



## נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ לבין מי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ

### א. מבוא

בפניי הונחו הודעות מיזוג מאת אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ (להלן: "אלקטרה") ומי עדן בר - שירות מחלקה ראשונה בע"מ (להלן: "מי עדן") שעניינן עסקה אשר במסגרתה מי עדן רוכשת את פעילותה של אלקטרה בתחום הייבוא, השיווק וההפצה של ברי מים מסוננים ומתן שירות ואחריות למכשירים אלה.

כפי שיפורט להלן, מצאתי, כי קיים חשש סביר שהמיזוג כפי שהוצע יפגע באופן משמעותי בתחרות. מדובר במיזוג אופקי בין שתי חברות הפועלות בענף ברי מים מסוננים ממותגים. המיזוג מחבר את החברות הקרובות ביותר שפועלות בענף אשר כתוצאה ממנו מספר חברות ברי המים המסוננים הממותגים יצטמצם משלוש לשתיים ועלול להיווצר ביניהן שיווי משקל מתואם.

לאור זאת, ובהתאם לסמכותי על-פי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") הודעתי לצדדים ביום 31 במרץ 2016 על החלטתי להתנגד למיזוג.

להלן נימוקי ההתנגדות.

### ב. העסקה

אלקטרה היא חברה פרטית בבעלות מלאה של אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ, חברה ציבורית, העוסקת בייבוא, ייצור, שיווק, מכירה והפצה של מוצרי צריכה חשמליים ומתן שירות למוצרים אלה, בהפעלת רשתות שיווק קמעונאיות למכירת מוצרי צריכה חשמליים (מחסני חשמל, שקם אלקטריק וסנסור) ובהפעלת רשתות "עשה זאת בעצמך" ("אייס" ו"אוטו דיפו"). בנוסף, אלקטרה עוסקת בייבוא שיווק והפצה של ברי מים מסוננים תחת המותג "אלקטרה בר" ומתן שירות למוצרים אלה.

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

במסגרת עסקת המיזוג, מי עדן מעוניינת לרכוש את פעילותה של אלקטרה בתחום ברי המים המסוננים, ובכלל זה את מלאי ברי המים וחלקי החילוף, זכויות וחובות על פי הסכמים עם לקוחות וספקים וכן זכויות במאגרי מידע ובקניין רוחני. במסגרת העסקה ניתנת למי עדן זכות השימוש במותג "אלקטרה" ובמותג "אלקטרה בר" לתקופה קצובה וקצרה. לאחר חלוף התקופה לא תהיה למי עדן הזכות להמשיך ולעשות שימוש במותגים אלה.

### ג. השוק הרלוונטי

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 יפגע הציבור...".

בחינת הפגיעה התחרותית נערכת ככלל בהתייחס לשוק רלוונטי, כלומר שוק שבו שליטה של פירמה יכולה לאפשר לה לנצל כוח שוק, למשל על ידי העלאת מחירים ביחס למחירים שהיו שורים בתנאי תחרות.

בהתאם, נקודת הפתיחה לבחינת השפעותיו של מיזוג על התחרות היא בדרך כלל הגדרת השוק הרלוונטי.

תהליך הגדרת השוק הרלוונטי מסתמך על ניתוח התחליפים, מצד הביקוש, למוצר שנמכר על ידי כל אחד מהצדדים למיזוג, עבורו מוגדר השוק. בענייננו, שתי החברות המתמזגות מייבאות ומשווקות ברי מים מסוננים ממותגים.<sup>1</sup>

#### (1ג) פתרונות אחרים לאספקת מים לשתייה לא מהווים תחליף קרוב לברי מים מסוננים

ברי מים מסוננים הוא מכשיר צריכה חשמלי המיועד לסינון וטיהור מים שמתחבר לצנרת ומספק באופן רציף מים חמים וקרים. דגמים מסוימים של ברי מים מסוננים כוללים אפשרות הגזה ומשמשים גם להכנת מי סודה. שימוש בברי מים מסוננים מחייב החלפה של מסנן, מדי תקופה הנקבעת על פי הוראות היצרן. בברי מים מסוננים הכוללים נורת UV יש להחליף את הנורה מדי שנה. ככל מכשיר חשמלי, ברי מים מסוננים דורשים מעת לעת גם תיקונים.

ברי מים מסוננים משווקים בשני מסלולים עיקריים – מסלול ללא התחייבות הכולל את המכשיר, שירות התקנה ואחריות על פי חוק, או מסלול "הכל כלול" לתקופה מסוימת (בדרך כלל שלוש שנים), הכולל גם אספקה של מסננים ושירותי אחזקה למשך תקופת המסלול.

ברי מים מסוננים אינו הפתרון היחיד הקיים בשוק לאספקת מי שתיה. ואולם, בבדיקת רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") נמצא כי פתרונות אחרים לאספקת מי שתיה, ביניהם מי ברז, מים מינרליים או מים מסוננים בבקבוקים, ברי מים מינרליים, מתקנים תת כיורים לסינון מים או קנקנים לסינון מים, אינם מהווים תחליף קרוב לברי המים המסוננים.

