



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

העוררות

1. מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד גיורא ארדינסט, עו"ד מיכל רוטשילד ועו"ד
אורטל בן אהרון
2. אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד יוסי לוי ועו"ד אסף שובינסקי
ועל ידי ב"כ עו"ד ראובן בכר ועו"ד זיו שוורץ

נגד

המשיבה

הממונה על הרשות להגבלים עסקיים
על ידי ב"כ עו"ד אנדרי ניקל ועו"ד ליאור דגן סנדז'בסקי

פסק דין

1. ערר על החלטת הממונה על הרשות להגבלים עסקיים (להלן – הממונה) בתיק מז"ג
10/310 מיום 31.3.16, בדבר התנגדות למיזוג בין פעילותה של העוררת 2 (להלן –
אלקטרה), בתחום ייבוא, שיווק והפצה של ברי מים מסוננים, לבין העוררת 1 (להלן – מי
עדן).

רקע כללי – בתמצית

2. בר מים מסוננים הוא מכשיר חשמלי המיועד לסינון וטיהור מים, שמתחבר לצנרת
המים ומספק באופן רציף מים חמים וקרים (דגמים מסוימים כוללים אפשרות להכנת מי
סודה). שימוש במכשיר מחייב החלפה של מסנן ונורת UV מעת לעת.

3. ישנן מספר חברות בישראל הפעילות בתחום שיווק ברי מים מסוננים. הדומיננטית
והוותיקה שביניהן היא חברת שטראוס מים בע"מ, המשווקת את ברי המים תחת המותג
"תמי 4" (להלן – תמי 4 או שטראוס). אלקטרה פעילה בשיווק ברי המים החל משנת 2011
ומי עדן פעילה בתחום זה החל משנת 2013. בנוסף, ועוד קודם לכניסתן של אלקטרה ומי
עדן לתחום, קיימות חברות נוספות הפעילות בתחום שיווק ברי מים, ביניהן א.א. המעיינות
בע"מ; הדס פתרונות סינון בע"מ; צלול טכנולוגיות בע"מ; א.ר. המעיין בע"מ; מ.ה.ד.ר.
אלקטרוניקה בע"מ; תבור סחר בע"מ ועוד.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בוק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

4. ביום 9.11.15 התקשרו אלקטרה ומי עדן בהסכם להעברת פעילותה של אלקטרה
בתחום ברי המים המסוננים אל מי עדן, והוגשה הודעת מיזוג.

5. בהחלטה נשוא הערר, התנגדה הממונה למיזוג תוך קביעה, כי השוק הרלבנטי הוא
שוק ברי המים הממותגים בו פעילות העוררות ושטראוס בלבד. נוכח כך, קבעה הממונה,
כי מדובר במיזוג אופקי של שתיים מבין שלוש המתחרות היחידות בשוק הרלבנטי למיזוג.
מצב זה מקים חשש סביר מפני פגיעה משמעותית בתחרות בשל הקלת התנאים לשיווי
משקל על תחרותי מתואם בשוק שלאחר המיזוג. בנוסף, דחתה הממונה את טענת העוררות
בהסתמך על "דוקטרינת הפירמה הכושלת", משום שלא הוכח כי פעילותה של אלקטרה
בתחום ברי המים הביאה למבוי סתום שאין ממנו מוצא אחר מלבד יציאה מהשוק, וכן
מהטעם שלא הוכח שאין בנמצא גורם אחר שיכול לרכוש את פעילות אלקטרה בתחום ברי
המים, באופן שיגרום פגיעה פחותה בתחרות.

6. העוררות סבורות, כי מדובר בהחלטה שגויה וכי יש לאשר את המיזוג. בכלל כך,
חולקות הן על הגדרת השוק כפי שהוצגה בידי הממונה. לטענתן, השוק הרלבנטי הוא שוק
ברי המים בכללותו, ועל כן, לשיטתן, יצירת האבחנה בין השוק בכללותו לבין שוק ברי
המים הממותגים כשוק נפרד הינה אבחנה מלאכותית. אף אם אחרת, כך נטען, חוסר
הסימטריה בין נתחי השוק של תמי 4 לבין החברה הממוזגת, שולל כל חשש להתנהגות
מתואמת ולפגיעה בתחרות. אדרבא, לדבריהן, המיזוג יאפשר למי עדן עוצמה שתאפשר לה
תחרות ממשית ואפקטיבית יותר בשחקן העיקרי בשוק ברי המים המסוננים, תמי 4,
המחזיקה בכ- [REDACTED] משוק ברי המים. עוד טוענות הן, כי אף אם קיים שוק נפרד של "ברי
מים ממותגים", בנסיבות העניין יש לאשר את המיזוג, בהסתמך על "דוקטרינת החברה
הכושלת" אותה יש להחיל על נסיבות העניין בהתאמה גם על "חטיבה כושלת". בטיעון זה
מפנות העוררות להפסדים הניכרים שסופגת מזה מספר שנים חטיבת ברי המים של
אלקטרה, שבגינם החליטה הנהלת אלקטרה, על פי הנטען, להפסיק את פעילותה בתחום
ברי המים. לטענתן, אף מי עדן עשויה להגיע להחלטה דומה, אם לא יתאפשר לה המיזוג.
עוד נטען, כי הלכה למעשה, אלקטרה הפחיתה באופן משמעותי את תקציב הפרסום שלה,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 כך שלמעשה, אין היא כיום פעילה עוד ב"שוק הממותג", ככל שקיים שוק כזה, ועל כן, גם
2 בהיבט זה לא תיפגע התחרות כתוצאה מהמיזוג.

3
4 7. אומר כבר עתה כי לאחר ששקלתי את טיעוני הצדדים הגעתי למסקנה כי דין העררים
5 להידחות. כפי שיבואר, הגדרת השוק המוצעת בידי הממונה מקובלת עליי. שוכענתי, כי
6 אכן קיים שוק נבדל של ברי מים מסוננים ממותגים, בו פעילות העוררות ושטראוס בלבד,
7 וכי אין במכירות ברי המים שאינם ממותגים כדי לרסן כוח שוק במכירת ברי מים מסוננים
8 ממותגים; נוכח כך, הרי שהמיזוג אכן מהווה הפחתה של מספר השחקנים בשוק משלושה
9 לשניים; אינני מקבלת אף את הטענה, כי אלקטרה איננה פעילה עוד בשוק ברי המים
10 הממותגים. סבורני, כי הפחתה בתקציב הפרסום הייעודי לברי המים על רקע עסקת המיזוג,
11 איננו מהווה זניחת המותג "אלקטרה", ואף אין בה כדי להוכיח את חיסולו של המותג
12 "אלקטרה בר"; הפחתת מספר השחקנים מקים חשש ממשי לשוויון משקל מתואם ולהפחתת
13 תחרות, בפרט בנסיבות העניין, כך שקיים חשש סביר לפגיעה בתחרות בענף; עוד מצאתי,
14 כי טענות העוררות בדבר "פירמה/חטיבה כושלת", לא הוכחו כל צרכן ואין בהן כדי לשנות
15 את התוצאה.

16
17 מכאן לפירוט.

18
19 הצדדים ופעילותם בתחום ברי המים המסוננים

20
21 8. אלקטרה היא חברה פרטית בבעלות מלאה של אלקטרה מוצרי צריכה (1970)
22 בע"מ, חברה ציבורית העוסקת בייבוא, בייצור, בשיווק, במכירה ובהפצה של מוצרי צריכה
23 חשמליים ומתן שירות למוצרים אלה, בהפעלת רשתות שיווק קמעונאיות למכירת מוצרי
24 צריכה חשמליים ("מחסני חשמל", "שקם אלקטריק" ו"סנסור") ובהפעלת רשתות "עשה
25 זאת בעצמך" ("אייס" ו"אוטו דיפו"). בנוסף, החל משנת 2011 עוסקת אלקטרה בייבוא,
26 שיווק והפצה של ברי מים מסוננים תחת המותג "אלקטרה בר" ומתן שירות למוצרים אלה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

9. מי עדן היא חברה פרטית בשליטת B.V 2, Hydra Dutch Holdings, חברת אחזקות
הרשומה בהולנד, אשר פועלת באמצעות חברות קשורות בתחומי המים המינרלים והמים
המסוננים ובתחום מוצרי קפה במדינות רבות באירופה וגם בישראל. מי עדן משווקת
בישראל מים מינרלים המופקים ממעיין סלוקיה. המים המינרלים משווקים בכדים
ובבקבוקים. החל משנת 2013, מי עדן עוסקת גם בייבוא ובשיווק של מים מסוננים
ובמתן שירות למוצרים אלה.

10. ביום 9.11.15, התקשרו אלקטרה ומי עדן בהסכם להעברת פעילותה של אלקטרה
בתחום ברי המים המסוננים אל מי עדן. בכלל כך, הוסכם, כי למי עדן יועבר בסיס הלקוחות
של אלקטרה בתחום ברי המים. כמו כן, ניתנה למי עדן זכות להשתמש במותגים "אלקטרה"
ו"אלקטרה בר" לתקופה קצרה.

החלטת הממונה

11. ביום 31.3.16 הודיעה הממונה, כי היא מתנגדת למיזוג. ההודעה נומקה בהחלטה
מיום 6.4.16. בהחלטה ציינה הממונה, כי בתחום ברי המים המסוננים, קיים בידול
משמעותי בין אלקטרה, מי עדן ושטראוס (תמי 4), אל מול חברות אחרות המייבאות
ומשווקות ברי מים מסוננים, בידול שמשמעותו היא קיומו של "ענף" נפרד והוא שוק ברי
המים המסוננים הממותגים. מסקנת הממונה מבוססת על הבדיקה שנעשתה ברשות
להגבלים עסקיים עובר למתן ההחלטה. לטענת הממונה, בדיקה זו העלתה, כי מודעות
הצרכנים לחברות הממותגות גדולה לאין שיעור ממודעותם לחברות האחרות המשווקות
ברי מים מסוננים. מוצריהן של החברות הממותגות, ממוצבים כטובים וכאיכותיים יותר
מהמוצרים שאינם ממותגים. שלושת החברות הממותגות משקיעות בפרסום בכל סוגי
המדיה סכומים גדולים בהרבה מאלו שמושקעים בידי החברות האחרות. התוצאה היא
שמודעות הצרכנים לשלושת החברות הממותגות גדולה לעין שיעור ממודעותם לחברות
האחרות שמשווקות ברי מים מסוננים, ולמעשה, לגבי חלק מאותן חברות אחרות, לא
קיימת כמעט מודעות צרכנית לפעילותן בתחום. בידולן של החברות שהממונה כללה
בהגדרת השוק מן החברות האחרות, בא לידי ביטוי, בין היתר, באופן ההתקשרות עם



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

- 1 הלקוחות – בעוד שהחברות הממותגות מתמקדות בשירות לקוחות בהתקשרויות ארוכות
2 טווח, ומציעות פתרון כולל לאספקת מים מסוננים על פני זמן, לרבות שירות אספקת
3 מסננים, חלפים ושירות תיקונים, הרי שהחברות האחרות מתקשרות ברוב רובם של המקרים
4 במכירת בר המים המסוננים כשלעצמו, ללא חוזה שירות. אינדיקציה נוספת לבידול בין
5 החברות הממותגות לבין יתר החברות מוצאת הממונה בנקודת הראות של השחקנים בשוק,
6 כפי שהיא עולה מניתוח מסמכים פנימיים של העוררות ותמי 4, וכפי שהיא עולה גם
7 משיחות עם מנהלי החברות המשווקות ברי מים מסוננים. בהקשר זה ציינה הממונה כי
8 קיימים פערי מחיר משמעותיים בין המכשירים הנמכרים על ידי החברות הממותגות לבין
9 מכשירים דומים הנמכרים על ידי חברות אחרות.
- 10
- 11 12. על רקע האמור, ציינה הממונה, כי המיזוג הינו, הלכה למעשה, צמצום מספר
12 החברות המתחרות משלוש לשתיים, ובמצב דברים זה, בהצטבר נסיבות כפי שנתחו בידי
13 הממונה, רב החשש להפעלת כוח שוק מתואם בין שתי החברות שתיוותרנה לאחר המיזוג.
14 בהקשר זה, בחנה הממונה האם קיימים בשוק המדובר מאפיינים המקלים על הגעה לשיווי
15 משקל על-תחרותי ולשימורו. הממונה סברה, כי מיעוט המתחרים הצפוי במקרה של מיזוג
16 (שניים), מקל, כשלעצמו, על ייצוב שיווי משקל מתואם. בנוסף, הטעימה הממונה, קיימים
17 בשוק חסמי כניסה המגבירים את הסיכון להפעלת כוח שוק מתואם, כך ששתי החברות
18 שתיוותרנה פעילות בשוק לא תחשושנה מכניסת מתחזה חדש לשוק שיסכל את כוח השוק
19 המתואם. בהקשר זה ציינה הממונה, כי כניסה לענף ברי המים המסוננים הממותגים
20 מצריכה השקעת תשומות משמעותיות הנחוצות לבניית מותג ושימורו, וכן הקמת מערך
21 שירות שיווק והפצה ארצי. השקעות אלו מהוות חסם כניסה המגביר את החשש משיווי
22 משקל על-תחרותי מתואם. עוד נטען, כי הדימיון בין המוצרים מקל על שיווי משקל על-
23 תחרותי, וכך גם העובדה שמדובר בעסקאות רבות וקטנות שמתרחשות בתדירות גבוהה,
24 תוך פרסום מחירי המוצרים ברבים. עוד הוסיפה הממונה וציינה, כי בפועל, נקטה אלקטרה
25 בתקופה מסוימת באסטרטגיה של תחרות על מחיר שהביאה לירידה מסוימת של מחירים
26 בענף. מנגד, מי עדן נקטה באסטרטגיה עסקית שונה, שאיננה מתבססת על תחרות על מחיר,
27 וזאת נוכח פעילויותיה הנוספות של מי עדן בתחום המים. הממונה גרסה, כי בהינתן זאת,
28 הרי שמשמעות המיזוג היא גריעה מן השוק של חברה שהביאה בעבר לירידת מחירים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 והותרתה של מי עדן שבחרה שלא להתחרות בדרך של הפחתת מחירים. בהינתן אסטרטגיה
2 זו של מי עדן, סברה הממונה שעל אף קיומן של דעות מלומדים הרואות באי סימטריה
3 בנתחי שוק כמפיגת חשש מפני שיווי משקל על-תחרותי מתואם, עומד חשש זה בתוקפו
4 בנסיבות העניין, וקיים חשש ממשי שמי עדן תחקה את התנהגותה של שטראוס-תמי 4,
5 הגורם הדומיננטי בשוק, ולא תתחרה בה.
6

7 13. זאת ועוד, בהתייחס לניתוח הדינמי, סברה הממונה כי לא ניתן להפיג את החשש
8 מפגיעה בתחרות בהסתמך על אפשרות כניסה של מתחרה חדש בפרק זמן סביר, הן על שום
9 חסמי הכניסה הגבוהים כפי שתוארו לעיל, והן על שום שלא נשמעה מפי הפעילים בתחום
10 כל הערכה כי צפויה כניסת מתחרה חדש בעתיד הנראה לעין.
11

