

## בית הדין להגבלים עסקיים

ה"ע 000491/98

**בפני:**

השופט י. עדיאל – מ"מ אב בית הדין

פרופ' מ. סרנט – חבר

מר ר. הרמן – חבר

**בעניין:**

חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים")

**ובעניין:**

חברת החשמל לישראל בע"מ

המבקשת

ע"י ב"כ עוה"ד י. חורש וח. דורון

נגד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

הממונה

ע"י עו"ד ד. רוטמן מרשות ההגבלים העסקיים

2. משרד התשתיות הלאומיות – מנהל מינהל החשמל

3. שר התשתיות הלאומיות

המשיבים

ע"י עו"ד א. לוין

## פסק – דין

<b>ההליך</b>	1
1. חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן גם - "ח"ח") מבקשת לאשר הסדר כובל על-פי סעיף 7(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן - "החוק"). עניינו של ההסדר במכרז להקמת תחנת כוח חדשה ברמת חובב ובהסכם האמור להיחתם בין ח"ח לבין הזוכה. מהות הכבילה שבהסדר היא תניית בלעדיות, לפיה מתחייב הזוכה במכרז למכור לחברת החשמל, ולה בלבד, את כל האנרגיה שתופק בתחנה, ולהעמיד לרשותה באופן בלעדי את מלוא ההספק הזמין שתוכל התחנה לספק, וזאת לתקופה של 20 שנה.	2 3 4 5 6 7 8
תניית בלעדיות זו היא המקנה להסכם, לטענת הממונה על ההגבלים העסקיים, את אופיו הכובל, והיא העומדת במרכז של ההתדיינות הנוכחית.	9 10 11
<b>תחנת הכוח המתוכננת ברמת חובב</b>	12
2. משרד התשתיות הלאומיות החליט כי יצרן חשמל פרטי יקים באתר רמת חובב תחנת כוח לייצור חשמל בהספק מרבי של 350 מגה-ואט (להלן - "תחנת הכוח" או "התחנה"). תחנת הכוח, מסבירה חברת החשמל, מתוכננת לייצור חשמל באמצעות טורבינת גז המופעלת על-ידי שריפת גז טבעי. גזי הפליטה החמים שייפלטו במהלך שריפת הגז יועברו דרך מחליף חום לטורבינת קיטור שתשמש בתורה אף היא לייצור חשמל. בדרך זו יקום בתחנה תהליך משולב של ייצור חשמל באמצעות שתי טורבינות המבוססות על שני תהליכי ייצור: גז וקיטור. טכנולוגיית ייצור זו של מחזור משולב המבוססת על פעולת טורבינת הגז וטורבינת הקיטור, טוענת חברת החשמל, היא הטכנולוגיה המתקדמת ביותר המוכרת כיום בעולם לייצור חשמל, והיא תביא לניצול משופר של האנרגיה אשר תושקע בייצור החשמל בתחנה.	13 14 15 16 17 18 19 20 21 22
טכנולוגיה זו אמורה להחליף בעתיד טכנולוגיות ישנות לייצור חשמל המופעלות כיום בישראל, למשל, תחנות כוח המופעלות במזוט. במקביל, ועל יסוד השיקול של גיוון במקורות האנרגיה, יימשך השימוש בתחנות כוח המופעלות על ידי שריפת פחם.	23 24 25 26
הבחירה בתחנה זו נעשתה, לטענת חברת החשמל, כדי שהרכבה העתידי של מערכת ייצור החשמל בישראל יהא המיטבי, ויאפשר לצרכנים להנות מתעריף נמוך ככל האפשר.	27 28 29
<b>המכרז</b>	30

3. 1 משרד התשתיות הטיל על חברת החשמל את הטיפול בהקמת תחנת הכוח החדשה, וזו  
2 הכינה ופרסמה לשם כך מכרז לקביעת יצרן החשמל הפרטי אשר יקים את התחנה. בין  
3 תנאי המכרז מופיעה תניית הבלעדיות נשוא הדיון הקובעת:

4  
5 **"3.3 Declarations and Obligations of the Producer**

6 .....

7  
8 **3.3.7 The Producer undertakes that it shall only supply**  
9 **electricity from the Facility to IEC and to no other party**  
10 **whatsoever, whether via IEC' grid or otherwise throughout**  
11 **term of this Agreement" (p. 24).**

12  
13 **"4.1.3 Exclusivity of Supply to IEC**

14 **Throughout the term of this Agreement, the Producer shall**  
15 **supply and/or make available exclusively to IEC Net Electric**  
16 **Energy generated by the Facility.**

17 **The Producer irrevocably waives any right to supply electric**  
18 **energy produced by the Facility to any third party whatsoever**  
19 **during the term of this Agreement". (p. 25)**

20  
21 4. מסמכי המכרז ותנאיו אושרו, קודם לפרסומם, על-ידי מנכ"ל משרד התשתיות הלאומיות,  
22 אשר אישר במכתבו למנכ"ל חברת החשמל מיום 2.7.1997 כי:

23  
24 **"מדיניות הממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק משק החשמל**  
25 **(התשנ"ו-1996) הנה לעודד שילוב יצרנים פרטיים במשק החשמל.**  
26 **מסמכי המכרז והחוזה לתח"כ יח"ה במחזור משולב 340-370 מגה-ואט**  
27 **נבדקו ואושרו על-ידי משרדנו".**  
28

29 ואילו שר התשתיות הלאומיות אישר במכתבו למנכ"ל חברת החשמל מיום 28.7.97 כי  
30 בכוונתו של משרד התשתיות לכלול ברשיונו של הזוכה במכרז תנייה המחייבת את הזוכה  
31 למכור את החשמל שייוצר על ידו לחברת החשמל בלבד:

"1. I hereby Inform you that in accordance with the policy of the	1
Ministry of National Infrastructure, the electricity produced by	2
the said 340-370 MW Combined Cycle facility in accordance with	3
the above - mentioned under is designed to meet the requirements	4
of the generation Development plan as devised by the Israel	5
Electric Corporation LTD (hereafter - "IEC") for the extension of	6
the generation system.	7
2. In light of the above, it is the Intention of the Minister of	8
National Infrastructures to make provision in the license for the	9
production of electricity, to be granted under the Electricity	10
Sector Law, 5756 - 1996 to the winner of the tender, that all the	11
electricity produced by the said Combined Cycle Facility, shall be	12
sold solely to IEC."	13
	14
משמע, משרד התשתיות ושר התשתיות הלאומיות תמכו בהכללת תניית הבלעדיות במכרז	15
ובכך שהיצרן הפרטי יחויב למכור את מלוא תפוקת החשמל של תחנת הכוח משך 20 שנה	16
לחברת החשמל בלבד.	17
	18
5. ואולם, ראוי לציין, כי בתחילה החזיק משרד התשתיות הלאומיות בעמדה שונה שלפיה	19
היה ראוי לאפשר ליצרן החשמל הפרטי שיזכה במכרז למכור חשמל לצרכני קצה ולא רק	20
לחברת החשמל. כך העיד מר שילה, המצהיר מטעם משרד התשתיות, האחראי על נושא	21
שילובם של יצרנים פרטיים במשק החשמל:	22
"... באותה ישיבה (בה נכחו שר התשתיות, מנכ"ל משרדו ומנכ"ל ח"ח)	23
אני כאמור לא הייתי נוכח בה, סגן הממונה על התקציבים אמר שהוא	24
מבקש שבמכרז שעומד להתפרסם ברמת חובב תהיה אפשרות של	25
מכירה לאחרים, לא רוצה עכשיו לחלק ציונים, אבל כל מי שהיו בישיבה	26
בלי להניד עפעף אמרו בלי בעיות."	27
	28
	29
זו היתה גם מדיניותו של אגף התקציבים באוצר. על רקע זה הובהר על ידי מנכ"ל משרד	30
התשתיות הלאומיות בישיבה שקוימה במשרדו ב- 16 ביוני 1997 בהשתתפות נציגי חברת	31
החשמל כי:	32
	33
"...עמדת השר היא לאפשר במכרז מכירה לצרכנים פרטיים..."	34
	35

1 ואולם, לאחר ישיבה זו, עולה מעדותו של מר שילה, כי מנכ"ל חברת החשמל, שהיה נוכח  
2 באותה ישיבה ונתן את הסכמתו לכך שהיצרן הפרטי ימכור חשמל לצרכני קצה, שינה את  
3 דעתו :  
4

5 "אז, מנכ"ל של חברת החשמל חזר לחברה שלו ומי שאמון על הדברים  
6 הסביר לו מה התוצאה של האמרה הזאת שהוא אמר שמה, או ההסכמה  
7 הזאת שהוא נתן מבלי שהוא בדק את העניין הייתי אומר את זה  
8 בעדינות, ואותו הדבר במשרד התשתיות הסביר מי שהיה צריך להסביר  
9 למי שהיה נוכח באותה ישיבה למה הוא אמר את הדברים, מבלי, עוד  
10 פעם אני אומר בעדינות מבלי לבדוק אותם. כתוצאה מזה נערכה רוויזיה  
11 בהחלטת המשרד ובהחלטת חברת החשמל..."  
12

13 במקביל, העיד מר שילה, נעשתה בדיקה נוספת גם על-ידי הגורמים המקצועיים במשרד  
14 התשתיות ובעקבות כך שינה גם משרד התשתיות הלאומיות את עמדתו.  
15

16 משחזרה עו"ד רוטמן, באת-כוח הממונה, ועמדה על השאלה: "מי יזם את ההכנסה של  
17 תניית הבלעדיות, אתם או נציגי חברת החשמל?" השיב העד: "זה היה הדדי, זה גם נדון  
18 בוועדת אילתה".  
19

20 גם מדבריו של עו"ד חורש, ב"כ חברת החשמל, עולה כי חברת החשמל עמדה על דרישת  
21 הבלעדיות. לא זו אף זו, חברת החשמל הודיעה, לדבריו, שבלא קבלת בלעדיות היא לא  
22 תחתום על החוזה עם היצרן הפרטי:  
23

24 "...חברת החשמל באה ואמרה, וחבל לחזור על הדברים, אנחנו בלי  
25 שתהיה וודאות בנקודות האלה לא נחתום על החוזה כרגע. אתם רוצים  
26 לעכב את החוזה? אתם רוצים שיהיו כללים, אז נחכה שיהיו כללים  
27 נראה מה יהיה במצב הזה".  
28

29 לאור כך שינה משרד התשתיות הלאומיות את עמדתו והחליט על מתן בלעדיות מלאה  
30 לחברת החשמל ברכישת תפוקת החשמל של תחנה הכוח הפרטית.  
31

32 6. חרף זאת, מסתבר שבעת קבלת ההחלטה בנושא הבלעדיות, טרם גיבשו מומחי המשרד דעה  
33 בסוגיה זו. כך העיד מר שילה כאשר נשאל: "מה העמדה שלך (לעניין זה) בתור מומחה?" :  
34

35 "אז אנחנו, מאחר ואנחנו ממשלה שמורכבת מכמה משרדים, אז משרד  
36 האוצר היתה לו דעה שאפשר למכור לצרכני קצה, ולנו היתה דעה  
37 שאנחנו לא בטוחים בזה, ולאור זאת החלטנו, ואני אומר עוד פעם, זה  
38 מאחר ואנחנו בדרך-כלל משתדלים להיות לפחות שלמים עם עצמנו,  
39 החלטנו לשכור חברת ייעוץ בינלאומית, עשינו מחקר לשם כך, ולפני  
40 שבועיים בערך החברת ייעוץ הזאת התחילה לעבוד, היא מבצעת סקר  
בארץ, היא משוחחת עם יזמים פוטנציאליים, עם צרכני קצה

פוטנציאליים, עם כל מי שבסביבה שרלוונטי, עם בנקים, עם ה- PUA, עם מי שאתה רוצה, והיא תגבש חוות-דעת... עד סוף חודש אוקטובר שנה זו".

משהתבקש מר שילה להסביר הכיצד זה אישר משרד התשתיות הלאומיות את המכרז על תניית הבלעדיות שבו, בלא שגיבש לעצמו דעה מקצועית בנושא, הוא השיב:

"... עכשיו, מה שאנחנו אומרים, לא יקרה שום אסון. אנחנו מדברים על 20% יצרנים פרטיים... זה 2000 מגה וואט ואנחנו פה מדברים שאם אנחנו מגיעים עם המכרז הזה כולו ל- 650 מגה-וואט עם מה שיש כבר קודם".

דעתו של מר שילה לפיה, "לא יקרה שום אסון", אם המכרז יוצא במתכונתו הנוכחית, מבוססת על ההנחה שממילא קיים ספק לגבי קיומם של צרכני קצה פוטנציאליים בהיקף ייצור החשמל שאושר על-פי החלטת הממשלה ליצרנים פרטיים (2000 מגה-וואט). לדעתו, על יסוד התרשמות ראשונית מבדיקות שטח שנעשו על-ידי חברת ייעוץ בינ"ל שנשכרה על ידי משרד התשתיות לצורך בדיקת נושא השילוב של יצרנים פרטיים במשק החשמל, מסתבר שסדר הגודל של הביקוש הפרטי שבפניו עשוי לעמוד היצרן הפרטי, אינו עולה על 400 מגה-וואט, וביקוש זה ניתן יהיה לספק גם במסגרת תחנות הכוח הבאות שתוקמנה. כך העיד מר שילה:

"לא, אני אומר: א. יכול להיות שבכלל אי אפשר (למכור חשמל על-ידי היצרן הפרטי ללקוחות קצה) ב. אני אומר שגם אם אפשר, אנחנו מדברים להערכתי כרגע על סדר גודל של 400 מגה-וואט וזה המכרז הבא המיועד. אני אומר, איך אומרים? תן לחיות, אני אומר, בוא נגמור פרה פרה, נמשיך הלאה עם זה, דבר שעשו אותו בכל העולם, ונעבור הלאה למכרז הבא. אם לשיטת האוצר זה אפשרי, וזה מה שחברת הייעוץ הבינלאומית תגיד, אנחנו נרוץ קדימה, ואם בעתיד בעוד שנתיים-שלוש יימצאו עוד 400 מגה וואט קליינטים, אני לא יודע מאיפה, אולי, אז נמשיך הלאה".

7. המסקנה העולה מכאן הנה כי בעת קבלת ההחלטה על הקמת תחנת הכוח החדשה ברמת חובב על ידי יצרן פרטי, לא היה משרד התשתיות הלאומיות ערוך לביצוע ההחלטה, דבר שבא לידי ביטוי במספר מישורים: ראשית, משרד התשתיות לא ראה אפשרות להכין ולקיים בעצמו את המכרז לבחירת יצרן החשמל הפרטי, דבר שנבע, על פי הסברו של מר שילה, ממחסור בכוח אדם. מצב דברים זה הביא לתוצאה הבלתי סבירה של מסירת הכנת המכרז לחברת החשמל, הנמצאת בעניין זה, כפי שהודה גם מר שילה, בניגוד אינטרסים ברור, בהיותה אמורה לבחור ולקבוע את הכללים המסדירים את פעילותו של מי שאמור להיות המתחרה שלה בייצור חשמל. שנית, המשרד טרם גיבש באותה עת עמדה לגבי התנאים בהם יש להכניס יצרנים פרטיים לשוק, במיוחד בנוגע למתן בלעדיות ברכישת החשמל המיוצר על ידי היצרן הפרטי לחברת החשמל או מכירה ישירה לצרכני קצה, שהיא השאלה המרכזית המתעוררת בתיק זה. לצורך כך הזמין משרד התשתיות חוות דעת

מחברת הייעוץ PriceWaterHouse Coopers. אולם חוות הדעת של חברה זו התקבלה רק	1
בחוודש דצמבר 1998, כשנה וחצי לאחר פרסום המכרז. לאור כך, מסקנות חוות דעת זו	2
יאומצו על ידי משרד התשתיות (אם בכלל), רק לקראת הקמתה של תחנת הכוח הבאה.	3
שלישית, שר התשתיות הלאומיות טרם קבע את הכללים לגבי עסקאות של רכישת חשמל	4
בין בעל רשיון ספק שירות חיוני לבין יצרן חשמל פרטי, כפי שהוטל עליו לקבוע לפי סעיף	5
20(ב) לחוק.	6
מעבר לכך, גם הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל טרם קבעה את תעריפי ההולכה והגיבוי	7
שייגבו על ידי חברת החשמל מהיצרן הפרטי עבור הולכת החשמל והגיבוי של צרכניו.	8
	9
על רקע זה ולאור הראיות שבאו לפנינו, התרשמותנו היא, שיותר משיזם משרד התשתיות	10
את הכנסת תניית הבלעדיות בעצמו, הוא קיבל בנושא זה את עמדתה - דרישתה של חברת	11
החשמל. אשר לחברת החשמל, לה היתה בנושא זה עמדה עצמאית וחד משמעית, ומכל	12
מקום, ודאי שלא ניתן לומר בנסיבות אלה כי מעורבותה בנושא זה הצטמצמה לקבלת	13
עמדתו - השקפתו של משרד התשתיות וביצוע מדיניותו של המשרד.	14
	15
ביום 5.8.1997 פורסם המכרז. למכרז הוגשו 11 הצעות. חברת החשמל היתה ערה לכך,	16
שלכאורה (הגם שהיא אינה מודה בכך) מדובר בהסדר כובל הנזקק לאישור בית הדין	17
להגבלים עסקיים, ועל כן קבעה בתנאי המכרז כי תוקפה של ההתקשרות על-פי המכרז	18
מותנה באישורו של בית הדין את תנאי ההסדר ככתבם וכלשונם. לאור כך, טוענת חברת	19
החשמל, כי אם תניית הבלעדיות לא תאושר על-ידי בית הדין ככתבה וכלשונה, יבוטל	20
המכרז. לטענת הממונה, התנאה זו עומדת בניגוד לטובת הציבור, יש בה משום איום	21
מוסווה או גלוי על בית הדין, ועל כן על בית הדין "לקבוע כי סעיף זה למכרז בטל מכל וכל",	22
וזאת "מבלי שתוצאתו (של הביטול) תהא ביטול המכרז". למחלוקת זו עוד נחזור בהמשך.	23
	24
	25
<b><u>עמדתה של חברת החשמל</u></b>	26
חברת החשמל, שעליה נטל ההוכחה בעניין זה, העלתה בפתח טיעוניה סדרה של טענות	27
משפטיות שנועדו לשלול את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על ההסדר נשוא	28
הבקשה, או לפחות להוציאו מגדר תחולתו של 'הסדר כובל' כמשמעו בחוק ההגבלים	29
העסקיים.	30
	31
לגופו של ההסדר, טוענת חברת החשמל, כי אישור ההסדר הנו לטובת הציבור. יתרונות	32
ההסדר מתמקדים, על פי טענתה, בשני מישורים: המישור הכלכלי-מימוני, שבו תבחן	33
תניית הבלעדיות לאור חיוניותה להבטחת התשואה על השקעתו של יצרן החשמל הפרטי,	34

תכלית אותה ניתן להשיג, לפי הטענה, רק על-ידי התחייבות לרכישת מלוא החשמל שיופק	1
בתחנה, על דרך כריתת הסכמי בלעדיות ארוכי טווח. טענותיה האחרות של חברת החשמל	2
מתמקדות בחיזיונותו של ההסדר למשק החשמל מההיבטים הטכנולוגיים והכלכליים.	3
בהקשר זה מעלה חברת החשמל שורה של טיעונים מהם עולה, לטענתה, כי הדרך היחידה	4
לשילובו של היצרן הפרטי במשק החשמל היא בחיובו למכור את כל החשמל המיוצר על ידו	5
לחברת החשמל. בין היתר, טוענת חברת החשמל, כי: תחנת הכוח מהווה חלק מתוכנית	6
הפיתוח שלה ועל כן היא צריכה לעמוד בזמינות מלאה למערך הייצור שלה כדי שתוכל	7
לספק את צורכי החשמל לכלל צרכני החשמל במדינה וכן כדי לאפשר לה לתת גיבוי לכלל	8
הצרכנים; העמדת התחנה בזמינות מלאה למערך הייצור של חברת החשמל נדרשת לשם	9
השגת יעילות מרבית בתהליך הייצור ומניעת בזבז בשל היווצרות עודף כושר ייצור לא	10
מנוצל; מכירה בלעדית לחברת החשמל מתחייבת גם ממודל התשלום שנקבע על-פי תנאי	11
המכרז, שלפיו יקבל היצרן הפרטי תשלום עבור הספק זמין ואנרגיה, מודל תשלום הנדרש	12
לשם הבטחת התשואה על ההשקעה של היצרן הפרטי, וטענות נוספות שתדונה בהמשך.	13
	14



1	
2	<b><u>עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים</u></b>
3	11. הממונה על ההגבלים העסקיים מתנגד לבקשה. לטענת הממונה, ההסדר יפגע בתחרות
4	ובטובת הציבור שכן תוצאת ההסדר היא, כדבריו "חסימתה של התחרות מקום בו היא
5	מניצה לראשונה", והוא עלול לחסום כליל את פתיחת משק החשמל לתחרות. לטענת
6	הממונה, ההסדר נשוא הבקשה עומד בניגוד מוחלט לכוונת המחוקק, ומטרתו "לכפות על
7	היצרן הפרטי הסדר אשר נדחה מפורשות על ידי המחוקק, ולעשות את דבר החקיקה מכוחו
8	היא פועלת פלסטר". אשר לטענה כי בדעת שר התשתיות הלאומיות לקבוע את תניית
9	הבלעדיות ברשיונו של היצרן הפרטי אשר יזכה במכרז, טוען הממונה, כי ספק רב אם ניתן
10	לקבוע תנייה כזאת ברשיון וכי יש רגליים לסברה כי "הרשיון אותו מתכוון שר התשתיות
11	להעניק לא יכלול תנייה כזאת מהטעם שקביעתה תעלה ככל הנראה כדי חריגה מסמכות".
12	
13	הממונה סבור שכל הטעמים שהעלתה חברת החשמל בזכות ההסדר, הן הטעמים
14	הכלכליים והן הטעמים הטכנולוגיים, אין בהם כל ממש. במיוחד חולק הממונה על טענתה
15	של ח"ח לפיה מתן זכות הבלעדיות לרכישת מלוא תפוקתו של היצרן הפרטי היא הדרך
16	היחידה לשלב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל. לטענתו, חברת החשמל כלל לא בדקה
17	דרכים חלופיות למכירה בלעדית. מסקנתו הסופית של הממונה היא כי ח"ח לא עמדה בנטל
18	להראות כי התועלת העולה מן ההסדר הכובל עולה על הנזק שהוא מביא עמו, והוא ממליץ
19	שלא לאשר את הסדר, או לכל היותר, לאשרו לתקופה מוגבלת - עד לשנת 2006, שאז יפוג
20	תוקף הרשיון שהוענק לחברת החשמל מכוח חוק משק החשמל.
21	
22	
23	<b><u>עמדת משרד התשתיות הלאומיות</u></b>
24	12. חברת החשמל צירפה כמשיבים בבקשה את משרד התשתיות ושר התשתיות הלאומיות,
25	אשר תמכו בבקשה. משיבים אלה הגישו תצהיר מטעם מר דן שילה, המכהן כממונה על
26	רישוי ופיקוח במנהל החשמל של משרד התשתיות הלאומיות, ואחראי על מדיניות המשרד
27	לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל.
28	
29	על פי תצהירו של מר שילה, משרד התשתיות תומך בפרסום המכרז במתכונת הקיימת
30	בהיותו סבור שבנסיבות הקיימות, "זו הדרך המעשית לקדם הכנסת יצרני חשמל פרטיים
31	לתוך המערכת".
32	מר שילה הסביר בתצהירו כי המתכונת של בלעדיות שנקבעה במכרז היא מתכונת
33	ההתקשרות המקובלת בקרב רוב המדינות שפתחו את משק החשמל שלהן לתחרות, כאשר

1	המעבר לתחרות בוצע על-ידי העברת חלק מייצור החשמל מהחברה המונופוליסטית (ה-
2	utility) ליצרנים פרטיים אשר הפכו לספקי החשמל הבלעדיים ל - utility, כפי שנעשה
3	במכרז זה. היתרון העיקרי שבאימוץ מודל זה, על-פי הסברו של מר שילה, הוא בכך שהוא
4	אינו דורש הכנסת שינויים מבניים משמעותיים במשק החשמל ועל כן ניתן ליישמו
5	במהירות. גם שיטת התשלום אשר אומצה במכרז זה, של תשלום עבור capacity and
6	energy, היא, לדברי מר שילה, שיטת התשלום המקובלת להקמת תחנות כוח מסוג זה,
7	ומטרתה הבטחת החזר ההשקעה ליצרן הפרטי והוזלת עלויות מימון הפרויקט.
8	לדברי מר שילה, חוק משק החשמל, אשר קבע שיש להכניס יצרנים פרטיים לשוק הייצור,
9	לא קבע את המנגנונים לביצוע הדבר. כך, טרם נקבעו על ידי הרשות לשירותים ציבוריים-
10	חשמל תעריפי תשתית (הולכה) וגיבוי, תעריפים שקביעתם היא תנאי הכרחי למכירת חשמל
11	ע"י יצרן פרטי לצרכני קצה.
12	
13	בנסיבות אלה, מסביר מר שילה, העדיף המשרד ללכת בדרך המקובלת אשר נוסתה, כאמור,
14	במדינות רבות בעולם, על פני הדרך האחרת שתאפשר מכירה ישירה של חשמל לצרכנים,
15	דרך שבה הוא רואה "מתכונת הרפתקנית, לא מכובדת, עם ספקות לגבי האפשרות
16	לממשה", והעלולה להביא לכישלון המכרז, דבר שיסכל את המאמץ להכניס גורם חדש
17	למשק ייצור החשמל, ויפגע במוניטין של הממשלה כמי שמעוניינת בהשקעות פרטיות במשק
18	החשמל.
19	
20	לדברי מר שילה, משרד התשתיות רואה במכרז זה צעד ראשון בלבד לפתיחת השוק
21	לתחרות, וגם אם יאושר המכרז במתכונתו הנוכחית, עדיין יישארו כ- 1,350 מגה-ואט
22	(מתוך 20% מכלל משק ייצור החשמל שאותם החליטה הממשלה לפתוח בפני יצרנים
23	פרטיים) שאותם ניתן יהיה לנצל במכרזים הבאים, ושגם לגביהם אין ביטחון בקיומו של
24	ביקוש מספיק לקולטם.
25	על פי מדיניות זו החליטה הממשלה באוגוסט 1997 שהמכרזים הבאים ליצרני חשמל
26	פרטיים יוצאו על-ידי משרד התשתיות הלאומיות בשיתוף משרד האוצר (ולא על-ידי חברת
27	החשמל, כפי שנעשה במכרז זה). המכרז הבא במסגרת זו מתייחס לתחנת כוח בהיקף של
28	בין 300 ל- 400 מגה-ואט והוא מתוכנן לפרסום בתחילת 1999. במסגרת מכרז זה הוחלט
29	לבדוק את האפשרות להנהיג תחרות גדולה יותר במשק החשמל על-ידי הוצאת מכרז
30	למכירת חשמל לצרכנים סופיים בלבד או בשילוב עם מכירה לחברת החשמל גם בתנאים
31	הקיימים. לצורך כך, החליט המשרד בשיתוף עם משרד האוצר להזמין בדיקה של הנושא
32	על-ידי חברת ייעוץ בינלאומית. מכרז בעניין זה פורסם בחודש מרץ 1998, והזוכה במכרז,
33	חברת הייעוץ PriceWaterHouse Coopers, נקבעה במהלך חודש יולי 1998. דו"ח הבדיקה
34	של חברה זו הוגש לביה"ד במהלך חודש דצמבר 1998 לאחר תום שלב ההוכחות.

