



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקי התנגדות למיזוג:

בורגר ראנץ (1983) בע"מ – ריקמור בע"מ (בהקפאת הליכים) – זכיינית ברגר קינג

1. מבוא

בישראל פועלות 3 רשתות המבורגרים ארציות. הגדולה בהן היא "מקדונלדס", המופעלת על ידי חברת אלוניאל בע"מ. השניה בגודלה היא הרשת הותיקה "בורגר ראנץ", המופעלת על ידי חברת בורגר ראנץ (1983) בע"מ (להלן: "**בורגר ראנץ**"). שלישית ואחרונה היא רשת "ברגר קינג", אשר פעלה עד לא מכבר באמצעות זכיון מקומי בשם ריקמור בע"מ (להלן: "**ריקמור**"). כל אחת מרשתות אלה אוחדת במותג משלה: למקדונלדס המותג בעל העוצמה "McDonalds"; לרשת ברגר קינג המותג "Burger King", שהפך במרוצת השנים גם הוא לשם דבר במקומות רבים בעולם; לרשת בורגראנץ' מותג מקומי בשם זה, הידוע ומקובל בישראל עוד שנים טרם הגיעם של מותגי ההמבורגר הרב-לאומיים אל חופינו.

לאחרונה נקלעה ריקמור, זכיינית ברגר קינג בישראל, לקשיים כלכליים. בתחילה ביקשו שתי הרשתות המתחרות הנותרות: מקדונלדס ובורגר ראנץ, לרכוש יחדיו את נכסי ברגר קינג בישראל ולחלקם ביניהן. הן אף הוסיפו ופעלו במשותף למטרה זו. עוד ביום 11.3.2003 הבהרתי לרשתות המתחרות כי "רשות ההגבלים העסקיים מעדיפה, מטעמים ברורים שבתחרות, רכישת נכסי ברגר קינג על ידי צד שלישי שיוכל להמשיך ולקיים את ברגר קינג כמתחרה עצמאית." בסופו של יום, החליטה בורגר ראנץ להגיש לבדה הצעה לרכישת נכסים אלה. במסגרת המיזוג כפי שהוצע על ידי בורגר ראנץ, אמורים אפוא נכסי ריקמור (חוזי השכירות של כלל סניפי רשת ברגר קינג וציוד) – לעבור לידי רשת בורגר ראנץ ואילו המותג "Burger King" ייפלט מן השוק הישראלי. תוצאתו הברורה של המיזוג היא אפוא בהיוותרות שתי רשתות המבורגרים ושני מותגי המבורגר בישראל, תחת שלוש הרשתות ושלושת המותגים שהתחרו בה עד כה.

בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, רשאי אני להסכים למיזוג רק אם אין בנמצא חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ואין צפויה ממנו פגיעה בציבור במחיר, בכמות או בתנאי האספקה של מוצר.¹ מיזוג המשנה את מבנה הענף, משלושה מתחרים לשניים בלבד וגורע, נוכח חסמי כניסה גבוהים, מותג משמעותי ממגוון מוצרים מצומצם העומד בפני הציבור – מוקשה הוא מיסודו. כלשונו של בית המשפט לערעורים בארה"ב בפרשת **Heinz**: "no court has ever approved a merger to duopoly under similar circumstances."²

¹ סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע: "הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה."

² **FTC v. Heinz**, 246 F.3d 708 (D.C.Cir. 2001) at 717.

בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי המיזוג אכן צופן בחובו חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. עיקריה של זו יימצאו בשינוי המבני שהמיזוג יוצר בענף: מעבר מ-3 מתחרים ממותגים ובעלי פריסה ארצית, ל-2 מתחרים בלבד; הותרת רשת המבורגרים ארצית כשרה אחת ופגיעה ניכרת במגוון העומד בפני הציבור. לאור חסמי כניסה משמעותיים ביותר הניצבים בפני כניסתה לשוק בעתיד של רשת נוספת, מצאתי כי אין להתיר מיזוג שכה ברורה פגיעתו בתחרות ובציבור. בנוסף התברר כי קיים גורם המבקש להפעיל את סניפיה של ריקמור כרשת מתחרה שלישית בישראל, המשמרת את המותג **Burger King** ואת מוצרי הרשת. בנסיבות אלה החלטתי להתנגד למיזוג. על החלטתי הודעתי לצדדים עוד ביום 17.8.2003. אלה נימוקיי.

2. עסקת המיזוג

רשת בורגר ראנץ', בשליטת פז חברת נפט בע"מ, הוקמה עוד בשנת 1979 (על ידי בעלים אחרים) והיא מונה כיום למעלה מ-90 סניפים בפריסה ארצית. בורגר ראנץ' מוכרת המבורגרים כשרים. הרשת נתפסת על ידי הציבור כרשת המותאמת לטעם הישראלי.

ריקמור, בשליטת איש העסקים מ. ריקליס, היא בעלת זיכיון **Burger King** בישראל. זכיון זה ניתן לה על ידי חברת ברגר קינג העולמית, בעלת רשת מסעדות לממכר המבורגרים ומוצרים נלווים בשיטת המזון המהיר. חברת ברגר קינג הוקמה עוד ב-1954 בארה"ב והיא מפעילה כיום כ-11,350 מסעדות ב-57 מדינות שונות. בישראל החלה הרשת את פעולתה בשנת 1994 והיא מונה כיום 47 סניפים. מוצרי הרשת ממוצבים כבעלי איכות גבוהה למדי וזכו להכרה ככאלה בקרב הציבור בישראל. גם רשת זו מוכרת המבורגרים כשרים.

ביום 6 בפברואר 2003 נכנסה ריקמור להקפאת הליכים על רקע הקשיים אליהם נקלעה. הנאמן אשר מונה לריקמור קיים, ביום 19 ביוני 2003, התמחרות למציאת רוכש לחברת ריקמור ולנכסיה. בסיום ההליך הגיעו שתיים לשלב הסופי: חברת אורגד בע"מ (להלן: "**אורגד**"), אשר לא פעלה עד כה בענף, ורשת המבורגרים המתחרה בריקמור – בורגר ראנץ'. ביום 24 ביוני 2003 החליט בית משפט המחוזי בת"א (כב' השופטת ו' אלשיך), להשהות את החלטתו בדבר זהות רוכש נכסי ריקמור עד לאחר קבלת החלטת הממונה בדבר השלכותיהן התחרותיות של רכישות נכסי ריקמור על ידי המתמודדים. כך הגיע המיזוג לפתחי.

עד מהרה התברר כי חברת אורגד מעוניינת להפעיל את רשת ברגר קינג כשחקן עצמאי בשוק, עם מוצרי ומותג "ברגר קינג". אורגד קיבלה את אישורי לכך ביום 17 ביולי 2003³ וחתמה על הסכם זכיונות עם רשת ברגר קינג העולמית. רשת בורגר ראנץ' מצידה הודיעה כי אינה מעוניינת להמשיך ולהפעיל את המותג "ברגר קינג". עיקר עניינה של רשת בורגר ראנץ', שהציעה לשלם סכום גבוה ביותר באופן מיידי, הוא אפוא ברכישת נכסי ריקמור ובפרט בהסכמי השכירות של הסניפים השונים. חברת אורגד, המעוניינת להפעיל את רשת ברגר קינג כמתחרה עצמאי, הציעה לשלם סכום דומה, אך בתשלומים מותנים ובעיתוי מושהה.

³ אישור מיזוג 5384 אורגד בע"מ- ריקמור בע"מ (בהקפאת הליכים). ניתן בכפוף להחלטתי בבקשת מיזוג זו.

3. מטרת הפיקוח על המיזוגים – מניעת שינוי מבני הפוגע בתחרות או בציבור

לפיקוח על המיזוגים תפקיד מוגדר בדיני התחרות: מניעת שינוי לרעה במבנה הענף, העלול לפגוע בתחרות. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים, בפסק דינו בפרשת לוגיסטיק:⁴

”ככלל, החשש לפגיעה בתחרות ובציבור בעקבות מיזוג, נובע מהחשש לשינוי מבנה השוק אשר עשוי להגדיל את הריכוזיות בשוק ולהקנות או להגביר כוח שוק בידי הגוף שקם בעקבות המיזוג.”

עמדו על כך גם Bellamy & Child¹ בהבדילם את הפיקוח ההתנהגותי על מונופולים מהפיקוח על מיזוגים, שהוא מבני באופיו:

“Article 82 is designed to control market behaviour; it does not prohibit a company from holding a dominant position, but it does prohibit certain anti-competitive behaviour..In contrast the Merger Regulation is an instrument designed to control market structure;”⁴

בפרשת חביב, אגב התנגדות למיזוג בשוק הסופרמרקטים, תיארתי את דרכן של רשויות התחרות בקביעת מידת הסכנה הנובעת ממיזוג, ובראשם ההיבט המבני:

”גיבוש מענה בהיר באשר לסבירות התהוותן של סכנות תחרותיות אלה, מחייב גם בחינתם של היבטים משלימים, רבי חשיבות ובראשם מבנה השוק (אוליגופוליסטי, מבוזר) וקיומם של חסמי כניסה (Barriers to Entry) לשוק.”

הדגש הוא אפוא על השינוי הצפוי לחול עקב המיזוג במבנה הענף (מספר השחקנים, ריכוזיות, חסמי הכניסה). הרעה הצפויה לצמוח לתחרות ממיזוגים היוצרים מבנה מונופולי, דואופולי (ולעתים גם אוליגופולי) של ענף מוכרת מאד ומבוססת היטב בדיני התחרות. נדרשים נימוקים יוצאי דופן וחריגים מאד כדי למלט מיזוגים כאלה מהתנגדות הממונה.⁵

המשמעות של מיזוג המשנה את מבנה הענף משלושה לשני מתחרים נהירה גם לבורגראנץ. על כן, טענתה המרכזית אינה כי אין מתקיימת פגיעה תחרותית בשינוי כאמור. טענתה היא כי השוק הרלבנטי למיזוג זה אינו שוק “רשתות המבורגר” אלא “שוק המזון המהיר בכללותו”. הגיונה של הטענה מובן: אם אכן דומה בעוצמתה התחרות הקמה לרשת המבורגר אחת מרעותה, לתחרות הקמה לרשת המבורגר ממסעדות מזון מהיר אחרת (פלאפל, כריכים, פיצה וכל כיוצא באלה), כי אז תתבקש המסקנה שמתחרים רבים מאד קיימים למתמזגים שבפניי. בנסיבות שכאלה – יטען הטוען – אין לחשוש מאובדן התחרות דווקא בעטיו של מיזוג שניים, הלו הם בורגראנץ וריקמור, מני מתחרים רבים.

אלא שנוכח הממצאים שבפניי – אין בידי לקבל טענה זו. מארג עבות של אינדיקציות שחלקו יובא בהמשך הדברים מבסס מסקנה ברורה: התחרות הנשקפת לרשת המבורגר אחת מרעותה רבה וחזקה באופן משמעותי מן התחרות הנשקפת לה ממסעדת מזון מהיר אחר.

⁴ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 5th., Sweet & Maxwell, 2001, 405.

⁵ כאלה הם: העדר חסמי כניסה, תחרות רבה מיבוא, כוח נגדי רב לצרכנים או יעילויות מובהקות שאין להשיגן ללא המיזוג ושברי כי ייטיבו גם עם הצרכנים.

4. הגדרת שוק המוצר הרלוונטי

4.1 כללי יסוד בהגדרת שוק בדיני התחרות

בבואנו להגדיר את שוק המוצרים הרלבנטיים יש להעמיד, כברית התיכון של הבדיקה, את **התכלית** לשמה נעשית הגדרת השוק. הגדרתו של שוק אינה עניין של השקפה או דעה, אלא כלי לתיחום מרחב המוצרים התחליפיים ששליטת-יחיד היפותטית בו תניב **כוח כלכלי מזיק**: כוח שוק (Market Power). מהותו של כוח זה הוסברה על ידי בית המשפט העליון ב**פרשת תנובה** כיכולת "להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח"⁶; ספק היכול להעלות מחיר מוצריו ללא חשש כי יפסיד מנטישת לקוחותיו – נהנה מכוח שוק.⁷ מיזוג בין מתחרים הוא דרך מוכרת לכינונו של כוח שוק ולחזוקו. מניעת הקמתו של כוח זה בדרך של מיזוג חברות – היא אפוא התכלית הסופית של דיני המיזוגים. הגדרת השוק משרתת תכלית זו, בתחמה את המוצרים המתחרים שריכוזיות הולכת וגוברת באספקתם עלולה להקים כוח שוק (או לחזקו).

המבחן הנוהג בדיני התחרות להגדרת השוק הוא מבחן "המונופול ההיפותטי": תחת סימולציה שאדם אחד ישלוט בכל רשתות ההמבורגים: מקדונלד'ס, בורגראנץ וברגר קינג, נשאלת השאלה אם יחזיק אז בידו כוח שוק, היינו – היכול אז להעלות את מחיר המוצר ממחירו התחרותי, ולו במעט, בלא שהעלאה זו תביא ל"בריחה" רבתי של לקוחות למוצרים אחרים. אם התשובה לשאלה היא חיובית – עלינו להיעצר בהגדרה זו של השוק ולקבעה כהגדרה הנכונה: תחמנו את כל המוצרים המקיימים ביניהם תחליפיות משמעותיות זה לזה, בעיני הצרכן. אם התשובה היא בשלילה – עלינו לכלול בשוק הרלוונטי את אותם מוצרים אליהם "יברחו" לקוחות כאמור.

