

## עד כמה רלוונטי השוק הרלוונטי? - דיני התחרות בראי הניתוח הכלכלי

מאת

ד"ר הילה נבו<sup>1</sup> • ד"ר יריב אילן<sup>2</sup>

### 1. פתח דבר

הגדרת השוק הרלוונטי הינה לרוב הצעד הראשון בכל חקירה שעניינה דיני תחרות. מטרתה של הגדרת השוק הינה תיחום מרחב המוצרים המפעילים ריסון תחרותי אלו על אלו, בגין מידת התחליפיות הגבוהה והקירבה המיידית אשר קיימת ביניהם, מנקודת ראותו של הצרכן. הגדרת השוק משמשת, אם כן, לזיהויו של "שדה הקרב", בו מתנהלת המערכה התחרותית.

מתודולוגיית השוק הרלוונטי החלה את דרכה לפני מספר עשורים בהנחיות המיזוגים האמריקאיות, ועקרונותיה חלחלו בהדרגה אל משפט האיחוד האירופי, כמו גם אל דיני ההגבלים בישראל.

דומה, כי כיום אין מחלוקת בנוגע לחשיבותה של הגדרת השוק כשלב מקדמי (וחיוני) בכל ניתוח תחרותי. אף כי קיימת הסכמה, כי הגדרת השוק הרלוונטי אינה מטרה לכשעצמה, כי אם כלי עזר אשר נועד לייעל ולפשט את ההערכה התחרותית, הרי שהלכה למעשה, נעשה בה שימוש ברוב רובן של החקירות ההגבליות במדינות העולם המערבי, לרבות ישראל.

בה בעת, גוברים הקולות, בעיקר בקרב כלכלנים, הקוראים לשינוי בתפיסת הגדרת השוק כשלב ראשוני ומחוייב המציאות. לשיטתם של מלומדים אלו, יש לבצע הערכה תחרותית ישירה, המבוססת על כלים אמפיריים-כמותיים, בלא תחילת שוק המוצר הרלוונטי תחילה. מגמה זו מצאה ביטוי בחודש אוגוסט האחרון, עם פרסום הנחיות המיזוגים האמריקאיות החדשות, המונות מספר שיטות כלכליות חדשניות העשויות ליתר את הצורך בהגדרת השוק, במקרים בהם השפעתו הישירה של המיזוג ניתנת למדידה ולכימות.

התפתחויות אלו, אשר עוגנו לראשונה במסמך ההנחיות הרשמי של רשות האכיפה המובילה בעולם, מעמידות בסימן שאלה את הגמוניית השוק הרלוונטי ששררה עד

1. מרצה, אוניברסיטת חיפה, המרכז האקדמי כרמל.

2. פרופ' יובל לוי ושות' - משרד עורכי-דין ונוטריון; מרצה, אוניברסיטת חיפה. הכתוב במאמר זה הינו על דעת מחברו בלבד, ואינו משקף בהכרח את עמדת המשרד.

כה, והן נקודת המוצא למאמרנו זה. המאמר בנוי משבעה חלקים. חלקו השני של המאמר סוקר את עקרונות היסוד והמבחנים הכלליים המשמשים להגדרת שווקים. חלקו השלישי בוחן את מרכזיותו של הליך זה בחקירה ההגבלית, תוך עמידה, בקליפת האגוז, על יתרונותיו וחסרונותיו. חלקו הרביעי עוסק בתמורות אשר עובר הליך הגדרת השוק בשנים האחרונות, ואשר מצאו את ביטויין בהנחיות המיזוגים האמריקאיות החדשות. חלקו החמישי של המאמר סוקר שיטות כמותיות חדשניות אשר נכללות בהנחיות המיזוגים האמריקאיות החדשות, כחלופה אפשרית להגדרת השוק, ומדגים את אופן השימוש בהן. חלקו השישי של המאמר מספק נקודת מבט משווה על מעמדו של השוק הרלוונטי באירופה ובישראל. חלקו השביעי של המאמר מסכם את הנאמר, ומסיק מסקנות להמשך הדרך.

## 2. הגדרת שוק: עקרונות כלליים

הגדרת השוק הרלוונטי הינה הצעד הראשון - ויש אומרים אף החשוב ביותר - בכל חקירה שעניינה דיני התחרות. כך למשל, על מנת לעמוד על החששות התחרותיים העשויים לנבוע מעסקת מיזוג חברות, תיבחן השפעתו של המיזוג ביחס לאותם שווקים (או ענפים) בהם פועלות החברות המתמזגות. בדומה, טענה בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי חייבת להתבסס על הגדרת שוק רלוונטי בו, לכאורה, קיימת עמדה מונופוליסטית, כהגדרתה בחוק. הגדרת השוק רלוונטי גם לחקירות בדבר הסדרים כובלים, בין היתר, על מנת להעריך את מידת השפעתו האפשרית של ההסכם על התחרות בענף, או בכדי לבחון, האם ההסכם הנדון חוסה תחת אחד מן הפטורים הקבועים בחוק, אם לאו.

אף כי המונחים "שוק" או "הגדרת שוק" אינם מוזכרים באופן מפורש בחוק ההגבלים העסקיים, הרי שבפרקטיקה ההגבלית הנוהגת, השוק הרלוונטי מהווה, כאמור, שלב מקדמי והכרחי לביצועה של כל הערכה תחרותית.<sup>3</sup> כפי שציין בית-הדין בעניין שטראוס עלית:<sup>4</sup>

**"הגדרת תחומי וגבולותיו של השוק הרלוונטי היא צעד ראשון בבחינת קיומו או העדרו של כל הגבל עסקי."**

ולמעלה מכך, ראו גם את דברי בית-המשפט בפרשת יהודה פלדות, המציין כדלקמן:<sup>5</sup>

3. אף כי מקורה של מתודולוגיית השוק הרלוונטי (מבחן המונופול ההיפותטי או SSNIP, כמוסבר להלן) הוא בהנחיות המיזוגים האופקיים בארה"ב, אין חולקים, כי היא חלה, בשינויים המחוייבים, גם על סוגיות נוספות, בין היתר ניצול מעמד דומיננטי לרעה. להרחבה על שינויים אלו, ראו למשל, S. Bishop and M. Walker, *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd ed., 2002) בעמ' 104-98; 125-126.

4. הי"ע 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 9.7.07) (להלן: "עניין שטראוס עלית").

5. הי"ע 8006/03 יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, תק-מח 2007(2), 2052 (2007), בפסקה 35.

"תנאי מוקדם לבחינת השפעת המיזוג על התחרות, הוא הגדרת השווקים הרלוונטיים. הגדרה זו נועדה לסייע בידינו לאתר פוטנציאל להיווצרות כוח שוק, היינו היכולת להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, מבלי שהדבר יגרוור כניסת מתחרים פוטנציאליים לענף או למעבר צרכנים למוצר תחליפי."

מטרתה הראשית של הגדרת השוק הינה לתחום באופן עקבי את מרחב המוצרים התחליפיים למוצר נשוא הדיון, ולאמוד את מידת הכוח הכלכלי הנתון בידי יצרניו. אותו כוח כלכלי מכונה כוח שוק, ומהותו כפולה: האחת, היכולת להתנהג באופן עצמאי בשוק, בלא-תלות בהחלטות המתחרים. כהגדרת בית הדין האירופי הגבוה לצדק, בפרשת *United Brands*:<sup>6</sup>

"... a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers".

