

דיני תחרות והגבלים עסקיים

סיכום 2024

ותובנות לקראת 2025

מספר מילים מצוות התחרות בגורניצקי



שנת 2024 הייתה שנה משמעותית בתחום דיני התחרות בישראל, שהתאפיינה בהתפתחויות מרחיקות לכת במספר תחומים מרכזיים.

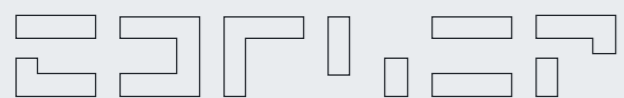
ראשית, רשות התחרות הגבירה את פעילות האכיפה שלה, במיוחד בתחום המיזוגים, תוך הקפדה על חובת הדיווח על כל עסקה העולה כדי "מיזוג חברות" לפי חוק התחרות ועל האיסורים שחלים בתקופת ההמתנה עד שמתקבל אישור הממונה על התחרות לעסקה. פעולות האכיפה של רשות התחרות הגיעו לשיאן עם החלטתה להטיל עיצום כספי חסר תקדים בגובה של 111 מיליון ₪ בגין הפרת חובת ההמתנה.

שנית, בתחום הפלילי, נרשמה הרחבה משמעותית של קשת האישומים, כולל חקירות תקדימיות בגין התבטאויות פומביות בדוחות כספיים וראיונות לתקשורת העולים, לשיטת רשות התחרות, כדי הסדר כובל אסור.

שלישית, ענפי המזון, הפארמה והפיננסים היו במוקד פעילות הרשות, אשר נקטה במהלך השנה החולפת בצעדי אכיפה משמעותיים ובחנה באופן מעמיק השפעות תחרותיות בשוקים אלו.

במבט קדימה לשנת 2025, אנו צופים המשך של מגמת האכיפה המוגברת, תוך שימת דגש מיוחד על בחינת ההשפעות הקונגלומרטיות של מיזוגים, הגברת האכיפה בתחום היבוא המקביל והתמודדות עם אתגרים תחרותיים הנובעים מעידן הבינה המלאכותית. לפיכך, היערכות פרואקטיבית מצד חברות לצמצום סיכונים של הפרת חוק התחרות, שעשויות להוביל להטלת עיצומים כספיים ואף, במקרים חמורים, להגשת כתבי אישום פליליים, היא מתבקשת ואף חיונית.

מחלקת דיני התחרות שלנו, מהמובילות בתחומה בישראל, ממשיכה לעמוד בחזית השינויים וההתפתחויות בתחום. צוות המומחים שלנו מספק ייעוץ מקיף ואסטרטגי, המשלב ידע מעמיק וניסיון רחב בניהול סוגיות תחרותיות מורכבות. אנו גאים להציע פתרונות יצירתיים המותאמים אישית לצרכים המשתנים של לקוחותינו, תוך התמודדות עם הדינמיקה המורכבת של השווקים המקומיים והגלובליים כאחד.



נועה שוויצר-עמר

עורכת דין בכירה
noas@gornitzky.com



ליאור פרנק

עורך דין בכיר
liorf@gornitzky.com



שירן סופר

שותפה
shirans@gornitzky.com



אבנר פינקלשטיין

שותף, מוביל תחום התחרות
avnerf@gornitzky.com



THERE
IS
ALWAYS
A WAY

המידע הכלול במסמך זה נועד להציג שינויים וחידושים בדיני התחרות והינו מידע כללי בלבד. אין באמור במסמך זה משום חוות דעת או ייעוץ משפטי. משרדנו ישמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה הנדרשת.

שלב הדיווח
הגשת הודעת מיזוג לרשות

השאלה האם עסקה נתונה חייבת בדיווח וקבלת אישור הממונה על התחרות כרוכה בשתי סוגיות שיש להכריע בהן: **האחת**, האם מדובר בעסקה הבאה בגדר "מיזוג חברות" לפי דיני התחרות. **השנייה**, ככל שמדובר ב"מיזוג חברות", האם קיימת חובת דיווח בהתאם לקריטריונים שנקבעו בחוק התחרות (הנוגעים בעיקרם למחזור המכירות של הצדדים ולנתח השוק).

בשנת 2024 פורסמו מספר צווים מוסכמים שעניינם בהפרות חובת הדיווח על מיזוגים.

סוג אחד של הפרות נוגע לעסקאות שלא דווחו בשל סוגיית סיווגה של עסקה כ"מיזוג חברות". כך למשל, ב-**פרשת רפאל-אירונאוטיקס** לא דווחה לרשות עסקה שכללה זכות בקשר עם מינוי מנכ"ל בחברת אירונאוטיקס, שבה החזיקה רפאל בחלקים שווים עם חברת סטלורו. עסקה נוספת, שדווחה באיחור לרשות לאחר כ-7 חודשים, היא עסקה במסגרתה מימשה סטלורו אופציית מכירה של חלקה (50%) באירונאוטיקס. בגין הפרות אלה הוסכם כי הצדדים ישלמו כ-3 מיליון ₪. ב-**פרשת קסם-פסגות** הצדדים החלו בביצוע עסקה שבמסגרתה רכשה קסם מפסגות קרנות נאמנות בהיקף נכסים מנוהל של כ-17 מיליארד ₪, כאשר לשיטת הרשות מדובר בעסקה העולה כדי "מיזוג חברות" החייב בדיווח מאחר שהנכסים שנמכרו היוו "עיקר נכסיה" של פסגות בתחום קרנות הסל. בגין הפרה זו הוסכם כי הצדדים ישלמו סך של 1.7 מיליון ₪.

סוג שני של הפרות נוגע לעסקאות שהן "מיזוג חברות" שלא דווחו בשל סוגיית שאלת קיומה של חובת דיווח. כך היה ב-**פרשת מטא** אשר רכשה בשנים 2018 ו-2019 שתי חברות הזנק מבלי שרכישות אלה דווחו לרשות. לשיטת הרשות, על מטא הייתה מוטלת לכאורה חובת דיווח בגין העסקאות מאחר שלפי חוק התחרות, במקרה שבו אחת מהחברות המתמזגות היא בעלת מונופולין (גם אם בשוק שאינו נוגע לעסקת המיזוג), קמה חובת דיווח. במסגרת צו מוסכם חויבה מטא בתשלום סך של 25 מיליון ₪ ללא הודאה בחבות.

שנת 2024 התאפיינה בעליית מדרגה משמעותית בכל הנוגע לאכיפה מינהלית של מיזוגים על ידי רשות התחרות. פעולות האכיפה בהן נקטה רשות התחרות בשנה האחרונה מחדדות את פוטנציאל החשיפה הקיים עבור חברות המבצעות עסקאות מיזוג בשלבים השונים בהם מצויה עסקה נתונה, שעלולות לעמוד בפני עיצום כספי משמעותי של עד 111 מיליון ₪ במקרה של הפרת הוראות חוק התחרות.

שלב המו"מ
החלפות מידע בין מתחרים
לקראת עסקה

בשנת 2014 פורסם גילוי דעת 2/14 של הממונה על התחרות בעניין החלפות מידע בין מתחרים טרם עסקה. גילוי הדעת קובע הנחיות שנועדו להבטיח עריכת בדיקת נאותות יעילה, לרבות הערכות שווי, תוך הפחתת החשש לפגיעה בתחרות אגב הליך חשיפת מידע לעיני מתחרה. בשנת 2024, לראשונה ממועד פרסום גילוי הדעת, ניהלה רשות התחרות הליך אכיפה מינהלי כנגד חברות בגין חשיפת מידע רגיש תחרותית במסגרת הליכי בדיקת נאותות לקראת עסקת מיזוג ביניהן **[פרשת מעדני מזרע-זילבר]**. בבדיקת הרשות נמצא, כי לפני אישור המיזוג, הועברו בין החברות מסמכים המכילים מידע מסחרי רגיש תחרותית, באופן החורג מכללי גילוי דעת 2/14, ובכלל זה רשימות מפורטות של לקוחות, פרטי קשר, סוגי לקוחות ומוצרים, חובות ויתרות, תנועות חשבון, הכנסות צפויות, תנאי אשראי, השוואות מכירות לכל לקוח, נתוני משלוחים, מידע על מחירי מכירה ומלאים. המידע הועבר למספר גורמים, כולל מנהלים ועובדים, מבלי שנקטו אמצעי זהירות נדרשים למניעת העברת המידע הרגיש לעובדים נוספים. הפרה זו הובילה לגיבוש טיטוט צו מוסכם להטלת עיצום כספי בסך 1.4 מיליון ₪ על החברות.

