



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים

תוכן העניינים:

2	א. מתודולוגית ניתוח המיזוגים בישראל	2
4	ב. הגדרת השוק הרלוונטי	4
6	1. ב. שוק המוצר הרלוונטי	6
10	2. ב. השוק הגיאוגרפי הרלוונטי	10
12	3. ב. יבוא מוצרים למשק הישראלי - מאפיינים מיוחדים	12
13	4. ב. מדידה ישירה של השפעות המיזוג	13
13	ג. הערכה ראשונית	13
13	1. ג. זיהוי המתחרים	13
14	2. ג. ייחוס נתחי שוק למתחרים	14
14	3. ג. מדידת רמת הריכוזיות	14
15	ד. חששות תחרותיים כתוצאה ממיזוגים אופקיים	15
16	1. ד. חשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי	16
18	2. ד. חשש מהפעלת כוח שוק מתואם	18
19	ד.2. א. ניתוח נטיית השוק לתיאום	19
20	ה. כניסה לשוק הרלוונטי והתרחבות על ידי מתחרים	20
22	ו. יעילות	22
23	ז. דוקטרינת החברה הכושלת	23



רשות ההגבלים העסקיים

א. מתודולוגית ניתוח המיזוגים בישראל

ניסיון החיים בתחומי מסחר רבים ומושכלות יסוד בתורת הכלכלה מלמדים על היתרונות הממשיים העשויים לצמוח לציבור כתוצאה ממיזוגי חברות.¹ בין יתרונות אלה ניתן למנות את הגברת יעילות הייצור תוך ניצול יתרונות לגודל ולמגוון; הגדלת כמות המוצרים המוצעים לציבור, איכותם ומגוונם; שיפור כושר התחרות של המשק הישראלי בזירה הגלובלית ועידוד ההשקעות במחקר ופיתוח.

עם זאת, מושכלות יסוד אלו, כמו גם ניסיון החיים, מלמדים שמיזוגן של חברות עלול, במקרים מסוימים, להצמיח פגיעה מתמשכת בציבור - פגיעה שמקורה בהתרתם המלאה או החלקית של רסנים תחרותיים שהיו מוטלים על החברות אלמלא המיזוג. התרתם של רסנים כאמור, שתוצאתה המסתברת היא פגיעה בתחרות האפקטיבית לה תהיינה חשופות החברות, לתקופה שאינה זניחה, צפויה ליצור כוח שוק,² להגבירו, לשמרו או להקל על הפעלתו - ובכך לפגוע פגיעה של ממש בציבור.

הפיקוח על מיזוגים בישראל נעשה מכוח ובהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק"). בדומה למקובל בארצות הים קובע החוק מספר תנאים בהם קמה חובה לקבלת אישור מהממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה") למיזוגי חברות. הודעות המיזוג, אשר מוגשות על-ידי כל אחד מהצדדים למיזוג, פותחות את הליך הבדיקה.³

סעיף 21(א) לחוק קובע כי על הממונה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים אם קיים חשש סביר שכתוצאה מהמיזוג תפגע משמעותית התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור.⁴ להלן יפורטו אופן קביעת תוצאתו המסתברת של מיזוג וכן המבחן בו עושה שימוש הרשות בבואה לקבוע קיומו של חשש לפגיעה בתחרות.

תוצאתו של מיזוג והשפעתו על התחרות נקבעת בהשוואה בין התחרות הצפויה לשרור בשוק לאחר ביצוע המיזוג, אל מול התחרות הצפויה לשרור בו אלמלא יצא אותו מיזוג אל הפועל. הן

¹ דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים, הפרקליט ל"ב, 559 (1980); הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1984, ה"ח 1647, 39, 40; הי"ע (הגבלים עסקיים) 8006/03 יהודה פלדוט בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לז' 6, 698, 5000581, הגבלים עסקיים 2007, ¶ 33 (להלן: עניין יהודה פלדוט).

² כוח שוק במובנו הרחב קשור ליכולת ולכדאיות הכלכלית לקבוע עבור מוצר מסוים תנאי אספקה (וביניהם מחיר, כמות, איכות, מגוון, מועד, קצב פיתוח ועוד), הנחותים מאלו שהיו שוררים בשוק תחרותי. בהקשר הנדון במסמך זה, עסקינן בתנאים המסחריים שהיו שוררים בשוק אלמלא יצא מיזוג נתון אל הפועל. בהיבט קביעת המחירים, כוח שוק הינו "הכוח להקטין תפוקה או להעלות מחיר מעבר לעלות השולית תוך גריפת רווח" ללא איום תחרותי מהותי שימנע זאת". ישראלכרט בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין), 5000034 הגבלים עסקיים 2005, בעמ' 8 (תוך הסתמכות על ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 232, 3001471 הגבלים עסקיים 1998 (להלן: עניין תנובה)).

³ לעניין התנאים להגשתה של הודעת מיזוג, ראו הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי דיווח ובדיקה של מיזוגי חברות עפ"י חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, 5000763 הגבלים עסקיים 2008.

⁴ הפגיעה שאותה מבקש החוק למנוע אינה צריכה להיות ודאית אלא די לה כי תוכח באמצעות מאזן ההסתברויות כמקובל בהליכים אזרחיים, בהם נדרשת הוכחה כי ההסתברות כי תתרחש פגיעה כאמור בתחרות תהא גבוהה יותר מהאפשרות כי לא תתרחש. ראו ע"א 3398/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ, פ"ד 5000468 הגבלים עסקיים 2006, ¶ 15, 30 (להלן: עניין דור אלון); השו" :

Hosp. Corp. of Am. v. FTC, 807 F.2d 1381, 1389 (7th Cir.1986).



רשות הגבלים העסקיים

הערכת מצב הדברים הצפוי בשוק לאחר המיזוג והן הערכת זה הצפוי אלמלא המיזוג, דורשות ניתוח הצופה את פני העתיד. לרוב, מבנה השוק הקיים והתחרות השוררת בו ערב המיזוג ישקפו נאמנה את אלו הצפויים לשרור בשוק אלמלא המיזוג. עם זאת, קיימים מקרים בהם תנאי השוק ערב המיזוג לא ישקפו בצורה מניחה את הדעת את התנאים שישררו אלמלא המיזוג. כך לדוגמה, כאשר אחת החברות המתמזגות היא מתחרה פוטנציאלית בשוק - אך טרם החלה לפעול בו; כאשר צפויה יציאה של אחת מהחברות הפעילות בשוק; כאשר ערב המיזוג קיים שווי משקל מתואם העשוי להתערער אלמלא המיזוג או שהמיזוג צפוי לסייע בייצובו; כאשר שינוי צפוי ברגולציה עלול להשפיע על מבנה השוק או על יכולתם של חלק מהשחקנים להתחרות בו וכד'. במקרים אלו וכדוגמתם, תנאי התחרות הקיימים ערב המיזוג צפויים להשתנות, ויש הצדקה להתאימם באופן המביא בחשבון את אותן תמורות על מנת לקבוע את מבנה השוק והתחרות הצפויים לשרור אלמלא יבוצע המיזוג.

הערכת מבנה השוק והתחרות הצפויים בעתיד, בין לאחר ביצוע המיזוג או אלמלא ביצועו, מבוססת על שילובם של שני היבטים מרכזיים - ההיבט הסטטי וההיבט הדינאמי.⁵ ההיבט הסטטי מהווה נקודת מוצא לניתוח ומתמקד במבנה השוק והתחרות הקיימים ערב המיזוג או באלו הצפויים מייד לאחר המיזוג. בהקשר זה נודעת חשיבות לזהות המתחרים בשוק, נתחי השוק שלהם, רמת הריכוזיות בשוק, קיומו של כושר ייצור עודף, מידת תחכום של הלקוחות, המידע שבידיהם ועלויות המעבר שלהם בין ספקים. ההיבט הדינאמי נוגע לפוטנציאל השינוי בתמונת השוק המשתקפת בהיבט הסטטי. בפרט, באירועים אשר עשויים להתרחש בהמשך דרכם של השוק אלמלא המיזוג או של החברה הממוזגת לאחריו. בין אלו ניתן למנות את האפשרות לשינויים בכושרם התחרותי של שחקנים קיימים, כניסת מתחרים חדשים, התרחבות של מתחרים קיימים או שינויים טכנולוגיים צפויים.⁶

פגיעה משמעותית בתחרות מתרחשת מקום בו תוצאתו המסתברת של המיזוג היא יצירת כוח שוק, הגברתו, שימורו או הקלה על הפעלתו, וזאת בהתחשב במכלול התנאים התחרותיים הקיימים והצפויים בשוק.⁷ מבחן זה דומה למבחנים שמיושמים על-ידי רשויות תחרות ברחבי העולם, ומגדיר את הקריטריון המרכזי העומד ביסוד האבחנה בין אותן עסקאות מיזוג שתוצאתן המסתברת היא פגיעה משמעותית בתחרות לבין יתר העסקאות.

⁵ ראו למשל, אורלייט תעשיות (1959) בע"מ – ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ (התנגדות למיזוג), 5000461 הגבלים עסקיים 2006, ¶ 1.ד (להלן: עניין אורלייט); אלקטרה (ישראל) בע"מ – מעליות טל, יבוא התקנה ושירות (התנגדות למיזוג), 3001304 הגבלים עסקיים 1993, ¶ III (ב).

⁶ ראו עניין אורלייט, לעיל ה"ש 5, ¶ 1.ד; די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (התנגדות למיזוג), 5000481 הגבלים עסקיים 2007, ¶ 5.ג (להלן: עניין די.בי.אס) (הערכת ההתפתחות הטכנולוגית העתידית בשוק).

⁷ ראו עניין יהודה פלדות, לעיל ה"ש 1, ¶ 36; הי"ע (הגבלים עסקיים) 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לה(6) 812, 5000123 הגבלים עסקיים 2005, ¶ 40 (להלן: עניין עמינח); ערר (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לג(8) 694, 2003 הגבלים עסקיים 3017513, ¶ 97 (להלן: עניין פוד קלאב); ערר (הגבלים עסקיים) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לג(3) 746, 3013742 הגבלים עסקיים 2002, ¶ 10. תעל, תעשיות עץ לבד קבוצת משמרות בע"מ – לבידי אשקלון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3007919 הגבלים עסקיים 2000, ¶ 3.2 (להלן: עניין עץ לבד).



רשות ההגבלים העסקיים

מקובל לסווג מיזוגי חברות לשלוש קבוצות-אב: מיזוג אופקי, מיזוג אנכי ומיזוג קונגלומרטי. מיזוג אופקי הוא מיזוג בין חברות המתחרות זו בזו (בפועל או בכוח) באותו מקטע של שרשרת ייצור או אספקתו של מוצר⁸. מיזוג אנכי מתקיים בין חברות הפועלות בשלבים שונים בשרשרת הייצור או ההפצה, כאשר אחת מהן רוכשת תשומות לייצור או מוצרים להפצה מהאחרת או ממתחרותיה. כל מיזוג שאיננו אופקי או אנכי ייחשב למיזוג קונגלומרטי.⁹ לסיווג זה נודעת לרוב משמעות לעניין טיבם של החששות התחרותיים אשר מתעוררים אגב עסקת המיזוג. יוער, כי קבוצות סיווג אלו אינן מוציאות זו את זו ויתכנו עסקאות מיזוג בהן מתקיימים, להמחשה, מאפיינים אופקיים ואנכיים כאחד.

מסמך הנחיות זה מתמקד בניתוח התחרותי של מיזוגים אופקיים. המסמך פורש את מתווה מתודולוגיית הניתוח המשמשת את רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") לבחינת ההשפעות המסתברות של עסקות מיזוג. כפועל יוצא, הנחיות אלה מגבירות את מידת השקיפות של פעילות הרשות בשדה המיזוגים, ופורשות את מכלול השיקולים המנחים את הממונה בקבלת ההחלטות במיזוגי חברות.¹⁰ הליך בחינת המיזוגים כולל את השלבים הבאים אשר יפורטו בהרחבה במסמך זה: הגדרת שוק המוצר והשוק הגיאוגרפי הרלוונטיים; זיהוי המתחרים בשוק וקביעת נתחי השוק המוחזקים בידם; ניתוח חסמי הכניסה לשוק וחסמי וההתרחבות העומדים בפני השחקנים הפועלים בו; הערכת רמת התחרות הצפויה לשרור בשוק אלמלא יצא המיזוג אל הפועל וזו הצפויה לו יבוצע המיזוג; הערכת היעילות הנגזרת מהמיזוג וכן, שקילת תחולתה של דוקטרינת החברה הכושלת במקרים הרלוונטיים. על בסיס יסודות אלו מתקבלת התמונה מלאה ושלמה באשר להשפעות התחרותיות המסתברות של המיזוג.

