

גילוי דעת 2/23 בעניין מעשה של יבואן ישיר

1. רקע –

התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיר.¹ יבוא מקביל יכול להוזיל מחיר לצרכן, בנסיבות מתאימות, למשל על ידי ניצול הזדמנויות של ארביטראז' בינלאומי: היבואן המקביל קונה טובין בשווקים שבהם המחיר שגובה הספק הבינלאומי נמוך מזה שהוא גובה עבור טובין המיועדים לשוק הישראלי, או עודפים מסיטונאי גדול זר בעל כוח קניה משמעותי.² הוזלת מחיר הרכישה של המוצר צפויה להתגלגל, בתורה, לצרכן הישראלי.³ התחרות מיבוא מקביל אף עשויה להיות מקור התחרות העיקרי על ליבו של הצרכן מקום שבו מסיבות שונות לא מתקיימת תחרות בין-מותגית עזה ויבואן מורשה מחזיק בכוח שוק.

כמו כן, גם לתחרות מצד יבוא אישי קיימת חשיבות רבה, הן בהיבט המחיר והן בהיבט המגוון. יבוא אישי מאפשר לצרכנים לרכוש את המוצרים מיבואנים בחו"ל, או אף ישירות מן היצרן, ולייצר בכך, לעיתים, אלטרנטיבה זולה יותר לרכישת המוצר. נוסף על כך, במקרים רבים לקוחות מבצעים יבוא אישי של מותגים שאינם משווקים על ידי היבואן הישיר בישראל ובכך מגדיל הייבוא האיש את מגוון המוצרים שזמינים לצרכן הישראלי.

ביום 21 ביוני 2023 התקבל בכנסת תיקון מספר 23 לחוק התחרות הכלכלית ("התיקון לחוק").⁴ תכליתו המרכזית של התיקון לחוק היא מניעת סיכול או צמצום של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, על ידי היבואן הישיר.

התיקון לחוק קובע את האיסורים הבאים:

131. (א) לא יעשה יבואן ישיר מעשה מהמעשים המפורטים בתוספת, אם מתקיים בו אחד מאלה:

- (1) כתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר, ובשל כך עלולה להיפגע התחרות בענף;
- (2) עיקרו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי;
- (3) הוא עלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי ואינו נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על-ידו כיבואן ישיר.

המעשים המפורטים בתוספת הם כל המעשים הבאים:

1. היותו של היבואן הישיר צד להסדר;
2. התניה או דרישה של תנאים מסחריים;

¹ לעיתים, ייבוא מקביל מגדיל גם את מגוון המוצרים המוצעים לצרכן בישראל ואת כמות המוצרים הנמכרת.
² ר' התייחסות לחשיבות הייבוא המקביל לתחרות בת"כ 16677-03-20 **החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות** פס' 450-449 ("נבו", 27.6.2023) (להלן: "**החברה המרכזית**").

³ RBB ECONOMICS – A REPORT PREPARED FOR THE OFFICE OF FAIR TRADING, COST PASS-THROUGH: THEORY, MEASUREMENT, AND POTENTIAL POLICY IMPLICATION, p. 65 (2014).

⁴ חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 23 והוראת שעה) התשפ"ג-2023, ס"ח 406.

3. שינוי תנאים מסחריים באופן מוסכם או באופן חד צדדי ;
4. התערבות אצל קמעונאי בעניין סימון שונה או אופן הצגה שונה של טובין שיובאו ביבוא מקביל לעומת טובין שיובאו על ידי יבואן ישיר ;
5. סירוב לספק טובין או שירות ;
6. דיווח על טובין שמקורם ביבוא מקביל באופן המאפשר מעקב אחר שרשרת האספקה, כולה או חלקה, של אותם טובין ;
7. שינוי במאפיינים או בתכונות של טובין.

על פי התיקון לחוק, יבואן ישיר הוא אדם שמתקיים לגביו אחד מאלה :

- (1) הוא מייבא לישראל טובין או מפיץ טובין שיובאו לישראל, בהתאם להסדר עם יצרן הטובין במדינת חוץ ;
- (2) הוא מייצר טובין בישראל, מכח הסדר עם אדם במדינת חוץ.