5

תחום המיזוגים

8

מונופולין: CASE STUDIES

11

התחום הפילי

13

זרקור על ענף הפיננסים

15

זרקור על ענף מזון ומוצרי צריכה

17

זרקור על יבוא מקביל

19

זרקור על ענף הפארמה

שלב "תקופת הביניים": הוראות מגבילות בהסכם

עסקת מיזוג עשויה לכלול מגבלות שונות, הכפופות לבדיקה, כגון תניות אי תחרות החלות לאחר עסקת המיזוג על המוכר, בעלי המניות בו או אף נושאי משרה מסוימים. בנוסף, הסכמי מיזוג לעיתים כוללים הוראות החלות על החברה הנרכשת במה שמכונה "תקופת הביניים", שהיא התקופה שבין מועד החתימה על הסכם המיזוג ועד מועד השלמת העסקה, שתכליתן הענקת וודאות לרוכש כי עד למימוש העסקה החברה הנרכשת תפעל בדרך העסקים הרגילה ולא תשנה באופן משמעותי את מצבה העסקי. הוראות החלות בתקופת הביניים מתייחסות לשלב שבו טרם התקבל אישור הממונה על התחרות לעסקה. לפיכך, הוראות אלה, ככל שיש בהן פוטנציאל להעברת כוח לרוכש לכוון את פעילות החברה הנרכשת, עלולות להיתפס כהוראות אשר יישומן עולה כדי מיזוג בפועל תוך הפרת חובת ההמתנה לקבלת אישור ממונה (מה שמכונה "Gun Jumping"), בניגוד להוראת סעיף 19 לחוק התחרות.

בשנת 2024 פורסמה קביעה דרמטית של הממונה על התחרות הנוגעת להפרת חובת ההמתנה בפרשת **שטראוס גרופ בע"מ-משק ויילר בע"מ** במסגרתה הוטל על שטראוס עיצום כספי של כ-111 מיליון ₪, לצד עיצומים אישיים על נושאי משרה בגובה של כ-600 אלף ₪ (על כל אחד). זהו המקרה הראשון שבו מוטל עיצום כספי בגובה המקסימלי הקבוע בחוק התחרות, החריג בגובהו ביחס להחלטות קודמות של הממונה במקרי "מיזוג בפועל" מה שמשקף מדיניות ענישה מחמירה וזאת במיוחד בשווקים הנתפסים כריכוזיים על ידי הרשות. על-פי הקביעה, משק ויילר עוסקת בייצור מוצרי טופו אולם לצד פעילות זו נמצא כי ויילר הינה בעלת פעילות נוספת בתחום תחליפי החלב. במסגרת המגעים לעסקה, התנהל בין הצדדים דין ודברים בנוגע לתחום הפעילות שבו תעסוק החברה לאחר המיזוג, במהלכו ביקשה ויילר להמשיך לפעול בתחום תחליפי החלב בעוד שטראוס ביקשה כי זו תתמקד במוצרי טופו על רקע תכניתיה להקים מפעל תחליפי חלב. בסופו של דבר, הסכמי עסקת המיזוג כללו הגדרה של "תחום פעילות" החברה הממוזגת (כלומר, תחום הפעילות לאחר אישור העסקה) אשר החריג פעילות בתחום תחליפי מוצרי חלב. לצד זאת, הסכם המיזוג כלל הוראה במסגרתה התחייבה ויילר שלא להיכנס בתקופת הביניים "לתחומי עיסוק חדשים מעבר לאלו הכלולים בתחום הפעילות של החברה..." ללא קבלת הסכמת שטראוס. הממונה קבעה, כי הוראה

זו עולה כדי "מיזוג בפועל" טרם קבלת אישורה לעסקה, שכן כבר ממועד חתימת הסכם המיזוג הוגבלה פעילות ויילר בתחום תחליפי החלב שבו פעלה עובר לעסקה לשיטת הממונה.

תובנות מפעולות האכיפה בהן נקטה הרשות בשנת 2024

1. "עסקת מיזוג" העשויה להתחייב בדיווח היא כל עסקה המקנה לצד בעסקה דריסת רגל בגוף אחר, לרבות זכויות וטו מסוימות (כגון: וטו על מינוי מנכ"ל). זאת, גם אם אין בצידן רכישה של מניות בשיעור מסוים.

2. כל רכישה של מעל 25% מהון המניות של חברה עולה כדי עסקת "מיזוג חברות". זאת, גם אם הצד הרוכש כבר מחזיק בשיעור מסוים ממניות אותה החברה.

3. גם רכישה של חברה בעלת מחזור מכירות נמוך יחסית, שאינו מקיים את הרף הדרוש לפי חוק התחרות (כ-20 מיליון ₪) עשויה להיות חייבת בדיווח לרשות, באם צד לעסקה הוא בעל מונופולין לפי דיני התחרות. זאת, בין אם הוא בעל מונופולין מוכרז ובין אם לאו.

4. גם תניות "סטנדרטיות" הנוגעות לתקופת הביניים, שתכליתן לגיטימית ונועדו לשמר את ערכה של החברה הנרכשת עד השלמת העסקה, צריכות להיבדק משפטית כדי לוודא עמידה בהוראות חוק התחרות.

מבט קדימה לשנת 2025



אנו צופים כי מגמת האכיפה המוגברת בתחום המיזוגים תמשיך להתחזק בשנת 2025. הדבר עשוי למצוא ביטוי בדרישות נתונים מצד רשות התחרות אגב עסקאות מיזוג במסגרתן יתבקשו צדדים לחשוף את אופן החלפת המידע ביניהם לקראת העסקה, כמו גם להבהיר הוראות מסוימות בהסכמי העסקה. בדיקה מוקדמת של חובת הגשת הודעת מיזוג עולה למנוע הפרות בלתי רצויות.

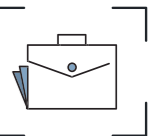
מה קורה בעולם

בחינה של עסקאות "Acqui-hire" כעסקאות "מיזוג" תופסת תאוצה. המדובר בעסקאות שבהן מתבצעת רכישה של סטארט-אפים או חברות קטנות שמטרתן העיקרית היא רכישת כישרונות ספציפיים בתחום מסוים. לאחרונה בחנו רשות התחרות בגרמניה ובבריטניה עסקה בין מיקרוסופט לחברת טכנולוגיה בשם Inflection שכללה העסקה של מייסדי החברה ועובדים נוספים, קבלת רישיון שימוש לא בלעדי בקניין הרוחני של החברה, העמדת אשראי על ידי מיקרוסופט והסכם מתן שירותים במסגרתו חלק מעובדי Inflection שעברו למיקרוסופט ימשיכו לספק לה לתקופה מסוימת שירותים. בחינת עסקת שכזו כ"מיזוג" מחדדת את תחולתם האפשרית של דיני התחרות גם על עסקאות שעיקרן רכישת הון אנושי: עסקאות כאלה, בפרט אם נוגעות לתחומים טכנולוגיים חדשים אשר המומחיות בהם עדיין בשלב של התהוות (כגון בינה מלאכותית), עלולות, במקרים מסוימים, להיתפס כרכישה של עיקר יכולות הפיתוח וה-"know how" בתחום מסוים ולעלות כדי "מיזוג חברות" גם אם לא נלווית להם רכישה של פעילות ממש או הון מניות.



לאחר שבמשך כשני עשורים לא ידונה בישראל סוגיית תמחור ומתן הנחות על ידי בעל מונופולין, במהלך שנת 2024 ניתנו שני פסקי דין העוסקים בסוגיה באופן מעמיק: עניין נמל אשדוד ועניין נשר.

נמל אשדוד



רקע עובדתי

במרכזו של עניין נמל אשדוד, עומדים הסכמים של חברת נמל אשדוד עם יבואני רכב שונים למתן הנחות לפריקת רכבים בנמל. אלה הם מאפייניהם העיקריים של ההסכמים:

1. יעדים אינדיבידואליים:

נמל אשדוד קבעה עבור כל יבואן יעד של כמות רכבים שעליו לפרוק בנמל אשדוד כתנאי לקבלת הנחה. היעד שנקבע בהסכמים האמורים, הותאם למידותיו המדויקות של כל יבואן ושיקף את עיקר היקף הייבוא השנתי הצפוי של אותו יבואן.

