

מאי 2023

נייר עמדה בנושא:

רגולציה של יבוא מקביל: סחורות המוגנות בסימן מסחר

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר
עו"ד בתיה כהן

מרכז חת

לחקר התחרות והרגולציה המסלול האקדמי המכללה למינהל



מרכז חת הינו מוקד אקדמי רב תחומי של המסלול האקדמי המכללה למינהל. המרכז נוסד ביוזמתם והודות לתרומתם של גב' רנה ופרופ' מאיר חת. תכליתו של מרכז חת היא פיתוח והעברת ידע בתחומי התחרות והרגולציה, על היבטיהם התיאורטיים והמעשיים. המרכז הוקם מתוך רצון לחקור ולהעמיק את ההבנה על אודות התחלופה וההפעלה של אמצעי התחרות והרגולציה בשווקים שונים בישראל. המטרה היא לחדד בעיות הטעונות פתרון, ולגבש המלצות לשיפור המדיניות הרגולטורית הראויה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה

facebook.com/hethcenter 03-9634104 📞
colman.ac.il/heth_center 🌐 hethcenter@colman.ac.il

רגולציה של יבוא מקביל: סחורות המוגנות בסימן מסחר

א. מבוא

חוות דעת זו תדון בסוגיית היבוא המקביל של מוצרים המוגנים בסימן מסחר. הרקע לכך הוא פסק-דין של בית המשפט העליון שניתן ביום 5.7.2022 בע"א 7934/20 **יפאורה תבורי בע"מ נ' בן שלוש יבוא ויצוא בע"מ**. פסק-הדין מהווה נקודת ציון משמעותית על ציר התפתחותה של ההלכה הפסוקה בשאלת היבוא המקביל והיחס בינה לבין הגנת סימני המסחר. על רקע פסק-הדין, נבקש לבחון את סוגיית היבוא המקביל לעומקה ולעמוד על השלכות ההלכה החדשה. חוות הדעת תתחיל מסקירת פסק-הדין: נתאר את העובדות, את ההלכה שנקבעה בדעת רוב וכן את דעת המיעוט. נבחן אם מדובר בשינוי ההלכה הידועה בעניין **טומי הילפיגר**, תוך עיון בהלכות מושרשות המבוטאות בפסקי-דין וותיקים. נוסיף ונתבונן בהגנה של "שימוש אמת" בדין סימני המסחר. נסקור את המשפט הנוהג בעניין זה בארצות-הברית ובאירופה. לאחר-מכן נעבור לבחון את השיקולים הרלבנטיים לאסדרת הסוגיה, על רקע מטרות ההגנה על סימן המסחר מחד, וחשיבות היבוא המקביל לאינטרס הציבורי מאידך. בתוך כך נבחן מהלכים רגולטוריים לחיזוק היבוא המקביל בישראל. לבסוף, נמליץ כיצד לטעמנו נכון להסדיר את סוגיית היבוא המקביל בדין סימני המסחר.

3

ב. פרשת יפאורה-תבורי: הלכה חדשה בישראל?

ראשית הפרשה במרס 2019: חב' בן שלוש (העוסקת בייבוא מקביל של מוצרים שונים לישראל) ייבאה לישראל לראשונה בקבוקי משקה הנושאים את סימן המסחר "שוופס" -- אותם רכשה ממשווק שרכש את המשקאות (בשרשור) מהיצרנית ובעלת הזכויות בסימן המסחר באוקראינה – חב' European Refreshments Limited. התנגדה לכך חב' יפאורה - על שמה רשום סימן המסחר "שוופס" בישראל (אותו רכשה מחב' PLC Schwepes Cadbury בשנת 2006, והיא המייצרת והמשווקת את משקאות "שוופס" בישראל). יפאורה שלחה ביום 29.4.2019 מכתב התראה בו טענה כי שיווק המשקאות תחת סימן המסחר "שוופס" מפר את זכויותיה בסימן. חב' בן-שלוש עתרה לבית המשפט, בבקשה ליתן סעד הצהרתי הקובע כי יבוא המשקאות נעשה כדין ואינו מפר את סימן המסחר הישראלי.

ביום 19.10.2020 ניתן פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בה"פ 11125-05-19, במסגרתו ניתן צו הצהרתי הקובע כי חב' בן שלוש רשאית לייבא בייבוא מקביל משקאות הנושאים את סימן המסחר "שוופס" ("Schweppes") – שנמכרים באוקראינה על ידי בעל הזכויות בסימן המסחר האוקראיני "שוופס", על אף שחב' יפאורה היא בעלת סימן המסחר הרשום בישראל. בית המשפט קבע כי העובדה שיפאורה מייצרת את מוצריה בישראל לא שוללת את המעמד הכשר של היבואן המקביל. נפסק כי שונות מסוימת בין מוצרים שמקורה בבעלי הזכויות במדינות שונות אינה מורידה מהמקוריות שלהם. ממילא, קבע בית המשפט, יפאורה לא הוכיחה את טענתה העובדתית בעניין שוני מהותי בין המוצרים. עוד נפסק כי דוקטרינת מיצוי זכויות הקניין הרוחני חלה במקרים של **מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל**

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

פיצול טריטוריאלי של סימן המסחר וכי הייבוא המקביל הוא בגדר סיכון מסחרי שהיה על יפאורה להתחשב בו שעה שרכשה את הזכויות בסימן המסחר "שוופס".

יפאורה ערערה לבית המשפט העליון, שקיבל את הערעור בדעת רוב וקבע כי חב' בן-שלוש מנועה מלייבא את משקאות חברת "שוופס" לישראל, בלא שניתנה לה רשות לכך מבעלת הסימן המסחרי הישראלי, חב' יפאורה.

דעת הרוב (כב' השי' א' שטיין) סברה כי לא קיימת מערכת גלובאלית של סימן מסחר "שוופס". מאחר וחב' Cadbury מכרה את הסימן "שוופס" ליפאורה, Cadbury לא קשורה יותר לסימן "שוופס" ואין לראות בה את מקור הזכויות. בנוסף - וזו הנקודה החשובה - סימן המסחר מוגבל לגבולות המדינה בה הוא נרשם, ובמדינה זו יש לבעליו זכות בלעדית. לפי בית המשפט, סימני מסחר "שוופס" שנרשמו במדינות אחרות אינם קשורים לסימן המסחר הרשום בישראל, משום שפועלם מוגבל לגבולות כל מדינה בה נרשמו. עיקרון ההגנה הטריטוריאלית מעוגן בסעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, ומקנה זכויות הפועלות בגבולות המדינה הרושמת. בית המשפט הסביר כי הרציונל שעומד מאחורי עיקרון ההגנה הטריטוריאלית נטוע ברווחת החברה; סימן המסחר מזהה את חב' יפאורה באופן ייחודי, והוא מתמרץ את החברה להשקיע במוצר כך שהצרכן יקבל מוצר באיכות מוכרת. לפיכך, והגם שמחיר המוצר המזוהה עם סימן המסחר יכול להיות גבוה ממוצרים המיובאים ביבוא מקביל – לצרכנים כדאי לשאת בהפרש המחירים כדי לחסוך בעלויות החיפוש אחר המוצר המתאים להם. בית המשפט סבר שביטול הבלעדיות הטריטוריאלית ידלל או אף יבטל את התמריץ הכלכלי של הספק לשפר את המוצר ולהבטיח את איכותו לצרכנים. במקרים קיצוניים, כך לפי בית המשפט, היעדר הגנה עלול להפוך את הסימן לחסר משמעות.

4

בית המשפט פירש מה ייחשב לייבוא מקביל לגיטימי, ואלה הם מקרים מצומצמים: ראשית, במידה וכלל לא קיים סימן מסחר רשום בישראל – אז מתאפשר יבוא מקביל, כאשר היבואן המקביל רוכש את המוצרים מבעלי סימן המסחר בחו"ל או מאחד ממורשיו. שנית, במידה והמוצרים המיובאים נושאים סימן מסחר הרשום בישראל – ייבואם מתאפשר רק אם בעל הסימן בארץ המקור אוחז גם בסימן הישראלי, או אם שהם נקנו מבעל הסימן הישראלי ומובאים לישראל על מנת למכור אותם שוב.

בית המשפט הסביר כי רק במקרים הללו אין הפרה של זכויות בעל הסימן. לפי דעת הרוב, מיצוי זכויות בסימן המסחר משתכלל רק לאחר שהמוצר המוגן בסימן המסחר נמכר בהסכמה של בעל הסימן. בית המשפט סבר כי בהיעדר קשר חוזי בין יפאורה לבין בעלת הזכויות בסימן המסחר באוקראינה, יפאורה לא מיצתה את זכויותיה בסימן המסחר בישראל.

בית המשפט התייחס לטענה של חב' בן-שלוש, לפיה היא זכאית להגנת "שימוש אמת", לפי סעיף 47 לפקודת סימני המסחר, מאחר והיא מבקשת להשתמש "בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם"

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

של משקאות "שוופס" המיובאים מאוקראינה. ואולם נפסק כי המילה "שוופס" לא בהכרח נותנת תיאור אמיתי למשקאות היבוא של בן-שלוש. מה שהכריע את הכף בהקשר זה הוא ההסתברות הגבוהה שהצרכנים הישראלים לא יבחינו בין משקות "שוופס" של שתי החברות השונות. היות שהמותג "שוופס" אינו תיאורי, קיים סיכוי גבוה לטעות בזיהוי המשוק של משקאות "שוופס" בישראל. לבסוף, בית המשפט דחה את טענת בן שלוש לפיה ראוי להעניק לה את מבוקשה מטעמים של מדיניות חברתית. נפסק כי תפקיד בית המשפט הוא "לאכוף את הזכויות הקיימות כהגדרתן בדין. [בתי משפט] אינם מוסמכים לבטל או לצמצם זכות המוקנית לבעל דין כדי לקדם, על חשבונו של אותו בעל דין, מטרה חברתית כזאת או אחרת, חשובה וראויה ככל שתהא".¹

דעת המיעוט (כב' הש' נ' הנדל), הפעילה את הגנת "שימוש אמת" בדין סימן המסחר. מטרתו של סימן המסחר היא "לאפשר לצרכן לזהות בין יצרן ומוצר, למנוע מהצרכן לטעות בכל הנוגע למקור המוצר, להעניק ליצרן תמריץ להוסיף ולשפר את מוצריו, ולאפשר לו לקצור את פירות עמלו".² סימן המסחר לא נועד להקנות לבעליו שליטה מלאה על המוצר שסומן בסימן המסחר. השאלה היא אם ייבוא מקביל של מוצר האוחז בסימן מסחר ללא הטעייה של הצרכן, עלול להפר את זכויות בעל הסימן הרשום בישראל. כב' השופט הנדל ציין כי את המונח "שימוש ייחודי" המופיע בסעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר ניתן לכאורה לפרש באופן רחב מאוד, כך שיאסור על כל שימוש בלתי מורשה בטובין המסומנים. אך פרשנות רחבה כזו נשללה בפסיקה, בה נקבע כי מכירה חוזרת של מוצר אינה מהווה הפרה של הזכות לשימוש ייחודי. כך, כאשר מדובר על מוצר שנרכש בישראל ונמכר בה שוב, וכך גם שעה שמדובר ב"ייבוא מקביל", במסגרתו נרכש המוצר מחוץ לגבולות ישראל ולאחר מכן נמכר בישראל ללא רשות בעל הסימן הרשום בישראל. שיקולים של מיצוי זכויות ותחרות חופשית מונעים מבעל הסימן למנוע יבוא של סחורה המסומנת בסימן אמת, מבלי שהוא עלול להטעות את הצרכנים. ההגנה של "שימוש אמת" שבסעיף 47 לפקודה מתירה שימוש בסימן בנסיבות בהן הוא מתאר כדין את הסחורה עליה הוא מוטבע. מדובר בהגנה יחסית, שעל מנת להיכנס לגדרה על המשתמש בסימן להראות כי הוא עומד בשלושה מבחני עזר שנקבעו בפסיקה: החשש להטעיית הצרכן, אם השימוש בסימן הוא "הכרחי" ואם אינו חורג מהנדרש "באופן סביר והוגן".

כב' השופט הנדל פסק כי היבוא המקביל זוכה בהגנת שימוש אמת. על אף שהבקבוקים יוצרו באוקראינה, השימוש בסימן "שוופס" מוסר אינפורמציה אמיתית ובעלת ערך עבור הצרכן, שכן בעלות הזכויות באוקראינה ובישראל רכשו זכויות באותו סימן ממש שהוא בעל מוניטין בינלאומי. לב השאלה נעוץ במבחן החשש מפני הטעייה. אשר לבלבול אפשרי בזהות המשוק, כב' השופט סבר כי "ניתן להתגבר על קושי זה באמצעות הדבקת מדבקת "דיסקליימר" על קדמת הבקבוקים המיובאים, במקום בולט ובצמוד לסימן המסחר "שוופס" ... על המדבקה להבהיר, בצורה ברורה

¹ ע"א 7934/20 יפאורה תבורי בע"מ נ' בן שלוש יבוא ויצוא בע"מ, בעמ' 19 (נבו 05.07.2022).
² שם, בעמ' 31.

מספיק, כי המשקה מיוצר בידי בעלת הזכויות באוקראינה, וכי טעם המשקה עשוי להיות שונה מזה שמיוצר בישראל בידי בעלת הזכויות בסימן המסחר בישראל.³

על פסק-הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף.⁴ הבקשה נסבה סביב מספר טענות, שהעיקריות שבהן (בתמצית): הראשונה, הרחבת ההגנה של סימן המסחר למקרה של יבוא מקביל שאין בו זיוף מקנה לבעל הסימן הישראלי מונופול דה-פקטו, החורג מהרציונל של הזכות בסימן המסחר; השנייה, כי ההלכה שנפסקה היא בעלת השפעה שלילית מרחיקת לכת על המשק הישראלי ועל יוקר המחייה; שלישית, כי פסק-הדין משנה את ההלכה הנוהגת בישראל מזה כעשור; רביעית, כי פסק-הדין הוא עמום ואין זה מובן כיצד יש לנהוג מעתה ואילך.

