

גילוי דעת 2/19
בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי

21 ביולי 2019

- א. מבוא 2
- ב. כוח שוק משמעותי 3
- 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 14
- ה. סיכום 16

א. מבוא

גילוי דעת זה מפורסם על רקע תיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21) (חיזוק האכיפה והקלת נטל האסדרה), 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. כוח שוק עלול להיות מופעל גם כלפי ספקים ביחס לתנאי הרכישה; כפי שיוסבר להלן, גילוי דעת זה יתמקד בצד האספקה בלבד.

כוח שוק אינו מושג דיכוטומי אלא עניין של מידה: נדירים הם השווקים בהם מידת התחרות מתקרבת למצב של תחרות משוכללת ובהתאם מידת כוח השוק של כלל הספקים מתקרבת לאפס. ברי שלא בכל שוק שבו קיימת בידי ספק או ספקים מידה מסוימת של כוח שוק, עלולים להתעורר חששות לפגיעה בתחרות או בציבור כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין. לכן סעיף 26 לחוק המתוקן מתייחס לכוח שוק משמעותי, היינו הכוח לקבוע תנאי אספקה שהם נחותים באופן משמעותי מתנאי האספקה אשר היו נקבעים בשוק תחרותי.²

בשוק תחרותי, תנאי האספקה שכל שחקן מציע נקבעים בהתחשב בתנאי האספקה שמציעים מתחריו: כל שחקן מעוניין לקבוע תנאי אספקה שימקסמו את רווחיו, ומודע לכך שאם הוא ירע את תנאי האספקה, לקוחותיו יוכלו לעבור לרכוש ממתחריו המציעים תנאים עדיפים. במצבים אלה התחרות מרסנת את היכולת של כל שחקן להרע את תנאי האספקה. אולם כאשר גורם מסוים יכול להתנהג באופן חופשי מרסנים תחרותיים משמעותיים, אזי נתון בידי כוח שוק משמעותי.³ במקרה

¹ ראו למשל בה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד תשנט (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"); "ממאפייניו 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 of Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (24.2.2009) C 45/7 (להלן: "ההנחיות האירופאיות"), הנחיות 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 & Hovencamp בספרם ANTITRUST LAW (מהדורה שלישית), "Market power need not trouble the antitrust authorities unless it is both substantial in magnitude and durable". (להלן: "ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים"), ה"ש 2 בעמ' 2.

³ ראו בפסק הדין האירופאי בעניין United Brands v. Commission EUECJ (14.2.1978) C-27/76 (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).

כזה בידיו לקבוע תנאי אספקה נחותים באופן משמעותי מתנאי האספקה בשוק תחרותי, שכן הוא אינו חושש למעבר של לקוחותיו למתחריו.

אין כל פסול אינהרנטי בכך שגורם יחזיק בכוח שוק משמעותי ובלבד שכוח זה הושג בדרכים שאינן מפרות את חוק התחרות הכלכלית (הסדר כובל אסור, מיזוג שלא כדין וכדו'). 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 החזקה בכוח שוק משמעותי אלא על ניצולו של כוח השוק לרעה. כפועל יוצא מכך, אין 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.⁴ עם זאת, בניחות חשד להפרה, מידת כוח השוק שבידי גורם נתון רלוונטית גם לעניין העלילות לפגיעה בתחרות ובציבור כתוצאה מפעולותיו. במקרים רבים ככל שכוח השוק של מונופול הוא משמעותי יותר, ההשלכות של הפרת החוק על ידי בעל המונופולין 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 קיומו של כוח שוק משמעותי. בפרק ד', נתייחס למספר דוגמאות לשווקים בעלי מאפיינים מיוחדים אשר עשויים להשפיע על אופן בחינת קיומו של כוח שוק.

נבהיר כי הדוגמאות הפשוטות המופיעות במסמך הן לצורך המחשה בלבד ואין בהן כדי למצות את הדיון ביישום העקרונות אותם הן ממחישות. כן יובהר כי מטרתו של גילוי דעת זה אינה דיון בנטלי ההוכחה או דיון בסוגי הראיות שמן הראוי שישמשו להוכחת קיומו של כוח שוק משמעותי או להעדרו, אלא דיון כלכלי/עובדתי במאפיינים שיש בהם כדי להקנות לגורם כוח שוק משמעותי.