המטרה האחרת הינה, היכולת להחזיק את מחיר המוצר מעל לרמה התחרותית (דהיינו, מעבר לעלות הייצור השולית) לאורך זמן, תוך גריפת רווח.<sup>7</sup>

האתגר העיקרי העומד בפני רשויות האכיפה בבואן להגדיר את השוק הרלוונטי הינו הצורך להכריע, אלו מוצרים ייכללו בתחומי השוק הרלוונטי, ואלו יוותרו מחוץ לגבולותיו. כך למשל, נהיר לכל, כי מטוסים וטלפונים ניידים לא ייכללו באותו השוק, אולם מה בדבר קפה שחור וקפה נמס? מכולת שכונתית ורשת סופרמרקטים, או דגני בוקר מסוגים שונים? הערכת מידת התחליפיות בין מוצרים שונים, אשר קיימת ביניהם קירבה מסויימת במאפיינים הפיזיים או באופן השימוש, הינה משימה מורכבת, אשר אינה מניבה בהכרח תוצאות חד-משמעיות.

מטרתן הראשית של רשויות האכיפה הינה, אם כן, זיהויים של אותם מוצרים שהינם התחליפים הקרובים ביותר למוצר נשוא הדיון.<sup>8</sup>

- 
6. Case 27/76 *United Brands v. Commission*, ECR 207 (1978) (להלן: "*United Brands*") בפסקה 65, וכן Case 85/76 *Hoffmann La Roche v. Commission*, ECR 461 (1979) בפסקה 38. ראו גם גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (2011) ("הנחיות המיזוגים החדשות"), הקובעות בה"ש 2: "כוח שוק במובנו הרחב קשור ליכולת ולכדאיות הכלכלית לקבוע עבור מוצר מסוים תנאי אספקה (וביניהם מחיר, כמות, איכות, מגוון, מועד, קצב פיתוח ועוד), הנחותים מאלו שהיו שוררים בשוק תחרותי".
7. ראו למשל, הנחיות המיזוגים החדשות, לעיל, ה"ש 2, וכן ישראל כרטב בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין) פרסום 5000034 (22.5.2005); ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פ"ד נב (5), 213 (1998) (להלן: "עניין תנובה").
8. עניין תנובה, בפסקה 20.

המבחן הנוהג בדיני התחרות, אשר נועד לזהות את קבוצת המוצרים הקטנה ביותר, ביניהם קיימת תחליפיות מיידית ומובהקת, הינו מבחן "המונופול ההיפותטי" (hypothetical monopolist), או ה-"SSNIP test"<sup>9</sup>. המבחן מתמקד ביכולתו של מונופול היפותטי, הפועל הן במימד המוצר והן במימד הגיאוגרפי, להשית עליית מחירים קטנה אך משמעותית (לרוב בשיעור של 5%-10%) מעל למחיר התחרותי, באופן רווחי ושאינו בר-חלוף. במקרים בהם המונופול ההיפותטי יכול להעלות את מחירי המוצרים באופן האמור ולהיות רווחי, הרי שקבוצת המוצרים החוסה תחת מטריתו מהווה את השוק הרלוונטי. במידה שהתשובה היא לא, הדבר מרמז על זליגת צרכנים אל רכישת תחליפים משמעותיים המצויים עדיין מחוץ לגבולותיו של השוק, ואשר יש להכלילם בהגדרה. על אופן השימוש במבחן המונופול ההיפותטי עמד הממונה על ההגבלים העסקיים בנימוקי ההתנגדות למיזוג בורגר ראנץ, שם קבע כי:<sup>10</sup>

**"תחת סימולציה שאדם אחד ישלם בכל רשתות ההמבורגרים: מקדונלד'ס, בורגראנץ וברגר קינג, נשאלת השאלה אם יחזיק אז בידו כוח שוק, היינו - היכול אז להעלות את מחיר המוצר ממחירו התחרותי, ולו במעט, בלא שהעלאה זו תביא ל"בריחה" רבתי של לקוחות למוצרים אחרים. אם התשובה לשאלה היא חיובית - עלינו להיעצר בהגדרה זו של השוק ולקבע בהגדרה הנכונה: תחמנו את כל המוצרים המקיימים ביניהם תחליפיות משמעותיות זה לזה, בעיני הצרכן. אם התשובה היא בשלילה - עלינו לכלול בשוק הרלוונטי את אותם מוצרים אליהם "יברחו" לקוחות כאמור."**

מבחן המונופול ההיפותטי מספק, אם כן, את המסגרת הקונספטואלית להתוויית גבולותיו של השוק הרלוונטי, ועל בסיסו ייבחנו גבולותיו של השוק בהתאם למדדים איכותיים וכמותיים כאחד.<sup>11</sup>

9. משמעות המונח SSNIP הינה: Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price.  
 10. נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראנץ (1983) בע"מ - ריקמור בע"מ (בהקפאת הליכים) - זכיינית ברגר קינג, פרסום 3019090 (14.12.2003), בעמ' 4.  
 11. באופן אידיאלי תתבסס הגדרת השוק על סקירה עובדתית ואיכותית של מאפייני השוק בשילוב עם ניתוח כלכלי-אקונומטרי פרטני. בפרט, רשויות התחרות מרבית להיסמך על מארג אינדקטוריים איכותיים המסייעים בתיחום מרחב המוצרים התחליפיים, הכוללים, בין היתר, את נתונייהם הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים, בחינה פונקציונלית של השימוש במוצרים וייעודם, מחירי המוצרים, שימוש בטכנולוגיה דומה, מבנה הביקוש וההיצע, ואפיון הלקוחות והספקים המרכזיים. ראו הי"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מוח 2003(2), 5587. בה בעת, מדידה כמותית של תחליפיות בין מוצרים הינה שכיחה פחות, בשל הקושי בהשגת מידע כמותי, איסופו ועיבודו על-ידי כוח-אדם מיומן, ובישראל היא מתבססת בעיקר על מדד הגמישות הצולבת. ראו עניין שטראוס עלית, לעיל, בפסקאות 16-17; אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (הכרזה בדבר קיום מונופולין) פרסום 5000135 (27.10.2005), בעמ' 4; הי"ע 704/07 הממונה על הגבלים עסקיים נ' פריניר ואח' (פורסם בנבו, 5.4.09), בפסקה 17.

## 3. הגמוניית השוק הרלוונטי

הגדרת השוק הרלוונטי אינה יסוד מיסודותיו של ההגבל העסקי, אלא היא אך כלי המשמש לסיווג פעילויות כלכליות על פי השפעתן המשוערת על התחרות ועל הרווחה החברתית. מנקודת ראות זו, היוותה, עד לאחרונה, הגדרת השוק הרלוונטי "תנאי בלעדיו אין", לקיומו של כל שיח הגבלי.

גישה זו, הרואה בהגדרת השוק נקודת יציאה חיונית להערכה התחרותית, הינה חלק מניתוח מבני המתבסס על חישוב נתחי שוק ומדידת רמת הריכוזיות של השוק, לטובת הסקת מסקנות בדבר השפעתה התחרותית הצפויה של העסקה הנדונה.

לשימוש בהגדרת השוק הרלוונטי מספר יתרונות בלתי מבוטלים. תהליך הגדרת השוק הרלוונטי מאפשר ניתוח אנליטי וקוהרנטי, בהירות וצפיות בהערכה התחרותית. הגדרת השוק מסייעת בזיהוי המוצרים והאזורים הגיאוגרפיים המושפעים מן העסקה הנבחנת, באומדן כוחם היחסי של הצדדים המעורבים ושל מתחריהם, באיתור מתחרים פוטנציאליים המצויים מחוץ לגבולותיו של השוק אך עתידים לפעול בו בעתיד, ובהערכת גובהם של חסמי הכניסה המשפיעים על יכולתו של השוק להתרחב. בתמצית הדבר, ניתן לומר, כי הגדרת השוק מאפשרת לאתר את "שדה הקרב" בו מתנהלת המערכה התחרותית.<sup>12</sup> יתרונות אלו הם אשר הובילו לאימוץ גורף של מתודולוגיית השוק הרלוונטי בפרקטיקה ההגבלית. כך למשל, טען הכלכלן Blumenthal:<sup>13</sup>

**"The case law seems to require market definition, and it seems to require a stepwise approach in which market definition precedes analysis of competitive effect."**

