

הודעה על פטור בתנאים מאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בתוקף הסמכות המוקנית בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – החוק), ולאחר שקוימה התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, אני מודיע כי ביום כ"ד באב התשע"ה (9 באוגוסט 2015), הוחלט על מתן פטור מאישור הסדר כובל, כמפורט להלן:

מס'	שמות הצדדים להסדר	מהות הכבילה	הנכס/השירות
10138	התאחדות התעשיינים והחברים בה	המלצה על ידי איגוד עסקי לחבריו	רכישת חשמל מיצרני חשמל פרטיים

פטור זה ניתן בתנאים ולפיהם, בין השאר, נכלל איסור על העברת מידע שעלול לגרוע מהתחרות בין התעשיינים; נאסר עליהם לקחת חלק במשא ומתן להתקשרות בהסכמי מסגרת עם יצרני החשמל הפרטיים; נקבעו אילו תניות לא ייכללו בהסכמי מסגרת עם יצרני חשמל פרטיים; הובהר כי אישור הממונה להסכמים עם יצרני החשמל הפרטיים הוא תנאי מתלה לתוקפו של ההסדר.

החלטת הפטור מתבססת על כך שבכפוף לתנאים לעיל, אין בכבילות שבהסדר כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות, עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק, נתונה החלטתי זו לערר לפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל שעליו ניתן הפטור.

החלטת הפטור פתוחה לעיון הציבור בתיק פטור מס' 10138, במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' עם ועולמו 4, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

כ"ט בחשוון התשע"ו (11 בנובמבר 2015)
(חמ 41–3–17)

אורי שוורץ

הממונה על ההגבלים העסקיים (בפועל)

¹ ס"ח התשמ"ח, עמ' 128; התש"ס, עמ' 113.

הודעה על ביעור רשומות בבתי המשפט

לפי תקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי דין דתיים), התשמ"ו-1986

בהתאם לתקנה 4 לתקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי המשפט ובתי דין דתיים), התשמ"ו-1986, אני מודיע כי בית המשפטים לעניינים מקומיים בגבעתיים מבקש לבער חומר ארכיוני כמפורט להלן:

מס' הפרט בתוספת	פירוט התעודות השגרתיות (תקנות)	זמני החומר
א.3(6)	תיק בית משפט לעניינים מקומיים שיש בו ברירת קנס או ברירת משפט כשהקנס שולם (בהם הקנסות ששולמו, דוחות שבוטלו, דוחות שזוכו)	מכ"ז בטבת התשע"ג (1 בינואר 2003) עד ד' בטבת התשס"ט (31 בדצמבר 2008)
א.3(7)	תיקים בעניין רישוי עסקים, למעט תיקי תכנון ובנייה (בהם הקנסות ששולמו, דוחות שבוטלו, דוחות שזוכו)	מכ"ז בטבת התשע"ג (1 בינואר 2003) עד ד' בטבת התשס"ט (31 בדצמבר 2008)

י"ז בכסלו התשע"ו (29 בנובמבר 2015)
(חמ 82–3–17)

יעקב לזוביק

גנז המדינה

¹ ק"ת התשמ"ו, עמ' 1342.



ירושלים, ג' אלול, תשע"ה
18 אוגוסט, 2015

פטור: 10138

בפקס: 03-5689001

לכבוד

עו"ד רות ארבל
עמית פולק מטלון ושות', עורכי דין
רח' יגאל אלון 98
תל אביב 67891

הנדון: החלטה בעניין פטור מאישור הסדר כובל בין:

התאחדות התעשיינים בישראל – חברי התאחדות התעשיינים – דוראד אנרגיה בע"מ

הנני מתכבד להעביר אליכם את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק
ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988, בדבר מתן פטור מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר
כובל שבין הצדדים בנדון.

בכבוד רב,

עו"ד דרור ארם

רשם ההגבלים העסקיים



החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988
בדבר מתן פטור בתנאים להסדר כובל בין ההתאחדות התעשייתית והחברים בה,
שעניינו המלצת ההתאחדות לחבריה בדבר התקשרות עם יצרני חשמל פרטיים
בהסכמי מסגרת לרכישת חשמל

1. פתח דבר

לפניי בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") להסדר בין ההתאחדות התעשייתית בישראל (להלן: "ההתאחדות") וחבריה התעשייתיים (להלן: "חברי ההתאחדות" או "התעשייתיים"). עניינו של ההסדר בהמלצת ההתאחדות לחבריה להתקשר בהסכמים בנוסח אחד לרכישת חשמל מיצרני חשמל פרטיים (להלן: "יח"פים" ו"ההסדר" בהתאמה).

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, שוכנעתי כי תחת התנאים המפורטים בסיפא להחלטתי זו, ההסדר אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים המושפעים ממנו, עיקרו אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלה ראוי ההסדר לפטור בתנאים לפי סעיף 14 לחוק, וזאת בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר והצדדים לו

ההתאחדות היא הארגון היציג של התעשייתיים בישראל, המאגדת תחתיה תעשייתיים בתחומי פעילות שונים. ההתאחדות התעשייתית פועלת, בין היתר, לקידום יעדים לאומיים כדוגמת ביטחון כלכלי ועצמאות כלכלית, לשיפור תדמית התעשייה, לסיוע בעיצוב מדיניות סחר החוץ של מדינת ישראל ולעידוד השקעות מקומיות וזרות בתעשייה ובמשק. כמו כן מייצגת ההתאחדות את התעשייתיים בכל הקשור להסכמי עבודה אל מול ההסתדרות והממשלה.

במסגרת ההסדר, מבקשת ההתאחדות להפיץ לחבריה מספר הסכמי מסגרת לרכישת חשמל בנוסח אחד מוצע, שאת תנאיו של כל אחד מהם, למעט המחיר, תגבש במשא ומתן שיערך על ידי נציגיה ומומחים מטעמה מול יח"פים, בניסיון להגיע לתנאי רכישה מיטביים של חשמל עבור חבריה (להלן: "הסכמי המסגרת"). במסגרת זו, מבקשת ההתאחדות לנסח הסכם מסגרת אחד עם כל אחד מהיח"פים בנפרד. כל תעשיין הצורך חשמל בהיקף של 5 מגוואט או פחות בשעה

שהוא צרכן תעו"ז,¹ יוכל אז לנהל משא ומתן עם היח"פ על שיעור ההנחה לתעשיין, בשיעור מסוים מרכיב הייצור של תעריף החשמל,² על בסיס הסכמי המסגרת.

במסגרת הבקשה שבפניי הודגש, כי הסכמי המסגרת לא יכללו תניות מסחריות הנוגעות להתקשרות הפרטנית שבין התעשיין והיח"פ, ובכלל זה, לא יסוכמו היבטים הנוגעים לכמויות צריכת החשמל; היבטים הנוגעים לביטחונות והערבונות לתשלום או היבטים הנוגעים למחיר הסופי או גובה ההנחה, שיוסכם בין התעשיין והיח"פ. למעשה, הסכמי המסגרת נועדו לכלול את ההוראות המרכזיות אשר נכללות בדרך כלל בהסכמים לרכישת חשמל מיח"פים, באופן שיפשט וייעל את המשא ומתן הפרטני של התעשיין עם היח"פ ובכך, יוזיל עבורו את עלויות ההתקשרות בהסכם כאמור.

כמו כן, העקרונות המנחים לגיבוש הסכמי המסגרת הם היעדר בלעדיות ליח"פ זה או אחר, כך שכל יח"פ יכול לשאת ולתת עם ההתאחדות במטרה לגבש הסכם מסגרת שיוצג לחבריו, והיעדר התחייבות, כך שכל תעשיין רשאי ויכול להגיע להסכמות אחרות עם יח"פ זה או אחר, בהתאם למאפייני הצריכה שלו ולהסכמות אליהן יגיע במסגרת משא ומתן עצמאי, ככל שיבחר בכך.

בעת מתן החלטה זו, מטבע הדברים, טרם הובאו בפניי הסכמי המסגרת בנוסחם הסופי. על רקע זה יובהר כבר עתה, כי הפטור שניתן במסגרת החלטה זו מותנה בכך שהסכמי המסגרת, ככל שיגובשו עם יח"פים, יובאו לאישורי.

3. השפעת ההסדר על התחרות

'איגוד עסקי' מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"חבר בני אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרתו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו". מטבע הדברים, ההתאחדות עונה על הגדרה זו ומשכך מהווה היא איגוד עסקי.