ב. הגדרת השוק הרלוונטי

הגדרת השוק הרלוונטי במסגרת בחינת מיזוג משמשת לתחימת כל אחת מזירות התחרות בהן מסופקים מוצריהם של הצדדים למיזוג. ככזו, הגדרת השוק נעשית בכפוף ולצורך בחינה של שאלה תחרותית נתונה. מטבע הדברים, היקפה של זירת התחרות קשור הדוק למידה שבה התנהלות הלקוחות וטעמיהם מטילה מגבלות אפקטיביות על התנהלותן העסקית של החברות הפועלות בה.

הגדרת שוק רלוונטי לעניין הפיקוח על מיזוגים בישראל מהווה שלב ראשון בניתוח התחרותי ומתמקדת במאפייני צד הביקוש בלבד. בפרט, במידת נכונותם של לקוחות להפסיק לצרוך, לעבור לצריכת מוצרים אלטרנטיביים או לבחור לצרוך את אותו מוצר באזורים גיאוגרפיים אחרים בתגובה לעליית מחירו של מוצר מסוים. שיקולי צד ההיצע, קרי: תגובתן הצפויה של חברות

⁸ במסמך זה, "מוצר" - סחורה ו/או שירות. המסמך דן באספקה של מוצרים אך העקרונות המפורטים בו יפים, בשינויים המחויבים, גם לרכישת מוצרים ולחשש מיצירת כוח שוק בידי קונים.

⁹ להגדרות אלה ראו למשל, (Faull & Nikpay, THE EC LAW OF COMPETITION, 499 (2d ed. 2007).

¹⁰ עם זאת, יש לציין כי מסמך זה מתווה מסגרת מתודולוגית כללית שאינה מלמדת, בהכרח, על אופן פעולת הרשות במקרים פרטניים, השונים בנסיבותיהם.



רשות ההגבלים העסקיים

מתחרות ואחרות לעליית מחירו של המוצר, נבחנים רק בשלבים מאוחרים יותר בהם נקבעים זהות המתחרים בשוק הרלוונטי ונבחנות ההשפעות התחרותיות הצפויות מן המיזוג.¹¹

הגדרת השוק הרלוונטי קשורה בטבורה לתכלית הפיקוח על מיזוגים, משמע ליכולת להקים, לחזק, להפעיל או לשמר כוח שוק. משכך, גבולותיה של זירת התחרות הנתחמת באמצעות הגדרת השוק הרלוונטי, הם גבולות קבוצת המוצרים שבאספקתם סביר כי יהיה ניתן, בתנאים שיפורטו להלן, להפעיל כוח שוק.

שוק רלוונטי מוגדר על ידי קבוצת המוצרים המצומצמת ביותר, באזור גיאוגרפי, עבודה תגובות הלקוחות, ורק הן כשלעצמן, לא תמנענה הפעלתו של כוח שוק. בפירוט רב יותר, נאמר כי השוק הרלוונטי כולל את קבוצת המוצרים הקטנה ביותר עבורה סביר שספק יחיד השולט כיום, וישלוט בעתיד, בכלל אספקתם לאזורים גיאוגרפיים מסוימים, יגדיל את רווחיו אם יקבע לפחות עבור אחד מאותם מוצרים תנאי אספקה (ובניהם מחיר, כמות, איכות, מגוון, מועד, קצב פיתוח ועוד), נחותים מאלו הצפויים לשרור בשוק אלמלא המיזוג.¹²

לרוב, תניח הרשות כי התנאים המסחריים הנוהגים בשוק ערב המיזוג, מייצגים בצורה נאותה את אלו הצפויים אלמלא המיזוג. יוער, כי באותם מקרים בהם קיים יסוד סביר להניח כי התנאים המסחריים בשוק ערב המיזוג צפויים להשתנות - תערוך הרשות את ההתאמות הנדרשות בהקשר זה. להמחשה, כאשר קיים יסוד סביר להניח כי התנאים המסחריים בשוק ערב המיזוג משקפים שווי משקל מתואם, הרשות עשויה לשקול כנקודת מוצא לניתוח, את התנאים המסחריים שהיו צפויים לשרור בשוק ערב המיזוג אלמלא התיאום האמור.

הגדרת השוק מאפשרת לחשב את נתחי השוק של המתחרים בשוק,¹³ ובמרבית המקרים הגדרה ברורה של השוק נדרשת לצורך הערכה נאותה של השפעת המיזוג על התחרות.¹⁴ בסופו של דבר, להגדרת השוק הרלוונטי עשויה להיות השפעה ניכרת על ממצאי בחינת המיזוג המוצע. עם זאת, הגדרת השוק הרלוונטי אינה אלא כלי עזר מסייע לאמידת ההסתברות ליצירתו, חיזוקו, שימורו או קלות הפעלתו של כוח שוק, כאשר אלו אינן ניתנות לאמידה באופן ישיר. כאשר ניתן לאמוד

¹¹ שימוש בתחליפיות צד ההיצע בהגדרת שוק המוצר הרלוונטי עלול להגביל את הניתוח ואף להביא לתוצאות מוטעות. בפרט, כאשר קיים מוצר עברו תחליפיות צד ההיצע הינה גבוהה, ואשר אינו זהה במאפייניו למוצר הרלוונטי, הכללתו במסגרת השוק הרלוונטי תחייב מדידת נתחי שוק על פי מדדים כספיים אשר עשויים שלא לשקף נכונה את מעמדם התחרותי של השחקנים בשוק. יתרה מזו, הגדרת שוק הכוללת גם תחליפים מצד ההיצע מצריכה, על מנת לאפשר חישוב נתחי שוק, לחשב אומדן נקודתי של ההיקף הצפוי של הסטת כושר הייצור אל השוק הרלוונטי. הגדרתו של שוק על פי תחליפיות צד ההיצע מתעלמת מההטרונגניות האפשריות של יצרני אותו מוצר תחליפי מצד ההיצע – שימוש בטכנולוגיות שונות או שיעורי רווחיות שונים עשויים לבטא יכולת או נכונות שונה של כל יצרן לעבור לייצור מוצרים אחרים. שימוש בתחליפיות היצע עשוי גם לפתות את המתחרים הקיימים לנקוט מהלכים שמטרתם מניעת האפשרות להסטת כושר הייצור אל השוק כאמור, ובכך לשבש את הניתוח התחרותי. לבסוף, שימוש בתחליפיות צד ההיצע לעניין הגדרת השוק לצורך הכרזת מונופולין אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם הפסיקה בנושא. כך, ראו ערר (הגבלים עסקיים) 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 3001553 הגבלים עסקיים 1997, § 28.

¹² לצורך תיחום ראוי של זירת התחרות (1) לפחות על מוצר אחד מקבוצת המוצרים האמורה, קטנה ככל שתהיה, להיות נמוך, מוצע או מסופק על ידי צד למיזוג הנבחן; וכן (2) יש להניח שלא יחול כל שינוי בתנאים המסחריים של אספקת מי מהמוצרים שאינו שייך לקבוצת המוצרים האמורה.

¹³ ראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 2.

¹⁴ ראו עניין יהודה פלדות, לעיל ה"ש 1.



רשות הגבלים העסקיים

את השפעת המיזוג ישירות, למשל באמצעות מידע מדויק על מבנה ההיצע והביקוש או באמצעות ניסיון העבר, יתייתר מאליו הצורך בהגדרת השוק הרלוונטי.

השוק הרלוונטי נפרש ומוגדר בשילובם של שני צירים: הראשון הוא ציר המוצר או המוצרים המתחרים ישירות במוצרי הצדדים למיזוג והשני הוא ציר המרחב הגיאוגרפי במסגרתו מתרחשת תחרות זו. ברי, כי אין כל אחד מצירים אלו עומד על רגליו לבדו ואין די באחד או באחר על מנת לגדר בצורה ראויה את הזירה התחרותית. עם זאת מטעמי בהירות הדיון, ניתוח השוק הרלוונטי מבוצע בשני שלבים: ראשית, זיהוי שוק המוצר הרלוונטי ולאחר מכן, זיהוי השוק הגיאוגרפי הרלוונטי.

1.ב. שוק המוצר הרלוונטי

תכליתו של תהליך הגדרת שוק המוצר הרלוונטי היא לתחום, עבור כל אחד ממוצרי החברות המתמזגות, את קבוצת המוצרים הקטנה ביותר אשר סביר כי שליטה מלאה בה תאפשר להפעיל כוח שוק, וזאת בהתעלם מכל שינוי אפשרי בצד ההיצע. לאמור, לאתר את אותם מוצרים אשר מרסנים תחרותית את היכולת להרע את תנאי אספקתו של המוצר הנבחן, ביחס לתנאי האספקה הצפויים לשרור אלמלא המיזוג. שוק המוצר הרלוונטי יכול לפיכך רק את קבוצת המוצרים אשר מכלול מאפייניהם מציב אותם, מנקודת מבטם של הלקוחות, בתחרות ישירה מול מוצר נתון, אשר ביחס אליו מוגדר השוק.¹⁵

הגדרת שוק המוצר הרלוונטי עושה שימוש במבחן "המונופול היפותטי".¹⁶ מבחן זה מתווה תהליך אנליטי שתחילתו במוצר יחיד, שהוא אחד מהמוצרים המסופקים על ידי החברות המתמזגות. עבור מוצר זה, תבחן הרשות האם סביר שגוף עסקי היפותטי, שהוא הספק היחיד של אותו מוצר כעת ובעתיד, יגדיל את רווחיו אם יעלה את מחירו של אותו מוצר בשיעור קטן אך משמעותי ולתקופה שאינה בת-חלוף, כשהיצע המוצרים האחרים נותר קבוע.¹⁷ אם המענה לכך שלילי, יתווסף לגבולות השוק הרלוונטי המוצר שהוא התחליף הקרוב ביותר למוצר הנדון, וייבחן שוב האם סביר שאותו מונופול היפותטי יוכל להגדיל את רווחיו כתוצאה מהעלאת מחירו של לפחות אחד מהמוצרים שבקבוצה בתנאים שלעיל. באופן דומה, יש להוסיף לקבוצה בכל פעם את המוצר התחליפי הקרוב ביותר לזה שהוסף אחרון, עד שלראשונה יתקבל מענה חיובי לשאלה שלעיל. משמע, עד שתימצא קבוצת המוצרים הקטנה ביותר ששליטה בלעדית באספקתה כעת

¹⁵ עניין פוד קלאב, לעיל הי"ש 7, ¶ 10-8; עניין בורגר ראנץ', לעיל (1993) בע"מ - ריקמור בע"מ (בהקפאת הליכים) (התנגדות למיזוג), 3019090 הגבלים עסקיים 2003, ¶ 4.1 (להלן: עניין בורגר ראנץ'); מור השקעות בע"מ – דקלה תברה לביטוח בע"מ (אישור מיזוג בתנאים), 3001298 הגבלים עסקיים 1993, ¶ 10-12 (להלן: עניין מור).

¹⁶ עניין בורגר ראנץ', ¶ 4.1. בהקשר זה, המונח מונופול מתייחס, בשינויים המחוייבים, גם למונופסון.

¹⁷ ניסוח זה ידוע כ-Small but significant, non-transitory increase in price או בקיצור SSNIP ומתייחס לשינויים צפויים במחיר. אולם, בהקשר זה תבחן הרשות כל הרעה צפויה במכלול התנאים המסחריים (לרבות איכות, מגוון וכ"ו) הקשורים עם אספקת המוצרים בשוק הרלוונטי. המבחן יתייחס להעלאה במחירו של המוצר הרלוונטי, גם אם המוצר הרלוונטי מסופק לרוב יחד עם מוצר אחר משלים או נלווה, בין אם נגבה מחיר כולל בגינם או שהם מתומחרים בנפרד.