ודוק: המבחן להגדרת השוק ממוקד בקבוצת המוצרים **הקטנה ביותר** העשויה להקנות לשולט בה כוח שוק: ברור, למשל, כי שליטה על כל מוצרי המזון באשר הם, בידי אדם אחד, תקנה לו כוח ניכר מאד, אך לא נאמר בשל כך כי "שוק המזון בכללותו" הוא השוק הרלבנטי, שכן ניתן להפעיל כוח שוק גם בשליטה בסוגים מצומצמים וספציפיים של מוצרי מזון.⁸ עמד על כך Hovenkamp :

"A relevant market is the **smallest grouping of sales** for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that grouping could profitably reduce output and increase price substantially above marginal cost."⁹

הקריטריון המרכזי להכללת מוצרים בשוק אחד הוא מידת **התחליפיות** ביניהם בעיני הצרכן. הטעם לכך פשוט: קיומם בשוק של מוצרים אחרים המהווים, בעיני הצרכן, תחליפים קרובים

⁶ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פ"ד נב (5) 213) בע"מ 232.

⁷ Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, [1997] OJ C 372

⁸ כשווקי גבינות, עוף ודגני בוקר. הוא הדין ב"כלל מוצרי התחבורה": ברי כי לבעלים של מונופול היפותטי השולט באספקת כלל מוצרי תחבורה לציבור קיים כוח רב: הרי לא ניתן לנוע בכלי רכב כלשהו אם זה לא נרכש מידיו. אולם אין זו הגדרת שוק נכונה: כוח השוק קיים כבר במעגל מצומצם יותר של מוצרים. בהגדירו שוק רלבנטי נידרש לקבוצה **המצומצמת ביותר** ששליטה בה תעניק כוח שוק: רכבים משפחתיים, רכבי ספורט ומשאיות יהיו אפוא, כל אחד, שוק נפרד.

⁹ H. Hovenkamp **Federal Antitrust Policy**, West Publishing Company 2nd.Ed. 1999, 82; **Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines 1992**; para 1.1.

למוצר אותו מספקים המתמזגים – מהווה ערובה למניעת היווצרותו של כוח שוק עקב המיזוג: בהינתן מספר רב של ספקים אלטרנטיביים ועצמאיים של מוצרים שהם תחליפים קרובים למוצר נשוא המיזוג, ואשר אליהם יוכלו צרכנים לפנות אם יועלה מחיר המוצר של הפירמות המתמזגות – לא יוכלו המתמזגים ליהנות מכוח שוק של ממש כלפי הצרכנים.¹⁰

כוחם של מוצרים תחליפיים להוות רסן על כוחן של פירמות מתמזגות עומדת ביחס ישר לעוצמת התחליפיות. פשוט הוא כי לא כל מידה של תחליפיות תביא להכללת מוצר בשוק הרלוונטי. התחליפיות הנדרשת היא **תחליפיות קרובה**: רק אלה מן המוצרים אשר בהינתן העלאת מחיר קטנה של המוצר הנבחן (המבורגר) ינגסו באופן מהותי ומשמעותי במכירותיו. עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת **Times Picayune**:¹¹

For every product, substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn **narrowly** to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited numbers of buyers will turn."

בפועל נבחנים אינדיקטורים המסייעים לתיחום מרחב המוצרים התחליפיים,¹² בראשם: גמישות הביקוש (העצמית והצולבת), הזהות הפונקציונלית בין המוצרים, התנהגות המכירים של המוצרים; יחסי התחרות השוררים בין ספקי המוצרים הנבחנים. משקל רב מיוחס, אצלנו וברשויות תחרות אחרות, ל"ראיית הנפשות הפועלות בתחום": רשתות ההמבורגרים כמו גם שחקנים בתחומים משיקים (רשתות "מזון מהיר" אחרות ובעלי קניונים). ההנחה היא כי האופן בו רואים גורמים אלה את זהות המתחרים בהם ואת עוצמת התחרות בהם מצד אלה, ילמד באופן אמין על הדינמיקה התחרותית בתחום ויזהה נכונה את מקורות התחרות העיקריים למתמזגים.¹³ נדבך נוסף לו נזקקים, בנסיבות מתאימות, ממוקד בבדיקות כמותיות אמפיריות.¹⁴ המסקנות העולות מן הדברים הן, אפוא, אלה:

▪ **ראשית**, הגדרת השוק נעשית לשם איתורו של מרחב מוצרים שהשתלטות-יחיד עליו ("מונופול היפותטי") תיצור כוח שוק. השתלטות גורם יחיד על השוק אינה חייבת להיות תוצאתו של המיזוג שבפנינו. היא אך נבחנת כתרחיש-קיצון היפותטי המסייע לתיחום מרחב המוצרים התחליפיים המהווים איום תחרותי ממשי זה לזה, ושיש בהם לרסן באופן ממשי את כוחם של המתמזגים;

¹⁰ "Where there are market alternatives that buyers may readily use for their purposes, illegal monopoly does not exist merely because the product said to be monopolized differs from others." **United States v. Du Pont de Nemours & Co.** 351 U.S. 377 (1956), at 394

¹¹ **Times-Picayune Publ'g Co. v. United States**, 345 U.S. 594 (1953), 612. ביטוי דומה מצוי אצלנו בהחלטת הממונה בעניין **דיקלה**: "מטבע הדברים כמעט לכל מוצר ולכל שירות יש תחליפים, אך השוק הרלוואנטי בהגדרתו אינו משתרע על אותו מרחב אינסופי אלא עניינו בתחום מוגדר שבו **מידת התחליפיות משמעותית וישירה**."¹² **ה"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח' הגבלים עסקיים** 3017513.

¹³ ראו **נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ לבין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ**, 2001; **הגבלים עסקיים** 3012217 (להלן "חביב"), עמ' 16.

¹⁴ **ה"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח' הגבלים עסקיים** 3017513 סעיף 10: "ישוים מבחן גמישות הביקוש מחייב ביצוע בדיקות אקונומטריות על בסיס נתונים אמפיריים אודות השינויים בביקושים עקב העלאת מחירים..אולם, **ביצוע בדיקה כזאת בשטח איננו, בד"כ, מעשי**...לפיכך, בפועל נבחנת הגדרת השוק בד"כ על-פי **אמות מידה פרקטיות (ולא כמותיות) שנועדו ליתן תשובה מקורבת למידת התחליפיות בין המוצרים**."

- **שנית**, דיני ההגבלים העסקיים תרים אחר קבוצת המוצרים הקטנה ביותר בה ניתן להפעיל כוח שוק.¹⁵ תכלית הגדרת השוק היא למנוע היווצרות כוח שוק בגרעינו;
- **שלישית**, התחליפיות בה מדובר אינה כל תחליפיות שהיא, תהא אשר תהא עוצמתה, אלא תחליפיות קרובה, ישירה ומשמעותית: מוצר שאינו מהווה איום תחרותי משמעותי – אינו רסן המונע כוח שוק.

4.2. מן הכלל אל הפרט

הצדדים למיזוג מפעילים רשתות לממכר המבורגרים – קציצות העשויות מבשר, בלווית תוספות, הכל בשיטת "המזון המהיר" ובשרות עצמי. פעילות רשתות אלו מאופיינת באחידות: השירותים המוצעים במסעדות הרשת בהתאם לסטנדרטים דומים, והם נקבעים ונאכפים על ידי הרשת בכל סניפיה. כך יידע לקוח הבא בשערי הרשתות, כי בהיכנסו לסניף של רשת ימצא, ככלל, תפריט זהה במחירים זהים ולרוב אף עיצוב זהה של המסעדה האופייני לכל סניפי הרשת.¹⁶ סטנדרטיזציה זו והאחידות בארוחות נועדו לטעת וודאות אצל הצרכן באשר לטיב ומחיר המזון ולבסס מותג מרושת, מוכר היטב לציבור. על כן מקפידות רשתות אלו עם זכייניהן, כל אחת בשיטתה, כי המסעדות יתופעלו בסטנדרט דומה, החל מהמזון המוגש וכלה בעיצוב המסעדות.

המחירים נקבעים על בסיס ארצי על ידי הנהלת הרשת וככלל, הם אחידים לכל סניפי הרשת. אחידות זו היא חלק ממיצוב הרשת. ככלל, דומים המחירים בין הרשתות השונות. אף בסוגי הארוחות קיימת חפיפה של ממש.

מרכיב דומיננטי מאד באפיון רשתות ההמבורגרים מצוי במיתוג שלהן ובפרסום הארצי שהן מבצעות בכדי לעגן את המותג בתודעתם של הלקוחות. המיתוג הוא נושא מהותי ביותר החיוני ביותר לקידום מכירותיה של הרשת ולתמיכת מוצריה. בפרט כך, כאשר מדובר במוצרי מזון מהיר שחלק ניכר מרכישותיהם נעשה בצריכת דחף. מקור כוחו של המיתוג הוא בתיאוריית המידע, לפיה הצרכנים מוכנים לשלם פרמיה מסוימת עבור מוצרים שבדיקתם על ידם קשה וכרוכה בעלויות משמעותיות ואילו המיתוג מבטיח להם איכות ידועה בהם.¹⁷

רשתות ההמבורגרים פרוסות כיום בפריסה גיאוגרפית רחבה הכוללת קניונים, תחנות דלק, צמתים מרכזיים, רחובות ראשיים וכיוצא באלה מיקומים בולטים. פריסה זו נובעת הן ממאפייני הארוחות ומחירן, המחייבים יצירת נגישות אופטימלית עבור קהל הצרכנים, והן כפועל יוצא מהאופי ה"רישתי" של מסעדות אלו. אחידות ופריסה ארצית הם גורמים המזינים זה את זה ומלמדים על הערך המוסף של רשת ההמבורגרים: היא ממצבת עצמה ויוצרת מותג כך שקיים ערך מוסף למיקומה באתרים נוספים ואילו מיקומה באתרים נוספים מרחיב את ערך המותג

¹⁵ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית, פ"ד (נב) 213

¹⁶ ג'והן פ. לאב. מקדונלד'ס (מאחורי הקשתות). הוצאת מטר. תל אביב 1987.

¹⁷ Png & Reitman, "Why Are Some Products Branded and Others Not?" 38 Journal of Law and Economics, April 1995, 207 at 209: "We contend that sellers are more likely to brand when consumers find personal search and experimentation unattractive.. Skeptical consumers know that the more difficult it is for them to detect poor quality, the greater a stations incentive to chisel. Accordingly, the more difficult it is for consumers to detect quality, the greater a stations need for a credible signal of superior quality. affiliation with a brand is one such signal."

ומחזקו. למותג זה חשיבות מיוחדת בשוק ההמבורגרים, בו מעוניין הרוכש לקבל תמורה בעלת **איכות מוכרת** לכספו, ברכישה המאופיינת בהעדר תוחלת לבירור אינטנסיבי ולאיסוף מידע.

רשתות ההמבורגר אינן היחידות הפועלות בשיטת המזון המהיר. כמוהן ניתן אף למנות רשתות וחנויות פיצה שונות, כריכים ומאפים. ברם, כל אחד מאלה פועל בסוג מזון אחר, על פי ייחודו. קיימים הבדלים משמעותיים במאפייני המכירה ובחסמי הכניסה אליהם ואף במוצר עצמו: חלק מהם כלל אינם משווקים בשר, יתרתם, המשווקים בשר בארוחת המזון המהיר שלהם, אינם ממותגים ומרושתים כרשתות ההמבורגר ואין להם מותג ארצי.

4.2.1. תפיסת רשתות ההמבורגרים את מיהות מתחריהם

שלוש רשתות ההמבורגרים התבקשו להעביר לידי הרשות מסמכים שונים שנעשו לאורך תקופה ארוכה, עוד זמן רב בטרם באה עיסקת המיזוג לעולם. למסמכים אלה יש לייחס מידה רבה יותר של אותנטיות, רבה לאין ערוך מזו שיש לייחס למסמכים שהוכנו על ידי הצדדים לקראת הבקשה לאישור המיזוג על ידי הרשויות.¹⁸ משקלו של מידע זה הבא מתפיסת המציאות התחרותית אצל הצדדים עצמם הוא ניכר: בניגוד לרשויות התחרות, מצויים השחקנים בשוק לאורך זמן והם יודעים היטב מיהם מתחריהם הישירים והעיקריים, ומיהם אלה שאינם מאיימים איום ממשי על הכנסותיהם, אלא באופן דחוק ושולי, עד כדי כך שאין להכלילם בשוק הרלוונטי.

עיון במצבור מסמכים זה העלה באופן ברור כי כל אחת משלוש הרשתות הפועלות בשוק ההמבורגרים בוחנת באורח מובהק היבטים מרכזיים ביכולותיה, פעולותיה ותוכניותיה **אל מול השתיים האחרות וכמעט ואינה בוחנת פרמטרים אלה אל מול מסעדות מזון אחרות**. הציפס והקציצה נתפסים כ"מוצרי הליבה" שעל איכותם ניטשת התחרות בין הרשתות. כך גם במחקרים אסטרטגיים ומעקבים אחר נכסיות מותגים שמקיימות הרשתות הוגדרה לא אחת מטרת המחקר כ"מעקב אחר מצבה של רשת (המבורגר X – ד.ש.) מבחינת נוכחות, תדמית והעדפת הרשת מול **רשתות ההמבורגר האחרות**".