דברים אלו שיקפו, עד לעת האחרונה, את הלך הרוח בשיח ההגבלי, לכל הפחות בארה"ב ובאירופה. דוגמה לכך היא כשלונו של משרד המשפטים האמריקאי לחסום את המיזוג בין חברת PeopleSoft לענקית התוכנה Oracle, בגין אי-עמידתו בנטל הוכחתם של שווקי המוצר והשווקים הגיאוגרפיים הצרים להם טען בתלונתו. בית-המשפט האמריקאי אף ציין, כי בהעדרה של הגדרת שוק ברורה וחד-משמעית, אין ביכולתו ליישם את מתודולוגיית המיזוגים הנוהגת:<sup>14</sup>

**"Based upon a review of the law and evidence, the court concludes that the plaintiffs have not met the burden of establishing that the relevant market is limited to so called high function FMS and HRM sold by Oracle PeopleSoft and SAP ... evidence glaringly shows that the**

R.J. Van den Bergh and P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective* (2nd. ed. 2006), בעמ' 115. .12

W. Blumenthal, "Why Bother?" On Market Definition under the Merger Guidelines, Statement before the FTC/DOJ Merger Enforcement Workshop, Washington DC (February 17, 2004). .13

.US v. Oracle Corporation, 331 F. Supp. 2d 1098 (2004). .14

plaintiffs have failed to prove a distinct relevant product market for this court to analyse ... accordingly without a relevant market having been established the court cannot conduct a burden shifting statistical analysis ... nor of course, can the court apply the concentration methodology of the Guidelines".

בה בעת, לא ניתן להתעלם מחסרונותיה האינהרנטיים של הגדרת השוק.<sup>15</sup> ראשית, הליך הגדרת השוק הרלוונטי איננו מדע כמותי ומדויק, ומעורבת בו מידה רבה של הערכה סובייקטיבית. פרשנות תנאי השוק על ידי רשויות האכיפה נגזרת ממכלול עדויות, איכותיות וטכניות כאחד, אשר אינן חד-משמעיות ואינן מעידות בהכרח על שוק רלוונטי אפשרי יחיד בלבד.

בהקשר זה ראוי להזכיר את פרשת **United Brands**<sup>16</sup> השנויה במחלוקת, בה דן בית המשפט האירופי הגבוה לצדק באבחון שוק לבנות, על בסיס תכונותיו הייחודיות, לשיטתו, של פרי זה, בשונה מפירות טריים אחרים. כיום, מרבית הכלכלנים תמימי דעים כי הגדרת שוק צרה זו היתה מוטעית מעיקרה, ונבעה מהשימוש אשר עשה בית-המשפט במדדים איכותיים "אינטואיטיביים" הניתנים לפרשנות בדרכים רבות. ברוח זו אף התבטא אחד הפרשנים:<sup>17</sup>

"Worse than unnecessary, any effort formally to define markets would have been unduly costly, time-consuming, and invasive, and it probably would have yielded less reliable outcomes than more streamlined techniques. The only instances in which I have expressed a contention as to "relevant market" have been (a) in private litigation on behalf of plaintiffs and (b) in premerger notifications submitted in foreign jurisdictions that require a statement of market definition in order to perfect the submission. In those instances the contentions have been less analytically satisfying than no definition at all".

**שנית**, בשווקים הכוללים מגוון רב של מוצרים מבודלים, ובפרט בשווקי טכנולוגיה מתקדמת המתחדשת תדיר, המורכבות הכרוכה בהגדרת השוק הרלוונטי הינה רבה ועלות הטעות גבוהה, שכן כל ניסיון למתוח קו בין מוצרים הנמצאים בתוך השוק ובין אלו הממוקמים על סיפו, הינו שרירותי. שווקים אלו מכילים מספר רב של מוצרים הממלאים פונקציות חופפות ומשלימות כאחד, התפורים למידותיהם של לקוחות ספציפיים, והנבדלים אלו מאלו אך במעט. יישום מכניסטי של מתודולוגיית המונופול ההיפותטי, הממקמת מוצרים בתוך או מחוץ לשוק מסויים, עלול לשקף את

15. סקירה ממצה של היתרונות והחסרונות הגלומים בהגדרת השוק הרלוונטי, ראו H. Nevo-Ilan, **Definition of the Relevant Market: (Lack of) Harmony between Industrial Economics and**

*Competition Law* (2007), בעמ' 94-55.

16. עניין **United Brands**, לעיל.

17. Blumenthal, לעיל.

מאזן הכוחות התחרותי באופן שגוי ולהחטיא את מטרת ההליך כולו.<sup>18</sup> היטיב לבטא זאת הפרופסור Franklin Fisher:<sup>19</sup>

"Nothing is gained and something is lost by pressing that information in Procrustean bed of "in or out" of the market. More generally, the analysis of power or of allegedly anticompetitive abuse can be accomplished without reliance on a very precise market definition."

בדומה, טען הכלכלן Donald Baker, לשעבר ראש מחלקת ההגבלים במשרד המשפטים האמריקאי:<sup>20</sup>

"I raise this market definition issue because it is so easy to get it wrong in novel circumstances. Inept market analysis may be the real threat of antitrust becoming 'a serpent in the garden of efficiency'."

**שלישית**, גם במקרים בהם השוק מוגדר בצורה נכונה, עדיין נותרת בעינה שאלת פרשנותם של הנתונים הנגזרים ממנו.

יחד עם זאת, בסיכומם של דברים, שקילת יתרונותיו של השוק הרלוונטי אל מול חסרונותיו, מובילה לרוב אל המסקנה, כי אלו הראשונים גוברים על האחרונים, וכי השימוש במתודולוגיה זו נושא ערך רב. ויפים לענייננו דבריו של המלומד Carlton:<sup>21</sup>

"Market definition and the market shares based on it continue to be a central focus of many antitrust cases. This is so despite the well understood limitations of such a methodology in providing an accurate guide to the competitiveness of an industry. The simplicity of the methodology is both its strength and weakness. Its strength is that it is easy to understand and seems intuitively correct-high market shares indicate that competition is weak, while low ones indicate the reverse. The weakness of the methodology is its failure to identify when high market shares may in fact not convey accurate information about an industry's competitiveness, or conversely when low market shares can mask a lack of competition. Although some may call for the elimination of the methodology as an analytic tool because of its limitations, its great strength is that it may prevent decision makers from making egregious errors".

18. להרחבה, ראו M. Katz and H. Shelanski, Mergers and Innovation, 74 *Antitrust Law Journal* 1, (2007), בעמ' 34-5.

19. F. Fisher, Antitrust and Innovative Industries, 68 *Antitrust Law Journal* 559 (2001), בעמ' 562.

20. D. Baker, Antitrust in the New Economy - New Competition, Efficiencies and Legal Uncertainties, in *ever more Global Electronic Services Markets*, (New York, 19<sup>th</sup> September, 2000)

21. D.W. Carlton, Market Definition: Use and Abuse, 3 *Competition Policy International* 1, 4 (2007)

#### 4. הנחיות המיזוגים החדשות בארה"ב - האם השוק הרלוונטי עודנו רלוונטי?

באוגוסט 2010 פירסם משרד המשפטים האמריקאי את הנחיות המיזוגים החדשות, אשר החליפו, לאחר כ-18 שנה, את ההנחיות הקודמות משנת 1992. מסמך ההנחיות משקף את המדיניות הרשמית של רשויות האכיפה האמריקאיות. ברם, באופן מעשי, השפעתו חוצה גבולות ויבשות. מרבית רשויות אכיפת ההגבלים ברחבי העולם, עליהן נמנות גם אירופה וישראל, נושאות את עיניהן להנחיות אלו, לא רק כאבן בוחן למדיניות רשות ההגבלים האמריקאית - המובילה בעולם - אלא בעיקר מכיוון שהנחיות אלו מגלמות תובנות עדכניות של מיטב מומחי ההגבלים העסקיים, משפטנים וכלכלנים כאחד, ומבטאות את התמורות שחלו במחקר הכלכלי בתחום דיני התחרות במהלך שני העשורים החולפים.

