפגיעה הצפויה לא התרחשה, ובכך שכנע את בית הדין שאין מקום לסווג את
- 27 התנהלותו ככזו האסורה בדין (ראו והשוו אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות
- 28 האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 255 (2019)).



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

423.

בשונה מכך, בענייננו, הטענה מלכתחילה לא הייתה לפגיעה בפועל באופן קונקרטי ומדיד, ואף לא ליישום מלא ומוצלח בפועל של הוצאת כל מכשירי הנסטי. הטענה הייתה למדיניות ולפרקטיקה שכוונו לפגוע בתחרות, על דרך סיכול פרקטיקת חדירה אפשרית של המתחרה, אסם, לפי ניתוחה של החברה. ככאלה, מגלמות המדיניות והפרקטיקה, עלילות לפגיעה בתחרות. נוכח כך, ובהעדר טענה להצלחה גורפת ביישום המדיניות, אין לצפות להוכחת הפגיעה בפועל, אף אם המדיניות עמדה בתוקף פרק זמן של ממש. בנסיבות אלו, העדר ראיה בדיעבד לפגיעה בפועל, איננה שוללת את העובדה שמדובר במעשה שמראש היה כזה שעלול לפגוע בתחרות, ובהתאם אסור הוא על פי החוק.

בעניין זה ראו גם עניין Servizio שם נפסק שעל מנת לאפיין פרקטיקה של בעל מעמד דומיננטי כניצול, לא צריך להיווכח שהתוצאה הלא רצויה של הפרקטיקה - דחיקת המתחרים מהשוק - התרחשה, ואין צורך להוכיח בפועל אפקט הדרה (exclusionary effect) בשוק. בית המשפט עומד על תכלית סעיף 102 ל-TFEU ככזה שנועד לטפל בניצול של מעמד דומיננטי לרעה, גם ללא הוכחה בדיעבד שהפרקטיקה השיגה את יעדה:

"That being said, it must be borne in mind that the characterisation of a practice of a dominant undertaking as abusive does not mean that it is necessary to show that the result of a practice of such an undertaking, intended to drive its competitors from the market concerned, has been achieved and, accordingly, to prove an actual exclusionary effect on the market. The purpose of Article 102 TFEU is to penalise abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it, irrespective of whether such practice has proved successful (see, to that effect, judgment of 30 January 2020, *České dráhy v Commission*, C-538/18 P and C-539/18 P, not published, EU:C:2020:53, paragraph 70)."

בהקשר זה מפנה פסק הדין להנחיית הנציבות על פיהן גם אם בדיעבד ברור שההתנהגות לא ייצרה השפעות אנטי תחרותיות בפועל, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שההתנהגות יכולה הייתה לעשות כן אם הייתה מיושמת, וזאת אף אם חלפה תקופה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

1 ארוכה מאז שהתנהגות התרחשה. נאמר שהעדר פגיעה בפועל עשוי להיגרם מסיבות
2 שונות, כגון שינויים רלוונטיים בשוק או כישלון של בעל המעמד הדומיננטי להשלים
3 את האסטרטגיה שלו, כך שהעדר הצלחה בסיכול התחרות, איננו הוכחה לכך שלא
4 מדובר היה בניצול לרעה מלכתחילה.

5 "54. As stressed in point 20 of the Communication
6 ...the opposite situation that a certain course of
7 conduct has not produced actual anti-competitive
8 effects cannot rule out the possibility that that
9 conduct was in fact capable of doing so when it was
10 implemented, even if a long period of time has
11 passed since that conduct took place. Such absence
12 of effect could stem from other causes ..."

13
14 אשר למעמדה המונופוליסטי של העוררת בזיקה למכשירי הנסטי
15 קביעה כי הופר סעיף 29 א לחוק דורש זיקה למעמדה המונופוליסטי של העוררת. לפי
16 הקביעה, תלות הלקוחות בעוררת בשל כוחה המונופוליסטי הניכר בשוק הקולה רבה,
17 והיא מעניקה לה כוח גם בשווקים משיקים של מוצרים המשווקים לאותם לקוחות.
18 נטען כי העוררת השתמשה לרעה במעמדה המונופוליסטי בשוק הקולה בהתנהלותה
19 המתוארת בפרק זה.

20 424. העוררת מצידה הצביעה על כך שפעילות אסם בתחום המזון גדולה מזו של העוררת
21 וגם היא בעלת מונופולין מוכרו.

22 425. מש-4 העסקים מושא ההחלטה הם בערוץ המקצועי (מסעדות), הרי שמדובר
23 בלקוחות של אסם במוצרים שלא הופניתי לאסמכתא להיותה מונופולין לגביהן, ואין
24 לקבל את הטענה כי אסם היא זו שניצלה את מעמדה המונופוליסטי.

25 426. העוררת טוענת עוד שלא החזיקה במעמד דומיננטי בקטגוריית התה הקר. לפי
26 העוררת, בנקודת פתיחת התחרות, מדובר היה בתחרות בין שני גופים חזקים,
27 שחקנים מוכרים בשוק המשקאות שפעלו בשוק התה הקר.

28 427. אינני מקבלת טענות אלה. העוררת בעלת מונופולין מוכרזת בשוק הקולה. אמנם
29 מעשיה בנוגע למכשירי נסטי נעשו בקטגוריה של תה קר ועלולים היו לפגוע בתחרות
30 בקטגוריית התה הקר, אך גם נתח השוק של העוררת בתה הקר היה דומיננטי מרגע



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ההיפרדות בינה לבין אסם, ונותר כך, וכך גם חלקה של העוררת בכלל שוק המשקאות
2 הקלים.
- 3 נתח השוק של העוררת בתקופה הרלוונטית בשיווק כלל המשקאות הקלים היה 70%.
4 בנקודת פתיחת התחרות בינה ובין אסם, הייתה אסם, ששיווקה את נסטי, לכאורה
5 בעמדה עדיפה כביכול על זו של העוררת – עובר לפתיחת התחרות, המותג נסטי,
6 שנותר בידי אסם לאחר פתיחת התחרות, החזיק ב-75% מהיקף המכירות של התה
7 הקר (60% במונחי ליטרים) ונבחר כמותג על ידי ארגון ה-superbrands הבינלאומי
8 כשאסם חברה גדולה בעלת היקף מכירות של למעלה מ-4 מיליארד שקלים, בין היתר
9 גם בשוק הקר. למרות זאת, בפועל, לפי הממונה, נתח השוק של פיוז טי היה דומיננטי
10 מההתחלה (על פי רוב מעל 50%) בהתאם למסמכים פנימיים של העוררת וכעולה
11 מנתוני סטורנקסט המתייחסים לשוק המבורקד. העוררת נהנתה מיתרונות חשובים
12 בעת פתיחת התחרות – ניסיון משמעותי בייצור ושיווק משקאות קלים מוכנים
13 לשתייה, סל רחב ומגוון של משקאות, משקה must stock קוקה קולה בו נהנתה
14 מנתח שוק של למעלה מ-90% בתקופה הרלוונטית, ומערך הפצה שמתוכנן להגיע
15 לכל נקודת מכר קמעונאית בשוק הקר.
- 16 428. בקביעה נטען כי יחסי העוררת עם לקוחותיה, מתאפיינים בכוח שמקורו בקוקה קולה.
17 ולאור זיקה ממשית בין מוצרי התה הקר ושאר מוצרי העוררת, מתעצמת חומרת
18 ההפרה.
- 19 429. העוררת מציעה לדחות גם טענה זו – לגרסתה, אין ראיה לתלות של לקוחות בה, או
20 שניצלה כוח כזה, ומבחן התוצאה מלמד שרק עסק אחד הוציא את מכשיר הנסטי.
21 לשיטת העוררת, מדובר בטענה עובדתית כבושה שנועדה "לייצר" כנגדה עילה
22 להטלת עיצום באופן מלאכותי, אשר לא עלתה במכתב השימוע המקורי. טוענת
23 העוררת שגישתה של הממונה בעניין זה מגבילה בעל מונופולין מתחרות בשוק שאין
24 לו מונופולין בו, משום החשש שבכל התקשרות או אינטראקציה עם הלקוח, האחרון
25 יפעל בשל חשש להתנכלות מצד בעל המונופולין ביחס למוצר שבמונופולין.
- 26 430. טענות אלה אינן מתיישבות עם העובדות שבסיס, בדבר נתח השוק של העוררת
27 שתואר לעיל, עוצמתה והתנהלותה אשר עלה בה פגם תחרותי, כמפורט לעיל. כפי
28 שמציינת הממונה, גם ניצול פסול של כוח מונופוליסטי בשוק מסוים על דרך פגיעה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 במתחרה במוצר קרוב, עשויה להיחשב ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. Case C-
2 333/94 P, Tetra Pak International SA v. Commission, [1996] ECR R
3 I-5951, [1997] 4 CMLR 662 (להלן – "Tetra Pak"). ראו גם אזרחי וגילה
4 בספרם: "גם בישראל תוצאות הניצול לרעה אינן חייבות להיות בשוק נשוא
5 המונופולין...." (אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני
6 ההגבלים העסקיים הישראליים 255-256 (2019)).
- 7 431. בענייננו, הממונה התייחסה בכתבי הטענות לכך שקיימות זיקות קרובות בין משקאות
8 הקולה למשקאות התה הקר – המשווקים לאותן נקודות מכירה, באמצעות אותם
9 אנשי מכירות, תנאי הסחר נקבעים באותם הסכמי סחר, שיעור ההנחה על כל אחד
10 מהמשקאות הקלים תלוי בהיקף הרכישות של כל המשקאות הקלים בהתאם לסטנדרט
11 ההנחות, החלוקה הפיזית של המשקאות נעשית יחד והמשקאות מאוחסנים יחד
12 באותם מקררים (למעט משקאות מקולחנים ומכשירי מזיגה). זיקות אלו דוחות
13 לטעמי את טענת העוררת בדבר היקף וחומרת המגבלה המוטלת עליה כבעלת
14 מונופולין – לא כל מוצר שבעל מונופולין יבקש לשווק, ולא כל התנהגות יהיו
15 פסולים. אלא שבנסיבות ענייננו – מקום שביקשה העוררת למנוע מהצרכן לבחור בין
16 המוצר שלה למוצר מתחרה בעל זיקה הדוקה לקולה, שהוא מוצר שנקודות מכירה
17 רבות לא יכולות לוותר על החזקתו – מדובר בהתנהגות פסולה.
- 18 לסיכום חלק זה – סבורה אני כי הוכחו כל היסודות הנדרשים גם לצורך קביעה כי
19 הפרה העוררת את סעיף 29א לחוק כאמור בקביעה בפרק מכשירי הנסטי.
20 העיצום הכספי
- 21 432. בגין הפרות העוררת את ההוראות לבעל מונופולין, את הצו המוסכם ואת סעיף 29א
22 לחוק בהתנהלותה בעניין מכשירי הנסטי – הוטל עליה עיצום כספי בסך 7,240,993
23 ₪.
- 24 433. העוררת טוענת שאין להטיל עליה עיצום כספי, שכן מדובר בקביעה המאמצת
25 תיאוריה חדשה שאינה מוכרת בדין כאילו אסור לפעול באינטנסיביות רבה או במטרה
26 להצליח באופן גורף בתחרות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

434. ואולם כפי שראינו בפרק זה, התנהלותה של העוררת בעניין מכשירי הנסטי הייתה לתכלית פסולה תוך נקיטת אמצעי שנאסר עליה מפורשות על מנת להדיר את אסם משוק התה הקר, לא בגלל עצם העובדה שפעלה באינטנסיביות. אין מדובר אפוא בתיאוריה חדשה כלל ועיקר. כאמור, נדחתה גם הטענה שבמעשיה ביקשה העוררת להגדיל את המכירות של בקבוקי הפיוז טי, כך שגם בהיבט זה אין מדובר בחדשנות. אם כן, אינני מקבלת את טענות העוררת לעניין זה. הבעייתיות שבהוצאת קולחן מלקוח ידועה לעוררת זה מכבר, והאיסור מופיע עוד בכללי ההתנהגות לבעל מונופולין, ובוודאי כשמדובר במדיניות שיטתית בעניין זה הממוקדת לתקופה משמעותית למתחרה, כך שאין עילה להקלה בהקשר זה, אלא, כפי שקבעה הממונה, להיפך.
435. אשר לטענות העוררת כי אין להטיל עליה עיצום כספי משהקביעה שרירותית או נגועה בשיקולים זרים, משום שלא חלו בפרק שינויים של ממש מאז מכתב השימוע הראשון פרט להחמרת סכום העיצום הכספי ב-20% בגין הפרת הוראות פרטניות אף שהעניין היה לפני הממונה מלכתחילה – אינני סבורה כי הטענה החמורה בדבר שיקול זר הוכחה ולו לכאורה. הקביעה אף איננה שרירותית. הממונה הסבירה כי שיקול ההחמרה בגין הפרת הוראות פרטניות הופיע במכתב השימוע השני, כשם שעיקרון זה הוחל ביתר הפרקים. מדובר בשיקול ראוי ואין בהוספת ההחמרה בגין הוראות פרטניות משום שרירותיות כלל ועיקר.
436. עיצום הבסיס הועמד כאמור על 40% מגובה העיצום המרבי. גם כאן טוענת העוררת כי הדבר נעשה בשרירותיות מבלי לבצע בדיקות, ותוך מתן משקל לשיקולים שאינם רלוונטיים.
437. לפי הקביעה, נשקלו לעניין זה השיקולים הבאים לחומרה: ממדיניות העוררת והתנהגות עובדיה להוצאת מכשירי הנסטי של העוררת מנקודות המכירה ניכר כי העוררת זיהתה את האיום התחרותי שבמכשירים ואת חשיבותם עבור אסם במאמציה לחדור לשוק המשקאות הקלים. העוררת פעלה שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין. נמצא כי עלילות הפגיעה בתחרות מתעצמת מכך שאסם ניסתה לחדור לשוק עם המשקה ושהמכשירים מאפשרים מכירת משקה תה קר לצרכנים במחיר נמוך באופן ניכר מהמחיר של בקבוק תה קר וכן העובדה שאסם כשחקנית עצמאית הייתה שחקן



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 חדש שנכנס לתחום המשקאות הקלים שאיים לשנות את כללי התחרות בקטגוריית
2 התה הקר לרעת העוררת. ניסיונות העוררת לפגוע בתחרות נועדו לסכל איום תחרותי
3 חדש זה באיבו. נקבע שכל אלו מתעצמים נוכח מעמד העוררת בשוק הקולה והתלות
4 של לקוחותיה בה כתוצאה מכך.
- 5 438. עוד לפי הקביעה נלקח בחשבון כשיקול לקולה העובדה שבידי המשיבה ראיות רק
6 למקרה אחד בלבד בו ניסיונות העוררת להוצאת מכשיר הנסטי צלחו. עם זאת הובהר
7 כי לשיקול זה לקולה ניתן מקום מוגבל, שכן לפי הממונה, מדיניות העוררת עצמה
8 עלולה להפחית את התחרות ולפגוע בציבור, בפרט לאור ניסיונות העובדים להוציא
9 את המדיניות אל הפועל. עם זאת נמצא שמדובר בתקופה מצומצמת מפרקים אחרים
10 בקביעה.
- 11 439. גם כאן מדובר בשיקולים רלוונטיים ומאוזנים, כך שהטענה בדבר שרירותיות נדחית.
12 440. לפי העוררת, פוטנציאל הפגיעה בתחרות לא קיים ולכל היותר זניה ומדובר בהפרות
13 שלא מקימות חשש לפגיעה בתחרות או בציבור כך שלכל היותר עיצום הבסיס צריך
14 לעמוד על הרף התחתון – 5% מסכום העיצום המרבי. טענות העוררת לעניין עלילות
15 הפגיעה בתחרות נידונו בהרחבה בפרק זה ונדחו. אינני רואה להתערב בקביעת
16 המשיבה בעניין זה.
- 17 441. אינני מקבלת שהעד מטעם הממונה לא ידע להסביר מדוע הועמד עיצום הבסיס על
18 שיעורו (עמ' 53 לפרוטוקול הדיון, שו' 16-22). מר לאו הזכיר את השיקולים המנויים
19 בקביעה והצהיר שלא יודע להסביר מדוע נקבע השיעור על 40% ולא על 45%. אין
20 בכך כדי להסיק כי הקביעה נותרה ללא הסבר מצד העד. הטענה כי השיקול של מדרג
21 עם הפרקים האחרים שהזכיר מר לאו בחקירה הוא שיקול זר איננה מקובלת עלי.
22 מדובר בשיקול ראוי, כחלק ממכלול השיקולים, השומר על עיקרון הסבירות
23 והמידתיות במשפט המינהלי.
- 24 442. אף טענת העוררת כי מדובר בזוטי דברים לאור היקף הפעילות של מכשירי הנסטי
25 ביחס להיקף המכירות של התה הקר – דינה דחייה. כאמור, אף שהוצגו 4 מקרים
26 בקביעה, תכניתה של העוררת חלה על 100% מהמקרים הידועים לה ועל איתור מלוא
27 המקרים הקיימים בשוק. מקובלת עלי עמדת הממונה כי אין באי מימוש התוכנית
28 בפועל במלואה בהוצאת מכשיר המזיגה, כדי להכשיר צעדים אנטי תחרותיים שננקטו



