



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

בפני כבוד השופטת נאוה בן אור

המבקשות

1. יינות ביתן בע"מ
 2. ביתן בעיר קמעונאות בע"מ
- על ידי ב"כ עו"ד ניבה ברג, עו"ד טל ארד, עו"ד דוד גולדשטיין
ועו"ד עידו נווה
ממשרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות', עורכי דין

נגד

המשיבה

הממונה על ההגבלים העסקיים
באמצעות ב"כ עו"ד אנדרי ניקל ועו"ד ליאור דגן-סנדז'יבסקי

החלטה

בקשה לצו ביניים המתלה את אחד התנאים שנקבעו על ידי מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים בהחלטתו מ-23.6.2016 לאישור הסכם המיזוג שבין יינות ביתן בע"מ וביתן קמעונאות בע"מ (המבקשות) מצד אחד, לבין מגה קמעונאות בע"מ (בהקפאת הליכים) מצד שני, תנאי שעניינו חובת מכירה של אחת מחנויות המבקשות באזור שוהם. זאת עד להחלטה סופית בערר שהוגש ביחד עם בקשה זו.

רקע

1. מגה קמעונאות בע"מ (ולחלן: **מגה**) הגיעה לחדלות פירעון וביקשה צו להקפאת הליכים. בקשתה נענתה ובית המשפט מינה נאמנים שינסו לשקמה ולהביא למכירתה, בין כמקשה אחת, בין כחנויות בודדות, בין במקבץ של סניפים (ראו פרקי(מרכז) 31163-01-16 **מגה קמעונאות בע"מ נ' ח.א.א. אקסטרה אחזקות בע"מ**, כבי סגן הנשיא א' שילה). הנאמנים בחנו הצעות שונות לרכישת החברה, והמליצו לבית המשפט כי יאשר להם להביא את הצעתה של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

יינות ביתן בע"מ (להלן: **יינות ביתן**) לאישור אספות הנושים. בית המשפט קיבל את ההמלצה, הורה לנאמנים לחתום על הצעתה של יינות ביתן ולהביאה לאישור אספות הנושים, בכפוף לאישור הממונה על הגבלים עסקיים. בשל הנסיבות, ביקש בית המשפט כי הממונה על הגבלים עסקיים תפעל במהירות המרבית ותעשה לאישור המכר תוך 15 יום (ראו החלטה מ-16.5.2016 בתיק האמור).

2. עסקת הרכישה האמורה היא עסקת מיזוג, הטעונה, בנסיבותיה, אישור הממונה (סעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988). המדובר במיזוג אופקי בין מתחרים, העוסקים במכירה קמעונאית של מזון ומוצרי צריכה. המיזוג מחבר שניים מבין ארבעה השחקנים הגדולים בענף.

מ"מ הממונה נענה לאתגר שבלוח הזמנים הדוחק, וב-23.6.2016 הודיע על הסכמתו למיזוג בכפוף לתנאים שפורטו בהחלטתו. הרשת הממוזגת הפכה להיות השחקן השני בגודלו בענף מבחינת מחזורי מכירות ומבחינת היקף שטחי המסחר והיא מחזיקה ב-196 חנויות בפריסה ארצית.

3. בין יתר התנאים שבכפוף להם אושר המיזוג, הורה מ"מ הממונה על מכירת זכויותיהן של יינות ביתן או מגה, לפי העניין, במספר חנויות, בשמונה אזורים גיאוגרפיים שונים, בהם מצא כי קיים חשש סביר שכתוצאה מן המיזוג תיפגע התחרות באותו אזור באופן משמעותי, או ייפגע הציבור. יצוין, כי מלכתחילה סבר מ"מ הממונה כי הנכון הוא שמכירת החנויות תהיה תנאי לביצוע עסקת המיזוג (fix it first), אלא שהצדדים למיזוג העלו חשש שעיסוב ביצוע העסקה עד למכירה יסכל את העסקה, שכן נאמני מגה לא יכולים היו להמשיך ולנהל את הרשת במסגרת הקפאת הליכים לתקופה הנדרשת לשם השלמת המכירה של אותן חנויות. הסכמת מ"מ הממונה למיזוג באופן שניתנה, נעשתה מתוך הבנה שיינות ביתן תעמוד במוסכם ותפעל למכירת החנויות במהירות ובתוך פרק הזמן שנקבע לכך.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

