

יוני 2019

לכבוד : רשות התחרות

לידי : הממונה על התחרות עו"ד מיכל הלפרין
היועצת המשפטית עו"ד מיכל כהן

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

נייר עמדה בנושא : כוח שוק

נבקש להתייחס לטיוטת גילוי הדעת שפרסמה רשות התחרות בעניין אופן בחינתו של כוח שוק משמעותי, כדלקמן :

תיקון מס' 21 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, בשמו הקודם : חוק ההגבלים העסקיים, הוסיף חלופה להגדרת בעל מונופולין בסעיף 26(א)(2) לחוק : מי שמחזיק "כוח שוק משמעותי". החוק לא פירט מהו כוח שוק משמעותי ולא קבע אמות מידה להכרעה בשאלת קיומו של כוח שוק משמעותי. הצבת אמות מידה בשאלה זו היא חשובה ואף הכרחית לקידום הוודאות המשפטית עבור השחקנים במשק ולהפעלה עניינית ומושכלת של החוק. אנו, לכן, מברכות על יוזמתה של רשות התחרות לפרסם גילוי דעת בנושא זה.

1

במסגרת נייר העמדה דנא נדון במושג כוח שוק. נציע לשלב קריטריונים כמותיים לצד קריטריונים איכותניים במטרה לסייע בקביעה אם שחקן פלוני במשק הישראלי מחזיק "כוח שוק משמעותי".

בספרות המקצועית ובפסיקת בתי המשפט, בארץ ובעולם, מקובלת הדעה לפיה כוח שוק הוא היכולת הכלכלית להעלות את מחיר המוצר או השירות באופן שאינו זניח מעל לרמת המחיר התחרותי שהיה מתקבל בשוק משוכלל, וזאת לאורך זמן ומבלי לספוג אובדן לקוחות.¹ בספרות האמריקנית נהוג להשתמש בעניין זה במבחן *small but significant non-transitory – SSNIP – increase in price*.² ביסוד מבחן זה עומדות ההגדרות הכלכליות הבסיסיות של מודל התחרות המשוכללת ושל מודל המונופול : בשוק של תחרות משוכללת, אף פירמה אינה יכולה להרים את המחיר מעל לעלות השולית ; זאת משום שכל עלית מחיר תגרור אחריה תנועה של לקוחות לשחקן מתחרה. מנגד, המונופול המובהק – הפועל לבדו בשוק – יוכל להרים את המחיר מבלי לאבד לקוחות (עד לרמה מסוימת), וזאת משום שאין לו מתחרים שימשכו את המחיר חזרה מטה אל המחיר התחרותי. זהו למעשה מבחנו של המונופול ההיפותטי ; בשאלה אם שחקן פלוני אוהז בכוח שוק

¹ ראו למשל גיא שגיא ושוקי ארנברג "הגדרת שווקים בדיני ההגבלים העסקיים – השימוש הראוי במבחן גמישות הביקוש הצולבת" משפטים מא 385, 387 (תשע"א) ; ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים : הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 63, 89, 94 (תשע"ח) ; Sangin Park, *Market Power Revisited*, 25 RESEARCH IN LAW AND ECONOMICS 1, 1 (2012).

² ראו למשל מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 167, 172 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון : 03-9634104 | דוא"ל המרכז : hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר : www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק : <https://www.facebook.com/hethcenter>

משמעותי, אנו מבקשים לסמן את מי שהתנהלותו בשוק מועדת לפורענות מונופוליסטית. החשש הוא שכח שוק משמעותי יאפשר העלאת מחירים מופרזת, לצד הפעלת פרקטיקות מונופוליסטיות פוגעניות: פרקטיקות לדחיקת מתחרים ופרקטיקות נצלניות לרעת הצרכן.

פרופ' אריאל אזרחי עמד על החשיבות של הגדרת השוק הרלוונטי, שמטרתה לבחון אם שחקן זה או אחר נהנה מכוח שוק:³

"Dominance is a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained in the relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and its consumers. The concept of dominance reflects the notion of market power and requires a preliminary consideration of the relevant market and its characteristics".