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 נגד תחרות באיבה. בכל אופן, כאמור, הממונה התחשבה בהצלחה המועטה שנחלה
2 העוררת בהוצאת המכשירים בקביעת גובה העיצום הכספי.
- 3 443. טענה נוספת שעלתה נוגעת לכך ששיעור העיצום הכספי חושב על בסיס הנחה
4 מוטעית לפיה מעשי העוררת היו עלולים לגרום לפגיעה בכל קטגוריית התה הקר.
5 הממונה הבהירה כי חישוב את העיצום על בסיס ההבנה הנכונה שמכשירי הנסטי
6 מתאימים לחלק מהקטגוריה בלבד והעוררת הוסיפה את המילה "כל" מדעתה, כך
7 שגם דין טענה זו להידחות.
- 8 444. אשר לנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה – בקביעה החמירה הממונה את
9 סכום העיצום הכספי ב-20%, משמדובר בהפרה של הוראות פרטניות שניתנו
10 לעוררת. העוררת טענה שהיה למקום הקל עמה בשיעור מירבי, נוכח מנגנון ההדרכות
11 והכשרה עובדיה בכללים הנדרשים לשמירה על דיני התחרות, ובאופן מפורש לנושא
12 הקולחנים. לשיטת העוררת, השיעור הנמוך של הפרות שנמצאו, מוכיח שהעוררת
13 פעלה במישור זה בהצלחה.
- 14 445. אין לקבל טענה זו. המקרים שתוארו בקביעה נעשו במעורבות אקטיבית של מנהלי
15 ערוצים שהורו לעובדי המכירות לפעול כך ודבר המאמצים גם צוין בהתכתבויות להם
16 נחשפו המנכ"ל והסמנכ"ל. לכן מקובלת עלי עמדת הממונה שאין בהדרכות לבסס
17 תם לב של העוררת למנוע הפרות חוק מלכתחילה בהקשר זה. מה גם שכאמור, אין
18 מדובר בהדרכות וולונטריות, שכן חובתה של העוררת לקיים תכנית אכיפה פנימית
19 נקבעה עוד בכללי ההתנהגות שהושתו על העוררת לפני שנים רבות.
- 20 446. עוד בעניין ההחמרה בסכום העיצום כתוצאה מהפרת הוראות פרטניות, אינני מקבלת
21 את טענת העוררת כי גובה העיצום הוחמר בשל התנהלות ספציפית ב-4 מקרים בלבד
22 (שכן אלו המקרים לגביהם הופרו הוראות פרטניות). כפי שהוסבר, המקרים
23 הפרטניים קשורים עם המדיניות הרוחבית של הוצאת מכשירי הנסטי מנקודות
24 המכירה ומדיניות הרוחב כוונה ישירות נגד תכליתן של ההוראות הפרטניות.
- 25 447. אשר לנסיבות חיצוניות להפרה – כאמור החמירה הממונה בגובה העיצום ב-36% בגין
26 מחזור מכירות גבוה במיוחד והפחיתה ב-50% בגין ראשית האכיפה באמצעות עיצום
27 כספי, וב-10% בשל התמשכות הליכים – נימוקים לגיטימיים המעוגנים בכללים
28 שבגילוי הדעת, שלא הוצג נימוק להתערב בהם.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לסיכום פרק זה
- 2 448. קביעת הממונה בדבר הפרת סעיף 29א לחוק, סעיף 1 לצו המוסכם וסעיף 3 להוראות
- 3 לבעל מונופולין בפרק מכשירי הנסטי מקובלת עליי וכך גם שיעור העיצום הכספי
- 4 שהוטל בגינה, כך שהערר בקשר עם פרק זה נדחה.
- 5



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 פרק מדיניות נגד ייבוא מקביל
- 2 449. בתחומי מסחר רבים בהם משווקים בישראל מוצרים בעלי מיתוג בינלאומי קיימת
- 3 פרקטיקה של "ייבוא מקביל" של אותם מוצרים. כלומר, לצד שיווק מוצרים ממותגים
- 4 מטעם בעל המותג או היבואן הרשמי (בעל הרישיון הבלעדי), משווקים מוצרים
- 5 מאותו מותג, דומים או זהים, בידי גורמים אחרים, מכוח "ייבוא מקביל" ומתחרים
- 6 בו. קיומו של ייבוא מקביל מאפשר תחרות על ליבו של הצרכן דרך הורדת המחיר
- 7 לצרכן, הוא מעודד יבואנים נוספים לחפש ולייבא את הסחורה במחיר נמוך מזה בו
- 8 מוכר היבואן הרשמי ובכך מוריד את מחיר של המוצר ומקדם אותו למחיר תחרותי
- 9 יותר. יתרונות אלו ברורים, שכן הם מאפשרים לצרכנים לרכוש את המוצר במחיר
- 10 נמוך יותר.
- 11 450. תופעה זו נדונה בפסיקת בית המשפט העליון עוד בראשית שנות התשעים, במסגרת
- 12 רע"א 371/89 אילן ליבוביץ' נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990),
- 13 תוך שנפסק שאין פסול בייבוא מקביל כשלעצמו, שאיננו מבטא פגיעה בזכות מוכרת
- 14 של היבואן הבלעדי, ואיננו מהווה "עשיית עושר ולא במשפט" כלפיו. לא זו אף זו:
- 15 באותו פסק דין, ובפסקי דין רבים שבאו בעקבותיו, עמדו בתי המשפט על הצורך
- 16 בעידוד האינטרס הציבורי שבתחרות החופשית המתאפשרת באמצעות ייבוא מקביל.
- 17 451. בענייננו אנו: כאמור בקביעה, החל בעשור הראשון של שנות ה-2000, התגברה
- 18 תופעה של "ייבוא מקביל" בתחום עיסוקה של החברה. כך שווקו בארץ מוצרים
- 19 הנושאים את מותגי החברה ומשווקים בידי החברה, שלא יוצרו במפעליה. מדובר
- 20 היה במוצרים שמקורם בשטחי הרש"פ (רמאללה), ובמדינות שונות כגון ארה"ב,
- 21 אנגליה, תאילנד ועוד.
- 22 452. אין חולק כי כיום, לאחר מעשה, בפועל יודעים אנו רק על מוצרי ייבוא מקביל
- 23 ששווקו בארץ בתקופה הרלבנטית שלא כדין, כאשר הם לא סומנו כחוק בידי היצרן/
- 24 היבואן – אם בשל העדר סימון כלשהו בעברית, או מכיוון שהסימון נעשה באופן
- 25 שאיננו עונה על כל דרישות הרגולציה בעניין הסימון. בכלל כך חסר סימון לפי
- 26 פקודת בריאות הציבור (מזון), התשמ"ג-1983; ו/או לפי דיני הגנת הצרכן; ו/או לפי
- 27 ת"י 1145; ו/או לפי חוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט-1999. כמו כן, חלק



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מהייבוא נעשה ללא תשלום מכס ומשכך אינו חוקי. אין ראייה ליבוא מקביל חוקי
2 שבוצע בפועל בתקופה הרלבנטית.
- 3 453. על פי האמור בקביעה, החברה הנהיגה בזמנו מדיניות פסולה לסיכול ייבוא מקביל.
4 זאת על ידי קביעת הוראה גורפת בדבר הפסקת אספקה של משקאות מוגזים ללקוחות
5 שאותרו אצלם מוצרים מיבוא מקביל, בין אם המוצרים המתחרים חוקיים ומסומנים
6 כנדרש ובין אם לאו.
- 7 454. כך, על פי נוסח "נוהל יבוא מקביל" שתוקפו החל מיום 1.7.2009, ושעל פי הקביעה
8 עמד בתוקפו עד לשנת 2014, הונחו עובדי החברה, שאם יימצאו מוצרים מייבוא
9 מקביל אצל לקוח מסוים, תיחסם אצלו אספקת מוצרים מאותה קטגוריה בכלל
10 הטעמים, האריזות והמארזים (לגבי מוצרים שיש עליהם כיתוב בעברית נכתב
11 שהחסימה תבוצע לאחר לקיחת דוגמא מנקודת המכירה). הנוהל איננו מופנה רק אל
12 מנהלי/מקדמי המכירות, אלא גם לנהגים ולעובדים אחרים, למקרה שייתקלו
13 במוצרים מייבוא מקביל אצל לקוחות החברה.
- 14 455. "נוהל יבוא מקביל" הציג תסריט שיחה, שעל פיו עובדי החברה צריכים לנהוג. לפי
15 תסריט זה, במקרה של זיהוי ייבוא מקביל על איש המכירות להודיע ללקוח כי בידי
16 החברה המרכזית חוות דעת משפטית לפיה מוצרי ייבוא מקביל הם בלתי חוקיים
17 ("לקוח נכבד, הינך מחזיק בנקודת המכירה תוצרת הנושאת את מותגי החברה
18 המרכזית להפצת משקאות קלים אולם לא יוצרה ע"י החברה. לפי חוות דעת משפטית
19 שבידנו, מוצרים אלו אינם חוקיים ולכן אנו מנועים מלמכור לך את מוצרי החברה
20 בקטגוריה עד להוצאת הסחורה המקבילה מהנקודה"). הנוהל מכתיב דרך פעולה זו,
21 תוך שאין הוא מפרט מנגנון לבירור חוקיות היבוא בטרם חסימת האספקה ובטרם
22 הצהרה בפני הלקוח שהחסימה מתבצעת בשל שיווק "לא חוקי". כמו כן, אין הנוהל
23 קובע מנגנון לחידוש האספקה, אם יימצא שמדובר במוצרים שסימוןם תיקני.
- 24 456. כאמור בקביעה, יש בנוהל כדי להשפיע על התנהלות לקוחות לא רק על דרך הוראה
25 על הפסקת האספקה ללקוח בפועל, אלא גם בכך שעובדי החברה הודרכו לנסות
26 לשכנע לקוחות שלא להחזיק מוצרים מייבוא מקביל, תוך הבהרה שאם יעשו כן,
27 החברה לא תספק להם מוצרים מאותה קטגוריה עד הוצאת המוצרים שמקורם בייבוא



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מקביל. ואכן, דווח בחברה על לקוחות שהשתכנעו להימנע מלשווק מוצרים מייבוא
2 מקביל.
- 3 457. הקביעה מזכירה מקרה ספציפי בו ייושם הנוהל בשנת 2013, בעניינו של הלקוח _ ,
4 לגביו הופסקה אספקת מוצרים, בשל שיווק מוצרי ייבוא מקביל אצלו, תוך
5 שהאספקה חודשה רק לאחר שאנשי החברה המרכזית השתכנעו שלא נמצאים אצלו
6 יותר מוצרים מייבוא מקביל.
- 7 458. כאמור בקביעה, הממונה דוחה את טענת החברה כי מדובר בנוהל שנועד לטיפול
8 בייבוא מקביל בלתי חוקי בלבד. זאת על בסיס מספר ממצאים: הנוהל לא קבע כי
9 הוא מטפל בייבוא מקביל בלתי חוקי בלבד ושום אבחנה לא נעשתה בנוהל בין ייבוא
10 חוקי לייבוא לא חוקי; קושי שעולה בשל סוגיית חוקיות הייבוא המקביל לא מצדיק
11 מדיניות גורפת בדבר איסור על ייבוא מקביל, בין אם הוא חוקי ובין אם לאו. עם
12 זאת, כאמור, הממונה מאשרת כי בתקופה הרלבנטית אין ראיות לייבוא מקביל תיקני
13 וחוקי, והדבר היווה שיקול לקולה בקציבת העיצום הכספי.
- 14 459. בהתאם נקבע כי בכך הפרה החברה את הוראות הצו המוסכם; את ההוראות לבעל
15 מונופולין; את הוראת סעיף 29; ואת הוראת סעיף 29א לחוק.
- 16 460. בגין פרק זה נקצב עיצום כספי בסך 7,241,986 ₪ לפי התחשיב הבא: העיצום המרבי
17 נקבע בהתאם למחזור המכירות של העוררת; עיצום הבסיס הועמד על 40% מסכום
18 העיצום המרבי לאור חומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות וכן התקופה
19 הממושכת של ההפרה. נלקחה בחשבון עוצמתה של החברה בתחום מוצרי קוקה
20 קולה, ובכך שזו הנהיגה מדיניות שיש בה פוטנציאל משמעותי של פגיעה בתחרות.
21 כשיקולים לקולה נלקחו בחשבון העובדה שהובאו ראיות רק למקרה אחד בתקופת
22 העיצומים בו האיום מומש עד תום, וכן העובדה שבפועל בתקופת ההפרה התקיים
23 ייבוא מקביל לא חוקי בלבד; בשלב שקילת הנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס
24 להפרה, הוחמר סכום העיצום הכספי בשיעור של 20% לאור הפרה של הוראות
25 פרטניות, תוך שנדחתה הטענה כי יש לזקוף לזכות החברה את העובדה שהנוהל לא
26 נהג לאחר שנת 2014, בהינתן שאף שמדובר היה בנוהל שנהג שנים רבות, החברה
27 לא פעלה באופן אקטיבי להפסקתו ולא הודיעה לעובדים על שינוי מדיניות. בשלב
28 שקילת נסיבות חיצוניות הוחמר סכום העיצום הכספי בשיעור של 36% לאור מחזור



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 מכירות גבוה במיוחד, והופחת בשיעור של 50% לאור ראשית האכיפה. כאמור,
- 2 נקבעה הפחתת רוחב החלה על עיצום זה כמו על כלל העיצומים, בשיעור של 10%,
- 3 בשל התמשכות ההליכים.
- 4 טענות העוררת
- 5 461. עיקר טענות העוררת נסובות סביב העובדה עליה אין חולק כי אין בפני הממונה ראיה
- 6 לייבוא מקביל של מוצריה בתקופה הרלבנטית שנעשה כחוק. בפועל, היבוא המקביל
- 7 היה של מוצרים אסורים למכירה ולכן היה מדובר בייבוא מקביל לא חוקי.
- 8 462. בהתאם, לטענת העוררת יש לפרש את הנוהל ככזה שחל רק על ייבוא מקביל בלתי
- 9 חוקי. זאת שכן לטענתה הדעת נותנת שבעת הוצאת הנוהל ראו אנשי החברה לנגד
- 10 עיניהם את המציאות הבלתי חוקית העולה ממסמכים שונים אשר מלמדים על המאבק
- 11 של החברה בייבוא המקביל הלא חוקי לאורך השנים (לדוגמא נספח 84 לעורר, מכתב
- 12 למשרדי הממשלה הרלבנטיים בעניין; נספח 85 שם, מכתב ללקוחות החברה).
- 13 463. בנוסף, בפועל לא הובאה דוגמא ליישום הנוהל וסיכול ייבוא מקביל חוקי מכוחו.
- 14 נטען כי גם במקרה של הלקוח __ לא נעשתה הפסקת אספקה, ומכל מקום, הרקע
- 15 לשיח אודות ייבוא מקביל שם היה בקשר עם ייבוא מקביל בלתי חוקי מרמאללה.
- 16 464. עוד מוסיפה החברה וטוענת כי טענת הממונה בדבר "העברת מסר" ללקוחות כנגד
- 17 ייבוא מקביל אף היא איננה מבוססת. זאת משום שאין אינדיקציה לשיח כולל ונרחב
- 18 עם הלקוחות בעניין; בהעדר בירור של סוגיה זו מצד הרשות מול הלקוחות; ובכל
- 19 מקרה, מדובר היה בייבוא בלתי חוקי שאין פגם במסר כנגדו. כמו כן טענה העוררת
- 20 שאין ראיה לתחולת הנוהל בתקופה הרלבנטית להטלת עיצומים.
- 21 465. לטענת העוררת, אין מדובר בהפרת הוראת הצו המוסכם, שכן מדובר היה בסיכול
- 22 לגיטימי של שיווק לא חוקי. מטעם זה גם אין מדובר בהפרת ההוראות לבעל
- 23 מונופולין, ובהפרת הוראות החוק. עוד נטען שגם אם אין מדובר בסיכול של
- 24 יבוא מקביל, אין בכך משום הפרת ההוראות לבעל מונופולין, שכן לא מדובר בחיוב
- 25 לרכוש מהחברה וממוצריה בלבד, שכן הלקוחות לא היו מנועים מלרכוש מוצרי קולה
- 26 מחברות מתחרות של החברה כגון פפסי, אר סי או כל מותג אחר, או לשווק ייבוא
- 27 מקביל של מוצרים אלו.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 האמנם הנוהל כוון כנגד יבוא מקביל לא חוקי בלבד?
- 2 466. על רקע האמור, אבחן תחילה את טענת העוררת כי הנוהל כוון רק כלפי ייבוא מקביל
- 3 שהוא בלתי חוקי.
- 4 467. מעיון בנוהל גופו עולה כי מדובר בטענה הלוקה באנכרוניזם ומציעה לפרש בדיעבד
- 5 את הנוהל באופן היוצא מידי פשוטו ואיננו עולה בקנה אחד עם נוסחו ותוכנו של
- 6 המסמך, וזאת על יסוד מה שארע בפועל לאחר עריכתו ולא היה ידוע בשעה שנערך.
- 7 468. כך, בנוסח הנוהל עצמו אין כל אינדיקציה לכך שהוא מגביל עצמו ליבוא מקביל לא
- 8 חוקי. הנוהל איננו מפרט כל תהליך לבירור חוקיותו או אי חוקיותו של היבוא,
- 9 ולביטול סנקציית עצירת המכר ללקוח אם יתברר שמדובר במוצרים שאין איסור חוקי
- 10 לשווקם, והוא קובע סנקציה מיידית כנגד מי שיימצא משווק מוצר מייבוא מקביל
- 11 באשר הוא.
- 12 469. אין לקבל את הטענה שאי חוקיות היבוא המקביל לא נבחנה בנוהל משום שהייתה
- 13 בבחינת דבר מובן מאליו, בשל העובדה שכיום ידוע בדיעבד שלא התקיים ייבוא
- 14 מקביל חוקי.
- 15 470. העוררת לא טענה ובוודאי לא הוכיחה שלא ניתן היה לבצע באותה עת ייבוא מקביל
- 16 חוקי. כאמור, הטענות הן להעדר סימון מספק של המוצרים, ולא למכשול מובנה
- 17 וקבוע שעמד בפני ייבוא מקביל חוקי.
- 18 471. לא זו אף זו, ממכתב ב"כ העוררת במסגרת השימוע הראשון עולה כי לגרסתה של
- 19 העוררת עצמה בזמן אמת היה ברור שהאפשרות שיתקיים גם יבוא מקביל חוקי אינה
- 20 דמיונית או תיאורטית.
- 21 472. כלומר, כשחובר הנוהל, לא היה ידוע שכל הייבוא המקביל שיתרחש בחודשים
- 22 הקרובים ובשנים הקרובות יהיה בלתי חוקי. אדרבא, כעולה מן הנוהל, אף שמחברו
- 23 היה מודע לזהות הגופים שמכרו תוצרת מייבוא מקביל באותה עת, הוא היה מודע
- 24 לכך שאין זו רשימה סגורה, כך שייתכן שיתווספו עליהם גופים נוספים. בהתאם
- 25 נרשם שספקי הייבוא המקביל המוכרים כיום הינם גופים מסוימים.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

