



8 באפריל 2019
ג' ניסן התשע"ט

לכבוד
עו"ד דנה טירנגל בר צור
רשות התחרות

ג.ג.

הנדון: תגובת לובי 99 וצדק פיננסי לטיטת גילוי הדעת בעניין שיקולי הממונה על התחרות

בקביעת גובה עיצום כספי

1. ברצוננו לברך אתכם על פרסום טיטת גילוי הדעת שבנדון (להלן – "הטיטה"), בהמשך ישיר להעברת תיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21) (חיזוק האכיפה והפחתת הנטל הרגולטורי), התשע"ט-2019 (להלן – "תיקון החוק"). אין ספק שהסדרת האופן בו קובעת הממונה על התחרות את גובה העיצום הכספי תגביר את הוודאות של השחקנים השונים, ולכן מדובר במהלך ראוי.
2. כאמור בטיטה, מנגנון העיצומים הכספיים נועד להוות "מקדם הרתעה אפקטיבית מפני הפרת החוק" (ההדגשה אינה במקור), ולגישתנו יש להתחשב בשיקול מרכזי זה בקביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על גופים המפרים את הוראות חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן – "החוק"). עם זאת, **אנו סבורים כי ישנן מספר קביעות בטיטה אשר אינן נותנות לשיקול ההרתעה את המשקל הראוי**. נעבור עתה לפירוט הקביעות הללו, לפי הסדר בו הן מופיעות בטיטה:
3. **הבחינה האם יש להקל בגובה העיצום הכספי לאור "פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה" תיערך רק לאחר קביעת העיצום הכספי על התקרה של 100 מיליון ₪ (סעיף ב לטיטה): על-פי ההסדר המוצע, בשלבים 1-5 לקביעת העיצום הכספי ייקבע סכום העיצום לאחר התחשבות בשיקולים שונים; בשלב השישי יבדק סכום העיצום אל מול התקרה הקבועה בחוק, ואם סכום העיצום יעלה על התקרה – הוא יופחת ל-100 מיליון ₪; ורק לאחר מכן, בשלב השביעי, עשויה להתבצע הפחתה נוספת (בשיעור של עד 30%) לאור הפעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה. הסדר זה מיטיב דווקא עם החברות הגדולות במשק, להן מחזור של מיליארדי ₪ ולחלקן אף יש כוח שוק משמעותי. יתר על כן, הסדר זה אינו עולה בקנה אחד עם מטרת העיצומים הכספיים, שהיא, כאמור, להרתיע גורמים המפרים את הוראות החוק (או מפרים בכוח). נזכיר גם כי במקור תיקון החוק היה אמור לבטל את תקרת העיצומים הכספיים, אך לבסוף הדבר לא התממש. לגישתנו יש להפוך את הסדר – תחילה לחשב את סכום העיצום הראוי תוך התחשבות בכלל השיקולים, כולל הפעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה, ורק אז להשוות בין סכום העיצום לבין התקרה. ההבדל הוא משמעותי. לולא תתקבל הצעתנו, התוצאה תהא שגם במקרים בהם סכום העיצום הכספי הראוי גבוה בעשרות מונים מהתקרה הקבועה בחוק, ניתן יהיה להפחית את סכום העיצום ל-70 מיליון ₪ בלבד (הפחתה של 30% מהתקרה של 100 מיליון ₪). יתר על כן, בגילוי דעת 1/16 אותו מחליפה הטיטה הפעולות בהן נקט המפר הן אחד השיקולים הנבחנים במסגרת הנסיבות הנוגעות להתנהגות המפר, בשלב מוקדם יותר מההשוואה בין סכום העיצום הכספי לבין התקרה. נודה על תיקון האמור לעיל, או לחלופין נבקש לדעת מדוע נעשה שינוי זה בין גילוי דעת 1/16 לבין הטיטה.**