עוד יש לומר, כי התנאים למיזוג נקבעו בהסכמת הצדדים ויינות ביתן התחייבה שלא להגיש ערר על החלטת מ"מ הממונה על תנאיה.

4. לענייננו הורה מ"מ הממונה על מכירת תנות מגה הממוקמת בשוהם או חנות יינות ביתן הממוקמת בקריית שדה התעופה (אירפורט סיטי). מ"מ הממונה הורה ליינות ביתן להשלים את מכירת הזכויות באחת משתי החנויות הללו בתוך 80 יום מיום אישור המיזוג, היינו עד 11.9.2016. היה ולא תושלם המכירה עד אז, הוסיף מ"מ הממונה וקבע, כי הזכויות בחנויות תושמנה בטאמנות, והטאמן שימונה למכירתן יעשה זאת בתוך [REDACTED] לכל היותר, בכל מחיר שיוצע לו, גם אם אינו מייצג ערך ריאלי של הנכס הנמכר. כפי שמציין ב"כ הממונה, המדובר למעשה בתנאי מבני שמשמעותו התנגדות למיזוג ככל שהוא נוגע לאזור שוהם. תנאי זה נקבע לנוכח ממצאי בדיקת המיזוג, לפיהם מתעורר חשש להפעלת כוח שוק חד צדדי באזור שוהם, בשים לב לנתח השוק המשמעותי בו עשויה הייתה להתזיק יינות ביתן באזור זה לו היה המיזוג מאושר. עוד העלו ממצאי הבדיקה כי מתעורר, בנוסף, חשש להפעלת כוח שוק מתואם עם שופרסל, שלה שתי חנויות בשוהם.

יינות ביתן לא עמדה במוסכם ולא מכרה אחת משתי החנויות הנזכרות בתוך פרק הזמן שנקבע לכך. לפיכך, ב-11.9.2016 הפעיל מ"מ הממונה את מנגנון הטאמנות שנקבע בתנאי המיזוג והטאמן שמונה החל לפעול למכירת הזכויות בחנויות.

הבקשה לצו ביניים

5. על פי הנטען בבקשה שלפניי, בתחילת חודש ספטמבר נודע ליינות ביתן אודות התפתחות, המהווה לטעמה שינוי נסיבות שמשמעותו "דרמטית", כלשונה, לניתוח התחרותי של השלכות המיזוג באזור שוהם. הכוונה למידע לפיו בתוך חודשיים צפוי להיפתח מרכז מסחרי חדש באזור התעשייה שוהם, אשר יופעל בו מרכול מרשת "מחסני מזון חנים פלוס" (ולחלן: **מחסני מזון**). המרכול אמור להשתרע על פני שטח של כ-2800 מ"ר, וצביונו יהיה של רשת "דיסקאונט". עם היוודע הדבר, פנתה יינות ביתן לרשות הגבלים עסקיים במכתב מ-



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

7.9.2011 וביקשה כי זו תבחן מחדש את עמדתה ותבטל את חובת מכירת החנות בשוהם או באירפורט סיטי. באותה פנייה התבקשה הרשות, בנוסף, גם להאריך את המועד למכירת החנויות בקרית שמונה ובאילת, שאף מכירתן הייתה תנאי לאישור המיזוג, בשל קשיים שפורטו במכתב ואשר לפי הנטען בו לא היה ניתן לחזותם מראש בעת ההידברות עם הרשות.

