



עדכון לקוחות – יולי 2019

רשות התחרות פרסמה גילוי דעת בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי

רקע

1. בחודש ינואר 2019 נכנס לתוקף תיקון רחב היקף בחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח – 1988 (בעבר חוק ההגבלים העסקיים). בין היתר, כלל התיקון הרחבה של הגדרת "בעל מונופולין", לפיה יחשב ככזה גם "אדם המחזיק **כוח שוק משמעותי** ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם".
2. ביום 21.7.2019 פרסמה רשות התחרות גילוי דעת בעניין האופן שבו היא מפרשת את המונח כוח שוק משמעותי.

מהו כוח שוק משמעותי

1. לשיטת הרשות כוח שוק משמעותי 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.
2. הגדרה זו של כוח שוק משמעותי מחייבת מספר הערות ודגשים.
3. ראשית, בעצם קיומו של כוח שוק משמעותי, ובלבד שהושג כדין, אין משום הפרה של הוראות חוק התחרות. האיסור שבחוק התחרות הינו על ניצול לרעה של כוח שוק משמעותי שכזה.
4. שנית, ב"תנאי אספקה" הכוונה למחיר, כמות, איכות, מגוון, זמינות, ועוד.
5. שלישית, כוח שוק משמעותי יכול להימצא גם בידי רוכש נכס (ולא רק ספק של נכס), וממילא הגדרת בעל מונופולין שבחוק התחרות חלה גם על מי שיש לו כוח שוק משמעותי ברכישה – קרי: מונופסון. למרות זאת, גילוי הדעת מתרכז באופן הבחינה של כוח שוק משמעותי בצד האספקה (ולא הרכישה) בלבד.

ביצד ייבחן קיומו של כוח שוק משמעותי

1. ככלל, בחינת קיומו של כוח שוק משמעותי מחייבת התייחסות ליכולתו של הספק להתנהל באופן חופשי משני רסנים תחרותיים: **ריסון מצד הביקוש** (כלומר, תגובת הלקוחות הצפויה לפגיעה בתנאי האספקה) ו**ריסון מצד**



- ההיצע** (כלומר, תגובתם הצפויה של המתחרים – בפועל או בכוח – של הספק). מידת האפקטיביות של הרסנים הללו על התנהגות הספק מלמדת על מידת כוח השוק שממנו נהנה אותו ספק.
2. בחינת תגובתם הצפויה של הלקוחות והספקים המתחרים מתמקדת בשוק תחרותי, ולא דווקא בתנאי השוק הקיימים בפועל בעת הבחינה. זאת, על מנת להימנע מ"אשליית הצלופן"¹.
3. במאפיינים המשפיעים על **הריסון מצד הביקוש** מזכירה הרשות בראש ובראשונה את נתח השוק, שהוא שיקול חשוב בעיניה. שיקול נוסף הוא מספרם ומעמדם של המתחרים הנוספים בענף והתנודתיות בנתחי השוק של הגורם הנבחן ומתחריו כמו גם מידת הבידול והתחליפיות בין מוצריו למוצרי המתחרים.
4. נתח שוק גבוה מהווה אינדיקציה לכוח שוק משמעותי. אך כוח שוק משמעותי יכול להימצא גם בידי מי שיש לו נתח שוק לא גבוה, למשל מקום בו קיים פער גדול בין נתח השוק שלו לנתחי השוק של מתחריו, או מקום בו המוצר שלו נמכר לקמעונאים שחשוב להם להציע את המוצר שלו ללקוחותיהם. אף שהרשות מנמנה במכוון מלקבוע רף תחתון של נתח שוק, שמתחתיו תקום חזקה להיעדר כוח שוק משמעותי, היא קובעת בגילוי הדעת שככלל יהיה זה נדיר שגורם שבידו נתח שוק נמוך יחזיק בכוח שוק משמעותי.
5. שיקול נוסף בעל חשיבות הינו רמת הבידול בין המוצרים שמוצעים על ידי המתחרים בשוק. ככל שגדלה רמת הבידול בין המוצרים, כך גם קטנה התחליפיות שלהם ובהתאם גדל כוח השוק של כל אחד מהספקים שלהם.
6. במאפיינים המשפיעים על **הריסון מצד ההיצע** תבחן הרשות את תגובתם הצפויה של מתחרים (בפועל או בכוח) של הספק להרעת תנאי האספקה מצידו – בדרך של כניסה לשוק, או התרחבות בשוק. לעניין זה הרשות קובעת שעל מנת שתגובה כזו תיחשב כמונעת ממנו כוח שוק משמעותי עליה להיות צפויה לקרות **בהסתברות גבוהה, במהירות ובהיקף מספק**.
7. לצורך אמידת האפשרות שהתגובה מצד המתחרים תהיה בעלת מאפיינים נדרשים אלה, יש לבחון את חסמי הכניסה וההתרחבות בשוק. ככל שחסמי כניסה והתרחבות כאלה הם גבוהים, כך קטנה האפשרות שתגובת מתחרים תרסן את כוח השוק של הספק. קיימת שורה ארוכה של מאפיינים אשר עלולים ללמד על חסמי כניסה והתרחבות, ובין היתר: מגבלות כושר ייצור, הוצאות גבוהות הכרוכות בכניסה לשוק, משטר רגולטורי (תקנים, דרישות רישוי וכו'), נגישות מוגבלות לתשומות חיוניות ועוד.
8. בחינה נוספת שיכולה להיות אינדיקציה לקיומו של כוח שוק משמעותי היא ההתנהלות בפועל של הגורם הנבחן. מקום בו פירמה יכולה לכפות על לקוחותיה להתקשר איתה באופן בלעדי, או מקום בו היא יכולה להתנות את רכישת המוצר ברכישת מוצרים נוספים ממנה – עשוי הדבר להעיד על כך שהיא מחזיקה בכוח שוק משמעותי.
9. הרשות מציינת בגילוי הדעת שעל אף שעקרונית אמידה של המרווח (הפער בין העלויות הכלכליות של המוצר לבין מחירו) וכן הרווחיות של הספק יכולים לשמש כאינדיקציות לכוח השוק שלו, לא ניתן להסתמך על אמידה כזו כשלעצמה. לכל היותר ניתן לשלבה עם בחינה של מגוון כלל השיקולים שצוינו לעיל.

