



טיוטה לשימוע פומבי

תוכן עניינים

א.	מבוא	2
ב.	כוח שוק משמעותי	4
ג.	אופן בחינת קיומו של כוח שוק משמעותי	5
ג.1.	בחינה לפי מאפיינים : מאפיינים המשפיעים על הריסון מצד הביקוש	6
ג.2.	בחינה לפי מאפיינים : מאפיינים המשפיעים על הריסון מצד ההיצע	8
ג.3.	בחינה לפי אופן ההתנהלות בפועל	11
ג.4.	סיכום : דרכי בחינת כוח שוק משמעותי	12
ד.	דוגמאות לאופן בחינת כוח שוק משמעותי בענפים בעלי מאפיינים מיוחדים	13
ה.	סיכום	15

גילוי דעת -/-

בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי

א. מבוא

גילוי דעת זה מפורסם על רקע תיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21) (חיזוק האכיפה והפחתת הנטל הרגולטורי), התשע"ט-2019. התיקון בחוק שינה את הגדרת המונופולין בכך שהוסיף להגדרה הקודמת גם גורמים שלהם כוח שוק משמעותי. על רקע תיקון זה רשות התחרות מבקשת להסביר כיצד היא מפרשת את המונח כוח שוק משמעותי לעניין הוראות פרק ד' לחוק.

כוח שוק במובנו הרחב קשור ליכולת ולכדאיות הכלכלית לקבוע עבור מוצר מסוים תנאי אספקה או רכישה נחותים מאלה שהיו שוררים בשוק תחרותי.¹ בכל הנוגע לאספקת מוצרים או שירותים, כוח שוק עלול להיות מופעל ביחס לתנאי אספקה שונים, כגון מחיר, כמות, איכות, מגוון, זמינות ועוד; בדומה לכך, בכל הנוגע לרכישת מוצרים או שירותים, כוח שוק עלול להיות מופעל כלפי ספקים ביחס לתנאי הרכישה. עם זאת, לשם נוחות הדיון נתמקד בכוח שוק באספקה. כמו כן וכנהוג נתייחס לפרמטר המחיר כ"שם קוד" לכלל תנאי האספקה שהם נושא לתחרות.² לצורכי מסמך זה ניתן, אפוא, להגדיר כוח שוק ככוח לגבות מחיר גבוה יותר מהמחיר אשר היה נגבה בשוק תחרותי.³

כוח שוק אינו מושג דיכוטומי אלא עניין של מידה: נדירים הם השווקים בהם מידת התחרות מתקרבת למצב של תחרות משוכללת לחלוטין ובהתאם מידת כוח השוק של כלל הספקים מתקרבת לאפס. ברי שלא בכל שוק שבו קיימת בידי ספק או ספקים מידה מסוימת של כוח שוק מתעורר

¹ ראו למשל בה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד תשנ"ט (2) 529 (להלן: "פסק הדין החלקי בעניין ידיעות"), פס' 26: "מבחינה כלכלית, החשש לפגיעה בתחרות נובע מקיומו של כוח שוק המאפשר למי שמחזיק בכוח זה להשפיע על מחיר השוק ועל נתונים אחרים הנקבעים בשוק תחרותי על-ידי כוחות השוק." וכן בע"פ 2560/08 מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול, תל-על 3/2009, 149, פס' קנ (להלן: "פסק הדין בעניין וול"); "ממאפיניו של שוק תחרותי הוא, כי אין באפשרותו של שחקן בודד להשפיע על גובה מחירי המוצרים או על היקף הסחורות בשוק. מכאן, שפגיעה בתחרות משמעה: "רכישת כוח שוק שהוא היכולת להשפיע על רמת המחירים בשוק או על היקף הסחר לאורך זמן ובאופן רווחי..." (ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 63, 94 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). כן ראו בגילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (23.01.2011) רשות התחרות 5001710 (להלן: "ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים"), ה"ש 2 בעמ' 2.

² ראו למשל ב- Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, the "ההנחיות האירופאיות", פס' 11: "In this Communication, the expression 'increase prices' includes the power to maintain prices above the competitive level and is used as shorthand for the various ways in which the parameters of competition – such as prices, output, innovation, the variety or quality of goods or services – can be influenced to the advantage of the dominant undertaking and to the detriment of consumers." ב- International Competition Network Unilateral Conduct Workbook, Chapter 3: Assessment of Dominance (מאי 2011), ניתן לעיין באתר ה-ICN בכתובת: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc752.pdf> (להלן: "מדריך ה-ICN"), פס' 5; ב- ANTITRUST LAW, Areeda & Hovencamp, (מהדורה שלישית), 501 (להלן: "Areeda & Hovencamp"); וכן בע"פ 3398/06 הרשות להגבלים העסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פס' 30: "כוח זה נבחן ביכולתה של פירמה לגבות עבור מוצר או שירות מחיר גבוה מזה שהיה נגבה בתנאי תחרות. הוא נבחן ביכולת להעלות מחירים בלא לאבד לקוחות בהיקף כזה שיהפוך את ההעלאה במחיר לבלתי משתלמת" ואסמכתאות שמה.

³ זאת, בהנחה שיתר תנאי האספקה נותרים קבועים. לשם המחשה, ספק מסוים עשוי לשפר את איכות המוצר כתגובה לתחרות – מהלך שעשוי להעלות את העלות השולית של ייצור המוצר. במקרה כזה, העלאת המחיר בהתאם להעלאה בעלות השולית של הייצור אינה מעידה על הפעלת כוח שוק.

חשש של ממש לפגיעה בתחרות או בציבור. לכן סעיף 26 לחוק המתוקן מתייחס לכוח שוק משמעותי, היינו הכוח לגבות מחיר שגבוה באופן משמעותי מהמחיר אשר היה נגבה בשוק תחרותי.⁴

בשוק תחרותי, המחיר שכל שחקן גובה נקבע בהתחשב במחירים של מתחריו: כל שחקן מעוניין לקבוע מחיר שימקסם את רווחיו, ומודע לכך שאם יעלה מחיר, לקוחותיו יוכלו לעבור לרכוש ממתחריו המציעים מחירים נמוכים יותר. במצבים אלה התחרות מרסנת את היכולת של כל שחקן להעלות מחיר. אולם כאשר גורם מסוים יכול להתנהג באופן חופשי מרסנים תחרותיים משמעותיים, אזי נתון בידיו כוח שוק משמעותי.⁵ במקרה כזה בידיו לקבוע מחיר גבוה יותר באופן משמעותי מהמחיר בשוק תחרותי, שכן הוא אינו חושש למעבר של לקוחותיו למתחריו.⁶

כוח שוק עשוי להתקיים בידי גורם יחיד או בידי קבוצה מצומצמת של גורמים בשל היעדר תחרות ביניהם או מיעוט תחרות ביניהם. במסמך זה נתמקד בכוח שוק משמעותי המרוכז בידי גורם יחיד, אך בסוף המסמך נדון גם במקרה הייחודי של כוח שוק המשותף למספר גורמים.