12 14. בהתייחס לטענת הצדדים המתבססת על "דוקטרינת החברה הכושלת", ציינה
13 הממונה כי מדובר בדוקטרינה שהנטל להוכחת תנאיה מוטל על הטוען לה, וזאת באמצעות
14 ראיות ואינדיקציות אובייקטיביות אשר יוכיחו את התקיימות התנאים. הממונה בדקה
15 ומצאה, כי טענת אלקטרה לפיה בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו, תצא מן השוק, לא
16 נתמכה בראיות מספקות; כמו כן, קבעה הממונה, כי לא הוכח שאין בנמצא קונה חלופי
17 בעל עדיפות תחרותית.
18

19 עררי הצדדים
20

21 15. ביום 29.5.16, הגישו העוררות עררים כנגד החלטת הממונה, מלווים בחוות דעת
22 מומחים כלכליים – מר מנחם פרלמן מטעם מי עדן ומר רועי רוזנברג מטעם אלקטרה.
23 בעררה טענה אלקטרה, כי טעתה הממונה בהגדרת השוק הרלבנטי למיזוג, ואחזה בהגדרה
24 מצומצמת ביותר שאיננה מתיישבת עם המצב התחרותי. לטענתה, השוק הרלבנטי הוא
25 "שוק ברי המים המסוננים", בו פעילים כ-8 מתחרים. ממילא, צמצום המתחרים שארע
26 כתוצאה מהמיזוג, מ-8 ל-7, איננו מעורר כל חשש לפגיעה בתחרות או בציבור. עמדתה
27 היא, שהגדרת השוק הרחבה יותר המוצעת מתבססת על תחליפיות המוצרים והזהות
28 הפונקציונאלית שלהם, מחיריהם, מאפייניהם והאופן בו נתפסים הם בידי העוסקים בתחום.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 בהקשר זה, ערכה אלקטרה סקר שנעשה לצורך הערר, שבחן את שיעור הגידול בביקוש
2 ברי מים מתחרים כתוצאה מעליית מחירים של תמי. לטענת אלקטרה, מהסקר הנדון עולה,
3 כי התחליפים הקרובים לברי המים של תמי 4 אינם רק ברי המים של העוררות, אלא גם
4 מכשיריהם של החברות האחרות. עוד נטען, כי עוצמתה של שטראוס-תמי 4 בשוק העולה
5 כדי למעלה מ- [REDACTED], מביאה לכך שאלקטרה איננה מחוללת תחרות בשוק, ולמעשה, איננה
6 מהווה עוד שחקן ממשי בשוק, לאור צעדים שננקטים בידיה מזה כ-20 חודשים לשם חיסול
7 הפעילות מושא המיזוג, בשל הפסדיה. עוד נטען, כי גם אם תאומץ הגדרת השוק של
8 הממונה, הרי שהשינוי במדד הריכוזיות (HHI) כתוצאה מן המיזוג הינו שינוי של 100
9 נקודות בלבד, שאיננו מצדיק מניעת המיזוג. מוסיפה אלקטרה וטוענת בערר, כי חוסר
10 הסימטריה הקיצוני בנתחי השוק יעניק לחברה הממוזגת תמריץ מובהק להתחרות
11 בשטראוס-תמי 4, ושינוי משקל מתואם איננו תוצאה תחרותית סבירה של המצב שיווצר.
12 עוד פירטה אלקטרה בטיעוניה נימוקים בתמיכה להפעלת "דוקטרינת החברה הכושלת"
13 בנסיבות העניין, בהסתמך על ניתוח כלכלי מטעמה.
14
15 16. מי עדן מצדה הדגישה בערר, כי נטל ההוכחה בדבר קיומו של חשש סביר לפגיעה
16 בתחרות מוטל על הממונה, וכי הממונה לא עמדה בנטל זה. מי עדן, כאלקטרה, טוענת כי
17 הגדרת השוק שבחרה הממונה שגויה, וכי לא קיים שוק ברי מים מסוננים "ממותגים",
18 כשוק נפרד מזה של ברי המים שאינם ממותגים. נטען, כי היקף ההשקעה בפרסום ובמיתוג
19 איננו מאפיין רלבנטי להגדרת שוק. לשיטתה, אופן ניתוח הממונה את עמדות הפעילים
20 בענף לקוי, שכן בחן הוא, לטענת מי עדן, את עמדותיהם של אנשי תמי 4, אלקטרה ומי
21 עדן, ולא נעשתה בחינה מעמיקה דיה של כלל הפירמות הפעילות, בבחינת הנחת המבוקש.
22 עוד טוענת מי עדן, כי אף אם בתחילת פעילותה התרכזה היא במצגותיה במתחרות שכללה
23 הממונה בשוק הרלבנטי (אלקטרה ותמי 4), הרי שבמשך השנים "למדה" מי עדן את השוק
24 וניתן לראות שבמצגות שנערכו בשנת 2015, רואה מי עדן גם בחברות נוספות כמתחרות
25 בה. בפועל, כך נטען, מתמודדת מי עדן עם תחרות משמעותית לצד חברות אחרות שאינן
26 אלקטרה ושטראוס-תמי 4. לטענת מי עדן, נתח השוק שלה בשוק ברי מים מסוננים הוא
27 [REDACTED] בגודלו (תמי 4 - [REDACTED]; אלקטרה - [REDACTED]; הדס - [REDACTED]; צלול - [REDACTED]; מי עדן
28 - [REDACTED]). עסקה במסגרתה השחקן [REDACTED] בגודלו בשוק רוכש את השחקן [REDACTED] בגודלו



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 בשוק, איננה עסקה שפוגעת בתחרות, אלא להיפך. זאת ועוד, בדומה לאלקטרה, מדגישה
2 מי עדן את אי-הסימטריה הקיצונית בנתחי השוק של תמי 4 ושל החברה הממוזגת, המקשה
3 על שיווי משקל אוליגופוליסטי בין השחקנים השונים, המתקשים להעריך זה את מבנה
4 עלויותיו של זה, וממילא החשש מפני התנהגות מתואמת איננו מבוסס. זאת ועוד, הניתוח
5 הכלכלי שמציעה מי עדן מתייחס לעובדה שבשוק ברי המים המסוננים קיים שוק ראשי –
6 שוק מכירת המכשירים, ושוק משני – שוק החלפים המתכלים, השירות הטכני ושדרוג
7 המכשירים. נטען, כי עבור החברות המתמזגות, האפשרות להרוויח לאורך זמן מהשוק
8 המשני היא ההצדקה הכמעט בלעדית לפעילות בתחום בשל שולי הרווח הנמוכים המגיעים
9 כדי הפסד בשוק הראשוני. בהיותה השחקן הוותיק והגדול בשוק, לשטראוס-תמי 4 מאגר
10 לקוחות עצום המאפשר לה להתחרות באגרסיביות, להוריד מחירים בשוק הראשוני, תוך
11 מימון התחרות מהכנסותיה בשוק המשני. לטענת מי עדן, בהתחשב בנתונים אלו, לפירמה
12 הממוזגת תמריץ כלכלי חזק לחתור להרחבת בסיס לקוחותיה על ידי תחרות אגרסיבית,
13 תוך הישענות על יתרונות לגודל. מנגד, לפירמה הממוזגת לא יהיה תמריץ כלכלי להגיע
14 לשיווי משקל מתואם עם תמי 4, שכן על מנת להגיע לאיזון שיאפשר תחרות אפקטיבית
15 לתמי 4, על מי עדן, כפירמה ממוזגת, להגדיל את מאגר לקוחותיה ל- [REDACTED]
16 לקוחות, דבר שיתאפשר, כפי שנטען בערר, רק בעוד מספר שנים. על כן, לדבריה, ממילא
17 אין מקום לחשש מתוצאות המיזוג בתחום התחרות שתיווצר בסמוך לאחר ביצועו.
18 בטיעוניה מדגישה מי עדן, כי פעולותיה הנוספות בתחום המים, לרבות ברי מים מינרליים,
19 איננה מצננת את התנהגותה התחרותית בתחום ברי המים המסוננים, שכן מרבית הלקוחות
20 הרוכשים את ברי המים המינרליים של מי עדן, אינם רוכשים כלל ברי מים מסוננים של מי
21 עדן, אלא של חברות אחרות, וממילא על מי עדן להתאים את התנהגותה למצב דברים זה
22 ולפעול באופן תחרותי. לטענת מי עדן, קיימות חברות רבות שנמצאות בעמדת כניסה לשוק
23 ברי המים המסוננים, כגון פירמות הפועלות בתחום הקמעונאות, בעלות מותג חזק, כמו גם
24 פירמות בעלות מערך הפצה ושירותים קיים למוצרים אחרים, שלא תידרשנה דווקא
25 להשקעות גבוהות לצורך כניסה לשוק. מי עדן גורסת, כי מנגד, למיזוג תהיה השפעה
26 חיובית על התחרות בשוק, בשל מתן אפשרות למי עדן ליהנות מיתרונות מסוימים לגודל.
27 בכל הנוגע ל"דוקטרינת החברה הכושלת", הטעימה מי עדן, כי גם דוקטרינה זו תומכת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בוק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 בקבלת הערר, שכן לא רק בהיבט של חברת אלקטרה, אלא גם בהיבט של מי עדן, בהיעדר
2 אפשרות לתחרות אפקטיבית, יש להעריך כי היא לא תישאר בשוק לאורך זמן.

3
4 17. עוד מציינות אלקטרה ומי עדן בעריהן, כי החלטת הממונה התקבלה בניגוד
5 להמלצת הוועדה לפטורים ומיזוגים, הפועלת מכוח סעיף 23 לחוק ההגבלים העסקיים,
6 התשמ"ח-1988 (להלן – החוק או החוק להגבלים עסקיים). ועדה זו המליצה לאשר את
7 המיזוג, אחר שחלק מחברי הוועדה סברו שמוצרי החברות הלא ממותגות תחליפיים בעיני
8 הצרכן, ולמצער, בעיני הצרכן הרגיש למחיר, וכי חסמי השוק נמוכים. אחד מהחברים סבר
9 ששיקול דעת עסקי מחייב את המסקנה שאלקטרה תצא מן השוק גם אלמלא המיזוג.
10 בהקשר זה מלינות העוררות על כך שחילופי העמדות בוועדה לא תועדו בפרוטוקול.

11
12 18. זאת ועוד, בסמוך למועד שנקבע לדיון בעררים, ביקשה אלקטרה להגיש טיעון
13 משלים קצר מטעמה אודות תחילת פעילותה של קבוצת ברימג, בשיווק ברי מים מסוננים.
14 בדיון מיום 11.8.16 דיווח ב"כ הרשות, כי הטענה נבדקה מול חברת ברימג, שציינה כי היא

15 [REDACTED]
16 [REDACTED] שהנתונים לגבי חברה זו אינם משנים את התמונה
17 הכוללת.

18
19 הדיון בעררים

20
21 19. בסמוך להגשת העררים, זומנו הצדדים לדיון מקדמי במהלכו הדגישו העוררות, כי
22 מבחינתן הכרעה דחופה בערר הינה חיונית, שכן אם לא יינתן אישור למיזוג תוך פרק זמן
23 קצר, אזי רשאי כל אחד מן הצדדים לבטל את ההסכם. על רקע זה, ביקשו העוררות לקיים
24 דיון דחוף, אף בלא שתינתן לעוררות האפשרות לעיין במלוא מסמכי הממונה, לרבות
25 מסמכים שצורפו לתשובת הממונה, שטענות צדדים שלישיים לגבי סודיותם טרם התבררו,
26 כך שלמעשה, תשובת הממונה לעררים וסיכומיה, לרבות הנספחים, הועברו אל העוררות
27 כשהם מושחרים בחלקם. עם זאת, ובכל הנוגע לנתונים הכספיים הנוגעים למחירים
28 ולכמויות ברי המים שדווחו בידי החברות השונות, נקבע הסדר מיוחד על מנת לאפשר



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

לבאי כוח העוררות ולמומחים מטעמן לעיין בנתונים, תחת התחייבות לסודיות, לאחר
שלצדדים השלישיים ניתנה הזדמנות לטעון בעניין. לצד זאת, לא ויתרו הצדדים על חקירות
המצהירים והמומחים ונקבע מועד לשמיעתן בפגרה. לאחר החקירות הוגשו סיכומים בכתב
ומכאן פסק הדין.

דיון

גדרי שיקול הדעת בבחינת הודעה על מיזוג חברות
20. סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי "הממונה יתנגד למיזוג חברות או
יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר, כי כתוצאה מן המיזוג, כפי שהוצע, תיפגע
באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור...".

21. כפי שנקבע בעניין ע"א 2082/09 יורוקום די.בי.אס נ' בזק חברת התקשורת
הישראלית בע"מ, פ"ד סג(2) 788 (2009): "המבחן להפעלת סמכותה של הממונה הוא אם
כן קיומו של "חשש סביר", דהיינו הערכה הסתברותית – הנבחן אקס אנטה – לפגיעה
משמעותית בתחרות בשל המיזוג המוצע או לפגיעה בציבור באחד העניינים המנויים
בסעיף (ראו ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988)
בע"מ, פסקה 30 (פורסם במאגריס, 6.12.06) (להלן – עניין דור אלון)). בחינתו של מיזוג
היא על כן דו שלבית: ראשית, יש לזהות אם להגדיר את השוק הרלבנטי לעניין הנדון;
שנית, יש לבחון האם קיים חשש סביר שהמיזוג המוצע אכן יוביל לפגיעה משמעותית
בתחרות באותו השוק או לפגיעה בציבור כאמור...".

22. הצדדים חלקו בשאלת זהות הצד הנושא בנטל ההוכחה בערר, אודות החלטה
בבקשה לאישור מיזוג. כפי שצויין בעניין יורוקום לעיל, מבלי שהדבר הוכרע, וברוח
האמור במאמרה של המלומדת מיכל הלפרין, "פרשת דור אלון-סונול – כיצד צריכה
להיראות ההתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים", תאגידים ה/2, 60, 65 (2008), נראה,
כי הדעת נותנת, כי אם מבקש הממונה להתנגד למיזוג בטענה לחשש מפני פגיעה בתחרות,
על הממונה הנטל להוכיח, כי חשש כזה מתקיים, שהרי בהיעדר הוכחה לחשש כזה, לא



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

הוצג היסוד להתנגדות הממונה למיזוג. הלכה למעשה, במקרה דנן, כאמור, שוכנעתי כי
הוצגה תשתית ראייתית פוזיטיבית לכך כי המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית
בתחרות, כך שלמעשה סוגיית הנטלים אינה מכרעת בענייננו ודין העררים להידחות על
בסיס הראיות שהוצגו.

זיהוי השוק הרלבנטי
23. השוק הרלבנטי לצורך ניתוח כלכלי-הגבלי הוא אותו השוק שבו שליטתה של
פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית תוך גריפת
רווח (ראו ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק
תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213 (1998)).

24. המבחן העיוני לאיתור המוצרים שבשוק הרלבנטי הוא מבחן תחליפיות הביקוש
בין המוצרים השונים (מבחן המונופול ההיפותטי), הבוחן את יכולתו של מונופול, השולט
על שיווקו של המוצר, להעלות את מחירו לאורך זמן לרמה על-תחרותית בשיעור של 5%
עד 10%, מבלי שיינטש בידי הלקוחות באופן שיהפוך את העלאת המחיר ללא כדאית.

25. הואיל שמבחן המונופול ההיפותטי הוא מבחן אנליטי שביצעו בדרך כלל איננו
ישים, פותחה שורת מבחנים איכותיים לאמוד את מידת התחליפיות בין מוצרים, מבחנים
באמצעותם תזוהה קבוצת המוצרים המצומצמת ביותר בה ניתן להפעיל כוח שוק.

