ת"צ 35507-06-14 ניזרי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד ואח'

לפני כבוד השופטת אסתר שטמר

המבקשת **מיכל ניזרי**
ע"י ב"כ עו"ד גלעד ברנע ועו"ד יצחק יערי

נגד

המשיבים **1. נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד**
ע"י ב"כ עו"ד צבי אגמון, עו"ד חנן סידור, ועו"ד יהונתן קהת

2. דלק קידוחים - שותפות מוגבלת
3. אבנר חפושי נפט (חוסלה ונמחקה מרישומי רשם השותפויות)
ע"י ב"כ עו"ד ראובן בכר, עו"ד טל אייל-בוגר ועו"ד ברק גליקמן

4. ישראמקו-נגב 2
5. דור חיפושי גז שותפות מוגבלת
ע"י ב"כ עו"ד צבי אגמון, עו"ד חנן סידור, ועו"ד יהונתן קהת

6. תמר פטרוליום בע"מ
ע"י ב"כ ניר כהן, עו"ד אמיר בן ארצי ועו"ד אופיר חוגרי

7. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד אורי קידר, עו"ד ליפז סרוסי דותן ועו"ד אור מעוז גרבר

פסק דין

פתח דבר ותקציר

1. בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה המחיר שמשלמים תושבי ישראל עבור החשמל שמספקת חברת החשמל לישראל (**"חח"י"**). מחיר זה נובע ברובו מן הסכום שמשלמת חח"י לחברות השותפות בהפקת גז טבעי ממאגר "תמר" (המשיבות 1,5,4,2,1- ו-6 תיקראנה יחדו **"השותפות"**. אין התיחסות בהחלטה זו לשינויים שחלו על השותפות במהלך הזמן, למעט הצטרפות המשיבה 6). לטענת המבקשת השותפות הוכרזה מונופול, והמחיר שנקבע בהסכם בין חח"י לבין השותפות (**"הסכם חח"י"**) הוא מחיר מופרז ובלתי הוגן שגבה מונופול, אשר מפר את סעיף 29א(ב)(1) בחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (לפנים חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988). מחיר הגז הטבעי מחושב לפי $ ארה"ב ליחידת חום, אשר נמדדת במונחים של אנרגיה, ונקראת Million British thermal units (MMBtu). המחיר ששלמה חח"י לפי ההסכם החל ב-

$5.04/MMBtu ועלה במהלך השנים לפי הוראות ההסכם. המבקשת טענה כי מחיר הגז הטבעי שמעל $2.34/MMBtu מופרז בנסיבות הענין, וכי יש לחייב את השותפות להשיב כל סכום שגבתה מעבר למחיר זה, ולהורות לה להימנע מחיוב מעבר למחיר זה.

2. בהתיחס לשאלת המחיר הביאו הצדדים חוות דעת של מומחים בעלי שם, וטענו טענות באשר לעילת המחיר המופרז בישראל, והמבחנים השונים שלפיהם תיבחן. השותפות דחתה את טענת המבקשת וטענה כי עילת המחיר המופרז ובלתי הוגן שגובה מונופול, לפי סעיף 29א הנ"ל, לא הוכרה בישראל; וכי מכל מקום אין מדובר במחיר מופרז. עוד טענה כי המבקשת אינה צד להסכם חח"י, ובהיותה צד עקיף בלבד אינה יכולה לתבוע מכח ההסכם.

נוסף לשאלת המחיר המופרז עומדות שאלות שעיקרן באחת: הזכויות בגז הטבעי זכו לאסדרה מפורטת על ידי משרדי ממשלה שונים, וגם על ידי ממשלת ישראל, בין השאר בהחלטתה הידועה כ"מתווה הגז". החלטה זו זכתה גם לאישור הצהרתי של הכנסת, ואף עמדה בבקורת בג"ץ. האין משמעות הדבר שהמחיר אושר, נחשב הוגן, ואין להידרש אליו עוד? בהקשר זה נטען גם להגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בנוסף לאמור נטענו טענות בדבר התאמת הנושא לשמש תובענה ייצוגית.
היועץ המשפטי לממשלה הצטרף להליך, וחיווה דעתו כי לנוכח הליכי האסדרה המשמעותיים שנעשו בתחום זה על ידי הרשויות השונות, אין להיעתר לבקשת האישור. היועץ המשפטי הודיע כי אינו מחווה דעתו בשאלת המחיר המופרז ולא בשאלת הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין על ענייננו.

פסק הדין יתייחס לשתי הטענות העיקריות הנ"ל בנפרד, וכן להתאמת ההליך לתובענה ייצוגית. אפרט להלן את ההליך ואת הרקע הנוסף הדרוש. הטענות הרלוונטיות של הצדדים תפורטנה בהתיחס לכל אחת מן הסוגיות העיקריות.

3. לנוכח השאלות הכבדות שעל הפרק **אקדים מסקנה לדיון**:
אני סבורה שהאיסור שחל על מונופול לגבות מחיר בלתי הוגן כולל גם מחיר גבוה בלתי הוגן. עם זאת, בענייננו המבקשת לא עמדה בנטל להראות שהיא אוחזת בעילת תביעה ראויה, שכן המומחה מטעמה כשל בהוכחת עמדתו לפי מבחן הרווחיות; ואילו מבחן ההשוואה אינו רלוונטי מסיבות שונות.
למרות האמור בחנתי גם את השאלות המנהליות שעוררו הצדדים, וקבעתי כי ההגנות שבפי השותפות לא תעמודנה: מחיר הסכם חח"י לא קבל אישור של המאסדרים במובן של הוגנות המחיר, והגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין לא תעמוד לשותפות.
אף על פי כן החלטתי לדחות את בקשת האישור, משום שאינה עומדת בתנאי סעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, במובן ש"**תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין**". במקום שקיימת מעורבות כה עמוקה של המאסדרים שבחנו שאלות

רחבות מתחום הכלכלה, התחרות הכלכלית, ומדיניות החוץ והבטחון של ישראל – אין מקום לעמוד על שאלת המחיר בנפרד מכל אלו. טובת הקבוצה, למעשה כל תושבי ישראל, היא בשילוב שבין כל האינטרסים האמורים. ואלו באו לידי ביטוי בהכרעת המאסדרים וממשלת ישראל באופן שלא מצאתי מקום להתערב בה.

<u>ההליך</u>

4. המבקש, משה נזרי ז"ל, הגיש את בקשת האישור ביום 13.6.2014, בליווי חוו"ד פרופ' ג'יימס סמית' וחוו"ד רו"ח אילן שגב. הוגשו תשובות מטעם חברות השותפות, ותגובת המבקש מלווה בחוו"ד משלימות של המומחים. חברות השותפות הגישו תשובה נוספת ברשות. בתשובה נוספת זו התיחסו ל"מתווה הגז", החלטת ממשלת ישראל מיום 16.8.2015 בנושא אסדרת הגז הטבעי. לכתבי בי דין של השותפות צורפו חוו"ד מומחה ד"ר בעז מוסל, ותצהיר של מר יוסף אבו, מנכ"ל דלק ניהול קידוחים (1993) בע"מ, השותף הכללי במשיבה 2. משהצטרפה לדיון המשיבה 6 הוגש תצהיר המנכ"ל, מר ליעמי ויסמן.

5. ביום 27.3.2016 ניתן פסק דין בבג"צ 4374/15, 7588/15, 8747/15, 262/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל ("בג"ץ מתווה הגז")**, שבו הוחלט שלא להתערב במתווה הגז, למעט ב"פסקת היציבות", שהושעתה למשך שנה. בפרק זמן זה ניתנה אפשרות למדינה להסדיר את הכרוך בפסקת היציבות. המתווה אושר מחדש לאחר החלטת ממשלה מיום 22.5.2016, אשר החליפה את פסקת היציבות.

בעקבות פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז הגישו החברות בשותפות בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו בהליך, והגיש עמדה מטעמו, שתמכה בבקשת השותפות לסילוק על הסף (השותפות ביחד עם היועץ המשפטי לממשלה יקראו להלן "**המשיבים**").
הבקשה לסלוק על הסף נדחתה בהחלטתי מיום 23.11.2016. בר"ע נדחתה (רע"א 9771/16 **נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' משה נזרי** (28.9.2017)). ("**בר"ע נזרי**").

6. לבקשת המשיבה 1 הוגשו תצהירים נוספים של מר שאול מרידור, הממונה על התקציבים בעת מתן התצהיר, ומנכ"ל משרד האנרגיה, וקודם לכן סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר במועדים הרלוונטיים; מר אהוד אדירי, מנכ"ל משרד האנרגיה, ובעת הרלוונטית רכז אנרגיה באגף התקציבים במשרד האוצר, וחבר מליאת הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל (כשמה אז) מטעם משרד האוצר, ואח"כ סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר; ומר מוריס דורפמן, ראש חטיבת רגולציה במשרד הבריאות בעת מתן התצהיר, ובעת הרלוונטית סגן יושב ראש המועצה הלאומית לכלכלה במשרד ראש הממשלה.

7. ביום 8.12.2017 אושר למשיבה 6 להצטרף לבקשת האישור, לאחר שרכשה מן המשיבה 2 חלק מן הזכויות במאגר תמר ובהסכם נשוא התביעה. הגם שהחברות בשותפות היו מיוצגות בנפרד, והגם שהאינטרסים שלהן אינם חופפים במלואם – לענייננו אותן טענות בפי כולן (למעט טענות שנובעות משינוי הבעלות וכניסת המשיבה 6 לשותפות).

8. לאחר שמיעת עדי התביעה הלך לעולמו המבקש משה נזרי ז"ל. אלמנתו נטלה על עצמה את ייצוג הקבוצה, ובקשת האישור תוקנה בהתאם.

9. משנסתיימה שמיעת העדויות הוגשו סיכומי הצדדים, רחבים ומקיפים, ולבקשת ב"כ השותפות אף ניתן לצדדים להוסיף ולהדגיש עמדותיהם בסיכומים בע"פ. לאחר כל אלו נכתב פסק דין זה.

<u>רקע ותאור העובדות</u>

10. הגז הטבעי הוא מקור אנרגיה שמשמש לייצור חשמל. יתרונו על פני מקורות האנרגיה הקודמים (נפט ופחם) מתבטא בניצולת גבוהה של אנרגיה, תוך זיהום אויר נמוך יחסית. בתחום האזור הכלכלי הבלעדי של ישראל בים התיכון ("המים הכלכליים") נמצאו מאגרי גז טבעי שונים, ונכון לעת הרלוונטית להגשת בקשת האישור מאגר "תמר" היה המאגר הגדול שבהם (בינתיים החלה הפקת גז טבעי גם ממאגר לויתן, הגדול ממנו והתגלו שדות נוספים, שידם רב להם בנסיון להסדיר את המחיר בעת הזו, אך נושא זה חורג מגדר התובענה הייצוגית). השותפות החזיקה בשטר חזקה לחיפוש ולהפקה של נפט ושל גז טבעי מס' I/12 "תמר", מכח חוק הנפט תשי"ב-1952. עד אפריל 2012 סופק גז טבעי למשק הישראלי מקידוח ים תטיס (בשליטת קבוצת דלק ונובל, מן המשיבים כאן), ועי"י חברת הגז המצרית-ישראלית (E.M.G.) EMG Mediterranean Gas S.A.E. האספקה מ- EMG הופסקה באפריל 2012. שדה הגז ים תטיס צפוי היה להתכלות, ולא נחתמו חוזים לאספקה עתידית. על כן צפוי היה מאגר תמר להיות המקור הבלעדי לאספקת גז במשק הישראלי באותו שלב.

11. ביום 13.12.2009 נחתם בין השותפות לבין חברת החשמל **מכתב כוונות** (Letter of Intent) בדבר אספקת גז טבעי ממאגר תמר (מוצג מב/24). הגם שבמכתב כוונות עסקינן, שנכתב בו מפורשות שאינו מחייב, בנסיבות עניינו יש חשיבות לתנאים העיקריים שהצדדים נקבו בו: מחירו של הגז הטבעי נקבע ל-**$4.62/MMBtu**. המחיר הוצמד למחיר שבחוזה ים תטיס (YT GSPA), שהוצמד ברובו לסל דלקים, ובחלקו הקטן למדד (עדות מר אדירי בעמ' 671 שורות 34-21). כמות הגז הטבעי שתימכר בשנה הועמדה על 3.5 Billion Cubic Meters (BCM) (יחידת נפח של מיליארד מטרים מעוקבים). ההיקף הכולל של הרכישה הועמד על 41.5 BCM ועד 77 BCM ועוד אופציה. תקפו של מכתב הכוונות למשך 15 שנים מיום תחילת הזרמת הגז הטבעי.

ביום 14.3.2012 נחתם ההסכם שבין השותפות לבין חח"י, שבו עסקינן. מחיר הגז הטבעי שנקבע בו היה **$5.042/MMBtu**. מנגנון העדכון שנקבע בהסכם היה הצמדה למדד המחירים לצרכן בארה"ב בתוספת אחוז לשנה בשמונה השנים הראשונות, ובהפחתת אחוז לשנה ביתרת תקופת החוזה. ההסכם נחתם למשך 15 שנים מתחילת אספקת הגז, או עד אספקת מלוא הכמות החוזית. חח"י התחייבה לרכוש לפחות 42.5 BCM, וניתנה לה אופציה להודיע על הגדלת הכמות שתרכוש במסגרת ההסכם, ל-99 BCM. לפי מנגנון Take or Pay (TOP) התחייבה חח"י לרכוש כמויות שנתיות מינימליות. ההסכם כלל תנאים מתלים בדבר אישור רשות התחרות, רשות החשמל ורשות החברות הממשלתיות. לאחר שהצדדים הסכימו לשינויים שדרשו רשות החשמל והממונה על רשות התחרות, נחתם ביום 22.7.2012 תיקון להסכם. ביום 25.7.2012 ניתן אישור ממשלת ישראל לפי סעיף 11(א)(9א) בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה – 1975. ראוי לציין כי בשלב זה מחיר מכתב הכוונות, בצרוף ההצמדה לפיו, עמד על **$5.3/MMBtu** (תצהיר אדירי ועדותו בעמ' 672 שורות1-4). ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה ("קבינט חברתי-כלכלי") אישרה את ההסכם ביום 17.7.2012. אישורה קבל תוקף של החלטת ממשלה ביום 25.7.2012.

12. ביום 14.6.2012, לאחר היוועצות בממונה על התחרות ובהמשך לשימוע ציבורי, פרסמה רשות החשמל (המאסדר לפי חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996), החלטה שכותרתה "**עקרונות להכרה בעלויות בגין הסכמים לרכישת גז טבעי**". ההחלטה כללה התיחסות לעלויות לפי הסכם חברת החשמל, תוך דרישה לתיקונים שונים בהסכם.

13. באותו יום, 14.6.2012, פורסמה החלטת הממונה על התחרות (המאסדר לפי חוק התחרות הכלכלית), בדבר פטור מן החובה לקבל אישור בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 14 בחוק התחרות הכלכלית. הפטור ניתן לכבילות של משך ההסכם והיקף ההתקשרות בין הצדדים להסדר הכובל, ולא למחיר שנקבע בהסכם (י"פ 6465 מיום 29.8.2012, עמ' 6118 – 6119).
ביום 13.11.2012 הוכרזה השותפות מונופול בתחום אספקת גז טבעי שלא עבר הנזלה, לפי סעיף 26 בחוק התחרות הכלכלית.
הממונה על התחרות, פרופ' ד' גילה, עסק בשאלת ההסדר הכובל בין המחזיקים במאגר "תמר" לבין המחזיקים במאגר "לוויתן". ביום 23.12.2014 פרסם החלטה שלא להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים צו מוסכם מכח סעיף 43(א)(1) בחוק התחרות הכלכלית, משום שלא ראה בכך פתרון תחרותי מספק בשוק הגז הטבעי. בהמשך, כנראה לאור מתווה הגז שהלך והתגבש הכריז הממונה על התחרות ביום 25.5.2015 על פרישתו מן התפקיד.

14. הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוגשה ביוני 2014. המבקש ז"ל טען כי השותפות גבתה מחיר בלתי הוגן עבור הגז הטבעי, וכי יש לחייבה לגבות מחיר הוגן, ולהשיב לצרכנים בישראל את ההפרש שבין מחיר חוזה חח"י לבין המחיר ההוגן, שהועמד על פחות ממחצית, **$2.34/MMBtu**.

15. ביום 15.12.2014 פנתה יו"ר רשות החשמל, גב' אורית פרקש הכהן לראש הממשלה וממלא מקום שר האוצר בנימין נתניהו ולשר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים סילבן שלום, בהתראה שלפיה קיים כשל שוק חמור בכך שהמונופול הוא ספק הגז היחיד למדינת ישראל, ומחזיק בשדות "תמר ו"לוויתן". הסכמי הרכישה של גז טבעי "**מבטאים תנאים שאינם מקובלים במשקי גז תחרותיים, ויש בו חלוקת סיכונים לא מאוזנת לטובת ספק הגז. ספק הגז מגלגל על צרכניו הן את סיכון הכמות הן את סיכון המחיר, בניגוד למקובל. כל זאת, כאשר רוכשי הגז הטבעי (יצרני החשמל וחברת החשמל) חסרי יכולת לנהל משא ומתן אמיתי על תנאי ההסכמים**" (נספח ג' לתגובת המבקש לתשובת המשיבות לבקשה לאישור תובענה ייצוגית).

16. בחודש דצמבר 2014 החלה עבודת מטה בין משרדית, שהסתכמה לבסוף במתווה הגז: תחילתה במכתב של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) באותה עת, עו"ד אבי ליכט, שכותרתו "**"יש לוויתן בחדר" – הצעה לחשיבה חדשה של משרדי הממשלה והמאסדרים השונים לשם הסדרת תחום הגז הטבעי**' (מיום 16.12.2014). לאחר שהדגיש את הנושאים הרבים שיש להתמודד עמם באסדרת תחום הגז הטבעי, הציע עו"ד ליכט להקים גוף מרכזי שיאזן בין האינטרסים, והחלטתו תחייב. בהמשך הוקם צוות ממשלתי בראשות פרופ' יוג'ין קנדל, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, לגבש את אסדרת משק הגז הטבעי בישראל (**"צוות קנדל"**).

יש להזכיר עוד את הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל בראשות פרופ' איתן ששינסקי (**"ועדת ששינסקי"**), שהוקמה ביום 12.4.2010, ובעקבות מסקנותיה חוקק חוק מיסוי רווחי נפט תשע"א-2011, ששמו שונה ל"חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, תשע"א-2011" (**"חוק מיסוי משאבי טבע"**).
ביום 23.6.2013 התקבלה החלטת ממשלה מס' 442 אשר אימצה את עיקר ההמלצות של הועדה "לבחינת המדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי" (**"ועדת צמח"**), שמונתה ביום 2.10.2011, ובראשה עמד מר שאול צמח, מנכ"ל משרד האנרגיה.
ביום 16.8.2015 התקבלה החלטת ממשלה מספר 476 בענין "**מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לוויתן', 'כריש', ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים**" (**"מתווה הגז"**).

17. כאמור לעיל, שתי קבוצות של נושאים הועלו לדיון: האחד – משפטי וכלכלי, שמטרתו לברר אם המחיר שנקבע לפי הסכם חח"י הוא מחיר בלתי הוגן שגבה מונופול הגז. השני – משפטי בעל גוון מנהלי, שעיקרו בשאלה אם אסדרת נושא הגז הטבעי בישראל מקנה לנושא הגנה מפני התערבות בית המשפט בכלל, ובמסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בפרט. שתי השאלות, שנדונו בהרחבה בכתבי בי דין ובראיות, תידונה להלן.

<u>מחיר הגז הטבעי בחוזה חח"י – האם אינו הוגן?</u>

18. אין מחלוקת כי השותפות מהווה מונופולין לענין אספקת גז טבעי למשק בישראל. כך נקבע בהכרזת הממונה על התחרות הכלכלית מיום 13.11.2012; כך לפי המבחן היחיד של אחזקת מעל 50% הזכויות עד תיקון 21 בחוק התחרות הכלכלית משנת 2019; וכך לפי המבחנים הקבועים בחוק היום (סעיף 26(א)(2) בחוק התחרות הכלכלית): החזקת יותר ממחצית משוק הגז הטבעי בישראל, או כח שוק משמעותי.

כבעלות מונופולין, על חברות השותפות לעמוד בהוראות חוק התחרות הכלכלית, לרבות סעיף 29א(ב)(1) בו, שאלו מלותיו:

> 29א. "**(א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.**
>
> **(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:**
>
> **(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;**
>
> **...**"

הסעיף קובע חזקה שמונופול מנצל לרעה את מעמדו בשוק, באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בעסקים, כאשר הוא קובע מחיר בלתי הוגן לנכס שבמונופולין.

19. השותפות טענה כי אין לבחון את ענייננו בראיה מקובלת של ספק מונופוליסטי אל מול צרכניו. לטענתה, כשם שהשותפות אחזה בזכויות בגז הטבעי, כך חברת החשמל היתה הלקוח העיקרי, העוגן הממשי של מכירת הגז בישראל. למולה עמדה השותפות, שחלק מחבריה כבר כבול בהלוואות שנטל עוד לפני חתימת החוזה, והיא נואשת לחתום עליו (עדות אבו בעמ' 975 שורות 23-22).

המבקשת השיבה כי בעת שנחתם ההסכם, לחח"י לא היתה שום חלופה ראויה לרכישת גז טבעי, ולמעשה היתה "שבויה" בידי השותפות. המבקשת הוסיפה כי הדין בישראל אינו מכיר במצב כאמור משום הגנה מפני סעיף 29א.
אכן, אל מול מונופול השותפות ניצבה חברת החשמל לישראל, יצרנית החשמל הגדולה והעיקרית בישראל, בעלת מונופולין באספקת חשמל בישראל, וגם הצרכנית העיקרית של הגז הטבעי בישראל, גם היום וכמובן בעת כריתת ההסכם. כלומר מונופסון, בעל מונופול ברכישה. הממונה על התחרות אף התבטא בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 23.5.2012"...[ש]**ההנחה היא שחברת חשמל, בגלל הכוח שלה, חזקה עליה שקיבלה את המחיר הכי טוב שהייתה יכולה להשיג במשא ומתן**,

כפוף לרגולציה כמובן" (מש/59 שורה 10). עם זאת, בעת החתימה על ההסכם היתה חח"י "שבויה" בידי השותפות, כיוון שלא היתה חלופה אחרת לאספקת גז טבעי: צנור הגז המצרי פסק מלפעול, ומאגר ים תטיס עמד לפני מיצויו.

למעשה די בכך שלחח"י לא היתה ברירה כי אם להתקשר עם השותפות, כדי לבטל את חשיבות העמדת המונופול של השותפות אל מול זה של הלקוח העיקרי שלה (אם כי בהיותה לקוח עוגן יש להניח שבכך גם כוחה היחסי).

כפי שכתב המומחה סרג'יו אסקארי, יועץ לאיחוד האירופי, שהגיש שני דו"חות לרשות החשמל (חוו"ד II עמ' 163 ה"ש 141):

> "…it can be described as a case of bilateral monopoly pricing, but with a weak bargaining power on the buyer's side, as they are not really a monopsonist, as required by the definition of bilateral monopoly"

20. לאחר המסקנה שעסקינן במונופולין, השאלה הבאה היא אם רמת מחיר בלתי הוגנת כוללת מחיר מופרז או שמא רק מחירים נמוכים שמטרתם להדיר את המתחרים מן השוק (מחיר טורפני), והיא קיבלה מענים שונים.

בת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 **אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** פסקאות 10-28 (5.4.2016), התייחסתי לשאלה זו בהרחבה שנדרשה אז, והבעתי עמדתי כי הדין הישראלי הלך בעקבות הדין האירופי, ולפיו ניתן לחייב מונופולין שקבע מחיר מופרז בלתי הוגן (ראו גם: ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 **אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** פסקה 8 (22.6.2020). על פסק הדין הוגש ערעור בע"א 5036/20).

כך כתבתי שם:

> **"לאור הטיעונים שלעיל, לדעתי לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29א, שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו. תמיכה בגישה זו עולה מדברי המשנה לנשיא, כב' השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל [פורסם בנבו] פסקה פב' (27.3.2016) ותמיכה אפשרית גם בדברי כב' השופטת א' חיות ברע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה [פורסם בנבו] פסקה 15 (29.3.2016).**

> **הוכחת רמת מחיר גבוהה ובלתי הוגנת מהווה חזקה חלוטה לניצול לרעה של בעל המונופולין את מעמדו, באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. כך נקבע בה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, [פורסם בנבו] פ"מ תשנ"ט (2) 529 פסקה 57 (4.11.1999). אך ראה הבקורת במאמרם של איל שגיא, אמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט(3) 590-547 (2006), שנכתב בעקבות ה"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (29.4.2004). אין צורך בענייננו בהכרעה בשאלה אם חזקה חלוטה מובעת בסעיף 29א(ב)(1) או רק חזקה ניתנת לסתירה, שכן לצורך החלטה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית די בכך שקיימת חזקה, ולו לכאורית".** (שם, בפסקאות 28-27).

עמדה דומה הביע כב' השופט גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 **אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ** פסקה 11 (16.1.2019); ובת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 **רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** פסקאות 13-14 (16.1.2019) (הוגשה בקשת רשות ערעור על ההחלטה: רע"א 1248/19, מיום 17.2.2019); וכן בת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 **משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ** פסקאות 12-9 (29.1.2017).

לא ראיתי בנימוקי השותפות חידוש שיביא לשינוי העמדה העקרונית כפי שנכתבה לעיל.

