

## פיקוח על מיזוגים כפתרון (חלקי) לבעיית הריכוזיות הכלל-משקית

מאת

ליאור פרנק ומיכל גל\*

ישראל מאופיינת ברמה גבוהה יחסית של ריכוזיות כלל-משקית, שעניינה רמת הריכוזיות בכלל המשק ולא רק בשוק אחד ומובחן. רמת ריכוזיות מעין זו עשויה להשפיע באופן משמעותי על התחרות ועל רווחת הציבור בכללותו. על רקע דברים אלה, מטרת המאמר היא לבחון כיצד ניתן להתמודד באמצעות דיני התחרות הישראליים עם חלק מהחששות התחרותיים הנובעים מריכוזיות כלל-משקית. המאמר יראה כי מערך הפיקוח על מיזוגים, המהווה חלק מחוק התחרות, מאפשר להתמודד עם חששות אלו כבר מראשית הדרך (ex-ante). משכך, כלי הסדרתי זה עדיף באופן מובהק על-פני הסדרים אחרים הקיימים בחוק התחרות, אשר לרוב מאפשרים התערבות בדיעבד (ex-post), לאחר שכבר אירעה פגיעה בתחרות. לפיכך, המאמר יבקש לטעון כי בעת ניתוח מיזוגים יש לאמץ פרספקטיבה רחבה אשר אינה מתמקדת אך בתחרות השוררת בשוק ספציפי יחיד, אלא כזו אשר יכולה ללכוד ברשתה את כלל השפעותיה של הריכוזיות הכלל-משקית על-פני כמה שווקים. המאמר אף מציע מספר אבני-דרך שמטרתן לסייע לרשות התחרות בעת בחינת מיזוגים העלולים להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית בישראל. אבני-דרך אלה עוצבו ברוח "תורת ההחלטות" לשם עריכת איזון ראוי בין היתרונות לבין החסרונות הגלומים בריכוזיות כלל-משקית. בנוסף, המאמר מראה כיצד פיקוח כאמור משתלב יחד עם כלים הסדרתיים אחרים שמוחלים בישראל, המבקשים להתמודד עם החסרונות הגלומים בריכוזיות הכלל-משקית.

\* ליאור פרנק הוא עורך דין בתחום דיני התחרות ודוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

מיכל גל היא פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה באוניברסיטת חיפה ונשיאת האיגוד העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA). אנו מודים לחברי מערכת "דין ודברים" ולקורא האנונימי על הערות מצוינות על נוסחים קודמים. המחקר נתמך כלכלית במענק מטעם הקרן הלאומית למדע בנושא ריכוזיות כלל-משקית. תודתנו נתונה לקרן.

**א. מבוא. ב. מסגרת עיונית;** 1. מהי "ריכוזיות כלל-משקית"?; 2. המדד המרכזי לבחינת קיומה של ריכוזיות כלל-משקית; 3. ההבחנה בין ריכוזיות כלל-משקית לבין ריכוזיות בענף ספציפי; 4. השפעותיה הפוטנציאליות של ריכוזיות כלל-משקית על התחרות ועל רווחת הציבור. ג. התמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית באמצעות דיני התחרות; 1. הגנה על התהליך התחרותי באמצעות דיני התחרות; 2. דיני המיזוגים ככלי להתמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית; 3. התאמת רשות התחרות לתפקיד הפיקוח. ד. אבני-דרך לבחינת מיזוגים אשר עלולים להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית; 1. כללי; 2. עיצוב כללים משפטיים ברוח תורת ההחלטות; 3. פירוט אבני-הדרך המוצעות. ה. היתרונות שבהסדרה באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים יחסית לכלים אחרים; 1. יתרונות ההסדרה באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים לעומת הסדרים אחרים הקיימים בדיני התחרות; 2. חוק הריכוזיות ודיני המיזוגים מהווים כלים משלימים. ו. סיכום.

## א. מבוא

ישראל, בדומה לכלכלות קטנות רבות אחרות, מאופיינת ברמה גבוהה יחסית של ריכוזיות כלל-משקית שעניינה רמת הריכוזיות בכלל המשק, ולא רק בשוק יחיד ומובחן.<sup>1</sup> עסקינן בתופעה שבה קומץ של גופים עסקיים גדולים פועלים בכמה שווקים שהם בעלי חשיבות רבה למשק. מחקר אמפירי שנערך על-ידי משרד המחקר של הכנסת מצא כי לפני כעשור, 16 קבוצות עסקים שלטו בכמעט ממחצית משווי השוק הישראלי בכללותו.<sup>2</sup> מאז ננקטו מספר צעדים שמטרתם הייתה להקטין את רמת הריכוזיות

1 Michal S. Gal and Thomas K. Cheng, "Aggregate Concentration: An Empirical Study of Competition Law Solutions", 4(2) *J. Antitrust Enforcement* (2016) 282. מראה שתופעת הריכוזיות הכלל-משקית אינה זרה אף לכלכלות בינוניות וגדולות. ניתן לציין, בין היתר, את הדוגמאות הבאות: ה-Chaebols בקוראה, ה-Keirtsu ביפן, ה-Business house בהודו והקונצרנים באירופה). לסקירה של מדינות ספציפיות אחרות, ראו למשל: Stijn Claessens, Simeon Djankov and Larry Lang, "The Separation of Ownership and Control in East Asian Corporations", 58 *J. of Fin. Econ.* (2000) 81 (מחקר זה מראה שבהונג קונג שלטו 16 קבוצות עסקים על חברות אשר ייצרו כ-84% מסך כל התוצר הלאומי הגולמי); Burton Ong, "The Origins, Objectives and Structure of Competition Law in Singapore", 29(2) *World Competition* (2006) 269 שבסינגפור שלט מספר קטן של קבוצות עסקים בחברות אשר ייצרו כ-50% מסך כל התוצר הלאומי הגולמי).

2 תמיר אגמון ועמי צדיק, **קבוצות עסקים בישראל – תיאור, ניתוח והשלכות** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 31.5.2010). מחקר מאוחר יותר של רשות ניירות ערך בישראל מצא כי בעבר קבוצת העסקים הגדולה ביותר שפעלה בישראל החזיקה לבדה בנכסים בשווי 19.4% מהתמ"ג, ואילו חמש קבוצות העסקים הגדולות בישראל החזיקו בעבר בנכסים בשווי 62.8% מהתמ"ג. ראו: **מבנה האחזקות בקבוצות העסקיות בישראל** (המחלקה הכלכלית של רשות ניירות ערך, 2011).

הכלל-משקית בישראל. ברם, ולמרות ניסיונות אלה, ישראל עודנה מאופיינת ברמה גבוהה של ריכוזיות כלל-משקית בשל פעילותן של קבוצות עסקים גדולות,<sup>3</sup> שהן בעלות שליטה בענפים, בתשתיות ובתחומים מרכזיים של הכלכלה הישראלית, דוגמת מוסדות פיננסיים, תקשורת, אנרגיה ונדל"ן.<sup>4</sup> משום כך, מחקרים שונים עומדים על החשיבות הרבה שבאימוץ כלים הסדרתיים מתאימים אשר יבטיחו כי תופעה זו לא תחריף ותתעצם בעתיד.<sup>5</sup>

בשנים האחרונות עלתה סוגיה זו על סדר היום הציבורי במסגרת בחינת הגורמים ליוקר המחיה בישראל. כדי לנסות ולהפחית את הריכוזיות הכלל-משקית בישראל, נחקק החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013,<sup>6</sup> אך גם חוק זה אינו מספק פתרון שלם וממצה, שכן כפי שיפורט בהמשך, אין הוא מביא בחשבון את כל קשת החששות התחרותיים הגלומים בריכוזיות הכלל-משקית.<sup>7</sup> חוק הריכוזיות מתמקד ברובו בטיפול בחששות הנובעים מתחום דיני התאגידים, כלומר קידום טובת בעלי מניות מסוימים (דוגמת בעלי מניות המיעוט), ציבור המשקיעים והתאגיד עצמו.<sup>8</sup> גם הוראות חוק הריכוזיות העוסקות בהקצאת זכויות שבבעלות המדינה לידיהם של גופים ריכוזיים פורטיים,<sup>9</sup> מוגבלות ביכולתן לספק מענה הולם לחששות התחרותיים הגלומים בריכוזיות הכלל-משקית, שכן מרבית הזכויות בתשתיות ובנכסים מהותיים לכלכלה הישראלית כבר

- 3 הגדרה מקובלת בספרות ל"קבוצת עסקים" היא – "קבוצה של חברות המנהלות פעילות עסקית בשווקים שונים, נתונות לשליטה אדמיניסטרטיבית ופיננסית אחת וקשורות ביניהן בקשרי אמון הדדי על בסיס רקע אישי, עסקי או אתני משותף". ראו בהקשר זה: Nathaniel H. Leff, "Industrial Organization and Entrepreneurship in the Developing Countries: The economic groups", *26 Econ Dev Cult Change* (1978) 661. קונסטנטין קוסנקו, **התהוותן של הקבוצות העסקיות בישראל והשפעתן על החברות ועל המשק** (2008).
- 4 אורה קורן, "המשק עדיין ריכוזי מכל הבחינות, אבל פחות מלפני חמש שנים", *TheMarker* (6.1.2019).
- 5 Assaf Hamdani, Konstantin Kosenko and Yishay Yafeh, "Regulatory Measures to Dismantle Pyramidal Business Groups: Evidence the United States, Japan, Korea and Israel", *ECGI Law Working Paper* (2020) 540.
- 6 חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד–2013, ס"ח 2420 (להלן: "חוק הריכוזיות").
- 7 לצורכי מאמר זה יוגדרו "חששות תחרותיים" בעיקר כחששות להפחתת תחרות בין קבוצות עסקים גדולות וביצור כוחן הכלכלי, דבר אשר צפוי להוביל לפגיעה במשק וביציבור בכללותו (בשונה מפגיעה בתחרות בשוק ספציפי מובחן). סוגי חששות אלה יפורטו בהרחבה בהמשך המאמר. להרחבה נוספת על החששות התחרותיים אשר עלולים לנבוע מריכוזיות כלל-משקית ומהגברתה, ראו גם Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בפרק B.1.
- 8 להרחבה בהקשר זה, ראו: אודליה מינס, "ההסדר המשפטי החל על פירמידות שליטה בחוק הריכוזיות והשפעתו על שוק ההון והמשק הישראליים: ממצאים ראשוניים", **מחקרי משפט** לא (התשע"ז) 55.
- 9 ראו: פרק ב' לחוק הריכוזיות.

מצויים בידיים פרטיות. לפיכך, מיזוגים אשר אינם מצריכים קבלת אישור מראש מאת מאסדר כלשהו לפי הוראות חוק הריכוזיות, ואשר בכל זאת מעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית הקיימת בישראל, עלולים שלא להיבחן כיאות, ולא יינקטו צעדים מתאימים לשם הגבלת החששות התחרותיים אשר יכולים לנבוע מריכוזיות כאמור.

על רקע דברים אלה, נשאלת השאלה האם דיני התחרות יכולים לספק מענה, ולו חלקי, לחששות התחרותיים הגלומים בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית (גם אם מדובר במענה משלים לחוק הריכוזיות). השאלה עולה בין היתר בשל העובדה שדיני התחרות, במתכונתם היום, מתמקדים בעיקר בתחרות השוררת בשוק ספציפי מובחן, והם לרוב אינם מביאים בחשבון השפעות תחרותיות על המשק בכללותו כפועל יוצא של פעילותן של קבוצות עסקים גדולות. מדינות מסוימות, כמו ניר-זילנד,<sup>10</sup> אף מדגישות בפירוש כי דיני התחרות שלהן עוסקים אך ורק בתחרות בשוק ספציפי, ולא בהשפעות הריכוזיות על כלל המשק. בהקשר זה חשוב לציין, כי התחקות אחר שורשי דיני התחרות בארצות הברית מגלה כי דינים אלה נחקקו בעיקר לשם התמודדות עם החשש לפגיעה בכלכלה ובדמוקרטיה בשל פעילותן של קבוצות עסקים גדולות.<sup>11</sup> אולם עם השנים השתנתה הגישה שאומצה בארצות הברית מן הקצה אל הקצה, והדגש מושם עתה כל-כולו על התחרות בשוק ספציפי יחיד חלף הבאה בחשבון את ההשפעות הרחבות על הכלכלה, העשויות לנבוע מריכוזיות כלל-משקית.<sup>12</sup>

מאמר זה מאתגר פרשנות מצומצמת זו של דיני התחרות. הוא בוחן כיצד ניתן להתמודד עם החששות התחרותיים הנובעים מריכוזיות כלל-משקית באמצעות מערך

New Zealand Commerce Commission, *New Zealand Mergers and Acquisitions Guidelines* (2013). 10

Lawrence J. White, "What's Been Happening to Aggregate Concentration in the United States? (And Should We Care?)", *NYU Working paper* (2001); Kandel E., Kosenko, K., Morck, R., & Yafeh, Y, "The Great Pyramids of America: A Revised History of US Business Groups, Corporate Ownership and Regulation, 1930-1950", *United States v. Aluminum Company of* ;ראו גם: *NBER Working Paper* (2015) *America*, 148 F.2d 416, 428 (2d Cir 1945): "The legislators who enacted the Sherman Act voiced concerns beyond the effects of anticompetitive activities on the economy: they also greatly feared the impact of the large trusts, which then dominated the business world, on the nation's political system, and they regarded the power of these trusts as an evil to be eradicated". 11

*United states v. Northwest Industries Inc.*, 301 F. Supp.1066, 1096 (N.D. III. 1969): "There may be very good reasons indeed to limit the growth of this country's largest corporations, particularly through mergers and acquisitions... The law as it now stands, however, makes the adverse effect on competition the test of validity and until congress broadens the criteria, the court must judge proposed transactions on that standard". 12

הפיקוח על מיזוגים, המהווה חלק מחוק התחרות הכלכלית של ישראל.<sup>13</sup> כפי שנבקש להראות, מערך הפיקוח על המיזוגים מאפשר להתמודד עם חששות תחרותיים אלה כבר מראשית הדרך. בתוך כך, כלי הסדרתי זה עדיף, לדעתנו, מהסדרים אחרים, דוגמת האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, המאפשרים במרבית המקרים התערבות בדיעבד, ומתמקדים גם הם בתחרות השוורת בשוק ספציפי יחיד.

מפת הדרכים של המאמר היא כדלקמן: **פרק ב** משמש בסיס עיוני למאמר. במסגרתו נציג את מאפייני הריכוזיות הכלל-משקית והגדרתה, וכן נראה מהו המדד העיקרי אשר יכול לשמש לדעתנו לבחינת קיומה של ריכוזיות כלל-משקית. נוסף על כך, נעמוד על היתרונות והחסרונות הנובעים מתופעה זו, כמו גם על השפעותיה על התחרות ועל רווחת הציבור. **בפרק ג** נסביר בהרחבה כיצד ניתן לטפל בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית באמצעות דיני התחרות הישראליים, ובייחוד באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים המהווה חלק מהם. **בפרק ד** נבקש להתוות מספר אבני-דרך שיכולות לדעתנו לסייע לרשות התחרות לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. אבני-דרך אלה עוצבו ברוח "תורת ההחלטות" כדי לצמצם את הסיכוי למשגה בעת בחינה של מיזוג אשר על-פניו עלול להביא להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. **בפרק ה** נבהיר מדוע לדעתנו מערך הפיקוח על המיזוגים הוא הכלי היעיל ביותר הקיים כיום בדיני התחרות הישראליים לשם התמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית. לשם כך, נערוך השוואה בין הפתרון המוצע במאמר זה לבין הסדרים משפטיים אחרים הקיימים בדיני התחרות. כן, נסביר מדוע חוק הריכוזיות ודיני המיזוגים הם כלים משפטיים משלימים היכולים לספק פתרון משולב לבעיית הריכוזיות הכלל-משקית בישראל. **פרק ו** יוקדש לדברי סיכום.

## ב. מסגרת עיונית

### 1. מהי "ריכוזיות כלל-משקית"?

"ריכוזיות כלל-משקית" תוארה בהצעת חוק הריכוזיות כדלקמן:<sup>14</sup>

"המשק הישראלי מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתרה בהשוואה לשווקים אחרים ברחבי העולם. ריכוזיות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שמספר

13 חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, ס"ח 1258. יצוין כי מאמר זה יתמקד בעיקרו בחוק התחרות הישראלי, אולם לא מן הנמנע כי הפתרון המוצע במסגרת מאמר זה יתאים אף למדינות אחרות שבהן רשות התחרות נדרשת לבחון מיזוגים טרם השלמתם.

14 הצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, ה"ח תשע"ב 706.

מצומצם של אנשי עסקים שולט בשיעור ניכר של נכסים ריאליים ופיננסים במשק".

נכון להיום, אין בספרות הכלכלית והמשפטית (הן בישראל והן מחוצה לה) הגדרה מוסכמת וכוללת אחת המגדירה באופן ברור ונהיר מהי תופעת הריכוזיות הכלל-משקית.<sup>15</sup> משום כך, מאמר זה יבקש להציע הגדרה ל"ריכוזיות כלל-משקית", הנשענת על מאפייניה השונים של תופעה זו.

ודוק: ל"ריכוזיות כלל-משקית" כמה מאפיינים עיקריים:<sup>16</sup>

- ראשית, ריכוזיות כלל-משקית מתקיימת במקום שבו מספר קטן יחסית של קבוצות עסקים שולט בשיעור ניכר על נכסים ריאליים ופיננסיים במשק (כעולה בין היתר מהתיאור בהצעת חוק הריכוזיות הנ"ל). במצב הקיצוני ביותר, קבוצת עסקים אחת בלבד שולטת על חלק ניכר מהכלכלה הלאומית.<sup>17</sup> אולם ריכוזיות כלל-משקית יכולה להתקיים גם עם מספר גדול יותר של קבוצות עסקים.<sup>18</sup>

15 ראו למשל בהקשר זה: קונסטנטין קוסנקו, "ריכוזיות כלל-משקית בישראל 2015-1995" אורות וצללים בכלכלת השוק: המשק הישראלי 2017-1995 (אבי בן-בסט, ראובן גראונו ואסף זוסמן עורכים, תשפ"א) 378, בעמ' 379. המחבר מציין כי אין כיום בנמצא הגדרה ל"ריכוזיות כלל-משקית", אך הוא מציע, לפי מאפייניה השונים, להגדירה כך: "השפעה... של ישות עסקית או קבוצה מוגדרת של גופים עסקיים (פירמות) על המשק כולו". זאת ועוד, אייל טוען במאמרו שבציבור הרחב המונח "ריכוזיות" מתפרש אחרת בהקשרים שונים. ראו: עדי אייל, "השימוש הציבורי בדיני התאגידים: הריכוזיות במשק ושכר הבכירים כסוכני-שינוי", דין ודברים ז (תשע"ג) 31, בעמ' 45.

16 ראו בהקשר זה גם: Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 4-5.

17 לשם המחשה, בדרום-אפריקה, לפני תום תקופת האפרטהייד, שלטה קבוצת עסקים אחת על כ-40% מהכלכלה הלאומית. יש לציין, כי חוק התחרות של דרום-אפריקה נחקק בין השאר לשם התמודדות עם התופעה של שליטה מרוכזת הנמצאת בידי גופים מעטים על חלקים ניכרים מהכלכלה הלאומית, אשר נוצרה במהלך תקופת האפרטהייד. ראו: The preamble to the South African Competition Act, 89 of 1998: "[A]partheid and other discriminatory laws and practices of the past resulted in excessive concentrations of ownership and control within the national economy...".

18 בעדכון רשימת הגורמים הריכוזיים לשנת 2021, שהתפרסמה לפי ס' 4 לחוק הריכוזיות, נאמר כי ברשימת הגורמים הריכוזיים נכללים 85 גורמים ריכוזיים. ניתן לצפייה באתר: <https://www.gov.il/he/departments/news/concentrationlistdec2021>. עם זאת, כפי שניתן לראות מעדכון זה, מספר קטן יותר של קבוצות עסקים חולש על תשתיות ועל משאבים חיוניים לכלכלה הישראלית בכללותה. כך למשל, נאמר כי 28 קבוצות הן בעלות השפעה בתחום השירותים או העיתונות הכתובה; 21 קבוצות הן בעלות היקף פעילות מצטבר בתחום התשתית החיונית העולה על מחצית מכלל הפעילות באותו תחום, ושתי קבוצות עסקים בלבד הן בעלות זכות (מכוח רישיונות או חוזים) בארבעה תחומי תשתית חיונית לפחות. כלומר, ישראל עדיין מאופיינת ברמה גבוהה יחסית של ריכוזיות כלל-משקית, המתבטאת בעיקר בשליטה של מספר קטן למדי של קבוצות עסקים על משאבים ותשתיות חיוניות של המשק הישראלי. רשימת גופים ריכוזיים זו אף מלמדת שתופעת הריכוזיות

- שנית, ועל אף שאין מספר מרבי מסוים של קבוצות עסקים לקיום ריכוזיות כלל-משקית, מספרן של קבוצות העסקים עדיין צריך להיות קטן יחסית.<sup>19</sup>
- שלישית, יש צורך ששליטתן של קבוצות העסקים תתרכז בשווקים המהווים נדבך מרכזי ומהותי של הכלכלה שבה הן פועלות (דוגמת שוק התקשורת והמדיה, תשתיות, מוסדות פיננסיים וכדומה).<sup>20</sup> הטעם לכך הוא שבעיקר באמצעות שליטה בשווקים המהווים נדבך מרכזי ומהותי של הכלכלה, בכוחן של קבוצות העסקים לתרגם שליטה זו לכוח כלכלי משמעותי העלול להוביל להאטה כלכלית ולפגיעה ברווחת הציבור. בהקשר זה, ניתן לגבש רשימה הקובעת מהם אותם שווקים מהותיים או תשתיות חיוניות, ששליטה בהם עשויה להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית, בדומה לרשימה המפורטת כיום בתוספת לחוק הריכוזיות. "שליטה" בהקשר זה יכולה להתפרש כהיקף פעילות העולה על מחצית מכלל הפעילות באותו תחום חיוני למשק.<sup>21</sup>
- רביעית, יש צורך שקבוצות העסקים יהיו בעלות כוח כלכלי משמעותי. במסגרת זו ניתן לבחון את כוחה הכלכלי של הקבוצה במונחי פדיון, אשראי, מספר עובדים וכדומה; להשוות את כוחה לקבוצות עסקים וחברות גדולות אחרות הפועלות במשק, וכן לבדוק את מחזור המכירות שלה, את היקף הנכסים שהיא מנהלת ואת היקף האשראי שהיא מספקת לגורמים שונים במשק.<sup>22</sup> הטעם לתנאי

- 
- הכלל-משקית טרם נעלמה כליל מהנוף הישראלי, ועדיין קיימת חשיבות רבה בטיפול בתופעה האמורה כדי שהיא לא תתעצם אף יותר.
- 19 כך, מעדכון רשימת הגורמים הריכוזיים, שם, עולה כי מספר קטן למדי של קבוצות עסקים שולט בתשתיות ובנכסים מהותיים לכלכלה הישראלית. כך עולה גם מהמחקרים הנזכרים בהערה 1 לעיל, בנוגע לכלכלות אחרות בעולם. מכאן שמספרן של קבוצות העסקים צריך להיות בהכרח קטן כדי שנוכל לומר שאותה כלכלה מתאפיינת בריכוזיות כלל-משקית.
- 20 השוו לוועדה לצמצום הריכוזיות, "מסמך מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית" (3.3.2019). כך גם מעדכון רשימת הגורמים הריכוזיים (לעיל, הערה 18) ניתן לראות כי קבוצות העסקים שולטות במשאבים חיוניים לכלכלה הישראלית. ראו גם: עת"מ (י-ם) 12912-03-22 **שיכון ובינוי בע"מ נ' מדינת ישראל ועדת המכרזים הבין-משרדית לרכבת הקלה**, פסקה 8 לפסק-דינה של השופטת תמר בר-אשר (פורסם בנבו, 2022), שם הוסבר כי ריכוזיות כלל-משקית "היא תופעה שבה נכסים רבים ומשמעותיים ובכלל זה תשתיות חיוניות, מוחזקים בידי מספר גורמים מצומצם".
- 21 השוו לסעיף 4(א)(2) לחוק הריכוזיות, המגדיר "גורם ריכוזי" כמי "שהיקף הפעילות המצטבר שלו או של קבוצת המחזיקים שאליה הוא משתייך, בתחום תשתית חיונית, עולה על מחצית מכלל הפעילות באותו תחום". מכאן שהיקף הפעילות של קבוצת עסקים בתחומים חיוניים למשק צריך להיות משמעותי דיו (קרי, עולה על 50% מכלל הפעילות באותו תחום) כדי שניתן יהיה לטעון כי אכן מדובר ב"גורם ריכוזי".
- 22 ראו בהקשר זה: מסמך מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית (לעיל, הערה 20) בעמ' Lawrence J. White, "Trends in Aggregate Concentration in the United States", 10 JEP (2002) 137.