2. רטרואקטיביות:

ההנחות ניתנו "רטרואקטיבית" ועל בסיס שנתי. כלומר, הזכאות להנחות חלה רק לאחר עמידה ביעד שנקבע ע"י נמל אשדוד עבור היבואן, והיא נבחנה בסוף השנה באופן רטרואקטיבי. יבואן אשר לא עמד ביעד שנקבע לו (למשל, בגלל שהחליט לפרוק רכבים גם בנמל חיפה) היה צפוי לאבד את כלל ההנחות, לרבות בגין רכבים שכבר פרק בנמל אשדוד.

3. סודיות:

ההסכמים כללו סעיפי סודיות האוסרים על יבואנים להציג את תוכנם לצדדים שלישיים, ובכלל זה לנמל חיפה, באופן שמקשה עליו להתמודד עם מתן ההנחות.

הממונה על התחרות, במסגרת ההליך המנהלי שהתקיים בפניה, קבעה כי פרקטיקת ההנחות שהנהיג נמל אשדוד מהווה ניצול מעמד מונופוליסטי ועל נמל אשדוד הוטל עיצום כספי בסכום של 9 מיליון ₪ וכן הוטל עיצום כספי על נושאי משרה בסך של 20,000 ₪ (על כל אחד). נמל אשדוד הגישה ערר על קביעת הממונה על התחרות לבית הדין לתחרות. בית הדין לתחרות הותיר את קביעת הממונה על כנה, אך מצא לנכון להפחית את העיצום הכספי. נמל אשדוד ערערה לבית המשפט העליון.

קביעת ביהמ"ש העליון

ביהמ"ש העליון (כב' השופט גרוסקופף) דחה את הערעור ואף החזיר את העיצום הכספי לגובהו המקורי. בהחלטה ארוכה ומנומקת אפיין בית המשפט העליון את המצבים בהם מתן הנחות ע"י בעל מונופולין עלול להוות "ניצול מעמד לרעה" לפי חוק התחרות.

ככלל, בית המשפט העליון קבע, כי לא ניתן לסווג פרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין כפסולה לכשעצמה, וכי מדובר בפרקטיקה לגיטימית אשר יש בה כדי לעודד תחרות על ליבו של הצרכן. עם זאת, מתן הנחות ע"י גורם בעל מעמד מונופוליסטי, עלול, במקרים מסוימים, להביא להפחתת התחרות בעסקים, ולעלות לכדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. בהקשר זה, בית המשפט העליון עמד על ההבחנה בין הנחות כמות (אשר נתפסות לרוב כלגיטימיות) לבין הנחות שיעור (אשר לרוב נתפסות ככאלה אשר תכליתן להפחית תחרות):

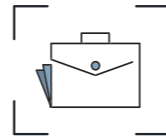
"הנחות כמות" הן הנחות שמשתנות בהתאם לכמות שרוכש הלקוח. הודגש, כי מכירת כמות גדולה יותר ללקוח פלוני עשויה להצדיק גביית מחיר נמוך יותר, מהטעם שהעלות השולית של בעל-המונופולין עשויה להיות נמוכה יותר, בשל שיקולים שונים, כגון עלויות שיווק ואספקה פוחתות ביחס לכל מוצר נוסף הנמכר לאותו לקוח. בהתאם, **התנאי שהציב ביהמ"ש העליון ללגיטימיות של הנחות הכמות הוא שההנחות יתבססו על החיסכון בעלויות של המונופול ולא על הביקוש ועל נכונות הלקוח לשלם.** בד בבד הודגש, כי יש לבחון את ההנחות לפי מהותן שכן גם הנחות המכוננות בשם "הנחות כמות" עלולות להוות ניסיון להסוות הנחות מטרה.

"הנחות שיעור" הן הנחות הנתפרות למידותיו של הלקוח, המבוססות על שיעור ההזמנות שהלקוח מפנה לבעל-המונופולין מכלל רכישותיו בתקופת זמן נתונה או על יעד של הזמנות שנתפר ללקוח למשך התקופה.

ביהמ"ש העליון עמד על השוני שבין הנחות כמות להנחות מטרה. השוני המרכזי נוגע לכך שהנחות כמות הן אחידות במהותן וזהות (וגם גלויות) לכלל הלקוחות של המונופול, בעוד שהנחות מטרה הן פרטניות, וניתנות לכל לקוח בהתאם למאפייניו הייחודיים של הלקוח ופעילותו.

בנוסף, הנחות כמות מאופיינות בכך שהן ניתנות עבור כל עסקה בנפרד, ואילו הנחות שיעור/מטרה ניתנות באופן רטרואקטיבי עבור מכלול של עסקאות על פני תקופת זמן ממושכת. בהקשר זה, נקבע כי כאשר ההנחות ניתנות כמכלול, ובאופן רטרואקטיבי, קיים "אפקט יניקה". קרי, ככל שלקוח כבר הזמין מהמונופול מוצרים או שירותים במהלך התקופה הרלוונטית, הרי שגורם המבקש להתחרות במונופול יידרש להציע הנחה המפצה את הלקוח לא רק על אובדן ההנחה שהמונופול מעניק ביחס למוצר עליו מתחרים בהזמנה הנוכחית, אלא גם על הסיכון של אובדן הנחות המונופול ביחס למוצרים שהוא כבר סיפק. כתוצאה מכך, מי שמבקש להתחרות במונופול יתקשה לעשות כן לאחר שהמונופול כבר סיפק חלק מהמוצרים, גם אם הוא יעיל באותה מידה.

נשר



רקע עובדתי

נשר עוסקת בייצור מלט המשמש תשומה מרכזית בייצור בטון. נשר העניקה הנחות כמות, עבור רכישת מלט, ללקוחותיה הגדולים – רדימיקס והנסון, הפועלות בענף ייצור הבטון, בשיעור של פי 4 מההנחות שקיבלו יתר לקוחותיה. ההנחות אשר ניתנו לאותם לקוחות גדולים היו "סודיות" ולא היו שקופות בפני לקוחות אחרים של נשר. יצרן בטון, בשם אביעד בטון, הגיש תביעה כספית נגד נשר בטענה, כי לא זכה בהנחות דוגמת אלה שזכו להן רדימיקס והנסון, ובכך נפגעה יכולתו להתחרות בהן בענף ייצור הבטון. כלומר, לטענתו, נשר הפלתה אותו לרעה בכך שמכרה לו מלט במחיר גבוה יותר, מה שהעניק למתחריו יתרון תחרותי על פניו.

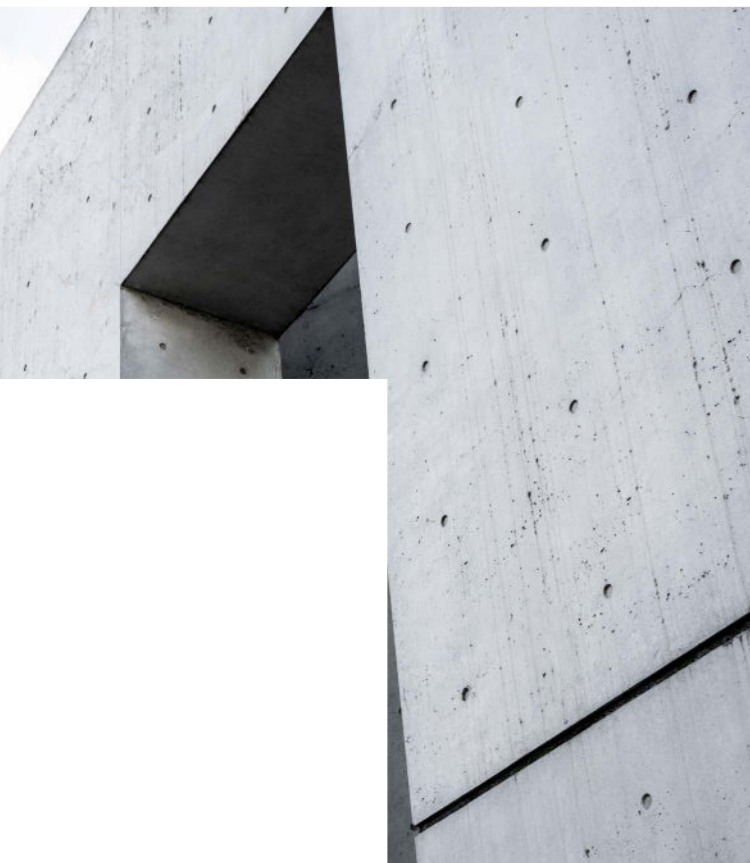
קביעת ביהמ"ש המחוזי

ביהמ"ש פסק (כב' השופט קינר), כי ההנחות האמורות אכן מפלות לרעה את יתר לקוחותיה של נשר ביחס ללקוחות הגדולים ומעניקות לאותם לקוחות גדולים יתרון תחרותי בלתי-הוגן על-פני לקוחות אחרים אשר לא זכו להנחות בשיעור דומה.

