

קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק התכרורות

הכלכלית, תשמ"ח-1988 ודרישת תשלום לפי הוראות סעיף 50ח לחוק

לאס או אס אנרגיה אקספרס בע"מ ונושא משרה

א. פתח דבר

1. החלטה זו עוסקת בהפרת חוק התכרורות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן **החוק**) על ידי אס או אס אנרגיה אקספרס בע"מ (להלן **אס או אס** או **החברה**). אס או אס היא בעלת מונופולין בתחום אספקת תדלוקי שטח ומחזיקה בנתח שוק העולה על 80% משוק תדלוקי השטח כפי שיפורט להלן. אס או אס עשתה שימוש בכוח השוק שבידה והתנתה את אספקת שירותיה בתחום תדלוקי השטח בדרישה לבלעדיות מלקוחותיה. דרישה זו של אס או אס יצרה חסמים בפני שחקנים המבקשים להתכרורות בה באספקת שירותי תדלוקי שטח. זאת, באופן שעלול היה להרתיעם ואף למנוע מהם מלהיכנס לשוק ולמצער, להרתיע אותם מלהגדיל את היקף פעילותם בשוק ולהגביל את יכולתם התכרורותית. כתוצאה מכך, מצאתי כי בפעולותיה ניצלה אס או אס את מעמדה לרעה באופן העלול להפחית את התכרורות בעסקים או לפגוע בציבור, הכול כמפורט להלן.

2. ביום 29 בדצמבר 2019 נמסרה לאס או אס ולנושא משרה בה (להלן **המפרים**) הודעה על כוונת חיוב ועל שימוע טרם קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה. ביום 16 באוגוסט 2020 הגישו המפרים את טענותיהם בכתב להודעה, ובימים 23 באוגוסט 2020 ו-7 לספטמבר 2020 התקיים לבקשת המפרים שימוע בעל-פה לפניי.¹ ביום 9 בנובמבר 2020 נמסר למפרים מכתב עדכון בדבר בדיקות נוספות שערכה רשות התכרורות (להלן **הרשות**), וביום 12 לדצמבר 2020 התקבלה בכתב עמדת המפרים ביחס אליהן. ביום 23 בדצמבר 2020 התייעצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים כאמור בסעיף 50ח(א)(1) לחוק.

¹ מועד השימוע המקורי נקבע לתאריך 27 במאי 2020, לאור הוראות סעיף 3(2) לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (הארכת תוקף ודחיית מועדים), התש"ף-2020 ולבקשת המפרים נדחה מועד השימוע לתאריך 27 באוגוסט 2020.

3. עתה, לאחר שמיעת טענות המפרים בכתב ובעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי, בהתאם לסעיף 43(א)(5) לחוק, החברה ניצלה את מעמדה לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק. כמו-כן, לאחר ששמעתי את המפרים והתייעצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להטיל על החברה עיצומים כספיים בסך כולל של 6,362,174 ש"ח, ועל נושא משרה בה עיצומים כספיים בסך כולל של 348,085 ש"ח מתוקף סמכותי לפי סעיף 50ד(א)(3) לחוק.
להלן פירוט הדברים.

ב. מעשה ההפרה

4. חברת אס או אס היא חברה פרטית שהוקמה בשנת 2002 על ידי מר תומר לוי ובשנת 2017 נרכשו כמחצית מהאחזקות בחברה על ידי פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת; פימי אופורטוניטי פייב (דלאוור), שותפות מוגבלת; פימי ישראל אופורטוניטיב 6, שותפות מוגבלת ופימי אופורטוניטי 6, שותפות מוגבלת (להלן **פימי**) במיזוג שאושר על ידי רשות התחרות (להלן **מיזוג פימי אס או אס**).² כיום בעלי החברה הם מר תומר לוי ופימי אחזקות. מר לוי משמש כמנהל הכללי של החברה מאז הקמתה ועד היום.

5. אס או אס עוסקת באספקת שירותי תדלוק למגוון שימושים ועבור מגוון לקוחות – אס או אס מספקת סולר לחימום לבתי מגורים, שירותי תדלוק לגנרטורים, למלגזות ולבמות הרמה, שירותי תדלוק למפעלים ועוד. חלק מרכזי בפעילותה העסקית של אס או אס הוא אספקת שירותי תדלוק סולר בתחומי התשתית, הבניה והתעשייה, שירות לציווד מכני הנדסי (להלן **צמ"ה**) הנמצא באתרי בניה או שטחים תפעוליים אחרים (להלן **תדלוקי שטח**). במשך שנים אס או אס נהנית ממעמד דומיננטי בשוק ופועלת כחברה היחידה המספקת שירותי תדלוקי שטח בפריסה ארצית.

6. ביולי 2018 התקבלה ברשות תלונה מאת מתחרה חדשה בשוק לחברת אס או אס בה נטען כי אס או אס מסרבת לספק שירותי תדלוקי שטח ללקוחות שהתקשרו במקביל גם איתה, בלשון זו:

"SOS מציבה ללקוחותיה תנאי לפיו היא מסרבת לספק שירותים ללקוחות שמקבלים שירות גם [REDACTED]. במילים אחרות SOS מתנה

² החלטה בעניין הודעת המיזוג בין החברות: פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת, פימי אופורטוניטיב 6, שותפות מוגבלת, פימי אופורטוניטי 6, שותפות מוגבלת (דלאוור), שותפות מוגבלת, פימי ישראל אופורטוניטיב 6, שותפות מוגבלת, פימי אופורטוניטי 6, שותפות מוגבלת ואס או אס אנרגיה אקספרס בע"מ (22.11.2017) **רשות התחרות** 11072.

את האפשרות של לקוחות לקבל ממנה שירות, בכך שאותם הלקוחות יצרכו ממנה את מלוא הביקוש הנדרש להם, וימנעו מהפניית חלק מהביקוש ל- [REDACTED].”

7. עם קבלת התלונה החלה הרשות בהליך בירורה שראשיתו בפניה לחברה המתלוננת לקבלת פרטים נוספים. נוכח העובדה שהחברה המתלוננת חששה לחשוף פרטים מזהים של לקוחות מחשש להחמרת הפגיעה מצד חברת אס או אס, פנתה הרשות לחברות נוספות הפעילות בשוק. בשיחות עם חברות נוספות, טענו בפני הרשות אותן החברות שגם אליהן הגיע מידע מלקוחות פוטנציאליים על כך שאס או אס נוקטת בפרקטיקה של הצבת דרישת בלעדיות ללקוחותיה. כך לדוגמה בשיחה עם נציג חברה הפועלת בשוק תדלוקי השטח, במענה לשאלה האם החברה פעילה נמסר:

” כן, אנחנו עובדים, נלחמים באס. או. אס.”

כשהתבקש להסביר מה זאת אומרת נלחמים, השיב הנציג:

” הם רוצים את כל השוק, הם הורגים אותנו. אנחנו מנסים לצמוח ולרכוש לקוחות, עם כל לקוח שאני רוכש לעצמי הוא בא ולקוח אותו חזרה.”

ובהמשך:

”הוא מציע להם מחיר יותר נמוך ממני, או לחלופין אס. או. אס מאיים על לקוחות שאם הם לא יעבדו אתו [REDACTED] אז הוא לא יספק להם דלק באזור אחר.”

8. שיחה זו, ושיחות נוספות שקיימה הרשות, תומכים בטענות שעלו בתלונה המקורית. יתר על כן, השיחות לימדו כי מדיניותה של אס או אס הייתה ידועה למתחרותיה, כאמור לעיל, וכי הפרקטיקה נתפסה על ידן ככזו המקשה עליהן לפעול בשוק תדלוקי השטח.

יובהר כי אין בהחלטה זו טענות כלפי פרקטיקה של הפחתת מחיר על ידי אס או אס על מנת לשמר לקוחות, ככל שפרקטיקה כזאת אכן התקיימה. זאת היא כמובן פרקטיקה רצויה תחרותית. קביעה זו עוסקת כאמור בדרישתה של החברה לבלעדיות באספקת תדלוקי שטח.

9. אם כן, עניינה של החלטה זו הוא בכך שאס או אס נקטה במדיניות לפיה החברה לא תספק שירות תדלוק שטח ללקוח לאחר שזה החל לעבוד עם ספק מתחרה של אס או אס (להלן **מדיניות החברה**). מדיניות זו לוותה באיומים להפסקת עבודה כוללת עם הלקוחות אם לא

יחדלו מהתקשרות מקבילה עם המתחרות של החברה, וגובתה במעשים "בשטח" במספר מקרים, כפי שיפורט להלן. מדיניות זו הופעלה לכל המאוחר החל מחודש ינואר 2016, וככל הידוע לרשות לא הופסקה עד לחודש יוני 2019. לטענת אס או אס, ביוני 2019 העבירה אס או אס הדרכות לעובדיה המבהירות שהמדיניות המתוארת בהחלטה זו אסורה וזאת כפי שנמסר לרשות על ידי חברת אס או אס בשימוע בכתב.³

10. בדיקת הרשות העלתה כי לא זאת בלבד שמדיניות החברה הייתה ידועה למתחרים קיימים ופוטנציאליים של אס או אס, אשר לדבריהם שמעו על מדיניות זו מלקוחות איתם ניהלו משא-ומתן, אלא שעלה עוד כי מדיניות החברה השפיעה על החלטתם של מתחרים פוטנציאליים להימנע מכניסה לתחום, והיא היוותה מכשול משמעותי בגיוס לקוחות עבורם ועבור מתחרים קיימים לחברה.

11. על מדיניות זו ניתן ללמוד מדבריו של נושא משרה בכיר בחברה שיובאו להלן, לפיהם מדובר במדיניות הנהוגה כבר שנים, במסגרתה חברת אס או אס מסרבת לספק שירותי תדלוקי שטח ללקוחות הרוכשים במקביל את השירות גם ממתחרותיה. מדיניות החברה מצאה את ביטויה בדברי נושא המשרה ללקוחות החברה ואף יושמה בפועל. להלן יובאו דוגמאות שנמצאו על ידי הרשות ושמלמדות על נכונות התלונות שנשמעו בפני הרשות ועל קיומה של המדיניות ויישומה בפועל.

12. בחודש ינואר 2016 נודע לנושא המשרה באס או אס (להלן **נושא המשרה**), כי אחד מלקוחותיו החל לרכוש באחד מאתרי תדלוקי שטח מספק מתחרה בתחום תדלוקי השטח. בתגובה כתב נושא המשרה למנהל הרכש של הלקוח:

"ואם הלקוח לא נאמן אין לי מה להמשיך לעבוד איתו, שיתן למתחרה את כול פרוטיו, זו החלטה אסטרטגית שלקחנו בחברה. אין לי ברירה. אני חייב לסגור את כול [REDACTED]. אצלנו זה יותר גרוע מלקוח שלא משלם...."

בהמשך, ובתגובה לבקשת הלקוח לבטל את ההחלטה על הפסקת השירות, ענה נושא המשרה:

"אני יבטל [כך במקור, *הח"מ*] בתנאי שתוציא אותם לחלוטין מהאתרים שלך, זה לא קשור אליך! זו החלטה של חברת *SOS*! כול חברה שמכניסה

³ פסקאות 534-536 במסמך השימוע בכתב שנתקבל ברשות בתאריך 16 לאוגוסט 2020 (להלן **שימוע בכתב**).

אותם לעבודה אנחנו לא מספקים לה. נקודה. לא יעזור גם יו"ר [REDACTED]
[REDACTED], זו החלטה שלך ... אני לא מספק איפה שהמתחרים שלי מספקים!
זה כבר שנים ככה. כמו שלכם יש החלטות חברה אסטרטגיות גם ל SOS
יש. תכבד אותנו אנחנו אומנם לא בגודל של [REDACTED] אבל גם לא חברה
קטנה."

בסמוך להתכתבות המתוארת לעיל, הפסיק הלקוח לרכוש שירותי תדלוקי שטח מחברת אס
או אס לתקופה של כשלושה חודשים.

13. במקרה אחר, בשנת 2018, פנה נושא המשרה לבעלים של לקוח נוסף בלשון זו:

"אהלן [REDACTED], התאכזבתי מאוד לשמוע שאחרי כל כך הרבה שנים שנתנו לך
שרות ב [REDACTED] ובאתרים אחרים בחרת למכור אותנו בשביל כמה אגורות
לחברה אחרת שמפעילה 4 מכליות בקושי אל מול חברה שמתפעלת 113
מכליות 24/7 בשביל לתת לך שרות בכל מקום ללא איחורים, הרי מי כמוך
יודע שהזול בסוף הוא היקר. אני אוהב לקוחות נאמנים ותמיד אדע
להתאבד בשביל אותם לקוחות. זכותך לעבוד עם מי שתרצה אבל אני לא
מוכן להיות פלסטר של חברת תידלוקים, ואם בחרת לעבוד איתם בירושלים
במקומי אז שידעו לשרת את הצרכים שלך עד הסוף. חבל לי לאבד אותך
אבל זאת זכותך. בהצלחה"

בסמוך לשליחת ההודעה חדל אותו לקוח לרכוש סולר מחברת אס או אס ולמיטב ידיעתנו
עד היום לא חודשה ההתקשרות.

