

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה
לצדק

בג"ץ 18/_____

בעניין:

לשכת המסחר תל אביב והמרכז, א"ע 1207/99

על-ידי עו"ד אוריאל לין במעמדו כנשיא הלשכה ועו"ד שלומי לוי

מרחוב החשמונאים 84, תל-אביב
טל': 03-5631010 ; פקס': 03-6240069

העותרת;

- נ ג ד -

1. מדינת ישראל – משרד הכלכלה
2. שר הכלכלה

על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466666 ; פקס': 02-6466779

3. רשות ההגבלים העסקיים
מרחוב עם ועולמו 4, ירושלים
טלפון: 02-5458500 ; פקס': 02-5458555

המשיבים;

עתירה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש לצוות כי ייצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 - הוראת שעה), שפורסם ברשומות בספר החוקים של מדינת ישראל 2745 ביום 26/7/2018 (להלן: "התיקון לחוק"), שהעתקו מצורף לעתירה זו, מסומן ע/1 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה) בהיותו:

- א. מפלה סלקטיבית מגזר עסקי ספציפי – היבואנים הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה - ופוגע בשוויון ;
- ב. פוגע בחופש העיסוק ;
- ג. פוגע בכללי הצדק הטבעי וביסודות המשפט בישראל, בהקנותו לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות להטיל הוראות על גופים עסקיים רק על סמך מעמדם (אפילו לא ביצעו כל פעולה) ורק בשל חשש ללא צורך בתשתית עובדתית ;
- ד. מעניק כח בלתי מידתי וללא תחימה של שיקול הדעת לרשות ההגבלים העסקיים וכל זאת בהיעדר תשתית ראייתית ולו לכאורה ; אין הגדרה מה הן אותן פעולות אסורות, שייקבע בדיעבד שהן אלו שהיוו את הבסיס להטלת ההוראות על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים ולהגבלת הניהול העסקי ;
- ה. נוגד עקרונות יסוד של דיני ההגבלים העסקיים ;
- ו. נוגד אמנות בינלאומיות שמדינת ישראל חתומה עליהן

תוכן עניינים

- א. פתח דבר 9-5
- ב. הצדדים לעתירה 10-9
- ג. הרקע העובדתי והנורמטיבי 14-10
- ג (1) תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (הסרת חסמים בתחום היבוא) 10
– התשע"ה 2015 מיום 31/3/2015
- ג(2) התזכיר המחודש : 12-10
תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (הסרת חסמים בתחום היבוא)
(הוראת שעה), התשע"ז – 2017 מיום 18/7/2017
- ג(3) הצעת החוק הממשלתית : 13-12

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה)

התשע"ז-2017 מיום 4/12/2017

ג(4) נוסח הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה), 14-13

התשע"ז – 2017, שהובאה לדיון לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הכלכלה של

הכנסת ביום 9/7/2018

ג(5) חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה) התשע"ח-2018
שפורסם בספר החוקים של מדינת ישראל ביום 26/7/2018

ג(6) סיכום גלגולי תיקון החוק 14

53-15

ד. הטיעון המשפטי

ד(1). מבוא 17-15

ד(2). הפגיעה בחופש העיסוק 21-18

ד(3). הפגיעה הקשה בשוויון 27-22

ד(4). הטלת הוראות רק על סמך מעמד ורק על בסיס "חשש" מבלי שקיימת תשתית
עובדתית ולו לכאורית איננה סבירה ונוגד עקרונות יסוד בשיטת המשפט שלנו

ד(5) החריגה מהמקובל והנהוג מעולם דיני ההגבלים העסקיים 49-30
ואי עמידה באמנות בינלאומיות שמדינת ישראל חתומה עליהן:

ד(5)(1). התיקון שעבר 35

ד(5)(2). עמדת הדין הזר בנוגע לייבוא מקביל – 39-36

השוואה לאיחוד האירופי ולארצות הברית

ד(5)(3)הגבלים עסקיים ויבוא מקביל – משפט משווה 42-39

ד(5)(4)השלכות התיקון על חוק ההגבלים העסקיים בישראל 42

ד(5)(4)(1). הגנה על המתחרה ולא על התחרות 45-42

ד(5)(4)(2). השאלות שעולות מהתיקון לחוק עוד בטרם תיבחן 47-45

השאלה ההגבלית

- 48-47 מתן עדיפות ליצרן מקומי על פני יצרן זר ד(5)(4)(3).
- 49-48 סיכום הפרק ההגבלי ד(5)(4)(4).
- 53-50 מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד וסמכות ביטול חוקים ד(6).

53

ה. סוף דבר

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו באפליה חמורה ובוטה, חסרת תקדים, של כלל היבואנים הישירים במדינת ישראל וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ מתוך כלל המגזר העסקי הלגיטימי בישראל.
2. התיקון לחוק מגדיר מי הוא "יבואן ישיר":
אדם שמתקיים לגביו אחד מאלה:
 - (1) הוא מייבא לישראל טובין או מפץ טובין שיובאו לישראל, בהתאם להסדר עם יצרן הטובין במדינת חוץ;
 - (2) הוא מייצר טובין בישראל, מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.
3. כבר כאן נדגיש, כי מדובר בהגדרה מוזרה, בעירוב מן בשאינו מינו. **כורכים ביחד יבואנים ויצרנים ומכנים את שניהם יבואנים ישירים.**
4. עתירה זו מבקשת למנוע פגיעה בחופש העיסוק של היבואנים הישירים (כמקובל מימים ימימה בעולם העסקים, אלה המייבאים מוצרים של ספק זר, לא על פי השעטנו שבהגדרת החוק) וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ, זכות חוקתית שזכתה למעמד על חוקי בשיטת המשפט הישראלית ולאפשר להם להתחרות במשק הישראלי באופן שווה כמו שאר המתחרים בשוק.
5. פועל יוצא של האפליה ושל הפגיעה בחופש העיסוק הוא פלישה והתערבות גסה ומיותרת בחופש החוזים של היבואנים הישירים בישראל וקבוצת מפעלי תעשייה, המייצרים מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.
6. התיקון לחוק מהווה שיאו של מסע רדיפה וציד שמנהלים שרים בממשלת ישראל בתקופה האחרונה כנגד היבואנים הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ, אותם הם סימנו כאחראים ליוקר המחייה ובמאבק הזה, נגד פלח עתיר זכויות במשק הישראלי, הכל כאילו לגיטימי.
7. נחדד. יבואן ישיר (מי שמייבא, להבדיל מיצרן) הוא מי שקיבל לייצג בישראל ספק/יצרן בחו"ל והוא אמור לפתח את השוק בישראל עבור אותו יצרן. היבואן הישיר משקיע מכספו ומזמנו כדי לעמוד במטרות ההתקשרות עם היצרן הזר ויש לו אחריות ישירה לשמור על שם היצרן הזר, מעמדו, איכות מוצריו ועוד.
8. בכל קבוצת מוצרים כמעט בישראל קיימים מספר יבואנים ישירים (לא יצרנים), ומתחרים אחרים, שמתחרים ביניהם במסגרת של תחרות חופשית ויכול שאחד היבואנים מצליח יותר מהשאר. זו המציאות העסקית הקיימת בישראל ובכל מקום כמעט בעולם.

התיקון לחוק מתערב בצורה בוטה שלא לצורך בחופש החוזים וההתקשרות בין היבואן הישיר לבין הספק, שכן ניתנה לממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") סמכות בלתי מוגבלת לקבוע – בדיעבד – למשל, שהוראות מסוימות בהסכם ההתקשרות לא תחולנה וכן שפעולות של היבואן הישיר ייחשבו מעתה אסורות, על אף שאין בדין כל הוראה האוסרת אותן.

התערבות זו היא בלתי נתפסת, מקום שבישראל קיימת כמעט בכל שוק ושוק תחרות עזה בין מספר שחקנים על ליבו וכיסו של הצרכן. הלכה למעשה, מדינת ישראל מענישה את יבואניה הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר בשל כך שהשקיעו מאמצים להחדרתו של מותג לישראל והצליחו לייבא מותג בינלאומי לישראל.

התיקון לחוק נוגד את חופש העיסוק, באשר הוא מעניק יתרון למתחרים בשוק על פני יבואנים ישירים ויצרנים מקומיים הפועלים תחת זיכיון של חברה בינלאומית, עליהם כן חל התיקון לחוק. כמו כן הוא מקנה סמכות לממונה להתערב בכל רצונו התערבות גסה ממש בניהול העסקי עצמו ובפרקטיות מסחריות ומשפטיות המותרות על פי דין מבלי שניתנה כל התייחסות עניינית לשאלה מה הן אותן פרקטיות שמעוניינים לחסום.

התיקון לחוק איננו מידתי ואיננו סביר שעה שפרט לאפליה – ההתמקדות ביבואנים הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר – היוצרת פגיעה בשוויון ולפגיעה בחופש העיסוק, הוענקה לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות להטיל הוראות עקב "מעמדו" של יבואן ישיר (כהגדרתו בתיקון לחוק) מבלי שביצע כל פעולה אסורה, ורק עקב "חשש".

התיקון לחוק מעניק לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות בלתי מוגבלת, שאינה תחומה לא באמות מידה (מה הם הפרמטרים שיש לשקול) ואף לא בהיקף ההתערבות (מה הן ההוראות שניתן לתת) ליתן ליבואן הישיר ולקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר "הוראות" וזאת בהיעדר תשתית עובדתית ראייתית כלשהי. הטריגר, הבסיס שעליו נשען התיקון לחוק, הוא "חשש".

הגענו בישראל למצב, שבו מספיק "חשש" על מנת להפעיל התערבות של רגולטור על חברות עסקיות לגיטימיות. באופן חסר תקדים מדלגים על ביסוס התשתית העובדתית ומקנים כוח להתערבות רחבה בהתבסס על חשש. על בסיס אותו הגיון ניתן היה להחליף את המילה "חשש" במילים: "תחושה" או "הרגשה" או "אמונה", או כל מילת תיאור אחרת שאין לה קשר ישיר וממשי לעולם הראיות.

נקרא שוב. סמכות נרחבת ביותר להטיל הוראות, שיש בהן כדי להשפיע על התנהלותו העסקית של היבואן הישיר (כהגדרתו בתיקון לחוק) ולהצר את צעדיו וזאת רק על רקע "מעמד" של יבואן ישיר, מבלי שעשה דבר ובהתבסס על "חשש".

אין צורך בראיות, אין צורך בהוכחות. מעבירים סמכות כה רחבה לפקיד, בכיר ומקצועי ככל שיהיה, שיקבל החלטות שיכולות לגזור את גורלו של העסק, שלא עשה דבר, רק מפני שקיים "חשש".

תחרות:

10. כדי שנקמה את הרעשים ונעמיד דברים על דיוקם, נציין, כי אין בישראל בלעדיות על מוצרי צריכה. לרוב, אין גם בלעדיות מוחלטת על המותג, שכן ישראל פתוחה לייבוא מקביל וישראל פתוחה גם לייבוא אישי בהיקפים גדולים מאוד, ואלה נעשים שלא דרך הספק איתו התקשר היבואן הישיר בהסכם.

11. נמחיש בדוגמא הבאה, מעולם האופנת, עד כמה מפלה ואבסורדי התיקון לחוק. בבדיקה שטחית שערכנו עולה, כי במדינת ישראל ניתן למצוא עשרות מותגים שונים של מותגי חולצות. יש כאן שפע אדיר של היצע לבחירה. רק לשם ההמחשה, ניתן לנקוב בשמות של המותגים: ראלף לורן, טומי הילפיגר, נאוטיקה, גאנט, לקוסט, הוגו בוס, גאפ, פול אנד בר, זארה, מקס מורטי, דניאל השטר, בגיר ועוד ועוד.

מכאן, שקיימת בשטח תחרות משוכללת עזה בין מותגים שונים של חולצות. מטבע הדברים, יש מותגים שמצליחים יותר מאחרים ונמכרים בכמויות גדולות יותר.

נניח, כי מותג החולצות, טומי הילפיגר, נמכר בהיקפים גדולים יותר מאשר מותגים אחרים ונניח כי ליבואן חולצות טומי הילפיגר בישראל יש הסכם עם יצרן חולצות טומי הילפיגר בחו"ל, ההופך אותו ליבואן הישיר של המותג בישראל.

המותג, טומי הילפיגר, נמכר בישראל גם במסגרת היבוא הישיר וגם במסגרת ייבוא מקביל ואפילו במסגרת ייבוא אישי דרך אתרי הסחר המקוונים הבינלאומיים, שהיקפם בישראל עולה בטור אקספוננציאלי ומגיע לעשרות רבות של מיליוני חבילות בשנה.

רק בשנת 2017 מסר דואר ישראל לציבור הישראלי 62 מיליון חבילות שהוזמנו מאתרי סחר בינלאומיים מחוץ לישראל.

בנוסף, בשנת 2017 הוציא הציבור בישראל, על פי הערכת דואר ישראל, כ-13 מיליארד ₪ בגין קניות מקוונות. מדובר בגידול של פי 10 בהיקף הקניות של הציבור בישראל מאתרים בחו"ל בתקופה של 7 שנים בלבד. ועל פי ההערפות המספר הזה אמור רק להמשיך ולגדול.

העתק הכתבה מעיתון גלובס, שפורסמה ביום 24/7/2018 ושציינה את נתוני היקף הקניות באינטרנט של ישראלים בשבע שנים (2010-2017) מצורפת לעתירה זו, מסומנת ע/2 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

מכל מקום, על פי התיקון לחוק, אם יצרן מקומי של חולצות, נניח של המותג "בגיר" (נניח לצורך הדוגמא שמדובר ביצרן מקומי) יפעל על מנת למנוע כניסה של ייבוא מקביל (או ייבוא אישי) של חולצות טומי הילפיגר, התיקון לחוק לא חל עליו למרות שהוא פוגע בתחרות בענף החולצות כולו.

ההוראות שניתן להטיל על היבואן הישיר (כהגדרתו בחוק) הן כה רחבות ובלתי תחומות, שהן למעשה יכולות להכיל כל דבר. הפרת ההוראות גוררת סנקציות פליליות, עיצומים כספיים ותביעות נזיקיות.

12. כיצד ניתן להעלות על הדעת, שאותה פעולה בדיוק, שלכאורה פוגעת בתחרות, פעם אחת היא מותרת ופעם שנייה היא אסורה, רק בהתחשב במיהות הגורמים המבצעים אותה, כאשר אין שוני אמיתי ביניהם והם מתחרים באותו שוק?

13. שהרי, לא הפרסונה היא שרלוונטית, אלא המעשה עצמו. אם מעשה מסוים הוא אסור, מדוע הוא אסור רק על גורמים מסוימים ולא על כל המתחרים בשוק, שאין ביניהם כל הבדל רלוונטי?

14. בפעם הראשונה מבקשים לברור באופן סלקטיבי סקטור עסקי מסוים כפרק נפרד בחוק ההגבלים העסקיים. אין עוד פרק כזה בחוק ההגבלים העסקיים, העוסק בקבוצה מיוחדת על פי עיסוקם. חוק ההגבלים העסקיים כולו מורכב מפרקים כלליים, אם במסגרת ההסדרים הכובלים, המיזוגים, קבוצות הריכוז והמונופולים. פרקים אלו עוסקים במעשה, לא בסקטור עסקי מסוים. חוק ההגבלים העסקיים לא מתייחס לרופאים, הוא גם לא נוגע בעורכי דין. אין שום מקום שבו החוק יורד מהרמה הכללית לעיסוק באופן ספציפי באנשי עסקים/בעלי מקצועות. מונופול יכול להיות יבואן ישיר ויכול להיות גם יצרן. הסדר כובל יכול שיעשה על ידי רופאים, יכול להיות שיעשה על ידי מאפיות לחם ואחרים, אלא שהחוק לא מציין את העיסוק, אלא את המעשה האסור. הסדר כובל הוא הגבל עסקי בהתעלם מזהות הגורמים שחברו לו מבחינת תחום עיסוקם. למונופול אסור לנצל מעמד לרעה ואין זה משנה אם מדובר ברשת שיווק, או בכל גורם בענף איזה שהוא במשק. פרקי החוק מגדירים את הפעולה עצמה. הם נמנעים מלציין סקטור עסקי כזה או אחר ולא בכדי.

15. שכן אותה בעיה לכאורה, שסבורים שיש לטפל בה היום אל מול יבואנים ישירים (כהגדרתם בתיקון לחוק), יכולה לצוץ גם בסקטורים אחרים במשק, למשל בתעשייה, בחקלאות, בבתי המלון ועוד ועוד. האם אנו עומדים לקצוץ את חוק ההגבלים העסקיים לפרוסות המורכבות ממגזרי המשק השונים? נעבור לחקיקה פר ענף/מקצוע במקום לטפל בהגנה על התחרות באופן כללי, שהיא הבסיס והלב הפועם של דיני ההגבלים העסקיים?

הכנסת פרק נפרד העוסק בקבוצה ספציפית, על פי עיסוקה נוגד את הבסיס ואת מושכלות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים ואת הרציונל של חוק ההגבלים העסקיים. החוק נועד להגן על התחרות החופשית בכלל המשק, שכן הפרקים שבו חוצים סקטור תעשייתי כזה או אחר.

16. נגד מי מכוון התיקון שעבר? היבואנים הישירים (אלו המייבאים סחורות מחו"ל) וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר.

מי הם?

אלה, שכל חטאם שנטלו סיכונים והצליחו לקשור קשרים עסקיים מול הספק בחו"ל וקיבלו ממנו את הזכות החוזית לשווק את מוצריו בישראל.

17. אלה, שהשקיעו את ממונם, סיכנו את כספם והשקיעו מזמנם על מנת לפתח את השוק של המוצר, השביחו את השוק הישראלי מול תחרות חופשית ומשוכללת וחשפו אותו לתחרות, הגדילו את היצע המוצרים לציבור הרחב, עומדים היום במרכזו של לא פחות מאשר **סיכול ממוקד**.

18. במהלך פופוליסטי ובמסווה של מלחמה ביוקר המחייה משסים את הציבור בפלח של המגזר העסקי, הם היבואנים הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר והופכים אותם לאויבי העם.

19. נוסף על כל אלו, לאור ההבחנה בין מוצר מקומי למוצר המיובא מחו"ל או מיוצר על פי זיכיון של יצרן מחו"ל, התיקון לחוק אינו יכול לעמוד **בהסכמי הסחר** שיש למדינת ישראל עם מדינות שונות בחו"ל, כדוגמת האיחוד האירופי וארצות הברית, שכן יש בו כדי לפגוע באופן בלתי סביר במוצרים אלה על פני מוצרים ישראלים.

ב. הצדדים לעתירה

20. העותרת, לשכת המסחר תל אביב והמרכז (להלן – "לשכת המסחר"), היא אגודה עות'מאנית שהוקמה בשנת 1919. לשכת המסחר היא ארגון העסקים והמעסיקים הגדול בישראל.

21. קרוב למאה שנים היא פועלת למען קידום כלכלת שוק ותחרות חופשית, מניעת העדפות סקטוריאליות, צמצום הביורוקרטיה, קידום קשרי סחר בינלאומיים, הגנה על זכויות היסוד של עסקי המסחר ועוד. לשכת המסחר מרכזת את עיקר מגזר המסחר והשירותים, המהווה 67% מהתוצר העסקי ומעסיק 69% מהעובדים במגזר העסקי.

22. פעילות איגוד לשכות המסחר מרוכזת בלשכת המסחר תל אביב והמרכז. בלשכה זו נמצא מטה האיגוד ומשם מתבצע הייצוג הכלל ארצי של לשכות המסחר האזוריות האחרות.

23. המשיבה 1 היא המדינה - משרד הכלכלה, שקידמה את התיקון לחוק וזאת במסגרת הצעת חוק ממשלתית.

24. המשיב 2 הוא שר הכלכלה והתעשייה, הוא השר האחראי על חוק ההגבלים העסקיים והוא גם זה שהיה לו משקל גדול בייזום וקידום העברת התיקון לחוק.
25. המשיבה 3, רשות ההגבלים העסקיים, היא רשות אוטונומית והגורם המקצועי בכל הקשור לעולם ההגבלים העסקיים, שגם לה הייתה מעורבות רבה בהעברת תיקון האמור והיא הגנה עליו במסגרת הדיונים עובר להעברת התיקון לחוק בכנסת ישראל.

