



קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד לסעיף 29א לחוק
ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ודרישת תשלום לפי סעיף
50ח לחוק – חברת חשמל לישראל בע"מ ונושאי משרה

תוכן עניינים	
א.	פתח דבר..... 2
ב.	רקע עובדתי..... 2
1. ב.	משק החשמל – כללי..... 2
2. ב.	שירות מנהל תיק לקוח..... 5
3. ב.	העובדות שבבסיס ההפרה..... 8
8.	הפסקת שירותי המת"ל: אמצע 2013 עד לפברואר 2015..... 8
12.	תקופת הביניים: החזרה חלקית של שירותי המת"ל פברואר 2015 עד יוני 2015..... 12
13.	המוקד הייעודי: יוני 2015 עד דצמבר 2015..... 13
4. ב.	סיכום עובדות ההפרה..... 14
ג.	הפסקת שירותי המת"ל - ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה וסירוב בלתי סביר לספק..... 14
1. ג.	סעיף 29א לחוק – כללי..... 15
2. ג.	חברת החשמל ניצלה לרעה מעמדה בשוק הולכת חשמל וחלוקתו בניגוד לסעיף 29א(א)..... 15
16.	חברת החשמל היא בעלת מונופולין במקטעי הולכה וחלוקת חשמל..... 16
16.	חברת החשמל ניצלה מעמדה בשווקי הולכת חשמל וחלוקתו..... 16
18.	ניצול המעמד לרעה נעשה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור..... 18
גם על פי הדין המשווה – חברת החשמל ניצלה את מעמדה לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור..... 20	
3. ג.	חברת החשמל ניצלה את מעמדה לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א(ב) לחוק..... 21
21.	חברת החשמל צמצמה את היקף השירותים המוצעים על-ידיה כבעלת מונופולין שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת, בניגוד לסעיף 29א(ב)(2) לחוק..... 21
21.	חברת החשמל קבעה תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות במקטעי ההולכה והחלוקה שעשויים היו להעניק לחברת החשמל כמספק חשמל יתרון בלתי הוגן בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(3)..... 22
22.	חברת החשמל התנתה את ההתקשרות בדבר מקטעי ההולכה והחלוקה שבמונופולין בתנאים אשר אינם נוגעים לנושאי ההתקשרות, בניגוד לסעיף 29א(ב)(4)..... 23
4. ג.	התנהגות חברת החשמל עולה כדי סירוב בלתי סביר בניגוד לסעיף 29 לחוק..... 23
ד.	הטלת עיצום כספי..... 25
1. ד.	קביעת גובה העיצום - כללי..... 25
2. ד.	קביעת גובה העיצום – חברת החשמל..... 26
27.	סכום העיצום המרבי שיוטל על חברת החשמל..... 27
27.	עיצום הבסיס שיוטל על חברת החשמל..... 27
28.	נסיבות הנוגעות להתנהגות חברת החשמל ביחס להפרה..... 28
28.	נסיבות חיצוניות להפרה..... 28
3. ד.	נושאי משרה..... 29
30.	נושאי משרה - קביעת גובה העיצום הכספי..... 30
31.	מר..... 31
32.	מר..... 32
4. ד.	היוועצות בוועדה לפטורים ומיזוגים..... 34
ה.	טענות המפרים בשימוע..... 34
1. ה.	טענה לפגמים ראייתיים בהליך בדיקת הממונה..... 34
2. ה.	סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים..... 37
3. ה.	הסתמכות על יעוץ משפטי..... 37
ו.	סיכום – קביעה ודרישת תשלום..... 39

פתח דבר

עניינה של הוולטה זו הוא קביעה מכוח סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראת סעיפים 29א(א), 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק, מצד חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "חברת החשמל") וכן החלטה על הטלת עיצום כספי על חברת החשמל ונושאי משרה בה (להלן, יחדיו: "המפרים") לפי סעיף 50ד(א)(3) לחוק בגין הפרת הוראות סעיפים 29א(א), 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק ודרישת תשלום.

ביום 2.2.2016 הודעתי לחברת החשמל על כוונתי לקבוע כי חברת החשמל ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי בשוק הולכת חשמל וחלוקתו. כן הודעתי למפרים, במסגרת הודעה על כוונת חיוב, כי בכוונתי לעשות שימוש בסמכותי על פי סעיף 50ד(א)(3) לחוק ולהטיל עיצום כספי בסך 13 מיליון ש"ח על חברת החשמל וכן, עיצום כספי בסך 165,000 על מר [REDACTED] ועיצום כספי בסך 110,000 על מר [REDACTED]. לאחר שמיעת חברת החשמל ועריכת בדיקות נוספות, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבוע שחברת החשמל ניצלה את מעמדה לרעה. כמו כן, לאחר שמיעת המפרים ועריכת בדיקות נוספות, ולאחר שהתייעצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להטיל על המפרים עיצום כספי כמפורט בהודעה על כוונת חיוב.

ביום 2.2.2016 הודעתי לנושא משרה נוסף על כוונתי להטיל עליו עיצום כספי על פי סעיף 50ד(א)(3) לחוק. לאחר שמיעתו והיוועצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, החלטתי שלא להטיל עליו כל עיצום כספי.

במסגרת נימוקי החלטתי אתחיל מהרקע העובדתי שהוביל להחלטתי ולאחר מכן, אפרט את הקביעה בדבר ניצול מעמדה של חברת החשמל לרעה בשווקי הולכת חשמל וחלוקתו ואת דרישת התשלום מהמפרים בהתאם להוראת סעיף 50ח(ב)(1) לחוק.

א. רקע עובדתי

1. משק החשמל – כללי

ענף החשמל הינו אחד הענפים הגדולים והמשמעותיים במשק הישראלי. החשמל מהווה אמצעי בסיסי וחיוני לתפעול שוטף של כלל מגזרי המשק, ממשקי הבית ועד למפעלים תעשייתיים ולמגזר הביטחון.

משק החשמל בישראל מורכב מחמישה מקטעים: יצור,¹ הולכה,² חלוקה,³ אספקה,⁴ וניהול המערכת.⁵ חברת החשמל הוכרזה כבעלת מונופולין באספקת חשמל – ייצור חשמל ומכירתו,

¹ ייצור חשמל מתבצע ברובו בתחנות כוח, השורפות דלקים שונים כמקור אנרגיה.

² רשת הולכת החשמל היא בבחינת עורק ראשי להעברת חשמל בכל הארץ, באמצעותה מועבר חשמל מאתרי הייצור אל תחנות המיתוג ותחנות המשנה.

³ רשת החלוקה מאפשרת העברת חשמל מתחנות משנה אל אזורי הצריכה. מקטע החלוקה מחולק בין חמישה מחוזות ורשת החלוקה נמצאת בשליטה כמעט בלעדית של חברת החשמל.

⁴ מקטע האספקה כולל את מכירת החשמל לצרכני החשמל על סוגיהם השונים.

⁵ ניהול המערכת נמצא בשליטתה המלאה של חברת החשמל וכולל את ניהול מרכז הפיקוח, הבקרה והפיקוד על עומסים ברשת החשמל, שליטה בוויסות ההפקה והצריכה של חשמל ברשת החשמל וניהול מערך הסחר בחשמל.

הולכת חשמל וחלוקתו, ומתן גיבוי לצרכני חשמל ויצרניו.⁶ בעקבות ערר שהגישה חברת החשמל על הכרזתה קבע בית הדין להגבלים עסקיים, כי חברת החשמל היא בעלת מונופולין ב"משק החשמל, הכולל בין היתר את הרכיבים הבאים: אספקת חשמל - יצור חשמל ומכירתו, הולכת חשמל וחלוקתו, מתן שירותי גיבוי לצרכני חשמל ויצרניו."⁷ בנוסף, מהווה חברת החשמל ספק שירות חיוני על פי חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק משק החשמל**").

עד לחקיקת חוק משק החשמל רוכז משק החשמל כולו, על מקטעי השונים, בידי חברת החשמל, והיא היוותה את הגורם הבלעדי המייצר, מוליך ומחלק את כלל החשמל הנצרך במשק הישראלי.

עם חקיקתו של חוק משק החשמל, נפתחו לתחרות מקטעי ייצור החשמל ואספקתו, תוך מתן אפשרות ליצרנים פרטיים לקבל רישיונות ייצור ולהקים מפעלי ייצור חשמל שיפעלו לצד התחנות של חברת החשמל.

ואכן, הדברים זכו לביטוי מפורש בסעיף 1 לחוק משק החשמל, הקובע כי מטרתו:

"להסדיר את הפעילות במשק החשמל לטובת הציבור, וזאת תוך הבטחת אמינות, זמינות, איכות, יעילות, והכל תוך יצירת תנאים לתחרות ומיזעור עלויות."⁸

במסגרת יצירת התנאים לתחרות במשק החשמל ביקש המחוקק להבטיח את מימוש האפשרות לכניסתם של יצרנים פרטיים. ואכן, מאז כניסתו לתוקף של חוק משק החשמל בשנת 1996 ננקטו צעדים רבים ושונים לקידום התחרות במשק החשמל.

במהלך המחצית השנייה של שנת 2013 החלו לפעול יצרני חשמל פרטיים בשוקי ייצור החשמל ואספקתו. תחנות הכוח הפרטיות הגדולות שהחלו לפעול בשנים האחרונות הן או.פי.סי רותם בע"מ (להלן: "**OPC**"), דוראד אנרגיה בע"מ (להלן: "**דוראד**") ודליה אנרגיות כוח בע"מ (להלן: "**דליה**"). בנוסף, החלו לייצר חשמל תחנות כוח נוספות, בהיקפי ייצור קטנים.⁹

יצרני החשמל הפרטיים פועלים במקטעי הייצור והאספקה, לצד חברת החשמל. ככלל, יצרן חשמל פרטי רשאי לבחור בין שני מסלולי מכירת חשמל. במסלול אחד רשאי יצרן החשמל הפרטי למכור חשמל לצרכני קצה, עד גובה יכולת הייצור הפרטית העומדת לרשותו. במסלול זה היצרן הפרטי מחויב להעמיד את היתרה שלא נמכרת לצרכני קצה לטובת חברת החשמל כיכולת זמינה משתנה. במסלול השני, יצרן החשמל מחויב להעמיד את רוב ההספק המותקן (כושר

מנהל המערכת מחליט לגבי הפעלת תחנות הייצור השונות וסדר הפעלתן, בהתאם לאסדרה הקיימת, הביקושים במשק והעלות הייצור השולית של יצרן החשמל הפרטי. ברכישת חשמל, מנהל המערכת אמור לתחר בין מתקני הייצור השונים.

⁶ הכרזה בדבר קיום מונופולין – חברת החשמל לישראל בע"מ (5.1.99) **הגבלים עסקיים** 3001749.

⁷ ערר 2/99 **חברת חשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח'** (19.3.01) **הגבלים עסקיים** 3010471. על פי פסק הדין הוראות פרק ד' לחוק חלות על העוררת כבעלת מונופולין, הן במשק החשמל בכללותו והן בכל אחד מרכיביו המפורטים בפסק הדין.

⁸ ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ה"ח 2485.

⁹ רשימת רישיונות הייצור הקבועים באתר רשות החשמל (מאי 2016):

https://pua.gov.il/Licenses/Documents/%D7%A2%D7%93%D7%9B%D7%95%D7%A0%D7%99%20%D7%A1%D7%98%D7%98%D7%95%D7%A1/konventzionaly_yitzur_orange.pdf

הייצור המירבי) שלו לחברת החשמל כיכולת זמינה קבועה ולפעול על פי הוראות מנהל המערכת. את היתרה יכול היצרן הפרטי למכור לצרכני קצה.¹⁰

בגין העמדת הזמינות לחברת החשמל, זכאי היצרן הפרטי לתשלום. במסלול של זמינות קבועה, היצרן מקבל תשלום המגלם החזר של 100% מעלות ההקמה של מתקן הייצור. לעומת זאת, במסלול של זמינות משתנה, עבור עודפי כושר הייצור, שהיצרן לא ימכור לצרכנים אלא יעמיד לרשות מנהל המערכת, הוא יקבל החזר חלקי בלבד על עלות ההקמה. מהבדל זה עולה, כי יצרן שבחר במסלול מכירת חשמל לצרכנים, חשוף לסיכון במקרה שלא יצליח למכור את כל ההספק שהחליט למכור לצרכנים נוכח עלות ההקמה הגבוהה של מתקן לייצור חשמל. במקביל יש לאותו יצרן פוטנציאל לתשואה גבוהה יותר לעומת יצרן המוכר לחברת החשמל, בגלל היכולת למכור חשמל לצרכני קצה במחיר המגלם רווח על עלויות הייצור. בעוד חברת החשמל מחויבת למכור בתעריפים שנקבעים על ידי הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל (להלן: "רשות החשמל"), היצרנים הפרטיים יכולים להתחרות על מחיר החשמל מול הצרכנים.

יצרן פרטי מתחרה אפוא עם חברת החשמל במקטע אספקת החשמל על מכירת הספק החשמל שלו לצרכני קצה,¹¹ בשיעור התלוי במסלול בו בחר. יצרנים רשאים לעבור בין שני המסלולים בכפוף למגבלות שונות הקבועות, בין היתר, באמות מידה לרמה, לטיב ולאיכות השירות שנותן ספק שירות חיוני לפי חוק משק החשמל התשנ"ו-1990 (להלן: "אמות המידה").¹² הואיל שכיום כל בעלי רישיונות האספקה הם יצרנים פרטיים המייצרים חשמל וגם מוכרים חשמל לצרכנים, הם יכוננו מעתה: "יצרנים פרטיים".

בשונה ממקטעי הייצור והאספקה, מקטעי ההולכה והחלוקה נותרו בשליטתה הבלעדית של חברת החשמל.¹³ לפיכך, צרכנים שעברו לצרוך חשמל מיצרן פרטי ממשיכים להיות לקוחותיה של חברת החשמל במקטעי ההולכה והחלוקה והיא מחויבת להעניק להם את השירותים הללו.¹⁴ מקטעי ההולכה והחלוקה מהווים גם תשתיות חיוניות עבור יצרני החשמל הפרטיים במתן שירות לצרכנים הרוכשים מהם. זאת שכן, רשת ההולכה והחלוקה מהווה חוליה הכרחית בשרשרת אספקת החשמל, ובלעדי השימוש בה לא יוכל יצרן חשמל פרטי לספק חשמל ללקוחותיו.

בתחילת שנת 2015 הגיעו לרשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") תלונות, המתארות פגיעה בשירות הניתן ללקוחות של היצרנים הפרטיים על ידי חברת החשמל במקטעי ההולכה והחלוקה. בעקבות התלונות פתחה הרשות בבדיקה שתוצאותיה בהחלטה זו.

¹⁰ החלטה 2 של הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל "הסדרה תעריפית ליצרן חשמל פרטי קונבנציונאלי במסגרת רשת ביטחון מלאה (יכולת זמינה קבועה) או רשת ביטחון חלקית (יכולת זמינה משתנה)" (02.12.2008).

¹¹ תקנה 17 לתקנות משק החשמל (יצרן חשמל פרטי קונבנציונאלי), התשס"ה-2005 (להלן: "תקנות יצרן חשמל פרטי קונבנציונאלי"), קובעת כי יצרני חשמל פרטיים רשאים למכור חשמל רק לצרכני תעריף עומס וזמן בעלי מונה רציף. ראו: אמת מידה 63 ואמת מידה 31 ל"קביעת אמות מידה לרמה, לטיב ולאיכות השירות שנותן ספק שירות חיוני, לפי חוק משק החשמל התשנ"ו-1996" <https://pua.gov.il/Standards/Pages/default.aspx> (להלן: "ספר אמות המידה").

¹² אמת מידה 106, ספר אמות המידה.

¹³ קיימים מקומות מעטים להם חברת החשמל מספקת חשמל בצובר (במרוכז) לנקודה אחת, והחלוקה עצמה מתבצעת באופן עצמאי לצרכנים הסופיים באמצעות מערכות חלוקה פנימיות של מקומות אלו.

¹⁴ תקנות 14 ו-15 (א) לתקנות יצרן חשמל פרטי קונבנציונאלי; תק' 13 ו-14 (א) לתקנות משק החשמל (קונגרציה), התשס"ה-2004; אמת מידה 64 לספר אמות המידה.

2.ב. שירות מנהל תיק לקוח

צרכנים הרוכשים מיצרני החשמל הפרטיים הם ברובם לקוחות עסקיים (דוגמת מפעלים תעשייתיים, קניונים וכיוצ"ב). לקוחות עסקיים צורכים אנרגיה בכמות משמעותית והם בעלי צרכים שונים ומורכבים יותר מאשר לקוחות פרטיים. בפרט, לקוחות עסקיים זקוקים לאספקת חשמל רציפה ואמינה. עבורם, השבתת חשמל, אפילו רגעית, עלולה לחבל בעבודת קווי ייצור, ברציפות תפקודית של מתקנים חיוניים, במכונות כגון קופות רושמות ועוד, באופן שעלול לגרום לנזקים כספיים משמעותיים.

שירות מנהל תיק לקוח (להלן: "מת"ל") הוא שירות הניתן על ידי עובד חברת החשמל, המשמש כאיש קשר וככתובת מרכזת במתן מענה בכל נושא הקשור לסל השירותים הניתנים לצרכן העסקי על-ידי חברת החשמל. מת"ל מוקצה על ידי חברת החשמל ללקוחות גדולים המכונים "לקוחות עסקיים" במטרה לענות על צרכיהם לקבלת כתובת אחת לכל פניותיהם. כתובת זו מהווה גורם מגיב ויזום, המלווה במצבי משבר.¹⁵

סעיף 8 לנוהל שירות לקוחות עסקיים מס' 06-50-00 של חברת החשמל מגדיר את סל השירותים שיינתן על-ידי חברת החשמל ללקוחות העסקיים, והוא כולל, בין היתר, מנהל תיק לקוח לכל לקוח עסקי.

נוהל מנהל תיק לקוח של חברת החשמל מס' 06-50-06 מחודש אוקטובר 2014 (להלן: "נוהל מנהל תיק לקוח") מפרט את תפקידי מנהל תיק לקוח, וכך הוא קובע:

"על המת"ל לדאוג כי השירותים הניתנים ללקוח, כמפורט בנוהל לקוחות עסקיים (66-06-60) בסעיף 8 סל השירותים ללקוח העסקי) יסופקו באמצעותו, בתיווכו ובסיוע הגורמים הרלוונטיים בחברה. פירוט תפקידי המת"ל מופיע בנספח לנוהל זה."

בנספח לנוהל מנהל תיק לקוח מפורטות שבע קבוצות של תפקידי מנהל תיק הלקוח: הכרת הלקוח; ייזום מפגשים תקופתיים עם הלקוח; תיעוד וביצוע הסיכומים עם הלקוח; ליווי ומתן מידע ללקוח לגבי הזמנות חיבור; מתן מידע וסיוע לגבי הפסקות מתוכננות ובעת הפסקת חשמל בזמן אמת; מתן מידע והכוון בנושא ייעול הצריכה; הדרכות כנסים סיורים ופעילות תדמיתית אחרת להכרת חברת החשמל.

