

4473
118

בהתאם לסעיף 21(ב)

מספר	שמות
4632	NICS N.V.
	מרקוני
	מרקוני
4633	החברו
	פינסני
4639	מיחשו
	ג'ון בו

המרשם של מיזוגי
בשעות העבודה הרגילות
י"ג בתשרי התשס"ב (30)
(חמ 2156-3)

ס"ח התשס"ח, עמ' 28

בתוקף סמכותי לפי
התשס"א (16 בספטמבר ונ
שפרטיו הם:

מס' תיק	ה
4459	חברת פל
	חברת רז
	חברת בר
	גליקמן ננ
	פרסום זר

בהתאם לסעיף 15א
ארגון צרכנים או כל אד
החלטת הפטור והתו
נשרים 22, קומה ג', ירוש
כ"ח באלול התשס"א (23)
(חמ 41-3)

ס"ח התשס"ח, עמ' 8

ילקוט הפרסומים 5028,

הודעה על מיזוג חברות

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 21(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אני מודיע על -

א. הסכמתי למיזוג של החברות כלהלן:

מספר	שמות החברות המתמזגות	העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות
4560	חברת אולפני אלרום (2000) בע"מ וידאוסוניק בע"מ	הפקת כתוביות לסרטי קולנוע דיבוב ותרגום שירותי הפקות טלוויזיה
3551	קוסט פורר את גבאי, רו"ח ברזילי ושות', רו"ח	שירותי ראיית חשבון שירותי ראיית חשבון

ב. הסכמתי בתנאים לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

מספר	שמות החברות המתמזגות	העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות
4541	קווי חופשה בע"מ רימון טיולים בע"מ	טיסות שכר וחבילות נופש טיולים מאורגנים לחו"ל ושירותי קרקע

ג. התנגדותי לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

ר	שמות החברות המתמזגות	העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות
4473	רבע כחול - ישראל בע"מ ירקון (פלס 2000) סיוטאות מזון בע"מ	רשת שיווק קמעונאי מרכול לשיווק קמעונאי
4571	אלתם - עין השופט אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ה.מ. שינגוט בע"מ	נטלים ורכיבים לייצור גופי תאורה משנקים ואביזרי עור לתאורה

המרשם של מיזוגי החברות פתוח לעיון הציבור במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, ירושלים,
בשעות העבודה הרגילות.

כ"א באלול התשס"א (9 בספטמבר 2001)
(חמ 2156-3)

ס"ח התשס"ח, עמ' 128.

דרור שטרם
הממונה על הגבלים עסקיים

הודעה על מיזוג חברות

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 21(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אני מודיע על הסכמתי למיזוג של החברות כלהלן:

מספר	שמות החברות המתמזגות	העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות
45	בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ בריטניקה ערוצי למידה בע"מ	שירותי טלפוניה ותקשורת תכנים לימודיים במדיה דיגיטלית ואחרים לימודיים באינטרנט

התנאים למיזוג מפורטים בחיק לעיון הציבור.

המרשם של מיזוגי החברות פתוח לעיון הציבור במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, ירושלים,
בשעות העבודה הרגילות.

ו' בתשרי התשס"ב (23 בספטמבר 2001)
(חמ 2156-3)

ס"ח התשס"ח, עמ' 128.

דרור שטרם
הממונה על הגבלים עסקיים

ילקוט הפרסומים 5028, ט"ו בחשוון התשס"ב, 1.11.2001

282

המועצה לביטחון הלאומי במשרד ראש הממשלה.
● קיצוץ של 3 מיליון שקל מתקציב "נתיב".
● קיצוץ של 15 מיליון שקל מתקציב ציב הכנסות.

● הפחתת כוח-אדם במשרדי הממשלה ב-2%, וקיצוץ מכסת השעות הנוספות והכוננויות ב-5% - בסכום כולל של 200 מיליון שקל.
● הקפאת כל החקיקה הפרטית שאושרה כבר בכנסת עד ל-2004.
● קיצוץ של 5 מיליון שקל מתקציב

● חסותה של 50 מיליון שקל ממענקי האיוון של משרד הפנים להשירות המקצועי.
● הפדרציה ותחנות גל"צ וגל"צ-אמר כירתן לגורמים פרטיים. צעד זה יחד פוץ לקופת המדינה 20 מיליון שקל בשנה.

מערב - עסקים	12.09.2001
17.38x7.65 3 6 עמ	1755867-9

חברות הכבלים ביקשו ממשרד התקשורת להסדיר את בעיות המיסוי לקראת המיזוג

טוענות: פערים בין חוק הבזק להוראות המפ"א עלולים לחייב אותנו במיסוי גבוה בעת המיזוג

חס ליריעה גורם בכיר במשרד אמר שלדעתו מדובר בבעיה שהחברות צריכות לפתור מול מס הכנסה ולא מול המשרד, אך למרות זאת המשרד יכרוך את הסוגיה. שר התקשורת ראובן ריבלין אמר אתמול שיושג מיזוג בין חברות הכבלים עד סוף תקופת החגים בתשתית ויוכסחו התנאים למיזוג גם בתחום התוכן לכשתתבסס חברת הלוויין.

במסגרת לכל פעילות, כך שלא ברור מי מהחברות צריכה לקבל את השינוי, חברת התקשורת או חברת השידורים. על-פי יועצי המס של החברות, נוצר מצב מסוכן מאוד מבחינת הוראות מס הכנסה ולכן דרושה התערבות של משרד התקשורת כדי שהן יוכלו למצוא את היתרונות המיסיים לכשי-תבצע מיזוג חברות הכבלים. ממשרד התקשורת סירבו להתיי-

בה ביקשו ממנו החברות להסדיר את אחריותן בחוק כדי שהן יוכלו לקבל את כל האישורים והאגטים ממס הכנסה לקראת המיזוג. כמו כן חששו שות החברות כי אחריותן עלולות לחייב אותן במיסוי גבוה בעת המיזוג. בעיית המיסוי עלתה מכיוון שחברות הכבלים מוזנקות על-ידי מספר רב של חברות ואילו תקנות המפ"א קובעות כי יש צורך בהקמת חברות

באות נד פרץ

חברות הכבלים פנו למשרד התקשורת בבקשה לסייע להן בבעיות המיסוי שנובעות מאחריותן בין חוק הבזק לתקנות המפ"א (מפעילי ניס-אריז) שקבע המשרד. למעשה נדרש כי בשבוע שעבר נערכה פגישה בין נציגי חברות הכבלים לבין מנכ"ל משרד התקשורת אורי אולניק, במהלך

הארץ - כותרת	12.09.2001
11.9x12.84 84 10 עמ	1756753-4



רשות ההגבלים העסקיים
הודעה על מיזוג חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 21 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988:

א. אני מודיע על הסכמתי למיזוג של החברות להלן:

מספר	שמות החברות הממוזגות	העיסוק העיקרי של החברות הממוזגות
4560	חברת אולמי אלהים (2000) בע"מ ודאטאניק בע"מ	חפיקות כרטיסיות לסרטי קולנוע דיגיטלי ותרומם שירותי הפקות טלוויזיה

ב. אני מודיע על הסכמתי בתנאים לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

מספר	קווי חפיקה בע"מ רימון טקסטים בע"מ	סיסות שכר וחבילות נוסח טקסטים מאורגנים לחיל ושירותי קרקע
4541		

ג. אני מודיע על התנגדותי לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

מספר	רבע כחול - ישראל בע"מ ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מאן בע"מ	רשות שיווק קמעונאי מרסל לשיווק קמעונאי
4473		
מספר	אלתם - עין השופט אגודת שיתופית ח.מ. שיעוט בע"מ	נטלים ורכיבים לייצור גמי תאורח משנקים ואביזרי עזר לתאורח
4571		

המרגש של מיזוגי החברות מותס לעין הציבור במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב בנימין 22, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

דוד שטרם
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"א באלול תשס"א
9 בספטמבר 2001
(1) ס"ח התשמ"ח, עמ' 128

58



רשות ההגבלים העסקיים

16.9.01, ירושלים
מזג 4473

אל: הממונה על חקיקת משנה, משרד המשפטים, ירושלים
מאת: רשות הגבלים עסקיים

הנדון: הודעה על מיזוג חברות

מצ"ב הודעה על מיזוג חברות התתומה ע"י הממונה על הגבלים עסקיים לצורך פרסום ברשומות בהתאם לסעיף 21 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988.

אנא אשרו והעבירו לפרסום בהתאם.

בברכה,

צפורה נחמו, עו"ד
רשות הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים
הודעה על מיזוג חברות לפי חוק

ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988

בהתאם לסעיף 21 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988(1):

א. אני מודיע על הסכמתי למיזוג של החברות כלהלן:

מספר	שמות החברות המתמזגות	העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות
4560	חברת אולפני אלרום (2000) בע"מ וידאוסוניק בע"מ	הפקת כתוביות לסרטי קולנוע דיבוב ותרגום שירותי הפקות טלוויזיה

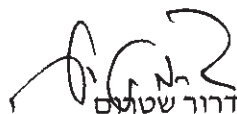
ב. אני מודיע על הסכמתי בתנאים לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

4541	קווי חופשה בע"מ רימון טיולים בע"מ	טיסות שכר וחבילות נופש טיולים מאורגנים לחו"ל ושירותי קרקע
------	--------------------------------------	--

ג. אני מודיע על התנגדותי לאישור המיזוג של החברות כלהלן:

4473	רבע כחול – ישראל בע"מ ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ	רשת שיווק קמעונאי מרכול לשיווק קמעונאי
4571	אלתם – עין השופט אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ה.מ. שינגוט בע"מ	נטלים ורכיבים לייצור גופי תאורה משנקים ואביזרי עזר לתאורה

המרשם של מיזוגי החברות פתוח לעיון הציבור במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.


דור שטיקא

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"א באלול תשס"א

9 בספטמבר 2001

ס"ח התשמ"ח, עמ' 128

רח' כנפי נשרים 22, ת.ד. 34281 ירושלים 91341 טלפון: 02-6556111 פקס: 02-6515330

jerusalem@antitrust.gov.il

256270 / 1361



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, כ"ג תשרי, תשס"ב

10 אוקטובר, 2001

מזג: 4473

פקס: 03-6091116

פקס: 03-5663686

לכבוד
מר אילן שמעוני, עו"ד
הר סיני 1
תל אביב 65816


לכבוד
גבי טל אייל-בוגר, עו"ד
פישר, בכר, חן ושות'
דניאל פריש 3
תל אביב 64731

הנדון: נימוקי ההתנגדות למיזוג: הריבוע הכחול ישראל בע"מ –
ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

מצ"ב הנימוקים להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בהתאם לסעיף 20 (ב) לחוק ההגבלים
העסקיים התשמ"ח - 1988 (1), למיזוג של החברות הבאות:

1. רבוע כחול – ישראל בע"מ
2. ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

בברכה,



צפורה נחמור, עו"ד
רשות הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקים להתנגדות למיזוג

הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

ביום 18.4.2001 חתמה רשת השיווק הקמעונאית, הריבוע הכחול ישראל בע"מ ("הריבוע הכחול") על הסכם עם חברת ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, לרכישת "סופרמרקט חביב" ("חביב") – סופרמרקט מוביל באזור צומת ירקון שבין פתח-תקווה לראש העין, ואחד הסופרמרקטים העצמאיים הגדולים בישראל (עסקה זו תיקרא להלן: "המיזוג").

בהתאם למצוות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ("החוק"), נדרש המיזוג לאישורי, אותו רשאי אני ליתן רק אם אין הוא מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. לאחר שהמחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים גיבשה את תמונת המצב התחרותית נתבחרה מלוא השפעתו המזיקה של המיזוג על התחרות: חיזוק ההגמוניה של שתי רשתות השיווק הגדולות (בהן הריבוע הכחול) המובילות יחדיו ענף אוליגופוליסטי זה; חיזוק כוחה המונופסוני של הריבוע הכחול ברמה הארצית מול ספקי המזון השונים, וכן – הפחתת התחרות הצפויה בשוק הגיאוגרפי הרלבנטי. זאת ממספר טעמים: ראשית, כתוצאה מן העובדה כי הריבוע הכחול עמדה להיכנס אל המתחם הנזכר באורח עצמאי, על רגליה שלה וכמתחרה, טרם שנתגלגלה לידה ההזדמנות לרכוש את חביב ולקנות תחרות מבעוד מועד; ושנית – כפועל יוצא מן העובדה כי במתחם הקונקרטי בו ממוקם חביב, אשר יצאו לו, בשוק הרלבנטי, מוניתין כמתחם זול במיוחד – קיימים רק מרכולים עצמאיים, שאינם מסוגלים לרשתות הגדולות, והמוכרים בהיקפים גדולים ובמחירים זולים. השתלטות הריבוע הכחול, המוכר בחלק מסניפיו במחירים גבוהים, על מרכול מרכזי כחביב עשויה, בסופו של דבר, לפגוע בצרכן.

לאור אלה, כפי שיפורטו להלן, מצאתי כי קם חשש כבד שהמיזוג המוצע יגדיל משמעותית את הריכוזיות בשוק הרלוונטי, ימנע כניסה עצמאית – שתוכנה – של הריבוע הכחול, כמתחרה נוסף, למקטע הסופרמרקטים המוזלים בשוק ויגדיל משמעותית את החשש להתנהגות מתואמת בשוק. חשש זה משתלב היטב במגמה הכללית, אותה אשרטט בהמשך הדברים, של הידרדרות התחרותיות בקמעונאות המזון בישראל בכלל ובמקטע הרשתות שבו, בפרט.

מעבר לצריך אציין כי אף שנתבקשו לכך במפורש, לא הציגו בפני הצדדים למיזוג כל היבטים ממשיים של יעילות פרו-תחרותית, פרטנית, נקודתית ומכומתת, הנובעת מן המיזוג והסתפקו, גם בתשובה לדרישת הרשות, בטיעון כוללני.

נוכח כל אלה באתי למסקנה כי בנסיבות העניין, כאשר מדובר ברכישת סופרמרקט גדול ומרכזי כחביב – מחויב אני להתנגד למיזוג. להלן פירוט טעמי להתנגדות זו.

רח' כנפי נשרים 22, ת.ד. 34281 ירושלים 91341 טלפון: 02-6556111 פקס: 02-6515330

jerusalem@antitrust.gov.il

254306 /4473

תוכן עניינים

3	המיזוג	א.
3	1. סקירת השחקנים בענף קמעונאות המזון	
5	2. הסכם המיזוג	
6	ב. הידרדרות התחרותיות בתחום הקמעונאות המזון בישראל	
13	ג. השפעתו של המיזוג על התחרות – פירוט	
14	1. הגדרת שוק המוצר	
18	2. הגדרת השוק הגיאוגרפי	
21	3. המתחרים בשוק והריכוזיות בו	
23	4. נתחי השוק ומפת הריכוזיות	
25	5. תחולת מדדי הריכוזיות האמריקאיים בישראל	
27	6. חסמי הכניסה לשוק	
27	7. הפגיעה התחרותית: המיזוג מגדיל באופן	
28	משמעותי את החשש להתנהגות מתואמת בשוק	
28	8. הפגיעה התחרותית: מניעת תחרות מצדו של מתחרה	
34	פוטנציאלי משמעותי	
37	9. הפגיעה התחרותית חיזוקו של כוח קנייה בידי הריבוע הכחול	
38	ד. אין במיזוג יעילויות המחפות על פגיעתו בתחרות	
42	ה. סוף דבר	

א. המיזוג

1. סקירת השחקנים בענף קמעונאות המזון

מעטים הם תחומי המסחר אשר השפעתם על משקי הבית חובקת-כל, ישירה ומרכזית כתחום קמעונאות המזון. כל משק בית צורך מזון, וקמעונאי המזון הם הממשק אליו יפנו הבריות לרכישת המזון הדרוש להם. בהיותם ממשק, פועלים קמעונאי המזון בשני מישורים נפרדים: מול הצרכן – לו מספקים הם שירותי רכישה של מוצרי מזון ומכולת; ומול הספקים – להם מעניקים קמעונאי המזון שירותי הפצה ושיווק של מוצריהם לציבור הרחב.

תחום קמעונאות המזון בישראל נמצא במגמת השתלטות של שתי רשתות ענק – שופר-סל בע"מ ("שופר-סל") והריבוע הכחול, היא החברה הרוכשת במיזוג שבפניי. במרחק לא מבוטל בעקבותיהן תימצא רשת גדולה שלישית: קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ ("קלאבמרקט") אשר עתידה מוטל על הכף ואשר בשליטה ובבעלות בה מתחוללים בימים אלה חילופי גברי. רשתות אלה מפעילות תתי-רשתות, הפונות למקטעים שונים: רשתות למגזר הדתי/חרדי,¹ רשתות עירוניות (הנוטות להיות יקרות יותר)² ורשתות מוזלות.³ מן הדברים עולה מסקנת ביניים, לה אדרש עוד בהמשך:⁴ בחלק ניכר מתתי הרשתות של רשתות הענק נמכרים מוצרים במחירים הגבוהים יותר, לעתים באופן משמעותי, מאשר מחירי אותם מוצרים הנמכרים בתתי הרשתות המוזלות של אותן רשתות ענק.

בצד כל אלה יימצאו רשתות קטנות וסופרמרקטים עצמאיים, עליהם נמנה חביב. הגדולות שברשתות הקטנות הן חצי חיים ("חצי חיים"), קו אופ ירושלים- רשת סופרמרקטים 1992 בע"מ ("קו אופ ירושלים"), טיב טעם רשתות בע"מ, ברכת הארץ בע"מ, רמי לוי שיווק השקמה בע"מ, ויד יצחק סיוטאות מזון בע"מ ("יד יצחק").

בסמוך לרשתות הקטנות יימצאו הסופרמרקטים העצמאיים. הסופרמרקט חביב, אשר אישור לרכישתו מתבקש פה, הוא מן הגדולים והבולטים שבהם. חביב ממוקם, מזה שנים, בצומת

¹ בקבוצה זו נכללות תת-הרשת ברכת רחל של רשת השופר-סל, תת-הרשת שפע מהדרין של רשת הריבוע הכחול, ותת-הרשת גלאטמרקט של רשת קלאבמרקט.

² תתי-הרשתות בקבוצה זו כוללות את תת-הרשת שופר-סל, תת-הרשת סופר-קו-אופ (של הריבוע הכחול) ותת-הרשת קואופ 1 (של קלאבמרקט).

³ תתי-הרשתות המוזלות כוללות את קוסמוס ויוניברס (שתיהן של שופר-סל), את מגה (של הריבוע הכחול), ואת רשתות מטרו וגמבו (שתיהן של קלאבמרקט). רשתות הענק אף מפעילות תתי-רשתות המכוונות למקטע שבין הסופרמרקטים המוזלים לבין הסופרמרקטים העירוניים. תתי-רשתות אלו כוללות את היפרנטו (של שופר-סל), סופר סנטר וסופר סנטר סיטי (של הריבוע הכחול), זיל וזול, היפרזול, קלאבמרקט ורב מכר (של קלאבמרקט). אף שמקטע זה סמוך למקטע המזול, אין מדובר במקטע אחד. סניפי מקטע הביניים נוטים להימצא באזורי תעשייה או בפאתי ערים ולא מחוץ לערים, מחזור המכירות שלהם קטן יותר ממחזור המכירות של סופרמרקטים מוזלים, ושטחם נוטה להיות קטן יותר משטח החנויות המוזלות. מדיונים בדיקטוריון הריבוע הכחול וממצגת שנערכה עבורו בעניין רכישת חביב ניתן ללמוד שסניפי מקטע הביניים של הריבוע הכחול לא נתפסו כמתחרים בחביב (ולכן, בסופרמרקטים מוזלים ככלל). באותם דיונים ובמצגת נאמר כי הפדיון של חביב הוא "נטו...ללא פגיעה בסניפים של הרשת". לריבוע הכחול סניפים של מקטע הביניים בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי.

⁴ עמ' 31 – 32 להחלטה זו

ירקונים שבפאתי פתח-תקוה, בקרבה לציר הרוחב החשוב "חוצה שומרון" וככזה מנקז הוא אליו קונים מראש העין, כפר-סבא, הוד השרון, ואף מאזורים מרוחקים יותר. היקף מכירותיו נכבד ומשמעותי ביותר ביחס לסופרמרקט עצמאי: כ- 200 מיליון ₪⁵ - המהווים כ- 7.5% מכלל מכירות הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים בישראל. לחביב מוניטין של סופרמרקט גדול וזול.

בעוד שהצרכן ימצא ברשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים תחליף לסניפי רשתות הענק, הרי שנקל להבחין כי פערים גדולים קיימים בין היקפי הסחר של רשתות הענק לאלה של הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים. כך, לשם המחשה:

- מחזור מכירותיה של הקטנה שברשתות הענק, קלאבמרקט, גדול פי 6 כמעט ממחזור מכירותיה של הגדולה שברשתות הקטנות - חצי חנים בע"מ ("חצי חנים");
- מחזור מכירותיו של הריבוע הכחול גדול בלמעלה מפי 9 מזה של חצי חנים;
- מחזור המכירות של השופר-סל גדול מזה של חצי חנים בלמעלה מפי 10.