המבחנים לזיהוי מחיר גבוה באופן בלתי הוגן

21. בפסק הדין בעניין **תנובה** נסקרו המבחנים לזיהוי מחיר גבוה בלתי הוגן. נסקרו עמדת הפסיקה ורשויות התחרות באירופה, שאמנם אינן מחייבות, אך מלמדות על הלך רוח לפרשנות הסעיף שהיווה השראה לסעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית. לפיהן, המבחן למחיר בלתי הוגן שמהווה ניצול לרעה של כח מונופוליסטי הוא כאשר המחיר גבוה מן הערך הכלכלי של המוצר או השירות, והוצעו דרכים שונות לבחינת פער זה. כן נסקרו עמדות המלומדים בישראל, בעיקר פרופ' מ' גל וד"ר ה' נבו; וכן פרופ' ד' גילה ופרופ' א' אזרחי (החלטת האישור בעניין **תנובה** בפסקאות 33-36; פסק הדין בעניין **תנובה** בפסקה 43). המבחנים המקובלים לזיהוי מחיר גבוה בלתי הוגן נמנו הן בגילוי דעת של הממונה על התחרות הכלכלית 1/14 הן בגילוי דעת 1/17:

> **"בגילוי דעת 1/17 נקבע בין השאר, כי ניתן ללמוד אינדיקציה משיעור תשואה חריג "לעומת זה הנפוץ בקרב פירמות אחרות המייצרות מוצרים דומים או ממרווח גדול במיוחד בין מחיר המוצר לעלות ייצורו" (עמ' 12). בדומה לאמור בגילוי הדעת 1/14 (עמ' 15) ולאמור בהחלטת האישור, נמנו ב"נספח – מבחני**

> **עזר לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה" שצורף לגילוי דעת 1/17 שלוש מתודולוגיות מקובלות לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה ולצידן ביאור כיצד לישמן. המבחנים הם: בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור; ניתוח רווחיות; ומבחן ההשוואה".**

(פסק הדין בעניין **תנובה**, בפסקה 40. ראו גם סיכום המבחנים בפס"ד **צדוק**, פסקאות 39 - 42).

אם כן, כלי העזר לגילוי המחיר הבלתי הוגן הם המבחנים האמורים בגילוי דעת 1/17, המבחנים שהציע פרופ' גילה, וגם שיטת השלבים כפי שהיא מתבטאת בפסיקת בית הדין האירופי. בנוסף לפסיקה שנסקרה כבר בעבר הפנו ב"כ המבקשת להחלטת מחלקת התחרות של נציבות האיחוד האירופי מיום 24.5.2018 בענין Gazprom Upstream Gas Supplies – (Case AT.39816 in Central and Easters Europe) שבה השתמשה במבחן הדו שלבי של United Brands (בעמ' 16 פסקה 65). למרות שהיא סוקרת מחירי גז, אין בה חידוש משמעותי לענייננו.

22. הקושי בבירור תביעות מסוג זה הודגש לא אחת, החל ברע"א 2616/03 **ישראכרט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701, (2005), וכמובן בגילוי דעת 1/17, שם נאמר כי הקביעה שמחיר מסוים גבוה מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות מהווה "**[ב]אתגר מורכב הן מבחינה מתודולוגית והן מבחינה מעשית**" (שם, עמ' 12). אוסיף רק כי מעצם קיומו של מונופולין יש להניח כי ברוב המקרים בדיקת המחיר לא תהיה קלה, שכן מעצם ההגדרה אין מוצר בר השוואה מלאה או מדויקת. אף על פי כן, משזה הדין - שומה עלינו ליישמו.

בשעה שנכתב פסק דין זה, אין עדיין הכרעה של בית המשפט העליון בשאלה (אם כי צפויה להתקבל ברע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל**, ובע"א 5036/20 **תנובה נ' נאור**).

23. בירור הטענה מתחיל בעצם השאלה אם המחיר מופרז ביחס לעלות המוצר. בענייננו, **המאסדרים עצמם ויועציהם ראו במחיר הגז הטבעי שנקבע בהסכם חח"י מחיר גבוה, לפחות בחלק מן הכתובים.** כך למשל בחוו"ד עו"ד אבי ליכט, מיום 3.1.2010, לקראת פרסום מסקנות הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בתחום חיפושי הנפט והגז הטבעי (מב/51, לקראת הסיפא של סעיף 23): "מדובר במשאב ציבורי ייחודי המביא **לרווחים החורגים** מהרווחים הנורמאליים, גם כאשר מביאים בחשבון את הסיכונים הגלומים בהשקעה בענף".

24. כך עולה גם מחוות דעת המועצה הלאומית לכלכלה מיום 4.11.2015 בעניין המתווה המוצע למשק הגז הטבעי בישראל, שעליה חתום מר מוריס דורפמן, סגן ראש המועצה (נספח ב' לתצהירו) שקובעת באופן מפורש: "**פיקוח על פי תשואה, היה מוביל לרמת מחירים נמוכה יותר במאגר תמר**", ומונה סיבות שונות לכך. לדבריו לא ניתן יהיה לעמוד ברמת מחירים נמוכה כזו ככל שיהיה

צורך בהקמת תשתיות נוספות לשם עמידה בדרישת היתירות האנרגטית של מדיניות הממשלה בישראל (סעיף 28.2). עוד נאמר שם, כי מחיר הגז במדינות שאינן מסבסדות אותו נע בין כ-$3/MMBtu במדינות צפון אמריקה לבין $10/MMBtu – $8/MMBtu במדינות אירופה. משום כך אין הכותבים רואים מחיר שהוא סמן רלוונטי בשוק העולמי (סעיף 29).

25. המומחה אסקארי קבע כי מחירי הגז בישראל הם הגבוהים בין כל ספקי הגז למדינותיהם בעולם (דו"ח NEWES משנת 2014, מב/20 בעמ' 6, 12, 163):

> **"...the price of existing contracts is at odds with almost all international practices, both in free and in regulated markets. It is related neither to costs nor to prices of other markets or of other fuels, nor is it set on a competitive market"..**(מב/20 בעמ' 163)

מן האמירות הכלליות הנ"ל אצא לבחינת המחיר על פי המבחנים המקובלים.

חוות הדעת

26. לבקשת האישור צורפו שתי חוות דעת:

האחת, חוו"ד James L. Smith, פרופ' לניהול בבית הספר למנהל עסקים של Southern Methodist University in Dallas, Texas ומומחה בתחום כלכלת הדלק והגז.

פרופ' סמית' קבע בחוות דעתו כי המחיר ההוגן (fair price) של גז ממאגר תמר בישראל צריך לעמוד על **$2.47/MMBtu**. מחיר זה יפצה את השותפות על ההוצאות הכלכליות שבחיפוש הגז, פיתוח השדה, ושינוע הגז אל הצרכן הישראלי. מחיר זה כולל גם החזר תחרותי לעלות ההשקעה והסיכון של היצרנים. ככל שיחול מס מיוחד על שדה תמר, ניתן להעריך מחיר נמוך יותר, **$2.34/MMBtu** . התחשיב התבסס על תזרים המזומנים (DCF - Discounted Cash Flow), בהיוון של 9.2%.

חוות הדעת השניה היא חוו"ד חשבונאית וכלכלית שכתב רו"ח אילן שגב, אשר חישב את ההפרש בין המחיר ששילמה חברת החשמל עבור הגז ממאגר תמר לבין מחירו ההוגן של הגז לפי חוו"ד פרופ' סמית'. לפי חישוביו עמד ההפרש על 2.495 מיליארד ₪ לעבר, ועוד סכום עבור העתיד, שנע בין 26.8 מיליארד ₪ ל- 43.7 מיליארד ₪ , תלוי בהיקף המכירות.

27. השותפות צירפה לתשובות חבריה לבקשת האישור חוו"ד של Boaz Moselle, ד"ר למתמטיקה ולכלכלה, מומחה לכלכלת אנרגיה מתחדשת, ויועץ למאסדרים בתחום האנרגיה באירופה ובאנגליה.

ד"ר מוסל קבע כי יש להשוות את מחירו של הגז הטבעי בישראל למחיר שיווי המשקל של היצוא ("XPP" Export Parity Price), שהוא המחיר שבו ניתן לייצא את הגז לחו"ל. המומחה העריך את

ה- XPP בהשוואה לחוזי היצוא או מסמכי הכוונות של שותפות תמר ושותפות לוויתן, וגם בהשוואה למחירים בשווקים אחרים בשנים 2011 ו-2012, תוך התחשבות בעלויות הובלה ובעלויות אחרות. החישוב שערך התאים למסמכי חח"י, שלפיהם מחיר היצוא של הגז הטבעי בישראל הוא בטווח $4.51/MMBtu ל- $10.25/MMBtu. זאת לעומת המחיר בהסכם חח"י שנע בין $5.04/MMBtu לבין $6.14/MMBtu, ולעומת המחיר שקבע פרופ' סמית', $2.34/MMBtu - $2.47/MMBtu.

ד"ר מוסל סבר שיש להתחשב בכך ששני הצדדים מונופולים בתחומם. העסקה מגלמת הסכם בין בעלי כח מונופוליסטי, שכוחו של כל אחד מהם הבטיח קביעה של מחיר הוגן. יתרה מזו, המאסדרים עמדו לימינה של חח"י, ואילצו את השותפות להסכים לתנאים שונים בהסכם, שלא הוסכמו מראש. ד"ר מוסל חלק על דעתו של פרופ' סמית בנקודות שונות, לרבות על התשואה בקידוחים במים עמוקים, שלדעתו עולה על זו שפרופ' סמית' קבע. בהמשך קבע שהמבחן של עלות ההפקה שאימץ פרופ' סמית' אינו מתאים. הנקודה העיקרית שהדגיש היתה שבמצרך נדיר יש לחשב גם רנטת נדירות ("Scarcity Rent"), והפנה לתאוריה של Dr. Harold Hotelling בדבר חישוב רנטת הנדירות של משאבים מתכלים. שיעור התשואה שקבע פרופ' סמית' (9.2% נומינלי, שהוא 6.2% ריאלי) נמוך מדי לדעת ד"ר מוסל, והגדלתו תעלה כמובן את המחיר ההוגן. ד"ר מוסל הדגיש כי אין לקבוע שיעור היוון שהוא ממוצע התשואה הדרוש להשקעות בחיפושי נפט וגז, שכן הדבר עלול להביא לכך שהתקבולים לא יכסו את החוב שנוצר בחיפושי הגז, וירתיע משקיעים פוטנציאליים.

28. המבקש צרף לתגובתו לתשובה חוות דעת משלימות של שני המומחים. חוו"ד פרופ' סמית' מיום 16.4.2015 משיבה לנושאים אחדים בחוו"ד ד"ר מוסל:

חישוב XPP לפי ד"ר מוסל מותנה באפשרות היצוא של הטובין, מה שאין כן בעניינו, שבו החליטה ממשלת ישראל להקצות חלק גדול מן הייצור של הגז הטבעי לשוק הפנימי בישראל, כלומר שרוב הכמות אינה ניתנת ליצוא. פרופ' סמית הוסיף ודחה את ההנחה של ד"ר מוסל כי ניתן לייצא גז מישראל למדינות מזרח אסיה ולמדינות צפון מערב אירופה, ולראות באותם מחירים האפשרות הטובה הבאה לחישוב מחיר הוגן בישראל. זאת לנוכח הערכות מומחים אחרים, ובשל הגבלות החוק בישראל. XPP שחישב ד"ר מוסל בשנת 2012 אמנם הביא למחירים גבוהים, אך חישוב במחירי 2015 מביא לתוצאה נמוכה בהרבה מזו שחישב פרופ' סמית' בחוות דעתו הראשונה. יתרה מזו, בחודש 12/2014 העריך המומחה מטעם רשות החשמל, סרג'יו אסקארי, כי עלות ההובלה מיפן או מצפון מערב אירופה גבוהה ב- $3/MMBtu מזו שבחוו"ד ד"ר מוסל. חישוב לפי נתוני אסקארי היה מביא לחישוב XPP שלילי בחוו"ד ד"ר מוסל. חישוב XPP ע"י ד"ר מוסל לא לקח בחשבון מחירים גבוהים באופן יוצא דופן בשנים 2011 – 2013 שנבעו מן התאונה שאירעה בכור בפוקושימה שביפן במרץ 2011. ארוע זה גרם ללחץ קצר מועד למציאת אלטרנטיבות, והעלה באופן זמני את מחירי הגז המונזל למחירים גבוהים במיוחד.

פרופ' סמית' הוסיף והתיחס לטענת ד"ר מוסל כי התנאים בחוזה חח"י שאינם המחיר נותנים עדיפות לחברת החשמל על פני השותפות. פרופ' סמית' סבר להיפך: חוזה לטווח ארוך, במחיר קבוע ומותאם לאינפלציה, בכמויות מינימום (Take Or Pay - TOP) נוטה לטובת המוכר, משום שהוא

מעביר את הסיכון הכלכלי אל הקונה. העדפה כזו קיימת רק בחוזים אחדים בתחום זה. ההצמדה למדד מיטיבה בעיקר עם מוכר הגז, משום שהוצאותיו הן הוצאות שקועות שאינן מושפעות מן האינפלציה, ואילו בצד ההכנסות הוא יכול להרויח מן האינפלציה. לדעת המומחה התמריץ של השותפות לקבוע מחיר גבוה היה חזק מזה של חח"י לקבוע מחיר נמוך, גם משום שחח"י היא חברה ציבורית, שיש לה קהל לקוחות שבוי, שישא בעלות הנוספת של המחיר.
כן התייחס פרופ' סמית' לטענת ד"ר מוסל שלפיה מבחן עלות ההפקה אינו מתאים לביסוס מחיר הוגן, והדגיש כי המחיר ההוגן שקבע התבסס על מלוא ההוצאות שנדרשו לגילוי, פיתוח והפקה של הגז, לרבות עלויות של מיזמי חיפוש בלתי מוצלחים, וריבית ראויה על ההשקעה בהתחשב במידת הסיכון שלה.

29. פרופ' סמית' דחה את עמדת ד"ר מוסל בדבר חישוב רנטת הנדירות לפי תאוריית Hotelling. ראשית, ד"ר מוסל עצמו לא הציב נתון מספרי בגין רנטה כזו. אך גם עקרונית: זוהי תאוריה שעוסקת בשאלה כיצד רנטת הנדירות יכולה להעלות את מחיר השוק כאשר מדובר במוצר מתכלה. לדעת פרופ' סמית' התאוריה נבחנה ונדחתה על ידי מלומדים בעולם, ונקבע כי אין בה תועלת לעולם הריאלי, אלא לסיפוק סקרנות אינטלקטואלית. פרופ' סמית' הפנה בעיקר לדברי פרופ' John Livernois ואחרים (עמ' 16 בחוות הדעת II של פרופ' סמית'). בוחנים אחרים שבדקו את שוויו של שדה תמר לא השתמשו במדד נדירות: כך פרופ' יצחק סוארי, שבחן את שוויו של שדה תמר בשנת 2010, לבקשת דלק; כך ועדת צמח שבדקה את עמדת הממשלה לגבי גז טבעי בישראל, בשנת 2012.

נסיונו של ד"ר מוסל להשוות את מחיר הגז לזה שנקבע בכתבי כוונות ביחס למכירת גז טבעי מתמר או מלויתן בשנת 2014 אינו מוצלח, לדעת פרופ' סמית': ראשית משום שאין מדובר אלא בכתבי כוונות. שנית, המחירים הוצמדו למדד ברנט, שד"ר מוסל העמיד על 100 $ לחבית, בעוד שבעת כתיבת חוו"ד פרופ' סמית' עמד על 60 $ לחבית, מה שמוביל כמובן לירידה במחיר ההוגן של הגז.
פרופ' סמית' התנגד להשוואת מחיר החוזה למחירי הגז הטבעי בעסקאות קודמות של חח"י עם ים תטיס או עם EMG המצרית, במחירי 2009. לפי בדיקתו המחירים אינם אלו שנובל אנרג'י הציגה בדו"חות הכספיים השנתיים שלה. יתרה מזו, ההשוואה למחירי העבר אינה משמעותית לקביעת מחיר הוגן. הארוע של גילוי הגז הטבעי במים הכלכליים של ישראל כה משמעותי, עד שהעבר אינו יכול להוות מדד ראוי למחיר. עם זאת הוסיף והפנה להערכת תשואה להון דומה לזו שלו ונמוכה יותר במסמכים של דלק אנרגיה, בהערכה של גולדמן סאקס לגבי 280 הפרויקטים הגדולים לאנרגיה בעולם, בהערכת דו"ח אסקארי לגבי שדה תמר, ולהערכת פרופ' פינדייק, שייעץ לועדת ששינסקי (סמית' II פסקאות 28, 29).

30. בתשובתו חלק ד"ר מוסל על דרכו של פרופ' סמית', והשיב לבקורתו על מחירי ההשוואה של תחזיות חוזי היצוא של תמר. הוא הוסיף כי מחיר היצוא היה רלוונטי לתחשיב, כיוון שבעת

חתימת ההסכם עדיין לא הוטלו מגבלות על היצוא (שהוטלו רק בשנת 2013), ואף לא היו צפויות לאור המלצות ועדת צמח. ד"ר מוסל עמד על כך שגם מר אסקארי סבר שהשוואה למחירי יצוא תאפשר הערכה נכונה למחיר. ועוד הסביר מדוע התנגדותו של פרופ' סמית' לחישובי מחירי היצוא לטווח הארוך ולטווח הקצר אינה מבוססת. כך גם לגבי התנגדותו לחישוב עלויות ההובלה וההנזלה. פרק שלם בחוות הדעת השניה מוקדש לתשובה לטענות פרופ' סמית' לחישוב לפי שיטת cost +, להתנגדותו להוספת רנטת הנדירות, ולשיעור התשואה שקבע.

31. **במהלך שמיעת הראיות**, משהתברר כי הנחת המוצא של פרופ' סמית' בדבר הצפי לגודל המאגר של תמר בשנת 2008, תחילת הקידוח, היתה שגויה - חלה התפתחות בעמדות הצדדים: ב"כ המבקשת עתרו לתקן את חוו"ד סמית', בקשה שנדחתה, ובסיכומיהם ערכו חישובים בדבר שוויה.

32. אדון להלן בחוות הדעת ובטענות הצדדים, אך אומר מראש: חוות הדעת של פרופ' סמית', שהתבססה על מבחן הרווחיות (או על מבחן העלות בצרוף רווחיות), לא ניתנת ליישום בנסיבות הענין, בשל טעות בנתונים שהציב פרופ' סמית' בנוסחה. פרופ' סמית' שלל במפורש כל אופן חישוב אחר. למרות האמור מצאתי לנכון לבחון את טענותיו כלפי המבחנים שהציב ד"ר מוסל בחוות דעתו, בעיקר השאלה אם תחושב רנטת נדירות או תשואת משוכה, וכיצד תחושב, שאלה שיש לגביה מחלוקת מקצועית. בנוסף, לא ברור שניתן ליישם מבחן השוואה כלשהוא בענייננו, בשל העובדה שאין כמעט שווקים תחרותיים שניתן להשוות אליהם, וממילא יכולת היצוא של מאגר תמר מוגבלת מאוד. התוצאה היא שבקשת האישור תידחה בהעדר הוכחה לכאורה לכך שהמחיר בהסכם חח"י הוא מחיר מופרז ובלתי הוגן.

33. ניתן ללמוד על המחירים, על אופן החישוב ועל ההשוואה לא רק מחוות הדעת שהוגשו אלא גם מעבודות שונות שהוכנו עבור המאסדרים ועבור השותפות במהלך הזמן, והצדדים הסתמכו גם עליהן. אמנם ב"כ השותפות בקשו לבטל את ההסתמכות של פרופ' סמית' על חוו"ד פרופ' פינדייק (מש/34, מש/36) שהוכנה עבור ועדת ששינסקי, ואולם עצם ההסתמכות של השותפות עצמה על חוות דעת שהוכנו (כגון של Wood Mackenzie עבור המשיבה מס' 2, דלק – מש/76) – מלמדת שאין בכך ולא כלום. הטענה כאילו אין להסתמך על עבודות שעורכיהן לא הובאו לעדות קשה, בין השאר משום ששני הצדדים הסתמכו על העבודות, ומשום שהסתמכות פרופ' סמית' על חוו"ד פינדייק, ועל נתונים מתוך מאגר בינלאומי של Damodaran (סמית' I עמ' 15 ה"ש 22) – היא ראויה. ועל כולם, בהתיחסות ב"כ השותפות למקורות אלו בחקירה הנגדית של פרופ' סמית' לא הוטל ספק בחשיבותם (דמודאראן אף כונה "גורו של DCF" – עמ' 289 שורות 13-16). משום כך אתייחס גם לדו"חות האחרים שאפרט להלן, אם כי ודאי שרק לראיה שכך אמור בהם, כחומר עזר שלא עמד במבחן החקירה הנגדית.

אבהיר כי חוות הדעת החיצוניות לתביעה מתייחסות לנושאים שונים אשר נוגעים למחיר הגז הטבעי, כיצד יש לחשבו, ומהו המחיר בשווקים שונים בעולם. ואולם, אף לא אחת מאותן עבודות מיצתה את המבחנים לצורך קביעת המחיר ההוגן או הסטיה הימנו.

מבחני העלות והרווחיות

34. חוו"ד פרופ' סמית' מחילה את מבחן העלות ("cost +"), אשר מבוסס על היוון תזרים המזומנים של הפרויקט (DCF), שיטה מקובלת לחישוב כלכלי מסוג זה. הגיונה של השיטה בכך שבשוק תחרותי המחיר שווה לעלות השולית, והערך הנוכחי של כל התקבולים מן הפרויקט צריך להיות 0 (Net Present Value = 0) (חוו"ד I פסקה 22b ועדותו בעמ' 74 ואילך). הנוסחה כוללת נתונים בדבר שיעור הייצור של שדה גז מסוים, כמות הגז הצפויה בו, ואורך חיי השדה, רמת ההשקעה והוצאות הייצור, הוצאות עזיבה ושווי תמלוגים והיטלים נוספים. כמו כן הערכת הסיכון הטמון בקדוח זה וחיפושי שדות אחרים, אופן המימון הנדרש ושיעור הריבית הנדרש על ההון שהושקע.
ד"ר מוסל שלל מכל וכל את האפשרות ליישם את מבחן העלות בענייננו, בטענה עיקרית כי עלויות הפירמה כוללות גם רנטה כלכלית שנובעת מעצם היות הגז משאב טבעי מתכלה (Scarcity rent).

35. שיטת החישוב של cost + מקובלת בעולם, לרבות בפרויקטים של תשתיות. היא שימשה גם בדו"ח ששינסקי (מש/66 עמ' 18), ובחוו"ד פינדייק שייעץ לוועדת ששינסקי (מש/34 סעיף 2). אך נשמעו גם הסתייגויות: מר אדירי אמר שבעולם של מחירים תנודתיים קשה להסתמך על שיטה זו (עמ' 763 שורות 22-29), ומר דורפמן העיד כי סבר שהטלת פיקוח על מחירים, בחישוב לפי שיטת העלות בצירוף תשואה היא "אסון" (עדותו בעמ' 809 שורה 13 ואילך).

בדו"ח אסקארי I הזהיר המומחה כי שיטת תחשיב העלויות בד"כ אינה משמשת בחיפושי גז או בהפקת גז, שכן רב בה הבלתי ידוע, שיכול להשפיע בעיקר בתחשיב העתידי. עם זאת קבע כמסקנה ראשונית, כי מחיר החוזה עומד מעל המחיר שייקבע לפי שיטת העלות, וקרוב יותר למחיר הגבוה ביותר שניתן לקבל בתנאים הנתונים (מש/13 עמ' 33).

יש להבהיר כי ראשון בין מבחני העזר שהציבה הממונה על התחרות העסקית בגילוי דעת 1/17 הוא מבחן הפער, שהוגדר כפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור. נתונים אלו, ככאלו בלבד, לא נבחנו בחוו"ד פרופ' סמית', אלא כחלק ממבחן כולל של הרווחיות. למעשה, המחיר התחרותי שקבע פרופ' סמית' התבסס על מידת הרווחיות בענף (ראו גם עדותו בעמ' 409 שורות 4-9). על כן אצעד גם אני בעקבות הצדדים בענין זה, ואתמקד במבחן הרווחיות.

חזרת פרופ' סמית' מכמות הגז הטבעי במשוואת המחיר

36. הנוסחה שהציג פרופ' סמית' לא היתה שנויה במחלוקת, כשלעצמה. מלבד ההסתייגויות מהפעלתה בתחום הגז הטבעי, השותפות טענה נגד יישומה: פרט לרנטת הנדירות שביקש ד"ר מוסל להוסיף עליה טענה השותפות גם נגד הנחות נוספות באופן היישום של הנוסחה, לרבות מיסוי ואחוז ההיוון שקבע פרופ' סמית'. אל טענות אלו נתווספה טענה עקרית, כי פרופ' סמית' שגה בהצבת הנתונים בנוסחה שהציג, כפי שאבהיר להלן.

37. כזכור משוואת cost + דורשת הצבת משתנים שונים, בהם הנחה בדבר כמות הגז שצפוי למצוא בשדה הספציפי. המחיר הראוי שקבע פרופ' סמית' נקבע, בין השאר, בהנחה שכמות הגז הטבעי במאגר תמר היא 312 BCM, נתון שעלה מן הדו"ח השנתי של דלק לשנת 2013. התברר, כפי שמסכימים הצדדים כולם, כי לשנת 2008 הוערכה בקידוח תמר כמות של 88 BCM בלבד (הודעה מיום 18.1.2009 לבורסה לניירות ערך (מש/12); הודעת נובל לבורסה ולרשות ני"ע מיום 15.5.2008 מעריכה כמות של 109 BCM, וסיכויים להצלחה גאולוגית –35% (מב/6).

כמות הגז הטבעי הצפויה במאגר משנה כמובן את החישוב באופן דרמטי. פרופ' סמית' עצמו הסכים לכך שהנתון שהציב שגוי, כי הנתון הנכון צריך להיות 88 BCM, ועוד הסכים כי חישוב לפי הכמות הצפויה הנכונה ודאי יעלה את המחיר ההוגן שקבע (עמ' 106 ועמ' 107 בפרוטוקול, שורות 16–17; עמ' 126 שורות 18-22).

38. ב"כ המבקשת סבורים כי ניתן לתקן את הטעות שנפלה בחישוב בחוות הדעת, להציב בה את הנתונים הנכונים, ולחשב גם כעת את המחיר ההוגן. בסיכומיהם ערכו חישוב לפי תחזיות פרופ' סמית' בחוות דעת I, עמ' 25, 26: לפי התחזית הסבירה (2P) –312 BCM, לתחזית הפחות אופטימית (1P)-227.9 BCM, והגיעו למחיר של בין $2.47/MMBtu לבין $2.909/MMBtu. לצרכי התחשיב ולשלב זה של בקשת האישור העמידו ב"כ המבקשת את המחיר על הממוצע: **$2.75**/MMBtu. עדיין מדובר במחיר שרחוק מרחק רב ולו ממחירו הבסיסי של הגז בחוזה, **$5.047**/MMBtu.

