



תאריך: כ"ז חשוון, תשע"ה 20/11/2014

סומן: פ-14-12563

בפנייתך אלינו אנא ציין מספר תיק

לכבוד

פרופ' דיוויד גילה

הממונה להגבלים עסקיים

רשות ההגבלים העסקיים

נכבדי שלום רב,

## הנדון: הבהרות מטעם התנועה לאיכות השלטון ואדם טבע ודין לאחר

### עיון בתגובת השותפות במאגר הגז הטבעי "לויתן" בעניין הצו המוסכם

סימוכין: מכתבנו מימים 07.10.2014; 13.11.2014

מכתבכם מיום 06.11.2014

שיחת טלפון בין עו"ד בשארה לבין עו"ד דושניצקי מיום 13.11.2014

בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר, (להלן: "התנועה") ואדם טבע ודין, ע"ר (להלן: "אט"ד") הרינו פונים אליך כדלקמן:

בהמשך לדין ודברים כמפורט בסימוכין, ולאחר עיון בפרוטוקול ישיבת השותפות עם הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 21.7.2014, ובתגובת השותפות במאגר הגז הטבעי "לויתן" (להלן: "השותפות") מיום 18.09.2014 (להלן: "מסמך התגובה") למסמכי הטענות שהוגשו לממונה על ההגבלים העסקיים במסגרת סעיף 50ב(ד)1 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), התנועה ואט"ד מתכבדות למסור לרשות ההגבלים עסקיים הבהרות בנוגע לטענותיהן באשר לטיטות הצו המוסכם במאגר "לויתן".

מכתבנו זה יעסוק הן בטענות המשפטיות, הן בטענות הכלכליות והן בטענות המקצועיות-גיאווגיות אשר עלו במסמך התגובה והכל כפי שיפורט להלן.

#### א. הטענות המשפטיות - קיומו של הסדר כובל

"It may also be noted that some principles are now settled. The principle is now established that joint selling of gas by producers is not permitted unless in very exceptional circumstances. Marketing has to be conducted individually by gas producers."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Peter D. Cameron, *Competition in energy Markets, Law and Regulation in the European Union*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, p. 321



1. טרם בחינת טענות השותפות לעומקן, התנועה ואט"ד רואות לנכון לחזור למקורות, ולבחון את סעיפי החוק והרציונאלים העומדים במרכזם.
2. כידוע, סעיף 2(א) לחוק קובע שהסדר כובל הינו הסדר לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות. בניגוד למקובל בשיטת המשפט האמריקאית,<sup>2</sup> המחוקק הישראלי ראה לנכון להרחיב את ההגדרה להסדר כובל, כך שהפגיעה עצמה איננה **תנאי הכרחי** לקיומו של הסדר כובל, אלא די בחשש לפגיעה בתחרות, ובכל מקרה די בפגיעה בתחרות בין הצדדים להסדר ולא דווקא בתחרות בשוק הרלוונטי.
3. ממשד סעיף 4 לחוק וקובע, כי אדם לא יהיה צד להסדר כובל, אלא אם קיבל אישור, היתר זמני, פטור או פטור סוג מראש (להלן כולם יחדיו: "אישור" או "אישור מראש"). נקשר אדם בהסדר כובל כאמור מבלי לקבל אישור מראש, או שביקש הוא באופן רטרואקטיבי לקבל אישור, עבר הוא עבירה פלילית של מבצע העבירה לפי סעיף 47 לחוק וכן עוולה אזרחית לפי הוראות סעיף 50 חוק.
4. למדים אנו, מתחולתו הרחבה של סעיף 2 לחוק יחד עם סעיף 4 לחוק, כי המחוקק ביקש להראות לכל אדם המנהל עסקים את דרך הישר, היינו לחייבו לפנות לממונה על ההגבלים העסקיים או לבית הדין, לפי העניין, לו קיים ספק באשר להסדר אשר ערך עם אחר, וזאת על מנת לקבל אישור להסדר (או לאו).
5. בראש ובראשונה, ראוי להזכיר את העובדה, שלפני שלושה ימים נחקק תיקון לחוק, המקנה לממונה את הסמכות המפורשת לפנות לבית הדין ולבקש להורות לבעל מונופולין למכור נכס שבידו, אם מצא שיש בכך כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה בתחרות.
6. התיקון, שאמור להיכנס לתוקף מיד עם פרסומו ברשומות, מעגן את סמכות הממונה לפנות לבית הדין לפיצול הנכס ואת חשיבות כלי זה כאמצעי להתמודדות עם מונופול. אף אם דרך זו הייתה חסומה בפני הממונה עד עתה, ברי לכל כי כיום זוהי דרך המלך. החלטה להמשיך ולקדם את הצו המוסכם שוללת ומסכלת את הפעלת סמכות חשובה זו.
7. התנועה ואט"ד מפצירות בממונה לחזור בו מן הצו המוסכם ולהפעיל את סמכותו זו, שעתידה להיכנס לתוקף בימים הקרובים, שכן היא תיתן את המענה הנכון והטוב ביותר בנסיבות דנן. המחוקק אמר את דברו, ומן הראוי שהממונה ייקח עתה את המושכות ויגשים את מטרת התיקון כמות שהן, לטובת הציבור בכללותו.
8. חיוני אף כי הממונה בהתנהלותו לא יפתח לשותפות פתח לטעון טענות לסיכול הפעלת סמכות חשובה זו בעניינן.

<sup>2</sup> דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 28, 51 לפס"ד כבי השופט חשין.



9. ומכאן, לטענות השותפות. השותפות מנסות לטעון, כי אין ביניהן הסדר כובל. לצורך כך, מבקשות הן **למסגר את הדיון**, כך שיתמקד במועד כניסתן של דלק ונובל אנרג'י להיתר המוקדם "רציו-ים" עם רציו ובשלב החיפוש, וטוענות כי בנסיבות יצירת השותפות לא היוותה היא הסדר כובל. השותפות נסמכות בעיקר על שתי טענות תמוהות ומופרכות, כפי שיובהר להלן:

א. בין דלק לבין נובל אנרג'י אין כל תחרות, ולכן לשיטתן לא יכול להתקיים הסדר כובל בין שתי החברות. כמו-כן, שיתוף הפעולה בין שתי החברות לא יכול להקים הסדר כובל.

ב. בין דלק לבין רציו לשיטתן לא יכול להיות הסדר כובל, היות ורציו לא הייתה יכולה להתחרות בדלק - לא פיננסית ולא מקצועית, ולכן לא ניתן לראות בה כשחקנית בשוק חיפושי והפקת הגז.

10. תחילה נציין, כי מבחינה פרוצדוראלית, טענות אלו, עם כל הכבוד, **ראוי היה שייטענו במסגרת בקשה לקבלת אישור להסדר כובל או למצער - במסגרת של בקשה לפטור מן הממונה, ולא כעת ובדיעבד, לאחר שהן מנסות לקבוע עובדות בשטח בניגוד לדיון**. כאמור, תחולתו של הסדר כובל במשפט הישראלי רחבה ביותר ואם קיים ספק, על הצדדים להסדר לפנות ולקבל אישור **מראש** או לפחות - לפנות לרשות ולבקש את עמדתה בשאלת הצורך בקבלת היתר (ראו את פסק דינה של הנשיאה בפרשת תנובה - מאיר עזרא (ע"פ 845/02)).

11. קל וחומר כך בענייננו, **כשקיים תקדים בעל נסיבות דומות ביותר, ואף עם זהות כמעט מוחלטת של הצדדים להסדר - מתן פטור מהסדר כובל במאגר הגז הטבעי "תמר"**<sup>3</sup>. אין כל ספק כי היה על השותפות לקבל אישור מראש להסדר השותפות ביניהן, וכי הן היו **מוזעזעות לחובה** זו שחלה עליהם. לפיכך, ניסיון להכשיר את הסדר השותפות בדיעבד, אין לו מקום בשיטת המשפט הישראלית ומן הראוי שיידחה על הסף. מדובר בטענה צורמת ביותר העולה מפי מי שחמק מן החוק, שידע היטב לפנות לרשות לקבלת פטורים אחרים ועל כן אין לשעות לה. קל וחומר אין הרשות המופקדת על אכיפת החוק יכולה לקבלה.

12. לגופו של עניין, התנועה ואטי"ד מבקשות לעמוד על ארבעה כשלים בניסיון המיסגור מצד השותפות.

13. **ראשית**, רציו הייתה בעלת רישיון חיפוש. כל עוד החזיקה רציו ברישיון החיפוש וכל עוד לא נקבע אחרת על ידי הממונה על הנפט, **חזקה עליה** שיכולה הייתה לעמוד בתוכניות העבודה כפי שנקבעו ברישיון ולכן יש לראות בה **מתחרה בכוח ובפועל בשוק הגז**. הרי אין אדם מבקש ומקבל רישיון לחיפוש אם אין לו היכולת לממשו.

<sup>3</sup> החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 22.8.2006.

14. לפיכך, כניסתה של דלק לשותפות עם רציו יצרה מעצם טיבה מגוון כבילות שתוצאתן החד-משמעית איונה המוחלט והוודאי של כל תחרות (בכוח או בפועל) בינה לבין רציו או למצער - לפגיעה אפשרית ברמת וודאות גבוהה בתחרות באותה העת. ודוק, התחרות בה מדובר אינה רק בתחום ההפעלה אלא גם **בענפים המשיקים** לכך ובראשם - שותפות באספקה ובתחרות בה לציבור צרכני הגז הטבעי. יזם, המנהל מערך חיפושים והמסוגל לממשו בעצמו או באמצעות אחרים - הינו מתחרה ליזם אחר, ואין מקרא יוצא מידי פשוטו.

