



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין קבוצת עזריאלי בע"מ

למשהר מרכזי קניות בילוי ופנאי בע"מ

א. מבוא

ביום 24.7.12 הגישו קבוצת עזריאלי בע"מ (להלן: "עזריאלי") ומשהר מרכזי קניות בילוי ופנאי בע"מ (להלן: "משהר"; עזריאלי ומשהר יחד להלן: "הצדדים" או "החברות המתמזגות") הודעות מיזוג לפי סעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק").

הודעות המיזוג הוגשו בגין עסקה במסגרתה רוכשת עזריאלי ממשהר את מלוא הזכויות הקנייניות במרכז המסחרי One Plaza אשר בבאר שבע (להלן: "עסקת המיזוג").

בדיקת המיזוג העלתה שהמיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ולפיכך החלטתי, לאחר שנטלתי את עצת הועדה לפטורים ולמיזוגים, להתנגד למיזוג מכוח סמכותי לפי סעיף 21 לחוק. על החלטתי זו הודעתי לחברות המתמזגות ביום 25.11.2012.

להלן יפורטו הטעמים המרכזיים להחלטתי.

ב. הצדדים למיזוג ועסקת המיזוג

עזריאלי הינה חברה ציבורית בשליטת מר דוד עזריאלי וילדיו. החברה העוסקת בהקמה ובניהול של מרכזי קניות ברחבי הארץ, וכן בפעילות נדל"ן מניב. בבעלות החברה 14 קניונים בפריסה ארצית וקניון נוסף בתהליך הקמה.

משהר הינה חברה בבעלות מלאה של מבני תעשייה בע"מ (להלן: "מבני תעשייה"), שהיא חברה ציבורית בבעלות חברה כלכלית לירושלים בע"מ, הנשלטת בידי מר אליעזר פישמן. מבני תעשייה עוסקת בעצמה ובאמצעות חברות בת תחום הנדל"ן המניב, יזום בנייה למגורים, ניהול פרויקטים ושירותי החכרה והשכרה של נדל"ן בישראל ובחו"ל. בבעלות החברה כ-12 מרכזי קניות בפריסה ארצית תחת המותג "ONE". מבני תעשייה מחזיקה במלוא הון המניות של מרכז הקניות הפתוח (פאוור סנטר) **One Plaza** הממוקם בבאר שבע (להלן: "וואן").

כאמור, במסגרת עסקת המיזוג ביקשה עזריאלי לרכוש ממשהר את מלוא הזכויות הקנייניות במרכז המסחרי וואן אשר בבאר שבע.

ג. השוק הרלוונטי

שוק המוצר

נקודת הפתיחה לבחינת השפעותיו של מיזוג על התחרות הינה תחמת זירות התחרות בהן מסופקים מוצריהם של הצדדים. לשם כך, בדרך כלל יש לאתר ולהגדיר את השוק הרלוונטי אשר

בו תיבחן בשלב מאוחר יותר היכולת להקים, לחזק, להפעיל או לשמר כוח שוק. בהתאם, תכלית תהליך הגדרת השוק הרלוונטי הינה לאתר את קבוצת המוצרים הקטנה ביותר אשר שליטה בה תאפשר הפעלת כוח שוק (בהתעלם משינויים בצד ההיצע). וראו גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים 2011 **הגבלים עסקיים** 5001710 (להלן: **"הנחיות ניתוח תחרותי של מיזוגים"**) בעמ' 4.

בענייננו, הן עזריאלי והן משהר עוסקות בניהול מרכזים מסחריים, כאשר עזריאלי, העוסקת בניהול קניונים, מבקשת לרכוש את וואן, שהינו מרכז קניות פתוח.

ככלל, מרכזי קניות הינם גופים המרכזים תמהיל חנויות מגוון בשטח של כמה אלפי מ"ר, בעלי ניהול מרכזי אחד, בעלי שיווק משותף, המאפשרים נגישות למגוון חנויות ומעניקים שירותים משותפים לצרכנים.

מרכזי קניות משרתים שני סוגים של אוכלוסיות לקוחות - שוכרי החנויות מחד והצרכנים המבקרים בהן מאידך, ומשמשים למעשה כפלטפורמה למפגש בין שתי קבוצות אלה. עבור השוכרים מעניק מרכז הקניות את האפשרות להציג את מוצריהם למספר גדול של לקוחות. בנוסף, מקבלים השוכרים שירותים שונים ממרכז הקניות, כמו למשל שירותי שיווק, פרסום, אחזקה ואבטחה, המיועדים להגביר את כמות הצרכנים שיגיעו אל חנויותיהם. מנגד, לצרכנים מעניק מרכז הקניות את האפשרות לבקר במספר רב של חנויות במיקום אחד, הכולל פעמים רבות גם שירותים נוספים כגון חניה, מופעי בידור ומבצעים שונים.

למרכזי קניות מאפיינים של שוק דו-צידי (Two-Sided Market). מבנה שוק זה מאופיין במקרים רבים ביתרונות עקיפים לרשת. כך, התועלת שיפיקו הצרכנים ממרכז הקניות גדלה ככל שעולה כמות ואיכות השוכרים שישתמשו בו ולהפך, התועלת שיפיקו השוכרים ממרכז הקניות גדלה ככל שמבקרים בו יותר צרכנים. במילים אחרות, ביקושהן של שתי קבוצות אלו (צרכנים ושוכרים) למוצר מזינים אלה את אלה.¹

עקרונית, בעל מרכז הקניות יכול לגבות תשלום משני צידי השוק (שוכרים וצרכנים). אולם בפועל, בישראל, עיקר התשלום נגבה בדרך כלל מצד השוכרים, המשלמים דמי שכירות ודמי ניהול בעבור השירותים שהם מקבלים מבעל מרכז הקניות. יחד עם זאת גם הצרכנים עשויים להידרש לשלם לבעל מרכז הקניות תשלומים שונים (כגון תשלום עבור חניה הנהוג בקניונים מסוימים).

גובה דמי השכירות ודמי הניהול לשוכרים נקבע במשא ומתן פרטני בין בעל מרכז הקניות לשוכר. לבעל מרכז הקניות, המכיר היטב את השוכרים השונים ואת מאפייני הביקוש שלהם לשטחי מסחר, יכולת לבצע אפליה במחירי השכירות בין השוכרים השונים על בסיס מאפייניהם. בעל מרכז הקניות יכול להעריך למי מהשוכרים גמישות רבה או נמוכה יותר במציאת תחליפים למרכז הקניות שלו. ככל שגמישות הביקוש של השוכר נמוכה יותר, כך ייגבה ממנו שכר דירה גבוה יותר. כך למשל, מרכזי קניות רבים יבקשו למשוך חנויות "עוגן", שלהן "השפעה חיובית", כלומר יש להן יכולת לחולל תנועה גדולה יותר של צרכנים, כך שגם החנויות בסביבתן ומרכז הקניות בכללותו ייהנו מההיצאותן במרכז הקניות (כך למשל, חנויות פארם וחנויות אופנה

¹ למעשה, למרכזי קניות מבחינה מסוימת גם מאפיינים אשר יש המכנים אותם מאפייני שוק רב צידי, ולא רק דו צידי (הדבר ניתן לתיאור גם כהשפעות חיצוניות של השוכרים השונים אלו על אלו). זאת משום שגם שוכרים יכולים להפיק יותר תועלת כאשר במרכז המסחרי פועלים גם שוכרים אחרים, המושכים קונים למרכז המסחרי.

מובילות עשויות להוות חנות עוגן). מכיוון שלחנויות העוגן חשיבות רבה במשיכת מסה ראשונית של צרכנים ובהתאם גם של שוכרים אחרים, ולאור היכולת לבצע אפליית מחירים, ככלל זוכות חנויות העוגן לתנאים מועדפים מבעל מרכז הקניות.

במקרים בהם המוכרים – במקרה זה, בעלי מרכזי הקניות – מסוגלים לבצע אפליית מחיר, הרי שעבור כל קבוצת לקוחות שניתן להפלות אותה לטובה או לרעה ניתן להגדיר שוק מוצר ושוק גיאוגרפי רלוונטיים שונים (ראו הנחיות ניתוח תחרותי של מיזוגים בעמ' 7). במקרים בהם ניתן להגדיר מספר רב יחסית של שווקים רלוונטיים אשר השפעתו התחרותית של מיזוג על כל אחד מהם בנפרד אינה שונה, ניתן, מטעמי נוחות מנהלית, לאגד שווקים אלו יחדיו לכדי שוק רלוונטי יחיד במסגרתו תיבחן השפעת המיזוג, וכך נעשה במקרה דנא (ראו: הנחיות ניתוח תחרותי של מיזוגים בעמ' 9).

