



גילוי דעת 1/16: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי

א. הקדמה

ביום 7.5.12 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את תיקון מס' 13 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"), במסגרתו הוסף לחוק פרק 1ז, אשר מסמיך את הממונה על הגבלים עסקיים (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 מההוראות החוק (להלן: "המפר"), את גובה העיצום המרבי וכן שיקולים בקביעת גובה העיצום. סעיף 50 לחוק קובע רשימה בלתי ממצה של הנסיבות והשיקולים שתשקול הממונה בבואה לקבוע את סכום העיצום שבדעתה להטיל. ביום 24.7.2012 פורסם גילוי דעת 2/12 המפרט את אמות המידה לשיקול הדעת של הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי (להלן: "גילוי דעת 2/12").¹ גילוי הדעת הנוכחי מחליף את גילוי דעת 2/12, וזאת בהתבסס על הניסיון שנצבר ברשות ההגבלים העסקיים (להלן: "רשות") מאז כניסתה לתוקף של הסמכות להטיל עיצומים כספיים.

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.

ב. המסגרת החוקית

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

ד50.

(א) הפר אדם הוראה מההוראות לפי חוק זה כמפורט להלן, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי לפי הוראות פרק זה, בסכום של עד 1,023,520 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 24,564,360 שקלים חדשים:

¹ ראו: <http://www.antitrust.gov.il/subject/130/item/26079.aspx>

(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;

(6) הפר הוראה מהוראות 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 307,050 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 8,188,120 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 הרלבנטיים 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. תחילה, ביחס להפרות החוק המנויות בסעיף 50ד(א), ולאחר מכן ביחס להפרות החוק המנויות בסעיף 50ד(ב) לחוק. 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.

ג. אופן קביעת סכום העיצום הכספי – כללי

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

בשלב הראשון ייקבע העיצום המרבי האפשרי עבור כל אחד מהמפרים.

בשלב השני יישקלו נסיבות הנוגעות להפרה עצמה ועיקרן מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור בשים לב לזמן התמשכותה ובהתאם תוערך חומרתה של ההפרה. על פי נסיבות ההפרה וחומרתה ייקבע "עיצום הבסיס", כשיעור באחוזים מתוך סכום העיצום המרבי. ככלל, בשלב זה עיצום הבסיס ייקבע כשיעור אחיד עבור כלל המפרים המעורבים בהפרה.

בשלב השלישי ייבחנו נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה. בשלב זה יילקחו בחשבון, בין היתר, חלקו של המפר בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה, וכן פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, לרבות דיווח מיוזמתו על ההפרה או פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה. נסיבות אלו עשויות להוסיף לעיצום הבסיס או לגרוע ממנו, עבור מפר ספציפי.

בשלב הרביעי ייבחנו נסיבות חיצוניות להפרה. במסגרת זאת ייבחן, בין היתר, האם המפר ביצע הפרות קודמות, השפעת העיצום על יכולתו של מפר שהוא תאגיד לפרוע את חובותיו, כמו גם נסיבות אישיות של מפר שהוא יחיד. נסיבות אלו עשויות להביא להפחתה או להגדלה של העיצום עבור מפר ספציפי.

ד. אופן קביעת סכום העיצום הכספי לגבי תאגיד

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

1. שלב ראשון- קביעת העיצום המרבי

סעיף 50ד(א) לחוק קובע, כי אם הפר אדם הוראה מהוראות החוק המפורטות בסעיף זה, רשאית הממונה להטיל עליו עיצום כספי בסכום של עד מיליון ש"ח.² היה המפר תאגיד עם מחזור מכירות הגבוה מ-10 מיליון ש"ח בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה

² בהתאם להוראת סעיף 50ט(ב) לחוק, סכומי העיצום הכספי הקבועים בסעיף 50ד לחוק יעודכנו ב-1 בינואר בכל שנה, כקבוע בסעיף. הסכום המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 1,023,520 ש"ח. לצורך הנוחות גילוי דעת זה ינקוב בסכומי העיצום במועד החקיקה.