26. יודגש: אין מדובר במבחנים טכניים פורמליים או בנוסחת קסם לניתוח נתונים, אלא
במבחנים המבוססים במידה רבה על שכל ישר, שתכליתם איתור אותם מוצרים שיש בהם
כדי לרסן הפעלת כוח שוק במוצר הנבחן. איתור המוצרים הללו מאפשר להעריך האם קיים
או לא קיים חשש סביר שהמיזוג הנבחן יגרע מעוצמתם של רסני כוח השוק, וממילא תיפגע
התחרות.

27. אחר שבחנתי היטב את טיעוני הצדדים והמומחים מטעמם, נראה כי הגדרת השוק
המוצעת בידי העוררות כ"שוק ברי המים המסוננים" בכללותו, בלא הבחנה בין ברי מים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 מסוננים ממותגים לשאינם ממותגים, היא הגדרה רחבה מדי לצורך בחינת המיזוג דנן,
2 וכוללת בתוכה מוצרים וחברות שאין בכוחם לרסן הפעלת כוח שוק בידי משווקי ברי המים
3 המסוננים הממותגים. הגדרת השוק המוצעת בידי הממונה, כ"ברי מים מסוננים ממותגים"
4 וככזו הכוללת אך את העוררות ואת תמי 4 בלבד, מבוססת היטב בנתונים ובמידע שאספה
5 הממונה, כפי שיבואר.

6
7 ירידת מחיר עם כניסת מתחרה כאינדיקציה לגיזרת שוק
8 28. כאמור, תכלית מבחני התחליפיות לצורך הגדרת שוק הינה זיהוי המוצרים שיש
9 בהם כדי להיות רסן תחרותי למוצר הנבחן. במקרה דנן, מה שארע בשוק בפועל עם השקת
10 בר המים המסוננים של אלקטרה, משמש אינדיקציה משמעותית לשאלה אילו מוצרים
11 מהווים רסן תחרותי זה לזה, ואילו לא.

12
13 29. כך, כאמור, במועד כניסתה של אלקטרה לתחום שיווק ברי המים, וגם כיום, החברה
14 הדומיננטית בתחום שיווק ברי מים מסוננים היא חברת שטראוס-תמי 4 (על פי הערכות,
15 כ- מברי המים שבשימוש בארץ הם מתוצרתה, וכ- מברי המים הנמכרים כיום
16 הינם מתוצרתה). באותה עת – וגם כיום – לצידה של תמי 4, היו קיימות בשוק מספר
17 חברות נוספות המשווקות ברי מים מסוננים.

18
19 30. שעה שבשוק פעילות חברות רבות מהוות כולן רסן תחרותי זו כלפי זו, אין לצפות
20 שכניסת מתחרה נוסף תביא לירידת מחירים משמעותית, שכן, בהשאלה ממה שטענו
21 העוררות כנגד החלטת הממונה – הוספת מתחרה בודד לשוק בו פעילים 6 מתחרים, איננה
22 אירוע תחרותי דרמטי בשוק. ולכן, אילו טענת העוררות כי השוק הרלבנטי הוא שוק ברי
23 המים המסוננים בכללותו, ניתן היה לצפות שבעת כניסת אלקטרה לתחום ברי המים, לא
24 ייגרם שינוי משמעותי במחירים הנוהגים בשוק. ואולם, בענייננו, כפי שהעידו הפעילים
25 בשוק וכפי שעלה מן הנתונים שהוצגו, עם כניסתה של אלקטרה לתחום ברי המים, חלה
26 ירידה משמעותית במחירי ברי המים של תמי 4, לאור התחרות שנוצרה. כך ציין מנכ"ל
27 שטראוס, כי "מאז שאלקטרה ומי עדן נכנסו, המחירים ירדו משמעותית. מ-2010 ועד היום
28 המחיר ירד בלמעלה מ- []" (נספח 23 לתשובת הממונה). גם בתכנית העסקית של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 אלקטרה לשנת 2012 נכתב, כי "תחילת הפעילות לווה במלחמת מחירים קשה שנכפתה
2 מצדה של תמי 4 ואילצה את החברה להוריד את מחירי המכירה ולהעניק הנחות ותמריצים
3 מיוחדים" (נספח 3 לתשובת הממונה, עמ' 13). כך גם עולה מהאמור בעמ' 7 לתכנית
4 העסקית של אלקטרה לשנת 2014, בו נזכרה פעילותה של תמי 4 כאחת המתחרות של
5 אלקטרה ולגביה נאמר כי: "מאז כניסת אלקטרה בר לשוק – נקטה החברה במדיניות של
6 ירידת מחירים לרמת מחירים זהה לזו של אלקטרה בר ואף נמוכים יותר..." (נספח 4
7 לתשובת הממונה, עמ' 7). זאת ועוד, בתשובת הממונה הוצג גרף המסתמך על נתונים
8 שאספה הממונה ומציג את המחיר החודשי הממוצע של דגמי ברי מים של אלקטרה ושל
9 תמי 4, ומעיד על ירידה משמעותית במחירי תמי 4 במועדים הרלבנטיים. אכן מדובר
10 בירידה שתחילתה חודשים אחדים קודם לכניסתה של אלקטרה לשוק. אך כפי שהוכח,
11 כוונתה של אלקטרה להיכנס לתחום ברי המים ידועה הייתה ברבים קודם למועד הכניסה
12 לשוק בפועל (נספח 25 לתשובת הממונה). לפיכך, ירידה במחירים חודשים בודדים קודם
13 תחילת פעילותה של אלקטרה בשטח, תומכת במסקנה כי מדובר בירידת מחירים הקשורה
14 בקשר סיבתי הדוק וישיר לכניסתה של אלקטרה לתחום, בפרט לאור דברי המעורבים בדבר,
15 שרואים את הירידה במחירים כתוצאה ישירה של כניסתה של אלקטרה לתחום. הנתונים
16 המספריים אודות מחירי תמי 4 במועדים השונים תומכים, אפוא, היטב במסקנת הממונה,
17 כי אלקטרה ותמי 4 הינן חלק מאותו שוק, וכי החברות הנוספות שהיו פעילות בתחום ברי
18 המים בעת כניסתה של אלקטרה לתחום, אינן מהוות חלק מהשוק הרלבנטי לצורך הניתוח
19 כאן.

20
21 31. לטענת אלקטרה, ירידת מחירי תמי 4 בגין כניסתה של אלקטרה לשוק היא נתון
22 שאין לקחתו בחשבון משום שהועלה לראשונה בתשובה לערר, ולא בנימוקי ההחלטה. אין
23 לקבל טענה זו. אינני סבורה כי בית הדין מנוע מלהתחשב בנתון שהובא לפניו בטיעוני שני
24 הצדדים, רק מן הטעם שמדובר בנתון שלא נזכר בהחלטה המנומקת. מדובר בנתון שאיננו
25 זר כלל ועיקר למתווה הנמקת ההחלטה והוא למעשה משלים אותה. יתר על כן, הטענה
26 העובדתית כי כניסתה של אלקטרה לשוק הביאה לירידת מחירים מצדה של תמי 4, הופיעה
27 בחוות הדעת שהגישה אלקטרה עצמה בתמיכה לערר מטעמה. כך, בסעיף 117 לחוות דעתו
28 של מר רוזנברג מטעם אלקטרה נאמר במפורש: "אלקטרה אכן חוללה תחרות כאשר נכנסה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 לענף והובילה לירידת מחירי הבר של תמי 4". אמנם בהמשך טוען מר רוזנברג כי מגמה זו
2 השתנתה וכיום אלקטרה איננה עוד מחוללת תחרות. מכל מקום, העובדה כי כניסתה של
3 אלקטרה חוללה תחרות והובילה לירידת מחירי הבר המים של תמי 4, היא נתון המופיע בחוות
4 דעתו של מר רוזנברג מטעם אלקטרה כנתון המקובל על המומחה מטעם אלקטרה. מובן,
5 כי בית הדין המוסמך בדונו בערר מיזוג "לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה"
6 כאמור בסעיף 22 (ג) לחוק ההגבלים העסקיים, וראוי להסתמך על נתון המובא מטעם
7 אלקטרה באמצעות המומחה מטעמה לחובתה, ולא רק לטובתה. בנוסף, העובדה שהממונה
8 כללה נימוק זה בתשובתה לערר, אפשרה, מטבע הדברים, לעוררות להתייחס אליו
9 בטיעוניהן כפי שעשו בפועל, ולא נגרם להם כל עיוות דין כתוצאה מהעלאת הטענה
10 במסגרת התשובה לערר ולא בנימוקי ההחלטה, כך שדין טענתה זו של אלקטרה להידחות.
11

12 32. בנוסף, אין לקבל את טענתה של אלקטרה כי לא ניתן לקבוע שכניסת אלקטרה
13 הביאה להורדת מחירים משום שהממונה לא בדקה את התמונה התחרותית לפני כניסת
14 אלקטרה לשוק ובהתאם גם לא בחנה האם קיים קשר סיבתי בין הכניסה לשוק לבין הירידה
15 במחירי הבר המים. כך גם באשר לטענה כי הממונה לא בדקה האם הבר המים ששווקו בידי
16 החברות האחרות עובר לכניסתה של אלקטרה, היו תחליפיים באיכותם לברי המים של
17 שטראוס, ולכן, כנטען, לא הוכח שכניסתה של אלקטרה הביאה לירידת מחירים אצל תמי
18 4. נוכח דבריו של מר רוזנברג מטעם אלקטרה בחוות דעתו, כי "אלקטרה אכן חוללה
19 תחרות כאשר נכנסה לענף והובילה לירידת מחירי הבר של תמי 4", כמו גם הדברים הברורים
20 המופיעים במצגות מטעם אלקטרה ודבריו של מנכ"ל שטראוס-תמי 4 כאמור לעיל, נראה
21 כי המסקנה שכניסתה של אלקטרה גרמה לירידת מחירי תמי 4, מבוססת היטב בחומר
22 שלפניי, ואין לקבל את טענות אלקטרה כנגדה.
23

24 33. הלכה למעשה: ירידת המחירים שהביאה כניסתה של אלקטרה לשוק מהווה
25 אינדיקציה משמעותית לכך שפעילותה של אלקטרה מהווה רסן תחרותי משמעותי כלפי
26 פעילותו של השחקן העיקרי בתחום הבר המים המסוננים, חברת שטראוס-תמי 4, ולהיותן
27 של שתי חברות אלו (אלקטרה ושטראוס-תמי 4) באותו שוק.
28



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

34. זאת ועוד: נתון זה אף תומך במסקנה שהחברות האחרות ששיווקו ברי מים מסוננים
קודם לכניסתה של אלקטרה לשוק, לא היוו רסן תחרותי משמעותי כלפי תמי 4, ושאינן
לראותן לצורך בחינת המיזוג כחלק מן ה"שוק" או "הענף" כלשון סעיף 21(א) לחוק
ההגבלים העסקיים, שהרי אילו כך היו פני הדברים, לא הייתה כניסתה של אלקטרה יוצרת
שינוי תחרותי כה משמעותי כלפי תמי 4 כפי שעלה כאמור לעיל.

35. בהקשר זה ובהתייחס לטענתה של אלקטרה בסעיף 46.1 לסיכומיה, כי אם כשיטת
הממונה הורדת מחירי תמי 4 היא הקובעת את גודלי השוק, הרי שאין לראות את מי עדן
כחלק מהשוק – כפי שצוין, במועד כניסתה של אלקטרה לשוק, טרם החלה מי עדן את
פעילותה בו. לפיכך, המסקנה כי החברות שהיו פעילות בתחום ברי המים קודם כניסתה
של אלקטרה לשוק לא היוו רסן תחרותי משמעותי לכוח השוק של שטראוס-תמי 4 ואינן
חלק מן השוק, לא יכולה להיות רלבנטית למי עדן, שלא הייתה פעילה באותה עת ואיננה
מלמדת דבר לגביה. אשר להיותה של מי עדן חלק מן השוק הרלבנטי – לכך אינדיקציות
נוספות, כפי שיפורט, ואף יוזכר כי בדברי מנכ"ל שטראוס אודות ירידת המחירים שנגרמה
עם כניסת מתחרים לשוק, כמצוטט לעיל, הוזכרו אלקטרה ומי עדן גם יחד כמי שכניסתן
לשוק מסמנת מגמה של ירידת מחיר. ואכן, גרף המחירים אליו הפנתה הממונה בסעיף 63
לתשובתה, מראה על המשך מגמת ירידת המחירים אצל תמי 4 ואלקטרה גם לאחר כניסתה
של מי עדן לתחום.

המבחן הפונקציונאלי לצורך הגדרת שוק כמבחן לא ממצה

36. אין חולק, כי מבחן מרכזי לצורך הגדרת השוק הינו המבחן הפונקציונאלי, שכן
בהיעדר תחליפיות פונקציונאליות, לא נראה כי קיים פוטנציאל לתחליפיות כוללת בין
מוצרים (ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – הרשות להגבלים עסקיים נ' וול (פורסם
במאגרים, 6.7.2009), פס' קכ"ד לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין). בענייננו,
מבחינה פונקציונאלית, ברי המים המסוננים של החברות השונות, לרבות אלו שאינם
ממותגים, דומים בתכונותיהם הפיזיות.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

37. יחד עם זאת, אין די בתחליפיות פונקציונאלית על מנת להגדיר את השוק. הסתפקות
במבחן זה, על אף חשיבותו, עלולה להביא להגדרת שוק שגויה. עמד על כך בית המשפט
הגבוה לצדק של האיחוד האירופי בפרשת מישלן:

"An examination limited to objective characteristics only of the
relevant products cannot be sufficient: the competitive
conditions and the structure of supply and demand on the market
must also be taken into consideration"

Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v.
Commission of the European Communities, ECR 3461 [1983]
ECLI:EU:C:1983:313 para.37(November 9th, 1983).

וכן בספרם של המלומדים Cook&kerse:

"The fact that products are capable of performing the same
functions does not necessarily mean that they form part of the
same product market. A test based on pure functionality would
often produce the wrong result. The question is not simply
whether, if one product were not available, alternatives would be
found which could serve the same purpose. Those alternatives
might not be equally suitable for all groups of customers and
might well not be such close substitutes as to exercise a real
constraint on market power"

C.J. COOK & C.S. KERSE, EEC MERGER CONTROL 220 (London,
5th ed., 2009)

מיתוג כמגדיר שוק

38. בענייננו, נראה כי אכן, כגרסת הממונה, אף שמבחינה פונקציונאלית, קיימים בשוק
תחליפים נוספים לברי המים המסוננים המשווקים בידי העוררות, מלבד ברי המים של תמי
4, הרי שמדובר במכשירים שאינם נהנים ממיתוג איכותי, בדומה לזו שנוצר למכשירי
העוררות ושטראוס-תמי 4, ובשל כך, הלכה למעשה, אינם מהווים רסן לכוח השוק של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 החברות הממותגות, וממילא לצורך הניתוח התחרותי בכל הנוגע לבקשת המיזוג של
2 העוררות, נמצאים הם בשוק נפרד. מהנתונים שהובאו לפני הממונה ובאו לפני עולה, כי
3 אכן הבידול המותגי מעמיד את העוררות ואת תמי 4 לבדן בשוק נפרד מהמשווקות
4 האחרות, הן מבחינת מודעות הצרכנים והן מבחינת ראיית הגורמים הפעילים בתחום ברי
5 המים.