1	
2	
3	<b><u>חוות הדעת של חברת PriceWaterHouse Coopers</u></b>
4	13. כאמור, משרד התשתיות מסר לחברת PriceWaterHouse Coopers, שעל מומחיותה בתחום
5	זה אין חולק, לבדוק את הדרך המועדפת לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל
6	בישראל. מטרת הבדיקה, כפי שנקבעה על-ידי משרד התשתיות הלאומיות, היתה לבחון
7	ולהעריך את אפשרויות היישום של חלופות מבניות שונות ביחס לדרך תפעול תחנת כוח
8	שתופעל בטכנולוגיית ה"מחזור המשולב", ותהיה בעלת הספק של 400 מגה-ואט. הבדיקה
9	נערכה לאור יעדי משרד התשתיות עבור המכרז העתידי, שהוגדרו ככוללים לא רק הכנסת
10	יצרן פרטי למשק החשמל בישראל, אלא גם השגת תחרות במכירת החשמל לצרכני קצה.
11	
12	14. חוות הדעת שהוגשה על ידי חברת הייעוץ העלתה ארבע חלופות מבניות :
13	א. הסכם בלעדיות ארוך טווח (Long term Power Purchase Agreement) עם חברת החשמל
14	לגבי מלוא ההספק של התחנה.
15	ב. הסכמי סחר עם צרכני קצה (Merchant arrangements) לגבי מלוא הספק התחנה.
16	ג. מבנה מעורב של שני המודלים לעיל (Hybrid arrangements).
17	ד. הסכמי אגרה (Tolling arrangements) (הובאו לצורך מידע בלבד).
18	
19	15. לדעת מחברי חוות הדעת, <u>הסכם הבלעדיות</u> הוא דפוס הפעילות העונה בצורה הטובה ביותר
20	על הדרישות ליישום הפרוייקט. הסכם זה, של בלעדיות ארוכת טווח, שבו רוכש בעל
21	המונופולין (ה utility) את מלוא התפוקה של יצרן החשמל, הוא המבנה המסורתי המקובל
22	בשלב הראשון של פתיחת משק החשמל לתחרות בכל או ברוב המשקים אשר עברו משוק
23	הנשלט על ידי מונופולין של אינטגרציה אנכית (כפי שקיים במשק הישראלי) למשק תחרותי
24	יותר.
25	
26	היתרונות במבנה זה, על פי חוות הדעת, הם : הסכם הבלעדיות נותן את הפתרון הטוב
27	ביותר לנושא מימון הפרוייקט בהבטיחו זרם הכנסות קבוע ובר מדידה למשך תקופת קיום
28	ההסכם, כל זאת עוד לפני נטילת התחייבויות המימון ; רמת הסיכון המסחרי הכרוכה
29	בהסכם כזה היא הנמוכה ביותר מבין החלופות האמורות, מה שמגדיל את האטרקטיביות
30	של המכרז בשוק הבינלאומי, אטרקטיביות הנובעת גם מכך שמדובר בדפוס פעילות מוכר,
31	הטומן בחובו סיכון קטן יותר מפני הלא נודע ; ההסכם מבוסס על חוזה אספקה יחיד שאינו
32	מעורר בעיה במילוי הדרישות המסחריות שבו ; מבנה זה מאפשר לכלל צרכני החשמל, ולא

רק למספר צרכנים מצומצם (שהם צרכני הקצה של היצרן הפרטי), להנות מיתרונות	1
התחנה; ההסדר אינו כרוך בסיבוכים הקשורים בחלופות המבניות האחרות, והוא ניתן	2
ליישום במהירות גבוהה ביחס לחלופות האחרות.	3
תקופות הבלעדיות המקובלות לגבי הסכמים כאלה בעולם עומדות על 15 עד 20 שנה.	4
	5
ואולם, בצד היתרונות, קובעת חוות הדעת, חסרוננו של הסכם הבלעדיות נעוץ בכך שהוא	6
מגשים בצורה טובה פחות את המטרה של השגת תחרות במקטע מכירת החשמל לצרכני	7
קצה. בנוסף, קובעת חוות הדעת, קיים חשש שיתרונות היעילות ועלויות הייצור הנמוכות	8
של התחנה ימהלו בתחשיב מחיר החשמל הכולל הנקבע על ידי הרשות לשירותים ציבוריים	9
- חשמל לכלל צרכני החשמל במשק, ולא יגיעו בפועל לצרכנים.	10
	11
לגבי מבנה המושתת על <u>הסכמי סחר עם צרכני קצה בלבד</u> , קובעת חוות הדעת כי מדובר	12
במבנה חסר תקדים בעולם. יתרונותיו של מבנה זה מתבטאים בכך שהוא מגשים בצורה	13
המיטבית את ציפיות משרד התשתיות ביחס לרמת התחרות במקטע מכירת החשמל	14
לצרכני קצה, ומעביר את יתרונות התחנה ביעילות ובעלויות הייצור הנמוכות באופן ישיר	15
לצרכני הקצה (מטרה אשר כאמור לעיל, ספק רב אם תושג במודל של אספקה בלעדית	16
לחברת החשמל), תוך דרבונה של חברת החשמל להתייעלות והוזלת הייצור.	17
	18
חרף זאת, סבורים מחברי חוות הדעת, חלופה זו אינה ניתנת ליישום בתנאי משק החשמל	19
בישראל כיום, זאת בעיקר בשל הסיכון המסחרי העצום הכרוך בה מבחינתו של היצרן	20
הפרטי, והעדר אפשרות סבירה למימון הפרוייקט. חלק מנציגי הבנקים אתם שוחחו מחברי	21
הדו"ח אף הביעו את הדעה כי פרוייקט שיתבסס על מודל זה של התקשרות עם צרכני קצה	22
בלבד, לא יוכל לקבל מימון בנקאי בשל הסיכון הגבוה הטמון בו, ובכל מקרה, הוא יאבד כל	23
כוח משיכה בשוק הבינלאומי. מחברי חוות הדעת מציינים כי מבנים מסוג זה, של מכירה	24
בלעדית לצרכני קצה, נמצאים בתהליכי פיתוח בעיקר או רק במדינות בהם קיים מנגנון	25
כדוגמת מנגנון ה "pool" (בורסה) הנוהג בבריטניה, והמבטיח, בהעדר חוזה אספקה ארוך	26
טווח, מנגנון חלופי למכירת החשמל וקביעת מחירו.	27
	28
מעבר לכך מצביעים מחברי חוות הדעת על העדר "עומק" ביקוש מספיק של צרכנים	29
גדולים, שהם בלבד עשויים להיות הלקוחות הפוטנציאליים של התחנה, שיהיו מוכנים	30
להתקשר בחוזה אספקה המכסים את מלוא כושר הייצור של התחנה. על פי הבדיקה עולה,	31
שגם צרכנים שיהיו מוכנים לחתום על חוזה אספקה עם היצרן הפרטי יעדיפו התקשרויות	32

לתקופות קצרות יחסית (כ - 5 שנים) שלא תענינה על הצרכים המסחריים של המשקיעים	1
בהבטחת התשואה על השקעתם.	2
	3
<b>ההסכם המעורב</b> , הוגדר בחוות הדעת כחלופה המאפשרת איזון בין היתרונות והחסרונות	4
שבהן לוקות שתי החלופות שתוארו לעיל: הגשמת יעדי התחרות שנקבעו על-ידי משרד	5
התשתיות, יחד עם אפשרות למימון הפרוייקט. לפיכך, התמקד צוות הבדיקה בקביעת	6
החלוקה האופטימלית בין כמות החשמל שתימכר על ידי היצרן הפרטי לח"ח ובין זו	7
שתימכר על ידו לצרכני קצה.	8
עם זאת, חוות הדעת מציינת, שהמבנה המעורב מציב בעיות ביחס ליישום הטכני של	9
הדרישות המסחריות של הסכמי הרכישה עם הצרכנים השונים. הבעיה העיקרית בתחום	10
זה נעוצה בחוסר האפשרות הטכנית של תחנת כוח הפועלת בטכנולוגיית ה"מחזור	11
המשולב" לפעול בשיעורי עומס נמוכים מ- 40%-50% מההספק המותקן שלה. לפיכך,	12
במצב שבו משרתת התחנה יותר מצרכן אחד, כאשר אחד הצרכנים (במקרה זה חברת	13
החשמל) צורך את מרבית הספק התחנה ואף מקיים שליטה על רמת ההעמסה של הספק	14
זה, כי אז החלטה של ח"ח להשיל את העומס שהיא צורכת מהתחנה, עלולה לגרום לנפילת	15
העומס על התחנה אל מתחת לתחום המינימלי האמור, דבר שיחייב את הפסקת פעולתה	16
של התחנה. כתוצאה מכך יפגעו צרכני הקצה האחרים הצורכים אותה עת חשמל מהתחנה,	17
שכן היצרן הפרטי לא יוכל לספק להם במצב זה חשמל.	18
	19
הפתרון המוצע בחוות הדעת לקושי זה, הוא שכאשר תשיל ח"ח את ההספק שהיא צורכת	20
מהתחנה אל מתחת למחצית ההספק שלה, היא תגבה את צרכני הקצה של היצרן הפרטי	21
ותספק להם חשמל בעצמה, בכפוף להסדר של פיצוי כספי שיערך בין ח"ח והיצרן הפרטי.	22
פתרון זה לא יפגע, לפי דעתם של מחברי הדו"ח, בחברת החשמל, והוא יפתור, מאידך, את	23
הקושי שבהעמדת חלק מההספק הזמין של התחנה לשליטתה של חברת החשמל.	24
פתרון אפשרי נוסף, אשר נדחה על ידי מחברי חוות הדעת בשל החשש שחברת החשמל לא	25
תהא מוכנה לקבלו, הוא לאסור על חברת החשמל להפחית את ההספק הנצרך על ידה	26
בפועל (בהתחשב גם בצריכת הצרכנים האחרים) אל מתחת לרמת הייצור המינימלית של	27
התחנה.	28
	29
יש לציין כי מעבר לקושי האמור, קושי שלדעתם של מחברי הדו"ח הוא בר פתרון, אין	30
בחוות הדעת אזכור, קל וחומר תמיכה, לקיומה של מגבלה טכנית כלשהי מהמגבלות להן	31
טענה חברת החשמל, וודאי שאין בדו"ח כדי לתמוך בטענתה המרכזית של חברת החשמל	32
לפיה זמינות מלאה של תחנת הכוח הפרטית למערך הייצור של חברת החשמל, היא הדרך	33
היחידה בה ניתן לשלב יצרן פרטי במשק ייצור החשמל בישראל.	34

1	
2	קושי נוסף עליו מצביעה חוות הדעת בהקשר זה הוא העדר תעריפי תשתית להולכה וגיבוי.
3	בהעדר תעריפים אלה לא יוכלו היצרנים הפרטיים להעריך את הוצאות הייצור שלהם
4	וממילא לא יוכלו להעריך את זרם ההכנסות הפנוי הצפוי להם מביצוע ההשקעה. לאור כך,
5	ממליצים מחברי חוות הדעת, לא להוציא את המכרז המתוכנן שיכלול גם מכירה ישירה
6	לצרכני קצה כל עוד לא תפרסם הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל את התעריפים
7	הסופיים לשירותים אלה.
8	
9	18. <u>המלצתם של מחברי חוות הדעת היא כי המבנה אשר משיג את האיזון האופטימלי בין יעדי</u>
10	המכרז הוא מבנה מעורב, שבו יחולק הספק התחנה בין ח"ח לצרכני הקצה באופן שלח"ח
11	תוקנה בלעדיות ברכישת 250 מגה-ואט, שהם כ - 60% מהספק התחנה, 50 מגה-ואט (כ -
12	12.5% מהספק התחנה) יחויב היצרן הפרטי למכור לצרכני קצה, ויתרת הספק התחנה
13	תימכר לפי העדפתו הכלכלית של היצרן הפרטי, כאשר משרד התשתיות יוכל להעדיף
14	במסגרת המכרז מציעים שהצעתם תכלול מרכיב גדול יותר של מכירת חשמל לצרכני קצה.
15	
16	<u><b>המכרז וחוק משק החשמל</b></u>
17	19. כפי שצינו לעיל, חברת החשמל העלתה על ראש טיעוניה סדרה של טענות משפטיות, חלקן
18	טענות מקדמיות, שנועדו לשלול את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על ההסדר
19	הנוכחי, או לפחות להוציא את ההסדר מגדר תחולתו של הסדר כובל כמשמעו בחוק
20	ההגבלים העסקיים. אולם, מכיוון שהגענו לכלל מסקנה שיש לדחות טענות אלה, נדון
21	תחילה בהסדר עצמו.
22	
23	20. השאלה העומדת במרכז הדיון היא, האם ההסדר הכובל נשוא הבקשה הוא לטובת הציבור.
24	שאלה זו, כפי שקבע בית הדין בעניין אחר: "... יש לבחון בראש ובראשונה בעיניו של
25	המחוקק עצמו". (ה"ע 455 ICP חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על
26	<u>ההגבלים העסקיים</u> , קובץ ההגבלים העסקיים, הוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד
27	בישראל, תשנ"ה - 1994, כרך א' 298, 316). הצורך בבחינה זו עולה במקרה זה ביתר שאת
28	לאור טענת הממונה לפיה ההסדר הכובל נוגד את חוק משק החשמל.
29	
30	לאור כך, עלינו לבחון את המכרז על רקע הוראותיו ותכלית חקיקתו של חוק משק החשמל.
31	בחינה זו מחייבת לעמוד בפתח הדברים על ההיסטוריה החקיקתית של חוק זה.

	1
21. משק החשמל בישראל כיום הנו משק ריכוזי הנמצא בשליטה כמעט מלאה של חברת החשמל, שהיא חברה ממשלתית, העוסקת בייצור, הולכה, חלוקה ומכירת חשמל לכלל הצרכנים בישראל.	2 3 4
מקטע הפעילות היחיד במשק החשמל שבו קיימת נוכחות כלשהי של "שחקנים" נוספים מלבד ח"ח, הוא מקטע הייצור. אולם גם במקטע זה מדובר בייצור בהיקפים שוליים, וייעודו לרוב לצריכה עצמית של מפעלים גדולים, או יישובים קטנים. כושר הייצור של כלל יצרני החשמל הפרטיים בישראל עומד כיום על כ- 200 מגה-ואט שהם כ - 2.5% מכלל ייצור החשמל בישראל.	5 6 7 8 9
במקטעי ההולכה, החלוקה והמכירה של חשמל לצרכנים שליטתה של חברת החשמל בשוק החשמל הנה מוחלטת.	10 11
22. עד שנת 1996, פעלה חברת החשמל מכוחו של הזיכיון ההיסטורי שניתן על ידי השלטון המנדטורי למהנדס פנחס רוטנברג עוד בשנת 1926.	12 13 14
23. בשנת 1992, בהתקרב תקופת הזיכיון של חברת החשמל לסיומה, הקימו שר האנרגיה והתשתית ושר האוצר, ועדה (להלן - "ועדת ורדי") שעליה הוטל לבחון הנהגת רפורמה במשק החשמל בישראל, לאחר תום תקופת הזיכיון. המלצותיה העיקריות של ועדת ורדי היו:	15 16 17 18 19
1. להמיר את הזיכיון הנוכחי במערך פיקוח ורישוי, שיתבסס על רשיונות נפרדים לתחומי הפעולה השונים של משק החשמל, ללא הבטחת בלעדיות לחברת חשמל או לכל גורם אחר.	20 21 22
2. לעודד שילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל במטרה לקדם תחרות וייעול.	23 24
3. להקים רשות לשירותים ציבוריים - חשמל, שתפקח על השירות לצרכני החשמל ועל תעריפי החשמל, באופן שישפר את התחרות בענף, ובדרך שתאזן בצורה הוגנת את האינטרסים של הצרכנים, של יצרני החשמל וספקיו, ושל הציבור והמדינה. (על-פי דו"ח ועדת צ'מנסקי הנזכר בהמשך).	25 26 27 28 29 30
לאחר קבלת המלצות ועדת ורדי, מינה שר האנרגיה והתשתית צוות מקצועי בראשותו של פרופ' צ'מנסקי שבחן את נושא הארגון מחדש של משק החשמל על בסיס המלצות ועדת ורדי. צוות זה המליץ לבסס את משק החשמל בישראל על היסודות הבאים:	31 32 33

א. תחרות ברובד הייצור ובסחר הסיטונאי.	1
ב. הפרדה בין הפונקציות העיקריות במשק החשמל: ייצור, הולכה, חלוקה ואספקה, במגמה להבטיח התייעלות, מניעת סבסוד צולב, וביסוס תשתית לקיומה של תחרות, שליטה בעלויות ופיקוח אפקטיבי.	2 3 4
ג. עידוד יצרנים פרטיים, לרבות בדרך של הפליה מתקנת.	5
ד. הפרטה בשיעורים שיוגדרו מראש, בשים לב לרבדים השונים.	6
	7
הצוות המליץ כי המעבר למבנה היעד של משק החשמל ייעשה בשני שלבים עיקריים: בשלב הביניים, יושם הדגש על הפיכת מתקני הייצור הקיימים והעתידיים של ח"ח למרכזי רווח עצמאיים, מסירת 15% לפחות מכלל ייצור החשמל ליצרנים פרטיים, וחיוב ח"ח לרכוש חשמל מיצרנים פרטיים, על בסיס העיקרון של "הפליה מתקנת". חובת רכישת החשמל מהיצרנים הפרטיים תהא מוטלת על ח"ח, לפי המלצות אלה, עד להשגת היעד של ייצור 40% מכלל החשמל המיוצר בארץ ע"י יצרנים פרטיים, שיעור שיבטיח תחרות אפקטיבית במקטע הייצור.	8 9 10 11 12 13 14
הצוות המליץ עוד, לקבוע כבר בשלב הביניים הוראות בדין, אשר יביאו להתפתחות התחרות בתחום הסחר הסיטונאי, בכך שיאפשרו ללקוחות גדולים (בהיקף שיוגדר ע"פ דין) לרכוש חשמל באופן ישיר מח"ח או מיצרן חשמל פרטי, לפי בחירתם.	15 16 17
	18
במהלך יישום הרפורמה הציע הצוות להקפיד על שמירת העקרונות הבאים:	19
א. לוודא כי לא ייעשו ב"שטח" פעולות אשר יסכלו או יקשו על יישום הארגון מחדש של משק החשמל.	20 21
ב. להקפיד על אי מתן בלעדיות לגורם כלשהו. (למעט בתחום ההולכה הארצית).	22
ג. ליצור תנאים הוגנים ורמת וודאות ראויה, שיאפשרו השקעות של גורמים חדשים, בהיקף שיהלום את צורכי המשק.	23 24
ד. להסדיר מנגנוני תיאום בין הגורמים השונים המתחייבים מאופיו ותכונותיו של החשמל כמוצר ייחודי, ואשר לא יהיו בגדר הסדרים כובלים המנוגדים לחוק.	25 26
	27
הנה כי כן, במרכז ההמלצות של שתי הועדות עמדה המטרה של פתיחת משק החשמל לתחרות, בשלב הראשון על ידי פתיחת מקטע הייצור בפני יצרנים פרטיים.	28 29
	30



ממשלת ישראל קיבלה בעיקרון המלצות אלה ובהחלטה מיום 28.5.95 (החלטת ממשלה	1	24.
מס' 5484) החליטה הממשלה על מדיניות לפיה יש :	2	
	3	
<b>"לפתוח את ענף ייצור החשמל ליצרנים פרטיים - 10% בגבולות ישראל,</b>	4	
<b>אך לא פחות מ - 900 מגה-ואט, ו - 10% מחוץ לגבולות ישראל."</b> (סעיף	5	
ג' להחלטה)	6	
	7	
כן החליטה הממשלה להטיל על שרי האנרגיה והתשתית, שר האוצר ושר המשפטים,	8	
להביא לאישור הממשלה הצעת חוק למבנה משק החשמל אשר תחליף את פקודת זיכיונות	9	
החשמל משנת 1927.	10	
בעקבות המלצות אלה פתחה הממשלה בהליך החקיקה.	11	
	12	
הצעת חוק משק החשמל (ה"ח 2485, ג' שבט התשנ"ו, 24.1.1996) אימצה אף היא את	13	25.
המטרה של פתיחת מקטע ייצור החשמל לתחרות בפני יצרנים פרטיים, וזאת בהתבסס על	14	
שני עקרונות: האחד, חיובה של חברת החשמל לרכוש מיצרן החשמל הפרטי את מלוא	15	
תפוקתו, והשני, חיובו של היצרן הפרטי למכור את מלוא תוצרתו לחברת החשמל. כפי	16	
שנראה בהמשך, בנוסחו הסופי של החוק התקבל רק העיקרון הראשון, בעוד שהעיקרון	17	
השני נדחה.	18	
באשר לעיקרון הראשון, של חיוב חברת החשמל לרכוש את מלוא החשמל המיוצר על ידי	19	
היצרן הפרטי, נקבע בסעיף 16(ב) להצעת החוק :	20	
	21	
<b>"בעל רשיון ספק שירות חיוני ירכוש, בהתאם לתנאי רשיונו, חשמל</b>	22	
<b>מבעל רשיון ייצור."</b>	23	
	24	
	25	
ואילו בסעיף 4(ב) להצעת החוק נקבע כי :	26	
	27	
<b>"רשיון ספק שירות חיוני, יכלול, בנוסף להוראות ס"ק (א), הוראות</b>	28	
<b>בדבר רכישת חשמל מיצרן חשמל פרטי..."</b>	29	
	30	
בדברי ההסבר לסעיף 16 להצעת החוק נקבע כי :	31	

	1
"בעל רשיון ספק שירות חיוני, מקבל מעמד מיוחד בחוק המוצע, בשל	2
חשיבות שירותיו לציבור, שהם בעיקר שירותי הולכה או חלוקה של	3
חשמל. מעמדו המיוחד מטיל עליו חובות אשר מוצע לפרטן במפורש	4
בחוק.	5
...	6
בעל רשיון ספק שירות חיוני יחויב לרכוש חשמל מיצרן חשמל פרטי,	7
בהתאם לתנאי רשיונו וזאת כדי שייצור החשמל לא ירוכז רק בידי בעל	8
רשיון ספק השירות החיוני ויהיה ניתן לשלב גם יצרנים פרטיים בייצור	9
חשמל, בשיעור שייקבע בהתאם למדיניות הממשלה".	10
	11
ואילו בדברי ההסבר לסעיף 4 להצעה נקבע, בין היתר, כי:	12
	13
"רשיון של ספק שירות חיוני, יכלול הוראות בדבר רכישת חשמל מיצרן	14
חשמל, וזאת כדי למנוע מספק שירות חיוני לרכז בידי את ייצור	15
החשמל ועל מנת לאפשר ליצרנים אחרים, להיכנס לפעילות בתחום	16
משק החשמל ולהשתלב בה. החובה לרכוש חשמל מיצרן חשמל נועדה	17
למנוע בעל מונופול טבעי, להשתלט על נושא הייצור".	18
	19
	20
הנה כי כן, למציעי החוק היה ברור שפתיחת שוק ייצור החשמל לתחרות בפני יצרנים	21
פרטיים איננה יכולה להיעשות בלא שחברת החשמל, שהיא בעלת המונופול הטבעי על	22
הולכת החשמל וחלוקתו, תחויב לרכוש מהיצרנים הפרטיים את החשמל המיוצר על ידם.	23
אם לא ייעשה כן, צפו מציעי החוק, עשוי בעל המונופול הטבעי, להשתלט על מקטע הייצור,	24
דבר שיכשיל את המהלך של פתיחת השוק לתחרות מעיקרו.	25
בד בבד נקבעו בהצעת החוק הוראות המחייבות את היצרן הפרטי למכור את מלוא תוצרתו	26
לחברת החשמל. כך נקבע בסעיף 19(ב) להצעה כי:	27
	28
"השר רשאי לקבוע ברשיונו של בעל רשיון ייצור, כי הוא לא ימכור	29
חשמל אלא לבעל רשיון ספק שירות חיוני".	30
	31

ובסעיף 52(ה) להצעה נקבע:	1
	2
<b>"בעל רשיון ייצור ימכור חשמל רק לחברת החשמל לישראל בע"מ,</b>	3
<b>לתקופה שבה היא פועלת לפי סעיף 51(ד)" (היינו, לתקופה של 10</b>	4
<b>שנים).</b>	5
	6
בדברי ההסבר לסעיף 19 להצעה נאמר:	7
	8
<b>"החוק המוצע מתכוון לאפשר שילוב יצרני חשמל במשק החשמל,</b>	9
<b>בשיעור שייקבע על-פי מדיניות הממשלה. השר יהיה רשאי לקבוע</b>	10
<b>ברשיונו של יצרן חשמל כי מחובתו למכור חשמל רק לבעל רשיון ספק</b>	11
<b>שירות חיוני, אולם במשך 10 שנים ראשונות מכניסת החוק לתוקף,</b>	12
<b>ימכור יצרן חשמל רק לחברת החשמל לישראל בע"מ" (סעיף 52(ה)).</b>	13
	14
26. בשנת 1996 נחקק חוק משק החשמל התשנ"ו-1996, שמטרתו, כפי שנקבעה בסעיף 1 לחוק,	15
היתה:	16
	17
<b>"... להסדיר את הפעילות במשק החשמל לטובת הציבור, וזאת תוך</b>	18
<b>הבטחת אמינות, זמינות, איכות, יעילות, והכל תוך יצירת תנאים</b>	19
<b>לתחרות ומזעור עלויות.</b> "	20
	21
באשר לפתיחת מקטע ייצור החשמל לתחרות בפני יצרנים פרטיים, נותר בנוסח הסופי של	22
החוק על כנו רק העיקרון הראשון הנזכר לעיל, המחייב את חברת החשמל לרכוש את	23
החשמל שיופק על ידי היצרן הפרטי, ואילו ההוראה המחייבת את היצרן הפרטי למכור	24
משך תקופה של 10 שנים את מלוא החשמל שיופק על ידו לחברת החשמל וכן ההוראה	25
המאפשרת לשר התשתיות לכלול ברשיונו של היצרן הפרטי הוראה המחייבת אותו למכור	26
חשמל רק לבעל רשיון ספק שירות חיוני לא נכללו בחוק. על השיקולים לשינוי זה בהצעת	27
החוק אנו למדים מדבריו של חבר הכנסת גדליה גל (יושב ראש הוועדה המשותפת (כספים	28
וכלכלה) לחוק משק החשמל), אשר אמר בעת הדיון בקריאה השניה והשלישית בהצעת חוק	29
משק החשמל, (דברי הכנסת, ישיבה תל"א, כ' באדר התשנ"ו, 11.3.96, עמ' 63):	30
	31

1 "... בהצעת החוק הממשלתית לא ניתן היה, במשך 10 השנים  
2 הראשונות, ליצרן חשמל פרטי למכור חשמל אלא לחברת החשמל.  
3 וועדת הכספים החליטה לשנות את הסעיף הזה והחל מיום 4 במרץ '96  
4 יכול יצרן חשמל פרטי למכור חשמל לאחר ולא רק לחברת החשמל.  
5 חברת החשמל תהיה חייבת לספק לו את שירותי התשתית ושירותי  
6 הגיבוי... התחרות שתקום בתחום יצור החשמל ושקיפות נתוני  
7 המחירים שתבוא בעקבותיה היא המתכון הטוב ביותר להבטחת מזעור  
8 העלויות ואמינות האספקה".

9  
10 ועוד אמר ח"כ גל באותו דיון:

11  
12 "השינוי המהותי שהכניסה הוועדה והעיקרי הנו בעובדה שעל פי החוק  
13 המתוקן יוכל יצרן פרטי למכור לצרכן פרטי ולא דווקא לחברת החשמל.  
14 מכירה של יצרן פרטי לחברת החשמל אין בה כמעט דבר פרט לעובדה  
15 שאולי מישהו יצליח לייצר קצת יותר זול ולהכניס חלק מהכספים  
16 לכיסו. אין בזה שמץ של תחרות, אין בזה סימן של התמודדות וזה לא  
17 תורם לשקיפות של חברת החשמל. על כן ראינו בתיקון הזה את  
18 התיקון המהותי והחשוב ביותר..."

