



החלטת הממונה על הגבלים עסקיים להטיל עיצום כספי
לפי סעיף 150ד(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988
על תנובה אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ
וטירת צבי 2000 שותפות מוגבלת

א. פתח דבר

1. עניינה של החלטה זו הוא הטלת עיצום כספי על תנובה אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: "תנובה") וטירת צבי 2000 שותפות מוגבלת (להלן: "טירת צבי", ולהלן ביחד: "המפרות"), בגין היותן צד להסדר כובל בלא שקיבלו לכך היתר ממערך הפיקוח על הגבלים עסקיים.
2. ביום 27.4.14 הודעתי למפרות אודות כוונתי להטיל עליהן עיצום כספי בהתאם לסעיף 150 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") בסכום של מיליון ש"ח לתנובה ובסכום של שלוש מאות אלף ש"ח לטירת צבי. כעת, לאחר שמיעת ושקילת טענות המפרות, ולאחר שהתייעצתי עם הוועדה לפטורים ולמיוזוגים, באתי לכדי מסקנה כי יש מקום להטיל על המפרות עיצומים בגין הפרת הוראות החוק, תוך הפחתה של הסכומים הנזכרים.
3. על כן, מתוקף סמכותי לפי סעיף 150ד(א)(1) לחוק ולאחר שמצאתי שתנובה וטירת צבי היו צד להסדר כובל בניגוד להוראות סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, החלטתי להטיל על תנובה עיצום כספי בגובה שמונה מאות אלף ש"ח ועל טירת צבי עיצום כספי בגובה מאתיים וארבעים אלף ש"ח. הנימוקים להחלטה זו יפורטו להלן. ראשית יוצגו האירועים והעובדות המלמדים על הפרת החוק ולאחר מכן הנימוקים לקביעת גובה העיצום הכספי.
4. מסמך זה מהווה דרישת תשלום בהתאם להוראות סעיף 150ח(ב)(1) לחוק.

ב. רקע עובדתי: הסכם ההפצה והצדדים לו

5. תנובה היא אגודה שיתופית פרטית, העוסקת בעצמה ובאמצעות חברות קשורות בתחום ייצור ושיווק מוצרי מזון וכן בשיווק והפצת תוצרת חקלאית. בין היתר, עוסקת תנובה ביצור ושיווק מוצרי חלב, פירות וירקות, ביצים, מאפים קפואים ("מעדנות"), מוצרי בשר טרי ובשר מעובד ("אדום אדום"), בשר עוף מעובד ("מאמא עוף"), ירקות קפואים ("סנפרוסט") ומזון אורגני ("הרדוף"). תנובה אף מחזיקה במחצית הזכויות במשחטת קורניש-חן והיא מפיצה חלק מהתוצרת של משחטת עוף הגליל. תנובה מוכרזת כבעלת מונופולין לפי סעיף 26 לחוק בחלב ומוצריו. כמו כן, לתנובה מחצית מהזכויות בטירת צבי.



6. טירת צבי היא שותפות מוגבלת ששותפים בה תנובה וקיבוץ טירת צבי בחלקים שווים. טירת צבי עוסקת בעיקר בייצור, אריזה ושיווק של נקניקים, נקניקיות ומוצרי בשר מעובד וקפוא כגון המבורגרים, קבבים, סטייקים וכדומה.
7. עובר לחודש ינואר 2000 נחתם בין תנובה לטירת צבי הסכם הפצה. בהסכם נכללו מספר תניות הרלוונטיות לענייננו:
- א. התחייבות טירת צבי להפצת מוצריה על ידי תנובה בבלעדיות: על פי ההסכם יופצו מוצרי טירת צבי על ידי תנובה באופן בלעדי, למעט החרגות מסוימות בנוגע להפצה באזור יהודה ושומרון; מכירה בקיבוץ טירת צבי, לקיבוץ טירת צבי ולעסקי הקייטרינג שלו; ומכירה ללקוחות מוסדיים.
- ב. התחייבות תנובה שלא להתחרות בטירת צבי: על פי ההסכם התחייבה תנובה שלא לעסוק בשיווק והפצת מוצרי נקניק ופסטרמה ומוצרי בשר בקר מעובד של יצרנים זולת טירת צבי, אלא אם מדובר במוצרים שתנובה היתה מעורבת בשיווקם במועד חתימת ההסכם או אם הוצע תחילה לטירת צבי לייצר מוצרים אלו ולהפיצם באמצעות תנובה וטירת צבי סירבה לכך.
- ג. התחייבות לענין המחיר: על פי ההסכם, לטירת צבי הסמכות לקבוע את מחיר מכירת המוצרים לקמעונאים ושיעורי הנחות להם יזכו. באפשרותה של תנובה לקבוע שיעורי הנחות שונים מאלה שקבעה טירת צבי ובלבד שתישא בעצמה בעלויות הכרוכות בהנחות אלו.
8. ביום 24.1.00 ניתן להסכם ההפצה בין תנובה לטירת צבי פטור מאישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים מאת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה"), וזאת בכפוף למספר תנאים, בהתאם לסמכות הממונה על פי סעיף 14 לחוק. תוקפו של הפטור הועמד על "חמש שנים או כל עוד נתח השוק של השותפות בתחום המוצרים המעובדים לא יעלה על 50% - לפי המוקדם מביניהם" (להלן: "הפטור הראשון").¹
9. בחלוף חמש שנים, הגישו תנובה וטירת צבי בפני הממונה בקשת פטור נוספת וביום 23.1.05 ניתנה החלטת הממונה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם לתקופה של חמש שנים (להלן: "הפטור השני").² תוקפו של פטור זה פקע ביום 23.1.10.
10. לאחר מועד זה הוסיפו תנובה וטירת צבי לפעול על פי הסכם ההפצה, הגם שבאותה עת היה זה הסדר כובל שלא ניתן לו אישור, היתר או פטור כנדרש בסעיף 4 לחוק.

¹ החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ לבין טיב - טירת צבי 2000; 2000 הגבלים עסקיים 3007309.

² החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ, טיב - טירת צבי 2000; 2005 הגבלים עסקיים 5000001.



11. ביום 3.7.2011 נחתמה בין תנובה וטירת צבי תוספת להסכם ההפצה, לפיה על אף האיסורים החלים על תנובה על פי ההסכם הקודם, תנובה תהא רשאית לייצר, לשווק ולהפיץ מוצרי בשר בקר מסוג המבורגר, קבב וקציצות.
12. ביום 14.4.13 פנו נציגי רשות הגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") למפרות במכתב, שבמסגרתו הופנתה תשומת ליבן לכך שעל פני הדברים הן צד להסדר כובל שלא ניתן לו היתר מאת מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים. בהמשך לכך, ביום 12.6.13 הגישו המפרות בקשה למתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק הגבלים העסקיים. לאחר עריכת בדיקה כלכלית ובחינת החששות התחרותיים שמעלה הסכם ההפצה, ניתן פטור להסדר ביום 12.2.14 לתקופה בת שלוש שנים.³
13. יוצא אם כן, כפי שיבואר עוד להלן, כי החל מיום 24.1.2010 פעלו תנובה וטירת צבי כצדדים להסדר כובל שלא קיבל אישור, היתר או פטור על פי החוק ובכך הפרו את הוראת סעיף 4 לחוק הגבלים העסקיים.