זה הוא שכאשר לקבוצת העסקים יש כוח כלכלי משמעותי, היא יכולה, פוטנציאלית, לתרגמו לפגיעה ברווחת הציבור באותם שווקים שבהם היא פועלת.

• חמישית, אין צורך שקבוצות העסקים ישלטו על שווקים מהותיים במישרין, אלא די בכך שהן ישלטו בפירמות שונות הפועלות בשווקים הללו. שליטה זו יכולה להתבטא בשרשרת החזקות שבמסגרתה הפירמות הפועלות בשווקים השונים נשלטות על-ידי גורם מרכזי אחד (גרעין שליטה) אשר מכוון ומנווט את פעילותן.<sup>23</sup>

על בסיס מאפיינים אלו, אנו מציעים להגדיר ריכוזיות כלל-משקית באופן הבא: שליטה של מספר קטן של קבוצות עסקים גדולות, בין במישרין ובין בעקיפין, על שווקים מהווים נדבך מרכזי ומהותי של הכלכלה במדינה שבה הן פועלות. הגדרה זו חובקת את כלל המאפיינים המנויים לעיל וממחישה לדעתנו את תופעת הריכוזיות המשקית בצורה המקיפה והבהירה ביותר. היא גם עולה בקנה אחד עם התיאור הכללי המצוי בהצעת חוק הריכוזיות.<sup>24</sup> מובן שיהיה אפשר לדייק יותר את ההגדרה האמורה בעתיד, לאחר שיצטבר ניסיון רב יותר אצל רשות התחרות בטיפול בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית. ברם, הגדרה זו יכולה לאפשר לרשות התחרות לזהות את התופעה האמורה כבר עתה (בעיקר בעת בדיקתם של מיזוגים) ולתת לה את תשומת הלב הנדרשת.

כאן המקום לציין, כי הוועדה לצמצום הריכוזיות (שהוקמה מכוח סעיף 40 לחוק הריכוזיות) הגדירה "ריכוזיות כלל-משקית" במסמך המציג מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית,<sup>25</sup> כיכולת של גורם ריכוזי להפעיל כוח מיקוח כלפי קובעי המדיניות (כגון מאסדרים וכן חברי כנסת וממשלה) באופן שאלה ייטיבו עם הגורם הריכוזי על חשבון פירמות אחרות ועל חשבון הציבור.<sup>26</sup> בדומה לכך, גם באום ולחמן-מסר מגדירים במאמרם את התופעה האמורה כיכולת של הגורם הריכוזי להשפיע על קובעי המדיניות השונים.<sup>27</sup> אנו סבורים כי מקורות אלה מגדירים את תופעת הריכוזיות הכלל-משקית

23 ראו: הצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות (לעיל, הערה 14) בעמ' 1101, שם נאמר כי מרבית קבוצות העסקים מחזיקות ב"שרשרת החזקות" כמה תאגידים. מכאן שקבוצת העסקים אינה צריכה לפעול במישרין בתחום מהותי לכלכלה, אלא היא יכולה לעשות זאת גם בעקיפין, באמצעות החזקות בחברות אחרות הפועלות בתחומים אלה.

24 שם, שם.

25 מסמך מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית (לעיל, הערה 20).

26 שם, בפרק ב'.

27 Ido Baum and Didi Lachman Messer, "Can the Next Amazon or Facebook Be Controlled Before It Becomes Too Powerful?", 52 *U. Mem. L. Rev.* (2022) 847, pp. 916-924. המחברים אמנם מציינים פרמטרים שונים לזיהוי ריכוזיות כלל-משקית, כגון: גודלה של קבוצת העסקים, שליטתה בתשתית חיונית, פעילותה בשוק הנתון לרגולציה ועוד. עם זאת, המחברים רואים בפרמטרים הנ"ל ככאלה שמקנים לקבוצת העסקים כוח



באופן צר ובלתי ממצה. הגדרות אלו מתארות חשש אחד, מני רבים, העשויים לנבוע מקיומה של ריכוזיות כלל-משקית, ולא את התופעה בכללותה. שימוש בהגדרה צרה מעין זו עלול לדעתנו להוביל לכך שעסקאות שונות המעלות חששות מההיבט הכלל-משקי לא ייבחנו כיאות. קבלת ההגדרה הרחבה יותר שאנו מציעים כאן תסייע ללכוד ברשת המתאימה עסקאות רבות יותר המעלות על-פניו חששות מההיבט הכלל-משקי, ומשכך ראוי לדעתנו לאמצה, לפחות במסגרת דיני התחרות.

## 2. המודד המרכזי לבחינת קיומה של ריכוזיות כלל-משקית

בדיוק כשם שאין כיום בנמצא הגדרה אחת מוסכמת ל"ריכוזיות כלל-משקית", אף לא קיימים מדדים מוסכמים וברורים המשמשים לבחינת קיומה של ריכוזיות כאמור. עם זאת, מסקירת חוות דעת שונות של הוועדה לצמצום הריכוזיות (להלן: "ועדת הריכוזיות") בעניין הקצאת זכויות בתשתיות חיוניות לדיהן של קבוצות עסקים לפי הוראות חוק הריכוזיות,<sup>28</sup> ניתן ללמוד שהמודד המרכזי לזיהוי ריכוזיות כלל-משקית הוא מספר השווקים המהותיים למשק שבהם שולטת קבוצת העסקים.<sup>29</sup> כלומר, ככל שמספר מצומצם של קבוצות עסקים גדולות חולש על מספר רב יחסית של ענפים חיוניים ומהותיים לכלכלה בכללותה, ניתן לטעון כי היא מאופיינת בריכוזיות כלל-משקית. בהתאם לכך, הוספת תחום פעילות נוסף (במסגרת מיזוג), שהוא מהותי ומרכזי למשק, על יתר תחומי הפעילות של קבוצת העסקים הריכוזית, עלולה להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית הקיימת.

לשם הדוגמה, בעניין המיזוג בין "רשת" לבין "ערוץ 10", המאסדר הרלוונטי (במקרה זה – הרשות השנייה) פנה לוועדת הריכוזיות לשם קבלת חוות דעת,<sup>30</sup> וביקש כי תחוור את דעתה בנוגע לשאלה האם העברת אמצעי שליטה ב"רשת" לקבוצת בלווטניק, והעברת אמצעי שליטה ב"ערוץ 10" לקבוצת עופר, עלולות שתיהן להביא להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. הוועדה שמה דגש בחוות דעתה,<sup>31</sup> על היקף פעילותן של קבוצות העסקים הללו. באשר לקבוצת בלווטניק, הוועדה הדגישה כי קבוצה זו פעילה ושולטת בענפים חיוניים מגוונים כגון מלט, ביוטכנולוגיה, אופנה, תחבורה ציבורית,

כלפי דרג קובעי המדיניות, כגון מאסדרים למיניהם, ובשונה ממאמר זה, מאמרם אינו שם דגש על חששות תחרותיים אחרים העלולים לנבוע כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית.

28 ניתן לצפייה באתר: [https://www.gov.il/he/Departments/PublicBodies/centralization\\_decrease\\_committee](https://www.gov.il/he/Departments/PublicBodies/centralization_decrease_committee)

29 דיון לגבי הפרק העוסק בהקצאת זכויות לפי חוק הריכוזיות, וחסרונותיו, יערך במסגרת פרק ה.2 של המאמר.

30 בהתאם לסעיף 5 לחוק הריכוזיות.

31 "הענקת רישיונות שידור במסגרת מיזוג רשת מדיה – ערוץ עשר" (חוות דעת של הוועדה לצמצום הריכוזיות 10.1.2019).

שירותי הובלה יבשתית, וכן מחזיקה בבעלת השליטה ב"ערוץ 10". באשר לקבוצת עופר, הוועדה הדגישה כי מדובר בקבוצת העסקים הריכוזית ביותר במשק הישראלי, הפועלת בתחומים חיוניים רבים, כגון: ייצור חשמל, זיקוק ושיווק דלק, והיא גם בעלת השליטה בחברת התקשורת והטלוויזיה – "רשת"<sup>32</sup>. על כן, מיזוג זה אשר עירב שתי קבוצות עסקים גדולות, עלול היה להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית בישראל, בשים לב למספר הענפים החיוניים שקבוצות אלה שולטות בהם.<sup>33</sup>

חוות דעת זו ממחישה כי ניתן לזהות מיזוג אשר עלול להגביר ריכוזיות כלל-משקית, בעיקר לפי היקף פעילותן של קבוצות העסקים בתחומים חיוניים למשק. מכאן, שהוספת תחום פעילות חיוני ומהותי נוסף לקבוצות עסקים גדולה וריכוזיות, במסגרת מיזוג, עלולה להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית. עם זאת יובהר כי לא ניתן לקבוע במדויק בכמה שווקים קבוצות העסקים צריכות לפעול ולשלוט כדי שניתן יהיה לטעון בוודאות כי מיזוג ביניהן עלול להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית הקיימת. אנו סבורים כי כל ניסיון לקבוע סף כזה יהיה שרירותי, בייחוד כאשר אין כיום בנמצא מתודולוגיה כלכלית סדורה ומוסכמת לזיהוי ריכוזיות כלל-משקית. די בכך שרשות התחרות תכיר באפשרות שהמיזוג שבפניה עלול להגביר ריכוזיות כלל-משקית בשל היקף פעילותן הרחב של קבוצות העסקים אשר הן צד למיזוג, ותבחן אם המיזוג עלול לערר את החששות התחרותיים שעליהם נעמוד בהמשך.

מדד זה אף עולה בקנה אחד עם ההגדרה המוצעת על-ידינו לעיל ל"ריכוזיות כלל-משקית". כאמור, באמצעות היקף פעילות נרחב ושליטה בתחומים ובענפים החיוניים למשק, בכוחן של קבוצות עסקים גדולות להפעיל כוח כלכלי אשר עלול לפגוע בתחרות במשק וברווחת הציבור. על כן, מוצע להשתמש בהגדרה המוצעת לעיל, הנשענת כאמור על מאפייניה של הריכוזיות הכלל-משקית, בשילוב עם המדד הבוחן את היקף פעילותן של קבוצות העסקים. אנו סבורים כי שילוב מעין זה יאפשר לרשות התחרות לזהות במסגרת בחינת מיזוגים האם קם חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. נבהיר גם בהקשר זה, כי ככל שרשות התחרות תצבור יותר ניסיון בטיפול במיזוגים אשר על-פניו עלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית, כך היא תוכל לשכלל ולדייק את המדד האמור, ואולי אף לאמץ מדדים נוספים אשר יסייעו לה לבחון אם המיזוג שבפניה אכן עלול להגביר ריכוזיות כאמור. אולם לעת הזו, המדד המוצע לעיל יכול להוות

32 על פעילותה הענפה של קבוצת עופר עמדה ועדת הריכוזיות עוד בחוות דעתה בעניין "מתן רישיון מותנה לייצור חשמל לחברת צומת אנרגיה בע"מ מקבוצת החברה לישראל" (חוות דעת של הוועדה לצמצום הריכוזיות 7.8.2017).

33 יצוין, כי המיזוג בין רשת לבין ערוץ 10 אושר לבסוף משום שערוץ 10 היה מצוי בקשיים כלכליים אשר איימו על עתידו. כלומר, ועדת הריכוזיות הגיעה למסקנה כי המיזוג עדיף מתרחיש של יציאת ערוץ 10 מהשוק, דבר אשר היה מגביר ממילא את הריכוזיות הכלל-משקית בישראל. חרף דברים אלה אחד מחברי הוועדה נותר בדעת מיעוט, וסבר שהמיזוג יגביר את הריכוזיות הכלל-משקית, ולכן מוצדק (לדעתו) שלא לאשר את המיזוג.

"נקודת התחלה" בכל הנוגע לזיהוי מיזוגים אשר על-פניו עלולים להגביר ריכוזיות משקית, ועל כן מוצע לעשות בו שימוש לשם מטרה זו.

### 3. ההבחנה בין ריכוזיות כלל-משקית לבין ריכוזיות בענף ספציפי

משהצענו הגדרה ל"ריכוזיות כלל-משקית" והסברנו מהו לדעתנו המדד אשר יכול לסייע לזהותה (לפחות בשלב ההתחלתי של בדיקת מיזוגים אשר על-פניו עלולים להגבירה), נעמוד עתה על ההבחנה בינה לבין ריכוזיות אחרת המוכרת בדיני התחרות, הידועה כ"ריכוזיות בשוק ספציפי" (או במילים אחרות: "ריכוזיות ענפית"). ריכוזיות ענפית מתקיימת בענף מוגדר ומובחן בו קיים מספר קטן למדי של מתחרים, ועל כן הלחץ התחרותי בענף זה עשוי להיות חלש יותר ביחס לענף שהנו מבוזר.<sup>34</sup> עם השנים, התגבשה מתודולוגיה כלכלית סדורה, וקיימים מדדים מוסכמים המשמשים לזיהוי ריכוזיות ענפית.<sup>35</sup> יתרה מזאת, דיני התחרות מתמקדים בהסדרת סוג ריכוזיות זה, בין היתר באמצעות דיני המיזוגים ודיני ההסדרים הכובלים, וכן באמצעות היכולת להכריז על הגורמים הפועלים בשוק ספציפי כעל "קבוצת ריכוז", ומתן הוראות לגורמים אלה (מאת הממונה על התחרות) לשם הגברת התחרות בשוק הריכוזי שבו הם פועלים.<sup>36</sup> כך למשל, הממונה הכריז על נמל חיפה ועל נמל אשדוד כעל קבוצת ריכוז בתחום שירותי הנמל (פריקה וטעינה של מכולות) היות שנמלים אלה מרכזים בידיהם יותר מ-50% משוק שירותי הנמל בישראל.<sup>37</sup> אם כן, מדובר בשוק ספציפי שהממונה הכיר בו כשוק ריכוזי. בד-בבד עם הכרזה זו, נתן הממונה לנמלים אלה הוראות שתכליתן להגביר תחרות בענף הספציפי של שירותי הנמל. על כן, מדובר בתופעה אשר לרשות התחרות כבר יש ניסיון בה, כמו גם כלים משפטיים וכלכליים מתאימים להתמודדות עימה.

לעומת זאת, ריכוזיות כלל-משקית עוסקת במצב שונה לחלוטין, שבו קבוצות עסקים גדולות חולשות על שווקים וענפים מהותיים של המשק באופן החורג מגבולותיו של

34 ראו למשל בהקשר זה: מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סולומון, "הכרזה על קבוצת ריכוז – פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית", **משפטים** לו (תשס"ו) 13.

35 ראו למשל בהקשר זה אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 46; "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (רשות התחרות 23.1.2011).

36 ודוק, קבוצת ריכוז קיימת במקום שבו הגופים המעטים הפועלים בשוק חולשים יחדיו על יותר ממחצית מהשוק והתחרות ביניהם מועטה. ראו בהקשר זה פרק ד' של חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 [פרק זה קובע את התנאים להכרזה על מספר גופים כעל "קבוצת ריכוז", ומקנה לממונה סמכות ליתן לקבוצה הוראות לשם הגברת התחרות בשוק]; מיכל (שיצר) גל והילה נבו, "אסדרה של קבוצת ריכוז", **דין ודברים** י (תשע"ז) 237.

37 קביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים סדירים והוראות לחברי קבוצת ריכוז (27.11.2013) **רשות התחרות** 500512.

שוק ספציפי כזה או אחר.<sup>38</sup> במילים אחרות, הריכוזיות הענפית מתרכזת בנקודת מבט צרה – בענף מסוים ומובחן, ואילו ריכוזיות כלל-משקית מרחיבה את מבטה אל עבר הכלכלה כולה. בכך תופעת הריכוזיות הכלל-משקית נבדלת באופן מובהק מהתופעה המוכרת יותר של ריכוזיות ענפית.

הקשר בין שני סוגי ריכוזיות אלה אינו מתחייב. חלק מהשווקים הספציפיים שבהם קבוצות העסקים פועלות עשויים שלא להיות ריכוזיים כלל. זאת ועוד, אותן קבוצות עסקים אינן נהנות בהכרח ממעמד דומיננטי בכל אחד מהשווקים הספציפיים שבהם הן פועלות. באותה מידה, לא מן הנמנע שפירמות המהוות חלק מקבוצות עסקים גדולות יפעלו בשווקים ספציפיים המאופיינים בריכוזיות ענפית. למשל, קבוצת עופר היא בעלת החזקות בשוק ייצור החשמל, שהוא שוק ריכוזי במיוחד.<sup>39</sup> אולם, אפשרות זו אינה הופכת את התופעה של ריכוזיות כלל-משקית ואת התופעה של ריכוזיות ענפית לזהות. בנוסף, כפי שיפורט להלן, ניתן לטעון כי ריכוזיות כלל-משקית יוצרת חששות משמעותיים יותר לפגיעה ברווחת הציבור מאשר ריכוזיות ענפית. הטעם לכך הוא שריכוזיות כלל-משקית עלולה להוביל להאטה בפעילות הכלכלית של המשק, בשים לב להיקף הפעילות הנרחב של קבוצות העסקים הגדולות, ואילו ריכוזיות בענף ספציפי עלולה להוביל לכל היותר לתחרות מועטה באותו ענף, ואין היא משפיעה בהכרח על הכלכלה בכללותה.

שוני זה בהשפעות על רווחת הציבור מצדיק כשלעצמו הסתכלות נפרדת ושונה על שני סוגי ריכוזיות אלה. מאמר זה עוסק אפוא בהשפעתן של קבוצות עסקים גדולות על הכלכלה במובנה הרחב, קרי – באופן אשר בוחן את השפעתן מעבר לגבולותיו של ענף ספציפי. וחשוב לענייננו: דיני התחרות במרביתן המוחלטת של המדינות אינם מסדירים במישורין את ההשפעות התחרותיות הגלומות בריכוזיות כלל-משקית, בניגוד להסדרה הקיימת של ריכוזיות ענפית.<sup>40</sup> כלומר, וכפי שכבר צוין לעיל, דיני התחרות במרבית המדינות מתמקדים בתחרות בענף ספציפי ומובחן. מטרת המאמר היא לאתגר גישה צרה זו כך שבמסגרת דיני התחרות תאומץ פרספקטיבה רחבה יותר אשר יכולה ללכוד ברשתה את כלל החששות התחרותיים אשר עשויים לנבוע מתופעת הריכוזיות הכלל-משקית. על חששות אלה נעמוד להלן.

38 להבחנה נוספת בין שתי התופעות, ראו: M. A. Utton, "Aggregate Versus Market Concentration: A Note", 84(333) *Econ. J.* (1974) 150, pp. 150–155.

39 "מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר כפוף להתחייבותה שלא לפעול בתחום התקשורת בישראל" (חוות דעת של הוועדה לצמצום הריכוזיות 2.1.2019).

40 מסקנה זו עולה מהמאפיינים של הריכוזיות הכלל-משקית אותם סקרנו לעיל.

#### 4. השפעותיה הפוטנציאליות של ריכוזיות כלל-משקית על התחרות ועל רווחת הציבור

רמה גבוהה של ריכוזיות משקית יכולה להשפיע במידה ניכרת על התחרות ועל רווחת הציבור. לרוב, קבוצות עסקים גדולות נושאות בחובן יתרונות משמעותיים בלתי-מבוטלים לטובת הציבור.<sup>41</sup> כך למשל, קבוצות עסקים גדולות הן בעלות פוטנציאל ממשי להגברת הלחץ התחרותי בשווקים חדשים שאליהם הן מבקשות להיכנס.<sup>42</sup> באמצעות שליטתן בהון רב, כמו גם בזכות ניסיוןן והמוניטין שהן צברו, באפשרותן להיכנס לשווקים חדשים אשר חברות אחרות עשויות להתקשות להיכנס אליהם, בייחוד שווקים המתאפיינים בחסמי כניסה תמירים.<sup>43</sup> בנוסף, האיתנות הפיננסית של אותן קבוצות עסקים, והעובדה שהקבוצה בכללותה מספקת "רשת ביטחון" לחברות בה ודואגת להצלחתן,<sup>44</sup> מאפשרות לחברות אלה להשקיע יותר במחקר ופיתוח באותם שווקים שבהם הן פועלות.<sup>45</sup> מלבד זאת, קבוצות עסקים גדולות יכולות ליצור שווקים חדשים לחלוטין ומקומות עבודה חדשים לעובדים ולמנהלים, לרבות הזדמנויות לקידום.<sup>46</sup> בנוסף, ובעיקר בכלכלות קטנות, כוחן המשמעותי של קבוצות עסקים גדולות מאפשר להן להתחרות באפקטיביות בחברות בין-לאומיות (ובכך להפוך הלכה למעשה ל-National Champions).<sup>47</sup> מן האמור ברור שקבוצות עסקים גדולות מציעות יתרונות ניכרים העשויים להגביר את התחרות במשק, ומכאן לתרום להשאת הרווחה הציבורית.

41 ראו גם: אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 48.

42 ראו: פירוט המחקרים השונים ב-Gal and Cheng (לעיל, הערה 1).

43 אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 48.

44 ראו בהקשר זה: Ronald W. Masulis, Peter Kien Pham and Jason Zein, "Family Business Groups Around the World Financing Advantages, Control Motivations, and Organizational Choices", 24.11 *Rev. Financ. Stud* (2011) 3556; ראו גם: אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 50.

45 Sharon Belenzon and Tomer Berkovitz, "Innovation in Business Groups", 56.3 *Manage Sci* (2010) 519.

46 Tarun Khanna and Krishna Palepu, "Policy Shocks, Market Intermediaries, and Corporate Strategy: The Evolution of Business Groups in Chile and India", 8(2) *J Econ Maria Aluchna, "Business Groups in Network Industries", 16 Network Industries newsletter* (2014) 3, p. 6: "Business groups are comprised of several companies, which offers a perfect environment for the development of employees' and executives' careers and understanding of the business operation under various conditions".

47 Ajit Singh and Rahule Dhumale, "Competition Policy, Development, and Developing Countries", *What Global Economic Crisis?* (Arestis, P., Baddeley, M., McCombie, J.-eds, 2001) 122 p. 17: "To provide a simple illustration, it may be perfectly legitimate for a developing country competition authority to allow large domestic firms to merge so that they can go some way toward competing on more equal terms with multinationals from abroad".

יתרונות אלו לציבור כוללים בין השאר יתרונות לבר-תחרותיים דוגמת יצירת מקומות עבודה חדשים ומניעת אבטלה, לצד יתרונות של יעילות לטובת הצרכן, כדוגמת מחירי מוצרים ושירותים נמוכים יותר.