רשות ההגבלים העסקיים

ובעתיד, כשהיצע מוצרים אחרים נותר קבוע ובהתעלם משינויים אפשריים בו, סביר שתאפשר להעלות את מחירם של אחד או יותר ממוצרי הקבוצה בשיעור קטן אך משמעותי ולתקופה שאינה בת-חלוף.¹⁸

תהליך זה נועד לזהות את המוצרים שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הלקוח, או עשויים להיות כאלה, כך שכמות מספקת של לקוחות יעברו מרכישת מוצר אחד לרכישת משנהו בתגובה לעליית המחיר, ובתוך כך ירסנו את יכולתו של המונופול ההיפותטי להפעיל כוח שוק.¹⁹ קבוצה זו של מוצרים תחליפיים היא שוק המוצר הרלוונטי המוגדר ביחס לאותו מוצר, המסופק על ידי אחד הצדדים למיזוג.

בהקשר זה תבחן לרוב העלאת מחיר בשיעור הנע בין 5% ל-10% ביחס למחירים הצפויים לשרור אלמלא המיזוג, לתקופה של שנה לפחות. עם זאת, ככל שהמוצרים הנדונים הם הומוגניים – למשל, סחורה בסיסית (commodity) – גם שיעור התייקרות נמוך יותר עשוי להיחשב משמעותי, ואף תקופה קצרה משנה עשויה להיחשב ככזו שאינה בת-חלוף.

אופן הניתוח האמור מניח כי אפליית מחירים – היכולת לגבות מחיר שונה מלקוחות שונים עבור אותו המוצר – אינה אסטרטגיה רווחית עבור המונופול, או שאינה אפשרית מטעמים שונים (בין אלו ניתן למנות חוסר יכולת לזהות סוגי לקוחות או קיומו של שוק משני יעיל). במקרה בו המונופול ההיפותטי מסוגל לזהות קבוצות מוגדרות של לקוחות, לגביהן יוכל לנקוט בהצלחה אפליית מחירים ולהרוויח מכך, יבחן הצורך להגדיר שוקי מוצר ביחס לכל אחת מן הקבוצות הנבחנות בנפרד.

להלכה, בתהליך הגדרת שוק המוצר, נבחנת תחילה גמישות עקומת הביקוש של המוצר שנמכר על ידי אחד מהצדדים למיזוג, עבורו מוגדר השוק (גמישות עצמית). לאחר מכן, מהלך צירופם ההדרגתי של המוצרים השונים תלוי בגמישות הביקוש הצולבת בין המוצר האחרון שהוסף לקבוצת המוצרים, לבין המוצר שהוספתו נשקלת (גמישות התחלופה). גמישות הביקוש העצמית מוגדרת כיחס בין שיעור השינוי בכמות המבוקשת כתוצאה משינוי של אחוז אחד במחירו של מוצר מסוים, ומודדת את שיעור הרכישות שיגרעו מהמוצר כתוצאה מעליית המחיר כאמור. גמישות הביקוש הצולבת מוגדרת כיחס בין שיעור השינוי בכמות המבוקשת ממוצר א' כתוצאה מעליית מחירו של מוצר ב'.

¹⁸ לעניין הגדרת שוק המוצר הרלוונטי בעזרת מבחן המונופול ההיפותטי ראו הי"ע (הגבלים עסקיים) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לגנ" (3) 770, 3006703 הגבלים עסקיים 1999; הי"ע (הגבלים עסקיים) 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לז" (9) 642, 5000613 הגבלים עסקיים (2005), ¶ 13. השוו ישראלכרט בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין), 5000034 הגבלים עסקיים 2005, ¶ ג; ת"א 1114/99 Tower Air נ' שירותי תעופה בע"מ, דינים מחוזי לז" (7), 469, 5000590 הגבלים עסקיים 2007.

¹⁹ עניין מור, לעיל הי"ש 15, ¶ 5.5 ב"כמובן, מטבע הדברים, כמעט לכל מוצר וכל שירות יש תחליפים. אך השוק הרלבנטי כהגדרתו אינו משתרע על אותו מרחב אינסופי, אלא ענינו בתחום מוגדר שבו מידת התחליפיות משמעותית וישירה"; השוו: תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין), 5000154 הגבלים עסקיים 2004, ¶ 4.



רשות ההגבלים העסקיים

למעשה, במרבית המקרים אין בנמצא נתונים המאפשרים אמידה נקודתית של גמישויות הביקוש ביחס למוצרים הנבחנים, ובמרבית המקרים נתונים ישירים ומדויקים על אותן גמישויות אף אינם נדרשים לצורך הכרעה. ואכן, רק לעיתים רחוקות ניתן יהא להעריך את גמישות הביקוש העצמית או הצולבת על בסיס אמידה כמותית מנתוני השוק (מחירים, כמויות, עלויות וכד'), מנתוני סקרי שוק או משילובם של אלו.²⁰ לפיכך, ברגיל נעשה אומדן או קירוב של תגובות הלקוחות באמצעות מגוון אינדיקטורים עקיפים, אשר מכילים מידע לגבי התגובות הצפויות של הלקוחות לשינויים במחירי המוצרים.

השימוש באינדיקטורים עקיפים אלו הוכר על ידי הפסיקה בישראל ובעולם ככזה המספק מידע מספק לצורך ההכרעה העובדתית ביחס לגבולותיו של שוק המוצר הרלוונטי. בין היתר, עשויים להיבחן המשתנים הבאים:

(1) מידת הדמיון במאפיינים הפונקציונאליים של המוצרים השונים; (2) הבדלים בתנאי אספקה לרבות המחיר, האיכות, המגוון או מידת הנגישות ללקוח בין מוצרים שונים; (3) עדויות בפועל על שינויים בדפוסי רכישה או תפיסת הלקוחות את דפוסי הרכישה העתידיים שלהם בתגובה לשינויים בתנאי האספקה; (4) תפיסת המתחרים את עוצמת הלחצים התחרותיים בשוק ואת תגובות הלקוחות לשינויים בתנאי האספקה; (5) שיקולי התמחור והתמחור בפועל של מוצרים ביחס לעלות ייצורם ו/או ביחס למחירם של מוצרים אחרים;

מגוון של עובדות המאפשרות הערכה סבירה של המשתנים שלעיל עשויות לשמש להגדרת השוק הרלוונטי. יש להדגיש כי כמעט בכל המקרים, יעשה שימוש רק בחלק מהמשתנים, בין מחמת חלקיות הנתונים הזמינים ובין בשל היעדר צורך לבחון את כולם, כאשר ניתן לגבש מסקנות גם על בסיס חלקם.²¹

במקרים מסוימים, תתייחס הרשות בבדיקה גם לשוק בהתהוות ולא רק לשוק קיים, שאז תשווה הרשות לנגד עיניה גם את מהירות הפיתוח של המוצרים העתידיים ואיכותם.²²

קיימים מקרים בהם שוק מוצר רלוונטי יכול מקבץ מוצרים אף אם אין תחליפיות ישירה ומלאה בין כל אחד ואחד מהם (להלן "שוק מקבץ"). הגדרה זו של שוק המוצר מוצדקת כאשר הביקוש

²⁰ בהקשר זה ניתן להיעזר בשינויים שהתרחשו כתוצאה מזעזוע חיצוני לשוק (למשל, כניסת מתחרה חדש או יציאת מתחרה קיים, המכונה גם "ניסוי טבעי"). במקרים אחרים ניתן להיעזר בעובדה שהתיאוריה הכלכלית מכתובה יחסים מסוימים בין פער המחיר והעלות השולית (לגביהם ניתן לאסוף נתונים, ישירים או עקיפים) וגמישות הביקוש שרואה לנגד עיניה החברה.

²¹ בהחלטות הרשות ובתי המשפט המנויות להלן, יושמו חלק מהקריטריונים האמורים: עניין פוד קלאב, לעיל הי"ש 7, 11-5; עניין מור, לעיל הי"ש 15, 5.5; אופק צילומי אוויר (1987) בע"מ – אירופן יישומים גיאוגרפיים (1997) בע"מ, 3002729 הגבלים עסקיים 1999, עמ' 9-10; שמעון שסטוביץ בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין), 3007807 הגבלים עסקיים 2000; עניין עמינח, לעיל הי"ש 7, 13; עניין עץ לבוד, לעיל הי"ש 7, 2.2.4; קואופ צפון אגודה שיתופית בע"מ – רשת היפרשוק (1988) בע"מ (אישור מיזוג בתנאים), 3001305 הגבלים עסקיים 1995.

²² ראו לדוגמה:

Gilbert R.J., & Sunshine S.C., "Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets, 63 *Antitrust L. J.* 589 (1995).

השוו: אלביט בע"מ - התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פטור להסדר כובל) 5000616 הגבלים עסקיים 2007 (מיזם משותף שהותנה במתן גישה לחברות במיזם לטכנולוגיה נשוא המיזם לצורך פיתוחים עתידיים).



רשות ההגבלים העסקיים

בשוק הוא לרכישה של סל מוצרים מתוך המגוון המוצע; או שהחלטת הלקוחות לגבי מקום הרכישה מונעת במידה שאינה מבוטלת משיקולי מגוון המוצרים המוצע בכל נקודת מכירה²³. בשווקים אלו חלק ממשי מהתחרות על לב הלקוח מתבצע באמצעות מגוון המוצרים המוצע בכל נקודת מכירה²⁴. שוק מקבץ עשוי להיות מוגדר גם ביחס לקבוצת מוצרים במסגרתה מתקיימת תחלופה ישירה ומשמעותית רק בין מספר תת-קבוצות חופפות אך לא בין כל אחד ואחד מאותם מוצרים בנפרד²⁵.

במקרים מסוימים, ניתוח תחרותי של מיזוג מוצע אינו מחייב זיהוי של שוק רלוונטי מסוים מבין מספר הגדרות אפשריות. כך לדוגמה, במצב בו עבור כל שוק מהשווקים הרלוונטיים האפשריים, הניתוח התחרותי איננו משתנה²⁶. בהקשר זה יוער כי הגדרת שוק המוצר באמצעות צד הביקוש בלבד יכולה, במקרים מסוימים, להצדיק הגדרתם של מספר רב יחסית של שווקים רלוונטיים. לכן, מטעמי נוחות מינהלית, הרשות עשויה לאגד במקרים כגון אלו מספר שווקים רלוונטיים יחדיו לכדי שוק רלוונטי יחיד שבמסגרתו תיבחן השפעתו של מיזוג מוצע. זאת, כאשר השפעתו התחרותית של המיזוג על כל שוק ושוק בנפרד אינה שונה מהניתוח התחרותי של השפעתו על השוק הרלוונטי הכולל את אגד השווקים כמקשה אחת²⁷.

לבסוף, עסקת מיזוג יחידה עשויה להצדיק את הגדרתם של מספר שווקים רלוונטיים על מנת להתמודד עם מספר חששות תחרותיים בשווקים שונים, או עם יכולת אפליית מחיר כלפי סוגי לקוחות שונים כאמור לעיל.

²³ לרוב לכל לקוח ולקוח קיימות העדפות שונות באשר להרכב סל מוצרים המועדף עליו ואף עבור אותו לקוח, עשוי הסל המועדף להשתנות על פני זמן. במקרים מסוימים, סל המוצרים עשוי להכיל מוצר בודד (כגון מערכת שמע ביתית) ומגוון המוצרים המוצע בכל נקודת מכירה יכתיב במידה רבה את החלטות הרכישה של הלקוחות.

²⁴ להמחשה, למרות שמגוון המוצרים המוצע ברשתות הקמעונאיות מכיל מוצרים שאינם תחליפיים זה לזה (כגון חלב לשתיה ולחם) עדיין קיימות שאלות תחרותיות שבירורן יצדיק הגדרת שוק לממכר מוצרי מזון ומכולת באמצעות סופרמרקט. ראו, הרבוע הכחול ישראל בע"מ - ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3012217 סע' ג(1), הגבלים עסקיים 2001.