ג. הרקע העובדתי והנורמטיבי

26. נתאר בקצרה את גלגולי התיקון לחוק.
- תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה - 2015**
27. ביום 31/3/2015 פרסמה רשות ההגבלים העסקיים את תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה - 2015.
28. תזכיר זה מבוסס על המלצות הוועדה להגברת התחרות והסרת החסמים בתחום היבוא (להלן: "הוועדה") מיום 11.11.14, אשר אומצה בסעיף 12 להחלטת המשלה מסי 2318 מיום 1.12.14 (קיבלה תוקף ביום 11.12.14).
- העתק תזכיר החוק מצורף לעתירה זו, מסומן ע/3 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.
29. במסגרת דברי ההסבר לתזכיר החוק נכתב:
- "מוצע להחיל על יבואן רשמי איסור הדומה לאיסור הקבוע בסעיף 29א לחוק, שעניינו ניצול מעמד לרעה על יבואן רשמי בכל הנוגע לפעולותיו ביחס לתחרות בייבוא מקביל"*
30. עינינו הרואות, בשלב הראשון של התזכיר, ההתייחסות אל היבואן הרשמי היא כאל מונופול, מבלי לתת כלל את הדעת לשוק הרחב יותר, שבו קיימת תחרות בין מותגית חריפה בין השחקנים.

התזכיר המחודש

31. ביום 18/7/17 פרסמה רשות ההגבלים העסקיים תזכיר זה מחדש בהמשך להערות הציבור לתזכיר שפורסם ביום 31/3/2015
- העתק תזכיר החוק המחודש מצורף לעתירה זו, מסומן ע/4 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.
32. במסגרת דברי ההסבר לתזכיר המחודש נכתב:

"יבואן מורשה עשוי להחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא גם אם הוא אינו בעל מונופולין בשוק המוצר הרחב יותר, ונתח השוק שלו נמוך מ. 50% - בהתאם, מוצע תיקון חקיקה המסמיך את הממונה על הגבלים עסקיים לתת הוראות בדבר צעדים שעליו לנקוט על מנת למנוע את החשש לפגיעה משמעותית בתחרות מיבוא מקביל. על פי סמכות זו, הממונה יורה על צעדים קונקרטיים שיש לנקוט כדי למנוע את הפגיעה. בדומה לסמכות הממונה לתת הוראות לבעל מונופולין או לחברי קבוצת ריכוז, הפרה של הוראות הממונה כמוה כהפרה שלחוק ההגבלים העסקיים, ועשויות להיות לה השלכות פליליות, מנהליות ונויקיות. יתרונו המרכזי של התיקון המוצע הוא שבכך יתאפשר לממונה לפעול נקודתית כנגד מי שפוגע בתחרות מחד גיסא, אך מאידך גיסא לא יוטל בחוק איסור התנהגות גורף החל על כלל היבואנים המורשים, ואשר עלול למנוע שימוש בפרקטיקות עסקיות לגיטימיות ופרו-תחרותיות"

(ההדגשה לא במקור)

33. גם כאן, נמשך קו המחשבה השגוי. ההתייחסות אל היבואן הישיר (שמכונה כאן יבואן מורשה) היא כאל בעל מונופולין, אך הפעם לא במסגרת פרק המונופולין בחוק, אלא במסגרת פרק אחר, נפרד.

34. חשובה היא ההכרה, כפי שהיא מבוטאת בדברי ההסבר, כי אין להטיל איסור התנהגות גורף על כלל היבואנים הרשמיים, שיש בו כדי למנוע פרקטיקות עסקיות לגיטימיות ופרו-תחרותיות, שכן זו לא באה לידי ביטוי בתיקון לחוק.

35. במסגרת סעיף ההגדרות של התזכיר המחודש למדנו, לראשונה, כי במדינת ישראל יצרן הוא יבואן.

36. כן, זו לא טעות. בהגדרת "יבואן מורשה" בהצעת החוק הממשלתית נכתב:
 "יבואן ישיר" – אדם שמתקיים לגביו אחד מאלה:

(1)

(2) אדם אשר מייצר ומפיץ בישראל טובין לפי זיכיון של גורם מחוץ לישראל.

37. בעורמה, מתחת לרדאר, תחת כותרת של תזכיר חוק, שנועד לטפל בהסרת חסמים בתחום הייבוא, מוצאים לפתע הגדרה מוזרה, הנוגדת את השכל הישר. יבוא חובק גם פלח מהסקטור התעשייתי.

38. בתזכיר המחודש קיימת אפליה בתוך הסקטור התעשייתי עצמו. לא כל יצרן הוא יבואן מורשה, אלא רק אלה המייצרים ומפיצים לפי זיכיון של גורם מחוץ לישראל.

39. מאחורי הסעיף עומדת כוונה ברורה. להסתיר את העובדה שמבקשים להכניס לתחולת החוק גם חלק מהסקטור היצרני התעשייתי. הרבה יותר קל ופופולארי לפעול נגד היבואנים הישירים, במובן הפשוט והנורמאלי של המילה. קשה יותר למדינה להודות שהיא פועלת גם נגד חלק מהמגזר התעשייתי במשק ולכן הולכים למהלך שמחביא את הפגיעה הזו.

40. עוד אבסורד בתזכיר החוק המחודש נוגע לסעיף שכותרתו "הוראות למניעת חשש לדחיקת יבוא מקביל" וזו לשונו:

"(א) ראה הממונה כי קיים חשש כי התחרות שמקים או עשוי להקים יבוא מקביל, תיפגע משמעותית כתוצאה מהתנהגותו של יבואן מורשה או מקימו, רשאי הוא לתת הוראות ליבואן המורשה בדבר צעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את החשש לפגיעה משמעותית בתחרות"
(ההדגשה לא במקור)

41. למילים יש משמעות. לא מדובר רק בסמנטיקה. תזכיר החוק המחודש ביקש להעניק סמכות למתן הוראות ליבואן המורשה רק מעצם קיומו. היבואן המורשה עוד לא עשה שום מעשה אסור, הוא לא פעל ולא הפריע ולא ביצע כל מעשה או מחדל, אבל די למדינה בכך שהיבואן המורשה קיים כדי להקנות סמכות לממונה להטיל עליו הוראות.

42. כמו כן, כבר בשלב המקדמי הזה מבקשים לתת לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות לפעול כנגד יבואן ישיר ולתת לו הוראות רק על בסיס של חשש. אין צורך בשום תשתית ראייתית ולו מינימאלית בכדי שניתן יהיה להפעיל את הסמכות ולהכניס את היבואן הישיר לסד ההוראות וזאת בניגוד למושכלות יסוד של המשפט הישראלי, המחייב איסוף של תשתית עובדתית ראויה לפני קבלת החלטה.

43. אין איוולת גדולה מכך, אבל המהלך נמשך בדהירה פרועה קדימה וללא מעצורים.

הצעת החוק הממשלתית:

44. ביום 4/12/2017 התפרסמה הצעת חוק ממשלתית (הצעות חוק ממשלה – 1174, ט"ז בכסלו התשע"ח): הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה), התשע"ח – 2017.

העתק מהצעת החוק הממשלתית מצורף לעתירה זו, מסומן ע/5 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

45. בעוד שני תזכירי החוק עסקו בעיקר במישור היחסים שבין היבואן הרשמי לבין היבואן המקביל, באה הצעת החוק הממשלתית ומוסיפה נדבך חדש של הגנה ועכשיו על היבוא האישי.

46. הצרת צעדיו של היבואן הישיר מתרחבת ועתה לא מדובר רק בעניין מישור היחסים בין היבואן הישיר לבין מתחרהו, היבואן המקביל, אלא החזית מתרחבת גם למישור היחסים שבין היבואן הישיר אל מול היבואן אישי.

47. הצעת החוק הממשלתית משאירה את השטנו מתזכיר החוק המחודש לפיו יצרן הוא יבואן. היא גם משאירה את הנוסח המאפשר לממונה להטיל הוראות על יבואן ישיר רק **מעצם קיומו**. הצעת החוק הממשלתית מאפשרת גם כן לממונה לפלוש לתוך מרחב הניהול העסקי של היבואן הישיר מבלי שקיים ולו בדל של ראייה, או הוכחה לכאורה, אלא רק על סמך **חשש**.

48. בנוסף, הצעת החוק הממשלתית משאירה טווח רחב של שאלות, שאין להן תשובה בדבר פרקטיקות מסחריות שהיו לגיטימיות ערב חקיקת התיקון ועתה הן נמצאות בסימן שאלה גדול ומותירות כר נרחב של חוסר וודאות.

49. הצורך בוודאות עסקית, וודאי בוודאות חוקית באשר לחוק שיש לו גם סנקציות פליליות, הוא ברור לחלוטין. לא ניתן לדעת, מראש, מהו מרווח הפעולה החוקי המותר ומתי פעולה מסוימת היא כבר לא לגיטימית ומרחפת מעליה אימת הדין.

נוסח הצעת החוק שהובא לדיון בקריאה שנייה ושלישית בוועדת הכלכלה של הכנסת:

50. השלב הבא: בנוסח שהובא ואושר בקריאה שנייה ושלישית בוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 9/7/2018, רוכך, לכאורה, נוסח הסעיף של מתן הוראות ליבואן ישיר, ואת מקומה של המילה: "קיומו", החליפה המילה "מעמדו" וזו לשונו:

"(א) ראה הממונה כי כתוצאה מעמדו או מהתנהגותו של יבואן ישיר, קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, רשאי הממונה לתת הוראות ליבואן הישיר בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה בתחרות כאמור"
(ההדגשה לא במקור)

51. אכן, מדובר בריכוך מסוים, אבל עדיין האבסורד קיים במלוא עוזו. מנסים ליצור מציאות משפטית, על פיה יבואן ישיר, שלא פעל ולא ביצע שום פעולה ולא ניסה כלל למנוע תחרות, עלול למצוא את עצמו במצב, שבו יוטלו עליו הוראות, שישנו את כללי המשחק ויאלצו אותו להפסיק לבצע פרקטיקות מסחריות מקובלות, רק משום שיש לו מעמד בשוק (שגם הוא מונח ערטילאי) ומבלי שהתבססה כל תשתית ראייתית. די באותו מסך עשן ושמו "חשש".

52. בכל הכבוד, זה פשוט בלתי נתפס.

העתק הנוסח שהובא לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הכלכלה מצורף לעתירה זו, מסומן ע/6 ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

פרסום החוק ברשומות

53. ביום 26/7/2018 פורסם חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשע"ח-2018 ברשומות (ספר החוקים 2745, י"ד באב התשע"ח, בעמוד 911).

54. מדובר בהוראת שעה לתקופה של 3 שנים, כשלוש הכלכלה והתעשייה, בתמלצת הממונה על ההגבלים העסקיים ובאישור וועדת הכלכלה של הכנסת סמכות להאריך בצו את תקופת הוראת השעה בתקופה נוספת שלא תעלה על שלוש שנים.

55. לסיכום גלגולי תיקון החוק:

א. רואים ביבואן הישיר כמונופול לכל אורך הדרך ומתעלמים לחלוטין ממבנה השוק, של כל שוק.

ב. מעדיפים לאורך כל הדרך להתמקד בסקטור הצר של התחרות בתוך המותג ובניגוד גמור לרציונל דיני ההגבלים העסקיים, לא בוחנים את השוק בכללותו ואת רמת התחרות בכל שוק ושוק (התחרות בין כלל המותגים בכל שוק רלוונטי, היא התחרות הבין מותגית).

ג. נמצאנו למדים, כי בישראל יבואן הוא גם יצרן.

ד. בישורת האחרונה מבקשים להגן גם על הייבוא האישי ולהרחיב את המגבלות על פעילות יבואן ישיר.

ה. עצם המעמד של היבואן הרשמי מקנה סמכות לממונה להטיל עליו הוראות גם אם לא עשה דבר.

ו. לא נדרשת כל תשתית ראייתית על מנת לאפשר את התערבות הממונה בהטלת הוראות, בלתי מוגבלות בהיקפן על היבואן הישיר. כל שנדרש הוא מושג אמורפי, חשש.

56. כאמור, מדובר בפעם הראשונה בה מכוונת המדינה את חציה (TARGETING) אל עבר מגזר עסקי ספציפי על פי עיסוק.

57. האפליה של היבואנים הישירים וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר קיבלה מעמד חוקי ונכנסה לספר החוקים של מדינת ישראל.

4. הטיעון המשפטי

ד(1) מבוא

58. לטעמנו, הכנסתו של היבואן הישיר וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר לפרק חדש בחוק שכל כוונתו היא בהתמודדות בתחרות מול יבואן מקביל וייבוא אישי, איננה חוקתית באשר היא פוגעת בחופש העיסוק ופוגעת באופן אנוש בשוויון.

59. הצרת צעדיו של מתחרה בשוק, הוא היבואן הישיר וקבוצת מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם זר, תוך התעלמות מהיכולת של מתחרים אחרים בשוק לפגוע בתחרות, פוגעת בחופש העיסוק. ובלשונו של השופט אור:

התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר או המצרה את צעדיו של אחד באופן שאינו מוטל על מתחרהו, מתערבת בתחרות חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק...

(ההדגשה לא במקור)

(בג"צ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3), 640 בעמ' 658)

60. הצרת צעדיו של מתחרה אחד, היבואן הישיר (כהגדרתו בתיקון לחוק), פוגעת בעיקרון השוויון, מקודשי הקודשים של שיטת המשפט שלנו. עמד על כך, הנשיא ברק:

"השוויון הוא ערך יסוד לכל חברה דמוקרטית, ... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש להכיר בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזכותו העצמית של האדם"

(ההדגשה לא במקור)

(בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332. ראו גם בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203; להלן – פרשת ק.א.ל.).

61. הצרת צעדיו של מתחרה אחד נוגדת מושכלות יסוד בעולם דיני ההגבלים העסקיים. לא קיים אח ורע בעולם אשר מבחין בדיני ההגבלים העסקיים הקיימים בדין הזר, בין יבואן ישיר ליבואן מקביל, רק מעצם העובדה שהיבואן הישיר התקשר בהסכם עם היצרן בחו"ל.
62. בדיני ההגבלים העסקיים בדין הזר היבואן הישיר לא מוגדר כמונופול ואינו נחשד כמי שמהווה, מעצם הסמכתו כיבואן ישיר, כגוף ריכוזי. התיקון לחוק מנסה להחיל על היבואן הרשמי את הכללים החלים על שווקים ריכוזיים, **מבלי שניתנה כל הגדרה לבעיה התחרותית בשוק בו הוא פועל, או לפעולות שלו, שמהוות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים.**
63. קיימת חשיבות רבה לעידוד תחרות ופיתוחה. עם זאת, התיקון לחוק, תחת המטרה של הגברת התחרות, מבקש לפגוע במתחרה (היבואן הישיר) רק על שום שהצליח להיות הראשון, או יחד עם אחרים, שהתקשר עם היצרן בחו"ל ומייבא לארץ באופן ישיר ממנו – **מבלי שיש לכך תימוכין בתיאוריות מתחום דיני ההגבלים העסקיים ומבלי שיש פירוט, ולו המינימאלי ביותר, מדוע פעולותיו אסורות על פי דיני ההגבלים העסקיים או כל דין אחר.**
64. חשוב בהקשר זה להביא את עמדת הרשות להגבלים עסקיים, עליה חתומה הממונה הנוכחית, מיכל הלפרין, המסבירה, כי **דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על התחרות, לא על מתחרה:**

"דיני ההגבלים העסקיים מעמידים בידי הממונה והאדם הפרטי כלים להגנה מפני פגיעה בתחרות ובציבור. התחרות ראויה להגנה, שכן היא מקדמת את היעילות, מגדילה את התועלת הכלל משקית ומטיבה עם הצרכנים, בין השאר, בדרך של הפחתת מחירים והגדלת מגוון ואיכות המוצרים. **ליבת פעילותה של הרשות ותכליתם של דיני ההגבלים העסקיים ממוקדים בהגנה על התחרות החופשית וקידומה במטרה להגדיל את הרווחה המצרפית במשק**"¹.

¹ מתוך גילוי דעת 1/17 שיקולי הממונה על ההגבלים העסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מיום 28/2/2017, עליו חתומה הממונה על ההגבלים העסקיים היום, מיכל הלפרין

(ההדגשה לא במקור)

65. ולמרות האמירות הברורות הללו הועבר, בעידוד ובתמיכת רשות ההגבלים העסקיים תיקון לחוק, המבסס הגנה על מתחרה.
66. התיקון לחוק נעדר כל התייחסות למאמצי השיווק, פיתוח המוניטין ועבודת ההחזרה של המותג של היבואן הישיר לישראל והוא משאיר את שאלת פעולותיו של היבואן הישיר כפתוחה, כך שגם פעולות אלו עלולות להיחשב, במידה ויוחלט על כך, כפעולות שפוגעות בתחרות ולפיכך ניתן יהיה להטיל עליו כל הוראה בנושא.
67. נהפוך הוא – בשל השקעה זו מוטלת על היבואן הישיר אחריות מוגברת אשר נעלמה מתיקון החוק ואינה רואה בכך כל ערך שיש לעודד. התיקון לחוק מעודד רכיבה של היבואן המקביל על גבי מאמציו של היבואן הישיר, שכן ההוראות מוטלות רק על יבואן ישיר בעוד שאין הוראות דומות למתחרים אחרים בשוק (למעט השעטנו בהגדרת התיקון לחוק שכך גם חלק מהמגזר התעשייתי, יצרן מקומי שמייצר מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ).
68. התיקון לחוק אינו מבצע אבחנה בין חסמי ייבוא כללים לחסמי ייבוא מקביל ומטיל את האחריות על היבואן הישיר לבצע את האבחנה האמורה בכל הנוגע לפעולות, אשר עלולות לפגוע בייבוא המקביל ובייבוא האישי.
69. העובדה שהתיקון לחוק הופך את היבואן הישיר ל-"מתחרה מיוחד" ומתחרים אחרים כמו היבואן המקביל והיבואן האישי ל-"מתחרים רגילים" יוצרת שתי מערכות דינים נפרדות ללא כל הצדקה תחרותית ואף בניגוד לאמנות בינלאומיות שעליהן חתומה מדינת ישראל, אשר אוסרות הבחנה בין חברה בינלאומית לבין חברה מקומית.
70. ביצירת שתי מערכות דינים נפרדות עיגן המחוקק, בהכרח, את העמדה החברתית ערכית, שמבקשת לאפשר רכיבה חופשית של יבואן מקביל על גב היבואן הישיר, לתוך דיני ההגבלים העסקיים, וכן מאפשר ליצרנים מקומיים להערים חסמי כניסה מול יבואנים. זאת, מאחר והתיקון המוצע מבחין בין מתחרים בהתאם למקום הקמתם, כך שהיבואן הישיר הופך למתחרה בעל אחריות מוגברת, בעוד שיתר המתמודדים בשוק (לרבות היצרנים הזרים שמייבאים את תוצרתם לישראל באמצעות הייבוא האישי), ובכלל זה מתמודדים בעלי נתחי שוק משמעותיים הרבה יותר ויצרנים מקומיים, ייהנו מפרשנות משפטית נוחה יותר, שתאפשר להם מרחב פעולה רב הרבה יותר.
71. כך, בדברי ההסבר לאורך גלגולי הוורסיות השונות של התיקון לחוק, נחשב מראש היבואן הישיר בניסיונות דחיקת יבואן לא ישיר, בעוד מתחרים אחרים בשוק אינם נחשדים בפעולה דומה.

ד(2) הפגיעה בחופש העיסוק:

72. העובדה שהתיקון לחוק עבר מבלי ששולבו בתוכו כלל המתחרים בשוק, אלא רק היבואנים הישירים וקבוצה של מפעלי תעשייה המייצרים מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ, יצרה אפליה בלתי מוצדקת בין מתחרים, ובכך פגעה בעיקרון השוויון ללא הצדק סביר ובניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק.

73. כפי שנקבע פעמים רבות, החופש להתחרות ללא התערבות מפלה של המדינה הוא חלק יסודי וחשוב בזכות החוקתית לחופש העיסוק. כך נקבע, למשל:

"פגיעה בחופש התחרות על-ידי התערבות שלטונית הינה פגיעה בחופש העיסוק. הענקת זכות לאחד ושליטה מאחר פוגעת בזכות לתחרות חופשית; הטלת מגבלות על פעולתו של עוסק פלוני והסרת אותן מגבלות מעוסק אלמוני – פוגעות בזכותו של פלוני לחופש תחרות..."

ביסוד היבט זה של חופש העיסוק כחופש התחרות עומד עקרון השוויון בין מתחרים. הפגיעה בשוויון נגרמת על-ידי התערבות שלטונית המעניקה לאחד ואינה מעניקה לאחר או המגבילה אחד בעוד שאינה מגבילה את האחר. התערבות שכזו פוגעת בחופש העיסוק."

(בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 464 (2000)).

ובדומה הובהר:

"חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות המדינה. הענקת יתרון לנפתלי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יששכר ופגיעה בחופש העיסוק שקנה, אפשר עד כדי הכנתו וחיסולו כגוף פעיל בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי-אז כמו הצמתנו במו-ידינו את חופש העיסוק, ולמצער, צמצמנו אותו עד לבלי-היכר.

חופש העיסוק אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או לרעוב תחת הגשר'. חופש העיסוק במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב בתחרות החופשית על דרך הענק סובסידיה לנפתלי ושליטה בה-בעת מיששכר, מתחרהו של נפתלי בשוק."

(בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 216 (1998)).