ההפרה, רשאית הממונה להטיל עליו עיצום כספי בשיעור של עד 8% ממחזור מכירות כאמור, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 24 מיליון ש"ח.³

א. חישוב מחזור המכירות לתאגיד

בהתאם להוראת סעיף 50ד לחוק, סכום העיצום המרבי נקבע כשיעור ממחזור המכירות של המפר בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה. בגזירת העיצום המרבי ממחזור המכירות של התאגיד, המשקף את היקף פעילותו הכלכלית, יש בכדי להתאים את גובה העיצום לזהות המפר. מנגנון זה נועד לייצר הרתעה אפקטיבית מפני הפרת הוראות החוק תוך שמירה על מידתיות העיצום ביחס להכנסותיו של המפר.

כאשר ההפרה התבצעה על פני יותר משנה קלנדרית אחת, מחזור המכירות הרלוונטי לקביעת גובה העיצום יחושב כממוצע משוקלל, בו יילקחו בחשבון משקלם היחסי של מחזורי המכירות השנתיים בשנים שקדמו לכל השנים בהן בוצעה ההפרה (להלן: "מחזור המכירות הרלוונטי").

לצורך המחשה, עבור הפרה שהחלה ב-1.6.2013 והסתיימה ב-30.9.2014, ובהנחה שמחזור המכירות של תאגיד בשנת 2012 הוא 200,000 ש"ח, ומחזור המכירות שלו בשנת 2013 הוא 360,000 ש"ח, מחזור המכירות הרלוונטי יחושב באופן הבא:

$$290,000 \text{ ש"ח} = \frac{(200,000 \times 7) + (360,000 \times 9)}{16 \text{ חודשי הפרה}}$$

כמו כן, כאשר מדובר בהפרה נמשכת, יתכן שחלו במהלכה שינויים בזהות הגופים הקשורים למפר (למשל, בעקבות מיזוג).⁴ 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).

ב. העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד

העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד שמחזור המכירות שלו עלה על 10 מיליון ₪ עומד, על פי החוק, על 8% מהמחזור המכירות, ולא יותר מ- 24 מיליון ש"ח. באשר לתאגידים שמחזור המכירות שלהם נמוך מ-10 מיליון ש"ח, העיצום המרבי על פי החוק עומד על מיליון ש"ח. קרי – שיעורו של העיצום המרבי בעניינם עולה על 8% ממחזור המכירות שלהם. עם זאת, ככלל, על מנת לשמור על עקרון המידתיות ולהימנע מחיוב המפר בסכומים בהם לא יוכל לעמוד, בהעדר שיקולים המצדיקים חריגה מכך⁶

³ ראו ה"ש 2 לעיל. הסכום המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 24,564,360 ש"ח.

⁴ כלל הגופים השולטים או נשלטים על ידי ובידי המפר וכל גוף הנשלט או שולט במי מהם, במישרין או בעקיפין.

⁵ 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. זאת, בדומה לחישוב מחזור מכירות של חברות מתמזגות - ראו הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, **הגבלים עסקיים**, 5000763, בעמ' 28.

⁶ דוגמא לכך היא כאשר הפחתה כאמור תביא לתוצאה שתפגע באפקטיביות של הליך האכיפה באמצעות עיצום כספי. דוגמאות אפשריות אחרות הן כאשר מדובר בתאגיד מפר שמחזור מכירותיו אינו משקף את היקף הפעילות הכלכלי שלו, או כאשר מדובר בחברת הזנק שטרם החלה במכירת מוצריה.

הממונה תקבע את העיצום המרבי עבור תאגידים שמחזור המכירות הרלוונטי שלהם נמוך מ-10 מיליון ש"ח כשיעור של 8% ממחזור המכירות.

2. **שלב שני- הערכת חומרת ההפרה וקביעת עיצום הבסיס: 5%-90% מהעיצום המרבי**
בשלב זה תעריך הממונה את חומרת ההפרה נוכח מכלול הנסיבות הקשורות אליה, בדגש על מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור. על פי חומרת ההפרה ייקבע "עיצום הבסיס", כשיעור באחוזים מהעיצום המרבי.

