



מסמך טענות

מטעם התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

במסגרת הליך "השימוע הציבורי" ביחס למתווה שגובש עם חברות הגז

ו' באב, התשע"ה, 21.7.2015

ירושלים

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



”אם איננו מוכנים לשאת מלך כמחזיק בשלטון, אל לנו להתיר מלך שימלוך על הייצור, ההובלה והמכירה של כל אחד מהמשאבים החיוניים בחיינו. אם איננו מוכנים להיכנע לקיסר, אל לנו להיכנע לאוטוקרטיה של מסחר...” [הסנטור ג'ון שרמן, 1890].¹

מסמך זה נכתב תחת מחאה חריפה על סד הזמנים הבלתי אפשרי שהוקצב להגשת התנגדויות הציבור למתווה הגז ועל העדר המסמכים שנתבקשו, שלא אפשרו מיצוי כלל הטענות במסמך זה. בכתיבת המסמך לקחו חלק: עו"ד צרויה מידד-לוזון, עו"ד נילי אבן-חן, עו"ד מיקה שיינוק קרטון, עו"ד דניאל דושניצקי, עו"ד יעל קריב-טייטלבוים, עו"ד אליעד שרגא, נעם סגל, עו"ד יפעת מידב, עו"ד עינת סולניק, מיקי היימן, דונטה ז'אבו (Donáta Szabó), ידידיה ניסן, אורי קאופמן, שחר טל וכן עורכי דין מתנדבים נוספים מן הציבור הרחב.

זוהי ההזדמנות להודות למתנדבים הרבים אשר הקדישו לילות כימים, ואשר לולא היה הנושא בנפשם, מסמך זה לא היה נכתב. עוד נבקש להודות לפרופ' אבי בן בסט ויוסי לנגוצקי, אשר השקיעו מזמנם וכתבו בהתנדבות חוות דעת מומחה.

¹ "If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade..." available at www.justice.gov/atr/public/speeches/0114.pdf



עמ'י

תוכן עניינים

4 תקציר מנהלים
7 פרק 1 – רקע מקדים
7 1.1 על הגז וחשיבותו למשק האנרגיה הישראלי
9 1.2 התפתחות ענף הגז בישראל
12 1.3 כשלים בהתמודדות המדינה עם ההתפתחויות במשק הגז
17 פרק 2 – ההליך נערך בחוסר סמכות ובניגוד לכללי המינהל התקין
18 2.1 צוות קנדל פעל במחשכים ללא מדיניות מכוונת ובהעדר תשתית ראויה
25 2.2 צוות קנדל עקף בחוסר סמכות את הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים
26 2.3 צוות קנדל מקדם את הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים בניגוד לדין
32 2.4 סיכום
34 פרק 3 – המתווה יוביל לתוצאות הפוכות ממטרותיו המוצהרות
34 3.1 יצירת משק תחרותי
46 3.2 הבטחת ביטחון אנרגטי
50 3.3 פיתוח שדות הגז
54 פרק 4 – פגמים בהסדרים ספציפיים במתווה המוצע
55 4.1 הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים
65 4.2 הפיקוח על המחירים
67 4.3 ייצוא
71 4.4 מיסוי
81 4.5 קיום סביבה רגולטורית יציבה
95 4.6 כוח עליון - פגיעה משולשת באינטרס הציבור
98 סיכום



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

תקציר מנהלים: התנגדות התנועה לאיכות השלטון למתווה הגז

התנועה למען איכות השלטון פועלת מזה למעלה מ-25 שנים לקידום טוהר המידות בשירות הציבורי ואכיפת שלטון החוק ולמען ההגנה על נכסי מדינה והקופה הציבורית. על רקע ניסיונה ארוך השנים במאבק בהשלכות המסוכנות של קשרי ההון-שלטון והריכוזיות במשק – **חרדה התנועה לאיכותו של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, נוכח התעצמותו ההולכת וגוברת של מונופול הגז בישראל.** לעמדת התנועה, שליטתו המוחלטת של מונופול פרטי במשאב טבע חיוני שכלל המשק תלוי באספקתו השוטפת, מעוררת סכנה מהותית לאיכות השלטון ולתקינותו של הליך קבלת ההחלטות במשק הישראלי. משכך, הוצב תיקון הכשלים המבניים העמוקים במשק הגז הטבעי ובראשם היווצרות המונופול – בראש סדרי העדיפויות של התנועה.

על רקע זה, עקבה התנועה בדאגה במהלך ששת החודשים האחרונים אחר התנהלותו של "הצוות הממשלתי" שגיבש את מתווה הגז, ונחרדה לגלות כי חששותיה המוקדמים מפני שבי רגולטורי והשפעה מסוכנת על מקבלי ההחלטות שתמנע מהם לשקול כדבעי את האינטרס הציבורי – שוב אינם חששות בעלמא, והסיוט – הפך למציאות. ההליך שבמסגרתו גובש המתווה וכן ההסדרים הפרטניים שנקבעו בו, מעידים כשלעצמם על כך שכל כולו לא בא אלא על מנת להבטיח את האינטרסים הכלכליים של מונופול הגז האימתני, בכסות של שיקולים "ציבוריים". דברים אלו זכו אף להד בדוח מבקר המדינה על פיתוח משק הגז הטבעי שפורסם ביום 20.7.2015.

לפיכך, מצאה התנועה לנכון להגיש התנגדות מפורטת, אף כי לא ממצה, בת מעל ל-100 עמודים למתווה הגז תחת מחאה חריפה – הן על סד הזמנים הבלתי סביר והעדר המסמכים שלא איפשרו לה למצות טענותיה במסמך ההתנגדות, הן על ההליך הפגום ונעדר הסמכות במסגרתו גובש מתווה הגז ונערך הליך "השימוע הציבורי".

להלן עיקרי הטענות אשר הוצגו בהרחבה במסמך ההתנגדות:

1. **הליך גיבוש המתווה נערך בחוסר סמכות משווע ובניגוד לכללי המינהל התקין:** ראשית, הצוות הממשלתי ערך משא ומתן עם חברות הגז, תוך מגמה לפטור אותן מ"עולו" של חוק ההגבלים העסקיים – בחוסר סמכות, ותוך עקיפה אסורה של הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים. כמו כן, יש לדחות את הניסיון "להלבין" את ההליך הפסול באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים – שכן בנסיבות העניין כלל לא ניתן להפעילן. כלל השיקולים, ובכללם שיקולי חוץ וביטחון, יכולים להישקל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים כנדרש על פי דין. שנית, בהתנהלותו של צוות קנדל, שהפר ברגל גסה את כללי המינהל התקין, נפלה שורה ארוכה של פגמים מינהליים חמורים. צוות קנדל שגיבש את המתווה פעל מבלי שהוגדרו תכליותיו, תחומי פעילותו, מעמדו וסמכויותיו; בין חבריו לא נכללו כלל נציגי הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים; דרך פעולתו התאפיינה בעבודה במחשכים תוך זריית חול בעיני הציבור; ולכל אורך הדרך, נמנע הצוות מלשתף את הציבור ולקבל חוות דעת מבעלי מקצוע מיומנים ובלתי תלויים, ונסמך כמעט לחלוטין על התשתית העובדתית שהציגו חברות הגז. במצב דברים זה, לא עמדו לרשותו של צוות קנדל כלל הכלים או היכולת לגבש מתווה כלשהו המשקף את האינטרס הציבורי, להבדיל מן האינטרס הכלכלי-מסחרי של חברות



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل

הגז. לאור פגמים מהותיים אלו, דוחה התנועה מכל וכל מתווה אשר כור מחצבתו בהליך נעדר סמכות ובלתי תקין, וסבורה כי המתווה העומד כיום ל"שימוע ציבורי" הינו פסול ופגום מיסודו.

2. **המתווה יוביל לתוצאות הפוכות ממטרותיו המוצהרות:** המתווה המוצע צפוי להוביל לתוצאות הפוכות ממטרותיו המרכזיות (כפי שהוגדרו על ידי הצוות הממשלתי) – יצירת משק תחרותי, הבטחת ביטחון אנרגטי ופיתוח שדות הגז. אשר ליצירת משק תחרותי, הרי שלדעת המומחים בתחום, **אין כל ספק כי המתווה המוצע לא יביא לתחרות**, בין היתר משום שכריש-תנין וכן תמר לא יהוו מתחרים אמיתיים; הסיכוי לגילוי שדות גז נוספים שיוכלו להתחרות הינו קלוש; מאגרי גז פוטנציאליים אחרים נותרו בשליטת המונופול; הסדר הנאמנות עד למכירת המאגרים יוצר נאמן מוחלש ותלוי, ומבטיח לחברות שליטה במאגרים עד למכירתם; והסמכות לאשר את זהות רוכשי המאגרים ניתנה לממונה על הנפט באופן בלעדי, תוך חובת היוועצות בלבד עם הממונה על ההגבלים העסקיים האמון על התחרות במשק. אשר לביטחון אנרגטי, הרי שביצור מעמדן של חברות הגז יוביל לתלות מסוכנת והרת גורל במונופול פרטי, שחלקו מוחזק בידי תאגיד זר, השולט במשאב טבע חיוני. הסתמכות זו על גורם מרכזי יחיד מגבירה את הסיכון לשיבושים באספקת הגז הסדירה, **ועלולה לפגוע קשות בעצמאותה האנרגטית של מדינת ישראל**. אשר לפיתוח של שדות הגז, הרי שמדינה **יש כלים סטטוטוריים – כגון פקיעת חזקה עקב אי-עמידה בתכנית פיתוח – שבכוחם להבטיח את פיתוח המהיר של שדות הגז**, שאינו מחייב כל התקפלות או ויתור על אינטרסים ציבוריים חיוניים.

3. **ההסדרים הפרטניים שנקבעו במתווה המוצע פוגעים אנושות באינטרס הציבורי:** בחינת ההסדרים השונים שנקבעו במתווה המוצע, מגלה שורה ארוכה של ויתורים משמעותיים, מרחיקי לכת ודרמטיים למול חברות הגז, העומדים בניגוד מוחלט לכל היגיון ציבורי, ומלמדים על שיקול דעת לא סביר באופן קיצוני ובלתי חוקתי.

א) **הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים** – המתווה המוצע מעניק לחברות הגז הפטרים גורפים וממושכים מחוק ההגבלים העסקיים, ובכך פוגע קשות בשלטון החוק ובדיני ההגבלים העסקיים. הפטרים אלו כובלים ללא הצדקה את ידי הממונה על ההגבלים ובית הדין להגבלים עסקיים ב-10-15 שנים הקרובות, ומאיינים את יכולתם להתמודד עם הסדר כובל ועם ניצול לרעה של כוחו של המונופול. המדובר בפרצה הקוראת לגנב, ואולי אף בתמריץ לחברות הגז, להשתמש בכוחן המונופוליסטי לרעה. החלטה זו מבצרת את תלותה של המדינה במונופול, בניגוד גמור לאינטרס הציבורי.

ב) **פיקוח על המחירים** – המתווה המוצע לא מבטיח פיקוח אפקטיבי על מחירי הגז הטבעי, שהינו כה חיוני נוכח העדר התחרות אשר מאפשר למונופול הגז לגבות מחיר בלתי הוגן ומנופח. המנגנון הקבוע במתווה מסתמך באופן פסול על המחיר הממוצע במשק שמשקף את הרנטה המונופוליסטית, במקום לקבוע מחיר מקסימאלי המבוסס על המחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי במדינה מפיקת גז.

ג) **ייצוא** – פרק זה מכרסם בהחלטת ממשלה שהתקבלה אך לפני שנתיים, בין היתר, בנושא ייצוא הגז. למעשה התיקונים המוצעים במתווה מבטלים את מעט הבטוחות שהוענקו לציבור במסגרת החלטת הממשלה הקודמת, ומעניקים לחברות הגז מתנה חסרת פשר על חשבון הציבור, תוך פגיעה קשה באופק האנרגטי של מדינת ישראל.



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

(ד) **מיסוי** – פרק מהותי זה במתווה המוצע, מבטיח לחברות הגז הבטחה שלא נראתה כדוגמתה במדינת ישראל – יצירת חוקי מס "כבקשתן" התפורים למידותיהן, אשר נוסחו במשא ומתן עימן בכפוף להסכמתן. לעמדת התנועה, יש לעקור מהשורש כל ניסיון להסדרת נושאי המס בדרך עוקפת חקיקה. מעבר לכך, ההסדר עוקף הלכה למעשה את חוק השיניסקי שנחקק בעמל רב; מקעקע את העיקרון של רף המחיר הממוצע המקומי; אינו כולל פרק שעוסק בסנקציות על הפרת תנאי ההסכם; ואינו מחייב את חברות הגז בויתור על הטבות על פי חוק עידוד השקעות הון, כפי שהצעת החוק בנושא דרשה.

(ה) **"היציבות הרגולטורית"** – פרק שערורייתי זה במתווה המוצע מבקש להבטיח לגורם פרטי כי שיקול דעתן של הממשלה והכנסת בעשור הקרוב יהיה כבול להסכמות המתווה. סעיף זה דומה בהיקפו ובטיבו לסעיפי יציבות שמוכרים במדינות העולם השלישי, ואינו מקובל כלל במדינות ה-OECD. מדובר בסעיף אשר מנוגד לעקרון הפרדת הרשויות, בלתי חוקתי ודינו בטלות.

(ו) **כוח עליון** – המתווה המוצע מגדיר באופן אבסורדי "כוח עליון בכריש ותנין" כך שהגשת כל עתירה לבג"ץ תוביל אוטומטית לדחיית מועד מכירת המאגרים. קביעה זו מגבילה באופן פסול את שיקול הדעת של בג"ץ וכובלת את ידיו, וכן פותחת פתח מסוכן לניצול לרעה שיאפשר לחברות הגז למשוך את זמן המכירה.

הליך שבמסגרתו מוענקת לשתי חברות פרטיות האפשרות לשאת ולתת על אוצר נדיר ונכס ציבורי ואסטרטגי מול המדינה, הרחק מעינו הפקוחה של הציבור – ולהטיל וטו על האופן שבו יקבע המיסוי בעניינן, האופן שבו יוטל הפיקוח על מחירי מוצריהן, המידה שבה הן יוכפפו לדיני ההגבלים העסקיים, וכיוצ"ב – מטריד ביותר. הליך שכזה, בו מצויה המדינה בעמדת נחיתות מובנית – ונאלצת לערוך ויתור אחר ויתור על אינטרסים ציבוריים חיוניים עקב האיום המתמיד של חברות הגז להימנע מפיתוח המאגרים – מטריד שבעתיים. עד היום, אף חברה פרטית בישראל לא זכתה למעמד לו זכו חברות הגז בהליך גיבוש המתווה – ואין כל ספק כי מעמד זה מהווה אך ראשית ראיה לכוחו של מונופול הגז האימתני, המונע מאינטרסים כלכליים בעלי עוצמה שמעל לכל שיעור. ואם זהו המצב כיום – מחריד לשער מה יהא בעוד כעשור, כאשר יגיע המונופול לשיא עוצמתו.

לסיכום, **על רקע הפגמים החמורים והשורשיים שנפלו בעבודת צוות קנדל ובהסדרים הפרטניים שנקבעו במתווה – דוחה התנועה מכל וכל את המתווה המוצע, וקוראת לגבש מדיניות מושכלת וארוכת טווח במשק הגז, המתבססת על שלטון החוק ואכיפתו השוויונית על כלל הפרטים בחברה – ובכלל זאת על מונופול הגז.**

לצד האמור, תבקש התנועה להבהיר כי בשל סד הזמנים הבלתי סביר ואי-קבלת המסמכים שנתבקשו על ידה – לא היה באפשרותה להעלות את מכלול הטענות במסגרת מסמך ההתנגדות. משכך, אין לראות בהתנגדות כמיצוי הטענות, והתנועה שומרת את הזכות להעלות כל טענה נוספת בהמשך. עוד יובהר כי אין לראות במסמך ההתנגדות כהכרה משתמעת בחוקיותו של הליך גיבוש המתווה או השימוע.



פרק 1 – רקע מקדים

1.1 על הגז וחשיבותו למשק האנרגיה הישראלי

1. עד לפני שנים ספורות, נדמה היה שמדינת ישראל לא ניחנה במשאבים אנרגטיים, ורוב שנותיה נשענה היא על ייבוא דלקים ממדינות זרות. ואולם, בשנים האחרונות, התגלו באזור המים הכלכליים של ישראל מצבורי גז טבעי בהיקפים משמעותיים, ולכך חשיבות יוצאת דופן. על פי ההערכות, שווים המוניטארי של המאגרים מגיע לכמה מאות מיליארדי ש"ח, אך ברי כי תרומתם הכוללת לפיתוח הכלכלה והתעשייה בישראל עשויה להיות משמעותית אף יותר.

2. מקורות אנרגיה מקומיים הם נכס אסטרטגי חשוב מאין כמותו ובעלי השלכות כלכליות, פוליטיות-ביטחוניות, סביבתיות ובריאותיות נרחבות. השימוש בגז טבעי במפעלי התעשייה המקומית ובמערך החשמל מביא לחסכון ניכר בעלויות הייצור. הגז הטבעי עשוי גם לשמש כחומר גלם לתעשייה הכימית והפטרוכימית, ואף כדלק לכלי רכב. בשל כך, לתגליות הגז בישראל ערך רב, לרבות הגדלת עצמאותה האנרגטית של ישראל, פיתוח כלכלי נרחב, ושמירה על איכות הסביבה ובריאות הציבור תוך הפחתת זיהום האוויר ופליטות גזי החממה.

3. מאז גילוי מאגרי גז טבעי במים הכלכליים של ישראל ותחילת השימוש בגז טבעי בעקבות הגילויים הללו, אנו מצויים במגמת גידול בביקוש לגז הטבעי, אשר צפויה להמשיך בשנים הקרובות. מערך ייצור החשמל מהווה כיום מקור ביקוש כמעט בלעדי לגז טבעי בישראל. תחזיות הביקוש בגז טבעי לחשמל, המבוססות על תחזיות משרד האנרגיה והמים, מלמדות כי עד שנת 2020 עשוי הגז להוות כ- 75% מסך הדלקים לייצור חשמל. הערכות דומות קיימות גם ביחס לשילוב הגז הטבעי בתעשייה הישראלית.

1.1.1 הגז כמשאב חיוני לפיתוח הכלכלה והמשק הישראלי ולהבטחת חוסנה

ושגשוגה של מדינת ישראל

4. חשיבותו של הגז הטבעי מתבטאת בהיבטים רבים. ראשית, מאגרים אלו מהווים נכס אסטרטגי בבחינת העצמאות האנרגטית שהם מעניקים למדינה וצמצום התלות במדינות זרות. קשה להפריז בחשיבותה של עצמאות זו לביטחון המדינה ולכלכלתה במציאות הפוליטית המשתנה. מציאות זו מחייבת שימוש זהיר בגז שנמצא בשטחי ישראל וניצולו כראוי, תוך הפקת מירב התועלת ממנו לטובת המדינה והציבור הישראלי.

5. כמו כן, השימוש בגז הטבעי מאפשר חסכון בעלות ייצור חשמל. חסכון זה הינו בעל השפעה על כיסו של כל פרט הצורך חשמל, ומימדי ההשפעה הם כבירים. כך, לדברי יו"ר רשות החשמל "ההוצאה השנתית של הציבור [על דלקים] היא כ-7.5 מיליארד שקלים לשנה שזה כרבע

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



מהעלות הכוללת של משק החשמל בשנה. רבע מההוצאה הכוללת של חשמל. שינוי של דולר אחד במחיר עסקת גז שווה ערך למיליארד שקלים בשנה שמוטלים על ציבור צרכני החשמל.² יודגש כי בהתאם לנתונים שפרסם משרד האנרגיה, בין השנים 2004 - 2012 הניב השימוש בגז טבעי (בפרט במשק החשמל והתעשייה) חסכון למשק של כ-22 מיליארד ₪.³

6. בנוסף, השימוש בגז הטבעי מאפשר שינוי מהותי במערך התעשייה ואף במערך משק החשמל. הגז מעודד כניסה למשק של יצרני חשמל פרטיים, יצרנים בקוגנרציה ויחידות ייצור קטנות וכן מעבר של מפעלים רבים לשימוש בגז. למעשה, השימוש בגז הטבעי מהווה מנוף להפחתת עלויות בתעשיות עתירות אנרגיה אשר מפתח את ענף התעשייה, מוזיל עלויות ייצור ובכך גם עלויות צריכה. לכך אמורות להתווסף משרות רבות ותעשייה שלמה סביב כל שלבי ההפקה של הגז, שיתרמו אף הן לכלכלת המשק.⁴

7. יתר על כן, הגז הטבעי הוא מקור אנרגיה ידידותי יותר לסביבה ביחס לדלקים מחצביים אחרים והשימוש הגובר בו תורם לבריאות הציבור וכפועל יוצא מכך גם לכלכלה. הפקת אנרגיה מגז טבעי היא נקייה ויעילה יותר בהשוואה למקורות האנרגיה הקיימים, ומסייעת בשמירה על איכות הסביבה. לראייה, המעבר הראשוני של חברת חשמל לשימוש בגז טבעי (שהחל בשנת 2004) הקטין משמעותית את חלקן של תחנות הכוח בזיהום האוויר ואת עלויות ההפעלה שלהן.

2.1.1 הצורך המתגבר בגז טבעי – מבט צופה פני עתיד

8. היתרונות הרבים הגלומים בשימוש בגז טבעי, ביחס למקורות אנרגיה אחרים, מובילים באופן טבעי לגידולים בביקוש בצריכת הגז.

9. סך תחזית הביקוש שערך משרד האנרגיה בשנת 2013 לשנים 2013-2040 עומד על כ- BCM500. תחזית הביקוש מתבססת, בין השאר, על המשך גידול בצריכת החשמל בממוצע רב-שנתי של כ- 3.1%, תוך שימוש מינימאלי במזוט ובסולר; הישענות על תחנות כוח פחמיות בהיקף דומה להיום (פרט להסבה של 4 יחידות פחמיות באתר אורות רבין בחדרה – כ-1,440 מגה-וואט – לשימוש בגז, במהלך העשור הנוכחי); הטמעה הדרגתית של אנרגיות מתחדשות עד להיקף של 10% בשנת 2030; ומעבר לגז טבעי כדלק עיקרי לייצור חשמל החל משנת 2014.⁵ תחזית מעודכנת של חברת מודלים כלכליים מעלה כי הביקוש הכולל לגז במשק עשוי אף

² ראו דבריה של יו"ר רשות החשמל אורית פרקש הכהן בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.03.14, עמ' 12.

³ לקוח מאתר משרד האנרגיה.

⁴ שם.

⁵ ראו נתונים במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים:

<http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGEconomy.aspx>

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



להגיע עד לשנת 2040 לכ-6 BCM 694. בשנת 2030, השימוש בגז הטבעי יגיע ליותר מ-70% מסך הדלקים בהם משתמשים במשק. כמו כן, נלקחה בחשבון הסבה הדרגתית לשימוש בגז טבעי בתחבורה אשר צפויה להביא לצריכה עולה עד לרמה של כ-4 BCM בשנת 2040, ועוד ייצור מקומי של מתנול ואמוניה בהיקף של כ-0.7 BCM בשנה.⁷

2.1 התפתחות ענף הגז בישראל

1.2.1 מאגרי הגז בישראל – הדרך לגילוי מאגר תמר

10. בישראל, עוד בשנת 1998 קיבל התאגיד הבינלאומי "British Gas" (להלן: BG) היתר לחיפוש גז בשטחי המים הכלכליים של ישראל. BG הגיעה למדינת ישראל בעקבות פנייתו של הגיאולוג יוסף לנגוצקי (להלן: "לנגוצקי") בהצעה להפעיל פרויקט חיפוש נפט או גז בשיטה שטרם נוסתה בישראל לפני כן – חיפוש במים עמוקים (להלן: "הפרויקט"). ביום 3.12.2000 הומר ההיתר לשה רישיונות חיפוש (כמשמעותם בסעיף 13 לחוק הנפט), כאשר שניים מהם כללו את שטחי המאגרים הידועים בשמות "תמר" ו"דלית".⁸

11. נציין כי במקביל לחיפוש הגז בשטח הרישיון של BG, התגלה מאגר "נועה" ובהמשך מאגר "מארי" שהיוו את הפתיח לתור הזהב של תגליות הגז. מאגרים אלו נתגלו במסגרת הרישיון של שותפות "ים תטיס", השייכת ל"קבוצת דלק" (להלן: "דלק"), בשיתוף עם החברה האמריקאית "נובל אנרג'י" (להלן: "השותפות") ו"או" החברות" ו"או" "חברות הגז" ו"או" "השותפויות".

12. פרויקט הקידוח של BG, אשר בסופו התגלה מאגר תמר, התבסס על מודל המניח קיומם האפשרי של מאגרי גז בתחום הים העמוק. המדובר בתפישת חיפושים שונה מזו אשר הנחתה את "קבוצת ים תטיס" אשר עיקר פעולתם התבצעה במים רדודים.

13. במהלך השנים 2000-2003 ביצע הפרויקט בניהולה של BG פעולות חיפושים ובדיקות רבות, הכרוכות בעלויות גבוהות מחד, וסיכון רב הנובע בתנאי אי-וודאות מאידך. בין היתר, נערכה בדיקה ראשונית של שטח החיפוש לצורך בחינת הפרמטרים הנדרשים לקיומה של מערכת נפט או גז בשטח הרלוונטי, וזאת כבסיס לקבלת היתר חיפוש. כמו כן, נערך לימוד מקיף של כלל מרחבי הים התיכון העמוק הישראלי, מסוג Basin analysis – סקרים סיסמיים תלת-מימדים ראשוניים מסוגם בישראל.

⁶ Israel Natural Gas Demand Forecast 2014-2040, Economic Models 2014

⁷ ראו נספח 1.

⁸ האמור לקוח מתצהירו של מר יוסף לנגוצקי, המצורף למסמך זה (להלן: תצהירו של מר לנגוצקי)

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



14. כבר בשנת 2003 הניבו הפעולות המתוארות הצלחה חסרת תקדים והובילו לגיבוש השלב המכריע של עריכת פרוספקט בשל לקידוח, השלב המכריע אשר מבסס הצדקה לביצוע קידוח, תוך הכוונה ברורה לגבי אופן הקידוח ומיקומו המדויק. יצוין כי קיומו של פרוספקט בשל לקידוח, מצמצם באופן ניכר את פערי הידע ואת אי הוודאות, גורמים אשר לרוב מייצרים סיכונים ניכרים בהשקעה בפרויקט מסוג זה.

15. בשנת 2005, החליטה חברת BG שלא להמשיך בפעילות חיפוש וקידוח של משאבי נפט וגז טבעי בישראל. זאת נעשה בניגוד מוחלט להמלצות מומחי החיפושים שלא הטילו ספק באטרקטיביות הייחודית של פרוספקט תמר, ומטעמים שאינם קשורים כלל בערכו של הפרוספקט.⁹ עזיבתה של BG נבעה ככל הנראה בעיקר מתגליותיה הרבות במפרץ מקסיקו בתקופה זו, כך עולה מראיונות נושאי משרה בכירים בחברה לתקשורת. אולם, בשל ההערכות כי ישנו 27% סיכוי להצלחת מציאת מאגרי גז, אחוז גבוה ביותר בתחום זה אשר נחשב כמנבא סיכויים גבוהים להצלחה, נענתה דלק להצעתו של לנגוצקי, כאמור יוזם הפרויקט, להצטרף לפרויקט. חברת נובל אנרג'י, שהצטרפותה הגיעה רק כשנה וחצי לאחר הצטרפותן של דלק, הפכה למפעילת המיזם במקום BG. הצטרפותן של השותפות הייתה ללא כל תשלום מצידן בגין החזר הוצאות העבר של המיזם.¹⁰

16. ואכן, השותפות ונובל אנרג'י זכו מן ההפקר ובינואר 2009 הוכרז על ידי השותפויות "אבנר", "דלק קידוחים" ו"ישראלמקו" כי התגלו שלושה מאגרי ענק של גז טבעי בקידוח "תמר 1". הפקת הגז מהמאגר החלה בחודש מרץ 2013, וכיום הוא המאגר השני בגודלו בישראל ובו כ-283 מיליארד מטר מעוקב של גז טבעי, ועתודותיו מוערכות בכ-30% מכלל עתודות הגז בישראל.

17. שותפות "ים תטיס" – הרי הן נובל אנרג'י ודלק – מחזיקות בשליטה מובהקת במאגר תמר (וביתר המאגרים כפי שיובהר להלן). זאת, מבלי שהללו נשאו בסיכונים הניכרים הכרוכים בפרויקט חיפוש וקידוח גז מהסוג בו עסקינן, המאפיינים את שלבי החיפוש, הלמידה והבדיקה הראשוניים.

18. שלבים החיפוש שבוצעו כאמור על ידי BG מאופיינים ברמת אי-וודאות גבוהה ביותר אל מול השקעת סכומים נכבדים. השותפות ונובל אנרג'י למעשה נשאו בסיכונים קטנים ביותר, שכן הם הגיעו לפרויקט כמעט מוגמר אשר בו כבר נתקבל פרוספקט בשל לקידוחים עם אחוזי הצלחה הנחשבים גבוהים ביותר בקידוחי גז ונפט. וזכיר, הצטרפותן הייתה ללא שיפוי BG בגין העלויות בהן נשאה. חיוני להעמיד נקודה זו על דיוקה, כדי להתמודד עם זעקות

⁹ ראו פסקה 21 בתצהירו של מר לנגוצקי.

¹⁰ שם.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

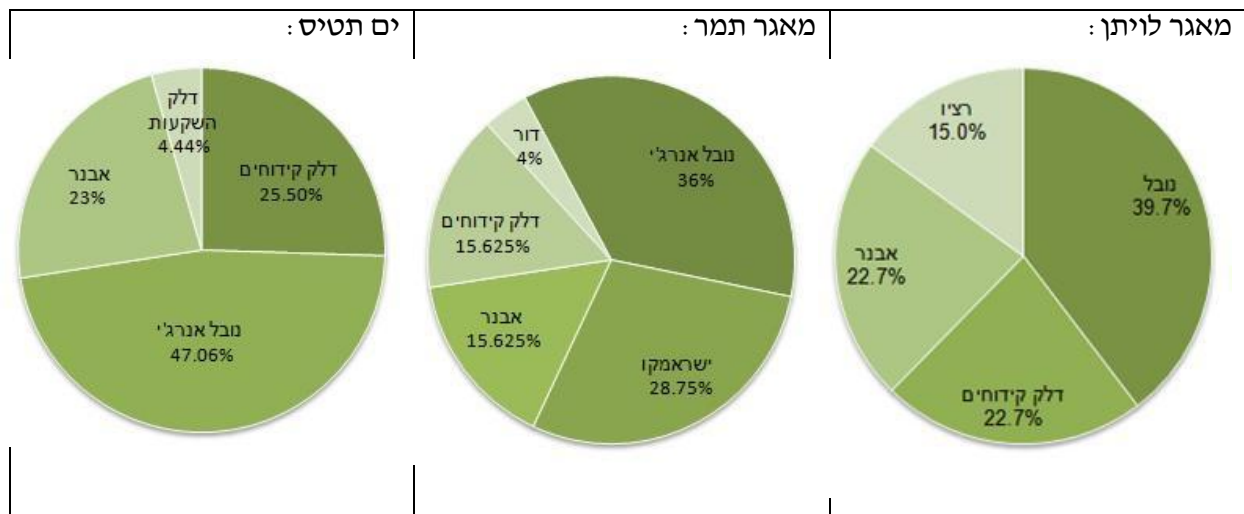


"הקו"אק הנגזל" של השותפות והתייחסות הרשויות אליהן, מתוך תחושת חוב כלפיהן ונחיתות מוסרית.

2.2.1 תגליות נוספות והתרחבות השליטה של השותפות במאגרי הגז הטבעי בישראל

19. במהלך השנים משנת 2008 ועד היום התגלו אל מול חופי ישראל מספר מאגרים נוספים המכילים כמות משמעותית של גז טבעי וזאת פרט למאגר תמר, בהם: דלית, לויתן, כריש, תנין ודולפין. כתוצאה מהתנהלות המנוגדת לדין ולאינטרס הציבורי, הרישיונות והזיכיונות לפיתוח מאגרים אלו נמצאים אף הם בידי שליטת דלק ונובל אנרג'י באופן המעניק להן שליטה מוחלטת בכל מאגרי הגז המשמעותיים אל מול חופי ישראל¹¹.

20. היתרונות שהוזכרו לעיל בדבר מציאת הגז הטבעי והשימוש בו, מאוימים ומסוכלים לנוכח הריכוזיות בענף – חברות "דלק"¹², "נובל אנרג'י" יחדיו המחזיקות בשליטה בכ-98% מכלל עתודות הגז שנמצאו במים הכלכליים של ישראל ועל כן הן בעלות שליטה מוחלטת בענף הגז הטבעי בישראל. מציאות ריכוזית זו מייצרת תלות של המדינה בספקיות הגז, תלות כלכלית, בריאותית וביטחונית (לעניין זה גם ראו: דו"ח מבקר המדינה בנושא פיתוח משק הגז הטבעי, מחודש יולי 2015, בעמ' 18).



איור 1: מבוסס על נתונים מדוחות תקופתיים של חברות אבנר ודלק קידוחים ליום 31.12.14

21. שליטתן של חברות אלו במשק האנרגיה הינה מסוכנת ויוצרת היפוך תפקידים בין המדינה, אשר אמורה להטמיע מדיניות ולפקח על התנהלות חברות הגז בשם הציבור, לבין חברות הגז

¹¹ ראו נספח 3.

¹² קבוצת דלק כוללת את החברות "אבנר" ו-"דלק קידוחים"

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



אשר בשל כוחן הרב והמידע הבלעדי שבידן, הן אלו אשר בפועל קובעות את המדיניות, את אופן השימוש בגז, התשתיות הנדרשות לשם הפקתו ואף את ייעודו של הגז (לשוק המקומי או לייצוא).

22. השליטה המרוכזת במאגרי הגז גם מסכנת את התחרות בין חברות שונות בתעשיות השונות שתשתמשנה בגז לצורך פעולתן. זאת נוכח יכולת מונופול הגז להקל על חברות מסוימות (בפרט הקשורות אליהן) ולהקשות על אחרות במחיר ובזמינות הגז, ובכך ליצור "בועות מונופוליסטיות" בענפים שונים במשק, שהן שלוחות של המונופול בענף הגז.

23. במציאות זו ישנה חשיבות עצומה לקיום התחרות בענף הגז ומניעת המצב, בו אנו מצויים כיום, של תלות בספק גז יחיד. במצב זה, ככל שיישאף המשק הישראלי להגביר את השימוש בגז הטבעי ובכך להגדיל את התועלת המופקת מהשימוש בו, כך יגבר הכוח של אותו ספק גז, אשר לו מונופול מוחלט בגז הטבעי הישראלי.

24. מעבר לכך, בית המשפט העליון הכיר בחשיבות התחרות בענף (במסגרת פסק דין שעסק בפרשנות חוק הנפט, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנפט") וראה את דוקטרינת התחרות החופשית כעומדת ביסודו של החוק, ובאה למנוע "השתלטות גורמי-כלכלה רבי-עוצמה על שוק הנפט, כי יש לעשות כדי למנוע ריכוז כוח-יתר בידי גופים מונופוליסטיים"¹³.

2.2 כשלים בהתמודדות המדינה עם ההתפתחויות במשק הגז

1.2.1 מחדלי הממונה על הנפט

1.1.3.1 מתן הרישיונות

25. סעיפים 17 ו-27 לחוק הנפט קובעים מגבלות על כמות והיקף הרישיונות והחזקות שיוענקו פר שטח ופר מחזיק בודד. זאת, במטרה למנוע את ריכוז החזקות והשליטה של יחידים במאגרי הגז ולאפשר שוק תחרותי. וכך קובע סעיף 17(ב) לחוק הנפט:

"לא יהיה לאדם אחד יותר משנים-עשר רישיונות, ולא יהיו לו רישיונות על שטח כולל העולה על ארבעה מיליון דונם, אלא באישורה המוקדם של המועצה". [ההדגשות אינן במקור]

26. בפועל, הונפקו רישיונות רבים לגורמים מעטים. כך למשל, פורסם בתקשורת כי בשנת 2009

¹³ ועוד הוא מציין: "צורך מובנה הוא בחוק, שיש לעשות את הניתן כדי למנוע היווצרותו של כוח אשר ימנע תחרות בין מגלים ומפיקים של נפט, ובה בעת לעשות לעידוד תחרות חופשית בין מגלים ומפיקים של נפט. דוקטרינת התחרות החופשית מהווה חלק מן הצופן הגנטי של תכליות חוק הנפט, ועל דרך זה יפורש החוק. בשולי הדברים נעיר, כי במקום שבו מטבעו של השוק ייווצר באחד ממקטעיו מוקד כוח רב-עוצמה, נטל הוא המוטל על המדינה לעשות את הניתן, לריסון אותו מוקד ולפיקוח עליו באורח המיטבי." פרשת **Samedan**, לעיל ה"ש 2, פס' 38-42 לפסק דינו של השופט חשין.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



דלק החזיקו ב-25 רישיונות, נובל אנרג'י ב-19, וביחד הם אף החזיקו בשני שדות גז מוכחים, על פני שטחים של 7.7 ו-6.1 מיליון קמ"ר, בהתאמה¹⁴. אי אכיפת חוק הנפט בידי משרד האנרגיה והמים במקביל לאי אכיפת החוק בידי הרשות להגבלים עסקיים יצרה מציאות בלתי תקינה על פיה, בפועל, נשלט ענף חיפוש גז טבעי אל מול חופי ישראל על ידי שתי קבוצות בלבד: דלק ונובל אנרג'י. קבוצות אלו החזיקו בכ-60% משטחי החיפוש ואחריות על למעלה מ-90% מתגליות הגז של ישראל. בכך קיבלו שתי החברות יתרון בלתי הוגן, כמו גם מנוגד לחוק, על פני כל חברה אחרת שחפצה לחפש גז באזור.

27. כן ראוי להדגיש, כי כשנתבקשו חברות הגז להשיב את הרישיונות העדופים, לא השיבו הן בהכרח את הרישיונות המאוחרים, אלא - סביר להניח - דווקא את אלו עם פוטנציאל מציאת הגז הגבוהים ביותר. אף בכך יש טעם לפגם.

2.1.3.1 עיכוב הכרזת תגלית על מאגר לווייתן

28. בחודש ינואר 2014 הכריז הממונה על ענייני הנפט, בהתאם לסמכותו, על קיומה של תגלית (קרי, קיומן של כמויות גז מסחריות) במאגר לווייתן. כמפועל יוצא מכך, העניק הממונה על הנפט חזקה לשותפות במאגר לווייתן, חודשיים מאוחר יותר. עם זאת, שותפות הגז דיווחו לבורסה על תגלית במאגר 3 שנים קודם לכן, עוד 29.10.2010.

29. ההכרזה על תגלית היא חשובה לאין ערוך למשק האנרגיה של ישראל משום שהיא מתחילה את מירוץ הזמנים הקבוע בחוק לפיתוח המאגר, ומטילה על היזמים את החובה לפעול לשם הפקת הגז. ובלשון סעיף 24 לחוק הנפט:

"24. הגיע בעל רשיון לתגלית בשטח הרשוי, חייב הוא, אם אין טעם לסתור חובה זו, להפיק נפט, לקבוע את גבולותיו של שדה הנפט ולפתחו - והכל בשקידה הראויה - כאילו היה בעל חזקה, וחייב הוא לגבי אותן פעולות ולגבי הנפט המופק בכל חובותיו של בעל חזקה; ואין הוראה זו גורעת מחובותיו כבעל רשיון."

30. ומהן חובותיו של בעל חזקה? כך קובע סעיף 31 לחוק הנפט הקובע את הלוחות זמנים של בעל חזקה:

"בעל חזקה חייב להתחיל בקדיחת באר פיתוח תוך ששה חדשים מיום שניתן שטר החזקה, ולאחר מכן - לקבוע גבולותיו של שדה הנפט, לפתח את שטח החזקה, להפיק ממנו נפט, לחפש שווקים לנפט ולשווקו, והכל בשקידה הראויה." [ההדגשות אינן במקור].

