



עדכון לקוחות | מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

גילוי דעת בעניין כוח שוק ושינויים ברף הדיווח על מיזוגים

יולי, 2019

לקוחות וידידים יקרים,

לפניכם עדכון העוסק בשני עניינים בהם טיפלה בשבוע האחרון רשות התחרות.

האחד – פרסום גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי לצורך הגדרת בעל מונופולין לפי סעיף 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (לשעבר חוק ההגבלים העסקיים). גילוי הדעת מונה אמצעי הערכה מוכרים ומקובלים של כוח שוק. ואולם, הוא גם מבקש להחיל את דיני המונופולין גם על גופים הפועלים בשווקי אוליגופול. כך, למרות שאוליגופולים מטופלים בפרק אחר של החוק – פרק קבוצות הריכוז.

השני – רשות התחרות מבקשת לתקן את תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004. במסגרת התיקון רשות התחרות מבקשת להעלות את רף מחזורי המכירות המינימלי לדיווח על מיזוגים ממחזור שנתי של 10 מיליון ₪ למחזור של 20 מיליון ₪, אך במקביל מציעה להרחיב את קבוצת החברות שמחזורי המכירות שלהן יובאו בחשבון, באופן שעלול להוביל להכבדת הנטל הרגולטורי, ולאי ודאות של ממש.

שני הנושאים נראים על פניו מנותקים זה מזה, אך למעשה - שניהם מבטאים מגמה עקבית של הרחבה בסמכויות רשות התחרות.

גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי

גילוי הדעת פורסם על-רקע תיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21) (חיזוק האכיפה והקלת נטל האסדרה), תשע"ט-2019, שהתקבל בכנסת ביום 1 בינואר 2019. כפי שפורט בעדכון לקוחות קודם, תיקון זה העביר רפורמה מקיפה בחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 ("החוק") ובכלל זה הגדלת תקרת העיצומים הכספיים שניתן להטיל על גופים המפרים את החוק; הרחבת האחריות של נושאי משרה בתאגיד; החמרת הענישה בגין קרטלים; והעלאת סף הדיווח על עסקאות מיזוג.

אחד מהשינויים המרכזיים שנכללו ברפורמה עניינו בהרחבת ההגדרה של בעל מונופולין: עד לתיקון החוק, הוגדר מונופולין רק באמצעות מבחן של נתח שוק, לפיו, שליטה ביותר מ-50% מאספקת הנכסים או השירותים בשוק מסוים בידי גורם אחד תהווה מונופולין. הרפורמה הוסיפה להגדרה הקיימת של מונופולין את המבחן של "כוח שוק משמעותי". רשות התחרות ("הרשות") הודיעה בשעתו כי היא תפרסם לציבור גילוי דעת אשר יפרט מדדים רלבנטיים ויכלול הנחיות להערכת קיומו של כוח שוק משמעותי, ולא תבצע אכיפה בטרם פרסומו. כעת, ולאחר שהועמד להערות הציבור, פורסם גילוי הדעת בנוסחו הסופי.

גילוי הדעת מגדיר כוח שוק משמעותי כיכולת לקבוע תנאי אספקה נחותים באופן משמעותי בהשוואה לאלה אשר היו נקבעים בשוק תחרותי, וזאת באופן כדאי ומבלי לאבד לקוחות רבים מדי לטובת המתחרים, ושלא באופן ארעי, ביחס לכלל לקוחותיו של הגוף הנבחן או לקבוצה מסוימת מתוכם.

הבחינה העיקרית של כוח שוק נעשית באמצעות בחינה של **רסנים מצד הביקוש** – התגובה הצפויה של הלקוחות, ו**רסנים מצד ההיצע** – התגובה הצפויה של ספקים מתחרים או מתחרים פוטנציאליים.

אשר לריסון מצד הביקוש, הרשות מציעה לבחון, קודם כל, את נתח השוק של הגורם הנבחן. נתח שוק גדול הוא אינדיקציה חזקה לכוח שוק משמעותי, אך קיימים מקרים בהם יהא כוח שוק גם למי שבידיו נתח שוק קטן יותר - למשל כאשר יש לגורמים בשוק חובה להתקשר עם מספר ספקים. אינדיקציות נוספות בצד הביקוש הן מידת קרבתם התחרותית של מוצרים אחרים באותו שוק (שהיא במידה מסוימת תמונת ראי של מידת הבידול בו), וקיומם של חסמי מעבר לקוחות. הרשות סירבה לקבוע סף "נמל מבטחים" לנתח שוק קטן שבאופן ודאי לא יהווה מונופולין.