עיצום הבסיס ייקבע בתווך שבין 5% ל-90% מסכום העיצום המרבי 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 מהעיצום המרבי) יהיה זהה ביחס לכל אחד מהמפרים שלקחו חלק בהפרה. אלמנטים ייחודיים לכל מפר ומפר יילקחו בחשבון בהמשך.

להלן יפורטו השיקולים שישמשו בקביעת שיעור עיצום הבסיס:

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

תכלית חוק ההגבלים העסקיים - השמירה על התחרות החופשית ומניעת פגיעה בה, מחייבת מתן משקל מרכזי לפגיעה בתחרות שעלולה להיווצר כתוצאה מן ההפרה בגינה מוטל העיצום. בגין הפרות אשר פגיעתן בתחרות עלולה להיות קשה וחמורה – ייקבע עיצום הבסיס כשיעור גבוה. לעומת זאת, בגין הפרות אשר אינן מקימות חששות תחרותיים משמעותיים, עיצום הבסיס יעמוד בחלקו הנמוך של התחום, או אף על הרף התחתון שלו (5% מהעיצום המרבי).

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

קיומה של פגיעה בפועל בתחרות או בציבור, ככל שזו התרחשה, כמו גם נזקים שנגרמו כתוצאה מההפרה, ככל שנגרמו, עשויים אף הם ללמד על פוטנציאל הפגיעה בתחרות. במסגרת שיקול זה, הממונה תעריך **הערכה כללית** את פוטנציאל 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 וכד'.

ב. 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 שאינה עלולה לפגוע פגיעה של ממש בתחרות, 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.

מכל מקום, מכיוון שסמכות הממונה להטיל עיצום כספי על מפרי חוק נכנסה לתוקפה במחצית השניה של שנת 2012, לא תובא בחשבון במסגרת שיקול זה תקופת הפרה שקדמה לכניסת הסמכות לתוקף.

3. שלב שלישי- נסיבות הנוגעות למפר ביחס להפרה

לאחר הערכת חומרת ההפרה גופה וקביעת עיצום הבסיס, תבחן הממונה שיקולים הרלבנטיים 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, במהלכה או בעקבותיה, כפי שיפורט להלן.

ככלל, הנסיבות שייבחנו בשלב זה עשויות להוביל להפחתה בשיעור של עד 50% מעיצום הבסיס, או להעלאה בשיעור של עד 20% מעיצום הבסיס. דהיינו, במקרה בו עיצום הבסיס נקבע על כ-60% מגובה העיצום המרבי, הנסיבות שייבחנו בשלב זה עשויות להוביל לקביעת העיצום בטווח שבין 30% ל-72% מהעיצום המרבי.

בשלב זה ייבחנו, בין היתר, הנסיבות הבאות:

א. פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, לרבות דיווח מיוזמתו על ההפרה, או

פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה

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, יישמשו שיקול לקולא בקביעת גובה העיצום. בנוסף, אם ישנן פעולות שיכול לנקוט המפר על מנת לתקן את תוצאות ההפרה, תהווה נקיטתן שיקול לקולא בקביעת גובה העיצום.

ככלל, שיקול זה, ככל שהוא רלוונטי, יוביל להפחתת סכום העיצום הכספי.

ב. 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: ביוזמה להפר ובביצוע ההפרה, 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 לדוגמא 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, בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ושל כל מפר.

4. שלב רביעי- נסיבות היצוניות להפרה

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

א. הפרות קודמות

מקום בו המפר הפר בעבר את חוק ההגבלים העסקיים, יש בהפרות הקודמות כדי להוות שיקול לחומרה בקביעת גובה העיצום, העשוי להוביל להעלאה של עד 30% מגובה העיצום שחושב בהתבסס על עיצום הבסיס והנסיבות שתוארו בסעיף 3 לעיל.

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 המדובר בהפרות דומות זאת לזאת באופיין, יש בכך כדי להוות שיקול להטלת עיצום גבוה יחסית ביחס להפרה שעל הפרק. אם המפר לא הפר בעבר את הוראות חוק ההגבלים העסקיים, כמצוין לעיל, עשויה הממונה להפחית 5% לכל היותר מגובה העיצום.