אין כל פסול אינהרנטי בכך שגורם יחיד בכוח שוק משמעותי ובלבד שכוח זה הושג בדרכים הראויות. למשל פעמים רבות תחרות היא שמובילה להיפלטותם של מתחרים מהשוק, כאשר השחקנים ששרדו – אלה שניצחו בתחרות – הם אותם אלו שהציעו ללקוחות מוצרים או שירותים טובים יותר או במחירים זולים יותר. פרק ד' לחוק אינו אוסר על ההחזקה בכוח שוק משמעותי אלא על ניצולו לרעה. כפועל יוצא מכך, לעולם לא יהיה די בעצם הקביעה כי קיים בידי גורם מסוים כוח שוק משמעותי כדי להוות הפרת הוראות פרק ד' לחוק; על מנת לקבוע כי מונופול הפר את הדין ועל מנת לנקוט נגדו צעדי אכיפה יידרש קיומו של יסוד נוסף: התנהגות שעולה כדי סירוב בלתי סביר לספק או ניצול מעמד לרעה.⁷ עם זאת, בניתוח חשד להפרה, מידת כוח השוק שבידי גורם נתון רלוונטית גם לעניין העלילות לפגיעה בתחרות או בציבור כתוצאה מפעולותיו. ככל שכוח השוק של מונופול הוא רב יותר, ההשלכות של הפרת האיסורים על ידי בעל מונופולן צפויות להיות חמורות יותר. אך כאמור אין בכך כדי לומר שכוח השוק עצמו הוא בבחינת הפרה של הדין.

בפרק ב' להלן נרחיב על אודות המושג "כוח שוק משמעותי". בפרק ג', נתייחס לאופן בחינת כוח שוק משמעותי. בפרק ד', נתייחס למספר דוגמאות לשווקים בעלי מאפיינים מיוחדים אשר עשויים להשפיע על אופן בחינת כוח שוק.

⁴ ראו, למשל בהנחיות האירופאיות בפס' 10: "Dominance entails that these competitive constraints are not sufficiently effective and hence that the undertaking in question enjoys substantial market power over a period of time"; ובאופן דומה כתבו Areeda & Hovenkamp: "Market power need not trouble the antitrust authorities unless it is both substantial in magnitude and durable" (501).

⁵ ראו בפסק הדין האירופאי בעניין C-27/76 **United Brands v. Commission** EUECJ (14.2.1978) (להלן: "**עניין United Brands**"), המדגיש את הכוח שבידי הפירמה בעלת מעמד דומיננטי (מונח במשפט האירופאי הדומה למושג של "בעל כוח שוק משמעותי") לפעול באופן חופשי מרסנים תחרותיים. כלשון פסק הדין: "The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers." (פס' 65).

⁶ לעניין זה, יובהר כי השימוש במדדים של עלות שולית (או מדד דומה) לצורך בדיקת סטייה משוק תחרותי מתאימים לעולם התיאורטי אך אינם בהכרח עולים בקנה אחד עם המציאות התחרותית של השווקים, רובם ככולם.

⁷ אם הצעד הנשקל הוא מתן הוראות לפי סעיף 30, הוראה על מכירת נכס לפי סעיף 30א או הפרדת מונופולין לפי סעיף 31, אזי היסוד הנוסף יהיה פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור – בהתאם להוראות הפרטניות שבכל אחד מהסעיפים.

נבהיר כי הדוגמאות הפשוטות המופיעות במסמך הן לצורך המחשה בלבד ואין בהן כדי למצות את הדיון ביישום העקרונות אותם הן ממחישות.

ב. כוח שוק משמעותי

כאמור לעיל, כוח שוק משמעותי הוא היכולת לגבות מחיר גבוה באופן משמעותי בהשוואה לזה אשר היה נגבה בשוק תחרותי – כלומר, היכולת של אדם להעלות מחיר מבלי לאבד לקוחות רבים מדי לטובת המתחרים, שאלמלא כן המהלך לא יהיה כדאי עבורו. בחינה של כוח שוק משמעותי היא תמיד תלויה הקשר. כך, ייתכן שכוח שוק משמעותי יתקיים ביחס לסוג לקוחות מסוים בלבד או באזור גיאוגרפי מסוים, וזאת כאשר יש בידי הספק אפשרות להפלות בין סוגי הלקוחות השונים.⁸

כפי שהוזכר לעיל, נדירים הם השווקים בהם מידת התחרות מתקרבת לתחרות משוכללת לחלוטין. למשל, מידה מסוימת של בידול בין המוצרים והשחקנים השונים הפועלים בענף היא תופעה שכיחה ולעתים קרובות תוצאה של תהליך תחרותי המטיב עם ציבור הצרכנים. למעשה, יצירת בידול כאמור היא חלק אינטגרלי של האסטרטגיה העסקית של חברות רבות, אשר נוהגות להשקיע משאבים ניכרים בשיפור איכות המוצר שהן מציעות, ביצירת נאמנות מצד לקוחותיהן ובחזקת התפיסה כי המוצר שלהן מובחן ממוצרים אחרים ועדיף על פניהם. בידול זה הוא אחת המטרות העיקריות שלשמן משקיעים בעיצוב המוצר והשירות הנלווה לו, במחקר ופיתוח, בביסוס המוניטין של הספק, בחזקת קשרים עם לקוחות, בפרסום ושיווק וכדומה. בשוק שבו קיים בידול כך שהמוצרים השונים אינם תחליפים שווי ערך לכל דבר ועניין מנקודת מבטם של הלקוחות, השחקן שהצליח לבדל את עצמו הוא בעל כוח לגבות מחיר העולה במידה מסוימת מעל למחיר התחרותי. אך אין בכל בידול כאמור כדי להקנות לכל אחד מהספקים של המוצרים המבודלים "כוח שוק משמעותי".

בדומה לכך, ייתכן מצב שבו הכוח שבידי הגוף נוצר בגלל נסיבות מקריות והוא ארעי בשל שינוי שצפוי לחול בטווח הקרוב בתנאי השוק. גם במקרים מסוג זה, כוח השוק שבידי אותו גורם לא ייחשב ל"משמעותי", שכן השפעתו בהכרח תהיה מוגבלת בממד הזמן.

דוגמה 1: נניח שקיימים מספר רב של מוציאים לאור, אשר כל אחד מהם מוציא את הספרים של סופרים שונים. בדרך כלל היקף המכירות של כל מוציא לאור דומה, אך בשנה מסוימת סופר אחד זוכה לפרס נובל בספרות. זכייתו גורמת לעלייה חדה בביקוש לספריו בקרב ציבור הקוראים למשך מספר שבועות. כתוצאה מכך, היקף המכירות של אותו מוציא לאור מתוך כלל המכירות גדל למשך אותה תקופה קצרה, אך הוא חוזר להיקפו הקודם עם סיומה. במקרה מסוג זה ספק אם יש בידי אותו מוציא לאור כוח שוק משמעותי בממד הזמן.

⁸ אפליית מחירים כאמור תהיה אפשרית כאשר יש בידי הספק לזהות סוגי הלקוחות ואין אפשרות לבצע "עסקי בירורין" (ארביטראז') ובכך לקיים שוק משני יעיל. להרחבה בעניין זה, ראו בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים, עמ' 7. כן ראו ב-Horizontal Merger Guidelines של ה-DOJ וה-FTC מיום 19.8.2010 (ניתן לעיין באתר ה-FTC בכתובת: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>, להלן "ההנחיות האמריקאיות"), עמ' 6.

דוגמה 2: לעומת זאת, נניח שבשוק הלולבים פועלת חברה יחידה וקיימים חסמים גבוהים המונעים כניסתן של חברות נוספות. במקרה שכזה העובדה שהביקוש ללולבים הוא עונתי ומתקיים רק בתקופה שלקראת חג הסוכות אינה גורעת מכך שאותה חברה מחזיקה בכוח שוק משמעותי.

אמור מעתה – כוח שוק במובן דיני התחרות מתקיים כאשר קיימת בידי ספק האפשרות להעלות את המחיר שהוא גובה עבור מוצר מסוים בשיעור משמעותי ובאופן שאינו ארעי, ביחס לכלל לקוחותיו או לקבוצה מסוימת מתוכם.

