

תוקף הקביעה מיום ו' בטבת התשס"א (1 בינואר 2001)  
עד יום ו' בטבת התשס"ד (31 בדצמבר 2003) וכל עוד  
הוראת השעה בתוקף, לפי המוקדם.

כ"ז בחשון התשס"ב (13 בנובמבר 2001)  
(חמ 2407-3)

אוסקר אבורזק  
סגן נציב מס הכנסה

## הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים,  
התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), אני מודיע כי נרשמה  
בקשה לאישור הסדר כובל כדלקמן:

הצדדים להסדר:

אופי.סי רמת הובב בע"מ

חברת החשמל לישראל בע"מ

הנכס או השירות נושא ההסדר:

תחנת כוח להפקת אנרגיה חשמלית בשיטת "מחזור משולב"  
שתוקם ע"י אופי.סי באתר רמת הובב.

מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

התחייבותה של אופי.סי להעמיד לרשות חברת החשמל את  
כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי דרישה) את כל האנרגיה  
שתחנת הכוח תוכל לספק.

בהתאם לסעיף 8(ב) לחוק אדם העלול להיפגע  
מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכני רשאים  
להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים התנגדות מנומקת  
בכתב להסדר, בתוך שלושים ימים מיום פרסום ההודעה זו  
ברשומות.

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע-4745  
במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, קומה  
ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

כ"ה בכסלו התשס"ב (10 בדצמבר 2001)

(חמ 680-3)

דיוו שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ס"ח התשמ"ח, עמ' 128.

## הודעה על שינוי בהרכב ועדת ערר

לפי חוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה  
כללית), התשל"ו-1976

נמסרת בזה הודעה כי בהתאם לסעיף 5 לחוק הרשויות  
המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו-1976,  
מינתה מועצת עיריית עפולה, בישיבתה מיום ט"ו באלול  
התשס"ב (3 בספטמבר 2001), את אהרון אידלמן, ת"ז  
009405143, לחבר בועדת ערר לענין החוק האמור במקום  
עו"ד גל אמיר.<sup>2</sup>

י"ג בכסלו התשס"ב (28 בנובמבר 2001)

(חמ 265-3)

יצחק מירון

ראש עיריית עפולה

ס"ח התשל"ו, עמ' 252.

י"פ התשס"א, עמ' 1091.

השם מס' זהות

מישל מור-יוסף	022098479
עבד מחאמיד	059418640
עדי מטמון	022947659
אייל מילס	058362260
רם עברי	053493961
שגיא עזאני	028135655
רוני עיר	026256263
אלי פרא	055728885
ענת רו	55484224
זיו שחר	024961955

תוקפה של הסמכה זו כל עוד מקבלי ההסמכה  
משמשים בתפקידם במשרד לאיכות הסביבה.

י"א בכסלו התשס"ב (26 בנובמבר 2001)  
(חמ 2495-3)

מרדכי סלע

ממונה על איכות הסביבה

## הודעה על קביעת חבר בני אדם לצורך קבלת פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת מגורים

לפי חוק מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת  
מגורים) (הוראת שעה), התש"ן-1990

בתוקף סמכותי לפי ההגדרה "דמי שכירות" בסעיף ו(3)  
לחוק מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת  
מגורים) (הוראת שעה), התש"ן-1990 (להלן - הוראת  
השעה), אני קובע את "צעד קדימה" ארגון לקידום שיטת  
פטו בישראל, עמותה רשומה מס' 9-011531-58 כחבר בני  
אדם לענין דמי שכירות, לגבי שכר הדירה שהיא משלמת  
בשל שכירות דירה, המשמשת לדיוור נערים מתבגרים נכים  
מוגבלי תנועה.

תוקף הקביעה מיום ו' באדר התשס"א (1 במרס 2001)  
עד יום ו' בטבת התשס"ד (31 בדצמבר 2003) וכל עוד  
הוראת השעה בתוקף, לפי המוקדם.

ג' בכסלו התשס"ב (18 בנובמבר 2001)

(חמ 2407-3)

אוסקר אבורזק

סגן נציב מס הכנסה

ס"ח התש"ן, עמ' 148; התשס"א, עמ' 220.

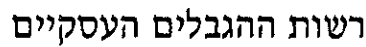
## הודעה על קביעת חבר בני אדם לצורך קבלת פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת מגורים

לפי חוק מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת  
מגורים) (הוראת שעה), התש"ן-1990

בתוקף סמכותי לפי ההגדרה "דמי שכירות" בסעיף ו(3)  
לחוק מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת  
מגורים) (הוראת שעה), התש"ן-1990 (להלן - הוראת  
השעה), אני קובע את עמותת "ארגון מורים מבוגרים יוצאי  
ברה"מ" עמותה רשומה מס' 0-019739-58 כחבר בני אדם  
לענין דמי שכירות, לגבי שכר הדירה שהיא משלמת בשל  
שכירות דירה, המשמשת לדיוור לעולים חדשים יוצרי  
ברה"מ.

ס"ח התש"ן, עמ' 148; התשס"א, עמ' 220.

ילקוט הפרסומים 5040, ה' בטבת התשס"ב, 20.12.2001



~~2001, תשס"א 10~~

הע - 4745

ירושלים

## edme/nedocs/nedocs\_ilm\9924\1...



## רשות ההגבלים העסקיים

### הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988<sup>1</sup> (להלן: "החוק"), אני מודיע כי  
נרשמה בקשה לאישור הסדר כובל כדלקמן:

#### הצדדים להסדר:

או.פי.סי רמת חובב בע"מ  
חברת החשמל לישראל בע"מ

#### הנכס או השירות נושא ההסדר:

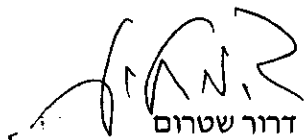
תחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית בשיטת "מחזור משולב" שתוקם ע"י או.פי.סי באתר רמת חובב

#### מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

התחייבותה של או.פי.סי להעמיד לרשות חברת החשמל את כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי  
דרישה) את כל האנרגיה שתתחנת הכח תוכל לספק.

בהתאם לסעיף 8(ב) לחוק אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכני  
רשאים להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים התנגדות מנומקת בכתב להסדר, בתוך שלושים ימים  
מיום פרסום הודעה זו ברשומות.

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע - 4745 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב כנפי  
נשרים 22, קומה ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

  
דור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ה כסלו, תשס"ב

10 דצמבר, 2001

<sup>1</sup> ס"ח התשמ"ח, עמ' 128

בעניין שבין:

או.פי.סי. רמת חובב בע"מ  
ע"י ב"כ מלצר ושות', עו"ד  
אשר מענם לצורך המצאת כתבי בי-דין הוא  
רחוב קפלן 2, תל-אביב 64734  
טל: 03-6951160; פקס: 03-6951104

המבקשת

ובין:

1. חברת החשמל לישראל בע"מ  
ע"י ב"כ ש. הורוביץ ושות', עו"ד  
אשר מענם לצורך מסירת כתבי בי-דין הוא:  
רחוב אחד-העם 31, תל-אביב 65202  
טל: 03-5670666; פקס: 03-5660974

רשות ההגבלים העסקיים

09-12-2001

התקבל אך טרם נבדק

לבין:

2. הממונה על ההגבלים העסקיים  
מרח' כנפי נשרים 22, ירושלים 91130  
טל: 02-6556111; פקס: 02-6515330

3. משרד התשתיות הלאומיות - מנהל מינהל החשמל  
מרח' יפו 234, ת.ד. 13106, ירושלים 911330  
טל: 02-5316118; פקס: 02-5374262

המשיבים

4. שר התשתיות הלאומיות  
ת.ד. 36345, תל-אביב, 61362

### בקשה לאישור הסדר כובל

בהתאם לסעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") ולמען  
הזהירות המתבקשת לנוכח פסק דינו של בית הדין הנכבד בהע 491/98 מוגשת בזאת בקשה לאישור הסדר  
כובל (הכל בכפוף לסעיף 2 שלהלן), או להכרה בו ככזה שאינו מצריך אישור. ואלה פרטי ההסדר:

#### הצד להסדר המבקש החלטה:

שם: או.פי.סי. רמת חובב בע"מ.

מען: הנמל 2 ת.ד. 1755 חיפה 31016

מען למסירת מסמכים: אצל ב"כ מלצר ושות', עו"ד מרח' קפלן 2, ת"א 65202

#### שמות הצדדים להסדר ומעניהם:

א. שם: או.פי.סי. רמת חובב בע"מ (להלן: "או.פי.סי").

מען: כמפורט לעיל.

ב. שם: חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "חברת החשמל").

מען: ת.ד. 8810, חיפה 31086.

(להלן יכוננו הצדדים דלעיל ביחד: "הצדדים", או "הצדדים להסדר").

#### צורת ההסדר:

בכתב.

### תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר ואלה הנוגעים לו:

- א. מכרז חברת החשמל מס' 2/1997, מיום 5.8.1997, לרכישת חשמל שייוצר בתחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית שתוקם באתר רמת חובב (להלן: "המכרז").  
מסמך זה מצ"ב (ללא נספחים) כנספח א' לתצהיר התומך בבקשה זו.
- ב. נוסח החוזה אשר עתיד להיחתם בין הצדדים להסדר (להלן: "החוזה").  
מסמך זה מצ"ב כנספח ב' לתצהיר התומך בבקשה זו<sup>1</sup>.
- ג. נוסח רשיון לייצור חשמל אשר עתיד להינתן לאו.פי.סי - טרם ניתן.
- ד. כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000 (להלן: "כללי משק החשמל" או "הכללים"), בגדרם נקבע כי הם יחולו "גם על עסקה שהליכים לעניינה החלו לפני יום התחילה וטרם נסתיימו" (שם, בסעיף 9), והם מתירים לאו.פי.סי להשתחרר מהחוזה לפני תום התקופה שנקבעה בו.
- ה. תצלום הכללים, אשר נחתמו ע"י שר התשתיות הלאומיות ביום 10.9.00, מצ"ב כנספח ג' לתצהיר התומך בבקשה זו.
- ו. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת א. חיות) בה"פ 200938/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.I.P.P. Limited Partnership, דינים מחוזי כז (1) 342 מיום 8.3.99, בו הוכרזה או.פי.סי כזוכה במכרז, ופסק דינו של בית המשפט העליון (כב' המשנה לנשיא, השופט ש. לוין (אב"ד) והשופטים: ד. ביניש ומ. אילן) בע"א 2293/99 I.I.P.P. Limited Partnership נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, דינים עליון נ, 931, מיום 9.8.99, בו אושרה זכייתה של או.פי.סי במכרז.
- ז. פסקי הדין מצ"ב כנספחים ד' ו- ז' לתצהיר התומך בבקשה זו.

### הנכס נשוא ההסדר:

תחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית בשיטת "מחזור משולב" שתוקם ע"י או.פי.סי באתר רמת חובב (להלן: "תחנת הכח"), והאנרגיה החשמלית שניתן להפיק בתחנה זו, בהספק כולל מירבי של כ- 350-370 מגה-וואט.

<sup>1</sup> המדובר בחוזה שצורף למכרז אשר הותאם במספר אלמנטים, שאין בהם כדי להשפיע על ההסדר:

- א. הוספו בו שינויים שהופצו לכלל משתתפי המכרז במהלך המכרז (1997 - 1998).
  - ב. הוספו נתוני הצעתה של או.פי.סי, הזוכה במכרז (בגוף ההסכם ובנספחים).
  - ג. נערכו השינויים המחוייבים בתאריכים הקלנדריים.
  - ד. עודכנו הסעיפים הנוגעים לגז טבעי כדי להסדיר נושאים טכניים הנוגעים להתחשבות בגין צריכת יתר או צריכת חסר של כמות הגז אשר חברת החשמל מעריכה שהחברה תצרוך - לעניין זה ראה גם סעיף 4 לבקשה זו.
  - ה. מעבר לכך, הוסף נספח "O" המגדיר התאמות, אשר יחול במידה ואו.פי.סי תודיע על רצונה למכור חלק מהחשמל המיוצר (או את כולו) לצרכני קצה, בהתאם לכללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000.
- החוזה כפוף, כמובן, להוראות כל דין בכלל, ולהוראות כללי משק החשמל הנייל - בפרט.

#### מהות הכבילה:

התחייבותה של **או.פי.סי** להעמיד לרשות **חברת החשמל** את כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי דרישה) את כל האנרגיה שתחנת הכח תוכל לספק (ראה סעיפים 3.3.7 ו- 4.1.3 לחוזה, **נספח ב'** הנ"ל).  
הערה: לפי הוראות הדין, כפי שהן בתוקף עתה מכח הכללים, לא ייחשב ההסדר כהסדר כובל, הכל כמפורט להלן.

#### תקופת ההסדר:

20 שנה (על פי החוזה), בכפוף להוראות כללי משק החשמל המתירים לאו.פי.סי להשתחרר מהחוזה לפני תום התקופה, בהודעה מראש לחברת החשמל (על פי הכללים יכולה ההודעה להינתן מיום הפעלתה המסחרית של התחנה, והיא תאפשר השתחררות בתוך 12 או 24 חודשים, לפי העניין).

#### עיקרי הטעמים המצדיקים אישור בית הדין, או הכרה בכך שההסדר אינו מצריך אישור:

##### מבוא 1.

1.1 החוזה נשוא בקשה זו, הינו חוזה לרכישת חשמל שיווצר בתחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית שעתידה להיות מוקמת באתר רמת חובב. החוזה עתיד להיחתם בין חברת החשמל לבין או.פי.סי - היא הזוכה במכרז שפורסם על ידי חברת החשמל, בהוראת משרד התשתיות, כחלק מיישום מדיניות הממשלה לשילוב יצרני חשמל פרטיים במערך יצור החשמל בישראל. זכייתה של או.פי.סי אושרה על ידי בית המשפט העליון ביום 9.8.99, בפסק דינו, **נספח ד'** הנ"ל, כפי שנפרט בסעיף 1.8 שלהלן.

1.2 החוזה שצורף למכרז עמד במרכזה של בקשה לאישור הסדר כובל שהוגשה מטעם חברת החשמל לבית דין נכבד זה בה"ע 491/98, בטרם נבחרה או.פי.סי, אשר לא היתה צד להליך האמור - **כזוכה במכרז**. הבקשה נדחתה על ידי בית הדין (כב' השופט י. עדיאל (אב"ד) והחברים: פרופ' מ. סרנת ומר ר. הרמן) בפסק דינו מיום 22.3.99 (להלן: "**פסק הדין**"). בפסק הדין קבע בית הדין הנכבד כי פגיעתו של ההסדר שהוצג לו בטובת הציבור מתבטאת בכך שהוא לא יאפשר, במשך 20 שנה, כל תחרות בין חברת החשמל לבין יצרן החשמל הפרטי (מכיוון שהוא יחסום בפני היצרן הפרטי את שוק השיווק של החשמל ויחסום בפני הצרכנים את הנגישות ליצרן הפרטי), ולא תהיה לקיומו של היצרן הפרטי כמעט כל משמעות עצמאית מבחינת שיקולי התחרות.

1.3 הבקשה שבכאן מוגשת לאחר התקנתם של כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000, שהותקנו ביום 10.9.00 מכח סעיפים 20(ב) ו- 63 לחוק משק החשמל, התשנ"ו

1996 ויצקו תוכן לחובת רכישת החשמל מיצרן פרטי המוטלת על ספק חיוני בחוק משק

החשמל ע"י קביעת הכללים למימושה<sup>2</sup>.

הכללים שינו באופן אקטיבי את המציאות הנורמטיבית הנוהגת והחילו לפיכך את השינויים המחוייבים על החוזה נשוא הבקשה. ההסדר נשוא הבקשה שבכאן מורכב איפוא משילוב הוראותיו של החוזה עם הוראותיהם של הכללים. קיומם של הכללים, תחולתם האקטיבית והשפעתם על ההסכם שנבחן ע"י בית הדין הנכבד מביאים לשינוי המסקנה אליה הגיע בית הדין בפסק הדין.

1.4 משמעותו של השינוי האמור, שחל עם התקנת הכללים, לצורך בקשה זו היא כפולה: ראשית, ההסדר בא בגדר סעיף 1(3) לחוק ההגבלים העסקיים כהסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין ולא נחשב לפיכך הסדר כובל. אנו גורסים כך מאחר ושיטת עריכת העסקה בה נוקט החוזה (בלעדיות) היא אותה השיטה שקובעים הכללים לעריכת עסקה מסוג זה. שיטת עריכת העסקה במתכונת זו נכפית איפוא, ממילא, ע"י הכללים.

שנית, הכללים (בסעיף 7) מתירים ליצרן החשמל הפרטי, בעניינו או.פי.סי, להשתחרר מהחוזה לפני תום התקופה שנקבעה בו במתן הודעה לחברת החשמל, דבר שיכול להיעשות ממועד הפעלתה המסחרית של התחנה. עובדה זו משנה את אופי הכבילה בהסדר כיום, והוא תואם את העקרונות שהותוו בפסק הדין, אשר מגלמים את טובת הציבור בהקשר לפתיחת תחום יצור החשמל לתחרות. מבחינת תוכנו אין ההסדר כופה על יצרן החשמל הפרטי מתן בלעדיות לבעל רשיון ספק שירות חיוני, במובן זה שהוא מאפשר לו להשתחרר מהעסקה, כאמור, ואינו חוסם בפניו גישה לצרכנים אחרים.

1.5 אישורו של ההסדר מתבקש, איפוא, למען הזהירות, מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור ויאפשר הגשמת המטרה בדבר פתיחת משק החשמל לתחרות ושילוב יצרני חשמל פרטיים במערך הייצור בישראל. יתר על כן אישורו של ההסדר יאפשר את מימושו של המכרז, בהתאם להלכה הפסוקה הקובעת כי יש להעדיף את הפתרון המקיים מכרז, וימנע ירידתן לטמיון של כל ההשקעות שהיו כרוכות בו (או.פי.סי השקיעה עד כה כשישה וחצי מליון דולר בפרוייקט), והפגיעה בשמה הטוב של ממשלת ישראל ובמוניטין שלה כעורכת מכרזים בינלאומיים בתחום ההפרטה בכלל והפרטת משק החשמל בפרט.

1.6 נוכח התקנת הכללים ותחולתם האקטיבית על ההסדר שאישורו מתבקש כאן, גם עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים כיום היא כי ההסדר ראוי להתאשר וכי ראוי ליתן לצדדים היתר זמני לנהוג על פי ההסדר (ראה: מכתבו של היועץ המשפטי לרשות ההגבלים העסקיים דאז, עו"ד דרור שטרומ, אשר מונה ביני לבני לתפקיד הממונה על ההגבלים העסקיים, נספח ה' לתצהיר התומך בבקשה).