39. אחר שעיינתי בסיכומי ב"כ המבקשת, ושמעתי גם תשובותיהם בעל פה לשאלה זו עצמה – החלטתי לדחות את דרישת ב"כ המבקשת להשתמש בחוות הדעת ולהציב בה כמויות אחרות, נכונות. אלו נימוקי:

א. ב"כ המבקשת טענו להעדר הגינות דיונית של השותפות, בכך שלא העמידה אותם על הטעות העובדתית. אין דעתי כדעתם:

ראשית, קריאה מעמיקה בחוו"ד ד"ר מוסל מלמדת כי התייחס לקושי בשימוש בנתוני 2013 בחוות דעת II, פסקה 7.6.4, כך:

> "…although Professor Smith's model does – as I recognized in my first report – factor in some *ex-ante* risks (such as the potential for unsuccessful exploration), his model is otherwise mostly based on costs and investment data extracted from Delek's 2013 annual report. Because the costs and investments reported in Delek's 2013 annual report post-dates the development of the Tamar field, they do not correspond to Delek's *ex-ante* expectations of those costs".

כלומר שכבר שם הביע בקורתו כלפי השימוש בנתוני 2013, שאינם נתונים מראש אלא בדיעבד. שנית, גם אלמלא כן, מדובר בטקטיקה משפטית מקובלת. בשיטת המשפט האדוורסרית כל צד אמור לבחון את העובדות שהוא מסתמך עליהן, ואין חובה על האחד להודיע לאחר מראש כי הן שגויות.
ושלישית, אין מדובר בנתונים נסתרים, אלא בכאלו שניתן היה לבדוק בדווחי השותפות לבורסה ולרשות ניירות ערך.

ב. במהלך הדיון הסכים פרופ' סמית' לתקן את החישוב (עמ' 107 בפרוטוקול). למחרת בקשו ב"כ המבקשת לתקן את חוות הדעת בנתונים נוספים. ב"כ השותפות התנגדו לתיקון המבוקש, אך הסכימו לקבל תיקון ל-88 BCM. הגם שמראש הרשיתי לפרופ' סמית' לתקן את החישוב בנקודה העיקרית, בהחלטתי בפרוטוקול דחיתי את בקשת ב"כ המבקשת להגיש חוות דעת מתוקנת, שמתחשבת בפרמטרים נוספים שיתוקנו (עמ' 430 בפרוטוקול שורות 22-21).

ג. ב"כ המבקשת סברו כי ניתן להשתמש בנוסחת פרופ' סמית', תוך התאמתה לעובדות שנתגלו. הגם שעקרונית ניתן הדבר, בנסיבות עניינו לא ראיתי את התועלת שבו, משום שהחישוב שהציעו ב"כ המבקשת, אשר מבוסס על הטבלאות בחוו"ד סמית', לא יועיל: ב"כ המבקשת חישבו את הכמות הצפויה של הגז הטבעי במאגר תמר לפי שתי הנחות שמתיחסות לשנת 2012, מועד חתימת הסכם חח"י, ולא לפי הנחיית המומחה מטעמם, שלפיה יש לחשב את הכמות הצפויה במועד תחילת הפרויקט. תחילת הפרויקט היתה בשנת 2008, שאז צפויה היתה כמות של 88 BCM. משום כך, גם החישוב שערכו ב"כ המבקשת לא יועיל. ודי להפנות לכך שהמומחה עצמו נשאל לגבי התיקונים שיהיה צורך לערוך בחישוביו, וטען שיהיה צורך בתיקון הנתונים של ההשקעות בתשתית, עלות ההון וגם של עלויות התפעול (עמ' 429 שורה 17 עד עמ' 430 שורה 5).

ד. ב"כ המבקשת טענו כי מועד בחינת הוגנות המחיר אינו שנת 2008 אלא מועד חתימת הסכם חח"י, בשנת 2012, שאז כבר היה ידוע כי גודל המאגר קרוב לתחשיב לפי דו"ח דלק לשנת 2013. אבני הדרך שהצביעו עליהן חשובות: הקידוח הראשוני נערך בשנת 2009 (מב/7); התחזיות

עודכנו ביום 11.2.2009 ל-142 BCM, ביום 8.7.2009 ל–178 BCM, וביום 11.8.2009 ל-207 BCM ; ביום 26.9.2010 דווחה דלק לבורסה כי דירקטוריון נובל אישר את תכנית הפיתוח, וגודל המאגר הצפוי אז היה 238 BCM. זהו לדעת ב"כ המבקשת מועד **החלטת ההשקעה.** למועד חתימת הסכם חח"י, 14.3.2012 – גודל המאגר הוערך ב-258.9 BCM (או 259.9)- ושבוע לאחר מכן - 275 BCM, והנתון היחיד שסיפקו המשיבים התיחס לשנת 2013 – שבו נפח המאגר נאמד ב- 312 BCM.

ה. ב"כ המבקשת טוענים להגיונה של גישה כזו, שאינה גישת יום ה-0, כי אם מועד חתימת ההסכם. הם הדגישו כי אין מדובר בביטול הסיכונים בקידוחים, שהרי פרופ' סמית' הוסיף לתחשיב 300 מליון דולר עבור שני קידוחים נוספים, כשקלול הסיכון לכישלון, שאותו העמיד על שני שליש.
יתכן שהצדק איתם, בעיקר משום שלא הובאו נתונים על מועד החלטת ההשקעה, ועל סמך איזו הנחה של גודל המאגר. עם זאת, קשה לקבל את עמדתם שמועד ההשקעה הרלוונטי הוא חתימת החוזה. הרי פעולותיה של השותפות לגילוי הגז החלה שנים קודם לכן, ומכתב הכוונות יוכיח. ב"כ המבקשת מביאים ראיות מסדר שני לקביעת מועד ההשקעה (סעיף 85 ואילך בסיכומיהם) – אך איש מן העדים לא נשאל לענין זה.

ו. ועל כולם, עמדה זו נוגדת את חוות דעתו של פרופ' סמית', שלפיה החישוב של עלות ההפקה השולית של הגז הטבעי ממאגר תמר לפי שיטת ה- DCF חייב להיעשות מראש ולא בדיעבד, כלומר לפי נקודת המבט של שנת 2008. כך הבהיר גם ד"ר מוסל בעדותו (בעמ' 474 שורות 25-14, ושוב בעמ' 477 שורה 23 ואילך). עמדה זו היתה מקובלת גם על מר אדירי (עמ' 761 שורות 13-29).

עם זאת יובהר כי בחוות דעתו השניה התייחס ד"ר מוסל לחוו"ד השניה של פרופ' סמית' וקבע כי המועד להערכת סבירות המחיר בשיטת העלויות צריך להיות שלב חתימת ההסכם בין תמר לבין חח"י, או השלב שבו התחייבה השותפות כלפי הבנקים המלווים (או השלב שבו הבנקים המלווים התחייבו להשקיע בפרויקט חוו"ד II סעיפים 3.1.5 – 3.1.7). התנאים הנוספים שיגרמו לשינוי במחיר כגון שיעור המס, גידול או הפחתה בעלויות, וכו' – כל אלו הם במסגרת הסיכונים שהצדדים שקלו מראש, ואין לחשב אותם, וכך גם אין להתחשב בהתפתחויות לאחר החתימה. בכל מקרה ברי כי נדרשת התאמה לתאריך אחד. הגם שהתייחס בדברים אלו לתאריך החוזה, ברי כי הכוונה היא להסכם שטרם ההשקעה (ראו גם עדותו בעמ' 473 שורה 4 ואילך). לכן אינני רואה סתירה לעדותו שנכתבה לעיל.

40. לא אוכל לקבל את חוות הדעת לצורך הנוסחה שנקבעה בה, אך לשנות רכיב משמעותי באותה נוסחה, ללא ביסוס ראייתי מספק. אכן, כטענת ב"כ השותפות, מדובר בשינוי חזית שנעשה בשלב הסיכומים, שהשותפות התנגדה לו כבר מיום שנתבקש תיקון חוות הדעת.

41. אין לקבל את תשובת ב"כ המבקשת כי השאלה שבמחלוקת היא השאלה הרחבה בדבר אופן חישוב המחיר המופרז, שכמובן ידועה לב"כ השותפות (ע"א 6799/02 **יולזרי משולם נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ – סניף בורסת היהלומים**, פ"ד נח(2) 145 , 151 (2003)) ; ע"א 1653/08 **ליפץ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** פסקה 5 (14.7.2011)).
הדין מתיר שינוי חזית בשני מקרים: תיקון כתבי טענות באישור בית המשפט והסכמת בעל הדין שכנגד במפורש או מכללא (רע"א 9123/05 **אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סייט מקבוצת אלפו בע"מ** פסקה 12 (25.10.2007)). ענייננו אינו נמנה עם מקרים אלה.
בענייננו בקשו ב"כ המבקשת לשנות את התשתית העובדתית בשלב הסיכומים. אין מדובר בטענה משפטית שנבעה מהנתונים העובדתיים והמשפטיים הפרושים כבר בפני בית המשפט, שאז ניתן היה לטעון כי אין המדובר בהרחבת חזית (עניין **אדמוב**, בפסקה 15). המבקשת ביקשה לשנות את העובדות ולא לטעון למשמעותן המשפטית – פרשנית (ע"א 9803/01 **תחנת שירות ר"ג בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, פ"ד נח (3) 105, 116-117 (2004)), ומשום כך ברור כי מדובר בהרחבת חזית אסורה.

42. ב"כ השותפות עמדו על טעות נוספת שנפלה בחוו"ד פרופ' סמית', **בהערכת קצב המכירות השנתי**. גם הנתונים הללו נלקחו מדו"ח דלק לשנת 2013, ולא לשנים הרלוונטיות, החל בשנת 2008. לדברי המומחה הוא נאלץ להשתמש במידע שעמד לרשותו. אלא שראוי היה להבהיר זאת מראש בחוות הדעת. גם לענין זה, הרחקת קצב המכירות, יכולה להיות השפעה על המחיר באותה נוסחה (עמ' 112 שורות 16– 30).

43. ב"כ השותפות טענו לטעות נוספת בחוות דעת פרופ' סמית', והיא **"מגן מס"** שהעניק להכנסות בשנים 2008 – 2012. התברר כי לא היה מגן מס כזה (עדות פרופ' סמית' בעמ' 267 – 270). אכן. אולם טענתם כי תיקון הטעות יביא להוצאות גבוהות יותר באותן שנים, דבר שיביא גם הוא לחישוב מחיר גבוה יותר נשמעת הגיונית מתמטית, אך אין לה בסיס בחקירות.

44. ב"כ השותפות עימתו את פרופ' סמית' עם מאמר שכתב ביחד עם אחרים, בשם "Option Valuation of Claims on Real Assets, The Case of Offshore Petroleum Leases" (מש/38). לפי הסברו בחקירה, מטרת המאמר היתה לפתח שיטת חישוב אחרת, משום שבשיטת ה- DCF ניכרים קשיי יישום (עמ' 254 למטה). לטענת השותפות פרופ' סמית' אף יישם תאוריה כלכלית אחרת בחוו"ד אחרת שנתן. לא ראיתי בכך רבותא. המומחה הבהיר כי יש קשיים בשיטה, כי ניסה לפתח שיטה חלופית, אך לרגע לא שלל את קיומה של שיטת ה- DCF.

45. רבב נוסף מצאו ב"כ השותפות בפרופ' סמית', שבית משפט בקולורדו ארה"ב מצא לדחות את חוות דעתו (Atlantic Richfield Co. v. Farm Credit Bank, 226 F 3rd 1138 (10th Cir. Colo. Sept 13, 2000). הביקורת שהושמעה שם רלבנטית לנסיבות אותו ענין, ובפרט על שיטה שלא יושמה כאן (עמ' 1164 ואילך בפסק הדין).

46. **כזכור, פרופ' סמית' עמד על כך שהדרך היחידה לבחון אם מחיר הגז הטבעי בחוזה חח"י מופרז היא לפי שיטתו. משהוברר שלא ניתן להיעזר בחוות דעתו לצורך הבחינה היחידה האפשרית לדעתו, אין חוו"ד שתומכת בטענה העיקרית שבבקשת האישור, ואין לה בסיס מקצועי** (עניין **רייס**, בפסקאות 27-26).

47. ב"כ השותפות בקשו להשוות את תוצאות הבדיקות שערך פרופ' סמית' עם אלו של מר אסקארי (דו"ח I מש/13 בעמ' 30). אכן, הנחות המוצא של שני המומחים היו דומות: שיעור ההיוון (WACC) אצל סמית' עמד על 9.2% ואצל אסקארי על 9.1%; ההסתברות למציאת גז באתר אצל סמית' הועמדה על 33% ואצל אסקארי על 30%, וכמות הגז הצפויה אצל סמית' 312 BCM לעומת כמות נמוכה בהרבה של 200 BCM אצל אסקארי. **המחיר שמר אסקארי הגיע אליו עמד על $5.32/MMBtu, רחוק מאוד מ $2.47/MMBtu שחישב פרופ' סמית'**. פרופ' סמית' עמד על חישוביו בחקירתו, וסבר כי ההבדל עשוי לנבוע מהבדלים בנתוני הבסיס אצל אסקארי, שלא יכול היה להתייחס אליהם (עמ' 109 שורה 10 ואילך). **התוצאה השונה למשוואות שתוכנן דומה מצריכה הסבר משמעותי, שלא נתקבל מפי מומחה המבקשת.**

48. ב"כ המבקשת טוענים כי ניתן ללמוד על העלויות האמיתיות מנתונים שנובל עצמה הציגה. במקום אחד הציגה **עלויות חיפוש והפקה, הנזלה, והובלה של גז טבעי נוזלי במקומות שונים בעולם**, והעמידה את עלות החיפוש והההפקה בישראל על כ- $1.75/MMBtu (מצגת לאנליסטים מב/39 מיום 6.12.2012, בעמ' 121). ד"ר מוסל נשאל על כך והשיב שהמספרים אינם נראים לו: הוצאות החיפוש וההפקה נמוכות מדי, והוצאות ההנזלה גבוהות מדי (עמ' 644 – 645). לענייננו חשובות כמובן ההוצאות ללא הנזלה וללא הובלה (שחושבה כהובלה למזרח הרחוק). גם מר אבו, מנכ"ל דלק, אמר שההוצאות בפועל היו גבוהות יותר, למרות ההערכות הנמוכות יחסית. עלות החיפוש וההפקה שהציגה נובל נראתה נמוכה מדי גם לקבוצת מומחים מ- MIT שבחנה אפשרות להקמת מתקן הנזלת גז טבעי בקפריסין, עבור ממשלת קפריסין. תוך הפניה למוצג מב/39 העריכו המומחים אותה עלות (ללא הנזלה וללא הובלה) ב- $2.5/MMBtu עד $4/MMBtu (מב/38 עמ' 18, 20).

העלויות האמורות נראות נמוכות למדי, נמוכות אף מהערכת המומחה מטעם המבקשת. כאמור בחוו"ד פרופ' סמית' (חוו"ד I פסקה 21), המחיר התחרותי צריך להבטיח שהשווי הנוכחי של הכנסות המפיק מקידוח מוצלח, בהיוון מתאים לסיכונים, ישווה לעלויות החיפוש, הפיתוח והייצור מאותו שדה גז טבעי, לרבות עלויות בגין מסים ולרבות עלויות בגין קידוחים שלא עלו יפה.

בעדותו הוסיף והבהיר את חשיבות ההוצאות האמיתיות (עמוד 54 החל מן השורה 21 ועמ' 66 החל מן השורה 16).

49. ב"כ השותפות מסבירים בסיכומיהם כי מדובר במחיר "עלות פנימית" של העברת גז טבעי ממאגר אחד של נובל לפרויקט הנזלה, גם הוא בבעלות נובל, כך שהעלות הנתונה לא התחשבה בעלויות הקמת המאגר, ואף קבעו כי מדובר במעין "סבסוד צולב" בין חלקי הפרויקט השונים (פסקה 105 בסיכומי משיבות 1, 2, 4 ו-5). אין לדברים אחיזה ברורה בתצהירים, כיוון שהנתון הוצג רק במהלך החקירה הנגדית של ד"ר מוסל. משעומת ד"ר מוסל עם המסמך של נובל מב/39 בשעת החקירה הנגדית, ניסה להבין את פשרו, והבהיר כי מדובר במחיר שנובל מחייבת בו את עצמה (עמ' 643 שורות 13-14, 17-21).
תמיכה בכך שמדובר במחיר פנימי נלמדת גם מן הדו"ח של MIT (מב/38 עמ' 20), שמתאר את המחיר של $2/MMBtu כמחיר שאינו כולל התיחסות לצד שלישי כלשהו, ומתייחס למחיר הגז שיועבר למתקן ההנזלה (feed gas cost).
העד היחיד מטעם השותפות שיכול היה לשפוך אור על העובדות היה מר אבו, אך הוא לא נשאל כלל על המסמך, וממילא מדובר במנכ"ל דלק שלא ברור אם יכול היה להעיד על אודות מצגת של נובל. מכל מקום, בעדותו עמד מר אבו על כך שמחיר של $2.78/MMBtu ששלמה חברת החשמל לחברת EMG, הוא מחיר הפסדי, שסובסד על ידי ממשלת מצרים, והשותפות לא הסכימה לעמוד בו (עמ' 967 בפרוטוקול) . אם כן ודאי שהמחיר הנחזה מתוך המצגת, $1.75/MMBtu נמוך מדי. לנוכח הסברן של השותפות שלא נסתר, והואיל ומדובר במחיר נמוך אף מזה שנקבע ע"י מומחה המבקשת – לא ראיתי לבסס את העלות על נתון יחיד זה.

50. השותפות לא הראתה **נתוני אמת** בדבר העלות, ודאי לא לשנת 2008. האם עובדה זו תעמוד לזכות המבקשת בנפול חוו"ד של פרופ' סמית' בשל שימוש בנתונים בלתי נכונים? בעניין **צדוק** קבע השופט ע' גרוסקופף כי רף ההוכחה להוכחת כוח שוק ולהוכחת פער מבוסס עלויות יהיה נמוך יחסית למקרה שבו המשיבה מספקת מידע מלא כבר בשלב בקשת האישור (שם, בפסקה 47).

ב"כ המבקשת טוענים כי אל מול חישובי המבקשת בדבר תשואה של 9.2% ומחיר ראוי של $2.75/MMBtu יעמדו נתוני האמת בדבר תשואה בת 21.8% (מש/76 דו"ח Wood Mackenzie בעמ' 5) ומחיר של $5.042/MMBtu בחוזה, והפער מדבר בעד עצמו. אלא שהנתון של 2.75 MMBtu/$ שנקבו בו - תוצאת החישוב שערכו בסיכומיהם - לא התקבל לעיל, ולמעשה אין לפניי נתון שמלמד על המחיר הראוי. החסר אינו נובע מכך שחברות השותפות לא גילו את המידע, שהרי המידע קיים בנתונים הפומביים ומדו"חות השותפות. משום כך אין החזקה שהציע השופט גרוסקופף ממלאת את החסר בעניינו. במלים אחרות, חוות הדעת אינה עומדת גם ברף המקל שהציב השופט גרוסקופף למקרים שבהם המשיב אינו מגלה מידע רלוונטי.

51. בשים לב לכך שדחיתי את ההסתמכות על חוו"ד פרופ' סמית' לגופה, לא ראיתי מקום לעמוד על טענות נוספות של ב"כ השותפות כלפי אותה חוו"ד, ובהן טענה שפרופ' סמית' אינו מומחה בתחום התחרות הכלכלית או שהסתמך על גילוי דעת הממונה על ההגבלים העסקיים 1/14 שכבר הוחלף בגילוי דעת 1/17. אף על פי כן אוסיף להתייחס לאופן חישוב מחיר ההון המשוקלל (WACC), שחשיבות רבה לו לקביעת רווחי הפרוייקט.

52. **ניתוח הרווחיות נעשה באמצעות השוואת הרווחיות של בעל המונופולין ממכירת המוצר אל מדד ייחוס.** בנספח לגילוי דעת 1/17 מוצע "להשתמש בעלות ההון המשוקללת של החברה או הסקטור בו היא פעילה (WACC). מדד זה מייצג את תפיסת השוק לגבי רמת הסיכון בענף בו פועלת החברה ומודד למעשה את התשואה הנדרשת על ידי המשקיעים עבור השקעה בחברה" (עמ' 21).

כאמור שם, אחד המדדים המקובלים להשוואה למדד הייחוס הוא IRR. מדובר בשיעור התשואה שמביא את תזרים המזומנים הצפוי בעתיד, כשהוא מהוון לנקודת הזמן הרלוונטית, לאפס. במלים אחרות, זהו חישוב הריבית האלטרנטיבית המינימלית של חסכון שהיה עדיף על הפעילות הכלכלית המוצעת.

בנתוני ענייננו, כאשר מדובר בפרוייקט אחד, מאובחן כלכלית, שאין צורך להפרידו משאר הפעילויות של כל אחת מחברות השותפות – שמשו המונחים WACC ו-IRR כמונחים תחליפיים כמעט, גם בחקירות המומחים, ולמעשה כל העדים (עדות מר דורפמן, בעמ' 808 שורות 6-21, שבה התייחס למש/76; ועדות ד"ר מוסל שמבהיר כי IRR ישמש בד"כ אמצעי לחישוב נזק ולא להחלטות השקעה – בעמ' 502 שורות 3-16, ויחד עם זאת מתייחס לכל אורך חוות הדעת והעדות לאותם נתונים בהתיחס ל-WACC).

לפי פרופ' סמית' שיעור התשואה המשוקלל, WACC, עומד על 9.2%, ולדעת ד"ר מוסל יעמוד שיעורו על 20% - 30%. תשואת השותפות בתמר עומדת על 20% לדעת ד"ר מוסל, ולכן הוגנת (למעשה הצדדים מסכימים כי התשואה שנקבעה בדו"ח Wood Mackenzie שנערך עבור דלק לצורך ועדת ששינסקי היא 21.8% - מש/25).

53. **הרוב המכריע של הראיות שהוצגו לפניי מלמד כי שיעור התשואה מתאים יותר לשיטת פרופ' סמית' מאשר לשיטת ד"ר מוסל**:

א. שיעור התשואה ההוגן שקבע פרופ' סמית' נתמך בחוות דעת נוספות שמהן ציטט (סמית' II סעיף 28): דוד בעז, הממונה על התקציבים באוצר לשעבר (7.2%), גולדמן סאקס (8%), אסקארי בחוו"ד מש/13 (8.3%), דויטשה בנק, בנספח לחוו"ד מוסל (10%), פינדייק ונתוני דמודאראן – כולם תומכים בשיעור תשואה זה.

ב. במצגת של חברת היעוץ הכלכלי הלוי-דוויק עבור אגף התקציבים במשרד האוצר ורשות הגז הטבעי חושב שיעור התשואה ל-12%, ובהתאם מחיר "שישרת את מטרות הפיקוח" $3/MMBtu- $4MMBtu (מב/53, שקופית בעמ' 10).

ג. נובל עצמה חישבה את שיעור התשואה על ההון WACC ל-9% או ל-10% בדו"חות הכספיים (סמית' II, בסעיף 28(c)), וכן בדו"חות לרשות ני"ע בארה"ב בשנים 2008 – 2014), מבלי לחשב סיכון מיוחד לשדות הגז בישראל, והשתמשה באותו אחוז תשואה לשדות הגז בארה"ב כמו גם לשדות הגז בישראל (חוו"ד סמית' II עמ' 30 ה"ש 71; מש/42 , מש/43, ו-מש/44 שהם דו"חות של נובל).

ד. פרופ' רוברט פינדייק ייעץ לוועדת ששינסקי וחיווה דעתו גם בשאלת התשואה הרגילה או המקובלת: בדו"ח הראשון , מיום 13.11.2010, (הוא חישב את התשואה ההוגנת לפי שתי שיטות בחינה שונות: Capital Asset Pricing Model (CAPM), ו- Weighted Average of Cost of Capital (WACC). לפי המבחן הראשון הגיע לתשואה הוגנת של 9.16% ולפי השני – 9.2%-9.1%. לסיכום קבע כי אין להתחשב בסיכון מיוחד בישראל, וכי **אחוז ההיוון הנומינלי צריך לעמוד בטווח של 8% - 10%**, שהוא שיעור תשואה ראוי בגין פרויקט דומה בכל מקום אחר בעולם (מש/ 34 עמ' 20 סעיף 53, עמ' 21 סעיף 58, ועמ' 22 סעיף 59).
ד"ר מוסל הודה בחקירתו כי חוו"ד פינדייק תומכת בעמדת פרופ' סמית' (עמ' 498 שורות 31-26).

ה. פרופ' דניאל ג'ונסטון, שייעץ גם הוא לוועדת ששינסקי, חישב את עלות ההון לפי 10% (מש/35 עמ' 30), כאשר לעלות של 8% - 9% הוסיף נקודות להגיע לאחוז ההיוון הגלובאלי. הוא הוסיף והסביר כי ההפרש בין ה- WACC שהעמיד על 8% - 9% לבין אחוז ההיוון הגלובאלי שהעמיד על 10% נובע מהוספת שולי סיכון (שם, בה"ש 26).

ו. במאמר שכתב קבע פרופ' סמית' כי טווח סביר ל- WACC במאגרים בארה"ב הוא 8% - 14%, ובמדינות זרות צריך אף להגדילו (מש/37 עמ' 4). לדעת ב"כ השותפות תשובותיו כשעומת עם כתיבה זו לא היו מספקות, ומלמדות כי שיעור 9.2% שקבע אינו יכול לעמוד. אינני שותפה לדעה זו. עיון בתשובות המומחה אינו מאיין את דבריו. הסברו כי שיעור התשואה על ההון תלוי גם באינפלציה, וזו ששררה בשנת 2003, מועד כתיבת המאמר שונה לחלוטין מזו שבשנת 2008 ואילך – סביר.

54. **אם כן, מדד הייחוס, ה-WACC, יעמוד על כ-10%, לדעת רוב המומחים. שיעור הרווח של תמר, 21.8% סוטה ממנו באופן משמעותי.** עדיין אין הדבר מלמד על הנתון הצריך להשוואה, מחיר הגז הטבעי: פרופ' סמית לא הצליח להגן על מסקנותיו. ועוד יותר מכך, באותו שיעור היוון וגודל מאגר הגיע מר אסקארי למחיר גבוה בהרבה. לא ניתן לכך הסבר (ראו סעיף 47 לעיל).

55. תשובתה של השותפות לפער שבין שיעורי התשואה ניתנה כבר בחוות דעתו הראשונה של ד"ר מוסל, שקבע כי אין להסתפק בחישוב שיעור התשואה, ויש להוסיף עליו "רנטת נדירות" שמבטאת את המוצר המיוחד והסיכונים בהפקתו. בחוו"ד השניה קרא לכך "תשואת משוכה", שמחיר נמוך ממנה לא יאפשר השקעות בפרויקט.