העובדה שאדם שמייבא טובין לישראל או מפיץ טובין כאמור בסעיף קטן (1) או אדם שמייצר טובין בישראל כאמור בסעיף קטן (2), הוא אדם קשור ליצרן המוצרים בחו"ל,⁵ אינה גורעת מהיותו של אותו אדם יבואן ישיר.

אם כן, לאחר התיקון לחוק, על יבואנים ישירים לוודא בעצמם שכל מעשה שהם מבצעים, שכלול בגדר המעשים המנויים בתוספת, עומד בדרישות התיקון לחוק. מעשה של יבואן ישיר בניגוד לדרישות סעיף 131(א) לחוק התכרורות הכלכלית התשמ"ח-1988 ("החוק" או "חוק התכרורות הכלכלית") מהווה הפרה בגינה ניתן להטיל עיצום כספי של עד 8% מהמחזור הכספי של היבואן ולא יותר מכ-111⁶ מיליון שקלים⁷ ומהווה גם עבירה לפי סעיף 47(ב) לחוק התכרורות הכלכלית.⁸

גילוי דעת זה נועד לספק פרשנות של התיקון לחוק ולהעניק הכוונה לציבור, לרבות יבואנים ישירים ויבואנים מקבילים, בשאלה אם מעשה של יבואן ישיר מהווה הפרה של החוק, אם לאו.

יוער, כי גילוי דעת זה עוסק בנושאים שלחלקם השקה לנושאים הנדונים בגילוי דעת 1/18 בעניין פרשנות סעיפים 14(א) ו-15(א) (2) לחוק התכרורות, תשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטור סוג ("גילוי דעת 1/18"). יחד עם זאת, גילוי דעת זה וגילוי דעת 1/18 עוסקים בשני תחומים שונים. בעוד גילוי דעת 1/18 עוסק בפרשנות סעיפים הנוגעים לתחום ההסדרים הכובלים, גילוי דעת זה עוסק בפרשנות סעיפים שנוגעים למעשים של יבואן ישיר. לפיכך, לא ניתן לקרוא את האמור בגילוי דעת 1/18 לתוך גילוי דעת זה ולא ניתן לקרוא את האמור בגילוי דעת זה לתוך גילוי דעת 1/18.

⁵ לעניין הגדרת "אדם קשור" ר' ס' 3(4)(ד) לחוק התכרורות הכלכלית, התשמ"ח-1988.
⁶ נכון ליום פרסום גילוי הדעת הסכום המדויק הקבוע בסעיף 50ד לחוק התכרורות הכלכלית עומד על 111,331,200 שקלים. הסכום מתעדכן ב-1 בינואר כל שנה בהתאם לשינויים במדד המחירים לצרכן.
⁷ בכפוף לחומרת הפגיעה בתכרורות ולנסיבות נוספות, ראו לעניין זה את גילוי דעת 1/16 : שיקולי הממונה על התכרורות בקביעת גובה עיצום כספי.
⁸ חוק התכרורות הכלכלית, ס' 47(ב).

2. סוגי המעשים המפרים את החוק –

על פי סעיף 131(א), רק סוגי המעשים המפורטים בתוספת עשויים לעלות כדי הפרה של החוק. עזזאת, יובהר כי המעשים המנויים בתוספת אינם אסורים כשלעצמם, אלא אך ורק ככל שהם נכנסים לגדר אחד מסעיפי המשנה של סעיף 131(א).

א. סעיף 131(א)(1) – מעשה שכתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר, ובשל כך עלולה להיפגע התחרות בענף –

מטרתו של סעיף זה היא למנוע כל מעשה שכתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי, ובלבד שאותו מעשה עלול לפגוע גם בתחרות בענף.