כפי שהוזכר במבוא, כוח שוק רלוונטי לא רק לספקים אלא גם ללקוחות. כך ייתכן מצב שבו ללקוח נתון כוח שוק משמעותי, המאפשר לו לדרוש מהספקים המתחרים על מכירת מוצרים או שירותים לאותו לקוח מחיר הנמוך מהמחיר שהיה נגבה בשוק המאופיין בתחרות בין רוכשים (היינו, בעל מונופסון). ככלל הניתוח שלעיל ולהלן רלוונטי גם למקרה מסוג זה, בשינויים המחויבים.⁹

ג. אופן בחינת קיומו של כוח שוק משמעותי

כפי שהוסבר לעיל, כוח שוק משמעותי הוא היכולת לגבות מחיר הגבוה בשיעור משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בשוק תחרותי ובאופן שאינו ארעי. לכן עקרונית המרווח בין העלויות הכלכליות של המוצר לבין מחירו וכן הרווחיות של הספק יכולים לשמש כאינדיקציות ישירות לכוח השוק שבידיו. אך אמידה מדויקת ומהימנה של עלויות כלכליות ורווחים היא משימה מורכבת ולא תמיד אפשרית, ולעתים רבות האומדן לא יסקף את המצב התחרותי של הגורם הנבחן באופן מלא.¹⁰ מאידך גיסא, גם מרווח נמוך אינו בהכרח מעיד על היעדר כוח שוק משמעותי – למשל ייתכן שגורם מחזיק בכוח שוק משמעותי ומנצל אותו כדי להדיר מתחרים, אך אינו מפעיל אותו כלפי ציבור הצרכנים בדרך של גביית מחירים גבוהים.

משכך, השימוש באמידה של מרווח אינו תמיד תורם לבחינת קיומו של כוח שוק משמעותי. מכל מקום, לא ניתן להסתמך על אמידה כאמור כשלעצמה¹¹ ולכל היותר ניתן לשלבה עם בחינה של מגוון אינדיקטורים הנוגעים למאפייני השוק והמוצר המשפיעים על מידת הריסון מצד הביקוש ומצד ההיצע, כפי שנרחיב כעת.

כפי שהוזכר לעיל, כוח שוק משמעותי כרוך ביכולת להתנהג באופן חופשי מרסנים תחרותיים משמעותיים. קיימים שני סוגים של רסנים תחרותיים: **ריסון מצד הביקוש**, היינו ריסון שיבוא כתוצאה מתגובתם הצפויה של הלקוחות להעלאת מחירים (כגון מעבר לרכישת מוצרים תחליפיים); ו**ריסון מצד ההיצע**, כתוצאה מתגובתם הצפויה של הספקים המתחרים או שבידיהם להתחרות (כגון הכניסה לשוק או הרחבת הפעילות בו). גורם מחזיק בכוח שוק משמעותי כשהוא פועל ללא חשש משמעותי מתגובה בשני היבטים אלה. משכך, ניתן לבחון את קיומו של כוח שוק

⁹ ראו למשל העניין שנדון בה"ע יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (11.4.2007) רשות התחרות 5000581.

¹⁰ כפי שהורחב גם בגילוי הדעת בעניין שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017) רשות התחרות 501194 (להלן: "גילוי דעת 1/17").

¹¹ יודגש כי בחינת קיומו של מרווח כאמור אינה חופפת לבדיקת קיומה של פרקטיקה אסורה של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, שכן קיימים יסודות נוספים שנדרש לבחון אותם על מנת לקבוע כי מחיר מסוים הוא בגדר "מחיר בלתי הוגן גבוה", מעבר להיותו גבוה באופן משמעותי מהמחיר שבשוק תחרותי. להרחבה ראו בגילוי דעת 1/17.

בידי גורם מסוים כמו גם את עוצמתו על סמך המאפיינים המשפיעים על אפקטיביות הריסון בשני ההיבטים.

1. בחינה לפי מאפיינים: מאפיינים המשפיעים על הריסון מצד הביקוש

מבחינת הריסון מצד הביקוש, גוף מחזיק בכוח שוק משמעותי יותר ככל שלקוחותיו ימשיכו לרכוש את המוצר שלו גם אם הוא יעלה את המחיר מעל המחיר התחרותי (כאשר מחיריהם של יתר המוצרים המוצעים ללקוחות יוותרו על כנם); נכונות הלקוחות להמשיך לרכוש את המוצר במקרה של העלאת מחיר קשורה בין היתר למידת התחליפיות שהם רואים בין המוצר לבין המוצרים שמציעים המתחרים. כאשר אין היצע נרחב של מוצרים אחרים שהם תחליפים קרובים למוצר הנבחן מנקודת מבטם של צרכנים, אזי לספק המוצר אין רסן משמעותי מצד הביקוש.

שיקול חשוב בבחינת הריסון מצד הביקוש הוא נתח השוק שבידי הגורם הנבחן. ככל שגורם מספק נתח גדול יותר מהמוצרים שבשוק רלוונטי מסוים,¹² כך הדבר ישמש אינדיקציה חזקה יותר לכך שקיים בידו כוח שוק משמעותי. זאת משום שככל שנתח השוק שבידי הגורם גדל כך עולה הסיכוי שאין לצרכנים חלופה אחרת מלבד ההתקשרות עם אותו ספק, דבר המאפשר לו לפעול עם פחות רסנים תחרותיים.¹³

לצד נתח השוק שבידי הגורם הנבחן, יש לבחון גם את מספרם ומעמדם של המתחרים הנוספים הקיימים בענף, תנודתיות בנתח השוק של הגורם הנבחן ומתחריו ומידת הבידול והתחליפיות בין מוצרי הגורם הנבחן לבין מוצרים נוספים.¹⁴

כאשר קיים פער גדול בין נתח השוק שבידי השחקן הגדול בשוק לבין נתחי השוק שבידי יתר המתחרים, הדבר עשוי לחזק את כוח השוק שבידי אותו גורם, גם כאשר נתח השוק שלו קטן יחסית.¹⁵ מקרה אחר שבו עשוי להיות לגורם כוח שוק משמעותי למרות שחלקו מתוך כלל האספקה לצרכנים סופיים קטן יחסית הוא מצב שבו הגורם לא מוכר ישירות לצרכנים אלא לקמעונאים (או גורם מתווך אחר) שחשוב להם להציע את המוצר שלו ללקוחותיהם, למשל בגלל החשיבות שיש ליכולתם להציע ללקוחות מגוון רחב של מוצרים:

דוגמה 3: קיימות שלוש חברות לייצור פאזלים שכל אחת מהן מספקת בין 20%-ל-40% מהפאזלים הנרכשים על ידי הציבור. בגלל שלצרכנים שונים יש העדפות שונות לפאזלים של חברות שונות, חנות פאזלים חייבת להחזיק פאזלים של כל שלוש החברות על מנת לכסות את עלויותיה ולהתקיים. במקרה מסוג זה ייתכן שכל יצרנית מחזיקה בכוח שוק

¹² היינו, שוק רלוונטי במובן דיני התחרות, כפי שהורחב בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים.
¹³ ראו בפסק הדין האירופאי בעניין Hoffman-La Roche and Co. Ag v. Commission of the European Communities, [1979] 3 C.M.L.R. 211 (להלן: "עניין Hoffman-La Roche") פס' 41.
¹⁴ ראו למשל בפסק הדין המשלים בה"ע (מוני) 2/96, הממונה נ' ידיעות אחרונות (7.6.2000) רשות התחרות 3008136 (להלן: פסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות), שבו "מידת ההומוגניות של מוצרי המונופול" מוזכרת כאחת האינדיקציות שיש לבחון אותן, נוסף על נתח שוק.
¹⁵ לדוגמה, במקרה שנדון בעניין United Brands, חברת United Brands החזיקה בנתח שוק בין 40%-ל-45% בשיווק בננות בשוק הרלוונטי. בית המשפט האירופאי מצא כי היא בעלת מעמד דומיננטי, לאור העובדה כי נתח השוק שלה עלה פי כמה על נתחי השוק של מתחריה הקרובים וכן יתרונותיה השונים כלפי מתחריה, כגון הגיוון במקורות אספקה, מערכת הייצור והשינוע שלה, מערכת השיווק והפרסום שלה ועוד. בית המשפט ראה בעובדה שצרכנים ממשיכים לרכוש מ-United Brands בהיקפים גדולים, למרות שמחיריה גבוהים ממחירי מתחריה, כראיה חותכת למעמדה הדומיננטי. ראו גם בפסק הדין האירופאי בעניין Hoffman-La Roche, בו נמצא כי גוף שבידו נתח שוק של 47% הוא בעל מעמד דומיננטי, לאור ההפרש בין נתח השוק שלו לבין נתחי השוק שבידי מתחריו, לצד מאפייני השוק הרלוונטי.