נעבור כעת לבחון מהם המוצרים התחליפיים למוצרים שמציעים הצדדים למיזוג.

תחליפיות בין מרכזי קניות

כאמור, הצדדים למיזוג פעילים שניהם בתחום מרכזי הקניות בישראל. בתחום זה פועלים מגוון סוגי מרכזים מסחריים בעלי אופי שונה כגון: קניונים, מרכזי קניות פתוחים (פאוור סנטרים), מרכזים מסחריים שכונתיים ועוד.

כמקובל בדיני הגבלים עסקיים, בדיקת הרשות התמקדה בבחינת התחליפיות בעיני הלקוחות, שבמקרה דנן הם בראש ובראשונה השוכרים. לאור העובדה שמרכז קניות מהווה שוק דו צידי, הרי שככל שיותר צרכנים יבקרו בו כך ייטה לגדול הביקוש לו מצד השוכרים, וככל שיהיה בו מגוון אטרקטיבי יותר של שוכרים, כך תגדל כמות המבקרים בו. על כן, שאלת קיומם של תחליפים בעיני השוכרים תשפיע על שאלת קיומם של תחליפים בעיני הצרכנים. היעדר או מיעוט תחליפים עבור השוכרים עשוי להוביל לכך שגם בעיני הצרכנים המעוניינים לרכוש מוצרים שמסופקים על ידי אותם שוכרים יהיה למרכז הקניות הנבחן מעמד דומיננטי. על כן, כאמור, בחינת מידת התחליפיות בין סוגים שונים של מרכזי קניות נעשתה מנקודת מבטו של השוכר.

מרכזי הקניות בהם מחזיקים הצדדים למיזוג הינם מרכזי קניות מנוהלים. כפי שיובהר מיד, קיים פער מהותי בין מרכזי קניות מנוהלים לכאלה שאינם מנוהלים.

ביקושי צרכנים לחנות מסוימת עשויים להיות מושפעים מהסביבה בה היא מצויה וזאת במספר היבטים. היבטים אלו כוללים את מגוון החנויות במרכז הקניות הסובבות את החנות, רמת המיתוג שלהן, סוג החנויות (מזון, אופנה, פנאי) וכן את רמת הניקיון, האבטחה וסידורי החניה בקרבת החנות. כך למשל, ניתן להניח שחנות אופנה עילית תבקש להימנע מפתחת סניף בסמוך לקצביה או חנות דומה לקצביה בשל ה"החצנות השליליות" שעשויות להיגרם לה, כגון ריח רע, רעש ולכלוך. מנגד, להימצאותן של מספר חנויות אופנה זו בקרבת האחרת צפויות להיות "החצנות חיוביות" על כלל החנויות, שינבעו מהגברת תנועת הצרכנים המבקשים לרכוש מוצרי אופנה במקום אחד ולהשוות בין החנויות. גם רמת תחזוקה ירודה של מרכז קניות צפויה להשפיע לרעה על רמת הביקוש של הצרכנים והחנויות לו ומנגד מרכז מסחרי בעל סידורי חניה נוחים צפוי ליהנות מביקושים גבוהים יותר.

קיומו של ניהול מרכזי למרכז קניות מאפשר לשלוט בהיבטים אלו. ניהול מרכזי יפעל להשאת ההשפעות החיצוניות החיוביות שחנויות המצויות במרכז הקניות יכולות ליצור אלו על אלו. הדבר יכול לבוא לידי ביטוי באמצעות שליטה בתמהיל החנויות שימצאו במרכז הקניות, בבחירת מיקומי החנויות במרכז הקניות (איזורי אופנה, איזורי מזון מהיר וכדומה), כמו גם בבחירת סוג ומגוון החנויות שיהיו במרכז הקניות. בנוסף יפעל הגורם המנהל ליצירת סביבת מסחר נקיה, נוחה ונעימה באמצעות שירותי אבטחה, ניקיון, חניה, קביעת שעות פתיחה וסגירה אחידות ועוד.

על רקע האמור, קיים פער משמעותי בעיני השוכרים בין מרכז קניות מנוהל לכזה שאינו מנוהל באופן שכלל, מרכז קניות לא מנוהל לא יהווה תחליף קרוב למרכז מנוהל, שכן במרכז לא מנוהל ישא השוכר בסיכונים שאינם בשליטתו ואינם בשליטת מי שהשכיר לו את השטח ששכר ביחס לשינויים חיצוניים כגון אלו שתוארו לעיל (תמהיל החנויות בסביבתו, רמת הניקיון וכו').

הדברים האמורים ביחס למידת התחליפיות בין מרכז קניות מנוהל לכזה שאינו מנוהל נכונים מקל וחומר ביחס למידת התחליפיות בין שכירת חנות במרכז קניות מנוהל לשכירת חנות ברחוב. בדיקת הרשות העלתה כי מנקודת מבטם של השוכרים הטיפוסיים במרכזי הקניות המנוהלים, הרחוב אינו מהווה תחליף קרוב למרכזי הקניות המנוהלים, ועל כן אין לכלול שטחי מסחר ברחוב במסגרת בדיקת הנכסים התחליפיים. מבחינות רבות, הסיכון הקיים עבור שוכר ברחוב גבוה **משמעותית** מזה של שוכר במרכז קניות מנוהל, לדוגמה בהיבט של שינויים עתידיים בתמהיל (למשל, פתיחת קצביה בסמוך לחנות אופנה עילית), וכן בהיבט של חשיפה ל"זעזועים" חיצוניים (כגון סגירת רחוב לצורך הקמת רכבת קלה או החלפת תשתיות ביוב).

יצוין כי יש לסייג את האמור ביחס למידת התחליפיות בין שטחי המסחר השונים בכל הנוגע לשוכרים שמוצריהם הינם מוצרים הנרכשים במסגרת רכישה ייעודית ומתוכננת. מוצרים אלה, כגון ריהוט ומזרנים, הינם מוצרים אשר טרם רכישתם ייטה הצרכן להשקיע זמן ומשאבים בחיפוש, וככלל צרכנים יהיו מוכנים לנסוע למרחקים גדולים יותר על מנת לרכוש אותם. כפועל יוצא מכך, סוג שטחי המסחר התחליפי בעיני שוכרים אלה עשוי להיות רחב יותר ולכלול מרכזים מנוהלים לצד שטחי מסחר ברחוב. ראו בעניין זה: ה"כ 39427-08-10 **הולנדיה המרכז להנדסת שינה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פורסם בנבו (4.7.2011).

על רקע דברים אלו יש לבחון את מידת התחליפיות בעיני השוכרים בין מרכזי קניות מנוהלים.

ככלל, שוכר פוטנציאלי יראה שני מרכזי קניות מנוהלים כתחליפים קרובים זה לזה ככל שהאיכויות שהם מציעים לשוכר קרובות יותר. איכויות של מרכז קניות מושפעות ממגוון מרכיבים, כמו למשל ההכנסה והרווחים שיפיק השוכר, המיתוג של מוצרי השוכר כתוצאה מהימצאותו במרכז מסוים, מיקומו וגודלו של מרכז הקניות, הרמה הסוציו-אקונומית של האוכלוסייה אליה הוא פונה, סוג החנויות בו, מספר המבקרים במרכז הקניות, נראות כללית ומאפיינים נוספים. יובהר, כי העובדה שלשני מרכזי קניות איכויות שונות, אין משמעותה בהכרח כי האחד איכותי יותר מן האחר. לא את כל המאפיינים האמורים קל למדוד ולהשוות. אולם, כפי שיפורט מיד, ישנם מספר מדדים שיש בהם כדי להעיד על איכויותיו של מרכז הקניות, ואשר באמצעותם ניתן לזהות את מידת התחליפיות בין מרכזי קניות שונים.

נציג כעת מאפיינים מרכזיים שיש בהם כדי ללמד על איכויותיו של מרכז קניות מסוים, על מידת הקרבה בין מרכזי קניות שונים, וכן את האופן בו נעשה שימוש במדדים אלו. כפי שיפורט בהמשך,

הניתוח הכלכלי הבוחן את רמת התחליפיות בין מרכזי קניות עשוי לתת משקל שונה למדדים שונים על פי המציאות הכלכלית הרלוונטית לנסיבות המקרה.