מסמך ההנחיות החדש מביא עימו מספר חידושים לעוסקים באכיפה ההגבלית,<sup>22</sup> ובפרט בכל הנוגע להגדרת השוק הרלוונטי.

ההנחיות הקודמות, משנת 1992, קבעו כי:<sup>23</sup>

**"The Guidelines describe the analytical process that the Agency will employ in determining whether to challenge a horizontal merger. First, the Agency assesses whether the merger would significantly increase concentration and result in a concentrated market, properly defined and measured ...**

**The analytic process described in this section ensures that the Agency evaluates the likely competitive impact of a merger within the context of economically meaningful markets-i.e., markets that could be subject to the exercise of market power. Accordingly, for each product or service (hereafter "product") of each merging firm, the Agency seeks to define a market in which firms could effectively exercise market power if they were able to coordinate their actions".**

נקודת המוצא של ההנחיות הישנות, אם כן, הינה כזו הרואה בשוק הרלוונטי את אבן היסוד עליה מבוסס הניתוח התחרותי.

ואולם, ההנחיות החדשות משקפות עמדה שונה, המסמנת, על פניה, נסיגה מעליונותו של הליך זה. כך למשל, קובע סעיף 4 להנחיות:

22. ראו למשל, D.W. Carlton and M. Israel, Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy?, *The Antitrust Source* (October 2010) וכן, G.D. Varma, Market Definition, Upward Pricing Pressure, and the Role of Courts, A Response to Carlton and Israel, *The Antitrust Source* (December 2010).

23. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (1992, 1997 efficiencies revised), בסעיף 0.2 וסעיף 1.0.



**"The Agencies' analysis need not start with market definition. Some of the analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects do not rely on market definition, although evaluation of competitive alternatives available to customers is always necessary at some point in the analysis.**

**Evidence of competitive effects can inform market definition, just as market definition can be informative regarding competitive effects. For example, evidence that a reduction in the number of significant rivals offering a group of products causes prices for those products to rise significantly can itself establish that those products form a relevant market. Such evidence also may more directly predict the competitive effects of a merger, reducing the role of inferences from market definition and market shares."**

וכך ממשיכות ההנחיות וקובעות:

**"The principles of market definition outlined below seek to make this inevitable simplification as useful and informative as is practically possible. Relevant markets need not have precise metes and bounds"**.

ואילו בסעיף 4.1.4 מתייחסות ההנחיות לאופן הניתוח הנוגע למוצרים מבודלים (differentiated products):

**"Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration. The Agencies rely much more on the value of diverted sales than on the level of the HHI for diagnosing unilateral price effects in markets with differentiated products. If the value of diverted sales is proportionately small, significant unilateral price effects are unlikely"**.

מן הדברים הללו עולה, כי בכל הנוגע להגדרת השוק הרלוונטי, רשויות התחרות האמריקאיות אינן רואות בו עוד כלי עזר מקדמי ומחויב המציאות, ואף מוכנות לזנוח אותו כלל ועיקר, אם נסיבות המקרה מאפשרות זאת.

למותר לציין, כי הרעיון לפיו ניתן לבצע הערכה תחרותית (של מיזוגים, ובכלל) באופן מנותק מהגדרה מדויקת של השוק בו פועלים הצדדים, אינו חדשני או ייחודי

להנחיות המיזוגים, ולמעשה אף הועלה בהקשרים שונים על-ידי כלכלנים מובילים.<sup>24</sup>  
 כך למשל, התבטא הכלכלן Ordover, בכיר לשעבר במשרד המשפטים האמריקאי:<sup>25</sup>

"From the perspective of economic theory, antitrust law's preoccupation with market definition has always seemed somewhat peculiar. Arguments for and against a merger that turn upon distinctions between broad and narrow market definition are, to an economic pursuit, an inadequate substitute for, and a diversion from sound direct assessment..."

ואילו באירופה, מחברי דו"ח ה-EAGCP, המיישם גישה כלכלית לניתוח סוגיות ניצול מעמד לרעה במסגרת סעיף 82 לאמנת רומא,<sup>26</sup> הטעימו:<sup>27</sup>

"The case law tradition of having separate assessments of dominance and of abusiveness of behavior simplifies procedures, but this simplification involves a loss of precision in the implementation of the legal norm. The structural indicators which traditionally serve as proxies for "dominance" provide an appropriate measure of power in some markets, but not in others".

תובנות כלכליות אלו מצאו לראשונה את דרכן אל מסמך ההנחיות האמריקאיות המעודכן, המשקף את ההסתייגויות מהשפעתם חובקת-הכל של הניתוח המבני ושל השוק הרלוונטי כצעד ראשוני, בד בבד עם שיפור במגוון ובאיכות הטכניקות הכלכליות/אמפיריות העומדות לרשותם של מומחי ההגבלים העסקיים. הללו, מפחיתות את הצורך בניתוח רב-שלבי עקיף, לטובת ביצוע הערכה תחרותית ישירה. בהקשר זה טען הכלכלן Jonathan Baker, לשעבר ראש המחלקה הכלכלית בנציבות הסחר האמריקאית (FTC):<sup>28</sup>

24. רעיון זה אף אינו מפתיע, שכן האכיפה ההגבלית האמריקאית נשענת במידה רבה, על בסיס תיאוריות וניתוחים של מומחים כלכליים העוסקים בתחום ומתעדכנת על-פיהם. לעניין זה יפים את דבריו של: T.E. Kauper, "The Problem of Market Definition under EC Competition Law" 20 *Fordham International Law Journal* 1682 (1997).

"To U.S. antitrust lawyers, judges, and juries, market definition is a process dominated by economists who shape lawyers' arguments and engage in testimonial battles in court. The definition of relevant markets is often critical to outcomes, and a commensurately high amount is often expended on developing economic studies bearing on the issue. Because market definition is typically seen, at least today, as an economic issue, it is legitimate to consider whether a non-economist lawyer has, or should have, anything of consequence to say about the topic".

25. J. Ordover and D. Wall, "Understanding Econometrics Methods of Market Definition" 3 *Antitrust* 20 (1989).

26. כיום סעיף 102 לאמנת TFEU.

27. J. Gual et al. EAGCP, An Economic Approach to Article 82 (2005), בעמ' 14.

28. J.B. Baker, "Contemporary Empirical Merger Analysis" 5 *George Mason Law Review* 347 (1997), בעמ' 351.

"Antitrust should not need to spend much effort on market definition ... if the likely harm to competition from a merger can be demonstrated directly, there exists a market where harm will occur, but there is little need to specify the market's precise boundaries".

בפרט, בכל הנוגע להערכת השפעתם של מיזוגים, התרחב לאחרונה השימוש במספר שיטות אמפיריות המספקות הערכה כמותית ישירה של תוצאות המיזוג, בלא להידרש להגדרת שוק ונתחי שוק כבעבר. נקדים ונאמר, כי השימוש בשיטות אלו דורש מידע כמותי ואיכותי רב, בשילוב עם כוח אדם מיומן, המסוגל לגזור ממנו מסקנות אמינות. ואכן, נכון לעת זו, השימוש במדדים כמותיים רווח בעיקר במשטר ההגבלים האמריקאי, בהשוואה לעמיתיו אשר מעבר לים.

כפועל יוצא מכך, הנחיות המיזוגים האמריקאיות החדשות כוללות התייחסות מפורשת אל מספר שיטות כלכליות מתקדמות, ובראשן טכניקת סימולציית המיזוגים (merger simulation) וחישוב שיעור ההסטה (diversion ratio), כחלופה לניתוח המבני אשר שלט עד כה בכיפה. שיטות אלו נידונות בהרחבה בתת-הפרק שלהלן.

