

בבית המשפט המחוזי

מחוז מרכז

בעניין:

משה נזרי, ת.ז. 52091816

מרח' זהר טל 3 הרצליה

ע"י ב"כ עו"ד גלעד ברנע (מ.ר. 16611) ו/או עו"ד יצחק יערי (מ.ר. 16633)
שכתובתם למסירת כתבי בי דין:

חן, יערי, רוזן-עוזר ושות', עורכי דין

מרח' ויצמן 2, בית אמות השקעות, תל אביב 6423902

טל' 03-6932077 ; פקס: 03-6932082

המבקש

נגד:

1. **נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד**, חברת חו"ל מס' 560017162

שד' אבא אבן 12, מגדלי אקרשטיין בנין D, הרצליה 4672530

2. **דלק קידוחים - שותפות מוגבלת**, מס' 550013096

שד' אבא אבן 12 הרצליה 4672530

3. **אבנר חיפושי נפט**, שותפות מוגבלת מס' 550011340

שד' אבא אבן 12 הרצליה 4672530

4. **ישראל-נגב 2**, שותפות מוגבלת מס' 550010003

רח' גרניט 8 פתח תקוה

5. **דור חיפושי גז שותפות מוגבלת**, מס' 550209795

יורופארק יקום, ת.ד. 10, יקום 60972

המשיבות

בקשה לאישור תביעה ייצוגית

בית המשפט הנכבד יתבקש לאשר למבקש להגיש את התובענה שהעתקה מצ"ב כתובענה ייצוגית, ולראות במבקש תובע מייצג לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

ואלה נימוקי הבקשה:

מבוא

1. קשה להפריז בחשיבות מאגרי הגז הטבעי שהתגלו בשטח המים הכלכליים של מדינת ישראל בשנים האחרונות. מדובר באוצר טבע שניצולו הנכון עשוי להביא למהפכה כלכלית וחברתית אשר תשנה את פני המדינה מן היסוד. הבעלות באוצר טבע זה היא של הציבור. הזכות להפיק את אוצר הטבע האמור ניתנה למשיבות. בדיקת המבקש העלתה, כי המשיבות מנצלות לרעה את מעמדן המונופוליסטי בתחום אספקת הגז הטבעי בישראל באמצעות מכירת הגז הטבעי בלמעלה מכפליים ממחירו ההוגן. המבקש יבקש בבקשה זו לאפשר לו לייצג את ציבור צרכני חברת החשמל, הנפגעים ישירות מהפקעת המחירים

האמורה, על מנת להשיב לציבור את הכספים שנגבו ממנו שלא כדין, ולמנוע מהמשיבות להמשיך ולגבות מחיר לא הוגן בעבור הגז הטבעי.

2. "מרבצי הגז הטבעי אשר התגלו בשטחי המים הכלכליים של מדינת ישראל חוללו שינוי במשק האנרגיה הישראלי אשר התבסס בעבר בעיקר על מוצרי פחם ונפט לצורך ייצור אנרגיה. שינוי זה משתקף בנתונים שהציגה רשות הגז הטבעי ... המצביעים על עלייה מתמדת בצריכת גז טבעי במשק הישראלי. ... הצפי הוא כי היקפי השימוש בגז הטבעי יכפילו עצמם בעשור הקרוב ויגיעו לכ-9.7 BCM לשנה כבר בשנת 2015 ויהוו כמקור לכ-73% מסך ייצור החשמל בישראל.¹"
3. המשיבות (להלן: "שותפות תמר") הן בעלות שטר חזקה המעניק להן זכות ייחודית לחפש ולהפיק נפט וגז בשטח של מאות קילומטרים רבועים בלב הים התיכון, שטח שבו נמצא מאגר הגז הטבעי "תמר".
4. עתודות הגז במאגר תמר (יחד עם מאגר הלוויין תמר SW) מוערכות (רזרבות מוכחות וצפויות) בכ-330 BCM (Billion Cubic Meters). מאגר זה צפוי להיות מקור של גז טבעי למשק הישראלי במשך שנים ארוכות, וכבר כיום חתומות שותפות תמר על חוזים לאספקת מירב הביקושים במשק הישראלי עד 2020 לפחות.²
5. בחודש מרס 2011 חתמה חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "חברת החשמל") על הסכם עם שותפות תמר (להלן: "ההסכם"). על פי ההסכם התחייבה חברת החשמל לרכוש גז טבעי בהיקף מינימלי כולל של כ-41.5 BCM ובהיקף מקסימלי כולל של כ-77 BCM (וכן אופציה נוספת להגדלת הכמות הכוללת עד לכ-99 BCM). ההסכם תקף עד תום 15 שנים ממועד תחילת אספקת הגז או עד אספקת מלוא הכמות החוזית על-פי ההסכם, לפי המוקדם. הזרמת הגז הטבעי ממאגר תמר החלה ביום 30.3.13.
6. מחיר הבסיס שנקבע בהסכם ליחידת (Million British Thermal Units) MMBTU: יחידת מידה אנרגטית מקובלת בענף הגז) אינו ידוע. לפי דברי סגן מנהל רשות הגז הטבעי בדיון בועדת הכלכלה של הכנסת, המחיר הוא כ-\$/MMBTU 5.4.³ ניתוח שערך המומחה מטעם המבקש לדוחות הכספיים של שותפות תמר העלה, כי המחיר גבוה יותר ועומד על 5.87 \$/MMBTU. ההסכם אושר (לאחר הוספת תנאים כאלה ואחרים) ע"י הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל, הממונה על ההגבלים העסקיים, רשות החברות והקבינט הכלכלי חברתי (הממשלה).
7. ביום 13.11.12, מתוקף סמכותו לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), הכריז הממונה על הגבלים עסקיים על שותפות תמר (קרי: המשיבות), ביחד ולחוד, כבעלות מונופולין באספקת גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה,

¹ מתוך החלטת הממונה על הגבלים עסקיים מיום 13.11.12 על הכרזה בדבר קיום מונופולין. צורפה כנספח ב' להלן.

² שם.

³ בכל מקום במסמך זה בו נזכר דולר / \$, הכוונה היא לדולר ארה"ב.

בישראל. זאת החל ביולי 2013 או במועד תחילתה של האספקה המסחרית ממאגר תמר, לפי המוקדם (כאמור, הזרמת הגז ממאגר תמר החלה בפועל ביום 30.3.13).

8. סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקה חלוטה, לפיה "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה: (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין";

9. המבקש, צרכן של חברת החשמל, טוען כי שותפות תמר מנצלות לרעה את מעמדן המונופוליסטי באופן הפוגע בציבור. זאת, באשר הן קובעות ומוכרות לחברת החשמל את הגז הטבעי במחיר בלתי הוגן (בהיות חברת החשמל צרכן הגז הגדול ביותר של שותפות תמר, מחיר זה הוא הנמוך מבין המחירים שבהם מוכרות שותפות תמר את הגז הטבעי).

10. למחיר הגז הטבעי השפעה ישירה ומכרעת על מחיר החשמל. תעריפי החשמל מבוססים על עקרון העלות כך שעלויות הרכישה של הגז הטבעי מגולגלות ישירות ובמלואן אל הצרכנים. משכך, נפגעים צרכני חברת החשמל ישירות מהניצול לרעה של כוחן המונופוליסטי של שותפות תמר.

11. על פי חוות דעתו של המומחה מטעם המבקש, פרופ' גיימס ל. סמית, שהינו בין המומחים הגדולים בעולם בתחום כלכלת הגז והנפט, המחיר ההוגן של הגז הטבעי ממאגר תמר הוא **\$/MMBTU 2.34**.

12. משמעות הפער האמור בין המחיר ההוגן למחיר בפועל - מעל 3 דולר - הינה עלות נוספת של **כ-2 מיליארד ₪ לשנה** לצרכני חברת החשמל.

13. המבקש יבקש לאשר את תביעתו כייצוגית, לחייב את שותפות תמר, המשיבות, לפצות את צרכני חברת החשמל בגין הנזק שנגרם להם עקב קביעת מחיר בלתי הוגן לגז הטבעי, ולחייב אותן להימנע מלהמשיך ולמכור את הגז הטבעי במחיר הבלתי הוגן.