ג. הסכם ההפצה הינו הסדר כובל

14. סעיף 2(א) לחוק מגדיר הסדר כובל כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".
15. כפי שנקבע בפסיקה, להסדר הכובל ארבעה יסודות: (1) קיומו של הסדר; (2) בין בני אדם המנהלים עסקים; (3) הכולל הגבלה על לפחות אחד מהצדדים להסדר; (4) באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים (ראו למשל: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, פסי' 78-88 (2005)). סעיף 2(ב) מוסיף וקובע חזקות חלוטות, על פיהן הסדרים הכוללים תניות מסוימות יוחזקו כהסדרים העלולים למנוע או להפחית את התחרות בעסקים.
16. בענייננו, אין ספק כי ההסכם בין תנובה לטירת צבי הינו הסדר כובל. תנובה וטירת צבי הינן חברות מסחריות העוסקות בייצור, במכירה ובשיווק של מוצרי מזון ועל כן יש לראות בהן "מנהלי עסקים". הסכם ההפצה מהווה "הסדר", מונח אשר פורש בפסיקה בהרחבה וברי כי הוא חל על הסכם כתוב.
17. כמו כן, הסכם ההפצה מגביל את התנהלות הצדדים. בין היתר, ההסכם מחייב את טירת צבי להפיץ מוצריה באמצעות תנובה בלבד (למעט החרגות מסויימות) ומחייב את תנובה שלא להפיץ ולשווק מוצרים המתחרים במוצרי טירת צבי.

³ החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ לבין טיב – טירת צבי 2000; 2014 הגבלים עסקיים 500558.



18. הסכם ההפצה עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, ואף כולל כבילות הנופלות לגדרי החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק. כך, התחייבות טירת צבי למתן בלעדיות לתנובה בהפצת מוצריה (בכפוף להחרגות) והתחייבות תנובה להפיץ את מוצרי טירת צבי בלבד ושלא להתחרות בטירת צבי (בכפוף להחרגות) נופלות לגדרי החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(3) לחוק שעניינה כבילה הנוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו". תניות אלו נופלות גם בגדרי החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(4) באשר הן נוגעות ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".
19. בנוסף, התניה לפיה טירת צבי תהיה זכאית לקבוע את המחיר ותנאי האשראי בהם תמכור תנובה את מוצרי טירת צבי נופלת לגדרי החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1), בענין כבילה הנוגעת ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם".
20. יתרה מזו, ההסכם בין הצדדים מקים מספר חששות לפגיעה בתחרות ועל כן נופל הוא גם לגדרי סעיף 2(א) שכן הוא עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. חשש ראשון המתעורר נוכח ההסדר נוגע לפגיעה אפשרית בתחרות, כאמור בסעיף 2(א) לחוק, כתוצאה מחסימת מתחרותיה של טירת צבי בהפצת מוצריה. זאת, בשל היתרונות המוקנים לתנובה כמשווקת של מוצרים רחב של מוצרי מזון ובעלת מערך מכירות והפצה מבוסס בעל פריסה ארצית. במצב דברים זה, מתעורר חשש כי רשתות השיווק תעדפנה את מוצרי הבשר המעובד של טירת צבי המופצים כחלק מסל המוצרים של תנובה על פני מוצרי בשר מעובד של ספקים מתחרים.
21. חשש נוסף שמקים ההסכם נוגע להפחתת התחרות, כאמור בסעיף 2(א) לחוק, כתוצאה מפעילותה של תנובה בתחום ההספקה של חומרי גלם לייצור בשר מעובד (פטמי הודו ועוף), בהיותה בעלת מחצית הזכויות במשחטת קורניש-חן ומפיצת חלק מהתוצרת של משחטת עוף הגליל. העובדה כי תנובה מפיצה בבלעדיות את מוצרי הבשר המעובד של טירת צבי ובמקביל פעילה במקטע התשומות בתחום זה, מקימה חשש מפני חסימת הספקת תשומות למתחרותיה של טירת צבי.
22. בנוסף מקים ההסדר חשש על פי סעיף 2(א) לחוק מפני פגיעה בתחרות הפנים-מותגית על מוצרי טירת צבי. חשש זה נובע מעצם מינויה של תנובה למפיצה בלעדית של המוצרים על פי ההסכם. כלומר, חלף הפצת מוצרי טירת צבי על ידי מפיצים שונים המתחרים ביניהם, מוצרי טירת צבי יופצו על ידי גורם יחיד.
23. כפי שיוסבר בהמשך, בדיקה כלכלית שערכה הרשות העלתה כי החששות התחרותיים שנמנו לעיל, הגם שהם מקימים עלילות להפחתת התחרות כאמור בסעיף 2(א) לחוק, אינם מתממשים לכדי פגיעה של ממש בתחרות בשוק בנסיבות המקרה. מן הטעם הזה הוחלט ליתן להסדר שבין תנובה וטירת צבי פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק, לתקופה מוגבלת של שלוש שנים. לאחר תקופה זו, ככל שהמפרות יבקשו להמשיך ולקיים את הסכם ההפצה, יהיה עליהן לשוב ולהביאו לבחינת מערך ההגבלים העסקיים.



24. למען שלמות התמונה יצויין, כי הסכם ההפצה אינו נופל לאיזה מן החריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק, אשר ההסדרים הנכללים בהם לא יחשבו כהסדרים כובלים. בפרט, לא חוסה ההסכם תחת החריג שבסעיף 3(5) לחוק, שעניינו הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברה בת שלה, שכן תנובה אינה מחזיקה בטירת צבי בשיעור העולה על מחצית. כמו כן, ההסכם לא חוסה תחת החריג שבסעיף 3(6) שעניינו בלעדיות הדדית שכן חריג זה אינו חל מקום בו, כבענייננו, קיימת חפיפה במוצרים המשווקים על ידי הצדדים (ראו פירוט להלן), או מקום בו, כבענייננו, הבלעדיות אינה משתרעת על פני כלל לקוחותיו של הספק.
25. כמו כן, ההסכם אינו נופל לאיזה מפטורי הסוג שהותקנו על פי סעיף 15(א) לחוק. בפרט, ההסדר אינו חוסה תחת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013 (להלן: "פטור הסוג להסדרים שאינם אופקיים"). זאת, בין היתר, נוכח העובדה כי הצדדים להסדר הינם "מתחרים" כהגדרתם בפטור זה. כפי שהוזכר לעיל, תנובה עוסקת, בין היתר, בייצור ושיווק מוצרי בשר טרי ומעובד. מוצרים אלו כוללים, בין היתר, המבורגר, סטייק ומוצרי בשר טחון. טירת צבי עוסקת גם היא בייצור ושיווק מוצרי בשר מעובדים לרבות נקניקים, נקניקות, המבורגרים, קבבים, סטייקים וכדומה. מכאן שהמוצרים המשווקים על ידי הצדדים להסדר דומים או זהים ועל כן מתקיימת חפיפה ביניהם ושניהם מספקים את המוצרים לרוכשים דומים או זהים.
26. יצויין, כי פטור הסוג להסדרים שאינם אופקיים נכנס לתוקפו רק ביום 18.6.2013, קרי לאחר שהצדדים החלו לפעול על פי ההסדר הכובל הנדון מבלי שניתן להם פטור מאת הממונה או אישור מתאים מאת בית הדין. עם זאת, שאלת תחולתו של פטור הסוג להסדרים שאינם אופקיים על ההסדר מושא החלטה זו נשקלה על ידי בבואי להטיל עיצום כספי על המפרות, וכאמור אני סבור שהוא אינו חל על הסדר זה.

ד. ההסדר הכובל לא קיבל היתר מאת מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים

והצדדים לו הפרו את הוראות החוק

27. סעיף 4 לחוק אוסר על היותו של אדם צד להסדר כובל שלא קיבל היתר מתאים מאת מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים:

4" לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם".