ב. כוח שוק משמעותי

כאמור לעיל, כוח שוק משמעותי הוא היכולת לקבוע תנאי אספקה שנחותים באופן משמעותי בהשוואה לאלה אשר היו נקבעים בשוק תחרותי – כלומר, היכולת של אדם להרע את תנאי אספקה 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.⁵

כפי שהוזכר לעיל, נדירים הם השווקים בהם מידת התחרות מתקרבת לתחרות משוכללת. למשל, מידה מסוימת של בידול בין המוצרים והשחקנים השונים הפועלים בענף היא תופעה שכיחה

⁴ 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 מסעיפי החוק הרלוונטיים.

⁵ אפליה תהיה אפשרית כאשר יש בידי הספק לזהות סוגי הלקוחות ואין אפשרות לבצע "עסקי בירורין" (ארביטראזי) 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.

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 ובחיזוק 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, בחיזוק 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 לקבוע תנאי אספקה נחותים במידת מה לתנאי האספקה בשוק שלא קיים בו בידול כלשהו. 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 צפויה להיות זמנית ובת חלוף.

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.

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 חוק התחרות מתקיים כאשר קיימת בידי ספק האפשרות לקבוע עבור מוצר מסוים תנאי אספקה נחותים באופן משמעותי מהתנאים אשר היו נקבעים בשוק תחרותי, באופן שאינו ארעי, ביחס לכלל לקוחותיו או לקבוצה מסוימת מתוכם.

להשלמת התמונה, המונח כוח שוק משמעותי 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 תנאי מכירה הנחותים עבור הספק מתנאי מכירה שהיו נקבעים בשוק המאופיין בתחרות בין רוכשים (היינו, בעל מונופסון).⁶ הניסיון שנצבר ברשות מלמד שמקרים שעניינם כוח שוק ברכישה אינם בהכרח תמונת הראי של מקרים שעניינם כוח שוק באספקה. לאור

⁶ ראו למשל העניין שנדון בה"ע יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (11.4.2007) רשות התחרות 5000581.

כך, גילוי דעת זה יתמקד בכוח שוק בצד האספקה בלבד ואינו מתייחס לשאלות שנובעות מכוח שוק ברכישה.

ג. אופן בחינת קיומו של כוח שוק משמעותי

כפי שהוסבר לעיל, כוח שוק משמעותי הוא היכולת לקבוע תנאי אספקה – ובכלל זה מחיר – שנחותים באופן משמעותי מתנאי האספקה שהיו נקבעים 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 ישקף את המצב התחרותי של הגורם הנבחן באופן מלא.⁷ 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 כעת.

משכך, השימוש באמידה של מרווח אינו תמיד תורם לבחינת קיומו של כוח שוק משמעותי. מכל מקום, לא ניתן להסתמך על אמידה כאמור כשלעצמה⁸ 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 הקוחות 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 בידי גורם מסוים, כמו גם את עוצמתו, על סמך המאפיינים המשפיעים על אפקטיביות הריסון בשני ההיבטים.

בחינת הרסנים התחרותיים שגוף רואה חייבת להתמקד ברסנים ביחס למצב תחרותי ולא דווקא ביחס לשוק הנבחן בעת בחינתו – כלומר, שלא לטעות בדומה ל"אשליית הצלופן"⁹. כך, למשל, ייתכן שהבחינה תעלה שאם הגוף הנבחן ירע את תנאי האספקה של מוצריו במידה קטנה אך לא זניחה, הדבר יגרום לכניסת מתחרים נוספים לשוק או למעבר לקוחות לספקים קיימים. מכאן היה ניתן להסיק שהגוף רואה ריסון ואינו בעל כוח שוק משמעותי. אך ייתכן שכבר היום תנאי האספקה שלו

⁷ 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").

⁸ 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.