וכן ראו בדומה:

"ההגנה על חופש העיסוק מגלמת גם את הצורך להבטיח תחרות חופשית ושוויון הזדמנויות במשק ובעבודה על-מנת לאפשר התמודדות בתנאים שווים בין עוסקים שאינם בעלי שוני רלוונטי." (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 256, 235 (2002)).

(ההדגשות לא במקור)

74. התיקון שעבר יצר מציאות בו מתחרה אחד, הוא היבואן הישיר, מתחרה בתנאים נחותים אל מול שאר מתחריו בשוק. צעדיו מוצרים פעמיים. קודם כל במסגרת של ריסון עצמי על מנת לא להגיע למצב שבו הממונה יטיל עליו הוראות, ולאחר מכן, בשלב שבו יוטלו עליו הוראות, הוא יהיה חייב למלאן על מנת להימנע מהסנקציות הקבועות בחוק בגין אותה הפרה. **היבואן הישיר נדרש להתמודד בשוק במצב של נחיתות אינהרנטית.**

75. מכיוון שהוכחה פגיעה בזכויות היסוד החוקתית לחופש העיסוק, **עובר נטל ההוכחה למשיבים.** עליהם הנטל להוכיח כי הפגיעות מוצדקות ומידתיות, וזאת אף בטרם הוצא צו על-תנאי בעתירה.

76. העברת הנטל חלה בעתירות נגד חוקתיות של חוק. עמדה זו הוצגה כבר בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 428, 221 (1995). בהמשך היא הובעה בפסק-דינו של כבוד השופט לוי בבג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 508, 464 (2005):

"משנמצא כי דבר-חקיקה פוגע בזכות יסוד מוגנת, נטל ההוכחה כי הפגיעה מידתית ולפיכך חוקתית הוא על הטוען לחוקתיות החוק."

(ראו גם: בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל** נ' **הכנסת**, פ"ד סא(1) 671, 619 (2006)).

77. לבסוף הפכה גישה זו להלכה הפסוקה בבג"ץ 8035/07 **אליהו נ' ממשלת ישראל**, בפסקה 6 (פורסם בנבו, 21.5.2008). כדברי פרופ' אי ברק:

"נראה אפוא כי הוכרעה השאלה בדבר נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב הבחינה החוקתית השני (פסקת ההגבלה). בפרשת בנק המזרחי המאוחד הובעו לגביה עמדות שונות ונוגדות, שהיו בבחינת אמרות אגב; הפסיקה שלאחר פרשה זו כבר הכריעה בחילוקי-הדעות. עמדתו של

השופט לוי, שהייתה עמדת מיעוט באחת הפרשות, נהפכה לעמדה של בית המשפט כולו".

(ברק, **מידתיות**, 547. ראו גם ליישום: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, סה(1) 824, 782 ו-881 (2012)).

78. הנה כי כן, על המשיבים הנטל להראות, **ולחוביח מבחינה עובדתית**, כי הפגיעה היא מידתית. עליהם להראות שקיימת הצדקה לפגיעה העומדת בכל הוראות פסקת ההגבלה, וכן **להוכיח בראיות** שמתקיימים כל מבחני פסקת ההגבלה.
79. יחד עם זאת, מידתיות פירושה כי מטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. מול המטרה, ראוייה ככל שתהא, קיימים עקרונות יסוד ועומדות זכויות אדם שעליהן יש לשמור. כפי שהוסבר לא פעם, כלל המידתיות מבוסס על "התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים **מחסום ערכי**, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראוייה" (בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 37 (2006)).
80. השוויון בין בני האדם הוא עיקרון יסוד שכזה. אמצעי מפלה, בלא טעם של ממש לאפליה, אינו יכול להיות אמצעי חוקי לגיטימי.
81. כך הוא הדבר בענייננו. ראינו כבר שאין שוני רלוונטי המבחין בין היבואן הישיר לבין מתחרים אחרים בשוק. גם המתחרים האחרים יכולים לפעול באופן שיש בו כדי להפחית את התחרות בענף וגם יבואנים ישירים של מותגים אחרים יכולים לפעול על מנת לצמצם את התחרות בענף בכללותו.
82. במצב זה, בהכרח, אין מתקיים אף-אחד ממבחני המידתיות.
83. ודוק: מבחני המידתיות אינם מתייחסים לעצם קיומה של היכולת להטיל הוראות על כלל המתחרים בשוק, אלא לקיומה בתצורה **מפלה** דווקא. מבחני המידתיות בוחנים את הקשר בין **הרכיב המפלה** ובין תכליתו.
84. **אין מתקיים מבחן הקשר הרציונאלי**: התכלית המוצהרת, לכאורה, להפחית את יוקר המחיה **אינה קשורה** לאפליה בין יבואן ישיר לבין מתחרים אחרים בשוק. אין שום קשר רציונאלי בין הבחירה לקבוע **דין שונה** לכל קבוצה ובין הפחתת יוקר המחיה. הפחתת יוקר המחיה מושגת באמצעות כך שאימת הדין המרחפת בגין פגיעה בתחרות חלה על כלל המתחרים, לא על ידי כך שהדין רלוונטי רק לקבוצה אחת של מתחרים היא היבואנים הישירים.
85. **אין מתקיים מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**: כאמור, אין שום תועלת מיוחדת בכך שהיבואנים הישירים בלבד יהיו תחת אסדרה כבדה ותחת עינו ושוטו של הממונה, שעה שגם מתחרים אחרים יכולים לפגוע בתחרות. כך למשל, דווקא בשוק המזון שבוא היבוא הוא רק 15%, מדד הריכוזיות הוא הגבוה ביותר – כלומר מי שאחראי על יוקר המחיה, אינם היבואנים! לעומת זאת, בתחום הביגוד וההנהלה, שם

התחרות רבה מאד, 70% מהשוק הוא מיובא. כלומר, **אין קורלציה בין היבוא לבין הריכוזיות.**

86. אשר על כן, הנחת היסוד לפיה התחרות היא רק בתוך המותג עצמו, בהתעלם מהשוק בכללותו היא משוללת כל יסוד.

87. אין מתקיים מבחן המידתיות במובנה הצר: מבחן-משנה זה הוא ערכי. במסגרתו קובעת הדמוקרטיה אילו אמצעים אינם מקובלים עליה להשגת תכליות, ואף תכליות ראויות. זהו השלב שבו נקבע מהו "מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 782, 728 (1999)).

88. במילים אחרות, זהו השלב שבו יש לבחור מה חשוב יותר לשיטת המשפט הישראלית: התועלת או הפגיעה בזכויות. זהו השלב שבו נבחנים עקרונות היסוד של השיטה.

89. בענייננו, יש אפוא להניח על אחת מכפות המאזניים את התועלת, לכאורה, מהצרת צעדיהם של יבואנים ישירים בלבד באמתלה, לא מבוססת, שהם ורק הם אחראים ליוקר המחייה בישראל. על הכף השנייה יש להניח את הפגיעה בזכות-היסוד של היבואנים הישירים להתחרות בתנאי שוויון; את הפגיעה בחופש העיסוק; את מהות התיקון שעבר ועל פיה ניתן להטיל הוראות על היבואן הישיר מבלי שעשה כל פעולה אסורה על פי כל דין (רק מחמת מעמדו, מונח ערטילאי) וכן, כי לא נדרשת כל תשתית ראייתית להטלת ההוראות וניתן להסתפק במושג אמורפי, חשש; ואת העובדה שלראשונה מוכנסים לתוך חוק שהוא כלכלי באופיו שיקולים חברתיים ערכיים (בעיקר עידוד של יבוא מקביל) שיש בהם כדי לפגוע באופיו האובייקטיבי. ובבחינה זו דומה כי ברור לחלוטין שמשקלם של השיקולים הנמצאים על הכף השנייה **כבד הרבה יותר.**

90. הדבר נובע אף מן ההיגיון הפשוט ומהעקרונות היסודיים ביותר של שיטת המשפט הישראלית. אפליה אינה תרופה, וודאי כאשר היא נמצאת בספר החוקים. המלחמה ביוקר המחייה לא עוברת דרך הריסת חוק ההגבלים העסקיים באמצעות הכנסת ערכים הזרים לחוק.

91. לנוכח כל האמור לעיל, ברי שהתיקון לחוק פוגע באופן בלתי מידתי בחופש העיסוק.

ד(3) הפגיעה הקשה בשוויון:

92. התיקון לחוק מפלה לרעה את היבואנים הישירים בישראל אל מול מתחרים אחרים באותו שוק. הוא פוגע בעיקרון מקודש בשיטת המשפט שלנו, הוא עיקרון השוויון. יפים בהקשר זה דבריו המאלפים של הנשיא ברק:

"הזכות לשוויון הוכרה כזכות אדם בישראל. כבר במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". מספר חוקים קבעו שוויון בתחומים מוגדרים (כגון חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998). עיקר ההכרה בזכות לשוויון מעוגנת במשפט המקובל הישראלי. ברשימה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון, כי שוויון הינה זכות הנתונה לכל אדם בישראל (ראו זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' 165 (1999); רדאי, "על השוויון", משפטים כד 241 (1994); בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", ספר שמגר: מאמרים 287 (חלק א', 2003)). בית המשפט העליון ראה בה מהחשבה שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). היא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). "השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל... כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. **השוויון מונח בבסיס הקיום הלאומי... הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי**" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 272; להלן – פרשת קעדאן; ראו גם בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 414; ראו גם פרשת עדאלה, עמ' 39). היפוכו של השוויון הינו ההפליה (ראו ד"ר 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35; להלן – פרשת בורנובסקי). ההפליה הינה "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502; להלן – פרשת מרכז השלטון המקומי). **ההפליה "היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול.**

היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה" (השופט ג' בך בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760).

(בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פורסם בנבו ביום 11.5.2006)

93. יתרה מכך, חוקה היא כי תכליתו של כל חוק נועדה להשיג שוויון. "הזכות לשוויון מהווה היבט מרכזי של התכלית (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 30 (1999)). ראו גם למשל: בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561, 585 (1981)).

כפי שנקבע לא פעם (פרשת בוארון, 194):

"לצד ההתחקות אחר התכלית הספציפית של דבר החקיקה אותו מבקשים לפרש, מן הראוי לבחון עד כמה מבטא דבר החקיקה את ערכי היסוד של השיטה, וזאת נוכח העיקרון הנוהג עמנו לפיו יש ליתן ביטוי לערכים אלה בכל דבר חקיקה. אחד מערכי היסוד בשיטת המשפט הנוהגת בישראל, הנוגע במישרין לעניין שבפנינו, הוא עיקרון השוויון אשר זכה למעמד חוקתי... והוא משמיע לנו כי אנשים שאין ביניהם שוני רלוונטי זכאים ליחס שווה, בין היתר, מבחינת הדין החל עליהם. טענת אפליה תתעורר, אפוא, מקום בו מוחל דין שונה על פרטים או קבוצות, אשר אין שוני רלוונטי המבחין ביניהם."

(ההדגשה לא במקור)

94. בית המשפט הנכבד עמד כבר עשרות פעמים על חשיבות החובה לנהוג בשוויון. כך נאמר למשל:

"...טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמה נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם. ילד מבטנו יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא? ולכשיגדל והיה לאיש, יעמוד ויקבול: מדוע חויבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישרים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה"

(ההדגשה לא במקור)

(בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה,
פ"ד נב(4) 193 (1998)).

ובמקרה אחר נאמר :

"עקרון השוויון הוא כעמוד אש וכעמוד ענן שלפני משטר
דמוקרטי וימנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו... הוא
בחינת אלף-בית, יסוד ראשון במעלה; 'ביודענו זאת – ידענו
הכל; לא ידענו זאת – לא ידענו דבר'..."

נגזרתה של הזכות לשוויון היא החובה שלא להפלות, ובידוע, כי
על רשות שלטונית לפעול בשוויון בכל פעולה מפעולותיה... וכי
אסורה עליה הפליה, שהיא יחס בלתי שווה ובלתי הוגן
לשוויים'..."

(עע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופו, בפסקאות כ-כא (פורסם בנבו,
29.12.2013)).

95. כידוע, כדי להצדיק הוראה מפלה יש להראות קשר ישיר וקונקרטי בין מטרת
ההבחנה ובין השוני בין הקבוצות. כפי שנקבע לא פעם:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה
ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק
והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה
הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם
הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין
מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת,
אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים
למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים
אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם
מצדיקים זאת."

(ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד
כה(1) 7, 35 (1971)).

וכפי שהבהיר בית המשפט הנכבד:

"כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם
הרלוואנציה של השונות, ואת מידתה, יש לבחון, בכל מקרה
נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולארית שלשם השגתה
מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות
המיוחדות ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה
מותר להעדיף את האחד על האחר, חייבת להיות ישירה

וקונקרטיית... עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם... אדרבא, כל אימת שהדבר אפשרי, גם בשונים יש לנהוג בשוויון, תוך התחשבות בהיותם שונים".

(בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 94, 110 (1995)
(להלן – "פרשת מילר"). ראו גם: בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 258, 269-270 (2005)).

96. ברור לחלוטין שהן היבואן הישיר והן מתחריו הם מתחרים באותו שוק על אותם לקוחות. רק לצורך הדוגמא, יבואן של חולצות של המותג טומי הילפיגר מתחרה בשוק שבו קיימת גם יצרנים של מותגים מקומיים וגם יבואנים של מותגים אחרים כמו לקוסט, הוגו בוס, ראלף לורן או נאוטיקה ואחרים וגם יבואן מקביל של טומי הילפיגר וגם יבואנים אישיים (הרוכשים ישירות מאתרי הסחר הבינלאומיים בחו"ל) בהיקפים הולכים ומתעצמים.

97. התיקון שעבר מתעלם לחלוטין משוק החולצות בכללותו. הוא בוחן רק את שוק חולצות המותג טומי הילפיגר ומרדד את התחרות בין כלל המותגים, ללא סיבה אמיתית ובמנותק מהמציאות לשוק מותג החולצות של טומי הילפיגר.

98. והרי גם היבואנים הישירים של נאוטיקה, הוגו בוס, או של ראלף לורן יכולים לפעול על מנת להדיר את רגלי היבואן המקביל של טומי הילפיגר על מנת לצנן את התחרות בשוק. מדוע התיקון לחוק מתעלם מפעולותיהם וממקד את זרקורו אך ורק במתחרה אחד בשוק, הוא היבואן הישיר של טומי הילפיגר?

99. ברור לחלוטין, כי אין הבדלים של ממש בין היבואנים או היצרנים המקומיים של המותגים שהוזכרו קודם לכן. כולם מתחרים באותו השוק, אבל רק על אחד מהם הכבידו את הרגולציה – היבואן הישיר של המותג הספציפי והרי לכם, האפליה במלוא כיעורה.

100. הבחנה יכולה להוות אפליה פסולה, גם אם עצם ההבחנה מותרת, וזאת כאשר **מידת** ההבחנה אינה פרופורציונאלית למידת השוני. כפי שנקבע לא פעם:

"בכך, כידוע, טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת... ובלבד שעצם **ומידת ההבחנה** בין הגורמים המשווים אכן דרושות ומוצדקות, בנסיבותיו של העניין, להשגת המטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה..."

(ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד נז(3) 793, 810 (2003). ראו גם: פרשת מילר, שם).

101. ובדומה צוין :

"כדי שההפליה תהיה מותרת, לא די שהשוני יהיה רלוונטי, והיא צריכה לעמוד גם במבחן המידתיות. דהיינו, כי תתקיים פרופורציה הולמת בין השוני העובדתי שבין הגופים בהם מדובר, והשוני בהתייחסות של הרשות כלפיהם. יכול ששוני עובדתי יצדיק אמנם שוני מסוים ביחס הרשות כלפי כל אחד מן הגופים, אך לא מעבר לכך. מצב בו השוני בהתייחסות עולה על הנדרש, ייחשב אף הוא כהפליה פסולה..."

(בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397, 409 (1996) (להלן – "פרשת קונטקט לינסן").

102. בדומה נקבע שהבחנה המבוססת על שיקול ענייני בעל משקל נמוך ביחס לעוצמת ההבחנה תוביל למסקנה שמדובר באפליה פסולה :

"אפשר גם שקבוצת שוויון תוקם על יסוד שיקול ענייני, ובכל זאת לא תהיה הצדקה לקיום הנפרד של קבוצת שוויון זאת. הכיצד? אפשר שבנסיבות המקרה המשקל של השיקול הענייני יהיה קטן עד כדי כך שהוא לא יצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת..."

לדוגמה, נניח כי משרד ממשלתי החליט לתת סובסידיה ליצואנים, אך רק ליצואנים שהחלו לייצא לפני שנת 1995. משמע, קבוצת השוויון כוללת רק יצואנים שעומדים במבחן מסוים של זמן. בהתאם לכך, יצואנים שהחלו לייצא לאחר שנת 1995 אינם זכאים לסובסידיה כלל. או, כדוגמה אחרת, נניח כי המשרד החליט שהסובסידיה תינתן רק ליצואנים שהערך המוסף של היצוא שלהם עולה על 50%. המקרה כזה קבוצת השוויון כוללת רק יצואנים שעומדים במבחן מסוים של ערך מוסף. אכן, ייתכן כי הזמן או הערך המוסף ייחשבו שיקול ענייני לצורך מתן סובסידיה, ועם זאת לא יהיה בשיקול זה כדי להצדיק הקמה של קבוצת שוויון נפרדת. לצורך זה צריך לתת לשיקול הענייני משקל ראוי ביחס למשקל שנתן ליתר השיקולים הענייניים..."

(בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 283 (1997)).

103. בענייננו, אפילו נניח שקיימת הצדקה להבחין בין יבואן ישיר לבין מתחריו – ולטעמנו אין שום הצדקה כזו - עדיין התיקון לחוק שמתעלם לחלוטין מהשוק בכללותו ומבקש ללכוד רק את היבואן הישיר של המותג, הוא חסרת פרופורציה לחלוטין.

הוא מוביל לפגיעה קשה ועמוקה בפעילות העסקית של היבואנים הישירים, שיצטרכו מעתה להתנהל בצורה מאוד זהירה.

104. יש פעולות לגיטימיות שהם יפסיקו לבצע מחשש להטלת ההוראות ויש פעולות, שבדיעבד ייקבע שאסור להם לבצע והנה לנו מצב בו קשרנו את ידי היבואנים הישירים, שאינם יכולים להתמודד באופן שווה מול מתחריהם בשוק. פעילותם הרבה יותר מוגבלת מאשר הפעילות של מתחריהם.

105. הלזאת נקרא תחרות הוגנת? תחרות שוויונית?

ד(4) הטלת הוראות רק על סמך מעמד ורק על בסיס "חשש" מבלי שקיימת תשתית עובדתית ולו לכאורית איננה סבירה ונוגדת עקרונות יסוד בשיטת המשפט שלנו

"מעמד":

106. עצם מעמדו של היבואן הישיר, גם מבלי שעשה דבר, יכול להוות טריגר לחשש, שמכוחו יוטלו הוראות על היבואן הישיר.

107. למעשה, עצם העובדה שהיבואן הישיר קיים והתבסס בשוק כבר הופכת אותו לחשוד על פי התיקון שעבר.

108. מה הם אותם מעשים עלומים, שבגינם חושדים בכשרים?

109. כיצד "מעמד" מהווה רכיב העומד בפני עצמו?

110. ויודגש, בחלק הזה, אותו אנו תוקפים בתיקון לחוק, אין מדובר בניצול מעמד או בהתנהגות פוגעת בתחרות (שבה התיקון כן נוגע, מבלי לפרט מה היא אותה התנהגות פוגענית), אלא, הלכה למעשה, בעצם קיומו של היבואן הישיר. הקיום, כשלעצמו, מצמיח את הסמכות למתן הוראות.

111. דומה הדבר לכך, שהוראת חוק מסוימת תפרוש חלוקה בהתבסס על צבע עיניים או על צבע שיער של מי שהיא אמורה לחול עליו. לא המעשה או המחלל הם שבמוקד, אלא עצם העובדה שמדובר בבעל שיער/צבע עיניים כזה או אחר.

112. הלכה למעשה, יבואן ישיר, שרחמנא ליצלן, הצליח בעסקיו, והתבסס בשוק יותר מאחרים, נמצא על הכוונת של רשות ההגבלים העסקיים. זאת גם מבלי שביצע כל פעולה אסורה.

113. כשם שצבע עיניים/שיער לא יכול להוות עילה, העומדת בפני עצמה להטלת הוראות, גם מעמד של יבואן ישיר לא יכול, כשלעצמו, להוות עילה עצמאית, המנותקת מהתנהגות אנטי תחרותית.