28. מכאן שעל מנת להימנע מהפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים, ובהיעדר תחולה לפטור סוג, על המבקש לקיים הסדר כובל להביאו לאישור מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים באחת מן הדרכים המנויות בסעיף 4 לחוק.
29. בענייננו, בראשית הדרך הביאו תנובה וטירת צבי את ההסכם שביניהן בפני הממונה לשם קבלת פטור מאישור בית הדין להסדר כובל, בהתאם לסעיף 14 לחוק. המפרות עצמן הכירו אפוא בהיותו של ההסכם שביניהן בגדר הסדר כובל אשר קיומו טעון אישור של מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים.
30. לראשונה הובא ההסכם בפני הממונה בד בבד עם עסקת המיזוג בין תנובה לבין טיב בית חרושת לנקניק ובשר מעושן טירת צבי, במסגרתה הוקמה טירת צבי, הנמצאת בבעלות תנובה וקיבוץ טירת צבי. הצדדים דיווחו לממונה על המיזוג ועל ההסדר הכובל שנלווה לו, וביום 24.1.00 ניתן להסכם ההפצה הפטור הראשון אשר תוקפו הועמד, כאמור, על חמש שנים.
31. בהמשך הגישו תנובה וטירת צבי בקשת פטור נוספת לממונה וביום 23.1.05 ניתן הפטור השני לתקופה נוספת בת חמש שנים. תוקפו של פטור זה פקע ביום 23.1.10. לאחר מועד זה הוסיפו תנובה וטירת צבי לפעול על פי ההסכם, הגם שבאותה עת היה זה הסדר כובל שלא ניתן לו אישור או פטור כנדרש בסעיף 4 לחוק.
32. יוצא אם כן, כי החל מיום 24.1.10 פעלו תנובה וטירת צבי כצדדים להסדר כובל שלא קיבל אישור, היתר או פטור על פי איזו מן האפשרויות הקבועות בחוק ובכך הפרו את הוראת סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים.
33. רק ביום 12.6.13, לאחר פניה מצד נציגי הרשות למפרות, הגישו המפרות בקשה למתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

ה. אכיפת הוראות החוק באמצעות הטלת עיצום כספי

34. בעבר, מקום בו מצא הממונה כי הופרו הוראות חוק ההגבלים העסקיים, עמדו בפניו שני אמצעי אכיפה עיקריים: אכיפה פלילית ואכיפה באמצעים אזרחיים-מנהליים שעיקרם פרסום קביעה לפי סעיף 43 לחוק ופניה לבית הדין להגבלים עסקיים למתן צווים שונים, בין היתר, לפי סעיפים 44, 50 ו-50 לחוק.
35. נקיטה בצעדי אכיפה פליליים בגין עבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים הינה מטבעה מורכבת וממושכת ומתאימה לאכיפתן של הפרות חמורות של החוק אשר ראויות לענישה פלילית, הכרוכה בפגיעה משמעותית בחירות הפרט ונושאת עימה קלון חברתי. באשר לאכיפה באמצעים מנהליים-אזרחיים, שנועדו לספק מענה מהיר ויעיל יותר בהשוואה לכלי האכיפה הפלילית, הרי שהאפשרויות שעמדו בפני הממונה על הגבלים עסקיים היו מצומצמות ומוגבלות.



36. בספרות המשפטית עמדו על החשיבות שבמתן סמכויות אכיפה מינהליות בידי הממונה, ובפרט סמכות להטיל קנסות כספיים בגין עבירות על חוק ההגבלים העסקיים. ראו למשל דברי פרופ' מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי בעניין:⁴

"חשוב מכל, יש להסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי בעבירות הגבליות. הסמכות להטיל קנסות מנהליים תמלא את הלקונה המעשית בסמכויות האכיפה המוקנות כיום לרשות. היא תאפשר מתן מענה יעיל ומהיר יותר לסיטואציות שבהן קיים קושי או לא ראוי להחיל את המשפט הפלילי, תוך הפעלת סמכויות אכיפה באופן מידתי והרתעתו."

37. על מנת למלא חסר זה בסמכויות האכיפה הנתונות בידי הממונה על הגבלים עסקיים והרשות נחקק בשנת 2012 תיקון מספר 13 לחוק ההגבלים העסקיים, במסגרתו הוענקה לממונה הסמכות להטיל עיצומים כספיים בגין הפרות החוק. כך הוסבר הצורך בתיקון בדברי ההסבר לתיקון לחוק:⁵

"מעריך האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים עומד כיום על שני אדנים, המוסדרים בחוק ההגבלים העסקיים: הפלילי (ר' למשל בפרק ז' לחוק), והאזרחי-מנהלי (ר' למשל פרקים ה', ו' ו-ז' לחוק).

מנגנוני האכיפה האזרחית-מנהלית הקבועים כיום בחוק אינם מספקים ואינם נותנים מענה שלם למגוון הרחב של הפרות החוק האפשריות. אימצו של מנגנון להטלת עיצום כספי בחוק יהווה כלי משלים למנגנוני האכיפה האמורים, שיאפשר מתן מענה אפקטיבי, מהיר ויעיל למגוון הפרות כאמור.

אכיפה באמצעות עיצומים כספיים הפכה בעשור האחרון לרווחת בחקיקה הישראלית, ובמיוחד בחוקים העוסקים בתחומים כלכליים. העיצום הכספי הוא אמצעי אכיפה רגולטורי יעיל ומהיר, המוטל על ידי הרשות המינהלית ומטרתו להביא להגברת הציות של ציבור המפוקחים. לנוכח העובדה שמדובר בהליך מנהלי, עשויה יעילותו ומהירותו לשמש גורם מרתיע ולהביא להקטנת השכיחות של הפרת החובות שבגינן ניתן להטילו. הטלת העיצום הכספי נבדלת מהטלת סנקציה פלילית בכך שהיא אינה מלווה בקלון החברתי שכרוכה בו הרשעה בפלילים, והיא אף אינה גוררת אחריה רישום פלילי."

⁴ מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" עיוני משפט לה 5, 50 (2012)

⁵ הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב 2011, ה"ח 37 (להלן: "הצעת החוק").



38. וראו בעניין זה גם את דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת אשר ביטא דברים דומים כאשר הציג את תיקון 13 לחוק ההגבלים העסקיים במליאת הכנסת.⁶
39. במסגרת התיקון, הוסף לחוק ההגבלים העסקיים פרק ז'1, הקובע את סמכויות הממונה על הגבלים עסקיים להטיל עיצום כספי בגין הפרת הוראות החוק ואת אופן הטלתו. בכך התווסף לארגז הכלים האכיפתיים שבידי הממונה כלי משמעותי ואפקטיבי לקידום הציות להוראות החוק.
40. סעיף 50ד(א) לחוק קובע את המקרים שבעניינם יוכל הממונה להטיל עיצום כספי. הסעיף כולל שורה של הפרות של חוק ההגבלים העסקיים, ובכלל זה הפרת הוראת סעיף 4 לחוק, כבענייננו :

"50ד. (א) הפר אדם הוראה מההוראות לפי חוק זה כמפורט להלן, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי לפי הוראות פרק זה, בסכום של עד מיליון 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 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; ..."

41. הנה כי כן, בעקבות כניסת תיקון 13 לחוק לתוקפו, הפרת הוראות החוק מקימה סמכות לממונה להטיל עיצום כספי על המפר או לנקוט בצעדי אכיפה פליליים.
42. אופן הפעלת שיקול דעתם של הרשות והממונה בבחירה בין כלי האכיפה השונים העומדים לרשותם הותווה ב"גילוי דעת 1/12: הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים"⁷ (להלן: "גילוי דעת 1/12"). בהתאם להתחייבות שנטל על עצמו הממונה, הפעלת סמכויותיו לענין עיצומים כספיים החלה רק לאחר פרסום גילוי דעת 1/12.
43. גילוי דעת 1/12 מבהיר מהן ההפרות ובאלו נסיבות יהיה העיצום הכספי כלי האכיפה המרכזי בו ייעשה שימוש על ידי הממונה. בין המקרים בהם יינקטו צעדי אכיפה מינהליים בדרך של הטלת עיצום כספי מונה גילוי הדעת את המקרים הבאים :

⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 342 של הכנסת ה-18, 275 (7.5.2012).