פדיון ומרווח למ"ר:

משיחות שנערכו עם שחקנים בענף עולה כי מדד חשוב עבור שוכרים במרכז קניות הינו הפדיון למ"ר שייב להם מרכז הקניות. למעשה, הפדיון למ"ר מגלם את האיכות של המוצר, קרי רמתו ומידת הצלחתו של מרכז הקניות. עבור רשת קמעונאית בעלת מספר סניפים, מדד הפדיון למ"ר משקלל, מעבר להכנסה הנובעת מהפעלת הסניף במרכז קניות מסוים, גם את מידת משיכתו של מרכז הקניות ואת מידת החשיפה לקהל הלקוחות שמרכז הקניות יספק לשוכר. בפרט, מדד זה משקף את ההשפעות על סניפיה האחרים של הרשת כתוצאה מפתחת סניף במרכז קניות בעל רמת מיצוב ומיתוג מסוימת. לשם המחשה, אם היינו משתמשים במדד זה באופן בלעדי על מנת לבחון את התחליפיות בין מרכזי הקניות השונים, מרכזי הקניות אשר צפויים להניב לשוכרים (או לקבוצה מסוימת של שוכרים) היקפי פדיון דומים למ"ר ייחשבו כתחליפים קרובים זה לזה.

המטרה המרכזית של שוכר במרכז קניות היא להפיק רווחים מפעילותו. בהתאם, מדד חשוב לא פחות לתחליפיות עבור שוכר במרכז קניות הינו המרווח למ"ר. מדד זה מייצג את התועלת עבור השוכר מפתחת חנות או סניף באותו מרכז קניות. מדד זה לוקח בחשבון את הפדיון למ"ר שהשוכר יכול להשיג מהצרכנים הפוקדים את החנות, אל מול דמי השכירות ודמי הניהול למ"ר שעל השוכר לשלם למרכז הקניות. לשם המחשה, אם נשתמש במדד זה באופן בלעדי על מנת לבחון את התחליפיות בין המרכזים המסחריים השונים, מרכזי הקניות אשר צפויים להניב לשוכרים (או לקבוצה מסוימת של שוכרים) היקפי מרווח דומים למ"ר, ייחשבו כתחליפים קרובים זה לזה.

מטבע הדברים, שוכרים שונים הפועלים בתחומים קמעונאיים שונים הינם מבודלים משמעותית זה מזה באופן הצפוי להשפיע על רמות המרווח והפדיון למטר. על מנת לאפשר בחינה הומוגנית יחסית של מדדים אלו, התמקדה בדיקת הרשות בפדיון ובמרווח של קבוצת שוכרים המפעילה חנויות של הלבשה והנעלה. קבוצה זו הינה קבוצה הומוגנית יחסית של שוכרים רבים. הבדיקה לא כללה שוכרים המוגדרים כחנויות "עוגן", שכן כפי שהוסבר לעיל, נוכח יכולתו של בעל מרכז הקניות לבצע אפליית מחירים, לחנויות מסוג זה ניתנים בדרך כלל תנאים מסחריים טובים יותר המשקפים את היותן אבן שואבת לקהל צרכנים רחב וכתוצאה מכך גם לשוכרים נוספים. לאור זאת, ומכיוון שמספר חנויות העוגן ושטחן מכלל חנויות הלבשה והנעלה ושטחן שונה ממרכז קניות אחד למשנהו, הכללת חנויות אלו בחישוב מדדי המרווח והפדיון עלולה הייתה להטות את התוצאה.

כאשר משתמשים במדדי המרווח למ"ר או הפדיון למ"ר, בהתאמה, ככל שרמת המרווח או הפדיון בין שני נכסים קרובה יותר, כך מהווים שני הנכסים תחליפים קרובים יותר, וככל שגדל הפער בין הנתונים נחלשת התחליפיות בין המוצרים. השאלה מהו הגבול שמעבר לו יפסיק שוכר חנות פוטנציאלי לראות בשני מרכזי קניות כתחליפיים זה לזה משתנה משוכר לשוכר. בבדיקת הרשות נבחר הטווח של 20% מעל ומתחת לרמת הפדיון או המרווח של נכס מסוים כטווח אשר משקף בצורה סבירה אילו נכסים ניתן לראות כתחליפיים לו. עם זאת, מובן שמדובר במספר שנבחר במידה רבה על בסיס צרכים מתודולוגיים וכי יש לבחון את מידת רגישות הניתוח התחרותי

לתוצאות הנובעות מהנחה מתודולוגית זו. על כן, נבחנה תחליפיות בין מרכזי קניות גם על פי טווחים מעט צרים או רחבים יותר מהטווח של 20% מעל או מתחת לרמת הפדיון או המרווח. בדיקת רגישות זו הינה חשובה במיוחד כאשר ישנם "חורים" בהיצע, דהיינו כאשר אין רצף של מרכזי קניות דומים במדדי המרווח והפדיון למרכזי הקניות הנבחן. במקרים אלה, עשויים שינויים קטנים יחסית בבחירת רוחב שכבות הפדיון והמרווח להביא למסקנות שונות מהותית לגבי הגדרת השוק, ולכן במקרים אלו יושם דגש גדול יותר על מדדי התחליפיות הנוספים המפורטים בהמשך.

ניתן להמחיש נקודה זו באמצעות דוגמה מתחום הסופרמרקטים. נניח שסביר לראות שני סופרמרקטים כמתחרים באותו שוק אם זמן הנסיעה מהאחד לשני נמוך מ-20 דקות. ניתן לתאר שני מצבי עולם, בהם באיזור גיאוגרפי שומם ומרוחק פועלים רק שני סופרמרקטים המבקשים להתמזג. במצב עולם אחד זמן הנסיעה בין שני הסופרים הינו 19 דקות ובמצב עולם שני זמן הנסיעה ביניהם הינו 21 דקות. בהתאם להגדרת השוק, במקרה הראשון לפנינו מיזוג אופקי בין שני המתחרים היחידים הפועלים בשוק, קרי מיזוג למונופולין מושלם. במקרה השני לעומת זאת, לפנינו מיזוג קונגלומרטי בין מוצרים שאינם מצויים באותו השוק, ולכן לכאורה המיזוג אינו מעלה חשש תחרותי. אולם, כמובן שמבחינה כלכלית שני מצבי העולם דומים, עובדה האמורה להשתקף בניתוח התחרותי. ההבדל הדרמטי בין התוצאות המתקבל כתוצאה משינוי קטן בטווח הנבחן, ממחיש את החשיבות הנודעת לבחינת רגישות במקרים שבהם אין רצף של מוצרים דומים במרחב הבידול.

תמהיל החנויות: מרכזי קניות בעלי תמהיל דומה ייחשבו לתחליפים קרובים יותר בעיני השוכרים. כפי שהוסבר לעיל, לתמהיל החנויות במרכז קניות קיימת חשיבות רבה ביצירת הביקושים מצד הצרכנים (ובהתאם מצד השוכרים). למעשה, חלק ניכר ממאמציהם של מנהלי מרכזי קניות מושקע ביצירת תמהיל אופטימלי שיגביר את הביקושים וישיא את רווחיהם. בעת ההשוואה בין תמהיל של מרכז קניות אחד למשנהו חשוב לקחת בחשבון את סוג החנויות הנמצאות בכל מרכז קניות (לדוגמה חנויות אופנה, מזון, פנאי, מוצרים לבית וכד'), מגוון החנויות-הן מגוון סוגי החנויות והן מגוון החנויות מכל סוג, מיתוגן של החנויות (לדוגמה, חנויות אופנה בעל מיתוג "יוקרתי" יותר אל מול חנויות אופנה בעלות מיתוג "עממי" יותר), וכן את היקף החנויות החופפות בין מרכזי קניות שונים. ככל שמרכזי קניות שונים מאוכלסים באותן החנויות, ניטה לראות אותם כדומים יותר, לפחות עבור חלק מהשוכרים.