הצדדים

14. המבקש, יליד 1953, אזרח ישראלי המתגורר בהרצליה, הינו צרכן ביתי של חברת החשמל.

15. המשיבה 1 (להלן: "נובל") היא חברה הרשומה באיי קיימן השייכת לקבוצת Noble Energy Inc, העוסקת בחיפוש, הפקה ומכירה של נפט וגז טבעי במספר מדינות בעולם.

16. המשיבות 2-3 (להלן בהתאמה: "דלק" ו"אבנר". להלן יחד "קבוצת דלק") הן שותפויות מוגבלות הנשלטות ע"י קבוצת דלק בע"מ העוסקות בחיפוש נפט וגז טבעי, בהפקה ומכירה של גז טבעי.

17. המשיבות 4-5 (להלן בהתאמה: "ישראלמקו" ו"דור") הן שותפויות מוגבלות העוסקות בחיפוש נפט וגז טבעי, בהפקה ומכירה של גז טבעי.

18. המשיבות, שותפות תמר, מחזיקות ביחד ולחוד במלוא הזכויות בחזקה I/12 תמר אשר הוענקו להן מכח חוק הנפט, התשי"ב-1952, ואשר בשטחה מצוי מאגר הגז תמר.

שטר החזקה הנ"ל מצ"ב כנספח א'.

19. שיעורי האחזקות של כל אחת מן המחזיקות בתמר, כמפורט בשטר החזקה הנ"ל, הם כדלקמן: נובל (36%), דלק (15.625%), אבנר (15.625%), ישראלמקו (28.75%) ודור (4%).

הגז הטבעי בישראל

20. בזכות זמינותו של הגז הטבעי, מחירו הנוח והיותו דלק נקי יחסית, עובר משק החשמל בישראל בשנים האחרונות מהפכה, המתבטאת במעבר משימוש בפחם ובסולר לשימוש בגז טבעי. כך, למשל, נכתב באתר האינטרנט של משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (להלן: "משרד התשתיות")⁴:

"בשנים האחרונות עובר המשק בישראל שינויים משמעותיים בתחום הדלקים. תוך שנים ספורות הפך הגז הטבעי לדלק העיקרי והמועדף לייצור חשמל ולתעשיות הגדולות. המעבר לשימוש בגז טבעי על פני דלקים אחרים, הניב למשק הישראלי בשנים 2004-2012 חסכון של כ-22 מיליארד ₪, וכן תרם להפחתה משמעותית בפליטות מזהמים בזכות צמצום השימוש בנפט ובפחם. מציאת מאגרי גז ענקיים בחופי ישראל תורמת לעידוד יוזמות בתחום האנרגיה המתבססות על גז טבעי."

21. בסקירת ההתפתחויות במשק הגז הטבעי בישראל בשנת 2013⁵, מציינת רשות הגז הטבעי:

"לאחר הירידה החדה באספקת גז טבעי במשק בשנת 2012, בסופה נרשמה אספקה בגובה של BCM 2.55 בלבד, סופקה בשנת 2013 כמות בגובה של 6.96 BCM. התאוששות זו התאפשרה תודות לחיבורו של מתקן גז טבעי נוזלי בשיטת המצוף הימי (BUOY) בינואר, וכן תודות לחיבור מאגר תמר, אשר הפך למקור עיקרי של גז טבעי ב-2013, וסיפק כ-80% מסך אספקת הגז הטבעי במהלך שנה זו. לאורך 2013 פעלו שלושה ספקים במשק הגז הטבעי: שותפות ים תטיס, המצוף הימי ומאגר תמר, כאשר באוגוסט 2013 נפסקה לחלוטין אספקת הגז הטבעי ממאגר ים תטיס." [הדגשות במסמך זה הוספו]

22. כאמור בציטוט דלעיל, מאגר ים תטיס התכלה. באשר למצוף הימי, המספק גז נוזלי (LNG), נקבע באותה סקירה הנ"ל כי מאז חיבור מאגר תמר באפריל 2013, הוא סיפק 3.7% בלבד מסך אספקת הגז הטבעי במשק. זאת ועוד, וכפי שנציין בהמשך, גז נוזלי הינו מוצר שונה מגז שאינו נוזלי, ולא מדובר במוצרים תחליפיים⁶, באשר תהליך ההנזלה הופך אותו למוצר

⁴ <http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGEconomy.aspx>

⁵ <http://energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NG2013.pdf>

⁶ כפי שקבע הממונה על הגבלים עסקיים החלטת ההכרזה נספח ב' להלן.

שעלותו גבוהה בהרבה. יוצא איפוא, כי מאגר תמר - שהחזקה בו נתונה לשותפות תמר - הינו המקור היחידי של גז טבעי (לא נוזלי) במדינת ישראל.

הכרזת הממונה על הגבלים עסקיים על שותפות תמר כבעלות מונופולין

23. ביום 13.11.12 - עוד בטרם החלה הזרמת הגז הטבעי ממאגר תמר - הכריז הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה")⁷ כדלקמן:

"בתוקף סמכותי לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אני מכריז בזאת על דלק קידוחים שותפות מוגבלת, אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת, Noble Energy Mediterranean Ltd., ישראלמקו נגב 2 שותפות מוגבלת ודור חיפושי גז שותפות מוגבלת, ביחד ולחוד, כבעלות מונופולין באספקת גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה בישראל, בתקופה שתחילתה ביום כ"ג בתמוז התשע"ג (1 ביולי 2013) או במועד תחילתה של האספקה המסחרית ממאגר תמר, לפי המוקדם."

יצוין, כי על פי דיווחי חברת החשמל, הפקת הגז הטבעי ממאגר תמר החלה ביום 30.3.13, ואספקת הגז ליחידות הייצור של חברת החשמל החלה לאחר 24 שעות.⁸

החלטת ההכרזה הנ"ל מיום 13.11.12 (להלן: "החלטת ההכרזה") מצ"ב כנספח ב'.

24. אלה הם עיקרי החלטת ההכרזה:

א. שוק המוצר הרלוונטי הינו שוק אספקת גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה, בישראל, והמוצר הרלוונטי הינו גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה. בהחלטה בחן הממונה מוצרים העשויים להוות תחליפים קרובים למוצר האמור (כגון סולר, מזוט, פחם, גז טבעי נוזלי), ומצא כי לא מדובר בתחליפים, וכי גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה הינו שוק מוצר העומד בפני עצמו.

ב. השוק הגיאוגרפי הרלוונטי הינו שטחי מדינת ישראל בהם נמצאים לקוחות הגז הטבעי (למעט לקוחות גז טבעי באזור ערד ודימונה, שאינם נגישים לצנרת הגז). זאת, נוכח העובדה שהגז הטבעי הינו מוצר בעל שוק מוגבל ובעל אופי מקומי תחום (לוקלי). כפי שציין הממונה:

"נכון למועד הכרזתי זו, אספקת הגז הטבעי בישראל נעשית מתוך בארות גז המחבורות ליבשה באמצעות צינורות ללא תהליכי הנזלה וגיוז. אלא שאספקת גז בדרך זו מוגבלת למרחקים מסוימים. ומשכך, יבוא גז טבעי מבארות שאינן סמוכות ושאין מחבורות באמצעות צנרת לישראל מצריך את הפיכת הגז הטבעי לנוזל אשר מובא באמצעות מיכליות יעודיות והפיכתו בחזרה למצב צבירה של גז באמצעות מתקן

⁷ י"פ 6513 (16.12.12), 1523.