"חשש":

114. החוק שעבר מאפשר להטיל הוראות, רק על סמך חשש.
115. חשש שאיננו נתמך בבדל של ראייה כמוהו כהרגשה, או תחושה או אינסטינקט, או כל מילת תיאור אחרת, שהמשותף להן הוא היותן בלתי קשורות לעובדות.
116. אוי לנו, אם המשפט הישראלי יבצע זליגה מהסתמכות על ראיות להפעלת סמכויות שלטוניות/רגולטוריות רק על בסיס של תחושות/חששות.
117. נכון, שלכאורה מציב החוק מסננות נוספות (פגיעה משמעותית בייבוא מקביל או ייבוא אישי ופגיעה משמעותית בתחרות בענף), אבל אלו אינן מפחיתות כהוא זה מהעובדה שסמכות הטלת ההוראות עוברת דרך "חשש" ואיננה דורשת תשתית עובדתית איזו שהיא.
118. עיקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית הוא שכל החלטה שלטונית חייבת להתבסס על תשתית עובדתית ראויה. מכאן, חובתה של הרשות לאסוף את המידע הרלוונטי לביסוס החלטותיה².
119. על פי התיקו שעבר, די במעמד של יבואן ישיר ובחשש בלבד על מנת שניתן יהיה להפעיל את הסמכות. לעניות דעתנו, מדובר בהוראת חוק דרקונית, בלתי סבירה באופן קיצוני.
120. הוראת חוק, הקובעת, שניתן לעצור אדם או הוראת חוק הקובעת, כי ניתן לשלול את דרכונו של אדם רק על סמך חשש, שאיננו מגובה עובדתית, אינן יכולות לעמוד במבחן החוקיות ואינן עומדות בקנה אחד עם עקרונות של משטר דמוקרטי, המכבד זכויות אדם.
121. כך גם בענייננו.
122. חייב שיהיה יסוד עובדתי כלשהו, ראיות מינימליות לאותה פגיעה נטענת ולא יעלה על הדעת שימוש בסמכות כה מרחיקת לכת רק על בסיס של "חשש".

² דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי א 580 (2010)

123. לא די בחשש להפעלת הסמכות. יש צורך בראיות ממשיות. חשש הוא מונח אמורפי ורחב מאד. על פי התיקון לחוק, גם כתבה בעיתון יכולה לעורר חשש, שמכווחו תופעל הסמכות.

124. כדי שהחלטת הממונה להטיל הוראות על יבואן ישיר תהיה ראויה ומידתית ותקדם את האינטרסים שלשמשם קיימת רשות ההגבלים העסקיים – והתחרות היא כאמור ליבת הפעילות – על ההחלטה להיות מבוססת על תשתית עובדתית ראויה:

”ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית... תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופיות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות), ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית”

(ההדגשה לא במקור)

בג”ץ 297/82 ברגר נ’ שר הפנים, פ”ד לז(3) 29, 48-49

125. התיקון לחוק, המתבסס על השילוב של מעמד עם חשש, עומד בסתירה חזיתית להלכות ברורות אלו, שהן מעיקרי הצדק הטבעי.

126. מבקשים לפעול כנגד יבואן ולהטיל עליו הוראות רק על סמך חשש? מה ביסס את אותו חשש? היכן התשתית העובדתית שהביאה למסקנה, כי יש אכן הצדקה מהותית לפעול כנגד היבואן הישיר?

127. התיקון לחוק מתעלם מעיקרון יסודי זה. על פי התיקון, אין כלל צורך בתשתית עובדתית ולו בפירוט מינימאלי על מנת להפעיל את הסמכות.

”הכלל הוא שבבואה של הרשות להחליט עליה ליתן דעתה לכל השיקולים הענייניים כדי שתוכל לקבל החלטה שקולה ומושכלת המאזנת ביניהם. במסגרת השיקולים הענייניים יהיו כאלה הנשענים על נתונים ועובדות. באין איסוף ראיות כנדרש עלולים עובדות ונתונים הצריכים לעניין שלא להיות מובאים בחשבון וההחלטה לא תהיה שקולה ומאוזנת”

(ההדגשה לא במקור)

(בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3), 865,
899; כן ר' בג"צ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530)

128. השאלה המרכזית הנוגעת בהפעלת סמכות מתן ההוראות ליבואן הישיר מתייחסת לאיזון הראוי שבין הרצון להגן על התחרות (וכאמור, מדובר בתחרות במובן הצר ביותר, התוך מותגי בלבד ולא התחרות בין כלל המותגים בכלל השוק הרלוונטי) לבין הפגיעה בזכויות יסוד של היבואן הישיר לחופש התנהלות עסקי ולשוויון מול שאר מתחריו. בחינת התקיימותו של איזון כאמור מחייבת תשתית עובדתית רחבה, הכוללת מידע מהימן אודות הפגיעה לכאורה במתחרים אחרים בשוק.

129. באין דרישה לתשתית עובדתית ולו הדלה ביותר, כיצד ניתן יהיה לבצע את האיזון האמור? על בסיס איזו תשתית עובדתית מבקשים לכרסם בחופש העיסוק של היבואן הישיר, לפגוע בשוויון ולהטיל עליו - ורק עליו - הוראות?

130. חשש, בכל הכבוד הראוי, איננו עומד בקנה אחד עם החובה המנהלית לבסס תשתית עובדתית ראויה. הוא נוגד מושכלות יסוד בשיטת המשפט שלנו ולטעמנו הוא בלתי סביר באופן קיצוני כמקור ממנו שואב הממונה את סמכותו להטיל על היבואן הישיר הוראות.

131. ונציין שוב, כי אין שום הגדרה בתיקון שעבר לפעילות אסורה. היבואן הישיר נדרש היום לכלכל את צעדיו באמצעות ניחוש.

ד(5) החריגה מהמקובל והנהוג מעולם דיני ההגבלים העסקיים:

132. ניתן היה לעצור כאן ולהסתפק בנימוקים שהובאו עד כה כדי להראות עד כמה התיקון לחוק איננו חוקתי ודינו בטלות.

למרות זאת ולאחר מחשבה מעמיקה סברנו, כי יהיה זה נכון להראות לבית המשפט הנכבד גם עד כמה התיקון לחוק חורג מהנהוג והמקובל בעולם דיני ההגבלים העסקיים.

133. יודגש, כי בניגוד למטרות הכלכליות של דיני ההגבלים העסקיים, התיקון לחוק מקדש את ההגנה על התחרות התוך מותגית (בין יבואני אותו מותג) על חשבון פגיעה בתחרות הבין מותגית, שכן בהכרח כוחו של היבואן הישיר (כהגדרתו בחוק) יוגבל כאשר מוטלת עליו אחריות נוספת ורגולציה כופה ומאסדרת בהשוואה למתחריו.

134. התיקון לחוק נותן משקל משמעותי יותר למתחרה בתחרות תוך מותגית על פני תחרות בין מותגית בין מספר שחקנים – בניגוד למושכלות יסוד בהגבלים עסקיים.

135. לאורך כל גלגולי התיקון לחוק, אין כל דיון באשר לצידוק ההגבלי כלכלי להגברת תחרות תוך מותגית לעומת תחרות בין מותגית. אין כל פירוט בדברי ההסבר להבחנה זו, החורגת ממושכלות יסוד הגבליות.

136. הגדרות השוק הרגילות לפיהן שוק מוצר אינו שוק מותג בוטלו כליל בתיקון לחוק, שכן במהותו התיקון לחוק יוצר שוק נפרד לכל מותג ומותג ואף לכל מוצר ומוצר מיובא. בכך העניק התיקון לחוק ליבואן המקביל הגנה גבוהה יותר מזו שניתנה ליבואנים אחרים של מוצרים מתחרים.

137. מדובר בחריגה מהותית ובלתי מוסברת מהגדרות השוק הרגילות בהגבלים עסקיים, בפרק שמהווה חריגה מכל מהות החוק, ללא שנערך ניתוח מפורט המסביר את החריגה בעניין זה וכיצד היא מתיישבת עם דיני ההגבלים העסקיים.

138. התיקון לחוק מעגן מפורשות את הרכיבה של היבואן המקביל על מאמצי השיווק של היבואן הישיר, שכן ניתנת ליבואן המקביל עדיפות על פני כל מתחרה אחר הפועל בשוק, גם אם ליבואן הישיר אין כח שוק כלל וגם אם אין בפעולות היבואן הישיר כל מימד של הסדר כובל או עבירה אחרת אסורה על פי דין שכן כל שמיוחס ליבואן הישיר הוא עצם מעמדו או התנהגות שיש בה חשש שייפגע באופן משמעותי ייבוא מקביל או ייבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, כאשר אין כל התייחסות לשאלה האם מדובר בתחרות תוך מותגית או בין מותגית. משכך, מדובר בשאלה חברתית ערכית ביסודה (עידוד הייבוא המקביל באמצעות חוק ההגבלים העסקיים) שתוכרע על פי רצונו הסובייקטיבי של הרגולטור, וללא כל יכולת להיערך מראש ולהבין את גבולות המותר והאסור על פי דין.

139. לפיכך, התיקון לחוק לא עומד, לעניות דעתנו, במבחנים שנקבעו להיעדר אפליה, שרירותיות, וודאות בנוגע לחקיקה אסדרתית הצופה פני עתיד. חקיקה אסדרתית ומניעתית יש לנקוט במשורה, ורק במקרים חריגים ונדירים ויש להקנות את רמת הודאות הגבוהה ביותר על מנת למנוע התערבות בלתי מוצדקת במסחר ובחופש העיסוק. התיקון לחוק, לשיטתנו, איננו עושה כן.

140. מתן הגנה למתחרה (הייבוא המקביל) על פני מתחריו (היבואן הישיר ואחרים) בפן ההגבלי הינה בהכרח רכיבה על מאמצי השיווק של היבואן הישיר ומתן עדיפות חברתית ערכית (בעיקר לעידוד הייבוא המקביל).

141. כפי שיפורט בהרחבה, התיקון לחוק מהווה תקדים לכל החקיקה ההגבלית הקיימת בישראל, באיחוד האירופאי ובארה"ב והוא מטיל על יבואנים ישירים נטל בלתי אפשרי לפרש חקיקה חדשה ומקורית, יציר המחוקק הישראלי, כאשר פעולתם תיבחן באופן רטרואקטיבי, ללא כל הגדרה מראש מה אסור ומה מותר, ניתן יהיה להטיל עליהם הוראות בלתי מוגבלות ותתאפשר הטלת אחריות פלילית מנהלית ונזיקית בגין פעולות שאינן מהוות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים בהתאם למבחנים הכלכליים המקובלים.

142. לשיטתנו לחקיקה זו השפעה משמעותית על רגולציות אחרות ועל ההיבט המנהלי וזאת מבלי שהתקיימה בדיקה בנוגע לעלויות שיהיו למשק מהטלת אחריות בגין ייבוא מוצרים מחו"ל תוך אפליה לרעה לעומת ייצור מקומי.

143. ספק אם התיקון לחוק עולה בקנה אחד עם אמנות הסחר עליהן חתומה מדינת ישראל ובפרט אמנת הסחר עם האיחוד האירופי, לפיה ישראל מחויבת להעניק תנאים תחרותיים שווים למוצרים מיובאים.

144. כך למשל נביא את לשון סעיפים 36-38 להסכם הסחר החופשי בין ישראל לבין האיחוד האירופי ("EURO-MEDITERRANEAN AGREEMENT ESTABLISHING AN ASSOCIATION BETWEEN THE EUROPEAN COMUNITIES AND THEIR MEMBER STATES OF THE ONE PART, AND THE STATE OF ISRAEL OF THE OTHER PART")

CHAPTER 3

COMPETITION

Article 36

1. The following are incompatible with the proper functioning of the Agreement, in so far as they may affect trade between the Community and Israel:
 - (i) all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices between undertakings which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition;
 - (ii) abuse by one or more undertakings of a dominant position in the territories of the Community or Israel as a whole or in a substantial part thereof;

(iii) any public aid which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods.

2. The Association Council shall, within three years of the entry into force of the Agreement, adopt by decision the necessary rules for the implementation of paragraph 1.

Until these rules are adopted, the provisions of the Agreement on interpretation and application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade shall be applied as the rules for the implementation of paragraph 1(iii).

3. Each Party shall ensure transparency in the area of public aid, inter alia by reporting annually to the other Party on the total amount and the distribution of the aid given and by providing, upon request, information on aid schemes. Upon request by one Party, the other Party shall provide information on particular individual cases of public aid.

4. With regard to agricultural products referred to in Title II, Chapter 3, paragraph 1(iii) does not apply.

5. If the Community or Israel considers that a particular practice is incompatible with the terms of the first paragraph of this Article, and:

- is not adequately dealt with under the implementing rules referred to in paragraph 2, or

- in the absence of such rules, and if such practice causes or threatens to cause serious prejudice to the interest of the other Party or material injury to its domestic industry, including its services industry,

it may take appropriate measures after consultation within the Association Committee or after thirty working days following referral for such consultation.

With reference to practices incompatible with paragraph 1(iii) of the present Article, such appropriate measures, when the GATT is applicable to them, may only be adopted in accordance with the procedures and under the conditions laid down by the GATT or by any other relevant instrument negotiated under its auspices and applicable to the Parties.

6. Notwithstanding any provisions to the contrary adopted in conformity with paragraph 2, the Parties shall exchange information taking into account the limitations imposed by the requirements of professional and business secrecy.

Article 37

1. The Member States and Israel shall progressively adjust any State monopolies of a commercial character, so as to ensure that, by the end of the fifth year following the entry into force of this Agreement, no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of the Member States and Israel.
2. The Association Committee will be informed about the measures adopted to implement this objective.

Article 38

With regard to public undertakings and undertakings to which special or exclusive rights have been granted, the Association Council shall ensure that as from the fifth year following the date of entry into force of this Agreement there is neither enacted nor maintained any measure distorting trade between the Community and Israel to an extent contrary to the Parties' interests. This provision should not obstruct the performance in law or in fact of the particular tasks assigned to them.

145. אפליה שרירותית בין מוצרים מייבוא למוצרים מייצור מקומי אינה עומדת, לשיטתנו, בהתחייבויותיה של ישראל על פי האמנות עליהן היא חתומה לרבות סעיפי התחרות שצוטטו מעלה.

146. נעמוד על הנקודות שפורטו בהרחבה.

ד(5)(1) התיקון שעבר

147. התיקון לחוק הוסיף את פרק ד'2 – מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה. לאחר סעיף ההגדרות, ובו למדנו כאמור, שיצרן הוא יבואן, מופיע הסעיף המהותי שכותרתו: "מתן הוראות ליבואן ישיר" וזו לשונו:

131 (א) ראה הממונה, כי כתוצאה ממעמדו או מהתנהגותו של יבואן ישיר קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, רשאי הוא לתת הוראות ליבואן הישיר בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה בתחרות כאמור

148. עצם מעמדו של יבואן ישיר או התנהגותו שלגביהן ייקבע, בדיעבד, שיש בהם לפגוע באופן משמעותי בייבוא מקביל או ייבוא אישי ובשל כך קיים חשש שעלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף, מקימה את הסמכות להטיל הוראות. הפרת ההוראות שיוטלו תעלה לכדי עבירה פלילית והפרה נזיקים ותאפשר הטלת עיצומים כספיים כנגד היבואן הרשמי וכנגד מנהליו ונושאי המשרה בגין ההפרה.

ד(5)(2) עמדת הדין הזר בנוגע לייבוא מקביל – השוואה לאיחוד האירופי
ולארצות הברית

149. המצב החוקי באירופה אוסר, באופן מוחלט וגורף, ייבוא מקביל לתוך השוק האירופי המשותף. היצרן של המוצר (בעל זכויות הקניין הרוחני) הוא היחיד שיכול לקבוע כיצד מוצריו ייכנסו לאיחוד האירופי ועל ידי איזה יבואן. לא ניתן לייבוא לאיחוד האירופי ייבוא מקביל כלל. לא בכדי מכונה האיחוד האירופי בהקשר של יבוא מקביל "המבצר האירופי".

150. בשל כך, מחיר המוצר, כפי שהוא נכנס לראשונה לאיחוד האירופי, נקבע באופן בלעדי על ידי היצרן או גורם מוסמך מטעמו. לכן, על אף שבתוך מדינות האיחוד האירופי לא קיימת מגבלה של ניווד סחורות בין המדינות, הרי שלא ניתן לראות בכך העדר מגבלה על ייבוא מקביל ושמירה על תחרותיות. כך, היצרן יכול לקבוע שלשוק האירופי המשותף ישווקו אותם מוצרים למדינות השונות במחירים שונים. רק לאחר שהמוצרים נכנסו לתוך המדינה יכולים מפיצים לנייד את הסחורות בין המדינות ולנצל את פערי המחיר (ארביטראז') בין המדינות בתוך האיחוד האירופי לצורך ייבוא.

151. נדמה זאת למצב בו אנו מבחינים בין שתי ערים בישראל. מדינות האיחוד האירופי, בינן לבין עצמן, מתנהגות כשוק אירופי משותף, ממש כשם ששתי ערים בישראל נמצאות בתוך השוק של ישראל. כאשר בעל זכויות יוצרים בוחר למכור את מוצריו לשתי ערים בישראל במחיר שונה, מתאפשר ניווד המוצרים בין הערים וניצול פערי המחיר על מנת לייבא את המוצר מהעיר הזולה לעיר היקרה. אולם, בהתאם לחקיקה של האיחוד האירופי, החדרתו הראשונית של המוצר לאיחוד האירופי הינה רק על ידי היצרן או יבואן רשמי מטעמו. לא תיתכן החדרת מוצר לאיחוד האירופי בייבוא מקביל. זאת, הפוך מהמצב הקיים בישראל, שבו לא נדרש אישור של היצרן הרשמי לצורך החדרת המוצר לישראל, לאחר שהיצרן מכר את מוצריו הלאה.³

³ הרחבה אודות זכות המיצוי בקניין רוחני של בעל זכויות היוצרים וההבחנה בין מיצוי בינלאומי למיצוי מקומי נדונה על ידי בית המשפט העליון בהלכת מחסני היבואן, פסקה 19: "ההכרה בלגיטימיות של ייבוא מקביל מבוססת על דוקטרינת "המיצוי" בדיני הקניין הרוחני, ובכלל זה דיני סימני מסחר. הכוונה היא לכך שבעל סימן המסחר הרשום זכאי ליהנות מזכויותיו ביחס למכירה הראשונה של המוצר שבו יש לו זכות. מכירה זו "ממצה" את זכויותיו. לאחר מכן, מכירה חוזרת של אותו מוצר אינה מהווה הפרה של זכויותיו והוא אינו זכאי לכל תמורה נוספת בגינה. ההכרה ב"ייבוא מקביל" במשפט הישראלי משמעותה היא שדוקטרינת המיצוי מיושמת במתכונת המבוססת על "מיצוי בינלאומי", היינו די בכך שהמוצר נמכר פעם אחת במתכונת שנשלטה על-ידי בעל סימן המסחר, יהא זה בארץ או בחו"ל (ראו עוד סורוקר, בעמ' 290-293; בג"ץ 5379/00-BRISTOL-MYERS נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4), 447, 464-470 (2001) (להלן: "עניין בריסטול מייירס"). כפי שיובהר להלן, השאלה האם

152. נציבות האיחוד האירופי מעניקה ליצרן המוצר עדיפות ברורה, כאשר זכויותיו באות לכדי התנגשות מול דיני התחרות. הגנה זו עבור המכירה הראשונה לתוך האיחוד (the first sake rule) מהווה עיקרון יסוד באיחוד האירופי, כחלק מבחירה פוליטית של האיחוד להימנע מהכרעה בין העמדות הפוליטיות השונות של מדינות האיחוד בנוגע לגיטימיות של ייבוא מקביל.

153. מרגע שהמוצר נכנס לאיחוד האירופי באשור בעל זכויות היוצרים, חלים סעיפים 101 ו-102 לאמנת האיחוד האירופי (אמנת ליסבון), על מנת למנוע חסמים ולאפשר חופש תנועה בתוך האיחוד. האיסור אינו כולל רק הגבלות מפורשות, אלא גם הגבלות באמצעות פעולות, שתוצאתן דומה.

154. ההגנה על המוצר מפני הייבוא מקביל לתוך האיחוד האירופי נסמכת על הגנת סימן המסחר של היצרן והגנת המיצוי המלא (הגנת ה-exhaustion) אשר עוגנה בסעיפים 5 ו-7 לדירקטיבת סימני המסחר האירופית (ה-trade mark directive) וב-ctm trade mark redulation (art 13)⁴

155. מרגע שהמוצר הונח בתוך השוק האירופי המשותף בהסכמת בעל הזכות, מוצתה זכותו בסימן המסחר. כך אומצה הגנת המיצוי המקומי (regional exhaustion) על פני הגנת המיצוי הבינלאומי (international exhaustion). עיקרון המיצוי הבינלאומי חל רק על המדינות החברות באיחוד האירופי ובהסכמים שבין האיחוד האירופי למדינות נורבגיה, שוויץ, איסלנד וליכטנשטיין⁵. עיקרון זה אינו חל על מדינות שאינן חברות בו.