²⁵ להמחשה, מגוון צבעי הקיר המוצע כיום לציבור הוא כמעט אינסופי. יתכן כי מנקודת מבטו של לקוח אחד, גווני הירוק, האפור והחום יהיו תחליפיים, בעוד חברו ימצא דווקא שקבוצת גווני הירוק, האפור והכחול הם תחליפיים ראויים לצרכיו. במקרה זה ובהעדר אפליה, יתכן וקיימת הצדקה לכך שהשוק הרלוונטי יכול מקבץ של ארבעת הגוונים לעיל ובפרט את גווני החום והכחול, למרות שאין לקוח יחיד עבורו שני האחרונים הם תחליפיים ישירים ומשמעותיים. גם שירותי טלוויזיה רב-ערוצית מסופקים ללקוחות כמקבץ ערוצים שבינם לבין עצמם עשויה להיות תחליפיות מועטה או אף יחסי השלמה בעיני חלק מהלקוחות. למרות זאת, בהקשרים מסוימים, יוגדר שוק אחד לשירותי טלוויזיה רב-ערוצית.

²⁶ ראו:

Case IV/M.774 *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, (1997) OJ L 247/1; Case COMP/M.2706 *Carnival Corp./P. & Princess*, (2003) OJ L 248/1

²⁷ כך להמחשה שיחת טלפון עם שמעון לרוב אינה מהווה תחליף טוב, מנקודת מבטו של ראובן, לשיחה עם משה. מכאן עשוי להיגזר קיומו של שוק רלוונטי שיוגדר לכל צמד צרכנים במשק. מובן שקיימים צמידים רבים מספור בהקשר זה, ומובן שבמקרים רבים השפעת מיזוג בין שתי חברות טלפון על כל אחד מאותם צמידים תהא זהה. לצרכים מסוימים תגדיר הרשות בהקשר כאמור שוק רלוונטי אחד לשיחות טלפון, המאגד בתוכו, מטעמי נוחות הניתוח, מספר רב של שווקים.



רשות ההגבלים העסקיים

2.ב. השוק הגיאוגרפי הרלוונטי

תחרות באספקת סחורות ושירותים שונים עשויה ללבוש אופי מקומי. בנסיבות אלה, ספקים הפועלים בשוק המוצר הרלוונטי, לא בהכרח מקימים תחרות אפקטיבית בכל האזורים הגיאוגרפיים השונים של המדינה. שוק גיאוגרפי רלוונטי הוא זירת תחרות מקומית שניתן, בתנאים מסוימים, להפעיל במסגרתה כוח שוק. בדומה לשוק המוצר, גם האזור הגיאוגרפי הרלוונטי לבחינת מיזוג יוגדר על פי תגובתם הצפויה של הלקוחות בלבד בעוד תגובות ההיצע תסייענה בזיהוי המתחרים בו.²⁸ המשתנה המרכזי בתגובת הלקוחות בהקשר זה הוא מידת נכונותם לשאת בעלות הנוספת הקשורה עם מעבר לרכישת המוצר מספק מתחרה. עלות נוספת זו יכולה להתבטא בעלות הזמן והנסיעה של הלקוחות אל מקום מושבו של הספק המתחרה או בעלות שינועו של המוצר ממושביו של הספק המתחרה אל נקודת הצריכה. ככלל, הגדרת השוק הגיאוגרפי תרה אחר אותו אזור עבורו, ללא שינוי מקום פעילותם, לא יהא בכוחם של ספקים המצויים מחוץ לגבולותיו להוות רסן תחרותי ממשי לאותם ספקים המצויים בגבולותיו, וזאת לאור מידת נכונותם של הלקוחות לשאת בעלויות הקשורות עם רכישת המוצרים מאותם ספקים, בשל ריחוקם הגיאוגרפי.

השוק הגיאוגרפי הרלוונטי יוגדר כאזור הגיאוגרפי הקטן ביותר, אשר מונופול היפותטי, שהוא הספק היחיד של המוצרים הנכללים בשוק המוצר באותו אזור כיום ובעתיד, צפוי להגדיל את רווחיו אם יעלה את מחירו של אחד מהם לפחות, בחלק מסוים של אותו אזור או בכלו, בשיעור קטן אך משמעותי ולתקופה שאינה בת-חלוף. כל זאת, בהנחה שלא יחול כל שינוי במקום פעילותם של ספקים באזורים גיאוגרפיים אחרים מזה הנבחן או בתנאים המסחריים השוררים בהם. השוק הגיאוגרפי הרלוונטי הוא האזור המצומצם ביותר, שהיקף הרכישות המתבצעות בגבולותיו, ואשר עקב עליית מחיר יוסטו אל מחוץ לתחומיו, קטן מספיק כך שהעלאת המחיר תהא רווחית. רמת המחירים ממנה תבחן העלאת המחיר כאמור היא זו ששימשה בהגדרת שוק המוצר. בדומה להגדרת שוק המוצר, גם הגדרת השוק הגיאוגרפי מבוססת על ההסתברות להעלאת מחיר לפחות באזור אחד מכלל האזורים הנכללים בשוק הגיאוגרפי ולא בכלם, וניתן להגדיר שווקים נפרדים לקבוצות לקוחות שונות כאשר מונופול היפותטי צפוי להרוויח אם יפלה ביניהן על בסיס מיקומן הגיאוגרפי.

טבעם של דברים הוא כי מאפייני הצריכה הגיאוגרפיים של מוצרים שונים נבדלים זה מזה. בעוד מרבית השירותים וחלק מהסחורות מסופקים במקום מושבו של היצרן או המשווק, חלקם מסופקים במקום מושבו של הלקוח או בנקודה גיאוגרפית מסוימת אחרת.²⁹ עבור מוצרים המסופקים בנקודה גיאוגרפית מסוימת ומוגדרת, כאשר הלקוחות אינם מוכנים (או יכולים) לנוע

²⁸ ראו ההבדלים בין האמור לעיל והחלטת הממונה בעניין מיזוג בין השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ לבין אמון - מוקד שירותי אבטחה מוקד אלחוטי בע"מ, 3001303 הגבלים עסקיים 1995 || 19.

²⁹ להמחשה, חלק ממוצרי המזון והמכולת מסופקים ללקוחות ברשתות סופרמרקט אליהם מגיעים הצרכנים, המעמידות לרשות ציבור הקונים חנויות רחבות ידיים ומגרשי חנייה ללא תשלום. לעומתם, מרבית שירותי התיקון והתחזוקה של מעליות יסופקו בנקודה גיאוגרפית בה מצויה אותה מעלית.



רשות ההגבלים העסקיים

ממנה על מנת לרכשם בנקודה גיאוגרפית אחרת בתגובה לעליית מחיר, תיטה הרשות להגדיר שוק גיאוגרפי נפרד לכל לקוח³⁰. במקרים אחרים, לקוחות יהיו נכונים לעבור מרחק מסוים על מנת לרכוש את המוצר מספק מתחרה בתגובה לעליית מחירו של המוצר באזור הנבחן. במקרים כגון אלו יוגדר השוק הגיאוגרפי כאזור שהיקף הלקוחות אשר צפוי לעבור ולרכוש את המוצר מחוץ לתחומי, קטן מספיק על מנת שהעלאת המחיר תהייה רווחית. בפרט, כאשר הלקוחות נכונים לפנות ולרכוש את המוצר בכל נקודה במדינת ישראל ולשנעו לנקודת הצריכה - השוק הגיאוגרפי יכלול את מדינת ישראל כולה³¹. כאשר הלקוחות נכונים לפנות ולרכוש את המוצר גם מחוץ לגבולות המדינה ולשנעו לנקודת הצריכה - השוק הגיאוגרפי יכלול את מדינת ישראל וגם את אותן מדינות בהן הלקוחות צפויים לרכוש את המוצר³². להבדיל, קיומו של יבוא מוצרים ממדינות שונות לא יגרום להכללת אותן מדינות בשוק הגיאוגרפי³³.

המשתנים הרלוונטיים להגדרת השוק הגיאוגרפי כוללים, בין היתר, את אלה המנויים לעיל בעניינו של שוק המוצר הרלוונטי (בשינויים המחויבים). בנוסף, עשויים להיבחן חלק מהמשתנים הבאים: (1) המידה בה ספקים שוקלים את התנהלותם העסקית תוך ציפייה שתגובת הלקוחות תושפע ממאפיינים גיאוגרפיים; (2) מגבלות על הובלת המוצר מאזורים אחרים, לרבות עלות ההובלה, אופי המוצר, מיסים והיטלים, וכן עלות וזמן הנסיעה עבור לקוחות בין אזורים; (3) חסמי מעבר מנהליים או אחרים (כגון רישיונות להובלת חומרים, תקינה, רישוי וכד') על סחורות; (4) מאפייני המסחר והתובלה בין אזורים בפועל, וביניהם: (א) הכמות הנרכשת באזור מסוים ואשר אינה מיוצרת באותו אזור והשינויים בה; (ב) הכמות המיוצרת באזור מסוים ואינה נצרכת באותו אזור והשינויים בה.

סיכומם של דברים, הגדרת השוק הרלוונטי, הן מבחינת המוצרים המתחרים בו והן מבחינת האזור הגיאוגרפי הרלוונטי עוסקים שניהם בהערכת המידה בה יהיו הלקוחות מוכנים, לנוכח

³⁰ אך למעשה וכאמור לעיל לגבי שוק המוצר, מטעמי נוחות מינהלית סביר כי במצבים אלו הרשות תאגד יחדיו מספר שווקים גיאוגרפיים לכדי שוק אחד במסגרתו ינותח המיזוג, וזאת ככל שהתנאים התחרותיים בהם יאפשרו זאת.

³¹ לאבחנה בין נכונותם של הלקוחות לרכוש מוצר מספקים מרוחקים ולשנעו לנקודת הצריכה לבין נכונותם של אותם ספקים לשנע את מוצריהם אל הלקוחות נודעת חשיבות לעניין הגדרת השוק ולמידת נתחי השוק. להמחשה, נניח כי לקוחות מוכנים לשאת בעלות נסיעה של כ-10 דק' על מנת לרכוש מוצר מסוים וקיים ספק מתחרה המרוחק מרחק נסיעה של 50 דק' מאותם לקוחות, אשר משנע את מוצריו במחירים תחרותיים אל אותם לקוחות. הגדרת השוק על פי המתודולוגיה לעיל תכלול את השטח הגיאוגרפי המצוי במרחק 10 דק' נסיעה ועבור כל הספקים המצויים באותו שטח - יחושב לרוב נתח השוק לפי סך כל מכירותיהם. עבור הספק המרוחק, יחושב נתח השוק על פי היקף מכירותיו לאותם לקוחות המצויים בשטח הגיאוגרפי הרלוונטי בלבד ולא ייוחסו לו המכירות שביצע ללקוחות מחוץ לאותו אזור כאמור. הדברים מתחדדים כאשר מדובר בשוק גיאוגרפי הכולל את ישראל כולה ופועל בו, לצד יצרנים מקומיים, גם ספק מחו"ל. אז יחושב נתח השוק של היבוא רק על פי היקף המכירות המבוצע לישראל ולא על פי כלל תפוקתו של המפעל הזר במדינת המוצר.

³² להמחשה, כאשר מדובר ביבוא עצמי של מוצרים ייחודיים או ברכישה של תוכנות ממפתחים בחו"ל אשר עלות "שינוען" ממדינה אחת לשנייה על גבי רשת האינטרנט היא אפסית. כך בהקשר זה מסחר מקוון עשוי להרחיב את גבולות השוק הרלוונטי. ראו:

OECD, *Competition Issues in Electronic Commerce*, 8 (2000) available at www.oecd.org/dataoecd/34/56/1920373.pdf.

³³ הצדקה כלכלית ליבוא מסחרי (קרי, יבוא שלא לשימוש עצמי אלא לצורך מכירת המוצר הלאה ללקוחות בישראל) תתקיים לרוב דווקא כאשר הלקוחות עצמם אינם צפויים לעבור ולרכוש את המוצרים ישירות מהיצרנים בחו"ל ולשנעם לישראל. בין בשל העובדה שהיקף הצריכה של כל לקוח הוא קטן ואינו מצדיק יבוא עצמי ובין מסיבות אחרות. השוק הגיאוגרפי, המוגדר על פי מידת נכונותם של הלקוחות לעבור לרכישת המוצר במקומות מרוחקים יותר, לא יכלול את מדינות המוצר של המוצר הרלוונטי והיבואן בהקשר זה ייחשב ככל ספק אחר של אותו מוצר בישראל (בכפוף לסייגים בסי' 3. להלן).