15. למען הזהירות נדגיש, **כי אף אם מועלית טענה שרציו לא הייתה מתחרה עת נכנסו דלק ונובל לשותפות "לווינתן"**, טיעון זה לא מחזיק מים ואיננו רלוונטי **החל בדצמבר 2010** - הוא רגע ההודעה לציבור ולבורסה על התגלית במאגר הגז. ממועד זה, רציו בוודאי הינה מתחרה בעלת עצמה - או למצער מתחרה פוטנציאלית - במועד שבו הוכרזה התגלית.

16. החל ממועד זה, אין כל ספק כי יכולתה הפיננסית של רציו השתפרה פלאים, ולכל הפחות הדבר נכון באשר ליכולתה לגייס ממון, כך שמשמשת היא מתחרה פוטנציאלית שהסדר השותפות הגבילה באופן שעלול למנוע או להפחית את התחרות. לפיכך, אף בנקודת הזמן הזו היה על השותפות לפנות בבקשה לקבלת אישור להסדר כובל. ונדגיש, אין צורך באישור קיומה של תגלית על ידי משרד התשתיות כדי לשנות את מעמד השותפות כמתחרות.<sup>4</sup>

17. למיטב ידיעת התנועה ואט"ד, וכפי שעולה מסעיף 33 לטיטת הצו המוסכם, השותפות לא עשו כן, לא טרם ההתקשרות ביניהן ואף לא בשלב זה. לפיכך, הסדר כובל שלא קיבל אישור מהווה, על פניו, הסדר כובל אסור - עבירה פלילית ועוולה אזרחית כאחד.

18. בנוסף, דברים אלו מתיישבים עם טענתם של נציגי השותפות,<sup>5</sup> לפיה הממונה על ההגבלים העסקיים הקודם הורה להן מפורשות שלא לבקש פטור בשלב החיפושים אלא רק לאחר שישנה תגלית. אם כך, באם לא פנו השותפות לקבל אישור להסדר השותפות עם פרסום התגלית, היו הן למעשה צד להסדר כובל אסור, והן עשו זאת ביוזעין.

19. חשוב רק לציין, כי ההפרדה בין שני השלבים איננה תיאורטית, כי אם היא נעשתה בשורה של החלטות של הממונה ודלק קיבלה תנייה זו על עצמה. לדוגמא, ביום 26.9.2005 נתן הממונה לדלק פטור מהסדר כובל לשלב החיפוש בלבד.<sup>6</sup> כך נכתב בהחלטתו: "שיתוף בזכויות לחיפושי גז טבעי ונפט הוא אפוא תופעה מקובלת, כל עוד אין בו כדי להשפיע באופן ממשי על שיווקו ומכירתו של הגז הטבעי, מישור בו חיוני להגן על התחרות".

<sup>4</sup> פסי' 57-58 למסמך התגובה.

<sup>5</sup> ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 30.01.2014, עמ' 21.

<sup>6</sup> תיק פטור מס' 6182.



20. שנית, התנועה ואט"ד תדגשנה, כי מבלי להמעיט מחומרת ההסדר ללא אישור/פטור הממונה בשלב החיפושים, הרי שההסדר בשלב החיפושים איננו עומד במוקד מסמך הטענות שהגישה. התנועה ואט"ד טוענות כי הפגיעה בתחרות שנוצרה עם כניסת דלק ונובל לשותפות מתעצמת עם תום שלב החיפושים (קרי, דצמבר 2010) - ועם תחילת שלב ההפקה במובנו הרחב וכך אף ביתר שאת בשלב השיווק של משאב הגז הטבעי (שכידוע הבעלות בו היא של הציבור).

21. ונדגיש כבר עתה, עסקינן בהסדר כובל רב-שלבי, מתגלגל ונמשך, מתפתח והולך ומחמיר, לאורך כל חייו (עד הלום) של מאגר "לוויתן". אין בטעויות ומחדלי העבר, בשלב החיפוש, כדי להכשיר את ההסדר הכובל ביתר השלבים, במיוחד בשלבים הקריטיים יותר לתחרות בשוק הגז (ראו כאמור החלטת הממונה מיום 26.09.2005).

22. השותפות, כאמור, מבקשות למסגר את הדיון כך שיעסוק אך בשלב החיפוש, אך על רשות ההגבלים העסקיים לבחון טענות אלו בעיניים ביקורתיות ביותר ולהשכיל להבין כי המדובר, כאמור, בהסדר כובל מתגלגל, שחל על השלבים השונים של המאגר ואין לקשור בין הסדר כובל בשלב אחד לבין הסדר כובל בשלב אחר.

23. השותפות מתעלמות במכוון מההסדר הכובל בשלב ההפקה ובשלב השיווק. לדידנו, בכל הכבוד, על רשות ההגבלים העסקיים לאסור הפקה במשותף ושיווק במשותף, שכן אלו הסדרים כובלים שאין ספק שהם חוסים ואסורים במפורש תחת סעיף 2(א) לחוק ואין כל הצדקה להתירם (ועל כך נעמוד בהמשך).

24. לדאבונו, התחושה בקרב הציבור הינה כי רשות ההגבלים העסקיים מעניקה לשותפות "פרס" על כך שנמנעו הן מלבקש אישור להסדר בשלב החיפוש, על ידי כך שהיא מתירה להן לפעול תחת הסדר כובל גם בשלב ההפקה ובשלב השיווק. אל לנו להשלים עם כך.

25. נוכח האמור, בניגוד לטענות השותפות, בשלב זה, מרכז הכובד איננו שלב החיפוש, כי אם שלבי ההפקה והשיווק. הפגיעה בשלבים אלו בתחרות (ולמעשה איון מוחלט של התחרות) היא החמורה ביותר והניסיון להתרתה במסגרת צו מוסכם, כדי לרפא לכאורה את התנהלות השותפות בשלב החיפוש הינה שגיאה היורדת לשורשו של עניין והתנועה ואט"ד סבורות כי על הרשות לחזור בה מהחלטתה זו ולא מאוחר לעשות כן.

26. שלישית, כבר בשלב יצירת השותפות עבור שלב החיפוש היו דלק, נובל ורציו מתחרות, בין אם בפועל ובין אם מתחרות פוטנציאליות - גם אם הן מתחרות בעלות דרגות מיומנות שונות. הטענה כי גורם אחר איננו מתחרה הינה מזרון חלקלק, ואסור שיוותר לשיקול דעתו של אף גורם, זולת הממונה על ההגבלים העסקיים או בית הדין להגבלים עסקיים - ומראש.

27. למעשה, דלק עצמה מודה בפה מלא, כי אף היא לא יכולה הייתה להפיק גז בכוחות עצמה. אכן, עולה מטענות השותפות כי מבין שלוש (או ארבע) השותפות, רק נובל מחזיקה הן ביכולת



**הפיננסית והן ביכולת המקצועית להפיק גז (ראו סעיף 14 למסמך התגובה). לפיכך, כל טענותיה של דלק כלפי רציו יכולות להיות מופנות אף כלפי עצמה, ובכך אין היא שונה מרציו. לכן, תרומתה של דלק לשותפות איננה ברורה - למעט הרווחים שהיא תשיא בשל ההפחתה בתחרות בשוק הגז. באותה מידה, רציו יכולה הייתה להתקשר עם דלק או עם נובל כנותנת שירות ותו לא; ואולם, הצדדים בחרו לחלוק את זכויות המאגר, כמו גם הרווחים העתידיים ממנו, ובכך יצרו הסדר כובל המאין כל תחרות ביניהם.**

28. ואולם, אף אם לדלק אכן ישנה תרומה מכרעת לשותפות, נשאל, האם אין ולא היו כל גורמים מקצועיים אחרים שעימם הייתה דלק יכולה להתקשר, מלבד נובל? הרי המיומנות שבה מחזיקה נובל איננה ייחודית, וגורמים רבים יכלו למלא חלל הזה. בכל הכבוד לנובל, ישנן חברות כמותה ואף גדולות ומיומנות ממנה (וחלק מאלה אף נראו לאחרונה בעת "החילוץ" סביב רכישת חלק ממאגר "לויתן"). על רקע זה בו נובל אינה מונופול כלל עולמי שאין להתקשר אלא עימו - ברי כי התקשרותה של דלק דווקא עם נובל, כשהן כבר מחזיקות יחדיו במאגרי גז אחרים, פוגעת או עלולה לפגוע בתחרות. לחילופין, יכלו דלק ונובל לחרות חוזה לפיו נובל תספק שירות לדלק אך גם במקרה זה, החליטו החברות להיכנס להסדר כובל - ולחלוק בזכויות במאגר - תוך איון כל תחרות ביניהן.

29. וכך, למצער, מצטיירת תמונה ברורה שהמדובר בהסדר כובל מסוג אנכי, לפיה יש שיתוף פעולה הדוק בין שתי יחידות בשרשרת כלכלית אחת, שכל אחת לבדה איננה יכולה לבצע את התהליך המלא בעצמה. ראייה לכך, כפי שאף עולה מסעיף 16 למסמך התגובה, היא העובדה שנובל איננה מחזיקה בשום מאגר לבדה, מבלי שדלק נמצאת שם יחד עימה. כל קשר שכזה, בו נוצרה בעלות משותפת ולא רק יחסי ספק-לקוח, הינו חשוד מאוד, ודי בכך כדי להקים חובה לבקש אישור להסדר הכובל.

30. במאמר מוסגר נדגיש, כי אמנם דלק מתיימרת לטעון כי לו ההיתר המוקדם "רציו-ים" היה נלקח מרציו, הייתה היא לבטח מקבלת אותו לידיה. התנועה ואט"ד מטילות ספק בכך, במיוחד לאור קיומה של התגלית במאגר "תמר". היא גם מעוררת חששות (ואף חשדות) כבדים - מדוע סבורה דלק כי הזכויות היו נופלות דווקא בידיה, עת ההחלטה נתונה לגורמים המוסמכים מכוח חוק הנפט.