31. באותו האופן, סעיף 29ג' לחוק הנפט מלמד כי בעל חזקה חייב להפיק גז בתוך 3 שנים, וכי

¹⁴ אבי בר-אלי "המדינה דורשת מתשובה ונובל: החזירו 10 רישיונות קידוח גז ונפט" TheMarker 07.06.2010 www.themarker.com/markets/1.569749

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



למדינה הסמכות לאכוף את לוח הזמנים כאמור, ואף לשלול את החזקה מבעלי חברות הגז אם לא פועלות הן בהתאם לחובתן זו:

"לא הפיק בעל חזקה משטח החזקה נפט בכמויות מסחריות בתוך שלוש השנים הראשונות למתן החזקה, והשר שלח לו לאחר תום

תקופה זו, הודעה הדורשת ממנו להתחיל בהפקת נפט בכמויות מסחריות בתוך זמן שקבע בהודעה ושלא יפחת משישים יום, תפקע החזקה כתום הזמן הקבוע אם לא התחילה ההפקה כפי שנדרש בהודעה."

32. נראה אם כן, האינטרס הציבורי היה מוגשם לו הכרזת התגלית במאגר לווייתן הייתה נעשית במועד בו אכן נתגלה הגז, או בסמוך לכך. לו היה פועל כך משרד האנרגיה דאז, הייתה נמנעת "הדחיפות" הנטענת כיום. תמוה אם כן, מדוע ההכרזה התעכבה וניתנה כשלוש שנים לאחר מציאת הגז. עיכוב הממונה בהכרזת לווייתן כתגלית הותירה בידי בעלי רישיון לווייתן את קביעת לוחות הזמנים כמו גם את התנאים לפיתוח לווייתן, והביאה לעיכוב ואף לסיכול יצירת תחרות אפקטיבית בענף הגז.

3.1.3.1 המחדלים בשטר החזקה שניתן למאגר לויתן

33. שטר החזקה שניתן למאגר לויתן ביום 27.3.14 (להלן: "שטר החזקה") לא פורסם לציבור בטרם פרסומו, ולא ניתנה לציבור הזכות להביע עמדתו בכל הנוגע לתנאים אשר נקבעו. יותר מכך, שטר החזקה אף לא ניתן לעיונו של משרד המשפטים, משרד החוץ והמשרד להגנת הסביבה וזאת למרות שהשטר משליך על נושאים אשר בלב סמכויותיהם של משרדי ממשלה אלו.

34. אחד מן האינטרסים החיוניים שמשרד התשתיות ויתר עליו היה הטלת חובה על השותפות במאגר לווייתן לרכוש ציוד ושירותים מספקים מקומיים ולהעסיק עובדים ישראלים. על פי הטענות שפורסמו, חובה זו אמנם עוגנה בטיוטת החזקה, באופן מפורט וברור, אך בנוסח המפורט והסופי הושמטה חובה זו. דרישות אלו, של שיתוף התעשייה המקומית בענף הגז, רווחות בענף קידוחי הנפט והגז בעולם, והן מהוות חלק מתרומתו של ענף הגז לשוק המקומי. ואולם, בסיומו של יום, אזרחי ותושבי מדינת ישראל - שהינם בעלי הגז הלכה למעשה - נותרו עם חובה רפה ועמומה יחסית שהוטלה על השותפות, חובה שאין בה כדי לחייב באופן ממשי את בעלות החזקה. המדובר בהפסד המוערך בכמה מאות מיליוני דולרים עבור העסקים המקומיים.¹⁵

¹⁵ אבי בר-אלי "חשיפת TheMarker // חברות הגז לחצו - ישראל ויתרה על תרומת מיליארדים לתעשייה" www.themarker.com/dynamo/1.2295468 13.04.2014



2.3.1 מחדלי רשות ההגבלים העסקיים

35. ביום 19.2.2007, קיבלה חברת רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת, היתר מוקדם על שטח הידוע כ- "רציו-ים"¹⁶. ביום 11.9.2007, רכשו החברות דלק ואבנר 70% מהזכויות בהיתר מוקדם זה, וביום 23.1.2008 הועברו לחברת נובל אנרג'י 35% מהזכויות במאגר,¹⁷ וניתן לומר בבטחה שהחל משנת 2009, החלו כל השותפות לפעול יחד לחיפוש יגו טבעי בשטח.¹⁸ ביום 15.12.2008 העניק הממונה על עניני הנפט לחברות דלק, נובל, אבנר ורציו 5 רישיונות חיפוש בשטח ההיתר המוקדם (רישיונות 'רחלי' ו'עמית', בעקבותיהם התגלה מאגר לויתן; רישיון 'ערן' בעקבותיו התגלה מאגר תמר SW, ורישיונות 'חנה' ו'דוד').

36. במקרה זה, בניגוד למקרים הרבים שקדמו לו, לא פנו החברות דלק, אבנר, נובל ורציו בבקשה לקבלת פטור מהסדר כובל נדרש, למרות שכאמור היו מודעות היטב לעובדה שהן עשויות להידרש לכך. רכישת הזכויות ברישיונות 'רציו-ים' התבצעה קרוב לשנה וחצי לאחר שנתבקש על ידן ונתקבל פטור מהסדר כובל במאגר תמר, על ההתניות הברורות המצוינות בו.

37. יש להדגיש שמדובר בשני אירועים נפרדים, אשר לא נתקבל אישור ההגבלים העסקיים אף לא לאחד מהם: הראשון הוא רכישת הזכויות מרציו על ידי קבוצת דלק, ואילו השני הוא כניסתה של נובל למאגר, בעת שהן מחזיקות (במשותף!) בנכסי נפט נוספים. מעבר לכך, גם לאחר שנתגלתה תגלית במאגר לויתן בשנת 2010, כפי שפורסמה בדיווחי דלק בבורסה, גם אז לא פנו בבקשה לקבל פטור או אישור לפי דיני ההגבלים העסקיים.

38. מכאן, שגם אם היה ממש בטענה של חברת דלק, כי לא נדרשה לבקש פטור מהסדר כובל בעת הכניסה להיתר המוקדם רציו ים, משום שרציו לא הייתה מתחרה שלה (טענה שאינה עומדת כיוון שהיא הייתה מתחרה ואף קנתה ממנה רישיונות) הרי שבעת כניסתה של נובל, שהייתה שותפה גם בימכל' ו'מתן' (תמר) וגם ב'ים תטיס' – ודאי שהיה עליה לבקש פטור.

39. לאחר שנתיים תמימות של עבודה משותפת במאגר 'לויתן', פרסמה הרשות הודעה ביום 06.09.2011 כי היא שוקלת לקבוע כי השותפות 'נובל אנרג'י', 'דלק', 'אבנר' ו'רציו', הן צדדים להסדר כובל בשל חבירתן יחד ברכישת הזכויות במאגר לויתן.¹⁹ בהחלטתה היא אף ציינה כי כניסתן של 'דלק', 'אבנר' ו'נובל אנרג'י' למאגר זה, בשעה שהן מחזיקות בנכסי נפט אחרים, מהווה, לכאורה, הסדר כובל והפרה של חוק ההגבלים העסקיים.

40. מאז, חלפו להן כשלוש וחצי שנים של התדיינות בין הממונה לבין השותפות ב'לויתן', כאשר

¹⁶ראו היתר מוקדם מס' 193, נספח 6.

¹⁷ראו נספח 8.

¹⁸דיווח לבורסה של חברת אבנר – 476158=maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=

¹⁹ עיכוב זה עולה בבירור ממכתב שנשלח לחברות בתאריך 14.11.2011.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



במקביל אלו ממשיכות לפעול תחת כבילותיו של הסדר כובל, וזאת מבלי שניתן להן אישור לעשות זאת, כנדרש על פי דין. במסגרת ישיבות וועדת צמח ציין עו"ד אורי שוורץ, היועץ המשפטי של הרשות להגבלים עסקיים, כי שותפות דלק ונובל "קיבלו [היתרים] מעל למה שהחוק מתיר"²⁰. והוסיף כי "כשדלק נכנסה לליותן, דלק לא פנתה אלינו ולא קיבלה אישור. לכאורה נדגיש את הלכאורה, הדבר הזה מהווה הסדר כובל שלא אושר כדין."²¹

41. נציין כי מהתיאור הנ"ל, עולה כי השותפויות 'אבנר', 'דלק קידוחים', 'רציו' ו'נובל אנרגי' פעלו מעל לשש שנים כאשר הן כבולות בהסדר כובל, בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ובייחוד תוך הפרה של התנאים בגינם ניתן להם הפטור מהסדר כובל במאגר 'תמר'.

42. ביום 27.03.2014, פרסם הממונה טיוטת צו מוסכם להסדרת סוגיית ההסדר הכובל במאגר ליותן. ההסדר התיר לשותפויות להותיר בידן את זכויות הנפט, אשר נרכשו בניגוד לתנאי הפטור מהסדר כובל שניתן לשותפויות בשנת 2006. זאת, בתמורה להסכמתן לפעול בתוך פרק זמן נתון למכור לצד שלישי את זכויות החיפוש שברשותן למאגרי 'כריש' ו'תנין' ותנאים נוספים.

43. בתאריך 23.12.2014 הודיעה הרשות לחברות דלק ונובל על החלטתה שלא להגיש את הצו המוסכם לאישור בית הדין להגבלים עסקיים. על פי הודעת הרשות, ההחלטה על החזרה מהצו המוסכם התבססה על המסקנה אליה הגיעה הרשות, לאחר שעמדו בפניה הערות הציבור ונתונים שמקורם לראשונה אינו בשותפות הגז, מהם הובהר כי "הצו המוסכם לא ייצור פתרון תחרותי של ממש הפותר את בעיית המונופול בשוק"²².

44. בעקבות החלטת הממונה לחזור בו מן הצו המוסכם כאמור, בראשית שנת 2015 פורסם בעיתונות כי ראש הממשלה הורה ליו"ר המועצה הלאומית לכלכלה, מר יוג'ין קנדל, להקים צוות לבחינת ענף הגז הטבעי בישראל.²³ צוות זה ניהל משא ומתן חשאי ונסתר עם חברות הגז, הרחק מעיני הציבור, אשר הוליד לבסוף את המתווה הנוכחי.

²⁰ ישיבה מס' 3 של הוועדה לבחינת מדיניות משק הגז הטבעי, עמ' 80 (12.12.2011).

²¹ שם, בעמ' 94.

²² הודעת רשות ההגבלים העסקיים לעיתונות מיום 23.12.14.

²³ **TheMarker** 23.12.14. צבי זרחיה "נתניהו מתערב במשבר הגז; ומה חושבים ראשי המפלגות על המונופול?"



פרק 2 – הליך גיבוש המתווה נערך בחוסר סמכות

ובניגוד לכללי המינהל התקין

45. גיבוש ועיצוב המתווה העומד כיום לשימוע הציבורי, נערך על ידי צוות ממשלתי – הלא הוא "צוות קנדל" – אשר תוצריו מלמדים כי פעל לשרת בראש ובראשונה את חברות הגז, ופעל במחשכים, ללא תשתית עובדתית בסיסית, בחוסר סמכות משווע ובניגוד לחוק.

46. במצב דברים זה, לא ניתן כלל להסכין עם מתווה – בעל תוכן כזה או אחר – אשר כור מחצבתו בהליך נעדר סמכות ובלתי תקין. אכן, כללי המינהל התקין אינם פרוצדורה בלבד, אלא מהותיים וחשובים. כללים אלו נועדו להבטיח קודם כל, ולפני הכל, את הפעלתו של שיקול דעת תקין בידי הגורם המוסמך אשר יבטיח את האינטרס הציבורי. בהקשר זה, יובהר כבר כעת כי כלל טענותינו בנוגע למתווה גופא אשר יוצגו בהמשך הדברים, יטענו למען הזהירות בלבד ובגדר למעלה מן הצורך, ואין לראות בהם משום הכרה משתמעת בחוקיותו של ההליך.

47. משכך, נבקש לפתוח את התנגדותנו בעמידה על הפגמים החמורים שנפלו בהליך עבודת הצוות הממשלתי שגיבש את המתווה. כפי שיתואר להלן, התנהלותו של הצוות הממשלתי התאפיינה בדרך פעולה עקלקלה ונגררת, תוך ניסיון הסתרה מכוון שעלה כדי מסירת עובדות בלתי נכונות במטרה לזרות חול בעיני הציבור. באופן בלתי מוסבר, עשה הצוות הממשלתי כל שלא ידו על מנת להבטיח שלא תונח לפניו תשתית עובדתית מלאה ומספקת ולא ישקלו על ידו מכלול השיקולים. אלמלא הארגונים הציבוריים ומספר חברי כנסת ערניים היו מרימים קול מחאה – מדינת ישראל הייתה חותמת במחשכים על הסדר בעל השלכות דרמטיות על עתידה הכלכלי והדמוקרטי, תוך הותרת הרשות המחוקקת ככלי ריק, ומבלי שכל עין ציבורית שזפתהו.

48. נכונותו של הצוות הממשלתי לפעול בסוגיה כלכלית כה הרת-גורל ורבת-חשיבות בדרך שתתואר להלן – תוך הפרה גסה של כללי המינהל התקין ובניגוד מוחלט לעקרון שלטון החוק – מעוררת דאגה עמוקה לעצמאותו וליושרו ויושרתו של השירות הציבורי, ושל הממשלה העומדת בראשו. החשש הוא כי התנהלות זו מהווה ראיה ראשונית לסכנה הדמוקרטית הגלומה בתלות הממשלתית המוחלטת במונופול פרטי ששולט על משאב ציבורי חיוני. מכאן, שאותם פגמים שנפלו בהליך גיבוש המתווה, ניצבים כעדות נוספת להכפפת האינטרס הציבורי לרצונו של מונופול הגז, תוך רמיסת הכללים ושומרי הסף שנועדו להגן על עצמאותה של הרשות המבצעת.

49. ויובהר – רבים מן הפגמים החמורים, אשר יתוארו להלן, יורדים לשורשו של עניין, והופכים את המתווה המוצע אשר נערך על ידי צוות ממשלתי נעדר הסמכה – ולא על ידי הגורמים המוסמכים בדן – לפסול מעיקרו. לצד פגמים שורשיים אלו שמקורם בחוסר הסמכות – נפלו

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



בעבודת הצוות הממשלתי פגמים מהותיים רבים ונוספים שבגינם לא יכול היה הצוות לגבש מתווה המקדם את האינטרס הציבורי, להבדיל מן האינטרס המסחרי-הפרטי של חברות הגז.

2.1 צוות קנדל פעל במחשכים, ללא מדיניות מכוונת ובהעדר תשתית ראויה

50. לאחר שנים ארוכות של הזנחה ממשלתית מתמשכת של משק הגז הטבעי, אשר הובילה להיווצרותו של מונופול הגז,²⁴ החליטה ממשלת ישראל בחודש ינואר 2015 להקים צוות ממשלתי לבחינת ענף הגז הטבעי בישראל. החלטה זו התקבלה, באורח חשוד, דווקא בנקודת הזמן הקריטית שבה החליט סוף כל סוף רגולטור עצמאי, הלא הוא הממונה על ההגבלים העסקיים, לפעול לקידום תחרות במשק הגז הריכוזי. במצב דברים זה, אך טבעי היה להניח כי כנדרש מכללי המינהל התקין ומהתנהלות ממשלתית סבירה – הממשלה תקים את הצוות בצורה פורמאלית וסדורה ותעניק לו כתב מינוי; תבחר היטב את מטרותיו ותחומי פעילותו; תוודא כי חברי הצוות יכללו נציגים ואנשי מקצוע מכלל המשרדים הממשלתיים והרשויות הרלוונטיים; תגדיר היטב את סמכויות הצוות (על מנת לוודא שלא יחרוג וייטול לידי סמכויות האסורות לנטילה); תסדיר את אופן פעולת הצוות, את לוחות הזמנים ואת מידת השקיפות שנדרשת בעבודתו; ובפרט, תוודא כי בטרם יתחיל הצוות לערוך משא ומתן מול מונופול גז אימתני המונע מאינטרסים כלכליים בעלי עוצמה שמעל לכל שיעור – יצוידו חברי הצוות במכלול המידע והנתונים שנאספו על ידי מומחים בעלי שם, רשויות רגולטוריות שונות (באופן עצמאי, ולא מתוך הסתמכות על נתוני חברות הגז), ארגונים ציבוריים וכיוצ"ב, ויגבשו על בסיסו מדיניות ברורה, סדרי עדיפויות מוגדרים ויעדים שלא ניתן להתפשר בעניינם.

51. ואולם, הקמתו של צוות קנדל ודרך פעולתו לא עמדה ולו בסטנדרט פעולה מינימאלי בודד מהני"ל. להלן נבקש לתאר כיצד פעל צוות קנדל במחשכים, ללא כל מדיניות ברורה, ללא ייעוץ מקצועי מספק וללא שיתוף הציבור ונבחריו בתהליך. במצב דברים זה, לא היה לצוות כל סיכוי להיחלץ מן השבי הרגולטורי ולגבש מתווה כלשהו שיבטיח באמת ובתמים את האינטרס הציבורי. ונזכיר – כללי מינהל תקין אינם פרוצדורה טכנית, אלא עקרונות מהותיים ורבי-חשיבות בשיטתנו, שרק בהתקיימם ניתן להבטיח כי שיקול הדעת המינהלי יופעל כדבעי.

צוות קנדל הוקם מבלי שהוגדרו תכליותיו, תחומי פעילותו, מעמדו וסמכויותיו

52. בעקבות הפרסומים בתקשורת על הקמתו ותחילת פעילותו של "צוות קנדל", פנתה התנועה עוד ביום 22.1.2015 אל משרד ראש הממשלה בבקשת חופש מידע, וביקשה לקבל לידיה את כתב המינוי של הצוות, פירוט סמכויותיו ומטרותיו, הרכב חברי הצוות, רשימת הפגישות שקיים, פרוטוקולי הישיבות, המסמכים שהועברו לעיונו, וכלל ההחלטות שנתקבלו על ידו.

²⁴ ראו דוח מבקר המדינה: פיתוח משק הגז הטבעי (יולי, 2015).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



ביום 23.2.2015 פנתה התנועה בבקשה נוספת לקבל לידיה את הצעת ההסדר אשר הוצג בפני חברות הגז.

53. והנה, ביום 28.4.2015 – בחריגה ניכרת מסד הזמנים שהוגדר בחוק חופש המידע – נתקבלה תשובתו המתמיהה של משרד ראש הממשלה, שהינה בלתי מתקבלת על הדעת במדינה דמוקרטית מתוקנת. בתשובה נכתב כי "לא הוקמו כל ועדה או צוות, אלא מדובר בעבודת מטה מקצועית, לא נחתם כל כתב מינוי, לא נקבעו סמכויות כלשהן [...] וכן לא נקבעו מטרות ונושאים שבהם היא עתידה לעסוק [...] לא נערכו פרוטוקולים מסודרים [...] לא הוכן כל מסמך הצעה לסדר".²⁵

54. תשובת משרד ראש הממשלה הייתה לא פחות משערורייתית, שכן היא הבהירה כי אותו צוות קנדל אכן הוקם על מנת לערוך עבודת מטה סדורה ונרחבת ולגבש "את המשך הצעדים הממשלתיים הנדרשים ביחס לעתיד שוק הגז הטבעי בישראל" – וזאת ללא כל כתב הסמכה מפורש, ומבלי שהוגדרו תחומי פעילותו ומטרותיו בצורה ברורה וסדורה.

55. התנהלות קיקיונית זו זכתה לביקורת חריפה בדוח מבקר המדינה: "עבודה בלתי פורמלית עלולה לפגוע ביכולתם של השותפים לה לקבל החלטות מחייבות ולהוציאן מהכוח אל הפועל. לנוכח חשיבותו של משק הגז הטבעי והשפעתו הרחבה על האוכלוסייה ועל הכלכלה הישראלית בטווח קצר ובטווח הארוך, היה ראוי שהעבודה הבין-משרדית תוסדר באופן רשמי. קביעת הסוגיות שידונו בה, אחריות השותפים לה וסמכויותיהם היו מאפשרים למנות בעלי תפקידים באופן מושכל ולתת מענה מלא ומאוזן לכל הסוגיות".²⁶

56. עיון בסיכומי הישיבות מלמד כי פגם מהותי זה גרם לצוות לפעול כסומא באפילה, תוך זגזוג מתמיד בין עמדות שונות וללא סולם עדיפויות ברור.²⁷ כך למשל, נסיגתו המשמעותית של הצוות ממטרותיו הראשוניות ומן התנאים שהוצבו לחברות הגז ב"מתווה פברואר", וכן נכונותו לקבל את הנתונים וחוות הדעת שהוגשו על ידי חברות הגז ללא יכולת מקצועית לבקרו ולהעריכן²⁸ – מעידים כמו כשלעצמם על הנזק החמור ליכולתו המקצועית של הצוות שנגרם עקב דרך המינוי הקלוקלת.

²⁵ מכתבה של איילת משה, הממונה על חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה, מיום 28.04.2015.

²⁶ דוח מבקר המדינה: פיתוח משק הגז הטבעי, 61 (יולי, 2015).

מכתבה של איילת משה, הממונה על חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה

²⁷ למעט הישיבה מיום 14.1.2015, שבה נערך דיון חלקי בשאלת הפרמטרים שלאורם יש לבחון את החלופות האפשריות לשינויים המבניים, לא נערך בצוות דיון כלשהו בנושא מטרותיו ולא הוגדרו "הקווים האדומים" לעבודתו.

²⁸ ראו למשל הנסיגה הדרמטית בין המתווה שהוצג לחברות הגז בישיבה ביום 12.2.2015, למתווה שהוצג ביום 30.4.2015, ואת השינוי המשמעותי בעמדת הצוות בשאלת המכר בנפרד שנבע בעיקרו מחוות הדעת בסוגיה שהוצגה על ידי חברות הגז.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076

شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076

208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076

E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



צוות קנדל לא כלל את כל נציגי הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים

57. העדר ההסמכה המסודרת הוביל לפגם מינהלי מהותי נוסף, שפגע אף הוא ביכולתו המקצועית של הצוות לגבש פתרון כולל תוך שקילת מכלול השיקולים והאינטרסים הציבוריים הרלוונטיים – חברי הצוות לא כללו נציגים מכלל המשרדים הממשלתיים והרשויות הרלוונטיים.

58. ראשית, יש לתמוה על מידורו של המשרד להגנת הסביבה מדיוני צוות קנדל, כשהמדובר במשרד אשר היווה חלק אינטגרלי מן הדיונים וועדת צמח ובוועדת ששינסקי, ואשר יש בידיו נתונים בעלי השפעה ברורה על המתווה. רואים אנו, שהמשרד להגנת הסביבה הינו גורם מפתח שאין בלתו בכל הנוגע להסדרת משק הגז הטבעי. ואולם, בכל הנוגע למתווה, נתונים אלו הובאו לראשונה לידיעת הציבור (לרבות לידיעת צוות קנדל) בדיון שהתקיים בוועדת הכלכלה של הכנסת מיום 06.07.2015,²⁹ וברי כי הם היה על צוות קנדל לקחתם בחשבון בשלב גיבוש המתווה. דא עקא, לא כך נעשה, ובכך צוות קנדל התעלם פעם נוספת מנתונים ומשיקולים שחשיבותם להחלטה איננה מוטלת בספק.³⁰

59. שנית, יש לתמוה הכיצד שר הכלכלה ומשרד הכלכלה, שאמונים על ביצוע חוק ההגבלים,³¹ לא נטלו כל חלק בדיונים בנושא הקשור באופן מובהק להגבלים עסקיים, ולמעשה מודרו מן הצוות. ברי כי יש בכך טעם לפגם, שכאשר מוקם צוות, בין אם לצורך עבודת מטה ובין אם לעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים, אין שומעין את נציגי שר הכלכלה בנושא כה אקוטי של הסדרת משק הגז הטבעי, ובוודאי שבכך נפגעה פגיעה קשה תשתית הנתונים והשיקולים שעליה הסתמך צוות קנדל כשגיבש את המתווה.

60. לכל אלו יש להוסיף את הדרתה של רשות החשמל – היא הרשות הרגולטורית המוסמכת, אשר תפקידה לפעול למען הצרכנים, לשם הבטחת תעריפים הוגנים ומשק חשמל מתקדם, יעיל וירוק המספק חופש בחירה לכלל צרכני משק החשמל. היעדרותה של רשות החשמל מן הצוות הממשלתי הובילה להפרת האינטרס הצרכני, והותירה את הצוות ללא כל נציג בעל ידע מקצועי ומומחיות בתחום זה שבכוחו להתמודד עם הנתונים שהציגו חברות הגז בנוגע לסוגיית המחיר ובכלל.³²

61. מעבר לכך, מדיון בוועדה לענייני ביקורת המדינה מיום 21.07.2015, עולה מפי נציגי משרדי הממשלה כי ספק אם הוועדה המשותפת לפיקוח על מחירים במשק הגז נתכנסה בכל תקופת עבודתו של צוות קנדל, כך שהצוות קיבל החלטות הקשורות לפיקוח על מחירים בהתעלם

²⁹ נכון לכתיבת שורות אלו, פרוטוקול הדיון בוועדה טרם פורסם, ומכל מקום הנתונים לא הועלו על הכתב ולא נמסרו באופן מסודר לציבור, וכך גם הם לא נמסרו לצוות קנדל.

³⁰ הדבר נכון ביתר שאת באשר לפיקוח של המשרד לאיכות הסביבה על אסדות הגז, לנוכח כשליה של חברת נובל אנרג'י, מפעילת "תמר" ו"לויתן" באסדות דומות בארה"ב (<http://www.the7eye.org.il/167118>).
³¹ סעיף 51 לחוק ההגבלים.

³² ראו גם בדוח מבקר המדינה: פיתוח משק הגז הטבעי, 61 (יולי, 2015).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



מהוועדה שהוסמכה לכך בדין.

62. תחום מומחיותם של חברי צוות קנדל אינו משקף את מכלול ההתמחויות ותחומי הידע המקצועי הנדרשים לצורך קיום דיון מושכל בסוגיה מורכבת ורב תחומית דוגמת משק הגז הטבעי. מבלי להפחית מכישריהם וכשרונם של חברי הצוות, כלכלנים ומשפטנים בהכשרתם, ידע מקצועי זה הוא קריטי לצורך עיבוד וניתוח ביקורתי של הנתונים המוצגים על ידי חברות הגז. חבר הצוות היחיד שתחום עיסוקו נוגע ישירות בתחום הגז הוא הממונה על ענייני הנפט במשרד האנרגיה עצמו, גיאולוג בהכשרתו, אשר שימש גם, כנציג משרד התשתיות כמקור המידע המקצועי לצוות.

63. לא זו בלבד אלא שהצוות לא פנה לבעלי מקצוע ולמומחים בעלי שם עולמי בתחום האנרגיה או ההגבלים העסקיים, על מנת להזמין מהם חוות דעת מלומדות בתחומים בהם נדרש הצוות להכריע. זאת למעט חוות דעת אחת המונה 18 עמודים בלבד.

64. היעדרותם של נציגי משרד הכלכלה, המשרד להגנת הסביבה ורשות החשמל וגורמי מקצוע אובייקטיביים מן הצוות הממשלתי – מהווה פגם מהותי בהתנהלות הצוות, אשר פגע אנושות ביכולתו להתמודד באופן מקצועי עם טענותיהן של חברות, ובעיקר, בשקילת כלל השיקולים הרלוונטיים לצורך גיבוש פתרון כולל.

צוות קנדל התנהל במחשכים תוך זריית חול בעיני הציבור

65. המתווה שפורסם לציבור הינו פרי באושים של משא ומתן שהתנהל במחשכים במדיניות מכוונת של הסתרה ונכונות למסור עובדות לא מדויקות שיש בהן משום זריית חול בעיני הציבור.

66. החודשים הארוכים בהם פעל צוות קנדל התאפיינו בפער עצום בין השמועות והמידע החלקי שפורסם באמצעי התקשורת – לבין העלטה המוחלטת שבה התנהל הצוות, תוך סירוב מתמשך למסור ולו בדל מידע לציבור, ויצירת מסך עשך שנועד למנוע מן הציבור לבקר את ההליך ולקחת בו חלק.

67. כך למשל, אותו מכתב תשובה של משרד ראש הממשלה מיום 28.4.2015 לבקשת חופש המידע של התנועה, כלל – כך מסתבר בדיעבד – אי דיוקים רבים. בתשובה נטען כי "עד כה לא הוצגה בפני המחזיקים עמדה כתובה המייצגת את עמדת כל המעורבים במגעים"; בעוד שבישיבה ביום 18.2.2015 הוצג בפני חברות הגז "מתווה פברואר" שהופיע שחור על גבי לבן בסיכום הישיבה (שפורסמה רק ביולי 2015). כמו כן, נטען בתשובה כי "לא נערכו פרוטוקולים מסודרים"; בעוד שכידוע, במסגרת השימוע הציבורי, פורסם לכלל הציבור קובץ שכותרתו "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי".

68. מעבר לכך, מכתב התשובה בכללותו ניסה לצייר מציאות חלקית, שלפיה "אין צוות" אלא

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



מדובר "עבודת מטה ממשלתית שגרתית" ו"לא נקבעו סמכויות כלשהן, בנוסף לסמכויות המוקנות [...] לפי דין" – כל זאת שעה שצוות קנדל פעל כצוות לכל דבר, וקידם את המשא ומתן מול חברות הגז אף בניגוד לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ותוך עקיפתו בניגוד לדין.

69. בסופו של יום, פורסמו סיכומי ישיבות הצוות והמסמכים שהוגשו לו³³ רק בחודש יולי 2015 – למעלה מחצי שנה לאחר שהחל הצוות לפעול – וגם זאת בליט ברירה, ובעקבות המאבק הציבורי, שנלוו לו שיניים משפטיות, אשר דרש לשתף את הציבור בגיבוש המתווה ולפרסם את כלל המסמכים.³⁴

70. מדרך פעולה זו עולה כי לנגד עיניו של צוות קנדל עמדה מטרה אחת – להגיע להסכם מול חברות הגז כמה שיותר מהר, בדרך כמה שפחות שקופה. המאמץ העילאי שהושקע בניסיון להותיר את עבודת הצוות בעלטה עד למועד פרסום השימוע (שאף הוא נעשה בעל כורחו של הצוות) מדיף ריח רע, ומעורר תהייה מדוע בחר הצוות הממשלתי לפעול במחשכים, בניגוד לכללי השקיפות והמינהל התקין המצופים מפקדי הציבור.

צוות קנדל לא שיתף את הציבור ונסמך לחלוטין על התשתית שהציגו חברות הגז

71. כשל מהותי שהביא להנחלה מוצלחת של הקונספציות של חברות הגז בקרב חברי הצוות, הוא העובדה כי משרד האנרגיה וחברי צוות קנדל (למעט הממונה על ההגבלים) הסתמכו באופן כמעט מוחלט על נתונים שנתקבלו מחברות הגז.

72. צוות קנדל לא עשה די כדי להבטיח שהחלטתו תיעשה על בסיס תשתית עובדתית ומקצועית אובייקטיבית. כך, כאשר בוחנים את הפרוטוקולים שפורסמו לציבור, מגיעים למסקנה כי מרבית המידע אכן התקבל מחברות הגז (בין אם ישירות ובין אם באמצעות משרד האנרגיה), ורק מיעוט מהמידע ומהשיקולים התקבלו מגורמים ומומחים חיצוניים (חוות הדעת מרשות החשמל באשר למחירים; שני דיונים עם מומחים³⁵, ללא חוות דעת כתובה (בהשוואה לפגישות רבות עם נציגי חברות הגז ומומחים מטעמן); ופגישה אחת בלבד עם גורם אחד בלבד מן המגזר השלישי).

³³ הגם אם באופן חלקי ובלתי מספק, כפי שנסביר בהמשך.

³⁴ רק ביום 2.6.2015 נתקבל בתנועה מכתב התשובה של עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), אשר השיב לדרישות התנועה לשתף את הציבור בגיבוש המתווה והבטיח לראשונה כי יקום שימוע ציבורי. כדבריו: " ככל שיתגבש מתווה הוא יובא לאישור הממשלה בצורה שקופה וגלויה. מכל מקום, קודם לאישור הסופי בממשלה, הכוונה היא להציג את טיוטת המתווה במלואו בפני הציבור על מנת לשמוע את עמדתו בסוגיה ולאפשר קיום דיון ציבורי "

³⁵ מתאריכים 26.01.2015; 16.02.2015 (הייתה פגישה נוספת עם יועץ למשרד התשתיות מיום 21.01.2015 מחברת IHS, אך משום שככל הנראה המדובר ביועץ קבוע למשרד, לא ניתן לראות בהם מומחים חיצוניים ואובייקטיביים; כך גם לפי עמ' 18 לדו"ח מבקר המדינה, הקובע שמשרד האנרגיה נשען בעיקר על יועצים חיצוניים, ועל כן אין לראות ביועץ זה כמומחה חיצוני אלא כנציג משרד האנרגיה לכל דבר ועניין).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



73. לעומת זאת, הממונה על ההגבלים העסקיים נפגש בשעתו עם גורמים שונים, לרבות עם התנועה, כדי לשמוע את עמדת הציבור כדבעי. לדאבונו, הממשלה לא עשתה כן, ונשענה היא באופן מוחלט על הנחות היסוד שהשתיתו חברות הגז.

74. התוצאה היא כניעה מוחלטת למאווי של מונופול הגז, שעל פרטיה נעמוד בהמשך ההתנגדות. ניסיונותיהן של החברות להנחיל קונספציות, בליווי ממון רב שמושקע בפרסום, צלחו והממשלה שיחקה לידיהן תוך מעט או ללא כל התנגדות ועמידה על אינטרס הציבור. בהקשר זה יש לתהות מהיכן שאבו המומחים (מטעם או שלא מטעם) אם הנתונים עליהם הסתמכו כשחוו את דעתם בפני צוות קנדל. סביר יהיה להניח, כי מלוא המידע הגיע, כהרגלו, מחברות הגז עצמן. מן הראוי היה, שגם לעניין זה, תינתן הבהרה בפני הציבור.

75. כאמור, אחת הדרכים להתמודד עם כשל זה ולמזערו הייתה באמצעות שיתוף את הציבור עוד מראשית ההליך, טרם תחילת המשא ומתן עם חברות הגז, באופן פתוח ושקוף. שיתוף הציבור היה מעניק לצוות הממשלתי את הכלים והנתונים (האובייקטיביים) הנדרשים על מנת לגבש מדיניות עצמאית ולהתמודד עם טענות חברות הגז עוד בשלב המוקדם של המשא ומתן.

76. הנה כי כן, אופן התנהלות הצוות במהלך גיבוש המתווה – ועד אשר נאלצה הממשלה בעל כורחה לפרסם את המתווה לציבור – מצביע על כשלים חמורים, אשר הובילו לגיבוש מתווה פגום מיסודו, ואשר לא אפשרו את הגשמתה של זכות הטיעון של הציבור כנדרש.³⁶

77. בהקשר זה נבקש להבהיר כי אין בהליך השימוע המהיר שנערך בימים אלו כדי להכשיר את אי-שיתופו של הציבור בשלב הראשוני של גיבוש המתווה. שמיעת עמדותיו של הציבור בדיעבד, לאחר שהסתיים המשא ומתן וגובש מתווה מוסכם למול חברות הגז, היא במידה רבה בבחינת כוסות רוח למת.

78. מעבר לכך, מאפייניו של השימוע הציבורי – שמתקיים בסד זמנים בלתי סביר ומבלי שפורסמו כלל המסמכים הרלוונטיים (כפי שידון להלן) – מלמדים על היעדר נכונות לקיים שימוע אמיתי ולהאזין להתנגדויות הציבור בלב פתוח ונפש חפצה. לכך נפנה כעת.

המתווה שגובש על ידי צוות קנדל פורסם ל"שימוע ציבורי" פגום ובלתי סביר

79. עם פרסום המתווה במסגרת "השימוע הציבורי", הוטלו מגבלות על הציבור, הפוגעות ביכולת

³⁶ ראו: פסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, בעמדת מיעוט, בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, שכתב כי: "שיתופו של הציבור בזמן אמת חיונית היא לשם אמונו במערכת הפוליטית שהחלטות בענייניו אינן מתקבלות אלא על ידי שיקולים המבקשים את טובתו, ולשם יכולתו לבקר את הנעשה בשעת עשייתו. הנחת המוצא באשר לעניינים ראשוניים היא שהם מוסדרים ברשות המחוקקת, בה הליכי החקיקה הם שקופים וידועים לציבור. הפעלת הסמכות הראשונית בידי הממשלה כפי שנעשה במקרה הנוכחי מצמצמת את השתתפותו של הציבור כמתחייב מהליך חקיקה דמוקרטי. הדבר פוגע בעקרון השקיפות ובזכותו של הציבור להשתתף בהליך כה מכריע אשר יש לו השפעה רבה עליו" [ההדגשות של הח"מ]. דברים אלו יפים גם בענייננו.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



להגשים את זכות העיון וזכות הטיעון שלו: הצבת 21 יום בלבד להגשת התייחסויות הציבור (פרק זמן בלתי סביר בעליל, בין אם בפני עצמו ובהשוואה לפרק הזמן שניתן לחברות הגז) ופרסום רק חלק מן המסמכים הרלוונטיים לעיני הציבור. מגבלות אלו אינן מאפשרות לציבור לגבש עמדה מושכלת, שתבקר או תתמוך במתווה, ובוודאי שאין בהם כדי לאפשר שימוע ציבורי כנה ובנפש חפצה.

80. טענות אלו של התנועה באו לידי ביטוי במכתבה אל ראש הממשלה, שר האנרגיה והיועץ המשפטי לממשלה מיום 06.07.2015 (וכן במכתב תזכורת מיום 08.07.2015), וכן בעתירה שהוגשה לבג"ץ שמספרה בג"ץ 4894/15 הפורום הישראלי לאנרגיה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', המצורפים כנספחים א' ו-ב', בהתאמה, ומהווים חלק בלתי נפרד ממסמך זה.

81. בקצירת האומר, תציין התנועה כי מגבלת הזמן אף מסכלת כל אפשרות סבירה להנחת חוות דעת של מומחים בפני הוועדה, במכלול הנושאים הנידונים במתווה. כמו-כן, הבאת מיעוט מן המסמכים לידיעת הציבור מסכלת את יכולתו לעמוד על כלל השיקולים שהיו בפני הרשות המנהלית טרם קבלת ההחלטה על המתווה, ועל כן באופן טבעי התייחסות הציבור תהא לוקה בחסר ולא תאפשר דיון מעמיק ביריעה הרחבה.

82. כך למשל, אין בידי הציבור את המידע הבא: המסמכים, הנתונים, הדוחות וחוות הדעת שהגישו חברות הגז; חוות הדעת של משרד הביטחון; חוות הדעת של צה"ל; המידע שהעביר משרד האנרגיה לידי משרד החוץ והמל"ל (לרבות: מכתב עו"ד אריאל כהאן, מ"מ היועצת המשפטית של משרד האנרגיה והמים מיום 28.06.2015 וסקירת מנהל רשות הגז הטבעי מיום 8.6.2015); התחשיבים בכלל הנושאים הרלוונטיים (מיסוי, כמויות גז, צרכים מקומיים וכו'). ברי כי מידע זה הינו מידע חיוני לשם מתן התייחסות מושכלת למתווה, ובלתו ההליך הינו חסר משמעות אמיתית.

83. לא זו אף זו, הפניה לקבלת התייחסויות הציבור שפרסם משרד האנרגיה נחתמה במילים הבאות: "המשרד רשאי לפרסם כל חומר שיועבר אליו, לרבות באתרי האינטרנט של משרדי הממשלה. יובהר כי עצם הגשת מסמך עמדה בתשובה לפני זו מהווה הסכמה לפרסום כאמור". ואולם, תניה זו לא חלה על שותפויות הגז, ובכך היא זוכה לפטור נוסף, מעבר לפטורים שבמתווה. בנסיבות אלו, אין כל ביטוי לעקרון ההדדיות.