עצם העובדה שקיימים פתרונות רבים לסינון או טיהור מי ברז, מעידה שמי ברז אינם מהווים תחליף לפתרונות מים אחרים. מיותר לציין כי העלות של מי ברז נמוכה לאין שיעור מעלות השימוש בכל אחד מהפתרונות האחרים לאספקת מי שתיה. גם בקבוקי מים מינרליים או בקבוקי מים מסוננים הם פתרון שונה במובהק מברי המים המסוננים. כך למשל, שימוש בבקבוקי מים מחייב את הצרכן לרכוש בקבוקי מים מפעם לפעם, להובילם ולאחסנם. מתקנים תת כיורים לסינון מים או קנקנים לסינון מים מאפשרים אמנם לצרכן לשתות מים מסוננים, אך אופן השימוש במתקנים אלה שונה משמעותית מאשר בבר מים מסוננים והם לא מספקים פתרון למים חמים או קרים. מבדיקת הרשות עולה כי גם לתפיסת השחקנים הפועלים בתחום, מתקנים אלה אינם מהווים בעיני הצרכנים תחליף קרוב לברי המים המסוננים.

ברי מים מינרליים דומים יותר לברי מים מסוננים, מבחינת אופן השימוש ותכליתו. מדובר במכשיר חשמלי המספק מים קרים וחמים מכדי מים בקיבולת של 11 או 18.9 ליטר. ברי מים מינרליים משווקים על בסיס עסקה מתמשכת, במסגרתה בר המים מושאל ללקוח והוא רוכש את כדי המים, המסופקים לבית הלקוח או לבית העסק מדי תקופה.

עם זאת, מבדיקת הרשות עולה כי מנקודת ראות הצרכן, ברי מים מינרליים לרוב אינם נתפסים כתחליף קרוב לברי המים המסוננים. לעומת זאת, לא מן הנמנע שבר מים מסוננים מהווה בעיני הצרכן תחליף קרוב לבר מים מינרליים. לפיכך, עסקינן במקרה בו התחליפיות בין שני סוגי מוצרים אלה לכל הפחות אינה הדדית.<sup>2</sup>

שימוש בברי מים מינרליים יוצר תלות באספקת כדים ומחייב להחליפם ולאחסנם. משכך, שימוש בבר מים מינרליים נתפס בעיני הצרכן כפחות נוח. מסקרי צרכנים שהועברו לידי הרשות עולה כי חוסר שביעות רצון בקרב צרכנים מנוחות השימוש בכדי מים מינרלים הוא אחת הסיבות המרכזיות למעבר לקוחות מברי המים המינרלים לברי המים המסוננים. בנוסף, מנתונים שהתקבלו בידי הרשות ומדברי מי עדן במסגרת בדיקת המיזוג עולה, כי לקוחות הבוחרים להתקשר בעסקה לברי מים מינרליים עושים זאת במקרים רבים בשל אילוצים שונים. כך, למשל, מדובר בלקוחות שאין להם חיבור קבוע למים, לקוחות שלא מעוניינים לבצע התאמות להרכבת בר מים מסוננים, המחייבות, בין היתר, קידוח בשיש במטבח או לקוחות שצורכים מי שתיה בהיקפים קטנים.

מבדיקת הרשות עולה, כי קיימת מגמה ברורה של ירידה מתמשכת במספר הלקוחות של ברי המים המינרליים. הדבר מהווה אינדיקציה נוספת להבדלים בהעדפות הצרכנים ואינדיקציה משמעותית נוספת לכך שברי המים המינרליים לא מהווים תחליף קרוב דיו לברי המים המסוננים וכי השחקנים הפועלים בתחום ברי המים המינרליים לא יוכלו לרסן הפעלת כוח שוק על ידי חברות שמשווקות ברי מים מסוננים.

<sup>1</sup> בנוגע לתחומי הפעילות האחרים של החברות המתמזגות לא מתעורר חשש לפגיעה בתחרות ומשכך הניתוח שלהן יתייחס לענף ברי המים המסוננים הממותגים בלבד.

<sup>2</sup> להרחבה בענין הגדרת שוק לא סימטרית, כלומר מצב בו מוצר א' תחליפי למוצר ב', בעוד שמוצר ב' לא תחליפי למוצר א', ראו למשל (Vivien Bellamy and Child, European Union Law of Competition ¶ 4.015 (Rose & David Bailey ed., 7th ed., 2013)).

מסקנה זאת עולה בקנה אחד עם תפיסת זירת התחרות על ידי השחקנים הפועלים בשוק. נביעות - טבע הגליל בע"מ (להלן: "נביעות"), שהיא החברה היחידה בישראל, מלבד מי עדן, המספקת ברי מים מינרליים, רואה בברי המים המסוננים פתרון לאספקת מי שתיה המתחרה באופן ישיר לפעילותה בתחום ברי המים המינרליים. לעומת זאת, שחקנים הפועלים בתחום אספקת ברי מים מסוננים סבורים, ככלל, כי ברי המים המינרליים אינם מהווים תחליף קרוב די הצורך בעיני צרכנים השוקלים לרכוש ברי מים מסוננים. תמונה דומה עולה גם מסקר שערכה מי עדן ממנו עולה כי לקוחות הבוחרים להתקשר בעיסקה לברי המים המינרליים אינם לקוחות אשר מגיעים מצריכה של ברי המים המסוננים.

## **(ג) ברי מים מסוננים ממותגים מובדלים ומובחנים מברי מים מסוננים שאינם ממותגים**

בישראל פועלות מספר חברות המשווקות ברי מים מסוננים.