מבדיקת הרשות עולה, כי חלק משירותי המת"ל נוגעים למקטע אספקת החשמל וחלקם נוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה, בהם חברת החשמל היא בעלת מונופולין מושלם וספק בלעדי. החלטה זו עניינה בשירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה.

מניתוח שערכה חברת החשמל ושכותרתו: "התפלגות תפקיד מנהל תיק לקוח לפי מקטעים" עולה כי שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה כוללים, בין היתר: מתן מידע וסיוע לגבי תקלות חשמל וליווי הלקוח בהפסקות חשמל מורכבות, קידום וליווי הזמנות חיבור וטיפול

¹⁵ נוהל חברת החשמל "שירות לקוחות עסקיים" (20.3.2005). לפי נוהל זה, "לקוחות עסקיים" היו מוגדרים כלקוחות שהאנרגיה השנתית באחד מאתריהם עולה על 1 מיליון קוט"ש בשנה; או האנרגיה השנתית בכל אתריהם עולה על 5 מיליון קוט"ש בשנה. כפי שיפורט בהמשך, ההגדרה של לקוח עסקי גדול שונתה במהלך החודשים ספטמבר-דצמבר 2014, כך שהצריכה השנתית צריכה להיעשות מחברת החשמל כמספק וזאת, על מנת לאפשר הפסקת שירותי מת"ל ללקוחות עסקיים שלא צרכו חשמל מחברת החשמל כמספק.

באמינות ואיכות האספקה. קרי, מדובר בשירותים אשר אינם נוגעים או נמצאים בשליטת יצרן החשמל הפרטי.

בבדיקה שערכה חברת החשמל אודות התפלגות הפניות למת"ל במערכת ניהול קשרי הלקוחות הפנימית שלה ("CRM") על פי פרופילי לקוח בשנים 2013-2014, נמצא שאחוז הפניות הנוגעות להולכה וחלוקה ללקוח ממוצע הוא 62%, ללקוח בעל אוריינטציה טכנית (מפעלים עם תהליכים רציפים, רגישות מיוחדת לאמינות ואיכות האספקה, הזנה במתח גבוה ועליון) אחוז הפניות הנוגעות להולכה וחלוקה הוא 79% וללקוח בעל אוריינטציה מסחרית/ניהולית (חברות ניהול, מגדלים, קניונים, מוסדות, עיריות, בנקאות) אחוז הפניות הנוגעות להולכה וחלוקה הוא 46%.

שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה הנם שירותים בעלי חשיבות רבה ללקוחות עסקיים, בפרט כאשר מתרחשות תקלות או הפסקות יוזמות בהזרמת החשמל לאתר הצריכה. הפרעה בהזרמת החשמל עלולה להסב נזקים משמעותיים ללקוחות עסקיים גם כאשר מדובר במשך זמן קצר. בהתאם, על פי נוהל מנהל תיק לקוח, בהפסקות חשמל מורכבות הליווי של המת"ל יכול לכולל את הפעולות הבאות: "מתן מידע ראשוני בזמן אמת לגבי קרות האירוע, איתור התקלה, מידע אודות סיבת התקלה, אומדן זמן לתיקון והודעה על סיום התקלה".¹⁶

בהפסקות חשמל מתוכננות ביוזמת חברת החשמל, המת"ל מוסר באופן אישי ללקוחות העסקיים הודעה על מועד ההפסקה שנקבע על-ידי חברת החשמל ובכך מאפשר להם להיערך מראש להפסקה. המת"ל אף מסייע בהתאמת הפסקות החשמל המתוכננות, ככל שניתן, לשעות שאינן בשיא הפעילות של הלקוחות. לעומת זאת, צרכנים שאינם זכאים למת"ל, מקבלים הודעות על הפסקות חשמל מתוכננות באמצעות הדבקת מודעות במקום בולט לעין הסמוך לאתר הצרכן.¹⁷ האפשרות לקבל הודעה יזומה מהמת"ל לפני קרות ההפסקה או לתאם לשעת לילה בעלת פוטנציאל חשיבות גבוה במיוחד עבור הלקוחות העסקיים, שכן הדבר מאפשר להם להיערך להפסקת החשמל ובכך אף עשוי למנוע לחלוטין נזקים.

המת"ל יכול לספק לצרכן מידע על אופי הפסקת חשמל – רגעית או ממושכת, והצפי לגבי משכה - בזמן אמת ובמהירות, הואיל וביכולת המת"ל לקבל מידע ישירות מהגורמים הרלוונטיים בחברת החשמל. לקוחות שאינם זכאים למת"ל יכולים לפנות לקבלת מענה לגבי הפסקות חשמל למוקד חברת החשמל, ככל לקוח ביתי. החיסכון בזמן עבור הצרכן בהבנת מקור התקלה כדי להתאים את אופן ההתמודדות עמה, עשוי לחסוך כסף רב ונזקים שעלולים להיגרם ללקוחות העסקיים כתוצאה מהפסקות החשמל.

בכך, שירותי המת"ל הנוגע למקטעי ההולכה והחלוקה מונע, ולמצער מצמצם משמעותית את הפגיעה בצרכן כתוצאה מההפסקה בהזרמת החשמל.

ככלל, חשיבות שירותי המת"ל הנוגע למקטעי ההולכה והחלוקה עבור הלקוח גוברת אצל לקוח שחוה יותר תקלות והפסקות בהזרמת החשמל, וככל שהתקלות שחוה חמורות יותר. כך, עולה למשל מסיכום ישיבת ועדת לקוחות אסטרטגיים של חברת החשמל מיום 7.12.2015:

¹⁶ סעיף 5 לנספח לנוהל מנהל תיק לקוח 06-50-06 של חברת החשמל, בתוקף מתאריך 27.10.2014.
¹⁷ אמת מידה 37 לספר אמות מידה.

"חברי הוועדה מבקשים לחדד מול ההנהלה את חשיבות המת"ל וזמיונותו ללקוח העסקי בעת מצבים חריגים (כגון מזג אוויר חריג) שבהם המת"ל הופך להיות אקוטי."

מטבע הדברים, לקוח שנתקל בתקלות רבות ותדירות, זקוק יותר לשירות המת"ל. בהתאם, לקוח זה חשוף יותר לנזקים שנגרמים כתוצאה מאי קבלת המענה של מנהל תיק הלקוח, בתקופה בה לא ניתן לו השירות.

חשיבות שירות המת"ל גם נובעת מכך שהוא משמש כאיש קשר נגיש ומהיר, המכיר את הצרכן, ויכול לספק לו מידע בזמן אמת. זאת אף בשעות שמעבר לשעות הפעילות הרגילות.

גם בסקר שערכה חברת החשמל בנושא "צרכים ציפיות ושביעות רצון לקוחותיה עסקיים של חברת חשמל" (להלן: "סקר דיאלוג"), נמצאה "רמת שביעות רצון גבוהה ממנהל תיק הלקוחות. נתפס כמקצועי, זמין, קשוב לצרכים ובסה"כ מהווה ערך מוסף לשביעות רצון הלקוח." הלקוחות העסקיים נשאלו ישירות בדבר חשיבות המת"ל. מסקנת הסקר היתה "רוב גדול של הלקוחות (המביעים עמדה) סבורים כי המת"ל הוא ערך מוסף לארגון."

השירות שניתן על-ידי מת"ל נתפס כבעל חשיבות גדולה גם על-ידי הרגולטור הייעודי המפקח על חברת החשמל – רשות החשמל. בעקבות תלונות לרשות החשמל של לקוחות עסקיים שהפסיקו לקבל שירות מת"ל לאחר שעברו ליצרנים הפרטיים, רשות החשמל הוסיפה אמת מידה שמחייבת את חברת החשמל להעניק את השירותים שסופקו על-ידי המת"ל ללקוחות העסקיים שרוכשים חשמל מיצרנים פרטיים.¹⁸

הנה כי כן, שירותי המת"ל, הנוגעים למקטע ההולכה והחלוקה, הינם שירותים חשובים ומשמעותיים ללקוחות עסקיים, אשר משפיעים על איכות אספקת החשמל ועל תפקוד הלקוח העסקי.

החובה לספק שירותים הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה מוטלת על חברת החשמל בהיותה "ספק שירות חיוני" במקטעים אלה.¹⁹ חברת החשמל מקבלת תשלום מלקוחות עסקיים שרוכשים חשמל מיצרנים פרטיים עבור שירותי התשתית, אשר מועבר אליה באמצעות היצרנים הפרטיים.²⁰ העובדה שהיצרן הפרטי מספק חשמל ללקוח אינה גורעת מחובה זו של חברת החשמל.²¹

¹⁸ החל מיום 25.11.2015, הוסיפה רשות החשמל לפרק 1 לספר אמות המידה הגדרת "שירותי רשת", הכוללת: "הזמנות חיבור לרשת (חיבורים חדשים והגדלות חיבור), הודעה ותיאום יזום של הפסקות חשמל, בירור תקלות ברשת, העברה בין קווי הזנה לצורך אספקת חשמל שוטפת והכל באמצעי ייעודי לצרכן, באופן ישיר ושוטף". כמו כן, תוקנה אמת מידה 23 כך שנוסף ס"ק שכותרתו (יג) "שירותי רשת לצרכן" - "ספק שירות חיוני יעמיד לרשות כלל צרכני החשמל בגודל חיבור 3X200 אמפר ומעלה, בין אם מקבלים שירות אספקה מספק שירות חיוני ובין אם מקבלים שירות אספקה מיצרן חשמל פרטי, את שירותי הרשת. ככל שלא ניתן לשירות ישלם ספק שירות חיוני לצרכן סך הפרה כקבוע בלוח תשלומים 1-15 בלוח התעריפים." החלטה 4 (1015) של הרשות לשירותים ציבוריים- חשמל "שינויים ועדכונים באמות המידה צרכנות" (25.11.2015) (להלן: **החלטה בדבר שינויים ועדכונים באמות המידה צרכנות**).

¹⁹ סעיף 2 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ס"ח התשס"ז 132, מגדיר "רישיון ספק שירות חיוני" – "רישיון לניהול המערכת, להולכה או לחלוקה של חשמל."

²⁰ אמות מידה 60-62 לספר אמות המידה.

²¹ תקי' 15 לתקנות יצרן חשמל פרטי קובנציונלי; אמת מידה 64 בפרק ה' שעוסק בשירותי תשתית נושאת את הכותרת "מחויבות ספק שירות חיוני" וקובעת, בין היתר: "אין בקיומה של העסקה הפרטית כדי לגרוע מחובותיו, כולן או חלקן, של ספק השירות החיוני כלפי שאר הצרכנים, לרבות מי שרוכש מספק שירות אחר ולרבות בנושאי בטיחות ואמינות החשמל". בנוסף, ברשיון הספקת חשמל שניתן שר האנרגיה ליצרן החשמל הפרטי נקבע כי אין באמור ברשיון "כדי להטיל על בעל הרישיון אחריות המוטלת על ספק שירות חיוני לפי דין".

מבדיקת הרשות עולה עוד, כי בכל הנוגע לשירותי המת"ל הנוגעים למקטע ההולכה והחלוקה, מדובר בשירותים אשר מטבע הדברים יצרני החשמל הפרטיים אינם יכולים לספק בעצמם. זאת, בשל שליטתה, כאמור, של חברת החשמל במקטעים הרלוונטיים. מאחר שהחשמל המיוצר אינו "צבוע" ללקוח ספציפי, החשמל שמייצר יצרן מסוים לא בהכרח יוזרם ללקוח של אותו יצרן. כל החשמל מיוצר לטובת המערכת כולה ומחולק על-ידי חברת החשמל באמצעות מערכת ההולכה והחלוקה לצרכני הקצה. לכן, תקלות והפסקות חשמל נוגעות לתקלה במקטעי ההולכה והחלוקה ואינן נובעות מתקלה בייצור החשמל. בהתאם, תאום הפסקות חשמל מתוכננות יכול להיעשות רק על ידי עובדי חברת החשמל, היות שהיא האחראית על ביצוע תיקונים ברשת ההולכה והחלוקה בגינם מתבצעת הפסקת החשמל. כמו כן, בעת תקלה, המידע אודות מאפייני התקלה מצוי רק בידי חברת החשמל אשר מחזיקה ברשתות ההולכה, החלוקה וניהול המערכת. לסיכום, שירותי מנהל תיק לקוח הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה הינם שירותים משמעותיים עבור לקוחות עסקיים, אשר חברת החשמל היא הגורם היחיד שיכול לספקם.

3.3. העובדות שבבסיס ההפרה

למן אמצע שנת 2013 החלה חברת החשמל בפעולות שהובילו להפסקת שירותי המת"ל ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. בפברואר 2015 ועד לחודש יוני 2015 החזירה חברת החשמל באופן חלקי את שירותי המת"ל שהופסקו. החל מחודש יוני 2015 העמידה חברת החשמל ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מספקים פרטיים מוקד יעודי שהעניק שירות נחות ביחס לשירותי המת"ל, עד שבחודש דצמבר 2015 השיבה חברת החשמל את שירותי המת"ל בעקבות התראת רשות ההגבלים העסקיים.

הפסקת שירותי המת"ל: אמצע 2013 עד לפברואר 2015

החל משנת 2012 וביתר שאת במהלך שנת 2013, התקיים דיון פנימי בהנהלת חברת החשמל בראשות חטיבת הלקוחות בחברה בנושא הצעדים שחברת החשמל יכולה לנקוט ביחס למעבר לקוחות עסקיים של חברת החשמל לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. דיון זה התנהל במקביל לכניסתם לפעולה של יצרני החשמל הפרטיים.

בתחילת שנת 2013 קיימו הנהלת חברת החשמל וחטיבת הלקוחות מספר ישיבות שמטרתן לגבש סל שירותים נפרד ומובחן ללקוחות עסקיים שעברו לרכוש חשמל יצרנים פרטיים. כך, נבחנה אפשרות להימנע ממתן שירותים מסוימים, וביניהם שירותי המת"ל, ללקוחות שיעברו ליצרנים פרטיים, כדי ליצור בידול בין לקוחות חברת החשמל בכל המקטעים לבין לקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים שהמשיכו לקבל שירותים מחברת החשמל במקטעי הולכה וחלוקה.

הדברים מומחשים מדבריה של מנהלת מחלקת לקוחות עסקיים ופיתוח שווקים באגף השיווק במסגרת ישיבת ועדת היגוי לקוחות אסטרטגיים בראשות סמנכ"ל ומנהל חטיבת הלקוחות, ביום 22.4.2013:

"... עלינו לבנות מערכת יחסים ארוכת טווח עם הלקוח תוך הדגשת "הרווח הנתפש" מהיותו לקוח של החברה ו-"ההפסד הנתפש" אם יפסיק להיות לקוח שלה. על הלקוח להבין כי לכל בחירה יש מחיר".

בעקבות הישיבות יצאו הנחיות מהנהלת חברת החשמל לעובדי החברה. על ההנחיות שיצאו מהנהלת חברת החשמל ניתן ללמוד, למשל, ממסמכים המסכמים את ישיבת הסמנכ"לים שהתקיימה ביום 29.9.2013 בלשכת מנכ"ל החברה.

כך, על פי מייל ששלחה מנהלת מחלקת לקוחות עסקיים ופיתוח שווקים באגף השיווק לעו"ד מהלשכה המשפטית בחברת החשמל ביום 3.10.2013, במסגרת ישיבת הסמנכ"לים הנ"ל הנחה מנכ"ל חברת החשמל:

"יש לתת שירות דיפרנציאלי ללקוחות כדלקמן: שירות "לקוח עסקי" ללקוח עסקי של החברה. שירות שונה ללקוחות עסקיים שרוכשים חשמל מחח"י באופן חלקי. שירות לפי אמות המידה ללקוחות עסקיים הרוכשים חשמל מספקים אחרים. זאת בכפוף לאישור משפטי."

לצורך קידום הנושא התבקש אישורה של הלשכה המשפטית ליישום תפיסה זו:

"המשמעות הינה שללקוח שאינו רוכש חשמל מחח"י, יוסר סימון "לקוח עסקי" במצח ויפסקו שירותים יחודיים כגון: מת"ל, קו ישיר לפיקוח בעת תקלות, קידום הזמנות, הגעה לבית הלקוח וסיוע בפתרון בעיות כגון אמינות ואיכות האספקה, אי הענות לבקשת לקוח הפונה לקבל סיור/ביקור באתר החברה."

כפי שיפורט בהרחבה בפרק ה-3 להלן, הייעוץ המשפטי הפנימי של חברת החשמל הבהיר, כי "ביטול שירותי המת"ל ללקוחות שנחשבו בעבר לקוחות עסקיים של החברה ועברו לצורך חשמל באמצעות מספק אחר, יש בו חשיפה משפטית מתחום ההגבלים העסקיים ולפיכך ההמלצה המשפטית היא להמשיך ולספקו לכל הפחות למספק עצמו".

כמו כן, על פי סיכום הישיבה הרשמי של אותה ישיבת סמנכ"לים, במסגרת דיון בנושא "שיפור שירות ללקוחות עסקיים – הנחיות למת"ל" המנכ"ל הורה "לבחון משפטית האם לאתרים קטנים של לקוח עסקי, שנשארו בחח"י, ניתן להתייחס כלקוח קטן." מנכ"ל החברה ציין שהנושא צריך להיבדק משפטית וכי נדרשת תוכנית אסטרטגית בחטיבה – באחריות המשנה למנכ"ל וסמנכ"ל הלקוחות.

בהתאם להנחיות מאמצע שנת 2013 פעלה חברת החשמל להפסקת שירותי המת"ל ללקוחות עסקיים שרכשו חשמל מיצרנים פרטיים.

כבר בחודש יולי 2013, בד בבד עם התקיימותם של דיונים בנושא וחרף הצהרות החברה בפורמים פנימיים שונים כי הנושא מצוי עדיין בבדיקה, הפיצה מנהלת אגף השיווק למנהלי מחוזות חברת החשמל מזכר בנושא "הנחיות בנושא פניית לקוחות בעלי כוונת רכישת חשמל מאחר." למזכר צורף קובץ הנחיות לניהול דיאלוג עם לקוחות המתעניינים ברכישת חשמל מיצרנים פרטיים:

5. "האם לקוחות המספקים ימשיכו ליהנות משירותי מנהל תיק לקוח?".

"השירות באמצעות המת"ל ישתנה ככל הנראה וייתכן שאף יופסק ללקוחות המספקים בהיותו שירות שחח"י אינה מחויבת לספקו לפי אמות המידה והוא ניתן כיום מעבר לסל השירותים המחויבים באמות המידה."