14. במקרה נוסף, לקראת סוף שנת 2018, פנה נושא המשרה ללקוח נוסף בהודעה כדלקמן:

"אח שלי היקר צהריים טובים, הבנתי שחתמת ערבות על חוזה של
תידלוקים עבור קבלני משנה בפרוייקטים שלך. אני לא רוצה להפריע
לתידלוקים בעבודה שלו ולא בא לי להכנס באמצע בניכם. יש לי איתו
בעיות והוא פונה אחר כך לרשות להגבלים עיסקיים במכתבים שאני לא
נותן לו לעבוד, לכן אני מבקש שאם הכנסתם אותו דרך קבלני המשנה תתנו
לו כבר את כל הבמה, בטח שהוא יותר זול בשקל ממני לדברייך. אני אישית

לא יודע איך חתמת על נייר כזה שפוגע ישירות בי אחרי כל מה שעברנו ביחד ואחרי כל מה שנתתי ועשיתי בשבילך כולל בימים אלה, אבל בסדר זו זכותך וזו דרכך. אני אישית מרגיש מנוצל וממך אני מרגיש כפיות טובה אבל זה בעיה שלי לא שלך. הלוואי שתידלוקים יהיה נאמן לך 10% ממה שאני הייתי. סליחה, תודה, ובהצלחה. ♥

ובהמשך שלח לו הודעה קולית בה נאמר:

"אני אף פעם לא אתקע אותך בלי סולר, אף פעם, אני רק אומר – קח כמה ימים תביא את תדלוקים שייקח הכול. אני לא רוצה להיות שמה, לא רוצה להיות בכל האתרים האלה"

כאשר הלקוח הסביר לנושא המשרה שמדובר בתקופה קצרה של כשבוע ושהוא נאלץ לחתום על הערבות עקב דרישת קבלני המשנה, סיכם נושא המשרה את הנושא במילים:

"טוב תעשה מאמץ בשבילי להעיף אותו מהשטח. בכל דרך".

15. להשלמת התמונה אציין כי אגב הבדיקה התעורר הרושם כי לקוחותיה של אס או אס חוששים לשתף פעולה ולחשוף בפני הרשות את התמונה המלאה של התנהלות אס או אס בשוק. רושם דומה התעורר גם ביחס למתחרותיה של אס או אס, שהביעו חשש אמיתי לשוחח עם הרשות ולחשוף בפניה את מלוא המידע בנוגע להתנהלות אס או אס. לפיכך ההתכתבויות שבין אס או אס ולקוחותיה שמובאות לעיל, לא הגיעו לידיה של הרשות מלקוחות, אלא בעקבות דרישת נתונים שהוציאה הרשות לאס או אס על מנת לרדת לעומק בירור התלונה. לבקשת אס או אס צומצמה דרישת הנתונים לבדיקת ההידברות שבין אס או אס לבין חלק קטן מלקוחותיה בלבד וזאת על מנת למנוע הכבדה על אס או אס, אך הדוגמאות שנמצאו על ידי הרשות מספקות הצצה לדרך ההתנהלות שבין החברה ללקוחותיה.

ג. שוק תדלוקי השטח

אספקת סולר לתחבורה בתצורת תדלוקי שטח מהווה שוק מובחן

16. בישראל נעשה שימוש במגוון תזקיני נפט שמשמשים למטרות שונות, כגון חימום והסקה או הנעת רכבים. הפרקטיקה בה עוסקת קביעה זו נעשתה ביחס לאספקת סולר לתחבורה בתצורת תדלוקי שטח, היינו תדלוק ישירות לכלים הפועלים או הממוקמים בשטח.
17. תחום תדלוקי השטח הוא שוק מוצר מובחן מתחומים אחרים של אספקת דלקים לא-קמעונאית. כפי שיוצג להלן, הבחנה זו באה לידי ביטוי בפרופיל הלקוחות, במאפייני השירות הניתן ומתפיסתה של החברה עצמה וחברות אחרות בשוק ומחוצה לו.
18. בתחום אספקת דלקים מקובל להבחין בין שתי דרכי אספקה: הראשונה, אספקת דלקים קמעונאית, המתבצעת דרך תחנות תדלוק אליהן מגיעים הלקוחות; השנייה, אספקת דלקים לא-קמעונאית לסיטונאים או ישירות ללקוחות לפי הזמנה מראש.⁴ אחד ההיבטים המשמעותיים המבדילים בין דרכי אספקה אלו הוא מיקום האספקה: באספקה קמעונאית בתחנות הדלק מקום התחנה הוא קבוע, ועל הרוכש להגיע לתחנה על מנת לתדלק, בעוד באספקה לא-קמעונאית, כפי שיפורט להלן, המוכר הוא שמשנע את הדלק למיקום שנקבע על ידי הלקוח.
19. באספקת דלק לא-קמעונאית ישנן שתי שיטות אספקה המקובלות בשוק הישראלי: מכירה באמצעות צובר ומכירה באמצעות תדלוקי שטח. במכירה באמצעות צובר הלקוח דואג להצבת צובר במיקום לבחירתו והמוכר מספק את הדלק אל הצובר בעזרת מכלית. הצובר מתפקד כתחנת דלק זעירה המופעלת על ידי הלקוח. בשיטת האספקה השנייה, תדלוקי שטח, ספק הדלק מגיע למקום שקובע הלקוח ומספק את הדלק ישירות למכל הדלק של כלי העבודה המבוקש.
20. תחום תדלוקי השטח מובחן מתחומים אחרים בשוק אספקת דלקים לא-קמעונאית במספר דרכים שמצדיקות את הגדרתו כשוק הגבלי נפרד. ההבדלים נלמדים הן מההגדרה הפונקציונלית של אספקת השירות והן מהעדפות צרכני השירות. להלן נפרט את הסיבות לתחימת תדלוקי שטח כשוק הגבלי נפרד.

⁴ ראו למשל: עמדת נציבות התחרות האירופית במיזוג בין חברות אספקת דלקים בדנמרק משנת 2016: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7603-1139-3.pdf>

1.1 המסגרת הנורמטיבית

21. תהליך הגדרת שוק המוצר הרלוונטי מסתמך על ניתוח התחליפים למוצר העומד בבסיס הפרקטיקה הנבחנת מצד הביקוש (משמע, הלקוחות). למעשה, ניתוח זה בוחן את המוצרים המשרתים צורך דומה בעיני הצרכן, כך שניתן לראותם כתחליפים קרובים זה לזה, ואשר אילו היו בשליטתו של ספק יחיד היו מקנים לאותו ספק יכולת הפעלת כוח שוק שתאפשר לו להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר למחיר התחרותי, תוך גריפת רווח. בתוך כך, יש לזכור כי לא כל מידה של תחליפיות תביא להכללת מוצר או שירות בשוק הרלוונטי. על מנת לכלול מוצרים או שירותים בשוק אחד נדרשת תחליפיות קרובה ביניהם, שאספקתם על-ידי ספק אחד תוכל לרסן את היכולת של הספק האחר להפעיל כוח שוק באספקת המוצר המבוקש.⁵ תחליפיות זו נבחנת באמצעות שתי פריזמות: שוק המוצר ומאפייניו והשוק הגיאוגרפי (כאשר רלוונטי).
22. על מנת לאתר מהו שוק המוצר אומצו בהחלטות הממונה ובפסיקת בית-הדין לתחרות מספר מבחנים וביניהם: נתונים פיזיים ואובייקטיבים של המוצר או השירות, בחינת ייעוד המוצרים או השירותים והשימוש שנעשה בהם (פונקציונאליות), מחיר המוצרים או השירותים ותפיסת השחקנים השונים בשוק את המוצרים או השירותים.⁶
23. בדומה, גם השוק הגיאוגרפי הרלוונטי יוגדר על בסיס ניתוח התחליפים מצד הביקוש – האזור הגיאוגרפי הקטן ביותר אשר לא יהיה ביכולתם של ספקים המצויים מחוץ לגבולותיו לשמש רסן תחרותי ממשי לאותם ספקים המצויים בתוך גבולותיו, זאת נוכח העדר נכונות מצד הלקוחות לשאת בעלויות הקשורות ברכישת המוצרים מאותם הספקים בשל ריחוקם הגיאוגרפי.
24. נקודת המוצא לבחינת גבולותיו של השוק הרלוונטי במקרה דנן היא בשירות אותו מספקת חברת אס או אס – תדלוקי שטח. ביקוש הלקוחות לשירות זה מושפע הן ממאפייני השירות (שוק המוצר) והן ממיקום אספקתו בארץ (השוק הגיאוגרפי), בהתאם לאופי הלקוחות הצורכים את השירות ולצרכיהם.

⁵ אריאל אזרחי ודיויד גילה **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** (2019) עמ' 54-55 (להלן **אזרחי וגילה**).

⁶ ה"ע 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 17-12 (פורסם בנבו, 09.07.2007) (להלן **שטראוס עלית**); ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 704/07 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ**, פס' 17-16, (פורסם בנבו, 05.04.2009).

2.ג אפיון הלקוחות

25. מבדיקת הרשות עולה כי הלקוחות העיקריים של שירות תדלוקי השטח הם קבלני תשתיות, בנייה ותעשייה הנדרשים לתדלק את הכלים שברשותם באתרי העבודה. ללקוחות אלו מאפיינים מבדלים רלוונטיים ביחס לצרכני דלק לתחבורה אחרים כפי שנפרט להלן.
26. ראשית, המדובר בלקוחות הנוטים לעבוד באתרים שונים הממוקמים באזורים שונים בארץ לתקופות זמן משתנות, ובמקרים רבים אף לעבוד במספר אתרים במקביל. מאפיין זה של הלקוחות מחזק את החשיבות הגדולה שלקוחות מייחסים לספק שירותי התדלוק ולפריסה הגיאוגרפית בה הוא פועל.
27. שנית, במקרים רבים מדובר בתדלוק כלים ששינועם לנקודת אספקה קבועה של דלק, כרוכה באובדן זמן עבודה רב או בקושי בשינוע הכלי בשל תנאי שטח קשים. שירות תדלוקי השטח נועד בין היתר לייתר את הצורך בשינוע הכלים למטרת תדלוק ובכך לאפשר לכלים לעבוד בצורה כמעט רצופה, המייעלת את זמן העבודה של הכלים בשטח. כך לדוגמה דחפור הנמצא בעומק בור ושעסוק בחפירתו או מכונה גדולה לגריסת עפר עם ניידות מוגבלת דורשים פתרון המאפשר הבאת דלק ממש עד לכלי עצמו. תדלוק שטח מאפשר להביא את הסולר אל הכלי ולהימנע מהקושי הכרוך בהזזתו.

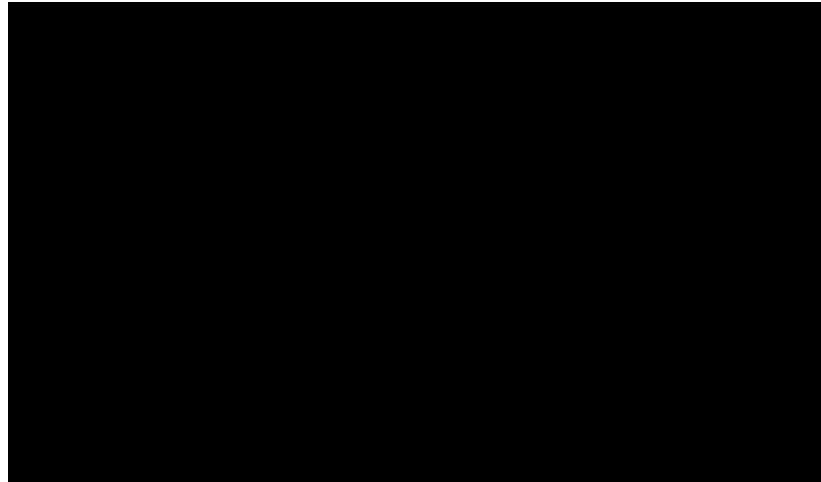
3.ג העדפת הלקוחות

28. בחינת השחקנים השונים ותפיסתם את השירות מעלה שהשירותים הקרובים ביותר לתדלוק השטח שעלו בבדיקת הרשות אינם מהווים עבורם תחליף קרוב מספיק לשירות תדלוקי השטח. להלן נסקור את השירותים הקרובים שנבחנו ותפיסת השחקנים לגביהם – תדלוק עצמי ותדלוק באמצעות צובר המוצב בשטח.

3.ג.א תדלוק עצמי

29. קבלן הזקוק לשירותי תדלוקי שטח יכול, על פני הדברים, לרכוש מכלית או משאית להובלת סולר או תזקיקים אחרים בגודל הדרוש לו, לרכוש תזקידי דלק ולספק את הדלק בעצמו ישירות לכלים בשטח.
30. לאפשרות זו חסרונות רבים: היא דורשת מורכבות תפעולית שאיננה מן המומחיות של הקבלן; איבוד יתרונות לגודל המגולמים ברכישת דלק מרוכזת; נדרשת השקעה ראשונית במכלית או במשאית להובלת סולר ובחלק מן המקרים נדרשים אישורים ורישיונות שונים כגון רישיון להובלת חומרים מסוכנים.

31. מבדיקת הרשות עולה כי על אף שישנם קבלנים בודדים המשתמשים בפתרון זה, מדובר בפתרון שולי וחלקי בלבד בעבור הקבלנים. כך לדוגמה במסמך שכותרתו "שאלות ותשובות – SOS", שהועבר לרשות על ידי פימי כחלק מקבוצת המסמכים העוסקים במיזוג פימי אס או אס, נכתב כך (הצבעים השונים במקור):



32. בנוסף, בשיחות עם קבלנים עלה כי פתרון זה, גם עבור הקבלנים הבודדים שעושים בו שימוש, מוגבל לאתרים קרובים למקום ממנו ניתן לרכוש את הדלק, ואילו באתרים מרוחקים מהמרכז הלוגיסטי של הקבלנים הם יימנעו מלהשתמש בפתרון זה ויעדיפו את שירות תדלוקי השטח לאור הקושי הלוגיסטי הנובע מהמרחק.

