החלטה לפי סעיף 17 לחוק קידום התחרות בענף המזון, תשע"ד-2014
בדבר אי-מתן אישור לשופרסל בע"מ לפתיחת חנות גדולה במצפה רמון

1. פתח דבר

בפניי בקשה של שופרסל בע"מ (להלן: "**שופרסל**") למתן אישור לפתיחת חנות במרכז מסחרי המתוכנן לקום במצפה רמון (להלן: "**החנות המתוכננת**").

כיום, פועלת במצפה רמון חנות גדולה (כמובנו של מונח זה בחוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 (להלן: "**חוק המזון**")) אחת בלבד של שופרסל, והיא החנות הגדולה היחידה אשר פועלת במצפה רמון.[1] מצפה רמון הוא אחד האזורים הבודדים בישראל, אשר בו פועל קמעונאי אחד בלבד ולמעשה, לא מתקיימת בו תחרות של ממש בין קמעונאים בשוק המזון.

אזור מצפה רמון נכלל בהודעה בדבר אזורי ביקוש אשר נמסרה לשופרסל בהתאם להוראות סעיף 16(ב) לחוק המזון, ומשכך היא מחויבת לקבל את אישור הממונה לפתיחתה של החנות המתוכננת. בהתאם להוראות סעיף 17(ד) לחוק המזון, סמכות הממונה לאשר פתיחתה של החנות המתוכננת קמה רק אם מצא כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחת החנות המתוכננת לא תגרום לפגיעה בתחרות.

כפי שיפורט להלן, לא מצאתי כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחתה של החנות המתוכננת לא תגרום לפגיעה בתחרות. לפיכך, אין בידי לאשר את הבקשה.

2. רקע עובדתי

שופרסל היא חברה ציבורית, בשליטת חברת השקעות דיסקונט בע"מ (דסק"ש), והיא עונה להגדרת קמעונאי גדול בחוק המזון. שופרסל מפעילה 283 חנויות בפריסה ארצית נכון למרץ 2015. בנוסף, שופרסל פעילה בתחום הנדל"ן, ומחזיקה, באמצעות חברה בת, בנכסי נדל"ן מניבים, אשר חלקם משמשים להפעלת חנויותיה של שופרסל וחלקם מושכרים לצדדים שלישיים.

בהתאם לבקשה שבפניי, שופרסל מבקשת לפתוח חנות במרכז מסחרי חדש המתוכנן לקום באזור התעשייה הצפוני של מצפה רמון על ידי חברת מבני תעשייה בע"מ (להלן: "**מבני תעשייה**").[2] החנות המתוכננת צפויה להיפתח בשנת 2017, בשטח מכירה של כ-1,500 מ"ר.

נכון להיום, שופרסל מחזיקה במצפה רמון חנות בעלת שטח מסחרי של כ-500 מ"ר, אשר נמצאת במרכז מסחרי בכניסה ליישוב (להלן: "**החנות הקיימת**"). המבנה בו נמצאת החנות הוא בבעלות שופרסל, וכאמור זו החנות הגדולה היחידה, הפועלת במצפה רמון. לטענת שופרסל, החנות הקיימת מיושנת, ובמידה שתפתח החנות המתוכננת, בכוונתה לסגור את החנות הקיימת.

---

[1] כל המונחים בהחלטה, כהגדרתם בחוק המזון.

[2] מצפה רמון היא מועצה מקומית במחוז הדרום בישראל. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה נכון לדצמבר 2012, מתגוררים במצפה רמון 5,063 תושבים. אזור הביקוש של החנות הנבחנת כולל למעשה את כל שטחי המועצה.

בהתאם להוראות חוק המזון, פתיחתה של החנות המתוכננת מחייבת קבלת אישור מאת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "**הממונה**"). להלן, אציג בקצרה את המסגרת הנורמטיבית לקבלת אישור הממונה לפתיחת חנות, בהתאם להוראות חוק המזון. לאחר מכן, אפרט את הטעמים שעומדים ביסוד החלטתי שלא ליתן לשופרסל אישור לפתיחת החנות המתוכננת.