אולם מעל לכל, ביהמ"ש יישם את הלכת נמל אשדוד וקבע, כי נשר כשלה מלהראות כי ההנחות שהוענקו

על-ידה ללקוחות הגדולים הן הנחות כמות לגיטימיות המבוססות על עלויותיה של נשר. נקבע, כי ההנחות שהעניקה נשר להנסון ורדימיקס נועדו כדי להניאם מלייבא מלט וע"י כך ביקשה נשר לשמר את מעמדה הדומיננטי בשוק המלט. עוד נקבע, כי אין המדובר בהצדקה לגיטימית למתן הנחות המפלות את לקוחותיה של נשר אשר אינם לקוחות גדולים משאלה פוגעות בתחרות בין הלקוחות בענף ייצור הבטון. כלומר, פרקטיקת ההנחות בה נקטה נשר הביאה הן לפגיעה בשוק המלט (במטרה למנוע ייבוא מלט מיצרנים זרים) והן בענף ייצור הבטון.

עוד עמד בית המשפט המחוזי על כך שהעובדה שההנחות שניתנו ללקוחות הגדולים היו "סודיות" מטה את הכף לעבר המסקנה, כי הן נועדו לפגוע, בפועל, בתחרות ולא לשרת תכלית לגיטימית כלשהי, שכן הנחות כמות אמיתית ולגיטימית ניתנת על בסיס קריטריונים אובייקטיביים כאשר כל לקוח של המונופול יכול לדעת בדיוק מהם הקריטריונים לקבלת הנחות כמות ולבחור האם לרכוש כמות כזו אשר תזכה אותו בהנחה.





אנו צופים כי התפתחות פסיקת בתי המשפט בסוגיית הנחות מונופוליסטיות, לצד דעיכת "טרנד" התובענות הייצוגיות בנושא מחיר מופרז של בעל מונופולין בעקבות פסקי דין שניתנו בנושא בשנים האחרונות, עשויה להוליד גל חדש של תביעות ייצוגיות ותביעות כספיות פרטניות כנגד בעלי מונופולין שעניינן הנחות ויעדים הנקבעים על ידי בעלי מונופולין, כמו גם אפליה לרעה של לקוחות מסוימים במתן ההנחות.

1. הנחות יעד לרוב נתפסות ככאלה אשר תכליתן להפחית את התחרות אך אינן הנחות אסורות כשלעצמן ונדרש ניתוח תחרותי פרטני בכדי לקבוע האם שיטת הנחות מסוימת עולה כדי ניצול מעמד לרעה של בעל מונופולין.

2. גם אם הנחה מסוימת מכונה בין הצדדים "הנחת כמות" הרי שהדבר אינו משליך על סיווגה כהנחת כמות לגיטימית. יש לבחון את ההנחה בהתאם למאפיינים הספציפיים שלה.

3. מוטב כי בכל מקרה בעלי מונופולין המנהיגים שיטת תגמול מבוססת יעדים יקיימו הערכה של מנגנונים אלה בכדי לוודא כי אינם מפרים את הוראות חוק התחרות.



התחום הפלילי



שנת 2024 התאפיינה בהרחבה של קשת האישומים הפוטנציאלית לפי דיני התחרות. אם בשנים האחרונות אישומים פליליים שהוגשו על ידי רשות התחרות התמקדו בעיקר בעבירות של תיאום מכרזים, תיאום מחירים וחלוקת שוק בין מתחרים, בשלהי 2023 ובמהלך 2024 רשות התחרות פתחה, באופן תקדימי, בהליכי שימוע לפני הגשת כתבי אישום בגין התבטאויות פומביות בדוחות כספיים ובתקשורת, העולות לשיטתה לכדי הסדר כובל אסור. מגמה נוספת היא חקירה והעמדה לדין בגין עבירות נלוות ובמיוחד עבירות של שיבוש הליכי חקירה ומשפט.

התבטאויות פומביות

בשנת 2021 פתחה רשות התחרות בחקירה מקיפה נגד ספקי וקמעונאי מזון, בחשד שהתבטאויות פומביות שלהם בתקשורת, ואף בדו"חות כספיים, בעניינים הנוגעים לצפי להעלאת מחירי המכירה של מוצריהם, מהווים עבירה של הסדר כובל לפי חוק התחרות. המדובר בחקירה תקדימית ובסוגיה שמעולם לא נאכפה על ידי רשות התחרות אשר הובילה למספר הליכי שימוע פליליים בנושא במהלך שנת 2024 (שטראוס, וויליפוד ויקטורי).

סוגיית ההתבטאויות הפומביות כהסדר כובל עלתה לראשונה בטיטת גילוי דעת שפרסם הממונה על התחרות דאז (פרופ' דיוויד גילה) בשנת 2014, שבה הובהר כי לעמדת הרשות, התבטאות פומבית, אף אם נעשית באופן חד צדדי, עשויה לעלות לכדי הסדר כובל אסור מקום בו המידע הכלול בהתבטאות עלול לגרום תגובות, במילים או מעשים, המביאות לפגיעה בתחרות.

כן הובהר, כי התבטאות פומבית היא כל התבטאות המופנית לציבור הרחב, ובכלל זה בפרסומים לבורסה (דיווחים, דוחות כספיים), שיחות ועידה עם משקיעים, הודעות לתקשורת, ראיונות לתקשורת ואף ברשתות חברתיות. טיטת גילוי הדעת נגנזה ומאז ועד לשנת 2021 רשות התחרות לא נקטה בהליכים הנוגעים להתבטאויות פומביות.

השאלה האם התבטאות פומבית עולה כדי הסדר כובל אסור, תלויה בשורה של פרמטרים הנוגעים לאופיו של השיח, ליסוד הנפשי, לטיב המידע ובכלל זה האם מדובר במידע רגיש מבחינה תחרותית, מידת פרטניות המידע ועוד, אלא שעד כה הדבר טרם עמד למבחן בבתי המשפט בישראל, ואף בעולם הסוגיה לא נדונה בהקשר של הליכים פליליים. יתרה מכך, ככל שדברים נוגעים להתבטאות פומביות בדוחות כספיים, מתעוררת שאלה משפטית בסוגיית ההתנגשות הפוטנציאלית שבין חובות הקמות מכוח דיני ניירות ערך ודיני התחרות, כאשר רשות התחרות טרם הביעה עמדה ברורה בנושא באופן שמבטיח לחברות שלא לעמוד בפני הפירה של איזה מהדינים.

שיבוש הליכי חקירה ומשפט

בדצמבר 2024 הודיעה רשות התחרות לסמנכ"ל מכירות בחברת מזון (ש. שסטוביץ' בע"מ) על כוונתה להגיש נגדו כתב אישום, בכפוף לשימוע, בגין שיבוש הליכי חקירה לפי חוק העונשין. על-פי החשד, במסגרת חקירה שניהלה רשות התחרות, סמנכ"ל המכירות מחק ממכשיר הטלפון הנייד שלו התכתבויות "וואטסאפ" בינו לבין מנכ"ל רשת מזון מתחרה, לאחר שנודע לו על פתיחת חקירת הרשות ולאחר שהבין שהתכתובות עשויות להיות רלוונטיות לחקירה. מדובר במקרה חריג שבו עשוי להיות מוגש כתב אישום אך ורק בגין עבירה של שיבוש הליכי חקירה, מבלי שנלווה לו אישום עיקרי של הפרת חוק התחרות, מה שמאותת על החומרה שבה רשות התחרות תופסת עבירות מסוג זה.

החמרת ענישה

בשנים האחרונות רשות התחרות החלה להגיש כתבי אישום בגין עבירות נלוות לעבירות לפי חוק התחרות, כדוגמת עבירות של הלבנת הון וקבלת דבר במרמה. הגשת כתבי אישום בעבירות הנלוות הובילו להחמרה משמעותית בענישה אשר באה לידי ביטוי בתקופות

זרקור על סקטור הפיננסים

לדעתנו, מהלך זה של רשות התחרות מעורר קושי בשל מספר שאלות עקרוניות, ובכלל זה: האם הכרזה על חמישה שחקנים כקבוצת ריכוז כלל עונה להגדרה של "קבוצה מצומצמת" של בני אדם (עליה ניתן להכריז כקבוצת ריכוז); האם ראוי ונדרש שרשות התחרות תיתן הוראות התנהגות פרטניות לגופים הנתונים לרגולציה פיננסית נפרדת ומפוקחים ע"י רגולטור ענפי ומה היחס שבין הוראות ההתנהגות שהממונה מבקשת לקבוע לבין אלה החלות על הבנקים מכוח הדין; כיצד יצירת "פריקות" בתחום הפיקדונות תגביר את התחרות בענף "סל השירותים הבנקאיים" משזה אינו מהווה בהכרח מוצר הליבה שבסל; ועוד.