19  
20 27. הנה כי כן, המחוקק סבר שמתן בלעדיות לחברת החשמל ברכישת החשמל אשר יופק על ידי  
21 היצרן הפרטי, שהיא אותה בלעדיות שאותה אנו מתבקשים לאשר כיום, "אין בה שמץ של  
22 תחרות", "אין בזה סימן של התמודדות" ועל כן החליט "לשנות את הסעיף הזה", שינוי  
23 אותו ראה כ"תיקון המהותי והחשוב ביותר" בהצעת החוק, כך ש"החל מיום 4 במרץ '96  
24 יכול כל יצרן חשמל פרטי למכור חשמל לאחר ולא רק לחברת החשמל".

25  
26 כדי לתת תוקף לכוונה זו, לא הסתפק המחוקק אך בביטול הוראות הבלעדיות, אלא טרח  
27 וקבע, במקום סעיף 19(ב) להצעת החוק, שבו הוסמך השר לקבוע ברשיונו של היצרן הפרטי  
28 חובת מכירה של החשמל המיוצר על ידו לחברת החשמל, הוראה אחרת, היא הוראת סעיף  
29 20(א) לחוק הקובעת:

30  
31 "(א) על-פי בקשתו של יצרן חשמל פרטי, יקבע השר ברשיונו כי הוא  
32 רשאי למכור חשמל לבעל רשיון ספק שירות חיוני או למוכרו לאחר.

מנגד, נשארו על כנן ההוראות המחייבות את בעל רשיון ספק שירות חיוני לרכוש חשמל	1
מיצרן חשמל פרטי. כך קובע סעיף 17(א) לחוק:	2
	3
<b>"בעל רשיון ספק שירות חיוני -</b>	4
<b>(2) ירכוש חשמל מיצרן חשמל פרטי, ויתן שירותי תשתית ושירותי</b>	5
<b>גיבוי הכל בהתאם לתנאי רשיונו ולפי כל דין.</b>	6
	7
28. לאור כך עולה כי הוראה ברשיונו של בעל רשיון ייצור פרטי המקנה בלעדיות ברכישת	8
החשמל המופק על ידו לחברת החשמל, מותנית <u>בהסכמתו</u> של בעל הרשיון, ולא ניתן לחייב	9
את בעל רשיון הייצור הפרטי למכור חשמל לחברת החשמל שלא על פי רצונו. ביטול	10
האפשרות לכפות על היצרן הפרטי בלעדיות של חברת החשמל, הנה מחויבת המציאות, ככל	11
שהכוונה היא להנהיג תחרות במשק ייצור החשמל, ולמנוע, כפי שנאמר בהצעת החוק,	12
מ"בעל מונופול טבעי (בהולכה) להשתלט על נושא הייצור". שוק תחרותי אינו עולה בקנה	13
אחד עם כפיית היצרן הפרטי למכור את תוצרתו לבעל רשיון הספק החיוני דווקא.	14
	15
29. על פי סעיף 20(ב) לחוק נקבע כי:	16
	17
<b>"עסקאות עם בעל רשיון ספק שירות חיוני כאמור בסעיף 17(א)(2) ו -</b>	18
<b>(3) ובס"ק (א), יערכו בהתאם לכללים שקבע השר, בהתייעצות עם</b>	19
<b>הרשות, ובהם עקרונות לקביעת כמויות חשמל, מועדי רכישה ומועדי</b>	20
<b>שינויים, לפי העניין".</b>	21
	22
	23
24. מתן הסמכות לקבוע כללים לפיהם תערכנה עסקאות בין יצרן פרטי לבין בעל רשיון ספק	24
שירות חיוני, מחויבת המציאות לאור האפשרות לפיה לא יגיעו בעל רשיון ספק השירות	25
החיוני והיצרן הפרטי להסכמה בדבר תנאי הרכישה. במצב זה, בהעדר כללים המסדירים	26
את רכישת החשמל, לא ניתן יהיה לממש את החובה הסטטוטורית המוטלת על בעל רשיון	27
ספק שירות חיוני לרכישת החשמל מהיצרן הפרטי.	28
	29
30. אולם, סמכות זו אינה מאפשרת לשר התשתיות לכפות על יצרן פרטי מתן בלעדיות לבעל	30
רשיון ספק שירות חיוני, היינו, לכפות עליו מכירת מלוא תפוקתו, לחברת החשמל, בניגוד	31
להוראת סעיף 20(א) לחוק בין מכירת חשמל.	32

	1
מאידך, ולשם הסר ספק, נציין כי חופש הבחירה הנתון ליצרן הפרטי, אינו גורר אחריו	2
בהכרח את חיובה של חברת החשמל לרכוש כל כמות שיבקש למכור לה היצרן הפרטי.	3
נושא זה, של כמויות החשמל שתחויב חברת החשמל לרכוש מהיצרן הפרטי הושאר, כעולה	4
מסעיפים 17(א)2 ו - 20(ב) לשיקול דעתו של השר.	5
	6
30. לאחר חקיקת חוק משק החשמל העניק שר התשתיות הלאומיות, במסגרת סמכותו ע"פ	7
סעיף 60(ד) לחוק משק החשמל, לחברת החשמל רשיון לייצור, הולכה, חלוקה, אספקה,	8
מכירה וסחר של חשמל (רשיון ספק שירות חיוני כמשמעו בחוק) לתקופה של 10 שנים, עד	9
ליום 3.3.2006. הרשיון, קובע, בין היתר, את הכללים להם מחויבת חברת החשמל, וכן את	10
יחסי הגומלין העתידיים בינה לבין בעלי רשיונות אחרים לייצור חשמל. גם כאן נקבע	11
בסעיף 23(א) כי חברת החשמל תיתן, במסגרת חובותיה כבעלת רשיון ספק שירות חיוני,	12
שירותי גיבוי ותשתית לבעלי רשיונות אחרים, ובסעיף 26(א) לרשיון נקבע כי חברת החשמל	13
תרכוש חשמל מיצרני חשמל פרטיים בהתאם לכללים שייקבעו על-ידי שר התשתיות.	14

	1
31. בסמוך לאחר חקיקת החוק החליטה הממשלה :	2
	3
"לאמץ את עקרונות המדיניות שלהלן בתחום ייצור החשמל :	4
א. הגדלת כושר ייצור החשמל באמצעות יצרני חשמל פרטיים,	5
כמשמעותם בחוק משק החשמל, התשנ"ו1996- (להלן - החוק)...	6
ופיתוח מקטע הייצור בשנים הבאות יבוצע, במידת האפשר, על-ידי	7
יצרנים פרטיים עד למימוש המכסה האמורה.	8
ב. יצרנים פרטיים יורשו למכור חשמל ישירות לצרכנים סופיים תוך	9
שימוש בשירותי הולכה ברשת החשמל הארצית וברשתות החשמל	10
האזוריות". (החלטה מס' 2472 מיום 13.8.97).	11
	12
	13
32. לאור כל אלה אנו סבורים כי תניית הבלעדיות נשוא הדיון, הכובלת את יצרן החשמל	14
הפרטי בכך שהיא מחייבת אותו במשך תקופה של 20 שנה למכור את מלוא תוצרתו לחברת	15
החשמל, וחוסמת בפניו כל אותה תקופה גישה לצרכנים אחרים אינה עולה בקנה אחד עם	16
כוונת המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי מפורש וחד-משמעי בכל השלבים של תהליך	17
החקיקה, החל מהועדות אשר עסקו בהכנת החוק, המשך בהצעת החוק על הדיונים שקוימו	18
בה והשינויים שהוכנסו בה על ידי ועדת הכנסת וכלה בחוק עצמו, והיא סותרת באופן	19
מפורש את הוראת סעיף 20(א) לחוק משק החשמל.	20
	21
33. מה שנעשה במכרז זה הוא ניסיון לשנות את אי השוויון הסטטוטורי שקבע המחוקק,	22
המתבטא באי הסימטריה, או ההפליה המתקנת, כלשונה של ועדת צ'מנסקי, בין בעל רשיון	23
ספק השירות החיוני, שעליו הוטלה חובת רכישה מהיצרן הפרטי, לבין היצרן הפרטי שעליו	24
לא הוטלה חובה מקבילה. חובת הרכישה של חברת החשמל עוקרה בכך שלא נקבעו כללים	25
ליישומה על פי סעיף 20(ב) לחוק, ובכך נמנע, כפי שטוענים חברת החשמל ומשרד	26
התשתיות, גיבושה של חובת הרכישה המוטלת על חברת החשמל בחוק לכדי הסדר	27
סטטוטורי הניתן למימוש, היינו לכפייה. מצדו השני של אי השוויון, נכפה על היצרן הפרטי	28
מתן בלעדיות לחברת החשמל בכך שעצם השתתפותו במכרז הותנתה בהתחייבות למכור	29
את מלוא תוצרתו לחברת החשמל ולהימנע מלמכור חשמל לצרכנים אחרים פרט לחברת	30
החשמל.	31

1	34.	כפי שהזכרנו, שר התשתיות קבע כי בכוונתו לכלול ברשיון היצרן הפרטי הוראה לפיה, על זה למכור את כל החשמל המיוצר על ידו לחברת החשמל. לא הובהר כיצד בדעת השר לקבוע חובה זו ברשיון, שהרי, כאמור, לא ניתן לקבוע הוראה כזו אלא לפי בקשתו של היצרן הפרטי.
2		
3		
4		
5		
6		ב"כ חברת החשמל טוען בהקשר זה כי מי שהגיש הצעה למכרז, חזקה עליו, והדבר מעוגן בתנאי המכרז וההסכם באופן מפורש, שהסכים לתנאי המכרז, ואלה כוללים בתוכם את תניית הבלעדיות. לא זו אף זו, מוסיף ב"כ חברת החשמל וטוען, כי "אותם משתתפים שנטלו חלק במכרז, לא יוכלו להישמע לאחר מכן בטענה, כי אין לאכוף עליהם את הסדר הבלעדיות, ולו בדרך של פנייה בנושא זה לשר התשתיות בדרישה לשנות מתנאי רשיונם, כפי שמציע הממונה".
7		
8		
9		
10		
11		
12		
13	35.	השימוש במכרז ובהסכם האמור להיחתם בעקבותיו כמכשיר המגבש את רצונו של היצרן הפרטי למתן בלעדיות לח"ח ברכישת החשמל, מעורר קושי בשני מישורים: המישור האחד הוא בתחום חוק משק החשמל, והשני בדיני ההגבלים העסקיים.
14		
15		
16		
17	36.	לדיני ההגבלים העסקיים נתייחס בהמשך. ככל שמדובר בחוק משק החשמל, דומה שאין מנוס מהמסקנה לפיה המכרז אינו עומד בדרישות החוק, שכן על פי תנאי המכרז אנוס היצרן המגיש את הצעתו למכרז להסכים מלכתחילה למתן בלעדיות לחברת החשמל, שמעולה של זו ביקש המחוקק לפוטרו.
18		
19		
20		
21		
22	37.	ניתן היה לטעון שבית דין זה אינו אמון על יישומו של חוק החשמל. גישה זו איננה מקובלת עלינו. ראשית, בית הדין אינו יכול לאשר הסדר כובל הנוגד את החוק, גם אם מדובר בחוק משק החשמל ולא בחוק ההגבלים העסקיים. שנית, מדובר בנושא שיש לו השלכה ישירה על הנושאים עליהם אנו מופקדים, והעומדים בבסיסה של הנהגת התחרות במשק ייצור החשמל. (ראה השקפה דומה שהביע בית הדין בתיק ה"ע 455 ICP חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, קובץ ההגבלים העסקיים, הוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד בישראל, תשנ"ה - 1994, כרך א' 298).
23		
24		
25		
26		
27		
28		
29		
30	38.	בהקשר זה יכול שתעלה השאלה כיצד ניתן להבטיח את רכישת החשמל שיופק על ידי היצרן הפרטי ובכך לתת לו ביטחון בהשגת תשואה על השקעתו, ללא מתן הבלעדיות האמורה, בהתחשב בסירובה של חברת החשמל, שהוא הגוף היחיד היכול לערוב לרכישת מלוא תפוקתו של היצרן הפרטי, לחתום על חוזה עם היצרן הפרטי בלא קבלת בלעדיות זו.
31		
32		
33		



איננו עוסקים בהליך זה בבחינת האפשרויות האלטרנטיביות העומדות לרשות	1
המוסמכות לבחירת היצרן הפרטי. עם זאת נציין כי דומה שדרך המלך לעניין זה היא הדרך	2
שהתוותה על ידי המחוקק, היינו בקביעת כללים לביצוע עסקאות בין היצרן הפרטי וחברת	3
החשמל כפי שנקבע על פי סעיף 20(ב) לחוק. קביעת כללים אלה נדרשת כדי לגבש את	4
החובה לרכישת חשמל שהוטלה על ספק השירות החיוני בחוק, והיא גם אמורה לספק את	5
הביטחון הנדרש ליצרן הפרטי בכך שיוכל למכור את תוצרתו, ובכך להבטיח את השקעתו.	6
	7
39. ואולם, עו"ד לוין, ב"כ משרד התשתיות הלאומיות הודיעה לנו כי :	8
	9
<b>"... שר התשתיות הלאומיות, שלו הסמכויות והאחריות ע"פ דין,</b>	10
<b>החליט שלא לקבוע תנאי רכישה בכללים לפי תקנה 20 או בהוראות</b>	11
<b>רשיונה של חברת החשמל, והעדיף במקום זאת לאשר תנאים שלפי</b>	12
<b>שיקול דעתו מתאימים למצב במשק החשמל בישראל בעת פרסום מכרז</b>	13
<b>רמת חובב וגם היום".</b>	14
	15
משמעות הדבר היא ששר התשתיות העדיף לפסוע בדרך אחרת מזו שהתווה המחוקק.	16
במקום לאמץ את ההסדר שהתווה המחוקק, שהוא הסדר הרמוני המבוסס על תפיסה	17
מגובשת בדבר ההסדר הנדרש כדי לקדם את התחרות ואת כניסתם של יצרנים פרטיים	18
לשוק ייצור החשמל, העדיף השר שלא לכפות על חברת החשמל רכישת חשמל מהיצרן	19
הפרטי על ידי התקנת הכללים, והותיר את קביעת היחסים בין הצדדים, כמו גם את	20
אספקת הבטוחה הנדרשת ליצרן הפרטי לרכישת תוצרתו, לתחום החוזי, תחום הנשלט	21
במידה רבה על ידי המבקשת, בהתחשב במעמדה המונופוליסטי והמונופסוניסטי במשק	22
החשמל.	23
	24
40. יש לנו ספק רב אם שר התשתיות רשאי שלא להתקין כללים לביצוע עסקאות כאמור בסעיף	25
20(ב) לחוק משק החשמל, שכן אי התקנת הכללים מונעת את מימוש חובת הרכישה החלה	26
על ספק השירות החיוני בחוק, חובה שהיא חיונית לפתיחת משק החשמל לתחרות. יתר על	27
כן, מלשון החוק אנו למדים כי לא חובת הרכישה היא המותנית בהתקנת כללים לפי סעיף	28
20(ב) לחוק (הגם שמהבחינה המעשית אי התקנת כללים עשויה למנוע את מימושה), אלא	29
מתן פטור מחובה זו, הוא המצריך התקנת כללים על פי סעיף 17(ד) לחוק, גם זאת רק	30
בהתקיים התנאים הנקובים באותו סעיף, ואלה אינם מתקיימים במקרה זה.	31

	1
41. מכל מקום, גם אם השר אינו חייב להתקין כללים מכוח סעיף 20(ב) לחוק משק החשמל, אין בכך עדיין כדי להכשיר בהכרח את המסלול האחר שבו בחר השר, אם מסלול זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק משק החשמל, וכך הדבר, כפי שהסברנו, במקרה זה.	2 3 4
	5
42. בהמשך נדון בשאלה האם ההסדר הכובל הוא לטובת הציבור, זאת גם ללא קשר למסקנה דלעיל, לפיה אין לאשר את המכרז והחוזה, ולו בשל כך שהם אינם עומדים בדרישות חוק משק החשמל.	6 7 8
	9
<b><u>האם ההסדר הוא לטובת הציבור</u></b>	10
43. בחינת השאלה האם ההסדר הכובל נשוא הבקשה הוא לטובת הציבור כאמור בסעיף 9 לחוק, היינו, האם התועלת הצפויה לציבור מאישור ההסדר תעלה באופן ממשי על הנזק הכרוך בו (סעיף 10 לחוק), מחייבת עריכה של מאזן התועלות והחסרונות הטמונים בהסדר מבחינת טובת הציבור.	11 12 13 14
במקרה זה, לאור השיקולים שיפורטו בהמשך, איננו סבורים, כי ההסדר נשוא הבקשה הוא לטובת הציבור.	15 16
	17
44. כפי שהזכרנו לעיל, חברת החשמל ממקדת את טיעוניה בנוגע ליתרונות ההסדר בשני מישורים: מישור המימון, שבו היא טוענת כי תניית הבלעדיות חיונית להבטחת השקעתו של יצרן החשמל הפרטי, והמישור הטכנולוגי - כלכלי, שבו מתייחסת המבקשת ליתרונות הטכנולוגיים והכלכליים הכרוכים בהסדר בעיקר מבחינת משק החשמל במדינה.	18 19 20 21
	22
	23
<b><u>חיוניותה של תניית הבלעדיות להבטחת השקעתו של היצרן הפרטי</u></b>	24
45. נושא זה תפס מקום מרכזי בטיעוני המבקשת. לטענתה, תניית הבלעדיות חיונית מבחינתו של היצרן הפרטי, שכן זה לא ישקיע את סכומי העתק הנדרשים למימון הקמת התחנה בלא שיבטיח את התשואה על השקעתו. מטרה זו מחייבת, לפי הטענה, את הבטחת הרכישה של מלוא החשמל שיופק בתחנה, דבר שניתן לעשות רק בדרך של כריתת הסכמי בלעדיות ארוכי טווח. הצורך בתניית הבלעדיות מתחדד, לטענת המבקשת, לאור כך שהמימון להקמת תחנת הכוח יבוא ברובו מהלוואות שינתנו על ידי בנקים או מוסדות מימון אחרים (Project Finance), ואלה יסכימו להלוות את הכספים הדרושים להקמת התחנה רק אם יוכח ברמת ודאות גבוהה, שהפרוייקט צפוי להיות רווחי. לצורך כך, על היצרן הפרטי יהא לשכנע את הבנקים - המלווים כי יש בידיו חוזי אספקה ארוכי טווח המבטיחים את	25 26 27 28 29 30 31 32 33

1      ההשקעה. אם לא יהא בידו לעשות כן, טוענת המבקשת, בהסתמך על בירורים שעשתה עם  
2      בנקים שונים, קיים ספק של ממש לגבי עצם יכולתו של היצרן פרטי להגיע להסדר מימון  
3      הולם, וגם אם יצליח בכך, יפגע הדבר בתנאי המימון, יגדיל את הוצאות המימון להקמת  
4      הפרוייקט ובסופו של דבר יביא להעלאת תעריפי החשמל. בהקשר זה מציין ב"כ המבקשת  
5      גם את חוסנה הפיננסי של חברת החשמל המקנה לה אמינות אשראי גבוהה בדירוג העולמי  
6      (שוות ערך לדירוג האשראי של המדינה), שיקול אשר יקל על יצרן שבידו חוזי אספקה  
7      ארוכי טווח עם חברת החשמל בהשגת תנאי מימון נוחים.

8  
9      46. בעיקרון, מקובלת עלינו הטענה שפרוייקט עתיר השקעה שכזה (200 - 300 מיליון דולר)  
10      צריך שיקנה למשקיע ביטחון בהשגת תשואה על השקעתו. מקובל עלינו כמו כן כי הבטחת  
11      התשואה על ההשקעה יכול שתושג, בין היתר, על ידי הבטחה ארוכת טווח לרכישת החשמל  
12      שיווצר על ידי היצרן הפרטי.

13      תימוכין לטענה ניתן למצוא בדו"ח של חברת PriceWaterHouse Coopers הקובע:

14  
15      **"4.14 In order to raise limited recourse finance for a project of**  
16      **this nature, prior to the commencement of construction, it is**  
17      **imperative for the project's revenue stream to be both identifiable**  
18      **and quantifiable, so that lenders can assess with a 'reasonable'**  
19      **degree of certainty how much revenue the project will generate,**  
20      **and hence, how much debt the project is able to sustain.**

21  
22      **4.15 In the absence of an open market for the sale of electricity,**  
23      **as is the case in Israel, either through a pool or alternative**  
24      **structure, lenders are likely to evaluate only the revenue**  
25      **generated from offtake contracts entered into prior to financial**  
26      **close. Put simply, the lower the level of committed offtake, the**  
27      **lower the level of debt the project is likely to be able to raise on a**  
28      **limited recourse basis.**

29  
30      **4.16 This requirement is one of the most basic foundations of a**  
31      **bankable structure. In the absence of offtake contracts, it is**  
32      **extremely difficult to assess the future level of revenues which will**

be reflected in the project's ability to raise limited recourse  
finance on a satisfactory basis.

4.17 Where no such contracts have been entered into prior to  
financial close, sponsors may be forced to secure alternative  
sources of finance (either equity or conventional corporate  
finance) to fund the initial construction and operating phases,  
until such time as offtake contract are entered into. At that time,  
depending on the terms and conditions of such contracts, the  
project may be re-financed with limited recourse debt. Such a risk  
profile will inevitably lead to increased financing costs (and  
higher electricity prices) either through less favourable debt  
terms, or through the requirement to provide expensive equity."

לאור כך, מקובל עלינו כי תניית הבלעדיות אכן עשויה לקדם את השגת יעדי ההסדר בכך  
שהיא מספקת למשקיע ביטחון בהשגת תשואה על השקעתו.

47. אולם, בכך בלבד אין די לשם אישור ההסדר הכובל. השאלה העולה בהקשר זה, בנוסף  
לשאלה בדבר תרומתו של ההסדר לתחרות ולטובת הציבור, אינה רק האם הכבילה נשוא  
הדיון עשויה לקדם את מטרות ההסדר, אלא האם היא חיונית לצורך כך, או לפחות, לפי  
מבחן מקל יותר, האם היא מקדמת את מטרות ההסדר הלגיטימיות בצורה טובה יותר  
באופן משמעותי מחלופות אחרות שפגיעתן בתחרות קטנה יותר. מבחן זה הוא המבחן עליו  
מבוססת הדוקטרינה של הכבילה הנלווית (Ancillary Restraint), אליה נתייחס בהמשך. כך  
קובע בעניין זה Areeda :

"An apparently anticompetitive restraint can be redeemed only if  
reasonably necessary to achieve a legitimate objective. To be  
reasonably necessary, the restraint must not only promote the  
legitimate objective but must also do so significantly better than  
the available less restrictive alternatives. This is a two-part  
inquiry. Does the restraint actually serve the claimed legitimate

objective? Can that objective be achieved as well without	1
restraining competition so much?" (P.E.Areeda , <u>Antitrust Law</u>	2
(1986, vol. 7). p.383-384)	3
	4
<u>העסקיים ואח' תקדין-עליון 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים</u>	5
<u>העסקיים ואח' תקדין-עליון 1/97 (4) 1, 21.</u>	6
	7
48. טענת הממונה בהקשר זה היא, כי לאור חובת הרכישה הסטטוטורית המעוגנת בסעיף	8
17(א)(2) לחוק משק החשמל והמחייבת את חברת החשמל לרכוש מהיצרן הפרטי את מלוא	9
תפוקתו, היצרן הפרטי אינו נזקק לבטוחה חוזית מכל סוג שהוא.	10
	11
49. כפי שהסברנו לעיל, לא יכול להיות ספק בכך שכוונת המחוקק אכן היתה לחייב את חברת	12
החשמל לרכוש חשמל מיצרני חשמל פרטיים.	13
ואולם, טוענת חברת החשמל, כי ההסדר הסטטוטורי בעניין זה אינו מגובש ואין בו,	14
במתכונתו הנוכחית, כדי להבטיח את רכישת החשמל מהיצרן הפרטי שכן, ראשית, חובת	15
הרכישה המוטלת על חברת החשמל בחוק סויגה על-פי הסיפא לסעיף 17(א)(2) בכך שהדבר	16
ייעשה "... בהתאם לתנאי רשיונו ולפי כל דין". שנית, עצם החיוב ברכישת החשמל, אין בו	17
די לשם יצירת הסדר מגובש בדבר תנאי הרכישה, שהרי, כפי שצויין לעיל, על פי סעיף 20(ב)	18
לחוק, עסקאות בין יצרן פרטי ובעל רשיון ספק שירות חיוני ייערכו "בהתאם לכללים שקבע	19
השר, בהתייעצות עם הרשות, ובהם עקרונות לקביעת כמויות החשמל, מועדי רכישה	20
ומועדי שינויים, לפי העניין". גם ברשיונה של חברת החשמל נקבע כי "בעל הרשיון ירכוש	21
חשמל מיצרני חשמל פרטיים, בהתאם לתנאי רשיונם ובהתאם לכללים שקבע השר	22
בהתייעצות עם הרשות ובהם עקרונות לקביעת כמויות חשמל, מועדי רכישה ומועדי	23
שינויים לפי העניין".	24
יתרה מזאת, טוענת חברת החשמל, גם אם יתקין השר כללים לפי סעיף 20(ב) לא יהא	25
באלה כדי להביא לחיובה לרכוש חשמל מהיצרן הפרטי, שכן כללים אלה מתייחסים	26
לכמויות הרכישה ומועדי הרכישה בלבד, ואינם מתייחסים למחיר הרכישה, מרכיב	27
שבלעדיו לא ניתן לחייב את חברת החשמל לרכוש חשמל מהיצרן הפרטי. לפי גישה זו, גם	28
כאשר יותקנו הכללים, לא תהא חובת הרכישה המוטלת על חברת החשמל בחוק ברת	29
אכיפה, ומימושה ימשיך להיות נתון לרצונה הטוב של חברת החשמל.	30
	31
50. הטענה האחרונה , נציין כבר עתה אינה מקובלת עלינו, לא מבחינת תכלית החוק ולא	32
מבחינת לשונו. מבחינת לשון החוק, נקט המחוקק בלשון "ובהם" ("עסקאות עם בעל רשיון	33

ספק שירות חיוני כאמור בסעיף 17(א)(2) ו - (3) ובס"ק (א) יערכו בהתאם לכללים שקבע	1
השר, בהתייעצות עם הרשות, <b>ובהם</b> עקרונות לקביעת כמויות חשמל, ומועדי רכישה, לפי	2
העניין"). ביטוי זה מלמד על כך שהנושאים המפורטים בסעיף אינם ממצים את הנושאים	3
אותם מוסמך השר להסדיר בכללים, ואין בהם כדי להוציא מסמכותו של השר הסדרת	4
נושאים אחרים, כמו נושא המחיר, שלא נזכרו במפורש בחוק. מבחינת תכלית החקיקה,	5
מרוקנת פרשנותה של ח"ח מתוכנה את החובה החוקית שביקש המחוקק להטיל עליה	6
לרכוש את החשמל המיוצר על ידי היצרן הפרטי, וגם משום כך אין לקבלה.	7

	1
51. בכל מקרה, טוענת חברת החשמל, בהעדר כללים המגבשים את תנאי הרכישה, הופכת חובת הרכישה הקבועה בחוק לחובה ערטילאית שאיננה ניתנת לאכיפה.	2
	3
משרד התשתיות הלאומיות תומך בטענה זו וטוען גם הוא כי :	4
	5
<b>"ללא הכללים האמורים ובהעדר תנאים מפורטים ברשיונה של חברת החשמל, על אף קיום חובת הרכישה העקרונית, אין ליצור חשמל פרטי הבטוח לרכישת חשמל בתנאים שיהיו מקובלים עליו".</b>	6
	7
	8
	9
	10
כפי שכבר הזכרנו, משרד התשתיות אף מסביר בסיכומיו ששר התשתיות הלאומיות "החליט שלא לקבוע תנאי רכישה בכללים לפי תקנה 20 או בהוראות רשיונה של חברת החשמל, והעדיף במקום זאת לאשר תנאים שלפי שיקול דעתו מתאימים למצב במשק החשמל בישראל בעת פרסום מכרז רמת חובב וגם היום".	11
	12
	13
	14
	15
52. הבענו כבר לעיל את דעתנו המשפטית על טכניקה חלופית זו שבה החליט שר התשתיות הלאומיות לנקוט. עם זאת, במצב הדברים הנוכחי, מקובל עלינו כי בחינת קיומן של חלופות לכבילה נשוא ההסדר אינה יכולה להתבסס על חלופות העומדות לרשותו של מחוקק המשנה, אלא רק על חלופות העומדות לרשותם של הצדדים להסדר. מקובל עלינו גם, שאין זה סביר לצפות כי יצרן החשמל הפרטי יבסס את השקעתו אך ורק על הציפייה ששר התשתיות יקבע במועד בלתי ידוע, אם בכלל, את הכללים לגבי עסקאות בינו לבין בעל רשיון ספק שירות חיוני, ומה גם שאין בידו ערובה לכך, שכאשר ייקבעו אותם כללים (אם בכלל) יהא בהם כדי להבטיח את התשואה על השקעתו. בנסיבות אלה, אנו מוכנים לקבל שעל היצרן הפרטי להיזקק לאמצעים אחרים לצורך כך ובהם, כפי שהזכרנו לעיל, חוזי אספקה ארוכי טווח לרכישת החשמל המיוצר בתחנה.	16
	17
	18
	19
	20
	21
	22
	23
	24
	25
	26
53. עם זאת, איננו סבורים כי חוזה ארוך טווח כזה חייב שיהא, מבחינתו של היצרן הפרטי, כה מקיף ומרחיק לכת עד כדי כך שיבטיח את מכירת כל תפוקת החשמל של התחנה לחברת החשמל, תוך חסימה מוחלטת של כל אפשרות, ולו חלקית, של מכירת חשמל לצרכני קצה למשך תקופה של 20 שנה.	27
	28
	29
	30
	31

1 בעיקרון, וככל שניתן להבין את רצונם של המשקיעים להקטין ככל האפשר את רמת  
2 הסיכון שייטלו על עצמם בהשקעתם בפרוייקט, כל השקעה עסקית נושאת בחובה סיכונים  
3 וכרוכה ברמה כזו או אחרת של אי ודאות. גם מחברי חוות הדעת דיברו על 'reasonable'  
4 degree of certainty ולא על בטחון מלא.

