



מדינת ישראל
הוועדה לצמצום הריכוזיות

ירושלים, כ"ו באדר א תשע"ט
3 במרץ, 2019

מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית

א. מבוא

בדצמבר 2013 חוקקה הכנסת את החוק לקידום התחרות וצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן **החוק** או **חוק הריכוזיות**). החוק מנסה להתמודד, לראשונה במשק הישראלי, עם תופעת הריכוזיות במשק והוא העניק פתרונות יצירתיים, חדשניים ופורצי דרך לתופעת הריכוזיות הכלל-משקית.

מזה מספר עשורים עובר המשק הישראלי הליך של שינוי מכלכלה הנשלטת ומנוהלת על ידי המדינה לכלכלה המתנהלת ככלכלת שוק, וחלקה של המדינה הצטמצם להחזקות הכרחיות ולפיקוח ואסדרה של הגורמים הפרטיים שפועלים במשק. מדובר בהליך ממושך ומדורג, אשר אף הוא יודע הצלחות ונסיונות, אך מגמתו ברורה וחד משמעית. לצורך הצלחתו של מהלך ארוך הטווח של פיתוח המשק הישראלי כמשק פתוח, מתקדם ומודרני המתנהל ככלכלה חופשית, חובה עלינו לתת את הדעת גם לסוגיית הריכוזיות הכלל-משקית. משק ריכוזי מדי מזמין עיוותים וכשלי שוק, אשר יחבלו ביכולת הצמיחה של המשק וביכולתה של התחרות להביא ליעילות ולרווחה לצרכן.

חוק הריכוזיות הוא חדשני במובן זה שהוא מחייב הסתכלות פנורמית דרך עדשה רחבה על המשק בכללותו, על ענפיו השונים. זאת, בניגוד לעולמות המוכרים של תחרות והגבלים עסקיים שבוחנים השפעות ממוקדות על ענף או ענפים מסוימים.

חוק הריכוזיות הוא תוצר של הוועדה הממשלתית להגברת התחרותיות במשק בראשות מר חיים שני, אשר הגישה את המלצותיה במרץ 2012. הוועדה סברה כי המשק בישראל מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה בהשוואה לשווקים אחרים בעולם,¹ וביקשה להגביר את התחרותיות ולהפחית את הריכוזיות הכלל-משקית באמצעות פישוט המבנה של הקבוצות העסקיות וביזור השליטה במשק. המחוקק אימץ את המלצת הוועדה לפעול לשם כך בשלושה מישורי פעולה: הראשון, בו עוסק מסמך זה, הוא הסדרת ההקצאה של נכסי מדינה, השני קובע שינויים במבנה של קבוצות עסקיות הבנויות בצורה של "פירמידה", והשלישי מגביל החזקות צולבות בגופים פיננסיים משמעותיים ובתאגידים ריאליים משמעותיים.

מטרת הסדרת ההקצאה של נכסי מדינה בחוק הריכוזיות היא כפולה: הפחתת הריכוזיות הכלל-משקית ומניעת פגיעה בתחרות הענפית.² מסמך זה עוסק בריכוזיות הכלל-משקית שבעניינה קובע חוק הריכוזיות חובה על מאסדר לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהתייעצות עם הוועדה

¹ ראו ד"ר קונסטנטין קוסנקו, ריכוזיות כלל-משקית בישראל 1995-2015 (2018).

² ראו בפרק ב לחוק סימן ב שכותרתו "שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהקצאת זכויות" וסימן ג שכותרתו "שיקולי תחרותיות ענפית בהקצאת זכויות".

לצמצום הריכוזיות (להלן **הוועדה**),³ בעת הקצאת זכויות בתשתיות חיוניות לגוף שנקבע על-ידי הוועדה כגורם ריכוזי,⁴ ובלבד שהפעלת סמכות בעניין תיעשה באופן שיבטיח שלא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים.⁵

חוק הריכוזיות לא מניח בסיס מתודולוגי סדור לזיהוי ומדידה של ריכוזיות כלל-משקית ולא מציע כלים מעשיים להערכת ההשפעה של הקצאת תשתית חיונית לגורם ריכוזי על ריכוזיות זאת.⁶ מאחר שמדובר בתחום חדש בעשייה הרגולטורית אשר זכה עד היום להתייחסות מעטה גם בכתביה האקדמית, אין בנמצא תיאוריות מובנות כוללות בהן ניתן להיעזר.⁷

הוועדה לצמצום הריכוזיות החלה לפעול מכוח חוק הריכוזיות בדצמבר 2014. בתחילת דרכה סברה הוועדה, נוכח ראשוניותו של הנושא, כי יש להסתפק בקביעת עקרונות כלליים לבחינת הריכוזיות הכלל-משקית. ב-17 ינואר 2017 פרסמה הוועדה לשימוע ציבורי טיוטה של מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית בעברית ובאנגלית.⁸ טיוטת המתודולוגיה עוררה עניין רב, וזכתה להתייחסות מצד אנשי אקדמיה, תנועות ציבוריות והמגזר העסקי. כעת, מקץ כארבע שנים לפעילות הוועדה, לאחר שנצבר ניסיון בגיבוש חוות דעת בהקצאות שונות, ולאחר שנערכו מפגשים עם גורמים שונים ונבחנו לעומק הערותיהם והערות הציבור, נראה כי בשלה העת לגיבוש מתודולוגיה רחבה וסדורה יותר.

מסמך זה נועד לשמש ככלי מנחה להפעלת שיקול דעתה של הוועדה עת היא נדרשת לייצץ למאסדר בהקצאת זכות, במטרה להבטיח שתי תכליות עיקריות: האחת, קבלת החלטות ראויות לאור מטרות החוק ורוחו – צמצום הריכוזיות הכלל-משקית על השלכותיה השליליות על המשק, ובר-בזמן לאפשר הקצאת זכות לגורם ריכוזי בנסיבות בהן הקצאתה לגורם זה צפויה להועיל לענף ולמשק; והשנייה, הגדלת הוודאות והשקיפות באשר לשיקולים שמנחים את הוועדה כמתחייב מעקרונות הדין המינהלי. תכליות אלה ישרתו כמובן את הוועדה, אך בה בעת צפויות להועיל גם למאסדרים השוקלים שיקולי ריכוזיות כלל-משקית כנדרש בחוק, ולהיטיב עם חברות עסקיות המבקשות לתכנן את התנהלותן העסקית. מעבר לכך, המסמך יקנה לציבור הרחב ולקבוצות עניין כלים שיאפשרו הכרה והבנה של שיקולי ריכוזיות כלל-משקית שמנחים את הוועדה בייעוצים שהיא מעניקה למאסדרים.

כגודל חדשנותו של חוק הריכוזיות כך גם הזהירות הנדרשת בהפעלתו. שימוש בלתי מרוסן ובלתי מבוקר בשיקולי ריכוזיות כלל-משקית על מנת למנוע מגורמים המבקשים לקבל זכויות ורישיונות או שמבקשים לרכוש נכסים מן המדינה מלעשות כן, אף אם הם נחשבים לגורמים ריכוזיים, עלול

³ הוועדה פועלת מכוח סעיף 40 לחוק ושלושת חבריה הם הממונה על הגבלים עסקיים, המשמשת כיו"ר, מנכ"ל משרד האוצר או ראש אגף כלכלה במשרד האוצר וראש המועצה הלאומית לכלכלה או אחד מסגניו.

⁴ סעיף 5(ב) לחוק קובע כי מאסדר המבקש להקצות זכות לגוף המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים – בין רישיון או חוזה בתשתית חיונית ובין החזקה בשיעור משמעותי – חייב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהתייעצות עם הוועדה לצמצום הריכוזיות.

⁵ ראו סעיף 5(ה) לחוק.

⁶ השימוש במונח "השפעה" של גורם ריכוזי במסמך זה עוסק בהשפעה עודפת שנוצרה כתוצאה מריכוזיות כלל-משקית. ⁷ לסקירה של פתרונות רגולטוריים שניתנו במסגרת דיני ההגבלים העסקיים, לבעיות שונות של ריכוזיות מצרפית במשק בשיטות משפט זרות ודיון בפתרונות אלו, ראו *Study of Aggregate Concentration: a Journal of Antitrust Enforcement* 282 (2016).

⁸ טיוטת מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית שפרסמה הוועדה לשימוע ציבורי ביום 17 בינואר 2017. *of Competition Law Solutions*, 4(2) JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 282 (2016).

לפעול כחבר פיפיות, ולפגוע בצמיחה ובהתפתחות המשק. בו-בזמן, שומה עלינו לזכור כי בעוד הרווח שעשוי להתקבל כתוצאה מהקצאת זכות לגורם ריכוזי יוכל להיראות בטווח הקצר ולהימדד בכלים ברורים, הפגיעה הצפויה מהגדלת הריכוזיות הכלל-משקית תתרחש על-פי רוב רק בטווח הארוך ותהיה מעורפלת יותר. מסמך זה מבקש להציע כלים להתמודדות עם קושי זה, על מנת לסייע ביד קובעי המדיניות לתת מקום ראוי וביטוי נכון לשיקולי הריכוזיות הכלל-משקית בעת החלטת ההקצאה של נכסי מדינה.

המתודולוגיה מבוססת על הנימוקים המפורטים בטיטת המלצות הוועדה להגברת התחרותיות במשק⁹ (להלן **דו"ח הביניים**) ודברי ההסבר לחוק,¹⁰ על חוות דעת הוועדה שפורסמו עד למועד זה,¹¹ על כתיבה אקדמית בתחומים רלוונטיים ועל הערות שהתקבלו לטיטת המתודולוגיה שפורסמה כאמור. מסמך זה עשוי להתעדכן מעת לעת, בהתאם לניסיון שיצטבר בוועדה ובהתאם להתפתחות המחקר האקדמי או הפסיקה בנושא.