3. המסגרת הנורמטיבית – בקשה לאישור פתיחת חנות גדולה

סימן ב', פרק א' בחוק המזון עוסק בתחרות האזורית בתחום קמעונאות המזון ומוצרי הצריכה. בהתאם לדברי ההסבר לחוק, הוראות הנכללות בסימן זה נועדו להעמיד בידי הממונה כלים להתמודדות עם בעיית הריכוזיות הגיאוגרפית בשוק המזון.[3]

התחרות על הצרכן בשוק קמעונאות המזון היא, בין השאר, תחרות גאוגרפית. מיקום גאוגרפי הוא אחד השיקולים הנשקלים על ידי צרכן, אשר בוחר חנות לרכוש בה מוצרי מזון. יכולתו של קמעונאי להפעיל כוח שוק בחנות מסוימת עשויה להיות מרוסנת אם בסביבתה של אותה חנות קיימות חנויות של קמעונאים אחרים, המהוות תחליף מבחינת הצרכנים לרכישה בחנות הנבחנת. כך אם החנות הנבחנת תנסה להפעיל כוח שוק, הצרכנים יוכלו לעבור לרכוש בחנויות של הקמעונאים האחרים. הסבירות שקמעונאי יוכל להפעיל כוח שוק באזור מסוים גוברת ככל שנתח השוק של אותו קמעונאי, מכלל המכירות באזור הרלוונטי, גבוה יותר. כך למשל, ככל שקמעונאי אחד מחזיק בחנויות רבות יותר באזור הגאוגרפי של החנות הנבחנת, גדלה יכולתו להפעיל כוח שוק, שכן סביר כי אחוז גדול יותר מהצרכנים אשר יעזבו את החנות הנבחנת כתוצאה מהפעלת כוח שוק יעבור לרכוש בחנויות אחרות של הקמעונאי שנמצאות בסביבת החנות הנבחנת.

על מנת לזהות את זירת התחרות המקומית הרלוונטית עבור כל חנות, חוק המזון מסמיך את הממונה להגדיר לכל חנות גדולה של קמעונאי גדול את "אזור הביקוש" של החנות.[4] אזור הביקוש הוא האזור הגיאוגרפי ממנו מגיעים מרבית הצרכנים של החנות, והגדרתו מבוססת על האזור הסטטיסטי שבו נמצאת החנות ועל אזורים סטטיסטיים הסובבים אזור זה. בהתאם להוראות הסעיף, במסגרת הגדרת אזור הביקוש של כל חנות, על הממונה לשקול, בין השאר, את השיקולים הבאים: (1) מרחקי נסיעה של הצרכנים אל החנות; (2) גודל החנות; (3) מיקום החנות בסביבה עירונית או אחרת.

לאחר הגדרת אזור ביקוש, לכל חנות גדולה של קמעונאי גדול הוגדרה "קבוצת תחרות", הכוללת את החנויות הגדולות של קמעונאים גדולים אשר קיימת חפיפה מספקת בין האוכלוסיה באזור

---

[3] ה"ח הממשלה תשע"ג מס' 769, עמ' 830, 835: "הצוות לבחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה מצא כי רמת הריכוזיות בתחום הקמעונאות ברמה הלאומית בישראל היא מהגבוהות ביותר בקרב מדינות ה-OECD. כמו כן נמצא קשר ישיר בין אזורים בארץ שבהם קיימת ריכוזיות בתחום קמעונאות המזון לבין רמת מחירי המצרכים הנמכרים באותם אזורים. הוראות סימן זה נועדו לאפשר התמודדות עם בעיות ריכוזיות גאוגרפית ותחרות מועטה בשוק המזון". להרחבה ראו מתודולוגיה ליישום פרק התחרות הגאוגרפית בין קמעונאים על פי חוק קידום התחרות בענף המזון (25.11.2014) **הגבלים עסקיים** 500675.

[4] סעיף 15(א) לחוק המזון.

הביקוש שלהן לבין האוכלוסיה באזור הביקוש של החנות הנבחנת.[5] כלומר, ביחס לכל חנות גדולה הוגדרה קבוצת החנויות הגדולות שמתחרות על כמות משמעותית מהצרכנים באזור הביקוש.

לאחר שהוגדרו אזור הביקוש וקבוצת התחרות של כל חנות גדולה, עבור כל חנות חושב היחס שבין מחזור המכירות של כלל חנויות הקמעונאי המחזיק בחנות הנבחנת (לרבות החנות הנבחנת) ונכללות בקבוצת התחרות, לבין מחזור המכירות של כלל החנויות הנכללות באותה קבוצת תחרות. מחזור המכירות שיילקח בחשבון עבור חנות בקבוצת התחרות הוא מחזור המכירות של החנות המיוחס לאזור הביקוש של החנות הנבחנת (להלן: "**שיעור המחושב**").[6] השיעור המחושב הוא למעשה נתח השוק שיש לקמעונאי המחזיק בחנות הנבחנת בקבוצת התחרות.