ב. תאגידים עם מחזור מכירות גבוה במיוחד

סעיף 50ד לחוק קובע, כי העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד הוא 8% ממחזור המכירות שלו, ובכל מקרה לא יותר מ-24 מיליון ש"ח. כאשר המפר הוא תאגיד שמחזור המכירות השנתי שלו גבוה מהמחזור ממנו נגזרת תקרת העיצום הכספי בחוק (דהיינו, מעל 300 מיליון ש"ח), וככל שהמחזור העודף מעל הרף האמור הוא משמעותי יותר, אזי משתנה היחס שבין היקף פעילותו של המפר ובין גובה העיצום (הנגזר מגובה

העיצום המרבי), ועולה החשש כי עיצום כאמור לא ייצור הרתעה הולמת מפני ביצוע הפרות של החוק ולא יקדם את הציות לו.

לפיכך, ככל שמחזור המכירות של התאגיד המפר עולה על 300 מיליון ש"ח, יהווה הדבר שיקול להחמרה בשיעור העיצום המוטל על התאגיד. על מנת לתת ביטוי בגובה העיצום להבדלים בין מחזורי מכירות שונים, גם כאשר מדובר במחזורים גבוהים במיוחד, תוך שמירה על עקרונות קביעת גובה העיצום כפי שתוארו לעיל, תחושב ההחמרה בגובה העיצום במסגרת שיקול זה באופן רציף, אשר משקלה הולך ופוחת עם העליה במחזור המכירות, על פי הנוסחה הבאה:

$$\text{מחזור המכירות} \frac{300,000,000}{10\% \times \log_2} = \text{שיעור ההחמרה.}$$

להמחשה: כאשר מחזור מכירות של המפר עומד על 450 מיליון ש"ח, יתווספו לעיצום שיוטל עליו כ- 6% לעומת העיצום שהיה מוטל עליו אילו מחזור המכירות שלו היה עומד על 300 מיליון ש"ח; כאשר מחזור המכירות של המפר עומד על 600 מיליון ש"ח, יתווספו 10% לגובה העיצום; כאשר מחזור המכירות שלו עומד על 1.2 מיליארד ש"ח, יתווספו 20%; עבור מחזור מכירות של 2.4 מיליארד ש"ח יתווספו 30%.

ג. 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 הגבלים עסקיים היוותה שיקול משמעותי להקלה בגובה העיצום. שיקול זה יוסיף להוות שיקול משמעותי להפחתה של 50% מגובה העיצום, בהתייחס להפרות שהתגלו לרשות עובר ליום 31.12.2017 ולהפחתה של 25% מגובה העיצום, בהתייחס להפרות שהתגלו לרשות עובר ליום 31.12.2019.

ד. קיומו של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק

מטרתם של העיצומים הכספיים בחוק ההגבלים העסקיים 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 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 עיצום, 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 לקולא.

ה. אופן קביעת סכום העיצום הכספי על מפר יחיד

בטרם נתייחס לאופן קביעת סכום עיצום כספי שיוטל על מפר יחיד, נעמוד על השוני במדיניות האכיפה באמצעות הטלת עיצום כספי בה תנקוט הממונה בעניינו של תאגיד או בעל עסק שאינו מאוגד לבין מפר יחיד שהוא נושא משרה.

ככלל עיצום כספי יוטל על יחידים רק אם ההפרה הקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות וכן ניתן לעמוד בצורה ברורה ובהתאם לאמות המידה המקובלות בדיון המנהלי על זהות היחידים שביצעו את ההפרה או שאחראים לביצועה.

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 יחידים.

שונים הם פני הדברים אם מדובר בהפרת חוק המקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות. במקרים אלו, לעמדת הממונה, האינטרס הציבורי מצדיק הטלת עיצום כספי על יחידים.⁷

עם זאת, האמור לעיל מתייחס ליחידים שהם נושאי משרה בתאגיד מפר, ולא ליחידים המנהלים עסק שאינו מאוגד, לגביהם יתכן ויוטל עיצום כספי גם אם ההפרה אינה מקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות.