מסמכי הנהלה שהעבירו רשתות ההמבורגרים הצביעו על כך שהנהלת כל רשת מנתבת פעילותה תוך מבט מתמשך על מיצובה והצלחותיה מול **שתי רשתות ההמבורגר האחרות**. בין השאר משוות רשתות אלה את מוצריהן באורח מתמיד אל מוצרי האחרות מביניהן. רשתות ההמבורגר אף מנהלות מעקב אחרי מסעות הפרסום של שתי האחרות מביניהן. כך, בסקרים בודקות הרשתות "זכירת פרסומות" רק בהתייחס ל**רשתות המבורגר אחרות**. גם פרמטרים אחרים של מיקום, תדירות אכילה, איכות, מודעות נבדקים כמעט אך בהתייחס לרשתות ההמבורגר האחרות. המונח "רשתות ההמבורגר האחרות" כקבוצת התייחסות חוזר על עצמו פעמים רבות במארג המסמכים המלווים את חיי הרשת. **מסעדות מזון מהיר נזכרות באופן זניח לגמרי**.

תמונה דומה מתקבלת גם בנושאים אחרים הנבחנים אל מול רשתות ההמבורגרים **ולא אל מול שחקנים אחרים בתחום המזון המהיר**. בין נושאים אלו ניתן למנות: תדמית, נוכחות, פריסה

¹⁸ למשקלם של מסמכים פנימיים המצביעים על הדרך בה רואים השחקנים את מתחריהם ואת השוק הרלוונטי ואשר נערכו במהלך העסקים הרגיל: **נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ לבין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3012217 (להלן "חביבי"), עמ' 16. והשוו: Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, [1997] OJ C 372**

גיאוגרפית, איכות הרשת, מיפוי קהלי היעד, מדיניות מוצרים ומחירים, הרגלי צריכה והעדפות צרכנים. הדירוג אותו מתבקש הנשאל לבצע הוא מבין אלה: **מקדונלדס, בורגר ראנץ וברגר קינג**.

דוגמאות לשאלות החוזרות ונשנות בסקרים עיתיים יימצאו באלה:

"לאיזו מהרשתות הבאות יש סניף קרוב אליך באזור מגורים שלך: **בורגר ראנץ', בורגר קינג או מקדונלד?**"

"האם ראית לאחרונה פרסומת של **מקדונלדס**?", "באיזה נושא הייתה הפרסומת של **בורגר קינג**?" וכן הלאה לגבי רשתות ההמבורגרים.

"מבין **המבורגרים** אלה איזה המבורגר הכי טעים, איזה במקום שני ואיזה במקום שלישי: **בורגר קינג**, מק רויאל של **מקדונלדס** או **ראנץ'** של **בורגר ראנץ'**"

היות השוק הרלבנטי שוק רשתות ההמבורגרים (ולא שוק המזון המהיר בכללותו) אינו אך מסקנה על דרך האלימינציה. הדברים מוצאים ביטוי מפורש בהתייחסות אל מבנה השוק הזה – כשוק בן 3 שחקנים בלבד – הלו הן רשתות ההמבורגרים. כך, בתכנית אסטרטגית שהוכנה עבור אחת מרשתות ההמבורגר תואר "מבנה השוק" כך:

"מבנה התחרות לא צפוי להשתנות בשנים הקרובות – **שוק של 3 מתחרים**. ה- Drivers לגידול: פריסה מהירה (הפרמטר הקריטי ביותר), השקעות בשיווק, שיווק ישיר (משלוחים). ב 3-4 השנים הקרובות יקטנו הפערים **בשוק ההמבורגרים** ביחס לנהוג בעולם, וייקבעו פוזיציות תחרותיות שקשה לשנותן" (הדגשות הוספו – ד.ש.).

אף סקירת האיומים לרשת המבורגר מסוימת התמקדה רק **ברשתות המבורגר**, ללא כל אזכור למסעדות מזון מהיר אחרות:

"איומים: תחרות: קצב פתיחת סניפי מתחרים גבוה; כניסת X **(רשת המבורגר אחרת – ד.ש.)** למשלוחים; פתיחת סניפים כשרים של המתחרים; מלחמת מחירים; X – שיווק לילדים והורים; כניסת Y **(רשת ההמבורגר השלישית – ד.ש.)** – למשלוחים;"

ראיית הנפשות הפועלות בתחום היא אפוא של **רשתות ההמבורגר האחרות** כמתחרות הישירות והמהותיות, בעוד שגורמים אחרים הפועלים בתחום המזון המהיר נזכרים לעתים רחוקות יחסית, אם בכלל. כל זה בא ללמדנו מהו מקור התחרות בעיני השחקנים הפועלים תדיר בשוק. למידע זה ניתן וצריך לייחס משקל רב מן הנטען על ידי בורגר ראנץ בבקשת המיזוג ומסמכים אחרים שהגישה ואשר נערכו לצורך קבלת אישור הממונה בכוונת מכוון. טבעם של דברים הוא כי הפרספקטיבה בה רואים, לאורך זמן, אלה הפועלים בשוק את הדינמיקה התחרותית ומחולליה מוצאת ביטוי במסמכים שונים ומשקלה הרושם המצטבר המתקבל ממנה רב לאין ערוך מטענות שמעלים הצדדים לרגל בקשת המיזוג עצמה, בודעם את אשר עליהם לטעון לשם קבלת האישור.

גם כאשר הוזכר, אי פה אי שם, "שוק המזון המהיר", נמצא כי הנתונים הפרטניים (פדיון ומיקומים) התייחסו לרשתות ההמבורגרים בלבד. באותם מקרים נמצא גם כי לצד אמירות כלליות על "שוק המזון המהיר" נעשה גם שימוש עקבי, חוזר וקונקרטי יותר ב"שוק ההמבורגרים". כך, נאמר שם כי "ייעוד רשת X (המבורגר – ד.ש.) להמשיך ולהיות המותג הישראלי המוביל **בשוק ההמבורגרים** תוך שימת דגש על יצירת מותג איכותי ומובדל אל מול

המתחרות.. (רשתות ההמבורגר האחרות – ד.ש.). במקום אחר, לצד המונח "שוק המזון המהיר" נאמר כי השוק נשלט "על ידי **שלוש שחקניות עיקריות: מקדונלד'ס, בורגר ראנץ' ובורגר קינג**".

עניינה של הגדרת השוק הוא, כאמור, באיתור קבוצת המוצרים **הקטנה ביותר** בה ניתן להפעיל כוח שוק. קבוצה זו היא בעליל מוצרי ההמבורגר בשיטת המזון המהיר, כאשר הספקים הרלבנטיים המהווים מתחרים ישירים הן רשתות ההמבורגר. הדבר מוצא ביטוי בולט בכל הקשור בשיקולי הרשתות באשר למיקום סניפיהן. כך, בתכנית אסטרטגית של אחת מרשתות ההמבורגרים, הוגדר הקריטריון התחרותי לפתיחת סניפים כך:

"סניפים עירוניים..בחינת ופתיחת סניפים במיקומים על פי המאפיינים הבאים: ..העדר תחרות ישירה, **קירבה למסעדות fast food אחרות שאינן מהוות תחרות ישירה (X ו-Y)** שתי רשתות ההמבורגר המתחרות – ד.ש.)."

המשמעות פשוטה וברורה: יועצי רשת ההמבורגר מיעצים לה לפתוח סניפים דווקא במקומות בהם אין קיימים סניפים של שתי רשתות ההמבורגר האחרות ו**בקרבת "מסעדות fast food אחרות" משום שאלה אינן מהוות תחרות ישירה**, אלא מוצר משלים גרידא. ההמלצות אומצו.¹⁹ אמירות אלה, כמו גם רבות אחרות שתקצר היריעה מלפרטן כאן, אינן מותירות מקום רב לספק: המתחרות הישירות והמשמעותיות ביותר הן רשתות ההמבורגר. התנהגות רשת המבורגר אחת מרוסנת במובהק ובעיקר על ידי התנהגותה ומיקומה של רשת ההמבורגר אחרת.

4.2.2. תפיסת רשתות ההמבורגרים את האיום התחרותי – הסכמי הקמת סניפים

ראיית הנפשות הפועלות בענף באה לידי ביטוי גם בתניות אי התחרות הכלולות בהסכמי השכירות של רשתות ההמבורגר. כך, בהסכמים לשכירות מקרקעין לשם הפעלת עסק מסחרי בהם, מקובל כי השוכר דורש בלעדיות בהפעלת עסק מן הסוג בו הוא עוסק – במקרקעין נשוא השכירות. מעיון בהסכמים אלה המתייחסים לרשתות ההמבורגרים, עולה תמונה ברורה לפיה קרבתה של נקודת מימכר של המבורגר – היא מסכנת את הכנסותיהן במרכז המסחרי נשוא ההסכם:

"מוסכם בזאת כי A (בעלת המקרקעין – ד.ש) תהא זכאית להשכיר חנויות נוספות בקניון למטרות דומות למטרת השכירות של המושכר, להתיר לחנויות נוספות בקניון לעשות שימושים דומים לאלה המותרים במושכר ולאפשר להן למכור מוצרים זהים או דומים לאלה המפורטים בסעיף 5.2 לעיל, אך לא תיפתח חנות נוספת שעיקר עיסוקה **מכירת המבורגרים** בקניון בתקופת קיומו של הסכם זה".²⁰

ודוק – אין רשתות ההמבורגר נוהגות לדרוש, במסגרת תניות הבלעדיות בשכירות המקרקעין שלהן, הגנה מפני מסעדות אחרות המגישות פלאפל, פיצות, שווארמה, אוכל אתני וכיוצא באלה עסקי מזון מהיר אחרים. ההגנה הנדרשת היא מפני מסעדות המבורגר אחרות, ללמדך מהו, לשיטתן עצמן, מקור האיום התחרותי העיקרי והראשי להכנסותיהן.²¹

¹⁹ בבדיקה אחרת הודגש הפן הפוזיטיבי של הדברים: המיקומים המומלצים לפתיחת מסעדות הרשת נגזרו מבדיקת כלל מיקומי מסעדות ההמבורגר בישראל. מיקומים אלה נבדקו תוך התחשבות בעקרונות פתיחת מסעדה במיקומים שונים, מאפייני קהל היעד בכל מיקום נתח השוק ופדיון מסעדות המבורגר קיימות באזור.

²⁰ בש"א 19155/02, ת"א (ת"א) 2275/02 אלוניאל בע"מ נ' מול הים אילת (1987) בע"מ דינים מחוזי, לג (6), 287.

²¹ דוגמא ניתן למצוא בהליך אשר ניהלה מקדונלדס כנגד קניון "מול הים" באילת. בורגר ראנץ' התכוונה להיכנס לקניון זה במקום רשת מזון אחרת בשם "אל גאוצ'יטו", המוכרת גם היא מוצרי בשר. ניתן היה לצפות כי גם מיקומה בקניון של אל גאוצ'יטו צריך היה להפריע למקדונלדס. ואולם לא כך היה שכן זו איננה רשת המבורגרים.

נתון זה, במצטבר לעובדה כי במסמכים הרבים שנערמו בפנינו, עורכות הרשתות, במשך שנים, השוואות מפורטות בין למתחרותיהן, רשתות ההמבורגר האחרות, אך כמעט ואין נזכרות שם מסעדות המבורגר שאינם מרושתות ואין נערכת כל השוואה מפורטת ביחס למסעדות אלה, מגבש מסקנה ברורה: מתן היתר להגברה ניכרת מאד של הריכוזיות בין מתחרים הרואים זה בזה את האיום התחרותי המרכזי המרחף מעל ראשם, עלול לסכן את התחרות העיקרית הניטשת בתחום זה ולהפחית מאד מקור איום מרכזי זה.

4.2.3. תפיסת רשתות מזון מהיר אחרות

שיחות שנערכו עם גורמים הפועלים בתחום המזון המהיר מציירות גם הן תמונה ברורה: למונופול היפותטי בכלל רשתות ההמבורגרים יש היכולת להעלות מחירים בשיעור של כ-5% עד 10% ממחיר תחרותי. הפועלים בתחום טוענים כי הוא הדין במונופול היפותטי במוצרי הפיצה: שליטת יחיד בכל נקודות הממכר לפיצות היתה מניבה לבעליה כוח להעלות מחירים. המציאות היא ששליטה כזו אינה "בטלה בשישים", אף אינה מאוימת ממש, מכך שצרכן הפיצה יכול, כעניין שבעובדה, לעבור לצורך המבורגר. יוצא אפוא כי עסקים הפועלים בתחום המזון המהיר רואים במוצרי הצדדים למיזוג, המבורגרים, שוק מוצר נפרד ומובחן היכול להצמיח כוח שוק לשולט בו.

אף רשתות מזון מהיר שאינן המבורגר התבקשו להעביר מסמכים רבים לרשות. סקרים, מחקרי שוק, תכניות אסטרטגיות וכיוצא באלה. מסמכים אלו נדרשו על מנת ללמוד על תפיסת חברות אלה את שוק המוצר הרלוונטי להן. נמצא כי מוקד חקירתן ודרישתן של חברות אילו הוא במובהק – ברשתות העוסקות באותו סוג מזון ולא ברשתות ההמבורגרים.