<sup>2</sup> ברי, עם זאת כי הכללים אינם מסדירים באופן ממצה את מלוא התנאים הדרושים למימושה של החובה, ולפיכך נקבע בהם (בסעיף 5) כי העסקה תיערך לפי חוזה שייחתם בין הספק ובין היצרן, כאשר אם פורסם מכרז ייחתם החוזה בהתאם לתנאיו ואם לא פורסם מכרז ייחתם חוזה המותאם לשיטת העסקה והטעון אישורו של השר.

2. **הצדדים; השתלשלות ההליכים**
- 2.1 **המבקשת, או.פי.סי** הינה חברה פרטית, אשר נתאגדה כדין ואשר מטרותיה, בין השאר, עיסוק בתכנון, בניה, רכישת ציוד בעלות והקמה של תחנות כח וכן אספקת חשמל מתחנות כח. או.פי.סי הוקמה במסגרת התארגנות לשם השתתפות במכרז.
- 2.2 **המשיבה 1, חברת החשמל**, הינה חברה העוסקת בייצור, הולכה, חלוקה ומכירה של חשמל לכלל הציבור בישראל. חברת החשמל כפופה להוראות **חוק משק החשמל, התשנ"ו - 1996** (להלן: "**חוק משק החשמל**")
- 2.3 **המשיב 2** הוא הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "**הממונה**").
- 2.4 **המשיב 3** הוא מנהל מינהל החשמל במשרד התשתיות הלאומיות.
- 2.5 **המשיב 4** הוא שר התשתיות הלאומיות והוא ממונה על ביצוע **חוק משק החשמל**, לאחר שהועברו אליו הסמכויות שהיו נתונות בחוק זה לשר האנרגיה והתשתיות<sup>3</sup>.
- הערה: **המשיבים 2 - 4** מצורפים כאן כמשיבים לנוכח מעורבותם בעניין, כפי שעוד יפורט להלן, ובשים לב לכך שהם צורפו כ**משיבים** לבקשה לאישור הסדר כובל בה"ע 491/98. צירופו של **המשיב 2** נעשה גם לנוכח הוראת סעיף 8 לחוק ההגבלים העסקיים.
- 2.6 **המכרז** להקמת תחנת כח פרטית היווה נדבך ביישום מדיניות הממשלה לשילוב יצרני חשמל פרטיים במערך ייצור החשמל בישראל. בעקבות החלטת הממשלה בעניין מיום 28.5.1995, החליט **משרד התשתיות הלאומיות** כי יצרן חשמל פרטי יקים ברמת חובב תחנת כח לייצור חשמל באמצעות גז טבעי בהספק מירבי של 350 מגה-וואט. **משרד התשתיות הלאומיות** הטיל על **חברת החשמל** את פרסום המכרז להקמת תחנת הכח החדשה וזו אכן פרסמה לשם כך את **המכרז**.
- 2.7 **או.פי.סי** השתתפה במכרז, והוכרזה כזוכה בו, בפסק דין שניתן בתום הליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב (ה"פ 200938/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.I.P.P. Limited Partnership**, בפני כב' השופטת א. חיות, **נספח ד1** הנ"ל). ערעור שהוגש על פסק הדין - נדחה - ובית המשפט העליון אישר את זכייתה של **או.פי.סי** ואימץ את נימוקי בית המשפט המחוזי (ע"א 2293/99 **I.I.P.P. Limited Partnership נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, בפני כב' המשנה לנשיא, השופט ש. לוין (אב"ד) והשופטים: ד. ביניש ומ. אילן, **נספח ד2** הנ"ל).

<sup>3</sup> הח"ע על הקמת משרד התשתיות הלאומיות, ביטול משרד האנרגיה והתשתיות והעברת שטחי פעולה למשרד התשתיות הלאומיות, י"פ התשנ"ו, עמ' 4436.



2.8 המהלכים הכרוכים בחתימתו של החוזה (כגון: הליך רישוי, הזמנת ציוד, עריכת הסכמי המימון המתחייבים והסגירה הפיננסית) עוכבו לאחר פסק דינו של בית דין נכבד זה בתיק ה"ע 491/98, בו נקבע כי תניית הבלעדיות שבחוזה (שנקבעה לתקופה של 20 שנה) הינה הסדר כובל, ונדחתה בקשת חברת החשמל לאישור ההסדר. הנה כי כן, הגם שזכייתה של או.פי.סי במכרז אושרה על ידי בית המשפט העליון לפני כשנתיים, הרי שעד כה לא נחתם החוזה בינה לבין חברת החשמל. עם זאת, לאחר התקנת הכללים ובשים לב לעמדת הממונה, כפי שבאה לידי ביטוי במכתבו של עו"ד שטרס, נספח ה' הנ"ל, קודמו מהלכים לקידום הפרוייקט מתוך כוונה להגיש בקשה לאישורו של החוזה לכשיבשיל לחתימה ועוד בטרם יחתם (כפי שאכן נעשה כעת) ומתוך ידיעה כי חתימתו של החוזה וכניסתו לתוקף מותנות באישור בית הדין הנכבד.

2.9 זהו, איפוא, הרקע לבקשה שבכאן. נעבור עתה מהמבוא לטרקלין ונפרוש טיעונינו לגופם. בחלק הראשון נפרט את הנימוקים לגישתנו לפיה ההסדר עתה הינו הסדר שכל כבילותיו על פי דין ולפיכך פטור הוא מאישורו של בית הדין הנכבד. בחלק השני נביא את בקשתנו החילונית לאישור ההסדר - במידה ויקבע כי המדובר בהסדר כובל.

### 3. ההסדר נשוא הבקשה הוא עתה הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין

3.1 הבקשה שבכאן מוגשת למען הזהירות, שכן לגישתנו, כפי שתפורט להלן, בעקבות התקנת הכללים, כל כבילותיו של ההסדר כיום נקבעו על פי דין. לפיכך, כפי שמורה אותנו סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ההסדר לא ייחשב כהסדר כובל וממילא אין הוא טעון עוד אישורו של בית הדין הנכבד. עם זאת, נוכח פסק הדין בה"ע 491/98 שניתן ע"י בית הדין הנכבד טרם התקנת הכללים, ראוי שגישתנו זו תתאשר גם על ידי בית הדין הנכבד.

3.2 הוראת סעיף 3 לכללים קובעת שתי דרכים לעריכת עסקה לרכישת חשמל בין יצרן חשמל פרטי (בעניינו: או.פי.סי) לבין ספק חשמל (בעניינו: חברת החשמל). השיטה הרלבנטית לעריכת עסקה כזו, מקום בו מדובר במתקן לייצור חשמל בהספק כולל מירבי של כ- 350-370 מגה-וואט, כבעניינו, מכונה בכללים שיטת "מכירת יכולת זמינה ואנרגיה". לפי שיטה זו מעמיד היצרן לרשות הספק יכולת זמינה, ומוכר לו אנרגיה לפי דרישתו. הכללים קובעים כי בשיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה תינתן בלעדיות לספק החשמל, כדלקמן:

3"א) עסקה תיערך לפי אחת משתי שיטות אלה:  
(1) מכירת יכולת זמינה ואנרגיה - שלפיה מעמיד יצרן לרשות הספק יכולת זמינה, ומוכר לו אנרגיה לפי דרישתו.

3"ב) בעסקה לפי שיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה, תעמוד כל האנרגיה הניתנת לייצור מהיכולת הזמינה שבעדה מקבל היצרן תמורה, לרשות הספק בלבד; ואולם היצרן רשאי למכור לאחר אנרגיה מיוצרת זמינה בזמנים שאינה דרושה לספק, אם הגיע בעניין זה לידי הסדר עם הספק

עם זאת, קובעים הכללים כי ליצרן החשמל הפרטי נתונה החירות להשתחרר מההסכם, כולו או חלקו, בכל עת לאחר מועד הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, כפוף למתן הודעה לספק השירות החיוני, כדלקמן:

7. (א) על אף האמור בסעיף 6, רשאי יצרן להשתחרר מעסקה, כולה או חלקה, לפני תום התקופה שנקבעה בחוזה, ובלבד שנתן לספק הודעה מראש שתקופתה לא תפחת מהתקופה שנקבעה לפי סעיף קטן (ב) (להלן - ההודעה מראש).
- (ב) תקופת ההודעה מראש תהיה -
- (1) בעסקה שנעשתה לפי שיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה - 12 חודשים אם היקף היכולת שהופחת מהספק אינו עולה על 50 מגא-וואט או על 25% מהיקף היכולת שהועמד לרשות הספק, לפי הגבוה שבהם (להלן - היכולת המזערית), ו-24 חודשים אם עלה היקף היכולת שהופחת על היכולת המזערית;
- (2) בעסקה שנעשתה לפי שיטת מכירת אנרגיה - 12 חודשים.
- (ג) לא תינתן הודעה כאמור לפני מועד ההפעלה המסחרית של מיתקן היצרן.
- (ד) ספק לא יהיה זכאי לפיצוי או לתשלום כלשהו בשל כך בלבד שהיצרן השתחרר מוקדם.
- (ה) השר רשאי לפי בקשתו של יצרן או ספק לקצר את תקופת ההודעה מראש לפי סעיף קטן (ב) או להאריך לתקופה שלא תעלה על 12 חודשים נוספים, אם לדעתו לא תהיה בכך פגיעה בהספקה סדירה, אמינה ויעילה של חשמל וכפוף להוראות סעיף 17(א)(1) לחוק".

בנוסף, מסדירים הכללים (שם, בסעיף 8) את דרך חידושה של העסקה, מקום בו יצרן החשמל הפרטי שהשתחרר מהעסקה השתחררות מוקדמת מבקש לשוב ולמכור חשמל לספק השירות החיוני, וקובעים את התנאים בהם חייב ספק השירות החיוני לחדש את העסקה.

3.3 בדומה להסדר שקובעים הכללים, גם החוזה נשוא ההסדר קובע בלעדיות לספק החשמל, אולם, גם בחוזה, הוראות אלה אינן ממצות את ההסדר שבין הצדדים, שכן הבלעדיות ההדדית מסוייגת בחירות שניתנה ליצרן החשמל הפרטי, בסעיפים 7 ו-8 לכללים, להשתחרר מההסכם, ולחדשו, כמפורט לעיל.

תחולתם האקטיבית של הכללים על החוזה נשוא בקשה זו מעוגנת בהוראת סעיף 9 לכללים אשר קובעת כי הכללים "יחולו גם על עסקה שהליכים לעניינה החלו לפני יום התחילה וטרם נסתיימו". החוזה נשוא הבקשה שבכאן, עונה להגדרה זו, שכן ההליכים לעניינו החלו זה מכבר, אולם טרם נסתיימו.

למען השלמות מובאות כאן ההוראות בחוזה אשר קובעות את תנאי הבלעדיות:

"3.3.7 The Producer undertakes that it shall only supply electricity from the Facility to IEC and to no other third party whatsoever, whether via IEC's grid or otherwise throughout the terms of this agreement".

4.1.3 Exclusivity of Supply to IEC

4.1.3.1 Throughout the terms of this agreement, the Producer shall supply and/or make available exclusively to IEC Net Electric Energy generated by the Facility.

4.1.3.2 The producer irrevocably waives any right to supply electric energy produced by the Facility to any third party whatsoever during the terms of this Agreement".

3.4 כאמור, הוכן נספח שינויים לחוזה, הוא נספח "O" אשר יחול אם או.פי.סי. תבקש לממש את החרות הנתונה לה בכללים ולהשתחרר מהסכם הבלעדיות.

3.4.1 יצויין כי הנספח מיועד לקבוע את הדרך בה תיושמה הוראות הכללים לצורך החוזה, והוא קובע מפורשות את עדיפותם של הכללים על האמור בו, כדלקמן<sup>4</sup>:

"This Appendix does not in any way derogate from or restrict the rights of IEC and the Producer under the rules. As the Rules have officially been published in Hebrew and parts thereof are referred to in this Appendix "O" (in English), in the event of any inconsistency between those parts and the Rules, the provisions stated in the Rules (in Hebrew) shall prevail"

3.4.2 בכל הנוגע להשתחררות מוקדמת מהעסקה קובע הנספח כי בהתאם לכללים יהא היצרן רשאי, לאחר הפעלתה המסחרית של התחנה, להפחית את הקיבולת המסופקת לחברת חשמל באופן מלא או חלקי, בהודעה מראש שיתן לחברת החשמל בזמנים שנקבעו לכך בכללים.

3.5 הנה כי כן, השיטה שנקבעה בכללים לעריכת עסקה מהסוג בו עסקין, היא שיטה של בלעדיות של היצרן הפרטי כלפי הספק החיוני (חברת החשמל) - אותה שיטה שנקבעה בחוזה. הכבילה שאישורה מבוקש במסגרת הבקשה שבכאן (התחייבותה של או.פי.סי. להעמיד לרשות חברת החשמל את כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי דרישה) את כל האנרגיה שתחנת הכח תוכל לספק) זהה לכבילה שנקבעה ע"י מחוקק המשנה בכללים. אלא שבלעדיות זו הינה כאמור מסוייגת בשל יכולתו של היצרן הפרטי להשתחרר, כאמור בסעיף 7 לכללים אשר חל גם על החוזה.

3.6 אשר לתקופת החוזה, קובעים הכללים, בסעיף 6, כי זולת אם נקבע אחרת במכרז, תיקבע תקופת העסקה, בשיטה של מכירת יכולת זמינה ואנרגיה, בידי היצרן, ובלבד שהיא לא תעלה על 20 שנה. לעניין זה רואים עסקה כמתחילה במועד התחלת הפעלתו המסחרית של המתקן.

<sup>4</sup> נספח "O", שם בסעיף A.

תקופת העסקה נקבעה בחוזה ל- 20 שנה :

" 3.2.1 Subject to all the provisions of Subarticle 3.2A below, the term of this Agreement shall commence on the Effective Date<sup>5</sup> and run for twenty (20) years after the Commercial Operation Date<sup>6</sup>"

מכאן שתקופת החוזה, כפי שנקבעה בו, תואמת גם היא את האמור בכללים. בענייננו נקבעה, כאמור, תקופת העסקה במכרז, אולם גם לולא נעשה כן, הרי שעל פי הכללים יכול היה היצרן להעמיד את תקופת העסקה על 20 שנה.

3.7 עיינו הרואות, כבילותיו של ההסדר כיום, מעוגנות כולן בכללים.

3.8 להשלמת התמונה נוסיף כי הכללים בענייננו מהווים דין, בהתאם לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 ולפסיקה בעניין.

3.8.1 סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, קובע:

"דין" - כל אחד מאלה:  
(1) חיקוק;

...

"חיקוק" - חוק או תקנה;

...

"תקנה" - הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי.

3.8.2 הכללים עונים על סימני ההיכר של תקנה בת פועל תחיקתי, כפי שנקבעו בהלכת ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, בעמ' 701, כדלקמן:

"סימני ההיכר של תקנה כזו שניים הם:

ראשית: כי תקבע התקנה נורמה משפטית, ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה,

ושנית: כי תהא זאת נורמה כללית או "מופשטת", הינו נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסוים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המוענים אליהם מכוונת התקנה..."

אין חולק כי הכללים קובעים נורמה משפטית כללית המביאה לשינוי המשפט הנוהג במדינה באשר הם מסדירים את הדרך להתקשרות בין בעל רשיון ספק חיוני לבין יצרן חשמל פרטי.

3.9 מכאן שכל כבילותיו של ההסדר נשוא הבקשה - הינן על פי דין.

הרציונאל העומד בבסיס הפטור מכח סעיף 3(1) הוא שמירת החופש של הריבון להסדיר תחומי פעילות כלכליים מסויימים מבלי שחוק ההגבלים העסקיים יגביל אותו. המחוקק הכיר בכך

<sup>5</sup> מוגדר בסעיף 3.1 לחוזה.

<sup>6</sup> מוגדר בסעיף 2.5 לחוזה.

שלעיתים הסדרת פעילות בענפים מסויימים מחייבת פגיעה בתחרות וקידומם של אינטרסים אחרים.

ראה: **קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קביעת קו פעולה על ידי לשכת שמאי המקרקעין**, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב', 37, בעמ' 50.  
גם **בפסק הדין** עמד בית הדין הנכבד על כך שסעיף 13(1) **לחוק** מבטא את שלילת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים בשל שיקולי ריבונות (שם, בעמ' 59).

3. 10 **הכללים** מבטאים את המדיניות של מחוקק המשנה ואת הדרך בה בחר לשלב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל. לפיכך קבעו **הכללים** באופן פוזיטיבי את השיטה לעריכת עסקה לרכישת חשמל בין יצרן פרטי לבין ספק חשמל - בדרך של העמדת כל האנרגיה הניתנת לייצור מהיכולת הזמינה לרשות הספק בלבד, קרי: בלעדיות, הכפופה כמובן ליכולתו של יצרן החשמל הפרטי להשתחרר מהחובה. אם יבקשו היום **הצדדים** להתקשר זה עם זה לשם רכישת חשמל שלא באמצעות **החובה** נשוא בקשה זו, הרי שתניית הבלעדיות תחול על ההתקשרות ביניהם מכח **הכללים**. מתחייבת, אם כן, המסקנה כי **הכללים** כופים את קיום הכבילה הקיימת בהסדר. **הכללים** אף מסדירים את משך הכבילה וקובעים כי תקופת העסקה לא תעלה על 20 שנה.

3. 11 ראוי עם זאת להדגיש כי הגם ש**הכללים** כופים את דרך עריכת העסקה, הרי שבחינת תוכנה של דרך זו מעלה שאין בה משום כפיה של היצרן הפרטי ליתן בלעדיות לבעל רשיון ספק חיוני שכן היא מתירה לו להשתחרר (באופן חלקי או מלא) מהסכם הבלעדיות במתן הודעה לחברת החשמל מעת ההפעלה המסחרית של המתקן.