המיקום הגיאוגרפי של מרכזי הקניות: בכל הנוגע לשוק המקומי (ובשונה מהשוק הארצי), קיימת משמעות מסוימת למיקומו הגיאוגרפי של מרכז הקניות. ככל ששני מרכזי קניות יהיו קרובים יותר זה לזה מבחינה גיאוגרפית (מקומית) כך ייטה השוכר הפוטנציאלי לראות בהם תחליפים קרובים יותר זה לזה.

גודלם של מרכזי הקניות: ככלל, מרכזי קניות קטנים אינם מהווים תחליף קרוב למרכזי קניות גדולים. על כן, במקרה דנא, כמו גם במיזוגים קודמים בתחום, נבחנה מידת התחליפיות בין מרכזי קניות שגודלם עולה על 10,000 מ"ר.

סוג מרכז הקניות - כאמור, קיימים סוגים שונים של מרכזי קניות כגון קניון, פאוור סנטר ומרכז מסחרי מקומי או שכונתי. כפי שהוסבר לעיל, מרכזי קניות שאינם מנוהלים מלכתחילה אינם תחליפיים למרכזי קניות מנוהלים עבור שוכרים טיפוסיים במרכזים אלה. אולם אפילו בתוך

קבוצת מרכזי הקניות המנוהלים יש לסוגים השונים של הנכסים מאפיינים שונים שעשויים להשפיע על מידת התחליפיות בין הנכסים. מאפיינים אלה כוללים את גודל המרכז, גודל החנויות בו, מיקום מרכז הקניות (במרכז העיר או מחוץ לה), קהל היעד, סידורי החניה והביטחון, היצע שירותים המהווים ערך מוסף לצרכנים (כגון מופעי בידור) וכדומה. יחד עם זאת, נראה כי כל אחד ממאפיינים אלו עומד גם בפני עצמו ומכאן, שלסוג הנכס כשלעצמו חשיבות פחותה בשאלת קיומה של תחליפיות בין מרכזי קניות. כך, להבחנה בין קניון לפאוור סנטר כשלעצמה בלא בחינת יתר המאפיינים שנפרשו לעיל, כגון בחינת גודלו של המרכז המסחרי, סוג קהל היעד הפוקד אותו, תמהיל החנויות שבו וגודלן של החנויות שבו, משמעות מוגבלת בלבד.

סיכומם של דברים עד כאן, בבדיקת מידת התחליפיות בין מרכזי קניות מנוהלים יש לבחון מגוון מדדים, כמותיים ואיכותיים, אשר מלמדים אודות ערכו של מרכז הקניות עבור השוכר. ככל שערכם של שני מרכזי קניות מנוהלים עבור שוכרים יהיה קרוב יותר, כך ניתן יהיה לומר שהם מהווים תחליף קרוב זה לזה בעיני אותם שוכרים ומצויים על כן באותו שוק רלוונטי. השילוב בין מדדים כמותיים ואיכותיים מאפשר לבחון בצורה יסודית יותר את מידת התחליפיות בין מרכזי קניות שונים למרכז הקניות הנבחן, ונודעת לו חשיבות יתרה במקרים שבהם המדדים הכמותיים (של פדיון ומרווח) אינם מניבים תוצאות חד משמעיות לגבי השוק הרלוונטי בו פועל כל מרכז קניות. כפי שצויין לעיל, השימוש במדדים הכמותיים ייטה להביא לתוצאה מדויקת יותר ככל שההיצע יותר רציף ביחס למדדים אלו, דהיינו, ככל שישנם מרכזי קניות רבים בסביבתו של מרכז הקניות הנבחן מבחינת המדדים הכמותיים. ככל שקיימים "חורים" על רצף ההיצע בהתבסס על המדדים הכמותיים, כל שינוי בהנחות שהונחו ביחס למדדים אלו ולטווח הקובע את השוק הרלוונטי, עלול לגרום לשינוי משמעותי בשאלת גודל השוק והמתחרים הנכללים בו. באמצעות שימוש במכלול המאפיינים והמדדים יחד ניתן לוודא כי הניתוח התחרותי לא יושפע בצורה משמעותית מהבחירה הספציפית ברוחב שכבות הפדיון והמרווח שנבחרו.

השוק הגיאוגרפי

למיזוג בתחום מרכזי הקניות עשויות להיות השפעות תחרותיות הן בהיבט הגיאוגרפי הארצי והן ברמה המקומית או האזורית.

בהיבט הארצי, שוכרים מסוימים (כגון רשתות קמעונאיות הנמצאות בשלבי פריסה ארצית) עשויים לבקש להתמקם במרכז קניות שנותן להם ערך מסויים ללא העדפה חזקה לגבי מיקומו המדויק. עבור שוכרים אלה עשויים מרכזי קניות בעלי איכויות דומות להוות תחליפים קרובים, גם אם תחליפים אלה אינם נמצאים בסמיכות גיאוגרפית.

בהיבט המקומי, שוכרים מסוימים וכן צרכנים עשויים לראות מרכזי קניות הנמצאים בקרבה גיאוגרפית לכל אחד מן הנכסים המתמזגים כתחליפים קרובים. כך למשל, שוכרים שמעוניינים למקם חנות במרכז קניות שנמצא באזור גיאוגרפי מוגדר, עשויים לראות במרכזי קניות בעלי מאפיינים דומים הנמצאים באותו אזור, תחליפים קרובים של אחד או יותר מן הנכסים המתמזגים. במיזוג דנא, לאור השקפות השחקנים בשוק (לרבות הצדדים למיזוג), נתחם השוק הגיאוגרפי המקומי לעיר באר שבע.

ד. השפעת המיזוג על התחרות

נעבור כעת לבחינת השפעות המיזוג על התחרות. ראשית יוצגו המתחרים בשוק ונתחי השוק שלהם, ולאחר מכן ידונו החששות התחרותיים הנובעים מהניתוח התחרותי, ויוצג ניתוח של ההיבטים הדינאמיים של השוק.

השפעת המיזוג על התחרות בשוק הארצי

במסגרת בחינת המיזוג נבדקה השאלה האם המיזוג מחזק בצורה משמעותית את כוח השוק של עזריאלי ברמה הארצית. לצורך בדיקה זו הוגדרו, על פי המתודולוגיה שפורטה לעיל, השווקים הרלוונטיים להם שייך כל אחד ממרכזי הקניות. הניתוח העלה כי בשוק הארצי כשלעצמו המיזוג אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. בהתאם נימוקי החלטתי זו יתמקדו בהיבט המקומי של המיזוג.

השפעת המיזוג על התחרות בשוק המקומי

זיהוי המתחרים בתחום מרכזי הקניות בבאר שבע

כאמור, השוק הגיאוגרפי המקומי הרלוונטי למיזוג דנן הוא העיר באר שבע. בבאר שבע פועלים כ- 5 מרכזי קניות גדולים: עזריאלי הנגב (להלן: "הנגב"), וואן, ביג באר שבע (להלן: "ביג"), מרכז קניות B7 (להלן: "B7"), והשדרה השביעית (להלן: "השדרה השביעית") בנוסף, לאחרונה החל לפעול בעיר מתחם מול 7; וכן פועלים בעיר מספר מרכזי קניות שכונתיים קטנים (כגון קניון אביה, שאול המלך, וקניון קריית הממשלה). נוסף על אלה, מוקם בימים אלו בבאר שבע קניון חדש בשם הגרנד קניון (להלן: "גרנד קניון"), בבעלות קבוצת מליסרון, שהינה קבוצת הקניונים הגדולה בישראל. בדיקת הרשות העלתה כי קיימת סבירות גבוהה באשר לפתיחת הגרנד קניון וכניסתו בהצלחה לפעילות בשוק בזמן הקרוב, ועל כן הוחלט לכלול אותו בבדיקת המתחרים בשוק המקומי. מאחר שחלק מחוזי השכירות בגרנד קניון כבר נחתמו, הדבר אפשר להעריך בסבירות גבוהה את איכויותיו של הקניון לאחר שיפתח.

התחליפיות בין מרכזי הקניות

במסגרת ניתוח המיזוג, נבחנה מידת התחליפיות בעיני השוכרים בין מרכזי הקניות בבאר שבע על פי מכלול המדדים שפורטו לעיל.

