

גילוי דעת 26 / בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים

תוכן עניינים

3	פרק 1. מבוא
5	פרק 2. מיזוגים אופקיים
5	א.2. מבוא
6	ב.2. חשש להשפעה חד-צדדית
7	ג.2. חשש להשפעה מתואמת
10	ד.2. מדדי ריכוזיות
11	ה.2. חזקות מבניות בקשר עם מיזוגים אופקיים
11	ו.2. תחרות פוטנציאלית
13	ז.2. מתחרה בתחילת דרכו (nascent competitor)
13	פרק 3. מיזוגים לא אופקיים
13	א.3. מבוא
14	ב.3. מיזוגים אנכיים
14	ב.3.1. חששות לחסימה
14	ב.3.2. חסימת גישה לתשומות
16	ב.3.3. נתונים כתשומה
16	ב.3.4. חסימת לקוחות
17	ג.3. מיזוגים קונגלומרטיים
18	ג.3.1. חששות לחסימה כתוצאה מקשירה
19	ג.3.2. קשירה ומיקוד הצעות ללקוחות
19	ד.3. השגת מידע רגיש מבחינה תחרותית
20	פרק 4. רכישות סדרתיות
20	פרק 5. בעלות חלקית
22	פרק 6. פלטפורמות רב-צדדיות
23	פרק 7. כוח שוק של רוכשים
23	א.7. מבוא
24	ב.7. כוח מונופסוני מול שוק ספקים תחרותי
24	ג.7. כוח מיקוח במשא-ומתן (bargaining power)
25	פרק 8. כניסת מתחרים
25	פרק 9. יעילות
26	פרק 10. הגדרת שוק
26	א.10. מבוא
27	ב.10. מאפייני מוצר/שירות
28	ג.10. מבחן ה-SSNIP
30	ד.10. שוק גאוגרפי
30	ה.10. מדידת נתחי שוק
30	ו.10. אפליה
31	ז.10. שווקים לחבילות מוצרים

10.ח. שוקי המשך 31

10.ט. שווקים של "הכל במקום אחד" (one-stop shop) 32

10.י. שוקי מקבץ (cluster markets) 32

10.ח. שוקי המשך (ecosystems) 32



1. מבוא

תחרות היא תהליך אשר מתמרץ חברות לספק מוצרים ושירותים במחירים זולים יותר ובאיכות גבוהה יותר, לצד יתרונות נוספים אשר תורמים אף הם לרווחת הצרכן.¹ מיזוגים אשר פוגעים בתחרות שוללים יתרונות אלה מהציבור. מרבית המיזוגים אינם מעלים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, ויש מיזוגים שאף תורמים לתחרות ולרווחת הצרכנים. מעבר לאפשרות שמיוזוג זה או אחר יתרום על-פי נסיבותיו ליעילות ולתחרות, לדוגמא על-ידי יצירת סינרגיה,² הרי שעצם האפשרות למכור חברות ולהכניס בהן משקיעים משמעותיים היא ביטוי לעקרון של עבירות נכסים אשר נחשבת ככלל כמועילה למשק,³ ובין השאר אפשרות זו עשויה להוות תמריץ להקמת חברות מלכתחילה. עם זאת, ישנם מיזוגים העלולים לפגוע באופן משמעותי בתחרות ובציבור. פגיעה כזו עשויה לנבוע מיצירתו של כוח שוק, מהגדלתו, מהרחבתו או מביצורו.⁴ כוח שוק כאמור צפוי להביא להרעה בתנאי המסחר המוצעים. הרעה כזו עשויה למצוא את ביטויה בהעלאת מחיר, בפגיעה באיכות, בשירות או בכל תנאי מסחרי אחר, בהמעטה במאמצי חדשנות ועוד. הפיקוח על מיזוגים נועד להגן על התחרות ועל הציבור על-ידי מניעת מיזוגים העלולים ליצור, להגדיל, לחזק או לבצר כוח שוק ולגרום לפגיעה כאמור.⁵

פרק ג' לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן **חוק התחרות**) מחייב מסירת הודעה על מיזוג חברות העונה על אחת או יותר מהחלופות שבסעי' 17(א) לחוק התחרות, ואוסר על ביצוע מיזוג כאמור ללא הסכמת הממונה על התחרות (להלן **הממונה**).⁶ לפי סעי' 21(א) לחוק התחרות, הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: רמת מחירים של נכס או שירות; איכות של נכס או של שירות; הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה.

בשנת 2011 פרסמה רשות התחרות (להלן גם **הרשות**) את גילוי דעת 1/11 **בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים**, אשר מוחלף עתה בגילוי הדעת הנוכחי. חשוב שרשות התחרות תעדכן את גישתה לפיקוח על מיזוגים בהתאם להתפתחויות בתחום הכלכלה, בהתאם לניסיון המצטבר בפיקוח על מיזוגים בישראל וכן בהתאם לניסיוןן של רשויות תחרות ברחבי העולם. לשם כך מפרסמת הרשות עתה הנחיות מעודכנות לעניין ניתוח תחרותי של מיזוגים. כעולה מכותרתו,

¹ ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל**, פ"ד נב(5) 213, בעמ' 229-230.

² לעניין יעילות אשר לפי הטענה צפויה להיווצר כתוצאה ממיזוג ראו פרק 9 להלן.

³ עם זאת, מקובל כי קיימת הצדקה להטלת מגבלות מסוימות על עבירות נכסים. לשת' גישות מנוגדות באשר להיקף ההצדקות להגבלת עבירות נכסים, השוו S. Rose-Ackerman, "Inalienability and the Theory of Property Rights," 85 Columbia L.Rev. 931 (1985) R. Epstein, "Why Restrain Alienation," 85 Columbia L.Rev. 970 (1985).

⁴ להרחבה בעניין המושג של "כוח שוק", ראו גילוי דעת 2/19 **בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי** (21.7.19). כפי שעולה מכותרתו של גילוי דעת 2/19, רובו מוקדש לנושא של "כוח שוק משמעותי". עם זאת, המבוא לגילוי הדעת, בעמ' 2-3, עוסק במושג הכללי יותר של "כוח שוק", ושאר פרקי גילוי הדעת, הגם שהם עוסקים בנושא של "כוח שוק משמעותי", רלוונטיים – בשינויים המחויבים – למושג של "כוח שוק".

⁵ ע"א 3389/06 **הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988)** בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פס' 28-30.

⁶ לעניין פרטי החובה למסור הודעת מיזוג לפי החלופות שבסעי' 17(א) לחוק התחרות, לרבות הגדרת המונח "מיזוג", ראו **הנחיות על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988**.

גילוי דעת 1/11 עסק במיזוגים אופקיים בלבד, שהם מיזוגים בין חברות שהן מתחרות או מתחרות פוטנציאליות ביחס למוצר או שירות נתון. ההנחיות המתפרסמות עתה מעדכנות את הדיון במיזוגים אופקיים לעומת הדיון שהופיע בגילוי דעת 1/11. כאמור, עם פרסומן של הנחיות אלה, מתבטל גילוי דעת 1/11.

ההנחיות המתפרסמות עתה מרחיבות את היריעה ועוסקות גם במיזוגים לא-אופקיים, אשר מסווגים בדרך-כלל כאנכיים או כקונגלומרטיים. במיזוג אנכי מעורבות חברות אשר פועלות בחוליות שונות של אותה שרשרת אספקה של מוצר או שירות. מיזוג קונגלומרטי הוא מיזוג שאינו אופקי ואינו אנכי; עם זאת, גם במיזוג קונגלומרטי עשויה להיות זיקה בין תחומי הפעילות של החברות המתמזגות. מיזוגים מסוימים עשויים להתאפיין הן בהיבטים אופקיים והן בהיבטים לא-אופקיים ולעורר חששות תחרותיים באחד ההיבטים או בשניהם.

כמו-כן, ההנחיות המתפרסמות עתה דנות בהרחבה בנושאים כגון תחרות פוטנציאלית, רכישת בעלות חלקית, פלטפורמות דו-צדדיות או רב-צדדיות, רכישות סדרתיות, כוח שוק מצד רוכשים ועוד.

ישנן שלוש דרכים עיקריות שבהן מיזוג עשוי לפגוע בתחרות:

- "חשש להפעלת כוח שוק חד-צדדי", או "השפעה חד-צדדית" (unilateral effects), כלומר שהמיזוג יגדיל את היכולת או את התמריץ של החברה הממוזגת להרע באופן חד-צדדי את תנאי המסחר שהיא מציעה, וזאת ללא תלות בפעולותיהם או בתגובותיהם של גורמים אחרים בשוק מלבד החברה הממוזגת.⁷
- "חשש להפעלת כוח שוק מתואם", או "השפעה מתואמת" (coordinated effects), כלומר שהמיזוג יקל על תיאום או על פעולה מותאמת, בין אם מפורש ובין אם לאו, בין אם באופן חוקי ובין אם לאו, בין החברה הממוזגת לבין חברות אחרות הפועלות בזירה התחרותית לאחר המיזוג, או בין החברות האחרות לבין עצמן, מה שיכול להוביל להרעה בתנאי המסחר כמתואר לעיל.
- "חשש להדרה" או "השפעה מדירה" (exclusionary effects), כלומר שהמיזוג יגדיל את היכולת או את התמריץ של החברה הממוזגת לנקוט בהתנהגות מדירה כלפי מתחרים או מתחרים פוטנציאליים של החברה הממוזגת, מה שעלול להפחית את יכולתם של אותם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים להוות רסן תחרותי עבור החברה הממוזגת, ועל-ידי כך לגרום להרעה חד-צדדית או מתואמת של תנאי מסחר כמתואר לעיל.

השפעותיו הצפויות של מיזוג על התחרות נלמדות באמצעות השוואה בין התחרות הצפויה לאחר המיזוג לבין התחרות הצפויה אלמלא המיזוג (counterfactual).⁸ לעניין זה יצוין כי התחרות העתידית אלמלא המיזוג עשויה להיות דומה לזו שמתקיימת לפני המיזוג, אבל לא בהכרח. לדוגמא, אם אחד הצדדים למיזוג הוא מתחרה פוטנציאלי, הערכת מצב התחרות אלמלא המיזוג תתחשב ביכולתו של אותו צד להתחרות בפועל בעתיד אלמלא המיזוג, כמו גם בתמריץ עבורו לעשות זאת.

⁷ מקובל בהקשרים שונים של דיני תחרות לדבר על יכולת ותמריץ, על-אף שלעיתים ההבחנה בין שני מושגים אלה אינה חדה וברורה. מבחינה מעשית, הכוונה היא למצב שבו פגיעה בתחרות היא גם אפשרית וגם כדאית עבור הפוגע.

⁸ UK Competition and Markets Authority Merger Assessment Guidelines (2021) (להלן: UK Merger Assessment Guidelines), ס' 3.6 ואילך.

כך גם אם צפוי שינוי במידת הריכוזיות בשוק אף בלי קשר למיזוג, או אם צפויים שינויים טכנולוגיים או רגולטוריים רלוונטיים. דוגמא נוספת לקיומו של פער אפשרי בין המצב לפני המיזוג לבין המצב אלמלא המיזוג היא המקרה של "חברה כושלת", כלומר חברה שגם אלמלא המיזוג צפויה לחדול מלהתחרות עקב כשלון עסקי; תרחיש זה נדון בגילוי דעת נפרד ולא יידון כאן.⁹

מטבע הדברים, הערכת השפעותיו התחרותיות של מיזוג אם ייצא אל הפועל – כמו גם הערכת מצב התחרות בעתיד אם המיזוג לא ייצא אל הפועל – כרוכה באי-ודאות. מטעם זה, דיני המיזוג אינם דורשים חיזוי ודאי של השפעות המיזוג כתנאי להחלטת הממונה להסכים למיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים.¹⁰

בחינת מיזוגים אינה נעשית על-ידי יישום אחיד של מתודולוגיה יחידה. אדרבה, דרך בחינתו של כל מיזוג תלויה, בין היתר, בנסיבותיו של המקרה, במאפייני המיזוג ובראיות הקיימות בנוגע למיזוג. האמור בגילוי דעת זה נועד לפרוס לפני הקורא קווים עיקריים של בחינת מיזוגים, אך בכל מקרה תבחר הרשות בדרך הניתוח המתאימה לאור נסיבותיו של אותו מקרה, גם אם דרך זו שונה במידה זו או אחרת מן האמור כאן.

לשם הנוחות, הדיון דלהלן יתייחס בעיקר לחשש להעלאת מחירים כתוצאה ממיזוג. עם זאת, אותם עקרונות חלים גם על חשש לפגיעה בתנאי מסחר אחרים, כגון איכות, כמות מסופקת וסדירות האספקה, כמו גם על חשש לפגיעה במאמצי חדשנות.¹¹ לעניין זה, המושג של העלאת מחיר עשוי לכלול, בנסיבות המתאימות לכך, גם אי-הורדת מחיר. בדומה, המושג של פגיעה בתנאי מסחר אחרים עשוי לכלול, בנסיבות המתאימות לכך, גם היעדר שיפור בתנאים אלה, וכך גם באשר למאמצי חדשנות.

במרבית הדיון להלן ההתייחסות תהיה לכוח שוק מצד ספקים, אשר יכול למצוא ביטוי בין השאר בהעלאת מחירים. אולם, אותם עקרונות רלוונטיים ככלל גם לכוח שוק מצד רוכשים, אשר יכול למצוא ביטוי בין השאר בהורדת מחירים המשולמים לספקים. בפרק 7 להלן תובא התייחסות ספציפית לכוח שוק מצד רוכשים, אך כעיקרון האמור בשאר פרקי גילוי דעת זה רלוונטי אף לכוח שוק מצד רוכשים, בשינויים המחויבים.

2. מיזוגים אופקיים

2.א מבוא

מיזוגים בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים מכונים מיזוגים אופקיים. סיווג של מיזוג כאופקי אינו תלוי בהגדרת שוק, ודי בכך שקיימת יריבות עסקית (או, לפי העניין, פוטנציאל ליריבות עסקית)

⁹ גילוי דעת 1/10: דוקטרינת החברה הכושלת.

¹⁰ לפי סעי' 21(א) לחוק התחרות, הסטנדרט הוא "חשש סביר". להרחבה בעניין אי-ודאות בהערכת השפעותיו הצפויות של מיזוג, ראו ע"א 3389/06, הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, בין השאר בפס' 30, 39, 55, 62 ו-64.

¹¹ לדוגמא לחשש לפגיעה במשתנים שאינם מחיר (כגון איכות וסדירות אספקה), במקום שבו המחיר נקבע ברגולציה ענפית, ראו נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין שיכון ובינוי בע"מ, חשג"ל עליון בע"מ, אגירה שאובה – אלקטרה שותפות מוגבלת ואלקטרה-אורתם – אגירה שאובה מנרה שותפות כללית (18.2.13), עמ' 7-8.

בין צדדים למיזוג כדי שהמיזוג יסווג כאופקי.¹² מיזוגים אופקיים עשויים לפגוע בתחרות בעיקר בדרך של השפעה חד-צדדית (unilateral effects) ובדרך של השפעה מתואמת (coordinated effects).