56. **המחלוקת הכלכלית-משפטית בין הצדדים היא בשאלה אם לצורך חישוב התשואה הראויה יש להתחשב ברנטה מיוחדת שנובעת מכך שמדובר במוצר מתכלה,** כפי שסבר ד"ר מוסל.

מומחה השותפות טען כי בחישוב התשואה הראויה לפרויקט של חיפוש גז יש להוסיף לתחשיב רנטה מיוחדת, שכינה Scarcity rent או Hotelling rent ע"ש פרופ' הרולד הוטלינג שהציע את אופן החישוב של אותה רנטה מיוחדת. הרנטה מתחשבת בהיות הגז משאב מיוחד, נדיר ומתכלה. לדבריו, בכלכלה תחרותית מחירו של משאב טבעי כמו גז יהיה **הסכום של עלות הפקתו בתוספת רנטת נדירות** (חוו"ד I פסקה 6.2, 6.3.6).

בחוות דעתו השניה קבע ד"ר מוסל כי ה- WACC, או שיעור ההיוון הפנימי, שונה מתשואת משוכה שמחושבת לצורך החלטה בדבר השקעה, או בחירה בין השקעות שונות. המומחה הסכים כי לצרכים פנימיים נובל השתמשה בשיעור תשואה של 10% להערכת ערכו של הפרויקט, אך לדבריו נתון זה אינו משמש לבחירה בין פרויקטים שונים (חוו"ד II סעיף 7.4.4). אם כי יתכן שהצדק אתו מבחינת התאוריה הכלכלית, שלפיה WACC איננו הנתון המשמש לבחירה – המומחה לא המשיך את ההסבר התאורטי (השוו עם עמ' 21 בגילוי דעת 1/17). כך גם לא הוסיף להבהיר את הקשר שבין שיעור תשואת המשוכה לבין רנטת הנדירות, שמתכנסות לאותו שיעור ממש בעניינו, לפי הצעתו. יש להניח שהכוונה היתה לאותה תוספת רווח, שרק אם תתקיים תהווה תמריץ למשקיעים, להבדיל מאופן החישוב של עלות ההון.

אציין עוד כי לכאורה, הגדרת רנטת המשוכה אצל ד"ר מוסל זהה להגדרת מדד הרווחיות בנספח לגילוי דעת 1/17: מדד ש"מייצג את תפיסת השוק לגבי רמת הסיכון בענף בו פועלת החברה, ומודד למעשה את התשואה הנדרשת ע"י המשקיעים עבור השקעה בחברה".

57. פרופ' סמית' דחה את הטיעון באמרו כי בתנאי תחרות משוכללת אין למשאב הגז הטבעי רנטת נדירות. פרופ' סמית' הוסיף כי מדובר ב"**קוריוז אינטלקטואלי שאינו תואם את המציאות בעולם האמיתי**", והפנה לעמדותיהם של מלומדים שדחו את היפותיזת הוטלינג והשפעתה על מחירי הגז הטבעי (חוו"ד II סעיף 17). כזכור, פרופ' סמית' הראה כי אנליסטים אחרים שחקרו

מיזמי גז טבעי לא כללו רנטת נדירות כלשהיא בחישוביהם. לפי הסברו תשואת המשוכה אינה שיעור ההיוון: "...Professor Pindyck is addressing the weighted average cost of capital, the hurdle rate is not that" (עדותו בעמ' 313 שורות 14-15).

58. ב"כ המבקשת טענו כי הוספת רנטת הנדירות מעלה את שיעור הרווח הנדרש לחיפושי גז טבעי מעבר למקובל, ולמעשה ללא גבול. לשם השוואה הדגישו את הנתונים שהובאו לעיל, שלפיהם כל המומחים שייעצו למאסדרים הציעו לחשב לפי תשואה בסדר גודל דומה לזה שפרופ' סמית' הציע (9.2%), ורחוק מזו שהציע ד"ר מוסל (20% - 30%).

59. שני הצדדים הפנו לחוו"ד אסקארי לתמיכה בעמדותיהם. אך לאמיתו של דבר, בהתייחסות הספציפית אין ללמוד ממנה דבר: בתחשיביו לא לקח בחשבון רנטת נדירות, אם כי הסביר מהי רנטת הוטלינג ומדוע קשה לעשות בה שימוש (מב/20, חוו"ד II עמ' 146 – 147):

> "Since any gas field is exhaustible, its use has a certain "user cost", which can also be seen as the opportunity costs of producing the gas now rather than "leaving it in the ground", or keeping it as an asset for the future. This is known as *Hotelling's rent* in the economic literature and its analysis dominates the economics of exhaustible resources. There is a general agreement that the user cost of mineral resources is positive, but its level and trend is uncertain. From a practical perspective, neglecting it would be wrong, but its actual value can hardly be estimated, as it is related to the evolution of technology, demand, resources and regulation".

כך גם לא ניתן ללמוד לענין רנטת הנדירות מחוו"ד פרופ' סוארי שהוגשה לועדת ששינסקי מטעם דלק – (מב/72. ראו גם ההתיחסות בחוו"ד ד"ר מוסל II פסקה 6.2.14).

60. ב"כ השותפות בקשו לראות ברנטה הכלכלית המוזכרת בדו"ח ועדת ששינסקי רנטת נדירות. כך העיד ד"ר מוסל בעמ' 499 שורה 30 ואילך. אכן, בדו"ח הועדה נאמר, בין השאר: "**תכלית ההיטל היא לגבות נתח מתוך הרנטה הכלכלית הנובעת מאוצרות הנפט בלבד.**..." (מש/66 עמ' 72). הם הוסיפו והפנו לדברי ההסבר לחוק ששינסקי, ה"ח מיסוי רווחי נפט, תשע"א-2011, ה"ח 571, 526; לרבות לדברים הבאים: "**היזמים יזכו לנתח מהרנטה הכלכלית**". אלא שבדו"ח הועדה הוסברה "**רנטה כלכלית**" כרווח שמעבר לנדרש לכדאיות הפעולה הכלכלית, ואף שהיא "**רווח מעל לנורמאלי**" (עמ' 20, 28 לדו"ח הועדה מש/66). פשיטא שכוונת הועדה לא היתה לחשב את המחיר ההוגן, כי אם למסות אותו חלק ממנו שמעבר לכדאיות.

כך קבעה ועדת ששינסקי לענין זה (מש/66, עמ' 20, פסקה 1.2):

> "...**שכיח כי פעילות בענף הנפט והגז יוצרת רווח העולה בצורה ניכרת על הנדרש כדי להצדיק את ההשקעה במיזם. רווח שהינו מעבר לנדרש לכדאיותה של פעילות כלכלית מכונה "רנטה כלכלית". הרנטה מחושבת כיתרת ההכנסות מהפעולה בניכוי כל ההוצאות לרבות עלות ההון. הרנטה הכלכלית בענף הנפט והגז משקפת, רובה ככולה, את ערכם של משאבי הטבע או במילים אחרות – את שווי המשאבים במקרה שהיזמים היו נדרשים לרכוש אותם**".

המומחים שכתבו חוו"ד בתהליך הרלוונטי לבקשת אישור זו, בין לצדדים בין למאסדרים, לא כללו רנטת נדירות בחישוביהם, גם אם התיחסו לקיומה בתאוריה הכלכלית (מר אסקארי, לעיל). גם ד"ר מוסל לא קבע את שיעורה של רנטת הנדירות. לכל היותר ניתן ללמוד מדבריו כי הפער בין עלות ההון הממוצעת לבין שיעור הרווח בפועל הוא רנטת הנדירות.

61. טענת ב"כ המבקשת כי **ככל שקיימת רנטת נדירות שיש להתחשב בה, הרי היא שייכת לציבור**, הבעלים המקורי של המשאב הנדיר, ולא לבעל הרשיון - שובת לב. יתרה מזו, ברי כי בשוק תחרותי, אם בכלל היתה רנטת נדירות, היא היתה מופחתת עד מינימום, שהרי זו מהות התחרות.

עמדה זו מחוזקת בחוו"ד עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי – פיסקאלי) מיום 3.1.2010, שכותרתה "**חוות דעת משפטית לקראת פרסום מסקנות הוועדה**" (ועדת ששינסקי). כותרת המשנה הראשונה היא "**הגז והנפט שייכים לכלל הציבור ולא ליזמים**" (מב/51 עמ' 4). בהמשך דוחה המשנה ליוה"מ את הטענה שלפיה תשלום תמלוגים הוא מעין תשלום עבור קבלת זכות קניינית: "**התמלוג מהווה כלי פיסקאלי המגלם את חלקו של הציבור בעבור ניצול המשאב הציבורי. אין מדובר במחיר או תמורה המעבירה זכות קניינית**" (שם, עמ' 5). ב"כ המבקשת מסתמכים גם על דברי בית המשפט בבג"ץ 3734/11 **חיים דודיאן נ' כנסת ישראל** פסקאות 28 ו-42 (15.8.2012), אך השאלה לא הוכרעה שם.

62. אם כן, לפנינו מחלוקת בשאלה אם יש להתחשב ב"רנטת הנדירות" אם לאו בגדר התאוריה הכלכלית המקובלת. ככל שמדובר בתאוריות סבירות שלשתיהן מהלכים בקרב המומחים, אין סיבה להעדיף את האחת על פני האחרת (השוו: ע"א 323/89 **קוהרי נ' מדינת ישראל** פ"ד מה(2) 142, 172 (1991); ע"א 7756/07 **נמרוד גרסטל נ' ד"ר עוזי דיין** פסקה יד (21.12.2010)). ממילא הדגש כאן הוא על אופן יישומה של התאוריה, יותר מאשר על עצם קיומה. **גם אם אניח את קיומה של רנטת הנדירות – קשה לעשות בה שימוש מעשי, משום ששיעורה לא נקבע.** אין להסתפק בכך שכל פער בין שיעור ה WACC לבין שיעור הרווח בפועל יוצדק ע"י רנטת הנדירות (כפי שקבע ד"ר מוסל בחוו"ד I פסקה 6), גישה שתביא להצדקת כל מחיר שהוא .

משום כך מצאתי לנכון להידרש לראיות הנוספות להשוואה שהביאו הצדדים, בדבר שיעורי רווח של חברות אחרות. אעשה כן במסגרת מבחן נוסף, מבחן ההשוואה.

63. **לסיכום מבחן הרווחיות: החישוב שנערך ע"י פרופ' סמית' נדחה, כאמור, ובלעדיו לא ניתן להגיע למסקנה שהציע. התאוריה שהציע ד"ר מוסל בדבר רנטת נדירות או משוכה, גם אם תתקבל, אינה ניתנת ליישום, ולא ניתן לקבוע לפיה את שיעור הרווח ההוגן בפרויקט תמר.**

מבחן ההשוואה

64. מבחן ההשוואה מבקש להשוות את מחירו של המוצר למחירו של מוצר דומה שמיוצר ע"י פירמה אחרת, או למחירו של מוצר אחר רלוונטי שמיוצר ע"י הפירמה המדוברת. ההשוואה אינה בהכרח של המחיר, ותיתכן השוואה של מידת הרווחיות (נספח לגילוי דעת 1/17 בעמ' 22). מכל מקום, נדרשת השוואה לשוק תחרותי ככל האפשר.
ראוי לציין שהמומחים של שני הצדדים לא מצאו לנכון להשוות את מחירי הגז הטבעי לאלו של מחוללי אנרגיה קודמים כגון נפט ופחם. משום כך לא תיערך השוואה כזו, למרות שהיא מופיעה בחלק מן הדו"חות שהוגשו למאסדרים (לדוגמא בדו"ח אסקארי מש/13 עמ' 34).

65. השאלה אם קיים בכלל שוק תחרותי לגז הטבעי, שמאפשר השוואה בין המחיר בחוזה חח"י לבין איזה מחיר תחרותי העסיקה רבות את הצדדים. בין היתר משום שקשה למצוא נתונים ראויים להשוואה: במדינות רבות קיימת מעורבות ממשלתית משמעותית בקביעת המחיר. המצב במדינות אחרות קשה להשוואה משום שהן שונות במובנים של עלויות שינוע ובמובנים של קיומן של חלופות אנרגיה. סגן נשיא נובל, מר לאוסון פרימן, הגיש תגובה לדו"ח הביניים של ועדת צמח, פחות מחדשיים לאחר חתימת הסכם חח"י, ושם כתב, בין השאר, כי פיתוח שוק תחרותי של הגז הוא תהליך ארוך ואטי, ויכול לקרות רק בשוק רחב. קיימים בעולם רק שני שווקים כאלו: בעיקר בארה"ב, ואח"כ בשוק האנגלי או הצפון אירופי (מב/5 עמ' 4). גם מר אדירי הבהיר כי למד מחוות הדעת השונות שאין מחיר עולמי לגז טבעי, וכי אפשר למצוא ברפרנדום העולמי כמעט כל מה שרוצים לחפש (עמוד 727 שורות 33-35 עמוד 728 שורות 2-3).

בהעדר מושא ראוי להשוואה, לכאורה אין משמעות למבחן ההשוואה בענייננו, שבו מדובר באחת העסקאות הראשונות בשוק, ודאי בסדר גודל זה. יתרה מזו, גם לא ניתן ללמוד על שוק "יתחרותי יותר" להבדיל מתחרות מושלמת. עם זאת, הצדדים הפנו למדדי השוואה שונים, שאסקור להלן.

66. ד"ר מוסל סבר כי המבחן הנכון להערכת הוגנות המחיר אינו מבחן העלות או הרווח, כי אם השוואת המחיר לזה שבו ניתן למכור אותו גז בשוק החופשי. מחיר הגז יחושב לפי **מחיר חלופות היצוא שלו (Export Parity Price (XPP.** כלומר המחיר בשווקים שאליהם ניתן לייצא אותו גז

טבעי, בניכוי הוצאות הובלה, מסים ועלויות נוספות ביצוא (מוסל I פסקה 4.2.2 ואילך). ההשוואה שערך היתה למחירי היצוא בשנת 2014 משדות תמר ולוויתן בהסכמים לטווח ארוך, ושווקים אחרים שבהם תמר יכולה היתה למכור גז על בסיס קצר מועד.

ב"כ המבקשת סבורים כי אין להסתמך על מחירי היצוא של הגז, שכן לפי מתווה הגז רוב הגז המופק מתמר היה מיועד לצריכה בישראל, והשותפות לא היתה רשאית לייצא את הכמות שהובטחה לחח"י (סמית' II, סעיף 7).
ב"כ השותפות משיבים כי מגבלת היצוא נקבעה בהחלטת ממשלה לאחר שנתקבל דו"ח ועדת צמח, רק אחרי החתימה על ההסכם (23.6.2013); כי הערך הכלכלי של גז טבעי בישראל שווה למחיר העולמי כפי שנקבע בשווקים תחרותיים; וכי התיחסות רק ליכולת היצוא ממאגר תמר אינה נכונה, עלולה לעוות את מחיר הגז, ופוגעת בחישוב. אלא שד"ר מוסל עצמו הסכים, כבר בחוות דעתו, כי עצם המגבלה על היצוא יכולה להביא לשינוי בנתונים (מוסל I 4.2.7, מוסל II 4.2.5).
על כן ברי שמגבלת היצוא מציבה מכשול משמעותי על דרך ההשוואה המוצעת. להשוואה עם המחירים בעולם בעיות משלה, כפי שאראה להלן.

67. חישוב XPP היה מקובל על המאסדרים, ואף על פרופ' סמית': נציגי משרד האנרגיה בצוות קנדל הבהירו כי המבחן הראוי הוא XPP, ולפיו מחירי הגז בישראל נמוכים ביחס לעולם (דיון מיום 12.1.2015 - מב/45 עמ' 8 פסקה 3; דיון מיום 18.1.2015 – מב/45 עמ' 11-12 פסקות 4-5; ועדות מר דורפמן בעמ' 800 שורות 25-28). פרופ' סמית' אימץ עקרונית את המבחן (סמית' I פסקאות 7 ו-17; סמית' II, פסקה 5). וגם מר אסקארי הסכים שהמבחן ראוי ומקובל (מב/20 עמ' 7).

68. **אם כן, XPP היא שיטה ראויה להשוואה, ובלבד שניתן להגיע למחירי השוואה בתנאי תחרות, וכאן טמון הקושי ביישום השיטה.** משקלן של ההסתייגויות מעצם עריכת ההשוואה בשוק הגז הטבעי, ובקושי המיוחד במקום שיש מגבלה על היצוא – **רב מאוד, ומאפיל על המבחן כולו**.

69. חרף האמור בחנתי את הנתונים שהובאו בקשר למחירי הגז בעולם, לאחר הפחתת ההוצאות הרלוונטיות. כפי שאראה, אין מסקנה ברורה, אם כי **קיימות אינדיקציות לכך שהמחיר שנקבע בחוזה חח"י מצוי בטווח המחירים הידוע בשווקי העולם**:

א. ד"ר מוסל קבע כי מחיר היצוא שהיתה יכולה תמר לקבל עמד על $7.50/MMBtu - $10.25/MMBtu בשנים 2011 – 2012. הקביעה מבוססת על מחיר הגז בחוזים ארוכי טווח ביפן, מחיר הנזלה ביפן, ובמחיר הנזלה בצפון אפריקה (שני האחרונים מחירי spot). חישוב דומה לשוק באירופה היה מניב $4.51/MMBtu - $5.03/MMBtu (מוסל I עמ' 47 וטבלה D-4 בנספח D).
אך פרופ' סמית' סבר כי מחירי היצוא למזרח אסיה או לצפון מערב אירופה אינם מקור ראוי להשוואה, כיוון שאינם "ההזדמנות הטובה" הבאה. המחירים שעליהם התבסס ד"ר מוסל

לצורך חילוץ לאחור של מחיר שווי המשקל של היצוא משנת 2011 בבריטניה ומשנת 2012 ביפן – הם מחירי בועה קצרי מועד, ומאז צנחו. טווח המחירים עמד לפי אותה שיטה על $1.77/MMBtu לבריטניה בשנת 2011 ו $0.59/MMBtu– ליפן (שלילי) בשנת 2012 (סמית' II סעיפים 9, 10).

המומחים לא התיחסו בדיוק לאותם שווקים. המומחים גם טענו האחד כלפי רעהו כי העריכו שלא כראוי את עלויות ההנזלה וההובלה, שהן העלויות העיקריות שיש להפחית מן המחיר בחו"ל (סמית' II פסקה 9(d); מוסל II 4.4.2 – 4.4.7, 4.4.10) אך לא ראיתי צורך להעמיק ולהכריע בין העמדות, לנוכח המסקנה הראשונית בקשר למבחן ההשוואה.

ב. מר אסקארי סבר כי מבחן ההשוואה לא יתן תמונה ראויה. למרות זאת, בדו"ח משנת 2012 השווה את מחירי הגז בעולם, והציג אותם על גרף מתאים. מחירי החוזים נעו בין $2/MMBtu בארה"ב ל-$10/MMBtu ומעלה לאירופה, ו-$15/MMBtu במזרח אסיה (עמ' 18 ו-19). בהתחשב במחירים באירופה, בשינוע הנדרש, ובצורך להנזיל את הגז ולהובילו, העמיד מר אסקארי את המחיר הסביר ליצוא של הגז מישראל על $3/MMBtu - $6/MMBtu (מש/13 בעמ' 20).

70. אזכיר את האזהרה שהזהיר סגן נשיא נובל עצמו, שסבר שאין השוואה ראויה אלא למחירי הגז בארה"ב ובאנגליה וצפון אירופה. ד"ר מוסל בחר לשים את הדגש על יפן, צפון אפריקה, ואירופה באופן כללי. גם משום כך לא אוכל ללמוד ראיה מן הנתונים שבחר להביא, ולקבוע כי מחיר הגז בחוזה חח"י נמוך מן המחירים שיכולה היתה תמר להשיג ביצוא לשוק בחו"ל.

71. לעומת הניסיון להביא מן המחירים מותאמי XPP **השותפות הוסיפה והפנתה למחירים ללא התאמה, ואלו אכן גבוהים ברובם ממחירי חוזה חח"י,** למעט בורסת הגז בארה"ב Henry Hub, שבה המחירים בשנת 2018 עמדו על $4.65/MMBtu - $6.24/MMBtu, ולמעט נורווגיה, שבה עמד מחיר הגז הטבעי בשנת 2013 על $4.5/MMBtu (מש/19). ראו גם דו"ח אסקארי מב/20, מש/19 עמ' 148 וחוו"ד גרום (M.D.J. Groom)) עבור חח"י משנת 2012 (מש/63 עמ' 2, 6), שלפיה עסקאות ארוכות טווח בים הצפוני עמדו על ממוצע של $4/MMBtu - $4.5/MMBtu, עסקאות ספוט בארה"ב – $2/MMBtu, בריטניה ואירופה $8.5/MMBtu - $9/MMBtu, ויצוא של גז מונזל – $5/MMBtu - $5.5/MMBtu. **כך מומחש עוד יותר הקושי להשוות בין מחיר קבוע לחוזה ארוך טווח לבין מחירים משתנים.**

72. בסיכום מחקר שערכו חוקרים מ- MIT להערכת הפן הכלכלי של פרויקט גז טבעי בקפריסין (מב/38) בחרו החוקרים להביא מחירים של גז טבעי ברחבי העולם בשנה הקודמת, בהסתמך על דווח של חברת BP: מחיר ממוצע לשנת 2011 בארה"ב (מדד Henry Hub) עמד על $4.01/MMBtu;

באנגליה - $9.04/MMBtu ; בגרמניה המחיר כלל ביטוח והובלה ועמד על $10.48/MMBtu ; וביפן –$14.73/MMbtu.

73. במצגת שצורפה לדו"ח 2014 הראה מר אסקארי כי מחיר הגז בישראל הוא אחד הגבוהים בקרב מדינות מייצרות ומייצאות גז. למעשה, מבין 22 יצואניות, תופסת ישראל את המקום האחד לפני הגבוה ביותר, שהוא ניו זילנד. עוד הוסיף, בעמ' 13 במצגת, כי בכל אחת מן המדינות המנויות יש מנגנון של פיקוח על מחירים או שוק תחרותי. ראוי לזכור כי בישראל אין מנגנון מסוג זה (למעט דווח לפי פרק ז' בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו - 1996).

ככלל, מר אסקארי העמיד את המחיר ההוגן בחוו"ד I משנת 2012 על 3.2$/MMBtu עד 5.32 /MMBtu (מש/13 עמ' 5, עמ' 20). בחוות דעתו השניה ביקש לבדוק את המציאות המשתנה בישראל, את הדרכים שנבחנו בעולם, ולהציע דרכים לטיוב העיסקה. בין השאר קבע כי חישוב לצורך פיקוח על המחירים יביא למחיר של $1.72/MMBtu ובשיעור תשואה גבוה יותר להון – $2.50/MMBtu (מב/20 עמ' 164), ואילו תחשיב לפי XPP יביא ל- $3.07/MMBtu עד $4.98/MMBtu (מב/20 עמ' 171). הצעתו היתה לקבוע טווח מחירים שבין $2.5/MMBtu מבוסס על מבחן עלות, לבין $5.98/MMBtu מבוסס על מחיר ההסכם נכון לאותה עת (מב/20 בעמ' 7) ללא הצמדה למדד.

אציין כי דו"ח אסקארי ספג ביקורת שלילית של רשות הגז במכתבו של ראש הרשות, אלכסנדר וורשבסקי לראש הממשלה ולשר לתשתיות לאומיות, אנרגיה ומים, מיום 4.1.2015 (מב/46). בין השאר נטען כי המצגת מתייחסת למדינות רבות, שרובן אינן רלוונטיות להשוואת מחירים, בין משום שהן יצואניות גדולות שהשוק המקומי שלהן קטן ; בין משום שמדובר בשוק גז טבעי מפותח, באתרים רבים, שעלות ההפקה בהם נמוכה ; בין משום שהן מדינות שנהנות מסבסוד מוצר של גז טבעי לצרכנים. לדעת הכותב קבוצת ההתייחסות של הגז הטבעי היא מדינות מפותחות שמפיקות גז טבעי כגון הולנד, אנגליה ודנמרק.

74. מכל מקום, **השוואת מחירים כשלעצמם, ללא התאמה בשיטת XPP, שהתקבלה על דעת המומחים כולם – אינה ראויה, ועל כן אני דוחה את טענות השותפות הנסמכות עליה**. אזכיר כי ד"ר מוסל קבע שלא ניתן להשוות מחירים אלא באמצעות ההתאמה שנעשית באמצעות XPP ((חוו"ד I 4.2.3).

75. ד"ר מוסל השווה את מחיר החוזה גם עם **מחירי יצוא של תמר ולוויתן** (חוו"ד I עמ' 46 טבלה 4-1). לא ראיתי לנכון לקבל את עמדתו בענין זה:

מתוך 5 מחירים מצוטטים ביעדים שונים (ירדן (בחוזים מסוימים), חברת האנרגיה הפלשתינית, UFG במצרים, NEPCO חברת האנרגיה הירדנית, ודולפינוס במצרים) – צוטטו נתוני

מחיר לשניים הראשונים בלבד, ($7.40/MMBtu ו-$6.73/MMBtu בהתאמה), ואילו לאחרים הציב המומחה את הערך הממוצע בין השניים, $7.07/MMBtu. עיון בנתוני הכמויות של החוזים המצוטטים מעלה כי חלקם של שני החוזים הראשונים בטל בשישים (5%). הוסף לכך שברגיל מחיר החוזים לכמות קטנה גבוה יותר; ועוד, שמדובר בחוזים ובמכתבי כוונות שלא ברור אם יצאו אל הפועל - והתוצאה היא שאין לסמוך על נתונים אלו כבסיס להשוואה של המחיר. במיוחד כך כאשר מדובר בחוזים של השותפות, ולא היתה מניעה לקבל נתוני אמת.

זאת ועוד, ברי שאין מדובר בשווקים תחרותיים: לירדן אין מקור עצמאי לגז טבעי (כעולה מן הדו"ח השנתי ל-2014 של חברת האנרגיה הירדנית – מב/30 עמ' 9, ודווחו של מר אבו בועדת הכלכלה של הכנסת מיום 21.7.2015, מב/86 עמ' 15). גם לחברות במצרים לא היתה אופציה אחרת, לאחר שהשקיעו סכומי עתק במפעלי ההנזלה, שאספקת הגז אליהם הופרעה אם לא ממש נפסקה (מב/31 טבלה בעמ' 3 ועמ' 4, מב/32 עמ' 8, מב/84 עדות ד"ר מוסל בעמ' 587 שורות 11 – 15, עדות מר אבו בעמ' 1005 שורות 21-31).

