

רשות התחרות פרסמה גילוי דעת סופי לבחינת קיומו של כוח שוק משמעותי

ביום 1.1.2019 תוקן חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 ("החוק"). בין שלל השינויים שנכללו בחוק בנוסחו החדש, בולטת במיוחד הרחבת הגדרתו של "בעל מונופולין" כך שתחול גם על פירמות אשר מחזיקות בכוח שוק משמעותי, אף אם נתח השוק שלהן אינו חוצה את רף ה-50%. בניגוד ל"נתח שוק", שהוא מבחן צורני-טכני, "כוח שוק" הוא מונח שנדרש לפרשנות.

ביום 21.7.2019 פרסמה רשות התחרות את גילוי הדעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי ("גילוי הדעת" או "גילוי הדעת הסופי"), בו מוסבר הפירוש למונח "כוח שוק משמעותי" לעניין פרק המונופולין שבחוק. בעדכון לקוחות זה נעמוד על עיקרי גילוי הדעת הסופי, ובפרט על השינויים המרכזיים שחלו בו ביחס לטיוטת גילוי הדעת ("טיוטת גילוי הדעת" או "הטיוטה").

מהו כוח שוק משמעותי

על פי גילוי הדעת הסופי, כוח שוק משמעותי מתקיים כאשר קיימת בידי הפירמה היכולת לקבוע עבור מוצר מסוים תנאי אספקה נחותים באופן משמעותי מהתנאים אשר היו נגבים בשוק תחרותי, באופן שאינו ארעי, ביחס לכלל לקוחותיה או לקבוצת לקוחות מסוימת.

בשונה מטיוטת גילוי הדעת, שהתייחסה הן ליכולת לקבוע תנאי אספקה והן ליכולת לקבוע תנאי רכישה - תוך התמקדות ביכולת לקבוע מחיר, הרי שגילוי הדעת הסופי מצמצם את הגדרת כוח שוק לקביעת תנאי האספקה בלבד (ולא רכישה), ומבלי להתמקד ביכולת לקבוע מחיר (אלא קביעת תנאי אספקה ככלל). בכך, מבטלת הרשות את תחולתו של גילוי הדעת הסופי על מונופסון.

בחינת כוח שוק משמעותי

על פי גילוי הדעת, עיקר המשקל בבחינת כוח השוק הושם על בחינת אינדיקציות שנוגעות למאפייני השוק והמוצר ומשפיעות על מידת הריסון - הן מצד הביקוש והן מצד ההיצע. כלומר, פירמה מחזיקה בכוח שוק משמעותי כאשר היא פועלת ללא חשש ניכר מתגובה, הן של לקוחות (צד הביקוש) והן של ספקים מתחרים - קיימים או עתידיים (צד ההיצע).

בחינת מידת הריסון התחרותי בשוק תעשה ביחס לשוק תחרותי, ולא ביחס לשוק הנבחן, על-מנת להימנע מ"אשליית הצלופן", על-פיה, במקום בו יתכן שמופעל כוח שוק משמעותי - לא ניתן להסתמך על דפוסי הביקוש הקיימים כדי לאמוד את הביקוש.

בחינת הריסון מצד הביקוש

בבחינת הריסון מצד הביקוש, כוח השוק יהא משמעותי יותר ככל שלקוחות הפירמה ימשיכו לרכוש את המוצר, גם לאחר הרעת תנאי האספקה על-ידי הפירמה. בהיעדר היצע נרחב של תחליפים קרובים למוצר, מנקודת מבטם של הצרכנים אין רסן משמעותי בהיבט הביקוש על התנהלות הספק.

בהקשר זה יש לבחון בראש ובראשונה את נתח השוק של הפירמה - נתח שוק גדול ויציב לאורך זמן מהווה אינדיקציה חזקה לקיומו של כוח שוק משמעותי, בעוד שנתח שוק קטן יותר מפחית את הסיכוי לכוח שוק.