איסור זה כולל שני רכיבים מצטברים. הראשון, הקבוע ברישא של הסעיף, פותח פתח רחב למעשים שנכנסים בגדרו. הרכיב הראשון אינו דורש שכתוצאה מהמעשה עלולה להיפגע התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, אלא רק שכתוצאה מהמעשה עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי. הבחינה של הרכיב הראשון היא בחינה אובייקטיבית, על פי תוצאתו האפשרית של המעשה. רכיב זה דורש עלילות לפגיעה מסתברת ביבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר. על מנת להיכנס בגדרי הסעיף, אין צורך להוכיח שהמעשה פגע בפועל ביבוא מקביל או ביבוא אישי, אלא שזו תוצאה אפשרית של המעשה.⁹

ואולם, בכך אין די כדי לבסס הפרה של החוק. הרכיב השני הקבוע בסיפא של הסעיף נוגע לניתוח מהותי של השפעת המעשה על התחרות בענף הרלוונטי. כלומר, מעשה יעלה כדי הפרה של החוק לפי סעיף קטן זה כאשר בשל העלילות של המעשה לפגיעה ביבוא מקביל או יבוא אישי, עלולה להיפגע גם התחרות בענף. לפיכך, מעשה של יבואן ישיר שמהווה תחרות לגופו של עניין אינו נכנס לגדרי סעיף זה, וזאת אף אם כתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או אישי.¹⁰

המתודולוגיה לביצוע הניתוח התחרותי בסעיף זה דומה למתודולוגיה לפיה מתבצע הניתוח התחרותי ביחס לסעיפים אחרים בחוק התחרות.¹¹ ככלל, ככל שהתחרות הבין-מיתגית חלשה יותר, כך קיימת חשיבות גבוהה יותר לקיומה של תחרות תוך-מיתגית על המוצר שמקורה ביבוא מקביל או אישי. לכן, ככלל, במצבים אלה, קיימת סבירות גבוהה יותר שמעשה שכתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר, עלול לפגוע גם בתחרות בענף.

⁹ ר' למשל ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל פס"ס' לפסק דינו של שופט רובינשטיין (נבו 10.08.2015); ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים פס"ס' 65 (נבו 16.12.2009); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ', נט"ו (6) 776, פס"ס' 88 ו-185 לפסק-דינו של השופט מצא (2005); עניין החברה המרכזית, לעיל ה"ש 2, פס"ס' 98; ת"כ (הגבלים עסקיים) 40796-01-16 חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות פס"ס' 164-165 (נבו, 23.6.20); ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תשנ"ט (2) 529, פס"ס' 32-37 (2000).

¹⁰ ר' לעניין זה ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ פס"ס' 51 (נבו 07.06.2000) (עניין ידיעות המשלים), שם קבע בית הדין כך: "הפגיעה במתחרים כשלעצמה איננה אסורה. האיסור על הפגיעה במתחרים קם רק כאשר מדובר בתחרות שלא לגופו של עניין".

¹¹ ר' למשל גילוי דעת 1/11 של הממונה על התחרות לעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (23.1.11). אמנם גילוי הדעת נוגע לניתוח התחרותי של מיזוגים אופקיים, אך המתודולוגיה רלוונטית גם לענייננו.

מעשה שמתקיימים בו שני הרכיבים המצטברים המנויים בסעיף 131(א)(1) הוא אסור, אפילו אם הוא נחוץ על מנת להשיג תכלית עסקית לגיטימית.