עם זאת, רמה גבוהה של ריכוזיות משקית טומנת בחובה חששות לא מבוטלים להפחתת התחרות ואף לפגיעה בכלכלה בכללותה.<sup>48</sup> חשש תחרותי אחד נובע מעצם פעילותן של קבוצות עסקים גדולות בכמה שווקים, עובדה העשויה ליצור נקודות מפגש מרובות ביניהן (Multi Market Contact). נקודות מפגש אלה עלולות להוביל למצב של התאמת מחירים (Oligopolistic Coordination) בין קבוצות העסקים, ואף להימנעות מכניסה של קבוצת עסקים אחת לשווקים שקבוצת עסקים אחרת פועלת בהם. דבר זה עלול להביא לעליית מחירים וכן לירידה באיכות המוצרים והשירותים במשק.<sup>49</sup>

לדוגמה, קבוצת עסקים א יכולה להירתע מלהוריד את מחיריה בשוק מסוים שבו היא פועלת, שמא קבוצת עסקים ב, המתחרה בה באותו שוק, "תעניש" אותה (למשל על-ידי הורדת מחירים משמעותית) בשוק אחר אשר גם בו פועלות שתיהן, באופן שיוביל לפגיעה ברווחיה של קבוצת עסקים א בשוק האחר שבו היא מתחרה בקבוצה ב (ולמעשה, בכך עשויים להיפגע רווחיה המצרפיים של קבוצה א באופן אשר יניא אותה מלהוריד מחירים בשוק כלשהו לטובת הצרכן). במצב של נקודות מפגש מרובות, נקיטה בפרקטיקת "הענשה" בשוק אחד עשויה לסייע לקבוצת עסקים אחת לאותת לרעותה כי אל לה להיכנס או להגביר תחרות בשווקים בהם היא פועלת.<sup>50</sup> מצב דברים זה עלול להוביל לסטטוס-קוו, המאופיין בלחץ תחרותי מוגבל בשווקים רבים במקביל, שאין לקבוצות העסקים תמריץ ממשי לסטות ממנו בשל החשש מפגיעה ברווחיות. פועל יוצא מכך הוא ריכוך התחרות בין אותן קבוצות עסקים, כאשר שכרו של הציבור בהפסדו. ודוק, חשש מפני "הענשה" אינו זר אף לשווקים ספציפיים, ואף עלול להוביל לתחרות מועטה בענף יחיד, מקום בו אותו ענף מאופיין בריכוזיות גבוהה ונשלט בידי מספר קטן של מתחרים. אולם, כפי שכבר הוסבר לעיל, כאשר עסקינן בריכוזיות כלל-משקית,

48 חלק מחששות אלה הוכרו ברוח ועדת ברודט אשר פורסם בשנת 1995 ותיאר את מצב המשק בישראל ככזה המאופיין בריכוזיות כלל-משקית גבוהה. ראו גם: אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 48–49. על חשיבות התחרות ככלי מסדיר לשווקים ראו למשל: ע"פ 2560/08 וול ג' מדינת ישראל פסקאות פ–פא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2009); מיכל (שיצר) גל, "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים (תשס"ח) 31.

49 Douglas Bernheim and Michael D. Whinston, "Multimarket Contact and Collusive Behavior", 21(1) *Rand J Econ* (1990) 1; William N. Evans and Ioannis N. Kessides, "Living by the Golden Rule: Multimarket contact in the US airline industry", 109(2) *Q J Econ* (1994) 341; Joel Waldfogel and Julie Wulf, "Measuring the Effect of Multimarket Contact on Competition: Evidence from Mergers Following Radio Broadcast Ownership Deregulation", 5(1) *B.E. J. Econ. Anal. Policy* (2006) 1.

50 ראו בהקשר זה גם: אייל (לעיל, הערה 15) בעמ' 49–50.

החשש מתעצם לנוכח העובדה שריכוך התחרות בין קבוצות העסקים הגדולות עלול להוביל לפגיעה כלכלית משמעותית יותר, החורגת מענף ספציפי יחיד. שליטתן של קבוצות עסקים במספר שווקים מהותיים לכלכלה מעוררת גם חשש תחרותי בדמות הגדלת הוצאותיהם היחסיות של המתחרים.<sup>51</sup> בשל היכולת ו"אורך הנשימה" הכלכלי של קבוצת עסקים גדולה, באפשרותה לבצע "פעולות התשה" נגד פירמות אחרות, המגדילות את הוצאותיהן של האחרונות, במטרה למנוע מהן את היכולת להשקיע את ההשקעות הנדרשות לשם כניסה לאחד או יותר מהשווקים שבהם פועלת אותה קבוצת עסקים או להתרחבות בהם.<sup>52</sup> כך למשל, קבוצות עסקים עשויה להוריד את מחיריה בשוק ספציפי, ולספוג אובדן רווחים, עד שמתחרתה תצא מהשוק. אם המחיר הנמוך אינו מכסה את עלויותיה של קבוצת העסקים בשוק הרלוונטי, הרי שאסטרטגיה זו, המכונה "תמחור טורפני", אסורה בתכלית האיסור בחוק התחרות.<sup>53</sup> לעומת זאת, ככל שהמחיר גבוה מהעלות, פעולה זו תיחשב לגיטימית,<sup>54</sup> גם אם מטרתה היא להוביל לדחיקה של מתחרים מן השוק (או למנוע התרחבות של מתחרים קיימים בשוק) כדי לבצר את מעמדה של קבוצת העסקים כגורם החולש על חלקים ומשאבים ניכרים ומהותיים של הכלכלה בכללותה. פעמים רבות, כדאיות אסטרטגיה תחרותית אגרסיבית גדולה יותר כאשר עסקינן בקבוצת עסקים, בשל ההחצנות שהיא יוצרת: פעולה בשוק אחד עשויה לאותת למתחריה ביתר השווקים כיצד היא מוכנה לפעול במידה וייפגעו רווחיה.<sup>55</sup>

51 Steven C. Salop and David T. Scheffman, "Raising Rivals' Costs", 73.2 *Am. Econ. Rev.* (1983) 267; Steven C. Salop, "The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test", 81 *Antitrust L.J.* (2017) 371.

52 ראו למשל בהקשר זה: נימוקי ההחלטה בדבר אישור המיזוג בתנאים בין בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ לבין די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (14.3.2005) **רשות התחרות** 5000045. ודוק, דיני התחרות יכולים, עקרונית, לטפל בתופעת הגבהת הוצאותיהם של המתחרים באמצעות החלת האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. אולם החלת איסור זה מתבצעת רק בדיעבד, ולרוב לאחר שהפירמה הדומיננטית כבר הצליחה לחסום כניסה של מתחרים חדשים. לפיכך הצעתנו לטפל בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים עדיפה, שכן היא יכולה למנוע מראש שליטה של קבוצות עסקים גדולות על תשתיות ועל ענפים חיוניים לכלכלה, ובכך תימנע מהן היכולת לחסום כניסה בפני מתחרים חדשים, באמצעות הפעולה של הגבהת הוצאות. לפי סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות.

53 Einer Elhauge, "Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants are Not Predatory: and the Implications for Defining Costs and Market Power", 112 *The Yale Journal* (2003) 681.

55 Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 7.

חשש תחרותי אחר שעלול לנבוע מריכוזיות כלל-משקית הוא "אפקט הרחבת סל המוצרים או השירותים (דבר הידוע גם בכינוי – "אפקט פורטפוליו").<sup>56</sup> העובדה שקבוצות עסקים גדולות פועלות בכמה שווקים מאפשרת להן לבצע "קשירה" בין מוצרים או שירותים שונים (ובכך לייצור סל מוצרים או שירותים), הגם שאין ביניהם בהכרח אינטגרציה אופקית או אנכית ישירה,<sup>57</sup> אך הם מהווים מוצרים או שירותים משלימים במידה מסוימת.<sup>58</sup> החשש התחרותי המרכזי הנובע מכך הוא שמתחרים אשר אינם יכולים לבצע קשירה ולהציע סל דומה של מוצרים או שירותים עלולים להיקלע למצב שבו הם אינם יכולים להתחרות באפקטיביות עם אותן קבוצות עסקים.<sup>59</sup> קשירה מעין זו עלולה להוביל להדרתם של מתחרים יעילים לא פחות מן השוק.<sup>60</sup> נשוב ונדגיש, כי כשמדובר בקבוצות עסקים גדולות החולשות על שווקים מהותיים ומרכזיים לכלכלה, קשירה כאמור עשויה להיות פוגענית יותר ולהשפיע על כלל המשק, ולא רק על התחרות בשוק ספציפי יחיד.

חשש תחרותי נוסף הוא מפני השפעה פוליטית:<sup>61</sup> לאור גודלן ושליטתן בהון רב, כמו גם באמצעי תקשורת ומדיה, קבוצות עסקים גדולות יכולות לתרגם את כוחן הכלכלי

- 56 ראו למשל בהקשר זה: OECD, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers 2001*, DAF/COMP(2002)5 (2002) ניתן לצפייה באתר: <http://www.oecd.org/competition/mergers/1818237.pdf>; ראו גם: Alex Petrasincu, "The Treatment of Vertical and Conglomerate Mergers in the European Union-The European Commission's New Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers", 40 *Georget. J. Int. Law* (2009) 669, pp. 686-687.
- 57 Jinhwa Chung and Seonghoon Jeon, "Portfolio Effects in Conglomerate Mergers: the Empirical Evidence of Leverage Effects in Korean Liquor Market", 46.35 *Appl. Econ.* (2014) 4345.
- 58 מוצרים משלימים מוגדרים בהודעת המיזוג של רשות התחרות כמוצרים אשר "מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, נמכרים לאותם לקוחות או שהם מיוצרים, משווקים, מופצים, מסופקים או נצרכים יחד". ניתן לצפייה באתר: <https://www.gov.il/he/Departments/General/mergerforms>.
- 59 Damien Neven, "Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control", *Handbook of Antitrust Economics* (Paolo Buccirossi – ed., 2008) 183.
- 60 דיני התחרות יכולים במקרים מסוימים לטפל גם בתופעת הקשירה. למשל, חל איסור על מונופול לקשור בין מוצריו באופן העלול להדיר מתחרים מהשוק ולפגוע בתחרות ובציבור. עם זאת, גם במקרה זה הצעתנו לטפל בריכוזיות כלל-משקית באמצעות מערך הפיקוח על התחרות נועדה למנוע מראש שליטה של קבוצות עסקים בתשתיות ובשווקים חיוניים כדי שלא יוכלו מלכתחילה לבצע "קשירות" הפוגעות בתחרות ובציבור. איסורים אחרים מתחום דיני התחרות, מוחלים כאמור לרוב בדיעבד, לאחר שכבר התחרשה הפגיעה בתחרות.
- 61 ראו בהקשר זה: Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 2. ראו גם אסף חמדני, "ריכוזיות השליטה בישראל – היבטים משפטיים", *המכון הישראלי לדמוקרטיה*, מחקר מדיניות 78 (2009), בעמ' 31. כאמור, דוח ועדת הריכוזיות (לעיל, הערה 20) שם דגש על חשש זה,



לכוח פוליטי, וזאת מתוך מטרה לבצר את מעמדן הכלכלי ולסכל כל איום תחרותי פוטנציאלי. כוח פוליטי זה יכול להוביל ל"שבי רגולטורי"<sup>62</sup>, באופן אשר ייצור תמריץ ניכר למאסדר להעמיד חסמים תחרותיים כאלה ואחרים בפני המתחרות של אותן קבוצות עסקים, ובכך ליצור להן הגנה "בחסות המדינה" מפני תחרות פוטנציאלית.<sup>63</sup>

מקום בו קבוצות העסקים שולטות במדיה, אפשר שיתלוו לפעולותיהן גם השלכות והחצנות על דעת הקהל, וביתר פירוט: קבוצות עסקים עלולות להשפיע על המידע אשר יתוון לציבור באמצעי התקשורת השונים באופן שיאפשר להן להסוות מעיני הציבור את הפגיעה הנובעת מפעילותן העסקית.<sup>64</sup> במצב דברים זה, יכולתו של הציבור להשפיע ולהביא לתמורות אשר יסייעו למזער את ההשפעות השליליות הנובעות מפעילותן העסקית של אותן קבוצות עסקיות גדולות ממילא פוחתת.<sup>65</sup> ודוק, ההשפעה על המדיה יכולה להיות גם עקיפה, דרך תקציב פרסום גדול, שבכוחו ליצור תמריצים להטות את הסיקור. בנוסף, ואולי חשוב מכול, שליטה במדיה, ובעיקר ביכולת ההצגה של פעולות של פוליטיקאים, מחוקקים ומאסדרים כאחד – בין בדרך של מתן במה חיובית ובין בדרך

לעומת יתר החששות שמנינו לעיל. משכך, מדובר בגישה צרה השמה דגש רק על חשש אחד מני רבים אשר יכולים לנבוע מריכוזיות משקית.

62 ראו בהקשר זה: George J. Stigler, "The theory of economic regulation", 2(1) *BJEMA* 3 (1971). "שבי רגולטורי" הוגדר בדנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פסקה 52 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם בנוב, 2021), כך: "מדובר במקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר 'שבו' בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות אותו". כך למשל, המאסדר יכול לראות בקבוצות העסקים מקור עבודה פוטנציאלי עתידי לאחר פרישתו, המציע תנאי עבודה מיטיבים במיוחד (בעיקר בדמות שכר גבוה). כמו כן, מצב של "שביית הרגולטור" יכול להתרחש כאשר קבוצות עסקים גדולות מממנות את מסע הבחירות של המאסדר, באופן שהאחרון "מחויב" למעשה לשרת את האינטרסים של אותן קבוצות עסקים בשל כך. המסקנה מכל אלה היא ברורה – גודלן והוגן הרב של אותן קבוצות עסקים מעלים חשש לא מבוטל שכוחן הכלכלי יתורגם אף לכוח פוליטי אשר ישרת את מטרותיהן, ובכלל זה צמצום התחרות הפוטנציאלית בהן. ראו למשל בהקשר זה: David J. Salant, "Behind the Revolving Door: A New View of Public Utility Regulation", 26(3) *RAND J. of Econ.* (1995) 362.

63 Randall Morck, Daniel Wolfenzon and Bernard Yeung, "Corporate Governance, Economic Entrenchment, and Growth", 43(3) *J Econ Lit* (2005) 655.

64 ראו באופן כללי: אסף וינר ותהילה שוורץ אלטשולר, "ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי חדשותי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה**, מחקר מדיניות 138 (2020).

65 אין להקל ראש בכוחו של הציבור להוביל לתמורות המשפיעות על התחרות ועל המשק בכללותו. דוגמה מובהקת לכך היא המחאה אשר התחוללה בישראל בשנת 2011, אשר זכתה לכינוי – "מחאת הקוטג'". מחאה ציבורית זו הובילה בין השאר לירידה דרמטית במחירו של הקוטג'. ראו: Igal Hendel, Saul Lach and Yossi Spiegel, "Consumers' Activism: the Facebook Boycott of Cottage Cheese" *No. 0138. CSIO Working Paper* (2015).

של הבלטת כישלונותיהם – יכולה להיות כלי משמעותי להשפעה על ההחלטות במישור הפוליטי והרגולטורי.<sup>66</sup> על כן, שליטה במדיה יכולה אף היא להקנות לקבוצות העסקים כוח משמעותי כלפי קובעי המדיניות השונים, דבר שייטיב עימן, אך לא בהכרח עם שחקנים אחרים הפועלים בשוק, ועם הציבור בכללותו.

נוסף על האמור, שליטתן של קבוצות עסקים גדולות במשאבים הנדרשים לתחרות (או בתשומה חיונית) עשויה לסייע להן להקהות תחרות פוטנציאלית. נדגים זאת באמצעות שליטה של קבוצות העסקים במוסדות פיננסיים: שליטה מעין זו עשויה לאפשר לקבוצות העסקים להקשות על מתחרים חדשים או על מתחרים אשר עשויים להיות "מחוללי תחרות" (כלומר, גורמים אשר בכוחם להגביר תחרות בשווקים השונים בשל רצונם להגדיל את נתח השוק שלהם באותם שווקים),<sup>67</sup> לקבל אשראי או ליטול הלוואה אשר תאפשר להם להיכנס לשווקים שבהם פועלות קבוצות העסקים או להתבסס בהם.<sup>68</sup> הסיבה לכך היא שהקצאת אשראי כאמור עלולה להיות איום ממשי על מעמדן של קבוצות העסקים. בה בעת, סביר כי אשראי בתנאים מיטיבים יינתן דווקא לחברות שהן חלק מקבוצות העסקים, כדי לקדם את האינטרסים של הקבוצה בכללותה על חשבון מתחריה הקיימים או הפוטנציאליים. לפיכך, התמריץ של מתחרי פוטנציאליים הזקוקים למימון לשם כניסה לאותם שווקים שבהם פועלות קבוצות עסקיים גדולות עלול להיות קטן מלכתחילה.

נוסף כי יש הטוענים כי קבוצות עסקים גדולות אף פוגעות בדמוקרטיה עצמה,<sup>69</sup> הואיל וחלק מהתהליך הדמוקרטי הוא האוטונומיה של הפרט וחופש הבחירה הנתון לו להתקשר עם עסקים מרובים ושונים המתחרים זה בזה על ליבו ועל כיסו. כאשר קבוצות עסקים גדולות שולטות הלכה למעשה על עסקים רבים ומהותיים לכלכלה שבה הן פועלות, חופש בחירה זה של הפרט נפגע.<sup>70</sup>

הנה כי כן, מן האמור עולה כי ריכוזיות כלל-משקית מגלמת בחובה הן יתרונות שונים, אשר חלקם לבר-תחרותיים, והן חששות להפחתת התחרות (להלן נקרא לכל מנעד החששות האמורים: "החששות התחרותיים"). בחוק הריכוזיות גילה המחוקק את

66 ראו למשל: Jack M. Balkin, "Free Speech is a Triange", 116 *Columbia L. Rev.* (2018) 2011; Kate Klonick, "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech" 131 *Harvard L. Rev.* (2018) 1598.

67 בעניין ע"א 3398/06 **הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ**, בפס' 52 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנוב, 2006), חברה "מחוללת תחרות" (Maverick) הוגדרה "כחברה אשר לה תמריצים כלכליים מוגברים להתמודד כנגד תנאי התיאום ושיתוף הפעולה השוררים בין יתר הגורמים הפועלים בשוק".

68 ראו Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 8–9.

69 ראו למשל: Nolan McCarty and Sepehr Shahshahani, "Economic Concentration and Political Advocacy, 1999-2017", <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/Sepehr%20Shahshahani%20Paper%20Final.pdf>.

70 Adi Ayal, "The Market for Bigness: Economic Power and Competition Agencies' Duty to Curtail it", *J. Antitrust Enforc.* (2013) 1.

דעתו שאין המדובר בבעיה תאורטית גרידא, ויצר כלים חלקיים להתמודד עם החששות התחרותיים המפורטים לעיל. מאמר זה מבקש לעשות צעד נוסף ולהציע פתרון (גם אם חלקי ומשלים לחוק הריכוזיות) לשם הטבת ההתמודדות עם התופעה האמורה, באמצעות חוק התחרות הישראלי, ובעיקר באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים המהווה חלק ממנו.

### ג. התמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית באמצעות דיני התחרות

#### 1. הגנה על התהליך התחרותי באמצעות דיני התחרות

כאמור בפתיח של מאמר זה, בעבר הכירו דיני התחרות בארצות הברית בחששות התחרותיים הגלומים בריכוז כוח כלכלי משמעותי בידיהם של גורמים מעטים, ובייחוד בידיהם של עסקים גדולים במיוחד.<sup>71</sup> אולם גישתם של דיני התחרות בארצות הברית השתנתה באופן כזה שלא הותיר פתח לבחינת החששות הנובעים מריכוזיות כלל-משקית.<sup>72</sup> הטעם העיקרי לשינוי בגישה זו הוא שטיפול בריכוזיות כלל-משקית נתפס ברבות השנים כשקול להטלת איסור על גודל הפירמה גרידא,<sup>73</sup> אשר לא נכון ולא

71 חששות אלה הובעו, בין השאר, בפסק דינו של בית המשפט העליון הפרדלי בארצות הברית בעניין *United States v. Columbia Steel Co.* 334 U.S. 495 (1948), באלו המילים:

"We have here the problem of bigness. Its lesson should by now have been burned into our memory by Brandies. The curse of bigness shows how size can become a menace – both industrial and social... Power that controls the economy should be in the hands of elected representatives of the people, not at the hands of industrial oligarchy. Industrial power should be decentralized. It should be scattered into many hands so that the fortunes of the people will not be dependent on the whim or caprice, the political prejudices, the emotional stability of a few self-appointed men. The fact that they are not vicious men but respectable and social minded is irrelevant. That is the philosophy and the command of the Sherman Act. It is founded on a theory of hostility to the concentration in private hands of power so great that only a government of the people should have it".

72 ראו למשל בהקשר זה: Albert A. Foer and Don Allen Resnikoff, "Competition Policy : Too Big" Banks in the European Union and the United States", 59(1) *Antitrust Bull* (2014) 9, p. 24

"Aggregate concentration, although once believed to be important, today...plays no role at all in antitrust enforcement. Aggregate concentration was once thought to be useful indicator of economic power – the ability to influence the national economy through conduct with economic effects other than high prices in particular markets".

73 ראו למשל בהקשר זה: Richard E. Day, "Conglomerate Mergers and the Curse of Bigness", 4 *NCL Rev.* 42 (1964) 511 ; גם: Carl T. Bogus, "The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust", 49 *U. Mich. JL Reform*

ראוי להטילו.<sup>74</sup> כשם שדיני התחרות אינם מטילים איסור על עצם קיומו של מעמד מונופוליסטי גרידא (אלא על ניצול של מעמד זה לרעה),<sup>75</sup> כך הם אינם צריכים להטיל איסור על עצם גודלן של פירמות, לרבות קבוצות עסקים. כך למשל בעניין *Northwest Industries*,<sup>76</sup> התבקש צו מניעה נגד מיזוג בין שתי חברות הנמנות עם מאה החברות הגדולות ביותר בארצות הברית, מהטעם שהמיזוג היה מוביל לריכוז כוח כלכלי משמעותי בידיה של הפירמה הממוזגת. בית המשפט דחה את הבקשה היות שהוא סבר שהטלת איסור על המיזוג שקול להטלת איסור על גודלה של הפירמה הממוזגת. ומאחר שדיני התחרות אינם מטילים איסור כזה, כאמור, הבקשה למניעת המיזוג נדחתה.<sup>77</sup>

(2015) 1; John C. Berghoff, "The Size Barrier in Merger Law - Or Antitrust by the Numbers", 27 *Ohio St. LJ* (1966) 76.

74 אשר ל; Lyle L. Jones, "Aggregate Concentration", 38 *Antitrust L.J.* (1969) 661, p. 671. אשר לאירופה: מההחלטה על אישור המיזוג בעניין Case M., Unicredito/HVB (2005), אשר הוביל הלכה למעשה ליצירת קבוצת עסקים פיננסית גדולה במיוחד הפועלת במרבית מדינות האיחוד האירופי, ניתן ללמוד כי הגודל של העסק כשלעצמו אינו מהווה עבירה הגבלית. לעומת זאת, קיימות גישות מסוימות אשר קוראות להגבלת גודלן של חברות (בפרט חברות טכנולוגיות גדולות, כגון גוגל ופייסבוק), מהטעם שחברות גדולות מדי עלולות לפגוע בכלכלה בכללותה; ראו למשל: Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (2018).

75 ראו למשל: Avishalom Tor, "Unilateral, anticompetitive acquisitions of dominance or monopoly power", 76(3) *Antitrust Law J* (2010) 847, p. 847, "...notwithstanding the social costs of monopoly—which may include output reduction and higher prices, limited choices for consumers, and diminished incentives for innovation—modern legal regimes refrain from prohibiting it outright. They do not condemn 'mere monopoly' both because the rewards associated with substantial market power stimulate competition and innovation and since monopolies may sometimes be more efficient than their smaller competitors".