6. הרשות הגיבה לפנייה האמורה למחרת היום, ב-8.9.2011. הבקשה להארכת מועד מכירתן של החנויות בקרית שמונה ובאילת נדחתה. בכל הנוגע לבקשה בעניין מכירת החנות בשוהם הודיעה הרשות כי היא בוחנת את המידע האמור ואת השלכותיו, ככל שקיימות כאלה, על השפעותיו התחרותיות של המיזוג וכי עמדתה תגובש בהקדם האפשרי. עם זאת, לנוכח העובדה שהפנייה נעשתה ימים בודדים עובר למועד המכירה הקבוע בתנאים, הבהירה הרשות ליינות ביתן כי עליה להיערך לביצוע תנאי המיזוג במועדים הקבועים בהם.

ב-11.9.2011 הודיעה הרשות ליינות ביתן כי הגיעה למסקנה שאין מקום לבטל את הוראת המכירה של החנות באזור שוהם, שכן גם לאחר שתיפתח החנות של מחסני מזון, ככל שתיפתח, ייוותר בידי יינות ביתן נתח שוק משמעותי בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, וכך גם נתח השוק המצרפי של יינות ביתן עם שופרסל. משכך, גם בהינתן פתיחת החנות האמורה יתקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

בעקבות הודעה זו הוגש הערר שלפניי, בלוויית הבקשה לצו ביניים.

7. יינות ביתן טוענת, כי התחייבותה שלא לערור על ההחלטה המאשרת את המיזוג על תנאיה אינה מונעת ממנה להגיש את הערר הנדון, באשר זה מוסב על החלטה חדשה שהתקבלה, קרי ההחלטה מ-11.9.2016, בגדרה נדחתה בקשתה לבחון מחדש את ההוראה למכירת חנות מגה בשוהם או חנות יינות ביתן באירפורט סיטי. לטעמה, אין לקרוא להסכמה מיוני 2016 תנאי המונע ממנה זכות גישה לערכאות עם שינוי הנסיבות וכי מכל מקום תנאי כזה יש לקרוא בצמצום. כך או כך, ניתנה על ידי מ"מ הממונה החלטה חדשה וזו אינה כפופה להתחייבות האמורה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

8. לגופו של הערר טוענת יינות ביתן כי המדובר בערר שסיכוייו רבים, שכן הניתוח התחרותי שערכה המומחית מטעמה מלמד כי לחנות החדשה שתיפתח תהיה השפעה תחרותית משמעותית על דרך התנהלותה של חנות מגה שבשוחם. החנות החדשה תהווה גורם תחרותי של ממש שימנע מחנות מגה להעלות מחירים כפי שגם יהיה בקיומה כדי לאיין את החשש מפני השפעות מתואמות.

9. עוד טוענת היא כי מאזן הנוחות עומד אף הוא לטובתה, שהרי בעוד שהחשש לפגיעה בתחרות או בציבור הוא חשש הסתברותי, כשבפועל – לטענתה – בתקופה שחלפה לא הועלו המחירים בחנות מגה על אף החששות, הרי שהפגיעה ביינות ביתן ודאית, באשר לא יהיה טעם עוד לערר עם מכירתה של החנות בידי הנאמן. יינות ביתן הוסיפה כי היא מתחייבת שלא להעלות מחירים עד להכרעה בערר ואף להחיל על החנות בשוחם מבצעים שהיא עורכת בחנויות אחרות.

מאחר שכפי שאסביר להלן מסקנתי היא כי דין הבקשה להידחות, אדרש לטענות ב"כ הממונה במסגרת הדיון בטענותיה של יינות ביתן.