156. עיקרון המיצוי בתוך השוק המשותף גם הוא איננו בלתי מוגבל. בעל הזכות יוכל להתנגד למסחר בתוך האיחוד האירופי אם קיימת סיבה חוקית לבעל הנכס להתנגד למסחר נוסף של המוצר, בפרט כאשר מצבו של המוצר השתנה או נפגם לאחר שהמוצרים הוכנסו לשוק, או שנערך בהם שינוי שעלול לגרום הטעיה של הצרכן ובלבול.

"המיצוי" צריך להיות בינלאומי, או חייב להיות מיצוי בשוק המקומי דווקא, היא שאלה שהתשובה לה בקרב שיטות משפט שונות אינה אחידה" ע"א 7629/12 אלעד סוויסה ואח' נ' Tommy Hilfiger licensing ואח' (פורסם בנוב, 2.6.2014).

⁴ סעיף 75 לדירקטיבת סימני המסחר קובע כי בעל הזכות רשאי למנוע מכל צד שלישי לייבא את המוצר שנושא את הסימן המסחרי שלו. סעיף 7 מסייג זכות זו וקובע כי לא ניתן למנוע מסחר חדש (re-sale) של המוצר לאחר שהמוצר הוחדר לאיחוד האירופי.

⁵ בהתאם לאמנת האיחוד האירופי עם מדינות אלה: European Free Trade Association (EFTA)

157. בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (ה-ECJ) המהווה הערכאה העליונה, הבהיר במספר תיקים שמדינות האיחוד האירופי חייבות לאמץ את עיקרון המיצוי האזורי הקבוע לעיל. כך, בשנת 1998 נקבע בעניין Silhouette שחוק סימני המסחר האירופי מאפשר לבעל הזכות להפעיל את זכויותיו ולמנוע ייבוא מקביל של מוצרים והכנסתם ללא אישור, כאשר מוצרים אלה נושאים את סימנו המסחרי.⁶

158. סעיפים 101 ו-102 לאמנת האיחוד האירופי אסורים פעולות המונעות או מצמצמות מסחר של המוצרים בין המדינות החברות באיחוד, כשם שחוק ההגבלים העסקיים בישראל מונע פעולות דומות בכל הנוגע לשוק בישראל. אולם, מגבלות אלה אינן מונעות מהאיחוד האירופי להגן על היצרן מפני החדרת מוצריו לתוך האיחוד האירופי באישור מפורש שלו, ולא רואים בכך הפרה של דיני ההגבלים העסקיים.

159. לפיכך, המונח "ייבוא מקביל" בין מדינות באיחוד האירופי אינו זהה למונח "ייבוא מקביל" שחל בין ישראל למדינות אחרות.

160. בדומה לאיחוד האירופי, גם בארצות הברית היבוא המקביל מוגבל מאד, אם כי רחב במעט מזה הקיים באיחוד האירופי. בארצות הברית חלה הגנה מעורבת יותר על הקניין הרוחני וזכות המיצוי. בתוך ארצות הברית חלה דוקטרינת המיצוי המקומי, לפיה הזכויות של בעל הקניין הרוחני מוצו לאחר המכירה הראשונה. חברות אמריקאיות אינן יכולות להגביל בתוך ארצות הברית את המכירה של המוצר לאחר שהמוצר נמכר לראשונה בתוך ארצות הברית על ידי היצרן. לעומת זאת, ייבוא של מוצר לתוך ארצות הברית יכול להתבצע רק באישורו של בעל זכויות היוצרים. לכן לבעל זכויות היוצרים יכולת לחסום ייבוא מקביל. הסוגיה מורכבת יותר כאשר לבעל זכויות היוצרים יש חברות בת או סוכנויות הן בתוך ארצות הברית והן מחוץ לגבולותיה. לכן הגנת המיצוי מוגדרת הגנת ה-national exhaustion בשונה מההגנה האיזורית שחלה באיחוד האירופי.

161. יבוא מוצר לארצות הברית בפעם הראשונה ללא הסכמת בעל זכויות היוצרים במוצר מהווה הפרה של זכויות הקניין הרוחני של בעל המוצר ולכן אסור. סעיפים 106 עד 122 ל-copyright act מגדירים את זכות המכירה ראשונה של הבעלים וההגבלות

⁶ תיקים שדנו בזכות המיצוי המקומית וקיבעו את זכויות בעל סימן המסחר למנוע ייבוא מקביל, הינם, בין היתר

case c-355/96 silhouette

international schmeid V hartlauer [1998] ecr i-4799. Sebago inc v gb unic [1999] ecr i-4103.41 joined cases c-414/99 416/99, zino Davidoff v, a&g imports [2001] ecr I -8691

עליה⁷. בהתאם לסעיפים אלה, מרגע שהמוצר נכנס לארצות הברית, המסחר בין המדינות איננו מוגבל.

162. בהתאם למגבלות אלו בחוק זכויות היוצרים פיתח בית המשפט העליון בארצות הברית הלכות המחזקות את זכויותיו של בעל קניין רוחני למנוע ייבוא מקביל של מוצריו, כל עוד לא בוצעה מכירה ראשונית על ידו.

163. משכך, דיני המשפט המשווה בארצות הברית ובאיחוד האירופי שונים לחלוטין בהקשר זה למשפט הישראלי.

ד(5)(3) הגבלים עסקיים ויבוא מקביל – משפט משווה

164. התיקון לחוק מעניק ליבואן הישיר (כהגדרתו בחוק) מעמד מיוחד, בשונה מכל יבואן אחר ומטיל עליו חובות של הערכות עצמיות, שבלשון המעטה, ספק אם הוא מסוגל לעמוד בהן. המשמעות של התיקון לחוק היא הענקת הגנה מיוחדת ליבואן מקביל (ולייבוא האישי) וזאת ללא קשר למעמד הצדדים בשוק. זוהי הגנה מכוונת אדם אחד ספציפי ולא הגנת מכוונת שוק.

165. דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובאיחוד האירופי עסקו בשאלת היבוא בין מדינות האיחוד ובין המדינות בארצות הברית, והחילו את דיני ההגבלים העסקיים על מעבר סחורות בין המדינות בתוכן.

166. כפי שיפורט, לא קיים תקדים דומה לזה שבתיקון לחוק בדיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובאירופה. הענקת סמכות להטיל הוראות שאין כל אמות מידה מה הן, מה היקפן ומה רוחבן, רק בשל העובדה שקיבל הסמכה רשמית מהיצרן והענקת הגנה עודפת ליבואן מקביל רק משום שייבא את המוצר לישראל ללא הסכמת היבואן הישיר, לא קיימת בחקיקת ההגבלים בעולם. התיקון לחוק מנוגד לדיני זכויות היוצרים וההגנה מפני ייבוא מקביל שקיימים באיחוד האירופי ובארצות הברית – מהם ניזון המחוקק הישראלי בבואו לאמץ מדיניות הגבלית רצויה.

167. לא קיים באיחוד האירופי או בארצות הברית איסור מפורש על ייבוא מקביל על פי דיני ההגבלים העסקיים – לא ייבוא מקביל בין מדינות בתוך האיחוד האירופי ובארצות הברית ולא ייבוא מקביל מחוץ לאיחוד האירופי וארצות הברית והכנסת המוצר שלא בהסכמת היצרן. ההגבלות על ייבוא מקביל נבחנות בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים הקיימים על פי פרק ההסדרים הכובלים ועל פי פרק המונופולין.

⁷ 17 u.s.c & 106. להרחבה אודות הדין החל בארה"ב על יבוא מקביל ודיני ההגבלים העסקיים ר' Seth Lipner, The Legal and economic aspects of gray market goods by (aug 13, 1990)

168. באיחוד האירופי הגבלה על מעבר סחורות בין המדינות אסורה על פי סעיף 101 לאמנת האיחוד, בדומה לסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. באופן דומה מוכשרים הסדרים שמבקשים לחסום ייבוא מקביל בין מדינות על פי פטורי הסוג שקיימים באיחוד האירופי בנוגע להפצה בלעדית והסדרים אנכיים, ממש בדומה לפטור הסוג לבלעדיות שקיים בישראל⁸. משכך, לדוגמא, המונח "בלעדיות מפני יבוא מקביל" בין מדינות האיחוד זהה, בהקבלה, למונח, "חלוקה גיאוגרפית" בכל הנוגע לישראל.

169. נציבות ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי התייחסה לנושא הייבוא המקביל במסגרת ניסיונה להבהיר, כי הסדרים מסוימים שנוגעים להערמת קשיים על יבוא מקביל בין מדינות האיחוד (ולא ייבוא אל תוך האיחוד האירופי) עשויים לעלות לכדי הסדרים כובלים, בניגוד לסעיף (1) 101 לאמנה או ניצול מעמד דומיננטי לרעה בניגוד לסעיף 102 לאמנה. הדיון בנוגע לחסימת ייבוא מקביל בין מדינות באיחוד נעשה במסגרת השאלה הכללית האם יש בפעולות אלה כדי להוות הסדר כובל PER SE ולא כדין נפרד ליבוא מקביל בתוך דיני ההגבלים העסקיים.

170. בארצות הברית פעולות יצרנים נגד יבוא מקביל נבחנו על ידי הרשויות ובתי המשפט לפי סעיפים 1 ו-2 ל-sherman act במסגרת הבדיקות ההגבליות הרגילות. כך, לדוגמא, הסדרים בין יצרן למפיץ, לפיהם נדרש המפיץ למכור רק את הגרסה המעודכנת ביותר של מוצרי היצרן, נבחנו על פי המבחנים ההגבליים המקובלים, ונקבע כי הם אינם מהווים, בנסיבות המקרה, הפרה הגבלית וחסימת יבוא מקביל. באופן דומה, הסכם בין ספק למפיץ לפיו המפיץ ימכור רק מוצרים יד ראשונה ולא מוצרים יד שנייה של הספק נותחו על פי פרק ההסדרים הכובלים ונקבעו כחוקיים. בית המשפט בחן בהקשר זה את היתרונות התחרותיים מההסדרים וזאת על אף שהסדרים אלה יכולים להתפרש ככאלה שחוסמים את הכניסה של יבואן מקביל⁹.

171. בכל הנוגע לפרק המונופולין, פעולות של יבואן רשמי או ספק דומיננטי שנועדו למנוע תחרות מיבוא מקביל, נבחנו לפי סעיף 2 לשרמן אקט, רק לאחר שנבחן בשוק

⁸ Block Exemption Regulation (BER) 330/2010

⁹ כך, לדוגמא, יבואן מקביל של ספרי לימוד תבע הוצאות לאור של ספרי לימוד בגין הסדרים בינם לבין אתרי מכירות ספרים באינטרנט, בטענה שהתנהגות של יצרנים מול אתרי מכירות באינטרנט, אשר נדרשו על ידי היצרן להימנע ממכירת מהדורות קודמות של הספרים וכן להימנע ממכירת ספרים יד שנייה באתר האינטרנט, מהווה הסדר כובל וניצול מעמד לרעה לפי סעיפים 1 ו-2 לשרמן אקט. בית המשפט קבע כי פעולות אלו אינן מפרות את דיני ההגבלים העסקיים, אלא יש בהם רציונל עסקי מקובל. כמו כן נקבע, כי בהעדר הגדרת שוק וכוח שוק בידי היצרנים, לא ניתן לתקוף את פעולות היצרנים לפי סעיף 2 לשרמן אקט. ר' pearson education, inc. case i:08-cv-06152-kbf

And john wiley & sons, inc v. allen air conditioning co., et al (case i:08-cv-06152-kbf)(s.d.n.y, 2014)

בכללותו (ולא השוק של הספק בלבד) ולאחר שהוכח שאכן יש לו כוח שוק והוא פעל לשימור כוח זה.

172. בית המשפט הפדראלי בארצות הברית קיבל לא אחת טענות של יבואנים מקבילים לחסימת שווקים והפרת סעיפים 1 ו-2 לשרמן אקט על ידי הספק הרשמי לאחר שנדחתה הטענה להפרת זכויות היוצרים בשל היבוא המקביל¹⁰. לפיכך, בית המשפט ראה בכלים ההגבלים הקיימים ככלים מספקים לצורך בחינת התביעה ופסיקה בנוגע אליה.

173. מאז הלכת DuPont מדגיש בית המשפט בארצות הברית פעמים רבות כי קיומו של סימן מסחר אינו מייצר שוק נפרד. המחלוקות בנוגע לשאלה האם מותג אחד מייצר שוק נותחו על ידי בית המשפט בהרחבה. על אף שאפשרות זו קיימת, בתי המשפט הדגישו כי היא נדירה ביותר ודורשת בחינה של השוק הרלוונטי. כך בעניין DuPont בית המשפט העליון הבדיל בין מונופול טבעי של יצרן על מוצריו לבין אפשרותו להרחיב את כוחו בשוק הרלוונטי בקובעו: " thus one can theorize that we have monopolistic competition in every nonstandardized commodity with each manufacturer having power over the price and production of his own product. However, this power, that, let us say, automobile or softdrink manufacturers have over their trademark products **is not the power that makes an illegal monopoly, illegal power must be appraised in terms of competitive market for the product.**"¹¹

174. מספר רב של החלטות בבית המשפט העליון המשיכו מגמה זו וקבעו כי בהיעדר נסיבות מיוחדות ונדירות, מותג לא ייחשב שוק רלבנטי לצורך בחינת טענה להפרת סעיפים 1 ו-2 לשרמן אקט ויבוא מקביל של מותג זה ייבחן על פי מבחני הגדרת השוק המוכרים בהגבלים עסקיים. בשל כך, במסגרת טענות של יבואנים מקבילים כלפי יבואנים רשמיים ויצרנים, לפיהן ננקטו פעולות אנטי תחרותיות לחסימתו מהשוק, נדרש היבואן להוכיח את השוק, את כוחו של יצרן בשוק זה, את ההפרה ההגבלית (הסדר כובל או מונופוליציה) וכן את הנזק בעקבות ההפרה¹²

¹⁰ לדוגמא שבה התקבלה טענה להפרת סעיף 1 לשרמן אקט בגין עריכת הסדרים אנכיים שנועדו לדחוק את היבוא המקביל מהשוק ולסקירה של ההלכה בנושא נדונה בהרחבה ב *disenos artisticos industrials v. work* 676 f. sup. 1254 (edny)

¹¹ *Unites atates v. e.i dupont de Nemours co.*, 351 us 377' 76 s. ct. 994, 100 l.ed 1264 (1956)

¹² נמנה כדוגמא את ההחלטה לצורך סעיף 2 לשרמן אקט. לצורך בחינת טענה להפרת סעיף 2 לשרמן אקט ר' *domed stadium in absence of* *hotel, inc. v. holiday inns, inc.*, 732 f. 2d 480, 488-89 (5th cir. 1984). בפסק דין זה נקבע, כי:

175. גם בהקשר הישראלי, הניתוח של יבוא מקביל נערך כחלק מהבחינה התחרותית של השוק בכללותו. כך התייחסה כבוד השופטת ברק-ארז לשאלת ההגנה על יבוא מקביל על פי דיני ההגבלים העסקיים, באומרה כי:

"גם דיני ההגבלים העסקיים בישראל אימצו עמדה חיובית כלפי היבוא המקביל, כיוון שיש בו כדי לקדם את התחרות ולשחוק את כוח השוק העודף של היבואן הבלעדי, לטובת הצרכן (ראו עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ביחס לנוהגים מסחריים בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות (2003); עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות (2005) 13

(ההדגשה לא במקור)

176. משכך, חשוב להבין, שהתיקון לחוק שהעניק הגנה ייחודית ונפרדת ליבואן מקביל (וליצרנים זרים אחרים באמצעות הייבוא האישית), מהווה תקדים גם ביחס לדין בישראל וחורג ממושכלות יסוד של האיחוד האירופי וארצות הברית הן ביחס להתייחסות ליבוא של סחורה לתוך האיחוד האירופי וארה"ב והן ביחס למעבר סחורות בתוך מדינות אלה.

ד(5)(4) השלכות התיקון על חוק ההגבלים העסקיים בישראל:

ד(5)(4)(1) הגנה על מתחרה ולא על התחרות

177. בניגוד גמור להלכות רבות השנים של בתי המשפט בישראל, התיקון לחוק מוסיף הפרה לחוק ההגבלים העסקיים שאינה מוכרת בדיני ההגבלים העסקיים. התיקון מעניק ליבואן המקביל הגנה מפני עצם מעמדו או התנהגותו של היבואן הישיר וזאת רק על בסיס של חשש.

178. התיקון לחוק סוטה מהלכות רבות השנים של בית המשפט העליון ושל רשות ההגבלים העסקיים בישראל, אשר חזרו והדגישו חזור והדגש כי דיני ההגבלים

recognized exceptions, one brand in market place of competing brands cannot be deemed relecant product
market for purposes of section 2 of sgerman act)/

¹³ הלכת מחסני היבואן, לעיל, פסקה 21

העסקיים לא נועדו להגן על המתחרה, וכן הם לא נועדו לפתור סוגיות מסחריות פרטיות של הצדדים.

179. מפסיקת בית המשפט העליון ניתן ללמוד כי התחרות מהווה אמצעי להשגת המטרה – הגנה על הציבור ולא הגנה על צרכן אחד או על עסק אחד בודד. כדברי השופט גולדברג:

"האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הינו, אם כן, האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט, אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקידום התחרות"¹⁴.

180. זאת ועוד, גם כאשר ביקש המחוקק להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים מטרות נוספות, הוא עשה כן בפרק ההסדרים הכובלים בלבד, ורק לאחר שהדבר נבחן על ידי בית הדין להגבלים עסקיים. כך, בסעיפים 9-10 לחוק ההגבלים העסקיים הרחיב המחוקק את סמכויותיו של בית הדין לשקול שיקולים לבר תחרותיים, וכאשר בית הדין הוא היחיד שמוסמך לעשות כן. לפיכך, בכל הנוגע להסדרים כובלים הביע המחוקק את דעתו כי יש לאפשר להכניס, במגבלות חמורות ורק על ידי בית הדין, שיקולים לבר-כלכליים נוספים.

181. מאחר ששיקולים לבר-כלכליים אלה אינם אינהרנטיים ומובנים מאליהם, המחוקק קבע שיש צורך באישורו של בית הדין ולממונה אין סמכות לשקול שיקולים אלה במסגרת בקשות פטור מאישור הסדר כובל.

182. המחוקק בחר שלא לכלול מנגנון דומה בכל הקשור לאיסורים החלים על בעל מונופול. החזקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים מונעות מבית הדין ומהממונה אפשרות לשקול שיקולים לבר-כלכליים בכל הקשור להתנהגות של בעל מונופול בניגוד לאמור בחוק. נוסף על כך, סעיף 30(ג) לחוק ההגבלים העסקיים מבהיר מה הן הפגיעות שהחוק חושש מהן, שאותו בעל מונופולין עשוי לנקוט. אין כל אזכור לשיקולים לבר-כלכליים וההגבלות על מונופולין יכולות להתקיים בשתי רמות: הגבלות שנועדו למנוע פגיעה בתחרות בעסקים או הגבלות שנועדו למנוע פגיעה בציבור¹⁵.

¹⁴ ראו ע"א 6222/97 טבעול בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3), 145, 171 (1998), עמ' 172.

¹⁵ להרחבה אודות מטרות חוק ההגבלים העסקיים והתנגשות בין האינטרס הפרטי לציבורי ראו חגית בולמש, **הגבלים עסקיים, מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה** (בורסי, 2013), עמ' 31-36 (להלן: "בולמש"). סעיפים 9-10 לחוק ההגבלים העסקיים מבטאים רצון של המחוקק לכלול שיקולים ומטרות נוספים שהוא מבקש להשיג והם מאפשרים לבית הדין להגבלים עסקיים לשקול שיקולים לבר כלכליים בעת בחינת אישורו של **הסדר כובל**, כך שהוא רשאי לאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי הדבר לטובת הציבור ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או

183. לאור ההבחנה שערך המחוקק עצמו בין ההתנהגויות המפורטות בפרק ההסדרים הכובלים לבין ההתנהגויות המפורטות בפרק החל על מונופולין, הכנסת פרק חדש שמאפשר הגנה על מתחרה ולא על התחרות, הינה הכנסת ערכים חורגים שאינם עולים בקנה אחד עם מטרות חוק ההגבלים העסקיים.

184. מכאן שהכנסת הגנה על מתחרה מסוים אחד במסגרת פרק ייעודי, ולא על התחרות בכללותה אינה עולה בקנה אחד עם הלכות בית המשפט העליון ורשות ההגבלים העסקיים, בכל הנוגע להגנה על התחרות ולא על המתחרה, וכן אינה תואמת את מטרות המחוקק כפי שנקבעו בחוק ההגבלים העסקיים.

185. המקרים הבודדים שבהם התייחס בית המשפט לפגיעה במתחרה ולא בתחרות היא במצבים בהם היה בשוק מונופול, אשר נקט בפעולות שנועדו לחסום כניסת מתחרים חדשים. ההגנה על המתחרה מפני התנהלות בעל המונופול נעשתה במסגרת ניסיונות לפגוע בתחרות בכללותה ולא כעילה נפרדת¹⁶.