2.2 חשש להשפעה חד-צדדית

דרך עיקרית שבה מיזוג עשוי לגרום לפגיעה בתחרות היא בכך שעל-ידי ביטול התחרות בין הצדדים המתמזוגים כתוצאה מהמיזוג, יגדל התמריץ או תגדל היכולת של החברה הממוזגת להרע באופן חד-צדדי את תנאי המסחר שהיא מציעה, לדוגמה על-ידי העלאת מחיר. ביטול התחרות בין החברות המתמזוגות עשוי גם להפחית את התחרות בין החברה הממוזגת לבין מתחרים אחרים כמו גם את התחרות בין המתחרים האחרים לבין עצמם, אם כתוצאה מחיזוק יכולתה של החברה הממוזגת להרע באופן חד-צדדי את תנאי המסחר, אם כתוצאה מהגדלת התמריץ שלה לעשות כן או אם כתוצאה משניהם. פגיעה בתחרות כתוצאה מהגדלת היכולת או התמריץ של החברה הממוזגת להרע באופן חד-צדדי את תנאי המסחר – זאת אף בלי תלות באפשרות של פעילות מתואמת מטעם מתחרים אחרים – מכונה כאמור הפעלת כוח שוק חד-צדדי או השפעה חד-צדדית (unilateral effects).¹³

כאשר חברה שוקלת העלאת מחיר, היא נדרשת לאזן בין הרווחים המוגדלים שיניבו לה לקוחות אשר ימשיכו לרכוש ממנה על-אף ההעלאה במחיר, לבין אובדן רווחים מלקוחות אשר יפסיקו עקב כך לרכוש את מוצריה או שירותיה. אותם לקוחות אשר יפסיקו לרכוש ממנה ירכשו מחברה מתחרה (או שלא ירכשו את המוצר או את השירות בכלל). אם החברה תתמזג עם חברה מתחרה אשר – אלמלא המיזוג – חלק מאותם לקוחות היו עוברים לרכוש ממנה במקרה של העלאת מחיר, האיזון המתואר לעיל ישתנה. חלק מהרווחים שהחברה היתנה מאבדת עקב העלאת המחיר אלמלא המיזוג יישארו אחרי המיזוג בתוך החברה הממוזגת. לאור זאת, יגדל התמריץ של החברה הממוזגת להעלות מחיר.

כאשר המידע והנתונים הדרושים לכך זמינים, ניתן להעריך את היקפם של אותם הרווחים שצד אחד למיזוג היה מאבד לטובת הצד השני למיזוג עקב העלאת מחיר אלמלא המיזוג, ואשר לאחר המיזוג יישארו בחברה הממוזגת. כך לדוגמה, "יחס הסטה" (diversion ratio), המבטא את האחוז מתוך כלל המכירות האבודות שהיה עובר בעקבות העלאת מחיר לצד השני למיזוג, יחד עם נתוני רווחיות, יוכל לספק אינדיקציה לייקור אפשרי של מחיר המוצר בעקבות המיזוג.¹⁴

גם כאשר יחס ההסטה בין שתי החברות המתמזוגות אינו גדול, עדיין צפויה השפעה חד-צדדית כתוצאה ממיזוג בין שתי חברות מתחרות. השפעה חד-צדדית צפויה להיות משמעותית יותר ככל שאחוז גדול יותר של לקוחות אחד הצדדים למיזוג רואים במוצר של הצד השני את התחליף הקרוב

¹² הגדרת שוק היא כלי העשוי להיות שימושי במגוון הקשרים בדיני תחרות (לדיון בהגדרת שוק, ראו פרק 10 להלן). אולם, סיווגם של צדדים למיזוגים כמתחרים אחד של השני (בפועל או בפוטנציה) אינו תלוי בהגדרת שוק, והוא יתמקד בשאלה האם קיימת (בפועל או בפוטנציה) יריבות עסקית בין המתמזגים. כך גם בהגדרה של "מתחרים" בסעי' 1 לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג-2013, שאינה מזכירה הגדרת שוק בין ארבע חלופותיה.

¹³ ת"כ 11361-07-22 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשל"צ זכרון יעקב בע"מ נ' רשות התחרות (באתר רשות התחרות, 25.2.25), פס' 96 ואילך.

¹⁴ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין נ.א.ר.א. מדיקל סנטר בע"מ ומעין מרכז רפואי עיניים ייעוץ וניתוחים בע"מ (12.9.18), עמ' 4.

ביותר. יחס ההסטה בין שני מוצרים יכול להצביע על מידה רבה של תחרות ביניהם, ועל פגיעה משמעותית בתחרות במקרה של מיזוג בין יצרניהם, אף אם קיים יחס הסטה גדול יותר בין אחד המוצרים לבין מוצר אחר המיוצר על-ידי חברה שאינה צד למיזוג.

במקרים רבים, אין נתונים זמינים ואמינים שיאפשרו לאמוד יחס הסטה באופן ישיר. משכך, כדי להעריך את מידת התחרות בין החברות המתמזגות, הרשות עשויה לשקול כל מידע שהוא רלוונטי, אמין וזמין, לרבות תפיסת הלקוחות והערכות הצדדים למיזוג ומתחריהם, בעיקר במסמכים שהוכנו במהלך העסקים הרגיל.

בהערכתה את החשש להשפעה חד-צדדית כתוצאה ממיזוג, הרשות עשויה להגדיר שוק ולאמוד את מידת הריכוזיות בו, לרבות נתחי השוק של החברות המתמזגות.¹⁵ עם זאת, מכיוון שהערכת החשש להשפעה חד-צדדית מתמקדת בתחרות הקיימת בין שתי החברות המתמזגות לבין עצמן אלמלא המיזוג, היא אינה מחייבת הגדרת שוק ואינה תלויה בה.¹⁶

ג.2 חשש להשפעה מתואמת

דרך עיקרית שניה שבה מיזוג עשוי לגרום לפגיעה בתחרות היא בכך שהמיזוג יקל על תיאום או התאמה, בין אם מפורש ובין אם לאו, בין אם חוקי ובין אם לאו.¹⁷ (מכאן ולהבא השימוש במונחים תיאום, מתואם וכד' נועד לתאר את החשש התחרותי הנידון בתת פרק זה, ללא אבחנה אם הושג באופן חוקי או לא). הביטוי "הפעלת כוח שוק מתואם" או "השפעה מתואמת" (coordinated effects) מתייחס לחשש שבעקבות המיזוג תגדל הסבירות שהחברה הממוזגת ולפחות חלק ממתחריה יגדילו את כוח השוק שבידם על-ידי תיאום. ככל שתיאום כאמור התקיים עוד לפני המיזוג, אפשר שהמיזוג יגדיל את הסבירות שהתיאום יתחזק, לדוגמה על-ידי שימורו, ייצובו או הגדלת רווחיותו.

תיאום עשוי להתקיים ביחס למגוון פרמטרים תחרותיים, ביניהם מחיר (מחיר כולל או רכיבים מסוימים שלו), תפוקה, כושר ייצור, איכות, מאפייני המוצר, השקעה, מחקר ופיתוח וחדשנות. תיאום עשוי להתקיים גם בדרך של חלוקת שוק – כולו או חלקו – לפי זהות הלקוחות או סוגם, לפי אזורים גיאוגרפיים, לפי מוצרים או לפי כל מפתח אחר.

גידול במידת הריכוזיות בשוק עשוי להקל על השחקנים להגיע להסדר ביניהם או להתאים את התנהגותם זה לזה וכן להקל על איתור סטיות והענשה בגינן.¹⁸ גידול בריכוזיות בשוק עשוי להגביר את הסיכון ששחקנים בשוק יימנעו מפעולות תחרותיות מתוך חשש לתגובות תחרותיות מצד

¹⁵ נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג שבין שמיר מוצרים אופטיים מיוחדים בע"מ, סגם מוצרי אופטיקה בע"מ, ורסנו תעשיות אופיי תבע"מ ובר ויז'ן בע"מ (8.7.21), עמ' 5-6; UK Merger Assessment Guidelines; 4.4. להרחבות לעניין מדדי ריכוזיות ונתחי שוק, ראו פרקים 2.2 ו-10.ה להלן.
¹⁶ ראו U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Merger Guidelines (2023) (להלן: "an analysis of the existing competition between the merging firms can demonstrate that a merger threatens competitive harm independent from an analysis of market shares").

¹⁷ מובן שאין בדיון כאן ניסיון לשרטט את הקו המפריד בין החוקי לבין הלא-חוקי בעניין פעולה מתואמת או מותאמת בין מתחרים.

¹⁸ הענשת סטיות מתיאום עשויה ללבוש צורות שונות, לדוגמה הצעת מחירים נמוכים במיוחד ללקוחותיו של צד שסטה מהתיאום, או – כאשר הדבר אפשרי בנסיבות המקרה – מניעת גישתו של הצד שסטה לתשומות הדרושות לו או הגדלת עלויותיו. גם הפסקת התיאום ומעבר למלחמת מחירים כללית עשויה לשמש כשיטה להעניש צד שסטה. ראו באופן כללי I. Ayres, "How Cartels Punish," 87 Columbia L.Rev. 295 (1987).

שחקנים אחרים בשוק. ההגעה להסדר או התאמה, ההימנעות מפעולות תחרותיות ואיתור הסטיות והענשתן אינם חייבים להיות מלאים כדי לגרום לפגיעה בתחרות; במקרים רבים הם חלקיים בלבד. אף אם קיימים מתחרים שאינם צפויים להשתתף, עדיין יתכן תיאום בין מתחרים אחרים בשוק ופגיעה בתחרות.

ברמה המושגית תיאום צפוי להתקיים אם הרווח הצפוי לכל צד מתיאום גדול מהרווח שהוא יכול להפיק על-ידי סטייה מהתיאום בניכוי הפסדים הצפויים כתוצאה מענישה בידי יתר הצדדים בעקבות גילוי הסטייה מהתיאום.¹⁹ עם זאת, ברור כי במרבית המקרים הדברים אינם ניתנים לחישוב כמותי בעת בדיקת מיזוג.

בבואה לבחון חשש להשפעה מתואמת בעקבות מיזוג, הרשות עשויה לשקול בין היתר את הגורמים המתוארים להלן, כולם או חלקם, הכל בהתאם לנסיבותיו של המיזוג ולזמינות הנתונים.²⁰ אין הכרח שיתקיימו כל הגורמים או אף רובם של התנאים על-מנת למצוא שמיזוג מעורר חשש להשפעה מתואמת, ואף אחד מהגורמים המנויים להלן אינו תנאי הכרחי לכך.

(א) ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר, כך יגדלו יכולתם לתאם והתמריץ שלהם לעשות כן.²¹

(ב) חסמי כניסה גבוהים צפויים להקל על תיאום.²²

(ג) הומוגניות של מוצרים מקלה הן על תיאום והן על גילוי סטיות מתיאום.²³

(ד) סימטריה בין מתחרים נוטה ליצור דמיון או האחדה בין תמריציהם ועל-ידי כך להקל על תיאום. הדברים נאמרים במיוחד ביחס למשתנים כגון עלויות דומות ומבנה עלויות דומה, נתחי שוק דומים, היקפי כושר ייצור דומים ואינטגרציה אנכית דומה.²⁴ יחד עם זאת, העדר סימטריה במשתנים אלה אינו גורר את המסקנה כי תיאום אינו אפשרי. גורמים אחרים עשויים לאפשר להתגבר על-כך ולהקל על תיאום בין מתחרים בגדלים שונים.²⁵

(ה) לעתים נקודת ייחוס משותפת, לדוגמא מחיר מרבי מפוקח, עשויה להקל על תיאום.²⁶

(ו) לעתים קיים בשוק מתחרה שהוא "מחולל תחרות" (maverick), כלומר מתחרה שנוטה לסטות מתיאום או לא להשתתף בתיאום מלכתחילה, או שלאור מאפייניו ונסיבות השוק הוא עשוי לנהוג בדרך זו, תוך הפרעה למאמצי תיאום של מתחרים אחרים על-ידי התנהלות תחרותית. מיזוג אשר יעלים מחולל תחרות או יפחית מיכולתו או מתמריציו לחולל תחרות

¹⁹ UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 6.14 ואילך.

²⁰ ראו באופן כללי U.S. Merger Guidelines, פרק 2.3.

²¹ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (10.10.16), פס' 73; UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 6.13(a); Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2d ed. 2001) (להלן: Posner) בעמ' 69-70.

²² ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (10.10.16), פס' 74; Posner, בעמ' 72-74.

²³ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (10.10.16), פס' 75; Posner, בעמ' 75.

²⁴ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (10.10.16), פס' 82; UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 6.13(c); Posner, עמ' 77.

²⁵ נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין מילועוף אינטגרציית פטם גליל מערבי אגודה שיתופית חקלאית בע"מ לעוף טוב שאן בע"מ (9.5.24), בעמ' 12.

²⁶ UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 6.13(b).

צפוי להגדיל את הסתברות התיאום בעקבות המיזוג.²⁷ עם זאת, קיומו של מחולל תחרות בשוק שאינו צד למיזוג אינו ערובה לכך שהמיזוג לא יגדיל את ההסתברות לתיאום.²⁸

(ז) הסתברות התיאום תגדל ככל שקיימים ערוצי תקשורת (לאו דווקא תקשורת ישירה או מפורשת) בין מתחרים, וככל שמידע תחרותי, לרבות מחירים, עסקות והשקעות, גלוי לעיני מתחרים אחרים. זאת, בין השאר, מן הסיבה ששקיפותו של מידע תחרותי מגבירה את היכולת לגילוי מהיר של סטיות מתיאום ולתגובה מהירה לסטיות; יכולת כזו מקלה על ייצוב תיאום. אלגוריתמים, תוכנות וכלי ניטור טכנולוגיים עשויים להקל על מעקב כאמור. תופעה נרחבת של ניטור מתחרים, עסקותיהם ופעולותיהם התחרותיות עשויה להעיד על-כך שהמעקב כדאי ומועיל.²⁹ הבטחות כלפי לקוחות להתיישר עם מחיר זול של מתחרה (meeting-competition clauses) עשויות להניב דיווחים על סטיות מהתיאום ועל-ידי כך להקל על תיאום.³⁰

(ח) קשרי בעלות בין מתחרים, ולו גם חלקיים, עשויים להקל על תיאום.³¹

(ט) יחסים מסחריים בין מתחרים (לדוגמא, כאשר מתחרה אחד רוכש תשומה ממתחרה אחר) עשויים ליצור הזדמנויות לתקשר ולתאם, כמו גם להעניש על סטיות מתיאום.³²

(י) קיומו של עודף כושר ייצור ניכר בקרב המתחרים בשוק עשוי להקל על תיאום.³³

(יא) יציבות במאפייני שוק שונים, כגון ביקוש, עלויות ייצור וטכנולוגיות ייצור עשויה להקל על תיאום.³⁴

(יב) קיומם של חסמי מעבר לקוחות, או שיעורים קטנים שמעבר לקוחות בפועל, עשויים להקל על תיאום.³⁵

(יג) כאשר מתחרים בשוק אחד משתפים פעולה ביניהם בשוק אחר או יש להם השקעה משותפת בנוגע לשוק אחר, הדבר עשוי להחליש את התחרות ביניהם בשוק שבהם הם מתחרים, ובדרך זו להוביל להשפעה מתואמת שם.³⁶

²⁷ ע"א 3389/06, הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פ"ס 11-13, 16-18, 51-53.

²⁸ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין סלקום ישראל בע"מ לבין גולן טלקום בע"מ (21.4.16), עמ' 13.

²⁹ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.3.B ("market observability"); UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 6.17(a), (c), 6.18.

³⁰ J. Faull & A. Nikpay, The EU Law of Competition (3d ed. 2014), עמ' 1.111.

³¹ נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין מילועוף אינטגרציית פטם גליל מערבי אגודה שיתופית חקלאית בע"מ לעוף טוב שאן בע"מ (9.5.24), בעמ' 12; UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 6.13(d).

³² UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 6.13(d).

³³ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין A.C. Ackerstein RO S.R.L., אקרשטיין תעשיות בע"מ לבין נתיבי נוי בע"מ (התנגדות למיזוג) (13.12.09), עמ' 9.

³⁴ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין A.C. Ackerstein RO S.R.L., אקרשטיין תעשיות בע"מ לבין נתיבי נוי בע"מ (התנגדות למיזוג) (13.12.09), עמ' 9; Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community (5th ed. 2010), עמ' 709.

³⁵ השו"ע 31ב(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.

³⁶ קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר: הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים תיור בע"מ, פרק 4.2.