ג.3.ב תדלוק מצובר המוצב בשטח

33. צובר דלק הוא כלי קיבול הממוקם בחצרי הלקוח ומשמש מעין תחנת דלק פנימית בשטח העבודה. במסגרת תדלוק כלים מצובר, מוצב צובר דלק באתר. שירות התדלוק החיצוני מתבצע למעשה סביב הצובר – ספק הדלק מגיע על פי דרישה כדי למלא את הצובר, בעוד תדלוק הכלים עצמם נעשה על ידי שינועם אל הצובר ותדלוקם על ידי עובדי הלקוח.

34. מבדיקת הרשות עולה כי גם תדלוק מצובר דלק המוצב באתר הבנייה אינו תחליפי לתדלוק שטח.

35. בדיקת הרשות שהתבססה על מידע שהתקבל מגורמים שונים ביניהם – לקוחות, חברות הדלק הגדולות ואס או אס עצמה העלתה כי תדלוק הכלים מהצובר נחות ביחס לתדלוקי שטח ממספר סיבות: הוא מצריך הצבת שמירה על הצובר גם מחוץ לשעות העבודה מחשש לגניבת דלק מהצובר, הן מצד עובדי הקבלן והן מצד גורמים חיצוניים; הוא אינו מאפשר

בקרה על התדלוק ועל צריכת הדלק של הכלים; והוא מצריך שינוע של הכלים לצובר, דבר הכרוך לעתים באובדן זמן עבודה יקר ואף בשחיקת הכלים.

36. בחלק מן המקרים, בהם לא ניתן לשנע את הכלי אל הצובר, כלל לא ניתן יהיה להסתפק בצובר ללא שירות משלים של תדלוק ישיר אל הכלים עצמם. כמו כן, הצבת הצובר כרוכה בעלויות תחזוקה ותפעול, כמו גם בעמידה בדרישות אסדרתיות שונות, מחשש לזיהום הקרקע ולסכנות בטיחותיות, עד שלעתים האפשרות של תדלוק מצובר כלל איננה פתוחה בפני הקבלן.

37. זאת ועוד – משיחות עם לקוחות עולה כי במקרים מסוימים הפרויקטים כלל אינם מתאימים לשימוש בצובר ועל כן דורשים פתרון שונה לתדלוק הכלים. כך למשל, אם מדובר בפרויקט של סלילת כביש באורך מספר ק"מ ולאורך כל האתר ישנם כלים פרוסים – במקרה כזה אין היגיון או כדאיות כלכלית לשנע את הכלים לצובר בכל פעם שהם זקוקים לתדלוק, מרחק של מספר קילומטרים הלך ושוב. דוגמה נוספת היא לפרויקט קצר טווח שאין היגיון או כדאיות כלכלית להשקיע בו בהצבת צובר באתר העבודה על כל הבירוקרטיה הכרוכה בכך.

38. במתואר לעיל, גם ממסמכים מזמן אמת של אס או אס עצמה, ניתן ללמוד בבירור שישנם מאפיינים מבדלים לשירות תדלוקי השטח ההופכים אותו לאיכותי ומתקדם יותר לעומת תדלוק מצובר. לתפיסתה, השירות חוסך ללקוחות את הצורך להפעיל צובר ולעמוד בדרישות האסדרתיות בגין העמדתו כאמור לעיל, ולכן על אף פערי המחיר – שירותי תדלוק השטח משתלמים ללקוח.

39. כך לדוגמא ניתן להתרשם מההבחנה בין צובר לתדלוקי שטח ממסמך שהועבר לרשות מאת פימי ששימש אותה במסגרת בחינת ההשקעה באס או אס וכותרתו SOS Investment

:Committee

13.8.17



40. נובח כל האמור לעיל עולה כי תדלוקי שטח, כלומר אספקת סולר לתחבורה לכלים בשטח, הוא השוק הרלוונטי וכי שירותים אחרים אינם מהווים תחליף קרוב.

ג.3.ג שוק גיאוגרפי

41. בכלל, תחרות באספקת סחורות ושירותים עשויה ללבוש אופי מקומי, בהתאם לאופי המוצר או השירות. כתוצאה מכך, ספקים הפועלים בשוק מוצר מסוים, לא בהכרח מקימים תחרות אפקטיבית בכל האזורים הגיאוגרפיים השונים של המדינה בהם יש ביקוש למוצר, וכך נתחמת התחרות בשוק גם מבחינה גיאוגרפית. אם כן, שוק גיאוגרפי רלוונטי הוא זירת תחרות מקומית שניתן, בתנאים מסוימים, להפעיל במסגרתה כוח שוק.⁷

⁷ להרחבה עיין: גילוי דעת 1/11 הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, 2011 רשות התחרות 5001710 , עמ' 10-12.

42. במקרה דנן, שוק אספקת תדלוקי שטח מתאפיין באספקה למספר רב של נקודות קצה, שכן הקבלנים, צרכני השירות העיקריים, מבצעים לרוב עבודות באתרים הפזורים בנקודות שונות ברחבי הארץ ובמקרים רבים האתרים משתנים באופן תדיר לפי מיקום הפרויקטים שהם מבצעים.

43. מעצם מהותו של שירות תדלוק השטח, לקוח המעוניין לצרוך אותו מבקש לעשות זאת באתר העבודה, ואינו מעוניין או מסוגל לנסוע לקבל את השירות במיקום אחר. לכן, על כל לקוח בכל אתר מתחרים אותם ספקים שיכולים לתת לו את השירות במיקום הגאוגרפי בו הוא נמצא. מכיוון שיש לקוחות הפועלים במספר אתרים הנמצאים באזורים שונים, וכיוון שלא כל ספקי תדלוקי השטח מספקים את שירותיהם בכל הארץ, הרי שאם מדובר באזורים בהם המתחרים של אס או אס לא פועלים, לא יהא בכוחם של אלה להוות רסן תחרותי ממשי לאס או אס באותם אזורים. שימוש דווקני בהגדרת השוק הגיאוגרפית לפי אתר תוביל למסקנה כי חברה המספקת באופן בלעדי באותו האתר היא בעלת מונופולין של 100% באותו השוק. תוצאה זו בוודאי איננה תורמת לדיון המהותי בנוגע ליכולתו של ספק השירות להפעיל כוח שוק מול הלקוחות, לו נועדה הגדרת השוק. לפיכך, במקרים כאלו נהוג לאגד את השווקים השונים בהם שוררים תנאים תחרותיים זהים לשוק רלוונטי אחד.⁸

ד. אס או אס בעלת מונופולין בשוק תדלוקי השטח

44. החוק מגדיר בעל מונופולין באמצעות שני מבחנים חלופיים: נתח שוק של מעל למחצית וכוח השוק המצוי בידיו.

45. סעיף 26(א) לחוק קובע כי בעל מונופולין הוא כל אחד מאלה:

- (ד) אדם שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית; (2) אדם המחזיק כוח

⁸ ליישום עקרון דומה, ראו הכרזה בדבר הסדר כובל וקיום מונופולין: נצב"א החזקות 1995 בע"מ, מפעלי תחנות בע"מ, אמות השקעה בע"מ, קרן גמלאות של חברי "אגד" בע"מ, אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ושירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ (26.5.1999) **רשות התחרות** 3003820, פרק 9.1

שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן

שירותים או רכישתם.⁹

46. כפי שנראה להלן אס או אס מחזיקה בנתח שוק מעל למחצית מכלל אספקת שירותי תדלוקי השטח ואף מחזיקה בכוח שוק בשוק זה.

ד. 1. לאס או אס נתח שוק העולה על מחצית משוק תדלוקי השטח

47. שוק אספקת סולר לתדלוקי שטח הורכב בתקופה הרלוונטית להחלטה ממספר מתחרים קטנים וממתחרה דומיננטית – אס או אס, המחזיקה למעלה מ-80% מהיקף אספקת הסולר בתצורת תדלוקי שטח ואשר פעילה בכל רחבי הארץ. לצידה של אס או אס קיימת מתחרה קטנה עם כוונת צמיחה שלה פריסה גאוגרפית חלקית, ומספר מתחרים קטנים נוספים אשר פעילים באופן נקודתי וספוראדי במספר אזורים גאוגרפיים.

48. על פי פרסומיה, אס או אס היא החברה הגדולה בישראל בתחום שירותי תדלוקי השטח והיא היחידה המפעילה שירותים בפריסה ארצית, ומתחייבת לספק את הסולר תוך שעה לכל נקודה בארץ 24 שעות ביממה. בבעלות אס או אס צי מכליות המונה 80 מכליות בנפחים שונים. בתחום תדלוקי השטח לאס או אס מאות רבות של לקוחות ובהם גופים ציבוריים גדולים.

49. גם על פי מסמכים פנימיים של אס או אס היא פועלת בשוק ללא מתחרים משמעותיים ושולטת בתחום.

50. לצידה של אס או אס פועלת חברת תדלוקים – שירותי תדלוק ניידים בע"מ (להלן **תדלוקים**). חברת תדלוקים הוקמה בסוף שנת 2015 והחלה לפעול בשוק תדלוקי השטח בחברה עצמאית, ובשנת 2018 נרכשה על ידי טן חברה לדלק בע"מ. לרשות תדלוקים מערך תדלוק המונה [REDACTED] משאיות. [REDACTED].

51. בנוסף, ישנן מספר חברות קטנות המספקות שירותי תדלוק שטח ביניהן: אנרגיה בהישג ידך בע"מ, סלע אספקת מוצרי בטון ואנרגיה בע"מ ו-ש.ע.ר שיווק והפצה בע"מ. מבדיקת הרשות עולה כי חברות אלו פעילות באופן ספוראדי בלבד בשוק תדלוקי השטח – חברות אלה נוטות לספק תדלוקי שטח בעיקר ללקוחות קיימים שלהן ובאופן נלווה לשירותים

⁹ ביום 1 בינואר 2019 נכנס לתוקפו תיקון מספר 21 של החוק. מכון שלמיטב ידיעתה של הרשות מעשה ההפרה לא הופסק עד ליוני 2019, נוסח החוק הרלוונטי הוא נוסח החוק במועד זה כפי שמובא לעיל. יחד עם זאת, נוסח החוק טרם התיקון כלל רק את החלופה הראשונה להגדרת בעל מונופולין כך שהרשות החמירה עם עצמה מקום בו הוכחה גם את קיומו של כוח שוק גם לפי החלופה השנייה בסעיף.

אחרים (כגון תדלוק לצובר) שהן מספקות להם, או שהן מספקות את השירות ללקוחות עם צורכי אספקה קבועים יחסית של תדלוקי שטח, המקלים על הפעלת מערך ההפצה.

52. אם כן שוק אספקת סולר לתדלוקי שטח מורכב, בתקופה הרלוונטית להחלטה, ממתחרה דומיננטית – אס או אס, מתחרה שמנסה לצמוח – תדלוקים, ומתחרים קטנים נוספים שנראה שהשפעתם על הנעשה בשוק זניחה ביותר והם פעילים באופן נקודתי ומקומי בלבד.¹⁰ להלן סיכום נתוני שוק תדלוקי השטח בשנת 2018:¹¹

נתונים כמותיים – תדלוקי שטח 2018

הכנסה (מיליוני ₪)	כמות (מיליוני ליטרים)	
■	■	SOS
■	■	תדלוקים
■	■	ש.ע.ר. שיווק והפצת דלקים בע"מ
■	■	אנרגיה בהישג ידך ¹²
■	■	סלע בטון

¹⁰ מסמכים פנימיים של SOS ושל חברות נוספות מציגים תמונה דומה.

¹¹ בחינת נתחי השוק נעשתה לשנת 2018 והחלטה זו עוסקת בהפרה שהחל בשנת 2016. נוכח מבנה השוק כפי שתואר בהחלטה זו ומעמדה של אס או אס לאורך השנים, אין סיבה להניח שבשנים קודמות נתח השוק היה נמוך יותר, ואף סביר שהיה גבוה יותר.

¹² החברה העבירה נתונים כמותיים בלבד לתקופה שבין ינואר-אוגוסט 2019. המספרים בטבלה מניחים כי בשנת 2018 היקף המכירות החודשי הממוצע של החברה היה דומה, ועמד על ■ ליטר. בנוסף הנחנו שהמחיר הממוצע לליטר היה דומה לזה של סלע בטון.

נתחי שוק – תדלוקי שטח 2018

כספי	כמותי	
		SOS
		תדלוקים
		ש.ע.ר. שיווק והפצת דלקים בע"מ
		אנרגיה בהישג ידך
		סלע בטון

53. למען שלמות התמונה נציין כי קיימים מתחרים קטנים נוספים מהם לא ניתן היה לקבל מידע ונתונים. מדובר במתחרים שפועלים בשוק באופן חלקי בלבד והשפעתם על פעילות המתחרים הפועלים בשוק בתור פעילות עיקרית היא זניחה. לאור הנתונים החסרים נקטה הרשות במידת זהירות והסתפקה בקביעה כי לאס או אס נתח שוק של מעל 80%.

54. החברה טענה, באמצעות חוות דעת כלכלית, כי הדרך המקובלת לבדוק את נתחי השוק בשווקים בהם המוצר הוא הומוגני היא בחינת כושר הייצור. לטענת אס או אס כושר הייצור משתקף במספר המכליות של המתחרים בשוק, ובחישוב לפי מדד זה חלקה של החברה בשוק תדלוקי השטח נמוך ממחצית. הטענה הסתמכה על נתונים של מספר המכליות בהן מחזיקות עשרות חברות שנטען על ידי החברה המפרה שהן פעילות בתחום תדלוקי השטח.