משמעותי אל מול חנות הפאזלים, על אף שחלקה מתוך האספקה לצרכן הסופי קטן יחסית. לעומת זאת, אם היו בשוק הרבה יצרניות של פאזלים כך שהחנות הייתה יכולה לוותר על חלק גדול מהן ועדיין להחזיק במגוון רחב מספיק, אזי לא היה בידי אף אחת מהן כוח שוק משמעותי מולה.

מאפיין נוסף בעל חשיבות רבה בבחינת כוח השוק שבידי הגורמים הפועלים בענף מסוים הוא מידת הבידול בין המוצרים שהם מציעים. ככלל ככל שיש בידול גדול יותר בין המוצרים שמציעים הספקים השונים, כך קטנה מידת התחליפיות בין המוצרים ובהתאם גם גדל כוח השוק שבידי כל אחד מהם.

לעניין זה, קיים טווח רחב של אפשרויות. בצדו האחד של הטווח ימצא שוק של מוצרים הומוגניים – היינו מוצרים שלא קיימים ביניהם הבדלים של ממש מבחינת איכותם, מאפייניהם, תפיסתם מנקודת המבט של הצרכנים וכדומה. בצד השני של טווח האפשרויות ימצאו ענפים בהם קיים בידול רב בין המוצרים השונים מנקודת מבטם של לקוחות שונים. בענפים מסוג זה, כוח השוק שבידי כל גורם יושפע הן מנתח השוק שלו והן מרמת הבידול בין המוצרים שהוא מציע לבין המוצרים של מתחריו: ככל שהבידול גדול יותר, כך גדל כוח השוק.

יועור כי בענפים עם רמת בידול גבוהה, לעיתים לא ניתן לשרטט קו הפרדה חד ובינארי בין מוצרים הנמצאים בתוך השוק הרלוונטי לבין מוצרים הנמצאים מחוץ לו, כך שכל המוצרים שבתוך הקו מרסנים את המוצר הנבחן במידה דומה וכל המוצרים שמחוץ לקו אינם מרסנים בכלל. במקרה מסוג זה, הגדרת שוק בינארית ("בפנים/בחוץ") עלולה לטשטש את השונות שעשויה להיות במידת התחליפיות של מוצרים שונים ולא לשקף באופן מיטבי את הפרמטרים המשפיעים על כוח השוק שבידי השחקנים השונים. במצבים כאלו, יש לבחון באופן פרטני את הקרבה בין המוצר הנבחן לבין כלל המוצרים אשר עשויים להוות לו תחליף מנקודת מבטם של הלקוחות, ובהתאם לכך את מידת הריסון שכל מוצר כאמור מפעיל עליו:

דוגמה 4: נניח שמלח שולחן הוא מוצר הומוגני: אין הבדל מהותי בין המוצרים שמספקים יצרנים שונים. כן נניח שאין מוצרים אחרים המהווים תחליף קרוב למלח שולחן מנקודת המבט של הצרכנים. במקרה כזה, בחינת הריסון מצד הביקוש תיתן משקל נכבד לחלקו של כל ספק של מלח שולחן.

דוגמה 5: נניח שמשקל הוא מאפיין רלוונטי לבחירת מחשב נייד, כך שקיימת עדיפות למחשב פחות כבד. כשבוחנים את כוח השוק שבידי יצרן של מחשב נייד א', שמשקלו שני קילוגרמים, סביר שהמחשב מתחרה מול מחשבים כבדים יותר וכבדים פחות, אך קיים בידול ביניהם. במקרה מסוג זה ייתכן שאין דרך מעשית לשרטט קו מפריד בין המחשבים הנמצאים בשוק הרלוונטי של מחשב א' לבין המחשבים הנמצאים מחוץ לו. גם אם יוגדר שוק רלוונטי במקרה זה (נגיד, מחשבים ניידים דומים בין 1.80 ק"ג ו-2.50 ק"ג), עדיין יהיה בידול בתוך שוק זה והריסון מצד הביקוש ביחס למחשב נייד א' ייבחן לא רק לפי נתח השוק שלו אלא לפי קיומם של תחליפים קרובים בתוך השוק שהוגדר (ובמידה פחותה יותר, גם בתחליפיות במחשבים מחוץ לשוק הזה, למשל מחשבים במשקל 2.60 ק"ג). ככל שלא

קיימים מחשבים אחרים בעלי משקל דומה, וככל שמחשבים במשקל שונה הם מבודלים יותר בעיני הצרכנים, כך עולה הסיכוי שיצרן מחשב אי מחזיק בכוח שוק משמעותי.

גם קיומם של חסמי מעבר ללקוחות בשוק מסוים עשוי להקנות לספקים חזקים הפועלים בו כוח שוק משמעותי. וזאת, אפילו אם נתח השוק שבידי כל גורם כאמור קטן יחסית:

דוגמה 6: בעבר, המעבר לחברת סלולר חדשה היה כרוך בווייתור על מספר הטלפון ומעבר למספר טלפון חדש. המדובר בחסם של ממש, שכן הלקוח היה נדרש לעדכן את מספר הטלפון שלו אצל כל המכרים שלו, כמו גם במאגר הנתונים של כל עסק, משרד ממשלתי וכדומה. חסם זה חיזק את הכוח אשר היה בידי כל אחת מחברות הסלולר.

ג.2. בחינה לפי מאפיינים: מאפיינים המשפיעים על הריסון מצד ההיצע

כאמור לעיל, לצד בחינת הרסנים שספק רואה כתוצאה מתגובתם הצפויה של הלקוחות, יש לבחון גם את הרסנים שהוא רואה כתוצאה מתגובתם הצפויה של ספקים אחרים.¹⁶ אם סביר להניח שגורמים העומדים על סף השוק צפויים להיכנס אליו בתגובה להעלאת מחירים מעל המחיר התחרותי או שגורמים הנמצאים כבר בשוק צפויים להתרחב בו או לשמש כספקים חלופיים ללא צורך בהתרחבות, אזי בפני אותו ספק מצויים רסנים תחרותיים משמעותיים ואין בידי כוח שוק משמעותי.¹⁷

על מנת שתגובה כאמור מצד ההיצע תרסן את הספק כך שתמנע ממנו כוח שוק משמעותי, חובה שהיא תהיה צפויה לקרות בהסתברות גבוהה, במהירות ובהיקף מספק (likely, timely and sufficient).¹⁸

- **בהסתברות גבוהה:** היינו, שקיימת הסתברות גבוהה שכניסה או התרחבות כאמור יתרחשו, בהתחשב גם בכדאיות של המהלך מנקודת מבטו של המתחרה הפוטנציאלי;
- **במהירות:** היינו, שהכניסה או ההתרחבות צפויים להתרחש בטווח הזמנים המידי ובקצב מהיר מספיק על מנת להרתיע או לסכל ניסיון להפעלת כוח שוק;
- **בהיקף מספק:** היינו, שהכניסה או ההתרחבות היא בהיקף שיאפשר למתחרה לקלוט נתח משמעותי מהלקוחות שיבקשו לעזוב את מי שמנסה להפעיל כוח שוק, ובכך תהפוך את הניסיון לבלתי אפשרי או בלתי כדאי.