76 United States v. Northwest Industries, Inc., 301 F. Supp. 1066 (N.D. Ill. 1969). שם. בלשון בית המשפט: 77

"While it is certainly more probable that the consolidation of two of the country's corporate giants may have anti-competitive results in one or more lines of commerce, the Government contends that they are inherent in such mergers because of the great economic power resulting therefrom even though there is no competitive relationship between them... There may be very good reasons indeed to limit the growth of this country's largest corporations, particularly through mergers and acquisitions. The desirability of preserving the maximum number of competing units in any given line of commerce so long as they can compete effectively, the desirability of keeping entry barriers as low as possible, the increased potential for anti-competitive practices which may result from bigness, all are factors which may warrant a prohibition based on size alone. The law as it now stands, however, makes the adverse effect on competition the test of

עם זאת, ייתכן שאנו עדים כיום לשינוי מהותי בגישה הרווחת, בייחוד בכל הקשור לשווקים דיגיטליים וטכנולוגיים. קולות שונים באקדמיה, כמו גם בכתי המחקרים האמריקניים, קוראים בימים אלה לפירוקן של חברות טכנולוגיה גדולות (דוגמת אמזון, גוגל ופייסבוק), מהטעם שחברות אלה הפכו ל"גדולות מדי", ולכן הן פוגעות בציבור המשתמשים.<sup>78</sup> מלבד זאת, קולות אלה אף מבקשים "להחיות" את הגישה שהייתה מקובלת בעבר בארצות הברית (ושנזנחה כאמור), לפיה יש לראות בריכוז כוח כלכלי בידיהן של חברות עסקיות מעטות כתופעה שלילית בהכרח, ומשכך יש לעשות שימוש בדיני התחרות לשם מניעה גורפת של תופעה זו.<sup>79</sup> אנו חולקים על גישות פורמליסטיות ומחמירות מעין אלה וסבורים כי הטלת איסור גורף על גודלן של חברות עסקיות, תוך התעלמות מהתועלת הגלומה בגודלן, עלולה להוביל לפגיעה ברווחת הציבור. על כן, אנו סבורים שאין היא ראויה להוות גישה מנחה ככל שהדברים נוגעים להתמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית.

המסגרת המשפטית שאנו מציעים במאמר זה – קרי, התמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית באמצעות דיני התחרות ומערך הפיקוח על מיזוגים – לא נועדה להטיל מגבלה על עצם גודלן של קבוצות עסקים, אלא להתמודד עם אותם חששות תחרותיים שפורטו לעיל. אנו סבורים כי מדיניות תחרותית נכונה צריכה לחתור להגביל רק פעולות ומעשים אשר עלולים להוביל לפגיעה בתהליך התחרות. כאשר אין כל חשש לפגיעה בתהליך התחרותי, הרי שאין מקום להטיל מגבלה כזו או אחרת על עצם גודלן של קבוצות עסקים.<sup>80</sup> בהתאם לכך, ככל שמיזוג שבו מעורבת קבוצת עסקים גדולה אינו מקים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, הרי שאין מקום להתערב במיזוג. מעבר לכך, גם כאשר מיזוג כזה כן צפוי להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית, עדיין אין הדבר אומר שעל רשות התחרות להתנגד לו התנגדות גורפת, וככל שהוא מגלם יתרונות לטובת הציבור אשר עולים בעוצמתם על החששות התחרותיים שהוא מעורר, ניתן לאשרו, גם אם בכפוף לתנאים מתאימים אשר ימזערו חששות תחרותיים אלה.<sup>81</sup>

validity and until Congress broadens the criteria, the Court must judge proposed transactions on that standard".

78 ראו למשל: Lina M. Khan, "Amazon's antitrust paradox", 126 *Y.L.J.*, 126 (2016), 710; ראו גם: Elizabeth Warren, "Break Up Big Tech", זמין בקישור: <https://2020.elizabethwarren.com/toolkit/break-up-big-tech>.

79 ראו למשל: Connor Leydecker, "A Different Curse: Improving the Antitrust Debate about 'Bigness'" 13 *N.Y.U. J. L. & Bus.*, 845 (2022); Lina Khan, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", 9 (3) *J. Eur. Compet* (2018) 131.

80 אריאל אזרחי ודיויד גילה, **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** (התש"פ), בעמ' 27: דיני התחרות "נועדו בראש ובראשונה לקידום התהליך התחרותי, במטרה להגדיל את רווחת הצרכנים בבואם לצרוך מוצרים ושירותים".

81 יצוין כבר עתה, כי סעיף 21(א) לחוק התחרות מאפשר לממונה על התחרות לאשר מיזוגים בתנאים כאלה אשר ימזערו את החששות התחרותיים הגלומים בהם.

## 2. דיני המיזוגים ככלי להתמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית

מיזוגים בין כמה קבוצות עסקים, או בינן לבינן פירמות אשר אינן חלק מקבוצת עסקים כזו או אחרת, תורמים להתהוותן של קבוצות עסקים גדולות ולהגברתה של הריכוזיות הכלל-משקית.<sup>82</sup> גם מיזוג בין חברות בנות המצויות בשליטתן של שתי קבוצות עסקים שונות עלול להוביל להפחתת התחרות ביניהן, וזאת בשל החשש מפני יצירת "שולחן משותף" בין קבוצות העסקים עצמן, הנובע מהקרבה שנוצרת באמצעות השליטה המשותפת בחברות הבנות אשר התמזגו. קרבה מעין זו עלולה לצנן את התחרות בין אותן קבוצות עסקים, בפרט מקום בו המיזוג בין החברות הבנות מקים להן אינטרס פיננסי משמעותי.<sup>83</sup> כלומר, ככל שהרווחיות של קבוצות העסקים מהחברות הבנות שהתמזגו משמעותית דייה, הדעת נותנת שלקבוצות עסקים אלה לא יהיה תמריץ ממשי להתחרות זו בזו.

לפיכך, פיקוח על מיזוגים מהווה אמצעי חשוב לשם התמודדות עם החששות התחרותיים אשר עשויים לנבוע מקיומה של ריכוזיות כלל-משקית. פיקוח כאמור מתנה מיזוגים המעלים חשש לפגיעה בתחרות בקבלת אישור מראש מאת רשות התחרות.<sup>84</sup> במסגרת זו, הרשות מוסמכת לבחון מיזוגים אופקיים (דהיינו בין צדדים מתחרים); מיזוגים אנכיים (דהיינו בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והשיווק של מוצר פלוני, דוגמת יחסי ספק-לקוח או ספק-מפיץ); וכן מיזוגים קונגלומרטים (דהיינו מיזוגים בין חברות אשר אינן מתחרות זו בזו, וגם אין ביניהן יחסים אנכיים כלשהם).<sup>85</sup> חשיבותו של כלי זה מתגברת בשל העובדה שהוא מאפשר לרשות להביא בחשבון, מראש, את ההשפעות התחרותיות העשויות לנבוע משינויים בשווקים כתוצאה ממיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, חלף התמודדות בדיעבד עם תוצאות התנהגויות אנטי-תחרותיות העשויות לנבוע מריכוזיות כאמור.<sup>86</sup> אכן, מחקר אמפירי,<sup>87</sup> אשר ביקש לבחון כיצד מדינות שונות מתמודדות עם ריכוזיות כלל-משקית באמצעות דיני התחרות שלהן, העלה בבירור שמרבית המדינות המתמודדות עם התופעות השליליות של ריכוזיות כלל-משקית עושות כן באמצעות פיקוח על מיזוגים, הגם

82 Daniel Maman, "The social organization of the Israeli economy: A comparative analysis", 5(2-3) *Israel Affairs* (1998) 87; Stephen A. Rhoades, "Aggregate concentration: An emerging issue in bank merger policy", 24 *Antitrust Bull.* (1979) 1.

83 השוו למשל להחלטה בדבר: אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – מיזם ים תטיס, גרנית הכרמל השקעות בע"מ (13.9.2000) **רשות התחרות** 3008959.

84 סעיף 21 לחוק התחרות.

85 "הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות" (9.1.2008).

86 Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (HUP, 2003), p. 194.

87 ראו: Gal and Cheng (לעיל, הערה 1).

שבמרבית המקרים מדובר באמצעי עקיף בלבד אשר אינו נוגע במישרין לריכוזיות כלל-משקית.

בעיקר, במסגרת בדיקתם של מיזוגים קונגלומרטיים ניתן לבחון את השפעת המיזוג על-פני מספר שווקים שונים (למשל, האם קם חשש לקשירה בין מוצרים משווקים שונים ככל שיאושר המיזוג, דבר העשוי לפגוע בתחרות).<sup>88</sup> אלא שרשויות התחרות ברחבי העולם, לרבות הישראלית, לרוב אינן רואות במיזוג קונגלומרטי כזוה העלול לפגוע בתחרות, הגם שהוא עשוי להשפיע הלכה למעשה על מספר שווקים במקביל.<sup>89</sup> זאת כיוון שמיוזגים אלו פעמים רבות אינם פוגעים ישירות בתחרות בענף ספציפי, היות שאין מדובר במיזוג אופקי בין מתחרים הפועלים באותו ענף (מיזוג הנחשב לרוב פוגעני ביותר לאור זאת שהוא מצמצם את מספר השחקנים בענף לאחר השלמת המיזוג).<sup>90</sup> לפיכך, מיזוגים קונגלומרטיים מאושרים לרוב על-ידי רשות התחרות, בתוך פרק זמן קצר למדי, וללא הטלת תנאים או סייגים כלשהם. עם זאת, חשוב להדגיש כי מיזוג המגביר ריכוזיות כלל-משקית הוא פוגעני ממיזוג קונגלומרטי "רגיל". זאת משום שמיוזג המגביר ריכוזיות כלל-משקית נוגע לשווקים מהותיים לכלכלה בכללותה כאמור, בעוד שמיוזג קונגלומרטי "רגיל" אינו נוגע בהכרח לסוג שווקים שכזה (למשל, די בכך שפירמה המייצרת ציוד משרדי תתמוזג עם פירמה המוכרת מוצרי מזון כדי שהמיזוג יסווג כ"קונגלומרטי").

לפיכך, דעתנו היא שיש לבחון מיזוגים העשויים להגביר ריכוזיות כלל-משקית בקפדנות רבה מזו שבה בודקים מיזוגים קונגלומרטיים "רגילים".<sup>91</sup> כך או אחרת, עצם העובדה שרשות התחרות מוסמכת לבדוק את השפעתו של מיזוג על מספר שווקים במקביל, מדגימה את אפשרות השימוש במערך הפיקוח על מיזוגים לבחינת מיזוגים העשויים להגביר ריכוזיות כלל-משקית. השינוי המרכזי הנדרש, ועל כך נפרט בהמשך,

88 כפי שניתן לראות למשל ממסמך מסכם אשר נשלח מטעם רשות התחרות האמריקאית לארגון ה-OECD, רשות זו בחנה לאחרונה את השפעתם של כמה מיזוגים קונגלומרטיים על-פני מספר שווקים. ראו: "Conglomerate Effects of Mergers – Note by the United States", OECD, *DAF/COMP/WD* (2020) 7 (2020).

89 ראו למשל: ע"א 2082/09 יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"ד סג(2) 788, בפסקה 22 לפסק-דינה של השופטת חיות (2009), שם נאמר כך: "מיזוגים קונגלומרטיים נחשבים לא אחת כמיזוגים שהשפעתם על התחרות היא ניטרלית ולעיתים אף מועילה".

90 ראו למשל: Conglomerate Effects of Mergers – Note by the United States (לעיל, הערה 88) בעמ' 4, שם הוסבר כי בשונה ממיזוג קונגלומרטי, מיזוג אופקי עלול להגביר את הריכוזיות בענף ספציפי ולהפחית את התחרות בו לנוכח העובדה שמדובר במיזוג בין פירמות מתחרות הפועלות באותו ענף. מכאן שמיוזג אופקי נחשב לזוה אשר עלול לעורר חששות תחרותיים משמעותיים יותר ביחס למיזוג קונגלומרטי.

91 ראו בהקשר זה גם: Thomas K. Cheng, "Sherman vs. Goliath?: Tackling the Conglomerate Dominance Problem in Emerging and Small Economies—Hong Kong as a Case Study", 37 *Nw. J. INT'L L. & BUS.* (2017) 35.

הוא שינוי בגישה ביחס לבחינתם של מיזוגים, קרי – מעבר מגישה הבוחנת את השפעתו של המיזוג על שוק ספציפי יחיד לגישה הבוחנת גם את השפעתו של המיזוג על כלל המשק, באופן רוחבי. באמצעות שינוי גישה כאמור, רשות התחרות תוכל לבחון את השפעתו של מיזוג העלול להגביר ריכוזיות כלל-משקית, השפעה אשר אינה מוגבלת כאמור לשוק ספציפי יחיד.

אם כן, ניתן לטעון שעל רשות התחרות להכיר בתת-קטגוריה חדשה של מיזוגים – "מיזוגים המגבירים ריכוזיות כלל-משקית". אף שמיזוגים מסוג זה יכולים לבוא גם בגדרי הקטגוריות הקיימות המכסות את כל קשת האפשרויות הקיימות בסיווג היחסים בין הצדדים (קרי – אנכיים, אופקיים או קונגלומרטים או שילוב שלהם), הם מהווים תת-קבוצה נפרדת, הבוחנת קיומן של השפעות החורגות מהשוק הבודד. כפי שפורט לעיל, המדד המרכזי אשר יכול, לדעתנו, לסייע בבחינת ריכוזיות כלל-משקית הוא מספר השווקים המהותיים לכלכלה בכללותה שבהם פועלות ושולטות קבוצות עסקים גדולות. מיזוג המגביר ריכוזיות כלל-משקית הוא כזה אשר יוצר קבוצת עסקים משמעותית או מוסיף לקבוצות העסקים שליטה בתחום מהותי נוסף, באופן שיביא לכך שהיקף הפעילות המשקית של קבוצות העסקים יגדל עוד יותר. ככל שזהו אכן המצב, הרי שעל הרשות לסווג מיזוג כזה כ"מיזוג המגביר ריכוזיות כלל-משקית" ולבחון אם הוא מעורר את אחד מן החששות התחרותיים שעליהם עמדנו לעיל, וככל שכן, להחליט האם ראוי לאשר את המיזוג (גם אם בכפוף לתנאים) או לשלול אותו.

להלן נראה כיצד באמצעות מערך הפיקוח על המיזוגים הקבוע בחוק התחרות הישראלי, ניתן להתמודד עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית. בין היתר, תובא דוגמה פרטנית הממחישה זאת. ודוק, **דוח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים**,<sup>92</sup> אשר שימש תשתית לחקיקתו של פרק המיזוגים בחוק התחרות הישראלי, ראה במיזוגים תופעה חיובית המשרתת תכליות של יעילות כלכלית, המרצת הכלכלה בכללותה ופיתוח המשק. עם זאת, הוועדה הייתה ערה לאפשרות שבהתקיים נסיבות מסוימות, עלולות להיווצר תוצאות של ריכוז כוח כלכלי בידי מעטים, דבר אשר עלול לפגוע בתחרות. וכך נכתב בדוח הוועדה:<sup>93</sup>

הצורך לפקח על מיזוגים התעורר בישראל, כבאוצות אחרות, בשלב מאוחר יחסית, לאחר שהפיקוח על הסדרים כובלים ומונופולים מופעל כבר זמן ניכר. במשק הישראלי מסתמן תהליך של גידול בריכוזיות עקב מיזוגים: חברות נבלעות באחרות באופן שענפים רבים – אשר בהם לפני שנים לא רבות עדיין פעלו מספר חברות – נשלטים כיום בידי חברה אחת. החוק הקיים מאפשר פיקוח על התנהגות של מונופולין, וניתן באמצעותו

92 "דוח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים", הפרקליט לב (תשל"ח) 559.

93 ש.ם.

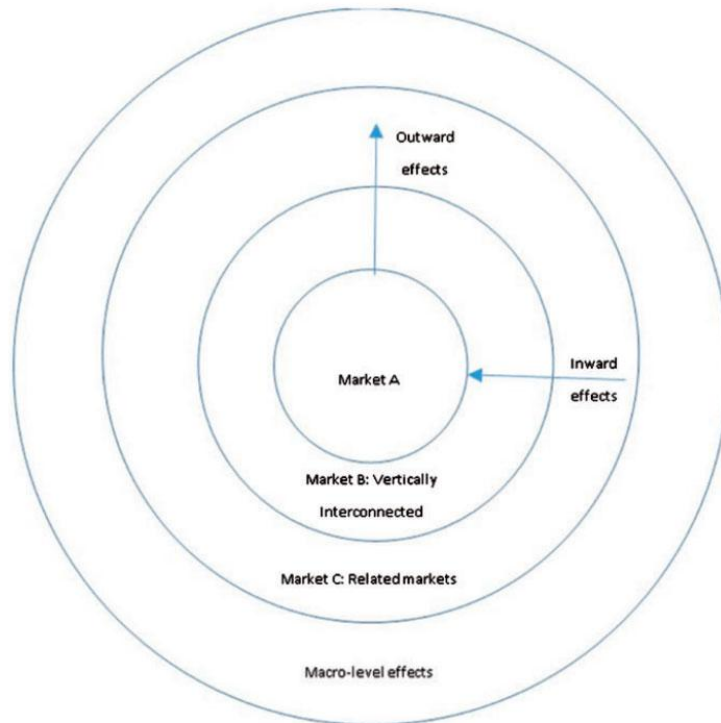


לפתור בעיות של ריכוז כוח כלכלי. ואולם רצוי להפעיל את הפיקוח בשלב מוקדם דהיינו בתהליך ההיווצרות של ריכוז הכוח הכלכלי. מיזוג הוא תהליך מורכב, והשבת המצב לקדמותו לאחר שבוצע היא מסובכת ויקרה, לכן רצוי להפעיל את הפיקוח מראש.

מדברים אלה אנו למדים כי מנסחי החוק הכירו בבעיה הטמונה באפשרות שמיזוגים עלולים ליצור ריכוז של כוח כלכלי משמעותי בידי מעטים, וחשוב מכך – הוועדה הדגישה כי ראוי שהטיפול בבעיה זו יתבצע מראש, כלומר בתהליך ההיווצרות של ריכוז הכוח הכלכלי. אלא שחרף דברים אלה, בדיקת המיזוגים עד כה התמקדה בעיקרה בשוק יחיד ומובחן. גישה זו מתבססת על סעיף 21 לחוק התחרות, הקובע כי "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". לפי גישה זו, בית המשפט העליון ציין בעניין **תנובה**,<sup>94</sup> אגב אורחא, כי לא ניתן לשלול מיזוג רק משום שהוא עלול להשפיע על הכלכלה בכללותה, אלא רק כאשר מתעורר חשש לפגיעה בתחרות בשוק ספציפי כתוצאה מסתברת מאישורו של המיזוג.

לדעתנו, גישה מצירה זו אינה סותמת את הגולל על בחינתם של מיזוגים המגבירים ריכוזיות כלל-משקית. כפי שגל וצינג טוענים במאמרם,<sup>95</sup> רבות מהשפעותיה של הריכוזיות הכלל-משקית מיתרגמות, בסופו של דבר, להשפעות על שווקים ספציפיים. באיור שלהלן, העיגולים מסמלים השפעות מסוגים שונים של ריכוזיות כלל-משקית. ככל שהמעגל קרוב יותר לשוק הנבחן (שוק A), כך ההשפעה ישירה יותר, אבל לא בהכרח עסקינן בהשפעה החזקה ביותר. בנוסף, שוק מסוים יכול להיות חשוף לכמה השפעות. המעגל הפנימי מסמל השפעות ישירות על שוק A הנובעות מכוח השוק של קבוצת העסקים בשוק A. למשל, כאשר קבוצת העסקים היא בעלת מעמד דומיננטי בשוק זה. המעגל השני מסמל השפעות על שוק A משליטה של קבוצת העסקים בשוק אנכי. למשל, שליטה במשאב החיוני לייצורו של המוצר בשוק A. המעגל השלישי מסמל השפעות על שוק A מהשפעת קבוצת העסקים על שווקים שאינם אנכיים, אבל קשורים לשוק A. למשל, סטטוס-קוו בין קבוצות עסקים שיגרום לכך שאחת מהן לא תיכנס לשוק A או יגביל את אגרסיביות התחרות בו. המעגל הרחב ביותר מסמל השפעות ברמת המאקרו, כולל השפעות כלכלה פוליטית העשויות להשפיע על האסדרה שתוחל על שוק A.

94 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, בפסקה 20 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1998).  
95 Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 13.



איור 1: מעגלי ההשפעה.<sup>96</sup>

כך לדוגמה, בעניין המיזוג בין "ערוץ 10" לבין "רשת" הנזכר לעיל, ציינה ועדת הריכוזיות בחוות דעתה כי העברת אמצעי שליטה ב"רשת" לקבוצת בלווטניק והעברת אמצעי שליטה ב"ערוץ 10" לקבוצת עופר עלולות שתיהן להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית הקיימת בישראל.<sup>97</sup> בפרט, וועדת הריכוזיות הדגישה כי הגברת השליטה של קבוצות עסקים גדולות (קרי, קבוצת בלווטניק ועופר) בתחום שידורי הטלוויזיה (אשר לטענת הוועדה הוא תחום עתיר רגולציה), עשויה לחזק את כוח המיקוח שלהן כלפי המאסדר. לדעת הוועדה, כוח מיקוח זה היה עשוי לסייע לקבוצות עסקים אלה לגרום למאסדר להיטיב עימן בתחום שידורי הטלוויזיה. הטבה זו יכולה לבוא למשל בדמות יצירת חסמי כניסה בפני מתחרים נוספים אשר יבקשו להיכנס לתחום שידורי

96 שם, שם.

97 ראו: מיזוג 10-רשת (לעיל, הערה 31) בחלק ב(4).

הטלוויזיה. חוות דעת זו של ועדת הריכוזיות ממחישה היטב כיצד גם חשש פוליטי (המשתייך כאמור למעגל הרחב ביותר באיור שלעיל), כגון הפעלת כוח מיקוח מצד קבוצות עסקים גדולות כלפי המאסדר, יכול להיות מתורגם, בסופו של דבר, לפגיעה תחרותית בענף ספציפי (במקרה זה, בתחום שידורי הטלוויזיה).

מכאן עולה שאת השפעות קבוצת העסקים כן ניתן לייחס לשוק ספציפי מובחן, ובמצב דברים זה, סעיף 21 לחוק התחרות יחול על מיזוגים בין קבוצות עסקים, לרבות כאלה אשר עלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית. השאלה שתתעורר היא האם עסקינן בהשפעות משמעותיות דיין כדי שנתחשב בהן במסגרת ניתוח התחרותי. ככל שהמעגל רחב יותר, כך פוחתים הסיכויים לכך. בעוד שני המעגלים הראשונים מתייחסים להשפעות קלאסיות שמובאות בחשבון בדיני התחרות, השלישי מתייחס להשפעות של הרחבת סל המוצרים או השירותים (במילים אחרות: "השפעות פורטפוליו") או תיאום אוליגופוליסטי, המוכרות בחלק מהמדינות. הרביעי, המתייחס למשל להשפעות כלכלה פוליטית, כמעט שאינו מובא בחשבון כלל במסגרת דיני התחרות (אך השפעות כאלה כן מובאות בחשבון בחוק הריכוזיות). כך למשל, המיזוג בין "ערוץ 10" לבין "רשת" הנזכר לעיל, נבחן גם על-ידי רשות התחרות,<sup>98</sup> אולם הרשות לא הביאה בחשבון את השפעת המיזוג על כלל המשק, ובייחוד לא את השיקול לפיו המיזוג עלול להקנות לקבוצות העסקים המעורבות בו, כוח מיקוח כלפי המאסדר (כלומר, הרשות לא הביאה כלל בחשבון את השפעתה של כלכלה פוליטית אשר עשויה לנבוע כתוצאה מן המיזוג). כל שרשות התחרות בחנה במקרה זה, הוא את השפעתו של המיזוג על תחום החדשות בטלוויזיה (כלומר, על ענף ספציפי) בלבד.