## 5. שיטות כמותיות בהנחיות המיזוגים האמריקאיות

### 5.1 סימולציית מיזוגים

סימולציית מיזוגים הינה שיטה כמותית, שמטרתה להעריך את השפעתו הצפויה של המיזוג על רמת המחירים בענף לאחר המיזוג הצפוי. כאשר מיזוג מתבצע בין מתחרים קרובים, המתחרים "ראש בראש" בשוק הרלוונטי, קיים חשש מפני עליית מחירים, בשל הסרתו של כוח תחרותי מרסן. כך למשל, אם יצרני מוצר X נמנעים מלהעלות את מחיר המוצר, בשל חששם כי מרבית רוכשי מוצר X יעברו לרכישת מוצר Y, הרי שמזוג בין יצרני X ו-Y יבטל חשש זה ויוביל בסבירות גבוהה לעליית מחירי המוצרים, עקב צמצום האלטרנטיבות העומדות בפני הצרכן.

אפקט עליית המחירים המתלווה לירידה בכמות המתחרים במשק מכונה אפקט חד-צדדי (unilateral effect) ועניינו - יכולתה של החברה הממוזגת לחזק את כוח השוק שלה ולהעלות את המחיר לצרכן בהשוואה לרמה ששררה בשוק עובר למיזוג. טכניקת סימולציית המיזוגים מתמקדת במדידת אפקט זה, באמצעות בנייתו של מודל כלכלי התואם את תנאי השוק הפרטניים של המקרה ואת מערכת הכוחות התחרותית בין הצדדים. בין היתר, ישמשו במודל נתונים על מחירים, עלויות ייצור וגמישויות הביקוש של הצדדים עובר לביצוע המיזוג, בכדי לחשב את המחיר והכמות הצפויים למקסם את רווחיו של הגוף הממוזג. מודלים מסויימים מסוגלים אף לתת ביטוי לייעול תהליכי ייצור התלויים בקיומו של המיזוג, ולהעריך את תרומתם האפשרית לשיפור רווחת הצרכן ורמת המחירים במשק. זאת ועוד, תגובתם העצמאית של מתחרים

חיצוניים למיזוג לעליית מחירים מצד החברה הממוזגת, הינה פקטור נוסף העשוי להיבחן במסגרת המודל. בסיכומו של דבר, המודל מדמה את שיווי המשקל התחרותי החדש בענף הרלוונטי, ומאפשר לצפות את השפעתו המיידית על הצרכנים, כבסיס להחלטה אם לאפשר או לשלול את עסקת המיזוג.<sup>29</sup>

באופן זה, החשש התחרותי נבחן באופן ישיר, ואילו הצורך להעריך את תוצאת המיזוג בעקיפין, בהסתמך על אינדיקטורים מבניים, נחסך. כמאמר סעיף 6.1 למסמך ההנחיות האמריקאיות החדשות:

**"Where sufficient data are available, the Agencies may construct economic models designed to quantify the unilateral price effects resulting from the merger ... These merger simulation methods need not rely on market definition."**

ניתן לעמוד על אופן השימוש בסימולציות המיזוגים באמצעות פרשת Office Depot Staples/Office Depot האמריקאית.<sup>30</sup> באותו עניין נדון מיזוג בין Office Depot ו-Staples, שתיים מבין שלוש רשתות השיווק המובילות למכר ציוד משרדי בארה"ב. עיקר המחלוקת התגלע סביב הגדרת שוק המוצר הרלוונטי והשאלה, האם קיים שוק רלוונטי (רחב) למכירת ציוד משרדי, בו מחזיקות החברות המתמזגות בנתח שוק נמוך של 5.5%, או שהשוק הרלוונטי הינו מכירת ציוד משרדי באמצעות רשתות ענק קמעונאיות, שאז משקלם היחסי של הצדדים גדול בהרבה, ומיזוג ביניהם עלול הוביל לירידה חדה בתחרות.

על-מנת להוכיח את הנזק הצפוי לתחרות כתוצאה מן המיזוג, השתמשו רשויות האכיפה האמריקאיות (נציבות הסחר - FTC) בסימולציה אקונומטרית אשר בחנה את השפעת המיזוג, תוך שימוש בנתונים שנאספו ב-400 סניפים ב-40 ערים שונות בארה"ב, על-פני תקופה של 18 חודשים. מידע זה, אשר נגע בין היתר לעלויות הייצור, לשיטות התמחור של החברות המערבות ולרווחיהן, שימש לפיתוחו של מודל כלכלי, אשר חזה עליית מחירים של 7%-9%.

29. לסקירה כללית, ראו, בין היתר:

G.J. Werden, "Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide", Department of Resource Economics, University of Massachusetts (1997); G. J. Werden, Product Differentiation: "Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative to Structural Merger Policy", 5 *George Mason Law Review* 363 (1997); R.J. Epstein and D.L. Rubinfeld, "Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications", 69 *Antitrust Law Journal* 883 (2002); O. Budzinski and I. Ruhmer, "Merger Simulation in Competition Policy: A Survey", CDSE Discussion Paper 07-2008

30. *Federal Trade Commission v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997), לעיל, וכן O. Ashenfelter et al., *Econometric Methods in Staples*, *Princeton Law & Public Affairs Paper* No. 04-007 (2004).

תחזית זו הפריכה את טענת הצדדים למיזוג בדבר עליית מחירים צפויה של 1% בלבד.<sup>31</sup>

סוגיה נוספת אשר נבחנה במסגרת המודל היתה, האם המיזוג יניב התייעלות תפעולית וייצר חסכון בעלויות, וחשוב מכך - האם ימצאו יתרונות אלו את דרכם אל הצרכן הסופי, באופן שיפצה על עליית המחירים. בעוד שהחברות המתמזגות טענו, כי שני שלישים מיתרונות ההתייעלות יעברו לצרכנים, טענה נציבות הסחר כי האומדן הנכון הינו 15% בלבד. בית המשפט הבחין בין עלויות ברמת הענף ועלויות הספציפיות לפירמה, וקבע לבסוף כי מודל הנציבות הוא הנכון, וכי הצרכנים עתידים לספוג את עליית המחירים הנלווית למיזוג, בלא שיהנו מיתרונות משמעותיים אחרים.

ממצאים כמותיים אלו, בצירוף מידע על אסטרטגיית התמחור הייחודית שנהגה בין הצדדים, אשר הצביעה על תחרות מחירים עזה בין רשתות הענק, תמכו במסקנת רשויות האכיפה, כי המיזוג עתיד, בסבירות גבוהה, לפגוע בתחרות.

אף כי באותו המקרה לא נזנחה כליל מתודולוגיית השוק הרלוונטי וניתוח מאפייניו המבניים של השוק לא נפקד, הרי שהמודל הכלכלי סיפק תחזית ברורה על מצב התחרות בשוק לאחר המיזוג, במקרה בו הגדרת השוק הרלוונטי לכשעצמה היתה שנויה במחלוקת.