מפת הדרכים של המסמך היא כדלקמן: תחילה נעמוד על טיבו של המונח "ריכוזיות כלל-משקית". נראה כי הוא עוסק ברכישת כוח מיקוח והשפעה כלפי קובעי המדיניות ונעמוד על הבעיות שאלו מעוררים (פרק ב). נמשיך בהצגת עקרונות לניתוח הקצאות לגורמים ריכוזיים בשלושה שלבים: (1) קביעת פרמטרים למדידת כוח המיקוח וההשפעה של גורם ריכוזי (פרק ג); (2) ניתוח ההקצאה וזיהוי הקצאות שעשויה לקום הצדקה למניעתן (פרק ד); (3) תיאור אופן השפעת ההקצאה של הזכות לגורם הריכוזי על היקף הריכוזיות הכלל-משקית (פרק ה). לבסוף, נבחן את הדרכים בהן עשויה להיפגע רווחת הצרכנים כתוצאה מהימנעות מהקצאה לגורם ריכוזי (פרק ו), ונציג את האיזון שתבצע הוועדה בין החשש מהגדלת הריכוזיות הכלל-משקית לבין האפשרות כי מניעת ההקצאה תגרור פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים (פרק ז).

כל ההדגשות בציטוטים שבמסמך זה הוספו.

ב. ריכוזיות כלל-משקית - מהי?

ריכוזיות כלל-משקית היא תופעה בה נכסים רבים – ומשמעותיים – מוחזקים בידי מספר קטן של שחקנים. כך תוארה התופעה בדברי ההסבר לחוק:¹²

"המשק בישראל מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה בהשוואה לשווקים אחרים ברחבי העולם. ריכוזיות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שמספר מצומצם של אנשי עסקים שולט בשיעור ניכר של נכסים ריאליים ופיננסיים במשק."

שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בוחנים את יכולת המיקוח וההשפעה העודפת מול קובעי המדיניות שיווצרו לגורם ריכוזי כתוצאה מהרחבת פעילותו בתחומי תשתית חיונית. שיקולי ריכוזיות כלל-

⁹ טיטת המלצות הוועדה להגברת התחרותיות במשק **דו"ח ביניים** (2011):

http://mof.gov.il/Committees/CompetitivenessCommittee/TyuyatRec_Report.pdf

¹⁰ הצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה התשע"ב 706 (להלן **דברי ההסבר לחוק**).

¹¹ חוות דעת הוועדה מתפרסמות באתר משרד האוצר בכתובת:

<http://mof.gov.il/Committees/Pages/CentralizationDecreaseCommittee.aspx>

¹² עמ' 1084 לדברי ההסבר לחוק.

משקית שונים משיקולי התחרות הענפית אשר מקובל לבחון במסגרת דיני התחרות וההגבלים העסקיים בשני מימדים: (1) מקור היכולת לייצר פגיעה, אשר אינו נובע מכוח שוק ענפי כמובנו של מונח זה בעולם ההגבלים העסקיים, אלא מכוח מיקוח והשפעה של השחקן כלפי דרג מקבלי ההחלטות; (2) סוג הפגיעה האפשרית, שטיבו פגיעה כללית יותר באינטרס הציבורי ולא דווקא פגיעה בתחרות.

באופן יותר ספציפי, הקצאת זכות בתשתית חיונית עשויה להעלות חששות לפגיעה בתחרות הענפית בענף בו מתבצעת ההקצאה, כאשר ההקצאה מעניקה לשחקן כוח שוק בענף או יוצרת תנאים לקיומו של שיווי משקל מתואם בין השחקנים. עשוי לעלות אף חשש מפגיעה בתחרות בענף שמשחק לענף בו מבוצעת ההקצאה.¹³ ככלל, מאחר שחששות אלו מצויים בתחום התחרות הענפית,¹⁴ יש לדון בהם במסגרת סמכות הייעוץ של הממונה על הגבלים עסקיים לעניין שיקולי תחרותיות ענפית בהקצאת זכויות.¹⁵

בשונה מאלו, החשש העומד בבסיס התזה לקיומה של ריכוזיות כלל-משקית הוא הפעלת כוח מיקוח והשפעה כלפי מקבלי ההחלטות שנמצאים הן בדרג המאסדר (הרגולטור המקצועי) והן בדרג הפוליטי (חברי כנסת וממשלה). לשם הנוחות, נתייחס אל כל מקבלי ההחלטות במסמך להלן כאל "קובעי מדיניות".

בבסיס השיקולים אליהם התייחסה הוועדה להגברת התחרותיות במשק, עמד החשש מפני העוצמה וההשפעה שיוצרת ההחזקה בגורמים הריכוזיים כלפי המדינה:¹⁶

"לריכוז הבעלות בתשתיות חיוניות יכולות להיות השלכות מרחיקות לכת על רווחת הציבור בטווח הארוך. כך למשל, העובדה שגורמים פרטיים מעטים מחזיקים בחלק משמעותי מתשתית חיונית, עלולה בתנאים מסוימים להקנות לגורמים אלה יכולת מיקוח והשפעה עודפת מול המדינה, גם אם לא לעניין עצם הקצאת הזכויות, אלא לאחר ההקצאה האמורה. אחזקה משמעותית זו, עלולה לשמש מנוף לקניית כוח רב בשווקים אחרים, כולל כוח שאינו כלכלי דווקא".

השפעה עודפת על קובעי המדיניות עלולה לגרום לכך שהחלטות שונות שיתקבלו בתחומי פעילותו של אותו שחקן ייטיבו עמו על חשבון האינטרס הציבורי. הפגיעה באינטרס הציבורי עשויה לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות. כך למשל שחקן הפועל בתחום התשתיות עלול לקדם חקיקה מקלה

¹³ לדוגמה, ענף שהמוצרים בו הם תשומה בייצורם או בשיווקם של מוצרים בענף אחר או שהם מוצרים שמטבעם או לפי תנאי מסחר מקובלים מיוצרים, משווקים או מופצים יחד או שהם מוצרים משלימים. ראו הגדרת שוק מוצר משיק בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה), תשס"ו-2006.

¹⁴ כך גם בעמ' 1091 לדברי ההסבר: "אמנם, במקרים מסוימים, עלולה להיגרם פגיעה באינטרס הציבורי גם אם יגדלו אחזקותיו של בעל הזכות באותו תחום תשתית או בתחום תשתית חיונית המצוי באותו נושא, אך בהקשר זה תיבחן ההקצאה, ככלל, בהיבט התחרותיות. לעומת זאת, קיים חשש כי האינטרס הציבורי ייפגע ברמה המשקית, כתוצאה מהרחבת ההשפעה של הגורם הריכוזי לתחום תשתיות אחר, שאינו באותו נושא".

בהקצאות מסוימות יתכן חשש מפגיעה תחרותית הנובעת מממשק בין-שוקי (Multi Market Contact). ממשק בין-שוקי מתרחש כאשר שחקנים נפגשים במספר זירות פעילות ומתעורר החשש כי מפגשים אלו ישפיעו על דפוסי הפעילות התחרותיים בשווקים אלו, כדוגמת תמרוץ השחקנים שלא להתחרות בצורה אינטנסיבית בשוק א – או להימנע כליל מלהיכנס לתחום – מחשש לתגובה חריפה בשוק ב. מאחר שגם חשש זה נוגע להשפעות תחרותיות של מתחרים בשווקים בהם הם פועלים, בדיקתו, ככל שהדבר יימצא רלוונטי, תיעשה במסגרת בדיקה של התחרותיות הענפית.

¹⁵ ראו סימנ ג בפרק ב לחוק הריכוזיות, שעניינו החובה של מאסדרים לשקול שיקולי תחרותיות ענפית בהקצאת זכויות והחובה לשקול שיקולים אלו בהתייעצות עם הממונה על הגבלים עסקיים כאשר הזכות מנייה ברשימת הזכויות שפרסמה הממונה.

¹⁶ עמ' 215 לדו"ח הביניים.

בתחום איכות הסביבה או לקדם הקלות בתחום התכנון והבנייה הפוגעות ברווחתם של התושבים באזור. שחקן אחר עשוי לזכות בהקלות מיסוי חריגות הפוגעות בהכנסות המדינה ממסים. פגיעות אלו עשויות להתקיים גם כאשר כלל השחקנים באותו ענף נהנים מהן אך הציבור הרחב יוצא נפגע.

במקרים אחרים עשוי שחקן בעל השפעה להביא לרגולציה שמיטיבה עמו ביחס לשחקנים אחרים בענף, דוגמת קביעת תקנים הנותנים עדיפות למוצר שהוא מייצר או קבלת מענקים מיוחדים מהמדינה. רגולציה המעניקה יתרונות שאינם נובעים מיעילות כלכלית לשחקן אחד על חשבון האחר פוגעת בדינמיקה התחרותית של הענף וכן בעקרונות השוויון וההוגנות.

לעיתים, קשה להצביע באופן מדויק על המנגנון שבאמצעותו ייגרמו פגיעות כאלו באינטרס הציבורי, בפרט שהן עשויות להתרחש בשלבים ולא בבת אחת. גם בחינה בדיעבד לא תוכל תמיד להוכיח שפגיעות אלה נגרמו בשל ריכוזיות כלל-משקית.

כוח המיקוח וההשפעה המדוברים עלולים להיווצר כתוצאה מתרחישים שונים אשר המשותף להם הוא ההשפעה שהם יוצרים על הליך קבלת ההחלטות של קובעי המדיניות: לחצים אלו עלולים להיות תוצאה של "שבי רגולטורי" שמתקיים בממשק שבין השחקן לבין קובע המדיניות; להיווצר באמצעות החזקה בתשתית משמעותית אשר השפעתה על המשק והחשש מפני השבתתה או שיבוש פעילותה יוצרים לחץ כלפי מקבלי ההחלטות;¹⁷ לקום בשל השפעה מאקרו-כלכלית של עסקיו של גורם או בשל פעילותו בצמתים מרכזיים במשק;¹⁸ להיווצר כתוצאה מהחזקה משמעותית בענף התקשורת שהיא בעלת השפעה על השיח הציבורי היוצרת בתורה השפעה על עמדת קובע המדיניות; לנבוע מהחזקות אחרות בעלות עניין ציבורי או מתרחישים אחרים עליהם לא עמדנו.¹⁹ נפרט.