6. "האם תהיה התייחסות אחרת של חח"י בטיפול בהפסקות מתוכננות/תקלות/הפרעות/השלות?"

"לקוחות מספקים יטופלו כפי שמטופלים כל לקוחות החברה."

18. "למי פונה לקוח מספק לגבי תלונה?"

"במקרה של תלונה הנוגעת להיבט תפעולי/טכני (כולל הזמנות חיבור), יפנה לקוח המספק לחח"י-למוקד '103' או לאזור הגיאוגרפי אליו הוא שייך. במקרה של תלונה הנוגעת להיבט פיננסי יפנה הלקוח למספק".

מנהלי המחוזות התבקשו להפיץ את הנוהל לגורמים הרלוונטיים במחוז.

בחדש ספטמבר 2014 חודדו שוב ההנחיות למחוזות חברת החשמל. מנהלת אגף השיווק הפיצה "הוראת שעה התוכנית לשימור לקוחות והקמת מנהלת לקוחות עסקיים", בין היתר למנהלי המחוזות וראשי מדור לקוחות עסקיים במחוזות. למזכר צורף מסמך "עקרונות מדיניות השירות ללקוחות עסקיים" בו נכתב בפרק העוסק בשימור לקוחות:

"יצירת ערוצי וסלי שירותים המותאמים לכל פלח. לקוחות הרוכשים חשמל ממספקים פרטיים יקבלו את סל השירותים, אשר מוגדר באמות המידה".

להוראת השעה צורף קובץ "תסריטי שיחה שאלות ותשובות בנושא דיאלוג עם לקוחות הרוכשים/מתעניינים ברכישת חשמל ממספק, כולל כללי מותר ואסור". גם כאן נכתב:

במענה לשאלה "האם לקוחות המספקים ימשיכו ליהנות משירותי מנהל תיק לקוח?":

".....לאור זאת, השירות באמצעות המת"ל קרוב לוודאי שיופסק ללקוחות המספקים, בהיותו שירות שחח"י אינה מחויבת לספקו לפי אמות המידה והוא יינתן במתכונתו ותכולתו החדשים, מעבר לסל השירותים המחויבים באמות המידה".

ובמענה לשאלה "האם תהיה התייחסות אחרת של חח"י בטיפול בהפסקות מתוכננות/תקלות/הפרעות/השלות?" נכתב:

"לקוחות מספקים יטופלו כפי שטופלים כל לקוחות החברה בהתאם לאפשרויות התפעוליות והלוגיסטיות".

וכך גם, במענה לשאלה "למי פונה לקוח מספק לגבי תלונה", נכתב:

"במקרה של תלונה הנוגעת להיבט תפעולי/טכני (כולל הזמנות חיבור), יפנה לקוח המספק לחח"י-למוקד '103' או לאזור הגיאוגרפי אליו הוא שייך. במקרה של תלונה הנוגעת להיבט הפיננסי, יפנה הלקוח למספק".

בחדש אוקטובר 2014, בעקבות הנחיית מנכ"ל החברה, הופץ והוטמע במערכת ה-CRM הפנימית של חברת החשמל נוסח שיחה למוקדני החברה בנושא "מענה ללקוחות שעברו לרכוש חשמל ממספקי פרטיים":

"שאלה: "עברנו לרכוש חשמל ממספק פרטי. למי עלי לפנות במידה ויש לי תקלה באספקת החשמל?"

תשובה: עליך להתקשר למוקד 103.

שאלה: למי עלי לפנות במקרה של תלונה?

תשובה: במקרה של תלונה הנוגעת להיבט תפעולי/טכני (כולל הזמנות חיבור) עליך לפנות למוקד 103.

הנה כי כן, חברת החשמל הפיצה הנחיות לעובדי החברה, לפיהן שירות המת"ל יופסק ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. עובדי החברה הונחו כיצד עליהם להשיב לשאלות הנוגעות להפסקת השירות וזאת, גם בנוגע לשירותי מת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה.

חברת החשמל לא הסתפקה בהנחיות לעובדי החברה ובחודשים ספטמבר-דצמבר 2014 שינתה את נוהל לקוחות עסקיים הפנימי שלה, אשר מגדיר מי יהיה זכאי לקבל שירות מת"ל. חברת החשמל

שינתה את הגדרת "לקוחות עסקיים" בנוהל כך שזו לא תכלול לקוחות אשר עברו לרכוש חשמל מיצרן חשמל פרטי.²²

מטרת השינוי נלמדת בין היתר מתכתובת ממייל שנשלח ביום 30.11.2014 מעובדת אגף השיווק של חברת החשמל, למנהלת אגף השיווק וסגניתה בו נכתב:

"מצ"ב עדכון נוסף לאישורכן בנושא הגדרת לקוח עסקי... במטרה למנוע מצב של מתן שירות "VIP" ללקוח של מספק פרטי...".

על המשמעות של שינוי הנוהל ניתן ללמוד מהתכתובת פנימית שנערכה בין הממונה על שירות ללקוחות עסקיים במחוז חיפה עם גורמים באגף השיווק ביום 10.12.2014:

"... קיבלנו הנחיה להסיר להם סימון "עסקי", אין להם מת"ל, הם מופנים ל-103, הם לא רשומים ב-CRM לקוחות עסקיים אז גם אין היכן לתעד את הפעילות מולם..."

הנה כי כן, פעולות שביצעה חברת החשמל – הפצת תסריטי שיחה בין מת"לים ללקוחות השוקלים מעבר ליצרן פרטי, ושינוי נוהל לקוחות עסקיים – הביאו להפסקת שירותי המת"ל ללקוחות שעברו לצרוך חשמל מיצרנים פרטיים. על אף הרטוריקה לפיה "טרם התקבלה החלטה" בנושא הפסקת שירותי המת"ל בפועל, נדרשו עובדי החברה ליישם את מדיניות החברה בדבר הפסקת שירותי מת"ל ללקוחות שעברו לצרוך חשמל מיצרנים פרטיים.

יוער למען שלמות התמונה, כי ככל הנראה חלק ממנהלי חברת החשמל התנגדו לפעולות שביצעה חברת החשמל להפסקת שירותי המת"ל. מנגד, לאורך הדרך נשמעו קולות המבקרים את חוסר האחידות בין המחוזות ואת העובדה כי מהלך הפסקת המת"ל לא הושלם וכי יש לקוחות שעדיין אינם יודעים כי הם עתידים להיפגע כתוצאה ממעבר ליצרן פרטי.

כך או כך, המסר שיצא מהנהלת החברה הופנם בקרב מחוזות חברת החשמל ומנהלי תיק הלקוח. בהתאם, בסמוך לאחר הפצת תסריטי השיחה בחודש יולי 2013 החלו עובדי החברה להודיע ללקוחות שעברו או ששקלו לעבור לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים, כי שירותי המת"ל עתיד להפסק. מראיות שנאספו על ידי הרשות – תלונות של לקוחות, התכתבויות פנימיות ודיווחים במערכת ה-CRM הפנימית של חברת החשמל – עולה, כי עובדי חברת החשמל הבהירו ללקוחות שהתכוונו לעבור או עברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים כי הם לא זכאים עוד לקבלת שירות שנועד ללקוחות עסקיים או לשירותי מת"ל.

היישום בשטח של ההנחיות העולות מתסריטי השיחות הובא לידיעת הגורמים הבכירים בחברת החשמל ובחטיבת הלקוחות כבר בחודש אוגוסט 2013.

²² נוהל שירות לקוחות עסקיים הראשון פורסם בשנת 2005 כאשר ההגדרה של 'לקוחות עסקיים' נקבעה על פי היקף הצריכה שלהם: "הצריכה השנתית באחד מאתריהם עולה על 1 מיליון קוט"ש בשנה. הצריכה המצרפית בכל אתריהם, עולה על 5 מיליון קוט"ש בשנה." ביום 27.11.2014 עודכן נוהל שירות לקוחות עסקיים. בין היתר, נערך שינוי בהגדרת "לקוחות עסקיים" כך שהיא חלה על לקוחות שעונים על הקריטריונים הבאים: "לקוחות אשר האנרגיה השנתית הנרכשת מחח"י כמספק באחד מאתריהם עולה על 1 מיליון קוט"ש בשנה. לקוחות אשר האנרגיה המצרפית הנרכשת מחח"י כמספק בכל אתריהם, עולה על 5 מיליון קוט"ש בשנה." על פי סעיף 8 לנוהל שירות לקוחות עסקיים מיום 27.11.2014, במקרה בו פחתה האנרגיה של הלקוח הנרכשת מחח"י כמספק ב-20% מהסף שקבע בהגדרה יבדוק מנהל תיק הלקוח עם נציגיו את הנסיבות. לאחר בירור, בסמכות סגן מנהל המחוז לענייני שיווק להחליט על הפסקת הטיפול בו כלקוח עסקי והסרת סימונו מהמערכות התפעוליות.

הנה כי כן, מחומר הראיות שנאסף בבדיקת הרשות עולה כי ההנחיות של הנהלת החברה וחטיבת הלקוחות יושמו בפועל. עובדי חברת החשמל במחוזות ובפרט, מנהלי תיק הלקוח, הבהירו ללקוחותיהם את התוצאה הצפויה ממעבר למתחרותיה של חברת החשמל באספקת החשמל. בהתאמה, הופסקו שירותי המת"ל ללקוחות שעברו לצורך חשמל מיצרן פרטי, בעוד הנהלת חברת החשמל וחברי חטיבת הלקוחות מודעים לכך ומאפשרים זאת.

בעקבות היישום בשטח התקבלו אצל חברת החשמל בסוף שנת 2014 ובתחילת שנת 2015 תלונות מלקוחות על הפסקת שירותי המת"ל עקב מעבר ליצרן פרטי. על אף התלונות שהבהירו כי המהלך של הפסקת השירות פוגע קשות בלקוחות, לא הושב השירות ללקוחות. ביום 2.2.2015 הוצגה בישיבת שימור לקוחות מצגת במסגרתה נסקרו התלונות שהתקבלו מלקוחות ליצרנים הפרטיים. חלף החזרת שירותי המת"ל, הפתרון שהוצע לתלונות הלקוחות היה מוקד יעודי בנושא תקלות והפרעות. כפי שיורחב בפרק הבא, פתרון זה אינו מספק ומהווה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים.

תקופת הביניים: החזרה חלקית של שירותי המת"ל פברואר 2015 עד יוני 2015

בעקבות ריבוי תלונות בחודשים נובמבר-דצמבר 2014 וינואר 2015 הנחה סמנכ"ל הלקוחות,²³ בחודש פברואר 2015, להחזיר באופן זמני ובמתכונת חלקית את שירותי המת"ל ללקוחות עסקיים שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. זאת עד להקמת ערוץ נפרד שיספק סל שירותים מבודד ללקוחות היצרנים הפרטיים.

בהתאם להנחיה, הוחזר השירות באופן חלקי בהשוואה לשירותי המת"ל הניתן ללקוחות הרוכשים חשמל מחברת החשמל, בכל הנוגע למקטעי ההולכה והחלוקה. כך, בניגוד ללקוחות שרוכשים חשמל מחברת החשמל, לא ניתנה לצרכני היצרנים הפרטיים הודעה אישית מראש על הפסקות חשמל יזומות ולא ניתן סיוע בתאום הפסקות החשמל. כמו כן, לא ניתן סיוע בקידום הזמנות חיבור. תחת זאת ניתן להם מענה מגיב לנושאי תקלות והפרעות באספקת החשמל בלבד, לאחר קרות התקלה. כפי שעולה מהתכתבות פנימית בחברת החשמל ששלחה ביום 26.2.2015 מנהלת מחלקת לקוחות עסקיים ופיתוח שווקים באגף השיווק:

"לאור שאלות רבות הריני לחדד כי החלטת מנהל החטיבה והנחיית מנהלת האגף המצ"ב הנה כי לקוחות יח"פ יקבלו מענה מגיב בלבד בנושא תקלות והפרעות באמצעות המת"ל עד למציאת פתרון קבע לנושא זה שלא באמצעות מת"ל."

בנוסף, גם לאחר פברואר 2015 חלק מהלקוחות של יצרנים פרטיים לא קיבלו כל שירותי מת"ל ובעת פנייה למת"ל הופנו למוקד 103 של חברת החשמל.

השירות החלקי שניתן בתקופה הרלוונטית עולה גם מתלונות ומתיעוד המענה לפניית של לקוחות במערכת ה-CRM.

נמצא אם כן, כי בתקופת הביניים הוחזר המת"ל באופן חלקי בלבד ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. ניתן שירות חלקי ומגיב בלבד ולעיתים אף לא ניתן שירות כלל.

²³ בסוף שנת 2014 פרש מתפקידו מי שכיהן עד אז כסמנכ"ל הלקוחות ובתחילת שנת 2015 נכנס לתפקידו סמנכ"ל לקוחות חדש.

המוקד הייעודי: יוני 2015 עד דצמבר 2015

ביוני 2015 הקימה חברת החשמל, על פי החלטת סמנכ"ל הלקוחות, מוקד ייעודי לנושא תקלות ללקוחות עסקיים שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים ולסוגי צרכנים נוספים.

מבדיקת הרשות עולה, כי גם המוקד הייעודי סיפק שירות מגיב בלבד שאינו מעניק את מלוא שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה. מעבר לכך שהמוקד הייעודי סיפק שירות חלקי, הוא גם סיפק שירות נחות יותר. זאת, מאחר וחלף איש קשר קבוע המכיר את הלקוח העסקי, הופנו כל הלקוחות העסקיים שעברו לצורך חשמל מיצרנים פרטיים למוקד שירות טלפוני. כמו כן, בחלק מהמקרים הלקוחות הנ"ל הופנו לשירות 103 בעת תקלה ולא יודעו על קיומו של המוקד הייעודי.

וכך נכתב בדוא"ל מיום 18.6.2015 שנשלח מאגף השיווק:

"עפ"י החלטת מר [REDACTED], סמנכ"ל לקוחות, הוחלט על מתן ערוץ מידע ייעודי ללקוחות יח"פ וללקוחות רגישים (כגון בתי חולים) בנושא תקלות והפסקות חשמל בלבד

השירות ניתן אך ורק בנושאים אלו ע"י שלוחה ייעודית במוקד שתאויש ע"י נציג ייעודי ותפעל 24 שעות במשך 7 ימים בשבוע.

בחודש האחרון החל פיילוט במחוז חיפה וירושלים, בהם ניתן מספר ייעודי ללקוחות שפנו. מדובר על שירות מגיב, קרי הלקוחות הפונים יופנו לערוץ זה בנושאים הקשורים אך ורק לתקלות והפסקות חשמל. בנושאים אחרים הנוגעים למקטע החלוקה יופנו למוקד 103 ומשם לגורם הרלוונטי (בדומה לפניית יתר הלקוחות).

נבקשכם:

א. להתחיל במתן שירות זה במייד.

ב. לתדרך את כל המת"לים כי בעת פניה של לקוח יח"פ או לקוח רגיש אליהם בנושאי תקלות והפסקות חשמל, הלקוח יופנה למספר הייעודי.

....

ה. במידה ונשאל המת"ל הנציג ע"י הלקוח האם לא יהיה לו יותר מת"ל יש להגיב: "כל השירותים מחח"י שמגיעים לך ינתנו לך ע"י המחלקות הרלוונטיות". "[הדגשות במקור]

הנה כי כן, המוקד הייעודי היווה שירות מגיב, בנושא תקלות והפרעות בחשמל בלבד, מעין "עוקף תור" מוקד 103. בדומה לשירות המת"ל החלקי, המוקד הייעודי לא סיפק שירותים נוספים של המת"ל בהולכה ובחלוקה:

ראשית, המוקד הייעודי לא נתן הודעות אישיות ללקוחות העסקיים טרם הפסקת חשמל יזומה, ולבטח לא סייע בתיאום מועד ההפסקה היזומה עם הצרכן. בעוד שלקוחות עסקיים הרוכשים חשמל מחברת החשמל במקטע האספקה מקבלים הודעה אישית טלפונית מהמת"ל על מועד ההפסקה המתוכננת, הודעה על הפסקת חשמל מתוכננת ללקוחות עסקיים שרוכשים חשמל מיצרנים פרטיים הודבקה בכניסה למבנה לפני ההפסקה, בדומה ללקוחות ביתיים. כאמור לעיל, הודעה אישית מראש על הפסקה מתוכננת, אפשרה ללקוח העסקי להיערך אליה באופן שצמצם את הנזק המסתבר מההפסקה בחשמל.

שנית, להבדיל מהמת"ל, המוקד הייעודי לא סיפק שירות בעניין הגדלת חיבור או מענה בעניין חיבורים קיימים. לקוחות עסקיים שרוכשים מיצרנים פרטיים טופלו בעניינו חיבורים לרשת החשמל על-ידי המחלקות המסחריות במחוזות.

כמו כן, מהראיות עולה שגם לאחר יוני 2015 חלק מהלקוחות של יצרנים פרטיים הופנו למוקד 103 בנושאי הפסקות חשמל.

ביום 26.11.2015 על רקע בדיקה שערכה בנושא, התריעה רשות ההגבלים העסקיים בפני חברת החשמל כי הגיע לידיה מידע לפיו חברת החשמל חברת החשמל חדלה לספק שירות מנהל תיק לקוח ללקוחות אשר החלו לרכוש חשמל מיצרן חשמל פרטי במקום מחברת החשמל, ולכל היותר מעמידה מוקד ייעודי הכולל שירותים חלקיים. על כן, ובטרם מוצתה הבדיקה, מצא לנכון הממונה להודיע לחברת החשמל שמן הראוי שחברת החשמל תחדל לאלתר מהתנהלות זו עד למיציא בדיקת הרשות.

בחודש דצמבר 2015, בעקבות התרעת רשות ההגבלים העסקיים, הוחזר שירות המת"ל ללקוחות שעברו לרכוש מיצרנים פרטיים.

4.ב. סיכום עובדות ההפרה

לסיכום חלק זה, מהראיות שנאספו על ידי הרשות עולה כי חברת החשמל נקטה בפעולות שהובילו להפסקת שירותי המת"ל, ובכלל זה אלה הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה, ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים החל מאמצע שנת 2013. המהלך נעשה הן ברמת הנהלת החברה וחטיבת הלקוחות אשר הנחו את עובדי החברה באמצעות תסריטי שיחה ונהלי החברה הפנימיים והן על ידי עובדי החברה במחוזות, אשר הודיעו ללקוחות עסקיים שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים על הפסקת שירות המת"ל והפסיקו בפועל לספק את השירות.

בפברואר 2015 החזירה חברת החשמל את שירותי המת"ל באופן חלקי, כשירות מגיב לנושאי תקלות והפרעות באספקת החשמל בלבד, עד לחודש יוני 2015. ביוני 2015 החליפה חברת החשמל את שירותי המת"ל החלקיים ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים במוקד ייעודי שהיווה שירות חלקי ונחות ביחס לשירותי המת"ל. בדצמבר 2015 השיבה חברת החשמל את מלוא השירות בעקבות התרעת הרשות.