הרשות הדגישה בגילוי הדעת הסופי, כי **ככלל, מצב בו לגורם בעל נתח שוק נמוך יהא כוח שוק משמעותי הוא נדיר**. יחד עם זאת, לא ניתן לקבוע רף מסוים שתחתיו חזקה כי לפירמה אין כוח שוק משמעותי. זאת לנוכח תכלית התיקון לחוק על-פיה יש לעבור לדיון מהותי של דינמיקה תחרותית חלף דיון טכני-כמותי להגדרת גבולות השוק והשחקנים בו.

גילוי הדעת מתייחס לשורה של מאפיינים אשר עשויים לשמש כאינדיקציה לקיומו של כוח שוק המשמעותי, גם בהעדר נתח שוק גבוה ובהם קיומו של פער גדול בין נתח השוק שבידי הפירמה הגדולה בשוק לבין נתחי השוק של יתר המתחרים; העובדה כי קיים בידול בין המוצרים השונים אשר מוצעים בענף; וקיומם של חסמי מעבר.

אינדיקציה נוספת לקיומו של כוח שוק משמעותי בהעדר נתח שוק גבוה, היא כאשר הפירמה מוכרת את מוצריה לצרכן הסופי באמצעות מתווך (לדוגמא, קמעונאי), וקיימת חשיבות עבור המתווך להציע את אותם המוצרים ללקוחותיו. לדוגמא, כאשר מבחינת הקמעונאי קיימת חשיבות מיוחדת ליכולת להציע מגוון של מותגים לצרכנים הסופיים. בהקשר זה גילוי הדעת הסופי מגביל את הטייטה, בקבעו כי מדובר במקרה בו יש מיעוט מותגים בשוק, ויכולת הבחירה בחלופות אחרות מצומצמת.

בחינת הריסון מצד ההיצע

הריסון מצד ההיצע נבחן לפי תגובתם הצפויה של ספקים מתחרים. כך, אם בתגובה להעלאת המחירים של הפירמה גורמים קיימים צפויים להרחיב פעילותם, או גורמים אחרים צפויים להיכנס לשוק, הפירמה הנבחנת אינה מחזיקה בכוח שוק משמעותי.

גילוי הדעת הסופי קובע אמות מידה מחמירות למדי - תגובת הספקים תשמש כרסן תחרותי רק אם היא "Likely, Timely and Sufficient". כלומר, תגובת הספקים צפויה להתרחש בהסתברות גבוהה, בטווח זמנים מידי, בקצב מהיר ובהיקף מספק, אשר יאפשר למתחרה לקלוט נתח משמעותי מלקוחות הפירמה שירצו לעזוב.

יתרונות לגודל או למגוון מחזקים את קיומו של כוח שוק משמעותי ככל שבכוחן לצמצם את היכולת של גורמים להיכנס לשוק, או להרחיב פעילות קיימת בתגובה להעלאת מחירים. גילוי הדעת הסופי מונה עוד שורה של פרמטרים לבחינת חסמי כניסה או התרחבות, כגון מגבלות כושר ייצור; הוצאות גבוהות אשר כרוכות בכניסה לשוק; קיומו של מונוטין וחשיבותו בשוק, כמו גם היכרות קודמת של הלקוחות עם המותגים המתחרים ועוד. בבואה של הרשות לבחון את קיומם של חסמי כניסה והתרחבות, היא תיתן דעתה להיסטוריה של השוק - האם בעבר נעשו ניסיונות כניסה או התרחבות ומה עלה בגורלם.

יחד עם זאת, מוסיף גילוי הדעת הסופי על הטייטה אינדיקציות הפוכות שמצביעות על חסמי כניסה נמוכים וכפועל יוצא מכך על היעדר כוח שוק, דוגמת כניסה תכופה של שחקנים חדשים לשוק, תוך צבירת נתחי שוק לא זניחים ותנודתיות נתח השוק שמתבטאת בגידול וקיטון תדיר של נתחי שוק.