⁷ 2012 הגבלים עסקיים 5001998.



11. הסדר כובל שנעשה, כולו או מקצתו, בלא אישור, היתר זמני, פטור או פטור סוג, בניגוד להוראות סעיף 4 לחוק ואשר נכנס ואשר הוא אחד מאלה:

א. הסדר כובל שאינו אופקי, למעט כאשר המידע שבידי הרשות מלמד על קיומה של כוונה לפגוע בתחרות.

...

ג. הסדר כובל אופקי שניתן בגינו בעבר פטור או אישור, שתוקפו פקע, או הסדר כובל אופקי שיצא מגדרי פטור סוג שחל עליו בעבר, ובלבד שלא חלפו למעלה משלוש שנים מיום שפקע תוקף האישור או הפטור, או מיום שההסדר הכובל יצא מגדרי פטור סוג כאמור.

44. כמתואר לעיל, הסכם ההפצה בו התקשרו המפרות הינו הסדר כובל שנעשה ללא אישור, היתר זמני, פטור או פטור סוג בניגוד לסעיף 4 לחוק ואשר ניתן לו בעבר פטור שתוקפו פקע ביום 24.1.10. היותן של המפרות צד להסכם זה מקימה אפוא סמכות לממונה להטיל עליהן עיצום כספי בגין היותן צד להסדר כובל.

45. אמנם פרק הזמן שחלף ממועד פקיעת הפטור השני שניתן להסדר שבין המפרות (ביום 24.1.2010) ועד ליום בו הוגשה בקשת הפטור האחרונה בגין ההסדר (ביום 12.6.2013), עומד על למעלה משלוש שנים. יחד עם זאת, נוכח העובדה כי כלי העיצומים הכספיים טרם הופעל על ידי הממונה ומאחר שלא נמצא בידי הרשות מידע המלמד כי ההסדר נעשה תוך כוונה לפגוע בתחרות, זהו הסדר שראוי להטיל בגינו עיצום כספי על פי גילוי הדעת 1/12 חלף בחירה בכלי אכיפה חלופי.

46. הסכם ההפצה בין תנובה לטירת צבי הינו הסדר כובל שלא ניתן לו פטור, אישור או היתר על פי חוק ההגבלים העסקיים. בכך הפרו הצדדים להסכם זה, תנובה וטירת צבי, את הוראת סעיף 4 לחוק. על פי סעיף 50 לחוק ובהתאם לגילוי הדעת 1/12, כלי האכיפה האפשרי וההולם בגין הפרה זו הינו הטלת עיצום כספי.

47. כלי העיצום הכספי נועד לקדם את הציות לחוק על ידי הרתעה מפני הפרתו ועל ידי הטלת סנקציה כלפי המפר. במקרה שכאן, המפרות הינן חברות מבוססות בעלות פעילות ענפה במשק הישראלי, אשר מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים אינו זר להן. אף על פי כן, במשך תקופה משמעותית וארוכה היו המפרות צד להסדר כובל בניגוד להוראת סעיף 4 לחוק. לאור זאת, אני סבור כי מן הראוי לעשות שימוש בכלי העיצום הכספי במקרה זה.

48. יודגש, כי אין ללמוד מכך שבמקרה הנדון בחינת הרשות מצאה כי החששות התחרותיים המתעוררים כתוצאה מן ההסדר הכובל מופגים, כי יש להקל ראש בהפרה שביצעו המפרות. משטר הפיקוח על הסדרים כובלים מחייב דיווח וקבלת היתר להסדר כובל על ידי הרשות המוסמכת בטרם ביצוע ההסדר. זאת על מנת למנוע מצב בו מתקיים הסדר כובל הפוגע



בתחרות או בציבור במסגרת החוק. תפיסת המחוקק הינה איפוא כי הגנה מפני פגיעה בתחרות או בציבור תושג באם יובא ההסדר לבחינת הרשות המוסמכת בטרם ביצועו, ולא בדיעבד. זאת על מנת שרשות ההגבלים העסקיים תוכל מבעוד מועד לבדוק לעומק הסדרים המעלים חששות לפגיעה בתחרות ולוודא כי אין בהם פגיעה של ממש בתחרות בשוק.

49. כלשונו של בית המשפט העליון בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001), בפסקאות 27-28 לפסק הדין:

"בפסוק אחד: הסדר כובל – כהגדרתו בחוק – אסור, אלא אם כן הותר: מכוח החוק במישרין או על פי סמכות שנתן החוק בידי רשויות שנקבעו בו.

...מחוקק ישראל עשה את שעשה בכוונת מכוון... פרש רשת ארוכה ורחבה להעלות בה כל הסדרים המונעים או המפחיתים תחרות בעסקים – לרבות סוגי הסדרים אשר נקבעו בסעיף 2(ב) לחוק כהסדרים כובלים *ex lege* – ולאחר שלכך כך את כל הדגה, הוסיף והתיר לחלקה להחליק אל מחוץ לרשת בקובעו שני פתחי מילוט אלה: אחד, כי הסדרים בעניינים ספציפיים אלה ואחרים – כהוראת סעיף 3 לחוק – פטורים מחבויית שהוא מטיל, ושניים, נתן סמכות בידי בית הדין להגבלים עסקיים (בסעיף 9 לחוק) ובידי הממונה (בסעיפים 14 ו-15 א לחוק) – על פי הנחיות שהנחה אותם – לפטור הסדרים כובלים אלה ואחרים מן החבות שבחוק."

50. כך בכלל וכך גם במקרה זה. הסדר ההפצה בין המפרות העלה שורה של חששות תחרותיים. חששות אלו נבדקו על-ידי המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים תוך עריכת שיחות ואיסוף נתונים מהשחקנים הרלוונטיים בשוק. רק לאחר שתוצאות הבדיקה העלו כי הסכם ההפצה אינו צפוי לפגוע בתחרות או בציבור החליט הממונה ליתן לו פטור בהתאם להוראות סעיף 14 לחוק.

51. המפרות היו אפוא צד להסדר כובל מבלי שניתן להן היתר כדין ועל כן, ומן השיקולים שפורטו לעיל, החלטתי להטיל עליהן עיצום כספי.

52. נפנה כעת לבחינת גובה העיצום שראוי להטיל על המפרות בנסיבות העניין.

1. אופן קביעת גובה העיצום

53. סעיף 50ד(א) לחוק קובע את גובהו המקסימלי של העיצום הכספי שניתן להטיל על מי שהפר את ההוראות המנויות בסעיף זה: עד מיליון ש"ח לאדם (לרבות תאגיד) ועד שמונה אחוזים ממחזור המכירות של תאגיד אך לא יותר מ-24 מיליון ש"ח, כאשר מחזור המכירות של התאגיד בשנת הכספים הקודמת למועד ההפרה עולה על 10 מיליון ש"ח.



54. השימוש במחזור הכספי של התאגיד נועד לייצר הרתעה אפקטיבית מפני הוראות החוק. כפי שצויין בדברי ההסבר להצעת החוק:⁸

"העיצום הדיפרנציאלי המוטל על תאגידיים מבטא את עקרון המידתיות. רשות ההגבלים העסקיים מפקחת על קיומן של הוראות החוק בידי כלל הגופים במשק, גדולים כקטנים. כדי לייצר הרתעה אפקטיבית, ובה בעת להימנע מחיוב המפר בסכומים שבהם לא יוכל לעמוד, יש צורך בהתאמת גובה העיצום הכספי לזהותו של המפר. מכאן, יוצר החוק זיקה בין מחזור המכירות של התאגיד, המהווה אינדיקציה חזקה להיקף פעילותו ובין העיצום המירבי שניתן להטיל עליו".