יד) יריבות עסקית המתקיימת במספר זירות תחרות (multi-market contacts) מגדילה את תדירות המגעים בין חברות ועל-ידי כך מגדילה את ההזדמנות לתיאום וכן את מגוון האפשרויות להענשה בגין סטיות. כך, האיום בהענשה בשוק אחד עשוי להרתיע סטייה מתיאום בשוק אחר.³⁷

טו) הסיכוי לגלות סטיות מתיאום – ומהירות הגילוי וההענשה – עשויים להיות גדולים יותר בשווקים המתאפיינים במספר רב של לקוחות ועסקות קטנות ותדירות, ולכן בשוק כזה יהיה פחות תמריץ לסטות מתיאום, כך שהסתברות התיאום תגדל.³⁸

טז) ניסיונות קודמים לתאם, בין אם במפורש ובין אם לאו, מהווים אינדיקציה לכך שנסיונות הענף מתאימות לתיאום. זאת, אף אם ניסיונות קודמים לתיאום נכשלו.³⁹

ד.2 מדדי ריכוזיות

מידת הריכוזיות בשוק המושפע על-ידי מיזוג עשויה להיות אינדיקטור שימושי לחששות תחרותיים עקב המיזוג. במקרים המתאימים לכך, הרשות תאמוד את רמת הריכוזיות שתתקיים בעקבות המיזוג, כמו גם את השינוי ברמת הריכוזיות שייגרם על-ידי המיזוג, על ידי שימוש במדדי ריכוזיות שונים דוגמת אלה המפורטים להלן, כדי להעריך את הסתברות הפגיעה בתחרות כתוצאה ממיזוג. כפי שיפורט להלן בפרק 2.ה, במקרים המפורטים שם יהיה ברמת הריכוזיות ובשינוי בה כתוצאה מהמיזוג כדי להקים חזקה – הניתנת לסתירה – שהמיזוג יפגע בתחרות באופן משמעותי.

מדדים שונים של ריכוזיות מבוססים על הגדרת שוק ועל נתחי השוק של הספקים באותו שוק מוגדר. לעניין הגדרת שוק ראו פרק 10 להלן. לעניין מדידת נתחי שוק ראו פרק 10.ה להלן.

את מידת הריכוזיות בשוק ניתן למדוד בהתאם ל- HHI (Herfindahl-Hirschman Index). הוא סכום ריבועי נתחי השוק של כל הספקים בשוק.⁴⁰

דרך נוספת למדוד את מידת הריכוזיות בשוק היא לסכום את נתחי השוק של הספקים הגדולים בשוק, לדוגמה שלושת הספקים הגדולים (three-firm concentration ratio, $C3$) או ארבעת הספקים הגדולים (four-firm concentration ratio, $C4$) או חמשת הספקים הגדולים (five-firm concentration ratio, $C5$).

גם מספר המתחרים המשמעותיים בשוק עשוי לשמש כמדד למידת הריכוזיות בשוק, אף בלי למדוד את נתחי השוק שלהם.

מבין שלושת המדדים שהוזכרו כאן – HHI , X -firm concentration ratio ומספר המתחרים המשמעותיים – מדד ה- HHI נחשב בדרך כלל כמדד חשוב יותר.⁴¹ עם זאת, המדדים האחרים

³⁷ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין סלקום ישראל בע"מ לבין גולן טלקום בע"מ (21.4.16), עמ' 10-11; U.S. Merger Guidelines, פרק 2.3.B.

³⁸ ה"ע 16-04-43441 מ'י עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (10.10.16), פס' 75; Posner, עמ' 68; George Stigler, "A Theory of Oligopoly," in The Organization of Industry (1968), עמ' 39, 43-44.

³⁹ United States Merger Guidelines, פרק 2.3.A; Posner, עמ' 79.

⁴⁰ ערכי מדד ה- HHI של שוק נעים בטווח בין קרוב ל-0 (במקרה הקיצון של תחרות משוכללת) לבין 10,000 (במקרה הקיצון של מונופול מושלם). עבור שוק המורכב, למשל, מארבע חברות בעלות נתחי שוק של 40%, 30%, 20% ו-10%, יעמוד ה- HHI על 3,000 (התוצאה המתקבלת מסכימת ריבועי נתחי השוק: $100 + 400 + 900 + 1600$).

⁴¹ FTC v. PPG Industries, 798 F.2d 1500 (D.C. Cir. 1986) בעמ' 1503.

עשויים להיות שימושיים אף הם, במיוחד כאשר נתחי השוק של השחקנים בשוק נמצאים בתקופה של תנודות גדולות, שינויים תדירים או התפתחות מואצת.⁴² מספר המתחרים המשמעותיים עשוי להיות מדד חשוב כאשר קיים קושי למדוד נתחי שוק⁴³ וכן בשווקים שבהם רבות מהעסקאות מתבצעות בדרך של מכרז.⁴⁴

2.ה חזקות מבניות בקשר עם מיזוגים אופקיים

כאמור לעיל, במקרים המתאימים לכך תאמוד הרשות את רמת הריכוזיות שתתקיים בעקבות המיזוג, כמו גם את השינוי ברמת הריכוזיות שייגרם על-ידי המיזוג. כאשר רמת הריכוזיות בשוק בעקבות המיזוג תהיה מעל רף מסוים והמיזוג עצמו מגדיל את מידת הריכוזיות באופן ניכר, תראה הרשות נתונים אלה כמקימים חזקה כי המיזוג יפגע בתחרות באופן משמעותי. מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. ככל שמידת הריכוזיות לאחר המיזוג תעלה יותר על הרף הרלוונטי, יידרשו ראיות חזקות יותר לשם סתירת החזקה.

אם מיזוג יגדיל את מדד ה-HHI ביותר מ-100 נקודות ואחרי המיזוג יהיה מדד ה-HHI מעל 1,800 – תראה הרשות בכך חזקה שהמיזוג יפגע בתחרות באופן משמעותי.⁴⁵

כמו כן, אם מיזוג יגדיל את מדד ה-HHI ביותר מ-100 נקודות ובעקבותיו יהיה נתח השוק של החברה הממוזגת 30% או יותר – תראה הרשות בכך חזקה שהמיזוג יפגע בתחרות באופן משמעותי.⁴⁶

החזקה האמורה ניתנת לסתירה על-ידי הוכחה שהמיזוג אינו מעורר אפשרות סבירה לפגיעה משמעותית בתחרות. ככל שהמדדים הנ"ל יהיו גבוהים יותר, יידרשו ראיות מובהקות יותר ומשכנעות יותר כדי לסתור את החזקה.⁴⁷

הרפים המנויים לעיל אינם בבחינת נמל מבטחים (safe harbor), כלומר שאין כל חזקה שמיזוג שאינו מגיע לאחד הרפים האלה לא יפגע פגיעה משמעותית בתחרות. גם אם מיזוג אינו מקים את החזקה כאמור, עדיין עשויה הרשות להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים, אם הראיות שבידיה מצביעות על אפשרות סבירה לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מהמיזוג.

2.ו תחרות פוטנציאלית

כאשר צד אחד לפחות למיזוג אינו פועל בשוק הנדון אך הוא בעל פוטנציאל להיכנס לשוק ולהתחרות בו, המיזוג יעורר שאלות של פגיעה אפשרית בתחרות פוטנציאלית עשוי להיות אופקי או לא-אופקי, ויש שיהיו בו היבטים אופקיים והיבטים לא-אופקיים. כאן יידון הנושא של תחרות פוטנציאלית בהקשר של מיזוג אופקי, ולהלן בפרק 3 הוא יידון בהקשרים שונים הרלוונטיים למיזוגים לא-אופקיים.

⁴² FTC v. PPG Industries, 798 F.2d 1500 (D.C. Cir. 1986) בעמ' 1505; נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין סיבוס ארוחות עסקיות בע"מ למילפאס מוטיביישן סלושנס ישראל בע"מ (4.6.12) עמ' 6, 10.

⁴³ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.1 ה"ש 12.

⁴⁴ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אלקטרה בע"מ לבין דלקיה אנרגיה ושירותים בע"מ (24.5.12), עמ' 8.

⁴⁵ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.1; Canadian Competition Act, סעי' 92(2)-(4).

⁴⁶ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.1; Canadian Competition Act, סעי' 92(2)-(4).

⁴⁷ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.1; Canadian Competition Act, סעי' 92(2)-(4).

ככלל, כניסה עצמאית של מתחרה חדש לשוק ריכוזי, או התרחבות אורגנית של מתחרה קיים בשוק ריכוזי, עדיפה מבחינה תחרותית לעומת כניסה או התרחבות בדרך של מיזוג עם מתחרה קיים או פוטנציאלי. במרבית המקרים כניסה עצמאית והתרחבות אורגנית נעשות בדרכים תחרותיות, כגון הצעת מוצר טוב יותר או מחיר כדאי יותר.

לעומת זאת, כאשר אחד הצדדים למיזוג הוא מתחרה פוטנציאלי של צד אחר למיזוג, המיזוג מבטל תחרות פוטנציאלית.⁴⁸ ככלל, מיזוג כזה ייצור לחץ להעלאת מחיר בהשוואה למצב אלמלא המיזוג. כאשר מתחרה דומיננטי מתמזג עם מתחרה פוטנציאלי שלו, הדבר עשוי גם לבצר את מעמדו הדומיננטי.

מקובל להבחין בין שני היבטים של תחרות פוטנציאלית, אם כי שניהם עשויים להיות רלוונטיים בעת ובעונה אחת. היבט אחד הוא "תחרות פוטנציאלית בפועל" (actual potential competition), אשר מתייחס לכך שאלמלא המיזוג היה אותו מתחרה פוטנציאלי עשוי להיכנס לשוק ולהתחרות בו באופן עצמאי. היבט אחר הוא "תחרות פוטנציאלית בכוח" (perceived potential competition), אשר מתייחס למקרים שבהם אלמלא המיזוג היו השחקנים בשוק חוששים מכניסתו של אותו מתחרה פוטנציאלי לשוק; חששם זה עשוי לרסן הפעלה של כוח שוק על-ידם ולדרבן אותם להתנהל באופן תחרותי יותר ובין השאר לשמור על מחירים תחרותיים יותר, לשפר את איכות מוצריהם, להשקיע בחדשנות וכד'. כאשר הרשות בוחנת חשש לפגיעה ב"תחרות פוטנציאלית בפועל", היא עשויה לשקול הן ראיות הרלוונטיות ליכולתו האובייקטיבית של המתחרה הפוטנציאלי להיכנס לשוק ולהתחרות והן ראיות הרלוונטיות לכוונותיו הסובייקטיביות לעשות כן. כאשר הרשות בוחנת חשש לפגיעה ב"תחרות פוטנציאלית בכוח", היא עשויה לשקול ראיות הרלוונטיות להבנתם של מתחרים הנמצאים כבר בשוק באשר ליכולתו וכוונותיו של המתחרה הפוטנציאלי להיכנס לשוק ולהתחרות.

מיזוג עם מתחרה פוטנציאלי עשוי לפגוע בתחרות על-ידי ביטול אחד ההיבטים האלה של תחרות פוטנציאלית או שניהם. גם מיזוג בין שני מתחרים פוטנציאליים עשוי לפגוע בתחרות על-ידי החלשת אחד ההיבטים של תחרות פוטנציאלית או שניהם.⁴⁹

ככלל, ככל שהשוק ריכוזי יותר, כך תגדל הפגיעה בתחרות עקב ביטול תחרות פוטנציאלית. בבחינת מיזוג שאחד או יותר מהצדדים לו הוא מתחרה פוטנציאלי, עשויה הרשות להעריך את היכולת ואת התמריץ של כל אחד מהמתמזגים להשקיע במוצר או בשירות הרלוונטי בעתיד אלמלא המיזוג. כן עשויה הרשות להעריך את האפשרות שהמיזוג ישפיע לרעה על יכולתם ועל תמריציהם של מתחרים אחרים בשוק להתחרות. כשם שהעלמת מתחרה פוטנציאלי על-ידי מיזוג עשויה למנוע תחרות מצד המתחרה הפוטנציאלי ולהחליש את המאמצים התחרותיים של אותו מתחרה שהתמזג עם המתחרה הפוטנציאלי, כך היא עשויה להחליש את מאמציהם של מתחרים אחרים בשוק.

⁴⁸ נימוקים להתנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין שטראוס גרופ בע"מ למשק ויילר בע"מ (13.3.21), עמ' 5-8; U.S. Merger Guidelines פרק 2.4; UK Merger Assessment Guidelines, פרק 5.
⁴⁹ לעניין תחרות פוטנציאלית ראו 2414/09 הממונה נ' בזק (נבו, 20.8.09); ה"ע 8006/03 יהודה פלדות נ' הממונה (נבו, 11.4.07) פס' 60-61; נימוקי התנגדות למיזוג בין סאן-דור נתיבי אוויר בינלאומיים בע"מ וישראיר תעופה ותיירות בע"מ (28.1.18).

2.2 מתחרה בתחילת דרכו (nascent competitor)

הרשות עשויה לבחון בקפדנות מיזוג שבו אחד הצדדים למיזוג הוא מתחרה בתחילת דרכו אשר מחזיק בנתח שוק קטן בעת המיזוג, אך הוא עשוי, אלמלא המיזוג, לגדול באופן משמעותי בכוחות עצמו ולהפוך למתחרה משמעותי (nascent competitor). לעתים, מתחרה בתחילת דרכו נמצא בשלב בהתפתחותו שבו הוא אינו מתחרה ראש בראש – או בכלל – עם הצד השני למיזוג, אך קיימת אפשרות שאלמלא המיזוג הוא יתפתח להיות מתחרה חשוב שלו. מיזוג עם מתחרה בתחילת דרכו עשוי לעורר חששות תחרותיים במיוחד כאשר הצד השני למיזוג הוא מתחרה דומיננטי והמתחרה בתחילת דרכו עשוי בעתיד לאיים על הדומיננטיות שלו; במקרה כזה רכישת המתחרה שבתחילת דרכו על-ידי המתחרה הדומיננטי צפויה לבצר את מעמדו הדומיננטי.⁵⁰ מיזוג בין מתחרה דומיננטי לבין מתחרה בתחילת דרכו אף עשוי ללבוש צורה של "רכישת חיסול" (killer acquisition), אשר ימנע את המשך פיתוח מוצריו של אותו מתחרה.

3. מיזוגים לא-אופקיים

3.3 מבוא

פרק 2 להנחיות אלה דן במיזוגים אופקיים, שהם מיזוגים בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים ביחס למוצר או שירות נתון. הפרק הנוכחי ידון במיזוגים לא-אופקיים, אשר מסווגים בדרך-כלל כאנכיים או כקונגלומרטיים. במיזוג אנכי מעורבות חברות אשר פועלות בחוליות שונות של אותה שרשרת אספקה של מוצר או שירות; זיקה זו בין תחומי הפעילות של שני המתמזגים עשויה לעורר חששות לפגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג. מיזוג קונגלומרטי אינו אופקי ואינו אנכי; אולם, גם במיזוג קונגלומרטי, בדומה למיזוג אנכי, עשויה להיות זיקה כלשהי בין תחומי הפעילות של שני המתמזגים, והיא עשויה לעורר חששות לפגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג. לעתים ההבחנה בין מיזוג אנכי לבין מיזוג קונגלומרטי אינה חדה; בפרט, מיזוגים בין חברות העוסקות במוצרים שהם משלימים אחד את השני עשויים להידמות למיזוגים אנכיים ולעורר חששות תחרותיים הדומים לאלה העולים ממיזוגים אנכיים.

כפי שצוין כבר לעיל, מיזוגים מסוימים עשויים להתאפיין הן בהיבטים אופקיים, הן בהיבטים לא-אופקיים ולעורר חששות תחרותיים באחד ההיבטים או בשניהם. הפרק הנוכחי ידון, כאמור, בהיבטים לא-אופקיים.

הדרך העיקרית שבה מיזוג לא-אופקי עשוי לפגוע בתחרות היא שכתוצאה מהמיזוג לחברה הממוזגת יהיו היכולת והתמריץ לנקוט צעדים מדירים כלפי מתחריה באחד או יותר מהתחומים שבהם החברה הממוזגת פועלת, ועל-ידי כך לפגוע ביכולתם של מתחריה להתחרות בה, מה שיכול לפגוע בסופו של דבר בתחרות באחד או יותר מהתחומים. לדוגמא, יתכן שלחברה הממוזגת יהיו היכולת והתמריץ לחסום – באופן מלא או חלקי – את גישת מתחריה לתשומות, ללקוחות או לערוץ שיווק הדרושים למתחריה על-מנת שיוכלו להתחרות מולה. חסימה חלקית של גישה יכולה

⁵⁰ U.S. Merger Guidelines פרק 2.6.A, דיון ב-"Eliminating a Nascent Competitive Threat".