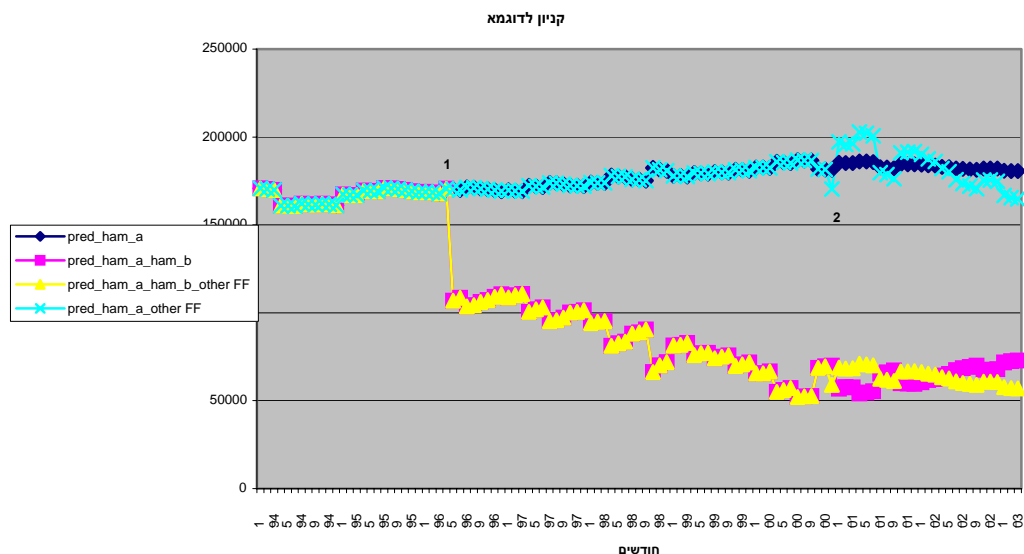
4.2.4. סיכום – ממצאים איכותיים

הממצאים האיכותיים והאמפיריים מצביעים באורח עקבי על כך כי הקבוצה **הקטנה ביותר** בה יכול "מונופול היפותטי" להפעיל כוח שוק אינה, כטענת בורגר ראנץ, כלל מוצרי המזון המהיר; קבוצת המוצרים הקטנה ביותר אשר שליטת יחיד בה מקנה כוח שוק היא אספקתם ומכירתם של המבורגרים על ידי הרשתות. במילים פשוטות: האיום התחרותי שמציבה רשת המבורגרים אחת לרעותה הוא רב ואינטנסיבי באופן מובהק מאיום התחרות שמציבה רשת מזון מהיר אחרת (כריכים, פלאפל, מזון אתני וכיוצא בכל אלה מוצרי מזון מהיר בהם נקבו הצדדים).

4.2.5. בדיקות כמותיות

המסקנה כי עוצמת התחרות בין רשת המבורגר אחת לרעותה רבה היא מן התחרות הקיימת בין רשת המבורגר למסעדות מזון אחרות שאינן רשתות המבורגר עולה גם מממצאי בדיקה כמותית שערכה המחלקה הכלכלית של הרשות. בדיקה זו, שנעשתה מעבר לדרוש (נוכח ראיית השוק הברורה של הנפשות הפועלות), התמקדה בהשוואת ההשפעה על מחזור מכירות של רשת המבורגרים של תחילת או הפסקת פעילות של חנות אחרת לממכר מזון מהיר, ביחס להשפעה של פתיחת סניף של רשת המבורגרים מתחרה באותו מיקום.

הממצאים מלמדים כי כניסה של רשת המבורגרים גורמת באופן משמעותי ומובהק לירידה במחזורי המכירות של רשת ההמבורגרים שפעלה בקניון עד אותה כניסה. אולם כניסה של כל רשת מזון מהיר אחרת אינה משפיעה באופן מובהק על מחזור המכירות של מסעדת רשת ההמבורגרים הקיימת.



העקומות בגרף מייצגות מחזור מכירות ריאלי של רשת המבורגרים אחת באחד הקניונים בארץ תחת ארבעה תרחישים שונים, בניכוי השפעות שיטתיות כגון עונתיות ושינויים במחירי חומרי הגלם. עקומת המשולשים מייצגת את המחזור בפועל, בעת כניסתה לקניון של רשת המבורגרים נוספת (בנקודת זמן המסומנת בספרה 1) ואת המתרחש לעת כניסתה לקניון של רשת מזון מהיר שאינה המבורגרים (בנקודת זמן המסומנת בספרה 2). שאר העקומות מציינות את אשר היה צפוי להתרחש לולא כניסות הרשתות, כולן או חלקן. עקומת המעוינים מייצגת את מחזור המכירות של רשת ההמבורגרים אילו לא נכנסה אף רשת מזון מהיר אחרת לקניון. עקומת הריבועים (התחתונה) מייצגת את מחזור מכירות רשת ההמבורגרים אילו נכנסה לקניון רשת המבורגרים אחרת בלבד (בנקודת זמן בה היא נכנסה בפועל). עקומת ה"איֶקס" מייצגת את מחזור המכירות של רשת ההמבורגר אילו היתה נכנסת לקניון רשת מזון מהיר שאינה רשת המבורגר בלבד.

מן הממצאים עולה כי כניסת רשת ההמבורגרים הנוספת הובילה לירידה משמעותית ומובהקת במחזור הרשת הקיימת, ואילו כניסת רשת אחרת של מזון מהיר לא השפיעה בצורה מובהקת על מחזור רשת ההמבורגרים הקיימת. מתצפית זו עולה מסקנה ברורה: התחרות לרשת המבורגרים מקורה בהימצאות רשת המבורגרים אחרת, ולא בהימצאותה של רשת שאינה של המבורגרים.²²

4.2.6 סיכום

לאור הממצאים האיכותיים ולאור הבדיקה הכמותית, הגעתי לכלל מסקנה, כי שוק המוצר הרלוואנטי לבחינת המיזוג הוא שוק רשתות ההמבורגרים.

באי כוחה של בורגר ראנץ טענו בפני כי רשויות תחרות אחרות בבואן לבחון מיזוגים להם רשת ברגר קינג הייתה צד, קבעו כי השוק הרלוואנטי לבחינת המיזוג הינו שוק המזון המהיר בכללותו.

²² התוצאה המוצגת אמנם מתייחסת למה שהתרחש בקניון אחד בלבד, אך תוצאות דומות התקבלו בכמעט כל נקודות המכירה שבחנו. אותו דפוס התקבל גם כאשר רשת שאינה מוכרת המבורגרים נכנסה לפני רשת ההמבורגרים.

לראיה הובאו בפני החלטות מארה"ב²³, אוסטרליה והאיחוד האירופי²⁴. אולם, אחר בחינת החלטות מקרוב וברירת המוץ מן התבון, התבהרה התמונה: ההחלטות עוסקות ברכישת רשת בורגר קינג במדינות אלו על ידי התאגידים TPG Advisors III, Goldman Sachs ו-Bain Capital Investors, תאגידי אחזקות שלחלקם נגיעה לעסקי מזון אחרים. על כן מתוך הנחה מחמירה היפותטית בדבר קיומה של תחליפיות נדונה השאלה אם יש בכך להזיק ונמצא כי התשובה לכך היא שלילית. שאלת הגדרת השוק כלל לא נידונה לעומק ולא הוכרעה. כך, נאמר בהחלטה האירופאית:

"13...For the purposes of the assessment of this transaction, there is no need to consider separate markets for hamburger and non-hamburger quick service restaurants since there would be no overlap between the parties activities..."

עוד הובאו בפני החלטות שונות מארה"ב בהן נאמר כי שוק רלבנטי הינו שוק המזון המהיר. ברם, עיון בהחלטות אלה מעלה כי אין בהן להועיל לענייננו, שכן השוק שנבחן שם היה שוק הזכיינות.²⁵

5. השוק הגיאוגרפי

הגדרת השוק הגיאוגרפי תוחמת את האזור בו עלול המיזוג להביא ליצירתו או לחיזוקו של כוח שוק. הבדיקה נעשית על ידי איתור מקורות האספקה האלטרנטיביים בשוק המוצר הרלוונטי **שאינם** הצדדים למיזוג, והזמינים לצרכן באזור בו פועלים הצדדים למיזוג:

"The area of effective competition...in which the seller operates, and to which the purchaser can **practicably** turn for supplies"²⁶

המבחן המרכזי לתיחום גבולות השוק הגיאוגרפי הוא תחליפיות קרובה ומשמעותית: רצונם ויכולתם של צרכני מוצר, שבאספקתו עוסקים הצדדים למיזוג, לפנות לספק מוצר אלטרנטיבי המצוי בנקודה גיאוגרפית שונה, אם מחירו של המוצר המסופק על ידי המתמזגים יעלה מעבר למחירו בשוק תחרותי.²⁷ התחרות הגיאוגרפית נבדקה הן במימד המקומי והן במימד הארצי.

5.1 המימד המקומי

במימד המקומי נבחנה הגדרת השוק הגיאוגרפי בהתאם לטיוטת פטור הסוג להסכמי בלעדיות במקרקעין²⁸ וכך עשו גם המתמזגים בבקשתם ובטיעוניהם בפנינו. בהתאם לה, יהיו הסדרי בלעדיות במקרקעין פטורים מקבלת היתר פרטני לפי חוק ההגבלים העסקיים, אם, ברדיוס שאינו

²³ Transaction Number 20021076 Early Termination Date 08/19/2002, Acquiring Person: Delaware Champion Holding. LLC. Acquired Person: Burger King Corporation.

²⁴ Case No COMP/M.2940-TPG Advisors III/Goldman Sachs/Bain Capital Investors/Burger King Notification of 12.09/2002 pursuant to Article 4 of Council Regulation No. 4064/89.

²⁵ בארה"ב נבחן מספר פעמים שוק הזכיינות למסעדות מזון מהיר כאשר ה"לקוחות" בשוק זה הם אנשי העסקים הלוקחים על עצמם ניהול סניף או זיכיון סניף מאחת מרשתות המזון. במצב זה ברור כי בפני אדם השוקל לקחת זיכיון על סניף מזון מהיר עומדות כל הרשתות כשוק רלוואנטי שכן השיקול המרכזי מבחינתו הוא תוחלת הרווח ולא סוג המזון: ארידה פרק 17 ו 647 **Philadelphia Fast Foods Inc. v. Popeyes Famous Fried Chicken Inc** F.Supp. 216 (E.D.Pen, 1986).

²⁶ United States v. Philadelphia Nat'l Bank, 374 U.S. 321,359 (1963).

²⁷ ההחלטה בעניין **חביב**, עמ' 18.

²⁸ טיוטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג בלעדיות במקרקעין), התשס"ג-2003, ראו ב- www.antitrust.gov.il.

עולה על 2 ק"מ בשטח עירוני וברדיוס שאינו עולה על 5 ק"מ בשטח לא עירוני, פועלים לפחות שני מתחרים עצמאיים נוספים כל הספק מקבל הבלעדיות. מעבר לדרוש נבחנו השלכות המיזוג גם לפי קריטריונים מחמירים יותר, להם טענה בורגר ראנץ עצמה בעת שימוע ציבורי שערכתי לטיוטת פטורי הסוג. בהתאם לטענותיה דאז של בורגר ראנץ יש להגדיר שוק גיאוגרפי כאזור שברדיוס של 1 ק"מ בשטח עירוני ו 5 ק"מ בשטח לא עירוני. התוצאה שהתקבלה לפי קריטריונים אלה שהם, כאמור, מבית היוצר של בורגר ראנץ עצמה, מביאה אף היא לתוצאות דומות.

ב-8 שווקים אזוריים מתחרות רק המתמזגות: ברגר קינג ובורגר ראנץ'. בשווקים אלה צפוי המיזוג ליצור רשת המבורגרים אחת בלבד, חלף שתי מתחרות לפני.²⁹ ב-20 שווקים נוספים מתחרות כל שלוש רשתות ההמבורגרים זו בזו, ובהם צפוי המיזוג ליצור מבנה של שתי רשתות מתחרות (תחת שלוש בעבר). בנוסף, למתמזגות חותם כשרות בעוד מקדונלדס חסרה אותו.³⁰ בשווקים האחרים (כ-23) אין גריעה מן התחרות בפועל, אלא אך מן התחרות הפוטנציאלית.

מנתונים אלו עולה כי ברמה האזורית קם חשש כבד לפגיעה משמעותית בתחרות: יש מן האזורים בהם מביא המיזוג לגדיעת התחרות, משום שקודם למיזוג התחרו שם ברגר קינג ובורגר ראנץ, ואילו לאחר המיזוג תפעל בהם בורגר ראנץ לבדה, באורח מונוליטי. באזורים אחרים פוחתת התחרות משלושה מתחרים לשניים – שינוי מבני פוגעני לתחרות, נוכח קיומם של חסמי כניסה ניכרים לענף הניצבים בפני רשת חדשה. לבסוף, במיקומים בהם ברגר קינג לא פעלה בעבר, נגרע מהשוק מתחרה פוטנציאלי משמעותי ביותר, רשת בעלת מותג חזק בעל איכות נתפסת ומוכרת.