⁹ המונח cellophane fallacy או cellophane paradox לקוח מפסק הדין האמריקאי בעניין *U.S. v. E. I. du Pont* (377 U.S. 351). עניינו באפשרות המוגבלת להסתמך על דפוסי ביקוש קיימים לבחינת ביקוש צולב במקום שבו ייתכן שכבר היום מופעל כוח שוק. בעניין du Pont, בית המשפט העליון האמריקאי קבע שקיימת תחליפיות בין נייר צלופן לבין מוצרי אריזה גמישים אחרים, שכן העלאה נוספת במחיר הצלופן תביא למעבר של לקוחות למוצרים האחרים. נמתחה ביקורת על ההחלטה, אשר לא הביאה בחשבון שמחירו של הצלופן כבר במצב הנתון היה גבוה ממחירו התחרותי. משכך הפער בין המחיר התחרותי לבין המחיר הסופי גבוה ממה שהוא נחזה ונכונות צרכנים לעבור למוצרים אחרים לא מעידה על תחליפיות בתגובה להעלאה מתונה יותר בהתאם למבחן ה-SSNIP. להרחבה ראו בפסה"ד בעניין וול, פסי קכו.

נחותים משמעותית מתנאי האספקה התחרותיים, מבלי שהדבר הביא לכניסה של מתחרים או מעבר של לקוחות. במקרה כאמור, העובדה שהרעה **נוספת** בתנאי האספקה תגרום לכניסת מתחרים או מעבר של לקוחות – אינה נחשבת בגדר ריסון משמעותי ובהתאם אינה סותרת את המסקנה שאותו גוף עשוי להיות בעל כוח שוק משמעותי.

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

מבחינת הריסון מצד הביקוש, גוף מחזיק בכוח שוק משמעותי יותר ככל שתגובת לקוחותיו להרעת תנאי האספקה מצומצמת יותר – כלומר, ככל שהם ימשיכו לרכוש את המוצר שלו גם אם הוא קובע תנאי אספקה נחותים מהתנאים התחרותיים. נכונות הלקוחות להמשיך לרכוש את המוצר במקרה של הרעת תנאי אספקה קשורה בין היתר למידת התחליפות שהם רואים בין המוצר לבין המוצרים שמציעים ספקים אחרים. כאשר אין היצע נרחב של מוצרים אחרים שהם תחליפים קרובים למוצר הנבחן מנקודת מבטם של צרכנים, אזי אין רסון משמעותי מצד הביקוש על התנהלות הספק.

שיקול חשוב בבחינת הריסון מצד הביקוש הוא נתח השוק שבידי הגורם הנבחן. ככל שגורם מספק נתח גדול יותר מהמוצרים שבשוק רלוונטי מסוים,¹⁰ 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, וכי הוא פועל עם פחות רסנים תחרותיים.¹¹ ברי, שככל שנתח השוק של הגורם הנבחן קטן יותר, הסיכוי שיש בידו כוח שוק קטן יותר מאותו טעם ממש.

לצד נתח השוק שבידי הגורם הנבחן, יש לבחון גם את מספרם ומעמדם של המתחרים הנוספים הקיימים בענף, תנודתיות בנתחי השוק של הגורם הנבחן ומתחריו ומידת הבידול והתחליפות בין מוצרי הגורם הנבחן לבין מוצרים נוספים.¹²

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.¹³ 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. כך, למשל, במקרה שבו קיימת חשיבות מיוחדת ליכולת הקמעונאי להציע ללקוחותיו מגוון של מותגים, ואילו מספר המותגים הקיימים בשוק נמוך:

¹⁰ היינו, שוק רלוונטי במובן דיני התחרות, כפי שהורחב בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים.
¹¹ 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.
¹² 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.
¹³ 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.