לעניין הגדרת כוח שוק, ראו למשל בחיבורו של מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** 167, 168 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008):

"המטרה הכלכלית העיקרית של דיני התחרות היא הגבלת היכולת של פירמה או קבוצת פירמות מלרכוש כוח שוק, אלא אם לכוח שוק זה יש יתרונות מאזנים לטובת הציבור. ההגדרה הכללית ביותר לכוח שוק היא היכולת של הפירמה או של קבוצת פירמות הפועלות ביחד להעלות מחיר ולהקטין תפוקה לאורך זמן, בהשוואה למחיר ולתפוקה שהיו מתקיימים בשוק תחרותי, ולהרוויח כתוצאה מכך... הגדרת המושג כוח שוק מתייחסת ליכולת לקבוע באופן רווחי מחיר גבוה מהעלות השולית, כאשר עלות שולית מוגדרת כתוספת ההוצאה הכרוכה בייצור יחידה אחת נוספת. מכאן נגזר מדד לכוח שוק, שהוא הפער שבין המחיר לבין העלות השולית (הדגשה הוספה)".

נראה כי היעד של דיני התחרות בנקודה זו אינו שנוי במחלוקת: אנו רוצים לאתר את הפירמה שיש בידה כוח כלכלי להפעיל פרקטיקות מונופוליסטיות פוגעניות שיש בהן כדי לדחוק מתחרים, להמעיט בתחרות ולפגוע בצרכן. מנגד – אנו מבקשים להימנע מפיקוח יתר על פירמות שאין בידן כוח שוק משמעותי הלכה למעשה; זאת משום שבמקרים אלה השוק החופשי צפוי לפעול ולמשטר פרקטיקות תוקפניות. במקרים כאלה, התערבות יתר מצד הרשות עלולה לעוות את נקודת האיזון השוקית וליצור אפקט מצנן.

השאלה הקשה היא, כמובן, שאלת המדידה: כיצד נכריע אם לפנינו פירמה בעלת כוח שוק משמעותי? בהערכת קיומו של כוח שוק, מקובל להיעזר בראיות ישירות ובראיות עקיפות. ראו למשל KEITH N. HYLTON, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS Vol. 4, 73 (2nd ed., 2010):

³ ראו 181 (4th ed., 2014) ARIEL EZRACHI, EU COMPETITION LAW: AN ANALYTICAL GUIDE TO THE LEADING CASES

"From an economic perspective, monopoly power refers to **the ability of a firm to raise prices above the competitive level and thereby earn more profit**. For antitrust purposes, however, a successful plaintiff will have to prove that monopoly power exists. This of course can be accomplished with direct or circumstantial evidence (emphasis added)".

המלומד הידוע Hovenkamp מסביר כי במישור התיאורטי, מדידה ישירה של כח שוק מתייחסת למרווח שבין המחיר שנגבה בפועל לבין העלות השולית לייצור המוצר (המשתווה למחיר התחרותי). בפועל, בתי המשפט לא מודדים פער זה, וזאת בגלל קשיי מדידה. חלף מדידה ישירה, נהוג להשתמש באינדיקטורים כמותניים ואיכותניים:⁴

א. **נתח שוק**: נתח השוק שבו אוחות הפירמה מהווה אינדיקציה עיקרית וחזקה לקיומו של כוח שוק. בפסק הדין המנחה בעניין **Alcoa** דובר בפירמה שהחזיקה בנתח שוק של 90%. בית המשפט שם ציין כי אין צורך להגדיר באופן כמותני ומוחלט את נתח השוק שבו יחתך מעמד המונופול. עם זאת, צוין שנתח שוק של 60% הוא גבולי, ואילו נתח שוק של 33% – לא יחשב למונופול.⁵ Hovenkamp מציין שמרבית בתי המשפט האמריקנים דורשים נתח שוק של 70% ולא מסתפקים בפחות מ-50%.⁶