5.2. המימד הארצי של רשתות ההמבורגר

כלל המידע הקיים לגבי רשתות ההמבורגר השונות מלמד כי, ככלל, הן קובעות ומנהלות מדיניות **אחידה** ברמה הרשתית ביחס למחירים, פרסום, מוצרים, שירות וכיוצא באלה. מדיניות זו תקפה לכל סניפי הרשת והיא חלק מתפיסת הניהול והשיווק של רשתות אלו.

אסטרטגיה זו, מקרינה ומכתיבה את המדיניות האחידה של הרשת במחירים, בפרסום ושיווק ובשירות ואיכות. מצב שכזה, בו ההחלטות הקרדינליות ביותר בניהול עסק ובתחרות מתקבלות ברמה הארצית מוביל לבחינה של המיזוג גם **בשוק הארצי**.

במקרה שלפני מסרו רשתות ההמבורגר, כי התפריטים ומחירי המוצרים הכלולים בהם זהים בכל נקודות המכירה.³¹ וזאת למרות שכל אחת מהרשתות אינה פוגשת בעוצמת תחרות דומה בכל שוק גיאוגרפי בו היא פועלת. כמו כן, הדגישו כל החברות את מימד האחידות שכל אחת מהרשתות מנסה ליצור על ידי הגשת תפריט זהה ויצירת "אווירה" זהה בכל אחת מהמסעדות. בדמיון זה בין כל סניפי הרשת מקוות הרשתות אף ללכוד קהל מזדמן, אשר יזהה את הרשת ויעדיפה על חנויות מקומיות לא מוכרות.

אולם האחידות אינה הפרמטר היחיד בו נבדלות רשתות ההמבורגרים ממסעדות אחרות של מזון מהיר אשר יש וימכרו גם המבורגרים לציבור. **האחידות אינה קיימת לעצמה אלא ככלי מרכזי**

²⁹ רק בשלושה מבין אזורים אלה קיימת מסעדת המבורגר אחרת, שאינה רשת.

³⁰ יודגש כי בפועל קיימים בכל אחת מן הרשתות סניפים לא כשרים לצד הכשרים. ברם, בעוד שברשתות המתמזגות החלק המכריע של הסניפים – כשר ומיעוטם אינו כזה, הרי שברשת מקדונלדס התמונה היא הפוכה. מכאן הסיווג.

³¹ למעט נקודות מכירה המצויות בבסיסים צבאיים ואוניברסיטאות.

לתמיכת המיתוג של הרשת – המהווה נכס מרכזי שלה. אכן, המיתוג הרשתי הוא הסממן העיקרי המבדל את הרשתות משאר ספקי ההמבורגרים הקיימים בשוק.

זוהי גם ראיית הרשתות עצמן: כך קובעת התכנית האסטרטגית לשנת 2000 של אחת מרשתות ההמבורגר כי "מבנה התחרות לא צפוי להשתנות בשנים הקרובות – **שוק של 3 מתחרים**" ולא בכדי הוסף שם כאיום מרכזי "קצב פתיחת סניפי מתחרים גבוה". אמרות אלה מעידות כי מעבר לתחרות מקומית באזור זה או אחר, קיימת **תחרות ארצית** וזו מתנהלת וממוקדת, רובה ככולה, בין 3 הרשתות במימד הארצי, במישור הנוכחות הכוללת, התמיכה הפרסומית ועיגון המותג.

עדות מובהקת לחשיבותו של הרובד הארצי של התחרות, המייחד את 3 הרשתות מכל עסק אחר למימכר ההמבורגרים בשיטת מזון מהיר, מצויה בדיון שהתקיים בדירקטוריון אחת מרשתות ההמבורגרים, כאשר אחד הדירקטורים היקשה "האם לא כדאי להעביר דגש מפרסום במדיה הארצית לפרסום מקומי." על כך ענה מנכ"ל החברה ברורות כי:

"אי אפשר לוותר על המדיה הארצית שכן הדבר יביא לשחיקה במותג; גם היום משקיעים בתחום המקומי אך **ללא תמיכה ארצית לא יהיה ערך לפרסום המקומי**".

נמצא אפוא כי בזאת נבדלות הרשתות משאר מסעדות מזון מהיר לסוגיהן, גם אם אלה מוכרות ההמבורגרים. אכן, הבחנה בין ספקים של אותו מוצר שמאפייניהם שונים מאד מספקים אחרים – אינה עניין נדיר בדיני התחרות. במקרה זה, מרכיב הרשת הוא כה דומיננטי בהתייחס לתודעת צרכן ההמבורגרים עד כי יש להתייחס אליו כמבחין ומתחם בין הספקים השונים: רשתות – לחוד ומסעדות ההמבורגר גרידא - לחוד.³²

5.3. סיכום

השוק הרלוונטי הוא בעל שני מימדים: במימד האזורי, נבחנת התחרות מול כל סניף וסניף של הרשת בהתאם לפרמטרים כמפורט לעיל. עם זאת, לאור האחידות בסניפי הרשת והמאפיינים הארציים שלה, כאסטרטגיה המוחזקת על ידה, יש לבחון את השלכות המיזוג גם במימד הארצי. בהקשר זה יש לראות אף את האסטרטגיה של הרשתות כפי שנגלתה מפיה של בורגראנץ עצמה בטיעוניה בפנינו, ולפיה קיימת חשיבות רבה לנוכחות כלל ארצית ולפריסה רחבה של סניפים כדי להוות שחקן ארצי משמעותי.

6. השפעת המיזוג על התחרות

6.1. כללי

חוק ההגבלים העסקיים אינו קובע נוסחה כמותית נקובה, קלה ליישום, באשר לנסיבות בהן מוטל על הממונה להתנגד למיזוג ולעוצרו. המונחים "חשש סביר", "תיפגע באופן משמעותי התחרות" או "יפגע הציבור" המצויים בסעיף 21 לחוק, אינם מובנים מאליהם. אלה הם ביטויים בעלי "רקמה פתוחה" שיש לצקת בהם תוכן מוחשי וממשי בנסיבות שוק מוגדרות. מלאכה זו לא תתקן אם לא יידרש העושה בה לתרחיש הנזק אשר למניעתו הוקם הפיקוח על המיזוגים שבדיני

התחרות – מחד, ולידע הנצבר, בישראל ובמשפט המשווה, באשר לדרכים בהן מתהוות "פגיעות" בתחרות ובציבור, מן הסוג אליו כיוון המחקר – מאידך.

התופעה המרכזית שלמניעתה נועד הפיקוח על המיזוגים היא הקמתו וחזוקו של **כוח שוק**. כוח זה, שמובנו בואר לעיל,³³ מבטא למעשה מצב של כשל תחרותי: בעוד שבשוק תחרותי מרוסנים הספקים המתחרים זה על ידי זה, כך שכל ספק חושש כי העלאת מחיר מצדו – תביא למעבר לקוחות לספקים האחרים המתחרים בו, הרי שבהתקיים כוח שוק יכול הספק להעלות מחיר מעל לרמה תחרותית, בלא חשש מנטישת לקוחות כזו אשר תהפוך את העלאת המחיר למהלך הפסדי מעיקרו. כוח-שוק הוא איפוא כוחו של ספק להכתיב תנאי סחר ללא איום ממשי כי ספק מתחרה יציע תנאי אספקה נוחים יותר וימשוך אליו חלק מהותי מן הלקוחות - הצרכנים.

סוגי "הפגיעה בתחרות" הקמים עקב מיזוג, מסווגים לפי אופן היווצרותו של כוח שוק בעטיים, לשתי "משפחות": כוח שוק הקם בעקבות **השפעות יונילטרליות** של המיזוג – מקורו במיזוג ההופך את הפירמה הרוכשת לבעלת עוצמה מונופוליסטית בשוק כך שבעקבות הגידול בכוחה הנובע מן המיזוג, תוכל הפירמה הממוזגת להעלות מחיר לצרכן בהיותה בעלת הכוח בשוק המוצר הרלבנטי;³⁴ "משפחה" שניה עניינה בכוח שוק הקם עקב **השפעות מתואמות** של המיזוג: מיזוג המתרחש בשוק עתיר חסמי כניסה ויוצר מבנה שוק כה ממועט מתחרים, עד כי ייקל עליהם מאד לקיים תיאום משתמע (Tacit Collusion) ביניהם ולהעלות מחיר באופן על תחרותי. במצב זה נוצר כוח שוק **משותף** למעט הספקים שבשוק: אף שאין לאיש מהם עוצמה מונופוליסטית כפשוטה, הם יכולים להעלות מחיר ללא חשש ממעבר לקוחות לספקים המעטים האחרים, הנוהגים באופן דומה.

על סיווג עקרוני זה של הפגיעה התחרותית עמדנו כבר לפני שנים, בהחלטה בעניין **עץ לבד**:

"הפיקוח על מיזוגי חברות, בדומה לפיקוח על הגבלים עסקיים אחרים, מבקש למנוע התהוותו או חיזוקו של כוח שוק. ייחודו של הפיקוח על מיזוגי חברות הוא בכך שהוא נועד למנוע מלכתחילה היווצרותו של מבנה שוק אשר יאפשר פגיעה בתחרות. מבנה שוק המאפשר פגיעה בתחרות הוא מבנה שוק המאפשר ריכוזו של כוח שוק בידי של אדם אחד אשר התנהגותו העצמאית (Unilateral Behavior) עלולה לפגוע בתחרות, או לחלופין, מבנה המקל על המתחרים הקיימים בשוק לתאם התנהגות באופן שיקנה להם במשותף כוח שוק (Concerted Behavior)."³⁵

נמצא אפוא כי שני תרחישים בסיסיים קיימים באשר להקמתו או לחיזוקו של כוח שוק, והם המסלולים המוכרים להתוותן של פגיעות רבתי בתחרות בשווקים: האחד – כי המיזוג ייתן בידי הפירמה הרוכשת עוצמה וכוח שוק להעלות מחיר; השני, כי המיזוג אינו מקנה לישות הממוזגת עוצמה מונופוליסטית, אך יוצר מבנה שוק ממועט מתחרים המקל על הפירמות להגיע לשיווי משקל על-תחרותי, בדרך של תיאום משתמע (אוליגופוליסטי) או של תיאום מפורש (קרטל).

³² להבחנה דומה ראו לדוגמא: Case M.1016 PriceWaterhouse/Coopers & Lybrand, [1999] 4 CMLR – שם אישרה הנציבות האירופית מיזוג מ-6 ל-5 מתחרים בהבחנה בשוק הפירמות הבינלאומיות והמרושתות לראיית החשבון כשוק נפרד. נקבע כי גם אחרי המיזוג יוותרו בשוק 5 פירמות גדולות.

³³ ראו סעיף 4.1 לעיל.

³⁴ תרחיש השפעות יונילטרליות אחר טמון במיזוג היוצר אוליגופול העלול לקיים שיווי משקל על-תחרותי Cournot. עיקר הנזק בתרחיש זה טמון בהפחתת התפוקה הנובעת ממיעוט המתחרים בשוק (כשאלה פחותים מחמישה).

³⁵ אישור מיזוג בתנאים: **עץ לבד בע"מ ו-תעשיות והשקעות של ספן בע"מ**, הגבלים עסקיים 30068019, "ההגבלים העסקיים", הוצאת וועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין, כרך ג', 104 בע"מ 112.

אבחנות אלה אין מקורן בתובנה חולפת. הן מושרשות בפסיקה עתירת השנים שבמשפט המשווה. הן מעוגנות היטב בהנחיות המיזוגים של רשויות התחרות. הן מרכיבות את אספקלריית הידע הנצבר, דרכה נבחנות ויבחנו עסקאות המיזוג. אף שאין בנמצא "רשימה סגורה" של "פגיעות משמעותיות בתחרות" יש בשימוש בכלים אלה כדי להוות ערובה נאותה לשימוש נאות בכוח להתנגד לעסקאות מיזוג ולהבטיח כי ייעשה שימוש בכוח זה במקרים המתאימים לכך.

מקרה קיצון של מיזוג המוביל ליצירת כוח שוק **יוניטרלי** הוא מיזוג למונופולין: כלל או עיקר הפירמות המתחרות בשוק מבקשות להתמזג ליישות אחת, מונופול-מובהק, אשר לאחר המיזוג יהנה משליטה בשוק. במצב זה לא תיוותר בידי הלקוחות ברירה של ממש והם ירכשו, לאחר המיזוג, את החלק המכריע של תצרוכתם מן היישות הממוזגת. מיזוג כזה נחשב למקרה מובהק וקיצוני של אי חוקיות המחייב התנגדות הממונה.³⁶ זנים אחרים של השפעה יוניטרלית יימצאו במיזוג בין שני המוצרים הסמוכים ביותר בשוק של מוצרים מבודלים (Differentiated);³⁷ וכן – במיזוג המותיר אחריו כה מעט מתחרים עד כי נוצר בשוק אוליגופול המתפקד לפי מודל Cournot, ובמסגרתו מקטינה כל פירמה **בנפרד** כמות המוצר המשווקת על ידה. הקטנה זו נעשית מטעמיה של כל פירמה בנפרד, אך תוצאתה – הקטנת תפוקה הגורמת להעלאת המחיר.