חברת החשמל אישרה את העובדות המתוארות לעיל במענה לדרישת נתונים ששלחה אליה הרשות אך ציינה, כי לא הייתה עליה החובה לספק את השירות. מאוחר יותר, במהלך הליך שמיעת חברת החשמל טרם מתן החלטה זו, הכחישה חברת החשמל את עובדת הפסקת מתן שירותי המת"ל. אולם, כפי שראינו לעיל, מעשה ההפרה עולה גם מראיות מזמן אמת שנאספו על ידי הרשות ופורטו בהרחבה.

ב. הפסקת שירותי המת"ל - ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה וסירוב בלתי סביר לספק

חוק ההגבלים העסקיים קובע מגבלות על יכולתו של בעל מונופולין לפעול בדרכים שעשויות לפגוע בתחרות או בציבור. על בעל מונופולין חלים כללי התנהגות מחמירים על רקע מעמדו המיוחד,

אשר אינם חלים על מתחרים אחרים בשוק, והאוסרים עליו להתחרות בצורה לא הוגנת, גם אם מדובר בדרך התנהגות הרווחת בקרב מתחרים אחרים בשוק.²⁴

עיקרון של מגבלות אלה מצוי בסעיף 29 לחוק, האוסר על בעל מונופולין לסרב באופן בלתי סביר לספק את הנכס שבמונופולין, ובסעיף 29א לחוק, הקובע איסור על בעל מונופולין מלנצל את מעמדו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. סעיף 29 אינו אלא מקרה פרטי של 29א.

1.ג. סעיף 29א לחוק – כללי

סעיף 29א לחוק בנוי משני נדבכים: סעיף קטן (א) קובע איסור כללי על בעל מונופולין מלנצל את מעמדו לרעה; סעיף קטן (ב) קובע רשימה של מעשים פוגעניים, הבאים להוסיף על האיסור הכללי בסעיף קטן (א):

"29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א)."

לצורך הקמת עילה על פי סעיף 29א(א) לחוק יש להראות כי פעולותיו של בעל המונופולין ניצלו את מעמדו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. חוק ההגבלים העסקיים אינו מגדיר את המושג "ניצול מעמד לרעה". על פי פסיקת בית הדין להגבלים עסקיים, התנהגות של בעל מונופולין עשויה להיחשב כניצול מעמד לרעה כל אימת שמדובר בהתנהלות שאינה במסגרת תחרות לגופו של עניין וכאשר הפגיעה היא מעבר לנדרש.²⁵

בכל הנוגע לפרקטיקות המפורטות בסעיף 29א(ב), הפרשנות הנהוגה בפסיקה היא כי הן מקימות חזקה בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. דהיינו, בהתקיים היסודות של תתי-סעיף קטן 29א(ב), אין נדרשת הוכחת הפגיעה העלולה להיגרם לתחרות או לציבור עקב התנהגות כזאת.²⁶

כאמור, סעיף 29א(א) לחוק קובע כי התנהגות בעל מונופולין תחשב ניצול מעמד לרעה כאשר היא עלולה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. מהמילה "עלול" עולה כי לשם ניצול מעמד

²⁴ הי"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פסקאות 52-55 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.6.2000) (להלן: פסק דין משלים ידיעות אחרונות); השוו: Case C-280/08, Deutsche Telekom v. Commission, 2010 E.C.R I-09555, para. 176 (להלן: עניין Deutsche Telekom).

²⁵ פסק דין משלים ידיעות אחרונות, לעיל הי"ע 24, פס' 51 לפסק הדין.

²⁶ שם, פס' 56 לפסק הדין.

לרעה לא חייבת להיגרס תוצאה של פגיעה בפועל בתחרות או בציבור, ודי בהסתברות לפגיעה כזו.²⁷ כמו כן, בחינה האם התנהגות המונופולין עלולה לפגוע בתחרות או בציבור תיעשה באופן אובייקטיבי על פי נסיבות השוק הנבחן. מכאן שהוראת החוק אינה מצריכה בחינה סובייקטיבית של כוונת בעל המונופולין לפגוע בתחרות או בציבור.²⁸

התנהלותה של חברת החשמל מהווה ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי הן על פי האיסור הכללי בסעיף 29א(א), והן על פי שלוש מהחזקות הקבועות בסעיפי המשנה של 29א(ב) לחוק.

2.ג. חברת החשמל ניצלה לרעה מעמדה בשוק הולכת חשמל וחלוקתו בניגוד לסעיף 29א(א)

האיסור הכללי על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בהתאם לסעיף 29א(א) מורכב משלושה יסודות: בעל מונופולין; ניצול לרעה של מעמדו בשוק; באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. כפי שיפורט להלן, כל שלושת היסודות מתקיימים בנסיבות העניין כך שהתנהגות חברת החשמל עלתה כדי ניצול מעמד לרעה, באופן העלול לפגוע בתחרות אל מול יצרני החשמל הפרטיים באספקת חשמל. חברת החשמל ניצלה לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק הולכת החשמל וחלוקתו על מנת לפגוע בתחרות בשוק אספקת החשמל ולשמר את מעמדה בו.

חברת החשמל היא בעלת מונופולין במקטעי הולכה וחלוקת חשמל

חברת החשמל היא בעלת מונופולין ולמעשה מהווה ספק יחיד במקטעי הולכת החשמל וחלוקתו.²⁹ חברת החשמל מוכרזת כבעלת מונופולין במקטעים אלה החל משנת 1999 ולא חל כל שינוי במעמדה המונופוליסטי מאז. חברת החשמל ניצלה את מעמדה בשוקי הולכת החשמל וחלוקתו עת הפסיקה לספק שירותי מת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה ללקוחות שעברו לצורך חשמל ממתחריה – יצרני החשמל הפרטיים.

חברת החשמל ניצלה מעמדה בשוקי הולכת חשמל וחלוקתו

חברת החשמל הפסיקה לספק שירותי מת"ל ללקוחות שעברו לצורך חשמל מיצרני חשמל פרטיים ובכללו גם שירותים הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה. בהמשך, לאחר שהתקבלו אצלה תלונות מלקוחות, חברת החשמל העמידה לאותם לקוחות עסקיים שירות חלקי ונחות (בין אם באמצעות שירות המת"ל החלקי ובין באמצעות המוקד הייעודי).

חברת החשמל העמידה בפני לקוחות עסקיים תנאי המתנה קבלת שירותי מת"ל – שירות שהיא מעניקה כספקית יחידה בהולכת חשמל ובחלוקתו – ברכישת חשמל ממנה כמספק המצוי בשוק

²⁷ הי"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים, פס' 65 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.12.2009) (להלן: פסק דין בעניין בזק - קישור הגומלין).

²⁸ שם, שם; קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר ניצול מעמד לרעה בשוק שירותי המחזור של מכלי משקה החייבים בפיקדון (14.7.2013) הגבלים עסקיים 500420, פס' 34 לקביעה (להלן: קביעת ממונה בעניין אל"ה). ראו עוד: ת"א 33666-07-11 אוניפארם נ' Sanofi ואח', פס' 85 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.10.2015). השוו גם: Case C-549/10 P Tomra Systems v Commission, 2012 E.C.R. 4 CMLR 1093, para. 21.

²⁹ כאמור לעיל, קיימים מקומות מעטים דוגמת מועצות מקומיות או קיבוצים להם חברת החשמל מספקת חשמל בצובר (במרוכז) לנקודה אחת, והחלוקה עצמה מתבצעת באופן עצמאי לצרכנים הסופיים באמצעות מערכות חלוקה פנימיות של מקומות אלו. אף על פי כן, אין בכך לגרוע ממעמדה המונופוליסטי של חברת החשמל במקטע החלוקה או בהשפעתם האנטי-תחרותית של מעשיה.

תחרותי. לפי התנאי, על מנת שצרכן יקבל את מלוא השירותים, הוא חייב לרכוש חשמל מחברת החשמל גם במקטע האספקה. ואילו, אם יבחר לרכוש חשמל מיצרן פרטי מתחרה במחיר נמוך יותר ממחיר חברת החשמל, יופסק לו השירות.

תנאי זה יצר הפליה בין לקוחות חברת חשמל במקטעי ההולכה והחלוקה: לקוחות חברת החשמל במקטע ההולכה והחלוקה אשר עברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים במקטע האספקה לא קיבלו את אותם השירותים בהולכה וחלוקה שקיבלו לקוחות חברת החשמל שרכשו חשמל מחברת החשמל במקטע האספקה. יצירת הפליה על ידי מתן שירות נחות יותר, מקום בו היא נעשית על-ידי בעל מונופולין מהווה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

בנוסף, בהפסקת שירות המת"ל וצמצום השירות, חברת החשמל ניצלה את היתרון שלה הטמון בשליטתה הבלעדית במקטעי ההולכה והחלוקה, כדי ליצור לה יתרון תחרותי לא הוגן מול היצרנים הפרטיים במקטע האספקה.

מהבדיקה שנערכה ברשות עולה כי לא היה צידוק מסחרי לגיטימי להפסקת השירות ומטרתו הייתה למנוע נטישת לקוחות במקטע האספקה למתחרי חברת החשמל. לא בכדי הפעולות להפסקת שירותי המת"ל החלו בסמוך למועד כניסתם לפעולה של יצרני חשמל פרטיים. חברת החשמל, אשר הרגולציה החלה עליה אסרה עליה להפחית את תעריפיה בתגובה לתחרות המתפתחת, בחרה לעשות שימוש במעמדה המונופוליסטי במקטעי ההולכה והחלוקה על מנת לגבות מחיר מלקוחות שהחליטו לנטוש אותה למתחריה. לא מדובר בהתנהלות לגיטימית במסגרת תחרות לגופו של עניין.³⁰

זאת, בשונה משירותי המת"ל הנוגעים למקטע האספקה (כגון מידע על חיובים וחשבוניות) לגביהם פסק הקשר בין הלקוח שעבר ליצרן פרטי לבין חברת החשמל. כאמור, שירותי המת"ל שהופסקו נגעו גם לשירותים המשויכים למקטעי ההולכה והחלוקה לגביהם, חברת החשמל היתה ועודנה ספק דומיננטי יחיד.

בית הדין להגבלים עסקיים קבע כי התנהגות בעל מונופולין שאין לה תועלת כלכלית למטרותיו של בעל המונופולין אלא נועדה רק כדי לפגוע במתחרים, איננה תחרות לגופו של עניין:

"שיטת תחרות כזאת הננקטת על ידי בעל מונופולין, שאין בה כדי להצמיח תועלת כלכלית ישירה לבעל המונופולין, ומטרתה רק לפגוע בכושר התחרות של המתחרה, הנה דרך "קלאסית" לדחיקת רגלי מתחרים ("exclusionary behaviour"),³¹ שהיא אחת מדרכי ההתנהגות העיקריות האסורות על בעל מונופולין".³¹

³⁰ השוו: Case T-228/97 Irish Sugar v. Commission, 1999 E.C.R. II-2969, para. 165-167 (להלן: עניין Irish Sugar); Upheld on appeal: Case C-497/99 Irish Sugar v. Commission, 2001 E.C.R. I-5335 (להלן: ערעור בעניין Irish Sugar).

"The Court of Justice has held that an undertaking in a dominant position on a raw materials market could not abuse that dominant position on that market to facilitate its entry to a derivative products market incorporating those raw materials, affecting the competitive position of other operators on the latter market, for example by refusing to supply them with the raw materials necessary for their activities on the second market (Joined Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission (Commercial Solvents), [1974] ECR 223, para. 25) ; וראו גם: קביעת ממנה בעניין אל"ה, לעיל ה"ש 28.

³¹ פסק דין משלים ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 24, פסקה 51 לפסק הדין.

גם על פי הפסיקה האירופית, בעל מעמד דומיננטי רשאי לנקוט צעדים סבירים על מנת להגן על האינטרסים המסחריים שלו שהותקפו על ידי צדדים שלישיים, כל עוד מטרת פעולותיו אינה לחזק את מעמדו הדומיננטי ולנצלו לרעה:

"It is true that, according to the case-law, the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, provided however that the purpose of such behaviour is not to strengthen this dominant position and abuse it".³²

מכל האמור עולה כי בהתנהלות חברת החשמל היה משום ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי במקטע ההולכה והחלוקה.

ניצול המעמד לרעה נעשה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור

התנהלות חברת החשמל עלולה הייתה להביא לפגיעה בתחרות במקטע אספקת החשמל. זאת, באמצעות יצירת חסמי מעבר ללקוחות והעלאת חסמי הכניסה וההתרחבות של המתחרים.

בדיקת הרשות העלתה כי השירותים שסיפק המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה הנם שירותים בעלי חשיבות רבה ללקוחות עסקיים, בפרט כאשר מתרחשות תקלות או הפסקות יוזמות בהזרמת החשמל לאתר הצריכה. מדובר בשירותים אשר ניתנים על-ידי חברת החשמל בלבד ושלא ניתן לספק באמצעות יצרני החשמל הפרטיים, מאחר וחברת החשמל היא מונופול לספק יחיד במקטעים אלה.

החיסכון הכלכלי הנובע מההנחה שמציע היצרן הפרטי ביחס לתעריף חברת החשמל על רכישת חשמל הוא שיקול משמעותי בהחלטת הלקוחות העסקיים האם לרכוש חשמל מיצרן פרטי או מחברת החשמל. אולם, הפגיעה ביכולת הלקוחות להיערך להפרעות בהזרמת החשמל ולצמצם נזקים הנגרמים מהן משיתה על הלקוחות עלויות שונות. למשל, עלויות של השבתת עבודה, נזקים למערכות הצידוד, פגיעה בחומרי גלם ובתוצרים ועוד. מטבע הדברים, לאורך זמן היה החיסכון בעלויות רכישת החשמל מיצרנים פרטיים נבחן אל מול הנזקים הנגרמים ללקוח בשל הפגיעה בשירות המת"ל הנוגע למקטעי ההולכה והחלוקה. בטווח הארוך היעדר שירות המת"ל בהולכה וחלוקה צפוי היה להפוך לשיקול משמעותי במסגרת שיקולי הלקוחות האם לצרוך חשמל ממתחרי חברת החשמל באספקת חשמל.

גם בתקופה בה ניתן שירות מת"ל חלקי ובתקופה בה הועמד המוקד הייעודי, חסרונם של השירותים החשובים שניתנו על ידי המת"ל משמעותי דיו עד כי היה עלול לרסן את מעבר

³² Case T-191/98 Atlantic Container Line and Others v Commission, 2003 E.C.R. II-3275 (para. 1112-1114). ראו עוד: 92/213/EEC (British Midland v. Aer Lingus) 1992 OJ L 96, Commission Decision No. 24-25 נקבע שהפסד רווחים או נתח שוק מסוים למתחרה אינו מצדיק סירוב לספק, כאשר הסירוב לספק עלול להגביל משמעותית את התחרות מצד המתחרים; Commission Decision No.87/500/EEC (BBI/Boosey & Hawkes), 1987 O.J. L 286/36. פסקה 19 להחלטת הנציבות למתן סעדים זמניים, בה נקבע כי החלטה להפסיק לספק ללקוחות בגלל שהתקשרו עם מתחרה היתה בלתי מידתית כדי להגן על האינטרסים של בעל המונופולין.

הלקוחות ליצרני חשמל פרטיים. כפי שהורחב לעיל, השירות היוזם הוחלף בשירות מגיב בלבד, שניתן רק במענה לפנייה של לקוחות לאחר קרות התקלה ולא באופן יזום מראש.

הנה כי כן, פעולותיה של חברת החשמל יצרו, ולמצער העלו, את חסמי המעבר של לקוחות עסקיים ליצרנים פרטיים. העלאת חסמי המעבר בתורה היתה עלולה להקשות על יצרנים פרטיים להתקשר עם לקוחות עסקיים.

די בכך שפעולות חברת החשמל הקשו, שלא במסגרת תחרות לגופה, על הלקוחות העסקיים לבחור באופן חופשי עם מי ברצונם להתקשר והצרו את מרחב התחרות של יצרנים פרטיים במקטע האספקה כדי לקבוע כי חברת החשמל ניצלה מעמדה לרעה באופן העלול להפחית את התחרות.³³ כך, נקבע בעניין בזק ביחס לפרקטיקת התמחור של הצרת מרווחים, כי הגבלת יכולותיהם של מתחרי בזק להעמיד בפני לקוחות הצעות בנות תחרות, והצבת קושי על חדירתם והתרחבותם בשוק, מהווה ניצול מעמד לרעה בניגוד לסעיף 29א(א) לחוק.³⁴

אלא שבנוסף לאמור, פעולות חברת החשמל אף היו עלולות להוביל להפחתת התחרות במקטע האספקה.

הקמת מתקן ייצור הוא פרויקט עתיר הון. במסלול מכירת חשמל לצרכנים, היצרן חשוף לסיכון. זאת מכיוון שהתשלום שמקבל היצרן מחברת החשמל עבור העמדת יכולת הייצור שלא מכר לצרכנים לטובת מנהל המערכת, מכסה רק באופן חלקי את עלויות ההקמה של מתקן הייצור. יצרן המעוניין להתחרות במקטע האספקה כמספק של חשמל לצרכני קצה צריך להתקשר עם צרכני קצה בעסקה בילטרלית של מוכר מרצון וקונה מרצון. אם לא יצליח למכור את מלוא ההספק לצרכנים בחוזים בילטרליים יתממש הסיכון.

פעולות חברת החשמל, עלולות היו להקטין את הביקוש של צרכנים לצורך חשמל מיצרנים פרטיים, ובכך להקשות על יצרנים פרטיים להתקשר עם צרכנים בחוזים בילטרליים למכירת הספק החשמל המיוצר על ידם. משכך, ובהתחשב שמדובר בפלח הצרכנים הגדולים, שהם גם בעלי פוטנציאל הרווחיות הגבוה ביותר למספקי חשמל,³⁵ חברת החשמל הגבילה את סוג הלקוחות אשר

³³ ראו: פסק דין משלים ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 24, פס" 51; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורביץ' פ"ד נט(6) 776, פס" 88 (2005); קביעת ממונה בעניין אל"ה, לעיל ה"ש 28, עמ' 7 להחלטה; קביעה לפי סעיף 43א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר ניצול לרעה של מעמד בשוק: בזק בינלאומי בע"מ (09.11.1997) הגבלים עסקיים 3010364, עמ' 27-28 להחלטה (להלן: "קביעת בזק בינלאומי"); קביעה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד לסעיף 29א לחוק ודרישת תשלום לפי סעיף 50 לחוק – נמל אשדוד (21.12.2015) הגבלים עסקיים 500909 (להלן: קביעה בעניין נמל אשדוד). בעמ' 10-11 להחלטה צוין כי למתן ההנחות פוטנציאל גבוה במיוחד להפחית את התחרות שכן הן פוגעות בחופש הבחירה של הלקוח וביכולת ההתמודדות של המתחרה. ראו גם: Case T-52/09 Konkursverket v. Telia Sonera Sverige AB, 2011 E.C.R. I-00527, para. 82. שם קבע בית הדין האירופי כי הגבלת חופש ההתקשרות של הצרכן באמצעות פרקטיקה של הצרת מרווחים עשויה לעלות כדי ניצול מעמד דומיננטי לרעה.