84. כך, שותפויות הגז אינן מגלות את המידע שמסרו לצוות קנדל ולמשרד האנרגיה, אך הן זוכות לקבל את המידע שהציבור יגיש ללא כל מכשול ובאופן אוטומטי, תוך הפרת האינטרסים הכלכליים של הציבור עצמו. יש חוסר עקביות ואיזון ביחס שבין ההגנה הרחבה שניתנת לאינטרסים הכלכליים של שותפויות הגז לבין זו שניתנת לאינטרסים הכלכליים של הציבור. הרי גם ובעיקר לציבור אינטרסים כלכליים באשר למשאבים שבבעלותו, אינטרסים שהתנהלות שותפויות הגז מביאה לפגיעה ממשית בהם. רוצה לומר, הציבור לא נהנה מזכות העיון הרחבה במסמכי הצדדים שמנגד כפי שנהנות ממנו שותפויות הגז, וכן לא זוכה הוא

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



לזכות התגובה והטיעון שמוענקת לשותפות. כך גם מסמכיו לא זוכים להגנה הרחבה שהוענקה למסמכי שותפויות הגז. חוסר שוויוניות זה פוגע בהדדיות בגילוי המסמכים, ובכך פוגע הוא בזכות הטיעון של הציבור.

85. נבקש להבהיר כי ישנה דרך אחרת – היא זו בה צעד הממונה על ההגבלים העסקיים, כאשר ביקש לקבל החלטה מושכלת. הממונה העניק בשעתו לציבור 30 ימים להגשת התנגדויותיו לצו המוסכם, והאריכם ב-30 ימים נוספים על מנת להעניק לציבור הזדמנות אמיתית להשמיע דברו. לאחר מכן נפגש הממונה עם המתנגדים, ובכלל זאת התנועה, האזין לטענות והקדיש פרק זמן ללמידתן ולשקילת ההחלטה מחדש.

86. אם כך פעל הממונה בנוגע להליך נקודתי שעניינו ההסדר הכובל שנעשה בלווייתן, הרי שמכוח קל וחומר על הממשלה לפעול בהליך דומה העוסק באסדרתן של סוגיות רחבות אף יותר – ולאפשר את קיומו של שימוע ציבורי אמיתי, הנערך תוך פרק זמן סביר, על יסוד מכלול המסמכים הרלוונטיים, ומתקיים בלב פתוח ובנפש חפצה.

2.1 צוות קנדל עקף בחוסר סמכות את הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים

87. כידוע, ביום 23.6.2015 הגישה התנועה עתירה לבג"ץ (בג"ץ 4374/15) שבה נפרשו בהרחבה טענותינו כנגד חוקיות פעולתו של הצוות הממשלתי שגיבש מול חברות הגז את המתווה דנן. על כן, נבקש להפנות בחלק זה לטענות המפורטות המופיעות בכתב העתירה (המצ"ב כנספח ג), המהוות חלק בלתי נפרד מהתנגדות זו, ולעמוד כאן אך על תמציתן.

88. כפי שפורט בהרחבה בעתירה, המתווה שעומד כיום לשימוע ציבורי גובש על ידי צוות ממשלתי שהורכב מפקידים בכירים, אשר פעלו בהעדר סמכות ובניגוד לדין. צוות זה ניהל הלכה למעשה משא ומתן עם חברות הגז תוך הבטחה גלומה לפטור אותן מ"עולו" של חוק ההגבלים העסקיים – בניגוד לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים וללא צורך ליטול היתר מבית הדין להגבלים עסקיים כמצוות החוק. זאת, תוך נטילת סמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים – שהינה סמכות בלעדית ומעין-שיפוטית – והותרת בית הדין להגבלים עסקיים ככלי ריק, שלא כדין, בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ולכל היגיון ציבורי.

89. התנהלות קלוקלת זו, אשר חמסה את מעמדה העצמאי של הרשות להגבלים עסקיים ופגעה במעמדו של בית הדין הגבלים עסקיים, הובילה אף לקיפאון בהפעלת סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים כמתחייב על פי חוק. עקב נטילת הסמכויות הפסולה, שנעשתה למעשה אך לא להלכה, נמנע הממונה מלפעול ולנקוט בצעדים המתחייבים על פי חוק לשם הגשמת האינטרסים עליהם הופקד בדין. כך, עקב פעולתו הלא חוקית של הצוות הממשלתי, הפך הממונה מגורם עצמאי ובלתי תלוי לרגולטור מנוטרל.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



90. משכך, אין כל תוקף למתווה שלא גובש על ידי הגורמים המוסמכים על פי דין – הלא הם הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים.

91. ודוק: הדרך היחידה שבה ניתן לגבש מתווה הנוגע לאכיפת דיני ההגבלים על חברות הגז היא זו שהתוותה על ידי המחוקק בחוק ההגבלים העסקיים: הממונה על ההגבלים העסקיים ינהל משא ומתן עם חברות הגז ויגיע עימן למתווה שיעוגן בצו מוסכם ויוגש לאישור בית הדין להגבלים עסקיים (בהתאם להוראת סעיף 50 לחוק); או שהממונה על ההגבלים העסקיים יקבע כי התקיים הסדר כובל ויפנה לבית הדין להגבלים עסקיים לצוות על פעולות שדרושות על מנת למנוע את ההפרה (בהתאם להוראת סעיף 50א לחוק).

92. ואולם, המתווה שעומד בפנינו כעת גובש בניגוד לעמדת הממונה, על ידי צוות ממשלתי חסר כל סמכות, תוך פגיעה אנושה בהגנה השיפוטית על דיני ההגבלים העסקיים. במצב דברים זה, מדובר במתווה הפסול מעיקרו, אשר נערך על ידי גורם שאינו מוסמך לבצעו.

93. להלן נבקש לחדד כי יש להוסיף ולדחות מכל וכל, כל ניסיון עתידי "להלבין" באמצעות סעיף 52 לחוק – המאפשר לשר הכלכלה לפטור הגבל עסקי מהוראות החוק אם הדבר דרוש מטעמי מדיניות חוץ או ביטחון – את ההתנהלות הממשלתית הקלוקלת, ולהלביש מהלך פסול מעיקרו בכסות של "שיקולי חוץ וביטחון". לכך נפנה כעת.

2.2 צוות קנזל מקדם את הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים בניגוד לדין

94. טיוטת המתווה לאסדרת משק הגז בישראל, שפורסמה ביום 30.6.2015, קובעת כי ממשלת ישראל תעניק פטור מתחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על פי התנאים הקבועים בה. לפי טיוטת המתווה, הסמכות להעניק את הפטור האמור מעוגנת בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר קובע כי "[שר הכלכלה] 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".

95. ואולם, על פי כל פרשנות סבירה, סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים אינו יכול לשמש בסיס חוקי ליישום המתווה המוצע על ידי הממשלה בשוק הגז הטבעי. זאת, גם אם הכנסת תאשר בסופו של דבר לממשלה, לפי סעיף 31 לחוק יסוד: הממשלה, ליטול את הסמכות ליתן פטור לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מידי שר הכלכלה, שלו מסורה הסמכות על פי חוק. להלן יובאו בהרחבה הטעמים לעמדה זו.

פירושו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

96. פירושו הראוי של סעיף 52 לחוק מלמד, כי בכדי להפעיל את הסמכות הנתונה לשר הכלכלה

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



בסעיף זה, לא די בכך שסוגיה מתחום ההגבלים העסקיים כוללת גם היבטים מדיניים וביטחוניים מסוימים. שר הכלכלה מוסמך ליתן פטור להגבל עסקי מכוח סעיף 52 אך ורק כאשר באיזון בין השיקולים המדיניים והביטחוניים לבין השיקולים האחרים, ובראשם שיקולי התחרות – משקלם של השיקולים המדיניים והביטחוניים הוא מכריע. כך, למשל, במקרים שבהם קיימת דחיפות מדינית מיוחדת, שאינה מאפשרת לפנות למנגנון השיפוטי הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים.

תכליות החוק

97. את סעיף 52 לחוק ההגבלים יש לפרש על רקע תכליתו של החוק שבגדרו הוא מצוי. חוק ההגבלים העסקיים מבטא את הכרת המחוקק בחשיבותה של התחרות החופשית בישראל, ואת הצורך במניעת עיוותים כלכליים הנובעים מריכוזיות-יתר בענף מסוים במשק (ראו, למשל, ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230 (1998); ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, 136-137 וההפניות הרבות שם ((2006)).

98. כדי להגשים תכלית זו, בחר חוק ההגבלים העסקיים במודל שיפוטי לרגולציה בתחום ההגבלים העסקיים, שבמרכזו הרשות להגבלים עסקיים ומעליה בית הדין להגבלים עסקיים. עצמאותם של הרשות להגבלים עסקיים ושל בית הדין להגבלים עסקיים, ואי-תלותם בשיקולים פוליטיים, הן אבן יסוד במנגנון הפיקוח על הגבלים עסקיים בישראל.

99. עצמאות זו הכרחית מפני שעל גורמים אלה מוטל הנטל לעמוד בפני גורמים עסקיים בעלי עוצמה במשק, אשר בידיהם הכלים והיכולת להשפיע על תהליכים פוליטיים הנוגעים להם ולהגביל את התחרות תוך פגיעה בציבור. מתוך הבנת הסיכונים הללו, חוק ההגבלים הפקיע במכוון את הפיקוח על ההגבלים העסקיים בישראל מידי הממשלה, שריה ומשרדיה, והפקידה בידי גורם שיפוטי, מקצועי, עצמאי ונטול פניות.

100. בניגוד מוחלט להיגיון זה של החוק, פרשנות המתירה שימוש נרחב בסעיף 52 לחוק ההגבלים תיצר "מסלול עוקף", אשר באמצעותו יוכלו הממשלה או מי מטעמה להכשיר מונופולים ולפטור אותם מהוראות החוק כאוות נפשם, ללא כפיפות לאמות מידה ברורות להפעלתה של סמכות מרחיקת לכת זו. זאת, תוך ניצול לרעה של הטיעון "הביטחוני-מדיני" גם כאשר משקלם של ההיבטים הביטחוניים והמדיניים במכלול השיקולים הנוגעים לאסדרתה של סוגיה מסוימת הוא שולי.

101. שימוש כזה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים יוביל לפגיעה בלתי-מידתית בתחרות החופשית במשק וברווחת הציבור בישראל. בכך יתמשש החשש שאותו בדיוק ביקש חוק

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



ההגבלים למנוע – טשטוש ההבחנה החיונית בין פיקוח מינהלי-פוליטי לפיקוח מינהלי-שיפוטי על הגבלים עסקיים בישראל, והחדרת הפוליטיקה מקום בו החוק ביקש בבירור להימנע ממנה. מכאן, שפרשנות מרחיבה של סעיף 52 לחוק ההגבלים תוביל לריקון מתוכן של חוק ההגבלים העסקיים.

ההיסטוריה החקיקתית

102. בדברי ההסבר לחוק ההגבלים העסקיים מתאר המחוקק את הסמכות המסורה לשר הכלכלה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים (סעיף 51 בנוסח דברי ההסבר) בזו הלשון: "מוצע להסמיך את השר לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה. הסעיף המוצע יאפשר שחרור מהמסגרת הקבועה בחוק לגבי אותם הגבלים עסקיים ששיקולי מדיניות החוץ או בטחון המדינה גוברים בהם על שיקול הבטחת התחרות לטובת הציבור" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח הממשלה 62, 1647; ההדגשה הוספה).

103. מדברי ההסבר עולה בבירור, כי המחוקק ביקש לייחד את הסמכות להעניק פטור לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים אך ורק למקרים שבהם משקלם של שיקולי החוץ והביטחון עולה במובהק על שיקולי התחרות.

104. כך, למשל, כאשר ההגבל העסקי שלו ניתן הפטור עלול להכשיל יישום אמנה בינלאומית שישראל מבקשת להצטרף אליה או הסכם שלום שעליו היא מבקשת לחתום. במילים אחרות, אין כוונת המחוקק לכל מקרה שבו אפשר להצביע על קיומם של שיקולי מדיניות חוץ וביטחון, אלא נדרש שמשקלם של אלה יהיה כה מהותי, עד כי יגברו על שיקולי התחרות. וודאי שאין הסעיף מיועד להסדרים כובלים שהשפעתם העיקרית היא על השוק הישראלי פנימה, כמו בענייננו.

105. לא זו אף זו, מנוסח דברי ההסבר להצעת החוק עולה מפורשות כי אין בהפעלת סעיף 52 לחוק כדי לשחרר את הממשלה מן החובה לשקול שיקולי תחרות, אלא אך ששקילת שיקולי התחרות לא תיעשה במסגרת הקבועה בחוק. האיזון עם שיקולי התחרות חובה שיתקיים גם לאחר הפעלת סעיף 52 לחוק.

הנוהג המינהלי

106. למיטב ידיעתנו, סעיף 52 מעולם לא הופעל עד כה בישראל. עובדה זו כשלעצמה מלמדת על קיומה של פרקטיקה מינהלית של הימנעות מהפעלת הסעיף בתחום ההגבלים העסקיים שיש לה, כידוע, משקל בתהליך הפרשני (ראו, בין רבים, בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד (מ) 113, 145-146 (1986); עע"ם 4068/10 עיריית חולון נ' קר פרי בע"מ, פיסקה 16 (השופטת מ' נאור) (20.16.2011)).

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, القدس 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



107. הימנעות זו מהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים – מחזקת את הפירוש שלפיו הסעיף נועד למקרים חריגים שבחריגים, אשר בהם משקלם המכריע של ההיבטים המדיניים-ביטחוניים של התחום שבו נוצר הסדר כובל מצדיקים מתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, כולן או מקצתן. הנוהג המינהלי שהתגבש מבטא אף הכרה בכך שהמסלול העיקרי לטיפול בהסדרים כובלים הוא המסלול השיפוטי שמתווה חוק ההגבלים העסקיים, ולא המסלול המינהלי המעוגן בסעיף 52 לחוק.

ישנו מקום לשיקולי חוץ וביטחון גם במסלול השיפוטי

108. סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "בית הדין [להגבלים עסקיים] יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים". סעיף 10 לחוק מוסיף ומונה שיקולים שאותם רשאי בית הדין להביא בחשבון בבחנה את טובת הציבור, אך אין זו רשימה ממצה. בית הדין להגבלים עסקיים אינו עיוור אפוא לשיקולים החורגים משיקולי התחרות, ואפשר להביא בפניו גם את השיקולים מתחום החוץ והביטחון המצדיקים, לשיטת הממשלה, מתן פטור או תנאים מיוחדים להסדרים הכובלים נושא דיוננו.

109. מן הסמכות הנתונה לבית הדין להגבלים עסקיים להידרש גם לשיקולים מדיניים וביטחוניים בעת אישור הסדר כובל, אנו למדים ביתר שאת על שיוריותו של "המסלול העוקף" המעוגן בסעיף 52 לחוק ההגבלים. יש לפנות אפוא לסעיף 52 אך ורק כאשר אין כל אפשרות מעשית להביא הסדר כובל לאישורו של בית הדין להגבלים עסקיים "בדרך המלך".

פרשנותו הראויה של סעיף 52 אינה מאפשרת להפעילו בענייננו

110. עד כה עמדנו על האופן שבו יש לפרש את סעיף 52 לחוק ההגבלים: זהו מנגנון שיורי, אשר נועד להותיר מרחב פעולה לשר הכלכלה במקרים קיצוניים ויוצאי דופן, בהם שיקולים קריטיים, חיוניים מכריעים של חוץ או ביטחון הם כה כבדי משקל ונחוצה הכרעה מהירה בכך – עד כי הדבר מחייב פגיעה בתחרות והתערבות בשיקול דעתו העצמאי והמקצועי של הממונה על ההגבלים העסקיים תוך הוצאת בית הדין להגבלים עסקיים מן התמונה.

111. עתה נבהיר מדוע לפי פרשנות מתחייבת זו, סעיף 52 אינו יכול לשמש מקור לסמכות הממשלה לאשר את טיוטת המתווה להסדרת משק הגז הטבעי.

משקלו של השיקול המדיני-ביטחוני איננו מכריע

112. אף אם נקבל את טענת המדינה, שלפיה להסדרת משק הגז הטבעי בישראל יש השלכות מסוימות על אינטרסים מדיניים ואף ביטחוניים של מדינת ישראל – הרי שמשקלם של שיקולים אלה אינו עולה על משקלם של היבטי התחרות הנוגעים למשק הישראלי פנימה.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



113. עיקר חשיבותה של תגלית הגז בישראל היא בהשפעתה על המשק הישראלי – קירובה של ישראל לעצמאות אנרגטית, הוזלת מחירי האנרגיה בישראל, פיתוח ענפים כלכליים חדשים סביב תעשיית האנרגיה וכהנה וכהנה השלכות כלכליות וסביבתיות, שנעמוד עליהן בהמשך בהרחבה. המגעים שהתקיימו בקשר לאספקת גז למדינות אחרות – אינם אלא יתרונות נספחים להשלכותיה מרחיקות הלכת של תגלית הגז על המשק הישראלי.

114. ראוי להדגיש עוד, כי לעת הזו, המגעים שהתקיימו בקשר לאספקת גז ישראלי לחלק ממדינות האזור מצויים בחלקם הגדול בשלבים ראשוניים למדי. כך, על פי חוות דעת משרד החוץ מיום 1.7.2015, נחתמו עד כה מזכרים לאספקת גז עם חברות הפועלות בירדן ובמצרים בלבד. מזכרים אלה נוגעים למאגר תמר, אשר פעיל כבר היום, ולא למאגרים האחרים שבהם עוסקת טיוטת המתווה שהציגה הממשלה. בקשר למאגר לווייתן קיימים רק מזכרי הבנות (Letters of Interest) מול ירדן, מצרים והרשות הפלסטינית.

115. על משניות השיקול המדיני-בטחוני בתמונה הכוללת של אסדרת משק הגז בישראל אפשר ללמוד גם מכך שהממשלה החלה להעביר שיקולים אלה לקדמת הבמה רק לאחרונה. למעשה, עד לקיץ הנוכחי, הממשלה עצמה לא סברה ככל הנראה ששיקולים אלה תופסים נפח משמעותי בתמונה הכוללת בסוגיית הגז. הדבר מעורר חשד כבד שהשימוש בהיבטים המדיניים-בטיחוניים לא נועד אלא כדי "להלבין" ולהכשיר – בדיעבד, ולא מראש – מהלך לעקיפתם של בית הדין להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים, אשר עמדתו לא הייתה נוחה למקבלי ההחלטות ובעיקר לחברות הגז. זאת, בניגוד מוחלט להוראות חוק ההגבלים ולתכליתו, ותוך הפרה של חובת התכליתיות, תום הלב וההגינות החלות על המינהל.

116. נתונים רבים מטילים צל על בחירתה של הממשלה לפנות לסעיף 52 לחוק ההגבלים בעיתוי הנוכחי. כזכור, הממונה על ההגבלים העסקיים מנהל מול חברות הגז את הליך השימוע בטרם קביעת הסדר כובל זה למעלה מארבע שנים. ואולם, רק ביום 25.6.2015 התקבלה החלטה לקונית של הקבינט המדיני-בטחוני, הקובעת כי "בעת הנוכחית, עיכוב בהרחבת שדה 'תמר' ובפיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לווייתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים של מדינת ישראל הוא בעל השלכות שליליות משמעותיות על יחסי החוץ ועל ביטחון המדינה" (ראו סעיף 1 להחלטה מספר ב/6 של ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטיחוני) מיום 25.6.2015). חוות הדעת של משרד החוץ והמועצה לביטחון לאומי, אשר עוסקות באופן כללי ותמציתי בלבד בהיבטיה המדיניים והביטחוניים של תגלית הגז בישראל, הוכנו אך בחודש יולי 2015. רק בחודש יוני 2015 הצטרפו נציגיו של שר הכלכלה, הגורם לו מסורה, כזכור, הסמכות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים, ל"צוות קנדל", חודשים ארוכים אחרי שהצוות החל לנהל משא ומתן מול חברות הגז. לא זו אף זו, עיון בתמציות הפרוטוקולים של דיוני "צוות קנדל", שאותן הואילה הממשלה לשחרר לאחרונה, מלמד כי שיקולי מדיניות חוץ וביטחון והאפשרות של פנייה לסעיף 52 לחוק ההגבלים הועלו בדיוני הצוות לראשונה רק ביום 6.5.2015. בדיון זה הביע הממונה על ההגבלים העסקיים את התנגדותו למתווה המתגבש מול

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



חברות הגז, ובעקבות זאת נאמר לו שיופעל סעיף 52 לחוק.

117. התנהלות הממשלה סביב הנושא המדיני-ביטחוני מעוררת, איפוא, תהיות עמוקות. לכל הפחות יש ללמוד ממנה, כי הנפח שתופס נושא זה בכלל ההיבטים הכרוכים באסדרת משק הגז בישראל הוא משני, אם לא שולי וודאי מגמתי ואף מאולץ. מכאן, שאין כל הצדקה להפעיל בנסיבות העניין את המנגנון החריג, השיורי, שבסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים ולעקוף את מנגנוני הפיקוח הפועלים מכוחו של חוק זה.

118. לפני סיום יש להעיר, כי ערים אנו לכך שבתי המשפט נוקטים ריסון בביקורת שיפוטית על שיקולי חוץ וביטחון, מקום בו אלה מוצגים על ידי המדינה (ראו, למשל, בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, פסקה 13 (הנשיא א' ברק) (2001); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, פסקה 15 (השופט א' ריבלין) (2003)). ואולם, השאלה שלפנינו נוגעת לפרשנות סעיף 52 לחוק ההגבלים. טענתנו היא זו: גם אם נקבל, לצורך הדיון, את תמונת המצב הבינלאומית המשתקפת מחוות הדעת של משרד החוץ והמועצה לביטחון לאומי ללא סייג, בענייננו אין כל הצדקה להפעיל את סעיף 52. זאת, מפני שבאיזון בין שיקולי החוץ והביטחון כפי שהוצגו על ידי הממשלה לבין שיקולי התחרות, ידם של שיקולי התחרות על העליונה.

אין דחיפות מדינית-ביטחונית מיוחדת מצדיקה פנייה לסעיף 52 לחוק ההגבלים

119. כאמור, ההליך בין הממונה על ההגבלים לבין חברות הגז מתנהל זה למעלה מארבע שנים. יחד עם זאת, רק לאחרונה אימצה הממשלה את הקו שלפיו מיצוי ההליכים במסלול שמתווה חוק ההגבלים יביא לעיכוב בן שנים בפיתוח שדות הגז ובהרחבתו של שדה תמר. רק לאחרונה החלה הממשלה לטעון כי עיכוב זה יביא לפגיעה באינטרסים מדיניים וביטחוניים של ישראל, ונקטה שורת צעדים מרחיקי לכת, שכל מטרתם להביא לאישור בזק של המתווה שגיבשה במסלול עוקף מול חברות הגז. דומה, שאווירת הדחיפות שנוצרה סביב אישור מתווה הגז היא מלאכותית, חסרת בסיס עובדתי וכולה מעשה ידי הממשלה, אשר התמהמהה בכל הקשור לאסדרת משק הגז משך שנים.

120. מעבר לכך, כפי שיוסבר בהרחבה בפרק הבא – הרי שיש להטיל ספק בטענות כי מיצוי ההליכים לפי חוק ההגבלים ופניה לבית הדין להגבלים עסקיים - ולא במסלול המינהלי לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים - יביאו לעיכוב בפיתוח שדות הגז. בתמצית, למדינה הסמכות לאכוף על חברות הגז את חובתם לפתח את המאגרים (להם מחויבים הן מכוח חוק הנפט, הן מכוח החזקה שניתנה להם). במצב דברים זה, יש להתייחס בזהירות רבה ובהסתניגות לכל טענה בדבר "צורך בהול ודחוף" באישורו של המתווה שלא באמצעות בית הדין להגבלים עסקיים.

121. כך או אחרת, אם נשוב לסעיף 52 לחוק ההגבלים, ברי כי ככל שיש דחיפות אמתית בקידום

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



המתווה המוצע על ידי הממשלה, הרי שאין מדובר בדחיפות מדינית. ראוי להדגיש ששיקולי החוץ והביטחון שעליהם עמדה הממשלה אינם תומכים דווקא במתווה המוצע בטיוטה. הם מחדדים אומנם את הצורך באסדרה מהירה של משק הגז הטבעי בישראל, בכפוף לדין, אך אינם מחייבים לראות בפרטי ההסדר המוצע כזה ראה וקדש. ייתכנו אופני אסדרה אחרים, שאינם כוללים דווקא את חברות הגז שבהן עוסק המתווה, אשר יאפשרו להבטיח אספקת גז למדינות השכנות שמולן התקיימו מגעים בהתאם להסכמים ולהבנות אשר גובשו מולן.

122. עיקר הדחיפות בכל הקשור לאסדרת משק הגז הטבעי בישראל נובעת איפוא אולי מפגיעה כלכלית מסוימת, אך לא כזו שיש בה כדי להצדיק את הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים. ויש לומר כבר עתה, כי אף פגיעה זו ניתנת לצמצום, לאור העובדה כי בתי המשפט נוטים להתאים עצמם ללוחות זמנים קצרים, כשהדבר באמת נדרש. כך, הפגיעה הבלתי-מידתית שבאישור המתווה לפי סעיף 52 תצטמצם לכדי פגיעה מידתית ואולי אף שולית בהפעלת המסגרת הרגילה של חוק ההגבלים העסקיים.

123. אכן, לו אכן בחשש מפני עיכוב עסקינן, האין דרך פעולה מושכלת יותר הינה ליתן בידי הממונה על ההגבלים העסקיים להפעיל סמכויותיו כדין, ולבחון את יעילות הדיון בפני בית הדין להגבלים עסקיים טרם הפעלת סעיף 52? האין יתרון בהסדרה של משק הגז מתוך עמדה של כוח, ולא עמדה של חולשה (כדברי מבקר המדינה)? כך ראוי לפעול, ובמהירות.

2.4 סיכום

124. בפעולתו של "צוות קנדל" – שעל ידו גובש המתווה אשר עומד לפתחנו – נפלה שורה ארוכה של פגמים מינהליים מהותיים וחמורים. צוות קנדל הוקם על ידי הממשלה מבלי שהוגדרו תכליותיו, תחומי פעילותו, מעמדו או סמכויותיו. חבריו לא כללו נציגים מקרב כלל המשרדים הממשלתיים והרשויות הרלוונטיים. הוא פעל במחשכים, תוך זריית חול בעיני הציבור, הסתמך כמעט לחלוטין על התשתית העובדתית שהוצגה על ידי חברות הגז, ונמנע מלשתף את הציבור בזמן אמת. פגמים אלו סירסו את יכולתו של צוות קנדל לערוך עבודת מטה מקצועית, עצמאית ומהימנה, ולהגיע לתוצאות שיבטיחו את האינטרס הציבורי ויובילו לשחרורו מן השבי הרגולטורי בידי חברות הגז. במצב דברים זה, ברי כי לא ניתן לקבל תוצר כלשהו של צוות שהתנהל בדרך קלוקלת ומגמתית שכזו.

125. ואולם, צוות קנדל לא הסתפק באסדרת תחומים כגון פיקוח מחירים או התנהלותו של משרד האנרגיה – ופלש אל עבר תחום דיני ההגבלים העסקיים תוך נטילה אסורה של סמכויות שיפוטיות שניתנו לממונה ולבית הדין להגבלים עסקיים, וזאת שלא כדין. ניהול המשא ומתן עם חברות הגז תוך הבטחה גלומה לפטור אותן מ"עולו" של חוק ההגבלים העסקיים – בניגוד לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים וללא צורך ליטול היתר מבית הדין להגבלים עסקיים כמצוות החוק – נעשה בחוסר סמכות משווע. פגם שורשי זה הופך את המתווה כולו לפסול מעיקרו.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



126. ואם לא די בכל זאת – הרי שכעת מבקש צוות קנדל להכשיר את פעולתו נעדרת ההסמכה, ו"להלבין" את נטילת הסמכות האסורה באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, בכסות של "שיקולי חוץ וביטחון". ואולם, מן הטעמים שפורטו להלן, ברי כי לא ניתן להפעיל את סעיף 52 לחוק בנסיבות דנן.

127. נוכח כל האמור, דוחה התנועה מכל וכל את המתווה המוצע, שאינו אלא פרי ביאושיו של צוות נעדר סמכות שפעל בניגוד מוחלט לכללי המינהל התקין. הפגמים המהותיים שנפלו בעבודת הצוות יורדים לשורש העניין, והופכים כל תוצר שלו וכל פעולה מינהלית שתבצע בהסתמך עליו – לפסול מעיקרו.



פרק 3 – המתווה יוביל לתוצאות הפוכות ממטרותיו המוצהרות

128. בדברי ההסבר למתווה, הצהיר הצוות הממשלתי על שלוש מטרות שאותן נועד המתווה

להשיג: הבטחת ביטחון אנרגטי, יצירת משק תחרותי, ופיתוח שדות הגז.³⁷

129. ראשית, נבקש להביע את תמיהתנו מהבחירה להציב דווקא יעדים אלו כמטרות המרכזיות העומדות ביסודו של מתווה ראשון מסוגו והרה-גורל שאמור להסדיר בצורה כוללת את משק הגז הטבעי בישראל. לא ברור מדוע אמצעים טכניים כ"פיתוח שדות גז" או "משק תחרותי" הוכתרו כמטרות, חלף קביעת מטרות-על חיוניות כגון: אספקת כלל צרכי התעשייה הישראלית בגז טבעי במחיר תחרותי; שיפור מצבה הכלכלי של מדינת ישראל; הגדלת מקומות העבודה; ודאגה לדורות הבאים.

130. ואולם, אף אם נקבל את המטרות שהוגדרו על ידי הצוות הממשלתי, ונבחן לאורן את המתווה המוצע – הרי שמסתבר כי המתווה צפוי להוביל הלכה למעשה בדיוק לתוצאות ההפוכות ממטרותיו המוצהרות. ונסביר.

3.1 יצירת משק תחרותי

3.1.1 המומחה הרשמי לתחרות במדינת ישראל קבע באופן חד-משמעי שהמתווה לא יוביל לתחרות

131. לא ניתן לחלוק על כך שהממונה על ההגבלים העסקיים הוא בעל הסמכות המחזיק במומחיות הרבה ביותר בכל הנוגע לתחרות במשק הישראלי.

132. כידוע, הממונה על ההגבלים העסקיים הוא הגורם הממשלתי המקצועי ביותר והבכיר ביותר אשר הופקד על פי דין על הגנת התחרות במשק הישראלי. הוא עומד בראש הרשות להגבלים העסקיים, בה פועלים מאות עובדי מדינה בעלי מומחיות וידע, העוסקים יומם וליל בקידום התחרות במשק.

133. פרופ' דיויד גילה בפרט, המכהן כיום כממונה על ההגבלים העסקיים, הוא פרופסור בעל שם עולמי, הידוע כמומחה בינלאומי בהגבלים עסקיים וברגולציה של שווקים. כתיבתו האקדמית כללה מחקרים חשובים ורבי-השפעה על החזקות והשקעות צולבות בין מתחרים, אשר השפיעו על בתי משפט ורשויות מנהליות רבות ברחבי העולם.³⁸

³⁷ דברי ההסבר למתווה, בעמ' 2, פס' 10.

³⁸ ראו למשל: "Partial Cross Ownership and Tacit Collusion", 37 RAND Journal of Economics, p. 81-99 (2006)

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



134. והנה בנוגע למתווה שגובש למול חברות הגז – פרופ' גילה קבע באופן חד משמעי כי מתווה זה לא יוביל לתחרות במשק הגז.

135. כבר כאשר הוצג בפניו המתווה לראשונה על ידי הצוות הממשלתי, הביע פרופ' גילה את אי-שביעות רצונו מן ההסדר, והסביר כי המתווה לא יביא לתחרות מספקת במשק בשל הבעלות הצולבת של נובל בגז המקומי בלויתן ותמר.³⁹

136. בעקבות הודעת הצוות הממשלתי על הכוונה להמשיך ולקדם את המתווה, בניגוד לדעת הממונה – ובחוסר סמכות משווע – הכריז פרופ' גילה על התפטרותו מהתפקיד, והבהיר כי הוא משוכנע בכך שהמתווה לא יוביל לתחרות בשוק הגז הטבעי.⁴⁰ הממונה חזר על עמדה זו לאחרונה גם בישיבה על מתווה הגז בוועדת הכלכלה בכנסת.⁴¹

137. די בעמדתו המקצועית של "המומחה מס' 1" לתחרות בישראל – שקבע באופן חד משמעי שהמתווה לא יוביל לתחרות – כדי לסתום את הגולל על הטענה שלפיה המתווה צפוי להוביל לתחרות במשק הגז הטבעי. יצויין כי לעמדתו זו של הממונה הצטרפו מומחים בינ"ל נוספים וכן היא נסמכת על המצב במדינות העולם כולו.

138. ואולם, בגדר למעלה מן הצורך, נבקש להוסיף ולפרט מדוע ברור כי מבנה האחזקות שמוצע במתווה הממשלתי, לא יכול להוביל לתחרות אמיתית במשק הגז הטבעי. עמדתנו זו נסמכת בחלקה על חוות דעת מומחה – פרופ' אבי בן בסט – המצ"ב כנספח ד' וכן על נתוני האובייקטיביים של משק הגז הישראלי.

3.1.2 מאגר "כריש-תנין" אינו "מתחרה אמיתי"

139. כאמור, אחת מהמטרות המרכזיות אותן אמור לקדם מתווה הגז היא ההתמודדות עם בעיית המונופול ויצירת תחרות במשק הגז הטבעי בישראל. הגישה אותה מציג המתווה לפתרון הבעיה היא שינוי מבנה הבעלות הקיים על מאגרי הגז: חברת דלק, השותפה היום בזכויות נפט במאגרי תמר, דלית, לויתן, כריש, תנין ודולפין, ובזכויות נפט נוספות, תמכור על פי המוצע בתוך 14 חודש מיום החלטת הממשלה על אימוץ מתווה הגז את אחזקותיה בזכויות הנפט במאגרי כריש ותנין לצד ג' שאינו קשור לחברות נובל או דלק (להלן: "השחקן החדש בכריש ותנין"); ובתוך שש שנים תמכור חברת דלק את מלוא אחזקותיה בזכויות הנפט במאגר תמר לצד ג' שאינו קשור לחברות נובל או דלק או לשחקן החדש בכריש ותנין (להלן: "השחקן החדש בתמר"). במקביל, תצמצם חברת נובל את אחזקותיה במאגר תמר לכדי 25%.

³⁹ ישיבה מיום 6.5.2015 – בעמ' 81 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" (30.6.2015).

⁴⁰ מכתב התפטרות הממונה מיום 25.5.2015.

⁴¹ מיום 6.7.2015.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



140. מבנה משק הגז אותו חוזה המתווה לאחר השלמתן של מכירת הזכויות במאגרים כאמור הוא של שלושה "שחקנים" המתחרים זה בזה. ואולם, נתוני המאגרים וכן מבנה המשק בישראל מלמדים כי אין סיכוי של ממש ליצירת תחרות במקטע ההפקה בענף הגז הטבעי, ויתר על כן, גם אם תיווצר תחרות מסוימת, הרי שזו תהיה מוגבלת ולא תביא להשפעות המקוות, ובראשן הפחתת מחיר הגז המונופוליסטי הקיים היום.

141. ראשית, יש לבחון האם השחקן החדש בכריש ותנין אכן יכול לשמש מתתחרה לשני מאגרי הגז הגדולים, לוויטן ותמר. זאת, בהנתן כמות הגז המצויה במאגרים אלו, עלויות ההפקה, מועד תחילת ההפקה המסחרית, גיוס הון לפיתוח המאגר, האיסור על ייצוא גז ממאגרים אלו, והתמלוג אותו רשאיות דלק ונובל לדרוש מהשחקן החדש, בהתאם למתווה המוצע.

142. כמות הגז המצויה במאגרי הגז העיקריים שבבעלות החברות דלק ונובל, נכון ליום 31 בדצמבר 2014, מפורטת בטבלה שלהלן.

מאגר	קטגוריה	כמות הגז במאגר (BCM)
תמר	2P	295.95
לוויטן	2C	614.166
כריש	2C	35.89
תנין	2C	13.48

מקור: חברת דלק קידוחים, דו"ח שנתי לשנת 2014

143. מן הטבלה עולה כי כמות הגז במאגרים כריש ותנין נאמדת במעט פחות מ- 50 BCM, כ-8% בלבד מכמות הגז במאגר לוויטן, וכ-5% מכמות הגז הכוללת במאגרי תמר ולוויטן. לפיכך, ברי כי גם אם תיווצר תחרות של ממש בין השחקן החדש בכריש ותנין לבין בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויטן, תחרות זו תתאפשר רק עבור מקטע שוק מצומצם ביותר ולפרק זמן קצר ביותר - בוודאי לא תחרות אשר עשויה להשליך על התנהלות משק הגז ועל מחיר הגז.

144. בנוסף, מאחר ומחיר הגז תלוי בין היתר בעלות ההפקה השולית של הגז מן המאגר, שהיא פונקציה של כמות הגז (ככל שכמות הגז במאגר גדולה יותר, כך פוחתת העלות השולית של הפקתו) הרי שמחירו של הגז המופק ממאגרי כריש ותנין יהיה יקר באופן ניכר ממחיר הגז המופק משדה לוויטן ומשדה תמר - ובפרט שמדובר בשני מאגרים נפרדים אותם יש לפתח. מכאן, שגם בהיבט המחיר, יתקשה השחקן החדש בכריש ותנין להציע לצרכנים מחירי גז זולים ממחירי הגז במאגרי תמר ולוויטן.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



145. בשיטה הנוהגת היום בישראל, פיתוח מאגר גז טבעי מחייב גיוס הון, המתבסס על האפשרות של בעלי המאגר למכור כמות משמעותית של גז ללקוחותיהם. על פי התפיסה שהוצגה בועדת צמח, פיתוחם של מאגרי הגז בישראל בשנים הקרובות אמור להתבצע על בסיס חוזים לייצוא גז. ואולם, המתווה המוצע קובע כי לא יותר ייצוא גז ממאגרי כריש ותנין- ובכך למעשה חוסם המתווה את האפיק העיקרי לגיוס הון לפיתוח המאגר.

146. מאידך, בשל מבנה הביקושים במשק הישראלי, קיים בו "לקוח עוגן" מרכזי אחד (חברת החשמל), החתומה על חוזים לרכישת גז ממאגר תמר. פיתוח השדות כריש ותנין באמצעות פתיחת החוזים של חברת החשמל לרכישת גז משדה תמר והמרתם בחוזים לרכישת גז ממאגרי כריש ותנין, לא זו בלבד שלא תביא למחיר גז תחרותי לציבור בישראל אלא תביא בפועל לגלגול העלות העודפת של הפקת הגז ממאגרי כריש ותנין על ציבור הלקוחות ה"שבוים" של חברת החשמל, קרי כלל הציבור בישראל.

147. לכל האמור יש להוסיף את סעיף התמלוגים ההזוי שנקבע במתווה, שלפיו נובל אנרגיי ודלק יוכלו להמשיך ולגבות מן המתחרה החדש שירכוש את כריש ותנין תמלוגים בסך 9% מסך הכנסותיו. בכך, מותיר המתווה שוט אפשרי לשליטה בידי המונופול ואף זכות להתחלק ברווחיו. הדרישה מהמתחרה החדש לשלם תמלוגים שוטפים למונופול תכביד על התזרים הראשוני שלו, תקשה עליו להשיג מימון, ותעמיס על העלות השולית שבה יישא בצורה שתקשה עליו להפחית את מחירי הגז שימכור על מנת להתחרות במונופול.