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

נקודת המוצא לחישוב העיצום על מפר יחיד היא בקביעת גובה העיצום המרבי שניתן להטיל עליו. סכום העיצום המרבי הקבוע בחוק עומד על מיליון ש"ח. יחד עם זאת, הממונה עשויה

⁷ ראו לעניין זה קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד לסעיף 29א לחוק ודרישת תשלום לפי סעיף 50 לחוק – נמל אשדוד, 21.12.15 **הגבלים עסקיים** 500909. במקרה זה הוטלו עיצומים כספיים אישיים על סמנכ"ל הלקוחות בחברת נמל אשדוד ועל מנכ"ל החברה, לאחר שנמצא כי ההפרה מקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות.

להפחית את הסכום האמור, במקרים בהם ישכנע המפר כי יכולתו הכלכלית מצדיקה הפחתה כאמור. על המפר הטוען לכך להציג בפני הממונה את מלוא המידע בנוגע ליכולתו הכלכלית, לרבות מידע בדבר נכסים שבבעלותו והכנסות שהופקו על ידו, ובפרט הכנסותיו מתאגיד הקשור להפרה (כגון, תאגיד מפר, תאגיד קשור לתאגיד מפר), בין שהמדובר במשכורת, דיבידנד, דמי ניהול או הכנסה מסוג אחר, במישרין ובעקיפין.

ככלל, ככל שהכנסתו החודשית של מפר יחיד אינה עולה על פי שלושה מהשכר הממוצע במשק, ובהעדר הכנסות או נכסים נוספים משמעותיים, העיצום המרבי לא יעלה על 200,000 ש"ח.

בשלב השני, ייקבע שיעור עיצום הבסיס בהתאם לחומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות הגלום בה, כפי שהוערכה על ידי הממונה. כפי שצוין בסעיף 2 לעיל, ככלל ייקבע בשלב זה שיעור עיצום בסיס זהה ביחס לכל אחד מהמפרים שלקחו חלק בהפרה. 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. כמו כן, בעוד שביחס לתאגידים וליחידים המנהלים עסק לא מאוגד ייקבע עיצום הבסיס בטווח הנע בין 5% ל-90% מסכום העיצום המרבי, הרי שבעניינו של מפר יחיד שהוא נושא משרה, חלקו התחתון של טווח זה אינו רלוונטי, שכן נוכח מדיניות האכיפה שתוארה לעיל לא יוטל עיצום על נושא משרה אם לא טמון בהפרה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות.

בשלב השלישי, בו נבחנות נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, תבחן הממונה בבואה להטיל עיצום על נושא משרה בתאגיד, האם נדרש לבצע התאמות לעומת שיעור ההקלה או ההחמרה שנקבע לעניין זה בהתייחס לתאגיד המפר. דהיינו, נקודת המוצא לבחינה בשלב זה תהיה השיעור שנקבע עבור התאגיד, בהתאם לפעולות שננקטו על ידו למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, חלקו של התאגיד בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה. אולם, הממונה תהיה רשאית לשנות משיעור ההחמרה או ההקלה שנקבע לתאגיד, בין בדרך של הפחתת גובה העיצום ובין בדרך של העלאתו, וזאת בשים לב למידת מעורבותו הישירה של אותו נושא משרה בהפרה, מידת בכירותו בתאגיד המפר ויכולתו להשפיע על קבלת ההחלטות בתאגיד.

לסיום, 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. כן עשויה הממונה להביא במניין שיקוליה בשלב זה נסיבות הקשורות למצב כלכלי חריג (מעבר לזה שנלקח בחשבון לעניין הפחתת שיעור העיצום המרבי) המצדיק הפחתה נוספת בגובה העיצום שיוטל.

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 לגרום להפחתה בשיעור העיצום, כתלות בנסיבות הרלוונטיות לכל מקרה.