מפאת חשש לפגיעה בסודות מסחריים של השחקנים השונים בשוק לא נוכל להביא מעל במה זו את פירוט הניתוח של כל אחד ואחד מהמדדים בנפרד. יחד עם זאת, ניתן לומר כי ניתוח מכלול המדדים העלה כי קיים מדרג במידת התחליפיות בין מרכזי הקניות השונים. קניון הנגב הינו הקניון המוביל כיום בבאר שבע. הגרנד קניון, לכשיכנס לשוק ובאם יצליח, צפוי להיות התחליף הקרוב לו ביותר. לאחריהם מצוי וואן, כשרחוק יותר במידת התחליפיות נמצא מרכז הקניות ביג. במרחק משמעותי מהם מצויים B7 והשדרה השביעית. יתר מרכזי הקניות בבאר שבע רחוקים באופן משמעותי ביותר מהנגב ומוואן על פי המדדים האמורים.

שווקים רלוונטיים ונתחי שוק

ניתוח מכלול המדדים מעלה כי השוק הרלוונטי **ביחס לקניון הנגב** כולל את הגרנד קניון, וואן, ובמידה מסויימת גם את ביג. השוק אינו צר יותר מכיוון שעל פי מכלול המדדים, שוכרים רבים – ובפרט כאלה אשר מעוניינים בפתיחת יותר מחנות אחת במרכז קניות מוביל בבאר שבע – רואים את וואן כתחליף קרוב לקניון הנגב. מצד שני השוק אינו רחב יותר מכיוון שהשדרה השביעית ו-B7 שונים בצורה מהותית, במגוון מדדים, מקניון הנגב. בפרט, נראה ברור כי מונופול היפותטי אשר יחזיק בארבעת מרכזי הקניות - הנגב, הגרנד, וואן וביג - יוכל להעלות מחירים ב-10%-5% ולהרוויח מכך לפחות באחד ממרכזי הקניות נשוא המיזוג, לדוגמה בקניון הנגב. בפרט, יוכל מונופול היפותטי להעלות מחירים בפלח השוק של חנויות אופנה והנעלה ממותגות, פלח הנשלט בידי ארבעת מרכזי הקניות האמורים בבאר שבע.

באשר לשוק הרלוונטי **ביחס לוואן**, הרי שמכלול המדדים מעלה כי שוק זה כולל, מלבד וואן, את הנגב, הגרנד קניון וביג. כן נמצא כי מרכזי הקניות השדרה השביעית ו-B7 הינם רחוקים מדי מוואן מכדי להימצא בשוק שלו, בפרט בעיניהם של שוכרים בפלח השוק של חנויות אופנה והנעלה ממותגות.

בהתאם לכל האמור, הרי שלפנינו מיזוג אופקי בשוק מרכזי הקניות באזור באר שבע, ואשר פועלים בו ארבעה מתחרים- הנגב, גרנד קניון, וואן וביג.

אמידת נתחי השוק של המתחרים נעשית בהתבסס על חלקם היחסי של השחקנים השונים מתוך סך הפדיון שמפיקים השחקנים בשוק. זאת, מכיוון שמדד זה (פדיון) לוקח בחשבון הן את כמות היחידות שמכר כל שחקן והן את כוחו היחסי בגביית תשלום מלקוחותיו על אותן יחידות. בענייננו ניתן לבחון את סך הפדיון שמפיקים בעלי מרכזי הקניות, דהיינו שכר הדירה שגבו מן השוכרים. מדד אפשרי נוסף הינו סך הפדיון המושג על ידי החנויות הפועלות במרכז הקניות. מדד נוסף, רלוונטי פחות, הינו שטח המסחר המוצע על ידי כל מרכז קניות הפועל בשוק. בכל אחת מהדרכים, ובהנחה שהגרנד קניון יכנס לשוק, נתח השוק של החברה הממוזגת צפוי היה להיות משמעותי ביותר, כאשר נתח השוק של ביג צפוי להיות נמוך משמעותית ונתח השוק של הגרנד צפוי להיות ביניהם (וככל הנראה קרוב יותר לזה של הפירמה הממוזגת). מכאן, כי המיזוג מעלה באופן משמעותי את הריכוזיות בשוק מרכזי הקניות הרלוונטי בבאר שבע.

מהאמור עולה כי כתוצאה מהמיזוג צפוי מספר השחקנים בשוק של כל אחת מהפירמות המתמזגות לרדת מארבעה שחקנים לשלושה שחקנים, וכי לאחריו תחזיק עזריאלי הן במרכז הקניות המוביל בשוק בבאר שבע והן במרכז הקניות השלישי בדירוגו בשוק המקומי. בנקודה זו יש לשוב ולהזכיר כי אין וודאות באשר לכניסתו המוצלחת של הגרנד קניון, מרכז הקניות אשר עתיד לפי האומדן האמור להיות ממוקם "בין" קניון הנגב לבין וואן, ולכן הערכת מאפייניו של הגרנד קניון נעשתה על בסיס אומדן בלבד. אם הגרנד קניון לא ייכנס לשוק בהצלחה, אזי מדובר במיזוג של שני מרכזי הקניות המובילים בבאר שבע, אשר בעקבותיו ייווצר מונופול בשוק הרלוונטי.

יצויין, כי ביחס לחנויות הלבשה והנעלה וחנויות בענפים דומים להלבשה והנעלה, בפרט אלו הממותגות גבוה, ניתן לומר כי המיזוג מפחית את מספר המתחרים בבאר שבע משלושה מתחרים

לשניים בלבד, היות שהמתחרה הרביעי המשמעותי בשוק, ביג, מאכלס חנויות הממותגות ברמת מיתוג נמוכה יותר בהשוואה לשלושת האחרים.

נעבור כעת לבחון את החששות התחרותיים הנובעים מהשינויים האמורים בשוק כתוצאה מהמיזוג.

החששות התחרותיים

כפי שיפורט להלן, המיזוג העלה מספר חששות תחרותיים, הן מהפעלת כוח שוק חד צדדי והן מהפעלת כוח שוק מתואם, אל מול השוכרים והצרכנים בבאר שבע.

חשש מהפעלת כוח שוק חד צדדי מול שוכרים

כאמור, הניתוח העלה כי לו ייצא המיזוג אל הפועל, תשלוט החברה הממוזגת בשניים מארבעת השחקנים בשוק הרלוונטי (ומול שוכרים מסויימים, לדוגמה חנויות אופנה בעל מיתוג "יוקרתי", בשניים מתוך שלושת המתחרים) ותחזיק בנתח שוק משמעותי. מכאן, עולה חשש מפני הפעלת כוח שוק על ידי עזריאלי אל מול שוכרים המעוניינים למקם חנות במרכז קניות מוביל באזור באר שבע. הפעלת כוח השוק יכולה להתבצע במספר דרכים שיפורטו להלן.

ראשית, מעמדה של הפירמה הממוזגת היה מאפשר לה להרע את התנאים המסחריים (כגון העלאת דמי שכירות או דמי ניהול) של שוכרי החנויות ולהרוויח מכך.

כן עולה חשש חד צדדי הנוגע לשוכרים אשר מעוניינים לפתוח חנות ב**לפחות שני** מרכזי קניות. כבר כיום ישנו מספר משמעותי של שוכרים, המפעילים או מעוניינים להפעיל יותר מחנות אחת במרכז קניות מוביל בבאר שבע. שוכר אשר מעוניין לפתוח חנויות בשני מרכזי קניות מובילים בבאר שבע יכול היום לבחור בין הנגב, הגרנד קניון, וואן וביג (וכאמור, עבור שוכרים מסויימים ביג אינו מהווה תחליף קרוב). לאחר המיזוג, יעמוד אותו שוכר בפני שלושה גופים בלבד, עזריאלי (שיחזיק בנגב ובוואן), מליסרון, שתחזיק בגרנד קניון, וביג (שכאמור אינו מהווה תחליף קרוב לשאר המרכזים ביחס לכל השוכרים). בכך ייפגע באופן משמעותי כוח המיקוח של השוכר. כאמור, מרכז הקניות ביג צפוי לרסן הפעלת כוח שוק מעין זה באופן מוגבל בלבד.