473. לא זו אף זו, כעולה מטיעוני העוררת עצמה בערר (סעיף 1352 לערר), בשנת 2009
אחד מספקי היבוא המקביל שהוזכר בנוהל כמוכר בעת גיבוש הנוהל (חברת __),
פתח בהליך משפטי כנגד משרד הבריאות בגין סירוב המשרד לתת לו אישור לייבא
מוצרי קוקה קולה. אמנם לא נראה שההליך המשפטי המוזכר בערר הניב את
התוצאות המקוות (התובענה נדחתה בשל חוסר סמכות), אך עם זאת ניתן ללמוד מן
ההליך על פעולה וניסיון שנעשה לשם ייבוא מקביל חוקי ארצה של מוצרי קוקה
קולה.
474. נוכח כך, ברי שאילו אכן כטענת העוררת רצתה היא בזמנו להתמודד בעתיד רק מול
ייבוא בלתי חוקי, מצופה שהייתה מזכירה את סוגיית אי החוקיות בנוהל במפורש,
וקובעת בנוהל מנגנון כלשהו לבירור חוקיות או אי חוקיות הייבוא, למקרה שיתפתח
ייבוא חוקי.
475. הדברים אמורים במשנה תוקף שעה שאין חולק שפעולה לסיכול ייבוא מקביל חוקי
מהווה על פניה הפרה של דיני התחרות, בוודאי כשמדובר בחברה בעוצמתה של
העוררת. נוכח כך, משנקבע נוהל המכוון עצמו לעתיד לבוא, ומבקש להטיל סנקציות
כביכול רק כנגד מי שישווק מוצר מיבוא מקביל לא חוקי, מצופה ביתר שאת שהנוהל
יכלול מנגנון לוידוא אי החוקיות, ואף התייחסות ואבחנה בין ייבוא חוקי לכזה
שאינו חוקי, דבר שאין לו רמז בתוכן הנוהל.
476. העוררת טוענת כי הנוהל גובש על סמך ייעוץ משפטי וטוענת להגנה מכוח כך.
477. אכן נראה מנספח 93 לערר ולמעשה גם מהנוהל עצמו, שקדמה לו היוועצות
משפטית. עם זאת, מסמכים המתעדים את ההיוועצות עצמה לא צורפו, ותוכן הייעוץ
המשפטי והערכת הסיכונים שבו לא הוצג בפני הממונה או בפני בית הדין.
478. בהינתן זאת, הרי שלא רק שלא הוכח שהנוהל, כפי שהוא בפנינו, אושר לאחר יעוץ
משפטי מתמחה; אלא משעה שהעוררת התייעצה בעניין, הדעת נותנת שייעוץ זהיר
ואחראי העמיד את העוררת על הקושי שבפסילת ייבוא מקביל והצגתו כבלתי חוקי,
והבהיר את הצורך בוידוא אי החוקיות בטרם הטלת סנקציה על הלקוח בגינו, דבר
שאינו לו זכר בנוסח הנוהל.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

479. אכן בנוהל מוזכר שכשמדובר במוצרים עם כיתוב בעברית, יש לקחת דוגמא מהם ולהפסיק אספקה. אלא שאין זו הוראה לוידוא אי חוקיות בטרם עצירת אספקה, שכן בנוהל לא נאמר ולו ברמז שקודם להפסקת האספקה בגין יבוא מקביל עם כיתוב בעברית, המוצר ייבדק. כמו כן, לא נכתב שלא יאמר ללקוח שמדובר באי חוקיות בגינה נעצרת לו האספקה בטרם נבדקה הדוגמא.
480. בהתאם, הטענה שמדובר ב"פגם ניסוחי" בנוהל, בהיסח הדעת, בשל הייבוא הלא חוקי שהתקיים באותה עת, שרק הוא נלקח בחשבון כביכול, איננה משכנעת. מדובר בנוהל שעל פי לשונו ותוכנו מתייחס באופן גורף ופוסל ליבוא מקביל באשר הוא, וככזה יש להתייחס אליו.
481. הטענה שלא נדרשו נוהל כתוב והוראות לבירור אי החוקיות משום שאי חוקיות הייבוא והפגם שבסימון היו כה ברורים, ולא הצריכו התייחסות בכתב, אף היא איננה מבוססת ואיננה משכנעת. ראשית, כאמור, ברור שלא ניתן היה לדעת מראש בעת כתיבת הנוהל שצפויה רק אי חוקיות בולטת בסימון. שנית, הממונה הפנתה לסימון של ייבוא מקביל שהתקיים בפועל באותה עת, שעל פניו לא נראה כבלתי חוקי (למשל, נספח 165 לתשובת הממונה לערר, שהינו דיווח מיום 9.9.2009 על איתור ייבוא מקביל במינימרקט ברמת גן).
482. לא זו אף זו, נוסח הנוהל מסביר את הרקע לו ואת מטרותיו, אך לא מזכיר או רומז לבעיה הנוגעת לסימון פגום של המוצרים ולאי חוקיות הנובעת ממנו.
483. הנוהל אף מגדיר על מה הוא חל, תוך שהוא מזכיר שמדובר במוצרים הנושאים את מותג הקבוצה, אך לא יוצרו במפעלי הקבוצה. אין כל אזכור לכך שהמוצרים אינם מסומנים כחוק. כך פותח הנוהל בסעיף 1 "כללי", ומציין שהייבוא המקביל עלול לפגוע בצרכנים בין היתר בשל הטעיה בנושא כשרות, דבר שאין כל זיקה בינו לבין אי חוקיות היבוא.
484. בהתאם, בדין דחתה הממונה את טענות העוררת כי הנוהל התייחס לייבוא בלתי חוקי בלבד. טענה זו איננה אמינה ואיננה מתיישבת עם העובדות והנתונים כפי שהוצגו לעיל, ואין היא אלא ניתוח אנכרוניסטי, המייחס כוונות מלכתחילה, על יסוד מה שארע בפועל בדיעבד.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 485. יובהר: אין מדובר בניסוח שגוי של נוהל, אלא בנוהל שכוון כלפי ייבוא מקביל באופן
2 גורף, ללא אבחנה בין כזה חוקי וכזה שאינו חוקי, שעה שייבוא מקביל מזוהה ככלי
3 תחרותי ממדרגה ראשונה, בפרט כלפי בעלי מונופולין בשיווק מוצר פופולרי ממותג
4 כמו קוקה קולה.
- 5 486. על חשיבותו הפוטנציאלית של הייבוא המקביל לשוק ניתן ללמוד ממה שנרשם
6 בהודעת דוא"ל מיום 29.7.09, אליה צורף בזמנו הנוהל: "חשיבות נושא היבוא
7 המקביל היא עליונה שכן לתגובה שלנו אל מול התופעה ההולכת וגדלה הן מצד
8 קוקה-קולה רמאללה והן מצד יבואנים כאלו ואחרים, יש משמעות רבה הן במסר
9 שאנו משדרים אל השוק והן במסר לכלל עובדים בחברה, ובייחוד לאנשי השטח"
10 (נספח 158 עמ' 2019 לכרך נספחים לתשובת הממונה לערר). לא למותר לציין שגם
11 בהודעת דוא"ל זו נושא אי החוקיות איננו מוזכר כנימוק או כאפיון של הטיפול
12 בעניין.
- 13 487. בהתאם, הונחו אנשי המכירות לפעול כנגד הייבוא המקביל באופן גורף, וכך יש
14 לפרש את הנוהל.
- 15 האם ומתי נהג הנוהל בפועל?
- 16 488. מן המסמכים שהוצגו עולה בבירור שלא מדובר בנוהל שהונפק בשנת 2009 ונזנח,
17 כפי שמנסה העוררת לצייר. נספח 158 לתשובת הממונה לערר כולל אסמכתאות
18 להפצת הנוהל בשנת 2009, 2010, 2011, 2012 ו 2013. שם, במכתב נלווה לנוהל
19 משנת 2013, העניין מוזכר כאחד משני "נושאים חשובים" שמבוקש לתת להם
20 תשומת לב מיוחדת. בנוסף כעולה מנספח 167 לתשובת הממונה לערר, גם בתחילת
21 שנת 2014 קיימת הפניה לנוהל זה (והוא מכונה שם "נוהל פרלל", כפי שייבוא מקביל
22 מכונה לעיתים במסמכי העוררת). כמו כן ראו נספח 161 לתשובת הממונה לערר ובו
23 מסמכים המעידים על כך שעובדי החברה עברו הדרכה ונבחנו על הנוהל מדי שנה,
24 לרבות במחצית שנת 2014, כאמור בפניית ב"כ העוררת לממונה. לא למותר לציין
25 שבבחינה השנתית לעובדי העוררת על הנוהל אין כל אזכור לנושא אי החוקיות של
26 סימון היבוא המקביל או בכלל, ואין כל אבחנה בין ייבוא מקביל חוקי לייבוא מקביל
27 לא חוקי.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

489. בנוסף, צורפו אסמכתאות רבות ליישומי של הנוהל, בכולן לא נמצא כל אזכור לנושא
אי החוקיות. בין היתר בנספח 159 לתשובת הממונה לערר מופיעה תכתובת דוא"ל
מיום 13.10.10 אודות יבוא מקביל מתאילנד, ללא כל אזכור של אינדיקציה לאי
חוקיות, תוך שחשיבות העניין, כפי שנתפסה אצל עובדי החברה, ללא כל זיקה
לחוקיות, עולה מן הדברים המופיעים בתכתובת זו: "תודה __ על המידע החשוב";
"אבקש לגלות ערנות מוגברת בנקודות, זהו סדין אדום!! יש לפעול מיידית לעפ"י
[כך במקור] נוהל יבוא מקביל 11(מצ"ב). תזכורת – לקוח שלא יסכים להפסיק
לצרוך, יחסם בו ביום לכלל קטגוריית המוגז"; "שימו לב!".
490. נספח 160 לתשובת הממונה לערר כולל בין היתר דוא"ל מיום 31.8.10 אודות לקוח
שזוהה אצלו ייבוא מקביל מגרוזיה שהתקבל מ__". איש המכירות מדווח על שיחתו
עם הלקוח המלמדת על מסרים נמרצים ותקיפים המועברים ללקוח שנחשד בייבוא
מקביל, ובכלל כך "העמקת שיתוף הפעולה עם החברה ... (במסגרת המלחמה שאנחנו
מנהלים באזור של יבוא במקביל). הסברתי ללקוח את הצעדים המשפטיים של הדבר
ושבמידה והסחורה תישאר בעסק לא נוכל לעבוד איתו בכלל (הלקוח קיבל דוגמאות
על עסקים שנסגרו כתוצאה מכך)" (ע' 2069 לכרך הנספחים לתשובת הממונה לערר).
כן ראו נספח 164 לתשובת הממונה לערר ובו תכתובת מיום 17.7.13 על ייבוא
מקביל; וכן נספח 165 לתשובת הממונה לערר (מיום 9.9.09).
491. אשר לטענה כי אצל הלקוח __ אותר משקה קוקה קולה שלא יוצר אצל העוררת בשנת
2013, אך מדובר היה בסחורה לא חוקית ובפועל לא הופסקה אספקה בגלל הממצא
– כעולה מן התכתובת המובאת בנספח 168 לתשובת הממונה לערר, אצל לקוח זה
זוהו משטחי מוצרי קולה שמקורם ברמאללה. הממונה איננה טוענת שמדובר בייבוא
מקביל חוקי. עם זאת, דומה שאף אם עניינו של לקוח זה לא מציג אירוע בו נפגעה
בפועל תחרות לגיטימית, יש בו כדי ללמד על שימוש פעיל ורציף בנוהל יבוא מקביל,
נוהל שאיננו מבחין ומבדיל בין ייבוא מקביל חוקי וייבוא מקביל שאיננו חוקי, וככזה
עלול הוא לפגוע בתחרות.
492. הפסקת האספקה באותו מקרה בקשר עם הייבוא המקביל עולה בבירור מן התכתובת:
הודעת דוא"ל מיום 11.9.12 משעה 12:49 המעדכנת את הדרג הניהול "ללקוח
הובהר כי לא יהיה ניתן למוכר מוצרי מוגז עד להוצאת הסחורה המקבילה...".



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 בהמשך, ביום 17.9.13 מדווח כי בשלב זה אין אצל אותו לקוח מוצרים מיבוא מקביל
2 ובהתאם "בשלב זה חזרנו למכור ללקוח".
- 3 493. גם כאן, העוררת מבקשת להוציא את הדברים מידי פשוטם להסבירים בדברים בדיעבד
4 מפי מנהליה.
- 5 494. אך אין בכל אלו הסבר לעובדה הפשוטה שבזמן אמת מדווח על הודעה ללקוח על
6 הפסקת אספקה, וכעבור ימים אחדים מוצגת הודעה פנימית בחברה על "חזרה"
7 למכירה ללקוח, לאחר שהיבוא המקביל הוסר ממקומו. כלומר, הממצא העובדתי
8 המתקבל הוא הפעלת הנוהל והפסקת אספקת קטגוריה ללקוח ששיווק מוצרים
9 מייבוא מקביל בשנת 2013.
- 10 495. אשר לטענה כי לא הוכח שהועבר "מסר" ללקוחות – אכן אנשי המכירות לא הונחו
11 לשוחח עם כלל הלקוחות בנושא זה, אלא רק עם לקוחות אצלם זוהתה סחורה מייבוא
12 מקביל. אך אין בכך כל רבותא. וכי יש לצפות שחברה שמעוניינת להילחם בייבוא
13 מקביל, תציג בפני כלל הלקוחות, לרבות אלו שלא רוכשים מייבוא מקביל, את
14 הנושא? ! החברה כמובן מקדמת את מסריה בעניין זה, כעולה מהנוהל, כלפי אותם
15 אלו שמצאו לנכון לצרוך ייבוא מקביל. ביחס לאלו, כאמור, הנוהל מנחה את אנשי
16 המכירות של העוררת לפעול כלפי לקוחות אלו לחסימת אספקה מיידית.
- 17 496. בנוסף, הנוהל משנת 2013 מוסיף ומקדים לחסימה, שיחת שכנוע על מנת למגר את
18 הייבוא המקביל בהסכמה (כאמור שם, מקדם המכירות/ מנהל הלקוחות "ינסה
19 להסביר ללקוח את משמעות אחזקת מוצרי ייבוא מקביל ולשכנעו להוציא מנקודת
20 המכירה עפ"י תהליכי המכירה הרגילים"). די בנוסח הנוהל כשלעצמו, נוהל שהוכח,
21 כאמור, ככזה שיישום והופעל בשטח, כדי להוכיח כי אכן הועבר מסר ללקוחות
22 שצרכו ייבוא מקביל, כי יש לחדול מכך, ואם לא כן – יבולע להם.
- 23 497. העובדה שהמסר הועבר באופן גורף, והייבוא המקביל כולו הוצג ככזה שאיננו חוקי,
24 בלא שנעשית בדיקה מקדימה, שמא החל ייבוא מקביל חוקי לארץ, עולה מנוסח
25 הנוהל. הנוהל נהג, כאמור, לאורך שנים, והעובדים נבחנו עליו ואף יישמו אותו.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