איגודים עסקיים הם חזון נפרץ בחיי המסחר והכלכלה ובנוף העסקים הישראלי ויש בפעילותם כדי לקדם את האינטרסים הלגיטימיים של הענף ולשרת את עניינם של צרכנים וגורמים אחרים המושפעים מהפעילות בענף. אולם בצד הברכה העשויה לצמוח מפעילותם, באיגודים העסקיים טמון חשש של ממש בהיבט התחרותי, שכן חבירת מתחרים לישיבה משותפת או לפעולה משותפת מעוררת, מעצם טיבה, חשש כי אותם מתחרים יפעלו באופן הפוגע בתחרות, בין בכוונה ובין אגב קידום תכלית אחרת, שיכולה להיות לגיטימית כשלעצמה.³

המלצות ההתאחדות לחבריה לאמץ את הסכמי המסגרת עשויה לעלות כדי הסדר כובל לפי סעיף 5 לחוק, בהיותה קו פעולה עליו ממליץ האיגוד העסקי לחבריו.⁴ כך, סעיף 5 לחוק נועד להתמודד עם

¹ צרכני תעו"ז (תעריף עומס וזמן) מחוברים למונח המקשר בין המחיר שמשלם הלקוח לבין עלויות ייצור החשמל ואספקתו, כפי שהן משתנות בהתאם לשעות היממה, לימי השבוע ולעונות השנה. הסדר התעו"ז מתאים בעיקרו לצרכני חשמל בתעריף אחיד, שיכולים להסיט את שעות השימוש שלהם בחשמל לשעות זולות יותר.

² תעריף החשמל מורכב מעלויות ייצור ואספקת החשמל על פני שרשרת החשמל במקטעים השונים (ייצור, הולכה חלוקה ואספקה). רכיב העלות הגדול ביותר הוא רכיב עלויות מקטע הייצור, הכולל הן את עלויות הדלקים, והן את עלויות החון של נכסי הייצור. יצרני חשמל פרטיים המוכרים את האנרגיה שהם מייצרים לרשת חברת החשמל, זכאים לקבל בעבור כל קוטי"ש מיוצר את תעריף רכיב הייצור, שהוא תעריף המשתנה על פני עונות השנה ומקבצי שעות הביקוש.

³ ראו גילוי דעת 3/14 בדבר איגודים עסקיים ופעילותם; 500682 הגבלים עסקיים 2014 (להלן: "גילוי הדעת").

⁴ גילוי הדעת, הי"ש 3 לעיל; ולמשל את ההחלטה לפי סעיף 14 לחוק בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שבין התאחדות התעשיינים בישראל לבין שופרסל בע"מ, מגה קמעונאות בע"מ ורמי לוי שיווק חשקמה 2006 בע"מ; 500757 הגבלים עסקיים 2015 (להלן: "ההחלטה בעניין ההתאחדות והרשתות הקמעונאיות").

מצב שבו התחרות החופשית בענף מסוים נפגעת כתוצאה מפעילותו של איגוד עסקי שממליץ לחבריו והללו עשויים לנהוג לפי המלצה זו. במצב מעין זה, כאשר מדובר בקו פעולה שהאיגוד קבע או המליץ, אף בלא הסדר ספציפי, אופי מחייב, או מנגנון המדרבן במישרין או בעקיפין לאימוץ ההמלצה, חלה הוראת סעיף 5 לחוק, ומכאן הבקשה שלפניי.⁵

בנסיבות שלפניי, הסכמי המסגרת יסייעו לתעשיינים להתגבר על פערי המידע והמקצועיות שבינם ובין היח"פים, ותאפשר להם לחסוך בזמן ובמשאבים הכרוכים בניהול משא ומתן פרטני לצורך התקשרות בהסכם לרכישת חשמל, הכרוך בעלויות ניכרות, במיוחד ביחס לחוזים מורכבים ומסובכים, שהליך ההתקשרות במסגרתם הוא מורכב ויקר.⁶ מנקודת ראות של היח"פים, ההסדר יקל גם עליהם את הליך ההתקשרות עם התעשיינים וכמו כן, מכירת חשמל למספר לקוחות קטנים תאפשר ליח"פים לפזר את הסיכונים הכרוכים בתלות בלקוחותיהם הגדולים והעיקריים. במובן זה, ההסדר שבפניי יעיל הן עבור התעשיינים והן עבור היח"פים, וניתן לקוות כי החיסכון בעלויות ההתקשרות והטבת התנאים המסחריים ברכישת חשמל, המהווה תשומה מרכזית עבור מרבית התעשיינים, יוגלגל לפחות בחלקו לידי לקוחותיהם של התעשיינים ויטיב עם הציבור הרחב.

על רקע דברים אלו, נראה כי הסכמי המסגרת יקנו לחברי ההתאחדות אמצעי שבעזרתו יוכלו להיטיב את תנאיהם ברכישת חשמל מיח"פים ולכך תועלת ברורה. זאת, וודאי כאשר מדובר בצרכנים שאינם מהווים את צרכני "העוגן" של היח"פים - צרכנים בהיקף צריכה גבוה, שזוכים ממילא לתנאים משופרים בשל היקף צריכתם.

בקליפת האגוז, ההסדר שבפניי מעלה שני חששות תחרותיים עיקריים: החשש הראשון הוא מיצירת "שולחן משותף" ומזליגת שיתוף הפעולה בין חברי ההתאחדות לתחומים אחרים מלבד ההסדר (בפרט לתחומים בהם הם מתחרים ביניהם)⁷ והחשש השני הוא ממתן יתרון בלתי הוגן לחברי ההתאחדות אשר ייהנו מההטבה, בהיותם חברי ההתאחדות, לבין תעשיינים שאינם חברים בהתאחדות ועל כן לא יוכלו לקחת חלק בהסדר ההטבה.⁸

חשש מזליגה / יצירת שולחן משותף

כאמור, ההתאחדות מגבשת את הסכמי המסגרת עם היח"פים עבור תעשיינים, שחלקם לפחות מתחרים זה בזה. בנסיבות אלה, קיים חשש שמא במסגרת ההסדר עלול להיווצר "שולחן משותף" בין אותם מתחרים, שיאפשר זליגת מידע ותיאומים אסורים ביניהם בתחומים שאינם קשורים להסדר שבפניי. על רקע חשש זה, ראיתי לנכון להתנות את הפטור בתנאי לפיו בעלי תפקיד בהתאחדות אשר הם גם בעלים או מחזיקים במפעל תעשייתי בעצמם לא יוכלו לקחת חלק בגיבוש העקרונות שייקבעו בהסכמי המסגרת. כמו כן, מצאתי לנכון להתנות את הפטור בתנאים

⁵ להרחבה אודות קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורדוכין, נט (6) 776 (פורסם בנבו, 31.3.2005) – בפסקה 101 וכן גילוי הדעת, הי"ש 3, לעיל.

⁶ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשס"ח-1988 בדבר מתן פטור מהסדר כובל בין התאחדות התעשיינים והחברים בה שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם השותפות במאגר הגז הטבעי 'תמר'; 500766 הגבלים עסקיים 2015.

⁷ על הסכנות התחרותיות הנובעות מתופעת הולילה (Spillover) ראו קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל בין חברות ההסעה ביעדים תיור בע"מ; 3012980 הגבלים עסקיים 2000. כמו כן, ראו מ. מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כב 213.

⁸ ראו למשל החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשס"ח-1988 בדבר מתן פטור מהסדר כובל להסדר שבין חטיבת רשתות הקמעונאיות בלשכת המסחר תל אביב והמרכז לבין חבריה בו, שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף; 500520 הגבלים עסקיים 2013 (להלן: "ההחלטה בעניין חטיבת הרשתות הקמעונאיות") וכן את ההחלטה בדבר ההתאחדות והרשתות הקמעונאיות, הי"ש 5 לעיל.

האוסרים על חברי ההתאחדות להעביר כל מידע שיש בו כדי לפגוע בתחרות, במטרה להקטין את החשש כי המידע שיועבר בין הצדדים במסגרת ההסדר שבפניי יתרום לחילופי מידע בין מתחרים וליצירת תיאום.