לטענתנו, פרשנות צרה של לשון סעיף 21 לחוק, המתמקדת לכאורה בהשפעת המיזוג על שוק יחיד ומובחן, אינה מתחייבת מלשון החוק. מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, גם אם אינם פוגעים משמעותית בכל שוק בודד כשלעצמו, מעלים חשש לפגיעה רחבה בציבור, ולכן סעיף 21 חל גם על מיזוגים כאלה. לשון אחר, ניתן לפרש את סעיף 21 לחוק, באופן אשר כולל שתי חלופות: האחת – הרשות תתנגד למיזוג כאשר הוא מקים חשש לפגיעה משמעותית באותו ענף; השנייה – הרשות תתנגד למיזוג כאשר הוא מקים חשש לפגיעה בציבור. לדעתנו, ניתן לפרש את החלופה השנייה באופן רחב יותר המחיל חלופה זו גם על מיזוגים אשר עשויים להגביר ריכוזיות כלל-משקית, ובאופן שאינו מוגבל לפגיעה בכל ענף שבו פועלות קבוצות העסקים. אשר על כן, דעתנו היא שסעיף 21 לחוק ממילא אינו מגביל את הרשות מלבחון את השפעתו התחרותית של מיזוג על-פני כמה שווקים, כמו גם את השפעתו על הציבור בכללותו.

98 אישור מיזוג בתנאים בין החברות: רשת מדיה בע"מ, ערוץ 10 החדש בע"מ (8.8.2018) רשות התחרות 018248.

ודוק, החלטת הממונה בעניין אישור המיזוג בתנאים בין כור תעשיות בע"מ לבין Columbus Capital Corporation,<sup>99</sup> ממחישה היטב כיצד באמצעות פיקוח על מיזוגים אכן ניתן להתמודד עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית באופן אשר אינו מוגבל לבחינת השפעת המיזוג על התחרות בענף ספציפי יחיד, זאת בעיקר לנוכח העובדה שבמסגרת החלטה זו, הממונה על התחרות בחן כיצד המיזוג עלול להגביר את הריכוזיות במשק כולו.<sup>100</sup> במקרה זה דובר במיזוג בין קונצרן כור לבין חברת Columbus Capital Corporation, המשתייכת לקונצרן קלרידג'. קונצרן כור שלט במספר רב של חברות אשר חלקן אף היו בעלות מונופולין באותם שווקים שבהם הן פעלו. קונצרן כור היה אחראי על 7% מתוך סך כל התוצר התעשייתי של מדינת ישראל.<sup>101</sup> קונצרן קלרידג' היה תאגיד אחזקות בין-לאומי רב-ענפי, אשר החזיק בחברות רבות הפועלות בשטחי מדינת ישראל. בין השאר, החזיק הקונצרן במניות של חברות אשר נשלטו גם על-ידי קונצרנים ישראליים גדולים אחרים, כדוגמת קבוצת אי.די.בי. במסגרת עסקת המיזוג ביקש קונצרן קלרידג', הלכה למעשה, לרכוש את השליטה בקונצרן כור, ובכך להפוך לאחד מהשחקנים המשמעותיים במשק הישראלי.

הממונה הדגיש בהחלטתו כי המשק הישראלי "היה ונותר משק ריכוזי מאד", כאשר "גופים ספורים מחזיקים חלקים גדולים מאד מהתוצר התעשייתי בישראל".<sup>102</sup> לפיכך, החשש המרכזי שבחן הממונה היה החשש לפגיעה בתחרות במשק הישראלי כתוצאה ממיזוג בין קונצרנים גדולים במיוחד.<sup>103</sup>

בהקשר זה העלה הממונה את השאלות הבאות: "האם...יתכן גוף קונצרני גדול מדי, בנסיבות המשק הישראלי?"; "האם ראוי להתנגד למיזוג בין קונצרנים ולו מהטעם שהוא מגדיל באופן משמעותי את אחד משני הגופים הגדולים ביותר במשק, ובכך מגדיל את הריכוזיות ופוגע בתחרות?" וכן "מתי הופך יתרון הגודל להיות מכשלה בנתוני המשק הישראלי, נוכח גודלו המצומצם, בידוד הגיאוגרפי, והמספר הקטן של שחקנים גדולים מאוד בו".<sup>104</sup> במענה לשאלות אלה הדגיש הממונה כי אחת מהמטרות המרכזיות של פיקוח על מיזוגים היא להבטיח כי תישמר התחרות בין הקונצרנים הגדולים, וכלשונו:<sup>105</sup>

במשק בו יש רק כמה קונצרנים דומיננטים, שאף הולכים וגדלים על דרך המיזוגים, תפקידו של מערך ההגבלים העסקיים לוודא – מבעוד מועד –

99 החלטה על אישור המיזוג בתנאים בין כור תעשיות בע"מ לבין Columbus Capital Corporation (5.10.1997) רשות התחרות 5000568.

100 שם, בחלק 6.2.

101 שם, בעמ' 4.

102 שם, בעמ' 30.

103 שם, בחלק 5.

104 שם, בעמ' 34.

105 שם, בעמ' 32.

כי בין הגופים הגדולים לבין עצמם ישררו, לאורך זמן, תנאים לקיום תחרות בענפי פעולתם השונים בפועל ובכוח.

אך חשוב מכך, הממונה הדגיש כי הבעייתיות המצויה בבסיס המיזוג שבין שני הקונצרנים הללו אינה נובעת דווקא מכוונה כלשהי מצדם לחבור "בתחבולות ובמזימות" אנטי-תחרותיות, מתוך מטרה להגדיל את רווחיהם על חשבון הציבור. לשיטת הממונה, הבעייתיות המרכזית נובעת מכך שכתוצאה מהמיזוג ייווצרו מבנים של שווקים בלתי-תחרותיים, וזאת בייחוד לאור כך ששני הקונצרנים האמורים מחזיקים בחברות רבות הפועלות בשווקים רבים (שחלקן אף בעלות מעמד מונופוליסטי). עוד הדגיש הממונה, כי בין שני הקונצרנים האמורים לבין קונצרנים אחרים בישראל כבר ממילא קיימים שיתופי פעולה.<sup>106</sup> משכך, נקבע כי המיזוג עלול ליצור סטטוס-קוו בין הקונצרנים הגדולים בישראל ובכך להחריף את הריכוזיות הכלל-משקית הגבוהה אשר ממילא שוררת בה, ולהביא להפחתת התחרות במשק הישראלי בכללותו, כמו גם לפגיעה בטובת הציבור.

בנסיבות אלה, הדגיש הממונה כי אין די בחישוב של נתחי השוק של הקונצרנים בכל אחד מהשווקים שבהם הם פועלים, אלא יש להתייחס גם לסביבה העסקית שבה הם פועלים. על כן, הממונה התנה את מתן אישורו למיזוג בכפוף לכך שהפירמות המתמזגות ינתקו את קשריהן העסקיים והמסחריים הקיימים עם קונצרנים אחרים, וכן ידווחו לממונה ויקבלו את אישורו מראש עובר לכל התקשרות עסקית עתידית שלהן עם קונצרנים אחרים.<sup>107</sup>

החלטה זו ממחישה אפוא כיצד באמצעות פיקוח על מיזוגים, ובייחוד במסגרת בדיקת מיזוגים קונגלומרטים, ניתן להתמודד עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית מראש ובאופן המאפשר למזער את החששות לפגיעה בתחרות ובציבור העשויים לנבוע מתופעה זו (כגון אישור המיזוג בכפוף לסעדים מבניים והתנהגותיים). בפרט, החלטה זו תומכת בגישה לפיה במסגרת בחינת מיזוגים יש לאמץ פרספקטיבה רחבה דייה אשר בוחנת את השפעתו הפוטנציאלית של המיזוג גם על מספר רב של שווקים במקביל. החלטה זו אף מראה כי הרשות שמה דגש על מספר השווקים המהותיים שבהם פועלות ושולטות קבוצות העסקים, כאשר מיזוג בין קבוצות עסקים אשר כבר פועלות במספר רב של שווקים מהותיים לכלכלה עלול לפגוע בתחרות במשק הישראלי.

אם כן, מהאמור לעיל דומה כי לשון סעיף 21 לחוק התחרות אינה מגבילה את יכולתו של הממונה לבחון את השפעת המיזוג הקונגלומרטי על-פני כמה שווקים. עם זאת, כדי שניתן יהיה לעשות שימוש יעיל בכלי משפטי זה, עדיין נדרשת הכרה מצד רשות התחרות בכך שבאמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים ניתן להתמודד (ולו חלקית) עם

106 שם, בעמ' 35.

107 שם, בעמ' 38–39.

החששות הנובעים כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית (לצד כלים משפטיים אחרים, כגון חוק הריכוזיות).

עוד חשוב להדגיש, כי לפי סעיף 17(א)(2) לחוק התחרות, הצדדים למיזוג נדרשים להגיש הודעת מיזוג ולהמתין לקבלת אישור מרשות התחרות טרם השלמת המיזוג. פעולה זו נדרשת כאשר מחזור המכירות בכל הענפים שבהם הצדדים (לרבות כל חברה הקשורה אליהם בקשרי שליטה) פועלים, עולה על הרף של 360 מיליון ₪ (נכון למועד כתיבת מאמר זה) בשנה אשר קדמה למיזוג. ניתן לשער שבשל היקף הפעילות הנרחב של קבוצות עסקים גדולות הן ייאלצו להגיש הודעות מיזוג לרשות התחרות לפי סעיף 17(א)(2) לחוק התחרות ולקבל את אישורה בטרם יוכלו להתמזג עם פירמות אחרות. לפיכך, סביר להניח שמרבית המיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית יילכדו ברשת של מערך הפיקוח על מיזוגים ויאפשרו לרשות התחרות לבחון את המיזוג ואת השפעותיו על כלל המשק.

### 3. התאמת רשות התחרות לתפקיד הפיקוח

מאמר זה לא יהיה שלם ללא דיון בשאלה האם רשות התחרות מהווה גורם ראוי, מבחינה מוסדית, לשם התמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-המשקית. בהקשר זה, אפשר שתישמע הטענה כי אין זה כלל מתפקידה של רשות התחרות לטפל בבעיות הגלומות בתופעה האמורה, אלא התפקיד שמור בעיקרו למאסדרים ייעודיים אשר טיפול במבנים של שווקים מצוי בתחום מומחיותם. לשון אחר, יכול שתעלה הטענה כי ככל שרשות התחרות תטפל בבעיות הגלומות בריכוזיות כלל-משקית, אזי היא תהפוך הלכה למעשה למעין מאסדר-על,<sup>108</sup> המטפל בכשלים החורגים מן המנדט שניתן לו, קרי – קידום התחרות לטובת ציבור הצרכנים. בפרט, טענה זו עלולה לעלות בשים לב לכך שלטיפול בריכוזיות כלל-משקית יש השלכות הנוגעות לכלכלה כולה, באופן החורג משוק ספציפי יחיד.

ברם, לדעתנו אין ממש בטענות מסוג זה. הטעם לכך נעוץ, בראש ובראשונה, בעובדה שהחששות התחרותיים שריכוזיות כלל-משקית מעלה אינם זרים לרשות התחרות. למשל, החשש התחרותי של קשירה בין מוצרים, שעליו עמדנו לעיל, הוא חשש שרשות התחרות מטפלת בו חדשות לבקרים (אם כי עוצמת הפגיעה יכולה להיות גדולה יותר בהקשר של ריכוזיות כלל-משקית, כמוסבר לעיל).<sup>109</sup> באשר לחשש הנוגע להשפעה

108 ראו למשל: Tamar Indig and Michal S. Gal, "New Powers-New vulnerabilities? A critical analysis of Market Inquiries Performed by Competition Authorities",

109 כך למשל, בעניין החלטה לפי סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור לכבילות שבהסכם בין טמפו משקאות בע"מ וטמפו שיווק (1981) בע"מ לבין Royal Wine Corporation Ltd (17.7.2019) רשות התחרות 501668, רשות התחרות עמדה

פוליטית: כאשר רשות התחרות תטפל בחשש זה היא לא תשקול שיקולים פוליטיים, אלא היא תביא בחשבון את העובדה שקבוצות עסקים גדולות עלולות ליצור לחץ על גורמים פוליטיים כדי שאלה ייצרו מכשלות מלאכותיות לתחרות בדמות הצבת חסמי כניסה תמירים בפני מתחרים. שיקול זה הוא שיקול תחרותי במהותו.

בהקשר זה ניתן לומר כי דווקא בשל העובדה שרשות התחרות תשקול בעיקר שיקולי תחרות, כאמור, הרי שיש לה יתרון יחסי לעומת מאסדרים אחרים אשר שיקולי תחרות אינם מהווים לרוב חלק ממומחיותם.<sup>110</sup> סמכותה של רשות התחרות לדרוש נתונים ומסמכים מגופים שונים הפועלים במשק ולנתח את ההשפעות התחרותיות העולות מהם, הופכת אותה הלכה למעשה לגוף אידיאלי לשם התמודדות עם הבעיות התחרותיות הגלומות בריכוזיות כלל-משקית.<sup>111</sup>

כמוסבר לעיל, הקושי המרכזי אשר ריכוזיות כלל-משקית מציבה בפני רשויות התחרות, לרבות הישראלית, נובע דווקא מהמבנה שבו פועלות קבוצות העסקים הגדולות, החורג מגבולותיו של שוק ספציפי כזה או אחר, ולא כתוצאה מיצירת חששות תחרותיים חדשים. כאמור, דיני התחרות מספקים לרוב כלים לשם התמודדות עם חששות תחרותיים בשוק ספציפי יחיד, ומכאן הקושי האינהרנטי של רשות התחרות להתמודד עם החששות התחרותיים הגלומים בריכוזיות כלל-משקית החורגים מגבולותיו של שוק ספציפי יחיד. אולם, כפי שהראינו לעיל, ניתן להתגבר על קושי זה באמצעות שינוי גישה (לרבות באמצעות פרשנות רחבה יותר של סעיף 21 לחוק התחרות) ומעבר לגישה הבודדת את השפעתו של המיזוג על כלל המשק.

הפתרון שאנו מציעים במאמר זה אף משתלב באופן טבעי במערך הפיקוח על המיזוגים שהרשות מפעילה ממילא. כלי הניתוח שלה, הן האכיפתיים והן האנליטיים, כמו גם ניסיונה בהחלת סעדים על מיזוגים (התנהגותיים ומבניים), מתאימים גם בכל הנוגע למיזוגים המגבירים ריכוזיות כלל-משקית. זאת ועוד, בעוד הרשות תידרש להרחיב את בחינתה ולפתח כלים אנליטיים אשר אינם מוגבלים לניתוחו של שוק יחיד ומובחן, כלים דומים נדרשים לה גם במסגרת הפעלת סמכויותיה במסגרת חוק הריכוזיות (הממונה על התחרות עומדת בראש ועדת הריכוזיות,<sup>112</sup> וכחלק מתפקידה בוועדה זו היא

על כך שהרחבת סל מוצרים של ספק, יכולה להוביל לכך שאותו ספק יבצע "קשירה" בין המוצרים, באופן אשר יוביל לדחיקה של מתחרים אחרים. חשש זה מתעורר בייחוד כאשר הספק הוא דומיננטי במכירת מוצר כלשהו וקושר מוצר זה למוצר אחר, ומחייב את הרוכש לרכוש את המוצרים הקשורים יחדיו. בכך, הספק מנסה "למנף" את כוחו משוק המוצר שבו הוא דומיננטי לשוק מוצר אחר שבו הוא אינו דומיננטי בהכרח, באמצעות דחיקת מתחרים.

110 ראו למשל בהקשר זה גל (לעיל, הערה 48) בעמ' 51.

111 אייל (לעיל, הערה 15).

112 ראו סעיף 40 לחוק הריכוזיות.

נדרשת להביא בחשבון גם שיקולים כלל-משקיים) וכן במסגרת מחקרי שוק שהיא עורכת מפעם לפעם כדי לבחון את הדינמיקה התחרותית בשוק מסוים.<sup>113</sup> על כן, רשות התחרות מהווה גורם ראוי לטיפול בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית, והדרך המרכזית והמיטבית שבה היא יכולה להתמודד עם התופעה האמורה, כאמור, היא באמצעות פיקוח על מיזוגים.

#### ד. אבני-דרך לבחינת מיזוגים אשר עלולים להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית

##### 1. כללי

בפרק זה נבקש להתוות מספר אבני-דרך אשר יסייעו לדעתנו לרשות התחרות לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, באופן אשר אינו מתעלם מהיתרונות הגלומים בה, כדלקמן:

- **אבן דרך I:** יש לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כלל-משקית מתוך פרספקטיבה רחבה.
- **אבן דרך II:** אין לראות במיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כלל-משקית תופעה שלילית באופן גורף.
- **אבן דרך III:** על רשות התחרות לאסוף מגוון רחב של אינדיקטורים אשר יסייע לניתוח התחרותי של המיזוג.
- **אבן דרך IV:** יש לבצע ניתוח דינמי של המיזוג ואין להסתפק בניתוח סטטי בלבד.
- **אבן דרך V:** יש לבצע איזון בין החשש לפגיעה בתחרות לבין יתרונות המיזוג.
- **אבן דרך VI:** יש לבחור סעדים מתאימים לצורך מניעת פגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג.

בטרם נפרט כל אחת מאבני הדרך הללו, נבקש תחילה להסביר בקצרה מהי "תורת ההחלטות", ומה הנפקות של עיצוב כללים משפטיים על פיה, כדי להבהיר מהו הקו שהנחה אותנו בעיצוב אבני-הדרך המוצעות על-ידינו.

##### 2. עיצוב כללים משפטיים ברוח תורת ההחלטות

תורת ההחלטות גובשה על-ידי מספר רב של מלומדים,<sup>114</sup> כאשר נקודת המוצא שבבסיסה היא שהגורמים האמונים על קבלת ההחלטות (דוגמת המחוקק או רשות

113 ראו למשל: Indig and Gal (לעיל, הערה 108).  
 114 Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", 3 J. OF LEGAL STUD. (1974) 257; Frederick Beckner III and Steven C. Salop, "Decision Theory and Antitrust Rules", 67 ANTITRUST L.J. (1999) 41; Mark S.



התחרות) פועלים פעמים רבות בתנאים של חוסר ודאות. חוסר ודאות זה נובע מעצם העובדה שהמידע הדרוש לשם סיווג התנהגויות אשר ראוי כי תבואנה בגדרי החוק, אינו שלם. זאת בשל קיומם של קשיים באיסופו, בשל העלות הכרוכה באיסופו או בשל עלות ניתוחו.<sup>115</sup> מקום בו המידע חלקי, מקבלי ההחלטות עלולים לקבל החלטה שגויה. לפיכך, המתודולוגיה של תורת ההחלטות מבקשת להנחות את קובעי המדיניות (מחוקקים ומאסדרים כאחד) לגבי האופן שבו ניתן לעצב כללים משפטיים אופטימליים אשר יסייעו לקבל את ההחלטה המיטבית בתנאי חוסר ודאות.

לפיכך, תורת ההחלטות מבקשת לערוך איזון בין התועלת החברתית אשר תצמח מהשקעת משאבים באיסופו ובניתוחו של המידע הנדרש לשם החלת הכלל על-ידי מקבלי ההחלטות מחד, לבין העלויות שבאיסוף המידע וכן בהחלת כללים הנשענים על מידע חלקי או שגוי מאידך. כלומר, העלויות הכרוכות הן באיסוף המידע והן בניתוחו מהווים שיקול כבד משקל בכל הנוגע לעיצוב כללים משפטיים אשר יש לאזנם אל מול עלות הטעות (price of error) של החלת כלל המבוסס על מידע חלקי או שגוי. בהקשר זה, הטעות העשויה לנבוע מהחלה שגויה של כלל משפטי נחלקת לשני סוגים:<sup>116</sup>

- **טעות מסוג ראשון של החלת יתר (Type I Error: False Positive Error)** – כלומר, הכלל עלול ללכוד ברשתו פעולות כאלה אשר ראוי שלא יבואו בגדרו. למשל, בגדר סוג טעות זה יכול לבוא מקרה של שלילת מיזוג אשר אינו צפוי להוביל לפגיעה בתחרות כלל.

- **טעות מסוג שני של החלת חסר (Type II Error: False Negative Error)** – כלומר, הכלל אינו רחב דיו, ומשכך לא באים בגדרו אותם מקרים אשר ראוי שכן יבואו בגדרו. למשל, בגדר סוג טעות זה יכול לבוא מקרה שרשות התחרות אינה מזהה את החששות התחרותיים אשר מיזוג ספציפי עשוי לעורר ומאשרת אותו, כאשר בסופו של דבר התחרות והציבור נפגעים כתוצאה מכך.

תורת ההחלטות אף מספקת לנו מסגרת תאורטית לבחינה מתי כדאי להשקיע באסדרה בשל העובדה שלאסדרה כאמור עשוי להיות "תג מחיר" כבד. בכל הנוגע לדיני התחרות, אסדרה מחייבת השקעה של זמן ומשאבים בלימוד כשלי השוק ובניתוח הפתרון הראוי.<sup>117</sup> ללא השקעת זמן ומשאבים כאמור, החלטת מקבל ההחלטות, דוגמת

Popofsky, "Defining Exclusionary Conduct", 73 *Antitrust L.J.* (2006) 435; Mark S. Popofsky, "Section 2, Safe Harbors, and the Rule of Reason", 15 *Geo. Mason L. Rev.* (2008) 1265.

115 חלק זה נסמך בחלקו על מיכל (שיצר) גל והילה נבו, "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", **משפטים** מה (תשע"ו) 277.

116 שם, בעמ' 281.

117 גל (לעיל, הערה 48) בפרק ו.

רשות התחרות, עשויה להיות שגויה. לפיכך, אבני-הדרך שנבקש להתוות עוצבו ברוח תורת ההחלטות כדי לנסות לאזן עד כמה שניתן בין היתרונות לבין החסרונות הגלומים בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית.

### 3. פירוט אבני הדרך המוצעות

#### א. אבן-דרך I: יש לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כלל-משקית מתוך פרספקטיבה רחבה

לפי אבן-הדרך הראשונה, יש לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית מתוך פרספקטיבה רחבה אשר אינה מתמקדת אך בשוק ספציפי יחיד. כמוסבר לעיל, ריכוזיות כלל-משקית מעלה חששות תחרותיים החורגים מגבולותיו של שוק ספציפי יחיד, ולשם זיהוי מיטבי של חששות אלה, ראוי לאמץ פרספקטיבה רחבה כאמור.

כפי שניתן ללמוד מההחלטה בעניין כור הנזכרת לעיל,<sup>118</sup> הממונה שם דגש על מספר שווקים אשר היו עשויים להיות מושפעים מהמיזוג המוצע בין שני קונצרנים גדולים, חלף התמקדות בפגיעה תחרותית אפשרית בשוק יחיד ומובחן. לפיכך, נקודת המוצא – והשלב הראשוני – של בדיקת מיזוגים העלולים להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, ובייחוד מיזוגים בין קבוצות עסקים גדולות, צריכה להיות בדיקה הנעשית מתוך פרספקטיבה רחבה שבמסגרתה ניתן להביא בחשבון את כלל השווקים העשויים להיות מושפעים מהמיזוג.

במונחים של תורת ההחלטות, אי-אימוצה של פרספקטיבה רחבה כאמור עלולה להוביל לכדי טעות בעת בחינת המיזוג, מאחר שהתמקדות בהשפעה התחרותית של מיזוג בין קבוצות עסקים גדולות על שוק ספציפי יחיד, אינה מאפשרת לרשות התחרות לזהות את השפעותיו על כל השווקים שאכן עשויים להיות מושפעים ממנו. טעות זו משתייכת אפוא לטעות מסוג החלת חסר, היות שבמקרה זה רשות התחרות יכולה לאשר מיזוג באופן שגוי, וכפועל יוצא מכך עלולה להיפגע התחרות בשווקים רבים במקביל.

