



רשות התחרות מפרסמת טיוטת גילוי דעת בדבר אופן הבחינה של כוח שוק משמעותי

א. מבוא

ביום 1 בינואר 2019 אישרה הכנסת, בקריאה שנייה ושלישית, את הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019 ("התיקון"). התיקון ערך שינויים מהותיים ומקיפים בחוק ההגבלים העסקיים (שמעתה ייקרא חוק התחרות הכלכלית; "החוק"), ובכלל זה, הורחבה הגדרת המונח "בעל מונופולין" בחוק, כך שמעתה ייחשב כבעל מונופולין, לא רק מי שמרכז נתח שוק גבוה מ-50% באספקה או רכישה של מוצר או שירות, אלא גם כל מי שמרכז "כוח שוק משמעותי" ביחס לאספקה או לרכישה של נכס או שירות (אפילו אם אינו מחזיק בנתח שוק הגבוה מ-50% כאמור).

בכנס שנערך אתמול (4 במרץ 2019) הממונה על התחרות ציינה, כי "מגזרים שהיו חסינים עד היום מפעולות אכיפה נגד מונופולים, משום שלא החזיקו בנתח שוק של מעל 50%, עשויים למצוא את עצמם חשופים להליכי אכיפה", והוסיפה כי דוגמאות לכך "הן תחומי הבנקאות, תחומי הקמעונאות, הדלק וגז הבישול".

על רקע התיקון לחוק, ביום 3 בפברואר 2019 פורסמה להערות הציבור, [טיוטת גילוי דעת בעניין אופן בחינת קיומו של "כוח שוק משמעותי"](#) ("טיוטת גילוי הדעת" או "הטיוטה"). בטיוטת גילוי הדעת, הרשות מבקשת לנסות וליצוק תוכן למושג "כוח שוק משמעותי". הערות לטיוטה ניתן להעביר עד ליום 11 במרץ 2019.

ב. מהו כוח שוק משמעותי?

על-פי טיוטת גילוי הדעת, "כוח שוק משמעותי", יכול לבוא לידי ביטוי בשני היבטים מרכזיים:

- היכולת של פירמה לגבות מחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר אשר היה נגבה בשוק תחרותי, ובאופן שאינו ארעי, וזאת ביחס לכלל הלקוחות, ביחס לחלקם, או ביחס לאזור מסוים. כך, לדוגמה: היכולת של פירמה להעלות מחיר באופן משמעותי למוצר מסוים, מבלי שהלקוחות יעברו לצרוך מוצרים מתחרים, עשויה להעיד, בנסיבות מסוימות, על כוח שוק משמעותי של הפירמה.
- היכולת של פירמה לקבוע תנאי אספקה או רכישה נחותים, באופן שאינו ארעי, מאשר אלה שהיו שוררים בשוק תחרותי (למשל, בהיבט הזמינות, כמות, מגוון, טיב וכו'). כך, לדוגמה: היכולת של פירמה לייצר מוצר באיכות נמוכה יותר או לצמצם את מגוון המוצרים, מבלי שהלקוחות יעברו לצרוך מוצרים מתחרים, עשויה להעיד, בנסיבות מסוימות, על כוח שוק משמעותי של הפירמה.

בד בבד, טיוטת גילוי הדעת מחריגה מקרים פרטניים מהגדרת כוח שוק משמעותי:

- כך, על פי טיוטת גילוי הדעת מיתוג ובידול של מוצר/שירות, הם חלק אינטגרלי מהאסטרטגיה העסקית של חברות. על-פי הטיוטה, שוק שבו קיים בידול למוצרים/שירותים, אך הם עדיין שווי ערך מנקודת מבט הלקוחות, אזי הגם שלחלק מהספקים קיימת יכולת לגבות מחיר העולה על המחיר התחרותי למוצר

מבודל, אין בכך בהכרח כדי להקנות להם כוח שוק משמעותי והדבר תלוי נסיבות.

- מצב שבו כוח השוק המשמעותי שבידי הפירמה נוצר עקב נסיבות מקריות וארעיות, בשל שינוי שחל או שצפוי לחול בטווח הקרוב בתנאי השוק. גם במקרים מסוג זה, כוח השוק שבידי אותה פירמה לא ייחשב בדרך כלל למשמעותי, שכן השפעתו תהיה מוגבלת בזמן.