תיאוריית השבי הרגולטורי מתייחסת למצב בו החלטותיו של קובע המדיניות מוטות לטובת גורם כלפיו הוא "שבוי". ההטיה נעשית בין אם על חשבון האינטרסים של שחקנים אחרים בענף ובין אם על חשבון האינטרסים של הציבור הרחב.²⁰ אין מדובר בהכרח בשחיתות, וההטיה של קובע המדיניות עשויה להיעשות גם באופן בלתי מודע.²¹ ככל שיש לגורם מסוים קשר הדוק יותר עם קובע המדיניות, כך קובע המדיניות עלול להיות מוטה יותר בתהליך קבלת ההחלטות לטובת אותו גורם ולתת משקל חסר לטובתן של פירמות אחרות ושל הציבור הרחב.

ההטיה עשויה להתקבל, בין היתר, כתוצאה מקיומם של פערי מידע בין קובע המדיניות לבין השחקנים הפעילים בשוק, המביאים לכך שחלק מהחלטותיו מתבססות על מידע מגמתי או חלקי המוצג על-ידי שחקנים שהם בעלי נגישות גבוהה אליו.²² מפגשים תכופים בין קובע המדיניות לגורם

¹⁷ ראו סעי' 4(א)(2) ו-4(א)(3) לחוק המגדירים כגורמים ריכוזיים קבוצות שהיקף הפעילות שלהן בתחומי תשתית חיונית עולה על מחצית מהפעילות בתחום וקבוצות שמחזיקות לפחות בעשרה רישיונות או חוזים באמצעות לפחות ארבעה תחומי תשתית חיונית.

¹⁸ ראו סעי' 4(א)(1) לחוק המגדיר כגורמים ריכוזיים קבוצות שכוללות גופים פיננסיים או תאגידים ריאליים משמעותיים.

¹⁹ ראו סעי' 4(א)(1)(3) לחוק המגדיר כגורם ריכוזי גוף המחזיק בעיתון יומי, ברישיון שידורים או במפיק חדשות.
²⁰ Daniel Carpenter, *Detecting and Measuring Capture*, in PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST (Moss and Carpenter and David Moss 57, 58-60 (2013) (להלן *Carpenter and Moss*)).

²¹ Luigi Zingales, *Preventing Economists' Capture*, in PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST (Moss and Carpenter and David Moss 124, 124-125 (2013) (להלן *Moss and Zingales*)).

²² Ernesto Dal Bo, *Regulatory Capture: a Review*, Vol. 22, No. 2 OXFORD REVIEW OF ECONOMIC POLICY 203, 204 (2006) (להלן *Dal Bo*)).

מסוים עשויים גם הם להביא לאימוץ נקודת מבטו של אותו גורם על התעשייה והפנמת האינטרסים שלו, תוך זיהויים בטעות כאינטרסים של הציבור.²³

הטיה זו גדלה אף משום שפעמים רבות הציבור הרחב כלל לא מודע לצעדים שאותם שוקל קובע המדיניות להוציא אל הפועל ולכן אינו משמיע בפניו את עמדתו. לכך יש להוסיף את העובדה שלציבור הרחב קשה יותר ומשתלם פחות להתאגד ולהשמיע את קולו, בין היתר משום שהעלות מוטלת על פרטים מעטים בזמן שהתועלת מתחלקת על פני רבים.²⁴

כוח מיקוח והשפעה עודפת עלולים להיווצר גם באמצעות **החזקה בתשתית חיונית משמעותית** או **החזקה בפעילות שנמצאת בצומת מרכזי במשק**, בשל ההשפעה המשקית הרחבה הטמונה באלו.²⁵ עצם החשש מפני הפסקה או שיבוש ההפעלה של תשתית שהיא חיונית לפעולתו הסדירה של המשק, מפעיל לחץ על מקבלי ההחלטות להיענות לדרישות המחזיקים בה. מקובל לכנות חשש זה בשם "הורדת השלטר" בשל הדימוי של סגירת מתג ההפעלה של תחנות הכוח לייצור חשמל. אין חובה כי איום זה אכן ימומש או כי מומש בעבר. לעיתים ההפך הוא הנכון: דווקא העובדה כי האיום לבדו מספיק על מנת להפעיל לחץ ולהשיג את היעדים המבוקשים, עשויה ללמד על עוצמתו של אותו איום. תשתיות חיוניות מתוארות בדו"ח הביניים כך:²⁶

"תשתית חיונית הינה תשתית מהותית בעלת מאפיינים ציבוריים, הנוגעת לכלל הציבור או לחלק משמעותי ממנו ושהספקתה הסדירה חיונית לציבור בישראל. מדובר על תשתיות, שבאמצעותן ניתנים לציבור הרחב שירותים מרכזיים, הנדרשים לקיומם התקין של אורחות החיים. בחלק מהמקרים אף מדובר במשאבים מתכלים או מוגבלים. לגבי מרבית השירותים, המובאים בנספח 5.1 למסמך זה, סברה המדינה שיש אינטרס ציבורי המצדיק הסדרה רגולטורית המבטיחה את האינטרסים הציבוריים, וביניהם הספקה סדירה ותקינה של השירות ואת איכותו".

"הורדת שלטר" יכולה להתבטא גם בעיכוב של הקמה, הפעלה או שיפור תשתית חיונית או בפגיעה באיכות השירות הניתן בה. תיתכן אף הפעלת לחצים שמקורם בפעילות פיננסית או ריאלית בעלת משמעות מיוחדת למשק, אף אם אינה בתחום תשתית חיונית.

כך לדוגמה, החזקה במפעל המספק תשומות משמעותיות למפעלי המשך שונים עשויה להקנות לבעלי כוח מיקוח בשל השפעתו המשקית ובשל היכולת לאיים בשיבוש פעילותו. באופן דומה, קבוצה שכוללת פירמה פיננסית שבידיה השפעה רבה על המערכת הכלכלית ולפעילותה קשרי גומלין משמעותיים עם ענפים אחרים במשק, עלולה להפעיל לחצים שיביאו לעיוותים בקבלת ההחלטות של המערכת הרגולטורית.

²³ Carpenter and Moss, לעיל ה"ש 20, בעמ' 18-20.

²⁴ Dal Bo, לעיל ה"ש 22, בעמ' 204-205.

²⁵ ראו עמ' 1089 לדברי ההסבר לחוק: "באופן מיוחד מושם הדגש על תשתית בעלת מאפיינים ציבוריים הנוגעים לכלל הציבור או לחלק משמעותי ממנו ושהספקתה הסדירה חיונית לציבור בישראל. לצד אלה מושם דגש גם על משאבים ציבוריים ונכסי ציבור, כאשר בחלק מן המקרים משאבי הציבור הם משאבים מצומצמים או מוגבלים".

²⁶ ראו עמ' 214 לדו"ח הביניים.

הפעלת לחץ על קובע המדיניות יכולה להיעשות גם באמצעות **החזקות בתחום התקשורת**. החזקות אלו זוהו על-ידי המחוקק כבעלות השפעה על הריכוזיות הכלל-משקית. ראו למשל בעמ' 1091 לדברי ההסבר לחוק :

"שליטה בעיתון יומי בתפוצה ארצית שקולה, מבחינת חשיבותה הציבורית, להחזקה בתשתית חיונית, ולכן הקצאה של זכות בתשתית חיונית לגורם כזה מעלה אף היא חשש להגברת הריכוזיות הכלל-משקית".

ואכן, מחקרים מתחום הכלכלה הפוליטית מוצאים כי מתקיימות השפעות הדדיות בין הנושאים המדווחים בתקשורת לבין הנושאים שנמצאים על שולחנם של מקבלי החלטות.²⁷ מחקרים אלו הצביעו על התקשורת החדשותית כגורם העיקרי אשר מנגיש לציבור מידע על החלטות מדיניות, נוכח קיומה של א-סימטריה בין מקבלי החלטות לבין הציבור הרחב בנוגע למידע על תהליכים פוליטיים והחלטות מדיניות. בהיותה ספקית המידע העיקרית של הציבור לגבי הנעשה בממשלה, התקשורת היא גם בעלת השפעה רבה על קביעת סדר היום הציבורי דרך בחירתה לדווח – או בחירתה שלא לדווח – על נושאים מסוימים או להציג אותם בצורה מסוימת.²⁸

בו בזמן, בדומה למודל של "רגולטור שבוי", הספרות האקדמית מתארת מצב של "תקשורת שבויה", אשר פועלת לקידום רגולציה המיטיבה עם קבוצות מסוימות על חשבון אחרות באמצעות מניפולציה של המידע החדשותי עליו היא מדווחת. התקשורת יכולה להיות שבויה בידי השלטון או בידי קבוצות אינטרסים המעוניינות להשפיע על דעת הקהל.²⁹ בספרות יש תימוכין לכך שבעליהם של גופי תקשורת משפיעים על התוכן החדשותי שמוצג על-ידי הגופים שבעלותם, באופן המשרת את האינטרס הכלכלי שלהם.³⁰ המודל הכלכלי של גופי תקשורת אשר עיקר הכנסותיהם מתקבלות מענף המדיה והפרסום, עשוי להעניק כוח גם למפרסמים הגדולים, בשל החשש מפני פגיעה בתקציב פרסום שהוא משמעותי לקיומו של אותו גוף תקשורת.³¹ צירוף הדברים מלמד על כוחם של גופי

²⁷ Itzhak Yanovitzky, *Effects of News Coverage on Policy Attention and Actions: A Closer Look Into the Media-Policy Connection*, 29(4) COMMUNICATION RESEARCH 422 (2002).

²⁸ לסקירת ספרות בנושאים אלו ראו: Prat, A and Strömberg, D, *The Political Economy of Mass Media*, in ADVANCES IN ECONOMICS AND ECONOMETRICS: THEORY AND APPLICATIONS, PROCEEDINGS OF THE TENTH WORLD CONGRESS OF THE ECONOMETRIC SOCIETY 27,31 (2013).

גם בית המשפט העליון הכיר בכך ש"ענף תקשורת זה [של חדשות] אוצר בתוכו כוח השפעה רב על עיצוב דעת הקהל והוא שולט על מקורות מידע חיוניים המוזרמים לציבור בתחומים שונים" (ע"מ 6352/01 **חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת**, פ"ד נו(2) 118 (2001)).