חשש מפגיעה בתחרות בין חברי ההתאחדות ובין מי שאינם חברי ההתאחדות

על פי בקשת הפטור שהונחה בפניי, התעשיינים שיהיו רשאים להצטרף להסדר ההטבה הם תעשיינים החברים בהתאחדות בלבד. לפיכך, עולה החשש שמא לתעשיינים שהם חברי ההתאחדות יינתן יתרון בלתי-הוגן אל מול מתחריהם שאינם חברים בהתאחדות. משכך, מצאתי לנכון להתנות את הפטור בתנאי אשר יפיג את החשש האמור, לפיו כל תעשיין שאיננו חבר בהתאחדות יוכל להצטרף להסדר ההטבה בכל עת ולזכות באפשרות להצטרף אליו מרגע הצטרפותו כחבר התאחדות ללא כל "תקופת אכשרה".⁹

באשר להמלצת ההתאחדות להתקשר בהסכמי המסגרת, שוכנעתי כי אינה מקימה במקרה דנן חשש תחרותי. ההתאחדות אינה מעורבת בגיבוש התניות המסחריות שייקבעו לבסוף בין תעשיין ויח"פ, ופעילותה במסגרת ההסדר מתמצה לכדי גיבוש העקרונות הכלליים שיכללו בהסכמי המסגרת והמלצה לחבריה בדבר התקשרות בהסכמים אלה כאמור, אשר במסגרתם תוענק לתעשיינים הנחה מרכיב הייצור בתעריף החשמל. במסגרת התנאים שלהלן, אף קבעתי כי כל תעשיין רשאי להגיע להסדר שונה ומיטיב יותר עם היח"פים ולפיכך, לא מתקיים חשש של ממש כי המלצת ההתאחדות תשפיע על התחרות בין התעשיינים שיבחרו לרכוש חשמל מיח"פים, שכן כל אחד מהם יוכל להגיע להסדר מסחרי פרטני מול יח"פ לבחירתו. בהקשר זה, ראיתי לנכון לקבוע שכל הסכם מסגרת בנוסחו הסופי, ככל שיגובש, יבוא לאישורי וכי אישור זה יהיה תנאי מתלה לכניסתו של ההסדר לתוקף, וזאת על מנת להבטיח כי לא יהיה בהסכמי המסגרת כדי לפגוע בתחרות או בציבור.

נוכח האמור עד כה, הגעתי לכלל מסקנה כי בכפוף לתנאים המפורטים להלן, הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק שבנדון, כי עיקר של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. לפיכך, ראיתי לנכון לפטור את ההתאחדות מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר שעניינו התקשרות בהסכמי מסגרת לרכישת חשמל מיח"פים, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש בכפוף לתנאים שלהלן:

א. הגדרות

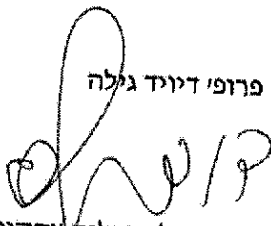
- "**הסכם מסגרת**" - הסכם שתנאיו יגובשו בין התאחדות התעשיינים לבין יצרן חשמל פרטי לרכישת חשמל המיוצר על ידו ;
- "**ההתאחדות**" - התאחדות התעשיינים בישראל ;

⁹ החלטה לפי סעיף 14 לחוק החגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מהסדר כובל להסכם בין התאחדות התעשיינים – איגוד תעשיות המזון לבין איגוד רשתות השיווק באיגוד לשכות המסחר ; 3015631 הגבלים עסקיים 2002.

- "הממונה" - הממונה על הגבלים עסקיים ;
- "יצרן חשמל" - כהגדרתו בחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 ;
- "פרטי" -
- "הרשות" - רשות ההגבלים העסקיים ;
- "התעשיינים" - צרכני תעו"ז חברי ההתאחדות שהיקף צריכת החשמל שלהם אינו עולה על 40,000 מגוואט בשנה קלנדרית ;
- "תעו"ז" - תעריף עומס וזמן המבטא את עלויות הייצור בהתאם לעומס במערכת החשמל ולעיתוי הצריכה, בהתאם לביקוש לחשמל.
- אם לא נאמר אחרת, כל ההגדרות והמונחים שבתנאים אלו יפורשו בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006 או כל חקיקה שתבוא במקומם.

ב. התנאים

1. התעשיינים וההתאחדות לא יעבירו ביניהם, במישרין או בעקיפין, כל מידע שהעברתו עלולה לגרוע מן התחרות ביניהם, בפועל או בכוח, ובכלל זה מידע הכולל פרטים הנוגעים לעלויות, רווחיות, תמחור ותכניות עסקיות.
2. התעשיינים לא ייקחו כל חלק במשא ומתן להתקשרות בהסכם מסגרת.
3. הסכם המסגרת לא יכלול כל התייחסות שהיא לפרמטרים הבאים :
 - (1) המחיר שייגבה בסופו של דבר בעבור החשמל הנמכר לתעשיין ;
 - (2) כמות החשמל הצפויה לצריכה על ידי התעשיין ;
 - (3) היבטים המסדירים את הבטוחות לתשלום התמורה ;
 - (4) הגבלה לתנאים מסחריים שבין יצרן חשמל פרטי לצד שלישי, בין תעשיין ובין שאינו תעשיין.
4. בתוך שבוע ממועד גיבוש נוסחו הסופי של הסכם מסגרת בין ההתאחדות ובין יצרן חשמל פרטי, תביא ההתאחדות את הסכם המסגרת לאישור הממונה. אישור הממונה לנוסח הסכם המסגרת הוא תנאי מתלה לכניסתו לתוקף של ההסדר.
5. ההתאחדות תפרסם באתר האינטרנט של ההתאחדות את דבר התקשרותה בהסכם מסגרת עם יצרן חשמל פרטי ועקרונות הסכם זה, ואת האפשרות לעיין בהסכם במשרדה לכל הזכאי לכך.
6. תעשיין יהיה רשאי שלא לאמץ את הסכם המסגרת, לנהל משא ומתן נפרד ולהתקשר עם יצרן חשמל פרטי בעצמו, בין אם הוא חבר בהתאחדות ובין אם לאו.
7. כל תעשיין שאיננו חבר בהתאחדות יהיה רשאי להצטרף כחבר בה בכל עת, ולבחור להתקשר עם יצרן חשמל פרטי בהסכם מסגרת מרגע הצטרפותו, ללא תקופת אכשרה.
8. התעורר ספק בדבר פרשנותם או תחולתם של תנאים אלו, יובא הדבר להכרעת הממונה.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

כ"ד אב תשע"ה

09 אוגוסט 2015



הועדה לפטורים ולמיזוגים

המלצות

מועד הדיון: 29 ביולי 2015

מקום הדיון: משרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב עם ועולמו 4 ירושלים

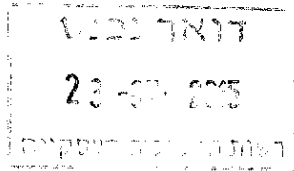
בקשות פטור

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות פטור וטיוטות פטור של המחלקה המשפטית כדלקמן:

מס' תיק	הצדדים להסדר כובל
10138	התאחדות התעשיינים בישראל חברי התאחדות התעשיינים דוראד אנרגיה בע"מ
10098 (נלווה למיזוג 10097)	איי. סי. פאואר בע"מ נייר חדרה בע"מ

החלטה

חברי הועדה ממליצים ליתן פטור בתנאים בבקשה 10138 על סמך טיוטת הפטור של המחלקה המשפטית. חברי הועדה ממליצים ליתן פטור בבקשה 10098 על סמך טיוטת הפטור של המחלקה המשפטית.



חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 מוגשת בזה בקשה לפטור מאישור בית הדין, הסדר כובל שפרטיו כלהלן:

1. הצדדים להסדר המבקשים את הפטור:

התאחדות התעשיינים בישראל ו/או חבריה ("ההתאחדות; חברי ההתאחדות").

באמצעות עו"ד רות ארבל.

מעמית פולק מטלון ושות', עורכי דין.

מען למסירת מסמכים:

עמית פולק מטלון ושות'.

רח' יצחק שדה 17 תל אביב, 6777517.

2. הצדדים האחרים להסדר:

חברי ההתאחדות התעשיינים; וכן

דוראד אנרגיה בע"מ ("דוראד") עבור נוסח מוצע להסכם למכירת חשמל בתעריף מוזל על ידי

דוראד לחברי ההתאחדות ("הסכם דוראד").

ויצרני חשמל נוספים ("יח"פים"), אשר יהיו צד להסכמה עם ההתאחדות, ככל שיהיו, בדבר נוסח

הסכם אספקה מוצע לחברי ההתאחדות, אשר יתקיימו בו העקרונות כפי שיפורטו להלן ("הסכם

גנרי");

3. צורת ההסדר:

בכתב.