דוגמה א' - היבואן הישיר של רכבי חברת "אקס-פקטור" הוא היבואן היחיד של הרכבים מסוג זה אשר מיוצרים בחו"ל בלבד ומהווים שוק מובחן. כאשר יבואן מקביל חדש נכנס לשוק, פונה היבואן הישיר לסוכנויות להן הוא מספק את הרכבים וקובע עבור כל סוכנות תכנית הנחות בהתאם לכמות הרכבים שרכשה ממנו הסוכנות בשנה שטרם כניסת היבואן המקביל לשוק. ההנחות ניתנות באופן רטרואקטיבי כך שהגעה של הסוכנות ליעד הרכישה השנתי שנקבע בתכנית ההנחות מעניקה לסוכנות הנחה על כלל הרכבים אשר נרכשו על ידה באותה שנה. מעשה זה מהווה "התניה או דרישה של תנאים מסחריים". בנסיבות אלה, מתן ההנחות הרטרואקטיביות על-ידי היבואן הישיר עלול לדחוק את היבואן המקביל מהשוק שלא באמצעות תחרות לגופו של עניין, ומשכך בנסיבות אלה, המעשה עלול לפגוע בייבוא המקביל ובתחרות בענף ולהוות הפרה של ס' 131(א)(1).¹²

ואולם, אם בעקבות כניסת היבוא המקביל היה היבואן הישיר מתחרה לגופו של עניין באופן אגרסיבי יותר - למשל באמצעות הורדת מחירים,¹³ שיפור השירות ללקוחות וכו', לא היה בכך משום הפרה של סעיף 131(א)(1), אפילו אם כתוצאה ממעשים אלה ייפגע היבוא המקביל.

ב. סעיף 131(א)(2) – מעשה שעיקרו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי –

סעיף זה נועד למנוע מיבואנים ישירים לבצע מעשים שבמרכזם אינה עומדת תכלית עסקית לגיטימית ועיקרם במניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי. מעשים מסוג זה נחשבים מעשים "עירומים". במילים אחרות, על מנת שמעשה המבוצע על ידי יבואן ישיר יהיה מותר על פי החוק נדרש שלמעשה יהיה "עיקר" שאינו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל. "העיקר" צריך לקיים תכלית לגיטימית שנועדה לממש את יבוא ושיווק הטובין על ידי היבואן הישיר.¹⁴

כאשר יבואן מקביל מבצע מעשה (כהגדרתו בתוספת) שעיקרו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, כלומר, מעשה "עירום" שאין לו תכלית עסקית לגיטימית אחרת, לא

¹² ר' לעניין זה ת"כ (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 40796-01-16 חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות פס' 209-238 (נבו 23.06.2020).

¹³ הורדת מחיר מתחת למחיר עלות עשויה, בנסיבות מסוימות, להוות פגיעה בתחרות. ר' למשל התייחסותו של בית הדין לתמחור טורפני בה"ע (מחוזי ירושלים) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים פס' 15 (נבו 21.02.2002) (להלן: עניין אמנה).

¹⁴ או את ייצור ושיווק הטובין במקרה שבו היבואן הישיר הוא יצרן מכח זיכיון.

נדרשת כל הוכחה של עלילות לפגיעה בתחרות מצד יבוא מקביל או אישי או עלילות לפגיעה בתחרות בענף על מנת שהמעשה ייכנס לגדר הסעיף ויפר את החוק.

ככלל, מעשים שנעשים על ידי יבואן ישיר, שהם חלק מפעילות עסקית רגילה ומקובלת, הם לרוב מעשים שעיקרם יבוא ושיווק הטובין על ידו. בהיעדר צורך עסקי לגיטימי בקיומו של המעשה, עיקרו של המעשה הוא בהפחתה או מניעה של התחרות מצד יבוא מקביל. הדברים נכונים גם מקום שבו היבואן הישיר יטען שתצמח תועלת כלשהי מהפחתת התחרות מצד היבוא המקביל או ממניעתו. כאשר קיים חשש שעיקר המעשה של היבואן הישיר הוא מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, על היבואן לשכנע כי המעשה בוצע לצורך עיקר עסקי לגיטימי. הפחתת התחרות מצד היבוא המקביל או מניעתה, כשהן לעצמן, אינן מטרות לגיטימיות, ואין להצדיק מעשים שנועדו לכך בטענה שההפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או מניעתה יביאו תועלת.