²⁹ Besley, T and Prat, A, *Handcuffs for the Grabbing Hand? The Role of the Media in Political Accountability*, 96(3) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 720, 722 (2006).

³⁰ כך לדוגמה, מחקר אמריקאי שחקר דיווח עיתונאי על חוק שהקל במגבלות על בעלות של ערוצי טלוויזיה מצא שעיתונים שבעליהם פעלו בתחום הטלוויזיה – כך שעמדו להרוויח מהחוק – דיווחו עליו בצורה אוהדת יותר מאשר עיתונים בהם לא הייתה בעלות צולבת שכזו. Gilens, M and Hertzman, C, *Corporate ownership and news bias: newspaper coverage of the 1996 Telecommunications Act*, 62(2) THE JOURNAL OF POLITICS 369 (2000). במקרה אחר בארה"ב בחר עיתון מסוים שלא לסקר פרויקט מים גדול ושנוי במחלוקת שמומן מכספי משלם המסים ובוצע על-ידי חברת האם של החברה שהחזיקה בעיתון, בעוד עיתונים אחרים בחרו שכן לסקר אותו BEN H. BAGDIKIAN, *THE MEDIA MONOPOLY* (5th ed. 1997).

ראו פירוט נוסף בפרק 4 לחוות דעת הוועדה בנושא קביעת תנאי המכרז למתן רישיונות שידור לערוצים נושאים מיום 30.3.15, העוסק בקיומן של השפעות הדדיות בין דיווחים חדשותיים לבין קביעת מדיניות.

³¹ ראו למשל מסמך שהגיש רשות ההגבלים העסקיים ל-OECD בינואר 2013 בנוגע לריכוזיות בשוק רכש המדיה בישראל. באותו המסמך עמדה הרשות על כך שנוכח מבנה העלויות של ערוצי הטלוויזיה, המאופיינת בעלויות קשיחות והסתמכות על הפרסום כערוץ הכנסה עיקרי, הסטת פרסום מערוץ תקשורת אחד לשני עשויה להוות איום משמעותי על ערוץ טלוויזיה. המסמך מופיע באתר הרשות בכתובת <http://www.antitrust.gov.il/mediabuying.aspx>.

התקשורת, המחזיקים בהם והגורמים המממנים אותם (גופי המדיה והפרסום), להשפיע על סדר היום של מקבלי החלטות ועל תוכן החלטותיהם.

לאחר שזיהינו את הריכוזיות הכלל-משקית ככוח מיקוח והשפעה עודפת כלפי קובעי המדיניות ותיארנו תרחישים עיקריים שמביאים להיווצרותם של אלו, נבקש כעת לסקור את הכלים העומדים לרשותנו לשם מדידה והערכה של מידת הריכוזיות של גורם ריכוזי רלוונטי, ואת ההשפעה של הקצאה מסוימת על מידת הריכוזיות שצפויה להיווצר לו לאחר שתוקצה לו הזכות בתשתית החיונית.

ג. פרמטרים למדידת כוח המיקוח וההשפעה של גורם ריכוזי

המחוקק הכיר בכך שמדידת הריכוזיות הכלל-משקית מחייבת מבחן מורכב, המושפע מפרמטרים אשר משתנים בין הקצאות שונות, בהתאם לאופי השחקנים ותחומי הפעילות הרלוונטיים:

"שיקול זה ייבחן בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ולזיקה ביניהם, שכן בכל תחום משמעותם של שיקולים אלו עשויה להיות שונה, בין השאר, בשל נתונים הנוגעים למבנה התחום, זהות הגורמים הפועלים בו, משמעותו וחשיבותו המשקיים והציבוריים, והזיקה בינו לבין תחומים אחרים" (עמ' 1092 לדברי ההסבר).

המחוקק אימץ מספר אינדיקטורים לשם זיהוי קבוצות עסקיות אשר סוג והיקף ההחזקות שלהן עשויים לייצר להן כוח מיקוח והשפעה עודפת ולאפשר להן להפעיל לחצים מול קובעי המדיניות ועל כן נכללות ברשימת הגורמים הריכוזיים לפי החוק:

"התנאים המפורטים לעיל, מהווים כאמור תנאי סף לקביעת גורם כ"גורם ריכוזי" לצורך הוראות סימן ב' המוצע. [...] כך כאשר בעל זכות הוא גוף פיננסי או תאגיד ריאלי משמעותי במשק וכך כאשר גורם מחזיק בלמעלה ממחצית מן הפעילות בתחום תשתית חיונית, אף אם אין הוא באותה העת גם גוף פיננסי או תאגיד ריאלי משמעותי" (עמ' 1089 לדברי ההסבר).³²

התרחישים היוצרים כוח מיקוח והשפעה מול קובעי המדיניות (אשר תוארו בפרק הקודם) והאינדיקטורים שקבע המחוקק לקביעת גורם כריכוזי משמשים להגדרת שלוש קבוצות של משתנים אשר יאפשרו להעריך את מידת כוח המיקוח וההשפעה הנתונים לגורם ריכוזי המועמד להקצאת זכות: (א) תחומי פעילות חיוניים; (ב) נתוני פעילות מאקרו-כלכליים; (ג) מאפיינים שעשויים להצביע על השפעה רגולטורית-פוליטית; כפי שיפורט עתה:

1. תחומי פעילות חיוניים

ככל שתחום פעילות חיוני יותר, במובן זה שסדירות אספקתו למשק הכרחית יותר והפסקה או שיבוש בפעילותו תביא לתוצאות חמורות יותר למשק ולציבור, אזי למחזיק באותה פעילות קיימים כוח מיקוח והשפעה רבים יותר כלפי קובעי המדיניות. כוח המיקוח וההשפעה שבידי גורם בעל

³² סעיף 4 לחוק קובע כי תאגיד ייכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים אם הוא או קבוצת המחזיקים שאליו הוא משתייך הם גוף פיננסי משמעותי, תאגיד ריאלי משמעותי, גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה, היקף הפעילות המצטבר שלו בתחום תשתית חיונית עולה על מחצית מכלל הפעילות באותו תחום או שהוא בעל זכות בלפחות ארבעה תחומי תשתית חיונית, באמצעות לפחות עשרה רישיונות או חוזים.

פעילות בתחום תשתית חיונית מושפעים גם ממעמדו התחרותי של הגורם בתחום – ככל שמעמדו התחרותי דומיננטי יותר, כתוצאה ממבנה השוק ומהיקף החזקותיו בתחום, כוח המיקוח וההשפעה שבידיו משמעותיים יותר.³³ גורם ריכוזי יכול גם למנף את כוח המיקוח וההשפעה שמקנות לו החזקותיו לעבר הקצאות בתחומים בהם שוררת תחרות. כמו כן, ככל שאותו שחקן מחזיק בהחזקות רבות יותר ומשמעותיות יותר בתשתיות חיוניות שונות, יגדלו כוח המיקוח וההשפעה שלו.

אם כן, יינתן משקל למידת חיוניות תחומי התשתית בהם לגורם הריכוזי זכויות, להיקף פעילותו ומעמדו באותם תחומים ולכלל הזכויות והתחומים בהם הוא פועל.

על מנת לזהות את תחומי הפעילות שנחשבים כתחומים חיוניים, נפנה בראש ובראשונה לרשימת התשתיות החיוניות המפורטת בתוספת לחוק. ברי, כי קיימת שונות ברמת החיוניות של התחומים המנויים שם. לא הרי החזקת תשתית שפעילותה היומיומית הכרחית לפעילותו התקינה של המשק כהרי החזקת משאב ציבורי שמשפיע על המשק באופן עקיף בלבד, ועל כן יש להבחין בין התחומים השונים על-פי מידת השפעתם וחיוניותם.

ככלל, סבורה ועדת הריכוזיות שהתחומים החיוניים ביותר במשק הישראלי שהשפעתם מהותית והפסקה, או למצער פגיעה בפעילותם השוטפת, היא בעלת השפעה חמורה ומיידית על תפקודו של הפרט והמשק כולו, הם :

- ייצור, הולכה וחלוקה של חשמל וניהול מערכת החשמל ;
- הפקה ואספקה של מים לשתייה ושירותי ביוב ;
- זיקוק, אחסנה, הולכה וניפוק של מוצרי דלק ;
- הפקה, אחסון, הולכה וחלוקה של גז טבעי ;
- אספקת שירותי טלפוניה קווית ואינטרנט.

לצד אלו, יש מספר תחומים נוספים שהם חיוניים במידה גבוהה, מפני שפעילותו התקינה והשוטפת של המשק תלויה בהם :

- אספקת שירותי טלפוניה ניידת ;
- שירותי נמלי תעופה בינלאומיים ונמלי-ים ;
- שירותי תחבורה ציבורית של רכבות ואוטובוסים, בינעירוניים ועירוניים – במרכזי מטרופולין.

הדירוג המתואר של חיוניות התשתיות עולה בקנה אחד עם הגישות המקובלות לעניין זה בארץ ובעולם.³⁴

³³ הגדרת תאגיד ריאלי משמעותי בסעיף 30(א1) לחוק מתייחסת באופן מפורש למחזור מכירות בשוקי מונופולין.
³⁴ סקירה מפורטת של שירותים חיוניים בהם מוגבלת זכות השביתה במדינות שונות ניתן למצוא בסקירה של הלשכה המשפטית של הכנסת "הגבלת זכות השביתה בשירותים חיוניים – סקירה משווה" מיום 9 בספטמבר 2013 בכתובת: <https://main.knesset.gov.il/Activity/Info/LegalDepartmentSurveys/Survey090913.pdf>

אף החזקה בזכות בתחום התקשורת והשידורים, בפרט כשהיא מאפשרת לשדר שידורי חדשות ואקטואליה, עשויה להגביר את השפעתו של הגורם הריכוזי הזוכה בה כלפי קובעי המדיניות. לפי החוק, גורם שמוגדר כ"בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה", וכל גורם שמשתתף לקבוצת המחזיקים שלו, נחשב לגורם ריכוזי ללא מבחני נתח שוק או היקף פעילות.³⁵ מכאן, ניתן ללמוד על המשקל הרב שהעניק המחוקק להשפעה שיש לפעילות בתחומים אלו על הריכוזיות הכלל-משקית.