המסקנה היא שמחירי החוזים לטווח ארוך ליצוא של השותפות אינם אמת מידה ראויה ללימוד מחיר הוגן ממחיר היצוא.

76. **השוואה אפשרית נוספת היא אל מכתב הכוונות** מב/24 מיום 13.12.2009, שבו נקבע מחיר של $4.6/MMBtu צמוד בעיקרו לסל דלקים וגם למדד. סכום זה עמד בעת החתימה על ההסכם על $**5.3**/MMBtu. מר אדירי סבר כי הסכום שנקבע במכתב הכוונות הושג בתנאי תחרות טובים יותר במשק הגז, ואפשר לראות בו עוגן לסבירות (סעיף 17 בתצהיר אדירי). למרות שהתייחס לאפשרות זו, ד"ר מוסל הבהיר כי ההתיחסות לחוזי עבר פחות רלוונטית להערכת מידת התחרות מאשר חוזים שנערכו בערך באותו הזמן כמו החוזה הנבחן (מוסל II עמ' 40).

ב"כ המבקשת סבורים כי הגם שבשנת 2009 היו שני ספקי גז, שני מתחרים אינם מספקים די תחרות, והמחיר שקבעו אינו מדד להוגנות.
ב"כ השותפות סבורים כי היתה תחרות ראויה שהשתקפה במכתב הכוונות שנחתם בדצמבר 2009. המחיר בהסכם חח"י נמוך מן המחיר במכתב הכוונות שעמד על $5.3/MMBtu, למרות שבינתיים היו שני שינויים משמעותיים: חוק ששינסקי, ושינוי תכנית הפיתוח של המאגר בנוגע לנקודת הכניסה לחוף – שניהם ייקרו משמעותית את הפקת הגז (עדות אבו בעמ' 969 שורה 27 ואילך).

77. בעת שנחתם מכתב הכוונות היו שתי ספקיות גז טבעי: EMG וים תטיס. המחיר ששולם להן אינו יכול להוות עוגן של סבירות. ראשית, האספקה מכל אחת מהן לא היתה תחליפית לרעותה, שכן EMG לא היתה יכולה לספק את מלוא הצריכה, ומנגד חח"י נדרשה להתקשר בהסכם עם תמר. יתרה מזו, אספקת הגז מ- EMG היתה בלתי אמינה ונתונה לשינויי כמויות ומחירים חד צדדיים, ובהמשך הופסקה פעילות EMG בשל פיצוצים בצנרת ההובלה. כך עולה מדו"ח מיידי שהגישה

חח"י ובו דווח על שינוי ההסכם עם EMG שלא עמדה בהתחייבויותיה, הן מבחינת כמויות הגז הן מבחינת איכותו (מב/57) ; מהחלטת רשות החשמל מיום 2.3.2009 ניתן ללמוד על בעיות בהתקשרות עם EMG (מב/59 ביאור 9) ; ולבסוף פתיחת ההסכם ע"י המצרים באופן חד צדדי (עדות אבו עמ' 962 שורות 25-27), שהובילה להעלאת המחיר גם על ידי ים תטיס. השותפות אמנם הדגישה כי האספקה ממצרים נחשבה אמינה (עדות מרידור בעמ' 925 שורות 30-35), אך הדיווחים המיידיים לבורסה מלמדים על הפרעות באספקת הגז (דו"ח מידי של חח"י לרשות ניירות ערך ולבורסה לניירות ערך מיום 13.7.2011 – מב/1, מיום 2.11.2011 – מב/2, ומיום 17.11.2011 – מב/3).
אם כן, שני שחקנים בלבד, שאחד מהם אינו יציב, אינם הופכים את השוק לתחרותי דיו. התחרות בין שניים אמנם משמעותית יותר מזו שנוצרה לקראת חתימת ההסכם, ששם לא היתה שום תחרות – אך ברי כי המחיר שנקבע במכתב הכוונות אינו מדד ראוי להוגנות המחיר.

אילו התקבלה השוואה למחיר מכתב הכוונות, ראוי לציין כי אותו מחיר, בצרוף הצמדה לסל הדלקים ברובו, ובחלקו הקטן למדד, כאמור באותו מכתב, **5.3**$/MMBtu, היה גבוה מזה שנקבע בהסכם חח"י, **5.024**$/MMBtu. עדיין, לפי חישוב רשות החשמל, ובהתחשב באופן ההצמדה, תנאי ההסכם שנחתם היו נחותים מתנאי מכתב הכוונות בלפחות 500 מליון דולר, ולכן דרשה רשות החשמל שינויים בתנאי אופציית הרכישה לכמות גז נוספת, שהחזירו לחח"י את הסכום הנ"ל (תצהיר אדירי, סעיף 7). במקום אחר העריכה רשות החשמל כי מדובר בסכום של כמיליארד דולר (מש/65, עמ' 6 סעיף 7ג לפרק הביאורים בהחלטת רשות החשמל).

78. בהקשר זה יש לקבל את עמדת ב"כ המבקשת אשר מדגישים את המובן מאליו: זוהי תוצאה שתלויה בתנודתיות של מדד סל הדלקים. מדד המחירים CPI יציב וצפוי, גבוה בהגדרתו ממחיר צמוד סל דלקים שהוא תנודתי (מרידור עמ' 920 שורה 14 ואילך ; מש/63 עמ' 2).

79. ב"כ השותפות טענו כי **סעיפים נוספים בחוזה הם בעלי השפעה על מחירו**, שעל כן לא ניתן להשוות את המחירים באופן פשטני:
כך למשל, **הכמות** שנדרשה חח"י לרכוש לפי מכתב הכוונות היתה 52.5 BCM, ואילו לפי הסכם חח"י עמדה הכמות כולל האופציה על 99 BCM. למרות זאת ההסכם לא כלל הנחת כמות כלשהיא. אל מול תלונה זו של ב"כ המבקשת יש להציב את העובדה שבשלב חתימת ההסכם לא היתה לישראל שום חלופה, והיתה חשיבות רבה לחתימה מהירה על ההסכם.
וכך **נוסחת ההצמדה** שנקבעה משמעותה רבה למחירו של הגז בכל נקודת זמן. לטענת השותפות, נוסחת ההצמדה היתה דרישה של חח"י והמדינה, ונכפתה על השותפות כאשר התחזית היתה של עליית מחירי הברנט עד 200 דולר לחבית. אילו הוצמד המחיר לברנט, היה עולה יותר מאשר בהצמדה למדד CPI (מוסל II עמ' 61 ה"ש 181, נספח C סעיף 1.c ו-C.2). הצמדה ל- CPI מעניקה יציבות לעומת הצמדה לברנט התנודתי יותר (יו"ר דירקטוריון חח"י בועדת הכלכלה של הכנסת מש/59 עמ' 4 ; דו"ח טייטלמן מש/64 עמ' 7, עדות אדירי בעמ' 700 שורה 32 ואילך).

הגם שניתן לחשב את התוספת שנוספה למחיר עקב שינוי נוסחת ההצמדה – לא ראיתי בכך חשיבות רבה לענייננו לנוכח האמור לעיל.

80. רכיב אחר של המחיר הוא התחייבות הצדדים למכור ולקנות כמויות מסוימות, לרבות רכיב **Take Or Pay (TOP)**, שבו התחייבה השותפות לשמור לחח"י קיבולת מסוימת בצינור הגז לצרכן גם אם לא תיצרך לבסוף (עדות אדירי עמ' 692 שורות 19-20).
שיעור נמוך של TOP, ובעניינו TOP אפקטיבי בשיעור כ- 40%, נחשב לטובת הצרכן (ראו טייטלמן מש/64 עמ' 3 ; גרום מש/63 עמ' 7 ; עדות אדירי עמוד 697 שורות 9-27). מר אסקארי העריך בחוו"ד הראשונה משנת 2012 כי הפחתת שיעור TOP מ-80% ל-65% תעלה את המחיר ב- 0.4 $ ליחידת חום (מש/13 עמ' 31) ובדו"ח משנת 2014 קבע כי הפחתת TOP ל-60% תוסיף למחיר הגז כ-40% (מב/20 עמ' 188).
בנוסף לכך קיימת אופציה להגדלת כמות בתנאי ההסכם (מוסל I 3.4.6), שגם לה שווי כלכלי (עדות רו"ח שגב בעמ' 30 שורות 2-13).

81. עוד ראוי להפנות מבט אל רכיב ה- **SWING**, שעניינו גמישות יומית או שעתית בהולכת גז, לפי בחירת הצרכן או בקצב משתנה.
זוהי תכונה חשובה לצרכנים ובעלת משמעות כלכלית (אדירי עמ' 691 בפרוטוקול שורות 21 ואילך). מר אדירי הסכים גם עם חוו"ד גרום (מש/63 בעמ' 7), שלפיה סעיף הסווינג בהסכם חח"י גבוה מן המקובל באירופה (1.8 לעומת 1.3), (עמ' 694 שו' 15-23), וגם כי סעיף ה- TOP בהסכם, שעמד על 77% נמוך יחסית ליצרנים בים הצפוני, ששם מדובר ב TOP של 85% - 90%. עם זאת הבהיר שאינו מומחה בתחום.

82. לא יכול להיות ספק בדבר חשיבות הסעיפים הנ"ל בהסכם חח"י, ובגמישות שהם מעניקים בעיקר לחח"י (טייטלמן מש/64 בעמ' 3 ; עדות אבו בעמ' 1014 בפרוטוקול שורות 27-31 ; עדות אדירי בעמ' 692-696, 697 שורות (14-27); עדות דורפמן בעמ' 822 בפרוטוקול שורות 13-23 ; ועדות מרידור בעמ' 915 שורות 22-32). עם זאת, שווים בלתי ידוע.

83. **מסקנת הדברים היא שלכתחילה המחיר במכתב הכוונות אינו מתאים לשמש אמת מידה להשוואה. גם אלמלא מסקנה עקרונית זו קשה היה להשוות בין המחירים והנתונים המשלימים שבמכתב הכוונות לבין אלו שבחוזה חח"י.**

84. ב"כ המבקשת הפנו **להערכת נובל עצמה את עלות הגז שלה למתקן הנזלה**, במחיר נמוך מ- $2/MMBtu, כפי שעולה ממצגת נובל למשקיעים מב/39. כבר הבהרתי לעיל (פסקאות 48-49) שאין ל"תפוס" את השותפות בהודאת נובל, משום שמדובר במחיר "פנימי", שבו נובל הציגה מכירת גז פנימית, למתקן הנזלה שלה.

85. **כזכור, נתון ההשוואה במבחן הרווחיות יכול להיות גם שיעור הרווחיות של בעל המונופול.** בשלב זה של הדיון, ללא גילוי מצד השותפות, אין נתונים פנימיים של השותפות בדבר שיעור הרווחיות, אך ניתן להעמידו בבטחה על 21.8% לפחות.
בחוו"ד מר אסקארי חושב שיעור התשואה הפנימי של תמר ל- 23%, לעומת השיעור הממוצע בתעשיה הרלוונטית, שעמד על 10% - 9% (דו"ח II מב/20 עמ' 162), ולעומת 15%- 12% בשלב החיפוש וההפקה (מב/20 עמ' 147).

86. ב"כ המבקשת טוענים להשוואת הרווחיות בפועל, 21.8%, לרווחיות הצפויה לפי חוו"ד פרופ' סמית', 10%, ומסיקים מכך פער עצום, הולך וגדל לאורך השנים עד פי 6.66. אך פרופ' סמית' עצמו מבהיר כי כמעט שאין מקרים שבהם הרווח בפועל תואם לרווח הצפוי מראש. כשמבקרים שורה של פרויקטים מוצלחים, הרווח בפועל תמיד יעלה על הצפוי, שמחשב בהכרח גם פרויקטים הפסדיים (חוו"ד II עמ' 25).

87. השותפות בקשה להשוות את רווחיה לאלו של יצרניות גז אחרות, וטענה כי **התשואה המקובלת והנורמטיבית בתנאי תחרות למאגרי גז טבעי גבוהה מ- 20%**.

הראיות שהציגה התייחסו לתשואה בת 12% - 15% לפי דו"ח לשנת 2016 של חברת Woodside האוסטרלית, אשר משקיעה בפרויקטים של נפט וגז בכל העולם (מש/28 עמ' 18) ; 15% לפי מכתב של חברת Shell מיום 30.3.2017 (מש/27 עמ' 5) ; ועד מעל 20% בתשואה לקידוחים של BP (מצגת למשקיעים מש/26 עמ' 3). במצגת של חוקרים מאוניברסיטת MIT חישבו החוקרים את התשואה על ההון במכירת גז טבעי מקפריסין על 13.6% - 20.5%, כתלות בשוק היעד ובאופן ההעברה (מב/38, בעמ' 37).
השותפות הפנתה גם לדו"ח של חברת Wood Mackenzie שנערך לבקשת המשיבה מס' 2, דלק. לפי האמור בו, רוב החברות יציבו תשואת משוכה גבוהה מ-10%, כ-15%. תשואה נמוכה מ-15% לפרויקט לא מאפשרת פיתוח של אותו פרויקט באותה נקודת זמן. בין השאר הובאו נתונים לגבי 32 שדות נפט וגז טבעי במים עמוקים בעולם, שהוחלט על פיתוחם בשנים 2009 – 2010. התשואה החציונית בהם עמדה על 29.2% (מש/25 עמ' 3). פרופ' סוארי העריך את תוחלת התשואה בתגובה שהגיש מטעם דלק לוועדת ששינסקי, במטרה לסתור את חוו"ד פינדייק ל-14% - 15%, אך סבר כי שיעור כזה אינו מפצה על חיפושים כושלים והוצאות מטה והפנה לנתוני דו"ח Wood Mackenzie (מב/72 עמ' ד' בפסקה 13 ובמכתב הנלווה).
דו"ח מעודכן שהגישה Wood Mackenzie לצוות קנדל שגיבש את מתווה הגז מלמד כי תשואת תמר – 21.8% - היא בשליש התחתון של התשואה המקובלת בעולם, לרבות OECD (מש/76 בעמ' 3 ו-4).

כן הפנו ב"כ השותפות למחקר של Goldman Sachs אשר בחן 280 פרויקטים של נפט וגז טבעי, ומצא שיעור תשואה ממוצע כללי בן 20.7% (מש/41 בעמ' 22), 26.4% לפרויקטים במים עמוקים כמו תמר (עמ' 94), ו-35% לפרויקטים של נובל בעולם (עמ' 126). ראוי לציין כי עלות ההון שלפיה חושבה התשואה היתה 8% (עמ' 92). במילים אחרות, מדובר בפער שבין עלות ההון המחושבת מראש לבין שיעור הרווח האמיתי בדיעבד.

עוד הפנו למחקר של הבנק העולמי שבו ניתנו 4 דוגמאות של שדות גז טבעי, שהתשואה שנתקבלה מהם היתה 26%-29%, 36.4%-33.4%, 50.4%-49.7% ו- 21.2%-9.9% (מש/45).

88. בחוו"ד דניאל ג'ונסטון שהוכנה עבור ועדת ששינסקי (מש/35) נמצאו בפרויקטים שונים שבהם חלו משטרי מיסוי שונים שיעורי תשואה שנעו בין 15% לבין 28% בגודל של כ-10 TCF (כ 280 BCM). כאשר עומת עם הנתונים אמר פרופ' סמית' רק כי התשואות המוגזמות אינן רלוונטיות (עמ' 294 שורה 21 ואילך).

89. מר דורפמן העיד, כי תשואה נמוכה מ-20% אינה קוראת להשקעה (עמ' 808 שורה 31 ואילך). מר מרידור הוסיף כי תשואה בת 15% אינה מספקת (עמ' 892 שורות 1-4). כן הוצגה מצגת של ועדת המחירים הבין משרדית לנושא מחיר הגז הטבעי מיום 29.5.2012 שבה לפי המודל שהוצג, שיעור תשואה לבעלים הוא כ-24% במחיר של $3/MMBtu (מב/53).

90. ועדת ששינסקי קבעה כי תשואה של 17.9% מספיקה לתמרץ השקעה במאגר דמוי תמר, שנפחו 250 BCM, ולפי שיעור היוון של 9% (מש/66 עמ' 77) אין ללמוד מכך כי זוהי התשואה ההוגנת. פרופ' סמית' סבר שאין זו אלא תשואה לצורך הבניית המס (עמ' 158 בפרוטוקול, שורות 1-5). תמיכה לעמדה זו בדברי מר אדירי, אשר הבהיר כי לצורך הטלת מס על רווחי החברות, נבחנו רמות תשואה שונות בחיפושי מאגרי גז, בהן גם רמות תשואה של 11.6% ושל 14%. הקביעה של 17.9% שקבעה ועדת ששינסקי, מטרתה להטיל מס על מאגר שהרווחיות שלו גבוהה, ברף סביר שמאפשר השקעה (עדותו בעמ' 705 שורה 29 ואילך. ראו גם עדות מר דורפמן בעמ' 810 שורה 22 ואילך).

91. הדוגמאות הרבות שהובאו לעיל, מלמדות לכאורה, ומבלי בדיקה מעמיקה, על כך שיש תשואה נוספת מקובלת בפרויקטים דומים. תשואת תמר, 21.8%, אינה עולה על האחרות.

לסיכום מבחן ההשוואה: ראשית, המבחן לא היה מקובל על המומחה מטעם המבקשת (סמית' I עמ' 17). שנית, ככל הנראה אין שוק תחרותי של גז טבעי בעולם (לחוזים ארוכי טווח), ולכן לכתחילה לוקה מבחן ההשוואה בליקויים משמעותיים. ורק שלישית, אילו היה שוק כזה, ואילו ניתן היה לערוך השוואות – תוך בחינת כל אחת מן העובדות לפני ולפנים - יתכן שניתן היה לבחון לעומק את טענת השותפות כי תשואת תמר אינה גבוהה בהשוואה לפרויקטים אחרים.

92. **לסיכום חלק זה של פסק הדין: המבחן שהציב פרופ' סמית' מטעם המבקשת לכך שהמחיר בהסכם חח"י מופרז נדחה, בהעדר אפשרות ליישמו לנוכח הנתונים השונים. המבקשת לא הציבה מבחן אחר. ההסתייגויות הרבות ממבחן ההשוואה מוליכות למסקנה שאין להשתמש בו בענייננו.**
משום כך אני קובעת כי בקשת האישור אינה עונה לאף לא אחד מן המבחנים, ואין תשתית עובדתית לכך שמחיר הגז הטבעי בחוזה חח"י בלתי הוגן, אף לא לכאורה.

למרות המסקנה החלטתי להוסיף ולדון בטענה עיקרית נוספת, שמתייחסת לאסדרת מחיר הגז. זאת מפאת חשיבות הנושא, שקיבלה ביטוי עיקרי בעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

<u>אסדרת מחיר הגז</u>

93. **השותפות** עתרה שלא להתערב בסוגיית המחיר, לאחר שהנושא זכה לאסדרה בארבעה רבדים שונים: ע"י צוות ממשלתי בינמשרדי בהובלת משרד האוצר ובשיתוף נציגי רשות החשמל, משרד האנרגיה ורשות התחרות; בבחינת ההסכם ע"י הרשויות והמאסדרים המוסמכים: רשות החשמל, הממונה על התחרות וממשלת ישראל; באמצעות מתווה הגז שאיגם כוח רגולטורי, ואושר כהחלטת ממשלה, החלטת הכנסת ובג"ץ; וכן באמצעות חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים. על כן חלה על ההסכם הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. השותפות הוסיפה וטענה כי כל הרשויות והמאסדרים בחנו את מחיר הגז הטבעי באמצעות מומחים לתחום, ומצאו אותו סביר. הבחינה העמוקה של מחיר הגז בהסכם על ידי המאסדרים מלמדת על היותו הוגן, גם בהתעלם מתחולת סעיף 6 בפקודת הנזיקין (רע"א 8014/09 **דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן** (21.4.2011)).

היועץ המשפטי לממשלה התייצב בהליך, ותמך בבקשת השותפות לסילוק על הסף של בקשת האישור. בהמשך הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ובסיכומים, התנגד לאישור התובענה הייצוגית, שאינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. עמדתו העקרונית היתה כי נושא הגז הטבעי זכה לאסדרה מקיפה ומלאה, בהסדר "רב קודקודי" של משרדי הממשלה השונים, וכי התערבות בפן אחד של ההסדר (המחיר) עלולה להביא נזק חמור לאמינות האסדרה הישראלית ולתחרות הכלכלית, ואין לכך הצדקה. נסיבות עניינו כה יוצאות דופן באסדרה הקפדנית של הנושא, עד שאין מקום לבחון איזה חלק מן ההסדר בנפרד. היועץ המשפטי לממשלה סבר גם שאין להתערב בהחלטת הממשלה שקבלה את אישור בג"ץ. היועץ המשפטי לממשלה לא חיווה דעתו בשאלת חלות סעיף 6 בפקודת הנזיקין, כשם שלא נדרש לשאלה אם המחיר בחוזה חח"י בלתי הוגן אם לאו, ואם הדבר מהווה עוולה לפי סעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית.

המבקשת השיבה כי מחיר הגז לא אושר על ידי מי מן המאסדרים, ודאי לא נקבע שהוא הוגן. אדרבא, המאסדרים נמנעו מלהתייחס למחיר כנושא שעליהם להסדיר. כך עולה מהחלטות המאסדרים כולם. העדר ההתייחסות בולט במיוחד בהחלטות הגורמים השונים, לרבות הממונה על התחרות הכלכלית ורשות החשמל, שהיו יכולים להתייחס ולאשר את המחיר, אך לא עשו כן. אדרבא, ההימנעות מהתיחסות למחיר מעלה על המאסדרים כולם כי נמנעו במכוון מקביעת המחיר. לא זו בלבד, אלא שגם כאשר אישר ראש הממשלה את מתווה הגז, והפעיל לשם כך את סמכותו לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית, החיל את ההחלטה על נושאים שונים לפי חוק התחרות הכלכלית, אך נמנע מלאזכר את סעיף 29א באותו חוק, בדבר מחירו ההוגן של הגז הטבעי. הדבר ברור גם מן ההחלטה להכפיף את ההסכם לפיקוח מחירים לפי פרק ז' בחוק הפיקוח, שלפיו נדרש רק דווח תקופתי של השותפות.

האסדרה של נושא הגז הטבעי במסגרת מתווה הגז לא נגעה למחיר שנקבע בהסכם חח"י. במתווה הגז נקבע כי החוזים שקדמו לו יעמדו בתקפם, אך אין התיחסות למחיר שנקבע בהם. המבקשת הוסיפה וטענה כי לא נשתנה מאומה מאז פסק הדין ברע"א **נזרי** שבו נקבע מפורשות כי בהחלטת מתווה הגז נמנעה הממשלה במכוון מלעסוק בנושא המחיר. אם כן, פתוחה הדרך להתערבות בית המשפט בנושא שהמאסדרים לא התיימרו לאסדר.

המבקשת טענה כי השותפות אינה יכולה לחסות תחת הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין, וכי אין ללמוד מענין דקלה לענייננו.

94. אדון להלן בכל אחת מן הטענות העיקריות של המשיבים, שלפיהן גם אם יוחלט כי מחיר הגז הטבעי לפי הסכם חח"י מופרז ובלתי הוגן – אין לאשר את התובענה הייצוגית. הטענות נובעות כולן מן האסדרה המשמעותית של התחום ע"י המאסדרים השונים; האסדרה המיוחדת במתווה הגז; פיקוח המאסדרים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים; והגנה מכח סעיף 6 בפקודת הנזיקין. בשל חשיבותו לנושא אדון תחילה במתווה הגז, למרות שהוא מגלם את שיאה של האסדרה, ולמרות שהמבקשת טוענת שאינו רלוונטי לענייננו.

מתווה הגז

95. מתווה הגז הוא החלטת ממשלה מיום 16.9.2015, שמאגדת את עמדת המאסדרים עם הסכמת השותפות לתנאים שונים שנוגעים לעתיד פעולתה של השותפות במאגר הגז תמר ובמאגרים האחרים שנתגלו סמוך לאחר גילויו. החלטת הממשלה אושרה בהחלטת הכנסת מיום 7.9.2015.

מתווה הגז התקבל לאחר שהמאסדרים הרלוונטיים בתחומים השונים נתנו דעתם ומסרו עמדתם בנושא, והשותפות הביעה הסכמתה להסדרים שנקבעו בו. הוא מאגד את החלטות הרשויות השונות הקשורות במשק הגז הטבעי: מתן פטור לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית; לוחות

הזמנים לפיתוח מאגר 'לוויתן' והרחבת מאגר 'תמר'; בחינת מחירי הגז הטבעי (סעיף ד'); תיקון החלטת ממשלה 442 בענין יצוא הגז; מיסוי; מתן שטרי חזקה ב'כרישׁ' וב'תנין' לבעלי הזכויות; פיתוח מאגר 'תמר דרום מערב'; חיוב בעלי הזכויות בחזקות 'לוויתן' ו'תמר'; השקעת 500 מליון דולר בתוכן מקומי לאורך 8 שנים; קיום סביבה רגולטורית יציבה (הוא הסעיף שבוטל בבג"ץ, ובמקומו הוחלט על הבטחת סביבה רגולטורית מעודדת השקעות); ומעקב אחר יישום המתווה, הסרת חסמים ועידוד מאגרים מקומיים.

באשר למחיר – הממשלה הותירה על כנה את החלטת שר האוצר ושר האנרגיה להטיל פיקוח לפי פרק ז' בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, דווח על רווחיות ומחירים, שהוא רמת הפיקוח הנמוכה ביותר לפי החוק. זאת לתקופת מעבר שבין החלטת ראש הממשלה לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית לבין מועד העברת מלוא הזכויות ב'כרישׁ' וב'תנין', או העברת מלוא זכויות בעלי הזכויות בחזקת 'תמר' – לפי המאוחר. נקבע כי החוזים הקיימים יעמדו בתקפם לענין המחיר ושיטת עדכונו. ואילו בחוזים החדשים נדרשו בעלי הזכויות בחזקות להציע לצרכנים פוטנציאליים 4 חלופות שונות של מחירים, ובלבד שלא יעלו על זו שבהסכם חח"י.

96. נציג היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אורי קידר, טען כי למתווה 3 מטרות מרכזיות: פיתוח מהיר של מאגרי הגז החדשים והקיימים מטעמי חוץ, ביטחון וכלכלה; יצירת תחרות בשוק בטווח הבינוני-ארוך; והבטחת רמת מחירים מאוזנת עד להשגת התחרות.