55. כפי שמלמדים דברי ההסבר, בחינת גובהו של העיצום תיעשה תמיד ביחס לזהותו של המפר, ובפרט – להיקף הפעילות הכלכלית שלו.

56. סעיף 50 לחוק קובע רשימה פתוחה של שיקולים שעל הממונה לשקול בבואו לקבוע את גובה העיצום:

"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 הפר;
- (7) לגבי מפר שהוא תאגיד – קיומו של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק".

57. במטרה לפרט את אמות המידה להפעלת שיקול דעת הממונה בקביעת גובה העיצום, פורסם גילוי דעת 2/12 בעניין "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי"⁹

⁸ הצעת החוק, לעיל, ה"ש 6.



(להלן: "גילוי דעת 2/12"). על פי גילוי דעת זה, החלטה בדבר הטלת עיצום כספי ושיעורו תיעשה בין היתר "בשים לב למכלול נסיבותיו הייחודיות של המקרה". בנוסף מפרט גילוי דעת 2/12 את אופן הפעלת שיקול הדעת ביחס לשיקולים המנויים בסעיף 50 לחוק וביחס לשיקולים נוספים.

58. בבואו לקבוע את גובה העיצום הכספי יבחן הממונה את נסיבותיו של המקרה הספציפי שבפניו על רקע תכליתו של חוק הגבלים העסקיים, היא השמירה על התחרות החופשית.¹⁰ תכלית זו מחייבת מתן משקל מרכזי לפוטנציאל הפגיעה בתחרות שעלול להיווצר כתוצאה מן ההפרה בגינה מוטל העיצום. ואכן, בגילוי הדעת בעניין שיקולי הממונה בקביעת גובה העיצום הוכר שיקול זה כ"פרמטר מרכזי בהערכת חומרתה של ההפרה".¹¹

59. כפי שפורט בגילוי דעת 2/12, במסגרת בחינת מידת הפגיעה בתחרות כתוצאה מן ההפרה תבוצע הערכה כללית של פוטנציאל הפגיעה בתחרות ובציבור הטמון בהפרה, בשים לב לטיבה של ההפרה ולנסיבות העניין. הממונה עשוי לבחון לעניין זה, בין השאר, את מעמדו של המפר ומעמדם של הצדדים להפרה בשווקים שלהפרה יש זיקה אליהם, בשים לב לנסיבות השוק, והכל כמפורט בגילוי הדעת.

60. להערכה בדבר מידת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות השפעה משמעותית על גובהו של העיצום ביחס לטווח הכספי האפשרי להטלתו, היינו האם יוטל עיצום שסכומו גבוה באופן יחסי וקרוב לסכום המקסימלי שניתן להטילו על פי החוק, או שמא יוטל עיצום נמוך יחסית המצוי בתחתית הטווח האפשרי להטלת העיצום.

61. בגין הפרות אשר פגיעתן בתחרות עלולה להיות קשה וחמורה – יקבע הממונה עיצום בסכום המצוי בחלקו העליון של הטווח האפשרי להטלת העיצום. לעומת זאת, בגין הפרות אשר אינן מקימות חששות תחרותיים משמעותיים, סכום העיצום שייקבע יהיה מצוי בחלקו הנמוך של הטווח האפשרי להטלת העיצום. מידת הפגיעה האפשרית בתחרות כתוצאה מהפרה מסוימת תהווה אפוא בסיס לקביעת מתחם העיצום הכספי הראוי בגין אותה הפרה.

62. יתר השיקולים לקביעת גובה העיצום הנזכרים בגילוי הדעת ונסיבותיו הפרטניות של מקרה ספציפי שיבוא בפני הממונה ישפיעו על מיקומו של גובה העיצום בתוך המתחם הראוי שנקבע בהתבסס על שיקול הפגיעה בתחרות, כאמור לעיל. כמו כן, בבואו להטיל עיצום יבחן הממונה האם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה מן המתחם האמור כלפי מעלה או כלפי מטה בשל חומרה מיוחדת שדבקה בהפרה שבפניו או בשל נסיבות מקלות מיוחדות.

63. בין היתר, מורה גילוי דעת 2/12 כי כאשר המפר הוא תאגיד אשר 8% מהמחזור השנתי שלו גבוה מרף העיצום המקסימלי הקבוע בחוק, היינו, מעל 24 מיליון ש"ח, יהיה בכך שיקול

⁹ גילוי דעת 2/12 בעניין "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי"; 2012 הגבלים עסקיים 5001999.

¹⁰ ראו למשל: בג"ץ 47/83 תור אוויר (ישראל) בע"מ נ' יושב-ראש המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 178 (1985); ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, פסי' 17 (1998).

¹¹ גילוי דעת 2/12, לעיל הי"ש 9 עמ' 2



להחמרה בשיעור העיצום המוטל על התאגיד. כלומר, ככל שמחזור המכירות העודף מעל הרף ממנו נגזרת תקרת העיצום הכספי על פי החוק (העומד על 300 מיליון ש"ח) הינו משמעותי יותר, יהיה בכך משום שיקול להחמיר בגובה העיצום שיוטל, כך שיינתן ביטוי לגודלו של התאגיד (בכפוף לגבול המקסימלי הקבוע בחוק). זאת, על מנת לקדם הרתעה אפקטיבית באמצעות ענישה מידתית, בהתאם למנגנון הקבוע בחוק.

64. יישום השיקולים השונים בקביעת גובה העיצום באופן המתואר לעיל עולה בקנה אחד עם מנגנונים אחרים העוסקים באופן קביעת הסנקציה שתוטל בגין הפרת הדין. כך למשל, תיקון 113 לחוק העונשין¹² אשר "קובע מנגנון דו שלבי, במסגרתו נבחן, בשלב הראשון, מתחם הענישה הראוי על פי העבירה בנסיבותיה, ולאחר מכן נבחנות נסיבות חיצוניות לעבירה"¹³ ואשר שאלת "מידת הפגיעה" בערך המוגן משמשת בו לקביעת מתחם הענישה הראוי.¹⁴ כמו כן ראו את הנחיות הנציבות האירופית לקביעת קנסות בגין עבירות הגבלים עסקיים הבחנות, בשלב הראשון, את חומרת ההפרה ולאחר מכן קיומן של נסיבות מקלות ומחמירות.¹⁵

ז. מן הכלל אל הפרט

65. להלן יוצגו השיקולים הרלוונטיים לקביעת גובהו של העיצום הכספי בנסיבות מקרה זה, בהתאם למסגרת הפעלת שיקול דעת הממונה כפי שהוצגה לעיל.

66. ההפרה הנדונה הינה הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 4 לחוק על היותו של אדם צד להסדר כובל מבלי שניתן לו אישור מבית הדין, או פטור מן הצורך באישור זה. כפי שפורט לעיל, ההסדר בו התקשרו המפרות מעורר מספר חששות ביחס לפגיעה אפשרית בתחרות. יחד עם זאת, בדיקה שערכה המחלקה הכלכלית ברשות העלתה כי בנסיבות הענין, פוטנציאל הפגיעה בתחרות בשוק ובציבור הטמונים בהפרה אינם גבוהים.

67. בדיקה זו נערכה על ידי הרשות במסגרת בחינת בקשת הצדדים למתן פטור להסדר לפי סעיף 14 לחוק. נזכיר כי בקשה זו הוגשה לאחר שהרשות התריעה בפני הצדדים על היותם צד להסדר כובל בניגוד לדין, משפקע תוקפו של הפטור השני שניתן להסדר. מסקנת בדיקת הרשות היתה כי ההסדר ראוי למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק, כפי שפורט בהחלטה בענין זה.

68. בתמצית, באשר לחשש מפגיעה בתחרות בשוק כתוצאה מפעילותה של תנובה במכירת תשומות הדרושות ליצור מוצרי בשר מעובד (היינו פטמי עוף והודו) המשמשים את

¹² חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 2330.