יודגש, כי בהינתן מומחיותה של הרשות בניתוח התנהגות שווקים, לרבות כתוצאה ממיזוגים, מחיר טעויות מסוג החלת-יתר עשוי להיות קטן בהרבה מטעות מסוג החלת חסר (קרי, אישור מיזוג פוגעני המגביר את הריכוזיות המשקית). מחיר זה יפחת עוד יותר לאחר שרשות התחרות תפתח מתודולוגיה מתאימה וידועה מראש לבחינת מיזוגים כאמור. לכן, אנו סבורים שהמחיר שנדרש להשקעה בבחינת כלל השווקים העשויים להיות מושפעים ממיזוגים בין קבוצות עסקים גדולות מוצדק, לנוכח המחיר העצום אשר

118 כור (לעיל, הערה 99).

הציבור בכללותו עלול לשלם בגלל ניתוח חלקי שיוביל כאמור לטעות בבדיקת מיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית.<sup>119</sup>

דוגמה מובהקת למדינה אשר אינה תומכת באימוץ פרספקטיבה רחבה היא ניו-זילנד, אשר כפי שצוין בפתח המאמר, הדגישה שדיני התחרות שלה אינם מביאים בחשבון את השפעותיה של ריכוזיות כלל-משקית על התחרות ועל הציבור.<sup>120</sup> גישה זו לדעתנו הנה קיצונית, ועלולה אך להוביל לכדי טעות באופן הניתוח של מיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כאמור, ובכך לפגיעה בציבור. לפיכך, יש להימנע מאימוץ גישה צרה שכזו בישראל, ותחת זאת לבחון מיזוגים מתוך פרספקטיבה רחבה.

לעומת זאת, חוק התחרות של יפן,<sup>121</sup> תומך בטיעון שיש לבחון מיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כלל-משקית מתוך פרספקטיבה רחבה. בהקשר זה יצוין, כי חוק התחרות של יפן נחקק, בין היתר, לשם מניעת ריכוז כוח כלכלי משמעותי בידיהן של קבוצות עסקים גדולות.<sup>122</sup> כלומר, חוק התחרות של יפן, בניגוד לחוקי תחרות והגבלים עסקיים של מדינות אחרות, מביא בחשבון את השפעותיה של ריכוזיות כלל-משקית על הכלכלה בכללותה.<sup>123</sup> באשר לדיני המיזוגים שבחוק התחרות של יפן, דינים אלה מאפשרים לרשות התחרות שם לבחון את השפעותיו של המיזוג על-פני כמה שווקים חלף התמקדות בהשפעה התחרותית על שוק בודד אחד.<sup>124</sup> מכאן, שגם דיני המיזוגים של יפן יכולים להוות לדעתנו השראה ובסיס לאימוץ פרספקטיבה רחבה לבחינתם של מיזוגים אשר על-פניו מעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית בישראל.

עם זאת, חשוב לציין כי חוק התחרות של יפן מטיל איסור מפורש על פירמות לגדול מעל לסדר גודל מסוים, וזאת מתוך מטרה למנוע מהן להשפיע באופן שלילי על הכלכלה בכללותה.<sup>125</sup> חוק זה אף מאפשר לרשות התחרות של יפן להתנגד באופן גורף למיזוגים

119 Michal S. Gal, "Merger Policy for Small and Micro : ראו למשל בהקשר זה: Jurisdictions", *More Pros and Cons of Merger Policy* (2013) 1, p.13.

120 New Zealand Mergers and Acquisitions Guidelines (לעיל, הערה 10).

121 Anti-Monopoly Act, ניתן לצפייה באתר: <http://www.jftc.go.jp/en/> legislation\_gls/amended\_ama09 (להלן: "חוק התחרות של יפן").

122 Yoshiaki Takigawa, Competition Law and Policy of Japan, 54(3) *The Antitrust Bull.*, 122 (2009) 435, p. 496.

123 שם, שם.

124 Simon Vande Walle and Tadashi Shiraishi, "Competition Law in : ראו בהקשר זה: Japan", *Comparative Competition Law* (John Duns, Arlen Duke, Brendan Sweeney eds., Edward Elgar, 2015) 1 [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2636263](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2636263), שם המחברים מציינים כך (בעמ' 18):

"Apart from prohibiting mergers that would substantially restrain competition in a specific market, the Antimonopoly Act also prohibits companies from becoming so large that this would result in an excessive concentration of economic power in the Japanese economy in general".

125 ראו: סעיפים 9(1)–(3) לחוק התחרות של יפן.

העלולים ליצור פירמה גדולה במיוחד, החולשת על מספר רב של שווקים.<sup>126</sup> איסור גורף מעין זה אינו ראוי לדעתנו, שכן הוא מתעלם לחלוטין מהתועלות הגלומות בריכוזיות כלל-משקית, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל. מטעם זה, האיסור האמור אינו מוחל כלל ביפן, ועד למועד כתיבת מאמר זה, רשות התחרות של יפן טרם התנגדה למיזוג על בסיסו.<sup>127</sup> לפיכך, וככל שהדברים נוגעים לחוק התחרות של יפן, אנו סבורים כי ראוי לאמץ אך ורק את הגישה המאפשרת לבחון מיזוגים מתוך פרספקטיבה רחבה. יוער כי במסגרת הבחינה אילו מיזוגים ראוי לאסור ואילו לא, ראוי לדעתנו לתת את הדעת לא רק לשאלה האם קבוצת העסקים שולטת בשווקים חיוניים לכלכלה (דוגמת שוקי תשתית כגון אנרגיה וטלקומוניקציה), אלא האם מוצריה מהווים משאב חשוב ומהותי לפעילותם של גורמים המתחרים בחברות המתמזגות. עם זאת, ובהיעדר מתודולוגיה סדורה כאמור, בשלב ההתחלתי של בדיקת מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, ראוי ונכון לדעתנו להתמקד במקרים מובהקים של שליטת קבוצות עסקים בשווקים חיוניים ומהותיים לכלכלה. רק לאחר שתגובש מתודולוגיה סדורה, ניתן יהיה לבחון האם גם שליטה של קבוצות עסקים בשווקים שאינם חיוניים לכלכלה, אך הם עדיין מהווים משאב חשוב לפעילותן של המתחרות, יכולים לעורר חששות תחרותיים כאלה אשר ראוי להביאם בחשבון במסגרת בחינת מיזוגים. זאת ועוד, ראוי לתת משקל רב יותר לשליטה בשווקים בעלי השפעות רוחב. זאת כיוון שבמצבים אלו שליטה בשוק אחד יכולה להיות בעלת השפעות על מספר רב של שווקים במקביל. בעוד ההשפעה בכל אחד מהשווקים לבדו עשויה להיות קטנה, ההשפעה המצטברת הנובעת משליטה בשוק בעל השלכות רוחב עשויה להיות גדולה. זאת ועוד, התנהגות של קבוצת עסקים אשר השפעתה האנטי-תחרותית עשויה להיות זניחה במקרה של שוק יחיד, עשויה להיות בעלת השפעה רבה אם הניתוח מוחל במצטבר, ונבדקת במסגרתו כיצד מושפעים שווקים נוספים.<sup>128</sup>

דוגמה לשוק שאפשר שיהיו לו השלכות רוחב כאמור, הוא שוק התקשורת והמדיה. זאת בשל השפעתו האפשרית על המישור הפוליטי והמסחרי, דרך ההשפעה על דעת הציבור.<sup>129</sup> שליטה בשוק המדיה, אשר בעיקר עשויה להקנות כוח מיקוח רב לקבוצות העסקים כלפי קובעי המדיניות השונים, יכולה להשפיע על התחרות בכמה שווקים. כמוסבר לעיל, כוח מיקוח זה עשוי להוביל מאסדרים להציב חסמי כניסה בפני מתחרים פוטנציאליים של קבוצות העסקים בשווקים רבים כדי להיטיב עימן על חשבון המתחרים והציבור.

126 Vande Walle and Shiraishi (לעיל, הערה 124) בעמ' 18.

127 שם, בעמ' 19.

128 ראו למשל: Gal (לעיל, הערה 119).

129 ראו למשל: Lawrence Lessig, "Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity" *Communiars: Revista de imagen, artes y educación crítica y social* 1 (2018) 99–108.

על כן, שליטה בשווקים בעלי השפעות רחב מצדיקה אף היא אימוץ פרספקטיבה רחבה יותר אשר אינה מתרכזת רק ברמת התחרות בשוק יחיד ומובחן. בהקשר זה על הרשות לפתח כלים אשר יעריכו מתי בעלות במדיה עלולה לפגוע בתחרות ברמה מספקת כדי למנוע את המיזוג. גם שאלת מיהות הגוף המקבל את ההחלטות בעניינה של קבוצת העסקים הנה מהותית לניתוח. למשל, אם ההחלטה הסופית בעניין רגולטורי מרכזי ומהותי לקבוצה העסקית מתקבלת על-ידי בית משפט שאינו מעניק משקל מכריע לעמדת המאסדר אלא מפעיל שיקול דעת עצמאי, החשש להשפעה כאמור קטן יותר.

גם שיעור האחזקות בחברות בקבוצה הוא גורם רלוונטי לניתוח, כיוון שככל ששיעור הבעלות קטן יותר, כך גם הרווח של הקבוצה מפעולה אנטי-תחרותית בשוק מסוים קטן יותר. עם זאת, גם השווי האבסולוטי של האחזקות בחברה הספציפית חשוב לעניין זה, כיוון שאם הוא גדול דיו, הגם ששיעור האחזקות קטן, המוטיבציה של חברת האחזקות לפעולה המובילה להגדלת רווחיה בחברה הספציפית גדל. בהקשר זה, הרשות יכולה להתבסס, ולו חלקית, על הספרות העוסקת בבעלויות צולבות בין חברות והשפעתן על רמת התחרות.<sup>130</sup>

## ב. אבן דרך II: אין לשלול באופן גורף מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית

לפי אבן דרך זו, גם לאחר שרשות התחרות בחנה מיזוג מתוך פרספקטיבה רחבה כאמור, ומצאה כי הוא אכן עשוי להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, עדיין אין לראות בכך תופעה שלילית בהכרח, המחייבת את שלילת המיזוג. כפי שכבר פורט לעיל, ריכוזיות כלל-משקית מגלמת יתרונות ניכרים לטובת הציבור, הן תחרותיים והן לבר-תחרותיים. שלילת מיזוג באופן גורף, וללא עריכת איזונים מתאימים, צפויה לאיין יתרונות אלה. כך, כפי שאחת ממחברות מאמר זה טענה בעבר, על סמך תורת ההחלטות, אין זה ראוי לשלול באופן גורף מיזוגים בין חברות בעלות נתחי שוק משמעותיים בשוק המאופיין בחסמי כניסה.<sup>131</sup> תחת זאת, ראוי לבחון אם מיזוג בין חברות בעלות נתחי שוק משמעותיים אכן עשוי לגלם יתרונות לטובת הציבור ולאזנם אל מול החששות התחרותיים אשר המיזוג מעורר.

דוגמה מובהקת לדינים אשר אינם מביאים בחשבון את היתרונות שבריכוזיות הכלל-משקית היא חוק התחרות של יפן. כאמור לעיל, חוק זה שולל באופן גורף מיזוגים בין קבוצות עסקים גדולות העשויים להשפיע על הכלכלה בכללותה, ואינו מותיר לרשות

130 ראו למשל: David Gilo, Yossi Moshe and Yossi Spiegel, "Partial cross ownership and tacit collusion" 37(1) *Rand J. of Econ* (2006) 81.  
131 ראו: גל ונבו (לעיל, הערה 115).

התחרות של יפן שום פתח לאשר מיזוגים כאלה.<sup>132</sup> גם במחקרים שונים הוצע לחסום כליל מיזוגים אשר יכולים ליצור (לאחר השלמת המיזוג) פירמה גדולה מדי.<sup>133</sup> במונחים של תורת ההחלטות, גישה כזאת תוביל לטעות מסוג של החלת יתר. כלומר, גישה כזו, הרואה בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית תופעה שלילית, תוביל לכך שרשות התחרות תשולל מיזוגים המגלמים יתרונות לציבור בכללותו. לפיכך, אנו סבורים כי ההשקעה הנדרשת מרשות התחרות לאזן כראות בין החסרונות לבין היתרונות הגלומים בריכוזיות הכלל-משקית, עולה עשרות מונים על המחיר שהציבור עלול לשלם כתוצאה משלילת מיזוגים כאלה אשר בסופו של דבר רק ייטיבו עימו.

אם כן, לדעתנו, ראוי להימנע מאימוץ כלל גורף ונוקשה המתנגד לכל מיזוג אשר יכול להגביר את הריכוזיות המשקית, ותחת זאת יש לערוך איוונים מתאימים בין היתרונות לבין החסרונות הנובעים ממיזוגים מסוג זה.

### ג. אבן דרך III: על רשות התחרות לאסוף מגוון רחב של אינדיקטורים שיסייעו לניתוח התחרותי של המיזוג

לפי אבן-דרך זו, וכדי להימנע מטעות בעת בחינת השפעתו של מיזוג על התחרות בכלל המשק, ראוי שרשות התחרות תשקיע משאבים באיסוף מגוון רחב, ככל הניתן, של אינדיקטורים רלוונטיים אשר יסייעו לניתוח התחרותי של המיזוג (הן מהצדדים למיזוג והן מצדדים שלישיים). כאמור לעיל, מיזוגים קונגלומרטיים "רגילים" נתפסים לרוב על-ידי רשויות התחרות כמיזוגים אשר השפעתם על התחרות פחותה ביחס לסוגי מיזוגים אחרים. מטעם זה, רשויות תחרות אינן משקיעות משאבים באיסוף מידע רב הנוגע להשפעתו של מיזוג קונגלומרטי על התחרות.<sup>134</sup>

מאחר שכמוסבר לעיל, מיזוג המעלה חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית עלול להשפיע על התחרות השפעה רבה מזו של מיזוג קונגלומרטי "רגיל", אנו סבורים שיש מקום להשקיע משאבים באיסוף מידע רב ומגוון יותר בנוגע להשפעתם של מיזוגים שכאלה על התחרות. כך, רשות התחרות תוכל לאסוף נתונים אשר יעידו בין היתר על המניעים של הצדדים להתמזג; האם המיזוג צפוי להגביר תחרות בשווקים השונים של המשק הישראלי או להפחית תחרות; האם המיזוג צפוי לקדם את הרווחה הציבורית, וכיו"ב.<sup>135</sup> גם הצדדים למיזוג יוכלו לספק מיוזמתם ראיות המעידות על היעילות אשר

132 Vande Walle and Shiraishi (לעיל, הערה 124).

133 Robert H. Lande and Sandeep Vahessan, "Preventing the Curse : זה : ראוי למשל בהקשר זה : Preventing the Curse of Bigness Through Conglomerate Merger Legislation", 52 *Ariz. St. LJ* (2020) 75.

134 "Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - זה : ראוי למשל בהקשר זה : Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - זה : Background Note", OECD, *DAF/COMP*(2020)2 (2020) בפרק 7.1.

135 שם, בעמ' 37.

המיזוג עשוי לגלם לטובת הציבור (כגון יעילות אשר תצמח מגודלה של הפירמה הממוזגת).<sup>136</sup>

במובנים של תורת ההחלטות, איסוף מידע רב יותר בנוגע למיזוגים אשר עלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית, ואשר יכול להעיד על עוצמת השפעתם על התחרות בכלל המשק, יסייע למזער את הסיכוי למשגה בעת ניתוח של מיזוגים מסוג זה.<sup>137</sup> סיכוי זה קטן גם משום שתשתית עובדתית זו תשמש גם את בית הדין לתחרות ככל שרשות התחרות תתנגד למיזוג ויוגש ערר לבית הדין.<sup>138</sup> מובן שיצירת תשתית כאמור כרוכה בהשקעת משאבים רבים יותר. בנוסף, בחינה מעמיקה יותר עשויה לעכב את מתן החלטתה הסופית של הרשות בנוגע למיזוג (כלומר, האם לאשרו או לאו). עם זאת לדעתנו מחיר הטעות בבחינה לא יסודית של המיזוג עשוי להיות גבוה בשל עוצמתן של ההשפעות האנטי-תחרויות העלולות לנבוע לפחות מחלק מהמיזוגים המגבירים את הריכוזיות הכלל-משקית.

#### ד. אבן דרך IV: יש לבצע ניתוח דינמי של המיזוג ואין להסתפק בניתוח סטטי

לפי אבן-דרך זו, אין להסתפק בניתוח סטטי הבוחן את השפעתו של המיזוג, בטווח הקצר, רק על שווקים שונים לפי נתחי השוק של החברות הנשלטות על-ידי קבוצות העסקים. על רשות התחרות לבצע גם ניתוח דינמי המנסה להעריך את השפעתו העתידית של המיזוג.<sup>139</sup> כך למשל, על הרשות לבחון האם המיזוג עלול ליצור נקודות השקה משותפות בין קבוצות העסקים, דבר אשר עלול להוביל בעתיד ליצירת "מאזן אימה" בין קבוצות העסקים, באופן שהן לא יתחרו זו בזו, ובאופן אשר יכול לפגוע בכלכלה. כמו כן, על הרשות לנסות להעריך האם המיזוג צפוי לתרום בעתיד לרווחת הציבור, גם אם הדבר אינו ברור דיו במועד בחינת המיזוג.

במונחים של תורת ההחלטות, ניתוח סטטי עלול להוביל לכדי טעות, שכן הרשות אינה מביאה בחשבון את מכלול ההשפעות העתידיות של המיזוג. ניתוח סטטי עלול, למשל, להוביל למסקנה שגויה לפיה המיזוג אינו פוגע בתחרות, שכן אין לו השפעה מיידית על השווקים הרלוונטיים לו. אולם ניתוח דינמי, הצופה פני עתיד, יכול לגלות שהמיזוג אכן מעורר חששות תחרותיים בטווח הרחוק. כן, ניתוח סטטי יכול להוביל לטעות נוספת – אם המיזוג יכול לקדם את טובת הציבור בטווח הרחוק, גם אם הוא מעורר חשש לפגיעה בתחרות בטווח המידי, וככל שהרשות לא תיקח בחשבון את

136 שם, שם.

137 השו"ל לגל ונבו (לעיל, הערה 115) בעמ' 282.

138 לפי סעיף 22 לחוק התחרות.

139 ראו בהקשר זה: Gal (לעיל, הערה 119); גם במסמך המתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית (לעיל, הערה 20) בעמ' 15, נאמר כי יש לבצע ניתוח דינמי ואין להסתפק בניתוח סטטי של השפעת הריכוזיות הכלל-משקית.

התועלות לטובת הציבור שהמיוזג מגלם ותשלול אותו, הרי שמדובר יהיה בטעות אשר ודאי אינה משרתת את טובת הציבור. משכך, על-פי אבן-דרך זו, ראוי לנתח מיוזגים העשויים להגביר ריכוזיות משקית באופן דינמי, ואין להסתפק בניתוח סטטי בלבד. יוער בהקשר זה, כי רשות התחרות כבר מורגלת בעריכת ניתוחים דינמיים של מיוזגים, ולכן אך טבעי יהיה אם היא תיישם דרך ניתוח זו גם לגבי מיוזגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות כלל-משקית.<sup>140</sup>

#### ה. אבן דרך V: יש לבצע איזון בין החשש לפגיעה בתחרות לבין יתרונות המיוזג

לפי אבן-דרך זו, לאחר שרשות התחרות בחנה את המיוזג אשר על-פניו עלול להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית ומצאה כי הוא אכן מעורר חששות תחרותיים (על סמך התשתית העובדתית שעמדה בפניה), עליה לבצע איזון בין חששות תחרותיים אלה לבין היתרונות הנובעים מהמיוזג. ניתן ללמוד על אופן האיזון הראוי מחוות דעת שונות של ועדת הריכוזיות, אשר עורכת איזון בין החשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית לבין יתרונות לטובת הציבור. כך, משלל חוות דעת הנוגעות להשתתפות קבוצות עסקים גדולות במכרזים, אשר עניינם הקצאת זכות בתשתיות חיוניות (כגון תחבורה, חשמל, גז טבעי ועוד), המליצה הוועדה לאשר השתתפות של קבוצות עסקים שהן בעלות ניסיון רב בתחום הפעילות מושא המכרז, גם אם הקצאה לידיהן הייתה עלולה להגביר את הריכוזיות הכלל-משקית. כלומר, הוועדה מצאה שהטלת איסור על קבוצות עסקים גדולה בעלת ניסיון להשתתף במכרז, עלולה להפחית את מספר המציעים בעלי הניסיון במכרז, והציבור עלול להיפגע כפועל יוצא מכך שגורם בעל ניסיון רב לא יזכה במכרז בעל חשיבות ציבורית משמעותית.<sup>141</sup> לעומת זאת במקרים שבהם היו מתחרים נוספים בעלי ניסיון שהשתתפו במכרז, ואשר יכלו לפצות על אי-השתתפות קבוצת העסקים הריכוזית במכרז, ועדת הריכוזיות המליצה שלא לאשר את השתתפותה של הקבוצה במכרז.<sup>142</sup> אמנם, חוות דעת אלה של ועדת הריכוזיות אינן עוסקות במיוזגים בין חברות (לבד מעניין המיוזג בין "ערוץ 10" ל"רשת" הנזכר לעיל), אך עדיין ניתן ללמוד מהן, במידת-מה, כיצד ראוי וניתן לאזן בין חששות להגברת ריכוזיות כלל-משקית בשל מיוזג לבין התועלות לטובת הציבור אשר המיוזג עשוי לגלם. כך, ככל שהמיוזג יביא לכניסתה של קבוצת עסקים בעלת ניסיון רב לתחום פעילות חדש, אפילו שתחום פעילות זה חיוני

140 ראו למשל: נימוקי התנגדות הממונה למיוזג בין זאפ גרופ בע"מ לקליק טו איט בע"מ (8.5.2016) **רשות התחרות** 500978, ניתן לצפייה בקישור: <https://www.gov.il/he/departments/legalInfo/zapgrouppltd>.

141 "חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין השתתפות גורמים ריכוזיים במכרז הקו הכחול של הרכבת הקלה בירושלים" (חוות דעת של הוועדה לצמצום הריכוזיות (20.10.2021).

142 "חוות דעת נוספת של הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר השתתפות גורמים ריכוזיים בהקצאת פרויקט JNET" (חוות דעת של הוועדה לצמצום הריכוזיות (5.6.2018).



והמיזוג עצמו עלול להגביר את הריכוזיות המשקית, וככל שכניסה זו צפויה להיטיב עם הציבור, הרי שראוי שרשות התחרות תאשר את המיזוג חרף החששות שהוא מעורר (גם בכפוף להטלת תנאים מגבילים, אשר דיון בהם ייערך בהמשך).

לעומת זאת, ככל שניתן להשיג יעילות דומה לטובת הציבור ללא צורך באישור מיזוג שמעורבת בו קבוצת עסקים גדולה (או כמה קבוצות), הרי שרשות התחרות יכולה להתנגד למיזוג מהטעם שלא הוכח שהמיזוג מציע יתרונות המאפילים על החשש מפני הגברת הריכוזיות הכלל-משקית. חשוב להבהיר, כי לא ניתן לקבוע באופן גורף אילו מיזוגים יש לאשר ואילו יש לשלול. הדבר צריך להיבחן באופן פרטני על-ידי רשות התחרות ממקרה למקרה (על בסיס תשתית רחבה ככל הניתן, כמוסבר לעיל), בדומה לבדיקה שעורכת ועדת הריכוזיות, טרם היא ממליצה האם ראוי להקצות זכות בתשתית חיונית לגורם ריכוזי.