ב. **חסמי כניסה**: שאלת קיומם של חסמי כניסה (entry barriers) היא קריטית להערכת כוח שוק. הטעם לכך נעוץ בזה, שאם אין חסמי כניסה – גם מונופול מובהק צפוי לפעול כאילו היה בשוק תחרותי, וזאת משום האיום בכניסת מתחרים פוטנציאלית. לפי התיאוריה הכלכלית, אם חסמי הכניסה נמוכים, יש להניח שיזמים יגיבו למחיר המונופוליסטי וייכנסו לשוק על מנת להציע לצרכנים מחיר תחרותי. לכן, כאשר קל יחסית להיכנס אל השוק, ההנחה המקובלת היא שאין לפנינו במונופול.⁷

המשימה היא, אם כן, לחלץ את כוח השוק מתוך הראיות הישירות והראיות העקיפות.

מהן ראיות ישירות?

ככלל, ראיות ישירות מתייחסות לפער בין המחיר שנגבה לבין העלות השולית של היצרן. ראו למשל בספרם של אלי גולדשטיין ומיכאל תבור **מונופול: מודלים של תחרות לא משוכללת, הגבלים עסקיים ורגולציה 37 (2012)**:

"כח שוק מתייחס ליכולתו של היצרן הבודד להשפיע על המחיר שישורר בשוק על ידי שינוי הכמות המסופקת על ידו לשוק בלבד. אחד המדדים המקובלים למדידת כוח שוק בו אוחו היצרן פותח על ידי הכלכלן אבא לרנר (1934) ונקרא מדד לרנר לכח שוק... או מרווח מחיר-

⁴ ראו HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST (6th ed, 2016).

⁵ ראו United States v. Aluminum Co. of America 148 F2d 416 (1945).

⁶ ראו Hovenkamp, לעיל ה"ש 4, בע' 110.

⁷ שם, שם.

עלות של המונופול. המדד מבטא למעשה את ההפרש בין מחיר המוצר בשוק והעלות השולית כאחוז ממחיר המוצר, או את הרווח השולי של המונופול כאחוז ממחיר המוצר. ככל שהרווח השולי של היצרן כאחוז ממחיר המוצר בשוק גבוה יותר כך גבוה יותר כוח השוק שבידי היצרן (ההדגשה הוספה)."

במדידה זו, גמישות הביקוש היא חשובה: "ככל שהצרכנים בשוק מאופיינים על ידי ביקוש גמיש יותר, כלומר הם רגישים יותר למחיר המוצר, הרי שכוח השוק של המונופול קטן, הרווח השולי שלו נמוך, והרווח הכולל שלו נמוך אף הוא בהתאם. במקרה הקיצוני שבו הצרכן רגיש בצורה אינסופית למחיר, כלומר השוק מוכן לקנות את המוצר הרלוונטי במחיר מסוים אך לא מעוניין כלל במוצר זה אם המחיר יקר יותר. במקרה זה המונופול חסר כוח שוק לחלוטין, והגדרתו כמונופול היא פורמלית בלבד, שכן הוא למעשה פועל כמו פירמה בתחרות. לעומת זאת, ככל שהצרכנים בשוק מאופיינים על ידי ביקוש קשיח יותר, כלומר הם פחות רגישים למחיר המוצר, הרי שכוח השוק של המונופול גדול יותר, הרווח השולי שלו גבוה יותר, והרווח הכולל שלו גדול יותר אף הוא בהתאם".⁸

ראיה ישירה קיימת, למשל, כאשר ניתן להצביע על עליית מחיר שאין לה הצדקה בייקור תשומות או כח אדם. כאשר המחיר עולה ללא זיקה לעלויות – יש לחשוד בקיומו של כוח שוק. ואולם יש לזכור כי מדידה ישירה של העלויות היא קשה ואינה תמיד מדויקת. לעיתים קיים קושי להעריך את העלות נוכח ריבוי מוצרים והעמסת עלויות. מדידת עלויות שוליות היא כמעט חסרת משמעות כאשר ישנן הוצאות קבועות גדולות שאינן מבוטאות בעלות השולית (למשל במקרה של תרופות המבוססות על מחקר ופיתוח משמעותיים).⁹ לכן, ובמיוחד במקרים כאלה, אין מנוס מלהיעזר בראיות עקיפות.