שטראוס מים בע"מ (להלן: "שטראוס מים"), המשווקת ברי מים מסוננים תחת המותג "תמי 4", היא השחקן הגדול והוותיק בתחום ומחזיקה בנתח שוק משמעותי. לצדה, לצד אלקטרה ולצד מי עדן פועלות חברות נוספות, המייבאות ומשווקות ברי מים מסוננים, ביניהן א.א. המעיינות (להלן: "מעיינות"), הדס פתרונות סינון בע"מ, צלול טכנולוגיות בע"מ (להלן: "צלול") וכן א.ר. המעיין בע"מ. כמו כן, בשוק פועלות שתי חברות, מ.ה.ד.ר. אלקטרוניקה בע"מ ותבור סחר בע"מ, המייבאות ברי מים ומשווקות אותם בעיקר בסיטונות וכן חברות נוספות אשר רוכשות ברי מים מסוננים מהיבואנים ומשווקות אותם ללקוח הסופי.<sup>3</sup>

קיים בידול משמעותי בין שטראוס מים, מי עדן ואלקטרה (להלן: "החברות הממותגות") לבין החברות האחרות, הנובע, בין השאר, ממיתוג.

השקעה במותג מיועדת ככלל לייצר מודעות למוצרי החברה בקרב הצרכנים וכן לייצר ערך למוצר הממותג, שיישקף בעיני הצרכן את מומחיות החברה, איכות, עיצוב או נוחות השימוש. כל אלה מאפשרים ככלל לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר הממותג.

מוצרים ממותגים פונים ככלל לצרכנים רגישי איכות. לעומת זאת, מוצרי שאינם ממותגים פונים, ככלל, לצרכנים אשר רגישים למחיר. תפיסת הצרכנים את המוצרים הממותגים עשויה אפוא להיות שונה מתפיסתם את המוצרים שאינם ממותגים.

מבדיקת הרשות עולה, כי השקעה של שלוש החברות הממותגות בפרסום בכל סוגי המדיה גדולה לאין שיעור מן ההשקעה של החברות האחרות.

אחת מהתוצאות של ההשקעה הרבה של החברות הממותגות בפרסום, לעומת השקעתן הפחותה של החברות הלא ממותגות, היא שצרכנים רבים לא מודעים כלל לפעילותן של החברות הלא

<sup>3</sup> ניתן לחלק את הלקוחות של ברי מים מסוננים לשני סוגים – לקוחות פרטיים ולקוחות מוסדיים. מבדיקת הרשות עולה שלא קיים הבדל משמעותי במאפיינים התחרותיים בין לקוחות פרטיים לבין לקוחות מוסדיים קטנים. לעומת זאת, לקוחות מוסדיים בעלי היקף פעילות משמעותי מעדיפים באופן מובהק את המוצרים של שטראוס מים וליתר החברות העוסקות בברי מים מסוננים פעילות זניחה מול לקוחות אלה.

ממותגות. מהמידע שהועבר לרשות עולה, כי מודעות הצרכנים לשטראוס מים, מי עדן ואלקטרה גדולה לאין שיעור ממודעותם לחברות האחרות של ברי מים מסוננים.

נוסף ליצירת מודעות של צרכנים למוצריהן, השקעתן של שטראוס מים, מי עדן ואלקטרה במיתוג מכוונת ליצירת ערך בעיני הצרכן, תוך הדגשת מומחיותן בתחום ואיכות מוצריהן. לעומת זאת, החברות הלא ממותגות מרכזות את מאמצי הפרסום, אם בכלל, במדיה הכתובה ובאינטרנט בלבד ונהוגות להדגיש בפרסומיהן בעיקר את המחיר (Value for money).

המודעות הנמוכה של הצרכנים למוצרי החברות הלא ממותגות ומיצוב מוצרי החברות הממותגות כמוצרים טובים ואיכותיים מלמדים, כי לא מצויה בידי החברות הלא ממותגות יכולת של ממש לרסן הפעלת כוח שוק על ידי החברות הממותגות.

נוסף לכך, ניתן ללמוד על הבידול בין החברות הממותגות לאלו שאינן ממותגות מן ההבדל באסטרטגיית השיווק שלהן ובאופן ההתקשרות עם לקוחות. החברות הממותגות מתמקדות בשירות לקוחות ובהתקשרויות ארוכות טווח עם הצרכן ומציעות לצרכן פתרון כולל לאספקת מים מסוננים על פני זמן. בהתאם, רוב העסקאות שנערכות על ידי החברות הממותגות כוללות, בנוסף למכירת בר מים מסוננים, גם חוזה שירות לתקופה קצובה במסגרתו הצרכן רוכש מראש שירות אספקת מסננים, חלפים ושירות תיקונים. לעומתן, החברות הלא ממותגות מרכזות ככלל את עיקר מאמציהן במכירת מכשירי בר המים המסוננים בלבד ללא חוזה שירות.<sup>4</sup> בברי מים המשווקים על ידי החברות הממותגות מותקנים מסננים ייחודיים המתאימים רק להם. לפיכך לקוח של חברה ממותגת מחויב לרכוש חלפים ומסננים מאותה החברה בלבד. לעומת זאת, ברוב ברי המים המסוננים המשווקים על ידי החברות הלא ממותגות מותקנים מסננים אוניברסליים והלקוח חופשי לרכוש מסננים של יצרנים או משווקים אחרים.