גודל מחזורי המכירות של רשתות הענק ובראשן שופר-סל והריבוע הכחול, כמו גם פריסתם הארצית אשר התרחבה, הסתעפה והתעצמה במשך השנים, מקנה להם כיום מעמד מיוחד אשר על אופיו אעמוד בהמשך הדברים. לאור הדברים האלה לא ייפלא כי הרשתות הקטנות מתגמדות אל מול רשתות הענק לא רק בהשוואה אחת לאחת, אלא גם כקבוצה: כך, כל חלקם של הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים יחדיו (במונחי מחזור מכירות) עומד על כ- 16% בלבד מתחום קמעונאות המזון בכללותו. חלקן של רשתות הענק הוא, למותר לציין, גדול פי כמה.

זאת ועוד - שלא כרשתות הענק, הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים אינם פונים בסניפים שונים לכל פלחי האוכלוסייה השונים, אלא מכוונים לפלח מסוים. הסופרמרקט חביב, בו עסקין כאן, כמו גם סניפי הרשת הקטנה חצי חנים, הם מרכולים גדולים ומוזלים, אשר רשתות הענק הקימו גם הן כמותם - תחת השמות הנבדלים: קוסמוס, יוניברס, מגה, מטר וג'מבו. ברם, בעוד רשתות הענק - ובהן הריבוע הכחול - מוכרות חלק ניכר ממוצריהן גם במחירים גבוהים יותר (בכל תתי הרשתות שאינן מוזלות), הרי שחביב מוכר את מוצריו במחירים מסוג אחד בלבד - זולים.

המקטע המוזל - בו עסקין - מתאפיין במחירים זולים באופן משמעותי מאלה הנהוגים במקטעיה האחרים של קמעונאות המזון, וכן - בחנויות בעלות שטח גדול ושפע מקומות חנייה, פדיון גבוה ביותר (לעתים פי עשר ויותר מפדיון סופרמרקט עירוני), ובמיקום בשטחים שמחוץ לערים, בסמוך לצירי נסיעה עיקריים. מאפיינים אלה נועדו לאפשר גישה נוחה תוך זמן נסיעה

⁵ היקף מכירותיו של חביב בשנת 2000 הסתכמו בכ- 39 מיליון ₪, אך נתון זה אינו משקף נכונה את משקלו התחרותי (אף באותה שנה), שכן הסופרמרקט נשרף בפברואר שנת 2000 ושוקם רק לקראת סוף אותה שנה. מאז נפתח מחדש,

קצר למירב הלקוחות הפוטנציאליים, על מנת למשוך כמות לקוחות גדולה מזו הפוקדת סופרמרקטים אחרים. בדרך זו משיג הסופרמרקט הזול מחזורי הכנסה גבוהים מאוד, וקולט אליו, ככלל, את הצרכנים הניידים ורגישי המחיר.

מלבד רשתות הענק, הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים, ימצא בין יושבי תחום קמעונאות המזון מספר גדול מאוד של מכולות וירקנים. הללו שונים מאד מן הסופרמרקטים, הן במגוון המוצרים שהם מציעים והן בהיקף הכספי של פעילותם. מכולות עירוניות מציעות קרבה לבית הצרכן וקשר אישי עם הבעלים (התורם לנאמנות מצד הצרכן),⁶ ואילו קמעונאי מזון הפועלים בשווקים מציעים מחירים זולים, אך נחותים מן הסופרמרקטים בתנאים הנלווים (מקום חנייה, צפיפות, רמת הניקיון היחסי וכו').

כללו של דבר – המיזוג שבפניי, בפן התחרותי שלו, מתווה "בליעה" של סופרמרקט עצמאי, גדול, זול ומשמעותי מאוד בשוק הגאוגרפי בו הוא פועל, על ידי אחת משתי רשתות הענק המובילות בישראל. רכישה זו היא המשך למגמה בולטת של התעצמות בגודלן וכוחן של רשתות הענק, אשר תפורט בהמשך הדברים.⁷

2. הסכם המיזוג

על פי הסכם המיזוג, ירכוש הרבוע הכחול את נכסי חביב (לרבות המוניטין והתחייבות המוכרים לאי-תחרות), בתמורה לכ- 10.5 מיליון דולר.⁸ תניית אי-תחרות, שתחולתה גורפת - ארצית,⁹ הושתה על המוכרים (בעליו הנוכחיים של חביב), ואוסרת עליהם להקים, להפעיל, לנהל או להשתתף בעסק מסוג סופרמרקט, למשך תקופה בת 10 שנים.¹⁰

במסגרת ההסכם רוכש הרבוע הכחול אף את מלאי הסחורות של חביב, בתמורה למחיר רכישתם בפועל על ידי חביב או בהתאם למחיר בו נוהג הרבוע הכחול לרכוש אותן סחורות – לפי הנמוך מבין השניים.¹¹

נע היקף מכירותיו החודשי בין 16 מיליון ₪ ל- 18 מיליון ₪. קרי, מדובר בהיקף מכירות של כ- 200 מיליון ₪ בשנה.

⁶ראו, למשל: יוזמה בע"מ – ייעוץ ויזמות עסקית, ענף רשתות שיווק המזון: חלק א': סקירה, מיפוי ואבחון (1998), בעמ' 60.

⁷אדגיש כי הגידול במשקלו של המקטע המרושת בכלל רכישות המזון בישראל אינו מבטא כשלעצמו ובפני עצמו פסול תחרותי. רכישה ברשת מזון מעניקה לצרכן יתרונות חיוביים והיא מבטאת התייעלות ברוכה. אלא שבכך אין כדי לפתור את הבעיה הנוצרת כאשר המקטע המרושת הולך והופך ריכוזי יותר ויותר, כמפורט בהמשך החלטתי זו.

⁸תמורת הרכישה הוקצתה כד: עבור הציוד – 3 מיליון דולר; עבור המוניטין – 1.5 מיליון דולר; עבור הרשות לעשות שימוש בשם "חביב" – 0.5 מיליון דולר; עבור קבלת שירותי ייעוץ מבעלי המניות של חביב, כ- 2 מיליון דולר; ועבור תניית אי-תחרות – 3.5 מיליון דולר. התמחור הגבוה אשר ניתן לתניית אי-תחרות, כמו גם תחולתה הרחבה במישור הגאוגרפי ובמישור הזמן, מעידים על האיום התחרותי שרואה הריבוע הכחול בחביב.

⁹למעט חנות אחת בקריית אונו, אותה מפעיל אחד מתוך שלושת הבעלים הנוכחיים של חביב.

¹⁰תנית אי-תחרות כנוסחה כאן חורגת משמעותית, במישור גאוגרפי ובמישור הזמן, מהמינימום הנדרש להגנה על האינטרסים הלגיטימיים של רוכש עסק. תריגה זו כבילה עירומה היא ולפיכך פסולה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

¹¹תניה זו פוגעת בתחרות במנותק מן ההשפעות התחרותיות של רכישת חביב. באמצעות תניה זו מגלה הריבוע הכחול את המחירים בהם מתקשר מתחרו, חביב, עם ספקים. אם יגלה הריבוע הכחול כי במוצרים כלשהם נהנה חביב ממחירים נמוכים יותר, יוכל לתבוע אף הוא מן הספק הנחה דומה, תוך ניצול כוח הקנייה שבידיו (על כוח

ב. הידרדרות התחרותיות בתחום קמעונאות המזון בישראל

התחרותיות בקמעונאות המזון בישראל הולכת ומתמעטת. העלייה המתמדת בכוחן של רשתות הענק היא דו-פנית: הגידול בכוחן אל מול הצרכנים מתבטא בכך שכיום מוכרות רשתות הענק נתח גדול ביותר מכלל מכירות המזון בישראל ובגידול בהיקף נקודות המכירה שלהן. בה בעת יש בידן כוח קנייה מוגבר כלפי הספקים של מוצרי מזון: ככל שנפת המכירות של רשתות הענק לצרכנים הולך וגדל – כן נזקקים הספקים יותר ויותר לשירותיהן. במצב זה אין ספקי מוצרי המזון יכולים להרשות לעצמם שמוצריהם לא יופיעו על מדפי אחת מרשתות הענק. תוצאת הדבר היא כוח קנייה מוגבר של רשתות הענק אל מול הספקים הנזקקים לשירותיהן.¹² ההכרה בהתעצמות כוחן של הרשתות והשתלטותן על החלק הארי ממכירות קמעונאי המזון בישראל, היא גם נחלתם של הצדדים למיזוג, ובפרט של הריבוע הכחול, אשר מעריך כי "תוך כ-4 שנים הרשתות תהיינה 70% מהשוק".¹³ נקל להבין אפוא כי כוחן של הרשתות צפוי לגדול עוד.

התעצמות כוחן של רשתות הענק מוצאת ביטוי גם בנתוני הריכוזיות: בשנת 1995 עמד מדד HHI, מדד מקובל למדידת ריכוזיות, על כ-1,800 נקודות, ומדד C2 (נתח השוק המצרפי של שתי החברות הגדולות בשוק) על 56.14%.¹⁴ כיום, שש שנים מאוחר יותר, עומד מדד HHI בענף על כ-2,500, ומדד C2 על 65%. מאלף במיוחד העיון במדד C3, המבטא את נתח השוק של שלוש רשתות הענק: מדד זה עומד כיום על 84% כאשר בשנת 1995 המדד האמור עמד על 67% נתונים אלה מצביעים על מגמה ברורה ומדאגה של ריכוזיות יתר.¹⁵ באספקלריה השוואתית לנעשה במדינות אחרות נלמד כי מדד HHI בענף קמעונאות המזון בבריטניה עומד על כ-1,500.¹⁶ בארצות-הברית קיימות למעלה מ-100 רשתות סופרמרקטים עיקריות. נתח השוק הלאומי של

הקנייה ארחיב להלן, בפרק ב'). מכיוון שספקים צופים אפשרות לפיה ייודעו לאחת הרשתות הגדולות, בדרך זו, המחירים בהם מתקשרים הספקים עם מחוללי תחרות, ייטו להימנע מלתת למחוללי התחרות מחירים נמוכים מאלו הניתנים לרשתות. בנוסף, הסכם המקנה לאדם מידע על עלויותיו של מתחרהו עלולות להקל הן על התנהגות מתואמת בשוק והן על היכולת לנהוג באופן טורפני כנגד המתחרה. אולם, בדומה לתגית אי-התחרות שהוזכרה לעיל, אף הדיון בתניה זו מתייטר לנוכח התנגדותי למיזוג בו היא כרוכה.

¹² אין באמור כדי לבטל את העובדה כי חלק מן הספקים אשר לחם מונופולין בתחומם ויש והרשתות נזקקות למוצריהם. אלא שלא תמיד נהנה הצרכן מ"מפגש כוחות" זה ולא תמיד יוצאת התחרות נשכרת הימנו.

¹³ בהשוואה למעלה ממחצית האם הדברים נאמרו בדיון בישיבה מיום 17.4.2001 של ועדת השקעות וכספים בריבוע הכחול.

¹⁴ אומדן משוער בהתבסס על הנתונים בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מיזוג קואופ צפון אגודה שיתופית בע"מ עם רשת היפרשוק (1988) בע"מ (החלטה מיום 25.6.95).

¹⁵ לשם השוואה, הנחיות רשויות ההגבלים העסקיים בארה"ב לגבי מיזוגים אופקיים מגדירים שוק בו מדד ה-HHI עולה על 1,200 כשוק בעל ריכוזיות בינונית, ושוק בו אותו מדד עולה על 1,800 כשוק בעל ריכוזיות גבוהה. See: 1992 Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, §1.5 (hereinafter: Merger Guidelines).

¹⁶ Competition Commission, Supermarkets – A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom (2000), Table 2.2 (hereinafter: Competition Commission Report).

ארבע החברות הגדולות הוא כ-42%. אף באותם שווקים אזוריים בהם הריכוזיות גבוהה יותר, מגיע נתח השוק של שלוש-ארבע הרשתות הגדולות באותו אזור לכ-60%.¹⁷

הגידול בריכוזיות נגרם לא רק בשל התמעטות המתחרים אלא גם בשל עליית חלקן היחסי של רשתות הענק בענף. משקלן של רשתות שיווק המזון מתוך סך שיווק המזון בארץ נאמד כיום בלמעלה ממחצית,¹⁸ לעומת כשליש (34%) בשנת 1994. בין השנים 1995 ל-1999 גדל היקף המכירות הריאלי של רשתות שיווק המזון בכ-46%,¹⁹ ואילו סך הצריכה הפרטית של מזון גדל ריאלית בכ-8.5% בלבד;²⁰ כלומר, **שיווק המזון ברשתות שיווק המזון גדל בשנים אלה בכ-35% יותר מאשר גידול סך צריכת המזון**. כאמור, לפי הערכת הריבוע הכחול הוא צפוי לגדול עוד.

הריבוע הכחול, המבקש לרכוש, במסגרת המיזוג שבפניי, את אחד הסופרמרקטים העצמאיים הגדולים בישראל, הוא ממובילי מגמת הגידול בריכוזיות: מספר הסניפים שלו עלה בין השנים 1996 ל-2000 מ-121 סניפים ל-168 סניפים, והיקף מכירותיו בשנים אלו עלה מ-3,761 מיליון ₪ ל-5,199 מיליון ₪.

התיאוריה הכלכלית שבבסיס דיני ההגבלים העסקיים גורסת כי קיים מתאם חיובי בין ריכוזיות השוק לבין כוח השוק של החברות המצויות בו (או לפחות חלקן) ואי התחרות ביניהן.²¹ הדינמיקה בתחום קמעונאות המזון בישראל תואמת תיאוריה זו. כאמור לעיל, ענף קמעונאות המזון מצוי בתהליך של גידול בריכוזיות, כאשר רשתות הענק המובילות את התחום הולכות ומתחזקות בגודלן (וכפועל יוצא מכך – גם בכוח הקנייה שלהן מול ספקי המזון). מבדיקה שערכה רשות ההגבלים העסקיים נמצא כי בשנים האחרונות אף הולך וגדל הפער בין המחיר הסיטונאי בו רוכשות רשתות השיווק את מרכולתן מספקי המזון – לבין המחיר הקמעונאי, אותן נדרש הצרכן לשלם בגין אותם מוצרים. בעוד המחיר שמשלמות רשתות השיווק לספקי המזון מדדה מאחורי מדד המחירים לצרכן (ולכל היותר מצליח, לעתים, להדביק), הרי שהמחיר אותו גובות הרשתות מן הצרכן בגין אותם מוצרים עולה בקצב גבוה בהרבה מאותו מדד.

¹⁷ Report of the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry, at p. 60.

¹⁸ על פי נתוני סקר גאוקרטוגרפיה שנערך עבור התאחדות התעשיינים באפריל 2001 כ-58.5% מכלל ההוצאה של משקי בית (במגזר היהודי) על מזון ומוצרי סופרמרקט מופנה היום לרשתות המזון הגדולות.

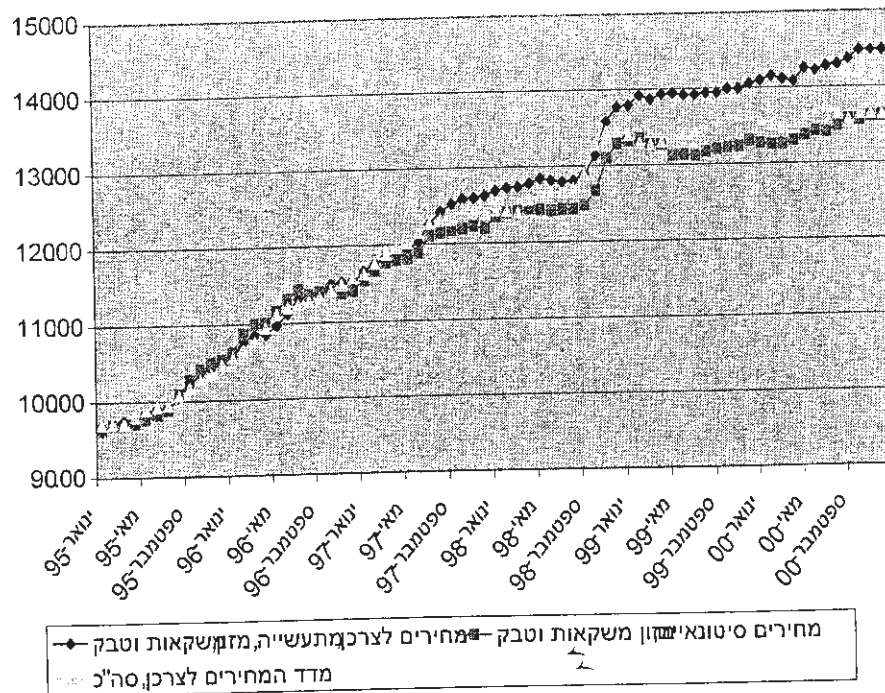
¹⁹ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל 2000, לוח 17.1. על פי נתוני סקר גאוקרטוגרפיה שנערך עבור התאחדות התעשיינים באפריל 2001 עולה כי שיעור הגידול של הרשתות בשנה האחרונה עומד על כ-13%.

²⁰ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל 2000, לוח 6.3.

²¹ Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 2nd, 1999: "Under practically every theory about hoe mergers can facilitate anticompetitive behavior, market concentration is relevant...if the feared result is noncooperative oligopoly behavior of the Cournot variety, the inverse relationship between the number of firms and anticompetitive consequences is equally robust." See also P.E. Areeda, H. Hovenkamp & J. Solow, IIA Antitrust Law ¶404d1 (1995) ("...most inquiries reveal a significant relationship between concentration and rates of return.").

ניתן לראות מגמה זו בתרשים הבא:

²² **תרשים 1: התפתחות מחירים על פני זמן – מזון, משקאות וטבק**

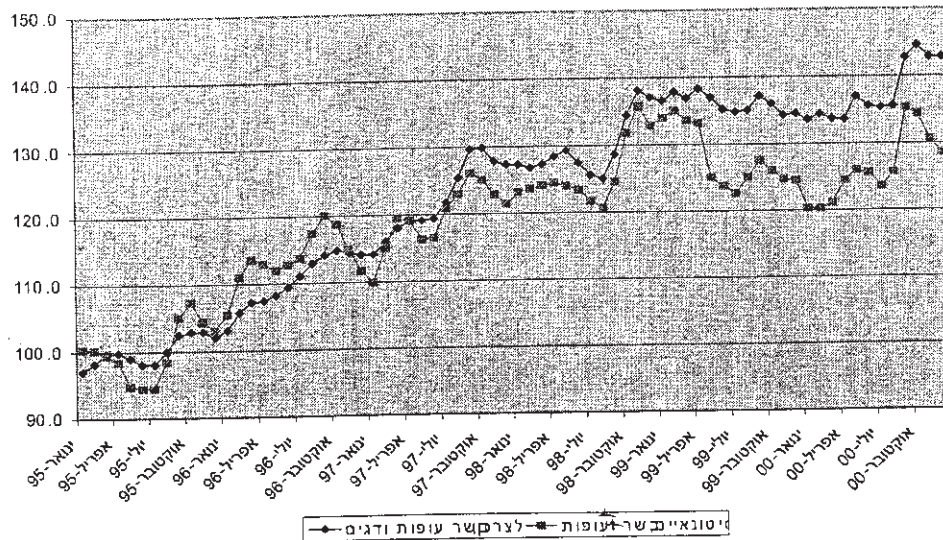


ירידה במחיר שמשלמת הרשת לספק מזון היא הוזלה של עלות. כוחן של רשתות הענק להימנע מלהעביר חסכון זה בעלויותיהן אל הצרכן בולט בתקופה שלאחר הפיחות הגדול שהתרחש באוקטובר 1998: הפיחות הביא לזינוק חד הן במחירים הסיטונאיים והן במחירים לצרכן, אך כאשר המחירים הסיטונאיים ירדו לאחר מכן, לא הצטרפו אליהם המחירים לצרכן ולא חלה בהם ירידה ממשית. לא כך הם הדברים בשוק תחרותי: כל הוזלה בעלויות מתרגמת להוזלה במחיר לצרכן, שתפקידה למשוך כמה שיותר לקוחות אל הרשת המוזילה.