להתבטא בין השאר במתן גישה בתנאים נחותים. מיזוג לא-אופקי עשוי גם להגביה חסמי כניסה והתרחבות וכך לבצר כוח שוק.

נוסף על השפעות מדירות כאמור, מיזוג לא-אופקי עשוי להוביל להשפעות חד-צדדיות או מתואמות, כפי שנדון בפרק 2 לעיל בהקשר של מיזוגים אופקיים.

השפעות שליליות על התחרות כתוצאה ממיזוג לא-אופקי עשויות להתממש בטווח הקצר או בטווח הארוך.

ב.3 מיזוגים אנכיים

מיזוג אנכי הוא מיזוג שבו מעורבות חברות אשר פועלות בחוליות שונות של אותה שרשרת אספקה של מוצר או שירות; לדוגמה, מיזוג בין יצרן של עור לבין יצרן של נעליים, או מיזוג בין יצרן של נעליים לבין רשת של חנויות נעליים.

1.ב.3 חששות לחסימה

כאמור, מיזוגים אנכיים עשויים לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות כאשר החברה הממוזגת מסוגלת להגביל את גישתם של מתחריה לתשומה או לערוץ שיווק הדרושים להם כדי להתחרות בה, או את גישתם ללקוחות.⁵¹ הגבלות כאלה עשויות להפחית את התחרות באופן משמעותי כאשר כתוצאה מן המיזוג יהיו לחברה הממוזגת הן היכולת הן התמריץ להגביל גישה כאמור ועל-ידי כך להחליש את יכולתם של מתחריה להתחרות בה. חסימת גישה עשויה לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בין אם החסימה מלאה ובין אם היא חלקית. דוגמה לחסימה חלקית היא העלאת המחיר שמתחריה של החברה הממוזגת נדרשים לשלם עבור תשומה, ואילו בחסימה מלאה תימנע לגמרי גישתם של מתחריה לתשומה. דוגמאות נוספות לחסימה יהיו הפרעות בזמינותה של תשומה עבור מתחריה, פגיעה באיכותה של תשומה עבור מתחריה, עיכוב במתן גישה למתחריה לגרסה משודרגת של תשומה ופגיעה בתאימות (interoperability) עם מוצרים מתחריה. יודגש שאלה דוגמאות בלבד.

בהקשר של מיזוגים אנכיים, מקובל לשם הנוחות לדבר על שני סוגים עיקריים של חסימה: חסימת גישה לתשומות וחסימת גישה ללקוחות. עם זאת, ההבחנה בין השניים אינה תמיד חדה וברורה; כך, חסימת ערוץ שיווק עשויה להיתפס כחסימת גישה לתשומה שיווקית או כחסימת גישה ללקוחות.⁵²

2.ב.3 חסימת גישה לתשומות

חסימת גישה לתשומה היא מניעת גישתם, או הגבלת גישתם, של מתחריה לתשומה אשר משמשת – או יכולה לשמש – אותם להתחרות מול החברה הממוזגת. המושג תשומות כולל גם טובין וגם שירותים. הגבלת גישה עשויה להתבטא, בין היתר, בהעלאת מחירי התשומה עבור מתחריה,

⁵¹ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.5.

⁵² ראו לדוגמה Krattenmaker & Salop, "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price," 96 Yale L.J. 209 (1986).

בצמצום כמויות התשומה אשר מתחרים יוכלו להשיג או בפגיעה באיכות התשומה הנמכרת למתחרים.⁵³

חסימת גישה לתשומה יכולה לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות בדרך של הוצאת מתחרה מהשוק, אך תתכן פגיעה משמעותית בתחרות גם כאשר החסימה אינה מובילה ליציאת מתחרה מהשוק. חסימת גישה לתשומה עשויה לגרום להגדלת עלויותיהם של מתחרים (Raising Rivals' Costs). מתחריה של החברה הממוזגת עשויים להיאסף לרכוש תשומה במחיר יקר יותר, בין אם הם רוכשים אותה מהחברה הממוזגת ובין אם הם רוכשים אותה (אם הדבר אפשרי) מספק אחר של אותה תשומה. ספק אחר של אותה תשומה עשוי לדרוש מחיר יקר יותר ממתחריה של החברה הממוזגת בתור תגובה לכך שהחברה הממוזגת מסרבת למכור את התשומה למתחריה או דורשת מהם מחיר יקר; בשני המקרים האלה, ייחלש הרסן התחרותי על המחיר שספק אחר של התשומה יוכל לדרוש מלקוחותיו.

כאשר מתחרי החברה הממוזגת נאלצים לשלם מחיר יקר יותר עבור תשומה, הדבר יכול לגרום להם להעלות את המחיר שהם גובים מלקוחות עבור המוצר שלהם; העלאת מחיר כזו תאפשר לחברה הממוזגת להעלות את מחיר המוצר שלה. לחלופין, החברה הממוזגת יכולה להימנע מהעלאת מחירה בעוד שמתחריה נאלצו להעלות את מחיריהם, ועל-ידי כך היא יכולה להסיט מכירות ממתחריה אליה, מה שיכול להחליש עוד יותר את יכולת התחרות שלהם לדוגמא על-ידי שלילת יתרונות לגודל.

חסימת גישה לתשומות עשויה גם להוביל לכך שמתחריה של החברה הממוזגת יוותרו על אותה תשומה ויחליפו אותה בתשומה פחות טובה, דבר שיחליש את יכולתם להתחרות בחברה הממוזגת ועל-ידי כך יאפשר לחברה הממוזגת להעלות את מחיריה או להסיט לעצמה מכירות, כמתואר לעיל.

חסימת גישה לתשומה עשויה להגדיל את העלויות שמתחרים פוטנציאליים יצפו לשאת במקרה שייכנסו לשוק, מה שיכול להרתיע אותם מלהיכנס לשוק או לחלופין להחליש את ההשפעה הפרו-תחרותית של כניסתם לשוק. העלאת מחיר תשומה יכולה לשכנע מתחרה פוטנציאלי שעל-מנת להיכנס לשוק הוא יאלץ להיכנס בו-זמנית גם במעלה הזרם (כלומר, בייצור התשומה) וגם במורד הזרם (כלומר, בייצור המוצר הסופי), כפי שעושה החברה הממוזגת – אילוץ שיכול להוות חסם כניסה ולעכב את כניסתו לשוק או לגרום לו לא להיכנס.

כפי שצוין, חסימת גישה לתשומות עשויה לפגוע בפגיעה משמעותית בתחרות אם לחברה הממוזגת הן היכולת הן התמריץ לפעול כך. באשר ליכולת, אם מתחרים במורד הזרם יכולים בקלות לרכוש את התשומה מספקים אחרים מבלי לשלם יותר עבור התשומה או לוותר בעניין איכותה, פחותים יהיו הסיכויים שהחברה הממוזגת תוכל לחסום גישה לתשומה. בבחינת יכולת המתחרים לרכוש תשומה מספק אחר, יש לתת את הדעת גם למאפיינייה של התשומה, אשר עשויים להיות כאלה המקשים על מעבר לרכוש את התשומה מספק אחר.

נתון רלוונטי נוסף לצורך הערכת היכולת והתמריץ של החברה הממוזגת לחסום גישה לתשומה הוא עלותה של התשומה ביחס לעלותו הכוללת של המוצר הסופי. לדוגמא, אם עלות התשומה מהווה

⁵³ נימוקים להתנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין שטראוס גרופ בע"מ למשק ויילר בע"מ (13.3.21), עמ' 3-5; נימוקי התנגדות למיזוג בין סאן-דור נתיבי אוויר בינלאומיים וישראייר תעופה ותיירות (28.1.18) עמ' 8-9; UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 7.9-7.22.

חלק קטן בלבד מתוך כלל עלויות הייצור של המוצר הסופי, קטנים הסיכויים שהעלאת מחיר התשומה תפגע באופן משמעותי ביכולתם של מתחרי החברה הממוזגת להתחרות בה. עם זאת, מניעת גישה לתשומה בכלל, או צמצום כמות התשומה שמתחרים יוכלו לרכוש, עשויה לפגוע משמעותית ביכולתם של מתחרים להתחרות, אף אם עלות התשומה קטנה ביחס לכלל עלויות הייצור. גם בפרמטרים תחרותיים מלבד מחיר, לדוגמא איכות, ככל שהתשומה חשובה יותר ביחס למוצר הסופי, גדלה יכולתה של החברה הממוזגת לפגוע בכושר התחרות של מתחריה על-ידי חסימת גישתם לאותה תשומה.

באשר לתמריץ, החברה הממוזגת צפויה לנקוט אסטרטגיה של חסימת גישה לתשומה אם הגידול ברווחיה במורד הזרם עקב החסימה יעלה על הפסדיה מאובדן הכנסות במעלה הזרם כתוצאה מהחסימה. הגידול ברווחי החברה הממוזגת במורד הזרם יהיה משמעותי ככל שלקוחות במורד הזרם יעברו לרכוש ממנה כתוצאה מעליה במחירים של המוצרים המתחרים במורד הזרם, כתוצאה מירידה באיכותם או כתוצאה מיציאתם של מתחריה מהשוק. נכונותם של לקוחות לעבור לרכוש מהחברה הממוזגת תהיה תלויה, בין השאר, במידת התחליפיות של מוצר החברה הממוזגת עם מוצרי מתחריה במורד הזרם.

כאמור, חסימת גישה לתשומות עשויה להגביה חסמי כניסה והתרחבות או להעלים מתחרי קיים או פוטנציאלי. גם אם חסימת גישה לתשומה אינה מועילה לחברה הממוזגת בטווח הקצר, יתכן שהיא תועיל לה בטווח הארוך. לדוגמא, יתכן שהחברה הממוזגת אינה יכולה להרחיב את פעילותה במורד הזרם בטווח הקצר אך כן יכולה להרחיב אותה בטווח הארוך יותר. חששות לחסימת גישה לתשומות צפויים להיות משמעותיים אם החסימה תשלול ממתחרי יתרונות לגודל או לרשת, הגם ששלילה כזו אינה תנאי הכרחי ליכולתה ולתמריצה של החברה הממוזגת לנקוט אסטרטגיה של חסימת גישה לתשומה.

3.ב.3 נתונים כתשומה

בשנים האחרונות הפכו נתונים להיות תשומה חשובה בענפים שונים. נתונים בהיקפים גדולים, המשמשים לעתים קרובות יחד עם בינה מלאכותית, הם רכיב חיוני בפעילותן של חברות רבות. מיזוג אשר בעקבותיו יהיו בידי החברה הממוזגת היכולת והתמריץ לחסום את גישתם של מתחריה לנתונים יעורר חששות תחרותיים משמעותיים.⁵⁴

בבואה להעריך האם רכישת נתונים באמצעות מיזוג עשויה להוביל לפגיעה בתחרות, הרשות עשויה לבחון גורמים כגון היקף הנתונים, מידת הפירוט של הנתונים, מידת חשיבותם של הנתונים בשוק במורד הזרם וכן היקפם ומאפייניהם של הנתונים הנגישים עבור מתחרי החברה הממוזגת ממקורות אחרים.

4.ב.3 חסימת לקוחות

בחסימת גישה ללקוחות, החברה הממוזגת עשויה לעשות שימוש בשליטתה בחברה במורד הזרם על-מנת לגרום לאותה חברה נשלטת שבמורד הזרם להעביר את רכישותיה – כולן או חלקן – ממתחרי החברה הממוזגת במעלה הזרם לחברה הממוזגת עצמה. הדבר עשוי לעורר חששות

⁵⁴ ראו נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין הראל השקעות בביטוח ושירותים פיננסיים בע"מ לבין ישראלרט בע"מ (7.2.24).

תחרותיים אם המעבר יוביל לפגיעה באפקטיביות התחרות מצד אותם מתחרים במעלה הזרם, לדוגמא אם המעבר ישלול ממתחרים במעלה הזרם יתרונות לגודל או תמריצים להשקיע.⁵⁵

תרחיש כאמור עשוי להוביל להעלאה במחיר, לירידה באיכות או לנזקים אחרים לצרכנים, בין אם הם רוכשים את המוצר הסופי ממתחרי החברה הממוזגת במורד הזרם ובין אם הם רוכשים אותו מהחברה הממוזגת עצמה. חששות לעניין שלילת יתרונות לגודל ותמריצים להשקיע רלוונטיים גם למתחרים פוטנציאליים במעלה הזרם. פגיעה משמעותית בתחרות עשויה להיגרם במיוחד אם חסימת הלקוחות תוביל ליציאת מתחרים במעלה הזרם מן השוק, אך היא עשויה להיגרם גם בלי יציאה של מתחרה מהשוק.

חשש זה יתעורר כאשר לחברה ממוזגת הן היכולת הן התמריץ לחסום גישה כאמור. יכולתה של החברה הממוזגת לחסום גישה ללקוחות תהיה תלויה במידת חשיבותה של החברה המתמזגת שבמורד הזרם בתור לקוח של התשומה המיוצרת במעלה הזרם, כמו גם אפשרויות של המתחרים במעלה הזרם למכור את מוצריהם ללקוחות אחרים.

לחברה הממוזגת יהיה תמריץ חזק יותר לחסום גישה ללקוחות ככל שמוצריה במעלה הזרם מתחרים מול מוצריהם של מתחרים במעלה הזרם, כי ככל שתחרות כזו משמעותית יותר, כך עשויה החברה הממוזגת להרוויח יותר מאסטרטגיה של חסימת גישה ללקוחות. אולם, אם מתחרים במעלה הזרם מוכרים תשומות במחיר זול יותר או באיכות טובה יותר, העברת רכישות של תשומות לחברה הממוזגת עשויה לגרום לחברה הממוזגת להפסיד לקוחות במורד הזרם, ואם כך – ייחלש התמריץ של החברה הממוזגת לחסום. החברה הממוזגת עשויה להרוויח מחסימה בטווח הארוך, גם אם היא אינה מרוויחה בטווח הקצר, לדוגמא אם אסטרטגיית חסימה מגביה חסמי כניסה או התרחבות, מעלימה מתחרה פוטנציאלי או גורמת להעלמה לאחר זמן של מתחרה קיים.

ג.3 מיזוגים קונגלומרטיים

מיזוג קונגלומרטי אינו אופקי ואינו אנכי. עם זאת, תתכן זיקה אחרת בין החברות המתמזגות. לדוגמא, לעתים החברות המתמזגות במיזוג קונגלומרטי מוכרות את מוצריהם לאותם לקוחות. דוגמא לסוג אחר של זיקה היא מיזוג שיוצר נקודות ממשק רבות בין החברה הממוזגת לבין חברה מתחרה, כאשר לפני המיזוג לכל אחת מהחברות המתמזגות היו פחות נקודות ממשק עם אותו מתחרה, מה שיכול להגביר חששות להשפעות מתואמות (ראו פרק 2.2 לעיל, לעניין השפעות מתואמות ו-multi-market contacts). באופן כללי יותר, מיזוגים קונגלומרטיים עשויים לעורר חששות תחרותיים רבים ומגוונים, לרבות החלשת יכולת של מתחרים להתחרות, הגבהת חסמי כניסה והתרחבות, ביצור או הרחבה של כוח שוק ופגיעה בחדשנות.⁵⁶

כמו במקרה של מיזוגים אנכיים, מיזוגים קונגלומרטיים עשויים לפגוע בתחרות באופן משמעותי כאשר החברה הממוזגת יכולה להגביל גישה למוצר, לשירות, ללקוחות או לערוץ שיווק המשמשים – או העשויים לשמש בעתיד – את מתחרי החברה הממוזגת לצורך התחרות בה. לדוגמא, חברה עשויה לרכוש יצרנית של מוצר שהוא משלים את מוצריה של החברה הרוכשת ואחרי המיזוג להגביל את גישתם של מתחרים למוצר המשלים או ליתרונות לרשת; הגבלה כזו עשויה להגדיל את עלויותיהם של מתחרים או לפגוע בדרך אחרת ביכולתם להתחרות, מה שעשוי להוביל להעלאת

⁵⁵ UK Merger Assessment Guidelines, ע' 7.2-7.23.