ביום 1.1.2023 ניתנה החלטה לדחות את הבקשה לקיים דיון נוסף.⁵ בית המשפט לא מצא כי המקרה נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים דיון נוסף, מאחר שפסק הדין מטפל בנסיבות ייחודיות בלבד. נקבע, כי הקביעות בפסק הדין, ובפרט הקביעות הנוגעות לייבוא מקביל, הוגבלו לנסיבות הפרטניות של המקרה. כבי הנשיאה חיות "הרגיעה את הרוחות" בדברים חשובים:

"...החששות שהעלתה המבקשת באשר להשלכות השליליות שעשויות להיות לפסק הדין בתחום היבוא המקביל בכללותו ועל הריכוזיות במשק הישראלי, אינן מופרכות על פני הדברים. ואולם, כפי שהובהר לעיל, הקביעות בפסק הדין נוגעות לנסיבות הייחודיות של המקרה דנן, וכל קביעה עתידית בהקשר זה תיגזר מן המערכת העובדתית והנסיבות הקונקרטיות שיובאו לפני בית המשפט בכל מקרה ומקרה. מובן, אפוא, כי אין בפסק הדין כדי לחסום את האפשרות לבחון בעתיד מקרים שבהם יעלה חשש קונקרטי מפני פרקטיקה אנטי-תחרותית כזו או אחרת שמקורה בהעברות של סימני מסחר בין ישויות משפטיות שונות. על כן, ובשים לב לכך שהמקרה דנן מתייחס לסיטואציה מסחרית ייחודית, שאינה שכיחה כלל ועיקר ספק בעיניי באשר להיקף השלכותיו של פסק הדין נושא הבקשה על מקרים עתידיים..."⁶

למרות צפירת ההרגעה של בית המשפט העליון, אין להתעלם מהמדיניות השיפוטית השמרנית ומצרת-התחרות אשר כבי השי' אי שטיין התווה בפסק-דינו דלעיל. האם פסק-הדין בענין יפאורה מבקש לשנות מושכלות יסוד בדיני היבוא המקביל? פסיקה זו, אמנם בדעת רוב בלבד, מצדיקה לדעתנו דיון (אקדמי) נוסף.

החידוש ההלכתי

³ שם, בעמ' 48.

⁴ דנ"א 4897/22 בן שלוש ייבוא וייצוא בע"מ נ. יפאורה-תבורי בע"מ (נבו 01.01.2023).

⁵ שם.

⁶ שם, פס' 19.

מקובל לייחס את המונח "ייבוא מקביל" לטובין המסומנים בסימן מסחר מקורי (שאיננו חיקוי או זיוף), אשר נקנו מבעל זכויות במדינה שלישית (במישרין או בדרך חוקית אחרת), ויובאו למדינת היעד שלא ברשות בעל סימן המסחר הרשום בה.⁷

פסק-הדין בעניין **יפאורה** נסב על עובדות מיוחדות, שאינן מתארות מקרה אופייני של "ייבוא מקביל". בעניין יפאורה, הבעלים המקורי של סימן המסחר, חב' Cadbury, מכרה את זכויותיה בסימן המסחר "שוופס" לגורמים שונים במדינות שונות ולא היוותה עוד מקור יצרני למשקה. בעוד שבמקרה הרגיל של יבוא מקביל, יצרן אחד מהווה הן את מקור הסחורה המורשית והן את מקור הסחורה "המקבילה", הרי שבעניין יפאורה ניצבו שני יצרנים-בעלי-זכויות שונים, באוקראינה ובישראל, בלא שקיימת זיקה מסחרית או משפטית ביניהם.

נאמר מיד: אנו מציעות לקרוא את הלכת **יפאורה** כפי שקראה אותה כב' הנשיאה חיות בדיון הנוסף: על רקע עובדותיה המיוחדות. צמצום כזה יאפשר להחיל את ההלכה בגבולותיה ולמנוע כרסום בתקדימים מושרשים ופגיעה באינטרס הציבורי שבתחרות חופשית. ואולם, גם בקריאה מצומצמת כזו איננו יכולות להתעלם מכך שבית המשפט העליון ביקש להתוות מדיניות משפטית חדשה, הקוראת את הזכות בסימן המסחר באופן מילולי, ללא עיון תכליתי ואיזון האינטרסים המתחייב בין הזכות לבין אינטרסים חברתיים חשובים. מהטעם הזה, נבקש לצעוד בשבילי היבוא המקביל ולעיין בהלכה החדשה בעין ביקורתית.

7

נקודת המוצא לדיון מצויה בסעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972. הסעיף מעניק זכות בעלת אופי קנייני לשימוש ייחודי בסימן המסחר, לבעליו של סימן מסחר תקף שנרשם בישראל. לצדו יש לעיין בהוראה המקנה הגנה של שימוש אמת, המעוגנת בסעיף 47 לפקודה. השילוב של שתי ההוראות, כפי שהתפרש ויושם בפסיקה בישראל, מאפשר לקיים יבוא מקביל של סחורה שאינה מזויפת, על מנת לקדם ערכים של תחרות חופשית, מניעת מונופולזציה, ומאבק ביוקר המחיה. ההלכה המרכזית בעניין זה נפסקה בפרשת **טומי הילפיגר**⁸ הנוהגת כיום, כפי שיתואר להלן.

עקרונות היסוד בדיני הייבוא המקביל עוצבו בהלכה הוותיקה בעניין **ליבוביץ נ' אליהו**⁹. באותו מקרה ביקש יבואן בלעדי של עטי קרוס ופרקר לחסום יבוא מקביל של הסחורה לישראל. התביעה הושתתה על שלוש עילות: גזל קנייני של המוניטין; גרם הפרת חוזה; ועשית עושר ולא במשפט. ואולם התביעה נדחתה על כל ראשיה. במישור הקנייני, בית המשפט הכיר בכך שהמוניטין של המוצר שייך ברגיל ליצרן ולא למשווק, אף אם המשווק השקיע משאבים בבנייתו ובטיפוחו. נפסק כי המשווק רשאי להנות מהמוניטין הצמוד לסחורה, שכן היצרן נפרד מזכויותיו שעה שמכר את

⁷ https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/parallel_imports_e.htm WORLD TRADE ORGANIZATION

⁸ ע"א 7629/12 אלעד מנחם סוויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC (נבו 16.11.2014) (להלן: "טומי הילפיגר").

⁹ רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990).

הסחורה, והוא אינו יכול להמשיך ולשלוט על גלגולי ההפצה. כן נפסק, כי אין לראות ביבואן המקביל כמי שגורם להפרת החוזה בין היצרן ליבואן הבלעדי, שכן היחסים החוזיים עצמם - נשמרים. העילה בעשיית עושר ולא במשפט נדחתה אף היא, משום שהיבוא המקביל כשלעצמו אינו מהווה התעשרות שלא כדין; זאת, אלא אם קיים "יסוד נוסף", כגון: שיווק הנעשה תוך פרסום מידע כוזב. בית המשפט הרים על נס את האינטרס הציבורי בקידום התחרות החופשית, לרבות התחרות הפנימית שבין מפיצים של מוצר זהה, כמו גם את חופש העיסוק של היבואן המקביל.

יושם אל לב כי בעניין **ליבוביץ**, לא היה מעורב סימן מסחרי. ואולם הלכה זו היא חשובה, משום שהיא משקפת את המדיניות השיפוטית להגן על האינטרס הציבורי הגלום בתחרות החופשית. בעניין **פזכים**¹⁰ היה מעורב סימן מסחר רשום. בית המשפט קבע, כי פקודת סימני המסחר אינה מונעת שימוש בסימן המסחר בקשר למוצרים מקוריים. לפי גישת בית המשפט בעניין **טוטו זהב**,¹¹ ייבוא מקביל תוך שימוש בסימן מסחר נכנס לגדרי סעיף 47 לפקודה, שעניינו "שימוש אמת" בסימן המסחר. נזכיר: סעיף 47 לפקודה קובע כי "רישום לפי פקודה זו לא ימנע אדם מהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו, או בשמו הגאוגרפי של מקום עסקו, שלו או של קודמיו בעסק, או מהשתמש בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו." בעניין **טוטו זהב** אומצו שלושה מבחני עזר על מנת לקבוע האם תחול ההגנה של "שימוש אמת" על מקרה מסוים: ראשית, לא ניתן לזהות את המוצר בקלות בלי להשתמש בסימן המסחר; שנית, השימוש שנעשה בסימן המסחר הוא במידה שלא עולה על הנדרש כדי לזהותו; שלישית, השימוש שנעשה בסימן המסחר לא מצביע על חסות שנתן בעל הסימן למשתמש בו.

8

בפרשת **טומי הילפיגר**,¹² בית המשפט העליון דן בסוגיית היבוא המקביל לעומקה, והתווה הלכה מחייבת. נפסק, כי ייבוא מקביל של סחורה "אמיתית", שמקורה ביצרן והיא איננה מזויפת, אינה מקימה עילה בדין סימן המסחר, גם אם נרכשה מהיצרן בעקיפין ויובאה לישראל שלא על דעתו. למניעת חשש להטעיה פוטנציאלית של הצרכנים בדבר זהות המשווק, על היבואן המקביל לסמן את הסחורה באופן שיצביע על מקורה: "ייבוא מקביל". הלכה זו הכשירה באופן מאוזן את היבוא המקביל של סחורה המוגנת בסימן מסחר, תוך שהיא רואה בו פרקטיקה רצויה.

ההגנה בדבר שימוש אמת

כאמור, ההגנה בדבר "שימוש אמת" מעוגנת בסעיף 47 לפקודת סימני המסחר. על פי הסעיף, בנסיבות בהן סימן מסחר מתאר באופן מדויק את הסחורה שעליה הוא מוטבע, ניתן להשתמש בסימן המסחר, למרות ההפרה לכאורה.

¹⁰ ע"א 471/70 י.ר. גייגי ס.א. נ' פזכים בע"מ, פ"ד כד(2) 705 (1970).

¹¹ ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873, 888, 895 (2004).

¹² **טומי הילפיגר**, לעיל ה"ש 8.

ההלכה הנוהגת בעניין "שימוש אמת" נשנתה בין השאר בעניין טוטו זהב שאוזכר לעיל, ונבחנה שוב בעניין שאנל.¹³ פרשה אחרונה זו היא מעניינת לענייננו, משום שהיא נסבה על מקרה בו מתעורר חשש להטעיית צרכנים, על רקע האפשרות לשונות בתכונות של שני המוצרים: המוצר המקורי והמוצר המקביל. באותו עניין, הנתבעת עשתה שימוש בסימן המסחר המפורסם "שאנל" לסימון בקבוקי בושם, וזאת לאחר שביקבה מחדש את הבושם המקורי לתוך בקבוקי בושם מוקטנים, שלא על דעת היצרן. בית המשפט פסק שהיצרנית לא הוכיחה שהביקבוק-מחדש משנה את תכונות הבושם, והדיון הוחזר לערכאה קמא לבחון טענה עובדתית זו. נפסק, כי על היצרן הטוען לשינוי בתכונות המוצר מוטל הנטל להציג ראיות קונקרטיות להוכחת טענתו. בנוסף, לא די בשינוי זניח או בשינוי שאיננו מורגש על מנת לבסס הטעיה.

נראה כי פסק הדין בעניין יפאורה אינו עוקב אחר ההלכה שנקבעה בעניין שאנל. בענין יפאורה, בית המשפט פסל מניה וביה את ההגנה בדבר שימוש אמת, בנימוק שהמותג "שוופס" אינו מהווה תיאור "נכון" של המשקה המוגן בסימן המסחר בישראל. זהו בעינינו נימוק שגוי, משום ש"שוופס" מוכר כמשקה בעל שם עולמי, ולא הוכח שהוא מזוהה בישראל עם חב' יפאורה. בית המשפט כלל לא בחן את השאלה העובדתית, אם נפלה שונות כלשהי בתכונות של שני המוצרים, המשקה הישראלי והמשקה האוקראיני; לא כל שלא הוכחה שונות משמעותית בין המשקאות, העלולה להוות שיקול צרכני אם לרכוש את המשקה מחב' יפאורה או מחב' בן שלוש.

לא למותר להזכיר כי כבר נפסק בעניין טומי הילפיגר כי מקום בו לא קיים שוני מהותי בין המוצרים, המקורי והמקביל, על הייבואן המקביל תחול חובת גילוי מוגברת בדבר המקור השיווקי, אך אין בכך כדי להוות טעם לחסימה מוחלט של הייבוא המקביל.

אנו מאמצות את עמדתו של כב' הש' הנדל בפרשת יפאורה, לפיה הבהרה על גבי המוצר בדבר מקור הסחורה מהווה פתרון מאזן וראוי.¹⁴ דעת הרוב שללה פיתרון זה מהנימוק העיקרי לפיו מדובר בחריגה מהתפקיד השיפוטי -- שהוא מתן פסק דין בהתבסס על הראיות, ולא השאת עצה משפטית בנוגע לפעולות עתידיות.¹⁵ לטעמינו, זוהי ראייה צרה ומגבילה של תפקיד בית המשפט העליון בקביעת הלכות הצופות פני עתיד.

לסיכום: פסק הדין בעניין יפאורה עשוי לסמן שינוי במדיניות השיפוטית בשאלת כוחו המשפטי של סימן מסחר לחסום יבוא מקביל. אף אם באופן משתמע, פסק הדין מכרסם בהלכה המושרשת שנפסקה בפרשת טומי הילפיגר בכל הקשור להגנת "שימוש אמת" ומבקש לקדם הגנה טריטוריאלית חזקה. בעינינו, פסק-הדין לא נותן משקל מספיק ללשון הוראת החוק המבססת את הגנת שימוש האמת; מתרחק מהתכלית העיקרית של דין סימני המסחר למנוע הטעיית צרכנים, ומתעלם מהאינטרס החברתי שבקידום תחרות חופשית.

¹³ ע"א 8668/19 CHANEL - (חברה מאוגדת על פי דיני צרפת) נ' סנט ויש בע"מ (נבו) 31.10.2021.
¹⁴ שם, בעמ' 26.
¹⁵ שם.