דוגמה 3 : נניח שתאומץ חקיקה לפיה כל חברת ביטוח שמציעה כתבי שירות למבוטחים ("ריידר" – שירותים שאינם ביטוח, כדי שירותי גרירה או רכב חליפ) חייבת להציע לפחות שלושה ספקים לאותו שירות, לבחירת המבוטח. עוד נניח שביחס לשירות מסוים, קיימים רק שלושה ספקים, שכל אחד מהם נבחר על ידי כשליש מהמבוטחים, וכן כי קיימים חסמים שמונעים כניסת ספקים נוספים. בנסיבות אלה, חברות הביטוח נדרשות בליט ברירה להתקשר עם כל שלושת הספקים כדי להציע את כתב השירות. משכך, למרות שכל ספק מספק רק כשליש מהשירותים למבוטחים, הוא מחזיק בכוח שוק משמעותי כלפי חברת הביטוח. לעומת זאת, אם היו בשוק הרבה ספקים כך שחברת הביטוח הייתה יכולה לבחור ביניהם, אזי לא היה בידי אף אחד מהם 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 בעיני הצרכנים מבחינת איכותם, מאפייניהם, שירותים נלווים לאספקתם וכדומה. בצד השני של טווח האפשרויות ימצאו ענפים בהם קיים בידול רב בין המוצרים השונים מנקודת מבטם של הלקוחות.

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 מתוך כלל הצריכה 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. לכן בבחינת הריסון מצד הביקוש ביחס למחשב נייד א' ייבחן לצד נתח השוק גם מידת קרבתם התחרותית של המוצרים 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 א' מחזיק בכוח שוק משמעותי.

גם קיומם של חסמי מעבר ללקוחות בשוק מסוים עשוי להקנות לספקים חזקים הפועלים בו כוח שוק משמעותי. וזאת, אפילו אם כל גורם כאמור מספק לשיעור נמוך יחסית מהלקוחות בענף:

דוגמה 6: בעבר, המעבר לחברת סלולר חדשה היה כרוך בויתור 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 כלפי לקוחותיה.

כפי שהוזכר בתחילת חלק זה, נתח שוק גבוה בידי גורם מסוים הוא אינדיקציה חזקה לכך שהוא מחזיק בכוח שוק משמעותי. הצד השני של אותו מטבע הוא שככל שנתח השוק של הגורם הנבחן קטן, כך פוחת הסיכוי שהוא מחזיק בכוח שוק משמעותי. משכך, ככלל יהיה זה נדיר שגורם שבידו נתח שוק נמוך יחזיק בכוח שוק משמעותי.

במסגרת השימוע הציבורי שנערך בעקבות פרסום טיוטת גילוי דעת זה, הוצע לאמץ חזקה (חלוטה או ניתנת לסתירה) לפיה גוף שמחזיק בנתח שוק שהוא מתחת לרף מסוים שיוגדר מראש לא ייחשב לבעל כוח שוק משמעותי. לא מצאנו מקום להיעתר להצעה זאת. בין מטרותיו העיקריות של התיקון לחוק היא להעביר את מוקד הדיון במונופול מדיון כמותי/טכני בהגדרת גבולותיו המדויקים של השוק הרלוונטי ומדידת חלקו של כל שחקן בו אל דיון מהותי בדינמיקה התחרותית שהגורם הנבחן רואה לנגד עיניו. קביעת חזקה המבוססת על נתח שוק תחזיר את הדיון למדידה הפורמליסטית של נתחי השוק, אשר לעתים קרובות היא רק פרמטר אחד מיני רבים לצורך הבנת השוק, כפי שהורחב לעיל ויורחב להלן.

2. ג. 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.¹⁴ אם סביר להניח שגורמים העומדים על סף השוק צפויים להיכנס אליו בתגובה להרעת תנאי האספקה בהשוואה לתנאים התחרותיים או שגורמים הנמצאים כבר בשוק צפויים להתרחב בו או לשמש כספקים חלופיים ללא צורך בהתרחבות, אזי בפני אותו ספק מצויים רסנים תחרותיים משמעותיים ואין בידו כוח שוק משמעותי.¹⁵

¹⁴ 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 & Hovencamp, 501 ¶501.
¹⁵ 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).

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):¹⁶

- **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 הקיימים והפוטנציאליים להיכנס לשוק או להרחיב את פעילותם בו בעת הבחינה. בכלל זה יש לבחון את חסמי הכניסה וההתרחבות העומדים בפניהם, לרבות תגובתם הצפויה של הגורמים הנמצאים כבר בשוק והעלויות והסיכונים הכרוכים בניסיון החדירה.