הענקת פטור להסדר נשוא בקשה זו מכח סעיף 13(1) **לחוק** מתחייבת, איפוא, על מנת שלא לסכל מדיניות זו. יפים בהקשר זה דברים שיצאו מלפני בית הדין הנכבד בערר 7/95 "בזק", **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים מחוזי לב (1), 66:

"מכאן, שמקום בו מדובר בהסדר (כובל) אסור, כאשר כל כבילותיו של הסדר כזה קבועות בדין (אחר), שלילת חוקיותו של הסדר כזה, תוצאה הנובעת באופן אוטומאטי מהכפפתו של ההסדר לחוק ההגבלים העסקיים, עומדת בהכרח בסתירה לדין המיוחד הקובע את הכבילות נשוא ההסדר. הפטור מכח סעיף 13(1) לחוק הכרחי, במקרה כזה, למניעת התנגשות בין הדינים".<sup>7</sup>

3. 12 ודוק: הסדר יחשב כהסדר שכל כבילותיו על פי דין, אם הכבילות בו מתחייבות מכח הדין, או, למצער, מוסדרות מכוחו. כך נקבע מפי בית הדין הנכבד בעניין **בזק הנ"ל**, עת נדרש לטענת **בזק** לפיה יש ללמוד אנלוגיה מסעיף 13(1) **לחוק ההגבלים העסקיים** לגבי מונופולין:

"אנלוגיה לסעיף זה, ככל שמדובר במונופולין, תתקיים רק כאשר מדובר במונופולין שכל פגיעותיו האפשריות בציבור ובתחרות (השקולות לכבילותיו של ההסדר הכובל), מתחייבות, או לפחות מוסדרות מכח הדין" (שם, בעמ' 13 לתדפיס; ההדגשות הוספו - הח"מ).

<sup>7</sup> שם בעמ' 13 לתדפיס.

גם **הממונה על הגבלים העסקיים**, עת נדרש לסוגייה, קבע בעבר כי לשם הגדרתו של הסדר כהסדר כובל על פי דין יש להראות כי הדין כופה את קיומן של כל הכבילות המפורטות בהסדר, ולחילופין יש להראות כי הדין מתיר מפורשות את קיומן של כל הכבילות שבהסדר:

"כדי שהסדר יוגדר כהסדר כובל על פי דין, יש להראות כי הדין **כופה** את קיומן של כל הכבילות המפורטות בהסדר. לחילופין, יש להראות כי הדין מתיר **מפורשות** את קיומן של כל הכבילות המבקשות לחסות בצילו של סעיף (1)3 לחוק ההגבלים". ראה: עניין **לשכת שמאי המקרקעין** הנ"ל, שם בעמ' 50; ההדגשות במקור - הח"מ.

3. 13 דוקטרינה דומה בדין האמריקאי המבוססת על מתן פטור מדיני ההגבלים העסקיים על מנת לשמור את חופש הרגולציה של הריבון, קובעת גם היא את תחולת הפטור מקום בו קיים דין הכופה את הכבילה או מתיר אותה.

כך מכיר הדין האמריקאי בחסיון מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במסגרת הדוקטרינה של "מעשה מדינה"<sup>8</sup> המאפשרת למדינה, במסגרת פעילותה השלטונית, לקדם ערכים מסויימים שהיא רואה חשיבות בקידומם גם אם הדבר כרוך בהעדפתם על האינטרסים המוגנים על ידי דיני ההגבלים העסקיים, או על ידי איזון הערכים שנקבע בהם. דוקטרינה זו מבוססת על רציונל הדומה לזה שעומד בבסיס הפטור הקבוע בסעיף (1)3 **לחוק ההגבלים העסקיים**. בית המשפט העליון האמריקאי הבהיר כי הדוקטרינה מבוססת על ההנחה שהקונגרס האמריקאי, עת חוקק את ה-Sherman Act לא ביקש למנוע מהממשל המדינתי את האפשרות לכפות הגבלת תחרות ואת היכולת להנהיג מדיניות רגולטיבית<sup>9</sup>. גם כאן נקבע כי על מנת להנות מהפטור מתחולתו של ה-Sherman Act הפדרלי (במסגרת המבחן הקובע כי הכבילה חייבת להיות "one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy"<sup>10</sup>), די בכך שהדין המדינתי מתיר את הכבילה, ואין הכרח כי הוא יכפה את קיומה<sup>11</sup>. לנוכח הזיקות בין הרציונאלים שבבסיס שתי מערכות הדינים, הרי שההנמקה המובאת לקביעה זו יפה - על דרך ההשוואה - גם לקביעה לפיה כדי להנות מהפטור הקבוע בסעיף (1)3 **לחוק** אין הכרח כי הדין יכפה את הכבילה:

"The Parker doctrine represents an attempt to resolve conflicts that may arise between principles of federalism and the goal of antitrust laws, unfettered competition in the marketplace. A compulsion requirement is inconsistent with both values. It reduces the range of regulatory alternatives available to the state. At the same time, insofar as it encourages States to require, rather than merely permit, anticompetitive conduct, a compulsion requirement may result in

<sup>8</sup> ראה: **Parker v. Brown** 317 US 341 (1942).

<sup>9</sup> ראה: **Southern Motor Carriers Rate Conference Inc. v. United States** 471 U.S. 48 (1985), 56.

<sup>10</sup> ראה עניין: **California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum**, 445 U.S. 97 (1980). שהינו פסק הדין המנחה לעניין תחולתה של הדוקטרינה על גופים פרטיים. המבחן השני שנקבע באותו עניין, הינו כי הכבילה נתונה לפיקוח אקטיבי של המדינה.

להשלמת התמונה נוסיף כי קודם להחלת הדוקטרינה על גופים פרטיים היא הוחלה על גופים ציבוריים בפסק הדין בעניין **City of Lafayette, Louisiana v. Louisiana Power & Light Company** 435 US 389 (1978).

<sup>11</sup> עניין **Southern Motor** הנ"ל, שם בעמ' 61.

greater restraints on trade. We do not believe that Congress intended to resolve conflicts between two competing interests by impairing both more than necessary"<sup>12</sup>

יצויין כי הדוקטרינה של מעשה מדינה אומצה בפסק הדין בע"א 2768/90 **פטרולוגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מ"י, פ"ד** מו (3) 599, שם בעמ' 606, שם נקבע כי לא ניתן לראות במדינה, בפעילותה השלטונית, צד להסדר כובל. גם בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופט **טלגם**) קבע לאחרונה כי דוקטרינת מעשה המדינה האמריקאית התקבלה בדין הישראלי, במסגרת סעיף (1)3 **לחוק ההגבלים העסקיים** :

"נראה לי שבעידוד הרשות המבצעת וזרועותיה השונות ניתן כאן הכשר חוקי למונופול ועל כן תחול עליו התאוריה של "**מעשה מדינה**", שהתקבלה בפסיקה האמריקאית ומבוטאת בישראל בפטור המוענק בס' 3 (1). התאוריה של חסינות "**מעשה מדינה**" אשר חלה גם על גופים פרטיים אשר מיישמים מדיניות שלטונית ברורה ונמצאים תחת פיקוח של המדינה - מוצאת ביטוי בפס"ד *California Retail Liquor Association v. Medical aluminium* 943 (1980) 100 S. Ct. 937 וכן לאחרונה בפס"ד *Yeager Fuel Inc. v. Pennsylvania Power & Light Co.* 22 F 3<sup>rd</sup> 1260, 1265 (3<sup>rd</sup> Cir, 1994)

**להשלמת התמונה** ראוי להזכיר כי **בפסק הדין** בה"ע 491/98 הביע בית הדין הנכבד את הדעה כי יש להחיל את הדוקטרינה כפי שהיא נוהגת במשפט הקהיליה האירופית.

3. 14 מעניין לציין כי בדומה לפטור המעוגן בסעיף (1)3 **לחוק ההגבלים העסקיים** מכיר המשפט הפלילי הישראלי בסייג הצידוק למעשה הפלילי ככזה הבא לשלול פלילות מעשה, אשר נעשה על פי נורמה משפטית שהינה דין מיוחד. כמו **חוק ההגבלים העסקיים**, אשר קובע כי הסדר שכל כבילותיו נעשו על פי דין לא מהווה הסדר כובל, שולל גם סייג הצידוק את פלילותו של המעשה שנעשה על פי הדין המיוחד מדעיקרא (ואין המדובר בפטור מאחריות פלילית). עומד על כך המלומד **ש"ז פלר** :

"בו ברגע שאותה מערכת משפט קובעת מקרים בהם אדם חייב או מוסמך לנהוג, בתנאים מסויימים, התנהגות שבתנאים רגילים היתה מצמיחה עבירה פלילית, נורמה מיוחדת זו מצמצמת את תחולת הנורמה האוסרת ודוחה את תחולתה במקרים אלה. כתוצאה מכך, המעשה, במקרים אלה, אינו כלל בגדר עבירה בשל **העדר נורמה אוסרת** לגביו"  
(ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (תשמ"ז, כרך ב) 489; ההדגשה במקור).

רציונאל דומה לזה הובא מפיו של בית הדין הנכבד בפסק הדין בעניין **בזק**, בהקשר לסעיף (1)3 **לחוק ההגבלים העסקיים**, המצוטט על ידנו לעיל. באותו עניין עמד בית הדין הנכבד על חשיבות הפטור מכח סעיף (1)3 **לחוק ההגבלים העסקיים** למניעת התנגשות בין החוק לבין הסדר אשר כל כבילותיו נקבעו בדין מיוחד.

סייג הצידוק עומד למבצע המעשה לא רק במקום בו קיימת נורמה משפטית המחייבת אותו לעשותו, אלא גם מקום בו הנורמה מסמיכה עשיית המעשה, או מתירה אותו. כך, קבע בית בית המשפט העליון כי סייג הצידוק יחול מקום בו אדם ציית להוראת שוטר גם אם זו לא ניתנה

בלשון ציווי, ואף אם היתה בידי אותו אדם הברירה לוותר על המטרה שהציב לפניו כשהגיע למקום ולא לבצע את ההוראה<sup>13</sup>.

3. 15 כל האמור בפרק זה מלמד, איפוא, כי ההסדר נשוא הבקשה שבכאן אינו אלא הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין במשמעות סעיף 13(1) **לחוק ההגבלים העסקיים** וככזה הוא לא ייחשב כהסדר כובל. ממילא הסדר שכזה אינו טעון עוד אישורו של בית הדין הנכבד, וראוי כי כך יקבע.

4. **לחילופין, ולמען הזהירות: ההסדר ראוי להתאשר מכח העקרונות שנקבעו בפסק הדין בתיק הע 491/98**

4.1 כאמור בפרק המבוא, **החוזה** נשוא הבקשה שבכאן עמד במרכז הליך שהתנהל בפני בית הדין הנכבד בתיק הע 491/98. העילה לפניו הנוכחית לבית הדין הנכבד נעוצה בשינוי המציאות הנורמטיבית שהביא עימו אישורם של **כללי משק החשמל**<sup>14</sup>, בגדרם נקבעה תחולה אקטיבית ובהשפעתם של **הכללים** על תוכנו של ההסדר המונח כיום בפני בית הדין הנכבד. ככל שימצא בית הדין הנכבד כי ההסדר שאישורו מבוקש כאן אינו עונה להגדרת הסדר "שכל כבילותיו נקבעו על פי דין", כאמור בסעיף 13(1) **לחוק ההגבלים העסקיים**, יתבקש בית הדין, לחילופין, לאשר ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. במקרה כזה, יתבקש בית הדין הנכבד להנחות עצמו בהתאם לדברים שיצאו מלפניו בעניין אחר, בו, בדומה לעניינו, נתבקש אישורו של הסדר כובל לאחר שחל שינוי במציאות הנורמטיבית. באותו עניין קבע בית הדין כדלקמן:

"ואולם, גם בהנחה שלא כל כבילותיו של ההסדר הינן על-פי דין, ומדובר בהסדר מעורב שרק חלק מכבילותיו נקבעו על פי דין, שאז אין הוא עונה על תנאי סעיף 3 לחוק ואין לנהוג על-פיו ללא אישור בית הדין. ואפילו נניח שגם הכבילות שנקבעו על-פי התיקון לחוק הבזק או מכוחו אינן מוציאות את סמכות האישור של בית הדין מזוית הראיה של דיני ההגבלים העסקיים, גם אז, אין אנו רשאים להתעלם מכוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בשינויי החקיקה האמורים. מתן תוקף לכוונה זו מצמצם לכאורה במידה ניכרת את מרחב שיקול הדעת הפתוח בפנינו שלא לאשר את ההסדר, לפחות בנוגע לאלה מהוראותיו שנקבעו מכח הדין".  
ה"ע 466/95 עידן חברה לכלים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך כו (4) 469, בסעיף 8 לפסק הדין; ההדגשות הוספו - הח"מ.

4.2 בבוחנו את ההסדר כיום, יתבקש איפוא בית המשפט הנכבד ליתן משקל מכריע לעובדה שההסדר כיום נסמך על **הכללים** שקבע מחוקק המשנה ליישום החלטת הממשלה לפתוח את ענף ייצור החשמל ליצרנים פרטיים. בתום הליך מורכב, שארך - למיטב ידיעתה של או.פי.סי - חודשים רבים, בחר מחוקק המשנה את הדרך המועדפת בעיניו לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל<sup>15</sup>: עסקה בשיטת מכירת יכולת ואנרגיה בדרך של הענקת בלעדיות לספק השירות החיוני, לתקופה שלא תעלה על 20 שנה. עם זאת היצרן הפרטי יהיה רשאי להשתחרר

<sup>13</sup> המ' 510/71 ליפקה נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (2) 797.

<sup>14</sup> השווה: בג"צ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (5) 1.

<sup>15</sup> ככל שמדובר ביצרנים פרטיים בהיקפים העלים על 50 מגהוואט.



מהעסקה בכל עת לאחר מועד הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, כפוף למתן הודעה לספק השירות החיוני, בעניינו: חברת החשמל.

4.3 במסגרת הכללים אימץ מחוקק המשנה את שיטת הבלעדיות שהינה השיטה המקובלת ברוב המדינות בשלב הראשון של פתיחת משק החשמל לתחרות. כפי שציין בית הדין הנכבד בפסק הדין, שיטה זו, שהינה מוכרת ומקובלת בעולם, מגדילה את האטרקטיביות של המכרז עבור משקיעים.

עם זאת, על מנת להגשים טוב יותר את המטרה בדבר השגת תחרות במקטע מכירת החשמל לצרכני קצה, הוענקה ליצרן החשמל הפרטי החירות להשתחרר מחוזה עם חברת החשמל, כולו או חלקו, ולמכור חשמל לצרכני קצה. בכך התגבר מחוקק המשנה על החסרון של שיטת הבלעדיות, אשר, לפי הטענה, מגשימה את המטרה האמורה בצורה טובה פחות.

4.4 דרך זו הולכת בעקבות אבני הדרך שהניח בית הדין הנכבד בפסק הדין בהע 491/98 הנ"ל אשר קרא למחוקק המשנה להתקין את הכללים - ויוצרת הסדר שהינו לטובת הציבור. לאור העובדה שדרך זו משלבת מתח גיסא את השיטה הטובה ביותר לשילוב יצרנים פרטיים במשק החשמל בישראל ומביאה, מאידך גיסא, לפגיעה מינימלית (אם בכלל) בתחרות - לא ניתן לראות חלופה ממשית להגשמת המטרה בדבר שילובם של יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל, אשר פגיעתה בציבור קשה פחות, ובכך עונה הסדר זה אף על כללי הסבירות והמידתיות.

4.5 חשוב לציין בפתחו של פרק זה כי גם עמדתו של המשיב 3, הממונה על ההגבלים העסקיים, הינה, לכאורה, כי אישור הכללים, ובמיוחד סעיפים 7 ו-8 שלהם מצדיקה אישור ההסדר. עמדה זו עולה מתוך מכתבו של היועץ המשפטי לרשות ההגבלים העסקיים דאז, עו"ד דרור שטרם, (אשר מונה ביני לבני לתפקיד הממונה על ההגבלים העסקיים), לסמנכ"ל למדיניות ותכנון במשרד התשתיות הלאומיות, מר אלי רונן מיום 31.7.00. במכתבו זה עמד עו"ד שטרם על כך שכניסתם לתוקף (הצפויה, באותה עת) של הכללים, מסמנת שינוי בנסיבות שהובילו לפסק דינו של בית הדין הנכבד בתיק הע 491/98. כן ציין עו"ד שטרם כי המצב לפיו פוגע ההסדר בטובת הציבור (המפורט בסעיף 63 לפסק הדין) - צפוי להשתנות עם כניסת הכללים לתוקף, שכן:

"... סעיפים 7 ו-8 לכללים (כנוסחם עתה) קובעים כי יצרן פרטי רשאי להשתחרר בכל עת מהסכם אספקה עם חברת החשמל (לרבות הסכם רמת חובב) בתנאים המפורטים שם. הנחתנו היא כי הצדדים להסכם רמת חובב, קרי חברת חשמל והיצרן הפרטי, ערים לשינוי זה וכי ברי להם כי הכללים חולשים על הוראת הבלעדיות שבהסכם ומסייגים אותה כאמור בסעיפים דנא לכללים".

על רקע זה המשיך עו"ד שטרם וציין:

"לאור האמור, ובפרט לאור השינוי כפי שהוא מוצא תוקף בכללים דלעיל החלים על הסכם רמת חובב, שוקל הממונה בחיוב מתן המלצה בפני בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: "החוק") למתן היתר זמני, עת יתבקש בית הדין לאשר את הסכם רמת חובב במסגרת בקשה לאישור הסדר כובל לפי סעיף 7 לחוק. עמדתנו זו מתבססת, כמובן, על ההנחה כי הכללים ייכנסו לתוקף כמות שהם". (ההדגשות הוספו - הח"מ).

העתק המכתב מצ"ב כנספת ה' לתצהיר התומך בבקשה זו;

4.6 להשלמת התמונה נציין כי בנספח לחוזה בין חברת החשמל לבין או.פי.סי., אשר יכנס לתוקף במידה ואו.פי.סי. תודיע על השתחררותה מהחוזה, הותוו עקרונות לאספקת חשמל ע"י או.פי.סי. במבנה מורכב - הן לחברת החשמל והן לצרכני קצה, ונקבעו הוראות המסדירות את היחסים בין הצדדים במקרה כזה, לרבות הוראות בדבר הגיבוי שינתן ע"י חברת החשמל.

4.7 נעבור עתה, איפוא, לפרט את הטעמים אשר מצדיקים אישורו של ההסדר ותומכים בטענה כי אישור זה יהא לטובת הציבור.

הערה: בשים לב לעובדה שבענינו של החוזה כבר התנהל בפני בית הדין דיון מעמיק ומקיף, ועל מנת שלא להלאות, לא נשוב ונפרוש כאן את כל התשתית העובדתית הצריכה לעניין, ולא נחזור ונפרט את מלוא הנימוקים שהובאו על ידי חברת החשמל בעתירתה הקודמת לאישור ההסדר. טיעוננו בגדרו של פרק זה יתמקד בטעמים המצדיקים אישורו של ההסדר נוכח נימוקי פסק הדין בתיק ה"ע 491/98, ובשים לב לכך שעסקינן בהסדר שיאפשר הגשמת מדיניות קידום ופיתוח התחרות במשק החשמל בישראל. עם זאת, או.פי.סי. שומרת לעצמה את הזכות להרחיב, לפרט ולהוסיף טיעונים, ככל שיהא בכך צורך.