אשר לריסון מצד ההיצע, הוא תלוי ביכולת של ספקים אחרים להיכנס לשוק או להרחיב את פעילותם בו בהסתברות גבוהה, בטווח זמנים מיידי ובקצב מהיר, ובהיקף מספק. חסמי כניסה והתרחבות שהרשות מונה כוללים יתרונות לגודל או מגוון, מגבלות כושר ייצור וגישה לתשומות חיוניות, הוצאות שקועות, ירידה בביקושים, נטייה של לקוחות שלא לעבור בין ספקים, מוניטין, סיכון, אפקט רשת, אינטגרציה אנכית ואחרים. מאידך, קיומם של לקוחות גדולים שיכולים להיכנס לשוק בעצמם עשויים להיות גורם מרסן. הרשות תיתן את הדעת בהקשר זה גם להיסטוריית הכניסות לתחום והיצאות ממנו בשנים שקדמו לבדיקה.

גילוי הדעת מתייחס למספר מאפיינים מיוחדים שעשויים להיות לענפים שונים, אשר יש בהם כדי להשליך על אופן בחינת כוח שוק בפועל. **בכלל זה מתייחס גילוי הדעת, לראשונה, אם כי בצורה עקיפה לשני מאפיינים בולטים של פלטפורמות דיגיטליות: שוק דו-צדדי ואפקט רשת.**

שוק דו-צדדי מוגדר בגילוי הדעת כשוק שבו שחקנים פונים לשני סוגים מובחנים של לקוחות, כאשר מספר הלקוחות מסוג אחד ישפיע על הביקוש של הסוג השני (ולעתים גם להיפך). דוגמאות לשווקים דו-צדדיים הם שוק העיתונות הפונה לקוראים ולמפרסמים, שוק הקניונים הפונה לצרכנים ולחנויות, ורבות מהפלטפורמות הדיגיטליות, הפונות לצרכנים מחד ולמפרסמים מאידך. בשוק כזה, מבהירה הרשות בגילוי הדעת, יש לערוך בחינה נפרדת ביחס לכל צד של השוק, אך תוך התחשבות בהשפעה הצפויה של הפעלת כוח שוק על הביקוש, ובהתאם על רווחיות הפירמה הנבחנת, גם בצד השני של השוק.

אפקט רשת מוגדר בגילוי הדעת כמצב בו "התועלת שכל מי שמשתמש במוצר מפיק ממנו עולה ככל שעולה מספר המשתמשים במוצר". במצב כזה, לשיטת הרשות, נוצר חסם כניסה שעשוי להעניק יתרון למי שכבר יש לו מאגר משתמשים גדול. חסם זה מגדיל את כוח השוק של שחקן שפועל בשוק בהיקף גדול. בהקשר זה נתנה הרשות, באופן מפורש, את הדוגמה של רשת חברתית אינטרנטית שהמשתמשים מבקשים להצטרף אליה בזכות מאגר המשתמשים הרחב שכבר יש לה.

מאפיינים מיוחדים נוספים שגילוי הדעת דן בהם הם קיומו של שוק המשך, ואינטגרציה אנכית (מצב בו הגוף הנבחן פועל גם בשוקי תשומה של השוק הנבחן).

נעיר, שגילוי הדעת בוחר באופן מפורש שלא לדון במצב של מונופסון – כוח שוק ברכישה – אשר לשיטת הרשות יש לו מאפיינים אחרים.

האם ייתכן שיהיה כוח שוק משמעותי ליותר מגורם אחד?

בכמה מקומות עולה מן הטיוטה, כי ניתן להחיל את פרק המונופולין שבחוק גם במקרה שבו יש מספר גורמים המוגדרים כבעלי כוח שוק. כך, למשל, לשיטת הרשות "במקרה שבו קיימת חשיבות מיוחדת ליכולת הקמעונאי להציע ללקוחותיו מגוון של מותגים, ואילו מספר המותגים הקיימים בשוק נמוך". הדוגמה שמביאה הרשות בהקשר זה היא של חברת ביטוח המחויבת מכוח רגולציה (שאינה קיימת בישראל) להציע לפחות שלושה ספקים לשירות מסוים, כאשר קיימים בשוק רק שלושה ספקים. דוגמה אחרת מובאת בסופו של גילוי הדעת, כחלק מהדיון בשווקים בעלי מאפיינים מיוחדים: הרשות דנה ב"כוח שוק שמקורו בהתנהלות מותאמת" – מצב בו קיימת בשוק דינמיקה תחרותית אוליגופולית שבמסגרתה השחקנים החזקים בשוק נמנעים, ללא תיאום מפורש, מלהתחרות זה על לקוחותיו של זה. לשיטת הרשות, התנהלות מותאמת כזו מקנה לכל אחד מהשחקנים השותפים לה כוח שוק משמעותי.

עמדת הרשות, המשתמעת מגילוי הדעת, לפיה יכול להיות בשוק יותר מגורם אחד בעל כוח שוק משמעותי, והתייחסותה של הרשות ל"התנהלות מותאמת", מטשטשת את גבולות הגזרה של פרק המונופולין בחוק ומרחיבה אותם.