4. הקביעה לפיה "זיהוי ואמידת המחזור המוחרג רובצים לפתחם של המפרים" (סעיף ג.2.1 לטיוטה): אנו תומכים בהחרגת מחזורי פעילות שאינם רלבנטיים לתחום הפעילות של המוצר או השירות אליו נוגעת ההפרה, ככל שאכן מדובר בהגדרה הרחבה של המונח "תחום" המובאת בטיוטה. עם זאת, לגישתנו אם זיהוי ואמידת המחזור המוחרג ייעשו על-ידי המפר בלבד, ללא פיקוח ציבורי, ישנו חשש כי "החתול שומר על השמנת". על כן, לגישתנו, כאשר רשות התחרות (להלן – "הרשות") מפרסמת את החלטתה בעניין הטלת עיצום כספי, עליה לפרט את הנתונים שעמדו לנגד עיניה על מנת שתוכל להיות עליהם בקרה נוספת.
5. קביעת עיצום הבסיס מוגבל ל-90% ממסגרת העיצום (הן עבור תאגיד והן עבור מפר יחיד – סעיפים ג.2.1 ו-2.2 לטיוטה, בהתאמה): לא ברורה לנו הסיבה להגבלה הזו, בעיקר כאשר משלב זה ואילך נלקחים בחשבון שיקולים רבים אשר עשויים להביא להפחתת סכום העיצום.
6. השיקול של "ימידת הפגיעה הפוטנציאלית שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור" (הן עבור תאגיד והן עבור מפר יחיד – סעיפים ג.2.1 ו-2.2 לטיוטה, בהתאמה): אנו סבורים כי במסגרת שיקול זה יש להתייחס לגבוה מבין השניים – הרווח הצפוי בעת תכנון ההפרה והרווח שהופק בפועל. בטיוטה נקבע כי "היעדרה של פגיעה בפועל בתחרות או בציבור אינה כשלעצמה מספיקה כדי להעיד על היעדר פגיעה פוטנציאלית בתחרות", אך לגישתנו נדרשת אמירה ברורה יותר. זאת, כדי שגם במצבים בהם הרווח הצפוי בעת תכנון ההפרה היה גבוה אך בפועל כלל לא הייתה פגיעה בתחרות – יינתן לרווח הצפוי משקל משמעותי. לדעתנו, עמדה זו מתחייבת מתכלית העיצומים הכספיים, שהיא, כאמור, הגברת ההרתעה.
7. הסדר עירום (סעיף ג.2 לטיוטה): כאשר מדובר בהסדרים "שעיקרם ותכליתם פגיעה בתחרות" וש"חומרתם... מצדיקה את אכיפתם במסגרת הליך אכיפה פלילי", כאמור בטיוטה, לא ברור לנו מדוע יש לקבוע את עיצום הבסיס בשיעור שלא יפחת מ-50% ממסגרת העיצום. קביעה זו מובילה להרתעת חסר ביחס להסדרים עירומים דווקא מצד מפרים שמחזוריהם גבוהים במיוחד. אנו סבורים כי יש לקבוע "רצפה" גבוהה יותר, שתשקף את חומרתם של הסדרים מסוג זה.
8. השיקול של "חלוף הזמן" (הן עבור תאגיד והן עבור מפר יחיד – סעיפים ג.6 ו-5.2 לטיוטה, בהתאמה): הטיוטה קובעת כי אם חלפו לפחות 3 שנים מסיום ההפרה ועד למועד תחילת הבדיקה של הרשות – ניתן יהיה להפחית עד 20% מעיצום הבסיס. פעמים רבות משך הזמן הזה אינו נובע משיהוי בפעילות הרשות, אלא ממידע שמגיע עם חלוף הזמן (כמו למשל בפרשת קרטל המעטפות), ולכן לגישתנו לא ראוי לתת הקלה בשל עצם העובדה שההפרה הוסוותה היטב כך שנתגלתה באיחור רב. להיפך, יש בכך כדי להפחית הרתעה מצד מפרים מתוחכמים.
9. השיקול של "קבלת ייעוץ משפטי בתחום דיני התחרות" (הן עבור תאגיד והן עבור מפר יחיד – סעיפים ג.6 ו-5.2 לטיוטה, בהתאמה): עקב החשש מרכישת חוות דעת משפטיות "מוזמנות", אנו סבורים כי יש להוסיף על האמור בטיוטה ולקבוע גם כי הייעוץ המשפטי צריך להורות שדרך הפעולה של המפר הייתה כשרה, ללא סייגים. נזכיר כי על-פי פסיקת בית המשפט העליון, "חוות דעת משפטית שיש בה כדי לשמש הגנה... הינה בעלת ערך ומשקל רק אם נקט הנאשם באמצעי האמור לבירור הדין בהיעדר אמצעים אחרים מתאימים יותר, כגון חוות דעת מוקדמת של רשות מוסמכת לפרש את הדין שהיא מחילה על הנסיבות מן הסוג הנדון" (ההדגשה אינה במקור).¹ באותו מקרה, נקבע כי "כאשר קיימת בפועל אפשרות ממשית לקבל

¹ ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פס' 37 (פורסם בנבו, 10.10.2007).



את עמדתה המשפטית של הרשות המוסמכת, ובמיוחד במצב בו ישנו הסדר סטוטורי המאפשר זאת (כמו ההסדר הקבוע כיום בסעיף 43א לחוק ההגבלים), טעותו בדין של הנאשם, שהעדיף להסתמך על עצתו המשפטית של עורך דינו ולא לפנות לרשות המוסמכת, נראית על פני הדברים כטעות שאינה בלתי נמנעת באורח סביר" (ההדגשה אינה במקור).² אנו סבורים כי אמירות אלה נכונות גם בענייננו. נזכיר כי הכלי של עיצומים כספיים נועד להוות סנקציה שבה אין תחולה לחלק מההגנות הקיימות בפלילים, כיוון שמדובר בסנקציה כספית בלבד. על כן, גם אם הרשות מבקשת להפחית את גובה העיצום הכספי לאור השיקול של קבלת ייעוץ משפטי, הרי שנדרש להבהיר כי שיקול זה יחול רק כאשר חוות הדעת נותנת הכשר חד משמעי להפרה ומתקיימים בה יתר היסודות שנקבעו בפסיקה.

10. הטלת עיצום כספי על מפר יחיד: כיוון שכוח השוק של תאגידי גדולים יאפשר להם "לגלגל" על הצרכנים את עלות העיצומים הכספיים שיוטלו עליהם, הטלת עיצומים כספיים על מנהלי התאגידי באופן אישי היא דרך אפקטיבית הרבה יותר להשיג הרתעה. עם זאת, אנו סבורים כי ההסדר המוצע בטיוטה פוגע בהרתעה בשני מובנים מרכזיים:

א. לגישתנו, הגדרת המונח "הכנסה" (המובאת בסעיף ד.1.2 לטיוטה) צריכה להיות רחבה ככל הניתן, כך שתתבסס על הוצאות המעביד ותכלול כל טובת הנאה שקיבל נושא המשרה מהתאגיד המפר ב-3 השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה (בונוסים, אופציות, רכב וכו').

ב. כמו כן, יש לקחת בחשבון את משך הזמן של ההפרה, בדומה לעיצומים כספיים לגבי תאגיד.

11. נשמח לענות על כל שאלה או להציג את עמדתנו בעל-פה, ככל שיידרש.

בברכה,

ד"ר הראל פרימק וברק גונן

צדק פיננסי

עו"ד נועה זלצמן

לובי 99