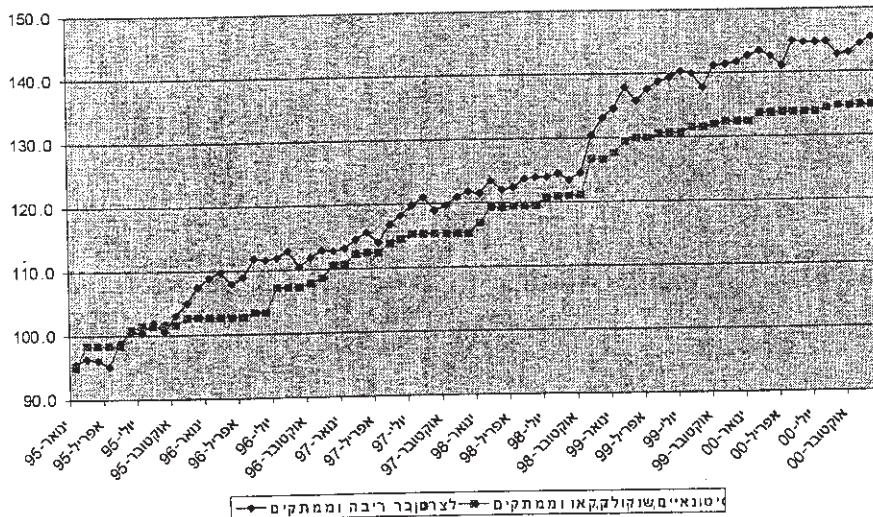
²² מקור הנתונים: עיבודי הרשות על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

תמונה עגומה זו אינה משתנה כאשר בוחנים קבוצות מוצרים ספציפיות בתוך הענף:

תרשים 2: התפתחות מחירים על פני זמן – בשר ועופות²³



תרשים 3: התפתחות מחירים על פני זמן – ממתקים, שוקולד, סוכר וריבות²⁴



²³ מקור הנתונים: עיבודי הרשות על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

²⁴ מקור הנתונים: עיבודי הרשות על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

במסקנות אלה תומך גם דו"ח שנערך עבור משרד האוצר ורשות ההגבלים העסקיים על-ידי הכלכלן, ד"ר אילן מעוז, ואשר מצא כי בתקופה שנבחנה (1996-2000) לא נהנה הצרכן מן הירידה במחירי היבוא (הסיטונאי) של מוצרי מזון.²⁵ לא למותר להדגיש בשנית כי בתנאי שוק תחרותי ניתן היה לצפות כי חלק מירידה זו ימצא, למצער, ביטוי במחיר מופחת לצרכן. כזאת לא אירע.

ככלל, פער כזה, ההולך וגדל, בין השינוי במחיר הסיטונאי לבין השינוי במחיר לצרכן מלמד על כוח שוק המצוי בידי רשת השיווק, שכן בתנאי תחרות הייתה רשת השיווק נאלצת לגלגל אל הצרכן את מרבית החסכון בעלויותיה, ולא – היה הצרכן פונה למתחרה של הרשת – רשת מתחרה, סופרמרקט עצמאי או קמעונאים אחרים, אשר היו נכונים לשתפו בהוזלת המחיר הסיטונאי ולהוריד את המחיר לצרכן. רשת שיווק יכולה למנוע מן הצרכן את ההוזלה בעלויותיה (או לגבות ממנו סכום העולה על הגידול בעלויותיה) רק אם אין היא חוששת ממעבר לקוחות למתחרים אליהם יכולים הצרכנים לפנות, אם המתחרים פועלים באופן מתואם,²⁶ או – אם המתחרים אינם נהנים ממחיר סיטונאי נמוך כזה של רשת השיווק ולכן אינם מסוגלים להתחרות בה על המחיר לצרכן.²⁷

התחרותיות בענף קמעונאות המזון פגומה לא רק במישור שמול הצרכן, אלא אף במישור שמול הספק. רשתות הענק נהנות מכוח קנייה רב אל מול ספקי המזון. כוח זה בא לידי ביטוי הן בתשלומים הגבוהים שמקבלות רשתות הענק מן הספקים בעבור שטחי מדף אצלן והן בשוני רב בין התנאים מהם נהנות רשתות הענק מספקי המזון, לבין התנאים בהם מתקשרים עימם סופרמרקטים עצמאיים ורשתות קטנות.²⁸ על רקע זה אין מפתיעה התבטאותו של מנכ"ל הריבוע הכחול כי: **"ההנחה שלנו שמחירי הקנייה שלנו טובים מאלו של חביב"**

כך גם ציינו אנשי הריבוע הכחול, כיתרון מרכזי של עסקת המיזוג, כי תוספת הפדיון של חביב לפדיון הרשת – תשיא את כוח הקנייה של הריבוע הכחול כלפי הספקים:

"פדיון זה (של חביב – ד.ש.) יגדיל את כוח הקנייה של הרשת ומעמדה מול הספקים (בנוסחים וכו')"²⁹

²⁵ דו"ח על הזיקה בין מחירי יבוא של מוצרי מזון לבין רמת המחירים הקמעוניים של מוצרי מזון בשנים 1996-2000 (דו"ח מיום 10.7.2001).

²⁶ בין אם תיאום זה תנו פרי הסכמה (דהיינו, קרטל), או תולדה של החלטות עצמאיות בשוק אוליגופוליסטי (שוק שמאפייניו יוצרים תמריץ לשחקנים להתאים התנהגותם באופן חד-צדדי להתנהגות המתחרים).

²⁷ המחיר הסיטונאי הנמוך יותר ממנו נהנית רשת השיווק יכול להיות תוצאה של כוח מונופסוני, או תוצאה של יתרון לגודל. אף שמבחינת תועלת הציבור האפשרות האחרונה עדיפה על זו הראשונה, עדיין יש ביתרון זה משום חסם כניסה המשפיע על הניתוח התחרותי. כמו כן, אם סופרמרקטים עצמאיים כחביב, קטנים לאין שיעור בהיקפם מרשתות הענק, מתחרים בחן במחירים זולים – אותה הוא כי הרשת משיירת אצלה את המרווח המוגדל, ואין התחרות גורמת לה להעביר, את כולו או חלקו, לצרכן.

²⁸ ישיבת דירקטוריון מיום 17.4.2000.

²⁹ מצגת לדירקטוריון מחודש אפריל 2001.

בכך לא סגי: גם העמלות המשולמות על ידי רשתות הענק לחברות כרטיסי האשראי הן קטנות ביותר ועדיפות לאין ערוך על אלה המשולמות על ידי קמעונאי מזון אחרים. כך, העמלה הצולבת שמשלמות רשתות הענק לחברות כרטיסי האשראי היא כשליש מן העמלה שמשלמים סופרמרקטים עצמאיים ורשתות קטנות;³⁰ בנוסף על כל אלה, מחייבות הרשתות את הספקים לתת להן הנחות מיוחדות בפתיחת סניפים חדשים או בעת הסבת חנות מתת-רשת אחת לאחרת, והנחות נוספות בעת החדרת מוצרים חדשים לרשת.

פרקטיקות אלה ודומות להן, שלא זה המקום לקבוע בדבר חוקיותן, הן מושא לדאגה מצד רשויות תחרות במדינות אחרות. כך, לדוגמה, סיכמה נציבות התחרות הבריטית את חששותיה ממגוון רחב של פרקטיקות שבביצוען הודו הרשתות הגדולות בבריטניה:

"We conclude that five multiples (the major buyers—Asda, Safeway, Sainsbury, Somerfield and Tesco), each having at least an 8 per cent share of grocery purchases for resale from their stores, have sufficient buyer power that 30 of the practices identified, when carried out by any of these companies, adversely affect the competitiveness of some of their suppliers and distort competition in the supplier market—and in some cases in the retail market—for the supply of groceries. We find that these practices give rise to a second complex monopoly situation."³¹

פערים גדולים בריכוזיות השווקים בין ישראל לבין מדינות כבריטניה (שם נתפסת רשת המחזיקה בנתח שוק של 8% כמחזיקה בכוח שוק) עליהם עמדתי לעיל, מביאים לכך שהפגיעה המסתברת של פרקטיקות אלו בצרכנים בישראל גבוהה עוד יותר מפגיעתן בתחרות במדינות בעלות שוק ריכוזי פחות.

הראיתי לעיל כי כוח השוק שבידי רשתות הענק מאפשר להן שלא לגלגל לציבור ירידה במחירים הסיטונאיים. בדומה, אין לצפות כי הציבור ייהנה מן ההנחות והתשלומים שמקבלות רשתות הענק מן הספקים (אך אין מקבלים קמעונאי המזון האחרים). מנגד, אחת מתוצאותיהם השליליות החמורות של תנאי ההתקשרות המפלים לטובת רשתות הענק היא הפגיעה ביכולתם של הסופרמרקטים העצמאיים והרשתות הקטנות להתחרות ברשתות, ומניעת כניסה משמעותית של סופרמרקטים חדשים לשוק (עצמאיים כרשתות קטנות).³² המיזוג שלפניי צפוי לחזק את כוח

³⁰מסיבות היסטוריות נהנה אף קו אופ ירושלים מן השיעור המופחת של עמלות צולבות אשר משלמות רשתות הענק. הרשתות הקטנות האחרות, לרבות רשתות בעלות היקף מכירות גדול משל קו אופ ירושלים, נדרשות לשלם עמלה צולבת גבוהה יותר פי שלוש בקירוב.

³¹ Competition Commission Report, *supra* note 12, §1.10.

³²על כך ארחיב בניתוח חסמי הכניסה בשוק הרלוונטי, להלן בפרק ג(4).

השוק שבידיו מול הספקים,³³ וכיוצא מזה להחריף את הפגיעה בתחרות בין רשתות הענק לרשתות הקטנות ולסופרמרקטים העצמאיים. הפגיעה ביכולתם של הסופרמרקטים העצמאיים והרשתות הקטנות להתחרות, לא עקב יעילות ויתרונות לגודל של רשתות הענק, אלא כתוצאה של כוח הקנייה שבידן, פוגעת בסופו של חשבון בתחרות. ככלות הכול, בהתחשב בכך כי התחרות בין רשתות הענק היא תחרות בין מעטים – הרי שדווקא מבין הסופרמרקטים העצמאיים עשויים לבוא, בכל אזור ואזור, מחוללי התחרות. קל וחומר כך כשמדובר בחביב, הפועל במקטע המוזל בלבד, המהווה מקור משיכה לקהל הצרכנים והנהנה מהיקף מכירות גדול ומוניטין רב.

אכן, דיני ההגבלים העסקיים כבר חזו בתופעות דומות, של חברות בעלות כוח שוק במישור האנכי, העושות שימוש בכוחן זה להשאת עלויות מתחריהן ובכך פגעו בצורה קשה ביכולת התחרות בהן. כך, לפני כמאה ושלושים שנה החל ג'ון רוקפלר, איל הנפט, לפעול להחלשת מתחריו על-ידי ניצול מעמדו הדומיננטי אצל חברות הרכבת להשגת מחירים מפלים בינו לבין מתחריו בהובלת הנפט לבתי-זיקוק. כתוצאה, בין היתר, מתנאים מפלים אלה נפלטו מן השוק מתחרים חלשים יותר, ואילו את המתחרים האיתנים יותר רכש רוקפלר במחיר מוזל, כשנחלשו.³⁴ כתוצאה משילוב זה, של הסכמים אנכיים ומסע רכישות אופקיות הושבתה התחרות בזיקוק הנפט בארצות-הברית לתקופה ארוכה, עד שבית-המשפט הורה על פירוקו של מונופול הנפט שנוצר.³⁵

מגמת הידרדרות התחרותיות בענף-קמעונאות המזון מובילה, אפוא, לשוק בלתי תחרותי, בו מספר שחקנים מצומצם יפעל במתכונת אוליגופוליסטית, ללא איום מצד מחוללי תחרות משמעותיים כאשר חסמי הכניסה לתחום הולכים ומיתמרים. על רקע הנעשה בתחום קמעונאות המזון בכללותו: תחרותיות ההולכת ופוחתת, ריכוזיות – ההולכת וגדלה וחסמי הכניסה מאמירים – מבקש הריבוע הכחול לרכוש את חביב. כפי שאפרט, רכישה זו מקימה חשש כבד לפגיעה משמעותית בתחרות.

ג. השפעתו של המיזוג על התחרות - פירוט

השפעתו של מיזוג על התחרות אינה נבחנת בחלל ריק. מונחים אריתמטיים (מחזורי המכירות של הצדדים, רווחיהם והיקפי פעילותם) מקבלים את משמעותם התחרותית רק על רקע תמונת התחרות הרלבנטית למיזוג בכללותה: זיהוי אותם מוצרים המתחרים באלה של המתמזגים ואשר אליהם יוכלו צרכנים לפנות אם יחליטו המתמזגים להעלות את מחיר מוצריהם לצרכן,

³³ במצגת לדירקטוריון בנוגע לרכישת חביב נכתב כי הפדיון הנוסף לריבוע הכחול כתוצאה מרכישת חביב "יגדיל את כח הקניה של הרשת ומעמדה מול הספקים (בנוסחים וכו)".

³⁴ See: E. Granitz, B. Klein, Monopolization by 'Raising Rivals' Costs': The Standard Oil Case", 39 J. L. & Econ. 1 (1996).

³⁵ See: Standard Oil Company of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1 (1911).

עוצמת התחליפיות בין אותם מוצרים מתחרים למוצרי המתמזגים וזיהוי זמינותם של המוצרים האלה מן הפן הגיאוגרפי, בקבוצת מקום למתמזגים. הגדרת "שוק" רלבנטי, מטרתה פשוטה:

"broadly speaking, the objective in defining the relevant market is to draw the boundary between those products and services that compete with each other to some substantial degree and those who do not."³⁶

אצלנו מצאה תכלית זו ביטוי בהיר ב**פרשת עוף הנגב**, בדברי הנשיא ברק:

"עיקרו של תיחום הענף הרלבנטי, והרציונל שמאחוריו, הם זיהוי אותם מוצרים תחליפיים, שהגם ששונים הם מן המוצר הנבחן במסגרת המיזוג, ניתן לראות - וצריך לראות - את הריכוזיות והשליטה בהם, כחלק מן הריכוזיות והשליטה במוצר הנדון. על כן, מוצר חליפי הוא, למעשה, מוצר מתחרה. לפיכך, הגדרתו של ענף היא בתיחומה של קבוצת העוסקים המתחרים ביניהם."³⁷

חלקם של המבקשים להתמזג מכלל היקף האספקה של מוצרים מאותו סוג (זהים או דומים לאלה של המתמזגים) והזמין ללקוחותיהם של מבקשי המיזוג, יוצר הנחה מוקדמת בדבר היות סכנות תחרותיות טמונות במיזוג³⁸, היינו: הסכנה כי המיזוג ייצור לישות הממוזגת כוח שוק מונופוליסטי (או יחזקו), או הסכנה כי המיזוג יעוות את מבנה התחרות בשוק ויביא ליצירת דואופול או אוליגופול ממועט תחרות (או שיחריף עיוות כזה באופן משמעותי). ככלל, ככל שחלקם המצרפי של מבקשי המיזוג מכלל האספקה גדול יותר – כן גדלה ההסתברות לקיומן של סכנות התחרותיות שלמניעתן כונן הפיקוח על המיזוגים. 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. גיבוש התמונה הכללית אודות השוק הרלבנטי מחייב הידרשות לשני היבטים מרכזיים: זיהוי מרחב המוצרים התחליפיים, בעיני הצרכן, לאלה של המתמזגים; והמהווים לדידו אלטרנטיבה הולמת וקרובה; ובנוסף – זיהוי זמינותם הגיאוגרפית של מוצרים תחליפיים כאלה לצרכנים. בבסיס הדברים, המדובר בבדיקה אם מעבר למוצרי הצדדים המבקשים להתמזג עומד לרשות

³⁶ Antitrust Law Developments (Fourth), Section of Antitrust – American Bar Association, Vol I, p.493

³⁷ ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, פ"ד נב(5).

³⁸ כך, לדוגמה מיזוג של שני מתחרים ליישות אחת שחלקה באספקת מוצרים הוא למעלה ממחצית – יוצר הנחה מוקדמת, ניתנת לסתירה, בדבר היות היישות הממוזגת בעלת כוח שוק מונופוליסטי באספקת המוצר. הנחה זו ניתנת לסתירה על רקע מגמות דינמיות באותו שוק: פתיחת השוק לייבוא וחלק הולך וגדל של הייבוא מאיינים את קיומו של כוח שוק ומאפשרים אישור המיזוג: ראו אישור מיזוג בתנאים עץ לבד בע"מ ו-תעשיות והשקעות של ספן בע"מ, "ההגבלים העסקיים" בהוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, כרך ג', עמוד 104.

הצרכן מגוון אלטרנטיבות רכישה נוספות ותחרותיות של מוצרים תחליפיים למוצרי הצדדים למיזוג.³⁹

לבדיקה זו שני היבטים: **הגדרת שוק המוצר ו-הגדרת השוק הגיאוגרפי**. בסופה מתחזרת מפת האלטרנטיבות שתעמודנה, לאחר המיזוג, בפני הצרכן ומידת התחרותיות שלהן ליישום הממוזגת. ככל שמעטות הן האלטרנטיבות או - שמועטה מידת התחרותיות שלהן, כך ברי הדבר כי המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרותיות וכי יש להתנגד לו.

1. הגדרת שוק המוצר

המבחן המרכזי לתיחום גבולותיו של שוק מוצר רלוונטי הוא מבחן התחליפיות הסבירה, דהיינו: רצונם ויכולתם של צרכני המוצר לפנות למוצר חלופי.⁴⁰ בהתאם למבחן זה, השוק הרלוונטי הנו מכירה קמעונאית של מזון ומוצרי מכולת באמצעות סופרמרקט (להלן: "**שוק הסופרמרקטים**").⁴¹ תיחום זה של השוק מתבקש מכל זווית אפשרית. אעמוד על כל בקצרה.

סופרמרקטים מציעים לצרכן שירות השונה באופן מהותי מזה המוצע אצל קמעונאי מזון אחרים, כגון חנויות מכולת או חנויות מתמחות.⁴² אמנם, פריטים המצויים למכירה בסופרמרקטים עשויים להימכר אף בבתי עסק אחרים, אך בתי עסק אלו אינם מציעים את המבחר הרחב של מוצרים העומדים למכירה בסופרמרקט כחבילה אחת. אין לצרכן כל חלופה סבירה לרכישת מוצרי מזון ומכולת המציעה את המגוון והנוחות של "רכישה תחת גג אחד" (One-Stop Shopping) הקיימת רק בסופרמרקטים. כן מתאפיינים מרבית הסופרמרקטים בשטח מכירות גדול, העולה על 800 מ"ר; בקשת מלאה של מוצרי מזון ומוצרי מכולת; ובמחזור מכירות גדול (לרוב מעל 10 מיליון ₪).

קיוסקים, חנויות מכולת, מינימרקטים שכונתיים וחנויות הצמודות לתחנות דלק אינם מהווים תחליף נאות לסופרמרקטים, שכן הם אינם מציעים קשת רחבה ומלאה של מוצרי מזון, מכולת וטואלטיקה. לפיכך צפוי הרוכש בהן לאבד את יתרון הרכישה המגוונת והמקפת של מוצרים שונים המצויים כולם תחת גג אחד. מרבית בתי העסק הללו אף אינם מציעים את שטח המכירה הגדול והנוח ומקומות החניה הרבים אשר סופרמרקטים רבים מתברכים בהם.

³⁹ העדר כל אלטרנטיבה של מוצר תחליפי קרוב מביא למסקנה כי המיזוג ייצור מונופולין. העדר מגוון אלטרנטיבות קרובות מלמד כי המיזוג יוצר, למצער, אוליגופול. שני אלה עשויים להביא להתנגדות הממונה לעסקת המיזוג.

⁴⁰ ח"פ (תי"א) 269/97 ברמן נ' ניקוטרוני בע"מ, דינים מחוזי (לב) 647. ראו גם: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ, פ"ד (נב) 213 (להלן: עניין תנובה).

⁴¹ שוק זה מתאפיין כשוק מוצרים מבודלים (Differentiated Products): בתוך שוק זה קיימים מספר מקטעים, כגון סופרמרקטים עירוניים, סופרמרקטים מוזלים וסופרמרקטים למגזר החרדי; התחליפיות בין השחקנים בתוך כל מקטע גדולה מזו שבין שחקנים המצויים במקטעים שונים. לעתים יימצא כי לצרכים מוגדרים מהווה מקטע כזה ענף לעצמו. כך, אין זה ברור כלל ועיקר כי מצד צרכני הרשתות החרדיות, קיימת תחליפיות קרובה ומשמעותית בין רשתות אלה לרשתות "רגילות", שאינן חרדיות.

⁴² דוגמת ירקנים, חנויות מוצרי מאפה וכו'.

חנויות מתמחות (כגון חנויות לדברי מאפה, ירקנים, חנויות למזון אתני, מזון בריאותי וכו') מציעות פלח מצומצם יותר של מוצרים מאשר סופרמרקטים, ולכן אינן מסוגלות להציע למרבית הלקוחות את כל מגוון מוצרי המזון והמכולת אותם הם רוצים לרכוש.

