



דוח הערכת השפעת רגולציה

טיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית)
(הוראת שעה) (תיקון מס'), התשפ"ג-2023
20/4/2023

עורך הדו"ח: עו"ד איל שפירא

רקע – פטורי סוג

חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן **החוק**) אוסר על היות צד להסדר כובל בלא אישור או היתר (להלן **אישור**) מבית הדין לתחרות או פטור מהממונה על התחרות (להלן **הממונה**).

החוק מגדיר הסדר כובל בצורה רחבה, כהסדר בין בני אדם המנהלים עסקים שעלול לפגוע בתחרות (ס' 2(א) לחוק). החוק מוסיף וקובע כי יראו כהסדרים כובלים הסדרים הכוללים כבילה הנוגעת למחיר, ריווח, חלוקת שוק או לכמות הנכסים או השירותים שיסופקו, איכותם או סוגם (ס' 2(ב) לחוק).

עת נחקק החוק בשנת 1988, מערך הפיקוח על הסדרים כובלים היה של רישוי מראש בלבד. בהתאם למערך פיקוח זה כל הסדר שנתפס בגדר ההגדרה הרחבה של הסדר כובל נדרש לקבל אישור מבית הדין לתחרות או פטור פרטני מהממונה.

בשנת 2000 מדינת ישראל הלכה כברת דרך ממערך פיקוח של רישוי מראש בלבד אל עבר אסדרה מסוג בחינה עצמית – באמצעות הוספת מנגנון פטורי הסוג לחוק – וזאת לצד אכיפה בדיעבד במידת הצורך.

פטורי סוג, כשם כן הם, פוטרים את הצדדים להסדר מן הצורך בקבלת היתר מראש וזאת ביחס לסוגי הסכמים מסוימים ובעמידה בתנאים הקבועים בכל פטור סוג. הסדרים מסוימים אשר נלכדים תחת ההגדרה הרחבה של הסדר כובל אך אינם פוגעים בתחרות פגיעה משמעותית, שעיקרם אינו בהפחתת התחרות ואין בהם כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם יוכלו לחסות תחת פטורי הסוג. באופן זה, שיתופי פעולה לגיטימיים ושכיחים יוכשרו ללא היתר מראש וזאת לטובת יצירת סביבה עסקית יעילה ודינמית.

מקור ההשראה לשימוש בפטורי סוג הוא בדיני התחרות שחלים באיחוד האירופי שם פטורי סוג מכונים Block Exemptions.

לצד האסדרה העצמית בדמות פטורי הסוג קיימת מערכת שמטרתה לפקח, לאתר ולאכוף הפרות של החוק באמצעות ענישה פלילית ועיצומים כספיים.

מנגנון פטורי הסוג עוגן בסעיף 15 לחוק כחלק מתיקון מס' 6 לחוק משנת 2000¹ תכליתו של המנגנון, שהיה פרי יוזמת הרשות, הייתה התאמת מודל הפיקוח הקיים בחוק לצרכים המתהווים במשק דינמי עתיר עסקאות ויצירת פיקוח גמיש באמצעות הגדרת סוגי הסדרים שלא יצריכו היתר מראש.

יתרונות המהלך תוארו בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית² – "באופן זה ימוזערו עלויות העסקה, יקוצרו פרקי הזמן לקבלת אישור רשות ההגבלים העסקיים והעיקר – תושג

¹ ס"ח תש"ס מס' 1728, מיום 20.2.2000 עמ' 113.

² ה"ח תשנ"ט מס' 2805, עמ' 386.

אכוונה נורמטיבית כללית וטובה יותר של ציבור מנהלי העסקים בדבר הדרך החוקית, בהיבט דיני התחרות, לביצוע סוגים קונקרטיים של עסקאות ששכיחותן גבוהה, כגון הסכמי בלעדיות שונים, מיזמים משותפים למחקר ופיתוח והסכמי הפצה.

סעיף 15 לחוק הקנה לממונה סמכות לקבוע כי סוגים מסוימים של הסדרים כובלים מותרים ואינם חייבים בפניה פרטנית לקבלת פטור או אישור. זאת, כשמדובר בהסדרים כובלים שאינם פוגעים בתחרות פגיעה משמעותית, שעיקרם אינו בהפחתת או מניעת התחרות, ואין בהם כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם.

התקנת כללי פטור סוג מותנית באישור הועדה לפטורים ומיזוגים ובחתימת שר הכלכלה, ותוקפם הוא עד 5 שנים. ניתן לחדש ולתקן את פטורי הסוג מעת לעת לתקופות נוספות שלא יעלו על חמש שנים בכל פעם.

הגבלת תוקפם של פטורי הסוג לחמש שנים לצד הסמכות לתקנם מעת לעת ולחדשם נועדה לשם בחינה תקופתית בדבר נחיצותם ותפקודם של פטורי הסוג, כמו גם בחינת התאמתם של הוראות הפטורים למציאות העסקית המשתנה.

כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), תשס"א-2001 (להלן פטור הסוג) הותקנו לראשונה בשנת 2001 עם הוספת מנגנון פטורי הסוג לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן החוק) והוארכו מאז מספר פעמים.