הטיטה מבהירה שיש לבחון כל מקרה לגופו, בהתאם לכלל המאפיינים שיפורטו להלן. עוד מובהר, כי אין איסור על פירמה להחזיק בכוח שוק משמעותי; וכי עצם ההחזקה בכוח כאמור אינה מהווה כשלעצמה הפרה של החוק. משמעות ההחזקה בכוח שוק משמעותי היא, כי אותה פירמה תוגדר, בנסיבות מסוימות, כמונופול ותהיה כפופה להוראות שבפרק המונופולין שבחוק.

אמירה חשובה נוספת הכלולה בטיטה, היא שיתכנו מקרים בהם גורם מחזיק בנתח שוק העולה על 50%, ולכן לכאורה מהווה בעל מונופולין לפי ההגדרה בחוק, אך בד בבד אין בידיו כוח שוק משמעותי. בהקשר זה ציינה הרשות בטיטה, שמאמצי האכיפה שלה יתמקדו, ככלל, בגורמים המחזיקים בכוח שוק משמעותי והמפעילים אותו בניגוד לחוק (ולא בגורמים שרק מחזיקים בנתח שוק העולה על 50%).

ג. כיצד בוחנים כוח שוק משמעותי?

על-פי הטיטה, יש לבחון האם קיים כוח שוק משמעותי בידי גורם מסוים, על סמך זיהוי המאפיינים התחרותיים של הענף הנבחן – הן מצד הביקוש (תגובת לקוחות), והן מצד ההיצע (תגובת מתחרים); וכן מצד דרך ההתנהלות של הגורם הנבחן בפועל. להלן נציג את עיקרי הניתוח המובא בטיטה:

(א) כוח שוק משמעותי – בחינה מצד הביקוש (מצד הלקוחות)

לעמדת הרשות, יראו פירמה מסוימת כמחזיקה בכוח שוק משמעותי, ככל שלקוחותיה ימשיכו לרכוש את המוצר או השירות שלה, גם אם היא תעלה את מחיריהם **אל מעל למחיר התחרותי** או אם היא **תציע אותם בתנאי אספקה או רכישה נוחים**. במסגרת זו יבחנו הפרמטרים הבאים:

- **נתח שוק של הפירמה:** נתח שוק גדול ויציב לאורך זמן, מהווה, על-פי הטיטה, אינדיקציה חזקה יותר לכך שקיים בד"כ בידי הפירמה כוח שוק משמעותי;
- **מידת הבידול בין מוצריה של הפירמה לבין מוצרים נוספים בשוק:** ככל שמנקודת המבט של הצרכן, יש בידול גדול יותר בין המוצרים בשוק, גדל גם כוח השוק שבידי כל אחד מהמתחרים בענף;
- **מספרם ומעמדם של המתחרים הנוספים שקיימים באותו ענף;**
- **תודתיות בנתחי השוק של הפירמה הנבחנת ומתחריה;**
- **קיומם של חסמי מעבר ללקוחות בשוק.**

(ב) כוח שוק משמעותי – בחינה מצד ההיצע (מצד המתחרים)

על-פי הטיטה, שאלת קיומו של ריסון תחרותי מצד ההיצע (המתחרים), תיבחן לפי **תגובתם הצפויה של המתחרים הקיימים או הפוטנציאליים בשוק להעלאת מחירים מעל למחיר התחרותי**. ככל ששחקנים בשוק יכולים להגיב להעלאת מחירים על ידי הרחבת פעילותם או כניסה לשוק כמפורט להלן, אזי נחזה שבפני אותה פירמה שמבקשת להעלות מחירים מצויים רסנים תחרותיים, ואין בידיה בדרך כלל כוח שוק משמעותי. במסגרת בחינת קיומו של ריסון תחרותי כאמור, ייבחנו, בין היתר, הפרמטרים הבאים:

- **טיב יכולת התגובה של מתחרים:** בטיטה נקבע, כי על-מנת שתגובה מצד שחקנים קיימים או פוטנציאליים תשמש כרסן תחרותי לפירמה שכוח השוק שלה נבחן, עליה להיות תגובה אשר: **(1)**