148. לסיכום חלק זה, נבקש להפנות לטענותינו הנרחבות אשר פורטו במסמך ההתנגדות שהוגש על ידינו לממונה על ההגבלים העסקיים ביום 27.05.2014 בדבר טיוטת הצו המוסכם - אזי העניק לנו הממונה פרק זמן סביר לגיבוש עמדתנו - ובפרט לעמודים 54-71 למסמך ההתנגדות המצ"ב כנספח ה', אשר רבות מהן רלוונטיות גם להסדר הנוכחי של מכירת כריש ותנין במתווה המוצע.

3.1.3 במתווה שגובש מאגר "תמר" לא יהווה מתחרה אמיתי

149. המתווה המוצע גם אינו צפוי ליצור תחרות בין מאגרי הגז הגדולים תמר ולוויתן.

150. גם לאחר צמצום אחזקותיה במאגר תמר, תמשיך חברת נובל להחזיק בחלק משמעותי ממאגר זה (25%), ויתרה מזאת, נובל תמשיך לשמש כמפעילה בשני השדות - עובדה המקנה לה מעמד בכורה ויכולת השפעה מכרעת בין השותפות במאגר. מכאן, שאחזקותיה הצולבות של חברת נובל בשני מאגרים הגז הגדולים של ישראל חוסמת כל אפשרות לתחרות בין מאגרים אלו, שכן ברי כי לא תיתכן תחרות - ובפרט כזו אשר תביא להורדת מחירים - בין שני מאגרים שבבעלות אותה החברה.

151. במקביל, קובע המתווה כי מכירת חלקה של חברת דלק במאגר תמר יתבצע רק בחלוף 6 רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



שנים (!) מאישורו, קרי לא לפני מחצית שנת 2021. במצב עניינים זה, כאשר חלק משמעותי מן הגז במאגר תמר כבר הופק, ויתרתו נרכשה בחוזים ארוכי טווח (או בחוזי ייצוא - אם יאושר המתווה), כמות הגז אשר תהיה "זמינה" לכאורה לתחרות מול מאגרי לווייתן תהיה מצומצמת, ולא תיצור את התחרות המבוקשת.

152. סיכומו של דבר, האחזקה הצולבת של דלק ונובל אנרג'י (ובעוד 6 שנים – בידי נובל אנרג'י) במאגרי תמר ולווייתן, לא תאפשר כל תחרות במשק הגז הישראלי. יפים לכך דבריו של פרופ' אבי בן בסט, מתוך חוות דעת המומחה המצ"ב האמורה (נספח ד') :

"המבנה המוצע אינו יכול ליצור תחרות, בוודאי לא ב-6 השנים הקרובות, שכן בתקופה זו שני המאגרים הגדולים יוחזקו על ידי אותם בעלים. אולם גם בעוד 6 שנים לא תיווצר תחרות, כי נובל אנרג'י תמשיך להיות שותפה בשני המאגרים הגדולים. יש לציין כי מדובר במוצר הומוגני לחלוטין, שיובל לחוף באמצעות אותו צינור, לכן אין לצפות שנובל אנרג'י תתחרה בעצמה בשיווק אותו מוצר. קיים רק פתרון אחד ליצירת תחרות – הפרדה מוחלטת של הבעלות. כלומר כל מאגר יוחזק על ידי יחיד (או קבוצה) שלא יהיו שותפים במאגרים אחרים. מבנה כזה יצור תחרות בין מעטים (אוליגופול). זו אינה תחרות משוכללת, אך יש במבנה זה תחרות שתגרום למחיר נמוך יותר מאשר במבנה הבעלות המוצע."

3.1.4 מאגרי גז פוטנציאליים אחרים נותרים בשליטת המונופול

153. במסגרת הליך גיבוש המתווה על ידי הצוות הממשלתי, הציע הממונה על הנפט לכלול ויתור של חברות הגז על כל טענה לזכות בכל הנוגע לשטחי אלון B, רות A, רות B, רות D, אלון F, אלון E, אביה וקרן.⁴²

154. בפרט, הדגיש הממונה על הנפט את החשיבות שבחיוב חברות הגז לוותר על שטחו של רישיון אלון B לשעבר (שבו אותרו מספר פרוספקטים לגז טבעי, ואשר מצוי כעת בהליכים משפטיים מול דלק ונובל). זאת, במטרה להעניקו לקונה העתידי של מאגרי כריש-תנין (הצמודים לשטחו של רישיון אלון B), ובכך להפוך את רכישת תנין וכריש ל"אטרקטיבית יותר", לאפשר להם להיות "מתחרים טובים ואמיתיים", ולסייע למדינה "בהכנסת שחקנים נוספים למשק".⁴³

155. ואולם, הצעה חשובה וחיונית זו אשר הוצגה בפני חברות הגז בישיבות ביום 18.2.2015 – נעלמה באופן תמוה בהמשך הדרך מן המשא ומתן עם חברות הגז, וכעת היא נעדרת לחלוטין מן המתווה שגובש.

⁴² ישיבה מיום 12.2.2015 – בעמ' 36 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" (30.6.2015).

⁴³ שם.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



156. כיצד מצפה הממשלה להבטיח את קיומה של תחרות עתידית, בין היתר באמצעות קידום הפיתוח של מאגרי גז פוטנציאליים שיוכלו לשמש כמתחרים נוספים במשק הגז – כל עוד נותרות בידי מונופול הגז זכויות נפט בשטחים חיוניים שמכילים שדות גז פוטנציאליים? ההגנה על התחרות במשק הגז מחייבת להסדיר במתווה גם את החזקת החברות באותם שדות פוטנציאליים.

157. כך גם אין במתווה הגבלה ברורה כי חברות הגז לא יוכלו לקבל זכויות נפט נוספות, מעבר לאלו שמחזיקות הן בלוויתן ו/או בתמר, וזאת כדי להבטיח כי אכן תתקיים תחרות במשק הגז הטבעי.

158. אכן, אם כבר נערך מתווה כולל (הכולל בעיקר ויתורים של המדינה על אינטרסים שלה) ממשלת ישראל הייתה צריכה להסדיר בו סופית את ההחזקה של מונופול הגז בכלל השטחים – כולל בשטחי אלון B, רות A, רות B, רות D, אלון F, אלון E, אביה, דלית וקרן. איננו רואים כל הצדקה להחלטת הממשלה לתחום את גבולות המתווה רק למאגר לווייתן, תמר, וכריש-תנין – מבלי להסדיר במסגרתו את החזקת המונופול ברישיונות וחזקות בכלל השטחים הנוספים, לרבות קביעה מפורשת כי לא תוכלנה חברות הגז להחזיק בזכויות נפט נוספות בעתיד, עד לסיום החזקתן בתמר ו/או לווייתן. זאת בוודאי נוכח העובדה שהבטחת התחרות במשק הגז הוגדרה כאחת ממטרותיו המרכזיות של המתווה.

3.1.5 הסיכוי לגילוי שדות גז נוספים שיהוו "מתחרים אמיתיים" – קלוש

159. דומה כי הנחת היסוד של הצוות הממשלתי הינה כי המתווה המוצע יבטיח את התחרות במשק הגז, בין היתר משום שהוא יעודד משקיעים ויזמים אחרים שיגיעו לחפש גז טבעי בישראל, ויגלו מאגרי גז נוספים שימשו בעתיד כמתחרים למונופול הגז.⁴⁴

160. ואולם, כפי שעולה מחוות הדעת מומחה של הגיאולוג יוסי לנגוצקי, המצורפת כנספח ו', ניתוח מרכיביו הגיאולוגיים של הים התיכון הישראלי מלמדים כי הסיכוי למציאת שדות נוספים – עם נפחי גז דומים לשדות תמר ולווייתן – הינם קלושים עד בלתי קיימים.

161. מכאן, שיש לתכנן את מבנה האחזקות של משק הגז הטבעי בישראל מתוך נקודת מוצא הפוכה, שלפיה אין סיכוי ממשי לגילוי עתידי של מאגרי גז ענקיים שיכולים להתחרות במאגר תמר ולווייתן.

162. במצב דברים זה, מחויבת ממשלת ישראל לנצל את ההזדמנות הנתונה בידיה כיום על מנת לעצב מחדש מבנה משק הגז במסגרת ההסדרה הכוללת, באופן שיבטיח את קיומו של משק

⁴⁴ ראו למשל בעמ' 72 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" (30.6.2015).
רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



תחרותי, מבלי להסתמך על חלומות באספמיה של גילויי שדות גז ענקיים או גדולים בעתיד.

163. ודוק: מובן כי במידה שאותו סיכוי קלוש יתממש ויתגלה מאגר נוסף בקנה המידה האמור – מדינת ישראל תברך על כך. אך ההסתמכות על גילויי עתידי שכזה – לצורך הבטחת התחרות החיונית במשק הגז במדינת ישראל – מעידה על לא פחות מחוסר אחריות והעדר מקצועיות של הצוות הממשלתי.

3.1.6 הפגיעה הברורה בתחרות בהליך אישור זהות הקונים

164. "המתווה נועד לאזן בין כלל השיקולים הקיימים, כולל אך לא רק השיקולים התחרותיים".⁴⁵ כפי שנכתב בדברי ההסבר, יצירת תחרות במשק הגז הטבעי הינה חלק אינטגרלי מתכלית המתווה, אולם אין היא מהווה שיקול בלעדי. לכאורה איזון שכזה הינו סביר, אולם בכותבה את דברים אלו, נטלה לעצמה המדינה דרור לרמוס ברגל גסה את שיקול התחרות, ולמעשה ליתן לו משקל משני וקטן ביותר.

165. בין הפגיעות השונות בתחרות העולות מן המתווה, בולטת באופן מיוחד הסדרת סוגיית אישור הקונה של כריש ותנין. נקבע, בסעיפים 1, 11 ו-12 לפרק ג' למתווה, כי זהות רוכשי הזכויות במאגרים כריש, תנין ותמר תאושר על ידי הממונה על הנפט, לאחר שזה יקיים מעין-היוועצות עם הממונה על ההגבלים העסקיים (למעט באשר למכירת זכויותיה של נובל אנרגי במאגר תמר, שבה יידרש אישורו של הממונה על הנפט בלבד).

166. ברי כי לזהות הקונים עשויה להיות השפעה מכרעת על התחרות, ולכן לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים חייבת להיות משקל מכריע בסוגיה זו, שעולה על "הזכות" לייעץ לממונה על הנפט. תכלית דיני ההגבלים העסקיים נדרשת שתבוא לידי ביטוי בהליך גם אישור המתחרים של חברות הגז. התנועה מתקשה להעלות על הדעת אילו שיקולים גברו בנסיבות דן על שיקול התחרות, למעט העדיפות שניתנת לאינטרס חברות הגז על פני אינטרס הציבור, כנהוג במחוזותינו בעת האחרונה.

167. לא זו אף זו, לאור כשליו של הממונה על הנפט בשנים האחרונות בפיקוח אחר חברות הגז (כשלים שעליהם עמד בין היתר מבקר המדינה בדו"ח בנושא פיתוח משק הגז הטבעי מיולי 2015), מן הראוי כי יהיה פיקוח הדדי - במעמד שווה - בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין הממונה על הנפט. רק כך תובטח התחרות, וברי כי אין בשינוי זה כדי להשפיע באופן משמעותי על חברות הגז.

168. כן נדגיש, כי הנוסח שבטיטת צו המוסכם לעניין "הקונה"⁴⁶ מקובל על התנועה, שכן הוא

⁴⁵ פס' 10 לדברי ההסבר.

⁴⁶ עמ' 2 לטיטת הצו המוסכם (בפרק ההגדרות).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



קובע שאדם יוכל להיות מוגדר כ"קונה" לגיטימי אם חלים עליו שני התנאים המצטברים הבאים:

1. הוא אינו בעל קשרים אלו או אחרים לחברות הגז.
 2. "זהותו אושרה בכתב, טרם המכירה, על ידי הממונה [על ההגבלים העסקיים] ועל ידי כל משרד ממשלתי או רשות ממשלתית אחרת שאישורם מתחייב על פי דין לצורך רכישת הזכויות בנכס".
169. נוסח זה, שמבקש לקדם את משק הגז בהתאם לחוק ובשיתוף פעולה של כלל משרדי הממשלה, להבדיל מן הנוסח שבמתווה שמטרתו לשמור את כלל הקלפים בצמוד לחזהו של משרד האנרגיה, יאפשר קידום של האינטרס הציבורי באופן מיטבי יותר. זאת, כמובן, בכפוף להתנגדותה הגורפת של התנועה למתווה ולאופן שבו הוא גובש.
170. על כן, מן הראוי שסעיפים אלו ישונו ויעניקו לממונה על ההגבלים העסקיים משקל זהה בקבלת ההחלטה בדבר זהות רוכשי המאגרים, וזאת במיוחד לאור העובדה כי לא תהא בשינוי זה כדי להשפיע כהוא זה על חברות הגז.

3.1.7 הנאמן

171. הפטור מן ההגבל העסקי מותנה ב"קיום מלא ושלם של התנאים" המפורטים. שינוי מבנה האחזקות, קרי, מכירת הזכויות במאגרי תמר, כריש ותנין, בתוך תקופת הזמן המנויה במתווה, הוא אחד מן התנאים הבסיסיים שאמור על פי תפיסת המתווה להביא לתחרות במשק הגז.

172. כאמור, לעמדתנו אין במכירת שני מאגרים קטנים אלו, תוך הטלת מגבלות על הקונה, כדי ליצור היתכנות לתחרות. גם מכירת זכויות חברת דלק בלבד במאגר תמר והותרת חברת נובל כבעלת זכויות בה אינה מביאה לתחרות. אך לא נכון להתעלם מכך שההסדרה במתווה המוצע לגבי הנאמן מהווה אף היא, כשלעצמה, נדבך נוסף בסדרת הפגמים, הויתורים והמחדלים של המתווה.

173. המתווה יוצר הסדרים כמעט זהים למינוי הנאמן ופעילותו בנוגע למכירת תמר ולמכירת כריש ותנין. ההבדל המרכזי הוא בסמכויות הנאמן, כפי שידון בהמשך. רוב ההערות להלן, מתייחסות אם כן, למינוי הנאמנים הן לגבי תמר והן לגבי כריש ותנין, ככל שעד המועד הקובע לא ימכרו הזכויות בהם, כאמור במתווה.

א. בחירת הנאמן וקביעת שכרו

174. סעיף 24 (לעניין כריש ותנין) וסעיף 35 (לעניין תמר) קובעים את ההליך ותנאי הכשירות למינוי נאמן. המתווה קובע, כי המוכרות תצעה לממונה שלושה מועמדים לתפקיד הנאמן,

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



כאשר תנאי נדרש הוא כי לא יתקיים ניגוד עניינים במילוי תפקידם וכן כי במשך שנתיים לפחות לפני תקופת המינוי ובמשך כל תקופת הנאמנות "הנאמן [...] לא נתן שירות כלשהו לצדדים או מי מהם או קיבל מהם טובת הנאה...". בהמשך נקבע, כי הנאמן יגיש תצהיר חתום, כי הוא מתחייב להימנע מלתת שירות או טובת הנאה כאמור, למשך כל תקופת הנאמנות וכן 5 שנים מיום סיומה.

175. אם כן, במינוי הנאמן המתווה קובע סטנדרט כפול לעניין מערך היחסים בין הנאמן לבין חברות הנפט: מחד גיסא, הוראות בדבר היעדר תלות של הראשון באחרונים כמו גם האיסור לפעול בניגוד עניינים; ומאידך גיסא, הגבלת תקופת ניגוד העניינים והוראות, שאין אלא להגדירן כהזויות, המאפשרות לחברות הנפט לבחור את הנאמן ולקבוע את שכרו. לא ברור כיצד הקביעה כי המוכרות הן שתצענה את המועמדים לתפקיד משרתת את התכלית שביסוד ההוראה.

176. חברות הנפט הם בעלי הזכות להציע לממונה על ההגבלים העסקיים שלושה מועמדים פוטנציאליים להיות נאמנים, מביניהם ייבחר לבסוף הנאמן (סעיף 24 למתווה). המדובר בשליטה מוחלטת של חברות, לכתחילה, על האדם שנבחר לפעול באופן עצמאי למען מכירת הזכויות במאגרים תמר, כריש ותנין, גם אם בניגוד להסכמתם.

177. כלל לא ברור מדוע על הנאמן להתמנות מתוך שלושה מועמדים שיבחרו החברות. התכלית העומדת בבסיס הסדר הנאמנות במתווה הגז היא לאפשר לאדם נטול פניות לבצע מכירה של זכויות במאגרים, כפי שלא הצליחו לעשות החברות בעצמם. כל קשר בין הנאמן לבין חברות הנפט אינו מחויב מציאות ואף אינו ראוי, ודאי כאשר יש בנמצא חלופות אחרות. כך למשל, מינוי נאמן על ידי הממונה, ללא מעורבות שלהן.

178. בניסיון לטשטש את התלות הברורה נקבע כי על המועמד להיות מי שלא ניתנה לו שום טובת הנאה מצד חברות הגז משך שנתיים טרם מינויו. ככל שתנאי זה נועד למנוע מצב של ניגוד עניינים, הרי שמדובר בלעג לרש. אחיזת עיניים ותו לא. שנתיים מיום מינויו?! בהתחשב ב-14 החודשים שניתנים לחברות לפעול בעצמן למכירת הזכויות (בכריש ותנין), הרי שאנו נותרים עם עשרה חודשים בלבד מתוך השנתיים, שחלקם כבר עברו בעת הזו ו – 72 החודשים למכירת תמר. רוצה לומר: הנאמן יכול להיות, ויתכן כי אמנם יהא, אדם שקיבל מהחברות עד לא מכבר, ואולי עודנו מקבל, טובות הנאה. במה, אם כן, הועילו חכמים בתקנתן?!

179. בדומה, התנאי כי הנאמן יימנע מליתן שירות לחברות הנפט משך חמש שנים ממועד סיום הנאמנות (סעיף 25 למתווה). המדובר בפרק זמן קצר מידי, שאינו מבטיח בשום צורה את פעילותו העצמאית, נטולת הפניות, חסרת התלות, של הנאמן בחברות.

180. ראוי כי בעסקאות בסדר הגודל בו עסקינו, בהן מתקשרים הצדדים לזמנים ארוכים, בפרט נוכח האינטרסים הכלכליים הניכרים של הצדדים, תקופת הצינון תהא ארוכה יותר. בניהול

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



מכירה מסוג זה, המהווה אבן דרך בשוק המקומי, מצופה כי הנאמן יהיה בלתי תלוי ככל האפשר ומנותק מהאינטרסים הספציפיים של המוכרות. בשנתיים ימים שקדמו למכירה ובחמש שנים לאחריה, אין אנו מוצאים מרפא לכך.

181. על כל אלה נוסיף את קביעת שכרו של הנאמן, אך לא רק שלו, אלא גם של תאגיד ההשקעות שבו עליו להסתייע למען ביצוע תפקידו, על ידי חברות הנפט. גם אם חל איסור מלידתן לו טובות הנאה אחרות, הרי שדי בקביעת השכר, שלו ושל תאגיד ההשקעות, כאשר כלל לא ברור באמצעות איזה מנגנון ייקבע הסכום – כדי לייצר תלות ישירה ובעייתית בין הצדדים.

ב. מעמדו של הנאמן מול חברות הגז

182. הסדר הנאמנות נועד לבוא חלף מאמצי חברות הנפט למכור את הזכויות במאגרי תמר, כריש ותנין, ככל שאלה יעלו חרס.

183. הסדר זה, נועד לשרת את תכלית שינוי מבנה האחזקות, ועל כן, עליו להבטיח את מכירת הזכויות במאגרים ביעילות מירבית, תוך פרק הזמן הקצר ביותר. זאת, נוכח כישלון מאמצי חברות הנפט לעשות כן, קרי, במצב בו מכלול העסקאות הפוטנציאליות העומד על הפרק אינו לשיעור רצונם. משכך, על הסדר הנאמנות למזער ככל הניתן את מידת מעורבותם של החברות, שעלולים להיות בלתי מרוצים מאף אחת מן ההצעות הקיימות, או שמבקשים הם לעכב או למנוע את המכירה. אלא שמתכונתו הנוכחית של ההסדר אינה עושה זאת כלל ועיקר.

184. מעמדו של הנאמן מסורס בגין אופן מינויו וקביעת שכרו, כפי הובא לעיל. מעבר לכך העברת "הזכות למכור את הזכויות שלא נמכרו" לידיו של הנאמן פחותה בעוצמתה מהמחאת זכויות החברות עצמן במאגרים, ועל כן, אינה מקנה לנאמן את הכלים המיטביים לבצע את המכירה עליה הוא אמון ביעילות המירבית. בשל החשיבות העצומה של שינוי מבנה האחזקות, מחויב להקנות לנאמן כוח רב ככל הניתן, לחלוש באמצעותו על ביצוע המכירה, גם בניגוד לעמדתם של החברות. העברת זכויות הבעלות בפועל לידיו היא הדרך הראויה והיעילה לעשות כן.

185. לענייננו, ניתן ללמוד על הדרך הנכונה יותר למינוי והפעלת נאמן מסעיף 22 לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: חוק הריכוזיות), הקובע מנגנון של מינוי נאמן.

186. וכך, בתת סעיף (א) לחוק: "שלטה חברת שכבה בחברת שכבה אחרת בניגוד להוראות פרק זה, ימנה בית המשפט המחוזי, לפי בקשה כאמור בסעיף קטן (ב), נאמן מטעם בית המשפט, אשר יוקנו לו אמצעי השליטה בחברת השכבה האחרת המוחזקים בניגוד להוראות פרק זה לצורך מכירתם".

187. בתת סעיף (ו) לחוק נקבע, בין היתר, כי בית המשפט יקבע את תפקידי הנאמן וסמכויותיו;

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



ובתת סעיף (ח) לחוק כי בית המשפט הוא שייקבע את שכרו של הנאמן, שישולם מתוך תמורת המכירה של אמצעי השליטה או בדרך אחרת.

188. ההיגיון העומד בבסיס מוסד הנאמנות שבחוק הריכוזיות דומה לזה שבבסיס מתווה הגז, ואין כל הצדקה לשוני הקיים – הפועל לקולא ולא ולחומרא, בכל הנוגע לבעלי ההון המחזיקים בזכויות – במתווה הגז המוצע.

ג. סמכויות הנאמן וסמכויות הממונה על הגבלים

189. הסמכויות שהמתווה מעניק לנאמן הינן מוגבלות למדי. כל מה שמוענק לו הוא "הזכות להעביר את הזכויות המועברות שלא נמכרו" (סעי' 23,34) ולא זכויות חברות הגז עצמן במאגרים הנמכרים. הגבלה זו, שאיננה משקפת את התפיסה הקלאסית לגבי נאמנות, מסכלת את ניתוק החברות מהמאגרים בשלב שבו לא מיצו את חובתן למכירתם ומבטיחה את המשך הזכות של החברות במאגרים עד למכירתן.

190. עוד מובהר בסעיפים 33.6 וכן 43.6, כי: "בכל מקרה הזכויות האמורות לא יוחזרו למדינה לפני העברתן לידי קונה...". העובדה שהזכויות נותרות בידי החברות עצמן, על כל המשתמע מכך, מעוגן היטב במתווה.

191. מתווה זה מעודד המשך עיכוב המכירה ומעכב אף את הגשמת היומרה של המתווה להביא לתחרות, באמצעות המכירה.

192. ניתן להקיש מההיגיון שעמד מאחורי המנגנון הקבוע בחוק הריכוזיות כאמור אף בנושא זה. שם כאמור מוקנים לנאמן אמצעי שליטה בחברה אותה עליו למכור.

193. לגבי מנגנון זה מוסבר באחד מדיוני ועדת הכספים של הכנסת, מיום 21 במאי 2013, על ידי עו"ד רוני טלמור, מהמחלקה הכלכלית-פיסקלית במשרד המשפטים, כי מדובר ב"סעיף האכיפה העיקרי של החוק, כאשר המטרה שלו לגבי חברות שמוחזקות שלא כדין בתום תקופות המעבר, או בהמשך הדרך יכול להיווצר מצב כזה, כלי האכיפה המרכזי הוא פשוט לקחת את החברה ולמכור אותה, מה שהיה צריך בעצם לעשות", ובהמשך, על ידי עו"ד אבי ליכט, המשנה להיוהמ"ש, המחלקה הכלכלית-פיסקלית, כי "ברגע שהחברה יוצאת ועוברת לנאמן, מבחינת האינטרסים שהחוק בא להגן עליהם בעצם הבעיה נפתרה. הרי מה רצינו לומר? רצינו לנתק אותו מבעל השליטה ולאפשר את המכירה, כדי שבעל השליטה גם אחרי תקופת השש שנים לא יחזיק בחברה. ברגע שהמניות שלו עוברות לנאמן מבחינתנו התכלית של החוק הושגה", וכן כי "בית המשפט מינה נאמן, יש לו סמכויות להפעיל כלפיו את כל הסמכויות שהוא רוצה". בהמשך מסביר ליכט, כי ברגע שהועברו מניות בעל השליטה אל הנאמן, שמפעיל את כל הסמכויות, אז מתנתקת חברת השכבה (שאינה עומדת בתנאי החוק) מהפירמידה של בעל השליטה.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



194. בעניינינו לא מתבצע כל ניתוק כזה. יתר על כן בנוגע למכירת תמר אף מושמט הסעיף הקיים לגבי מכירת כריש ותנין (סעיף 29) בו נקבע, כי "הנאמן יוכל לבצע כל פעולה ולנקוט בכל צעד בשם דלק ונובל ובמקומם, כפי שימצא לנכון, לשם מכירת הזכויות". הוראה זו כאמור הושמטה מסמכויות הנאמן בכל הנוגע למכירת תמר, דבר המגביל עוד יותר את סמכויותיו. כל זאת, כאשר ההצדקה לדחיית מכירת הזכויות בתמר לתקופה של 6 שנים נשענת על חוק הריכוזיות, אולם כשהסדר החוקי הקבוע בחוק הריכוזיות לא תואם את האינטרס של חברות הגז, הן משליכות אותו מן החלון ולא מבקשות לסמול ידיהן עליו.

195. מטייטת הצו המוסכם, שעל פגמיו עמדנו בשימוע בעניינינו, ניתן ללמוד על הכיווצים הנוספים שנעשו בסמכויות הממונה וזאת לטובת החברות, באופן המאפשר עוד ועוד את העיכוב במכירה. באותה טיוטה הוענקו לממונה על ההגבלים סמכויות לתת לנאמן הוראות כיצד לפעול כדי לזרז את המכירה, אם הנאמן לא מוכר בפרק הזמן הקבוע וכן סמכות לתת הוראות לחברות עצמן (סעי' 16 שם).

196. סמכות חיונית זו, הושמטה מהמתווה כך שבמידה והנאמן לא עומד במשימת המכירה בזמן שהוקצב, אין כל אמצעי יעיל להביא להשלמתה. השמטת סמכות חיונית זו יכולה להביא לתוצאה, שלמרות הזמן שהוקצב למכירה, המכירה תתעכב עוד ועוד.

197. מעבר לתוצאה המעשית העגומה שעלולה להיווצר מהעדרו של הסעיף, הידרו אף מחליש את מעמדו של הממונה למול החברות והנאמן.

198. עוד בטיוטת הצו נקבע מפורשות, כי הנאמן יפעל בהתאם להוראות המפורטות בכתב הנאמנות שצורף להסכם. למתווה זה לא צורף כתב נאמנות ולא צוין מפורשות חובתו של הנאמן לפעול על פיו. ועל כן יש לתהות האם חובותיו של הנאמן שונים מן המקובל וממה שנפרש בכתב הנאמנות שצורף לטיוטת הצו המוסכם.

199. לא מיותר לציין, כי המנגנון שנקבע, לא נותן כל סמכויות וכלים להבטיח את המכירות ואיננו כולל סנקציות שאמורות לקדם אותה ביעילות.

200. כך, לעניין תקופת הזמן העומדת לרשותו של הנאמן להשלים את מלאכתו, של ארבעה חודשים לעניין כריש ותנין (סעיף 28 למתווה) ושנים עשר חודשים לעניין תמר (סעיף 39 למתווה). בולט היעדרן של הוראות המבהירות מה יהא המצב המשפטי עם תום התקופה, ככל שלא עלה בידו של הנאמן לבצע את המכירה. למי תהיינה שייכות הזכויות? במתווה מצוין מפורשות כי הן לא תחזרנה לידיה של המדינה (סעיף 33 למתווה), ובאותה מידה היה ראוי לציין מפורשות כי הן לא תחזרנה לידי חברות הגז בשום פנים ואופן. האם ימונה נאמן חדש? ככל שהתשובה בחיוב, יש להבהיר כיצד יבוצע המינוי ואילו הוראות תחולנה על הנאמן החדש. האם תיכפה מכירתן של הזכויות בכל מקרה למציע הגבוה ביותר? ככל שיש נפקות לזהות המציע או לטווח ההצעה, הרי שיש להסדיר זאת כבר כעת. המתווה הנוכחי אינו מציע

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



תנאים מיטביים עבור הנאמן להיות מסוגל להשלים במסגרת ארבעה חודשים עסקה שהחברות לא ניאוטו להשלים בתוך 14 החודשים שקדמו לכך.

201. לסיכום, מתווה הנאמן מבטיח לחברות הגז המשך שליטה במאגרים אותם עליהם למכור עד מכירתם בפועל, איננו מבטיח את מכירתם; יוצר נאמן מוחלש, תלוי וקשור לחברות, ואינו מעניק לממונה על ההגבלים סמכויות מתבקשות להביא להשלמת המהלך.

3.2 הבטחת ביטחון אנרגטי

3.2.1 המתווה יפגע בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל

202. לשיטת הממשלה, אימוץ המתווה יבטיח למדינת ישראל "ביטחון אנרגטי". ההנחה הגלומה ביסוד תפיסה זו היא כי פיתוח שדות הגז לפי המתווה המוצע, יעניק למשק הישראלי ביטחון באספקת אנרגיה שוטפת. זאת, בין היתר, בשל אספקת יתירות למערכת הגז והגברת השרידות של משק הגז על-ידי צמצום תלותו במקור הספקה בלעדי.

203. ואולם, ככל שסוגיית הביטחון האנרגטי היא שעמדה בראש סדר העדיפויות הממשלתי – הרי שהיה מקום לשקול לא רק את ההשפעה של כמות המאגרים המניבים (בהנחה שככל שיותר מאגרים יפותחו כך יתחזק הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל); אלא גם את השפעת זהות השולטים בהם, ובפרט את העובדה שחברה יחידה תוסיף לשלוט בלמעלה מ-90% מעתודות הגז הטבעי בישראל.

204. הלכה למעשה, המתווה המוצע מבצר כאמור את מעמדן של שותפויות הגז כמונופול פרטי השולט במשאב טבע חיוני, באופן שבו אספקת הגז למשק הישראלי תהא תלויה בו במובהק. במצב דברים זה, מדינת ישראל לא תזכה לאותו "ביטחון אנרגטי" מיוחל. ההיפך מכך – ביצור מעמדן של חברות הגז יוביל לתלות מסוכנת והרת גורל של מדינת ישראל כמונופול פרטי, שחלקו כלל איננו בבעלות ישראלית, השולט במשאב טבע חיוני. ונסביר.

205. לפי הספרות הרלבנטית בתחום, קיימים מספר מדדים מרכזיים מהם ניתן ללמוד על מידת ה"ביטחון אנרגטי" במשק מסוים (Energy security). בין אלו, ניתן למנות את זמינות האנרגיה למשק (Availability); נגישות לאנרגיה (Accessibility); האפשרות הריאלית של המשק להרשות לעצמו לקנות אנרגיה (Affordability); ושיקולים שעניינם בשיקולי בטיחות וקיימות סביבתית (Acceptability).⁴⁷

⁴⁷ ראו, למשל: Bert Kruyt, D.P. van Vuurena, H.J.M. de Vries & H. Groenenberg, *Indicators for energy security*, Energy Policy, Vol. 37, P. 2166, 2181 (June 2009). ; כן ראו בנייר העמדה של מרכז המחקר בנציבות האיחוד האירופי בנושא "Energy Security Indicators" זמין כאן: <http://www.drustvo-termicara.com/resources/files/7fa5460.pdf>.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



206. אשר למתווה הגז המוצע בישראל - הרי שכאשר עיקר אספקת הגז תהא תלויה ועומדת על גורם מרכזי אחד – בפרט, כאשר הלה מורכב בחלקו הגדול מחברה שכלל אינה ישראלית – עלול להיווצר מצב בלתי רצוי של תלות והישענות בלתי רצויות מצד המשק הישראלי באותו הגורם, ומשכך ליצירת סיכונים ברורים בכל הנוגע לאספקת אנרגיה בטווח הרחוק, כמו גם לעיוותים בקבלת החלטות ביחס לאותו גורם מרכזי.⁴⁸

207. ראשית, מצב זה מציב את אספקת הגז הסדירה בישראל בפני סכנה תמידית. בכל רגע עשוי להתרחש אירוע בלתי צפוי שלא יאפשר למונופול להמשיך ולספק גז, מבלי שתפעל במקביל אליו חברה מתחרה שניתן להסתמך עליה כחלופה לו. זהו המצב, למשל, במקרה שבו תיקלע החברה למשבר כלכלי שלא יאפשר לה לעמוד בהתחייבויותיה⁴⁹; בתרחיש של שבידת עובדים; ועוד. תרחישים מעין אלו מטילים ספק במידת הביטחון שיש למשק הישראלי באספקת האנרגיה השוטפת אליו בטווח הקצר והארוך (Availability). כמו כן, ריכוז כוח השוק בידי מונופול הגז עלול להוביל לעליית מחירי האנרגיה, ומשכך לערער את האפשרות הריאלית של המשק הישראלי לקנות אנרגיה (Affordability).

208. בשולי האמור יצוין, כי לצד הפגיעה הנגרמת ממבנה האחזקות שמעוצב במסגרת המתווה, הרי שגם ההקלות המשמעותיות בסוגיית ייצוא הגז אשר מוסדרות במתווה, מובילות לפגיעה בביטחון האנרגטי. מבלי לעמוד על פרטי ההסדר בסוגיה זו (על כך נעמוד בהרחבה בהמשך), הרי שהגברת האפשרות לייצא, מצמצמת את זמינותו (Availability) של משאב הגז לצרכי המשק הישראלי. כמו כן, בטווח הארוך ייצוא מוגבר יגרום לסיום המאגרים, ובכך תאולץ מדינת ישראל לייבא אנרגיה במחירים גבוהים יותר (Affordability).

209. שנית, שליטתו המוחלטת של מונופול פרטי על שדות הגז בישראל עלולה להוביל להשפעה מסוכנת על מקבלי החלטות בישראל. בהקשר זה, דומה כי החשש מעימות עם גוף כה עוצמתי, עלול לגרום לעיוותים בקבלת החלטות של המערכת הרגולטורית והפיננסית, כמו גם שניסיון כנה לקבל החלטות אובייקטיבית בניגוד לאינטרסים של מונופול כזה לא יצלח. חשש זה הובע זה מכבר על ידי המחוקק בהקשר הרחב של ריכוזיות, אך הוא נכון כמובן גם לעניינו. כך נאמר בהקשר זה בדברי ההסבר להצעת חוק הריכוזיות כי: "החשש הוא שגידול יתר של גופים אלה... [י]הפוך אותם לגופים גדולים מכדי להיכשל. במילים אחרות, ייתכן המצב כי גודלם של גופים אלה... עלול לגרום עיוות בקבלת החלטות של המערכת הרגולטורית

⁴⁸ בהקשר זה יש מקום להביא מדברי דו"ח הוועדה להגברת התחרותיות במשק המלצות סופיות והשלמה לדו"ח הביניים, עמ' 13, (2012): "...ריכוז של כוח כלכלי על ענפי ופיננסי בידי מעטים מגלם בתוכו פוטנציאל לפגיעות וחשיפה של המשק בכלל ושל ציבור הצרכנים והחוסכים בפרט לסיכונים וכשלים מערכתיים...".

⁴⁹ בהקשר זה יוער כי כך למשל, עקב ירידת מחירי הנפט צנח שווי השוק של חברת נובל בבורסה האמריקאית, מגמה אשר עשויה לפגוע ביכולתה לגייס הון.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



והפיננסית, בשל הסיכון הסיסטמי שהם יוצרים ברמת המשק⁵⁰.

210. יודגש, כי על סכנה זו עמד בין היתר גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי- פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט, במכתב שבו הוא קרא להסדרה כוללת של משק הגז בישראל: "אין עוד תחום של תשתית חיונית בישראל, בעל השפעה כזו, הנשלט בידי גורם פרטי יחיד. כוח השוק שמרכזת הקבוצה מעורר חשש ברמת התחרותיות הענפית וההשלכה שלה על המחיר לצרכנים. אך הבעיה רחבה יותר. לבעיית התחרות הענפית יש להוסיף את החשש מריכוז העוצמה ברמה הכלל-משקית. זהו חשש החורג משאלות של מחיר ותחרות לעבר תחומים אחרים של יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק..."⁵¹.

211. עוד יצוין באותו העניין, כי לצד החשש האמור, תלות כאמור אף עשויה להוביל, מעצם טבעה, ליצירת חיבור שלילי בין גורמי הממשל לבין בעלי ההון. בהקשר זה, הגישה הרווחת בספרות המקצועית מכירה בכך שקיים קשר בין רמת הריכוזיות וטיב התחרות במשק לבין הסיכוי להתפתחות של שחיתות שלטונית,⁵² וכמאמרו של פרופ' אסף חמדני, כי "ריכוזיות של כוח כלכלי יכולה לבוא לידי ביטוי גם במישור הפוליטי"⁵³. דברים אלו נאמרו בהקשר הכללי של ריכוזיות השליטה במשק; אך מובן מקל וחומר שהם נכונים כאשר מדובר במתן שליטה למונופול על משאב טבע חיוני לפעילות המשק כמו הגז. עוד נוסיף, כי מעבר לקשר השלילי שעלול להירקם בין בעלי ההון לבין הממשל, הרי שיצירת התלות במונופול מעניקה לאחרון יכולת לאיים בהפסקת אספקת הגז, ובכך לסחוט הטבות מהממשל בניגוד לדין (יכולת אשר ניתן לראות את נפקותה כבר בתוצאותיו של המתווה הנוכחי).

212. שלישית, מעבר לסיכונים המובנים הנוצרים כאשר תשתית כה חיונית למשק מוחזקת ונשלטת בידי גורם פרטי יחיד, הרי שסיכונים אלו אף מתעצמים מקום בו אותה תשתית מוחזקת ברובה על ידי תאגיד זר, אשר לממשלת ישראל אין אפשרות מעשית להשפיע על מדיניותו, פעולותיו או זהות בעלי השליטה העתידיים בו.

213. גם במובן זה, ניתן להעלות על הדעת תרחישים המגלמים סיכון רב למשק האנרגיה בישראל.

⁵⁰ דברי ההסבר להצעת החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, עמ' 1091, ה"ח הממשלה 706.
⁵¹ מכתבו של עו"ד אבי ליכט מיום 16.12.2014 אשר כותרתו "הנדון: 'יש לווייתן בחדר' - הצעה לחשיבה חדשה לשם הסדרת תחום הגז הטבעי."

⁵² ראו למשל, דורון נבות שחיתות פוליטית בישראל 118 (2011). נבות מסביר, בין היתר, כי במצב שבו תאגידים חולשים על ענפים מסויימים במשק באופן מוחלט, הרי ש"עובדי ציבור בכירים עלולים להיות קשובים יתר על המידה לצורכיהם כדי לזכות בתעסוקה לאחר השירות הציבורי. נבחר הציבור עלולים להיות תלויים יותר מדי בהשפעת התאגידים על התקשורת, לצד הצורך שלהם לקבל תרומות לניהול מערכות הבחירות", והדבר מגביר כמובן את החשש מפני שחיתות שלטונית (שם, עמ' 471). המאמר זמין כאן:

<http://www.idi.org.il/media/2447100/00045112.pdf>.