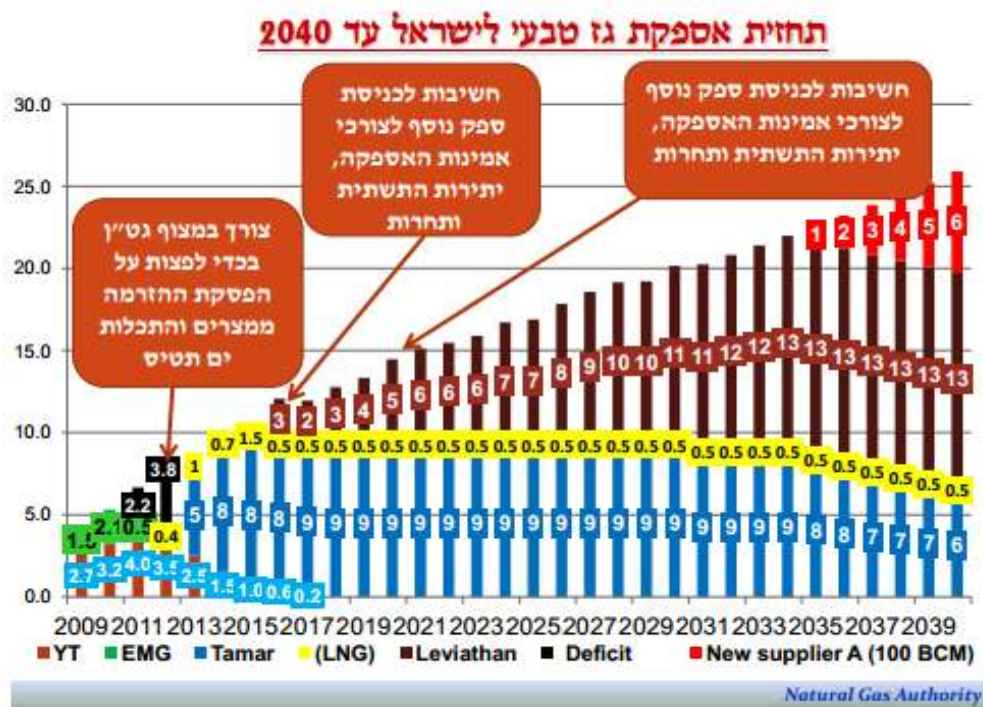
⁸ דוחות כספיים מאוחדים של חברת החשמל לישראל לשנה שנסתיימה ביום 31.12.13, ביאור 34 (עמ' 147). כל הדוחות הכספיים המוזכרים בבקשה זו מתפרסמים, בין היתר, באתר הבורסה לניירות ערך.

גיוזו. ... אמנם מבחינה פונקציונלית וסביבתית הגט"ן [גז טבעי נוזלי –
 הוספה שלנו] זהה לגז הטבעי, אולם מחירו יישוב על פי הערכות על יותר
 מפי 2.5 ממחיר הגז שניתן לרכוש מספק מקומי, ולכן אינו נכלל בגדר
 שוק המוצר הרלוונטי".

ג. ... מאגר תמר יספק למעלה מ-50% מאספקת גז טבעי בישראל ביולי 2013 ואף
 קודם לכך, ו[כי] תמונת מצב זו אינה צפויה להשתנות בעתיד הנראה לעין. " הדיבור
 "למעלה מ-50% נובע, כמובן, מהעובדה שלצורך הכרות מונופולין די ב"ריכוז של
 יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים" (סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים). בפועל,
 מאגר תמר יספק בעתיד הנראה לעין את מלוא הגז הטבעי (הלא נוזלי) בישראל.

ד. הממונה אף מפנה בהחלטתו להמלצות הוועדה הבינמשרדית לבחינת מדיניות
 הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (12.9.12) (להלן: "ועדת צמח")⁹ - אשר
 עיקריהן אומצו ע"י הממשלה ביום 23.6.13 - הכוללות את תחזית רשות הגז הטבעי
 בנוגע לאספקת גז טבעי עד שנת 2040, ולפיה מאגר תמר צפוי לספק את מירב
 הביקושים במשק הישראלי עד שנת 2027¹⁰:

תחזית אספקת גז טבעי לישראל עד שנת 2040



ה. להשלמת התמונה יש לציין, כי מאגר הגז הגדול ביותר שנמצא בישראל - מאגר
 "לויתן", שגודלו כפול כמעט (470 BCM) מגודל מאגר תמר, הבא אחריו בגודלו - מצוי

⁸ פורסמו באתר משרד התשתיות: <http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGCommittee.aspx>

¹⁰ דו"ח ועדת צמח, שם, עמ' 34.

גם הוא בשליטת קבוצת דלק ונובל. כך גם השליטה במאגרי כריש (BCM 30.7), תנין (BCM 22), דלית (BCM 7.6), דולפין (BCM 2.5) ועוד (כל המאגרים האמורים מצויים בשלבי פיתוח שונים, וטרם החלה ההפקה מהם). כך נכתב בדו"ח ועדת צמח (עמ' 44-43):

“על פי הערכות היקף הרזרבות ומשאבי הגז הטבעי ב-EEZ [האזור הכלכלי הימי של מדינת ישראל – הוספה שלנו], הגורמים המשמעותיים ביותר כיום, מבחינת האחזקות ברזרבות ומשאבים אלה, הינם חברות דלק ונובל. מנתוני הרשיונות עולה שיחד הן שולטות (כולל האחזקות של השותפות האחרות בתמר, ישרמקו ודורגז) בשיעור של כ-61% (אחזקות בהון) מהרזרבות וממשאבים (המותנים והפרוספקטיביים). כמפעיל, חברת נובל היא המפעיל ב-97% מהרזרבות והמשאבים וב-97% מרזרבות ומשאבים מותנים (2P+2C) וכ-63% מכלל הרזרבות, המשאבים המותנים והמשאבים הפרוספקטיביים ורק ברמת המשאבים פרוספקטיביים קיימת תחרות עתידית פוטנציאלית (ראו פירוט בפרק התחרות שלהלן).”

1. הערכות אלה היו נכונות לשעתן. היום המצב חמור עוד יותר. כפי שציין מר אהוד אדירי, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.14 (עמ' 5 לפרוטוקול):

“התמונה שהתחוורה, אני חושב רק בשנה האחרונה - ואני חושב שהיא תמונה עצובה למשק אבל היא התחוורה רק בשנה האחרונה - היא שכמעט כל המאגרים שהם לא בבעלות 'דלק' ו'נובל' התגלו כמאגרים יבשים וזה באמת נתון שהוא נתון חדש שנכנס למגרש ואתו צריך להתמודד.”

פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.14¹¹ מצ"ב כנספח ג'.

25. על פי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים - שמכוחו הכריז הממונה, כאמור, על שותפות תמר כבעלות מונופולין באספקת גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה בישראל - חלות על ההכרזה הוראות סעיפים 43(ב)-(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

א. לפי סעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, היו שותפות תמר רשאיות לערור על הכרזת הממונה בפני בית הדין להגבלים עסקיים. חובת הראיה בפני בית הדין היא על העורר.

ב. שותפות תמר לא הגישו ערר על הכרזת הממונה, והיא חלוטה.

ג. לפי סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, “קביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי”.

¹¹ מתוך אתר האינטרנט של הכנסת: http://knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx?comID=3

26. שותפות תמר הן איפוא בעלות מונופולין באספקת גז טבעי שלא עבר תהליך הנזלה בישראל מאז 30 במרס 2013.

ההסכם בין שותפות תמר לבין חברת החשמל

27. הנתונים המובאים להלן בנוגע להסכם שנחתם בין שותפות תמר לבין חברת החשמל, לקוחים מהדו"ח הכספי השנתי של חברת החשמל ליום 31.12.13, ומהדו"ח הכספי הרבעוני שלה ליום 31.3.14.

העמודים הרלוונטיים מהדוחות הכספיים הנ"ל מצ"ב כנספח 1ד-2ד.

28. ביום 14.3.12 חתמה חברת החשמל על הסכם עם שותפות תמר, לפיו התחייבה חברת החשמל לרכוש גז טבעי בהיקף מינימלי כולל של כ-42.5 BCM ובהיקף מקסימלי כולל של כ-77 BCM.

29. לחברת החשמל ניתנה אופציה להגדלת הכמות החוזית המסופקת בתקופת ההסכם להיקף מקסימלי כולל של כ-99 BCM, לאחר שידרוג המערך לאספקת גז מהמאגר באמצעות מערכת מדחסים ו/או הקמת צינור שני לאספקת גז ממאגר תמר.