אינדיקציה מרכזית נוספת לבידול בין החברות הממותגות לבין החברות הלא ממותגות היא נקודת הראות של השחקנים בשוק. ניתוח מסמכים פנימיים של שטראוס מים, מי עדן ואלקטרה מלמד, כי זירת התחרות, כפי שהן תוחמות אותה, לא כוללת את החברות הלא ממותגות. עיון במסמכים הפנימיים מלמד כי אלה מתמקדים בבחינת הפעילות של שלוש החברות הממותגות, וכמעט שאין בהם התייחסות לחברות האחרות. דברים דומים עלו גם משיחות עם מנהלי החברות המשווקות ברי מים מסוננים אשר סברו, כי קיימים הבדלים בין החברות הממותגות לחברות האחרות כאשר החברות האחרות פונות בעיקרן ללקוחות רגישי מחיר.

כלל אלה נוספים פערי מחיר משמעותיים בין ברי מים מסוננים הנמכרים על ידי החברות הממותגות לבין ברי מים מסוננים בעלי מאפיינים דומים הנמכרים על ידי החברות האחרות. פערים אלו בפני עצמם מהווים אינדיקציה לבידול בין ברי המים הממותגים והבלתי ממותגים.

<sup>4</sup> מנתונים שבידי הרשות עולה, כי אחוזים ניכרים ממכירות ברי המים המסוננים של החברות הממותגות הם במסגרת חוזה שירות לתקופה מסוימת. לעומת זאת, מנתוני חלק מהחברות האחרות עולה, כי מכירות ברים במסגרת חוזה שירות עמדו על אחוזים נמוכים מסך המכירות.

אני ערה לעובדה, כי חברות ברי המים המסוננים האחרות, שאינן ממותגות, אינן עשויות מקשה אחת. חלקן קרובות יותר מבחינת מאפייניהן לחברות הממותגות וחלקן רחוקות יותר. כך, למשל, מבדיקת הרשות עולה כי צלול ומעיינות משקיעות סכום גבוה יחסית בפרסום ומוכרות חלק כלשהו מברי המים המסוננים במסגרת חוזי שירות לתקופה מסוימת. עם זאת, היקף ההשקעה של צלול ומעיינות בפרסום, המסר הפרסומי, המודעות הנמוכה לפעילותן בקרב הצרכנים וההבדלים במחיר ברי המים המסוננים המשווקים על ידן לעומת שלוש החברות הממותגות מצביעים כולם על כך שגם בידן אין אפשרות לרסן הפעלת כוח שוק על ידי החברות הממותגות.

לנוכח כל אלה, מצאתי, כי ברי מים מסוננים המשווקים על ידי חברות אחרות, שאינן ממותגות, לא מהווים תחליף קרוב די הצורך לברי מים מסוננים המשווקים על ידי החברות הממותגות ואין ביכולתן לרסן באופן מספק עלית מחיר מצד החברות הממותגות.

#### ד. הניתוח התחרותי

נוכח המאפיינים ונסיבות השוק הנבחן, מצאתי, כי צמצום מספר החברות הפועלות בענף ואשר קרובות ביותר זאת לזאת משלוש לשתיים מעלה חשש מהפעלת כוח שוק מתואם לאחר המיזוג.

נתח השוק המצרפי של החברות המבקשות להתמזג קטן באופן יחסי. ואולם, חשש מהפעלת כוח שוק עשוי להתגבש גם אם אין לחברה הממוזגת יכולת להפעיל כוח שוק באופן חד צדדי, אך יכולת זאת עומדת לה בשיתוף עם מתחרים אחרים, וזאת בין אם כתוצאה של תיאום מפורש ובין אם כתוצאה של שיווי המשקל בין השחקנים בשוק.<sup>5</sup> מקובל להניח כי ההבנה של השחקנים בשוק שהתנהגותם משפיעה בהכרח על התנהגותם של השחקנים האחרים, מביאה להפחתת עוצמת התחרות ביניהם. בשוק בעל מאפיינים כאלה עלולה לשרור רמה נמוכה של תחרות, וזאת מבלי שהמתחרים יידרשו לתאם ביניהם דבר, מתוך הבנה שאין להם כל אינטרס להתנהג באופן תחרותי.

על מנת להעריך את אפשרות התממשות החשש האמור, יש לבחון אם קיימים בשוק הנבחן מאפיינים המקלים על השחקנים בו להגיע לשווי משקל כאמור ולשמר אותו.

מאפיין עיקרי להתגבשותו של חשש הפעלת כוח שוק מתואם הוא מיעוט מתחרים. ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר, היכולת לייצב שיווי משקל מתואם קלה יותר.<sup>6</sup> מטבע הדברים, שוק שפועלים בו שני שחקנים בלבד הוא שוק שמועד במיוחד להפעלת כוח שוק כאמור. בענייננו, העובדה, כי בשוק יוותרו שני מתחרים בלבד המציעים ברי מים ממותגים תקל עליהם לייצב שיווי משקל מתואם ומהווה כשלעצמה אינדיקציה חזקה להפחתת התחרות הצפויה בשוק.

<sup>5</sup> ראו הנחיות המיזוגים, בעמוד 18.

<sup>6</sup> ראו למשל מיכל (שיצר) גל, מהו "קסדר"? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים, עיוני משפט כט(3), 610.