31. אכן, אף שניתן להעלות הצדקות מסוימות התומכות לכאורה במתן אישור להסדר כובל בעת חיפוש משותף, ואף אם ייתכן והיה מתקבל אישור או פטור כאמור, אין בכך כדי להצדיק את הימנעות השותפות מלבקש מהממונה מראש את האישור או הפטור להסדר הכובל, והדבר נכון שבעתיים מקום בו נדרשו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר לבקש אישור כאמור עבור השותפות במאגר "תמר".<sup>7</sup>

<sup>7</sup> ה"ש 3, ש.ם.





32. לסיכום, התנועה ואט"ד מבקשות לדחות את ניסיון השותפות לטעון כי אין המדובר בהסדר כובל ואת ניסיונותיהן למסגר את המציאות כאוות נפשן. נדגיש, אין כל צל של ספק שבמועד הקמת השותפות הייתה תחרות בין השותפות, בין אם בכוח ובין אם בפועל. ברור עוד כי לכל הפחות מדובר היה גם בהסדר כובל אנכי הדורש אישור מראש. נוסף על כל אלה, אף אם לשיטת השותפות קיים ספק באשר לקיומו של הסדר כובל בשלב יצירת השותפות, אין עוררין שבעת ההכרזה על התגלית, בדצמבר 2010, החלה פגיעה בתחרות, פגיעה שהינה השלכה ישירה מקיומו של הסדר בין השותפות.

33. ומכל מקום, הפגיעה העיקרית שהתנועה ואט"ד מבקשות מן הממונה להביא לחדילתה היא הפגיעה שעולה מההסדר הכובל בעניין ההפקה במשותף והשיווק במשותף. זהו עיקר הדברים, ולא שלב החיפוש כפי שהשותפות מנסות להציג בפני הרשות. שלב ההפקה ושלב השיווק הם השלבים בהם הפגיעה בתחרות היא קשה מנשוא ואלו התהליכים בהם מעורבות הממונה הינה מתחייבת לשם שמירה על התחרות וקידומה.

#### **ב. טענות משפטיות - השתק על הממונה על ההגבלים העסקיים**

34. השותפות טוענות כי היות והממונה על ההגבלים העסקיים ידע על כניסתן של דלק ונובל ל"רציו-ים" ולא נקט כל פעולה ("שתק"), חל עליו כיום השתק המגביל את סמכויות האכיפה העומדות לרשותו.

35. על פי הדין הישראלי, אין כל בסיס לטענה זו וראוי היה לו לא הייתה מועלית כלל על הכתב, והכול כפי שיפורט עתה. על כך כבר אמר בית המשפט העליון בפרשת קצאן והרשטיג את הדברים החשובים האלה:

**"לרשות ציבורית סמכויות וכוחות רבים והם ניתנו לה כדי שתשתמש בהם בהתאם לדין ולטובת הציבור. שימוש בסמכויות ובכוחות אלה הנוגד את הדין או את טובת הציבור אסור, ומה שאסור אינו הופך למותר רק מפני שיש מישהו המעוניין ליהנות מהמעשה האסור ומלביש את האינטרס הזה בטענה של השתק."**<sup>8</sup>

36. כך אשר לטענת השתק. ברי כי לו היתה טענת השתק מתקבלת כי אז קרטלים רבים אשר פעלו משך שנים במשק הישראלי היו זוכים לחסינות מכוח אי המעש משך כל אותן שנים.

37. זאת ועוד, בעניין דנן, אין ולא יכולה להיות טענת השתק פלילי. כידוע, טענת השתק פלילי מתבססת על טענת ההגנה על הצדק, שעיקר מטרתה היא הבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. ואולם, טענה זו תתקבל רק במקרים הקיצוניים שבקיצוניים. על כך עמד בית המשפט בפרשת בורוביץ:

**"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני**

<sup>8</sup> בג"ץ 640/78 בוריס קצאן נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה, פ"ד לד(2), 1, פס"ד של כב' השופט אשר.



**שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר.** בדרך-כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. **אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר.** " [ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ ואח', פ"ד נט(6) 776, פס' 21].

38. נסיבות העניין דנן אינן מקימות כל הצדקה לקבלתה של טענה זו. אין ספק כי אי-הפעלת הסנקציה על ידי הממונה איננה עולה כדי התנהגות נפסדת של הרשות, כזו הפוגעת ביכולת להבטיח לשותפות משפט הוגן ואשר המצדיקה החלת השתק על הרשות המנהלית. כפי שנקבע על ידי בית המשפט כאמור, השתק כאמור יקום רק במקרים חריגים ביותר, ואין כך הדבר בענייננו.

39. שנית, כידוע, וכעולה מסעיף 4 לחוק, **הנטל לקבלת אישור להסדר כובל מוטל על כתפי הצדדים להסדר ולא על הממונה על ההגבלים העסקיים.** החובה החוקית, כמו גם הסנקציה שבצידה, **חלה על הצדדים להסדר ולא ניתן להניחה לפתחו של גורם אחר.** אין בהימנעותה של רשות מלפעול כדי להעביר את הנטל לרשות המנהלית ולהסיר את האחריות מן המעוול.

40. שלישית, נחזור ונדגיש כי נקודת המוצא היא שהמועד הרלוונטי לבחינת ההסדר הכובל בכל הנוגע להפקה ושיווק איננו בכניסתן של דלק ונובל להיתר "רציו-ים", כי אם מועד ההכרזה על התגלית בבורסה ואילך. טענות השותפות לגבי שתיקתו של הממונה עד מועד זה אינן רלוונטיות. ואכן, ביום 06.09.2011 פנה הממונה על ההגבלים העסקיים לשותפות, וזאת לאחר שהוכרזה על ידיהן תגלית במאגר הגז - שהיא, כאמור, המועד הרלוונטי לבחינת קיומו של הסדר כובל. לפיכך, טענת זו ראוי שתידחה.

41. לפיכך, מכל הטעמים האמורים, **אין להעניק כל משקל לטענה זו מצד השותפות בבוא הממונה על ההגבלים העסקיים לקבל החלטה באשר להגשת טיוטת הצו המוסכם. בנוסף, יש לזכור, כי מעשה בלתי-חוקי לא יכול להפוך לחוקי בגלל השתק, וכך - גם לא ניתן להתיר את המשך המעשה הבלתי-חוקי אף אם חל השתק על הרשות. כך או כך, על ההסדר הכובל לחדול, בין אם כתוצאה של כתב אישום ובין אם לאו.**

#### **ג. טענות משפטיות - פיצול המאגר אינו אפשרי מבחינה חוקית**

42. השותפות טוענות כי פיצול המאגר אינו תואם את הרציונאלים הקבועים בחוק הנפט, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנפט"), ולשם כך מציין הוא את סעיף 38(א) לחוק הנפט (ראו: סעיפים 134-140 למסמך התגובה), הקובע כדלהלן:





38. (א) בעלי חזקה ששטחי חזקתם נמצאים, כולם או מקצתם, בתחומי שדה נפט אחד, זכאים לאחד את פעולותיהם באותו שדה, אם האיחוד עשוי למנוע בזבוז או להגביר הפקה או להזילה; איחוד פעולות טעון אישורו של המנהל, והוא לא ימנע אישורו אלא מטעמים המתקבלים על הדעת, ורשאי הוא באישורו להתנות לאיחוד תנאים המתקבלים על הדעת." [ההדגשה של הח"מ].

43. לעניין זה יטענו התנועה ואט"ד, כי העובדה שהשותפות מחזיקות ביחד בבעלות בחזקה היא היא הבעיה בנסיבות דנן, היא זו היוצרת הסדר כובל ועל כן - היא לא יכולה לעמוד. ברי כי לא לכך התכוון המחוקק, והדבר נכון שבעתיים מקום בו חלק מן השותפים מחזיקים באופן כמעט מוחלט במקורות הגז הטבעי בישראל.

44. ואכן, עינינו הרואות, שהמחוקק הניח בפני הממונה על הנפט את הסמכות לשקול שיקולים אחרים, שיקולים של סבירות, בטרם הוא מאשר הפקה במשותף. אין מחלוקת כי טעמים של תחרות הן טעמים המתקבלים על הדעת.

45. ואכן, במקרה מושא מכתבנו זה, ההסדר הכובל מחזק ומנציח את המונופול האימתני בתחום הגז הטבעי, ומקנה לחברת דלק ונובל כוח שאין ולא היה שני לו במדינת ישראל. כוח זה, הנובע מהעדר התחרות בענף מיוחד זה, לא רק עלול להביא לעלייה ביוקר המחיה, אלא יוביל להשפעה בלתי הוגנת על מנגנוני ההכרעה הדמוקרטיים. כמו-כן, הותרת ההסדר הכובל על כנו כמוה כמתן מתנה לשותפות, חרף העובדה כי פעלו הן בניגוד לחוק ונכנסו להסדר כובל מבלי לקבל אישור מראש.

46. לו זו אף זו, השותפות שכחו לציין את סעיף 38(ג) לחוק הנפט, שבניגוד לעמדתן מאפשר שאיבה של מספר גורמים אף באותו מאגר גז, ולשונו:

"(ג) בקדיחה ובהפקה במאוחד יהיה כל אחד מבעלי המפעל המאוחד יוצא ידי חובתו לקדוח ולהפיק בשטח חזקתו הוא, אם לא התנה המנהל באישור כל דרך אחרת." [ההדגשה של הח"מ]

47. אם כן, אין כל ספק כי החוק מכיר באפשרות זו, לפיה שני גורמים שונים יכולים לשאוב במקביל אף אם המדובר באותו מאגר גז, וזו אף ברירת המחדל לפי סעיף זה.

48. לפיכך, אף טענה זו דינה להידחות.

#### **ד. הצו המוסכם המוצע לא יתרום לקידום התחרות במשק הגז הטבעי ואף עתיד לסכלה**

49. בתגובתן, מבקשות השותפות לדחות את עמדת המתנגדים, לפיהן מכירת המאגרים "כריש" ו"תנין" לצד שלישי, בהתאם למתכונת המוצעת בצו במוסכם לא תיצור כל תחרות במשק הגז הטבעי. לא זו אף זו, לטענתן מכירת המאגרים הללו תהווה "בשורה של ממש" לתחרות בשוק הגז הטבעי.