יודגש, כי יתרת התשתיות החיוניות המנויות בתוספת לחוק הכרחיות אף הן לפעילותו השוטפת של משק מודרני, והחזקה משמעותית בהן צפויה ליצור למחזיק כוח מיקוח והשפעה אך זאת במידה פחותה לעומת התשתיות המתוארות לעיל. עם זאת, יתכן כי שירות שמידת חיוניותו אינה גבוהה היום יהפוך לחיוני יותר, ויקנה למחזיק בו כוח מיקוח והשפעה.

לצורך בחינת כוח המיקוח וההשפעה העודפת של גורם ריכוזי יילקחו בחשבון אף תחומי פעילות שלא נמנו ברשימה שבתוספת לחוק, אם אלו מעניקים יכולת להשפיע על קובעי המדיניות. למשל תחומי פעילות המייצרים לגורם הריכוזי ממשקים משמעותיים מול קובעי המדיניות, מקנים לו שליטה על תשומות חשובות לשווקים חיוניים או מציבים אותו בצמתים מרכזיים במשק.

2. נתוני פעילות מאקרו-כלכלית

ככלל, פרמטרים אלו אינם מתייחסים לתחומי הפעילות הספציפיים של הגורם הריכוזי, אלא לנתוני הפעילות הכלליים שלו במשק. כאינדיקטורים להערכת חשיבותו המאקרו-כלכלית של הגורם הריכוזי ייבדקו, בין השאר, המשתנים הבאים:

- **גודל הגורם הריכוזי:** היקף פעילותו של גורם הוא משתנה חשוב להערכת השפעתו על הפעילות הכלכלית במשק. לגורם ריכוזי בעל פעילות נרחבת אף עשויה לעמוד אפשרות להשיג יתרונות על פני מתחרים אחרים (באמצעות שדלנות, לדוגמה).³⁶ את היקף פעילותו של הגורם הריכוזי ניתן למדוד במספר דרכים:
 - גודלו האבסולוטי במונחי פדיון, אשראי וכדומה;
 - גודלו היחסי ביחס לקבוצות עסקיות אחרות במשק כפי שעולה ממדדים שונים, דוגמת משקלו בסך התוצר או בסך הייצוא במשק, משקלו והשפעתו על שוק ההון, משקלו ביצוא ממדינת ישראל ופרמטרים נוספים המדרגים אותו ביחס לתאגידים אחרים במשק.
 - היקף הנכסים המנוהלים על ידו, והיקף האשראי שהוא מספק לגורמים במשק.
- **חשיבות הפעילות לענפי משק אחרים:** בחינה מאקרו-כלכלית תיקח בחשבון את חשיבות פעילותו של שחקן לענפי משק אחרים. פעילות בתחום שנמצא בצומת מרכזי במשק מבחינת השפעתו על שווקים אחרים עשויה להקנות לגורם ריכוזי השפעה עודפת. כך למשל,

³⁵ ראה סעיף 4(ו) לחוק.

³⁶ השפעת הגודל של השחקנים על הריכוזיות במשק נידון במספר מאמרים. ראו לדוגמה: Lawrence J, White, *Trends in Aggregate Concentration in the United States*, Vol. 16, No. 4 THE JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 137, 140-142 (2002).

לגופים פיננסיים עשויה להיות השפעה ענפה על פעילויות שונות במשק, פעילויות שתלויות באשראי שאלו מספקים או בהשקעותיהם. השפעה זו, עשויה להעניק כוח מיקוח, בפרט אם מדובר במימון פעילויות בתחומי תשתית חיונית.³⁷

• **מועסקים שמאוגדים בוועדי עובדים בעלי כוח מיקוח והשפעה:** אינדיקטור נוסף שעשוי להצביע על ריכוזיות כלל-משקית של גורם הוא העסקה של עובדים המאוגדים בוועד בעל כוח מיקוח והשפעה. במקרים שבהם לעובדים המאוגדים ולמעסיק אינטרס קרוב ביחס לנושא שעתידו מוכרע על ידי קובעי מדיניות, קיים חשש שהוועד ישמש כלי בידי המעסיק או בעלי השליטה בו להפעלת כוח מיקוח והשפעה כלפי קובעי מדיניות.³⁸ במצבים כאמור, הוועד עשוי להפעיל כוח מיקוח והשפעה לטובת העובדים המיוצגים על ידו, על דעת עצמו אף ללא תיאום או הכוונה מצד המעסיק, באופן שישרת את עניינו של המעסיק. החשש מהטיה של פעילות שלטונית לטובת הגורם הריכוזי בעקבות לחץ מצד ועד העובדים, זהה בין אם המעסיק מעורב ביצירת הלחץ ובין אם לאו.

כוח המיקוח וההשפעה שבכוחם של ועדי עובדים להפעיל ועוצמתם הפוליטית מושפעים ישירות מהקשר ההדוק שבין השירותים שהגוף שבו הם פועלים מספק לבין מוסדות השלטון, מחיוניות התחום בו הם פועלים ומחשיבות פעילותו השוטפת.³⁹ עוצמתם הפוליטית של הוועדים עשויה לנבוע גם מקשר שהם מקיימים עם גורמים פוליטיים או ממעורבותם בעשייה פוליטית.⁴⁰

על חוזקו של ועד מול קובעי המדיניות עשויים להצביע גם מספר המועסקים המיוצגים על ידו, המיקום הגיאוגרפי של הגוף בו הם מאוגדים או האיפיון התעסוקתי בגוף.⁴¹

³⁷ ראו התייחסות בחוות הדעת הנוספת של הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר השתתפות גורמים ריכוזיים בהקצאת פרויקט JNET (5.6.18) (להלן **חוות הדעת בעניין ה-JNET**).

³⁸ ראו Reuben Gronau, *Regulation – the corridor to liberalization: the experience of the Israeli phone market 1984-2005*, JOURNAL OF REGULATORY ECONOMICS, SPRINGER, VOL. 32(3), 287, 305 (2007). במאמר זה מוצג כי ועדי עובדים במונופול עשויים להשפיע מהותית על המגבלות הרגולטוריות שמופעלות כלפי המונופול, כשלעובדים אינטרס חזק לשמר את כוחו על מנת לגזור את נתחם מהרנטה המונופוליסטית. גרונאו מציין כי דפוס זה חוזר בתחומי תשתית חיוניים שונים בהם: טלפוניה, בתי זיקוק, נמלים, חשמל, גז, דלק ומים.

³⁹ "תרומה נוספת ליוקר המחיה בישראלי היא חוסר יכולתה של הממשלה לקדם שינויים מבניים המעודדים תחרות, בייחוד במונופולים ממשלתיים. דוגמא לכך הוא כוחם העודף של ועדי עובדים בתשתיות חיוניות, אשר בכוחם להפעיל לחץ רב, בעלויות כלכליות רחבות היקף, הגורם לפגיעה בציבור, על מנת לשמור על האינטרסים של הקבוצה" (ועדת טרכטנברג לשינוי חברתי-כלכלי בנושא יוקר המחיה **דוח הוועדה** כשלי הרגולציה והשפעתם על יוקר המחיה והתחרויות (2011)). ראו גם פסק דינו של הנשיא שמגר שהתייחס לתוצאות שעלולות לנבוע מהפעלת כוח לא מבוקרת על ידי ועד עובדים: "השביתה הפוליטית - הבאה לכפות על רשויות השלטון מעשה או מחדל שלא היו מוכנים לו אלמלא השביתה - מעוררת בעיות חוקתיות וחברתיות רבות: במשטר דמוקרטי יש בה כדי לפתוח פתח להשלטת רצונם של השובתים על המוסדות הדמוקרטיים הנבחרים ולכוון הליכים על-פי כוח הכפייה של גופים חוץ-שלטוניים ואף של קבוצות מיעוט בעלות יכולת כפייה הלכה למעשה. ייתכן שיש מדינות, בהן הפסקת חשמל כללית, לרבות זה המוזרם לבתי-חולים ולבתי התינוקות, יכולה להביא אף את המחוקק לכל מעשה חקיקה הנדרש ממנו, אך אין ספק שיחד עם המפולת המוסרית נפגעת בכך, באופן מהותי ביותר, גם דרך הפעולה של הדמוקרטיה כזאת" (בג"ץ 525/84 **נביל חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מ(1) 673, פס' 14).

⁴⁰ ראו לילך ליטור, "חוקתיות רגולטורית בעידן ההפרטה ושביתה", מחקרי משפט לא (2018), עמ' 379, 390.

⁴¹ ועדי עובדים בגוף שאינו מעסיק גדול בהיבט הארצי, עשויים אף הם להיות בעלי השפעה רבה כשהגוף הוא מעסיק דומיננטי עבור משלחי יד הנתפשים כבעלי חשיבות משקית או השפעה פוליטית גבוהה או כשהגוף ממוקם באזורים בעלי חשיבות לאומית, פוליטית או אחרת. למשל, בשל אינטרס ציבורי ביישוב אזור מסוים שמושפע מאפשרויות התעסוקה באזור, או בשל הרגישות הציבורית בפגיעה בתעסוקה בפריפריה.