פטור הסוג, עוסק בהסכם להפצה בלעדית, בין ספק ומפיץ במסגרתו מתחייב הספק למכור טובין מסוג מסוים רק למפיץ אחד. בהסדרים מסוג זה ישנן יעילויות. היעילות המרכזית טמונה במניעת בעיית הרוכב החופשי. בעיית הרוכב החופשי גורמת לכך שהמפיץ לא ישקיע במתן שירותים נלווים לצרכן במידה הרצויה, באופן שיפגע בתחרות הבין – מותגית (דהיינו, תחרות בין מוצרים תחליפיים של יצרנים שונים). לדוגמא, כאשר מפיץ אחד מבצע השקעות לצורך שיווק המוצרים ואילו מפיץ אחר, "רוכב" על מאמצי השיווק של הראשון ונהנה מן הגידול בביקוש למוצר כתוצאה ממאמציו של האחר, התמריץ של כל אחד מן המפיצים לבצע השקעות לצורך שיווק המוצרים יפחת. ואולם, כאשר הספק ממנה מפיץ בלעדי, אותו מפיץ יודע שהוא יהנה מפירות ההשקעה שלו בשיווק המוצרים ומשכך, התמריץ לשווק את המוצרים עולה. דברים אלה נכונים גם ביחס לשירותים נלווים נוספים כגון: השקעות באולמות תצוגה, הכשרת מוכרנים מקצועיים למוצרים, השקעה במערך שירות ותחזוקה של המוצרים ועוד.

לצד היעילויות הגלומות בהסכמי הפצה בלעדית, הם עלולים להעלות מספר חששות תחרותיים, כך למשל: פגיעה בתחרות התוך מותגית, צינון התחרות הבין מותגית, הקלה על תיאום הן במקטע המפיצים והן במקטע הספקים; דחיקת מפיצים מהשוק ועוד. לכן, לצורך הפגת החששות הללו, תחולת פטור הסוג מותנית בעמידה ברשימת תנאים, המקיימים את דרישות סעיף 15א(א) לחוק ובהתקיימם לא קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מההסדר. תנאים אלה כוללים, בין היתר, נתחי שוק מרביים של המפיץ (עד 30% נתח שוק),

היעדר תחולה של פטור הסוג על בעל מונופולין, קיומם של טובין תחליפיים, וכללים הנוגעים לתוכן הסכם ההפצה שבין הספק והמפיץ.

יחד עם זאת, בנוסחו הנוכחי, מאפשר פטור הסוג לכלול במסגרת הסכם להפצה בלעדית הסכמה בין ספק לבין מפיץ, לפיה אותו מפיץ לא יתקשר עם אדם לשם הפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם. הסכמה מסוג זה, מאפשרת לספק לחתום על הסכם עם מפיץ מחוץ לישראל, לפיו, בין השאר, המפיץ לא יורשה למכור את המוצרים ליבואנים אחרים בישראל. זאת, גם במקרה שבו מפיץ ישראלי יפנה אל המפיץ הזר באופן ישיר בבקשה לרכוש את המוצרים. הסכמה כזאת מקימה, בין היתר, חסם בפני יבואנים מקבילים שמעוניינים לרכוש את הסחורה מידי מפיצים מחוץ לישראל ולייבאם לישראל. יוער, כי כבר על פי נוסח הפטור הקיים ובוודאי על פי הנוסח המוצע, הסכמה בין ספק לבין מפיץ לפיה המפיץ יימנע מלמכור את הטובין לצרכן המצוי מחוץ לשטח ההסכם אינה נכנסת בגדרי פטור הסוג.

לכן, במסגרת התיקון, מוצע לקבוע כי הסכם הפצה בלעדית שיכלול הסכמה בין הספק לבין המפיץ לפיה המפיץ לא יתקשר עם אדם לשם הפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם או שהמפיץ יימנע מלמכור את הטובין מחוץ לשטח ההסכם, לא ייכנס לגדרי פטור הסוג.

תיקון זה הולם גם את הדין האירופי, כפי שיפורט להלן.

סעיף 101(1) לאמנה האירופית³ קובע איסור גורף על הסדרים כובלים. סעיף 101(3) לאמנה האירופית, קובע שגם הסדר שנכנס לגדרו של סעיף 101(1) יכול להיות חוקי אם הוא תורם לשיפור הייצור או ההפצה של מוצרים או לשיפור היעילות, בתנאי שהשיפורים הללו מועברים לצרכן.

כמו בישראל, גם באירופה, האיסור על הסדרים כובלים הוא איסור רחב מאוד. צמצום האיסור, מעבר לצמצום הכללי הקיים בסעיף 101(3) לאמנה האירופית, מתבצע על ידי "פטורי סוג" שמעניקים פטור גורף לסוגי הסדרים שעונים לקריטריונים הקבועים בהם. אחד מהפטורים הללו, הוא פטור הסוג האירופי להסדרים אנכיים⁴ (הסדרים בין שני שחקנים שנמצאים במורד/מעלה שרשרת האספקה – למשל – ספק-מפיץ). נקודת המוצא של פטור הסוג היא כי הסדרים אנכיים חוסים תחת פטור הסוג. יחד עם זאת, פטור הסוג מונה מספר חריגים. אחד מהחריגים הללו נוגע להסדרי הפצה בלעדיים.

על פי פטור הסוג האירופי, ספק ומפיץ רשאים לסכם ביניהם שהמפיץ לא יבצע מכירות אקטיביות (קרי – באמצעות פעילות יזומה של המפיץ) מחוץ לטריטוריה שקבועה בהסכם.

³ Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union, C 326/47, 26.10.2012
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

⁴ Commission Regulation (EU) No 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, L 134/4 (11.5.2022)
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0720&qid=1652368074897>

יחד עם זאת, אסור, ככלל, לספק ולמפיץ לסכם ביניהם שהמפיץ יהיה מנוע מלבצע מכירות פסיביות אל מחוץ להסכם. מכירות פסיביות הן מכירות שהמפיץ לא ביצע עבורן צעדי מכירה אקטיביים, אלא מכירות שנוצרו כתוצאה מפנייה של הרוכש אל המפיץ.

לאור האמור לעיל, מעבר לעובדה שהתיקון המוצע בפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית יסיר חסמים מפני יבוא מקביל, הוא אף הולם את האמור בדין האירופי.