50. טענתן זו מתיימרת להשען על מספר אדנים, אשר כפי שיובהר בהמשך, בסיסם מוטל בספק שלא לומר שגוי מיסודו. בפרק זה, תבקשנה המתנגדות להתייחס לנדבכים השונים של טענתן



השותפות ולהוכיח מדוע מרבית מטענותיהן אינן מהוות תשובה הולמת לטענות שהועלו בהתנגדותנו.

51. יובהר, כי למרות האופן המגמתי, בלשון המעטה, בו הוצגו טענותינו על ידי שותפות הגז, אנו חוזרים ומדגישים שההתנגדות העיקרית שלנו היא כנגד עצם בחירתו של הממונה להגבלים עסקיים לפתור (לגישתו, השנויה במחלוקת כאמור) את בעיות העדר כל תחרות וההפרות החמורות של דיני ההגבלים העסקיים באמצעות הליך של צו מוסכם.

52. כן, כפי שפרשנו באופן מעמיק בהתנגדות עצמה, האופן בו עוצב הצו המוסכם, החל מהעובדה שהוא יעניק מעט מדי עתודות גז טבעי לשחקן החדש, המשך במגבלות שיחולו עליו, כלה באופן בו יועבר הגז לרוכש ואף לאור הביקוש הצר שעשוי להיות לסחורתו,<sup>9</sup> אין עוררין על כך שהשחקן העתידי שעשוי להיכנס לשוק בעקבות הצו המוסכם, לא יחולל כל תחרות בשוק הגז הטבעי.

53. למעלה מן הצורך, נבקש להוסיף, כי אף בתרחיש האופטימי ביותר, לתחרות בשוק הגז טבעי ייקח שנים רבות להתפתח,<sup>10</sup> ואף כאשר היא תתקיים, היא עשויה להחזיק שנים ספורות.<sup>11</sup> מסיבה זו, הצו המוסכם, הלכה למעשה, רק עשוי לקבע מציאות מונופוליסטית חמורה (שחקן יחיד), אשר תהווה בכי לדורות ופגיעה אנושה בציבור ובכלכלת המדינה.

#### 1.ד. היקף הגז הטבעי שיוקנה לשחקן העתידי, בהתאמה לביקוש העולה במוצר זה, יגרמו לכך שהוא לא יהיה שחקן דומיננטי בשוק זה

54. השותפות טוענות במכתבן שכמות הגז הטבעי אשר תעמוד לשחקן החדש (BCM 70) הינה **כמות עצומה** (במילותיהם המדויקות) זאת יחס להיקפי הצריכה השנתיים אשר בשנת 2014 צפויים לעמוד על כ-8.7 BCM ועל בסיס צריכת הגז הטבעי בעשור האחרון. כמות גדולה שכזו, לטענתן, אמורה להספיק לשחקן חדש על מנת להתחרות בשותפויות הפועלות כיום בענף זה.

55. **טענה זו של השותפות טועה ומטעה. ראשית**, כמות הגז הטבעי אשר צפויה לעמוד לרשותו של השחקן העתידי, עשויה להיות פחותה מ-70 BCM. **שנית**, כמות הצריכה, קרי הביקוש שעשוי להיות לגז הטבעי, כפי שפורסמה בתגובה אינה מדויקת ומסתמכת על נתונים אודות הצריכה בעשור האחרון במקום הצפוי בעשור העתידי. **שלישית**, אין טעם להשוות לנתוני הביקוש השנתיים כאשר חוזי גז טבעי הם חוזים ארוכי טווח הנחתמים לשנים רבות (וכוללים התחייבויות קשיחות וכובלות מסוג take or pay) ולכן משקפים כמות צריכה משמעותית פי כמה.

<sup>9</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.1.5 למסמך ההתנגדות.

<sup>10</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.1.3 למסמך ההתנגדות.

<sup>11</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.1.4 למסמך ההתנגדות.

#### **ד.1.1. אין זה וודאי כי השחקן החדש יחזיק בכמות של BCM 70 גז טבעי**

56. בתשובתן, מסתמכות השותפות על כך שהשחקן החדש יחזיק בעתודות גז טבעי בהיקף של כ- BCM 70, הנחה אשר הכרחית לטענתן (וטענת הממונה) לפיה הוא יהווה שחקן משמעותי שיוכל להתחרות מולן. אולם הלכה למעשה, אין כל וודאות שזו אכן הכמות שהרוכש העתידי יקבל.
57. שהרי, מאגרים "כריש" ו"תנין" מכילים יחד, בהערכה ראשונית, רק כ- BCM 58, ולכן קיימת אפשרות שבפועל המאגרים יכילו כמות קטנה יותר.<sup>12</sup>
58. כן, לפי הצו המוסכם, מעבר לכמות הגז המצויה במאגרים, לקונה תהיה אופציה לרכוש 15.2 BCM מהשותפות במאגר "לוויתן", אופציה הניתנת למימוש בשלושה שלבים ולכן עתידה להתפרש על פני שנים רבות, עובדה המשפיעה על כוח המכירה של שחקן זה. בנוסף, לאור האופן בו אופציית הרכישה עוצבה (מחיר ההשלמה, קצב ההזרמה ומנגנון ה-take or pay) ספק רב אם לשחקן החדש כלל יהיה משתלם לממשה.<sup>13</sup>
59. לאור האמור לעיל, אנו מבקשים להבהיר, שהשחקן החדש עתיד להחזיק ב- BCM 58 ספקולטיביים ועוד 15.2 BCM אשר אספקתן עשויה להיות מדורגת ואיטית וכלל לא בטוח שיהיה משתלם לממשה.

#### **ד.1.2. כמות הביקוש לגז טבעי, כפי שצוינה על ידי השותפות, אינה מדויקת**

60. בתשובתן, בחרו השותפות להסתמך על כמות הצריכה של גז טבעי בישראל, זאת על מנת להמחיש כי השחקן העתידי יוכל לספק את כל צרכי המשק הישראלי. אולם, הלכה למעשה, הנתונים אשר מנויים במכתב התגובה, אינם מדויקים ומשקפים תמונת מציאות שגויה, שכן הם מסתמכים על צריכת העבר של המשק הישראלי ולא על הביקוש העתידי למשאב זה.
61. אכן, לפי תחזית הביקושים כפי שמפורסמת באתר משרד האנרגיה, בשנת 2014 צריכת הגז הטבעי המוערכת של ישראל עומדת על כ- BCM 8.6.<sup>14</sup> בהתאמה, לפי אותה הערכה, בעשור הקרוב הביקוש הגז טבעי לישראל יגדל בכל שנה ועתיד לעמוד על כ- BCM 120 של צריכה כוללת (סך הביקוש) לעשור הקרוב. יצוין, כי לא מן הנמנע שמדובר בהערכות שמרניות.
62. ניסיון של השותפות לבסס טיעונן על כמות הביקוש שהיתה לגז טבעי בעשור האחרון הינה לא פחות ממגוחכת. שהרי, הביקוש לגז טבעי בעשור האחרון נגזר מכמות הגז שהיתה בישראל בעשור זה (כמות דלה שהתבססה רק על הגז ממאגר ים תטיס ומצינור הגז ממצרים), כמות אשר השפיעה באופן ניכר על ענפי התעשייה שהשתמשו במשאב זה. לאור

<sup>12</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.2.3.1 למסמך ההתנגדות.

<sup>13</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.2.3.2-3.2.3.4 למסמך ההתנגדות.

<sup>14</sup> "משק הגז הטבעי בישראל" משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים

energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGEconomy.aspx



תגליות הגז החדשות של השנים האחרונות השתנתה באופן משמעותי תמונת הביקושים העתידיים לגז טבעי, זאת לאור התרחבות השימוש במשאב זה במשק החשמל ובענפי תעשייה שונים ולכן ההשוואה לביקוש בעשור הקודם הינה שגויה ומטעה.

63. לאור זאת, הכמות שתעמוד לשחקן החדש בוודאי לא תהא מספיקה על מנת "לספק את כלל הכמות המצרפת הנדרשת לשוק", כפי שטוענות השותפות.<sup>15</sup> כנגזרת מכך, הגז שיעמוד לרשות הקונה העתידי, יאזל שנים רבות לפני שייגמר הגז במאגר "לוויתן". וכך, אפילו אם תתקבל ההנחה שעשויה להתפתח תחרות, זו תארך לכל היותר בין 5–10 שנים, כאשר לאחר תקופה זו, תמנע באופן מוחלט כל אפשרות לתחרות במשק הגז הטבעי, ומאגר "לוויתן" יספק לבדו, כשנים עד שלושה עשורים, את עיקר צרכי המשק הישראלי לגז טבעי.

#### 1.3.ד. מכיוון שחזי גז טבעי הינם ארוכי טווח ומתפרשים על פני שנים רבות, אין טעם להסתמך על הביקוש השנתי לגז טבעי

64. לטענת השותפות, השחקן החדש יוכל לספק את צרכי המשק ובוודאי שאת צרכיו של צרכן ספציפי. אולם, הלכה למעשה, מכיוון שאופני הצריכה במשק הגז הטבעי ייחודיים ושונים משווקים אחרים, החוזים שנחתמים עם ספקים, נחתמים לשנים רבות וכוללים הסכמה על אספקת כמות גדולה של גז טבעי, ואף מכילים התחייבויות קשיחות וכובלות מסוג take or pay.

65. כך למשל ניתן למנות את החוזה שכרתה חברת החשמל עם השותפות של מאגר "תמר", הסכם אשר נקבע ל-15 שנים והיקפו כ-BCM 82.5. יתרה מזאת, לחברה אופציה להגדיל את החוזה עד לכמות כוללת של BCM 99.