4. המסמכים הקובעים את ההסדר:

הסכם מוצע עם דוראד מצורף לבקשה זו כנספח "א". כל אחד מנוסחי ההסכמים המוצעים, כפי

שיוסכמו, עם כל אחד מהיח"פים האחרים.

5. הנכס או השירות נושא ההסדר:

אספקת שירותי חשמל על ידי היח"פים לצרכני תעו"ז חברי ההתאחדות.

6. מהות הכבילה:

ההסכם אינו כולל כל כבילה, למעט עצם ההסכמה מצד יצרני החשמל הפרטים וההתאחדות על

נוסח הסכם גנרי, שיוצע לחברי ההתאחדות על ידי ההתאחדות.

7. תקופת ההסדר הכובל:

על-פי עמדת המבקשת ההסכם אינו כולל הסדרים כובלים. לאור עמדת הרשות כי מדובר בהסדר

כובל, ההתאחדות מגישה בקשה זו ומתחייבת, בכפוף לזכות ערר העומדת לכל מגיש בקשה, שלא

על בסיס הטענה כי אין מדובר בהסדר כובל, לפעול בהתאם לתנאים כפי שיקבעו בהחלטה כפי

שתינתן.

תקופת הסכם מוצע עם דוראד היא 5 שנים. לצדדים מוקנית אופציה הדדית ליציאה מההסכם למשך כל תקופת ההסכם, מכל סיבה שהיא, בכפוף להודעה של שלושה חודשים מראש.

הנימוקים המצדיקים מתן פטור מהצורך באישור בית הדין:

א. הרקע

8. כידוע, בשנים האחרונות, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים עודד יזמים פרטיים להשתלב במערכת ייצור החשמל באמצעות הקמת מתקני ייצור בטכנולוגיות שונות, על מנת להגדיל את כושר הייצור ולהגביר את התחרות במשק החשמל.
9. נכון להיום, בישראל פועלות מספר תחנות כוח משמעותיות, המופעלות על ידי מספר יצרני חשמל פרטיים, הרשאים לספק חשמל מוזל לצרכני חשמל, אשר רכשו חשמל בתעריף עומס וזמן ("תעו"ז") עובר להתקשרותם בהסכם עם יצרני החשמל הפרטיים.
10. נכון להיום, יצרני החשמל הפרטיים מספקים חשמל בעיקר לצרכני החשמל הגדולים במשק, כדוגמת מפעלי תעשייה גדולים, משרד הביטחון, מקורות, רשתות בתי מלון ובתי חולים.
11. **מרבית צרכני החשמל, תעשייתיים ומסחריים, הצורכים חשמל בהיקפים בינוניים וקטנים (ככלל, בהיקף נמוך מהיקף של 5 מגוואט) אינם צורכים חשמל פרטי.** דהיינו, צורכים חשמל מחברת חשמל בתעו"ז שהוא בהכרח גבוה יותר מהתעריף המוצע על ידי יצרני החשמל הפרטיים.
12. מצב זה הוא תולדה של מספר גורמים יחד: ראשית, גם אם צרכן חשמל בהיקפים קטנים או בינוניים יפנה ליצרן חשמל פרטי הוא לא בהכרח ירצה לנהל עמו משא ומתן פרטי. במצב הקיים, ישנו עודף ביקוש ברור על היצע חשמל פרטי: היקף הביקוש של כלל צרכני התעו"ז עומד על כ- 6,000 מגוואט, בעוד היקף ההיצע של כלל יצרני החשמל הפרטיים הפעילים היום עומד על כ- 1,600 מגוואט.
13. יצרני החשמל הפרטיים הפעילים, ברובם, כבר מכרו את עיקר החספק שלהם. נכון להיום, הם יכולים להציע אספקת חשמל על בסיס עודפים (Interruptible), ובשוליים גם אספקה על בסיס קבוע. במצב זה, ליחפיים יש אפשרות לבחור את היצרנים עמם הם מעדיפים להתקשר. לצרכנים גדולים ואסטרטגיים יש עדיפות, משני טעמים עיקריים: (1) חסכון משמעותי בעלויות ניהול עסקה; (2) התקשרות עם צרכני עוגן משמשים כבטוחה בפני הגורמים המממנים; על כן, פניית צרכן ביוני או קטן לניהול משא ומתן פרטי, עשויה להיתקל בסירוב.
14. **שנית, התאחדות התעשיינים מצאה כי חלק גדול מהתעשיינים שצריכת החשמל שלהם היא בהיקף קטן או בינוני, כלל אינם מודעים לאפשרות רכישת חשמל מוזל מיצרני החשמל הפרטיים.**
15. **שלישית, חלק לא מבוטל מאותם תעשיינים המודעים לאפשרות הרכישה של החשמל המוזל, נרתעים מאפשרות זו נוכח הצורך בהשקעת משאבים גדולה בניהול המשא ומתן מול יצרן החשמל הפרטי.** מדובר בתחום עתיר רגולציה אשר מחייב צמצום החשיפות המשמעותיות לרגולציה. ניהול משא ומתן פרטי עם יצרן החשמל הפרטי דורש קבלת ייעוץ מגורם המומחה לתחום זה, באופן המייקר את ההליך והופך אותו, במקרים רבים, ללא כדאי, נוכח היקף החיסכון המוגבל הצפוי לצרכן חשמל בהיקף קטן או בינוני.
16. בנסיבות אלה, מבקשת התאחדות התעשיינים לפעול להסרת החסמים האמורים ולהנגיש את החשמל המוזל גם לתעשיינים שהיקף צריכת החשמל שלהם הוא בהיקף בינוני או קטן. זאת, באופן שיאפשר לאותם תעשיינים להיות יעילים ותחרותיים יותר, כל אחד בענף בו הוא פועל.

17. כפי שעולה מתיאור ההסדר המוצע להלן, ההנגשה תיעשה באמצעות פישוט והוזלת הליך ההתקשרות עם יצרני החשמל הפרטיים. דהיינו, הדגש הוא על פישוט הליך ההתקשרות והוזלתו ולא על מעורבות בהסדר המסחרי עצמו.
18. פישוט הליכי ההתקשרות נעשה באמצעות פישוט נוסח ההסכם עצמו, כך שישקף, בין היתר, בצורה ברורה ובגוף ההסכם (ולא על דרך החפניה) חשיפה לרגולציה החלה על יצרן החשמל הפרטי, ככל שקיימת בהסכם;
19. הרכיבים המסחריים העיקריים בהסכם מסוג זה (שיעור הנחה מתעריף חח"י, כמות צריכה, ובטחונות לתשלום) וכן הסדרים פרטניים הנגזרים מאופי הצריכה ומאפייניו הייחודיים של כל צרכן נותרים להסדרה פרטנית בין הצרכן ליצרן החשמל הפרטי.
20. ההתאחדות תפיץ לחבריה את עיקרי ההסכמים המוצעים, עם כל יצרני החשמל הפרטיים אשר יסכימו לנהל עמה משא ומתן ולהגיע לנוסח הסכם מוצע, כאמור. הנוסח יתואר לחברי ההתאחדות כנוסח מוצע בלבד, אשר הם רשאים לנהל משא ומתן נוסף לגביו (גם ביחס לפרוצדורות הקבועות בו, ולהבדיל מהתניות המסחריות, שממילא אינן כלולות בו).
21. זאת ועוד, הנוסח יוצג ככזה שהוא פרי ניהול משא ומתן, כפי שנעשה מול יועץ משפטי מומחה מטעם ההתאחדות.
22. הסכם כזה, יאפשר לתעשיין, שירצה בכך, להתקשר בהסכם, ללא צורך בשכירת שירותי מומחה, אלא תוך ניהול משא ומתן יעיל וקצר בנוגע לרכיבים המסחריים הפרטניים עצמם. כך, יוסרו המחסומים להתקשרות מנקודת מבט הצרכן, שעניינם, כאמור, עלות ההתקשרות לעומת היקף החיסכון הצפוי והצורך בהשקעת משאבים. עם זאת, תהיה פתוחה בפני אותה צרכן האפשרות גם לנהל משא ומתן פרטני, אם ירצה בכך.
23. מנקודת מבטו של יצרן החשמל הפרטי, ניהול משא ומתן פרטני עם צרכן על בסיס נוסח מוצע, כפי שהועבר לצרכן על ידי ההתאחדות, תקצר הליכי התקשרות ותחסוך בעלויות ניהול העסקה.
- ב. ההסדרים הדורשים אישור**
24. התאחדות התעשיינים ניהלה ומנהלת משא ומתן עם מספר יצרני חשמל פרטיים במטרה להגיע לנוסח מוצע מיטבי, להסכם אספקה לחשמל בתעריף מוזל לחברי ההתאחדות.
25. נכון למועד הגשת בקשה זו, מבין יצרני החשמל הפרטיים אליהם פנתה ההתאחדות, רק המשא ומתן עם דוראד הגיע לשלבים מתקדמים, באופן שההתאחדות ודוראד הסכימו על נוסח הסכם מוצע לאספקת שירותי חשמל מוזל על ידי דוראד.
26. כמו כן, יצרני חשמל אחרים ממתינים לקבלת אישור הממונה על ההגבלים לבקשה זו, על מנת להתקדם במשא ומתן עם ההתאחדות.
- 1.ב. הסכם דוראד**
27. ההסכמה על נוסח הסכם דוראד, ככזה שעיקריו יוצגו לחברים הוסכמה בין הצדדים באופן לא פורמאלי, ובין הצדדים לא צפוי להיתם הסכם רשמי כלשהו לעניין זה.
28. העקרונות המנחים בנוגע להתקשרות ההתאחדות עם דוראד או יצרני החשמל הפרטיים האחרים הם שניים עיקריים:

- 28.1 **העדר בלעדיות** – ההתאחדות הודיעה ליצרני החשמל כי היא נכנסת למשא ומתן עם מספר יצרני חשמל (למעשה, כל מי שיחיה מעוניין בכך) ולא ניתנת כל בלעדיות ליוזמה זו ליצרן חשמל זה או אחר;
- 28.2 **העדר התחייבות** – הנוסח המוצע אינו מחייב את חברי ההתאחדות. חברי ההתאחדות רשאים, כל אחד מהם בהתאם למאפייני הצריכה שלו וכישורי ניהול משא ומתן, להגיע להסכמות אחרות עם אותו יצרן חשמל, או כל יצרן אחר.
29. הסכם דוראד הוא הסכם אספקה לרכישת עודפי חשמל המיוצרים בתחנת הכוח לצרכנים מסוג של הצרכן (interruptible), במסגרתו מתחייב יצרן החשמל לספק חשמל אך ורק מעודפים, מעבר לחשמל אותו מחויבת דוראד לספק לצרכנים עם מחויבות קשיחה. דוראד, באופן ספציפי הציעה רק הסכמים מסוג זה לחברי ההתאחדות.
30. עם זאת, יצרני חשמל אחרים הביעו נכונותם להציע הסכמי אספקה על בסיס התחייבות קשיחה לחברי ההתאחדות. על כן, בקשה זו מתייחסת להסכמי אספקת חשמל משני הסוגים – הסכם עודפים, או הסכם אספקה עם התחייבות קשיחה.
31. כפי שניתן לראות מההסכם דוראד המצורף, ההסכם כולל שלושה סוגים של תניות:
- 31.1 **תניות שנותרו למו"מ פרטני** (ההסכמה המסחרית תיסגר בין יצרן החשמל לבין התעשיין הספציפי במשא ומתן פרטני ביניהם). התניות הפתוחות כוללות את שלוש נקודות המפתח המסחריות העיקריות (אם לא הבלעדיות) בהסכם מסוג זה:
- 31.1.1 ההנחה מתעריף תח"י (ליתר דיוק – הנחה על רכיב הייצור בתעריף);
- 31.1.2 הכמות המקסימאלית הצפויה לצריכה;
- 31.1.3 בטוחות לתשלום התמורה (האם בכלל ערבות בנקאית ותנאי הערבות);
- 31.2 **תניות המשקפות רגולציה החלה** – מדובר בשני סוגי הסכמות בהקשר זה:
- 31.2.1 הסכמה המשקפת באופן מלא רגולציה שחלה ממילא על יצרן החשמל או התחייבויות אחרות שלו (ולכן אינה מהווה למעשה הסכמה מסחרית). כך לדוגמא: תעריף רצפה כקבוע בנספח א' להסכם דוראד, תקופת ההסכם, העדר גז טבעי, או אפילו זכות היצרן להשהיית האספקה.
- 31.2.2 הסכמה המבוססת בעיקרה על רגולציה חלה – לדוגמא, שיעור הזמן המרבי המותר לצורכי תחזוקה (נקבע 8%, שמבטא התחייבות היצרן לרשות החשמל בספר אמות המידה), השלכות צריכה מעבר לכמות מקסימלית, הגדרת "כוח עליון" (נשען על הגדרה בספר אמות המידה של רשות החשמל).
- 31.3 **הסכמות אחרות** – למעשה, ההסכמות, שאינן נותרו פתוחות או שהן ממילא תולדה של רגולציה, הן הסכמות מעטות מאד, יותר פרוצדורליות במהותן ופחות מסחריות. מדובר, למעשה, בהסכמות העיקריות הבאות:
- 31.3.1 מניעת חשיפה לסיכונים הנובעים מרגולציה החלה על היצרן - זה מתבטא בסעיפים שהוצאו מההסכם ואינם מופיעים בו;
- 31.3.2 זכות יציאה מההסכם;

- 31.3.3 עדיפות באספקה (במחסור) לפי סדר כרונולוגי של התקשרות;
- 31.3.4 מתי קמה חובת דיווח על הפחתה בצריכה;
- 31.3.5 אפשרות המחאה לחברה קשורה;
- 31.3.6 העדר התחייבות לרכישת כמות מינימום כלשהי;
- 31.3.7 זכות ליהנות מתעריפי תשתית מופחתים, ככל שיחולו, על מי מחברי ההתאחדות.
32. הנה כי כן, סקירה של הסכם דוראד מלמדת, כי הוא אינו כולל, הסכמות הנוגעות למחיר החשמל, ולמעשה, אינו כולל הסכמות מסחריות משמעותיות בכלל, גם לא ביחס להיקף השירות, איכותו או סוגו.
- 2.ב. **ההסכמים הגנריים עם יח"פים אחרים**
33. בדומה להסכם דוראד, כל ההסכמים הגנריים האחרים שיוסכמו עם יצרני החשמל הפרטיים האחרים, יקיימו את כל העקרונות המנחים הבאים:
- 33.1 העדר התחייבות – הצרכן אינו מחויב להסכם הגנרי ורשאי להגיע להסכמות טובות ממנו;
- 33.2 העדר בלעדיות – ההתאחדות תציע במקביל מספר הסכמים ותיידע את הצרכנים בדבר האפשרות לבחון מביניהם;
- 33.3 ההסכמים לא יכללו הסכמה בנוגע לתניות המסחריות העיקריות בהסכם אספקת חשמל בתעריף מוזל: שיעור ההנחה על התעריף, הכמות המקסימאלית והבטחות לתשלום ("תניות מסחריות עיקריות");
34. אישור הרשות להסכמים אלה מתבקש בכפוף לקיום עקרונות אלה.
- 3.ב. **מתווה מעורבות ההתאחדות לנוסחי ההסכמים הגנריים**
35. המלצת הרשות להסכם דוראד וההסכמים הגנריים האחרים, תתקיים בהתאם למתווה הבא:
- 35.1 ההתאחדות תיידע את חבריה (בכנסים, בפנייה בכתב) בדבר האפשרות להתקשר בהסכמים לרכישת חשמל בתעריף מוזל עם יצרני חשמל פרטיים.
- 35.2 ההתאחדות תעביר לחברים עיקרי נוסח ההסכמים הגנריים, עם מי יצרני החשמל הפרטיים בסמוך לאחר תום המשא ומתן עם אותו יצרן. בהם יובהרו, בין היתר, כל אלה:
- 35.2.1 הנוסח המוצע גובש לאחר משא ומתן שנוהל עם היח"פ הרלבנטי על ידי ההתאחדות באמצעות עורך דין מומחה בתחום.
- 35.2.2 הנוסח הוא נוסח מוצע בלבד, והחברים רשאים להגיע עם היח"פ להסכמות אחרות, ללא כל מחויבות למנגנונים הקבועים בהסכם זה;
- 35.2.3 ההתאחדות מנהלת משא ומתן עם מספר יצרני חשמל פרטיים במקביל. נוסח עיקרי ההסכם המצורף הוא רק אחד מהם, וההתאחדות צפויה להציע נוסחים מוצעים גם מטעם יצרנים אחרים בקרוב.