⁵⁶ UK Merger Assessment Guidelines, ע' 7.30-7.37.

מחירים גם על-ידי החברה הממוזגת. באופן כללי יותר, כל מיזוג שיוצר זיקה בין שני מוצרים אשר נמכרו לפני המיזוג על-ידי שתי חברות שלא היו זיקות ביניהן עשוי להפחית את התחרות באופן משמעותי, כאשר משמעותה המעשית של הזיקה שנוצרה היא אפשרות להגבלה חדשה על גישה לתשומות או ללקוחות. חסימת גישה או הגבלתה עשויה לפגוע בתחרות באופן משמעותי כאשר לחברה הממוזגת הן היכולת הן התמריץ ליצור זיקה בין מוצרים או שירותים באופן שמחליש מתחרים או מדיר אותם, בדומה לחסימה בעקבות מיזוג אנכי (כפי שנדון בפרק 3.3 בלעיל).

1.ג.3 חששות לחסימה כתוצאה מקשירה

חשש רווח בהקשר של מיזוגים קונגלומרטיים הוא שהחברה הממוזגת תחסום גישה מתחרים ללקוחות בשוק אחד ("השוק הנקשר") על-ידי מינוף כוח שוק שיש לחברה הממוזגת בשוק משיק ("השוק הקושר"). קיימות דרכים שונות שבהן ניתן לקשור או לצרף מוצרים או שירותים. קשירה מליאה (pure bundling) היא מכירת שני מוצרים או יותר ביחד ורק ביחד, ללא כל אפשרות ללקוחות לרכוש אחד מהם בנפרד. לעומת זאת, קשירה חלקית (mixed bundling) היא הצעת שני מוצרים ביחד וגם לחוד, כאשר באופן טיפוסי מחיר החבילה של שני המוצרים ביחד זול יותר מסך מחיריהם של שני המוצרים כשהם נמכרים בנפרד. קשירה חוזית היא שימוש בתנאים חוזיים כדי לחייב לקוח המעוניין לרכוש את המוצר הקושר לרכוש גם את המוצר הנקשר. קשירה טכנית יכולה להיעשות על-ידי עיצוב המוצרים כך שהמוצר הקושר והמוצר הנקשר עובדים רק (או טוב יותר) ביחד ולא עם מוצרים מתחרים. תתכן גם קשירה פיזית בין שני המוצרים, כך שהלקוח אינו יכול לרכוש אחד המוצרים ללא השני.⁵⁷

יכולתה של החברה הממוזגת לחסום את גישתם של מתחרים ללקוחות בשוק המוצר הנקשר תתחזק ככל שהיא נהנית מכוח שוק בשוק המוצר הקושר. לעומת זאת, אם לקוחות יכולים בקלות להעביר את רכישותיהם מהחברה הממוזגת לחברות מתחרות אשר מוכרות אף הן את המוצר הקושר, יקטן הסיכוי שהחברה הממוזגת תוכל לחסום את גישת מתחריה ללקוחות בשוק המוצר הנקשר. מאפייני שוק המוצר הקושר עשויים להקשות על לקוחות להעביר את רכישותיהם מהחברה הממוזגת למתחרה. כמו כן, ככל שאחוז גדול יותר של רוכשי המוצר הנקשר רוכשים גם את המוצר הקושר, תגדל יכולתה של החברה הממוזגת לפגוע באפקטיביות של מתחריה בשוק המוצר הנקשר.

ההסתברות שהחברה הממוזגת תנקוט אסטרטגיה של קשירה תגדל אם הרווחים ממכירות מוגברות של המוצר הנקשר עולים על ההפסדים מאובדן מכירות של המוצר הקושר ללקוחות אשר בוחרים לא לרכוש את המוצר הקושר עקב הקשירה. הסיכוי שהיא תנקוט אסטרטגיית קשירה כאמור יגדל ככל שלקוחות בשוק המוצר הנקשר צפויים לעבור לרכוש את המוצר הנקשר מהחברה הממוזגת כתוצאה מקשירת שני המוצרים על-ידה. כן יהיה הדבר תלוי במידת הקרבה התחרותית בין המוצר הנקשר לבין המוצרים המקבילים של מתחרי החברה הממוזגת.

חששות מקשירה עשויים להיות משמעותיים במיוחד בענפים המתאפיינים ביתרונות לגודל, להיקף או לרשת, אם כי אלה אינם בבחינת תנאים הכרחיים ליכולת ולתמריץ של החברה הממוזגת לקשור או להיווצרותה של פגיעה בתחרות כתוצאה מהקשירה. כמו-כן, אף אם הקשירה אינה מועילה לחברה הממוזגת בטווח הקצר, היא עשויה להועיל לה בטווח הארוך, לדוגמא על-ידי החלשת

⁵⁷ UK Merger Assessment Guidelines, ע' 7.30-7.37.

האפקטיביות של מתחרים – שיכולה להגיע עד דחיקתם מן השוק – או הגבהה של חסמי כניסה והתרחבות.

2.ג.3 קשירה ומיקוד הצעות ללקוחות

גורם נוסף העשוי להגדיל את התמריץ ואת היכולת של החברה הממוזגת לחסום מתחרים מפני גישה ללקוחות בשוק מוצר נקשר הוא יכולתה של החברה הממוזגת למקד את הקשירה באותם לקוחות שסיכוי סביר יותר שיקבלו את ההצעה הקושרת בין שני המוצרים. על-ידי מיקוד הקשירה באותם לקוחות, תוכל החברה הממוזגת למזער את הפסדיה מאותם לקוחות אשר לא יסכימו לקשירה ולכן יעבירו את רכישותיהם – הן של המוצר הקושר הן של המוצר הנקשר – לספק אחר, במקום לקבל את הצעתה של החברה הממוזגת. נתונים בהיקפים גדולים, שהשימוש בהם מלווה לעתים בשימוש בכלי בינה מלאכותית, עשויים להעניק לחברה הממוזגת את היכולת למקד באופן יעיל יותר את הצעותיה לקבוצות נבדלות של לקוחות או אף ללקוחות פרטניים.

היכולת להתמקד בלקוחות שסיכוי סביר שיקבלו את ההצעה הקושרת בין שני המוצרים עשויה להיות תלויה הן באופי המוצר או השירות שבהם מדובר, הן באיכותו ובהיקפו של המידע שבידי החברה הממוזגת לגבי לקוחותיה בשוק המוצר הנקשר (מידע שגם עשוי להקל על החברה הממוזגת לשמר לקוחות בעתיד), כמו גם לגבי לקוחותיהם של מתחרים (או לגבי לקוחות פוטנציאליים אחרים) בשוק המוצר הנקשר. כלומר, קיים חשש שכתוצאה ממיזוג בין חברה בשוק מוצר הקושר לבין חברה בשוק המוצר הנקשר, נתוני לקוחות שבידי החברה בשוק המוצר הקושר יוכלו לשמש, באופן עצמאי או יחד עם נתונים שבידי החברה בשוק המוצר הנקשר, כדי למקד הצעות בלקוחות שבאותה עת אינם לקוחות של החברה בשוק המוצר הנקשר, ועל-ידי כך להוביל לחסימת גישתם של מתחרים ללקוחות בשוק המוצר הנקשר.

2.3 השגת מידע רגיש מבחינה תחרותית

האמור בפרק זה רלוונטי הן למיזוגים אנכיים הן למיזוגים קונגלומרטיים.

מיזוג לא-אופקי אשר יעניק לאחת החברות המתמזגות מידע על מתחריה שהוא מידע רגיש מבחינה תחרותית עשוי לאפשר לחברה הממוזגת לצפות את מהלכיהם התחרותיים של מתחריה מהר יותר וביתר פירוט. מיזוג כאמור עשוי לאפשר לחברה הממוזגת לקבל מידע על מתחריה בתחומים כגון תמחור, היקפי מכירות ואסטרטגיה תחרותית, כוונה של מתחרים להשיק מוצרים חדשים או משופרים, מידע על ביצועיהם הטכניים של מוצרים שפותחו על-ידי מתחריה וכן פרטי מידע נוספים הרגישים מבחינה תחרותית. החברה הממוזגת עשויה לנצל גישה למידע רגיש של מתחריה על-מנת להתאים את תגובתה התחרותית למהלכי מתחריה. גישה למידע של מתחרים עשויה לחתור תחת התמריץ של החברה הממוזגת להתחרות באופן אגרסיבי, כי היא תעדיף להגיב ליוזמות תחרותיות של מתחריה בעזרת המידע שבידה, במקום לצאת ביוזמות תחרותיות משלה. גישה למידע על מתחרים עשויה גם לשאת אופי מדיר, ככל שהיא תחליש את התמריץ של המתחרים להתחרות באופן אגרסיבי, לדוגמא בנושאים כגון השקעה, הרחבת פעילות או – במקרה של מתחרים פוטנציאליים – כניסה לשוק. מתחרים עשויים להירתע מביצוע עסקות מול החברה הממוזגת מתוך

חשש לחשיפת מידע רגיש שלהם, והדבר עשוי לפגוע ביכולתם להתחרות באופן אפקטיבי, עקב העברת עסקותיהם לחברות אחרות המציעות תנאים מסחריים נחותים.⁵⁸

לאחר שדנו במיזוגים אופקיים ולא-אופקיים (אנכיים וקונגלומרטים), נפנה עכשיו לדון במספר סוגיות אשר עשויות להתעורר במגוון של הקשרים.

4. רכישות סדרתיות

לעתים פירמות נוקטות אסטרטגיה של סדרת רכישות לצורך בנייה הדרגתית של כוח שוק. במצטבר, אסטרטגיה כאמור עשויה להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. אם פירמה מבצעת סדרה של רכישות קטנות שתוצאתן המצטברת עשויה לפגוע בתחרות באופן משמעותי, הרשות עשויה להביא בחשבון במסגרת הניתוח התחרותי של השלכות המיזוג את קיומה של תבנית היסטורית של גידול דרך רכישות, בין אם תבנית זו ניכרת בשוק הרלוונטי למיזוג הנדון ובין אם היא ניכרת בשווקים אחרים שבהם הפירמה פועלת. כמו-כן, הרשות עשויה להביא בחשבון במסגרת הניתוח התחרותי של השלכות המיזוג את תוכניותיה של הפירמה לעתיד, לרבות מסמכים של הרוכשת שבהם נדונה האפשרות של רכישות נוספות בהמשך.⁵⁹

5. בעלות חלקית

החששות התחרותיים המתוארים בהנחיות אלה אינם מוגבלים רק למיזוגים אשר יוצרים בעלות מלאה בין חברות שקודם-לכן לא התקיימו ביניהן קשרי בעלות כלשהם. לעתים, יצירת בעלות חלקית או הגדלתה – בין אם בדרך של עניין פיננסי, שליטה תאגידית או שניהם – עשויה לפגוע בתחרות באופן משמעותי. לעניין זה, המונח "עניין פיננסי" מתייחס לזכותה של החברה הרוכשת לחלק מרווחי החברה הנרכשת; המונח "שליטה תאגידית" מתייחס ליכולתה של החברה הרוכשת להשפיע על התנהלותה העסקית של החברה הנרכשת (שליטה תאגידית יכולה להיות פורמלית או מעשית; לעתים יכולת מעשית להשפיע על התנהלות עסקית יכולה להתקיים גם בהיעדר זכויות הצבעה פורמליות).⁶⁰

כאשר בוחנים מיזוג שבו נרכשת בעלות חלקית, לעתים קיימת חשיבות לאבחנה בין עניין פיננסי לבין שליטה תאגידית, ולדרכים השונות שבהן שני אלה עשויים לפגוע בתחרות. כעיקרון, רכישת עניין פיננסי חלקי במתחרה מקטינה את התמריץ של החברה הרוכשת להתחרות בחברה הנרכשת. לעומת זאת, כעיקרון רכישת שליטה תאגידית חלקית מעניקה לחברה הרוכשת יכולת כלשהי להחליש את מאמציה התחרותיים של החברה הנרכשת. רכישת עניין פיננסי חלקי יחד עם שליטה תאגידית חלקית עשויה לפגוע בתחרות בשתי דרכים אלה גם יחד.

פרק 2 לעיל דן בחששות תחרותיים – השפעות חד-צדדיות והשפעות מתואמות – העשויים להתעורר כתוצאה ממיזוגים אופקיים. בדומה, מיזוגים אופקיים אשר יוצרים או מגדילים בעלות חלקית בין מתחרים עשויים לגרום לפגיעה בתחרות הן במישור של השפעות חד-צדדיות (לדוגמא, כאשר בעקבות המיזוג יקטן התמריץ של החברה הרוכשת להתחרות מול החברה הנרכשת) הן במישור של השפעות מתואמות (לדוגמא, כאשר המיזוג מקל על תיאום מפורש או לא-מפורש בין מתחרים).

⁵⁸ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.5.B; UK Merger Assessment Guidelines '07 פרק 7.3.

⁵⁹ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.8.

⁶⁰ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.11.

בחינת חששות להשפעות חד-צדדיות ומתואמות תהיה דומה, באופן כללי, לבחינת חששות להשפעות אלה במיזוגים שבהם נרכשת בעלות מלאה, אך זאת תוך הבאה בחשבון של חלקיות הבעלות והשפעותיה האפשריות על תמריצים ויכולות.

בפרט, במקרים בהם קיים פער בין שיעור העניין הפיננסי ושיעור השליטה התאגידית (אך לא רק אם קיים פער כזה), עשויים להיווצר עיוותים המובילים לפגיעה בתחרות. לדוגמא, היכולת לכוון את התנהלותה העסקית של חברה, בעוד שהעניין הפיננסי בה הוא חלקי, עשויה להוביל לפגיעה תחרותית חמורה עוד יותר מזו שהיתה נגרמת אילו העניין הפיננסי בחברה היה מלא. הדבר עשוי לקרות אם החברה הרוכשת מנצלת את שליטתה בחברה הנרכשת על-מנת לגרום לה לנקוט צעדים עסקיים שאינם משיאים את רווחיה של החברה הנרכשת או שאף גורמים לה הפסדים, בדרך שתגדיל את רווחיה של החברה הרוכשת, כאשר החברה הרוכשת נושאת בחלק בלבד מהפסדי החברה הנרכשת בהתאם לחלקיות העניין הפיננסי שלה בה.

יתכן שיתעוררו חששות תחרותיים בקשר לשינוי בבעלות חלקית בחברה שאינה מתחרה (בפועל או בכוח), לדוגמא שינוי בשיעורי האחזקות של חברה הפועלת במורד הזרם בספק תשומות (אינטגרציה חלקית כלפי מעלה) או שינוי בשיעורי האחזקות של חברה הפועלת במעלה הזרם בלקוח (אינטגרציה חלקית כלפי מטה). בפרק 3.3 לעיל נאמר שלחברה בעלת אינטגרציה אנכית יהיה תמריץ לחסום מתחרים בשוק למטה מגישה לתשומות המסופקות על-ידי החברה בעלת האינטגרציה אם הגידול ברווחים בשוק למטה יהיה גדול מהקיטון ברווחים בשוק למעלה כתוצאה מהחסימה. אולם, במצב של בעלות חלקית, חלקיות הבעלות עשויה להשפיע על התמריץ לחסום מתחרים. לדוגמא, במצב של אינטגרציה חלקית כלפי מעלה, לכאורה חסימת יריבים במורד הזרם תסובסד, הלכה למעשה, על-ידי בעלי מניות פסיביים של החברה במעלה הזרם, כי חלק מהקיטון ברווחי החברה במעלה הזרם עקב החסימה ייספג על-ידם. עם זאת, יתכן שלחברה הממוזגת תהיה דרך לפצות את בעלי המניות הפסיביים על-כך, כדי שלא יתנגדו. במקרים כאלה, וכן במקרים נוספים, האינטרס של בעלי המניות הפסיביים בחברה שבמעלה הזרם, הדרך שבה חסימה תוכל להיטיב עמם או לחלופין להרע את מצבם וכן האפשרות שיפוצו על-כך, עשויים להיות רלוונטיים לניתוח החשש לפגיעה בתחרות העשוי להתעורר ממיזוג כזה.