5  
6 במיזם משותף, למשל, תניית בלעדיות שבה מבטיחים המיזם המשותף והוריו זה לזה  
7 בלעדיות ברכישת תוצרתם (כאשר התוצרת של מי מהצדדים משמשת כתשומה לצד האחר)  
8 נחשבת, בכפוף לחריגים, ככבילה עירומה, שכן יש בה כדי לחסום את השווקים הרלוונטיים  
9 בפני מתחרים אחרים. עם זאת, הפסיקה והספרות הכירו בכך שבלעדיות כזאת עשויה  
10 להידרש למיזם המשותף בראשית דרכו, כדי לבסס את הצלחתו בתקופה הראשונה  
11 לפעילותו.

12  
13 כך נקבע בעניין איסכור הנ"ל כי:

14  
15 "...מתן בלעדיות ברכישות ומכירות של חומרי גלם ושירותים בין  
16 המיזם והוריו, אינן נחשבות ככלל, ככבילות נלוות, היינו, ככבילות  
17 שקיומן נדרש להפעלתו של המיזם אלא בנסיבות מיוחדות, למשל,  
18 בתקופה הראשונה לפעילותו של המיזם. וגם אז, הכרה בנחיצותן היא  
19 מנקודת ראותו של המיזם ולא של הוריו, והיא נועדה להבטיח את  
20 הצלחתו של המיזם בראשית דרכו, כאשר לאחר תום אותה תקופה צריך  
21 המיזם המשותף לבסס את פעילותו על בסיס כלכלי אוטונומי". (עמ' 21  
22 לפסק הדין).

23 כך קובעים Van Bael & Bellis בספרם Competition Law of the European Community

24 : (3<sup>rd</sup> Ed. 1994)

25  
26 "... In addition, it may in some cases be necessary to create  
27 purchase or sale obligations for fixed quantities and in such  
28 cases these agreements will be deemed ancillary. In any case,  
29 purchase or supply agreements must be limited to an  
30 objectively justified transition period after which the



<b>purchase or supply relationship must be replaced with a</b>	1
<b>relationship of greater commercial autonomy....". (p. 484).</b>	2
	3
<u>An Introduction Guide to EC Competition</u> בספרה Vallentine Korah גם	4
<u>Law and Practice</u> (Sweet &Maxwell, 5 <sup>th</sup> ed., 1993) p. 496-497	5
	6
54. לאור כך, איננו סבורים שהקמת התחנה מחייבת חוזה בלעדיות מהסוג שלפנינו המבטיח	7
את מכירת מלוא תפוקתו של היצרן הפרטי כמעט למלוא אורך חיי התחנה. לשון אחר, גם	8
אם לא יתאפשר ליצרן הפרטי להשיג מראש, ועוד לפני גיוס המימון, חוזי מכירה המקיפים	9
את מלוא כושר הייצור של התחנה, איננו סבורים שיהא בכך כדי לסכל את האפשרות	10
להקמת התחנה באמצעות יצרן פרטי, ועל כל פנים, הדבר לא הוכח להנחת דעתנו. עובדה	11
היא, שגם חברת הייעוץ PriceWaterHouse Coopers, אשר ייחסה לשיקול זה של הבטחת	12
התשואה על ההשקעה של היצרן הפרטי חשיבות רבה, לא המליצה על מתן בלעדיות מלאה	13
לחברת החשמל, והביטחון הדרוש ליצרן הפרטי עומד, על פי הדו"ח של חברה זו על שיעור	14
שבין 60% ל - 87.5% מתפוקת התחנה (זאת גם בלא שהביאו בחשבון את חובת הרכישה	15
המוטלת על בעל רשיון ספק שירות חיוני בחוק).	16
	17
55. אולם, גם בהנחה שיצרן החשמל הפרטי אכן נזקק, לצורך הבטחת התשואה על השקעתו,	18
לחוזה ארוך טווח, אשר יבטיח את רכישת החשמל, עדיין נשאלת השאלה, האם לצורך כך	19
נדרשת גם תניית הבלעדיות, שהרי זכות הבלעדיות בה מדובר היא זכותה של חברת החשמל	20
ולא זכותו של היצרן הפרטי. מבחינתו של האחרון, הבטחת הרכישה איננה מחייבת בהכרח	21
מתן בלעדיות ברכישה לחברת החשמל.	22
	23
56. ההצדקה שבתניית בלעדיות במקרה שלפנינו נעוצה בטעם שמי שמשקיע סכומים גדולים	24
ונוטל על עצמו סיכון גדול, ראוי שיתאפשר לו להבטיח את התשואה על ההשקעה. טעם זה	25
עומד ביסוד דוקטרינת הסיכון המסחרי בה נדון בהמשך. אולם רציונל זה נועד להבטיח את	26
האינטרס של המשקיע, ולא את האינטרס של הצד האחר לעסקה - במקרה שלפנינו חברת	27
החשמל - אשר לא השקיעה ולא תשקיע בתחנה דבר, היא איננה נוטלת על עצמה כל סיכון	28
הכרוך בהשקעה הנדרשת להקמת התחנה, ועל כן אין כל הצדקה לכך שתיבנה, לשם הצדקת	29
זכות הבלעדיות, מהסיכון שנוטל על עצמו היצרן הפרטי. אם, כפי שראינו לעיל, הבטחת	30
בלעדיות להורי המיזם, אשר השקיעו בהקמתו, נחשבת לכבילה עירומה, מקל וחומר שכך	31
הדבר גם לגבי חברת החשמל שלא השקיעה בהקמת התחנה דבר.	32
	33

1	57.	במהלך הדיון שאלנו, וחזרנו ושאלנו, את עו"ד חורש, ב"כ חברת החשמל, כיצד יש בתניית
2		הבלעדיות כדי להבטיח את האינטרס של היצרן הפרטי בהבטחת השקעתו. תשובתו של מר
3		חורש היתה:
4		
5		<b>"...אם לא תהיה הדדיות בעניין הזה אז תהיה מלחמה קשה מאד בקשר</b>
6		<b>לתנאים של העסקה, כי אנחנו נבוא ונאמר רבותיי, אתם רוצים</b>
7		<b>תחרות? אתם רוצים להכניס יצרני חשמל פרטיים, אנחנו מבקשים</b>
8		<b>שהתחרות תהיה כללית, או שתקבעו כאלה תנאים שאנחנו נהיה</b>
9		<b>חייבים לקנות בהם שיהיו תחרותיים, או שתהיה הדדיות בקשר</b>
10		<b>לעניין הזה".</b>
11		
12		מכאן עולה שעניינה של חברת החשמל בבלעדיות ברכישת החשמל, אינו נובע דווקא
13		מצרכיו של היצרן הפרטי, אלא משיקוליה היא ומעניינה שלה בכך "שהתחרות תהיה
14		כללית", היינו כדי לשפר את מעמדה בתחרות בשוק. אולם, נחיצותה של הכבילה לביצוע
15		העסקה אינה נקבעת רק על יסוד כך שאחד הצדדים להסדר מתנה את הסכמתו לביצועו
16		בהכללתה של הכבילה בהסכם. אילו זה היה המבחן, כי אז כל כבילה היתה נחשבת לכבילה
17		נלווית. יש על כן לבחון גם את השאלה עד כמה נדרשת כבילה זו לחברת החשמל מהבחינה
18		האובייקטיבית.
19		
20	58.	על רקע זה איננו רואים הכרח אובייקטיבי בקיומה של הדדיות, לפחות לא הדדיות מלאה,
21		בין ח"ח לבין היצרן הפרטי, במובן זה שכנגד התחייבות הרכישה של ח"ח נוטל התחייבות
22		מקבילה באותו היקף ולמשך אותה תקופה על היצרן הפרטי. עובדה היא, שהמחוקק עצמו
23		ראה לחייב את בעל רשיון ספק שירות חיוני לרכוש חשמל מיצרן פרטי, ולא הטיל חובה
24		מקבילה על היצרן הפרטי. גם אם חובה סטטוטורית זו לא הגיעה לכלל גיבוש בהעדר כללים
25		ליישומה, עדיין יש בה לפחות ללמד על כך שדרישת ההדדיות איננה דרישה המתבקשת,
26		בנסיבות המקרה, מאליה, שבלעדיה אין מקום לחיוב חד צדדי של בעל רשיון ספק השירות
27		החיוני לרכוש חשמל מהיצרן הפרטי. בנוסף, יש לזכור שאין מדובר בקונה רגיל אלא בבעל
28		מונופולין המקיים שליטה מלאה מכוח הזיכיון שניתן לו על ידי המדינה על רשת ההולכה
29		והחלוקה. במצב דברים כזה, גם בהעדר הדדיות המתבטאת בהתחייבות נגדית של היצרן
30		הפרטי למכור לחברת החשמל את כל תוצרתו, אין בעל המונופולין נוטל על עצמו סיכון
31		שבמצב בו יפסיק היצרן הפרטי לספק לו חשמל, הוא לא יוכל לספק את מלוא כמות
32		החשמל שהוא חייב לספק לצרכניו, שהרי כל כמות חשמל שלא תסופק לח"ח על ידי היצרן
33		הפרטי, תסופק על ידו לצרכני קצה ותגרע בהכרח ובמקביל מכמות החשמל שיהא על חברת
34		החשמל לספק לצרכניה.

	1
נציין, עם זאת, כי העדר הדדיות מלאה, אין פירושו שהעסקה בין ח"ח והיצרן הפרטי אינה	2
59. צריכה לעמוד בתנאים סבירים גם מבחינתה של חברת החשמל. כך, למשל, מקובלת עלינו	3
עמדתו של עו"ד חורש, לפיה יש למנוע מצב שבו יהא היצרן הפרטי רשאי לחייב את חברת	4
החשמל, בכל עת שהדבר יעלה על דעתו, לרכוש כל כמות חשמל שיהא בדעתו למכור לה,	5
בלא לאפשר לחברה להיערך לכך מראש. מקובל עלינו גם שכל הסדר שייקבע, צריך לספק	6
לחברת החשמל אופק תכנוני נאות שיאפשר לה לתכנן מראש את מערך הייצור שלה,	7
למקרה שהיצרן הפרטי יבקש להפסיק למכור לה חשמל ולהעדיף מכירת חשמל לצרכנים	8
פרטיים. נושא זה יכול שיוסדר בכללים אותם מוסמך השר לקבוע על פי סעיף 20(ב) לחוק	9
משק החשמל ו"..." בהם עקרונות לקביעת כמויות חשמל, מועדי רכישה, ומועדי שינויים	10
11. "... אולם בין מילוי דרישות סבירות אלה לבין בלעדיות גורפת ומלאה למשך 20 שנה	11
המרחק רב.	12
	13
לאור האמור, איננו סבורים שהשיקול הנעוץ באינטרס של היצרן הפרטי להבטיח את	14
60. התשואה על השקעתו מחייב אישור תניית בלעדיות כה גורפת ומרחיקת לכת, וכי לא ניתן	15
להסתפק לצורך כך בהסדר מתון יותר מבחינת פגיעתו בתחרות, זאת גם בהתעלם	16
מהעובדה שקיים הסדר סטטוטורי המספק פתרון מן המוכן לבעיה זו.	17
	18

## 2 יתרונות טכנולוגיים וכלכליים הטמונים, לטענת המבקשת, בהסדר

61. 3 חברת החשמל מעלה בבקשתה שורה של טעמים טכנולוגיים וכלכליים שמשקלם המצטבר מצביע, לטענתה, על כך ש"יצרן בהיקף של כ- 350 מגה-ואט יכול שישולב כיום במשק החשמל, כלשונה, "רק בדרך של זמינות מלאה לצורכי המערכת, על-פי הוראות הפיקוח המרכזי של חברת החשמל", ועל כן, לטענתה, "אין כל דרך אחרת לשילובו של היצרן הפרטי במשק החשמל, אלא בדרך של חיוב היצרן הפרטי למכור בלעדית את החשמל (בשיטה של הספק זמין ואנרגיה) לחברת החשמל, ובחיוב מקביל מטעם חברת החשמל לרכישת החשמל, כלפי היצרן הפרטי". 9

10

א. 11 טענתה הראשונה של חברת החשמל בהקשר זה היא כי תחנת הכוח נשוא הדיון מהווה חלק ממערך היצור הכולל, כפי שנקבע בתוכנית הפיתוח שלה, אשר עודכנה בשנת 1997 ואושרה על-ידי שר התשתיות הלאומיות. בתוכנית זו, נקבע הצורך בתחנת כוח שתפעל בטכנולוגיית "המחזור המשולב", ותיתן מענה לדרישות מערכת הייצור בעומסי הביניים. הגשמת יעדיה של תוכנית זו, כלומר אספקת חשמל יעילה ואמינה לכלל הצרכנים במשק בהתאם לחובה הקבועה בחוק משק החשמל, תתאפשר רק אם יעמוד לרשותה בזמינות מלאה מלוא ההספק שיפיק היצרן הפרטי. המשמעות הנודעת לדחיית הבקשה, טוען ב"כ חברת החשמל, תהיה כי "חברת החשמל תמצא עצמה בלא יכולת טכנית לספק את מלוא הביקוש לחשמל החל בשנת 2002, שכן במצב זה חברת החשמל לא תעמוד בצרכים שהוגדרו בתוכניות הפיתוח שלה". 21

22

ב. 23 שיקול נוסף שמעלה חברת החשמל בהקשר זה נוגע לחובה המוטלת עליה בסעיף 17(א)(2) לחוק משק החשמל לספק שירותי גיבוי ליצרני החשמל הפרטיים. לטענתה, גם אם תוכל לנכות את ההספק הנמכר על ידי היצרן הפרטי לצרכניו מסך הביקוש שאותו עליה לספק לצרכניה, היא עדיין תידרש לדאוג לקיום הספק מותקן במערכת הייצור שלה, באופן שיאפשר לה לתת גיבוי לצרכנים של היצרן הפרטי. חובת הגיבוי דרושה לעתות של תקלות, השבתות יזומות לשם טיפולים שוטפים וכיוצ"ב. במצב דברים זה, טוענת חברת החשמל, יהא עליה לכלול בביקושים שאותם עליה לספק גם את אותם צרכנים שיבקשו לרכוש חשמל ישירות מיצרנים פרטיים. לאור כך, טוענת המבקשת, אם לא תועמד התחנה בזמינות מלאה למערך הייצור שלה, היא לא תוכל להסתמך על תחנה זו לצורך מתן הגיבוי הנדרש לכלל הצרכנים כולל צרכניו של היצרן הפרטי, ובנסיבות אלה היא גם לא תוכל לוותר על הקמת תחנה נוספת, במקביל לתחנה זו. 34

	1
ג. לטענת חברת החשמל, התנאים הקיימים כיום במשק החשמל בישראל, מחייבים	2
ניהול בלעדי של העומס ברשת על-ידי מרכז הפיקוח הארצי של חברת החשמל, דבר	3
המחייב העמדת התחנה בזמינות מלאה (Full Dispatchability) למערך הייצור שלה,	4
ובלעדיות ברכישת החשמל על ידה.	5
במצב זה של זמינות מלאה יופעל מתקן הייצור ויועמס על פי הוראות הפיקוח	6
הארצי על העומס, כחלק מתכנית ההעמסה האופטימלית של כלל תחנות הכוח,	7
הנקבעת על פי צרכי המערכת בכל נקודת זמן נתונה. כך ייתכן מצב בו בחלק מן הזמן	8
מתקן הייצור לא יידרש להפיק חשמל בפועל, אלא יידרש לעמוד בעתודה לייצור	9
חשמל, תוך הבטחה, כי מלוא כושר הייצור של המתקן זמין וניתן לשימוש בהתראה	10
קצרה.	11
	12
ד. זמינות מלאה של התחנה למערך הייצור של חברת החשמל, נדרשת, לטענת	13
המבקשת, גם משיקולים של השגת יעילות מרבית ומניעת בזבז בייצור חשמל ברמה	14
הכלל ארצית. לטענתה, אם היצרן הפרטי לא ישתלב במערך הייצור של חברת	15
החשמל ולא יעמיד את מלוא ההספק הזמין שלו לרשותה, יביא הדבר ליצירת עודפי	16
יצור חשמל בתחנת הכוח הפרטית. מר פאר, המצהיר מטעם חברת החשמל, הביא	17
לצורך המחשת הטענה את הדוגמא הבאה: היצרן הפרטי ימכור את תוצרתו, מטבע	18
הדברים, לצרכנים פרטיים גדולים. לכל צרכן כזה קיים פרופיל צריכה משל עצמו	19
וזה משקף את השתנות דפוסי הצריכה לפי שעות היום, עונות השנה וכיו"ב. כך עלול	20
להיווצר מצב שבו צורך אותו לקוח את עיקר כמות החשמל הנדרשת לו בשעות היום,	21
בעוד שבשעות הלילה הוא אינו צורך חשמל כלל או שצרכו נמוך. במקרה כזה,	22
טוען מר פאר, עקב מספר הלקוחות המוגבל של התחנה, ייווצר מצב שבו כושר הייצור	23
של התחנה לא יהיה מנוצל במלואו בשעות ה"מתות" של הביקוש. תופעה זו, לטענת	24
חברת החשמל, אינה אמורה להתרחש ברשת שלה שבה היא יכולה, עקב מספר	25
הלקוחות הגדול שאותו היא משרתת, לנתב את הייצור ואת העמסת הרשת בין	26
התחנות השונות העומדות לרשותה בצורה היעילה והזולה ביותר.	27
	28
ה. הפגיעה ביעילות שתגרם עקב מכירה ישירה של חשמל מהיצרן הפרטי לצרכני קצה	29
תתבטא, לטענת המבקשת, גם בכך שהיא תמנע מיצוי של מלוא היתרונות הטמונים	30
בטכנולוגיית ה"מחזור המשולב", ובעיקר תיפגע יכולת ניצול תכונת הדינמיות	31
המאפיינת אותה, תכונה שיש לה חשיבות מיוחדת במצב שבו מתקן הייצור נמצא	32
בסטאטוס של Full Dispatchability, המתבטא בשינויים תדירים בהפעלתו	33
והעמסתו, הכל על-פי הוראות הפיקוח הארצי על העומס.	34

	1
הפגיעה ביכולת ניצול התחנה נובעת, לטענת המבקשת, ממאפייניה הטכנולוגיים של	2
התחנה, ובין היתר מעקומת צריכת הדלק התלולה בתחנת כוח מסוג "מחזור	3
משולב", שבה שיעור צריכת הדלק גבוה יחסית במצב בו פועלת התחנה בהספק	4
נמוך. במצב כזה, ערך ההוצאות המשתנות שחברת החשמל תידרש לשלם ליצרן -	5
בעל התחנה, יושפע לא רק על ידי צריכת החשמל של חברת החשמל, אלא גם על ידי	6
אספקת החשמל המתבצעת באותו זמן לצרכנים האחרים של התחנה (אם יהיו	7
כאלה). הפיקוח על מערכת הייצור אינו יכול, לטענת ח"ח, להיות ערוך לטיפול	8
בהעמסה אופטימלית של המערכת במצבים כאמור, מאחר וההחלטה על שיעור	9
העמסת התחנה לא תהיה נתונה באופן בלעדי למרכז הפיקוח של חברת החשמל,	10
אלא תושפע מצריכתם של הצרכנים הפרטיים. בכך תיפגם היעילות הכלכלית	11
הכוללת של מערך הייצור, ומחיר החשמל לכלל הצרכנים יעלה.	12
	13
ו. העדר אפשרות לקיים פיקוח על ביצועי התחנה שייגרם עקב אי העמדת התחנה	14
בזמינות מלאה למערך הייצור של ח"ח, אף ימנע מהמבקשת, לטענתה, לקיים מעקב	15
אחר עמידתו של היצרן הפרטי בהוראות ההסכם והמכרז ולקבל פיצוי על חריגה	16
מהוראות אלה כמו במקרים של: חריגות מהזמינות המתחייבת מההסכם או	17
מהתאמה להוראות הפיקוח הארצי של מערכת הייצור, עמידה בקצב שינוי עומס	18
המתקן, מספר הפסקות חשמל מאולצות לתקופת זמן נתונה וכדומה.	19
	20
ז. גם מודל התשלום על פי תנאי המכרז נגזר, לטענת ח"ח, משיטת ה- Full	21
Dispatchability, שלפיה יעמוד המתקן כל העת בזמינות מלאה למערך הייצור של	22
חברת החשמל. על פי מודל זה מקבל היצרן תשלום עבור ההספק הזמין, היינו עבור	23
ההספק שהוא מעמיד לרשות חברת החשמל, גם אם בפועל הוא אינו נדרש לייצר	24
חשמל ברגע נתון. תשלום זה מכסה את כל הוצאותיו הקבועות ואת הרווח. האנרגיה	25
המסופקת בפועל נקבעת בהתאם להחלטת מרכז הפיקוח הארצי של חברת החשמל	26
השולט על הפעלתה של התחנה ועל היקף הייצור המתבצע בה, ועבור כך מקבל	27
היצרן תשלום נפרד עבור ההוצאות המשתנות - בעיקר הוצאות צריכת הדלק	28
(במקרה זה גז), בהן הוא נושא בגין הפקת האנרגיה בפועל.	29
במודל תשלום זה, היצרן אדיש להפעלת התחנה או השבתתה, שכן עניינו העיקרי	30
הוא בקבלת התמורה המאפשרת לו להחזיר את השקעתו בצירוף הרווח, וזו	31
מובטחת לו על פי שיטה זו, בין אם יפעיל את התחנה ובין אם לאו, ובלבד שזו תהא	32
זמינה להפעלה על ידי מערך הייצור של חברת החשמל. מאידך, חברת החשמל יכולה	33
על פי שיטה זו להפעיל את התחנה, להעמיסה על הרשת או להשילה, באופן מלא או	34

חלקי, על פי צרכיה ועל פי שיקולי הכדאיות שלה, ובלבד שתשלם עבור מלוא ההספק	1
הזמין של התחנה העומד לרשותה.	2
לטענת חברת החשמל, שיטות תשלום אחרות, שבהן מוכר היצרן את האנרגיה	3
המיוצרת בתחנה בפועל (ולא רק הספק זמין), אינן מבטיחות את השקעתו ורווחיו	4
של היצרן, הן מקובלות רק לגבי מתקנים קטנים ואינן נוהגות במתקנים בעלי הספק	5
גדול כדוגמת התחנה נשוא הדיון.	6
	7
ח. הסדר הבלעדיות נשוא הבקשה תואם, לטענת ח"ח ומשרד התשתיות, את ההסדרים	8
המקובלים בתחום זה בעולם (למעט במספר ארצות בודדות), כאשר חוזי האספקה	9
המקובלים בשיטה זו נעשים למשך תקופות ארוכות. בד"כ, כאשר מדובר בתחנות	10
בעלות הספק בינוני כמו התחנה שלפנינו, לא פחות מ - 20 שנה.	11
ט. יתרון נוסף בחוזי בלעדיות ארוכי טווח, לטענת המבקשת, הוא כי חוזים אלה	12
מביאים לפריסת תקופת החזר ההשקעה על פני תקופה ארוכה יותר, דבר המקטין	13
את הוצאות המימון. קיצור התקופה ירע, לטענת המבקשת, את תנאי המימון, יגדיל	14
את הוצאות הייצור או יביא לניתוב תהליכי הייצור לבניית תחנות כוח בטכנולוגיות	15
ובציד המתאימים למספר קצר יותר של שנות פעילות, דבר שיפגע ברמת הייצור	16
ואמינותו.	17
	18
י. המודל של זמינות חלק מהספק התחנה בלבד לחברת החשמל, שהוא המודל המוצע	19
על ידי הממונה, טוענת חברת החשמל, ותומך בה מר שילה, הנו מודל חדש לחלוטין,	20
הניסיון הקיים בעולם לגבי השימוש במודל כזה הנו קטן ביותר והוא איננו נוהג אלא	21
במספר קטן מאוד של מדינות, וגם שם באופן חלקי בלבד. גם על פי מנגנון הבורסה	22
הקיים באנגליה, מוסיפה המבקשת וטוענת, מוכרים כל יצרני החשמל את החשמל	23
המיוצר על ידם לקונה מרכזי אחד - הוא ה"פול" או מנגנון הבורסה, וזה מוכר אותו	24
הלאה, גם זאת ברובד הסיטונאי בלבד, כלומר לחברות החלוקה האזוריות (12)	25
במספר) ולא לצרכני קצה. בארה"ב 40% מהחשמל המיוצר על ידי יצרנים פרטיים	26
נמכר לחברות חשמל שהן גם יצרניות ו-60% הנותרים נמכר לחברות חלוקה שהן	27
המוכרות את החשמל לצרכני קצה.	28
	29
יא. עמדתו של הממונה, התומך במתן אפשרות ליצרן הפרטי למכור חשמל באופן ישיר	30
לצרכני קצה, נובעת, לטענת חברת החשמל, מחוסר הבנה בסיסי בתחום זה של משק	31
החשמל, והיא מבוססת על חוות דעת של כלכלן שאינו איש מקצוע בתחום החשמל,	32
הסומך את מסקנותיו על קריאת מספר מאמרים, זאת ותו לא.	33