כמו כן, על מנת שמעשה ייכנס לגדרו של סעיף 131(א)(2), נדרש כי עיקרו של המעשה יהיה מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל. זאת, להבדיל ממעשים שנעשים על ידי היבואן הישיר במסגרת תחרות לגופו של עניין, גם אם מעשים אלה עשויים להקשות על פעילותו של היבואן המקביל. הכלל הבסיסי לפיו יש למנוע פגיעה בתחרות ולא פגיעה במתחרים חל גם במקרה זה.¹⁵

דוגמא ב' – יבואן ישיר של נעליים מעוניין לשווק את מוצריו לחנויות קמעונאיות.
כתגובה לשינויים שהתרחשו בשווקים, היבואן הישיר החליט להוריד את המחירים שבהם הוא מוכר את הנעליים לחנויות הקמעונאיות. מעשה כזה אמנם נכנס בהגדרת "מעשה" המצויה בסעיף 3 לתוספת כיוון שמדובר ב"שינוי תנאים מסחריים באופן מוסכם או חד צדדי". מעבר לכך, הורדת המחיר על ידי היבואן הישיר מקשה על היבואן המקביל למכור את מוצריו ומחייבת אותו, במקרים מסוימים, להוריד אף הוא את מחיר המכירה לקמעונאים או אף הופכת את יבוא הנעליים על ידו ללא משתלם. אולם, יחד עם זאת, במקרה זה, היבואן הישיר ביצע הורדת מחיר על מנת להתחרות ולשווק כמות גדולה יותר של מוצריו לקמעונאים. לכן, במקרה זה, ברי כי המעשה משרת את התכלית הלגיטימית של שיווק מוצרי היבואן הישיר, ועיקרו אינו במניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל.

דוגמא ג' – יצרן בחו"ל מייצר דגני בוקר המיובאים לישראל על ידי יבואן ישיר.
דגני הבוקר מיוצרים במפעל שבו כל קווי הייצור כשרים. לאחר תקופה שבה מבחין היבואן הישיר שהיבוא המקביל של דגני הבוקר שאותם הוא מייבא הולך וגובר, פונה היבואן הישיר ליצרן ומבקש ממנו לשנות את אופן הייצור במפעל, כך שקו ייצור אחד יהיה כשר, בעוד שאר קווי הייצור לא יהיו כשרים. זאת, על מנת שיבואנים מקבילים יתקשו לייבא את המוצרים לישראל כמוצרים כשרים.

¹⁵ עניין אמנה בפס' 17, לעיל ה"ש 12; ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ פס' 65 (נבו, 12.07.2021); עפר גרוסקופף, אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (התשס"ב), עמ' 112; ר' עניין החברה המרכזית, לעיל ה"ש 2, פס' 361.

בנסיבות אלה, היבואן הישיר הינו צד להסדר לפי סעיף 1 לתוספת. כמו כן, מדובר במעשה שעיקרו מניעה או הפחתה של התכרורות מצד יבוא מקביל. זאת, מאחר שבנסיבות המתוארות, לפניית היבואן בדבר שינוי אופן הייצור במפעל אין כל תכלית עסקית לגיטימית שנועדה לממש את יבוא ושיווק הדגנים על ידיו, ולכן תכליתו המרכזית של המעשה הינה פגיעה בתכרורות מצד יבוא מקביל. לפיכך, המעשה של היבואן נכנס לגדרו של ס' 131(א)(2).

ג. סעיף 131(א)(3) – מעשה שעלול למנוע או להפחית את התכרורות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי ואינו נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על-ידו כיבואן ישיר –

סעיף זה מבטיח שגם כאשר יבואן ישיר מבצע מעשה שיש לו "עיקר" לגיטימי, הוא לא יפגע באמצעות אותו מעשה בתכרורות מצד יבוא מקביל באופן רחב מהנדרש לצורך מימוש אותו עיקר עסקי לגיטימי.