³⁴ קביעה לפי סעיף 43א(א) (5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר ניצול לרעה של מעמד בשוק על ידי בזק החברה הישראלית לתקשורת (16.11.2014) הגבלים עסקיים 500713, בעמ' 13 (בזק – הצרת מרווחים).

³⁵ על פי דו"ח שנערך עבור חברת החשמל, הלקוחות העדיפים ביותר הם לקוחות עם היקף צריכה גבוה, לקוחות שהאחר שלהם בעל גודל צריכה מינימאלי שיצדיק את הנשיאה בעלויות החיבור ליצרן חשמל פרטי, ולקוחות שהיחס בין הצריכה הממוצעת שלהם לצריכה המקסימאלית שלהם גבוה, באופן המאפשר ניצולת טובה יותר של קיבולת הייצור. גם הצרכנים הזכאים לשירות המת"ל על פי נהלי חברת החשמל הם הלקוחות בעלי היקף צריכה גבוה.

להם יכלו היצרנים הפרטיים למכור שירותים, והעלתה את הסיכון הכרוך בכניסתם והתרחבותם של היצרנים הפרטיים למקטע אספקת חשמל לצרכנים.³⁶

בנוסף, הגדלת הסיכונים של היצרנים הפרטיים במסלול מכירת חשמל לצרכנים עלול היה לפגוע משמעותית בתמריצים של יצרנים פרטיים לפנות למסלול זה מלכתחילה. כאשר עומדת לרשותם הבחירה בין מכירת החשמל שהם מייצרים לחברת החשמל לבין מכירת החשמל ישירות לצרכנים, עלולים יצרני החשמל הפרטיים לבחור לצמצם למינימום את מכירת החשמל לצרכנים ולמצער, שלא להגדיל את היקף מכירת החשמל לצרכנים. כך, פעולות חברת החשמל היו עלולות להוביל להפחתת רמת התחרות במקטע האספקה לצרכנים, ולהגדלת חלקה של חברת החשמל במקטע האספקה.

פוטנציאל הפגיעה התחרותית כתוצאה מפעולות חברת החשמל גבוה במיוחד, נוכח מועד ביצוען. מקטע האספקה היה עד השנים האחרונות בשליטתה הבלעדית של חברת החשמל. פעולות חברת החשמל, שנעשו בסמוך לתחילתה של תחרות במקטע זה, אף היו עלולות להיתפס על-ידי המתחרים במקטע האספקה כ"תמרור אזהרה" מפני נקיטת צעדים נוספים כלפיהם במקטעים שבשליטת חברת החשמל.³⁷

גם על פי הדין המשווה – חברת החשמל ניצלה את מעמדה לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור

סעיף 29א לחוק נוסח על יסוד סעיף 102 לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (Treaty of European Union – (on the Functioning of Union European TFEU) הידועה גם בשם "אמנת רומא", שעניינו איסור על ניצול מעמד דומיננטי (abuse of dominant position).³⁸ על כן לדין האירופאי בתחום המונופולין מקום ייחודי בפרשנותו של סעיף 29א. פסיקת בית המשפט האירופי לצדק (ECJ) קבעה כי ניצול מעמד דומיננטי לרעה בניגוד לסעיף 102 יתקיים כאשר להתנהגות של בעל מונופולין עשויה להיות השפעה של הפחתת רמת התחרות הקיימת או של מניעת התפתחותה, ולא רק אם יש בה לחסל את התחרות לגמרי.³⁹

כך, בעניין טלפוניקה עמד ה- General Court של האיחוד האירופי על קיומו של חשש לפגיעה בתחרות כתוצאה מפגיעה במתחרים כאשר התנהגות בעל המונופולין הופכת כניסתם או

³⁶ השו"ר: קביעה בעניין נמל אשדוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 13 להחלטה; Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty, 2009/C 45/02, at para 20 ("Commission Guidance"): "The position of the 'customers or input suppliers: this may include consideration of the possible selectivity of the conduct in question. The dominant undertaking may apply the practice only to selected customers or input suppliers who may be of particular importance for the entry or expansion of competitors, thereby enhancing the likelihood of anti-competitive foreclosure"

ראו גם Case T-30/89, Hilti AG v. Commission, 1991 E.C.R. II-01439, para. 99-101; Commission Decision No. 97/624/EC, (Irish Sugar), 1997 OJ L 258/1, para. 128.

³⁷ קביעה בעניין בזק – קישור הגומלין, לעיל ה"ש 27, פסי' 30, 66; קביעת בזק בינלאומי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 17. ³⁸ ר' דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 228 2446 וכן פסק דין משלים ידיעות, לעיל ה"ש 24, בפסי' 53.

³⁹ עניין Deutsche Telekom, לעיל ה"ש 24, בפסי' 251; Case 85/76, Hoffman-La Roche v Commission, 1979 E.C.R. 464, para. 91.

התרחבותם של המתחרים בשוק ל"קשה יותר" ולא רק כאשר אלו הופכות לבלתי אפשריות, וכאשר התנהגותו מקשה על הצדדים המתקשרים עמו לבחור בין מקורות היצע שונים:

It follows that Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from, inter alia, adopting pricing practices which have an exclusionary effect on its equally efficient actual or potential competitors, that is to say, practices which are capable of making market entry more difficult or indeed impossible for such competitors, and of making it more difficult or impossible for its contracting partners to choose between various sources of supply or commercial partners, thereby strengthening its dominant position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits.⁴⁰

לסיכום כל האמור בפרק זה, אני קובע כי, נוכח מעמדה המונופוליסטי של חברת החשמל בשוק ההולכה והחלוקה, הפסקת שירות המת"ל ולאחר מכן העמדת שירות חלקי ונחות, עולה כדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים, תוך הפרה של סעיף 29א(א) לחוק.

ג.3. חברת החשמל ניצלה את מעמדה לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א(ב) לחוק

בנוסף להפרת סעיף 29א(א) לחוק, מעשי חברת החשמל עולים כדי הפרה של הוראות סעיפים 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק, המפרטים מקרים בהם יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים. להלן יפורטו היסודות הרלוונטיים לקביעה בדבר הפרה של כל סעיף משנה, מעבר לאמור לעיל בפרק ג.2. לעניין הפרת האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה.

חברת החשמל צמצמה את היקף השירותים המוצעים על-ידיה כבעלת מונופולין שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת, בניגוד לסעיף 29א(ב)(2) לחוק

סעיף 29א(ב)(2) קובע כי יראו בעל מונופולין כמנצל את כוחו לרעה באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור במקרה של -

"צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת".

סעיף 29א(ב)(2) לחוק מבוסס על סעיף 102(b) לאמנת רומא (TFEU) אך שונה ממנו ב-2 היבטים: האחד, סעיף 29א(ב)(2) חל גם על "הגדלה" של כמות הנכסים או של היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין; השני, צמצום או הגדלת השירותים אינה חייבת להיות רק לרעת הצרכנים (to the prejudice of consumers), אלא נדרש שתהיה "שלא במסגרת תחרותית הוגנת".⁴¹

⁴⁰ Case T-336/07, Telefonica and Telefonica de Espana v. Commission, 2012 OJ C138/13, para. 17

⁴¹ השו: RENATO NAZZINI, THE FOUNDATION OF EUROPEAN UNION COMPETITION LAW 111 (2012): "Limiting production involves reducing market output. The term 'market' means an arrangement in which buyers and sellers transact with one another. Therefore limiting a market involves limiting the possibilities for sellers and buyers to transact with one another... 'Technical development' means dynamic efficiency, or, in other words, innovation in production technologies or product development".

משמעות הדבר, כי סעיף קטן (2) חל על פעולה אנטי תחרותית של בעל מונופולין שעלולה לפגוע במתחריו (exclusionary conduct). כך למשל, הגדלת כמות הנכסים או השירותים בשוק עד כדי הצפת השוק עלולה לפגוע במתחרי המונופול.

מניעת שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים ובהמשך, צמצום והחלפתם במוקד הייעודי, נעשו שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת.⁴² בנסיבות העניין, כאשר מחיר השירות שבגנים שילמו הלקוחות לחברת החשמל נותר זהה,⁴³ צמצום השירות הוא בעל משמעות דומה לזו של העלאת מחירים לצרכנים.

חברת החשמל קבעה תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות במקטעי ההולכה והחלוקה שעשויים היו להעניק לחברת החשמל כמספק חשמל יתרון בלתי הוגן בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(3)

סעיף 29א(ב)(3) לחוק קובע כי ייראה מי שמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור במקרה של:

"קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם".

סעיף 29א(ב)(3) אוסר על פרקטיקה של אפליית לקוחות על-ידי בעל מונופולין, כאשר מדובר ב"עסקאות דומות", וכאשר האפליה מעניקה לחלק מהלקוחות "יתרון בלתי הוגן" כלפי המתחרים בהם.⁴⁴

חברת החשמל, כבעלת מונופולין בהולכה וחלוקה, קבעה "תנאי התקשרות שונים" בשירותי ההולכה והחלוקה ללקוחות שצרכו חשמל בהיקפים דומים, רק בשל הגורם ממנו הם רכשו את החשמל. תנאי ההתקשרות השונים שקבעה חברת החשמל היו עשויים להעניק יתרון בלתי הוגן לחברת החשמל כספקית חשמל אל מול מתחרותיה באספקת החשמל. יתרון בלתי הוגן זה בא לידי ביטוי בכך שלקוחות שעברו לצרוך מיצרנים פרטיים לא קיבלו שירותים הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה ולמצער, קיבלו שירותים חלקיים ונחותים יותר בהשוואה לשירותים שקיבלו לקוחות שצרכו חשמל מחברת החשמל במקטע האספקה.

⁴² קביעה בעניין **בזק – קישור הגומלין**, לעיל ה"ש 27, עמ' 31-32; קביעה זו, עסקה באי מתן שירותי תיקון לאירוע ניתוק אחד של קישור הגומלין בין רשת הוט טלקום לבין רשת בזק, באופן שהשפיע על כ-100,000 מנויי הוט טלקום מרשת בזק ושלא במטרה להעלות מחיר על-ידי בזק. בית הדין דחה את הערר של בזק, ובפסק הדין לא יוחד דיון לקביעה לפי סעיף 29א(ב)(2) לחוק. פרקטיקה של צמצום שירותים על-ידי בעל מעמד דומיננטי, שלא נעשתה על מנת להביא במישרין להעלאת מחירים, נמצאה כהפרה של סעיף 102(b) בפסק הדין Case 114/73, Suiker Unie and Others v. Commission, 1975 E.C.R. 1663, para. 396-398.

⁴³ סעיף 2א(א) **להחלטה בדבר שינויים ועדכונים באמת המידה צרכנות**, לעיל ה"ש 18; הצעת החלטה לשימוע שינויים ועדכונים אמות מידה (צרכנות) – אוגוסט 2015. בניגוד להצעת ההחלטה לשימוע שהוציאה רשות החשמל בחודש אוגוסט 2015, החלטתה של רשות החשמל לאחר השימוע שלא להוסיף תשלום בגין מתן "שירותי רשת לצרכן תעו"ז" מעבר לתשלום שמעבירים הלקוחות העסקיים לחברת החשמל בגין שירותי תשתית באמצעות היצרן הפרטי, מלמדת שהתשלום על השירות החדש נחשב חלק מהתשלום בגין שירותי התשתית.

⁴⁴ על פי לשון סעיף קטן 29א(ב)(3), אין כל מניעה כי הסעיף יחול על פרקטיקה המפלה בשוק אחד, ומעניקה יתרון בלתי הוגן ללקוחות או לספקים בשוק שני. באופן דומה, בית הדין האירופי לצדק אישר החלטה של הנציבות כי אפליה של בעל מעמד דומיננטי בשוק אחד העלולה להשפיע על התחרות בשוק אחר, בו מתחרה בעל המעמד הדומיננטי, עשויה להקים הפרה של סעיף 102(c) לאמנת רומא, המקביל לסעיף 29א(ב)(3) לחוק. זאת בעניין *Irish Sugar*, לעיל ה"ש 30 בפסקאות 165-167; ערעור בעניין *Irish Sugar*, לעיל ה"ש 30.

חברת החשמל התנתה את ההתקשרות בדבר מקטעי ההולכה והחלוקה שבמונופולין בתנאים אשר אינם נוגעים לנושאי ההתקשרות, בניגוד לסעיף 29א(ב)(4)

סעיף 29א(ב)(4) קובע כי בעל מונופולין יראה כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור מקום בו:

"התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות."

חברת החשמל התנתה את חלק השירותים הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה שבמונופולין בתנאי שהלקוחות ירכשו חשמל מעל היקף צריכה מסוים מחברת החשמל כמספק.

ההתנייה ברכישת חשמל מחברת החשמל מעל היקף צריכה מסוים אינה נוגעת, מטבעה או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים לנושא ההתקשרות - שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה. עסקין בשירותים הנוגעים לאמינות ואיכות החשמל, המצויים באחריותה ובשליטתה הבלעדית של חברת החשמל כבעלים של רשת ההולכה והחלוקה. שירותי המת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה אף אינם קשורים באופן טבעי או אינהרנטי לזהות ספק החשמל. שירותי המת"ל בהולכה וחלוקה ניתנים ללקוחות בשל הצרכים המורכבים שלהם במקטעים אלה, שאינם מושפעים מזהות ספק החשמל עמו התקשר הצרכן.

נוכח כל האמור לעיל, אני קובע כי התנהלות חברת החשמל היוותה ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות סעיפים 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק.

ג.4. התנהגות חברת החשמל עולה כדי סירוב בלתי סביר בניגוד לסעיף 29 לחוק

סעיף 29 לחוק מחייב שיתבצע סירוב לספק, של שירות במונופולין, וכי הסירוב יהיה בלתי סביר; שלושת יסודות אלו מתקיימים בענייננו.

האיסור על סירוב לספק עניינו בקשת של מצבי סירוב שלוכדת גם מצבים של התנאת הספקת המוצר שבמונופולין בתנאים לא-תחרותיים, כגון ברכישת מוצר אחר.⁴⁵ התנהלותה של חברת החשמל מקיימת את יסוד הסירוב לספק שירות שבמונופולין. במשך כל תקופת ההפרה חברת החשמל לא העמידה ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים את שירותי המת"ל הנוגעים למקטע ההולכה והחלוקה ולמצער, העמידה להם שירותים חלקיים ונחותים יותר שאינם מהווים חלופה.

חברת החשמל סירבה לספק ללקוחותיה שירות אשר נדרש על מנת שתתקיים תחרות מול יצרני חשמל פרטיים במקטע האספקה. לפיכך, הגם שהסירוב נעשה כלפי צרכני הקצה ולא כלפי מתחרי חברת החשמל שאינם משתמשים בעצמם בשירות מנהל תיק לקוח, סירובה של חברת החשמל לספק השירות עונה על הרציונאל של סעיף 29 לחוק.⁴⁶

⁴⁵ הכרזה בדבר מונופולין – עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות", קובץ ההגבלים העסקיים, כרך ב', התשנ"ו-1996, הוצאת ועד מחוז ת"א-יפו, לשכת עו"ד בישראל, עמ' 119, 136;

⁴⁶ 182-193. Case 27/76, United Brands Company v. Commission, 1978 E.C.R. 207, para. (להלן: עניין United Brands Company). בעניין זה, בית הדין פסק כי סירובה של UBC, בעלת מעמד מונופוליסטי בשיווק בננות בדנמרק, לספק בננות לאחד מלקוחותיה עקב השתתפותו בקמפיין פרסומי של ספק מתחרה, פגע בעצמאות לקוחותיו לבחור עם מי להתקשר, ועולה כדי ניצול מעמד לרעה.

היעדר קיומה של חלופה קרובה שביכולתה להפחית את הפגיעה בלקוחות שרוכשים חשמל מיצרנים פרטיים הוא שיקול התומך בכך שהתנהלותה של חברת החשמל עולה כדי סירוב לספק, בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק.⁴⁷

בכל הנוגע ליסוד ה"סבירות", השימוש במונח "סביר" מצביע על מבחן אובייקטיבי, בדומה למבחן "האדם הסביר", אותו נקט המחוקק בתחומי משפט רבים.⁴⁸ קביעת דמותו של האדם הסביר תיעשה על-ידי בית המשפט על פי שיקולים של מדיניות משפטית, תוך התחשבות באינטרסים הלגיטימיים של "הסוחר הסביר" ובראש ובראשונה מתוך מגמה לתת ביטוי לאינטרס הציבורי העומד ביסודו של החוק – הוא התחרות החופשית וטובת הציבור.⁴⁹

גם אם חברת החשמל לא מחויבת לספק את שירותי המת"ל על פי אמות המידה וגם אם שיקוליה לספק את שירותי המת"ל לכתחילה לא נבעו מחובות על פי חוק ההגבלים העסקיים, משחברת החשמל סיפקה השירות ללקוחות העסקיים טרם מעברם ליצרן פרטי, לא ניתן להפסיקם לחלק מהלקוחות בלבד בהיעדר צידוקים אובייקטיביים.

בענייננו וכפי שפורט לעיל, לא נמצאו צידוקים אובייקטיביים לסירוב לספק מעבר לרצון למנוע מעבר לקוחות למתחרי חברת החשמל. בנסיבות העניין, כשהות הספק עמו התקשר הלקוח העסקי אינה רלוונטית למתן שירותי המת"ל בהולכה וחלוקה, סירוב לספקו ללקוח איננו צעד לגיטימי ועלול היה לפגוע בתחרות.

יוזכר גם, כי בעקבות תלונות שהתקבלו אצל רשות החשמל, רשות החשמל החליטה לתקן את אמת מידה 23 כך שחובה על חברת החשמל לספק שירותים מסוימים שסופקו על-ידי המת"ל ללקוחות שרוכשים מיצרנים פרטיים באמצעות אמצעי ייעודי ללקוח.⁵⁰

גם במשפט האירופי נקבע שסירובו של בעל מונופולין להמשיך לספק ללקוח קיים שסיפק לו בעבר מהווה ניצול מעמד לרעה, אלא אם כן מתן השירות ללקוח הוא בלתי סביר.⁵¹

⁴⁷ השו: Commission Guidance, לעיל ה"ש 36, בפס' 83 -

"In examining whether a refusal to supply deserves its priority attention, the Commission will consider whether the supply of the refused input is objectively necessary for operators to be able to compete effectively on the market. This does not mean that, without the refused input, no competitor could ever enter or survive on the downstream market (1). Rather, an input is indispensable where there is no actual or potential substitute on which competitors in the downstream market could rely so as to counter — at least in the long-term — the negative consequences of the refusal";

ראו עוד: Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG., 2004 E.C.R. I-05039, para. 28.