ו. 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, לקולא או לחומרה. דוגמאות לשיקולים נוספים אשר עשויים להישקל בנסיבותיו של מקרה ספציפי:

- 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% מגובה העיצום שהתקבל על פי המודל.
- כאשר מדובר במקרה בו מעורב בהפרה גורם שיש לו אינטרס אישי מיוחד בהפרה, כגון יו"ר איגוד עסקי אשר משמש במקביל כחבר באיגוד ובעל אינטרס אישי בתחום הפעילות של האיגוד, הממונה עשויה להחמיר את סכום העיצום המוטל עליו בנושא משרה בשיעור של עד 15%.
- במקרים בהם ההפרה נוגעת באופן ברור רק לתחום פעילות מובחן הנמצא בשולי פעילותו של התאגיד המפר, שהיקפו הכספי ידוע בברור וזניח לעומת המחזור הכספי הכולל של התאגיד, הממונה עשויה להפחית עד 15% מגובה העיצום שהתקבל על פי המודל. הנטל להוכחת התקיימותה של נסיבה זאת מוטל על התאגיד המפר, הן באשר להיותו של תחום הפעילות הרלוונטי מובחן ושולי והן באשר לשיעור ההכנסות הנובע לתאגיד ממנו.

סכום עיצום מקסימלי וסכום עיצום מינימלי

במקרים נדירים, עשוי אופן קביעת גובה העיצום שהוצג לעיל להוביל לעיצום חורג בגובהו מהעיצום המרבי שניתן להטיל על פי סעיף 50 לחוק. במקרים אלו, ייקבע סכום העיצום על העיצום המרבי שניתן היה להטיל על פי החוק.

במקרים אחרים, בעיקר כאשר מדובר בתאגידים בעלי מחזור מכירות נמוך במיוחד, שההפרה שביצעו אינה עלולה לפגוע פגיעה של ממש בתחרות, 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.

ח. אופן קביעת סכום העיצום הכספי ביחס להפרות המנויות בסעיף 50ד(ב)

סעיף 50ד(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.⁸ היה המפר תאגיד עם מחזור מכירות הגבוה מ- 10 מיליון ש"ח בשנה

⁸ ראו ה"ש 2 לעיל. הסכום המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 307,050 ש"ח.

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 8,000,000 ש"ח.⁹ החובה הקבועה בסעיף 46(ב) לחוק למסור מידע לממונה הדרוש לשם קיום הוראות החוק, הינה 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 גובה העיצום המרבי שניתן להטיל על המפר, כמפורט לעיל.

בשלב השני ייקבע עיצום הבסיס, בהתאם למידת הפגיעה בהליך הבדיקה שאותו קיימה הממונה. במסגרת זאת הממונה תשקול, בין היתר, את חשיבות המידע והמסמכים שנדרשו לצורך הפעלת סמכויותיה על פי החוק ואת הנזק שנגרם להליך הבירור, לרבות עיכובים בבדיקה שנגרמו בשל ההפרה.

בשלב השלישי, בו נבחנות נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, תבחן הממונה האם נקט המפר פעולות להפסקת ההפרה וכיצד פעל להפסקת ההפרה נוכח התראות ותזכורות מצד הרשות. כמו כן, תבחן הממונה בשלב זה את אינטרס המפר בהחלטת הממונה והאם מדובר בצד ישיר להליך אשר התקיים בפני הרשות או צד שלישי. לסיום, תשקול הממונה אם קיימות נסיבות נוספות, חיצוניות להפרה, הרלוונטיות לקביעת סכום העיצום הכספי, בדומה לאלו שצוינו לעיל.

ט. מפר שזכה לחסינות מהעמדה לדין פלילי

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

י. 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 ההגבלים העסקיים תוך קידום האינטרס הציבורי באופן היעיל ביותר. יחד עם זאת, 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.

יא. 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.

⁹ שם. הסכום המעודכן למועד פרסום גילוי דעת זה עומד על 8,188,120 ש"ח.

בנוסף, מטבע הדברים, עשויים להישקל שיקולים נוספים על אלו שפורטו לעיל, בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של המקרה, וזאת הן כשיקול לקולא 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.¹⁰ כך, גם בקביעת גובהו של עיצום מנהלי יילקחו בחשבון תמיד מאפייניו הספציפיים של המקרה הנדון, וזאת בין שמדובר בשיקול להקל ובין שמדובר בשיקול להחמיר.

¹⁰ 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)