66. עובדה זו מעידה על כך שאספקת הגז הטבעי איננה מוסכמת מדי שנה, אלא נקבעת לתקופת זמן ארוכה, ולכן אם צרכן זקוק ל-BCM 5 לשנה, סביר כי הוא יתקשר בחוזה לאספקת 50 BCM שיתפרש על פני עשר שנים.

67. אמנם, ברי שחברת החשמל היא הדוגמא הקיצונית ביותר לצריכה של גז טבעי, אולם אף אם נחלק צריכה זו לחצי או לשליש, הלכה למעשה השחקן החדש יוכל להתקשר רק עם מספר בודד של צרכנים ולכן בפועל לא יוכל לספק את כמות הגז הכוללת שתידרש בישראל.

68. ויובהר שטענה זו נטענת במסגרת מצב אוטופי לחלוטין, בו כל לקוחות הגז הטבעי "פנויים" מהתקשרות ומעוניינים להתקשר עם השחקן העתידי, מצב אשר כפי שנטען בהתנגדותנו, סביר כי לא יתממש.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> פסי' 80 למסמך התגובה.

<sup>16</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.1.5 למסמך ההתנגדות.



69. מעבר לכך, אף בהנחה שחברת החשמל תנצל את העוגן שנקבע בחוזה בין חברת החשמל לשותפות לפיו זו יכולה להשתחרר ממנו ולערוך חוזה חדש עם השחקן העתידי, ככל שזו תבחר לעשות זאת, היא כנראה תכלה את מרבית עתודות הגז של השחקן העתידי.

70. בהתאם לאמור לעיל, יצוין כי **ההסתמכות על דבריו של מר קונסטנטין בלזו**, מנהל תחום כלכלה ותעריפים במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים **איננה רלוונטית**, שכן הוא בעצמו מסתמך על נתוני ביקוש שגויים ולא לוקח בחשבון את המאפיין הייחודי של חוזה הרכש בענף זה; היותם ארוכי טווח ומכילים מנגנוני take or pay.

#### **1.4.ד. בהתאם להגיון שמציגות השותפות - מדוע מאגר "תמר" לא יוכל לספק את צרכי המשק הישראלי**

71. בשולי הדברים אך לא בשוליהם, נבקש לציין כי ככל שהשותפות סבורות ש-BCM 70 הינה כמות "עצומה" ביחס להיקף הצריכה המצרפי בישראל,<sup>17</sup> אשר יכולה "לספק את כלל הכמות המצרפית הנדרשת לשוק",<sup>18</sup> אין זה ברור מדוע הן טוענות טענות בעלות הגיון הפוך כאשר הדבר נוגע אליהן.

72. שהרי, בחודשים האחרונים מופעל על הממונה לחץ ניכר, לפיו אם לא יבחר בהליך של צו מוסכם, הפיתוח של "לוויתן" יעוכב בשנים רבות, תקופה שלכל אורכה יהיה **מחסור** בגז טבעי, שכן מאגר תמר, אשר כידוע מכיל פי 3 יותר גז טבעי מזה המוצא לרוכש עתידי בצו המוסכם, לא יוכל לעמוד בביקוש המשק לגז טבעי, עובדה אשר תייקר באופן משמעותי את מחיר הגז בישראל.<sup>19</sup>

73. אולם, יש לציין, שאף אם חלק ניכר ממאגר "תמר" מיועד לייצוא ולא לניצול השוק הישראלי, מצב זה אינו גזירת גורל שהרי ניתן (ואף רצוי) להעלותו לבחינה מחדש בחלוף חמש שנים מהחלטת הממשלה מספר 442 לאמץ את עיקרי מסקנות ועדת צמח.

#### **2.ד. צרכני גז טבעי מעוניינים במחיר ואיכות אטרקטיביים – עובדה הנקבעת, בין השאר, בגודל המאגר בו מחזיק הספק**

74. **לגישת השותפות אין סיבה שלא תתפתח תחרות**, שכן מנקודת מבטו של לקוח הגז הטבעי, קרי הצרכן, אין משמעות לגודל המאגר ממנו מופק משאב הגז הטבעי. השיקולים אשר מנחים את בחירתו הצרכנית הם המחיר בו מוצעת לו הסחורה ואמינות הספק עמו הוא מתקשר ולכן אין קשר בין כמות הגז שיהיה בחזקתו של השחקן החדש לאפשרות שיצליח למשוך את צרכני הגז אליו.

<sup>17</sup> פסי' 79 למסמך התגובה.

<sup>18</sup> פסי' 80 למסמך התגובה.

<sup>19</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 4.2.2.1 למסמך ההתנגדות.

75. אולם, הלכה למעשה, המחיר שהשחקן החדש יוכל להציע בהכרח ייגזר מכמות הגז הטבעי שתהיה ברשותו. שהרי, ככל שהיקף המאגר גדול יותר, יהיו לו יותר הכנסות, אלו יתקזזו עם ההוצאות שלו באופן שיאפשר לו למכור את הגז במחיר נמוך – עקב עלות שולית פוחתת – שתאפשר לקבוע מחיר ממוצע נמוך יותר.<sup>20</sup>

76. כן, אף האמינות ואיכות השירות שיוכל שחקן זה להציע נגזרים מכמות הגז שיועמד לו, שהרי ככל שלשחקן יש יותר עתודות גז פנויות, כך צרכנים ירגישו יותר ביטחון (יתירות-שהיא חיונית במשק זה) ונוחות להתקשר עמו בעסקאות.

77. יש לציין, כי לאור העובדה שחלק מהגז הטבעי יועבר לשחקן החדש ברכישה ממאגר "לוויתן" באמצעות מנגנון take or pay, אזי הסבירות שהשחקן החדש יוכל להציע מחיר זול משמעותית או לחלופין מנגנון take or pay אטרקטיבי יותר מזה שיוצע על ידי השותפות, נמוך עד כדי אפס.<sup>21</sup>

### 3. ד. השותפות אינן מתמודדות באופן ישיר עם חוות דעתו של פרופ' פרי

#### 3.1. ד. עיוות חוות דעת

78. השותפות תוקפות את חוות הדעת של פרופ' מוטי פרי. זאת, באמצעות ערעור הנחת היסוד אשר לטענתן עומדת בבסיס חוות דעתו, לפיה "על מנת שתתקיים תחרות בין שני שחקנים, על שני השחקנים להיות דומים או קרובים בגודלם ובעלי מבנה הוצאות דומה".<sup>22</sup> לטענת השותפות, "דווקא שוני במאפיינים של אחד השחקנים הוא ההופך את השחקן לבעל פוטנציאל להפוך למחולל תחרות (maverick) בשוק".

79. אולם, דה-פקטו, מדובר בעיוות חוות דעתו של פרופ' פרי. אליבא דפרי, כאשר ברירת המחדל היא שמדובר בשוק שקיימים בו רק שני שחקנים, מצב אשר לדידו אינו אולטימטיבי בלשון המעטה, הסיכוי היחיד שתיווצר ביניהם תחרות היא אם יהיה מדובר בשחקנים סימטריים (דומים או קרובים בגודלם ובעלי מבנה הוצאות דומה) ונדרש שהם יהיו מסוגלים לספק את מלוא הביקוש בעלות שולית זהה או דומה.

80. דהיינו, פרופ' פרי שהינו בעל מומחיות בתחום, מונה את התנאים ההכרחיים על מנת שתתקיים תחרות במבנה שוק של שני שחקנים. יתרה מזאת, פרופ' פרי אף מוסיף ומדגיש כי אף אם התנאים יקוימו אין כל ביטחון שתתקיים תחרות בין שתי השחקניות.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.2.2 למסמך ההתנגדות.

<sup>21</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 3.2.3 למסמך ההתנגדות.

<sup>22</sup> פס' 85 למסמך התגובה.

<sup>23</sup> עמ' 9 לחוות דעתו של פרופ' פרי.



81. תשובתן של השותפות לחוות דעתו של פרופ' פרי, עם כל הכבוד, אינה רצינית ובייחוד אינה רלוונטית לעמדה שהוא מייצג. פרופ' פרי עוסק ומתייחס לתנאים אשר הכרחיים לתחרות בשוק של שני שחקנים, בעוד השותפות טוענות טענה כללית הנוגעת לכל סוג של תחרות. כן, ככל שביקשו השותפות לטעון שהשוני הוא התנאי, אשר הכרחי לתחרות בשוק הייחודי של הגז, היה עליהן לבסס עמדתן זו באופן מבוסס - דבר שלא עשו כלל.

#### 3.2.ד. "לשחקן קטן יהיו יותר תמריצים להתחרות"

82. השותפות, המחזיקות ב-90% ממשאב הגז הטבעי הקיים בישראל, טוענות שדווקא בגלל שהשחקן החדש עתיד להיות קטן, עשוי להיות לו תמריץ גדול יותר להוריד מחירים, על מנת להתחרות מולן. כלומר, בדומה למלחמת 'דוד מול גוליית', סבורות השותפות כי מעבר לעובדה שסביר שיהיה שחקן שירצה להיכנס לשוק, הוא אף עתיד להתחרות בהן בחורמה על מנת לתפוס נתח שוק משלו.

83. נוכח גודלו ומגבלותיו של השחקן החדש, גם אם תהיה לו מוטיבציה להתחרות, לא יהיו בידי הכלים לעשות כן. ועל כן לשותפות לא תהיה כל מוטיבציה להוריד מחירים ולהיטיב תנאים כדי להתחרות עמו.

84. לגישתנו, סביר יותר, כי יתממש התרחיש לפיו השחקן החדש, הקטן באופן משמעותי, ינסה להציע מחירים ושירותים הדומים במאפייניהם לאלו שמספקות השותפות. קרי, שהוא שהוא פשוט יתאים עצמו לשחקן הקיים בשוק. כך שהוא ימשך אחר השותפות ולא הן אחריו.

85. כפי שקובע פרופ' פרי בחוות דעתו, הרי השחקן החדש יעמוד מול צרכנים שאין להם כל אלטרנטיבה – או שיקנו ממנו את הגז או שיפנו למונופול הגז הדורסני – או שישארו ללא אספקת גז.