התרחשותה צפויה בהסתברות גבוהה; (2) בטווח זמנים מידי ובקצב מהיר מספיק, כדי להרתיע או לסכל ניסיון להפעלת כוח שוק; (3) ובהיקף משמעותי, באופן שיאפשר למתחרים לקלוט נתח משמעותי מהלקוחות בשוק. על פני הדברים, מדובר בסטנדרט נוקשה, המציב דרישה מחמירה לשילוב נסיבות פרטניות;

- **קיומם של חסמי כניסה בשוק:** האם שחקנים יכולים להיכנס אל השוק בקלות עקב העלאת מחירים או שעומדים בפניהם חסמי כניסה? ככל שאין חסמי כניסה ממשיים בשוק, הדבר עשוי להעיד על היעדרו של כוח שוק משמעותי, בנסיבות מסוימות. כדוגמאות לחסמי כניסה כאמור, ניתן למנות (כתלות בנסיבות), בין היתר, את הצורך במוניטין, השקעות גבוהות, תשומות מוגבלות וכיו"ב;
- **קיומם של יתרונות לגודל או למגוון:** לדוגמה, האם קיים יתרון לגודל לגורם שכבר פועל בשוק, באופן העלול לצנן את הרצון של שחקן חדש להיכנס לשוק או להרחיב פעילות;
- **חסמי התרחבות:** העלויות והסיכונים הכרוכים בניסיון ההתרחבות בשוק;
- **ההיסטוריה בשוק:** אינדיקציות ברורות לכך שהמתחרים הפוטנציאליים נמנעים באופן עקבי מלהתחרות עם הפירמה הנבחנת או ניסיונות כניסה או התרחבות בשנים שקדמו לבדיקה, ומה הייתה מידת הצלחתם, היקף הכניסה, כיצד הגיבו השחקנים בשוק לכניסה (למשל אם פעלו כדי לחסום את הכניסה וכדומה) וכיו"ב. כל אלה, הם פרמטר נוסף לבחינת כוח שוק משמעותי.

(ג) כוח שוק משמעותי – בחינת אופן התנהלות הפירמה בפועל

על-פי הטיוטה, בנסיבות מסוימות, אופן ההתנהלות של הפירמה הנבחנת, עשוי לשמש כאינדיקציה נוספת, לכך שהיא מחזיקה בכוח שוק משמעותי. כך בפרט, כשהפירמה נוקטת בפרקטיקות מסוימות, אשר מעידות על כך שהיא נהנית, לכאורה, מכוח שוק משמעותי (למשל, כפייה על לקוח להתקשר עמה בהסדר בלעדיות, התניית רכישת מוצר מסוים ברכישה של מוצרים נוספים, או אפליית מחירים).

ד. כוח שוק משותף

הטיוטה כוללת קביעה נוספת, לפיה במקרים בהם מספר גורמים הפועלים באותו שוק נמנעים באופן עקבי מלהתחרות זה בזה, ובמקום זאת נוקטים, במקביל, בדפוסי פעולה שאינם ננקטים בשוק תחרותי - התנהלותם יכולה, לכאורה, להקנות בידיהם כוח שוק משמעותי (בשים לב, בין היתר, למאפייני הענף בו הם פועלים והרסנים בו). משמעות עמדה זו היא שבאותו שוק עשויים לפעול מספר בעלי מונופולין.

לגישתנו, עמדה זו היא מוקשית, על-פני הדברים, שכן היא אינה מוצאת ביטוי בלשון החוק; עוד מזכיר שסוגיה דומה כבר מוסדרת בפרק "קבוצות הריכוז" שבחוק. בנוסף, על-פי פסיקת ביהמ"ש העליון, התנהגות מקבילה של שחקנים, לרבות בשוק ממועט מתחרים, עשויה לעיתים לנבוע ממאפייני השוק עצמו (כגון היות השוק אוליגופולי או דואופולי) ולא ברור בהכרח שיש להכפיף שחקנים כאמור לאיסורים שבדיני המונופולין.

אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה ונשמח לסייע ככל הנדרש.

**בברכה,
פישר בכר חן וול אוריון ושות'**

03-6944141

zschwartz@fbclawyers.com

עו"ד זיו שוורץ