1	יב.	עוד טוענת המבקשת, כי אם יתאפשר ליצרן הפרטי למכור חשמל ישירות לצרכני
2		קצה יביא הדבר לכך שיתרונותיה הטכנולוגיים של התחנה, המתבטאים בהוצאות
3		הייצור הזולות שלה, יועמדו לרשות מספר מצומצם של צרכנים גדולים, שרק הם
4		ייהנו משירותיה של התחנה, ואלה יועדפו באופן זה על פני ציבור הצרכנים הרחב,
5		ממנו תמנע ההנאה מיתרונותיה הטכנולוגיים של תחנת הכוח החדשה, ובייחוד
6		ממחירו הנמוך של החשמל המיוצר בה.
7		
8	יג.	מעבר לכך, טוענים חברת החשמל ומשרד האנרגיה, עומק הביקוש של צרכנים
9		גדולים אשר יהיו מוכנים לרכוש חשמל מהיצרן הפרטי אינו גדול, וניתן יהיה למצותו
10		גם במכרז הבא המתוכנן עבור תחנת כוח מעורבת ("hybrid") שתמכור חלק
11		מהתפוקה לחברת החשמל (בחוזה בלעדי לטווח ארוך) וחלק לצרכני קצה, (בכפוף
12		לפתרון הבעיות הטכניות הכרוכות בכך). לאור כך לא ייגרם, לפי הטענה, נזק של
13		ממש לתחרות אם פתיחת השוק לתחרות בפני היצרנים הפרטיים תדחה למכרז
14		הבא.
15		
16	יד.	לטענת חברת החשמל, עצם הכנסתו של יצרן פרטי למערכת תתרום להגברת
17		התחרות שתושג עקב צמצום חלקה והפחתת הדומיננטיות שלה בשוק ייצור החשמל
18		ובדברונה להתחרות בשיטות הייצור היעילות שתונהגנה על ידי היצרן הפרטי, זאת
19		גם בהיעדר מכירה לצרכני קצה. גם הליך המכרז, כשלעצמו, יתרום לתחרות בין
20		יצרנים שונים וגם בכך יש משום תרומה לתחרות בשוק זה.
21		
22	טו.	אשר למחירי החשמל, טוענת חברת החשמל, אלה לא יושפעו ממילא מכניסתו של
23		היצרן הפרטי לשוק הייצור, שכן קביעתם של מחירים אלה נעשית על פי חוק משק
24		החשמל על-ידי הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל, ולא על ידי מנגנון השוק.
25		
26	טז.	בהקשר זה של קביעת תעריפי החשמל, מוסיף משרד התשתיות הלאומיות ומציין, כי
27		הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל טרם קבעה את תעריפי החשמל הסופיים
28		להולכה ולגיבוי, דבר שימנע מהיצרן הפרטי את היכולת להעריך את עלויות הייצור
29		עבור צרכני קצה, ולקבוע, כפועל יוצא מכך, את העדפותיו לגבי חלוקת הכמויות
30		הנמכרות בין חברת החשמל לצרכנים האחרים.
31		
32	יז.	על כל אלה, מוסיף משרד התשתיות ומציין, מהלך כזה, של העברת משק החשמל
33		ממונופול מוחלט לתחרות, צריך שיתבצע בצורה הדרגתית, וגם בכך יתורנו של
34		ההסדר, שהוא מאפשר הנהגתו של מהלך הדרגתי שיאפשר מחד, הכנסת יצרן פרטי,



ומאידך הוא לא יפגע בהסדרים שהיו מקובלים עד כה ברמות החלוקה והמכירה של	1
החשמל לצרכנים.	2
	3
יח. אישור המכרז אף יתרום, לטענת משרד התשתיות וח"ח, למוניטין הבינלאומי של	4
הממשלה כמי שמסוגלת לתכנן, לנהל ולבצע הליכי מכרז בינלאומיים בקנה מידה	5
גדול, ובכלל זה משיכת משקיעים זרים גדולים לבצע השקעות בישראל.	6
	7
62. חלקן הגדול של הטענות האמורות אינו מקובל עלינו, וגם אלה שניתן לקבל, אין בהן,	8
לדעתנו, כדי להצדיק את אישור ההסדר.	9
	10
א. מקובל עלינו, לאור חוות הדעת של חברת PriceWaterHouse Coopers, כי שיטת	11
ההתקשרות הבלעדית עם חברת חשמל המחזיקה במונופולין של אינטגרציה אנכית	12
במשק החשמל היא השיטה המקובלת ברוב המדינות בשלב הראשון של פתיחת משק	13
החשמל לתחרות. מקובל עלינו גם ששיקול זה מקנה למבנה זה של התקשרות יתרון	14
הנובע מכך שמדובר בדפוס התקשרות מקובל שיש לגביו ניסיון בינלאומי, דבר	15
המגדיל את האטרקטיביות של המכרז למשקיעים. עם זאת, איננו סבורים ששיקול	16
זה שולל את האפשרות לעשות שימוש במבני התקשרות שונים המתחשבים גם	17
במטרה של החדרת תחרות למשק החשמל, למשל, במודל המעורב המאפשר	18
התקשרות בו זמנית עם חברת החשמל ועם יצרנים פרטיים, שהמוצע על ידי חברת	19
PriceWaterHouse Coopers.	20
	21
ב. בנושא זה, ראוי להדגיש, נודעת חשיבות גם למבנה משק החשמל ולתנאים השוררים	22
בו, ולא רק לעובדה כי מדובר במשק הנפתח לראשונה לתחרות. כאשר מדובר,	23
למשל, במשק שבו קיים פיצול בין הפונקציות של הייצור ההולכה והמכירה של	24
החשמל, כפי שממליצה ועדת צ'מנסקי לגבי השלב הבא (לאחר שלב הביניים), של	25
פתיחת משק החשמל בישראל לתחרות, יכולה להתקיים תחרות על אספקת חשמל	26
לצרכנים בין חברות החלוקה גם בלא להיזקק ליצרני החשמל כמתחרים במכירת	27
חשמל לצרכני קצה. במבנה כזה של משק החשמל, היעד התחרותי הנודע ליצרן	28
החשמל הפרטי שונה מזה שיועד לו על פי המבנה הנוכחי של משק החשמל בישראל,	29
והוא מתמקד בעיקרו בתחרות בין היצרנים על המכירה לחברות החלוקה. משמע,	30
תפקידו של היצרן הפרטי במשק החשמל והחשיבות הנודעת לאפשרות הניתנת בידו	31
למכור חשמל לצרכני קצה נגזרים מהתפקיד שנועד לו על פי המודל התחרותי כפי	32
שהוא מעוצב בכל מדינה על פי צרכיה. במשק הישראלי שבו מבוססת הגשמת	33
פתיחתו של שוק החשמל לתחרות בשלב זה כל כולה על הכנסת יצרנים פרטיים	34

למקטע הייצור ועל התחרות המצופה מהם בחברת החשמל על מכירת חשמל	1
לצרכנים, הוויתור על פן זה שבפעילותם של היצרנים הפרטיים, משמעו, למעשה,	2
סיכול המהלך כולו.	3
	4
ג. אשר לטיעוניה של ח"ח בתחום הטכנולוגי, נציין ראשית, כי אלה נסמכו מהבחינה	5
המקצועית, בעיקר על עדותו של מר פאר, שהוא עובד של חברת החשמל. מר שילה,	6
אמנם תמך בעיקרון בעמדתה של חברת החשמל, אך לא היתה לו, כפי שצינו לעיל,	7
עמדה מגובשת באשר לשאלה האם הבלעדיות והזמינות המלאה של התחנה למערך	8
הייצור של חברת החשמל חיונית, כפי שטענה חברת החשמל, להכנסת יצרן פרטי	9
למשק החשמל, אם קיימת אפשרות של העמדת התחנה בזמינות חלקית למערך	10
הייצור של ח"ח, והאם ניתן לאפשר ליצרן הפרטי למכור לפחות חלק מהחשמל	11
המיוצר על ידו לצרכני קצה. לצורך גיבוש עמדתו בכל אלה, הסביר מר שילה כאמור,	12
שכר משרד התשתיות את שירותיה של חברת הייעוץ PriceWaterHouse Coopers.	13
אולם גם חברה זו לא תמכה, כפי שיפורט בהמשך, בנימוקיה העיקריים של חברת	14
החשמל.	15
	16
בנסיבות אלה, לאור המשמעות מרחיקת הלכת של טיעונים אלה, בהתחשב בניגוד	17
האינטרסים שבו מצויה חברת החשמל בנושא זה, כמו גם בכך שח"ח כלל לא ניסתה	18
לבחון אפשרויות אחרות להתקשרות עם היצרן הפרטי שאינן מבוססות על בלעדיות,	19
איננו מוכנים לייחס לעדותו של מר פאר משקל רב.	20
	21
ד. משרד התשתיות הלאומיות לא הודיע לנו האם כבר הוסקו מסקנות בעקבות קבלת	22
הדו"ח של חברת PriceWaterHouse Coopers. אולם הדו"ח של חברה זו איננו תומך	23
בטענותיה העיקריות של חברת החשמל בתחום הטכנולוגי, ובעיקר בטענתה	24
המרכזית, לפיה לא ניתן לשלב יצרן פרטי במשק החשמל בלא לכפוף אותו לבלעדיות	25
של חברת החשמל ברכישת תפוקתו. הדו"ח גם אינו מצטרף לטיעונים הטכנולוגיים	26
האחרים של חברת החשמל בנושא היעילות, ניצול היתרונות לגודל, ומניעת	27
היווצרות עודפי ייצור בלתי מנוצלים. כן אין הדו"ח תומך בטענה בדבר העדר	28
אפשרות לתגמל את היצרן הפרטי על פי שיטת ההספק הזמין והאנרגיה גם במצב של	29
זמינות חלקית או בטענה שזמינות חלקית של התחנה למערך הייצור של חברת	30
החשמל היא בלתי אפשרית מהבחינה הטכנולוגית או בלתי כדאית מהבחינה	31
הכלכלית.	32
	33

ה. הבעיה הטכנולוגית היחידה הכרוכה לפי חוות הדעת של חברת הייעוץ במודל המעורב המושתת על העמדת התחנה בזמינות חלקית לחברת החשמל, נעוצה בהעדר אפשרות להפעיל את התחנה בהספקים נמוכים ובאפשרות שהעמדת התחנה בזמינות חלקית לחברת החשמל תביא, במקרים בהם תשיל חברת החשמל את התחנה מהרשת שלה, להדממת התחנה ופגיעה בצרכנים האחרים של היצרן הפרטי. אולם, חברת PriceWaterHouse Coopers מציעה בחוות דעתה פתרון טכנולוגי וכלכלי מפורט לבעיה זו.

דומה שחומרת הבעיה מצומצמת עוד יותר לאור קיומה של חובת גיבוי סטטוטורית החלה על חברת החשמל מכוח החוק ממילא, וללא קשר לקושי הטכנולוגי האמור.

חברת החשמל לא הגיבה על פתרון זה בצורה מפורטת, פרט לטענתה לפיה, גם חברת PriceWaterHouse Coopers מודה שאין מדובר בפתרון מלא, טענה שאיננה נתמכת בדו"ח עצמו, ובטענה הנוספת, לפיה פתרון זה טעון בדיקה נוספת. אין כמובן מניעה לכך שחברת החשמל תבדוק את הפתרון המוצע, אך בכך בלבד אין כדי להצדיק אישור הסדר כובל, ומה גם שהמבקשת כלל לא בדקה חלופות להסדר המוצע קודם לפרסום המכרז.

ו. טענותיה העיקריות של ח"ח בתחום הטכנולוגי מבוססות, למעשה, על ההנחה שמערך ייצור גדול, כמו זה שאותו מקיימת חברת החשמל, טומן בחובו יתרונות לגודל, המתבטאים ביעילות, מניעת בזבז משאבים ועוד, וכי אלה מכתיבים העדפת ריכוז הייצור במערך ייצור אחד, שאותו יש להפקיד, כפי שהיה בעבר, בידי חברת החשמל. לפי השקפה זו, תחנה בודדת המספקת רק כ 3.5% מכלל צריכת מערכת החשמל בישראל, אינה יעילה. טענה מרחיקת לכת זו, אינה עולה בקנה אחד עם חוק משק החשמל, היא סותרת את ההגיון הכלכלי הטמון בפתיחה של שוק ייצור החשמל לתחרות בפני יצרני חשמל פרטיים, והיא גם לא בוססה מהבחינה המקצועית. הטענה לא נטענה באופן מפורש גם על ידי מר פאר, המצהיר מטעם חברת החשמל, וודאי שלא על ידי מר שילה, המצהיר מטעם משרד התשתיות, וזכרה לא בא גם בדו"ח חברת PriceWaterHouse Coopers. הטענה אף אינה עולה בקנה אחד עם מסקנותיה של ועדת צ'ימנסקי, אשר ציינה בדו"ח שהגישה ש"אם בעבר היה היתרון לגודל בלתי מוגבל, הרי שהיום יש לכך סייגים, לפחות בכל הנוגע לרובד הייצור ולסחר סיטונאי". על רקע זה אף המליצה הועדה ש"מתקני ייצור חדשים של חב' החשמל יפעלו, מלכתחילה, כחברות בנות נפרדות של חב' החשמל".

מעבר לכך, קבלת השיקול האמור בדבר היתרונות לגודל, כמו גם קבלה של רוב	1
הנימוקים האחרים שהעלתה ח"ח בתחום הטכנולוגי, ובהם: שיקולי היעילות,	2
מניעת היווצרות עודפי חשמל, הצורך בגיבוי לקוחות היצרן הפרטי, הבטחת אספקת	3
החשמל לצרכנים, מנגנון התשלום עבור רכישת החשמל, ומניעת העדפתם של מקצת	4
הצרכנים על פני כלל צרכני החשמל במשק, לא תאפשר גם בעתיד לפתוח את משק	5
החשמל לתחרות. כך, אם יש להעמיד תחנות כוח חדשות בזמינות מלאה למערך	6
הייצור של חברת החשמל, זאת על יסוד ההנחה שמערך זה הוא האמור לספק את	7
צריכת החשמל במדינה, או אם עדיף, לשם השגת יעילות מרבית במערכת ייצור	8
החשמל במדינה, לקיים מערך ייצור אחד, שיכלול את כל תחנות הכוח במדינה,	9
משמעות הדבר היא ששגה יצאה מלפני המחוקק, ועל כן יש לגנוז את מודל התחרות	10
במשק החשמל כפי שעוצב על ידי המחוקק, ולחזור לשיטת המונופולין המוחלט של	11
חברת החשמל בשוק ייצור החשמל כפי שהיה בעבר.	12
ואולם, מחלוקת זו הסתיימה עם חקיקתו של חוק משק החשמל, ואין עוד מקום	13
להחזיר את הגלגל לאחור, ודאי לא במסגרת זו.	14
מעבר לכך, המבקשת מתעלמת בהקשר זה מצדו השני של מאזן היתרונות	15
והחסרונות המונופוליסטי/מונופסוניסטי, שבו יש לזקוף את מחיר אי היעילות	16
הכרוך בשיטה הקיימת מבחינת טובת הציבור.	17
	18
הטענה שיש לכלול את התחנה במערך הייצור של חברת החשמל שאחרת ייפגע	19
כושרה של החברה לספק את צורכי החשמל של המשק, מבוססת למעשה על ההנחה	20
שדבר לא השתנה במשק החשמל בישראל, וכי חברת החשמל אמורה להמשיך לספק	21
את מלוא צריכת החשמל במדינה. אולם, הנחה זו חלפה מהעולם עם חקיקתו של	22
חוק משק החשמל. השקפתו של המחוקק היתה כי חברת החשמל איננה אמורה עוד	23
לספק באופן בלעדי את צורכי החשמל של המשק הישראלי, וכי בעתיד יש לפתח את	24
מערכת החשמל בישראל גם באמצעות ייצור חשמל פרטי. לאור כך, ח"ח אינה יכולה	25
לאחוז בתחנה כדי שיתאפשר לה לספק באמצעותה את צורכי החשמל של המשק	26
כולו.	27
	28
בכל מקרה, וגם אם לא תוכנן לחברת החשמל, יעמוד כושר הייצור של התחנה כולו	29
לרשות כלל הצרכנים במשק, בין אם הדבר ייעשה באמצעות חברת החשמל ובין אם	30
היצרן הפרטי יספק את החשמל ישירות לצרכנים, שהרי כל צרכן שירכוש את	31
החשמל ישירות מהיצרן הפרטי תגרע צריכתו מהצריכה הכוללת שעל חברת החשמל	32
לספק ללקוחותיה, וממילא יפחת העומס המוטל על מערכת הייצור של חברת	33
החשמל, בלא שהדבר יפגע בצרכנים.	34

	1
י. גם הטיעון שהמבקשת נזקקת לתחנה כדי שתוכל לעמוד בחובת הגיבוי המוטלת עליה כלפי כל צרכן קצה שלו יספק היצרן הפרטי חשמל איננה רלוונטית לנושא הבלעדיות. חובת הגיבוי חלה על חברת החשמל על-פי חוק משק החשמל בכל מקרה, גם אם היה מדובר בתחנה של חברת החשמל, וגם אם היצרן הפרטי היה מעמיד את כל ההספק הזמין של התחנה לרשות חברת החשמל. כל תוספת הספק למערכת, בין שזו תסופק על ידי היצרן הפרטי ישירות לצרכניו ובין שזו תימכר על ידי היצרן הפרטי לחברת החשמל, אשר היא תספק אותה לצרכנים, תחייב שמירת עתודת הספק לצורך גיבוי. לכך אין כל קשר לשאלת יכולתו של היצרן הפרטי למכור חשמל לצרכני קצה באופן ישיר.	2 3 4 5 6 7 8 9 10
יא. אשר לטענה בדבר יצירת עודפי יצור חשמל בתחנה, הרי שעודפי חשמל נוצרים בשעות או בתקופות מסוימות, מטבע הדברים, גם במערכת הכללית של חברת החשמל. אין מדובר אפוא בתופעה מיוחדת לתחנת כוח בודדת. מעבר לכך, כפי שמציין הממונה, גם אם ייווצרו אצל היצרן הפרטי במועדים מסוימים עודפי כושר ייצור בלתי מנוצלים, הרי שאין מניעה לכך שהיצרן הפרטי יעמיד את ההספק הזמין הלא מנוצל שברשותו לרשות מערכת הייצור של חברת החשמל וכך לא יחסר הספק זה במערכת גם בשעות ה"מתות" עבור היצרן הפרטי. האפשרות של מכירה לצרכני קצה, איננה שוללת אפוא מראש ניצול הספק התחנה בכל שעות היממה, ובכל מקרה, יש להניח שנושא זה יובא על ידי היצרן הפרטי במניין שיקוליו לגבי היקף ההתקשרות עם צרכני קצה.	11 12 13 14 15 16 17 18 19 20
יב. לאור הדו"ח של חברת PriceWaterHouse Coopers מקובל עלינו ששיטת התשלום עבור הספק זמין ואנרגיה, הנה שיטה מקובלת בפרוייקטים מסוג זה, ויש בה כדי לסייע ליצרן הפרטי במימון השקעתו. מאידך, ולפי אותו הדו"ח, עולה שניתן לאמץ שיטה זו גם אם התחנה תעמוד בזמינות חלקית למערך הייצור של חברת החשמל. גם בדיקטוריון חברת החשמל נדונה האפשרות שיצרן החשמל ימכור לחברת החשמל רק חלק מכושר הייצור שלו ובהתאם ייקבע גם התשלום. מר פאר הסביר בעדותו שבדיקתו של נושא זה, אילו מוצתה, היתה אמורה לארוך עוד פרק זמן של חצי שנה, דבר המעיד אף הוא על כך שהאלטרנטיבות להסדר הנוכחי לא נבדקו עד תום, אך גם לא נשללו על ידי המבקשת עצמה על הסף.	21 22 23 24 25 26 27 28 29 30
יג. אשר לשיקול של "עומק השוק" והחשש מפני העדר מספר מספיק של צרכנים גדולים אשר יהיו מעוניינים בחוזים ארוכי טווח עם היצרן הפרטי, ראשית, כפי שעולה מדו"ח PriceWaterHouse Coopers, אין בשיקול זה כשלעצמו לשלול לחלוטין מכירה לצרכני קצה. שנית, גם אם כיום אין "התלהבות" מצד צרכנים פרטיים לשים יתבסס	31 32 33 34 35

על גוף חדש שאין עמו ניסיון במשק החשמל בישראל, סביר להניח שבמשך הזמן, עם	1
השלמת התחנה והתחלת הייצור והאספקה לצרכנים, ועוד יותר בהמשך, עם הרחבת	2
חדירתם של יצרנים פרטיים לשוק, ודאי אם זו תלווה בהפחתת תעריפים, תגדל גם	3
הנכונות של הצרכנים להסתייע בשירותיהם. לאור שיקול זה, ניתן היה אולי להצדיק	4
את הגדלת חלקה של ח"ח בתפוקת התחנה הפרטית בתחילת דרכה, אך אין בכך כדי	5
להצדיק בלעדיות למשך 20 שנה, דבר שלא יאפשר להביא לידי ביטוי שינוי בדפוסי	6
התנהגות של השוק משך שנות דור. שלישית, לא ברור מהדו"ח אם הצרכנים	7
הפרטיים אתם שוחחו מחברי חוות הדעת היו ערים לקיומה של חובת גיבוי המוטלת	8
על ח"ח בחוק, חובה שלקיומה עשויה להיות השפעה מרחיקת לכת על נכונותם של	9
הצרכנים להתקשר עם יצרנים פרטיים.	10
	11
יד. העדר תעריפים סופיים לשירותי הולכה וגיבוי אכן עשוי להקשות על היצרנים	12
הפרטיים להעריך את הוצאותיהם בגין מכירת חשמל לצרכני קצה, וכפועל יוצא את	13
העדפותיהם בחלוקת המכירה בין חברת החשמל לבין צרכנים אחרים. שיקול זה אף	14
הניע את חברת PriceWaterHouse Coopers, כפי שהזכרנו לעיל, להמליץ שלא	15
להוציא את המכרז החדש במתכונת המודל המעורב קודם לקביעתם של אותם	16
תעריפים והיא אף המליצה בפני הרשות המלצות מסוימות לגבי קביעתם של	17
תעריפים אלה. עם זאת, איננו סבורים שבכך יש כדי להצדיק את אישור ההסדר.	18
	19
ראשית, ברור כי מדובר בבעיה זמנית וכי הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל תפרסם	20
בתוך תקופת מה את התעריפים הסופיים. מתן בלעדיות לתקופה של 20 שנה רק	21
משום שקיימת כיום בעיה זמנית באי פרסום התעריפים נראה כצעד מרחיק לכת,	22
העולה הרבה מעבר לנדרש לגבי שיקול זמני ומוגבל זה. לכל היותר יש בשיקול זה	23
כדי להצדיק הגדלת הכמות שתימכר לחברת החשמל בתחילת התקופה. שנית, גם	24
אם יש בשיקול זה כדי להביא את היצרן הפרטי להעדיף בשלב זה הגדלת הכמות	25
הנמכרת לח"ח על פני מכירה לצרכנים אחרים, אין בכך משום עילה לכפות עליו	26
מראש העדפה זו, ומה גם שהדבר נוגד, כפי שזכר לעיל, את הוראות חוק משק	27
החשמל. שלישית, ספק בעינינו אם הסיכון המוטל על היצרן הפרטי בנושא זה הנו	28
גדול, שכן אין מדובר בתעריפים הנקבעים על ידי חברת החשמל, שלה עשוי להיות	29
אינטרס לקבוע תעריפים גבוהים ככל הניתן, גם כדי להקנות לה יתרון בתחרות עם	30
היצרן הפרטי. תעריפים אלה ייקבעו על ידי הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל,	31
שהיא רשות ציבורית, וחזקה עליה שלא תקבע תעריפים כאלה שלא יאפשרו קיום	32
תחרות בין היצרן הפרטי לח"ח. רביעית, שיקול זה רק מדגיש את הצורך בהתקנת	33
הכללים אשר יקנו ליצרן הפרטי ביטחון ברכישת תוצרתו על ידי חברת החשמל, גם	34
במצב שבו הוא אינו יודע מראש את כל הנתונים העשויים להתקיים בשוק בשנים	35

הבאות, בכלל זה, תעריפי התשתית והגיבוי, תוך מתן האפשרות להפנות במשך הזמן,	1
עם פרסום התעריפים והתבהרות נתונים אחרים, שלהם עשויה להיות השלכה על	2
אפשרות המכירה לצרכני קצה, חלק מתפוקתו לצרכנים פרטיים.	3
	4
טו. מקובל עלינו שייתכן שעצם הכנסתו של יצרן פרטי למערכת עשויה לתרום בצורה	5
עקיפה, על דרך ההשוואה, לייעול בתהליכי הייצור בחברת החשמל, כמו גם בהקטנת	6
חלקה בשוק הייצור. אולם, בהעדר תחרות בין ח"ח ליצרן הפרטי, השפעתו של מהלך	7
כזה על התחרות תהא לדעתנו שולית, וראה לעניין זה גם דבריו של ח"כ גל במהלך	8
הדיון בחוק משק החשמל בכנסת, שצוטטו לעיל.	9
	10
טז. עריכתו של מכרז בין היצרנים תורמת אף היא לתחרות, אך זו הנה תחרות בין	11
יצרנים על אספקת חשמל זול יותר לחברת החשמל, בעוד שהתחרות אליה כיוון	12
המחוקק בחוק משק החשמל, היא תחרות בין חברת החשמל ליצרן הפרטי על ליבם	13
וכיסם של הצרכנים.	14
	15

	1
<b>פגיעתו של ההסדר בטובת הציבור</b>	2
63. פגיעתו של ההסדר בטובת הציבור מתבטאת באלה :	3
	4
א. ההסדר יכחיד לחלוטין, למשך 20 שנה, כל תחרות אפשרית בין חברת החשמל לבין יצרן החשמל הפרטי. ההסדר יחסום בפני יצרן החשמל הפרטי את שוק השיווק של החשמל, ובפני הצרכנים הוא יחסום באופן מוחלט את הנגישות למקור אספקה זה, וימנע מהם כל אפשרות לרכוש חשמל שלא מחברת החשמל, מהלך שיש בו, על פניו, כדי לפגוע ברווחתם. מדובר בכבילה אופקית, רחבת היקף וארוכת טווח, המבטיחה, הלכה למעשה, את המשך המונופולין המלא של חברת החשמל בתחום יצור החשמל, ואת כוחה המונופסוני בתחום רכישת החשמל.	5 6 7 8 9 10 11
	12
ב. מבחינת שיקולי התחרות אין לקיומו של היצרן הפרטי כמעט כל משמעות עצמאית, וזה יהפוך, מכוח ההסדר, לחלק ממערך הייצור של חברת החשמל, או, כפי שטוען הממונה, ל"קבלן משנה" של חברת החשמל.	13 14 15
	16
64. המחוקק טרם קיבל החלטה סופית על המבנה העתידי של משק החשמל בישראל בכלל, ועל מעמדה של חברת החשמל כפי שיתגבש עם תום הנהגת הרפורמה במשק החשמל, בפרט. לאור כך העניק המחוקק לחברת החשמל רשיון ספק שירות חיוני כמשמעו בחוק לתקופה של 10 שנים בלבד.	17 18 19 20
	21
בשלב זה, בתקופת הביניים, דחה המחוקק הנהגתם של שינויים מרחיקי לכת לשם החדרת תחרות למשק החשמל, אשר מחייבים שינוי מבני כולל, כמו פיצול משק החשמל בין מקטעי הייצור ההולכה והחלוקה, כפי שהוצע על ידי ועדת צ'מנסקי. מהלך זה ננקט במדינות אחרות, וייתכן שיישקל מחדש לאחר תום תקופת הביניים, בשנת 2006.	22 23 24 25
מאידך, ביקש המחוקק כבר בשלב זה לעשות צעד ראשון וצנוע של פתיחת משק החשמל לתחרות, צעד שלא יחייב שינוי מבני מקיף במשק החשמל ויבוא לידי ביטוי רק במקטע הייצור וגם זאת בהיקף מוגבל. יש להניח שהמחוקק ביקש ללמוד מהניסיון שיצטבר בשלב זה בבואו לשקול את המשך המהלך במשק החשמל בתום תקופת הזיכיון של חברת החשמל, בשנת 2006.	26 27 28 29 30
	31