86. ויובהר, כי הכנסת השחקן הנוסף נועדה מלכתחילה לתמרץ את השותפות הקיימות המחזיקות במרבית הגז הטבעי בארץ להתחרות מולו ולהוזיל מחירים. לכן, ההגיון המוצג בטענה זו, כאילו האידיאל של הצו המוסכם הוא לתמרץ את השחקן החדש להתחרות מולן, הינו בגדר לעג לרש.

#### 3.3.ד. מעורבותן של ישראלמקו ודור במאגר "תמר" ו-רציו ב"לוויתן" לא תשפיע על התחרות

87. לבסוף, טוענות המשיבות, כי הניתוח של פרופ' פרי אינו מדויק משום שהוא לא לוקח בחשבון את העובדה שבמאגר "תמר" שותפות אף חברות ישראלמקו ודור וב"לוויתן" שותפה רציו – מצב עניינים אשר בהכרח יצור לחץ לתחרות בין המאגרים.



88. אולם, מן הראוי היה כי השותפות ידייקו ויניחו טענה זו בקונטקסט הרחב שלה. ראשית, יש להבהיר, כי בשני המאגרים, לא מדובר באחזקות משמעותיות במיוחד – במאגר "תמר" ישראלמקו מחזיקה ב-28.75% ודור' ב-4%. כן, במאגר "לויתן" מחזיקה רציו ב-15%.

89. שהרי, לא מדובר באחזקה של אחוזים בחברה, הכפופה לדיני החברות ובהתאם לכך מחויבת להתחשב ברצונם של בעלי מניות המיעוט, אלא בניהול פרויקט משותף, בו חברות שותפויות המחזיקות בחלק מועט מזכויות ההפקה של המאגר.

90. כעדות לכך, ניתן למנות את עתירת שותפות ישראלמקו ודור כנגד ממשלת ישראל ואף נגד השותפות שלהן במאגר "תמר" – דלק ונובל אנרג'י.<sup>24</sup> בעתירה זו, דרשו העותרות כי הממשלה תבטל את אימוץ החלטת ועדת צמח לעניין הגבלת הייצוא או לחלופין תשנה את המנגנון לפיו נקבע סף הייצוא.<sup>25</sup> זאת, לאור העובדה שלטענתן, החלטה זו מפלה אותן לרעה ביחס לייצוא שהותר ממאגר לויתן.<sup>26</sup>

91. על פניו, זוהי הוכחה מובהקת לכך ששחקנים פרטיים דואגים לאינטרסים הכלכליים שלהם, ללא קשר להסכמים בהם הם קשורים. אולם, כאשר בוחנים כיצד עתירה זו הסתיימה, מתגלה כי זו נמחקה, מבלי שעברה לבחינה משפטית מקיפה. עובדה זו מעידה, כאלף אלפי הדים, על כך שלמחזיקות הקטנות במאגרים, אין יכולות אפקטיבית לסכל החלטות המשרתות את האינטרסים של השותפות המונופוליסטיות בשוק הגז הטבעי. ויובהר, אין בטענה זו לנקוט כל עמדה ביחס לנכונות טענותיהן של השותפות בעתירה זו.

92. יתרה מכך, עתירה זו מדגימה כי בכל מקרה, דלק ונובל אנרג'י מרוויחות מהמצב הקיים, זאת מכיוון שהן נהנות משני העולמות. במצב הנוכחי הן רשאיות לייצא יותר גז טבעי מלויתן, אולם אם העתירה היתה מתקבלת, מגבלות הייצוא מתמר היו מוסרות והן היו מייצאות יותר ממאגר זה.

#### **4.ד אף אם ישנה כדאיות כלכלית להשקיע במאגרים "כריש" ו"תנין", אין זה הכרחי כי הרוכש העתידי יוכל ואף יהיה מעוניין להתחרות בשותפות הקיימות**

93. לטענת השותפות ישנה כדאיות כלכלית להשקיע במאגרים "כריש" ו"תנין", זאת על בסיס העובדה שהן כבר קיבלו, לכאורה, מספר הצעות מגורמים "רציניים" לרכישת המאגרים.

<sup>24</sup> בג"ץ 7594/13 ישראלמקו נגב 2 נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 29.4.2014).

<sup>25</sup> "דוח מידי" מאיה: מערכת אינטרנט להודעות [maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report\\_cd=854669](http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=854669) (10.11.2013).

<sup>26</sup> אבי בר-אלי, "זה לא נגמר: ישראלמקו ודור אלון עתרו לבג"ץ נגד יצוא הגז" **TheMarker** (7.11.2013) [www.themarker.com/dynamo/1.2160385](http://www.themarker.com/dynamo/1.2160385)



94. אף אם הצעות אלו אכן קיימות ואף אם הגורם שהציע אותן רציני בכוונותיו, אין בכך להצביע על העובדה שהגורמים המעוניינים לרכוש את המאגרים, אף מעוניינים וסבורים שהם מסוגלים להתחרות בשותפות הקיימות. כלומר, אף אם ישנם בעלי הון המעוניינים לרכוש את המאגרים, לא בטוח שזה פועל לטובת הציבור הרחב.

95. יתרה מזאת, דווקא העובדה שיש רוכשים פוטנציאליים למאגרים "כריש" ו"תנין" – מעידה, אם בכלל, על כך שרוכשים מניחים, כי לא יצטרכו להתחרות וכי היתרון הכלכלי נובע מכך שמדובר ברכישת שחקן בשוק בלתי תחרותי ולא ניתן לחדירה – שחקן שמובטח לו נתח שוק של כ-10% (לאורך תקופת חיי המאגר) ושיוכל להמשיך ולגבות מחיר דומה למחיר המונופוליסטי הבלתי הוגן שגובות שותפות תמר היום – כעולה מחוות הדעת של פרופ' סמית (המצורפת לקובץ זה כנספח ג') לפיה המחיר המבוסס על מכלול העלויות והכולל תשואה נורמטיבית מקובלת בענף חיפושי והפקת גז הוא כ-2.34\$/MMBTU.<sup>27</sup>

96. לכן, אם יוטל פיקוח מחירים או ישררו תנאי תחרות – הכדאיות הכלכלית ברכישת המאגרים "כריש" ו"תנין" – תרד באופן ניכר.

97. טענה נוספת אשר מעלות השותפות, קושרת בין גודלו של מאגר ים תטיס ולעובדה שבזמנו היה כדאי להפיק אותו, לגודלם של המאגרים "כריש" ו"תנין".

98. טענה זו, בדומה לקודמתה, אינה רלוונטית, שכן אין זה הכרחי שאם יהיה גורם שירצה להפיק את המאגרים הוא בהכרח יחולל תחרות. כן, נבקש להזכיר שמציאות הגז בתקופה בה נכנסו לים תטיס, היתה שונה לחלוטין מזו שקיימת היום, לכן ככל שמעוניינים לערוך השוואה זו, יש לעשות אותה באופן מדויק ואחראי.

99. לבסוף, טוענות השותפות כי הרוכש העתידי של המאגרים, בניגוד לטענתנו, יוכל להתקשר עם צרכני הגז השונים, זאת לאור העובדה שהממונה דאג להכניס תנאים המגבילים את החוזים שנחתמו ביניהן לבין הצרכנים הקיימים.

100. אולם, מעולם לא נטען על ידינו כי כלל לא תהיה לשחקן העתידי אפשרות להתקשר עם צרכנים, טענתנו היתה אחרת והתבססה על כך שלאור מבנה ההוצאות וההכנסות שיהיה לשחקן שכזה – ועלות שולית גבוהה יותר ממאגרי תמר ולויתן, הוא לא באמת יוכל להציע מחיר המתחרה בהם ושירות אטרקטיבי לצרכני הגז.

101. ויובהר, שאם ייכפה על הצרכנים הללו לרכוש גז דווקא מהשחקן החדש, יהיה בכך לייקר את עלויות החשמל והשירותים השונים המסופקים על ידי התעשייה שכן מחירו הבסיסי של הגז

<sup>27</sup> חוות דעתו של פרופ' סמית בנושא "ANALYSIS OF THE FAIR PRICE OF NATURAL GAS AND SOLD IN ISRAEL PRODUCED FROM THE TAMAR FIELD" מיום 14.6.2014, המצורף כנספח ג' למכתב זה.



לא יהיה כדאי, עלות אשר תגולגל על הלקוח הסופי.<sup>28</sup> יודגש, כי הדברים האמורים בסעיף זה מצטרפים לטענות אשר העלתה רשות החשמל בהתנגדותה לצו המוסכם.

## ה. פיצול מאגר לוויתן אפשרי מבחינה טכנית ואף נכון מבחינה כלכלית, חוקית ותחרותית

### ה.1. כללי

102. טוענות השותפות כי **פיצול מאגר לוויתן אינו אפשרי ובלתי סביר טכנית, כלכלית, חוקית ותחרותית**. נבקש תחילה להעיר כי כדי לגבות אמירה זו טוענות השותפות טיעונים בעלמא מבלי להניח בסיס עובדתי מוצק לתוכן דבריהן.

103. כאשר עסקינן בנושא מהותי זה, שלו השלכות קריטיות על הציבור הישראלי, ראוי כי החלופות למצב אותו מציע הצו המוסכם תיבחנה לעומק בטרם תינתן החלטה בעניין. עם זאת, הטענות שהועלו על ידי השותפות אינן מאפשרות התייחסות רצינית לחלופות שכן אין השותפות חושפות את הנתונים המקצועיים והמדעיים עליהם הן מתבססות. אפשרותנו להגיב לגופם של דברים נפגעת פגיעה קשה לאור היעדרם.