רשות ההגבלים העסקיים

העלאת מחיר קטנה אך משמעותית, לוותר על חלק ממאפייני המוצר אותו הם צורכים כיום (לדוג' איכות, טעם, גודל, מותג וכד') ולעבור למוצר תחליפי שמאפייניו קרובים לאלו של המוצר המקורי. לעניין זה, המיקום הגיאוגרפי בו מתבצעת הרכישה, אף הוא אחד ממאפייניו של המוצר המקורי. משך הזמן הדרוש לנסיעה והעלות הכרוכה בשינוע המוצר מנקודה גיאוגרפית מרוחקת יותר בהשוואה לנקודה המקורית, מייצגים את העלות הכרוכה בויתור על רכישת המוצר במיקום הגיאוגרפי המקורי ומעבר לרכישת מוצר זהה בשאר מאפייניו, אך המצוי מבחינת האפיון הגיאוגרפי שלו, במיקום מרוחק יותר.

3.ב. יבוא מוצרים למשק הישראלי - מאפיינים מיוחדים

המשק הישראלי הוא משק פתוח וקטן בהשוואה לעולם ובהשוואה לאיחוד האירופי ולארה"ב. לפיכך, שווקים רלוונטיים רבים עשויים לכלול מוצרים המיובאים לישראל. בנסיבות אלו מתחדדת השאלה האם המוצר המיובא אכן נכלל במסגרת השוק הרלוונטי. בחינה מסודרת של שאלה זו נעשית לאור שני רכיבים עיקריים: (1) האם המוצר המיובא מתחרה כיום במוצר המקומי; ו-2) האם המוצר המיובא עשוי, **בהסתברות גבוהה**, להמשיך ולהתחרות במוצר המקומי בתקופה שלאחר המיזוג לאורך זמן.

לעניין הרכיב הראשון, תבחן הרשות האם המוצר מיובא בפועל במחיר ובאיכות המציבים אותו כאלטרנטיבה תחרותית ממשית למוצרים מייצור מקומי. בהקשר זה תבחן הרשות בין השאר האם מחירו ללקוח של המוצר המיובא, לרבות עלויות ההובלה, המיסים וההיטלים השונים, ככל שישנם, מהווה רסן תחרותי אפקטיבי על מחירם של המוצרים מייצור מקומי. עוד תבחן הרגישות הפיזית של המוצר להובלה ומורכבות שרשרת האספקה שלו לרבות הדרך בה הוא מיובא (ים או אוויר), מידת התלות של הלקוח או המפיץ המקומי באספקה סדירה ורציפה של המוצר והיכולת והעלות לאגירת מלאים של המוצר בישראל.

לעניין הרכיב השני, הרשות תכליל במניין שיקוליה, לצד היכולת לייבא את המוצר נכון לזמן בדיקת המיזוג, גם את מידת ההסתברות שתנאי הסחר יאפשרו למוצר המיובא להמשיך ולהוות רסן תחרותי גם בעתיד הנראה לעין. במסגרת הערכה זו הרשות תיקח בחשבון את מידת הרגישות של מחיר המוצר לעלות ההובלה, את התנודתיות בעלויות ההובלה ואת התנודתיות בשערי החליפין וכן שינויים צפויים או מסתברים במשטר הרגולטורי (תקינה, מיסוי, היטלים).

ככלל, ככל שמחיר המוצר ללקוח רגיש יותר לשינויים בעלויות ההובלה, מחירו בנמל המוצא נקוב במטבע בעל תנודתיות רבה יותר, רגישותו הפיזית של המוצר להובלה גדולה יותר והתלות באספקה סדירה שלו רבה יותר (בין השאר נוכח עלות יחסית של יצירה וניהול מלאי בישראל), כך נטייתה של הרשות תהא **לא** להכליל את המוצר המיובא במסגרת השוק הרלוונטי, אף אם אותו מוצר מיובא ונמכר בישראל עובר למיזוג במחיר המשתווה למחיר בו נמכר המוצר מתוצרת מקומית.



רשות ההגבלים העסקיים

4.ב. מדידה ישירה של השפעות המיזוג

באותם מקרים בהם הפגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג ניתנת למדידה ישירה, תהליך הגדרת השוק הרלוונטי מאבד מנחיצותו כאמצעי לזיהוי ותחימת הזירה התחרותית.³⁴ במקרים אלו, תעבור הרשות ישירות לבחינת ההשפעות התחרותיות מן המיזוג.³⁵

ג. הערכה ראשונית

1.ג. זיהוי המתחרים

שחקנים מתחרים בשוק דרך תגובות היצע. ביניהן, באמצעות שינויים בכמות המוצרים שתוצע לציבור, באיכותם, במגוון שיוצע, באזורים הגיאוגרפים בהם יוצעו, במועדים בהם יוצעו ובמחירים שייגבו עבורם. ככלל, התחרות בשוק מושפעת משני סוגים של שחקנים: (1) מתחרים קיימים, אשר בעת הבחינה מייצרים או מספקים מוצרים בשוק הרלוונטי³⁶; (2) מתחרים המצויים על סיפו של השוק הרלוונטי אך טרם החלו באספקה בפועל. ככלל, תראה הרשות כמתחרה המצוי על סף השוק את מי שמסוגל ואף צפוי לספק לשוק הרלוונטי בהקדם - בדרך כלל, תוך לא יותר משנה אחת - מבלי שאספקה כאמור תהיה כרוכה בהוצאות שקועות משמעותיות בעת הכניסה לשוק או ביציאה ממנו.³⁷

³⁴ לדוגמה: (1) בהתבסס על עדויות ישירות לכך שכוח השוק של החברה הוביל לעליית מחירים או להקטנת ההיצע; או (2) באמצעות שיטות של סימולציית מיזוגים הנסמכות על מידע מקיף בדבר מבנה ההיצע והביקוש עבור מגוון רב של מוצרים.

³⁵ עניין יהודה פלדות, לעיל ה"ש 1, ¶ 42 ("מטרת הגדרת השוק היא לאתר כוח שוק. הגדרת השוק הרלוונטי אינה מטרה כשלעצמה, אלא היא משמשת כלי עזר לאיתור כוח שוק, מקום שלא ניתן לאתרו בראיות ישירות"); ע"פ 5672/07 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים עליון 85, 492, 5000703 הגבלים עסקיים 2005, ¶ 55. השוו:

FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447, 460-61 (1986); *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 206 (2d Cir. 2000).

גם שימוש בטכניקות לסימולציית מיזוגים עשוי ליתר את הגדרת השוק הרלוונטי. ראו למשל:

Nevo, Aviv, 2001. "Measuring Market Power in the Ready-to-Eat Cereal Industry," *Econometrica*, vol. 69(2), pp. 307-42.

וכן:

Ivaldi, Marc & Verboven, Frank, 2005. "Quantifying the effects from horizontal mergers in European competition policy," *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23(9-10), pp. 669-691.

³⁶ כאמור לעיל, ספק אשר מקום מושבו מצוי מחוץ לשוק הגיאוגרפי הרלוונטי אך הוא משנע את מוצריו אל הלקוחות המצויים בתוך השוק ובמחירים תחרותיים, נכלל גם הוא במניין המתחרים הקיימים. בפרט, יצרן מחו"ל או ספק של מוצר מיובא עשוי, בכפוף לאמור בס' 3.ב לעיל, להימנות על המתחרים הקיימים בשוק הישראלי.

³⁷ לגבי יבוא, תבחן הרשות האם ניתן לייבא את המוצר תוך פרק זמן קצר של עד כשנה, כך שיהווה אלטרנטיבה תחרותית כאמור בס' 3.ב לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

2.ג. ייחוס נתחי שוק למתחרים

לאחר שזוהו המתחרים הקיימים, נקבע נתח השוק היחסי של כל אחד מהם. נתחי השוק של המתחרים משמשים אמת מידה תחילית לבחינת אפשרות קיומו של כוח שוק. לכן, מדידת נתח השוק תעשה על פני תקופת הזמן ועל פי המשתנה אשר יחדיו יהוו אינדיקציה מיטבית, בנסיבות השוק הרלוונטי, לכושר התחרות העתידי של השחקנים בשוק. לרוב, מדידת נתח השוק תעשה במונחי יחידות או במונחים כספיים, באופן המאפשר להביא לידי ביטוי הבדלים, ככל שקיימים במאפייני המוצרים השונים³⁸. בהקשר זה הרשות תבחן האם, לדוגמה, נתוני היקף המכירות, היקף הייצור, היקף האספקה בפועל, גדלו של בסיס הלקוחות או כושר הייצור הם המשתנים המתאימים לחישוב נתחי השוק.³⁹ נתח השוק של מתחרים הנמצאים על סיפו של השוק יהא אפס, שכן כעניין שבהגדרה הם אינם מספקים מוצרים לשוק הרלוונטי. יחד עם זאת, כושרם התחרותי העתידי עשוי להיות ממשי וקיומם עשוי להוות מגבלה ליכולת החברה המתמזגת להפעיל כוח שוק. ליכולת זו יינתן משקל בהמשך הניתוח.

3.ג. מדידת רמת הריכוזיות

מדידת רמת הריכוזיות בשוק הרלוונטי והשינוי בה נעשית לפי נתחי השוק שיחזיקו המתחרים אלמלא המיזוג, ואלו שהם צפויים להחזיק מיד לאחריו. מדידה זו מבוססת על מדדי ריכוזיות מקובלים, ומהווה אינדיקציה ראשונית להשפעת המיזוג על התחרות. בהעדר ראיות אחרות, נתח השוק שצפויה החברה הממוזגת להחזיק לאחר המיזוג יחושב כסך נתחי השוק של כל החברות שהן צד למיזוג.

מדידת הריכוזיות בשוק נעשית באמצעות מדד הרפינדאהל-הירשמן (Herfindahl-Hirschman Index (HHI) או מדד יחס הריכוזיות (Concentration Ratio (CR)). ערך ה-HHI הוא סכום ריבועי נתחי השוק של כל ספק בשוק הרלוונטי. כפועל יוצא, המדד נותן משקל רב יותר לספקים גדולים ומדגיש את נתח השוק שבידיהם.⁴⁰ מדד יחס הריכוזיות מודד את נתח השוק המצרפי של

³⁸ בשווקים הפועלים בעיקר על ידי מכרזים, גם מספר המכרזים בהם השתתף כל ספק עשוי לשמש למדידת נתח השוק שלו.

³⁹ עניין עמינח, לעיל הי"ש 7, ¶ 26. לניתוח נוסף ראו

H. HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, 122-24 (3d ed. 2005).

⁴⁰ ערכי ה-HHI של שוק מסוים ממוקמים על הטווח שבין 10,000 (עבור מונופול מושלם) או 0 (במקרה הקיצון של תחרות משוכללת). עבור שוק המורכב, למשל, מחמש חברות בעלות נתחי שוק של 40%, 30%, 10%, 10% ו-10% בהתאמה, רמת ה-HHI תעמוד על 2,700 (התוצאה המתקבלת מסכימת ריבועי נתחי השוק: $100+100+900+1600$).



רשות ההגבלים העסקיים

המתחרים המובילים בשוק.⁴¹ כך, למשל, ערכו של CR4 הוא סכום נתחי השוק של ארבעת הספקים הגדולים ביותר בשוק הרלוונטי.

לעתים קרובות רמת ריכוזיות גבוהה של השוק כתוצאה מהמיזוג צפויה ליצור השפעות אנטי-תחרותיות בשוק הרלוונטי.⁴² הן התיאוריה הכלכלית והן ניסיון החיים מלמדים כי במקרים רבים קיים מתאם בין רמת הריכוזיות לבין היכולת להפעיל כוח שוק. בכל האמור לשדה המיזוגים, הרי שמיזוג בין חברות בעלות נתחי שוק שאינם זניחים הפועלות בשווקים ריכוזיים, וכן מיזוג שתוצאתו הגדלה משמעותית של רמת הריכוזיות בשוק, מעוררים חששות תחרותיים. להמחשה, מיזוג אשר צפוי להעלות באופן ניכר את רמת הריכוזיות בשוק הרלוונטי עשוי לעורר חששות תחרותיים גם אם רמת הריכוזיות בשוק עובר למיזוג הייתה נמוכה יחסית. מצד שני, כאשר השוק הרלוונטי הינו ריכוזי, אף שינוי קטן ברמת הריכוזיות יבחן מקרוב. עם זאת, גידול בריכוזיות, כאשר הוא עומד בפני עצמו, אינו מהווה מדד מדויק מספיק כדי להעריך את עוצמת החשש התחרותי שמקים מיזוג ספציפי.⁴³

עמדת הרשות היא כי אין סף ריכוזיות מסוים שמתחתיו לעולם יקבע כי המיזוג המוצע אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, וגם אין סף אחר שמעליו לעולם ראוי להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים. בנוסף, אין סף כאמור עבור הגידול בריכוזיות כתוצאה מהמיזוג. יחד עם זאת, הניסיון שנצבר בשנים האחרונות מאפשר לזהות מרחב בו על-פי רוב לא נמצאו מיזוגים אופקיים אשר הקימו חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. מרחב זה מתקיים במיזוגים אשר עונים על שני התנאים הבאים גם יחד: (1) המיזוג הוסיף לערך ה-HHI בשוק הרלוונטי לא יותר מ-150 נקודות; וכן (2) ערך ה-HHI לאחר המיזוג לא עלה על 2,000.