מיזוגים

רשות התחרות התנגדה בשנת 2024 לעסקת מיזוג בין **הראל השקעות בביטוח ושירותים פיננסיים בע"מ לישראל** **כרט בע"מ**. ההחלטה מתמקדת בחשש משימוש במידע על לקוחות, הקיים אצל צדדים למיזוג, וההשפעה שעלולה להיווצר עקב כך בשוק שבו פועל אחד הצדדים למיזוג. באותו מקרה, לפי נימוקי ההתנגדות, התעורר חשש כי לחברה הממוזגת תהיה יכולת לעשות שימוש במידע פיננסי הקיים בישראל כרט בע"מ על לקוחותיה (שהיא, לפי נימוקי ההתנגדות, בעלת נתח שוק של כ-42% בהנפקה או תפעול כרטיסי חיוב פעילים), בנוסף למידע הקיים בהראל על לקוחותיה (שהיא, לפי נימוקי ההתנגדות, בעלת נתח שוק של כ-30% בתחום ביטוחי בריאות פרט). שילוב זה יאפשר לחברה הממוזגת לבנות מודל תמחור מותאם אישית אשר יוכל להפלות בין לקוחות על בסיס רגישותם למחיר ורצונם לשלם עבור שירותי ביטוח.

לדעתנו, ההחלטה מעוררת מספר שאלות משפטיות תקדימיות שלא נידונו בה באופן מעמיק, אם בכלל: האם עצם אחזקה של צדדים למיזוג במידע ושימוש תיאורטי בו, באמצעות טכנולוגיה קיימת או עתידית, יכולה להקים חשש להפעלת כוח שוק חד צדדי בשוק שבו אף אחד מהצדדים אינו בעל כוח שוק משמעותי מלכתחילה? כיצד מודדים כוח שוק המבוסס על אחזקה במידע ועד כמה מידע אודות לקוחות, כמו זה שבידי ישראל כרט או הראל, הוא ייחודי ולא ניתן להשיגו בדרכים אחרות? כמו כן, מהם הקריטריונים להערכת ערכו של מידע והאם נתח השוק של בעל המידע בשוק שבו הוא פועל הוא הגורם העיקרי המצביע על איכותו וערכו של המידע?

שנת 2024 התאפיינה במספר פעולות משמעותיות שנוקטו על ידי רשות התחרות בסקטור הפיננסים, בעיקר מול תאגידי בנקאיים, אשר נתפס על ידי רשות התחרות כתחום ריכוזי.

קבוצת ריכוז

חוק התחרות מעניק לממונה על התחרות סמכות לקבוע, כי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים, שבידיה ריכוז של יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה של נכס או שירות, היא קבוצת ריכוז. הממונה רשאית להפעיל סמכות זו אם מתקיימים מספר תנאים מצטברים: האחד, כי בין חברי הקבוצה מתקיימת תחרות מועטה או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה. השני, כי נקיטת צעדים עשויה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות, או עשויה להגביר את התחרות באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף.

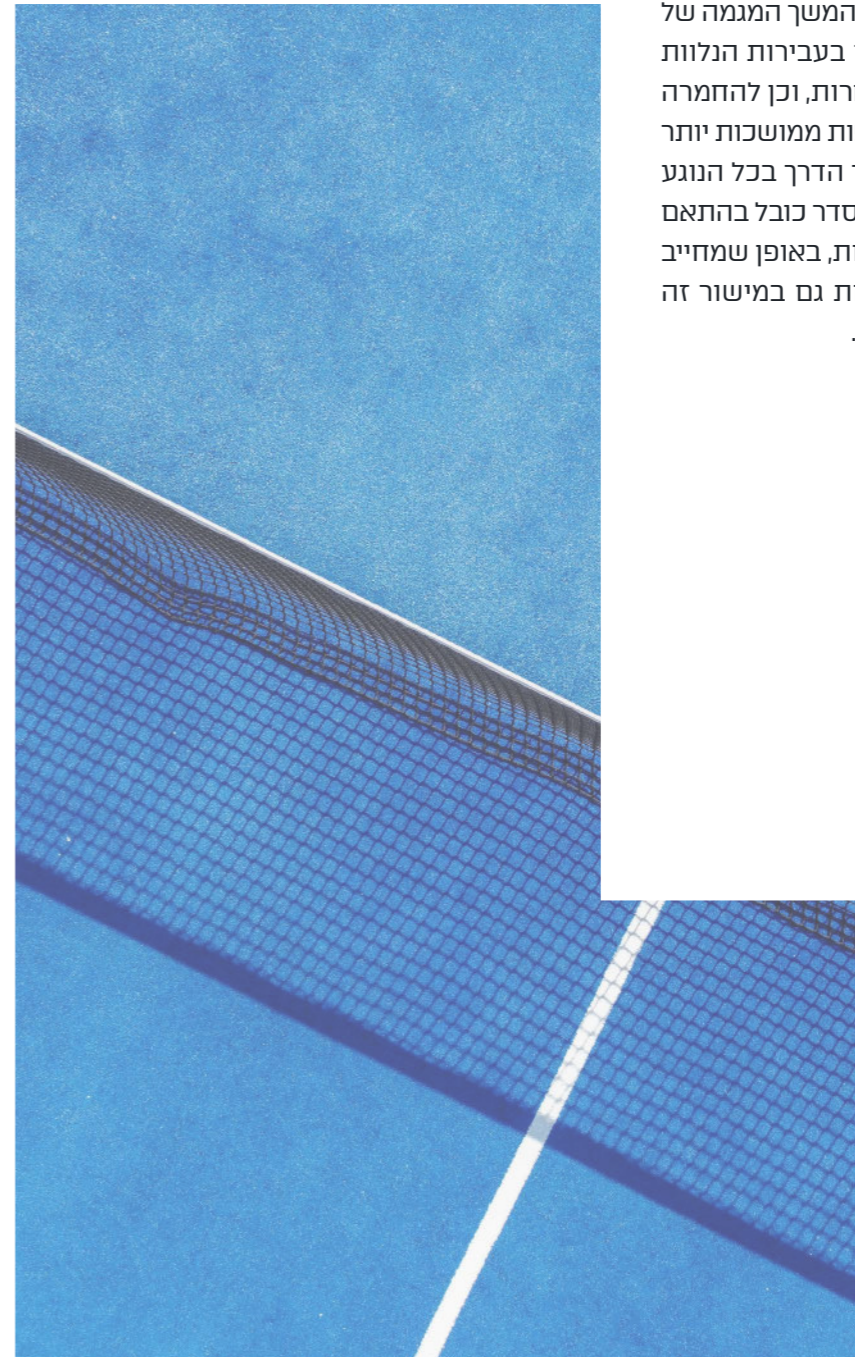
מדובר בכלי שנוסף לחוק התחרות בשנת 2011 אולם עד כה כמעט ולא נעשה בו שימוש. בשנת 2024 הודיעה הממונה על התחרות לחמישה בנקים (לאומי, פועלים, דיסקונט, מזרחי-יהב והבינלאומי), כי בכוונתה להכריז עליהם כקבוצת ריכוז בענף סל השירותים הבנקאיים ללקוחות קמעונאיים ולתת להם הוראות בתחום הפיקדונות, בכפוף לשימוע. לפי הודעת הממונה, חמש הקבוצות הבנקאיות מחזיקות ביחד ב-98% מסך נכסי המערכת הבנקאית המאופיינת בחסמי כניסה ומעבר. עוד ציינה הממונה, כי קיים תמריץ לקבוצות הבנקאיות שהתחרות ביניהם תתבסס על סלים בנקאיים, במסגרתם הלקוח צורך את כל שירותיו מהבנק שבו הוא מנהל חשבון עו"ש, להבדיל מתחרות על שירותים פריקים. בהתאם, ההוראות שהממונה מבקשת להשית על הבנקים נוגעות ליצירת פיקדון כספי פריק, ללא תלות בחשבון העו"ש או בפעולות בנקאיות אחרות שמבצע הלקוח.