186. אין זו הפעם הראשונה שבה מוסיף המחוקק פרק חדש לחוק ההגבלים העסקיים, שכן פרק קבוצת הריכוז הוסף גם הוא מבלי שיש תקדים דומה בעולם. אולם, בשונה מפרק קבוצת הריכוז, התיקון שחל מהווה שינוי מהותי במהות דיני ההגבלים העסקיים.

187. כך, גם כאשר הוסף פרק קבוצת הריכוז (שהשימוש בו נעשה במשורה), המבחנים שבו בודקים את הפגיעה בציבור ובתחרות בכללותה ומעמד הצדדים בשוק. רק כאשר התחרות בשוק מועטה ומתקיימים כשלים תחרותיים ניתנה סמכות לממונה להתערב. ההודאות אותן מוסמך הממונה להטיל הינן ממוקדות ומוגדרות ותכליתן הגברת התחרות בכלל השוק.

למי שאינו צד להסדר. כן ראו הי"ע (הגבלים עסקיים) 13/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' המועצה הישראלית לצרכנות, דינים-מחוזי לב(1) 129, 148 (1997) וכן בג"ץ 358/61 ו.ס.ט. תוצרות יין ומשקאות חריפים ואחרים נ' יו"ר המועצה לפי חוק ההגבלים העסקיים התשי"ט-1959, פ"ד טז 1317, 1319 (1962).

¹⁶ כך, בקביעת הממונה בעניין ניצול מעמד לרעה של בזק, אשר צוטטה בערר הי"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו 16.12.2009) (להלן: "ערר בזק") נקבע על ידי הממונה דאז, כי: "ישנם מקרים שבהם הפגיעה במתחרה מהווה גם פגיעה בתחרות, וכך גם במקרה הנוכחי. כאשר בעל מונופולין פוגע במתחרים חדשים המנסים לחזור לשוק ולהתחרות בו, וכאשר הפגיעה אינה נובעת מתחרות the merits" זוהי פגיעה לא רק באותם מתחרים, אלא גם בתחרות עצמה. השלב של פתיחת שוק לתחרות, לאחר שנים רבות של מונופולין מוחלט, הוא שלב רגיש ביותר, שבו פגיעה במתחרים החדשים פוגעת קשות בלב-לבה של התחרות". (עמ' 31 לקביעת הממונה). בדיקה זו נערכה על מנת לבחון האם הציבור והתחרות בכללותם נפגעו או היו עלולים להיפגע כתוצאה מניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. אין זו הגנה העומדת בפני עצמה למתחרה. ואכן, בית הדין קבע כי ההתנהגות גרמה בפועל לפגיעה בתחרות ובציבור.

188. כמו כן קיימים מנגנונים ומבחנים נרחבים לבחינת השיקולים של הממונה, ואין דובר בסעיף אחד בודד שנועד להסדיר את כל הפעולות של הממונה. וחשוב מכך – הוא לא נועד להעניק הגנה לעסק הבודד או לחרוג ממבחני שוק והגדרות שוק מוכרות.

189. התיקון לחוק מעניק הגנה למתחרה אחד ולא לכלל המתחרים בשוק. בכך חוטא התיקון לחוק לאיזון העדין שננקט על ידי המחוקק בפרק ההסדרים הכובלים, כאשר ביקשו להוסיף ערכים לבר-תחרותיים.

190. הכנסת שיקולים נוספים לבר-תחרותיים ופוליטיים, מלבד הגנה על התחרות בכללותה, נעשתה על ידי המחוקק רק לאחר שבית הדין שוכנע שהתועלת שצפויה לציבור גדולה באופן ממשי מהנזק שייגרם לולא אושר ההסדר. איזונים כאמור נעדרים מהתיקון לחוק.

ד(5)(4)(2) השאלות שעולות מהתיקון לחוק עוד בטרם תיבחן השאלה ההגבלית:

191. ההחלטות של בית המשפט העליון בנושא של יבוא מקביל בארצות הברית העלו עשרות רבות של שאלות פרשניות, שעיימן יידרשו הממונה ובתי המשפט להתמודד, שכן התיקון לחוק הותיר סבך של שאלות פרשניות שאין עליהן מענה. שאלות אלה נוגעות למהות האבחנה בין יבואן ישיר לבין יבואן מקביל ושאלות שנוגעות למעמד היבואן הרשמי מול היצרן הבינלאומי.

192. כך, נדרשו בתי המשפט בארצות הברית להתמודד עם השאלה מי הוא יבואן רשמי – האם רק מי שהינו מפיץ שאינו קשור בקשרי בעלות ליצרן או שמא גם חברת בת מקומית שקשורה בקשרי בעלות ליצרן. באופן דומה, נדרשו בתי המשפט לפרש מה הן זכויותיו של היצרן בעת החדרת המוצר לארה"ב בכל הנוגע למכירה הראשונה, והאם זכויות הקניין הרוחני של היצרן והיבואן הישיר הופרו על ידי היבואן המקביל. שאלות נוספות עלו בהקשר של התדיינות משפטית בין יצרן ויבואן ישיר לבין יבואן מקביל – האם עצם הגשת התביעה המשפטית על ידי יבואן ישיר, בטענה להפרת דיני הקניין הרוחני על ידי היבואן המקביל, מהווה חסימה של יבוא מקביל. ישנן עשרות רבות של שאלות, שכל מהותן לברר מיהו היבואן המקביל ומיהו היבואן הישיר ומה הזכויות המוצמדות להם.

193. שאלות נוספות שעולות הן האם שינוי באריזה, בעטיפה, ברכיבים בתוך המוצר או במאפיינים נוספים עדיין מאפשרים השוואה בין המוצר שנמכר על ידי היבואן הישיר לזה שנמכר על ידי היבואן המקביל.

194. שאלות אלה אינן קלות והן נוגעות ללב המחלוקת בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני תאגידיים ודיני קניין רוחני. בית המשפט העליון בארצות הברית ממשיך לדון

בשאלות אלה דרך קבע ולאורך עשרות שנים, ונראה שההלכות המשפטיות שנוגעות לשאלות בסיסיות אלה טרם מצאו פתרון.

195. שאלות נוספות עולות כאשר קיימים מספר יבואנים ישירים, שמייבאים מספר מוצרים של היצרן. במקרים אלה, היבואנים הישירים מתחרים זה בזה או מספקים מוצרים משלימים זה לזה. אחריות כל יבואן ישיר יכולה להשליך במקרים אלה גם על יבואנים אחרים, מבלי שיש להם שליטה בכך.

196. התיקון שעבר יידרש להתמודד עם שאלות אלו באופן מיידי, שכן השלב הראשון ביישום התיקון שעבר הוא לזהות את היבואן הישיר ואת היבואן המקביל והמוצרים המייבאים על ידם.

197. **ההגדרה של יבואן ישיר ושל יבוא מקביל בתיקון שעבר מצומצמת ולא עונה על אף אחת מהשאלות האמורות. כל שקובע התיקון הוא, כי:**

”יבואן ישיר – 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 מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.

”יבוא מקביל – יבוא לישראל של טובין שאינו יבוא אישי, בידי מי שאינו יבואן ישיר

198. **אין כל התייחסות לאופי המוצרים, אין התייחסות למספר היבואנים הישירים, אין התייחסות לשינויים במוצר, אין התייחסות להגנת קניין רוחני, אין התייחסות לקשרי בעלות בין יצרן ליבואן ישיר, אין התייחסות לסוג ההתנהגות שתהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים. והרי שאלות אלה הן לב ליבו של התיקון שעבר.**

199. מכאן, שהבעיות בעקבות התיקון שעבר צפויות לעלות באופן מיידי ועוד בטרם יגיע הממונה ובתי המשפט לשאלת הפגיעה בתחרות והתנהגות היבואן הישיר מול היבואן המקביל.

200. שאלות אלו הושארו בחלל האוויר. די בהשוואה לפרק קבוצות הריכוז כדי להצביע על ההבדלים המשמעותיים בין החקיקות האמורות בכל הנוגע לעיקרון החוקיות ורמת הפירוט הנדרשת ממחוקק.

201. התיקון שעבר לא מכנה את היבואן הישיר מונופול. למרות זאת, התיקון שעבר מעניק סמכות בלתי מוגבלת לממונה להטיל על אותו יבואן הוראות.

202. אין שום פירוט מה הוא "המעמד" של היבואן הישיר שמכוחו יוכל הממונה להטיל על היבואן הישיר הוראות ואין כל פירוט באשר לפעולות שבגינן יסבור הממונה כי יש להטיל על היבואן הישיר הוראות.

203. לא נדרשת על פי התיקון שעבר ולו תשתית ראייתית מינימאלית להוכחה של פגיעה כלשהי, אלא די שמתעורר "חשש". רק על סמך מושג אמורפי, שניתנה גושפנקא חוקית שיוכל להיות לא מבוסס בכלל, מבקשים להתערב באופן הכי רחב שיש בחופש הניהול העסקי, זכות חוקתית על חוקית.

204. כיצד ניתן להתעלם מעקרונות יסוד בסיסיים מקובלים משפטיים ולהתעלם לחלוטין מכל תשתית עובדתית?

205. על פי אילו אמות מידה תיבחנה הפעולות של היבואן הישיר באין פירוט בתיקון שעבר? המציאות היא שהתיקון הותיר רשימה פתוחה, שעלולה לכלול כל פעולה מסחרית לגיטימית כיום.

206. כל יבואן ישיר נדרש עתה לבחון את צעדיו בפריזמה של דיני ההגבלים העסקיים מבלי שיש לו קווי מתאר מנחים לקביעת גבולות המותר והאסור ומבלי שאפשר לדעת מראש מה המבחן שיינקט על ידי הרשות ובית הדין.

207. הכר הנרחב למתן הוראות יוצר גם מסלול ישיר לשרירות.

208. התיקון שעבר מוסיף תיאוריה משפטית שלמה בשורה אחת ואיזונים בין דיני ההגבלים העסקיים לתחומי משפט אחרים, כשתיאוריה זו איננה עולה בקנה אחד עם אף אחד מהפרקים הקיימים בחוק ההגבלים העסקיים בישראל ובעולם.

ד(5)(4)(3) מתן עדיפות ליצרן מקומי על פני יצרן זר

209. התיקון לחוק מטיל על יבואן ישיר מגבלות ואחריות מיוחדת, שתצר את צעדיו באופן וודאי, כאשר יצרן מקומי (שמייצר שלא על פי הסכם עם גורם זר) שיבקש לנקוט בפעולות דומות כנגד יבואנים מתחרים לא מוגבל כלל.

210. בכך יוצר התיקון הבחנה בין שני שווקים לפי המקום בו ממוקם היצרן. יצרן מקומי מקבל, באופן אינהרנטי וברור, עדיפות על פני יצרן בינלאומי.

211. זאת מפני שהיבואן הישיר נדרש להצר את צעדיו בכל הנוגע למתחרה שלו – היבואן המקביל, בנוסף להתנהגותו הרגילה. לעומת זאת, יצרן ישראלי מקומי לא יידרש להתנהגות זהירה כאמור כאשר יתמודד מול תחרות מקומית דוגמת מותג פרטי, יצרן מתחרה וכדומה. והרי הן היבואן הישיר והן היצרן המקומי מתחרים בשוק

ופעולותיהם נועדו להגדיל את מכירותיהם בשוק. אולם היבואן הישיר יהיה מוגבל יותר.

212. יצירת שני שווקים נפרדים – שוק של יבואנים ישירים ושוק של יצרנים מקומיים מעניק הגנה ליצרנים מקומיים על חשבון יצרנים זרים ויבואנים – כאשר הדבר מנוגד באופן מוחלט למטרות המחוקק להגברת ייבוא, לדברי ההסבר בתזכירי החוק שהסבירו מדוע ייבוא חשוב לצורך התחרות.

213. בפועל התיקון שעבר יוצר מצב לפיו יצרן מקומי יוכל לנקוט בפרקטיקות מול מתחריו שיבואן רשמי שפועל באותו שוק בדיוק לא יוכל לנהוג – כאשר שניהם צפויים להתמודד באותו שוק ומול אותם מתחרים. בכך הוספה רגולציה על ייבוא במקום להפחיתה.

214. היצרן המקומי יוכל לנקוט פרקטיקות מזירות מול יבואן מקביל במידה ואלו אינן עולו לכדי הסדר כובל, בעוד שאותן פרקטיקות, לו יינקטו על ידי היבואן הישיר, עלולות לחשוף אותו לאחריות פלילית, עיצומים כספיים ותביעות נזיקיות.

215. לא זו בלבד, שכאשר תיבחן פעולת היצרן המקומי, יחולו כללי ההגבלים העסקיים הרגילים ותיבחן הפגיעה בתחרות בכללותה, המבחן שפעולות היבואן הישיר מבצע (או לא מבצע כלל – שכן על פי התיקון מספיק שיש לו מעמד כדי להטיל עליו הוראות), הוא אמורפי ועמום וניתן להטיל עליו כל סוג של הוראה. דברים אלה נכונים גם כאשר היבואן הישיר קטן בהרבה מהיצרן המקומי.

216. התנהגויות רבות של היבואן הישיר יעוררו חשש להפרה של החוק מבלי שקיימת הלכה סדורה בנושא או פירוט בתיקון שעבר. כל למשל, גם תביעה של יבואן ישיר להפרת קניין רוחני על ידי יבואן מקביל יכולה להיחשב כפעולה שיש להטיל בגינה הוראות. קו הגבול בין המותר לבין האסור פרוץ לחלוטין.

217. קשה להאמין שזו השורה התחתונה של התיקון שחל, כשמטרת התיקון הייתה להפחית את הרגולציה שחלה על היבואנים.

ד(5)(4)(4) סיכום הפרק ההגבלי:

218. המשפט המשווה ובחינה של המנגנונים הקיימים בחוק ההגבלים עוד לפני שהתיקון עבר, הינם רחבים בהרבה מאלה הקיימים בחוקי ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובאיחוד האירופי.

219. המצב החדש של הרחבת החקיקה לחקיקה מכוונת ייבוא מקביל (וייבוא אישי) במנותק ממבחני ההגבלים העסקיים הקיימים, מהווה סטייה ממושכלות היסוד הקיימות בדיני ההגבלים העסקיים.

220. כך למשל, אם שוק הינו ממועט במתחרים, פרק ד'1 לחוק התגבלים העסקיים: קבוצת הריכוז נועד לספק פתרונות לכשלים קיימים, גם כאשר לכל אחד מהצדדים אין נתח שוק העולה כדי מונופול. במקרים העונים על התנאים הקבועים בסעיף 31ב(א) לחוק ניתן להכריז על קבוצת מתחרים כעל קבוצת ריכוז ובהתאם לסעיף 31ג רשאי הממונה להורות לחברי קבוצת הריכוז, כולם או חלקם, בדבר צעדים שעליהם לנקוט כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות או להגביר תחרות בענף. בכלל זה רשאי הממונה לנקוט בתנאים להסדרת חסמי כניסה או מעבר לענף, הפסקת פעילות מקלה תאום ועוד.

221. התיקון שעבר משנה באופן מהותי את האיזון הקיים מבלי שנלקחו בחשבון השלכות הרוחב של התיקון.

222. **במשפט המשווה לא קיימת חקיקה הגבלית שנוגעת לסוגיה זו.**

223. שאלת עידוד יבוא מקביל לתוך מדינה היא שאלה חברתית, ערכית פוליטית. מדינות שונות ברחבי העולם ואף בתוך האיחוד האירופי נוקטות גישות שונות לחלוטין. כל מדינה אימצה את האיזון המבוקש על ידה בהתאם לערכיה. כך, הגישה באנגליה לייבוא מקביל שונה מזו הנוהגת באיטליה. הגישה בקנדה שונה מזו שקיימת בארצות הברית. הגישה ברוסיה שונה מזו שביפן. **אין דין אחד.** כל מדינה והערכים והגישות המקובלות אצלה באשר לייבוא מקביל. זו שאלה ערכית חברתית ולא שאלה כלכלית.

224. הכנסת שאלה ערכית חברתית אודות מעמד היבואן המקביל וההגנה עליו לתוך חקיקה כלכלית תאלץ את רשות ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים לדון בשאלות ערכיות חברתיות במקום בשאלות כלכליות של מעמד הצדדים וכוחם בשוק.

225. הכנסת סוגיות ערכיות חברתיות לדיון כלכלי עלולה לשנות את כל החוק ולהפוך אותו מחוק כלכלי לחוק חברתי ערכי, למרות שאיזוני החוק מורכבים מבסיס כלכלי.

226. **לטעמנו הדבר לא רצוי ויש בו כדי לערער את הלגיטימיות של חוק ההגבלים העסקיים כחוק כלכלי אובייקטיבי.**

ד(6) מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד וסמכות ביטול חוקים

227. ההיררכיה הנורמטיבית של חוקים בישראל מובאת בסיכומו של כבוד הנשיא (דימי) שמגר בע"א 6821/93 בנק מזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 351 (1995) (להלן: "עניין בנק מזרחי"):

"עיקרי הדברים שנקבעו בפסק-דיני הם אלה:

- (1) החקיקה בישראל בנויה על-פי מידרג נורמטיבי.
- (2) בראש הסולם של המידרג הנורמטיבי עומדת החקיקה החוקתית.
- (3) החקיקה החוקתית שלנו ביטוייה כיום בחוקי יסוד. אלו יתאחדו בבוא היום לחוקה שלמה ומשולבת אחת.
- (4) חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם חקיקה חוקתית.
- (5) המחוקק הריבון העליון הוא הכנסת: היא המוסמכת לחוקק חקיקה חוקתית והיא המוסמכת לחוקק חקיקה רגילה. היא גם מוסמכת להתקין תקנות אם היא קובעת כך בחוק.
- (6) אין משנים או מבטלים הוראה הכלולה באחד משני חוקי היסוד הנ"ל, אלא בחוק-יסוד או מכוחו. מן הנכון לאמץ עיקרון זה לגבי כל חוקי היסוד.
- (7) אין פוגעים בהוראה הכלולה באחד משני חוקי היסוד הנ"ל, אלא בחוק-יסוד או מכוחו. מן הנכון לאמץ עיקרון זה לגבי כל חוקי היסוד."

[ההדגשות אינן במקור]

228. בבדיקה אם חוק רגיל סותר חוק יסוד מאחר, שאינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין הבחנה אם מדובר בחוק יסוד משוריין או חוק יסוד שאינו משוריין. (ראו א' ברק: פרשנות במשפט, חלק שלישי: פרשנות חוקתית, עמ' 64 - 65 (1994):

"על-פי הגישה המקובלת אין 'פסקת ההגבלה' מסמיכה את הכנסת להביא ל"שינוי" הסדר הקבוע

בחוק-יסוד באמצעות חוק 'רגיל'. לפיכך מכלול
ההוראות הקבועות בחוקי-יסוד – בין אלה
'המשוריינות' (כלומר, מוגנות באמצעות 'פסקת
הגבלה') ובין אלה ש'אינן משוריינות' – נהנות
מ'עליונות' על-פני החקיקה ה'רגילה' במובן זה, שאין
תוקף להוראה בחוק 'רגיל', שיש בה משום שינוי של
ההסדר הקבוע בחוק-יסוד.”

[ההדגשות אינן במקור]

229. לבית משפט נכבד זה סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד. ראו הנשיא (דימי) שמגר
בעניין בנק מזרחי בעמ' 326:

”סעיף 8- שאליו התייחסנו לעיל בפרוטרוט – מגביל
חקיקה הפוגעת בזכות המוגנת בחוק היסוד. זוהי
הוראה מרכזית לעניין מעמדו הנורמאטיבי של חוק
היסוד. עולה ממנה, כי חוק שיש בו פגיעה בזכות יסוד
מבין אלה המנויות בחוק היסוד דנו, שלא יענה
לתנאים הקבועים בסעיף 8, אינו תקף...”

230. וכדברי הנשיא (בדימי) ברק:

”אכן, בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את
דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית המשפט את חוק
היסוד. הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד
מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על
חוקתיות החוק...”

...

הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא
נשמתה של החוקה עצמה. טול מהחוקה את הביקורת
השיפוטית ונטלת ממנה את חיותה. עליונות חוקתית
ראוי לה, אפוא, שתגרור ביקורת שיפוטית...”

(עניין בנק מזרחי, בעמ' 420)

231. אומנם ביטולו של חוק או של הוראת חוק לא חוקתיים יעשה במשורה ובזהירות הראויה, אבל במקרים המתאימים אין מניעה לבטלו, כפי שקובע הנשיא (בדימו') ברק:

”אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען...”