6
7 39. בידולם של מוצרים לשוק נפרד בשל היותם ממותגים או לא ממותגים, על אף זהות
8 פונקציונאלית, הוכרה בהחלטות נציבות האיחוד האירופי:

9 COMP/M.430 PROCTER & GAMBLE / VP SCHICKEDANZ (II) (19.1.1994), שם הבחינה

10 הנציבות בין שוק ממותג למגבות נייר לשוק לא ממותג של מגבות כאלו;

11 COMP/M.2097 – SCA/Metsa Tissue (31.01.2001), בו קבעה הנציבות שמוצרי הגיינה

12 ממותגים ומוצרי הגיינה של מותג פרטי נמצאים בשווקים נפרדים לצורך הניתוח שם;

13 COMP/M.6891 – AGROFERT/ LIEKEN (15.05.2013), שם נקבע שמוצרי מאפה ממותגים

14 ומוצרי מאפה שנמכרים תחת מותג פרטי נמצאים בשווקים רלבנטיים נפרדים באותו עניין.

15
16 40. השקעה במיתוג נועדה לייצר ערך למוצר שישקף בעיני הצרכן אמינות, מומחיות

17 ואיכות. כאשר השקעה זו נעשית באופן אפקטיבי, עשוי המוצר הממותג להיתפס בידי

18 הציבור כנבדל מהמוצרים הלא ממותגים, כך שייווצרו שווקים נפרדים בהיבט זה.

19
20 41. העוררות ותמי 4 הן חברות ממותגות. כפי שציין המומחה מטעם מי עדן, מר פרלמן,

21 שלושת החברות הנדונות, הן חברות שהמיתוג הינו חלק מה-DNA שלהן, ומסלול שיווקי

22 אחר זר לדרך התנהלותן (נספח 14 לתשובת הממונה וכן דברי מר פרלמן בעמ' 8 לפרוטוקול

23 שורה 3). בהתאם, פעילותן של החברות האמורות בתחום ברי המים המסוננים מלווה

24 בהשקעה רבה במיתוג (אכן בשנה האחרונה השקעתה הכספית של אלקטרה בפרסום

25 פחותה, ולכך נתייחס בהמשך, מכל מקום מדובר בחברה שהיא עודנה חברה ממותגת לכל

26 עניין ודבר). כעולה ממצגות פנימיות של חברות אלו כמו גם ממודעות פרסומת שלהן

27 שצרפה הממונה בנספח 15 לתשובתה, המיתוג מכוון ליצירת תדמית של מומחיות ואיכות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

- 1 למוצרי העוררות ותמי 4. מנגד, מודעות הפרסומת של החברות האחרות מדגישות את מחיר
2 המוצרים.
3
4 42. מיתוגם האפקטיבי של מכשירי שלושת החברות הנדונות כמכשירי איכות, בשונה
5 ממכשירי החברות האחרות, מוצג באופן בולט במסגרת תוכנית עבודה לשנת 2015 של
6 אלקטרה, הכוללת "מפת מיצוב שוק ברי המים". המדובר במפת מיצוב המוצגת על מטריצה
7 הבוחנת איכות מול מחיר. במטריצה זו מופיעים מוצרי העוררות עם המוצר של תמי 4
8 בפניה אחת (מימין למעלה), כמוצרים איכותיים וחדשניים הנמכרים במחיר גבוה יחסית.
9 זאת אל מול מוצרי החברות האחרות, הניצבים הרחק משם, תוך שחלקם מסווגים
10 כממוצבים פשוטים ומיושנים וכזולים (משמאל למטה) וחלקם כבינוניים הן מבחינת
11 מיצובם בתחום האיכות והן במחיר. מפה זו ממחישה את מיקומן המיצובי של העוררות
12 ותמי 4, כפי שנראה בזמן אמת, הרחק למעלה מיתר החברות הפעילות בתחום (נספח 37
13 לתשובת הממונה).
14
15 43. זאת ועוד, כפי שניתן לראות ממסמכי החברות, הן העוררות והן תמי 4 מייחסות
16 חשיבות רבה למיתוג ברי המים המסוננים המשווקים בידיהן.
17
18 44. אלקטרה – בתכנית העבודה והתקציב של חטיבת אלקטרה בר משנת 2010, שהוכנה
19 לקראת כניסה לשוק, הודגש שאחד מגורמי ההצלחה הקריטיים במגזר הפרטי הוא "בניית
20 מותג", שכן "שוק המים למגזר הפרטי הוא שוק ממותג ביותר" (עמ' 8 לנספח 2 לתשובת
21 הממונה). ואכן, התכניות העסקיות לשנת 2012 ולשנת 2014 (נספחים 3 ו-4 לתשובת
22 הממונה) מלמדות על יישום האסטרטגיה השיווקית והפרסומית בה נכנסה אלקטרה לשוק
23 המים (עמ' 5 לנספח 3 לתשובת הממונה ועמ' 4 לנספח 4 לתשובת הממונה, שם אף מצוין
24 כי "בוצע מחקר לניתוח מעמד המותג, אשר חיזק את האסטרטגיה בה אנו פועלים").
25
26 45. מי עדן – החשיבות הניכרת שמייחסת מי עדן למיתוג בתחום ברי המים עולה באופן
27 ברור ממצגת שבאה בפני הנהלת חברה זו ערב כניסתה לשוק ברי המים המסוננים. כך,
28 ממצגת להנהלת מי עדן שנקראת "הקרב על הבית – כניסה לשוק המסוננים", ממנה עולה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 ברי המים המסוננים במידה ניכרת, העולה בהרבה על המודעות למוצרים של החברות
2 האחרות הפעילות בתחום. מדובר בסקר מודעות לברי מים מסוננים שנערך עבור אלקטרה
3 על ידי מכון גיאוקרטוגרפיה באפריל 2014, בקרב מי שרכשו בר מים מסוננים במהלך שלוש
4 השנים שקדמו למועד הסקר (נספח 16 לתשובת הממונה). מן הסקר עולה מודעות בלתי
5 נעזרת ("כשאתה חושב על מותגי ברי מים מטהרים בישראל, איזה שמות עולים לך בראש?
6 ואילו עוד? ואילו עוד?") בשיעור של [REDACTED] לתמי 4, [REDACTED] למי עדן ו-[REDACTED] לאלקטרה,
7 לעומת אחוזים בודדים לחברת מעיינות ([REDACTED] אקווה בר ([REDACTED] וצלול ([REDACTED]).
8 [REDACTED]
9 [REDACTED] בנוסף, הסקר שנעשה עבור אלקטרה, ברק גם
10 מודעות "נעזרת" לברי מים מסוננים מסוגים שונים, בקרב רוכשי ברי מים ב-3 השנים
11 שקדמו לסקר ("האם אתה מכיר או שמעת על כל אחד מברי המים המסוננים הבאים"):
12 [REDACTED] הכירו את ברי המים של תמי 4, [REDACTED] את של אלקטרה, [REDACTED] את של מי עדן, ולעומתם,
13 מבין רוכשי ברי המים בשלוש השנים האחרונות, רק [REDACTED] הכירו את מעיינות ורק [REDACTED] את
14 אקווה בר (החברות האחרות לא נסקרו כלל בסקר המודעות הנעזרת).
15

16 48. יצוין כי הן סקירת המודעות הנעזרת והן סקירת המודעות הבלתי נעזרת העלו
17 מודעות גבוהה לבר מים מסוננים של חברת "נביעות", אף שבפועל חברת "נביעות" איננה
18 משווקת כלל בר מים מסוננים, אלא בר מים מסוג אחר (ראו שקף 9 למצגת הנהלת מי עדן,
19 נספח 19 לתשובת הממונה). אין בכך כדי ללמד על כך שמדובר בסקר בלתי אמין. מדובר
20 בסקר שהוזמן בידי מכון בעל שם לצרכיה של חברת אלקטרה, ואשר זו הציגה את תוצאותיו
21 בפני הנהלת החברה, ומכאן כי סברה בזמן אמת כי הוא סקר רציני. ה"טעות" שבתוצאות
22 הסקר בכל הנוגע לחברת "נביעות", מלמדת שמודעות הציבור בכל הנוגע לחברת
23 "נביעות", העוסקת בתחום המים, לוקה בחוסר דיוק אובייקטיבי באשר לסוג בר המים
24 הספציפי המשווק בידי "נביעות", שאין חולק שאין הוא חלק מן השוק הרלבנטי לענייננו
25 (הסברים מקצועיים לכך מזמן אמת, שאינם מלמדים על סקר "לקוי" כלל ועיקר ראו בשקף
26 9 שם). התשובה השגויה שנתנו הנסקרים איננה מלמדת כלל ועיקר על חוסר מקצועיות
27 מצד הסוקרים בעריכת הסקר, שכאמור, בזמן אמת סברה אלקטרה שהוא רציני ואמין,
28 ועשתה בו שימוש לצרכיה, אמינות העולה גם מסקר אחר, כאמור, שנעשה עבור שטראוס-



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

תמי 4, שהצביע על היעדר מודעות לקיומן של החברות ה"אחרות" בתחום ברי המים.
התמונה הכללית העולה מן הסקרים היא, אפוא, פער קיצוני בין רמת מודעות הציבור לברי
המים של העוררות ושל תמי 4, לבין רמת מודעות הציבור לברי המים של חברות אחרות
המשווקות מוצרים דומים, נתון התומך במסקנה בדבר נבדלות.

49. יצוין כי לצד סקרים אלו שהוזמנו בידי החברות הפעילות בשוק בזמן אמת לצורכי
עבודתן, הפנתה אלקטרה לסקר שנערך בידי חברת שילוב לצורך ההליך דנן, לבחינת
רגישות המחיר של צרכנים פוטנציאליים של בר המים של תמי 4 ואת התנהגותם במקרה
של העלאת מחיר בשיעור של 10%. מסקנות הסקר על פי האמור בו הוא כי תמי 4 מותג
חזק בשוק ברי המים, כי המותג של אלקטרה איננו בעל נכסיות חזקה, וכי במקרה של
העלאת מחיר בידי תמי 4, היצרן שיהנה מכך בעיקר יהיה "מעיינות".

50. מדובר ב"סקר העדפה" שעל פי דברי המומחה הכלכלי מטעם אלקטרה נועד לבדוק
את שיעור הגידול בביקוש לברי מים המתחרים בתמי 4 ככל שזו תעלה את מחירה ב 10%.
לטענתו, אילו הגדרת השוק של הממונה היתה נכונה, ניתן היה לצפות לדיווח על מעבר
לקוחות בעיקר אל העוררות, ולא אל החברות האחרות. המומחה מטעם אלקטרה מר
רוזנברג מציין, כי הוא "מודע היטב" לכך שסקר העדפה איננו בהכרח משקף את המציאות
באופן מדויק וכי עלולות להיות הטיות, אך הוא מהווה אינדיקציה משלימה למבחינים
הכלכליים שהוא הציע.

51. אינני סבורה כי מדובר בסקר שניתן לבסס עליו מסקנות כמוצע. אף שאין חולק, כי
סקר העדפה איננו משקף דווקא את המציאות, כך שנדרשים כלים מחקרניים לשם יצירת
מבנה סקר שינטרל את הבעייתיות שבסקר העדפות, הסקר שנערך כאן לצורך ההליך מטעם
אלקטרה הוא סקר מינימלי ופשטני שכולל למעשה 2 שאלות בלבד (לצד שתי שאלות סינון,
שאין לגוף העניין הנבדק). הסקר לא עושה כל שימוש באמצעים מחקרניים לנטרול או
לצמצום הפער בין התשובות שתיתנה לשאלות בדבר העדפה, לבין ההעדפה כפי שהיא
במציאות, אלא הציב שאלה פשוטה "מה היית עושה אילו..." לא מצאתי הסבר לפשטנות
זו בעריכת הסקר, הבולטת אל מול מורכבותו של סקר אחר שנערך בידי גוף שהמומחה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בוק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 מטעם אלקטרה ניהל עד לאחרונה את נציגותו בישראל, ושבדק את נכסיות מי עדן בתחום
2 מתקני מים (מוצג מ/מ/15). זאת ועוד, ממצאי ה"סקר" הנוכחי על נכסיות חלשה של מותג
3 אלקטרה בר, אינם עולים בקנה אחד עם ממצאי הניתוח הנרחב שבסקר המקביל (מוצג
4 מ/מ/15), בדבר נכסיות המותג אלקטרה. בנוסף, הסקר דנן התבסס על נתוני מחיר שכפי
5 שהתברר אינם דווקא אמינים. כמו כן, הסקר הציג בפני הנסקרים מספר רב של מכשירים
6 ונתונים רבים, שעלולים לבלבל. מנגד, רוב הנסקרים השיבו לסקר כולו עד כ-2 דקות. ואכן,
7 מן הסקר עלו תשובות לא קוהרנטיות, ללא הסבר מצד עורך הסקר (כך, כ-51 מהנשאלים
8 השיבו כי בר המים שהיו רוכשים היה של מי עדן, שהוצג בסקר כמוצר יקר מתמי 4 במידה
9 ניכרת. אך כשנשאלו מה היו עושים אילו תמי 4 היתה מעלה מחירים ב-10%, אמרו שהיו
10 רוכשים מכשיר מחברה אחרת ולא ממי עדן, אף שנתוני השאלה הניחו שבמחיר מי עדן לא
11 חל כל שינוי). זאת ועוד, עורך הסקר הודה בחקירתו הנגדית כי לצד סקר זה, ערך סקר
12 נוסף, אך לא שיתף במה עסק סקר זה, ומדוע לא אוזכר כלל בחוות דעתו. אמנם המומחה
13 טען שאת תוצאותיו של הסקר הנוסף לא הציג משום שהתייעץ עם "עורכי הדין והם באו
14 ואמרו שאותם היפותזות שבחנו במחקר הזה הן לא חשובות לצורך הדיון הכלכלי כאן"
15 (עמ' 24 ש' 3-4). אך הסבר זה איננו מספק, שהרי סקר שמתבקש ליתן חוות דעת, איננו
16 עורך סקרים מיוזמתו בנושאים לא רלבנטיים, כך שאם נערך סקר לצורך ההליך, ונבחר
17 שלא לעשות בו שימוש, מצופה שהמומחה ישתף את בית המשפט בדבר, ורב החשש שאם
18 לא עשה כן, הרי שמדובר בסקר שממצאיו סותרים את טיעוני מי שנמנע מלהציגו בדיון.
19 לנוכח כל האמור, סבורה אני כי אין לבסס מסקנה אודות נכסיות מותג או אודות התנהלות
20 צפויה של צרכנים, וממילא אודות גזרת השוק המדובר.

21
22 52. מנגד, מנהלי החברות האחרות העוסקות בתחום עמדו גם הם על חשיבות המותג
23 בשיווק ברי המים המסוננים, והעריכו כי כוחן של שטראוס-תמי 4, מי עדן ואלקטרה במותג
24 העומד לימינן, וכי היעדר מיתוג או מיתוג מוגבל בשל השקעות מוגבלות בפרסום מצדן
25 הם שמקשים על החברות האחרות להתחרות באופן אפקטיבי בעוררות ובשטראוס-תמי 4.
26
27 53. וכך אמר מנהל אחד החברות, בשיחתו עם נציגי הרשות: "תקרת הזכוכית של תמי
28 4 פשוט מהווה תקרת זכוכית אמיתית לחברה כמוני. התקרה הזו היא התקרה הממותגת...