השווקים הפתוחים מציעים מגוון מוצרים רחב מזה שבחנויות המכולת, אך אין הוא רחב כבסופרמרקטים. סוגים רבים של מזון קפוא אינם נמכרים במרבית השווקים. יתרה מזו, השוק הפתוח אינו מציע את נוחות הקנייה הנתונה לבאי הסופרמרקט: מקומות החנייה הסמוכים מעטים יותר, הצפיפות גדולה יותר, וההשוואה בין מוצרים דורשת מעבר מרחקים גדולים יותר, מדוכן לדוכן, לעתים על פני מספר רחובות. עלויות החיפוש ועלויות העיסקה הן רבות יותר: השווקים חסרים את הנוחות המוצעת לרוכש בסופרמרקט, המוצא את כלל המוצרים המתחרים במדף אחד והמרכז את התשלום בקופה אחת.⁴³ היכולת לרכוש מגוון רחב של קטגוריות מוצרים בבית עסק אחד היא, אפוא, מרכיב מרכזי ומיוחד בשירות שנותן סופרמרקט. התועלת שבו מבוססת על יתרונות למגוון – צרכנים מעדיפים, ככל שהדבר אפשרי, לרכוש את מוצרי המזון והמכולת יחדיו במועד אחד. כיוון שכך, קיים ערך רב מנקודת מבטו של הצרכן לרכוש את כל אותם מוצרים בבית עסק יחיד, ובדרך זו לחסוך את זמן החיפוש אחר בית עסק המוכר כל אחד מן המוצרים, זמן הנסיעה לכל אחד מבתי-העסק, זמן העמידה בתור לתשלום בכל בית-עסק, ועלויות נוספות. עמד על כך הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטתו בעניין **מיזוג קו-אופ צפון**:

"רשתות השיווק מופרדות הן בעיני ציבור הצרכנים והן בעיני ציבור הספקים, משאר צורות שיווק המזון הקמעונאי...רק חנויות הסופרמרקט מציעות את מלא מגוון המוצרים והשירותים תחת קורת גג אחת, ובתבנית צרכנית ייחודית ועצמאית.

מאפייני הקניות ברשתות השיווק הם ייחודיים. הרכישה מרוכזת במקום אחד, כך שהצרכן יכול לבצע בו את מירב קניותיו – מזון על כל סוגיו וצורותיו, חומרי ניקוי, עיתונים ועוד – אם באשראי לכמה חודשים, ואם בפריסת התשלומים על פני תקופה זו. בנוסף, מבצעי המכירות של הרשתות ודרכי הפרסום מחזקים את מסקנתי בדבר גבולות הענף הרלוואנטי, ומצביעים על כך שמנהליהן רואים ברשת שיווק מקבילה מתחרה בפועל, ולא במכולת השכונתית או בשווקים הפתוחים."

44

דניי ההגבלים העסקיים בארצות הברית עמדו זה מכבר על אפשרות קיומו של שוק מקבץ (Cluster Market) הממוקד במכירה מקובצת, במקום אחד, של מספר מוצרים או שירותים אשר אספקתם במקובץ עדיפה על הצרכנים, או שיש באספקתם במקובץ משום יתרון משמעותי למגוון (חסכון בעלויות, נוחות השירותים או המוצרים וכיוצא באלה. כך הכירו בתי המשפט כשווקי

⁴³ ככלל ניתן לומר כי חווית הקנייה ברשתות היא שונה במהותה מדפוס הרכישה בשווקים הפתוחים.

⁴⁴ אישור מיזוג בתנאים: קו-אופ צפון אגודה שיתופית בע"מ ורשת היפרשוק (1988) בע"מ, 1995 הגבלים עסקיים 3001305.

מקבץ במתן שירותי בנקאות,⁴⁵ ובאופן דומה קבעו בתי המשפט כי גם השוק שבלב החלטה זו – מכירת מוצרי מזון ומכולת באמצעות סופרמרקט – עצמאי ונבדל הוא מכלל תחום מכירות המזון.⁴⁶ דיני ההגבלים העסקיים בישראל כבר פתחו פתח לאימוץ הגדרת שווקי מקבץ⁴⁷ ולאור מאפייני הרכישה בסופרמרקטים ברור הוא כי זו הגדרת השוק המתחייבת במיזוג שבפניי.⁴⁸

אף הצדדים לבקשת המיזוג מכירים בייחודם זה, ומזהים במסמכיהם הפנימיים **סופרמרקטים אחרים** כמתחריהם. כך, למשל, מסמכי הריבוע הכחול הדנים בפוטנציאל הקמת סניפים מוזלים בפתח-תקוה וסביבותיה התייחסו לפעילות רשתות הענק, לפעילות סניפי הרשתות הקטנות ולפעילות הסופרמרקטים העצמאיים שבאזור, אך לא התייחסו כלל למכולות או בתי עסק אחרים שאינם בעלי מאפיינים של סופרמרקט. בדומה, כשנתבקשו רשתות השיווק האחרות לציין את מתחריהן, ציינו את סניפי הרשתות האחרות ואת הסופרמרקטים העצמאיים, אך **לא ציינו ולו בית עסק אחד שאינו סופרמרקט**. זוהי אפוא הדרך בה רואים הגורמים הפועלים בענף את זהות מתחריהם והפסיקה מייחסת לרכיב זה משקל נכבד במיוחד בבואה להגדיר שווקי מוצר.⁴⁹

מבט השוואתי, הן אל דיני התחרות של האיחוד האירופי והן אל דיני התחרות האמריקאים מגלה כי אלה כאלה אימצו הגדרות שוק המבחינות בין **סופרמרקטים** לבין קמעונאי מזון אחרים. כאמור לעיל, בארה"ב נתחם השוק אף ביתר פירוט כך שיכלול בתי עסק המוכרים קשת מלאה של מוצרי מזון ומכולת, אשר שטחם עולה על 10,000 רגל רבוע (כ- 930 מ"ר).⁵⁰ בתגובה לסענת הצדדים למיזוג באותו עניין, כי יחד עם הסופרמרקטים יש לכלול בשוק קמעונאי מזון אחרים, קבע בית-המשפט האמריקאי:

"The Court is not persuaded that the relevant product market in this case contains food purchases from the broad range of outlets contended by defendants, nor that grocery shoppers seriously consider, for example, gasoline service stations or department stores as competing sources with supermarkets for their grocery needs. Even if convenience stores competitively price a few food

⁴⁵ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

⁴⁶ *California v. American Stores Co.*, 697 F. Supp. 1125 (C.D. Calif., 1988) (*American Stores*).

⁴⁷ **התנגדות הממונה למיזוג: קבוצת אופק – קבוצת אירופן, 1999 הגבלים עסקיים 3002729, סעיף 4.2.5.**

⁴⁸ חשיבותה של יכולת הרכישה תחת גג אחד אינה זחה לגבי כל מוצר. ככל שהיתרונות למגוון והעדפת הצרכנים לרכישה במקבץ פחותים, כך יפחת הסיכוי כי יראו במכירת מקבץ המוצרים משום שוק אחד. אולם, ככל שהדבר נוגע למכירת מוצרי מזון ומכולת, גדולה חשיבות הרכישה תחת גג אחד, ובית עסק שאינו מציע אפשרות זו הופך, בעיני צרכנים רבים ולגבי רכישות רבות, לבלתי-רלוונטי.

⁴⁹ התבטאויות לגבי הגדרת שוק או זיהוי מתחרים, המצויים במסמכים של חברות הפועלות בשוק, של ספקיהם ולקוחותיהם, מהווים ראיה חשובה בתחימת השוק הרלוונטי. השווא, למשל: *Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*, [1997] OJ C 372 (hereinafter: *Notice on the definition of the relevant market*). כמובן, חשיבות ההתבטאויות תלויה באמינותם, הנקבעת בין היתר לפי האינטרסים של האדם המתבטא (התבטאות המשרתת אינטרס של אומרה לא תזכה לאמינות גבוהה כהתבטאות הפועלת בניגוד לאינטרס) ולפי נסיבות עריכתו של המסמך (ככל שהמסמך נערך שלא במהלך העסקים הרגיל, במעורבות של עורך דין הבקיא בדיני הגבלים עסקיים, או תוך צפיית האפשרות שייעשה שימוש בו בבחינת התחרות בענף, כך תפחת אמינותו).

⁵⁰ *American Stores*, *supra* note 32, at 1129.

items, such as bread and milk, in direct competition with supermarkets, such is not sufficient to justify inclusion of all retail grocery sales from whatever outlet in the relevant product market in this case.”⁵¹

במילים אחרות, העובדה כי חנויות אחרות מוכרות גם הן חלק מן המוצרים הנמכרים ברשתות אינה הופכת אותן למתחרה שכן מאפייני המכירה ושיעור החפיפה אינם משמעותיים מספיק כדי להכליל חנויות כאלה באותו שוק רלבנטי. בדומה, קבע האיתוד האירופי כי שוק המוצר הרלוונטי הנו אספקה של סל מוצרי מזון טריים ויבשים ומוצרי מכולת הנמכרים בסופרמרקט, להבדיל מחנויות מתמחות, קיוסקים וחנויות בתחנות דלק.⁵² בהצדיקה אבחנה זו קבעה הנציבות:

“A common characteristic of these products [food, drink, tobacco and non-food household consumables – D.S.] is that they all form part of a ‘basket of daily consumer goods’ that consumers expect to find in a supermarket environment...”⁵³

הנציבות האירופית אף הבחינה, במוך שוק זה, במקטעים שונים כהיפרמרקטים (חנויות ענק, המקבילות כעקרון לסופרמרקטים המוזלים בישראל) וסופרמרקטים (המקבילים לסופרמרקטים העירוניים בישראל). הנציבות האירופית סיכמה לא מכבר עמדתה בעניין הגדרת השוק בענף זה:

“The Commission has traditionally considered that there is a separate market in food retailing which includes all retailers offering a more or less diversified range of food and non-food products satisfying daily consumers’ needs for households. This activity is mainly carried out by retail outlets of different characteristics and size (in particular supermarkets and hypermarkets), and is different from the retail activity carried out by other retailers such as specialized outlets, service stations and others. The types of retailers acting in this market can be differentiated in various segments, mainly supermarkets, hypermarkets and discount chains. These different segments have to be examined in each situation by taking into account different factors, such as the dimension of the outlets, their accessibility to

⁵¹ *Id.*

⁵² Case IV/M.784 *Kesko/Tuko*, [1997] OJ L110, p. 53.

⁵³ *Id.*

the consumer (parking facilities, parallel services etc.); the range and availability of the different products etc.”⁵⁴

למסקנות דומות הגיעו גם רשות התחרות של בריטניה,⁵⁵ וצוות מומחים של ארגון ה-OECD.⁵⁶ כללו של דבר, שוק המוצר הרלוונטי הנו מכירה קמעונאית של מזון ומוצרי מכולת באמצעות סופרמרקט. בנוסף, יילקח בחשבון, בניתוח ההשפעות התחרותיות, המקטע בו פועל כל אחד מן השחקנים בשוק (דיסקאונט, סופרמרקטים רגילים וכו'), בהתחשב בכך כי התחליפיות בין השחקנים בתוך כל מקטע גדולה מזו שבינם לשחקנים המצויים במקטעים אחרים של אותו שוק.

2. הגדרת השוק הגיאוגרפי

מטרתה של הגדרת שוק גיאוגרפי היא לתחום את הסביבה התחרותית הגיאוגרפית בה עלול המיזוג (ובמקרים אחרים: הסדר כובל או התנהגות של בעל מונופולין) להביא ליצירתו או לחיזוקו של כוח שוק. בעיקרו של דבר מדובר בסריקה ואיתור כלל מקורות האספקה האלטרנטיביים, שאינם הצדדים למיזוג, הזמינים לצרכן באזור הקונקרטי בו פועלים הצדדים למיזוג:

“the area of effective competition ...in which the seller operates, and to which the purchaser can practicably turn for supplies”⁵⁷

המבחן המרכזי לתיחום גבולות השוק הגיאוגרפי הוא התחליפיות הסבירה: רצונם ויכולתם של צרכני מוצר, שבאספקתו עוסקים הצדדים למיזוג, לפנות לספק של מוצר זהה או חלופי, המצוי בנקודה גיאוגרפית שונה, אם מחירו של המוצר הראשון נשוא המיזוג יעלה מעבר למחירו בשוק תחרותי. מבחני עזר להגדרת השוק הגיאוגרפי כוללים, בין היתר: דפוסי גיאוגרפיים של הרכישות בשוק המוצר הרלוונטי;⁵⁸ תפיסת הצרכנים והחברות הפועלות בענף את השוק הגיאוגרפי;⁵⁹ מאפייני הביקוש למוצר;⁶⁰ ראיות למקרים של הסטת ביקושים לעסקים הפועלים

⁵⁴ Case Comp/M.2161 *Ahold/Superdiplo* (decision from Oct. 23, 2000), para. 9.

⁵⁵ Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.53.

⁵⁶ OECD, *Buyer Power of Multiproduct Retailers* (1998) §5.6.2.

⁵⁷ *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321,359 (1963).

⁵⁸ לדוגמה, בעת שמוגדר שוק גיאוגרפי לגבי מיזוג אופקי, ייבחן בין היתר מיקומם של הצרכנים של הצדדים המתמזגים.

⁵⁹ שוב נדגיש כי משקל מסמך או עדות של חברה הפועלת בשוק, כמו גם של הספקים שלה ושל הצרכנים שלה, תלוי באמינות המסמך, הנגזרת מן האינטרס של עורך המסמך וגסיבות עריכת המסמך. ראו לעיל, הערה 49.

⁶⁰ לדוגמה, השוק הגיאוגרפי של עיתון מקומי מוגבל, בדרך כלל, לאזור שאת המתרחש בו סוקר העיתון.

באזור אחר כתגובה לעליית מחירים; חסמי כניסה (רגולטורים, תרבותיים, כלכליים ופזיזים) ועלויות מעבר המבודדות אזור מסוים מאזורים אחרים; והיכולת להפלות מחירים כנגד קבוצה כלשהי המצויה באזור אחד.⁶¹

שוק הסופרמרקטים הוא שוק אזורי באופיו:⁶² עלות הנסיעה (לרבות עלות הזמן הכרוך בה) הנה שיקול משמעותי עבור הצרכן. על כן סופרמרקט מרוחק אינו מהווה, ככלל, תחליף משמעותי לסופרמרקט קרוב. התחרות, במישור הגיאוגרפי, היא בין סופרמרקטים הסמוכים, יחסית, זה לזה. מאותה סיבה, השפעתו התחרותית המרסנת של סופרמרקט אחד על אחר תפחת ככל שהמרחק בין השניים גדול יותר.

במיוזג שלפניי עסקינן בשילוב שבין רשת הריבוע הכחול, אשר לה סניפים בכל רחבי הארץ, לבין חביב, שהנו סופרמרקט עצמאי וגדול באזורו. במחקר, שהוצג בפני הנהלת הריבוע הכחול בעת הדיון באישור רכישת חביב, נמצא כי 42% מלקוחותיו של חביב הגיעו מפתח-תקווה, 24% מהוד השרון, 9% מראש העין, 8% מכפר סבא, 7% מרמת השרון, 6% מיישובי השומרון, והשאר (כ-4%) ממקומות אחרים.

נקודת הפתיחה להגדרת השוק ותהא, אם כן, קבוצת הישובים מהם מגיעים מרבית לקוחותיו של חביב. קבוצה זו כוללת בליבה את פתח תקווה והוד השרון, ובפריפריה שלה בעיקר את ראש העין, כפר-סבא, רמת השרון וקבוצת יישובי השומרון שבמרכז ארץ.⁶³

שוק הסופרמרקטים רגיש למרחק בין הצרכן לקמעונאי: המרחק מן הקמעונאי מהווה שיקול חשוב עבור הצרכן לעניין נוחות הרכישה, כמו גם לעניין המחיר.⁶⁴ מכיוון שאמצעי התחבורה

⁶¹ Compare: Notice on the definition of the relevant market, *supra* note 35, at Section III; Merger Guidelines, *supra* note 11, §1.2.

⁶² See, e.g., Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.47, 2.53; *The Grand union Company*, 102 F.T.C 812, at p. 8045; Case IV/M.320 – Ahold/Jeronimo Martins/Inovacao (decision from 19.4.1993), para. 17 (hereinafter: Ahold/Jeronimo).

⁶³ יישובי השומרון, אשר תושביהם מהווים כ-6% מלקוחותיו של חביב, רחוקים מחביב יותר מאשר שאר הישובים מהם מגיעים מרבית הלקוחות. נראה שהסבר לרכישותיהם של תושבי יישובי השומרון בחביב הנו כי תושבים רבים ביישובי השומרון עובדים באזור המרכז, וחביב נמצא על ציר תנועה מרכזי בו הם עושים שימוש. אכן, לא מן הנמנע כי שוק גיאוגרפי יושפע לא רק ממקום מגוריהם של הצרכנים, אלא גם מן המקום בו הם עובדים. כך עשה בית המשפט לערעורים בארה"ב, כאשר קבע כי הגדרת שוק צרה של שוק תחנות דלק בעיירה מסוימת וסביבתה המיידית הנה הגדרת שוק צרה מדי, מקום שבו 40% מתושבי העיירה עבדו מחוץ לה ולכן יכלו לרכוש דלק במקום אחר. *Bathke v. Caseys General Stores*, 64 F.3d 340 (8th Cir., 1995). בדומה, נראה כי לו יעלו הסופרמרקטים בצומת ירקון את מחיריהם, עשויים תושבי אריאל וסביבתה לפנות אל הסופרמרקטים שבאזור מגוריהם. על כן, נכון יהיה לכלול את יישובי השומרון בהגדרת השוק. אציין, כי מהחלטה זו לא עולה סוגיית תחולת החוץ של דיני החגבלים העסקיים, שכן אנו בוחנים את פגיעת המיוזג בתחרות בתוך שטח מדינת ישראל. התחשבות בהשפעות הנוגעות לשטחים שמחוץ לשטחי המדינה – בין שמדובר ביבוא ובין שמדובר בפעילות כלכלית של תושבי יהודה והשומרון המשפיעה על כלכלת מדינת ישראל או חלק ממנה – מתחייבת מן הצורך לנתח את המהות הכלכלית של העסקה, ואינה מותנית בתחולת חוץ של דיני החגבלים העסקיים הישראלים.

⁶⁴ (המרחק מטיל עלות עקיפה על הצרכן, בדמות עלות הזמן, הדלק וכו') הנדרשים לנסיעה אל קמעונאי מרוחק יותר; עלות זו משתקללת עם המחיר שדורש הקמעונאי. זמן הנסיעה אינו תלוי, כמובן, רק במרחק אלא מושפע מכבישי הגישה למקום, מצפיפות התנועה על אותם כבישים, מזמינות החנייה במקום, וכו'.

הנפוץ לשם ביצוע רכישות בסופרמרקט הוא רכב פרטי,⁶⁵ ומשום שעיקר העלות הנגרמת לצרכן תלויה בזמן הנסיעה, ולא דווקא במרחק, תהיה יחידת המדידה הנכונה ל"מרחק" בין סניפים - זמן הנסיעה, ולא המרחק עצמו.⁶⁶ רשות התחרות של בריטניה, בדו"ח על שוק הסופרמרקטים, בחנה את היבט זה של זמן הנסיעה המקובל על הצרכן:

"The average travel time to the store they visited most frequently was 10 minutes or less in the case of 65 per cent of the respondents, while 91 per cent took 20 minutes or less to travel to their usual store. A further 7 per cent spent on average 21 to 30 minutes traveling to their usual store."⁶⁷

מסקנתה של רשות התחרות הבריטית היתה, לאור האמור, כי:

"We conclude that the relevant economic market for the purposes of our investigation is the market for one-stop grocery shopping... Shopping patterns are essentially local, most consumers traveling no more than 10⁴ minutes to the supermarket in urban areas and no more than 15 minutes in non-urban areas. The geographic extent of the market broadly corresponds to local catchment areas but may be somewhat wider, depending on the degree of overlap of such catchments."⁶⁸

הנציבות האירופית הגיעה למסקנה דומה, כאשר טווח זמני הנסיעה בהחלטותיה נע בין 10 ל- 30 דקות (בדרך כלל – 20 דקות).⁶⁹

⁶⁵ See: Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.42: "The main form of transport used by respondents to travel to their usual store is the car (75 per cent), followed by walking (15 per cent) and the bus (10 per cent)..."

⁶⁶ רשות התחרות הבריטית, שחקרה לעומק את מאפייני שוק הסופרמרקטים, מצאה שזו אמת המידה הנכונה להגדרת השוק, וכן שזו אמת המידה בה משתמשות הרשתות בבחינתם כדאיות הקמת סניפים חדשים. ראו: Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.43. טווח זמני נסיעה הוא רחב, בהתאם לצפיפות הכבישים וגורמים נוספים.

⁶⁷ Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.42.

⁶⁸ *Id.*, §2.53.