מאסר ממושכות מהרגיל ובקנסות גבוהים. כך למשל, בשנה האחרונה, **בפרשת קרטל ההסעות**, שעניינה בתיאומי מכרזים לשירותי הסעות של רשויות מקומיות, נגזר על שניים מהנאשמים עונש של 8 וחצי חודשי מאסר בפועל לצד קנס וחילוט בשווי של כ-2 מיליון ₪. זאת במסגרת הסדר טיעון אשר נחתם עם רשות התחרות כבר בשלב המקדמי שלאחר הגשת כתבי האישום.

מבט קדימה לשנת 2025



אנו צופים כי בשנת 2025 נהיה עדים להמשך המגמה של רשות התחרות לחקור ולהעמיד לדין בעבירות הנלוות לעבירת ההסדר הכובל לפי חוק התחרות, וכן להחמרה של הענישה בדרך של מאסרים לתקופות ממושכות יותר מבעבר. שנת 2025 תסלול את המשך הדרך בכל הנוגע לעבירות של התבטאויות פומביות כהסדר כובל בהתאם להתפתחויות בתיקים שמנהלת הרשות, באופן שמחייב חברות להפנים וליישם כללי התנהגות גם במישור זה בכדי למנוע הפרה של חוק התחרות.



מכל מקום, עולות מההחלטה שתי תובנות מרכזיות: **האחת**, לשיטת רשות התחרות, מיזוגים המשלבים גישה למידע המצוי בידי צדדים למיזוג אודות לקוחות, בשילוב עם שימוש בטכנולוגיות מתקדמות, עשויים לעורר חשש תחרותי גם בשוקים שבהם הצדדים אינם מתחרים ישירים. **השנייה**, הטלת תנאים התנהגותיים במיזוגים כמענה לחששות תחרותיים (כגון הגבלות על שיתוף מידע או מנגנוני פיקוח) אינם מספקים לשיטת הרשות מענה מספק בשל קשיי אכיפה, קצב התפתחות הטכנולוגיה והנחות לגבי תמריצי הצדדים.

בינה מלאכותית

בחודש נובמבר 2024 פורסם דוח ביניים של ועדה בין משרדית, הכוללת נציגים של רשות התחרות, בעניין שימוש בבינה מלאכותית בסקטור הפיננסים. פרק התחרות הכלול בדו"ח מפרט שישה חששות תחרותיים העלולים להתעורר כפועל-יוצא משימוש בבינה מלאכותית בסקטור הפיננסי וכן המלצות שנועדו לתת מענה להפגת חששות תחרותיים. בכלל זה, הוצע, בין היתר, לקבוע הוראה המחייבת מוסד פיננסי לעבוד עם יותר מנותן שירות בינה מלאכותית אחד והוראה לפיה נותן שירות בינה מלאכותית לא יעניק שירות לשחקנים המחזיקים באופן מצרפי מעל נתח שוק מסוים בשוק ספציפי.

אומנם מדובר בשלב זה בדו"ח ביניים, אך הניתוח וההמלצות הכלולות בו ממחישות את המתח הקיים מבחינה רגולטורית בין אסדרה מראש ("ex ante") של תחום הבינה המלאכותית, שעוד מצוי בחיתוליו וטרם ברור לחלוטין כיצד ייראה השימוש בו, לבין אסדרה בדיעבד ("ex post") בהסתמך על חוק התחרות והכלים הנתונים לממונה מכוחו. מכל מקום, לדעתנו, אסדרה מראש של תחום הבינה המלאכותית, באמצעות קביעת הוראות רגולטוריות המגבילות את פעילות המוסדות הפיננסיים שממילא נתונים לרגולציה כבדה, חייב להיעשות בזהירות. זאת, שכן, מהלך שכזה עלול דווקא להוביל למניעה או צמצום פיתוח שירותים מתקדמים, יעילים ומוזלים על בסיס בינה מלאכותית, בניגוד גמור לטובת הציבור.

זרקור על ענף מזון ומוצרי צריכה/ קמעונאות

שנת 2024 התאפיינה בפעולות אכיפה מוגברות בענף המזון, החל מחקירות פליליות, עיצומים כספיים והמשך מגמת התנגדויות למיזוגים בענף המזון.

חקיקה

1. החלת חוק המזון על ענף הפארם

בחודש ינואר 2025 נכנס לתוקף תיקון מס' 8 לחוק המזון אשר מחיל לראשונה את חוק המזון גם על רשתות הפארם. משמעות הדבר היא, כי לראשונה יחולו גם על קמעונאי פארם איסורים שונים החלים על יחסים עם ספקים מכוח חוק המזון. על-פי התיקון, "קמעונאי פארם" הוא אדם המחזיק בחנות פארם וכל אדם קשור אליו. "קמעונאי פארם גדול" הוא קמעונאי פארם שמחזור המכירות הכולל שלו בחנויות פארם עולה על כ-277 מיליון ש"ח. "חנויות פארם" הינה חנות (כולל חנות מקוונת) לממכר תכשירים, תמרוקים ומוצרי צריכה אשר נמכרים בה דרך קבע מוצרי קוסמטיקה ותמרוקים, מוצרי טואלטיקה, מוצרי ניקיון ומוצרי היגיינה, ובנוסף לפחות רבע ממחזור המכירות שלה נובע ממכירות של מוצרי פארם כאמור. "מצרן פארם" הינו מצרן הנמכר בחנות פארם, למעט בשמים, מוצרי איפור וטיפוח פנים וצוואר, מוצרי חשמל, מוצרי טקסטיל, ציוד משרדי, כלי בית, ספרים ועיתונים, תכשירים ומוצרי אופטיקה. בהתאם לתיקון, ההוראות אשר חלות כיום מכוח פרק ב' לחוק המזון יחולו גם על קמעונאי פארם גדול בעת התקשרות עם ספק גדול, ובכלל זה: איסור התערבות במחיר לצרכן שגובה הקמעונאי; איסור על ספק גדול לעסוק בסידור מצרכים בחנות של קמעונאי גדול או להתערב בו; איסור על קמעונאי פארם גדול לקבל תשלומים, בכסף ובשווה כסף, מספק גדול; ועוד.

2. הארכת איסור מיזוגים בענף המזון

במהלך שנת 2023 נוספה הוראה שעה לחוק המזון, עד ליום 31.12.2024, במסגרתה נאסר על מיזוג חברות שבין ספק בעל מחזור מכירות של מעל 307,476,374 ש"ח, לבין ספק שמחזור המכירות שלו מעל 30 מיליון ש"ח. לצד זאת, נקבע, כי הממונה על התחרות רשאית לאשר מיזוג כאמור, ובלבד שמיזוג החברות אינו צפוי להשפיע כלל על התחרות בישראל, או כי במיזוג החברות מתקיימים כל אלה: אחת החברות עתידה לחדול מפעילות עסקית אם לא יתקיים מיזוג החברות כאמור; אין חברה אחרת שעשויה לרכוש את החברה שעתידיה לחדול מפעילות עסקית, שמיזוג עימה עדיף לתחרות בישראל; התועלת לתחרות בישראל ממיזוג החברות עולה על התועלת מאי-מיזוג כאמור. המדובר בהוראת שעה חסרת תקדים אשר משמעותה היא, הלכה למעשה, עצירה גורפת של מיזוגים בתחום המזון גם אם מדובר במיזוג יעיל שעשוי לתרום לציבור. בחודש נובמבר 2024 פורסמה טיוטת צו קידום התחרות בענפי המזון והפארם, תשע"ד – 2014 (הארכת שעה לעניין איסור מיזוגים), התשפ"ד – 2024, לפיה מבוקש להאריך את האיסור האמור על מיזוגי חברות בענף המזון לשנה נוספת, עד ליום 31.12.2025.

לפי שעה זו טרם הוארך התוקף של הוראת השעה ועל כן האיסור אינו בתוקף לעת הזו.

עיצומים כספיים

בראשית שנת 2022 פתחה הממונה על התחרות בבדיקה רוחבית של כלל הספקים הגדולים בענף המזון. בהמשך לבדיקת הרשות, במהלך השנים 2023 ו-2024 הגיעה הממונה על התחרות להסכמות עם שורה ארוכה של ספקי מזון גדולים במסגרתם חויבו הספקים הגדולים בתשלום עיצומים כספיים בסך כולל של למעלה מ-90 מיליון ש"ח. זאת, על רקע טענת רשות התחרות להפרות שונות של הוראות חוק המזון שבוצעו בידי הספקים הגדולים ובכלל זה: התערבות בתצוגות ושטחי מדף, התערבות במחירים לצרכן והעברות תשלומים לקמעונאים גדולים. מדובר בשימוש הנרחב הראשון שנעשה על ידי רשות התחרות להטלת עיצומים כספיים בשיעורים כה משמעותיים מכוח חוק המזון.