⁴⁸ ת"פ (ת"א) 4783/93 מדינת ישראל נ' גיבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.2.1996).

⁴⁹ תא (חי) 12430-07-09 ערן קילשטיין נ' דשנים וחמרים כימיים בע"מ, פס' 39 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.06.2011); הי"ע 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מובילי החלב העצמאיים, פס' 36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.1.2005). בית המשפט נדרש מספר פעמים לשאלה אימתי סירוב יחשב סביר וקבע כי מדובר במקרים בהם הסירוב נובע ממגבלות כושר ייצור, חשש סביר ומבוסס לכושר הפירעון של לקוח או לקוח אשר נעדר מוסר תשלומים, ראו: ת"א 1921-12-09 פרו"פ יונה תדיר נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ, פס' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.1.2015).

⁵⁰ החלטה בדבר שינויים ועדכונים באמות המידה צרכנות, לעיל ה"ש 18.

⁵¹ עניין United Brands Company, לעיל ה"ש 46, פס' 168-163, 182; כן ראו למשל, בחוות דעת מקדמית שנתן בית הדין האירופי לצדק (ECJ) נמצא כי סירוב של חברת תרופות דומיננטית להמשיך לספק תרופות למשווקי תרופות עמם עבדה בעבר, כדי להגביל את יכולת התחרות שלהם באמצעות יצוא מקביל, היא ניצול מעמד לרעה. Joined Cases C-468/06 to C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton, formerly Glaxowellcome AVEE, 2008 E.C.R. I-07139, para. 49.

בהתאם לאמור, מצאתי כי התנהלותה של חברת החשמל עולה כדי סירוב בלתי סביר לספק בניגוד לסעיף 29 לחוק.

ג. הטלת עיצום כספי

ד.1. קביעת גובה העיצום - כללי

תיקון 13 לחוק, במסגרתו הוסף פרק ז'1 שעניינו עיצום כספי, מקנה לממונה סמכות להטיל עיצום כספי על המפר את הוראות החוק ומסדיר את האופן להטלתו. על פי סעיף 50ד(א)(3) לחוק רשאי הממונה להטיל עיצום כספי כדלקמן:⁵²

"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:

....

(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;

ביום 24.10.2012 פורסמה ברשומות הודעת הממונה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי (להלן: "הודעת הממונה").⁵³ במסגרת הודעה זו נקבע, בין היתר, כי יצירת חסמי כניסה ומעבר, קשירה בין טובין שבמונופולין לבין טובין אחרים, אפליה בין רוכשים או ספקים וסירוב לספק הינם מעשים ברי עיצום:

"...מעשה או מחדל כמפורט להלן הוא בר עיצום כספי, אם הוא מהווה סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש נכס או שירות שבמונופולין בניגוד לסעיף 29 לחוק, או ניצול לרעה של מעמד בעל מונופולין בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק:

- (1) יצירת חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף כהגדרתו בסעיף 30(ג)(5) לחוק;
- (2) יצירת חסם להמשך פעילות מתחרה בשוק, לרבות צמצום משמעותי של פעילות;

.....

(7) קשירת אספקה או רכישה של טובין שבמונופולין באספקה או ברכישה של טובין אחרים, לרבות בדרך של תמחור או אפיון המוצר;

(8) סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש טובין שבמונופולין, לרבות התניית התקשרות בתנאים שאינם סבירים;

.....

(10) אפליה בין רוכשים או בין ספקים.

⁵² סכום העיצום הכספי עודכן ביום 1.1.2017 בהתאם להוראות סעיף 50ט לחוק. ראו: הודעה בדבר עדכון סכום עיצום כספי לפי סעיף 50ט(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 י"פ 7433, 2660 (26.1.2017).

⁵³ הודעה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ילקוט הפרסומים 6487, ח' בחשוון התשע"ג, 24.10.12.

בנסיבות המתוארות לעיל, התנהגות חברת החשמל ונושאי המשרה הינה ברת עיצום כספי כמפורט בהודעת הממונה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי.⁵⁴

סעיף 50 לחוק מפרט רשימה בלתי ממצה של השיקולים אותם ישקול הממונה בבואו להטיל עיצום כספי, כדלקמן:

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

משך ההפרה;

מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור;

חלקו של המפר בהפרה, ומידת השפעתו על ביצועה;

קיומן או העדרן של הפרות קודמות ומועד ביצוען;

פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, לרבות דיווח מיוזמתו על ההפרה, או פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה;

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;

לגבי מפר שהוא תאגיד – קיומו של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום לא יוכל המפר לפרוע את חובותיו ופעילותו תופסק."

עם כניסתו של תיקון 13 לחוק והוספת פרק ז'1 לחוק, פרסם הממונה גילוי דעת בדבר אמות המידה והשיקולים בקביעת גובה עיצום כספי (להלן: "גילוי דעת 2/12"). ביום 26.10.2016 פורסם גילוי דעת 1/16, שמחליף את גילוי דעת 2/12, ומטרתו להוסיף ולהתוות את שיקול דעתה של הממונה בעת קביעת סכום העיצום הכספי⁵⁵ (להלן: "גילוי דעת 1/16"), וזאת בהתבסס על הניסיון שנצבר ברשות ההגבלים העסקיים מאז כניסתה לתוקף של הסמכות להטיל עיצומים ויישום גילוי דעת 2/12. כפי שמפרט גילוי דעת 1/16, ההחלטה על הטלת עיצום כספי ושיעורו תיעשה על פי המתווה הקבוע בסעיף 50 לחוק, ובהתאם לשיקולים הרלוונטיים לפי נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה.

הודעות על כוונת החיוב נשלחו לחברת החשמל ונושאי המשרה בטרם פורסם גילוי דעת 1/16. במהלך שמיעת חברת החשמל ונושאי המשרה פורסמה טיוטת גילוי דעת 1/16 והמפרים טענו לגביה. במסגרת החלטה זו יושם גילוי דעת 1/16 בקביעת גובה העיצום, תוך שניתן משקל לקולא מקום בו הוא הוביל לחישוב גובה עיצום הגבוה מהנקוב בהודעות כוונת החיוב.

2.ד. קביעת גובה העיצום – חברת החשמל

גילוי דעת 1/16 מתווה ארבעה שלבים לקביעת סכום העיצום הכספי עבור תאגיד כדלקמן;

⁵⁴ בעניין זה ראו גם סעיף ב.6 לגילוי דעת 1/12 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" (24.7.2012) **הגבלים עסקיים** 5001998 (להלן: "גילוי דעת 1/12").

⁵⁵ גילוי דעת 1/16 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי" (26.10.2016) **הגבלים עסקיים** 501072 (להלן: "גילוי דעת 1/16").

סכום העיצום המרבי שיוטל על חברת החשמל

בשלב הראשון, נקבע העיצום המרבי האפשרי עבור חברת החשמל. בהתאם לסעיף 50ד(א) לחוק, הממונה רשאית להטיל על תאגיד שמחזור המכירות שלו בשנה שקדמה לשנת הכספים בה בוצעה ההפרה עלה על 10 מיליון ש"ח, עיצום כספי בשיעור של עד שמונה אחוזים ממחזור המכירות שלו, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 24,490,070 ש"ח.

בענייננו, ההפרה ברת העיצום החלה באמצע שנת 2013 ונמשכה עד סוף שנת 2015, היינו במשך שנתיים וחצי. מחזור המכירות הרלוונטי של חברת החשמל לקביעת גובה העיצום חושב כממוצע משוקלל של מחזור המכירות של חברת החשמל בכל אחת מהשנים שקדמו לשנים הנ"ל בהן בוצעה ההפרה (בהתאם למספר חודשי ההפרה בכל שנה).

מחזור המכירות המשוקלל של חברת החשמל לשנים 2012-2014 עומד על כ-26.4 מיליארד ש"ח.⁵⁶ שמונה אחוזים ממחזור זה הוא סך העולה באופן ניכר על גובה העיצום המרבי הניתן להטיל על חברת החשמל בגין ההפרה, ועומד על שיעור של כ-2.08 מיליארד ש"ח. בשל תקרת העיצום הקבועה בחוק, עומד סכום העיצום המרבי על סך של 24,490,070 ש"ח.

עיצום הבסיס שיוטל על חברת החשמל

בשלב הבא נשקלו הנסיבות הנוגעות להפרה עצמה, ועיקרן מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור, בשים לב לזמן התמשכותה. על פי גילוי דעת 1/16, בהתאם לחומרת ההפרה נקבע "עיצום הבסיס", כשיעור באחוזים בין 5%-90% מתוך סכום העיצום המירבי.

חומרת ההפרה ומידת הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה ממנה לתחרות או לציבור – שיקול זה מהווה את אמת המידה המרכזית מבין שיקולי הממונה בנוגע לאופן יישום סעיף 50 לחוק וקביעת גובה העיצום הכספי. שיקול זה מביא בחשבון את פוטנציאל הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור, בהתחשב בטיב ההפרה ובנסיבות העניין.

במסגרת שיקול זה נלקחו בחשבון חומרת ההפרה כפי שבאה לידי ביטוי בהפסקת שירותי המת"ל ובהמשך, בהחזרתו החלקית והחלפתו במוקד ייעודי נחות. פוטנציאל הפגיעה התחרותית הנובע מהפסקת שירותי המת"ל הינו גבוה ביותר ולפיכך מצדיק הטלת עיצום כספי בשיעור משמעותי ביותר, שראוי שיתקרב לשיעור המרבי הקבוע בחוק. גם פוטנציאל הפגיעה התחרותית לאחר החזרת שירותי המת"ל באופן חלקי ובעת העמדת מוקד ייעודי חלקי הינו גבוה, גם אם נמוך במעט ביחס להפסקה מלאה של שירותי המת"ל. כפי שפורט לעיל, פעולות חברת החשמל עלולות היו ליצור חסמי מעבר של לקוחות עסקיים למתחרי חברת החשמל וכן להעלות חסמי הכניסה וההתרחבות של יצרנים פרטיים למקטע האספקה. הפרקטיקה של חברת החשמל אף נושאת בחובה חומרה מיוחדת נוכח עיתויה, ערב כניסתה של תחרות למקטעי ייצור החשמל ואספקתו.

משך ההפרה – ההפרה נמשכה כשנתיים וחצי, לכל המאוחר מחודש יולי 2013 ועד לחודש דצמבר 2015. בשנה וחצי הראשונות של ההפרה הופסק שירותי המת"ל בהולכה וחלוקה ללקוחות שעברו

⁵⁶ מחזור המכירות של חברת החשמל לשנת 2012 עומד על סך של כ-28 מיליארד ש"ח, לשנת 2013 עומד על כ-27 מיליארד ש"ח, ולשנת 2014 עומד על כ-25 מיליארד ש"ח, דוחות מאוחדים על רווח והפסד לשנת 2014, בעמ' 11, זמין

לרכוש חשמל מיצרני חשמל פרטיים. לאחר מכן ולמשך כשנה, חברת החשמל סיפקה שירות חלקי ונחות ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרן חשמל פרטי. מדובר במשך הפרה ממושך ומשמעותי בשים לב לסוג ההפרה ומועד ביצועה, אגב כניסתם של מתחרים חדשים למשק החשמל.⁵⁷

נוכח חומרת ההפרה, כפי שבאה לידי ביטוי בהפסקת שירותי המת"ל וכן, בהחזרתו החלקית והחלפתו במוקד ייעודי נחות, ומשכה של ההפרה, החלטתי להעמיד את שיעור עיצום הבסיס שיוטל על חברת החשמל על 75% מגובה העיצום המרבי, היינו על סך של כ-18.3 מיליון ש"ח.

נסיבות הנוגעות להתנהגות חברת החשמל ביחס להפרה

בשלב השלישי של קביעת גובה העיצום יילקחו בחשבון נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, במהלכה או בעקבותיה. ככלל, נסיבות אלו עשויות להוביל להפחתה בשיעור של עד 50% מעיצום הבסיס או להעלאה של עד 20% מעיצום הבסיס.

פעולות שננקטו על ידי המפרים למניעת ההפרה או להפסקתה – חברת חשמל לא נקטה פעולות להפסקת ההפרה או להפסקתה טרם התגלה דבר ההפרה על ידי הממונה. גם לאחר שפתחה הרשות בבדיקה ופנתה לחברת החשמל בנושא, לא פעלה חברת החשמל להפסקת ההפרה.

יחד עם זאת, מצאתי לנכון לתת משקל נמוך לקולא לעובדה שבסופו של יום פעלה חברת החשמל להפסקת ההפרה. בעקבות התרעה מפורשת מצד הרשות בחודש נובמבר 2015, הודיעה חברת החשמל כי תחזור לספק ללקוחות שעברו לרכוש מיצרני חשמל פרטיים את מלוא שירות המת"ל הנוגע למקטעי ההולכה והחלוקה. על פי הודעת חברת החשמל השירות הוחזר בחודש דצמבר 2015.

חלקו של המפר בהפרה, ומידת השפעתו על ביצועה – שיקול זה אינו רלוונטי בנסיבות העניין.

לכן, בשקלול הנסיבות הנוגעות להתנהגות חברת חשמל ביחס להפרה, הוחלט להפחית ב-5% את גובה העיצום שיוטל על חברת החשמל.

נסיבות חיצוניות להפרה

מעבר לכל האמור לעיל, נלקחו בחשבון שיקולים נוספים לקולא ולחומרא כמפורט להלן:

היעדר הפרות קודמות – הוחלט להפחית 5% מהעיצום שיוטל על חברת החשמל.

מחזור מכירות גבוה במיוחד – בהתאם לגילוי דעת 1/16, כאשר המפר הוא תאגיד ש-8% מהמחזור השנתי שלו גבוה מרף העיצום המקסימלי הקבוע בחוק יהיה בכך שיקול להחמרה בשיעור העיצום המוטל על התאגיד, במטרה ליצור הרתעה הולמת מפני ביצוע הפרות חוק. ככל שמחזור המכירות העודף מעל הרף ממנו נגזרת תקרת העיצום הכספי בחוק הינו משמעותי יותר,

ב: https://www.iec.co.il/investors/DocLib/isa_2014.pdf. מחזור המכירות המשוקלל חברת החשמל לתקופת ההפרה הוא: $26,400,000,000 \approx (25,000,000,000 * 12) + (27,000,000,000 * 12) + ((28,000,000,000 * 6))$.
⁵⁷ השוו: ת"פ 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פסי' 12 לפסק דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 22.2.02). שם שנת פעילות אחת של הקרטל הוכרה כנסיבה מחמירה לגבי קרטל שפעל טרם הולדתו של סעיף 47א לחוק; בע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול**, פסי' קנב (פורסם בנבו, 6.7.09). בפסק הדין התקבלה הטענה שהימשכות הסדר כובל לתקופה של כשנתיים עולה כדי "נסיבות מחמירות" לפי סעיפים 47א(1) ו-47א(2) לחוק.

יהיה בכך משום שיקול להחמיר בגובה העיצום שיוטל, כך שיינתן ביטוי לגודלו של התאגיד (בכפוף לגבול העיצום המקסימלי הקבוע בחוק).

מאחר שמחזור המשוכלל של חברת החשמל בתקופת ההפרה עמד על 26.4 מיליארד ש"ח, הועלה סכום העיצום הכספי בשיעור שחושב בהתאם לגילוי הדעת 1/16 (בכ-64%).⁵⁸

ראשית האכיפה – מדובר בשיקול משמעותי ביותר, שהשפעתו בהפחתת העיצום הכספי בנסיבות מקרה זה הינה מכרעת, עד כדי הפחתה של 50% בגובה העיצום הכספי שיוטל על חברת החשמל.

שיקולים נוספים – בנסיבות העניין לא מצאתי כי יש שיקולים נוספים המצדיקים שינוי בגובה העיצום.

נוכח כל המפורט לעיל, בגין ההפרה של הוראות סעיפים 29 ו-29א לחוק הוחלט להטיל עיצום כספי על חברת החשמל בגובה **13 מיליון ש"ח**.

3.ד. נושאי משרה

סעיף 50ד לחוק ההגבלים העסקיים מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי על אדם שהפר הוראה מהוראות החוק המפורטות בסעיף. כמפורט בגילוי דעת 1/16, ככלל, עיצום כספי יוטל על יחידים רק אם ההפרה הקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות וכן ניתן לעמוד בצורה ברורה ובהתאם לאמות המידה המקובלות בדין המנהלי על זהות היחידים שביצעו את ההפרה או שאחראים לביצועה. לפיכך, כשמדובר בהפרת חוק המקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, האינטרס הציבורי מצדיק הטלת עיצום כספי על יחידים.⁵⁹

מן הראיות שנאספו על ידי הרשות עולה, כי נושאי המשרה הבכירים הבאים ביצעו את ההפרה או אחראים לביצועה. בנסיבות העניין, משההפרה הקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, מצאתי כי יש מקום להטיל על נושאי המשרה עיצום אישי בגין מעורבותם בהפרה. בנוסף וכפי שעולה מתיאור העובדות לעיל, בביצוע ההפרה של חברת החשמל היו מעורבים נושאי משרה בדרגים נמוכים יותר בחברת החשמל. יחד עם זאת, בשל שיקולי מדיניות אכיפה, הוחלט להתמקד בנושאי המשרה הבכירים ביותר.

יוער למען שלמות התמונה, כי לאחר שמיעת עמדת חברת החשמל וטרם קבלת החלטה זו, ביצעה רשות ההגבלים העסקיים בדיקות נוספות מהן עולה לכאורה כי נושא משרה בכיר נוסף היה מעורב בביצוע ההפרה או אחראי לביצועה. לפיכך, בד בבד עם מתן החלטה זו, נשלח לנושא משרה זה מכתב הודעה על כוונת חיוב.

מר [REDACTED] שימש כמשנה למנכ"ל חברת החשמל וכסמנכ"ל לקוחות ופיתוח עסקי מתחילת ההפרה ועד לפרישתו מהתפקיד בסוף שנת 2014. מר [REDACTED] עמד בראש חטיבת לקוחות, האחראית על אגף השיווק וחמשת מחוזות חברת החשמל, והיה אחראי על שירותי המת"ל ללקוחות עסקיים.

⁵⁸ $10\% * \log_2(26400000000/3070000000) \approx 0.6426$

⁵⁹ ראו לעניין זה קביעה בעניין **נמל אשדוד**, לעיל הי"ש 33. שם 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.

מר [] נכח בישיבות בהם נדונה אסטרטגיית החברה בנוגע לשימור לקוחות עסקיים. מר [] ידע על ההנחיות שהופצו למחוזות החברה, וידע, כי עובדי החברה לא מספקים שירותי מת"ל ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים. מר [] פעל כדי להבהיר לעובדי החברה, כי לקוחות שיעברו לצרוך חשמל מיצרני חשמל לא יהיו זכאים לשירותי המת"ל.