3. מאפיינים שעשויים להצביע על השפעה רגולטורית

קבוצה נוספת של פרמטרים על-פיהם יימדדו כוח המיקוח וההשפעה של גורם ריכוזי, מבקשת לזהות את סוג וטיב הקשרים שעשויים להגביר את עוצמת ההשפעה של גורם ריכוזי על קובעי מדיניות ולהגביר את החשש מפני היווצרות התופעה של "שבי רגולטורי":

- **ממשק רגולטורי תכוף:** מערכת יחסים קבועה ומתמשכת בין הגורם לבין מקבל ההחלטות בממשלה עשויה להביא למצב של שבי רגולטורי. ככל שהממשק בין הגורם לבין קובע המדיניות תכוף ורב-שנים, כך יגדל החשש להיווצרותו של יתרון מול אותו קובע מדיניות.⁴² לקיומו של ממשק תכוף עשויים להיות אינדיקטורים שונים. כך למשל, תחומים עתירי רגולציה עשויים להעיד על ממשק תכוף בין קובע המדיניות לבין השחקנים בשוק, נוכח הצורך של קובע המדיניות לעצב ולאכוף את הרגולציה אל מול הגורמים המפוקחים.⁴³ גם תחומים בהם ניתן לזהות שדלנות אינטנסיבית עשויים ללמד על ממשק תדיר עם קובע המדיניות ועל חשש לקיומו של שבי רגולטורי.⁴⁴ היקף פעילות הלובי שמפעיל הגורם הריכוזי יישקל כפרמטר להערכת ריכוזיות כלל-משקית של גורם.
- **תלות של קובע המדיניות בגורם:** תלות של קובע המדיניות בגורם עשויה להגדיל את החשש לשבי רגולטורי. תלות כאמור עשויה להיגרם כשלקובע המדיניות קשה להחליף את הגורם בספק אחר, בפרט בטווח הזמן הקצר, במקרים בהם ביצועי הגורם משפיעים על הצלחת קובע המדיניות, ובתחומים מורכבים עם פערי מידע המביאים לכך שקובע המדיניות נסמך על המידע המועבר אליו מגורם דומיננטי בשוק.
- **החזקה בכלי תקשורת:** שליטה או החזקה משמעותית בכלי תקשורת עשויה להיחשב ככלי משמעותי להגברת כוחו של גורם כלפי קובע המדיניות, מכוח השפעתם על עמדות הציבור ועל מקבלי ההחלטות. השפעה זו מקבלת משנה תוקף כשאמצעי התקשורת מגישים לציבור חדשות ואקטואליה ועוצמתה מושפעת מהיקף החשיפה הציבורית לה זוכים אמצעים אלו. ככל שגורם ריכוזי בעל פעילות ענפה ומשמעותית יותר בתחומים רבים, לרבות בתשתיות חיוניות, כך האפקט הפוטנציאלי שעשויה להקנות לו החזקה בכלי תקשורת ביצירה ובהפעלה של כוח מיקוח והשפעה מול קובעי המדיניות מתעצם.⁴⁵ השפעה תקשורתית כאמור מושגת משימוש באמצעי התקשורת המסורתיים אך גם מפלטפורמות שונות, כגון אמצעי מדיה מקוונים, משרדי פרסום וחברות רכש מדיה. בנוסף, ייתכן שלגורם תהיה

⁴² דוגמה למדידה אמפירית של משתנה זה ראו Bonardi et al, *Nonmarket Strategy Performance: Evidence from U.S. Electric Utilities*, Vol. 49, No. 6 THE ACADEMY OF MANAGEMENT JOURNAL, 1209 (2006) במאמר נבחן השינוי בשיעורי הרווח המפוקחים המוטלים על חברות החשמל במדינות שונות בארה"ב. אחד המשתנים המסבירים שנמצא חיובי באופן מובהק הוא פניה של החברה למאסדר בשלוש השנים האחרונות. החוקרים מייחסים את העלאת המחיר המפוקח למיומנות שצברו החברות בממשק עם המאסדרים.

⁴³ Adi Ayal, *The Market for Bigness: Economic Power and Competition Agencies' Duty to Curtail it*, Vol. 1, No. 2 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 221, 226 (2013).

⁴⁴ ראו למשל בפס' 34 לחוות הדעת בעניין צומת. לצורך זיהוי פעילות שדלנית ניתן לעיין באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/About/Lobbyist/Pages/Lobbyist.aspx>

⁴⁵ ראו חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר כפוף להתחייבותה שלא לפעול בתחום התקשורת בישראל (2.1.19).

השפעה תקשורתית אף אם אין בידי החזקות בתחום התקשורת, למשל אם הוא משקיע משאבים רבים בפרסום באמצעי התקשורת.⁴⁶

קבוצות אלו של משתנים ישמשו את ועדת הריכוזיות לשם הערכה של כוח המיקוח וההשפעה של הגורם הריכוזי עובר להקצאת הזכות המדוברת, לצד היקף כוח המיקוח וההשפעה שיהיו בידי לאחר ההקצאה, על מנת להעריך את שיעור הגידול בריכוזיות הכלל-משקית כתוצאה מהקצאת הזכות לאותו גורם ריכוזי. באשר למשתנים שאינם ניתנים לזיהוי בעזרת נתונים זמינים או ידועים, השימוש בהם ייעשה רק אם קיימות אינדיקציות ברורות לקיומם.

ד. ניתוח ההקצאה

בחירת הקצאת זכות מחייבת ניתוח זהיר של ההקצאה ומדידת כוח המיקוח וההשפעה הטמונים בה, בין אם מדובר ברישיון בתחום תשתית חיונית, חוזה או החזקה בשיעור משמעותי בתאגיד שבידי המדינה.⁴⁷

מדידת ריכוזיות כלל-משקית של הקצאה נעשית באופן דומה לבחינת כוח כלל-משקי של גורם ריכוזי כמתואר בפרק ג' לעיל. ככל שתחום הפעילות שבו מתבצעת ההקצאה חיוני יותר, טמונים בהקצאה כוח מיקוח והשפעה משמעותיים יותר. מדידת ההשפעה הכלל-משקית שההקצאה מקנה תסתמך גם על מעמד ההקצאה בתחום – ככל שהקצאה תעניק לגורם הזוכה בה מעמד דומיננטי יותר בתחום, כתוצאה ממבנה השוק ומהיקפה, יהיה בכך לתרום לגידול משמעותי יותר בכוח המיקוח וביכולת ההשפעה שהיא תקנה. מאידך גיסא, ככל שמדובר בהקצאה שמאפשרת לזוכה בה להיות רק אחד מיני רבים, והנסיבות לא מצביעות על כך שהזוכה יוכל לרכוש מעמד משמעותי בתחום,⁴⁸ כוח המיקוח וההשפעה שההקצאה תיתן לו יהיו מצומצמים יותר.⁴⁹

תקופת ההקצאה משפיעה אף היא על היקף ההשפעה וכוח המיקוח הטמון בה. הקצאה שניתנת לזמן קצר תעניק כוח מוגבל ביחס להקצאה לתקופה ארוכה או בלתי מוגבלת. ואולם גם כשמדובר בהקצאה לתקופה קצרה, ראוי לבחון אם ועד כמה סביר שתקופת ההקצאה תוארך, ולהתייחס לכך כבר במועד מתן ההקצאה.

ההשפעה העודפת שיוצרת ההקצאה והיכולת להפעיל את כוח המיקוח שטמון בה תלויות במאפיינים הפרטניים של הענף: כך למשל, כשמדובר בשוק חדש, במובן של העדר שחקנים פעילים בשוק, עשויה להיות חשיבות רבה לזהות השחקן הראשון שמתחיל לפעול בו בשל האפשרות שהוא יתפוס נתח שוק משמעותי אשר יקשה על כניסת מתחרים בעתיד. יתירה מכך, בשוק צעיר השחקנים הראשונים עשויים להיות גם בעלי השפעה על עיצוב הרגולציה שתונהג בו, ושחקן ריכוזי עלול לקדם רגולציה שתיטיב עם השחקנים בשוק על חשבון האינטרס הציבורי.⁵⁰

⁴⁶ ראו חוות הדעת בעניין ה-JNET, פס' 53.

⁴⁷ ראו הגדרת "זכות" בסעיף 2 לחוק.

⁴⁸ כך לדוגמה במקרים בהם מדובר בהקצאת זכות שאינה מוגבלת מטבעה, ערכה הכלכלי, או הדין החל עליה.

⁴⁹ כפי שפורט לעיל, כוח המיקוח וההשפעה שבידי גורם כתוצאה מהחזקות אחרות שלו עשויים לאפשר לו השפעה עודפת גם בפעילות בתחום תחרותי. כמו כן, תיתכן הפעלת כוח מיקוח גם בתחום תחרותי בעל חיוניות מיוחדת.

⁵⁰ ראו עמ' 5-6 לחוות הדעת בעניין פצלי השמן.

גם שווקים שזוכים לפחות מודעות ציבורית או שווקים מרובי רגולציה, עשויים לספק הזדמנויות לגורם הריכוזי לקידום רגולציה המיטיבה עימו. מאידך גיסא, בשוק המפוקח על-ידי מאסדרים רבים, הצורך להשפיע על מאסדרים רבים יותר עשוי להקשות על הפעלת כוחו של הגורם. כך גם בשווקים תחרותיים עם שחקנים רבים המעורבים בהם או בשווקים הזוכים להתעניינות וביקורת ציבורית רחבה, היכולת להפעיל כוח מיקוח והשפעה עשויה להיתקל בקשיים רבים יותר נוכח המודעות של גורמים רבים לנעשה בהם.

גם הדרך שבה מוקצית הזכות עשויה להשפיע על החשש מהפעלת כוח כלל-משקי בהקצאה. ככל שהליך ההקצאה פומבי וגלוי לציבור, החשש מהימצאות המאסדר תחת "שבי רגולטורי" בהליך ההקצאה ייקטן. כך לדוגמה, החשש מצטמצם במקרים בהם נערך הליך פומבי וגלוי ביחס להקצאות שנעשות באופן ישיר על ידי מאסדר. יחד עם זאת, אין בכך כדי לגרוע מהשפעת ההקצאה על הריכוזיות הכלל-משקית.

הניתוח האמור נוגע גם למקרים בהם מתבצעת הפרטה של חברה ממשלתית או העברת אמצעי שליטה בחברה שהוכרז לגביה בצו כי למדינה "אינטרס חיוני" בפעילותה.⁵¹ באלו, כמו בהקצאות אחרות יש לבחון את חיוניות תחום פעילות החברה, את מעמדה בתחום, את מאפייני התחום ואת היקף ההקצאה.