(בג”צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ’ שר האוצר, פ”ד נא(4) 367, בעמ’ 386-387 (1997))

232. כאמור, הפגיעה בחופש העיסוק, שהיא זכות חוקתית על חוקית; הפגיעה בשוויון והאפליה הקשה של היבואנים הישירים בישראל (כהגדרתם בתיקון לחוק); העובדה שבאופן חסר תקדים מבקשים להטיל הוראות על מגזר עסקי ללא כל תשתית עובדתית ו/או ראייתית, אלא על סמך ”חשש”; הכנסת אלמנטים זרים לחוק ההגבלים העסקיים בניגוד למושכלות יסוד של יסודות דיני ההגבלים העסקיים והלכות בית המשפט העליון; והעובדה שמדובר בחקיקה שיש בה כדי לסתור אמנות בינלאומיות שעליהן חתומה ישראל, כל אלה הם כה חמורים וקשים שהם מצדיקים את ההכרזה על בטלות התיקון לחוק, כמבוקש בעתירה.

233. אמנם מדובר בחוק זמני, לתקופה של 3 שנים, עם אפשרות הארכה לתקופה של 3 שנים נוספות, אולם הפגמים בחוק הם כה חמורים וקשים ופוגעים בזכויות חוקתיות בצורה כה גסה, עד שאין מנוס, לעניות דעתנו מלהורות על ביטול החוק. בית המשפט העליון אף התייחס לנקודה זו של ביטול חוק זמני וקבע:

”נוכח עקרון הפרדת הרשויות, אין אנו מוסמכים לנסח מחדש עבור המחוקק. אין מנוס אפוא מלהורות על ביטולו. אעיר כי לא נעלמה מעיני הדעה שלפיה לא הרי חוק ”קבוע” כהרי חוק ”זמני” בבחינת חוקתיות החוק, וכי ”כל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח” (עניין חוף עזה, בעמ’ 553; עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ’ 450). ואולם, זמניותו של חוק זה או אחר אין בה, בהכרח, כדי לרפא את הפגמים החוקתיים

הטמונים בו, וגם חוק "זמני" אינו חסין מביקורת חוקתית. ואמנם, ברוח זו היה הנשיא א' ברק בעניין חוק האזרחות הראשון בדעה כי אופייה הזמני של הוראת השעה שנדונה שם (חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות)) לא שינה את חוסר המידתיות שבחוק האזרחות "באופן של ממש" (שם, בעמ' 346), וכי ראוי לפיכך לבטלו.

(ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל, פורסם בנבו, מיום 22.9.2014

ה. סוף דבר

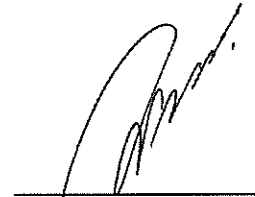
234. העובדות המפורטות בעתירה נתמכות בתצהירו של חיים עוז, סמנכ"ל חטיבות ענפיות במבקשת.

235. לנוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים המפורטים ברישא לעתירה זו.

236. מן הדין ומן הצדק להיענות לעתירה.

עו"ד שלומי לוי

עו"ד שלומי לוי



עו"ד אוריאל לין

באי כח העותרת

היום, 12 בספטמבר 2018

תצהיר

אני, החתום מטה, חיים עוז, לאחר שהוזהרתי כחוק, כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

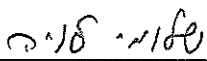
1. אני משמש כסמנכ"ל חטיבות ענפיות בלשכת המסחר תל אביב והמרכז.
2. אני נותן תצהירי זה בתמיכה לבקשת העותרת.
3. העובדות המפורטות בבקשה ידיעות לי מידיעה אישית.
4. זהו שמי, וזו חתימתני ותוכן תצהירי אמת.



חיים עוז

אישור

אני, החתום מטה, עו"ד שלומי לוי, מאשר כי ביום 2/9/2018 הופיע במשרדי ברחוב החשמונאים 84 בתל אביב חיים עוז, המוכר לי אישית ולאחר שהוזהרתי אותו כי עליו להצהיר את האמת, כל האמת ורק את האמת וכי אם לא יעשה כן, יהיה צפוי לעונשים הקבועים בדין, אישור את תצהירו וחתם עליו בפני.


שלומי לוי שלומי לוי, עו"ד
מ.ר. 35846

1/2



רשומות

ספר החוקים

26 ביולי 2018

2745

י"ד באב התשע"ח

עמוד

- 908 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 83), התשע"ח-2018
- 909 חוק המרכז להנצחת מורשת גוש קטיף וצפון השומרון (תיקון), התשע"ח-2018
- 910 חוק השידור הציבורי הישראלי (תיקון מס' 8) (תיקון), התשע"ח-2018
- תיקון עקיף:
- חוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014 – מס' 9
- 911 חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשע"ח-2018
- 912 חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 117), התשע"ח-2018

חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשע"ח-2018*

1. בתקופה של שלוש שנים מיום תחילתו של חוק זה (להלן – תקופת הוראת השעה), יקראו את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, כך:
(1) אחרי סעיף 31 יבוא:

תיקון חוק
ההגבלים
העסקיים –
הוראת שעה

“פרק ד’ 2 : מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה

הגדרות – פרק ד’ 2 31. בפרק זה –

“אדם” – כהגדרתו בסעיף 26(ו);

“יבוא אישי” – יבוא של טובין על ידי יחיד, שאינו מיועד לצורכי אספקה, ייצור או מתן שירותים ואינו במסגרת של פעילות מסחרית, ובלבד שהטובין מיובאים בכמות סבירה לשימושו האישי או המשפחתי של אותו יחיד; “יבוא מקביל” – יבוא לישראל של טובין שאינו יבוא אישי, בידי מי שאינו יבואן ישיר;

“יבואן ישיר” – 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, מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.

131. (א) ראה הממונה כי כתוצאה ממעמדו או מהתנהגותו של יבואן ישיר קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, רשאי הוא לתת הוראות ליבואן הישיר בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה בתחרות כאמור.
(ב) הוראות סעיף 30(ג) עד (ח) יחולו, בשינויים המחוייבים, לעניין הוראות הממונה לפי סעיף קטן (א).
(2) בסעיף 47(א)(5), במקום “לפי סעיפים 30 או 31” יבוא “לפי סעיפים 30, 31 או 31”;
(3) בסעיף 50(א), אחרי פסקה (5) יבוא:
“(א5) הפר הוראה שנתן הממונה ליבואן ישיר לפי סעיף 31.”

מתן הוראות
ליבואן ישיר

2. שר הכלכלה והתעשייה, בהמלצת הממונה על הגבלים עסקיים ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי, בצו, להאריך את תקופת הוראת השעה בתקופה נוספת שלא תעלה על שלוש שנים.

הארכת תקופת
הוראת השעה

בנימין נתניהו
ראש הממשלה

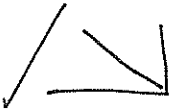
אלי כהן

שר הכלכלה והתעשייה

יולי יואל אדלשטיין
יושב ראש הכנסת

ראובן ריבלין
נשיא המדינה

* התקבל בכנסת ביום ר' באב התשע"ח (18 ביולי 2018) [בישיבה שהחלה ביום ה' באב התשע"ח (17 ביולי 2018)]; הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הממשלה – 1174, מיום ט"ז בכסלו התשע"ח (4 בדצמבר 2017), עמ' 158.
י"ח התשמ"ח, עמ' 128; התשע"ז, עמ' 1200.

2 / סגור חלון 

גידול של פי 10 בהיקף הקניות באינטרנט של ישראלים ב-7 שנים

בדואר ישראל מעריכים כי ב-2017 הוציאו הישראלים כ-13 מיליארד שקל על קניות מקוונות, זאת לעומת כ-1.3 מיליארד שקל ב-2010 • 95% מהרכישות הם בסכומים של עד 75 דולר, ו-30% הם מוצרי ביגוד והנעלה
מיכל רז-חיימוביץ' 24/7/18

בשנת 2017 הוציאו הישראלים כ-13 מיליארד שקל בקניות באתרים בחו"ל - כך מעריכים בדואר ישראל. המספר הזה משקף גידול דרמטי, כאשר לפי נתוני הדואר (שמבצע יותר מ-90% מהמשלוחים לישראל) ב-2010 עמד היקף היבוא האישי ברשת על כ-1.3 מיליארד שקל - כלומר גידול של פי 10 בהיקף הקניות של הישראלים בתקופה של 7 שנים. כאן יש מקום להזכיר כי את עיקר הקניות עורכים הגולשים באתרים בחו"ל.

95% מהרכישות של ישראלים הן בסכום של עד 75 דולר (בהתאם לתקרת הפטור ממע"מ), כך מספרים בדואר. עם זאת, הנהירה ועשרות החבילות שהזמינו ישראלים במבצעי השילוח של אמזון מלמדות כי הישראלים מוכנים לשלם יותר: 50 אלף חבילות הזמינו הישראלים בימים האחרונים, יותר ממה שקונים בדרך-כלל באמזון, הודות למבצע שילוח חינמי בקנייה ב-75 דולר ומעלה.

המבצע של אמזון נועד לבחון את היתכנות הישראלים לקנות בסכום שהוא מעל לתקרת הפטור, וההתראות ששיגרה אמזון לספקי המשלוחים שלה בישראל להיערך לכמויות מסיביות של חבילות - מלמדות כי הישראלים מוכנים לחצות את תקרת הפטור.

מהן היקפי הקניות אונליין של הצרכנים ברחבי העולם? מסקר שנערך בקרב 30 אלף קונים באתרי האינטרנט השונים ב-31 מדינות על-ידי ארגון הדואר העולמי (IPC), ואשר ממצאיו הועברו ל"גלובס", עולה כי היקפי הקניות בעולם שונים: 44% קונים בהיקף של 10-49 אירו, 40% מהקונים אונליין מבצעים קנייה בהיקף הגדול מ-50 אירו, כאשר מתוכם 26% קונים ביותר מ-75 אירו - "מה שאומר שפוטנציאל הקניות בארץ אדיר", אומר דני גולדשטיין, מנכ"ל דואר ישראל, שמדגיש כי "ב-2017 דואר ישראל מיינה ומסרה כ-62 מיליון חבילות, וההיקפים רק גדלים".

האתרים הפופולריים בקרב הישראלים מככבים גם בקרב הקונים ברחבי העולם. לפי הסקר, 56% מהקניות מתבצעות באתרים עלי אקספרס ו-eBay. בולטות האתרים הסיניים ניכרת גם היא מהסקר, כאשר 34% מהחבילות נרכשות באתרים סיניים.

גם חשיבות סוגיית השילוח נלקחת בחשבון: 70% מהצרכנים רוצים לדעת מראש מה הן עלויות המשלוח (מכאן עולה הצורך במחשבון לעלויות שילוח). 84% מהחביות הנרכשות הן במשקל שהוא מתחת ל-2 ק"ג, אבל רק 46% מהחבילות התאימו למסירה בתיבות הדואר. עוד עולה מהסקר כי ב-62% מהמשלוחים הם היו חינמיים - שיקול חשוב בקנייה.

ומה קונים? מהסקר עולה כי עיקר הקניות אונליין מתמקד בעולמות האופנה: 30% מהקניות הם מוצרי ביגוד והנעלה, 19% הם מוצרי אלקטרוניקה, 14% מהקניות הם מקטגוריית הבריאות והטיפוח. ספרים, מוזיקה ומדיה מהווים 10% - בדומה לשעונים ולתכשיטים. מוצרי ספורט ופנאי מהווים 9%, מוצרי תינוקות לפי הסקר תופסים נפח של 8% מהקניות - בדומה למוצרים בקטגוריות בית וגן. גם מכונות מופיעות ברשימה עם שיעור של 4% מהקניות.

3 / ✓

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס'...) (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה-2015

א. שם החוק המוצע:

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' -) (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה-2015

ב. עיקר החוק המוצע והצורך בו:

מוצע לתקן את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – "החוק", או "חוק ההגבלים העסקיים") בהתאם להמלצת הוועדה להגברת התחרות והסרת החסמים בתחום היבוא (להלן – "הוועדה") מיום 11.11.14, אשר אומצה בסעיף 12 לחלטת הממשלה מס' 2318 מיום 1.12.14 (קיבלה תוקף ביום 11.12.14).

ליבוא ישנה חשיבות רבה כמחולל תחרות במשק הישראלי. נפוצים שני מסלולי יבוא עיקריים: יבוא "רשמי" ויבוא "מקביל". בדרך כלל, יבואן של סחורה מתקשר בחוזה עם היצרן המקורי, והיצרן מעניק לו מעמד של יבואן רשמי של מוצריו. לעתים קרובות היבואן הרשמי גם מקבל במסגרת ההסדר עם היצרן הזר בלעדיות על הפצת מוצרי היצרן בישראל. לעומת זאת, יבואן מקביל אינו קונה את הסחורה ישירות מן היצרן המקורי אלא בדרכים אחרות, למשל מעודפי מלאי של מפיצים של היצרן במדינות אחרות, או מרשתות קמעונאיות. התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיר. כך, למשל, יבוא מקביל יכול להוזיל מחיר לצרכן, בנסיבות מתאימות, על ידי ניצול הזדמנויות לארביטראז' בינלאומי – כלומר היבואן המקביל קונה סחורה בשווקים שבהם המחיר שגובה היצרן הבינלאומי נמוך מזה שהוא גובה עבור סחורה המיועדת לשוק הישראלי, או עודפים מסיטונאי גדול בעל כוח קניה משמעותי. רכישת המוצר במחיר המוזל 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 רשמי מחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא.

תכליתו של תיקון החוק היא למנוע פגיעה בתחרות בדרך של סיכול או צמצום התחרות מיבוא מקביל על ידי היבואן הרשמי של טובין. כך, למשל, הוועדה מצאה כי יבואנים רשמיים עלולים לנקוט בפרקטיקות שתכליתן למנוע גישה של יבואנים מקבילים לערוצי ההפצה הקמעונאיים, תוך ניצול לרעה של כוח השוק המצוי בידיהם. כאמור, יבואן רשמי עשוי להחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא גם אם הוא אינו בעל מונופולין בשוק המוצר הרחב יותר, ונתח השוק שלו נמוך מ-50%. בהתאם, מוצע להחיל על יבואן רשמי איסור הדומה לאיסור הקבוע בסעיף 29 לחוק, שעניינו ניצול מעמד לרעה על יבואן רשמי בכל הנוגע לפעולותיו ביחס לתחרות מיבוא מקביל. יובהר, כי אין מטרתו של התיקון להסדיר את מישור היחסים שבין היבואן הרשמי לבין היצרן שאין ענינם בהפרעה לתחרות מיבוא מקביל. כך, למשל, התיקון כשלעצמו אינו אוסר על הסדר בלעדיות ביניהם, שלפיו היצרן מתחייב כלפי היבואן הרשמי שלא ימכור ליבואן רשמי אחר, כל עוד ההסדר אינו מהווה הפרה של הוראות לפי חוק ההגבלים העסקיים.

ג. השפעת החוק המוצע על החוק הקיים:

יתוקן חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 כאמור בתזכיר זה.

ד. השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה, תקנים במשרדי הממשלה וההיבט המינהלי:

אין.

ה. להלן הנוסח המוצע:

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה-

2015

הוספת 1. בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988¹ (להלן – החוק העיקרי), אחרי סעיף 29א
סעיף
לחוק העיקרי יבוא –
29ב

29ב. ניצול מעמד (א) בלי לגרוע מן האמור בסעיף 29א לחוק זה, יבואן רשמי של
לרעה של טובין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את
יבואן רשמי התחרות בעסקים מיבוא מקביל של הטובין.
וסמכות (ב) ראה הממונה כי כתוצאה מהתנהגותו של יבואן רשמי קיים
למתן חשש לפגיעה משמעותית בתחרות מיבוא מקביל, רשאי הוא לתת
הוראות ליבואן הרשמי הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את
בעניינו הפגיעה. על הוראות הממונה לפי סעיף זה יחולו סעיפים 30(ד)-(ח),
בשינויים המחויבים;
בסעיף זה –

"יבוא מקביל" – יבוא של טובין המיוצרים על ידי יצרן מחוץ
לישראל על ידי מי שאינו יבואן רשמי;

"יבואן רשמי" – מי שמורשה על ידי יצרן של טובין המיוצרים מחוץ
לישראל לייבא לישראל ולהפיץ בה את הטובין;"

תיקון 2. בסעיף 47(א) לחוק העיקרי –

סעיף 47 (א) אחרי פסקה (א4) יבוא:

"(4ב) ניצול לרעה את מעמדו בשוק לפי הוראות סעיף 29ב, ובלבד שהוכחה

כוונתו להפחית את התחרות בעסקים מיבוא מקביל;"

(ב) בפסקה (5), אחרי "עבר על הוראה שניתנה לפי סעיפים" יבוא "29ב(ב),".

¹ ס"ח התשמ"ח עמ' 128;

תיקון 3. בסעיף 50ד לחוק העיקרי, אחרי פסקה (3) יבוא:
סעיף 50ד' "עשה מעשה המהווה ניצול לרעה של מעמד של יבואן רשמי בניגוד להוראות
סעיף 29ב(א), ובלבד שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה
ברשומות;
(ב) הפר הוראה שנתן הממונה לגבי יבואן רשמי לפי סעיף 29ב(ב)."

4/2

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס'...) (הסרת חסמים בתחום היבוא) (הוראת שעה), התשע"ז-2017

***הבהרה: תזכיר זה מפורסם מחדש בהמשך להערות הציבור שהתקבלו לתזכיר שפורסם ביום 31.3.15**

א. שם החוק המוצע:

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' -) (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ז-2017

ב. עיקר החוק המוצע והצורך בו:

מוצע לתקן את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – "החוק", או "חוק ההגבלים העסקיים") בהתאם להמלצת הוועדה להגברת התחרות והסרת החסמים בתחום היבוא (להלן – "הוועדה") מיום 11.11.14, אשר אומצה בסעיף 12 להחלטת הממשלה מס' 2318 מיום 1.12.14 (קיבלה תוקף ביום 11.12.14).

ליבוא ישנה חשיבות רבה כמחולל תחרות במשק הישראלי. נפוצים שני מסלולי יבוא עיקריים: יבוא "מורשה" ויבוא "מקביל". בדרך כלל, יבואן של סחורה מתקשר בתווה עם ספק הטובין, וספק הטובין מעניק לו מעמד של יבואן מורשה של מוצריו. לעומת זאת, יבואן מקביל אינו קונה את הסחורה ישירות מספק הטובין המקורי אלא בדרכים אחרות, למשל מעודפי מלאי של מפיצים של ספק הטובין במדינות אחרות, או מרשתות קמעונאיות.

התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיר. יבוא מקביל יכול להוזיל מחיר לצרכן, בנסיבות מתאימות, על ידי ניצול הזדמנויות של ארביטראז' בינלאומי: היבואן המקביל קונה טובין בשוקים שבהם המחיר גובה הספק הבינלאומי נמוך מזה שהוא גובה עבור טובין המיועדים לשוק הישראלי, או עודפים מסיטונאי גדול בעל כוח קניה משמעותי. רכישת המוצר במחיר המוזל 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-מנותגית עזה ויבואן מורשה מחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא.

הדין הישראלי הכיר בחשיבותו של היבוא המקביל כמחולל תחרות ובחוקיות של יבוא מקביל. ראו, למשל, ע"א 7629/12 אלעד מנחם סויסה נ' TOMMY HILFIGER

(LICENSING LLC) (פורסם בנבו (16.11.2014), בו הסביר בית המשפט העליון כי –

"בישראל ... נקודת המוצא לדיון ביבוא מקביל היא שפעולה במתכונת זו היא מותרת, במישור העקרוני. למעשה, בחירה זו נראית חיונית במיוחד בהקשר הישראלי לנוכח הנתונים המאפיינים את המשק הישראלי – שבו התנאים התחרותיים הם מוגבלים (ואף מעוררים חשש לריכוזיות-יתר הפוגעת בתחרות בהתחשב, בין

השאר, בגודלו הקטן יחסית, בתלות הכמעט מוחלטת ביבוא
במגזרים תעשייתיים רבים, ובהיותו מבודד מבחינה כלכלית
מסביבתו הקרובה."

תכליתו של תיקון החוק היא למנוע פגיעה בתחרות בדרך של סיכול או צמצום התחרות
מיבוא מקביל על ידי היבואן המורשה של טובין. כך, למשל, הוועדה מצאה כי יבואנים
רשמיים עלולים לנקוט בפרקטיקות שתכליתן למנוע גישה של יבואנים מקבילים לערוצי
ההפצה הקמעונאיים, תוך ניצול לרעה של כוח השוק המצוי בידיהם.

הגדרת היבואן המורשה אשר אליו מכוונת הצעת החוק כוללת הן את מי שמביא לישראל או
מפיץ בישראל מוצרים המיוצרים בחו"ל על פי הרשאה של היצרן הזר, והן את מי שמייצר
בישראל ומפיץ בישראל מוצרים של מותג בינלאומי. בשני המקרים עשויה להתבצע פעילות
דחיקת תחרות מיבוא בלתי מורשה, פעילות אשר עלולה לפגוע משמעותית בתחרות ובצרכן.