4.8 בראשית הטיעון, ראוי לעמוד על מהותה של "הכבילה" בהסדר כיום: או.פי.סי. מתחייבת להעמיד לרשות חברת החשמל את כל ההספק הזמין וכן למכור לה את כל האנרגיה שתחנת הכח תוכל לספק (בהתאם לדרישת חברת החשמל) ואילו חברת החשמל מתחייבת לשלם לאו.פי.סי. עבור העמדת כל ההספק הזמין ועבור האנרגיה שתרכוש ממנה (הכל בהתאם להוראות החוזה) - זאת למשך 20 שנה. ואולם - וזה העיקר - ככל שתבקש או.פי.סי. להשתחרר מן העסקה לפני תום התקופה הקבועה בחוזה, היא תוכל, בכל מועד לאחר הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, להודיע לחברת החשמל כי היא מפחיתה את ההספק העומד לרשות חברת החשמל במידה זו או אחרת - עד השתחררות מלאה מההסכם. הכללים אינם מגבילים את או.פי.סי. מבחינת היקף ההספק אותו תוכל להפחית<sup>16</sup>.

בדרך זו, המאמצת את שיטת הבלעדיות - מחד גיסא ומעניקה ליצרן הפרטי חירות להשתחרר מהחוזה - מאידך גיסא, עונים הכללים במדויק על היתרונות אותם ראה בית הדין הנכבד לנגד עיניו בפתיחת השוק לתחרות בדרך שתאפשר ליצרן החשמל הפרטי גמישות בבחירת לקוחותיו בהתאם לצרכי השוק המשתנים (שם, בסעיף 75 לפסק הדין).

4.9 להלן נבחן את ההסדר כיום ונעמוד על יתרונותיו ועל הטעמים המצדיקים את אישורו. בתוך כך נראה כי בהסדר כיום לא מתקיימים עוד אותם יסודות לגביהם קבע בית הדין הנכבד כי הם פוגעים בטובת הציבור (שם, סעיף 63 לפסק הדין, בעמ' 42). ראשית, בניגוד למצב ששרר בטרם אישור הכללים, הרי שההסדר כיום מאפשר תחרות בין חברת החשמל לבין יצרן החשמל הפרטי על כיסם של צרכני קצה.

<sup>16</sup> עם זאת הכללים קובעים את פרק הזמן המינימלי להודעה כאמור, אשר נגזר מהיקף ההספק שתבקש או.פי.סי. להפחית: על הפחתה שאינה עולה על 25% מההספק המקסימלי של תחנת הכח ("היכולת המזערית"), יש להודיע שנים עשר חודשים מראש, ואילו על הפחתה העולה על היכולת המזערית יש להודיע 24 חודשים מראש.

**שנית**, ליצרן הפרטי משמעות עצמאית מבחינת שיקולי תחרות ולא ניתן עוד לומר כי הוא יהווה רק חלק ממערך הייצור של חברת החשמל.

גם עו"ד **שטרום**, במכתבו, **נספח ה'** הנ"ל, ציין לגבי קביעותיו של בית הדין בדבר פגיעתו של ההסדר בטובת הציבור כי "מצב זה צפוי להשתנות עם כניסת הכללים לתוקף שכן סעיפים 7 ו-8 לכללים (כנוסחם עתה) קובעים כי יצרן פרטי רשאי להשתחרר בכל עת מהסכם אספקה עם חברת החשמל (לרבות הסכם רמת חובב) בתנאים המפורטים שם".

נפרט דברינו :

4.9.1 אחת הפגיעות העיקריות שראה בבית הדין הנכבד בטובת הציבור ע"י ההסדר שהובא בפניו בה"ע 491/98 (אם לא העיקרית שבהן), היתה העדר אפשרות לתחרות בין **חברת החשמל** לבין יצרן החשמל הפרטי על כיסם של צרכני הקצה. מאפיין זה אינו מתקיים בהסדר כיום : נוכח האפשרות שמוקנית **לאו.פי.סי**. להפחית את היכולת העומדת לרשות **חברת החשמל** (עד להשתחררות מלאה מההסכם) לאחר הפעלתה המסחרית של תחנת הכח בהודעה לחברת החשמל - נפתח פתח לתחרות אמיתית בין **חברת החשמל** לבין **או.פי.סי** על מכירת חשמל לצרכני קצה. **או.פי.סי**. תוכל לשווק את החשמל שתייצר לצרכני הקצה, ואלה יוכלו לרכוש אותו ממנה במישרין. שוק שיווק החשמל לא נחסם בפני **או.פי.סי**, יצרן החשמל הפרטי, ואף נגישותם של הצרכנים לרכישת חשמל **מאו.פי.סי** (ולא מחברת החשמל) - לא נחסמה.

יתר על כן, ברי כי בהסדר כיום תהא **לאו.פי.סי** משמעות עצמאית במשק החשמל, במובנים של תחרות, באשר ניתן יהיה להעמיד את כל היקף הייצור של תחנת הכח (או חלקו), אשר יעמוד על כ- 3.5% מכלל ייצור החשמל בישראל, ישירות לרשותם של צרכני הקצה. הנה כי כן, גם היסוד השני הנ"ל שצויין **בפסק הדין**, לפיו לא תהא **לאו.פי.סי** משמעות מבחינת שיקולי תחרות - אינו מתקיים בהסדר כיום. ראוי להדגיש כי בית הדין הנכבד ראה ביכולתו של יצרן החשמל הפרטי למכור חשמל לצרכני קצה חשיבות רבה למהלך של פתיחת משק החשמל לתחרות, לנוכח המבנה של משק החשמל בישראל (ראה : עמ' 36 לפסק הדין).

4.9.2 דומה כי התמהיל שקבעו **הכללים** יוצר הסדר המצדיק אישורו מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור, ומאגד בתוכו "את הטוב משני העולמות" :

מתד גיסא ההסדר כיום עונה על הבעיה שעלולה להתעורר אצל ליצרן הפרטי להשיג חוזים ארוכי טווח, באשר הוא מעניק לו בטחון לתגמולים בעד ההספק הזמין ותשלום עבור האנרגיה שתירכש בפועל על ידי **חברת החשמל**. מענה זה חשוב במיוחד בנקודת הזמן של תחילת פתיחת השוק לתחרות, נוכח אי הודאות המאפיין אותו. ניתן איפוא לקבוע כי בהסדר מתקיימים היתרונות הטמונים בעסקה המאופיינת בבלעדיות שעניינם בהתאמתה לשילוב יצרן פרטי במשק החשמל בישראל ע"י הבטחת תשואה על ההון. בית הדין הנכבד עמד על צורך זה בפסק דינו (בסעיף 75) וגם ממצאי חוות הדעת של חברת **Pricewaterhouse Coopers** המאזכרת **בפסק הדין** באשר לדרך המיטבית לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל, קבעו כי "הסכם הבלעדיות

הוא זפוס הפעילות העונה בצורה הטובה ביותר על הדרישות ליישום הפרוייקט" (שם, בסעיף 15 לפסק הדין, עמ' 10).

מאידך גיסא, קיימים בהסדר יסודות המאפשרים הגשמת המטרה של השגת תחרות במקטע מכירת חשמל לצרכני קצה. יכולתו של היצרן הפרטי להשתחרר מהחובה השתחררות חלקית (או מלאה), במסגרת **ההסדר הנוכחי**, והגמישות שמעניקים לו **הכללים** בהקשר זה מאפשרת התנתקות הדרגתית מההזקקות לחוזה עם **חברת החשמל** באופן שיאפשר תחרות אמיתית, תוך מתן מענה "בזמן אמת" לצרכי השוק המשתנים, ובתוך כך לעומק הביקוש לחשמל שיוצר על ידו (ראה: סעיף 75 **לפסק הדין**). בהקשר זה ראוי להביא מתוך דבריו של בית הדין הנכבד, **בפסק הדין**, כדלקמן:

"ואולם נכונותם של הצרכנים להתקשר בהסכמים ארוכי טווח עם היצרן הפרטי עשויה להשתנות תכלית השינוי עם השלמת הקמתה של התחנה והתחלת פעילותה, תוך שהשוק מסתגל לקיומו של גורם נוסף ואמין בשוק, במיוחד אם זה ינקוט, במטרה להקל על חדירתו לשוק, במהלך תחרותי מקובל כמו הפחתת תעריפים. גם כאשר תושלם התחנה יש להניח שהחדירה לשוק לא תעשה בבת אחת, והיא תדרוש את עתותיה, כאשר בתחילת המהלך הזדקקותו של היצרן הפרטי למטריה הסטטוטורית של הבטחת הרכישה של ח"ח תהא גדולה יותר, ועם הזמן יש להניח כי תלך ותפחת". (סעיף 75 **לפסק הדין**).

אשר על כן ניתן לומר כי לא קיים בהסדר כיום החסרון של שיטת הבלעדיות, עליו עמדו מחברי **חוות הדעת** שעניינו בהגשמה פחות טובה של המטרה בדבר פתיחת השוק לתחרות.

4. 10 ההסדר כיום מגלם בחובו יתרון נוסף שכן הוא מאפשר השגת היעד של פתיחת 20% משוק היצור לתחרות תוך תקופה סבירה, באשר ההספק שתוכל תחנת הכח לספק - 3.5% משוק הייצור - יעמוד לתחרות מעת הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, נקודת הזמן לגביה ציין בית הדין כי השוק יהיה בתהליך הסתגלות ל"גורם נוסף ואמין בשוק" (שם, בסעיף 75 **לפסק הדין**).

4. 11 הנה כי כן, בפני בית הדין הנכבד עומד כעת הסדר אשר ראוי להתאשר, מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור, בהתאם לעקרונות שהותוו **בפסק הדין**. הלכה למעשה נוצר היום מצב שבית הדין וודאי לא התכוון ליצור ולפיו קביעת בית הדין בהע 491/98 היא שמונעת את הנעת גלגלי התחרות בתחום ייצור החשמל. אישורו של ההסדר יאפשר מימושו של **המכרז** וימנע ביטולו, בהתאם להלכה הפסוקה הקובעת כי יש להעדיף את הפתרון המקיים את המכרז ולהמנע מביטולו ככל שהדבר ניתן. ראה: בג"צ 433/72 **אלמי את מעתוק נ' עיריית ירושלים**, פ"ד כז (1) 51.

4. 12 זאת ועוד-אחרת. סעיף 2(10) **לחוק ההגבלים העסקיים** קובע כי בבוא בית הדין לבחון האם הסדר הוא לטובת הציבור, עליו לשקול, בין היתר, את תרומת ההסדר להבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור. לאחרונה, הולכות וגוברות טענותיה של **חברת החשמל** בדבר חששה כי בעתיד הנראה לעין, היא לא תוכל לספק את מלוא הביקוש הצפוי לחשמל (טענה שהועלתה על ידה גם בהליך הקודם, ראה: עמ' 31 **לפסק הדין**). אישורו של ההסדר כיום מתבקש, איפוא, גם בשל השיקול בדבר הבטחת היצע מספיק של חשמל לציבור, בהתאם לאמור בסעיף 2(10) **לחוק ההגבלים העסקיים**.

4. 13 בית הדין הנכבד יתבקש, איפוא, לראות את ההשפעה הכוללת של ההסדר על התחרות ועל טובת הציבור, שהינה חיובית ומטה את הכף לטובת אישורו.

**בפסק הדין** עמד בית הדין הנכבד על כך שבמסגרת השיקולים לאישור הסדר עליו להשתכנע כי התועלת הצפויה לציבור מההסדר תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להגרם בעטיו לציבור. במסגרת זו, המשיך בית הדין הנכבד וקבע שעל הכבילה להיות חיונית או לפחות נדרשת באופן מובהק לביצועו. בענייננו, הכבילה בהסכם הינה הכרחית לביצועו שכן היא מבטאת את החובה הסטוטורית של חברת החשמל לרכישת חשמל מיצרן החשמל הפרטי. מעבר לכך, מבחינה מהותית-מעשית הכבילה הינה הכרחית לנוכח החשיבות הנודעת להבטחת הרכישה ע"י חברת החשמל ליישום פתיחת הענף לתחרות ליצרני חשמל פרטיים.

יתר על כן, ההסדר כיום הלכה למעשה אינו כופה בלעדיות על יצרן החשמל הפרטי שאינו רוצה בכך לנוכח האפשרות להשתחרר מהעסקה, ופותחת פתח למכירת חשמל לצרכני קצה ע"י יצרן החשמל הרציונאלי בהתאם לעומק השוק בזמן אמת. לפיכך לא ניתן לומר שהכבילה עולה על הנדרש לביצועו של ההסדר.

4. 14 חשוב לעמוד בהקשר לחיוניות אישורו של ההסדר כיום דווקא על החשיבות שראה בית הדין הנכבד **במכרז**, כפי שהדבר בא לידי ביטוי **בפסק הדין**, כדלקמן:

"...לדעתנו אין להתייחס למכרז הנוכחי כשולי בחשיבותו רק משום שהיקף ייצור החשמל שבו מדובר עומד על כ- 3.5% מכלל ייצור החשמל בלבד. ההתייחסות הנכונה למכרז זה צריך שתהא על רקע החלטת הממשלה הפותחת בפני ייצור פרטי, בשלב ראשון, 10% עד 20% (בהעדר אפשרות ליבוא) מכלל ייצור החשמל במדינה. משמע, מדובר בפלח שבין 18% עד 35% מכלל מקטע הייצור המתוכנן לפתיחה לתחרות, שהוא חלק משמעותי מפלח שוק זה". (שם, בסעיף 68 **לפסק הדין**, בעמ' 44).

**א.פ.י.סי** מבקשת להצטרף בכל הכבוד לקביעה זו ולהוסיף כי היא סבורה שחשיבות זו שראה בית הדין **במכרז** מתחזקת שבעתיים בשים לב לעובדה שהמדובר במכרז הבינלאומי הראשון להקמת תחנת כח פרטית בהיקף שכזה, ולפיכך, יהיו בהכרח לתוצאותיו השפעה על נכונותם של משקיעים זרים רציניים להשתתף במכרזים הבינלאומיים הבאים שיערכו בישראל. לאישורו של ההסדר כיום תהא, אם כן, השלכה גם על קידום התחרות במסגרת המכרזים הבינלאומיים הבאים, אשר עתידיים להערך כדי להגשים את המטרה של פתיחת משק החשמל ליצרנים פרטיים.

לא למותר לציין בהקשר זה כי הערכות למכרז מהסוג בו עסקינן הינה מורכבת ביותר והמשאבים שהיה על **א.פ.י.סי** להשקיע על מנת להגיש הצעה בגדרו, לאורך חודשים ארוכים - הינם עצומים. כאמור, בסך הכל השקיעו **א.פ.י.סי**. ובעלי מניותיה סך של **כשישה וחצי מליון דולר** בהכנת ההצעה **למכרז**, הכנה שכללה, בין היתר, הערכות להתארגנות הקבוצה, לימוד מעמיק של התנאים הטכניים **במכרז**, בדיקה משפטית של מסמכי **המכרז**, הפניית שאלות הבהרה **לחברת החשמל**, ייעוץ כלכלי ופיננסי לפרוייקט וכן בביצוע פעולות לרבות תשלומים להבטחת אספקת ציוד התחנה.

4. 15 כל האמור בפרק זה מלמד, אם כן, כי ההסדר כיום ראוי להתאשר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור.

5. בשולי בקשה זו ובטרם נסכם את האמור בה, נבקש להעלות בפני בית הדין הנכבד, למען הזהירות בלבד, שני נושאים נוספים בהם עוסק **החזקה** הנושקים לתחום ההגבלים העסקיים. אנו מביאים הדברים בפני בית הדין הנכבד להשלמת התמונה, ועל מנת שלא תעלה בעתיד כל טענה בדבר קיומו של מכשול נוסף בפני מימוש תוצאות המכרז בו זכתה **או.פי.סי.** העוסק, כדברי בית הדין הנכבד בחלק משמעותי מקטע ייצור החשמל המתוכנן לתחרות.

5.1 הנושא הראשון עניינו בהסכם אשר עתיד להכרת בין **או.פי.סי.** לבין ספק גז טבעי לצורך אספקת גז טבעי להפעלת תחנת הכח, ובמחיר הגז הטבעי שיקבע בהסכם זה. במה דברים אמורים?  
על פי תנאי **החזקה**, נשוא בקשה זו, מהווה מחיר הגז הטבעי שתרכוש **או.פי.סי.** אחד מרכיבי התשלום המגיע **לאו.פי.סי.** מחברת החשמל. משמעות הדבר היא כי חברת החשמל היא זו שתישא בעלות רכישת הגז הטבעי ע"י **או.פי.סי.** זאת בעוד שגובהו של נתון זה אינו ידוע כרגע, והוא תלוי בתוצאות המו"מ שבין **או.פי.סי.** לבין ספק הגז הטבעי באשר למחיר הגז. על רקע זה התחייבה **או.פי.סי.**<sup>17</sup> להשתדל להשיג את מחיר הגז הטבעי הנמוך ביותר, לעדכן את חברת החשמל בדבר מצבו של המו"מ בינה לבין ספק הגז הטבעי, ולשתף פעולה עם חברת החשמל בנסיון להשיג מחיר שווה למחיר הגז הטבעי שחברת החשמל תשלם לספק גז טבעי, או מחיר קרוב אליו ככל הניתן. על רקע המבנה החוזי המתואר דומה כי קביעת תנאי כאמור בדבר חובתה של **או.פי.סי.** לנסות ולרכוש גז טבעי במחיר נמוך ככל הניתן (בגבולות הסביר ובכפוף לסטנדרטים מקובלים), ולשם כך אף לשתף פעולה עם חברת החשמל - היא מובנת ואולי אף מתבקשת. אשר על כן גם דינו של סעיף זה להתאשר - ככל שהוא זקוק לאישור.

5.2 הנושא השני עניינו בתנאי שנקבע בנספח "O" לחזקה (הוא נספח השינויים שיוחל במידה **ואו.פי.סי.** תבקש להשתחרר מהחזקה)<sup>18</sup> ולפיו: במשך תקופת החזקה שבין צרכן הקצה לבין **או.פי.סי.** לא יוכל צרכן הקצה להיות, בו זמנית, צרכן של חברת החשמל.