498. בנוסף, כאמור, הנוהל כולל אמירה ברורה שעל אנשי השיווק להציג בפני הלקוחות
1 מצג מובהק כדבר אי חוקיות ייבוא מקביל: "הינך מחזיק בנקודת המכירה תוצרת
2 הנושאת את מותגי החברה המרכזית להפצת משקאות קלים אולם לא יוצרה ע"י
3 החברה. לפי חוות דעת משפטית שבידנו, מוצרים אלו אינם חוקיים ולכן אנו מנועים
4 מלמכור לך את מוצרי החברה בקטגוריה עד להוצאת הסחורה המקבילה מהנקודה".
5
499. סבורה אני כי די בדברים ברורים אלו כדי להוכיח שהנוהל מיסד העברת מסר בגנות
6 ייבוא מקביל, וכן בדבר קשיים שתגרום החברה למי שיהיה מעורב בשיווק ייבוא
7 מקביל.
8
500. אינני מקבלת את טענת העוררת כי לא ניתן לבסס שמסר כזה הועבר, בלי לברר את
9 הבנת הלקוחות בעניין. לאנשי המכירות נאמר שייבוא מקביל איננו חוקי ויביא
10 מיידית לעצירת אספקת כל הקטגוריה, וכך הם הונחו לומר ללקוחות. אנשי המכירות
11 פעלו כפי שהתבקשו, כפי שעולה מן המסמכים, ודי בכך כדי לבסס את המסקנה
12 שהמסר הועבר.
13
501. הנה כי כן, התמונה העובדתית המתקבלת היא שעניינו של נוהל ייבוא מקביל שנהג
14 אצל העוררת לאורך שנים, לרבות בשנת 2014, ואשר עובדי החברה נבחנו עליו ואף
15 יישמו אותו לאורך השנים, היה בייבוא מקביל עתידי לסוגיו – חוקי ולא חוקי, ללא
16 אבחנה והבדלה בין שני אלו. הנוהל יושם לאורך השנים ומכוחו הועבר ללקוחות
17 שפעלו בתחום מסר גורף בגנות ייבוא מקביל באשר הוא.
18
- ההפרות הנגזרות מהמדיניות נגד יבוא מקביל
19
502. כאמור, בקביעה מצאה הממונה כי התנהלות העוררת בעניין הייבוא המקביל היוותה
20 הפרה של הוראות הצו המוסכם; הוראות לבעל מונופולין; הוראת סעיף 29 לחוק
21 והוראת סעיף 29א לחוק.
22
503. עיקר טענות העוררת כנגד מסקנה זו נסובות על הטענה העובדתית, אותה דחיתי, כי
23 הנוהל התייחס לייבוא בלתי חוקי בלבד. משנדחתה טענה עובדתית זו, אין מקום
24 לטענות אלו. אשר ליתר הטענות, ובכללן אלו הקשורות בכך שבדיעבד יודעים אנו
25



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 שבפועל לא התקיים יבוא מקביל חוקי של המוצרים לישראל בתקופה הרלבנטית,
2 אלה ייבחנו לפי ההפרות השונות שיוחסו לעוררת בקביעה.
- 3 הוראות הצו המוסכם
- 4 504. הקביעה בדבר הפרת הוראות הצו המוסכם נסובה על הוראת סעיף ב.1 רישא לצו
5 המוסכם הקובעת:
- 6 "סירב לקוח לרכוש מוצר של החברה או הביע לקוח עניין ברכישה
7 מוצר שאינו משווק או מיוצר על ידי החברה, לא תנקוט החברה
8 כנגדו בצעדים שנועדו למנוע רכישה כאמור או בצעדים שנועדו
9 להרתיעו מלממש את רצונו..."
- 10 505. בקביעה מציינת הממונה כי נוהל ייבוא מקביל מורה להפר הוראה זו. משקיבלתי את
11 עמדת הממונה כי הנוהל איננו מפריד בין ייבוא מקביל חוקי לייבוא מקביל שאיננו
12 חוקי, והוא חל על גם ייבוא מקביל חוקי, אכן מהווה הנוהל הוראה להפר את הצו
13 המוסכם.
- 14 506. אלא שדומה שעל אף פסול זה שבנוהל, אין די בכך כדי לקבוע כי הופרה הוראת הצו
15 המוסכם, משאין חולק שאין ראיה לייבוא מקביל חוקי בתקופה הרלבנטית. אף
16 שהנוהל יצר הרתעה מפני עיסוק בייבוא מקביל, הרי שלא נראה שיכול שהיו לקוחות
17 שהביעו עניין בשיווק מוצר מייבוא מקביל חוקי, שהרי יבוא כזה לא התקיים בפועל.
- 18 507. אינני סבורה שניתן לפרש את הסעיף כך שהוא יחול כפשוטו, במישורין, על מקרה בו
19 לקוח התעניין ברכישה מוצר לא חוקי ממקור אחר. אין זה סביר שתכלית ההוראה
20 הייתה הגנה על שיווק בלתי חוקי של מוצרים.
- 21 508. הממונה לא הציגה כל מקרה בו בפועל לקוח הביע עניין ברכישה מוצר לגיטימי
22 מגורם אחר, דבר שבפועל בדיעבד יודעים אנו שלא התקיים, שכן הממונה לא
23 הצביעה על כל אפשרות מעשית לרכישה מוצר לגיטימי מגורם אחר.
- 24 509. בהתאם, בהעדר מוצר לגיטימי לרכישה לאורך התקופה הרלבנטית, לא חלה הוראת
25 הצו ולא נראה שהיא הופרה בפועל, בהעדר מוצר לגיטימי לרכישה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 20-03-16677 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 510. בהקשר זה יוטעם כי מקובלת עליי עמדת הממונה בתשובתה לערר כי "פעולות נגד
2 יבוא מקביל בלתי חוקי עשויות לפגוע – ולו בעקיפין – גם ביבוא מקביל חוקי,
3 ובמקרה כזה יתכן שהעוררת לא תהיה רשאית לנקוט באותן פעולות" (סעיף 948
4 שם).
- 5 511. עם זאת, לא על כך נסובה קביעת הממונה. נקודת המוצא של הקביעה – המקובלת
6 עליי היא שהעוררת הנהיגה נוהל ייבוא מקביל גורף שאיננו מבחין בין מוצרים
7 חוקיים לכאלה שאינם, ובכך הפסול שבו. הפסול שבמניעת יבוא מקביל של מוצרים
8 לא חוקיים כשלעצמו, מורכב יותר ומצריך עיון מדוקדק שקביעת הממונה איננה
9 עוסקת בו.
- 10 512. מקום שבדיעבד מתברר שלא ניתן היה ליישם בפועל את הנוהל בקשר עם יבוא מקביל
11 תקני, לא נראה שמדובר בהפרה של הוראת הצו המוסכם המדבר ככלל על נקיטת
12 צעדים להרתעה מפני רכישה לגיטימית אפשרית, דבר שלא התרחש.
- 13 513. בהתאם, אף שאכן מוצאת אני פסול תחרותי בנוהל הייבוא המקביל הנדון, סבורה
14 אני כי בהינתן שבתקופה בתקופה הרלבנטית לא ידוע על ייבוא מקביל חוקי, וממילא
15 לא על סנקציה שננקטה בפועל לסיכולו, אין לקבוע כי ההוראה האמורה הופרה.
- 16 הפרת ההוראות לבעל מונופולין
- 17 514. הקביעה בדבר הפרת הוראות לבעל מונופולין נסובה על סעיף 1 להוראות הקובע כי
18 "החברה לא תתנה את אספקת מוצרי החברה (כולם או חלקם), או את תנאי אספקתם,
19 ברכישת סוג משקאות מסויים רק מהחברה", וכן סעיף 2 שם האוסר על "הסכמות
20 בלעדיות", שהגדרתן היא "הסכמות בין הלקוח לחברה, הן במישרין והן בעקיפין,
21 לפיהן ירכוש הלקוח רק את מוצרי החברה ולא ירכוש משקה או משקאות שאינם
22 משווקים על ידי החברה...".
- 23 515. בהינתן נוסחן של ההוראות האמור, בשונה מנוסח הוראת הצו המוסכם, כאן די
24 במדיניות ובהנחיות כלליות הניתנות ללקוחות כי אם יגיעו הם לכלל שיווק ייבוא
25 מקביל יכולע להם – כדי להפר את ההוראות. בין אם בפועל התאפשר בסופו של דבר
26 שיווק ייבוא מקביל חוקי ובין אם לאו.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 516. בענייננו, כאמור, הורה הנוהל לומר ללקוחות שצרכו ייבוא מקביל אמירה גורפת
2 וכללית, ללא בדיקה והסבר, בגנות ייבוא מקביל, באשר הוא, כבלתי חוקי, והודעה
3 על סנקציה חריפה ביותר ומיידית שתינקט כלפי מי שיעסוק בו.
- 4 517. זו, להבנתי, פרשנותו הפשוטה של המסר העולה מן התסריט שזו לשונו:
- 5 "לקוח נכבד, הינך מחזיק בנקודת המכירה תוצרת הנושאת את
6 מותגי החברה המרכזית להפצת משקאות קלים אולם לא יוצרה ע"
7 החברה. לפי חוות דעת משפטית שבידנו, מוצרים אלו אינם חוקיים
8 ולכן אנו מנועים מלמכור לך את מוצרי החברה בקטגוריה עד
9 להוצאת הסחורה המקבילה מהנקודה".
- 10 518. העוררת מציעה להפריד בין המשפט הראשון והשני שבתסריט, ולטעון כי המשפט
11 הראשון המתאר את המוצרים לגביהם מתייחס איש המכירות ("תוצרת הנושאת את
12 מותגי החברה המרכזית להפצת משקאות קלים אולם לא יוצרה ע"י החברה"), עומד
13 בפני עצמו; והמשפט השני המדבר באי חוקיות ("לפי חוות דעת משפטית שבידנו,
14 מוצרים אלו אינם חוקיים"), אף הוא עומד בפני עצמו.
- 15 519. לשיטתה, אין להסיק מנוסח התסריט דווקא שכל "תוצרת הנושאת את מותגי החברה
16 המרכזית להפצת משקאות קלים אולם לא יוצרה ע"י החברה" איננה חוקית, אלא רק
17 שהמוצרים הספציפיים שעמדו בפני איש המכירות, אינם חוקיים.
- 18 520. אף אם אין לשלול שייתכן שיש מי שיבין כך את הדברים, אינני סבורה כי זו הפרשנות
19 הפשוטה והטבעית שלהם. סבורה אני כי התסריט שמנחה את אנשי המכירות לפנות
20 ללקוחות בנוסח זה, מידע אותם הלכה למעשה בעובדה שאיננה נכונה – שתוצרת
21 הנושאת את מותגי החברה, שלא יוצרה על ידי העוררת, איננה חוקית (ואף תבסס
22 הצדקה לחסימת קטגוריה). כלומר, שייבוא מקביל של מוצרים הנושאים את מותגי
23 החברה, באשר הוא, איננו חוקי. כך נוסח הדברים ומשמעם הסביר והפשוט.
- 24 521. נוהל הייבוא המקביל ויישומו היוו אפוא הפרה של ההוראות לבעל מונופולין
25 האוסרת על הסכמות בלעדיות ועל התניית אספקת מוצרי החברה ברכישת סוג מסוים
26 של משקאות מהחברה בלבד.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

522. אשר לטענה שגם אם אכן מדובר בנוהל הפועל כנגד יבוא מקביל חוקי, אין בכך משום הפרת ההוראות לבעל מונופולין, שכן לא מדובר בחיוב לרכוש "רק" מהחברה, שכן הנוהל לא אוסר על הלקוחות לרכוש מוצרי קולה ממותגים חלופיים (כגון פפסי, אר סי או כל מותג אחר) – אינני מקבלת טענה זו.
523. הפרשנות המוצעת בידי העוררת להוראות לבעל מונופולין היא שלמעשה הן מתירות לעוררת הדרת משקאות במסגרת דרישה לבלעדיות, ובלבד שהעוררת תאפשר שיווק מותג מסוים, זניח ככל שיהיה, שאיננו של העוררת. זאת, גם אם כל יתר המותגים יודרו.
524. פרשנות דווקנית זו איננה סבירה ואיננה מתיישבת עם תכלית ההוראות שנועדו למנוע הדרת לקוחות ממשקאות מסוימים בידי העוררת. מה גם שמה שנאמר ללקוחות לפי התסריט האמור הוא שתנאי להמשך קבלת מוצרי קוקה קולה הוא המשך רכישת סוג מסוים של משקאות – משקאות ממותגי קוקה קולה – מהעוררת בלבד. בדיוק מה שההוראות לבעל מונופולין אסרו על העוררת לעשות.
525. יתר על כן, כפי שמציינת הממונה בצדק, הגדרת "הסכמות בלעדיות" אוסרת הן על הסכמה לרכישה רק מהחברה, והן על הסכמה שלא לרכוש משקה שאיננו משווק בידי החברה. כך שגם אם נאחז בפרשנות דווקנית כפי שמציעה העוררת, מדובר בהפרה.
- סירוב בלתי סביר לספק מוצר במונופולין (סעיף 29 לחוק)
526. הוראת סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית קובעת:
- "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין".
527. בעניינו, קביעת הממונה בדבר הפרת סעיף 29 לחוק, מתבססת על כך שהמדיניות בדבר הפסקת האספקה ללקוח שרכש מוצר מייבוא מקביל, כפי שיושמה בעניינו של הלקוח __ בתקופה הרלבנטית להטלת עיצום, היוותה סירוב בלתי סביר לספק מוצר שבמונופולין.
528. אלא שכעולה מדברי הממונה, בפועל לא היה מדובר בייבוא מקביל חוקי כנגדו פעלה העוררת. לא זו אף זו: הממונה לא טענה, ולא עלה מהחומר, כי בזמן אמת מוצרי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 היבוא המקביל שהחזיק ____ נחזו על פניהם להיות יבוא מקביל ששאלת חוקיותו
- 2 טעונה בירור. מדובר היה במשקאות קלים שמקורם ברמאללה, אשר על פי האמור
- 3 בנספח 79 לערר, בו מתאר הטכנולוג הראשי של העוררת את אריזות המשקה
- 4 המיוצרות ברמאללה ומוצעות למכירה בשטח ישראל, אינן נושאות כל סימון
- 5 בעברית, בניגוד לתקן, כך שאי חוקיות שיווקן בולט לעין.
- 6 529. בנסיבות אלו לא נראה שהיה מקום לקבוע שהסירוב לספק מוצרים ללקוח ____ בגין
- 7 החזקת יבוא מקביל, היה סירוב בלתי סביר האסור לפי סעיף 29.
- 8 530. בעניין זה יודגש: כאמור, אכן בנסיבות מסוימות אפשר שגם פעילות כנגד יבוא
- 9 מקביל בלתי חוקי תהיה פסולה תחרותית. אלא שזיהוי פעילות מעין זו כהפרת דיני
- 10 התחרות טעון בירור מעמיק לשם זיהוי נסיבות בהן הפעולה כנגד היבוא הבלתי חוקי,
- 11 עשויה לפגוע גם בתחרות לגיטימית. בירור כזה לא נעשה בענייננו, ובהתאם לא ניתן
- 12 לקבוע שעצירת האספקה ללקוח זה בגין עיסוקו ביבוא מקביל שניתן היה לזהותו על
- 13 פניו כבלתי חוקי, היוותה הפרה של סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית.
- 14 ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (סעיף 29א לחוק)
- 15 531. הוראת סעיף 29א לחוק קובעת:
- 16 "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול
- 17 להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".
- 18 532. הקביעה בדבר הפרת סעיף 29א לחוק (ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי) מתבססת
- 19 על כך שמדיניות החברה בדבר הפסקת האספקה ללקוח שרכש מוצר מייבוא מקביל
- 20 ויישומה, הייתה עלולה להפחית את התחרות בעסקים ולפגוע בציבור. עוד נטען כי
- 21 שמדובר בסיטואציה הנזכרת בסעיף 29א (ב)(2) לחוק – "צמצום ... של כמות
- 22 נכסים ... המוצעים על ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת",
- 23 המקים חזקה חלוטה בדבר ניצול פסול לרעה (רע"א 1248/19 גפניאל נ' החברה
- 24 המרכזית, פסקה 27 (פורסם במאגרים; 26.7.22)).
- 25 533. מקובלת עליי עמדת הממונה כי הנוהל העביר למתעניינים בייבוא מקביל מסר פסול
- 26 וגורף כנגד ייבוא מקביל, תוך איום בסנקציה קשה, וכי הדברים עולים כדי ניצול