לבסוף, גילוי הדעת מצביע על כך שלעיתים עצם היכולת והתמריץ לנקוט בפרקטיקה מסוימת מהווה בעצמה אינדיקציה לקיומו של כוח שוק. כך, יכולתה של פירמה להכריח ספק לעבוד עימה בבלעדיות או יכולתה לנקוט באפליית מחירים, שאינה מבוססת על הבדלים בעלויות, עשויה להעיד על כוח השוק שברשות הפירמה. עם זאת, הרשות מדגישה בגילוי הדעת הסופי כי לא די בהתנהגות הפירמה כדי להעיד על קיומו של כוח שוק משמעותי, ויש להידרש לבחינת יתר המאפיינים שנימנו בגילוי הדעת.

לצד זאת, גילוי הדעת גם מתייחס בקצרה לדרכים לאמידת כוח שוק בקיומם של מספר תופעות פרטניות, ובהן שוק דו-צדדי, אפקט רשת, שוק המשך וקיומה של אינטגרציה אנכית.

שינויים משמעותיים נוספים בגילוי הדעת הסופי ביחס לטייטה

❖ **ביטול תחולת גילוי הדעת על כוח שוק משותף והחלפתו בכוח שוק שמקורו בהימנעות ספקים מתחרות הדדית** - גילוי הדעת הסופי מבטל את התופעה העמומה של כוח שוק משותף שנמנתה בטייטת גילוי הדעת כמקרה פרטני של כוח שוק. על-פי הטייטה, מספר גורמים היו עשויים להחזיק בידם בכוח שוק משמעותי אילו שררה בשוק התנהלות מקבילה ובלתי תחרותית.

חלף זאת, מצמצם גילוי הדעת הסופי את ההתייחסות לכוח שוק שמוחזק בידי מעטים, למקרה ממוקד ומובחן במסגרתו עשוי להתקיים כוח שוק משמעותי בידי מספר שחקנים. מקרה זה יחול כאשר אלו נמנעים באופן מקביל ועקבי, וללא תיאום, מלהתמודד על לקוחות של האחר ומלהציע ללקוחות הצעות תחרותיות כאשר אלה פונים אליהם, לצד היעדר רסנים תחרותיים בשוק.

❖ **ביטול תחולת גילוי הדעת הסופי על בעלי מונופסון** - כאמור, טייטת גילוי הדעת חלה גם על בעלי מונופסון, עת שהכלילה בהגדרת כוח השוק גם את יכולתם של לקוחות לדרוש מספקים תנאי מכירה נחותים מאלו שהיו נקבעים בשוק שמתאפיין בתחרות בין הרוכשים.

לעומת זאת, גילוי הדעת הסופי קובע כי מאחר שכוח שוק ברכישה הוא אינו בהכרח תמונת ראי של כוח שוק באספקה, אין להחיל את גילוי הדעת הסופי גם על בעלי מונופסון.

סיכום

גילוי הדעת הסופי מחדד ואף מצמצם במקרים מסוימים את טייטת גילוי הדעת ושופך אור על האופן שבו צפויה הרשות לפרש אימתי פירמה מחזיקה ב"כוח שוק משמעותי". לאחר תיקון החוק, בחינה זו הפכה לאמת המידה הקובעת בקשר עם קיומו של מונופולין (לצד קיומו של נתח שוק העולה על-50%).

הסקירה לעיל הינה בבחינת תמצית. המידע הכלול בה נמסר למטרות אינפורמטיביות בלבד ואין במידע כדי להוות ייעוץ משפטי. לקבלת פרטים נוספים, אנא פנו לעו"ד בועז גולן, שותף וראש מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: boaz.golan@goldfarb.com /או אל עו"ד נמרוד פראוור, שותף, מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: nimrod.prawer@goldfarb.com /או אל עו"ד זהר דוד, שותפה, מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: zohar.david@goldfarb.com /או בטלפון 03-6089850.