⁵³ אסף חמדני "ריכוזיות השליטה בישראל - היבטים משפטיים" מחקר מדיניות 78, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2009). פרופ' חמדני מוסיף כי: "ריכוזיות הכוח הכלכלי יכולה לבוא לידי ביטוי במישור הפוליטי גם בתחומים שאינם נוגעים לפעילות העסקית של התאגידים השונים. בעלי שליטה יכולים להשתמש בעמדת ההשפעה שלהם כדי לקדם סדר יום פוליטי, חברתי או כלכלי העולה בקנה אחד עם השקפותיהם האישיות" (שם, עמ' 33). מאמרו של פרופ' חמדני זמין כאן: http://www.idi.org.il/media/271067/pp_78.pdf.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



כך, לדוגמה, המתווה המוצע אינו נותן מענה למקרים שבהם גורמים עוינים יבקשו לקנות שליטה על מונופול הגז באמצעות רכישת מניות מהציבור – מצב דברים שעלול לערער לחלוטין את משק האנרגיה הישראלי; או למקרים שבמסגרתם בעלי שליטה עתידיים בתאגיד הזר יהיו בעלי אינטרסים הפוכים מאלו של מדינת ישראל (כלכלים; פוליטיים או אחרים), כאשר במקביל למדינת ישראל לא תהא כל יכולת לבלום מהלכים מתוך התאגיד הזר. יתרה מכך, אין למדינת ישראל כל אפשרות להשפיע על שינויים רגולטורים, ככל שיהיו, במדינת האם של התאגיד הזר, אשר יכולים להשפיע על פעילותו.

214. לכאורה, קיימים אמצעי רגולציה וחקיקה אשר באמצעותם ניתן להפיג חלק מהחששות הנובעים מהיותו של מונופול הגז תאגיד זר - אלא שאלו לא ננקטו במסגרת המתווה המוצע. כך למשל, ניתן היה להבטיח כי בעתיד יינתן משקל לעמדתה של מדינת ישראל לגבי קביעת זהות בעלי השליטה העתידיים במונופול הגז (כמו, למשל, באפשרות הקיימת להטיל ההגבלות על רכישה של אמצעי שליטה בבעלי רישיון לפי חוק הבזק, בתחום המוסדר לפי חוק זה⁵⁴). כן ניתן היה להבטיח כי התאגיד הזר לא יוכל לנקוט בעתיד פעולות מסוג מסוים אשר עלולות לסכן את אספקת האנרגיה למשק בישראל. בפועל, המתווה המוצע לא מציב דרישות כאמור, וגם משום כך הוא לא מספק מענה לסיכונים הנובעים ממתן הכוח למונופול יחיד.

215. הנה כי כן, ההישענות הבלעדית של המשק על שותפויות הגז – אם תקוים לפי המתווה המוצע – עלולה להגביר את רמת הסיכון בשל ההסתמכות על גורם אחד, ובוודאי שאין בה כדי לספק "ביטחון האנרגטי", כנטען.

3.2.2 ישנם אמצעים חלופיים להבטחת ביטחונה האנרגטי של מדינת ישראל

216. בידי ממשלת ישראל, ובפרט שר האנרגיה, מצויים אמצעים רבים שבכוחם לקדם את הביטחון האנרגטי המיוחל, ולמנוע את הנזק הלכאורי הגלום בדחיית פיתוחו של מאגר לווייתן. ואולם, כלים אלה מונחים כאבן שאין לה הופכין. בימים אלו דומה כי כלל מאמצי הממשלה מופנים להמשך ביצור מעמדו של מונופול הגז, חלף השקעה באפיקים אחרים ומידתיים יותר שיש בהם כדי לקדם את עצמאותה האנרגטית של ישראל.⁵⁵

217. ראשית, בסמכותו של שר האנרגיה להורות על הקמת תשתיות שיאפשרו להרחיב את הקיבולת של מאגר תמר, ולחייב את בעלי חזקת תמר להקים צנרת הולכת גז טבעי מתמר

⁵⁴ השוו לסעיף 4(2)ד(1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982: "...רשאי השר לקבוע, בתקנות או ברישיון, הוראות בעניינים אלה: הגבלות ותנאים לענין החזקה, העברה או רכישה של אמצעי שליטה במבקש רישיון או בבעל רישיון, לרבות בידי בעל רישיון אחר לפי חוק זה או בעל ענין בכל אחד מהם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, וכן הגבלות ותנאים לענין מינוי נושאי משרה בו..."

⁵⁵ ראו מכתבו של הממונה על ההגבלים העסקיים אל מנכ"לית משרד האנרגיה מיום 28.12.2014.



לאזור אשקלון. בכך יהיה גם כדי להגביר את אמינות האספקה של הגז הטבעי.⁵⁶

218. שנית, בסמכותו של שר האנרגיה לקדם פתרון של אחסון גז טבעי ממאגר תמר בים תטיס שיוכל לשמש כ"מאגר לשעת חירום" ובכך לקדם את היתירות הנדרשת במקרה של תקלה במאגר תמר. עוד ניתן בהקשר זה להורות על חיבור מאגר תמר לאסדת ים תטיס, ובכך להבטיח את קיומה של חלופה פעילה במקרה של תקלה באסדת תמר.

219. שלישית, בסמכותו של שר האנרגיה ליטול בחזרה רישיונות וחזקות שלא פותחו במסגרת לוח הזמנים של החוק – כך במאגר "דלית" – ולהעבירם לחברה אחרת אשר תתחייב לפתחם. בכך, יוכל השר לקדם את פיתוחם של מאגרים נוספים שיפעלו במקביל למאגר תמר, ועשויים להיות שחקן נוסף במשק הגז הטבעי. אולם מאגר זה לא זכה לקבל כל אזכור במתווה, להבדיל מכריש ותנין, ועל כך יש לתמוה.

220. נוכח האמור, דומה כי בידי הממשלה מצויים כלים רבים על מנת לקדם את הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל – שאינם מחייבים לשלם את המחיר היקר של ביצור מונופול גז אימתני, אשר יוביל לתלות מסוכנת בגורם בלעדי האמון על אספקת הגז למדינת ישראל. התעלמות זו מהכלים החוקיים שיש בידי משרד הגז מצטרפים לאיון היכולת להפעיל סמכויות לפי דיני ההגבלים העסקיים, ויחד מהווים הם המסמר האחרון בארון המתים של התחרות במשק הגז הטבעי בישראל.

3.3 פיתוח שדות הגז

221. כאמור, אחת ממטרותיו המוצהרות של המתווה היא לפתח את שדות הגז ביעילות. הטענה המרכזית היא כי קביעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים מעכבת את היזמים מלהוסיף ולפתח את שדות הגז, נוכח חוסר הוודאות שהיא יוצרת, ומכאן, חוסר רצונם להשקיע סכומי עתק בפיתוח, שייתכן כי בסופו של דבר לא יניב עבורם רווחים.

222. אלא שהצגת דברים זו, כאילו הפיתוח תלוי כולו ברצונם הטוב של היזמים, ואילו למדינה אין את היכולת לאוכפו כלל ועיקר, אינה מדויקת, וזאת בלשון המעטה.

223. היזמים, יש לזכור, קיבלו מהמדינה ומהציבור – ומהם בלבד – את הזכות להחזיק במאגרים ולפתחם. מאגרים, שכפי שמצוין במתווה שוב ושוב, ערכם האסטרטגי לאינטרסים הלאומיים והציבוריים הוא רב. ואמנם, זכות זו, לא בלי חובות ניתנה להם, ובוודאי שלא ניתנה להם תוך נישול כוחה של המדינה מהיכולת לחלוש על משאבים יקרי ערך אלה, לרבות האפשרות לשלוט בקצב פיתוחם של המאגרים.

⁵⁶ בהתאם להחלטת ממשלה מס' 442 מיום 23.6.2013.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



224. כך, סעיף 29(ג) לחוק הנפט, התשי"ב-1952, קובע כי מי שקיבל שטר חזקה – קרי, את הזכות לחפש ולהפיק נפט (סעיף 26 לחוק) – נדרש להפיק משטח החזקה נפט בכמויות מסחריות בתוך שלוש השנים הראשונות למתן החזקה, וככל שלא ייעשה כן, יכול השר לדרוש ממנו לעשות כן, ולא – תופקע ממנו החזקה.

225. עינינו הרואות, הכוח להבטיח כי פיתוחם של מאגרי הגז יוסיף להתבצע ביעילות, בתוך פרק זמן סביר, הוא כוח השמור למדינה ולא ליזמים. האם במקרה זה כלל נלקחה בחשבון האפשרות לכפות על היזמים לפתח בתוך שלוש שנים את מאגרי הגז, במנותק מהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים? התשובה לא רק שהיא בשלילה, אלא נדמה שהממשלה כלל אינה רוצה לנסות ולהפעיל את סמכותה השמורה, הכל כך חשובה, וחלף כך בוחרת לתרץ, ביחד עם היזמים, את תירוץ עיכוב הפיתוח.

226. כעת, יבוא הטוען ויטען – פיתוח מאגר הגז בהתאם לסעיף 29(ג) לחוק הנפט וקביעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים שלובים זה בזה. היינו: העיכוב שנוצר בעקבות הקביעה הוא לגיטימי, שאינו תלוי ביזמים, ועל כן לא חלה עליהם החובה לעניין שלוש שנות הפיתוח, ואילו למדינה אין כל סמכות לכפות עליהם לממש חובה זו.

227. טיעון זה – אין בו ממש, משני טעמים: ראשית, משום שפרשנות הסעיף כאמור אינה מחייבת, בשום אופן וצורה, לבחור דווקא בחלופה הקושרת בין שטר החזקה וחובת הפיתוח הנלווית אליו, לבין קביעות חיצוניות של הממונה על ההגבלים העסקיים, הגם אם בסופו של דבר הן עשויות להוביל לשינויים מסוימים באחזקותיהם של היזמים.

228. שינויים אלה באחזקות, הלא, ייעשו בתנאי שוק ובמחירי שוק – כשהיזמים ימכרו את חלקם לאחרים – ואין חשש משמעותי כי יוסיפו להשקיע בפיתוח מבלי לקבל תמורה מלאה עבור השקעותיהם בעתיד לבוא. זאת, גם אם מדובר בהשקעות בסכומי עתק.

229. השקעות עתק מסוג זה אמנם נחשבות לרציניות ומסוכנות יותר, אך הטיעון כי היזמים אינם מעוניינים לבצען בשל היותן כאלה הוא טיעון חלקלק וחלש. הפרויקט כולו הוא פרויקט שבו סכומי הכסף המושקעים כמו הם גבוהים, המצויים ביחס ישיר לרווחים האסטרטגיים הצפויים ממנו. היזמים ידעו, ידוע היטב, לכתחילה, מה טיבו של פרויקט חיפוש והפקה של מאגרי גז (במיוחד כשהיוולדו בהסדר כובל אסור בידיעה מלאה), והם אינם יכולים להיתלות בטענה כי אינם מעוניינים להתחייב להמשך הפיתוח, בשל גובה הסכומים העומדים על הפרק.

230. קביעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים אינה שלובה ותלויה בעניין הפיתוח בשום צורה, והיא, כאמור, לא תפגע בזכויות היזמים, אשר מעצם טיבן כפופות לדיני ההגבלים העסקיים (אלו הגבלות החוק שמתוות את כללי המשחק וזהו המצב הנורמטיבי אליו נכנסו ביודעין) ואשר יוכלו לקבל חזרה את השקעותיהם במחיר השוק שבו ימכרו את אחזקותיהם הבעייתיות, לאחר שהסוגיה תידון בפני בית הדין להגבלים עסקיים.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 • العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 • هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



231. ונדגיש, כל מכירה של המאגרים תיעשה תוך פיצוי מלא של כלל הוצאות חברות הגז, בתוספת רווחים נאים ביותר. כך, אף אם תשקענה חברות הגז סכומים אלו היום בפיתוח המאגר, לא יוותרו כיסיהן ריקים ביום המכירה, ולכן טענתן בדבר הפגיעה בהן חלשה עד אבסורדית, ובוודאי שאינה מצדיקה עיכוב פיתוח המאגר בניגוד לדין.

232. בקליפת אגוז תצוין אחת מן ההלכות החשובות ביותר שיצאו תחת ידיו של בית המשפט העליון האמריקאי, בראשית המאה הקודמת, שכוחה עומד עד היום – הלכת סטנדרד-אויל. שם דובר בחברת הנפט סטנדרד-אויל, חברת הנפט הגדולה בארצות הברית, בבעלותו של איל ההון ג'ון רוקפלר. היא החלה לרכוש אחזקות בחברות נפט אחרות, באופן שאמנם היה חוקי, אך העלה חשש כבד בדבר הפיכתה למונופולין, כפי שאכן קרה, לאחר שהצליחה לרכוש את כל חברות הנפט האמריקאיות בלא יוצא מן הכלל. בית המשפט קבע כי חברת סטנדרד-אויל אמנם הפרה את החוק, ביצירתו של מונופולין בלתי סביר, ועל כן, הורה לה למכור את אחזקותיה ולהתפרק לעשרות חברות עצמאיות. מהלך זה הושלם כהלכה, ובשום שלב לא הפריעה העובדה כי סטנדרד-אויל השקיעה השקעות עתק בפרויקטים שונים, כדי לעצור את המשך הפיתוח, ההפקה והמכירה של נפט.

233. שנית, טיעון זה, שקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים שלובה בסוגיית הפיתוח, אינו משכנע, משום שבשטר החזקה עצמו נקבע במפורש כי חובת חברות הגז לעמוד בהתחייבויותיהן בשטר החזקה, הינה מנותקת ונפרדת מסוגיית דיני ההגבלים העסקיים. כך נכתב בפסקה 46 לשטר החזקה: "יובהר כי אין במתן שטר החזקה משום הכשרה של הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ככל שיימצא שהיתה כזו בקשר עם שדה לווייתן; אם יימצא כי החזקת בעל החזקה בשטר חזקה זה מהווה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, יפעל בעל החזקה בהתאם לכל החלטה שיפוטית בעניין זה, לרבות העברת זכויותיו ושטר החזקה לאחר, ככל שיקבע כאמור".

234. הנה כי כן, שטר החזקה – שהלכה למעשה נערך ונחתם בהסכמת המדינה והיזמים כאחד – קובע כי הוא עומד במנותק מקביעותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים. שטר החזקה מתקיים, על כל תניותיו, ועל הדין הנלווה אליהן כולו, לרבות החובה לפתח את המאגרים תוך ארבע שנים (שנה אחת יותר מאשר המועדים הקבועים בסעיף 29(ג) לחוק הנפט); ובמקביל, מתקיימים ההליכים בפני הממונה על ההגבלים העסקיים, שככל שישתיימו בקביעה כי על היזמים למחול על זכויות אלה או אחרות, עליהם לעשות כן.

235. מנוסח פסקה 46 לשטר החזקה נלמד, ללא עוררין, כי הצדדים רצו להשלים את המהלך, של מתן שטר חזקה ותחילת במימושו, במנותק מקביעות עתידיות של הממונה על ההגבלים העסקיים. הם לקחו בחשבון, שבשלב כלשהו ייתכן כי קביעה זו או אחרת תיגרע מזכויותיהם, אולם לא ביקשו לוודא מראש כפי שנדרש בחוק כי יש בידיהם פטור.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



236. נוסף על כל אלה, נרצה להטיל ספק בהתייחס לקבועי הזמן שמציגה המדינה בדברי ההסבר שלה למתווה – עיכוב של ארבע עד תשע שנים בפיתוח. מנין הגיעה המדינה אל מספר השנים הזה דווקא? המתווה כולו מדגיש את הצורך, אך לא רק את הצורך אלא גם את היכולת, של המדינה, לנהל את כל ההליכים הכרוכים בהגשמת המתווה בתוך קבועי זמן קצרים להפליא. המדינה מבהירה, הלוך והבהר, כי היא מחויבת לקבועי זמן קצרים אלה, גם כאשר ההליכים העומדים על הפרק הם הליכים רגולטוריים מסורבלים שלפי רוב נמשכים על פני פרקי זמן ארוכים יותר. מדוע, אפוא, לא ניתן להשלים את ההליכים בפני בית הדין להגבלים עסקיים, למשל, בתוך פרקי זמן קצרים גם כן? האם מהירות הפעולה של המדינה תלויה במידת שביעות רצונם של היזמים בלבד? באינטרסים הפרטיים בלבד? בהתעלם מאינטרסים ציבוריים חשובים מאין כמותם – דוגמת הטיפול בסוגיית ההגבלים העסקיים מבלי לפגוע בקצב הפיתוח – שמן הראוי כי יזכו גם הם לטיפול יעיל ומהיר?

237. ודוק, הניסיון מלמד כי כשבית המשפט נדרש לכך, יודע הוא לפעול בלוחות זמנים קצרים ביותר, באופן אשר אינו מעכב למעלה מן הצורך את ההליכים, בין אם על ידי שמיעת דיונים בדפוסי זמן קצרים ביותר ובין אם על ידי פרסום פסק דין מידי ללא נימוקים והשלמת הנימוקים במועד מאוחר יותר.

238. אמנם, האינטרס הציבורי – הוא-הוא ולא אחר – שאמור לעמוד אל נגד עיניה של המדינה. ובתוך אינטרס זה, בין שלל האינטרסים שטרחה המדינה לציין, גם האינטרס למנוע הגבל עסקי בעייתי כגון מונופולין על אחזקות בשדות גז, משאב אסטרטגי בעל חשיבות עליונה, מבלי לפגוע בפיתוח השדות הללו. האפשרות לבצע את שני המהלכים במקביל שרירה וקיימת, אך המדינה בוחרת להתעלם ממנה, ולהשתמש בטיעונים של היזמים עצמם, כי לא ניתן להוסיף בפיתוח מבלי להבטיח היעדרו של הגבל עסקי. אין אלא להצר על בחירה תמוהה זו.

239. זאת ועוד, המתווה ממילא מאשר עיכוב של כשנה ומחצה בפיתוח מאגר לויתן (חמש שנים וחצי במקום ארבע השנים שנקבעו בשטר החזקה), אזי כיצד יכולים הוגי המתווה להמשיך לטעון בפה מלא שמטרת המתווה הינה למנוע עיכוב? המדובר בדבר והיפוכו.

240. מעבר לכך, כעת מאגר תמר מספק את כל צרכי המשק לעתיד לבוא, ויכול הוא לעשות כן עד לשנת 2028. כשבמקביל לכך, ניתן להורות לחברות הגז למכור או לפתח מאגרים קטנים נוספים (דלית), מגיעים למסקנה הברורה שבמאזן האינטרסים לטווח הרחוק, העיכוב שיחול בפיתוח המאגרים – שכאמור, אינו מחויב המציאות ממילא – אינו גובר על האינטרס הציבורי למנוע את ההגבל העסקי, באופן שעליו עלול הציבור הישראלי לשלם לדורי דורות.



פרק 4 – פגמים בהסדרים ספציפיים במתווה המוצע

241. כפי שפורט בהרחבה בפרק 2, על רקע הפגמים החמורים והשורשיים אשר נפלו בהליך עיצובו של המתווה המוצע - התנועה כלל אינה מכירה בסמכותו של צוות קנדל לגבש את המתווה למול חברות הגז, או בסמכות הממשלה לערוך את השימוע הציבורי דנן. משכך, מוגשת בזאת התנגדותנו לתוכנו של המתווה בגדר למעלה מן הצורך, ואין לראות בה חלילה כהכרה משתמעת בחוקיותו של ההליך.

242. על רקע דברים אלו, נבקש לפרוש להלן את התנגדותנו להסדרים השונים שנקבעו במסגרת המתווה המוצע.

243. פגמים אלו הופכים כל הסדר ספציפי כשלעצמו ואת המתווה המוצע בכללותו - למתווה שאינו סביר באופן קיצוני, לא מידתי ובניגוד לחוק. משכך, מתן התחייבות ממשלתית לפרטי המתווה וחתומה עליו למול חברות הגז תהווה הפרה חמורה של כללי המשפט הציבורי, אשר דינה - בטלות.



4.1 הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים

244. דיני ההגבלים העסקיים, מטרתם להבטיח תחרות בפעילות הכלכלית של מדינה, מקום בו כשלים בשוק החופשי מביאים להעדר תחרות וזאת כאמצעי להשגת מטרות ציבוריות חשובות ביותר כמו: דמוקרטיה כלכלית-חברתית,⁵⁷ יזמות וחופש ביטוי כלכלי,⁵⁸ הקצאת משאבים אופטימלית והוזלת המחירים לצרכני המוצרים⁵⁹ (קרי, האינטרס הציבורי). בניגוד לכך, התרת קיומו של הגבל עסקי הוא ההפך הגמור של התחרות - והוא הרעה היסודית (Prime Evil) מפניה בא החוק להגן.

245. בתקופה זו של פערים חברתיים הולכים וגדלים, יוקר מחיה ההולך וגדל ומחאה ציבורית נרחבת כנגד כוחות ריכוזיים בשוק המקדמים את האינטרסים שלהם על פני אלה של הציבור - יש לדיני ההגבלים העסקיים תפקיד קריטי בקידום נחוש של ערכי תחרות אמת שתשרת את הציבור. תחרות אמת בשוק הגז הטבעי חיונית במיוחד במשק בו הגז הטבעי עתיד להוות מקור האנרגיה המרכזי של המשק הישראלי. לשם כך נקבעו דיני ההגבלים העסקיים ולשם כך הסמכויות הנגזרות מהם נמסרו לממונה על ההגבלים העסקיים ולבית הדין להגבלים עסקיים.

246. בחינת המתווה מלמדת כי הוא פוגע פגיעה אנושה בתחרות, ולמעשה מסכל את הגשמת היתרונות הגלומים בתחרות כמעט לחלוטין. ונדגיש, הגורם האמון על בחינת וקידום התחרות במדינת ישראל, הממונה על ההגבלים העסקיים, הדגיש חזור ונשנה כי המתווה לא יביא לתחרות. לפיכך, התנועה תבקש לעמוד עתה על הטרייד-אוף של מניעת התחרות, קרי על הפגיעה באינטרס הציבור, שמביא עימו המתווה.

247. תחרות חופשית נועדה להוביל להגדלת הרווחה החברתית בדרך של הורדת מחירים, הגדלת ההיצע, ניצול יעיל של המשאבים ויצירת תמריצים לחדשנות ולהתייעלות - כל אלה ישרתו בסופו של יום כל אחת ואחד מן הציבור.⁶⁰ דברים אלה מבית היוצר של בית המשפט העליון אינם בגדר "סיסמאות" או מילים כלליות אלא הנחיה שיפוטית עליונה המחויבת תרגום ישיר

⁵⁷ ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, נב(5) 213, פסק דינו של הנשיא ברק (1998).

⁵⁸ ד"ר 4465/98 טבעול נ' שף הים, נו(1) 56 (2001) (להלן: פרשת טבעול): "היובל המזין את חופש התחרות: צורכי-הנפש של היחיד לבטא את עצמו, לפתח את אישיותו, להביא את כישוריו ואת כישרונותיו לידי מיצוי, איש איש בדרכו-שלו.

⁵⁹ בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29 (1986) (להלן: פרשת ק.ש.ר.): "תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר. התארגנות חברות לקרטל או למונופול נותנת להם כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן מתחרות חופשית שכן הכוח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים כרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות וקידום, ולאי הקפדה על איכותו של המוצר."

⁶⁰ פרשת ק.ש.ר, לעיל, בעמ' 37-38.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



וספציפי למדינה.

248. הגשמת התחרות החופשית מבקשת גם להוביל להשפעה חיובית החיצונית לכאורה לכלכלה, על ידי ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוזיות בידי גופים מונופוליסטים, הפוגעים בטווח הארוך בשוויון בין הפרטים בחברה ומחלישים את הדמוקרטיה. אכן, המדובר באינטרס ראשון במעלה של החברה בכללותה להבטיח קיומה של תחרות חופשית. ולכן, מקום בו השוק כושל ביצירת תחרות - או אז מוצדקת התערבות המדינה. החוק, באמצעות הרשות להגבלים עסקיים, העומד בראשה ובית הדין להגבלים עסקיים, תופס את מקומו בקדמת הבמה ומגשים את מטרתו כמגן הציבור הרחב והדמוקרטיה.

249. נדמה שאין חולק כי קיומה של תחרות בריאה היא מטרת החוק וגולת כותרתו, זאת משעה שתחרות שכזו הינה צורך ציבורי-דמוקרטי, כפי שמבהיר כב' הנשיא ברק ב-ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.12.1998):

"חופש התחרות הוא אינטרס מובהק של הציבור [...]. התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה..." [שם, 228-229].

250. עינינו רואות כי תכליותיו של החוק חשובות הן לכלכלה והן להגנה על הדמוקרטיה. לשם קידום תכליותיו אלה של "מניעת ריכוז-יתר", הוקמו בחוק האמור הרשות להגבלים עסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים ולשם כך הקנה החוק לממונה על ההגבלים העסקיים סמכויות ושיקול דעת נרחבים לפעול ולאסדר את השוק, מקום בו מאותרים כשלים.

251. הניסיון מלמד כי דווקא במקומות בהם נדרשת התערבותה של המדינה, דווקא שם יפעלו כוחות חזקים ובעלי עוצמה כלכלית רבה, שמטרתם לשמר את ההגמוניה שלהם ולהמשיך להשיא את רווחיהם הבלתי הוגנים. ואכן, הרגולציה במסגרתה מפעילים את דיני ההגבלים העסקיים, מעצם טיבה וטבעה חשופה, יותר מדינים רבים אחרים, למניפולציות ולחצים של גופים כלכליים חזקים להם השפעה פוליטית, המבקשים ליצור חסמים לתחרות ולהשיא את רווחיהם. כך ארע וכך קורה היום גם בענייננו.

252. ברי כי גופים בעלי עוצמה כלכלית ניכרת ינסו להשפיע על השלטון כדי למזער את ההגבלות



המוטלות עליהם.⁶¹ בנסיבות אלו על המדינה לעמוד מול שלל הלחצים והאינטרסים ולשרת נאמנה את רוב הציבור הישראלי, ולקבל החלטות אף אם אילו אינן מיטיבות עם בעלי המאה. כובד האחריות מחייב כי יבוא עימו כוח רב, הן לשם ההרתעה והן לשם מציאת פתרונות מהירים ומותאמים לנסיבות העניין.

253. לשם כך, אכן הוקנה בחוק לממונה ולבית הדין כוח רב ומרתיע, וזאת על מנת שיוכלו למלא את תפקידם בנחישות, קרי לקדם את התחרות, שתבטיח יעילות, הגדלת ההיצע והורדת מחירים לצרכנים. ואולם, כפי שתראה התנועה להלן, במקום לאפשר לממונה לעשות את אשר הוסמך הוא בחוק לעשות, עושה המדינה כל שביכולתה כדי להגבילו ולסכל את מימוש דיני ההגבלים העסקיים, ובכך מחזקת ונותנת גושפנקא לקיומו של הסדר כובל, ומבצרת ומנציחה את המונופול.

254. כעת תפנה התנועה ותעמוד על הפגיעה האנושה במטרות חוק ההגבלים, הכל - כדלקמן.

4.1.1 ויתור על הכרזת הסדר כובל - נזק חמור לתחרות ולשלטון החוק

255. נקודת המוצא היא, שחברות הגז חברו לכדי הסדר כובל במאגר "לווייתן", ללא שביקשו וקיבלו פטור או אישור מראש, ועל כן פעלו הן בניגוד לחוק ההגבלים. זו היא עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר הודיע ביום 06.09.2011 וביום 23.12.2014, כי בכוונתו להכריז עליהן כהסדר כובל בכפוף לשימוע.

256. חוק ההגבלים אוסר על יצירת הסדר כובל. 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,⁶² 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.

257. אכן לפי הדין הישראלי, הסדר כובל מהווה התנהגות פסולה מעיקרה, ולהבדיל מן המונופול לא נדרשים תנאים נוספים כדי שהעבירה תתקיים (כגון ניצול לרעה של הכוח), שכן אלו טבועים באופן אינטגרלי בעצם קיומו של ההסדר הכובל.⁶³ לפיכך, הנחת היסוד המעוגנת היטב בחוק ההגבלים הישראלי הינה כי הסדר כובל פוגע בתחרות, ופגיעה בתחרות הינה פגיעה באינטרס הציבור. ובמילים אחרות:

⁶¹ מיכל (שיצר) גל, חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים, מחקרי משפט כ"ג התשס"ח-2007, 767-709.

⁶² דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 28, 51 לפס"ד כב' השופט חשין.

⁶³ ע"פ 7399/95 נחשתן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, נב(2) 108, 120 (1998).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



"חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 [...] הוא כלי מרכזי המבטיח פעילות כלכלית חופשית ושוק תחרותי. בבסיס החוק עומדת התפיסה כי תחרות אמיתית מבטיחה הקצאה יעילה של משאבים ומגבירה את היעילות והרווחה המצרפית. מטרת החוק היא הגנה על ציבור הצרכנים מפני כשלי שוק הנוצרים עקב ריכוזיות-יתר בשווקים מסוימים או תיאום אסור בין גופים מסחריים"⁶⁴.

258. אם כן, אכיפת דיני ההגבלים העסקיים חיונית בכדי להגן על המשק, אך גם על שלטון החוק ועל עצמאות רשויות השלטון. ברי כי התחזקות של גורמים פרטיים, הנובעת מחבירתם יחד, עלולה להוביל להחזקה בכוח יוצא דופן, שישפיע על קבלת ההחלטות במשק ויפגע בתקינות ההליך הדמוקרטי. דווקא בעניין ההגבלים העסקיים יש לאכוף את החוק באופן דווקני, שיימנע מצב של איפה ואיפה. כשם שאוסרים על שתי חנויות נעליים סמוכות לשתף פעולה באופן שעלול להפחית את התחרות, על אחת כמה וכמה, יש לאכוף את החוק על הסדר כובל הפוגע במשק כולו. כל פעולה אחרת עלולה לשלוח מסר חמור, לפיו החוטה יוצר נשכר, ובכך תתמרץ המדינה את הגופים הפרטיים להתאגד ולא לסור למרותה.

259. מעבר לחשיבות אכיפת החוק על דרך הכלל, ההכרזה על ההסדר הכובל במקרה דנן צריכה הייתה לעמוד בבסיס הליך גיבוש המתווה, הן לשם תזכורת לחוסר ניקיון הכפיים של חברות הגז; הן כמנוף להפעלת לחץ על חברות הגז כדי לקדם את האינטרס הציבורי במסגרת המתווה המוסכם; והן כאופציה חלופית ריאלית (שלשיטתנו מהווה דרך המלך בנסיבות דנן) למתווה, על ידי הסדרת משק הגז הטבעי בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים, אך אם לא על דרך של הסכמה.

260. אכן, אין כל ספק ששימוש בכלים שהחוק מקנה לפירוק הסדר כובל יביא לתרומה משמעותית לתחרות במשק הגז הטבעי בטווח הבינוני והארוך ולהחלשת כוחו של המונופול ויכולתו להשפיע על הליך קבלת ההחלטות במדינה. הכרזה על הסדר כובל מאפשרת לבית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לסעיף 50א לחוק ההגבלים,⁶⁵ ליתן הוראות לצדדים להסדר כובל, הוראות שיביאו להסרת המגבלות על התחרות שההסדר הכובל מביא עימו.

261. כך למשל, יכול בית הדין להגבלים עסקיים להורות להסדר הכובל לפרק את ההסדר הכובל ולהפסיק את שיתוף הפעולה, למכור זכויות בנכסים, למכור נכסים משותפים וכיוצא בזאת, והכל - באופן שיגביר את התחרות בלוח זמנים קצר יחסית.

⁶⁴ פרופ' דיויד גילה, מיזוגים לפי חוק ההגבלים העסקיים - ניתוח ביקורתי, משפט ועסקים ח' התשס"ח (ספטמבר 2008), 333-351, 334.

⁶⁵ א. לפי בקשת הממונה, רשאי אב בית הדין ובהעדרו, שופט אחר של בית המשפט המחוזי בירושלים - (1) לצוות על כל אדם להימנע ממעשה, שיש בו הפרה של הוראות חוק זה ולתת ערובה לכך; (2) לצוות על כל פעולה, הדרושה למניעת הפרה כאמור."

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



262. ואולם, שאלת סוג ואופי ההוראות נותר לרוב בגדר תיאוריה, שכן המציאות מלמדת כי מיד עם הכרזה על הסדר כובל, נוטים צדדים לפרק בעצמם את ההסדר הכובל, וזאת מתוך חשש מההשלכות הפליליות והאזרחיות-מסחריות שיש בהכרזה מעין זו: בית הדין להגבלים עסקיים רשאי להטיל עונש מאסר על צד להסדר כובל⁶⁶; כמו-כן, התנהלות הסותרת את הוראות החוק, לרבות בדרך של חבירה לכדי הסדר כובל, דינה כדין עוולה נזיקית, המאפשרת לכל אדם לתבוע סעדים מן הצדדים להסדר הכובל. עינינו הרואות, כי הכלים שמעניק חוק ההגבלים לשם הגברת התחרות הינם רחבים ביותר, אינם דורשים כל הסכמה של אלו אשר פעלו בניגוד לדין, ויש להם השפעה ברורה על התחרות.

263. ודוק, רק בית הדין להגבלים עסקיים רשאי לאשר את קיומו של ההסדר הכובל (למעט שיקול דעת מצומצם ביותר של הממונה על ההגבלים העסקיים ליתן פטור מאישור כאמור). המדובר בסמכות שיפוטית מובהקת, המחויבת ליתן משקל מיוחד לטובת הציבור. אכן, טובת הציבור היא הטעם היחיד המצדיק מתן אישור להסדר כובל.

264. חרף היתרונות הברורים בהכרזה על הסדר כובל, אשר תמלא את אינטרס המדינה והציבור כמעט במלואו, החליטה המדינה כבר בראשית המתווה לוותר באופן מוחלט על טענותיה כנגד ההסדר הכובל שאליו חברו חברות הגז, כמו גם על הסכמים כובלים עתידיים. בכך מוחלת המדינה לחברות הגז על התנהלותן הספק-מכוונת ספק-מיתממת, שהביאה להפחתת התחרות במשק הישראלי ולביצור מונופול הגז לשנים קדימה.

265. ודוק, המדובר בהסדר הכובל הגדול ביותר בהיסטוריה של מדינת ישראל, בעל ההשפעה הרבה ביותר על המשק הישראלי כולו. אין ספק כי דווקא שם היה על המדינה לפעול ללא מורא להשלטת שלטון החוק ולהגשמת דיני ההגבלים העסקיים עד תום, למען יראו וייראו. במקום לפעול במלוא העוז, המדינה החליטה לוותר תמורת נזיד עדשים על הקלף החזק ביותר שלה, ובכך נתנה היא לגיטימציה הן להסדר הכובל דנן והן לכל הסדר כובל עתידי שייצור כל גורם פרטי. המדינה נשבתה בקונספציה של "גדול מדי בכדי ליפול", ובכך נותנת היא תמריצים לגורמים אחרים לפעול בניגוד לדין ולצבור כוח כה רב, כך שהמדינה תחשוש מלפעול נגדם. זה אבסורד שלא ניתן להשלים עימו.

266. יש לציין, שחברות הגז מנסות לטעון כי אין ביניהן הסדר כובל. טענה זו אין לקבל, במיוחד לנוכח העובדה שקיים בענייננו תקדים בעל נסיבות דומות ביותר, ואף עם זהות כמעט מוחלטת של הצדדים להסדר - בקשת החברות למתן פטור מהסדר כובל במאגר הגז הטבעי "תמר"⁶⁷. חברות הגז בהתקשרותן בכל הנוגע למאגר "תמר" ידעו לפנות מבעוד מועד ולקבל פטור או אישור מראש.

⁶⁶ סי' 47 לחוק ההגבלים.

⁶⁷ החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 22.8.2006.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



267. על כן, אין ספק כי היה על השותפות לקבל אישור מראש להסדר השותפות ביניהן, וכי הן היו מודעות לחובה זו שחלה עליהם. הניסיון להיתמם בעניין זה נשמעת כצורמת ביותר, מפי מי שביקש לחמוק מן החוק, אשר ידע היטב לפנות לרשות לקבלת פטורים אחרים, ועל כן אין לשעות לה.

268. משום קוצר היריעה, תבקש התנועה להפנות לעמ' 9-1 לנספח ז', מכתבה של העותרת לממונה על ההגבלים העסקיים מיום 20.11.2014, במסגרתו עמדה על הטעמים המובילים למסקנה כי חברות הגז פעלו בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ונתקשרו בהסדר כובל.

269. לדאבונו, המתווה דן מעניק לשותפות "פרס" על כך שנמנעו הן מלבקש פטור או אישור להסדר בשלב החיפוש, בכך שהמדינה פוטרת אותן באופן מוחלט - הן למפרע והן באופן הצופה פני עתיד - מההסדר הכובל אותו יצרו ובכך שהמדינה מעניקה להן גם פטור בשלב ההפקה ובשלב השיווק. מדובר באבסורד ראשון במעלה, שחברות הגז לא משלמות מחיר על ההתנהלות שלהן.

270. כך, קובעת המדינה כי יחול פטור מההסדר הכובל הגדול ביותר בהיסטוריה של ההגבלים העסקיים בישראל, שנוצר בידיעת חברות הגז, וזאת מכל הוראות החוק הן לצמיתות והן למפרע. המדובר בהתפרקות טוטאלית ממטרות דיני ההגבלים העסקיים ובהתעלמות מוחלטת מהפגיעה המכוונת של חברות הגז בדיני ההגבלים העסקיים. לשיטת התנועה, יש בכך כדי ליתן גושפנקא להתנהלות קרטליסטית, שתביא עימה פגיעה בהרתעה העתידית שנדרשת שתהיה במסגרת דיני ההגבלים העסקיים.

271. בנוסף, מעניק המתווה פטור מהסדר כובל שיווצר אם תחלטנה חברות הגז לשווק במשותף, וזאת עד לשנת 2025 (או 2030, תלוי בנסיבות). המדובר בארכה של 5 עד 10 שנים יותר מאשר הפטור ששקל הממונה לתת לחברות הגז לבקשתן בצו המוסכם - פטור שהיה אף הוא בלתי סביר. שיווק במשותף הינה הדרך הוודאית ביותר להבטחת ביצורו של מונופול הגז ולהגברת הכוח יוצא הדופן שכבר עתה נמצא בידי. המדינה משחקת לידי חברות הגז ומעניקה להן בדיוק את אשר הן חפצות בו - כוח מונופוליסטי משותף שלא ניתן לפירוק.

272. לא זו אף זו, ניתן פטור מהסדר כובל שעלול להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז טבעי מלווייתן, וזאת עד לשנת 2025.⁶⁸

273. ואולם, יש להדגיש הווייתור הגורף האמור לא נעשה בכפוף לפעולה זו או אחרת של חברות הגז, אלא הוא ניתן באופן אוטומטי וקבוע (בין אם לצמיתות ובין אם לתקופה שנעה בין 10 שנים ל-15 שנים). מתן הפטור מההסדרים הכובלים לא ניתן לביטול ואינו מותנה בקיום הפעולות המעוגנות במתווה. לא ולא. מתן הפטור ייעשה מיד עם חתימת חברות הגז על

⁶⁸ כלל הפטורים מפורטים בעמ' 4 למתווה.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



ההסכם, ואף אם חברות הגז לא תפעלנה בהתאם לחובותיהן אשר במתווה - אלו אולי יגררו עימן סנקציות אחרות שאינן מתחום ההגבלים העסקיים (למשל, העברת זכויות מכירת המאגרים לידי נאמן), אך לא יבוטלו, רחמנא ליצלן, הפטורים הגורפים שמונעים התמודדות עם הפגיעה הקרטליסטית.

274. מדובר באבסורד מן המעלה הראשונה, שמעניק נפח לטענה כי המדובר ב"מתנה", ותו לא. העובדה כי הפטורים האמורים לא מותנים בפעולה זו או אחרת, ואין סנקציה שעניינה חזרה מן הפטורים, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ופוגעת באופן בלתי מידתי בדיני ההגבלים העסקיים ובתחרות הנדרשת בענף זה. לפיכך, על המדינה לפעול לקיום החוק ולא לוותר על הכלים לתיקון הכשל ולקידום התחרות.