55. גישת החברה לפיה יש לבחון את נתחי השוק בהתאם לכושר הייצור של החברות הפעילות בו איננה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם עקרונות הניתוח הכלכלי. ראשית, סעיף 26 (א) לחוק מגדיר מפורשות בעל מונופולין על פי חלקו "בכלל האספקה של נכסים או בכלל

רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם" וכך גם נפסק בבית הדין להגבלים עסקיים (כתוארו דאז).¹³

56. שנית, החברה הסתמכה על ההנחיות האמריקאיות לבחינת מיזוגים אופקיים, אולם הנחיות אלו עצמן מבהירות כי ברוב המקרים ייבחנו נתחי השוק הקיימים, שכן אלו משקפים בצורה הטובה ביותר את האטרקטיביות של החברה ללקוחות ואת יכולת החברה להגבר על מכשולים בדרך לאספקת המוצר.¹⁴ בנוסף, החברה הניחה כי שוק תדלוקי השטח עוסק במוצר הומוגני. מבדיקת הרשות עולה כי שוק תדלוקי השטח איננו מוצר הומוגני כי אם שירות של אספקת דלק אשר במסגרתו לניסיון ולמוניטין של החברה המספקת משמעות גדולה ומשכך טענת החברה איננה עומדת גם במישור המהותי.

57. למעלה מן הצורך נציין שבדיקת הרשות העלתה שחלק גדול מהחברות שצוינו על ידי החברה כעוסקות בתחום כלל אינן פעילות בו. בהתאם לכך גם אם נתח השוק של החברה יעשה על פי גישה, היא מחזיקה בלמעלה ממחצית מהמכליות של החברות הפועלות בשוק. עוד העלתה בדיקת הרשות כי חלק מהמתחרים שמנתה החברה נכנסו לתחום רק לאחר התקופה הרלוונטית להפדה, באופן חלקי ומוגבל. כך שבתקופת ההפדה נתח השוק של החברה במונחי מכליות עלה בהרבה על מחצית.

58. עוד נציין שטענת המפרים מניחה שכל המכליות שוות, כך שמכלית של מתחרה המחזיק מכלית אחת בלבד שווה למכלית דומה של חברה המחזיקה עשרות מכליות. עם זאת, בדיקת הרשות העלתה ששירות תדלוקי השטח מאופיין ביתרונות לגודל שנובעים מכמות הלקוחות, הפריסה הגאוגרפית וסך הכמות הניתנת לאספקה בו זמנית, כך שהמציאות העסקית מלמדת שיש הבדל משמעותי בהספק בין מכליות של מתחרים בגודל ובמערך הפצה שונים, ולא נכון לייחס להם את אותו משקל מבחינת "כושר ייצור".

¹³ ערר (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על

ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 08.05.1997), פסקה 28

¹⁴ Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, August 19, 2010, Section 5, pg.17.

ד.2. לאס או אס כוח שוק בשוק תדלוקי השטח

ד.2.א כוח שוק – המסגרת הנורמטיבית

59. ביום 21 ביולי 2019 פורסם גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי בו מוסבר מהו כוח שוק משמעותי וכיצד יש לבחון זאת. בתמצית, כוח שוק משמעותי הוא –

”היכולת לקבוע תנאי אספקה שנחותים באופן משמעותי בהשוואה לאלה אשר היו נקבעים בשוק תחרותי – כלומר, היכולת של אדם להרע את תנאי אספקה מבלי לאבד לקוחות רבים מדי לטובת המתחרים, שאלמלא כן המהלך לא יהיה כדאי עבורו.”¹⁵

ובהמשך –

”כפי שהוזכר לעיל, כוח שוק משמעותי כרוך ביכולת להתנהג באופן חופשי מרסנים תחרותיים משמעותיים. קיימים שני סוגים של רסנים תחרותיים: **ריסון מצד הביקוש**, היינו ריסון שיבוא כתוצאה מתגובתם הצפויה של הלקוחות להעלאת מחירים (כגון מעבר לרכישת מוצרים תחליפיים); ו**ריסון מצד ההיצע**, כתוצאה מתגובתם הצפויה של הספקים המתחרים או שבידיהם להתחרות (כגון הכניסה לשוק או הרחבת הפעילות בו). גורם מחזיק בכוח שוק משמעותי כשהוא פועל ללא חשש משמעותי מתגובה בשני היבטים אלה. משכך, ניתן לבחון את קיומו של כוח שוק בידי גורם מסוים, כמו גם את עוצמתו, על סמך המאפיינים המשפיעים על אפקטיביות הריסון בשני היבטים.”¹⁶

ד.2.ב ריסון מצד הביקוש

60. בבחינת הריסון כתוצאה מתגובתם הצפויה של הלקוחות, היינו הריסון מצד הביקוש, שיקול חשוב הוא נתח השוק שבידי הגורם הנבחן. ככל שלגורם הנבחן נתח שוק גדול יותר, האמור ישמש אינדיקציה חזקה יותר לקיומו של כוח שוק משמעותי, שכן כך גדל הסיכוי שאין לצרכנים חלופה אחרת מלבד ההתקשרות עם אותו ספק.¹⁷

¹⁵ גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי 21.7.2019 (להלן **גילוי דעת כוח שוק**)

¹⁶ שם, עמ' 5

¹⁷ גילוי דעת כוח שוק, עמ' 6

61. כאמור לעיל, אס או אס מחזיקה בנתח שוק של למעלה מ-80% מתדלוקי השטח. נתון זה בשלעצמו הוא אינדיקציה להיעדר חלופות מצד הביקוש ומשכך לכוח שוק משמעותי בידיה של אס או אס.

62. גילוי דעת כוח שוק מתייחס גם למספרם ומעמדם של המתחרים הנוספים הקיימים בענף, לתנודתיות בנתחי השוק ולמידת התחליפיות בין המוצרים של השחקנים השונים. גם הנחיות הנציבות האירופאית העוסקות באכיפה כנגד פרקטיקות של דחיקה על ידי בעל מונופולין מבהירות כי עצם האחזקה בנתח שוק גדול לאורך זמן מהווה אינדיקציה ראשונית לקיומו של כוח שוק:¹⁸

”Experience suggests that the higher the market share and the longer the period of time over which it is held, the more likely it is that it constitutes an important preliminary indication of the existence of a dominant position and, in certain circumstances, of possible serious effects of abusive conduct, justifying an intervention by the Commission under Article 82”

63. אס או אס פעלה לאורך שנים למעשה כמתחרה היחידה בשוק, כאשר לצידה מתחרים קטנים מאוד עם נתח שוק שולי. בתקופה זו ביססה אס או אס את מעמדה הדומיננטי ופיתחה קשרי נאמנות עם הלקוחות בשוק. מבדיקת הרשות עולה כי שמה של אס או אס מזוהה אצל חלק ניכר מהלקוחות כעוסקת היחידה בתחום תדלוקי השטח וכבעלת מוניטין ואמינות רבים.

64. זאת ועוד, הפער שקיים בין אס או אס לבין המתחרה הבאה אחריה – תדלוקים – המחזיקה [REDACTED], אף הוא אינדיקציה להיעדר ריסון מצד הביקוש ולקיומו של כוח שוק; קיומו של פער גדול בנתחי השוק בין בעל המונופולין ובין מתחריו מחזק את ההנחה שהצרכנים לא מוצאים חלופה להתקשרות עם בעל המונופולין.

65. פרמטר נוסף, המתקיים בעניינו, הוא קיומם של חסמי מעבר בעיני הלקוחות.¹⁹ בתנאים השוררים בשוק תדלוקי השטח, חברת אס או אס היא היחידה המסוגלת לספק את השירות בפריסה ארצית ובהיקפים גדולים והיא נהנית ממוניטין רב בעיני לקוחותיה. ככזאת היא

¹⁸ Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings c 45/7 (24.02.2009), paragraph 15 (להלן **הנחיות הנציבות**).

¹⁹ גילוי דעת כוח שוק, עמ' 8.

מהווה ספק הכרחי עבור לקוחותיה הפועלים בו זמנית במקומות שונים ברחבי הארץ ובפרט כאלה שפועלים באזורים בהם ישנה תחרות מועטה לאס או אס, אך לא רק. כפי שעולה מהמידע שנאסף ברשות, גם בקרב לקוחות שעובדים באזור גיאוגרפי מצומצם ושאתריהם סמוכים זה לזה קיימת תלות מסוימת באס או אס, בהינתן חשש מהכנסת חברה חדשה ופחות מוכרת לכל האתרים והסתמכות עליה בלבד.

66. חסמי המעבר בשוק זה מתחדדים על רקע מדיניות החברה שתוארה לעיל לפיה אס או אס מאיימת בהפסקת ההתקשרות עם הלקוח לחלוטין עם מעבר, ולו חלקי, של הלקוח לספק מתחרה בתדלוקי השטח. מדיניות זו של החברה, נוכח התלות הרבה שיש ללקוחות בשירותיה, מחריפה את החשש של אותם הלקוחות לעבוד עם חברות נוספות במקביל לאס או אס, פן זו תגלה ותפגע להם בשירות תדלוקי השטח.

ד.2.ג ריסון מצד ההיצע

67. דרך נוספת להעריך את כוח השוק של חברה הוא לבחון את הריסון הקיים לה מצד ההיצע, היינו האם קיימים גורמים העומדים על סף השוק וצפויים להיכנס אליו בתגובה להרעת תנאי האספקה, או קיימים גורמים הפועלים בשוק וצפויים להתרחב כתוצאה מכך.

68. שוק אספקת תדלוקי שטח מתאפיין באספקה למספר רב של נקודות קצה, שכן הקבלנים, צרכני השירות העיקריים, מבצעים לרוב עבודות באתרים הפזורים בכל הארץ ובמקרים רבים האתרים משתנים באופן תדיר לפי מיקום הפרויקטים שהם מבצעים. כמו כן, במקרים רבים מדובר בתדלוק בהיקפים מצומצמים ביחס לכל תדלוק, בהתאם לקיבולת הכלי. שירות תדלוקי שטח מתאפיין בכך שמכלית התדלוק מגיעה עד לכלי הרלוונטי ומתדלקת אותו ישירות במקום בו הוא נמצא. מבדיקת הרשות עולה כי תדלוקי השטח מסופקים על ידי מכליות המותאמות לשירות זה. מדובר במכליות קטנות יחסית, המסוגלות לתמרון במרחב הצפוף של אתר בנייה ובתוואי שטח קשה ולהגיע עד לכלי בבדי לתדלוק. זאת להבדיל ממכליות גדולות המספקות דלק לצוברים או לתחנות תדלוק. בשל כך, גם חברה העוסקת בתחום הדלק, ויתכן אף עוסקת בתדלוק צוברים או תחנות תדלוק, אינה מתחרה הנמצא על סף השוק, וגם היא, כשאר המתחרות הפוטנציאליות, תצטרך לפתח מערך חלוקה חדש ורחב.

69. מבדיקת הרשות עולה כי מתחרה חדש המנסה לתת שירות באופן המתחרה באס או אס, על פני מספר שווקים גאוגרפיים, ייאלץ להתמודד עם חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים.

החסם הראשון הוא עלויות הקמת או הרחבת מערך תדלוקי שטח. מערך שכזה כולל את עלויות רכישת מכליות התדלוק המותאמות לשטח ואחזקתן. על פי הערכות, על מנת להעניק שירות שיתמודד עם הפריסה והזמינות של אס או אס יש צורך בסדר גודל של בעשר מכליות. בנוסף לכך דורש המערך הקמת מרכז הזמנות המסוגל לספק מענה מהיר לאורך כל שעות היממה. מבדיקת הרשות עולה כי השחקנים הקטנים בשוק מחזיקים במשאיות בודדות ואין ברשותם מערך הזמנות מסודר, כך שלפעמים מנכ"ל החברה מתפקד גם כמקבל ההזמנות וכנהג.

70. חסם נוסף הוא איתור לקוחות יציבים כלכלית. הפרקטיקה העסקית המקובלת בשוק תדלוקי השטח היא מתן אשראי ללקוחות של כ-60-90 ימים, היינו תשלום לאחר 60-90 ימים ממועד אספקת שירותי התדלוק. פרקטיקה זו חושפת את נותן השירות לסיכון של חדלות פירעון מצד הקבלן ודורשת תשומות ניהוליות רבות שמושקעות מצד הספקים לניהול סיכון זה בצורה מושכלת. היכרות מועטה עם לקוחות מהווה חסם כניסה משמעותי, שכן ספק חדש לא ימהר לתת אשראי ללקוחות שאינו מכיר. נוסף על כך, עצם הצורך להעמיד אשראי ללקוחות דורש מספקי השירות לגייס כספים על מנת לרכוש את הדלק, וגם דרישות מימון אלו מהוות חסם התרחבות משמעותי בפני ספקים קטנים.

71. חסם נוסף הוא חשיבות המוניטין בשוק הן מבחינת זמינות השירות והן מבחינת איכות המוצר. תדלוקי השטח מתאפיינים בדרישה לאספקת השירות בזמן קצר, שכן מחד קיים קושי להעריך מתי בדיוק יזדקקו כלי הצמ"ה לתדלוק ומאידך מרגע שבלי הצמ"ה נדרשים לתדלוק עצירת עבודתם כרוכה בעלויות גבוהות ואף עלולה לעכב את העבודה באתר כולו. משכך, נדבך מרכזי ביחסים המסחריים בין הלקוח וספק השירות הוא אמון הלקוח ביכולת הספק לאספקה מהירה. ספקים חדשים מתקשים לבנות מוניטין שכזה. בנוסף, מבדיקת הרשות עולה שקיים חשש מהותי של לקוחות לגבי איכות הדלק של ספקים קטנים כך שמוטל על ספקים אלה לבנות מוניטין מול הלקוחות גם בעניין זה.

72. כל אלה מתווספים לעלויות כניסה נוספות אשר גם אם אינן מהוות חסם כשלעצמן, משפיעות על קלות הכניסה לשוק: רישיון "יצרן דלק" המעניק לבעליו את היכולת לרכוש את הדלק ישירות מבתי הזיקוק ולחסוך את עלות התיווך ודחייה של תשלום הבלו על הדלק הנרכש ועמידה בדרישות אסדרתיות שונות ובהן: אגרת רישוי שנתי, רישיון הפעלת אתר

אחסנת דלק, קבלת היתר רעלים וחובות דיווח, וכן איתור והכשרת נהגים בעלי רישיון נהיגה על משאית המכילה חומרים מסוכנים.