לצד מקרים אלה, התפתחה עם השנים ההכרה ב"משפחה" אחרת של מיזוגים, בה נובעת הסכנה המובהקת להיווצרות כוח שוק או לחיזוקו **בהשפעות מתואמות**: מיזוג לדאופול או לאוליגופול בשווקים עתירי חסמי כניסה;³⁸ רכישת פירמה מחוללת תחרות (Maverick);³⁹ וכיוצא באלה מקרים נוספים בהם מבנה השוק הנוצר לאחר המיזוג מזמין תיאום משתמע (Tacit Collusion) בין הפירמות, שעיקרו בהימנעות מהגדלת תפוקה ומהורדת מחירים.

על קטגוריות מובהקות אלה המבססות עילות עיקריות להתנגדות למיזוגים עמדתי ב**פרשת חביב**:

"..הנחה מוקדמת בדבר היות סכנות תחרותיות טמונות במיזוג, היינו: הסכנה כי המיזוג ייצור **לישות הממוזגת כוח שוק מונופוליסטי** (או יחזקו), או הסכנה כי המיזוג יעוות את מבנה התחרות בשוק ויביא **ליצירת דאופול או אוליגופול ממועט תחרות** (או שיחריף עיוות כזה באופן משמעותי).."

מיזוגים בעלי השפעות מתואמות המגבירים מאד את הריכוזיות ויוצרים מתי מעט מתחרים בשוק שהכניסה אליו עתירת חסמים, נחשבים כיום **לסכנה העיקרית הגלומה במיזוגים** לתחרות בשווקים: היווצרות אוליגופול בענף עתיר חסמי כניסה משמשת מצע פורה לתמחור על-תחרותי שמקורו באינטראקציה הקרובה בין מעט המתחרים ובתמריציהם להימנע מתחרות. משימתו **העיקרית** של הפיקוח על המיזוגים היא מניעת מבנה ענף אשר כזה. עמד על כך Hovenkamp:⁴⁰

"Today the principal concern of merger policy is that horizontal mergers may facilitate express or tacit collusion.. "The prevailing concern of merger law today is not to protect small business from more efficient rivals but to deter oligopolistic pricing.."

³⁶ Hovenkamp, p. 505.

³⁷ Merger Guidelines Sec. 2.211: "Closeness of the Products of the Merging Firms".

³⁸ Thomas B. Leary, **An Inside Look at the Heinz Case**, www.ftc.gov/speeches.

³⁹ Merger Guidelines Sec. 2.12; Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy** p. 506.

⁴⁰ Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy**, 2nd, West 1999, p 494, p 510.

השפעות מתואמות הן סכנה תחרותית רלבנטית במיוחד **בכלכלות קטנות**. עמדה על כך ד"ר גל בספרה:

“mergers that do not create a dominant position may non the less lessen competition significantly. Most important, the dominance test might not prevent **coordinated interaction** of firms as a method of exercising market power, which is a **major concern in small economies**.”⁴¹

6.2 שוק רשתות ההמבורגר

בשוק ההמבורגרים פועלות שלוש רשתות ארציות בעלות מוניטין ומותגים ארציים: מקדונלדס היא הרשת הגדולה ביותר ולה 108 סניפים ונתח שוק (במכירות) של 51%, רשת בורגר ראנץ מונה 93 סניפים ונתח השוק שלה הוא 28%. לרשת ברגר קינג 47 סניפים וחלקה בשוק עמד על 21%.

משמעותו של מיזוג בין בורגר ראנץ לריקמור – ברגר קינג היא ביצירת מבנה ענפי ריכוזי ביותר, בן **שני שחקנים בלבד**, כשביניהם **סימטריה משמעותית** (נתחי שוק קרובים – כמחצית לכל אחד). במקטע הכשר – המדובר אף במיזוג **לשחקן אחד בלבד** (בורגר ראנץ רוכשת את סניפי ברגר קינג).

מיזוג כזה משנה את מבנה הענף באופן בלתי תחרותי בעליל. מעבר למדדים אריתמטיים של נתוני ריכוזיות לפי מדדים שונים, עליהם אעמוד להלן, ול**סטנדרטיזציה** הקיימת במחירי המוצרים, ברי כי מדובר בשינוי ההופך את השוק נוח במיוחד להשפעות מתואמות: **המעקב ההדדי** קל במיוחד, **ההרתעה ההדדית** מהורדת מחירים או הגברת התחרות – חזקה יותר, **יכולת האיתות** והעברת המסרים באופן **משתמע** היא פשוטה ביותר לביצוע, **ההענשה** על סטייה ממתכונת ההתנהגות האוליגופוליסטית מתחזקת, משום שנתחי השוק סימטריים יותר.

אבני דרך מרכזיות נוספות שוזרות את המסקנה כי המיזוג יוצר מבנה שוק המחרף מאד את הסכנה להפחתת תפוקה לפי מודל Cournot והמעצים באופן משמעותי את ההסתברות לכוח שוק בדרך של השפעות מתואמות: מדדי הריכוזיות בענף, חסמי הכניסה אליו, העדר התחכום של הלקוחות והדינמיקה התחרותית והאחידות הנוהגת בענף בדפוסי המכירה והמחירים. באלה אדון עתה.

6.3 ריכוזיות

הנחיות רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאים לעניין מיזוגים אופקיים קובעות כי בשוק בעל ריכוזיות גבוהה ערב המיזוג, מיזוג המעלה את מדד HHI ב-50 נקודות מעלה חששות משמעותיים לפגיעה בתחרות. אם מעלה המיזוג את המדד בלמעלה מ-100 נקודות, קובעות ההנחיות כי קמה חזקה (הניתנת לסתירה) שהמיזוג ייצור, יחזק כוח שוק או יקל על השימוש בו.⁴² חזקה זו מספקת שם כדי להוכיח על פניו כי המיזוג אינו חוקי משום פגיעתו בתחרות:

“The supreme court announced in [United States v. Philadelphia National Bank], that a merger which significantly increases the share and concentration of firms in the relevant market is “so inherently likely to lessen

⁴¹ Michal.S.Gal, **Competition Policy for Small Market Economies**, Harvard Un. Press, 2003, 206.

⁴² *Id.*

competition” that it must be considered presumptively invalid and enjoined in the absence of clear evidence to the contrary.”⁴³

מדד ה-HHI בשוק הרלוונטי – שוק רשתות ההמבורגרים – עומד כיום על כ-3,800 **נקודות**. המיזוג, לו אושר, היה מגדיל את הריכוזיות ב-1200 נקודות ל-5000 **נקודות**. מדובר בעליה משמעותית מאד: ⁴⁴ מדובר בעלייה בריכוזיות בשיעור של **פי 12** מן הרף היוצר חזקה לפגיעה בתחרות באופן המצדיק התנגדות למיזוג ו-**פי 24** מן השיעור המצביע על חשש ממשי. מדד ה-C2 האומד את חלקן של 2 הפירמות הגדולות בשוק היה עומד על 100%. שיעורים אלה מלמדים עד כמה מוקשה הוא המיזוג ועד כמה בעייתי הוא מבנה הענף הנוצר בעטיו.

בית המשפט העליון ציין בעבר, ב**פרשת עוף הנגב**, כי גודלו הצנוע של המשק הישראלי עשוי להצדיק, בנסיבות מסוימות, רף ריכוזיות גבוה יותר מזה שבארצות הברית.⁴⁵ ברם, בית המשפט נקט בעמדה זו על מנת שלא לחסום מיצוי יתרונות לגודל, אשר במימדי המשק הישראלי הקטן יהא כרוך, לעתים, בגידול ריכוזיות בשיעור רב מזה שהיה נגרם בעסקה דומה בארה"ב:

“...שומה על הרשויות המפקחות על דיני ההגבלים העסקיים לנהוג בגמישות יחסית באשר לקביעת אותה ריכוזיות, שתהא 'אסורה' ותביא לפסילתם של מיזוגים מוצעים. כך הדבר, בשל היתרון הכרוך בגודל הפירמה (לאחר המיזוג) ובעובדה, שקוטנו היחסי של המשק הישראלי מצדיק – ומאפשר, ריכוזיות גבוהה יחסית למדינות אחרות, בין היתר על מנת להגביר את יכולתו וסיכוייו של המשק הישראלי ופירמות הפועלות בו, להתחרות בשווקים בינלאומיים.”⁴⁶

אלא שבמיזוג שבפניי אין מתקיימים הפרמטרים המצדיקים אבחנה זו: אין בנמצא כאן יתרון של ממש שמקנה המיזוג ליכולתו של המשק הישראלי להתחרות בשווקים בינלאומיים. כמו כן, אין מדובר בענף שבו יתרונות מכריעים לגודל: עלות מרכזית במבנה ההוצאות היא שכר הדירה במרכזים מסחריים וזו מתווספת ככל שמוסיפים סניפים לרשת. מתברר כי גם בשנים בהם היתה רשת ברגר קינג רווחית היא לא מנתה יותר מ-55 סניפים, מספר צנוע בהרבה מזה שבורגר ראנץ מחזיקה בו כיום. בנוסף, כפי שהוזכר לעיל, לשווקים הרלוונטיים מימד אזורי הניזון מן התמיכה המותגית במישור הארצי. ההבדל בגודל הכלכלה הלאומית אינו חותך לעניין גודל השווקים מקומיים ועל כן אין סיבה לדחות מעל פנינו כליל אמת מידה הנקבעת לגבי שוק שכזה.

אוסף עוד, כי אפילו היה מקום במיזוג זה לקבוע רף גבוה יותר מן הרף שבהנחיות האמריקאיות (ואיני סבור כך בנסיבות מקרה זה והשוק הנדון בו), עדיין יקשה עד מאד להצדיק רף נכון, המאזן בין מיצויים של יתרונות לגודל לבין הפגיעה בתחרות, ברמה הגבוהה **פי 12** מן הרף היוצר חזקה לפגיעה בתחרות באופן המצדיק התנגדות למיזוג ו-**פי 24** מן השיעור המצביע על חשש ממשי לפגיעה שכזו. ממילא יחלוף הגידול בריכוזיות עקב המיזוג שבפניי מעל כל רף נמוך מזה.

המסקנה הברורה היא אפוא כי גם בהתחשב ב"תנאי הארץ ותושביה" ברור כי המיזוג מעצים עד מאד את הריכוזיות בענף הרבה מכפי המינימום הדרוש להתנגדות למיזוג.

⁴³ *FTC v. Cardinal Health, Inc.*, 12 F. Supp.2d 34, 52 (D.D.C.1998).

⁴⁴ לשם השוואה: בהתנגדותי **בעניין חביב** היה מדובר בנתחי שוק קטנים בהרבה: ריכוזיות השוק שם ערב במונחי מדד ה-HHI, היתה 1,922 נקודות; המיזוג שם הגדיל מדד זה ב-639 נקודות, ל-2,561. מדד ה-C2, האומד את נתח השוק המשותף לשתי החברות הגדולות בשוק, היה צפוי לעלות שם מ-51.14% ל-61.86%.

⁴⁵ עניין **תנובה** לעיל, הערת שוליים 6.

⁴⁶ שם, בעמ' 650.

מסקנה זו נתמכת היטב בשני פסקי דין שניתנו בארה"ב בשנים האחרונות: בפרשת **Heinz** דובר במיזוג הדומה במאפייניו לזה שבפני: בשוק שבו 3 מתחרים ארציים בשוק ממותג ומבודל ביקשו שני המתחרים הנחותים בגודלם (ביחס לפירמה המובילה Gerber) וליצור דואופול. בית המשפט לערעורים עצר את המיזוג בקובעו כי "no court has ever approved a merger to duopoly under similar circumstances."⁴⁷ במאמרו ביאר Commissioner Leary את הסיבות להתנגדותו:

"The case thus looks like a 3-2 merger with a very low potential for entry, and there is a broad consensus in the economics community that 2-1 and 3-2 combinations are likely to be particularly troublesome."⁴⁸

בפרשת **Cardinal Health**⁴⁹ עמדו על הפרק שני מיזוגים של זוגות פירמות שהיו עיקר המתחרים בענף סיטונאות התרופות. מיזוגים אלה העבירו את הענף ממבנה של ארבעה מתחרים – לשניים. בהיותם מודעים לבעייתיות הקשה המובנית במיזוג היוצר מבנה ענפי דואופולי, טענו הצדדים ל"הגנת היעילות", היינו כי המיזוגים יוצרים יעילות כה מכרעת עד שיש לאשר המיזוג חרף הפגיעה בתחרות הניבטת ממנו. בית המשפט קיבל כי קיימות יעילויות במיזוג אך קבע כי ניתן להשיג גם בדרך של תחרות, ללא יצירת מבנה ענפי כה בעייתי וממועט מתחרים:

"This court finds that evidence presented by the FTC strongly suggest that much of the saving anticipated by the mergers could also be achieved by continued competition in the wholesale industry."⁵⁰

במשפט הקהילייה האירופית הודגשה, במסגרת ניתוח ההשפעות המתואמות כמקימות כוח שוק אוליגופולי, חשיבות **הגידול בנתחי השוק** של השחקנים בשוק וה**סימטריה שתיווצר** לאחר המיזוג. כך נקבע, בפרשת **Gencor**, כי היווצרות מבנה דואופולי עקב המיזוג היא נדבך חשוב ביותר בהתנגדות למיזוג, בהיעדר ראיות הסותרות מניה וביה חשש להשפעה מתואמת:

"Particularity in the case of duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position."⁵¹

בדומה, בפרשת **Ancor** קבע בית המשפט באוסטרליה, כי מיזוג אשר לא יצר פירמה דומיננטית אך חיזק את כוחם של שני המתחרים הנוותרים בענף מקים "פגיעה משמעותית בתחרות".⁵²

העולה מן המקובץ הוא כי מיזוג היוצר מבנה ענפי של שני מתחרים נחשב למוקשה במיוחד בדיני התחרות. על מבקשי מיזוג אשר כזה להראות נסיבות יוצאות דופן וחריגות מאד להתרתו, אשר יהא בהן להבטיח כי המבנה הענפי לא יגלם נזק ארוך טווח לעתיד התחרות בשוק הרלבנטי.