¹³ ע"פ 2835/12 אבו הוידי נ' מדינת ישראל סי' 15 (פורסם בנבו, 21.3.13).

¹⁴ סי' 40ג(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

15 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ C 210, 1.9.2006,

p. 2-5 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>



מתחרותיה של טירת צבי ליצור נקניקים ובשר מעובד, נמצא כי פעילותן של משחטות אחרות, אשר חלקן נמצאות בבעלות מתחרותיה של טירת צבי, מפיגה חשש זה.

69. באופן דומה, הופג גם החשש מחסימת דרכן של מתחרותיה של טירת צבי מהפצת מוצריהן, וזאת, בין היתר, נוכח קיומם של מפיצים חלופיים בעלי מערך הפצה עצמאי המתאים להפצת מוצרי בשר מעובד ובשים לב למגבלות שהוטלו על ידי הממונה, במועד אישור המיזוג בין תנובה וטירת צבי, על קשירה בעקיפין או במישרין בין מוצריהן. חשש שלישי, שעניינו פגיעה בתחרות הפנים-מותגית על מוצרי טירת צבי, הופג נוכח הסביבה התחרותית בה פועלת טירת צבי והרסן התחרותי שיוצרת התחרות הבין-מותגית על טירת צבי.

70. כאמור, לא ניתן ללמוד מן העובדה כי במקרה הנדון העלתה הבדיקה הכלכלית שקיימה הרשות כי החששות התחרותיים המתעוררים כתוצאה מן ההסדר מופגים, כי יש להקל ראש בהפרה שביצעו המפרות. עובדה זו אינה מצדיקה, כשלעצמה, הימנעות מנקיטה בהליכי אכיפה. יחד עם זאת, במקרים כגון אלו, בהם בחינת הרשות מעלה בסופו של יום כי ההפרה שבוצעה אינה בעלת פוטנציאל פגיעה של ממש בתחרות או בציבור, מתחם העיצום הראוי באותו המקרה יהיה מצוי בחלקו הנמוך של הטווח האפשרי להטלת עיצום כספי.

71. כעת, נעבור לבחינת יתר השיקולים הפרטניים הרלוונטיים להפרה ולמפרות שבפניי, בהתאם לסעיף 50 לחוק ולגילוי דעת 2/12:

א. **משך ההפרה** – פרק הזמן בו היו המפרות צד להסדר כובל שלא קיבל היתר מתאים עומד על כארבע שנים (מיום פקיעת הפטור השני, בתאריך 24.1.10). החלטת הממונה על מתן פטור להסדר ניתנה ביום 10.2.14 ובהקשר זה, יש לתת משקל מרכזי גם למועד בו הוגשה בקשת הפטור לממונה על ידי הצדדים, ביום 12.6.13. זאת ועוד, סמכות הממונה להטיל עיצום כספי בגין ההפרות המנויות בסעיף 50 לחוק נכנסה לתוקפה במהלך המחצית השנייה של שנת 2012 ולפיכך, החלטה זו מתייחסת לתקופה שחלפה מאז כניסת הסמכות לתוקף בלבד.

כאשר קיימת חובה לפנות למערך הפיקוח על הסדרים כובלים, יש לעשות כן בהקדם האפשרי וזאת, אף כאשר מתברר בדיעבד כי קיימת הצדקה למתן פטור. בהקשר זה, יש ליתן משקל גם לעובדה כי הפרת הדין הופסקה על ידי המפרות רק לאחר פניה יזומה מצד רשות ההגבלים העסקיים.

ב. **חלקו של המפר בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה** – שיקול זה אינו רלבנטי בנסיבות המקרה מכיוון שלא ניתן לייחס חלק רב יותר או מידת השפעה רבה יותר למי מהצדדים להסדר על ההפרה.

ג. **קיומן או העדרן של הפרות קודמות** – קיומם של מקרים קודמים בהם עבר המפר על הוראות החוק הינו שיקול להחמרה ולהעלאת גובה העיצום הכספי. לחובתה של תנובה בלבד עומדת הפרה קודמת של חוק ההגבלים העסקיים נוכח הרשעתה



בהיותה צד להסדרים כובלים במסגרת ת"פ 149/06 וע"פ 845/02.¹⁶ הפרה זו אירעה במהלך המחצית הראשונה של שנות ה-90 של המאה הקודמת ועל כן, לאחר ששמעתי את טענות הצדדים בעניין ונועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, הגעתי למסקנה כי אין ליתן לה את מלוא משקלה כהפרה קודמת העומדת לחובת תנובה. עם זאת, אני סבור כי יש ליתן להפרה זו משקל מסויים בקביעת העיצום הכספי שיושת על תנובה נוכח העובדה כי מדובר בהפרה בגינה הורשעו תנובה ונושאי משרה בה בפלילים, דהיינו, מדובר בהפרת דין חמורה שהועמדה לביקורת שיפוטית מחמירה ולא בהפרה קודמת שנבחנה בכלים אזרחיים או מינהליים בלבד.

ד. **פעולות שנקט המפר להפסקת ההפרה** – המפרות לא נקטו פעולות להפסקת ההפרה מיוזמתן אלא רק לאחר פניית הממונה, שאז הוגשה מטעמן בקשה למתן פטור מאישור הסדר כובל על ידי בית הדין. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים ונועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, מצאתי כי על אף שהמפרות לא נקטו בפעולות להפסקת ההפרה מיוזמתן, יש ליתן משקל גם לעובדה כי פעלו להפסקת ההפרה בסמוך להתרעת הרשות בפניהן בעניין (כחודשיים לאחר שנשלח מכתב הרשות מיום 14.4.13 הוגשה בקשת פטור על ידי המפרות).

ה. **חשש כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק** – המפרות לא טענו בפניי כי הטלת העיצום תפגע ביכולתן לפרוע חובותיהן וכי פעילותן תופסק.

ו. **שיקולים נוספים** – כפי שצויין לעיל, בהתאם לגילוי דעת 2/12, כאשר המפר הוא תאגיד ש-8% מהמחזור השנתי שלו גבוה מרף העיצום המקסימלי הקבוע בחוק, היינו, מעל 24 מיליון ש"ח, יהיה בכך שיקול להחמרה בשיעור העיצום המוטל על התאגיד. כלומר, ככל שמחזור המכירות העודף מעל הרף ממנו נגזרת תקרת העיצום הכספי על פי החוק (העומד על 300 מיליון ש"ח) הינו משמעותי יותר, יהיה בכך משום שיקול להחמיר בגובה העיצום שיוטל, כך שיינתן ביטוי לגודלו של התאגיד (בכפוף לגבול המקסימלי הקבוע בחוק). שיקול זה רלוונטי בעניינה של תנובה, אשר מחזור הכספי בישראל בשנת 2011 עולה בשיעור ניכר על 300 מיליון ש"ח. מנגד, בגדר שיקול לקולא מצאתי לנכון להתייחס לעובדה שזהו המקרה הראשון בו מוטל עיצום כספי על אדם או על תאגיד בשל הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, בהתאם להוראות תיקון 13 לחוק. העובדה כי מדובר בראשית האכיפה באמצעות כלי העיצום הכספי על ידי הממונה על הגבלים עסקיים מהווה שיקול משמעותי לטובת הפחתת העיצום הכספי בנסיבות מקרה זה.

¹⁶ ת"פ 149/06 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, הגבלים עסקיים 3013591 (12.12.01) ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.07).