יתרה מזאת, ביחס לשוכרים המעוניינים בפתחת יותר מחנות אחת במרכזי קניות מובילים בבאר שבע תוכל הפירמה הממוזגת, נוכח כוח השוק שיהיה בידה, לדרוש (במישרין או בעקיפין) כי ככל שאותם שוכרים מעוניינים להפעיל חנות אחת מבין החנויות בבאר שבע באחד ממרכזי הקניות שבבעלותה, עליהם לפתוח או להעביר את החנות הנוספת למרכז השני שבבעלותה. קשירה מעין זו בין הנגב לוואן תקטין עוד יותר את מספר החלופות שיעמדו לנגד עיניהם של השוכרים, ותשאיר להם למעשה אופציה בודדת המתחרה בחברה הממוזגת, של התקשרות עם הגרנד קניון ועם ביג. היכרותה של הפירמה הממוזגת עם השוכרים השונים, ויכולתה לזהות אותם ולהפלות ביניהם על פי צרכיהם ונכונותם לשלם, מקלה על הקשירה ותורמת לכדאיותה עבורה.

מדובר למעשה בקשירה בין שני מרכזי קניות של הפירמה הממוזגת בבאר שבע, שעלולה לפגוע ביכולתם של המתחרים האחרים בשוק או אלו שמצויים על סיפו, להתחרות בפירמה הממוזגת. בכך צפויה להיפגע התחרות בשוק המקומי בכללותו. התנהגות זו עלולה להקשות ואף לחסום כניסתם של שחקנים חדשים לשוק. קיומו של חשש כאמור קיבל תמיכה בשיחות שנערכו עם גורמים בשוק.

חשש מהפעלת כוח שוק מתואם מול שוכרים

כאמור, כתוצאה מהמיזוג מספר השחקנים בשוק צפוי היה לרדת מארבעה שחקנים שלושה שחקנים. גריעתו של מתחרה בשוק ממועט מתחרים כבענייננו, מגבירה את החשש להפעלת כוח שוק מתואם בשוק שלאחר המיזוג. חשש זה מתעצם נוכח העובדה ששלושת מרכזי הקניות המובילים בבאר שבע יוחזקו בידי עזריאלי ומליסרון, שתי הקבוצות הגדולות בישראל בתחום הקניונים, המתחרות באותם איזורים גיאוגרפיים במקומות רבים. המיזוג עלול להרתיע שחקנים אלה מלהפחית מחירים גם בשוק בבאר שבע וגם באזורים גיאוגרפיים אחרים.

תחום מרכזי הקניות חשוף לחששות מתואמים לאור מבנה השוק ואופי השחקנים. תחום זה מתאפיין בשחקנים גדולים ומעטים מצד ההיצע, ומספר יחסית קטן של לקוחות משמעותיים מצד הביקוש, שמבצעים עסקאות רבות ברחבי הארץ עם השחקנים הפועלים בצד ההיצע. מכאן, עולה הסבירות כי מידע בדבר התנאים המסחריים שמקבלים שוכרים שונים על ידי מרכזי קניות שונים עשוי להיחשף לבעלי מרכזי הקניות השונים, באופן שיקל על זיהוי של סטייה משיווי משקל מתואם.

חשש להפעלת כוח שוק מול צרכנים

כבכל שוק דו צידי, כוח שוק של בעל הפלטפורמה (במקרה זה, מרכז הקניות) עלול להיות מופעל כלפי שני צידי השוק – הן שוכרים והן צרכנים. בענייננו, סביר כי עיקר הפעלת כוח השוק תהיה כנגד שוכרים, אשר נראה כי להם גמישות ביקוש נמוכה יותר מאשר לצרכנים. חשוב להדגיש עם זאת, שהצרכנים בבאר שבע עשויים להיפגע גם הם, לדוגמה על ידי דרדור השירותים או העלאת המחירים (לדוגמה מחיר החנייה) במרכז הקניות. בנסיבות המקרה, נראה כי חשש מסוים זה לפגיעה בצרכנים אינו משמעותי דיו בכדי להצדיק כשלעצמו התנגדות למיזוג.

יחד עם זאת, פגיעה עקיפה בצרכנים המבוססת על קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בציבור השוכרים, אשר עשויים "לגלגל" את הפגיעה בהם הלאה אל הצרכנים, עומדת (בין היתר) בבסיס ההצדקות להתנגד למיזוג.

ה. היבטים דינאמיים

מהניתוח הסטטי עולה כי המיזוג דנן מעלה חששות תחרותיים משמעותיים. אלא שלעתים יכול ניתוח דינאמי של המיזוג להפיג את החששות (וראו הנחיות ניתוח תחרותי של מיזוגים בעמ' 20-22; וכן ה"ע 704/07 הממונה על הגבלים עסקיים נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פורסם בנבו (5.4.2009), עמ' 19). כפי שיפורט מיד, המקרה שלפנינו אינו אחד מאותם מקרים. כך, ניתוח דינאמי לא הפיג את החששות התחרותיים שהעלה המיזוג. הבדיקה כללה ניתוח של פוטנציאל כניסת מתחרים חדשים לשוק, התרחבות של שחקנים קיימים בשוק ו"התמקמות מחדש" של שחקנים המצויים מחוץ לשוק הרלוונטי למיזוג.

בחינת מבנה השוק בבאר שבע מלמדת כי הגרנד קניון וביג אינס יכולים לרסן באופן מלא הפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת. מרכזי קניות אחרים בבאר שבע אינם נמצאים מספיק קרוב

במרחב הבידול לוואן, ונמצאים רחוק מאוד מקניון הנגב, כך שגם הם לא צפויים להוות רסן תחרותי של ממש.

כאמור, ניתוח החששות התחרותיים נעשה על בסיס ההנחה כי הגרנד קניון, אשר טרם החל לפעול ולכן לא ניתן לדעת בוודאות את מיקומו במרחב הבידול, ייכנס לשוק בהצלחה ויתמקם בין הנגב לוואן. בדומה, נבחנה גם אפשרות כניסתם לשוק של מרכזי קניות נוספים העתידים לקום בבאר שבע. הבחינה העלתה כי בסבירות גבוהה מרכזי קניות אלה אינם צפויים להוות רסן תחרותי משמעותי על החברה הממוזגת מסיבות שונות. כך למשל, חלק מהשחקנים טרם קיבלו החלטה סופית בדבר הקמת מרכז הקניות או אופיו (וממילא טרם החלו בבנייתו או בשיווקו וקיימת אי וודאות בשאלה אם אכן יקומו), וחלקם נמצאים בשלב ראשוני של שיווק שטחי המסחר במרכז, כך שלא ניתן היה להעריך בסבירות גבוהה את ערכו של הנכס עבור השוכרים ומיקומו במרחב הבידול. הבדיקה העלתה כי שחקן נוסף, שעתיד להקים מרכז קניות בבאר שבע, אינו מהווה רסן נוכח מכלול המאפיינים שלו, ובפרט התמהיל, ואיכותיו הכוללות כפי שהוערכו.

בנוסף, נלקחה בחשבון האפשרות כי מרכזי קניות הפועלים בבאר שבע כיום יבצעו מהלך אסטרטגי של "מיצוב מחדש" ויכנסו כמתחרים לשוק הרלוונטי למיזוג באופן שירסן את החששות התחרותיים. הבדיקה העלתה כי בעת הזו ההסתברות כי מי ממרכזי הקניות הללו יצליח למקם את עצמו מחדש על הרצף התחרותי בבאר שבע באופן שירסן את הפגיעה בתחרות, אינה גבוהה (וראו בעניין זה ע"א 3398/06 **רשות ההגבלים העסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ**, פ"ד סא(3) 757).

יצוין, כי חלק מהחששות התחרותיים שפורטו לעיל עשויים גם להקשות על כניסת מתחרים חדשים לשוק. כך, החשש מפני קשירה בין מוצרי הפירמה הממוזגת עלול להוות חסם כניסה עבור מתחרים פוטנציאליים, לרבות מרכזי קניות המצויים על סיפו של השוק או העתידים לקום. חששות אלה משפיעים על הניתוח הדינמי ומפחיתים את הסיכוי של כניסת מתחרים לשוק וריסון הפגיעה בתחרות.