מהן ראיות עקיפות?

מקובל כי נתח שוק מהווה אינדיקציה חזקה לקיומו של כוח שוק. בעניין Alcoa שאוזכר לעיל, דובר במונופול שהחזיק נתח שוק של 90%. במקרה המפורסם של הצלופן דובר בנתח שוק של 75%.¹⁰ בפסק הדין בעניין קודק – נתח השוק עמד על 80%.¹¹ כידוע, לפי הדין בישראל, אחיזה בנתח שוק העולה על 50% מקימה מונופול בהתאם להגדרה שבחוק. לכן, המונח הסטטוטורי "כוח שוק משמעותי" מכוון למקרים שבהם יש לפנינו שחקן בעל כוח לפעול באופן אסטרטגי לדחיקת תחרות, אף שנתח השוק שלו נמוך מ-50%. ואולם אך מובן הוא, כי ככל שנתח השוק קטן מ-50%, כך יקשה יותר להסיק כי לפנינו שחקן בעל כוח שוק משמעותי. אם נתח השוק נמוך מ-50% יידרשו מדדים נוספים המצביעים על כוח שוק.

⁸ אלי גולדשטיין ומיכאל תבור מונופול: מודלים של תחרות לא משוכללת, הגבלים עסקיים ורגולציה 37–38 (2012).

⁹ פרלמן, לעיל הי"ש 2, בעמ' 168.

¹⁰ ראו United States v. E. I. du Pont de Nemours & co. 351 US 377 (1956).

¹¹ ראו Eastman Kodak co. v. Image Technical Services 504 US 451 (1992).

בפסק הדין המנחה בע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 (1998) בית המשפט פירט שורה של אמות מידה רלוונטיות לאומדן כוח שוק. אומצה ההגדרה המקובלת לכח שוק: "השוק הרלבנטי הינו אותו השוק, בו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח". במישור המדדים הכמותיים, בית המשפט התייחס לשיעור עלית מחיר (בין 5%–10%); לכך שעלית המחיר לא הייתה זמנית (נדרש פרק זמן של כחצי שנה עד שנה); ולניתוח מתאם התנהגות מחירים של מוצרים דומים לאורך זמן. במישור המדדים האיכותיים, בית המשפט שם דגש על הצורך לנתח התנהגות צרכנים: אם היה מעבר של לקוחות למוצר חלופי כתוצאה מכניסת מתחרה, כתוצאה משינוי טכנולוגי, או מהתערבות רגולטורית. כן נבחנו שאלת קיומן של עלויות מעבר מצד הצרכנים, ושאלת קיומן של עלויות ניידות מצד היצרנים.

אנו מציעות כי המדדים העיקריים העומדים לרשות רשות התחרות בשאלת קיומו של כוח שוק משמעותי הם אלה:

נתח השוק של הפירמה – כאשר נתח השוק פוחת מרף של 50%, אין להיתלות בנתח השוק לבדו כמדד לקיומו של כוח שוק משמעותי. נדרש "דבר מה נוסף" להוכחת כוח שוק.

רמת הריכוזיות הענפית (תוך העזרות במדד לרנר) – ככל שהענף סובל מריכוזיות גבוהה יותר, כך יש לחשוש מקיומו של כוח שוק משמעותי.