104. לכל אורך הדרך מוצגות הנחות שונות ומגוונות, אך לא נראה ולו בדל של מספר או תימוכין לאמור, בצורה אשר מעוררת תמיהה. מעבר לכך, לא ברור האם עמדו לרשות הממונה על הגבלים והממונה על הנפט נתונים עצמאיים בנוגע לטענות ולמסקנות השונות ועולה החשש שלפחות בחלק מהעניינים הונחו הנחות, תוך הסתמכות מלאה על הנתונים שמציגות השותפות. כנגזרת מכך, אנו קוראים לממונה, בכובעו כרגולטור קובע מדיניות ואשר החלטותיו כאמור עתידות להשפיע על רווחת הציבור באופן משמעותי ביותר, לדאוג לחשיפת מידע מקצועי ומדעי זה. כפי שכבר צוין, יכולת הציבור לאמת או להתעמת עם טענות השותפות בצורה רצינית ללא מידע זה מוגבלת ביותר, ועל כן אנו רואים בהתנהלות מעין זו של השותפות כזריקת טיעונים לחלל האוויר ותו לא.

### ה.2. התייחסות לגוף החלופות

להלן יפורטו שתי החלופות המרכזיות למצב המוצע בצו המוסכם, ולאחר מכן תוצג התייחסות לחובתה של הרשות המנהלית לבסס תשתית עובדתית נאותה לפעולותיה.

<sup>28</sup> מכתב מאורית פרקש-הכהן, יו"ר הרשות לשירותים ציבוריים חשמל לפרופ' דיוויד גילה, הממונה על הגבלים עסקיים (1.5.2014).

## ה.1.1. חלופה ראשונה - חלוקת ההפקה

105. ברור לנוגעים בדבר - וכך גם עולה מהתבטאויותיו של מר קולין סינקלר - שחלוקת ההפקה ממאגר לווייתן אפשרית.<sup>29</sup> כמו כן ראינו התייחסות ישירה לכך שחלוקה כזו מבוצעת בפועל במדינת ארה"ב.<sup>30</sup>

106. אי לכך ברור כי מדובר באלטרנטיבה ממשית - שהמחלוקת הנוגעת אליה דורשת ברור מעמיק של השלכותיה. יש לבחון מה יהיו ההשלכות על כמות הגז שתופק ומהן ההשלכות הכלכליות של חלוקה מסוג זה מבחינת עלויות ההפקה. כדי להכריע במחלוקת מסוג זה דרוש מחקר כלכלי מעמיק שיבסס תשתית עובדתית נאותה להחלטת הרשות. בנוסף, ככל שחלופה מסוימת מסומנת כלא כדאית מבחינה כלכלית, יש לבחון עבור מי היא אינה כלכלית ומדוע.

להלן התייחסותנו לטענות פרטניות הנוגדות חלופה זו :

107. השותפות טוענות כי חלוקת מאגר "לווייתן" בין שני מפעילים תשנה את מערך התמריצים והשיקולים של כל מפעיל ותוביל להגדלה משמעותית של עלויות ההפקה, ועקב כך לייקור הגז הטבעי בישראל.<sup>31</sup> ראשית, מערך התמריצים הנוכחי של השותפות אינו ברור או חשוף לציבור ולכן אין פשר לאמירה כי חלוקת המאגר תשנה מערך תמריצים זה. ככל שהשינוי במערך התמריצים ינבע מהצורך להתחרות במפעילים אחרים, הרי שהוא מבורך. יתר על כן, דומה כי הטענה שהחלוקה תוביל להגדלת עלויות ההפקה וכתוצאה מכך לעלייה במחיר אותו יגבו החברות על הגז הטבעי, מבוססת על הנחה סמויה לפיה מחיר הגז הטבעי ללא חלוקה יהיה נמוך יותר מאשר מחיר הגז לאחריה. להנחה זו אין כמובן שום בסיס, שכן הפעילות המשותפת של החברות בוודאי תוביל לעליית מחירי הגז - ואין כל הכרח שעלייה זו תהא פחותה מאשר עליית המחיר הכרוכה בחלוקת המאגר.

108. הדבר כמובן מתיישב עם העובדה שעלויות של מונופול, באשר הוא, הולכות וקטנות ככל שנתח השוק שנמצא בשליטתו גדול יותר. עם זאת, במרבית המקרים וככל שלא מדובר במונופול טבעי, התועלת לציבור מהורדת מחירים עקב תחרות גדולה לאין שיעור מצמצום עלויות הנובע מפעולה ריכוזית.

109. השותפות טוענות כי חלוקת המאגר תוביל לפגיעה משמעותית בהכנסות המדינה מתמלוגי הגז ופגיעה בחוסן שוק האנרגיה.<sup>32</sup> אף כי טענה זו עלולה, ואולי אף נועדה, לנטוע חשש בלב מקבלי ההחלטות, הרי שפרט למילים שנכתבו אין כל הסבר לדבר. ככל שטענה זו מבוססת

<sup>29</sup> עמ' 4 לפרוטוקול הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין השותפות, מיום 21.07.14.

<sup>30</sup> עמ' 6 לפרוטוקול הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין השותפות, מיום 21.07.14.

<sup>31</sup> עמ' 26 למסמך התגובה.

<sup>32</sup> עמ' 27 למסמך התגובה.



על כך שהרווחיות הכללית של החברות תצטמצם לאור החלוקה, הרי שאין הכרח שהדבר יזיק יותר למדינה ולציבור מאשר העלאת מחירי הגז הטבעי בעקבות החזקה משותפת במאגר שלוודאי תגרור מחיר מונופוליסטי.

110. **השותפות טוענות כי חלוקת המאגר תוביל לפגיעה באי תלותו של שוק האנרגיה במקורות זרים לאורך זמן.** גם כאן לא ברור על מה קביעה זו מבוססת, ויותר מכך - היא הפוכה מההיגיון הפשוט לפיו ככל שלא תיעשה החלוקה הרי שהמדינה תהא תלויה בשותפות כגוף יחיד, להבדיל ממצב בו תעמוד מול שני גורמים ובכך תחלק סיכונים. לטעמנו שוב מדובר בזריקה לחלל האוויר של טענות שאך נועדו לזרוע חשש בלב הציבור.

111. **השותפות טוענות כי על מנת להפיק את כמות הגז הטבעי המרבית ממאגר לויתן, על מפעיל הבארות לבחון באופן רציף את המידע המגיע מכל הבארות במאגר ולקבוע בהתאם לנתונים היכן יבוצע הקידוח. לשיטתן, רק איסוף וניתוח נתונים מקיף ורציף שכזה ימנע ניהול לא אחראי ובזבזני של המאגר.**<sup>33</sup> בהנחה שטענות אלו נכונות, לא ברור מדוע חברות בסדר הגודל של השותפות לא תוכלנה לעמוד באיסוף ושיקוף נתונים שכזה גם אם יחולק ביניהן המאגר. דומה כי שיתוף פעולה כזה ביחס לבסיס מידע הוא למעלה מאפשרי. גם אם עצם השיתוף במידע (להבדיל מאיסוף הנתונים שנדרש כך או כך) יגרור עלויות, אין זה ברור שמבחינת התועלת הכללית הדבר לא יהיה משתלם יותר מהחלופה הנוכחית.

112. **עוד נטען על ידי השותפות, כי אופן ההפקה קובע את יכולת הניצול של המאגר, ומכאן כי חלוקת המאגר תגרור מצב בו ייוותר גז אותו לא יהיה ניתן להפיק, הנחות שניתן לבדוק באמצעות סימולציות**<sup>34</sup> **ראשית**, לא ברור על מה מבוססת קביעה זאת, בדומה לשלל הקביעות הלא מבוססות שהוצגו לעיל. **שנית**, אם יש ממש בדבר אנו קוראים לממונה לדרוש ביצוע סימולציות אלו לצורך בדיקת חלופה חשובה זו.

113. **אמנם יתכן כי חלוקת המאגר תהא כרוכה בעלויות נוספות. עם זאת, אין כל הכרח כי תוספת זו לעלויות הבסיס תשתלם פחות למדינה ולצרכנים מאשר המשך החזקה משותפת במאגר, שפוגעת פגיעה ישירה וקשה בתחרות ואשר כאמור וודאי תוביל לקביעת מחיר מונופוליסטי.** זאת במיוחד כאשר אין בנמצא נתונים מקצועיים ומדעיים ממקור אובייקטיבי וחסר פניות.

<sup>33</sup> עמ' 25 למסמך התגובה.

<sup>34</sup> עמ' 5 לפרוטוקול הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין השותפות, מיום 21.07.14.





## ה.2.2. חלופה שנייה - מכר בנפרד

114. חזור ושוב טוענת השותפות כי מכר בנפרד אינו אפשרי, אך בסיס ממשי ומוצק לטענה זו אין בנמצא.<sup>35</sup> להלן נראה כי החלטות האוסרות ממכר במשותף ניתנו על ידי DG IV (Competition) בנציבות האיחוד האירופית לא אחת, וכן נראה כי מכר בנפרד הוא חלופה ממשית ומוכרת.

115. כפי שעולה ממכתבו של מר יוסי לנגוצקי אל הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 20.11.2014 (מצורף למכתב זה **כנספח א'**),<sup>36</sup> הנכתב בתגובה לחוות דעתו של ד"ר בריוודין, מנהל תחום בקרה הנדסית במשרד התשתיות (מצורף למכתב זה **כנספח ב'**),<sup>37</sup> אף אם נכונה הטענה, כי שדה "לוויתן" הינו יחידה הידראולית אחת הרי שאין בכך כדי למנוע אפשרות פיצול השטח לשני חלקים נפרדים, אשר ימצאו בידי שתי בעלויות שונות שישתפו פעולה בשלב ההפקה בלבד.