עם זאת, ניתוח מלא של החששות התחרותיים ממיזוגים אופקיים אינו מתמצה באמידת הריכוזיות הצפויה אלמלא המיזוג או זו הצפויה מייד לאחר המיזוג, שכן לעיתים נתח השוק שמחזיקה החברה הממוזגת לא יעיד על יכולתה להפעיל כוח שוק, לבדה או בשיתוף עם אחרים.

ד. חששות תחרותיים כתוצאה ממיזוגים אופקיים

כאשר בחינה ראשונית של זהות המתחרים, נתחי השוק שהם צפויים להחזיק לאחר המיזוג ורמת הריכוזיות בשוק אלמלא ולאחר המיזוג, מעידים כי המיזוג המוצע לא מעלה חשש סביר

⁴¹ מקובל לחשוב ש-HHI הינו מדד המתאים יותר להערכת החשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי בעוד שמדד ה-CR הינו שימושי יותר להערכת חשש לתיאום. ראו תיאור החששות השונים להלן. עם זאת, לכל אחד מהמדדים יתרונות וחסרונות מעצם מטרותם – לסכם מידע לגבי התפלגות נתחי השוק לכדי מספר מייצג אחד.

⁴² עניין עמינח, לעיל ה"ש 7, ¶ 12; עניין פוד קלאב, לעיל ה"ש 7, ¶ 37-39; בראון - פישמן תקשורת בע"מ – ידיעות אחרונות בע"מ (התנגדות למיזוג), 3015790 הגבלים עסקיים 2002, ¶ 3.1; ישראל איצקוביץ י.א. (1989) בע"מ – אמבר מכון לתערוכות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ (התנגדות למיזוג), 3014929 הגבלים עסקיים 2002, ¶ 5.1 (להלן: עניין איצקוביץ).

⁴³ ראו עניין עמינח, לעיל ה"ש 7, ¶ 12; עניין פוד קלאב, לעיל ה"ש 7, ¶ 37-39; בראון - פישמן תקשורת בע"מ – ידיעות אחרונות בע"מ (התנגדות למיזוג), 3015790 הגבלים עסקיים 2002, ¶ 3.1; עניין איצקוביץ, לעיל ה"ש 42, ¶ 5.1.



רשות הגבלים העסקיים

לפגיעה משמעותית בתחרות, הרי שבהעדר נסיבות ייחודיות, תאושר עיסקת המיזוג. ביתרת המקרים, הניתוח התחרותי יימשך, ותבחן ההשפעה המסתברת של המיזוג על התחרות ועל הציבור, הן בטווח הזמן הקצר והן בטווח הארוך.

בשלב הערכת ההשפעה התחרותית, תבחן ההסתברות לפגיעה בתחרות, ועוצמת הפגיעה, תוך מתן משקל, בין השאר, לגורמים הבאים: (1) אופי התחרות בשוק בעבר והדינאמיקה התחרותית בו; (2) קשרים הדדיים בין השחקנים בשוק (לרבות החזקות בין ובקרב המתחרים); וכן (3) בדיקה האם המיזוג צפוי לגרום להעלמותה של חברה מחוללת תחרות, או של חברה המטילה רסן תחרותי מהותי, ישיר או עקיף, על הפעילות בשוק.⁴⁴

בתנאים מסוימים, הרשות עשויה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים כאשר מתחרה קיים בעל נתח שוק מהותי מתמזג עם מתחרה המצוי על סיפו של השוק או עם מתחרה אשר יכול היה להיכנס לשוק לו הופעל בו כוח שוק. כך, מיזוג בין חברה הפועלת בשוק לבין חברה שאינה פועלת בו, נוכח כניסתה הצפויה של האחרונה אל השוק באופן עצמאי, עשוי לעורר חשש תחרותי שכן הוא מונע את התחרות שהייתה מתפתחת בשוק, אלמלא יצא המיזוג אל הפועל.⁴⁵ בדומה, מיזוג שנערך נוכח העובדה שאיום כניסתה העצמאית של החברה שאינה מצויה בשוק הוא המרסן את כוח השוק של החברות הפועלות בו, עלול אף הוא לעורר חשש נוכח הפחתת הלחץ התחרותי הקיים בשוק.⁴⁶

בהקשר של מיזוג אופקי, כזה המערב לפחות שתי חברות המתחרות זו בזו בפועל או בכוח, הניתוח מתקדם בשני מסלולים נפרדים במטרה לאמוד את סבירות החשש לפגיעה בתחרות ואת עוצמתה של הפגיעה כאמור: (1) חשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי, ו-(2) חשש מתיאום ישיר, עקיף או משתמע,⁴⁷ כפי שאלו מוסברים להלן. מסלולים אלה דרים במקביל, ובנסיבותיו של מיזוג מסוים עשויים שניהם גם יחד להצביע על קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור.

1.ד. חשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי

עסקת מיזוג עשויה לפגוע פגיעה של ממש בתחרות אם היא מסירה חלק משמעותי דיו מהרסנים התחרותיים שיכתיבו את התנהלות החברות המתמזגות בזירת התחרות, אלמלא תתבצע העסקה כאמור.

⁴⁴ ראו למשל, עניין אורלייט, לעיל ה"ש 5, § 1.ד; עניין עמינח, לעיל ה"ש 7, § 46; עניין עץ לבוד, לעיל ה"ש 7, § 3.2 וכן כרמל מערכות מיכלים בע"מ – בסט קרטון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3018317 הגבלים עסקיים 2003, § 1.ד.

⁴⁵ לתנאים המפורטים להחלת דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 2414/09 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בוק, תק-על-2009(3) 2566, (2009) (להלן: "פסק דין בוק-יס"). כמו כן, ראו גם עניין יהודה פלדות, לעיל ה"ש 1, § 60 (בהקשר של מיזוג אנכי); עניין פוד קלאב, לעיל ה"ש 7, § 47 (בהקשר של מיזוג אנכי; מפסק הדין נלמד כי גם מיזוג עם חברה ללא נתח שוק שעדיין נדרשת להוציא הוצאות שקועות עשוי להצדיק התערבות, אך הדבר עשוי להתרחש רק במקרים נדירים).

⁴⁶ לדיון בדוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בכוח ראו פסק דין בוק-יס, § 23.

⁴⁷ שותפות פוליביד שותפות מוגבלת, קלקר עין כרמל שותפות מוגבלת, פוליביד – קלקר אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (ביסוד) (התנגדות למיזוג) 3014931 הגבלים עסקיים 2002, § 1.ו. 3.



רשות ההגבלים העסקיים

התוצר הישיר והמייד של מיזוג אופקי הוא גריעה מהיריבות התחרותית בין הצדדים למיזוג. מגוון המצבים והחלופות האפשריים למיזוגים אופקיים הוא רב, והוא נגזר מקשת העסקאות העולות כדי מיזוג חברות כהגדרתו בחוק.⁴⁸ במיזוג מלא, במסגרתו הופכים הצדדים למיזוג לישות מהותית אחת, תאווין התחרות בין הצדדים לחלוטין. במיזוג בו נרכשות זכויות חלקיות בלבד, קמה היכולת לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטות של חברה מתחרה או קס אינטרס כלכלי מהותי בביצועיה העסקיים, אשר גורע מהתמריץ להתחרות בה.

בהינתן ההשפעה האינהרנטית שיש למיזוג על התחרות בין הצדדים לו, עשויה להתחזק האפשרות שעקב המיזוג תמצא החברה הממוזגת כי החלטה חד-צדדית שלה שתוצאתה, לדוגמה, העלאת מחיר, צמצום הכמות או המגוון, פגיעה באיכות המוצרים או הפחתת רמת החדשנות הקשורה עם ייצורם ופיתוחם – תניב לה רווח. כאשר הפחתת התחרות בין הצדדים למיזוג צפויה להשפיע לרעה על התחרות בשוק הרלוונטי בהשוואה לזו שהייתה שוררת אלמלא המיזוג - יאמר כי עסקת המיזוג יוצרת, משמרת, מחזקת או מקלה על הפעלתו של כוח שוק בידי החברה הממוזגת, וזאת ככל שתנאי השוק מאפשרים הפעלת כוח שוק כאמור.

מיזוג מוצע עשוי להקים חשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי כאשר לאחר המיזוג, מתחריה של החברה הממוזגת לא יוכלו או לא יחפצו, משיקולי רווחיות קצרת טווח ובהעדר תיאום, לפעול על מנת להחליף את התחרות שאבדה כתוצאה מהמיזוג, או למנוע מהחברה הממוזגת הפעלת כוח שוק. חשש מהפעלת כוח שוק חד-צדדי, יעלה גם במקרים בהם המיזוג יוצר חברה בעלת נתח שוק גבוה⁴⁹, או כאשר המוצרים הרלוונטיים הינם מבודלים על בסיס מאפייניהם או יתרונותיהם היחסיים לקבוצות קונים שונות, ומוצרי החברות המתמזגות הם מתחרים קרובים אלו לאלו. להמחשת האמור, במצב בו אחת המתמזגות מחזיקה במוצר א' ורעותה במוצרים ב' ו-ג', וכן חלק מהלקוחות סבורים שלאור מאפייני המוצרים ושימושיהם - מוצרים ב' ו-ג' הם התחליפים הטובים ביותר למוצר א' בתוך השוק הרלוונטי. לאחר המיזוג עלולה החברה הממוזגת למצוא שהעלאת מחירו של מוצר א' בלבד היא רווחית למרות ששיעור ניכר מצרכניו יפסיק לצרוך אותו בתגובה לכך. זאת, כיוון שהם יעברו לצרוך את התחליפים הקרובים אליו ביותר (הם מוצרים ב' ו-ג') - שגם בהם היא מחזיקה לאחר המיזוג.⁵⁰

⁴⁸ ראו הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי דיווח ובדיקה של מיזוגי חברות עפ"י חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, 5000763 הגבלים עסקיים 2008.

⁴⁹ נתח שוק גבוה עשוי כשלעצמו להוות אינדיקציה ממשית לקיומו של כוח שוק. עם זאת, אין בו בלבד וכשלעצמו לבסס באופן מלא קיומו של כוח שוק כאמור. ראו הדיון בהקשר זה בה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 תמונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, עמ' 22-23, 3008136 הגבלים עסקיים 2000.

⁵⁰ ככלל ניתן לומר שמידת התחלופה בין מוצרים שונים המצויים באותו שוק אינה בהכרח זהה עבור כל זוג מוצרים. הדברים נכונים בייחוד בשוק של מוצרים מבודלים. הבידול בין המוצרים יוצר רמות שונות של תחלופה בין מוצרים שונים בהתאם למאפייניהם ולהעדפות הצרכנים המשתמשים בהם. ענף הרכב הוא דוגמא מפורסמת לכך, ראו:

Berry, Steven & Levinsohn, James & Pakes, Ariel, 1995. "Automobile Prices in Market Equilibrium," *Econometrica*, vol. 63(4), pp. 841-90.

לעיתים, נתח השוק לבדו לא יבטא כהלכה את מידת הדמיון או השוני בין המוצרים. לפיכך, בהקשרים כגון אלו נודעת חשיבות לסוגי המוצרים המוצעים על ידי הפירמות המתמזגות ולא רק לנתח השוק המצרפי בו הן אוחות.