מר [] נקט פעולות שהובילו להפסקת שירות המת"ל ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים, ידע כי השירות הופסק ולא פעל כדי למנוע את הפסקת שירות המת"ל או כדי להחזירו. מעשיו ומחדליו של מר [] מעורבותו של מר [] בניצול מעמדה של חברת החשמל בהולכת חשמל וחלוקתו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור וסירובה הבלתי סביר לספק עולים כדי הפרת הוראות סעיפים 29, 29א(א), 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו- 29א(ב)(4) לחוק.

מר [] מכהן בתפקיד משנה למנכ"ל חברת החשמל וכסמנכ"ל לקוחות ופיתוח עסקי החל מתחילת שנת 2015 ועד היום. החל מיום 1.5.2015 ועד ליום 10.6.2015 כיהן כממלא מקום מנכ"ל חברת החשמל.

עוד במסגרת תפקידו הקודם כסמנכ"ל ייצור ואנרגיה השתתף בישיבות בהם נדונה אסטרטגיית החברה בנוגע לשימור לקוחות עסקיים. כחודש לאחר כניסתו לתפקיד סמנכ"ל לקוחות ופיתוח עסקי, החליט מר [] על החזרה חלקית של שירות המת"ל ללקוחות עסקיים הרוכשים חשמל מיצרני חשמל פרטיים ולאחר מכן, על החלפתו במוקד ייעודי חלקי ונחות.

מר [] נמנע מלהחזיר את שירותי המת"ל במלואם וביכר להוסיף ולמנוע מלקוחות הצורכים חשמל מיצרנים פרטיים שירותי מת"ל הנוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה. מעורבותו של מר [] בניצול מעמדה של חברת החשמל בהולכת חשמל וחלוקתו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור וסירובה הבלתי סביר לספק עולים כדי הפרת הוראות סעיפים 29, 29א(א), 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו- 29א(ב)(4) לחוק.

נושאי משרה - קביעת גובה העיצום הכספי

אופן קביעת גובה העיצום ביחס למפרים יחידים יתבצע בדומה לקביעת גובה העיצום ביחס לתאגידים מפרים על פי ארבעת השלבים שתוארו לעיל, בשינויים המחויבים, כדלקמן.

השלב הראשון הוא קביעת סכום העיצום המרבי שיוטל על המפר: נקודת המוצא לחישוב העיצום על מפר יחיד היא בקביעת גובה העיצום המרבי שניתן להטיל עליו, כשהסכום המרבי על פי סעיף 50ד(א) לחוק הינו 1,020,420 ש"ח. יחד עם זאת, הסכום המרבי עשוי להיות מופחת, במקרים בהם ישכנע המפר כי יכולתו הכלכלית מצדיקה הפחתה כאמור. רוצה לומר, יכולתו הכלכלית של מפר יחיד שהציג את מלוא המידע בנוגע ליכולתו הכלכלית, עשויה להשפיע על קביעת סכום העיצום המרבי של מפר יחיד כך שיופחת מהסכום המקסימאלי בחוק.

בשלב השני ייקבע עיצום הבסיס על פי חומרת ההפרה, ויעמוד על שיעור שבין 50% ל-90% מהעיצום המירבי, בדומה להטלת עיצום על תאגיד. ככלל, עיצום הבסיס שיקבע יהיה זהה ביחס לכל אחד מהמפרים המעורבים בהפרה. עם זאת, במקרים בהם מפר יחיד שהוא נושא משרה היה מעורב בהפרה רק באופן חלקי או לתקופה חלקית מתקופת ההפרה, עשוי עיצום הבסיס של נושא המשרה להיות נמוך מזה של התאגיד או שונה בין נושאי המשרה.

בשלב השלישי בו נבחנות נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה, יבחן הצורך בביצוע התאמות לעומת שיעור ההקלה או ההחמרה שנקבע לעניין זה בהתייחס לתאגיד המפר. דהיינו, האם יש צורך לשנות את שיעור ההחמרה או ההקלה שנקבע לתאגיד, וזאת בשים לב למידת מעורבותו הישירה של אותו נושא משרה בהפרה, מידת בכירותו בתאגיד המפר ויכולתו להשפיע על קבלת ההחלטות בתאגיד.

בשלב הרביעי ישקלו נסיבות נוספות, חיצוניות להפרה, הרלוונטיות לקביעת סכום העיצום הכספי שיוטל על היחיד, בדומה לאלו שהוכרו לגבי תאגיד. בכלל אלו ישקלו גם נסיבות אישיות המצדיקות כי לא יוטל על המפר מלוא סכום העיצום שהיה מוטל עליו אלמלא קיומן של אותן נסיבות אישיות מיוחדות, בין שהמדובר בנסיבות אישיות שהובילו להפרה, ובין שהמדובר בנסיבות אישיות אחרות. 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.

מן הכלל אל הפרט:

מר []

קביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על מר [] מתבססת על כלל השיקולים המפורטים לעיל ביחס לחברת החשמל, ובנוסף על השיקולים שיפורטו להלן ביחס אליו.

סכום העיצום המרבי

גילוי דעת 1/16 התפרסם לאחר ההודעה על כוונת חיוב. קביעת העיצום המירבי על פי גילוי דעת 1/16, בהיעדר נסיבות המצדיקות הפחתתו, הייתה מובילה לעיצום מירבי על סך 1,020,420 ש"ח.

סכום עיצום הבסיס

חומרת ההפרה ומידת הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה ממנה לתחרות או לציבור – בדומה לחברת החשמל, פוטנציאל הפגיעה בתחרות כתוצאה מהתנהלותו של מר [] שהיה מעורב בהפסקת שירות המת"ל ללקוחות עסקיים גבוה ביותר.

משך ההפרה - מר [] שימש כסמנכ"ל לקוחות מאז תחילת ביצוע ההפרה ועד לסיום תפקידו בסוף דצמבר 2014. מדובר על משך הפרה ארוך ומשמעותי של כשנה וחצי.

על בסיס השיקולים הנ"ל עיצום הבסיס ההולם למר [] הינו 65% מהעיצום המירבי, היינו בגובה של 663,273 ש"ח.

נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה

חלקו היחסי של מר [] בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה – בהיותו מנהל חטיבת לקוחות, מר [] היה הגורם הבכיר האחראי לנושא שירות המת"ל שניתן ללקוחות חברת החשמל. מר [] היה מעורב בתהליכי קבלת ההחלטות שהובילו להפסקת שירותי המת"ל. משכך, מן הראוי היה להחמיר עמו באופן יחסי.

לצד זאת, ראיות שהתקבלו ברשות לאחר השימוע שנערך למר [] מצביעות על מעורבות לכאורה בהפרה מצד נושא משרה נוסף בחברת החשמל. בשים לב למידת מעורבותו בביצוע

ההפרה ולתפקידו של מר [REDACTED] בהשוואה למעורבותו הלכאורית ותפקידו של נושא המשרה הנוסף, לא מצאתי שיש לתת משקל לחומרה או לקולא לשיקול זה.

מר [REDACTED] אף לא נקט בפעולות לצמצום או הפסקת ההפרה.

משכך בגין נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר מצאתי שלא להפחית מעיצום הבסיס.

נסיבות חיצוניות להפרה

למר [REDACTED] אין הפרות קודמות של חוק ההגבלים העסקיים. בגין שיקול זה יש מקום להפחית 5% מהעיצום שיוטל על מר [REDACTED]. בנוסף, המדובר בפעם השנייה בה מוטלים עיצומים כספיים בהתאם לפרק ז'1 לחוק על מפרים יחידים שהם נושאי משרה בתאגיד המפר. בנסיבות מקרה זה, מדובר בשיקול משמעותי ביותר, שהשפעתו בהפחתת העיצום הכספי שיוטל על מר [REDACTED] היא בהפחתה של 50% מגובה העיצום.

מר [REDACTED] הציג בפניי ראיות בדבר נסיבות אישיות-פרטיות, המצדיקות לעמדתו את הפחתת גובה העיצום הכספי. הגם שמר [REDACTED] לא טען כי נסיבות אלה משליכות על יכולתו של לעמוד בתשלום, ולכן מצדיקות הפחתת גובה העיצום, לפנים משורת הדין החלטתי להפחית את גובה העיצום ב-5%.

שקילת השיקולים המפורטים לעיל בהתאם לגילוי דעת 1/16 הוביל לקביעת עיצום בגובה 315,055 ש"ח. יחד עם זאת, גובה העיצום שנקב בהודעה על כוונת חיוב שניתנה עובר לגילוי דעת 1/16 עמד על סך 165,000 ש"ח ומשכך החלטתי שלא לחרוג מגובה עיצום זה.

נוכח כל השיקולים המפורטים לעיל, בגין ההפרה של הוראות סעיפים 29 ו-29א לחוק הוחלט להטיל עיצום כספי על מר [REDACTED] בגובה 165,000 ש"ח.

מר [REDACTED]

קביעת גובה העיצום הכספי שיוטל על מר [REDACTED] מתבססת על כלל השיקולים המפורטים לעיל ביחס לחברת החשמל, ובנוסף על השיקולים שיפורטו להלן ביחס אליו.

סכום העיצום המרבי

גילוי דעת 1/16 התפרסם לאחר ההודעה על כוונת חיוב. קביעת העיצום המירבי על פי גילוי דעת 1/16, בהיעדר נסיבות המצדיקות הפחתתו, הייתה מובילה לעיצום מירבי על סך 1,020,420 ש"ח.

עיצום הבסיס

חומרת ההפרה ומידת הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה ממנה לתחרות או לציבור – מר [REDACTED] נכנס לתפקיד סמנכ"ל חטיבת לקוחות בתחילת 2015 וכיהן כממלא מקום מנכ"ל חברת החשמל בין התאריכים 1.5.15-10.6.15. זמן לא רב לאחר כניסתו לתפקיד, לאחר שנודע למר [REDACTED] על תלונות לקוחות בדבר אי קבלת שירות מת"ל, הורה מר [REDACTED] על מתן השירות ללקוחות אלו החל מפברואר 2015. אלא שמר [REDACTED] הורה על העמדת שירות נחות וחלקי ללקוחות הרוכשים חשמל מיצרני חשמל פרטיים - הן בעת ההחזרה הזמנית של שירות המת"ל (פברואר-יוני 2015) והן באמצעות המוקד הייעודי (החל מיוני 2015). מתן שירות חלקי ונחות בלבד טומן אף הוא בחובו פוטנציאל גבוה של פגיעה בתחרות ובציבור. לפיכך, גם החלטותיו ופעולותיו של [REDACTED] במתן

השירות המתואר נושאות בצדן פוטנציאל גבוה של פגיעה בתחרות ובציבור. יחד עם זאת, בקביעת גובה העיצום יש לשקול לזכותו את העובדה כי מדובר בפוטנציאל נמוך יותר ביחס לתקופת ההפרה שקדמה לכניסתו של מר [REDACTED] לתפקיד.

משך ההפרה של מר [REDACTED] עומד על כ-11 חודשים נוכח כניסתו לתפקיד סמנכ"ל לקוחות בינואר 2015 ועד להחזרת השירות במלואו בעקבות התרעת הרשות. אף על פי שמשך ההפרה שלו קצר יותר ממעורבים אחרים בפרשה, פרק זמן זה הינו משמעותי בכל הנוגע לפגיעה בשירותי ההולכה והחלוקה שניתנו ללקוחות העסקיים.

על בסיס השיקולים הנ"ל עיצום הבסיס ההולם ל- [REDACTED] הינו 55% מהעיצום המירבי, היינו בגובה של 561,231 ש"ח.

נסיבות הנוגעות להתנהגות [REDACTED] ביחס להפרה

פעולות שנקט [REDACTED] למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה – בעקבות התרעת הרשות, מר [REDACTED] הורה בדצמבר 2015 על החזרת שירות שירות המת"ל במלואו לכלל הלקוחות העסקיים. יש לשקול עובדה זו לזכותו בקביעת גובה העיצום שיוטל על מר [REDACTED], גם אם במידה מועטה.

חלקו היחסי של מר [REDACTED] בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה – מתוקף תפקידו כמשנה למנכ"ל וכסמנכ"ל הלקוחות, שהוא בעל האחריות הבכירה על מחלקת השיווק ששירות המת"ל ניתן בהתאם לנהליו, ל- [REDACTED] היתה מעורבות ישירה בהחלטה כי השירות שיסופק החל מפברואר 2015 ועד לסוף שנת 2015 יהיה שירות חלקי ונחות בהולכה ובחלוקה לצרכני יצרני חשמל פרטיים. משכך, מן הראוי היה להחמיר עמו באופן יחסי.

לצד זאת, ראיות שהתקבלו ברשות לאחר השימוע שנערך למר [REDACTED] מצביעות על מעורבות לכאורה בהפרה מצד נושא משרה נוסף בחברת החשמל. בשים לב למידת מעורבותו בביצוע ההפרה ולתפקידו של מר [REDACTED] בהשוואה למעורבותו הלכאורית ותפקידו של נושא המשרה הנוסף, לא מצאתי שיש לתת משקל לחומרה או לקולא לשיקול זה.

לכן, הוחלט להפחית ב-5% את גובה העיצום שיוטל על מר [REDACTED].

נסיבות חיצוניות להפרה

מעבר לכל האמור לעיל, קיימות נסיבות נוספות המהוות שיקול לקולא, כמפורט להלן: למר [REDACTED] אין הפרות קודמות של חוק ההגבלים העסקיים. בגין שיקול זה מצא הממונה להפחית 5% מהעיצום שיוטל על מר [REDACTED]. בנוסף, המדובר בפעם השנייה בה מוטלים עיצומים כספיים בהתאם לפרק ז'1 לחוק על מפריס יחידים שהם נושאי משרה בתאגיד המפר. בנסיבות מקרה זה, מדובר בשיקול משמעותי ביותר, שהשפעתו בהפחתת העיצום הכספי שיוטל על מר [REDACTED] היא בהפחתה של 50% מגובה העיצום.

שקילת השיקולים המפורטים לעיל בהתאם לגילוי דעת 1/16 הוביל לקביעת עיצום בגובה 235,255 ש"ח. יחד עם זאת, גובה העיצום שננקב בהודעה על כוונת חיוב שניתנה עובר לגילוי דעת 1/16 עמד על סך 110,000 ש"ח ומשכך החלטתי שלא לחרוג מגובה עיצום זה.

לפיכך, בגין ההפרה של הוראות סעיפים 29 ו-29א לחוק שוקל הממונה להטיל עיצום כספי על מר [REDACTED] בגובה 110,000 ש"ח.

ד.4. היועצות בוועדה לפטורים ומיזוגים

בהתאם לסעיף 50ח(א)(1) לחוק, ביום 1.3.2017 נועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים בעניין החלטתי להטיל עיצום כספי על המפרים וסכומי העיצומים.

הוועדה סברה פה אחד כי חברת החשמל ונושאי המשרה הפרו את הוראות סעיפים 29, 29א(א), 29א(ב)(2), 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק. עוד סברו חברי הוועדה פה אחד, כי יש מקום להשית עיצומים כספיים על חברת החשמל ועל נושאי המשרה.

חברי הוועדה המליצו פה אחד להשית על חברת החשמל עיצום כספי בסך 13 מיליון ש"ח. על אף שסברו כי ניתן היה להטיל עיצום כספי גבוה יותר, חברי הוועדה המליצו פה אחד להשית על מר [REDACTED] עיצום כספי בסך 165,000 ₪ ועל מר [REDACTED] עיצום כספי בסך 110,000 ש"ח.

לאחר שקילת טענות הצדדים ולאחר שנטלתי את עצת הוועדה לפטורים ולמיזוגים, החלטתי שלא לשנות את העיצומים הכספיים שיוטלו על המפרים ביחס לסכומים שננקבו בהודעה על כוונת חיוב כך שעל חברת החשמל יושם עיצום כספי בסך 13 מיליון ש"ח, על מר [REDACTED] עיצום כספי בסך 165,000 ש"ח ועל מר [REDACTED] עיצום כספי בסך 110,000 ש"ח.

ד. טענות המפרים בשימוע

במסגרת נייר העמדה שהגישו חברת החשמל ונושאי המשרה בהליך השימוע הועלו טענות רבות בנוגע למסד העובדתי, הניתוח המשפטי והכלכלי והסבירות המנהלית של ההחלטה שנבחנה. לאחר שנבחנו לעומק כל הטענות, לא נמצא כי יש לקבל את טענות המפרים. למעלה מן הצורך, אדון כעת במספר טענות עיקריות שהועלו על ידי המפרים בנייר העמדה ואשר מצאתי לנכון לתת ביטוי לעמדתי ביחד אליהן.

ה.1. טענה לפגמים ראייתיים בהליך בדיקת הממונה

לטענת המפרים, בהליך איסוף הראיות עובר לשימוע שנערך להם, נפלו שורה של פגמים. עיון בטענות המפרים מעלה, כי לשיטתם הסטנדרט הראוי לאיסוף הראיות הינו הסטנדרט הנוהג במשפט הפלילי.

טענות אלה דינן להידחות.

כפי שנקבע זה מכבר בפסיקת בית המשפט העליון הטלת עיצום כספי הינו אמצעי אכיפה מנהלי אשר אין להחיל עליו סטנדרטים מן המשפט הפלילי:

"אשר להחלת סדר הדין הפלילי על ענייננו – דבר שלא ברור אף האם המבקשת מעוניינת בו שכן לא הציעה סדרי דין החלים לשיטתה – ניכר כי לא זו הייתה כוונת המחוקק: ראשית, ניכר כי תכליתו העיקרית של המחוקק בהכנסת מנגנון העיצום הכספי לחוקים שונים, לרבות חוק הביטוח וחוק הייעוץ שלפנינו, הייתה יצירת חלופה להליך הפלילי הקיים בחוקים השונים ולא הרחבתו.....