יתכן שיתעוררו חששות תחרותיים בקשר לבעלות חלקית משותפת, כלומר כאשר חברה מחזיקה בבעלות חלקית בחברות שהן מתחרות אחת של השנייה (common ownership). חשש אחד העשוי להתעורר מכך הוא שמי שמחזיק מניות בשתי החברות המתחרות ישפיע על מהלכיהן של שתי החברות המתחרות על-מנת להגדיל את ערכן של השקעותיו בהן. במקרים כאלה, יתכן שמנהלי החברות המתחרות יתמרצו להפחית את התחרות ביניהן או אפילו יקבלו הוראות לנהוג כך. אפשרות נוספת היא שהבעלות החלקית בשתי החברות המתחרות תשמש כצינור להעברת מידע או לתיאום ביניהן.

חששות להשפעות מתואמות עשויים להתעורר גם בהקשר של בעלות צולבת חלקית, כלומר כאשר מתחרה אחד מחזיק במניות של מתחרה שלו (cross-ownership). חששות אלה יהיו תלויים גם בהיקף התופעה של בעלות צולבת חלקית בענף הרלוונטי, כמו גם בקיומם של תנאים אחרים אשר מקלים על תיאום. תיאום בין שתי החברות המתחרות יהיה קל יותר אם הבעלות החלקית מאפשרת גישה למידע רגיש מבחינה תחרותית. גם בהיעדר תיאום, החברה הרוכשת עשויה לנצל מידע רגיש של החברה הנרכשת לטובת עצמה, לדוגמא על-ידי ניכוס תכניות עסקיות של החברה הנרכשת, מה

שעשוי להחליש את התמריץ של החברה הנרכשת להתחרות ולחדש. לעניין גישה למידע רגיש מבחינה תחרותית, ראו פרק 3.3 לעיל.

6. פלטפורמות רב-צדדיות

פלטפורמות רב-צדדיות מפגישות בין שני צדדים או יותר ומאפשרות יחסים ישירים ביניהם. ככלל, בפלטפורמות רב-צדדיות כרוכים יתרונות לרשת, כלומר שערכה של הפלטפורמה עבור משתתפים בצד אחד תלוי במספר המשתתפים באותו צד של הפלטפורמה (השפעות רשת ישירות) או במספר המשתתפים בצד אחר של הפלטפורמה (השפעות רשת עקיפות) או בשניהם. השפעות רשת עקיפות עשויות להתקיים בכיוון אחד או בשני כיוונים או יותר (ולא בהכרח באותה עוצמה בכל הכיוונים). גידול במספר המשתתפים מגדיל את ערכה של הפלטפורמה עבור המשתתפים (באותו צד של הפלטפורמה או בצד השני או בשני הצדדים, בהתאם לסוג השפעות הרשת), וגידול בערכה של הפלטפורמה עבור אותם משתתפים עשוי להגדיל את מספר המשתתפים, וחוזר חלילה; בדרך זו, יתרונות רשת עשויים לחזק את עצמם. יתרונות רשת עשויים להוביל לנקודת הכרעה (tipping), כלומר שפלטפורמה אחת הופכת להיות דומיננטית ושאר הפלטפורמות כבר אינן יכולות להתחרות בה באפקטיביות (או אף מפסיקות לפעול בכלל), מה שמבצר את מעמדה של הפלטפורמה הדומיננטית. האפשרות לתופעות כאלה היא שיקול חשוב כאשר אחד הצדדים (או יותר) למיזוג הוא פלטפורמה. על-אף שפלטפורמות קיימות כבר מאות שנים, חשיבותן ההולכת וגוברת של פלטפורמות דיגיטליות הביאה להתפתחויות בניתוח השלכותיהם התחרותיות של מיזוגים שבהם מעורבות פלטפורמות.⁶¹

מפעילי פלטפורמות עשויים להתחרות במישורים שונים. ראשית, מפעילי פלטפורמות מתחרים זה בזה בהפעלת פלטפורמות. בהקשר זה, למפעילי פלטפורמות קיים אינטרס לספק את צורכיהם של משתתפים בצדדים השונים של הפלטפורמה, על-מנת להגדיל את ערכה של הפלטפורמה עבור כלל משתתפיה בהשוואה לערכן של פלטפורמות מתחרות. מיזוגים בין מפעילי פלטפורמות בפועל או בכוח עשויים לפגוע בתחרות בין פלטפורמות כתוצאה מהשפעות חד-צדדיות או מתואמות, כפי שנדון בפרק 2 לעיל. חשיבותם של יתרונות רשת מגדילה את החששות העשויים להתעורר כתוצאה ממיזוגים בין מתחרים, כולל מתחרים פוטנציאליים.

מיזוג בין מפעיל פלטפורמה לבין משתתף באותה פלטפורמה עשוי לפגוע בתחרות בין פלטפורמות, ככל שאותו משתתף השתתף – או היה עשוי להשתתף – גם בפלטפורמות מתחרות עובר למיזוג, וככל שהשתתפותו בהן הגדילה את כושר התחרות שלהן מול הפלטפורמה המתמזגת. מיזוג כזה עשוי לפגוע בכושר התחרות של אותן פלטפורמות מתחרות, לדוגמא אם יפסיק אותו משתתף או יצמצם את השתתפותו בפלטפורמות מתחרות.

מיזוג בין מפעיל פלטפורמה ומשתתף באותה פלטפורמה עשוי לפגוע בתחרות בצד אחד של הפלטפורמה. כאשר מפעיל פלטפורמה הוא גם משתתף בצד אחד של הפלטפורמה שלו, הוא מתחרה לא רק מול פלטפורמות מתחרות, אלא גם מול משתתפים אחרים באותו צד של הפלטפורמה. במקרה כזה, תמריציו של מפעיל הפלטפורמה בתור מתחרה בפלטפורמה של עצמו עשויים להיות

⁶¹ U.S. Merger Guidelines, פרק 2.9; UK Merger Assessment Guidelines 'ע' 4.21-4.25; ה"ע 46791-03-14 אל רוב אזור מסחרי ממילא (1993) נ' הממונה (בבו, 4.12.14), עמ' 19-15, 28 ואילך; נימוקי התגנות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין זאפ גרופ בע"מ לקליק טו איט בע"מ (8.5.16).

שונים מתמריציו בתור בעל הפלטפורמה. לדוגמה, אם מפעיל פלטפורמה ינהג בדרך של העדפה-עצמית – לדוגמה אם ימקם את המוצר של עצמו במיקום טוב יותר בפלטפורמה לעומת מיקומם של מוצרים מתחרים – הדבר עשוי לפגוע בתחרות בשוק של אותו מוצר.

בין אם מפעיל הפלטפורמה הוא הרוכש ובין אם הוא הנרכש, תיבחן השפעתו הצפויה של המיזוג על התחרות בין הפלטפורמה למתחרותיה. אם מפעיל הפלטפורמה או הצד האחר למיזוג הוא משתתף בפלטפורמה, תיבחן גם השפעתו הצפויה של המיזוג על התחרות בין המשתתפים באותו צד של הפלטפורמה.

כפי שנדון כבר בפרק 3.ב.3 לעיל, נתונים עשויים להיות תשומה חשובה בענפים מסוימים. במקרה של פלטפורמות דיגיטליות, נתונים עשויים להיות תשומה חשובה ביותר. מפעיל פלטפורמה שמתמזג עשוי לצרף את הנתונים שבידו עם הנתונים שביד החברה הנרכשת – בין אם היא פלטפורמה מתחרה (בפועל או בכוח), בין אם היא משתתפת בפלטפורמות ובין אם היא אינה פלטפורמה וגם אינה פועלת על גבי הפלטפורמה – תוך מניעת מתחריו מגישה לנתונים. באמצעות נתונים אלה הוא עשוי להציע הצעות ממוקדות למשתתפים בפלטפורמות מתחרות או למשתתפי הפלטפורמה אשר שוקלים לעבור לפלטפורמה אחרת או לחלק את זמנם בין פלטפורמות (multi-homing) ועל-ידי כך לפגוע ביכולתן של פלטפורמות מתחרות להתחרות. רבים מהשיקולים הרלוונטיים לשאלה מתי מיזוג הכולל רכישת נתונים יקל על חסימה בהקשר של מיזוג קונגלומרטי עשויים להיות רלוונטיים למיזוג שאחד או יותר מהצדדים בו הוא מפעיל פלטפורמה (בפועל או בכוח) או משתתף בפלטפורמה.

7. כוח שוק של רוכשים

א.7 מבוא

בניסיון הרשות עד כה, במרבית המקרים שבהם מיזוגים עוררו חששות לפגיעה משמעותית בתחרות, החשש היה קשור לכוח שוק מצד ספקים. בהתאם לכך, הנחיות אלה מתמקדות על-פי רוב בהגנה על התחרות בין ספקים, וזאת לשם קידום התכלית של הגנה על רווחת הצרכנים. עם זאת, באופן עקרוני חוק התחרות נועד להגן גם על ספקים מפני כוח שוק של רוכשים. כוח שוק של רוכש, "כוח רכישה", מכונה לעתים "כוח מונופסוני". ככלל, המטרה של הגנה על ספקים מפני כוח שוק של רוכשים עולה בקנה אחד עם המטרה של הגנה על רוכשים מפני כוח שוק של ספקים.⁶²

בפרק זה יידונו השפעותיהם של מיזוגים בין רוכשים, בין אם הם עומדים מול שוק תחרותי של ספקים ובין אם הם עומדים מול ספקים בעלי כוח שוק, לרבות שווקים שבהם תנאי העסקה נקבעים במשא-ומתן (bargaining markets).

כשם שמיזוג עשוי ליצור, להגדיל, להרחיב או לבצר כוח שוק בידי חברה ממוזגת בתור ספקית, כך גם באשר לחברה ממוזגת בתור רוכשת. מיזוגים כאלה עשויים לפגוע באופן משמעותי בתחרות בין רוכשים על-ידי הגדלת היכולת והתמריץ של החברה הממוזגת להרע את תנאי המסחר שהיא מציעה לספקים.⁶³

⁶² U.S. Merger Guidelines, פרק 2.10.

⁶³ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין יוניון מדיה ישראל בע"מ ו-טי.אם.אף מדיה פורס (שותפות מוגבלת) (6.2.19) עמ' 3-7.

ב.7 כוח מונופסוני מול שוק ספקים תחרותי

ככלל, דרכי הפגיעה בתחרות בין ספקים שנדונו בפרקים קודמים של הנחיות אלה רלוונטיות, בשינויים המחויבים, לניתוח חששות לפגיעה בתחרות בין רוכשים כתוצאה ממיזוג.

כשם שספק בשוק של תחרות משוכללת בין ספקים אינו יכול להשפיע על מחיר המכירה של מוצרו, כך גם רוכש בשוק של תחרות משוכללת בין רוכשים אינו יכול להשפיע על מחיר הרכישה של המוצר הנרכש על-ידו. לעומת זאת, רוכש שהוא בעל כוח מונופסוני יכול להזייל את מחיר הרכישה שלו על-ידי הפעלת כוחו המונופסוני, בדרך כלל – אם כי לא תמיד – על-ידי הקטנת הכמות הנרכשת. הקטנת הכמות הנרכשת תוביל ככלל להקטנת תפוקת המונופסון כספק בשוק למטה ולייקור מחיר המוצר שהוא מוכר שם, מה שיוביל להקטנת רווחת הצרכנים.

אינדיקציות לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק למטה – כתוצאה מיצירתו, מהרחבתו או מביצורו של כוח מונופסוני בידי החברה הממוזגת בשוק למעלה – מספיקות לבסס התנגדות למיזוג, אבל לשם ביסוס התנגדות למיזוג אין הכרח שיימצאו אינדיקציות לכך, ודי באינדיקציות לפגיעה משמעותית בתחרות בין רוכשים בשוק למעלה, בדמות הרעה חד-צדדית או מתואמת בתנאי הרכישה מהספקים בשוק למעלה או בדמות הקטנת הכמות הנרכשת. כוח מונופסוני כאמור עשוי להיווצר כתוצאה ממיזוג אופקי בין רוכשים, או לחלופין כתוצאה מחסימת רוכשים מתחרים בעקבות מיזוג לא-אופקי.

ג.7 כוח מיקוח במשא-ומתן (bargaining power)

כאשר הן לספקים והן לרוכשים מידה של כוח שוק, תנאי המסחר ביניהם נקבעים לעתים במשא-ומתן (bargaining). משא-ומתן מסוג זה עשוי לכרוך היבטים של מכרז יחד עם היבטים של משא-ומתן דו-צדדי. תוצאות המשא-ומתן מושפעות מהחלופות האחרות העומדות לרשות כל צד. יכולתו של צד לעזוב את המשא-ומתן ולפנות לחלופה אחרת נקראת כוח מיקוח (bargaining power). אם מיזוג מצמצם את מספר החלופות העומדות בפני מי שמנהל משא-ומתן מול החברה הממוזגת, יש בכך כדי להפחית את כוח המיקוח של הצד שכנגד, והדבר יאפשר לחברה הממוזגת לשפר את תוצאת המשא-ומתן מבחינתה, על-חשבון הצד שממולה. מידת ההשפעה שתהיה לכך תלויה במספרן ובאיכותן של החלופות האחרות הנותרות לרשות אותו צד בעקבות המיזוג, כמו גם במידת התחליפיות בין החלופות השונות. לדוגמא, החלופות העומדות בפני ספק עשויות לכלול רשתות הפצה או קמעונאים, ואילו החלופות העומדות בפני רוכש עשויות לכלול מוצרים אחרים או שירותים אחרים.

מיזוג בין רוכשים עשוי להפחית את כוח המיקוח של ספקים ועל-ידי כך להקטין את רווחי הספקים מעסקה עם החברה הממוזגת בתור רוכשת. בדומה, מיזוג בין ספקים עשוי להפחית את כוח המיקוח של רוכשים ועל-ידי כך להקטין את רווחי הרוכשים מעסקה עם החברה הממוזגת בתור ספק, והאמור כאן רלוונטי לשני המצבים.⁶⁴

לאחר שהצגנו דרכים שונות שבהן מיזוגים עשויים להביא לידי פגיעה בתחרות, נפנה עתה לדון בדרכים אפשריות להראות שמזוג אינו צפוי להביא לידי פגיעה בתחרות.

⁶⁴ U.S. Merger Guidelines, פרק 4.2.C.

8. כניסת מתחרים

לעתים, צדדים למיזוג טוענים שכניסת מתחרים לשוק – או האיום של כניסה כזו – תשלול את האפשרות להפעלת כוח שוק על-ידי החברה הממוזגת. טענות מסוג זה ייבחנו בעיקר לפי שלושה פרמטרים אלה: מהירות הכניסה, הסתברות הכניסה ואפקטיביות הכניסה.⁶⁵

באשר למהירות – על-מנת שתוכל לשלול את האפשרות להפעלת כוח שוק, כניסה צפויה חייבת להיות מהירה דיה כדי למנוע מראש את הפעלתו של כוח שוק; גם הפעלה של כוח שוק במשך פרק זמן קצר בלבד, עד לכניסת המתחרים החדשים, יכולה להוות פגיעה משמעותית בתחרות.

באשר להסתברות – על-מנת שתוכל לשלול את האפשרות להפעלת כוח שוק, הסתברות הכניסה חייבת להיות גדולה דיה – כלומר, קרובה לוודאית – כדי שלא יהיה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

באשר לאפקטיביות – על-מנת שתוכל לשלול את האפשרות להפעלת כוח שוק, הכניסה הצפויה חייבת להיות מספקת, מבחינת היקפה, עוצמתה ועמידותה לאורך זמן, כדי למנוע הפעלתו של כוח שוק.⁶⁶

בהקשר זה תבחן הרשות גם את קיומם של חסמי כניסה (לפני המיזוג או כתוצאה מהמיזוג).⁶⁷ בין חסמי הכניסה האפשריים ניתן למנות בין השאר עלויות הכרוכות בכניסה לשוק, גודל ההשקעה הדרושה לשם הכניסה לשוק, הצורך בהיקף פעילות מינימלית על-מנת לפעול ביעילות (minimum efficient scale), מוניטין ועוד.