35.2.4 ההסכם אינו כולל הסכמה בנוגע להנחה על התעריף, כמות מקסימאלית וסוג הבטוחה, אשר יסוכמו בין היח"פ לבין התעשיינים במשא ומתן פרטני, כל אחד בהתאם למאפייני הצריכה שלו.

35.2.5 ולבסוף, יצורפו פרטי איש הקשר מטעם יצרן החשמל הפרטי, אשר אליו מוזמנים חברי ההתאחדות לפנות, ככל שהם מעוניינים להתקשר בהסכם לאספקת צריכת חשמל בתעריף מוזל עם יצרן זה.

36. על בסיס מתווה זה מתבקש האישור אף למתווה ההמלצה להסכמים הגנריים.

ג. כיצד יש לבחון אם הכבילה ראויה לפטור

37. שלב מקדמי לבדיקה אם כבילה כלשהי ראויה לפטור היא הבדיקה כי אכן נדרש פטור כאמור. דהיינו, אם ההסדר כלל מגבש הסדר כובל כמשמעות מונח זה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. כאמור, סבורה המבקשת כי ההסכם, נושא הבקשה, הוא עצמו ו/או איזה מההסדרים החוזיים הכלולים בו, אינם מהווים הסדר כובל.

עם זאת, לאור עמדת הרשות כי מדובר בהסדר כובל, ההתאחדות מגישה בקשה זו ומתחייבת, בכפוף לזכות ערר העומדת לכל מגיש בקשה, שלא על בסיס הטענה כי אין מדובר בהסדר כובל, לפעול בהתאם לתנאים כפי שיקבעו בהחלטה כפי שתינתן.

בפרק הבא, נעמוד, על טעמיה של המבקשת לעמדתה המשפטית כי ההסכם נושא הבקשה אינו מהווה הסדר כובל.

38. ככל שעל אף האמור לעיל, יסבור הממונה כי מדובר בהסדר כובל, נראה כי ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הממונה רשאי לפטור צדדים להסדר כובל מהצורך בקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר אם הצדדים הוכיחו, כי ההסדר מקיים את שני התנאים המצטברים הבאים:

38.1 התנאי הראשון:

38.1.1 הכבילות שבהסדר הכובל "אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר". או –

38.1.2 "הן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק האמור."

38.2 התנאי השני:

עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

39. מכאן, כי בהתאם לסעיף 14 של חוק ההגבלים העסקיים יש לערוך בדיקה בעלת שלושה שלבים, בכדי להכריע אם ההסדר ראוי לפטור:

40. **השלב האחד** – בדיקה האם הכבילות בהסדר הן כבילות נלוות (ancillary restraints) או שמא מדובר בהסדר הכולל כבילה עירומה (naked restraints). במידה שנמצא כי הכבילה היא כבילה עירומה ההסדר אינו ראוי לאישור. ככל שמדובר בהסדר הכולל כבילה נלווית עלינו לעבור לשלב הבדיקה השני.

41. **השלב השני** – בדיקה האם הכבילה עלולה להגביל את התחרות בחלק ניכר ממנו ; ככל שהמסקנה היא כי ההסדרים הנבחרים כלל אינם כוללים כבילה, הרי שממילא תנאי זה מתקיים. זאת, שכן, בהעדר כבילה, השוק כלל לא מוגבל כתוצאה מההסדר.

42. **השלב השלישי** – לחילופין, די להראות כי הכבילה הנלווית נשוא ההסדר אינה עלולה "לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק האמור". למעשה השאלה כאן היא האם ההסדר הכובל מקנה לאחד הצדדים כוח שוק או מחזק את קיומו של כוח שוק כזה. אם התשובה היא בשלילה, כי אז ההסדר איננו פוגע פגיעה של ממש בתחרות אף אם ההסדר כלל כבילה ואף אם זו מגבילה את התחרות בחלק ניכר ממנו.

43. נפנת תחילה לשלב הבדיקה הראשון : האם ההסכמים הגנריים או מעורבות ההתאחדות בהמלצה עליהם בפני חבריה מהווה בכלל הסדר כובל.

ד. ההסכם נשוא בקשה זו אינו מגבש הסדר כובל

44. ברור מאליו, כי התקשרות תעשיין ספציפי בהסכם אספקה קונקרטי עם יצרן חשמל פרטי אינה מהווה הסדר כובל.

45. ההיבט הדורש בדיקה כאן הוא ביחס למעורבות האיגוד העסקי. בענייננו, האיגוד העסקי מתקשר עם ספקי תשומה כללית מסוימת (יצרני חשמל פרטי) בהסכם גנרי, ומעביר לחבריו נוסחי הסכם מוצע (ולא מחייב) עם כל אחד מאותם יצרנים שרצה בהתקשרות, ללא העדפה כלשהי ביניהם, על מנת שכל אחד מהחברים יתקשר באופן קונקרטי עם אותו ספק.

46. השאלה הרלבנטית היא אם כן, האם העברת ההסכמים הגנריים לחברים מהווה המלצה על קו פעולה, באופן המגבש הסדר כובל בהתאם לסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

47. אנו סבורים שנוכח העובדה כי ההסכמים הגנריים המוצעים, אינם כוללים כל התייחסות להסכמות המסחריות העיקריות, הרי שגם המלצה עליהם אינה מהווה הסדר כובל. נבחר את דברינו.

ד.1. המלצה על קו פעולה היא הסדר כובל רק אם ההסדר המומלץ הוא עצמו הסדר כובל

48. סעיף 5 לחוק אשר כותרתו 'קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי', קובע כדלהלן :

"קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפניו, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר הכובל".

49. דהיינו, הסדר כובל בהתאם לסעיף 5 לחוק מקיים שלושה יסודות : (1) קו פעולה ; (2) הניתן על ידי איגוד עסקי ; (3) קו הפעולה עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים.

50. כבר נפסק כי ישנו קשר הדוק בין סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים וסעיף 2 לחוק זה. המלצה על קו פעולה היא הסדר כובל, אך ורק אם ההסדר עליו קו הפעולה ממליץ, הוא עצמו, הסדר כובל. עמד על כך הממונה על ההגבלים בתחלטתו בעניין קיומו של הסדר כובל בקשר עם פעילות איגוד סוכני השחקנים –

"המסקנה כי המסכת המתוארת היא בבחינת הסדר כובל כאמור בסעיף 2-5 מחייבת פנייה להוראת סע' 3 לחוק בדבר 'הסדרים שאינם הסדרים כובלים', שמא יימצא ההסדר פטור מכוח אחת מתשע הוראות הפטור הסטטוטוריות".¹

51. דהיינו, קו פעולה הממליץ על הסדר שהוא עצמו פטור, לדוגמא, מכוח סעיף 3 לחוק ההגבלים, אינו מהווה הסדר כובל.

52. גישה זו מצאה ביטוי גם בפסיקת בין הדין, אשר קבעה כי מטרתו של סעיף 5 היא מטרה צרה ולא מעבר לכך – סעיף 5 נועד להרחיב את סעיף 2 לחוק ההגבלים אך ורק לעניין קיומו של יסוד "ההסדר" הנדרש בסעיף 2 (יסוד החסר בסיטואציה של המלצה על ידי איגוד עסקי). ראו לעניין זה, פסק הדין בעניין מ"י נ' עזרא שוהם –

"סעיף 5 לחוק נועד להרחיב את תחולת החוק למצבים המפורטים בו, אשר אינם נופלים לגדר המונח 'הסדר', אך מבחינה מהותית קיים בהם פוטנציאל אנטי תחרותי דומה לזה שבהסדר";²

53. וראו גם לעניין זה ע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ³ :

"...במצב זה [כאשר איגוד ממליץ לחבריו] עשוי להיות קושי בהטלת אחריות על חברי האיגוד לפי עבירת ההסדר הכובל הקבועה בסעיף 4 לחוק. קושי זה נובע מכך שייתכן מצב שבו חבר באיגוד העסקי פעל לפי קו הפעולה שהומלץ על-ידי האיגוד ושעלול לפגוע בתחרות, אולם ללא שמתקיימים לגביו כל יסודות עבירת ההסדר הכובל".

54. בהתאם לגישה זו, הקובעת כי הוראות סעיף 5 אינן בלעדיות והן תלויות בהגדרת ההסדר הכובל בסעיף 2 לחוק, אף נקבע, יש להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, אשר באים לבחון התקיימותו של היסוד השלישי הנדרש בסעיף 5 – "העלול למנוע או להפחית את התחרות".