5.2.1 בפתח הדברים ראוי להבהיר את היקפו של תנאי זה:

**ראשית**, לצורך התנאי האמור "צרכן" הוא רק מי שיש לו מונה חשמל אחד בלבד.  
מכאן שמפעל או חברה מסויימת שלהם מספר "סניפים" במקומות שונים, או לחילופין מספר

<sup>17</sup> שם, בסעיף 32A.1 (ii).

<sup>18</sup> שם במבוא לנספח (A) וכן בסעיף 12 שבפרק B שלו.

מוני חשמל, יכולים להיות צרכני קצה של **או.פי.סי** ושל חברת החשמל, בו זמנית, במונים השונים:

"However, a consumer such as a factory or company which is situated in different location, or alternatively has more than one electricity meter at the same site, may in part of the sites / electricity meters become End Users and in the other sites / electricity meters be a consumer of IEC"<sup>19</sup>

**שנית**, התנאי האמור אינו גורע, כמובן, מיכולתו של צרכן הקצה לקבל חשמל מחברת החשמל בשמה של **או.פי.סי**, מקום בו רשאית **או.פי.סי** לבקש הדבר מחברת החשמל, בהתקיים תנאים מסויימים הקבועים בחוזה. כך למשל קובע סעיף 13 בחלק B של נספח O:

"In the event the Facility is available and there is no requirement from the CDC for the supply of electricity to IEC, upon the Producer's request, IEC shall supply electricity to the End Users even though the Facility has not been put into operation. In such event the payment and billing provisions of paragraph B.6 and B.11 above shall apply"

ראה גם: סעיף 1 בחלק B לנספח O.

5.2.2 הסדר זה עולה בקנה אחד עם יישומם של הכללים בכל הנוגע לזכות ההשתחררות של היצרן הפרטי שכן מתן אפשרות לצרכן שלו מונה אחד להיות, בו זמנית, לקוח של יותר מיצרן חשמל אחד מחייב השקעות נוספות בתשתית אצל הצרכן, אשר יאפשרו אימות המונים לגבי פרקי הזמן בהם יסופק החשמל "ע"י" **חברת החשמל** או ע"י **או.פי.סי**. הדבר עלול גם ליצור בעיות ממשיות בתחום משלוח החיובים וגבייתם ובתחום הגדרת האחריות של **חברת החשמל** ושל **או.פי.סי**. לגבי תקלות שעלולות להיווצר בשעות שונות במשך היום. הנה כי כן לפיצול כאמור עלולות להיות תוצאות אשר יצרו מעמסה בירוקרטית כבדה ואשר יהיו להן השלכות משפטיות. כל אלה עלולים ליצור מודל מסורבל של התקשרות בין **או.פי.סי**. לבין צרכני הקצה, כל זאת כאשר ברור כי לצורך חדירתה של **או.פי.סי** לענף כניצן ראשון בתחום אספקת החשמל לצרכני קצה חשוב כי ההתקשרות בין **או.פי.סי** לבין צרכן הקצה תהא פשוטה ומובנת ככל הניתן.

<sup>19</sup> ראה: נספח "O", פרק B בסעיף 12.

**6. סיכום ומסקנות**

6.1 האמור בבקשה זו מלמד כי לאור התקנת **כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק חיוני)**, התש"ס - 2000 אשר שינו באופן אקטיבי את המציאות הנורמטיבית מורכב ההסדר כיום משילוב הוראותיו של החוזה עם הוראות הכללים והדבר מחייב שינוי המסקנה אליה הגיע בית הדין הנכבד בפסק הדין.

6.2 ראשית עמדנו על כך שההסדר כיום פטור, לכאורה, מאישורו של בית הדין, בהיותו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין, אשר אינו מהווה כלל הסדר כובל. עמדנו על כך שהשיטה שנקבעה בכללים לביצוע עסקה מהסוג בו עסקינן, היא שיטה של בלעדיות היצרן הפרטי כלפי הספק החיוני (חברת החשמל) - אותה שיטה שנקבעה בחוזה נשוא בקשה זו וגם משך ההסכם המותר בכללים תואם את משכו של סעיף הבלעדיות בחוזה.

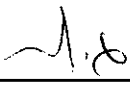
6.3 לחילופין, הראנו כי גם אם יקבע שההסדר כיום איננו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין, הרי שעדיין ראוי לאשר את ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. בהקשר זה הבהרנו כיצד היסודות הפוגעים בטובת הציבור עליהם עמד בית הדין הנכבד בפסק הדין, ניטלו מההסדר כיום ע"י הכללים. עמדנו גם על כך שבית דין נכבד זה הנחה עצמו בעבר ליתן תוקף לכוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בשינויי חקיקה ע"י צמצום לכאורה של מרחב שיקול הדעת הנתון לבית הדין שלא לאשר את ההסדר.

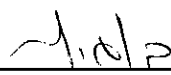
6.4 לאלה יש להוסיף את עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים (כפי שבאה לידי ביטוי **בנספח ת הנ"ל**) לפיה ההסדר כיום ראוי להתאשר וראוי ליתן לצדדים היתר זמני לנהוג על פיו.

6.5 בקשה זו נתמכת בתצהירו של מר משה כץ, המשמש כמנכ"ל משותף של או.פי.סי.

6.6 פרטי ההסדר הכובל האמור נמסרו לרישום במרשם ההסדרים הכובלים ביום 9.12.01.

6.7 נוכח כל האמור לעיל יתבקש בית הדין הנכבד לקבוע כי ההסדר אינו טעון, באשר כל כבילותיו נעשו על פי דין או, לחילופין, לאשר את ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. כן יתבקש בית הדין הנכבד ליתן לצדדים כל סעד שיראה מלפניו כנכון, או כצודק.

  
גילת אייל, עו"ד  
מ.ר. 23191

  
חנן מלצר, עו"ד  
מ.ר. 8433

9.12.01  
תאריך

ב"כ או.פי.סי. רמת חובב בע"מ



## תצהיר

אני הח"מ, משה כץ, נושא ת.ז. 30660567, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת בכתב, כדלקמן:

- א. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לבקשתה של או.פי.סי. רמת חובב בע"מ (להלן: "או.פי.סי.") לאישור הסדר כובל, או להכרה בו ככזה שאינו מצריך אישור.
- ב. אני מכהן בתפקיד מנכ"ל משותף באו.פי.סי. והוסמכתי לעשות תצהיר זה מטעמה.
- ג. העובדות המפורטות בתצהירי זה ידועות לי מידיעה אישית, בין היתר בתוקף תפקידי האמור, אלא אם יצויין בצד הדברים שהם לפי מיטב הבנתי, או אמונתי, שאז זהו המצב לגבי.
- ד. הטיעון המשפטי המפורט בתצהיר זה מבוסס על חוות דעת שניתנה לי על-ידי יועציה המשפטיים של או.פי.סי, לה אני מאמין.

### ואלה פרטי ההסדר:

#### הצד להסדר המבקש החלטה:

שם: או.פי.סי רמת חובב בע"מ.

מען: הנמל 2 ת.ד. 1755 חיפה 31016

מען למסירת מסמכים: אצל ב"כ מלצר ושות', עו"ד מרח' קפלן 2, ת"א 65202

#### שמות הצדדים להסדר ומעניהם:

א. שם: או.פי.סי רמת חובב בע"מ (להלן: "או.פי.סי").

מען: כמפורט לעיל.

ב. שם: חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "חברת החשמל").

מען: ת.ד. 8810, חיפה 31086.

(להלן יכוננו הצדדים דלעיל ביחד: "הצדדים", או "הצדדים להסדר").

### צורת ההסדר:

בכתב.

### תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר ואלה הנוגעים לו:

- א. מכרז חברת החשמל מס' 2/1997, מיום 5.8.1997, לרכישת חשמל שייוצר בתחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית שתוקם באתר רמת חובב (להלן: "המכרז"). מסמך זה מצ"ב (ללא נספחיו) כנספח א' לתצהירי זה.
- ב. נוסח החוזה אשר עתיד להיחתם בין הצדדים להסדר (להלן: "החוזה").

מסמך זה מצ"ב כנספח ב' לתצהירי זה<sup>1</sup>.

- ג. נוסח רשיון לייצור חשמל אשר עתיד להינתן לאו.פי.סי - טרם ניתן.
- ד. כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000 (להלן: "כללי משק החשמל" או "הכללים"), בגדרם נקבע כי הם יחולו "גם על עסקה שהליכים לעניינה החלו לפני יום התחילה וטרם נסתיימו" (שם, בסעיף 9), והם מתירים לאו.פי.סי להשתחרר מהחובה לפני תום התקופה שנקבעה בו.
- תצלום הכללים, אשר נחתמו ע"י שר התשתיות הלאומיות ביום 10.9.00, מצ"ב כנספח ג' לתצהירי זה.
- ה. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת א. חיות) בה"פ 200938/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.I.P.P. Limited Partnership, דינים מחוזי כז (1) 342 מיום 8.3.99, בו הוכרזה או.פי.סי כזוכה במכרז, ופסק דינו של בית המשפט העליון (כב' המשנה לנשיא, השופט ש. לוי (אב"ד) והשופטים: ד. ביניש ומ. אילן) בע"א 2293/99 I.I.P.P. Limited Partnership נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, דינים עליון נ, 931, מיום 9.8.99, בו אושרה זכייתה של או.פי.סי במכרז.
- פסקי הדין מצ"ב כנספחים ד1 ו- ד2 לתצהירי זה.

#### הנכס נשוא ההסדר:

תחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית בשיטת "מחזור משולב" שתוקם ע"י או.פי.סי באתר רמת חובב (להלן: "תחנת הכח"), והאנרגיה החשמלית שניתן להפיק בתחנה זו, בהספק כולל מירבי של כ- 350-370 מגה-וואט.

#### מהות הכבילה:

התחייבותה של או.פי.סי להעמיד לרשות חברת החשמל את כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי דרישה) את כל האנרגיה שתחנת הכח תוכל לספק (ראה סעיפים 3.3.7 ו- 4.1.3 לחוזה, נספח ב' הני"ל). הערה: למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, לפי הוראות הדין, כפי שהן בתוקף עתה מכח הכללים, לא ייחשב ההסדר כהסדר כובל, הכל כמפורט להלן.

---

<sup>1</sup> המדובר בחוזה שצורף למכרז אשר הותאם במספר אלמנטים, שאין בהם כדי להשפיע על ההסדר:

א. הוספו בו שינויים שהופצו לכלל משתתפי המכרז במהלך המכרז (1997 - 1998).

ב. הוספו נתוני הצעתה של או.פי.סי, הזוכה במכרז (בגוף ההסכם ובנספחים).

ג. נערכו השינויים המחוייבים בתאריכים הקלנדריים.

ד. עודכנו הסעיפים הנוגעים לגז טבעי כדי להסדיר נושאים טכניים הנוגעים להתחשבויות בגין צריכת יתר או צריכת חסר של כמות הגז אשר חברת החשמל מעריכה שהחברה תצרוך - לעניין זה ראה גם סעיף 4 לבקשה זו.

ה. מעבר לכך, הוסף נספח "O" המגדיר התאמות, אשר יחול במידה ואו.פי.סי תודיע על רצונה למכור חלק מהחשמל המיוצר (או

את כולו) לצרכני קצה, בהתאם לכללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000.

החוזה כפוף, כמובן, להוראות כל דין בכלל, ולהוראות כללי משק החשמל הני"ל - בפרט.

## תקופת ההסדר:

20 שנה (על פי החוזה), בכפוף להוראות כללי משק החשמל המתירים לאו.פי.סי להשתחרר מהחוזה לפני תום התקופה, בהודעה מראש לחברת החשמל (על פי הכללים יכולה ההודעה להינתן מיום הפעלתה המסחרית של התחנה, והיא תאפשר השתחררות בתוך 12 או 24 חודשים, לפי העניין).

## עיקרי הטעמים המצדיקים אישור בית הדין, או הכרה בכך שההסדר אינו מצריך אישור:

### 1. מבוא

1.1 החוזה נשוא בקשה זו, הינו חוזה לרכישת חשמל שייוצר בתחנת כח להפקת אנרגיה חשמלית שעתידה להיות מוקמת באתר רמת חובב. החוזה עתיד להיחתם בין חברת החשמל לבין או.פי.סי - היא הזוכה במכרז שפורסם על ידי חברת החשמל, בהוראת משרד התשתיות, כחלק מיישום מדיניות הממשלה לשילוב יצרני חשמל פרטיים במערך יצור החשמל בישראל. זכייתה של או.פי.סי אושרה על ידי בית המשפט העליון ביום 9.8.99, בפסק דינו, נספח ד' הני"ל, כפי שאפרט בסעיף 2.7 שלהלן.

1.2 החוזה שצורף למכרז עמד במרכזה של בקשה לאישור הסדר כובל שהוגשה מטעם חברת החשמל לבית דין נכבד זה בה"ע 491/98, בטרם נבחרה או.פי.סי, אשר לא היתה צד להליך האמור - כזוכה במכרז. הבקשה נדחתה על ידי בית הדין (כב' השופט י. עדיאל (אב"ד) והחברים: פרופ' מ. סרנט ומר ר. הרמן) בפסק דינו מיום 22.3.99 (להלן: "פסק הדין"). בפסק הדין קבע בית הדין הנכבד כי פגיעתו של ההסדר שהוצג לו בטובת הציבור מתבטאת בכך שהוא לא יאפשר, במשך 20 שנה, כל תחרות בין חברת החשמל לבין יצרן החשמל הפרטי (מכיוון שהוא יחסום בפני היצרן הפרטי את שוק השיווק של החשמל ויחסום בפני הצרכנים את הנגישות ליצרן הפרטי), ולא תהיה לקיומו של היצרן הפרטי כמעט כל משמעות עצמאית מבחינת שיקולי התחרות. העובדות המפורטות בסעיף זה ידועות לי מתוך פסק הדין.

1.3 הבקשה שבכאן מוגשת לאחר התקנתם של כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס - 2000, שהותקנו ביום 10.9.00 מכח סעיפים 20(ב) ו-63 לחוק משק החשמל, התשנ"ו - 1996. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הכללים יצקו תוכן לחובת רכישת החשמל

מיצרן פרטי המוטלת על ספק חיוני בחוק משק החשמל ע"י קביעת הכללים למימושה<sup>2</sup>. בנוסף, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הכללים שינו באופן אקטיבי את המציאות הנורמטיבית הנוהגת והחילו לפיכך את השינויים המחוייבים על החוזה נשוא הבקשה. ההסדר נשוא הבקשה שבכאן מורכב איפוא משילוב הוראותיו של החוזה עם הוראותיהם של הכללים.

<sup>2</sup> ברי, עם זאת כי הכללים אינם מסדירים באופן ממצה את מלוא התנאים הדרושים למימושה של החובה, ולפיכך נקבע בהם (בסעיף 5) כי העסקה תיערך לפי חוזה שייחתם בין הספק ובין היצרן, כאשר אם פורסם מכרז ייחתם החוזה בהתאם לתנאיו ואם לא פורסם מכרז ייחתם חוזה המותאם לשיטת העסקה והטעון אישורו של השר.

קיומם של הכללים, תחולתם האקטיבית והשפעתם על ההסכם שנבחן ע"י בית הדין הנכבד מביאים לשינוי המסקנה אליה הגיע בית הדין בפסק הדין.

1.4 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, משמעותו של השינוי האמור, שחל עם התקנת הכללים, לצורך בקשה זו היא כפולה:

ראשית, ההסדר בא בגדר סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים כהסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין ולא נחשב לפיכך הסדר כובל. זאת מאחר ושיטת עריכת העסקה בה נוקט החוזה (בלעדיות) היא אותה השיטה שקובעים הכללים לעריכת עסקה מסוג זה. שיטת עריכת העסקה במתכונת זו נכפית איפוא, ממילא, ע"י הכללים.

שנית, הכללים (בסעיף 7) מתירים ליצרן החשמל הפרטי, בעניינו או.פי.סי, להשתחרר מהחובה לפני תום התקופה שנקבעה בו במתן הודעה לחברת החשמל, דבר שיכול להיעשות ממועד הפעלתה המסחרית של התחנה. עובדה זו משנה את אופי הכבילה בהסדר כיום, והוא תואם את העקרונות שהותוו בפסק הדין, אשר מגלמים את טובת הציבור בהקשר לפתיחת תחום יצור החשמל לתחרות. מבחינת תוכנו אין ההסדר כופה על יצרן החשמל הפרטי מתן בלעדיות לבעל רשיון ספק שירות חיוני, במובן זה שהוא מאפשר לו להשתחרר מהעסקה, כאמור, ואינו חוסם בפניו גישה לצרכנים אחרים.

1.5 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, אישורו של ההסדר מתבקש למען הזהירות, מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור ויאפשר הגשמת המטרה בדבר פתיחת משק החשמל לתחרות ושילוב יצרני חשמל פרטיים במערך הייצור בישראל. יתר על כן אישורו של ההסדר יאפשר את מימושו של המכרז, בהתאם להלכה הפסוקה הקובעת כי יש להעדיף את הפתרון המקיים מכרז, וימנע ירידתו לטמיון של כל ההשקעות שהיו כרוכות בו (או.פי.סי השקיעה עד כה כשישה וחצי מליון דולר בפרוייקט), והפגיעה בשמה הטוב של ממשלת ישראל ובמוניטין שלה כעורכת מכרזים בינלאומיים בתחום ההפרטה בכלל והפרטת משק החשמל בפרט.

1.6 למיטב הבנתי, נוכח התקנת הכללים ותחולתם האקטיבית על ההסדר שאישורו מתבקש כאן, גם עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים כיום היא כי ההסדר ראוי להתאשר וכי ראוי ליתן לצדדים היתר זמני לנהוג על פי ההסדר (ראה: מכתבו של היועץ המשפטי לרשות ההגבלים העסקיים דאז, עו"ד דרור שטרום, אשר מונה ביני לביני לתפקיד הממונה על ההגבלים העסקיים, נספח ה' לתצהירי זה).

## 2. הצדדים; השתלשלות ההליכים

2.1 המבקשת, או.פי.סי הינה חברה פרטית, אשר נתאגדה כדין ואשר מטרותיה, בין השאר, עיסוק בתכנון, בניה, רכישת ציוד בעלות והקמה של תחנות כח וכן אספקת חשמל מתחנות כח. או.פי.סי הוקמה במסגרת התארגנות לשם השתתפות במכרז.