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

- 1 אנחנו חברה בעולם הלא ממותג מהגדולות בעולם הזה... השוק הזה של הלא ממותגות
2 מכיל כמה עשרות אלפי לקוחות ומשחקים בו כל החברות שנמצאו מתחת לתקרת הזכוכית"
3 (נספח 12 לתשובת הממונה). מנכ"ל חברה אחרת, שנשאל מה צריך לעשות כדי להיכנס
4 לתחום של שיווק ברי מים מסוננים לשוק הפרטי, השיב "את צריכה להשקיע בפרסום.
5 אלקטרה ותמי 4 השקיעו הרבה. ככה אנשים מכירים אותך. צריך הרבה כסף כדי לבנות
6 מותג כמו שלהן" (נספח 11 לתשובת הממונה. יצוין, כי אדם זה העריך שמוצרי גרמו
7 להורדת מחירים אצל תמי 4 לשיעור של כ-3,000 ש"ח, שיעור שאליו הגיעו מחירי תמי 4
8 סמוך לכניסת אלקטרה לשוק, אך דבריו אינם עולים בקנה אחד עם מה שאמר מנכ"ל תמי
9 4, שייחס את ירידת המחיר אצלו להצטרפות אלקטרה ומי עדן לשוק. יצוין כי במקום אחר
10 בדבריו, גם אדם זה ציין כי ההורדה המשמעותית במחירי המכשירים נוצרה בעקבות כניסת
11 אלקטרה לשוק, "כי אלקטרה היא מותג". כך שלא נראה שיש ליתן משקל של ממש
12 להערכתו זו אודות השפעת מוצריו על מחירי תמי 4. מנגד, מדובר בשחקן ותיק בשוק,
13 שהערכתו אודות חשיבות הפרסום בתחום משמעותית).
14
15 54. אפיון של העוררות ושל תמי 4 כחברות "ממותגות", שמוצריהן תחליפיים במובן
16 זה שמהווים הם רסן תחרותי זה לזה עולה מאופן תפיסת השוק בידי גורמים נוספים
17 הפעילים בתחום ברי המים המסוננים. מנכ"ל מי עדן אישר שהוא בוחן בעיקר את תמי 4
18 ואלקטרה בהחלטות תמחור. כך, כשנשאל הוא בידי נציגי הרשות, ביום 20.1.16, על מי
19 הסתכל כשנכנס לתחום ברי המים המסוננים והיה צורך בתמחור המוצרים, השיב "בעיקר
20 על תמי 4 ואלקטרה" (נספח 8 לתשובת הממונה). ואכן, מחקר המחרה שערכה מי עדן
21 לצורך קביעת מחיר ברי המים התייחס למחירי שטראוס-תמי 4, אלקטרה (וכן סודה סטרים
22 שלא פעלה בתחום באותה עת, אך היא חברה ממותגת), ולא למחירי החברות האחרות
23 שהיו פעילות בשוק באותה עת, כל זאת תוך בחינה מעמיקה של תחליפיות, רגישות למחיר
24 והשפעה של השקת מוצרי מי עדן (נספח 20 לתשובת הממונה). בנוסף, גם במצגת
25 "אסטרטגיה שיווקית למי עדן", מצגת מקיפה ומעמיקה המשתרעת על כ-100 שקפים
26 שנעשתה ביוני 2015, ניתן לראות שמי עדן בוחנת את הישגיה ומחירה בתחום ברי המים
27 המסוננים אל מול אלקטרה ותמי 4, ולא אל מול החברות האחרות (נספח 22 לתשובת
28 הממונה וכן נספח 19 שם, ובו מצגת בחינת תדמית מותג מאותה עת, המשווה את תדמיתה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 של מי עדן בתחום ברי המים המסוננים אל מול אלקטרה, שטראוס-תמי 4 ונביעות, ולא אל
2 מול החברות האחרות). כך גם סקר "בחינת נכסיות מי עדן בקטגוריית מתקני מים" שנערך
3 עבור מי עדן בחודש מרץ 2015, שכולל בדיקה וניתוח מול תמי 4, אלקטרה ונביעות, ולא
4 מול חברות נוספות המשווקות ברי מים מסוננים (ממ/15).

5
6 55. תמונה דומה מתקבלת ממסמכיה של חברת אלקטרה, אשר בתכנית העבודה
7 והתקציב שלה לשנת 2010 נכתב, כי: "מדיניות מחיר של מוצר והשקעה תיקבע בעיקר אל
8 מול מדיניות המחיר של המתחרה העיקרי, תמי 4" (נספח 2 לתשובת הממונה); בתכנית
9 העבודה והתקציב של אלקטרה לשנת 2012 צוין, כי מבחני הטעימה שנעשו עם כניסתה
10 של אלקטרה לשוק, נעשו מול שטראוס מים ומים מינרליים בלבד, ולא אל מול מוצרי
11 החברות האחרות, שעתה טוענת אלקטרה שהם חלק מהשוק הרלבנטי לעניינן (נספח 3
12 לתשובת הממונה); בתכנית העבודה והתקציב של אלקטרה לשנת 2014 אכן נזכרות חברות
13 נוספות כ"שחקן מרכזי" תחת הכותרת "סקירת מתחרים", אולם חברות אלו מסווגות יחדיו
14 כ"השאר". כמו כן, בהמשך, כאשר נסקרים המתחרים בפועל, לא נאמר לגביהן דבר, ורק
15 מי עדן ותמי 4 נסקרות כעוסקות בתחום ברי המים המסוננים (נספח 4 לתשובת הממונה).

16
17 56. אשר לחברת שטראוס-תמי 4 – עיון במצגות חברה זו כפי שצורפו לתשובת הממונה
18 (נספח 17 שם) מעלה תמונה כללית על פיה מרכז מעייניה התחרותיים של שטראוס-תמי 4
19 נתונים [REDACTED] ואילו החברות האחרות המשווקות ברי מים מסוננים
20 מוזכרות בהיקפים נמוכים בהרבה. אמנם בשיחות עם נציגי הרשות אמר מנכ"ל שטראוס-
21 תמי 4 " [REDACTED] (נספח 9 עמ' 1)
22 וכן כשנשאל מי עוד מתחרה בו מלבד מי עדן ואלקטרה, אותן הזכיר כמתחרות העיקריות
23 שלו אמר [REDACTED] (נספח
24 23 לממונה ע' 2). אולם התמונה הכללית העולה מדבריו הינה שמתחרותיו המשמעותיות
25 הינן העוררות ואילו משווקי ברי המים האחרים, הינם בשוליים מבחינת תחרות. כך,
26 כשנשאל [REDACTED]
27 [REDACTED] השיב: [REDACTED]
28 [REDACTED]



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
4 ובהמשך: ■ [REDACTED] ■ [REDACTED] ■ [REDACTED]
5 ■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]
■ [REDACTED]

15 (נספח 9 לתשובת הממונה). ■ [REDACTED]
16

17 57. בדומה לדבריו של מנכ"ל שטראוס-תמי 4, גם במסמכים פנימיים של העוררות כמו
18 גם של שטראוס-תמי 4, מוזכרות החברות הנוספות (למשל נספחים 14 ו-15 לערר מי ערן;
19 עמ' 31, 49, 55 לנספח 17 לתשובת הממונה). אכן, ברור שאין מדובר בחברות שהן זרות
20 לעוררות ולתמי 4 או בחברות העוסקות בתחום נפרד לחלוטין. נוכח הדימיון הפונקציונלי
21 בין מוצרי כל החברות המשווקות ברי מים מסוננים, קיימת אמנם קרבה מסוימת בין כלל
22 החברות הפעילות בתחום, בין אם מוצריהן נהנים ממיתוג אפקטיבי ובין אם לאו. אלא
23 שאין בנתון זה כדי להביא לסיווג כל החברות המשווקות ברי מים מסוננים ככאלה המצויות
24 בשוק אחד, לצורך בחינת המיזוג הנדון. כפי שצוין לעיל, הגדרת השוק לצורך בחינת מיזוג
25 נועדה לזהות את כלל המוצרים שעשויים לשמש רסן תחרותי משמעותי למוצרים הנבחרים.
26 בהתאם, המבחן העיוני לזיהוי שוק המוצר (מבחן המונופול ההיפותטי), איננו כולל בשוק
27 כל מוצר שיהווה תחליף למוצר הנבחן במקרה של העלאת מחיר כלשהי, אלא העלאת מחיר
28 בשיעור של 5% עד 10%. כך על שום שמוצרים שמהווים רסן תחרותי רופף, משני ורחוק,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 אינם יכולים להבטיח תחרות אפקטיבית ואינם מועילים לניתוח השפעת המיזוג הנבחן על
2 התחרות, ולכן על פי המבחנים המקובלים יש לבחון את השוק המצומצם ביותר הנוגע
3 לעניין. בענייננו אנו, התמונה הכוללת העולה מן המסמכים הרבים ומדברי העוסקים בתחום
4 הינה שאלקטרה, מי עדן ושטראוס-תמי 4 מתכננות את צעדיהן השיווקיים והפרסומיים
5 בראש ובראשונה מתוך בירור פרטני זו את מצבה והתנהלותה של זו, ואילו פעילותן של
6 יתר החברות הפעילות בתחום נבחנת בשולי השוליים, הרחק מתחת למיקום המרכזי
7 שמייחסות שלושת החברות הממותגות זו לזו.

8
9 58. בהתייחס לטענה, כי המרכזיות של הבדיקות ההרדיות של שלושת החברות נובעת
10 מגודלן של אלו אל מול החברות האחרות – אין לקבל טענה זו. נתח השוק של מי עדן איננו
גדול כלל ועיקר, וכך, למעשה, גם נתח השוק של אלקטרה.

11
12
13
14 כך גם במסמכי מי עדן עצמה.
15 זאת ועוד, אודות חשיבות המיתוג בתחום, הרבה מעבר להיקפי המכירות בפועל בנקודת
16 זמן נתונה, ניתן ללמוד מהמקום הנכבד שתופסת חברת [REDACTED] במצגות המתחרות,
17 [REDACTED] מן המצגות ניתן לראות
18 שכניסה אפשרית של חברה ממותגת לתחום זוכה לבחינה מעמיקה, הרבה מעבר לזו
19 המוקדשת לחברות ה"אחרות" הפעילות בשוק, אך אינן פעילות כבעלות מיתוג אפקטיבי
20 ממשי.

21
22 59. אפנה לטענה לפיה השקעה רבה בפרסום אינה אלא מודל מכירה אפשרי, וככזו
23 איננה יכולה להגדיר שוק, וכי מוצר עשוי להיות תחליפי לאחר על נקלה, גם אם נמכר
24 במודל מכירה שאיננו נסמך על פרסום מרובה, אלא על יתרונות ואמצעי בולטות חליפיים,
25 כגון מחיר, מגוון ועוד. אכן, שיעור ההשקעה הכספית של משווק בפרסום המוצר איננו
26 כשלעצמו מבדיל את המוצר המשווק בידיו ממוצרים אחרים באופן היוצר שווקים נפרדים.
27 דומה, כי הממונה איננה חולקת על כך, שכן בחקירתה הנגדית אישרה סגנית הכלכלן
28 הראשי ברשות ההגבלים, גב' פניני, כי "מי שמפרסם הרבה ולא מצליח להשפיע לא יהיה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בוק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

בשוק" (פ' ע' 43 ש' 9). בענייננו, האלמנט הקובע איננו כמות ההשקעה הכספית בפרסום
כשלעצמה, אלא המצב הנוצר בשוק בעקבות המיתוג והפרסום. דהיינו, תפישת הצרכנים
את המוצרים השונים ותפישת המשווקים השונים זה את זה, יוצרים שוק שבו המוצר הלא
ממותג איננו נתפס, ואיננו משמש בפועל, כתחליף למוצר הממותג, ומשכך, אין הוא מהווה
רסן תחרותי לגבי המוצר הממותג. בהתאם, כאמור, הפסיקה בשוק האירופי הכירה בבידול
שווקים בין שוק ממותג לשוק שאיננו ממותג. זאת מהטעם שהודגש כבר בראשית הדברים,
המבחנים להגדרת שוק אינם מבחנים טכניים, אלא מבחנים המהווים אמצעי לזיהוי המהות
הנחוצה, הלא היא זיהוי החברות המהוות רסן תחרותי לפעילות הנבחנת. כאשר מיתוגו של
מוצר הוא חזק והצרכנים מייחסים למיתוג משמעות של ממש, עשוי המיתוג כשלעצמו
לאפיין שוק. ויודגש: לא ההשקעות הכספיות בפרסום הן המשמעותיות לענייננו, אלא
המיתוג כפי שהוא בפועל בשוק, וכפי שהשפיע על לתפישת הצרכנים והמשווקים האחרים
את המוצרים השונים. מוצרים הנתפסים כנבדלים, עשויים שלא לשמש רסן תחרותי
למוצרים אחרים, אף אם הם דומים להם בתכונותיהם הפיזיות. בהתאם, אף אם אחת
החברות האחרות השקיעה בפרסום בתקופה מסוימת סכומים של ממש (מדובר בחברת
מעיינות שעל פי נתוני "יפעת" השקיעה בשנת 2014 כ 1.5 מיליון ₪ בפרסום, ובשנת 2015
השקיעה כ 0.6 מיליון ₪), הרי שהשקעה זו לא הביאה לשינוי של ממש באופן בו נתפסים
מוצריה של חברה זו בשוק בידי הצרכנים ובידי המתחרים. כפי שעלה מדברי הנפשות
הפועלות בתחום, כמו גם מהמצגות והסקרים שנעשו בידי החברות בזמן אמת, אין
בהוצאות הכספיות לטובת פרסום כשלעצמן, כדי לשנות את סיווגה של חברה זו כחלק
מהשוק ה"לא ממותג".