73. בהיעדר מערכי אספקה מותאמים לתדלוקי שטח, החברות הקטנות מסתפקות באספקת השירות לסוג לקוחות מצומצם, למשל ללקוחות קיימים, ובצורה נלווית לאספקה העיקרית שלהם לאותם לקוחות. אותן החברות מספקות את השירות באזורים תחומים גיאוגרפית, ואינן יכולות לספק תדלוקי שטח למספר רב של לקוחות באותו אזור או בפריסה ארצית, וקל וחומר שלא יספקו ללקוחות באזורים שונים מאזור הפעילות המרכזי שלהן. הקושי לספק למספר רב של לקוחות נובע מכך שבמקרים מסוימים לקוחות מעוניינים בשירות בנקודת זמן ספציפית, למשל בשעות הבוקר עם תחילת יום העבודה. אספקה למספר רב של אתרים באזור גיאוגרפי מסוים שצריכה להיעשות באותה שעה אינה אפשרית עבור חברות קטנות מכיוון שמחייבת אותן להחזיק בצי של מספר מכליות אשר לא ניתן לעשות בו שימוש לכל אורך שעות היום. גם הקושי לספק בכל חלקי הארץ נובע ממערך החלוקה המוגבל שברשות חברות אלו. להוציא את חברת תדלוקים, ברשות רוב החברות משאיות בודדות, מה שמטבע הדברים מגביל את יכולתן להציע את השירות בכל הארץ. לפי הערכות שהושמעו בפני הרשות, על מנת לאפשר אספקה בפריסה ארצית יש להחזיק מערך בסדר גודל של כעשר מכליות. עבור החברות הקטנות הפעילות בשוק, גיוס המשאבים על מנת לרכוש מערך כזה אינו כלכלי.

74. רווחיות הפעילות בתחום תלויה ביכולת לספק כמות מינימלית של דלק בחודש עבור כל מכלית. יכולת זו תלויה בין היתר במספר הלקוחות, גודלם ופריסתם הארצית. כאמור לעיל, תדלוק שטח ממוצע באתר מסוים הוא קטן יחסית, כדי שישתלם לספק להוציא מכלית לתדלוק עליו לוודא שיש מספיק לקוחות או אתרים נוספים להם היא תספק גם כן, אחרת ההכנסות ממכירת הדלקים לא יכסו את עלויות התפעול של השירות.

75. מבדיקת הרשות עולה שחברות הדלק הגדולות במשק (פז, סונול, דור אלון ודלק) לא היו פעילות באופן ממשי בשוק תדלוקי השטח בתקופת ההפרה וחלק מהן נכנסו אליו באופן מצומצם ביותר במהלך שנת 2020. גם כאשר חברות הדלק הגדולות נכנסו לשוק, במהלך שנת 2020, הן עשו זאת בצורה מצומצמת והדרגתית כדי ללמוד את השוק ומאפייניו ולא הייתה להן כוונה להיכנס מיד לפעילות בהיקפים גדולים ובפריסה ארצית. ואכן, גם מנקודת

מבטה של אס או אס בזמן אמת עולה שהיא סברה שחברות הדלק הגדולות אינן מהוות סיכון מבחינת פעילות החברה בשוק והתחרות מולה היא ניצבת.

ד.2.ד כוח השוק של אס או אס

76. מכל המפורט לעיל עולה כי בידי אס או אס ישנו כוח שוק משמעותי בהגדרתו בחוק. התנאים המפורטים לעיל נותנים בידי חברת אס או אס הן את היכולת והן את התמריץ לפגוע בשירות הניתן ללקוחות הרוכשים את השירות ממתחריה.²⁰

ה. ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי – הפרה של סעיף 29א לחוק

77. חברת אס או אס ניצלה את מעמדה לרעה בהנהגת מדיניות של בלעדיות על ידי איום במניעת שירותי תדלוקי שטח ללקוחותיה שהחלו לעבוד גם עם ספקים אחרים באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. אס או אס קשרה בין שירותי תדלוקי שטח באתרים שונים ואיימה להפסיק את מתן שירותי תדלוקי השטח ללקוחות שיפסיקו לרכוש ממנה בבלעדיות.

78. כבר עמדנו לעיל על מעמדה המונופוליסטי של אס או אס, על כוח השוק שבידה ועל-כך שקיימים אזורים בארץ וכן היקפי רכישה שבהם שירותיה הם בבחינת מוצר הכרחי עבור לקוחות הזקוקים לתדלוקי שטח. התנהלות החברה המתוארת בהחלטה זו ומעשיה יש בהם כדי להרתיע לקוחות מלרכוש מוצרים ממתחרי החברה, ולאלצם לרכוש דווקא את מוצרי החברה. התנהגות זו עלולה הייתה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור ומהווה הפרה של הוראות החוק.

ה.1. סעיף 29א לחוק – ניצול מעמד לרעה של בעל מונופולין

79. סעיף 29א(א) קובע סטנדרט התנהגות לפיו בעל מונופולין:

”לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.”

80. סעיף 29א(א) לחוק מורכב משלושה יסודות: בעל מונופולין; ניצול לרעה של מעמדו בשוק; באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור.²¹ כפי שיפורט להלן,

²⁰ ראו: הנחיות הנציבות, לעיל, פס' 19.

²¹ ה"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 49 (פורסם בנבו, 16.12.2009).

התנהגותה של חברת אס או אס עונה על כל שלושת יסודות הסעיף ומהווה ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א(א) לחוק.

81. היסוד הראשון בסעיף 29א(א) הוא היותו של המפר בעל מונופולין כהגדרתו בסעיף 26(א) לחוק. אס או אס היא בעלת מונופולין בשוק תדלוקי השטח.

82. היסוד השני הנדרש להוכחת הפרה של סעיף זה בחוק הוא ניצול מעמד לרעה על ידי בעל המונופולין. מעשיו של בעל מונופולין עשויים להיחשב כניצול מעמד לרעה כל אימת שמדובר בהתנהלות שיש בה כדי להקשות על מתחריו במידה העולה על הנדרש שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין.²²

83. אס או אס עשתה שימוש בכוח השוק שבידה על דרך של התניית אספקת שירותיה בבלעדיות, ובכך הציבה חסמים בפני שחקנים המבקשים להתחרות באס או אס באספקת שירותי תדלוקי שטח. מדיניותה של אס או אס לוויתור באיום על לקוחותיה שהחלו לעבוד גם עם ספקים אחרים כי תופסק כלל ההתקשרות עמם אם לא יחדלו מהתקשרות מקבילה עם מתחרותיה.

84. באופן זה הפכה אס או אס את גודלה ופריסתה הארצית לחסם כניסה בפני מתחרים פוטנציאליים וחסם התרחבות בפני מתחרים קיימים. מדיניותה של אס או אס לפיה תופסק כלל ההתקשרות עם לקוח שהחל לעבוד, ולו באופן חלקי, עם מתחרה של אס או אס מאלצת מתחרים אלה "למלא את החלל" שיצרה אס או אס ולהציע ללקוח שירות מלא הן מבחינת פריסה ארצית והן מבחינת היקפי אספקה. מצב זה מציב את מתחרותיה פעמים רבות בפני בחירה בנוסח "הכול או כלום". במקרים שהמתחרים לא מסוגלים לספק את הכול – הם נחסמים מלספק ללקוח את השירות.

85. היסוד השלישי הנדרש על מנת לבסס הפרה של סעיף 29א(א) הוא להראות כי מעשיו של בעל המונופולין עלולים להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. מהמילה "עלול" עולה כי לשם ניצול מעמד לרעה לא חייבת להיגרם תוצאה של פגיעה בפועל בתחרות או

²² ת"כ 16-01-40796 חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות, פס' 185 (פורסם בנבו, 23.06.2020) (להלן עניין נמל אשדוד). להרחבה ראו גם אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 5, עמ' 300.

בציבור, ודי בהסתברות לפגיעה כזו.²³ הבחינה האם התנהגות של בעל מונופולין עלולה לפגוע בתחרות או בציבור תיעשה באופן אובייקטיבי על פי נסיבות השוק הנבחן.²⁴

86. במקרה דנן, התנהגות אס או אס מאיימת על הלקוחות בהפסקה כוללת של מתן שירות תדלוקי השטח אם יחלו לרכוש שירות זה ממתחרותיה, ומאותתת כלפי כלל הלקוחות, גם אלו שלא אוימו ישירות, שגורלם יהיה זהה. כמו כן, מעשיה של אס או אס מרתיעים את המתחרות עצמן, שיחששו פן אס או אס תקשה על חדירתן לשוק, שכן סביר שהתנהלות שתוארה לעיל תיתפס על ידן כ"תמרור אזהרה" מפני נקיטת צעדים נוספים להתרחבות בשוק; וכן מרתיעה את המתחרות הפוטנציאליות מכניסה לשוק, זאת על דרך של הערמת קשיים בהם הן צפויות להיתקל אם יבקשו להתחרות באס או אס ואשר עלולים להשפיע על מידת הכדאיות ומידת פעילותן בשוק.

87. בהתנהגות זו יש כדי להקים עלילות לפגיעה בתחרות; יש בכוחה להרתיע לקוחות מרכוש שירותים גם ממתחריה של אס או אס, להקשות על המתחרים ולהחליש את יכולתם להתחרות. התנהגותה של אס או אס עלולה להקשות על כניסתם של מתחרים לשוק תדלוקי השטח בשל החשש מחסימה, או למצער פגיעה, בגישה ללקוחות בשוק.

88. אס או אס זיהתה את האיום התחרותי מניסיונותיה של תדלוקים להיכנס לשוק, וזאת לאחר שנים בהן הייתה החברה היחידה בשוק. מחומר הראיות שנאסף על ידי הרשות עולה כי אס או אס שמה לה יעד ופעלה להוצאת תדלוקים מאתרים אליהם הצליחה לחדור ולחיסול הקשר העסקי בין תדלוקים ולקוחותיה, שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין.

89. הלכה למעשה, לקוחות כלפיהם הופעלה המדיניות הועמדו מול איום בהפסקת אספקה ואולצו לבחור בין עבודה בלעדית עם אס או אס לבין הפסקת עבודה מוחלטת, ובכך נשללה מהם אופציה תחרותית נוספת של חלוקת קבלת השירותים משני ספקים שונים.

²³ ה"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים, פס' 65 (פורסם בנבו, 16.12.2009) (להלן: **בזק – קישור הגומלין**). ראו גם עניין נמל אשדוד, לעיל ה"ש 21, בפסקאות 164, 173 ו-235.

²⁴ שם, ראו גם: קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק התחרות הכלכלית התשמ"ח-1988 בדבר ניצול מעמד לרעה בשוק שירותי המחזור של מבלי משקה החייבים בפיקדון (14.7.2013) **הגבלים עסקיים** 500420, פס' 16 לקביעה. ראו עוד: ת"א 11-07-33666 **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.

90. מבדיקת הרשות עולה כי לפחות חלק ממתחרותיה של אס או אס למדו על מדיניות החברה מלקוחותיהן שאוימו על-ידיה, או מלקוחות פוטנציאליים שסירבו לרכוש מהם את השירות. כאמור לעיל, מדיניות שכזו משנה את מערך התמריצים שרואים המתחרים של אס או אס, מעלה את חסמי הכניסה לשוק עבורם, ובכך עלולה לפגוע בתחרות. גם אם לא אותרו מקרים רבים בהם הפעילה אס או אס את מדיניותה, הרי שיש לתת את הדעת לכך שאס או אס עצמה תיארה את הפרקטיקה כמדיניות שאותה אימצה. יתר על כן, הרשות צמצמה את היקפי בדיקתה על רקע טענות מצד אס או אס בדבר ההכבדה שגורמת לה בדיקה מקיפה וכוללת. על רקע כל אלה אין במספר המצומצם של מקרים שנמצאו ליישום המדיניות בפועל כדי לשנות את המסקנה שהמדיניות כשלעצמה עלולה הייתה להפחית את התחרות ולפגוע בציבור, ושהחברה נקטה צעדים על מנת להוציא את המדיניות אל הפועל.²⁵

91. יתרה מכך, מהתכתבויות נושא המשרה עם לקוחות החברה ניתן ללמוד על המטרה האנטי תחרותית שבמעשי החברה וגם בכך יש כדי להעיד על כך שהתנהלותה של החברה עשויה הייתה להביא לתוצאה אליה חתרה. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת בזק רפפורט בעניין נמל אשדוד:

”אם כן, בענייננו יש ראיות ברורות לכוונה אנטי תחרותית. אף שאין צורך להוכיח שבעל המונופולין התכוון לפגוע בתחרות, יש בכך כדי לחזק את מבחן העלילות, שכן חזקה על בעל מונופולין שקובע הנחות מטרה על מנת למנף את כוחו ולמנוע הסטת ביקושים למתחרה, שהתנהלותו עשויה להביא לתוצאה אליה כיוון את מעשיו. ממילא יש בראיות אלו גם כדי להחליש את הטענה כי הנחת המטרה נקבעה כדי לשרת מטרות תפעוליות לגיטימיות. נובח כל אלו נראה כי ההגנה על פיה הנחות המטרה נעשו משיקול ענייני, במסגרת תחרות לגופו של עניין, דהיינו לתכלית עניינית ראויה, איננה עומדת לנמל אשדוד.”