גם בית משפט זה נדרש לתכלית העומדת בבסיס העיצומים הכספיים ולשוני שבינם לבין ההליך הפלילי. כך נקבע:

"פעמים רבות הוראת החוק שבגין הפרתה ניתן להטיל עיצום כספי מוגדרת גם כעבירה פלילית. עם זאת, אין מניעה לקבוע בחוק סנקציה של הטלת עיצום כספי

גם ביחס להפרת הוראת חוק שאינה עבירה פלילית כשלעצמה. בניגוד למנגנוני האכיפה של עבירת קנס או עבירה מינהלית, אין לפרט זכות להישפט בפלילים חלף תשלום העיצום שהוטל עליו. אם פרט מעוניין לתקוף את החלטת הרשות להטיל עליו עיצום כספי, עומדים לרשותו מנגנוני השגה מינהליים וכן אפשרות פנייה לבית המשפט המוסמך, כל זאת שלא במסגרת הליך פלילי. הטלת עיצום כספי על פרט בגין הפרת הוראת חוק אינה כרוכה אפוא בהרשעה פלילית, ולכן ממילא אינה מופיעה ברישום הפלילי (רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, [פורסם בנבו] פסקה 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2013), ההדגשה במקור).⁶⁰

גם בכל הנוגע לרף הראייתי, בתי המשפט הבהירו, כי החלטה על הטלת עיצום כספי צריכה להתבסס על ראיות העומדות ברף המנהלי:

"כך נפסק גם כי גם בסנקציות אזרחיות עונשיות הרף הראייתי הנדרש הינו הרף המינהלי הרגיל, וכי אין מדובר בהליך שבו יש למפר זכות טיעון מלאה ואפשרות להביא עדויות וראיות (בש"א (חיפה) 10598/07 וולך מטאלס בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף ומס קנייה בע"מ [פורסם בנבו] (3.3.2008)). בהליכים אלו קבעו בתי המשפט כי על אף ההיבט העונשי הכרוך בה, כל אמירה אחרת למעשה תעקר את הסנקציה האזרחית מתוכן ומהתכלית שנקבעה לה לשיפור האכיפה כתחליף להליך הפלילי".⁶¹

גישה זו עולה בקנה אחד עם מטרות הליך העיצום הכספי בחוק ההגבלים העסקיים. כפי שעולה מדברי ההסבר לתיקון לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצומים כספיים), התשע"ב-2011 הליך העיצום הכספי נועד לאפשר מתן מענה אפקטיבי, מהיר ויעיל להפרות החוק:

"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".⁶²

גם בית הדין להגבלים עסקיים התייחס לאופיו המנהלי של הליך הטלת עיצום כספי על, כאשר דן לראשונה בערר על החלטת הממונה להטיל עיצום כספי:

"העיצום הכספי הינו, אם כן, מנגנון אכיפה חלופי עקב הפרת חוק, והוא מבטא, כמנגנונים חלופיים אחרים (כגון "עבירות קנס" ועבירות מנהליות), מגמה הולכת וגוברת להעביר את הטיפול בהפרות מסוימות של החוק מן ההליך הפלילי "הקלאסי" אל המישור המנהלי. מנגנוני אכיפה חלופיים אלה נוצרו מאחר שההליך הפלילי הוא הליך עתיר משאבים ומסורבל, ומאחר שהחקיקה המודרנית מכילה עבירות רבות שהן עבירות של mala prohibita, עבירות אסדרתיות (רגולטוריות) שתכליתן לאכוף הסדרים מנהליים. בנוסף, במקרים רבים מתעוררת שאלת ההצדקה שבהכתמת אדם בכתם של עבריין פלילי מקום שמעשהו אינו נגוע באנטי-חברתיות מובהקת. המנגנון החלופי מאפשר בחירה באמצעי אכיפה מידתי

⁶⁰ רע"א 1506/14 נטו משווקים פיננסיים סוכנות ביטוח בע"מ נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון, פסי"י-יא' (פורסם בנבו 14.07.14) (להלן: "עניין נטו"). ראו גם: עע"מ 6999/12 יו"ר הרשות לניירות ערך נ' מנועי בית שמש אחזקות (1997) בע"מ, עמ' 2 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.11.2013); עת"מ (י-ם) 45126-05-14 דרך הים התפלה בע"מ נ' הממונה על האכיפה במשרד להגנת הסביבה, פסי' 38 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 01.12.2014); ת"פ 29436-05-16 מדינת ישראל נ' רדו, פסי' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.1.2017); ת"פ-22390-06-16 מדינת ישראל נ' חדד, פסי' 47 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.2.2017).

⁶¹ עת"מ 10714-04-14 רכבת ישראל בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה בפסי' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.7.2014). במסגרת ערעור על פסק הדין, קבע בית המשפט העליון, תוך הפחתת גובה העיצום בהסכמת הצדדים, כי פסק הדין קמא יעמוד על כנו (עע"מ 6312/14 רכבת ישראל בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 27.7.2015)).

⁶² הצעת חוק תיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 4) (עיצומים כספיים), התשע"ב-2011, ה"ח 637.

והולם יותר. העיצום הכספי יכול שיוטל חלף נקיטת הליך פלילי, ויכול שיוטל בגין הפרת חוק שאינה מהווה כשלעצמה עבירה פלילית. בדומה לקנס "אזרחי", המדובר באמצעי אזרחי או מנהלי לאכיפת החוק) ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826 (1983).⁶³

בהתאם לאופיו המנהלי של הליך העיצום הכספי, כך גם איסוף התשתית הראייתית הדרושה לצורך הטלת עיצומים כספיים לפי פרק ז' 1 לחוק נעשה בהתאם לסטנדרטים שנקבעו בהליך מנהלי, שסדרי הדין החלים עליו שונים מסדרי הדין הפלילי החלים על החלטה על הגשת כתב אישום.

ככל החלטה מינהלית גם ההחלטה בדבר הטלת עיצום כספי צריכה לעמוד במבחנים החלים על הפעלת סמכות מינהלית.⁶⁴ על פי ההלכה הפסוקה, החלטה מינהלית צריכה להיות מבוססת על תשתית ראויה של עובדות.⁶⁵ הליך קביעת התשתית העובדתית הנדרשת כבסיס להחלטה מינהלית צריך לעמוד בארבעה מבחנים מינהליים:⁶⁶ איסוף הנתונים יעשה באופן סביר; הרשות תבחין בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין; הראיות עליהן תסמוך יהיו ראיות שאדם סביר היה סומך עליהם לצורך קבלת ההחלטה הנדונה; והתשתית תהיה מוצקה במידה מספקת וסבירה כדי לתמוך בהחלטה.

הרשות המינהלית אינה כפופה לדיני הראיות, וזאת על מנת לאפשר לה היעילות והמהירות הנדרשות בקבלת החלטות מנהליות.⁶⁷ מבחן הראיה המינהלית מוותר על דרישות הסף של קבילות ולחילופין מתמקד בשאלה מה צריך להיות משקלן של הראיות על מנת שניתן יהיה לבסס עליהן החלטה.⁶⁸ כל עוד הרשות פועלת באופן סביר, ניתן לה שיקול דעת רחב באשר לסוג הנתונים שהרשות תאסוף, באיזה פירוט ועומק תברר את הנתונים כמו גם ביחס לכמות המשאבים שתקדיש לתהליך.⁶⁹

הראיות שנאספו בהליך זה עומדות בדרישות המשפט המנהלי.

החלטה זו מושתתת על תשתית עובדתית רחבה ומבוססת ובכלל זה, מסמכים פנימיים מזמן אמת של חברת החשמל ושיחות עם לקוחות. התשתית העובדתית נאספה באופן ראוי וסביר, והיא עומדת באמות המידה של הדין המנהלי.

במאמר מוסגר יצוין כי בעקבות טענות המפרים, בוצעו בדיקות נוספות שביססו והעמיקו את התשתית העובדתית עליה ניצבת ההחלטה.

⁶³ הי"ע (י-ס) 49471-12-15 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, בעמ' 13-14 (פורסם בנבו 16.5.16).
⁶⁴ בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 435, 421 (10.11.80); בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 28.7.08).
⁶⁵ בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (12.6.83); בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, פ"ד נב(1) 597, 620 (8.3.98); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493 (15.11.99).
⁶⁶ בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, פס' 11 לפסק הדין (16.11.94).
⁶⁷ דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א' 444 (2010); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1), 289, בעמ' 331 (4.2.98).
⁶⁸ בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (11.9.72).
⁶⁹ ראו למשל: דג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' ענת הופמן, נז(3) 289, בעמ' 324-325 (2003); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 1135-1136 (מהדורה שנייה, 2010).

ה.2. סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים

עוד תוקפים המפרים את סמכות הממונה להטיל עיצום כספי מכוח החוק בגין ניצול מעמד לרעה של מונופולין. לטענתם, הודעת הממונה בדבר סוג המעשים והמחדלים ברי עיצום כספי, שנעשה בהתאם להוראות סעיף 50ד(א)(3) אינו ברור דיו ולכן, מחייב הבהרה קונקרטית קודם שניתן יהיה להטיל עיצום כספי בגינם.

אינני מקבל טענה זו.

הודעת הממונה ברשומות מונה רשימה של **סוגי** מעשים ומחדלים שיהיו ברי עיצום כספי אם נעשו בניגוד לסעיפים 29, 29א לחוק. זאת, כנדרש על פי הסיפא של סעיף 50ד(א)(3): "ובלבד שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה, ברשומות". הפרקטיקות שפורטו בהודעה לרשומות מוכרות ומקובלות בפסיקה ובספרות דיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם. כפי שצינו לעיל, סעיף 29א לחוק מבוסס על ההפרות הקבועות בסעיף 102 לאמנת רומא, שגם הן ברורות עיצום כספי.⁷⁰

הודעת הממונה לא נדרשה להבהיר את אופן ניתוח המעשים ואת כל המונחים המופיעים באיסורים השונים החלים על בעל מונופולין. פירוט ברמה הנטענת על ידי המפרים אינו נדרש ואף אינו ראוי, שכן הוא עלול לאפשר עקיפת האיסור באמצעות נקיטת פרקטיקה אחרת שתוצאתה הכלכלית זהה, ולהרחיק הנורמות התחרותיות מההיגיון הכלכלי העומד בבסיסן.⁷¹

הנה כי כן, דין טענה זו להדחות אף היא.

ה.3. הסתמכות על יעוץ משפטי

לטענת המפרים, חברת החשמל ונושאי המשרה התייעצו עם מומחים משפטיים בתחום ההגבלים העסקיים ופעלו בהתאם ובכפוף לאישורם. נראה, והדברים לא נאמרו מפורשות, שלשיטת המפרים אין מקום להטיל עליהם עיצומים כספיים בשל כך.

לאחר שבחנתי את הטענה הגעתי למסקנה, כי אין בה כדי לשלול את החלטתי, זאת שכן ממילא הייעוץ המשפטי שניתן לחברת החשמל ולנושאי המשרה דווקא הזהיר מפני הפסקת שירותי המת"ל. מכל מקום, ולמעלה מן הצורך, אציין כי יעוץ משפטי אינו מהווה הגנה מפני סנקציה מנהלית. והכל, כדלקמן:

ראשית, מצאתי כי בנסיבות העניין, הפסקת שירותי המת"ל נעשתה בניגוד ליעוץ המשפטי הפנימי והחיצוני שקיבלה חברת החשמל. בנסיבות אלו, לא ברור מה מבקשים חברת החשמל ונושאי המשרה להסיק מיעוץ משפטי אשר לא נתן גיבוי משפטי למעשיהם.

חברת החשמל מבקשת להסתמך על טיוטה לא חתומה של חוות דעת משפטית שהכין משרד עו"ד הרצוג פוקס נאמן והעביר לעיונה בראשית שנת 2013. כפי שעולה מטיוטת חוות הדעת, בפני עורכי הדין שהתבקשו להעניק יעוץ משפטי לחברת החשמל ונושאי המשרה לא נפרשה התמונה

⁷⁰ Council Regulation 1/2003, art. 23(2), 2002 O.J. (L. 1) 1-25 (EC) on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty Regulation on Procedure.

⁷¹ ראו: אורי שוורץ "וכל האוכף הרי זה משובח – עידן חדש באכיפת דיני ההגבלים העסקיים" **תאגידים** ט/4 110 (2012).

העובדתית המלאה. בפרט, עורכי הדין הוטעו לחשוב כי שירות המת"ל אינם נוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה. כפי שהראנו לעיל, שירות מנהל תיק לקוח נוגע גם למקטעי ההולכה והחלוקה וחברת החשמל ונושאי המשרה ידעו זאת. משכך, התבססה חוות הדעת על מידע שגוי.

בנוסף, היועץ המשפטי החיצוני הזהיר פרטנית, אגב הכנת תרחישי שיחות עם לקוחות שמתכוונים לעבור ליצרני חשמל פרטיים, שהוזכר לעיל, ש"לפני שמצמצמים את השירות/מפסיקים בפועל – אני מציע שנדבר שוב ונראה מה בפועל כולל השירות."

מעבר לכך, היועצים המשפטיים הפנימיים של חברת החשמל הבהירו מפורשות, כי "ביטול שירותי המת"ל ללקוחות שנחשבו בעבר לקוחות עסקיים של החברה ועברו לצורך חשמל באמצעות מספק אחר, יש בו חשיפה משפטית מתחום ההגבלים העסקיים ולפיכך ההמלצה המשפטית היא להמשיך ולספקו לכל הפחות למספק עצמו".

הנה כי כן, הייעוץ המשפטי הפנימי והחיצוני של חברת החשמל לא תמך בהפסקת שירותי המת"ל ללקוחות שעברו לצורך חשמל מיצרנים פרטיים ואף התריע נגד המהלך. חברת החשמל ונושאי המשרה פעלו בניגוד ליועץ המשפטי עת הפסיקו את שירותי המת"ל.

בכל הנוגע להחלטה להעמיד לרשות לקוחות יצרני החשמל הפרטיים מוקד ייעודי חלף שירותי המת"ל, לא הציגו המפרים ראיה לקיומו של יעוץ משפטי התומך במהלך. בנייר העמדה שהוגש בשימוע, נטען, ללא ביסוס ראיתי, כי עו"ד מטעם חברת החשמל התבקשה לבחון את ההחלטה על הקמת המוקד הייעודי וסברה כי ההחלטה בדבר המוקד הייעודי עומדת בדרישות הדין. בין יתר המידע שעמד בפניה, על פי הנטען, היתה העובדה, כי "עיקר עיסוקו של המת"ל הוא במקטע האספקה" וכן, כי "אין הבדל של ממש בין המענה שנותן המת"ל בקשר לתקלות ולהפסקות חשמל לבין זה שנותן מוקד שירות 103.....".

כפי שפורט בהרחבה לעיל, מדובר במידע מוטעה: שירותי המת"ל נוגעים למקטעי ההולכה והחלוקה באופן משמעותי, ויש הבדל של ממש בין המוקד הייעודי המגיב לבין שירותי המת"ל היוזמים. לכן, לא ניתן לקבל את טענת ההיוועצות על יעוץ משפטי גם בכל הנוגע למוקד הייעודי ודין טענה זו להידחות.

למעלה מן הצורך ועל אף שראינו לעיל, כי הייעוץ המשפטי ממילא לא תמך בהפסקת שירותי המת"ל, מצאתי לנכון להתייחס גם לטענה (אשר לא הועלתה מפורשות), כי הסתמכות על יעוץ משפטי מהווה הגנה מפני הטלת עיצום כספי.

הטענה בדבר הסתמכות על יעוץ משפטי הינה מסוג טענות ההגנה המועלת בהליכים פליליים מכוח סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ואשר נוגעת ליסוד הנפשי של המפר. הגנת ההסתמכות על עצת עורך דין הינה מקרה פרטי של סייג מפני הרשעה בדין פלילי בגין טעות במצב המשפטי. במשפט הפלילי נקבע כלל לפיו הסתמכות בתום לב על עצה שהתקבלה מעורך דין מומחה בתחום ושידועות לו הסיבות הדרושות לעניין, עשויה לפטור את הנאשם מאחריות פלילית.⁷²

⁷² ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2007); עפ 1672/06 אברהם בלילי נ' מדינת ישראל-הרשות להגבלים עסקיים, פס' 12-13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.3.2008).

בהליכים מנהליים ובפרט, בהליכי עיצומים כספיים ממילא אין צורך בהוכחת יסוד נפשי לצורך ביסוס ההפרה. בכל הנוגע לדין המנהלי, הגנה זו חותרת תחת הראציונאל של הליך העיצומים הכספיים. כפי שפורט בפרק ה.1. לעיל, הטלת עיצום כספי הינו אמצעי אכיפה מנהלי ולא מהווה הרחבה להליך אכיפה פלילי.⁷³ בהתאמה, בתי המשפט הבהירו, כי בהליכי עיצומים אין כל משמעות ליסוד הנפשי של העותרת:

"הדגש בהליך המינהלי הוא על מניעת הסכנה לציבור, בעוד הדגש בהליך הפלילי הוא על האשמה הנלווית להתנהגות. ממילא, אין נפקות לטענת ברן על כך שלא התקיים כביכול "יסוד נפשי", כי ביצעה את ההפרה שלא ביודעין. די בעצם ההפרה, אין צורך בידיעה על ההפרה. כיוצא בזה לעניין הנזק. כאמור לעיל, על מנת להטיל עיצום כספי אין צורך בהוכחת נזק"⁷⁴.

אשר על כן, לא ניתן לקבל את טענת ההגנה של חברת החשמל ונושאי המשרה בהקשר זה.

ו. סיכום – קביעה ודרישת תשלום

אשר על כן ובהתאם לסמכותי על פי סעיף 43(א)(5) לחוק, אני קובע כי חברת החשמל ניצלה את מעמדה המונופוליסטי לרעה בניגוד להוראת סעיפים 29(א), 29(ב)(2), 29(ב)(3) ו-29(ב)(4) לחוק. הקביעה תהא ראיה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי בהתאם לסעיף 43(ה) לחוק. חברת החשמל רשאית לערור על קביעה זו, או על חלקה, בדרך של ערר לבית הדין להגבלים עסקיים בתוך 30 יום מיום קבלת הודעה על קביעה זו.

כמו כן, בהתאם לסמכותי על פי סעיף 50ד(א)(3) לחוק, ראיתי לנכון להטיל על כל אחד מהמפרים עיצום כספי בגין הפרת סעיפים 29, 29(א), 29(ב)(2), 29(ב)(3) ו-29(ב)(4) לחוק, כדלקמן:

חברת החשמל תשלם לאוצר המדינה סכום של 13 מיליון ש"ח בתוך 30 יום ממועד החלטתי זו;

מר [REDACTED] ישלם לאוצר המדינה סכום של 165,000 ש"ח בתוך 30 יום ממועד החלטתי זו;

מר [REDACTED] ישלם לאוצר המדינה סכום של 110,000 ש"ח בתוך 30 יום ממועד החלטתי זו.

בהתאם לסעיף 50ג(א) לחוק, חברת החשמל ונושאי המשרה רשאים לערור על דרישת התשלום לפני בית הדין בתוך 30 ימים מיום מסירת הדרישה להם.



אורי שור
מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח' באדר תשע"ז
6 במרץ 2017

⁷³ ר' גם עניין נטו, לעיל הי"ש 60, פסי י.

⁷⁴ עתי"מ (י-ם) 1092/09 קבוצת ברן בע"מ נ' רשות לניירות ערך, בעמ' 6-7 (פורסם בנבו, 28.07.2009). ראו גם: בש"א (ת"א) 179448/06 הפניקס חברה לביטוח נ' הממונה על שוק ההון, פסי 40 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.4.09), וכן ו"ע (רמלה) 1/07 חאז' נ' גבאי רפאל מנהל בית המכס, בעמ' 8 (פורסם בנבו, 8.6.08).