60. בדומה, נראה כי אין לקבל את טענת אלקטרה כי ככל שקיים שוק ממותג, אין היא
מהווה כיום חלק משוק זה. לטענת אלקטרה, קביעת הממונה בדבר מיתוגה בתחום המים
נסמכת על סקר גיאוקרטוגרפיה שנערך עבור אלקטרה באפריל 2014, שאיננו משקף תמונת
מצב עדכנית בענין מיתוגה של אלקטרה. לדבריה, מאז שנת 2014 – בשנתיים האחרונות
ובשנה האחרונה בפרט, [REDACTED]
כך שאין לראותה עוד כחלק מן השוק ה"ממותג". אולם, דומה כי שיעור
ההשקעות הנוכחי בפרסום איננו הקובע בענייננו, כי אם אופי המוצר המשווק והאופן שבו



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

הוא נתפס בעיני המתחרים והצרכנים. אשר לאלקטרה, הרי שזו חברה בעלת מוניטין
העושה שימוש נרחב במותג "אלקטרה", הרבה מעבר לתחום ברי המים המסוננים. כפי
שציין המומחה מטעם מי עדן "ה-DNA של חברות כמו מי עדן ואלקטרה לא מאפשר להם
למכור מכשירים לא ממותגים" (נספח 14 לתשובת הממונה). כלומר, שיווק בר המים תחת
שם המותג "אלקטרה" בצירוף הפעולות הפרסומיות, גם אם בעלות לא גבוהה יחסית, עודנו
שיווק של מוצר "ממותג" ולא של "no name" (השוו דברי מנכ"ל שטראוס בנספח 9
לתשובת הממונה). ואכן, דברי מנהלי החברות השונות שצוטטו לעיל בדבר האופן שבו הם
רואים את פעילות אלקטרה בתחום ברי המים המסוננים, כחברה ממותגת, שמשקת
במגרש אחד עם תמי 4 ומי עדן, הם דברים שנאמרו בשנת 2016 ובשלהי שנת 2015, לאחר
שאלקטרה איננה משקיעה עוד בפרסום את אותם סכומים שהושקעו בעבר. גם ממצאי
"בחינת תדמית מותג העל 'מי עדן'" שהוגש להנהלת מי עדן בחודש יוני 2015, על בסיס
סקר שנעשה ביום 17.5.15, מעריך שרמת המודעות (הבלתי נעזרת) למותג אלקטרה בתחום
ברי המים המסוננים, דומה לרמת המודעות למותג מי עדן בתחום זה (עמ' 9 לנספח 19
לממונה). בדומה, ממצאי "בחינת נכסיות מי עדן בקטגוריית מתקני מים" שהוגשה להנהלת
מי עדן בחודש מרץ 2015, שנערכה על בסיס סקר מיום 18.2.15, מלמדים, כי אכן המותג
תמי 4 חזק בהרבה מזה של מי עדן ושל אלקטרה בתחום המים המסוננים, אולם המותג של
אלקטרה הוא רציני ואף חזק מזה של מי עדן בתחום ברי המים המסוננים. אין מדובר,
אפוא, במסקנה המתבססת על סקרי שוק מן העבר, אלא גם על נתונים עדכניים, המלמדים
שאף אם השקעותיה של אלקטרה בפרסום ברי המים ירדו, בר המים שלה נהנה ממיתוג
אפקטיבי והיא עודנה שחקנית בשוק ברי המים הממותגים.

מחיר המוצרים כאינדיקציה להגדרת השוק

61. כידוע, דימיון בין מחירי מוצרים קרובים מחזק את סיווגם ככאלה שנמצאים באותו
שוק, ומנגד, פער מחירים בין מוצרים דומים מהווה אינדיקציה לבידול ביניהם ולסיווגם
לשוקים נפרדים (ראו, למשל, עניין וול, פס' קכ"ו לפסק הדין). במסגרת חוות הדעת
בעררים נטען, כי לא קיימים פערים משמעותיים בין מחירי ברי המים של אלקטרה, מי עדן
ותמי 4, לבין מחיריהן של החברות האחרות. תשובת הממונה הציגה טבלה נגדית, ממנה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

עולים, לכאורה, פערי מחירים ניכרים בין מחירי המוצרים של תמי 4, אלקטרה ומי ערן,
לבין מרבית מוצרי החברות האחרות.

62. מקור הנתונים שהוצגו בחוות הדעת מטעם העוררות הם אתרי אינטרנט של החברות
השונות, ומקור הנתונים שהציגה הממונה הוא דרישת נתונים שהופנו אל החברות.

63. אינני סבורה כי בנסיבות העניין ניתן להסתמך על המידע אתרי האינטרנט של
החברות בדבר מחיר המוצרים השונים, שכן די בחומר שלפניי כדי ללמד שהמחירים
המתפרסמים באינטרנט אינם דווקא משקפים את המחירים בפועל (כך, על פי הפרסום,
מכשיר M10 נמכר ב-888 ₪, בעוד שעל פי נתוני האינטרנט שבחוות הדעת מטעם העוררות,
מחירו עומד על למעלה מ-1,800 ₪; מכשיר דגם M6 נמכר ב-777 ₪ על פי הפרסום, בעוד
בחוות הדעת מחירו עומד על כ-1,800 ₪; מחיר דגם "גולד פרימיום" של חברת צלול הוא,
על פי הפרסום, 1,735 ₪, במסלול ל-36 חודשים ובתוספת מתנה, בעוד שלפי נתוני
האינטרנט שבחוות הדעת עומד המחיר על כ-3,300 ₪).

64. אמנם, אין לבוא אל המומחים מטעם העוררות בתלונה על כך שאספו נתונים מאתרי
אינטרנט ולא התבססו על מחירי מכירה בפועל של המתחרים השונים, שמטבע הדברים
אינם בידיעתם. עם זאת, ברי כי ניתן לייחס מידה מוגבלת של אמינות לנתוני "מחירון"
מסוג זה, אשר מטבע הדברים אינם משקפים נאמנה את המציאות בשטח. ואכן, כאמור,
מפרסומות שצורפו נראה כי קיים פער ניכר בין המחירים הנוהגים למחירי המחירון. זאת
ועוד, דימיון במחירי מחירון כשלעצמם איננו מאפשר הסקת מסקנות תחרותיות, שכן
חברות שונות עשויות לעשות שימוש שיווקי שונה במחירוניהם – כנקודת מוצא להנחות
שוטפות ניכרות, או כעוגן מוצק למחירים ללא סטיות ניכרות. בנוסף, לצורך ניתוח
משמעותי של המחירים, יש לדעת אם מדובר במוצרים הנמכרים בפועל ובהיקף משמעותי
של ממש. מנתוני הממונה נראה, כי חלק ניכר מן המוצרים שהוזכרו בטבלאות המומחים
מטעם העוררות אינם כאלה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

65. אשר לנתוני הממונה – העוררות משיגות על אמינות הנתונים הכספיים עליהם
מסתמכת הממונה, אשר לא הפרידה בדרישת הנתונים בין סוגי לקוחות שונים – הקיימים
והחדשים, ולא הפרידה בין לקוחות פרטיים ללקוחות מוסדיים. עוד נטען, כי בטבלת
הממונה נעדרים נתונים הנוגעים לחברות נוספות הפעילות בתחום ולא פורט כיצד חושב
"המחיר בפועל". בנוסף נטען, כי מטיעוני הממונה עצמה עולה, כי היא איננה חולקת על
כך שקיים בר מים של חברה אחת לפחות [REDACTED] המוצע במחיר דומה
למחירי העוררות ושטראוס-תמי 4. על רקע זה, נטען, כי אין לקבל את עמדת הממונה לפיה
אין בכך כדי לשנות את ניתוח השוק ולהרחיבו בנימוק שמדובר במוצרים נמכרים בהיקף
קטן יחסית. עוד טוענות העוררות, כי אף אם מחירי המחירון אינם משקפים את המחיר
בפועל, הרי שיש בהם חשיבות לצורך לימוד אודות פערי מחירים בין מחירוני החברות
השונות, נתון אשר נודעת לו חשיבות כשלעצמו.

66. לדברי ב"כ הממונה, ישנו קושי להסתמך על התעריף שהוזכר בנוגע [REDACTED]
משום שאין זה נהיר האם המחיר שננקב במענה לדרישת הנתונים הוא מחיר בר המים בלבד,
או שמא כולל גם מחיר חוזה שירות. כמו כן, לא ברור אם נתון זה אמין, משום שהנתון
הוצג בידי מי שמסר אותו, כנתון חלקי המבוסס על הערכה. בנוסף, מנהל אותה חברה ציין,

[REDACTED]
[REDACTED]
בהצטבר כל אלו, לא נראה כי די בנתון זה כדי לראות חברה זו
כרסן תחרותי משמעותי למוצרים המשווקים בידי העוררות ותמי 4, וככזו המצויה עמם
ב"שוק הממותג".

67. הלכה למעשה, נראה כי תחת בחינת טבלאות התעריפים שהציגו הצדדים, על
קשייהם, מוטב יהא לבחון את האופן שבו התייחסו אנשי החברות הפעילות בשוק למחירים
אלו בזמן אמת ובשיחותיהם עם נציגי הרשות. מכאן ניתן יהיה ללמוד האם מחירי המוצרים
השונים תומכים בניתוח השוק המוצע בידי הממונה, אם לאו, ומה הם המוצרים הנמצאים
ברמת המחירים של מוצרי העוררות ותמי 4. והנה, התמונה העולה מכל אלו תומכת בגרסת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 הממונה לפיה השוק הממותג בו פעילות העוררות ושראוס-תמי 4 בלבד גם בהיבט מחירי
2 ברי המים. כך, כאמור, במטריצת "מפת מיצוב שוק ברי המים" שהוכנה בידי אלקטרה
3 בחודש נובמבר 2014 (נספח 37 לתשובת הממונה), מסווגת אלקטרה את ברי המים של
4 החברות האחרות ככאלו שנמכרים בפער מחירים ניכר ממוצריהן של שראוס-תמי 4, מי
5 עדן ואלקטרה (סעיף 23 לתשובת הממונה). [REDACTED]

9 [REDACTED] בנוסף, מדברי מנהלי
10 החברות השונות ניתן ללמוד על פער המחירים הניכר הקיים בין מוצרי שראוס-תמי 4
11 והעוררות מחד, לבין מוצרי החברות האחרות מנגד. כך, אמר מנכ"ל שראוס מים, כי
[REDACTED]

13 [REDACTED] (נספח 9 לתשובת
[REDACTED] הממונה). [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

19
20 68. התמונה הכוללת היא, אפוא, שקיים פער מחירים משמעותי בין ברי המים המסוננים
21 של העוררות ושראוס-תמי 4 לבין ברי המים המסוננים של החברות האחרות, ואף נתון זה
22 תומך בהגדרת השוק המוצעת בידי הממונה, המבדלת בין המוצרים, כמו גם בזיהוי החברות
23 הפעילות בשוק זה, כעוררות ושראוס-תמי 4 לבדן.
24
25
26
27
28



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

- 1 בהינתן הגדרת השוק, מה השפעותיו הצפויות של המיזוג על התחרות?
2
3 69. כאמור, הערכת הממונה היא, כי בהינתן הגדרת השוק הכוללת את מוצריהן של
4 שלוש חברות ובהינתן תנאי השוק בכללותם, קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות
5 ובציבור כתוצאה מן המיזוג, על דרך של שיווי משקל על תחרותית מתואם.
6
7 70. המומחה מטעם אלקטרה, מר רוזנברג, איננו מקבל את הגדרת השוק שמציעה
8 הממונה, ומכל מקום מעריך כי הא-סימטריה בין נתחי השוק של תמי 4 ושל החברה
9 הממוזגת, כמו גם מבנה ההכנסות השונה לאור מלאי הלקוחות הקיימים של תמי 4, מוביל
10 לכך שלחברה הממוזגת תמריץ מובהק להתחרות בתמי 4, כך ששיווי משקל מתואם איננו
11 תוצאה תחרותית מסתברת של המיזוג.
12
13 71. המומחה מטעם מי עדן, מר פרלמן, עומד אף הוא על הא-סימטריה בין נתחי השוק
14 ומבנה ההוצאות של תמי 4 ושל החברה הממוזגת, וטוען כי נוכח כך, המודל העסקי של
15 החברות המתמוזגות הוא הגעה לרף ריווחיות מסויים של בסיס לקוחות, על מנת להגיע
16 לאיזון/ריווחיות. לטענתו, המיזוג איננו מקים רף מינימלי זה, וממילא לחברה הממוזגת
17 יוותר תמריץ נכבד להתחרות בתמי 4 לצורך השגת היעד.
18
19 72. כפי שיבואר, הערכת הממונה אודות חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות
20 כתוצאה מהמיזוג, מקובלת עליי. אינני מקבלת את הטענה, כי התרחיש של הפחתת תחרות
21 איננו סביר בשל הא-סימטריה בנתחי השוק ובמבנה ההכנסות. בהינתן מספר השחקנים
22 בשוק הרלבנטי (שניים) ומכלול האינטרסים של מי עדן בשוק המים, התרחיש של התגברות
23 התחרות בשל המיזוג איננו נראה סביר, בעוד החשש מפני פגיעה מבוסס ומסתבר.
24
25 החשש מפני שיווי משקל מתואם
26
27 73. מספר השחקנים כתשתית לחשש מפני שיווי משקל מתואם – ככלל, פעילותן של
28 חברות רבות בשוק מקשה על הגעה לשיווי משקל מתואם, שיעמיד את המחיר בשוק על



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

רמה על-תחרותית. כך הוא, בין היתר, על שום שבשוק כזה, כל אחת מהשחקניות איננה
יודעת כיצד תגבנה מתחרותיה לאסטרטגיה השיווקית שתנקוט, וממילא האפשרות
להתגבשות שיווי משקל על-תחרותי מתואם, פוחתת. מנגד, ככל שמספר המתחרים בשוק
קטן יותר, היכולת לייצר שיווי משקל מתואם, עולה. כפי שתיארה את הדברים במאמרה
פרופ' מיכל גל:

"בשוק תחרותי כל חברה שתעלה את המחיר שלה מעבר למחיר
התחרותי תעמוד מול אובדן של חלק משמעותי מקהל לקוחותיה,
ועל-כן תימנע מהעלאתו. בשוק אוליגופוליסטי, לעומת זאת,
חברה המעוניינת להעלות את מחירה יכולה להניח בדרגת סבירות
גבוהה יחסית שגם מתחרותיה יבינו את האינטרס המשותף שלהן
בהעלאת המחיר ויפעלו כמוה. התנהגות מקבילה זו עולה בקנה
אחד עם האינטרס הפרטי של כל אחת מהחברות, אשר מביא
בחישובן את תגובתן של יריבותיה על מעשיה, ומתבסס על העובדה
שפעולה מקבילה עשויה ליצור כוח שוק... ככל שמספר המתחרים
בשוק קטן יותר, ההתאמה האוליגופוליסטית קלה יותר" (מיכל
(שיצר) גל, "מהו "הסדר"? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה
בחק ההגבלים העסקיים", עיוני משפט כ"ט 3, 591, 606, 610).

בענייננו, לאור ניתוח השוק הרלבנטי כאמור לעיל, מדובר במיזוג שיקטין את מספר
המתחרים משלושה לשניים, ובאופן זה יקל על התאמה אוליגופוליסטית, בהתקיים מכלול
נסיבות כפי שיבואר.

74. חסמי שוק גבוהים כסיכון לשיווי משקל מתואם – על פי התיאוריה הכלכלית,
מיעוט מתחרים הוא תנאי חשוב, אך לא מספיק, להשגת שיווי משקל מתואם ושימורו. תנאי
חשוב נוסף הוא קיומם של חסמי כניסה לשוק. בשוק שאיננו מתאפיין בחסמי כניסה
גבוהים, הקטנת מספר המתחרים בשוק עשויה להיות משנית בחשיבותה מבחינה תחרותית,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

שכן אם צמצום מספר המתחרים יביא למחיר על תחרותי, אזי יש לצפות ששחקנים נוספים
יכנסו לשוק ויתקנו את כשל השוק.

בענייננו, דומה כי למעשה, קיומם של חסמי כניסה בשוק, בהינתן הגדרתו כאמור
לעיל כשוק "ממותג", אינו שנוי במחלוקת. העוררות עצמן עמדו בטיעוניהן על הקושי הרב
עמו הן מתמודדות בחדירה לשוק וההשקעות הרבות שהושקעו, ושלפי שעה טרם הוחזרו.
והמומחים מטעם העוררות נקבו בסכומים גבוהים הנחוצים לצורך כניסה לשוק. מובן כי
הדומיננטיות הרבה של שטראוס-תמי 4 בשוק, מהווה אף היא חסם כניסה, המשפיע על
היקף ההשקעות והמאמצים הנדרשים לצורך חדירה אפקטיבית לשוק.