116. הפקת הגז אפשרית במסגרת הסדר Unitization המגובה בהסכמים מתאימים הקובעים נהלים וסדרי עבודה ומאפשרים הפקה אופטימאלית של הגז במאגר. **הסדר מסוג זה הוא מוכר ומקובל בתעשיית הנפט העולמית.**

117. ביחס לכך טענה השותפות כי מצב דברים כזה עלול להוביל להתדיינויות ארוכות למדי בגין גניבת גז בין מפעילים.<sup>38</sup> ראשית, ובאופן לא מפתיע, אין ביסוס לדברים אלו. שנית, סביר להניח שחברות בסדר הגודל של החברות בשותפות מסוגלות להפיק הסכמים מספיק מתוחכמים שיתמודדו עם בעיות עתידיות אפשריות. שלישית, גם אם חברות השותפות יצטרכו לפעול למען הסדרים אלו ולקחת על עצמן אפשרות להתדיינויות עתידיות כאלה ואחרות, יש לבחון מהי האלטרנטיבה. **האם אינטרס החברות להימנע מאפשרות של התדיינויות בבתי משפט בגין חשש לגניבות אופציונאליות, גובר על האינטרס הציבורי בתחרות בשוק זה?**

118. עוד נבקש להציג את יחסה של הנציבות האירופית אל מכר גז בנפרד, באופן שלא רק שמוכיח כי אפשרות זו היא ממשית, אלא מצביע על כך שהיא מתרחשת בפועל - ונמצאת כרצויה וראויה :

119. בעניין שדה הגז "Corrib" דיווחה הנציבות האירופית כי לאחר חקירה שערכה בנושא הגיעו

<sup>35</sup> עמ' 6 לפרוטוקול הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין השותפות, מיום 21.07.14.

<sup>36</sup> מכתב ממר יוסי לנגוצקי, לפרופ' דיוויד גילה, הממונה על הגבלים עסקיים (20.11.2014), המצורף **כנספח א'** למכתב זה.

<sup>37</sup> חוות דעתו של ד"ר ויקטור בריוודין, מנהל תחום בקרה הנדסית, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (10.6.2014), המצורף **כנספח ב'** למכתב זה.

<sup>38</sup> עמ' 4 לפרוטוקול הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין השותפות, מיום 21.07.14.



החברות השותפות בשדה להחלטה לפיה ישווק הגז בנפרד. נציב התחרות האירופאי (The European Competition commissioner) התייחס לעניין זה וציין כי הוא מברך את השותפות על החלטה זו, וכן שהחלטה זו תואמת את מדיניות הנציבות לפיה אין לכבד מכר במשותף".<sup>39</sup>

120. במסמך דומה שהוציאה הנציבות, הזהירה האחרונה את החברות ב-GFU מכך שמכירת הגז המשותפת מפירה את דיני התחרות של האיחוד האירופי. כן, בירכה הנציבות את ממשלת נורווגיה על הצהרותיה בדבר אי המשכת מכר משותף זה, לאחר שהנציבות החלה בחקירתה. הנציבות ציינה במפורש שעל החברות לשים קץ למכר המשותף ובכך להסיר את האפקט המגביל הכלול בחוזים עם צדדים שלישיים, תחת תכנית המכר המשותף. מפרסומה של הנציבות משנת 2002 עולה כי חברות השותפות ב-GFU אכן הפסיקו את המכר המשותף.<sup>40</sup>

121. מחלקת התחרות בנציבות האירופית ורשויות התחרות הדניות הובילו בשנת 2003 החלטה לפיה החברות השותפות ב-DONG (ספק גז טבעי) ישווקו תוצרתן בנפרד. לדברי הנציבות ההחלטה ממשיכה את ההסכמים שהושגו עם חברות הגז הנורווגיות שתוארו לעיל ומהווה צעד נוסף אל עבר יצירת שוק גז אירופאי תחרותי, אשר יביא להורדת מחירים והעלאת איכות השירותים עבור צרכנים שונים.<sup>41</sup>

### ה. 3. ביסוס פעולת הרשות על תשתית עובדתית נאותה<sup>42</sup>

122. למעלה מן הצורך נציין כי הרשות להגבלים עסקיים משמשת כשליחה ונאמנה של הציבור בעניין זה, ועל כן עליה לעמוד בסטנדרט של כללי המשפט המנהלי. לפיכך, נדרש שעמדתה של הרשות, בעניין שהשפעתו האדירה על הציבור הישראלי ברורה לכל, תתקבל בהתאם לפרוצדורה מנהלית ראויה, תעמוד באמות מידה גבוהות של מנהל ציבורי תקין ובין השאר תהא אף מבוססת על תשתית עובדתית עצמאית, מדויקת ואמינה.

123. הלכה פסוקה היא במשפט המנהלי, כי בטרם קבלת החלטה, על הרשות המנהלית להניח תשתית ראייתית ראויה: עובדות, הערכות, חוות דעת או נתונים עיוניים, שעל פיהם יופעל שיקול הדעת המנהלי ותתקבל ההחלטה המנהלית. על הלכה זו חזר בית המשפט פעמים רבים, כך למשל ברע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(1) 3425, עמ' 3429 (2006):

"הפעלת סמכות מינהלית מצריכה בראש וראשונה קיומה של תשתית עובדתית עליה מבססת הרשות המינהלית את שיקול דעתה בבואה לקבל החלטה".

<sup>39</sup> 20.4.2001, Brussels, IP/01/578

<sup>40</sup> 31.6.2001, Brussels, IP/01/830

<sup>41</sup> 24.4.2003, Brussels, IP/03/566

<sup>42</sup> להרחבה אודות טענה זו ראו להלן, חלק 4.3.2 למסמך ההתנגדות.



124. זה המקום להזכיר כי ללא תשתית עובדתית מוצקה, המבוססת בין היתר על בחינת חלופות אותה, ההחלטה המנהלית חסרת יסוד. כן נבקש להזכיר כי בית המשפט לא פעם פסל החלטות מנהליות משום שלא היו מבוססות על עובדות כנדרש. ראו: בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5), 412, בעמ' 423-424 (1994); בג"צ 852/86, אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1 (1987).

## 1. סיכום

125. בתגובתן, השותפות מפגינות זלזול כלפי הציבור הרחב והאינטרסים שלו ומתייחסות בזחיחות אל התנגדות הארגונים לצו המוסכם ואל טענותיהם. מדבריהם בולטת תפיסה הרואה בגז כנכס שלהם שהם זכאים לו ללא מחויבות אמיתית לציבור. בהתאם לכך, אף ברור להן שבמצב בו ההיתר המוקדם של רציו לחיפושים בשטח "לוויתן" היה פוקע, הן היו אלו אשר היו זוכות ברישיון החדש.<sup>43</sup> כן, אין להן אפילו קמצוץ של ספק בדבר ההיתכנות שהצו המוסכם יתקבל ומבחינתם המדובר כבר בעובדה מוגמרת.<sup>44</sup>

126. יתרה מזאת, לאורך החודשים האחרונים, השותפות אף מביעות התנגדותן הנחרצת למעורבות הארגונים בהליכי הצו המוסכם. יש אך לתמוה, מדוע השותפות פועלות באופן כה נמרץ להדיר את הציבור מההליך. מדוע כה ברור להם שענייניו של הגז הטבעי נוגעים אך ורק אליהם, לעסקיהם ולהסכמים שהם מעוניינים לבצע בו?

127. במכתב זה ביקשנו להאיר מספר נקודות בנוגע לעמדת התנועה לאיכות השלטון ואט"ד ביחס לתגובותיהן של השותפות. ביקשנו לחדד טענות אשר עוותו על ידי השותפות ולהבהיר באופן ברור ומובהק, מדוע על הממונה להגבלים עסקיים לעצור את הליך הצו המוסכם ולפעול באופן מידי ליצירת תחרות בשוק הגז הטבעי. כן, ביקשנו לחזור ולהדגיש טענות, אשר לא זכו לתגובת השותפות, כנראה לאור רצונן לדחוק אותן הצדה.

128. אנו חוזרים ודורשים מהרשות להגבלים עסקיים לבוא ולאכוף על השותפויות את דיני ההגבלים העסקיים, ולהביא לתיקון המצב הקיים בשוק הגז הטבעי, מצב שאינו מוסרי ואף אינו חוקי. על הרשות להפגין אומץ ומשילות ולבחור פתרון חלופי שיגשים את תכליות דיני ההגבלים העסקיים ויאפשר תחרות.

129. לעמדתנו, וכפי שביססנו לאורך מסמך ההתנגדות ובמכתב תגובה זה, הפתרון שגובש על ידי הרשות ואשר נוסח בצו המוסכם, לא רק שאינו מתמודד עם סכנת מונופול הגז, אלא הוא מבצר ומנציח אותו ובכך פוגע פעם נוספת באינטרס הציבורי לדורי דורות.

<sup>43</sup> פס' 52 למסמך התגובה.

<sup>44</sup> פס' 76 למסמך התגובה.



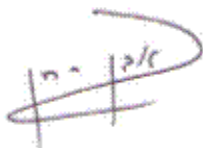
130. זוהי שעת הכושר של הרשות לגבש הליך צודק וליצור מציאות שונה, בה תהנה החברה הישראלית מחלוקה צודקת של משאב הגז המצוי בבעלותו. אל לה לרשות לנקוט בהליך של צו מוסכם ואל לה להסתפק בנוסח הטיוטה כפי שהובאה להערות הציבור. המשך ההליך של הצו המוסכם יהווה פגיעה קשה באמון הציבור ומעילה בתפקידה.

**על כן ולאור כל האמור לעיל אנו קוראים לממונה על ההגבלים העסקיים לפעול לבחינה רצינית ומעמיקה, במלוא כובד הראש, של החלופות הממשיות שניצבות בפניו, למען ישמר האינטרס הציבורי באוצרות הציבור ובנכסיו.**

בכבוד רב,



דניאל דושניצקי, עו"ד



נילי אבן חן, עו"ד



צרויה מידד-לוזון, עו"ד



הגר סלקטר



שחר וינברג

**התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר**



לי-היא גולדנברג, עו"ד

ראש תחום כלכלה, סביבה ומשאבי טבע

**אדם טבע ודין, אגודה ישראלית להגנת הסביבה, ע"ר**

העתק:

עו"ד סוריא בשארה, ראש צוות, רשות ההגבלים העסקיים