30. מחיר הגז בהסכם נקבע על פי נוסחה הכוללת מחיר בסיס והצמדה למדד המחירים לצרכן האמריקאי, בתוספת 1% בכל אחת מהשנים 2012 עד 2019, ובניכוי של 1% בכל שנה משנת 2020 ועד תום תקופת ההסכם.

31. ההסכם כולל מנגנון "Take or Pay" לפיו חברת החשמל מחויבת לשלם עבור הזכות לרכוש כמות מינימלית של גז טבעי, אף אם לא עשתה בו שימוש, בהיקף של 3.5 BCM בשנה בחמש השנים הראשונות, ולאחר מכן בהיקף של 2.5 BCM בשנה, ובתקופת האופציה, ככל שתמומש, הכמות השנתית תעלה ל-5 BCM בשנה (כפוף להתאמות של מכירת הגז של שותפות תמר ליצרני חשמל פרטיים והיקף ייצור החשמל של חברת החשמל).

32. כמו כן, נקבעו בהסכם שני מועדים בהם כל צד יהיה רשאי לדרוש, במקרה שהוא סבור כי מחיר הרכישה אינו משקף באופן ראוי את מחיר רכישת הגז בשוק הישראלי, את התאמת מחיר הרכישה (Price Re-Opener) כדלקמן: בחלוף שמונה שנים ממועד תחילת זרימת הגז ממאגר תמר, ידונו הצדדים (לבקשת מי מהצדדים) בהתאמת מחיר הרכישה בשיעור של עד 25% (תוספת או הפחתה); בחלוף 11 שנים ממועד תחילת זרימת הגז, ידונו הצדדים (לבקשת מי מהצדדים) בהתאמת מחיר הרכישה בשיעור של עד 10% (תוספת או הפחתה). בהיעדר הסכמה על שיעור התאמת מחיר הרכישה כאמור, הנושא יוכרע בהליך בוררות שיתנהל בהתאם לכללי המוסד הישראלי לבוררות אם הסכום שבמחלוקת נמוך מהסכום הקבוע בהסכם, או לחלופין, לפי כללי ה-London Court of International Arbitration, אם הסכום שבמחלוקת עולה על הסכום הקבוע בהסכם. הליך הבוררות כאמור ייחשב כהליך בוררות בינלאומי לצורך החוק הישראלי, החוק האנגלי, חוקי ארה"ב ואמנת ניו-יורק להכרה ואכיפה של פסקי בוררות זרים.

33. ההסכם בתוקף עד תום 15 שנים ממועד תחילת אספקת הגז או עד אספקת מלוא הכמות החוזית על-פי ההסכם, לפי המוקדם. במקרה שעד תום השנה ה-13 מיום חתימת ההסכם חברת החשמל תודיע לשותפות תמר כי היא צופה שלא תוכל לצרוך את מלוא הכמות החוזית במהלך תקופת 15 השנים, אזי ההסכם יוארך עד המוקדם מבין שנתיים נוספות מעבר לתקופת 15 השנים וצריכת מלוא הכמות החוזית.
34. הצדדים יהיו רשאים לסיים את ההסכם בנסיבות מסוימות (פירוק, חדלות פרעון, המחאת זכויות לטובת נושים, מינוי כונס נכסים וכיו"ב), בהודעה בכתב של 120 יום מראש.
35. ההסכם אושר ע"י הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל (להלן: "רשות החשמל"), הממונה על הגבלים העסקיים, רשות החברות והקבינט הכלכלי חברתי (הממשלה).
36. ביום 19.4.12 הגישה חברת החשמל לממונה על ההגבלים העסקיים בקשה לפטור מאישור כהסדר כובל בגין ההסכם הנ"ל. ביום 15.6.12, מסר הממונה לחברה את החלטתו, לפיה פטר את ההסכם מהחובה לקבל אישור כהסדר כובל, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בכפוף לשורה של תנאים המפורטים בהחלטתו, שעיקרם פיצול האופציה (שהמועד האחרון למימושה נדחה מיום 2.4.13 ליום 15.4.13), לפי המתווה להלן:
- א. האופציה תפוצל לשני שלבים. מועד מימוש האופציה הראשון יהיה בתיאום עם שותפות תמר ויוגש עד לא מאוחר מיום 15.4.13. מועד סיום תקופת האופציה יהיה ביום 31.12.19.
- ב. חברת החשמל יכולה להאריך את האופציה מעבר ליום 31.12.19 על ידי הודעה לשותפות תמר עד יום 15.4.14¹². המועד בו תפוג האופציה השנייה הוא התאריך בו יפוג התוקף של שותפות תמר.
- ג. חברת החשמל יכולה להגדיל את הכמות השעתית של אספקת הגז ברמה שנתית מעבר לכמות שנקבעה על ידי שותפות תמר, כל עוד גידול כזה אפשרי מבחינת המערכת באמצעותה הגז מסופק ובתיאום עם מנהל המערכת.
- ד. עבור כמויות הגז הטבעי שישופקו במסגרת האופציה, המנגנון לפיו תבוצע תוספת/הפחתה של 1% בנוסחת התאמת המחיר בוטל במסגרת תיקון מספר 1 לאופציה. בנוסף, הצמידות למדד המחירים לצרכן האמריקאי צומצמה לשיעור צמידות של 30%, החל מיום 1.1.13 ועד לסיום תקופת האופציה ולרבות ככל שחברת החשמל תאריך את האופציה כאמור לעיל.
- החלטת הממונה על פטור מהסדר כובל מצ"ב כנספח ה'.

¹² בדו"ח הכספי ליום 31.3.14 דיווחה חברת החשמל, כי הממונה על ההגבלים העסקיים פרסם בסוף חודש מרס 2014 טיוטה לשימוע לציבור, לפיה מועד ההודעה של חברת החשמל על המשך מימוש האופציה מעבר לשנת 2019 נדחה בכשנה מחודש אפריל 2015 לחודש יוני 2016. לדעת הממונה על ההגבלים העסקיים (שאף פרסם טיוטת צו מוסכם לפי סעיף 35 לחוק ההגבלים העסקיים בהקשר של ההסדר הכובל במאגר לויטן, הכולל הוראה בהקשר זה), הדחייה נדרשה על מנת לאפשר את מכירת שדות הגז "תנין" ו"כריש" ולאפשר לבעלים החדש להתכונן להליך מכירת הגז ממאגרים אלו לצרכני גז פוטנציאליים. חברת החשמל הביעה את תמיכתה בעמדת הממונה.

37. ביום 11.4.13 אישרו ועדת הביקורת ודירקטוריון חברת החשמל את מימוש האופציה, והחברה הודיעה לשותפות תמר על החלטתה לממש את האופציה הראשונה אשר תסתיים ביום 31.12.19. אם וכאשר תמומש האופציה, חברת החשמל תוכל להגדיל את כמות השימוש השעתית שלה ב-50% ולהקטין את השימוש בדלקים יקרים ומזהמים יותר.

38. ביום 30.3.13 החלה הפקת הגז הטבעי משדה תמר, ואספקת הגז הטבעי ליחידות הייצור של חברת החשמל החלה לאחר 24 שעות. ביום 30.6.13 הסתיימה תקופת ההרצה החוזית. כמויות הגז הטבעי שסופקו החל מאותו המועד הן בהתאם להוראות ההסכם, כאשר הן התקופה המחייבת לגבי Take or Pay, הן הקנסות שיוטלו על שותפות תמר במידה ולא יעמדו בהתחייבויות החוזיות לגבי אספקת הכמויות השעתיות בהתאם להוראות ההסכם, החלו מתחילת אוקטובר 2013.