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 והתרחבות 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 להרעת תנאי האספקה. 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,

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

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, Y 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 מוצר 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: ¹⁷

- מגבלות כושר ייצור של המתחרים הקיימים בשוק שחוסמות את יכולתם להתרחב; ¹⁸
- הוצאות גבוהות (ובמיוחד 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,

¹⁷ ראו גם בהנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים, עמ' 21 והפניות שם.

¹⁸ 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.

שינויים בסטנדרטיזציה של מוצרים, דרישת בלעדיות מלקוחות, חסימת הגישה לתשומות חיוניות, הצעת מחירים טורפניים וכדומה ;

- הימנעות עקבית של המתחרים הפוטנציאליים מלהתחרות עם הגורם הנבחן, כך שהרעת תנאי האספקה 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).¹⁹

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.

כאשר התמונה המצטיירת בבחינת השוק היא של כניסות תכופות של שחקנים חדשים הצוברים נתחי שוק שאינם זניחים או כאשר התמונה המצטיירת מבחינת השוק היא של תנודתיות רבה של נתחי השוק של השחקנים הרלוונטיים, כך ששחקנים קטנים מגדילים את נתח השוק שלהם בקלות יחסית ושחקנים אחרים מאבדים נתחי שוק שאינם זניחים בתדירות רבה, הרי שיש בכך כדי ללמד על חסמי כניסה נמוכים ולפיכך יהיה בכך אינדיקציה להיעדר כוח שוק.

ג.3. בחינה לפי אופן ההתנהלות בפועל

ההתנהלות של הגורם הנבחן בשוק הנבחן עשויה להיות בעצמה אינדיקציה נוספת אשר תחזק את המסקנה שהוא מחזיק בכוח שוק משמעותי. כלומר עצם היכולת והתמריץ לנקוט בפרקטיקות מסוימות עשויים לשמש אינדיקציה שתומכת במסקנה שהגורם שנוקט בה הוא בעל כוח שוק משמעותי.

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

¹⁹ ראו בהנחיות האמריקאיות, עמ' 28 ; וכן בהנחיות אירופאיות, פס' 17.

לחתום על הסכמי בלעדיות עשויה להעיד על כך שאין בפניהן חלופות אחרות מלבד המשך ההתקשרות עם חברה A – כלומר, עשויה להיות אינדיקציה שחברה A בעלת כוח שוק משמעותי כלפיהם.

בהחלטה האירופאית בעניין Hilti,²⁰ 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.²¹ 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."²²

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, התנהגות הגורם לא תעמוד בפני עצמה ולא די בה כשלעצמה כדי להעיד על קיומו של כוח שוק משמעותי. כלומר נדרשת בחינה של מאפיינים נוספים של המוצר והשוק כפי שהורחב לעיל אשר יתמכו במסקנה כי לגורם הנבחן כוח שוק משמעותי.

כך, למשל, יכולתו של גורם מסוים לגבות מחירים שונים מלקוחות שונים לאורך זמן, מבלי שהדבר מבוסס על הבדלים בעלויות (היינו לנקוט בפרקטיקה של אפליית מחירים) עשויה להעיד על כך שהוא מחזיק בכוח שוק. 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 ראויות. יחד עם זאת, ברור גם שלא לכל פירמה שנוקטת באפליית מחירים כלשהי יש כוח שוק משמעותי כמובנו בחוק התחרות הכלכלית.

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: בראש ובראשונה מאפייני השוק והמוצר המשפיעים על מידת הריסון

²⁰ T-30/89 Hilti AG v. Commission [1991] E.C.R. II-1439
²¹ 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

