

## טיוטת גילוי דעת 2/23 בעניין מעשה של יבואן ישיר

### 1. רקע –

התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיר.<sup>21</sup> 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. הוזלת מחיר הרכישה של המוצר עשויה להתגלגל, בתורה, לצרכן הישראלי. 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. כמו כן, במקרים רבים לקוחות מבצעים יבוא אישי של מותגים שאינם משווקים על ידי היבואן הישיר בישראל ובכך מגדיל הייבוא האישי את מגוון המוצרים שזמינים לצרכן הישראלי.

ביום 21 ביוני 2023 עבר בכנסת תיקון מספר 23 לחוק התחרות הכלכלית ("התיקון לחוק").<sup>3</sup> 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. 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
3. שינוי תנאים מסחריים באופן מוסכם או באופן חד צדדי

<sup>1</sup> לעיתים, ייבוא מקביל מגדיל גם את מגוון המוצרים המוצעים לצרכן בישראל ואת כמות המוצרים הנמכרת.  
<sup>2</sup> ר' התייחסות לחשיבות הייבוא המקביל לתחרות בת"כ 16677-03-20 **החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על התחרות** (טרם פורסם, 27.6.2023), פסי' 449-450 לפסק דינה של השופטת בזק-רפפורט (להלן: "**החברה המרכזית**").  
<sup>3</sup> חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 23 והוראת שעה) התשפ"ג-2023, ס"ח 406.

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

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 לחוק התכרורות הכלכלית התשמ"ח – 1988 ("החוק" או "חוק התכרורות הכלכלית") מהווה הפרה בגינה ניתן להטיל לעיצום כספי של עד כ – 111<sup>4</sup> מיליון שקלים<sup>5</sup> ומהווה גם עבירה לפי סעיף 47(ב) לחוק התכרורות הכלכלית<sup>6</sup>.

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

יוער, כי גילוי דעת זה עוסק בנושאים שלחלקם השקה לנושאים הנידונים בגילוי דעת 1/18 בעניין פרשנות סעיפים 14(א) ו-15(א) (2) וסעיף 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.

## 2. סוגי המעשים המפרים את החוק –

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

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

<sup>4</sup> נכון ליום פרסום גילוי הדעת הסכום המדויק הקבוע בסעיף 150 עומד על 111,331,200 שקלים. הסכום מתעדכן ב-1 בינואר כל שנה בהתאם לשינויים במדד המחירים לצרכן.

<sup>5</sup> בכפוף לחומרת הפגיעה בתכרורות ולנסיבות נוספות, ראו לעניין זה את גילוי דעת 1/16: שיקולי הממונה על התכרורות בקביעת גובה עיצום כספי.

<sup>6</sup> חוק התכרורות הכלכלית, תשמ"ח-1988, ס' 47(ב).

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.<sup>7</sup>

ואולם, בכך אין די כדי לבסס הפרה של החוק. הרכיב השני קבוע 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. ככלל, ככל שהתחרות הבין-מיתגית חלשה יותר, כך קיימת חשיבות גבוהה יותר ליצירת תחרות תוך-מיתגית על המוצר באמצעות יבוא מקביל או יבוא 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.

המתודולוגיה לביצוע הניתוח התחרותי בסעיף זה דומה למתודולוגיה לפיה מתבצע הניתוח התחרותי ביחס לסעיפים אחרים בחוק התחרות.<sup>8</sup>

חשוב להדגיש כי על פי סעיף זה, מעשה שמתקיימים בו שני הרכיבים המצטברים הוא אסור אפילו אם הוא נחוץ על מנת להשיג תכלית עסקית לגיטימית.

## **ב. סעיף 31(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.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> ר' למשל ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו, 10.08.2015), פסי' ס' לפסק דינו של שופט רובינשטיין; ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו, 16.12.2009) פסי' 65 לפסק-דינה של כב' השופטת בזק-רפפורט; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ', נט(6) 776 (2005), פסי' 88 ו-185 לפסק-דינו של השופט מצא; עניין החברה המרכזית, לעיל ה"ע 2, פסי' 98; ת"כ (הגבלים עסקיים) 40796-01-16 חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות (נבו, 23.6.20) פסי' 164-165; ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תשנ"ט(2) 529 (2000) פסי' 37-32.

<sup>8</sup> 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.  
<sup>9</sup> או את ייצור ושיווק הטובין במקרה שבו היבואן הישיר הוא יצרן מכח זיכיון.

כאשר יבואן מקביל מבצע מעשה שעיקרו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, כלומר, מעשה "עירום" שאין לו תכלית עסקית לגיטימית אחרת, לא נדרשת כל הוכחה של עלילות לפגיעה בתחרות מצד יבוא מקביל על מנת שהמעשה ייכנס לגדר הסעיף ויפר את החוק.