## 5.2 שיעור ההסטה

שיעור ההסטה (diversion ratio) מוגדר כשיעור המכירות המוסטות ממוצר X אל מוצר Y, בתגובה לעליית מחירו של הראשון. לשם המחשה, נניח כי מחירו של מוצר X עולה ב-5%. השאלה הנשאלת הינה, איזה אחוז ממכירות המוצר יוסט אל תחליפו מוצר Y? כך למשל, אם עליית המחירים תוביל לירידה של 100 יחידות ממכירות מוצר X, ואילו 60 מתוכן יוחלפו על-ידי מוצר Y, אזי שיעור ההסטה בין מוצר X ל-Y, המסומן כ- $D_{xy}$ , יהיה 0.6 או 60%. שיעור הסטה גבוה המתקרב ל-100% מעיד על תחליפיות קרובה ומשמעותית, מכיוון שעליית מחירו של מוצר X תסיט את מרבית צרכניו לעבר מוצר Y. מכאן, שהמוצרים X ו-Y מהווים את הבחירה הראשונה והשנייה הטובות ביותר של הצרכן ועל כן, מיזוג בין יצרני המוצרים צפוי להוביל לעליית מחירים משמעותית. מנגד, אם שיעור ההסטה שווה לאפס, הרי שצרכני מוצר X אינם

31. חשוב להדגיש, כי במרבית המקרים ההערכה התחרותית לא מבוססת על תחזית יחידה בלבד. לרוב מצטייד כל אחד מן הצדדים במודל כלכלי משלו, ואילו שאלת אמינותם של המודלים נבחנת בבית המשפט בהסתמך על עדויותיהם של המומחים הכלכליים המשמשים את הצדדים. מעניין לציין, כי במקרה הנדון, לאחר שרשויות האכיפה הצביעו על פגמים במודל הכלכלי שהגישו החברות המתמזגות לבית-המשפט (כדוגמת עיוות בתוצאת המודל עקב השמטת נתונים קריטיים), נאלצו האחרונות לתקנו. המודל המתוקן ייצר תוצאה קרובה ביותר לתחזית שהופקה על-ידי התובעים, אשר הצביעה כאמור על עליית מחירים משמעותית, ואשר אומצה על-ידי בית-המשפט.

רואים במוצר Y אלטרנטיבה אמיתית, ומיזוג בין יצרניו ישפיע באופן מועט, אם בכלל, על רמת המחירים והתחרות בשוק.

אומדן שיעור ההסטה ישליך, אם כן, על מידת הקירבה והתחליפיות בין מוצרים מבודלים, המשמשים כתחליפים אפשריים, גם אם לא מושלמים, אלו לאלו, ועל החשש מפני עליית מחירים צפויה בעקבות המיזוג.

חישוב אמפירי של שיעור ההסטה מותנה בהשגת מידע כמותי על גמישויות הביקוש, הן העצמית והן הצולבת, אשר אינו תדיר בר-השגה. אולם, גם בהיעדר נתונים מדויקים על גובהם של מדדים אלו, ניתן לעשות שימוש במדדים איכותיים המלמדים על העדפות הצרכנים ועל תגובתם הצפויה לעליית מחירו של המוצר שבנדון, כדוגמת מידע עסקי על תנועת לקוחות בין בתי-עסק שונים, או סקרי דעת-קהל, כמודגם בהמשכו של חלק זה.

זאת ועוד, לאחר שחושב שיעור ההסטה בין המוצרים, ניתן לגזור ממנו מסקנות לגבי סבירות עליית המחירים לאחר המיזוג, באמצעות שימוש בנוסחה הבאה:<sup>32</sup>

$$(P^* - P)/P = mD/(1 - m - D)$$

בנוסחה זו, P הינו המחיר השורר בשוק עובר למיזוג, ואילו P\* הינו המחיר לאחר המיזוג. 'm' מוגדר כ- מרווח מחיר-עלות<sup>33</sup> ו-D הינו שיעור ההסטה בין שני המותגים המתמזגים. על-מנת להדגים את השימוש בנוסחה זו, נניח כי טרם המיזוג נמכר מוצר X ב- 50 ש"ח, בעוד שעלות ייצורו עמדה על 30 ש"ח. נתונים אלו מעידים על מרווח של  $0.4 = (50-30)/50$  או 40% בייצור מוצר X עובר למיזוג. אם ידוע כי שיעור ההסטה בין מוצר X לתחליפו הקרוב Y עומד על  $D=0.3$ , הרי שמזיג בין יצרני X ליצרני Y צפוי לגרום לעליית מחירו של מוצר X בשיעור של  $0.4 = (0.4 \times 0.3)/(1 - 0.4 - 0.3)$  או 40%.

מנוסחה זו ניתן אף להסיק, כי ככל ששיעור ההסטה בין מוצרים תחליפיים הוא גבוה יותר (דהיינו: ככל שהמוצרים הינם תחליפים קרובים יותר בעיני הצרכנים), הרי שהסבירות לעליית מחירים לאחר המיזוג ולפגיעה ברווחת הצרכנים, עולה.

חישוב שיעור ההסטה, בצירוף נתונים הנלמדים מתנאי השוק בו פועלות החברות המתמזגות, עשוי, אם כן, לאמת או להפריך ישירות את החששות

32. השימוש בנוסחה זו כפוף למספר תנאים מגבילים, בין היתר לגבי מבנה עקומת הביקוש, מידת הסימטריות בין החברות המתמזגות וכמות המוצרים הנמכרת על-ידן. להרחבה, ראו למשל: Bishop and Walker, "Mergers with Differentiated Products", 10 *Antitrust* 23 (1996), בעמ' 371-376.

33. מרווח מחיר-עלות הינו המרווח שבין מחיר השוק לבין עלות הייצור השולית, המבוטא כאחוז מן המחיר:  $(P-MC)/P$ .

התחרותיים בלא להידרש לבחינה מדוקדקת של גבולות השוק הרלוונטי. תובנות אלו מצאו דרכן אל הנחיות המיזוגים האמריקאיות החדשות, המציינות בסעיף 6.1:

**"Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration. The Agencies rely much more on the value of diverted sales than on the level of the HHI for diagnosing unilateral price effects in markets with differentiated products.**

**Diversion ratios between products sold by one merging firm and products sold by the other merging firm can be very informative for assessing unilateral price effects, with higher diversion ratios indicating a greater likelihood of such effects."**

על אופן יישומה של שיטה כמותית זו נעמוד באמצעות פסק-הדין האמריקאי בעניין **Vail Ski/Ralston Resorts**.<sup>34</sup> עניינה של הפרשה בכוונתם של שני מפעילי אתרי הסקי הגדולים באזור דנבר, קולורדו, להתמוזג. מיזוג מעין זה, המתבצע בין מתחרים מובילים בשוק, מעלה, כעניין שבשגרה, את החשש מפני עליית מחירים חד-צדדית, ועל-כן מעורר את חשדן של רשויות התחרות. באופן מסורתי, התמקדו חקירות דומות בהערכת כוחם היחסי של הצדדים בשוק הרלוונטי, עובר למיזוג ולאחריו. אולם בכל הנוגע למיזוג האמור, לא עמדה הגדרת השוק הרלוונטי במרכז הדיון, ואילו השפעותיו התבררו באמצעים אמפיריים, כמתואר להלן.

החקירה הפרידה בין גולשים מקומיים, אשר התגוררו בסביבות העיר דנבר וברדיוס מצומצם סביבה, ואשר גלשו באופן קבוע בסופי השבוע, לבין נופשים אשר נהגו להגיע לאזור מיעדים מרוחקים ולשם בילוי חד-פעמי. עבור מפעילי אתרי הסקי, היוו הראשונים קהל-יעד מועדף ועל-כן נהנו הללו מהנחות שונות וממצעי קידום מכירות אשר לא הוצעו לתיירים אחרים. בעקבות המיזוג המתוכנן, גבר החשש כי גולשים אלו יאלצו לספוג עליית מחירים, בלא שתיוותר בידם חלופה הולמת לגלישה סדירה. זאת, מכיוון שאם עובר למיזוג נהנו גולשים מקומיים מתחרות ראש-בראש בין אתרי הסקי השונים, הרי שלאחר המיזוג, כל גולש, המנסה לעבור לצד המתחרה עקב הרעה בתנאי הגלישה, ייתפס ברשתה של הישות הממוזגת. במצב דברים זה, לא תיוותר ברירה בידי הגולשים המקומיים אלא לקבל על עצמם את עליית המחירים, או לחדול מן הגלישה כלל ועיקר.