⁶⁹ ראו, למשל: Ahold/Jeronimo, *supra* note 47, at para. 17. בהחלטות מסוימות של הנציבות האירופית נאמר כי ייתכן ששוק גיאוגרפי רלוונטי במיזוג בין סופרמרקטים יהיה ארצי. באותם מקרים מדובר היה במיזוג בין רשתות של סופרמרקטים, כאשר מחירי כל רשת היו אחידים בין כל סניפיה באותה מדינה. בענייננו, אף שהרשתות קובעות

אימוץ זמן הנסיעה כקריטריון מרכזי בהגדרת השוק הגיאוגרפי במיזוג שלפניו מצביע על שוק אזורי הכולל את פתח תקווה, הוד השרון, ראש העין, כפר סבא, רמת השרון, ואריאל.⁷⁰ משקלם התחרותי של המתחרים בתוך מתחם גיאוגרפי זה פוחת ככל שהם מצויים זמן נסיעה ארוך יותר מצומת ירקון (מיקומו של חביב וסמוך למקום בו תכנן הריבוע הכחול לפתוח סניף טרם המיזוג).⁷¹

בפנייתו אליי לגבי המיזוג שבנדון, תחם הריבוע הכחול את השוק הגיאוגרפי ככולל את רעננה, כפר סבא, הוד השרון, רמת השרון, פתח תקווה, ראש העין ויישובי השומרון. הגדרת השוק הגיאוגרפי שתחמתי לעיל כוללת את הישובים האמורים, למעט רעננה. מתקשה אני לראות כיצד תיכלל רעננה בשוק הגיאוגרפי לאור הניתוח לעיל. לרשת שופר-סל סניף מוזל (קוסמוס) ברעננה. בתגובה לפניית רשות ההגבלים העסקיים, ציינה שופר-סל את סניפיה העשויים לעמוד בתחרות עם חביב. קוסמוס רעננה לא נכלל בהם. יתר על כן, במחקר שנערך עבור הריבוע הכחול בנוגע לפוטנציאל פתיחת סניפים מוזלים, נערכו סקרים לבדיקת מאפייני הצרכנים בסניפים הרלוונטיים באזור. הסקר התייחס לחביב ולמתחרים אחרים באזור, אך לא התייחס לסניף קוסמוס ברעננה. אותו סקר אף לא התייחס כלל לשיעורם של תושבי רעננה מתוך לקוחות הסופרמרקטים שבאזור. גם מנתונים אחרים שהובאו בפניי וגם מכלל האמור לעיל עולה כי תושבי רעננה מהווים חלק זניח למדי מלקוחותיו של חביב. לנוכח כל אלה סבור אני כי רעננה איננה נמצאת בתחום השוק הגיאוגרפי הרלוונטי. למעלה מן הצורך אציין כי הכללת רעננה בשוק הרלוונטי, כבקשת הריבוע הכחול, הייתה מצויה עוד יותר ממצבו העגום הנוכחי.⁷²

4

3. המתחרים בשוק והריכוזיות בו

תיחום זירת התחרות הרלבנטית, מבחינת המוצר (סופרמרקטים, בדגש על אלה הפועלים במקטע המוזל) ובהיבט הגאוגרפי (האזור כפי שהוגדר לעיל) מעלה ברשת את המתחרים הרלבנטיים וכפועל יוצא – את רמת התחרות הקיימת בשוק לפני המיזוג. רשימת המתחרים לה טען הריבוע הכחול כוללת (מלבד חביב) שני מתחרים המצויים בסמוך ממש, בצומת ירקון: (חצי חינם וקלאבמרקט); מתחרה המצוי בראש העין (יד יצחק), מתחרה המצוי בבארות יצחק אשר מדרום מזרח לפתח תקווה בואכה אזור הגישה ליהוד (גימבו) ומתחרה נוסף המצוי באזור רעננה

מחירים למוצרים בכל תת-רשת, ראשי מנהל הסניף לסטות ממחיר זה על מנת להתמודד עם תחרות מקומית. מסיבה זו ולאור המאפיינים המקומיים של התחרות באזור בו מצוי חביב, לא יהיה זה נכון להגדיר את שוק הסופרמרקטים כשוק ארצי.

⁷⁰ כאמור, הכללת אריאל בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי נובעת מתבנית הרכישות של אותם תושבים, המבצעים רכישותיהם בדרכם מן או אל מקום עבודתם. ראו לעיל, הערה 48.

⁷¹ בפרק (6) להלן אתייחס בפירוט לעניין הסניף המוזל שנמנע הריבוע הכחול מלפתוח בשל המיזוג.

⁷² למעלה מן הצורך אציין, כי לו נכללה רעננה בשוק הרלוונטי כפי שמבקש הריבוע הכחול, היה מדד HHI של השוק ערב המיזוג עומד על כ- 2,183, כמאתיים נקודות יותר מן המדד בשוק שאינו כולל את רעננה. מדד HHI לאחר המיזוג, בשוק גיאוגרפי הכולל את רעננה, היה עומד על 2,806 נקודות, עלייה של 623 נקודות.

(קוסמוס).⁷³ שלושת הראשונים אכן מצויים בתוך השוק הגיאוגרפי שהגדרתי זה עתה.⁷⁴ לא כך שני הסופרמרקטים האחרונים: קוסמוס רעננה נמצא, כאמור לעיל, מחוץ לשוק הרלוונטי; ואילו ג'מבו בארות יצחק נמצא בפאתי השוק הגיאוגרפי אותו הגדרנו. על מנת לבחון האם נמצא ג'מבו בארות יצחק בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, יש לפנות אל חתך הלקוחות שלו ולהשוותו לחתך הלקוחות של חביב. במחקר שנערך עבור הריבוע הכחול בנוגע לפוטנציאל פתיחת סניפים מוזלים נמצא פער מהותי בין מאפייני מיקום לקוחות חביב לבין אלו של ג'מבו: בעוד שלחביב ולג'מבו שיעור דומה של לקוחות המגיעים מפתח-תקווה,⁷⁵ נמצא כי חלק משמעותי (24%) מלקוחות חביב מגיעים מהוד השרון, ואילו רק 2% מלקוחות ג'מבו מגיעים משם. מאידך נמצא כי תושבי יהודה המהווים חלק משמעותי (16%) מלקוחות ג'מבו, מהווים רק אחוז אחד (1%) בלבד מלקוחות חביב; עוד נמצא כי תושבי אור יהודה מהווים 10% מלקוחות ג'מבו הם אפס אחוזים (0%) מלקוחות חביב. דומה המצב לגבי יישובי המערב ויישובי עמק לוד. אכן, לא זו התחליפיות הקרובה והמשמעותית הנדרשת להכללת שני עסקים בשוק גיאוגרפי אחד.

כעולה מן המקובץ, סניף ג'מבו בארות יצחק הנו מתחרה משני בלבד של חביב (ושל הסניף המוזל של הריבוע הכחול בצומת ירקונים, לו היה מוקם) אשר אינו מתחרה באופן מלא עם חביב משום מיקומו בפאתי השוק הגיאוגרפי הרלוונטי.

2

ממסמכים פנימיים של הריבוע הכחול למדתי כי לרשת זו היו תכנונים מתקדמים לפתוח בסמוך לחביב סניף מוזל של הרשת.⁷⁶ מסמכים אלה כמו גם אמירות שנאמרו על-ידי נושאי משרה בחברה לרשות ההגבלים העסקיים, מעלים באופן ברור כי כוונת הריבוע הכחול הייתה להקים בהקדם סניף במיקום סמוך לחביב וכי המיזוג בא במקום תוכנית זו. מכלל המידע שהתקבל בעניין זה עלה כי בידי הריבוע הכחול הידע והיכולת להקים, בטווח זמן קצר, סניף זה.⁷⁷ הריבוע הכחול אף אמד במסמכיו הפנימיים את הפדיון הצפוי לאותו סניף. אומדן זה אמין בעיני והוא נלקח בחישוב הריכוזיות כאילו היה המכירות בפועל של הסניף. למכלול עובדתי זה יש, כמובן, משמעות נוספת: הריבוע הכחול גילה דעתו כי בכוונתו להיכנס לשוק זה גם שלא על דרך המיזוג, אלא על רגליו שלו ותרחיש זה הוחזק בעיניו מוחשי ביותר. כניסה כזו היתה מגבירה את התחרותיות באזור ולו יאושר המיזוג – יימנע הדבר, על כל הנובע ומשתמע מכך.

⁷³ יצוין כי במחקר שנערך עבור הריבוע הכחול במרץ 2001, לגבי פוטנציאל הפתיחה של סניפים מוזלים בפתח-תקווה וסביבותיה, נמצא כי המתחרים העיקריים הנם: מטרו צומת ירקון, חצי חניס צומת ירקון, חביב צומת סגולה וג'מבו בארות יצחק. יד יצחק וקוסמוס רעננה, הנמצאים ברשימת המתחרים שהציע הריבוע הכחול, אינם מנויים כאן.

⁷⁴ עם זאת את סניף הקלאב מרקט החלטתי שלא לכלול כמתחרה בשוק משום שעל פי המידע שהתקבל ברשות ההגבלים העסקיים, הוא צפוי להפסיק את פעילותו בעתיד הקרוב.

⁷⁵ לאור המיקום של האחד מצפון-מזרח לפתח תקווה והאחר מדרום לה, לא מן הנמנע כי מדובר בצרכנים מאזורים שונים בפתח-תקווה, אשר לאור זמן הנסיעה הארוך אל הסופרמרקט האחר לא היו פונים אליו לנוכח עליה קטנה אך משמעותית (ובגון 5%) במחיר בסופרמרקט בו הם קונים.

⁷⁶ ראו סעיף 8 בפרק ג', עמ' 34.

⁷⁷ מסמך של הריבוע הכחול מסוף אוקטובר 2000 קבע כי היעד לפתיחת הסניף הנו "לקראת סוף 2001". לפיכך ניתן להניח כי טווח הזמן לפתיחת הסניף הנו, לכל היותר, כשנה אחת.

מאותו טעם – התחשבות בכניסה ויציאה מן השוק הצפויה ברמת וודאות גבוהה בעתיד הנראה לעין – השמטתי את פעילותו של מטרו צומת ירקון (של רשת הקלאבמרקט) מחישוב נתחי השוק. נגד חנות זו הוצא צו סגירה, ורשת הקלאבמרקט הודיעה כי הסניף עתיד להיסגר בתוך זמן קצר.⁷⁸ ככלל אין בעדותו של בעל עסק על כוונתו לצאת מן השוק משום ראיה מספקת שאכן כך יקרה.⁷⁹ אלא שבמקרה זה, צו הסגירה מהווה ראיה אובייקטיבית המבססת אי-יכולת של מטרו להמשיך ולפעול (להבדיל מחוסר רצון גרידא). הצבר הדברים מגבש וודאות מספקת בדבר הפסקת פעילותו המטרו בעתיד הקרוב.

כללו של דבר, השוק הרלוונטי כולל כיום, בהגדרה המרחיבה וכפי ששורטט לעיל, שבעה שחקנים: חביב, הריבוע הכחול, שופר-סל, קלאבמרקט, חצי חינם, יד יצחק וברכת הארץ.

4. נתחי השוק ומפת הריכוזיות

הריבוע הכחול הנו השחקן הגדול בשוק, עם נתח שוק של 29.81%; אחריו שופר-סל, עם נתח שוק של 21.33%; לאחר מכן קלאבמרקט – 15.84%, חצי חינם – 11.58%, חביב – 10.72%, יד יצחק – 8.58%, וברכת הארץ – 2.14%.

ריכוזיות השוק ערב המיזוג, כמתבטא במדד HHI, הנה 1,922 נקודות; למעלה ממאה נקודות מעל לרף המוגדר על-ידי רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאים כמאפיין שוק בעל ריכוזיות גבוהה.⁸⁰ המיזוג מגדיל מדד זה ב- 639 נקודות, ל- 2,561. נתח השוק של הריבוע הכחול, שכבר ערב המיזוג הנו השחקן הגדול בשוק, יעלה מ- 29.81% ל- 40.53%, כמעט כפול מנתח השוק של השחקן השני בגודלו – רשת השופרסל. מדד C2, האומד את נתח השוק המשותף לשתי החברות הגדולות בשוק, יעלה מ- 51.14% (שיעור גבוה מאוד כבר ערב המיזוג) ל- 61.86%.

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

⁷⁸ כן ציין קלאבמרקט כי סניף מטרו בצומת ירקון אינו מתחרה בחביב.

⁷⁹ ראו להלן, בפרק IV, את ההתייחסות לטענה כי חביב מעוניין להפסיק את פעילותו. הכלל הוא שאין די באי-רצונו של אדם להפסיק להתחרות, אלא יש להראות כי אינו יכול להתחרות. מידת השכנוע של הראיות תלוי בזהות האומר ובהשפעת אמירתו (אם תתקבל כנכונה) על הניתוח התחרותי. במקרה הקיצוני, בו צד למיזוג טוען כי אינו יכול להתחרות מחמת כישלונו הכלכלי ומטעם זה מבקש להחיר מיזוג, קיימות דרישות מחמירות הידועות כדוקטרינת הפירמה הכושלת. ראו: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר אישור מיזוג בתנאים: השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ ונוריאל-אלעזר מרכז הביטחון בע"מ, 1998 הגבלים עסקיים 3001328 (להלן: עניין נוריאל).

⁸⁰ Merger Guidelines, *supra* note 11, §1.51.

חשש כבד זה המתעורר לאור נתוני המיזוג בקונקרטי שבפניי מתעצם ומתחזק לנוכח תמונת הריכוזיות הכללית, המלמדת על ענף ריכוזי מאוד בו צפויה הריכוזיות לגדול עוד, שהרי הדברים שלובים זה בזה: תוספת ריכוזיות נתונה לשוק ריכוזי ממילא רעה פגיעתה מתוספת ריכוזיות הנוצרת לשוק שאינו ריכוזי כלל. כך, גם עולה ממחקר שביצעו שני כלכלנים מנציבות הסחר הפדרלית בארה"ב בתן ארבעה מיזוגים בשוק הסופרמרקטים בארה"ב.⁸⁴ תוצאות המחקר הצביעו על סימנים להתחזקות כוח השוק במיזוג אשר הביא לעליית מדד HHI ב- 678 נקודות לרמה של 2,615 אחר המיזוג, ובמיזוג נוסף אשר הביא לעלייה בת 361 נקודות, לרמה של 2,324 אחר המיזוג. מנגד, לא נמצאו סימנים להתחזקות כוח שוק כתוצאה ממיזוג שהביא לעלייה בת 262 נקודות ל- 1337 נקודות אחר המיזוג, וממיזוג אשר הביא לעלייה בת 335 נקודות, לרמה של 1929 נקודות. סיכמו החוקרים:

"These results offer some limited evidence that retailing mergers that lead to large increases in concentration in **already concentrated markets** may lessen competition and lead to higher product prices... mergers in relatively unconcentrated markets do not harm competition."⁸⁵

כאמור, המיזוג בין הריבוע הכחול לחביב מעלה את מדד HHI ב- 639 נקודות, לרמה של 2,561 נקודות. נתון זה המבסס כשלעצמו חשש כבד לפגיעה בתחרות בענף משתלב עם נתון בעייתי אחר: שתי הרשתות הגדולות (בהן הריבוע הכחול) יחזיקו יחדיו למעלה מ- 60% מן השוק הרלבנטי.

5. תחולת מדדי הריכוזיות האמריקאיים בישראל

החלטתי להתנגד למיזוג בין הריבוע הכחול לחביב אינה נסמכת אך על נתוני ריכוזיות, אלא, כאמור בראש הדברים, גם על המגמה הכללית של ההידרדרות בתחרותיות בתחום קמעונאות המזון; על הגידול הצפוי עקב המיזוג בכוח הקנייה של הרשתות אל מול הספקים; ועל הפחתת התחרות הצפויה עקב אי-כניסתו של הריבוע הכחול, רשת ענק, לשוק הגיאוגרפי – לאחר שהוברר כי כניסה עצמאית כזו עמדה על הפרק טרם נתגלגלה לידי הריבוע הכחול ההזדמנות לרכוש מתחרה עיקרי. נתוני הריכוזיות במקרה שבפניי משתלבים איפוא ב"פסיפס" אנטי תחרותי כולל שמגמת פניו ברורה: הפחתת התחרות, השתלטות רשתות הענק על תחום קמעונאות המזון כולו והוצאת הגורמים העצמאיים – מחוללי התחרות מן השוק. עם זאת מצאתי לנכון להתייחס גם

⁸⁴ J.D. Simpson, D. Hosken, Are Retailing Mergers Anticompetitive? An Event Study Analysis (January 1998).

⁸⁵ *Id.*, at p. 30-31.

לנתחי הריכוזיות כשלעצמם, ולקבוע עמדה ברורה בשאלת תחולתם בישראל, בנסיבות מקרה זה, של מדדי ריכוזיות שמוצאם מעבר לים.

בית המשפט העליון ציין בעבר, בפרשת עוף הנגב, כי גודלו הצנוע של המשק הישראלי עשוי להצדיק, בנסיבות מסוימות, רף ריכוזיות גבוה יותר מזה שבארצות הברית.⁸⁶ 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."⁸⁷

אלא שהמיזוג שבין הריבוע הכחול לחביב מתבצע לענף בו היתרונות לגודל מתמצים ברובם ברמה נמוכה בהרבה מן הביקוש המקומי, ולפיכך אין גודלו הצנוע של המשק הישראלי מקשה על מיצויים. כמו כן, אין בנמצא כאן יתרון של ממש שמקנה המיזוג ליכולתו של המשק הישראלי להתחרות בשווקים בינלאומיים. יתירה מכך – והוא עיקר: השוק הרלוונטי בו גדלה הריכוזיות הנו שוק אזורי אשר גודלו דומה ממדינה למדינה והוא נמדד, כפי שהראיתי לעיל, ביחידות דומות של זמן הנסיעה. שלא כבשוק ארצי, אין ההבדל בגודל הכלכלה הלאומית משפיע על גודלם של שווקים מקומיים, ולכן 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 מזה המקום בארה"ב. התנגדות למיזוג בשל פגיעה תחרותית, ופי 6 מן הרף היוצר בארה"ב חזקה בדבר פגיעה שכזו. ממילא יחלוף הגידול בריכוזיות עקב המיזוג שבפניי יחלוף מעל כל רף נמוך מזה.

כללו של דבר, משהוגדר השוק הרלוונטי ונאמדה הריכוזיות בשוק ברמה הגבוהה משמעותית מן הסף המעורר חשש לגורל התחרות, תהיה זו ראיה לקיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מן המיזוג, אם נמצא כי המיזוג מביא לעלייה משמעותית בריכוזיות בשוק שסבל מריכוזיות גבוהה כבר ערב המיזוג. כזה הוא המיזוג שבפניי, בין הריבוע הכחול לחביב.

ריכוזיות גבוהה מלמדת כי המיזוג עשוי להקים פגיעה משמעותית לתחרות בשוק הרלבנטי, אך ריכוזיות, עם כל החשיבות המיוחדת לה, אינה סוף הדרך. עדיין יש לבדוק אם ריכוזיות זו

⁸⁶ עניין תנובה, לעיל הערה 37.

הגדול יחסית ובמיקומם מחוץ ליישובים, בסמיכות לציירי תנועה מרכזיים. מאפיינים אלה חיוניים לקיומם. בנוסף, על הסניפים להיות במרחק לא רב מן הערים (שאתר יתאריך זמן הנסיעה אליהם, דבר הפוגע משמעותית באטרקטיביות שלהם). מבחן השטחים העומדים בכל אמות המידה הללו אינו רב, ואף אם אותר אתר מתאים, קיימים לא אחת קשיים בהשגת רישוי מתאים להקמת סופרמרקט במקום ולהפעלתו. קושי כזה קיים, בין היתר, בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי ובפרט באזור הסמוך לחביב (ולסניף המתוכנן של הריבוע הכחול), בו יקשה להשיג רשיון עסק. אינדיקציה לקושי זה ניתן לראות בנסיונותיו של השופרסל לפתוח חנות בצומת ירקון מאז שנת 1997 אולם טרם קיבל לידיו אישור לשימוש חורג הנדרש להקמת החנות.

על הקושי התחרותי הנובע מן המחסור באתרים מתאימים עמדה גם רשות התחרות הבריטית:

"In a situation where land and sites are scarce, incumbents with the largest share of the grocery market are likely to be most favourably placed to defend their position against new entrants."⁹³

כתוצאה מחסמי הכניסה לשוק, ובעיקר מן החסמים שתוארו לעיל – התנאים המפלים שמקבלות רשתות הענק מן הספקים וקשיי המיקום והרישוי של סופרמרקטים בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, אפילו גידול צנוע בריכוזיות עלול היה להביא להתחזקות משמעותית בכוח השוק של רשתות הענק ובהסתברות להתנהגות מתואמת בשוק. כמו כן מקטינים חסמי הכניסה את ההסתברות לכניסת מתחרים חדשים, בפרט למקטע המזל, בו חריפה במיוחד בעיית המיקום והרישוי ושבעתיים כך במקטע המזל בשוק האזורי בו מדובר כאן.

7. הפגיעה התחרותית: המיזוג מגדיל באופן משמעותי את החשש להתנהגות מתואמת בשוק

שוק הסופרמרקטים ובפרט המקטע המזל שבו, הנו כר פורה להתנהגות מתואמת (אוליגופוליסטית).⁹⁴ קיימים מספר מאפיינים הגורמים לשוק להיות נוף להתנהגות מתואמת, ובהם: חסמי כניסה גבוהים לשוק, ריכוזיות גבוהה בשוק (ומספר קטן של שחקנים משמעותיים בו), מספר גדול של לקוחות קטנים, רמה גבוהה של שקיפות מחירי המוצרים ושל תדירות

⁹² ראו, למשל: החלטת הממונה בעניין התנגדות למיזוג שבין אי.איי.אל. תעשיות פלסטיק בע"מ לבין וולפמן פלסט בע"מ, מרש פלסט תעשיות בע"מ ופייפלסט (ישראל) בע"מ (החלטה מיום 11.8.99), פרק 5.2 (להלן: עניין IEL).

⁹³ Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.207.