5

מבנה התחרות (מונופול, אוליגופול, שוק תחרותי, שוק מאוים בתחרות) – ראוי להיעזר במיפוי השחקנים הפועלים בענף, תוך עמידה על מאפיינים המבדלים מתחרה אחד מרעהו, למשל באשר למגוון מוצרים או השירותים המוצעים. כמו כן, יש להסתכל על נתחי השוק של כל אחד מהמתחרים והיציבות היחסית שלהם לאורך זמן.¹²

חסמי כניסה וחסמי מעבר – פרמטרים אלה שוקלים משקל רב בעת הערכתו של כוח שוק. שוק חסום צפוי לסבול מכוחו של המונופול, בעוד ששוק שהכניסה אליו קלה יחסית והוא מאוים בתחרות פוטנציאלית – צפוי ליהנות מהתנהלות תחרותית גם מצד המונופול. יש לבחון כמה קשה לשחקן חדש להיכנס לענף, תוך התבוננות בהיבטים טכנולוגיים, רגולטוריים, ממשלתיים וחברתיים.¹³ יש לבדוק אם בענף קיים יתרון לגודל, האם קיים אפקט רשת, האם דרושות הוצאות גבוהות על מחקר ופיתוח, האם מי מהשחקנים מחזיק במשאבים חיוניים, אם קיימים בשוק מותגים, רישיונות או זיכיונות.¹⁴

¹² Terezie Bartusková and Aleš Kresta, *Application of AHP method in external strategic analysis of the selected organization*, 30 *PROCEDIA ECONOMICS AND FINANCE* 146, 151 (2015).

¹³ ראו <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/economics/barriers-to-entry/>

¹⁴ שם; Philippe Aghion and Patrick Bolton, *Contracts as a Barrier to Entry*, 77(3) *THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 388 (1987); R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon and Michael A. Williams, *What Is a Barrier to Entry?*, 94(2) *AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 461 (2004).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הערכת תחליפים – כידוע, קיומו של מוצר תחליפי נמדד בשאלה אם העלאת מחיר מצד אחד תגרום לעלייה בביקוש למוצר מתחרה.¹⁵ נוכח קשיי מדידה, יש להעריך את עלויות המעבר בין מוצרים ובתוך כך את רמת הנאמנות למותג.¹⁶

יבוא – יבוא צפוי למתן התנהלות מונופוליסטית. על כן, שוק הפתוח ליבוא צפוי להתנהל בדרך תחרותית, ולהיפך: שוק הסובל מחסמי יבוא (כגון מכסות ומכסים), עלול לפתח מעמד של מונופול.

בדיקת שינויים במחירים ואם לשינוי הנבחן יש הצדקה בייקור תשומות – בהעדר הצדקה לעליית מחיר המעוגנת בייקור תשומות, יש לחשוש בקיומו של כוח שוק. ואולם אין מדובר באינדיקציה מכרעת: יתכן כי המחיר הישן נבע מאילוץ רגולטורי (כגון פיקוח על מחירים), והמחיר החדש אינו בהכרח "מופרז".

שיעור הרווחיות הענפית ואם היא חורגת מהמקובל בארץ ובמדינות ברות-השוואה בעולם (כגון: OECD).

שרשרת הייצור וספקים – כמה ספקים יש בענף ואילו הסדרים קיימים בין ספקים למשווקים. הסדרי בלעדיות צפויים ליצור חסמי כניסה ולהגביל תחרותיות.

טיב המוצר/שירות לצד סוג הלקוחות והאפיון שלהם – האם קיימות קבוצות צרכנים שהמוצר או השירות חיוני עבורם; האם הלקוחות מאוגדים; עד כמה הלקוחות מתוחכמים והאם יש ללקוחות כוח מיקוח. לקוחות מתוחכמים הנהנים מכוח מיקוח רב יכולים למתן התנהלות מונופוליסטית.

היסטוריה ענפית – האם השוק סבל בעבר מהתנהלות קרטליסטית, מחירים מופרזים וכדומה.

מוצע לבחון מתן משקולות גמישות למדדים השונים, וזאת בשים לב לכך שכל שוק הוא בעל מאפיינים מיוחדים וכל מקרה צריך להיבחן לפי נסיבותיו.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בברכה,

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס, מנהלת

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין, עוזרת משפטית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

¹⁵ ראו <http://www.samsprojects.co.il/strategy/strategy01.html>; ראו גם שגיא וארנברג, לעיל ה"ש 1.

¹⁶ ראו לעיל ה"ש 14.