מאפיין חשוב נוסף הוא גובה חסמי הכניסה. ככל שקשה יותר לחברות אחרות להיכנס לשוק, כך גוברים היכולת והתמריץ מצד החברות הפועלות בשוק להתאים את פעילותן. הטעם לכך הוא שאם החברות הפועלות בשוק יעלו את המחיר מעל למחיר תחרותי, אין חשש רב שמתחרה חדש ייכנס לשוק ויסכל את מטרת המהלך. בהינתן קיומם של חסמי כניסה, גדל הסיכוי כי החברות הפעילות בשוק יגרפו רווח מהעלאת מחיר.<sup>7</sup>

בדיקת הרשות העלתה, כי כניסה לענף ברי המים המסוננים הממותגים מצריכה השקעת תשומות משמעותיות הכרוכות בבנייה של מותג ושימורו. השקעות אלה הן ברובן עלויות שקועות. מנייתוח הנתונים שבידי הרשות עולה, כי אלקטרה ומי עדן השקיעו סכומים העולים כדי מיליוני שקלים חדשים לצורך חזירה לשוק והן גם משקיעות סכומים לא מבוטלים בפרסום מדי שנה. הסכומים אותם משקיעה בפרסום שטראוס מים גבוהים אף יותר. בהתחשב בכל אלה, עלויות הפרסום ובניית המותג מהוות כשלעצמן חסם כניסה.<sup>8</sup> מעבר לכך, כניסה של מתחרה חדש לשוק מחייבת אותו להשקעות נוספות, הכרוכות בין היתר בהקמת מערך שירות, שיווק והפצה המסוגל להעניק שירות ללקוחות בכל רחבי הארץ.

ככל שהעלויות הכרוכות בכניסה לשוק גדולות יותר ושקועות יותר, וככל שהרווח הצפוי של החברה לאחר הכניסה לשוק קטן יותר, חברות ייטו שלא להיכנס לשוק מלכתחילה.<sup>9</sup>

הניסיון של אלקטרה ומי עדן מלמד על ההשקעות הגבוהות הנדרשות על מנת להגיע לרווחיות בענף זה וכן על הקושי הכרוך בחזירה לענף וגיוס לקוחות חדשים ועל פרק הזמן הארוך הנדרש לשם כך.

בנסיבות אלה, חסמי הכניסה לתחום מגבירים את החשש מתיאוס בין החברות בשוק הממותג.

לצד אלה, קיימים מאפיינים נוספים שיש בהם כדי להגביר את החשש האמור. המוצרים המשווקים על ידי החברות הממותגות דומים זה לזה מבחינה פונקציונלית ומיועדים, מנקודת מבטו של הצרכן, לאותו שימוש. מקובל להניח שדמיון בין המוצרים בשוק עשוי להקל על הגעה לשיווי משקל לא תחרותי, שכן כאשר המוצרים דומים קל יותר לקבוע נקודת ייחוס להתאמה וכן ניתן ביתר קלות לזהות סטייה מהתאמה.<sup>10</sup> גם העובדה שהעסקאות שמתבצעות בשוק הן קטנות בהיקפן ומתרחשות בתדירות גבוהה ומול מספר גדול של לקוחות והעובדה שתנאי העסקאות בשוק שקופים במידה מסוימת, שכן החברות נוהגות לפרסם ברבים את מחירי המוצרים, מתווספות

<sup>7</sup> שם, שם.

<sup>8</sup> ראו בהקשר זה Luc Peperkorn & Vincent Verouden, *The Economics of Competition in THE EU LAW OF COMPETITION* §1.05 (Jonathan Faull & Ali Nikpay ed., 3rd ed., 2014).  
 כן ר' נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אי-אונליין קפיטל (אי.א.ס) בע"מ לבין קו מנחה שירותי מידע ותקשורת בע"מ וקו מנחה – לט מי נו טכנולוגיה בע"מ (11.04.2010) **הגבלים עסקיים** 5001609 ואסמכתאות שם.

<sup>9</sup> ראו דו"ד גילה "דיני הגבלים עסקיים" **הגישה הכלכלית למשפט** 876 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, תשע"ב).

<sup>10</sup> ראו מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סולומון, "הכרזה על קבוצת ריכוז – פתרון חלקי לבעיית ההתאמה האולטימטיבית", **משפטים** לו תשס"ו 13, 31.

לאמור לעיל ומקלות אף הן על יצירת שיווי המשקל המתואם, שכן הן מאפשרות זיהוי מהיר יותר של סטייה מהתיאום.<sup>11</sup>

בנסיבות העניין, החשש מפני יצירת שיווי משקל לא תחרותי מקבל משנה תוקף נוכח האסטרטגיה בה נקטו אלקטרה ומי עדן בעבר.

מנתונים שבידי הרשות עולה, כי לכל הפחות במשך תקופה מסוימת נקטה אלקטרה באסטרטגיה של תחרות על מחיר וניתן היה להצביע עליה כגורם שהביא לירידה מסוימת במחירים בענף. האסטרטגיה העסקית בה נקטה מי עדן עד כה הייתה שונה. בחינת המסמכים הפנימיים של מי עדן ודברים שנאמרו על ידי מי עדן עצמה מלמדים, כי האסטרטגיה העסקית שנבחרה על ידי מי עדן אינה מתבססת על תחרות על מחיר. עוד עולה מן המסמכים החשיבות שמייחסת מי עדן לפעולה זהירה בענף ברי המים המסוננים על מנת להימנע מפגיעה במוצרים אחרים של החברה.