55. בענייננו, מדובר בהמלצה על נוסח הסכם אחיד. המלצה זו תהווה הסדר כובל, אך ורק אם הסכמה ישירה בין חברי האיגוד על אותו נוסח הסכם אחיד, הוא עצמו, מהווה הסדר כובל. והדברים ברורים.

56. אנו טוענים, כי במקרה זה, לאור העובדה כי ההסכם האחיד, אינו כולל, למעשה, הוראות עסקיות או מסחריות, שהן בעלי השפעה על התחרות, שכן כלל הרכיבים המשמעותיים בהסכם לרכישת חשמל, נותרו להסכמה פרטנית בין יצרן החשמל לחבריו, הרי שאין במה שכלול בהסכם כדי להוות הסדר כובל. דהיינו, גם אם חברי האיגוד העסקי, הם עצמם, היו חוברים במישרין ומנהלים משא ומתן משותף להסכם שעניינו העיקרי הוא משפטי-רגולטורי, ללא נושאים בעלי השפעה על התחרות, לא היה מדובר בהסדר כובל.

57. מבחינה פורמאלית, בהעדר הסכמה על נושאים בעלי השפעה על התחרות, ההסכמים הגנריים אינם נופלים לאף אחת מהחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) ואף אינם מעלים חשש תחרותי לא

¹ קביעה בדבר קיום הסדר כובל – פעילות איגוד סוכנות השחקנים, הגבלים עסקיים 3003746 (24.05.1994).

² תפ (י-ם) 4016-06-12 מדינת ישראל נ' עזרא שוהם, פסקה 41 (פורסם בנבו, 23.02.2014).

³ ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד (6) 7, פסקה 101.

בשוק לאספקת חשמל לצרכני תעו"ז ולא באף אחד משוקי המוצר בהם עוסקים חברי האיגוד. נסביר את עמדתנו.

2.ד. העדר תחולה לחזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק בהעדר התחייבות למחיר

58. כפי שעולה מהרקע העובדתי, אין במקרה זה היבטים של רכש משותף: (1) אין האחדה של כוח רכישה (התנאים המסחריים העיקריים בהסכם רכש חשמל מוסכמים במשא ומתן פרטני בין היצרן לצרכן הקונקרטי); (2) בהסכם לא נקבע תעריף אחיד לרכישה; (3) אין שיתוף פעולה בין הצרכנים לבין עצמם (ההסכם נשלח על ידי ההתאחדות לכל אחד מהתעשיינים בנפרד, וכל אחד מהתעשיינים פונה, אם בוחר לעשות כן, ליצרן החשמל בנפרד. אין כל דינמיקה בין התעשיינים לבין עצמם);
59. הסוגיה התחרותית הרלבנטית היא המלצת חוזה אחיד כהסדר כובל. חוזה אחיד, כשלעצמו, אינו בהכרח מהווה הסדר כובל, בכל תנאי. ניתן לתאר חוזה שלד אחיד, הכולל רק את התשתית המשפטית (רשימת הנושאים שיש להסדיר בסוגיה הרלבנטית בניסוח המשפטי המתאים) וכן היבטים הנגזרים ממילא מרגולציה מחייבת, ומותיר את כל ההיבטים המסחריים בעלי ההשפעה על התחרות להסכמה פרטנית.
60. כפי שכבר נקבע על ידי הממונה בהחלטותיו, ההיבטים בעלי המשמעות התחרותית בחוזה אחיד הם שני אלה: **הכתבת תנאים מסחריים או האחדת דפוסי פעילות**.⁴ בענייננו, נראה כי אלה אינם מתקיימים.
61. זאת ועוד, במקרה הנפוץ, הצד המעוניין באישור חוזה אחיד, הם ספקי השירות או המוצר (ארגון גני ילדים, בעלי אולמות אירועים וכו'). בענייננו, מדובר במקרה ייחודי גם מהטעם כי הגוף הפונה הם נציגי **הצרכנים** הפוטנציאליים. לא ככלי להאחדת תנאים מסחריים או דפוסי פעילות (בדרך כלל, אינטרס של הספקים בבקשות מסוג זה) ולא במטרה להביא להישגים של רכש משותף, אלא ככלי שיאפשר הנגשת המוצר (חשמל מוזל) לאותם צרכנים אותם הם מייצגים. זאת ותו לא.
62. הסכם דוראד, ובדומה גם ההסכמים הגנריים האחרים, אינם עוסקים בנושא מחיר רכישת החשמל (ההנחה על תעריף רכיב הייצור). ההסכמות הכלולות בהסכם אינן עוסקות גם בכל היבט אחר הנוגע למחיר השירות.
63. נכון הוא, כי ההסכם דן במנגנונים שיכולים להיות בעלי השפעה על המחיר שישולם בנסיבות ייחודיות (ביחס למחיר הבסיס שנקבע). לדוגמא המנגנון שיחול במקרה של חריגה מצריכה או לחלופין, בהעדר דיווח במקרה של חובת דיווח, במקרה של צפי לצריכה מופחתת משמעותית. עם זאת, מנגנונים אלה אינם משקפים את מחיר השירות, אלא המנגנון שיופעל בנסיבות חריגות כאלה או אחרות, בהתבסס על מחיר השירות הבסיסי.
64. מכאן, דעתנו, כי אין תחולה לחזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק תהגבלים העסקים.

3.ד. העדר תחולה לחזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(4) בהעדר התחייבות לכמות איכות או סוג השירות

65. במסגרת ההסכם אין גם הסכמות שעניינן כמות, איכות או סוג השירות שיוספק על ידי יצרן החשמל הפרטי לאותה קבוצה פוטנציאלית של צרכנים.

⁴ קביעה לפי סעיף 43(א)(2) לחוק תהגבלים העסקים, התשמ"ח – 1988 כי קו פעולה שקבעה עמותת ת.י.ב.ה – חינוך ילדים בגיל הרך הינו הסדר כובל והחלטה להטיל עיצום כספי בגינו (30.3.2015) **הגבלים עסקים** 500778.

66. הכמות המקסימאלית הפרטנית לכל צרכן, כלל אינה מוסדרת בהסכם האחיד, כאמור. אין גם כל התחייבות לאיכות או סוג השירות, שכן מדובר במוצר שהוא קומודיטי. דהיינו, גם אם ההסכמים הגנריים האחרים יהיו הסכמים עם התחייבות קשיחה לאספקה (ולא הסכם עודפים כמו במקרה של הסכם דוראד), הרי שעדיין היקף ההתחייבות אינה כלולה בהסכם האחיד, אלא בהסכמה פרטנית עם כל צרכן.

67. אנו סבורים כי התחייבות היצרן לספק חשמל במקרה של מחסור לפי סדר כרונולוגי של התקשרות, או התחייבות היצרן לתחזוקה בהיקף שאינו עולה על 8% (המשקפת ממילא גם התחייבות היצרן לפי ספר אמות המידה), הן התחייבויות שאינן נופלות בגדר החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(4), משום שהן משקפות, במידה רבה, חובות החלות על יצרני החשמל מכוח הרגולציה החלה עליהם.

68. מכאן דעתנו כי החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(4) אינה חלה.

ד.4. ההסכמים הגנריים אף אינם מעלים חשש תחרותי כמשמעו בסעיף 2(א) לחוק

69. השפעתם של ההסכמים הגנריים על התחרות צריכים להיבחן ביחס לכל אחד מהשווקים הרלבנטיים: (1) שוק אספקת החשמל לצרכני תעו"ז; (2) שוקי המוצר בהם פועלים התעשיינים חברי ההתאחדות, שהם צרכנים פוטנציאלים של הסכמים אלה.

העדר פגיעה (ואף קידום התחרות) בשוק אספקת החשמל לצרכני תעו"ז

70. בהעדר האחדה של היקפי רכש, ההסכם אינו מעלה חשש ליצירת כוח שוק ברכישה בשוק אספקת החשמל.

71. זאת ועוד, אין בהסכם גם כדי ליצור עדיפות תחרותית ליצרן חשמל פרטי זה או אחר. התאחדות התעשיינים פנתה באופן שוויוני ואחיד לכל יצרני החשמל הפרטיים והציעה להם לנהל עמה משא ומתן לגיבוש הסכם, כאמור. ההתאחדות תציע לחבריה את ההסכמים הגנריים עם כל אחד מיצרני החשמל הפרטיים שירצה או יוכל לספק שירות זה, וינהל עם נציגי ההתאחדות משא ומתן ויגיע עמה לנוסח מוסכם.