לבסוף, בהתאם להוראות חוק המזון, ביום 28 בספטמבר 2014 לכל אחד מהקמעונאים גדולים נמסרה הודעה בדבר אזורי הביקוש של החנויות הגדולות המוחזקות על ידם, ביחס לחנויות שהשיעור המחושב שלהן עולה על 30% וביחס לחנויות אשר השיעור המחושב שלהן עולה על 50%.[7]

חוק המזון אוסר על קמעונאי גדול שקיבל הודעה בדבר אזורי ביקוש לפתוח חנות גדולה נוספת באזור ביקוש של חנות גדולה אשר השיעור מחושב שלה עולה על 30%, אלא באישור הממונה בכתב ומראש, ובהתאם לתנאי האישור. בהתאם להוראות החוק, הממונה לא יאשר פתיחת חנות באזור ביקוש של חנות שהשיעור המחושב שלה עולה על 30% אך נמוך מ-50%, אלא אם מצא שאין חשש סביר שפתיחת החנות תגרום לפגיעה בתחרות. לצורך מתן אישור לפתיחת חנות גדולה נוספת באזור ביקוש של חנות גדולה שהשיעור המחושב שלה עולה על 50%, נקבע מבחן מחמיר יותר, והממונה רשאי לתת אישור רק אם מצא כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחת החנות לא תגרום לפגיעה בתחרות.

פוטנציאל לפגיעה בתחרות הוא מבחן מוכר בדיני ההגבלים העסקיים, והוא חל למשל בנוגע לבחינה של מיזוגים (שם נדרש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או חשש סביר לפגיעה בצרכן). שיקול הדעת של הממונה לאשר בקשה לפתיחה של חנות גדולה באזור ביקוש שהשיעור המחושב שלה עולה על 50% מצומצם באופן משמעותי, והממונה רשאי לאשר פתיחה של חנות חדשה כאמור רק אם קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחת החנות לא תפגע בתחרות.

כלומר, אישור לפתיחת חנות יינתן רק כאשר קיים בסיס כלכלי מוצק, המבוסס על ראיות ממשיות, המצביעות על כך שקיימת הסתברות ברמה של "ודאות קרובה" לכך שפתיחת החנות לא תפגע בתחרות. במידה שקיים חשש שאינו מתמצה באפשרות תאורטית בלבד לכך שפתיחת החנות תפגע בתחרות, לא יינתן אישור הממונה לפתיחתה.[8]

---

[5] סעיף 15(ב) לחוק המזון.
[6] סעיף 16(א) לחוק המזון.
[7] סעיף 16(ב) לחוק המזון.
[8] לעניין המבחן המשפטי להסתברות ברמה של ודאות קרובה ראו והשוו: בג"צ 399/85 **חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**', פ"ד מא(3), 255, 293 (1987) והאסמכתאות שם.

מבלי למצות, פגיעה בתחרות כתוצאה מפתיחה של חנות גדולה עשויה להיגרם כתוצאה מהגדלת היכולת של קמעונאי גדול להפעיל כוח שוק באחת החנויות הקיימות, כמתואר לעיל, שכן אחוז גדול יותר מהלקוחות שיעזבו את החנות הקיימת כתוצאה מהפעלת כוח שוק יעבור לחנות החדשה. בנוסף, פגיעה בתחרות יכולה להיגרם גם כתוצאה מהעלאת חסמי כניסה לשוק, בין בשל מחסור בשטחי מסחר מתאימים לפתיחת חנויות גדולות ובין בשל "הצפה" של האזור בחנויות של קמעונאי גדול מסוים, שכתוצאה ממנה פוחתת ההיתכנות הכלכלית בעבור המתחרים לפתוח חנות באזור.

כפי שנראה מיד, בנסיבות העניין, לא ניתן לקבוע כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחתה של החנות המתוכננת לא תגרום לפגיעה בתחרות, בשל השלכתה על העלאת חסמי הכניסה של המתחרים לאזור מצפה רמון.