מידת הריסון מצד ההיצע תלויה, בין היתר, בכלים וביכולות שיש בידי המתחרים הפוטנציאליים בעת הבחינה, חסמי הכניסה וההתרחבות העומדים בפניהם, תגובתם הצפויה של הגורמים הנמצאים כבר בשוק והעלויות והסיכונים הכרוכים בניסיון החדירה. כאשר קיימים גופים

¹⁶ ראו בפסק הדין בערר (י-ם) 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לב (1), עמ' 34-34, וכן ב-Areeda & Hovenkamp, 501.

¹⁷ ראו למשל בפסק הדין המשלים בעניין ידיעות, המתייחס לחסמי כניסה ומעבר כאינדיקציות רלוונטיות לבחינת כוח שוק משמעותי. כן ראו בא' צדקה, א' רזין, י' שינין ומ' פרלמן "מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה" רבעון לכלכלה מג, 53 (1992): "נתח שוק בפועל אינו מלמד אפוא שהוא זה על קיומו של כוח שוק משמעותי, כאשר קיימות פירמות פוטנציאליות אשר יכולות להיכנס לשוק בתגובה לעליה במחיר." (מצוטט בת"א (חי) Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ ואח' תק-מח 2007 (2) 4102 ובפסק הדין בעניין וול).

¹⁸ ראו בהנחיות האירופאיות, פס 16; וכן בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים, עמ' 20-22.

ספציפיים אשר סביר שהם הקרובים ביותר לכניסה לשוק, בחינת פוטנציאל הכניסה תתמקד באותם גורמים.

דוגמה 7: ראובן עוסק במתן שירותי ניקיון לבנייני משרדים. כיום הוא הגורם היחיד המספק שירותים לבנייני משרדים, אך קיים מספר רב של חברות שמעניקות שירותים דומים עבור בתי מגורים. נניח שהתשומות והכישורים הנדרשים לצורך מתן שירותי ניקיון לבנייני משרדים דומים לאלה שנדרשים לצורך מתן אותם שירותים לבתי מגורים.

אם ראובן ינסה להעלות את מחיריו מעל למחיר התחרותי, ייתכן שלא יהיה בידי הלקוחות לעבור לרכישת שירות אחר באופן מידי. אולם החברות שעוסקות כיום במתן שירותי ניקיון לבתי מגורים יוכלו תוך זמן קצר וללא השקעת משאבים ניכרים להתחיל להציע שירותים אלה גם לבנייני משרדים, במחיר נמוך מהמחיר שראובן ידרוש. משכך מהלך כזה אינו כדאי לראובן מלכתחילה ואין בידי כוח שוק משמעותי.

קיים מגוון רחב של חסמי כניסה והתרחבות אפשריים אשר יגבילו את מידת הריסון מצד ההיצע. ככל שחסמים אלה גבוהים יותר, כך יורדת ההסתברות לכניסה, התרחבות ומעבר ופחות סביר שאפשרויות אלה מרסנות את כוח השוק שבידי ספק קיים.

כך, למשל, קיומם של יתרונות לגודל או למגוון – המעניקים יתרון למי שכבר פועל בשוק בהיקף גדול או למי שפועל בשווקים משיקים – עשוי לצמצם את יכולתם של גורמים שאינם פועלים בשוק או שפועלים בהיקף מצומצם בלבד להגיב להעלאת מחירים. דבר זה יגביר את כוח השוק שבידי הגורם הנבחן.

דוגמה 8: במפעל X לייצור לחם יש תנור גדול, שאפשר לאפות בו אלף כיכרות. מפעל Y , השוקל להיכנס לתחום אפיית הלחם, ניצב בפני שתי חלופות: רכישת תנור קטן יותר, המתאים לאפיית 200 כיכרות בלבד, או רכישת תנור גדול כפי שיש למפעל X . אם הוא ירכוש את התנור הקטן, לא תהיה לו קיבולת מספקת לרסן העלאת מחיר במפעל X מעל המחיר התחרותי. מאידך גיסא, עלותו של התנור הגדול יקרה באופן משמעותי מהתנור הקטן. במקרה כזה, מפעל Y ניצב בפני חסם שמקשה עליו להיכנס לשוק בהיקף משמעותי כתוצאה מהיתרון לגודל שיש למפעל X – על מנת שיוכל להיכנס לשוק באופן המאפשר לו לרסן את מחירי מפעל X , יצטרך להשקיע סכום גדול. במקרה מסוג זה, הריסון שמפעל X רואה כתוצאה מכניסה אפשרית של מתחרים מוגבל.

דוגמה 9: סופרמרקטים גדולים מציעים ללקוחותיהם לרכוש סל מוצרים רחב במקום אחד. נניח שהאלטרנטיבה העומדת בפני הלקוחות, לפצל את קניותיהם בין חנויות מתמחות רבות, היא בעלת חסרון מובהק בנוחות ובעלויות הזמן. במצב כזה ייתכן שכדי להתחרות בסופרמרקט בתחום מסוים – למשל מוצרי ניקיון – צריך להיכנס במקביל גם לשוקי מוצרי רבים אחרים (מזון, טקסטיל, מוצרי טיפוח ועוד), כך שהכניסה חייבת להיות בקנה מידה גדול וכרוכה בעלויות ראשוניות גבוהות. עלויות אלו מצמצמות את הריסון שחנות בתחום מסוים עשויה להפעיל על כוח השוק שבידי סופרמרקט קיים.

דוגמאות נוספות למאפיינים אשר עשויים לשמש כחסמי כניסה או התרחבות ובכך להוריד את מידת הריסון מצד ההיצע: ¹⁹

- מגבלות כושר ייצור של המתחרים הקיימים בשוק שחוסמות את יכולתם להתרחב; ²⁰
- הוצאות גבוהות (לרבות הוצאות שקועות) שכרוכות בכניסה אל השוק הרלוונטי, וזאת בשים לב לרווח הצפוי;
- משטר רגולטורי השורר בשוק ומקשה על פעילות בו (למשל, תקנים, תקנות וצורך ברישיונות);
- נגישות מוגבלת לתשומות חיוניות, לרבות מתקני הפצה, טכנולוגיה, מידע וידע;
- מגמה של ירידת הביקוש למוצר הרלוונטי על פני זמן;
- נטייה של לקוחות שלא לעבור מספק אחד לאחר ובכלל זה בשל קושי להשוות בין ספקים;
- חשיבות של מוניטין מבוסס בשוק ושל היכרות מוקדמת של הלקוחות עם מותגי המתחרים הקיימים;
- סיכון כולל גבוה, הקשור עם רווחיותה של כניסה מושכלת לשוק;
- אפקט רשת – כפי שנרחיב בפרק ד' להלן;
- יתרונות לאינטגרציה אנכית – כפי שנרחיב בפרק ד' להלן.
- יכולת של שחקנים קיימים בשוק להקשות על כניסה של שחקנים חדשים, כגון באמצעות הרחבת היצע ניכרת בתגובה לכניסה, חתימת חוזים ארוכי טווח עם לקוחות או ספקים, שינויים בסטנדרטיזציה של מוצרים, דרישת בלעדיות מלקוחות, חסימת הגישה לתשומות חיוניות, הצעת מחירים טורפניים וכדומה;
- אינדיקציות ברורות לכך שהמתחרים הפוטנציאליים נמנעים באופן עקבי מלהתחרות עם הגורם הנבחן, כך שהעלאת מחיר מצדו לא תוביל לכניסתם לשוק או להתרחבותם בתוכו.