שקולי הביטחון כללו את עמדת הממשלה שלפיה ישראל לא תיוותר עם מאגר גז אחד ועם אסדת גז אחת, ללא חלופה. הודגש אינטרס מובהק של ישראל בהבטחת יציבותן הכלכלית של מצרים וירדן. כן נקבע כי הרחבת שדות הגז תועיל לרתום את ענף הגז לשיתוף פעולה בין-אזורי. בפסק הדין של בג"ץ הודגשו שיקולים אלו, והצורך ביציבות רגולטורית וכלכלית כדי למשם (פסק דינו של השופט רובינשטיין, בפסקאות לח - מה).

יצירת תחרות בטווח הבינוני - ארוך – לצורך השגת מטרה זו נעשה מהלך מוסכם בדבר שינוי מבנה הבעלות הקיים במשק הגז הטבעי; הפרדה של הבעלויות הצולבות ויצירת תנאים לכניסת מתחרים חדשים ולחידוש חיפושי הגז והנפט במים הכלכליים של ישראל; הסרת חסמי כניסה למתחרים הפוטנציאליים ע"י מבנה מוגדר מראש של חוזים לרכישת גז טבעי; חוזים חדשים שיאפשרו למאגרי כריש ותנין להתחרות במאגרים האחרים; איתות למשקיעים מקומיים וזרים; והשבת האמון באטרקטיביות של משק הגז בישראל.

מטבע הדברים, לפן השלישי שהוצג, **הבטחת רמת המחירים,** אתייחס בפרוטרוט להלן.

97. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי אין לבחון את מחיר הגז הטבעי כנתון בפני עצמו, אלא על רקע מכלול ההוראות בחוזה, לרבות תנאי אספקה, הצמדות, אופציות, משך החוזה והיקף הכמות שתסופק לפיו, ומידת היציבות של ההסכם מול תנודות אפשריות במשק האנרגיה העולמי. מר דורפמן הדגיש בתצהירו את יחסי הגומלין בין ההוראות השונות של מתווה הגז, שאין להפריד ביניהן. גם הבג"ץ קבע כי מדובר באיגום תחומי הרגולציה השונים, מניעת ריכוזיות, הגדלת כמות הגז הטבעי שתופק, ופיתוח שדות גז נוספים, משקולים של בטחון המדינה ויחסי החוץ שלה (פסקאות 12, 16 בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן).

98. אומר מיד כי אין לבחון את האסדרה בראי המציאות שנוצרה שנים רבות לאחריה. בין שהכוונה לעודד תחרות ע"י הפרדת ההחזקה בשדות הגז השונים התממשה חלקית או בכלל – הבחינה צריכה להיערך לפי הנתונים שהיו ידועים מראש, והאם היה בהם להביא פתרון לאחזקה הצולבת בשדות הגז השונים.

99. שיקולי הביטחון ויחסי החוץ כמובן אינם מכתיבים דוקא את ההסדר לפי מתווה הגז. כדאיות ההשקעה בחיפושי גז טבעי במים הכלכליים של ישראל קשורה במרכיבים שונים. לצורך עניינו הודגש הצורך ביציבות, על ידי מתן תוקף להסכמים שנכרתו. ואולם האקלים שבו פעלה השותפות בעת שנחתם הסכם חח"י ממילא היה שונה מזה שהתהווה לאחר מכן, בעקבות החלטות הממשלה, וחקיקת חוק מיסוי משאבי טבע כך שהיציבות הנטענת ממילא הופרה. עדיין, נדרשה התיחסות רחבה של המאסדרים, שתאפשר את התוצאה: הפחתת חסמים כלכליים ואחרים לכניסת מתחרים שיחפשו במים הכלכליים גז טבעי, ויפתחו את השדות, לתועלת מדינת ישראל.

100. מתווה הגז התייחס גם **לחוזי העבר**, בקביעה הבאה: "**לגבי הסכמים שנחתמו עד למועד החלטת הממשלה יחולו ההסדרים הקבועים בהם לעניין המחירים ושיטת עדכונם**" (סעיף 1.ג.(3) בפרק ד').

לדעת ב"כ המשיבים כולם, יש לקרא בסעיף אשרור שאישרה ממשלת ישראל את הסכם חח"י, אישור רטרואקטיבי שכולל את שאלת המחיר, לרבות היותו מחיר הוגן. קריאה כזו קשה עליי: אילו רצתה ממשלת ישראל לאשר כי מחיר הגז בחוזה עם חח"י הוא מחיר הוגן, מה מנע ממנה לקבוע הוראה כזו? עוד אדרש להלן לטענת המבקשת כי הפטור שניתן מהוראות שונות בחוק התחרות, מכח סעיף 52 בחוק התחרות, מעצים את העובדה שלא ניתן פטור לפי סעיף 29א, עיקר עניינו כאן.

ב"כ המבקשת טוענים כי אין לראות בסעיף 1.ג.(3) משום אשרור של חוזה חברת החשמל, ודאי לא אישור כי המחיר שנקבע בו הוגן. לטענתם, סעיפים 1.א ו-1.ב עוסקים במחיר שיהיה על השותפות להציע לצרכנים פוטנציאליים, וקובע נוסחה לקביעת המחיר ולאופן הצמדתו. על רקע זה יש לקרא

את סעיף 1.ג.(3), שלפיו מחירי הבסיס ושיטות העדכון של החוזים החדשים לפי הסעיפים הנ"ל לא יחולו על החוזים הקודמים.
גם הקריאה המוצעת על ידי ב"כ המבקשת היא קריאה מאולצת, שמטרתה להוציא את הדיון בחוזה חח"י מגדר מתווה הגז. אכן, סעיפים 1.א. ו- 1.ב. עוסקים רק בחוזים חדשים, ומגבילים את המחיר שיכולה השותפות לגבות בתקופת הביניים שעד להשגת תחרות בין המאגרים השונים. לכן הוצאת החוזים הקודמים היא בבחינת הדגשת המובן.

101. בברי"ע נזרי נקבע (פסקה 14):

> **"משהוציא המתווה מתחולת הוראותיו לעניין המחירים ושיטת עדכונם את ההסכמים שנחתמו עד החלטת הממשלה המאשרת אותו, אין תחולה להוראות אלה שבפרק המחירים על ההסכם בין המבקשות וחברת החשמל. לכן, הוראות אלה אינן רלבנטיות לענייננו והטענות שהעלו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה בנוגע אליהן ולהיקף הפיקוח על המחירים במשק הגז הנוצר מכוחן, אינן צריכות לעניין".**

אך בהמשך נקבע כי יש לבחון את רכיב הוראת המעבר הנ"ל במסגרת בקשת האישור, **"בהיותו חלק בלתי נפרד מן הפסיפס המרכיב את המתווה"** (שם, בפסקה 17).

102. המתווה מתיחס באופן מפורש לחוזי העבר, שהסכם חח"י הוא העיקרי שבהם, וקובע כי ימשיכו לחול "לענין המחירים ושיטת עדכונם". לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, הכוונה היתה שלא תהיה התערבות בחוזי העבר (עדות דורפמן בעמ' 854 שורות 12 – 15; עדות אדירי בעמ' 786 שורה 31).

מר אדירי, שהיה בעת הרלוונטית רכז אנרגיה באגף התקציבים במשרד האוצר, וחבר מליאת רשות החשמל, הבהיר בתצהירו כי לנוכח עמדתן של חברות הגז, והרצון לבסס את משק הגז על אסדרה אמינה, הוחלט להותיר את ההסכמים הקודמים בעינם. מטרת המאסדרים היתה ליצור שוק גז תחרותי בטווח הזמן הבינוני-ארוך, כך שבחלוף התקופה הראשונה (שנת 2021) תוכל חברת החשמל ליהנות ממחירים תחרותיים. היתה כוונה לשדר יציבות ואמינות, מה שיועיל למשוך משקיעים זרים וליצור תחרות בטווח הבינוני רחוק. כך אכן קרה, כאשר נכנס מתחרה חדש שהמחירים שהציע נמוכים ב-20% ממחירי המתווה ו-33% ממחיר חוזה חברת החשמל (תצהיר אדירי בסעיפים 28, 29; תצהיר דורפמן בסעיף 11).

מר מוריס דורפמן, שהיה בעת הרלוונטית סגן יושב ראש המועצה הלאומית לכלכלה במשרד ראש הממשלה, ושותף לגיבוש מתווה הגז, הבהיר בתצהירו כי מחירי הגז לא היו הסוגיה החשובה ביותר מבחינת סדרי העדיפות של הממשלה. יצירת ודאות לפיתוח שדות נוספים ולמשיכת

חברות נוספות לישראל היו חשובות ממנה (סעיף 7 בתצהירו). מר אדירי אמנם הצהיר כי הבחינה המקצועית במשרד האוצר בחנה את "**תנאי ההסכם ובפרט מחיר הבסיס וההצמדה**", אך בהמשך הוסיף גם הוא כי השותפות העמידה את מחיר ההסכם כזה ראה וקדש. עם זאת, התוספת הריאלית למחיר הגז עמדה על 500 מליון דולר, וסכום זה הושב באמצעות תיקון האופציה לרכישת כמות נוספת, ללא שינוי תנאי ההסכם (סעיפים 7 ו- 17 בתצהירו).

מר אבו, מנכ"ל דלק קידוחים העיד כי הבין שאין כוונה לפתוח את חוזי העבר, כלומר שהם אושרו (עמ' 1011 שורות 26-28)). ואולם ברי כי הכל ידעו אודות בקשת האישור התלויה ועומדת, והחליטו שלא לנקוט יוזמה בענין זה.

103. קריאת המתווה מעלה כמובן את השאיפה לעסקה כוללת: "**לב ליבו של המתווה הוא בשילובן ובכריכתן של ההוראות השונות במסגרת מתווה הגז, ובמובן זה המתווה הוא בגדר שלם העולה על סך חלקיו...**" (השופט ס' ג'ובראן בפסקה 9 בבג"ץ מתווה הגז). ואולם דוקא המכלול מלמד על מה שאין בו: אין התיחסות לחוזה הגדול של השותפות בתמר עם חח"י, ואף אם נראה בהפניה בפרק ד' בסעיף 1.ג. (3) משום התיחסות למחיר, ודאי שאין בו משום אישרור של מידת ההוגנות של המחיר. דוקא האסדרה המקיפה שיורדת לפרטים השונים מבליטה את שהצדדים לא עשו, ועלינו המלאכה להשלים.

104. במסגרת המתווה עשה ראש הממשלה, שכיהן כמ"מ שר הכלכלה, שימוש **בסעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית**, שזו לשונו:

> "**52. השר רשאי, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן, אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה.**"

מכח סעיף זה ניתנו לשותפות 5 פטורים:

> "**(1) פטור החל למפרע מחבירת דלק ונובל לרכישת חלק מן הזכויות בהיתר המוקדם "רציו-ים" (שבו, לימים, נמצא מאגר לויתן), ובעלותן המשותפת עליו; (2) פטור מהסדר כובל שייווצר במקרה של שיווק משותף של גז ממאגר לויתן למשק הישראלי; פטור זה יחול עד ליום 1.1.25 וניתן להאריכו עד ליום 1.1.30, אם מצא שר האנרגיה כי ישנם לפחות שלושה מאגרי גז טבעי המחוברים למערכת ההולכה הארצית, שבכל אחד מהם יש במועד האמור חובת הספקה של לפחות 30 BCM למשק הישראלי, ואין גורם המחזיק ביותר מ-25% ממאגר אחד (כריש ותנין נחשבים לעניין זה למאגר אחד). לאחר מועד זה יוכל הממונה על הגבלים עסקיים לשוב ולבחון את העניין, בכפוף לאסדרת**

> **שיווק בנפרד על-ידי שר האנרגיה; (3) פטור מהסדר כובל שייווצר במקרה של ייצוא משותף של גז ממאגר לויתן; פטור זה אינו מוגבל בזמן; (4) פטור מהסדר כובל העשוי להיוצר מהסכם רכישה מסוים של גז ממאגר לויתן; פטור זה יחול על חוזים שנכרתו עד ליום 1.1.25; (5) פטור מ"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות"; הפטור ניתן לגבי סעיפים 30 (הסדרת פעולות מונופולין), 30א (מכירת נכס בידי מונופולין) ו-31 (הפרדת מונופולין) לחוק ההגבלים העסקיים. הוא ניתן לגבי המאגרים תמר ולויתן ותוקפו עד ליום 1.1.25, עם אופציה להארכה עד ליום 1.1.30 בתנאים שפורטו מעלה.**" (פסקה ח' בג"ץ מתווה הגז).

105. אם כן, ניתנו פטורים מהוראות רבות של חוק התחרות, אך לא ניתן פטור מסעיף 29א בחוק. בשלב זה, של חתימת מתווה הגז, ידעו כל המאסדרים על אודות הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהעמידה בדיוק שאלה זו על הפרק. ברור כי הימנעות מהתיחסות אליה לא היתה בהיסח הדעת. קביעה דומה בהחלטה בענין הסילוק על הסף (פסקאות 18 ו-19) אושרה ע"י בית המשפט העליון בבר"ע נזרי (פסקה 17).

ראוי לציין: חוק התחרות הכלכלית מתייחס לבעיות שונות בתחרות, בהן גם גביית מחיר בלתי הוגן ע"י מונופולין. חוק התחרות אינו מחריג עסקאות גדולות של משאבי טבע, ועל כן יחול גם עליהן. ממשלת ישראל היא שהחליטה, מן הסיבות שפורטו לעיל בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי מדובר בעסקה יוצאת דופן שדרושה לה אסדרה מיוחדת. הפטור שניתן לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית הוחל על הסדרים כובלים שנוצרו ועלולים להיווצר על ידי דלק ונובל בחזקות תמר ולוויתן, אך לא על שאלת הוגנות המחיר. על כן ניתן לקבוע כי גם אם המתווה ראוי לנסיבות הבטחוניות והכלכליות שבסביבתן נבדק (בג"ץ מתווה הגז, בפסקאות 12, 16 בדברי כב' השופט ע' פוגלמן), לא ניתן להחיל אוטומטית את האמור בו כאילו נערכה בדיקה מקיפה של הוגנות המחיר. בדיקה כזו פשוט לא נערכה. "עסקת החבילה" שבמתווה הגז ברורה, ועדיין – בהעדר התיחסות כלשהיא להוגנות המחיר – אין היא מוציאה את שאלת הוגנות המחיר.

אל יקל הדבר בעיניכם: בבג"ץ מתווה הגז קבע המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין (בפסקה לז):

> **" בנוסף, ומבלי לטעת מסמרות, ככל שהפטור דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה – וכך לכאורה המצב בעניינו (ונדון בכך להלן) – סבורני כי אין טעם של ממש למנוע משר הכלכלה להעניקו אף למפרע; מטרת הסעיף, כאמור, ליתן בכורה לשיקולי החוץ והביטחון על-פני שיקולי התחרות, והדבר נכון הן במבט צופה פני עתיד והן לשם התמודדות עם קשיי העבר, המשליכים ישירות על מצב הדברים בעתיד. באשר לפטור מס' 5 יצוין, כי אף שהפטור מוגדר – כאמור – כ"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות",**

> **ואכן נדמה שהניסוח יכול היה להיות מדויק יותר – היקף הפטור מוגבל למעשה לסעיפים 30 (הסדרת פעולות מונופולין), 30א (מכירת נכס בידי מונופולין) ו-31 (הפרדת מונופולין) לחוק ההגבלים העסקיים. משמע, אין מדובר על פטור מעצם הגדרת החברות כמונופולין – הגדרה הקבועה בסעיף 26 לחוק – אלא על פטור מפעולות ספציפיות אשר הממונה על הגבלים עסקיים מוסמך לנקוט ביחס למונופולין. כך למשל, החברות אינן פטורות מהוראות סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים שעניינו סירוב בלתי סביר על-ידי בעל מונופולין; ולא מהוראות סעיף 29א לחוק שעניינו ניצול מעמד לרעה של בעל מונופולין."** (ההדגשה שלי – א"ש).

106. המשיבה 6 הציעה לקבוע כי לא היתה סיבה לעשות שימוש בסעיף 52 בחוק התחרות כדי לפטור את הצדדים להסכם חח"י מהוראות סעיף 29א בחוק התחרות, שכן לכתחילה מחיר הגז אושר ע"י צוות קנדל, ועל כן לא ניתן לטעון שהוא מופרז (סעיף 275 בסיכומיה). זהו טיעון סיבובי שלא ניתן לקבלו, בעיקר משום שאין קביעה של מי מן המאסדרים כי המחיר הוגן ובלתי מופרז בתנאי מונופולין.

107. המסקנה היא שאין לקבל את עמדת המשיבים שלפיה **מתווה הגז** שאושר כהחלטת ממשלה ביום 16.8.2015 מהווה גם אסדרת המחיר. **המתווה אינו מתערב בחוזים הקודמים, וכאמור לעיל כך נעשה במכוון. לא ניתן לייחס לממשלת ישראל בהחלטת מתווה הגז ובפטור מכח סעיף 52 בחוק התחרות אישור מפורש של המחיר בחוזה חח"י כמחיר הוגן.**

פיקוח על המחירים

108. בצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (החלת החוק על גז טבעי וקביעת רמת פיקוח), תשע"ג-2013 נקבע פיקוח על מחירי הגז הטבעי לפי פרק ז' בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, כלומר פיקוח ברמה של דווח על המחירים בלבד, שהיא רמת הפיקוח הנמוכה ביותר לפי החוק. ועדת המחירים שהמליצה על פיקוח ברמה זו הבהירה כי "**...החלת משטר פיקוח מחירים מלא בשלב מוקדם של התפתחות משק הגז הישראלי עלולה לפגוע בקצב פיתוח המשק. מסיבה זו, לאחר שקילת הצורך לשמר סביבה רגולטורית אוהדת לשם עידוד פיתוח מאגרים נוספים, ועדת המחירים מצאה כי בשלב זה מתקיימת הצדקה לקביעת רמת פיקוח על המחירים ברמה של דיווח בלבד, לפי פרק ז' לחוק**" (מש/62 עמ' 6 סעיף 6). החלטת ועדת המחירים נתקבלה לאחר שקיימה שימוע ציבורי והתייעצה עם רשות התחרות ורשות החשמל (שם בעמ' 4, 5). רמת הפיקוח נותרה כך עד היום.

109. ב"כ השותפות הדגישו כי ההחלטה לקבוע פיקוח ברמת דווח בלבד היתה נטועה היטב בנתונים שעמדו לפני צוות קנדל שגיבש את מתווה הגז, ובקשו להראות כי הפיקוח באופן זה נבע מכך שהמחיר שנקבע בחוזה התקבל על דעת המאסדרים. בסיכומיהם אף טענו כי ההחלטה בדבר פיקוח ברמה של דווח בלבד כמוה כאישור נוסף של המאסדרים את רמת המחיר. ב"כ המבקשת סברו כי אין קשר בין הטלת הפיקוח ברמת דווח בלבד, לבין בחינת המחיר ההוגן. הם הדגישו כי החלת חוק הפיקוח על הגז הטבעי נעשתה למעלה משנה לאחר חתימת הסכם חח"י, ועיקרה בחשש מפני פגיעה בקצב פיתוח המשק.

נציג היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי הממשלה החליטה שלא לאמץ מנגנון פיקוח של קביעת מחיר מבוסס עלויות ותשואה מינימלית עליו, משום שמדובר היה בתחילת דרכו של שוק הגז הטבעי בישראל. הניסיון הבינלאומי הראה שפיקוח על התשואה אינו מעודד פיתוח מאגרים נוספים, ומנציח את המונופול הקיים. במאגר תמר עלויות ההון ליחידת חום נמוכות יחסית, ולכן לא ניתן לבסס עליו מחיר מבוסס תשואה, שכן לא ברור שמחיר נמוך היה מבטיח תשואה ראויה במאגר חדש שיוקם. במחיר נמוך גם לא ניתן להקים מערכות אספקה נוספות, ועלולה להיגרם בעיית יתירות (עדות מרידור עמ' 893 שורות 15-7 ועמ' 894 שורות 16-20; עדות אדירי 708 בעמ' שורות 33-21).

110. **פיקוח על המחירים שאינו קביעת מחיר אינו מייתר בדיקת הוגנות המחיר לפי סעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית**. במקום אחר התייחסתי לכך:

> **"מערכת הפיקוח על המחירים שונה ונבדלת ממערכת ההגנה על התחרות הכלכלית. מטרותיה שונות, ודרך פעולתה שונה (להרחבה ראו בענין צדוק, פסקה 24). משום כך אין ללמוד מזו לזו, בודאי לא באופן שיחזיר דרך הדלת האחורית (אופן החישוב של המחיר הראוי או רמת הרווחיות הראויה) את הפיקוח שהמאסדר הפסיק באופן ישיר, כמו בענייננו".**
>
> (פסק הדין בעניין **תנובה** בפסקה 74).

קיים כמובן ממשק בין שאלת הוגנות המחיר לבין ההכרעה בדבר פיקוח על המחירים. כך, לדוגמא, פיקוח מלא מייתר כנראה את הדיון בשאלת הוגנות המחיר, כיוון שניתנת תשובה רגולטורית מלאה, וממילא אין מדובר במחיר שהמשיב החליט לגבות. גם להכרעה בדבר פיקוח ברמה של דווח על המחירים יש השפעה על שאלת הדיון בהוגנות המחיר, שהרי עדיין קיימת בדיקה כלשהיא של המאסדר.

111. אכן קיים חשש כי קביעת מחיר ראוי ע"י בית המשפט, ובהקשר הנוכחי המחיר ההוגן, עלולה לבוא במקום מחיר הפיקוח. ואולם במקום ששתי המערכות מתקיימות יחדו, זו תוצאה אפשרית על פי דין, ואין להימנע מן הבדיקה רק משום האפשרות שמא יוכח כי המחיר שנגבה, ואשר אושר במובן של דווח מחירים, הוא מחיר מופרז ובלתי הוגן. אילו היתה זו כוונת המחוקק, מן הסתם היה דואג להבהיר את גדר האיזונים הנדרשים בין חוק התחרות הכלכלית לבין חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (לשם ההשוואה ראו סעיף 6(ג) בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים שלפיו הכרזת הסדר כובל אינה מונעת את שיקול הדעת של השרים לפי חוק הפיקוח. אך עניין זה מתרחק מענייננו).

המשיבים הוסיפו לטעון כלפי פיקוח במובן של קביעת מחירים, והביאו ראיות לכך שבמקום שהוטל פיקוח על מחירים נפגעו התמריצים לחפש ולפתח גז טבעי. לא ראיתי מקום לדון בשאלה התאורטית לצורך עניינו.

112. נציגי היועץ המשפטי לממשלה טענו כי הסעדים המבוקשים מהווים **התערבות בתוכן המתווה לגבי הפיקוח על מחירים וחוזי העבר.** אין דעתי כדעתם. גם אם תתקבל התובענה הייצוגית אין לראות בכך משום התערבות בסוג הפיקוח. שאם לא תאמר כן, לא תתאפשר שום בקורת שפוטית על מוצרים ושירותים מפוקחים, והדבר עומד לכאורה בסתירה לסעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית. יתרה מזו, נדמה שמסקנה זו שגויה על רקע ההחלטה בבקשה לסילוק על הסף ואישורה בבר"ע נזרי.

אישור המאסדרים

113. הסכם חח"י כלל הוראה שהכפיפה אותו לאישור רשות התחרות, אישור ממשלת ישראל ואישור רשות החשמל (סעיף 2.1.3 בהסכם). מר אדירי הצהיר כי משרד האוצר בחן את מחיר הבסיס וההצמדה ביחס לתרחישים שונים בשוק, והחליט שהמחיר סביר ואין להתערב בו (סעיף 7 בתצהירו, ועדותו בעמ' 681 בפרוטוקול שורות 32-35). צוות ממשלתי בינמשרדי שכלל את נציגי אגף התקציבים במשרד האוצר, רשות החשמל, רשות התחרות ומשרד האנרגיה, בהתייעצות עם ועדת המחירים, בחן את תנאי ההסכם וקיים מו"מ ישיר עם המשיבות (אדירי ומרידור פסקאות 8-11, עדות אדירי עמ' 747 בפרוטוקול שורות 17-30, עדות אבו עמ' 988 שורה 14 ואילך). לפי דרישתו גם הוכנסו תיקונים להסכם (תצהיר אדירי פסקה 11 ועדותו בעמ' 688 שורות 3-10). לאחר הדברים הללו בחן כל אחד מן המאסדרים את ההסכם לפי סמכויותיו, וניתנו אישורי המאסדרים הרלוונטיים: רשות החשמל ורשות ההגבלים העסקיים. כמו כן ניתן אישור ממשלת ישראל מכח חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 בהחלטה מיום 25.7.2012 (עוד לפני מתווה הגז). מכאן נבעה עמדת מר אבו, אשר העיד כי לאחר קבלת אישורי המאסדרים שוב לא היתה שאלה לגבי ודאות קיומו של ההסכם (עמ' 989 שורות 20-28).

המשיבים סבורים כי האישורים שנתנו המאסדרים מעניקים הגנה מפני בקשת האישור ממגוון רחב של עילות משפטיות: ראשית, לטענת השותפות (אך לא היועץ המשפטי לממשלה) – האסדרה הרחבה מעניקה הגנה לפי סעיף 6 בפקודת הנזיקין. שנית, גם אם הגנה כזו לא תחול, המעורבות העמוקה של המאסדרים באסדרת נושא הגז הטבעי מעמידה מחסום ענייני בפני תביעה מסוג זה, שכן טובת הכלל בישראל כבר נבחנה ע"י המאסדרים לפני ולפנים. המשיבים הוסיפו וטענו כי בבג"ץ מתווה הגז ובבר"ע נזרי נעשה מעשה בית דין, כך שאין להוסיף ולבחון את עילת התביעה. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וטען שדחיית בקשת האישור אינה שוללת את זכות התביעה האישית לפי סעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית.
המבקשת התנגדה כמובן לכל הטיעונים.