דיון

10. נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת, שאלמלא המצב העגום אליו נקלעה מגה, כשאלפי עובדיה עמדו בסכנה של אובדן פרנסתם וכשנושיה עמדו לפני שוקת שבורה, ואלמלא פנייתו של בית המשפט של פירוק, שהפציר בממונה להשלים את הליך בדיקת המיזוג ולעשות לאישורו בתוך פרק זמן קצר, לא הייתה רשות הגבלים עסקיים מאשרת את העסקה, שמשמעותה התמזגות של שניים מבין ארבעה השחקנים הגדולים בענף, בטרם ייערכו השינויים המבניים הנדרשים על מנת למנוע פגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, באותם אזורים בהם עלה חשש כזה. נזכיר בהקשר זה את החוק לקידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014, המעיד על עצמו כי תכליתו "הגברת התחרותיות בענף המזון ובתחום מוצרי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

הצריכה, לשם הפחתת המחירים לצרכן". ועוד כדאי להפנות לדברי ההסבר להצעת חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ג-2013 (ה"ח הממשלה, 769, עמ' 830, תשע"ג-2013), לפיהם מצא צוות בינמשרדי שמונה לשם בחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום האמור כי **"שוק מוצרי המזון והצריכה נשלט בידי מספר מצומצם של ספקים בעלי נתח שוק גדול"**, וכי **"פגיעה בתחרות בשווקים אלה מביאה באופן ישיר להעלאת המחירים לצרכן ולפגיעה במגוון העומד לבחירתו"**. המדובר אפוא בשוק המספק את צרכיו היסודיים והחיוניים של כל צרכן, ואשר השלכת מידת התחרות בו על כיסו - משמעותית ומידית. אין תמה, שמ"מ הממונה קצב בהחלטתו פרק זמן קצר יחסית, בגדרו היה על יינות ביתן למכור אותן חנויות שפורטו בתנאים לאישור המיזוג והוסיף וקבע כי ככל שלא תעמוד בחוראה זו יושמו הזכויות בחנויות אלה בנאמנות, ועל הנאמן יהיה למוכרן, גם זאת בפרק זמן קצר, בכל מחיר שיוצע לו, מבלי להתחשב בערכן הריאלי. ועוד אין תמה שנדרשה התחייבות מטעם יינות ביתן כי לא תערור על החלטה זו, שהתנאים בה נקבעו בהסכמתה.

עוד אין חולק, כי היה על יינות ביתן למכור את אחת משתי החנויות הנדונות עד 11.9.2016. תנאי זה לא קוים על ידה, ופנייתה לרשות נעשתה ימים ספורים בלבד בטרם יפוג המועד. משכך, הפעילה הרשות את תניית הנאמנות והנאמן שמונה לשם כך פעל למימוש המכירה. כפי שדווחתי במהלך הדיון, המועד להגשת ההצעות חלף, הוגשה הצעה אחת בלבד ויש חשש שעיקב הליכי המכירה באמצעות צו ביניים יכשיל את העסקה.

11. מן האמור לעיל עולה, כי אומד דעתם של הצדדים היה שאישור עסקת המיזוג מותנה במכירה מהירה של אותן חנויות באזורים שקיימים בהם חששות תחרותיים, סמוך לאחר האישור, והכל על מנת שהצרכנים הרלוונטיים לא ייפגעו. הסכמתה של יינות ביתן לתנאים מהווה הודאה כי החששות התחרותיים שהעלתה הרשות מעוגנים היטב בממצאי בדיקתה. במצב דברים זה אין בידי לקבל את הטענה לפיה הנטל על הממונה לשכנע בדבר קיומה של פגיעה משמעותית בתחרות. על יינות ביתן להציג שינוי נסיבות דרמטי, כזה המשנה את התמונה התחרותית מן הקצה אל הקצה, על מנת להצדיק התדיינות מחודשת על תנאי מתנאי האישור, המהווים חלק מהחלטה חלוטה מוסכמת. איני סבורה כי סיכוייה של יינות ביתן לשכנע – גבוהים. כך, למשל, העובדה שבצמוד לשוהם קיימים שני אזורי תעשייה גדולים בהם משווקות קרקעות רבות ונכנים מרכזים לוגיסטיים, ושקיים באזור פוטנציאל לביקוש גבוה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