כתוצאה מהמיזוג תיגרע מהשוק החברה אשר הביאה בעבר לירידת מחירים. בנוסף, נוכח האסטרטגיה העסקית של מי עדן, יש מקום להניח שמי עדן תעדיף, כפי שהעדיפה בעבר, שלא להתחרות בדרך של הפחתת מחיר, דבר אשר יש בו באופן טבעי לתרום לקיומו של שיווי משקל מתואם.<sup>12</sup>

לא נעלמה מעיני עובדת קיומה של א-סימטריה משמעותית בין נתח השוק של שטראוס מים לבין נתח השוק של החברה הממוזגת, לו המיזוג היה מתאפשר. אולם, איני סבורה כי בנסיבות העניין יש בא-סימטריה זאת כדי להפיג את החשש המתואם. אמנם, בחלק מהספרות הכלכלית מקובלת ההנחה שסימטריה בנתחי השוק היא אחד המאפיינים המסייעים לקיומו של שיווי משקל על תחרותי. אולם למרות היעדרה של סימטריה, בנסיבות העניין דנן קיים חשש להתנהגות מתואמת לאחר המיזוג וזאת לאור מאפייניו של השוק ומאפייני השחקנים בו כפי שתוארו לעיל. במיוחד אציין, כי המתחרה הקטן, מי עדן, אשר עשוי היה לשמש כמחולל תחרות, אימץ אסטרטגיה שלא להתחרות על המחיר. אם היה המיזוג מאושר, בשוק היו נותרות שתי חברות בלבד, שטראוס מים ומי עדן. במצב דברים זה קל להן לאין שיעור לקבע את המחיר ברמה על-תחרותית לעומת המצב השורר היום. משכך, קיים חשש ממשי שמי עדן תחקה את ההתנהגות של שטראוס מים ולא תתחרה בה.

מכאן שבנסיבות העניין גם בתנאים של א-סימטריה מובהקת בנתחי השוק קיים חשש ממשי ליצירת שיווי משקל מתואם בין שטראוס מים לבין החברה הממוזגת שיביא לעליית מחירים בענף.

בחתאם להוראות הנחיות המיזוגים, ניתוח דינאמי של הסתברות הכניסה לשוק או הרחבת ההיצע מצד מתחרים קיימים בתגובה להפעלתו של כוח שוק מהווה חלק מרכזי בהערכה הכוללת של השפעתו של מיזוג מוצע על התחרות.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> ראו הנחיות המיזוגים, בעמוד 19 כן ראו גל, ה"ש 5 לעיל, בעמודים 610 – 611.

<sup>12</sup> לעמדה לפיה "אישיות" החברה משפיעה על אפשרות ההתאמה ראו למשל גל, ה"ש 5 לעיל, בעמוד 611.

<sup>13</sup> הנחיות המיזוגים, בעמוד 20.



עמדתי לעיל על כך שהשוק הרלוונטי לעסקת מיזוג שבפניי מאופיין בחסמי כניסה גבוהים ועל כך שההסתברות שמתחרה חדש יוכל לגרוף רווחים משמעותיים כתוצאה מכניסה לשוק אינה גבוהה. בהתאם, איש מהגורמים עמם התקיימו שיחות במסגרת בדיקת המיזוג לא ציין, כי בכוונתו להיכנס לשוק בתקופה הקרובה. גם הצדדים בניתוח השוק שהציגו במסגרת הליך השימוע יצאו מנקודה הנחה שלא תהיה כניסה של מתחרים לשוק בעתיד הנראה לעין.

בנסיבות אלה, איני סבורה שניתן להפיג את החשש בהסתמך על אפשרות לכניסה של מתחרה חדש בפרק זמן סביר.

כמו כן, לא מצאתי, כי ניתן להפיג את החשש לפגיעה בתחרות שעולה מן המיזוג באמצעות אישור המיזוג בתנאים.

### ה. טענות הצדדים - דוקטרינת החברה הכושלת

קודם למתן החלטה זאת, עיקרי הממצאים של בדיקת הרשות הוצגו לצדדים וניתנה להם ההזדמנות להתייחס אליהם. הצדדים נמנעו מהגשת עמדה בכתב והסתפקו בהצגת טיעוניהם בעל פה, בליווי מצגת. במסגרת השימוע הצדדים הודיעו שהם חולקים על הגדרת השוק כשוק ברי המים הממותגים בלבד ועל ניתוח החששות התחרותיים, אך לא העמיקו את הטיעון בשאלות אלה. הצדדים בחרו למקד את עיקר טיעוניהם בטענה, כי אלקטרה עומדת לצאת מן השוק, וכי יש לאשר את המיזוג בהתאם לדוקטרינת הפירמה הכושלת. לאתר שבחנתי את הטענה, מצאתי כי אין בידי לקבלה.