שיקולי ריכוזיות כלל-משקית אינם מתמצים במדידת כוח המיקוח וההשפעה שעשויים להיות לגורם הריכוזי ובבחינת הכוח המשקי שטמון בהקצאה. יש להוסיף ולבחון את משמעות צירופם יחד. זאת, אלא אם בחינת ההקצאה תלמד כי מדובר בהקצאה שלא טמון בה פוטנציאל לתוספת כוח של ממש. במצבים כאמור או במקרים בהם מדובר בגורם שאינו בעל ריכוזיות כלל-משקית ניכרת ואין בידיו כוח מיקוח והשפעה ממשיים, הוועדה תיטה להודיע למאסדר בהתאם לסעיף 6(ב) לחוק כי אין בכוונתה לייעץ. תרחיש נוסף בו הוועדה לא תייעץ, על פי רוב, הוא כשגורם מבקש לזכות בהקצאה שתגדיל את שיעור החזקתו בבעלת זכות בה הוא כבר שולט כשארן בהגדלה שינוי ממשי במנגנוני קבלת ההחלטות בבעלת הזכות.⁵²

ה. השפעת הקצאת הזכות לגורם הריכוזי על הריכוזיות הכלל-משקית

המחוקק זיהה כי מספר מצומצם של קבוצות גדולות חולשות על חלק משמעותי מהתשתיות החיוניות שהקצתה המדינה, וכי קבוצות אלה צברו כוח רב, בין השאר, בעקבות הזכויות שהוקצו להן בנכסים ציבוריים. מסיבה זו ביקש המחוקק להביא לכך שהקצאת זכות בתחום תשתית חיונית תיעשה תוך שקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית. סעיף 5(ד) לחוק מסביר שעניינם של שיקולים אלו הוא ב-

⁵¹ סעיף 8 מחייב את רשות החברות הממשלתיות לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולהתייעץ עם הוועדה בטרם תגבש חוות דעת או תזכיר לממשלה לעניין האפשרות להקצות זכות לגורם ריכוזי במסגרת הפרטה ולעניין תנאיה, ובכלל זה מתן שליטה בתאגיד שבידי המדינה או אמצעי שליטה בתאגיד כאמור בשיעור של 20% או יותר. סעיף זה עוסק גם בהכרזה בצו כי למדינה "אינטרס חיוני" כאמור בסעיף 59(א)(4) לחוק החברות הממשלתיות התשל"ה-1975 או ביחס להעברת שליטה בחברות שהוכרז כאמור לגביהם.

⁵² גישה זו מקובלת בדיני ההגבלים העסקיים. ראו עמודים 18-17 להנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (2007) **הגבלים עסקיים** 500631.

"מניעת הרחבת הפעילות של גורם ריכוזי, בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ובהתחשב בזיקה ביניהם".

דברי ההסבר לחוק מסבירים כי בכל הנוגע לתשתיות חיוניות, מניעת הרחבת הפעילות נועדה לבזר את כוח המחזיקים בהן ולהגדיל את מספר השחקנים בתחום:

"שיקולי ריכוזיות כלל-משקית עניינם בביזור הכוח המוענק למחזיקים בתשתיות חיוניות, כך שהרחבת שליטה של מחזיק חזק אל תשתית חיונית נוספת לזו שבה הוא פועל, תיעשה באופן מבוקר ותוך שקילת כל ההשלכות הרלוונטיות".⁵³

ובהמשך -

"מטרת ההסדרים הקבועים בפרק ב' המוצע, כפי שהוצעו גם על ידי הוועדה לבחינת הריכוזיות במשק, ואומצו בידי הממשלה, היא לצמצם את ההתרחבות של גורמים אלה לתחומי תשתית נוספים, למנוע את שילוב הזיקות וההשפעה בין תחומי משק שונים ומאסדרים, ולקדם את הגדלת מספר השחקנים בתחום התשתיות החיוניות".⁵⁴

על מנת להעריך את הגידול בריכוזיות הכלל-משקית כתוצאה מהקצאת הזכות, אין להסתפק בהערכה סטטית של הגידול בריכוזיות הנובע מההקצאה כמפורט בפרק ד לעיל, אלא יש לבצע בחינה דינמית ופרטנית של השפעת ההקצאה על יכולתו של אותו גורם ריכוזי להפעיל כוח מיקוח בשווקים הרלוונטיים.

כך, ניתן לחשוב על שתי דרכים עיקריות בהן התרחבותו של גורם ריכוזי לתשתית חיונית תאפשר לו להפעיל כוח מיקוח והשפעה לאחר ההקצאה. הראשונה, נוגעת ליכולתו למנף את כוח המיקוח וההשפעה החדשים שהתקבלו כתוצאה מההקצאה, לעבר פעילויות קיימות של הגורם הזוכה בשווקים אחרים. במקרה בו ההקצאה מקנה כוח מיקוח והשפעה משמעותיים הרי שהדבר ישפיע על כל גורם שיזכה בהקצאה. על כן במקרה זה יהיה צורך לבחון את הגורמים החלופיים אשר עשויים לקבל את ההקצאה ולהעדיף גופים פחות ריכוזיים. השנייה, מתייחסת ליכולת של גורם, שברשותו כוח מיקוח והשפעה כתוצאה מהחזקותיו בשווקים אחרים, להשתמש בהם בשוק שבו נעשית הקצאת הזכות. מטבע הדברים, גם הפוטנציאל לפגיעה מסוג זה יגדל ככל שהגורם ריכוזי יותר עובר להקצאה. חששות אלו מתחזקים ככל שקיימת זיקה בין תחומי הפעילות של הגורם הריכוזי לבין ההקצאה.⁵⁵ במקרים בהם תמצא הוועדה שההקצאה צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית, היא תפנה לבחון אם יש בצידה של ההקצאה תועלת צרכנית משמעותית העשויה להצדיק פגיעה זו. על כך נעמוד כעת.

⁵³ עמ' 1085 לדברי ההסבר לחוק.

⁵⁴ ראו עמ' 1089 לדברי ההסבר לחוק. יצוין כי בשונה מהצעת החוק, חוק הריכוזיות קובע שגם תאגידים ריאליים משמעותיים או גופים פיננסיים משמעותיים, אשר אינם מחזיקים בתשתית חיונית עובר להקצאה, ייחשבו כגורמים ריכוזיים. חוות הדעת בעניין ה-JNET התייחסה הוועדה לצורך בהגדלת מספר השחקנים הפועלים בתחומי תשתית חיונית.

⁵⁵ זאת בהתאם להוראת הסיפא של סעי' 5(ד) לחוק "בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ובהתחשב בזיקה ביניהם". ראו גם חוות הדעת בעניין צומת, פס' 30, 60 ו-68.

ו. החשש מפני פגיעה ברווחת הצרכנים

לצד החובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, סעיף 5(ה) לחוק מורה לוועדה להבטיח כי הפעלת סמכותה לא תביא לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים:

"הוראות סעיף זה יחולו על אף האמור בכל דין, ובלבד שהפעלת הסמכות לפיהן תיעשה באופן שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים".

מכאן, שגם במקרים בהם תסבור הוועדה כי ההקצאה אכן צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית, עליה לבחון אם יש בצידה תועלת צרכנית משמעותית העשויה להצדיק הגדלה זו של הריכוזיות במשק. רווחת הצרכנים תיבחן כאן 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 וביטחון וכדומה.

פגיעה ברווחת הצרכנים בשל הגבלת גורם ריכוזי מהשתתפות בהקצאת זכות, עשויה לבוא לידי ביטוי בשתי דרכים מרכזיות:

(א) **פגיעה בהליך התחרותי להענקת רישיונות:** איסור על שחקנים להשתתף בהליך הקצאה תחרותי מביא מעצם טיבו להקטנת מספר המתמודדים. כתוצאה מכך ההליך התחרותי של ההקצאה עשוי להיפגע, וממילא הצרכנים עשויים לספוג פגיעה ברווחתם. מידת הפגיעה בהליך התחרותי תושפע ממספר המתמודדים הנותרים אך גם מזהותם של השחקנים. כך, ככל שמדובר בגריעתו של שחקן בעל תועלות משמעותיות בתחום הצפוי לתת הצעה תחרותית, או ככל שמספר המתמודדים בהליך התחרותי קטן יותר, היעדרותו של הגורם הריכוזי מהמכרז צפויה להביא לאובדן לחצים תחרותיים משמעותיים יותר בהליך התחרותי, ותפחת ההצדקה להתנגד להשתתפותו. לחילופין, ככל שגופים רבים יותר מתמודדים על ההקצאה ובין השחקנים הנותרים יש חברות יעילות, מנוסות או בעלות יכולות מיוחדות אחרות בתחום (דוגמת חדשנות), כך הפגיעה בהליך התחרותי תפחת ותגדל ההצדקה להתנגד להשתתפותו של הגורם הריכוזי.⁵⁶

חוק הריכוזיות מחייב את המאסדר לפנות לוועדה בשלב מוקדם ככל האפשר.⁵⁷ יחד עם זאת "ייתכנו מצבים שבהם לא יהיה ניתן לשקול שיקולים כאמור בשלב מוקדם וטרם השתתפות של גורמים שונים בהליכי ההקצאה".⁵⁸ קרי, לעיתים על מנת לגבש המלצה מושכלת בעניין השפעת השתתפותו של גורם ריכוזי בהליך הקצאה, יש צורך במידע על זהותם וטיבם של המשתתפים בהליך התחרותי. במקרים אלו, הוועדה עשויה לבקש למסור את חוות דעתה רק

⁵⁶ ראו ניתוח המשתתפים בפס' 65-58 ופס' 81-78 בחוות הדעת בעניין ה-JNET.

⁵⁷ החובה לפנות לוועדה בשלב מוקדם ככל האפשר נועדה להגן על הוודאות הרגולטורית, על הוודאות העסקית של גורמים ריכוזיים המבקשים כי תוקצה להם הזכות ועל יעילותם של הליכי ההקצאה.

⁵⁸ ראו סעיף 6(א) לחוק ודברי ההסבר להצעת חוק הריכוזיות, עמ' 1093.