34. U.S. v. Vail Resorts, Inc., Civil Action No. 97-B-10 (D.C. Colorado, 1997). ראו גם את הדיון במקרה C. Dippon, G. Leonard and L. Wu, NERA Economic Consulting, Application of Empirical Methods ב-126-124, in Merger Analysis (2005).

על-מנת לכמת את עוצמתו של אפקט עליית המחירים הצפוי, השתמשו רשויות האכיפה האמריקאיות בשיטת שיעור ההסטה. לשם כך, נאספו נתונים על גמישויות הביקוש, המרווחים ושיעורי ההסטה בין הצדדים המעורבים. בפרט, מרווחי החברות נלמדו ממסמכים חשבונאיים ושיווקיים של הצדדים, אשר העידו על הפער בין המחיר לבין עלויות הייצור. כמו כן, אומדן גמישות הביקוש העצמית והצולבת בוצע באמצעות סקרי דעת-קהל, אשר ביקשו מהנבחים לדרג ולהשוות אתרי סקי שונים תחת רמות מחירים ותנאי גלישה שונים, וסיפקו מידע על נכונותם של צרכנים להחליף אתר סקי אחד במשנהו. נתונים אלו, בצירוף מידע על עלויות ייצור, מחירים ומאפייני הביקוש של השוק כולו, איפשרו הערכה של השפעת המיזוג על רמת המחירים. ואכן, רשויות האכיפה הצליחו לאמת את החשש התחרותי ולהראות, כי גולשים מקומיים צפויים היו לחוות עליית מחירים של כ-4%, או \$1 נוסף לכרטיס. בהתבסס על תחזית זו, אושר המיזוג רק תחת מספר תנאים מגבילים, אשר נועדו לאיין על החששות התחרותיים.

## 6. מבט משווה על מעמדו של השוק הרלוונטי באירופה ובישראל

בחלק הקודם עמדנו על עוצמתן של שיטות כמותיות ועל תרומתן המשמעותית למידת הדיוק והצפיות הכרוכות בהערכה התחרותית. יחד עם זאת, נכון לעת זו, השימוש בטרמינולוגיה כלכלית-כמותית בשיח ההגבלי שכיח במשטר ההגבלים האמריקאי, בהשוואה לעמיתו האירופאי או הישראלי.<sup>35</sup> כלים כמותיים אלו ואחרים מיושמים בפועל בפסיקת בתי-המשפט האמריקאיים בעשור האחרון, ומכאן שגם עיגונם בחקיקה היווה תולדה טבעית ומתבקשת. אולם מגמה זו אינה חוצה גבולות. למעשה, בדין האירופי, כמו גם במקבילו הישראלי, ממלאים אמצעים אמפיריים תפקיד נלווה - ולא חלופי - להערכה התחרותית הרב-שלבית הרגילה.

ואכן, באירופה, ההסתייגויות מהגדרת השוק הרלוונטי נותרו אקדמיות בעיקרן, ולא מצאו עדיין את דרכן לחקיקה. כך למשל, הנחיות המיזוגים האופקיים<sup>36</sup> אשר פורסמו בשנת 2004 כחלק מ'מתיחת הפנים' שעבר תחום המיזוגים באותה העת, כוללות התייחסות סטנדרטית ומפנות כל מקרה של הגדרת שוק אל הנחיית הנציבות משנת 1997 העוסקת בהגדרת שווקים.<sup>37</sup> גם ההנחיות החדשות שפרסמה הנציבות בשנת 2008 בעניין ניצול מעמד לרעה ודחיקת רגלי המתחרים, אינן חורגות ממתווה זה

35. כך למשל, מציינות הנחיות האמריקאיות החדשות בסעיף 4.1.3, כי הרשות תעשה שימוש בשיטת ה-critical loss analysis, כמענה כמותי-אמפירי ליישומו של מבחן המונופול ההיפותטי, באופן אשר אינו רווח עדיין בשיטות משפט אחרות. לאופן השימוש בשיטה זו, ראו Nevo-Ilan, לעיל, בעמ' 144-154.

36. Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ C 31/5 (2004).

37. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, OJ C 372/5 (1997).



ואינן מתייחסות מפורשות למצבים בהם הצורך בשרטוט גבולות השוק הרלוונטי מתייטר.<sup>38</sup>

אין משמעות הדבר, כי הדין האירופי מסתייג ככלל משיטות כמותיות, ובפועל אף חלה בשנים האחרונות התקדמות ניכרת בתחום זה. כך למשל, עשתה הנציבות שימוש בסימולציית מיזוגים מתקדמת בעניין Volvo/Scania,<sup>39</sup> אגב חקירה רחבת-היקף אשר בחנה את מאפייניו של שוק המשאיות הכבדות במספר ממדינות האיחוד. אולם סימולציה זו, אשר אוששה את הנחת העבודה המקדמית של הנציבות בדבר עליית מחירים משמעותית בשוק ריכוזי ביותר, לא עקפה את שיטת הניתוח המבני, אלא אך תמכה במסקנותיו.

ואילו בישראל, הנחיות רשות ההגבלים העסקיים לניתוח מיזוגים אופקיים, אשר פורסמו לאחרונה, קובעות:<sup>40</sup>

**"הגדרת שוק רלוונטי לעניין הפיקוח על מיזוגים בישראל מהווה שלב ראשון בניתוח התחרותי ... הגדרת השוק מאפשרת לחשב את נתחי השוק של המתחרים בשוק, ובמרבית המקרים הגדרה ברורה של השוק נדרשת לצורך הערכה נאותה של השפעת המיזוג על התחרות. בסופו של דבר, להגדרת השוק הרלוונטי עשויה להיות השפעה ניכרת על ממצאי בחינת המיזוג המוצע. עם זאת, הגדרת השוק הרלוונטי אינה אלא כלי עזר מסייע לאמידת ההסתברות ליצירתו, חיזוקו, שימורו או קלות הפעלתו של כוח שוק, כאשר אלו אינן ניתנות לאמידה באופן ישיר. כאשר ניתן לאמוד את השפעת המיזוג ישירות, למשל באמצעות מידע מדויק על מבנה ההיצע והביקוש או באמצעות ניסיון העבר, יתייטר מאליו הצורך בהגדרת השוק הרלוונטי."**

ועוד מבהירות ההנחיות:<sup>41</sup>

**"באותם מקרים בה הפגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג ניתנת למדידה ישירה, תהליך הגדרת השוק הרלוונטי מאבד מנחיצותו כאמצעי לזיהוי ותחימת הזירה התחרותית. במקרים אלו, תעבור הרשות ישירות לבחינת ההשפעות התחרותיות מן המיזוג."**

לאמור - על-פי ההנחיות החדשות, ממלאת הגדרת השוק הרלוונטי תפקיד מקדמי חשוב בהערכת מיזוגים, אולם השימוש בה אינו מחוייב המציאות, ובמקרים מסוימים אף אינו נחוץ. עמדה זו חורגת אמנם מן המתווה הברור אשר סימנה הפסיקה ההגבלית בישראל - הרואה בשוק הרלוונטי נקודת מוצא הכרחית לכל הערכה תחרותית - אולם היא עולה למעשה בקנה אחד עם גישתן העכשווית של

38. European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels (2008).

39. Case Comp/M.1672 Volvo/Scania, (2001) OJ L 143/74.

40. הנחיות המיזוגים החדשות, לעיל, חלק ב. ההפניות הושמטו.

41. הנחיות המיזוגים החדשות, חלק ב.4. ההפניות הושמטו.