אישור רשות החשמל

114. חוק משק החשמל תשנ"ו – 1996 קובע, בסעיף 1, כי תפקידה של רשות החשמל

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

בהקשר זה יש לראות את החלטת הרשות שתיסקר להלן.
לכתחילה רשות החשמל לא אישרה את ההסכם, ודאי לא את המחיר המוסכם. בהחלטה מס' 338 של רשות החשמל, מיום 6.6.2011, שכותרתה "**התייחסות לנושא השינויים במבנה הספקים במשק הגז והשפעתו האפשרית על תעריפי החשמל**" נקבע כי אין לשנות מן המחיר במכתב הכוונות, והעלויות תוכרנה לפי המחיר המקורי. כאמור שם, הרשות סברה שהשינויים הצפויים במשק הגז בישראל בשנים הקרובות אינם צריכים להשפיע על עלויות הגז הטבעי בעסקאות ארוכות טווח או על מחירי החשמל בישראל, והחליטה כי עמדה זו תבוא לידי ביטוי בהכרה בהוצאות המחיר לשם קביעת תעריף החשמל (החלטתה מש/80, תצהיר מר אדירי סעיף 5, עדותו בעמ' 673 שורות 13-17, ועדות מר מרידור בעמ' 913 שורה 20 ואילך).

115. למרות האמור, המו"מ שנוהל בין חח"י לבין השותפות הוביל לקביעה אחרת. ההסכם שגובש בין הצדדים הובא לדיון, ואף נוהל דין ודברים בין השותפות לבין צוות משותף של נציגים מטעם אגף התקציבים, רשות החשמל, ורשות ההגבלים העסקיים. בהמשך דרשה רשות החשמל להכניס בהסכם תיקונים שונים שהתיחסו בעיקר לתקופת האופציה: פיצולה לשניים, שינוי מנגנון ההצמדה בתקופה זו, ואפשרות להגדיל את קצב שינוי אספקת הגז הטבעי. כולם שינויים לטובת חח"י. בכפוף להם אושרו העלויות המלאות של ההסכם (מש/65 עמ' 2-3 סעיף 9).

ראוי לציין כי האישור ניתן למרות שהיו גם התנגדויות. למשל, פניית מר דורון אהרן לחברי המליאה רשות החשמל מיום 13.6.2012 (מב/54 עמ' 3), שבה נסמך על דו"ח "הלוי דואק - ייעוץ

כלכלי" מיום 29.5.2012, (מב/53) ובו טען כנגד "העלות העודפת של מחיר מונופוליסטי לכאורה ביחס לדוח דוויק".

116. המשיבים מבקשים לראות באישור מלוא העלות של הגז הטבעי אישור למחיר הסביר. הרשות בחנה את ההסכם המתגבש באמצעות חוות של דעת שלושה מומחים (חוו"ד ד"ר M.J.D. Groom– מש/63; חוו"ד אסקארי I- מש/13א; חוו"ד טייטלמן – מש/64). כמו כן עמד לפני הרשות תחשיב של אגף הכלכלה של רשות החשמל (מב/5 עמ' 5). מר טייטלמן ריכז את ההליך מטעם רשות החשמל, ובחן את חוות דעת המומחים. כפי שהבהיר, מחיר הבסיס של הגז אמנם היה "**בספקטרום העליון של טווח מחירים רלבנטי למחר בסיס, אך עדיין בטווח סביר**" (עמ' 4 בחוות דעתו). מומחים אלו לא הובאו לעדות בהליך זה. חשיבות דבריהם לענייננו זה היא בעיקר בשקילת עמדתם ע"י המאסדרים בשעה שהחליטו לאשר את ההסכם.

בהסתמך על חוו"ד מר טייטלמן הסבירה יו"ר רשות החשמל, גב' אורית פרקש הכהן בועדת הכלכלה של הכנסת כי מחיר הבסיס לגז הטבעי בהסכם חח"י סביר, ואין מקום להתערב בו (מב/40, דיון מיום 4.7.2012). יו"ר הרשות עמדה על כך שבזמן בחינת ההסכם נעדר מן השוק השחקן הנוסף, EMG; המצוקה בגין המחסור בגז היתה גדולה; והרשות בחנה את טובת הצרכנים ואת הנזק שעלול להיגרם למשק בהעדר הסכם (מב/40 עמ' 10. ראו גם מש/80 עמ' 5 ביאור 2; דברי אדירי בישיבת ועדת הכלכלה מיום 23.5.2021 עמ' 11; מש/59). ההסבר שנתן מר אדירי לשינוי בעמדת רשות החשמל היה השינוי שחל מאז חתימת הסכם העקרונות בשלב ששררו בו תנאים תחרותיים טובים, לעומת המצב בסוף 2011, כאשר התברר כי למעשה שדה תמר הוא הספק היחיד של גז טבעי לישראל (די לעיין לשם כך בדו"חות המיידיים של חח"י לרשות ניירות ערך ולבורסה מב/1 – מב/3). בעדותו הסביר מר אדירי כי הנזק באישור עלויות ההסכם קטן מן התועלת בעמידה על מחיר, שעלול להביא לעיכוב באספקת הגז למשק (עמ' 781 שורות 7-11; ראו גם עדות מרידור בעמ' 908 שורות 9-10).

117. אחד השיקולים העיקריים באישור רשות החשמל היה הצורך להגיע להסכם במהירות, משום שבשנת 2012 כבר לא עמדה לחח"י חלופה סבירה אחרת לרכישת גז טבעי. בתנאים אלו ברי כי היה צורך לאזן בין שאלת המחיר לבין שאלות דחופות אחרות. על כן נקל לראות בהחלטת רשות החשמל משום עיסוק בשאלות שאינן שאלות המחיר, כדברי ב"כ המבקשת.

118. אם כן, העיסוק במחיר היה משני לצרכים האחרים. הוכחה ניצחת כמעט לכך שרשות החשמל לא בחנה את המחיר ההוגן של הגז הטבעי מתקבלת מדברי מר אדירי, שהבהיר כי למד על השאלה בדבר המחיר ההוגן רק לקראת התביעה (עמ' 735 שורות 21-35),

ובדבריו המפורשים: "**...אתה לא בודק דה נובו מה ראוי שיהיה ההסכם בין חברת חשמל לבין חברות הגז, אתה לא בוחן את העלויות של הפקת הגז בחלק מהתהליך...אתה בעולם שבו אתה נדרש לבחון האם סביר להכיר בעלויות שהוצגו בפניך...**" עמ' 727 שורות 24 –27).

זאת ועוד, בשלב מאוחר יותר אמרה יו"ר רשות החשמל (ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.2014 מש/67, עמ' 13): "...הסכם חברת החשמל הוא צמוד מדד, מדד בדרך כלל עולה לכיוון מסוים, ואנחנו יודעים לאיזה כיוון. ההסכמים האלה לא רק צמודי מדד אלא הם צמודי CPI פלוס 1 ואחרי זה מינוס 1 ל-8 שנים ועוד 8 שנים. **זה מדד שלא כל כך מבטא מנגנון שוק**" (ההדגשה שלי – א"ש).

119. ברי כי רשות החשמל לא בחנה את מחיר הגז לפי מבחני ההוגנות המקובלים לבחינת מחיר שגובה מונופול. יתרה מזו, המחיר היה רק אחד הגורמים שנבחנו. בהצטרף כל אלו לכך שמטרת האסדרה ע"י רשות החשמל אינה בהכרח רק לענין המחיר – **אין מקום לקבוע כבקשת השותפות, כי בדיקת רשות החשמל מאיינת את הצורך בבחינת המחיר ההוגן בבקשת האישור שלפנייי.**

אישור רשות התחרות

120. הואיל ומדובר בהסדר כובל פנו הצדדים לקבל אישור הממונה על התחרות, אשר פטר מן החובה לקבל אישור של בית הדין לתחרות, לפי סעיף 14(א) בחוק התחרות הכלכלית. בהחלטת הממונה, פרופ' ד' גילה, נקבע כי עיקר ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקר ההסדר, וההסדר אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשוק. החלטת הפטור כללה תנאים שהתיחסו לפיצול תקופת האופציה, ודחיית המועד להודעה על מימוש האופציה. כמו כן הותנה ששאר התנאים בהסכם לא ישונו לרעה. תנאים אלו כוללים, כמובן, את המחיר (נספח ה' לבקשת האישור עמ' 9 סעיף ב.4) .

121. ב"כ השותפות טוענים כי ניסוח הפטור כך שהתנאים הקיימים לא ישונו לרעה, כולל את המחיר ואת תנאי התשלום, מלמד על אישורו של הממונה את המחיר כמחיר סביר. אילו סבר הממונה שהמחיר ההסכמי אינו הוגן ומהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לא היה רשאי לאשר את ההסכם לפי סעיף 14 בחוק התחרות הכלכלית. כן טענו, כי בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות, בדבר איסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, שעליו חתום אותו ממונה, פרופ' גילה, נקבע כי גביית מחיר מופרז תוך ניצול לרעה של כח מונופוליסטי מהווה כשל תחרותי ופוגעת בתחרות. מכאן הסיקו ב"כ השותפות כי הממונה לא יכול היה לאשר את ההסכם לפי סעיף 14 ככל שלדעתו היה כרוך בניצול לרעה כזה.

זהו כמובן טיעון המזין את עצמו, ואין בו תשובה ממשית לטענות המבקשת.

122. סמכות הממונה לפי סעיף 14 בחוק התחרות הכלכלית מראש אינה כוללת את אישור המחיר. הסמכות לפטור מן החובה לקבוע מחיר הוגן נקבעה בסעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית, והיא נתונה לשר הכלכלה, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה. גם משום כך אין לראות בפטור מהסדר כובל משום אישור בדבר הוגנות המחיר.

123. המשיבים תולים יהבם גם בדברי הממונה על התחרות הכלכלית בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 23.5.2012, שכבר צוטטו לעיל: "**...ההנחה היא שחברת חשמל, בגלל הכוח שלה, חזקה עליה שקיבלה את המחיר הכי טוב שהיתה יכולה להשיג במשא ומתן, כפוף לרגולציה, כמובן...**" (מש/59 עמ' 10). בהעדר ראיה נוספת, אין להסיק מחזקה הגיונית זו כי רשות התחרות בחנה את המחיר ומצאתו הוגן.

אם כן, **הממונה על התחרות לא יכול היה לפטור את הצדדים מחובת קביעת מחיר הוגן לגז הטבעי, ולא התיימר לעשות כן.**

124. הגם שהסכם חח"י אושר על ידי רשות החשמל, ועל ידי רשות התחרות – ראוי להזכיר כאן כי שני המאסדרים סברו בשלבים מסוימים שההסכם אינו טוב דיו. יו"ר רשות החשמל, הגב' אורית פרקש - הכהן אמרה כן באופן מפורש במכתבה נספח ג' לתגובת המבקש לתשובת המשיבות לבקשה לאישור מיום 15.12.2014 ואילו פרופ' ד' גילה, ראש רשות התחרות הכלכלית משך ידיו מכוונתו המוקדמת להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים צו מוסכם בדבר קיומו של הסדר כובל בין השותפויות. לאחר מכן אף התפטר מתפקידו.
אלו אינם מלמדים על עמדה אוהדת מאוד של ההסכם.

עם זאת, המאסדרים השונים רשאים ואף חייבים לשקול עמדותיהם חדשות לפרקים, ובשינוי נסיבות, ככל שהיה, לשנותן. אין להשית על ההסכם את העוון שראו בו המאסדרים בשלבים שונים שלו, ככל שבשלב מאוחר יותר, ולאחר שהוצגו בפניהם נתונים ראויים, ראו לתמוך בו. יתרה מזו, עמדת המאסדר נקבעת לאחר התייעצויות, ולעתים ללא הסכמה כוללת של כל חבריו.
שינוי הנסיבות שפורט כולל בעיקר את עמדתה הנוקשה של השותפות אל מול המצב שנוצר לחח"י בהעדר מקור אחר לגז טבעי, לעומת המצב הקודם. ברי כי הנושא נשקל לפני ולפנים, וההחלטות התקבלו בשים לב לנסיבות ולאינטרסים הנוספים. העיקריים שבהם שיקולי הביטחון ויחסי החוץ של מדינת ישראל, שאושרו כזכור בבג"ץ מתווה הגז, והגברת התחרות. אלו ללא ספק משפיעים על חברת החשמל ועל צרכני החשמל כולם.

אישור ממשלת ישראל

125. לאחר שנתקבל אישור רשות החשמל ורשות התחרות, אישרה ממשלת ישראל את הסכם חח"י לפי סעיף 11 (א)(9א) בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (החלטה מס' 4969 מיום 25.7.2012). מדובר באישור להתחייבות של חברה ממשלתית שעלולה להגביל את הממשלה בתפקידיה או במעמדה כבעלת מניות.

כאמור בסעיף 16 בתצהירו של מר שאול מרידור, ששמש אותה עת סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, והיה מעורב בהליכי האסדרה של ההסכם בין חח"י לבין שותפויות הגז, האישור נגע לאפשרות לבצע שינוי מבני בחברה, למשל. הוא לא נגע לתנאים המסחריים של ההסכם. בדיון שהתקיים בועדת הכלכלה של הכנסת ביום 4.7.2012 השיב מר מרידור לשאלת יו"ר הועדה, שהאישור "**נדרש לעניין מאוד ספציפי, שנוגע לקביעת היכולת של הממשלה לבצע שינוי מבני למשל בחברה. הוא ממש לא קשור לתנאים המסחריים של ההסכם, במובן למשל של המחיר. מה שדרוש בממשלה ברמת המחיר נעשה**" (מב/40 עמ' 25).

למרות האמור יש לציין כי במכתבו של מר מרידור לשר האנרגיה (מיום 15.7.2012, נספח ב' לתצהירו) הבהיר סגן הממונה על התקציבים כי נבחנו סבירות התנאים בהסכמים בין השותפות לבין חח"י וצרכני גז נוספים, "**לרבות משך ההסכמים ומחיריהם**". הואיל והבחינה נסמכה על הבדיקות שתוארו לעיל בבדיקת רשות החשמל ורשות התחרות, ברי שאין במכתב זה יותר מן האמור בהם. אציין כי מר אדירי הבהיר בעדותו כי הסכם חח"י לא נבחן לשאלת הוגנות המחיר שנקבע בו (עמ' 735, שורות 35-21).

126. **כעולה מן האמור לעיל, אישור הממשלה לא נדרש לענין הוגנות המחיר, ולא התיחס אליו בפרמטרים שלפיהם נבחן מושג זה בחוק התחרות הכלכלית.**

אשוב ואזכיר כי לאחר הדברים הללו, ולאחר שההסכם תוקן ונעשו המהלכים השונים בנסיון לבלום את הפגיעה התחרותית שבו, אישרה ממשלת ישראל את ההחלטה הידועה כ**מתווה הגז**. כאמור לעיל, לא ראיתי באותה החלטה משום קביעה כי מחיר הגז הטבעי בהסכם חח"י הוא מחיר הוגן.

פסק הדין בבג"ץ

127. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי **מחיר הגז נבחן במסגרת הבג"ץ** והפנה במיוחד לפסקאות עז-פג: כאמור שם סוגיית המחיר היא נושא כלכלי מובהק, והמומחיות בידי גורמי המקצוע. בחינת סבירות ההחלטה, כשהיא בליבת שיקול הדעת של גורמי המקצוע מצומצמת. אם הרשות שקלה בכובד ראש את האפשרויות, וקבעה מדיניות כלכלית מסוימת, הדבר תומך בעמדה שאין להתערב בהחלטתה להעדיף מדיניות אחת על פני האחרת (פסקה עט). התפקיד להכריע בין העמדות מסור לרשות (פסקה פא). הטענה שהמחיר גבוה בהרבה מן המחיר התחרותי בשל העובדה שחברות הגז

בעלות מעמד מונופוליסטי נטענה במפורש (פסקה עז). היועץ המשפטי לממשלה הסכים, אמנם, כי שאלת סעיף 29א ככזו לא נדונה במסגרת הבג"ץ, אך חוזי העבר אינם סוגיה אינצידנטלית למתווה הגז, כי אם חלק ממנו. העיסוק בהם אינו תקיפה עקיפה, שכן הנושא נדון כבר בתקיפה ישירה בבג"ץ. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי נעשה "**מעין מעשה בית דין**", שאינו מאפשר לבית המשפט להוסיף ולדון בשאלות אלה.

128. לא אוכל לקבל טענה זו: העתירה לבג"ץ הוגשה נגד מתווה הגז, ואילו אנו עוסקים בחוזה שקדם לו, ואשר המתווה לא בחן הוגנות המחיר שנקבע בו. יתרה מכך, טענת מעשה בית דין נדונה ונדחתה בבר"ע נזרי (פסקאות 16-15): בית המשפט העליון דחה בקשת רשות ערעור על החלטתי מיום 23.11.2016 שבה נדחתה בקשת המשיבים לסלק על הסף את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל פסק הדין שניתן בבג"ץ מתווה הגז. בחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן בבר"ע נזרי הודגשה העובדה שבתביעה זו נדון המחיר שנקבע קודם למתווה הגז, ואשר הוחרג ממתווה הגז בסעיף 1.ג (3). בפרק המחירים של המתווה. כך, מתווה הגז והדיון בו בבג"ץ אינם מונעים את בירור ההליך כאן (שם, בעמ' 23-22).

אם כן, קריאה ברורה הן בבר"ע נזרי הן בבג"ץ מתווה הגז אינה מוציאה את הדיון בשאלת הוגנות המחיר, כשלעצמה.

129. ב"כ המשיבים הפנו בסיכומיהם לאמירות מסוימות בחומר הראיות, שמהן ניתן ללמוד לכאורה על בדיקת המחיר (עדות אדירי בעמ' 716 – 717 בפרוטוקול, עדות דורפמן בעמ' 797 בפרוטוקול, ועוד). אך קריאת תצהירי העדים ביחד עם עדויותיהם ודבריהם בוועדת הכלכלה של הכנסת, כפי שפורטו לעיל, מלמדת כי לא התכוונו לדון במחיר הגז, ודאי לא לצורך בחינת מידת ההוגנות של המחיר.

130. **לנוכח כל האמור לעיל אני דוחה את טענות המשיבים כי המחיר נבחן ואושר על ידי איזו מן הרשויות הרלוונטיות בהקשר של גביית מחיר הוגן ע"י מונופול.** למעשה, השאלה בדבר הוגנות המחיר ככזו לא נשאלה ולא נענתה.

המאסדר נמנע במכוון מלדון בשאלת הוגנות המחיר, וזאת בשלושה צמתים עיקריים: ראשית בקביעה כי הפיקוח על המחירים יהיה לפי פרק ז' על מנת שלא יהיה צורך לבחון את העלויות והמחיר. שנית, בהכרזת ראש הממשלה לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית, שבה נמנע במפורש מלהתייחס לשאלת הוגנות המחיר, למרות שזו כבר היתה תלויה ועומדת בבית המשפט. ושלישית, במתווה הגז, שאין בו התיחסות ערכית למחיר בחוזה חח"י, כי אם הותרת המצב הקודם על כנו. כל אלו בנוסף להחלטות המאסדרים הישירים, שלא נגעו למידת ההוגנות של המחיר. לאור האמור לעיל אני קובעת כי המאסדרים לא קבעו כי מחיר הגז הטבעי בחוזה חח"י הוגן בשים לב לטענות אפשריות לפי סעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית.

חרף האמור, טענות המשיבים בדבר האסדרה הרחבה והעמוקה שזכה לה מחיר הגז הטבעי בישראל תקבלנה ביטוי משמעותי עד כדי הכרעת בקשת האישור, משום שבנסיבות המיוחדות של עניינו, והאסדרה שזכה לה, הנושא מוצה בהחלטות שלעיל, והתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה. אבהיר עמדתי בדיון בתנאי סעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות.

הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין

131. השותפות טוענת גם לדחיית בקשת האישור משום שחלה על הענין הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין, שזו לשונו:

> **"בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל".**

לטענת ב"כ השותפות, ההליך המקיף של האסדרה מקנה הגנה מכח סעיף 6 בפקודת הנזיקין. האסדרה בעניינו כה רחבה ועמוקה, מן המאסדרים הממונים דרך הממשלה, הכנסת ובג"ץ – עד שאין לראותה אלא כמתן הרשאה חוקית, שמקנה הגנה לפי סעיף 6 הנ"ל.

ברע"א **נזרי** קבעה השופטת חיות: "**בחינה זו** [חלות ההגנה לפי סעיף 6 – א"ש] **מצריכה בירור עובדתי באשר לשיקולים ולטעמים שעמדו ביסוד אותם האישורים וכן באשר לבדיקות שנעשו במסגרת זו בכל הנוגע למחיר שנקבע בהסכם...**" בנוסף לשאר הסוגיות שהועלו בבקשת אישור זו, לרבות השאלה אם מחיר גבוה שגבה מונופול הוא מחיר בלתי הוגן כמשמעותו בסעיף 29א(ב)(1) בחוק התחרות הכלכלית (שם, בפסקה 22).

132. קביעת מחיר בלתי הוגן על ידי מונופול היא עוולה, כאמור בסעיף 50(א) בחוק התחרות הכלכלית. המבקשת לא טענה לעוולת הרשלנות, ומשום כך – ככל שמדובר במעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה – עשויה לחול הגנת סעיף 6.
הגנת סעיף 6 אינה מצומצמת רק למי שפעל לפי הכתבה שלטונית, אלא חלה גם על מי שפעל לפי הרשאה חוקית של הגורם המוסמך, לרבות "**פעולות שנעשו תחת פיקוח הדוק של רשות מוסמכת תוך דיאלוג מתמשך עמה**" (ע"א 7115/14 **שרון סירוגה בר ניר נ' פרטנר** פסקה 29 (3.7.2017); רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים** דתיות פסקה 57 (9.12.2015); רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ** פסקאות 11 – 13 (26.4.2010)).

133. איזהו האישור שניתן להסכם חח"י? האם נעשה "בתחום הרשאה חוקית"? האם יכולות היו המשיבות וחח"י להאמין "אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית" כמילותיו של סעיף 6 בפקודת הנזיקין?

בזמן אמת, כלומר סמוך לחתימת הסכם חח"י (להבדיל מאישור מתווה הגז), שני האישורים שהיו יכולים להיות רלוונטיים לטענת סעיף 6 היו אישורי רשות החשמל ורשות התחרות.

רשות החשמל קבעה כי מחיר הגז הטבעי בהסכם חח"י יוכר כולו להוצאות החברה, ועשתה כן לאחר שבחנה את חוות הדעת שהוגשו לה, בין היתר של מר אסקארי. כאמור לעיל, קבלתי את טענת המבקשת כי אישור העלויות ע"י רשות החשמל אינו בגדר אישור המחיר, ודאי לא אישור להיותו הוגן. משום כך אין לראות באישור רשות החשמל הגנה לפי סעיף 6 בפקודת הנזיקין.

אשר לרשות התחרות – כזכור החליט הממונה שלא להגיש את הצו המוסכם לבית הדין להגבלים עסקיים, משום שחשב שאין בו הגנה מספקת מפני פעולת המונופול של השותפות. בשלב זה החליט ראש הממשלה ושר הכלכלה בפועל להפעיל את סמכויותיו לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית, באופן שלא כלל התיחסות למחירו של הגז הטבעי. גם בכך אין לראות משום אישור שהמחיר הוגן.

134. בענין **קול ברמה** הבחין כב' השופט דנציגר בין התקופה שבה היתה פעילות התחנה נתונה לאסדרה, לבין התקופה שקדמה לה, וקבע כי כל אימת שהתחנה היתה נתונה לפיקוח הדוק ולדיאלוג מתמשך עם הרשות, ופעלה לפי הנחיות ישירות – נתונה לה חסינות; לעומת זאת נדחתה טענת התחנה כי הסתמכה על הוראות ועדה רוחנית, שבתום לב סברה כי יש לה סמכות להורות כיצד לפעול. בהעדר סמכות משפטית לאותה ועדה, הוראותיה אינן מקנות את ההגנה לפי סעיף 6 בפקודת הנזיקין (שם, בפסקה 57).

על אחת כמה וכמה כך בענייננו, שבו אף לא אחד מן המאסדרים קבע שהמחיר הוגן, כי אם לכל היותר אישר את ההסכם המלא, ולכל הפחות נמנע מלעסוק בנושא. השותפות אף לא טענה כי בזמן אמת סברו שפעולת המאסדרים העניקה לה רישיון שגובר על הוראות סעיף 29א בחוק התחרות הכלכלית. טענתה היא טענה שבדיעבד.

135. ב"כ המבקשת הסתמך על ת"א (מחוזי י-ם) 2356/08 **יסעור רות ריי נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** פסקאות 11 ו- 12 (28.9.2014), לתמיכה בטענה שפרשנות סעיף 6 צריכה להיות פרשנות מצמצמת, משום שהוא הופך עוולה נזיקית למעשה מותר. בערעור על אותה החלטה, רע"א 7447/14 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יסעור רות ריי** פסקה 30 (3.7.2017) נקבע כי הסעיף אינו מצומצם רק לאותם מקרים שבהם נכפה על אדם מכח הדין לפעול או לחדול מפעולה מסוימת. הגנת הסעיף יכולה להתפרש גם על המקרים שבהם מתיר הדין בחיקוק או בהרשאה חוקית של גורם מוסמך לפעול באופן מסוים. האמור חל גם על הרשאה חוקית שנתבע האמין בתום לב ובסבירות שהיא נתונה לו.

אדרבא, להבנתי ההגנה תחול גם במקום שפרשנות הרשות אינה עולה בקנה אחד עם החוק והתקנות, ואף אם אינה נראית לבית המשפט (ת"צ (מרכז) 5222-03-15 **בר-לבב נ' הנתיב המהיר** בע"מ פסקאות 39, 40 (8.5.2019)).

136. כעמדת המבקשת, ברגיל הגנת סעיף 6 ניתנת למושא האסדרה, ובעניינו - לחברת החשמל לישראל, ולא לשותפות. ואולם אם וככל שאושר מחיר הגז הטבעי, אזי ההיגיון שבאישור מתייחס לא רק לחח"י הרוכשת אלא גם לשותפות המוכרת. זאת ועוד, השותפות עמדה בקשר ישיר עם המאסדרים בעצמה, ועל כן אילו ניתן אישור של הרשויות, יתכן שניתן היה לראות בו אישור לשותפות. לא ראיתי כי ע"א 4154/14 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה נ' כהן** (16.5.2017) מונע אפשרות זו.

137. עדי המדינה התיחסו כולם לתהליך, הבהירו את הקושי שהיה טמון באסדרה הרב קודקודית, של כל הכוחות הרגולטוריים, לטובת מתווה הגז, והסבירו את המניעים הסבירים לחתימתו. מטעם המשיבות העידו מר יוסף אבו ומר ליעמי ויסמן. מר אבו העיד כי אישור ההסכם על ידי המאסדרים בשנת 2012 היה תנאי לקבלת המימון (עמ' 988 - 990 בפרוטוקול).