75. המוצרים ואופן מכירתם כמגירי סיכון לשיווי משקל מתואם – נתון נוסף המגביר
את החשש לתיאום אוליגופוליסטי הוא האפשרות לזהות תוך פרק זמן קצר סטיות משיווי
המשקל המתואם ולצעדי תגובה "עונשיים" בתגובה לסטייה. שוק בו עסקינן במוצרים
הומוגניים הנמכרים בעסקאות רבות ושכיחות, הוא שוק המקל את זיהוי הסטייה משיווי
המשקל המתואם ותגובה לה (שם, עמ' 610).

בענייננו, המוצרים המשווקים על ידי העוררות ושטראוס-תמי 4, דומים זה לזה
מבחינה פונקציונאלית, משווקים בדרך דומה ומיועדים לשימוש דומה, כך שהם הומוגניים
במידה רבה. המוצרים נמכרים בעסקאות קטנות ושכיחות, ואיסוף מידע משמעותי אודותן
איננו פעולה מורכבת, שכן ניתן לפנות אל מוקדי המכירות של החברות השונות ולקבל
מידע אודות המחיר המוצע. אף נתון זה תומך, אפוא, בקיומו של חשש ממשי לתיאום
אוליגופוליסטי.

76. שוק בצמיחה כמגביר חשש מפני שיווי משקל מתואם – נתון נוסף המשמש קרקע
פוריה לתיאום אוליגופוליסטי על-תחרותי הוא היותו של השוק בצמיחה. צמיחתו של
השוק מאפשרת לשחקנים להגדיל את נתח השוק שלהם, מבלי להתחרות במישרין על
לקוחות קיימים, ובאופן זה ממתנת את הצורך בהפחתת מחירים לצורך גידול במכירות.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

איכות המוצרים והמחירים לא היו נמוכים במיוחד, הרי שזמן קצר לאחר כניסתה לשוק, הפכה היא ל"שחקנית מחיר" לכל דבר ועניין, והורידה את מחירי ברי המים המשווקים על ידה. לטענתה, יש גם לזכור שבשעה שנכנסה מי עדן לשוק, הייתה פעילה בו כבר אלקטרה שהורידה מחירים, דבר המסביר את הימנעותה של מי עדן, בשלב הראשון, מהורדה נוספת של המחירים. בנוסף, תרמה מי עדן למגוון שבשוק שעה ששיווקה בר מים מוגזים, ואף פעילות זו היא פעילות פרו-תחרותית. עוד נטען, כי הניתוח הכלכלי הנכון של התרחיש הצפוי בעקבות המיזוג כפי שהוצע בידי המומחה מטעמה מר פרלמן, הינו הגברת כוחה התחרותי של מי עדן והובלת הורדת מחירים, ולא זהירות תחרותית כגרסת הממונה. על פי הנטען, מדובר בשוק המתייחד בפיצול לשוק ראשוני – מכירת ברי המים עצמם, ושוק משני של רכישת חלפים מתכלים, שירות טכני ושיווק מכשירים. השוק הראשוני מתאפיין בעלויות גבוהות ושיעורי רווח נמוכים, ואילו הרווחיות בשוק המשני גבוהה יותר, והיא תכלית הפעילות בשוק הראשוני. עסקת המיזוג תאפשר למי עדן הרחבת בסיס לקוחותיה הקיים (השוק הראשוני), ובאופן זה יצירת הכנסות משמעותיות יותר בשוק המשני, שיאפשרו לה מעתה להשפיע על המחירים בשוק הראשוני, ולא להיות מובלת בידי שטראוס-תמי 4, בשל ההפסדים השוטפים כל עוד לא בסיס הלקוחות הקיימים איננו רחב דיו. בהקשר זה הטעימה מי עדן, כי גם לאחר המיזוג אין היא מגיעה עדיין לאיזון, אלא חיונית לה התרחבות שתדרוש תקופה נכבדת נוספת, וממילא אין חשש שלא תתחרה באינטנסיביות בשטראוס.

79. בהתייחס לטענה, כי הממונה מנועה מלטעון כאמור לעיל – טענה זו איננה מקובלת עליי. הממונה הזכירה במפורש בהחלטתה כי המסמכים מלמדים על פעילות זהירה של מי עדן בתחום ברי המים המסוננים, על מנת להימנע מפגיעה במוצרים אחרים שלה, וכל שמופיע בטיעונים עתה אינו אלא הרחבה וביסוס של נימוק זה להתנגדות למיזוג, שאין מניעה לעשותו.

80. אשר לטענה כי כיום מי עדן הינה "שחקנית מחיר" וכך גם צפויה להוסיף ולפעול לאחר המיזוג – הנתונים מצביעים על כך שבפועל, המוצר של מי עדן יקר ממוצריהן של אלקטרה ושל שטראוס-תמי 4, על פי חוות הדעת של המומחים מטעם העוררות עצמן.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 אמנם, מי עדן טוענת, כי אין הגיון בכך שתשמור על רמת מחירים גבוהה כדי למנוע פגיעה
2 במכירות ברי המים המינרליים בידיה, משום שלקוחות ברי המים המינרליים עוזבים אל
3 חברות שונות, והם אינם מובטחים לה. אלא שהמציאות מלמדת, כי מי עדן בחרה שלא
4 להיות "שחקנית מחיר". כמו כן, מסמכי מי עדן מלמדים כי הכניסה אל תחום ברי המים
5 המסוננים נעשתה על רקע קשר ישיר לפעילותה של מי עדן בתחום ברי המים המינרליים
6 (המצגת מכונה "הקרב על הבית"), וכי היא עצמה רואה את היכולת להשפיע על המחיר
7 כאחד מיתרונות המיזוג. זאת ועוד, אילו התמזגה אלקטרה עם מי עדן, הרי שלאחר המיזוג,
8 יעמדו לפני לקוחות ברי המים הממותגים שתי אפשרויות בלבד – מי עדן או תמי 4, כך
9 שלקוחות ברי המים המינרליים לא יהיו לקוחות פוטנציאליים של כלל משווקי ברי המים,
10 אלא רק של תמי 4 או מי עדן. במצב דברים זה, החשש מפני מחיר על תחרותי מתואם סמוך
11 ונראה.

12
13 81. אשר לטענה כי גם לאחר המיזוג, יהיה למי עדן תמריץ להתחרות בשטראוס על מנת
14 להגיע לנקודת איזון – הרי שבצדק מציינת הממונה, כי בניגוד למודל הפיננסי שערך
15 המומחה מטעם מי עדן לצורך ההליך, הרי שהמודל הפיננסי שערך מי עדן לצורך
16 הערכותיה הפנימיות של תוצאות עסקת המיזוג וההיערכויות הנדרשות מטעמה, מלמד כי
17 מי עדן עצמה סבורה שהיא צפויה להגיע לאיזון כתוצאה מן המיזוג תוך פרק זמן קצר
18 ביותר (ראו שקף 33 למצגת של מי עדן בעניין זה שצורפה כנספח 40 לתשובת הממונה).
19 ואכן, בחקירתו הנגדית אישר מר פרלמן כי אכן ייתכן שמי עדן תעבור לאיזון תפעולי עם
20 המיזוג, שלא כפי שנטען בחוות הדעת (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 21-22; עמ' 12
21 לפרוטוקול שורה 6). כלומר, הציפייה שהצורך של מי עדן להגיע לאיזון גם אחרי המיזוג,
22 יגרום לה לאימוץ מדיניות אגרסיבית כלפי שטראוס, איננה מבוססת כלל ועיקר.

23
24 82. האפשרות להיווצרות שיווי משקל מתואם בהינתן ניתחי השוק של שטראוס ומי
25 עדן – אין חולק, כי אחד המאפיינים המוזכרים בספרות כמקלים על יצירת שיווי משקל
26 על-תחרותי מתואם הוא סימטריה בניתחי השוק. בדומה, אין חולק כי בין שטראוס-תמי 4
27 למי עדן קיימת א-סימטריה רבה בניתחי השוק, שכן שטראוס-תמי 4 דומיננטית ביותר



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

בשוק, וחלקה של החברה הממוזגת נמוך בהרבה. אלא שא-סימטריה איננה מהווה חיסון
מפני שיווי משקל מתואם.

"Symmetry of market shares: lack of symmetry in market is not by itself
an indication that collusion is difficult to achieve in a market. However,
when market shares are asymmetric in a given industry, this may be
the result of different cost levels and/or differences in product
characteristics. These more profound differences are factors that may
affect the scope for collusion". FAULL & NIKPAY: THE UE LAW OF
COMPETITION para. 1.110 (3rd Ed. 2014)

83. מודל אחר לשיווי משקל מתואם הוא קיומה של פירמה דומיננטית המובילה את
המחיר ופירמות קטנות העוקבות אחריה ויוצרות שיווי משקל על תחרותי מתואם (שם).

84. ואכן, שוק מעין זה עשוי היה להיווצר בעקבות המיזוג, שוק שבו פעילות שתי
חברות – האחת דומיננטית והשניה בעלת נתח שוק קטן בהרבה. ככזה, מהווה השוק שהיה
צפוי אילו אושר המיזוג, כר פורה לתיאום מחירים, שבו החברה הדומיננטית קובעת מחיר
והחברה הקטנה עוקבת אחריה, תוך התרכזות בצמיחה מכוח השוק המתרחב. עמד על כך
המומחה מטעם מי עדן, מר פרלמן, אשר הזכיר את החשש מפני שיווי משקל מתואם על
תחרותי בשוק בו קיימת חברה דומיננטית מובילה, שחברות אחרות מתאימות עצמן
למחיריה (ס' 199-202 לחווה"ד). אמנם בהמשך שם טען מר פרלמן כי במקרה דנן, כל עוד
לא מגיעה החברה הממוזגת לאיזון תיפעולי, המוטיבציה שלה לתחרות גבוהה, והאפשרות
לתיאום פותחת. אלא שכאמור, בחקירתו הנגדית אישר פרלמן כי אין לשלול שהחברה
הממוזגת תימצא באיזון תיפעולי בסמוך לאחר המיזוג, כך שהחשש מפני שיווי משקל
מתואם על תחרותי הינו ממשי ביותר לאור מאפייני השוק כאמור לעיל ולהלן.

85. נקודת ראותה של שטראוס – אפנה להתייחס לטענתה של מי עדן, כי לשטראוס אין
תמריץ להשלים עם נוכחותה כמתחרה ולהגיע עמה לשיווי משקל בשוק הראשוני, וכי
התמריץ של שטראוס הוא להורדת מחירים על מנת לדחוק את מי עדן מהשוק. בעניין זה,
צודקת הממונה בטיעונה, כי עד כה, אף שחלפו כשלוש שנים מתחילת פעילותה של מי עדן



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בוק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

בשוק, לא עלה בידיה של שטראוס לדחוק את רגליה של מי עדן ממנו. מי עדן היא חברה גדולה ורווחית, ובעלת יכולת לספוג הפסדים לאורך זמן על מנת לצבור בסיס לקוחות, ואילו אושר המיזוג היה בסיס לקוחותיה מתחזק. במצב זה, מטבע הדברים, לא סביר לצפות ששטראוס שמודעת לכך תיזום מלחמת מחירים בתקווה שזו תוציא את מי עדן מהשוק, ולפיכך מתעורר חשש משמעותי מפני יצירת שיווי משקל על תחרותי מתואם.

שינויים צפויים בשוק ("ניתוח דינמי")

86. במסגרת הניתוח המפורט בהחלטה, ציינה הממונה כי ניתוח דינמי של הסתברות כניסה לשוק של שחקנים נוספים או הרחבת היצע מצד מתחרים קיימים בתגובה להפעלתו של כוח שוק, מהווה רכיב מרכזי בהערכת השפעות המיזוג. אלא שבנסיבות העניין סברה הממונה, כי חסמי הכניסה הגבוהים בהם מתאפיין השוק, מלמדים על הסתברות נמוכה לכניסת מתחרה חדש לשוק שישנה את התמונה התחרותית, ואכן, איש מן הגורמים הפעילים בענף שרואיינו בידי הרשות לצורך בדיקת המיזוג הנדון לא העריך כי צפויה כניסה של מתחרים חדשים בעתיד הנראה לעין.

87. לטענת מי עדן, מדובר בניתוח לקוי על שום שההיתכנות לכניסת גורם נוסף לשוק לא נבדקה מול גורמים חיצוניים פוטנציאליים לכניסה לשוק, כגון רשתות שיווק. בנוסף נטען כי מתרשמת שיחה עם

88. לעניין חברת [REDACTED] – עיון במלוא הדברים שנאמרו מפי אנשי [REDACTED] כאמור בנספח 44 מלמד, כי הערכת הממונה בענין אי כניסתה של חברה זו לשוק ברי המים הממותגים הישראלי בתקופה קרובה דיה למועד המיזוג, מבוססת היטב בדברים שנאמרו שם מפי אנשי החברה. אשר לטענה אודות בדיקה לא ממצה של הגורמים שעשויים להצטרף לשוק בעתיד הנראה לעין, הרי שבהיעדר כל אינדיקציה בדברי הפעילים בשוק לקיומו של גוף כלשהו המתכוון להיכנס לשוק ברי המים הממותגים בעתיד הקרוב, אין מקום להטיל על הממונה את הנטל לבדיקות נוספות מעבר לאלו שנעשו לזיהוי אפשרות לחדירת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 מתחרים לשוק. יצוין, כי היעדרו של מידע כזה אצל העוררות הפעילות בתחום מחזק את
2 ההערכה כי גורמים כנטען אינם בנמצא.

3
4 89. אשר לטענתה של אלקטרה בכל הנוגע ל"ניתוח הדינמי" – הניתוח של הממונה
5 בהקשר זה מבוסס על ההנחה שאם לא יאושר המיזוג, תמשיך אלקטרה את פעילותה בתחום
6 ברי המים, בעוד המומחה הכלכלי מטעמה מעריך שלא אלו יהיו פני הדברים. מכל מקום,
7 כבר כיום פעילותה של אלקטרה איננה מחוללת תחרות, והיא מוכרת במחיר גבוה ממחיר
8 תמי 4.

9
10 90. בהתייחס לטענה, כי אלקטרה איננה גורם מוביל תחרות כיום – הרי שאינני סבורה,
11 כי אופן פעילותה של אלקטרה בשוק שעה שעסקת מיזוג עומדת על הפרק, מלמדת על
12 האופן שבו תתנהל בעתיד. מכל מקום, עמדת הממונה איננה מבוססת על איפיונה של
13 אלקטרה בשוק כמובילת תחרות, אלא כאחד משלושה מתחרים, שגריעתו מן השוק עשויה
14 כשלעצמה להקל אל שיווי משקל מתואם. כך שגם אם אלקטרה בוחרת כיום בקו תחרותי
15 "רגוע" מכפי שהיה בעבר, אין בכך כדי להשפיע על ניתוח השפעות עסקת המיזוג הנדונה.
16 אשר לטענה בדבר הצפוי לאלקטרה אם לא תאושר עסקת המיזוג – מדובר בלבוש אחר
17 לטענת אלקטרה לתחולת "דוקטרינת החברה/החטיבה הכושלת", ועליה אעמוד להלן.