26

92. כדי לשלול את השפעת האיום בהיבט הגיאוגרפי שלו החברה הציגה במהלך השימוע ניתוח של הלקוחות שפועלים באתרים מרוחקים ולא מרוחקים במקביל, נכון לדצמבר 2019. על פי ניתוח החברה כ- [REDACTED] בלבד מכלל הלקוחות פועלים באתרים מרוחקים. ”אתר מרוחק” הוגדר בניתוח באופן המצומצם ביותר (רמת הגולן, עמק החולה ואילת). על אף זמינות

²⁵ ראו קביעת הממונה בדבר ניצול מעמד לרעה – בזק בינלאומי (9.11.97) **רשות התחרות** 3010364, עמ' 28.

²⁶ ענין אשדוד, לעיל ה"ש 22, פס' 207.

הנתונים התחשיב לא נתן ביטוי להיקף הרכישות של הלקוחות שלהם אתרים מרוחקים. שיעור הרכישות של לקוחות ב"אתר מרוחק" לפי הגדרת החברה עומד על כ- [REDACTED]

93. מהשיחות שקיימה הרשות עולה שההיבט הגיאוגרפי חשוב לא רק ביחס לאתרים מרוחקים כמו שבחנה החברה אלא גם בין אזורים שונים בארץ. לדוגמה, מתחרים שפועלים בצפון יטו לא לספק לאתרים במרכז ובדרום מכיוון שהפעילות תהיה הפסדית עבורם. לכן ביצענו ניתוח על אותו בסיס נתונים של החברה שבחן את שיעור הלקוחות והרכישות הכמותיות שלהם שהיו להם אתרים ביותר מאזור אחד בארץ בחלוקה לצפון-מרכז-דרום. הניתוח העלה ששיעור הלקוחות עומד על כ- [REDACTED] ובמונחי שיעור מכלל הרכישות כ- [REDACTED] כלומר, בניגוד לטענת החברה חלק משמעותי מהלקוחות ומהרכישות שלהם נתון להשפעה של מדיניות האיום של החברה בהיבט הגיאוגרפי.

94. בנוסף כדי להדוף את השפעת האיום בהקשר של גודל החברה והיקפי האספקה שלה, טענה החברה בשימוע שכל מתחרה שמחזיק במכלית אחת יכול לספק את הביקוש של כל אחד מלקוחותיה הגדולים.

95. טענה זו מתעלמת מהפיזור הגיאוגרפי של האתרים של אותם לקוחות גדולים, מהצורך לספק במקביל למספר רב של אתרים ומיתרונות לגודל שמאפיינים את שוק תדלוקי השטח. כך למשל רווחיות הפעילות בתחום תלויה ביכולת לספק כמות מינימלית של דלק בחודש עבור כל מכלית. יכולת זו תלויה בין היתר במספר הלקוחות, גודלם ופריסתם הארצית. מכיוון שתדלוק שטח ממוצע באתר מסוים הוא קטן יחסית, כדי שישתלם לספק להוציא מכלית לתדלוק עליו לוודא שיש מספיק לקוחות או אתרים נוספים להם אותה מכלית תספק גם כן. אחרת ההכנסות ממכירת הדלקים לא יכסו את עלויות התפעול של השירות. ככל שלספק יש מספר לקוחות ואתרים גדול יותר כך ישתלם לו יותר להיכנס לתחום או להתרחב בו. גם חסימה של חלק מהלקוחות פוגעת ביכולת להשיג את אותם יתרונות לגודל והגעה ליעילות תפעולית ולכן פוגעת בכדאיות הכניסה לשוק עבור מתחרים.

96. הנה כי כן, חברת אס או אס פעלה על מנת לבצר את מעמדה כבעלת מונופולין בתחום תדלוקי השטח וניצלה לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. והכל, בניגוד להוראות סעיף 29א(א) לחוק.

ה.1.א סעיף 29א(ב)(4) – התניית ההתקשרות בתנאים שאינם נוגעים לנושא

ההתקשרות

97. 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.”

98. אם כן, הסעיף קובע, כי קשירה בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר אינם נוגעים

לנושא ההתקשרות יש בה משום ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין בשוק, באופן

העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.²⁷

99. בפרשת ידיעות אחרונות,²⁸ נדונו התנאים לתחולתו של סעיף 29א(ב)(4) ונקבע כי הסעיף

כולל שני יסודות עיקריים מלבד קיומו של בעל מונופולין:

א. מדובר בשני מוצרים נפרדים ולא במוצר אחד. בחינה זו נעשית על ידי הערכת

הביקוש למוצרים בנפרד, מול הערכת הביקוש למוצרים כחבילה ובירור השאלה

האם קיים בכלל ביקוש למוצרים בנפרד.

ב. הקשירה איננה בהתאם ל”תנאי מסחר מקובלים”.

100. כמתואר לעיל אס או אס התנתה את אספקת שירותיה באתרים בהם מתחרותיה מתקשות

לספק את השירות, לאור מגבלת כושר הייצור של מתחרותיה, בבלעדיות מוחלטת של

הלקוח והפסקת ההתקשרות עם המתחרים באתרים בהם מתחרותיה יכולות לספק את

השירות. היינו אס או אס קשרה בין האתרים בהם מתחרותיה יכלו ואף ניסו לספק את

השירות, ובין אתרים בהם התקשו מתחרותיה לספק את השירות, ומשכך לא היוו כל רסן

תחרותי ממשי.

²⁷ ה”ע (מחוזי ירושלים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ’ ידיעות אחרונות בע”מ, פס’ 136, (פורסם בנבו, 04.11.1999).

²⁸ שם, פס’ 137-136.

101. קשירה כמתואר לעיל העוסקת ביחסי המסחר שבין הלקוח לבין מתחרותיה של אס או אס איננה תנאי מסחרי הנוגע לנושא ההתקשרות, שכן הוא נוגע להתקשרות הלקוח עם נותן שירות אחר ולא להתקשרות שבין הלקוח ובין אס או אס.

102. ניקח לדוגמה שני לקוחות זהים מבחינת כל תנאי המסחר, כגון כמויות הרכישה, מספר האתרים ומיקומם וכדומה. האחד הפסיק לרכוש מאס או אס את השירות באתר עקב סיום העבודה והשני הפסיק לרכוש מאס או אס באתר זהה ועבר לרכוש ממתחרה, הראשון ימשיך לקבל את השירות באתרים האחרים מאס או אס בעוד שלשני אס או אס תחדל מלספק את השירות.

103. אינדיקציות נוספות להיות התנאי כזה אשר איננו נוגע מטבעו לתנאי המסחר המקובלים הן העובדות כי תנאי זה לא הותנה על ידי אף חברה אחרת בתחום (וזאת על אף שישנה עוד חברה אחת לפחות המתיימרת לתת שירותי תדלוקי שטח בכל הארץ) ושגם מנקודת מבטם של הלקוחות לא עלתה דרישה לאספקה בלעדית של ספק ספציפי. החשש העולה מקשירה זו הוא שאס או אס עלולה למנף את הכוח המונופוליסטי שיש לה באתרים בהם מתחרותיה מתקשות לספק שירותי תדלוקי שטח לאור מיקום האתר או לאור הכמויות הנדרשות על ידי הלקוחות באזור, לאתרים בהם ישנה מתחרה המבקשת לספק את השירות. זאת לשם דחיקת רגליהם של מתחריה מהשוק, הגבהת חסמי הכניסה לשוק בפני מתחרים פוטנציאליים ופגיעה בחופש הבחירה של הלקוח על ידי כפייתו לרכוש את שירותי החברה בניגוד לרצונו. כל זאת תוך ניצול היתרון המלאכותי שמקנה לו הקשירה, המבוסס על מעמדה של אס או אס באתר הקושר, ולא בשל יתרון תחרותי אחר שאס או אס מציעה לו.

ה.2. קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה

104. נוכח המתואר לעיל החלטתי, מכוח הסמכות המוקנית לי בסעיף 43(א)(5) לחוק, כי חברת אס או אס ניצלה לרעה את מעמדה בשוק תדלוקי השטח בניגוד להוראת סעיפים 29א(א) ו-29א(ב)(4) לחוק.

1. הטלת עיצום כספי

1.1. כללי

105. תיקון 13 לחוק במסגרתו הוסף פרק ז' שעניינו עיצום כספי מקנה לממונה סמכות, בכפוף להיוועצות עם וועדת פטורים ומיזוגים להטיל עיצום כספי על מי שמפר את הוראות החוק

ומסדיר את האופן להטלתו. סעיף 50ד(א)(3) לחוק, בנוסחו טרם תיקון מספר 21 לחוק, שהוא נוסח החוק הרלוונטי בענייננו, מקנה לממונה סמכות להטיל עיצום כספי על תאגיד, בשיעור של עד שמונה אחוזים ממחזור המכירות שלו, ובלבד שמחזור המכירות שלו בשנה שקדמה למועד ההפרה עלה על 10 מיליון ש"ח. כמו כן, החוק בנוסחו אז קבע תקרה לגובה העיצום הכספי – סכום העיצום לא יעלה על 24,563,540 ש"ח בגין הפרה.

106. התאמת העיצום לגובה מחזור המכירות מאפשרת שמירה על מידתיות העיצום ובה בעת להבטיח את יעילותו של העיצום הכספי כסנקציה מרתיעה; על-ידי התאמת העיצום למחזור המכירות נמנע מצב של הרתעת-חסר, בו תאגיד בעל עוצמה כלכלית לא חושש להפר את חוקי התחרות שכן גם אם ייתפס – הרי שיתכן שהעיצום הכספי שיוטל עליו יהיה נמוך בהתחשב בכלל הכנסותיו, עד כדי כך שעבורו ההפרה משתלמת.

107. ביום 10 בינואר 2019 נכנס לתוקפו תיקון מס' 21 לחוק. כחלק מהתיקון, תוקן פרק ז' והתקרה הקבועה שהממונה רשאית להטיל על תאגיד שהפר את החוק שונתה והיא עומדת כיום על 100 מיליון ש"ח. לא חל שינוי בנוסח החוק ביחס למפר שהוא יחיד.

108. מכיוון שעיקר הראיות בתיק מקורן מהתקופה שקדמה לכניסתו לתוקף של תיקון מס 21 לחוק וכיוון שממילא נמצא כי אין שוני בגובה העיצום, העיצום ייקבע בהתאם לחוק בנוסחו במועד תחילת ההפרה.

109. סעיף 50ד(א)(3) לחוק מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי, לאחר התייעצות עם וועדת פטורים ומיזוגים, בין היתר, על אדם שעשה מעשה המהווה סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש נכס או שירות שבמונופולין, בניגוד להוראות סעיף 29, וכן על אדם שעשה מעשה המהווה ניצול לרעה של מעמד בניגוד להוראות סעיף 29א, ובלבד שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה ברשומות.

110. ביום 24 באוקטובר 2012 פורסמה ברשומות הודעת הממונה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי.²⁹ במסגרת הודעה זו נקבע, בין היתר, כך:

"בתוקף סמכותי לפי סעיף 50ד(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – החוק), אני קובע בזה כי מעשה או מחדל כמפורט להלן הוא בר עיצום כספי, אם הוא מהווה סירוב בלתי סביר

²⁹ הודעה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, י"פ התשע"ג 6487.

לספק או לרכוש נכס או שירות שבמונופולין בניגוד לסעיף 29 לחוק, או ניצול לרעה של מעמד בעל מונופולין בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק:

(1) יצירת חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף בהגדרתו 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;

"....."

111. כמובא לעיל, בנסיבות המתוארות בהודעה זו, התנהגות חברת אס או אס עולה כדי הפרה של סעיפים 29א(א) ו-29א(ב)(4) לחוק, והיא בת עיצום כספי כמפורט בהודעת הממונה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי.

112. סעיף 50 לחוק מפרט רשימה בלתי ממצה של שיקולים אותם תשקול הממונה בבואה לקבוע את סכום העיצום הכספי. גילוי דעת 1/16: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי (26.10.2016) **רשות התחרות** 501072 (להלן **גילוי הדעת טרם תיקונו**) מפרט את אמות המידה והשיקולים שיישקלו בקביעת גובה העיצום הכספי.³⁰

113. להלן יפורטו השיקולים בקביעת גובה עיצומים שמצאתי לנכון להטיל על חברת אס או אס ונושא המשרה בה, בגין הפרת הוראות החוק.

2.1. קביעת גובה העיצום

114. גילוי הדעת טרם תיקונו מתווה ארבעה שלבים לקביעת סכום העיצום הכספי עבור תאגיד בדלקמן:

115. **בשלב הראשון** נקבע העיצום המרבי האפשרי עבור אס או אס בגין ההפרה.

³⁰ להשלמת התמונה, ביום 20 בפברואר 2019, בעקבות תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית התמ"ח-1988, פרסמה הממונה להערות הציבור תיקון לגילוי דעת 1/16. ראו תיקון גילוי דעת 1/16: שיקולי הממונה ל התחרות בקביעת גובה עיצום כספי (20.2.2019) **רשות התחרות** 501635 (להלן **גילוי דעת 1/16 המתוקן**).

116. מחזור המכירות המשוקלל הכולל של החברה בתקופה הרלוונטית להפרה הוא מחזור המכירות בשנים 2015-2018 העומד על כ- [REDACTED] מיליון ש"ח. לפיכך, סכום העיצום המרבי שניתן להטיל על אס או אס בגין ההפרה דנן הוא [REDACTED] ש"ח, שמונה אחוזים ממחזור המכירות הרלוונטי.³¹

117. **בשלב השני** נשקלו נסיבות הנוגעות להפרה עצמה ועיקרן מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור, בשים לב לזמן התמשכותה. בהתאם לחומרת ההפרה נקבע עיצום הבסיס כשיעור באחוזים בין 5% ל-90% מתוך סכום העיצום המרבי.