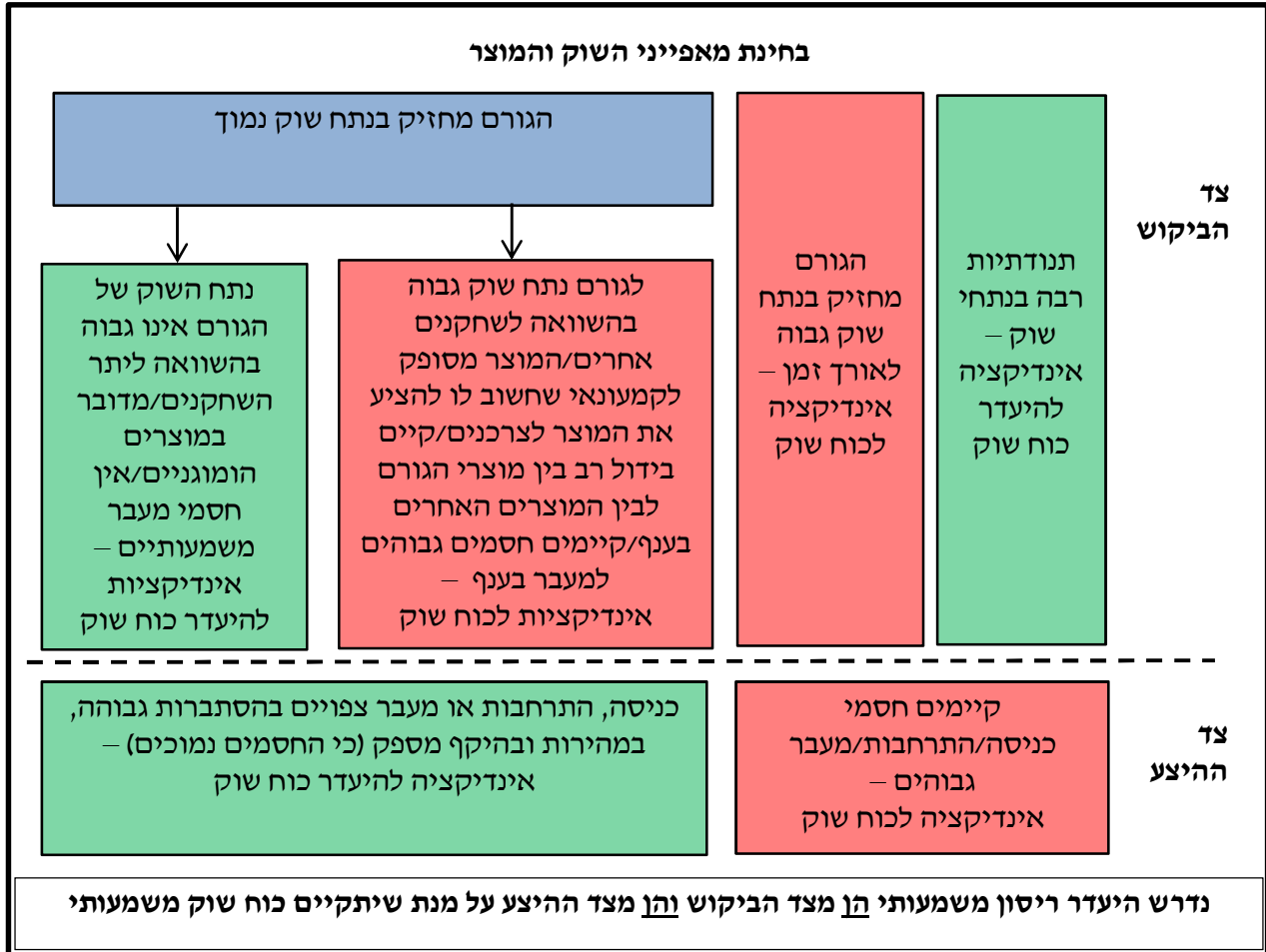
"In fact Hilti's commercial behaviour, which has been described above and is analysed below, is witness to its ability to act independently of, and without due regard to, either competitors or customers on the relevant markets in question. In addition, Hilti's pricing policy also described above reflects 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)

²² פסי' 93.