כיום כבר ברור שתקוותו של ח"כ גל לפיה, "החל מיום 4 במרץ 96 יכול יצרן חשמל פרטי למכור חשמל לאחר ולא רק לחברת החשמל", לא התממשה. במצב הדברים הנוכחי, גם אם יתאפשר ליצרן החשמל הפרטי למכור חשמל לצרכני קצה, מסתבר שעד לשנת 2006 נראה בפעולה תחנה אחת ולכל היותר שתי תחנות המוכרות חשמל לצרכני קצה בהיקף נמוך ביותר מכלל צריכת החשמל במדינה. בקצב זה, פתיחה ממשית של שוק ייצור החשמל לתחרות, ולו כדי השגת היעד שנקבע על פי החלטת הממשלה, לפיו 20% מייצור החשמל יוצא מידיה של ח"ח, תארך עוד שנים ארוכות.	1
	2
	3
	4
	5
	6
	7
	8
65. ואולם, ההסדר מסכל גם מהלך צנוע זה בכך שהוא מקנה לחברת החשמל בלעדיות ברכישת החשמל המופק על ידי היצרן הפרטי, מהלך ממנו ביקש המחוקק להימנע כדי למנוע מבעל המונופול הטבעי להולכת וחלוקת החשמל, להמשיך ולשלוט גם על מקטע הייצור, ושולל מהיצרן הפרטי את אותה ההפליה המתקנת (כלשונה של ועדת צ'מנסקי) שביקש לתת לו המחוקק, בכך שהוא כופה עליו התקשרות בלעדית עם חברת החשמל. בעשותו כן אף מאפשר ההסדר קביעת עובדות מוגמרות בשטח בדרך של מתן בלעדיות, אשר יקשו על יישום הארגון מחדש של משק החשמל, גם זאת בניגוד להמלצתה של ועדת צ'מנסקי.	9
	10
	11
	12
	13
	14
	15
	16
66. לפגיעה בתחרות עקב ההסדר ערך סגולי מיוחד המתבטא בכך שמדובר בניסיון לסכל את המהלך הראשוני שנועד להנהיג ניצני תחרות בשוק ייצור החשמל.	17
	18
כפי שצוין בפסק הדין בעניין "בזק" (ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים תקדין-עליון 5(2)97, 14):	19
	20
	21
<b>"החלתם של דיני ההגבלים העסקיים כהסדר משלים (להסדר</b>	22
<b>הסטטוטורי המיוחד) נדרשת דווקא במקום שבו מדובר בתחום הנתון</b>	23
<b>לפיקוח והנפתח לתחרות".</b>	24
	25
זה המצב גם במקרה שבפנינו.	26
	27
67. שיקול נוסף שעלה בפסק-הדין בעניין "בזק", ורלוונטי אף הוא לענייננו הוא כי:	28
	29
<b>"...הפתיחה לתחרות בעייתית במיוחד כאשר מדובר בפתיחה</b>	30
<b>סלקטיבית, היינו, כאשר מדובר בחשיפה חלקית, תוך שמירה על</b>	31
<b>המעמד המונופוליסטי של בעל המונופולין בחלק מהתחומים שבענף זה.</b>	32
<b>מצב זה מעלה את החשש לניצול המעמד המונופוליסטי באותם תחומים</b>	33

1	שבהם השתמר כוחו המונופוליסטי של בעל המונופולין כדי לפגוע
2	בתחומים שנפתחו לתחרות".
3	
4	גם בענייננו מדובר בניסיון לפתוח לתחרות תחום אחד במשק החשמל, הוא תחום הייצור,
5	תוך הותרת המונופולין המוחלט של חברת החשמל בתחומי ההולכה והחלוקה של החשמל.
6	מהלך כזה מעלה, מעצם טבעו, את החשש של השימוש בכוח המונופוליסטי בתחומים שבו
7	נותר כוח זה על כנו, כדי לפגוע במתחריו של בעל המונופולין בתחום הייצור, ולשמר את
8	הכוח המונופוליסטי של המבקשת בתחום זה, אשר זה עתה נפתח לתחרות.
9	
10	68. נוסף ונציין כי לדעתנו אין להתייחס למכרז הנוכחי כשולי בחשיבותו רק משום שהיקף
11	ייצור החשמל שבו מדובר עומד על כ - 3.5% מכלל ייצור החשמל בלבד. ההתייחסות הנכונה
12	למכרז זה צריך שתהא על רקע החלטת הממשלה הפותחת בפני ייצור פרטי, בשלב ראשון,
13	10% עד 20% (בהעדר אפשרות ליבוא) מכלל ייצור החשמל במדינה. משמע, מדובר בפלח
14	שבין 18% עד 35% מכלל מקטע הייצור המתוכנן לפתיחה לתחרות, שהוא חלק משמעותי
15	מפלח שוק זה.
16	
17	
18	<b><u>קיומה של חלופה להסדר</u></b>
19	69. כפי שכבר צוין, אישור הסדר כובל מותנה בהוכחה שאין בנמצא חלופה ממשית שפגיעתה
20	בטובת הציבור קשה פחות.
21	לאור הראיות שבאו לפנינו, לא שוכנענו שאין בנמצא חלופה לכבילת הבלעדיות שפגיעתה
22	בטובת הציבור פחותה. לא זו אף זו, לאור הדו"ח של חברת PriceWaterHouse Coopers
23	ניתן לומר אף מעבר לכך, היינו, כי הוכח שחלופה כזו הנה בנמצא.
24	
25	70. אשר לחברת החשמל, כפי שכבר צוין, זו לא בדקה קיומן של חלופות אחרות, חרף העובדה
26	שמר פאר, המצהיר מטעם חברת החשמל, לא חלק על כך שקיימת אפשרות חלופית של
27	הכנסת יצרן פרטי למשק החשמל בלא שזה יוכפף לזכות הבלעדיות של חברת החשמל:
28	
29	"ש. מהידע שלך בתחום, אנחנו מדברים על מצב שבו היצרן הפרטי,
30	שקיימת אפשרות שהיצרן הפרטי בכלל לא יהיה מחויב למכור מכירה
31	בלעדית של חשמל לחברת החשמל?
32	ת. כבר אמרנו, בעיקרון דבר כזה אפשרי".

	1
גם הנהלת חברת החשמל היתה ערה לקיומה של אפשרות לפיה ימכור היצרן הפרטי רק	2
חלק מהחשמל המופק על ידו לח"ח ואילו את שאר תפוקתו הוא ימכור לצרכנים פרטיים,	3
ואף הועלה פתרון אפשרי לתשלום במקרה זה. כך העיד מר פאר :	4
	5
"...אם היצרן הפרטי ירצה למכור לחברת חשמל, למשל, 60% בלבד ו-	6
40% הוא ירצה למכור לאחרים, הוא יקבל מחברת חשמל החזר	7
capacity רק בעבור 60%."	8
	9
חרף זאת, כפי שהעיד מר פאר, לא הביאה ח"ח בתכנון המכרז את האפשרות של מכירה	10
לצרכני קצה :	11
	12
"ש. מישוהו בדק, מישוהו החליט שצרכנים פרטיים לא ירצו לשלם עבור	13
תחנה יעילה, כמו שראינו, או זולה יחסית שתופעל בפול קפסיטי יותר	14
מאשר חברת החשמל משלמת עבור ההספק הזמין ואנרגיה?	15
ת. אינני יודע, בחברת החשמל זה לא נבדק."	16
	17
ובהמשך :	18
	19
"כ.ה. הרמן: במסגרת הכנת המכרז לקחתם את האפשרות בכלל שיהיה	20
יצרן עצמאי גם מבחינת מי שהוא מספק לו מראש, היתה החלטה שהוא	21
מספק לתוך המערכת מהשיקולים שנמנו כאן?	22
ת. לא, כאן זה מהסיבה הפשוטה, קיבלנו את הנחיית השר האומר,	23
שאתם צריכים לקחת את התחנה כחלק ממערכת הייצור, והמילה	24
מערכת הייצור אומרת הכל."	25
	26
	27
גם למשרד התשתיות הלאומיות, כפי שצוין לעיל, לא היתה עמדה מגובשת בנושא זה קודם	28
לאישור המכרז והוא לא ביצע בדיקה מעמיקה של הנושא, אלא לאחר הוצאת המכרז.	29
	30

1	71.	אשר להצעתה של חברת הייעוץ PriceWaterHouse Coopers : הדו"ח של חברה זו הוגש לנו
2		לאחר סיום שמיעת הראיות, מחברי הדו"ח לא נחקרו על המלצותיהם (והדבר אף לא
3		התבקש), לא הוברר אם משרד התשתיות הלאומיות החליט לאמץ את המלצות הדו"ח (גם
4		ביחס לתחנה הבאה), ואיש מהצדדים גם אינו מבקש לאשר הסדר ברוח הצעה זו. לאור כך,
5		ודאי שאין מקום לדון במסגרת זו באישור הצעה זו.
6		
7		עם זאת, הדו"ח הוצג כראיה והצדדים גם טענו לגביו, תוך שהם מבקשים, כל אחד
8		לשיטתו, ללמוד ממנו מסקנות לגבי בקשה זו. יתר על כן, איש מהצדדים לא חלק על
9		מומחיותם של מחברי הדו"ח ועל האובייקטיביות שלהם, עניין שהוא בעל חשיבות רבה,
10		במיוחד לאור כך שאין בפנינו חוות דעת מקצועית, ודאי לא חוות דעת מלאה, ובלתי תלויה
11		אחרת. מעבר לכך, לקיומה של חלופה להסדר, וכזו אכן מוצגת בדו"ח, נודעת חשיבות רבה
12		גם לגבי אישור ההסדר הנוכחי. לאור כך עלינו להתייחס לדו"ח זה, לפחות בהקשר לקיומה
13		של חלופה להסדר, זאת בלא שיהא בדברים אלה משום נקיטת עמדה לגבי אישורו של
14		הסדר ברוח הצעה זו(גם לא בהתייחס לשאלה האם הסדר מעין זה נזקק לאישור בית הדין).
15		
16	72.	ראשית, דומה שלא יכול להיות ספק בכך שדו"ח זה מציע חלופה להסדר שפגיעתה בטובת
17		הציבור פחותה בצורה משמעותית מההסדר נשוא הבקשה, שכן היא אינה מחייבת מתן
18		בלעדיות מלאה לחברת החשמל, ומאפשרת לצרכן הפרטי למכור חלק, ולו מוגבל, של
19		תוצרתו לצרכנים אחרים ובכך להתחרות עם חברת החשמל.
20		
21	73.	מאידך, והגם שאיש מהצדדים לא חלק על מומחיותם של עורכי הדו"ח בתחום הכלכלי
22		ובתחום הטכנולוגי, וגם לנו אין סיבה להטיל בכך ספק, דומה שבבסיסו המשפטי מעורר
23		הדו"ח מספר שאלות שהתשובה עליהן עשויה להשפיע על מסקנותיו הסופיות.
24		
25	74.	הקושי העיקרי שמעורר דו"ח זה נעוץ בכך שאף על פי שמחברי הדו"ח היו ערים להסדר
26		הסטטוטורי שנקבע בסעיף 17(א)(2) לחוק משק החשמל, המחייב בעל רשיון ספק שירות
27		חיוני לרכוש את החשמל המופק על-ידי יצרן פרטי ולתת לו שירותי תשתית וגיבוי (נספח
28		"C" לדו"ח שכותרתו : "Detailed Legal Issues"), הם לא ראו להתייחס להסדר זה בבחינת
29		הדרך הראויה לשילוב יצרן פרטי במשק החשמל, והתמקדו אך ורק בהסדרים המבוססים
30		על הסדר חוזי עם חברת החשמל. נכון הדבר שהחייב הסטטוטורי האמור לא התגבש, כל
31		עוד לא הותקנו הכללים לפי סעיף 20(ב) לחוק משק החשמל, לכדי חיוב בר אכיפה. אולם,
32		כאשר מדובר בהתייחסות למבנה הפעילות וההתקשרות המומלץ ליצרן הפרטי, תוך מתן
33		שימת לב מיוחדת לצורך בהבטחת התשואה על ההשקעה בהתבסס על הבטחת רכישה
34		ארוכת טווח, מתבקש היה לתת את הדעת, בראש ובראשונה, על קיומו של פתרון "מן

1	המוכח" שנקבע לצורך כך בחוק על דרך חיובו של ספק השירות החיוני ברכישת תוצרתו של
2	היצרן הפרטי.
3	
4	75. אימוץ פתרון זה היה בו גם כדי לאפשר ליצרן הפרטי גמישות רבה הרבה יותר בבחירת
5	לקוחותיו בהתאם לתנאי השוק המשתנים. בשלב זה, לפני הקמת התחנה, ובמיוחד כאשר
6	מדובר במהלך ראשוני של פתיחת השוק לתחרות, ברור שסיכוייו של היצרן הפרטי להשיג
7	חוזים ארוכי טווח עם לקוחות פרטיים נמוכים. במצב דברים זה, מבנה המושתת על בסיס
8	חוזי בלבד עשוי להיות בעייתי מבחינת המימוש של התכלית התחרותית שבחוק.
9	טול למשל, את האפשרות שאם תאומץ הצעתם של מחברי הדו"ח, תזכה במכרז הצעה
10	המבטיחה התקשרות בהיקף של 25% מהספק התחנה (ואין בכך כל בטחון) עם צרכני קצה.
11	מדובר בכמות של קרוב ל 90- מגה-ואט, שהיקפה פחות מאחוז מתצרוכת החשמל הכוללת
12	במשק. בדרך זו, יחלפו שנות דור עד שיושג היעד שנקבע על ידי ממשלת ישראל של פתיחה
13	לתחרות של 20% (בהעדר יבוא חשמל) מהשוק (ולעניין זה רלוונטי בעיקר ההספק המתחרה
14	בשוק ולא ההספק הכבול לחברת החשמל), מה שעלול לסכל את המהלך כולו.
15	ואולם, נכונותם של הצרכנים להתקשר בהסכמים ארוכי טווח עם היצרן הפרטי עשויה
16	להשתנות תכלית השינוי עם השלמת הקמתה של התחנה והתחלת פעילותה, תוך שהשוק
17	מסתגל לקיומו של גורם נוסף ואמין בשוק, במיוחד אם זה ינקוט, במטרה להקל על חדירתו
18	לשוק, במהלך תחרותי מקובל כמו הפחתת תעריפים. גם כאשר תושלם התחנה יש להניח
19	שהחדירה לשוק לא תעשה בבת אחת, והיא תדרוש את עתותיה, כאשר בתחילת המהלך
20	הזדקקותו של היצרן הפרטי למטריה הסטטוטורית של הבטחת הרכישה של ח"ח תהא
21	גדולה יותר, ועם הזמן יש להניח כי תלך ותפתח. במצב דברים זה, עשויה הבטחת הרכישה
22	הקבועה בחוק, אם תמומש, למלא תפקיד חשוב בפתיחת השוק לתחרות בפני יצרנים
23	פרטיים, בכך שתספק ליצרן הפרטי בטוחה ארוכת טווח ברכישת החשמל המיוצר על ידו
24	מחד, אך תקנה לו, בה בעת, גמישות בבחירת לקוחותיו תוך הפניית היצע החשמל המיוצר
25	על ידו לצרכנים בהתאם לתנאים שיווצרו בשוק, בלא לדחוף אותו כבר כיום לאופציה של
26	מכירת מרבית תוצרתו לחברת החשמל. גמישות זו תאפשר ליצרן הפרטי להתמודד במועד
27	המתאים, הן עם נושא תעריפי התשתית (כשייקבעו), הן עם עומק הביקוש לתוצרתו אשר
28	חזקה עליו שיתרחב עם הזמן, והן עם תנאים משתנים אחרים שאותם קשה לחזות מראש.
29	השימוש בכלי סטטוטורי זה חיוני במיוחד בנקודה הבעייתית והרגישה של תחילת פתיחתו
30	של השוק לתחרות, כאשר התנאים שיתפתחו בשוק קשים לחיזוי וקיימים גורמי אי ודאות
31	המרחפים על המהלך כולו, והוא חשוב ביותר לשם השגת התכלית התחרותית שבסיוע
32	המהלך כולו.
33	מאידך, פתרון סטטוטורי זה, המאפשר ליצרן הפרטי להתנתק במהלך השנים באופן חלקי
34	או מלא, הכל בהתאם לתנאי התחרות שיתפתחו בשוק, מספק השירות החיוני, אינו חייב
35	לפגוע באינטרסים החיוניים של האחרון, אם יעשה בצורה שתאפשר לחברת החשמל לתכנן

מראש את מערך הייצור שלה, ולהתאימו לתנאי השוק המשתנים. נושא זה יכול שיוסדר גם	1
הוא בכללים אותם מוסמך השר לקבוע על פי סעיף 20(ב) לחוק משק החשמל ו"..." בהם	2
עקרונות לקביעת כמויות חשמל, <u>מועדי רכישה</u> , ו <u>מועדי שינויים</u> ..."	3
	4
76. גם ההצעה לחייב את היצרן הפרטי במכסות מכירה מינימליות לחברת החשמל ולצרכני	5
קצה הנה בעייתית לאור הוראת סעיף 20(א) לחוק משק החשמל. אולם בהעדר התייחסות	6
הצדדים לנושא זה, לא נקבע בעניין זה מסמרות.	7

1	
2	77. כך גם לגבי חובת מתן שירותי התשתית והגיבוי. חובה זו עשויה, כפי שציינו לעיל, לייתר
3	את הצורך בהסדר חוזי מוסכם, כפי שהוצע על ידי חברת הייעוץ, בין חברת החשמל ליצרן
4	הפרטי, לפיו תגבה חברת החשמל את צרכניו של היצרן הפרטי אם וכאשר היא תגרום
5	להדממת התחנה עקב הורדת שיעור ההעמסה אל מתחת לתחום המינימלי האפשרי. חובה
6	זו אף עשויה להגביר את נכונותם של צרכני קצה להתקשר בהסכמים ארוכי טווח עם יצרן
7	חשמל פרטי ולהרחיב את הביקוש הצפוי לחשמל פרטי בקרב הציבור.
8	
9	
10	<b><u>האם ההסדר הנו הסדר כובל</u></b>
11	78. כאמור, חברת החשמל מעלה שורה של טענות משפטיות, חלקן טענות הכופרות בכך
12	שההסדר נשוא הדיון הנו הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.
13	
14	קבוצת הטעמים הראשונה עליה סומכת ח"ח את טענתה, מבוססת על ההשקפה שדיני
15	ההגבלים העסקיים כלל אינם חלים על ההסדר. המבקשת סומכת עמדתה זו על ארבעה
16	טעמים, הקרובים זה לזה מבחינת הרציונל העומד ביסודם.
17	הטעם האחד הוא, כי לאור הודעתו של שר התשתיות הלאומיות לפיה הוא עומד לכלול
18	ברשיונו של היצרן הפרטי שיזכה במכרז את תניית הבלעדיות, הרי שמדובר בהסדר שכל
19	כבילותיו נקבעו על-פי דין, וככזה הוא פטור מעולו של החוק לפי הוראת הפטור הקבועה
20	בסעיף 3(1) לחוק.
21	לפי הטעם השני עולה, כי אפילו אין ההסדר מעוגן בדין מיוחד, הרי המטריה בה הוא עוסק
22	מוסדרת בחוק משק החשמל, שהוא חוק מיוחד המסדיר באופן מלא ומקיף את הנושא, ועל
23	כן הוא מוציא מכללא את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.
24	הטעם השלישי עליו מבוססת הטענה הוא, כי ההסדר מוגן מתחולתם של דינים אלה,
25	ומהתערבות רשויות ההגבלים העסקיים, מכוחה של הדוקטרינה של "מעשה מדינה" ( State
26	Action).
27	הטעם הרביעי הוא כי על פי דיני המשפט המנהלי הסמכות הבלעדית להסדיר את משק
28	החשמל, לרבות הוצאת רשיונות לייצור חשמל, בחירת היצרנים וקביעת תנאי הרשיונות,
29	נתונה על פי חוק משק החשמל לשר התשתיות הלאומיות וכי לבית הדין אין סמכות
30	להתערב בשיקול דעתו של השר.
31	

1	לחלופין, טוענת חברת החשמל, אם חלים דיני ההגבלים העסקיים על ההסדר, גם אז, אין
2	מדובר בהסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.
3	הטעם הראשון לכך, לשיטתה של המבקשת, הוא כי ההסדר נופל תחת הדוקטרינות של
4	"הצורך האובייקטיבי" (Objective Necessity) או "הכבילה הטפלה" (Ancillary Restraint),
5	המוציאות אותו מגדרו של הסדר כובל כמשמעו בחוק.
6	הטעם השני עליו מבוססת הטענה נעוץ בדוקטרינה של ה"סיכון המסחרי" (Commercial
7	Risk), שגם בה יש, אליבא המבקשת, כדי להוציא את ההסדר מגדרו של הסדר כובל
8	כמשמעו בחוק.
9	ולבסוף, טוענת ח"ח, תניית בלעדיות בהסכמים אנכיים, מוכרת בדין האירופאי, בייחוד
10	כאשר היא כבילה טפלה או כבילה הנופלת בגדרה של דוקטרינת הסיכון המסחרי, ככבילה
11	שאינה נתפסת על ידי סעיף 85(1) לאמנת רומא, ועל כן ראוי שבית הדין יפטור אותה גם
12	מתחולתו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.
13	
14	נתייחס לטענות אלה כסדרן.
15	
16	
17	<b>הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין - סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים</b>
18	79. כפי שכבר נזכר לעיל, שר התשתיות הלאומיות אישר במכתבו למנכ"ל חברת החשמל מיום
19	28.7.97, שבדעתו לקבוע ברשיון יצרן החשמל הפרטי הוראה הקובעת שכל החשמל אשר
20	יווצר בתחנה יימכר בלעדית לחברת החשמל.
21	לטענת חברת החשמל, הודעה זו של שר התשתיות הלאומיות, כאשר תמומש, היא בגדר
22	הוראת דין במובנו של מונח זה בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ועל כן היא נופלת
23	בגדר הפטור הסטטוטורי המוציא אותה מגדרו של חוק ההגבלים העסקיים.
24	
25	80. טענה זו, כפי שהוסבר לעיל, אינה יכולה לעמוד כבר מהטעם שהתנאת הוצאת הרשיון
26	בהקניית בלעדיות ברכישת החשמל לח"ח עומדת בניגוד להוראת סעיף 20(א) לחוק משק
27	החשמל.
28	
29	81. הטענה אינה יכולה להתקבל גם לגופה. השאלה העולה בהקשר זה היא האם רשיון הנו
30	בגדר "דין" כמשמעו של מונח זה בחוק.
31	





1 הרחב, כי אם לבעל הרשיון לבדו. העובדה שפלוגי הורשה לייצר חשמל או אף חויב למכור  
2 את החשמל המיוצר על ידו לחברת החשמל, יש בה אמנם כדי להשליך על ציבור צרכני  
3 החשמל, אך בכך בלבד אין כדי לשנות את מצבם המשפטי של אלה. לאור כך אנו סבורים  
4 שהרשיון נשוא הדיון הנו בגדר "הוראת מנהל" ואינו בגדר "דין", ומכאן שאין להחיל על  
5 ההסדר נשוא הדיון את הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק.

6

7

#### 8 **סמכותו של שר התשתיות הלאומיות**

9 83. הטענה במישור זה היא כי המטריה נשוא הדיון, הנוגעת להסדרתו של משק החשמל,  
10 מוסדרת בחוק מיוחד - הוא חוק משק החשמל. על-פי חוק זה, טוענת ח"ח, הופקדה  
11 הסדרתו של משק החשמל בישראל בסמכותו ובשיקול דעתו הבלעדי של שר התשתיות  
12 הלאומיות. בעשותו כן, דחה המחוקק מכללא את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים,  
13 והוציא את סמכויותיהן של רשויות ההגבלים העסקיים, מפני סמכותה של הרשות  
14 המופקדת על ביצוע חוק משק החשמל, לפחות ככל שהדבר נוגע לתניית הבלעדיות העומדת  
15 במרכזו של הדיון הנוכחי.

16 המטרה של קידום ופיתוח התחרות במשק החשמל בישראל, מוסיפה המבקשת וטוענת,  
17 אמנם נמנית בין מטרותיו של חוק משק החשמל, אולם להבדיל מחוק ההגבלים העסקיים  
18 שמכוחו נשקלים, לפי הטענה, שיקולי תחרות בלבד, חוק משק החשמל מתחשב במכלול  
19 שיקולים שאינם שיקולי תחרות בלבד, ובהם, כעולה מסעיף 8 לחוק, "מדיניות הממשלה  
20 בתחום משק החשמל; תרומת מתן הרשיון לרמת השירותים לציבור; טובת הצרכנים;  
21 ותרומת מתן הרשיון לתחרות במשק החשמל".

22

23 בנסיבות אלה, סבורה המבקשת, אם מצא שר התשתיות הלאומיות שקיים צורך לאפשר  
24 ליצרני החשמל הפרטיים להשתלב במערך ייצור החשמל במדינה ולחייבם, לצורך כך,  
25 למכור את מלוא תוצרתם לחברת החשמל, ואם הוא הגיע למסקנה שהבלעדיות באספקת  
26 החשמל המיוצר על ידי היצרן הפרטי לחברת החשמל משקפת את האיזון הראוי בין שיקולי  
27 התחרות לבין צרכי משק החשמל, כי אז על דיני התחרות לסגת מפני מדיניות השר שבידו  
28 ביקש המחוקק להפקיד את האחריות על משק החשמל במדינה, ואין זה ראוי שבית הדין  
29 יתערב בשיקול דעתו של השר וישנה את מדיניותו על ידי הפעלת דיני ההגבלים העסקיים.

30

31 84. טיעונים אלה מקבצים תחת קורת גג אחת טעמים המעוגנים במישורים נורמטיביים שונים,  
32 אך קרובים.

1 המישור האחד הוא מישור התנגשות הדינים. בהקשר זה הטענה היא כי חוק משק החשמל  
2 דוחה את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. המישור השני נופל בגדרי הדוקטרינה של  
3 "מעשה מדינה" והשלישי - בתחום המשפט המנהלי שלפיו, על פי הטענה, הסמכות  
4 הייחודית להסדיר את העניין נשוא הדיון, היא בידי שר התשתיות הלאומיות.

5

6

#### 7 **חוק משק החשמל ודיני ההגבלים העסקיים**

8 85. נפתח במישור של התנגשות הדינים. טיעוניה של המבקשת בנושא זה לא היו עקביים.  
9 תחילה טענה (סעיף 90 לסיכומי המבקשת בטענות המקדמיות מיום 16.8.98) כי בנושא  
10 תניית הבלעדיות קיימת התנגשות בין חוק משק החשמל וחוק ההגבלים העסקיים ועל כן,  
11 לפי פסק הדין בעניין "בזק" (ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה  
12 על ההגבלים העסקיים תקדין-עליון 5(2)97) על דיני ההגבלים העסקיים לסגת בנושא  
13 ספציפי זה מפני חוק משק החשמל. ואולם בסיכומי התשובה (מיום 13.10.98), טען ב"כ  
14 ח"ח כי "התייחסותו הנרחבת של הממונה לדוקטרינת "התנגשות הדינים" מדיני ההגבלים,  
15 מקורה בבלבול מצדו" וכי טענתה של חברת החשמל בדבר שלילת סמכויות מערך ההגבלים  
16 העסקיים לאור סמכותו של השר ומשרד התשתיות בחוק משק החשמל, אינה מבוססת על  
17 טענה זו, אלא על דיני המשפט המנהלי לפיהם, לשר התשתיות הלאומיות, כרשות מנהלית  
18 מוסמכת, הוקנתה סמכות ייחודית ובלעדית בחוק משק החשמל להעניק רשיונות ליצרני  
19 חשמל, ולקבוע את דרכי בחירתם של היצרנים הללו, ובתוך כך לעצב גם את תנאי המכרזים  
20 שמכוחם ייבחרו היצרנים האמורים" (סעיפים 54 ו- 55 לסיכומי התשובה).