סעיף זה כולל שני רכיבים מצטברים. על פי הרישא, נדרש שהמעשה עלול למנוע או להפחית את התכרורות מצד יבוא מקביל או אישי. הבחינה של הרכיב הראשון היא בחינה אובייקטיבית, על פי תוצאתו האפשרית של המעשה. רכיב זה דורש עלילות למניעה או הפחתה מסתברת בתכרורות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר. על מנת להיכנס בגדרי הסעיף, אין צורך להוכיח שהמעשה מנע או הפחית בפועל את התכרורות מצד יבוא מקביל או ביבוא אישי, אלא שזו תוצאה אפשרית של המעשה.¹⁶

ואולם, בשונה מהסיפא של סעיף 131(א)(1), בה נדרשת עלילות לפגיעה בתכרורות בענף, במסגרת סעיף 131(א)(3) לא נבחנת ההשפעה על כלל התכרורות בענף. השאלה הנשאלת היא האם המעשה עלול להפחית או לפגוע בתכרורות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי וזאת ללא צורך להראות שבשל כך עלולה להיפגע התכרורות בכלל הענף.

כפי שהובהר לעיל, כאשר יבואן ישיר מבצע מעשה תכרורתי לגופו של עניין שכתוצאה ממנו יבואנים מקבילים נדרשים למאמץ משמעותי יותר על מנת להצליח בתכרורות, אין בכך כדי להוות מעשה שעלול למנוע או להפחית את התכרורות מצד יבוא מקביל, הגם שהוא פוגע לכאורה ביבואן וביבוא המקביל. הכלל הבסיסי לפיו יש להגן על הציבור מפני פגיעה בתכרורות ולא מפני פגיעה במתכרורים חל גם במקרה זה.¹⁷

כאשר יבואן ישיר עושה מעשה שעלול למנוע או להפחית את התכרורות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, אזי על מנת להימנע מהפרת החוק היבואן הישיר צריך לוודא שהוא עומד בדרישת הסיפא של הסעיף, היינו שהמעשה יהיה נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו כיבואן ישיר.¹⁸

¹⁶ ר' ה"ש 8 לעיל.

¹⁷ ר' ה"ש 14 לעיל.

¹⁸ כאמור לעיל, גם יצרן שמייצר מוצרים בישראל מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ מוגדר על פי החוק כיבואן ישיר. בהתאם לכך, על מנת לעמוד בדרישות הסיפא של הסעיף, נדרש שהמעשה יהיה נחוץ לצורך מימוש עיקרו של ייצור הטובין על ידי היבואן הישיר מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.

ככלל, מעשים עסקיים של יבואן ישיר נועדו על מנת לאפשר את יבוא הטובין על ידו, זהו ה"עיקר" הכללי של המעשים. יחד עם זאת, כדי לאפשר את יבוא הטובין על ידי היבואן הישיר ייתכן שהיבואן הישיר יבצע מעשים בעלי "עיקר" משני שנועדו לשפר את כושרו התחרותי במסגרת תחרות לגופו של עניין, כגון: מעשים שמשפרים את המוניטין של היבואן הישיר בקרב הצרכנים, מעשים שנועדו לתת שירות ללקוחות, מעשים שנועדו לצמצם פגיעת לקוחות ממוצרים פגומים או מקולקלים ועוד. כל אלה, יחשבו כמעשים שעיקרם יבוא הטובין על ידי היבואן הישיר.

כדי שמעשה יהיה נחוץ הוא צריך לעמוד בשני תנאים מצטברים:

ראשית, המעשה צריך להיות דרוש באופן סביר לצורך שיווק הטובין על ידי היבואן הישיר.¹⁹ על מנת לעמוד בדרישה זו, חייב להתקיים קשר ברור בין ביצוע המעשה לבין תכליתו של המעשה. ללא קשר כאמור, לא ניתן יהיה לטעון שהמעשה עומד בדרישת הנחיצות.