רשות ההגבלים העסקיים

בהקשר זה, קיומן של מגבלות על כושר הייצור או ההתרחבות של חברות מתחרות יפחיתו את ההסתברות שמתחריה של החברה הממוזגת יוכלו להפיג את החשש מהפעלת כוח שוק כתוצאה מהתחרות שאבדה כאמור. בין אלו ניתן למנות חסמי מעבר של לקוחות (לרבות איסוף מידע), עלויות ייצור ומיתוג של מוצרים דומים למוצרי החברות המתמזגות, או עלויות רכישת ידע ומיומנויות הקשורים עם מתן שירותים לקבוצות שונות של לקוחות,

עודף כושר ייצור ניכר בידי מי שאינו צד למיזוג, והוא מתחרה קיים או כזה המצוי על סיפו של השוק, עשוי להפיג את החששות האמורים, ככל שהוא צפוי להיות מופנה לייצור המוצרים הרלוונטיים תוך פרק זמן קצר מספיק ובהיקף שיש בו לסכל ניסיון מצד החברה הממוזגת להפעיל כוח שוק. בהקשר זה תבחן הרשות עובדות התומכות בכך שאותו עודף כושר ייצור אכן צפוי להיות מופנה לתגובה תחרותית כאמור, וזאת בתוך פרק זמן קצר דיו⁵¹ ובהיקף מספק. בין היתר, עובדות המעידות על כך הן: העדר הוצאות שקועות הנדרשות לצורך הפעלת עודף כושר הייצור, הרווחיות הצפויה מן המהלך בהשוואה לשימושים אחרים או העדר אלטרנטיבה רווחית יותר להפעלתו, ולבסוף, שמהירות הסבתו של כושר הייצור אל השוק, בהיקף משמעותי, אכן מפגיגה את החשש מהפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת.

2.ד. חשש מהפעלת כוח שוק מתואם

חשש מהפעלת כוח שוק עשוי להתגבש גם בנסיבות בהן אין לחברה הממוזגת יכולת להפעיל כוח שוק באופן חד-צדדי, אך יכולת זו עומדת לה בשיתוף עם מתחרים אחרים, וזאת בין כתוצאה של תיאום מפורש ובין כתוצאה של שיווי המשקל בין השחקנים בשוק.

כאשר חברות בשוק נמצאות באינטראקציה חוזרת וארוכת טווח, הן נעשות מודעות להשפעה שיש לפעולותיהן על ההתנהלות המסחרית של חברות אחרות בשוק וקיימות נסיבות בהן ביכולתן לקיים שווי משקל על-תחרותי באותו שוק. שווי משקל על-תחרותי זה מאפשר לחברות להימנע מהפחתת מחירים, מהגדלת היצע, מהגדלת מגוון או מצעדים תחרותיים אחרים, אשר היו מתבקשים ואף בלתי נמנעים מצידן אלמלא הכרתן בתלות ההדדית ביניהן.

מנקודת מבטה של החברה הבודדת ובהעדר כוח שוק חד-צדדי, ריסון עצמי של מאמצי התחרות הוא רווחי רק אם יתרת השחקנים המרכזיים בשוק פועלים באופן דומה. סטייה מהמחיר או מתנאי האספקה שהם תוצר שווי המשקל העל-תחרותי, תהא רווחית עבור כל אחד מהשחקנים בנפרד, כל עוד אין בכך לעורר תגובות "ענישה" מצד השחקנים האחרים בשוק. לכן, ככלל, שימור שווי המשקל העל-תחרותי מצריך יכולת לזהות את התרחשותן של סטיות בפרק זמן סביר, וכן את האפשרות לנקוט צעדי תגובה "עונשיים" אשר יש בהם להפחית את התמריצים לסטייה משיווי המשקל העל-תחרותי⁵². יוער כי גם קיומה של יכולת חלקית לזיהוי הסטיות

⁵¹ ראו § ו' להלן בהקשר לפרק הזמן שיחשב "קצר דיו" זה.

⁵² להמחשה, אם זוהתה סטייה כאמור יכולות החברות בשוק לפתוח בתגובה במלחמת מחירים לתקופה מסוימת, אשר יהא בה כדי לשחוק כל רווחיות עודפת שהושגה על ידי החברה שסטתה. תגובתן התחרותית של החברות



רשות ההגבלים העסקיים

יכולה להספיק על מנת לשמר שווי משקל על-תחרותי. יתרה מזו, קיימים מקרים בהם שימור שווי המשקל העל-תחרותי אינו מצריך יכולת לזהות סטייה מתמשכת מתנאי התיאום, ומקרים אחרים בהם לא נדרשת יכולת להגיב לכך דווקא במסגרת השוק הנדון. במקרים אלו יתקיימו תנאים בשוק הרלוונטי, או בשווקים אחרים בהם פועלות החברות, אשר יקחו את התמריץ של כל חברה לסטות מתנאי התיאום או ההבנה המשתמעת או כאלו המאפשרים תגובה לסטייה שלא במסגרת אותו שוק. להמחשה, מצב בו עיקר העסקאות כוללות תניות "לקוח מועדף" עשוי לפעול להקהיית התמריץ לסטייה מתיאום וממילא לא תידרש בהקשר זה יכולת זיהוי⁵³. כמו כן, אחזקה משותפת של מספר מתחרים בנכס רווחי במיוחד או קיומן של נקודות מגע רבות בשווקים שונים מאפשרים לשחקנים מגוון אפשרויות לתגובה "עונשית" בגין סטייה משווי המשקל העל-תחרותי בשוק מסוים, גם לא במסגרתו של אותו השוק.

ד.2.א. ניתוח נטיית השוק לתיאום

כדי לקבוע האם כתוצאה ממיזוג צפוי השוק הרלוונטי לאפשר הפעלת כוח שוק מתואם, תבחן הרשות מאפיינים שונים אשר יש בהם ללמד על העלאת ההסתברות לתיאום, הקלתו, שימורו או אפשרות הצלחתו⁵⁴: (1) חסמי כניסה גבוהים במידה השוללת את האפשרות של חברות מחוץ לשוק להפר את שווי המשקל המתואם תוך פרק זמן קצר דיו⁵⁵; (2) מיעוט מתחרים; (3) קיומה של סימטריה בין המתחרים בנתחי השוק, במבנה העלויות או במידת האינטגרציה האנכית; (4) קיומם של שווקים נוספים בהם שחקנים בשוק הנבחן מתחרים זה בזה; (5) קיומו של עודף כושר ייצור ניכר בקרב שחקנים בשוק; (6) ראיות לתיאום בפועל בעבר בשוק הרלוונטי, או בין המתחרים השחקנים בשוק הרלוונטי בפעילותם בשווקים אחרים; (7) יציבות במאפייני השוק, בכללם הביקוש, עלויות וטכנולוגיות ייצור, או שיעור נמוך של שינויים בלתי צפויים או בלתי נצפים במאפיינים האמורים; (8) קיומם של חסמי מעבר ללקוחות, ושיעור נמוך של מעבר לקוחות בין מתחרים; (9) מידת ההומוגניות של המוצרים הרלוונטיים; (10) היקף העסקאות בשוק שהן קטנות בהיקפן ביחס לשוק כולו ואשר מתרחשות בתדירות גבוהה; (11) מידת זמינותו של מידע אודות התנאים המסחריים של העסקאות בשוק; (12) קיומה של נקודת ייחוס לתמחור

לאותה סטייה עשויה להתרחש בשוק לגביו עולה חשש לתיאום או בשווקים אחרים בהן פעילות כל או חלק מהחברות.

⁵³ ככלל, תניות לקוח מועדף גורמות להפחתת מחירים ללקוח אחד, לחלחל במהירות רבה יותר ללקוחות אחרים ועלויות כתוצאה מכך ליצור תמריץ שלילי להפחתת מחירים. כאשר תניות אלו רווחות בשוק, העלות הקשורה עם הפחתות מחירים במטרה לרכוש נתח שוק ממתחרים תוך הפרת התיאום, תהא גבוהה יותר והסטייה מתיאום תהא רווחית פחות או אף הפסדית.

⁵⁴ רשימת המאפיינים שיש לבחון בפועל נקבעת על ידי הרשות בכל מקרה לגופו לאור הנסיבות השוררות בשוק הנבחן.

⁵⁵ לדיון בהגדרת המונח "חסמי כניסה" ראו § 1 להלן.

⁵⁶ ראו דיון בנושא עודף כושר ייצור, § 1.ד לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

או להתנהגות אחרת (Focal point).⁵⁷ בנוסף, ייבחן האם המיזוג צפוי להעלים חברה מחוללת תחרות.⁵⁸

יודגש כי אין הכרח שכל אחד מהמאפיינים לעיל, או אף מרביתם, יתקיימו על מנת שיתגבש חשש של משש מהפעלת כוח שוק באופן מתואם. כמו כן, אין להצביע על מאפיין כלשהו, למעט חסמי הכניסה, שהוא תנאי בל יעבור לקיומו של חשש משיווי משקל על-תחרותי מתואם. בפרט, בהקשרים רבים חשיבות קיומם של מאפיינים מסוימים תלויה במידת קיומם של אחרים. להמחשה, בשוק בו קיימים מעט מתחרים הפועלים זה לצד זה שנים רבות, כך חשיבות זמינותו של מידע שוטף על העסקאות פוחתת, שכן ניסיונם של המתחרים יחד עם מספרם המועט עשוי לפצות על אותו מחסור במידע. בהקשר זה גם החשיבות של מידת ההומוגניות של המוצרים תפחת, בהיותה גורם מסייע או מקל לביסוסם של הצעדים התחרותיים נשוא התאום, אשר ניסיון בשוק יכול להחליפה.⁵⁹ בדומה, קיומו של מנגנון שיתוף והפצת מידע יעיל עשוי לאפשר תיאום בין מספר רב יחסית של מתחרים בשוק. יוער, כי הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר על חשש מתיאום מפורש ולא מתיאום משתמע.

ה. כניסה לשוק הרלוונטי והתרחבות על ידי מתחרים

ניתוח הסתברות הכניסה לשוק או הרחבת ההיצע מצד מתחרים קיימים בתגובה להפעלתו של כוח שוק, מהווה חלק מרכזי בהערכה הכוללת של השפעתו של מיזוג מוצע על התחרות.⁶⁰ בהקשר זה, עיקר הדגש יושם על הערכת הסתברותה, היקפה ומהירותה של כניסת שחקנים חדשים לשוק או של התרחבותם של מתחרים קיימים (לרבות אלו המצויים על סיפו של השוק), אשר תוכל לסכל את האפשרות להפעלתו של כוח שוק כתוצאה מהמיזוג.⁶¹

כניסה והתרחבות כרוכות בהוצאה של עלויות לצורך התחלת האספקה לשוק או הגדלת הכמות המסופקת, בהתאמה. ההסתברות לכניסה או התרחבות אשר תסכל הפעלת כוח שוק תלויה, מטבע הדברים, ברווחיות הצפויה להתקבל ממהלך זה ברמות המחירים הצפויות לשרור בשוק לאחר הכניסה או ההתרחבות. רווחיות, אשר תלויה בתורה בעלויות הקשורות עם הכניסה או

⁵⁷ במקרים הבאים זיהתה הרשות וניתחה חששות לתיאום: S.C. ACKERSTIEN RO S.R.L., אקרשטיין תעשיות בע"מ - נתיבי נוי בע"מ (התנגדות למיזוג), 5001526 הגבלים עסקיים 2009, § 3.ה; דור אלון בע"מ - סונול בע"מ (התנגדות למיזוג), 5000139 הגבלים עסקיים 2004, § 1.ג; כרמל מערכות מיכלים בע"מ - בסט קרטון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3018317 הגבלים עסקיים 2003, § 2.ד; הרבוע הכחול ישראל בע"מ - ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3012217 הגבלים עסקיים 2001, § 7; עניין די.בי.אס, לעיל ה"ש 6, § 4.ג; אי.אי.אל תעשיות פלסטיק בע"מ - וולפמן פלסט בע"מ (התנגדות למיזוג), 3008761 הגבלים עסקיים, 1999, § 3.1.

⁵⁸ ראו הערת שוליים 44 וכן עניין דור אלון, לעיל ה"ש 4, § 32 (מיזוג בשוק נתון עשוי להגדיל את התיאום בו אם הוא מערב את סילוקה של חברה מחוללת תחרות מהשוק).

⁵⁹ מקובל לחשוב שככל שהמוצרים נבדלים זה מזה, כך המחיר, הכמות או האיכות שתעדיף כל חברה להציע בשוק יהיה שונה מאלו שתעדיף רעותה - עובדה שתקשה על הגעה להסכמה באשר להתנהלות המתואמת בשוק.