118. במסגרת שיקול זה נלקחו בחשבון חומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור, בהתחשב בטיב ההפרה ובנסיבות העניין. פוטנציאל הפגיעה בתחרות הנובע ממעשי אס או אס, המקשים על מתחרי החברה ומחלישים את יכולתם להתחרות על הלקוחות הוא גבוה ומצדיק הטלת עיצום כספי משמעותי.

119. חברת אס או אס פועלת כמעט ללא מתחרים בשוק תדלוקי השטח. מלבד אס או אס פועלות בשוק גם חברת תדלוקים שגודלה כ- [REDACTED] מאס או אס ומספר מצומצם של חברות שנותנות את השירות בעיקר כשירות נלווה לשירותים אחרים ובהיקפים זניחים. החברה שומרת על נתח השוק המשמעותי שלה ועל כוח השוק העומד לרשותה במשך שנים רבות. בפרט, בכל השנים הרלוונטיות למעשה ההפרה החזיקה החברה בנתח שוק של מעל 80%.

120. כפי שפורט לעיל, אס או אס נקטה במדיניות לפיה החברה לא תספק שירות תדלוקי שטח ללקוח לאחר שזה החל לעבוד עם ספק מתחרה של אס או אס ויישמה אותה במעשים "בשטח".

121. מבדיקת הרשות עולה כי לקוחות מגלים תלות באספקה סדירה ואמינה של השירות. לאור זאת, ולאור מעמדה של אס או אס בשוק, איום בהפסקת השירות צפוי לגרום ללקוחות להימנע מהתקשרות עם מתחרותיה של אס או אס. הנזק הפוטנציאלי מפגיעה כזו עשוי

גילוי הדעת קובע כי כאשר ההפרה התבצעה על פני יותר משנה קלנדרית אחת, מחזור המכירות הרלוונטי לקביעת גובה העיצום יחושב בממוצע משוקלל, בו יילקחו בחשבון משקלם היחסי של מחזורי המכירות השנתיים בשנים שקדמו לכל השנים בהן בוצעה בהן בוצעה ההפרה. בעניינו, מאחר שההפרה נמשכת על פני מספר שנים, ולכל הפחות למן ינואר 2016 ועד ליוני 2019, מחזור המכירות הרלוונטי חושב על בסיס ממוצע משוקלל של מחזורי המכירות לשנים 2015-2018 (בהתאם למספר חודשי ההפרה בכל שנה). בהתאם לגילוי הדעת מחזור המכירות המשוקלל לוקח בחשבון את מחזורי המכירות של כלל הגופים השולטים או הנשלטים על ידי ובידי החברה, וכל גוף הנשלט או שולט במי מהם, במישרין או בעקיפין, והכל במועד ההפרה.

להיות משמעותי ללקוחות, שכן אלו יאלצו להשבית את כלי העבודה המונעים בדלק באתר ולפגוע בקצב התקדמות הפרויקט. במצב דברים זה, אפילו החשש מפגיעה בתנאי האספקה, גם אם אינה עולה כדי איום מפורש להפסיק לספק כפעולת תגמול על עבודה עם מתחרים באתרים אחרים של הלקוח, מונע מהלקוח מלהתקשר עם מתחרותיה של אס או אס. כאשר לקוח אס או אס מצוי תחת איום שאם יעבוד במקביל עם מתחרה של החברה, הדבר עשוי לעלות לו כדי ביטול ההתקשרות כולה מול חברת אס או אס, ברי כי היכולת של מתחרים לשכנע את הלקוח לצרוך גם מהם שירותי תדלוק שטח פוחתת באופן ניכר.

122. לפיכך, פוטנציאל הפגיעה התחרותית הנובע מהתנהגות אס או אס הוא משמעותי. בנוסף, דבריו של נושא המשרה לא משאירים מקום לספק בנוגע למטרה העומדת בבסיס ההפירה – למנוע כניסת מתחרים חדשים ולדחוק את הקיימים. הפעלת הפרקטיקה המוזכרת לעיל על ידי החברה טומנת בחובה חומרה מיוחדת, לאור פוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בהפירה נוכח הפעלתה בסמוך לכניסת מתחרה משמעותי ראשון לשוק, חברת תדלוקים. בנוסף, ההפירה נמשכה גם לאחר שהובאו לידיעת החברה טענות המתחרים לכך שהתנהלות החברה פוגעת ביכולתן התחרותית.

123. עצם הידיעה על מדיניות כזו מצד החברה עלולה להרתיע לקוחות ומתחרים ואין צורך במימוש האיום על מנת שייווצר חשש לפגיעה בתחרות. יחד עם זאת, תדירות מימוש האיום עשויה בנסיבות מסוימות להשפיע על עוצמתו ואמינותו ובהתאם לכך על מידת הפגיעה בתחרות שנגרמת ממנו. לעומת זאת נשקלה לקולה העובדה שהרשות מצאה רק שלושה מקרים בהם יושמה המדיניות באופן מובהק. בנוסף, בשניים מהמקרים האיום לא צלח והלקוחות לא הפסיקו את עבודתם מול הספק המתחרה. בצד נסיבות אלה לקולה, יש לציין כי הראיות שבפני הממונה מלמדות גם על מדיניות רחבה ומתמשכת. הדברים עולים הן מדבריו של נושא המשרה הבכיר המעורב בהפירה בעצמו והן מעדויות שעלו ממתחרים שונים ומלקוחות על מדיניות זו.

124. ההפירה המתוארת נמשכה לכל הפחות שלוש שנים, למן מועד האיום הראשון שהתגלה לרשות, בתחילת שנת 2016, ועד לסוף שנת 2018. אין בידי הרשות ראיות לשינוי המדיניות של החברה, לא בעקבות הליכי הבירור שביצעה הרשות ולא בכלל. אף אס או אס לא טענה כי שינתה באופן כלשהו את מדיניותה מאחר שלא הודתה בקיומה. לטענת המפרים בחודש יוני 2019 העבירה אס או אס הדרכות לעובדיה המבהירות שהמדיניות המתוארת לעיל

אסורה. אס או אס אמנם לא הביאה ראיות לביצוע הדרכה כאמור, אך מטעמי זהירות נקבע יוני 2019 כמועד האחרון להפרה.

125. כמתואר לעיל, במהלך תקופת ההפרה ניהלה אס או אס מדיניות של דרישת בלעדיות מלקוחותיה שגובתה באיומים ואף בהפסקת עבודה בפועל. מדובר במשך זמן משמעותי בשנים לב לסוג ההפרה.

126. נוכח חומרת ההפרה כפי שבאה לידי ביטוי כאמור לעיל ובהתחשב במשכה של ההפרה ולאחר ששמעתי את המפרים ונועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים החלטתי להעמיד את שיעור עיצום הבסיס שיוטל על אס או אס על 45% מסכום העיצום המרבי. לכתחילה שקלתי לייחס חומרה רבה יותר להפרה ולהעמיד את שיעור עיצום הבסיס על שיעור גבוה יותר. אך לאחר שנועצתי בוועדת המיזוגים סברתי שמן הראוי להפחית את עיצום הבסיס לשיעור נמוך יותר בעיקר על רקע הטענה שבחלק מהמקרים איומיה של אס או אס לא צלחו. בצד ההפחתה שלקחה בחשבון עובדה זאת הותרתי את עיקר שיעור עיצום הבסיס על כנו, היות שמצאתי בתלונות המתחרות ובשיחות שהתקיימו איתם ועם לקוחות ראיות מספיקות לכך שהאיומים של אס או אס אמנם השפיעו, חילחלו והקימו חשש ליכולתן של מתחרות להיכנס לשוק.

127. **בשלב השלישי** נבחנו נסיבות הנוגעות להתנהגות אס או אס ביחס להפרה ובכלל זה חלקו של המפר בהפרה ופעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה. בכלל נסיבות אלו עשויות להוביל להפחתה בשיעור של עד 50% מעיצום הבסיס או להעלאה בשיעור של עד 20% מעיצום הבסיס.

128. פעולות שנקטה אס או אס למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה – דבר ההפרה לא הובא לידיעת הממונה על ידי חברת אס או אס, אלא התגלה במהלך בירור שערכה הרשות אגב תלונה שהגיעה לפתחה. יתרה מכך, מבדיקת הרשות עולה כי לא נעלם מעינה של אס או אס העובדה שמעשיה נבחנים על ידי הרשות ואף על פי כן המשיכה במעשיה.

129. חלקה ומעמדה של החברה – אס או אס ביצעה את ההפרה בעצמה וללא מעורבות של תאגיד אחר ולכן שיקול זה אינו רלוונטי בנסיבות העניין. נוכח אלה החלטתי שלא להפחית ולא להחמיר בגין סעיף זה מגובה העיצום.

130. **בשלב הרביעי** נבחנו נסיבות חיצוניות להפרה.

131. קיומן של הפרות קודמות ומועד ביצוען – ביום 4 באוקטובר 2018 ניתן תוקף של צו מוסכם להסכמה בין הרשות ובין חברת אס או אס בגין ביצוע מיזוג על ידי חברת אס או אס בטרם קבלת אישור הממונה, וזאת ללא הודאה של אס או אס בהפרה של הוראה מהוראות החוק. משכך, החלטתי מחד גיסא שלא להפחית מסכום העיצומים בגין היעדר הפרות קודמות ומאידך גיסא שלא להוסיף על הסכום שכן המדובר בצו מוסכם שנעשה עם החברה ללא הודאה.

132. ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי – סכום העיצום הופחת ב-25% משיקולי ראשית אכיפה ובהתאם למפורט בגילויי הדעת טרם תיקונו.

133. שיקולים נוספים – במסגרת בדיקת הרשות הצטיירה תמונה חריגה של התנהלות אגרסיבית ומתריסה מצד נושא המשרה הבכיר בחברה כלפי לקוחות שיצרו קשרים עסקיים עם ספקים מתחרים. התנהלות מתריסה זו התייחסה, בין היתר, כלפי מי שפנה לרשות התחרות בתלונה נגד החברה, ובשל העובדה שבחר לעשות כן. התנהלות זו העלתה חשש של ממש להתרעת השחקנים בשוק מפניה נוספת או משיתוף פעולה עם הרשות. משכך החלטתי להחמיר את גובה העיצום ב- [REDACTED]

134. בהתחשב במכלול השיקולים שפורטו לעיל בגין ההפרה של הוראות סעיפים 29א(א) ו-29א(ב)(4) מצאתי לנכון להטיל עיצום כספי על חברת אס או אס בגובה 6,362,174 ש"ח.

נושא המשרה

135. סעיף 50 לחוק מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי על אדם שהפר הוראה מהוראות החוק המפורטות בסעיף, לאחר היוועצות עם וועדת פטורים ומיזוגים. כמפורט בגילויי הדעת, עיצום כספי על יחידים יוטל ככלל רק אם ההפרה הקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, וכן ניתן לעמוד בצורה ברורה ובהתאם לאמות המידה המקובלות בדיון המנהלי על זהות היחיד שביצע את ההפרה או אחראי לביצועה. לפיכך, כשמדובר בהפרת חוק המקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, האינטרס הציבורי מצדיק הטלת עיצום כספי על יחידים.³²

³² ראו לעניין זה קביעה בעניין חברת חשמל ונושאי משרה (06.03.2017) **רשות התחרות** 501200, עמ' 30 ובעניין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ונושא משרה בה (04.09.2019) **רשות התחרות** 501680, עמ' 53 שם הוטלו עיצומים כספיים אישיים על נושאי משרה בחברה, לאחר שנמצא כי ההפרה מקימה פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות.

136. סעיף 50ד(א)(3) לחוק מסמך את הממונה, לאחר היוועצות עם וועדת פטורים ומיזוגים, להטיל עיצום כספי על יחיד שעשה מעשה המהווה ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק, בסכום שלא יעלה על 1,035,730 ש"ח בגין ההפרה, נכון למועד הודעת כוונת החיוב.

137. בנסיבות העניין, נושא המשרה, היה מעורב באופן אקטיבי בהפרה. כאמור לעיל, אס או אס אימצה את המדיניות המתוארת מתוך כוונה לדחוק את מתחרותיה מהשוק, והמדיניות הובאה לידיעת לקוחותיה של אס או אס ואף נודעה למתחרותיה. מהראיות שנאספו על ידי הרשות עולה כי מדיניות זו יושמה על ידי נושא המשרה עצמו, אשר הודיע עליה ללקוחות שביקשו לרכוש תדלוקי שטח מהמתחרים. במספר מקרים, לאחר שנודע לנושא המשרה כי לקוח החל לצרוך תדלוקי שטח גם ממתחרה של החברה, פנה נושא המשרה אל הלקוחות והודיע להם כי הוא יספק להם שירות רק בתנאי שיפסיקו את ההתקשרות עם המתחרים. נושא המשרה הוא זה שהודיע ללקוחות אלה כי מדובר במדיניות החברה ובהחלטה אסטרטגית של החברה, ונושא המשרה הוא זה שדרש מהלקוחות באופן ישיר להפסיק את ההתקשרות עם המתחרים.

138. מעורבותו הישירה של נושא המשרה הבכיר בהפרה, לצד העובדה שאס או אס ניצלה מעמדה לרעה בניגוד להוראות החוק באופן שהקים פוטנציאל לפגיעה של ממש בתחרות, הביאוני להחלטה להטיל עיצום כספי אישי גם על נושא המשרה.

139. **בשלב הראשון** בקביעת גובה העיצום על נושא המשרה בכוונתי לקבוע כי סכום העיצום המרבי ממנו ייגזר עיצום הבסיס בתקופה הרלוונטית הוא [REDACTED] ש"ח. זאת בהתבסס על ממוצע משוקלל של הכנסות נושא המשרה בשלוש השנים שקדמו להפרה, ולפי גילוי הדעת המתוקן המקל עם נושא המשרה.