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לרעה של כוח מונופוליסטי, בפרט בשים לב לסנקציה החריפה שהוצגה: הפסקת
2 אספקת כל הקטגוריה.
- 3 534. אינני מקבלת את טענת העוררת כאילו התנאי בדבר עלילות לפגיעה בתחרות לא
4 התקיים משום שבפועל לא היה יבוא מקביל חוקי בזמן בו פעלה העוררת לפי נוהל
5 ייבוא מקביל. כאמור, העלילות לפגיעה בתחרות איננה נבחנת בדיעבד, לפי האופן
6 בו התפתחה או לא התפתחה התחרות. בזמן אמת, יכול היה להתפתח ייבוא מקביל
7 חוקי, והנוהל שלחם באגרסיביות כנגד ייבוא חוקי ולא חוקי כאחד, עלול היה לסכל
8 זאת וכך לפגוע בתחרות. משהחברה נקטה בנוהל גורף לגבי איסור שיווק ייבוא
9 מקביל, בין אם חוקי ובין אם לאו, שהרי היא "סגרה" בפני המשווקים את האופציה
10 לייבוא כזה, באופן שהכווין להתרחק מחלופה זו, כך שהחברה אכן הפרה את בסעיף
11 29א לחוק.
- 12 אשר לטענות כנגד עצם הטלת העיצום ושיעורו
- 13 535. טוענת העוררת כי בכל הנוגע לפרק העוסק במדיניות נגד ייבוא מקביל, הופלתה היא
14 לרעה לעומת חברת שסטביץ', אשר גם היא הייתה שותפה למהלך כנגד ייבוא מקביל
15 בעניין קולגייט, אך לא חויבה בידי הרשות בעיצום כספי.
- 16 536. אלא שכפי שמציינת הממונה, אף שגם בעניינה של שסטוביץ' מדובר היה בייבוא
17 מקביל, לא הועלתה כנגד שסטוביץ' כל טענה אודות איום מצידה של שסטוביץ' על
18 לקוחות בסנקציות קשות במקרה שישווקו ייבוא מקביל, כך שאין הנדון דומה לראיה.
- 19 537. אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית לעומת חברת טמפו, שגם נחשדה במלחמה פסולה
20 בייבוא מקביל, אך לא ננקטה כלפיה כל סנקציה – בכתב התשובה צוין שמדובר בתיק
21 פתוח שטרם הוכרע מה ייעשה בו. בהמשך, בעת חקירת המצהיר מטעם הממונה,
22 התברר שהתיק נגד טמפו נסגר, משום שלא הצטבר חומר ראיתי. גם כאן אין מדובר
23 אפוא באפליה.
- 24 538. נטען כי בהעדר ייבוא מקביל חוקי בפועל, הפוטנציאל לפגיעה בתחרות אפסי
25 ובהתאם בשלב קביעת עיצום הבסיס, מן הדין היה לקבוע שיעור אפסי מן הסכום
26 המירבי – 0% ולא 40% כפי שקבעה הממונה.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 539. אינני מקבלת טענה זו. כשמדובר בבעלת מונופולין דוגמת העוררת, המשווקת באופן
2 בלעדי מוצרים שהם בבחינת "must have" עבור חלק מהלקוחות, קביעת סנקציה
3 קשה כנגד לקוחות שירכשו מוצרים מיבוא מקביל היא פעולה חמורה ביותר בהיבט
4 התחרותי של חשיבותו של היבוא המקביל עליו עמד בית המשפט העליון, כאמור,
5 עוד בעניין רע"א 371/89 אילן ליבוביץ' נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309
6 (1990), וכן בהמשך ובין היתר בעניין ע"א 7629/12 טוויסה נ' Tommy Hilfinger
7 Licensing LLC (פורסם במאגרים; 16.11.14).
- 8 כמידת חשיבותו ויכולתו של הייבוא המקביל להשפיע על התחרות בשוק, מידת
9 חומרת פעילותו של זה המנסה להביא לסיכולו.
- 10 540. עיקר החומרה ופוטנציאל הפגיעה מוערכים מראש, מנקודת המבט של תקופת הנוהל,
11 כשלא ידוע שלא יתפתח ייבוא מקביל חוקי. ברי כי פוטנציאל נבחן מראש, ולא
12 בדיעבד.
- 13 541. לצד זאת, כעולה מן הקביעה, הממונה לא התעלמה ממה שארע בפועל, והעובדה
14 שבפועל הייבוא מקביל היה לא חוקי, ולקחה גם זאת בחשבון.
- 15 542. נוכח המכלול, אינני סבורה כי העמדת רף העיצום הבסיס על 40%, מצדיק התערבות
16 והוא סביר וראוי במכלול הנסיבות.
- 17



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לסיכום פרק זה
- 2 543. לאור האמור, ומשמצאתי שבפרק זה מדובר בהפרת ההוראות לבעל מונופולין
- 3 ובהפרת סעיף 29 א לחוק התחרות, אך לא בהפרת הצו המוסכם ולא בהפרת סעיף 29
- 4 לחוק, מופחת תחשיב הממונה אודות סך העיצום הכספי כך שבשלב שקילת הנסיבות
- 5 הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, יוחמר סכום העיצום הכספי בשיעור של
- 6 10%, לאור הפרה של הוראה פרטנית אחת.
- 7



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 חלק ג': סוגיות כלליות
- 2 סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים
- 3 האם נפל פגם בהטלת עיצום כספי בגין הפרת הצו המוסכם וההוראות לבעל
- 4 מונופולין?
- 5 544. סמכות הממונה להטיל עיצום כספי עוגנה בתיקון מספר 13 לחוק מ-2012 במסגרת
- 6 סעיף 50 ד לחוק. העוררת סבורה שהממונה אינה מוסמכת להטיל עיצום כספי בגין
- 7 הפרת ההוראות לבעל מונופולין והצו המוסכם, משלא הייתה מוסמכת להטיל
- 8 עיצום כספי כשאלו שנקבעו (ב-1998 ו-2005 בהתאמה) כך שמדובר בהפעלת
- 9 סמכות באופן רטרואקטיבי.
- 10 545. אשר לצו המוסכם – נטען כי העיצומים הכספיים בגינו הוטלו בחוסר סמכות גם
- 11 משום שדומה הוא במהותו לפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין. זאת כאשר מדובר
- 12 בפשרה במסגרתה לא הסכימה העוררת שהצו המוסכם ייאכף באמצעות עיצום כספי
- 13 שתטיל הממונה, אלא אך באמצעות בית הדין לתחרות – באופן שניתן היה לעשות
- 14 בעת שהסכימה לצו (לשיטת העוררת, בפנייה לבית הדין לתחרות) ובהתאם לאמור
- 15 בסעיף 7 בצו המוסכם.
- 16 546. אשר להוראות לבעל מונופולין - נטען כי העיצומים הכספיים בגין הוטלו בחוסר
- 17 סמכות, שכן גם הוראות אלו הן תולדה של הסכמה בין העוררת לממונה, הסכמה
- 18 שהותנתה בכך שהוראות זהות יינתנו למתחרים, בעוד אלו לא ניתנו להם בפועל.
- 19 547. בקביעה דחתה הממונה את הטענות והסבירה שהעיצומים הכספיים הוטלו בגין
- 20 הפרות שנעשו לאחר כניסתו לתוקף של התיקון לחוק ועיגון סמכותה להורות על
- 21 עיצום כספי בדין. בנוגע לצו המוסכם נטען כי הדין איננו מחייב לפנות לבית הדין
- 22 לאכיפת צו מוסכם, ואין ללמוד דרישה כזאת מסעיף 7 לצו המוסכם דנן, העוסק
- 23 במעורבות בית הדין במקרה של ספק שיתעורר בקשר לתחולתן או פרשנותן של
- 24 הוראות הצו המוסכם, ותו לא.
- 25 548. כפי שיפורט להלן, אינני רואה בטענות העוררת כפוגעות או מבטלות את סמכות
- 26 הממונה להטיל עיצומים כספיים בגין הוראות לבעל מונופולין והצו המוסכם שניתנו



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

לפני סמכותה לעשות כן. המעשים בגינם מוטל העיצום נעשו לאחר תחילתה של אותה סמכות.

549. אינני מקבלת כי מדובר בחקיקה רטרואקטיבית. כפי שנפסק לא אחת, חוק רטרואקטיבי משנה את מעמדה המשפטי של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. לעומתו, חוק פרוספקטיבי משנה את מעמדה המשפטי של פעולה שתיעשה אחרי כניסת החיקוק לתוקף. חוק אקטיבי משנה את תוצאותיו המשפטיות של מצב אשר היה כבר קיים ביום כניסת החיקוק לתוקף, כלפי העתיד (בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, 37 (פורסם במאגרים; 2.4.2013)).

550. אמנם ענייננו כאן בפעולות שהן, כנטען, הפרת צו מוסכם והפרת הוראות לבעל מונופולין שנקבעו קודם תחילת סמכות הממונה להטיל עיצום כספי בגינם. ואולם, האיסור המשפטי על ההפרות היה קיים גם בטרם כניסתה לתוקף של סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים – משעה שניתנו הצו המוסכם וההוראות לבעל מונופולין. זו משמעות הצו וזו משמעות ההוראות.

551. אכן, עם הכניסה לתוקף של סמכות הממונה, התוצאה של הפרת האיסור המשפטי השתנתה. ואולם, שינוי התוצאה המשפטית של פעולה המתקיימת לאחר כניסתו לתוקף של החוק – היא פעולה משפטית אקטיבית או פרוספקטיבית, ולא רטרואקטיבית (ראו גם ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 779 (1992)).

552. העוררת מבקשת להדגיש את מימד הסכמתה למתן הצו המוסכם.

553. אולם גם אם הצו המוסכם מהווה חוזה רגולטורי במסגרתו הוסכם על אי הפעלת סנקציה בתמורה לציות עתידי לחוק (כפי שהוצע אצל תמר קלהורה אכיפת חוק ציבורית-אזרחית: תביעות נזיקין מטעם המדינה בשל פגיעה באינטרס הציבורי 260 (2018), וגם אצל שרון ידין רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 88 (2018)), הרי שבכל הנוגע לסנקציה על הפרה שנעשתה לאחר כניסתה לתוקף של סמכות הממונה להטילה – מדובר בחוק פרוספקטיבי. מעבר לנדרש יוסף, כי בית הדין רשאי לשנות בכל עת את הוראותיו של צו מוסכם בהתאם לסעיף 50ב(ה) לחוק, כך שגם מימד ההסכמה כשיקול רלוונטי – מוגבל.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 554. זאת ועוד: צו מוסכם והוראות לבעל מונופולין הם כלים משפטיים שהוספו לארגז
2 הכלים של הממונה על מנת לאפשר הגברת הציות לחוק לטובת הציבור, באופן יעיל
3 יותר מהכלים שעמדו לרשות הממונה קודם לכן. כך לגבי הצו המוסכם בדברי ההסבר
4 להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 5), התשנ"ט-1999, ה"ח הממשלה 386,
5 394 וכך לגבי ההוראות לבעל מונופולין בדברי ההסבר להצעת חוק להגברת הצמיחה
6 והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-
7 1997, ה"ח הממשלה 20, 25. ברבות הימים הוסף מכשיר נוסף לארגז הכלים של
8 הממונה לטיפול בהפרות, המאפשר סנקציה מרוככת במקרה של הפרה – העיצום
9 הכספי. כלי זה, בדומה לצו מוסכם ולהוראות לבעל מונופולין, נועד לאפשר הגברת
10 הציות לחוק באופן יעיל יותר, אף אם פחות חמור (דברי ההסבר להצעת חוק
11 ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), בעמ' 240).
- 12 555. בהינתן זאת, פרשנות החוק ככזה השולל מן הממונה שימוש בכלי העיצום הכספי
13 לטובת אכיפת הפרות עתידיות של צווים והוראות מן העבר, מסכלת את מטרת החוק
14 ואיננה תואמת את תכליתו.
- 15 556. הדברים בולטים באשר להוראות לבעל מונופולין – סעיף 47 לחוק, גם בנוסחו לפני
16 שהוספה הסמכות להטיל עיצום כספי, קבע כי הפרת הוראות לבעל מונופולין היא
17 עבירה פלילית. כלומר לצורך אכיפת בהוראות לבעל מונופולין ניתן לנקוט הליך
18 פלילי, גם אם מדובר בהוראות שנקבעו בשנת 1998.
- 19 557. בנסיבות אלה בהקשר דנן העיצום הכספי הוא, אפוא, אמצעי חליפי להליך הפלילי,
20 למקרה של הפרת ההוראות לבעל מונופולין.
- 21 558. על רקע זה, הטענה שמכשיר הביניים – העיצום הכספי – נשלל מארגז הכלים של
22 הממונה ביחס להפרות שנעשו לאחר תחילתו, משום שהנורמה שהופרה אפשרה
23 בזמנו נקיטת הליך פלילי ותו לא, איננה מסתברת. היא איננה עולה בקנה אחד עם
24 הגיונו של החוק, ואיננה נרמזת בלשונו.
- 25 559. אשר להתייחסות העוררת לפן ההסכמי שבהוראות לבעל מונופולין – אף שקדמה
26 להוראות הידברות, הרי שבסופו של דבר הן נעשו מכוח הוראת דין המחייבת לציית
27 להן, תוך שקיומן איננו נתון עוד לבחירת העוררת. אדרבא, כאמור, בשעה שהעוררת
28 נתנה הסכמתה להחלת ההוראות עליה, הסנקציה על הפרתן הייתה בעיקר הסנקציה



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

הפלילית. לפיכך בכל הנוגע להוראות לבעל מונופולין סבורה אני במשנה תוקף
שברור שלא נפל פגם בסמכות הממונה להטיל עיצומים כספים בגין ההוראות לבעל
מונופולין שניתנו לעוררת בגין רטרואקטיביות כביכול.

560. הדברים יפים גם באשר לצו המוסכם. אמנם בכל הנוגע להפרת הוראות הצו המוסכם
לא הייתה כל סנקציה פלילית בזמנו והחוק לא קבע כל פרוצדורה לאכיפתו עת ניתן
(ה"ע (מחוזי ירושלים) 28/01 אוטו ליין בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ, פס'
14 (פורסם במאגרים; 28.9.2004)). אולם אין בכך כדי לשנות מהשיקולים שפורטו
לעיל המצדיקים הטלת עיצום בגינו.

561. אשר לטענת העוררת בהסתמך על סעיף 7 לצו המוסכם – אף זו איננה מסתברת. סעיף
7 לצו המוסכם קובע כך: "כל ספק שיתעורר בקשר לתחולתם או פרשנותן של הוראות
צו זה יובא להכרעת בית הדין. הממונה יהיה צד לכל בקשה כאמור".

562. ההוראה על פי לשונה חלה במצב בו קיים ספק אצל אחד הצדדים – מטבע הדברים,
בדרך כלל, העוררת – החפץ להביאו להכרעה. בעניינו, כעולה מן הקביעה, אצל
הממונה לא קיים ספק פרשני או ספק לגבי התחולה והפרשנות של הצו. ממילא, סעיף
7 לא חל וברי כי הממונה רשאית לנקוט הליכי אכיפה, בלא פניה מוקדמת אל בית
הדין. שנית, לא נראה באיזה אופן יכולה הסכמה בין הצדדים, ליצור סמכות לבית
הדין כגורם אוכף, מקום בו על פי דין, לממונה ניתנו הסמכויות המתאימות בחוק,
ולא לבית הדין.

563. זאת ועוד: ההפרות הנידונות בפסק דין זה, רובן ככולן, לא נשענות באופן בלעדי על
הפרת ההוראות לבעל מונופולין או הצו המוסכם, כך שגם אילו התקבלה הטענה,
הייתה הממונה מוסמכת להטיל את העיצומים הכספיים. כלומר, גם אילו סברתי –
ואינני סבורה – שאין מקום לחיוב בעיצום כספי בגין הפרת צו מוסכם שנעשה ב-
2005, או הוראות לבעל מונופולין מ-1998, לא היה בכך כדי לבטל עיצומים כספיים
שאינם נסמכים אך על הפרות אלו (אף כי לדבר עשויה הייתה להיות השפעה על
שיעור העיצומים).