בבחינת האפשרות של כניסת תחרות בדרך של יבוא מוצרים מתחרים, יובאו בחשבון גם חסמים המיוחדים ליבוא. ככלל, בהיעדר יבוא סדיר בהיקף משמעותי לפני המיזוג, נטיית הרשות תהיה להניח כי קיימים חסמים בפני יבוא אף אם לא ניתן לזהותם באופן ספציפי.

הרשות עשויה לבחון גם מקרי כניסה מהעבר, בין אם מוצלחים ובין אם לאו, כחלק מהערכתה את אפקטיביות הכניסה.

9. יעילות

מיזוג בין חברות עשוי ליצור יעילות. יעילות כזו עשויה אף לגבור על פגיעה תחרותית הצפויה להיגרם על-ידי המיזוג, ובמקרה כזה הרשות תשקול הסכמה למיזוג; אולם, הנטל לשכנע את הרשות כי כך הם פני הדברים מוטל על הצדדים למיזוג.⁶⁸

⁶⁵ U.S. Merger Guidelines, פרק 3.2; UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 8.31-8.39.
⁶⁶ ת"כ 36014-12-10 קניאל תעשיות אריזה נ' הממונה (נבו, 10.6.12) פס' 28 ואילך; נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין גברעם מעטפות איכות בע"מ אמקה מעטפות 1994 בע"מ (13.10.16) עמ' 11.
⁶⁷ ת"כ 11361-07-22 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשל"צ וזכרון יעקב בע"מ נ' הממונה (באתר רשות התחרות 25.2.25) סע' 120 ואילך; נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אלקטרה בע"מ לבין דלקיה אנרגיה ושירותים בע"מ (24.5.12), עמ' 10-11; UK Merger Assessment Guidelines, עמ' 8.40-8.43.

⁶⁸ ת"כ 745-07-18 בנק מזרחי טפחות נ' הממונה (נבו, 28.11.19), פס' 222-224; נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין מילועוף אינטגרציית פטם גליל מערבי אגודה שיתופית חקלאית בע"מ לעוף טוב שאן בע"מ (9.5.24), עמ' 14.

כדוגמא לכך, במקרים מסוימים מיזוג עשוי להוזיל עלויות שוליות או לצמצם מרווח כפול (double marginalization). במקרים כאלה על הצדדים למיזוג להראות שיעילות זו תגולגל לצרכנים במידה מספקת כדי לנטרל את הפגיעה בתחרות ולמנוע פגיעה בצרכנים. לדוגמא, גם אם מיזוג צפוי ליצור יעילות אשר תיצור בתורה יכולת ותמריץ להוזיל מחירים, לא יהיה די בכך כדי להצדיק הסכמה למיזוג אלא אם יוכח שהשפעה זו של המיזוג תגבר על תמריצים לייקר מחירים עקב העלמת מתחרה, השפעות מתואמות או חסימת מתחרים כתוצאה מהמיזוג. מידת גלגול תוצרי היעילות לטובת הצרכנים עשויה להיות מושפעת, בין השאר, מאופי התחרות בשוק, קיומם וגובהם של חסמים בפני כניסה והתרחבות, ומידת היכולת והתמריץ של החברה הממוזגת להפלות בין לקוחות. כנגד היעילות הנטענת, תישקל הפגיעה בתחרות העלולה להיגרם על-ידי המיזוג הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך. ככל שעוצמת הפגיעה בתחרות משמעותית יותר, כך יגדלו היקף היעילות ומידת הגלגול לטובת הצרכנים הנדרשים כדי לגבור על החשש לפגיעה בתחרות.⁶⁹

על-מנת שהיעילות הנטענת תוכר ותובא בחשבון על-ידי הרשות, על הצדדים למיזוג להוכיח שהיא משמעותית ושהיא תושג תוך פרק זמן סביר.⁷⁰ אם לא קיימת מתודולוגיה שתאפשר לאמת ולכמת את היעילות הנטענת, היא לא תובא בחשבון.

ככלל, חיסכון בעלויות קבועות אינו מגולגל לצרכן, ולכן טענות לחיסכון בעלויות אלה כתוצאה מהמיזוג לא יובאו בחשבון. באופן כללי יותר, יעילות נטענת שממנה ייהנו רק הצדדים למיזוג – ולא לקוחות או צרכנים – לא תובא בחשבון.

ככלל, יעילות נטענת בשוק אחד, או לגבי קבוצת לקוחות אחת, לא תוכר ולא תישקל נגד פגיעה בתחרות בשוק אחר או לגבי קבוצת לקוחות אחרת.⁷¹

על-מנת שתוכר ותובא בחשבון, יעילות נטענת חייבת להיות ייחודית למיזוג (merger-specific).⁷² כלומר, שלא ניתן להשיג את אותה היעילות באופן סביר בדרכים שפגיעתן בתחרות פחותה מפגיעתו של המיזוג בתחרות. בהקשר זה ייבחנו אפשרויות אחרות להשיג את היעילות הנטענת, לרבות גידול אורגני,⁷³ התקשרות חוזית בין הצדדים וכן מיזוגים חלופיים שפגיעתם בתחרות פחותה. על הצדדים למיזוג מוטל הנטל להראות שאפשרויות אחרות מעין אלה אינן בנות ביצוע או שיהיו כרוכות בעלויות עסקה אשר יהפכו אותן להיות לא-כדאיות.

10. הגדרת שוק

10.א מבוא

הגדרת שוק היא כלי שיכול לשמש לצורך בחינת תזה של פגיעה בתחרות כתוצאה ממיזוג נתון. בפרט, הגדרת שוק עשויה לסייע בהערכה האם מיזוג ייצור, יגדיל, ירחיב או יבצר כוח שוק. שוק מוגדר קרוי גם "שוק רלוונטי". את המושג של שוק מוגדר ניתן להבין בתור זירה של תחרות

⁶⁹ UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 8.14.

⁷⁰ UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 8.12-8.14.

⁷¹ נימוקי התנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין הראל השקעות בביטוח ושירותים פיננסיים בע"מ לבין ישראלרטי בע"מ (7.2.24), עמ' 13.

⁷² U.S. Merger Guidelines, פרק 3.3; UK Merger Assessment Guidelines, סעי' 8.16-8.19.

⁷³ Farrell & Shapiro, "Scale Economies and Efficiencies in Horizontal Merger Analysis," 68 Antitrust L.J. 685 (2001).

אפקטיבית, בעלת רכיב של שוק מוצר (או שירות) וכן רכיב של שוק גיאוגרפי, אשר נתחמת בהתאם למידת התחליפיות בין מוצר (או שירות) ותחליפיו בתגובה לעלייה במחיר או הרעה אחרת בתנאי המסחר.⁷⁴

חשוב להדגיש כי יש להגדיר שוק לצורך בחינת תזה קונקרטית של פגיעה בתחרות.⁷⁵ לדוגמא, שוק מוגדר מצומצם עשוי להיות רלוונטי לבחינת תזה פלונית של פגיעה בתחרות, ואילו שוק מוגדר רחב יותר יהיה רלוונטי לבחינת תזה אלמונית של פגיעה בתחרות; אף יתכן שיוגדרו שווקים רלוונטיים אחדים, כאשר שוק רלוונטי אחד עשוי להיכלל, כולו או חלקו, בתוך שוק רלוונטי אחר.⁷⁶ מעבר לכך, כפי שצוין כבר בפרק 2 לעיל בנוגע למיזוגים אופקיים, רק בחלק מהמקרים יש מקום להגדיר שוק רלוונטי לצורך בחינת השפעותיו האנטי-תחרותיות של מיזוג. כך, למשל, במקרים מסוימים די יהיה בקיומה של יריבות משמעותית בין הצדדים למיזוג, או בקיומו של כוח שוק בידי אחד הצדדים למיזוג או שניהם, כדי להראות שהמיזוג עלול לפגוע בתחרות באופן משמעותי, מבלי להגדיר שוק רלוונטי.

מקובל כי התהליך של הגדרת שוק רלוונטי מתמקד במאפייני ביקוש, דהיינו יכולתם ונכונותם של לקוחות לעבור למוצר תחליפי (או למיקום גיאוגרפי תחליפי) בתגובה לעלייה במחיר או להרעה אחרת בתנאי המסחר.⁷⁷ אמנם, תגובותיהם של ספקים ומתחרים פוטנציאליים חשובות אף הן לשם בחינת השפעותיו התחרותיות של מיזוג; אולם, אלה נשקלות בשלבים אחרים של הניתוח, לדוגמא בהערכת הסיכויים לכניסת מתחרים נוספים (פרק 8 לעיל).⁷⁸

10.1 ב. מאפייני מוצר/שירות

כפי שצוין לעיל, הגדרת שוק נקבעת על-פי תחליפיות הביקוש בין מוצר או שירות ותחליפיו בתגובה לשינויים במחיר או בתנאי מסחר אחרים. כלומר, זיהוי הבדלים בין מאפייניהם של מוצרים שונים או שירותים שונים לא בהכרח יספיק לצורך הגדרת שוק רלוונטי. בתת-פרק 10.1 ב. זה יוצבו דוגמאות למאפייני מוצר או שירות העשויים לשמש כראיה לצורך הגדרת שווקים. בתת-פרק 10.1 ג. יוצגו מתודולוגיות לקביעת מידת התחליפיות בין מוצרים או שירותים מבודלים על-פי תגובות לשינויים במחיר או בתנאי מסחר אחרים.

לעתים קרובות יישקלו מאפיינים פונקציונליים שונים של מוצר או שירות לצורך הגדרת שוק, לרבות גודל, איכות, מרחקים, קבוצות לקוחות מבודלות ומחיר.⁷⁹ כן יישקלו ראיות להכרה בציבור או בענף כי קבוצת מוצרים מהווה זירה כלכלית מובחנת.⁸⁰ רשימה זו אינה סגורה, ובתור דוגמאות לפרמטרים נוספים ניתן להצביע על מידת החדשנות שבמוצר, מידת עמידתו של המוצר, השימושים האפשריים של המוצר, האפשרות לשלב שימוש במוצר בשימוש במוצרים נוספים, תדמיתו של

⁷⁴ לדוגמא, נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין לקסן ישראל בע"מ לבין ישרוטל בע"מ (24.6.12), עמ' 2-6.

⁷⁵ ת"כ 745-07-18 בנק מזרחי טפחות נ' הממונה (נבו, 28.11.19) פס' 29.

⁷⁶ U.S. Merger Guidelines פרק 4.3 וה"ש 77 שם. ראו גם U.S. v. Google 747 F.Supp. 3d 1 (D.D.C. 2025) בעמ' 124-125.

⁷⁷ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה נ' הממונה (נבו, 10.10.16) פס' 24.

⁷⁸ לעניין הגדרת שוק באופן כללי, ראו U.S. ;EU Commission Notice on the definition of the relevant market; Merger Guidelines פרק 4.3.

⁷⁹ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (נבו, 10.10.16), פס' 36-37 (פונקציונאליות כמבחן מרכזי אך לא בלעדי).

⁸⁰ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (נבו, 10.10.16), פס' 47-48.

המוצר בעיני הלקוחות, זמינות ואמינות באספקה (לרבות עלויות תובלה וכן פגיעותן – או לחלופין שרידותן – של שרשרות אספקה). הבדלים בין ערוצי הפצה שונים, לדוגמה בין ערוצים מקוונים וערוצים פיזיים, עשויים להיות רלוונטיים אף הם.

ג.10 מבחן ה-SSNIP

במקרים מסוימים מבחן המונופול ההיפותטי עשוי לשמש לצורך בחינת השאלה האם קבוצה נתונה של מוצרים מהווה שוק רלוונטי. כאשר מדובר במיזוג בין ספקים, המבחן שואל האם פירמה היפותטית, הפועלת להשיא את רווחיה והיא הספק היחיד בהווה ובעתיד של אותה קבוצת מוצרים, היתה צפויה לבצע העלאת מחיר קטנה אך משמעותית ולא בת-חלוף (SSNIP – Small but Significant Non-Transitory Increase in Price) או הרעה אחרת בתנאי המסחר (לדוגמה, איכות, שירות, חדשנות, מגוון או תכונות) שהיא קטנה אך משמעותית ולא בת-חלוף ביחס למוצר אחד לפחות מתוך קבוצת המוצרים הנבחנת. לצורך יישום המבחן, מניחים שאין כל שינוי במחיר ובשאר תנאי המסחר של המוצרים שמחוץ לקבוצת המוצרים הנבחנת. ככלל, המבחן מיושם עבור קבוצת מוצרים יחד עם אזור גיאוגרפי נתון, כדי לאפשר הגדרת שוק. כאשר המיזוג הנבחן הוא בין רוכשים, ייושם מבחן מקביל בנוגע למונופסון היפותטי.

לצורך מבחן ה-SSNIP, העלאת המחיר והרעת תנאי מסחר נמדדות ביחס למחיר תחרותי ולתנאי מסחר תחרותיים, שהם לאו דווקא אלה השוררים בשוק לפני המיזוג.⁸¹

ביישום מבחן המונופול ההיפותטי, מתחילים בקבוצת המוצרים המצומצמת ביותר שהיא רלוונטית לתזה הנבחנת של פגיעה בתחרות (יזכר כי מגדירים שוק רלוונטי לצורך תזה קונקרטית של פגיעה בתחרות, כפי שצוין לעיל). אם על-פי המבחן יוצא שמונופול היפותטי בקבוצת המוצרים הנבחנת, שהוא פועל כדי להשיא את רווחיו, היה מבצע SSNIP או הרעה דומה בתנאי מסחר אחרים, הרי שאותה קבוצת מוצרים תהווה שוק רלוונטי; אם לא, אותה קבוצת מוצרים לא תהווה שוק רלוונטי, ולכן מוסיפים לקבוצת המוצרים הנבחנת מוצרים נוספים שהם התחליפים הקרובים ביותר שלא נכללו בקבוצת המוצרים שנבחנה בשלב הראשון, וחוזרים על הבדיקה. יוזכר כי הגדרת שוק מצומצם בדרך זו אינה מונעת הגדרת שוק שני, גדול יותר, אם יש מקום לעשות זאת לצורך בדיקת המיזוג.

כימות הרכיב של "קטן אך משמעותי" (small but significant) תלוי במגוון גורמים, לרבות דרכי התחרות בענף הנדון ומאפייני הענף; ככלל, תשתמש הרשות ב-SSNIP של 5%-10% לצורך המבחן.⁸²

דרך אחת להעריך האם המונופול ההיפותטי צפוי לבצע SSNIP עושה שימוש במושג של יחס הסטה מצרפי (aggregate diversion ratio). יחס ההסטה המצרפי הוא אותו חלק מהקטנת המכירות של מוצר אחד בתוך קבוצת המוצרים הנבחנת אשר מוסט למוצרים אחרים בתוך קבוצת המוצרים הנבחנת כאשר חלה עלייה במחירו של אותו מוצר (ורק שלו). העלאה במחיר תהיה רווחית עבור

⁸¹ זאת על-מנת לא להיתפס לטעות המכונה "כשל הצלופן". ראו ע"פ 2560/08 מ.י. נ' וול (נבו, 6.7.09) פ"ס קכז; גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי (21.7.19), עמ' 5 וה"ש 9.
⁸² ת"כ 11361-07-22 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשל"צ וזכרון יעקב בע"מ נ' רשות התחרות (באתר רשות התחרות, 25.2.25) פ"ס 22; ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה (נבו, 10.10.16) פ"ס 24.