⁹⁴ ודוק – אין מדובר דווקא בתיאום מפורש כבקרטל, אלא בהתנהגות אוליגופוליסטית של רתיעה הדדית מתחרות: החשש כי בשוק ממועט מתחרים בעל מאפיינים המנויים פה יימנעו המתחרים מתחרות אגרסיבית על ליבו של הצרכן.

מבטאת נאמנה גם קיומו של חשש סביר להיווצרותו של כוח שוק (market power) או לחיזוקו. במקרה דנא, נקודת המוצא היא, למצער, בחשש סביר לקיומו של כוח שוק בידי הרשתות והריבוע הכחול בכללן ובחינת הריכוזיות בשוק האזורי הרלבנטי אך מתלכדת עם ממצא זה. לשם אישושו של חשש זה אפנה לתיאור חסמי הכניסה בשוק ואליו, המבודדים את השחקנים הקיימים מאיום תחרותי משמעותי והצפויים למנוע את התכלותו הטבעית של כוח השוק הצפוי כתוצאה מן המיזוג. לאחר מכן אצביע על הפגיעות התחרותיות הנגרמות מן המיזוג – מניעת כניסתו של הריבוע הכחול כמתחרה עצמאי ונוסף לחביב במקטע המוזל של שוק הסופרמרקטים באזור הרלבנטי, והגדלה משמעותית של החשש להתנהגות מתואמת בשוק המלווה בהעצמת הדומיננטיות של רשתות הענק, הקיימת כבר כיום מחוץ למתחם ירקונים במכירות מזון באמצעות סופרמרקטים.⁸⁸

6. חסמי הכניסה לשוק

בחינת חסמי הכניסה מעלה כי לא בכדי מתחזק כוחן של רשתות הענק בשוק הסופרמרקטים. חסמי הכניסה הנובעים ממאפייניו של ענף זה, מקשים על כניסתם של מתחרים חדשים ומכבידים על גידול בחלקן בשוק של רשתות קטנות ושל סופרמרקטים עצמאיים.

רשתות הענק, מצדן, עושות להגבהת חסמי הכניסה. בשל כוח הקנייה שבידיהן (כח קנייה הצפוי להתעצם בעקבות המיזוג)⁸⁹ מתקשרות הן עם הספקים, חלקם ספקים מרכזיים בתחום המזון, בתנאים המפלים אותן לטובה על פני הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים.⁹⁰ אפליה זו עלולה לייקר מאד את העלויות היחסיות של המתחרים הקטנים.⁹¹ בנסיבות התחרות והריכוזיות שתוארו לעיל טכניקה זו, של השאת העלויות היחסיות של המתחרים (Raising Rivals' Costs) באמצעות הסדרים אנכיים, מקשה על המתחרים הקטנים של הרשתות להתחרות על מנת להגדיל את פלח השוק שלהם, ועלולה להרתיע כליל כניסתם של מתחרים חדשים.⁹² במיוחד כך, בהינתן מחזורי הענק של הרשתות ופריסתן, ובידיעה כי יקשה עד מאוד להבקיע את הבכורה שבידיהן.

חסם כניסה אחר המצטייר כמרכזי הנו מציאת מיקום מתאים לסופרמרקטים והשגת רישוי לבנייתם והפעלתם. הבעיה חמורה במיוחד במקטע המוזל, שכן סניפים אלה מתאפיינים בשטחם

⁸⁷ שם, בעמ' 650.

⁸⁸ מן המסמכים הפנימיים שבפני עולה באופן ברור כי הריבוע הכחול מייחס חשיבות רבה לנוכחותו במתחם ירקונים והדברים עוד יפורטו בהמשך.

⁸⁹ כאמור, במצגת לדירקטוריון בנוגע לרכישת חביב נכתב כי הפדיון הנוסף לריבוע הכחול כתוצאה מרכישת חביב "יגדיל את כח הקנייה של הרשת ומעמדה מול הספקים (בנוסחים וכו')".

⁹⁰ לסוגי ההתקשרויות המפלות התייחסתי לעיל, בפרק ב' לעיל.

⁹¹ דוגמה לכך, ודוגמה בלבד תימצא בגביית עמלה צולבת גבוהה יותר עבור עסקת כרטיס אשראי ברשת קטנה מאשר ברשת גדולה שקולה לעלות נוספת לרשת הקטנה, כשיעור ההפרש בין העמלות הצולבות על כל המחזור. חשיבותה של דוגמה זו היא בכך שההפליה אינה מבוססת על פערי עלויות לחברות כרטיסי האשראי בין רשת ענק לרשת קטנה.

העסקאות בשוק, יציבות הביקוש וההיצע בשוק, קשרים קיימים והיסטוריים בין השחקנים המשמעותיים בשוק.⁹⁵

חסימי הכניסה שתוארו לעיל⁹⁶ מגוננים על שתי הרשתות המובילות, הריבוע הכחול ושופר-סל, מפני כניסה משמעותית של מתחרים חדשים ומפני גדילתם המשמעותית של מתחרים קטנים קיימים. כיוון שלקוחות הסופרמרקטים הנם משקי בית קטנים, רבים ומבוזרים – אין בכוחם לפעול לסיכול התנהגות מתואמת. עלויות המעקב אחר התנהגות המתחרים אינה גבוהה, שכן קשה להסתיר מחירים המופנים לצרכן (כלומר, לציבור הרחב), ומקובל השימוש בסוקרים לבדיקת מחירי ותנאי המתחרים בשוק. השוק יציב, דבר התורם להארכת אופק הפעילות של השחקנים בשוק ולכן להגדלת נכונותם לשתף פעולה במודל של אוליגופול.

מעבר למאפיינים כללים אלה של השוק המלמדים על נטייתו הטבעית למצבי אל-תחרות במבנה הקיים, קיימים מספר שיתופי פעולה נוכחיים והיסטוריים בין הריבוע הכחול לבין שתי רשתות אחרות – קלאבמרקט וקו אופ ירושלים. מקור שיתוף הפעולה בברית הקואופרטיבים, ממנה צמחו קו אופ הריבוע הכחול, קו אופ צפון (אשר לימים שינה שמו לקלאבמרקט), וקו אופ ירושלים. בין שיתופי הפעולה ניתן למנות את הבעלות המשותפת במשביר לצרכן (בה מחזיק הריבוע הכחול 80% וקלאבמרקט 20%), הבעלות המשותפת בסופרמרקט בקניון מלחה (המשותפת לריבוע הכחול ולקו אופ ירושלים), כמו גם קיומם של תווי קנייה משותפים לכל אלה: ריבוע הכחול, קלאבמרקט, קו אופ ירושלים והמשביר לצרכן. מכלול שיתופי הפעולה הללו, במצטבר למיעוט השחקנים הגדולים בתחום, מפחית את התמריץ של הרשתות להתחרות זו בזו.⁹⁷

עיון במסמכי הריבוע הכחול אשר לא יפורטו כאן במלואם, מעלה כי הוא פועל מתוך חתירה מתמדת להגיע להיקף שטחי מכירות הזחה לזה של השופרסל, כאשר המדד המרכזי בעיניו הוא היקף שטחי המכירות שבפיתוח אצל השופרסל. מוטיב מרכזי זה בפעילותו של הריבוע הכחול,⁹⁸ במצטבר לעובדה כי רשת הקלאבמרקט, השחקן השלישי הגדול ברמה הארצית סגרה לאחרונה סניפים והיקפי פעילותה נמוכים בהרבה מאלה של השופרסל והריבוע הכחול, המקיימים יחדיו הגמוניה בפרק ניכר מן השחקנים האחרים, מעלים את ההסתברות להתנהגות אוליגופוליסטית ולתיאום שבהתנהגות, חלף תחרות אגרסיבית. על גב מאפייני השוק הללו, מגדיל המיזוג באופן

⁹⁵ ראו: עניין IEL, לעיל הערה 72, פרק 6; 110 F.T.C. 207, at p. 9804; Merger Guidelines, *supra* note 11, at §2.1; *Re The Concentration between Airtours plc and First Choice plc*, [2000] 5 C.M.L.R. 494, 521; *Gencor Limited v. E.C. Commission*, [1999] 4 C.M.L.R. 971, 1052-1069 (hereinafter: *Gencor*).

⁹⁶ ראו לעיל, פרק ג' (4).

⁹⁷ בהחלטה על אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגית המזרח התיכון, 1997 הגבלים עסקיים 3001385 (החלטה מיום 13.5.1997) נקבע: "אינטרס מהותי משותף בין גופים עסקיים צפוי להקטין ולעתים אף למנוע תחרות ביניהם... אין לצפות בשום אופן כי שני גופים, החולקים בינם לבין עצמם אינטרסים כלכליים, שהיקפם ניכר ושתרומתם לרווחיות כל קבוצה משמעותית ביותר, יתחרו זה בזה בתחומי פעולה אחרים, באותו האופן בו היו מתחרים זה בזה אלמלא חלקו ביניהם עסקים משותפים מרכזיים כל-כך."

⁹⁸ ראו למשל פרוטוקול ישיבות דירקטוריון מיום 17.4.2001 ומיום 1.5.2001, ובפרט ההשוואות לגבי היקפי הפיתוח הנקובים במטרים רבועים – אינדיקטור לתחרות כמותית.

משמעותי את הריכוזיות בשוק⁹⁹. הריכוזיות המתעצמת מקטינה את מספר הגורמים שבהתנהגותם יש להתחשב ומגדילה את החשש לקיומה של התנהגות מתואמת בשוק. אכן, לא כל הקטנה של מספר המתחרים תקים עילת התנגדות למיזוג, שהרי זה פועלו של כל מיזוג אופקי. ברם, הקטנת מספר המתחרים היוצרת אוליגופול אזורי בתנאים בהם מתקיים דואופול ארצי מובהק – מוקשה היא מיסודה :

"...particularly in the case of a duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of a collective dominant position."¹⁰⁰

כבר ערב המיזוג קיים חשש סביר לקיום התנהגות מתואמת בשוק במינון לא מבוטל. בין היתר, קיימת מידה של הרתעה הדדית, וכניסתה של אחת מרשתות הענק למתחם מסוים עלולה לגרום למתחרות אחרות להימנע מלפעול (או מלהרחיב פעילות) באותו אזור. עדות לכך נמצאת במסמך פנימי של הריבוע הכחול, המתייחס לפתיחת סניף מוזל של הריבוע הכחול בקרבתו של חביב:

"קיימת חשיבות רבה לעיתוי פתיחת סניף המגה, שכן לכל הרשתות הגדולות קיימות תוכניות לפתיחת סניפים גדולים בצומת ירקון. התכנונים הללו מתעכבים עקב בעיות רישוי. לפיכך, הצלחה של סניף מגה בסגולה עשויה למנוע מימוש תוכניות של הרשתות האחרות בצומת ירקון."

למותר לציין כי החשש להתנהגות אוליגופוליסטית, המפיגה קודם לכל את תחרות המחירים תפגע דווקא במקטע המוזל שבמוקד המיזוג שבפניי.

הריכוזיות הגדלה והתחרותיות הדועכת, כפי שתוארו בהחלטתי זו, מעלה את חשיבותם ומשקלם הסגולי של מחוללי התחרות (Maverick firms), אפילו הם גורמים קטנים בקנה מידה ארצי. אלו הם אותם מתחרים אשר להם התמריץ והנכונות להלחם על לב הלקוח באזורם על מנת להגדיל את נתח השוק שלהם וחביב הינו מחולל תחרות מובהק שכזה. על בסיס זה קם ועל בסיס זה הוסיף להתקיים גם כשהתיישבה בסמוך אליו הרשת הזולהחצי חניס. אכן, לא כל רשת קטנה או סופרמרקט עצמאי הנו מחולל תחרות. חלקם יעדיפו לחסות תחת צלו של אוליגופול וליהנות מחיקה החמים של אי התחרות ומחמירים הגבוהים לצרכן שבכנפיה; אחרים נעדרי יכולת להתמודד עם רשתות הענק (כגון, משום שהיקף עסקיהם אינו מאפשר להם מיצוי יתרונות לגודל).

⁹⁹ ראו פרק ג(6): עליית מדד HHI ב- 639 נקודות, לרמה של 2,561 נקודות, הגדלת חלקו של השחקן הגדול בשוק ל- 40.53% וחלקם של שני השחקנים הגדולים ל- 61.86%, וצמצום התחרות במקטע המוזל על-ידי מניעת כניסה עצמאית של הריבוע הכחול, שהינו מתחרה פוטנציאלי משמעותי ביותר.

¹⁰⁰ *Gencor, supra note 72, at p. 1055.*

אולם, עם זאת יימצאו רבים מן השחקנים העצמאיים האלה אשר להם קיים רג-מרץ להתנהג כמחולל תחרות ואלה הנוקטים באופן עקבי במחירים זולים במיוחד, כתביב, בראשם.

ראשית, כל עוד לא מיצה מתחרה את היתרונות לגודל, רואה הוא לנגד עיניו אפשרות להפחית את עלויותיו כתוצאה מהגדלת מכירותיו. לפיכך, יעדיף הוא להעביר לצרכן חלק מן החסכון העתידי הצפוי, על-ידי הפחתת המחיר, וזאת על מנת להגדיל את מכירותיו ולהזגיע למיצוי היתרונות לגודל. סביר כי רשתות הענק מיצו זה מכבר את מרבית יתרונותיהן לגודל,¹⁰¹ ולפיכך אין להן את אותו התמרץ להתחרות על לב הלקוח. בוודאי כך יהיה משרשתות הענק יוותרו בגפן, ללא מתחרים כתביב.¹⁰²

בנוסף, רשתות הענק פרושות בכל רחבי הארץ, ולפיכך חשופות לתחרות של האחת באחרת באזורים רבים. אפילו אם יתקיים באזור מסוים תמרץ לאחת להתחרות באחרת, עדיין עלולה אותה רשת להימנע מכך, מפחד תגובתה של הרשת המתחרה, באזור אחר בו פועלות שתי הרשתות. רשתות קטנות חשופות פחות לתמרץ זה שלא להתחרות.¹⁰³ חביב אינו חשוף לו כלל.

זאת ועוד – השמירה על רמת המחירים הזולה כפועל יוצא מקיומם של מחוללי תחרות שאינם נמנים על רשתות הענק גם היא ענפדת לנגד עיני. כבר עמדתי, במקום אחר בהחלטתי זו, על ההבדל הבסיסי בין רשתות הענק לחביב בכל הקשור למקטע המוזל (דיסקאונט): בעוד חביב פעיל רק במקטע זה והמכירה במחירים זולים מאד היא – ורק היא – מקור פרנסתו, הרי שרשתות הענק נתונות במצב בו הן היו מעדיפות, ככלל, כי רמת המחירים במקטע המוזל תהא כבוהה יותר, שהרי מקטע זה מכרסם בהכנסות כל תתי הרשתות המופעלות על ידן ושאינן מוזלות. קיומם של מחוללי תחרות הפעילים רק במקטע הזול הוא אפוא בטוחה לשמירת רמת מחירים נמוכה.

בשוק ריכוזי בעל חסמי כניסה גבוהים כשוק נשוא מיזוג זה נוטה התנהגות השחקנים הגדולים להיות מתואמת, כתוצאה מכך נפגעת התחרות וכפועל יוצא בלתי נמנע – נפגע הצרכן בטווח רחב של מוצרים בסיסיים הדרושים לו לקיומו היומיומי. על רקע זה בולטת עוד יותר חשיבות קיומם של מחוללי תחרות רבה, ובפרט של אלה אשר להם מעמד מהותי במקטע המוזל, כתביב.

¹⁰¹ רשות התחרות הבריטית מצאה כי ברמת החנות הבודדת התמצו היתרונות לגודל (או כמעט והתמצו) בשטח של כ- 3,000 מ"ר (Competition Commission Report, *supra* note 12, §2.128). נמצא כי ברמת החנות, עליה בצפיפות מכירות הביעה לעליה מתונה יותר בעלות העובדים (*Id.*, §2.129, 2.208). לא נמצאו יתרונות לגודל בעלויות ההון (§2.132). ברמת הרשת טענו הרשתות הבריטיות הגדולות ליתרונות לגודל המתמצים בין 24 ל- 50 חנויות, אך רשות התחרות לא הציגה מסקנה כלשהי בנוון (§2.135). רשות התחרות מצאה כי כל הרשתות (לרבות הקטנה שבהן, אשר נתח השוק שלה עמד על 0.1% במדד ארצי ו- 1.3% במדד אזורי) מיצו או התקרבו למיצוי יתרונות לגודל בעלויות שאינן נוגעות לניהול החנויות. לגבי הוצאות תקורה נמצא יתרון מסוים לרשתות הגדולות (*Id.*, §2.136).

¹⁰² בהקשר זה ראוי להדגיש כי רשת הענק האחרת – שופרסל – רכשה זה מכבר זכויות במגמה להיכנס גם היא למתחם ירקונים.

¹⁰³ על קיומה של הרתעה הדדית ניתן ללמוד ממסמך פנימי של הריבוע הכחול, הנוגע לפתיחת סניף מוזל בקרבת חביב, והצופה כי כניסה מהירה לאזור תרתיע מתחרים מלהיכנס אף הם למתחם, למרות שכבר גילו בכך עניין: "קיימת חשיבות רבה לעיתוי פתיחת סניף המגה, שכן לכל הרשתות הגדולות קיימות תוכניות לפתיחת סניפים גדולים

על רקע זה ברורה החשיבות שיש לייחס למחוללי תחרות – אשר להם התמריץ להתחרות כנגד רשתות הענק – יכולים לסכל התנהגות מתואמת באזור בו הם פועלים:

“The 1992 government Guidelines note that coordinated interaction can sometimes be frustrated by “maverick firms”. These firms are identified as having “a greater economic incentive to deviate from the terms of coordination than do most of their rivals.” As a result, acquisition of a maverick firm may serve to stabilize a market and make coordinated interaction both more profitable and more competitively harmful.”¹⁰⁴

לחביב תמריץ להתנהג כמחולל תחרות – כסופרמרקט עצמאי, אין חשש כי ירסן עצמו מפאת הרתעה הדדית. בליעתו על ידי הריבוע הכחול עלולה להחניק את התחרותיות אותה יצר ובוודאי שהיא מהווה הכחדה של איום תחרותי.

מקרה דומה לזה שלפניי נדון באִדֶּה"ב בעניין ALCOA. השוק הרלוונטי, שוק המוליכים מאלומיניום, היה ריכוזי, כאשר נתח השוק של ALCOA, החברה הגדולה בשוק, עמד על 27.8%; נתח השוק של שתי החברות הגדולות בשוק עמד על 50%, ושל תשע הגדולות – 95.7%. בית המשפט הגדיר את השוק כך:

“In other words, the line of commerce showed highly concentrated markets, dominated by a few companies but served also by a small, though diminishing, group of independents.”¹⁰⁵

נתח השוק של ROME, אותה ביקשה ALCOA לרכוש, עמד על 1.3%. חרף זאת פסל בית המשפט את המיזוג לאור מצבה העגום של התחרותיות בשוק ובשל היותה של ROME מחולל תחרות:

בצומת ירקון. התכנונים הללו מתעכבים עקב בעיות רישוי. לפיכך, הצלחה של סניף מגה בסגולה עשויה למנוע מימוש תוכניות של הרשתות האחרות בצומת ירקון.”

¹⁰⁴ P.E. Areeda, H. Hovenkamp & J. Solow, IV Antitrust Law ¶944d3 (1980); also see Merger Guidelines, *supra* note 11, §2.12.

¹⁰⁵ *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 84 S.Ct. 1283, 1288 (1964).

"...if concentration is already great, the importance of preventing even slight increases in concentration and so preserving the possibility of eventual deconcentration is correspondingly great... It would seem that the situation in the aluminum industry may be oligopolistic. As that condition develops, the greater is the likelihood that parallel policies of mutual advantage, not competition, will emerge. That tendency may well be thwarted by the presence of small but significant competitors... Preservation of Rome, rather than its absorption by one of the giants, will keep it 'as an important competitive factor'..."¹⁰⁶

דברים דומים אמר בית המשפט העליון בישראל:

"בית הדין קבע, כי לא נתקיימה במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות בין היתר בשל העובדה, כי התחרות בענף הרלוונטי פגומה ולקויה ממילא... קביעה זו, אין בידינו לקבל. משמעותה המעשית היא, כי גוף השולט בענף מסוים, או מהוה מרכיב דומיננטי בו, "חסיך" מביקורת הממונה בשל כוח השוק הנתון בידו. מסקנה זו עומדת בהתנגשות חזיתית עם מטרות דיני ההגבלים העסקיים... יכול שמיזוג מסוים לא יביא לעלייה משמעותית בריכוזיות בענף הרלוונטי – בשל הריכוזיות הגבוהה הקיימת בו ממילא ערב המיזוג אך תהא בכל זאת פגיעה משמעותית בתחרות עקב קיומם ויצירתם של מחסומי כניסה משמעותיים למתחרים חדשים, מחסומים, שיקומו עקב חיזוק של הכוח הדומיננטי בשוק, ולא דווקא עקב יצירתו של כוח מעין זה."¹⁰⁷ [ההדגשות הוספו]

לסיכום, המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה בתחרות כתוצאה מהתעצמות ההתנהגות המתואמת בשוק, הן על-ידי הגדלת הריכוזיות בשוק נוח להתנהגות מתואמת, והן על ידי בליעת אחד ממחוללי התחרות היותר משמעותיים בשוק.