39. **המחיר שבו מוכרות שותפות תמר את הגז הטבעי לחברת החשמל, לא גולה בדו"חות הכספיים של חברת החשמל או של שותפות תמר. עם זאת, ממקורות שונים ניתן ללמוד, כי מדובר ב- \$/MMBTU 5.4-5.87¹³. נפרט:**

א. ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.14 דנה בנושא "חשש למונופול בתחום הגז הטבעי - הולכת הגז והבטחת מחיר הוגן לצרכנים ולתעשייה". בדיון השתתפו גורמים רלוונטיים רבים, לרבות מר גדעון תדמור, יו"ר דלק קידוחים ומנכ"ל אבנר, מר יוסי אבו, מנכ"ל דלק קידוחים, מר שמשון ברוקמן, מנהל יחידת מינהל הדלקים בחברת החשמל, ועוד.

פרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.14 צורף כנספח ג' לעיל.

ב. על אף ניסיונות חוזרים ונשנים של חברי הוועדה, ובפרט ח"כ שלי יחימוביץ', לקבל נתונים לגבי המחיר בו נמכר הגז הטבעי ע"י שותפות תמר - נתונים הנראים כמתבקשים בדיון מעין זה - התעקשו נציגי השותפות למלא פיהם מים. כך, למשל (בעמ' 35-38):

"שלי יחימוביץ':

אתה יכול לתת לנו, גדעון, קצת מספרים?

גדעון תדמור:

גברתי, תתני לי בבקשה לסיים. ולכן, יש כאן פיקוח והפיקוח הזה הוביל למצב שבו מחירי הגז בישראל הם נמוכים בהשוואה למחירים בעולם.

...

שלי יחימוביץ':

האם נכון שהמחיר ליחידת אנרגיה הוא כ-6 דולר בעוד העלות היא דולר וחצי?

גדעון תדמור:

¹³ נזכיר, כי למחיר האמור יש בהסכם מנגנון הצמדה למדד המחירים לצרכן בארה"ב וכן בנוסף עלייה מובנית בשבע השנים הראשונות (2012-2019) של 1% מדי שנה.

גברתי, אנחנו חברות ציבוריות, כל הנתונים מפורסמים, מי שירצה יראה את הנתונים.

שלי יחימוביץ':

אז תענה על השאלה, אתה בוועדה.

גדעון תדמור:

נתתי לך תשובה מלאה: כל הנתונים שם ואני אשמח לשבת ולהדריך את מי שלא מסוגל להגיע לנתונים. כל הנתונים שם.

שלי יחימוביץ':

אתה יושב עכשיו בוועדת הכלכלה של הכנסת, אני שואל[ת] אותך נתון כל כך פשוט: מה העלות, מה מחירה של יחידת אנרגיה?

גדעון תדמור:

אני לא אתן נתון בודד שאין לו - - -

שלי יחימוביץ':

יש שאלה יותר פשוטה מזאת?

גדעון תדמור:

גברתי, מה לעשות, החיים מסובכים, השאלה היא מורכבת.

שלי יחימוביץ':

אז תסביר לנו, אנחנו ננסה להבין.

גדעון תדמור:

כל התשובות נמצאות בדוחות שלנו ואני מזמין אותך לעיין בדוחות.

שלי יחימוביץ':

ואני מבקשת ממך לענות לשאלה של חברת כנסת בוועדת הכלכלה. זו המטרה של הפורום הזה.

גדעון תדמור:

אני רוצה להמשיך, אדוני.

שלי יחימוביץ':

אין, אנחנו לא ב"שבת אחים גם יחד", אנחנו מבררים נושא. אתה נמצא כאן כדי להביא נתונים, תענה לנו על שאלה כל כך פשוטה.

גדעון תדמור:

אז אני אומר: הנתונים כולם גלויים בפני כל הציבור וגם בפניך, גברתי, אני מציע לעיין בכל הנתונים.

היו"ר אבישי ברוורמן:

גדעון, אתה תמשיך, אני אתן לך, אתה יודע שהבמה פה היא טובה גם לך.

שלי יחימוביץ':

מה העלות ליחידת אנרגיה? תגידו לי. מה כל כך קשה בשאלה הזאת?

היו"ר אבישי ברוורמן:

אני שואל שאלה. אלון ואודי אדירי, אני רק מסתכל עליכם כל הזמן, אומר לכם גדעון תדמור: הכול נתתי לכם – יאללה, תנו מספר. זה מה שהוא אומר לכם. הוא לא יכול - אומר גם אלי משגב – כי יש לו סיבות, הוא איש עסקים, ציבורי, לא רוצה. אבל הוא נתן לכם את הכול אז אני חוזר עוד פעם ואני כל הזמן מסתכל עליכם שאחרי פסח אתם תתנו לנו מספר. בבקשה, גדעון.

שלי יחימוביץ':

למה לא עכשיו? הם יודעים את המספרים, למה לא עכשיו? זו לא תעלומה.

היו"ר אבישי ברוורמן:

אני פונה לשר האוצר שייתן להם אישור לתת לנו את המספר.

גדעון תדמור:

בכלל לא תעלומה, הכול גלוי, רק תקראי.

שלי יחימוביץ':

אז למה אתה לא אומר את זה?

גדעון תדמור:

משום שהמורכבות של הנושא היא כזאת שצריך לקחת בחשבון קידוחים יבשים, צריך לקחת בחשבון עלויות פיתוח, צריך לקחת בחשבון מאגרים קטנים. מה לעשות, העולם הזה הוא עולם מורכב ולכן צריך שחקנים חזקים כדי למצוא וגם לפתח מאגרים מהסוג הזה.

שלי יחימוביץ':

אחרי שלקחנו בחשבון, האם זה נכון שהמחיר הוא 6 דולר והעלות היא דולר וחצי, או שהנתון הזה לא נכון?

גדעון תדמור:

אני מבקש להמשיך."

ג. לקרוא ולא להאמין: נציג המונופולין מגיע לדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת בנושא מחירי הגז הטבעי, ומסרב במצח נחושה למסור לוועדה באיזה מחיר מוכר המונופולין אוצר טבע, שהבעלות בו שייכת לציבור (שהרי, כפי שפסק כבר בית המשפט העליון, "מאגרי הנפט והגז עצמם הם נכס בבעלות המדינה"¹⁴).

ד. את הנתון שסירב מר תדמור למסור - מחיר הגז הטבעי - מסר לוועדה מר קונסטנטין בלוז, מנהל תחום כלכלה ותעריפים במשרד התשתיות המשמש גם כסגן מנהל רשות הגז הטבעי. לדבריו, המחיר בו נמכר הגז הטבעי לחברת החשמל עומד על 5.4 \$/MMBTU. גם היו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ח"כ פרופ' אבישי ברוורמן, חזר על נתון זה¹⁵:

"שלי יחימוביץ':

רגע, עוד לא הבנו מה המחיר מכל הסיפור.

קונסטנטין בלוז:

המחירים במדינת ישראל היום במכירות כאלה ואחרות של 'נובל' ו'דלק' הם בין 5.5 ל-7 דולר למיליון BTU. 7 דולר זה המחיר לתעשיות שמוכרים את זה ישירות.

היו"ר אבישי ברוורמן:

חברת החשמל זה 5.4.

קונסטנטין בלוז:

¹⁴ בג"צ 3734/11, חיים דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל, פסקה 28 לחוות דעתה של כב' המשנה לנשיא, השופטת מ. נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012).

¹⁵ נספח ג' הנ"ל, בעמ' 20.

סדר גודל.

היו"ר אבישי ברוורמן:

ותעשיות זה 7,7 פלוס.

ה. המבקש ניסה, באמצעות המומחה מטעמו, הכלכלן ורואה החשבון אילן שגב, לאמת את הנתון הנ"ל שמסר מר בלוז בוועדה באמצעות הדוחות הכספיים המפורסמים לציבור (כפי ש"הציע" מר תדמור לח"כ יחימוביץ, כמצוטט לעיל).

(1) אלא שבדוחות הכספיים של שותפות תמר אין זכר למחיר בו הן מוכרות את הגז הטבעי לחברת החשמל. עם זאת, רו"ח שגב ערך חישוב מקורב, ומצא כי המחיר בו מכרו שותפות תמר את הגז הטבעי לחברת החשמל עמד בשנת 2013 על 5.87 \$/MMBTU, כמפורט להלן.