מונופול היפותטי כאשר יחס ההסטה המצרפי גדול מספיק כדי להבטיח שהרווחים הנוספים מהעלאת המחיר, בתוספת הרווחים הנוספים מהמכירות המוסטות למוצרים אחרים בתוך קבוצת המוצרים הנבחרת, עולים על ההפסדים מהמכירות המוסטות למוצרים מחוץ לקבוצת המוצרים הנבחרת. מרווחים גדולים לפני המיזוג מעידים, ככלל, על-כך שהמוצרים הנבחרים עומדים לפני ביקוש שאינו גמיש ביחס לתנודות במחיר. ככלל, מרווח גדול לפני המיזוג משמש אינדיקציה לביקוש קשיח למוצר בטווח המחירים הרלוונטי, כך שיחס ההסטה המצרפי הדרוש על-מנת שקבוצת המוצרים הנבחרת תיחשב כשוק רלוונטי על-פי מבחן המונופול ההיפותטי יהיה קטן.⁸³

כאשר הנתונים הדרושים לכך זמינים, מבחן ההפסד הקריטי (critical loss) עשוי לסייע בהערכה האם ביצוע SSNIP במוצר אחד או יותר מתוך קבוצת המוצרים הנבחרת יהיה רווחי עבור המונופול ההיפותטי. הפסד קריטי מוגדר כהיקף המכירות (ביחידות) שיפסיד המונופול ההיפותטי עקב העלאת מחיר אשר ישאיר את רווחיו ללא שינוי. "ההפסד הצפוי" מוגדר כהיקף המכירות (ביחידות) שהמונופול ההיפותטי צפוי להפסיד עקב העלאת המחיר. ביצוע SSNIP עבור מוצר אחד או יותר מתוך קבוצת המוצרים הנבחרת יהיה רווחי עבור המונופול ההיפותטי אם ההפסד הצפוי קטן מההפסד הקריטי. לעומת זאת, אם ההפסד הצפוי גדול מההפסד הקריטי, ביצוע ה-SSNIP לא יהיה רווחי, ומשמעות הדבר היא שקבוצת המוצרים הנבחרת אינה שוק רלוונטי ועל-מנת להגדיר שוק רלוונטי יש להרחיב את המעגל ולהוסיף מוצרים נוספים לקבוצה כאמור לעיל.

במקרים רבים, ביצוע מבחן ה-SSNIP ככתבו אינו אפשרי, לדוגמא לאור היעדר נתונים, ומשום כך בדרך כלל תיבחן שאלת הגדרת השוק על-בסיס אינדיקטורים איכותיים-מעשיים אשר מאפשרים לאמוד את מידת התחליפיות בין מוצרים שונים.⁸⁴ אינדיקטורים אלה עשויים לכלול בין השאר את האינדיקטורים האלה, או חלקם: מאפיינים פונקציונליים; תנאי אספקה לרבות מחיר, איכות, מגוון ומידת הנגישות ללקוח; דפוסי רכישה ושינויים בדפוסי רכישה בתגובה לשינויים בתנאי האספקה; תפיסת הלקוחות; תפיסת המתחרים את עוצמת הלחצים התחרותיים בשוק; שיקולי תמחור ותמחור בפועל ביחס לעלויות ייצור או ביחס למחיריהם של מוצרים אחרים.

במקרים המתאימים לכך, תתייחס הרשות לשוק בהתהוות שאינו קיים עדיין בעת בדיקת המיזוג.⁸⁵ במקרים מסוימים, ניתן יהיה למצוא ראיות לתחליפיות בין מוצרים שונים בעקבות זעזועים בשוק, לדוגמא כאשר תחלופה בין מוצרים נגרמת על-ידי שינוי אקסוגני בתנאי ההיצע. בדומה, שינויים בכמויות בתגובה ליציאתו של שחקן מהשוק או כתוצאה מחוסר זמני בזמינותם של מוצרים מסוימים מסיבות אקסוגניות, עשויים לסייע בהבנת תחליפיות בין מוצרים. מידע רלוונטי לתחליפיות הביקוש שנאסף במהלך העסקים הרגיל עשוי להיות מועיל אף הוא. לדוגמא, נתונים באשר ללקוחות שחברה השיגה או לחלופין הפסידה, וזהותם של המתחרים שמהם נלקחו הלקוחות – או שאליהם עברו הלקוחות – עשויים לספק מידע חשוב.

⁸³ EU Commission Notice on the definition of the relevant market, סעיף 59 וה"ש 87.

⁸⁴ ה"ע 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה נ' הממונה (נבו), 10.10.16 (פס' 25 ואילך).

⁸⁵ השווה החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988 - בדבר מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל הסכם בין אלביט מערכות בע"מ לבין התעשייה האווירית לישראל בע"מ (21.3.07), עמ' 4.

7.10 שוק גיאוגרפי

היקפו של השוק הגיאוגרפי נקבע על-פי נטייתם של לקוחות לעבור בין ספקים שהם מפוזרים מבחינה גיאוגרפית. כאשר מדובר במוצר שרכישתו כרוכה בנוכחותם הפיזית של הלקוחות בנקודת המכירה של הספק, נודעת חשיבות לנכונותם של הלקוחות לנסוע את המרחק עד לנקודת המכירה של הספק על-מנת לרכוש את המוצר הנדון. נכונות זו תלויה בין השאר באופיו של המוצר, במחירו ובתדירות רכישתו. ספקים אשר מוכרים מתוך השוק הגיאוגרפי או לתוכו ייחשבו כמתחרים אחד של השני. לצורך מדידת נתחי שוק (ראו פרק 10.ה להלן), נלקחות בחשבון מכירות שבוצעו על-ידי ספקים מתוך השוק הגיאוגרפי, גם אם הלקוח בא מחוץ לגבולות השוק הגיאוגרפי; כמו-כן, נלקחות בחשבון מכירות שנשלחו ללקוחות בתוך השוק הגיאוגרפי גם אם הספק ממוקם מחוץ לשוק הגיאוגרפי.⁸⁶ הרשות עשויה לבחון האם מונופול היפותטי, הפועל להשיא את רווחיו והוא המוכר היחיד של המוצר הנדון בהווה ובעתיד מתוך השטח הגיאוגרפי הנבחן, היה צפוי לבצע SSNIP באתר מכירות אחד לפחות שלו בתוך השטח הנבחן, כאשר אין שינוי בתנאי המסחר עבור מכירות של המוצר מחוץ לשטח הנבחן.

10.ה מדידת נתחי שוק

לצורך מדידת נתחי שוק של הגורמים הפועלים בשוק שהוגדר, תשתמש הרשות במשתנה המתאים ביותר, על-פני התקופה המתאימה ביותר, לאור נסיבותיו של השוק הנדון. במקרים רבים, מדידת נתחי השוק תיעשה במונחי יחידות או במונחים כספיים. במקרים אחרים, עשויה הרשות למדוד נתחי שוק על-פי היקף ייצור, היקף אספקה בפועל, גודלו של בסיס הלקוחות, כושר ייצור או כל משתנה אחר הנראה מתאים לנסיבותיו של השוק הנדון. הרשות עשויה למדוד את נתחי השוק לפי יותר ממשתנה אחד.⁸⁷

10.ו אפליה

הרשות עשויה להגדיר שוק רלוונטי על-בסיס לקוחות – או קבוצת לקוחות – הניתנים לזיהוי ולהפליה (targeted customers), וזאת אם החברה הממוזגת תהיה מסוגלת לזהות ולהפלות לקוחות או קבוצה של לקוחות ולבצע SSNIP לגביהם באופן רווחי (וזאת בין אם מתקיימת אפליה כזאת לפני המיזוג ובין אם לא). זיהוי לקוחות והפלייתם כאמור יכולים להיעשות בעקיפין, לדוגמא לפי מיקום גיאוגרפי או לפי כל מאפיין רלוונטי אחר; במקרה כזה מבחן ה-SSNIP יתייחס לנכונות הלקוחות לעבור לרכוש מספק שאינו נכלל באזור המופלה. יכולתה של החברה הממוזגת לזהות ולהפלות לקוחות לאחר המיזוג עשויה לגדול באופן משמעותי אם המיזוג יאפשר שימוש בנתוני לקוחות לשם כך. היכולת להפלות לקוחות תלויה, ככלל, באפשרות לקבוע תנאי מסחר שונים עבור לקוחות שונים או עבור קבוצות לקוחות שונות ולמנוע ארביטראז'.⁸⁸

⁸⁶ EU Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law, C/2024/1645 (להלן: EU Commission Notice on the definition of the relevant market), ס' 109.

⁸⁷ EU Notice on the definition of the relevant market, ס' 105-108. לעניין בחירת מדד לצורך מדידת נתחי שוק ראו לדוגמא ה"ע 7014/02 עמינח רשתות שיווק נ' הממונה (נבו, 20.7.05) פס' 26. בשוק של מכרזים, הרשות עשויה לייחס חשיבות למספר הזכיות של כל שחקן במכרזים; ראו נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אלקטרה לבין דלקיה אנרגיה ושירותים (2012).

⁸⁸ U.S. Merger Guidelines, פרק 4.3.D.1; EU Commission Notice on the definition of the relevant market, ס' 88-89.

10.ז. שווקים לחבילות מוצרים

בנסיבות מסוימות, ספקים עשויים למכור מספר מוצרים או שירותים יחד כתבילה. אם רכיבי התבילה זמינים לרכישה גם בנפרד, החבילה עשויה להימכר במחיר נמוך מסך המחירים של רכיבי התבילה השונים כשהם נמכרים בנפרד. הרשות עשויה לבחון האם התבילה מהווה שוק רלוונטי בפני עצמו, במובחן מרכיבי התבילה כשהם נמכרים בנפרד, וזאת בדרך של הערכת מידת התחליפות בין החבילה לבין המוצרים כשהם נמכרים בנפרד. במקרים מסוימים, שוק רלוונטי יכול להיות חבילה אחת או יותר של מוצרים או שירותים, ואילו במקרים אחרים יוגדרו שווקים רלוונטיים הן ברמת החבילה הן ברמת המוצר הבודד כשנמכר בנפרד; זאת, בהתאם לתזה הנבחנת של פגיעה בתחרות.⁸⁹ יש לשים לב לכך שהמוצרים או השירותים שבחבילה אינם בהכרח משלימים אחד את השני בעיני הצרכן הסופי. לדוגמה, יתכן שלקוחות יעדיפו לרכוש את המוצרים ביחד כדי להקטין עלויות עסקה או עלויות חיפוש. ראו גם פרק 10.ט (שווקים של "הכל במקום אחד") ופרק 10.י (שוקי מקבץ) להלן.

10.ח. שוקי המשך

במקרים מסוימים, רכישת מוצר בר-קיימא מובילה לצריכת מוצר המשך או שירות המשך, הקשורים למוצר הראשון. אותו מוצר המשך או שירות המשך נקרא לעתים "שוק המשך". כאשר היא בוחנת מוצרים שלגביהם קיים שוק המשך, הרשות עשויה להחשיב את המוצר הראשון יחד עם מוצר המשך או שירות המשך כשוק רלוונטי אחד, או שהיא עשויה להגדיר שוק אחד עבור המוצר הראשון ושוק שני עבור כל מוצרי המשך ושירותי המשך הקשורים לאותו מוצר ראשון, או שהיא עשויה להגדיר שוק אחד עבור המוצר הראשון ושווקים נוספים בנפרד עבור מוצרי המשך ושירותי המשך שונים הקשורים עם המוצר הראשון.

ההחלטה כיצד להגדיר את השוק הרלוונטי, או את השווקים הרלוונטיים, תתקבל בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבותיו. ככלל, הנסיבות הבאות יגבירו את הנטייה להגדיר שווקים נפרדים עבור המוצר הראשון, מצד אחד, ועבור מוצרי המשך או שירותי המשך מצד שני: הלקוחות נוטים להביא בחשבון, בעת ההחלטה לרכוש את המוצר הראשון, רק את עלות הרכישה של המוצר הראשון ואינם מביאים בחשבון את עלותם של מוצרי המשך ושירותי המשך; המוצר הראשון יקר יותר ממוצרי המשך ושירותי המשך.⁹⁰

⁸⁹ U.S. Merger Guidelines, פרק 4.3.D.5; EU Commission Notice on the definition of the relevant market, סעי' 99-104.

⁹⁰ EU Commission Notice on the definition of the relevant market, סעי' 99-104. מצב כאמור עשוי להתקיים, בין השאר, כאשר אין זהות בין רוכש המוצר הראשון לבין רוכש מוצרי המשך ושירותי המשך, כגון כאשר יזם מתקין מעליות בבניין ורוכשי הדירות בבניין הם אלה שרוכשים את שירותי התחזוקה במעליות לאורך שנים; ראו הכרזה על בעל מונופולין לפי סעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988: אינטר-אפ מעליות בע"מ - בעלת מונופולין בשירות למעליות MRL של מיצובישי בבנייני מגורים (2025). עם זאת, היעדר הזהות האמור אינו תנאי הכרחי לכך, ומצב כאמור עשוי להתקיים גם כאשר קיימת זהות בין רוכש המוצר הראשון לבין רכוש מוצרי המשך ושירותי המשך, אך מסיבה כלשהי אותו רוכש אינו נוטה להביא בחשבון, בעת רכישת המוצר הראשון, את עלויות רכישות המשך.

ט.10 שווקים של "הכל במקום אחד" (one-stop shop)

לנוכח עלויות חיפוש או נסיעה, צרכנים עשויים להעדיף לרכוש מספר מוצרים מספק אחד, או בעסקה אחת או בסדרה של עסקות. במקרים כאלה, הרשות עשויה להגדיר שוק רלוונטי המורכב מחנויות המציעות מגוון של מוצרים תחת קורת גג אחת. דוגמא קלאסית לכך היא סופרמרקט.⁹¹

י.10 שוקי מקבץ (cluster markets)

לעתים יוגדר שוק הכולל בתוכו מקבץ של מוצרים על-אף שלא כל המוצרים שבשוק מהווים תחליפים אחד עבור השני. ניתן לקרוא לשוק מסוג זה שוק מקבץ (cluster market).

יש מקרים שבהם יוגדר שוק מקבץ מטעמים שבמהות, כלומר שבעיני הלקוחות ספקים המציעים רק מוצר אחד (או רק מוצרים אחדים) מתוך המקבץ אינם תחליפיים לספקים המציעים את כל המקבץ. ברור כי תתכן חפיפה בין המושג של שוק מקבץ לבין המושג של "הכל במקום אחד" (פרק ט.10 לעיל), או בינם לבין המושג של אקוסיסטמה (פרק י.10 להלן), והמושגים השונים באים רק כדי להאיר היבטים שונים של התופעה. בכל מקרה ייבחר המודל המתאים לצורך בחינת המיזוג הנדון.

במקרים אחרים יוגדר שוק מקבץ מטעמי נוחות, זאת בתנאי שקיים דמיון בנסיבותיהם התחרותיות של השווקים השונים המקובצים לתוך שוק המקבץ. לדוגמא, יתכן שלשם הנוחות יוגדר שוק של כלל קווי האוטובוס העירוניים בעיר פלוניית, למרות שמן הסתם קו מנקודה 1 לנקודה 2 בתוך העיר אינו תחליפי לקו מנקודה 3 לנקודה 4 בתוך אותה העיר.⁹²

יא.10 אקוסיסטמות (ecosystems)

אקוסיסטמה מפגישה בין ספק או מספר ספקים ולקוחות, ובמקרים רבים מציעה קבוצת מוצרים או שירותים שהם משלימים בשימושם, או שרכישתם ביחד מקטינה עלויות עסקה אף אם לא בהכרח משמשים את הצרכן ביחד. אקוסיסטמות רבות מהוות פלטפורמות רב-צדדיות כמתואר בפרק 6 לעיל. נוסף על-כך, אקוסיסטמות רבות הן דיגיטליות וקיימת קישוריות גומלין טכנולוגית בין מוצרים ושירותים. יישומים של בנקאות מקוונת ופלטפורמות של מסחר דיגיטלי הם דוגמאות לאקוסיסטמות דיגיטליות. תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, הרשות עשויה לבחון אקוסיסטמה כחבילה של מוצרים ושירותים, או בהתאם לניתוח של שוקי המשך (פרק י.10 לעיל), או בתור שוק מקבץ (פרק י.10 לעיל).⁹³

⁹¹ ראו FTC v. Staples, 970 F.Supp. 1066 (D.D.C. 1997) ("superstores" של ציוד משרדי).

⁹² הכרזות על בעלי מונופולין לפי סעי' 26(א) וקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל לפי סעי' 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988, נצב"א החזקות 1995 ואח' (26.5.99), סעי' 9.1.

⁹³ EU Commission Notice on the definition of the relevant market, סעי' 104.