275. ברי שוויתור זה, שבהינף יד סומן כטענה של הממונה על ההגבלים העסקיים לבדו, בא הוא בעוכרה של המדינה בניהול המשא ומתן שניהלה, ובוודאי שהפחית באופן משמעותי את תרומת המתווה לתחרות ולציבור. בכך שהמדינה החליטה מראש שלא להידרש לאפשרות של הכרזה על הסדר הכובל, על כל המשמעות שבכך (המנהלית, הפלילית והאזרחית), וזאת מתוך חששות מעיכוב שלא בהכרח יתממשו (במיוחד לאור הנכונות של בתי המשפט להירתם לקיצור הליכים בנושאים ברי משמעות כגון דא), וויתרה היא על כך שידה תהא על העליונה ובכך וויתרה על אחריותה ויכולתה להגן מכל משמר על אינטרס הציבור.

276. הפגיעה התקדימית בדיני ההגבלים העסקיים, מקום בו היה צורך לדקדק בהוראות החוק, מובילה לאיון של שלטון החוק ופוגמת בהרתעה בתחום זה, ובכך תהווה היא מדרון חלקלק שמתוצאותיו הציבור יפגע לדורות קדימה.

4.1.2 ויתור על סמכויות כנגד מונופולין - פגיעה אנושה בתחרות ובשלטון החוק

277. "מבנה הגז הטבעי כפי שהתפתח עד היום יוצר תלות של המדינה במונופול פרטי בכל הנוגע להפקה ולאספקה של משאב חיוני זה". דברים אלו של מבקר המדינה⁶⁹ הם הבסיס להבנת הבעיה שאליה נקלעה מדינת ישראל, בעיה שהיא בעצמה - באוזלת ידה - תרמה להיווצרותה. מעבר לסוגיית המחירים, שעליה תעמוד העותרת בהמשך, אין להתעלם אף מיכולתו של המונופול להשפיע על הליך קבלת ההחלטות במשק, כמו גם ביחסי החוץ ובביטחון, במיוחד כשהמדובר בשליטה כה מוחלטת במשאב אנרגיה כה חיוני. לשם כך, יש להבטיח כי גוף פרטי לא יוכל להחזיק בכוח כה רב.

278. ואכן, לשם כך, חוק ההגבלים מקנה בידי הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים סמכויות רחבות ושיקול דעת רחב, שיאפשרו להם להתמודד עם מונופול רב עוצמה

⁶⁹ דוח מבקר המדינה, "פיתוח משק הגז הטבעי", יולי 2015, עמ' 18.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



אשר מנצל את כוחו לרעה. כך למשל, רשאי הממונה ליתן הוראות למונופולין בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע פגיעה בתחרות (סעיף 30 לחוק); רשאי בית הדין, לבקשת הממונה, להורות למונופול למכור נכס שבידו, כולו או חלקו, כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור (סעיף 30א לחוק); כן רשאי בית הדין, לבקשת הממונה, להביא לפירוק של מונופול לשני תאגידים או יותר, לשם קידום תחרות (סעיף 31 לחוק); ובנוסף מוסמך בית הדין, לבקשת הממונה, לצוות על כל אדם להימנע מכל מעשה ולצוות לעשות כל מעשה, שיימנע הפרת את הוראות חוק ההגבלים (סעיף 50א לחוק).

279. בנוסף, התנהלות של מונופול באופן הסותר הוראות שניתנו לו על ידי הממונה או על ידי בית הדין, עלולה לעלות כדי עבירה פלילית שדינה מאסר (סעיף 47 לחוק). לשם כך, הוסמכו עורכי הדין ברשות ההגבלים העסקיים על ידי היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתבי אישום בגין העבירות המפורטות בחוק. לכך מצטרפת העובדה כי דין מעשה ומחדל לפי הוראות חוק ההגבלים מהווה עוולה נזיקית, שעשויה לפגוע פגיעה קשה באינטרס הכלכלי של המונופולין (סעיף 50 לחוק).

280. הוקנה, אם כן, לממונה בחוק כוח רב ומרתיע, וזאת על מנת שיוכל למלא את תפקידו בנחישות, קרי לקדם את התחרות, שתבטיח יעילות, הגדלת ההיצע והורדת מחירים לצרכנים. ואולם במקרה דנן, במקום לאפשר לו להפעיל סמכותו הרחבה בדרכים השונות, שיביאו לתחרות בטווח הקצר-בינוני, בוחרת הממשלה ליטול מידי את סמכויותיו ולהגיע לכדי הסכמה שתתיר את קיומו של ההסדר הכובל במאגר הגז הטבעי "לויתן" וליצור, לבצר ולהנציח מונופול של השותפויות על מאגרי הגז הטבעי בישראל.

281. וכך, החליטה המדינה במסגרת המתווה לפטור את חברות הגז מדיני ההגבלים העסקיים בכל הנוגע להיותן הגבל עסקי מסוג של מונופולין, בכך שיינתן להן פטור גורף מסעיפים 30, 30א ו-31 לחוק בכל הנוגע לפעילותן של דלק ונובל בלויתן ובתמר בלבד (המהוות יחדיו כ-90% מעתודות הגז בישראל), וזאת עד לשנת 2025, עם אפשרות הארכה לשנת 2030.⁷⁰ המדובר מפטור מהסעיפים העיקריים שמאפשרים למאסרים של דיני ההגבלים העסקיים למנוע צבירת כוח רב מדי מונופולין, ועליהם מושתתות יתר הסמכויות של הממונה ושל בית הדין. בכך מעקרת הממשלה באופן מוחלט את יכולתם של גורמי האסדרה לפקח אחר התנהלות המונופולין, וזאת לשנים קדימה.

282. יש להדגיש, כי חלק מהסעיפים האמורים נחקקו אך בשנה האחרונה, ויש ללמוד מכך על רצון המחוקק, רצון ש"מושלך מהחלון" בנקל במסגרת מתווה דנן.

283. ודוק, מתן פטור כה גורף מדיני ההגבלים העסקיים העוסקים במונופול לא ניתן אף בצו

⁷⁰ עמ' 4 למתווה.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



המוסכם. נהפוך הוא, בצו המוסכם נכתב באותיות קידוש לבנה כי הוא בא חלף קביעה בדבר הסדר כובל, ואין הוא גורע מסמכויות מדינת ישראל או מי מרשויותיה לנקוט בפעולה כלשהי ואינו בא חלף הפעלת סמכות על ידי מי מהן.⁷¹

284. לפיכך, המדובר בהתקפלות נוספת של המדינה, שמוותרת על כל כלי שנמצא באשפתה, הכל כדי לרצות את מונופול הגז. בדיוק על כך דיבר השופט ברק כמפורט לעיל: ההשפעה זולגת מסוגיית המחירים לעבר השפעה בלתי הוגנת על הדמוקרטיה ועל מקבלי ההחלטות.

285. חמור עוד יותר, הוא שהוויתור נעשה ללא המסנתת של בית הדין להגבלים לעסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים, אלא תוך עקיפתם באופן חסר תקדים, וזאת חרף המעמד העצמאי שהעניק להם המחוקק.

286. לא זו אף זו, הסוגיה כלל לא תגיע לידי אלו שהחוק העמיד כדי לעסוק בשאלות של הגבלים עסקיים, וזאת לכל הפחות בעשר השנים הקרובות. האין בכך כדי לתמרץ את המונופול לנצל את כוחו לרעה? האם אין בכך פרצה הקוראת לגנב? האבסורד זועק לשמיים, והמדינה מחלקת את המתנה המופלאה הזאת בנקל, ללא כל תמורה וללא כל תנאי מתלה.

287. לא ניתן לראות בהתנהלות המדינה דבר זולת רשלנות פושעת. חלוקת הפטור לכל המרבה במחיר, או לכל המרבה בהפעלת לחץ ובהנחלת פחדים קמאיים, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, ואינה יכולה לעמוד. לו הייתה תמורה למתן הפטור האמור, למשל בדמות קיצור פרק הזמן שניתן לפיתוח מאגר לווינתן, ניחא. אך במקום זאת, הפטור ניתן יחד עם דחייה מוסכמת של פיתוח מאגר לווינתן, וזה אף אינו מותנה בקיום חובותיהן של חברות הגז. בכך איבדה המדינה כל קרדיביליות לשאת ולתת בשם הציבור, ובכך מסכלת המדינה המטרות אשר היא עצמה הציבה (לכאורה) כמטרות אותן ברצונה לקדם באמצעות מתווה דן.

288. המדינה מושכת את השטיח מתחת לרגליי הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים, ולא מותירה בידיהם כל מנוף להבטחת קיום חלקן של חברות הגז את המתווה המוסכם. במקום זאת, היא מתמרצת את חברות הגז לנצל את כוחן המונופוליסטי לרעה, וזאת לעשור קדימה. כך למשל, לו יחליט מונופול הגז למכור גז טבעי רק למפעלים שבעלות בעלי השליטה בו, או מקורבים להם - הכיצד יוכל הממונה להפעיל את סמכויותיו כאשר כבול הוא לחלוטין בהסכמה של המדינה? ובדומה, לו תבקשנה חברות הגז רישיונות חיפוש נוספים, האם הממונה על ההגבלים יוכל בנסיבות דן להתנגד לכך וליתן הוראות למונופול להימנע מהרחבת המונופול?

289. התשובה הברורה הינה כי הממונה לא יוכל לפעול להבטחת טובת הציבור, והתוצאה תהא

⁷¹ פס' 33-34 לצו המוסכם.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



התעצמותו של מונופול הגז והשתלטותו של ענפים נוספים במשק הישראלי. לא ניתן להשלים עם כך, ולכן יש לבטל את מתן הפטור הגורף, שאינו מותנה בדבר, ולהשיב לידי הממונה על ההגבלים את סמכותו כדת וכדין, באופן שיאפשר את הגשמת האינטרסים שבשם נוצר מוסד הממונה.

290. לא נוכל לתאר בנפשנו כיצד תתמודד המדינה כשהמונופול יגיע לשיא הפוטנציאל שלו, כשכבר עתה מוותרת המדינה על סמכויותיה וכוחה לשנים קדימה. כבר עתה, כשהמונופול עוד נמצא בחיתוליו, והמשק עוד לא בן ערובה בידי המדינה עוד לא באמת תלויה בו, מוכרת המדינה את אינטרס הציבור בנקל. אם כך המצב כיום, אין כל ספק שהמדינה לא תעז לצאת כנגד המונופול בשנת 2025 (או 2030), עת יגיע הוא לשיא אונו, ולא תחייב אותו למלא את התחייבויותיו בהתאם למתווה ובהתאם לדיני ההגבלים העסקיים.

291. אם כך, לדאבונו, המדובר בסנונית ראשונה של הריקבון שיחסל כל חלקה טובה במדינה, והמדינה עושה זאת מרצון ומבלי לנסות להילחם על אינטרס הציבור.



4.2 פיקוח על המחירים

292. כפי שפורט בהרחבה בפרק 3 - במבנה האחזקות המוצע במתווה אין כל סיכוי לקיומה של תחרות. במצב דברים זה, ואף אם המתווה יוביל לתחרות מוגבלת, מתחייב פיקוח מחירים אפקטיבי, אשר ימנע את ניצול הכוח המונופוליסטי בקביעת מחיר מופרז לרעה, ויגן על לקוחות הגז- ובדרך זו על האינטרס הצרכני בכללותו. כך קבע פרופ' בן בסט בחוות הדעת שצורפה כנספח ד' כאמור:

"נדרש פיקוח של הממשלה על מחירי הגז במשק, על מנת שהלקוחות לא ינוצלו לרעה. מחיר מונופוליסטי יפגע ברווחת משקי הבית ויפגע בכושר התחרות של המפעלים בישראל עם מתחריהם בחו"ל."

293. ואולם, במתווה המוצע לא נקבע כל פיקוח מחירים אמיתי ואפקטיבי, שכן הוא נסמך על המחיר הממוצע השורר במשק המשקף מחיר מונופוליסטי ובלתי הוגן. כך קבע פרופ' בן בסט:

"לכאורה, נכלל במתווה המוצע פיקוח על מחירים, אך זה מתבטא בכותרת בלבד, ולא במהות "הפיקוח" המוצע. על פי המתווה, תיקבע תקרה למחיר הגז שתתבסס על המחיר הממוצע בעסקאות שנחתמו עד כה. חשוב לציין כי כרגע פועל במשק רק מאגר תמר. כלומר, המחיר הממוצע השורר בשוק משקף ניצול כוח מונופוליסטי. זאת ועוד, על פי המתווה המוצע, מחיר התקרה יעלה בכל שנה על פי מדד המחירים לצרכן בארצות הברית בתוספת של 1% לשנה. סעיף זה תמוה ביותר. ראשית, אין קשר בין מחיר הגז בעולם למדד המחירים לצרכן בארה"ב. שנית, מדוע נדרשת תוספת של 1% לשנה? תקרת המחיר ההתחלתי בישראל משקפת כוח מונופוליסטי, והתאמתו השוטפת שרירותית לחלוטין. על מנת להמחיש עד כמה מנגנון זה מופרך, די להתבונן בהתפתחות המחירים בשוק הגז ב-2015 – מחירי הגז בארצות הברית, בצפון אירופה ובשווקים אחרים ירדו בשיעור ניכר, בעוד המתווה המוצע בישראל גוזר עליית מחיר התקרה. גם ההצעה להצמיד את מחיר הגז לצרכן הישראלי למחירי היצוא של הגז מישראל, אינה פותרת את הבעיה. שכן גם מחיר הגז ליצוא (בנקודת המוצא שלו) משקף את הכוח המונופוליסטי של המאגרים הישראליים."

294. על מנת להבטיח מחיר תחרותי אמיתי במשק הגז הישראלי - שאיננו מגלם רנטה מונופוליסטית - היה על הממשלה לקבוע מחיר מקסימאלי לשיווק המבוסס על המחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי במדינה מפיקת גז. כדברי פרופ' בן בסט:

"המנגנון הרצוי הוא מנגנון היוצר חיקוי לשוק תחרותי במדינה מפיקת גז טבעי. מנגנון כזה של חיקוי לשוק תחרותי קיים בישראל לגבי מחיר הבנזין. מחירו צמוד באופן שוטף למחיר הדלק הנסחר במל לווה בדרום צרפת. יתרונו של מנגנון כזה הוא רב – ראשית, המחיר מותאם אוטומטית להתפתחויות במחיר השוק העולמי ולכן תורם לשימוש יעיל במגוון תשומות האנרגיה הן של הצרכנים והן של הסקטור העסקי. שנית, מנגנון זה אינו מחייב מעורבות מתמדת של הממשלה, הגוררת לעתים מחלוקות,

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)



الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

חוסר עקביות ואף אמינות נמוכה. לפיכך, אני מציע כי מחיר הגז בישראל יוצמד למחירו של הגז בשוק אחר בעולם, בו מתקיימת תחרות. או לממוצע מחירי הגז במספר שווקים בהם מתקיימת תחרות. פיתוח הנוסחה מחייב בחינה מדוקדקת של מגוון השווקים הקיימים, על מנת לוודא באיזו מהם מתקיימת תחרות. כן חשוב להתייחס למחירים בנקודת המוצא של הגז מאחר ועלות הובלתו גבוהה מאוד (הן בהנזלה והן בצינור), בעוד המרחק של השוק הישראלי מהמאגרים הוא קטן, יחסית לשווקים אחרים. בנוסף, השוק הוא דינמי, שכן מצד אחד מתגלים מאגרים חדשים, ומצד שני יש מאגרים שמתכלים. לכן יש לקבוע מראש קריטריונים לגבי סל השווקים שיכנסו לנוסחת ההצמדה."

295. יחד עם העובדה שצוות קנדל כלל לא התייעץ עם הוועדה המשותפת לפיקוח על מחירים במשק הגז, היות וזו ככל הנראה לא התכנסה כלל בתקופת עבודת הצוות, אין לראות בפיקוח המוצע במתווה כפיקוח אמיתי ואפקטיבי. אכן, אין פיקוח מחירים במתווה, וזאת למרות שקיימת חשיבות ראשונה במעלה לפיקוח כאמור, כל עוד המשק אינו נמצא במצב תחרותי.

296. המדובר בכשל עמוק נוסף של המתווה, אשר לא מאפשר למתווה למלא את צרכי המשק כדבעי. על כן, היעדר פיקוח המחירים מהמתווה מצדיק אף הוא את ביטולו, ומוטב מוקדם מאשר מאוחר.



4.3 ייצוא

297. החלטת הממשלה 442 בנושא אימוץ עיקרי המלצות הועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (דו"ח ועדת צמח) מיום 23/6/2013 (להלן-"החלטה" או "החלטה 442")⁷² היא הבסיס לתיקונים בסעיף זה.

298. החלטה 442 עסקה, למעשה, בשלושה נושאים מרכזיים: היקף הגז הטבעי שיישמר לטובת המשק הישראלי בעשורים הבאים, תוך התייחסות לכמות הגז המותרת לייצוא ממאגרים בגדלים שונים (סעיף 1 להחלטה); פעולות אותן יש לנקוט לצורך הגברת האמינות של אספקת הגז הטבעי (סעיף 2 להחלטה); וקביעת הוראות המנחות את השרים הנוגעים לעניין לפעול לצורך קידום תיקוני חקיקה, אשר יבטיחו את קבלת חלקו של הציבור במשאב הגז הטבעי במקרה של יצוא הגז (סעיפים 3-5 להחלטה) - ביחס לחלק זה של ההחלטה יצוין, בהקשר להתייחסות המתווה לנושא המיסוי כי בעקבות החלטה זו נערך תזכיר חוק בנושא, אשר למעשה כל עיקריו מבוטלים ונרמסים במסגרת מתווה זה.

299. יובהר כבר עתה כי התנועה לאיכות השלטון סברה כי היה מקום להסדיר ההחלטה בחקיקה ראשית, שכן טיבעה ומהותה היו ועודם- הסדרים ראשוניים ולכן אף עתרה בנושא יחס עם ארגון אדם טבע ודין - בג"ץ 4593/13 אדם טבע ודין והתנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל⁷³ [2] (להלן-"בג"ץ הייצוא"). על עמדת העותרות ביחס לטענת ההסדר הראשוני לא חלק היועץ המשפטי לממשלה, אלא שסבר כי ניתן לקרוא מסעיף 33 לחוק הנפט, תשי"ב-1952 הסמכה לכך, טענה אשר התקבלה ע"י רוב שופטי ההרכב.^[74]

300. השינויים שהמתווה יוצר בהחלטה 442, למעשה מרוקנים את עיקריה מתוכן, פוגעים באופן בוטה בעצמאות האנרגטית של מדינת ישראל ובביטחון אספקת הגז למדינה. שינויים אלו מאיינים לחלוטין את החלטה 442 על פיה הממשלה תבטיח כמות של BCM 540 גז טבעי למשק המקומי (החלטה עליה הגנה המדינה בפני בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ הייצוא) ומאפשרים ייצוא גדול יותר ללא הגדרת מינימום כמות גז שיש להותיר למשק המקומי. על פי השינויים המוצעים במתווה, כמויות ייצוא הגז יתבססו על האחוזים שנקבעו בהחלטה 442, אך יחושבו לפי כמויות כל מאגר וכן בהסתמך על הגז הטבעי שכביכול יישאר למשק יסתמך על משאבים מותנים, לא ודאיים, ושאינם מחוברים לתשתיות חופי ישראל.

301. נמחיש הדברים בקצרה;

⁷² <http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2013/Pages/des442.aspx>

⁷³ בג"ץ 4593/13 אדם טבע ודין והתנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2014)

⁷⁴ העתירה נדונה בפני הרכב מורחב של 7 שופטים ונדחתה ברוב דעות של חמישה שופטים כנגד דעתם החולקת של שניים אחרים.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



302. כך, למשל, בסעיף ד(1)(א) - הוספת קטגוריה 2C. בדו"ח הועדה בין-משרדית לצורך בחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי (להלן - "דו"ח צמח")⁷⁵ 2C [4] מוגדר כמשאבים מותניים ואילו 2P-מוגדר כרזרבות ודאיות.⁷⁶ [5]

303. נזכר כי בהחלטה 442 נקבע כי כדי: "להבטיח את צורכי האנרגיה של המשק המקומי הישראלי ובכלל זה, לקבוע כי יש להבטיח לטובת המשק המקומי, כמות של BCM 540 גז טבעי אשר תאפשר אספקה של ביקושי הגז הטבעי לצורכי האנרגיה של המשק לכ- 29 שנים החל ממועד החלטה זו. בסעיף זה, כמות גז טבעי – כמות גז, לפי קטגוריה P2".

304. בהקשר זה נבקש אף להביא מדברי הממשלה במסגרת תשובתה בבג"ץ הייצוא שם הבהירה המדינה ביחס לסעיף זה בהחלטה 442 כי הוא "קובע את כמות הגז הטבעי שאותה לא ניתן יהיה לייצא שכן היא נדרשת לצרכי המשק הישראלי. ... לעניין כמות זו גם נקבע, כי מדובר בכמות גז טבעי מתוך תגליות מוכרות, שלגביהן ניתנו חזקות ואשר חיבורי החזקות לחוף הושלמו בהתאם לתכניות הפיתוח, באופן המאפשר הספקתן למשק הישראלי..". (סעיף 86 לתגובת המדינה בבג"ץ הייצוא).

305. והנה, לא עוד הבטחת שריון של BCM 540 למשק הישראלי ולא עוד עמידה על כך שמדובר בתגליות מוכרות בלבד שלגביהן כבר ניתנו חזקות וישנם חיבורים לחוף.

306. ביטול דרישת שמירת מינימום גז טבעי למשק הישראלי הולך ומחמיר בעקבות סעיף ד(1)(ב) למתווה המוצע, על פיו מכסת ייצוא הגז תיקבע "ובהתאם לחלקו היחסי של כל מאגר בכמויות המותרות לייצוא מכלל המאגרים באותה עת, כאמור בסעיף 1(ח)". משמעות תיקון זה הינה כי לא תשמר עוד למשק הישראלי כמות גז טבעי לתקופה של 29 שנים, אלא כמויות הגז יקבעו לפי אותם אחוזים אשר, לפי דברי ההסבר למתווה הגז, הינן כמויות גדולות יותר מאשר הקביעה להותיר למשק BCM 540. השינויים אינם משריינים כמות אחרת למשק הגז המקומי.

307. המשך מגמת הגדלת כמויות ייצוא הגז מהכמות שנקבעה בהחלטת הממשלה 442, הוא סעיף ד(1)(ד) למתווה על פיו תתבצע עסקת חליפין במכסת הייצוא בין כריש ותנין ולוויתן. הסעיף מאפשר, למעשה, ייצוא גז נוסף וזאת בטרם יש הבטחה לפיתוח מאגרי כריש ותנין וחיבורם למשק הישראלי.

308. כך גם סעיף ד(1)(ה) למתווה, אשר מבטל את הבטחת המינימום של BCM 540 גז טבעי

⁷⁵ דוח ועדת צמח נמצא באתר משרד האנרגיה והתשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים :

<http://energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGReportSep12.pdf>

⁷⁶ עמ' 42, דו"ח צמח.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



למשק הישראלי ואת ההגבלה של ייצוא הגז למדינות השכנות. והפעם, מבטיח הסעיף כי ניתן יהיה לייצא בטרם חיבור מאגר לווייתן למשק הישראלי והותרת המשק בהסתמכות מוחלטת על מאגר אחד עם צינור אחד.

309. בנוגע לסכנת אי אספקת הגז למשק הישראלי, סעיף ד(1) (ז) למתווה הוא אחד הסעיפים המסכנים ביותר את ביטחון מדינת ישראל, שכן הוא מהווה ויתור מוחלט של החלטה 442 על הקמת צינור נוסף ממאגר תמר, המאגר היחידי עליו מדינת ישראל מסתמכת כיום ובשנים הבאות לקבלת גז טבעי. דברי ההסבר אינם מספקים הסבר מספק לויתור זה, שכן לא ניתן להסתמך על הקמת אספקה ממאגר לווייתן במועד כלל וכלל. עם השנים, פיתוח לווייתן נדחה ונדחה וזאת בניגוד לחוק הנפט. כך גם על פי מתווה זה, המאשר דחייה נוספת לפיתוח מאגר לווייתן. לא זו אף זו, הימור המדינה על אספקת האנרגיה למשק הישראלי ממשיך על ידי ויתור המדינה על קביעתה להקים מדחסים נוספים במאגר תמר. נבהיר כי מדחסים אלו נועדו להבטיח את אספקת הגז הנחוצה למשק הישראלי ויש להקים במהירות האפשרית ולא לאפשר דחיות או ביטולים נוספים.

310. לבסוף נזכיר כי החלטה 442 פתחה פתח לבחינה עתידית של ההוראות שנקבעו בה. בהחלטה נקבע במפורש, כי ההוראות בעניין כמות הגז שחובה יהיה לספק למשק הישראלי, ייבחנו על ידי הממשלה בתום חמש שנים ממועד אישור ההחלטה. זאת, לצורך עריכת שינויים ככל שיידרשו לגבי המדיניות לשנים הבאות, בהתאם לצרכי המשק המקומי ובהתחשב בהיצע הגז הטבעי.⁷⁷ [6] עם זאת, במסגרת מתווה הגז המדינה אף מוותרת על "חלון ההזדמנויות" שביקשה לפתוח חמש שנים לאחר מתן החלטה 442 ומרחיקה אותו, דרך סעיף היציבות בחמש שנים נוספות.

311. נבקש להזכיר בהקשר זה כי דעת הרוב בבג"ץ הייצוא נתנה משקל מהותי לעובדה שכעבור חמש שנים תוכל המדינה לשוב ולבחון עמדתה ביחס להחלטה 442- מה שעת נמנע ממנה במסגרת המתווה המוצע.

312. כבוד הנשיא, השופט גרוניס הבהיר בפסה"ד בבג"ץ הייצוא⁷⁸ [7] כי:

"ברי, כי חברות הגז מוחזקות כמודעות לקביעתה של הממשלה, לפיה בכוונתה לבחון את היקפי הגז הנחוצים למשק הישראלי, בחלוף חמש שנים ממועד אישור ההחלטה. יש להניח שחברות הגז כלכלו דרכיהן בהתאם לכך, בין היתר

⁷⁷ יובהר כי עמדת ארגון אדם טבע ודין והתנועה לאיכות השלטון בבג"ץ הייצוא הגז ביחס להוראה הקובעת בחינה מחודשת כעבור חמש שנים היתה כי הוראה זו לא תהיה ניתנת ליישום מעשי ועל כן לא נכון היה לתת לה משקל רב בהכרעה בעתירות. לטענתנו אז, יש להניח כי בחלוף חמש שנים מעת אישור החלטת הממשלה, ייבנו על ידי חברות הגז תשתיות ייצוא מורכבות ויקרות, ובמקביל ייחתמו על ידן הסכמים ארוכי טווח אל מול מדינות זרות, לצורך ייצוא הגז הטבעי. נוכח עלויות אלה ובהתחשב באינטרס ההסתמכות של חברות הגז (ושל רוכשי הגז), הרי הממשלה לא תוכל מבחינה מעשית לשנות את החלטתה בעתיד.

⁷⁸ סעיף 36 לפסה"ד של כבוד הנשיא, השופט גרוניס בבג"ץ הייצוא.



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل

לעניין ההסכמים אל מול מי שיהיה מעוניין ברכישת הגז הטבעי. על כן, לא ניתן לומר, כבר עכשיו, שממשלה עתידית עלולה למצוא עצמה כבולה להיקפי הגז שנקבעו בהחלטה מושא העתירות. זאת, כאשר במסגרת "כללי המשחק" שנקבעו מראש, הבהירה הממשלה כי בכוונתה לבחון את הסוגיה בחלוף חמש שנים מעת קבלת ההחלטה. " [ההדגשות הוספו ע"י הח"מ]

313. הנה כי כן, "כללי המשחק" משתנים במסגרת המתווה וכעת ניתן לצערנו לומר בפה מלא- הממשלה כבלה עצמה!!!

314. למעלה מן הצורך נציין כי יש לוודא כי כל הקמת התשתיות תהינה באישור ממשלת ישראל ובניהולה על מנת להבטיח כי ספקים אחרים יוכלו להשתמש בתשתיות אלו בעתיד בתנאים הוגנים וכי בתום חיי המאגרים יוותרו בבעלות מדינת ישראל.

315. לסיכום, נבהיר כי השינויים המוצעים בפרק זה מעמידים את מדינת ישראל בסכנה אמיתית בפני אי אספקת גז טבעי והותרת המדינה ללא אנרגיה מספקת. השינויים נוגסים בהחלטה 442, על "הישגיה" הגנה המדינה בחירוף נפש במסגרת בג"ץ הייצוא. לתנועה לאיכות השלטון היתה ביקורת רבה בכל הנוגע להחלטה, אולם כאן אנו חוזים בנגיסות במעט הבטוחות שההחלטה הצליחה להביא למשק הישראלי- ולביטולן למעשה.

הערה ביחס להחלטות ממשלה בעניין הייצוא בפרט ויציבות רגולטורית בכלל:

316. לסיום נבקש להתחבר לטיעונינו, להלן, בנוגע לסעיף ז' הוא סעיף היציבות הרגולטורית במסגרת המתווה המוצע: שם אנו מציינים, בין היתר כי לו מבקשים הצדדים יציבות רגולטורית אמיתית הרי מין הראוי היה כי ינסחו הדברים במסגרת הצעת חוק ויביאוה בפני כנסת ישראל ומחוקקיה ולא יותירוה כהחלטת ממשלה. אין דינה של החלטת ממשלה כדינה של חקיקה בהיבט היציבות, אשר הצדדים מבקשים, לפחות באופן מוצהר, לייצר במסגרת זו. נדמה כי בענייננו מעדיפים הצדדים להימנע מדיון ציבורי שקוף ופתוח שיוביל ליציבות רגולטורית אמיתית. תחת זאת, הם מעדיפים לייצר הסדר בלתי חוקי המתיימר לכבול שיקול דעתן הסטטוטורי של הממשלה הנוכחית וממשלות באות בעשור הקרוב, כמו גם כבילת שיקול דעתם של חברי הכנסת בעשור הקרוב. זאת, בהינתן הבטחה מינהלית שגם אם תוקפה עלול "לפוג" בצוק העיתים הרי שתג המחיר לכך יהא רב בשל הבטחתה מלכתחילה.

317. טענה זו מתיישבת היטב עם העובדה שסעיף ד' כל תכליתו הוא שינוי החלטת ממשלה שהתקבלה ביוני 2013, לפני שנתיים בדיוק. כבר אז כאמור עתרנו כנגד הכפפת הסדרת משק הגז במסגרתה של החלטת ממשלה. והנה אנו עומדים בפני שינויה של החלטת ממשלה 442 אך שנתיים אחרי, במסגרת החלטת ממשלה נוספת ועוד כזו המתיימרת לכאורה לבקש יציבות רגולטורית. אין זאת, אלא ה-ראיה לכך כי בהחלטות ממשלה אין יציבות רגולטורית ואף לא יכולה להיות.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



4.4 מיסוי

4.4.1 התנגדות התנועה להיבטי המיסוי המוצעים במתווה

המתווה עוקף חקיקה ראשית

318. סוגיית מיסוי רווחי הגז מהווה, למעשה, את אבן היסוד של תהליך הסדרת משק הגז. מנגנון המיסוי מהווה את הצינור המרכזי דרכו אמור הציבור לקבל את חלקו מהרנטה הכלכלית הגלומה במשאב הגז הטבעי, לאחר שחברות הגז והיזמים מקבלים את חלקם ברווח הראוי בגין ההשקעה והפקת הגז.⁷⁹ כל ליקוי, כשל או פרצה במנגנון המיסוי, משמעותו העברת רווח ישירה מהציבור לידי בעלי המניות בחברות הגז. על כן, למנגנון המיסוי ישנה חשיבות עליונה בתהליך הסדרת משק הגז הטבעי בישראל.

319. ראוי לחדד ולהבהיר כי בכל הנוגע לסוגיות השונות העולות ביחס לשאלת הספקת ושימוש הגז בשוק המקומי- הרי שלציבור רווח כפול- הן מהשימוש המקומי שנעשה בגז המוביל להורדת עלויות האנרגיה והוזלת מחירים בהתאם והן מהרווחים שהוא מקבל מתשלומי המס בגין מכירתו לשוק המקומי.

320. לעומת זאת, בכל הנוגע לסוגיית ייצוא הגז הרי שהרווח היחיד של הציבור בישראל, לו שייך משאב הגז- הוא רווח המיסוי. כלומר, סוגיית מיסוי ייצוא הגז טומנת בחובה את מלוא פוטנציאל ההנאה שיש לציבור ממשאב טבע ייחודי זה. לפיכך, כל ליקוי, כשל או פרצה במנגנון מיסוי זה משמעם - ביטול הרווח היחיד של הציבור ממשאב הטבע השייך לו ומיוצא מחוץ לגבולות הארץ, ודוק, היקף הייצוא עומד על 40% מהיקף הגז. משכך, סוגיית מיסוי הייצוא הינה קריטית במיוחד בכל הנוגע לטובת הציבור.

321. לעמדתנו יש לבצע שינוי יסודי מהשורש בהסדר המוצע, ולעגן בחקיקה ראשית את

התיקונים הנדרשים לחוק מיסוי רווחי נפט על מנת להבטיח גביית מס אמת, והגנה על חלקו של הציבור במשאב הגז. השימוש במתווה בדרך של החלטת ממשלה, הוא כלי עוקף כנסת ועל כן הוא פסול.

322. יתרה מכך, כפי שיוצג להלן, ההסדר הקבוע במתווה המוצע אינו מספק את המענה הדרוש לקביעת כללי מיסוי, ואף נותן בידי חברות הגז הטבות המאפשרות להן לדחות את מועד תחילת גביית היטל רווחי הגז הקבוע בחוק. גרוע מכך, ההסדרים המוצעים אף עלולים להקטין את היקף סך ההיטל שייגבה.

⁷⁹ דברי הסבר להצעת חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 526, 571 (23.2.2011) (להלן: "דברי ההסבר").

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



323. נבחר כי ההסדרים המוצעים במתווה הינם במהותם הסדרים סטטוטוריים שמקומם אינו בהחלטת ממשלה. ה-ראיה לכך שמקומם של אלה אינו בהחלטת ממשלה היא הצעת חוק מיסוי רווחי נפט (תיקון), התשע"ד-2014 (להלן: "הצעת החוק"), אשר כללה הסדרה של תחומים אלה ממש.

324. יש להזכיר כי הצעת החוק הוגשה על ידי הממשלה הקודמת, אשר נזכר כי גם היא היתה ממשלת ליכוד בראשות בנימין נתניהו, אושרה על ידי ועדת השרים, הונחה על שולחן הכנסת ה-19, וזו עמדה לידון בה. אולם, הבחירות עצרו את המשך קידום ההצעה.

325. והנה, ההצעה, "הונחה בצד" הפעם ובמקומה- ראו זה פלא- הסדרים חדשים, מיטיבים פי כמה, הלכה למעשה עם חברות הגז (כפי שיפורט להלן) אשר מבקשים לשאוב סמכותם מהחלטת ממשלה. אומנם, הממשלה מצהירה כי תזכיר חוק שכזה יכתב, אך כלל לא ברור מתי, מה בדיוק יהא תוכנו ומה יהיו ההסדרים התקפים בשלב זה.

326. לא למותר לציין כי בהשוואה שבין הצעת החוק הקודמת לבין הסדרת נושא מיסוי היצוא במסגרת המתווה, חסרים חלקים חשובים ומהותיים שהופיעו בהצעת החוק. למעשה, נערך שינוי מהותי של המתודה של חישוב המס שהותוותה בהצעת החוק, מה שמעיד על כך כי מי שמכתיב וקובע את חוקי מיסוי היצוא בישראל, הלכה למעשה, הן לא אחרות מאשר חברות הגז.

327. יתרה מכך, נבחר כי הוראות המתווה בהקשר זה אף סותרות את הוראות חוק מיסוי רווחי נפט, תשע"א-2011, כפי שנבחר בהמשך.

328. בנוסף, אמנם מדובר על כך כי יוגש תזכיר חוק בעניין, אך כלל לא כתוב כי ההסכמות תלויות בהסדרה חוקית של הנושאים. כלומר עד שיוגש תזכיר ויעבור בכנסת כחקיקה יהיו תקפות ההסכמות אשר כאמור לעמדתנו אין להן כלל מעמד חוקי.

329. מעבר לעובדה כי הדברים מוסדרים, בניגוד לכל סמכות והיגיון סטטוטורי- בהחלטת ממשלה הרי שההסדר עתיד להיכלל בהחלטת ממשלה באופן שבו מצד אחד הממשלה מתחייבת להסדר מיסוי שלא באמצעות חוק ומן הצד השני לא ברור באיזה אופן הסדר זה מחייב את חברות הגז מלבד העובדה שייכתב בהחלטת הממשלה שהן התחייבו לו. יתרה מכך, התחייבות זו אינה מוסכמת ביחס לכל סעיפי מתווה המס, אלא רק על חלקם. למעשה, דווקא אותו חלק במתווה ששם למטרה להביא לתיקון החוק בכנסת אינו מוסכם על ידי חברות הגז. בנוסף, אין במתווה שום סנקציה על הפרות או על אי עמידת החברות בהסכם כמו גם על העדר יכולתן להשיג בהמשך על קביעות רשות המסים בהתאם למתווה.

330. בכל הנוגע להליך החקיקה שעתיד לבוא בהתאם למתווה, משמעות הדבר היא שהמתווה עלול להעניק לחברות מעמד רם כמוהו לא היה עוד במדינה ישראל - גיבוש חקיקת מס

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים : ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל : 02-5000073 פקס : 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 • العنوان للرسائل : ص.ب. 4207، القدس 91043 • هاتف : 02-5000073 فاكس : 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



באמצעות משא ומתן בין החברות לבין ממשלת ישראל. זאת במסגר הליך אשר לא רק עוקף את הליך החקיקה, אלא הוא חלק ממתווה רחב של הסכמות הכורך, הלכה למעשה, הסכמות אחרות בנושאים שונים כגון ייצוא ודיני ההגבלים העסקיים עם כל נושא המיסוי. כך, ניתנת למעשה לחברות האפשרות לעמוד על המקח בנושא המיסוי גם בהקשרים נוספים, ככל שתהא להם טענה פרשנית ביחס להסכמות שיופיעו בהחלטת הממשלה.

331. אם לא די בכך, הרי שגם אם המתווה ימצא את דרכו לחקיקה בכנסת- איך יוכל להתקיים דיון אמיתי בכנסת והכרעות על נוסח החקיקה אם יעמוד לנגד חברי בית המחוקקים האיום התמידי כי מדובר בעסקת חבילה, תוך האיום המתמיד שאם לא תעבור החקיקה בהתאם להנחיית המתווה, החברות לא תעמודנה בחלקן במתווה. בית המחוקקים יהיה שרוי במלכוד ותלוי ברצונן הטוב של החברות שבכל רגע נתון יוכלו לטעון כי לא לנוסח כזה הם התכוונו, והוא אינו עומד ביחס לפרשנות החלטת הממשלה.

332. לפיכך, לעמדתנו יש לעקור מהשורש כל ניסיון להסדרת נושאי המס, שהן לב ליבן של ההסכמות נושאי מיסוי היצוא, בדרך עוקפת חקיקה. על כן, חלק זה צריך להימחק באופן מוחלט מהמתווה. יצוין כי לחברות הגז, כמו לכל אזרח ותאגיד במדינה, אין זכות קנויה לוודאות באשר למיסוי שעתיד להיות מושת עליהן, ואין כל הצדקה לטענה כי הן זכאיות לוודאות שכזו.

ההסדר עוקף את חוק מיסוי רווחי נפט, תשע"א-2011 (להלן: "חוק ששינסקי")

333. לאורך המתווה המוצע ישנן מספר נקודות העומדות בניגוד לקבוע בחוק ששינסקי. ראשית, **ישנה בעיית חוקיות מרכזית** בסתירות אלו לאור העובדה שהמתווה לא צפוי להפוך לחוק. שנית, סתירות אלו מביאות לכך שבפועל **תחילת גביית ההיטל תידחה**, ואף לכך שסך ההיטל שייגבה יהיה נמוך יותר.