פרק המונופולין בחוק נועד, במהותו, לטפל במצב בו גורם יכול לשנות את מצב התחרות בשוק באופן חד-צדדי, על ידי התנהלותו שלו, ושלו בלבד. האמירה שלפיה יכול להיות יותר מגורם אחד בעל כוח שוק, למשל כתוצאה מכשל רגולטורי, או הכנסת הנושא של "השפעות מותאמות" (המכונות בדרך כלל "השפעות מתואמות") לתוך פרק המונופולין מכניסה תחת סמכויות הממונה על התחרות ("הממונה") לפי פרק זה מצבים של אוליגופול (תחרות בין מעטים).

למצבים של אוליגופול נועד פרק אחר בחוק – פרק קבוצות הריכוז. סמכויות הממונה לפי פרק קבוצות הריכוז מצמצמות יותר, הפעלת הסמכויות בפרק זה טעונה הכרזה על קיומה של קבוצת ריכוז, ובהעדר הכרזה לא ניתן לבצע אכיפה נגד חברי האוליגופול. החלת פרק המונופולין אינה טעונה הכרזה, והיא מאפשרת אכיפה בדיעבד כלפי בעל המונופולין. אין זה פלא, אפוא, שרשות התחרות לוטשת עיניים לסמכויות האכיפה מכוח פרק המונופולין גם בהקשר של אוליגופולים.

שינויים בדיווח על מיזוגים

הרשות פרסמה לאחרונה טיוטה המציעה לערוך תיקון בתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004. טיוטת התקנות המעודכנת כוללת מספר שינויים, בהם שני שינויים חשובים באופן הדיווח על מיזוגים.

שינוי אחד - רף הדיווח המינימלי על מיזוגי חברות יעלה. לאחר שהרפורמה בחוק מתחילת 2019 העלתה את רף הדיווח מכוח מחזורי מכירות למחזור מצטבר של 360 מיליון ₪ לכל הצדדים המעורבים, השינוי בתקנות יעלה גם את הרף המינימלי לפיו לשני צדדים לפחות מבין החברות המתמזגות יהיה מחזור מכירות של 20 מיליון ₪ לפחות, במקום 10 מיליון ₪ כפי שהיה עד כה. במילים אחרות, אם גורם שיש לו לבדו מחזור מכירות גבוה ירכוש גורם שיש לו מחזור מכירות קטן מ-20 מיליון שקלים, ונתחי השוק של השניים, לפני ואחרי המיזוג, יהיו קטנים מ-50%, הוא לא יידרש להגיש הודעת מיזוג. הדבר מהווה הקלה מסוימת בדיווח על מיזוגים.

שינוי נוסף - חובות הדיווח על מיזוגים דווקא יורחבו באמצעות שינוי בהגדרת "שליטה". מחזור המכירות של חברות מתמזגות נמדד בקשר עם קבוצת חברות המצויות תחת אותה שליטה. ואולם, עד כה הייתה הגדרת "שליטה" בתקנות כהגדרתה בחוק – הגדרה מצומצמת לפיה שליטה היא החזקה של למעלה מ-50% מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית או הזכות למנות את חברי הדירקטוריון. בין היתר, הרשות מבקשת לשנות את הגדרת "שליטה" בתקנות, להגדרה שבחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך").

נזכיר, ששליטה מוגדרת בחוק ניירות ערך כ"יכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד". הגדרה זו תכפיף את רף הדיווח על מיזוגים לפסיקה הענפה לפי חוק ניירות ערך, שבחלקה אינה רלוונטית כלל לדיני התחרות ולמטרותיהם.

מטרת השינוי היא לעבור ממבחן "מספרי-כמותי" להגדרה רחבה יותר, הבוחנת מהותית את יכולתו של אדם להכווין את עסקי החברה המתמזגת. אלא שמטרתו של רף הדיווח על מיזוגים היא הפוכה: על התקנות ליצור רף ברור, חד-משמעי וקל להבנה ולאכיפה. ההגדרה ה"מהותית" לפי חוק ניירות ערך היא הגדרה עמומה ומעורפלת, שעלולה להביא בגדר מחזורי המכירות גורמים שיש לצדדים למיזוג יכולת מוגבלת להכווין את פעילויותיהם בהקשרים מסוימים, אך בפועל אינם מצויים בשליטתם המהותית של הצדדים למיזוג, ולפעמים הצדדים אף יתקשו למסור מידע אודותיהם ואודות מחזורי המכירות שלהם.

בנוסף, הרשות מציעה שינויים בטפסי הודעות המיזוג.

התוצאה המסתברת היא, שהתיקונים המוצעים לא יקלו את נטל האכיפה, אלא דווקא יכבידו אותו באופן משמעותי.

אנו עומדים לרשותכם לכל שאלה או הבהרה.

מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

הרצוג פוקס נאמן

אנשי קשר:

איריס אכמון | שותפה

מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

03-692-5960 📞

achmoni@hfn.co.il 📧

טליה סולומון | שותפה

ראשת מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

03-692-5960 📞

solomonta@hfn.co.il 📧