חקירות פליליות

במהלך שנת 2024 נפתחה, לראשונה, חקירה פלילית מכוח הוראות חוק המזון כנגד קמעונאי מזון גדול (ויקטורי). חקירה פלילית זו הובילה לכתב חשדות לפני הגשת כתב אישום, לפיו מנכ"ל ויקטורי התערב במספר מקרים במחירי המכירה לצרכן של מוצרי ספקים הנמכרים אצל קמעונאי מזון אחרים, בניגוד להוראת סעיף 6 לחוק המזון הקובעת איסור על קמעונאי להתערב אצל ספק במחיר המכירה של מוצריו לצרכן אצל קמעונאי אחר.

דו"ח מבקר המדינה

בחודש נובמבר 2024 פורסם הדו"ח השנתי של מבקר המדינה הכולל פרק שכותרתו "התמודדות המדינה עם הריכוזיות והמונופולין בענף המזון ומוצרי הצריכה". הדו"ח כולל המלצות המופנות לרשות התחרות אשר עשויות ללמד על פעולות בהן היא עשויה לנקוט בשנת 2025:

1. יבוא מקביל

"מוצע לרשות התחרות לבדוק באופן עיתי את ההתקשרויות בין היבואנים הישירים לספקיהם או לדרוש מהספקים והיבואנים הישירים להביא לידיעתה כל שינוי רלוונטי בהסכם ההתקשרות עם הספקים שלהם בחו"ל".

2. הכרזות מונופולין

"מומלץ לרשות התחרות לבדוק אם מתקיימים התנאים להכרזה על בעל מונופולין בקשר לקטגוריות מזון ומוצרי צריכה נוספות, לרבות יבואנים ישירים, ולפעול במקרים המתאימים כנגד מי שהתקיימו התנאים בכלים שעומדים לרשותה למניעת ניצול לרעה של כוח השוק שבידיו והעלאת יוקר המחיה כתוצאה מכך".

3. הסכמי הפצה

"מוצע כי משרד האוצר, רשות התחרות ומשרד הכלכלה, יגבשו תכנית לטיפול במקטע הפצה המהווה חסם תחרותי התורם לריכוזיות בענף המזון ומוצרי הצריכה... עוד מוצע לרשות התחרות, לתקף את הכללים לפטור סוג להסדרים כובלים שאינם אופקיים ואת הצורך להחריג את ענף המזון ומוצרי הצריכה נוכח הריכוזיות השוררת בו, כך שכל הסדר כובל בתחום יעבור לידיעת רשות התחרות, ומהיקפים מסוימים גם לאישורה".

זרקור על יבוא מקביל

עליה הוא עד שנת מאסר. על מנת להבהיר את האיסורים שנוספו לחוק, פרסמה הממונה על התחרות את גילוי דעת 2/23 בעניין האיסור על פגיעה ביבוא מקביל. להלן נביא את עיקריו.

על מי חלים האיסורים? האיסורים החדשים מכוונים כלפי יבואנים ישירים. התיקון לחוק מגדיר יבואן ישיר כמי שמייבא לישראל טובין או מפיץ טובין שיובאו לישראל מכוח הסכם עם יצרן הטובין במדינת חוץ, או מי שהוא מייצר בישראל טובין על פי הסדר עם יצרן הטובין במדינת חוץ. האיסורים שנקבעו בחוק חלים על כל יבואן ישיר, ללא תלות בהיקף פעילותו או במעמדו בישראל.

האיסור הראשון

יבואן ישיר לא יעשה "מעשה", אם כתוצאה מהמעשה עלול להיפגע יבוא מקביל או אישי באותו ענף ובשל כך עלול להיפגע התחרות בענף. על אלו מעשים מדובר? רשימת המעשים שהאיסורים מתייחסים אליהם מפורטת בתוספת לחוק, כדלהלן: היותו של היבואן הישיר צד להסדר; התניה או דרישה של תנאים מסחריים; שינוי תנאים מסחריים באופן מוסכם או באופן חד צדדי; התערבות אצל קמעונאי בעניין סימון שונה או אופן הצגה שונה של טובין שיובאו ביבוא מקביל לעומת טובין שיובאו על ידי יבואן ישיר; סירוב לספק טובין או שירות; דיווח על טובין שמקורם ביבוא מקביל באופן המאפשר מעקב אחר שרשרת האספקה, כולה או חלקה, של אותם טובין; שינוי במאפיינים או בתכונות של טובין.

האיסור הראשון יחול בהתקיים שני תנאים מצטברים: הראשון, שכתוצאה מהמעשה של היבואן הישיר (מתוך הרשימה שלעיל) עלול להיפגע היבוא המקביל או האישי בענף שבו פועל היבואן הישיר; והשני, שכתוצאה מהמעשה עלול להיפגע התחרות באותו ענף. יודגש, שבשני התנאים לא נדרשת פגיעה בפועל ביבוא המקביל או בתחרות, אלא עלילות לפגיעה בלבד. כלומר, שהתוצאה האפשרית של המעשה של היבואן הישיר תהיה פגיעה ביבוא המקביל או האישי וכן פגיעה בתחרות. עוד יש להדגיש, כי מעשה שמתקיימים בו שני התנאים המצטברים הוא אסור אפילו אם המעשה נחוץ ליבואן הישיר לשם השגת תכלית עסקית לגיטימית. בגילוי הדעת נאמר שבשווקים עם תחרות מועטה בין מותגים שונים (תחרות בין-מותגית), קיימת חשיבות רבה יותר לתחרות פנים-מותגית (על אותו מותג) בין היבואן הישיר ליבואן המקביל או האישי של המותג, ולכן קיימת סבירות גבוהה יותר שמעשה של יבואן ישיר העלול לפגוע ביבוא המקביל או האישי יפגע גם בתחרות בענף הרלוונטי.

בשנת 2024 נרשמה עלייה משמעותית בפעילות האכיפה של הממונה על התחרות בנושא האיסור על פגיעה ביבוא המקביל, שהפך לאחד הנושאים החמים והמרכזיים בתחום. הממונה לא הסתפקה רק בפרסום גילוי דעת שמבהיר את עמדתה ביחס לאיסורים הקבועים בחוק התחרות לגבי מניעה או פגיעה ביבוא מקביל, אלא גם פתחה בבדיקות רוחביות ובחקירות נגד יבואנים ישירים בחשד לפגיעה ביבוא מקביל ואף נוקטת בימים אלה בהליך להטלת עיצום כספי משמעותי על יבואן ישיר בעקבות פעולותיו.

מהלכים אלה משקפים את החשיבות הרבה שהרשות מייחסת לקידום התחרות באמצעות יבוא מקביל וניתן לצפות להמשך הליכי אכיפה מוגברים בשנה הקרובה. עבור יבואנים ישירים וספקים מדובר בהתפתחות דרמטית המחייבת בחינה זהירה של התנהלותם העסקית.

גילוי דעת

בחודש ספטמבר 2023 אושר בכנסת תיקון לחוק התחרות המוסיף לו איסורים שתכליתם מניעת פגיעה בתחרות מצד יבוא מקביל או יבוא אישי, על ידי יבואן ישיר. התיקון מסמיך את הממונה על התחרות להטיל עיצומים כספיים על יבואן ישיר בגובה של עד 1.1 מיליון ש"ח, ובמקרה של תאגיד עם מחזור מכירות העולה על 10 מיליון ש"ח – עיצומים בגובה של עד 8% ממחזור המכירות של התאגיד, ועד למקסימום של כ-111 מיליון ש"ח. בנוסף, הפרת האיסורים מהווה עבירה שהעונש



האיסור השני

יבואן ישיר לא יעשה מעשה שניקרו מניעה או הפחתה של התחרות מצד יבוא מקביל או אישי. איסור זה נועד למנוע ביצועו של מעשה (מרשימת המעשים שלעיל) על ידי יבואן ישיר, שבמרכזו עומדת מטרה של הפחתת או מניעת תחרות מצד יבוא מקביל או אישי. במסגרת איסור זה, התנאי היחיד שצריך להתקיים הוא התנאי שעניינו מניעה או הפחתה אפשרית של היבוא המקביל או האישי. התנאי שעניינו הוכחה של עלילות לפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי, אינו נדרש להוכחה על מנת שהמעשה יהווה הפרה של החוק. זאת, בשונה מהאיסור הראשון העוסק במעשים שתכליתם לגיטימית (מעשים שנועדו לממש את יבוא ושיווק הטובין על ידי היבואן הישיר), המצריך גם הוכחה של עלילות לפגיעה בתחרות. בגילוי הדעת מודגש, כי האיסור השני חל גם אם היבואן הישיר יטען שתצמצם תועלת כלשהי מהפחתת התחרות מצד היבוא המקביל או ממניעתו. עם זאת מובהר שככלל, פעולות שנעשות על ידי יבואן ראשי, שהן חלק מפעילות עסקית רגילה ומקובלת, הן לרוב פעולות שיש להן עיקר לגיטימי. עוד מובהר, שמעשים הנעשים על ידי היבואן הישיר במסגרת תחרות לגופו של עניין הם מעשים לגיטימיים, גם אם מעשים אלה עשויים להקשות על פעילותו של היבואן המקביל. בהקשר זה, הכלל הבסיסי לפיו יש למנוע פגיעה בתחרות ולא פגיעה במתחרים יוסיף לחול.