21

22 בכל מקרה, מבהיר ב"כ המבקשת בסיכומיו, כי הוא איננו טוען לחסינות כללית של כל  
23 פעילות משק החשמל מפני דיני ההגבלים העסקיים, שאלה שפתרונה, ראוי, לדעתו,  
24 "שימצא במסגרת הליך מתאים ונפרד", אלא הוא ממקד את טענתו בנושא הנקודתי של  
25 תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על ההסדר הכובל ותניית הבלעדיות נשוא הדיון.

26

27 86. לאור כך, הנחת המוצא (שבה אין אנו מכריעים) בפסק דין זה תהא, שבעיקרון אין  
28 מתקיימת התנגשות בין חוק משק החשמל וחוק ההגבלים העסקיים, וכי אין מניעה  
29 עקרונית להחיל את שני החוקים, זה לצד זה, על המטריה המוסדרת בחוק משק החשמל  
30 בכלל, ועל חברת החשמל בפרט. (ראה דיון מפורט בסוגייה זו בפסק הדין בעניין "בזק"  
31 הנזכר לעיל).

32

33 87. אשר לטענת ההתנגשות בין שני הדינים בנושא ה"נקודתי" של תניית הבלעדיות: בעניין  
34 "בזק" הנ"ל התייחס בית הדין להבחנה בין פטור כללי וגורף מתחולתם של דיני ההגבלים

העסקיים, פטור שבו בית המשפט לא יהא מוכן להכיר על נקלה, לבין פטור מתחולתם של	1
דינים אלה המתייחס לפעילות נקודתית, שלגביה ניתן יהיה לקבל ביתר "פתיחות" את	2
הטענה בדבר פטור משתמע בדיני ההגבלים העסקיים לאור החוק המיוחד החל בנדון:	3
	4
<b>"ככלל, אין ללמוד על קיומו של פטור כללי וגורף מתחולתם של דיני</b>	5
<b>ההגבלים העסקיים. פטור כזה ייקבע בדרך כלל, באופן נקודתי</b>	6
<b>ובהתייחס לפעולות מסוימות של בעל המונופולין (שהוא הנושא שנדון</b>	7
<b>באותו עניין), העומדות על הפרק..."</b>	8
	9
מקובל עלינו שגם בתחום זה של משק החשמל, קיימים נושאים ספציפיים שבהם ההסדר	88 10
שנקבע בחוק משק החשמל גובר על דיני ההגבלים העסקיים. טול למשל את החובה	11
המוטלת בחוק משק החשמל על ספק שירות חיוני לרכוש את החשמל המיוצר על ידי יצרן	12
פרטי. אין ספק שבפנינו כבילה הנוגעת לחלוקת השוק "לפי האנשים או סוג האנשים שעמם	13
יעסקו" כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, ועל כן היא בגדר הסדר כובל.	14
ואולם, בעניין ספציפי זה גוברת הוראתו המיוחדת של חוק משק החשמל על הוראת חוק	15
ההגבלים העסקיים.	16
נראה שזו גם היתה התוצאה אילו נותרה על כנה הוראת סעיף 52(ה) להצעת חוק משק	17
החשמל אשר חייבה בעל רשיון ייצור פרטי למכור את החשמל המיוצר על ידו לחברת	18
החשמל בלבד. כך גם לגבי הוראת סעיף 19(ב) להצעת החוק, אשר הסמיכה את שר	19
התשתיות הלאומיות לקבוע ברשיונו של בעל רשיון ייצור כי הוא לא ימכור חשמל אלא	20
לבעל רשיון ספק שירות חיוני. הוראה כזו, אילו נקבעה על ידי השר ברשיונו של היצרן	21
הפרטי, אמנם איננה הוראת דין, ועל כן היא אינה פטורה מתחולתו של חוק ההגבלים	22
העסקיים מכוח סעיף 3(1) לחוק. עם זאת, גם כך, היה בה, לדעתנו, כדי לשלול במשתמע את	23
תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, במיוחד לאור כך שמדובר בהוראה הכופה על היצרן	24
הפרטי, על פי תנאי רשיונו, ובעקיפין גם על חברת החשמל, להקנות לחברת החשמל	25
בלעדיות ברכישת החשמל. זו גם התוצאה העולה, כפי שנראה בהמשך, מדוקטרינת מעשה	26
המדינה (State Action).	27
	28
ואולם, משלא נכללו ההוראות דלעיל הנוגעות באופן ישיר לתניית הבלעדיות שלפנינו בנוסח	89 29
הסופי של החוק, ובמיוחד, כאשר בהוראה שנקבעה בסופו של דבר בחוק, היא הוראת סעיף	30
20(א) לחוק, קבע המחוקק שהוראה ברשיונו של היצרן הפרטי המתייחסת לזהותו של רוכש	31
החשמל תקבע בהתאם לבקשתו, איננו סבורים שבעניין ספציפי זה נדחות הוראותיו של	32
חוק ההגבלים העסקיים מפני חוק משק החשמל.	33
	34

נהפוך הוא. דווקא משהותיר המחוקק בידי היצרן הפרטי את הזכות לבחור ברוכש החשמל,	1
נפתח בכך הפתח בפני האפשרות שבחירה זו תעשה על ידי היצרן הפרטי על יסוד הסכם	2
שייערך בינו לבין הרוכש, והעשוי להיות, כפי שאירע במקרה שלפנינו, הסדר כובל. בנסיבות	3
כאלה עולה הצורך בהפעלת דיני ההגבלים העסקיים כהסדר סטטוטורי נוסף או משלים,	4
לחוק משק החשמל.	5
	6
90. מעבר לכך, חברת החשמל בחרה לעגן את זכויותיה כלפי היצרן הפרטי במישור החוזי וזה	7
אינו מתמצה וגם איננו חופף בתוכנו את תנאי הרשיון שייקבעו על ידי השר. לעניין זה, ברור	8
שקיים הבדל בין פעילות המוסדרת על פי תנאי הרשיון בלבד, תנאים הניתנים לשינוי	9
והתאמה לנסיבות השוררות בשוק ובמשק החשמל, ושלגביהם אין לחברת החשמל כל	10
מעמד, לבין זכות חוזית המכפיפה את היצרן הפרטי לחברת החשמל במישור המשפט	11
הפרטי.	12
	13
	14

<b>מעשה מדינה</b>	1
91. טענה מקדמית נוספת שנועדה אף היא לפטור את ההסדר מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, היא, כי המכרז חוסה תחת הדוקטרינה של "מעשה מדינה" ("State Action"), דוקטרינה המקנה להסדר חסינות מפני תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.	2 3 4
	5
חברת החשמל אמנם אינה המדינה והיא גם איננה אורגן של המדינה. אולם, לטענתה, חלה דוקטרינה זו גם על מי שפועל בשמה של המדינה. במקרה זה, טוענת המבקשת, היא איננה פועלת בשמה היא, וכל שעשתה בעניין זה הוא ליישם את מדיניות הממשלה, ועל כן חסינה פעילותה בכל הקשור להוצאת המכרז והחתימה על ההסכם עם הזוכה במכרז מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.	6 7 8 9 10
	11
92. במשפט הישראלי אומץ העיקרון של מעשה מדינה בתחום דיני ההגבלים העסקיים בע"א 2768/90 "פטרולגז" חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, קייסין ואח', פד"י מ"ו(3)599.	12 13 14
באותו עניין אישר בית המשפט העליון, מפי כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר, את החלטתו של בית המשפט המחוזי, מפי כב' הנשיא זיילר, בקובעו כי:	15 16
	17
"...לא ניתן לראות במדינה בפעולתה השלטונית, צד להסדר כובל".	18
(סעיף 8 לפסק הדין)	19
	20
	21
93. ואולם, במקרה שלפנינו, אין עומדת לדיון שאלת חסינותה של המדינה מפני דיני ההגבלים העסקיים, אלא שאלת חסינותה של חברת החשמל, לאור הטענה כי זו פעלה כזרועה הארוכה של המדינה ועל-פי הרשאתה.	22 23 24
	25
בפרשת קייסין הנ"ל (ת.א. 396/87 (י-ם) אורי קייסין ואח' נ. פטרולגז - חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ ואח', קובץ ההגבלים העסקיים, הוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד בישראל, תשנ"ו - 1996, כרך ב', 245) דן בית המשפט המחוזי בטענה כי פעילותן של חברות הגז - הנתבעות, חסינה מפני תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים הואיל ואלה פעלו כפי שפעלו (בקביעת עמלות מפיצי הגז) על-פי הוראה שלטונית של המדינה.	26 27 28 29 30
	31

94.	1	בית המשפט המחוזי קבע, תוך שהוא מאמץ את ההלכה הנוהגת במשפט הקהילייה
	2	האירופאית, כי הגנת ה- State Action יכולה לחול על גוף פרטי רק אם זה פעל מכוח הוראה
	3	<u>שנכפתה</u> עליו על-ידי המדינה, אך היא אינה חלה על פעולה בהסכמה, גם אם זו קיבלה
	4	אישור או עידוד מהמדינה. כך נקבע לעניין זה בפסק הדין :
	5	"... בהמשך ההחלטה אמרתי שטענת פז-גז היא, שיש ופעולה הנעשית
	6	בהוראת גורם שלטוני, אפילו נעשתה בהסכמה, אין רואים אותה
	7	כהסכמה. קבעתי שאם 'פעולת הכפייה' של המדינה נעשתה מכוח צו,
	8	ברור שהיא חייבה את פז-גז בין אם הסכימה לצו בין אם לאו, ובמקרה
	9	כזה, ואפילו היא מסכימה לכך, אין מדובר בהסכם, אלא במילוי חובה
	10	משפטית. אולם אם לא הוצא דבר חקיקה כזה, לא תוכל פז-גז לטעון
	11	להגנתה כי היא לא הסכימה לדרישת המדינה, וכי היא ביצעה את
	12	הדרישה מכוח 'סמכות מנהלית' שאפשרה למדינה להשליט רצונה על
	13	פז-גז".
	14	
	15	ועוד נקבע לעניין זה באותו פסק-דין :
	16	
	17	"... ואולם, משפעלה חברה כזו לפי דרישת הממשלה מבלי שהיתה
	18	צריכה לעשות כך כחוק, ולחילופין, משפעלה כך מבלי שהדבר מהווה
	19	כפייה או עושק, כאמור לעיל (או כל עילה אחרת) הרי שהיא
	20	פעלה בהסכמה".
	21	
95.	22	לפי דוקטרינה זו, (State Compulsion) הנוהגת במשפט הקהילייה האירופאית, פעילות
	23	הפוגעת בתחרות, ומהווה הפרה של סעיפים 85 או 86 לאמנת רומא, עשויה להיות מוגנת
	24	מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. אולם לשם הקמתה של הגנה זו, אין די בכך שהמדינה
	25	אישרה את המעשה הנוגד את דיני ההגבלים העסקיים, אלא יש להוכיח שהמדינה כפתה
	26	את ביצועו של אותו מעשה. (ראה : R.Whish, <u>Competition Law</u> , 3rd Ed.London, 1993. p.
	27	341). כך, בעניין Aluminium Products (OJ[1985]L 92/1, [1987] 3 CMLR 813), כפי שהוא
	28	מצוטט על ידי Whish בספרו הנ"ל, דחה בית המשפט טענת הגנה זו משום שזו נסמכה אך
	29	על ידיעתה ועידודה של המדינה את המעשה :
	30	
	31	"The commission held that there was no compulsion by the
	32	Government, nor indeed did there appear to be any legislative
	33	mechanism whereby there could be such compulsion. The fact of
	34	approval and encouragement did not in itself override the free

will of the undertakings in question to make their own commercial decisions." (Whish, ibid, p- 342).

בסכמו את ההלכה הנוהגת בעניין זה, קובע אותו מחבר (Whish) כי :

"It would appear from the foregoing that the defence of state compulsion will succeed only rarely. For a successful defence, it would seem that three requirement must be satisfied. First, the State must have made certain conduct *compulsory*: mere persuasion is insufficient: secondly, the defence is available only where there is a legal basis for this compulsion: this was considered by the Commission to be relevant in *Aluminum Producers*; and thirdly, there must have been no latitude at all for individual choice as to the implementation of the Governmental policy". (ibid, p.342-343)

96. על פי הלכה זו הנוהגת במשפט הקהילייה האירופאית, אין מדובר במקרה שלפנינו במעשה כפיה של המדינה, זאת הן מבחינתו של היצרן הפרטי והן מבחינתה של חברת החשמל. ככל שמדובר ביצרן הפרטי, כפי שהסברנו לעיל, על-פי סעיף 20(א) לחוק משק החשמל, לא ניתן לקבוע ברשיונו הוראות המחייבות אותו למכור חשמל לבעל רשיון ספק שירות חיוני אלא על-פי בקשתו. משמע, לא ניתן לכפות עליו מכירה בלעדית לחברת החשמל, וככל שהדבר ייעשה בניגוד לרצונו, לא יתקיים "a legal basis for this compulsion", שהוא תנאי הנדרש, לשם הקמת ההגנה.

גם מבחינתה של חברת החשמל אין מדובר במעשה כפיה, זאת משני טעמים: ראשית, אישור תנאי המכרז, בכלל זאת תניית הבלעדיות, נעשה במידה רבה על-פי יוזמתה ורצונה של חברת החשמל. גם אם שר התשתיות הלאומיות קיבל את עמדתה של חברת החשמל בעניין זה, הרי שבכך אין כדי לבטל את רצונה החופשי של חברת החשמל, האחראית במידה רבה להכללתה של תניית הבלעדיות במסמכי המכרז, ובודאי שאין בכך כדי לכפות על חברת החשמל תניית בלעדיות זו. בנסיבות אלה, ח"ח אינה יכולה לטעון שכל תפקידה בנושא זה הצטמצם בהוצאה לפועל של מדיניות הממשלה שנכפתה עליה והיא איננה יכולה לחסות בצל החסינות מכוח הדוקטרינה של ה - "State Compulsion".



שנית, כפי שציינו לעיל, מקובלת עלינו טענתם של חברת החשמל ומשרד התשתיות לפיה,	1
משלא התקין השר כללים לפי סעיף 20(ב) לחוק, נמנע בכך גיבושה של חובת הרכישה	2
הסטטוטורית לכדי חובה הניתנת לכפייה מכוח החוק.	3
מן האמור עולה, כי ההסדר נשוא הדיון אינו נהנה מחסינות מדיני ההגבלים העסקיים על פי	4
הדוקטרינה של "כפיית המדינה" הנוהגת בדיני הקהילייה האירופאית.	5
	6
97. ב"כ חברת החשמל מבקש להחיל על סוגייה זו את ההלכה הנוהגת במשפט האמריקאי,	7
הלכה שהיא מרחיבה יותר מדוקטרינת ה - state compulsion הנוהגת במשפט האירופאי	8
ואינה דורשת מעשה כפייה מצד המדינה. (ראה <u>Cantor v. Detroit Edison Co.</u> 428 U.S	9
(1976) 579).	10
	11
98. ההלכה בדבר חסינות המדינה מפני תחולת דיני ההגבלים העסקיים נקבעה במשפט	12
האמריקאי בפסק הדין בעניין <u>Parker v. Brown</u> 317 U.S 341(1941). פסק דין זה אמנם	13
נוזכר בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 2768/90 הנ"ל (עניין "פטרולגז"), אך אין	14
לראות באזכור זה משום קביעת הלכה המעדיפה את ההלכה האמריקאית בנושא זה של	15
הגנת "מעשה מדינה" על ההלכה הנוהגת בעניין זה במשפט הקהילייה האירופאית, ואשר	16
אומצה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.	17
	18
הלכת Parker הורחבה במשך השנים, והיא חלה כיום גם על גופים פרטיים. בפסק הדין	19
<u>California Retail Liquor Dealers Assn. V. Midcal Aluminum Inc.</u> , 445 U.S. 97 (1980)	20
שהוא פסה"ד המנחה במשפט האמריקאי בעניין זה, נקבעו שני תנאים להחלת הפטור של	21
מעשה מדינה על גופים פרטיים: התנאי האחד הוא כי מדובר במדיניות שלטונית ברורה	22
וחד משמעית, והשני - כי מדובר במדיניות המופעלת ומפוקחת על ידי המדינה.	23
	24
כך נקבע בעמ' 105 לפסק הדין:	25
	26
<b>"First, the challenged restraint must be one clearly articulated</b>	27
<b>and affirmatively expressed as state policy; second, the policy</b>	28
<b>must be actively supervised by the state itself".</b>	29
	30
עפ"י הלכה זו, נקבע למשל, בפסה"ד בעניין <u>Yeager's Fuel Inc. V. Pennsylvania Power &amp;</u>	31
<u>Light co.</u> 22F.3d 1260(3 <sup>rd</sup> . circ. 1994), כי חברת החשמל של פנסילבניה לגביה נטען כי	32

השתמשה בכוחה המונופוליסטי כספקית החשמל היחידה באזור כדי להשתלט על שוק	1
החימום הביתי, פטורה מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על פעילות זו מאחר ופעלה	2
כפי שפעלה על יסוד מדיניות שלטונית של ה- Pennsylvania Public Utilities Commission,	3
שעודדה הענקת תמריצים לחסכון בצריכת אנרגיה. במקרה אחר, ( <u>City of Newark v.</u> )	4
על-ידי חברת החשמל במדינת דלוור על-פי תעריף שאושר על-ידי הרשות המוסמכת של	5
מדינה זו בהתאם למדיניות שלטונית שנועדה להבטיח מחיר הוגן לצרכן, מחד, ואת חוסנה	6
הכלכלי של חברת החשמל, מאידך, והכל תחת פיקוח של הרשות השלטונית, חסין אף הוא	7
מפני תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.	8
לגבי דרישת הפיקוח, קבעה הפסיקה האמריקאית, כי הפיקוח על הפעולה הפוגעת בתחרות	9
צריך שיהיה מהותי, כלומר יבחן את אותה פעולה באופן מקצועי ומעמיק, ולא יסתפק	10
בבדיקה פרוצדורלית גרידא :	11
<b>"public supervision of private decision-making is not adequate</b>	12
<b>unless it includes the ability to examine and modify the substance</b>	13
<b>of those decisions</b> (Areeda, ibid,1997 supp. 212.7 <u>Patrick V. Burget</u> ,	14
486 U.S. 94,100(1988))	15
	16
	17
במקרה שבפנינו, טוענת חברת החשמל, מתקיימים שני התנאים שקובע מבחן Midcal, שכן	18
קיימת בנושא זה מדיניות ממשלתית ברורה של משרד התשתיות הלאומיות אשר אישר את	19
תנאי המכרז, בכלל זאת תניית הבלעדיות הנוגעת לענייננו. מדיניות זו באה לידי ביטוי,	20
לטענת המבקשת, בשתיים : עידוד שילובם של יצרנים פרטיים במשק החשמל וכוונה לחייב	21
יצרנים אלה לספק את מלוא תוצרתם לחברת החשמל, כפי שעולה ממכתבו של שר	22
התשתיות הלאומיות מיום 28.7.97 וממכתבו של מנכ"ל משרד התשתיות מיום 2.7.97	23
הנזכרים לעיל.	24
גם התנאי השני של הלכת Midcal, טוענת המבקשת, מתקיים בענייננו, שכן פעילותה של	25
חברת החשמל, כמו גם פעילותו של יצרן החשמל הפרטי, מתבצעים תחת פיקוח הדוק של	26
משרד התשתיות והרשות לשירותים ציבוריים - חשמל, מכוח חוק משק החשמל.	27
	28
100. הממונה טוען, מאידך, שבמקרה שלפנינו אין תחולה לדוקטרינה של "מעשה מדינה", שכן	29
ראשית, דוקטרינה זו אומצה במשפט המקומי על-פי פסק הדין בענין " <u>פטרולגז</u> ", (ע"א	30
2768/90 <u>פטרולגז חב' הגז הישראלית</u> (1969) בע"מ נ. קייסין ואח' פ"ד מו' (3) 599, 604 -	31
606), לגבי המדינה ובהתייחס לפועלה כריבון בלבד, בעוד שבמקרה שבפנינו חברת החשמל	32
אינה פועלת כאורגן של המדינה, ועניינה היחיד של תניית הבלעדיות האמורה הוא בהבטחת	33
בלעדיות עסקית לחברת החשמל ברכישת החשמל שייצר היצרן הפרטי.	34
שנית, טוענת ב"כ הממונה, אין לאמץ בעניין שבפנינו את דוקטרינת "מעשה המדינה" כפי	35
שנקבעה במשפט האמריקאי, שכן מקורו של הכלל האמריקאי האמור הוא בצורך לאזן בין	36

- 1 סמכויות המחוקק הפדרלי לבין הסמכויות הריבוניות של המדינות, וכי פסקי-הדין בהם
- 2 הוא אומץ עסקו בעיקרו של דבר במצבים בהם נדחתה תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים
- 3 הפדרליים מפני פיקוח מקצועי-מדינתי, מצב שאינו מתקיים מלכתחילה במקרה שלפנינו.

1  
2 101. בעיקרון אנו סבורים שהגנת "מעשה המדינה" יכול שתחול גם על גופים פרטיים, אלא  
3 שלעניין זה אנו סבורים, שיש להעדיף את ההלכה הנוהגת על פי משפט הקהילייה  
4 האירופאית על זו שבמשפט האמריקאי, זאת מהטעמים הבאים: ראשית, הפסיקה  
5 האמריקאית בנושא זה מבוססת על עיקרון הפדרליזם ועל הרצון להגן על ריבונות המדינות  
6 (ה- states) מפני החקיקה הפדרלית, (ראה לענין זה: Southern Motor Carriers Rate  
7 Conference Inc. V. U.S., 471 U.S. 48,61 (1984) ) שיקולים שאינם ישימים במשפט  
8 הישראלי. שנית, ואולי גם על הרקע האמור, יש להביא בחשבון לעניין זה כי חוק ההגבלים  
9 העסקיים בישראל עוצב במתכונת הדין הנוהג בקהילייה האירופאית ולא על פי המודל  
10 האמריקאי.

11 שלישית, במשפט האמריקאי לא קיים מסלול משפטי של אישור מראש של הסדר כובל.  
12 משמע, אדם יכול לפעול בתום לב משך שנים ארוכות, ולפתע ימצא את עצמו נתון לתביעות  
13 אזרחיות או פליליות בגין פעילותו. במצב דברים זה, ובהיעדר מסלול חלופי לאישור מוקדם  
14 של הפעילות האנטי תחרותית, הדעת נותנת שיש לייחס משקל רב יותר לכך שמדובר  
15 בפעילות אשר קוימה בהתאם למדיניות ממשלתית ועל פי אישורה, מה שתומך בהרחבת  
16 הדוקטרינה של "מעשה מדינה". רביעית, מסלול האישור המוקדם לעריכת הסדר כובל  
17 שנקבע בחוק ההגבלים העסקיים הוא מסלול שיפוטי. מכאן שהמחוקק סבר שעריכת הסדר  
18 כובל, שהוא מעשה הנוגד, כל עוד לא אושר, את החוק, מחייב קבלת אישור מוקדם של  
19 ערכאה שיפוטית. נתיב זה שבו בחר המחוקק למתן אישור להסדר כובל, שונה בתכלית  
20 מההסדרים הנוהגים למתן היתרים על פי חוקים אחרים, דבר התומך, לדעתנו, בצמצום  
21 הפתח להמרתו של מסלול שיפוטי זה במסלול מנהלי, המוציא את הנושא כולו מגדר  
22 תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.

23 חמישית, המחוקק לא פסח בהקשר זה של השיקולים לשלילת תחולתם של דיני ההגבלים  
24 העסקיים, גם על נושא הריבונות, אך הוא הגביל פטור זה, כעולה מסעיף 3(1) לחוק,  
25 להסדרים שכל כבילותיהם נקבעו על-פי דין. משמע, הריבון שבכוחו לפטור הסדרים כובלים  
26 מתחולת החוק הוא המחוקק או הרשות המבצעת במעמדה כמחוקקת משנה. פטור זה לא  
27 הוחל על ידי המחוקק על מעשי מנהל או מעשים המתבצעים בהתאם למדיניות שלטונית  
28 שלא נקבעה בדין, דבר התומך באי הרחבת ההגנה של "מעשה מדינה", לפחות ככל שזו  
29 אינה מתייחסת למדינה עצמה, למעשים שמקורם בפעילות מנהלית גרידא.

30  
31 102. ואולם, במקרה שלפנינו, לא יכולה לקום למבקשת גם ההגנה הנוהגת בנושא זה על פי  
32 ההלכה המרחיבה הנוהגת במשפט האמריקאי.