18
19 "דוקטרינת החברה/ החטיבה הכושלת"

20 91. "דוקטרינת החברה הכושלת" המוכרת בדיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם,
21 מאפשרת אישור מיזוג אף שזה המקום חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, מקום שבו
22 החברה המתמזגת הינה חברה כושלת, שעתידה לצאת מן השוק גם בהיעדר מיזוג. מדובר
23 במצב שבו הפגיעה בתחרות ללא אישור המיזוג – כתוצאה מיציאתה של החברה הכושלת
24 מהשוק – גדולה מהפגיעה בשוק כתוצאה מאישור המיזוג. "הגיון הדברים שביסוד
25 הדוקטרינה הוא כי החברה הכושלת עומדת לסיים ממילא את חייה כישות עצמאית היכולה
26 להתחרות על רגליה, וכי יציאתה הודאית מן השוק עלולה לגרום בין כה וכה לפגיעה
27 משמעותית בתחרות, שאינה נופלת מהחשש שייווצר אם יצא המיזוג אל הפועל. מאחר
28 ופגיעה זו בלתי נמנעת, המיזוג איננו בבחינת 'סיבה בלעדיה אין' להתרחשות הפגיעה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 התחרותית, ועל כן אין עוד הצדקה להתנגד לו. שהרי, לא המיזוג הוא המסב פגיעה
2 בתחרות, כי אם יציאתה של החברה מן השוק בשל מצבה הכלכלי" (גילוי דעת 1/10 מיום
3 25.1.10, "דוקטרינת החברה הכושלת").

4
5 92. לאור הגיונה של דוקטרינה זו, מותנית תחולתה בהוכחת התקיימותם של התנאים
6 הבאים:

7 א. הוכחה כי לחברה הנרכשת אין עוד עתיד בשוק בו היא פועלת, כך שהפסקת
8 פעילותה תוך פרק זמן קצר היא סמוכה ונראית;

9 ב. אין בנמצא קונה חלופי שרכישתו את החברה הכושלת תסב פגיעה פחותה בתחרות
10 בהשוואה למיזוג;

11 ג. מבחינה תחרותית, המיזוג עדיף על פני יציאת החברה הכושלת מן השוק.

12
13 93. הנטל להוכחת התנאים מוטל על כתפי החברה הטוענת להתקיימותם, בהיותם בסיס
14 לחריגה מן הכלל על פיו מיזוג שיביא לפגיעה בתחרות, לא יאושר. בהקשר זה מקובלת
15 עליי עמדת הממונה, כי מטבע הדברים, נדרשות הוכחות רציניות ומשכנעות לכך שמדובר
16 בחברה שאלמלא המיזוג, תופסק פעילותה בשוק, וכי דרישה זו יפה ביתר שאת שעה
17 שמדובר בטענה לקיומה של "חטיבה כושלת". כל זאת, בשל האפשרות לתמרון הכנסות
18 והוצאות בין חטיבות חברה באופן שיתמוך בטיעון בדבר קיומה של "חטיבה כושלת",
19 ובאופן זה עקיפת פיקוח אפקטיבי על מיזוגים ופתח לאישור מיזוגים הפוגעים בתחרות,
20 ללא הצדקה. נוכח כך, מובן הצורך בהוכחת הטענות בראיות מוצקות ומשכנעות, שאינן
21 ניתנות לתמרון.

22
23 הראיות שהובאו ושלא הובאו לקיומה של "חטיבה כושלת"

24
25 94. בענייננו, מבוססת טענתה של אלקטרה אודות היותה של חטיבת ברי המים שלה
26 "חטיבה כושלת", על ניתוח כספי שנעשה בידי הכלכלן מטעמה, מר רועי רוזנברג. הנתונים
27 הכספיים שבחוות דעתו של מר רוזנברג אודות ההוצאות וההכנסות של חטיבת המים של
28 אלקטרה אינם מבוססים על הדו"חות הכספיים המבוקרים של החברה, משום שפעילותה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

1 של אלקטרה בתחום ברי המים לא סוקרה בנפרד בדו"חות אלו, כך שחוות הדעת מסתמכת
2 על נתונים שהועברו למר רוזנברג בידי אלקטרה, אחר שהועברו אל הממונה במסגרת
3 בדיקת המיזוג. לפיכך, ישנה בעייתיות מובנית הנעוצה בתשתית טיעונה של אלקטרה
4 בהיבט זה, המציבה קושי אינהרנטי יסודי בפני הטיעון הנוגע ל"חטיבה כושלת".
5
6 95. זאת ועוד, קיומם של הפסדים בשנות הפעילות הראשונות בשוק ברי המים, איננה
7 מלמדת כשלעצמה על פעילות "כושלת". מטבע הדברים, התבססות בשוק דורשת השקעות,
8 שאמורות להניב רווחים לעתיד לבוא, והפסדים בשלבים אלו אינם מעידים כשלעצמם על
9 כישלונה הקבוע והבלתי הפיך של החטיבה. גם טענתה של אלקטרה, כי לא עמדה בתכניות
10 העסקיות בכל הנוגע להיקף גיוס הלקוחות, איננה מוכיחה כי מדובר ב"חטיבה כושלת".
11 אי עמידה בתכנית עסקית גרידא, איננה מעידה על כך שהפעילות נמצאת בפני מבוי סתום,
12 וכי לא ניתן לחלץ את הפעילות מן המשבר שבו היא נמצאת. ואכן, כפי שמציינת הממונה
13 בטיעוניה, בשלהי שנת 2014, הכינה אלקטרה תכנית עבודה לשנת 2015, שאיננה מעידה
14 כלל ועיקר על הערכה פנימית באלקטרה כי עסקי ברי המים המינורליים שלה נמצאים בפני
15 מבוי סתום. תכנית העבודה לשנת 2015, כפי שהוצגה בפני הדירקטוריון בנובמבר 2014,
16 מעידה על כך שעורך התכנית מודע לשחיקה במחירי ברי המים, אך הוא גם מצא כי שיעור
17 המודעות הנעזרת לאלקטרה בר גבוה מאוד, ושיעור המציינים את אלקטרה בר כראשונה
18 או כשניה בבדיקת "מודעות בלתי נעזרת", אף הוא גבוה. התכנית מנתחת את יתרונותיה
19 וחסרונותיה של אלקטרה בר בתחום, ומציעה דרכי פעולה להמשך פעילות החטיבה על
20 מנת שתובא לאיזון תקציבי. חוות דעתו של המומחה מר רוזנברג איננה בוחנת כיצד והאם
21 יושמה תכנית העבודה לשנת 2015, אלא בונה מודל כלכלי המוכיח כי פעילותה של
22 אלקטרה נועדה לכישלון. כך, על פי מר רוזנברג, תוכל אלקטרה להגיע לרווח תפעולי שוטף
23 רק בשנת 2020, כשבאמתחתה הפסד תפעולי צבור [REDACTED].
24 ניתוח מעין זה, שאינו מבוסס על מסמכים אובייקטיביים מזמן אמת, ואף איננו מתעמת עם
25 מסמך מרכזי המעיד על כך שהעוסקים בתחום בחברה סברו כי ניתן להגיע לאיזון תקציבי,
26 איננו מספק. חוות דעתו של מר רוזנברג איננה מקימה את התשתית הנדרשת להוכחת
27 הטענה כי מדובר בפעילות שתחוסל בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו, לאחר שנעשו
28 ניסיונות הבראה שכשלו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

96. לא זו אף זו, לא הוצג כל מסמך מזמן אמת המעיד על קבלת החלטה ליציאה מתחום
ברי המים המסוננים שלא בדרך של מיזוג. ההפניה אל שקף מתוך מצגת שוק ההון של
החברה, שבו מדווחת אלקטרה על יציאה מפעילות אלקטרה בר, אליו הפנתה אלקטרה
בערר (נספח 15 שם), איננו תומך בעמדתה, שכן לא ניתנה אסמכתא למועד הצגתו. זאת
ועוד, מנוסחי מצגות שצורפו לתשובת הממונה (נספחים 48 ו-49 שם) עולה, כי שקף מסוג
זה נכלל במצגת מאוחרת, לאחר שהתגבשה עסקת המיזוג, ולא כביטוי להחלטה מוקדמת
ליציאה מעסקי ברי המים, בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו. בנוסף, במענה לשאלות
בחקירה הנגדית, אישר המשנה למנכ"ל אלקטרה, כי אין כל החלטה פורמאלית
בדירקטוריון לצאת מפעילות זו, ואף אין תיעוד למחשבות לצאת מן התחום (עמ' 32
לפרוטוקול). אלקטרה אף לא נתנה מענה לטענות הממונה בדבר חוסר עקביות בגרסאותיה
אודות קבלת החלטה בדבר יציאה מן הפעילות, אחר שבישיבה ברשות ההגבלים העסקיים
מיום 8.2.16 טען מנכ"ל החברה שהציג לדירקטוריון מסמך ששכנע את הדירקטוריון לצאת
מהפעילות בתחום ברי המים בהקדם, ואף אמר: "אני מוכן לערוב על העניין הזה, זה עבר
ישיבות דירקטוריון ואין לי שום הצדקה להפסיק את החברה, לא אסטרטגית ולא שום סיבה
אחרת" (נספח 50 לתשובת הממונה). אלא שמסמך כזה לא הוצג, וכשנשאל המשנה למנכ"ל
באיזה מסמך מדובר, לא ידע להשיב לשאלה (עמ' 33 שורות 8-10 לפרוטוקול). הטענה,
כי חברה ציבורית החליטה לצאת מתחום עיסוק בו הושקעו סכומים ניכרים, מבלי שקיים
כל מסמך המתעד את ההחלטה ואת השיקולים והחלופות שנשקלו קודם לכן, ואת הבדיקות
הכלכליות שנעשו לצורך קבלת ההחלטה, איננה משכנעת.

97. בנוסף, בפגישות מאוחרות יותר ברשות טען המנכ"ל (נספח 28), כי לא התקבלה
החלטת דירקטוריון בנושא כדי שלא לפגוע במאמצי המכירה, אך טען שביקש
מהדירקטוריון שלא לדווח על המשא ומתן עם מי ערן. מנגד, בחקירה הנגדית של המשנה
למנכ"ל, נטען כי ההחלטה לצאת מן הפעילות בתחום ברי המים התקבלה על ידי
ה"מטבחון" של אלקטרה, ששומר את הדברים בלבו, אך לא מתעד אותם, טענה שלא
הוזכרה כלל בידי המנכ"ל במפגשים ברשות (ע' 33 ש' 4-6).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

98. העדר המסמכים וחוסר הקוהרנטיות בגרסאות בעניין מקשה על קבלת גרסתה של
אלקטרה כי בחברה התקבלה החלטה על חיסול עסקי ברי המים, בין אם יאושר המיזוג ובין
אם לאו.

99. אלקטרה טוענת לשורה של פעולות "בלתי הפיכות" לגרסתה שנעשו בחברה,
ומעידות כי עסקי ברי המים של החברה יחוסלו כך או אחרת. בהקשר זה, מציינת אלקטרה,

כי [REDACTED] ובכלל כך [REDACTED]

אלא שכפי שמציינת הממונה, [REDACTED] מופיעה בתכנית

העבודה לשנת 2015, תכנית שאיננה כוללת המלצה על חיסול חטיבת ברי המים של

אלקטרה, ומכל מקום היא איננה פעולה "בלתי הפיכה". גם [REDACTED] איננה מוכיחה

כוונת חיסול, שכן [REDACTED] אמנם נראה שבפועל פחת נפח

העסקים של אלקטרה בתחום, ובהתאם ירד המלאי. אלא שהדבר ניתן להסבר על רקע עסקת

המיזוג שעמדה על הפרק, נתון שמסביר גם את הירידה בהוצאות הפרסום, ולאו דווקא

כראיה לקיומה של החלטה סופית בחברה לצאת מתחום ברי המים, בין אם יאושר המיזוג

ובין אם לאו. מכל מקום, בהעדרם של מסמכים פנימיים מזמן אמת, המנתחים את משמעות

יציאת אלקטרה מתחום ברי המים או מעידים על החלטה מעין זו, אינני סבורה כי די בירידת

עצימות הפעילות ובחווות דעת של מומחה כלכלי שאיננה מתבססת על מקורות מידע שאינם

ניתנים לתימרון, לשם הוכחת התקיימות התנאי היסודי לתחולת "דוקטרינת החברה

הכושלת", בדבר חיסולה הצפויה של החברה/החטיבה גם ללא המיזוג.

100. משלא נתקיים התנאי הראשוני והיסודי לתחולת דוקטרינת החברה הכושלת, ולא

הוכח, כי מדובר בחטיבה שתחוסל כך או אחרת, לא אפרט את עמדתי ביחס לתנאים

הנוספים לתחולתה, אך אומר בתמצית, כי לא נראה שאלקטרה הוכיחה כי מיצתה מאמציה

למציאת קונים, וכי לא קיים קונה חלופי שרכישתו תסב פגיעה תחרותית פחותה בהשוואה

לרוכש שבעסקת המיזוג. אינני מקבלת את טענת אלקטרה כי הגדרת השוק שמוצעת בידי

הממונה, שוללת קיומו של קונה כזה, משום שכל רכישה שתיעשה בידי מי שאיננו פועל

כיום בשוק באופן ממותג, תביא לאותה תוצאה, והיא היוותרות שני שחקנים בלבד בשוק



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

הממותג. ניתן להעלות על הדעת מגוון של עסקאות שלא יותירו בשוק הממותג שני שחקנים
בלבד, בין היתר, מיזוג עם חברה ממותגת אחרת, שאיננה פעילה כיום בתחום ברי המים,
תוך שמירת המותג "אלקטרה בר", או באופן אחר. אמנם הממונה ציינה כי לא ידוע לה גוף
המתכוון להכנס לתחום בשלב זה, אולם כך הוא בהינתן עסקת המיזוג הנדונה. לא מן הנמנע
שאחר שלא אושר המיזוג, פניה של אלקטרה אל גופים מתאימים בהצעה להתקשרות
בעסקת מיזוג אלטרנטיבית, תתמרץ אותם לכניסה לשוק. אלקטרה לא העידה על ניסיונות
רציניים שנעשו בכיוון זה, ונראה כי זמן קצר מאוד הוקצה למציאת קונה. יודגש, כי בעניין
זה, הנטל הוא על אלקטרה להוכיח את טענתה.

101. אשר לטענה אודות אי היוועצות בוועדה לפטורים ומיזוגים – הדין איננו מחייב את
הממונה להיוועץ בוועדה זו במקרה של התנגדות למיזוג. הממונה ציינה, כי הנימוקים
שהושמעו בוועדה לזכות המיזוג נוגעים להערכת אחד מחברי הוועדה שפעילות אלקטרה
בתחום לא תימשך והערכת חברים אחרים תחליפים רבים בשוק. נוכח הנתונים שהובאו
והניתוח דלעיל, אינני סבורה כי שגתה הממונה כשלא אימצה את עמדת חברי הוועדה
בנושאים אלו, כך שגם דין טענה זו להידחות.

102. אשר על כן, העררים נידחים.

103. אין צו להוצאות.

104. לאור נתונים סודיים שנכללו בפסק הדין, בשלב זה יעמוד פסק הדין לעיון הרשות
בלבד, אשר תידע את העוררות על תוצאתו ותסמן בו את הנתונים הסודיים, על מנת שיופק
עותק לעיון העוררות ובהמשך, לאחר התייחסות העוררות, אף עותק פומבי.

התיק יובא לפניי ביום 1.11.16.

ניתן היום, ח' תשרי תשע"ז, 10 אוקטובר 2016, בהעדר הצדדים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
לפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

10 אוקטובר 2016

ה"ע 43441-04-16 מי ערן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ ואח' נ' הממונה על הרשות
להגבלים עסקיים

תמר בזק רפפורט, שופטת

1

הלחיים סגורות