138. האם ניתן לראות בדיאלוג בין השותפות לבין המאסדרים, ששיאו במתווה הגז משום הבנה של מי מן הצדדים כי ניתן אישור לגביית המחיר, כך שלא ייחשב בלתי הוגן? לא זו בלבד שאין התיחסות לשאלת הוגנות המחיר בהסדרים ובהחלטות המאסדרים, אלא שבחלק גדול מן התקופה עמדה בעינה בקשת אישור זו ובה השאלה הצלולה. משלא ניתנה לה תשובה – אין להניח כי מי מן הצדדים סבר שהמאסדר נתן אישורו. להיפך, התעלמות המאסדרים מן השאלה שניסרה בחלל כל העת, מלמדת על כך שלא הוסדרה.
אני סבורה כי במקום שלא ניתן אישור לגביית המחיר בהיותו מחיר הוגן, הדיאלוג עם המאסדר, גם אם היה ארוך וממצה, אינו מקנה הגנה מפני ביצוע העוולה, לפי סעיף 6 בפקודה. אסדרה חוקית לא היתה, ואין לחשוד בשותפות, שכולן היו מלוות כל העת בייעוץ משפטי - שסברו כך.
בעדותו אמנם אמר מר אבו "**... לא עלה על דעתנו שמישהו יכול להתערב בהסכמים הללו בעתיד**" (עמ' 991 שורות 18-19), אך קשה לסבור כי השותפות האמינה באמונה סבירה בקיומו של היתר חוקי לגביית המחיר, באופן שלא ניתן יהיה להתערב בו, בפרט בשעה שההליך תלוי ועומד.

כזכור, היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהביע עמדה בשאלה אם חלה הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין על עניינו.

139. המשיבה 6 סבורה כי יש לתת יתר תוקף להגנת סעיף 6 בעניינה, כיוון שרכשה את הזכויות לאחר מתווה הגז. אין דעתי כדעתה. המשיבה 6 היתה מודעת היטב למצב המשפטי בעת רכישת הזכויות, ולנתוני בקשת האישור הנוכחית. ממילא לא יכולה היתה לרכוש מאת המשיבה 2 אלא

זכויות שהיו לה, ככל שהיו לה. יש להניח שהסיכון בא לידי ביטוי גם בהסכמים שביניהן, שאין עניינם לכאן.

אם כן, תוצאתו של הבירור העובדתי היא שהשיקולים והטעמים שעמדו ביסוד אישורי המאסדרים היו שיקולים חשובים של מדיניות חוץ וביטחון לצד שיקולים חשובים מאוד של תחרות כלכלית וכניסת מתחרים נוספים לשוק הגז הטבעי. המחיר שנקבע בהסכם חח"י היה לנגד עיניהם של המאסדרים, אך הם לא התמקדו בו, והחליטו במודע שלא לבחון אותו לפי מבחני עלות ורווח (בענין הפיקוח על המחירים). השותפות אמנם היתה במגעים עם רשויות המדינה, לקראת מתווה הגז. אך אין לראות במגעים משום הבטחה או הרשאה שלטונית לגביית מחיר בלתי הוגן. משום כך לא חלה על עניינו הגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין (השוו: ת"צ (מחוזי ת"א) 21795-03-15 **בן ציון רבי נ' בנק הפועלים בע"מ** פסקה 89 (7.9.2017)).

המסקנה היא שהשותפות אינה יכולה ליהנות מהגנת סעיף 6 בפקודת הנזיקין.

תקיפה עקיפה של מעשה המנהל

140. השותפות טענה כי אין לשמוע לבקשת האישור גם משום שמדובר **בתקיפה עקיפה של מעשה המנהל.** הפנים הציבוריות של עתירות שונות נבחנו בשנים האחרונות, ובחלקן הביאו לדחיית בקשות אישור:

בע"א 4291/17 **עו"ד מוטי אלפריח נ' עיריית חיפה** (6.3.2019), נקבע כי סבירותו של חוק עזר תיבחן בתקיפה ישירה בבית המשפט המנהלי המוסמך ולא בתקיפה עקיפה. לכן נקבע באותו מקרה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת כדרישת סעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות. ב"כ השותפות סבורים כי "התובענה תוקפת החלטות שלטוניות (לרבות מתווה הגז, החלטות ועדת המחירים וחוק ששינסקי) בתקיפה עקיפה, שאינה אפשרית ואינה מוצדקת". אין דעתי כדעתם. נקודת המוצא כי ההחלטות האמורות אישרו את מחיר הגז הטבעי כמחיר שאינו מופרז - שגויה. כאמור לעיל, אין התיחסות ישירה למחיר באף לא אחת מן ההחלטות, ודאי לא לשאלות מידת ההוגנות שלו. ההחלטות לא היו החלטות שמכוונות כלפי המבקשת או כלפי מי מן הצבור, ולא היה מקום לתקוף אותן, אלא כפי שנעשה באמצעות בג"ץ מתווה הגז. עילת התביעה היא גביית מחיר מופרז ע"י מונופולין, עילה ראויה לפי חוק התחרות הכלכלית, והיא מופנית כלפי השותפות ולא כלפי המאסדרים השונים.

חוק ששינסקי אמנם ממסה את רווחי השותפות, ובכך הופך את מדינת ישראל ל"שותפה" בה, אך עצם המיסוי אינו גורע מן הדיון בשאלה שעל הפרק. משום כך הדיון בתקיפה העקיפה אינו מתאים לענייננו.

141. ברע"א 88/17 **גולן נ' ראש עיריית תל אביב** (9.5.2018) נדחתה בר"ע על פסק דין שדחה על הסף תובענה אזרחית שעניינה "מדיניותם ואופן טיפולם של המשיבים בתופעת ההסתננות לישראל,

ובפרט התיישבותם של רבים מהמסתננים לישראל בדרום תל אביב". נקבע כי מדובר "**בסוגיה מובהקת של מדיניות, בעלת השלכות רוחב רבות, המערבת אינטרסים לאומיים וציבוריים רוחביים**" שאין לדון בה בכסות של תביעה אזרחית לתביעת סעד כספי. ובאופן דומה גם רע"א 2933/18 **עיריית אור עקיבא נ' מקורות** פסקאות 20-22 (1.8.2019).

לעומת זאת, במקום שבית המשפט סבר כי תעריף החשמל הושפע מדווח לא אמיתי של חח"י, למרות הפנים הציבוריות של התובענה הייצוגית, החליט בית המשפט העליון לאשרה (רע"א 3456/13 **חברת החשמל לישראל נ' שליידר** פסקאות עז-עט (29.8.2017), בקשה לד"נ נדחתה בדנ"א 7161/17 שני נ' שליידר (4.2.2018)).

בעניין **שליידר** אושרה תובענה ייצוגית נגד חברת החשמל בגין הטבות שכר שחברת החשמל לא דווחה עליהן כדין לרשות החשמל, ואושרו על ידי הרשות כהוצאות, כך שקבלו ביטוי בתעריף החשמל. נקבע כי קיימת אפשרות סבירה שהתנהלות זו מהווה התעשרות שלא כדין לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט.

בפסקאות עז-עט מתייחס כב' המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין לזכות התביעה כלפי המדינה או רשויות המנהל כאשר המעשה אושר על ידן:

> **"עח.....אין הצדקה לנעילת הדלת בפני ההליך האזרחי בכלל, והתובענה הייצוגית בפרט, אך מפאת טיבן הציבורי של חלק מן הסוגיות המונחות לפתחנו. אין לכחד, כי "רוח ציבורית" מסוימת שורה על עניינו. הדבר נובע הן ממעורבותן של רשויות המינהל – רשות החשמל, מזה, והממונה השכר, מזה – והן מאופיה של המערערת, אשר ציבור צרכניה חופף באופן כמעט מוחלט לציבור תושבי המדינה בכללותו (וראו לעניין זה עניין** מיקרו דף, **בעמ' 461, שם כונתה המערערת "יצור כלאיים", נוכח שליטתה על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה). אולם יש לזכור כי ההליך הייצוגי משרת בראש וראשונה תכליות** ציבוריות, **וביניהן אכיפת החוק במישור האזרחי. והנה בנידון דידן נראה, כי אכיפה בדמות השבתם של רווחים שעשתה המערערת על חשבונו של הציבור שלא כדין, תוך מודעותה לאי החוקיות אשר דבקו בהם, יכולה לשמש בנסיבות השלמה נאותה למנגנונים הרגולטוריים שנועדו לפקח עליה. עם זאת אני חש צורך להטעים, כי אין פירוש דברינו כאן "הזמנה למסיבה" לתובענות ייצוגיות ביד רחבה כנגד הממשל..."**
>
> **...**
>
> **עט. איני שותף איפא לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה כי פסיקת השבה בעניינו כמוה כקביעת מחירו 'הראוי' של התעריף בדיעבד...**
>
> **...**
>
> **אך נשוב ונטעים, כי אין עניינו בהתערבות ישירה בפעלה של הרשות, אלא במניעת התעשרות בלתי מוצדקת של אחת החברות החזקות במשק, באמצעות השבתם של הכספים אשר נגבו ביתר מציבור לקוחותיה...".**

השופט רובינשטיין הדגיש כי ההצדקה להתערבות בית המשפט למרות מעורבות ברורה של המאסדר היתה שהמאסדרים אישרו את התעריף בשל פיקוח חסר, שלא עמד על כך שרכיבי שכר מסויימים שולמו בניגוד לדין (שם בפסקה עט).
כב' השופט מלצר (כתארו אז) הצטרף לדברים והוסיף שלא ראוי לאמץ בישראל את הגישה האמריקנית השוללת תובענות ייצוגיות עקיפות נגד תעריפים שאושרו. סיבה אחת לכך היא שבניגוד לשיטה בארה"ב בישראל המשפט המינהלי מבוסס על ביקורת שיפוטית ראשונית. סיבה אחרת היא שאין להרחיב את סעיף 3 בחוק תובענות ייצוגיות מעבר לכתוב בו, שאין להגיש תובענה ייצוגית לפיצויים נגד רשות בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שנובע מסמכויות הפיקוח של הרשות. כלומר שניתן להגיש תובענות כאלו נגד אותו צד שלישי. ראוי לציין כי דברים אלו נכתבו לפני שניתן פסה"ד בעניין **אלפריח** שבו נקבע: "**למעט במקרים חריגים, אין לאפשר במסגרת תובענה ייצוגית תקיפה עקיפה של אקט שלטוני**" (פסקה 18).

142. אלו ואלו אינם יכולים להכריע את גורל בקשת האישור: אין מדובר בתקיפה עקיפה של מעשה המנהל. וגם אין מדובר במקרה חמור כזה שהתגלה בענין שליידר. משום כך נבחנת בקשת האישור לגופה.

צרכן עקיף

143. השותפות טענה כי אין מקום לדון בבקשת האישור גם משום שאין בינה לבין המבקשת יחסים חוזיים ישירים. המבקשת מתיימרת לייצג את כל צרכני החשמל בישראל, אך אלו רוכשים את החשמל מחברת החשמל, וכמובן לא מן השותפות. על כן אין חברי הקבוצה אוחזים בעילת תביעה כלפי השותפות.
ב"כ המבקשת ממליצים לאמץ את ההסדר הקבוע בדירקטיבה האירופית, שלפיו קיימת חזקה שנגרם לתובע מלא הנזק כתוצאה מן ההפרה. הנטל להוכיח גלגול הנזק לאחרים, ושיעור הנזק שגולגל מוטל על הנתבע: Directive 2014/104/EU of the the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

144. עילת התביעה של צרכן עקיף נדונה בהזדמנויות קודמות (החלטת האישור בעניין **תנובה** בפסקה 44; עניין **מפעלי ים המלח** בפסקה 18; עניין **גפניאל** בפסקאות 47-49).
הבעייתיות המשפטית בתביעת הצרכן העקיף מתמקדת בחשש שהמעוול ישלם מעבר לנזק שגרם. אך ניתן לטפל בכך בכללים מדיני הנזיקין. מנגד קיים חשש ממשי שבעל החוזה יימנע מלתבוע,

ותימצא עילת התביעה חסרה, דוקא בתחומים החשובים שבהם כח השוק של המשיב גדול ומשמעותי.

נדבך חשוב להכרעה בשאלת זכות התביעה של הצרכן העקיף הוא השאלה אם עלויות החוזה מגולגלות אל הצרכן העקיף אם לאו. לענין זה די לעיין במכתב שהעביר מר דורון אהרן לחברי מליאת רשות החשמל ביום 13.6.2012 (סומן מב/54), שבו בקש למנוע את אישור הוצאות הגז הטבעי של חח"י. וכך אמר (עמ' 2 בסעיף א.): "**...למחיר הגז ישנה השפעה מכרעת על תעריפי החשמל שישלמו הצרכנים ואין צורך להכביר במילים. במהלך השימוע ראינו היקף גדול מאוד של יצרנים שאדישים למחיר הגז, הן בגלל המצוקה הכמותית אותה משמר המונופול והן בשל הכיסוי התעריפי המלא מצד רשות החשמל**". גם רו"ח אילן שגב סבר כי העלויות העודפות מועברות לצרכני חברת החשמל, אם כי לא באופן אחיד ביניהם (עמ' 2-4 בחוו"ד המשלימה). **על כן לא ניתן לשלול את זכות התביעה של הצרכן העקיף בעניינו בשלב זה.**

<u>התאמת התובענה הייצוגית לדרישות חוק תובענות ייצוגיות</u>

145. סעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 מתנה את אישור התובענה הייצוגית בתנאים שונים, בהם ס"ק (2):

"**תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין**".

הנימוק העיקרי של המשיבים כולם נגד בחינת מידת ההוגנות של מחיר ההסכם עם חח"י הוא המעורבות העמוקה של המאסדרים באסדרת התחום. במילותיו של היועץ המשפטי לממשלה: "**מידת האסדרה של תחום הגז מטה את הכף נגד אישור ניהול התובענה כייצוגית**" (עמ' 45 בסיכומים).

אני מקבלת עמדה זו.

146. התובענה הייצוגית מאגדת את תביעות חברי הקבוצה. הקבוצה המיוצגת כאן היא למעשה כל תושבי ישראל אשר צורכים חשמל. במובן זה מקבילה בקשת אישור זו לאסדרה ולאכיפה ציבורית, ככל שהן מיועדות להשיג אותה מטרה של קידום האינטרסים והזכויות של הכלל. במקרה שלפניי נראה כי עבודת המאסדרים נועדה לאותן מטרות עצמן.

147. המאסדרים השונים נתנו דעתם על הסכם חח"י, ובחנו נושאים שונים בו, הן לפני מתווה הגז הן לאחריו. האסדרה עד מתווה הגז בחנה את חוזה חח"י ואישרה אותו מבחינות שונות: אישור עלויות ע"י רשות החשמל; אישור רשות התחרות; קביעת רמת הדיווח לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים; ואישור הממשלה לפי חוק החברות הממשלתיות. האסדרה הסופית, מתווה הגז, נתנה יתר תוקף לאסדרה הקודמת, ונרקמה לנוכח אינטרסים חשובים של מדינת ישראל, שהם ודאי אינטרסים של תושבי המדינה: הסדרת התחרות העתידית לשם הפחתת המחיר בעתיד; הביטחון האנרגטי; ושיקולים של מדיניות חוץ וביטחון של מדינת ישראל. הדברים קבלו תוקף נוסף בפסק

הדין של בג"ץ מתווה הגז. **קשה לחשוב על אסדרה מקיפה יותר של תחום כלשהו, ובחינה מדוקדקת יותר של פרטיו**, אם כי לא בהיבט של הוגנות המחיר לפי חוק התחרות.

148. ככלל, העובדה שתחום מסוים מטופל על ידי מאסדר מסוים, אינה מאיינת את סמכותו של בית המשפט לדון בנושאים הקשורים בו. אדרבא, לעתים מתבקש המאסדר להביע עמדתו בקשר לנושא כזה או אחר שבאחריותו, בין לשאלה עובדתית או משפטית, בין למתן פרשנות לאסדרה שבסמכותו. במקרה האחרון עמדתו של המאסדר אף תחייב את בית המשפט (רע"א 9778/16 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** (31.5.2018) (הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף בערעור – דנ"א 4960/18). אך עניינו אינו דומה לכך.

149. המשיבים בקשו ללמוד מפס"ד **דקלה** כי בית המשפט יימנע מלהתערב בנושא שאושר על ידי המאסדר. לא אוכל לקבל מסקנה גורפת כזו: שם אושרה פוליסת ביטוח שהמפקח על הביטוח היה מעורב בהליך אישורה, ובקשה לאישור תובענה ייצוגית נדחתה. באותו מקרה הפיקוח של המאסדר היה הדוק למדי: הגבייה נעשתה תחת פיקוחו; חברות הביטוח פעלו תחת הנחייתו; והוא ביצע שינויים מסוימים בפוליסה על מנת למנוע תוצאה קשה של אי חידושה על ידי המבקשות (ראו בהקשר זה גם: ע"א 7928/12 **אי.אר.אם טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ** פסקאות 27-28 (22.1.2015)). קשה ללמוד מענין **דקלה** כי בכל מקום שמעורב מאסדר פרשנותו את הארוע תגבר. כך סבר גם כב' השופט ע' גרוסקופף, כאשר קבע כי יש להבין את פס"ד דקלה על רקע העובדות הייחודיות והרקע לאישור הפוליסות שנדונו שם (ת"צ (מחוזי מרכז) 30028-04-11 **איל יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח** פסקה 149 (21.11.2016)).
במקרה הנוכחי, העובדות קיצוניות בשני מובנים: גודלו של הארוע והשפעתו על כלכלת מדינת ישראל, מחד גיסא והמעורבות חסרת התקדים של המאסדרים באסדרתו, מאידך גיסא.

150. אם כן, לא כל מעורבות של מאסדר בקביעת הסדר ספציפי תביא להימנעות מדיון באותו הסדר במסגרת תובענה ייצוגית. לא ראוי לקבוע קביעה גורפת כזו. ואולם בעניינו אין המדובר במעורבות מצומצמת ושטחית אלא במעורבות קפדנית ומקיפה, של מספר מאסדרים שונים, כפי שנקבע בבר"ע **נזרי**:

> **"[...] בקשת האישור דנן היא חריגה בנוף קשות האישור. אכן, מעטות – אם בכלל – הן בקשות האישור שהסעד המתבקש בהן הוא כה רחב במהותו ובהיקפו; שעניינן בתחום שבו מעורבות גורמי האסדרה הייתה כה רבה; ושהשלכותיהן האפשריות כה כבדות משקל. לכל אלה יש להוסיף את בג"ץ מתווה הגז שדן והכריע בנושא הקשור להליך דנן בקשר הדוק".**
> (שם, בפסקה 14).

151. חרף העמדה שהבעתי בבחינת מעורבותו של כל אחד מן המאסדרים, שלא הביאה כשלעצמה לדחיית התביעה, אני סבורה **שבהצטרפן יחד יש משקל מכריע לעמדות המאסדרים בעניינו ולפעולותיהם בנושא זה, ועל כן יש לדחות את בקשת האישור גם מטעם זה, ולא לבחון את הוגנות המחיר שגבתה השותפות מחח"י במסגרת תובענה ייצוגית.**

הדגש הוא על הטפול הממשלתי חסר התקדים שטופלה עסקת הגז. מדינת ישראל, באמצעות משרדי הממשלה והרשויות המופקדות על משק החשמל, על התחרות הכלכלית, על הפיקוח על המחירים ועל המיסוי, ורשויות נוספות שפעולותיהן לא נבחנו במסגרת פסק דין זה - שקלה היטב את עסקת חח"י, ואת אלו שבעקבותיה, ומסקנתה התבטאה ב"מתווה הגז". המתווה לא נשא חן בעיני רבים מסיבות שונות, בעיקר המחשבה שהיתה עוד באותם ימים, כי אין די בהפרדת הבעלויות בשדות תמר ולוויתן כפי שקבלה ביטוי במתווה, וכי אין בה כדי ליצור תחרות ראויה בין השדות. טענה זו נשמעת עד עצם ימים אלו. ביקורת אחרת הוטחה בהחלטת ראש הממשלה ושר הכלכלה לאשר את המתווה לפי סעיף 52 בחוק התחרות הכלכלית, מטעמים של בטחון ויחסי חוץ של מדינת ישראל, סעיף שלא נעשה בו שימוש עד אותה החלטה. נושא זה נדון ע"י בג"ץ, וההחלטה אושרה.

152. לאור האמור לעיל בדבר המעורבות העמוקה של המאסדרים והשיקולים כבדי המשקל שעמדו לנגד עיניהם, סבורני כי בחינה נוספת, פרטנית, מכיוון המחיר בלבד – עלולה לחטוא למידת המורכבות של הנושא. התמונה המלאה, כפי שהוצגה על ידי נציגי המאסדרים, כללה בעיקר שיקולי תחרות עתידיים, ורצון להביא לכניסת שחקנים נוספים לשוק הגז הטבעי בישראל. מכאן נגזרה התשובה לשאלה הבטחונית והכלכלית בדבר האפשרות שהמונופול יוסיף להתקיים בהעדר תחרות, ואולי גם יקיים רק מסוף אחד וצינור גז אחד, שההגנה עליהם קשה יותר.
יתכן שהתוצאה אינה מיטבית, ואולם אין לשפוט את העושים במלאכת האסדרה בעיני המתבונן כיום, כי אם בדרישה שעמדה לפני המאסדרים בזמן אמת.

> "**נזכיר, כי לא אנו ניהלנו את המשא ומתן, ואין לנו סיבות להניח כי העוסקים במלאכה לא פעלו נאמנה ולמען הציבור וצרכי המדינה לפי הבנתם. השאלה היא תקפות המתווה במישור המשפטי.**" (בג"צ **מתווה הגז**, פסקה כ').

153. חישוב המחיר ההוגן צריך להתחשב בנתונים נוספים משמעותיים מאוד במשק בעניינו. בהם משמעותו של המונופול בתחום הספציפי, הסיכונים באפשרות שההסכם לא יצא לפועל, וכד'. אלו בדיוק השיקולים שנשקלו ע"י המאסדרים השונים. הגם שאיש מהם לא חישב את המחיר ההוגן – כולם הבהירו את חשיבות השיקולים המלאים למשק הישראלי. **משנשקלו שיקולי המשק לעומק, לאחר עבודה סדורה של המאסדרים, נראה שעם כל החשיבות הרבה לשאלת המחיר –**

כשהיא בין שאר השיקולים, ואלו נשקלו היטב ע"י המאסדרים לטובת צרכני החשמל בישראל – נראה שהתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה לטיפול בשאלה כוללת כזו.

יפים לענייננו הדברים שנאמרו בבג"ץ 2171/06 **שני כהן נ' יו"ר הכנסת** פסקה 21 (29.8.2011):

> **"זכות הגישה לערכאות אין משמעה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הליך, בכל צורה ובכל עת. ככל הזכויות האחרות, גם את זכות הגישה לערכאות יש לאזן אל מול זכויות או אינטרסים נוגדים, באופן שיאפשר לאדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכות מהותית שלו תוך שמירה מפני פגיעה אפשרית בזכויות או באינטרסים של פרט אחר או של החברה בכללותה".**

(ראו גם: רע"א 2598/08 **בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא** פסקה 4 בפסק דינו של השופט פוגלמן (23.11.2010)).

בהעדר ראיות לכך שההחלטות היו מבוססות על עובדות לא נכונות, ובהעדר טענה לשיקולים בלתי ענייניים במתווה כולו – **יש לקבוע כי האסדרה המפורטת שהסדיר המתווה את נושא הגז הטבעי בישראל, לרבות שמירת המחיר שנקבע בהסכם חח"י, מוציאה את האפשרות שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה.**

154. **ב"כ השותפות טענו גם לחוסר תום לב בייצוגה של המבקשת,** שלא גילתה כי היא קרובת משפחה של עו"ד יערי, אחד מבאי כחה. בנסיבות עניינו לא ראיתי צורך להתעכב על טענה זו.

155. **לאור כל האמור סבורני שעניינו אינו עומד בתנאי סעיף 8(א)(2) בחוק התובענות הייצוגיות, בכך שהתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בשאלת המחיר שגבתה השותפות מחברת החשמל לישראל עבור הגז הטבעי.**

<u>סיכום</u>

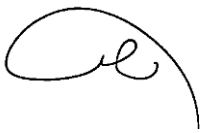
156. **כאמור לעיל החלטתי לדחות את בקשת האישור, הן משום שעילת התביעה לא הוכחה, אף לא לכאורה, במובן שאין ראיה לכך שמחירו של הגז הטבעי בחוזה חח"י בלתי הוגן, הן משום שעניינו אינו עומד בדרישת סעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות.**

157. למרות האמור, החלטתי שלא לחייב את המבקשת בתשלום הוצאות כלשהן. אלו נימוקיי: חשיבותו הרבה של ההליך ברורה: המבקשת ואישה המנוח לפניה, השתמשו בכלי של התובענה הייצוגית וניסו להביא לשינוי עמדה של המאסדרים, ולהפחתת המחיר שישלם כל תושב בישראל עבור החשמל שהוא צורך. בסיס התביעה בטענה שמחיר הגז מופרז לפי אמת המידה המקובלת של בחינת עלויות ורווח, והיא התבססה על חוות דעת של מומחה בעל שם בתחום. דרכם אמנם לא

צלחה, אך אין לומר שלכתחילה לא היה ראוי להגיש את בקשת האישור. אדגיש כי הבקשה הוגשה עוד לפני שממשלת ישראל החליטה החלטותיה שהתבטאו לבסוף במתווה הגז. יתרה מזו, למרות שקיבלתי את טענות המבקשת כי שאלת המחיר ההוגן לא נבחנה ככזו בהחלטות המאסדרים, בהצטרפן יחד למסכת אחת לא עברו את המשוכה הנדרשת בסעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות. סבורני כי ראוי לעודד תביעות מסוג זה, בין השאר באמצעות הכוונה של פסיקת הוצאות (לשימוש בפסיקת הוצאות ככלי לניווט מושכל של תובענות ייצוגיות ראו גם אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006" **הפרקליט** מט 131, 164 (תשס"ז – תשס"ח)). על כן, למרות דחיית בקשת האישור, אינני מחייבת את המבקשת בתשלום הוצאות המשיבים.

158. המזכירות תואיל להעביר עותק מפסק הדין למנהל בתי המשפט, לשם רישומו בפנקס התובענות הייצוגיות.

ניתן היום, כ"ח סיוון תשפ"א, 08 יוני 2021, בהעדר הצדדים.



אסתר שטמר , שופטת