33 הטעם לדבר נעוץ בכך שהחלטתו של משרד התשתיות הלאומיות לכלול את תניית  
34 הבלעדיות במכרז, לא בוססה על מדיניות ברורה וחד משמעית, כפי שנדרש במשפט  
35 האמריקאי. לא כל החלטה של רשות מנהלית משקפת מדיניות, ודאי לא מדיניות ברורה



1	דוחה את סמכותן של רשויות ההגבלים העסקיים להעביר את שיקול דעתו של השר תחת
2	שבט בקורת. הביקורת על שר התשתיות בהפעילו את סמכויותיו מכוח חוק משק החשמל
3	נתונה, לפי הטענה, רק לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.
4	
5	106. טענה זו איננה יכולה להתקבל כבר מהטעם ששר התשתיות אינו רשאי על פי חוק משק
6	החשמל, כפי שצינו לעיל, לכלול בתנאי הרשיון תניית בלעדיות שלא בהתאם לבקשתו של
7	היצרן הפרטי.
8	
9	107. גם סיווגה הנורמטיבי של הטענה במסגרת דיני המשפט המנהלי איננו מקובל עלינו. ב"כ
10	ח"ח תומך את הטענה בפסיקה מתחום המשפט המנהלי שעניינה בהפעלת הביקורת
11	השיפוטית (של בג"צ) על מעשי מנהל, למשל פסק הדין בעניין שחף נתיבי אויר בע"מ (בג"צ
12	3344/94 <u>שחף נתיבי אויר בע"מ נ' שר התחבורה ואח'</u> , תקדין-עליון 95 (4) 129) שם נדונה
13	שאלת ההתערבות של בית המשפט (בג"צ) בשיקול דעתו של שר התחבורה, מכוח סמכותו
14	על פי סעיף 15(1) לחוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג - 1963, בדחיית בקשתה של
15	העותרת להפעלת קו טיסות. הפסיקה בתחום זה מבוססת על המבחנים הנוהגים במשפט
16	המנהלי לגבי תחום הסבירות הפתוח בפני הרשות המנהלית והמוגן מפני התערבות בית
17	המשפט. אולם, בית הדין להגבלים עסקיים, בדונו בבקשה לאשר הסדר כובל, מפעיל
18	סמכות מקורית של רשות, הגם שיפוטית, המופקדת על אישור ההסדר, ולא ביקורת
19	שיפוטית על מעשיה ושיקול דעתה של הרשות המנהלית. כך גם במקרה זה, בית הדין בדונו
20	בבקשה אינו מפעיל בקורת שיפוטית על החלטת שר התשתיות, אלא שוקל האם הוא,
21	כרשות המופקדת על פי החוק על אישור הסדרים כובלים, שוכנע שיש לאשר את ההסדר
22	הכובל משיקולים שבטובת הציבור. במסגרת זו יביא בית הדין במניין שיקוליו גם את
23	עמדתן של רשויות המנהל המופקדות על הנושאים המוסדרים בהסדר הכובל העומד לדיון.
24	אולם ההתחשבות בדעתן של רשויות אלה לא תעשה במסגרת הנורמטיבית של בחינת
25	שיקול דעתן מההיבט של התערבות הרשות השיפוטית במעשה המנהל, אלא כשיקול בין
26	השיקולים המצביעים על טובת הציבור, שהחלטה לגביה, במסגרת זו של חוק ההגבלים
27	העסקיים, מסורה לבית הדין.
28	
29	כך בבקשת הבנקים לאשר הסדר כובל של סגירה מתואמת של סניפיהם בימי ו' (הע
30	1393/96 <u>בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות ואח'</u> , דינים
31	מחוזי, כרך כו (7) 467), הביא בית הדין במניין שיקוליו, את דעתו של המפקח על הבנקים
32	(שאמור היה לאשר אף הוא את הסגירה במסגרת סמכותו על פי פקודת הבנקאות) אשר
33	תמך בבקשה (בתנאים), אך לא קיבל את עמדתו. מנגד, בתיק הע 466/95 <u>עידן חברה</u>
34	<u>לכבלים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים</u> , דינים מחוזי, כרך כו (4) 469, שבו נדונה

בקשה לאישור הסדר כובל בין זכייני הטלוויזיה בכבלים, קיבל בית הדין את עמדתן של	1
הרשויות הפועלות מכוח חוק הבזק - שר התקשורת והמועצה לשידורי טלוויזיה בכבלים.	2
	3
<b><u>הדוקטרינה של "הצורך האובייקטיבי" (Objective Necessity) או "הכבילה הנלווית"</u></b>	4
<b><u>(Ancillary Restraint)</u></b>	5
108. טעם נוסף בשלו אין ההסדר נשוא הבקשה, לטענת המבקשת, בגדר הסדר כובל, נעוץ	6
בדוקטרינה של "הצורך האובייקטיבי" (Objective Necessity) כפי שהיא מוכרת בדיני	7
ההגבלים העסקיים של הקהילה האירופאית, או הדוקטרינה המקבילה לה בדין האמריקאי	8
היא דוקטרינת "הכבילה הטפלה" (Ancillary Restraint).	9
	10
109. על-פי דוקטרינה זו, טוענת חברת החשמל, לא יחשבו כהסדרים כובלים, הסדרים הכוללים	11
כבילות, שהן הכרחיות לשם קיומם של ההסכמים, ובלבד, שמדובר בהסדר חיובי התורם	12
לתחרות. ההגיון שביסוד הדוקטרינה האמורה הוא, כי מדובר בתנאים הכרחיים ליצירת	13
ההתקשרות, ואשר בהעדרם לא ניתן יהיה לקיים את ההתקשרות והתחרות תמצא נפגעת.	14
	15
ההסדר נשוא הבקשה, על כבילת הבלעדיות שבו, הכרחי, לטענת חברת החשמל, ליצירת	16
ההתקשרות בשל מכלול של סיבות שאותן מנינו לעיל מפיה של חברת החשמל.	17
	18
110. טענה זו אינה יכולה להתקבל כבר מהטעם שההסדר נשוא הבקשה פוגע בתחרות. כן לא	19
הוכח, כפי שהסברנו לעיל, כי תנאי הבלעדיות נדרש לשם הכנסתו של יצרן פרטי לשוק,	20
ודאי לא כתנאי שאין לו תחליף שפגיעתו בתחרות קשה פחות.	21
לאור האמור איננו רואים צורך להכריע במסגרת זו בשאלת תחולתה של הדוקטרינה	22
האמורה במשפט הישראלי. מעבר לנדרש, בלא לקבוע בעניין זה מסמרות, ולאור טיעוני	23
הצדדים, נבקש להעיר בנושא זה מספר הערות.	24

1	
2	111. ראשית, נציין כי ספק רב בעינינו אם הכבילה נשוא הדיון יכולה היתה לפטור את ההסדר
3	מעולם של דיני ההגבלים העסקיים על פי דיני התחרות הנוהגים במשפט הקהילייה
4	האירופאית או במשפט האמריקאי.
5	במשפט הקהילייה האירופאית, אכן עשויה דוקטרינת "הכבילה הטפלה" ( Ancillary
6	Restraint) או "הצורך האובייקטיבי" (Objective Necessity) להסיר מעל כבילה זו את עולו
7	של סעיף 185(1) לאמנת רומא. אולם, ההכרה בדוקטרינה זו מצטמצמת בשיטת משפט זו
8	לסוגים מסוימים של הסכמים בלבד. כך למשל הוכרו ככבילות נלוות תניות אי תחרות בין
9	הורי מיזם משותף לבין המיזם עצמו ( Commission's Notice on Cooperative Joint
10	Ventures, OJ 1993 C43/2), תניות אי תחרות בין עובד למעביד עם סיום חוזה ההעסקה,
11	תניות מגבילות בין שותפים, (Notice on restrictions ancillary to concentrations OJ [1990]
12	203/ 5 C) תניות מגבילות במכירת עסקים ועוד. ואולם, לא מצאנו כי ניתן להחיל
13	דוקטרינה זו על פי דיני הקהילייה האירופאית באופן גורף, וגם במקרים שאינם נמנים על
14	החריגים שהוזכרו לעיל, רק בשל התקיים הרציונאל העומד ביסודה.
15	
16	במשפט האמריקאי, דוקטרינת ה"כבילה הטפלה" זוכה להתייחסות רחבה יותר, אולם גם
17	כאן, היא אינה מוציאה את ההסכם העיקרי מתחולת דיני ההגבלים, אלא מחייבת, לצורך
18	אישורה, בדיקה קפדנית ע"פ ה-Rule of Reason, תוצאה שאינה מצביעה, ככל שמתבקשת
19	אנלוגיה לחוק ההגבלים העסקיים החל בישראל, דווקא על שלילת תחולתם של דיני
20	ההגבלים העסקיים, כפי שטוען ב"כ המבקשת, והיא יכולה להתיישב גם עם אישור ההסדר
21	במסגרת חוק זה.
22	
23	112. מעבר לכך, החלתה של דוקטרינה זו במשפט הישראלי מעוררת קושי, זאת לאור נוסחו של
24	סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, ממנו עולה, שהמבחן לקיומו של הסדר כובל הוא
25	בפגיעתה של <b>ההגבלה</b> שבהסדר על התחרות ולא בהשפעה הכוללת הנודעת להסדר על
26	התחרות או על טובת הציבור. לפיכך, ההשפעה הכוללת של ההסדר על התחרות או על
27	טובת הציבור, אין בה לכאורה, גם אם היא חיובית, כדי להוציא את ההסדר מתחולת
28	ההגדרה שבחוק, והיא תבחן, לפי פרשנות זו, בשלב שבו יישקל אישורו של ההסדר.
29	
30	החלת הדוקטרינה בעייתית עוד יותר לגבי הסדרים כובלים הנופלים בגדרו של סעיף 2(ב)
31	לחוק ההגבלים העסקיים. הטעם לדבר הוא, שהסדרים הנופלים בגדרו של סעיף זה,
32	מוחזקים על פי הדין כהסדרים כובלים. מדובר כפי שנקבע בעניין טבעול (ע"א 6222/97
33	<u>טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים ואח'</u> , דינים עליון כרך נד, 510) בחזקה חלוטה, הקובעת



1 שהסדרים מהסוג האמור הם הסדרים כובלים גם אם אין בהם, בפועל, כדי לפגוע בתחרות,  
2 מה שמקשה להוציאם מתחולת ההגדרה של הסדר כובל על יסוד הנימוק של תרומתם  
3 החיובית לתחרות או לטובת הציבור.

4  
5 בפסק הדין בעניין **טבעול** התייחס בית המשט העליון בעקיפין לסוגייה זו. באותו מקרה דן  
6 בית המשפט בתניית אי תחרות בין שותפים למיזם לאחר תום תקופת קיום השותפות,  
7 תנייה המהווה, לפי הסיווג המקובל במשפט הקהילייה האירופאית, כבילה נלווית (ראה :  
8 (Whish, ibid, p. 210).

9 כב' השופט טירקל, שהיה באותו מקרה בדעת מיעוט, אמנם לא התייחס בפסק דינו  
10 במפורש לדוקטרינה זו, אך הרציונאל עליו מבוסס פסק הדין, שלפיו יש לפטור תנייה זו  
11 מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, דומה לזה שביסוד הדוקטרינה של הכבילה  
12 הנלווית. מכל מקום, גישה זו נדחתה, על ידי שופטי הרוב, כב' השופטים גולדברג ודורנר,  
13 אך גם חוות דעת הרוב אינה שוללת באופן מפורש החלתה של דוקטרינה זו.

14  
15 עם זאת, וחרף לשונו של סעיף 2 לחוק, ייתכן שדוקטרינה זו עשויה למלא תפקיד גם  
16 בהתפתחות דיני ההגבלים העסקיים במשפט הישראלי, בייחוד לגבי הסדרים רווחים  
17 ומקובלים שחיי המסחר התקינים לא יוכלו לעמוד בגזירה של הכפפתם להגדרת ההסדר  
18 הכובל לפי סעיף 2 לחוק, על כל המשתמע מכך. בפסק דין זה, כאמור, איננו רואים צורך  
19 לקבוע בעניין זה עמדה סופית.

20  
21 113. מאידך, אנו סבורים שיש מקום לעשות שימוש ברציונל העומד ביסוד דוקטרינה זו במסגרת  
22 השיקולים לאישור ההסדר. במסגרת זו על בית הדין להשתכנע שהתועלת הצפויה לציבור  
23 מההסדר תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם בעטיו לציבור. אולם גם אם הגיע בית  
24 הדין למסקנה שבמאזן הכולל עולות תועלות ההסדר על חסרונותיו, עדיין אין פירוש הדבר  
25 שיש לאשר כל כבילה הנכללת בהסדר. לצורך כך, על בית הדין לבחון את הכבילות  
26 באספקלריה של כללי הדוקטרינה של הכבילה הנלווית (Ancillary Restraints). משמע, בית  
27 הדין לא יאשר כבילה הנכללת בהסדר, גם אם מדובר בהסדר שהוא לטובת הציבור, אלא  
28 אם מדובר בכבילה שהיא חיונית, או לפחות נדרשת באופן מובהק לשם ביצוע ההסדר, וככל  
29 שהיא אינה עולה על הנדרש לביצועו, היינו, אם לא ניתן לבצע את ההסדר תוך פגיעה  
30 פחותה בטובת הציבור. כבילה שאיננה כבילה נלווית, לא תחסה, מבחינת השיקולים  
31 לאישורה, תחת מטריית ההסדר, ולא יחולו עליה השיקולים התומכים באישור ההסדר. זה  
32 גם היה השימוש שנעשה בדוקטרינה זו בעניין איסכור (ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות  
33 בע"מ ואח' נ. הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', תקדין-עליון, 1(4)97).

## 2 דוקטרינת הסיכון המסחרי (Commercial Risk)

114. דוקטרינה זו קובעת, לטענת חברת החשמל, כי "כבילות לא ייחשבו כהסדרים כובלים, כאשר הכבילה נועדה לענות על מקרים, אשר בהם הסיכון המסחרי אותו נוטל על עצמו יזם, בעל זיכיון, מפיץ וכדו', הוא כה גדול, עד כי מן ההכרח שלא לראות בתניית בלעדיות משום הסדר כובל". 3
- מהבחינה העובדתית מבוססת הטענה על ההשקעה העצומה הנדרשת להקמת התחנה, והמחייבת בטחון בהחזר ההשקעה, מה שניתן להשיג, לפי הטענה, רק בהתבסס על חוזה אספקה בלעדי ארוך טווח עם חברת החשמל. 4
- לדעתנו, אין בשיקולים אלה כדי להוציא הסדר הפוגע בתחרות מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל על פי החוק, והם יובאו על ידי בית הדין, כפי שנעשה לעיל, במסגרת השיקולים לאישור ההסדר הכובל, ולא כשיקול להוציא את ההסדר מתחולת החוק. 5
- 10
115. 11
- 12
- 13
- 14
- 15

## 16 הסדר אנכי או הסדר אופקי

116. לטענת חברת החשמל, במקרה שלפנינו מדובר בהסדר כובל אנכי, שהוא הסדר שפועלו משתרע על פעילות המתבצעת בחוליות שונות של שרשרת הייצור, המסדיר את היחסים בין יצרן החשמל, לבין חברת החשמל בכובעה כרוכשת חשמל מהיצרן לשם הולכתו ושיווקו לצרכנים הסופיים. ב"כ המבקשת אמנם ער לכך שחברת החשמל הנה גם יצרנית חשמל, אולם במסגרת זו של המכרז, הוא טוען, "חברת החשמל חובשת את כובעו של 'הצרכן' העומד בפני הזוכה במכרז, ולא את כובעו של היצרן המתחרה בו". מכאן, טוען ב"כ המבקשת, שעל אף פעילותם של חברת החשמל ושל הזוכה במכרז באותו תחום, מהות הקשרים ביניהם הנה "אנכית" בלבד, וזוהי גם נפקותה של הבלעדיות המוקנית לחברת החשמל על-פי תנאי המכרז. לאור כך, מבקש מבקש ב"כ ח"ח להתייחס להסדר נשוא הבקשה על פי אמות המידה המקילות הנוהגות לגבי הסדרים אנכיים. 17
- 18
- 19
- 20
- 21
- 22
- 23
- 24
- 25
- 26
- 27
117. אולם, מה שקובע לעניין זה אינו הסיווג של ההסדר על פי אמת מידה פורמלית כזאת או אחרת, שהרי ההבחנה בין הסדר כובל אופקי לבין הסדר כובל אנכי, איננה מעוגנת בחוק, שלפיו, שני ההסדרים - הן ההסדר האופקי והן ההסדר האנכי - נופלים בהגדרת ההסדר הכובל ושניהם חייבים בקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים. השיקול הקובע לעניין זה נגזר מהשפעתו של ההסדר הכובל על התחרות, וככל שמדובר בהסדר שהשפעותיו על 28
- 29
- 30
- 31
- 32

התחרות הן אופקיות, ההתייחסות אליו תהא מחמירה מהסדר שהשפעותיו על התחרות הן	1
השפעות אנכיות.	2
	3
118. לעניין זה נודעת חשיבות רבה לכך שחברת החשמל, לצד היותה מוליכת חשמל ומשווקת	4
חשמל, היא גם יצרן החשמל העיקרי במדינה. משמע, מדובר במקרה זה בהסכם בין שני	5
יצרני חשמל הנמצאים באותו שלב בשרשרת הייצור, שיש לו השפעות אופקיות מובהקות,	6
המתבטאת בחיובו של היצרן האחד למכור את תוצרתו ליצרן האחר, תוך חסימה מוחלטת	7
של השוק בפניו.	8
	9
זו היא גם גישתו של המחוקק אשר ראה להוציא מגדרו של הפטור להסדרים אנכיים	10
הדדיים בין ספק ורוכש לפי סעיף 3(6) לחוק הגבלים העסקיים, הסדרים בהם מעורבים	11
צדדים העוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים, היינו נמצאים באותה	12
חוליה בשרשרת הייצור.	13
	14
119. מעבר לכך, הניסיון להפריד בין מקטע הייצור לבין מקטע המכירה של החשמל, ולראות	15
בשני אלה שלבים נפרדים בשרשרת הייצור, הוא מלאכותי. מכירת חשמל, היא חלק	16
אינטגרלי של עסקו של יצרן החשמל, שהרי אין יצרן שאיננו מוכר את תוצרתו, ועל כן היא	17
נמצאת באותה שרשרת הייצור שבה פועלים חברת החשמל והיצרן הפרטי. לאור כך ברור	18
שההשפעה הנודעת להסדר גם היא בעיקרה השפעה אופקית.	19
	20
120. יתר על כן, גם אם נתייחס למכירת חשמל כאל שלב נפרד בשרשרת הייצור, גם אז לא ניתן	21
לומר שהיצרן הפרטי איננו מתחרה בשוק זה. לעניין זה, הסדר כובל איננו רק הסדר	22
המגביל מתחרים <u>בפועל</u> אלא גם הסדר המגביל מתחרים <u>בכוח</u> . (ראה : Whish, ibid, p.	23
434). אלמלא מכר יצרן החשמל הפרטי את מלוא תוצרתו לחברת החשמל, ברור כי הוא	24
היה מוכר לפחות חלק מתוצרתו לצרכני קצה. משמע, היצרן הפרטי הוא לפחות מתחרה	25
בכוח של חברת החשמל בשוק מכירת החשמל, ודי בכך כדי ליצור הגבלה אופקית על	26
התחרות.	27
	28

1	
2	<b><u>תניית בלעדיות אנכית</u></b>
3	121. לטענת חברת החשמל, ראוי לתת לחוק ההגבלים העסקיים פרשנות מצמצמת ולהכיר
4	בכבילות בלעדיות, בעיקר בכילות אנכיות, ככילות אשר אינן סרות למשטר דיני ההגבלים
5	העסקיים.
6	
7	המבקשת מבססת טענה זו על דיני הקהילייה האירופאית, הפוטרים, לטענתה, הסכמים,
8	הכוללים כבילות בלעדיות אנכיות במקרים מסוימים מתחולתם של דיני ההגבלים
9	העסקיים. גם במשפט האמריקאי, טוענת המבקשת, תניות בלעדיות נדונות תחת כלל
10	ההגיון שלפיו, הכבילה תוכשר אם היא נושאת תועלת מבחינת טובת הציבור, ואינה פוגעת
11	בתחרות בצורה בלתי סבירה.
12	
13	122. איננו מקבלים טענה זו. לפי חוק ההגבלים העסקיים תניית בלעדיות מסוג זה היא כבילה
14	מובהקת הבאה בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיותה "כבילה הנוגעת ל"חלוקת השוק,
15	כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו". כבילה זו
16	נופלת גם בגדרו של סעיף 2(א) לחוק, בהיותה מגבלה שנוטל על עצמו צד להסדר, העלולה
17	"למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק
18	מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".
19	
20	123. היוצא מן הכלל, המלמד על הכלל, קבוע בסעיף 3(6) לחוק, הפוטר מתחולתו של החוק,
21	הסדר בלעדיות אנכי הדדי, תנאי (ההדדיות) שאינו מתקיים במקרה זה. משמע, הסדרי
22	בלעדיות אחרים הם הסדרים כובלים לפי החוק.
23	
24	ראוי לציין כי גם במשפט הקהילייה האירופאית, עליו מבססת חברת החשמל טענתה זו,
25	אין הפטור (Block Exemption) החל מכוח תקנה 1984/83, חל על הסדרי בלעדיות הנעשים
26	בין יצרנים של אותו מוצר (בין שההסכם מתייחס לאותו שלב בשרשרת הייצור ובין אם
27	לאו), והוא אף מותנה, בכך שמשכו של הסכם הבלעדיות האנכי אינו עולה על 5 שנים. (סעיף
28	3d לתקנה לעיל) דרישה שגם היא אינה מתקיימת במקרה זה.
29	
30	<b><u>ביטול סעיף המכרז המתנה את תוקפו באישור בית הדין</u></b>
31	124. בתגובתו ביקש הממונה, בנוסף על דחיית הבקשה לקבוע "כי הסעיף המופיע במכרז חברת
32	החשמל, לפיו יבוטל המכרז כולו אם לא יאשר בית הדין את ההסדר הכובל כפי שנתבקש

ולתקופה שנתבקש, אינו תקף, וכי אסור לחברת החשמל לבטל את המכרז מהטעם	1
שההסדר הכובל אושר בתנאים (אם כך יחליט בית הדין הנכבד). מסעיף זה נודף יותר	2
מאשר צליל איום כלפי בית הדין. לדעת הממונה, אין מונופול רשאי להעמיד את בית הדין	3
בן ערובה לאישור ההסדר הכובל באופן הנעשה כאן, ואין המונופול רשאי לקבוע כי אישור	4
ההסדר בתנאים משמעותי סיכול מהלך לתחילתה של תחרות, בקביעה כזאת יש יותר מאשר	5
שמץ של שימוש בכוח המונופוליסטי באופן שאין להרשותו, אם מכוח סעיף 30 לחוק, ואם	6
בעת מובא המכרז לאישורו של בית הדין".	7
	8
בינתיים, לאחר תום הראיות הכריז הממונה מכוח סמכותו לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים	9
העסקיים על חברת החשמל כבעלת מונופולין ואף הודיע לה כי הוא שוקל להפעיל את	10
סמכותו על פי סעיף 30 לחוק ולהורות לחברת החשמל לבטל את ההוראה האמורה במכרז	11
מהטעם שיש בה משום פגיעה בציבור או בתחרות וכן את סמכותו מכוח סעיף 43(א)(5)	12
לחוק, המאפשרת לו להכריז כי יש בסעיף זה משום ניצול לרעה של מעמדו של בעל	13
המונופולין לפי סעיף 29א' לחוק.	14
	15
125. בפסק דין זה לא נתייחס לצעדים אלה שננקטו על ידי הממונה לאחר הגשת הבקשה, ואף	16
לא לצעדים ששוקל הממונה נגד המבקשת כמפורט לעיל. אשר לבקשתו הנוכחית של	17
הממונה איננו סבורים כי בידנו להיעתר לה, זאת מהטעמים הבאים.	18
	19
ראשית, עניינה של הבקשה הנוכחית באישור הסדר כובל ואיננו סבורים שניתן לכלול בה,	20
עתירה מסוג זה, שלא על דרך הגשת בקשה נפרדת ומפורשת.	21
	22
שנית, ככל שמדובר במתן הוראות מכוח סעיף 30 לחוק - במקרה זה לבטל את התנאי	23
במכרז המתלה את תוקף המכרז באישור בית הדין - סמכות זו נמצאת כיום ביד הממונה,	24
ולא בידי בית הדין.	25
	26
שלישית, גם אם היה ניתן להורות לחברת החשמל, שלא לנהוג על פי תנאי זה, יש לנו ספק	27
רב אם יהא בכך כדי להביא לתוצאה בה חפץ הממונה, היינו, להמשך הליכי המכרז תוך	28
התעלמות מהתנאים שיימחקו.	29
	30
לעניין זה מעמד גם לצדדים שלישיים, הם המשתתפים במכרז, שאינם צד להליך זה, ובכל	31
מקרה, איננו רואים כיצד ניתן על פי דיני המכרזים לכפות עליהם שינוי בתנאי המכרז, גם	32
אם יש בהם משום ניצול לרעה של מעמדו של בעל מונופולין, כפי שטוען הממונה. רביעית,	33

1	איננו סבורים שניתן לבטל את תניית הבלעדיות ולהותיר את סעיפי המכרז וסעיפי ההסכם
2	האחרים על כנס. כך למשל איננו סבורים שבסמכותנו לכפות על חברת החשמל לרכוש
3	חשמל מהיצרן הפרטי, אם היא אינה רוצה בכך אלא בתנאי בלעדיות. איננו רואים גם כיצד
4	ניתן לחייב את חברת החשמל, במצב של העדר בלעדיות, לרכוש חשמל במחיר שנקבע
5	לתנאי בלעדיות. יתר על כן, גם אם היצרן הפרטי אינו חייב למכור את מלוא תפוקתו לח"ח
6	(בהנחה שתניית הבלעדיות תבוטל), עדיין יש לקבוע תנאים שיסדירו את היקפי ומועדי
7	המכירה של החשמל שיימכרו על ידו לחברת החשמל, נושאים שבהעדר הסכמה בין
8	הצדדים יוכלו לבוא על פתרונם רק בכללים שיתקין השר.
9	
10	126. חברת החשמל טוענת כי אם לא יאושר ההסדר הכובל יביא הדבר לכך שלא יהא ניתן
11	להקים את התחנה באמצעות היצרן הפרטי, שכן הדבר יחייב הוצאת מכרז חדש, דבר שלא
12	ניתן לעשות לאור לוח הזמנים וצורכי המשק בחשמל, שגם עתה נמצאת בו ח"ח בפיגור.
13	במקרה כזה, טוענת חברת החשמל, יהא עליה להקים את התחנה בכוחות עצמה, מהלך
14	שיפגע בתחרות.
15	
16	איננו מוכנים לקבל טענה זו שמשמעותה היא, למעשה, כי בלוח הזמנים הקיים, שהוכתב
17	לא במעט על ידי חברת החשמל, אין בפני בית הדין מנוס אלא לאשר את ההסדר. בהקשר
18	זה עלינו לציין שהממונה על ההגבלים העסקיים הודיע לחברת החשמל עוד ביום 2.7.97, כי
19	הוראות מסוימות במכרז ובמיוחד הוראת הבלעדיות, אינן עומדת בדרישות חוק ההגבלים
20	העסקיים וכבר אז היה ברור לח"ח כי היא חייבת לקבל את אישור בית הדין (או פטור
21	מאישור כזה מהממונה), דבר שאף צוין בפירוש במכרז (סעיף 1.2A). חרף זאת פנתה חברת
22	החשמל לבית הדין רק בסוף חודש מאי 1998, כמעט שנה לאחר קבלת הודעתו של
23	הממונה. בנוסף, ההחלטה בנושא זה מסורה ביד משרד התשתיות הלאומיות, ומפיו לא
24	שמענו הצהרה מעין זו. מעבר לכך, גם אם זו תהא התוצאה, לא יהא בכך כדי למנוע בעתיד
25	את פתיחת שוק ייצור החשמל בהיקף שנקבע על ידי הממשלה, בפני יצרנים פרטיים בצורה
26	המקדמת, בניגוד למכרז הנוכחי, את המטרה של החדרת תחרות למקטע שיווק החשמל,
27	אך אינה תורמת, בה בעת, להנצחת מעמדה המונופוליסטי של חברת החשמל.
28	
29	127. בעמדתו המקורית בפני בית הדין הודיע הממונה כי בדעתו לתמוך בבקשה בצורה מוגבלת
30	על ידי אישור תניית הבלעדיות עד לשנת 2006 - מועד שבו יפוג תוקף הרשיון שניתן לחברת
31	החשמל על פי חוק משק החשמל. בסיכומיו חזר בו הממונה מעמדה זו, ועתה הוא ממליץ
32	לדחות את הבקשה מכל וכל. לחברת החשמל טענות רבות נגד שינוי חזית זה שנעשה
33	לטענתה בעמדת הממונה. אולם, גם חברת החשמל אינה טוענת שעמדת הממונה מחייבת
34	את בית הדין. ראוי לזכור בהקשר זה כי אין מדובר בהליך אדוורסרי שבו מתברר ריב בין
35	שני צדדים, הממונה אינו הצד שכנגד חברת החשמל אלא בגדר מי שמוזמן, כאמור בסעיף

1	8(א) לחוק, להשמיע את עמדתו וטענותיו בעניין הבקשה בפני בית הדין, והחלטתו של בית
2	הדין תיפול בהתאם למתחייב, לפי הבנתו, משיקולי טובת הציבור, גם אם התוצאה אינה
3	נופלת בגדרי טענות הצדדים. במקרה זה, גם המבקשת עצמה לא ביקשה לאשר את ההסדר
4	לתקופה זו, שמשכה, ממועד סיום הקמת התחנה, כשנתיים - שלוש, ולא הצביעה בטיעוניה
5	ולו על יתרון אחד שיצמח לציבור מאישור מוגבל כזה, ומה גם שלטענתה, כל אישור שלא
6	יתאם בדיוק את לשון המכרז והחוזה, יביא ממילא לביטול המכרז. גם אנו איננו סבורים,
7	לאור הראיות שבאו לפנינו, שקיים טעם מספיק לאשר את ההסדר ולו לתקופה מוגבלת זו,
8	ומה עוד שגם אישור זה אינו תואם להשקפתנו את הוראותיו של חוק משק החשמל.
9	
10	128. לאור התוצאה שבפסק דין זה, איננו רואים לקבל את הראיה הנוספת הנוגעת לחוזה
11	שנחתם בין חברת החשמל ל MidAtlantic-Rotem, אשר הוגשה לנו על ידי הממונה זמן ניכר
12	לאחר תום הבאת הראיות.
13	
14	129. לאור האמור אנו דוחים את הבקשה.
15	
16	אין צו להוצאות.
17	
18	
19	
20	
21	ניתן היום, ה' בניסן תשנ"ט (22.03.1999), בהעדר הצדדים.
22	
23	
24	
25	
26	המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.
27	
28	
29	י. עדיאל, שופט
30	מ"מ אב"ד
	פרופ' מ. סרנת
	ר. הרמן
	חבר