140. **בשלב השני** נשקלו נסיבות הנוגעות להפרה עצמה; כפי שהוסבר לעיל, פוטנציאל הפגיעה התחרותית הנובע ממדיניות הדרישה לבלעדיות של אס או אס הוא משמעותי ולפיכך מצדיק הטלת עיצום בשיעור מתאים. מבדיקת הרשות עולה כי נושא המשרה היה אחראי לביצוע ההפרה המיוחסת לאס או אס משך כל תקופת ההפרה. בהתחשב בכך מצאתי כי אין הצדקה לסטות משיעור עיצום הבסיס שנקבע ביחס להפרה המיוחסת לאס או אס, היינו 45%.

141. **בשלב השלישי** נבחנו נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר ביחס להפרה; יובהר כי גילוי הדעת טרם תיקונו קובע כי נקודת המוצא בבחינת שלב זה תהיה שיעור ההקלה או ההחמרה שנקבע לתאגיד והאם נדרש לבצע בו התאמות. בענייננו נושא המשרה לא נקט כל פעולה להפסקת ההפרה או למניעת הישנותה, ובשים לב למידת מעורבותו ונוכח היותו מעורב בניהול החברה ובקבלת ההחלטות בה, מצאתי לנכון שלא להפחית מגובה העיצום הכספי בשל שיקול זה אך גם שלא להחמיר בגובה העיצום מהשיעור שנקבע לחברה.

142. **בשלב הרביעי** נבחנו נסיבות חיצוניות להפרה, כמפורט בגילוי הדעת טרם תיקונו:

143. **הפרות קודמות** – נושא המשרה לא היה צד לצו המוסכם ומשכך תינתן לו הנחה בגובה של [REDACTED] בגין היעדר הפרות קודמות.

144. **ראשית האכיפה באמצעות עיצום כספי** – סכום העיצום הופחת ב-[REDACTED] משיקולי ראשית אכיפה ובהתאם למפורט בגילוי הדעת.

145. **שיקולים נוספים** – במסגרת בדיקת הרשות, כמובא לעיל, הצטיירה תמונה חריגה של התנהלות אגרסיבית ומתריסה מצד נושא המשרה כלפי לקוחות שיצרו קשרים עסקיים עם ספקים מתחרים. התנהלות מתריסה זו התייחסה, בין היתר, כלפי מי שפנה לרשות התחרות בתלונה נגד החברה, ובשל העובדה שבחר לעשות כן. התנהלות זו מעלה חשש של ממש להרתעת השחקנים בשוק מפניה נוספת או משיתוף פעולה עם הרשות. משכך מצאתי לנכון להעלות את העיצום על נושא המשרה ב-[REDACTED] במסגרת שיקול זה.

146. בהתחשב במכלול השיקולים החלטתי להטיל על נושא המשרה עיצום כספי בגובה 348,085 ש"ח בגין ההפרה המתוארת בהחלטה זו.

ז. טענות המפרים בשימוע

147. ביום 16 באוגוסט 2020 הוגשו לממונה טענות השימוע בכתב, בימים 23 באוגוסט 2020 ו-9 בספטמבר 2020 התקיימו שימועים בעל-פה במסגרתם הביאו המפרים את טענותיהם בפני הממונה. 33 כאמור לעיל, ביום 9 לנובמבר 2020 שלחה הרשות למפרים מכתב עדכון בדבר בדיקות נוספות שערכה הרשות לאחר השימוע וביום 12 לדצמבר 2020 התקבל

³³ כאמור לעיל בה"ש 1, המועדים הוזרכו בהתאם לתקנות הקורונה.

ברשות מענה מאת המפרים ביחס לבדיקות הנוספות, האמור בעמדה זו כולל התייחסות למענה זה.

148. הן במסגרת השימוע בכתב והן במסגרת השימוע בעל-פה הועלו על ידי המפרים טענות רבות בנוגע למסד העובדתי, הניתוח המשפטי והכלכלי והסבירות המנהלית של ההחלטה. לאחר שנבחנו לעומק כל הטענות, מצאתי לנכון לקבל את טענות המפרים ביחס לטענות על חישוב תקופת העיצום והיעדר הפרות קודמות ביחס לנושא המשרה, כפי שפורט לעיל. באשר לשאר הטענות לא מצאתי שהן מצדיקות את שינוי עמדתי. להלן אדון במספר טענות עיקריות שהועלו על ידי המפרים במסגרת השימוע בכתב ואשר מצאתי לנכון לתת ביטוי לעמדתי ביחס אליהן.

הראיות שנאספו בהליך זה עומדות בדרישות המשפט המנהלי

149. המפרים טענו טענות שונות ביחס לראיות המנהליות עליהם הסתמכה הרשות ולמשקל שיש לתת להן. המפרים בוחנים את הראיות במנותק זאת מזאת ומביאים פרשנויות שונות לראיות ספציפיות, אולם המפרים מתעלמים מן התמונה הכוללת העולה ממכלול הראיות וכושלים להסביר את הראיות כמכלול. הרשות לא הסתמכה באופן בלעדי על אמירות של גורם זה או אחר ואספה ראיות מנהליות ממספר גורמים הפעילים בשוק לרבות, באופן משמעותי, על מסמכי החברה עצמה מזמן אמת. מבחינת כלל הראיות יחדיו עולה תמונה ברורה המבוססת על ראיות מנהליות כנדרש.

150. נקודת המוצא בבדיקת הממונה היא כי לגורמים השונים אליהם פונה הרשות אינטרסים מגוונים אשר עשויים להטות את תשובתם. אך אין בכך בהכרח בכדי לפסול את המידע שהם מוסרים באופן גורף. אלא על הממונה לתת את הדעת לאינטרסים אלה במתן המשקל לכל מידע או עמדה המובעת בפניה.

151. החלטה זו מושתתת על תשתית עובדתית מבוססת ובכלל זה, מסמכים ותכתובת מזמן אמת של המפרים ושיחות עם גורמים שונים בשוק ומחוצה לו. התשתית העובדתית נאספה באופן ראוי וסביר, והיא מניחה תשתית עובדתית מספקת, לכל רכיביה השונים של ההפרה, באמות המידה של הדין המנהלי.

טענת החברה שקיימת רמת תחרות גבוהה בשוק לא הוכחה

152. החברה הציגה נתונים על כך שכ- [REDACTED] מהלקוחות צמצמו את רכישותיהם מהחברה באופן משמעותי בין רבעונים עוקבים לאורך השנים 2016-2019. באופן דומה, ובמטרה להוכיח שלקוחות החברה אינם תלויים בשירותים שהיא מספקת, הציגה החברה ניתוח של שיעור הלקוחות שהפסיקו לרכוש ממנה כליל או הפסיקו לרכוש ממנה לתקופות ארוכות. החברה טענה שהגורם העיקרי לתנודתיות זו הוא רכישת שירותי תדלוקי השטח על-ידי לקוחות במקביל הן מאס או אס והן ממתחרותיה, או לחילופין רק ממתחרותיה מקום בו מדובר בהפסקת רכישה, מכיוון שכמות הרכישות של הלקוח צפויה להישאר קבועה על פני זמן. לאור זאת טוענת החברה שקיימת רמת תחרות גבוהה בשוק שסותרת את קיומה של מדיניות האיום לה טוענת הרשות.

153. אקדים ואומר, הניתוח עליו מתבססת החברה אינו אלא הסקת מסקנות דרך פרשנות לא מבוססת של הנתונים, כך שיש לדחותו מיסודו. בפרט, הטענה כאילו הסיבה העיקרית לצמצום הרכישות היא העברת חלק מהן למתחרים אינה מבוססת כלל ומדובר לכל היותר בפרשנות אפשרית לנתונים שהוצגו. יתרה מכך, מבדיקת הרשות עולה שאף הנתונים שהוצגו בפנינו עליהם התבססה החברה, אינם מלמדים כלל על התקיימות העובדות העומדות בבסיס הפרשנות שמנסה אס או אס לספק ואינם עולים בקנה אחד עם המציאות העסקית כפי שיתואר להלן.

154. ראשית, נתוני החברה מלמדים שבכל אחת מהשנים 2015-2019 שיעור הלקוחות שהקטינו רכישות באופן משמעותי היה דומה. חברת תדלוקים נכנסה לשוק רק בשנת 2016 ובשנים שלאחר מכן, לטענת החברה, נכנסו מתחרים נוספים, כך שאם תנודתיות ברכישות אכן מוסברת על ידי מעבר בין ספקים, צפויים היינו לראות גידול ניכר בשיעור התנודתיות לאורך השנים עם התפתחות התחרות. העובדה שאין הבדל בין השנים מלמדת כי קיימות סיבות אחרות לתנודתיות ברכישות של הלקוחות.

155. שנית, מהנתונים עליהם הסתמכה החברה עולה שקיימת תנודתיות ברכישות בתקופות חגים. כך למשל, ברבעונים בהם חלו חגי תשרי או חג הפסח יש ירידה משמעותית ברכישות. החברה עצמה אף ציינה במסמכים עליהם התבססה חוות הדעת כי ביקוש הלקוחות משתנה בהתאם למזג האוויר, כך שבימים גשומים הביקוש יורד. הנה כי כן, ניתן להסביר תנודתיות ברכישות בין רבעונים על ידי שינויים במזג האוויר ותקופות חגים.

156. שלישית, בשיחות שקיימה הרשות עלה שביקוש הלקוחות משתנה בהתאם לאופי הפעילות שלהם. קבלנים עובדים במספר משתנה של אתרים ובסוגים שונים של אתרים במקביל. כך למשל, באתרי בנייה נדרשת כמות גדולה של סולר בתקופת העבודה הראשונה באתר וכמות קטנה או אפסית בשלב הבניה עצמו. כמו כן, קבלן שעובד תקופה מסוימת בשלושה אתרים ולאחר מכן פעילותו מצטמצמת לשני אתרים עשוי לצמצם משמעותית את רכישות הסולר שלו, כמובן ללא כל קשר למעבר בין ספקים.

157. הנה כי כן, תנודתיות ברכישות של לקוחות ואף הפסקת עבודה לתקופה מסוימת הן מאפיינים שכיחים בענף ואין כל סיבה לתלות אותם בעיקר ברכישה במקביל או להסיק מהם ביחס לרכישה כוללת של כלל שירותי תדלוקי השטח ממתחרות על-ידי לקוחות החברה.

[REDACTED]

[REDACTED] 158.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

ח. התייעצות עם הוועדה לפטורים ומיזוגים

159. כאמור לעיל, ביום 23 לדצמבר 2020 התייעצתי עם הוועדה לפטורים ומיזוגים בהתאם להוראות סעיף 50ח(א)(1) לחוק. לאחר דיון מעמיק להלן יפורטו עיקרי ותמצית עמדות חברי הוועדה: חברי הוועדה הביעו עמדות שונות. לאחר דיון מעמיק אלה היו עמדות חברי הוועדה: כל חברי הוועדה קיבלו את הגדרת השוק שהציגה הרשות ואת מעמדה המונופוליסטי של החברה בו. חבר וועדה אחד היה בדעה שיש להציג ראיות נוספות על מנת לבסס את קביעת הרשות שהחברה הנהיגה מדיניות איום ובלעדיות מעבר להודעות

הוואטסאפ שהוצגו; שני חברי וועדה המליצו לשקול את הפחתת גובה העיצום לחברה. קיבלתי את המלצת חברי הוועדה לפרט את מעשה ההפרה בהחלטה וכן הפחתתי את גובה העיצום שהוטל על החברה.

160. בהודעה על כוונת חיוב שנשלחה לחברה ביום 29 בדצמבר 2019 עמד סכום העיצום הכספי שבכוונתי היה להטיל על החברה על 8,043,780 ש"ח. לאחר קבלת טענת החברה ביחס לתקופת ההפרה והשינוי בגובה העיצום המרבי כתוצאה מכך ממנו נגזר העיצום הכספי, עמד הסכום על 7,069,082. לאחר שקיבלתי גם את המלצת הוועדה הופחת סכום העיצום הכספי לחברה לסך של 6,362,174 ש"ח.

161. בהתאם הפחתתי את סכום העיצום שמוטל על נושא המשרה בחברה מ-427,238 ש"ח כפי שצוין בהודעה על כוונת חיוב, ל-386,760 ש"ח לאחר קבלת טענות החברה ביחס לתקופת ההפרה ולאחר קבלת טענתו כי בשונה מהחברה, הוא אינו היה צד לצו המסוכס עימה והוא זכאי להפחתה של [REDACTED] בגין היעדר הפרות קודמות. בעקבות המלצת הוועדה הופחת העיצום הכספי שמוטל על נושא המשרה ל-348,085 ש"ח.

ט. סיכום

162. נוכח האמור לעיל, מצאתי לנכון לקבוע כי אם או אם ניצלה את מעמדה לרעה כמונופולין בשוק תדלוקי השטח, בניגוד להוראת סעיפים 29א(א) ו-29א(ב)(4) לחוק. כמו כן, החלטתי להטיל עיצום כספי על חברת אם או אם בגובה 6,362,174 ש"ח ועל נושא המשרה בה בגובה 348,085 ש"ח. בהתאם להוראות סעיף 50(א) לחוק, העיצומים הכספיים שהטלתי בהודעתי זו ישולמו בתוך 30 יום מיום מסירתה, כלומר עד לתאריך 29 בינואר 2021.

163. בהתאם להוראות סעיפים 43(ג) ו-50(ג) לחוק נתונה החלטתי זו לערר בפני בית הדין לתחרות בתוך 30 ימים מיום שתימסר לאם או אם ולנושא המשרה.

מיכל הלפרין
הממונה על התחרות

ירושלים, ט"ו טבת תשפ"א
30 בדצמבר 2020