נציץ עתה אל מעבר לים.

ג. מעבר לים

סוגיית היבוא המקביל מעוררת מחלוקת בקרב המדינות החברות בארגון הסחר העולמי (World Trade Organization = WTO).¹⁶ כידוע, לפי הסכמי TRIPS¹⁷ (המתייחסים להיבטים של קניין רוחני במסחר בינלאומי), כל מדינה רשאית לאמץ את חוקיה לקביעת נקודת ה"מיצוי" של זכויות הקניין הרוחני.¹⁸ דוקטרינת המיצוי מהווה כלי משפטי שבעזרתו ניתן לעצב את היקף כוחו של בעל סימן המסחר בהתייחס ליבוא המקביל. הדוקטרינה היא יציר הפסיקה ותולדה של מחשבה משפטית השואפת להגן על סימן מסחר בגבולותיו נכונים, ועל מנת לקיים שוק חופשי.¹⁹

דוקטרינת המיצוי מבוססת על עיקרון לפיו המחזיק בסימן מסחר ממצה את זכויותיו בסימן עם המכירה הראשונה ואינו זכאי לשלוט בגלגולי הסחורה מכוח סימן המסחר. בעל סימן המסחר לא רשאי למנוע את תנועתם החופשית של הטובין, את מכירתם החוזרת וכן ייצוא או ייבוא שלהם.²⁰ דוקטרינת המיצוי מחולקת לשלושה מודלים: מודל לאומי, מודל בינלאומי ומודל איזורי.²¹ המודל הלאומי מזכה את בעל סימן המסחר ליהנות מהמכירה הראשונה בארץ הרישום. לכן, בעל סימן מסחר רשום יוכל לחסום כניסת יבוא מקביל למדינה בה הוא מחזיק בזכויות, אם נעשתה שלא על דעתו. לעומת זאת, המודל הבינלאומי מסתפק במכירה אחת במקום כלשהו בעולם כדי למצות את הזכות בסימן המסחר; ואילו המודל האזורי פועל בקבוצת מדינות (כמו מדינות האיחוד האירופי). המדינות מתוות את הרגולציה שלהן לפי אחד המודלים, בהתאם למדיניות הרצויה ביחס לייבוא המקביל. אין לפנינו מקרה של "תשובה אחת נכונה", אלא מכשיר גמיש שניתן להפעיל בהתאם למצבה הכלכלי של המדינה, אם קיימת בה תופעה של זיופים והעתקות, ההיקף של היבוא העומד על הפרק, והצורך להיעזר ביבוא מקביל למיתון מחירים. השאלה היא, עד כמה המדינה תאפשר לצד שלישי לקנות בשוק זר מוצרים המוגנים בסימן מסחר, ולמוכרם בשוק המקומי, במנותק מערוצי ההפצה ה"רשמיים" המעוגנים בהסכמי בלעדיות בין יצרנים למשווקים מקומיים.²²

Rajnish Kumar Rai & Srinath Jagannathan, *Parallel Imports and Unparallel Laws: Does the WTO Need to Harmonize the Parallel Import Law*, 46 J. WORLD TRADE 657 (2012).

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

¹⁸ ראו בחלק השני להסכם, בפרק 6 סעיף 6 שקובע כי: "For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights".

Carsten Fink, *Intellectual Property and Development Lessons from Recent Economic Research* 173 (Carsten Fink & Keith E. Maskus eds., A Co-publication of World Bank and Oxford Press 2005).

¹⁹ R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C.L. REV. (2003)

²⁰ Andrea Zappalaglio, *International Exhaustion of Trade Marks and Parallel Imports in the US and the EU: How to Achieve Symmetry?*, 5 QUEEN MARY J. INTELL. PROP. 68 (2015).

²¹ Thomas Hays, *Parallel Importation Under EU Law* (Thompson, Sweet & Maxwell 2004) 8-14; Rose Ann MacGillivray, *Parallel Importation* (Canada Law Books Ltd 2010) 142-6

²² Andrea Zappalaglio, *International Exhaustion of Trade Marks and Parallel Imports in the US and the EU: How to Achieve Symmetry?*, 5 QUEEN MARY J. INTELL. PROP. 68 (2015).

המודל האיזורי הוא מודל לפיו דוקטרינת המיצוי חלה על קבוצת מדינות שאימצו אותה (בניגוד לתחולה במדינה אחת), דוגמה לכך היא דוקטרינת המיצוי של האיחוד האירופאי (European Community-wide exhaustion). לעומת זאת, מדינה שאימצה את מודל המיצוי הבינלאומי פותחת את השוק שלה לייבוא מקביל, שכן בעל הסימן המסחרי ייחשב כמי שמיצה את זכויותיו עם המכירה הראשונה שהתרחשה בכל מקום בעולם.²³ מודל זה נחשב מועיל לצרכנים, שכן שוק פתוח לייבוא הוא שוק תחרותי יותר ומאופיין במחירים נמוכים יותר ובמבחר מוצרים רחב יותר.²⁴

בארצות הברית, תעשיית השוק ה"אפור" נאמדת במיליארדי דולרים.²⁵ הנושא מטופל בפן האזרחי ובפן הפלילי.²⁶ לענייננו מעניין בעיקר סעיף 42 ל-The Lanham Act²⁷ האוסר על ייבוא מוצרים שמעתיקים או מדמים ("copy or simulate") סימני מסחר רשומים בארה"ב.²⁸ ייבוא סחורה זהה (identical) למוצר המוגן בסימן מסחר, לא מפר את סעיף 42 הנ"ל. עם זאת, סעיף 42 מונע ייבוא סחורות הנושאות סימני מסחר זהים, אם הסחורה שונה פיזית בתכונותיה מהמוצר המקומי (physically different), כגון שונות בהרכב כימי של קרם הגנה או בשפת הדיבור של צעצוע לילדים.²⁹

השאלה התעוררה בעניין *Lever Brothers Co. v. United States*.³⁰ באותו מקרה דובר על חברה אמריקאית בשם Lever Brothers Co. והשלוחה הבריטית שלה - Lever Brothers Limited, ששתיהן עסקו בייצור דאודורנט ונוזל לשטיפת כלים, תחת סימני המסחר SHIELD ו-SUNLIGHT. המוצרים הורכבו מתרכובות שונות, על מנת להתאימם לשוק בו הם נמכרים מבחינת טעמים של הצרכנים המקומיים. החברה האמריקאית טענה כי ייבוא של מוצרי החברה הבריטית מפר את סעיף 42 לחוק לנהם הנ"ל. שירותי המכס, מנגד, אפשרו לייבא את המוצרים של

AJ Stack, 'TRIPs, Patent Exhaustion and Parallel Imports' (1998) 1 JWIP 657, 666; T Cottier²³ and M Stucki, 'Parallel Imports in Patent, Copyright and Industrial Design Law: The Scope of European and International Public Law' in F Abbott, T Cottier and F Gurry (eds), *The International Intellectual Property System: Commentary and Material, Part I* (Kluwer Law International 1999).

JM Ammann, 'Intellectual Property Rights and Parallel Imports' (1999) 26 LIEI 91, 91; E²⁴ Bonadio, 'Parallel Imports in a Global Market: Should a Generalised International Exhaustion be the Next Step?' (2011) 33 EIPR 153, 155.

1 ANNE GILSON LALONDE, GILSON ON TRADEMARKS § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022) להרחבה ראו 25
5-30% ; וראו הפניות בעניין, לפיהן בשנת 2007 העריכו כי "השוק האפור" היה בין 30-5 מסך מכירות ה-IT, והשפיע על הרווחים בסך של 8-10 מיליארד דולר, וכן כי ממחקר שנערך בשנת 2016 עולה כי התקיימה עלייה משמעותית בכמות מוצרי "השוק האפור".

1 ANNE GILSON LALONDE, GILSON ON TRADEMARKS § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022) להרחבה ראו 26

Bender ed. 2022)
15 U.S.C. § 1124 (2006)²⁷

Nippon Miniature Bearing Corp. v. Weise, 230 F.3d 1131, 1137 n.3 (9th Cir. 2000)²⁸

מדובר על הלכות בית המשפט שעניינן מה נחשב לסחורה "מקורית" (Genuine) לפי החוק. בעניין השוני הפיזי נקבע כי מדובר הבדלים מהותיים, כאשר ההרכב הפיזי של המוצרים או מאפייני הביצוע שלהם שונים, להרחבה ראו 1 ANNE GILSON LALONDE, GILSON ON TRADEMARKS § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022);

Grey goods imports as trademark infringements under the "material differences" rule, J. THOMAS MCCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 29: 51.75 (5th ed. March. 2023 update)

981 F.2d 1330 (D.C. Cir. 1993)³⁰

החברה הבריטית לארה"ב, תחת "חריג השותפות" (affiliate exception), שהיה קבוע בזמנו בתקנות המכס הרלבנטיות (19 C.F.R. §133.21(c)(2)). התקנה קבעה כי לא יחולו הגבלות על ייבוא מוצרים תוצרת חוץ שנושאים סימן מסחר אמריקאי, מקום בו בעלי הסימן הזר והמקומי הם חברות אם ובת, או שהם נתונים בדרך אחרת תחת בעלות או שליטה משותפת.³¹ רשות המכס טענה כי סעיף 42 לחוק לנהם חל רק על ייבוא טובין שנושאים סימן מסחר מועתק, ולא על טובין שנושאים סימן מסחר "מקורי" (genuine); לכן, סימן זהה שהוחל על ידי חברה שמצויה בשליטה משותפת של בעל הסימן המקומי מהווה סימן מסחר "מקורי" (genuine).

בית המשפט פסק, כי סימני מסחר שהוטבעו על מוצרים זרים השונים פיזית מהמוצר המקומי אינם נחשבים "מקוריים" מנקודת מבטו של הצרכן האמריקאי.³² סעיף 42 לחוק לנהם נועד להגן על הצרכן מפני הטעייה, וזו מתרחשת שעה שמדובר בסחורות שהן שונות בתכונותיהן.³³ בעקבות פסק הדין תוקנו תקנות המכס,³⁴ באופן האוסר על ייבוא "סחורה אפורה" במקרה של שונות פיזית בין המוצרים.³⁵ תובנה מרכזית שיש למשוך מכך לעניינו היא, כי אבן הבוחן להתרת יבוא מקביל צריכה להימצא בשאלה של הטעיית הצרכן. אם המוצרים אינם שונים בתכונות הפיסיות שלהם, אין עילה טובה למנוע את שימוש בסימן מסחר מקורי, משום שהוא אינו מטעה מבחינת הצרכנים. לכן, הוא גם לא פוגע באינטרס היצרני לפתח שוק לקוחות.

נזכיר את פסק הדין בעניין *A. Bourgeois & Co. v. Katzel*.³⁶ הפרשה עסקה ביצרנית קוסמטיקה צרפתית, שמכרה את עסק הפודרה שלה בארה"ב, את המוניטין ואת הסימן המסחרי שלה לתובע, מפיץ אמריקאי. הנתבעת רכשה את הפודרה בחו"ל מהיצרן המקורי וייבאה אותה לארה"ב, שם מכרה אותה תחת אותו סימן מסחר בו השתמש התובע. בית המשפט העליון פסק פה אחד כי זכויות התובע הופרו. בית המשפט קבע, כי הטענה לפיה סימן המסחר מצביע על מקור הסחורה האמיתי - אינה מדויקת. בעלותו של התובע על סימן המסחר חולשת על ארה"ב בלבד, ומנקודת המבט של ציבור הצרכנים, ההבנה היא שמקור הטובין הוא מהתובע.³⁷ החלטה זו ביססה את "עקרון הטריטוריאליזם" של דיני סימני המסחר.³⁸ בהתאם לעקרון זה, לסימן מסחר יש ערך שוק מקומי.

³¹ are parent and subsidiary companies or are otherwise subject to common ownership or "control"

³² On its face ... section [42] appears to aim at deceit and consumer confusion; when identical trademarks have acquired different meanings in different countries, one who imports the foreign version to sell it under that trademark will (in the absence of some specially differentiating feature) cause the confusion Congress sought to avoid. The fact of affiliation between the producers in no way reduces the probability of that confusion; it is certainly not a constructive consent to importation"

³³ "Therefore, we conclude that section 42 of the Lanham Act precludes the application of Customs' affiliate exception with respect to physically, materially different goods"

³⁴ "Gray Market Imports and Other Trademarked Goods," 64 Fed. Reg. 9058 (1999)

³⁵ 19 C.F.R. §133.23

³⁶ 260 U.S. 689 (1923)

³⁷ שם, בעמ' 692.

³⁸ הלכת *Katzel* שינתה את ההלכה בארה"ב. לפני שלט "עקרון האוניברסליות (הבינלאומי)". עקרון זה יושם בפרשת *Apollinaris Co. v. Scherer* (27 F. 18 (S.D.N.Y. 1886)). פרשה זו עניינה בתובע שהיה המפיץ הבלעדי בארה"ב ובבריטניה של מים מינרליים שנמכרו תחת סימן המסחר "HUNYADI JANOS". בעל הסימן המסחרי היה *Saxlehner*. בעל הסימן המשיך לשווק את המים במדינות אירופה, ועל גבי הבקבוקים מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

פסק הדין מכיר בכך שהצרכנים עשויים להתעניין לא רק בתכונות הסחורה גופה, אלא גם בזהות המשווק; הטבעת סימן מסחר על מוצר זר עלולה להטעות את הצרכן בהקשר של זהות המשווק. זאת, משום במקרים מסוימים, עשויה חשיבות לזיהוי המשווק, כגון שמדובר במוצר בר-קיימא או מוצר חשמלי בעל תקופת תוקף ארוכה. בסחורה מסוג זה, ישנה חשיבות לשירות לקוחות ולתמיכה נמשכת. נציין, כי הבהרה על גב המוצר, לפיה הוא מיובא ביבוא מקביל – נותנת מענה לצורך זה.

היבוא המקביל מטופל בארצות-הברית גם בסעיף 526 ל- The Tariff Act האמריקאי, האוסר על ייבוא סחורה מייצור זר, במידה והסחורה עצמה או התווית, השלט, ההדפס, האריזה, העטיפה או כלי הקיבול, נושאים סימן מסחר בבעלות אזרח או תאגיד בארצות-הברית שנרשם במרשם הפטנטים וסימני המסחר.³⁹ המחקר מראה כי למרות שעל פניו נראה שסעיף 526 מונע ייבוא של כל מוצרי "השוק האפור", בפועל שירות המכס האמריקאי נתן פרשנות מצמצמת באמצעות תקנות,⁴⁰ הן לסעיף 526 והן לסעיף 42 המוזכר לעיל.⁴¹ בניסיון לערער על המקלה בענין יבוא מקביל, מספר בעלי סימני מסחר בארה"ב הגישו תביעה נגד רשות המכס; הפרשה הגיעה לבית המשפט העליון במסגרת *K-Mart Corp. v. Cartier, Inc.*⁴² דעת הרוב קבעה כי כאשר היבואן הזר הוא חברה עצמאית, ולא חברת-אם או בת או מצויה תחת בעלות או שליטה משותפת של בעל הסימן האמריקאי, הטובין שמסומנים בסימן המסחר – לא יורשו להיכנס לארה"ב ללא הסכמה של בעל הסימן האמריקאי, מכח חקיקת המכס הנ"ל. בעקבות פרשת *K-Mart*, רשות המכס הצהירה שברצונה למנוע עמימות ולשמור על הנוהל רב-השנים לפיו היא מפרשת בהתאמה את הוראות חוק לנהם והוראות ה- Tariff Act. לפיכך, הרשות קבעה כי ההלכה כאמור תיאכף הן ביחס לחוק לנהם והן ביחס להוראות ה- Tariff Act.

לסיכום, הדין האמריקאי מכיר בעקרון ה"טריטוריאלי". תחת עקרון זה, לסימן המסחר יש קיום משפטי נפרד בארצות הברית מזה הקיים במדינה אחרת. בהתאם לכך, סימן המסחר בארה"ב

הופיעה אזהרה לפיה הייבוא לארה"ב ולבריטניה - אסור. הנתבע רכש בקבוקים מבעל הסימן וייבא אותם לארה"ב. בית המשפט דחה את טענות התובע בדבר הפרת סימן מסחר ותחרות בלתי הוגנת, וקבע כי משום שהנתבע מוכר סחורה מקורית - אין מדובר בהפרה של סימן מסחר (27 F. 18, 20). בית המשפט המשיך וקבע כי לבעל הסימן אין זכות ליצור בלעדיות טריטוריאלי מכוון חוזה (27 F. 18, 21). ההלכה בעניין *Apollinaris Co.* מייצגת את הטענה לפיה סימן מסחרי משרת את המטרה של זיהוי מקור המוצר (ראו 1 ANNE GILSON LALONDE, *GILSON ON TRADEMARKS* § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022) TH Davis Jr, 'Territoriality and Exhaustion of Trademark Rights under the Laws of the North Atlantic Nations' (1999) 89 TMR 657; I Calboli, 'Market Integration and (the Limits of) the First Sale Rule in North American and European Trademark Law' (2011) 51 Santa Clara LR 1241.

19 U.S.C. § 1526(a)³⁹

"... it shall be unlawful to import into the United States any merchandise of foreign manufacture if such merchandise, or the label, sign, print, package, wrapper, or receptacle, bears a trade-mark owned by a citizen of, or by a corporation or association created or organized within, the United States, and registered in the Patent Office [Patent and Trademark Office] by a person domiciled in the United States..."

1 ANNE GILSON LALONDE, *GILSON ON TRADEMARKS* § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022) 19 C.F.R. § 133.21⁴⁰

1 ANNE GILSON LALONDE, *GILSON ON TRADEMARKS* § 5.20 (Matthew Bender ed. 2022)⁴¹

486 U.S. 281 (1988).⁴²

מצביע על מקור הסחורה, ויבוא ומכירה של סחורה מורשית על ידי מי שאינו בעל הסימן, עלולים לגרום לבלבול באשר למקור הטובין. השימוש בסימן מסחר על ידי מי שאיננו בעליו עלול להוות מצג שווא באשר למקור הטובין.⁴³

באיחוד האירופאי, דוקטרינת המיצוי של זכויות הקניין הרוחני התפתחה בפרשת *Consten and Grundig*,⁴⁴ שם קבע בית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice (ECJ))⁴⁵ כי הסכם בין יצרן גרמני של מוצרי אלקטרוניקה לבין המפיץ הבלעדי שלו בצרפת, סותר את חוק התחרות האירופי, משום שהוא מפצל את השוק המשותף ע"י מתן הגנה טריטוריאלית אבסולוטית מפני ייבוא מקביל. כדי ליישם את ההסכם ביניהם, אכפו הצדדים את הזכות לסימן מסחר של *Grundig* בצרפת באמצעות המפיץ הבלעדי שלה, לו היא הקצתה את זכויותיה. בית המשפט קבע כי הצדדים לא רשאים לפעול לפי החריג לעקרון התנועה החופשית של טובין (the principle of the free movement of goods) לצורך הגנה על זכויות קניין לאומיות.⁴⁶

דין התחרות האירופי נתפס כמקדם את המדיניות הכללית של האיחוד להבטיח תנועה חופשית של טובין בין מדינות האיחוד.⁴⁷ בית המשפט האירופי פסק כי יישום עקרון התנועה החופשית של טובין מגביל את בעל הזכות הקניינית במימוש זכויותיו, במידה הדרושה לשם קידום מטרת התחרות.⁴⁸ בית המשפט קבע כי עקרון התנועה החופשית של טובין מגביל את מימוש זכויותיו של בעל סימן מסחר למען המטרה הראויה של תפקוד השוק המשותף והתחרות בו.⁴⁹ בית המשפט הבדיל בין קיומה של זכות קניין רוחני לבין מימוש אותה זכות, כשידו של השיקול בדבר סחר ותחרות חופשית מצויה על העליונה.⁵⁰ בעניין HAG AG,⁵¹ ה-ECJ פסק כי בעל סימן מסחר לאומי לא רשאי למנוע ייבוא טובין הנושאים סימן מסחר זהה אשר שווקו כדין במדינת המקור מכוח זכותו הבלעדית. ה-ECJ קבע כי פוטנציאל האופי הנצחי שיש לזכויות סימני המסחר מהווה איום לעקרון התנועה החופשית של טובין ולתחרות בשוק.⁵² בנוסף, על אף ש-ECJ הכיר באינטרס ההסתמכות של הצרכנים על סימן מסחרי על מנת שלא לטעות בדבר מקור הטובין, בית המשפט עמד בתוקף על כך

⁴³ לדיון ולהרחבה בסוגיית היבוא המקביל בדיון סימני המסחר בארצות הברית, ראו: J. THOMAS McCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION (5th ed. March. 2023 update)

⁴⁴ Joined Cases 56 & 58/64, Etablissements Consten, S.A.R.L. and Grundig-Verkaufs GmbH v. Commission, 1966 E.C.R. 299

⁴⁵ או the Court of Justice for the European Union (CJEU).

⁴⁶ חריג שמוסדר היום בסעיף 36 ל-TFEU.

⁴⁷ Apostolos G. Chronopoulos & Spyros M. Maniatis, *Trademark Exhaustion and Its Interface With EU Competition Law*, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY EXHAUSTION AND PARALLEL IMPORTS (EDWARD ELGAR PUBLISHING, 2016) 343

⁴⁸ שם.

⁴⁹ שם.

⁵⁰ ראו שם וכן ראו Case 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro, 1971 E.C.R. 487.

⁵¹ Case 192/73, Van Zuylen Freres v. Hag AG, 1974 E.C.R. 731, 744.

⁵² שם.

שאינטרס הצרכנים מפני הטעייה צריך לקבל מענה באמצעים אחרים, כאלה שלא פוגעים בחופש התנועה של טובין.⁵³

בעניין Centrafarm BV v. Am. Home Prods. Corp.⁵⁴ קבע ה-ECJ כי על בעל הזכויות ליהנות מזכותו הבלעדית להשתמש בסימן המסחר שלו לצורך הוצאת מוצר לשוק בפעם הראשונה, ולכן עומדת לו הגנה מפני מתחרים המעוניינים לנצל את המוניטין של הסימן באמצעות מכירה שנושאת את סימן המסחר. בעניין HAG AG⁵⁵ - בית המשפט האירופאי פסק כי יש בכוחו של בעל סימן המסחר להתנגד לייבוא מקביל מתוקף זכותו הבלעדית. בית המשפט נימק זאת בכך שבעל הסימן המסחרי הרשום ייפגע אם סימן מסחרי זה יורשה להתקיים במקביל באותה הטריטוריה, והתוצאה תתורגם לאובדן הזדמנויות לייצר הכנסה. קיומם של אמצעים אחרים על מנת להגן על הצרכנים מפני הטעייה, לא יכול לשרת באופן יעיל את מטרות דיני סימני המסחר, משתי סיבות: הראשונה, אמצעים אחרים לא תמיד ימנעו את הטעיית הצרכנים; השנייה, סימנים מסחריים יכולים למלא את תפקידם כמקור אמין לאיכות ומקור המוצר רק במידה והם כפופים לזכות בלעדית.⁵⁶

כיום, לפי סעיף 15-ל Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to (TMD) trade marks,⁵⁷ וכפי שפורש בעניין *Silhouette*,⁵⁸ המודל שחל במדינות האיחוד הוא מודל המיצוי האיזורי (מיצוי אירופי), שלמעשה אוסר על ייבוא מקביל של סחורה המוגנת בסימן מסחר שרשום באירופה, אם מקורה של הסחורה הוא מחוץ לאזורי ה-EEA.⁵⁹

15

כמובן, ראוי להתייחס בזהירות לדין הנוהג באירופה וכן בארצות-הברית בסוגית היבוא המקביל. אין צורך לומר שקיים קושי למשוך מהם מסקנות נחרצות עבור מדינת ישראל. זאת, משום שתנאי השוק הקיימים בישראל שונים מאוד מאלה הקיימים בארה"ב ובמדינות האיחוד, הן בהיבט של השונות העצומה בגודל השווקים, משום היותה של ישראל כלכלת-אי, ועל רקע רמת הריכוזיות הגבוהה המאפיינת את המשק בישראל.

ד. שיקולים

⁵³ שם.
⁵⁴ Case 3/78, Centrafarm BV v. Am. Home Prods. Corp., 1978 E.C.R. 1823, 1840
⁵⁵ Case C-10/89, S.A. CNL-Sucal v. Hag Gf AG, 1990 E.C.R. I-3711
⁵⁶ ראה שם וכן Apostolos G. Chronopoulos & Spyros M. Maniatis, *Trademark Exhaustion and Its Interface With EU Competition Law*, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY EXHAUSTION AND PARALLEL IMPORTS (EDWARD ELGAR PUBLISHING, 2016) 343
⁵⁷ בעבר היה סעיף 7 ראו: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0095>
⁵⁸ Case C-355/96 *Silhouette International Schmied v Hartlauer Handelsgesellschaft* [1998] ECR 1-4799.
⁵⁹ The European Economic Area

סוגיית הייבוא המקביל של מוצרים המוגנים בסימן מסחר עומדת בלב המתח הקיים בין הזכות לשימוש ייחודי הניתנת לבעל סימן המסחר לבין השימוש בסימן מסחר כחסם כניסה לשוק.

רציונל ההגנה על סימן המסחר

ההגנה על סימני המסחר נועדה ליעד כפול: ברמת היצרן, סימן המסחר מגן על השקעות היצרן ליצירת מוניטין ולטיפוחו. ברמת הצרכן, סימן המסחר חוסך עלויות עסקה ופועל למניעת הטעייה.⁶⁰ המטרה הכפולה משלבת אינטרסים פרטיים וציבוריים, בשאיפה לקדם את טובת הכלל ולהשיא את הרווחה החברתית.⁶¹

הזכות לשימוש ייחודי של בעל סימן מסחר נותנת למשווק ה"רישמי" (הפועל מכח חוזה עם היצרן) תמריצים כלכליים לשפר ולהבטיח את איכות ערוצי השיווק. הייבואן הרשמי מקבל לרוב זכות לשיווק בלעדי ובדרך כלל מעמיד מוצרים נלווים למוצר העיקרי כחלק מהשירות הכולל (כגון תמיכה טכנית וחלפים), ואף נושא בעלויות הכרוכות בכך. הוא מצפה להחזיר את שהשקיע בשיווק המוצר באמצעות מחירו בשוק. ייבואן בלעדי שלא יצליח להחזיר את השקעותיו, צפוי למשוך את ידו מן השוק.⁶² ייבוא מקביל עלול לפגוע בתמריצי השיווק, שכן הוא מעורר את "בעיית הטרמפיסט" (טפיל או free rider). הייבואן המקביל נתפס כ"נוסע חינם" על גבו של הייבואן הבלעדי, משום שהוא נהנה מהשקעתו של הייבואן הבלעדי בטיפוח המוניטין, מבלי לשלם בעדה. לרוב, הייבואן הבלעדי נושא בעלויות הקשורות בפרסום ובמבצעי שיווק, החזקת אולמות תצוגה, אתרי אינטרנט, ביטוח ואחזקת מלאי, וכד'. הייבואן המקביל חוסך בעלויות כאמור ולפיכך יכול להציע את המוצר במחיר נמוך יותר מזה שמציע הייבואן הבלעדי.⁶³

16

באין הגנה על הזכות הבלעדית של הייבואן הבלעדי, הייבואן המקביל עלול לדלל את התמריץ הכלכלי של הייבואן הבלעדי להשקיע במאמצי שיווק. אלה אינם מתמצים בהשאת רווחיו הפרטיים, אלא נתפסים גם כמקדמים את טובת הצרכנים. ואולם, הגנה עודפת על הייבואן הבלעדי, המקימה לו מונופול דה-פקטו בשוק, מעלה את צד העלויות אל מעבר לצד התועלות: היא מקימה פלטפורמה לפרקטיקות מונופוליסטיות, הפקעת מחירים ועושק של הצרכנים.

סימן מסחר כחסם כניסה

באופן מכליל ניתן לומר כי מטרה עיקרית של סימני מסחר היא לאפשר לצרכנים לדעת איזה מותג הם קונים ולמנוע הטעייתם ביחס למקור הסחורה. סימן המסחר מסייע לצרכן לזהות את המוצר ולקשר באופן מהיר בינו למקור שלו. באופן זה, ההגנה תורמת לערך הכלכלי של הסימן עבור בעליו.

⁶⁰ רע"א 5454/02 טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נז(2) 438, פסקה 11 (2003).

⁶¹ קטיה זכרוב "היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר" 435 משפטים לה (תשס"ה).

⁶² איריס סורוקר "ייבוא מקביל של מוצרים המוגנים בסימן-מסחר – הפתרון החוזי" עיוני משפט כז 257 (2003).

⁶³ שם.

בעל הסימן מפיך תועלת כלכלית מהמוניטין שגלום בסימן; זיהוי מקור המוצר מתמרץ את בעל הסימן לשמור על עקביות באיכות מוצריו כדי למנף את רווחיו.⁶⁴

תכליות הדין מובילות למסקנה לפיה ייבוא מקביל (קרי, מכירה חוזרת של מוצר) אינו פוגע בהן. זאת משום שהצרכן אינו טועה שעה שהוא קונה מוצר "אפור": הוא קושר בצדק בין המוצר המיובא בייבוא מקביל לבין המקור היצרני. לבעל סימן המסחר עדיין קיים תמריץ להוסיף ולשפר את מוצריו, שכן הוא ממשיך ליהנות מהצלחתם המסחרית.⁶⁵

התמריץ לרכוש סחורה במדינה אחת ולשווקה במדינה אחרת נוצר כשקיים פער מחירים בין מדינות. כשהמחיר במדינת המוצא נמוך מהמחיר במדינת היעד, הסוחר מומרץ לנצל את הפער על מנת להרוויח. הוא ישווק את הסחורה במדינת היעד במחיר נמוך מזה שמציע הסוכן המורשה. באופן זה, יוכל הסוחר למשוך אליו לקוחות של הסוכן המורשה.⁶⁶ אחת הסיבות המניעות פעולה זו נעוצה בעוצמת שוק מונופוליסטית של היצרן או היבואן הבלעדי במדינת היעד.⁶⁷ המשווק הבלעדי צפוי לגבות מחיר מונופוליסטי במידה והוא נהנה מכוח שוק שמאפשר זאת. רמת התחרות שקיימת בשוק המוצר בכל מדינה משפיעה על מידת כוח השוק. מקום בו מתקיימת תחרות, כוחו של היצרן לגבות מחיר מונופוליסטי ירוסן על ידה.⁶⁸ במילים אחרות: רמת המחירים של מוצרים ושירותים הם תוצאה של מבנה השווקים ורמת התחרותיות בהם, ובתוך כך החשיפה שלהם לייבוא.⁶⁹

כידוע, המשק בישראל מאופיין ברמת ריכוזיות גבוהה,⁷⁰ זאת לצד חסמי ייבוא⁷¹ המביאים למציאות בה מגוון המוצרים המוצעים לצרכנים הוא מצומצם יחסית ומחירי הצריכה הפרטית גבוהים בהשוואה לעולם.⁷²

לדעתנו, בית המשפט העליון, בפרשת **יפאורה**, החמיץ רציונל חשוב שצריך להנחות בעת תיחום כוחו של סימן המסחר: זהו האינטרס שבקיום תחרות מסחרית לגיטימית, שאין בה הטעייה של הצרכן או זיוף של הסימן. כאשר יבואן מקביל משתמש בסימן מסחר שלא מתוך העתקה, אלא ברשותו של בעל הסימן שממנו קנה את הסחורה במדינת המקור, הרי שהסימן מתאר נכונה את המוצר המיובא, וזכאי להגנת האמת. הרישום הטריטוריאלי של סימן המסחר אינו רלבנטי לכאן, משום שהוא אינו שולל את האמת שבשימוש ולא הופך את השימוש בסימן לשקרי. הנקודה החשובה היא, שהבעלות

⁶⁴ CHANEL, לעיל ה"ש 13; טעם טבע, לעיל ה"ש 70; טוטו זהב, לעיל ה"ש 11.

⁶⁵ פזכים, לעיל ה"ש 10; סורוקר, לעיל ה"ש 62, בעמ' 298.

⁶⁶ סורוקר, לעיל ה"ש 62.

⁶⁷ להרחבה ראו: סורוקר והפנייתה שם R.M. Andrade "The Parallel Importation of Unauthorized Genuine Goods: Analysis and Observations of the Gray Market" 14 U. Pennsylvania J. Infi Bus. L. (1993) 409, 412-417.

⁶⁸ סורוקר, לעיל ה"ש 62.

⁶⁹ הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא דו"ח הוועדה (11.11.14).

⁷⁰ שם.

⁷¹ שם, במסקנות הוועדה.

⁷² ראו גם בנק ישראל – חטיבת המחקר פער המחירים בין ישראל למדינות המפותחות (ההתפתחויות הכלכליות בחודשים האחרונים 132, ספטמבר עד דצמבר 2011 2012).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בסימן מסחר אסור לה שתהפוך לחסינות מפני תחרות הוגנת, שאמנם אינה נוחה למתחרים, אך טובה לצרכנים ולמשק כולו.

אנו סבורות כי נכון להפעיל שיקולים של תחרות לשם גידור גבולות סביב סימן המסחר. נחזור למושכלות יסוד: סימן המסחר הוא מוסד רגולטורי שנועד לקדם ולחזק הלכות מסחר יעילות: הוא מאפשר ליצרן להצמיד לסחורה כינוי או סמל שידבק בה ויבחין בינה לבין סחורות אחרות. לשם כך קיימת הדרישה לאופי מבחין: הסימן חייב להיות בעל "אופי מבחין" כדי להימצא כשר לרישום ולהגנה (סעיף 8 לפקודת סימני המסחר). האופי המבחין מכונן את הפוטנציאל של הסחורה להיותחרות במותגים חלופיים. ההבחנה בין הסחורות היא הבסיס להתנהוות התחרות. לכן, סימן גנרי לא יזכה להגנה, פשוט משום שהוא לא מאפשר להבחין בין סחורות ולתחר ביניהן. מאותה סיבה גם אין לרשום סימן מסחר באופן מוחלט או גורף, אלא רק בהצמד לקטגוריות של סחורות לפי שיוכן המשפחתי (כגון: תרופות, טקסטיל, רהיטים). הגבלת הסימן להגדר מסוים של סחורות נובעת מהרציונל התחרותי של המוסד: לאפשר לייצרן לשיים סחורה, כדי להעמיד אותה לתחרות אפקטיבית מול מתחרים.

שיקולים של תחרות צריכים לשמש לא רק בעת כינון סימן המסחר (בעת בחינת האופי המבחין והצמדת הסימן להגדר סחורות), אלא גם בעת השימוש בסימן המסחר לאחר שכבר נרשם. מה שעשתה **יפאורה** הוא לחסל תחרות מצד סחורה מקורית, משום שתחרות זו צפויה לדחוף אותה להזיז מחירים. היבוא המקביל לא פגע בסימן המסחר שלה, משום שהוא לא היה מזוויף. יש לזכור: אם נכפף את היבוא המקביל להסכמה של היצרן המקומי (במקרה זה: יפאורה), לא יתקיים יבוא מקביל.

לא למותר לעיין ברגולציה ישראלית עכשווית המקדמת יבוא מקביל ככלי לקידום תחרות והוזלת מחירים.

ה. רגולציה עכשווית

משנות התשעים נוקטות ממשלות ישראל במדיניות של חשיפת המשק לייבוא מתחרה, בעיקר באמצעות הקלה ברגולציה של רישיונות הייבוא וכן באמצעות הפחתה של מכסי מגן. אך למרות שהיקף הייבוא לישראל גדל בשנים האחרונות, המדינה עדיין סובלת מחסמי ייבוא רבים. בשל חסמים אלה, המשק הישראלי מתקשה לנצל את היתרונות הכלכליים הטמונים בייבוא חופשי, קרי: תחרות מוגברת, מחירים נמוכים והעלאת רווחת החיים.⁷³

דו"ח וועדת טרכטנברג

ביום 26 בספטמבר 2011 הגישה הוועדה לשינוי כלכלי חברתי את המלצותיה לממשלה. הוועדה המליצה כי אחד העקרונות שצריכים להנחות את עיצוב המדיניות הכלכלית חברתית של מדינת

⁷³ הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא, לעיל ה"ש 69. מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ישראל בשנים הקרובות הוא "להבטיח כללי משחק הוגנים לכלכלת השוק תוך מניעת היווצרותם של חסמי כניסה, ריכוזיות וכוח מונופוליסטי...".⁷⁴ הוועדה הצביעה על שלושה גורמים עיקריים שעומדים בבסיס העלייה המשמעותית ביוקר המחיה: כשלים ברגולציה שמפעילה המדינה; היעדר חשיפה אפקטיבית לתחרות הבינלאומית במגזרים שונים במשק, ובכלל זה חסמים רבים לייבוא; קיומם של שווקים ריכוזיים והצרת התחרות ברבים מענפי המשק.

טווח ההמלצות של הוועדה הוא רחב. לענייננו, הוועדה מצאה כי עם חשיפת השוק המקומי למסחר בינלאומי המחירים יורדים, כוח הקנייה של משקי הבית עולה, היצע המוצרים עולה, מגוון המוצרים גדל והיצרנים המקומיים עומדים מול תנאי תחרות שמונעים היווצרות של כוח מונופוליסטי. כך, בעקבות תכנית חשיפת המשק לייבוא בשנות ה-90 המחירים למשקי הבית הופחתו, הן בשל אפשרות הייבוא הישיר של מוצרים והן כתוצאה של הצורך בתחרות והתייעלות היצרנים המקומיים בשל כך. הוועדה קבעה כי שימור חסמי הייבוא משרת קבוצת נהנים צרה על חשבון פגיעה ברווחת כלל המשק. המלצות הוועדה בעניין היו: לצמצם משמעותית שימוש בהיטלי סחר להגנה על תעשייה מקומית מונופוליסטית או ריכוזית; לפעול להמשך צמצום חסמי הייבוא במקורם בתקינה ובבדיקות תקן; לקדם שלב נוסף של חשיפת המשק לייבוא, ולקבוע יעד של הפחתה מקסימלית עד כדי ביטול של המכס על מוצרים מיובאים לישראל; עידוד ייבוא מקדם תחרות; ביטול מיסי קניה; וכן לפעול להרחבת הייבוא דרך האינטרנט.

הוועדה עמדה על כך שהרגולציה הכלכלית שקובעת המדינה בכוחה השלטוני הכמעט בלתי מוגבל, היא בעלת פוטנציאל להשפעה ממשית על העברות עושר בין קבוצות שונות בחברה (כמו הגנה על יצרנים מקומיים מפני חשיפה לייבוא מתחרה). את העלות הנגזרת מכך – לעולם ישלמו האזרחים. קבוצות האינטרסים הן רבות ומודעות לכוחה של המדינה ולהטבות שביכולתה לתת להן. אל מול כוחות אלה עומדים האינטרסים של משקי הבית והאזרחים. קולו של הציבור כמעט ולא נשמע, בין אם מחוסר ידע, כוח והבנה ובין אם בשל "אי כדאיות" (למשל תקן ייחודי שמקשה על מתחרים חדשים לענף, אך עלותו הממוצעת נמוכה יחסית לכל אזור).

הוועדה מצאה מספר ענפים מרכזיים במשק בהם קיימים כשלי תחרות משמעותיים: ענף המזון; ענף נמלי הים; ענף הבנקאות; ענף המים; ענף שיווק גז בישול; תחנות תדלוק; ענף הרכב; ענף המלט; ענף התחבורה הציבורית; ענף הפנסיה; וענף הסולר לתחבורה. הוועדה מצאה כי קיימת ריכוזיות משמעותית ברבים מענפי המשק והתשתית בישראל. נמצא כי קיימים חסמים לכניסת מתחרים מקומיים חדשים, חסמים לייבוא וחסמים להתרחבות וחדשנות בשווקים. חסמים אלה מונעים מהשוק להפוך לתחרותי. הוועדה המליצה לטפל ביסודיות בכשלים התחרותיים תוך הסרת החסמים שיוצרת הרגולציה. הוועדה המליצה לשמור על לחץ תחרותי בענפי המשק, כגורם מרכזי בהפחתת יוקר המחיה. לשם כך, הוועדה סברה כי יש לפעול בכמה מישורים: להכיר בחשיבות העסקים הקטנים והבינוניים המהווים את פוטנציאל הצמיחה והכניסה לענפים חדשים תוך שהם

⁷⁴ הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דו"ח הוועדה (26.9.11).

מייצרים איום תמידי על מתחרים גדולים יותר בענפים ריכוזיים; לפעול לאפשר לחברות ישראליות להשיג יתרונות שיאפשרו להם להתחרות בזירה הגלובלית; וכן, הוועדה הדגישה זאת – לחשוף את ענפי המשק השונים לייבוא מתחרה כחלק משמעותי בהגברת התחרות באותם ענפים.

דו"ח ועדת לנג

ביום 13.4.14 החליטה הממשלה לאמץ את פרק המלצות הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא (להלן: "וועדת לנג") ביחס לייבוא האישי.⁷⁵ ביום 11.11.14 הגישה וועדת לנג את המלצותיה לממשלה, לאחר שהוקמה מכוח החלטת ממשלה "במטרה לבדוק את חסמי הייבוא בישראל ולהציע דרכים להגברת התחרותיות וצמצום פערי המחירים של מוצרי הצריכה ביחס למדינות ה-OECD".⁷⁶

הוועדה מצאה כי לצד חסמים נוספים, קיימות אינדיקציות לחסמים מסחריים שנובעים מניצול כוח שוק על ידי יבואנים רשמיים דומיננטיים שמקור כוחם הוא הסכמי הבלעדיות עליהם הם חתומים עם היצרנים. היבואנים הרשמיים משתמשים בפרקטיקות אנטי-תחרותיות על מנת לחסום מתרים אפשריים. כך, בין היתר, היבואן מתערב ביחסים עסקיים של קמעונאים עם יבואנים אחרים, תוך התניית המשך קשריו העסקיים עם אותו קמעונאי.⁷⁷

חסמי הרגולציה והחסמים העסקיים מובילים לדחיקה של יבואנים קטנים מהשוק, וכפועל יוצא להגברת הריכוזיות הקיימת בשוק מוצרי הצריכה בישראל. כך, לפי הוועדה, תחום הייבוא למעשה הופך לחלק מהבעיה במקום להוות פתרון, וגורם לפגיעה נוספת בתחרות ובמגוון המוצרים אותם ניתן לרכוש בשוק הישראלי.⁷⁸ המלצותיה העיקריות של הוועדה הנוגעות לענייננו היו, בין היתר:

- (1) התאמת שיטת הייבוא – הוועדה המליצה לאמץ מדיניות ייבוא לפיה האחריות לעמוד בדרישות רגולטוריות, כגון: עמידה בתקני איכות ובטיחות וכו', תועבר מהמדינה אל הגורם העסקי (הייבואן), שידרש להצהיר על עמידתו ברגולציה הנדרשת בעת ייבוא סחורה. שינוי זה יביא להקלה רגולטורית המוטלת על הייבואן ויאפשר מעבר סחורות חופשי ומהיר יותר ובעלויות נמוכות הרבה יותר. לצד זאת, המליצה הוועדה כי האכיפה והפיקוח יתוגברו בשווקים והענישה תוחמר כלפי יבואנים מפרי אמון. לצורך הפיקוח, הומלץ להקים פורום משותף לרשויות המוסמכות על מנת שיגבשו תכניות עבודה שנתיות לפיקוח שוק המבוסס על מודלים של ניהול סיכונים.
- (2) התאמת דרישות הייבוא – הוועדה המליצה להתאים את דרישות הייבוא ברשויות המוסמכות לדרישות המקובלות במדינות מתקדמות בעלות שוק משמעותי. בפרט,

⁷⁵ החלטת ממשלה מס' 1564 של הממשלה ה-33 הסרת חסמים ליבוא אישי (24.4.14).

⁷⁶ הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא דו"ח הוועדה (11.11.14).

⁷⁷ שם.

⁷⁸ שם.

- המליצה הוועדה לצמצם את דרישת עמידת הטובין בתקנים רשמיים או בתקנים ישראליים מחייבים וכן לבטל דרישות שונות שאינן מותאמות לדרישות במדינות מתקדמות כאמור.
- (3) פרקטיקות אנטי-תחרותיות – הוועדה המליצה לבחון את ההוראות הנוגעות לטיפול בהסדרים בין יצרנים זרים לבין יבואנים רשמיים שעלולים לפגוע בתחרות, לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ובפרט את פטורי הסוג שהותקנו מכוחו. עוד המליצה הוועדה בהקשר זה, להעניק כלים חוקיים שיאפשרו לטפל בפרקטיקות בהן נוקט יבואן רשמי שעלולות להביא למיגור יבואנים מקבילים ולפגיעה בתחרות מייבוא מקביל.
- (4) שקיפות ונגישות מידע – הוועדה המליצה לרכז באתר אינטרנט אחד את כל המידע על יבוא, מסחרי ואישי, לרבות מידע הנוגע לדרישות חוקיות הייבוא, נהלים והנחיות, מידע על חברות השילוח ואמצעים אפשריים לייבוא לישראל. עוד המליצה הוועדה, לקדם את הטמעת מערכת מסלול, שנועדה לאפשר ייעול של תהליכי הייבוא ולקשר בין היבואנים למכס ולרשויות הממשלה.
- (5) גיבוש מנגנון ליישום המדיניות – בעניין זה, ועל מנת ליישם את עקרונות המדיניות שהומלצו על ידי הוועדה, המליצה הוועדה להטיל על משרד הכלכלה לרכז את מדיניות חוקיות הייבוא בישראל ובמסגרת זו, לקבוע את תפקידיו וסמכויותיו. הוועדה הוסיפה והמליצה לקבוע חובת היוועצות עם משרד הכלכלה שתחול על כלל הרשויות המוסמכות לשם קביעת דרישות חוקיות יבוא חדשות ולשנות דרישות קיימות.
- (6) המלצות ייבוא אישי – אותן אימצה הממשלה, כאמור בהחלטתה מאפריל 2014. ההמלצות בעניין זה נועדו לייעל את תהליך הייבוא האישי, לצמצם עלויות ולהגן על הצרכן.

דו"ח וועדת קדמי

ביום 27.6.11 מינו שר התעשייה, המסחר והתעסוקה ושר האוצר את הצוות הבין משרדי לבחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה (להלן: "וועדת קדמי"). הוועדה נדרשה ללמוד את מאפייני שווקי המזון ומוצרי הצריכה, לאתר כשלי שוק, ולגבש המלצות לשיפור רווחת הצרכן, בין היתר, על ידי הגברת התחרותיות. הוועדה מצאה כי בשנים 2008 ו-2010 מחירי המזון בשיראל היו גבוהים ב-10%-20% מהמחיר המצופה בהשוואה למדינות ה-OECD. בחינה של העשור כולו (2000-2011) מעלה כי המחירים בשוק המזון התייקרו במהלך השנים, ושיעור גידול רמת המחירים השנתי בישראל בשנים 2005-2011 היה גבוה בכמעט 2% בהשוואה למדינות ה-OECD.⁷⁹

אשר לגורמים לרמות המחירים כאמור, הוועדה מצאה כי ניתן לחלקם לשלוש קבוצות: גורמי מבנה השוק, גורמי מדיניות ממשלתית וגורמי מאקרו. על פי הוועדה, לגורמי מבנה השוק, לריכוזיות ולהיעדר התחרותיות תפקיד מרכזי בהתייקרות המחירים, שכן מחד הם אפשרו לשחקנים בשוק

⁷⁹ הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה דו"ח סופי (2012).
https://www.gov.il/BlobFolder/reports/food_products_prices_kedmi_report_2012/he/kedmir.eport2012.pdf

לגלג את ההתייקרות בעלויות התשומות עד לצרכן הסופי, ומאידך ירידות המחירים בעלויות התשומה לא גולגלו לצרכנים.⁸⁰ הוועדה מצאה כי רוב שווקי המוצרים של ספקי המזון הם ריכוזיים במידה רבה מאוד ביחס לעולם. כך למשל, כשבשנת 2005 התמוטטה רשת "קלאבמרקט" ונרכשה ע"י רשת שופרסל, גדלה הריכוזיות באופן משמעותי, ובשנים 2005-2008 נרשמו עלויות מחירים דרמטיות במקטע הספקים והקמעונאי. בתקופה זו המחירים בישראל עלו בשיעור שנתי של 6.7% לעומת 4.3% במדינות ה-OECD. הוועדה מצאה כי בהתקיים רמות ריכוזיות גבוהות בשווקי מוצר רלוונטי ובמגזר הקמעונאי בנוסף למודעות ורגישות נמוכה למחיר מצד הצרכנים, לא מתקיים לחץ תחרותי משמעותי שמוביל להורדת מחירים.⁸¹ אשר לגורמי מדיניות ממשלתית הוועדה מצאה כי התערבותם הישירה, כגון הגבלות על ייבוא ועל ייבוא מקביל תרמו אף הם לרמות המחירים הגבוהות הנוכחיות.⁸²

וועדת קדמי הכירה אף היא בחשיבות הייבוא והייבוא המקביל ככלי שמסייע להגברת התחרות ולהפחתת המחירים לצרכן. כך, הוועדה שבה והצביעה על הגורמים להתייקרות המחירים וחסימי השוק להגברת הייבוא, בין היתר, כאמור, גודל השוק; רמת הריכוזיות הגבוהה במשק הישראלי ונתחי שוק;⁸³ הגבלות על ייבוא וייבוא מקביל; מכסי ייבוא; שיעור חדירה נמוך של מוצרי עסקים קטנים ובינוניים ומותגים פרטיים – כשבחלק מן הקטגוריות נמצאו חסמי ייבוא המגבילים את התחרות; כניסה נמוכה של מתחרים חדשים למקטע היצרנים בשל חסמי כניסה ויתרון לגודל; הסדרים ונוהגים שיש בהם כדי לחזק את מעמד הגורמים הדומיננטיים בענפים השונים ולהפחית תחרות.⁸⁴ הוועדה המליצה המלצות שונות שמטרתן להילחם בחסמים שתוארו לעיל, על מנת להגדיל את רמת התחרותיות בישראל ולהפחית את רמת הריכוזיות במשק הישראלי וניצולם לרעה של ספקים וייבואנים את כוחם כספקים בלעדיים.

התוכנית הכלכלית (חוק ההסדרים) 2021-2022

ביום 4.11.2021 אישרה מליאת הכנסת את התוכנית הכלכלית (חוק ההסדרים) לשנים 2021-2022.⁸⁵ החוק מתמקד במספר עקרונות מרכזיים, ביניהם הפחתת יוקר המחיה באמצעות עידוד ייבוא ורפורמה בתקינה ותכנית לצמצום הרגולציה במשק. הרפורמה לפתיחת המשק לייבוא והפחתת

⁸⁰ ש.ם.

⁸¹ ש.ם.

⁸² ש.ם.

⁸³ כך למשל, הוועדה מצאה כי מקטע יצרני המזון הוא הריכוזי ביותר בשרשרת הערך בשוק המזון בישראל, כשבכל קטגוריית מוצרים ישנם שניים או שלושה ספקים מובילים. הוועדה מצאה כי ישראל מדורגת במקום הראשון או השני בריכוזיות הספקים בהשוואה למספר מדינות. עוד מצאה הוועדה, כי קיימת ריכוזיות אופקית בשל מיזוגים ורכישות בשוק המזון והיווצרותם של ספקים דומיננטיים המייצרים מגוון גדול של מוצרים.

⁸⁴ בהקשר זה הוועדה ציינה כי מערכות יחסים בין הספקים לקמעונאים והסדרים בעניין נבחנו על ידי מספר מדינות החברות בארגון ה-OECD בעשור האחרון, ובחלק מהמקרים נקבע כי הסדרי סחר כאמור פוגעים בתחרות וגורמים להעלאת המחירים לצרכן.

⁸⁵ ראו <https://govextra.gov.il/media/38852/%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%94%D7%AA%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%AA-%D7%94%D7%9B%D7%9C%D7%9B%D7%9C%D7%99%D7%AA.pdf>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

יוקר המחיה מקדמת תכנית רוחבית להסרת חסמי סחר בייבוא שתמוודד עם החסמים העיקריים בייבוא, כפי שעלו מדו"חות הוועדות המנויות לעיל. החסמים העיקריים בייבוא איתם נועדה להתמודד הרפורמה הם: רגולציה ייחודית לישראל ששונה מהמקובל במדינות המפותחות, בעיקר בדרישות היבוא והתקינה של הרשויות בישראל, אשר לא מאפשרות להסתמך על תוצאות ממעבדות בין-לאומיות ומצריכות לבצע התאמות לקווי מוצר שונים; משטר אכיפה שלא תואם למשטרי אכיפה בעולם המערבי בכך שהוא מחייב בדיקה מקדימה של רוב המוצרים לצורך קבלת רישיון יבוא. התוכנית הכלכלית חלה על מגוון רחב של תחומים הסובלים מכשלי תחרות ומיוקר מחירים, בין היתר: מוצרי חשמל, מוצרי ילדים, מוצרי מזון, תמרוקים וטואלטיקה. החוק מאפשר לייבא מוצרים על בסיס עמידה ברגולציה בין-לאומית, במסלול של הצהרה ללא צורך בהתאמות לרגולציה הישראלית וללא צורך באישורים מוקדמים.

החידוש של התוכנית הכלכלית שאומצה בחוק ההסדרים מבוטא בכמה עניינים: 1. מעבר למסלולי הצהרה – במסגרתם הליך האכיפה של דרישות חוקיות היבוא יתבסס על הצהרות היבואנים בדבר עמידתם בדרישות (סעיף 2א לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979); 2. אימוץ רגולציה בינלאומית – במסגרת התיקון צומצמו הדרישות הייחודיות לרגולציה הישראלית, ונעשה מעבר להתבססות על רגולציה זרה לצורך עמידה בדרישות חוקיות היבוא (סעיף 9 לחוק התקנים, תשי"ג-1953); 3. קידום יבוא מקביל – במסגרתו נקבע עקרון מנחה לרגולטורים בעניין היבוא המקביל, לפיו הם לא ידרשו מסמכים שמקורם בקשר עם היצרן (סעיף 3ב(ב1) לחוק מקורות אנרגיה, תשי"ן-1989). 4. הגברת אכיפה בשווקים – לצד הרפורמה וההקלות שיינתנו במסגרתה כאמור, האחריות לתקינות המוצרים תוטל על היבואנים ותוגבר האכיפה. הרפורמה חלה על היבוא בתחומי התקינה, האנרגיה, המזון והתמרוקים (פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979, בחוק התקנים, תשי"ג-1953, בחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון), בפקודת הרוקחים [נוסח חדש], תשמ"א-1981 ובחוק מקורות אנרגיה, תשי"ן-1989).

בתחום התקינה: במסגרת הרפורמה, יבואן יכול להצהיר באופן מקוון (לגבי מרבית הטובין) על עמידתו בדרישות תקן ישראלי רשמי, ללא צורך בבדיקות בגבול על מנת לשחרר את הטובין מרשויות המכס.⁸⁶ בנוסף, נפתח מסלול יבוא חדש במסגרתו ניתן לייבא טובין שעומדים בדרישות התקינה הבינלאומית,⁸⁷ ומנויים ב"רשימה החיובית" (מאגר נתונים שכולל את רשימת התקנים המאושרים ליבוא תחת מסלול תקינה בינלאומית). הרשימה כוללת את מספרי התקנים, התנאים הנדרשים לשם יבוא במסגרת הרפורמה, לרבות תעודות הבדיקה והמסמכים הנדרשים לצורך שחרור טובין מיובאים לפי תקנים או אסדרה בינלאומיים המאומצים התקנים ישראלים רשמיים.⁸⁸ על היבואן, להגיש הצהרת יבואן ותעודת בדיקה מאת מעבדה מוסמכת על ידי גוף החבר בארגון ILAC (הארגון הבין-לאומי של גופי הסמכת מעבדות וגופי פיקוח), התחייבות שהטובין

⁸⁶ סעיף 2א(ב) לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979.

⁸⁷ בהתאם לסעיף 9(א)(1) לחוק התקנים, תשי"ג-1953.

⁸⁸ הרשימה מופיעה על גבי קובץ "אקסל" ומפורסמת באתר משרד הכלכלה והתעשייה, ראו:

<https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/approved-casis-list>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

שבמשלוח זהים לטובין שאליהם מתייחסת תעודת הבדיקה וכן התחייבות להשלמת הסימון הנדרש לפי הדין הישראלי והתאמה לרשת החשמל בישראל.⁸⁹ על היבואן בכל מסלולי יבוא טובין לפי תקן רשמי חלה חובת החזקת תיק מוצר⁹⁰ כמפורט בהנחיות והוראות הממונה על התקינה.⁹¹ את ההצהרות מגישים באמצעות טופס אינטרנטי.⁹²

בתחום האנרגיה: במסגרת הרפורמה,⁹³ יבואן או יצרן של מוצרי חשמל יידרש לעמוד בדרישות חוקיות היבוא האירופיות לעניין דרישות נצילות באנרגיה, דרישות הספק במצב המתנה ודרישות לעניין תווית דירוג אנרגיה, על מנת לקבל אישור אנרגיה ולייבא או לשווק את המוצר לישראל.⁹⁴ משרד האנרגיה מפרסם טבלה עם רשימת מוצרי החשמל עליהם חלה הרפורמה ופירוט בנוגע לרגולציות האירופאיות החלות בהתאם.⁹⁵ עם החלת הרפורמה ניתן לייבא את המוצרים בכפוף להצהרה בלבד.⁹⁶ במסגרת ההצהרה נדרש להתחייב כי המכשיר שלגביו התבקש האישור זהה למכשיר המפורט במסמכים; לצרף את אחד מהמסמכים: מסמך הצהרת התאמה לתקנות ולתקנים אירופאיים DOC באנגלית מטעם היצרן או מטעם נציגות שהסמיך היצרן או תעודת בדיקה מאת מעבדה מוסמכת של ארגון ILAC או מת"י או מעבדה מאושרת, שהמוצר עומד בדרישות חוקיות היבוא האירופיות; וכן להציג תווית דירוג אנרגטי המתאימה לרמת הנצילות האנרגטית של מכשיר החשמל, אם זו נדרשת לפי חוקיות היבוא האירופיות. על מנת להגיש את הבקשה לייבוא מוצרי חשמל במסגרת הרפורמה, הוקם טופס ייעודי ליבואנים דרך מערכת ההזדהות הממשלתית, כשבאפשרותם לנהוג על פי אחד מהמסלולים הבאים: מסלול הצהרה לפי חוקיות יבוא אירופית, במסגרתו היבואן מצהיר על עמידה בחוקיות היבוא האירופית ומצרף את ה-DOC או אישור מעבדה מוסמכת ע"י ארגון ILAC/מת"י/מעבדה מאושרת; מסלול נוסף הוא מסלול בדיקת מעבדה לפי חוקיות יבוא אירופית, במסגרתו שולח היבואן אב טיפוס של המכשיר החשמלי למעבדה לבדיקת עמידה בדרישות החוקיות האירופיות.⁹⁷

⁸⁹ סעיף 9 (א)(1)(ב) לחוק התקנים.

⁹⁰ בהתאם לסעיף 2יב והתוספת לפקודת היבוא והיצוא.

⁹¹ כפי שפורסמו באתר משרד הכלכלה, ראו:

https://www.gov.il/he/departments/policies/goods_imports_with_official_standard_procedure_e_march_2018

⁹² ראו: <https://www.gov.il/he/service/approval-from-the-regulatory-commissioner-for-imported-goods>

⁹³ תיקון מס' 3 לחוק מקורות אנרגיה, תש"ן-1989.

⁹⁴ להסבר מפורט בדבר חוקיות היבוא באירופה ראו:

https://www.gov.il/he/departments/guides/import_electrical_products:chapterIndex=4

⁹⁵ ראו:

https://www.gov.il/he/departments/guides/import_electrical_products:chapterIndex=5

⁹⁶ סעיף 2א(ב) לפקודת היבוא והיצוא.

⁹⁷ להסבר וקישור לטופס היבואן ראו:

https://www.gov.il/BlobFolder/guide/import_electrical_products/he/presentation_info_importer.pdf

בתחום המזון: הרפורמה⁹⁸ מאמצת את הדין האירופי לעניין מזהמים כימיים ומיקרוביולוגיים ושאריות חומרי הדברה. הושק מסלול נוסף הנקרא "מסלול ירוק" ליבוא מזון המשווק במדינות האיחוד האירופי, שחל על מזון "רגיל" ו"רגיש"⁹⁹ ומבוסס על הצהרה במקום הצגת אישורים בהליך הייבוא. על מנת לפעול במסלול הירוק יש צורך באישור ורישום מיוחד של יבואן כ"יבואן נאות". משרד הבריאות, באמצעות שירות המזון הארצי מפרט את הנדרש מיבואן על מנת ליבא במסלול יבואן נאות במסלול האירופי ומפנה לרישום והצהרה בפורטל שירות המזון.¹⁰⁰ שירות המזון הארצי פיתח לומדה שמפרטת את הנדרש מיבואן נאות.¹⁰¹ סעיף 115 בחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון, תיקון 2021) מפרט את דרישות איכות ובטיחות המזון שעל היבואן הנאות ליישם על מנת להירשם כיבואן נאות במרשם היבואנים. כאמור, יבואנים שיהיו מעוניינים להגיש בקשה ליבוא מזון במסלול האירופאי, יוכלו לעשות זאת באמצעות טופס הצהרה מקוון באתר שירות המזון, בהתאם לתנאים המופיעים בסעיף 54 לחוק המזון.

בתחום התמרוקים: במסגרת הרפורמה¹⁰² ניתן לייבא לארץ מוצרים (המפורטים בתוספת הרביעית בפקודת הרוקחים) המשווקים בשוק האירופאי, בהתבסס על דרישות חוקיות היבוא של האיחוד האירופי בעניין (בהתאם לסעיף 55 לפקודה). על היבואן להירשם במרשם העוסקים בתמרוקים אצל המנהל הכללי של משרד הבריאות בהתאם לדרישות המופיעות בסעיף 1א55 לפקודה. במסגרת יבוא במסלול זה, יבואנים יידרשו להחזיק תיק מוצר ולמנות נציג, שיוודא את עמידת התמרוקים בדרישות החוק האירופאי (סעיפים 5א55 ו-10א55). הנציג יגיש באופן מקוון למנהל הכללי של משרד הבריאות תצהיר שכולל את פרטיו בהתאם להוראות סעיף 6א55. בנוסף, נפתח מסלול חדש ליבוא מקביל על בסיס אישור התאמה (סימן ג' לפקודה), שמאפשר יבוא של תמרוקים, שמאפייניהם ייבחנו ביחס לתמרוקים שמייבא היבואן הישיר. את הבדיקות ניתן לבצע מול מכון התקנים או מעבדות נוספות שיוסמכו לשם כך על ידי הרשות להסמכת מעבדות והן יתנו אישור לשחרור ולשיווק המוצר.

לסיכום: תיקוני החקיקה שנסקרו לעיל מאמצים מנגנון חדשני לפיו די בהצהרת יבואן על אודות עמידה בדרישות הרגולציה לצורך יבוא טובין לישראל, ואין צורך באישור שלטוני. הוכרו מסלולי ייבוא שאינם מחייבים להציג קשר של היבואן עם היצרן. הרקע למהלך דרמטי זה נעוץ במדיניות הממשלה לפעול להגברת התחרות ולייעול תהליכי האסדרה בתחום הייבוא.¹⁰³ עבודת הצוות ברקע להחלטת הממשלה הנ"ל הראתה את מה שידוע היטב - שרמת המחירים בישראל גבוהה משמעותית ביחס לממוצע מדינות ה-OECD ועומדת על כ-27%; בעיה זו מושפעת מאוד מהיקף הייבוא למדינה; והיקף היבוא בישראל הוא מהנמוכים בקרב מדינות ה-OECD. תיקון החקיקה נועד

⁹⁸ תיקון מס' 3 לחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון), (תשע"ו-2015).

⁹⁹ לרשימת המוצרים המלאה המוגדרת "מזון רגיש" ראו באתר משרד הבריאות:

<https://www.health.gov.il/LegislationLibrary/Health-Mazon59.pdf>

¹⁰⁰ ראו <https://www.gov.il/he/Departments/General/proper-importer>

¹⁰¹ ראו <https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/lomda-proper-importer>

¹⁰² תיקון מס' 32 לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981.

¹⁰³ ראו: החלטה 243 של הממשלה ה-36 "תכנית רוחבית לפתיחת המשק ליבוא והפחתת יוקר המחיה"

https://www.gov.il/he/departments/policies/dec243_2021 (01.08.2021)

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

להתמודד עם חסמי היבוא העיקריים ולקדם את פתיחת השוק ליבוא כדי לחולל תחרות ולהזייל מחירים.

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

ביום 18.7.2018 התקבל חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשע"ח-2018. מטרת התיקון היא להפחית חסמים ומגבלות על ייבוא אישי ועל יבוא מקביל. התיקון הסמיך את הממונה על התחרות לתת הוראות לייבואן ישיר, במקרה שבו נוכח הממונה שכתוצאה ממעמדו של הייבואן הישיר קיים חשש לפגיעה משמעותית בייבוא מקביל או בייבוא אישי, וכתוצאה מכך עלולה להיפגע באופן משמעותי התחרות בענף שבו פועל הייבואן הישיר. ייבואן ישיר הוגדר בתיקון לחוק כמי שמייבא לישראל טובין או מפיץ טובין שיובאו לישראל, בהתאם להסדר עם יצרן הטובין במדינת חוץ, וכן כמי שמייצר טובין בישראל מכוח הסדר עם אדם במדינת חוץ.¹⁰⁴

בדברי ההסבר לחוק נכתב כך:

"התחרות מצד היבוא המקביל היא בעלת משמעות רבה, בעיקר בהיבט התחרות על המחיר. יבוא מקביל יכול להזייל מחיר לצרכן, בנסיבות מתאימות, על ידי ניצול של פער במחירו של מוצר מסוים בשני שווקים או יותר (ארביטריז). 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-מותרית משמעותית ויבואן ישיר מחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא. הדין הישראלי הכיר בחשיבותו של היבוא המקביל כמחולל תחרות ובחוקיותו של יבוא מקביל. תכליתו המרכזית של התיקון המוצע היא למנוע פגיעה בתחרות בידי יבואן ישיר של הטובין בדרך שלסיכול או צמצום התחרות מיבוא מקביל..."¹⁰⁵

תזכיר חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס'...) (הסרת חסמים בתחום היבוא)(הוראת שעה), התשפ"ב – 2022

בשנת 2021, טרם פקיעת תיקון מס' 20 לחוק התחרות הכלכלית – הוראת שעה, פורסמה "טיוטת צו ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשפ"א-2021, במטרה להאריך בצו את תוקפו של התיקון.¹⁰⁶ בפועל, התיקון לא הוארך בצו, ומכאן נולד תזכיר חוק התחרות הכלכלית - שיוצג להלן.

¹⁰⁴ ראו חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 - הוראת שעה), התשע"ח-2018. <https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=LawReshumot&lawitemid=2024339>

¹⁰⁵ דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (מתן הוראות ליבואן ישיר – הוראת שעה), התשע"ח-2017, ה"ח הממשלה 1174 https://fs.knesset.gov.il/20/law/20_ls1_394824.pdf

¹⁰⁶ ראו טיוטת צו ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20 – הוראת שעה), התשפ"א-2021. <https://www.gov.il/he/departments/legalInfo/draftamendment>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ביום 14.2.2022 פרסמה רשות התחרות את 'תזכיר חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס')...' (הסרת חסמים בתחום היבוא)(הוראת שעה), התשפ"ב – 2022' (להלן: "התזכיר").¹⁰⁷ תיקון החוק נועד למנוע פגיעה בתחרות באמצעות סיכול או צמצום התחרות מיבוא מקביל על ידי היבואן המורשה של טובין.¹⁰⁸ בתזכיר מוסבר כי ליבוא חשיבות רבה כמחולל תחרות במשק הישראלי. התזכיר מדבר על שני מסלולי יבוא עיקריים שנפוצים: יבוא "מורשה" ויבוא "מקביל", כשלצידן עומד מסלול יבוא נוסף, שבשנים האחרונות חשיבותו לתחרות גוברת והוא היבוא האישי הישיר על ידי הצרכן הסופי של המוצר, בדרך כלל באמצעות האינטרנט.¹⁰⁹

הוסבר, כי לתחרות מצד היבוא המקביל משמעות רבה, בפרט בהיבט התחרות על המחיר. כך, היבוא המקביל עשוי להזיל את המחיר לצרכן על ידי קניית הטובין בשווקים בהם הם נמכרים במחיר נמוך יותר או לחילופין באמצעות קניית עודפים. במקרים שבהם כמעט ולא מתקיימת תחרות בין-מותגית¹¹⁰ עזה ויבואן מורשה מחזיק בכוח שוק ביחס למותגים שהוא מייבא, התחרות מייבוא מקביל הופכת אף לקריטית יותר שעה שהיא עשויה להיות מקור התחרות העיקרי על ליבו של הצרכן.¹¹¹

התזכיר ביקש לתקן את חוק התחרות הכלכלית על דרך של הוספת שני איסורים:

- (1) איסור על מעשים שתוצאתם פגיעה בייבוא מקביל ופגיעה בתחרות בענף.
- (2) איסור על מעשים שעיקרם פגיעה בייבוא מקביל או שאינם נחוצים לצורך עיקר יבוא טובין כייבואן ישיר – מוסבר, כי בשונה מהאיסור המתואר בסעיף לעיל, שבוחן את המעשה בראי תוצאתו האפשרית, האיסור המתואר כאן בוחן את עיקרו של המעשה. קרי, אוסר על ייבואן ישיר לעשות מעשה שעיקרו הפחתת או מניעת התחרות מצד ייבוא מקביל, ללא בחינה מהותית של ההשפעה שעשויה להיות למעשה על התחרות הכוללת בענף. לא זו בלבד, אלא שעל פי התיקון, אף במצב בו עיקרו של המעשה לא נועד להפחית או למנוע ייבוא מקביל ומטרתו היא תכלית עסקית לגיטימית אחרת, אך יש חשש כי יביא להפחתת התחרות מצב ייבוא מקביל – המעשה יהא אסור, אלא בנסיבות בהן הוא נחוץ לייבואן הישיר כדי לממש עיקרו של ייבוא הטובין על ידו כייבואן ישיר. כלומר, במצב בו לייבואן הישיר אין דרך חלופית (שלא תביא לפגיעה בתחרות מצד ייבוא מקביל) להשיג את אותה תכלית עסקית לגיטימית שבבסיס המעשה הנבחן.

¹⁰⁷ תזכיר חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס')... (הסרת חסמים בתחום היבוא)(הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 <https://bit.ly/3j3oHO4>

¹⁰⁸ שם.

¹⁰⁹ שם.

¹¹⁰ תחרות בין-מותגית היא תחרות חיצונית המתקיימת בין מוצרים חלופיים, זאת בשונה מתחרות תוך-מותגית שהיא מישור אחר של תחרות הנעוץ בשיווק מתחרה בין סוכנים של אותו מוצר. להרחבה בעניין ראו סורוקר, לעיל ה"ש 62.

¹¹¹ תזכיר חוק התחרות הכלכלית, לעיל ה"ש 107.

על מנת לאכוף איסורים אלה, מוצע במסגרת התזכיר לתיקון החוק להקנות לממונה על התחרות סמכות להטיל עיצומים בגין הפרה שלהם.

ביום 20.4.2022 התקבלה החלטת ממשלה בעניין טיוטת חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 1) (הסרת חסמים בתחום היבוא) (הוראת שעה), התשפ"ב-2022' (להלן: תיקון חוק התחרות הכלכלית),¹¹² שאישרה את תיקון חוק התחרות הכלכלית בהוראת שעה.

הצעת חוק התחרות הכלכלית (איסור פגיעה ביבוא מקביל או ביבוא אישי) (הוראת שעה), התשפ"ב-2022

הצעת-החוק, שאושרה לאחרונה בוועדה לקריאה שניה ושלישית¹¹³ מכירה ביבוא המקביל כמהלך משמעותי ליצירת תחרות ולמאבק ביוקר המחיה. ההצעה הונחה על שולחן הוועדה לאחר שבשנת 2020 פקע תוקף הוראת השעה תיקון מספר 20 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; זו העניקה לממונה על התחרות סמכות לתת הוראות ליבואן ישיר שכתוצאה ממעמדו או התנהגותו התעורר חשש לפגיעה משמעותית ביבוא מקביל או אישי.

הצעת-החוק מבקשת להוסיף את פרק ד'2 לחוק, בו יוטל איסור על יבואן ישיר לעשות מעשה שעלול לפגוע ביבוא מקביל או אישי, וזאת כהוראת שעה לשש שנים. על פי ההצעה, "מעשה" יוגדר כך שיכלול בין השאר סירוב מצד היבואן הישיר לספק נכס או שירות, וכן דיווח על סחורה שמקורה ביבוא מקביל כדי לעקוב אחר שרשרת האספקה.

28

על פי סעיף 131(א)1 המוצע, על יבואן ישיר ייאסר לעשות מעשה שכתוצאה ממנו עלול להיפגע יבוא מקביל או יבוא אישי בענף שבו פועל היבואן הישיר, ובשל כך עלולה להיפגע התחרות בענף. אם עיקר המעשה אינו במניעת יבוא מקביל או אישי ויש לו תכלית עסקית לגיטימית אחרת, אך הוא עלול להפחית את התחרות, המעשה יהא אסור, ובלבד שהוא לא נחוץ ליבואן הישיר לצורך מימוש עיקרו של יבוא הטובין על ידו.

במסגרת התיקון המוצע תוקנה לממונה על התחרות סמכות להטיל עיצום כספי בשל הפרת האיסור, וזאת עד כ-1 מיליון ש"ח; מפר שהוא תאגיד שמחזור המכירות שלו עלה על 10 מיליון ש"ח בשנה שקדמה להפרה חשוף לעיצום כספי בסכום של עד 8% ממחזור המכירות, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על כ-100 מיליון שקלים חדשים.

חוק הגנה על בריאות הציבור (מזון) התשע"ו-2015

בכל הנוגע לייבוא מזון, במסגרת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015, ובהמשך להמלצות שהוצגו בדו"ח וועדת קדמי, ביקש המחוקק לפעול לפתיחת שוק המזון ליבוא. כאמור לעיל, וועדת קדמי מצאה כי הליכי ייבוא

¹¹² החלטה מס' 1394 של הממשלה ה-36 טיוטת חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 1) (הסרת חסמים בתחום היבוא) (הוראת שעה), התשפ"ב-2022 (20.4.22).

¹¹³ נבדק לאחרונה ביום 23.5.23.

המזון לישראל מסובכים, כך שהם חוסמים למעשה אפשרות לייבוא מקביל של מזון, שבתורו עשוי להפחית את מחירי המזון לצרכן. המלצת הוועדה הייתה לאמץ מערכת פיקוח על הייבוא שדומה למערכת הפיקוח בארה"ב או באיחוד האירופי, בזהירות המתחייבת בענף המזון וההשפעה על בריאות הציבור, בהתבסס על ניתוח סיכונים. לפיכך, כחלק ממהלך זה של המחוקק, נעשתה הבחנה בין סוגי מזון. ביחס למזון שלא הוגדר כ"רגיש", הוקל הנטל הרגולטורי והייבוא מתאפשר ביתר קלות, בדרך של הצהרת יבואן.¹¹⁴

בכל הקשור לייבוא מקביל, סעיף 96 לחוק מטיל על יבואן מזון חובות רגולטוריות בקשר לייבוא מזון, כדלקמן:

96" (א) יבואן מזון יבדוק לגבי כל אחת מהאצוות שבמשלוח כי בוצעה בדיקה המעידה על עמידת המזון בדרישות החלות עליו לפי חקיקת המזון ולפי הוראות שנתן מנהל שירות המזון לפי פרק זה.

(ב) יבואן מזון ישמור לגבי כל אחת מהאצוות שבמשלוח המזון תוצאות של בדיקה שנערכה כאמור בסעיף קטן (א).

(ג) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), יבואן שיש לו קשר עם יצרן המזון, בין באופן ישיר ובין באמצעות ספק שלו יש קשר ישיר עם יצרן המזון, רשאי לבדוק את עמידת המזון בדרישות החלות עליו לפי חקיקת המזון ולפי הוראות שנתן מנהל שירות המזון לפי פרק זה באמצעות מסמכים לפי פסקאות (1) ו-(2) שלהלן, וישמור מסמכים אלה:

(1) מסמך חתום על ידי היצרן המעיד על הרכב המזון; לעניין מזון המיוצר בהרכב שונה המיוחד לצורך מכירה בישראל, יכלול המסמך גם אישור של היצרן שהמזון מיוצר במיוחד לצורך ייצוא לישראל;

(2) מסמך חתום על ידי היצרן, שבו מוצהר כי האצוות שבמשלוח עומדות במפרט של המזון שבמשלוח, כפי שקבע היצרן, או תוצאות בדיקה כאמור בסעיף קטן (א) לגבי לפחות אחת מהאצוות שבמשלוח.

(ד) על אף האמור בסעיף קטן (א), יבואן של מזון רגיל או מזון במסלול האירופי שהוא תוצרת חקלאית טרייה או מוצר שבתוספת הרביעית, שמשווק בתפוזרת ואינו מיועד לשיווק קמעונאי, רשאי לשמור בנוגע למזון שבמשלוח מפרט מהמשווק שממנו קיבל את המזון, במקום תוצאות הבדיקה לפי סעיף קטן (א).

(ה) בסעיף זה –

"בדיקה" – בדיקה שנערכה בידי יצרן המזון, מעבדה בישראל או מעבדה שאושרה או הוכרה על ידי אחד הגופים כאמור בסעיפים 42(ב) או 52(ב);

"מפרט" (Specification) – מסמך המתאר את תכונות האיכות והבטיחות של המזון ואת הרכבו, בהתאם לדרישות לפי חקיקת המזון החלות על המזון בעניינים אלה או להוראות מנהל שירות המזון לפי סעיף 101.

"(ההדגשות הוספו)."

הוראת סעיף 96 משפיעה על אפשרות היבוא המקביל של מזון לישראל. כיצד? משום שהיא מקלה את דרישות היבוא עם יבואן הרוכש מזון במישרין מהיצרן או ממי מטעמו (כמו במקרה של יבואן בלעדי), ומכבידה על יבואן מקביל שרוכש מזון מצד שלישי (שאיננו היצרן או מי מטעמו). כאשר מדובר ברכישה מאת היצרן, היבואן יוכל להסתפק בהצגת מסמכים מאת היצרן בדבר הרכב המזון;

¹¹⁴ להרחבה ראו דברי הסבר להצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ה-2015, ה"ח 951.

לעומת זאת, יבואן מקביל שלא רכש מהיצרן - יצטרך לבצע בדיקת מזון. הוראה זו מצמצמת, אם לא מאיינת, יבוא מקביל של מזון הנרכש מצדדים שלישיים. נראה כי ההוראה מבקשת להבטיח את בטיחות הציבור בכל הקשור להיגיינה של המזון ולהרכבו, והיא מעדיפה אינטרס זה על פני השיקול של עידוד היבוא המקביל, על התחרותיות והוזלת המחירים הפוטנציאלית שהוא מביא עמו.

סיכום ביניים

עינינו הרואות כי המחוקק הישראלי מבקש לקדם מדיניות כלכלית שתיתחם את השוק הישראלי לתחרות ותסיר ככל הניתן את החסמים הקיימים לכניסה אל השוק; וכפועל יוצא מכך תושג הוזלת מחירים והקלה בעול משק הבית בישראל. הוועדות המקצועיות שהגישו המלצותיהן הכירו בייבוא ובייבוא המקביל ככלים מחוללי תחרות.

מלאכת האיזון העדין בין סימן המסחר לבין יתרונות היבוא צריכה להיעשות מתוך התחשבות באינטרסים החברתיים הרחבים, המשתקפים במהלכים הרגולטוריים והחקיקתיים שנסקרו לעיל. דיון פורמאליסטי בסימן המסחר עלול להחמיץ את תכלית הזכאות ולהרחיבה מעבר לגבולות הסבירים. כידוע, חקיקה לא נעשית בחלל ריק, אלא על רקע מציאות חברתית ומשפטית שמשתנה עם הזמן. הסביבה היא שמעניקה לחיקוק את חייו, והחיקוק הוא "יצור החי בסביבתו". לפיכך, הכרת המציאות הכלכלית חשובה להפעלת הדיון, כמקור שמצביע על תכלית החקיקה.¹¹⁵ כבי' השי' בדימוס פרופ' אהרון ברק, נשיא בית המשפט העליון לשעבר, התייחס לכך בכותבו: "חקיקה הינה תהליך נמשך. האם עשויה חקיקה מאוחרת להטיל אור על תכליתה של חקיקה קודמת? לדעתי, התשובה בחיוב... חקיקה מאוחרת עשויה לסייע בפירושה של חקיקה קודמת. בחוק חוק חדש, יוצר המחוקק מציאות חקיקתית חדשה ומשנה את ההרמוניה החקיקתית הקיימת, תוך שנוצרת הרמוניה חקיקתית חדשה... החקיקה החדשה משפיעה על נקיטת עמדה באשר לתכליתה של החקיקה הקודמת".¹¹⁶

אנו סבורות, כי על בית המשפט העליון להתחשב במדיניות הרגולטורית העכשווית המבוטאת במאמצים לקדם יבוא לישראל, שעה שהוא תוחם את גבולותיו הראויים של סימן המסחר, ומתוך ראייתו ככלי להשאת הרווחה החברתית.

1. המלצות

פסק הדין בענין **יפאורה** מהווה לדעתנו חריג בנוף המשפטי העכשווי בהתייחס לייבוא המקביל. על אף שבענין **יפאורה** נדונו עובדות מיוחדות שאינן מתארות מקרה אופייני של ייבוא מקביל, קשה

¹¹⁵ אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (פרק רביעי עמ' 351 תשנ"ג).
¹¹⁶ שם, בעמ' 395.

להתחמק מהרושם שבית המשפט נצמד לקריאה דווקנית ושמרנית של הזכות המשפטית הגלומה בסימן המסחר, חלף ראייה רחבה של המציאות הכלכלית והסביבה הרגולטורית המסמנים את היבוא המקביל כדרך להיאבק בריכוזיות המאפיינת את המשק בישראל.

במטרה לקדם וודאות ולהסיר את הספקות בכל הנוגע לייבוא מקביל, המלצתנו היא לחוקק סעיף חוק מפורש בפקודת סימני מסחר לעיגון את המדיניות הרצויה.

ראשית, מוצע להגדיר "ייבוא מקביל" כיבוא סחורה מחו"ל לישראל, אשר סחורה כמוה, זהה או דומה לה בתכונותיה ובייעודה, משווקת בישראל על ידי יצרן הסחורה או על ידי משווק מורשה מטעמו. שנית, מוצע להבהיר כי יבוא מקביל לא מהווה הפרה של סימן המסחר הרשום בישראל, וזאת אלא אם מדובר בזיוף או בהעתקה של הסימן המסחרי הרשום בישראל, או כאשר הסחורה המיובאת שונה בתכונותיה, בטיבה או באיכותה באופן מהותי מהסחורה המקורית, באופן שיש בו כדי להטעות את ציבור הצרכנים.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוקר

עו"ד בתיה כהן, עוזרת משפטית