במסגרת בחינת קיומם של חסמי כניסה והתרחבות, יש מקום לתת את הדעת גם להיסטוריה של התחום בשנים שקדמו לבדיקה: האם היו ניסיונות כניסה או התרחבות בשנים קודמות, מה הייתה מידת הצלחתם, מה היה היקף הכניסה, כיצד הגיבו השחקנים הקיימים בשוק לכניסה (למשל האם פעלו לחסום את הכניסה) וכדומה. ניתן לראות בניסיונות אלה מעין "ניסוי טבעי" אשר עשוי ללמד על מאפייני השוק המשפיעים על היתכנות הכניסה או ההתרחבות גם בעתיד (בהנחה שלא חלו שינויים מהותיים בענף שצפויים להוריד או להעלות את חסמי הכניסה). ²¹

אם קיימים לקוחות גדולים, אשר בידיהם למצוא אלטרנטיבות לרכישה מאת הספק הנבחן, ובכלל זה יכולתם להיכנס לשוק בעצמם או לתמוך בכניסה כאמור, הם עשויים להוות גורם מרסן מצד ההיצע ולצמצם את כוח השוק של הגורם הנבחן.

¹⁹ ראו גם בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים, עמ' 21 והפניות שם.

²⁰ ייתכנו גם מקרים בהם העובדה שהשחקנים הקיימים בשוק מחזיקים בעודף כושר ייצור לא מנוצל עשויה להרתיע שחקנים חדשים מלהיכנס, מתוך חשש שהשחקנים הקיימים יגיבו בהרחבת היצע בתגובה לכניסתם; במקרה כזה, עודף כושר הייצור של המתחרים הקיימים עשוי לשמש כחסם כניסה.

²¹ ראו בהנחיות האמריקאיות, עמ' 28; וכן בהנחיות אירופאיות, פס' 17.

ג.3. בחינה לפי אופן ההתנהלות בפועל

ההתנהלות של הגורם הנבחן בשוק הנבחן עשויה להיות בעצמה אינדיקציה נוספת לכך שהוא מחזיק בכוח שוק משמעותי. כלומר עצם היכולת והתמריץ לנקוט בפרקטיקות מסוימות עשויים לשמש אינדיקציה חזקה לקיומו של כוח שוק משמעותי בידי הגורם הנוקט בה.

למשל פירמה עשויה לדרוש מלקוחותיה להתקשר איתה באופן בלעדי או להתנות את רכישת המוצר ברכישת מוצרים נוספים ממנה. במקרה מסוג זה עצם היכולת של הפירמה לכפות על לקוחותיה להסכים לדרישותיה עשוי להעיד על כך שהיא מחזיקה בכוח שוק משמעותי:

דוגמה 10: חברה A היא ספקית גדולה של קקאו, אשר מוכרת את מוצריה למספר יצרניות שוקולד גדולות, אשר כל אחת מהן נדרשת לכמות גדולה של קקאו מדי שנה. יצרניות השוקולד מעוניינות לפצל את הרכישות שלהן בין חברה A לבין חברה B, ספקית קקאו קטנה יותר, אך חברה A דורשת שיחתמו איתה על הסכמי בלעדיות. יצרניות השוקולד חוששות לסרב לדרישה זו מחמת האפשרות לפגיעה באספקה השוטפת של הקקאו, הנחוצה לייצור השוקולד. במקרה כזה, עצם היכולת של חברה A להכריח את יצרניות השוקולד לחתום על הסכמי בלעדיות עשויה להעיד על כך שאין בפניהן חלופות אחרות מלבד המשך ההתקשרות עם חברה A – כלומר, שחברה A בעלת כוח שוק משמעותי כלפיהם.

בהחלטה האירופאית בעניין Hilti,²² בית המשפט קיבל את עמדתה של הנציבות לפיה עצם העובדה ש-Hilti הצליחה לקשור בין מכירת מחסניות לאקדחי המסמרים שלה לבין מכירת מסמרים מעיד על יכולתה לפעול באופן עצמאי ממתחרותיה ולקוחותיה ומבלי להתייחס אליהם כראוי.²³ פעולה בלתי מרוסנת זאת חיזקה את המסקנה שהיא בעלת מעמד דומיננטי, שכן קשירה מסוג זה לרוב אינה כדאית למי שנעדר כוח כאמור:

"It should be added that, as the Commission rightly contended, it is highly improbable in practice that a non-dominant supplier will act as Hilti did, since effective competition will normally ensure that the adverse consequences of such behaviour outweigh any benefits."²⁴

²² T-30/89 Hilti AG v. Commission [1991] E.C.R. II-1439
²³ ראו גם 88/138/EC: Commission Decision (IV/30.787 and 31.488 – Eurofix-Bauco v. Hilti), OJ L 65 : 11.3.1988, p. 19

"In fact Hilti's commercial behaviour, which has been described above and is analysed below, is witness to its ability to act independently of, and without due regard to, either competitors or customers on the relevant markets in question. In addition, Hilti's pricing policy also described above reflects its ability to determine, or at least to have an appreciable influence on the conditions under which competition will develop. This behaviour and its economic consequences would not normally be seen where a company was facing real competitive pressure." (¶ 71)

ובהמשך:

"Hilti's commercial behaviour which is the object of this decision concerns almost exclusively these Hilti-compatible consumables, in particular its attempt to extend the power it enjoyed in the market for Hilti-compatible cartridge strips into the market for Hilti-compatible nails. The freedom of action which it exercised in these markets with a disregard for other competitors and even customers such as distributors, is evidence of this dominance." (¶ 72)

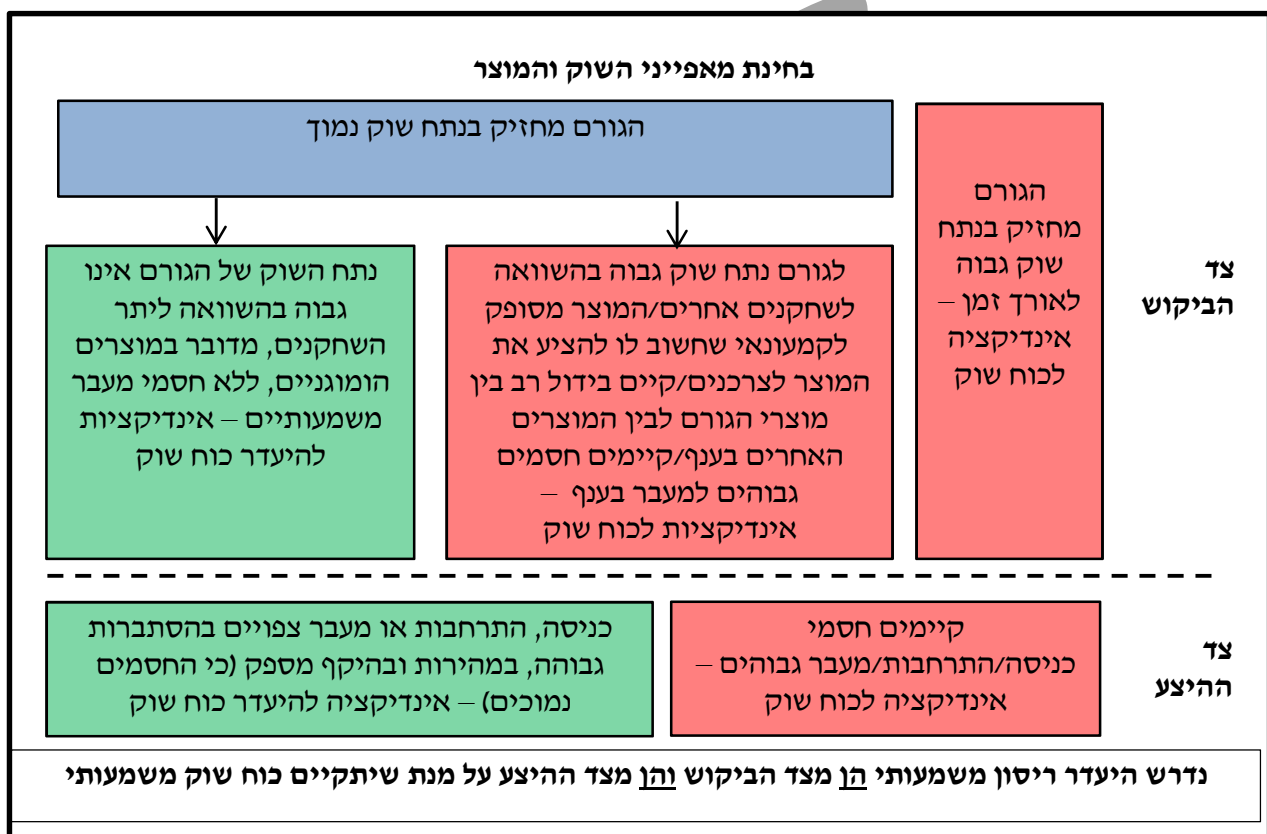
²⁴ פסי' 93.