האיסור השלישי

יבואן ישיר לא יעשה מעשה אם אותו מעשה עלול למנוע או להפחית את התחרות מצד יבוא מקביל או אישי ואותו מעשה אינו נחוץ למימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו. האיסור השלישי נועד למנוע מעשה של יבואן ישיר שיש לו תכלית לגיטימית, אך הוא עלול לפגוע בתחרות מצד יבוא מקביל או אישי באופן רחב מהנדרש. האיסור השלישי מצריך גם הוא קיומם של שני תנאים מצטברים: הראשון, שכתוצאה מהמעשה של היבואן הישיר (מתוך הרשימה שלעיל) עלול להיפגע היבוא המקביל או האישי בענף שבו פועל היבואן הישיר; והשני, שהמעשה אינו נחוץ למימוש עיקרו של היבוא על ידי היבואן הישיר. גם במקרה זה, אין צורך להוכיח עלילות לפגיעה בתחרות בענף. בגילוי הדעת מוסבר שכדי שמעשה יהיה נחוץ ליבוא צריך להתקיים קשר ברור בין ביצוע המעשה לבין תכליתו של המעשה, וכן שלא יהיו חלופות מעשיות אחרות שהן פוגעניות פחות לתחרות. עם זאת, עצם קיומן של חלופות למעשה שבו נקט היבואן הישיר שהן תיאורטיות גרידא, או שמבחינת ההשפעה התחרותית שלהן, הן עדיפות במידה מזערית בלבד על המעשה, לא תשלול את נחיצות המעשה.

עיצום כספי

בחדש דצמבר 2024, לראשונה מאז נוסף לחוק איסור פגיעה בייבוא מקביל, הודיעה הממונה על התחרות כי בכוונתה להטיל עיצום כספי על יבואן ישיר בגין פגיעה בייבוא מקביל בגובה של 15.7 מיליון ש"ח וכן עיצום כספי על נושא משרה בגובה של 396 אלף ש"ח.

השוק המדובר הינו שוק הקטנועים. על-פי הודעת רשות התחרות, בתחילת שנת 2024 גט מוטו, יבואן מקביל של קטנועים ואופנועים, חתם על הסכם ייבוא עם ספק מפולין במסגרתו רכש קטנועים תחת מותג KYMCO לצורך שיווקם בישראל. זמן קצר לאחר תחילת הייבוא, הגיע נציג של היבואן הישיר לאולם התצוגה של גט מוטו, צילם מספרי שלדה של הקטנועים שייבאו בייבוא מקביל והעביר את התמונות ליצרן הזר. עוד באותו היום הודיע ספק הקטנועים מפולין ליבואן המקביל, כי הוא עוצר את אספקת הקטנועים בשל הנחיה שקיבל מהיצרן אליה צורפו התמונות שצולמו באולם התצוגה. על-פי הודעת רשות התחרות, מעשיו של היבואן הישיר עולים כדי הפרה של איסור פגיעה בייבוא מקביל שבחוק התחרות. עולה גם, כי רשות התחרות שמה דגש מיוחד על כך שתחום הקטנועים הינו ריכוזי לשיטתה כאשר למעלה מ-90% מהקטנועים הנמכרים בישראל מיובאים על ידי שלושה יבואנים בלבד.



זרקור על ענף הפארמה

במלאי. דבר שעלול היה לגרום לכך שלא ייכנסו לשוק מתחרים גנריים, שהיו עשויים להיות מאוימים מלהתחרות בשוק כתוצאה מהתנאים המחמירים שהוצבו לאספקת התרופה. במקביל, הרשות שוקלת להכריז על ניאופרם כמונופול באספקת תרופת האינבומד, בגין מעורבותה בפעולות דומות.

באירופה: חברת טבע נקנסה ב-462.6 מיליון יורו בגין הפצת מידע מטעה שנועד למנוע תחרות בתרופת הקופקסון לטיפול במחלת טרשת נפוצה.

הסדרי PAY-FOR-DELAY

הסדרי Pay-for-delay הינם הסדרים במסגרתם בעל פטנט בתכשיר רפואי משלם כדי למנוע כניסה של תרופה גנרית לשוק הרלוונטי.

בית המשפט האירופי קנס חברה בשם Lupin ב-40 מיליון יורו בגין הסכם עם Servier, במסגרתו קיבלה תשלום כדי למשוך את תקיפת הפטנט של Servier ועיכוב כניסת תרופה גנרית לשוק.

ניצול כוח מונופוליסטי לקביעת מחירים מופרזים

בבריטניה נקבע כי Pfizer ו-FLYNN ניצלו את מעמדן המונופוליסטי ופעלו להעלאת מחיר תרופה לאפילפסיה ב-2,600%, והוטל עליהן קנס של 69 מיליון ליש"ט.

פיקוח על מיזוגים בענף (KILLER ACQUISITIONS)

Killer Acquisition הינו כינוי לעסקת מיזוג בין חברה דומיננטית לבין חברה אשר נמצאת בשלבים הראשונים של פעילותה, וזאת מתוך מטרה "לחסל" את פעילותה של האחרונה לאחר השלמת המיזוג כדי למנוע תחרות עתידית.

בימים אלה פועל ה-FTC האמריקאי למניעת מיזוג בין Maze ו-Sanofi, מחשש שהמיזוג נועד לחסל תחרות עתידית בשוק תרופות הלב.

ענף הפארמה נמצא במוקד פעילות האכיפה של רשויות התחרות בארץ ובעולם. במהלך שנת 2024 רשות התחרות נקטה בהליכי אכיפה נגד יצרני ומשווקי תרופות מקור תחת הטענה, כי אלה ניצלו לרעה את מעמדם המונופוליסטי. הליכים אלה מצטרפים להחלטת הממונה על התחרות בשנת 2023 להטיל עיצום כספי על חברת התרופות MBI (ומנהליה) בגין מחיר מופרז שגבתה עבור תרופה ששיווקה בישראל, באופן שמסמל את הגברת פעולות האכיפה של רשות התחרות גם בענף זה.

מתיקי האכיפה של רשות התחרות בישראל, וכן מתיקי האכיפה בעולם, ניתן לזהות את המגמות המרכזיות שלהן:

חסימה או עיכוב כניסת תרופות גנריות לשוק

בישראל: רשות התחרות הטילה לראשונה עיצום של 10 מיליון ש"ח על Bristol-Myers Squibb (BMS) בגין הצבת תנאים בלתי סבירים שהקשו על כניסת מתחרים גנריים. BMS הינה חברה אמריקאית, המייצרת, בין היתר, תכשיר מקור המשמש לטיפול במחלת סרטן הדם המתפתחת בתאי פלזמה במח העצם הנקראת מיאלומה נפוצה. לטענת רשות התחרות, BMS הציבה תנאים בלתי סבירים עבור אספקת התרופה לחברה גנרית שביקשה לפתח תכשיר רפואי המתחרה בתרופת המקור המיוצרת על ידה, ובכלל זה עריכת ביטוח בגובה של 10 מיליון דולר, מסירת מידע על חברת הגנריקה, לרבות מידע פיננסי ומידע עסקי ובנוסף סיפקה את התרופה רק כעבור חודשיים הגם שהייתה קיימת



גורניצקי ושות', משרד עורכי דין

החרש 20 מגדל ויתניה | תל-אביב

טלפון: 03-7109191

www.gornitzky.com