יבואן מורשה עשוי להחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא גם אם הוא אינו בעל
מונופולין בשוק המוצר הרחב יותר, ונתח השוק שלו נמוך מ-50%. בהתאם, מוצע תיקון
חקיקה המסמיק את הממונה על הגבלים עסקיים לתת הוראות בדבר צעדים שעליו לנקוט על
מנת למנוע את החשש לפגיעה משמעותית בתחרות מיבוא מקביל. על פי סמכות זו, הממונה
יורה על צעדים קונקרטיים שיש לנקוט כדי למנוע את הפגיעה. בדומה לסמכות הממונה לתת
הוראות לבעל מונופולין או לחברי קבוצת ריכוז, הפרה של הוראות הממונה כמוה כהפרה של
חוק ההגבלים העסקיים, ועשויות להיות לה השלכות פליליות, מנהליות וניזיקיות. יתרונו
המרכזי של התיקון המוצע הוא שבכך יתאפשר לממונה לפעול נקודתית כנגד מי שפוגע
בתחרות מחד גיסא, אך מאידך גיסא לא יוטל בחוק איסור התנהגות גורף החל על כלל
היבואנים המורשים, ואשר עלול למנוע שימוש בפרקטיקות עסקיות לגיטימיות ופרו-
תחרותיות.

מוצע כי סמכות הממונה לתת הוראות ליבואן מורשה כאמור בתזכיר זה תיקבע במסגרת
הוראת שעה מוגבלת בזמן, של שלוש שנים אשר ניתן יהיה להאריך בשלוש שנים נוספות, על
מנת שניתן יהיה להעריך במהלך תקופה זו אם עדיין עומד הצורך בסמכות כאמור, ולבחון את
השלכותיה ותועלתה.

ג. השפעת החוק המוצע על החוק הקיים:

יתוקן חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 כאמור בתזכיר זה.

ד. השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה, תקנים במשרדי הממשלה וההיבט המינהלי:

אין.

ה. הערכת השפעות רגולציה (RIA)

החקיקה המוצעת אינה מחויבת בעריכת דו"ח RIA (ראו נספח פטור רצ"ב)

ו. להלן הנוסח המוצע:

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ז – 2017

1. חוספת פרק ד' 21. בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988¹ (להלן – החוק העיקרי), אחרי סעיף 31 ד לחוק העיקרי יבוא:

"פרק ד' 2: הוראות למניעת דחיקה של יבוא מקביל

הגדרות 31ה. בפרק זה –

"יבואן מורשה" – מי שהוא אחד משני אלה:

- (1) אדם אשר מורשה על ידי יצרן של טובין המיוצרים מחוץ לישראל לייבא לישראל או להפיץ בה את הטובין, ומי שפועל מטעם מורשה כאמור;
- (2) אדם אשר מייצר ומפיץ בישראל טובין לפי זיכיון של גורם מחוץ לישראל.

בפסקה זו, "אדם" – כהגדרתו בסעיף 26 ו'.

"יבוא מקביל" – יבוא לישראל של טובין המיוצרים על ידי יצרן מחוץ לישראל על ידי מי שאינו יבואן מורשה.

הוראות 31ו. (א)	ראה הממונה כי קיים חשש כי התחרות שמקים או עשוי להקים יבוא מקביל תיפגע משמעותית כתוצאה מהתנהגותו של יבואן מורשה או מקיומו, רשאי הוא לתת הוראות ליבואן המורשה בדבר צעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את החשש לדחיקת יבוא לפגיעה משמעותית בתחרות.
מקביל (ב)	הוראות סעיף 30(ג) עד (ח) יחולו, בשינויים המחויבים, לעניין הוראות הממונה לפי סעיף קטן (א).

2. בתיקון סעיף 47 2. בסעיף 47(א) לחוק העיקרי, בפסקה (5), במקום "הוראה לפי סעיפים 30 או 31ג" יבוא "הוראה לפי סעיפים 30, 31ג או 31ו".

3. בתיקון סעיף 50 ד לחוק העיקרי אחרי פסקה (5) יבוא:

"(5א) הפר הוראה שנתן הממונה למניעת חשש לדחיקת יבוא מקביל לפי סעיף 31ו."

¹ ס"ח התשמ"ח עמ' 128; התשע"ה, עמ' 111.

הוראת שעה 4. הוראות סעיפים 1-3 יעמדו בתוקפן למשך שלוש שנים מיום פרסומו של חוק זה; השר רשאי, בהמלצת הממונה ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, להאריך את תוקף הוראות סעיפים 1-3 בתקופה של עד שלוש שנים נוספות.

פטור מחובת עריכת דו"ח השפעת רגולציה (RIA)

תזכיר החוק שלעיל הוא פרסום מחודש ומתוקן של תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס'...). (הסרת חסמים בתחום היבוא), התשע"ה-2015 אשר פורסם ביום 31.3.15, ואשר נוסחו מצוי באתר רשות ההגבלים עסקיים (פרסום מספר 50076).

בהתאם לסעיף 3(י) להחלטת ממשלה מספר 2118 מיום 22.10.14, החובה לפרסום דו"ח הערכת רגולציה בקשר להצעת חוק ממשלתית עם פרסום תזכיר החוק חלה מיום 1 בינואר 2016. מכיוון שהמדובר בתזכיר שפורסם במקור לפני מועד זה, ואין בתזכיר המתוקן כדי להעלות משמעותית את הנטל הרגולטורי על יבואנים מורשים לעומת התזכיר המקורי², אין חובה לפרסום דו"ח כאמור.

² למעשה, התזכיר המתוקן אף מפחית את הנטל הרגולטורי לעומת התזכיר המקורי, שכן הוא אינו כולל איסור התנהגותי כללי על ניצול מעמד לרעה, כפי שהיה בתזכיר המקורי, אלא סמכות נקודות להטיל הוראות ממוקדות על יבואנים מורשים ספציפיים במקרים מתאימים למניעת דחיקת יבוא מקביל.

5/1



רשומות

הצעות חוק

ה מ מ ש ל ה

4 בדצמבר 2017

1174

ט"ז בכסלו התשע"ח

עמוד

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה), התשע"ח-2017 158

**הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה),
התשע"ח-2017**

1. תיקון חוק ההגבלים העסקיים – הוראת שעה
- בתקופה שמיום תחילתו של חוק זה עד תום שלוש שנים מהמועד האמור (להלן – תקופת הוראת השעה), יקראו את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, כך:
(1) אחרי סעיף 13ד יבוא:

ד ב ר י ה ס ב ר

יתר הפוגעת בתחרות בהתחשב, בין השאר, בגודלו הקטן יחסית, בתלות הכמעט מוחלטת ביבוא במגורים תעשייתיים רבים, ובהיותו מבודד מבהינה כלכלית מסביבתו הקרובה.

תכליתו המרכזית של התיקון המוצע היא למנוע פגיעה בתחרות בידי יבואן ישיר של הטובין בדרך של סיכול או צמצום התחרות מיבוא מקביל. כך, למשל, מדוח הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום היבוא, שמונתה ביום כ' באלול התשע"ג (26 באוגוסט 2013) בידי שר הכלכלה ושר האוצר, אשר הוגש לשרים כאמור ביום י"ח בחשוון התשע"ה (11 בנובמבר 2014) עולה, כי יבואנים ישירים עלולים לנקוט פעולות כדי למנוע גישה של יבואנים מקבילים לערוצי ההפצה הקמעונאיים, תוך ניצול לרעה של כוח השוק המצוי בידיהם. כמו כן, התיקון המוצע מבקש למנוע פגיעה בתחרות בידי יבואן ישיר בדרך של סיכול או צמצום התחרות מיבוא אישי, כך למשל יבואן ישיר עלול לנקוט פעולות שתכליתן למנוע גישה של צרכנים ישראלים לרכישת מוצרים באתרי אינטרנט זרים.

אשר על כן, מוצע לחקן את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – החוק), ולהסמיך את הממונה על הגבלים עסקיים (להלן – הממונה) להורות ליבואן ישיר בדבר צעדים קונקרטיים שעליו לנקוט כדי למנוע פגיעה בתחרות שנוצרת מיבוא מקביל או מיבוא אישי, זאת, מאחר שיבואן ישיר של מותג מסוים עשוי להחזיק בכוח שוק גם אם אינו בעל מונופולין בשוק המוצר הרחב ונתח השוק שלו נמוך מ-50%. יתרונו המרכזי של התיקון המוצע הוא בכך שיתאפשר לממונה לפעול נקודתית ולתת הוראות ליבואן ישיר כאשר קיים חשש לפגיעה בתחרות כאמור. בה בעת, אין בתיקון המוצע איסור התנהגות גורף החל על כלל היבואנים הישירים ואשר עלול למנוע שימוש בפעולות עסקיות לגיטימיות ופרייתתחרותיות.

סעיף 1 לפסקה (1)

כללי מוצע להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים את, פרק ד"ג שעניינו הוראות הממונה ליבואן ישיר. הפרק האמור מוצע כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים, שניתן להאריכה לפי הוראות סעיף 2 להצעת החוק.

כללי במשק הישראלי יש ליבוא תפקיד מרכזי במחולל תחרות, בהיותו גורם המשפיע על מגוון המוצרים ומחיריהם.

קיימים שני מסלולי יבוא עיקריים: יבוא ישיר ויבוא מקביל. בדרך כלל, יבואן של סחורה מתקשר בחוזה עם ספק הטובין, וספק הטובין מעניק לו מעמד של יבואן ישיר של מוצריו. לעומת זאת, יבואן מקביל אינו קונה את הסחורה ישירות מספק הטובין המקורי אלא בדרכים אחרות, למשל מעורפי מלאי של מפיצים של ספק הטובין במדינות אחרות, או מרשתות קמעונאיות.

מסלול יבוא נוסף, אשר חשיבותו התחרותית גוברת בשנים האחרונות, הוא יבוא אישי על ידי הצרכן הסופי של המוצר, בעיקר באמצעות האינטרנט.

התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיה. יבוא מקביל יכול להזייל מחיר לצרכן, בנסיבות מתאימות, על ידי ניצול של פער במחירו של מוצר מסוים בשני שווקים או יותר (ארביטרז'). במישור הבין-לאומי, יכול יבואן מקביל לנצל את הפער כאמור בדרך של קניית מוצר בשווקים שבהם המחיר שגובה יצרן בין-לאומי נמוך מזה שהוא גובה בעבור מוצרים המיועדים לשוק הישראלי, או קניית עודפים מסיטונאי גדול בעל כוח קנייה משמעותי. רכישת המוצר במחיר המוזל עשויה להתגלגל, בתורה, לצרכן הישראלי. התחרות מיבוא מקביל אף עשויה להיות מקור התחרות העיקרי על לבו של הצרכן כאשר מסיבות שונות לא מתקיימת תחרות בין-מיתגית משמעותית ויבואן ישיר מתזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא.

היין הישראלי הכיר בחשיבותו של היבוא המקביל כמחולל תחרות ובחוקיותו של יבוא מקביל.

כך למשל בע"א 7629/12 אלעד מנחם סויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC (פורסם בנבו, 16.11.2014), הסביר בית המשפט העליון כי –

"בישראל ... נקודת המוצא לדיון ביבוא מקביל היא שפעולה במתכונת זו היא מותרת, במישור העקרוני למעשה, בחירה זו נראית חיונית במיוחד בהקשר הישראלי לנוכח הנתונים המאפיינים את המשק הישראלי – שבו התנאים התחרותיים הם מוגבלים (ואף מעוררים חשש לריכוזיות

¹ ס"ח התשמ"ח עמ' 128; התשע"ז, עמ' 1200.

פרק ד'2 : מתן הוראות ליבואן ישיר

הגדרות. בפרק זה –

הגדרות

”אדם” – כהגדרתו בסעיף 26;

”יבוא אישי” – כהגדרתו בסעיף 2(ג)1 לצו יבוא חופשי, התשע”ד–2014, אשר הוצא לפי סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל”ט–1979²;

”יבוא מקביל” – יבוא לישראל שאינו יבוא אישי, של טובין המיוצרים על ידי יצרן במדינת חוץ, בידי מי שאינו יבואן ישיר;

”יבואן ישיר” – 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 או מפיץ טובין, בישראל, לפי זיכיון שניתן לו מאדם במדינת חוץ.

131. (א) ראה הממונה כי כתוצאה מקיומו או מהתנהגותו של יבואן ישיר קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, רשאי הממונה לתת הוראות ליבואן הישיר בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה בתחרות כאמור.

מתן הוראות ליבואן ישיר

ד ב ר י ה ס ב ר

(2) הוא מייצר בישראל או מפיץ בישראל מוצרים לפי זיכיון שניתן לו מגורם זה למשל מוצרים של מותג בין לאומי.

שני המנויים להלן ייחשבו ל”יבואן ישיר”, שכן בשני המקרים עלולה להתבצע פעילות לצמצום התחרות מיבוא מקביל או אישי, אשר עלולה לפגוע משמעותית בתחרות בענף.

לסעיף 131 המוצע

לסעיף קטן (א)

מוצע להסמיך את הממונה לתת הוראות ליבואן ישיר בדבר צעדים אשר עליו לנקוט כדי למנוע פגיעה בתחרות. סמכות זו תקום לממונה אם ראה כי כתוצאה מקיומו של יבואן ישיר או מהתנהגותו של יבואן ישיר קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר.

סמכות דומה למתן הוראות קיימת כבר לממונה ביחס לבעלי מונופולין (סעיף 30 לחוק) וביחס לקבוצות ריכוז (סעיף 131 לחוק). לפיכך, הסמכות המוצעת משתלבת במארג הסמכויות של הממונה בהקשרים דומים לפי החוק.

לסעיף 131 המוצע

מוצעות הגדרות של מונחים שנעשה בהם שימוש בפרק ד'.

להגדרה ”אדם” – מוצע לאמץ את ההגדרה הקבועה בסעיף 26(ו) לחוק, ולפיה ”אדם” – לרבות חברה ובנוחה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה;

להגדרה ”יבוא אישי” – מוצע לאמץ את ההגדרה הקבועה בסעיף 2(ג)1 לצו יבוא חופשי, התשע”ד–2014, שהוצא לפי סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל”ט–1979. לפי ההגדרה האמורה ”יבוא אישי” הוא יבוא טובין בידי יחיד שאינו עוסק, שאינם מיועדים לצורכי אספקה, ייצור או מתן שירותים, והם מיובאים בכמות סבירה לשימוש האישי או המשפחתי של אותו יחיד;

להגדרה ”יבוא מקביל” – מוצע להגדיר ”יבוא מקביל” כיבוא לישראל שאינו יבוא אישי, של טובין המיוצרים על ידי יצרן מחוץ לישראל, בידי מי שאינו יבואן ישיר;

להגדרה ”יבואן ישיר” – מוצע להגדיר ”יבואן ישיר” כאדם שמתקיים לגביו אחד מאלה:

(1) הוא מייבא לישראל מוצרים המיוצרים בחו”ל על פי הסדר עם היצרן הזר או מפיץ טובין שיובאו לישראל על פי הסדר עם היצרן הזר;

² דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 32, עמ' 625.

- (ב) הוראות סעיף 30(ג) עד (ח) יחולו, בשינויים המחוייבים, לעניין הוראות הממונה לפי סעיף קטן (א).”;
- (2) בסעיף 47(א), בפסקה (5), במקום “לפי סעיפים 30 או 31” יבוא “לפי סעיפים 30, 31 או 31”;
- (3) בסעיף 50(א) לחוק העיקרי, אחרי פסקה (5) יבוא: “(א5) הפר הוראה שנתן הממונה ליבואן ישיר לפי סעיף 31”.
2. הארכת תקופת הוראת השעה שר הכלכלה והתעשייה רשאי, בהמלצת הממונה ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, להאריך את תקופת הוראת השעה בתקופה נוספת שלא תעלה על שלוש שנים.

ד ב ר י ה ס ב ר

לפסקה 3

מוצע לתקן את סעיף העיצום הכספי (סעיף 50 לחוק), ולהוסיף בפסקה (א5) את הוראת הממונה ליבואן ישיר שניתנה לפי פרק ד' המוצע לרשימת ההוראות לפי החוק שהממונה רשאי להטיל עיצום כספי בשל הפרתו, זאת, בדומה לסמכות הממונה להטיל עיצום כספי על מי שהפר הוראה שניתנה לבעל מונופולין או לחברי קבוצת ריבית.

סעיף 2 מוצע כי סמכות הממונה לתת הוראות ליבואן ישיר כאמור בפרק ד' המוצע תיקבע במסגרת הוראת שעה המוגבלת לתקופה של שלוש שנים, שיהיה אפשר להאריכה בשלוש שנים נוספות. זאת, כדי שיהיה ניתן להעריך במהלך תקופה זו אם עדיין קיים צורך בקיומה של הסמכות כאמור, ולבחון את השלכותיה ותועלתה.

לסעיף קטן (ב)

מוצע כי הוראות סעיף 30(ג) עד (ח) לחוק, בעניין הסדרת פעולות מונופולין, יחולו לעניין הוראות הממונה לפי סעיף קטן (א) המוצע. בהתאם לכך יראו כפגיעה בתחרות כל פגיעה הנוגעת לאחד העניינים המפורטים בסעיף 30(ג); הממונה יפרסם את דבר כוונתו לתת הוראות ויעמיד את נוסחן לעיון הציבור כמפורט בסעיף 30(ד); הממונה ימסור ויפרסם את ההוראות כמפורט בסעיף 30(ה); וכן יהיה ניתן לפנות אל בית הדין בהתנגדות להוראות לפי המפורט בסעיף 30(ו), הכול בשינויים המחוייבים.

לפסקה 2

מוצע לתקן את סעיף העונשין (סעיף 47 לחוק), ולהוסיף בסעיף קטן (א)(5) את הוראת הממונה ליבואן ישיר שניתנה לפי פרק ד' המוצע לרשימת ההוראות לפי החוק שמי שלא קיימן חשוף לסנקציות הפליליות הקבועות בסעיף 47 לחוק.

6/19

נמחק: טיוטה – 14 במאי 2018
מעוצב: קו תחתון
מעוצב: שמאל

נוסח לדיון בוועדה ב-9.7.18

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר- הוראת שעה), התשע"ח-

2017

1. תיקון חוק ההגבלים העסקיים- הוראת שעה
בתקופה שמיום תחילתו של חוק זה עד תום שלוש שנים מהמועד האמור (להלן- תקופת הוראת השעה), יקראו את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, כך:
(1) אחרי סעיף 31 ד יבוא:

"פרק ד'2: מתן הוראות ליבואן ישיר

הגדרות 31ה. בפרק זה -

"אדם" - כהגדרתו בסעיף 126;

נמחק:

"יבוא אישי" - יבוא של טובין על ידי יחיד, שאינו מיועד לצורכי אספקה, ייצור או מתן שירותים ואינו כמסגרת של פעילות מסחרית, ובלבד שהוא מיובא בכמות סבירה לשימושו האישי או המשפחתי של אותו יחיד;

נמחק: כהגדרתו בסעיף 2(ג)1 לצו יבוא חופשי, התשע"ד-2014 אשר הוצא לפי סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט-21979
נמחק: של טובין המיוצרים על ידי יצרן במדינת חוץ, בידי מי שאיננו יבואן ישיר

"יבוא מקבילי" - יבוא לישראל של טובין שאינו יבוא אישי, בידי מי שאיננו יבואן ישיר;
"יבואן ישיר" - אדם שמתקיים לגביו אחד מאלה:
(1) הוא מייבא לישראל טובין או מפיץ טובין שיובאו לישראל, בהתאם להסדר עם יצרן הטובין במדינת חוץ;

נמחק: או מפיץ
נמחק:
נמחק: לפי
נמחק: זיכיון
נמחק: שניתן לו מ

(2) הוא מייצר טובין בישראל, מכת הסדר עם אדם במדינת חוץ.

י ס"ח התשמ"ח עמ' 128; התשע"ז, עמ' 1200.

מתן הוראות ליבואן 131. (א) ראה הממונה כי כתוצאה ממעמדו או מהתנהגותו של יבואן ישיר, קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי ובשל כך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל היבואן הישיר, רשאי הממונה לתת הוראות ליבואן הישיר בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה בתחרות כאמור.

(ב) הוראות סעיף 30(ג) עד (ח) יחולו, בשינויים המחויבים, לענין הוראות הממונה לפי סעיף קטן (א).”;

(2) בסעיף 47(א), בפסקה (5), במקום "לפי סעיפים 30 או 31ג" יבוא "לפי סעיפים 30, 31ג או 131”;

(3) בסעיף 50(א) לחוק העיקרי אחרי פסקה (5) יבוא:

”(5א) הפר הוראה שנתן הממונה ליבואן ישיר לפי סעיף 131.”

2. הארכת תקופת הוראת השעה
שר הכלכלה והתעשייה רשאי, בהמלצת הממונה ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, להאריך את תקופת הוראת השעה בתקופה נוספת שלא תעלה על שלוש שנים.