- 2.2 **המשיבה 1, חברת החשמל**, הינה חברה העוסקת בייצור, הולכה, חלוקה ומכירה של חשמל לכלל הציבור בישראל. חברת החשמל כפופה להוראות **חוק משק החשמל, התשנ"ו - 1996** (להלן: "**חוק משק החשמל**")
- 2.3 **המשיב 2** הוא הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "**הממונה**").
- 2.4 **המשיב 3** הוא מנהל מינהל החשמל במשרד התשתיות הלאומיות.
- 2.5 **המשיב 4** הוא שר התשתיות הלאומיות ולמיטב הבנתי הוא ממונה על ביצוע **חוק משק החשמל**, לאחר שהועברו אליו הסמכויות שהיו נתונות בחוק זה לשר האנרגיה והתשתיות<sup>3</sup>.
- הערה: **המשיבים 2 - 4** מצורפים כאן כמשיבים לנוכח מעורבותם בעניין, כפי שעוד יפורט להלן, ובשים לב לכך שהם צורפו כ**משיבים** לבקשה לאישור הסדר כובל בה"ע 491/98. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, צירופו של **המשיב 2** נעשה גם לנוכח הוראת סעיף 8 **לחוק ההגבלים העסקיים**.
- 2.6 **המכרז** להקמת תחנת כח פרטית היווה נדבך ביישום מדיניות הממשלה לשילוב יצרני חשמל פרטיים במערך ייצור החשמל בישראל. בעקבות החלטת הממשלה בעניין מיום 28.5.1995, החליט **משרד התשתיות הלאומיות** כי יצרן חשמל פרטי יקים ברמת חובב תחנת כח לייצור חשמל באמצעות גז טבעי בהספק מירבי של 350 מגה-וואט. **משרד התשתיות הלאומיות** הטיל על **חברת החשמל** את פרסום המכרז להקמת תחנת הכח החדשה וזו אכן פרסמה לשם כך את המכרז.
- 2.7 **א.פי.סי** השתתפה **במכרז**, והוכרזה כזוכה בו, בפסק דין שניתן בתום הליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב (ה"פ 200938/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.I.P.P. Limited Partnership**, בפני כב' השופטת א. חיות, **נספח ד1** הנ"ל). ערעור שהוגש על פסק הדין - נדחה - ובית המשפט העליון אישר את זכייתה של **א.פי.סי** ואימץ את נימוקי בית המשפט המחוזי (ע"א I.I.P.P. Limited Partnership 2293/99 **נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, בפני כב' המשנה לנשיא, השופט ש. לוין והשופטים: ד. ביניש ומ. אילן, **נספח ד2** הנ"ל).
- 2.8 המהלכים הכרוכים בחתימתו של **החוזה** (כגון: הליך רישוי, הזמנת ציוד, עריכת הסכמי המימון המתחייבים והסגירה הפיננסית) עוכבו לאחר **פסק דינו** של בית דין נכבד זה בתיק ה"ע 491/98, בו נקבע כי תניית הבלעדיות **שבחוזה** (שנקבעה לתקופה של 20 שנה) הינה הסדר כובל, ונדחתה בקשת **חברת החשמל** לאישור ההסדר. הנה כי כן, הגם שזכייתה של **א.פי.סי** **במכרז** אושרה על ידי בית המשפט העליון לפני כשנתיים, הרי שעד כה לא נחתם **החוזה** בינה לבין **חברת החשמל**.

<sup>3</sup> הודעה על הקמת משרד התשתיות הלאומיות, ביטול משרד האנרגיה והתשתיות והעברת שטחי פעולה למשרד התשתיות הלאומיות, י"פ התשנ"ו, עמ' 4436.

עם זאת, לאחר התקנת הכללים ובשים לב לעמדת הממונה, כפי שבאה לידי ביטוי במכתבו של עו"ד שטרום, נספח ה הנ"ל, קודמו מהלכים לקידום הפרוייקט מתוך כוונה להגיש בקשה לאישורו של החוזה לכשיבשיל לחתימה ועוד בטרם יחתם (כפי שאכן נעשה כעת) ומתוך ידיעה כי חתימתו של החוזה וכניסתו לתוקף מותנות באישור בית הדין הנכבד.

2.9 זהו, איפוא, הרקע לבקשה שבכאן.

נעבור עתה מהמבוא לטרקלין ונפרוש טיעוניה של **או.פי.סי.** לגופם.

בחלק הראשון נפרט את הנימוקים לגישה לפיה ההסדר הינו הסדר שכל כבילותיו על פי דין ולפיכך פטור הוא מאישורו של בית הדין הנכבד.

בחלק השני נביא את בקשתה החילונית של **או.פי.סי.** לאישור ההסדר - במידה ויקבע כי המדובר בהסדר כובל.

### 3. ההסדר נשוא הבקשה הוא עתה הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין

3.1 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הבקשה שבכאן מוגשת למען הזהירות, שכן לגישה של **או.פי.סי.**, כפי שתפורט להלן, בעקבות התקנת הכללים, כל כבילותיו של ההסדר כיום נקבעו על פי דין. לפיכך, כפי שמורה סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ההסדר לא ייחשב כהסדר כובל וממילא אין הוא טעון עוד אישורו של בית הדין הנכבד. עם זאת, נוכח **פסק הדין** בה"ע 491/98 שניתן ע"י בית הדין הנכבד טרם התקנת הכללים, ראוי שגישה זו תתאשר גם על ידי בית הדין הנכבד.

3.2 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הוראת סעיף 3 **לכללים** קובעת שתי דרכים לעריכת עסקה לרכישת חשמל בין יצרן חשמל פרטי (בענייננו: **או.פי.סי.**) לבין ספק חשמל (בענייננו: **חברת החשמל**).

השיטה הרלבנטית לעריכת עסקה כזו, מקום בו מדובר במתקן לייצור חשמל בהספק כולל מירבי של כ- 350-370 מגה-וואט, כבענייננו, מכונה **בכללים** שיטת "מכירת יכולת זמינה ואנרגיה". לפי שיטה זו מעמיד היצרן לרשות הספק יכולת זמינה, ומוכר לו אנרגיה לפי דרישתו. **הכללים** קובעים כי בשיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה תינתן בלעדיות לספק החשמל, כדלקמן:

"3(א) עסקה תיערך לפי אחת משתי שיטות אלה:

(1) מכירת יכולת זמינה ואנרגיה - שלפיה מעמיד יצרן לרשות הספק יכולת זמינה, ומוכר לו אנרגיה לפי דרישתו.

...

(ג) בעסקה לפי שיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה, תעמוד כל האנרגיה הניתנת לייצור מהיכולת הזמינה שבעדה מקבל היצרן תמורה, לרשות הספק בלבד; ואולם היצרן רשאי למכור לאחר אנרגיה מיוצרת זמינה בזמנים שאינה דרושה לספק, אם הגיע בעניין זה לידי הסדר עם הספק"

עם זאת, קובעים הכללים כי ליצרן החשמל הפרטי נתונה החירות להשתחרר מההסכם, כולו או חלקו, בכל עת לאחר מועד הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, כפוף למתן הודעה לספק השירות החיוני, כדלקמן:

7. (א) על אף האמור בסעיף 6, רשאי יצרן להשתחרר מעסקה, כולה או חלקה, לפני תום התקופה שנקבעה בחוזה, ובלבד שנתן לספק הודעה מראש שתקופתה לא תפחת מהתקופה שנקבעה לפי סעיף קטן (ב) (להלן - ההודעה מראש).
- (ב) תקופת ההודעה מראש תהיה -
- (1) בעסקה שנעשתה לפי שיטת מכירת יכולת זמינה ואנרגיה - 12 חודשים אם היקף היכולת שהופחת מהספק אינו עולה על 50 מגא-וואט או על 25% מהיקף היכולת שהועמד לרשות הספק, לפי הגבוה שבהם (להלן - היכולת המזערית), ו-24 חודשים אם עלה היקף היכולת שהופחת על היכולת המזערית;
- (2) בעסקה שנעשתה לפי שיטת מכירת אנרגיה - 12 חודשים.
- (ג) לא תינתן הודעה כאמור לפני מועד ההפעלה המסחרית של מיתקן היצרן.
- (ד) ספק לא יהיה זכאי לפיצוי או לתשלום כלשהו בשל כך בלבד שהיצרן השתחרר מוקדם.
- (ה) השר רשאי לפי בקשתו של יצרן או ספק לקצר את תקופת ההודעה מראש לפי סעיף קטן (ב) או להאריך לתקופה שלא תעלה על 12 חודשים נוספים, אם לדעתו לא תהיה בכך פגיעה בהספקה סדירה, אמינה ויעילה של חשמל וכפוף להוראות סעיף 17(א)(1) לחוק".

בנוסף, מסדירים הכללים את דרך חידושה של העסקה, מקום בו יצרן החשמל הפרטי שהשתחרר מהעסקה השתחררות מוקדמת מבקש לשוב ולמכור חשמל לספק השירות החיוני, וקובעים את התנאים בהם חייב ספק השירות החיוני לחדש את העסקה.

3.3 בדומה להסדר שקובעים הכללים, גם החוזה נשוא ההסדר קובע בלעדיות לספק החשמל, אולם למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, גם בחוזה, הוראות אלה אינן ממצות את ההסדר שבין הצדדים, שכן הבלעדיות ההדדית מסוייגת בחירות שניתנה ליצרן החשמל הפרטי, בסעיפים 7 ו-8 לכללים, להשתחרר מההסכם, ולחדש, כמפורט לעיל.

למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, תחולתם האקטיבית של הכללים על החוזה נשוא בקשה זו מעוגנת בהוראת סעיף 9 לכללים אשר קובעת כי הכללים "יחולו גם על עסקה שהליכים לעניינה החלו לפני יום התחילה וטרם נסתיימו". החוזה נשוא הבקשה שבכאן, עונה להגדרה זו, שכן ההליכים לעניינו החלו זה מכבר, אולם טרם נסתיימו.

למען השלמות מובאות כאן ההוראות בחוזה אשר קובעות את תנאי הבלעדיות:

"3.3.7 The Producer undertakes that it shall only supply electricity from the Facility to IEC and to no other third party whatsoever, whether via IEC's grid or otherwise throughout the terms of this agreement".

- 4.1.3 Exclusivity of Supply to IEC
- 4.1.3.1 Throughout the terms of this agreement, the Producer shall supply and/or make available exclusively to IEC Net Electric Energy generated by the Facility.
- 4.1.3.2 The producer irrevocably waives any right to supply electric energy produced by the Facility to any third party whatsoever during the terms of this Agreement.
- 3.4 כאמור, הוכן נספח שינויים לחוזה, הוא נספח "O" אשר יחול אם **א.פ.י.סי.** תבקש לממש את החירות הנתונה לה **בכללים** ולהשתחרר מהסכם הבלעדיות.
- 3.4.1 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הנספח מיועד לקבוע את הדרך בה תיושמה הוראות הכללים לצורך החוזה, והוא קובע מפורשות את עדיפותם של **הכללים** על האמור בו, כדלקמן<sup>4</sup>:
- "This Appendix does not in any way derogate from or restrict the rights of IEC and the Producer under the rules. As the Rules have officially been published in Hebrew and parts thereof are referred to in this Appendix "O" (in English), in the event of any inconsistency between those parts and the Rules, the provisions stated in the Rules (in Hebrew) shall prevail"
- 3.4.2 בכל הנוגע להשתחררות מוקדמת מהעסקה קובע הנספח כי בהתאם ל**כללים** יהא היצרן רשאי, לאחר הפעלתה המסחרית של התחנה, להפחית את היכולת המסופקת לחברת חשמל באופן מלא או חלקי, בהודעה מראש שיתן לחברת החשמל בזמנים שנקבעו לכך **בכללים**.
- 3.5 הנה כי כן, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, השיטה שנקבעה **בכללים** לעריכת עסקה מהסוג בו עסקינן, היא שיטה של בלעדיות של היצרן הפרטי כלפי הספק החיוני (**חברת החשמל**) - אותה שיטה שנקבעה **בחוזה**. הכבילה שאישורה מבוקש במסגרת הבקשה שבכאן (התחייבותה של **א.פ.י.סי.** להעמיד לרשות **חברת החשמל** את כל ההספק הזמין ולמכור לה (לפי דרישה) את כל האנרגיה **שתחנת הכח** תוכל לספק) זהה לכבילה שנקבעה ע"י מחוקק המשנה **בכללים**. אלא שבלעדיות זו הינה כאמור מסוייגת בשל יכולתו של היצרן הפרטי להשתחרר, כאמור בסעיף 7 **לכללים** אשר חל גם על החוזה.
- 3.6 אשר לתקופת החוזה, הרי שלמיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, **הכללים** קובעים בסעיף 6, כי זולת אם נקבע אחרת במכרז, תיקבע תקופת העסקה, בשיטה של מכירת יכולת זמינה ואנרגיה, בידי היצרן, ובלבד שהיא לא תעלה על 20 שנה. לעניין זה רואים עסקה כמתחילה במועד התחלת הפעלתו המסחרית של המתקן.

<sup>4</sup> נספח "O", שם בסעיף A.



תקופת העסקה נקבעה בחוזה ל- 20 שנה:

" 3.2.1 Subject to all the provisions of Subarticle 3.2A below, the term of this Agreement shall commence on the Effective Date<sup>5</sup> and run for twenty (20) years after the Commercial Operation Date<sup>6</sup>"

מכאן שתקופת החוזה, כפי שנקבעה בו, תואמת גם היא את האמור בכללים. בענייננו נקבעה, כאמור, תקופת העסקה במכרז, אולם למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, גם לולא נעשה כן, הרי שעל פי הכללים יכול היה היצרן להעמיד את תקופת העסקה על 20 שנה.

3.7 עניינו הרואות, כבילותיו של ההסדר כיום, מעוגנות כולן בכללים.

3.8 להשלמת התמונה אוסיף כי למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הכללים בענייננו מהווים דין, בהתאם לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 ולפסיקה בעניין, כמפורט בבקשה.

3.9 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, עולה מכאן שכל כבילותיו של ההסדר נשוא הבקשה - הינן על פי דין.

הרציונאל העומד בבסיס הפטור מכח סעיף 1(3) הוא שמירת החופש של הריבון להסדיר תחומי פעילות כלכליים מסויימים מבלי שחוק ההגבלים העסקיים יגביל אותו. המחוקק הכיר בכך שלעתים הסדרת פעילות בענפים מסויימים מחייבת פגיעה בתחרות וקידום של אינטרסים אחרים.

ראה: קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קביעת קו פעולה על ידי לשכת שמאי המקרקעין, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב', 37, בעמ' 50.  
גם בפסק הדין עמד בית הדין הנכבד על כך שסעיף 1(3) לחוק מבטא את שלילת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים בשל שיקולי ריבונות (שם, בעמ' 59).

3. 10 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הכללים מבטאים את המדיניות של מחוקק המשנה ואת הדרך בה בחר לשלב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל. לפיכך קבעו הכללים באופן פוזיטיבי את השיטה לעריכת עסקה לרכישת חשמל בין יצרן פרטי לבין ספק חשמל - בדרך של העמדת כל האנרגיה הניתנת לייצור מהיכולת הזמינה לרשות הספק בלבד, קרי: בלעדיות, הכפופה כמובן ליכולתו של יצרן החשמל הפרטי להשתחרר מהחוזה. אם יבקשו היום הצדדים להתקשר זה עם זה לשם רכישת חשמל שלא באמצעות החוזה נשוא בקשה זו, הרי שתניית הבלעדיות תחול על ההתקשרות ביניהם מכח הכללים. מתחייבת, אם כן, המסקנה כי הכללים כופים את קיום הכבילה הקיימת בהסדר. הכללים אף מסדירים את משך הכבילה וקובעים כי תקופת העסקה לא תעלה על 20 שנה.

<sup>5</sup> מוגדר בסעיף 3.1 לחוזה.

<sup>6</sup> מוגדר בסעיף 2.5 לחוזה.

3. 11 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, ראוי עם זאת להדגיש כי הגם שהכללים כופים את דרך עריכת העסקה, הרי שבחינת תוכנה של דרך זו מעלה שאין בה משום כפיה של היצרן הפרטי ליתן בלעדיות לבעל רשיון ספק חיוני שכן היא מתירה לו להשתחרר (באופן חלקי או מלא) מהסכם הבלעדיות במתן הודעה לחברת החשמל מעת ההפעלה המסחרית של המתקן. הענקת פטור להסדר נשוא בקשה זו מכח סעיף 3(1) לחוק מתחייבת, איפוא, על מנת שלא לסכל מדיניות זו.

3. 12 ודוק: למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הסדר יחשב כהסדר שכל כבילותיו על פי דין, אם הכבילות בו מתחייבות מכח הדין, או, למצער, מוסדרות מכוחו. כך נקבע מפי בית הדין הנכבד בערר 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב (1), 66, עת נדרש לטענת בזק לפיה יש ללמוד אנלוגיה מסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים לגבי מונופולין.

למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, גם הממונה על הגבלים העסקיים, עת נדרש לסוגייה, קבע בעבר כי לשם הגדרתו של הסדר כהסדר כובל על פי דין יש להראות כי הדין כופה את קיומן של כל הכבילות המפורטות בהסדר, ולחילופין יש להראות כי הדין מתיר מפורשות את קיומן של כל הכבילות שבהסדר.

3. 13 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, דוקטרינה דומה בדין האמריקאי המבוססת על מתן פטור מדיני ההגבלים העסקיים על מנת לשמור את חופש הרגולציה של הריבון, קובעת גם היא את תחולת הפטור מקום בו קיים דין הכופה את הכבילה או מתיר אותה. כך מכיר הדין האמריקאי בחסיון מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במסגרת הדוקטרינה של "מעשה מדינה"<sup>7</sup> המאפשרת למדינה, במסגרת פעילותה השלטונית, לקדם ערכים מסויימים שהיא רואה חשיבות בקידומם גם אם הדבר כרוך בהעדפתם על האינטרסים המוגנים על ידי דיני ההגבלים העסקיים, או על ידי איזון הערכים שנקבע בהם. דוקטרינה זו מבוססת על רציונל הדומה לזה שעומד בבסיס הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים. בית המשפט העליון האמריקאי הבהיר כי הדוקטרינה מבוססת על ההנחה שהקונגרס האמריקאי, עת חוקק את ה-Sherman Act לא ביקש למנוע מהממשל המדינתי את האפשרות לכפות הגבלת תחרות ואת היכולת להנהיג מדיניות רגולטיבית<sup>8</sup>. גם כאן נקבע כי על מנת להנות מהפטור מתחולתו של ה-Sherman Act הפדרלי (במסגרת המבחן הקובע כי הכבילה חייבת להיות "one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy"<sup>9</sup>), די בכך שהדין המדינתי מתיר

<sup>7</sup> ראה: *Parker v. Brown* 317 US 341 (1942).