ככלל, פעולות שנעשות על ידי יבואן ישיר, שהן חלק מפעילות עסקית רגילה ומקובלת, הן לרוב, פעולות שיש להן עיקר לגיטימי לצורך יבוא ושיווק הטובין על ידו. יחד עם זאת, כאשר פעולות היבואן הישיר עלולות למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, על היבואן להציג ראיות כי המעשה בוצע לצורך אותו עיקר עסקי לגיטימי. 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. הפחתת התחרות מצד היבוא המקביל או מניעתה, כשהם לעצמם, 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(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<sup>10</sup>.

ואולם, כאמור לעיל, בשונה מסעיף 131(1), סעיף 131(2) אינו דורש הוכחת עלילות לפגיעה בתחרות בענף כולו אלא רק מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי.

**דוגמא א' – 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 הנעלים 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, כל עוד היבואן הישיר לא הוריד את מחיר המכירה לקמעונאים מתחת למחיר העלות שלו, עיקרו של המעשה הוא שיווק של המוצרים על ידי היבואן הישיר ולא מניעה או הפחתה של **התחרות** מצד יבוא מקביל.**

**דוגמא ב' – יבואן של משחקי מחשב משווק את מוצריו לחנויות קמעונאיות. במשך מספר שנים שיווק היבואן משחק מסוים של היצרן. במהלך תקופה זו, החל יבוא מקביל של אותו**

<sup>10</sup> ה"ע (מחוזי ירושלים) 9/99 אמנה (תש"י) **חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (נבו, 21.02.2002), ס' 17; ע"א 2167/16 Sanofi נ' **אוניפארם בע"מ** (נבו, 12.07.2021), פס' 165; 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.

משחק לישראל. יצרן משחקי המחשב עבד במשך תקופה על שיפורים במשחק המחשב. בסיום העבודה על השיפורים במשחק, החל היבואן הישיר לשווק את המוצר החדש. מעשה כזה נכנס לגדרו של סעיף 7 לתוספת "שינוי במאפיינים או בתכונות של טובין". במקרה זה, ייתכן שהיבואן המקביל עדיין מחזיק במשחק מהגרסא הישנה, שאינה כוללת את השינויים וייקח לו זמן עד שהוא יצליח לייבא לישראל את המשחק המשופר. היבואן הישיר פעל על מנת להתחרות בשוק וכתוצאה מכך נדרש היבואן המקביל למאמצים נוספים על מנת למכור את מוצריו. יחד עם זאת, גם במקרה זה עיקרו של המעשה של היבואן הישיר הוא יבוא ושיווק של מוצרים איכותיים יותר לצרכן ושיפור התחרות על ליבו של הצרכן ולא בהפחתת התחרות מצד יבוא מקביל או אישי או במניעתה.

**ג. סעיף 31(3) – מעשה שעלול למנוע או להפחית את התחרות 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 בתחרות 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 התחרות 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, בתחרות 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 התחרות מצד יבוא מקביל או ביבוא אישי, אלא שזו תוצאה אפשרית של המעשה<sup>11</sup>.

ואולם, בשונה מהסיפא של סעיף 31(1), בו נדרשת עלילות לפגיעה בתחרות בענף, במסגרת סעיף 31(3) לא נבחנת ההשפעה על כלל התחרות בענף. השאלה הנשאלת היא האם המעשה עלול להפחית או לפגוע בתחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי וזאת ללא צורך להראות שבשל כך עלולה להיפגע התחרות בכלל הענף.

כפי שהובהר לעיל, כאשר יבואן ישיר מבצע פעולה תחרותית לגופו של עניין שכתוצאה ממנה יבואנים מקבילים נדרשים למאמץ משמעותי יותר על מנת להצליח בתחרות, אין בכך כדי להוות מעשה שעלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל. הכלל הבסיסי לפיו יש להגן על הציבור מפני פגיעה בתחרות ולא מפני פגיעה במתחרים חל גם במקרה זה<sup>12</sup>.

כאשר יבואן ישיר עושה מעשה שעלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, אזי על מנת להימנע מהפרת החוק היבואן הישיר צריך לוודא שהוא עומד בדרישת הסיפא

<sup>11</sup> ר' הי"ש 7 לעיל.

<sup>12</sup> ר' הי"ש 10 לעיל.

של הסעיף, היינו שהמעשה יהיה נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו כיבואן ישיר<sup>13</sup>. ככלל, מעשים עסקיים של יבואן ישיר נועדו על מנת לאפשר את יבוא הטובין על ידם כיבואנים ישירים, 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, כגון: מעשים שמשרים את המוניטין של היבואן הישיר בקרב הצרכנים, מעשים שנועדו לתת שירות ללקוחות, מעשים שנועדו לצמצם פגיעת לקוחות ממוצרים פגומים או מקולקלים ועוד. כל אלה, ייחשבו כמעשים שעיקרם יבוא הטובין על ידי היבואן הישיר. הדברים נכונים גם ביחס ליצרן שמייצר מוצרים בישראל מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.