שנית, אף אם המעשה דרוש באופן סביר לשם שיווק הטובין על ידי היבואן הישיר, יש לבחון את נחיצות המעשה לאור קיומן או היעדרן של חלופות מעשיות שהן פוגעניות פחות לתחרות.²⁰ בחינה זו תתבצע בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטיות.²¹ חלופות מעשיות יכולות לבוא לידי ביטוי, למשל, בהצרה או בצמצום מעשים שהם רחבים מהנדרש – כך שיפגעו פחות בתחרות. רוחב יתר עשוי לבוא לידי ביטוי בהיבטים שונים. למשל, כאשר המעשה חל ביחס למוצרים או שווקים שאין צורך שהוא יחול לגביהם,²² כאשר הוא חל ביחס לאנשים או תאגידים שאין צורך שהוא יחול עליהם,²³ או כל פרמטר אחר, שלפיו המעשה רחב מהנדרש לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידי היבואן הישיר ושהצרתו של המעשה תפגע פחות בתחרות.

עצם קיומן של חלופות למעשה שבו נקט היבואן הישיר שהן תיאורטיות גרידא, או שמבחינת ההשפעה התחרותית שלהן, הן עדיפות במידה מזערית בלבד על המעשה, לא ישלול את נחיצות המעשה.

דוגמא ד' – יבואן ישיר מייבא מוצר אלקטרוניקה ואביזרים נלווים למוצר.
היבוא המקביל למוצר עצמו אינו רב, אך קיים יבוא מקביל משמעותי לאביזרים הנלווים. היבואן הישיר חושש מכך שהיבוא המקביל של המוצרים הנלווים אינו תואם למכשירים שמיובאים על ידו ושחיבורם למוצר עשוי להסב נזק למוצר ולפגוע בשביעות רצון הצרכנים ובמוניטין של היבואן. על מנת למנוע את הפגיעה, היבואן הישיר מודיע לכלל הצרכנים שכיוון שהמוצרים שמיובאים ביבוא מקביל עלולים להסב נזק למוצר, אם צרכן יחבר למוצר שסיפק היבואן הישיר אביזר נלווה שסופק לו על ידי יבואן שאינו היבואן הישיר, הוא לא יוכל לתקן את המוצר.

¹⁹ ר' למשל הי"ע 491/98 חברת החשמל לישראל נ' הממונה פס' 47 (נבו, 22.3.99).

²⁰ ר' בשינויים המחייבים לעניינינו ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים פס' 50 (11.12.1997).

²¹ ע"א 6343/11 הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה פס' 36-37 (נבו, 24.12.13).

²² החלטה בדבר מתן פטור להסדרים בין עמינת תעשיות רהיטים ומזרונים בע"מ לבין בעלי מקרקעין, 2010 ההגבלים העסקיים 5001638, עמ' 6.

²³ החלטה בדבר מתן פטור להסדר שבין קסטרו מודל בע"מ, פאלו ריטייל בע"מ וה"ה יוסף גביון ואלי גבי 2017 ההגבלים העסקיים 501153, עמ' 2.

במעבדות של היבואן הישיר. במקרה זה, עלול לעלות ספק של ממש ביחס לעיקרו של המעשה, ויתכן כי עיקרו של המעשה הוא מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל. מכל מקום, לצורך הדוגמא, נניח שעיקרו של מעשה זה הוא בשמירה על המוניטין של היבואן הישיר. יחד עם זאת, בנסיבות מסוימות, מעשה זה עלול למנוע את התחרות מצד יבוא מקביל. שכן, כתוצאה מהמעשה של היבואן הרשמי, עלולים לקוחות רבים להימנע מרכישת אביזרים נלווים שמקורם ביבוא מקביל על מנת לא לאבד את האפשרות לתיקון המוצרים במעבדה של היבואן הרשמי. כמו כן, בנסיבות המקרה, נראה כי מדובר במעשה שאינו דרוש באופן סביר לשם שיווק הטובין על ידי היבואן הישיר. היבואן הישיר יכול לנקוט בקשת רחבה של מעשים אחרים שאינם עלולים למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל, או במעשים שעלולים למנוע את התחרות מצד יבוא מקביל אבל שהם נחוצים לשם שיווק הטובין על ידו כיבואן ישיר. למשל, היבואן הישיר יכול לכתוב על גבי המוצר שחיבור מוצרים נלווים שאינם תואמים למוצר, עלול להסב נזק למוצר וכי עלויות התיקון עלולות להיות גבוהות בשל הנזק שנגרם.