כאמור, ולנוכח העובדה שטרם קיימת מתודולוגיה סדורה לבחינת קיומה של ריכוזיות כלל-משקית, מן הראוי שבשלב הראשוני של בדיקת מיזוגים המעלים חשש להגברת ריכוזיות מסוג זה, רשות התחרות תתמקד במקרים מובהקים, ובעיקר במיזוגים אשר צפויים להביא להגדלת שליטתן של קבוצות עסקים בשווקים מהותיים לכלכלה הישראלית. במסגרת זו עליה להתחשב הן בנתונים שהציגו בפניה הצדדים, והן בנתונים שהרשות אספה בעצמה, כאשר כל מקרה יידון לגופו ובהתאם לנסיבותיו הפרטניות. כשם שסוגיות אחרות מתחום דיני התחרות התפתחו במסגרת החלטות שונות של רשות התחרות ושל בית הדין לתחרות לאורך השנים, אנו צופים שכך ייעשה גם כאן. עם זאת, לעיל פירטנו שיקולים ומתודולוגיות שונות שרלוונטיים לדעתנו לניתוח התחרותי של מיזוגים מסוג זה.

שאלה נוספת העולה בהקשר זה, היא האם רשות התחרות מוסמכת להביא בחשבון, בעת החלטתה, גם שיקולים לבר-תחרותיים המיטיבים עם הציבור בכללותו (דוגמת יצירת מקומות עבודה חדשים ומניעת אבטלה, הגברת כושר התחרות של פירמות גדולות בשוקי חוץ ושיפור מאזן התשלומים של המדינה, ועוד).<sup>143</sup> ודוק, הממונה סירב בהחלטתו בעניין עץ לבוד לשיקול שיקולים לבר-תחרותיים, בקובעו שאלו אינם בגדר

143 קיים דיון ארוך-שנים בין מלומדים ברחבי העולם בנוגע לשאלה זו. ראו למשל: Carl Shapiro, "Antitrust in a Time of Populism", 61 *International Journal of Industrial Organization* (2017) 714; Christopher Townley, "Is Anything more Important than Consumer Welfare" (in *Article 81 EC*)? *Reflections of a Community Lawyer*", 10 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* (2008) 345; Daniel Crane, "Rethinking Merger Efficiencies", *University of Michigan Program in Law and Economics, Working Paper* 30 (2011), available at <http://law.bepress.com/umichlwps-empirical/art30>; Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* (CUP, 2004); Maurice Stucke, "Reconsidering Antitrust's Goals", 53 *Boston College L. Rev.* (2012) 551.

סמכותו.<sup>144</sup> גישה זו מתבססת בין היתר על העובדה שבעוד סעיף 10 לחוק התחרות מאפשר לבית הדין לתחרות לשקול שיקולים רחבים של טובת הציבור במסגרת אישור הסדרים כובלים, סמכות דומה לא ניתנה בפרק המיזוגים, ועל כן מכלל ההן ניתן ללמוד על הלאו.<sup>145</sup> דעה שונה מבטא גילה, אשר לגישתו ראוי שגם רשות התחרות תשקול שיקולים לבר-תחרותיים במסגרת בחינתם של מיזוגים, כפי שעושה בית הדין עת הוא דן באישור הסדר כובל.<sup>146</sup>

לטעמנו, גישה זו יכולה להתבסס, לפחות חלקית, על הסיפא של סעיף 21 לחוק התחרות, לפיו על הממונה להתנגד למיזוג אם הוא פוגע בציבור, וזאת בנוסף להתנגדות המבוססת על פגיעה בתחרות בענף מסוים. לפיכך, על בסיס הטענה שהמחוקק אינו משחית את מילותיו לריק, ניתן לטעון כי הממונה רשאי לשקול שיקולים לבר-תחרותיים אשר פוגעים ברווחת הציבור,<sup>147</sup> שהרי אם רק שיקולי תחרות היו רלוונטיים, לכאורה לא היה צורך בתוספת אמורה (אם כי ניתן אולי לטעון שעדיין עסקינן בשיקולי תחרות ורווחת הצרכן, אבל במובן רחב יותר).

אך גם נשאלת השאלה – מה הדין בנוגע לשיקולים לבר-תחרותיים המיטיבים עם הציבור? לכאורה שיקולים אלו אינם נכנסים תחת מילות החוק, אבל ניתן לטעון שאין

144 החלטה של רשות התחרות "נימוקי ההחלטה בדבר התנגדות למיזוג בין: תעל – תעשיות עץ לבוד קבוצת משמרות בע"מ, לבידי אשקלון בע"מ" (30.4.2000).

145 מיכל (שיצר) גל, "מונופולים בתחרות: האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות לבין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים", **דין ודברים** ב (תשס"ו) 425. זאת בשונה כאמור מהסדרים כובלים, אשר לפי סעיפים 9–10 של חוק התחרות, בית הדין לתחרות מוסמך לשקול גם שיקולים לבר-תחרותיים ("טובת הציבור") בבואו לאשר הסדר כובל. יש לציין, כי דיני המיזוגים של דרום-אפריקה כן מאפשרים לרשות התחרות לאזן בין ההשפעות התחרותיות של המיזוג לבין תועלות שהן לטובת הציבור. ראו למשל OECD, "PUBLIC INTEREST CONSIDERATIONS IN MERGER CONTROL - Note by South Africa", *DAF/COMP/WP3/WD* (2016); כך גם מדינות שונות באירופה מאפשרות להביא בחשבון שיקולים לבר-תחרותיים לטובת הציבור בעת בחינת מיזוגים. ראו למשל Oliver Budzinski and Annika Stöhr, "Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes": *Challenges to Assumptions in Competition Law* (Edward Elgar Publishing, 2021) 184. לעומת זאת, דיני המיזוגים של ארצות הברית אינם מאפשרים כלל לשקול שיקולים כאלה, ורשות התחרות של ארצות הברית הבהירה בפירוש כי היא אינה שוקלת שיקולים כאלה. ראו למשל בהקשר זה: OECD, "PUBLIC INTEREST CONSIDERATIONS IN MERGER CONTROL - Note by United States" *DAF/COMP/WP3/WD* (2016).

146 דיויד גילה, "מיזוגים על-פי חוק ההגבלים העסקיים – ניתוח ביקורתי" **משפט ועסקים** ח (תשס"ח) 333, בעמ' 348.

147 יצוין, לשם השוואה, כי רשות התחרות של דרום-אפריקה מצאה בעבר מיזוגים המעוררים חששות לבר-תחרותיים (כגון צמצום מקומות עבודה ותעסוקה) לפגיעה בציבור, גם כאשר מיזוגים אלה לא עוררו כל חשש תחרותי. ראו למשל בהקשר זה: Thulani Mandiriza, Thembaletu Sithabe and Michelle Viljoen, "An Ex- Post Review of the Wal-Mart/ Massmart Merger" *Working Paper CC2016/ 03* (2016).

היגיון כלכלי בהבאה בחשבון של אותם שיקולים רק אם הם נוטים לכיוון של פגיעה בציבור. על כן מוצע לתקן את החוק באופן שיהיה ניתן לשקול שיקולים לבר-תחרותיים לפחות בעת בחינתם של מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. שאלה רחבה יותר היא האם ראוי שרשות התחרות עצמה תשקול שיקולים לבר-תחרותיים, גם אם נניח לצורך הדיון שיש לה (או יהיה לה בעתיד) סמכות לכך. לשאלה זו שני פנים: פן תאורטי ופן פרקטי. אשר לפן התאורטי, תימוכין לגישה לפיה ראוי לאזן בין שיקולים לבר-תחרותיים לבין החששות המתעוררים כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית, ניתן למצוא במסמך המתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית שפרסמה ועדת הריכוזיות במרץ 2019: 148

רווחת הצרכנים תיבחן... במובנה הרחב ותתייחס מעבר לרמת מחירים גם לשיקולים נוספים לטובת הציבור, כמו שיפורים טכנולוגיים, קידום חדשנות, הגדלת המגוון, הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור, הגנת הסביבה, הגדלת אפשרויות התעסוקה, שיקולי חוץ ובטחון וכד'.

כלומר, הועדה הכירה בכך שישנם גם שיקולים לבר-תחרותיים, כגון הגנת הסביבה והגדלת אפשרויות תעסוקה, אשר יש לאזנם אל מול השיקולים של הגברת הריכוזיות הכלל-משקית. אף שדבריה אלה של ועדת הריכוזיות לא נאמרו בקשר למיזוגים, אנו סבורים שלא ניתן להתעלם כליל משיקולים לבר-תחרותיים גם בעת בחינת מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות המשקית. הטעם המרכזי למסקנתנו זו הוא שתחרות איננה חזות הכול, ולא ניתן להתעלם באופן גורף משיקולים לבר-תחרותיים אשר בהחלט עשויים להיטיב עם הציבור. זאת ועוד, פרשנות תכליתית עשויה להוביל למסקנה לפיה הפגיעה בציבור מחייבת בחינה הן של היתרונות והן של החסרונות הנובעים מהמיזוג, כדי לקבוע אם, בשורה התחתונה, המיזוג אכן יפגע בציבור. כיוון שלרשות התחרות נתונה "זכות וטו" על מיזוגים (מכוח סעיף 21 לחוק), בכפוף לערר לבית הדין לתחרות (לפי סעיף 22 לחוק), אם לא נאפשר שקילת שיקולים לבר-תחרותיים על-ידי רשות התחרות בעת בחינתם של מיזוגים, הרי שהמיזוג יכול להישלל על-ידי הרשות, מבלי שאף גורם אחר יביא בחשבון את אותם יתרונות לבר-תחרותיים אשר המיזוג מציג לטובת הציבור. תוצאה זו אינה רצויה לדעתנו.

זאת ועוד, וכפי שאחת ממחברות מאמר זה פירטה במקום אחר, כלכלות קטנות – דוגמת ישראל – אינן צריכות להתבסס על משתנים מבניים נוקשים במדיניות המיזוגים שלהן. תחת זאת, עליהן לבסס את מדיניותן על שיקולי תחרות פוטנציאלית ועל שיקולי יעילות אשר מביאים בחשבון את העובדה שריכוזיות עשויה להיות במקרים מסוימים רע

148 מסמך מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית (לעיל, הערה 20).

הכרחי הנדרש להגדלת הרווחה החברתית.<sup>149</sup> אכן, כמוסבר לעיל, פעמים רבות ריכוזיות כלל-משקית היא בגדר רע הכרחי,<sup>150</sup> ובעיקר בכלכלות קטנות אשר בשים לב לממדיהן הקטנים, כמו גם לחסמי הכניסה התמימים הקיימים במרבית שוקיהן, מחייבים את פעילותן של קבוצות עסקים גדולות כגורם המוביל בין היתר לצמיחה כלכלית וכן להתפתחותה של הכלכלה הלאומית בכללותה. הגשמת מטרה זו של פיתוח הכלכלה מחייבת לעיתים גם שקילת שיקולים רחבים יותר, כל עוד הם משפיעים על פעילות השווקים, גם אם באופן עקיף. ודוק, דיני התחרות של כלכלות קטנות לרוב מאפשרים לרשות התחרות לשקול שיקולים לבר-תחרותיים, בייחוד במסגרת פיקוח על מיזוגים.<sup>151</sup> במונחים של תורת ההחלטות – בשים לב לכך שמיוזגים העלולים להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית מגלמים בחובם גם יתרונות שונים, לרבות כאלה שהם לבר-תחרותיים, הרי שהתעלמות מיתרונות אלה עלולה להוביל לכדי טעות של החלת-יתר באיסור על המיזוג. כלומר, הדבר יביא לשלילת מיזוגים אשר עשויים להיטיב עם הציבור בכללו.

אשר לפן הפרקטי, פן זה מעט בעייתי יותר, היות שהוא נוגע לשאלה מיהו הגורם אשר ראוי שיביא בחשבון שיקולים לבר-תחרותיים בעת בחינת מיזוג המגביר ריכוזיות כלל-משקית. מחד, שיקולים אלו מחייבים מומחיות מיוחדת הבוחנת את טובת המשק כולו ומערבת היבטים החורגים מגדר הדינמיקה התחרותית בשוק. מאידך, מערך הפיקוח על המיזוגים הוא כזה אשר כאמור לעיל, יוצר "וטו דה-פקטו" למיזוג שאינו מאושר על-ידי הרשות. על כן, חשוב לאפשר גם שקילת שיקולים לבר-תחרותיים בעת בחינת מיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית. ההתנגשות בין שני שיקולים אלו יורדת בחשיבותה בשל העובדה שהממונה על התחרות עומדת בראש ועדת הריכוזיות, כך שהיא צוברת מומחיות גם בשקילת שיקולים רחבים יותר, ולא רק בשקילת שיקולים תחרותיים גרידא. בנוסף, מומלץ כי במסגרת מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות המשקית תתייעץ רשות התחרות גם עם גופים ממשלתיים אחרים העשויים להיות מעורבים, כדי לקבל פרספקטיבה רחבה יותר בנוגע להשפעות המיזוג המבוקש על המשק בכללותו.

Gal (לעיל, הערה 86) בעמ' 195, וכן בעמ' 464–476.

150 השוו באופן כללי לאייל (לעיל, הערה 15).

151 ראו למשל: David Lewis, "Role of Public Interest in Merger Evaluation", Paper presented to ICN, September (2002) "... many regimes [...] impose a public interest test on those merger decisions that fall squarely within the jurisdiction of the competition authorities"; Harry First and Eleanor M. Fox, "Public Interest in Merger Evaluation: A Comparative Perspective", 80(2) *Antitrust Law J.* (2015) 307; Antonio Capobianco and Aranka Nagy, "Public Interest Clauses in Developing Countries", 7(1) *J.E.C.L.* (2016) 46.

גם בהקשר זה יוער, כי לא ניתן בשלב זה לקבוע מסגרת אחידה לצורך עריכת איזון בין יתרונות לבר-תחרותיים לבין החששות התחרותיים. יהיה אפשר לגבש מסגרת כזאת רק לאחר שהרשות תצבור ניסיון בבחינת מיזוגים המעלים חשש להגברת הריכוזיות המשקית. יצוין, כי אף ועדת הריכוזיות לא הציעה מתודולוגיה סדורה לביצוע איזון כאמור, ומדבריה עולה כי האיזון בין השיקולים השונים ייערך ממקרה למקרה.<sup>152</sup> אנו סבורים כי יש לנקוט גישה דומה גם בנוגע לאישור מיזוגים על-ידי רשות התחרות.

### ו. אבן דרך VI: בחירת סעדים מתאימים לצורך מניעת פגיעה בתחרות לאחר אישור המיזוג

לאחר שרשות התחרות אכן מצאה כי יש לאשר את המיזוג, חרף העובדה שהוא עלול להוביל להגברת הריכוזיות הכלל-משקית, הרשות נדרשת לבחון ולשקול את הצורך בהחלת סעדים מתאימים אשר ימזערו ככל הניתן את החששות הפוטנציאליים להפחתת התחרות אשר עלולים לנבוע מהמיזוג. סעדים אלו מתחלקים לשני סוגים עיקריים:<sup>153</sup>

- **סעדים מבניים (structural remedies):** סעדים אלה נוגעים למבנה של השוקים לאחר המיזוג. דוגמה לסעד זה הוא התחייבות למכור נכסים כתנאי לקבלת אישור לביצוע המיזוג (דבר המכונה בדיני התחרות - "fix it first").
- **סעדים התנהגותיים (behavioral remedies):** סעדים אלה נוגעים לפעולות שהפירמה הממוזגת תוכל לנקוט לאחר השלמת המיזוג. דוגמה לסעד כזה כוללת התחייבות שלא להעביר מידע תחרותי בין החברות בקבוצה ("חומות סיניות"). דוגמה נוספת היא התחייבות שלא להעלות מחירים של מוצרים ושירותים למשך תקופה מסוימת.

נקדים ונאמר, כי שני סוגי הסעדים הללו יכולים להגביל את החששות התחרותיים העשויים לנבוע ממיזוגים המגבירים ריכוזיות כלל-משקית. עם זאת, דעתנו היא שסעדים מבניים עדיפים על-פני סעדים התנהגותיים הואיל והם אינם מחייבים את רשות התחרות לעקוב ולבחון בטווח הרחוק האם הפירמה הממוזגת אכן מקיימת את תנאי הסעד ההתנהגותי שהוטל עליה.<sup>154</sup> זאת ועוד, סעד מבני מפחית מיכולתה של הפירמה הממוזגת לעקוף את ההתנהגות הפוגענית על-ידי נקיטה בהתנהגות פוגענית אחרת, אשר לא נאסרה מפורשות במסגרת הסעד ההתנהגותי; כיוון שהרשות לא צפתה את כל ההתנהגויות שעלולות לפגוע בתחרות ולכן לא אסרה עליהן, או מכיוון שפעמים רבות לאותה התנהגות יש אלמנטים פוגעניים ולא פוגעניים כאחד, ולכן קשה ולא יעיל

152 מסמך מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית (לעיל, הערה 20).

153 ראו למשל בהקשר זה: OECD- Remedies in Merger Cases (2011), ניתן לצפייה באתר: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

154 ראו בהקשר זה: "גילוי דעת 2/11: הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות" (18.7.2011) **רשות התחרות** גילוי דעת 2/11 5001804.

לאוסרה מראש. לכן, גם בהיבט הזה, לסעד מבני יש יתרון משמעותי לעומת סעד התנהגותי.

סעד מרכזי שיכול, לדעתנו, לסייע להפחתת הריכוזיות הכלל-משקית, הוא התחייבות של קבוצת העסקים למכור את אחזקותיה בתחום חיוני כלשהו, בטרם יאושר לה להתמזג עם פירמה אחרת. למשל: קבוצת עופר, אשר נכון למועד זה נחשבת לקבוצה הריכוזית ביותר בישראל, התחייבה למכור את כלל אחזקותיה בחברת התקשורת "רשת", בטרם הוקצה לה רישיון לייצור חשמל.<sup>155</sup> זאת כיוון שהענקת רישיון לקבוצה היה מגביר את הריכוזיות המשקית בשל היקף פעילותה הנרחב של הקבוצה, ומאפשר לה לפעול בשוק מרכזי נוסף (שוק ייצור החשמל). מכירת אחזקותיה ב"רשת" הפחיתה את החשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית. לאחר שקבוצת עופר התחייבה למכור את אחזקותיה כאמור, ועדת הריכוזיות המליצה להקצות לקבוצה רישיון לייצור חשמל.

בהקשר זה נחזור ונדגיש, כי רשות התחרות אינה נדרשת "להמציא את כל הגלגל מחדש". חלק גדול מהשיקולים המדריכים את רשות התחרות בעת עיצוב סעדים במסגרת מיזוגים אופקיים, אנכיים וקונגלומרטים, שבהם הרשות מטפלת כדבר שבשגרה, רלוונטיים גם לעיצוב סעדים במסגרת מיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית. בעוד שמיזוג המגביר ריכוזיות כלל-משקית מחייב שילוב בין שווקים רבים במקביל, גם ניתוח כזה אינו זר לרשות התחרות, כיוון שמיזוגים רבים אחרים מערבים חברות הפועלות ביותר משוק אחד. עם זאת, מיזוג כאמור מעלה את מורכבות הניתוח כיוון שהוא מחייב ניתוח מדויק יותר של ההשפעות ההדדיות בין השווקים, המבוססים גם על השפעות שלרוב אינן באות לידי ביטוי במיזוג רגיל, דוגמת השפעות "הרחבת סל המוצרים והשירותים" ושבי רגולטורי, כמוסבר לעיל. לפיכך, וכפי שכבר הודגש לעיל, אנו מציעים שהרשות תתחיל במקרים הקלים והמובהקים יותר, ותפתח את הדין מנקודה זו.

שאלה מעניינת היא, האם רשות התחרות יכולה לדרוש סעדים החורגים מהתנהגות האסורה במסגרת החוק. קחו, למשל, התחייבות של קבוצת עסקים לא לדרוש בלעדיות בכל שוק שבו היא פועלת, גם בשווקים ספציפיים שבהם אין לה מעמד מונופוליסטי. חוק התחרות אוסר על הסדרים כאלו רק אם הם מוחלים באופן חד-צדדי על-ידי פירמה בעלת כוח שוק משמעותי בשוק הרלוונטי.<sup>156</sup> במקרה של קבוצות עסקים, "אפקט הרחבת סל המוצרים והשירותים" שעליו עמדנו לעיל, עשוי לאפשר להן להגביל משמעותית את התחרות דרך דרישות בלעדיות גם בשווקים בהם אין לקבוצה מעמד מונופוליסטי. לטעמנו, רשות התחרות מוסמכת לתת סעד כאמור כל עוד הוא מבוסס על תאוריה כלכלית סדורה המוכיחה היתכנות ממשית לפגיעה בתחרות.

155 חוות הדעת בעניין קבוצת עופר (לעיל, הערה 39).

156 סעיף 29א לחוק התחרות. האיסור על הסדר כובל עשוי אף הוא לחול בנסיבות מסוימות, מכוח סעיף 4 לחוק התחרות.

לפי תורת ההחלטות, אישור מיזוג ללא קביעת תנאים המבקשים להפחית את פגיעתו בתחרות, עלול להוביל להחלת-חסר של דיני התחרות. משכך, בחירת סעד מתאים, כגון התחייבות של קבוצת העסקים לצמצם את היקף אחזקותיה, יכול להוות סעד מתאים, כפי שעניין קבוצת עופר הנ"ל מדגים וממחיש היטב.

בשל חדשנות הניתוח ומורכבותו, מומלץ שרשות התחרות תערוך מעת לעת מחקרי שוק אשר יבחנו את יעילות החלטותיה באשר למיזוגים המגבירים ריכוזיות כלל-משקית, ולסעדים שהיא בחרה להחיל בגדרם (אם בכלל), כדי ללמוד ממקרים אלו מה ראוי וניתן לעשות בעתיד. ראוי לציין, כי בשנת 2020 פרסמה רשות התחרות מסמך אשר כותרתו היא "בדיקות רטרופקטיבה"<sup>157</sup>. מדובר במסמך שרשות התחרות ביצעה בו הערכה בדיעבד של מספר החלטות אשר התקבלו על-ידי עובר לפרסום המסמך. בין היתר, הרשות ניתחה בדיעבד החלטות שלה בעניין מיזוגים. כך, באשר לאחד מן המיזוגים, ציינה הרשות כי ייתכן שהחלטתה לשלול את המיזוג הייתה מחמירה יתר על המידה, בשל ההתפתחויות שהתרחשו בשוק הרלוונטי לאחר שלילת המיזוג האמור. באשר למיזוגים אחרים, הרשות מצאה כי החלטותיה לאשר או לשלול את המיזוגים היו נכונות בשים לב להתנהגות השווקים הרלוונטיים למיזוגים לאחר אישורם או שלילתם. מכאן ש"בדיקות רטרופקטיבה" הנוגעות למיזוגים אשר עלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית עשויות לסייע לרשות התחרות לשכלל את בדיקתם של מיזוגים מסוג זה, באופן אשר גם יסייע לרשות להימנע, בזמן אמת, מקבלת החלטות שגויות בנוגע למיזוגים כאלה.

עוד יצוין בהקשר זה, כי מחקרים שונים בחנו את רמת הריכוזיות הכלל-משקית בארצות הברית לאורך זמן, תוך שימת דגש על מספר השווקים המהותיים שעליהם שולטות חברות וקבוצות עסקים גדולות.<sup>158</sup> מחקרים אלה מצאו כי בשנים מסוימות חלה ירידה בריכוזיות הכלל-משקית בארצות הברית, ואילו בשנים אחרות חלה עלייה בריכוזיות כאמור, לנוכח שליטה רחבה יותר של קבוצות עסקיים על שווקים מהותיים בכלכלת ארצות הברית. לטעמנו, גם רשות התחרות יכולה לערוך בדיקות דומות כדי לבחון את הצלחת הפתרון המוצע במאמר זה (קרי – מהו היקף שליטתן של קבוצות עסקים של שווקים מהותיים וחיוניים לכלכלה הישראלית), והאם הוא אכן מביא למניעת החששות התחרותיים אשר עלולים לנבוע כתוצאה מהריכוזיות המשקית.