יחד עם זאת, יש להיזהר ביישום בחינה זאת, שכן במקרים מסוימים גם מי שאינו מחזיק בכוח שוק משמעותי עשוי לנקוט באותן פרקטיקות העשויות ללמד על כוח שוק במצבים אחרים. משכך, נדרש לבחון כל מקרה לגופו, בהתאם לכלל מאפייניו של המוצר והשוק כפי שהורחב לעיל.

כך, למשל, יכולתו של גורם מסוים לנקוט בפרקטיקה של אפליית מחירים שלא מבוססת על הבדלים בעלויות עשויה להעיד על מידת כוח השוק שברשותו. בהיעדר כוח שוק, סביר כי היה בידי הלקוחות המשלמים מחיר גבוה יחסית לפנות לספקים אחרים, אשר היה כדאי להם להציע את המוצר במחיר תחרותי יותר; עצם העובדה כי הלקוחות אינם עושים כן עשויה להעיד על כך שאין בפניהם חלופות אחרות ראויות.

ג.4. סיכום: דרכי בחינת כוח שוק משמעותי

כפי שהורחב לעיל, על מנת לעמוד על מידת כוח השוק שבידי גורם מסוים, יש לבחון את מכלול האינדיקציות הרלוונטיות: אינדיקציות ישירות; מאפייני השוק והמוצר המשפיעים על מידת הריסון מצד ההיצע ומצד הביקוש; והתנהגות הגורם הנבחן בפועל:



בחינת התנהגות הגורם בפועל

יכולת של גורם לנקוט בפרקטיקות מסוימות – למשל, אפליית מחירים, דרישה לבלעדיות או קשירה – עשויה לשמש כאינדיקציה לכוח שוק

ד. דוגמאות לאופן בחינת כוח שוק משמעותי בענפים בעלי מאפיינים מיוחדים

בפרק זה, נתייחס למספר ענפים בעלי מאפיינים מיוחדים, אשר יש בהם כדי להשליך על אופן בחינת כוח שוק בפועל, כפי שיורחב עתה.

שוק דו-צדדי

שוק דו-צדדי הוא שוק שבו שחקנים פונים לשני סוגים מובחנים של לקוחות, כאשר מספר הלקוחות מסוג אחד ישפיע על הביקוש של הסוג השני (ולעתים גם להיפך). בבחינת קיומו של כוח שוק משמעותי במקרים מעין אלה, יש לערוך בחינה נפרדת ביחס לכל צד של השוק, אך זאת תוך התחשבות בהשפעה הצפויה של הפעלת כוח שוק על הביקוש ובהתאם על רווחיות הפירמה הנבחנת גם בצד השני של השוק.²⁵

דוגמה 11: ההכנסה של עיתון מסוים מבוססת על הפנייה לשתי קבוצות: קוראים ומפרסמים. ערכה של פרסומת מנקודת מבטם של המפרסמים תלוי במספר הקוראים. אם העיתון יעלה את המחיר שהוא גובה מהקוראים, הדבר ישפיע על הכנסותיו בשתי דרכים: האחת, ירידה במספר הקוראים (כאשר היקף הירידה תלוי בגמישות הביקוש לקריאה בעיתון הזה); והשנייה, פגיעה בערך הפרסום מנקודת המבט של המפרסמים (כאשר ההשפעה על הכנסות העיתון תלויה בערך שכל מפרסם רואה בכל קורא ובמרווח שהעיתון יאבד מאיבוד מפרסמים). משכך, כשאנו באים לבחון האם העלאת מחיר העיתון כדאית אם לאו, צריך להביא בחשבון את שתי ההשפעות האלה – לשאול לא רק מה תהיה ההשפעה על מספר הקוראים, אלא גם מה תהיה ההשפעה של נטישת הקוראים על ההכנסות ממפרסמים.

אפקט רשת

קיימים שווקים בהם קיים אפקט רשת – היינו, התועלת שכל מי שמשתמש במוצר מפיק ממנו עולה ככל שעולה מספר המשתמשים במוצר. מי שיבקש להיכנס לשוק מסוג זה בהיקף מצומצם יתקשה לעשות כן, שהרי ערך המוצר שהוא יציע יהיה נמוך כל עוד מספר הלקוחות שלו נמוך. המדובר למעשה בסוג של חסם כניסה, אשר עשוי להעניק יתרון למי שכבר בשוק ושכבר יש לו מאגר לקוחות גדול. במקרה כזה קיומו של אפקט רשת עשוי להגביל את מידת הריסון מצד שחקנים שנמצאים מחוץ לשוק או שהיקף פעילותם בשוק קטן ובכך להגדיל את כוח השוק שבידי שחקן הפועל כבר בשוק בהיקף גדול.

דוגמה 12: רשתות חברתיות אינטרנטיות מבוססות על היכולת לחבר בין מעגלים רחבים של אנשים. רשת חברתית שכבר יש לה משתמשים רבים תמשוך משתמשים חדשים להצטרף דווקא אליה בזכות מאגר המשתמשים הרחב שכבר יש לה. רשת חברתית חדשה שתצטרף להיכנס כמתחרה תצטרך כבר בשלב הראשון לבסס מאגר משתמשים גדול כדי

²⁵ לדיון נרחב יותר בסוגיות הייחודיות שמתעוררת ביחס לשווקים דו-צדדיים, ראו במסמך ה-OECD בעניין הגדרת שווקים רלוונטיים DAF/COMP(2012)19, עמ' 54. כן ראו בה"כ 10-31205-0 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (28.12.2011) רשות התחרות 5001944, בו נבחנה השפעת מיזוג בתחום העיתונות הכלכלית הן על התחרות מול הקוראים והן על התחרות מול מפרסמים.

להיתפש כרלוונטית. נוכח הקשיים שיש בביסוס מאגר משתמשים כאמור, יכולתה של רשת חדשה לרסן כוח השוק של רשת קיימת עשויה להיות מוגבלת.