נוסף על אלה, נבחנה מידת הריסון של החששות התחרותיים שמעלה המיזוג בשים לב לכך שהתממשות החששות עשויה לכאורה להיות רלוונטית רק החל מעוד מספר שנים. כך, חלק משמעותי מהשוכרים בקניון הנגב ובוואן חתומים כבר כיום על חוזים ארוכי טווח (ככלל אורך החוזים בתחום מרכזי הקניות המנוהלים נע בין שלוש לחמש שנים מיום חתימתם ולעיתים נכללת בהם אופציה לשוכר להמשיך את החוזה לתקופה נוספת). לכן, לכאורה, הפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת תוכל להיעשות כלפי כל אחד מהשוכרים רק במועד חידוש החוזה של כל שוכר, ולא בטווח הזמן הקרוב. אולם, בנסיבות העניין נמצא כי אין בעובדה זו כדי להחליש או להפיג את החששות התחרותיים העולים מהמיזוג. ראשית, מדובר בשוק אשר צד ההיצע בו פועל בטווחי זמן של שנים (כניסה לשוק אורכת זמן ודורשת, בין היתר, תכנון, רישוי ובנייה ולאחר מכן שיווק שטחי המסחר וחתימת חוזים), כך שגם שינויים דינאמיים, ככל שיחולו בשוק, פועלים בקצב דומה. לכן, גם אם החששות התחרותיים שמעלה המיזוג יתממשו בטווחי זמן דומים, אין בכך כדי להפיג אותם. נוסף על כך, במקרים רבים מבצעים בעלי מרכזי הקניות והשוכרים משא ומתן מחודש בתוך תקופת החוזה (למשל כאשר שוכר מבקש לערוך שינויים כגון פיצול או איחוד חנויות). במקרים כגון אלה היכולת להפעיל כוח שוק עלולה להתממש הרבה לפני תום החוזה.

לאור כל אלה, לא שוכנעתי כי טווחי הזמן לגביהם החששות רלוונטיים מפיגים את החששות שהעלה המיזוג.

ו. טענות הצדדים

במסגרת בדיקת המיזוג קיימה הרשות דין ודברים עם הצדדים למיזוג. עם ראשית התגבשות ההחלטה שלא לאשר את המיזוג נערך לצדדים שימוע, בו הוצגו להם עיקרי הממצאים מהבדיקה וניתנה להם ההזדמנות להגיב לממצאים אלה. במסגרת זו טענו בפניי הצדדים, בין היתר, טענות שונות בעניין המדדים שבאמצעותם נמדדה התחלפיות בין השחקנים בשוק ובעניין השחקנים המתחרים וטענות שונות בעניין החששות התחרותיים שהעלה המיזוג. כל אלה קיבלו התייחסות לעיל. אתייחס בקצרה לשתי טענות מרכזיות אשר לא קיבלו מענה לעיל.

חוות הדעת המקדמית

בטרם הגשת הודעות המיזוג, ביקשו הצדדים לקבל מאת הממונה על הגבלים עסקיים חוות דעת מקדמית לפי סעיף 43א לחוק, באשר לעמדת הממונה ביחס למיזוג בו תרכוש עזריאלי את מרכז הקניות וואן. לבקשתם המפורשת של הצדדים, קיימה הרשות את הבדיקה בסודיות, מבלי שנאספו נתונים מצדדים שלישיים, ובהתבסס אך ורק על מידע שמסרו הצדדים למיזוג ועל נתונים ישנים, שהיו מצויים ברשות. הבדיקה המקדמית העלתה כי המיזוג מעלה חששות תחרותיים מסויימים, אך לא במידה המצדיקה את מניעתו. על כן ניתנה לצדדים תשובה חיובית, על פיה הממונה אינו רואה מניעה באישור עסקה כאמור, אך זו סויגה כך:

"יובהר, כי עמדה מקדמית זו הניתנת לבקשתכם, מבטאת את עמדתנו בעת נתינתה, על בסיס המידע המצוי בפנינו בשלב זה בלבד, ואין בה משום תחליף להחלטתנו בהתאם לסמכויות על פי דין. ויודגש, כי נוכח בקשתכם המפורשת לסודיות בדבר עסקת המיזוג, עמדתנו המקדמית מבוססת אך ורק על מידע שמסרו הצדדים למיזוג ועל נתונים המצויים ברשות, מבלי שנעשתה פנייה לצדדים שלישיים ומבלי שהתבצעה בדיקה עדכנית של הנתונים המצויים ברשות. כמו כן, עמדתנו זו מובאת מבלי שהוצג בפנינו הסכם המיזוג בין הצדדים, אשר לטענתכם טרם נחתם. אנו שומרים לעצמנו את האפשרות לשנות את עמדתנו זו ככל שתקום הצדקה לעשות כן."

לאחר שהודעתי לצדדים כי לאור הבדיקה הגלויה שבוצעה, תוך איסוף מכלול הנתונים מצדדים שלישיים, ובשונה מחוות הדעת המקדמית, אין בכוונתי לאשר את המיזוג, הם טענו בפני כי החלטה זו איננה סבירה לאור חוות הדעת המקדמית החיובית שניתנה קודם לכן. אין בידי לקבל טענה זו.

בדיקה מקדמית "שקטה", המבוססת על נתונים המתקבלים מהצדדים הפונים בלבד, ללא פנייה לצדדים שלישיים, הינה מטבעה מוגבלת מאוד, כפי שאף הובהר לצדדים בעת נתינתה ועוד קודם לכן, עת פנו לבקש עמדה מקדמית זו. ואכן, הנתונים שעמדו בפניי בעת הבדיקה המקדמית ביססו מציאות עובדתית-כלכלית מסוימת, אשר בעקבות הפיכת הבדיקה לפומבית ועדכון המידע שהיה מצוי ברשות, השתנתה. כך, במסגרת בדיקת המיזוג הגלויה, נאסף מידע רב מגורמים רבים ושונים בשוק, אשר איפשר עריכת ניתוח שלם ועדכני של מרכזי הקניות המנוהלים באזור באר-

שבע ובחינת מידת התחליפיות ביניהם, לרבות בדיקת טענות הצדדים ביחס לכניסתם של מתחרים פוטנציאליים לשוק הרלוונטי בטווח הקרוב. כפי שניתן להבין מהפרמטרים השונים שנבחנו על מנת לזהות את תחליפיות מרכזי הקניות השונים, המדובר במידע מסחרי רגיש שלא ניתן היה להעריכו בטרם איסופו מהגורמים השונים, שאינם צדדים למיזוג.

המידע שנאסף בבדיקה הגלויה וניתוחו שינו את תוצאות הבדיקה ביחס לזהות המתחרים בשוק הרלוונטי בבאר שבע. כך, בין היתר, התברר כי בשוק הרלוונטי בבאר שבע ישנם כיום שלושה מתחרים בלבד, כאשר שחקן רביעי עתיד להיכנס בטווח הקרוב, בעוד שבעת מתן חוות הדעת המקדמית, על בסיס נתונים פומביים ונתוני הצדדים, נדמה היה כי שני שחקנים נוספים צפויים בסבירות גבוהה להיכנס לשוק הרלוונטי בטווח הקרוב. נוכח השינויים בתפיסת מבנה השוק ומצב התחרות בו, על בסיס המידע שנאסף במסגרת בדיקת המיזוג ושלא היה בידי בעת מתן חוות דעתי המקדמית, השתנתה עוצמת החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג, מה שהוביל לשינוי עמדתי.

כאמור, סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים מטיל על הממונה חובה להתנגד למיזוג אם הוא מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או חשש סביר לפגיעה בציבור. בנסיבות העניין, לאחר בדיקה מלאה של המיזוג, עמדתי הייתה כי המיזוג מעורר חשש כאמור. בנסיבות אלה סברתי כי קמה הצדקה, ואף חובה, לסטות מעמדתי כפי שהוצגה בחוות הדעת המקדמית.

החלטתי זו עולה בקנה אחד עם כללי מתן חוות דעת מקדמיות מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים, 2004 **הגבלים עסקיים** 5001240 (להלן: "**הכללים**"). סעיף 12(ד) לכללים אלו קובע במפורש כי:

"חוות דעת מקדמית לפי סעיף 3(א) לכללים אלה, המתייחסת להחלטה עתידית של הממונה בבקשה לאישור מיזוג או בבקשה לפטור להסדר כובל מבטאת את עמדת הממונה בעת נתינתה, על יסוד העובדות שהציגו הצדדים הפונים בפני הממונה **והיא אינה מחייבת את הממונה בהחלטתו במסגרת סמכויותיו על פי דין.**"

סעיף 12(ה) לכללים מוסיף וקובע כי "הממונה רשאי לשנות או לבטל חוות דעת מקדמית לאחר שניתנה, אם קמה לדעתו הצדקה לעשות כן." גם סעיף 12(ב) קובע כי אם חל שינוי בנסיבות שבהן ניתנה חוות הדעת המקדמית, אין החובה ליחס לה משקל מהותי חלה.