יובהר כי האמור בדוגמה מתייחס לתיקון המוצר שסופק על ידי היבואן הישיר בלבד ולא לתיקון המוצר הנלווה של היבואן המקביל.

דוגמא ה' – יבואן ישיר משווק לקמעונאים במשך שנים מוצרים רבים וביניהם גבינה שמיוצרת במערב אירופה. הלקוחות התרגלו לטעם של המוצר והם ממשיכים לקנות אותו באדיקות, למרות קיומם של מוצרים תחליפיים אחרים בשוק. באחד הימים מתחיל יבואן מקביל לייבא גבינה מאותו מותג ממדינות במזרח אירופה. היבואן הישיר בישראל מבחין בכך שהטעם של הגבינה שמיובאת על ידי היבואן המקביל שונה מזו המיובאת על ידו. יחד עם זאת, האריזות של שני המוצרים הן זהות. היבואן הישיר חושש שלקוחות שכבר התרגלו לטעם של הגבינה במשך שנים ייקנו את המוצר מיבוא מקביל ויטעו לחשוב שהגבינה מקולקלת או שהטעם של הגבינה שהם אהבו השתנה. היבואן הישיר חושש מפגיעה במוניטין שלו, או מירידה במכירות עקב השינוי בטעם. לפיכך, היבואן הישיר מחליט לסמן את המוצרים שמיובאים על ידו בסרט אדום שעליו כתוב "יבוא על ידי היבואן הישיר", כך שכל לקוח יידע שאלו מוצרים מיבוא ישיר ולא מיבוא מקביל. מעשה זה עשוי להיכנס לגדר סעיף 7 שבתוספת "שינוי במאפיינים או בתכונות של מוצר". סימון המוצר באדום משרת תכלית עסקית לגיטימית של מניעת פגיעה במוניטין של המוצר ושל היבואן הישיר, ולכן עיקרו אינו פסול. הסימון בסרט האדום נחוץ לצורך מניעת הפגיעה במוניטין, שכן, בנסיבות המקרה קיים קשר ברור בין הסימון בסרט האדום, לבין מניעת בלבול של

הצרכנים ושמירה על המוניטין של היבואן. כמו כן, בנסיבות המתוארות במקרה זה, המעשה אינו רחב מן הנדרש.

ואולם, אם במקרה המתואר לעיל היה מודיע היבואן הישיר שעל מנת למנוע בלבול של הצרכנים ולשמור על המוניטין שלו, הוא לא מספק יותר את כלל המוצרים שלו (לרבות הגבינה) לקמעונאים שרוכשים את הסחורה מיבוא מקביל, המעשה עלול היה להילכד בסעיף 31(א)(3). ראשית, על פניו, נראה כי בנסיבות המתוארות לעיל המעשה עלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל, שכן, הסירוב של הספק עשוי לייצר חסם בפני היבואן המקביל לכניסה לנקודות קמעונאיות. שנית, על פניו, נראה שהסירוב של הספק לספק את כלל המוצרים שמיובאים על ידו לקמעונאי אינו נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו כיבואן ישיר, וכי קיימות בנמצא חלופות מעשיות של מעשים שנקיטה בהן תסב פגיעה פחותה לתחרות.

3. סיכום –

ביום 21 ביוני 2023 התקבל בכנסת התיקון לחוק התחרות הכלכלית שתכליתו המרכזית היא מניעת סיכול או צמצום של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, על ידי היבואן הישיר. התיקון לחוק ייכנס לתוקף ביום 21 בספטמבר 2023.

מטרתו של גילוי דעת זה היא לספק פרשנות של התיקון לחוק ולהעניק הכוונה לציבור, לרבות יבואנים ישירים ויבואנים מקבילים, בשאלה אם מעשה של יבואן ישיר מהווה הפרה של החוק.