שוק המשך

מוצר המשך הוא מוצר שנרכש לאחר רכישת מוצר ראשוני אחר וכתוצאה ממנו. ביחס למוצרים רבים, הבחירה דווקא במוצר ראשוני מסוים מגבילה את האפשרויות העומדות בפני הצרכן בבואו לרכוש מוצר המשך; משכך, ייתכן שאדם יחזיק בכוח שוק משמעותי ביחס לאספקת מוצרי ההמשך המתאימים למוצר ראשוני נתון. יחד עם זאת, לעתים יש בתחרות בשוק הראשוני כדי לרסן כוח השוק בשוק ההמשך, וזאת כאשר מחיר מוצר ההמשך משפיע על החלטות הצרכנים בעת בחירת המוצר הראשוני.²⁶

דוגמה 13: כל סוג של משחק וידאו מתאים רק למכשיר (קונסולה) מסוג מסוים. לכן ייתכן שמנקודת מבטו של מי שכבר רכש מכשיר, יש רק ספק משחקים אחד רלוונטי. אולם ככל שהצרכן מודע למגבלה זאת מראש, וככל שבידיו להביא את עלויות המשחקים בחשבון בעת רכישת המכשיר, וככל שיש לו חלופות מספקות בשוק הראשוני אזי הצרכן ישווה בין "חבילות" של מכשיר + משחקים לאורך חיי המכשיר. אם אלה הם אכן פני הדברים, כוח השוק של ספק צריך להיבחן בהתאם למאפייני התחרות בין ה"חבילות" ולא ביחס לכל אחד מהמוצרים בנפרד.

אינטגרציה אנכית

לעתים הגוף הנבחן נמצא במצב של אינטגרציה אנכית, כלומר שהוא פועל גם בשוק המשמש כתשומה למוצר הנבחן או שהמוצר הנבחן שלו משמש לו תשומה. במקרים מסוימים, משמעות הדבר היא שגוף המבקש להיכנס לשוק הנבחן יאלץ להיכנס גם לשוק משיק בדומה למתחרהו (למשל, בשל היעילות שיש באינטגרציה או בשל סירוב של הגורם הנבחן, השולט בשוק המשיק, להתקשר עם חברות אחרות). במקרים מסוג זה, עלויות וחסימי הכניסה הרלוונטיים הם העלויות והחסמים הכרוכים בכניסה לשני השווקים במקביל.

דוגמה 14: חברה א', הפועלת בתחום ייצור הקמח, גם שולטת על אספקת חיטה באזור הרלוונטי ומסרבת למכור חיטה לטחנות קמח מתחרות. במקרה כזה ייתכן שגורם המבקש להיכנס לתחום הקמח יצטרך להיכנס גם לתחום החיטה. משכך חסמי הכניסה הרלוונטיים לו הם לא רק החסמים הכרוכים בכניסה לתחום הקמח (למשל הקמת טחנה) אלא גם החסמים הכרוכים בכניסה לגידול או לייבוא חיטה (למשל עלויות רכישת מקרקעין חקלאיים או עלויות הובלת החיטה מחו"ל).

כוח שוק משותף

הדיון לעיל התמקד בכוח שוק המוחזק בידי גוף יחיד. עשויים להתקיים גם מקרים בהם מספר גורמים הפועלים בשוק אחד נמנעים באופן עקבי מלהתחרות זה בזה ובמקום זאת נוקטים במקביל

²⁶ להרחבה, ראו טיוטת דו"ח בעניין ענף השירות למעילות ערכה (kit) בבנייני מגורים. ניתן לעיין באתר הרשות בכתובת: <http://www.antitrust.gov.il/subject/166/item/34886.aspx>

בדפוסי פעולה שאינם משקפים את דפוסי הפעולה שהיו ננקטים בשוק תחרותי. במקרים מסוג זה ההתנהלות המקבילה והבלתי תחרותית של הגורמים עשויה להקנות כוח שוק משמעותי בידיהם, בשים לב בין היתר למאפייני הענף והגורמים והרסנים מצד הביקוש וההיצע שהקבוצה רואה לנגד עיניה. כאשר כוח השוק של הגורמים הוא כוח שוק משותף, בחינת עלילות הפגיעה בתחרות כתוצאה מפעולה מדירה מצידם חייבת להביא עובדה זאת בחשבון; ככלל פעולות כאמור יעלו חשש לפגיעה בתחרות רק כאשר כל בעלי כוח השוק המשותף ינקטו בהן במקביל ולא יהיה די בפעולתו של גורם יחיד בלבד.

ה. סיכום

מטרתו של גילוי דעת זה היא ליצוק תוכן למושג "כוח שוק משמעותי" לעניין הוראות פרק ד' לחוק. כפי שהוסבר, כוח שוק משמעותי פירושו היכולת של גורם לקבוע תנאי אספקה (או רכישה) נחותים באופן משמעותי מאלה אשר היו שוררים בשוק תחרותי. וזאת בשל היעדר רסנים תחרותיים מספקים על פעולותיו, הן מצד הביקוש והן מצד ההיצע.

גילוי הדעת מפרט כיצד ניתן להסיק על קיומו של כוח שוק משמעותי בידי גורם מסוים על סמך המאפיינים התחרותיים של הענף הנבחן המשליכים על גמישות הביקוש וגמישות ההיצע של המתחרים שרואה הגורם הנבחן. גם מאפייניו ואופן התנהלותו של גורם בפועל עשויים ללמד על מידת כוח השוק שבידיו, אך חשוב שהדברים ייבחנו על רקע כלל מאפייני הענף והמוצר.

שני עקרונות בסיסיים חייבים להיזכר בעת בחינה של כוח שוק משמעותי. העיקרון הראשון הוא כי לא כל מי שמתמחר מעל העלויות ייחשב לבעל כוח שוק משמעותי ורווחיות כשלעצמה אינה עדות מספקת לכוח שוק משמעותי. העיקרון השני הוא כי גם אם לגורם יש כוח שוק משמעותי אין בכך אינדיקציה להפרה של הדין בכלל או של חוק התחרות הכלכלית בפרט. כפי שהובהר כבר במבוא, קיומו של כוח שוק הוא רק אחד משני היסודות לנקיטה בפעולות אכיפה נגד בעל מונופולין, כאשר היסוד השני הוא התנהגות המפרה את הוראות סעיף 29 או 29א לחוק (או התקיימות התנאים שבסעיפים 30, 30א או 31 לחוק).

יוזכר שעל פי התיקון לחוק, כל מי שמחזיק יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה של נכסים או שירותים יוגדר כבעל מונופולין. כאמור לעיל, ככלל נתח שוק גדול לאורך זמן הוא אינדיקציה חשובה לכך שגורם מחזיק בכוח שוק משמעותי. עם זאת ייתכנו מקרים בהם גורם המחזיק בנתח שוק גדול ממחצית לא יחזיק בכוח שוק משמעותי, כפי שהורחב לעיל. ככלל הרשות שואפת לטפל בתופעות של כוח שוק המנוצל לרעה באופן העלול לפגוע בתחרות ובציבור. לפיכך מאמצי האכיפה של הרשות יתמקדו ככלל בגורמים המחזיקים בכוח שוק משמעותי והמפעילים אותו באופן העלול לפגוע בתחרות ובציבור.²⁷

²⁷ לעניין זה, ראו גם דברי כב' השופט גרוסקופף בת"צ 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2019), פסי' 38: "בעל מונופולין עשוי להיות מי שמחזיק בנתח שוק של מעל ל-50%, כשהדבר מהווה אינדיקציה לכוח שוק זה, אך זו אינדיקציה שאיננה מושלמת. לפיכך, לא כל המוגדר כבעל מונופולין הוא גם בעל כוח שוק. על כן, לצורך יישום העילה של תמחור מופרז, לא די בהיות גוף מסוים בעל מונופולין על פי ההגדרה שבסעיף 26(א)(1) לחוק, אלא יש לבחון האם יש בידיו כוח שוק המאפשר לו לנצל את מעמדו לרעה...מי שאיננו בעל כוח שוק נעדר, על פי רוב, גם את הכוח העשוי לאפשר לו להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור."