



תיקון גילוי דעת 1/16: שיקולי הממונה על התחרות בקביעת גובה עיצום כספי

תוכן עניינים

א.	מבוא	2
א.1.	המסגרת החוקית	3
ב.	אופן קביעת סכום העיצום הכספי – כללי	4
ג.	אופן קביעת סכום העיצום הכספי לגבי תאגיד	5
ג.1.	שלב ראשון – קביעת מסגרת העיצום	5
ג.2.	שלב שני – הערכת חומרת ההפרה וקביעת עיצום הבסיס : 5%-90% ממסגרת העיצום	8
ג.3.	עיצומים בנוגע לאכיפת הפרות שבמרכזן פגיעה במערך הפיקוח מראש	10
ג.4.	שלב שלישי – נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה	11
ג.5.	שלב רביעי – נסיבות חיצוניות להפרה	12
ג.6.	שלב חמישי – שיקולים נוספים	13
ג.7.	שלב שישי – סכום עיצום מקסימלי וסכום עיצום מינימלי	14
ג.8.	שלב שביעי – פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה	14
ד.	הטלת עיצום כספי על מפר יחיד	15
ד.1.	התנאים להטלת עיצום כספי על נושא משרה	15
ד.2.	אופן קביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על נושא משרה	16
ה.	אופן קביעת סכום העיצום הכספי ביחס להפרות המנויות בסעיף 50ד(ב)	19
ו.	מפר שזכה לחסינות מהעמדה לדין פלילי	20
ז.	צו מוסכם	21
ח.	סיכום	21

א. מבוא

ביום 7.5.12 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את תיקון מס' 13 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן **החוק** או בשמו החדש **חוק התחרות הכלכלית**), במסגרתו הוסף לחוק פרק ז'¹, אשר מסמיך את הממונה על התחרות (להלן **הממונה**) להטיל עיצומים כספיים בגין הפרות שונות של הוראות החוק. בפרק זה נקבעו הוראות אשר תכליתן, בין היתר, לקבוע את אופן הטלת עיצום כספי על אדם או תאגיד שהפר הוראה מהוראות החוק (להלן **המפר**), את השיקולים בקביעת גובה העיצום ואת גובה העיצום המרבי, העומד על הנמוך מבין שתי אפשרויות:¹

- א. תקרה בשיעור 8% ממחזור המכירות של התאגיד המפר (להלן **התקרה היחסית**);
- ב. תקרה מספרית הקבועה בחוק בהתאם להחלטת המחוקק (להלן **התקרה הקבועה**).

סעיף 50 לחוק קובע רשימה בלתי ממצה של הנסיבות והשיקולים שתשקול הממונה בבואה לקבוע את סכום העיצום שבדעתה להטיל. ביום 26.10.2016 פורסם גילוי דעת 1/16 המפרט את אמות המידה לשיקול הדעת של הממונה על התחרות בקביעת גובה עיצום כספי.²

ביום 1.1.2019 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את תיקון מס' 21 לחוק. כחלק מהתיקון, תוקן פרק ז' והתקרה הקבועה שהממונה רשאית להטיל על תאגיד שהפר את החוק שונתה והיא עומדת כיום על 100 מיליון ש"ח.

עובר לתיקון מס' 21 לחוק, התקרה הקבועה עמדה על סכום של 24,563,540 ש"ח. בשינוי התקרה הקבועה, המחוקק הביע את דעתו בדבר חשיבותו של מנגנון העיצומים הכספיים כמקדם הרתעה אפקטיבית מפני הפרת החוק ולחשיבות התאמת גובה העיצום לזהות המפר. המחוקק הכיר בכך שהגבלת העיצום בסכום קבוע יוצרת עיוות המטיב עם חברות גדולות רק משום גודלן, אך מתוך רצון לייצר מגבלה קבועה ליכולת הממונה להטיל עיצום כספי במסגרת הליך מנהלי הוחלט לשמר את התקרה, תוך הגדלה משמעותית שלה.

גילוי הדעת הנוכחי מתקן את גילוי דעת 1/16, וזאת בהתבסס על הניסיון שנצבר ברשות התחרות (להלן **הרשות**) מאז כניסתה לתוקף של הסמכות להטיל עיצומים כספיים, ונוכח הצורך להתאימו להוראות שנקבעו בתיקון מס' 21 לחוק ביחס לסמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים ולרציונליים העומדים בבסיסה.

¹ ראו סעיף 50ד(א) לחוק. בהתאם להוראת סעיף 50ט(ב) לחוק, סכומי העיצום הכספי הקבועים בסעיף 50 לחוק יעודכנו ב-1 בינואר בכל שנה, כקבוע בסעיף. לגבי אדם או לגבי תאגיד שמחזור המכירות שלו נמוך מ-10 מיליון ש"ח, סכום העיצום המקסימלי המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 1,035,730 ש"ח, גם אם מדובר בסכום גבוה מ-8% ממחזור המכירות שלו.

² גילוי דעת 1/16 של הממונה על התחרות "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי" (26.10.2016) **רשות התחרות** 501072 (להלן **גילוי דעת 1/16**).

מטרתו של גילוי דעת זה להתוות את שיקול דעתה של הממונה בעת קביעת סכום העיצום הכספי ולהקנות מידה מספקת של ודאות למגזר העסקי, תוך שמירה על יכולתה של הממונה לקבוע עיצום התואם את נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה.

א.1. המסגרת החוקית

סעיף 50ד לחוק מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי על אדם, ובכלל זה תאגיד, שהפר הוראה מהוראות החוק המפורטות בסעיף וקובע את סכום העיצום הכספי המרבי שניתן להטיל על המפר, כאמור בסעיף:

50ד. (א) הפר אדם הוראה מההוראות לפי חוק זה כמפורט להלן, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי לפי הוראות פרק זה, בסכום של עד 1,035,730 שקלים חדשים; היה המפר תאגיד והיה לו, בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה, מחזור מכירות בסכום העולה על עשרה מיליון שקלים חדשים, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי בשיעור של עד שמונה אחוזים ממחזור המכירות כאמור, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 100 מיליון שקלים חדשים:

(1) היה צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, בלא אישור, היתר זמני, פטור או פטור סוג, או הפר תנאי מהתנאים שבהם הותנה אישור, היתר או פטור כאמור, בניגוד להוראות סעיף 4;

(2) עשה מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, שלא בהתאם להוראות לפי פרק ג', ובכלל זה הפר תנאי שקבע בית הדין או הממונה לפי סעיף 21(א) או 22(ג);

(3) עשה מעשה המהווה סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש נכס או שירות שבמונופולין, בניגוד להוראות סעיף 29, או המהווה ניצול לרעה של מעמדו, בניגוד להוראות סעיף 29א, ובלבד שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה, ברשומות;

(4) הפר הוראה שנתן הממונה לגבי מונופולין לפי סעיף 30;

(5) הפר הוראה שנתן הממונה לגבי קבוצת ריכוז לפי סעיף 31ג;

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

(6) הפר הוראה מההוראות צו מוסכם שניתן לפי סעיף 50ב.

(ב) הפר אדם דרישה למסור ידיעות, מסמכים, פנקסים או שאר תעודות, שניתנה לפי סעיף 46(ב), רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי לפי הוראות פרק זה, בסכום של עד 310,720 שקלים חדשים; היה המפר תאגיד והיה לו, בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה, מחזור מכירות בסכום העולה על עשרה מיליון שקלים חדשים, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי בשיעור של עד שלושה אחוזים ממחזור המכירות כאמור, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 8,285,810 שקלים חדשים.

סעיף 50ה לחוק קובע שיקולים ונסיבות שעל הממונה לשקול בבואה לקבוע את סכום העיצום הכספי שתטיל לפי סעיף 50ד, לפי העניין. רשימת השיקולים הקבועה בסעיף אינה סגורה והממונה רשאית לשקול שיקולים נוספים הרלוונטיים להחלטה, כאמור בסעיף:

50ה. בבואו לקבוע את סכום העיצום הכספי שיטיל לפי סעיף 50ד, ישקול הממונה, בין השאר, את הנסיבות והשיקולים שלהלן, לפי העניין:

(1) משך ההפרה;

(2) מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור;

(3) חלקו של המפר בהפרה, ומידת השפעתו על ביצועה ;
(4) קיומן או העדרן של הפרות קודמות ומועד ביצוען ;
(5) פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, לרבות דיווח מיוזמתו על ההפרה, או פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה ;
(6) לגבי מפר שהוא יחיד – יכולתו הכלכלית, ובכלל זה הכנסתו שהופקה או שנצמחה מתאגיד הקשור בהפרה, וכן נסיבות אישיות שבעטיין בוצעה ההפרה או נסיבות אישיות קשות המצדיקות שלא למצות את הדין עם המפר ;
(7) לגבי מפר שהוא תאגיד – קיומו של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק.

בהינתן המסגרת החוקית האמורה ובכפוף לה, נעמוד להלן על האופן בו תקבע הממונה את סכום העיצום הכספי שיוטל על מפר – תאגיד ויחיד. בכלל זה נעמוד על טיבם של השיקולים הרלוונטיים בקביעת גובה העיצום, האופן בו משתלבים כלל השיקולים ונסיבות העניין, והמשקל שיש להעניק לכל שיקול או לקבוצות של שיקולים על פי טיבם. גילוי הדעת ימשיך כדלהלן:

בפרק ב ידונו, בקווים כלליים, עקרונות אופן קביעת סכום העיצום הכספי לכלל המפרים ;

בפרק ג ידון אופן קביעת העיצום הכספי בגין הפרות החוק המנויות בסעיף 50ד(א) ביחס לתאגיד מפר ;

בפרק ד יפורטו התנאים להטלת עיצום כספי על מפר יחיד של הוראות החוק המנויות בסעיף 50ד(א) ואופן קביעתו ;

בפרק ה ידונו הפרות החוק המנויות בסעיף 50ד(ב) לחוק – אי מענה לדרישת הממונה למסור ידיעות, מסמכים ועוד מכח סעיף 46(ב), הן ביחס לתאגיד מפר והן ביחס למפר יחיד ;
לבסוף תובא התייחסות הממונה לסוגיות נוספות שיכולות להשפיע על גובה העיצום הכספי, כגון חסינות מהעמדה לדין פלילי והגעה לצו מוסכם.

ב. אופן קביעת סכום העיצום הכספי – כללי

קביעת סכום העיצום בגין הפרה של החוק שהיא בת עיצום תתבצע, ככלל, על פי השלבים הבאים :

בשלב הראשון תיקבע מסגרת העיצום עבור כל אחד מהמפרים. עבור תאגידי תיקבע מסגרת העיצום בהתאם למחזורי המכירות שלהם, היינו בהתחשב בתקרה היחסית בלבד וללא התחשבות בתקרה הקבועה. עבור נושאי משרה תיקבע מסגרת העיצום כנגזרת של הכנסותיהם ;

בשלב השני יישקלו נסיבות הנוגעות להפרה עצמה ועיקרן מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור בשים לב לזמן התמשכותה. בהתאם לכך תוערך חומרתה של ההפרה. על פי נסיבות ההפרה וחומרתה ייקבע "עיצום הבסיסי", כשיעור באחוזים מתוך מסגרת העיצום. ככלל, בשלב זה עיצום הבסיסי ייקבע כשיעור אחיד עבור כל מפר שמעורב בהפרה;

בשלב השלישי ייבחנו נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה. נסיבות אלו עשויות להוסיף לעיצום הבסיסי או לגרוע ממנו עבור כל מפר ספציפי – כל אחד לפי נסיבותיו;

בשלב הרביעי ייבחנו נסיבות חיצוניות להפרה. במסגרת זאת ייבחן, בין היתר, האם המפר ביצע הפרות קודמות וכן שיקולי הרתעה הולמת. נסיבות אלו עשויות להביא להפחתה או להגדלה של העיצום עבור כל מפר ספציפי – כל אחד לפי נסיבותיו;

בשלב החמישי, במקרים מיוחדים, עשויה הממונה להידרש גם לשיקולים נוספים שישפיעו על גובה העיצום לקלה או לחמורה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה;

בשלב השישי ייבדק סכום העיצום שהתקבל במודל אל מול התקרה הקבועה ובמקרים בהם הוא עולה על התקרה הקבועה, ייקבע סכום העיצום על 100 מיליון ש"ח;

בשלב השביעי תבחן הממונה האם יש מקום להקל בגובה העיצום לאור פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, לרבות דיווח מיוזמתו על ההפרה או פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה.

כמו כן, תשקול הממונה את השפעת העיצום על יכולתו של מפר שהוא תאגיד לפרוע את חובותיו, כמו גם נסיבות אישיות של מפר שהוא יחיד.

ג. אופן קביעת סכום העיצום הכספי לגבי תאגיד

אופן קביעת העיצום בעניינו של מפר שהוא תאגיד ייקבע בהתאם לשלבים שלהלן:

ג.1. שלב ראשון – קביעת מסגרת העיצום

ככלל, **מסגרת העיצום** תעמוד על 8% ממחזור המכירות של המפר³ בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה (להלן **מחזור המכירות הכולל**)⁴.

יחד עם זאת, לעתים מחזור המכירות הכולל של תאגיד מפר מכיל היקפי מכירות שמקורם בפעילות המפר בתחומים מובחנים לחלוטין מתחום הפעילות אליו משתייכים המוצר או

³ ראו ה"ש 1 לעיל. הסכום המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 100 מיליון ש"ח.
⁴ בחישוב מחזור מכירות כולל, נלקח בחשבון מחזור המכירות של כלל הגופים השולטים במפר, הנשלטים על ידו וכל גוף הנשלט על ידי מי מהם, במישרין או בעקיפין, והכל בשנה שקדמה להפרה. זאת, בדומה לחישוב מחזור מכירות של חברות מתמזגות - ראו סעיף 9 לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004 וכן הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיוזגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, **רשות התחרות**, 5000631, בעמ' 28.

השירות אליהם נוגעת ההפרה. הכוונה היא לאותם תחומי פעילות שלא מקיימים כל זיקה תחרותית (אופקית, אנכית או משלימה) לתחום אליו נוגעת ההפרה, ואשר ביחס אליהם לא תיתכן השפעה כלל, ולו עקיפה, של מעשה ההפרה (להלן **מחזור מוחרג**). החרגת היקפי מכירות אלו מהמחזור ממנו מחושב העיצום נועדה כדי למנוע עיוות שעלול להיווצר בגובה העיצום שמוטל על תאגידים שביצעו הפרה הנוגעת לתחום פעילות ספציפי ועלולים למצוא עצמם נקנסים בגין מחזורי מכירות שאין להם כל קשר מכל סוג שהוא לתחום הפעילות אליו נוגעת ההפרה. קווים מסייעים לאיתור מחזור מוחרג ע"י המפר יפורטו בתת-פרק ג.2.1 בגילוי דעת זה.

בבוא הממונה לחשב את מסגרת העיצום, היא תתחשב בקיומו של מחזור מוחרג, כך שהיקפי מכירות ברורים ומובחנים, ככל שיוכחו בפני הממונה, לא יכללו במחזור המכירות ממנו תיגזר מסגרת העיצום. במקרים אלו, מסגרת העיצום תיקבע על 8% ממחזור המכירות הכולל של התאגיד המפר, בניכוי המחזור המוחרג (להלן **מחזור המכירות הרלוונטי**).

ג.1.1. חישוב מחזור המכירות הרלוונטי במקרה של הפרה נמשכת

כאשר ההפרה התבצעה על פני יותר משנה קלנדרית אחת, מחזור המכירות הרלוונטי יחושב כממוצע משוקלל, בו יילקחו בחשבון משקלם היחסי של מחזורי המכירות הרלוונטיים השנתיים בשנים שקדמו לכל השנים בהן בוצעה ההפרה.

דוגמה: עבור הפרה שהחלה ב-1.6.2019 והסתיימה ב-30.9.2020 נמצא שמחזור המכירות הרלוונטי של תאגיד בשנת 2018 הוא 250,000 ש"ח, ומחזור המכירות הרלוונטי שלו בשנת 2019 הוא 410,000 ש"ח.

מחזור המכירות הרלוונטי יחושב באופן הבא:

$$\text{המחזור הרלוונטי} = \frac{(250,000 * 7) + (410,000 * 9)}{16 \text{ חודשי הפרה}} = 340,000 \text{ ש"ח}$$

כמו כן, כאשר מדובר בהפרה נמשכת, יתכן שחלו במהלכה שינויים בזהות הגופים הקשורים למפר (למשל, בעקבות מיזוג). מאחר ששינויים אלו משפיעים על מחזור המכירות של המפר,⁵ יחושב במקרים אלו מחזור המכירות עבור כל אחת מהתקופות שבין מועדי השינויים, ויחושב ממוצע משוקלל של מחזורי המכירות הללו (כאשר המשקלות הן משך כל אחת מהתקופות, ביחס למשך ההפרה).

⁵ כאמור לעיל בה"ש 1, בחישוב מחזור מכירות, נלקח בחשבון מחזור המכירות של כלל הגופים השולטים או נשלטים על ידי ובידי המפר וכל גוף הנשלט או שולט במי מהם, במישרין או בעקיפין, והכל במועד ההפרה.

ג.1.2. הערכת המחזור המוחרג והוכחתו ע"י המפר

המחזור הכולל של התאגיד המפר הוא, על פי רוב, קל לבירור וקיימות אמות מידה מקובלות לקביעתו.⁶ שונים הם פני הדברים בבואנו לעמוד על קיומו והיקפו של המחזור המוחרג. זיהוי ואמידת המחזור המוחרג רובצים לפתחם של המפרים, הבקאים ברזי פעילותם העסקית ובטיב ההכנסות המופקות ממנה. לאור זאת, מפר המבקש להחריג הכנסות מסוימות מהמחזור שעל בסיסו תחושב מסגרת העיצום בעניינו נושא בנטל ההוכחה בפני הממונה, ועליו להראות אילו חלקים מהמחזור נבעו רק ממוצרים או שירותים שאינם נוגעים או קשורים לתחום הפעילות הרלוונטי להפרה. בגילוי דעת זה, המונח "תחום" מובא במשמעותו הרחבה, הדומה למשמעות המשמשת לתיאור סקטור במשק או בתעשייה, המחלק את פעילות התאגידים באופן גס לפי עולם התוכן אליו היא משתייכת. לדוגמה: תחום התקשורת, תחום המזון, תחום האנרגיה, תחום התיירות ועוד.

כדי לאתר אילו מוצרים או שירותים עונים על דרישה זו, על המפר להראות שהם משתייכים לתחום פעילות העומד ב-4 התנאים המצטברים הבאים, ומשכך ראויים להחרגה מהמחזור:

1. תחום הפעילות המוחרג מובחן לחלוטין מתחום הפעילות אליו משתייכים המוצרים או השירותים בהם נוגעת ההפרה;
2. תחום הפעילות המוחרג לא מקיים זיקה תחרותית כלל – אופקית, אנכית, משלימה או אחרת – עם תחום הפעילות אליו משתייכים המוצרים או השירותים בהם נוגעת ההפרה;
3. מעשה ההפרה אינו בעל פוטנציאל להשפיע, ולו באופן עקיף, על תחום הפעילות המוחרג;
4. ההכנסות שמקורן בפעילות המוחרגת מנותקות לחלוטין מהכנסות אחרות של התאגיד המפר וניתנות לזיהוי באופן ברור.

ונדגיש – אין מדובר בהבחנה זהה לזו שבהגדרת שוק. בהחלט יתכן ואף סביר להניח כי הכנסות ממוצר, נכס או שירות שאינם נכללים בשוק בו התרחשה ההפרה תיכללנה במחזור המכירות הרלוונטי. כמו כן, לא יוחרגו היקפי הכנסות שמקורם בנכסים, מוצרים או שירותים בעלי תכונות דומות לנכס, לשירות או למוצר המשתייכים לתחום הפעילות בו נוגעת ההפרה.

דוגמה א: חברה בעלת מעמד דומיננטי בייצור, שיווק והפצה של משקאות אלכוהוליים, משקאות קלים ומשקאות חלב סירבה לספק למספר ברים עמם היא מקיימת קשרי מסחר את אחד מסוגי הבירה הפופולריים של החברה, שמהווה שוק נפרד בפני עצמו. לצורך הדוגמה נניח כי פעולה זו של החברה עולה כדי הפרת סעיפים 29 ו-29א לחוק, ובגינה שוקלת הממונה להטיל על החברה עיצום כספי. לצד פעילות החברה בתחום המזון והמשקאות, לחברה גם פעילות מניבה מסוג נדל"ן לתעשייה, שמנוהלת על ידי חברה בת של החברה. מחזור מוחרג אפשרי הוא

⁶ ראו ה"ש 1 לעיל לעניין אופן חישוב המחזור הכולל.

היקף הכנסות החברה מהנדל"ן לתעשייה שמשתייך לתחום פעילות מובחן לחלוטין מתחום המזון והמשקאות, שאינו מקיים עמו זיקה תחרותית, וסביר שיוכח שאין לסירוב האספקה של סוג הבירה הפופולרי לברים פוטנציאל להשפיע בכל אופן שהוא על ההכנסות המופקות מפעילויות אלו. עם זאת, הכנסות החברה ממכירת כל סוגי המשקאות לרבות משקאות חלב ומכירת מזון, לכלל לקוחותיה, לא יוחרגו.

דוגמה ב: קבוצת תקשורת מספקת מגוון שירותים ללקוחות פרטיים ועסקיים באמצעות חברות בת: תקשורת סלולרית, תקשורת ניידת, שיחות בינלאומיות, תשתית אינטרנט, פתרונות ענן ושירותי טלוויזיה מבוססי-רשת (streaming). כמו כן, לקבוצת התקשורת חברה בת שמפיקה תכנים לשידור בשירותי הטלוויזיה של החברה ולמכירה לשידור בחברות נוספות. נניח לצורך הדוגמה שבכוונת הממונה להטיל עיצום כספי על חברת התקשורת בגין הפרה של סעיף 2 לחוק – עשיית הסדר כובל עם ספק שירות אינטרנט, שעיקרו הכתבת מחיר מקסימום לאספקת שירותי אינטרנט על גבי תשתית החברה ללקוחות עסקיים. במקרה זה לא קיים מחזור מוחרג, שכן כל תחומי פעילות החברה משתייכים לתחום התקשורת בו נעשתה ההפרה.

דוגמה ג: לחברת תעופה שעיקר הכנסותיה נובעות ממכירת כרטיסי טיסה ישירות ללקוחות קיימות שתי חברות בנות – האחת עוסקת ביצור, אריזה ושיווק מזון למטוסים והשנייה במכירת חבילות נופש ללקוחות פרטיים. הממונה שוקלת להטיל עיצום כספי על חברת התעופה בגין הפרת סעיף 19 לחוק לאחר שלא מסרה הודעת מיזוג כדין טרם מיזוגה עם חברת תעופה אחרת שכל הכנסותיה מהפעלת טיסות פרטיות לאנשי עסקים. כל הכנסות חברת התעופה נובעות מתחום התיירות והתעופה ולכן לא קיים מחזור מוחרג שראוי להתחשב בו במקרה זה.

וידגש – הפחתת המחזור ממנו תיגזר מסגרת העיצום מהמחזור הכולל למחזור הרלוונטי תתאפשר רק מקום בו המפר הצליח להניח את דעת הממונה שההכנסות המוחרגות אכן נובעות רק מאותו תחום פעילות מובחן העומד בתנאים המצטברים לעיל.

ג.2. שלב שני – הערכת חומרת ההפרה וקביעת עיצום הבסיס: 5%-90% ממסגרת העיצום

בשלב זה תעריך הממונה את חומרת ההפרה נוכח מכלול הנסיבות הקשורות אליה, בדגש על מידת הפגיעה הפוטנציאלית שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור. על פי חומרת ההפרה ייקבע "עיצום הבסיס", כשיעור באחוזים ממסגרת העיצום.

ככלל, עיצום הבסיס ייקבע בטווח שבין 5% ל-90% ממסגרת העיצום שניתן להטיל על התאגיד המפר כפי שחושב בשלב הראשון. מעצם טיבו של עיצום הבסיס, כמשקף את הערכת הממונה בדבר חומרת ההפרה העומדת על הפרק – במקרים בהם ישנו יותר ממפר אחד, עיצום הבסיס (שייקבע כאחוז ממסגרת העיצום) יהיה, ככלל, זהה ביחס לכל אחד מהמפרים שלקחו חלק בהפרה. אלמנטים ייחודיים לכל מפר ומפר יילקחו בחשבון בהמשך.

להלן יפורטו השיקולים שישמשו בקביעת שיעור עיצום הבסיס:

מידת הפגיעה הפוטנציאלית שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור

מידת הפגיעה הפוטנציאלית שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור היא השיקול המרכזי בהערכת חומרת ההפרה, ותשמש כנקודת המוצא בקביעת עיצום הבסיס.

תכלית חוק התחרות – השמירה על התחרות החופשית ומניעת פגיעה בה, מחייבת מתן משקל מרכזי לפגיעה בתחרות שעלולה להיווצר כתוצאה מן ההפרה בגינה מוטל העיצום. בגין הפרות שפגיעתן בתחרות עלולה להיות קשה וחמורה ייקבע עיצום בסיס גבוה. לעומת זאת, בגין הפרות שהחשש התחרותי העולה מהן קל יותר, עיצום הבסיס ייקבע בחלקו הנמוך של התחום.

בכלל זאת, הממונה תבחן את מעמדם של הצדדים להפרה בשווקים שלהפרה יש זיקה אליהם, רמת התחרות בשוק, מידת הפגיעה הפוטנציאלית בשחקנים אחרים בשוק ויתר נסיבות השוק, ככל שאלו רלוונטיות להערכת הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בהפרה.

היעדרה של פגיעה בפועל בתחרות או בציבור אינה כשלעצמה מספיקה כדי להעיד על היעדר פגיעה פוטנציאלית בתחרות, שנבחנת בהתאם לכלל הנסיבות במועד ביצוע ההפרה. עם זאת, קיומה של פגיעה בפועל בתחרות או בציבור, ככל שזו התרחשה, כמו גם נזקים שנגרמו כתוצאה מההפרה, ככל שנגרמו, עשויים ללמד על פוטנציאל הפגיעה בתחרות בעת ביצוע ההפרה. במסגרת שיקול זה, הממונה תבצע **הערכה כללית** בדבר עוצמת הפגיעה בתחרות ובציבור בעקבות ההפרה, על רקע כל הנסיבות והפרמטרים שפורטו לעיל. אין הכוונה לחישוב הנזקים שנגרמו ודי יהיה באינדיקציות כלליות באשר להתרחשות פגיעה בתחרות או בציבור, לקיומו של נזק וכדומה.

משך ההפרה

ככלל, הפרה שנמשכה על פני זמן רב תצדיק הטלת עיצום גבוה יותר בהשוואה להפרה דומה שנמשכה פרק זמן קצר יחסית. הקביעה אם מדובר בפרק זמן קצר או ארוך תיעשה בשים לב לסוג ההפרה המדוברת ולנסיבות העניין. להמחשה, עבור סוגים מסוימים של הפרות, ובנסיבות מסוימות, שבועות ספורים עשויים להוות פרק זמן קצר, בעוד שעבור הפרות אחרות גם ימים אחדים עשויים להיחשב פרק זמן משמעותי. זאת ועוד, משך הזמן יילקח בחשבון אך ורק ככל שמדובר בנתון רלוונטי, שכן לעתים ההפרה מתמצה במעשה (או מחדל) חד פעמי, אשר הניסיון לבחון את משכו איננו רלוונטי.

השפעת משך ההפרה על עיצום הבסיס תיגזר ממידת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות הטמונה בהפרה. כך, שיעור עיצום הבסיס בגין הפרה ארוכה במיוחד, אשר נמצאה ככזאת שפוטנציאל פגיעתה בתחרות מצדיק הטלת עיצום ברף הנמוך של עיצום הבסיס, יהיה גבוה אך במעט

מהפרה דומה שמשכה קצר. מנגד, כאשר מדובר בהפרה בעלת פוטנציאל משמעותי לפגיעה בתחרות, עשוי משך ההפרה להוות מרכיב משמעותי יותר בקביעת עיצום הבסיס.

הסדר עירום

יתכנו מקרים בהם ניתן ללמוד על אודות חומרת ההפרה המינימלית אך ורק על בסיס סיווגו של מעשה ההפרה. זה המצב, ככלל, כאשר עסקינן בהסדר שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה (להלן **הסדר עירום**).⁷ אלו מקרים בהם אין עסקה לגיטימית של שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור המוצר וכו'. כמו כן, הסדרים עירומים אינם יכולים לזכות בפטור מאת הממונה או לחסות תחת פטור סוג.⁸ ככלל, חומרתם של הסדרים עירומים מצדיקה את אכיפתם במסגרת הליך אכיפה פלילי.⁹ עם זאת, יתכנו מקרים נדירים בהם קיים טעם לנתב את האכיפה בעניינו של הסדר עירום דווקא להליך אכיפה מנהלי וזאת בכפוף ובהתאם למדיניות הקבועה של הרשות בעניין כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי דעת 1/12. במקרים אלו, אופיים של הסדרים עירומים, שעיקרם ותכליתם פגיעה בתחרות, מהווה בפני עצמו טעם לקביעת עיצום הבסיס בגין עריכתם בשיעור שלא יפחת מ-50% ממסגרת העיצום. בכך יש כדי לשקף את חומרתם של ההסדרים העירומים מעצם טיבם וטבעם וללא תלות בנסיבות הייחודיות של מקרה ההפרה או במידת הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בה, וכן את החשיבות שבהרתעה מפני התקשרות בהסדרים מסוג זה.

ג. עיצומים בנוגע לאכיפת הפרות שבמרכזן פגיעה במערך הפיקוח מראש

יתכנו הפרות של החוק שאינן מקימות חשש לפגיעה בתחרות ושלמרות זאת קיימים טעמים טובים לניהול הליכי אכיפה בעניינם, כגון הבטחת הציות לחוק ומניעת פגיעה במשטר הפיקוח מראש על פי החוק והתקנות מכוחו. שתי הפרות של חוק התחרות יכולות, בתנאים מסוימים, לענות על הגדרה זו:

- מיזוג חברות בניגוד לסעיף 19 לחוק, היינו ללא מתן הודעת מיזוג וקבלת הסכמת הממונה בהתאם לסעיף 20 לחוק, כאשר מדובר במיזוג שאם היתה נמסרת בגינו הודעת מיזוג הוא היה מקבל את אישורה המלא של הממונה, ללא תנאים.
- הפרת סעיף 4 לחוק, האוסר על היות צד בהסדר כובל, מקום בו ההסדר אינו חוסה תחת אחד מפטורי הסוג וההסדר עומד בתנאי סעיף 14 לחוק – פטור מקבלת אישור, ולו היה מגיש המפר בקשת פטור בהתאם לסעיף זה הממונה הייתה נעתרת לבקשתו ללא תנאים.

⁷ הגדרה זו מבוססת על סעיף 14(א)2 רישא לחוק, וכן על גילוי דעת 1/18 של הממונה על התחרות "פרשנות סעיף 14(א)2 וסעיף 15(א)2 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטורי סוג" (5.11.2018) **רשות התחרות** 501593 (להלן **גילוי דעת 1/18**).

⁸ ראו סעיפים 14 ו-15 לחוק, העוסקים בקבלת פטור מקבלת אישור בית הדין להסדר כובל, וכן ראו גילוי דעת 1/18. ⁹ גילוי דעת 1/12 של הממונה על התחרות "הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" (24.7.2012) **רשות התחרות** 5001998 (להלן **גילוי דעת 1/12**).

חישוב עיצום הבסיס במקרים אלו יתבסס על שני אדנים : האחד, היעדרו של חשש תחרותי מצדיק קביעה של עיצום בסיס בגובה נמוך יחסית. האחר, אופן קביעת עיצום הבסיס צריך להיות פשוט יחסית על מנת שהטיפול האכיפתי במקרים אלו יוכל להתבצע מבלי לבזבז משאבי אכיפה מיותרים.

לפיכך, בהפרות אלו עיצום הבסיס יעמוד על 5% ממסגרת העיצום, שתחושב ממחזור מכירות רלוונטי מקסימלי של עד 750 מיליון ש"ח (דהיינו, עד תקרה של 3 מיליון ש"ח לעיצום הבסיס).

ג.4. שלב שלישי – נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה

לאחר הערכת חומרת ההפרה גופה וקביעת עיצום הבסיס, תבחן הממונה שיקולים הרלוונטיים למפר שעליו מוטל העיצום. ככל שמעורבים מספר מפרים, תשקול הממונה את הנסיבות הרלוונטיות לכל אחד ואחד מהם.

בשלב זה יישקלו נסיבות הקשורות להתנהגות המפר ביחס להפרה או במהלכה.

חלקו של המפר בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה

בהפרות בהן מעורב יותר מגורם אחד, תשקול הממונה את חלקו היחסי של המפר בהפרה בגינה היא מבקשת להטיל עיצום ואת חלקו ביוזמה להפר, וזאת ככל שפרמטרים אלה רלוונטיים בנסיבות העניין, קרי, שמעורב בהפרה יותר מאשר מפר אחד וישנה הבחנה של ממש במידת המעורבות והחומרה של המפרים בהפרה.

ככל שחלקו של מפר בהפרה והשפעתו על ביצועה היה גדול יותר, או שהיה בעל תפקיד מוביל בהשוואה למפרים אחרים באותה פרשה, או בעל אינטרס משמעותי יותר בקיומה, יש מקום להחמיר עמו באופן יחסי. כמו כן, לעניין חלקו של המפר בהפרה, הממונה תשקול את מעמדו של המפר בשווקים בהם הוא פועל ושל הפרה יש זיקה אליהם, בהשוואה למפרים אחרים באותה פרשה. משקל נוסף לחומרה יינתן לדוגמה לצעדים שבוצעו על מנת לשכנע או לאלץ מפרים נוספים להשתתף בהפרה, או לכל אמצעי גמול הננקט כלפי מפרים אחרים באופן שעשוי להשפיע על השתתפותם בהפרה.

שיקול זה יכול שיוביל להפחתת גובה העיצום או להעלאתו בשיעור שלא יחרוג מ-20% ממסגרת העיצום, בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ושל כל מפר. לדוגמה, במקרה בו עיצום הבסיס נקבע על כ-60% מגובה מסגרת העיצום, הנסיבות שייבחנו בשלב זה עשויות להוביל לקביעת העיצום בטווח שבין 48% ל-72% ממסגרת העיצום.

הפרת הוראות פרטניות

חוק התחרות מסמיק את הממונה, במספר מקרים, לתת הוראות פרטניות לתאגידים או לגורמים במשק שהנסיבות בעניינם מעלים חשש לפגיעה בתחרות או בציבור המצדיק את

הצרת צעדיהם. כך למשל, מוסמכת הממונה לתת הוראות לבעל מונופולין מכח סעיף 30, לקבוע תנאים לאישור מיזוג מכח סעיף 21, לקבוע תנאים כחלק מצו מוסכם לפי סעיף 50ב, ועוד. לאור זאת שמדובר בהוראות פרטניות, התפורות למידותיו של התאגיד הכפוף להן וייחודיות לו ולחשש הקונקרטי העולה מפעילותו, הפרת הוראה פרטנית, בין אם היא מתלווה להפרה נוספת ובין אם היא עומדת על רגליה, מצדיקה העלאה בסכום העיצום של עד 30% מעיצום הבסיס.

5.ג. שלב רביעי – נסיבות חיצוניות להפרה

מעבר לשיקולים הקשורים קשר הדוק לנסיבות בהן בוצעה ההפרה ולחלקו של המפר בה, ותבחן הממונה שיקולים נוספים, ותעניק להם משקל מתאים, לקלה או לחומרה, כפי שיפורט להלן.

שיקולי הרתעה הולמת

כאשר המפר הוא תאגיד שמחזור המכירות הכולל שלו גבוה ממחזור המכירות הרלוונטי על פיו מחושבת מסגרת העיצום, עולה חשש כי העיצום לא ייצור הרתעה הולמת מפני הפרת החוק ולא יקדם את הציות לו.

מצב זה יתקיים במקום בו תכיר הממונה בקיומו של מחזור מכירות מוחרג (כמתואר בפרק 1.ג לעיל) או במקום בו מדובר בחברה גדולה עם מחזור מכירות של מעל 750 מיליון ש"ח, שביצעה הפרה שמרכזה בפגיעה במערך הפיקוח מראש ושאינה עלולה לפגוע בתחרות (כמתואר בפרק 3.ג לעיל). במקרים אלו נדרש לבצע התאמה בין גובה העיצום לזהות המפר, על מנת לייצר הרתעה אפקטיבית מפני הפרת הוראות החוק תוך שמירה על מידתיות העיצום ביחס להכנסותיו של המפר.

לפיכך, תתווסף במקרים אלו לעיצום תוספת, שתחושב על פי הנוסחה הבאה:

$$\text{שיעור התוספת} = 10\% * \log_2 \frac{\text{מחזור כולל}}{\text{מחזור רלוונטי}}$$

דוגמה א: נניח מפר עם מחזור כולל של 32,000,000 ש"ח ומחזור מוחרג של 28,000,000 ש"ח (המחזור הרלוונטי הוא 4,000,000). שיעור התוספת יעמוד על 30% מעיצום הבסיס.

דוגמה ב: נניח הפרה שבמרכזה פגיעה במערך הפיקוח מראש ושאינה עלולה לפגוע בתחרות, כמתואר בפרק 3.ג שלעיל. למפר מחזור כולל של 3,000,000 ש"ח, ללא מחזור מוחרג. המחזור הרלוונטי במקרה זה יהיה 750,000,000 ש"ח, ושיעור התוספת יעמוד על 20% מעיצום הבסיס.

מקום בו המפר הפר בעבר את חוק התחרות יש בהפרות הקודמות כדי להוות שיקול לחומרה בקביעת גובה העיצום, העשוי להוביל להעלאה של עד 30% מעיצום הבסיס.

במסגרת זאת, הממונה תבחן, בין היתר, את מספר ההפרות הקודמות, כמו גם את פרק הזמן שחלף בין הפרות הקודמות לזאת הנוכחית, כאשר, מטבע הדברים, ככל שמדובר בפרק זמן קצר יותר יהווה הדבר נימוק להחמרה בגובה העיצום. הממונה תשקול גם את מידת הדמיון בין ההפרה הנוכחית לקודמותיה – כאשר מדובר בהפרות הדומות זו לזו באופיין, יש בכך כדי להוות שיקול להטלת עיצום גבוה יחסית ביחס להפרה שעל הפרק. אם המפר לא הפר בעבר את הוראות חוק התחרות, כמצוין לעיל, עשויה הממונה להפחית 5% לכל היותר מעיצום הבסיס.

ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי

מאז כניסתה לתוקף של סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים, העובדה כי מדובר בראשית האכיפה באמצעות כלי העיצום הכספי על ידי הממונה על התחרות היוותה שיקול משמעותי להקלה בגובה העיצום. כמפורט בגילוי דעת זה טרם תיקונו, תחושב הפחתה של 25% מגובה העיצום בהתייחס להפרות שהתגלו לרשות עובר ליום 31.12.2019.

ג.6. שלב חמישי – שיקולים נוספים

השיקולים שפורטו לעיל הם השיקולים שינחו את הממונה בבואה לקבוע את גובה העיצום שיוטל על מפר חוק. במקרים מיוחדים, עשויה הממונה להידרש גם לשיקולים נוספים החורגים מארבעת השיקולים לעיל, לקלה או לחומרה.

חלופי הזמן: בנסיבותיו של מקרה ספציפי יכול שתשקול הממונה גם את משך הזמן שחלף מאז סיום ההפרה ועד מועד תחילת הבדיקה של הרשות – ככל שחלפו לפחות 3 שנים מהמועד האמור ועד למועד תחילת תהליך הבדיקה של הרשות, הממונה עשויה להפחית עד 20% מעיצום הבסיס.

קבלת יעוץ משפטי בתחום דיני התחרות: גם פעולות ממשיות שנקט המפר בתום לב ומתוך רצון לציית לדיני התחרות ולמנוע את התרחשות ההפרה מראשיתה, אף שאלו לא צלחו, תשמשנה שיקול לקלה בקביעת גובה העיצום. בפרט, תתחשב הממונה ביעוץ משפטי בתחום התחרות שניתן למפר ביחס למעשה ההפרה מושא העיצום, ושניתן טרם ביצוע מעשה ההפרה וכדי להימנע מהפרת הוראות החוק, ככל שהתרשמה שמדובר בהליך היועצות רציני ומעמיק. התרשמות הממונה מרצינות הליך ההיועצות וקביעת גובה ההנחה שתיתן למפר בהתאם לכך, תיעשה בהתאם לקריטריונים הבאים:

- היעוץ ניתן ע"י גורם משפטי מומחה;

- היעוץ ניתן בהתבסס על מלוא המידע הרלוונטי;
- היעוץ ניתן טרם ביצוע מעשה ההפרה והתגבשותה;
- היעוץ ניתן באופן רשמי ובכתב.

מפר הטוען לקבלת יעוץ משפטי שמצדיק את התחשבות הממונה נדרש להוכיח שהיעוץ שקיבל ניתן בתום לב ועומד בדרישות שתוארו לעיל. בהמשך לכך, טענה זו כרוכה בויתור מלא על חסיון עו"ד-לקוח ביחס לתקשורת הרלוונטית, שכן על המפר להציג בפני הממונה את כל המסמכים הרלוונטיים ליעוץ המשפטי שניתן כדי שתוכל להתרשם שהליך ההיוועצות עומד בקריטריונים לעיל. ככלל, קבלת יעוץ משפטי שעומד בתנאים אלה עשויה להוביל להפחתת סכום העיצום הכספי בשיעור שלא יעלה על 10% מעיצום הבסיס.

ג.7. שלב שישי – סכום עיצום מקסימלי וסכום עיצום מינימלי

העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד נקבע על פי סעיף 50ד(א) לחוק בהתאם למחזור המכירות הכולל שלו: עבור תאגיד שמחזור המכירות שלו עלה על 10 מיליון ש"ח העיצום המירבי עומד על התקרה היחסית, דהיינו על 8% ממחזור המכירות (ולא יותר מהתקרה הקבועה, דהיינו לא יותר מ-100 מיליון ש"ח), בעוד עבור תאגיד שמחזור המכירות שלו נמוך מ-10 מיליון ש"ח העיצום המירבי עומד על מיליון ש"ח. יתכנו מקרים, בעיקר כאשר מדובר בתאגידים בעלי מחזור מכירות רלוונטי גבוה במיוחד, בהם אופן קביעת גובה העיצום שהוצג לעיל עשוי להוביל לעיצום החורג בגובהו מהתקרה הקבועה שניתן להטיל על פי סעיף 50ד(א) לחוק. במקרים אלו, יועמד סכום העיצום על התקרה הקבועה. לאמור, השיקולים שפורטו בתתי-פרק ג.1-ג.9 לעיל ייקבעו את שיעור העיצום מתוך התקרה היחסית. ככל שבתום שקילת שיקולים אלה יעמוד שיעור העיצום מעל התקרה הקבועה, העיצום ייקטס כך שיעמוד בגובה התקרה הקבועה.

במקרים אחרים, בעיקר כאשר מדובר בתאגידים בעלי מחזור מכירות נמוך במיוחד, עשוי להיקבע על פי גילוי דעת זה סכום עיצום נמוך במיוחד. לפיכך, מטעמים של הרתעה הולמת (ומאחר שמלכתחילה מדובר בהפרה שנמצא שמוצדק להטיל בגינה עיצום כספי), סכום העיצום שייקבע במקרים מעין אלו לא יפחת מ-10,000 ש"ח.

ג.8. שלב שביעי – פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה

פעולות ממשיות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, דוגמת חדילה מפעילות מפרה לפני שנודע לממונה על ההפרה, והבאת דבר ההפרה (לרבות מידע הנוגע לעניין ונחוץ לבדיקתו) לידיעת הממונה מיוזמתו, ישמשו שיקול להורדת סכום העיצום שנקבע. בנוסף, אם ישנן פעולות שיכול לנקוט המפר על מנת לתקן את תוצאות ההפרה, תהווה נקיטתן שיקול לקלה גם כן.

ככלל, שיקול זה, ככל שהוא רלוונטי, יוביל להפחתת סכום העיצום הכספי שנקבע בתת-פרק ג.7 בשיעור שלא יעלה על 30% מסכום העיצום שנקבע לפיו. למען הסר ספק, במקרים בהם נקבע סכום העיצום על התקרה הקבועה, שיקול זה יכול להביא להפחתה בגובה העיצום לאחר קטימת העיצום לגובה של 100 מיליון ש"ח כאמור בתת-פרק ג.7. לעיל ולהפחיתו מ-100 מיליון ש"ח.

ג.9. קיומו של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוץ את חובותיו ופעילותו תופסק

מטרתם של העיצומים הכספיים בחוק התחרות היא ליצור סנקציה אפקטיבית ומרתיעה בפני הפרת חוק. בהתאם, ראוי כי העיצום שיוטל על המפר בגין הפרת החוק יהלום את ההפרה שבוצעה.

יחד עם זאת, ככלל, הממונה תמנע מהטלת עיצום אשר עלול, בהסתברות גבוהה, להביא את המפר לידי חדלות פירעון שתוביל להפסקת פעילותו ואף ליציאת כושר הייצור שלו מהשוק. בבסיסו של שיקול זה לקביעת גובה העיצום עומדת ההבנה כי יציאת מתחרה מהשוק, הנובעת באופן ישיר מהטלת עיצום, עלולה להיות תוצאה לא מידתית ואף עלולה לעיתים לחטוא למטרה שלשמה הוטל העיצום מלכתחילה – השמירה על התחרות ומניעת פגיעה בה. על כן, אם מתקיים חשש שכתוצאה מהעיצום אשר יוטל על תאגיד יגיע זה למצב של חדלות פירעון או תופסק פעילותו, תשקול הממונה היבט זה בקבעה את גובה העיצום.

הממונה הוסמכה בסעיף 50(ב) לחוק לפרוס תשלום של עיצום כספי (עד עשרה תשלומים). על כן, השיקול בו עסקינן יהיה רלוונטי רק באותם מקרים בהם אין די בפריסת תשלומים כאמור כדי להסיר את החשש המשמעותי לחדלות הפירעון ויציאה מן השוק.

על מנת ששיקול זה יובא בחשבון בקביעת גובה העיצום על המפר הטוען לכך להציג בפני הממונה את מלוא המידע הרלוונטי לעניין, כשהוא מגובה בראיות אובייקטיביות. במקרים בהם ירים המפר את הנטל להוכיח כי כתוצאה מהטלת העיצום קיומו הכלכלי יעמוד בספק והדבר יוביל ליציאתו מן השוק עשוי הדבר להוביל להפחתה בשיעור העיצום, באופן שיבטיח כי העיצום לא יוביל לתוצאה האמורה. הפסדים מהם סובל התאגיד אינם מהווים כשלעצמם שיקול לקלה.

ד. הטלת עיצום כספי על מפר יחיד

האמור להלן מתייחס ליחידים שהם נושאי משרה בתאגיד מפר, ולא ליחידים המנהלים עסק שאינו מאוגד. דינם של האחרונים כדינו של תאגיד מפר, ולגביהם יתכן שיוטל עיצום כספי בדומה לשיקולים שפורטו ביחס להטלת עיצום כספי על תאגיד.

1.ד. התנאים להטלת עיצום כספי על נושא משרה

עיצום כספי על נושא משרה בתאגיד מפר יוטל רק בהתקיים שני תנאים מצטברים:

- א. כאשר עסקינן בהפרה שעלולה להביא לפגיעה של ממש בתחרות או כאשר מדובר בהתקשרות בהסדר כובל עירום כאמור לעיל בתת-פרק ג.2 ;
- ב. כאשר נושא המשרה מעורב בהפרה במעשה או במחדל – בין אם לקח חלק בהפרה בביצועה בפועל או שהיה אחראי על הוצאתה לפועל, ובין אם לא לקח בה חלק פעיל אך ידע על אודותיה וחדל מלמנוע את ביצועה.

ברי כי האינטרס הציבורי במניעת פגיעה בתחרות באמצעות הציות לחוק מצדיק הטלת עיצום כספי בגין הפרות של החוק גם כאשר פוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בהפרה נמוך ביותר ואינו עולה כדי פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות. יחד עם זאת, בהפרות מסוג זה סבורה הממונה כי האינטרס הציבורי יבוא על סיפוקו עם הטלת עיצום כספי על התאגיד ולפיכך, בנסיבות אלה, תמנע הממונה מהטלת עיצום כספי גם על נושאי משרה בו. שונים הם פני הדברים אם מדובר בהפרת חוק המקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות או בהתקשרות בהסדר כובל עירום. במקרים אלו, לעמדת הממונה, האינטרס הציבורי מצדיק הטלת עיצום כספי על יחידים.

ד.2. אופן קביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על נושא משרה

אם לאחר בחינת השיקולים לעיל מצאה הממונה כי יש להטיל עיצום על מפר יחיד, אופן קביעת גובה העיצום יתבצע בדומה לאופן שהוצג לעיל ביחס לתאגידים מפרים, בשינויים המחויבים, כדלקמן.

ד.2.1 שלב ראשון – חישוב מסגרת העיצום

נקודת המוצא לחישוב העיצום על מפר יחיד היא בקביעת מסגרת העיצום ממנה ייגזר סכום העיצום הכספי. לעמדת הממונה, יש מקום להתאים את גובה מסגרת העיצום של מפר שהוא נושא משרה להכנסתו הכוללת מהתאגיד המפר וממקורות נוספים הנוגעים במישורין או בעקיפין לתחום מושא ההפרה או לתחומים נוספים הקשורים לתאגיד המפר.

חישוב הכנסת היחיד ממנה תיגזר מסגרת העיצום בעניינו יערך כדלקמן.

ראשית, יחושב ממוצע משוקלל של הכנסת נושא המשרה¹⁰ מהתאגיד המפר. חישוב הממוצע המשוקלל יתחשב בהכנסת נושא המשרה מהתאגיד המפר בשלוש השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה. במידה שנושא המשרה עבד בתאגיד זמן קצר יותר, בחישוב הממוצע המשוקלל תחושב הכנסתו בזמן זה בלבד. במידה שהכנסות המפר מהתאגיד, כולן או חלקן, נעשות שלא דרך העסקה ישירה, למשל על דרך העברת השכר לחברת ארנק בבעלות המפר, תחושב הכנסת המפר שהתקבלה בהעסקה עקיפה לצורך חישוב הכנסת נושא המשרה.

¹⁰ הכנסת העובד (ברוטו) תחושב באופן זהה לחישוב משכורת חייבת במס לפי טופס 106.

כמו כן, מקום בו למפר קיימות הכנסות נוספות מתחום הקשור לתחום מושא ההפרה או לתחומים בהם עוסק התאגיד המפר או אדם קשור לו, גם אם אינן מופקות ע"י התאגיד המפר, הממונה תתחשב גם בהכנסות אלו לצורך קביעת מסגרת העיצום (להלן **הכנסה נוספת**). ההכנסה הנוספת תחושב, ככל הניתן, בדומה לחישוב הכנסת נושא המשרה כפי שתוארה לעיל. דוגמה להכנסה נוספת היא הכנסה מפעילות כיושב ראש איגוד עסקי בתחום מושא ההפרה (להלן **הכנסה כוללת**).

שנית, הכנסת העובד הכוללת תשמש את הרשות לקביעת מסגרת העיצום עבור אותו נושא משרה. ככל שהכנסתו הכוללת של מפר יחיד אינה עולה על השכר הממוצע לעובד במשק במועד קביעת העיצום, מסגרת העיצום תהיה שווה ל-10% מהעיצום המקסימלי הקבוע בחוק.¹¹

ככל שהכנסתו הכוללת של המפר גבוהה יותר, מסגרת העיצום תהיה שווה למכפלה של 10% מהעיצום המקסימלי הקבוע בחוק ביחס בין הכנסתו הכוללת של המפר (כפי שחושבה בשלב הראשון) והשכר הממוצע לעובד במשק, בהתאם לנוסחה שלהלן :

$$\frac{\text{הכנסה כוללת}}{\text{הכנסה ממוצעת במשק}} * \text{עיצום מקסימלי} * 0.1$$

במקרה של מפרים ששכרם גבוה במיוחד, כך שהיחס בין הכנסתם הכוללת להכנסה הממוצעת במשק גבוה מ-10, מסגרת העיצום תעמוד על העיצום המקסימלי למפר יחיד – מיליון ש"ח.

בגזירת מסגרת העיצום באופן המתואר לעיל יש כדי להתאים את גובה העיצום הכספי לזהות נושא המשרה המפר, וליצור מתאם מסוים בין התועלת האפשרית לנושא המשרה מבצוע ההפרה, הבאה לידי ביטוי בהכנסותיו מהתאגיד המפר וממקורות קשורים, לבין הסנקציה המושתתת בגין ההפרה. כך מקודמת הרתעה יעילה ואפקטיבית יותר מפני הפרת הוראות החוק תוך שמירה על מידתיות העיצום ביחס להכנסות המפר.

דוגמה : נושא משרה שהפר את החוק בתקופה שבין 1.1.2020 ועד 30.6.2020. לנושא המשרה אין הכנסה נוספת, ועלות העסקתו השנתית בתאגיד המפר בשנים 2017, 2018, 2019 ו-2020 הייתה בהתאמה : 100, 200, 300 ו-400 אלף ש"ח (שנתית). מסגרת העיצום בעניינו תיגזר מעלות העסקתו השנתית הממוצעת בין ה-30.6.2017 וה-30.6.2020 :

$$= 250 = \frac{0.5 * 100 + 200 + 300 + 0.5 * 400}{3} = \text{הכנסה כוללת (באלפי ש"ח לשנה)}$$

¹¹ נכון ליום 20 בפברואר 2019, העיצום המקסימלי הקבוע בחוק לנושא משרה עומד על 1,035,730 ש"ח.

מסגרת העיצום תקבע בהתאם לנוסחה הבאה (תחת הנחה של שכר שנתי ממוצע במשק של 150,000 ש"ח) :

$$\text{מסגרת העיצום (באלפי ש"ח)} = 0.1 * 1,035,730 * \frac{250}{150} = 172.62$$

ד.2.2. שלב שני – הערכת חומרת ההפרה וקביעת עיצום הבסיס : 5%-90% ממסגרת העיצום

בשלב השני, ייקבע שיעור עיצום הבסיס בהתאם לחומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות הגלום בה, כפי שהוערכה על ידי הממונה עבור התאגיד המפר, בדגש על מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור. עם זאת, במקרים בהם נושאי משרה היו מעורבים בהפרה רק בחלק מהתקופה בה היא בוצעה (למשל, במקרה בו נושא המשרה מונה במהלך תקופה זו), הדבר עשוי לבוא לידי ביטוי בקביעת שיעור עיצום בסיס שונה מזה שנקבע עבור התאגיד.

ד.2.3. שלב שלישי – נסיבות הנוגעות להתנהגות נושא המשרה ביחס להפרה

בשלב זה יבחנו נסיבות הקשורות להתנהגות נושא המשרה ביחס להפרה. הממונה תבחן את חלקו של נושא המשרה בהפרה ומעמדו בתאגיד המפר. בפרט, תשקול הממונה את מעורבות נושא המשרה במעשה ההפרה בפועל, מידת יכולתו של נושא המשרה למנוע את ההפרה מתוקף תפקידו, וכן מעמדו ותפקידו הרשמי בחברה. בדומה לתאגיד המפר, הנסיבות שיבחנו בשלב זה עשויות להוביל להפחתה או להעלאה של עד 20% מעיצום הבסיס שהוטל על המפר.

עוד תבחן הממונה האם מדובר בהפרת הוראות פרטניות, התפורות למידותיו של התאגיד המפר, כמתואר בפרק ג.4, דבר שעשוי להוביל להעלאה של עד 30% מעיצום הבסיס שהוטל על המפר.

ד.2.4. שלב רביעי – נסיבות חיצוניות להפרה

בשלב זה, תשקול הממונה אם קיימות נסיבות נוספות, חיצוניות להפרה, הרלוונטיות לקביעת סכום העיצום הכספי שיוטל על היחיד, בדומה לאלו שהוכרו לגבי תאגיד. בכלל אלו תשקול הממונה בנוסף גם נסיבות אישיות המצדיקות כי לא יוטל על המפר מלא סכום העיצום שהיה מוטל עליו אלמלא קיומן של אותן נסיבות אישיות מיוחדות, בין שהמדובר בנסיבות אישיות שהובילו להפרה, ובין שהמדובר בנסיבות אישיות אחרות. יודגש כי על מנת ששיקולים אלו יובאו בחשבון בקביעת גובהו של עיצום, על הטוען לכך להציג בפני הממונה את מלוא המידע הרלוונטי לעניין, כשהוא מגובה בראיות אובייקטיביות ממשיות. במקרים בהם ירים היחיד את הנטל להוכחת נסיבות אישיות כאמור עשוי הדבר לגרור להפחתה בשיעור העיצום כתלות בנסיבות הרלוונטיות לכל מקרה.

ד.2.5. שלב חמישי – שיקולים נוספים

בשלב זה תשקול הממונה שיקולים נוספים במידה שאלו מתקיימים בעניינו של נושא המשרה, וזאת בהתאם לשיקולים הנוספים שנבחנו עבור תאגיד מפר.¹²

ד.6.2. שלב שישי – פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או הפסקתה

בשלב זה ישקלו נסיבות הקשורות להתנהגות נושא המשרה ביחס להפרה, במהלכה או בעקבותיה, כפי שפורט בהרחבה לעיל עבור מפר שהוא תאגיד בתת-פרק ג.8 לעיל; הממונה תבחן את הפעולות שנקט נושא המשרה כדי למנוע את הישנות ההפרה או להביא להפסקתה, וכן פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה לאחר מעשה, ועוד.

שיקול זה, ככל שהוא רלוונטי, יוביל להפחתת סכום העיצום הכספי שנקבע בהתאם לשלבים שתוארו לעיל בשיעור שלא יעלה על 30% מסכום העיצום שנקבע לפיהם.

ד.7.2. נסיבות אישיות חריגות

הממונה עשויה להביא במניין שיקוליה בשלב זה נסיבות הקשורות למצב כלכלי חריג המצדיק הפחתה נוספת בגובה העיצום שיוטל. גם בשלב זה על הטוען לנסיבות אישיות הקשורות למצב כלכלי חריג להציג בפני הממונה את מלוא המידע הרלוונטי לעניין, כשהוא מגובה בראיות אובייקטיביות ממשיות. טענות בשלב הזה יש לתמוך בהצהרת הוון, ככל שקיימת, או בתצהיר ובמסמכים רשמיים ומאומתים אחרים.

ה. אופן קביעת סכום העיצום הכספי ביחס להפרות המנויות בסעיף ד50(ב)

סעיף ד50(ב) לחוק קובע כי אם הפר אדם דרישה למסור ידיעות, מסמכים, פנקסים או שאר תעודות, שניתנה לפי סעיף 46(ב) לחוק, רשאית הממונה להטיל עליו עיצום כספי בסכום של עד 300,000 ש"ח. היה המפר תאגיד עם מחזור מכירות הגבוה מ-10 מיליון ש"ח בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה, רשאית הממונה להטיל עליו עיצום כספי בשיעור של עד 3% ממחזור מכירות כאמור, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 8,285,810 ש"ח.

החובה הקבועה בסעיף 46(ב) לחוק למסור מידע לממונה הדרוש לשם קיום הוראות החוק היא כלי חיוני לצורך הפעלת הסמכויות המוקנות לממונה על פי חוק, אשר מבטיח את יכולתה של הממונה לקבל החלטות בצורה מושכלת על בסיס מידע רלוונטי. הפגיעה ביכולתה של הממונה לאסוף מידע ונתונים פוגעת בעצם יכולתה לבצע תפקידה על פי החוק.

נקודת המוצא לחישוב העיצום בגין הפרות מסוג זה היא בקביעת מסגרת העיצום שניתן להטיל על המפר. באשר לתאגיד, תעמוד מסגרת העיצום על 3% ממחזור המכירות הכולל של התאגיד המפר, כמוגדר בתת-פרק ג.1 לעיל. עבור נושא משרה, מסגרת העיצום להפרות המנויות בסעיף

¹² ראו תת-פרק ג.6 לעיל.

50ד (ב) תעמוד על 30% ממסגרת העיצום בהתאם לחישוב המפורט לעיל עבור הפרות המנויות בסעיף 50ד (א) לחוק.

בשלב השני ייקבע עיצום הבסיס בטווח שבין 5%-90% ממסגרת העיצום, בהתאם לחומרת ההפרה, הבאה לידי ביטוי במידת הפגיעה הפוטנציאלית בהליך הבדיקה שאותו קיימה הממונה. במסגרת זאת הממונה תשקול, בין היתר, את כמות המסמכים והידיעות שמסירתם נמנעה או עוכבה; את משקלם וחשיבותם בהליך הבדיקה; את משך העיכוב בהבאת המסמכים בפני הממונה; את מספר ההפרות או הליכי הבדיקה שתהליך בדיקתן נפגע כתוצאה מאי המענה לדרישת הנתונים; וכן האם הייתה לעיכוב או להימנעות השפעה על ההחלטה שהתקבלה במסגרת הליך הבדיקה או על מועדה.

בשלב השלישי, תבחן הממונה את המאמצים שהשקיע המפר בכדי לעמוד בחובתו למסור את הנתונים שנתבקשו על ידה. בשלב זה, תבחן הממונה את אינטרס המפר בהחלטת הממונה והאם מדובר בצד ישיר להליך אשר התקיים בפני הרשות או צד שלישי. שיקול זה יכול שיוביל להפחתת סכום העיצום הכספי בשיעור שלא יעלה על 10% מעיצום הבסיס.

בשלב הרביעי והחמישי, תבחן הממונה האם קיימות נסיבות נוספות, חיצוניות להפרה, הרלוונטיות לקביעת סכום העיצום הכספי, או שיקולים נוספים הרלוונטיים לכך בדומה לאלו שצוינו לעיל.

בשלב השישי, תבחן הממונה האם העיצום שהתקבל בהתאם לשלבים לעיל הוביל לעיצום החורג בגובהו מהתקרה הקבועה לנושא משרה או לתאגיד שניתן להטיל על פי סעיף 50ד (א) לחוק. במקרים אלו, יועמד סכום העיצום על התקרה הקבועה.

בשלב השביעי והאחרון, תבחן הממונה האם המפר נקט פעולות להפסקת ההפרה וכיצד פעל להפסקתה נוכח התראות ותזכורות מצד הרשות, וכן האם הבחין בהפרה ודיווח מיוזמתו על המענה החלקי ופעל לתקנו עוד טרם פניית הממונה. שיקול זה יכול להביא להפחתה של עד 30% מהעיצום שנקבע לאחר ששת השלבים לעיל. עוד תבחן הממונה האם קיים חשש כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק.

1. מפר שזכה לחסינות מהעמדה לדין פלילי

הממונה תמנע מהטלת עיצום כספי על מי שזכה לחסינות מהעמדה לדין פלילי במסגרת תכנית החסינות של רשות התחרות לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (4.7000) – תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים,¹³ ככל שמדובר בהפרה שעליה חלה החסינות שהוענקה לו.

¹³ "תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.7000 (התשס"ה).

ז. צו מוסכם

הכללים שהוצגו בגילוי דעת זה ישמשו כאמת מידה גם עבור מקרים בהם תמצא הממונה כי הגעה לצו מוסכם על פי סעיף 50 לחוק משרתת את מטרת אכיפת הוראות חוק התחרות תוך קידום האינטרס הציבורי באופן היעיל ביותר. במקרים המתאימים וככל שמדובר בהפרה שלא הקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, תהיה הממונה נכונה להפחית באופן ניכר את הסכום שישלמו המפרים במסגרת צו מוסכם, לעומת הסכום שהיה מוטל עליהם באמצעות עיצום כספי. עם זאת אין באמור לעיל כדי ליצור מחויבות כלשהי מצד הממונה להגיע להסכמה על צו מוסכם והדבר נתון לשיקול דעתה בנוגע, בין היתר, לחסכון במשאבים כתוצאה מהסכמה על צו מוסכם או מהאינטרס הציבורי בהשלמת הליכי האכיפה במלואם.

ח. סיכום

גילוי דעת זה מתווה את הכללים הבסיסיים לפיהם תקבע הממונה את העיצום המוטל על תאגיד ועל יחיד שהפרו את החוק. יובהר, כי השיקולים המפורטים לעיל והמשקלות שניתנו להם הינם כלי עזר בלבד, אשר מטרתם היא לסייע לממונה להעריך את מכלול נסיבות המקרה בבואה לקבל החלטה בעניין סכום העיצום הכספי.

בנוסף, מטבע הדברים, עשויים להישקל שיקולים נוספים על אלו שפורטו לעיל, בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של המקרה, וזאת הן כשיקול לקלה והן כשיקול לחומרה. הפעלה של שיקול דעת בהתאם להנחיות מנהליות המתוות מדיניות, דוגמת גילוי דעת זה, נעשית לעולם תוך ראיית כל מקרה לגופו, על נסיבותיו הייחודיות.¹⁴ כך, גם בקביעת גובהו של עיצום מנהלי יילקחו בחשבון תמיד מאפייניו הספציפיים של המקרה הנדון, וזאת בין שמדובר בשיקול להקל ובין שמדובר בשיקול להחמיר.

¹⁴ ראו: בג"ץ 327/52 זמיר נ' המפקח על התעבורה בדרכים ירושלים, פ"ד ז' 358, 363 (1953); בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 515-516 (1992); "הנחיות מנהליות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, 15-16 (התשמ"ו).