72. שקילת השיקולים המפורטים לעיל ביחס לתנובה מצדיקה קביעת עיצום כספי בשיעור נמוך בתוך המתחם הקבוע בחוק. כפי שצויין לעיל, חומרת ההפרה ומידת הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה ממנה לתחרות מהווה שיקול מרכזי בקביעת גובה העיצום הכספי, כאשר במקרה דנן נמצא כי פוטנציאל הפגיעה בתחרות נמוך. יש בכך כדי להצדיק קביעת עיצום כספי בסכום נמוך יחסית. מאידך, נסיבות נוספות שצויינו לעיל, ובהן גובה המחזור השנתי של תנובה, העובדה כי תנובה לא הפסיקה מיוזמתה את ההפרה, קיומה של הפרה קודמת של חוק ההגבלים העסקיים, גם אם משקלה נמוך, ומשך ההפרה – מצדיקות החמרה בעניינה של תנובה והעלאת גובה העיצום הכספי שיוטל בעניינה.

73. נוכח האמור ולאור העובדה כי סמכות העיצום הכספי טרם יושמה על ידי הממונה, החלטתי להטיל על תנובה עיצום כספי בסך שמונה מאות אלף ש"ח.

74. גם ביחס לטירת צבי, שקילת השיקולים המפורטים לעיל מצדיקה קביעת עיצום כספי בשיעור נמוך בתוך המתחם הקבוע בחוק, הנגזר ממחזור הכספי. מסקנה זו נובעת בעיקרה מהיותו של ההסדר בעל פוטנציאל נמוך לפגיעה בתחרות, כפי שצויין לעיל. לזכותה של טירת צבי יש לזקוף גם את העדרן של הפרות חוק קודמות של החוק. מאידך, משך ההפרה והעובדה כי טירת צבי לא הפסיקה מיוזמתה את ההפרה הינן נסיבות העומדות לחובתה של טירת צבי.

75. לאור זאת, ובשים לב לעובדה כי זוהי הפעם הראשונה בה מופעלת סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים, החלטתי להטיל על טירת צבי עיצום כספי בסך מאתיים וארבעים אלף ש"ח.

ח. התייחסות לטענות המפרות בשימוע

76. בטרם מתן החלטה זו, הודעתי למפרות אודות כוונתי להטיל עליהן עיצום כספי וזכותן לטעון טענותיהן בפני, בהתאם לסעיף 50(א) לחוק. בפניה למפרות הודעתי כי אני שוקל להטיל על תנובה עיצום בגובה מיליון ש"ח ועל טירת צבי עיצום בגובה שלוש מאות אלף ש"ח.

77. המפרות הגישו בפני מסמך טענות בכתב וכן התקיימו שלוש ישיבות במסגרתן טענו המפרות טענותיהן בעל פה, הן לענין עצם הטלת העיצום הכספי והן לענין גובהו.

78. לאחר שמיעת טענות המפרות ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, מצאתי להפחית את סכומי העיצום הכספי שיושמו על המפרות. בו-בזמן, חלק מטיעוני המפרות אינם מקובלים עלי ולהלן אתייחס בתמצית לטיעונים אלו.

79. המפרות טענו כי על ההסדר שביניהן חל פטור הסוג לכבילות שאינן אופקיות, ועל כן אין מדובר בהסדר כובל שאינו חוסה תחת פטור סוג ואין להטיל בגינו עיצום כספי. בפרט, המפרות טענו כי הן אינן מתחרות זו בזו שכן תחום החפיפה בין מוצרי הבשר המעובד שמייצרת טירת צבי לבין אלו שמייצרת תנובה הינו שולי וזניח ביחס להיקף פעילותה של תנובה. עוד נטען כי גם אם מתקיימת חפיפה כאמור, הרי שנוכח מאפייני המוצרים



- המשווקים על ידי כל אחת מהן, מחיריהם וקהל הלקוחות אליהם הם פונים, אין לומר כי מדובר במוצרים שקיימת ביניהם תחרות.
80. לעיל נדונה שאלת תחולתו של פטור הסוג לכבילות שאינן אופקיות על המקרה שבפני. כאמור, איני סבור כי ההסדר שבפני חוסה תחת פטור סוג זה, וזאת בעיקר נוכח היותן של המפרות בגדר "מתחרים" כמובנו של מונח זה בפטור הסוג. לשונו של פטור הסוג לכבילות שאינן אופקיות מלמדת כי די בקיומה של חפיפה בין מוצרי המפרות על מנת שיראו בהן מתחרות. פטור הסוג אינו מעניק משקל לשיעור החפיפה בין מוצרי הצדדים ביחס להיקף פעילותם, כנטען על ידי המפרות וממילא, בכל הנוגע לטירת צבי, הרי שהחפיפה בין מוצרי הצדדים נוגעת לחלק נכבד מהיקף פעילותה. המפרות מייצרות ומשווקות מוצרים חופפים – בהם המבורגרים, סטייקים ומוצרי בשר טחון ומכאן שהן משווקות מוצרים דומים ויש לראות בהן מתחרות.
81. בהקשר זה יוזכר עוד, כי אחת הכבילות בהסדר שבפני עניינה בהתחייבותה של תנובה שלא להתחרות בטירת צבי בשיווק והפצת מוצרי נקניק ובשר מעובד, למעט ביחס למוצרים אשר תנובה היתה מעורבת בהפצתם במועד חתימת ההסכם. יתר על כן, במסגרת תוספת להסכם מיום 3.7.2011, הסכימו הצדדים כי על אף התחייבותה של תנובה לאי תחרות במסגרת ההסכם המקורי, תנובה תהא רשאית לייצר, לשווק ולהפיץ בישראל מוצרי בשר בקר מסוג המבורגר, קבב וקציצות, בדומה לאלו המיוצרים על ידי טירת צבי. עובדות אלו מחזקות את המסקנה, כי אף המפרות מכירות בכך כי בין מוצריהן מתקיימת חפיפה, ועל כן מהוות הן מתחרות על פי פטור הסוג לכבילות שאינן אופקיות.
82. עוד יצויין בהקשר זה, כי על פי פטור הסוג לכבילות שאינן אופקיות, לצורך סיווגם של צדדים כ"מתחרים" די בחפיפה בין מוצרי הצדדים, דהיינו, די בקיומם של זהות או דמיון בין המוצרים המסופקים על ידם. פטור הסוג מורה במפורש כי מבחנים כלכליים המשמשים להגדרת שווקים לא ישמשו בקביעת היותם של צדדים "מתחרים". על כן, גם טענות המפרות לענין הבדלים במחיר ואיכות מוצרי הצדדים, המשליכים לכאורה על הגדרת שוק המוצר בו פועלות המפרות, אינן רלוונטיות לענייננו.
83. המפרות טענו עוד כי נוכח העובדה שתנובה מתזיקה במחצית הזכויות בטירת צבי, עולה הדבר כדי שליטה בהתאם למשמעותה בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006, ועל כן מדובר באופן מהותי בהסדר בין חברה אם לחברה בת, הנכנס בגדר החרג הקבוע בסעיף 3(5) לחוק. כמו כן, בנסיבות אלו, לטענתן, ממילא אין זה סביר כי תנובה תתחרה בטירת צבי.
84. איני מקבל טענה זו. מונח השליטה מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"החזקה של יותר ממחצית" בזכויות ההצבעה באסיפה הכללית או בגוף מקביל לה או בזכויות למנות דירקטורים – ותנובה אינה בעלת יותר ממחצית מזכויות אלה בטירת צבי. בנסיבות אלו אין מדובר בהסדר בין חברה אם וחברה בת כהגדרתן בחוק. הגדרת המונח שליטה בכללי ההגבלים העסקיים



(הוראות והגדרות כלליות) אמנם שונה, וכוללת גם את היכולת לכוון במשירין או בעקיפין פעילותו של תאגיד, אולם הגדרה זו אינה רלוונטית בענייננו וממילא הצדדים לא הניחו בפניי ראיות בענין זה.