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 סמכות הממונה להטיל עיצום כספי – האם נפל פגם בפרסום לפי 50ד(א) לחוק
2 המוציא את סמכות הממונה להטיל עיצום כספי בגין מעשה בניגוד לסעיף 29 לחוק?
- 3 564. העוררת טוענת כי נפל פגם ברשימת המעשים שפרסמה הממונה ב-24.10.2012
4 בהתאם לסעיף 50ד(א) לחוק על מנת שתחול סמכותה להטיל עיצום כספי בגין מעשה
5 המהווה סירוב בלתי סביר לספק בניגוד לסעיף 29 לחוק ("הודעה בדבר סוג המעשים
6 והמחדלים לעניין עיצום כספי" (ילקוט הפרסומים 6487)). לפי העוררת, הפרסום
7 חותר תחת תכליתו, מפני שהוא מכיל את כל ההתנהגויות האפשריות של בעל
8 מונופולין ללא הבהרה, אבחנה או ניתוח מהותי שיסייע לעוסקים בדבר להבין את
9 האיסורים החלים עליהם.
- 10 565. טענות דומות כנגד ההודעה נדחו בנימוק שפירוט כנטען חורג מדרישת סעיף
11 50ד(א)(3) לחוק ולא עולה בקנה אחד עם מטרתו של מנגנון העיצום הכספי בעניין
12 חברת החשמל, פס' 313. ערעור על פסק הדין נמחק בהסכמה בע"א 3514/21 חברת
13 החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על התחרות (פורסם במאגרים; 22.9.2022). כן נמל
14 אשדוד, פס' 272 (ערעורים על פסק הדין בעניין נמל אשדוד תלויים ועומדים בבית
15 המשפט העליון ע"א 8387/20 וע"א 2490/21)). גם כאן העוררת לא הצביעה על
16 פגמים בהודעה הגורעים מסמכות הממונה להטיל עיצום כספי בהתאם לחוק.
- 17 566. כמו כן, טענת העוררת כי במכתב השימוע לא צוין בגין אילו מעשים המפורטים
18 בהודעה מבקשת הממונה להטיל על העוררת עיצום כספי, אינה מבססת לדעתי פגם
19 שנפל בשימוע. בסמכות הממונה להטיל עיצום כספי בנסיבות העניין. בתשובתה
20 לערר הפנתה הממונה למקומות המתאימים בהם צוינו הדברים הן במכתב השימוע
21 השני (סעיפים 220, 245, 289, 307) והן בקביעה (סעיפים 239, 279, 328, 347).
22 מכל מקום, אף אלמלא נעשתה הפניה מפורטת לסעיפי ההודעה מראש, משבפועל
23 מדובר בעניינים הבאים תחת כנפי ההודעה, הממונה מוסמכת להטיל את העיצום
24 הכספי ואין באי אזכור הסעיף בהודעה כדי לשלול את סמכותה.
25



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 טענות הגנה מפני עצם הטלת עיצום כספי
- 2 האם משך ההליך המינהלי מצדיק את ביטול הקביעה?
- 3 567. סעיף 50(א) לחוק, שנכנס לתוקף במסגרת תיקון מספר 13 לחוק עיגן את סמכות
- 4 הממונה להטיל עיצום כספי. הסעיף קובע את המועד שבו תינתן החלטת הממונה אם
- 5 להטיל עיצום כספי וסכומו (30 יום מסיום השימוע). עם זאת, החוק איננו מורה מה
- 6 יארע אם לא תעמוד הממונה במסגרת זמנים זו.
- 7 568. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0003 "משך הזמן בהליכי אכיפה חלופית
- 8 [עיצומים כספיים]" (18.4.2016) (להלן – הנחיית היועץ"ש) מבקשת לפרט מסגרת
- 9 זמנים העוסקת בפרק הזמן שמיום גילוי הפרה ועד הטלת עיצום כספי או קבלת
- 10 החלטה שלא קוימה הפרה ואופן יישום ההנחיה. מטרתה לסייע להגשים את
- 11 החשיבות שבהליכי אכיפת חלופית מהירים ויעילים, ואף היא איננה קובעת משך זמן
- 12 לאחר השימוע, שממנו ואילך הטלת עיצום כספי איננה אפשרית.
- 13 569. לפי העוררת, הממונה חרגה ממסגרת הזמן הקבועה בסעיף 50 לחוק למתן החלטה
- 14 (30 ימים מסיום השימוע) וכן מזו הקבועה בהנחיית היועץ"ש (בהקדם האפשרי ולכל
- 15 המאוחר בתוך שנה וחצי ממועד גילוי ההפרה) באופן שנשללה סמכותה להטיל
- 16 עיצום כספי על העוררת. לפי העוררת, הימשכות ההליך גרמה לה עינוי דין, פגיעה
- 17 בזכויותיה באופן קשה, ומדובר בעניין מהותי שחותר תחת התכלית שעומדת ביסוד
- 18 אמצעי האכיפה של עיצום כספי. עוד טוענת כי עצם הימשכות ההליכים מעלה חשש
- 19 כי נשקלו בעניינה שיקולים זרים.
- 20 570. כך, כפי שתואר בפרק המבוא, בשנת 2012 פתחה הרשות בחקירה פלילית כנגד
- 21 העוררת; בחודש מרץ 2017 הודיעה הממונה לעוררת כי החקירה נסגרה באפריל
- 22 2016; ביום 23.3.2017 הודיעה הממונה לעוררת כי היא שוקלת להטיל עליה
- 23 עיצומים כספיים במסגרת מכתב השימוע הראשון; ביום 27.11.2017 השיבה העוררת
- 24 למכתב; ביום 16.4.2019 שלחה הממונה לעוררת את מכתב השימוע השני השונה
- 25 בתוכנו ממכתב השימוע הראשון ובו "הודעה על כוונת חיוב ועל שימוע בטרם
- 26 קביעה". אחר שהשיבה העוררת למכתב, התקיים שימוע בעל פה בפני הממונה, וכן
- 27 היועצות עם הוועדה לפטורים ומיזוגים אשר בסופם, ביום 24.12.2019, ניתנה
- 28 הקביעה נושא הערר.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

571. טענות העוררת בנוגע להימשכות הליך האכיפה בעניינה נדחו בקביעה ככאלה שיש בהן כדי לפסול את ההליך או למנוע הטלת עיצום כספי על העוררת. בתוך כך הוסבר כי בין התשובה למכתב השימוע הראשון ועד למשלוח מכתב השימוע השני חלפה תקופה של כמעט שנה וחצי, אשר בחלקה עסקה הרשות באיסוף נתונים וניתוחם. עם זאת הוסבר שמכתב השימוע השני כלל עניינים נוספים על אלו שהיו במכתב השימוע הראשון. אכן מכתב השימוע השני כלל טענות שהתבססו בחלקן על ראיות שהיו בידי הרשות מלכתחילה. לפיכך, הכירה הממונה בכך שהתנהלותה בתהליך גרמה להימשכותו ולטרחה מיותרת לעוררת ולצורך שתשמע פעמיים בטענותיה. בהתאם מצאה הממונה לנכון להפחית את גובה העיצום הכספי ב-10% בכל אחד מהפרקים בקביעה.
572. הצדדים הרחיבו בעניין זה בכתבי הטענות במסגרת ההליך שלפניי בטענות אודות מניין הימים אותם יש לקחת בחשבון לפי הנחיית היועמ"ש. אלא שכפי שיפורט, טעמים החורגים ממניין פרטני של תקופת גיבוש הקביעה והעיצום, שוללים את טענות העוררת בדבר חוסר סמכות.
573. כך, העוררת מונה את הימשכות ההליך מתחילת ההליך האכיפה המינהלי באפריל 2016 ועד הקביעה בדצמבר 2019 – 3 שנים ו-8 וחצי חודשים. לפי העוררת, על 30 הימים למתן ההחלטה לפי סעיף 50 ח לחוק להימנות ממועד הגשת תשובת העוררת למכתב השימוע הראשון. לשיטתה, התלבטות הממונה, קרי עריכת השימוע השני, אינה מהווה "בדיקות נוספות" שיש בהן כדי להאריך את לוחות הזמנים בהתאם לסעיף בסעיף 50 ח(א)(2) לחוק. כן הצביעה העוררת על כך שמשך הזמן בין תשובת העוררת למכתב השימוע הראשון עד למכתב השימוע השני לא נוצל כולו "לבדיקות נוספות", ולשיטתה בארבעה פרקים מתוך הקביעה לא נערכו כלל בדיקות נוספות וממילא לא בדיקות שהצריכו את פרק הזמן הממושך שחלף. בהקשר זה הפנתה העוררת לחקירת המצהיר מטעם הממונה, שהודה כי הבסיס הראייתי בפרקים מסוימים בקביעה נותר זהה גם לאחר מכתב השימוע הראשון ולא נעשו בדיקות נוספות. העוררת טענה כי בפרקים אלו היה על הממונה לתת את החלטה לכל המאוחר בסוף ינואר 2018.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

574. לשיטת העוררת, כעולה מהנחיית היועמ"ש, משך ההליך נמנה החל מסיום הליך
האכיפה הפלילי ועד הקביעה, והוא עולה כדי כפל הזמן שנקבע בהנחיה (אוקטובר
2017). לכל הפחות טענה העוררת כי חרגה הממונה ב-8 חודשים (בניכוי תקופות
שהמתינה הממונה להתייחסות העוררת) שהם כ-50% ממסגרת הזמן שנקבעה
בהנחיית היועמ"ש. העוררת הדגישה את העובדה שקדמה להליך המינהלי חקירה
פלילית ממושכת (והפנתה לסעיף 9 להנחיית היועמ"ש). לשיטתה, היה על הממונה
לתת החלטה בכל הפרקים שנזכרו במכתב השימוע הראשון בסמוך לאחר השימוע
הראשון, ולא להמתין עד לאחר השימוע השני, בגין סוגיות בהן לא חל כל שינוי מן
השימוע הראשון. לפי העוררת, אישור היועצת המשפטית לרשות להימשכות הליך
האכיפה מפברואר 2020 איננו מרפא את הפגם שבהפרת הנחיית היועמ"ש, משניתן
בדיעבד (בניגוד לתכלית סעיפים 10 ו-11 להנחיה, ובאיחור של 3 שנים), בתגובה
לפניית העוררת בנושא, ומשעולה ממנו כי לא ננקטו ההליכים המתחייבים מהנחיית
היועמ"ש למתן תוקף להארכת זמנים – דיווח למשרד הכלכלה וליועץ המשפטי
למשלה על החריגה מהזמנים בזמן אמת. העוררת הצביעה על פערים ממושכים בין
דרישות נתונים שנשלחו וטענה כי הממונה לא ביררה את ההליך במהירות הראויה
המתחייבת מתכליתו.
575. לשיטת הממונה למעשה היא כלל לא חרגה ממסגרת הזמן שבסעיף 50ח לחוק משתוך
30 ימים מתום הליך השימוע השני, ניתנה הקביעה. לפי הממונה, עריכת השימוע
השני נבעה מבחינה מעמיקה של טענות העוררת בשימוע הראשון. נתונים נוספים
שהתקבלו עונים להגדרה של "בדיקות נוספות". אשר להנחיית היועמ"ש טוענת
הממונה שבהתחשב בהיקף החומר ומורכבות הטענות, מדובר בחריגה של כחודש
וחצי (49 ימים) ובנסיבות העניין היא סבירה. לפי חישוב הממונה, אין לקחת בחשבון
זמנים בהם המתינה היא להתייחסות העוררת ולשימוע בעל פה וכן להתייחסות
צדדים שלישיים (לפי סעיף 10.2 להנחיה), וכן בזמן שלאחר העברת הטיפול למסלול
של אכיפה מינהלית בטרם נכנסה לתוקף הנחיית היועמ"ש. הממונה הסבירה שלפי
פורמט הדיווח שקבע משרד המשפטים, מדווחים פעם בשנה על תיקי אכיפה
שהסתיימו בשנה החולפת כך שלא היה עליה לעדכן באופן שוטף בטיפול בעניינה
של העוררת.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 576. אשר למסגרת הזמן שבסעיף 50 לחוק – הוראת סעיף 50(ב) קובעת כי החלטת
2 הממונה תינתן בתוך 30 ימים מתום התקופה בה טען את טענותיו לפני הממונה;
3 ואולם מצאה הממונה כי נדרשות בדיקות נוספות לשם קבלת החלטה, תתן את
4 החלטתה בתוך 30 ימים ממועד סיום הבדיקות הנדרשות.
- 5 577. אינני מקבלת את טענת העוררת כי עריכת השימוע השני אינה מהווה "בדיקות
6 נוספות" שיש בהן כדי להאריך את מסגרת הזמן. מיצוי זכות הטיעון של המשתמע
7 מהווה עניין מהותי שלא נראה כי המחוקק ביקש להגביל במסגרת סעיף 50 לחוק.
8 לאחר תום השימוע השני, הממונה אכן נתנה את החלטה בתוך 30 ימים.
- 9 578. אמנם מקובל עליי – ודומה שגם הממונה איננה חולקת – שהליך האכיפה בעניינה
10 של העוררת ארך פרק זמן משמעותי שלא נראה כיצד נוצל כולו לבדיקות נוספות
11 רצופות. העוררת הצביעה על כך שאף שבהצעת החוק לא נקצב זמן להשלמת
12 ההחלטה, בדיונים בכנסת עמד המחוקק על הצורך לקצוב זמן. אלא שהלכה למעשה,
13 המחוקק לא גרע מסמכות הממונה לחייב בעיצום כספי, גם בחלוף המועד הנקוב
14 בסעיף 50 לחוק (בשונה למשל, מן האמור בסעיף 20(ב) לחוק, שם, מקום בו
15 הממונה איננו מתנגד למיזוג תוך 30 ימים מיום שקיבל הודעת מיזוג מאת כל החברות
16 המבקשות להתמזג, לא יוכל עוד להתנגד לו (אלא אם הוארך המועד בהתאם לחוק)).
- 17 579. הסדר דומה נוהג בהוראות חוק שונות הקוצבות מועד להפעלת סמכות, אך אינן
18 מורות שאי עמידה במסגרת הזמנים שוללת את הסמכות.
- 19 580. כפי שנפסק בעניין אחר: "טעם נוסף למסקנה שהגעתי אליה נעוץ בכלל הידוע
20 בפירוש חוקים, כי מועד שנקבע בחוק לעשיית מעשה אינו מיד מועד בל יעבור.
21 הוראה כזאת יכולה להיות מצווה (mandatory) ואז יש לעשות את המעשה במועדו.
22 עבר הזמן – בטלה האפשרות לעשותו. אך בדרך כלל אין זמן כזה אלא מדריך בלבד
23 (directory), וכמו בכל עניין אחר גם כאן הכל תלוי בכוונת המחוקק. הוראה כזו
24 מדריכה אשר אינה מלווה במלות שלילה הבאות למנוע את עשיית המעשה לאחר
25 המועד הקבוע, או המטילות סנקציה על איחור בעשיית המעשה" (בג"ץ 188/63 בצול
26 נ' שר הפנים, פ"ד יט 337 (1965)).
- 27 581. משנמנע המחוקק מלהגביל את סמכות הממונה במקום של הטלת עיצום בחלוף
28 למעלה מ-30 יום ממועד סיום השימוע, אין לקבל כי מדובר בחריגה מסמכות, אלא



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 חלים בעניין דיני השיהוי המינהלי וכן עשויה לחול דוקטרינת הבטלות היחסית
2 בהתאם.
- 3 582. בנסיבות העניין, ונוכח החשיבות הציבורית שבאכיפת החוק, כמו גם מורכבות
4 העניין, אינני סבורה כי יש בטענת שיהוי לאיין את העיצומים הכספיים שהוטלו. אכן,
5 מטבע הדברים, הימשכות ההליך הכבידה על העוררת ומן הסתם אף יצרה עלויות
6 נוספות, בשל השימוע הכפול. אלא שהאינטרס הציבורי שבאכיפת החוק נראה כגובר
7 על האינטרס של העוררת להימנעות מההכבדה שבהתארכות ההליכים, אשר איננו
8 מצדיק את התוצאה המבוקשת בידי העוררת – איון המעשה המינהלי.
- 9 583. לצד זאת יצוין כי טענת העוררת כי ניזוקה בשל משך הזמן שחלף בכך שנכלאה תחת
10 פרופיל תקשורתי וציבורי של חברה מפרת חוק – איננה משכנעת. זאת בשל העובדה
11 שבסופו של דבר אכן הוטלו על העוררת עיצומים כספיים בשל הפרת חוק. הפגיעה
12 התדמיתית הכרוכה בדבר נובעת אפוא מן ההפרה ומן העיצום הכספי, ולא מן העיכוב
13 בהסקת המסקנה (השלילית) לגבי העוררת.
- 14 584. בכל מקרה, באופן שעולה בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי, הפחיתה הממונה
15 כאמור 10% מסך העיצום בכל אחד מששת העניינים בגינם נקבע עיצום מינהלי, בגין
16 הימשכות ההליכים. אינני מקבלת את טענת העוררת שלא די בכך. ההפחתה –
17 המסתכמת במיליוני שקלים – נותנת מענה שקול ומידתי להכבדה ולהוצאות שנגרמו
18 לעוררת בשל התמשכות ההליכים. בשונה מכך, ביטול העיצום כולו בשל שיהוי,
19 איננו פתרון מידתי והוא מענה לא שקול לקושי שנולד בשל ההשתהות מצד הרשות
20 בטיפול בעניין.
- 21 585. יובהר כי לא השתכנעתי כי הימשכות ההליכים בהליך זה מלמדת על שיקולים זרים
22 ששקלה הממונה. מדובר בתיק מורכב המכיל פרטים ונתונים רבים בו נערכו בדיקות
23 ונאספו נתונים בהיקף שיכול להצדיק במידה מסוימת את משך הזמן עד למתן
24 הקביעה.
- 25 586. אשר להנחיית היועמ"ש – גם כאן אינני מקבלת כי תוצאתה של חריגה ממסגרת
26 הזמנים שנקבעה בהנחיה היא בטלות הקביעה. למעשה, בהנחיית היועמ"ש עצמה
27 (בסעיף 5) הובהר כי אין בהנחיה כדי לפגום בתוקפו של הליך שהסתיים שלא
28 במועדים האמורים בהנחיה. גם לא מצאתי ממש בטענת העוררת כי בכל מקרה יש