⁴⁷ **FTC v. Heinz**, 246 F.3d 708 (D.C.Cir. 2001) at 717.

⁴⁸ הי"ש 38 לעיל. Leary מונה מצבים חריגים בהם ניתן לבחון אישור למיזוג שכזה אך לא הוכח כי אלה מתקיימים.

⁴⁹ **Federal Trade Commission v. Cardinal Health, Inc.**, 12 F. Supp.2d 34, 52 (Cardinal Health).

⁵⁰ הי"ש 43 לעיל, בע"מ 63. בע"מ 52-52 לפסה"ד חוזר בית המשפט על החזקה לפוגעניות המיזוג בהתקיים לצדדים נתח שוק מצרפי העולה על 30%.

⁵¹ Case T-102/96 **Gencor v. Commission** [1999] 4 CMLR 971, sec 206.

⁵² **Ancor Ltd. V. Visy Board Pty Ltd.** 18 IPR 621.

ברם, ריכוזיות חריפה והתגברותה כשלעצמה אינה מחייבת סוף דרכו של מיזוג. אף כי במיזוג היוצר מבנה ענפי של שני מתחרים קמה חזקה כבדת משקל במיוחד בדבר פוגעניות המיזוג בתחרות ובציבור, הרי שיש להידרש גם להיבט משלים עתיר חשיבות: **חסמי הכניסה לענף**.⁵³

6.4. חסמי הכניסה לשוק

אין חולק כי בתחרות בין רשתות ההמבורגרים קיימים חסמי כניסה מהותיים שכל מתחרה חדש ייאלץ לעמוס על גבו. מושכלות יסוד הן בענף, כי בכדי לקיים רשת המבורגרים נחוצים מיקומים אטרקטיביים לסניפיה, ודרושה פריסה בת עשרות סניפים אשר ימוקמו בקרבת מרכזי מסחר הומים, בעיבורי הערים ולאורך הדרכים הראשיות. אך מסתמא כי גם באלה אין די: נדרש פרסום עתיר הון, רחב היקף, וחוזר ונשנה של הרשת ומוצריה הבולטים. הפרסום הוא היוצר את הנכס העיקרי של הרשת: המותג והוא דרוש כחמצן לנשימה ליצירת המיצוב ורמת המודעות המפרנסים ומזינים בתורם, את סניפי הרשת בקהל הלקוחות המיוחל.

6.4.1. פרסום

כל אחת משלוש רשתות ההמבורגרים היא מותג מוכר בקרב הציבור. מנתוני הרשות עולה, כי 68% מהציבור מכיר את הרשתות. רמת היכרות זו של הציבור בישראל עם מותגים אלו הושגה לאחר השקעה גדולה בפרסום, שיווק, מבצעי קידום מכירות מסיביים וכיוצא באלה. מתחרה חדש שיחפוץ להיכנס לשוק מחוייב להשקיע רבות בפרסום ושיווק⁵⁴ על מנת להתחרות בשתי הרשתות המבוססות היטב בתודעת הציבור הישראלי.

הוצאות הפרסום והחדרת המותג הן עלויות שקועות: הוצאות אשר ירדו לטמיון במקרה של יציאה מהשוק עקב כשלון. זאת בניגוד לחלק מהעלויות האחרות כגון רכש ציוד, אשר ניתן, ככלל, לקבל עליהן החזר כלשהו גם במקרה של כישלון.⁵⁵ מאפיין זה מגביר, כמובן, את מרכיב הסיכון בכניסה לשוק: אין דינה של כניסה שעלויותיה ניתנות להחזר ככניסה שעיקרה "עלות שקועה".

6.4.2. פריסת סניפים ומספרם

פריסת הסניפים של המתחרה החדש, מיקומיהם ומספרם הם מההחלטות הקרדינליות הנדרשות לצורך כניסה מוצלחת של רשת המבורגרים. מיקומים עתירי חשיפה ותעבורה יכולים להבטיח לנכנס מחזור מכירות, אשר יהפוך את הכניסה לכדאית יותר. על רקע זה יש לראות את המינימום הנדרש במספר הסניפים ומיקומם:

- **מספר הסניפים ומחזור מינימלי** - טווח ההערכות של גורמים בענף עימם שוחחנו באשר למחזור המכירות מינימלי ולמספר הסניפים הרצוי עמד על כ- 50-80 מיליון שקלים לפחות כמחזור מכירות מינימלי ו- 8-10 מסעדות באזורי מכירה אטרקטיביים, וכ 15-20 מסעדות תוך 18-24 חודשים ממועד הכניסה. ככל שמועט כוחו של הנכנס להשיג מיקומים

⁵³ ההחלטה בפרשת **חביב**, ה"ש 13: "גיבוש מענה בהיר באשר לסבירות התהוותן של סכנות תחרותיות אלה, מחייב גם בחינתם של היבטים משלימים, רבי חשיבות ובראשם **מבנה השוק** וקיומם של **חסמי כניסה** לשוק."

⁵⁴ על פרסום כחסם כניסה ראה Procter & Gamble 63 F.T.C 1465, p. 1581
⁵⁵ Merger Guidelines § 3.3

אטרקטיביים יש צורך לפתוח יותר סניפים. מכאן כי במקרה של רשת מתחרה חדשה, יהיה עליה לפתוח מספר סניפים העולה על המינימום דלעיל.⁵⁶

▪ **מיקום הסניפים** - הרשתות מתחרות על המיקומים האטרקטיביים בעיקר בקניונים ומרכזי קניות, תחנות דלק, רחובות וצמתים ראשיים. ברם, כל רשת מעדיפה כי על יד סניף שלה לא יוקם סניף של רשת המבורגר מתחרה. רשתות ההמבורגר נוהגות אפוא לחתום עם בעלי קניונים ומרכזים מסחריים על הסכמי בלעדיות אשר ימנעו הקמת סניפי רשתות המבורגר מתחרות בקרבת מקום. הסדרים אלו יוצרים דה פקטו חסימה של מיקומים אטרקטיביים רבים בפני רשתות אחרות. על רקע זה ברור עד כמה יקשה על מתחרה חדש להיכנס לשוק זה.

בפועל מתברר כי חלק ניכר מאד מן המרכזים המסחריים בישראל חסומים בהסכמי בלעדיות עם רשתות המבורגרים קיימות: על פי תיאורה של בורגר ראנץ' עצמה בפני חסומים בהסכמי בלעדיות לא פחות מאשר 87% מהקניונים בישראל. נמצא אפוא כי לשיטתה של בורגר ראנץ' עצמה יקשה מאד להקים רשת המבורגרים הפרושה במיקומים האטרקטיביים בישראל. התמונה המצטיירת היא כי במיקומים החסומים על ידי הסכמי בלעדיות – לא ניתן לפעול; במיקומים בהם אין הסכמי בלעדיות – פועלות כבר אחת או יותר מהרשתות המתחרות.

חסמי הכניסה לענף הם, אם כן, משמעותיים מאד: בשל חשיבותם האסטרטגית של מיקומי הסניפים במרכזי המסחר העיקריים ניטשת תחרות עזה, המתבטאת בנכונות לשלם שכר דירה גבוה, על קבלת הגישה לנקודת מכירה בקניונים. על פי רוב הזוכה בתחרות זו ידרוש לקבל בלעדיות במרכז המסחרי, דבר היוצר חסימה מוחלטת למתחרהו להיכנס למתחם (אפילו יכול היה המתחרה להוסיף מכירות כמסעדת המבורגר שנייה במרכז המסחרי). הקמת רשת הנפרסת בפרק זמן תחום יחסית, במיקומים במרכזי מסחר עיקריים, היא עתירת הוצאות וקשיים. מרבד לרגלי כל אלה הוא הפרסום המסיבי הדרוש, במדיה הארצית והמקומית, לתמיכה במותג וברשת.

6.5. הדינמיקה התחרותית: נטייה לעבר תמחור אוליגופולי

ריכוזיות גבוהה בשוק וחסמי כניסה גבוהים אליו, רכישות בסדרי גודל קטנים ואחידות המחירים ושקיפותם, הם מצע נוח לתמחור אוליגופולי הסוטה באופן ניכר מתמחור תחרותי. שוק ממועט מתחרים, בפרט שוק בעל מאפיינים דואפוליים, מתאפיין ברתיעה הדדית של מתחרים מלהתחרות זה בזה. אין מדובר בהכרח בתיאום מפורש כבקרטל, אלא בהתנהגות מקבילה שאינה תחרותית, היוצרת שיווי משקל על תחרותי.⁵⁷ כל אלה יוחרפו באופן ניכר עד מאד אם יתממש המיזוג שבפניי.

כבר היום, עולה ממסמכים פנימיים כי הדינמיקה התחרותית בשוק היא כזו הנרתעת מלעורר מלחמת מחירים. בנסיון להתחקות אחר פשר אחידות המחירים, הגבוהים יחסית, השוררים ברשתות ההמבורגרים בישראל, נאמר בחוות דעת של אחת הרשתות כך:

"השחקנים הבינלאומיים יישרו קו עם רמת המחירים המקומית... כל השחקנים שומרים על רמת מחירים דומה כדי שלא להיגרר למלחמת מחירים שתוביל

⁵⁶ ניתן לשאוב אינדקציה לפריסת הסניפים הנדרשת לעת כניסה לשוק, מפריסת הסניפים של רשתות ההמבורגר כפי שהיתה בתחילת דרכן. כך, בתום שנת הפעילות הראשונה מנתה מקדונלדס 6 מסעדות ובתום שנתיים – 20. רשת ברגר קינג מנתה 6 מסעדות בתום שנת הפעילות הראשונה ו-13 מסעדות בתום שנתיים.

⁵⁷ P. Areeda, *Antitrust Law*, vol. VI ¶1429 (1986), Posner. *Antitrust Law*, second edition. p.56 2001

להפסדים."

על רקע זה נתגבשה ההערכה כי "לא צפויה הורדת מחירים". אכן, בשוק ממועט מתחרים, שאינו נמצא בתהליך של צמיחה, בו ידועים דפוסי ומגמות הביקוש – תחרות המחירים היא בעלת עצימות נמוכה. ככל שיקטן מספר המתחרים ותגדל הסימטריה בין הקיימים כך תקטן מאד ההסתברות לעצימותה.⁵⁸ זאת מאחר ששינוי מחיר שקוף למתחרה, הוא בר השוואה בטווח זמן קצר, והוא עשוי לעורר תגובה דומה שתוביל לשחיקת רווחים. ביטוי לכך נמצא כבר כיום בהחלטות שונות של רשתות ההמבורגר המחייבות הימנעות מ"מבצעים העשויים להוליך למלחמת מחירים מיותרת" וכי גם תגובות למבצעי רשתות מתחרות "לא צריכה להיות בדרך של הורדת מחיר אלא בדרך מתוחכמת יותר."

באופן דומה מגיעים שחקנים בשוק אוליגופוליסטי להכרה, כי ניתן להגיע לשיווי משקל במחיר גבוה מתחרותי גם ללא תיאום מפורש וזוהי עיקר הסכנה מהגברה נוספת של הריכוזיות המחרפה מאד את השפעות המתואמות, כזו הגלומה במיזוג שבפניי: הריכוזיות המתעצמת עד כדי הותרת שני שחקנים בעלי נתחי שוק דומים, מקטינה מאד את מספר הגורמים שבהתנהגותם יש להתחשב ומגדילה השקיפות ויכולת מעקב וענישה. סכנה זו מתעצמת כשהמיזוג יוצר מבנה שוק דואפולי.⁵⁹

6.6. צרכני רשתות ההמבורגר – נעדרי כוח נגדי

במקרים רבים יש מקום להתחשב, בגדר בחינתו התחרותית של מיזוג, באופיו של קהל הלקוחות הרוכש את מוצרי (או שירותי) החברות המתמזגות והצפוי להיות מושפע מהגברת כוחן של החברות המתמזגות או מהגברת הריכוזיות בענף. כך, כאשר השוק מתאפיין בלקוחות מעטים שהיקף רכישותיהם גדול מאד, עשוי הדבר להוות נסיבה מקלה גם במיזוגים המגבירים את הריכוזיות באופן ניכר. הטעם לכך הוא שלקוחות אלה נהנים מכוח מיקוח רב ולרוב יעמוד להם כוחם, בהתחשב בהיקף רכישותיהם, לפנות לאפיקי אספקה פוטנציאליים ולקבל הצעות מתחרות אשר הצרכן הפשוט לא יזכה לקבלן. ברור הדבר כי אין למקרים אלה כל נגיעה למיזוג שבפניי: הצרכנים כאן הם פרטים או משפחות, דפוסי הרכישה הם פרטניים ולא מרוכזים ואין רכישות משמעותיות הנעשות במתכונת מוסדית בהיקפים מהותיים לכלל הצריכה.