השפעות אפשריות של גילוי הדעת

1. להערכתנו, גילוי הדעת יגרום לשינוי בהתייחסותה של רשות התחרות לנושאי אכיפה כלפי בעלי מונופולין. הרשות תרכז את מאמציה כלפי גורמים שאכן נהנים מכוח שוק משמעותי, על פני גורמים שאמנם מחזיקים בנתח שוק של מעל 50%, אך לא בהכרח נהנים מכוח שוק משמעותי. אף שאלה גם הם "בעל מונופולין", נראה שהרשות תרכז מאמציה יותר בראשונים.

¹ מונח ידוע בדיני התחרות בעקבות ההגדרה הרחבה והשגויה של השוק הרלבנטי בתיק *U.S. v. E. I. du Pont*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed.1264 בבית המשפט העליון האמריקאי. בית המשפט ראה במחיר המונופוליסטי שיווי משקל תחרותי.



2. בעקבות פרסומו של גילוי הדעת ניתן להניח שהרשות עצמה, ובוודאי גורמים פרטיים, יעשו בו שימוש לשם אכיפת האיסורים החלים על בעל מונופולין גם על מי שאינם מחזיקים בנתח שוק של למעלה מ-50%.
3. כך למשל, ניתן להעריך כי תובעים ייצוגיים ינסו להגיש תביעות בעילה של מחיר בלתי הוגן נגד ספקים כאלה.
4. לפיכך, טוב יעשו גופים שנהנים ממעמד מהותי בשוק, גם אם נתח השוק שלהם נמוך מ-50%, אם יערכו בדיקות יסודיות הן של מעמדם בשווקים בהם הם פעילים והן של אופני תמחור מוצריהם, והתנהלותם התחרותית, בכדי לנהל בצורה מושכלת את הסיכון שבפניו הם עומדים.

צוות עורכי הדין **במחלקת הגבלים עסקיים** ישמח לעמוד לרשותכם ולסייע בעניין זה: עו"ד ניב זקלר (nivz@arnon.co.il), עו"ד רונית אמיר-יניב (ronita@arnon.co.il) ועו"ד עופר ארגוב (ofera@arnon.co.il).

*עדכון זה נועד לשם מתן מידע בלבד ואין לראות בו ייעוץ או חוות דעת.

** עדכון זה כתוב בלשון זכר, אך מיועד לנשים ולגברים כאחד