72. בנוסף, ההסכם גם אינו יוצר חשש להאחדת דפוסי פעולה או האחדת תנאים מסחריים בענף אספקת חשמל לצרכני תעו"ז מהטעם העיקרי כי ההסכם אינו דן כלל בנושאים מסחריים מהותיים או בדפוסי פעולה, שיש בהם להשפיע על התחרות.

73. כמו כן, מרבית המנגנונים הקבועים בהסכם (כגון - היקף חובת דיווח במקרה של הפחתה בצריכה או חריגה מהצריכה), נגזרים מסטנדרטים שממילא חלים בענף מכוח הרגולציה החלה על יצרן החשמל הפרטי, ולמעשה, משקפים אותה.

74. ובכל מקרה, כאמור, ההסכם אף אינו מחייב את התעשיינים ולכן הם רשאים להגיע להסכמות אחרות, בהתאם למאפייני הצריכה הקונקרטיים הרלבנטיים להם וכושר המיקוח מול יצרני החשמל הפרטי.

75. למעשה, ההסכמים לא רק שאינם מעלים חשש תחרותי בשוק אספקת החשמל לצרכני תעו"ז, יש בהם אף כדי להביא לקידום התחרות בשוק זה: ההסכמים ירחיבו את היקף צרכני התעו"ז, שיוכלו לרכוש חשמל, מיצרני חשמל פרטיים ויכללו באלה גם את צרכני החשמל הקטנים והבינוניים.

בכך יתרמו ההסכמים להקטנת כוח המונופול, חברת חשמל, בשוק זה והגדלת התחרות בו מצד יצרני החשמל הפרטיים.

העדר פגיעה בשוקי המוצר בהם פועלים התעשיינים

76. עניינם של ההסכמים הגנריים רכש של תשומה כללית שאינה ייחודית לענף מסוים. הצרכנים אשר יעשו שימוש בתשומה זו, רובם ככולם, כלל אינם מתחרים בינם לבין עצמם. מכאן, מלכתחילה, השפעתו המוגבלת של ההסכם על התחרות בענף קונקרטי מסוים.
77. זאת ועוד, גם ככל שמי מהמשתמשים הפוטנציאליים בהסכם גנרי מסוים, יהיו מאותו ענף, אין לכך כל השפעה על התחרות - בהסכמים מסוג זה, ככלל החששות התחרותיים הם מהאחדת מחיר תשומה המשמשת מתחרים וכן מעצם שיתוף הפעולה בין המתחרים הנדרש לניהול המשא ומתן המשותף. בענייננו, חששות אלה, כלל אינם רלבנטיים :
78. ההסכמים הגנריים, כאמור, מותירים את ההסכמות המסחריות העיקריות בהסכם לרכש חשמל להסכם פרטני בין הצרכן לבין יצרן החשמל – מחיר החשמל, כמות רכישה מקסימאלית ובטחונות לתשלום. מכאן, כי גם אם שני מתחרים בענף כלשהו יעשו שימוש באותו הסכם גנרי, אין לעצם השימוש באותו הסכם כדי להשפיע על מחיר התשומה.
79. בנוסף, כאמור, המתווה המוצע, המלצה על נוסח עיקרי הסכם על ידי ההתאחדות, באופן חד צדדי, כלל אינה מחייבת כל תקשורת בין צרכני החשמל, בינם לבין עצמם.
80. זאת ועוד, כיוון שההסכם הגנרי אינו כולל את מחיר התשומה ומרכיבים מסחריים אחרים, הוא גם לא עשוי לפגוע בתחרות שבין חברי ההתאחדות למי שאינם חברי התאחדות.
81. מכאן, העדר חשש לפגיעה בתחרות בשוק כלשהו.
82. לא רק שההסכמים אינם מעלים חשש תחרותי, יש בהם אף כדי לקדם את התחרות בענפים השונים בהם עוסקים צרכני התעו"ז: במצב הקיים, מפעלי תעשייה גדולים קשורים בהסכם לרכישת חשמל מוזל, בעוד שעבור מתחריהם בענף בו הם פועלים, אפשרות זו אינה ישימה.
83. מכאן, כי הנגשת האפשרות לרכישת חשמל מוזל גם עבור צרכני חשמל קטנים ובינוניים, תאפשר לשחקנים קטנים יותר בענפים השונים, לצמצם פערים מול השחקנים הגדולים באותו ענף, על דרך צמצום פערים בעלויות רכישת תשומת החשמל. והכל, באופן שיוכל לסייע לקידום התחרות בענפים אלה.
84. מכאן, כי ההסכמים אינם מעלים חשש לפגיעה בתחרות גם בשוקי המוצר ואף עשויה לקדם את התחרות בשווקים אלה.
85. מכאן, כי ההסכמים הגנריים אינם מהווים הסדרים כובלים גם בהתאם לסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.
- ה. **עיקרו של ההסכם אינו בהפחתת התחרות – והוא אינו כולל כבילות שאינן נחוצות (למעשה אינו כולל כבילות כלל)**
86. בפרק העובדתי למעלה עמדנו על המטרה העיקרית העומדת מאחורי מהלך ההתאחדות – הנגשת האפשרות לרכישת חשמל מוזל גם לצרכני חשמל קטנים ובינוניים.

87. מכאן, כי ההסכמים לא נועדו להפחית את התחרות, ובפועל, כאמור, אף יש בהם כדי לתרום לקידום התחרות, הן בשווקי המוצר בהם פועלים חברי ההתאחדות שהם צרכני חשמל קטנים ובינונים ובוודאי גם קידום התחרות בשוק אספקת החשמל לצרכני תעו"ז.

88. ההסכמים הגנרים אינם כוללים כבילה כלשהי, וממילא אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות.

89. ההסכמים עצמם ואף המתווה המוצע מול יצרני החשמל, הם כאלה המאפשרים גמישות מקסימאלית והעדר כבילה של מי מהצרכנים או מי מיצרני החשמל - ההסכם אינו מחייב את צרכני החשמל והם רשאים לנהל משא ומתן פרטני עם יצרני החשמל; ההתאחדות פונה לכלל יצרני החשמל הפרטיים ולכן אין במהלך זה כדי להפלות מי מהם. גם תוכן ההסכם מבטיח גמישות תחרותית - ההסכם קובע כי הצרכנים ויצרני החשמל יוכלו לסיים את ההסכם בכל עת, בהודעה של שלושה חודשים מראש. הצרכן אינו מתחייב לרכוש כמות מינימאלית כלשהי.

90. מכאן, כי המהלך המבוקש של ההתאחדות, וההסכמים הגנרים עצמם, מקיימים את התנאי הקבוע בסעיף 14(א)(2) - עיקרם אינו בהפחתת התחרות, והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות (למעשה אינם כוללים כבילות כלל).

ו. הכבילות בענייננו אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים הרלבנטיים

91. בסעיף ד.3 לעיל עמדנו על הטעמים כי ההסכמים הגנרים אינם מעלים חשש תחרותי, לא בשוק אספקת החשמל לצרכני תעו"ז ולא בשווקי המוצר בהם פועלים צרכני החשמל הפוטנציאליים להסכמים אלה.

92. למעשה, הראינו כי ההסכמים יקדמו את התחרות הן בשוק אספקת החשמל - ביצירת חלופות תחרותיות עבור צרכני חשמל קטנים ובינונים, אשר יוכלו לרכוש חשמל, לא רק מחברת חשמל, באופן שיביא להפחתת הריכוזיות הקיימת בשוק זה, והן בשווקי המוצר עצמם (השווקים השונים בהם פועלים הצרכנים הפוטנציאליים של הסכמים אלה) - מהטעם כי באותם ענפים בהם השחקנים הגדולים קשורים בהסכמים עם יצרני חשמל פרטיים, יוכלו השחקנים הקטנים יותר לצמצם פערים בעלויות רכישת תשומה כללית, באופן שיאפשר להם להתחרות ביתר יעילות בשוק זה.

93. מכאן, כי ההסכם אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות.

94. מכאן, כי הבקשה ראויה לפטור בהתאם לסעיף 14 לחוק.

אנו מצהירים שכל הפרטים האמורים הם מלאים ונכונים, שהמסמכים המצורפים הם נכונים ואין מלבדם כל מסמך אחר הקובע את ההסדר או הנוגע לו.

התאחדות התעשייתיים בישראל
ת.ד. 50022
תל-אביב 61500
חתימה וחותמת

שם

תאריך