4. בחינת הבקשה לפתיחת חנות גדולה של שופרסל במצפה רמון

החנות הקיימת היא החנות הגדולה היחידה אשר פועלת במצפה רמון, מזה עשרות שנים. חנות שופרסל פועלת במרכז מסחרי בכניסה לעיר.

מצפה רמון היא מועצה מקומית במחוז דרום, בה מתגוררים, בהתאם לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, כ-5,000 איש. בשל ריחוקה היחסי מריכוזי אוכלוסיה אחרים ומספר תושבים קטן, מצפה רמון לא הייתה יעד אטרקטיבי עבור קמעונאים גדולים, אשר רובם לא התעניינו, משיקולים כלכליים או אחרים, בפתיחת חנויות במצפה רמון.

קמעונאי אשר ביקש לבחון אפשרות לפתיחת חנות במצפה רמון נתקל בקושי של ממש לאתר נכס המתאים לפתיחת חנות, וזאת בשל היעדר נכסים מסחריים המתאימים מבחינת גודלם ומאפייניהם לפתיחת חנות קמעונאית והעדר מיזמים להקמה של מבני מסחר מתאימים ביישוב. חוסר היכולת (או חוסר הרצון) של קמעונאים לפתוח חנות במצפה רמון אפשר לשופרסל לשמר את המונופול שלה במצפה רמון במשך שנים רבות.

עתה, מבני תעשיה מתכננת להקים במצפה רמון מרכז מסחרי ובו מתוכנן לקום גם מרכול, אשר מיועד לשמש חנות עוגן של אותו מרכז מסחרי. המרכז המסחרי צפוי להיבנות במיקום נוח ונגיש, בפאתי הישוב, בצמוד לכביש 40. הקמתו של המרכז המסחרי מהווה חלון הזדמנויות נדיר לפתיחת שוק המזון במצפה רמון, שהיה במשך שנים בשליטתה המוחלטת של שופרסל, לתחרות.

ואולם, שופרסל מבקשת לפתוח בעצמה חנות במרכז המסחרי. שופרסל ניהלה משא ומתן מסחרי עם היזם לפתיחת חנות במרכז המסחרי המתוכנן, והצעתה גברה על הצעתו של קמעונאי נוסף, אשר מבקש זה זמן רב לאתר נכס מתאים לפתיחת מרכול במצפה רמון, ואשר ניהל אף הוא משא ומתן עם היזם על מנת לפתוח מרכול במרכז המסחרי.

בנסיבות המיוחדות של העניין שלפנינו, קיים חשש כי פתיחה של חנות שופרסל במרכז המסחרי המתוכנן יסתום את הגולל על האפשרות לפתיחת חנות של קמעונאי מתחרה במצפה רמון, וינציח את המונופול של שופרסל בישוב גם בשנים הבאות.

לפיכך, ונוכח קיומה של אפשרות לקיומה העתידי של תחרות במצפה רמון, אינני סבור כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחת החנות המתוכננת לא תגרום לפגיעה בתחרות.

בשולי הדברים אציין, כי לא נעלמה מעיני טענת שופרסל כי בכוונתה לסגור את החנות הקיימת במידה שתפתח את החנות המתוכננת במרכז המסחרי, ואולם סבורני כי אין בה כדי לשנות את מצב הדברים. החנות הקיימת פועלת במקרקעין בבעלות שופרסל. משכך, גם אם תיסגר, לא יתפנה נכס מתאים להקמת מרכול מתחרה, ובכל אופן, אין אפשרות להניח שבמקום חנות של שופרסל, אם תיסגר, תפתח חנות של קמעונאי אחר.

5. התייחסות לטענות שופרסל

קודם למתן החלטה זו אפשרתי לשופרסל להשמיע את עמדתה בנושא. במסגרת הדיון דלעיל, ניתן למצוא התייחסות לחלק מן הטענות שהועלו על ידי שופרסל. להלן, אתייחס למספר טענות נוספות.

<u>החנות המתוכננת אינה "חנות נוספת"</u>

שופרסל טענה כי האיסור הקבוע בחוק המזון מתייחס לחנות גדולה *נוספת* באזור הביקוש הנכלל בהודעה בדבר אזורי ביקוש. לשיטתה של שופרסל, היא מתכוונת לסגור את החנות הקיימת ומשכך החנות החדשה אינה חנות נוספת באזור הביקוש אלא החנות היחידה בו, ומשכך האיסור הקבוע בסעיף 17 לחוק המזון לא חל עליה.