334. מן הכלל אל הפרט – סעיף 2.ב. למתווה מבטל שני עקרונות הקיימים בחוק ששינסקי; הראשון הינו העיקרון המבחין בין פעילות הכרוכה בתהליכי הפקת הגז, אחסונו והובלתו לישראל, לבין פעילות אחרת של חברות הגז כגון פעילות יצוא. השני הינו העיקרון המבחין בין השקעות חיפוש והקמה לבין תשלומים שוטפים אשר הינם תשלומים שבוצעו לאחר תקופות החיפוש, ההקמה וההרצה.

335. בהתאם לסעיף 2 לחוק ששינסקי- גביית היטל רווחי הנפט מתחילה מהשלב בו מקדם ההיטל מגיע ל-1.5, כאשר לגבי מאגר תמר הרף לתחילת גביית ההיטל הינו – 2. לפי סעיף 4 לחוק, המקדם האמור מחושב על ידי חלוקת ההכנסות המצטברות בהשקעות המצטברות.

336. ההכנסות המצטברות נקבעו כהפרש בין התקבולים המצטברים לתשלומים המצטברים. ההשקעות המצטברות נקבעו כהשקעות החיפוש וההקמה של התשתית הנדרשת להפקת הגז.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 • العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 • هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



אחסונו, והובלתו לחופי ישראל, שהוצאו בתקופות החיפוש ההקמה וההרצה בלבד. בהתאם לסעיף זה ההיטל מוטל על רווחי הנפט של אותה שנת מס. רווחי הנפט הינם ההפרש בין סך התקבולים השוטפים לבין סך התשלומים השוטפים לאותה שנת מס.⁸⁰

337. חוק ששינסקי קובע כי השקעות שנועדו לצורך פעילויות נוספות,⁸¹ מעבר לפעילות ההפקה (כגון ייצוא), לא יוכרו כחלק מהשקעות ההקמה, ומכאן מאליו לא יוכרו כחלק מההשקעות המצטברות (להלן: "מכנה המקדם") או כחלק מהתשלומים השוטפים לצורך חישוב המקדם (להלן: "מונה מהקדם"). המשמעות העיקרית של סיווג השקעה כלשהי, והקביעה האם ניתן לכלול אותה בתוך נוסחת המקדם, הינה שכל השקעה שנכנסת לנוסחת המקדם, בין אם במונה או במכנה – דוחה הלכה למעשה את מועד כניסתו לתוקף של ההיטל הקבוע בחוק.

338. על פי עקרונות אלו, נראה כי סעיף 2.ב עוקף הלכה למעשה את חוק ששינסקי.

339. סעיף 2.ב(2) למתווה מאפשר לחברות הגו לדחות עוד את תחילת גביית ההיטל. הסעיף מאפשר להכיר בעלויות הנחת צינור ההולכה מאסדת תמר לנקודת מסירת הגו לחברת UFG שהוא צינור המיועד לייצוא בלבד, ועל כן אינו מוכר כהשקעת הקמה או תשלומים שוטפים לפי חוק ששינסקי אשר יחושבו במונה המקדם. פעולה זו מקטינה את המקדם ומרחיקה אותו מהרף הנדרש לתחילת גביית ההיטל. כלומר, בהכללת עלויות הקמת הצינור בתוך נוסחת המקדם נהנות חברות הגו מהקדמת ההכרה בהוצאה המביאה לדחיית תשלום ההיטל.

340. יתרה מכך, הכללת אותו מרכיב הוצאות הקמת הצינור לייצוא ל-UFG מובילה להקטנת רווחי הנפט לאותה שנה, או עלולה אף להביא ליצירת הפסדים בשנה כזו.⁸²

341. בסעיף 2.ב(1) למתווה נקבע כי מחצית מעלויות הנחת הצינור השלישי לשינוע הגו משדה תמר לאסדת תמר יחשבו כהשקעות הקמה ויחושבו בתוך מכנה המקדם, והמחצית השנייה של העלויות יחשבו כתשלומים שוטפים ויחושבו בתוך מונה המקדם.

342. הצינור השלישי, ככל הנראה, נועד לשמש בחלקו או בעיקרו לייצוא הגז, מאחר ושני הצינורות הקיימים כבר קרובים למלא את קיבולת ההולכה לארץ. אם כן, מחצית מעלות הצינור הינה השקעה בתשתית לייצוא ולכן לא מדובר בהשקעת הקמה כפי שפורט לעיל, ולמרות זאת חברות הגז יהיו רשאיות לכלול את עלויות אלו כתשלומים שוטפים בתוך המקדם, באופן שיביא לדחייה בפועל של תשלום ההיטל.

343. יתרה מכך, הכללת אותו מרכיב הוצאות הקמת הצינור השלישי המיועד למטרת ייצוא בתשלומים שוטפים, מובילה להקטנת רווחי הנפט לאותה שנה, או אף ליצירת הפסדים

⁸⁰ חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011, בס' 3(א) (להלן: "חוק רווחי נפט").

⁸¹ חוק רווחי נפט, בס' 3(ב), 4(ב)2; דברי ההסבר, בעמ' 532, 536.

⁸² רווחי נפט שליליים ניתנים להעברה קדימה ואף זוכים לריבית ליבור +3%; חוק רווחי נפט, בס' 6(א)-6(ב).

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000076 פקס: 02-5000076

شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000076 فاكس: 02-5000076

208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076

E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



בשנה כזו.

344. לכך נוספת העובדה שעל פי החוק, ניתן להכיר בהוצאה כהשקעת הקמה לעניין המקדם במאגר תמר רק אם התרחשה עד תום ארבע שנים ממועד תחילת ההפקה המסחרית (לפי הערכות, מדובר בשנת 2017).⁸³ אולם במתווה המוצע כל שנדרש מחברות הגז הוא "לפעול במהירות ובשקידה ראויה להקים את הצינור" המיועד להולכת הגז משדה תמר לאסדת תמר ולסייע ליצוא מתמר, ללא כל מגבלת זמן קשיחה. **ביטול מגבלת הזמן מאפשרת להכיר בהשקעות הקמה הנמנות על מכנה המקדם גם זמן רב לאחר הקמת התשתיות הראשוניות, ולדחות את גביית ההיטל.**⁸⁴

345. לפיכך, אין להסכים לעקיפת ההסדר המקיף אותו עיגן המחוקק בחקיקה ראשית בחוק ששינסקי לטובת נוסח המתווה המוצע הסותר בבירור את עקרונותיו.

4.4.2 התנגדות התנועה להסדרי המיסוי הפרטניים שבמתווה

מנגנון החלופות לקביעת מחיר הייצוא לצורך חישוב המס מקעקע את העיקרון החשוב של קביעת המחיר לפי רף המחיר הממוצע המקומי

346. מחיר הממוצע המקומי (להלן: "ממ"מ") הוא המנגנון שאמור להוות מעין רף תחתון למחירי הגז לייצוא, לשם חישוב התקבולים שיקבעו את היטל המס על חברות הגז מייצוא. לפיכך, הכרחי כי המנגנון לחישוב הממ"מ יהיה פשוט, סגור וברור בצורה שלא תאפשר לבעלי אינטרס להפעיל עליו מניפולציות משיקולי מס.

347. חוק מיסוי רווחי נפט אינו עוסק לעומק בשאלה כיצד יש לחשב את המחיר הממוצע המקומי- הממ"מ- ומסתפק בהגדרה קצרה וממצה באשר למהותו.⁸⁵ לפיכך, ברור היה למחוקק כי יש לתקן את החקיקה הנוכחית כך שתסדיר את הלקונה בחוק ותגדיר דרך חישוב ברורה וחד משמעית בכדי להביא למיסוי אמת של ייצוא הגז.

348. הצעת חוק מיסוי רווחי נפט (תיקון), אשר כאמור עברה בכנסת הקודמת את הליכי החקיקה בוועדת השרים לענייני חקיקה, נכנסה לעובי הקורה בנושא חישוב הממ"מ. זאת, בין אם מדובר בחישוב עבור עסקאות עם צדדים שלישיים או עסקאות עם צדדים שמתקיימים ביניהם לחברות הגז יחסים מיוחדים.⁸⁶

⁸³ חוק רווחי נפט, בס' 54(ד)1.

⁸⁴ חוק מיסוי רווחי נפט, בס' 1.

⁸⁵ שם.

⁸⁶ שם, בהגדרת "מחיר הממוצע המקומי", ובהגדרת "תקבול".

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



349. ככל שמטרת ההסדרה לפשט ולהבהיר את דרכי חישוב התקבול שיש למסות, נוסחו המוצע של המתווה מעורר מספר בעיות משמעותיות.

350. ראשית, אין כל התייחסות במתווה המוצע למספר פרמטרים בעלי השלכה על חישוב הממ"מ, לדוגמא- מנגנוני ההצמדה שיופעלו על המכירות שנעשו בישראל בשנתיים שקדמו לתחילת שנת המס הרלוונטית. כך שלמעשה, המנגנון המוצע אינו ישים מבחינת פשטות שיטת החישוב ופותח פתח למניפולציות בקביעת מחיר התקבול נשוא המס.

351. שנית, באופן דומה, בהסדר המוצע אין התייחסות להיקף העסקאות השונות. מטבע הדברים- מחיר המכירה בעסקאות גדולות שונה ממחיר המכירה בעסקאות בהיקף קטן עקב כוח המיקוח המשתנה של הרוכש.

352. חוסר הרגישות להיקף העסקאות העולה מהמתווה המוצע, יחד עם העדר ההתייחסות לנוסחאות ההצמדה ועוד מאפיינים של עסקאות אלו, מייצר מנגנון חישוב פתוח שאינו קבוע, המותיר מקום למניפולציות מצד היזמים באשר למחיר התקבול בו יישאו במס.

353. בנוסף, לא ברור כיצד תוכל כל אחת מחברות הגז לדעת מה היו היקפיהן של כל העסקאות בשוק הגז, בהנחה שמאגרי כריש ותנין אכן ימכרו ושחקנים נוספים ייכנסו לשוק. כן, לא ברור תפקידו של מי יהיה לאסוף ולרכז את כל המידע בדבר עסקאות הגז הדרושות לצורך חישוב הממ"מ.

פטור מהשוואה לממ"מ - אישור מנהל רשות המיסים לכך שמחיר יחידה לפי הסכם ייצוא אינו נמוך מהממ"מ, בלא כל מנגנון בקרה או פיקוח על התהליך

354. סעיף 1.ג למתווה המוצע קובע כי מנהל רשות המיסים רשאי לתת אישור מראש לבעל זכות במאגרים, לפיו מחיר יחידת גז לפי הסכם ייצוא אינו נמוך מהממ"מ.

355. למעשה, משמעות הדבר היא שיראו את המחיר האמור שיאושר על ידי מנהל רשות המיסים כ"תקבול שהתקבל בפועל", ללא השוואה לממ"מ. יוזכר, כי השוואה זו נועדה לוודא שלא יהיה כל מצב בו גז מיוצא במחיר נמוך מהגז הנמכר בארץ, ופטור זה משחרר את חברות הגז מהצורך לערוך השוואה שנתית לממ"מ באמצעות עריכת השוואה ראשונית המתבססת על תחזיות, ופותח פתח למצב אותו ניסו למנוע בתזכיר החוק.

356. בעוד תזכיר הצעת החוק לתיקון חוק מיסוי רווחי נפט קבעה מנגנון ביקורת המפקח על החלטת מנהל רשות המיסים והצריכה את אישור מנכ"ל משרד האוצר להחלטות מיסוי, ההסדר המוצע נעדר כל מנגנון ביקורת.

357. כן, אין התייחסות בהסדר למנגנוני הסדרת אמצעי פיקוח העוקבים אחרי יישום החלטות

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



המיסוי ושינויים אפשריים במחיר בהסכם הייצוא לאורך הזמן.

358. בנוסף, מלשון ההסדר עולה השאלה האם היזם יכול לבחור, לפי שיקול דעתו והעדפותיו, האם להמשיך ולהיות ממוסה תחת תחולת הפטור או לחזור למיסוי תחת ההשוואה לממ"מ כאשר הדבר משתלם לו.

359. לשון ההסדר לעיל מאפשרת, הלכה למעשה, את עקיפת המנגנון שנקבע בחוק מיסוי רווחי נפט וגם במתווה המוצע. זאת, בכך שההסדר המוצע מבטל את ההשוואה לממ"מ או לכל אומדן אחר, ויוצר מצב בו מחיר הייצוא המחושב לעניין המס מסתמך על הסכמי הייצוא בלבד.

360. יובהר, כי עקרון זה נמצא בסתירה חריפה אל מול נוסח החוק הקיים שאינו מכיר כלל במנגנון פניה להחלטת מיסוי אצל מנהל רשות המיסים בנושא זה.

הבעיות שבקביעת הממ"מ באמצעות הצעת נוסחת המחיר שבהסכם ייצוא ללקוחות חדשים בישראל

361. סעיף 1.ד להסדר המוצע קובע מנגנון נוסף דרכו יזם להימנע מהשוואת מחיר בהסכם ייצוא לממ"מ ובחירת המחיר הגבוה מביניהם לעניין חישוב התקבולים. לפי ההסדר, מוצע כי פטור זה יחול אם היזם מתחייב להציע את נוסחת המחיר הקבועה בהסכם הייצוא גם ללקוחות חדשים בישראל. אולם, היזם אינו נדרש או מחויב להוציא לפועל הסכמים שכאלה עם לקוחות בארץ על מנת שיזכה ליהנות מהפטור.

362. גם סעיף זה מרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את ההסדר שנועד לקשור בין ממוצע המחירים בארץ לבין גביית היטל רווחי הגז מייצוא. זאת, מכיוון שהסעיף מעביר בפועל את הכוח ליזם, ועלול להוביל לדחיית גביית ההיטל וצמצום היקפו. ודוק, ככל שמחיר הייצוא ייקבעו כנמוכים יותר מבלי שהשוק הישראלי ייחנה ממחיר נמוך יותר, יגבה היטל נמוך מגובה הממ"מ עקב תקבולים נמוכים יותר, ללא החיסכון במחיר לשוק המקומי.

363. יודגש, כי תנאי היישום של הצעת נוסחת המחיר ללקוחות בארץ שבהסדר אינם מבטיחים שאכן ייחתמו עסקאות בתנאים אלו, ובהיקפים משמעותיים, בארץ. כך, למשל, הסעיף מאפשר ליזם להתנות בהסכם שיוצע ללקוחות החדשים בישראל את אספקת הגז בקיבולת המערכת, מה שעלול להביא לכך שדה-פקטו לא ייחתמו הסכמים.

364. כמו כן, בהסדר המוצע חלון תקופת ההצעה ללקוחות חדשים מוגבל לתקופה של שלוש שנים מחתימת הסכם הייצוא. כתוצאה, לקוחות שאינם יכולים או שאינם זקוקים להתקשר בהסכם לרכישת גז בתקופה זו לא יוכלו לקבל את נוסחת מחיר הסכם הייצוא.

365. לפיכך, יכול להיווצר מצב בו יוצע ללקוחות נוספים בישראל מחיר שבהסכם הייצוא, אך

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



זאת רק בכדי לצאת ידי חובה, ללא חתימת הסכם סופי, בעוד חברות הגז ייהנו מהנחות במיסוי על הייצוא.

366. יש לציין כי לאור ההסכמים הנוכחיים במאגר תמר, וכן לאור צפי מרכיב הייצוא הגבוה במאגר לווינתן, ייתכן וקבוצת הלקוחות החדשים הפוטנציאלית ליישום מחיר הייצוא כמחיר מיטיב בארץ אינה כה משמעותית.

367. לא למותר לציין כי עצם העובדה שהסעיף מאפשר לבעלי המאגרים לבחור האם להציע ללקוחות חדשים את תנאי עסקת הייצוא ובכך להביא להוזלת תשלום המס בגין חוזה הייצוא עצמו, משמעה כי בעלי המאגרים יבצעו הצעות כאלו רק ככל שהכדאיות בהוזלת המס על הסכם הייצוא עולה על הוזלת המחיר בארץ ללקוחות מסוימים.

חוסר ודאות לגבי ההתאמות המותרות שניתן לבצע בחישוב תקבולי הגז מייצוא

368. בסעיף 1.1 בפרק המיסוי במתווה המוצע נקבע כי במידה ונקודת מסירת הגז בהסכם הייצוא לא תהיה זהה לנקודת המסירה בישראל, תתבצע ההתאמה הנדרשת לצורך השוואת התקבולים מהסכם הייצוא לתקבולים המחושבים לפי הממ"מ. לעניין זה, החישוב יעשה בהתאם לתעריף דמי הולכה שיקבע מנהל רשות המיסים.

369. יודגש כי סוגיית ההתאמות מהווה נדבך מרכזי בכל הנוגע לקביעת התקבולים המתקבלים מייצוא. זאת, מאחר ואכן ראוי לערוך התאמות מסוימות במחיר כאשר- למשל- מרחק ההובלה לחוף קצר ממרחק ההובלה לנקודת המסירה לייצוא. אולם, עולה חשש כי סוגיית ההתאמות תהווה פתח נרחב למניפולציות שונות על מחירי הייצוא, באופן שיקשה מאוד על הפיקוח והבקרה של התאמות אלו.

370. למעשה, המתווה אינו כולל סעיף המסדיר את סוגיית ההתאמות באופן ברור. קרי, המתווה אינו קובע כי אין לבצע התאמות כלל מלבד התאמה לעלות ההולכה, או לחלופין, מפרט רשימת התאמות סגורה המתארת אילו התאמות ניתן לערוך, ואילו הן התאמות אסורות.

371. קביעה ברורה שכזו, המגבילה את ההתאמות המותרות, הינה הכרחית על מנת למנוע מניפולציות שונות על מחירי הייצוא, ועל מנת להבטיח שהתקבולים שיחושבו יגלמו את הערך האמיתי מהייצוא.

היעדר התייחסות להסדר המס שיחול על בעלי זכויות נוספים מלבד אלו הקיימים בתמר ולווינתן

372. פרק המיסוי במתווה מתייחס ליישום השוואת המחיר הממוצע המקומי למחיר הייצוא,



לגבי בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן בלבד. ואכן, בעלי מאגרים אלו הסכימו ליישמו.⁸⁷

373. הבעיה הראשונה העולה מההסדרה המצומצמת שבמתווה המוצע הינה היעדר ההתייחסות לבעלי הזכויות האחרים במאגרים הנוספים. כך למשל, לא ברור מה יהיה ההסדר שיחול על בעלי הזכויות העתידיים במאגרי כריש ותנין לאחר שימכרו.

374. כך, במידה ובעלי האחזקות בתמר ולוויתן אכן יהיו היחידים שעליהם יחול ההסדר המוצע במתווה, הדבר עלול להציב את הקונה החדש למאגרי כריש ותנין בעמדת נחיתות משמעותית. מצב זה עשוי לגרום לשתי בעיות מרכזיות: ראשית, יהיה קשה מאוד למצוא קונה שיהיה מוכן להיכנס למאגרי כריש ותנין בידיעה שיחולו עליו הסדרי מיסוי שונים, ויש בסיס טוב להניח שאף מחמירים, מאשר הסדרי המס שחלים על מתחריו.

375. שנית, וגם לו יגיע קונה שכזה, שיימצא בעמדה נחותה בלאו הכי לאור גודלם המזערי של מאגרי כריש ותנין לעומת תמר ולוויתן- הוא יאלץ להתמודד עם נחיתות נוספת בכל הנוגע להסדרי המיסוי המותאמים שהוכנו עבור מתחריו במאגרי תמר ולוויתן. במצב זה, הספק באשר ליכולתו של הרוכש לייצר תחרות משמעותית במשק הגז רק הולך וגובר.

חילוף נכסים בהתאם להוראת סעיף 96 לפקודת מס הכנסה ומועד אירוע המס

376. סעיף ג.2 לפרק המיסוי במתווה המוצע קובע כי ניתן יהיה להחיל את הוראות סעיף 96 לפקודת מס הכנסה לעניין חילוף נכסים גם על חילוף של נכסים פיזיים במיזם מסוים כגון אסדה, צינורות ועוד. אפשרות זו יוצרת בעיה שכן חוק מיסוי רווחי נפט אינו מתייחס למצב של חילוף כאמור, ולא ברור כיצד הדבר ישתלב בחישוב המס הקבוע בחוק זה. מכך, עולה השאלה האם ניתנה הדעת על יישום החילוף תחת חוק ששינסקי, והשלכותיהן של גישות יישום שונות על היטל הגז.

סנקציות ואמצעי אכיפה

377. המתווה המוצע אינו כולל פרק העוסק בסנקציות או באמצעי אכיפה למקרה של הפרה או חריגה מתנאי ההסכם מצד הזמים. לעניין זה, לא ברור האם יחולו הוראות פקודת מס הכנסה, או הוראות אחרות, שכן לא ברור מהו מעמדו החוקי של המתווה ובאיזה מישור הפרת סעיפיו תטופל. לאור העובדה שעסקינן בסכומי עתק, כאשר כל סילוף או סטייה קטנה במספרים המדווחים משמעותה הון עצום שיעבור שלא כדין לידי חברות הגז – הכרחי לקבוע מנגנוני אכיפה וענישה אפקטיביים אשר יטילו בין היתר אחריות גם על נושאי משרה

⁸⁷ סעיף ה(1) וסעיף ה(2) למתווה, אך לא סעיף ה(3) הדן בתזכיר העתידי.



בחברות הגז על מנת ליצור את ההרתעה הדרושה.

תחולת חוק עידוד השקעות הון וסעיף 86 לפקודת מס הכנסה

378. בסעיף 7 לתזכיר החוק נקבע כי הטבות לפי חוק עידוד השקעות הון לא יחולו על פעילות של ייצוא גז מכל סוג. כן, הוצע בתזכיר שהטבות לפי החוק האמור לא יחולו גם על פעילות ייצור של מוצרים אשר נפט או גז מהווים רכיב ייצור מרכזי בהם. והנה, **במתווה המוצע אין כל התייחסות לביטול תחולת החוק לעידוד השקעות הון.**

379. בדומה, המתווה אינו מתייחס לתחולת סעיף 86 לפקודת מס הכנסה המאפשר סיווג מחדש של עסקה במידת הצורך, בעוד בתזכיר התיקון לחוק נוספה הוראה המקבילה לסעיף 86.

380. לנוכח העובדה שהמתווה כן מתייחס, בסעיף 3 לפרק המיסוי, לעניין תיקון החקיקה- ולא מזכיר עניינים אלה- המסקנה המתבקשת היא שהמדינה אינה עומדת על דרישתה להסיר את מתן ההטבות לחברות הגז במסגרת חוק עידוד השקעות הון, ואינה דורשת שסעיף 86 לפקודת מס הכנסה יחול על המתווה, וזאת בניגוד עז לכוונת המחוקק בתזכיר החוק לעיל.

לסיכום

381. המתווה המוצע מיטיב עם חברות הגז, עוקף חקיקה ראשית בניגוד לחוק וסותר חקיקה ראשית קיימת וממצה בנושא. כן, המתווה המוצע יוצר בסיסי חישוב מס פתוחים, גמישים וחשופים למניפולציות המאפשרים לכספי מיסים המגיעים לקופת המדינה לחמוק ממנה לטובת חברות הגז, ומקבע הסדרים שאינם ממצים. כך, גם בהיבט המיסוי, נראה כי המתווה הנוכחי אינו מבכר את טובת הקופה הציבורית וטובתם של אזרחי ישראל.



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

4.5 קיום סביבה רגולטורית יציבה

"הלכה פסוקה היא, כי אין לשום אדם זכות מוקנית לכך שמדיניות כלכלית, עליה ביסס את חישוביו העסקיים, תימשך.... זוהי שאלה מובהקת של מדיניות ציבורית, הקשורה בקביעת סדר העדיפויות של השימוש בתקציב הלאומי. שאלה זו נתונה, מעצם טבעה, להכרעתה של הרשות המבצעת, והפיקוח עליה הוא, בעיקרו, פיקוח פרלמנטארי של הרשות המחוקקת... משניתנה הטבה, אין לו לאזרח "חזקה או זכות קנויה במצב הקיים" (בג"צ 298/70 [5], בעמ' 8) "ואין לשום אדם זכות קנויה שמדיניות כלכלית מסוימת, הנוחה לו, תימשך" (בג"צ 594/78 [6], בעמ. 475-476 ' על-כן, רשאי המינהל בכל עת לשנות את מדיניותו "ולא יישמע אדם בטענה ששם מבטחו בהסדר הקיים ושעל סמך זה קיבל על עצמו התחייבויות. אין ביטול כזה אלא צרת הרבים, ולזה, כנראה, כל אחד חייב להיות מוכן" (בג"צ 298/70 [5] הנזכר, בעמ' 8) ... נמצא, כי אדם, הנוטל סובסידיה או כל הטבה אחרת מהרשות הציבורית, נוטל על עצמו סיכוי עם סיכון, והסיכון הוא, כי הסובסידיה או ההטבה יבוטלו או ישונו, ועליו לכלכל מעשיו תוך לקיחת אפשרות זו בחשבון שיקולנין" (ההדגשות הוספו ע"י הח"מ) (כבוד השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל (פורסם בנבו, 1982))

382. לפני שנחל בטיעון בדבר מגבלותיו של סעיף זה נבקש לציין כי לו מבקשים הצדדים יציבות רגולטורית אמיתית הרי מן הראוי היה כי ינסחו הדברים במסגרת הצעת חוק ויביאוה בפני כנסת ישראל ומחוקקה, יניחו אותה על שולחן הכנסת ויאפשרו דיון אמת בוועדה הרלוונטית ובמליאה ולא יותירוה כהחלטת ממשלה. אין דינה של החלטת ממשלה כדינה של חקיקה בהיבט היציבות, אשר הצדדים מבקשים, לפחות באופן מוצהר, לייצר במסגרת זו. נדמה כי בענייננו מעדיפים הצדדים להימנע מדיון ציבורי שקוף ופתוח שיוביל ליציבות רגולטורית אמיתית. תחת זאת, הם מעדיפים לייצר הסדר בלתי חוקי המתיימר לכבול שיקול דעתן הסטטוטורי של הממשלה הנוכחית וממשלות באות בעשור הקרוב, כמו גם כבילת שיקול דעתם של חברי הכנסת בעשור הקרוב. זאת, בהינתן הבטחה מינהלית שגם אם תוקפה עלול "לפוג" בצוק העיתים הרי שתג המחיר לכך יהא רב בשל הבטחתה מלכתחילה.

4.5.1 סעיפי יציבות בעולם - סקירה כללית

383. דיון נרחב בנוגע לחוקיות והנחיצות של סעיפי יציבות מתקיים בשנים האחרונות בזירה הבינלאומית ובפרט בקרב מדינות מתפתחות, שהיום ברור כי למעשה הפקירו את טובת הציבור בשל אותם סעיפי יציבות. סעיפי יציבות קיימים לרוב במדינות מתפתחות ולא יציבות שרוצות לעודד השקעות זרות במדינתן. במדינות מפותחות ובמדינות החברות בארגון ה-OECD, ארגון שישראל חברה בו, נתקשה למצוא התחייבות מצד המדינה ליציבות רגולטורית



88: כלפי חברות פרטיות. כך על פי מחקר מקיף שנעשה בידי הבנק העולמי והאו"ם בשנת 2009:

“This study found that of the stabilization clauses examined, a majority of them from countries outside the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) were drafted in a way that can either insulate investors from having to implement new environmental and social laws or to provide investors with an opportunity to be compensated for compliance with such laws. None of the contracts in the study from OECD countries offer exemptions from new laws, and they only rarely offer an opportunity for compensation for compliance with the same breadth of social and environmental laws as in non-OECD countries.”

384. סעיפי יציבות הינם בעלי צורות והגדרות שונות וניתן ליישם באופן כללי או צר; ככל שהסעיף כללי ורחב יותר, כך הוא נדיר יותר במדינות מפותחות ודמוקרטיות. כך לדוגמא, סעיפי יציבות יכולים להיות מוכוונים להקפאת כל שינוי רגולטורי שהינו משפיע בצורה כזו או אחרת על ההשקעה של החברה הפרטית, לעומת הגדרה צרה של סעיף יציבות שמהווה רק פיצוי כלכלי במידה ושינוי רגולטורי בנושא המס לדוגמא משפיע על החברה. סעיף יציבות יכול אף להיות סעיף פרטני החל על נושא אחד בלבד, כגון תמלוגי נפט וגז או לחול או נושא שלם כגון הסדרת המיסוי ביחס לחברות הפרטיות הרלוונטיות, הוא יכול להוות סעיף רחב, החל על כל שינוי רגולטורי המשפיע על כלכליות החברה הפרטית.

385. סעיפי יציבות מן הסוג האחרון נקראים בעגה האנגלית Freezing clauses והינם נדירים מאוד, גם במדינות מתפתחות ולא דמוקרטיות ממעטים להשתמש בנוסח כללי המקפיא בצורה נרחבת כל שינוי רגולטורי המשפיע על כלכליות ההשקעה של חברות פרטיות. כך על פי המחקר מטעם הבנק העולמי והאו"ם:⁸⁹

“Freezing clauses, with exemptions from new laws, were found in the contracts from Sub-Saharan Africa; Eastern, Southern Europe and Central Asia; and the Middle East and North Africa. It is notable that **4 of the 11 Sub-Saharan African contracts contain clauses freezing all laws** (including environmental and social). In Latin America one partial freezing clause gives specific exemptions for labor laws.”

⁸⁸ “Stabilization Clauses and Human Rights”, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights, May 27, 2009. At: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>

⁸⁹ שם, בעמ' 9.



386. סעיפי היציבות אף עלולים ליצור בעיה מוסרית בקרב חברות הגז - הידיעה כי החברה אינה כפופה לשינויים רגולטוריים יכולה להוביל למצב בו חברות הגז עלולות לא לנקוט בזיהרות הנדרשת כנגד התרחשות תאונה או קטסטרופה אחרת באסדות הגז, שכן לא יהיו לכך כל השלכות. כך לפי מאמרו של פרופסור רוברט האוז, משנת 2011: ⁹⁰

“Stabilization clauses also create moral hazard on the part of the firm. Knowing it is insulated against regulatory changes the firm may decide not to take precautions against the occurrence of events that, because of their social costs, may predictably trigger regulatory responses that are costly to the firm (for example, certain environmental harms).”

387. לסיום חלק זה נוסיף כי סעיף היציבות נולד, פעמים רבות, מהצורך של מדינות לא יציבות להבטיח לחברות משקיעות את החזרת ההשקעה. בענייננו, לפי נתונים שפרסמו חברות הגז, הן כבר החזירו את השקעותיהן במאגר תמר - בתוך פחות משנתיים וחצי מתחילת ההפקה - ואף בשל כך נראה סעיף זה כצורם במיוחד.

4.5.2 סקירת סעיף היציבות המוצע

388. חלקו הראשון של סעיף ז' למתווה - קיום סביבה רגולטורית יציבה (להלן - "סעיף היציבות"), סעיפים ז(1-3), הינו מעין סעיף הצהרתי בכל הנוגע להכרת הממשלה, במסגרת המתווה המוצע, בהיקף ההשקעה הנדרש לפיתוח מאגרי הגז ובצורך ביציבות וודאות רגולטורית; ניתן להבין כי יש בכך משום "הכנת הקרקע" להכרה בכך שדרישת היציבות מוצדקת, נוכח השקעה זו.

389. בהמשך לכך, בסעיף ז(4) מציעה הממשלה לציין בהחלטתה גם את השינויים הרגולטוריים שנעשו לאחרונה: ההחלטה בנושא מיסוי הגז (2011), החלטת ממשלה 442 בנושא ייצוא הגז (2013) וכן את השימוש שנעשה במסגרת המתווה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

390. סעיף ז(5) קובע כי נוכח השינויים הרגולטוריים שפורטו בסעיף 4 דלעיל, הממשלה אינה רואה עוד צורך בכל שינוי רגולטורי נוסף. כאן יש התייחסות לשלושה נושאים: מיסוי הגז, ייצוא הגז והחלת דיני ההגבלים העסקיים ביחס לחברות הגז.

391. ביחס למיסוי מבהירה הממשלה כי בכל הנוגע לשינוי חלקו של הציבור ברווחי בעלי החזקות - אין היא רואה צורך לקדם כל שינוי והיא אף תתנגד לכל יוזמה בנושא: "בשל

⁹⁰ Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts", ROBERT HOWSE, 2011 <http://www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/>

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



השינוי המהותי שקבעו חוק מיסוי רווחי נפט וההסדרים שנלוו לו בשיעור חלקו המירבי של הציבור ברווחים של בעלי הזכויות בחזקות (שיעור ה- (government take הממשלה אינה רואה צורך בשינוי נוסף שיראה כמהותי בעיני המשקיע הסביר, בחלקו של הציבור ברווחים של בעלי החזקות הנוכחיים, לעומת השיעור המירבי הקבוע כיום בחוק זה ובחוק הנפט. לכן, הממשלה לא תיזום שינויים כאמור בתחום זה וכן תתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים כאמור בתחום. " (סעיף ז(5)(א)). זאת, בניגוד לשינויי חקיקה רוחביים בתחום הפיסקאלי וכן שינויים הנדרשים לצורך "סגירת פרוצדורות", הבהרות וחיזוק הדין הקיים כמו בקידום הליכי גבייה ובתיקונים שוטפים בתחום דיני המס והתמלוגים, אף אם יש לכל אלה השלכות על בעלי הזכויות בחזקות, לרבות השלכות פיסקליות. " (סעיף ז(5)(ב)).

392. בהקשר זה יובהר כי בכל הנוגע להסדרי המיסוי המוצעים במתווה ראוי שייכתב כי הם אינם כלולים בסעיף היציבות. ראו בהקשר זה הערותנו לפרק המיסוי.

393. בכל הנוגע לסוגיית ייצוא הגז והפעלת דיני ההגבלים העסקיים מבהירה הממשלה כי היא רואה בהסדרה הקיימת- הסדרה מספקת וכי תימנע מלערוך כל שינוי בנושאים אלה. נביא הדברים ככתבם וכלשונם :

"ג. הממשלה רואה בהסדרים שנקבעו בהחלטת ממשלה 442 ובהחלטה הנוכחית לגבי ההסדר המבני על פי סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים בהסדרים מספקים כל אחד בתחומו. בהתאם, הממשלה אינה רואה צורך בשינויים מהותיים נוספים בנושאים אלה. לפיכך, הממשלה לא תיזום שינויים מהותיים בנושאים האמורים. הממשלה אף תתנגד להצעות חוק פרטיות בעניינים אלה ככל שאלה יבקשו לבצע שינויים כאמור. אמירה זו מתייחסת למגבלות אשר ההסדרים הללו מטילים על בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות. יובהר כי עמדה זו אינה מתייחסת לשינוי רוחבי במשטר הנורמטיבי שאינו מתייחס למקטע הפקת הגז הטבעי בלבד וכן להליכי אכיפה על פי הדין הקיים. " [ההדגשות הוספו ע"י הח"מ]

394. בסיומו של סעיף ז(5) מוסיפה הממשלה התחייבות כללית כי תבחן בזהירות כל שינוי רגולטורי נוסף, אשר עשוי להשפיע על כדאיות העסקה. נוסח זה רחב מאוד ולמעשה משליך גם על שינויים רגולטוריים בתחום הסביבה, דיני עבודה ורווחת האזרחים שעלולים להיות מושפעים מפעילות חברות הגז.

395. בהקשר זה נציין כי רוחבו וכלליותו של סעיף זה מהווה פתח מסוכן לכבילה נוספת של שיקול הדעת הסטטוטורי, מעבר למפורט בסעיפים הקודמים. חברות הגז והנפט עלולות להסתמך על סעיף זה ולראות בנוסחו כמבטיח להן הגנה בפני הצורך לעמוד מול חקיקה חדשה, לא רק בנושא מיסוי, ייצוא והגבלים עסקיים, אלא גם בנושאי סביבה, בריאות ורווחה. כך לדוגמה, העלאת דרישות סביבתיות וצורך בהתקנת מתקנים להפחתת פליטות או להבטחת סביבת העבודה עלול להיחשב כחקיקה המשפיעה על כלכליות ההשקעה של חברות הגז, שכן טכנולוגיות חדשות עולות כסף. טיעונים אלה בפני חברות משאבי טבע ידועים ונפוצים. כך



לדוגמא קובע המחקר מטעם הבנק העולמי והאו"ם:⁹¹

"The stabilization clause would provide at least a prima facie argument for the company that the new law does not apply to the company's operations. The stabilization clause may at this point help the company obtain a mitigated result, such as a negotiated lower requirement or a delay in the law's applicability to the project."

עוד נאמר שם:⁹²

"Freezing clauses would generally result in compensation payments from the government to the investor. In effect, the state would have to cover, in part or in full, the cost to the investor to comply with new social and environmental requirements. If monetary compensation is awarded in the case of hybrid or economic equilibrium clauses, their impact would be similar to freezing clauses on the host state's ability to implement new social and environmental legislation."

396. סיכום ביניים של סעיף היציבות עד כה - הממשלה תצהיר בהחלטה כי היא סבורה שההסדרה הנוכחית הקיימת בנושאי מיסוי וייצוא, כמו גם בכל הנוגע לדיני ההגבלים העסקיים, ביחס לחברות הגז הספציפיות, מספקת והיא לא תוסיף עליה ואף תתנגד לכל יוזמת חקיקה בנושא.

397. סעיף היציבות אינה נעצר בזאת- סעיף ז(6) מבקש להבטיח כי ההתחייבות השלטונית דנן תהא תקפה למשך 10 השנים הקרובות, זאת בכפוף לעמידת בעלי הזכויות בהתחייבויותיהם:

"(6) האמור בסעיף 5 נכון למשך 10 שנים מיום קבלת החלטת הממשלה, בכפוף לעמידתם של כל בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות בתנאי המתווה. בחינת מדיניות הממשלה לאחר תקופה זו תיעשה בהתאם לנסיבות באותה עת."
[ההדגשות הוספו ע"י הח"מ]

398. ראוי לציין שסעיף זה אף אינו מבטיח דיון מחודש עם תום עשר השנים, אלא רק מאפשרו. כלומר, ייתכן והממשלה תשוב ותידון בדברים רק בעוד 20 שנים או שתמנע לחלוטין מקיום דיון כאמור.

399. נאמר מיד- הבטחה לכבול את שיקול דעת רשות המבצעת עתידית והרשות המחוקקת הנוכחית והעתידית, הינה הבטחה משוללת סמכות, בלתי חוקית ואף בלתי חוקתית ובוודאי

⁹¹ שם, עמ' 34

⁹² שם, עמ' 35

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



שאינה יכולה להיות בת תוקף כלשהו, על אחת כמה וכמה לפרק זמן של עשור, דהיינו, לפחות לשתי כנסות הבאות, אם לא למעלה מכך. דינו של סעיף זה - בטלות!

400. סדר הדיון בנוגע למשמעותו של סעיף היציבות יהא כדלקמן: ראשית, נבהיר כי מדובר בהבטחה שלטונית ולא בהצהרת מדיניות; לאחר מכן נמשיך ונעמוד על טיבה וטבעה של הבטחה שלטונית ועל המשמעויות וההשלכות של נתינתה; נסיים בהתייחסות לתוכנה הבלתי חוקי של ההבטחה - ביחס לממשלה הנוכחית והעתידיה ולתוכנה הבלתי חוקי של ההבטחה ביחס לכנסת הנוכחית והעתידיה.

4.5.3 הבטחה מינהלית או הצהרת מדיניות

401. כידוע רשות מינהלית רשאית לשנות את מדיניותה ולפרט אין כל זכות מוקנית שמדיניות כאמור תתממש לבסוף או תימשך.⁹³ מאידך שינויה או אי מילויה של הבטחה שלטונית או הבטחה מינהלית תוביל, קרוב לוודאי, לחיוב במימושה או לחלופין בפיצוי נאות של אותם אלה שלהם ניתנה. נקודת המוצא לדיון במדיניות מינהלית היא כי מדיניות זו ניתנת לשינוי בכל עת לעומת נקודת המוצא לדיון בהבטחה מינהלית, שהיא בדיוק הפוכה - הרשות המינהלית אינה רשאית לחזור בה מהבטחתה, אלא אם התקיימו טעמים מיוחדים⁹⁴.