אך בכך לא סגי. אין זה האופן היחיד בו פוגע המיזוג בתחרות.

¹⁰⁶ *Id.*, 1289-1290. Also see: *FTC v. PepsiCo, Inc.*, 477 F.2d 24, 27 (2d Cir. 1973) ("[Courts] have held that even slight aggregations are viewed with suspicion in a highly concentrated market"); *Stanley Works v. FTC*, 469 F.2d 498, 508 (2d Cir. 1972) ("Finally, we note that though a market may be concentrated, forces may operate so as to maintain some level of competition and thus preserve the possibility of eventual deconcentration. This is why the continued independence of companies with relatively small market shares is so crucial to the health and vitality of a market threatening to become oligopolistic"); *FTC v. Coca-Cola Co.*, 641 F. Supp. 1128 (D.D.C. 1986).

¹⁰⁷ עניין תגובה, לעיל הערה 29, בפסקה 31.

8. הפגיעה התחרותית: מניעה תחרות מצדו של מתחרה פוטנציאלי משמעותי

עוד בחודש דצמבר, שנת 1997, קבע הריבוע הכחול במסמך פנימי כי אזור צומת ירקון, המצוי בסמוך לפתח-תקוה, הנו בעל חשיבות אסטרטגית לרשת. חרף העובדה כי השוק הגיאוגרפי רחב הרבה ממתחם ירקונים שבצומת ירקון ונוכחותו המשמעותית, הגדולה בהרבה של הריבוע הכחול בשוק הגיאוגרפי בכללותו, ראה גם הריבוע הכחול את חשיבותו המרכזית של מתחם זה. ככלות הכל מנקז אליו מתחם זה, לו יצאו מוניטין של מתחם זול במיוחד, מכירות בהיקפים גדולים שלולא כן היו נופלות בחיק רשתות הענק ובהן הריבוע הכחול. לאור זאת, בא הריבוע-הכחול במשא ומתן עם בעלי קרקעות מתאימות באזור, לשכירת שטח והכשרתו לפתיחת סניף של הרשת. באוקטובר 2000 איתר הריבוע הכחול נכס ליד צומת סגולה, לא רחוק מחביב. דמי השכירות ופרטים נוספים סוכמו, ואף תאריך יעד לפתיחת הסניף נקבע "לקראת סוף 2001".

בחודש מרץ 2001 הוגש למנהלי הריבוע הכחול דו"ח מאת מומחה חיצוני, בעניין פוטנציאל פתיחת סופרמרקטים הפועלים במקטע המזל, בפתח-תקווה וסביבותיה. המומחה מצא כי **בהעדר תחרות**, יהיה פדיון סניף מסוג זה הממוקם במתחם שסביב לצומת ירקון גבוה בלמעלה מ-25% מפדיון כל סניף דומה במיקום אחר. אולם, המומחה הציג פגיעה קשה בפדיון הצפויה כתוצאה מתחרות, וציין כי "ירקונים יהיה הסניף שייפגע יותר מכולם, בתנאי תחרות מרבית".

סמוך לאחר מכן חתם הריבוע הכחול על הסכם לרכישת חביב- אחד הסופרמרקטים המובילים באזור צומת ירקון. בהציגו את העסקה לדיקטוריון, אמר מנכ"ל הריבוע הכחול כי עסקה זו באה במקום המקום שיועד לפתיחת הסניף המתוכנן. דברים דומים, לפיהם הריבוע הכחול יפתח את הסניף אם לא יאושר המיזוג, אמרה סמנכ"ל הסחר ברשת הריבוע הכחול.

מתשתית עובדתית זו עולה כי המיזוג מונע הקמתו של סניף מזל חדש בלב השוק הגיאוגרפי הרלוונטי. כידוע, אין דיני ההגבלים העסקיים מתמקדים בשימור המתחרה, כי אם בשימור התחרות.¹⁰⁸ לפיכך, על מנת לבסס פגיעה העולה כדי חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, יש להיווכח תחילה כי פתיחת אותו סניף צפויה להביא לשיפור התחרותיות בשוק, ולחילופין, כי החשש מפתיחת הסניף (חשש שייעלם אם יאושר המיזוג) גורם למתחרים הקיימים להתנהג באופן תחרותי יותר. בענייננו יש לזכור, עם זאת, כי מדובר בנימוק מצטבר בלבד להתנגדות.

בית המשפט העליון האמריקאי הגדיר שני תנאים מצטברים על מנת שחיסולה של תחרות פוטנציאלית תהא עילה עצמאית לפסילת מיזוג:

¹⁰⁸ ראו: *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 82 S.Ct. 1521 (1962); מוני' 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (פס"ד משלים, טרם פורסם, 7.6.2000), עמ' 23 לפסק הדין: "מכאן, שהפגיעה במתחרים כשלעצמה אינה אסורה. האיסור על הפגיעה במתחרים קם רק כאשר מדובר בתחרות שלא לגופו של עניין (on the merits) וכאשר הפגיעה היא מעבר לנדרש."

"It must be determined: (i) that in fact NBC [the potential competitor] has available feasible means for entering the Spokane market other than by acquiring WTB; and (ii) that those means offer a substantial likelihood of ultimately producing deconcentration of that market or other significant procompetitive effects."¹⁰⁹

התנאי הראשון - הוכחת יכולת כניסתה העצמאית (ולמצער, הפוגענית פחות בתחרות) של המתחרה הפוטנציאלית – הנו בזרד כלל קשה להוכחה:

"Unequivocal proof that an acquiring firm actually would have entered de novo but for the merger is rarely available."¹¹⁰

המיוזג שלפנינו הנו אחד מאותם מקרים נדירים, בהם ברורה ומוכחת לא רק יכולתו של המתחרה הפוטנציאלי להיכנס לשוק, כמו גם התבונה שבכניסה זו, אלא אף הכוונה הברורה של המתחרה הפוטנציאלי להיכנס לשוק בדרך של הקמת סניף חדש אם לא יותר לו להתמזג עם חביב. סקרים של הריבוע הכחול,¹¹¹ מזכירים בדבר תוכניות מתקדמות להקמת הסניף, אמירות מפורשות בפרוטוקול הדירקטוריון,¹¹² ואף הודאה מפורשת מבססים את היכולת והכוונה להיכנס לשוק. מכאן כי נמלא התנאי הראשון.

התנאי השני – כי כניסתו של המתחרה הפוטנציאלי תסייע להפחתת הריכוזיות בשוק או תועיל לתחרות בדרך אחרת – תלויה כמובן במאפייני השוק והמתחרה הפוטנציאלי. תנאי זה קל יותר להוכחה בשווקים אוליגופוליסטים כשוק הסופרמרקטים בענייננו:

"...typically in an oligopolistic situation the entry of a large firm as a new competitor necessarily has significant

¹⁰⁹ *U.S. v. Marine Bancorporation, Inc.*, 94 S.Ct. 2856, 2875.

¹¹⁰ *Id.*, at p. 2871.

¹¹¹ במחקר שנערך במרץ 2001 עבור הריבוע הכחול בעניין פוטנציאל הפתיחה של חנויות מוזלות בפתח-תקווה וסביבותיה נאמר בין השאר: "...ובכל מקרה, להערכתנו, רשת הקו אופ יכולה להתחרות בסניפי חביב וחצי חנים שבחלק המזרחי ולזכות בפדיון המתאים."

¹¹² ראו פרוטוקול ישיבת דירקטוריון של הריבוע הכחול מיום 17.4.2001: "ליפא מאיר: שואל האם הרכישה באה ע"י עסקה אחרת שהוגשה לדירקטוריון. המנכ"ל: משיב שמדובר בעסקה במקום המקום שהוצע באזור התעשייה סגולה."

procompetitive effects, at least to the extent of 'shak[ing]
things up' or engendering 'competitive motion'¹¹³

חביב פועל במקטע המוזל, ומתחרה בעיקר עם סופרמרקטים מוזלים אחרים. סופרמרקטים השייכים למקטעים אחרים, כגון סופרמרקטים עירוניים, אף שהם תחליפיים במידת מה, אינם מסוגלים לרסן כוח שוק המצוי בידי סופרמרקט מוזל כפי שיכולים סופרמרקטים מוזלים אחרים. מתשובות חברות הפועלות בענף שניתנו לפניות רשות ההגבלים העסקיים ניתן ללמוד כי לתפיסתן, הסופרמרקטים המתחרים בחביב באים מן המקטע המוזל ובמידה פחותה ממקטע הביניים שבין המקטע המוזל לבין המקטע העירוני (תת-רשתות כגון היפר-נטו וקלאבמרקט). אף רשימת המתחרים שהציע הריבוע הכחול תואמת תפיסה זו: רשימה זו מונה, לבד מחביב, חמישה מתחרים נוספים. מצאתי לעיל כי אחד מהם, קוסמוס רעננה, מצוי מחוץ לשוק הגיאוגרפי הרלוונטי ואילו אחר, מטרו צומת ירקון, עומד להפסיק פעילותו בעתיד המיידי. שלושת האחרים הם המתחרים העיקריים בחביב, אולם הם סובלים מנחיתות שונות המקשות עליהם את התחרות.¹¹⁴

כבר ציינו לעיל כי ג'מבו בארות יצחק הנו מתחרה משני,¹¹⁵ משום מיקומו המרוחק וכפי שמעיד חתך הלקוחות שלו, השונה ברובו מחתך הלקוחות של חביב. חצי חינם ויד יצחק אינם מוכרים ירקות, וכיוון שכך, עבור חלק מן הצרכנים אין הם מהווים תחליף המאפשר רכישה תחת גג אחד. כמו כן, שני המתחרים הללו, כמו גם חביב, מתאפיינים בשיעור גבוה של מכירות למ"ר (90.9 אש"ח/מ"ר בחביב, 72 אש"ח/מ"ר בחצי חינם, 66 אש"ח/מ"ר ביד יצחק). הדבר מתבטא בצפיפות, ולפיכך מגביל את יכולתם להתחרות ביתר עוז על ידי הורדת מכירים והגדלת המכירות (שכן הורדת המחירים עלולה להביא לצפיפות אשר תביא לנטישה של חלק מן הלקוחות).

לפי מסמכים פנימיים של הריבוע הכחול, צפויות מכירות סניף המגה פוטנציאלי לעמוד על שיעור של 24 אש"ח/מ"ר – שיעור נמוך בהרבה מן המתחרים האחרים, אשר יאפשר למגה להתחרות במתחרים הותיקים על-ידי הורדת מחירים ומשיכת לקוחות חדשים, מבלי שתיגרם צפיפות.

נמצא אפוא כי הקמת סניף מגה על-ידי הריבוע הכחול, כמו גם הקמת סניף על ידי רשת השופרסל צפויה להביא לשיפור התחרות בשוק בעל מאפיינים אוליגופוליסטים (בו הדינמיקה התחרותית במקטע המוזל הנה בין חביב לבין שלושה מתחרים נוספים). כך מתקיים אף התנאי השני, וביחד עם התנאי הראשון מבססים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מחיסולו של סניף מגה כמתחרה פוטנציאלי, בשל המיזוג. אכן, כניסתן של רשתות הענק למתחם זה – כל עוד אינה **מטרתה או תוצאתה** הוצאה מן השוק של הסופרמרקטים העצמאיים המצויים שם – אינה הפרה

¹¹³ *BOC Int'l, Ltd. V. FTC*, 557 F.2d 24, 27 (2d Cir. 1977).

¹¹⁴ אזכיר שוב כי במחקר שנערך עבור הריבוע הכחול במרץ 2001, לגבי פוטנציאל הפתיחה של סניפים מוזלים בפתח-תקווה וסביבותיה, נמצא כי המתחרים העיקריים הנם: מטרו צומת ירקון, חצי חינם צומת ירקון, חביב צומת סגולה וג'מבו בארות יצחק. יד יצחק לא נמנה בין המתחרים העיקריים.

של דיני התחרות. אולם כניסתן למתחם בדרך של הוצאת המתחרים המהותיים מן השוק בדרך של רכישה היא דבר שאין להסכין עימו. לכך ניתנה בידי רשות התחרות הסמכות להתנגד למיזוג.

9. קיומו של כוח קנייה בידי הריבוע הכחול

המיזוג שבפני אינו נעדר משמעויות ארציות. חרף היות השווקים בתחום קמעונאות המזון – אזוריים באופיים – הרי שלצורך רכישת מוצרי המזון המתבצעת על ידי קמעונאי המזון יש חשיבות ליכולתן המצרפית של רשתות הענק לרכז כוח קנייה מול ספקי המזון¹¹⁶. אכן, כפי שכבר בא הדבר לידי ביטוי – היקפי פעילותן של רשתות הענק שלרשותן עשרות סניפים בכל רחבי הארץ היא ללא כל השוואה להיקפי פעילותן של סופרמרקט עצמאי כחביב, אפילו הוא גדול באזורו.

עובדה זו נותנת בידי רשתות הענק כוח קנייה משמעותי ביותר מול ספקי המזון, דבר המוצא ביטוי בתנאי הרכישה המשופרים של רשתות הענק ובדפוס הפעולה המיוחדים שלהן מול ספקי המזון, עליהם התעכבנו לעיל: חיוב הספקים בתשלום בונוסים, שטחי מדף והנחות מיוחדות שאין קשר הכרחי בינן לבין חסכון בעלות עבור ספק המזון.¹¹⁷

על רקע זה אין הדבר מפתיע כי אחד התמריצים העיקריים שעמד בפני הריבוע הכחול הוא הגדלת היקפי הפדיון שלו, הנובעת מתוספת אוטומטית של פדיון חביב – אם יאושר המיזוג – לפדיון הכולל של הרשת. עיון במסמכי הריבוע הכחול מבהיר היטב כי הגידול בפדיון מתרגם מייד להפעלה יתירה של כוח הקנייה אל מול ספקי המזון, שהיא משמעותית דיה כדי להאיץ את החזר ההשקעה מרכישתו של חביב:

- כך במצגת הריבוע הכחול בדבר יתרונות העסקה נאמר במפורש כי פדיון זה (של חביב) **"יגדיל את כוח הקנייה של הרשת ומעמדה מול הספקים (בונוסים וכו')"**;
- בישיבת ההנהלה אגב דיון בדבר אורך תקופת החזר ההשקעה הוצגה תקופת החזר קצרה יחסית משום ש**"נלקח בחשבון גם נושא הבונוסים מהספקים"**.
- עוד מסר מנכ"ל הריבוע הכחול, אגב דיון בשאלה מהי תוספת הרווחיות כתוצאה מרכישת שטחי מכירות נוספים על ידי הרשת, כי **"אסור לשכוח שחלק מהגידולים (בשטחי מכירות – ד.ש.) משפיעים גם על כוח הקנייה שלנו"**.

¹¹⁵ לעיל, בפרק ג'(2).

¹¹⁶ כאמור לעיל, ספקי המזון אינם יכולים להשלים עם מצב בו מוצריהם אינם נמצאים על המדף הימצאות המוצר על מדפי רשתות הענק אינה רק מבטיחה מכירתם בהיקפים גדולים לרשתות. הימצאות המוצר על מדף הרשת מקבעת את המוצר בתודעת הצרכנים ועשויה להביא להרחבת ביקושים בעתיד.

¹¹⁷ פרק ב' לעיל ובפרט עמודים 10-12 שם.

נוכח הפערים בין שתי רשתות הענק המובילות את הענף לבין כל יתר קמעונאי המזון, מעניקה רכישתו של חביב (חלף תחרות עימו) לריבוע הכחול תוספת מיידית וממשית של כוח הקנייה מול הספקים, המהווה – כמסתבר גם מהאמירות דלעיל – חיזוק כוח שוק קיים.

ד. אין במיזוג יעילויות המחפות על פגיעתו בתחרות

מכל האמור לעיל עולה ברורות כי המיזוג מקים חשש כבד (אף למעלה מכך) לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הסופרמרקטים. בכך חלף המיזוג מעל הרף הקבוע בסעיף 21 לחוק, וקמה חובתי להתנגד לו.

דיני המיזוגים מניחים כי, ככלל, מרבית המיזוגים מביאים ליעילויות פרו-תחרותיות, המקטינות את החשש לפגיעה בתחרות.¹¹⁸ אך אין משמעות הדבר כי דיני ההגבלים העסקיים עוצמים עיניהם בפני מציאות שונה בתכלית בה אין גלומה במיזוג תועלת פרו-תחרותית ממשית, והמטרה העומדת לנגד עיני הצדדים למיזוג (או מי מהם), או התוצאה המסתברת של פעילותם, היא איונה של תחרות בדרך של רכישה ויצירת כוח שוק (או חיזוקו). כך נאמר לעניין זה בדו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים:

"...בחלק מהסיבות למיזוג מעוגנים גם שיקולים שאינם דווקא עקב הצורך להתייעל. כך, למשל, ניתן למנות בין הסיבות למיזוג שיקולים של הגברת כוח שוק, הרצון לבנות אימפריה כלכלית... התוצאה היא כי קשה להעריך מיזוג באופן כלכלי ערטילאי שכן חייב הוא להבחן לאור יעדיו ונסיבותיו המיוחדות."¹¹⁹

מכאן נובע כי מיזוג בעייתי, בו לא הוכחו יעילויות פרו-תחרותיות משמעותיות, יגדיל את החשש כי הטעם העיקרי למיזוג הנו רצונם של הצדדים ליצור לעצמם כוח שוק או לחזקו, ולפיכך יחזק את התשתית העובדתית המצביעה על קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

טעמו של דבר הוא בכך כי העדר יעילויות מוכחות מהווה ראיה משתמעת לכך שהצדדים מצפים כי המיזוג ייצור או יחזק את כוח השוק שבידיהם: התקשרות הצדדים בהסכם מיזוג מעידה על סברת הצדדים כי המיזוג יועיל להן. תועלת זו יכולה להיות אחת משתיים – יתרון פרו-תחרותי,

¹¹⁸ תפישה זו עמדה לנגד עיני הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים: "הגבל שכזה [חסדר כובל/קרטל – ד.ש.] הוא בלתי יעיל, מונע רציונליזציה של סדרי גודל נאותים ומנציח קיומם של מפעלים בלתי יעילים אשר ייתכן ומוטב היה כי ייעלמו. מכאן ההבדל היסודי בין הגישה לקרטל לבין הגישה למיזוג, היוצר יחידה אורגאנית כלכלית גדולה ומכאן גם ההיסוס הרב בהתערבות בנושא המיזוגים לעומת ההתערבות בנושא הקרטל. דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, פורסם ב: הפרקליט לב (1978) 559, 575.

המשפר את כושר התחרות של החברה הממוזגת ולפיכך מאפשר לה להגדיל רווחיה כפועל יוצא מהיותה תחרותית יותר, או יתרון אנטי-תחרותי (יצירתו של כוח שוק או חיזוקו של כוח שוק קיים), המאפשר לחברה הממוזגת לעקוף או להשבית את המנגנון התחרותי ולגבות רנטה מונופוליסטית כתוצאה מכך. העדרן במיזוג כלשהו של יעילויות פרו-תחרותיות – יתרונות מן הסוג שברישא – מחזקת את החשש כי הצדדים למיזוג כיוונו בהתקשרותם ליתרונות מן הסוג שבסיפא, דהיינו יתרונות הפוגעים בתחרות.

מאחר שהצדדים למיזוג מכירים היטב את הזירה העסקית המושפעת מן המיזוג, יש לראייתם את מטרותיו ותוצאותיו המסתברות משקל רב באומדן החשש לפגיעה בתחרות. מטבע הדברים, הצדדים למיזוג מעונינים באישורו, ועל כן סביר להניח שאמירותיהם המפורשות בעניין השפעת המיזוג על התחרות תהייה מוטה. מכאן חשיבות ההסתמכות על ראיות עקיפות לאומד דעתם. ראיות כאלה כוללות הן ראיות מפורשות, כגון מסמכים של הצדדים למיזוג אשר הוכנו במהלך העסקים הרגיל,¹²⁰ והן ראיות משתמעות, כגון העדרן של יעילויות פרו-תחרותיות.

לא הובאה בפניי, אף לא מצאתי, כל יעילות פרו-תחרותית הנצמחת מן המיזוג שבנדון.¹²¹ בפגישות שהתקיימו עם הצדדים ובאי-כוחם, נתבקשו אלה במפורש כי, אם סבורים הם שהמיזוג מביא ליעילויות פרו-תחרותיות, יכבדו ויבססו טענות אלה, על מנת שיישקלו בבחינת המיזוג. הצדדים לא הציגו בפני כל טענה קונקרטית ומבוססת שכזאת, ולמעשה טענתם היחידה בזכות אישור המיזוג (לבד מטענות הנוגעות לקיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מן המיזוג) נגעה לפגיעה שתיגרם לבעליו הנוכחי של חביב, אם אתנגד למיזוג.