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 לשקול בנסיבות העניין ביטול הקביעה בגין ההנחיה, וראו הדברים לעיל בדבר
2 נפקותה המעשית של אי עמידה במועד הסטטוטורי, היפים גם כאן.
- 3 587. אשר לטענת העוררת בהקשר זה כי היה על הממונה להחליט בחלק מהפרקים קודם
4 שניתנה הקביעה ובנפרד – זו אינה מסתברת כלל. קיים אינטרס רציני ומבוסס לצירוף
5 ההכרעה בכל ששת העניינים שעמדו על הפרק בהינף אחד, ולא במספר קביעות
6 מפוצלות ומספר עיצומים נפרדים. מבחינת הממונה ואף מבחינת בית הדין, מדובר
7 בניצול מרוכז יותר של המשאבים לבירור האירועים השונים, שיש בהם הרבה
8 משותף, יחדיו. מדובר באינטרס לגיטימי המשרת את היעילות. מבחינה מהותית
9 דומה שלמעשה העניין היטיב גם, ואולי בעיקר, עם העוררת – שכן גם ממנה נחסכו
10 המשאבים הנדרשים לטיפול באירועים השונים בנפרד. תוצאה נוספת של ההכרעה
11 בששת האירועים יחדיו שהיטיבה עם העוררת היא אפשרותה של העוררת ליהנות
12 מהפחתה בסך העיצום הכספי, בגין העדר הפרות קודמות של החוק, באופן
13 שהצטברות שש הפרות, לא נזקפה לחובת העוררת. וזאת בנוסף להפחתת העיצום
14 בשל השיהוי, כפי שצוין לעיל.
- 15 588. אם כן, לא ראיתי כי בטענות העוררת בדבר הימשכות ההליכים כדי להצדיק את
16 התוצאה של איזון העיצומים הכספיים שהוטלו, ודי בהפחתת 10% מגובה העיצום
17 הכספי הרלוונטי, בגין הימשכות זו, כפי שקבעה הממונה.
- 18 באיזו מידה ראוי להשוות הטלת עיצום כספי להטלת סנקציה פלילית? התייחסות כללית
19 הנוגעת לטענות העוררת בדבר דרישה להוכחת יסוד נפשי והגנה מכוח הסתמכות על ייעוץ
20 משפטי
- 21 589. טוענת העוררת כי הטלת העיצום הכספי לפי החוק דומה במהותה להטלת סנקציה
22 פלילית ומפנה היא בהקשר זה לדין האירופי והאנגלי ולספרו של המלומד רון שפירא
23 מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית-ראיות מנהליות לביצוע עבירה פלילית – הצורך
24 בהליך מינהלי הוגן (2019).
- 25 590. אין בידי לקבל נקודת מוצא זו של העוררת אשר לטעמי אינה משקפת את הדין
26 ובפועל לא אומצה בפסיקה הישראלית. הליך העיצום הכספי הוא הליך אזרחי או
27 מינהלי הנבדל מהטלת סנקציה פלילית בכך שאינו מלווה בקלון החברתי שכרוכה בו
28 הרשעה בפלילי, הכולל זכות טיעון וחובת היוועצות (ראו דברי ההסבר להצעת חוק



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי) בע"מ 240; וכן בעניין נמל אשדוד
- 2 בפס' 314-315 וההפניות שם; וההתייחסות בעניין חברת החשמל בפס' 317. לשם כך
- 3 בא העיצום הכספי לעולם – כדי להעמיד כלי שיעילותו עשויה להרתיע ולהקטין את
- 4 השכיחות של הפרת החובות שבגינן ניתן להטילו (ראו בדברי ההסבר לעיל) וכדי
- 5 שלא להיזקק לתחום הפלילי, על הסרבול והכבדות שבו. ממילא אין מקום להחיל את
- 6 הנורמות שבו על הליך אכיפה מינהלי – העיצום הכספי.
- 7 591. פרק 11 לחוק מבוסס על פרקים דומים בחקיקה ישראלית המסדירים את נושא העיצום
- 8 הכספי בנוגע לרשויות מינהליות אחרות בישראל, ולא על הדין הזר ממנו מבקשת
- 9 העוררת לשאוב. בכל מקרה, אף שהדין הישראלי אכן יונק מדיני התחרות האירופיים,
- 10 עמדת נציבות התחרות האירופית והחלטות הערכאות האירופיות אינן מחייבות
- 11 בישראל (עניין נמל אשדוד, בפס' 190).
- 12 השוואה לדין הפלילי – האם על הממונה להוכיח יסוד נפשי כתנאי להטלת עיצום כספי?
- 13 592. העוררת טוענת שבהיעדר טענה להתקיימות היסוד הנפשי המתאים בנוגע להפרות
- 14 המיוחדות לה – לא ניתן להטיל עליה עיצום כספי. לעניין זה טוענת העוררת לאופיו
- 15 של מנגנון העיצום הכספי, תוך היקש מהדין הפלילי, וכן הדין האירופי והאנגלי.
- 16 בפרט נטען כי נדרש יסוד נפשי לעניין האיסור שבסעיף 29א לחוק – משניצול מעמד
- 17 לרעה ייחודי בכך שאותה התנהגות יכולה להיחשב מותרת או אסורה בהתאם
- 18 לנסיבות; משבמסלול האכיפה הפלילי נדרש יסוד נפשי של כוונה על מנת להרשיע
- 19 בעבירה לפי סעיף 29א לחוק (סעיף 47(א)(4) לחוק), ובנימוק שבהיעדר דרישה
- 20 ליסוד נפשי לצורך הטלת עיצום תצא תוצאה בלתי מידתית.
- 21 593. בקביעה דחתה הממונה את הטענה ונימקה כי הגישה לא התקבלה בפסיקה ואין
- 22 דרישה להוכיח יסוד נפשי בהטלת עיצום מינהלי.
- 23 594. אכן, בעניין נמל אשדוד (בפס' 275) נפסק כי משמדובר באמצעי אכיפה מנהלי (ולא
- 24 במישור הענישה הפלילי), אין משמעות בהטלת עיצום כספי ליסוד הנפשי של
- 25 המפר (וראו ההפניות שם). כך נקבע גם בעניין חברת החשמל (בפס' 317). שם סברתי
- 26 שמיקומן המתאים של טענות העוררים אינו כהגנה "בעולם" היסוד הנפשי, אלא
- 27 לשיקול הדעת המינהלי כעניין של סבירות (בפס' 318). להבדיל מהדין המהותי, הליך
- 28 העיצום הכספי איננו אימוץ של הדין האירופי, וההשוואה המתאימה היא להליכי



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 עיצום כספי אחרים בדין המינהלי בישראל – בהם לא קיימת חובה להוכיח
2 התגבשותו של יסוד נפשי לצורך הטלת עיצום כספי (ראו הפניות כאמור בעניין נמל
3 אשדוד). לא מצאתי בטענותיה של העוררת הצדקה לסטות ממסקנתי כי הליך העיצום
4 הכספי מכוח החוק הוא הליך אזרחי מינהלי שאין בו דרישה לקיום יסוד נפשי.
- 5 595. אשר לטענות ביחס לסעיף 29א לחוק – לא נקבע בחוק יסוד נפשי כלשהו לצורך
6 הטלת עיצום כספי בגין ניצול לרעה של מעמד, זאת אף שנקבעה דרישה מיוחדת
7 שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה (סעיף 50ד(א)(3) לחוק).
8 טענת העוררת המשווה בין ההליך הפלילי למינהלי איננה משכנעת – המחוקק הבחין
9 מפורשות בין השניים ולא נקבע יסוד נפשי בכל הנוגע לאכיפה המינהלית. למעשה,
10 בעניין נמל אשדוד הבדל זה, כלומר היסוד הנפשי הנדרש במסלול הפלילי לעניין
11 סעיף 29א, שימש כבסיס להבחנה בין האופי הפלילי של הענישה שקדמה לעיצום
12 הכספי לאופיו המינהלי של הליך העיצום הכספי.
- 13 השוואה לדין הפלילי – הגנת מפני אחריות משפטית בשל הסתמכות על ייעוץ משפטי
- 14 596. כאמור לעיל, העוררת טוענת כי פעלה לפי ייעוץ משפטי שקיבלה מעורכי דינה בגינו
15 קמה לה הגנת מפני אחריות משפטית בנוגע לחלק מהתיקים (מקרים, סטנדרט
16 ההנחות, יבוא מקביל), וזאת בדומה לסייג מפני אחריות פלילית במצב של "טעות
17 במצב משפטי" (סעיף 34יט לחוק העונשין, התשל"ז-1977).
- 18 597. בקביעה דחתה הממונה את הטענה במישור העובדתי והמשפטי גם יחד וציינה כי
19 היא אכן עשויה לקחת בחשבון הסתמכות על ייעוץ משפטי במקרים מתאימים, אך
20 הדבר ייעשה בשלב קביעת גובה העיצום הכספי, תוך שאין בהסתמכות כדי להעניק
21 חסינות מפני עיצום כספי במקרה של הפרה.
- 22 598. כאמור לעיל, בעניין חברת החשמל (בפס' 317) מצאתי שבאופן יסודי משמדובר
23 באמצעי אכיפה מנהלי, היסוד הנפשי של המפר איננו מכריע (תוך הפניה לעניין נמל
24 אשדוד, בפס' 275). בהתאם נדחתה שם טענה דומה בדבר הסתמכות על ייעוץ משפטי
25 וצוין משמיקומה האנליטי המתאים הוא אכן תחת שיקול הדעת המינהלי כעניין של
26 סבירות, ולא כהגנה ב"עולם" היסוד הנפשי (עניין חברת החשמל, בפס' 318).



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

599. לא מצאתי בטענות העוררת כדי לשכנע כי בנסיבות העניין יש מקום לקבוע אחרת, בפרט בהיעדר מרכיב "האשם הפלילי" בהליך אכיפה מינהלי. מקובל עלי נימוק הממונה לפיו לא הצביעה העוררת על טעמים ליצירת הגנה כאמור בהליך של הטלת עיצום כספי לפי החוק – הכרה בהגנה תיצור תמריץ לקבל חוות דעת משפטית שתסיר את הסיכון שבעיצום כספי ולהגדיל חשיפה לסיכון להפרה, בהתאם לתועלת שעשויה להפיק הפעולה המפרה. סיכון מוסרי כזה יוצר עיוות בהקצאת משאבים והרתעת חסר. גם אם הדבר מוצדק בדין הפלילי נוכח מרכיב "האשם הפלילי" בו, אין לקבל זאת בעיצום כספי. בכל מקרה, כפי שנימקה הממונה, התייעצות רצינית ותמת לב בעו"ד מומחה לתחום שבבסיסה כל העובדות הרלוונטיות ומטרתה למנוע הפרת חוק (כנדרש בהגנה בדין הפלילי) – תביא לכך שבמרבית המקרים הנועץ ימנע מהפרת החוק וממילא יימנע ממנו העיצום הכספי הנגזר מכך. מנגד, אם הייעוץ המשפטי היה שגוי והופר החוק, הציבור זכאי להגנה המתאימה. ראוי להרתיע מפני מעשה מפר חוק. אשר לחשש מפני "אפקט מצנן" והימנעות אנשים מפעולות מותרות - הממונה סבורה שאם הלקוח מאמין ללא ספקות שהמעשה מותר וניתנה חוות דעת משפטית מעו"ד שלפיה המעשה מותר, הרי שהוא לא יירתע מלנקוט אותו מעשה, כך שאין אפקט מצנן; ואם נותרו ספקות, שהם ביסוד הטענה לאפקט מצנן, הרי שחסר יסוד תום הלב שבלעדיו לא תתכן בכל מקרה הגנת הסתמכות על ייעוץ משפטי.
600. לגופו של עניין טענה הממונה בתשובתה לערר, כי העוררת ממילא לא עומדת בתנאים להגנה בדין הפלילי משלא הרימה את הנטל לשכנע שפעולותיה נעשו בהסתמכות בתום לב, על ייעוץ משפטי רציני שמתבסס על כל העובדות הרלוונטיות. העוררת נמנעה מלהעביר לידי הממונה את כלל המסמכים הרלוונטיים לייעוץ הנטען ולא ויתרה על חסיון עו"ד-לקוח לגבי הסוגיות הרלוונטיות לטענתה זו, על אף שנתבקשה לעשות זאת על ידי הממונה לצורך בחינת טענותיה.
601. בכל אופן, ולהבדיל מהגנה מפני אחריות – הסתמכות על ייעוץ משפטי לפי גילוי דעת 1/16, עשוי לעלות כדי פעולות ממשיות שנקט המפר בתום לב ומתוך רצון לציית לדיני התחרות ולמנוע התרחשות ההפרה מראשיתה, אשר תשמנה שיקול לקולה בקביעת גובה העיצום, ולא להגנה מוחלטת. גם בחינת הטענה לפי גילוי הדעת כרוכה מטבעה בויתור מלא על חסיון עו"ד-לקוח. משלא ויתרה העוררת על



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 החיסיון ולא העבירה את המסמכים הרלוונטיים – הסבירה הממונה שאין בידה לבחון
- 2 את טענות העוררת בהתאם לגילוי דעת 1/16.
- 3 602. העוררת ביקשה להציג כי אכן שיתפה פעולה לבחינת הטענה – טענה כי אמנם סירבה
- 4 להסרת החיסיון במלואו, אך תחת זאת הוצע להסיר את החיסיון ביחס לעניינים
- 5 ספציפיים. זאת לאחר שקיבלה את מכתב הממונה ממנו עולה כי נקראו תכתובות בין
- 6 העוררת לעורכי דינה מבלי שניתנה לכך הסכמה, והסרת החיסיון התבקשה בדיעבד.
- 7 בכל מקרה, העוררת ציינה שניתנו הסברים למסמכים אליהם התייחסה הממונה
- 8 במכתב (אך לא צורפו משחוסים תחת חיסיון עו"ד-לקוח) ושניתנו הבהרות בע"פ
- 9 מפי ב"כ של העוררת בשימוע שנערך לפני הממונה.
- 10 603. לא מצאתי פגם במסקנת הממונה כי העוררת לא הרימה את הנטל הרובץ לפתחה
- 11 בהקשר זה. בהתייחס למסמכים הסבירה הממונה שהצוות המטפל בהליכי האכיפה
- 12 המינהלית נתקל במסמכים בודדים מתוך מאגר של עשרות אלפי פריטים שהועתקו
- 13 מתיבות הדוא"ל של עובדי העוררת, שכנראה לא היו צריכים להיכלל במאגר מחמת
- 14 חשש לפגיעה בחיסיון עו"ד לקוח. מכל מקום, אם ארעה תקלה בעניין זה, אין בכך
- 15 כדי להצדיק קבלת טענה בדבר הסתמכות בתום לב על ייעוץ משפטי, מבלי
- 16 שהתאפשרה בחינה עניינית של הטענה לגופה.
- 17 604. אם כן, באופן עקרוני לא מצאתי כי קיימת הגנה מכוח הסתמכות על ייעוץ משפטי
- 18 בהטלת עיצום כספי לפי החוק. אולם גם במקומן האנליטי המתאים – בחינת סבירות
- 19 ההחלטה – לא מצאתי כי נפל פגם בנסיבות העניין בקביעת הממונה כי לא הוכחה
- 20 הטענה באופן קונקרטי, המצדיק התערבות בה.
- 21 אכיפה בדרנית
- 22 605. כאמור, טוענת העוררת שהממונה מנהיגה אכיפה בדרנית ושרירותית בענף המשקאות
- 23 – כי למרות עדויות ברורות שהגיעו לרשות על כך שטמפו נהגה להתקשר עם
- 24 לקוחותיה בהסכמות בלעדיות ולשלם ללקוחות בתמורה להוצאת המקרים של
- 25 העוררת, באופן שהפר את ההוראות לבעל מונופולין שחלו עליה עד שנת 2015, לא
- 26 חקרה הממונה את העניין ולא נקטה בהליך אכיפה. בערר הדגישה העוררת כי עסקינן
- 27 בהפרות טכניות שאין בצדן עלילות לפגיעה בתחרות, כך שאין להבחין בינה ובין
- 28 טמפו כבעלות מונופולין שהוטלו עליהן הוראות.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

606. בקביעה נדחתה הטענה. צוין שטמפו חדלה לעמוד בהגדרה הסטטוטורית דאז של בעל מונופולין שלוש שנים לפחות קודם לתלונות שהגיעו לפתח הרשות. לפיכך, ממילא האינטרס הציבורי בבירור הפרת ההוראות שניתנו לה כבעלת מונופולין פחת. זאת לעומת העוררת הממשיכה להחזיק נתח שוק גדול מאוד בשוק הקולה.
607. השיקול שמנתה הממונה – מידת האינטרס הציבורי באכיפה – סביר, ראוי ותומך בהחלטה, כך שלא מדובר באכיפה בדרגה פסולה. אשר לטענה כי מדובר בהפרה טכנית בלבד – ההוראות האוסרות על בלעדיות בתמורה להוצאת מקררי המתחרה אינן הוראות טכניות כלל ועיקר. אלו הוראות שנועדו למנוע פגיעה בתחרות. אמנם, הפרתן איננה מחייבת הוכחת פגיעה בתחרות בפועל ואף לא עלילות לפגיעה כזו. אולם תכלית ההוראות היא מניעת פגיעה בתחרות מצד בעל מונופול. ממילא משנגרע מעמד מונופוליסטי על פי דין של מתחרה, האינטרס הציבורי שבאכיפת ההוראה לגביו בגין העבר פוחת.
- האם הראיות העומדות בבסיס הקביעה פגומות באופן המצדיק את ביטולה?
608. לשיטת העוררת, להטלת עיצום כספי נדרשות ראיות מנהליות חזקות, ברורות ומשכנעות שאינן מותרות מקום לספק. לטענתה, על הממונה להשתכנע במידת שכנוע גבוהה, כי קמה עילה להטלת עיצום כספי, כדי כך שלא נותר ספק (סביר) בדבר. לשיטתה, אין להצדיק "נטל שכנוע" של מאזן הסתברויות בהליך מינהלי להטלת עיצום כספי כבהליך אזרחי. זאת לאור גובה העיצומים הכספיים שהוטלו והיקף ההפרות ולאור סמכויות החקירה שהופעלו בענייננו (הקביעה באה לאחר חקירה פלילית שכללה חקירות ותפיסת מסמכים רבים והיקף החומר הראייתי שונה מתיק מינהלי רגיל).
609. אשר לתשתית העובדתית כאן – לטענת העוררת, זו חסרה. ניהול התיק הוארך באופן מלאכותי על מנת לייצר תיק נרחב, תוך שהממונה מתעלמת מראיות הסותרות את טענותיה ונמנעת מלברר בירורים עובדיתיים הכרחיים. לטענת העוררת, לא הציבה הממונה את הסטנדרט הראייתי הראוי, ולאור ספקות סבירים, די היה במתן הוראות, ולא היה מקום להורות על עיצום כספי.
610. בעניין עת"מ (כלכלית) 37447-10-13 אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך (פורסם במאגרים; 28.1.2015) נקבע לגבי ועדת אכיפה לפי חוק ניירות ערך