(2) על פי הדוח הכספי של חברת החשמל ליום 31.12.13, צרכה החברה בשנת 2013 3,527,735 טון גז טבעי, מהם 64% (2,257,750 טון) סופקו ממאגר תמר. על פי אתר רשות החשמל, מקדם ההמרה מ-1 טון גז טבעי = 47.18 MMBTU, ומכאן שחברת החשמל רכשה משותפות תמר 106,520,645 MMBTU גז טבעי בשנת 2013.

(3) על פי הדוח הכספי של ישראלמקו ליום 31.12.13, הכנסות ישראלמקו - שחלקה במאגר תמר עומד, כאמור, על 28.75% - ממכירת גז טבעי ממאגר תמר עמד בשנת 2013 על 289,779,000 דולר. מכאן, שסך הכנסות שותפות תמר ממכירת גז טבעי ממאגר תמר בשנת 2013 עמד על 1,007,926,956 דולר.

(4) על פי הדוח הכספי הנ"ל של ישראלמקו, חלקה של חברת החשמל בהכנסות ישראלמקו עמד על כ-62%.

(5) מכאן, שסך המכירות של שותפות תמר לחברת החשמל בשנת 2013 עמד על 624,914,713 דולר.

(6) עולה מכאן, כי חברת החשמל רכשה בשנת 2013 106,520,645 MMBTU משותפות תמר, תמורת 624,914,713 דולר, שהם 5.87 \$/MMBTU.

חוות דעתו של הכלכלן ורואה החשבון אילן שגב (להלן: "חו"ד שגב"), מצ"ב כנספח ו'.

40. לסיכום נקודה זו:

א. שותפות תמר נמנעות מלגלות לציבור את המחיר בו הן מוכרות את הגז הטבעי לחברת החשמל. הדבר בא לידי ביטוי בוטה בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 18.3.14, בה סירב נציג שותפות תמר בתוקף לנקוב במחיר הגז הטבעי.

ב. על פי תחשיב המבקש (המבוסס על חוות דעת המומחה רו"ח שגב), המחיר עומד על כ-
\$./MMBTU 5.87

ג. על פי דברי מנהל תחום כלכלה ותעריפים במשרד התשתיות המשמש גם כסגן מנהל
רשות הגז הטבעי, המחיר עומד על כ-\$./MMBTU 5.4.

41. כפי שיובהר להלן, גם אם המחיר היה נמוך משמעותית מ-\$./MMBTU 5.4, עדיין היה מדובר
במחיר מופרז ולא הוגן, המהווה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי של שותפות תמר.
ולעניין זה נתייחס להלן.

המחיר ההוגן

42. כאמור לעיל, חוק ההגבלים העסקיים אוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק
באופן העלול לפגוע בציבור, וחזקה היא, כי בעל מונופולין אכן מנצל את מעמדו לרעה כאשר
הוא קובע מחירי מכירה בלתי הוגנים של הנכס שבמונופולין. חזקה זו הוכרה בפסיקת בית
הדין להגבלים עסקיים כחזקה חלוטה¹⁶.

43. בגילוי דעת מס' 1/14 שפירסם לאחרונה (ביום 9.4.14. להלן: "גילוי הדעת"), דן הממונה על
הגבלים עסקיים באותה חזקה חלוטה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים,
שעניינה "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות
שבמונופולין".

גילוי הדעת מצ"ב כנספח ז'.

44. כפי שמציין הממונה בגילוי הדעת, "מחיר בלתי הוגן עשוי להיות מחיר נמוך באופן בלתי
הוגן, המעורר חשש לדחיקת מתחרים מן השוק, או מחיר גבוה באופן בלתי הוגן - דהיינו,
מחיר מופרז - המקנה לבעל המונופולין רווחים גבוהים באופן משמעותי מאלו שהיה בכוחו
לגרוף בתנאי שוק תחרותי".

א. בפסיקת בתי המשפט נדונה השאלה, אם האיסור חל גם על מחיר מופרז, או שמא רק
על מחיר נמוך במיוחד (טורפני), שנועד לדחוק מתחרים או לחסום כניסתם לשוק
מסוים.

ב. כפי שמציין הממונה בגילוי הדעת, בתי המשפט המחוזיים פסקו¹⁷ כי האיסור חל גם על
מחיר מופרז, ובית המשפט העליון - בעניין ישראל כרטיס בע"מ נ' רייס¹⁸ (להלן: "עניין
רייס") - לא נזקק לסוגיה והניח, לצורך הדיון, כי האיסור אכן חל גם על מחיר מופרז.

¹⁶ ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פסקה 79 (פורסם בנבו, 4.11.99).

¹⁷ ת"א (ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.03); בש"א (ת"א) 106462/98 רייס
נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.03).

¹⁸ רע"א 2616/03 ישראל כרטיס בע"מ נ' רייס, פ"ד נט (5) 701 (2005).

ג. הממונה מנתח בגילוי הדעת באריכות את הסעיף, את הרציונלים שעמדו בבסיס חקיקתו, את ההיסטוריה החקיקתית ואת המשפט המשווה, וקובע, בעקבות ניתוח זה, כי לשיטת רשות ההגבלים העסקיים האיסור בהחלט חל גם על גביית מחיר מופרז. בין היתר הוא מציין:

"לגישת רשות ההגבלים העסקיים, האיסור על גביית מחיר מופרז הינו בין הנורמות המרכזיות החלות על בעל מונופולין, הנובעות ממעמדו המיוחד בשוק, אשר מטרתן מניעת פגיעה בציבור הצרכנים וליבוי בעיית יוקר המחיה. מניעת העוול לצרכנים וחוסר היעילות בהקצאת משאבים הנגרמים כתוצאה מגביית מחיר על-תחרותי ניצבת בלב תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים. אכן, לא ניתן להתעלם מן השלכות השליליות החמורות הנלוות לגביית מחיר מופרז על הציבור והמשק בכללותו."

ד. המבקש יבקש מבית המשפט הנכבד לאמץ גישה זו, כפי שהובאה בגילוי הדעת ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים, ויטען כי הפירוש הנכון והתכליתי לסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים אוסר, בין היתר, על גביית מחיר מופרז בגין נכס שבמונופולין. זהו הפירוש שמגשים כראוי את התכליות של חוק ההגבלים העסקיים בכלל, ובפרט של סעיף 29א, שנועד למניעת ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין תוך פגיעה בתחרות או בציבור. הפירוש האמור יוצר גם תמרוץ ראוי להימנע מגביית מחיר בלתי הוגנים.

45. הממונה דן בגילוי הדעת בשאלה מהו מחיר לא הוגן ומופרז. וכך הוא כותב:

"ככלל, מחיר מופרז הינו מחיר העולה על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות.¹⁹ בענין יונייטד ברנדס הנזכר לעיל קבע בית הדין האירופי, כאמור, כי מחיר מופרז הינו מחיר שאינו מקיים יחס סביר לערכו הכלכלי של המוצר, והבהיר כי ערכו הכלכלי של המוצר אמור לשחזר את המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות."

א. אכן, בעניין United Brands²⁰ הנזכר לעיל בגילוי הדעת - עליו גם הסתמך בית המשפט העליון בעניין רייס - קבע בית הדין האירופי (European Court of Justice) כך:

"It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition. In this case

¹⁹ השו: בשי"א (מחוזי ת"א) 8450/02 רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה, פסי' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.6.07); ת"א (מחוזי חי') Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ, פסי' 105-106 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.6.2007); בשי"א (מחוזי ת"א) 36128/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, בעמ' 38-43 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.2.06). [הערה במקור]

²⁰ United Brands Co. v. Commission of the European Communities [1978] E.C.R. 207

charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse. "

ב. הגדרה דומה אימצה רשות התחרות בבריטניה, ואושרה ע"י בית המשפט בעניין Napp²¹. שם נקבע כי מחיר הינו מופרז כאשר:

"if it is above that which would exist in a competitive market and where it is clear that high profits will not stimulate successful new entry within a reasonable period."