הנחת המוצא היא שמזיג הנבחן תחת דוקטרינת החברה הכושלת מקים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות. משכך, שימוש בדוקטרינה נעשה במשורה, במקרים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת ובכפוף להתקיימותם של כל תנאי הדוקטרינה, המפורטים בגילוי דעת שפורסם בנושא.<sup>14</sup>

גילוי הדעת קובע, כי על מנת לעמוד בתנאי הדוקטרינה יש להוכיח התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים. התנאי הראשון הוא שלחברה הנרכשת אין עוד עתיד בשוק בו היא פועלת. כלומר, היא עומדת להפסיק את פעילותה בטווח הזמן הקצר בשל חוסר יכולת לפרוע את התחייבויותיה ולא נמצאו חלופות להבראת החברה, כך שיציאתה מן השוק היא בבחינת תרחיש שהסבירות להתממשותו גבוהה מאד. התנאי השני מחייב להוכיח, שאין בנמצא קונה חלופי אשר רכישה על ידו תסב פגיעה תחרותית פחותה בהשוואה לרוכש הקיים. התנאי השלישי והאחרון מחייב לבחון שלא קיימת עדיפות, מן הבחינה התחרותית, ליציאתה מהשוק של החברה הכושלת, על פני רכישתה במסגרת עסקת המיזוג.

הנטל להוכיח שתנאי הדוקטרינה מתקיימים מוטל על הטוען לכך.<sup>15</sup> על מנת לעמוד בנטל, יש להראות, באמצעות אינדיקציות אובייקטיביות, שכל תנאי הדוקטרינה מתקיימים ולא ניתן להסתפק לשם כך בטיעון בדבר כוונתה של חברה לצאת מן השוק. ממילא, לא ניתן לאשר מיזוג על

<sup>14</sup> גילוי דעת 1/10 מאת הממונה על הגבלים עסקיים "דוקטרינת החברה הכושלת" (25.01.2010) הגבלים עסקיים 5001563 (להלן: "גילוי דעת הפירמה הכושלת").

בסיס דוקטרינת החברה הכושלת רק על סמך התרשמות מכנות הטענה בדבר הכוונה לצאת מן השוק.

טענות כי החברה הנרכשת תצא מהשוק במקרה שהמיזוג לא יאושר מועלות בפני הרשות חדשות לבקרים. לעיתים תרחיש זה מתקיים, אך באותה מידה התברר לא פעם בדיעבד, שחברה אשר טענה שיציאתה מהשוק היא וודאית, בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו, המשיכה לפעול הגם שהמיזוג לא יצא אל הפועל. הדבר מחייב להקפיד הקפדה יתירה על כך שטענת הפירמה הכושלת תתקבל רק על בסיס תשתית אובייקטיבית ומבוססת היטב. אחרת תשמש הדוקטרינה כדרך עוקפת משטר הפיקוח על מיזוגים לאישור מיזוגים אשר קיים לגביהם חשש סביר (לכל הפחות) לפגיעה משמעותית בתחרות. החלטתה של פירמה להפסיק את פעילותה בתחום מסוים היא פררוגטיבה שלה, אך אין בכך כדי להצדיק, כי יותר לה לעשות כן על דרך של מיזוג שמקים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות.

אלקטרה הציגה בפניי נתונים כספיים אשר מלמדים על הפסדים משמעותיים מפעילותה בענף ברי המים המסוננים. ואולם, הפסדים אינם יכולים להעיד, כשלעצמם, על כך שחברה עתידה לצאת מן השוק. אלקטרה אינה חדלת פירעון ולא טענה שאין בידיה מקורות מימון להמשך הפעילות בתחום ברי המים.<sup>16</sup> זאת ועוד – חדירה לשווקים כרוכה לעיתים בהשקעות מאסיביות וארוכות טווח, אשר רק בחלוף תקופה מסוימת מתחילים לשאת פירות. אלקטרה טענה, כי על פי תוכניתה העסקית, אמורה היתה לגייס מספר משמעותי בהרבה של לקוחות מכפי שגייסה בפועל וכי בהתאם לכך היתה אמורה לעבור בשלב זה לפעילות רווחית. אכן, תוכניות עסקיות לא תמיד מתממשות כמצופה, אך בכך אין כדי ללמד שאין תקומה לפעילות. יתכן שחדירה לתחום ברי המים המסוננים הממותגים כרוכה בהשקעות רבות מכפי שציפתה אלקטרה או שהיא תצריך תקופה ארוכה יותר, אך אין זה אומר שלא לקטרה אין עוד עתיד בענף שבנדון. בנוסף לא הוצגה בפניי כל אסמכתא של ממש לכך שאלקטרה בחנה בחינת רצינית חלופות להבראת הפעילות, אך אלה לא נמצאו.

אלקטרה טענה בפני, כי מנוי וגמור עימה לסיים את פעילותה בתחום ברי המים המסוננים וזאת בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו. לצורך ביסוס טענה זאת הציגה בפני אלקטרה הצהרות פומביות אותן העניקה, לפיה בדעתה להתמקד בתחומי הליבה של פעילותה של אלקטרה. כמו כן טענה אלקטרה, כי החלה בפיטורי עובדים בחטיבת ברי המים המסוננים ובכלל זה עובדים בכירים וחיוניים. אלקטרה הראתה גם ירידה משמעותית בהשקעותיה בפרסום ובקצב גיוס הלקוחות על ידה.

<sup>15</sup> שם, בעמוד 9.

<sup>16</sup> ראו בהקשר זה החלטת נציבות האיחוד האירופי Case IV/M.1221 - Rewe/Meinl, C(1999) 228, שם נקבע כך:

In such a case of a "failing-division defence" and not of a "failing-company defence", the burden of proving that the defence of lack of causality is valid must be especially heavy. Otherwise, every merger involving the sale of an allegedly unprofitable division could be justified under merger control law by the seller's declaring that, without the merger, the division would cease trading.