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 שבין סמכויותיה הטלת עיצום כספי, כי על הרשות להוכיח את טענותיה ברף הוכחה
2 של מאזן ההסתברויות ולא נטל חמור יותר (בפס' 34). טוענת העוררת כי פסק דין זה
3 איננו רלוונטי לענייננו לאור הנסיבות שתוארו לעיל.
- 4 611. כפי שנפסק בעניין נמל אשדוד (פס' 317) ובעניין חברת החשמל (פס' 385) – רף
5 הראיות עליו מבוססת החלטה להטיל עיצום כספי לפי החוק – הוא המינהלי ואיסוף
6 התשתית הראייתית הדרושה לצורך הטלת העיצום, תיעשה לפי הכללים שנקבעו
7 בהליך המינהלי.
- 8 612. בעת חקיקת תיקון מספר 13 לחוק נוסף "עיצום כספי" לארגז הכלים של הממונה,
9 על מנת לאפשר אכיפה אפקטיבית, מהירה ויעילה יותר, ולא על מנת לכבול את
10 הממונה, גם במסגרת עיצום כספי, לאמת המידה הראייתית המחמירה הנחוצה בהליך
11 הפלילי, על כל המשתמע מכך מבחינת אכיפה יעילה ואפקטיבית.
- 12 613. אשר לחובת הרשות המינהלית לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות – בהקשר זה
13 נוהג מבחן הראיה המינהלית שלפיו יש לבסס את ההחלטה על תשתית עובדתית
14 "שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנידונה" (בג"ץ
15 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 425
16 (1994). ככל שהחלטה צפויה לגרום לפרט פגיעה קשה יותר, על הרשות להקפיד
17 יותר בביסוס ההחלטה (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
18 האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985)).
- 19 614. כפי שראינו לעיל, סבורה אני כי די בתשתית הראייתית שעמדה לפני הממונה כדי
20 לבסס את הקביעה בעיקרה. אף שעוצמת הנטל עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות
21 שהותו בפסיקה, העוררת לא הציגה טעם לראות בענייננו מקרה חריג המצדיק ראיות
22 רבות וחזקות יותר בדומה להליך פלילי, משמדובר בהחלטה מינהלית ופגיעה כספית
23 בתאגיד. אין בחומרת המעשים או בגובה העיצום כדי להצדיק עוצמת נטל מוגברת
24 העולה על העוצמה הראייתית שהובאה לפניי.
- 25



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 ההליך המינהלי – האם בהליך שקדם לקביעה נפלו פגמים המצדיקים את ביטולה?
- 2 טענות הנוגעות למכתב השימוע השני – האם נפל פגם במכתב השימוע השני
- 3 המצדיק את ביטול הקביעה?
- 4 615. העוררת טוענת מספר טענות בנוגע לפגמים שנפלו במכתב השימוע השני. כפי
- 5 שנראה, לא מצאתי כי מדובר בפגמים היורדים לשורש העניין באופן המצדיק את
- 6 ביטול הקביעה.
- 7 616. העוררת טוענת כי עצם שליחת מכתב השימוע השני על נימוקיו החדשים בלתי סביר,
- 8 לוקה בחוסר הגינות ותום לב ועומד בניגוד לכללי המשפט המינהלי וכי משך הזמן
- 9 שבין הגשת טענות העוררת לשליחתו (שנה וחצי) מעלה חשש כי הממונה שקלה
- 10 שיקולים זרים. כמו כן, לאורך הערר עומדת העוררת על ההבדלים בין המכתבים, על
- 11 טענות שלא מופיעות במכתב השני וטענות שהופיעו לראשונה במכתב השימוע השני
- 12 אף שנושאים מסוימים היו ידועים לרשות עוד בראשית החקירה, וכן מפנה את שימת
- 13 הלב לסתירה בין הגרסאות העובדתיות לעניין המקרים (מדרישות העוררת
- 14 מלקוחותיה לא להציג במקריה מוצרים של מתחריה במכתב הראשון; למדיניות
- 15 פנימית שלקוחות לא ידעו אודותיה במכתב השני).
- 16 617. בקביעה דחתה הממונה את הטענות ונימקה כי רשות מינהלית רשאית לשנות
- 17 מהחלטת ביניים קודמת שלה ולמעשה לכך נועד הליך השימוע. בכל אופן צוין כי
- 18 ניתן משקל לכך שהשינויים בין מכתבי השימוע הסבו לעוררת טרחה מיותרת שניתן
- 19 היה לצמצמה וזאת במסגרת גובה העיצומים הכספיים שהוטלו.
- 20 618. שליחת מכתב השימוע השני הייתה חלק מהליך השימוע של העוררת על טענות
- 21 הממונה לצורך הגשמת זכות הטיעון שלה. כפי שהוסבר, הצורך במכתב שימוע נוסף
- 22 נבע מטענות שהעלתה העוררת במסגרת השימוע הראשון, חשיבה מחודשת של
- 23 הממונה על סדר וארגון ההפרות השונות, ותובנות חדשות עקב השימוע הראשון.
- 24 אשר להימשכות ההליך, ראו ההתייחסות מעלה. יובהר גם כאן שאינני סבורה שיש
- 25 בכך כדי ללמד שנשקלו שיקולים זרים. אכן אין ספק שקיים שוני בין מכתבי השימוע.
- 26 אולם אין בכך כדי ללמד על פגם בפעולת הממונה, ואין די בטענות העוררת כדי
- 27 להקים קביעה בדבר שקילת שיקולים זרים או לבסס טענה כי טענות הממונה במכתב



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 השימוע השני מלאכותיות. הטענות שבעקבות מכתב השימוע השני נבחנו לעיל אחת
2 לאחת לגופן, וכאמור, נמצאו מבססות עיצום כספי.
- 3 619. לפי טענה נוספת של העוררת בערר, הממונה אינה מוסמכת להחליף את ההודעה
4 הראשונה על כוונת החיוב בהודעה אחרת שתונפק לאחר תום השימוע. נטען כי היה
5 על הממונה למסור תחילה הודעה מנומקת מדוע החליטה שלא להטיל עיצום כספי
6 בגין האמור במכתב השימוע הראשון בהתאם לסעיף 50(ב)(2) לחוק, או כי היא
7 מטילה עיצום כספי מצומצם יותר, תוך פירוט והנמקה. לשיטת העוררת, ללא הנמקה
8 בתום מכתב השימוע הראשון, נפגע שמה הטוב של העוררת ואף לא ניתן היה לנהל
9 את הליך השימוע החדש כראוי.
- 10 620. אין בידי לקבל טענה זו. כאמור, אינני רואה הצדקה להטיל על הממונה נטל מכביד
11 שכזה, אשר יסרב את ההליך ויביא בשלב הראשון לפרסום עמדה לא ברורה ולא
12 סופית של הממונה באותו שלב, שהרי למעשה, העמדה הסופית התגבשה לאחר תום
13 השימוע השני. גם לאחר השימוע הראשון סברה הממונה שיש להטיל עיצומים
14 כספיים על העוררת בכפוף לשימוע, ולעניין זה התייחסנו לעיל. מכל מקום, נוכח
15 עובדה זו, הטענה לפגיעה בשם טוב בשל העדר החלטה כתובה ומנומקת לפני משלוח
16 מכתב השימוע השני, איננה עומדת.
- 17 האם נפל פגם בזכות העיון של העוררת?
- 18 621. העוררת טענה כי ההליך בטל עקב אי שימוע כדין, משנפגעה זכות העיון שלה. זאת
19 משום שבעת העמדת עיקרי חומר הראיות לעיונה לא מוינו המסמכים השונים לפי
20 נושאים ולא בכל המקומות במכתב השימוע השני, הפנתה הממונה למסמכים עליהם
21 היא מסתמכת בטענותיה. העוררת תיארה כי נמסרו לה כ-18,000 מסמכים כמו כן
22 ספריית 114 מסמכים תחת הכותרת "עיקרי מסמכי הודעה על כוונת חיוב – אפריל
23 2019". כמו כן טענה העוררת כי לא הועמדו לעיונה מסמכים הכוללים סודות
24 מסחריים של צדדים שלישיים. לשיטתה, אין זה ראוי להכפיף את זכות העיון שלה
25 בשלב השימוע לרצון מתחריה או סירובם לחשוף את המסמכים – על הממונה לבחון
26 את טעמי ההתנגדות ולהחליט אם למנוע את העיון. רק כך יתאפשר שימוע אפקטיבי.
- 27 622. בקביעה נדחו הטענות, בנימוק שזכות העיון אינה כוללת זכות למיון ושיוך חומר
28 הראיות. עוד נטען כי בהתאם לס' 30 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

- 1 – חוק בתי דין מינהליים), חלק מהחומרים שלא יתאפשר עיון בהתאם לעמדת הצד
2 השלישי הרלוונטי בשלב השימוע, מועמדים לעיון בשלב הערר.
- 3 623. יובהר כי ככלל, נוכח היקף הביקורת השיפוטית המופעלת על החלטות הממונה על
4 ידי בית הדין, לא על נקלה יהוו פגמים מסוימים בהליך השימוע עילה לביטול החלטה
5 הממונה (עניין נמל אשדוד, בפס' 100 ו-335). לפי הממונה, ההיקף הגדול של
6 המסמכים שקיבלה העוררת, נבע מדרישתה לכתחילה לקבל את כל החומר שבידי
7 הרשות, ודרישות נוספות בטענה כי לא קיבלה את מלוא המסמכים. היענות לדרישות
8 הייתה, להשקפת הממונה, למעלה מן הצורך, שכן זכות העיון במסגרת השימוע אינה
9 בהכרח מקיפה את כל המסמכים שבידי הרשות המינהלית, אלא באלה הדרושים לשם
10 מימוש זכות הטיעון (עניין נמל אשדוד, בפס' 330). אך משכך דרשה העוררת, הועברו
11 לה מסמכים בהיקף רחב יותר. הממונה פירטה כי רוב המסמכים שהועמדו לעיון
12 העוררת לבקשתה אינם קשורים באופן ישיר וספציפי לאף אחד מהנושאים בקביעה,
13 אלא שנכללו בחומר משום שבשלב מסוים של החקירה נראה היה שהם עשויים להיות
14 רלוונטיים לנושא כלשהו הקשור לחקירה. כאמור, הם הועברו לעוררת לפי דרישתה.
15 הטענה כי זכות השימוע כוללת חובה למיין את המסמכים לפי נושאי השימוע, איננה
16 מבוססת ואיננה מקובלת עליי. זאת ועוד, מהטענות שהעלתה העוררת בשימוע נראה
17 כי בפועל העוררת התמצאה היטב בחומר ואף לא עלה שבערר התחדשו טענות
18 משמעותיות שנמנע מן העוררת לטעון בשלב השימוע כתוצאה מהיקף המסמכים
19 והאופן שהועברו אליה.
- 20 624. אשר למסמכי צדדים שלישיים – הממונה הסבירה כי העבירה מסמכים שצדדים
21 שלישיים לא התנגדו להעביר לעיון העוררת. זכות העיון במסמכים שצדדים שלישיים
22 מתנגדים להעברתם מתאפשרת במסגרת ס' 30 לחוק בתי דין מינהליים רק בשלב
23 שקמה זכות להגשת ערר. זהו ההסדר הנוהג (בג"ץ 8247/05 ת.כ. הוצאות משפטים
24 בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם במאגרים; 6.10.2005)). במסגרת
25 הערר אכן התאפשר לעוררת לעיין במסמכי צדדים שלישיים בהתאם לכך.
- 26 625. על רקע כל האמור לא נראה כי זכות הטיעון של העוררת נפגעה, בוודאי לא באופן
27 מהותי המצדיק ביטול הקביעה בשלב זה.

28



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

האם נפל פגם בהיוועצות הממונה עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים?

626. העוררת טוענת כי הממונה קיימה את ההיוועצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים באופן פסול ושלא בנפש חפצה – מפרוטוקול הדיון נלמד שהממונה לא שקלה בכלל או ברצינות את הערות חברי הוועדה שהיו להם הסתייגויות משמעותיות. כמו כן, חברי הוועדה לא הועמדו על המסגרת החוקית והתשתית הנורמטיבית הרלוונטית להטלת עיצום כספי ונמסר להם מידע לא מדויק. עוד נטען כי הממונה התחמקה ממענה לשאלות חברי הוועדה, למשל כיצד הייתה נוהגת אילו בנוהל היבוא המקביל היה מצוין שהוא מצומצם ליבוא מקביל בלתי חוקי.

627. אינני סבורה כי בהיוועצות נפל פגם המצדיק את ביטול הקביעה (ראו עניין נחל אשדוד, בפס' 336-338). ההערות העיקריות של חברי הוועדה הובאו במסגרת הקביעה (סעיפים 367, 368). היעדר פירוט מדוע לא אומצה כל הערה איננו מלמד שהיא לא נשקלה. הממונה הסבירה כי לפני מעמד ההיוועצות קיבלו חברי הוועדה טיוטה של החלטת הממונה וכן טענות העוררת בכתב ופרוטוקול מהשימוע בעל פה. לפיכך אינני סבורה שיש מקום לקבל טענה כי לא הועמדו על המסגרת החוקית והנורמטיבית הרלוונטית. על כל פנים, מפרוטוקול הדיון נראה כי הממונה והיועצת המשפטית של הרשות התייחסו לחלק מאלו. זאת ועוד, לא מצאתי פגם בכך שהממונה לא השיבה במקום כיצד הייתה מכריעה במקרה היפותטי שלא עמד לפניו.

628. אשר למידע שאיננו מדויק – הממונה התייחסה לכך בתשובתה לערר: בעניין יפאורה וטמפו הכוונה לנתח השוק שלהן במשקאות קלים ביחס לנתח השוק של העוררת (ולא כקטן כשלעצמו); אשר לחסמי כניסה שתיארה הממונה למתחרים – מדובר בייחוס משמעות אחרת לראיות; שווי המקרר שהוצג מהווה הערכה כללית של שווי מקרר כולל תחזוקה עבור קמעונאי. מהקשר הדברים ברור שמדובר במספר עגול שנבחר לצורך הדגמת רעיון כלכלי; לעניין כניסה של מתחרים – מדובר בסוג הנזק שעלול להיגרם, ולא פגיעה מוכחת בתחרות. בכל אופן, לא השתכנעתי שיש באלו כדי לפגום באופן מהותי בטיבה של ההיוועצות, ובוודאי לא לביטול העיצום הכספי, אותו, בכפוף להערות שונות, מצאתי מבוסס וראוי.



בית הדין לתחרות ירושלים

27 יוני 2023

ת"כ 16677-03-20 החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות

חלק ד': סיכום

629. אשר על כן, הערר על קביעת הממונה בדבר הפרות המצדיקות עיצום כספי בפרשות השונות נדחה, למעט בעניין המקרים, שם התקבלה הטענה שלא הוכחה הפרת סעיף 29 א לחוק, ותחת העיצום בגין המדיניות, נקבע עיצום בגין הפרות פרטניות; ובעניין היבוא המקביל, שם התקבלה הטענה שלא הוכחה הפרת סעיף 29 לחוק, וכן לא הוכח כי המערערת הפרה את הצו המוסכם.

630. לעניין שיעור העיצום: בעניין סעיף תקופת ההסכם – מתקבל הערר כך שההחמרה בגין הפרת הוראות פרטניות מופחתת ל-15%; ובעניין היבוא המקביל מופחתת החמרה זו ל-10%. אשר לפרק המקרים - העיצום הכספי בעניין כל אחד מתשעת מקרי ההפרה הפרטנית בעניין המקרים יחושב כאמור לעיל.

631. הערר על יתר מרכיבי הקביעה והעיצום הכספי נדחה.

632. פסק דין זה מותר לפרסום, בכפוף להשחרת מידע שהוריתי על חסיונו. עד ליום 5.7.23 יעדכנו הצדדים היכן נחוצות ההשחרות, על מנת שייערך עותק לפרסום. כמו כן, עד למועד זה יפרטו הצדדים את התחשיב העדכני של העיצום הכספי בהתאם לקביעות פסק הדין, על מנת שפסק הדין יושלם בעניין זה.

ניתן היום, ח' תמוז תשפ"ג, 27 יוני 2023, בהעדר הצדדים.

תמר בזק רפפורט, שופטת, סגנית הנשיא