דא עקא, טענה זו אינה בגדר יעילות העשויה להישקל בבחינת המיזוג. על מנת להראות כיעילות פרו-תחרותית הנובעת מן המיזוג, על היתרון הנובע מן המיזוג להיות כזה אשר אינו נובע, אף בעקיפין, מקיומו או מחיזוקו של כח שוק. ככלל, על היתרון להביא לגידול בתפוקה של המוצר או השירות שבנדון (בין ישירות ובין בדרך של הורדת המחיר או העלאת האיכות או המגוון).

יתרה מכך, על אותו יתרון להיות כזה אשר נובע מהמיזוג, ולא יכול היה לצמוח בדרך אחרת אשר פגיעתה בתחרות קטנה יותר (כגון על-ידי גידול פנימי). כך לדוגמה, לא יראו כיעילות הנובעת ממיזוג חסכון בהוצאות הנהלה, שנובע מכך שאחר המיזוג הוצאות אלה (שהן הוצאות קבועות) מתחלקות על-פני היקף מכירות גדול יותר (של החברה הממוזגת). זאת, משום שהחברה המתמזגת יכולה להגיע לאותה יעילות ללא המיזוג, על-ידי הגדלת מכירותיה בשיעור מכירות החברה אתה ביקשה להתמזג, והחסכון האפשרי בהוצאות הנהלה עשוי להוות תמריץ עבודה להתחרות במשנה מרץ על מנת להגדיל מכירותיה.

¹¹⁹ שם, בעמ' 576.

¹²⁰ כמובן, משקלם של מסמכים של הצדדים למיזוג תלוי במידה בה עמדה או יכלה לעמוד לגד עיניי כותב המסמך השפעתו של המסמך על רשות ההגבלים העסקיים בעת בחינת המיזוג שבנדון. לדוגמה, מסמך שנכתב טרם צפה הכותב את המיזוג עשוי להיתפס כאמין, בעוד מסמך שנכתב בעת בחינת המיזוג, תחת פיקוח של עורך דין, עלול לזכות ליחס חשדני יותר. ראו לעיל, הערה 33.

¹²¹ בחנתי את האפשרות לפיה טרם מיצה הריבוע הכחול יתרונות לגודל, אך מצאתי שהדבר בלתי סביר. ראה לעיל, הערה 77.

לבסוף, על היעילויות הנטענות להיות **מוכחות**, דהיינו שאין די בטענות או הערכות בעלמא, אלא נדרשת תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בקיומן.

לכתחילה, לא הציגו הצדדים למיזוג כל טענה ליעילויות הנובעות מן המיזוג. מפאת חשיבות העניין, פנתה רשות ההגבלים העסקיים לבאי כח הצדדים וביקשתם במפורש לציין בפניה יעילויות פרו-תחרותיות הנובעות מן המיזוג. בפי הצדדים למיזוג הייתה רק טענה אחת (לבד מטענות הנוגעות לחשש שמקיס המיזוג לפגיעה בתחרות, טענות שאינן נוגעות למישור היעילויות): בעלי המניות של חביב אינם מעוניינים להמשיך לנהל את החנות, ולמחיר שמוכן לשלם הריבוע הכחול עבור חביב לא יסכים כל קונה אחר (לבד, אולי, משופר-סל). יוצא, לטענת הצדדים, שאם יתנגד הממונה למיזוג, עלול הוא להקטין את תוחלת התמורה בעת היציאה מפעילות עסקית, ובכך להרתיע יזמים מלהיכנס לאותה פעילות מלכתחילה.

לא זו בלבד שטענה זו אינה יכולה להימנות כיעילות הנובעות מן המיזוג, אלא שבנסיבות העניין טענת הצדדים דווקא מחזקת את הסברה כי המיזוג מקיס חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

ראשית, המחיר שמציע הריבוע הכחול לחביב כולל בתוכו פרמיה עבור תוספת כוח השוק שמעניקה העסקה לריבוע הכחול. ברור שגורמים אחרים שהיו שוקלים לרכוש את חביב, ואשר לא היו נהנים מאותה פרמיה מונופוליסטית (שכן המיזוג שלהם עם חביב לא היה פוגע בתחרות) לא היו משלמים לחביב את המחיר שמוכן לשלם הריבוע הכחול. לפיכך, אין זה מפתיע כי הצדדים למיזוג סבורים שרק הריבוע הכחול ושופר-סל (אשר, לו היה רוכש את חביב, היה צפוי לפגוע אף הוא באופן משמעותי בתחרות) ייאותרו לשלם את מחיר העסקה שבנדון. אך אין לבעליו של חביב כל ציפייה לגיטימית לקבלת פרמיה מונופוליסטית. התחרות ופרותיה לא להם היא, כי אם לציבור, ולפיכך לא ייתכן כי רצונם לקבל דמיה של התחרות שתושחת יהווה שיקול לטובת אישור המיזוג.¹²²

שנית, כאמור לעיל, יעילות הנלקחת בחשבון בניתוח המיזוג חייבת להיות כזאת הנובעת מן המיזוג, במובן זה שהיעילות האמורה לא יכלה לצמוח בדרך אחרת, שפגיעתה בתחרות פחותה. דהיינו, על מנת שנכיר בהימנעות מפגיעה ביכולתם של הבעלים של חביב לממש את השקעתם כיעילות הנובעות מן המיזוג, על הצדדים למיזוג להוכיח כי אינם יכולים לממש את השקעתם בדרך של מכירת חביב לאדם אחר, במיזוג אשר פגיעתו בתחרות פחותה מזו שבמיזוג שלפנינו.¹²³ אין די בהוכחה כי התמורה תהיה פחותה מזו שמציע הריבוע הכחול – די שהתמורה תהא סבירה, כך שלא תהווה חסם משמעותי לכניסתם של יזמים. נתברר לנו, כי גורמים נוספים פנו אל בעליו של חביב בהצעה לרכוש אותו. נראה כי יש בכך כדי להעיד על אפשרות סבירה לצאת מן ההשקעה

¹²² השווה: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אי-מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל בין מפעל הפיס לאגודה למען החייל, 1999 הגבלים עסקיים 3004184, פסקה 3, בעמ' 5-6.

בחביב. וודאי שלא ניתן לומר כי הוכח שאין לבעליו של חביב כל דרך כזאת – והרי יעילות נטענת צריכה להיות מוכחת.

שלישית, יעילות צריכה להיות פרו-תחרותית. ה"יעילות" הנטענת - הצפייה לקבלת פרמיה מונופוליסטית במימוש השקעה, על מנת לעודד את הכניסה להשקעה – הנה ההפך מכך. על מנת שתתקבל פרמיה שכזאת נדרש כי המיזוג יפגע בתחרות, ולפיכך ייצור תועלת אנטי-תחרותית לרוכש, תועלת עליה ישלם למוכר את הפרמיה.

רביעית, רצונו של אדם להפסיק פעילותו העסקית איננה שיקול להתרת מיזוג המקיים חשש סביר לפגיעה בתחרות. פגיעה בתחרות כתוצאה מהפסקת פעילות איננה שקולה לפגיעה שבמיזוג: חברה החדלה לפעול מותירה חלל ריק בשוק, ועל מילוי חלל זה יתחרו שחקנים קיימים ופוטנציאליים; מיזוג אינו יוצר חלל כזה, אלא מעניק לשחקן אחד את מלוא כוחה של החברה המפסיקה פעילותה.

חשוב מכך, במיזוג מקבל בעל החברה הנרכשת תמורה, העלולה (במיזוג המקיים או מחזק כוח שוק) לכלול פרמיה מונופוליסטית. לעומת זאת, כאשר מפסיק בעל עסק את פעילותו באופן חד צדדי, אין הוא מקבל כל תמורה שביאה, ולכן יכולים אנו להיות סמוכים ובטוחים כי הפסקת הפעילות נעשתה משיקולים ענייניים.

לכן דיני ההגבלים העסקיים אינם מכירים באי-רצונו של אדם להמשיך בניהול עסק כשיקול להתיר מיזוג המקיים חשש לפגיעה בתחרות, אלא אך ורק באי-יכולתו להמשיך בפעילותו העסקית. הדוקטרינה המשפטית המעגנת את ההתחשבות באי-יכולתו של עסק להמשיך ולהתקיים כשיקול לאישור מיזוג הנה "הגנת החברה הכושלת" (Failing Company Defense).¹²⁴ הגנת הפירמה הכושלת כבר אומצה ונתחמה בדין הישראלי,¹²⁵ וטענות הצדדים למיזוג אינן מבססות הגנה לפי דוקטרינה זו.

¹²³ לחילופין יכולים בעליו של חביב להפריד בין הנכסים השונים המרכיבים יחדיו את העסק (מקרקעין, ציוד, מלאי, וכו'), ולמכור כל רכיב לאדם אחר, באופן שאינו פוגע כלל בתחרות.

¹²⁴ יצוין כי הגנת החברה הכושלת הנה נפרדת מסוגיית היעילויות שבמיזוג. חשוו להנחיות רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, שם מסווגות הסוגיות הללו בשלבים (ובסעיפים) שונים של הניתוח: Merger Guidelines, §5 (failure and exiting assets), *supra* note 11, §4 (efficiencies).

ה. סוף דבר

מעטים השווקים הנוגעים ישירות באורח חייו של כל אדם והנחוצים לכל אדם, כשוק קמעונאות המזון. התחרות בשוק קמעונאות המזון חיונית לא רק משום קהל הצרכנים הרחב שייהנה ממנה, אלא גם משום שאפילו ירידה צנועה במחיר לצרכן, כתוצאה משיפור התחרותיות או משימורה, או אף כתוצאה מאיום תחרותי האורב בשולי הזירה והגורם לרשתות הגדולות שלא להאמיר את מחיריהן יתר על המידה - יהיו בעלי משמעות ניכרת ומהותיים לשכבות רחבות של צרכנים, בחלקם קשי יום, ששיעור ניכר מהכנסתם משמש להוצאה על מזון.

דווקא בשוק חשוב זה מתקיימת מגמה של התדרדרות מתמדת בתחרותיות. כיום נשלט השוק על ידי שלוש רשתות ענק, אשר פועלות, תוך ניצול כוח השוק שבידן, להעצמת חסמי הכניסה ולדחיקת הרשתות הקטנות והסופרמרקטים העצמאיים שנותרו עמם בשוק. מצאתי כי מגמת הריכוזיות כבר נותנת אותותיה, ומביאה בסופו של יום להעלאת המחיר לצרכן. על רקע מגמה זאת חשוב שבעתיים לבחון עסקאות בהן רוכשת רשת ענק שכזו את אחד מ"הלוואי הכתר" העצמאיים שבשוק גיאוגרפי רלבנטי.

בשוק בעייתי זה מבקש הריבוע הכחול, אחת מרשתות הענק, לרכוש את חביב, מגדולי הסופרמרקטים העצמאיים. רכישת חביב תוציא מן השוק מחולל תחרות חשוב - אחד מני שחקנים ספורים המסוגל להתחרות ברשתות הענק ואשר תמריצו לעשות כן גדולים. הרכישה תגדיל באופן משמעותי את הריכוזיות בשוק הסובל כבר כעת מריכוזיות גבוהה ומחסמי כניסה תמירים. כפועל יוצא מכך קם חשש כבד להתחזקות היכולת והתמריץ להתנהגות מתואמת של רשתות הענק בשוק. כל כך במקטע מוזל, המהווה בבת עינה של התחרות והמיטיב עם הצרכן.

המיזוג אף פוגע בתחרות במובן זה שמסכל הוא כניסה עצמאית של הריבוע הכחול לשוק ואת תוכניותיו לפתוח סניף מוזל אשר יתחרה בחביב.

בית המשפט העליון בארצות הברית קבע, עוד לפני שנים הרבה, כי בחינתו של מיזוג אינה נעשית בזווית צרה של נתון אריתמטי זה או אחר, אלא מתוך מבט כולל ורחב על מבנה הענק, ההסטרוריה שלו, המגמות השולטות בו והעתיד הצפוי בו:

"[A] merger had to be functionally viewed, in the context of a particular industry. That is whether the consolidation was to take place in an industry that was fragmented rather than concentrated, that had seen a recent trend toward domination by a few leaders or had remained fairly consistent in its distribution of market shares among the participating companies, that had experienced easy access to markets by

¹²⁵ ראו: עניין נורמאל, לעיל הערה 62.

suppliers and easy access to suppliers by buyers or had witnessed the ready entry of new competition or the erection of barriers to prospective entrants, all were aspects, varying in importance with the merger under consideration, which would properly be taken into account"¹²⁶

בנתוני ענף מכירות המזון בסופרמרקטים, ההסתוריה שלו, המגמות השולטות בו, חסמי הכניסה אליו, התגבשותן של רשתות ענק דומיננטיות אשר רכשו כוח קנייה רב המתרגם לכוח שוק ולנוכח הדרדרות התחרותיות – ברורה המסקנה המתחייבת בסוף המסע: בחינתו המדוקדקת והמלאה של המיזוג שבפניי, כפי שפורטה בהחלטתי זו, העלתה כי בכל היבט אפשרי – חובה להתנגד לו ולעוצרו. נוכח כל אלה, אין ספק בלבי כי חובה עליי, במצוות הדין, להתנגד למיזוג וכך עשיתי.

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


ד"ר שטרם, עיד

הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, כ"ג תשרי, תשס"ב
10 אוקטובר, 2001

¹²⁶ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962), at 321-22.



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, י"ח אלול תשס"א

6 ספטמבר 2001

מזג: 4473

פקס: 03-6091116

פקס: 03-5663686

לכבוד

מר אילן שמעוני, עו"ד

הר סיני 1

תל אביב 65816

לכבוד

גב' טל אייל-בוגר, עו"ד

פישר, בכר, חן ושות'

דניאל פריש 3

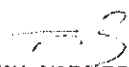
תל אביב 64731

הנדון: הודעה על מיזוג חברות

מצ"ב החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בהתאם לסעיף 20 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים
התשמ"ח - 1988 (1), למיזוג של החברות הבאות:

1. רבוע כחול – ישראל בע"מ
2. ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

בברכה,


צפורה נחמון, עו"ד

רשות הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בתיק מזג 4473

רבוע כחול – ישראל בע"מ
ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

בחתום לסעיף 20 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח 1988 (להלן - "החוק"), אני מודיע על התנגדותי למיזוג של החברות כמפורט להלן:

מספר התיק	שמות החברות המתמזגות
מזג 4473	רבוע כחול – ישראל בע"מ ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

הנימוקים להחלטה יועברו בנפרד בתוך 14 יום.


דור שטרס

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ח אלול תשס"א

6 ספטמבר 2001

רח' כנפי נשרים 22, ת.ד. 34281 ירושלים 91341 טלפון: 02-6556111 פקס: 02-6515330

jerusalem@antitrust.gov.il

255682 /4473





רשות ההגבלים העסקיים

הועדה לפטורים ולמיזוגים

החלטות

מועד הדיון: 6.9.01 יום חמישי

מניעות: תמר הקר מנועה מלדון במיזוג 4473: רבוע כחול-ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון

בקשות מיזוג

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות הדעת של המחלקה הכלכלית במיזוגים כלהלן:

מספר תיק	הצדדים למיזוג	כלכלן
4473	רבוע כחול – ישראל בע"מ ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ	בועז
4508	בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ בריטניקה ערוצי למידה בע"מ	שירלי
4560	חברת אולפני אלרום (2000) בע"מ וידאוסוניק בע"מ	ניר
4571	אלתם – עין השופט אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ה.מ. שינגוט בע"מ	דורון
4590	כלל ניהול קרנות נאמנות בע"מ פועלים החזקות פיננסיות (1993) בע"מ	קרן

החלטות: חברי הועדה ממליצים בפני הממונה להחליט בבקשות המיזוג בהתאם לאמור בחוות הדעת של המחלקה הכלכלית ובכפוף להערות כלהלן:

מזג 4473: רבוע כחול – ישראל בע"מ – ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ

בהמשך לדיון בבקשה מיום 6.6.01 בו התקבלה המלצתם של חברי הועדה להתנגדות עקרונית לבקשת המיזוג הנ"ל, הוצגה בפני חברי הועדה חוות הדעת המלאה של המחלקה הכלכלית והמגמות בשנים האחרונות בתחום השיווק הקמעונאי ברשתות.

כל חברי הועדה ממליצים בפני הממונה להתנגד לבקשת המיזוג שכן המיזוג מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף.

רח' כנפי נשרים 22 ת.ד. 34281, ירושלים 91341 טלפון: 6556111-02 פקס: 6515330-02

מזג 4508: בזק החברה הישראלית לתקשורת - בריטניקה ערוצי למידה

חברי הועדה ממליצים בפני הממונה לאשר את בקשת המיזוג בתנאי שתשמר גישה שווה לתכני מט"ח לכלל הציבור במחיר ראוי ללא אפלייה וללא מתן בלעדיות לבריטניקה.

מזג 4560: חברת אולפני אלרום (2000) – וידאו סוניק

חברי הועדה ממליצים בפני הממונה לאשר את בקשת המיזוג

מזג 4571: אלתם-עין השופט - ה.מ. שינגוט

כל חברי הועדה ממליצים בפני הממונה להתנגד לבקשת המיזוג בנדון שכן המיזוג מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף.

מזג 4590: כלל ניהול קרנות נאמנות – פועלים החזקות פיננסיות (1993) בע"מ

הובהר כי נערכת בדיקה באם מדובר בהסדר כובל. תוגש בקשת פטור לפי הצורך. חברי הועדה ממליצים לאשר את הבקשה.

בקשות הפטור לא נדונו



רשות ההגבלים העסקיים
הועדה לפטורים ולמיזוגים
החלטות

מועד הדיון: 6.6.01 יום ד' בשעה 10:00

מניעות: רן קרול מנוע בבקשת פטור 4476: בתי זיקוק לנפט – נורדן נפט

בקשות מיזוג

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות הדעת של המחלקה הכלכלית

מספר	הצדדים למיזוג	כלכלן
4310	חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ חברת מכרזי אשראי בישראל בע"מ	גבי
4471	בראון אנד שארפ סרפס אינספקשן סיסטמס בע"מ אורבוטק בע"מ	ניר
4473	רבע כחול – ישראל בע"מ ירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ	גיא
4475	The Dow Chemical Company Rohm and Haas	דורון דיויד
4492	אריזות פלזית אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נועית (2000) בע"מ	בועז
4497	True North Communications Inc. Interpublic Group of Companies, Inc	רונית
4498	אגפא גרפיקס בע"מ ישראלקולור מעבדות (2000) בע"מ	דורון
4506	דפנה חולתה שיווק אגודה שיתופית חקלאית בע"מ אייר ספורט שיווק בע"מ	בועז
4505	טמבור בע"מ גרנית הכרמל השקעות בע"מ	ליאת

סוכם:

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשות המיזוג הנ"ל בהתאם לאמור בחוות הדעת של המחלקה הכלכלית ובכפוף להערות כלהלן:

בקשת מיזוג 4310: חברת מוסף המכרז של המדינה – חברת מכרזי אשראי בישראל

המשך הדיון מיום 15.5.01:

בדיון הקודם חבר ועדה אחד הביע עמדתו העקרונית כי יש להתנגד לבקשת המיזוג.
שני חברי ועדה הביעו את עמדתם העקרונית לאשר את בקשת המיזוג.
בדיון הנוכחי שלושה חברי ועדה נוספים ממליצים עקרונית לאשר את בקשת המיזוג וכן לבחון את האפשרות לקביעת תנאי לפיו החברה תפרסם מחיר שוק סביר למניעת דיסאינפורמציה מהצרכן.

מיזוג 4471: בראון אנד שארפ – סיסטמס – אורבוטק

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג.

מיזוג 4473: רבוע כחול – ישראל – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון

כל חברי הועדה הביעו את עמדתם העקרונית כי יש להתנגד לבקשת המיזוג.
הנושא יידון שנית לאחר השלמת בדיקת בקשת המיזוג.

מיזוג 4475: Rohm and Haas - The Dow Chemical Company

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג

מיזוג 4492: אריזות פלזית אגודה שיתופית חקלאית בע"מ - נועית (2000) בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג

מיזוג 4497:

Interpublic Group of Companies, Inc - True North Communications Inc.

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג

מיזוג 4498: אגפא גרפיקס בע"מ - ישראלקולור מעבדות (2000) בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת המיזוג

מיזוג 4506: דפנה חולתה שיווק אגודה שיתופית חקלאית בע"מ - אייר ספורט שיווק בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת המיזוג

מיזוג 4505 : טמבור בע"מ - גרנית הכרמל השקעות בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג

בקשות פטור

בפני חבר הועדה הוצגו בקשות הפטור וטיוטא של החלטות הממונה.

מס'	תאריך קבלה	תאריך קובע	הצדדים	בטיפול	הנושא
4164	5.11.00	<u>3.2.01</u>	התעשייה האווירית לישראל בע"מ אלביט מערכות בע"מ	ניבה	שיתוף פעולה בהשבת מטוס F - 16
4476	30.4.01	<u>29.7.01</u>	בתי זיקוק לנפט בע"מ נורדן נפט (1998) בע"מ	ענת	זכויות לחיפוש נפט לרבות גז טבעי

סוכם: חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשות הפטור הנ"ל בהתאם לאמור בטיוטא של החלטות הממונה.