לטעמי אין די בהצהרה כללית של אלקטרה בדבר "התמקדות בחיזוק פעילות הליבה" כדי להעיד שאלקטרה עומדת לצאת מתחום המים המסוננים הממותגים, גם שלא בדרך של מכירת הפעילות למי עדן. גם בפיטורי העובדים וירידה בהשקעות אין די, וזאת, בין היתר, בהינתן שפעולות אלה נעשו בעיקרן בסמוך לחתימת הסכם המיזוג.

הספקות ביחס לטענה של אלקטרה מתחדדים אף יותר נוכח העובדה שלא עלה בידה להציג אסמכתאות לקיומם של דיונים כלשהם בהנהלת החברה אשר יתמכו בעמדה שבדעת אלקטרה לצאת מתחום ברי המים המסוננים, בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו. בהקשר זה אציין, כי לא רק שלא התקבלה החלטה פורמאלית בדירקטוריון אלקטרה שתתמוך בתוכנית זאת, אלא לא נמצא תיעוד כלשהו במסמכיה הפנימיים של אלקטרה ובכלל זה מצגת, תכנית עסקית, התכתבויות דואר אלקטרוני או כל תיעוד אחר, המלמד שזאת כוונתה של אלקטרה.

בנסיבות אלה, לא השתכנעתי שמתקיים התנאי הראשון לבחינת דוקטרינת החברה הכושלת.

כמו כן, לא שוכנעתי, כי מתקיים התנאי השני לתחולת הדוקטרינה, כלומר, אלקטרה לא הראתה שאין בנמצא קונה חלופי. אלקטרה טענה בפניי שנוסף למי עדן ביקשה לעניין ברכישת הפעילות שני גורמים - נביעות וצלול - ושניהם לא היו מעוניינים ברכישת הפעילות. אף אם אני, שאלה הם פני הדברים, ולפחות בכל הנוגע לאחד הגורמים אינני משוכנעת שזאת תמונת הדברים המלאה, איני סבורה שיש בכך כדי למצות חיפוש מקיף ויסודי במידה סבירה, ובתום לב. בהעדר הליך איתור של קונים פוטנציאליים על ידי גוף מקצועי בלתי תלוי או בדרך של הליך מכירה פומבי לא ניתן לשלול אפשרות לקיומם של גורמים אחרים, אשר היו עשויים להיות מעוניינים ברכישת הפעילות ובכניסה לשוק ברי המים המסוננים הממותגים. לפיכך, גם התנאי השני של הדוקטרינה לא מתקיים.

נוכח המסקנה אליה הגעתי, איני נדרשת לבחינת השאלה אם קיימת עדיפות, מן הבחינה התחרותית, ליציאתה מהשוק של החברה הכושלת, על פני רכישתה על ידי מתחרה.

במסגרת השימוע מי עדן הוסיפה וטענה, שאם המיזוג לא ייצא אל הפועל היא לא תוכל להמשיך לפעול בענף ברי המים המסוננים לאורך זמן וכי התנגדות למיזוג תחרוץ את גורלה בענף. טענה זאת של מי עדן, נאמרה מבלי שהוצג לה בסיס ראייתי כלשהו. יתרה מכך הטענה אינה עולה בקנה אחד עם תכניות עסקיות שלה עצמה ועם הצפי שהוצג להנהלת מי עדן לגבי המועד בו היא צפויה להגיע לרווחיות. משכך, ובהעדר כל תימוכין של ממש לטענה, אין בידי לקבלה. מאותו הטעם, בצירוף הטעמים שפורטו לעיל, גם אין בידי לקבל את טענת מי עדן לפיה ללא עסקת המיזוג לא יעלה בידה להתחרות תחרות אמיתית מול שטראוס מיס.

## ו. סוף דבר

ענייננו במיזוג אופקי בין שתי חברות קרובות הפועלות בענף ברי מים מסוננים ממותגים, אשר כתוצאה ממנו מספר חברות ברי המים המסוננים הממותגים יצטמצם משלוש לשתיים.

מיזוג זה מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ולפגיעה בציבור, ובפרט מעלה חשש ליצירת שיווי משקל מתואם.

קודם למתן החלטה זאת התייעצתי עם הועדה לפטורים ומיזוגים. חלק מחברי הועדה סברו שמוצרי החברות הלא ממותגות תחליפיים בעיני הצרכן (ולמצער צרכן הרגיש למחיר) למוצרי החברות הממותגות, שחסמי הכניסה לשוק נמוכים וכל חברה הרוצה בכך יכולה להיכנס לשוק ולשווק ברי מים מסוננים. אחד מחברי הועדה סבר בנוסף ששיקול דעת עסקי מחייב את המסקנה שאלקטרה תצא מהשוק גם אלמלא המיזוג. משכך, סברה הועדה שיש לאשר את המיזוג. לאחר ששקלתי בכובד ראש את המלצת הועדה, לא מצאתי שיש בידי לקבלה, מן הנימוקים שפורטו בהרחבה לעיל.

לנוכח האמור, ובהתאם לסמכותי לפי סעיף 21 לחוק, החלטתי להתנגד למיזוג זה.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק.

מיכל הלפרין  
 הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ז אדר ב תשע"ו

6 באפריל 2016