6.7. מיתוג המוצרים אינו מונע השפעות מתואמות של המיזוג

בעבר היתה מקובלת הסברה כי במיזוג שעניינו בטובין מבודלים (Differentiated Products), היינו מוצרים שקיים בידול ביניהם, יקשה לדלות השפעות מתואמות. הטעם לכך, בתמצית, הוא כי השפעות מתואמות קיימות באופן הדוק בשוק שבו הפירמות מייצרות מוצרים קרובים זה לזה, שהרי לשם תיאום כמויות ומחירים נדרשות הפירמות ל"מכנה משותף" פשוט: העלאת מחיר או צמצום כמויות של מוצר בעלי מאפיינים הטרוגניים ושונים מאד זה מזה – יטען הטוען – מסובכת לביצוע ומקשה על תיאום משתמע בין הפירמות, שהרי המוצרים שונים הם מאד זה מזה.

בחינה מקרוב של טענה זו מעלה כי אין לה יתדות בנסיבות המקרה הנוכחי וכי אף ככלל – אחיזתה רופפת. אמנה את הטעמים העיקריים לכך: במקרה דנא מדובר במוצרים ממותגים

⁵⁸ Areeda, ¶ 1429;

⁵⁹ FTC V. H.J Heinz 345 U.S App. D.C 364; 246 F.3d 708.

אולם אין הם מוצרים מבודלים מאד זה מזה. נהפוך הוא, עיון בסקרים שונים שנערכו באופן חוזר ונשנה מראה כי חרף היותה של כל רשת בולטת בפרמטר זה או אחר, הרי שמיצובן בעיני הצרכנים הוא קרוב למדי והם נתפסים כתחליפים קרובים זה לזה.⁶⁰ שונה היה המקרה לו היה אחד המוצרים נתפס כמותג נחות (Low Brand) ואילו משנהו כמותג עילי (Premium). גם תפריטי שלושת רשתות ההמבורגר דומים מאד ברכיבי ארוחות הליבה המוצעות על ידן. בנוסף, קיימים מאפיינים אחידים ואף סטנדרטיזציה בין הרשתות בכל הנוגע למחירי המכירה של ההמבורגרים, אשר נקבעים על ידי הרשת בהחלטה "ארצית". הענף, הנוטה גם כן להימנע מתחרות מחירים, ידע דינמיקה של "יישור קו" במחירים.

אכן, כאשר המוצרים קרובים זה לזה במיצובם – עלולות להתקיים השפעות מתואמות עקב מיזוגי מותגים. ראייה ברורה לכך מצויה בפסיקת בית המשפט לערעורים בארה"ב בפרשת **Heinz**⁶¹ שם נדונו מוצרים מבודלים מובהקים: Gerber, Beech-Nut ו-Heinz. בית המשפט קבע כי מדובר במיזוג פוגעני, היוצר מבנה שוק דואופולי, חרף העובדה שמדובר בשוק של מוצרים מבודלים. אכן, היותם של המוצרים ממותגים הוא רק גורם אחד ב"מקבילית הכוחות" הפועלים לכיוון אישור או התנגדות למיזוג. ככל שמשקלם של שאר הגורמים – כגון הגברה ניכרת מאד של הריכוזיות עד כדי יצירת מבנה דואופולי – כבד יותר, כבפרשת Heinz ובמיזוג שבפניי, וככל שמיצובם של מוצרי הספקים הרלבנטיים – קרוב יותר, כך לא ימנע המיתוג או הבידול המועט את המסקנה כי המיזוג עשוי לפגוע מאד בתחרות בענף.

תמיכה עיונית לכך מכיוון אחר עולה מן הספרות. זו גורסת כי לעתים עשוי בידול דווקא לסייע לתיאום משתמע, כאשר התחרות היא בין הפירמות קרובות יותר במיצובן זו לזו.⁶² על רלבנטיות השווקים המבודלים לתרחיש ההשפעות המתואמות עמדנו גם בעבר, בעניין **בראון-פישמן**.⁶³ כללם של דברים: אין בהיות מוצרי רשתות ההמבורגר – מבודלים, כדי להקהות את עוקצה של הפגיעה הניכרת בתחרות הגלומה במיזוג ובשינוי המבני הנישא בכנפיו.

6.8. יעילויות הגוברות על פגיעתו של המיזוג בתחרות

בצד הפגיעה בתחרות הניבטת מן המיזוג, הגידול הניכר, כמותי ואיכותי בריכוזיות, העצמת ההשפעות המתואמות להיווצרות כוח שוק וההשפעות היוניטרליות העשויות למצוא ביטוי בהפחתת ההיצע על פי מודל Cournot – עדיין נתונה לצדדים למיזוג האפשרות להוכיח כי טמונות במיזוג יעילויות מובהקות הגוברות על פגיעתו בתחרות.⁶⁴ על מנת שניתן יהא להתחשב בטענה ליעילויות, על הצדדים המבקשים להתמזג להראות, כי היעילות הצפויה לנבוע מן המיזוג היא יעילות **פרו-תחרותית**, אשר תגבר על הנזק הצפוי ממבנה דואופולי של השוק:

⁶⁰ **United States v. Interstate Bakeries Corp.**, 1996-1 Trade Cases (N.D.III.1995): "Because Interstates and Continental's brands are perceived by consumers as close substitutes, Interstates could pursue such a pricing strategy without losing so much in sales to competing white pan bread brands.." ⁶¹ הערת שוליים 2 לעיל.

⁶² Levy & Reitzes, "Product differentiation and the ability to collude: where being different can be an advantage", The Antitrust Bulletin, Summer 1993, 349.

⁶³ שם, בע"מ 31 להחלטה: "כבר נקבע כי גם בשווקים הטרוגניים קיימים חששות לתיאום ולהתנהגות מותאמת בשוק. הטרוגניות המוצרים אינה מסכלת אפשרות לתיאום או התאמה.."

⁶⁴ Areeda ¶ 1429

"ככלל, על היתרון להביא לגידול בתפוקה של המוצר או השירות שבנדון (בין ישירות ובין בדרך של הורדת המחיר או העלאת האיכות או המגוון)".⁶⁵

נטל זה הופך כבד יותר ככל שהפגיעה התחרותית הצפויה מהמיזוג גדלה.⁶⁶ כך, חובת זהירות מיוחדת מוטלת על הרשויות ובתי המשפט, לוודא, במיוחד בשווקים בהם הריכוזיות גבוהה, כי אין היעילות התחרותית הנטענת בגדר ספקולציה בלבד.⁶⁷

בורגר ראנץ טענה בפני כי על מנת להגיע לרווחיות עליה להגיע למסה קריטית של סניפים העומדת, לטענתה, על 120 סניפים. ברם, טענה זו לא נתמכה בכל תשתית מפורטת ומבוססת ולא נראה כי יש בה ממש: ראשית, בורגר ראנץ עצמה היתה אך לפני שנים מעטות רווחית גם במספר נמוך בהרבה של סניפים. שנית, ברגר קינג עצמה היתה רווחית למדי גם עם פחות ממחצית מן המספר הזה של סניפים. שלישית, השוואת התפלגות המכירות לאור מספר הסניפים מלמדת כי אין יחס ישר בין השניים. רביעית, מן הצדדים עצמם למדתי כי מרכיב עיקרי בהוצאות הרשת הינו שכר הדירה המשולם עבור הסניפים. מאחר שלדברי בורגר ראנץ חסרה הרשת סניפים נוספים במיקומים אטרקטיביים הרי שמרכיב ההוצאות בגין שכר דירה אף צפוי להאמיר באופן ניכר עקב המיזוג, בוודאי שלא יפחת מגודלו הנוכחי.

בנוסף, הצדדים לא הראו ולא הוכיחו רכיב חשוב בהגנת היעילות: **סינרגיה תחרותית משמעותית** הנוצרת עקב המיזוג.⁶⁸ יעילות העשויה להישקל בבחינת מיזוג אינה יכולה לנבוע מעצם הקמתו או חיזוקו של כוח שוק.⁶⁹ גם "שיפור הרווחיות" כשלעצמו אינו מהווה יעילות אשר נובעת מהמיזוג⁷⁰ ולא יכולה היתה לצמוח בדרך אחרת, שפגיעתה בתחרות קטנה יותר ("גידול פנימי" של הפירמה). גידול הנובע כל כולו מ"כיבוש" נתח המכירות של מתחרה ברכישתו, במקום בתחרות עימו על ליבו של הצרכן, גם אם צפוי הוא להביא לרווחיות, אינו "יעילות" המפיגה חשש כבד לפגיעה משמעותית בתחרות עקב יצירת מבנה דואופולי וסימטרי בענף עתיר חסמי כניסה. הכרה ב"יעילות" הנובעת מעצם הגידול בכוח הקס עקב רכישת מתחרה, מנוגדת למהות הבסיסית של דיני התחרות.

7. סוף דבר

תכליתו של פרק המיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים היא במניעת שינויים מבניים בענפי המשק, העלולים, בסבירות של ממש ליצור כוח שוק או לחזקו. דרכי התהוותו של כוח השוק מסווגות ככלל לשתי "משפחות": מיזוגים היוצרים כוח שוק עקב השפעתם **היוניטטרלית** – היוצרים כוח שוק לפירמה הממוזגת בפועלה בנפרד ממתחריה; ומיזוגים היוצרים כוח שוק על ידי חיזוק

⁶⁵ חביב, עמ' 39.

⁶⁶ **Merger Guidelines** §4: "When the potential adverse competitive effect of a merger is likely to be particularly large, *extraordinarily great cognizable efficiencies* would be necessary"

⁶⁷ **פרשת Heinz**: "Moreover, given the high concentration levels, the court must undertake a rigorous analysis of the kinds of efficiencies being urged by the parties in order to ensure that those 'efficiencies' represent more than mere speculation and promises about post-merger behavior." 2.

⁶⁸ J. Farrell & C. Shapiro, "Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis", 685, at 687: "Our preliminary analysis suggests that antitrust agencies should be relatively skeptical of efficiency claims based on simple scale economies."

⁶⁹ חביב, עמ' 39.

ההשפעות **המתואמות** בשוק כפי שיהיה לאחר המיזוג – אלו הם מיזוגים היוצרים מבנה שוק נוח במיוחד לתיאום משתמע.

השלכותיו של מיזוג על התחרות והערכת הסתברותו לפגיעה באופי ובמבנה התחרות כפועל יוצא של סוגי ההשפעות על התחרות המנויות לעיל, הן תוצאה של מספר גורמים: גידול ניכר בריכוזיות, אופי המבנה הענפי הנוצר, קיומם של חסמי הכניסה, קיומו או העדרו של כוח נגדי לצרכנים, הדינמיקה התחרותית בשוק, מגמת פניו של הענף וכיוצא בכל אלה. שכלול של כל אלה נעשה על רקע "נוסחת-על" פשוטה:

"An ideal antitrust policy would condemn mergers when the risk of oligopoly pricing or collusion is substantial and approve them when such risks are minimal."⁷¹

יצירת מבנה ענפי בן שני שחקנים והקמתה של **סימטריה** ביניהם,⁷² **בשוק רווי ועתיר חסמי כניסה**, בו קיימת כבר כיום **סטנדרטיזציה** לא מבוטלת בין המתחרים לגבי מחירים וארוחות, נושאת עימה פוטנציאל רב להפחתת תפוקה לפי מודל Cournot ובנוסף, מעצימה היא מאד את ההשפעות המתואמות בין מתי מעט המתחרים הנוותרים: המיזוג שלפני הוא מיזוג אופקי בין שני מתחרים ישירים בשוק ההמבורגרים בו פועלים נכון להיום שלושה שחקנים: מקדונלדס, בורגר ראנץ וברגר קינג. אישור המיזוג היה מוביל להיפלטות שחקן משמעותי משוק ריכוזי, ולעלייה ניכרת בריכוזיות בו עד ליצירת דואופול, אשר פוטנציאל פגיעתו בתחרות הוא רב. כל כך, כאשר חסמי הכניסה לשוק זה גבוהים, אפשרות כניסת שחקנים חדשים לשוק אינה סבירה, אין מדובר בענף מאויים (Contestable) מיבוא, קהל הצרכנים אינו מתוחכם ואין לו כוח נגדי.

לאור כל אלה היה עלי לקבוע כי המיזוג מקים חשש כבד לפגיעה משמעותית במבנה התחרותי של הענף וברמתה ועצימותה של התחרות בו. כך עשיתי. מכאן החלטתי להתנגד למיזוג ולעוצרו.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, על ידי כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג, תוך שלושים יום מהיום.

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ט כסלו, תשס"ד
14 דצמבר, 2003

⁷⁰ אראה §973 Areeda.

⁷¹ Hovenkamp, supra note 9, at 510

⁷² פס"ד **פודקלאב**, הערת שוליים 12: "חשיבות רבה נודעת, בהקשר זה, ל**סימטריה בנתחי השוק של המתחרים**. במקרה שלפנינו קיים פער גדול בין נתחי השוק של עוף טוב ותנובה, פער אשר יוצר ניגוד אינטרסים השולל, או מפחית עד מאוד, את החשש ליצירת תיאום אוליגופולי."