אזור ביקוש מוגדר ביחס לחנות מסוימת ומשכך, חנות חדשה לגביה מוגשת בקשה לממונה תהיה בהכרח חנות נוספת ביחס לחנות המגדירה את אזור הביקוש, בו מתוכננת להיפתח אותה חנות חדשה. הודעה בדבר אזורי ביקוש של חנויות שהשיעור המחושב שלהן עולה על 30% קובעת את גבולות הגזרה של אזורים אשר בהם פתיחה של חנויות חדשות מחייבת בחינה של השלכותיהן על התחרות ואישור מוקדם של הממונה. כך גם בענייננו. שופרסל מחזיקה במצפה רמון חנות קיימת אשר הוגדר לה אזור ביקוש, ושופרסל מבקשת לפתוח את החנות המתוכננת, באזור הביקוש של החנות הקיימת. זה המצב הנתון בעת הגשת הבקשה והוא מחייב בחינה של ההשלכות של פתיחת החנות החדשה של שופרסל על התחרות באזור הביקוש.

ייתכן שבנסיבות מסוימות סגירה של חנות קיימת בעת פתיחה של חנות חדשה, לגביה נדרש אישור הממונה, יכולה להוות שיקול במסגרת החלטת הממונה בבקשה לאשר פתיחה של חנות חדשה, והיא נבחנת במסגרת מכלול השיקולים שבפני הממונה. ואולם, לא ניתן לקבל את טענת שופרסל שהאיסור כלל לא חל בנסיבות אלו. כפי שפורט לעיל, בנסיבות העניין כאן נמצא כי

למרות כוונתה של שופרסל לסגור את החנות הקיימת, לא ניתן לקבוע כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחה של חנות חדשה לא תפגע בתחרות.

למותר לציין ששופרסל רשאית, בהתאם להוראות סעיף 16(ג) לחוק המזון, להשיג על הודעה בדבר אזורי ביקוש, בין היתר, בשל שינוי נסיבות. כלומר, במידה ששופרסל תבחר לסגור את החנות במצפה רמון, תוכל לפנות בבקשה מתאימה על מנת לבטל את ההודעה בדבר אזור הביקוש במצפה רמון, ובמידה שהודעה תבוטל, ולאחר שתבוטל, לא תידרש עוד בקבלת אישור לפתיחת חנות חדשה.

<u>הטענה כי ההחלטה לא תשנה את המצב התחרותי במצפה רמון</u>

שופרסל טוענת כי במצפה רמון אין היתכנות כלכלית להפעלה של שני מרכולים. לפיכך, לשיטתה, אם לא יינתן לה אישור לפתיחת החנות המתוכננת ובמרכז המסחרי תפתח חנות מתחרה, החנות המתחרה תזכה ליתרון על פני החנות הקיימת של שופרסל, בשל מיקומה העדיף וגודלה, והדבר עשוי להביא לדחיקתה של שופרסל עצמה מהשוק במצפה רמון ולסגירת החנות הקיימת של שופרסל.

עמדתי לעיל על כך שלא ניתן לקבוע כי קיימת ודאות קרובה לכך שמתן אישור לשופרסל לפתוח את החנות המתוכננת לא יגרום לפגיעה בתחרות, וזאת לאור החשש כי פתיחתה של החנות המתוכננת תסכל את האפשרות היחידה לכניסה של מתחרה נוסף לשוק המזון במצפה רמון. סגירתה של החנות הקיימת של שופרסל, במידה שתפתח חנות מתחרה במצפה רמון, אינה תוצאה הכרחית מבחינה כלכלית, ושופרסל עצמה לא טוענת אחרת. גם אם קיים סיכוי מסוים לכך שההחלטה שלא לאשר את פתיחת החנות המתוכננת לא תשנה את מצב התחרות, אין בה כדי לשנות את המסקנה אליה הגעתי.

6. סיכום

לאור האמור לעיל, לא שוכנעתי כי קיימת ודאות קרובה לכך שפתיחתה של החנות המתוכננת לא תגרום לפגיעה בתחרות. משכך, אין בידי לאשר את הבקשה לפתיחתה.

בהתאם להוראות סעיף 18(א) לחוק המזון, שופרסל רשאית לערור על החלטתי זו בפני בית הדין להגבלים עסקיים בתוך שלושים ימים מיום קבלתה.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ז' בתמוז תשע"ה

24 יוני 2015