לאחר שנתונים אלו יתבררו, למשל לאחר סיום שלב המיון המוקדם ובחינת עמידת המשתתפים בהליך בתנאי הסף.⁵⁹

(ב) הפסד התועלות מכניסת הגורם הריכוזי לענף: במובחן מהשיקולים הנוגעים להגדלת הריכוזיות הכלל-משקית, עשויים להיות מקרים בהם התחרות הענפית או המשק כולו יצאו נשכרים מכניסה של גורם ריכוזי לענף ספציפי. כך למשל במקרה בו הענף נשלט על-ידי גורמים דומיננטיים, או אז דווקא שחקן גדול (וריקוזי במובן הכלל-משקי) עשוי להיות בעל פוטנציאל טוב יותר להתחרות בענף ולחולל בו תחרות.⁶⁰ כך, גם במקרה של הקצאת זכות בשוק אשר הכניסה אליו דורשת השקעות רבות וידע טכנולוגי מתקדם או ניסיון בינלאומי, יתכן שיהיה מקום לשקול את התועלת בכניסה של שחקנים בעלי אמצעים וידע אשר יוכלו לפתח את השוק, גם כאשר אלו גורמים ריכוזיים. מניעת ההקצאה מהגורם הריכוזי במקרים אלו תביא להפסד התועלות לרווחת הצרכנים.

במקרים בהם תשתכנע הוועדה כי החלטה שלא להקצות זכות לגורם ריכוזי כלשהו תוביל לפגיעה קשה בתשתית החיונית שבבסיס הזכות או בפיתוחה, יינתן משקל מוגבר לתועלות שעשויות לקום משימור או מפיתוח התשתית על ידי הגורם ריכוזי.⁶¹

ז. המלצת הוועדה: איזון בין הגדלת הריכוזיות הכלל-משקית לבין פגיעה ברווחת הצרכנים

בהתאם ללשון החוק, האפשרות להמליץ שלא להקצות זכות לגורם מסוים תישמר לאותם מקרים בהם השתכנעה הוועדה כי ההקצאה צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית, כשבו-בזמן אין בצידה תועלת צרכנית העשויה להצדיק פגיעה זו.

המלצת הוועדה תיעשה מתוך הכרה בכך שעל פי רוב, הניסיון לאזן בין המחיר הכרוך בהגדלת הריכוזיות הכלל-משקית לבין הרווח הצפוי מהענקת זכות לגורם ריכוזי, לוקה בקושי מובנה: בעוד שנוק שיגרם מהגדלת הריכוזיות הכלל-משקית יבוא על פי רוב לידי ביטוי רק בטווח הארוך ויהיה קשה לכימות, הרי שרווח שיתקבל כתוצאה מהקצאת זכות לגורם ריכוזי יוכל לבוא לידי ביטוי כבר בטווח הקצר ופעמים רבות אף להימדד בכלים מוכרים ומקובלים (כגון הגדלת התשלום למדינה במכרז אשר נזקפת לכניסתו של משתתף נוסף ויעיל יותר במכרז).

כבכל מלאכת איזון, הדבר ייעשה בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של המקרה הנדון: ככל שהחשש להגדלת הריכוזיות הכלל-משקית יהיה גבוה יותר, כך תידרש פגיעה חמורה יותר ברווחת הצרכנים על מנת להצדיק הקצאה של הזכות למרות הגדלת הריכוזיות הכלל-משקית. ולהפך, ככל שהחשש

⁵⁹ המלצות כאמור ניתנו על ידי הוועדה, ראו: חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר הקצאת זכות לגורמים ריכוזיים במסגרת פרויקט נתיבים מהירים (8.5.16); חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר הקצאת זכות לגורמים ריכוזיים במסגרת פתיחת המים הישראליים לחיפוש גז ונפט (8.5.16); חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין השתתפות גורמים ריכוזיים במכרז הרכבת הקלה בירושלים (4.12.17); חוות דעת מעודכנת של הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין הפרטת חברת דואר ישראל (25.11.18).

⁶⁰ חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין הענקת רישיון ספק גז לדלק-גז ש.מ. מקבוצת דלק (16.11.17).

⁶¹ השיקול המתואר דומה לשיקולים הנשקלים בעת אישור מיזוג לפי גילוי דעת 1/10: דוקטרינת החברה הכושלת (25.1.2010) **הגבלים עסקיים** 5001563.

להגדלת הריכוזיות הכלל-משקית כתוצאה מההקצאה מתון יותר, כך תספיק פגיעה קלה יותר ברווחת הצרכן על מנת שניתן יהיה להתגבר על חשש זה ולהקצות את הזכות.

דברי ההסבר לחוק עמדו על כך שבמקרים המתאימים יש להימנע מההקצאה או לקבוע במסגרתה תנאים מגבילים שימנעו את הפגיעה באינטרס הציבורי.⁶²

"יש לזכור כי הקצאת זכויות לידיים פרטיות אינה מטרה כשלעצמה, אלא אמצעי להשגת אינטרסים אחרים. לכן, אם מתברר כי הקצאת זכויות או נכסים, במתכונתם הנוכחית, עלולה לפגוע בתחרותיות של המשק או ליצור ריכוז יתר של נכסים או זכויות אצל גורם פרטי כלשהוא, ראוי כי מקבלי ההחלטות יימנעו ממנה כליל, ידחו אותה או יקבעו במסגרת ההקצאה תנאים מגבילים שימנעו את הפגיעה באינטרס הציבורי".

במסגרת שיקול דעתה המינהלי עשויה הוועדה להמליץ על הקצאת הזכות לגורם הריכוזי כפוף לתנאים. המלצה מוחלטת בעד או נגד הקצאת זכות לגורם ריכוזי עשויה שלא לעלות בקנה אחד עם עקרון המידתיות לו מחויבת הוועדה כרשות מינהלית. עקרון המידתיות מחייב בדיקה של כל החלופות אשר עשויות להשיג את התכלית של הסרת החששות העולים מההקצאה, תוך פגיעה מתונה יותר בתועלות העשויות לנבוע ממנה ובזכויותיו של הגורם הריכוזי. יתירה מכך, הצורך לאזן בין שתי מטרות שונות ולעיתים מתנגשות – הרצון שלא להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית מכאן והשאיפה שלא לפגוע ברווחת הצרכנים משם – עשוי להצדיק פתרון מורכב יותר. זאת בדומה להעדפת רשות ההגבלים העסקיים, במקרים המתאימים, לאשר מיזוג בתנאים על פני התנגדות גורפת למיזוג, נוכח התועלות האפשריות למשק כתוצאה מאישור המיזוג.

פתרון זה עשוי לבוא בדמות המלצה לאשר את השתתפות הגורם הריכוזי בהליך ההקצאה, כפוף לתנאים הממתנים את החששות מפני הגברת הריכוזיות הכלל-משקית שההקצאה מעלה, כגון הפסקת פעילות או מכירת נכסים מסוימים אשר יפחיתו את כוח המיקוח וההשפעה של הגורם הריכוזי.⁶³ במקרים אחרים, הוועדה עשויה להמליץ לאפשר את השתתפותו של גורם ריכוזי במכרז, אך להתנות זאת במתן עדיפות בהליך המכרזי לגורמים שאינם ריכוזיים. באופן זה ניתן יהיה להפחית את הפגיעה בהליך התחרותי אשר עשויה היתה להיגרם כתוצאה ממניעת השתתפות הגורם הריכוזי בו, אך להבטיח כי הגורם הריכוזי יזכה בהקצאה רק אם הצעתו תיטיב עם הצרכן, במידה שתצדיק את הפגיעה שתיגרם כתוצאה מהגדלת הריכוזיות הכלל-משקית.

האפשרות להטיל תנאים במקרה נתון, תיבחן בשים לב לתכלית התנאים ונסיבותיה הייחודיות של כל הקצאה. בכל מקרה, הטלת תנאים כאמור תהיה כפופה לשיקולים הכלליים בבחירת תרופה עליהם הצביעה רשות ההגבלים העסקיים בגילוי הדעת שפרסמה בנושא, ובכלל זה התאמת התרופה לחששות הספציפיים העולים מהמקרה, לאפקטיביות הפיקוח והקצאת המשאבים הנדרשים לשם כך, משך הזמן של התנאים המוצעים וודאות עמידת הצדדים בתנאים אלו.⁶⁴

⁶² ראו עמ' 1085 לדברי ההסבר לחוק.

⁶³ חוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין השתתפות IDE במכרז לתכנון, הקמה והפעלה של מתקן התפלת מי-ים נוסף באזור שורק (23.8.18).

⁶⁴ להשוואה ראו, את עמדת רשות ההגבלים העסקיים בגילוי דעת 2/11: הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, (18.7.11) **הגבלים עסקיים** 5001804.

ח. סיכום

מסמך זה ביקש להציג לראשונה את המתודולוגיה לאורה תבחן הוועדה לצמצום הריכוזיות את המלצתה למאסדר המבקש להקצות זכות בתשתית חיונית לגוף ריכוזי. מטרת פרסום המתודולוגיה להבטיח קבלת החלטות ראויה על-ידי הוועדה לאור תכליות חוק הריכוזיות, תוך הגברת הוודאות והשקיפות באשר לשיקולי הוועדה בקרב מאסדרים, תאגידים המנויים ברשימת הגורמים הריכוזיים הכפופים לחוק זה והציבור כולו.

הבחינה שתקיים הוועדה תתמקד בחששות הממשיים הנובעים מהפוטנציאל של גוף ריכוזי בעל כוח מיקוח והשפעה משמעותיים, עובר להקצאת הזכות או כתוצאה מההקצאה, להפעיל לחצים כלפי קובעי המדיניות. מימוש כוח המיקוח וההשפעה עניינם בהשגת יתרונות שאינם נובעים מעילותו הכלכלית, תוך פגיעה באינטרסים של הציבור בתחומי הפעילות של אותו גורם ריכוזי.

מתודולוגיה זו משרטטת קווים מנחים לעבודת הוועדה ותזכה ליישום ופרשנות בהתאם לנסיבותיה הייחודיות של כל הקצאה שתובא בפניה. עם הזמן ניתן יהיה להרחיב ולהעמיק את יסודות הניתוח וקבלת ההחלטות בנושא חדשני זה, ובעת הצורך לשוב ולבצע התאמות במתודולוגיה בעתיד.