<sup>8</sup> ראה: *Southern Motor Carriers Rate Conference Inc. v. United States* 471 U.S. 48 (1985), 56.

<sup>9</sup> ראה עניין: *California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum*, 445 U.S. 97 (1980) שהינו פסק הדין המנחה לעניין תחולתה של הדוקטרינה על גופים פרטיים. המבחן השני שנקבע באותו עניין, הינו כי הכבילה נתונה לפיקוח אקטיבי של המדינה.

להשלמת התמונה נוסף כי קודם להחלת הדוקטרינה על גופים פרטיים היא הוחלה על גופים ציבוריים בפסק הדין בעניין *City of Lafayette, Louisiana v. Louisiana Power & Light Company* 435 US 389 (1978)

את הכבילה, ואין הכרח כי הוא יכפה את קיומה<sup>10</sup>. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, לנוכח הזיקות בין הרציונאליים שבבסיס שתי מערכות הדינים, הרי שההנמקה המובאת לקביעה זו, כמפורט בבקשה, יפה - על דרך ההשוואה - גם לקביעה לפיה כדי להנות מהפטור הקבוע בסעיף (1)3 לחוק אין הכרח כי הדין יכפה את הכבילה.

למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הדוקטרינה של מעשה מדינה אומצה בפסק הדין בע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מ"י, פ"ד מו (3) 599, שם בעמ' 606, שם נקבע כי לא ניתן לראות במדינה, בפעילותה השלטונית, צד להסדר כובל. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, גם בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופט טלגם) קבע לאחרונה כי דוקטרינת מעשה המדינה האמריקאית התקבלה בדין הישראלי, במסגרת סעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים, כפי שמובא בבקשה להשלמת התמונה ראוי להזכיר כי, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בפסק הדין בה"ע 491/98 הביע בית הדין הנכבד את הדעה כי יש להחיל את הדוקטרינה כפי שהיא נוהגת במשפט הקהילתי האירופי.

3. 14 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הרי שבדומה לפטור המעוגן בסעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים מכיר המשפט הפלילי הישראלי בסייג הצידוק למעשה הפלילי ככזה הבא לשלול פלילות מעשה, אשר נעשה על פי נורמה משפטית שהינה דין מיוחד. כמו חוק ההגבלים העסקיים, אשר קובע כי הסדר שכל כבילותיו נעשו על פי דין לא מהווה הסדר כובל, שולל גם סייג הצידוק את פלילותו של המעשה שנעשה על פי הדין המיוחד מדעיקרא (ואין המדובר בפטור מאחריות פלילית) - הכל כמפורט בבקשה.

3. 15 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, כל האמור בפרק זה מלמד כי ההסדר נשוא הבקשה שבכאן אינו אלא הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין במשמעות סעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים וככזה הוא לא ייחשב כהסדר כובל. ממילא הסדר שכזה אינו טעון עוד אישורו של בית הדין הנכבד, וראוי כי כך יקבע.

<sup>10</sup> עניין Southern Motor הנ"ל, שם בעמ' 61.

4. לחילופין, ולמען הזהירות: ההסדר ראוי להתאשר מכח העקרונות שנקבעו בפסק הדין בתיק הע 491/98

4.1 כאמור בפרק המבוא, החוזה נשוא הבקשה שבכאן עמד במרכז הליך שהתנהל בפני בית הדין הנכבד בתיק הע 491/98. למיטב הבנתי לפי עצה משפטית שקיבלתי, העילה לפנייה הנוכחית לבית הדין הנכבד נעוצה בשינוי המציאות הנורמטיבית שהביא עימו אישורם של כללי משק החשמל<sup>11</sup>, בגדרם נקבעה תחולה אקטיבית ובהשפעתם של הכללים על תוכנו של ההסדר המונח כיום בפני בית הדין הנכבד.

ככל שימצא בית הדין הנכבד כי ההסדר שאישורו מבוקש כאן אינו עונה להגדרת הסדר "שכל כבילותיו נקבעו על פי דין", כאמור בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, יתבקש בית הדין, לחילופין, לאשר ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. במקרה כזה, יתבקש בית הדין הנכבד להנחות עצמו בהתאם לדברים שיצאו מלפניו בעניין אחר. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, באותו עניין, בדומה לעניינו, נתבקש אישורו של הסדר כובל לאחר שחל שינוי במציאות הנורמטיבית, ובית הדין קבע כדלקמן:

"ואולם, גם בהנחה שלא כל כבילותיו של ההסדר הינן על-פי דין, ומדובר בהסדר מעורב שרק חלק מכבילותיו נקבעו על פי דין, שאז אין הוא עונה על תנאי סעיף 3 לחוק ואין לנהוג על-פיו ללא אישור בית הדין. ואפילו נניח שגם הכבילות שנקבעו על-פי התיקון לחוק הבזק או מכוחו אינן מוציאות את סמכות האישור של בית הדין מזוית הראיה של דיני ההגבלים העסקיים, גם אז, אין אנו רשאים להתעלם מכוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בשינויי החקיקה האמורים. מתן תוקף לכוונה זו מצמצם לכאורה במידה ניכרת את מרחב שיקול הדעת הפתוח בפנינו שלא לאשר את ההסדר, לפחות בנוגע לאלה מהוראותיו שנקבעו מכח הדין".

ה"ע 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך כו (4) 469, בסעיף 8 לפסק הדין; ההדגשות הוספו - הח"מ.

4.2 בבוחנו את ההסדר כיום, יתבקש איפוא בית המשפט הנכבד ליתן משקל מכריע לעובדה שההסדר כיום נסמך על הכללים שקבע מחוקק המשנה ליישום החלטת הממשלה לפתוח את ענף ייצור החשמל ליצרנים פרטיים. בתום הליך מורכב, שארך - למיטב ידיעתי - חודשים רבים, בחר מחוקק המשנה את הדרך המועדפת בעיניו לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל<sup>12</sup>: עסקה בשיטת מכירת יכולת ואנרגיה בדרך של הענקת בלעדיות לספק השירות החיוני, לתקופה שלא תעלה על 20 שנה. עם זאת היצרן הפרטי יהיה רשאי להשתחרר מהעסקה בכל עת לאחר מועד הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, כפוף למתן הודעה לספק השירות החיוני, בעניינו: חברה החשמל.

4.3 במסגרת הכללים אימץ מחוקק המשנה את שיטת הבלעדיות שהינה, למיטב ידיעתי, השיטה המקובלת ברוב המדינות בשלב הראשון של פתיחת משק החשמל לתחרות. כפי שציין בית הדין הנכבד בפסק הדין, שיטה זו, שהינה מוכרת ומקובלת בעולם, מגדילה את האטרקטיביות של המכרז עבור משקיעים.

<sup>11</sup> השווה: בג"צ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (5) 1.

<sup>12</sup> ככל שמדובר ביצרנים פרטיים בחיקפים העלים על 50 מגהוואט.

עם זאת, על מנת להגשים טוב יותר את המטרה בדבר השגת תחרות במקטע מכירת החשמל לצרכני קצה, הוענקה ליצרן החשמל הפרטי החירות להשתחרר מחוזה עם חברת החשמל, כולו או חלקו, ולמכור חשמל לצרכני קצה. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בכך התגבר מחוקק המשנה על החסרון של שיטת הבלעדיות, אשר, לפי הטענה, מגשימה את המטרה האמורה בצורה טובה פחות.

4.4 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, דרך זו הולכת בעקבות אבני הדרך שהניח בית הדין הנכבד **בפסק הדין** בהע 491/98 הנ"ל אשר קרא למחוקק המשנה להתקין את **הכללים** - ויוצרת הסדר שהינו לטובת הציבור. לאור העובדה שדרך זו משלבת מחד גיסא את השיטה הטובה ביותר לשילוב יצרנים פרטיים במשק החשמל בישראל ומביאה, מאידך גיסא, לפגיעה מינימלית (אם בכלל) בתחרות - לא ניתן לראות חלופה ממשית להגשמת המטרה בדבר שילובם של יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל, אשר פגיעתה בציבור קשה פחות, ובכך עונה הסדר זה אף על כללי הסבירות והמידתיות.

4.5 חשוב לציין בפתחו של פרק זה כי גם עמדתו של **המשיב 3, הממונה על ההגבלים העסקיים**, הינה, לכאורה, כי אישור הכללים, ובמיוחד סעיפים 7 ו-8 שלהם מצדיקה אישור ההסדר. עמדה זו עולה מתוך מכתבו של היועץ המשפטי לרשות ההגבלים העסקיים דאז, עו"ד דרור שטרום, (אשר מונה ביני לבני לתפקיד **הממונה על ההגבלים העסקיים**), **לסמנכ"ל למדיניות ותכנון במשרד התשתיות הלאומיות**, מר אלי רונן מיום 31.7.00. במכתבו זה עמד עו"ד שטרום על כך שכניסתם לתוקף (הצפויה, באותה עת) של **הכללים**, מסמנת שינוי בנסיבות שהובילו לפסק דינו של בית הדין הנכבד בתיק הע 491/98. כן ציין עו"ד שטרום כי המצב לפיו פוגע ההסדר בטובת הציבור (המפורט בסעיף 63 לפסק הדין) - צפוי להשתנות עם כניסת **הכללים** לתוקף, שכן:

"... סעיפים 7 ו-8 לכללים (כנוסחם עתה) קובעים כי יצרן פרטי רשאי להשתחרר בכל עת מהסכם אספקה עם חברת החשמל (לרבות הסכם רמת חובב) בתנאים המפורטים שם. הנחתנו היא כי הצדדים להסכם רמת חובב, קרי חברת חשמל והיצרן הפרטי, ערים לשינוי זה וכי ברי להם כי הכללים חולשים על הוראת הבלעדיות שבהסכם ומסייגים אותה כאמור בסעיפים דנא לכללים".

על רקע זה המשיך עו"ד שטרום וציין:

"לאור האמור, ובפרט לאור השינוי כפי שהוא מוצא תוקף בכללים דלעיל החלים על הסכם רמת חובב, שוקל הממונה בחיוב מתן המלצה בפני בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: "**החוק**") למתן היתר זמני, עת יתבקש בית הדין לאשר את הסכם רמת חובב במסגרת בקשה לאישור הסדר כובל לפי סעיף 7 לחוק. עמדתנו זו מתבססת, כמובן, על ההנחה כי הכללים ייכנסו לתוקף כמות שהם". (ההדגשות הוספו - הח"מ).

העתק המכתב מצ"ב **כנספת ה'** לתצהיר התומך בבקשה זו;

4.6 להשלמת התמונה אציין כי בנספח **לחזה** בין חברת החשמל לבין **או.פי.סי.**, אשר יכנס לתוקף במידה **ואו.פי.סי.** תודיע על השתחררותה מהחזה, הותוו עקרונות לאספקת חשמל ע"י **או.פי.סי.** במבנה מורכב - הן לחברת החשמל והן לצרכני קצה, ונקבעו הוראות המסדירות את היחסים בין הצדדים במקרה כזה, לרבות הוראות בדבר הגיבוי שינתן ע"י חברת החשמל.

4.7 אעבור עתה, איפוא, לפרט את הטעמים אשר מצדיקים אישורו של ההסדר ותומכים בטענה כי אישור זה יהא לטובת הציבור.

הערה: בשים לב לעובדה שבענינו של החוזה כבר התנהל בפני בית הדין דיון מעמיק ומקיף, ועל מנת שלא להלאות, לא תפורט כאן שוב כל התשתית העובדתית הצריכה לעניין, ולא יפורטו את מלוא הנימוקים שהובאו על ידי חברת החשכל בעתירתה הקודמת לאישור ההסדר. טיעונה של או.פי.סי. בגדרו של פרק זה יתמקד בטעמים המצדיקים אישורו של ההסדר נוכח נימוקי פסק הדין בתיק הי"ע 491/98, ובשים לב לכך שעסקינן בהסדר שיאפשר הגשמת מדיניות קידום ופיתוח התחרות במשק החשכל בישראל. עם זאת, או.פי.סי. שומרת לעצמה את הזכות להרחיב, לפרט ולהוסיף טיעונים, ככל שיהא בכך צורך.

4.8 בראשית הדברים, ראוי לעמוד על מהותה של "הכבילה" בהסדר כיום, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי: או.פי.סי. מתחייבת להעמיד לרשות חברת החשכל את כל ההספק הזמין וכן למכור לה את כל האנרגיה שתחנת הכח תוכל לספק (בהתאם לדרישת חברת החשכל) ואילו חברת החשכל מתחייבת לשלם לאו.פי.סי. עבור העמדת כל ההספק הזמין ועבור האנרגיה שתרכוש ממנה (הכל בהתאם להוראות החוזה) - זאת למשך 20 שנה. ואולם - וזה העיקר - ככל שתבקש או.פי.סי. להשתחרר מן העסקה לפני תום התקופה הקבועה בחוזה, היא תוכל, בכל מועד לאחר הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, להודיע לחברת החשכל כי היא מפחיתה את ההספק העומד לרשות חברת החשכל במידה זו או אחרת - עד השתחררות מלאה מההסכם. הכללים אינם מגבילים את או.פי.סי. מבחינת היקף ההספק אותו תוכל להפחית.<sup>13</sup>

למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בדרך זו, המאמצת את שיטת הבלעדיות - מחד גיסא ומעניקה ליצרן הפרטי חירות להשתחרר מהחוזה - מאידך גיסא, עונים הכללים במדויק על היתרונות אותם ראה בית הדין הנכבד לנגד עיניו בפתיחת השוק לתחרות בדרך שתאפשר ליצרן החשכל הפרטי גמישות בבחירת לקוחותיו בהתאם לצרכי השוק המשתנים (שם, בסעיף 75 לפסק הדין).

4.9 להלן יבחן ההסדר כיום ויובאו יתרונותיו והטעמים המצדיקים את אישורו. בתוך כך יוצג כי בהסדר כיום לא מתקיימים עוד אותם יסודות לגביהם קבע בית הדין הנכבד כי הם פוגעים בטובת הציבור (שם, סעיף 63 לפסק הדין, בעמ' 42).

ראשית, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בניגוד למצב ששרר בטרם אישור הכללים, הרי שההסדר כיום מאפשר תחרות בין חברת החשכל לבין יצרן החשכל הפרטי על כיסם של צרכני קצה.

שנית, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, ליצרן הפרטי משמעות עצמאית מבחינת שיקולי תחרות ולא ניתן עוד לומר כי הוא יהווה רק חלק ממערך הייצור של חברת החשכל.

<sup>13</sup> עם זאת הכללים קובעים את פרק הזמן המינימלי להודעה כאמור, אשר גזור מהיקף ההספק שתבקש או.פי.סי. להפחית: על הפחתה שאינה עולה על 25% מההספק המקסימלי של תחנת הכח ("היכולת המזערית"), יש להודיע שנים עשר חודשים מראש, ואילו על הפחתה העולה על היכולת המזערית יש להודיע 24 חודשים מראש.

גם עו"ד שטרס, במכתבו, נספח ה' הנ"ל, ציין לגבי קביעותיו של בית הדין בדבר פגיעתו של ההסדר בטובת הציבור כי "מצב זה צפוי להשתנות עם כניסת הכללים לתוקף שכן סעיפים 7 ו-8 לכללים (כנוסחם עתה) קובעים כי יצרן פרטי רשאי להשתחרר בכל עת מהסכם אספקה עם חברת החשמל (לרבות הסכם רמת חובב) בתנאים המפורטים שם".

אפרט הדברים :

4.9.1 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, אחת הפגיעות העיקריות שראה בבית הדין הנכבד בטובת הציבור ע"י ההסדר שהובא בפניו בה"ע 491/98 (אם לא העיקרית שבהן), היתה העדר אפשרות לתחרות בין חברת החשמל לבין יצרן החשמל הפרטי על כיסם של צרכני הקצה. מאפיין זה אינו מתקיים בהסדר כיום: נוכח האפשרות שמוקנית לאו.פי.סי. להפחית את היכולת העומדת לרשות חברת החשמל (עד להשתחררות מלאה מההסכם) לאחר הפעלתה המסחרית של תחנת הכח בהודעה לחברת החשמל - נפתח פתח לתחרות אמיתית בין חברת החשמל לבין או.פי.סי על מכירת חשמל לצרכני קצה. או.פי.סי. תוכל לשווק את החשמל שתייצר לצרכני הקצה, ואלה יוכלו לרכוש אותו ממנה במישרין. שוק שיווק החשמל לא נחסם בפני או.פי.סי, יצרן החשמל הפרטי, ואף נגישותם של הצרכנים לרכישת חשמל מאו.פי.סי (ולא מחברת החשמל) - לא נחסמה.

יתר על כן, ברי כי בהסדר כיום תהא לאו.פי.סי משמעות עצמאית במשק החשמל, במובנים של תחרות, באשר ניתן יהיה להעמיד את כל היקף היצור של תחנת הכח (או חלקו), אשר יעמוד על כ- 3.5% מכלל ייצור החשמל בישראל, ישירות לרשותם של צרכני הקצה. הנה כי כן, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, גם היסוד השני הנ"ל שצויין בפסק הדין, לפיו לא תהא לאו.פי.סי משמעות מבחינת שיקולי תחרות - אינו מתקיים בהסדר כיום. ראוי להדגיש כי בית הדין הנכבד ראה ביכולתו של יצרן החשמל הפרטי למכור חשמל לצרכני קצה חשיבות רבה למהלך של פתיחת משק החשמל לתחרות, לנוכח המבנה של משק החשמל בישראל (ראה: עמ' 36 לפסק הדין).

4.9.2 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, דומה כי התמהיל שקבעו הכללים יוצר הסדר המצדיק אישורו מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור, ומאגד בתוכו "את הטוב משני העולמות": מחד גיסא ההסדר כיום עונה על הבעיה שעלולה להתעורר אצל ליצרן הפרטי להשיג חוזים ארוכי טווח, באשר הוא מעניק לו בטחון לתגמולים בעד ההספק הזמין ותשלום עבור האנרגיה שתירכש בפועל על ידי חברת החשמל. מענה זה חשוב במיוחד בנקודת הזמן של תחילת פתיחת השוק לתחרות, נוכח אי הודאות המאפיין אותו. ניתן איפוא לקבוע כי בהסדר מתקיימים היתרונות הטמונים בעסקה המאופיינת בבלעדיות שעניינם בהתאמתה לשילוב יצרן פרטי במשק החשמל בישראל ע"י הבטחת תשואה על ההון. בית הדין הנכבד עמד על צורך זה בפסק דינו (בסעיף 75) וגם ממצאי חוות הדעת של חברת Pricewaterhouse Coopers המאוזכרת בפסק הדין באשר לדרך המיטבית לשילוב יצרני חשמל פרטיים במשק החשמל בישראל, קבעו כי "הסכם הבלעדיות

הוא דפוס הפעילות העונה בצורה הטובה ביותר על הדרישות ליישום הפרוייקט" (שם, בסעיף 15 לפסק הדין, עמ' 10).