מצד ההיצע ומצד הביקוש; ולצד זאת גם אינדיקציות בעניין המחיר הנגבה, המרווח והתנהגות הגורם הנבחן בפועל. ברי שהמאפיינים שהוצגו אינם רשימה מחייבת שכולה רלוונטית בכל מקרה, אלא שכל שוק ומוצר בהתאם למאפיינים ואינדיקציות המתאימים לו:



בחינת התנהגות הגורם בפועל – בנוסף לבחינת המאפיינים

יכולת של גורם לנקוט בפרקטיקות מסוימות – למשל, אפליית מחירים, דרישה לבלעדיות או קשירה – עשויה לשמש כאינדיקציה נוספת 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.²³

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 שמשמש 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

²³ 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. לניתוח שונה במקצת, ראו החלטת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין (2018) Ohio v. American Express Co, 585 U.S. ____, אשר דנה בשוק דו-צדדי לעסקאות בכרטיסי חיוב.

שתרצה להיכנס כמתחרה תצטרך כבר בשלב הראשון לבסס מאגר משתמשים גדול כדי 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 המשך המתאימים למוצר ראשוני נתון. יחד עם זאת, לעתים יש בתחרות בשוק הראשוני כדי לרסן כוח השוק בשוק המשך, למשל כאשר מחיר מוצר המשך משפיע על החלטות הצרכנים בעת בחירת המוצר הראשוני.²⁴

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 שבידו להביא את עלויות המשחקים בחשבון בעת רכישת המכשיר, וככל שיש לו חלופות מספקות בשוק הראשוני אזי הצרכן ישווה בין "חבילות" של מכשיר בצירוף 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 ייאלץ 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 וחסמי 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).

²⁴ להרחבה, ראו טיוטת דו"ח בעניין ענף השירות למעליות ערכה (kit) בבנייני מגורים. ניתן לעיין באתר הרשות בכתובת: <http://www.antitrust.gov.il/subject/166/item/34886.aspx>

כוח שוק שמקורו בהתנהלות מותאמת

סיוטת גילוי הדעת שהתפרסמה להערות הציבור התייחסה ל"כוח שוק משותף", מונח אשר גם עלה בדיוני וועדת הכלכלה של הכנסת לקראת התיקון לחוק. במסגרת השימוע הציבורי הועלו טענות לפיהן מדובר במונח שאינו ברור דיו ושהיקף התפרשותו אינו גדור. משכך ראינו לנכון להבהיר את התופעה הכלכלית המדוברת וכן להחליף את המונח למונח מדויק יותר, שהוא "כוח שוק שמקורו בהתנהלות מותאמת".

המדובר בדינמיקה תחרותית אוליגופולית שמתקיימת בשוק ושבמסגרתה השחקנים החזקים בשוק נמנעים, באופן מקביל ועקבי, אך ללא תיאום מפורש או משתמע, מלחזר זה אחרי הלקוחות של זה או מלהציע הצעות משתלמות ללקוחות כאמור שפונים אליהם. במקרים אלה עשוי להתקיים בידי כל שחקן כאמור כוח שוק משמעותי כלפי לקוחותיו, אלא אם הוא רואה רסנים תחרותיים משמעותיים אחרים, למשל כתוצאה מכניסה אפשרית של שחקנים נוספים. במקרה כזה השחקנים המתנהלים באופן מותאם יכולים להעלות את המחיר שהם דורשים כל אחד מלקוחותיו או להרע בצורה אחרת את תנאי האספקה מבלי שיש בידי הלקוחות לעבור לכל ספק אחר. ההתנהלות המותאמת מקנה לכל אחד מהשחקנים כוח שוק משמעותי, כמשמעותו בסעיף 26(א)(2) לחוק, כלפי לקוחותיו.

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, 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 הגורם הנבחן 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.

יזכר שעל פי החוק, בעל מונופולין הוא גם כל מי שמחזיק יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה של נכסים או שירותים. כאמור לעיל, ככלל נתח שוק גדול לאורך זמן הוא אינדיקציה חשובה לכך שגורם מחזיק בכוח שוק משמעותי, אך ייתכנו מקרים בהם גורם המחזיק בנתח שוק גדול ממחצית לא יחזיק בכוח שוק משמעותי, כפי שהורחב לעיל. ככלל הרשות שואפת לטפל

בתופעות שקשורות לכוח שוק. לפיכך מאמצי האכיפה של הרשות יתמקדו ככלל בגורמים המחזיקים בכוח שוק משמעותי והמפעילים אותו באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור.²⁵

²⁵ 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 בידי 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."