רשויות התחרות האמריקאיות, כפי שהובאה לעיל. נדמה, כי נקודת המוצא להערכתם של מיזוגים היתה ועודנה הגדרת השוק, אולם בה בעת פותחות ההנחות את הדלת לאותם מצבים עתידיים מובחנים בהם מידע כמותי ספציפי יאפשר את ביצועה של הערכה תחרותית ישירה.<sup>42</sup>

## 7. סוף דבר - סיכום ומסקנות

הליך הגדרת השוק הרלוונטי עומד כיום במרכזו של שינוי מהותי, והנטייה ליצוק לתוכו תוכן כלכלי הולכת וגוברת. אם בעבר נשענה הגדרת השוק בלעדית על מאפיינים איכותיים, דוגמת אופן השימוש במוצר, ייעודו ותכונותיו הפיזיות, הרי שבעשור האחרון הופכת התוויית גבולות השוק ל"מדעית" יותר, כמענה לדרישה הגוברת לשיפור איכותה של החקירה ההגבלית.

במקביל, פיתוחן של שיטות כלכליות מתקדמות מאפשר מתן מענה הולם יותר לשאלה, העובדתית מעיקרה, אלו מוצרים כלולים בשוק הרלוונטי ואלו מצויים מחוץ לגבולותיו.<sup>43</sup> ואכן, גם אם הגדרת השוק איננה "מדע מדוייק", הרי שבעידן ההגבלים המודרני ניכרת השאיפה להגביר את מידת האובייקטיביות הכרוכה בהליך זה.

כחלק ממגמה זו, וכפי שתיארנו לעיל, ייתכנו מצבים בהם שיטות כמותיות מסויימות יאינו את הצידוק בהגדרת השוק כלל ועיקר, הודות ליכולתן לאמת או להפריך ישירות את החשש התחרותי. שתיים מן השיטות הללו, אשר מצאו לאחורונה את דרכן אל הנחיות המיזוגים האמריקאיות, הובאו ובוארו במאמר זה.

לאור הדברים האמורים, נשאלת השאלה האם, מעמדו של השוק הרלוונטי יהפוך בהדרגה לשיורי, או שתכליתו המרכזית תיוותר על כנה?

לנו נדמה, כי לעת עתה, חלופה אמיתית להליך הגדרת השוק איננה קיימת, וגם אינה סבירה. הדבר נכון בכמה מישורים.

**ראשית**, חקירות הגבליות רבות אינן עוסקות במיזוגים. למשל, במקרים של ניצול מעמד לרעה, בהם עליית המחיר מעבר לרמתו הנוכחית אינה מעלה את החשש

42. ואכן, בה"ש 34 מבהירות הנחיות המיזוגים החדשות, כי בהינתן עדויות ישירות לכך שכוח השוק של החברה יוביל לעלית מחירים, או על-בסיס שימוש בשיטות של סימולציות מיזוגים, תוותר הרשות על הגדרת השוק ותבחן ישירות את תוצאות המיזוג.

43. חשוב להדגיש, כי בידי מומחי ההגבלים משמשות כיום שיטות מגוונות ורבות, הנבדלות אלו מאלו באופן יישומן, בסוג המידע הדרוש להפעלתן ובמסקנות העשויות להיגזר מהן. בעוד שמאמר זה התמקד בשיטות כמותיות המייתרות את הצורך בהגדרת שוק, הרי שקיימות שיטות כמותיות רבות המסייעות לתיחום גבולותיו. כך למשל, על מידת התחליפיות בין שני מוצרים ניתן ללמוד באמצעות אומדן הגמישות הצולבת ביניהם, כמו גם על-בסיס ניתוח זעזועים היסטוריים שעבר הענף (shock analysis), והכול כתלות בזמינות המידע ומאפייני המקרה הנדון. לסקירה ממצה של האמצעים הכמותיים המשמשים כיום בחקירות הגבליות, ראו Nevo-Ilan, לעיל. ראו גם, מנחם פרלמן, "הגדרת שווקים כלים כמותיים וניתוח כלכלי" תאגידים א/3 20 (2004).

המהותי והמיידני, אין תחליף להגדרת השוק כאמצעי לאיתור הנפשות הפועלות בענף ולבחינת כוחן היחסי.

**שנית**, להגדרת השוק ולחישוב נתחי השוק יש תפקיד פרוצדורלי, לשם עמידה בפטורי סוג בהקשר לקיומם של הסדרים כובלים, או בהכרזת מונופולין.

**שלישית**, גם בחקירות מיזוגים, בהן כאמור קיימת אפשרות תיאורטית, ולעיתים אף מעשית, לדלג מעל שלב הגדרת השוק, הרי שבפועל נדרשים כל המעורבים, לרבות רשויות האכיפה, הן למידע כמותי מעמיק ואיכותי הנוגע לפעילותם של הצדדים ולמאפייני הענף בו הם פועלים, והן לנכונות, פתיחות וידע כלכלי מתקדם, אשר יאפשרו את השימוש במידע כגורם המכריע את הכף בשאלת אישור המיזוג או דחייתו.<sup>44</sup> ואילו כאשר לא מתגבשים כל התנאים האמורים, נותרת חשיבותה הקריטית של הגדרת השוק, כשלב מקדמי, מארגן ומפשט, אשר על בסיסו ניתן 'להלביש' סוגים רבים של עדויות - כמותיות ואיכותיות כאחד. ביטוי לנקודה אחרונה זו ניתן למצוא בדברי הכלכלן Carlton, אשר הבהיר לאחרונה:<sup>45</sup>

"The difficulties with market definition are well known to antitrust practitioners. To identify rigorously the proper market definition requires applying sophisticated econometric methods to data. However, if one has faith in these methods and in the data, they can be used directly to identify the price effects of the merger. So, to many experienced antitrust practitioners, the natural question is: why even bother with the intermediate step of market definition? Why not skip right to a study of the pricing effects of interest?"

The answer is that, particularly for users of the Guidelines with relatively little antitrust experience, market definition has one overwhelming advantage. It is easy to use. One does not need a Ph.D. in economics to understand how to use it once it has been established. This means that courts or competition authorities not staffed with lots of highly trained economists can have some grounding in making antitrust decisions. To eliminate market definition would likely lead to arbitrariness and discretionary havoc in courts and at foreign agencies where economics is not as well understood as at U.S. antitrust agencies. Therefore, though we recognize its severe limitations, market definition-based on a variety of (sometimes qualitative) evidence as to which

44. ראו למשל, את הביקורת על אופן יישומה של שיטת שיעור ההסטה ועל המסקנות השגויות אשר הוסקו ממנה על-ידי נציבות התחרות הבריטית, בפרשת Somerfield (בעניין מיזוג בין קמעונאי מזון): RBB Economics, Lost in Translation: The Use and Abuse of Diversion Ratios in Unilateral Effects Analysis, Brief 19 (June 2006).

45. D.W. Carlton and M. Israel, "Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy?" *The Antitrust Source* (October 2010). הפניות הושמטו.

**products constrain price, perhaps combined with a confirming econometric analysis - should remain an important tool for antitrust analysis. If courts and foreign agencies rely on the 2010 Guidelines as a basis to justify ignoring or downplaying market definition as a tool of merger analysis, this is likely to lead to less effective antitrust policy."**

עמדה זו מקובלת גם עלינו. גם כאשר המידע המצוי תומך ביישומה של שיטה כמותית אחת או אחרת, הרי שלהיכרות ראשונית עם תנאי השוק, עם מספר השחקנים ומיהותם ואופי היחסים ביניהם, תפקיד חשוב ומכריע בקריאת "המפה התחרותית". בהעדר מומחיות כלכלית וניסיון מעמיק לגבי אופן פעולתם של מודלים כלכליים מתוחכמים, יקשה עלינו לשער, כי השיח ההגבלי ייחפז להמיר את הגדרת השוק בנתונים כלכליים גרידא.

נדגיש, כי אנו מברכים על התרחבות השימוש בכלים כמותיים בדיני ההגבלים בכלל, ובכל הנוגע להגדרת השוק בפרט, וסבורים כי מגמה זו תתרום רבות לשיפור איכותה ושקיפותה של ההערכה התחרותית. אולם בה בעת, אנו מאמינים כי גם לאורה של מגמה זו, ולפחות לעתיד הנראה לעין, השוק הרלוונטי - עודנו רלוונטי.