לאחר שהראינו כיצד ניתן לבחון מיזוגים העשויים להגביר ריכוזיות כלל-משקית באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים, נסביר להלן מדוע לדעתנו הסדרת תופעת

157 ניתן לצפייה באתר: <https://www.gov.il/he/departments/news/retrospective>.  
 158 ראו למשל: Lawrence J. White and Jasper Yang, "What Has Been Happening To Aggregate Concentration In The US Economy In The Twenty-First Century?" 38(3) *Contemp. Econ. Policy* (2020) 483.

הריכוזיות המשקית באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים עדיפה ביחס לכלים אסדרתיים אחרים.

## ה. היתרונות שבהסדרה באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים יחסית לכלים אחרים

### 1. יתרונות ההסדרה באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים לעומת הסדרים אחרים הקיימים בחוק התחרות

חוק התחרות מטיל איסור על עריכת הסדר הכובל את התחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור,<sup>159</sup> וכן על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.<sup>160</sup> איסורים אלו מוגבלים ביכולתם לטפל בהשלכות האנטי-תחרותיות של ריכוזיות כלל-משקית, מכמה סיבות: ראשית, איסורים אלה מוחלים לרוב רק לאחר התקיימותה של ההפרה הפוגעת בתחרות; שנית, הם מתמקדים לרוב בתחרות השוררת בשוק ספציפי יחיד; שלישית, הם אינם מספקים מענה הולם במצב שבו קיימת בכלכלה בכללותה תחרות מועטה כפועל יוצא של שליטתו של מספר קטן של קבוצות עסקים גדולות על חלקים נרחבים ומהותיים ממנה. כלומר, הסדרים אלה, מטבע הדברים, אינם מספקים פתרון לשורש הבעיה עצמה, קרי – למבנה המשק הבלתי תחרותי, אלא רק באותן נסיבות שקיימת בהן הפרה קונקרטי של הוראות החוק בשוק ספציפי.

כך למשל, היעדר התחרות בין קבוצות העסקים אינו נובע מהסדר כובל שקיים ביניהן, ולכן פרק ההסדרים הכובלים שבחוק התחרות אינו חל במקרים כאלה. משאלה הם פני הדברים, ברי כי מרבית האיסורים שבחוק התחרות אינם מספקים פתרון ממשי והולם לשם התמודדות עם החששות התחרותיים העשויים לנבוע כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית. בניגוד לכך, פיקוח על מיזוגים מוחל כאמור מראש וללא תלות בשאלה האם יש הפרה קונקרטי של הוראות דיני התחרות.<sup>161</sup> זאת ועוד, וכפי שכבר פורט לעיל, בפיקוח על מיזוגים (ובייחוד מיזוגים קונגלומרטים) ניתן להביא בחשבון אף השפעות תחרותיות החורגות משוק ספציפי יחיד.

דיני התחרות בישראל כוללים גם כלי הסדרתי נוסף, ייחודי לישראל, המאסדר קבוצות ריכוז.<sup>162</sup> כפי שפורט בהרחבה לעיל, קיימים הבדלים מהותיים בין התופעה של ריכוזיות כלל-משקית לבין התופעה של ריכוזיות ענפית שעומה מבקשות ההוראות

159 ראו למשל סעיפים 2, 4 לחוק התחרות.

160 ראו למשל סעיפים 29, 29א לחוק התחרות.

161 כמובן, באותן נסיבות שבהן קמה חובה על הגשת הודעת מיזוג. ראו למשל בהקשר זה:

סעיף 17 לחוק התחרות.

162 פרק ד' 1 לחוק התחרות.



החלות על קבוצת ריכוז להתמודד. עם זאת, וכמוסבר לעיל, ריכוזיות כלל-משקית יכולה לעיתים להתבטא גם בריכוזיות בענפים ספציפיים, כאשר חברות שהן חלק מקבוצות עסקיים גדולות הן גם חלק מקבוצת ריכוז בענף ספציפי יחיד. כאמור, חוק התחרות מאפשר לממונה לתת הוראות שונות לקבוצות ריכוז לשם הגברת התחרות גם באותם מקרים שבהם אין הפרה קונקרטי של הוראות חוק התחרות. אולם גם הכלי של הסדרת פעילותן של קבוצות ריכוז מוגבל ביכולתו להעניק מענה הולם לתופעת הריכוזיות הכלל-משקית, מאחר שכאמור, הוא מתמקד בתחרות בשוק ספציפי יחיד, ואינו מביא בחשבון את התמונה התחרותית הרחבה הנוצרת כתוצאה מפעילותן של קבוצות עסקיים גדולות הפועלות במספר שווקים.

כפי שכבר הוסבר, חלק מהשווקים אשר קבוצות העסקיים הגדולות פועלות בהם עשויים שלא להיות ריכוזיים כלל, או שלא מתקיימים בהם התנאים הנדרשים על-מנת שניתן יהא להחיל עליהם את הוראות החוק הנוגעות לקבוצות ריכוז. מלבד זאת, כלי הסדרתי זה, בדומה למרבית ההסדרים הקיימים בחוק התחרות, מוחל הלכה למעשה בדיעבד. כלומר, הסדרתן של קבוצות ריכוז מתבצעת לרוב לאחר שכבר קיים בפועל מבנה שוק ריכוזי המוביל לתחרות מועטה בו, כאשר כלי הסדרתי זה כשלעצמו אינו מספק פתרון בטרם נוצר מבנה שוק ריכוזי שהתחרות בו מועטה.

העובדה שפיקוח על מיזוגים מוחל מראש ומאפשר לבחון את השאלה כיצד המיזוג עלול להשפיע על מבנה השוק (לרבות אפשרות של התאמה אוליגופולית לאור מיעוט השחקנים לאחר המיזוג), מובילה למסקנה כי הסדרה של תופעת הריכוזיות הכלל-משקית באמצעות פיקוח על מיזוגים עדיפה גם על הסדרה של קבוצות ריכוז. על כן, עיינינו רואות כי מערך הפיקוח על המיזוגים הנו הכלי המשפטי היעיל ביותר הקיים בחוק התחרות (בשל העיתוי שבו הוא מוחל) לשם התמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית.

## 2. חוק הריכוזיות ודיני המיזוגים מהווים כלים משלימים

בדצמבר 2013 נכנס לתוקף חוק הריכוזיות. מטרתו המוצהרת של חוק זה היא להגביר את התחרותיות במשק, ובתוך כך להביא לצמצום יוקר המחיה בישראל, וכן להחליש את השליטה המופרזת של מספר קטן יחסית של שחקנים על עיקר הפעילות העסקית במשק הישראלי.<sup>163</sup> הוזה אומר, עסקינן בדבר חקיקה ספציפית שנועד להתמודד במישרין עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית בישראל. כעולה מדברי ההסבר להצעת חוק הריכוזיות, הוועדה להגברת התחרותיות במשק, שמונתה במטרה לבחון דרכי התמודדות עם חלק מהבעיות המבניות הקיימות במשק הישראלי, הייתה בדעה כי המשק בישראל מתאפיין ברמה גבוהה יותר של ריכוזיות כלל-משקית בהשוואה למדינות רבות אחרות ברחבי

163 ראו: דברי הסבר להצעת חוק הריכוזיות (לעיל, הערה 14) בעמ' 1084.

העולם.<sup>164</sup> לדעת חברי הוועדה, המבנה הריכוזי של המשק הישראלי מעורר, בין היתר, חשש לפגיעה בתחרות העסקית. המלצות הוועדה, שאומצו בחלקן בחוק, מבקשות להגביר את התחרותיות במשק הישראלי כדי להבטיח שוק תחרותי ויעיל יותר.<sup>165</sup> חוק הריכוזיות כולל שלושה כלים עיקריים לטיפול בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית: הכלי הראשון מטיל מגבלות שונות על מבנה התאגיד. מטרתן של הוראות אלו היא כפולה: ראשית, לקדם את טובת הנושים ואת ציבור המשקיעים, לרבות בעלי מניות המיעוט בתאגיד;<sup>166</sup> שנית, להגביל את "המבנה הפירמידאלי" שאפיין בעבר חלק גדול מקבוצות העסקים הגדולות, המאפשר שליטה נרחבת בעסקים גם בשיעורי אחזקות קטנים, בשל שרשור מניות. מצב דברים זה יכול לעודד את בעל השליטה ליטול סיכונים מוגברים (ואף מופרזים) אשר ייטיבו עימו ולא עם ציבור המשקיעים, כאשר הסיכון הכלכלי שמוטל על בעל השליטה הוא קטן יחסית בשל שיעור ההחזקה הנמוך שלו בחברות הנמצאות בתחתית השרשרת.<sup>167</sup> כדי למנוע תופעה זו נדרשו קבוצות עסקים גדולות לבצע "קיפול שכבות" – כלומר, לצמצם חלק משכבות פירמידת האחזקות באמצעות מכירת אחזקות או מיזוגן לתוך שכבות קיימות – אשר יצמצם את מספר השכבות לשלוש עד סוף 2017 ולשתיים עד סוף 2019. נתונים שונים מראים כי מטרת כלי זה אכן הושגה, וכיום כמעט לא קיימות כלל קבוצות עסקים ב"מבנה פירמידאלי".<sup>168</sup>

כלי זה יכול לסייע באופן עקיף להתמודדות עם חלק מההשפעות התחרותיות של ריכוזיות כלל-משקית, שעמדנו עליהן לעיל, היות שצמצום מספר החברות הנכללות בקבוצת עסקים יכול לצמצם את נקודות ההשקה בין קבוצות העסקים בשווקים שונים. אולם איסור זה אינו מסייע מקום בו המיזוג אינו מגדיל את מספר השכבות של קבוצת העסקים. גם עם מספר שכבות קטן יותר, קבוצות העסקים יכולות עקרונית לשלוט בשווקים מהותיים לכלכלה או בשווקים רבים במקביל (באמצעות אחזקות בחברות בת, שלא ב"מבנה פירמידאלי" רב-שכבות). לפיכך, באמצעות פיקוח על מיזוגים עדיין ניתן למנוע מבנים בלתי-תחרותיים של שווקים, מראש, גם אם המיזוג עצמו אינו יוצר "מבנה פירמידאלי".

הכלי השני מטיל מגבלות על תחומי פעילותן של קבוצות עסקים גדולות.<sup>169</sup> החוק אוסר על קבוצת עסקים גדולה (המוגדרת בחוק בעיקר כ"תאגיד ריאלי משמעותי" אשר מחזור מכירותיו או האשראי הכולל שניתן לו עולה על 6 מיליארד ₪) לשלוט בגוף

164 ש.ם.

165 ש.ם.

166 ראו: חלק ג' של חוק הריכוזיות.

167 ראו: דברי הסבר להצעת חוק הריכוזיות (לעיל, הערה 14) בעמ' 1101.

168 ראו באופן כללי: נעם בוטוש, **תיאור וניתוח של יישום חוק הריכוזיות והשפעותיו הכלכליות על המשק** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 25.2.2020).

169 ראו חלק ג' של חוק הריכוזיות.

פיננסי "משמעותי" (אשר ההיקף הכולל של נכסיו עולה על 40 מיליארד נח).<sup>170</sup> הוראות אלה של חוק הריכוזיות יכולות עקרונית להגביל את החשש מפני חסימת כניסה של פירמות חדשות לשווקים שבהם פועלות קבוצות העסקים. כאמור, כדי להיכנס לשווקים חדשים, פירמות חדשות נדרשות לרוב למימון. כאשר קבוצות עסקים שולטות על מקורות המימון, ייתכן שלא יהיה להן תמריץ של ממש להעניק מימון לפירמות חדשות המבקשות להיכנס לשוקיהן, וזאת לשם חסימתן של פירמות חדשות אלה, ולשם ביצור מעמדן של קבוצות העסקים.

ברם, גם כלי זה מוגבל ביכולתו בטיפול בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית בכללותה, היות שהוא שם דגש על חשש אחד מני רבים הנובעים מהריכוזיות המשקית. לעומת זאת, במסגרת פיקוח על מיזוגים, ניתן להביא בחשבון קשת רחבה יותר של חששות תחרותיים ולמנוע אותם מראש. מלבד זאת, פיקוח על מיזוגים לפי המתווה המוצע במאמר זה, אינו מוגבל אך לשוק הפיננסי, אלא הוא שם דגש על שווקים מהותיים נוספים לכלכלה בכללותה (כגון שוק התקשורת ותשתיות חיוניות). לפיכך, המתווה המוצע במאמר זה רחב יותר, לדעתנו, מהפתרון המוצע בחוק הריכוזיות.

כלי ההסדרה השלישי שאותו מאמץ חוק הריכוזיות,<sup>171</sup> מטיל חובה על משרד ממשלתי ("מאסדר") המבקש להקצות נכסים ציבוריים (רישיונות, חוזים או מניות בתשתיות חיוניות והפרטות של חברות ממשלתיות) לידיהם של גורמים ריכוזיים במשק, לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות. כאמור, הממונה על התחרות עומדת בראש הוועדה, ולצידה בוועדה חברים מנכ"ל משרד האוצר וראש המועצה הלאומית לכלכלה.<sup>172</sup> עובר להקצאת זכות בתשתית חיונית, הנמנית על רשימת התשתיות החיוניות שבתוספת של חוק הריכוזיות, על המאסדר לפנות לוועדת הריכוזיות לשם קבלת חוות דעתה, כאשר הן המאסדר והן ועדת הריכוזיות נדרשים לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית.<sup>173</sup> ועדת הריכוזיות רשאית (אך אינה חייבת) לייעץ לגורם המאסדר אשר פנה אליה בקשר עם הקצאת זכות לגורם ריכוזי.<sup>174</sup> הגורם המאסדר בכל מקרה נדרש לשקול אם אי-הקצאת הזכות לגורם הריכוזי, כמבוקש, עלולה לפגוע בתחום מושא ההקצאה ובציבור.

הסדר זה עשוי עקרונית לצמצם את אחזקותיהן של קבוצות עסקים גדולות בנכסים ותשתיות חיוניות, ומכאן לצמצם את הריכוזיות הכלל-משקית ולקדם תחרות. עם זאת, הסדר זה מוגבל מעיקרו, שכן כפי שעולה, בין השאר, מהודעת רשות התחרות בדבר

170 ש.ם.

171 ראו: חלק א' של חוק הריכוזיות.

172 ראו: סעיף 40 לחוק הריכוזיות.

173 ראו: סעיף 5 לחוק הריכוזיות. ראו גם: הסבר על הסדר משפטי זה בבג"ץ 2859/20

התאחדות הקבלנים בוני הארץ נ' הוועדה לצמצום הריכוזיות – רשות התחרות, פסקה 2 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה הנדל (פורסם בנבו, 2021).

174 ראו: סעיף 6 לחוק הריכוזיות.

פרסום רשימת הגופים הריכוזיים לפי חוק הריכוזיות, מרבית קבוצות העסקים הגדולות בישראל כבר מחזיקות בתשתיות חיוניות ובנכסים לאומיים במרבית מהענפים של הכלכלה הישראלית בכללותה.<sup>175</sup> לשון אחר, בנסיבות שבהן מרבית הנכסים הלאומיים כבר הופרטו,<sup>176</sup> והם כבר מצויים בידיהן של קבוצות עסקים גדולות, ברור כי הסדר המבקש עתה להגביל את ההקצאה בתשתיות חיוניות לגופים אלה מוגבל במידה רבה בתרומתו לקידום התחרות וטובת הציבור.

מלבד זאת, רשימת התשתיות החיוניות המפורטת בתוספת של חוק הריכוזיות אינה כוללת את כל התשתיות החיוניות אשר שליטה של קבוצות עסקים בהן עלולה לפגוע בתחרות במשק. כך למשל, רשימה זו אינה כוללת (נכון למועד כתיבת המאמר) כלי תקשורת אלקטרוניים (כגון אתרי חדשות אינטרנטיים).<sup>177</sup> כאמור, לשליטה במדיה עשויה להיות השפעה ניכרת על הדרג המאסדר, באופן שעלול לפגוע בתחרות. לפיכך, ככל שמדובר בקבלה או בהעברה של שליטה בכלי תקשורת אלקטרוני, הדבר לא יהיה כפוף להוראות חוק הריכוזיות, וקבוצת עסקים תוכל לקבל שליטה בתשתית מסוג זה גם אם הדבר יביא להגברת הריכוזיות הכלל-משקית ולפגיעה בתחרות במשק בכללותו.

לעומת זאת, מערך הפיקוח על מיזוגים יכול ללכוד ברשתו מיזוגים מסוג זה בטרם הגברת הריכוזיות הכלל-משקית. במסגרת זו, רשות התחרות תוכל לבחון את השפעת המיזוג על התחרות ועל רווחת הציבור בכללותו, בשים לב להרחבת השליטה בתשתיות חיוניות (ובכלל זה תשתיות שאינן מנויות בתוספת של חוק הריכוזיות), ולנקוט בצעדים מתאימים כדי למנוע פגיעה בתחרות אשר נובעת כתוצאה מהגברת הריכוזיות הכלל-משקית (לרבות בדרך של אישור המיזוג בתנאים שיבטיחו כי רווחת הציבור לא תיפגע כתוצאה מכך).

מן האמור לעיל עולה שחוק הריכוזיות ודיני המיזוגים מהווים כלים משלימים לטיפול בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית. מערך הפיקוח על המיזוגים לוכד ברשתו מקרים אשר אינם מטופלים על-ידי חוק הריכוזיות, ולהפך – חוק הריכוזיות יכול לטפל באופן מסוים בריכוזיות המשקית שכבר קיימת, גם כשאין מדובר במיזוג בין חברות.

## ו. סיכום

במאמר זה ביקשנו להראות כי לדיני התחרות יש תפקיד חשוב בטיפול בחששות התחרותיים העשויים לנבוע מתופעת הריכוזיות הכלל-משקית. בפרט, מאמר זה ביקש

175 ראו: הודעת רשות התחרות בדבר פרסום רשימת הגופים הריכוזיים בקישור: <http://www.antitrust.gov.il/files/33434.pdf> רשימות\_ריכוזיות.

176 ראו Gal and Cheng (לעיל, הערה 1) בעמ' 32. ראו גם תמיר וצדיק (לעיל, הערה 2) בעמ' 7: "רוב הפרטות של בנקים ושל חברות מובילות נעשות בשנים האחרונות לידי כמה קבוצות עסקים – מדיניות אשר תורמת להיקף פעילותן".

177 ראו בוטוש (לעיל, הערה 168) בעמ' 48.

להראות כי פיקוח על מיזוגים מהווה כלי מתאים ויעיל לשם התמודדות עם התופעה האמורה. זאת בשים לב לעיתוי שבו הוא מוחל, לצד העובדה שהוא מאפשר, בין היתר באמצעות שימוש בסעדים מתאימים, טיפול בשורש הבעיה עצמה, שהיא יצירת מבנים של שווקים כאלה שהנם בלתי-תחרותיים כתוצאה משליטתן של קבוצות עסקים גדולות על חלקים נרחבים מהכלכלה בכללותה. עם זאת, המאמר מראה שיש לערוך התאמות שונות כדי שמערך הפיקוח על מיזוגים אכן יוכל לתת מענה אופטימלי לתופעה, ובראשן אימוץ פרספקטיבה רחבה, שאינה מתמקדת בתחרות בשוק ספציפי יחיד.

המאמר מציע כי רשות התחרות ובתי המשפט המחילים את החוק יכירו בתת-קטגוריה של מיזוגים שעניינם "מיזוגים המגבירים את הריכוזיות הכלל-משקית". תת-קטגוריה זו מבוססת על ההגדרה המוצעת בראשיתו של המאמר למהי ריכוזיות כלל-משקית, וכן על המדר לזיהוי ריכוזיות כאמור (אשר בוחן את מספר השווקים המהותיים לכלכלה שבהם קבוצות העסקים שולטות). הכרה של רשות התחרות בתת-קטגוריה כזאת תאפשר זיהוי טוב יותר של מיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית והתמקדות בבעיות הייחודיות שהם יוצרים. המאמר אף הסביר מדוע רשות התחרות היא הגורם הראוי, מבחינה מוסדית, להתמודדות עם חששות תחרותיים הגלומים בריכוזיות הכלל-משקית, משום שמדובר הלכה למעשה בחששות תחרותיים שאינם חדשים כלל ועיקר, ורשות התחרות כבר מורגלת בהתמודדות עם חששות כאלה. כן מציע המאמר מספר אבני-דרך לשם החלת הפיקוח על מיזוגים העלולים להגביר ריכוזיות כלל-משקית, המבוססות על תורת ההחלטות, המאזנת בין מחיר המידע הדרוש לשם תחולת החוק לבין הטעויות שעלולות להיגרם מהחלה שגויה שלו.

עם זאת, חשוב להדגיש כי הפתרון המוצע במסגרת מאמר זה אינו מהווה כלי הסדרתי מושלם וממצה לצורך התמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית, וגם חסרונות בצדו. אכן, בנסיבות מסוימות יהיה צורך בעשיית שימוש בכלים הסדרתיים אחרים, דוגמת חוק הריכוזיות, לצורך התמודדות עם התופעה האמורה. כל זאת, גם בהתחשב בכך שלא קיימת כיום תאוריה כלכלית סדורה בנוגע לתופעת הריכוזיות הכלל-משקית והשפעותיה התחרותיות, וכי עדיין קיימות מגבלות חקיקתיות ותפיסתיות בנוגע לכך שדיני התחרות אמורים להתמקד בתחרות בשוק ספציפי יחיד, דבר המקשה על עריכת בדיקה ראויה בעניין. עם זאת, המחיר של אי-הסדרה של מיזוגים כאמור עלול להיות גבוה מאוד. זאת ועוד, ההסדר המוצע במאמר אינו יכול לספק פתרון ממצה לבעיית הריכוזיות הכלל-משקית שכבר קיימת, אלא אך ורק בעקיפין, במסגרת בחינת מיזוגים עתידיים המעלים חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית אשר יבואו לפתחה של רשות התחרות. כמו כן, הסדר זה אינו מספק פתרון באותם מקרים שבהם עסקינן בצמיחה פנימית של הפירמה (קרי, התרחבות של הפירמה כתוצאה מגידול בהיקף פעילותה העסקית, שלא על דרך של מיזוג עם פירמות אחרות), אשר אינם נלכדים ברשת של מערך הפיקוח על המיזוגים. בנסיבות אלה, יש צורך בהתמודדות עם החששות

התחרותיים העשויים לנבוע כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית באמצעות הסדרים חלופיים, הגם שהם עשויים להיות יעילים פחות. לפיכך, ההסדר המוצע במאמר אינו מתיימר לספק פתרון יחיד וכולל לבעיות הנובעות מריכוזיות כלל-משקית, אלא הוא מהווה כלי הסדרתי נוסף אשר יכול לשמש להתמודדות עם התופעה האמורה, לצד אלה הקיימים. ברם, העיתוי שבו הוא מאפשר התמודדות עם החששות התחרותיים הגלומים בתופעת הריכוזיות הכלל-משקית הופך אותו לכלי חשוב ביותר לשם קידום מטרה זו. ככל שהרשות תצבור ניסיון רב יותר בהתמודדות עם תופעת הריכוזיות הכלל-משקית, היא תוכל לדייק יותר בעתיד את אופן ההתמודדות עם תופעה זו. גם הוועדה לצמצום הריכוזיות ציינה במסמך המתודולוגיה שפורסם על-ידה, כי לאור הניסיון המועט בהתמודדות עם התופעה, ייתכן שיהיה צורך בעדכון המתודולוגיה לשם התמודדות אופטימלית עימה. עם זאת, המאמר מציג מסגרת כללית של היתכנות לתחולת החוק, אשר לעת הזו יכולה לשמש את הרשות לצורך צמצום חלק מההחצנות השליליות הגלומות בריכוזיות כלל-משקית, וזאת מבלי לפגוע ביתרונות הנובעים ממנה. בהתאם לכך, אנו מציעים שהרשות תחיל תחילה את המסגרת האמורה על מקרים מובהקים שבהם הפגיעה בתחרות היא ברורה, ורק לאחר שיצטבר ידע מספיק, תחיל מסגרת זו גם על מקרים נוספים, אם תהיה הצדקה לכך.