402. מכאן, חשוב שנבחן תחילה האם עסקינן בהבטחה מינהלית או שמא בהצהרת מדיניות. ניתן לבחון שאלה זו בשני אופנים: על פי המבחנים שנקבעו בבג"ץ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה⁹⁵ (להלן-עניין סאי-טקס") וניתן אף בהתאם לגישתו של הפרופ' יואב דותן בנושא (להלן-"דותן").⁹⁶

403. בהתאם להלכה שנקבע בעניין סאי טקס הבטחה שלטונית תיתפס ככזו באם ניתנה על ידי בעל סמכות המוסמך לתתה, מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב, וכך הובנה על-ידי מי שניתנה לו, כשהיא מפורטת די הצורך ובת-ביצוע; מבחנים אלה, יש לציין הינם מבחנים המתקיימים בדיעבד. עמדתו של דותן, בקצירת האומר, היא כי ככל שההבטחה ניתנה לנמענים כלליים ובלתי מסויימים - הרי שעסקינן במדיניות; לעומת זאת, ככל שההבטחה ניתנה לנמענים מסויימים - הרי שניתן לראות בה הבטחה מינהלית.

404. לעניינו, נראה כי כך או אחרת עסקינן בהבטחה מינהלית ולא בהצהרת מדיניות; נדגים הדברים בקצרה להלן.

⁹³ רעפ 4562/11 אברהים מוחתסב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2013); בג"ץ 594/78 אומן נ' שר התעשייה והמסחר והתיירות (פורסם בנבו 1978); בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל (פורסם בנבו 1982).

⁹⁴ יואב דותן, הבטחה מינהלית לציבור, משפט וממשל ה תש"ס 465, 471.

⁹⁵ בג"ץ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה (פורסם בנבו 1975).

⁹⁶ יואב דותן, הבטחה מינהלית לציבור, משפט וממשל ה תש"ס 465.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



405. בכל הנוגע למבחנים שנקבעו בפסיקה, וככל שניתן ליישם על מתווה, אשר טרם אושר להבדיל ממקרה בו מיושמים מבחנים אלה בדיעבד ובדרך כלל לאחר שהצדדים להבטחה ביצעו פעולות שונות הקשורות בה ובטיבה: הממשלה היא הגורם המוסמך להגביל את שיקול דעתה והיא זו אשר עושה זאת בפועל (בהמשך נרחיב ביחס לסמכותה לעשות כן); נראה כי היא מבקשת להקנות להבטחתה תוקף משפטי ומבקשת להציגו ככזה, שכן היא מתכנתת להכליל הבטחתה במסגרת החלטת ממשלה, אשר בוודאי הינה מסמך בעל תוקף משפטי; פרטי ההבטחה מפורטים מאוד ביחס לנושאים ולסוגיות בהן מוגבל שיקול הדעת הסטטוטורי ובכל הנוגע לנושאים ולסוגיות בהן הוא אינו מוגבל כפי שהובהר בהצגת הסעיף בראשית הדברים. לא ניתן לטעון שעסקינן בהבטחה כוללת. חברות הגז מצדן בהחלט דרשו כי יינתן להצהרת היציבות תוקף משפטי, כפי שאנו למדים מהפרוטוקולים. כך למשל, בסיכום הישיבה שהתקיימה ביום 18/3/15, צויין בסעיף 3 כי "נציגי החברה ביקשו כי הבטחת היציבות תיעשה בשלושה מישורים: 1. התייחסות בהחלטת הממשלה לכך שדברים צריכים להיעשות באופן משולב ואינטגרטיבי ולא שכל גורם פועל לבד; 2. הסדרים ספציפיים שייקבעו מול הרגולטורים אשר יכבלו באופן קונקרטי את האפשרות לשנות היבטים שסוכמו; 3. חילופי מכתבים מול דרג שר המסדיר את הציפיות הסבירות של החברה, כך שיוכלו לעשות שימוש עתידי במכתב שכזה נושא זה יכול גם להיות מוסדר בהחלטת הממשלה." [ההדגשות הוספו ע"י הח"מ].

406. משכך, בהתאם למבחנים שנקבעו ע"י הפסיקה עסקינן בהבטחה מינהלית.

407. גם אם נבחן הדברים בהתאם לגישתו של דותן נגיע למסקנה דומה, שכן אין מדובר בהחלטה כללית הממוענת לציבור בלתי מסויים, כי אם החלטה שכל כולה מכוונת לשלוש חברות בלבד: דלק קידוחים, נובל אנרג'י ורציו. כך, למשל בכל הנוגע לשינוי סטטוטורי בתחום המיסוי מבהירה הממשלה בסעיף ז(5)א) כי עמדתה "אינה מתייחסת לשינוי רוחבי במשטר המס שאינו מתייחס למקטע הפקת הגז הטבעי בלבד", כלומר ההתייחסות שלא לבצע שינויים חקיקתיים בתחום הפיסקאלי נוגעת רק לנושאים הרלוונטיים לחברות במסגרת הפקת הגז. כך גם בסעיף ז(5)ג) הנוגע לכבילת שיקול דעתה בכל הנוגע לסוגיית הייצוא ודיני ההגבלים העסקיים מבהירה הממשלה כי "אמירה זו מתייחסת למגבלות אשר ההסדרים הללו מטילים על בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות. יובהר כי עמדה זו אינה מתייחסת לשינוי רוחבי במשטר הנורמטיבי שאינו מתייחס למקטע הפקת הגז הטבעי בלבד וכן להליכי אכיפה על פי הדין הקיים".

408. כפי שהראנו, עסקינן בהבטחה שלטונית ולא בהצהרת מדיניות.



4.5.4 הבטחה שלטונית- טיבה וטבעה

409. בעניין סאי-טקס נקבע העיקרון העומד בבסיס ההלכה בדבר הבטחה שלטונית והוא שעל הרשות לעמוד בהבטחות שנתנה. הבטחה מינהלית תתקיים כאשר ניתנה על ידי בעל סמכות המוסמך לתתה, מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב, וכך הובנה על-ידי מי שניתנה לו, כשהיא מפורטת די הצורך ובת-ביצוע. הבטחה כזו עשויה להיות מקור עצמאי לחובה של הרשות ללא קשר עם הסתמכות על ההבטחה ואף ללא שינוי המצב לרעה של מקבל ההבטחה. על תנאים אלה מתווסף התנאי כי לא קיים צידוק חוקי לשנות מההבטחה או לבטלה.⁹⁷ מכאן נובע כי הרשות המינהלית יכולה לסגת מהבטחתה בשני מקרים, כאשר ישנם שיקולים המחייבים סטייה כאמור, לדעת הרשות או כאשר ההבטחה ניתנה בהיעדר סמכות.⁹⁸

410. כאשר הבטחה מינהלית ניתנה בחוסר סמכות הרי שהרשות המינהלית אינה רשאית לקיימה, שכן נותן ההבטחה לא היה בעל סמכות לתתה ובעל יכולת למלא אחריה. אכיפת הבטחה כאמור תאפשר את הפרתן של הנורמות הקוגנטיות של המשפט המינהלי באופן שיפגע בעיקרון חוקיות המינהל ובכך יקעקע את יסודות המינהל הציבורי, יעודד יצירת קנוניות ויפגוע בצדדים שלישיים. מנגד, ניתן להצביע על שיקולים אחרים בנסיבות בהן ניתנת הבטחה שאינה בסמכותו של הגורם המבטיח, בעיקר כאלה שעניינם בתחושת הצדק האינדיבידואלית של הפרט שלו ניתנה ההתחייבות כמו גם באשר לשינוי מצבו בהסתמך עליה.⁹⁹

411. מטעמים אלה קבעה הפסיקה מבחן נסיבתי המתייחס לעובדותיו של המקרה הקונקרטי ומאזן בין האינטרס הציבורי שבחוקיות המינהל ובשלטון החוק, לבין העוול שהיה מנת חלקו של הפרט אשר הסתמך על המצג שהציגה הרשות.¹⁰⁰

412. זוהי, בתמצית, ההלכה בנוגע להבטחה מינהלית. ישאל השואל מה לנו כי נלין- במידה ואינטרס הציבור או צורך חיוני מהותי יתעוררו, תוכל הממשלה להתנער מהבטחותיה, גם אם לא בנקל. אולם, ליצירתה של הבטחה מינהלית משמעות גם אם אינה מתגשמת לבסוף, היא יוצרת מציאות נורמטיבית שונה מזו שהיתה קיימת קודם לנתינתה ולביטולה יש מחיר.

4.5.5 המשמעות של הבטחה מינהלית- יצירת מציאות נורמטיבית חדשה

”המסגרת הנורמטיבית לחזרה מהחלטה כמוה כמסגרת נורמטיבית לקבלת ההחלטה. בשני המקרים נבחנת ההחלטה המינהלית על-פי העקרונות הכלליים

⁹⁷ עניין סאי-טקס וכן ע"מ 7275/10 הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות נ' עמירם שקד (פורסם בנבו 2011); בג"ץ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר (פורסם בנבו 1985); בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי (פורסם בנבו 2003); בג"ץ 142/86 דישון, כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות (פורסם בנבו).
⁹⁸ אלכס שטיין, הבטחה מינהלית, משפטים יד, תשמ"ה 255.

⁹⁹ בג"ץ 9634/08 מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים (פורסם בנבו 2009)
¹⁰⁰ בג"ץ 5023/91 פרוז נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו 1992).



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

של תורת שיקול הדעת המינהלי. על ההחלטה המינהלית להיות מודרכת משיקולים ענייניים, ומהם בלבד... כמובן, מערכת השיקולים הנלקחים בחשבון, ואשר העימות ביניהם יוצר את סבירותה או חוסר סבירותה של ההחלטה, שונה בשני המקרים. טעם לשוני זה נעוץ בכך, שבמסגרת קבלת ההחלטה השנייה, בה חוזרת הרשות המינהלית מההחלטה הראשונה, עליה להתחשב בהחלטה הראשונה. אכן, החלטה זו יצרה מציאות נורמטיבית חדשה, היא ביססה הסתמכות ולעתים אף שינוי מצב לרעה. שינוי בהחלטה זו עשוי לפגוע בציפיות סבירות. יש לשקול עניין זה במסגרת האיזון הכולל, הבוחן את סבירותה של ההחלטה השנייה. על-כן, יהיו בוודאי מקרים, בהם רשות לא תהא רשאית לקבל בדיעבד החלטה שרשאית הייתה לקבלה מראש. בין ה"מראש" לבין ה"בדיעבד" חלף זמן, התרחשו אירועים, נוצרה מציאות חדשה. כל אלה עשויים להפוך את ה"בדיעבד" לבלתי סביר, למרות שאילו נתקבל "מראש" היה הוא סביר בהחלט¹⁰¹" [ההדגשות הוספו ע"י הח"מ]

413. אחד הפתרונות שהוצעו לבעיה המוצגת, הוא כי תחת בחירה בין אכיפת מצגה של הרשות לבין קביעה כי לא תיאכף נוכח חריגה מסמכות, יינתן פיצוי מהרשות לפרט שהסתמך בתום לב ובאופן סביר על הבטחתה, כגובה הסתמכותו.¹⁰²

414. היוצא מכך, במידה ואנו יוצאים מנקודת הנחה כי ההבטחה הינה חוקית (ובהמשך יובהר כי לא כך הדבר), הוא כי יצירתה של הבטחה מינהלית מעמיד את הממשלות העתידיות, ככל שיבקשו לשנות מההבטחה, במצב בו יאלצו לשים מנגד לאינטרס הציבור את העלות של הפרת ההבטחה דן - הבטחה אשר דינה מלכתחילה - בטלות. "תג מחיר" שכזה עלול להרתיע את מקבלי ההחלטות לעתיד מלשנותה ואף לעוות את החלטתם בכל הנוגע לצרכי הציבור.

415. כבוד השופט רובינשטיין הבהיר בע"מ 7275/10 הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות נ' עמירם שקד¹⁰³ כי:

אכן, יש לנהוג זהירות רבה באישושן של הבטחות מינהליות, כדי שדברים הנאמרים נכתבים לעתים ב"יריה מן המותן" או לשם צורך פוליטי כזה או אחר לא יהפכו לריחיים על צוואר המדינה, ועל כגון דא ייאמר "חכמים היזהרו בדבריכם" (משנה אבות א', י"א) (ראו בג"ץ 1040/10 עיריית אשקלון נ' ראש ממשלת ישראל [פורסם בנבו], פסקה כ"א).

416. נבקש לחדד הדברים ולהבהיר, אין אנו עוסקים בהבטחה סטנדרטית של רשויות המינהל להעניק זכות מסויימת או הטבה כלשהי, אלא בהבטחה של הרשות המבצעת לכבול את שיקול דעתה בכל הנוגע לחקיקה ואסדרה של תחומי המיסוי, הייצוא וההגבלים העסקיים ביחס לחברות הגז הרלוונטיות(!) ולא רק את שיקול דעתה שלה מבקשת הממשלה לכבול, אלא את שיקול דעתן של הממשלות הבאות בעשור הקרוב ואף של בית המחוקקים!

¹⁰¹ בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 1991)

¹⁰² ראו דפנה ברק-ארז "הגנת הסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז (1) 41-43 (1996); אריאל בנדור, תורת השתק במשפט המינהלי, 227-228 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תשנ"ד).

¹⁰³ ע"מ 7275/10 הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות נ' עמירם שקד (פורסם בנבו 2011)

רחי יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



417. נעבור כעת לבחון חוקיותה של תוכן ההבטחה כאמור;

4.5.6 היעדר סמכות לכבול שיקול דעת הממשלה

418. המשפט הציבורי בישראל מכיר בכוחה של רשות שלטונית לכבול את שיקול הדעת שלה בכפוף לכך שהכבילה זו לא תעמוד כנגד אינטרס הציבור במידת הצורך והרשות תוכל להשתחרר ממנה לעת מצא. זאת, כל עוד השיקולים העומדים בבסיס הכבילה הינם שיקולים ראויים וחוקיים, אשר ניתן שיילקחו בחשבון במידת הצורך.¹⁰⁴

419. ראוי להבהיר כי עסקינן בכבילת שיקול הדעת לבצע שינויים חקיקתיים כלפיי חברות הגז בכל הנוגע לחלקים נרחבים מתחום דיני המסים, בנושא סוגיית הייצוא ובמסגרת דיני ההגבלים העסקיים. כלומר ההגבלה היא על שימוש נרחב בשיקול דעת שלטוני מובהק ביחס לשינויים סטטוטוריים כאלה ואחרים, אשר הממשלה מוותרת עליהם מראש. ודוק ענייננו כאן בטענה כפולה; ראשית, האם בהתחייבות הנתונה יש כדי לאיין את היכולת של הממשלה הנוכחית להשתחרר ממנה ובכך היא הופכת לבטלה¹⁰⁵. שנית, היעדר הסמכות לכבול שיקול דעתה של ממשלה שטרם באה לעולם ביחס לשינויים סטטוטוריים בתחומי המיסוי, הייצוא וההגבלים העסקיים הנוגעים לחברות הגז.

4.5.7 כבילת שיקול הדעת של הממשלה הנוכחית - דינו בטלות, נוכח נוסחו של

המתווה:

420. נזכיר שוב את ההתחייבויות שהממשלה מבקשת לקחת על עצמה בכל הנוגע לכבילת שיקול דעתה הסטטוטורי:

421. בכל הנוגע לסוגיית המיסוי מוצע לקבוע בהחלטת ממשלה כי "הממשלה אינה רואה צורך בשינוי נוסף שיראה כמהותי בעיני המשקיע הסביר, בחלקו של הציבור ברווחים של בעלי החזקות הנוכחיים."

422. בכל הנוגע לסוגיית הייצוא ודיני ההגבלים העסקיים מוצע כי הממשלה תבהיר כי "הממשלה רואה בהסדרים שנקבעו בהחלטת ממשלה 442 ובהחלטה הנוכחית לגבי ההסדר המבני על פי סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים כהסדרים מספקים כל אחד בתחומו. בהתאם, הממשלה אינה רואה צורך בשינויים מהותיים נוספים בנושאים אלה".

423. כפי שאנו רואים, הלשון אינה מותירה, במסגרת הזירות בהן היא עוסקת, מקום לשינוי או

¹⁰⁴ בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר (פורסם בנבו, 1991) (להלן-"עניין ז'רז'בסקי").
¹⁰⁵ ראו פסקה 19 לפסה"ד של כב' השופט, כתוארו אז, ברק בעניין ז'רז'בסקי.



חזרה- הממשלה רואה בהסדרים הקיימים כמספקים ואינה רואה צורך בכל שינוי נוסף. לשונה של ההחלטה גורפת, ונראה כי היא קובעת כבילה גמורה ומלאה כזו אשר לא תאפשר השתחררות קלה מהכבילה, כאשר האינטרס הציבורי יצדיק זאת ¹⁰⁶.

424. כבילת שיקול הדעת של הממשלה הנוכחית גורף ואינו מותיר מקום לשינוי במידת הצורך ולכן- פסול. אין בו כל הסתייגות ביחס לאינטרס הציבור לצורך חיוני דוחק. הוא צופה שינוי רק במידה וחברות הגז לא יעמדו בהתחייבויותיהן. בכך יש כדי פעולה בניגוד גמור לאינטרס הציבור ולחובת הממשלה לדאוג לו.

4.5.8 כבילת שיקול הדעת של הממשלות הבאות – דינו בטלות, בשל היעדר סמכות:

425. התחייבות של רשות שלטונית אינה מקנה לה סמכויות שאין בידה. ממשלה אחת אינה מוסמכת לכבול את שיקול דעתה של הממשלה לעתיד. רשות שלטונית אינה יכולה להתחייב באשר לאופן ההפעלה של סמכותו של גורם אחר, וממילא התחייבות כזו אינה מחייבת גורמים אחרים.

4.5.9 היעדר סמכות לכבול שיקול דעת הכנסת

426. הממשלה אינה מוסמכת לכבול את כוחה של הכנסת - תפיסה זו היא בגדר מושכלות יסוד של המשפט הציבורי בכל מדינה דמוקרטית. אפילו הממשלה מתיימרת לכבול את כוח החקיקה של הכנסת, הרי שאין לכך תוקף. לממשלה לא מסורה הסמכות לכבול את כוח החקיקה של הכנסת, שהרי מהלך שכזה היה עומד בניגוד גמור לעקרונות יסוד של דמוקרטיה.

427. כאמור, המשפט הציבורי בישראל מכיר בכוחה של רשות שלטונית לכבול את שיקול הדעת שלה, בתנאים וכפי שפורט לעיל. אולם, התחייבות של רשות שלטונית אינה מקנה לה סמכויות שאין בידה. קל וחומר כך ביחס לסמכות החקיקה של הכנסת. הממשלה כפופה לסמכות החקיקה של הכנסת ולא להיפך. נוכח הדברים ברי כי אין בכוחה של הממשלה להטיל מגבלות על סמכות החקיקה של הכנסת.

428. בענייננו מבקשת הממשלה להתחייב לא רק שהיא עצמה לא תקדם כל שינוי סטטוטורי אלא שתנגד לכל הצעת חוק פרטית בעניין. וכאמור, התחייבות זאת, מוענקת כביכול לעשר שנים תמימות-דהיינו, הממשלה ה-34 מתחייבת כי בעשור הקרוב, לא משנה מי יבחר העם בישראל כנבחריה, כל הצעת חוק פרטית, אשר תשנה משהו מההסדרים בתחום המיסוי, הייצוא וההגבלים העסקיים הנוגעים לחברות הגז- תופל ותרד מסדר היום!

429. הממשלה הצהירה כי תתנגד לכל הצעת חוק פרטית ויש מי שיטען כי בכך אין כדי להשפיע על

¹⁰⁶ שם, שם.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل



הכנסת - על כך נשיב בשני שלבים :

430. ראשית, נפנה לנספח ב' להסכמים הקואליציוניים שנחתמו בין מפלגת הליכוד ובין כל מפלגות הקואליציה המסדיר את דרכי עבודת הקואליציה¹⁰⁷ הקובע כי "חברי הקואליציה לא יקדמו במליאה או בוועדות הכנסת הצעת חוק פרטית, שהממשלה החליטה להתנגד לה..". (סעיף 24 לנספח ב' להסכמים הקואליציוניים). כלומר, משעה שהגבילה הממשלה את עצמה מלקדם כל שינוי סטטוטורי בתחום- מכוח ההסכמים הקואליציוניים היא למעשה מונעת גם מכל חברי הכנסת החברים בסיעות הקואליציה לעשות כן.

431. בכך יש כבילה בלתי חוקתית של שיקול דעתו של המחוקק.

432. שנית, כאמור, גם אם יימצא בכנסת רוב המבקש לקדם שינוי סטטוטורי, על אף התחייבות הממשלה, הרי שברי כי אותו איום בדבר הבטחה מינהלית שניתנה לחב' הגזי יהלך אימים ביחס למשמעויותיו הכלכליות, גם על חברי הכנסת ואפילו על אלה אשר ירהיבו עוז לצאת כנגד המשמעת הקואליציונית.

433. משמעות הדברים היא כבילת שיקול הדעת של חברי הכנסת הנוכחית. וכאמור לכך מצטרפת היומרה לכבול דעתם אף של נבחרים ציבור אשר טרם נבחרו, במשך העשור הקרוב.

434. הפרופ' ברק מדינה מבהיר¹⁰⁸ ביחס להיעדר הסמכות לכבול את כוחה של הכנסת: "סוגיה קרובה לכך מתעוררת בהקשרים שבהם הממשלה מתקשרת באמנה בינלאומית עם מדינה אחרת. ההלכה בהקשר זה היא שהוראות האמנה הופכות להיות חלק מן הדין הפנימי רק אם אומצו במפורש בחקיקה של הכנסת (למשל ע"פ: 131/67 קמ"א נ' מדינת ישראל פ"ד כב 285 (1967)). גם במקרה כזה, הוראות האמנה אינן שוללת את כוחה של הכנסת לקבוע בחקיקה מאוחרת הוראות שאינן עולות בקנה אחד עם האמנה. הלכה זו חלה, מקל וחומר, במקרים שבהם אין מדובר באמנה בינלאומית אלא בהתקשרות בהסכם מסחרי או בהענקת שטר זיכיון על-ידי הממשלה. הריבון במשטר דמוקרטי הוא העם, והוא פועל באמצעות נציגיו בכנסת. הממשלה אינה מוסמכת לקבוע הסדרים שיכבול את כוחו של הרוב בציבור, באמצעות נציגיו בכנסת, וימנעו ממנו לחוקק הסדרים שייראו לו מתאימים¹⁰⁹."

435. ניסיונה של הממשלה לכבול שיקול דעתה של הכנסת הנוכחית וגם כנסות נוספות שיבואו

¹⁰⁷ נספחים א- ב להסכמים הקואליציוניים לממשלה ה-34, כפי שפורמו באתר הכנסת תחת הכותרת קווי יסוד : <http://main.knesset.gov.il/mk/government/documents/kaveiyesod2015.pdf>

¹⁰⁸ פרופ' ברק מדינה הגיש ביום 29/12/13 חוות דעת לוועדה לקביעת חלק המדינה במשאבי טבע לאומיים, בנושא סמכות הכנסת להטיל מיסוי על רווחים מהפקת משאבי טבע בים המלח (להלן-"חוות הדעת"), חוות דעת זו מפורסמת באתר האינטרנט של משרד האוצר :

http://mof.gov.il/Committees/NatureResourcesCommittee/JusticeOpinion_ProfBarakMedina.pdf
¹⁰⁹ סעיף 12 לחוות הדעת.

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים : ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל : 02-5000073 פקס : 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل : ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف : 02-5000073 فاكس : 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



בעקבותיה בכל הנוגע למילוי תפקידה כמחוקקת הינו ניסיון בטל מעיקרו, שכן לא רק שהינו משולל סמכות, אלא שהוא בלתי חוקתי. הגבלת שיקול הדעת של הרשות המחוקקת היא דבר המנוגד לעקרונות יסוד במשטרנו וביניהם הפרדת הרשויות, חופש הפעולה של הרשות המחוקקת והעיקרון לפיו הגבלות על הרשות המחוקקת אפשר להטיל רק במסגרת חקיקת חוקי יסוד.

סיכום

436. עסקינן בסעיף יציבות שמקומו במסגרת משטרים ומדינות שאין אנו שואפים להידמות להם. יתרה מכך, נדמה כי אין בכך אלא אמתלה של ניסיון לייצר יציבות רגולטורית, שכן ברי כי אם זו אכן היתה המטרה והתכלית העיקריים של סעיפים אלה הרי שהצדדים היו מבקשים להסדירם במסגרת חקיקה- היא דרך המלך ליצירת וודאות. אולם, נדמה כי בענייננו מעדיפים הצדדים להימנע מדיון ציבורי שקוף ופתוח ולייצר הסדר בלתי חוקי המתיימר לכבול שיקול דעתן הסטטוטורי של הממשלה הנוכחית וממשלות באות בעשור הקרוב, כמו גם כבילת שיקול דעתם של חברי הכנסת בעשור הקרוב. זאת, בהינתן הבטחה מינהלית שגם אם תוקפה עלול "לפוג" בצוק העיתים הרי שתג המחיר לכך יהא רב בשל הבטחתה מלכתחילה.

437. נזכיר שוב כי ניסיונה של הממשלה לכבול שיקול דעתה של הכנסת הנוכחית וגם כנסות נוספות שיבואו בעקבותיה בכל הנוגע למילוי תפקידה כמחוקקת הינו ניסיון בטל מעיקרו, שכן הינו בלתי חוקתי. הגבלת שיקול הדעת של הרשות המחוקקת הינו דבר המנוגד לעקרונות יסוד במשטרנו וביניהם הפרדת הרשויות, חופש הפעולה של הרשות המחוקקת והעיקרון לפיו הגבלות על הרשות המחוקקת אפשר להטיל רק במסגרת חקיקת חוקי יסוד.

438. עוד נזכיר כי גם אם כבילת דעתה של הרשות המבצעת ביחס להפעלת סמכויותיה הסטטוטוריות אינה פסולה לכשעצמה, הרי שהכללת הבטחה כאמור לעשור הקרוב הינה בבחינת אלמנט זר, פסול המתיימר לכבול את שיקול דעתן של הממשלות ונבחרי הציבור הבאים בעשור הקרוב- ודינה של הבטחה שכזו היא בטלות.

439. נביא בהקשר זה ובהשאלה מדבריו של הנשיא שמגר בבג"ץ 1523/90 שלום לוי נ' ראש הממשלה, יצחק שמיר¹¹⁰, שם ביקשו צדדים להסכם קואליציוני שתיתן ערבות כספית לשם הבטחת קיום התחייבויות הנוגעות לתחום הסמכויות הסטטוטוריות שיהיו בעתיד בידי צד זה או אחר למשא ומתן:

"התחייבות הנוגעת להפעלת סמכויות סטטוטוריות אינה פסולה כשלעצמה (בג"ץ 311/60), אולם שיקול הדעת הסטטוטורי חייב לשרת לעולם את טובת הציבור, והוא חייב להישלט על-ידי הרצון לקיים את

¹¹⁰ בג"ץ 1523/90 שלום לוי נ' ראש הממשלה, יצחק שמיר (פורסם בנבו 1990).
רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים: ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 * العنوان للرسائل: ص.ب. 4207، القدس 91043 * هاتف: 02-5000073 فاكس: 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)



الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

טובת הכלל. מכאן גם, כי במקרים קיצוניים וחיוניים, כאשר מתעורר ניגוד אינטרסים, גובר לעולם האינטרס הציבורי. הרכבת היסוד של ערבות כספית על התחייבות כנ"ל יש בה כדי להכניס לתחומי ההסכם הציבורי אלמנט זר, הכובל, למעשה, את שיקול הדעת הסטטוטורי שלא כדין ומערער את היכולת לעמוד בקיום יעדיו. " [ההדגשות הוספו ע"י הח"מ]

רח' יפו 208, ירושלים 94383 * מען למכתבים : ת.ד. 4207, ירושלים 91043 * טל : 02-5000073 פקס : 02-5000076
شارع يافا 208، القدس 94383 • العنوان للرسائل : ص.ب. 4207، القدس 91043 • هاتف : 02-5000073 فاكس : 02-5000076
208 Jaffa St., Jerusalem * Mailing Address: P.O.B.4207 Jerusalem 91043 * Tel: 02-5000073 * Fax: 02-5000076
E-mail: mqg@mqg.org.il * Web Site: www.mqg.org.il



4.6 כוח עליון – פגיעה משולשת באינטרס הציבור

440. "כוח עליון" (או "סיכול" כשמו בשיטת המשפט הישראלית), הינו עילה בתחום המשפט האזרחי לרוב, אשר מצדיקה אי-עשיית מעשה בנסיבות מיוחדות, אף אם יש חובה לעשותו, כשעשייתו אינה אפשרית עוד. כך למשל, סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, קובע כדלקמן:

"18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו." [ההדגשות של הח"מ].

441. ההגדרה הרווחת ל"כוח עליון" (Force Majeure), כך גם לפי הסעיף דלעיל, כוללת בעיקר נסיבות חריגות שאינן בשליטתו של אדם זה או אחר, או אירוע שלא צפו ולא יכלו היו לצפות הצדדים שיארע. כך למשל, הנסיבות המקובלות כ"כוח עליון" הינן אסון טבע, מלחמה, תאונה שלא היה ניתן להימנע ממנה וכו'. במשפטנו אנו, הפסיקה צמצמה רבות את טענת הסיכול, והגדירה כמעט כל מאורע כמאורע צפוי, כך שמלומדים שונים סבורים כי למעשה המדובר באות מתה בחוק.¹¹¹

442. מגבשי המתווה יישמו הגדרה זו היטב, בקובעם את הגדרת "כוח עליון בתמר" (עמ' 2 למתווה). בכך לא חרגו הם מן המקובל בעולם. לעומת זאת, בהגדירם את "כוח עליון בכריש ותנין", קבעו הם שיאים חדשים של אבסורד, שסביר להניח שלא היה כדוגמתו אי פעם - בישראל ומחוצה לה. כשהמדינה הינה צד להסכם, הקביעה כי כוח עליון יכול להיות "מניעה משפטית להעברת הזכויות בכריש ותנים כתוצאה מעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק", הינה פגומה מיסודה, באופן היורד לשורשו של עניין, אשר מצביע על חוסר הבנה בסיסי של שיטת המשטר הישראלית או שהיא נגועה בשיקולים זרים מובהקים. אולם בוודאי שאין המדינה רשאית לפעול כך, ביתר שאת כאשר אין המדובר בחוזה "מן המניין" אלא בהסכם המסדיר משק חיוני לשנים קדימה. על כן, הסעיף אינו יכול לעמוד, וזאת ממספר טעמים:

¹¹¹ גבריאלה שלו "דיני חוזים - החלק הכללי", עמ' 630 (תשס"ה).



א. פגיעה בזכות הגישה לערכאות

443. ההגדרה שניתנה בהסכמה ל"כוח עליון" תחייב כל אדם המבקש לעתור לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לשקול שיקולים שעל דרך הכלל לא היה עליו לשקול, ובכך יוצרת היא תמריץ שלילי להגשת עתירה. כך, אף אם נניח שפלוני או אלמוני נפגע באופן אישי מן המתווה או מהעברת הזכויות במאגרים כריש ותנין וכיוצא בזאת, ויבקש הוא לעתור על כך לבית המשפט העליון, ייתכן ויופעל עליו לחץ לכוף את רצונותיו וזכויותיו בפני האינטרס הציבורי שבהעברת הזכויות במאגרים אלו. בכך נפגעת הלכה למעשה זכותו לפנות לערכאות.

444. הטלת נטל כה כבד על אדם פרטי, המבקש באופן תן לב למצות את זכויותיו, איננה הוגנת והיא בלתי סבירה באופן קיצוני.

ב. צמצום סמכותו של בית המשפט

445. אכן, ישנם מלומדים הסבורים כי ניתן לראות בדיני הסיכול כדינים דיספוזיטיביים, ובכך להרחיב את ההגדרה ל"כוח עליון" ולהסדיר כיצד יש לפעול בהתקיים אותו "כוח עליון" מותנה. עם זאת, קיימת הסכמה בקרב המלומדים כי על סמכותו של בית המשפט לא ניתן להתנות ולא ניתן לצמצמה¹¹².

446. בנסיבות דנן, ההחלטה כי מראש ידי בית המשפט כבולות ואף אם יחליט שלא להוציא תחת ידיו צווי מניעה וצווי ביניים, פיתוח המאגרים יידחה והאינטרס הציבורי ייפגע. ודוק: אילו המתווה לא היה מגדיר עתירה לבג"ץ כ"כוח עליון" המעכב אוטומטית את מועד מכירת כריש-תנין - שיקול הדעת האם להעניק לעותרים צו מניעה אשר יעצור את מכירת המאגר, היה נותר בידי בג"ץ. הגדרת עתירה לבג"ץ כ"כוח עליון" מפקיעה אפוא את שיקול הדעת השיפוטי בסוגיה זו. למעשה, כשם שהממשלה כובלת את הרשות המחוקקת לעשר השנים הבאות (כפי שיבואר להלן), כך הממשלה אף כובלת את הרשות השופטת חודשים קדימה, ופוגעת בשיקול דעתה ובסמכויותיה.

447. הפגיעה בסמכות השיפוטית על ידי הרשות המבצעת (שמצטרפת לנטילת הסמכות השיפוטית של בית הדין להגבלים עסקיים), להבדיל מהרשות המחוקקת, היא התערבות בוטה ונעדרת סמכות, החורגת מכללי המשחק הדמוקרטיים המקובלים. ברי כי לא ניתן להשלים עם התנהלות זו, וכי יש לבטל את חלק זה במתווה לאלתר.

¹¹² שם, גבריאלה שלו, עמי' 648-649.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



ג. פתח לניצול לרעה

448. באופן תמוה, הגדרת ה"כוח העליון" חלה גם על עתירה לבג"ץ שהוגשה על ידי חברות הגז עצמן. כלומר, אילו חברות הגז לא יעמדו בלוחות הזמנים הקבועים במתווה, רשאיות הן להגיש עתירה לבג"ץ, ובכך לדחות את המועד במספר חודשים קדימה עד להכרעה בעתירה. אף אם לא יעשו הן זאת בעצמן, יכולות הן לעשות כן באמצעות אחר.

449. ברי כי הגדרה זו מהווה פתח לניצול לרעה, בגדר פרצה נוספת הקוראת לגנב, שאותה הממשלה לא השכילה לסתום. הצבת תמריץ כגון דא בפני החברות לפעול בדרכים נלוזות לשם הגנה על האינטרסים שלהן הינו כשל ראשון במעלה של הממשלה.

450. מכל האמור אנו רואים, כי ההגדרה לגבי כוח עליון בכריש ותנן הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, פוגעת בשיקול הדעת של הרשות השופטת בחוסר סמכות ומטילה נטל כבד על האזרחים. לפיכך, ההגדרה אינה יכולה לעמוד.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



סיכום

נפלה בידיכם ההכרעה באחת ההחלטות המשמעותיות ביותר למשק הישראלי בדור הזה, הכרעה אשר תשפיע אף על הדורות הבאים.

הכרעה כזו צריכה להיעשות מתוך ראייה ארוכת טווח, השוקלת שיקולים כלכליים וכן שיקולים ציבוריים, ובפרט ההשפעה על הדמוקרטיה ישראלית, שלטון החוק, תקינות, משילות ועצמאות.

מבט על התנהלות ממשלת ישראל וגורמים רגולטורים שפעלו בשמה בנושא זה בשנים האחרונות, מצייר תמונה של התנהלות כושלת, מתוך קונספציה שגויה, מוטעה ומוטה, המביאה מחדל אחרי מחדל, ויתור אחר ויתור, חוסר משילות, חוסר אכיפת הדין ושלטון החוק והתעלמות מן האינטרסים של הציבור בטווח המידי והארוך.

במחדליהם יצרו גורמי הרגולציה והממשלה מונופול גז, המסכל את חזון העצמאות האנרגטית, מסכל תחרות ומסכל את כוחה של הממשלה להבטיח את פיתוח המאגרים בהתאם ללוחות זמנים המשרתות את האינטרסים הציבוריים. המתווה המתיימר להבטיח שלושה יעדים אלו, עושה הכל כדי לסכל אותם ומבצר את מעמדו של המונופול כמאיין תחרות הן במשק הגז והן בתעשיות הנסמכות עליו, והופך את מאגרי הגז לבני ערובה בידי המונופול, כך שמדינת ישראל תהיה בעמדה נוחה לסחיטה הן עתה והן בדורות הבאים.

מונופול הגז, אם כן, לא מהווה ירושה היסטורית ולא נוצר כגזירת גורל, אלא נוצר, גדל והתפתח בחסות מחדלי הרגולציה והתנהלות בלתי חוקית של חברות הגז עצמן.

הותרת המונופול הפרטי על כנו ובמלוא עוצמתו, תוך מתן האפשרות בידי לשלוט באופן מוחלט במשאב חיוני עלול להוביל להשפעה מסוכנת על מקבלי ההחלטות ולהוות פתח לשחיתויות.

לתוצאות הראשוניות של כוחו הרב של הרב של המונופול אנו עדים כבר עתה, כשהשפעתו מרחיקת הלכת על מקבלי ההחלטות באה לידי ביטוי היום, בדמות הפגיעה חסרת התקדים בסמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים; בדמות ה"שימוע הציבורי" שמצביע על הכל למעט רצון כנה לשמוע את הציבור בלב פתוח ובנפש חפצה; בדמות אופן המינוי של צוות קנדל והתנהלותו שכל כולה נעשתה במחשכים ובחוסר סמכות משווע; ולבסוף בדמות הוויתורים הדרמטיים של הממשלה למול חברות הגז והפגיעה האנושה באינטרס הציבור לדורי דורות.

המחשבה כי ניתן יהיה לרסן אותו ללא פירוקו, ללא יצירת תחרות אפקטיבית, ללא עמידה על אכיפת החוק על המחזיקות במאגרים איננה ריאלית ומצביעה היטב על הקונספציה שבה נשבו נציגי השלטון, הודות ללחצים ולממון הרב שהשקיעו בכך חברות הגז.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



אם ממשלת ישראל אינה מסוגלת עתה לעמוד על האינטרסים שלה ושל הציבור למול חברות הגז ואינה מעיזה לאכוף עליהן את הדין, בשלב זה שהקלפים עוד בידיה, האין זה ברור שבשלב בו המשק יהיה כבר תלוי באספקה וחברות הגז תאגורנה עוד כוח, כסף ועוצמה, קשה שבעתיים יהיה לאכוף אותם לבצע את חובותיהם!?

הסמכות לאכוף את החוק בידי הממשלה. עוד לא מאוחר להפעיל סמכות זו לשם הבטחת טובת הציבור חלף מתן יד למתווה המוסכם על חברות הגז. התנועה קוראת לכם, אל תתנו את ידכם לכישלון המערכתי של המדינה בטיפול בהמשק הגז. מעתה ואילך, ההיסטוריה תשפוט את מעשיכם, ואת הדין תאלצו ליתן לילדיכם ולנכדיכם שאת זכויותיהם אתם מוכרים בנייד עדשים ממקום של פחד, במקום להילחם על האינטרס הציבורי עד תום.

נפלה בידיכם ההכרעה באחת ההחלטות המשמעותיות ביותר למשק הישראלי בדור הזה ובדורות הבאים. עשו את המעשה הנכון.

נבקש לחזור ולהבהיר, כי נוכח סד הזמנים הבלתי סביר והיעדר מידע ומסמכים חיוניים, מסמך זה איננו שלם ואיננו ממצה את טענותינו, אנו שומרים על זכותנו להוסיף ואף לשנות ואין לראות במסמך זה מיצוי ומילוי זכות הטיעון של התנועה, בנושא מורכב ועקרוני זה.