



## **דברי הסבר לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (תיקון), התשע"ח-2018**

**כללי** כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (תיקון), התשע"ח-2018 (להלן – "**הכללים המתקנים**") מחדשים את תוקפם של כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) התשע"ג-2013 ("**פטור הסוג הקודם**"). לצד חידוש התוקף, הכללים המתקנים מטמיעים מספר תיקונים בפטור הסוג הקודם. להלן יובא הסבר לתיקון, שיחולק על פי הכללים המתקנים.

**סעיף 1** לכותרת פטור הסוג הקודם יתווסף "הוראת שעה". זאת, בשל טיבם הזמני של כללי פטור הסוג.

**סעיף 2** הגדרת "מתחרים" בפטור הסוג הקודם, הגדירה מתחרים באופן רחב יותר מן ההגדרה המקובלת. דברי ההסבר לפטור הסוג הקודם מסבירים כי ההגדרה הרחבה נובעת בין השאר מתוך שאיפה לאפשר מעבר מתון ומדורג ממשטר של היתרים למשטר של הערכה עצמית.<sup>1</sup> כחלק מאותה הגדרה רחבה, נכללו מונחים עמומים, כגון "חפיפה" או "דמיון", שיש קושי ביישומם ושלא קיימת מתודולוגיה סדורה עבורם. על כך התקבלה ביקורת מגורמים מקצועיים הנדרשים לשימוש בפטור הסוג הקודם. לנוכח העמימות האמורה, עלה הצורך לחדש את הגדרת מתחרים במסגרת חידוש פטור הסוג.

**פסקאות (1) ו-(2) להגדרה:** החלופה הקיימת בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006, מתחקה אך ורק אחר שאלת הגדרת השוק והתחליפיות בין השירותים והמוצרים המסופקים על ידי השחקנים השונים. הגדרה כלכלית זו אינה מספקת לצורך תחולת פטור סוג שראוי שיחול ביחס להסדרים שאינם אופקיים, שכן קיימים לא מעט מקרים בהם הסדרים בין מי שמספקים או רוכשים טובין שאינם עונים בהכרח לאותה הגדרת שוק ייחשבו כהסדרים אופקיים. כך למשל ישנם מוצרים שהם מבודלים מבחינת מיתוג, מחיר או אזור גיאוגרפי שבו הם נמכרים, ולמרות זאת מתקיימת ביניהם תחרות וראוי כי ספקיהם ייחשבו כמתחרים לצרכי פטור הסוג. כן ניתן למצוא לא מעט מקרים בהם מוצריהם או שירותיהם של שחקנים שונים עשויים שלא לענות על אותה הגדרת שוק, אך נמצאים באותה זירה תחרותית בהקשרים שונים, כגון מכרז, הליך תיחור, או כל הליך אחר של בחינת ובחירת מוצרים ושירותים. בשל אלו, תיקון הגדרת מתחרים בפטור הסוג המתוקן מבקש לחדד את מהותה של ההגדרה, לצד הטמעת בחינה רחבה יותר של המונח "מתחרים" בהשוואה לזו הקיימת בכללי ההגבלים

<sup>1</sup> ראו דברי הסבר לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013 (24.7.2013) **הגבלים עסקיים** 500435.



העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006. יובהר כי אין בתיקון ההגדרה בכדי לשנות את סוגי ההסדרים עליהם יחול פטור הסוג המתוקן, אלא מדובר אך בהסרת העמימות שאפפה את ההגדרה טרם התיקון. במסגרת התיקון, החלופה השנייה להגדרה, תגדיר מתחרים כמי ש"סיפקו או רכשו טובין שהם תחליפיים בעיני הצרכן". הלכה למעשה, חלופה זו מבקשת לבחון את היותם של הצדדים מתחרים על פי מבחן כלכלי של תחליפיות. לעומת זאת, החלופה הראשונה להגדרה, תגדיר מתחרים כמי "שהתקיימה ביניהם תחרות בעסקים". חלופה זו, מבקשת מהצדדים לערוך מבחן עובדתי, שאם יילמד ממנו שהצדדים התחרו זה בזה במהלך תקופת ההסדר או בשלוש השנים שקדמו לו, יש לראות את הצדדים כמתחרים, ובמקרים המתאימים את ההסדר ביניהם כהסדר אופקי. חלופה זו מפזרת את ערפל העמימות שנוצר מהגדרת מתחרים בפטור הסוג הקודם כיוון שדי בבחינה עובדתית פשוטה בכדי לעמוד על קיומה, בהווה או בעבר, של תחרות בין צדדים להסדר. מן העבר השני, חלופה זו אינה מצטמצמת רק לאותם צדדים הכלולים באותה הגדרת שוק כלכלית. כך לדוגמה: ספקי משאיות עשויים לסבור כי בהתאם להגדרות שוק כלכליות מוצריהם אינם מתחרים זה בזה משום שהמשאיות הן בעלות מפרט שונה או שיש להן יכולות שונות או שמחיריהן שונים זה מזה. אך אם במהלך שלוש השנים שקדמו להסדר מושא הפטור יסתבר, כי שני הספקים התמודדו זה מול זה על אספקת המשאיות שלהם לאותו לקוח שתיחר ביניהם, הם ייחשבו כמתחרים בהתאם לחלופה הראשונה המצויה בהגדרת מתחרים גם אם אינם עונים על אותה הגדרת שוק.

קושי נוסף שנבע מהגדרת מתחרים בפטור הסוג הקודם נגע לכך שהסדרי הפצה שבהם, בנוסף למפיץ, גם הספק מפיץ את המוצר בעצמו, עשויים היו להיחשב כהסדרים אופקיים משום שהספק והמפיץ עוסקים בהפצת אותו המוצר. זאת למרות שמדובר בהסדרים שהם אנכיים במהותם. לכך באו ההבהרות בסוף סעיפי משנה (1) ו-(2) שמטרתן להפיג את הספק הקיים ביחס להסדרי הפצה בין ספק ומפיץ ולקבוע, כי ביחס להסדרים אלה, אין בעצם העובדה שהספק מספק את הטובין בעצמו כדי לשלול את תחולת פטור הסוג על ההסדר.

**פסקה (3) להגדרה:** חלופה זו באה לכלול מתחרים פוטנציאליים, דהיינו, מקרים בהם בזמן כריתת ההסדר הכובל או בתקופה שקדמה לו, הצדדים אינם מתחרים, אך קיימת היתכנות סבירה שהצדדים היו מתחרים אלמלא ההסדר או יתחרו זה בזה בעתיד. הבחינה מיהו מתחרה פוטנציאלי היא בחינה עובדתית הבוחנת את השאלה, האם ההסדר משפיע על תמריצי צד להסדר להתחיל להתחרות, או את מסוגלותו של צד להסדר להתחיל להתחרות באופן מיידי או את כוונתו של צד להסדר להתחיל להתחרות במועד קרוב.<sup>2</sup> הסדרים בין מתחרים פוטנציאליים העוסקים בטובין שלגביהם הצדדים מהווים מתחרים פוטנציאליים, עשויים להיות בעלי השפעה אופקית על התחרות, בהווה או בעתיד, ולכן ראויים להיבחן כהסדרים אופקיים ולא לחסות תחת פטור הסוג להסדרים שאינם אופקיים.

**פסקה (4) להגדרה:** חלופה זו באה למנוע קיומם של הסדרים, כאשר לדעת מי מהצדדים

<sup>2</sup> הגדרה דומה אך לא זהה מופיעה בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006.



להסדר קיים איום תחרותי מצידו של הצד האחר להסדר, וההסדר נועד למנוע איום תחרותי זה, וזאת אף במקרים בהם מבחינה אובייקטיבית הצדדים אינם מתחרים זה בזה על פי החלופות הקבועות בסעיפי משנה (1) ו-(2) להגדרה. יובהר, כי אין בכוונת סעיף משנה זה למנוע הסדרי אי תחרות לגיטימיים שנלווים פעמים רבות לשיתופי פעולה אנכיים בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והאספקה (כגון הסדרי אי תחרות במסגרת הסדר הפצה בין ספק למפיץ).

**סעיף 3** מתבקש לתקן את סעיף 4 לכללי פטור הסוג, כך שתוקפם יוארך עד ליום 15.9.2021.