46. בפרק "זיהוי מחיר מופרז - יישום מעשי", סוקר הממונה את שלוש השיטות המוכרות בספרות המקצועית לזיהוי המחיר המופרז:

"בספרות המקצועית מוכרות שלוש מתודולוגיות לזיהוי מחיר מופרז. העיקרית שבהן, שהזכרה לעיל, הינה כימות הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצור, ובה נדון תחילה. בנוסף, ניתן לזהות מחיר מופרז על ידי ניתוח הרווחיות ממכירת המוצר ביחס לרווחיות המקובלת בתעשייה הרלבנטית וכן על ידי השוואת מחיר המוצר למחירו בשווקים אחרים, מחירו בתקופות אחרות, או למחירי מוצרים מתחרים."

47. כפי שמציין הממונה בגילוי הדעת, זיהוי מחיר מופרז הינו "אתגר לא פשוט ... [ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעיתים אף חשבונאי, מורכב". המבקש שכר לפיכך לצורך משימה זו את שירותיו של אחד המומחים הגדולים בעולם לתחום כלכלת גז ונפט, פרופ' גיימס ל. סמית מ- Edwin L. School of Business ב-Southern Methodist University, דאלאס, טקסס. פרופ' סמית הוא בעל תואר שני ותואר שלישי בתחום כלכלת גז ונפט מאוניברסיטת הרוורד. מזה 37 שנה שהוא עוסק במחקר, הוראה ויעוץ לגופים שונים - לרבות חברות גז ונפט, ממשלת ארה"ב וחלק ממדינות ארה"ב, האו"ם ועוד - בתחומים שונים הנוגעים לכלכלת גז ונפט. מאז שנת 2006 פרופ' סמית משמש כעורך של *The Energy Journal*, כתב העת החשוב בעולם בתחום כלכלת גז ונפט.

48. פרופ' סמית בחן ביסודיות וקבע מהו המחיר ההוגן בו אמורות שותפות תמר למכור את הגז הטבעי ממאגר תמר, תוך התבססות על הנחות שמרניות. מסקנתו היתה, כי המחיר ההוגן אינו עולה על \$/MMBTU 2.34. כאמור לעיל, שותפות תמר מוכרות את הגז הטבעי לחברת החשמל ב-5.4-5.87 \$/MMBTU. משמע, שותפות תמר מוכרות את הגז הטבעי במחיר הכפול פי 2.5-2.3 מן המחיר ההוגן.

חוות הדעת של פרופ' סמית מצ"ב כנספח ח'.

²¹ Napp Pharmaceutical Holdings v. Director-General of Fair Trading, UK Competition Commission Appeal Tribunal [2002] EWCA Civ 796

א. פרופ' סמית בחן את המחיר ההוגן על פי שתיים מתוך שלוש השיטות שפורטו בגילוי הדעת של הממונה על הגבלים עסקיים: כימות הפער בין מחיר הגז הטבעי לעלות הפקתו, וניתוח הרווחיות והתשואה להון ממכירת הגז הטבעי ביחס לרווחיות ולתשואה להון המקובלות בתחום הרלבנטי. השיטה השלישית - השוואת מחיר הגז הטבעי למחירו בשווקים אחרים - אינה רלוונטית בענייננו, כפי שהסביר פרופ' סמית:

"Unfortunately, this comparative test is not relevant to the case at hand. In the first instance, there are no products similar to natural gas sold within the Israeli market (that is, no products that deliver the same energy services with equivalent demand and cost of production) and no other competitive providers of natural gas in Israel to serve as a basis for direct comparison. In the second instance, natural gas prices observed in other geographical markets vary widely due to divergent supply and demand conditions."

ב. פרופ' סמית חישב את המחיר ההוגן של הגז על פי נוסחה המשקלת את מכלול הנתונים הרלוונטיים, לרבות, אורך תקופת ההפקה הצפויה מהמאגר, כמויות הגז במאגר, עלויות מימון ותפעול, עלויות הקידוח, עלויות נטישת הקידוח בתום התקופה, תמלוגים למדינה, תשלומי מס, החזר בגין הסיכונים. הנתונים שעליהם ביסס פרופ' סמית את תחשיבו נלקחו בעיקרם מתוך הדו"חות הכספיים של דלק קידוחים. מסקנתו החד-משמעית היא כי:

"14. Based on the model, facts, and assumptions identified above, I estimate that the long-run average fair price of natural gas produced from the Tamar and Tamar Southwest fields for sale in the Israeli market is \$2.47 per million British Thermal Units (MMBTU). A producer who receives this price would be fully compensated for the economic costs of exploring, developing, and delivering this product to Israeli customers. That compensation would cover not only out-of-pocket costs, but also include a competitive return to the capital invested and the risk taken by the natural gas producers. If special transitional tax provisions are taken into account, provisions that apply to the Tamar field specifically, the estimated long-run average cost estimate would be even lower, roughly \$2.34 per MMBTU."

ג. לדברי פרופ' סמית, לאור ניתוחי רגישות (sensitivity analysis) שונים שערך, הסיכוי שהמחיר ההוגן יעלה מעל 3 \$/MMBTU הינו קלוש בצורה קיצונית, ואינו שונה מהסיכוי, שמחיר זה ירד אל מתחת ל-2 \$/MMBTU.

ד. משאמרנו כי המחיר ההוגן עומד על 2.34 \$/MMBTU, וכי המחיר בפועל הינו למעלה מכפליים, פשיטא שתוצאת המבחן הראשון והעיקרי לבחינת סבירות המחיר - מבחן

הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור - מובילה למסקנה, כי המחיר הינו בלתי הוגן והינו מופרז באופן קיצוני.

ה. פרופ' סמית הפעיל, כאמור, גם את המבחן השני, המשווה את הרווחיות והתשואה הפנימית של השותפות ממכירת המוצר ביחס לרווחיות ולתשואה הפנימית המקובלת בתחום הרלבנטי. ממצאיו היו, כי שיעור התשואה הריאלי שמקבלות שותפות תמר על השקעתן עומד על פי שלושה משיעור התשואה המקובל בענף, והוא בטווח של: 18.7-20.1% (על פי שלוש החלופות של עתודות הגז) לעומת 6.2% המקובל בענף. זו היתה מסקנתו (בסעיף 36(c) לחוות דעתו):

"Based on Delek Drilling's own projected future sales prices, estimates of the realized return to capital far exceed the weighted average cost of capital employed in the project, by a factor of 3 to 1. In a competitive industry, these two would be equal. Thus, the elevated returns revealed by the profitability test provide further evidence of excessive pricing."

ו. יתרה מכך, כאשר נבדקה התשואה ביחס לשיעורי ההון העצמי המוערכים (יחס 70/30 בין חוב להון עצמי) (בסעיף 36(e) לחוות דעתו), נתקבלו תשואות חריגות עוד יותר. מסקנתו של פרופ' סמית היתה כי, בהתחשב במבנה ההון של שותפות תמר, הן מרוויחות פי שבעה מן המקובל בענף:

"Based on an assumed 70/30 debt/equity ratio, a 4% cost of debt, and the IRRs shown in the preceding table, the rate of return to the owners of the Tamar and Tamar Southwest fields is estimated to be 57% in real terms. This is much higher than the cost of equity capital to the upstream petroleum industry, which Professor Pindyck estimates to be 11% in nominal terms, or 8% real. Thus, realized profits earned by the owners of the Tamar project far exceed the cost of equity capital by a factor of 7:1."

50. המבקש יטען איפוא, כי שני המבחנים המקובלים לבחינת הוגנות המחיר, מובילים למסקנה חד משמעית, ולפיה שותפות תמר קובעות ומוכרות את הגז הטבעי במחיר בלתי הוגן בעליל. לא מדובר בחריגה או סטיה קלה מהמחיר ההוגן – חריגה שאף היא אסורה על בעל מונופולין – אלא בחריגה קיצונית ביותר וחד משמעית.

51. המסקנה שלפיה שותפות תמר קובעות ומוכרות את הגז במחיר בלתי הוגן מקבלת משנה תוקף אם נשים לנגד עינינו את העובדה שלא מדובר בענייננו במונופול רגיל, כי אם במונופול עוצמתי במידה שלא תתואר. כזה המחזיק כמעט בכל עתודות הגז הטבעי של המדינה.