מאידך גיסא, קיימים בהסדר יסודות המאפשרים הגשמת המטרה של השגת תחרות במקטע מכירת חשמל לצרכני קצה. יכולתו של היצרן הפרטי להשתחרר מהחווה השתחררות חלקית (או מלאה), במסגרת **ההסדר הנוכחי**, והגמישות שמעניקים לו **הכללים** בהקשר זה מאפשרת התנתקות הדרגתית מההיזקקות לחווה עם **חברת החשמל** באופן שיאפשר תחרות אמיתית, תוך מתן מענה "בזמן אמת" לצרכי השוק המשתנים, ובתוך כך לעומק הביקוש לחשמל שיווצר על ידו (ראה: סעיף 75 **לפסק הדין**). בהקשר זה ראוי להביא מתוך דבריו של בית הדין הנכבד, **בפסק הדין**, כדלקמן:

"ואולם נכונותם של הצרכנים להתקשר בהסכמים ארוכי טווח עם היצרן הפרטי עשויה להשתנות תכלית השינוי עם השלמת הקמתה של התחנה והתחלת פעילותה, תוך שהשוק מסתגל לקיומו של גורם נוסף ואמין בשוק, במיוחד אם זה ינקוט, במטרה להקל על חדירתו לשוק, במהלך תחרותי מקובל כמו הפחתת תעריפים. גם כאשר תושלם התחנה יש להניח שהחדירה לשוק לא תעשה בבת אחת, והיא תדרוש את עתותיה, כאשר בתחילת המהלך הזדקקותו של היצרן הפרטי למטריה הסטטוטורית של הבטחת הרכישה של ח"ח תהא גדולה יותר, ועם הזמן יש להניח כי תלך ותפחת". (סעיף 75 **לפסק הדין**).

אשר על כן ניתן לומר כי לא קיים בהסדר כיום החסרון של שיטת הבלעדיות, עליו עמדו מחברי **חוות הדעת** שעניינו בהגשמה פחות טובה של המטרה בדבר פתיחת השוק לתחרות.

4. 10 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, ההסדר כיום מגלם בחובו יתרון נוסף שכן הוא מאפשר השגת היעד של פתיחת 20% משוק היצור לתחרות תוך תקופה סבירה, באשר ההספק שתוכל תחנת הכח לספק - 3.5% משוק הייצור - יעמוד לתחרות מעת הפעלתה המסחרית של תחנת הכח, נקודת הזמן לגביה ציין בית הדין כי השוק יהיה בתהליך הסתגלות ל"גורם נוסף ואמין בשוק" (שם, בסעיף 75 **לפסק הדין**).

4. 11 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בפני בית הדין הנכבד עומד כעת הסדר אשר ראוי להתאשר, מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור, בהתאם לעקרונות שהותוו **בפסק הדין**. הלכה למעשה נוצר היום מצב שבית הדין וודאי לא התכוון ליצור ולפיו קביעת בית הדין בהע 491/98 היא שמונעת את הנעת גלגלי התחרות בתחום ייצור החשמל. אישורו של ההסדר יאפשר מימוש של **המכרז** וימנע ביטולו, בהתאם להלכה הפסוקה הקובעת כי יש להעדיף את הפתרון המקיים את המכרז ולהמנע מביטולו ככל שהדבר ניתן. ראה: בג"צ 433/72 **אלמי את מעתוק נ' עיריית ירושלים**, פ"ד כז (1) 51.

4. 12 זאת ועוד-אחרת. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, סעיף 10(2) **לחוק ההגבלים העסקיים** קובע כי בבוא בית הדין לבחון האם הסדר הוא לטובת הציבור, עליו לשקול, בין היתר, את תרומת ההסדר להבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור. לאחרונה, הולכות וגוברות טענותיה של **חברת החשמל** בדבר חששה כי בעתיד הנראה לעין, היא לא תוכל לספק את מלוא הביקוש הצפוי לחשמל (טענה שהועלתה על ידה גם בהליך הקודם, ראה: עמ' 31 **לפסק**



הדין). אישורו של ההסדר כיום מתבקש, איפוא, גם בשל השיקול בדבר הבטחת היצע מספיק של חשמל לציבור, בהתאם לאמור בסעיף 10(2) **לחוק ההגבלים העסקיים**.

4. 13 בית הדין הנכבד יתבקש, איפוא, לראות את ההשפעה הכוללת של ההסדר על התחרות ועל טובת הציבור, שהינה חיובית ומטה את הכף לטובת אישורו.

למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, **בפסק הדין** עמד בית הדין הנכבד על כך שבמסגרת השיקולים לאישור הסדר עליו להשתכנע כי התועלת הצפויה לציבור מההסדר תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להגרם בעטיו לציבור. במסגרת זו, המשיך בית הדין הנכבד וקבע שעל הכבילה להיות חיונית או לפחות נדרשת באופן מובהק לביצועו. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, בענייננו, הכבילה בהסכם הינה הכרחית לביצועו שכן היא מבטאת את החובה הססטוטורית של חברת החשמל לרכישת חשמל מיצרן החשמל הפרטי. מעבר לכך, מבחינה מהותית-מעשית הכבילה הינה הכרחית לנוכח החשיבות הנודעת להבטחת הרכישה ע"י חברת החשמל ליישום פתיחת הענף לתחרות ליצרני חשמל פרטיים.

יתר על כן, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, ההסדר כיום הלכה למעשה אינו כופה בלעדיות על יצרן החשמל הפרטי שאינו רוצה בכך לנוכח האפשרות להשתחרר מהעסקה, ופותח פתח למכירת חשמל לצרכני קצה ע"י יצרן החשמל הרציונאלי בהתאם לעומק השוק בזמן אמת. לפיכך לא ניתן לומר שהכבילה עולה על הנדרש לביצועו של ההסדר.

4. 14 חשוב לעמוד בהקשר לחיוניות אישורו של ההסדר כיום דווקא על החשיבות שראה בית הדין הנכבד **במכרז**, כפי שהדבר בא לידי ביטוי **בפסק הדין**, כדלקמן:

"...לדעתנו אין להתייחס למכרז הנוכחי כשולי בחשיבותו רק משום שהיקף ייצור החשמל שבו מדובר עומד על כ- 3.5% מכלל ייצור החשמל בלבד. ההתייחסות הנכונה למכרז זה צריך שתהא על רקע החלטת הממשלה הפותחת בפני ייצור פרטי, בשלב ראשון, 10% עד 20% (בהעדר אפשרות ליבוא) מכלל ייצור החשמל במדינה. משמע, מדובר בפלח שבין 18% עד 35% מכלל מקטע הייצור המתוכנן לפתיחה לתחרות, שהוא חלק משמעותי מפלח שוק זה". (שם, בסעיף 68 **לפסק הדין**, בעמ' 44).

**א.פ.י.סי** מבקשת להצטרף בכל הכבוד לקביעה זו ולהוסיף כי היא סבורה שחשיבות זו שראה בית הדין **במכרז** מתחזקת שבעתיים בשים לב לעובדה שהמדובר במכרז הבינלאומי הראשון להקמת תחנת כח פרטית בהיקף שכזה, ולפיכך, יהיו בהכרח לתוצאותיו השפעה על נכונותם של משקיעים זרים רציניים להשתתף במכרזים הבינלאומיים הבאים שיערכו בישראל. לאישורו של ההסדר כיום תהא, אם כן, השלכה גם על קידום התחרות במסגרת המכרזים הבינלאומיים הבאים, אשר עתידיים להערך כדי להגשים את המטרה של פתיחת משק החשמל ליצרנים פרטיים.

לא למותר לציין בהקשר זה כי הערכות למכרז מהסוג בו עסקינן הינה מורכבת ביותר והמשאבים שהיה על **א.פ.י.סי** להשקיע על מנת להגיש הצעה בגדרו, לאורך חודשים ארוכים - הינם עצומים. כאמור, בסך הכל השקיעו **א.פ.י.סי**. ובעלי מניותיה סך של **כשישה וחצי מיליון דולר** בהכנת ההצעה **למכרז**, הכנה שכללה, בין היתר, הערכות להתארגנות הקבוצה, לימוד מעמיק של התנאים הטכניים **במכרז**, בדיקה משפטית של מסמכי **המכרז**, הפניית שאלות הבהרה **לחברת**

**החשמל**, ייעוץ כלכלי ופיננסי לפרוייקט וכן בביצוע פעולות לרבות תשלומים להבטחת אספקת ציוד התחנה.

4. 15 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, כל האמור בפרק זה מלמד, אם כן, כי ההסדר כיום ראוי להתאשר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור.

5. בשולי הבקשה מבקשת **או.פי.סי.** להעלות בפני בית הדין הנכבד, למען הזהירות בלבד, שני נושאים נוספים בהם עוסק **החוזה**, אשר למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, הינם נושקים לתחום ההגבלים העסקיים. הדברים מובאים בפני בית הדין הנכבד להשלמת התמונה, ועל מנת שלא תעלה בעתיד כל טענה בדבר קיומו של מכשול נוסף בפני מימוש תוצאות המכרז בו זכתה **או.פי.סי.** העוסק, כדברי בית הדין הנכבד בחלק משמעותי מקטע ייצור החשמל המתוכנן לתחרות.

5.1 הנושא הראשון עניינו בהסכם אשר עתיד להכרת בין **או.פי.סי.** לבין ספק גז טבעי לצורך אספקת גז טבעי להפעלת תחנת הכח, ובמחיר הגז הטבעי שיקבע בהסכם זה. במה דברים אמורים?  
על פי תנאי **החוזה**, נשוא בקשה זו, מהווה מחיר הגז הטבעי שתרכוש **או.פי.סי.** אחד מרכיבי התשלום המגיע ל**או.פי.סי.** מחברת החשמל. משמעות הדבר היא כי חברת החשמל היא זו שתישא בעלות רכישת הגז הטבעי ע"י **או.פי.סי.** זאת בעוד שגובהו של נתון זה אינו ידוע כרגע, והוא תלוי בתוצאות המו"מ שבין **או.פי.סי.** לבין ספק הגז הטבעי באשר למחיר הגז. על רקע זה התחייבה **או.פי.סי.**<sup>14</sup> להשתדל להשיג את מחיר הגז הטבעי הנמוך ביותר, לעדכן את חברת החשמל בדבר מצבו של המו"מ בינה לבין ספק הגז הטבעי, ולשתף פעולה עם חברת החשמל בנסיון להשיג מחיר שווה למחיר הגז הטבעי שחברת החשמל תשלם לספק גז טבעי, או מחיר קרוב אליו ככל הניתן. למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, על רקע המבנה החוזי המתואר דומה כי קביעת תנאי כאמור בדבר חובתה של **או.פי.סי.** לנסות ולרכוש גז טבעי במחיר נמוך ככל הניתן (בגבולות הסביר ובכפוף לסטנדרטים מקובלים), ולשם כך אף לשתף פעולה עם חברת החשמל - היא מובנת ואולי אף מתבקשת. אשר על כן גם דינו של סעיף זה להתאשר - ככל שהוא זקוק לאישור.

5.2 הנושא השני עניינו בתנאי שנקבע בנספח "O" לחוזה (הוא נספח השינויים שיוחל במידה **ואו.פי.סי.** תבקש להשתחרר מהחוזה)<sup>15</sup> ולפיו: במשך תקופת החוזה שבין צרכן הקצה לבין **או.פי.סי.** לא יוכל צרכן הקצה להיות, בו זמנית, צרכן של חברת החשמל.

<sup>14</sup> שם, בסעיף 32A.1 (ii).

<sup>15</sup> שם במבוא לנספח (A) וכן בסעיף 12 שבפרק B שלו.

5.2.1 בראשית הדברים ראוי להבהיר את היקפו של תנאי זה :

**ראשית**, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, לצורך התנאי האמור "צרכן" הוא רק מי שיש לו מונה חשמל אחד בלבד. מכאן שמפעל או חברה מסויימת שלהם מספר "סניפים" במקומות שונים, או לחילופין מספר מוני חשמל, יכולים להיות צרכני קצה של **או.פי.סי** ושל חברת החשמל, בו זמנית, במונים השונים :

"However, a consumer such as a factory or company which is situated in different location, or alternatively has more than one electricity meter at the same site, may in part of the sites / electricity meters become End Users and in the other sites / electricity meters be a consumer of IEC"<sup>16</sup>

**שנית**, למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, התנאי האמור אינו גורע, כמובן, מיכולתו של צרכן הקצה לקבל חשמל מחברת החשמל בשמה של **או.פי.סי**, מקום בו רשאית **או.פי.סי** לבקש הדבר מחברת החשמל, בהתקיים תנאים מסויימים הקבועים בחוזה. כך למשל קובע סעיף 13 בחלק B של נספח O :

"In the event the Facility is available and there is no requirement from the CDC for the supply of electricity to IEC, upon the Producer's request, IEC shall supply electricity to the End Users even though the Facility has not been put into operation. In such event the payment and billing provisions of paragraph B.6 and B.11 above shall apply"

ראה גם : סעיף 1 בחלק B לנספח O.


5.2.2 הסדר זה עולה בקנה אחד עם יישומם של הכללים בכל הנוגע לזכות ההשתחררות של היצרן הפרטי שכן מתן אפשרות לצרכן שלו מונה אחד להיות, בו זמנית, לקוח של יותר מיצרן חשמל אחד מחייב השקעות נוספות בתשתית אצל הצרכן, אשר יאפשרו אימות המונים לגבי פרקי הזמן בהם יסופק החשמל "ע"י" **חברת החשמל** או ע"י **או.פי.סי**.. הדבר עלול גם ליצור בעיות ממשיות בתחום משלוח החיובים וגבייתם ובתחום הגדרת האחריות של **חברת החשמל** ושל **או.פי.סי**. לגבי תקלות שעלולות להיווצר בשעות שונות במשך היום. הנה כי כן לפיצול כאמור עלולות להיות תוצאות אשר יצרו מעמסה בירוקרטית כבדה ואשר יהיו להן השלכות משפטיות. כל אלה עלולים ליצור מודל מסורבל של התקשרות בין **או.פי.סי**. לבין צרכני הקצה, כל זאת כאשר ברור כי לצורך חדירתה של **או.פי.סי** לענף כניצן ראשון בתחום אספקת החשמל לצרכני קצה חשוב כי ההתקשרות בין **או.פי.סי** לבין צרכן הקצה תהא פשוטה ומובנת ככל הניתן.

<sup>16</sup> ראה : נספח "O", פרק B בסעיף 12.

**6. סיכום ומסקנות**

- 6.1 למיטב הבנתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי, האמור בבקשה זו מלמד כי לאור התקנת **כללי משק החשמל (עסקאות עם ספק חיוני)**, התש"ס - 2000 אשר שינו באופן אקטיבי את המציאות הנורמטיבית מורכב ההסדר כיום משילוב הוראותיו של **החוזה עם הוראות הכללים** והדבר מחייב שינוי המסקנה אליה הגיע בית הדין הנכבד **בפסק הדין**.
- 6.2 ראשית פורט בבקשה כי ההסדר כיום פטור, לכאורה, מאישורו של בית הדין, בהיותו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין, אשר אינו מהווה כלל הסדר כובל, וכי השיטה שנקבעה **בכללים** לביצוע עסקה מהסוג בו עסקינן, היא שיטה של בלעדיות היצרן הפרטי כלפי הספק החיוני (**חברת החשמל**) - אותה שיטה שנקבעה **בחוזה** נשוא בקשה זו וגם משך ההסכם המותר **בכללים** תואם את משכו של סעיף הבלעדיות **בחוזה**.
- 6.3 לחילופין, נומק בבקשה כי גם אם יקבע שההסדר כיום איננו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין, הרי שעדיין ראוי לאשר את ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. בהקשר זה הובהר כיצד היסודות הפוגעים בטובת הציבור עליהם עמד בית הדין הנכבד **בפסק הדין**, ניטלו מההסדר כיום ע"י **הכללים**. בהקשר זה פורט בבקשה כי בית דין נכבד זה הנחה עצמו בעבר ליתן תוקף לכוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בשינויי חקיקה ע"י צמצום לכאורה של מרחב שיקול הדעת הנתון לבית הדין שלא לאשר את ההסדר.
- 6.4 לאלה יש להוסיף את עמדתו של **הממונה על ההגבלים העסקיים** (כפי שבאה לידי ביטוי **בנספח ה'** הנ"ל) לפיה ההסדר כיום ראוי להתאשר וראוי ליתן **לצדדים** היתר זמני לנהוג על פיו.
- 6.5 נוכח כל האמור לעיל יתבקש בית הדין הנכבד לקבוע כי ההסדר אינו טעון, באשר כל כבילותיו נעשו על פי דין או, לחילופין, לאשר את ההסדר מהטעם שהדבר הוא לטובת הציבור. כן יתבקש בית הדין הנכבד ליתן לצדדים כל סעד שיראה מלפניו כנכון, או כצודק.
7. כל האמור בתצהירי זה הוא אמת, אלא אם כן נאמר בצד הדברים שהם למיטב הבנתי, שאז זהו המצב לגבי.
8. כל הטענות המשפטיות המפורטות בתצהיר מבוססות על חוות דעת שקיבלתי מיועציה המשפטיים של **א.ו.פי.סי** לה אני מאמין.
9. הנני מצהיר שכל הפרטים האמורים הם מלאים ונכונים, ושהמסמכים המצורפים הם הנכונים ושמלבדם אין כל מסמך אחר הקובע את ההסדר או הנוגע לו.

10. זהו שמי, החתימה שלהלן - חתימתי, וכל האמור בתצהירי, אמת כאמור.

  
משה כץ

5/12/01  
תאריך

אישור

הנני מאשרת כי ביום 5/12/01 הופיע בפני, עו"ד גילת אייל מ.ר. 23191 במשרדי ברח' קפלן 2, תל אביב, מר משה כץ המוכר לי באופן אישי, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת וכי יהיה צפוי לכל העונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות תצהירו דלעיל וחתם עליו בפני.

  
גילת אייל, עו"ד

גילת אייל, עו"ד  
חותמת. ר. 23191