כאמור, בענייננו סברתי כי קמה הצדקה, ואף חובה, לסטות מחוות הדעת המקדמית שניתנה בקשר עם המיזוג, וכך פעלתי.

התניית המיזוג בתנאים

משנקבע כי מיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, עולה הצורך במציאת תרופה אשר תרפא את הפגיעה התחרותית הנוצרת עקב המיזוג. על התרופה הנבחרת לספק פתרון מלא ושלם לחששות התחרותיים שמעלה המיזוג. הגם שהתרופה המשיגה תכלית זו בצורה המיטבית הנה התנגדות למיזוג, עיקרון המידתיות מחייב בדיקה של חלופות אשר ישיגו את התכלית של הסרת החשש מפגיעה בתחרות ובציבור תוך פגיעה מתונה יותר בצדדים למיזוג. סבירותם של תנאים נבחנת בראש ובראשונה על פי יכולתם למנוע את החשש התחרותי הנוצר במיזוג (גילוי דעת

2/11 הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות; 2011 הגבלים עסקיים 5001804 (להלן: "גילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים"), סעיפים 5-6).

נוכח החששות שהעלה מיזוג זה לא נמצאו תנאים אשר יש בכוחם להפיג חששות אלה.

במסגרת השימוע הצדדים הוסיפו וביקשו כי אשקול לתת הסכמתי למיזוג חלף התנגדות לו, וזאת בכפוף לתנאים התנהגותיים שימנעו מהפירמה הממוזגת להפעיל את כוח השוק שייווצר לה כתוצאה מן המיזוג. התנאים שהציעו הצדדים התייחסו לסימפטומים של הנזק שצפוי להיגרם לתחרות, ולא התמודדו עם הצורך במתן מענה למבנה השוק הבעייתי שיווצר בשוק לאחר המיזוג. שקלתי את טענות הצדדים בעניין זה ומסקנתי היא כי הם אינם נותנים מענה הולם לחששות התחרותיים העולים מן המיזוג.

כאמור, התנאים אותם הציעו הצדדים להתנות בהם את אישור המיזוג הינם תנאים התנהגותיים. תנאים התנהגותיים נועדו לטפל בהתנהגות האנטי-תחרותית העלולה לנבוע כתוצאה מהשינוי במבנה השוק שנוצר בעקבות המיזוג. תנאים מסוג זה מכוונים לטפל בביטויים השונים של הבעיה, קרי באותן דרכים שבהן עלולות החברות המתמזגות לפגוע בתחרות לאחר המיזוג (כגון העלאת מחיר, הקטנת תפוקה, סירוב בלתי סביר לסחור, אפליה וכו'), ולא בבעיה עצמה, שעיקרה השינוי הנגרם במבנה השוק.

ככלל, וכפי שפורט בהרחבה בגילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים, יועדפו תנאים הנוגעים למבנה השוק ("תנאים מבניים") על פני תנאים התנהגותיים. בנסיבותיו של מיזוג זה לא מצאתי תנאים מבניים העשויים להיות רלוונטיים להפגת החששות, ואף הצדדים לא הציעו תנאים מעין אלה.

הנסיבות שבהן תהא הרשות מוכנה לשקול לעשות שימוש בתרופות התנהגויות פורטו בגילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים. גילוי הדעת מונה מספר שיקולים שהממונה ישקול בהחלטתו אם לעשות שימוש בתרופות התנהגויות. בין יתר התנאים שתביא הרשות בחשבון, שני שיקולים יקבלו משנה תוקף: האחד, עניינו היקף הפיקוח שמחייבות ההוראות ההתנהגויות, ולגביו נקבע כי "ככלל, ככל שמדובר בהוראות מורכבות יותר, הנמשכות לאורך זמן רב יותר, תימנע הרשות משימוש בהן"; כן תישקל אפשרות זיהוי ההפרה על ידי הנפגעים והתמריץ שלהם לדווח עליה.

בהקשר אחרון זה, נקבע כי ככלל, ככל שהפרת ההוראה ההתנהגוית תהא שקופה וקלה יותר לאיתור, הן על ידי הנפגעים והן על ידי הרשות, כך יהיה ניתן לעשות בה שימוש ביתר קלות. יש לזכור שגם במקרים בהם יכול נפגע ההפרה לזהות בקלות את הפגיעה בו, עדיין אין וודאות כי הדבר יוביל אותו לדווח על כך. כאמור בגילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים, תלונה לרשות עשויה אמנם להביא להפסקת ההפרה בטווח הבינוני והארוך, אך גם להעכיר את יחסיו של המתלונן עם גורם עסקי שבו הוא תלוי כבר בטווח הקרוב. במצב דברים זה עשוי הנפגע להגיע למסקנה כי עלות הפגיעה בו כתוצאה מההפרה קטנה יותר מעלות הפגיעה שתגרם לו כתוצאה מדיווח על ההפרה לרשות (וראו פרק ד.2 לגילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים).

בענייננו, מובילים שיקולים אלו (והאחרים המנויים בגילוי הדעת) למסקנה כי המקרה שבפניי אינו מסוג המיזוגים אשר מוצדק לאשר אותם בכפוף לתנאים התנהגותיים, חלף התנגדות. ראשית, הפיקוח על סוג ההוראות ההתנהגויות בענייננו הינו מורכב במיוחד, וקיים קושי לאתר הפרות שלהן נוכח אופי החששות. כך למשל, החשש כי הפירמה הממוזגת תקשור בין מרכזי

הקניות בבאר שבע, ככל שיתממש, צפוי להתרחש במסגרת המשא ומתן המסחרי המתנהל בסודיות ובעל פה בין השוכרים השונים להנהלת הפירמה הממוזגת. מטבע הדברים, לרשות קיים קושי ממשי בזיהוי של פעולות מסוג זה על ידי הפירמה הממוזגת ופיקוח ביחס אליהן יידרש להיעשות לאורך זמן, וביחס לכל אחד מהשוכרים בנפרד.

למעלה מכך, בענייננו קיים יסוד סביר להניח כי השוכרים העשויים להיפגע מהפעלת כוח שוק על ידי הפירמה הממוזגת ימנעו מלהתלונן לרשות אודות הפרת תנאים, ככל שתהא, בשל החשש מהערכת יחסיהם עם הפירמה הממוזגת, מולה הם מתנהלים גם בשווקים רבים אחרים בארץ. כוח השוק שיווצר לפירמה הממוזגת בשוק כתוצאה מהמיזוג, העובדה כי לפירמה הממוזגת יכולת להפלות בין שוכרים ולהבחין ביניהם, והתנהלות המשא ומתן בסודיות מול כל שוכר בנפרד, גם בעל פה, מפחיתים כל אחד משמעותית את הסבירות לדיווח מצד שוכר בודד לרשות על הפרת התנאים.

סיכומם של דברים, שקילת מכלול השיקולים המפורטים בגילוי הדעת בעניין תרופות למיזוגים, ובפרט השיקולים שזכרו לעיל, הובילו אותי למסקנה כי אין זה מסוג המקרים המאפשר שימוש בתרופות התנהגותיות, וממילא לא היה באלה כדי להפיג את החששות התחרותיים שהעלה המיזוג.

ז. סוף דבר

המיזוג שלפנינו הינו מיזוג אופקי בין שני מרכזי הקניות המובילים כיום בבאר שבע. גם אם נניח שהגרנד קניון ייכנס לשוק בהצלחה, מדובר במיזוג בין שניים משלושת מרכזי הקניות המובילים בעיר, בעלי נתחי שוק משמעותיים בשוק הרלוונטי. שליטה של עזריאלי, אשר מחזיקה בקניון הנגב, מרכז הקניות המוביל בבאר שבע, גם בוואן, צפויה לאפשר הפעלת כוח שוק. בפרט, המיזוג מעלה חשש סביר לעליית מחירי השכירות לשוכרים אשר מעוניינים להתמקם במרכזי הקניות המובילים בבאר שבע.

ניתוח המיזוג הראה כי המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. בפרט, המיזוג יוצר חששות מהפעלת כוח שוק חד צדדי וכוח שוק מתואם בשוק באזור בבאר שבע. יוצא מכך שמצווה אני על פי סעיף 21 לחוק להתנגד למיזוג, וכך נהגתי.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ו' טבת, תשע"ג

19 דצמבר, 2012