⁶⁰ ראו שותפות פוליביד שותפות מוגבלת, קלקר עין כרמל שותפות מוגבלת, פוליביד - קלקר אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (ביסוד) (התנגדות למיזוג) 3014931 הגבלים עסקיים 2002, § 2.1 (התנגדות למיזוג בשל חסמי כניסה גבוהים); פו גרס מוצרי בשר אקספורט בע"מ - תעשיות אווז הכסף (1990) בע"מ, § 5.2 (כנ"ל).

⁶¹ עניין אורלייט, לעיל ה"ש 5, § 3.ד.



רשות ההגבלים העסקיים

ההתרחבות כאמור, בהיקף המכירות שצפוי להתקבל לאחר הכניסה, בתואי התפתחותם של אלו על פני זמן ובמידת הוודאות הקשורה עם התממשותם.

ככלל, קיומם של חסמי כניסה לשוק מפחית את הרווחיות מכניסה ומאריך את משך הזמן הנדרש לה⁶². ניתן לסווג את חסמי הכניסה לשלוש קבוצות-אב: (1) עלויות הדרושות לקיומו של ייצור בכל רמה, או ברמה מסוימת של תפוקה, שעל הנכנסים לשוק מוטל לשאת בה אך לא על מתחרים בפועל; (2) קיומו של גודל מינימלי רווחי שאינו זניח, בייחוד בשווקים המתאפיינים ביתרונות משמעותיים לגודל, למגוון לרשת או בשווקים דו-צדדיים⁶³; או (3) מאפייני שוק אחרים, לרבות אסטרטגיות של מתחרים קיימים, שיש בהם כדי להאריך את משך הזמן או להגדיל את ההוצאות הנדרשות עד שנכנסים חדשים יוכלו לבסס שיווי משקל תחרותי בשוק.⁶⁴ קיומם של חסמי כניסה או ההתרחבות מפחית את ההסתברות לכניסה לשוק או להתרחבות של מתחרים קיימים או מאריך את הזמן הנדרש לכניסה (שגם בו יש כדי להפחית את ההסתברות להתרחשותה). בכך, חסמי הכניסה פועלים להפחתת האפקטיביות בה כניסה או התרחבות יוכלו לסכל במהרה הפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת, בין באופן חד-צדדי או בתאום עם אחרים⁶⁵.

במסגרת ניתוח חסמי הכניסה, הרשות תבחן את הגורמים הבאים:⁶⁶ (1) גובה ההוצאות (לרבות הוצאות שקועות) שכרוכות בכניסה אל השוק הרלוונטי וזאת בשים לב לרווח הצפוי; (2) המשטר הרגולטורי השורר בשוק (למשל, תקנים, תקנות וצורך ברישיונות); (3) קיומם וחשיבותם של יתרונות לגודל ויתרונות למגוון (Economies of Scale/Scope); (4) מידת קלות הגישה לתשומות חיוניות, לרבות מתקני הפצה, טכנולוגיה וידע; (5) התפתחות היקף הביקושים למוצר הרלוונטי על פני זמן ודפוסי ביקוש שקיימים בשוק, כגון מעבר לקוחות; (6) גודל השוק; (7) מידת החשיבות של מוניטין מבוסס בשוק ושל היכרות מוקדמת של הלקוחות עם מותגי המתחרים הקיימים; (8)

⁶² הדברים נכונים, בשינויים המחויבים, גם לגבי התרחבותם של מתחרים קיימים או כאלו הנמצאים על סיפו של השוק.

⁶³ Minimum Viable Scale הוא היקף התפוקה המינימלי עבורו העלות הממוצעת משתווה למחיר הצפוי לשרור בשוק לאחר הכניסה.

⁶⁴ ראו:

J. Bain, BARRIERS TO NEW COMPETITION (1956); see also G. J. Stigler, THE ORGANIZATION OF INDUSTRY, (1968, reprinted 1983), p. 67; R. A. Posner, ANTITRUST LAW, 74 (2d. ed. 2001); D. W. Carlton & J. M. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, 76 (4th ed. 2005).

השוו: תעל, תעשיות עץ לבדוד קבוצת משמרות בע"מ – לבידי אשקלון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3007919 הגבלים עסקיים 2000, ¶ 2.2.4 (הבחנה בין חסמי כניסה רגולטורים ו"טבעיים").

⁶⁵ ראו למשל:

H. Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, 39-42 (3d ed., 2005); G. Church and R. Ware, INDUSTRIAL ORGANIZATION: A STRATEGIC APPROACH, 113-124 (2000).

⁶⁶ שם, ¶ 1.ד; עניין דור אלון, לעיל ה"ש 4, ¶ 55-54 (רק שינויים הניתנים לכימות ושהשפעתם על התחרות צפויה בדרגה גבוהה של ההסתברות עשויים להיכלל בנייתוח התחרות).



רשות ההגבלים העסקיים

היקף עודף כושר ייצור בשוק;⁶⁷ (9) מידת האפקטיביות של דרכים להרתעת כניסה הנקטות על ידי המתחרים (כגון אך לא רק, הרחבת היצע ניכרת בתגובה לכניסה (או הודעה על הרחבה כאמור), חתימת חוזים ארוכי טווח, שינויים בסטנדרטיזציה של מוצרים).⁶⁸ וכן (10) הסיכון הכולל הקשור עם רווחיותה של כניסה מושכלת לשוק. חלק מהחסמים המפורטים לעיל יכולים להיווצר כתוצאה ישירה של המיזוג עצמו. מטבע הדברים, הפירוט לעיל מתייחס הן לייצור והן ליבוא של המוצר הרלוונטי. קריטריונים דומים חלים על בחינת ההסתברות להתרחבות על ידי מתחרים קיימים.

בעוד שלעתים קרובות התרחבותם של מתחרים קיימים היא סבירה וקרובה יותר מכניסה של מתחרים חדשים, עצם היתכנותה של התרחבות אינה מפיגה חששות תחרותיים הנובעים מתיאום, כאשר למתחרים תמריצים מועטים להתרחב. בהקשר זה משקלה של יכולת התרחבותם של מתחרים קיימים רב יותר לצורך הפגת חששות מהפעלת כוח שוק חד-צדדי.

עמדת הרשות היא כי על מנת שיהיה בכוחה להפיג חשש תחרותי, על כניסתם של מתחרים חדשים לשוק או התרחבותם של מתחרים קיימים להתבצע בפרק זמן של 12-18 חודשים לאחר המיזוג. עם זאת, סביר כי התרחבותם של מתחרים קיימים תתרחש לרוב בפרק זמן קצר יותר. עם זאת, במקרים שונים עשויה הרשות לשקול פרקי זמן קצרים או ארוכים יותר, והכל לפי נסיבות העניין. היקף ואיכות הראיות הנדרשות לבסוס סבירותה של כניסה, היקפה או מהירות התרחשותה, יעלה ככל שהחשש התחרותי כתוצאה מהמיזוג הוא ממשי או ודאי יותר.⁶⁹ על מנת לסכל הפעלתו של כוח שוק, היקפה של הכניסה או ההתרחבות (או שתיהן) נדרש להחליף את היצע המוצרים, המגוון או האיכות שצומצמו כתוצאה מהמיזוג ויוכל לספק חלק ממשי מהגידול הטבעי של השוק.

1. יעילות

סעיף 21(א) לחוק קובע כי הממונה יתנגד או יקבע תנאים לכל מיזוג מוצע אשר מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. כאשר עולה חשש כאמור כתוצאה ממיזוג מוצע, ואם הצדדים טוענים לקיומה של יעילות במיזוג שבכוחה לרפא את הפגיעה הצפויה ממנו, תערוך הרשות ניתוח יעילות, שתכליתו לקבוע האם שיפור בביצועים הכלכליים של הצדדים שיתרחש כתוצאה מהמיזוג יפיג או ימתן בצורה משמעותית את תוצאותיה המסתברות של הפגיעה כאמור.

על כן, רק סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן ישיר את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון

⁶⁷ כאשר מרבית עודף כושר ייצור מוחזק בידי החברות המתמזגות לרוב יש בו כדי להרתיע כניסה מצד שחקנים חדשים, אשר יחששו כי המוצרים העודפים יסופקו לשוק כתגובה לכניסתם ויהפכו את כניסתם בתוך כך לרווחית פחות.

⁶⁸ לניתוח כניסה ראו למשל, שפית מעבדות ביולוגיות בע"מ – ביוואק בע"מ (התנגדות למיזוג), 5000460 הגבלים עסקיים 2006, עמ' 5-6; עניין עמינח, לעיל ה"ש 7, ¶ 46-47, 52; כרמל מערכות מיכלים בע"מ – בסט קרטון בע"מ (התנגדות למיזוג), 3018317 הגבלים עסקיים 2003, ¶ 2.1.2.

⁶⁹ ראו אי-אונליין קפיטל (אי.או.סי) בע"מ - קו מנחה שירותי מידע ותקשורת בע"מ וקו מנחה – לט מי נו טכנולוגיה בע"מ (התנגדות למיזוג), 5001609, הגבלים עסקיים 2010, ¶ 2.ד.



רשות הגבלים העסקיים

או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי-תחרותית.⁷⁰ בפרט, שינויים בהוצאות קבועות, כגון שכר דירה או עלויות מטה או שכר מנהלים לרוב לא יחשבו ככאלה המשפיעים על היכולת והתמריץ להתחרות.

על מנת שיוכרו שיקולי יעילות בהקשר של מיזוג שהשפעתו המסתברת, בהעדרם, היא אנטי-תחרותית, על החברות המתמזגות לעמוד במספר תנאים. ראשית, על היעילות הנטענת להיות ייחודית למיזוג, כך שהיא נובעת ישירות מהמיזוג ואינה ניתנת להשגה במידה דומה דרך אמצעים אחרים שפגיעתם בתחרות פחותה. שנית, על היעילות שתושג להיות משמעותית, קרובה בזמן, וכן על חלק ניכר ממנה לעבור ללקוח הסופי, למשל על דרך של מחירים נמוכים יותר או מוצרים חדשים ומשופרים.⁷¹ לעניין זה נדרש שהיקף היעילות המועבר ללקוח הסופי לא יפחת מהיקפה של הפגיעה שנגרמה לו מהגבלת התחרות. לבסוף, כל אלו צריכים להיות מוכחים על ידי הצדדים באופן שניתן לבחינה חיצונית על סמך מידע אובייקטיבי. הרשות תדרוש שחלק מהותי מהמידע כאמור לא יהא מצוי בידי הצדדים, אלא שניתן יהא לקבל עבורו תימוכין נוספים. יעילות העונה על התנאים האמורים תוכר על ידי הרשות כיעילות שעשויה להילקח בחשבון בעת הערכת ההשפעה התחרותית של המיזוג המוצע ("יעילות מוכרת").

ככלל, נכונה הרשות לקבל את הטענה כי יעילות מוכרת תהווה משקל נגד לתוצאותיה המסתברות של הפגיעה המשמעותית בתחרות בשוק הרלוונטי.

2. דוקטרינת החברה הכושלת

בהקשר זה, ראו גילוי דעת 1/09 : דוקטרינת החברה הכושלת, 5000153 הגבלים עסקיים 2009.

רונית קן
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ח בשבט תשע"א

23 בינואר 2011

⁷⁰ ד"ר 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 71-70 (2001), 3003022 הגבלים עסקיים 2001 (הערך המוגן של חוק הגבלים העסקיים בדמות תחרות בעסקים, מיועד להגן על הלקוחות). סוגי יעילות העשויים לשפר את רווחת הצדדים למיזוג אך אינם בהכרח עוברים ללקוח כוללים את יכולת החברות לייצר את כל המוצרים בכמויות הקרובות ככל הניתן לרצונם של הלקוחות ("יעילות הקצאתית") ולהקטין את עלויות הייצור ("יעילות ייצורית").

⁷¹ לדיון בתנאים, ראו למשל, דור אלון בע"מ – סונול בע"מ (התנגדות למיזוג), 5000139 הגבלים עסקיים 2004, ¶ 5; יהודה פלדוט בע"מ – מפעלי פלדה מאוחדים (התנגדות למיזוג), 3016418 הגבלים עסקיים 2003, ¶ 5.III.