מצד עובדי המפעלים שקמו בו בשנים האחרונות, כנטען בחוות הדעת הכלכלית מטעם יינות ביתן, אינה חידוש שלא היה ידוע לה עובר לחתימה על ההסכמות שניתנו על ידה במסגרת אישור עסקת המיזוג. באמצעות טענה זו מבקשת יינות ביתן לשכנע, כי חסמי הכניסה לשוק נמוכים וכי הביקוש ברמת גידול – עובדה המורידה את הכדאיות ואת היכולת לתאום או למתאם. חוות הדעת מבקשת, אפוא, לערער ולהרהר על עמדת הרשות עובר לאישור עסקת המיזוג, מה שעומד בניגוד להתחייבותה המפורשת של יינות ביתן על פי המוסכם.

12. אוסיף כי על פניו, הניתוח התחרותי שהוצג על ידי הרשות בכל הנוגע להשפעת התווספותה של חנות נוספת (המשתייכת לרשת בת ארבע חנויות בלבד, שתיים מהן בגודל בינוני ושתיים קטנות), מלמד אף הוא כי סיכויי הערר אינם גבוהים. כעולה מן הניתוח, החנות של מחסני מזון, לכשתפתח, אינה חשופה לתחרות מצד חנויות אחרות מלבד החנויות שבשוקם (והמשתייכות לשתי הרשתות הקמעונאיות הגדולות ביותר) והחנות שבאירפורט סיטי. וככל שהלחץ התחרותי על חנותה של מחסני מזון נמוך יותר, ספק אם תהווה רסן תחרותי על החנויות בשוקם לעומת הרסן התחרותי שהיוותה החנות של יינות ביתן באירפורט סיטי, קודם למיזוג, בשל היותה חשופה לתחרות באזור לוד ורמלה.

13. אף לא מצאתי כי הטענה לפיה מחסני מזון תפעל כמחוללת תחרות בשוקם מעוגנת בנתונים עובדתיים שיש בהם לשכנע על פניהם. הטענה נסמכת על פרסומיה של מחסני מזון, שלא ניתן ללמוד מהם הרבה על תמריציה הכלכליים או להשליך מהם על מידת התחרות עמה יהיה עליה להתמודד.

כך באשר לסיכויי הערר.

14. אשר למאזן הנוחות, טענתה של יינות ביתן לפיה בינתיים לא העלתה מחירים אכן מגובה בתצהיר, אולם קשה כמובן לבדוק טענה זו, המתייחסת לאלפי מוצרים המשווקים בחנות. ואילו ההתחייבות שלא להעלות מחירים בתקופת הביניים אינה בת אכיפה. החשש שציבור הצרכנים ישלם בינתיים מחירים גבוהים יותר הינו, אם כך, חשש משמעותי. מניעת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15543-10-16 יינות ביתן בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

הפגיעה בהם היא אינטרס ציבורי כבד משקל. יתרה מזאת, ככל שצו הביניים יביא לנסיגת המציע מהצעת הרכישה, עלול הדבר להאריך עוד יותר את התקופה בה ישלם ציבור הצרכנים את מחיר הפגיעה בתחרות. מנגד, יינות ביתן התחייבה למכור את אחת משתי החנויות ועיכוב הליכי המכירה עומד בניגוד לתנאי המיזוג להם הסכימה.

נוכח כל אלה, הבקשה נדחית.

על ב"כ המבקשות להודיע לבית הדין עד 1.12.2016 אם הן עומדות על הערר.

המבקשות ישלמו למשיבה הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ₪.

המזכירות תרשום את התיק לעיון פנימי למועד האמור ותמציא את העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ג חשוון תשע"ז, 14 נובמבר 2016, בהעדר הצדדים.

מאיה בן אור

מאיה בן אור, שופטת