85. המפרות טענו עוד בפניי, כי בנסיבות הענין, אין מקום לשימוש באמצעי אכיפה מסוג עיצום כספי. בין היתר, טענו המפרות כי ההפרה מתמצית באירוע נקודתי שהתרחש בטרם כניסתו לתוקף של תיקון 13 לחוק – אי הגשת בקשת פטור במועד פקיעת הפטור השני אשר נבעה לטענתן משכחה בתום לב. כמו כן, טענו המפרות כי נוכח העובדה כי להסדר שבין הצדדים ניתן בעבר פטור על ידי הממונה, בשתי נקודות זמן, וכי נמצא על ידי הממונה כי ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק, אין מקום לנקיטה בסנקציה מסוג עיצום כספי.

86. טענות אלו בחלקן אינן מקובלות עלי, ובחלקן האחר אין בהן כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי. איני סבור כי אירוע ההפרה בענייננו התמצה כביכול במועד בו היה על המפרות להגיש בקשת פטור חדשה, משפקע תוקפו של הפטור השני. בקבלת הטענה כי ההפרה מתמצית באי הגשת בקשת פטור מתאימה על ידי הצדדים, יש כדי לשמוט את הקרקע תחת חובתם של צדדים להסדר כובל להביאו לבחינת מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים בטרם ביצעו. זה מכבר נפסק כי היתר שניתן להסדר כובל בעבר אינו מקנה לו זכות קנויה ליהנות מהיתר כאמור גם בעתיד.¹⁷

87. הפרת החוק במקרה זה הינה פעולה בניגוד להוראת סעיף 4 לחוק, האוסר על אדם להיות צד להסדר כובל אשר לא קיבל היתר מתאים. מכאן שכל זמן שפעלו המפרות על פי ההסדר שביניהן מבלי שקיבלו היתר מתאים מאת בית הדין או מאת הממונה, מתקיימת הפרה של הוראות החוק.

88. בכל הנוגע לטענות המפרות בדבר העדר פגיעה תחרותית כתוצאה מן ההסדר, הרי שכפי שפורט לעיל, לשיקול זה ניתן מקום מרכזי בקביעת גובה העיצום בענייננו. עם זאת, אין בו כדי לייתר כליל נקיטה בצעדי אכיפה בגין היותן של המפרות צד להסדר כובל מבלי שזה נבחן כנדרש על-ידי מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים ומבלי שקיבלו היתר מתאים לכך.

89. לבסוף, טענו המפרות כנגד גובה העיצום הכספי שבכוונתי להטיל עליהן. במסגרת זו, שבו המפרות על טענותיהן בדבר העדר חשש לפגיעה בתחרות כתוצאה מן ההסדר והוסיפו וטענו כי במקרים דומים, נקטה הרשות בסנקציה שפגיעתה פחותה. כמו כן, טענו המפרות כי אין מקום לעשות שימוש במחזור מכירותיהן כבסיס לחישוב סכום העיצום הכספי שיוטל עליהן.

90. כפי שכבר צויין לעיל, השיקול שענייניו העדר חשש לפגיעה בתחרות כתוצאה מן ההסדר, כפי שנקבע לאחר בדיקת הרשות, היווה שיקול מרכזי בקביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על המפרות. שיקול זה הביא לכך כי העיצום שהוטל על המפרות מצוי בחלקו התחתון של הטווח האפשרי להטלת עיצום, ביחס לעיצום המקסימלי שקבע המחוקק בסעיף 5ד(א) לחוק.

¹⁷ ראו למשל: ה"ע 9276/99 ערוצי זהב נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל (פורסם בנבו, 6.7.00); ה"כ 19545-10-04 שוברי בר יבוא מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 24.1.12).



91. ההתייחסות למחזורון הכספי של המפרות במסגרת שקילת גובה העיצום שיוטל עליהן נובעת מלשונו, כמו גם מתכליתו, של סעיף 50ד(א) לחוק. סעיף זה מורה כי גובה העיצום אשר הממונה מוסמך להטיל נגזר במישרין מגובה מחזור המכירות של התאגיד, ועומד על שיעור של 8% מהמחזור ולא יותר מ-24 מיליון ש"ח. כאמור, השימוש במחזור הכספי של התאגיד נועד לייצר הלימה בין הסנקציה לבין המפר וכן לקדם הרתעה אפקטיבית מפני הפרת הוראות החוק.
92. המקרים הקודמים עליהם הצביעו המפרות אינם דומים למקרה שבפניי. בחלק מן המקרים עליהם נסמכו טיעוני המפרות, ננקטו על-ידי הממונה צעדי אכיפה בטרם כניסתו לתוקף של תיקון 13 לחוק. במועד נקיטת צעדי אכיפה אלו לא היתה אפוא בידי הממונה הסמכות לקבוע עיצום כספי בהתאם לסעיף 50ד(א) לחוק והמחוקק טרם גדר את סמכותו של הממונה בהקשר זה. לפיכך, לא ניתן ללמוד ממקרים אלו לענייננו.
93. המפרות הזכירו בטיעוניהן שני מקרים נוספים, בהם נקיטת צעדי האכיפה על ידי הממונה נעשתה לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 13.¹⁸ נסיבותיהם של מקרים אלו שונות מענייננו והצדיקו, באותם המקרים, את התוצאה אליה הגיע הממונה.

ט. היועצות בוועדה לפטורים ולמיזוגים

94. בהתאם לסעיף 50ח(א)(1) לחוק, החלטת הממונה בדבר הטלת עיצום כספי וסכום העיצום הכספי שיוטל תינתן לאחר שקילת הטענות שהעלו הצדדים בפניו ולאחר התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים.
95. ביום 7.12.14 נועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים בענין החלטתי להטיל עיצום כספי על המפרות וסכומו.
96. הוועדה סברה פה אחד כי תנובה וטירת צבי הפרו את הוראת סעיף 4 לחוק. כן המליצה בפניי הוועדה, גם זאת פה אחד, להטיל בנסיבות המקרה עיצום כספי על המפרות.
97. חברי הוועדה נחלקו ביניהם בשאלת גובה העיצום הכספי שיש להטיל בנסיבות העניין. ברוב דעות, החליטה הוועדה להמליץ בפניי על הפחתת העיצום שיוטל על המפרות ביחס לסכום העיצום הכספי אותו שקלתי להטיל על המפרות מלכתחילה. דעת מיעוט סברה כי יש להשאיר את גובה העיצום על כנו כפי שנשקל בתחילה.
98. כפי שציינתי לעיל, לאחר שקילת טענות הצדדים ולאחר שנטלתי את עזת הוועדה לפטורים ולמיזוגים, החלטתי להפחית את העיצומים הכספיים שיוטלו על המפרות ב-20% ביחס לסכומים המקוריים.

¹⁸ צו מוסכם בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין קמפוס ביו שותפות מוגבלת וגילי מדיקל בע"מ, 2013 הגבלים עסקיים 500390; צו מוסכם בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין מקורות פיתוח וייזום בע"מ, 2013 הגבלים עסקיים 500719.



י. סוף דבר - דרישת תשלום

99. לאחר ששקלתי את הטענות שהעלו בפניי המפרות ולאחר שהתייעצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, מצאתי לנכון להטיל על המפרות עיצומים כספיים מכח סעיף 50ד(א)(1) לחוק בגין היותן צד להסדר כובל בניגוד לסעיף 4 לחוק.

100. בהתאם, על תנובה לשלם לאוצר המדינה סכום של שמונה מאות אלף ש"ח עד ליום 13.1.15 ועל טירת צבי לשלם לאוצר המדינה סכום של מאתיים וארבעים אלף ש"ח עד ליום 13.1.15.

101. בהתאם לסעיף 50ג(א) לחוק, תנובה וטירת צבי רשאיות לערור על החלטה זו לפני בית הדין להגבלים עסקיים בתוך 30 ימים.

קובץ דינור גילה
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ב בכסלו תשע"ה

14 בדצמבר 2014