כדי שמעשה יהיה נחוץ הוא צריך לעמוד בשני תנאים מצטברים:

ראשית, המעשה צריך להיות דרוש באופן סביר לצורך שיווק הטובין על ידי היבואן הישיר<sup>14</sup>. 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<sup>15</sup>. בחינה זו תתבצע בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטיות<sup>16</sup>. חלופות מעשיות יכולות לבוא לידי ביטוי, למשל, בהצרה או צמצום 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<sup>17</sup>, כאשר הוא חל ביחס לאנשים או תאגידים שאין צורך שהוא יחול עליהם<sup>18</sup>, 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 תשלול את נחיצות המעשה.

**דוגמא ג' – 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**

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> ר' למשל ה"ע 491/98 **חברת החשמל לישראל נ' הממונה** (נבו, 22.3.99) פס' 47.

<sup>15</sup> ר' בשינויים המחייבים לעניינינו ערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (11.12.1997) פס' 50.

<sup>16</sup> ע"א 6343/11 **הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה** (נבו: 24.12.13), פס' 37-36.

<sup>17</sup> החלטה בדבר מתן פטור להסדרים בין עמינת תעשיות רהיטים ומזרונים בע"מ לבין בעלי מקרקעין, 2010 **ההגבלים העסקיים** 5001638, עמ' 6.

<sup>18</sup> 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.

היבואן. על מנת למנוע את הפגיעה, היבואן הישיר מודיע לכלל הצרכנים שמכיוון שהמוצרים שמיובאים מיבוא מקביל עלולים להסב נזק למוצר, אם צרכן יחבר למוצר אביזר נלווה שסופק לו על ידי יבואן שאינו היבואן הישיר, הוא לא יוכל לתקן את המוצר במעבדות של היבואן הרשמי. 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, מעשה זה עלול למנוע את התחרות מצד יבוא מקביל, שכן, כתוצאה מהמעשה של היבואן הרשמי, לקוחות רבים יימנעו מרכישת אביזרים נלווים שמקורם ביבוא מקביל על מנת לא לאבד את האחריות שניתנת על ידי היבואן הרשמי. כמו כן, נראה כי מדובר במעשה שאינו נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידי היבואן הרשמי, מכיוון שהוא אינו דרוש באופן סביר לשם שיווק הטובין על ידי היבואן הישיר. היבואן הישיר יכול לנקוט בקשת רחבה של פעולות אחרות שאינן עלולות למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל, או בפעולות שעלולות למנוע את התחרות מצד יבוא מקביל אבל שהן נחוצות לשם שיווק הטובין על ידו כיבואן ישיר, – למשל – היבואן הישיר יכול לכתוב על גבי המוצר שחיבור מוצרים נלווים שאינם תואמים למוצר, עשוי להסב נזק למוצר וכי עלויות התיקון עשויות להיות גבוהות יותר בשל כך.

**דוגמא ד'** – יבואן ישיר משווק במשך שנים גבינה לקמעונאים 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 "יובא 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". עיקרו של הסימון האדום הוא יבוא הטובין על ידו כיבואן ישיר (באמצעות מניעת פגיעה במוניטין שלו). 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, שכן הוא נוגע אך ורק לפעולות השיווק של היבואן הישיר עצמו ואינו מעלה את העלויות של היבואן המקביל.

ואולם, אם במקרה המתואר לעיל היה מחליט היבואן הישיר שעל מנת למנוע בלבול של הצרכנים ולשמור על המוניטין שלו, הוא לא מוכר את המוצרים שלו לקמעונאים שרוכשים

את הסחורה מיבוא מקביל, כך שמוצריה לא יעמדו ליד המוצרים שמיובאים ביבוא מקביל<sup>19</sup> - המעשה עשוי היה להילכד בסעיף 131(3). ראשית, על פניו, נראה כי המעשה עלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל, שכן, הסירוב של הספק עשוי לייצר חסם בפני ליבואן המקביל לכניסה לנקודות קמעונאיות. כמו כן, על פניו, נראה שהסירוב של הספק לספק מוצרים לקמעונאי אינו נחוץ לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו כיבואן ישיר. אמנם, בנסיבות המקרה קיים קשר ברור בין הסירוב למכור את המוצר לקמעונאי שרוכש סחורה מיבוא מקביל לבין שמירה על המוניטין של היבואן ומניעת בלבול של הצרכנים, אך יחד עם זאת, קיימות בנמצא חלופות מעשיות של מעשים שנקיטה בהן תסב פגיעה פחותה לתחרות.

<sup>19</sup> ר' עניין החברה המרכזית, לעיל הי"ש 2, פסי' 456-453.