א. אין כל סיכוי שמונופול זה יאבד את מעמדו כמונופול בעשרות השנים הקרובות. ולא מדובר ב"סתם" מונופול, אלא כזה המחזיק, נכון להיום, ב-100% מהשוק.

ב. יצוין, כי שותפות תמר חתמו על הסכמים ארוכי טווח (15-17 שנים) הן עם חברת החשמל הן עם צרכנים נוספים. גם אם היה איפוא מתגלה מחר מאגר גז גדול אחר, לא

היה בכך כדי להועיל לאותם צרכנים שחתמו על ההסכמים, ובראשם חברת החשמל, שהיא כמובן צרכן הגז הטבעי הגדול במדינה. בפרט נכונים הדברים כאשר מאגר הגז הגדול הנוסף שאכן נמצא, מאגר לויתן, מצוי אף הוא בבעלות הגורמים השולטים במאגר תמר²².

ג. נביא בהקשר זה מהחלטת הממונה בדבר מתן פטור בתנאים להסדר כובל בין שותפות תמר לבין חברת החשמל, מיום 14.6.12:

"החשש התחרותי שההסדר מקים קשור בראש ובראשונה לשוק חיפוש הגז ואספקתו, נוכח העובדה כי משך ההסכם, וכפועל יוצא מכך, כמות הגז שחברת החשמל מתחייבת לרכוש במסגרתו מתוקף תניית ה- Take or Pay, מביאים לחסימת מרבית הביקוש לגז טבעי של חברת החשמל ב-15 השנים הקרובות. ..."

... משעמדנו על הגדרת השוק, ברי וברור שההסכם שלפני מקשה עד מאוד את האפשרות של ספק גז עתידי להתחרות על הביקוש של חברת החשמל ובכך יש בו, בנוסחו הקיים, כדי להגביל את התחרות בשוק.

כאמור, בעת מתן החלטה זו, עמדו לפניי גם שאר הסכמי הגז. בדומה להסכם עם חברת החשמל, משכם של הסכמים אלה וכמויות הגז הטבעי הכלולות בכל אחד מהם בדמות תניית ה-Take or Pay, חוסמים הלכה למעשה את מרבית הביקוש לגז טבעי של כל אחד מן הצרכנים החתומים על ההסכמים למשך שנים רבות, באופן שעלול לפגוע בתמריץ לכניסתו של ספק גז טבעי נוסף בעתיד. למעשה, השפעתו התחרותית של ההסכם דנא, כמו גם השפעתו של כל אחד משאר הסכמי הגז הינה בחסימת חלק משמעותי מהביקוש של כל אחד מהם לגז טבעי במשק הישראלי בשנים הבאות.

על הבעייתיות הגלומה בהסכמים ארוכי טווח לאספקת גז טבעי והשפעתם על התחרותיות בשוק אספקת הגז, ניתן ללמוד מדבריו של

המלומד Cameron בספרו Competition in Energy Markets:

'Contracts for gas supply have been concluded on terms which provide incentives to customers not to switch to alternative suppliers. These are long-term contracts with many years to run and which therefore lock in consumers

²² יצוין, כי הממונה פירסם לעיון הציבור טיוטת צו מוסכם לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים ביחס להסדר הכובל במאגר לויתן, שלפיו, בין היתר, ימכרו קבוצת דלק ונובל את אחזקותיהן במאגרים כריש ותנין לצד שלישי שאינו קשור לשותפות תמר, ויקנו לקונה אופציה לרכוש עד 15.2 BCM ממאגר לויתן. הצו קובע כי המועד שניתן בהסכם לחברת החשמל להודיע על מימוש האופציה לרכישת כמות מוגדלת של גז יוארך, כדי לאפשר לצד השלישי הנ"ל להתחרות גם על האפשרות למכור את הגז מושא אותה אופציה לחברת החשמל. הטיוטה פורסמה באתר האינטרנט של הממונה:

<http://www.antitrust.gov.il/subject/133/item/33089.aspx>

who might otherwise seek to benefit from competition developing in the sector. Such contracts can also delay the ability of alternative suppliers to build up their market share to compete effectively, allowing incumbents to benefit from economies of scale in the gas supply market (the high cost of balancing and flexibility declines as supplied gas volumes increase). These contracts may therefore have the effect of foreclosing the markets to would-be market entrants. If the contracts are not indispensable to generate countervailing benefits to consumers, they may give rise to competition concerns'."

העילה

52. סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה: (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין";
53. כאמור לעיל, המחיר בו מוכרות שותפות תמר את הגז הטבעי לחברת החשמל (לא כל שכן לצרכנים אחרים, שבהם תובענה זו אינה דנה) הינו בלתי הוגן בעליל, והדברים פורטו לעיל.
54. סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". מכאן, ששותפות תמר, בנצלן לרעה את מעמדן המונופוליסטי, מבצעות עוולה.
55. לצרכני חברת החשמל, שהינה הצרכן העיקרי של שותפות תמר, נגרם נזק כתוצאה מקביעת רמת מחירי המכירה הבלתי הוגנים של הגז הטבעי. לנזק זה אחראיות שותפות תמר. נבהיר:
- א. על פי סעיף 30א(א) לחוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, תעריפי החשמל שגובה חברת החשמל נקבעים על ידי רשות החשמל.
- ב. על פי סעיף 31א(א) לחוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, רשות החשמל תקבע את התעריפים על בסיס עקרון העלות, וכל מחיר ישקף את עלות השירות המסוים.
- ג. פשיטא, שעלותו המופרזת של הגז הטבעי לחברת החשמל, מגולגלת ישירות אל צרכני חברת החשמל באמצעות תעריפי החשמל.
- ד. דודק: כפי שמצוין בחו"ד שגב (נספח ו' הנ"ל), מלוא עלויות הגז הטבעי אכן מושתות על צרכני חברת החשמל.
- ה. נזקם של צרכני חברת החשמל (והמבקש ביניהם) נובע איפוא מהפער בין תעריפי החשמל הנגבים מהם, לבין אלה שהיו נגבים מהם אלמלא היו שותפות תמר קובעות לגז הטבעי רמת מחירי מכירה בלתי הוגנים. נזק זה לא היה נגרם אלמלא התנהגותן

העוולתית של שותפות תמר. קביעת המחיר המופרז והבלתי הוגן היא הסיבה-בלעדיה-
אין לנזק האמור. בכך מתקיים מבחן הקשר הסיבתי העובדתי²³.

1. אשר לקשר הסיבתי המשפטי, גם זה מתקיים בבירור על פי כל אחד מהמבחנים המוכרים בפסיקה²⁴: מבחן הסיכון (הבוחר אם הנזק נופל בתחום הסיכון אותו ביקש המחוקק למנוע); מבחן הצפיות (הבוחר אם המעוול צריך היה לצפות כי כתוצאה ממעשהו ייגרם נזק); ומבחן השכל הישר (הבוחר אם ההתנהגות העוולתית תרמה בפועל לתוצאה המזיקה). פשיטא שהנזק שנגרם לצרכני חברת החשמל הינו בדיוק אותו נזק שאותו ביקש המחוקק למנוע בחוקקו את סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. כך גם פשיטא, ששותפות תמר צריכות היו לצפות כי צרכני חברת החשמל יינזקו מההתנהגותן העוולתית. ועוד פשיטא, שההתנהגות העוולתית של שותפות תמר תרמה בפועל לתוצאה המזיקה.

56. יצוין, כי בארצות הים קיימת פסיקה ענפה בשאלת עילתו של "צרכן עקיף", קרי: צרכן שאינו רוכש את המוצר או השירות ישירות מהמעוול, דוגמת צרכני חברת החשמל בענייננו. דומה שנוכח הסיבתיות הברורה שבין התנהגותן העוולתית של שותפות תמר לבין נזקם של צרכני חברת החשמל, הדין בישראל - הגם שאין הלכה או חקיקה העוסקת ספציפית בשאלת עילתו של צרכן עקיף - משית בבירור אחריות של שותפות תמר כלפי צרכני חברת החשמל. אך למען השלמת התמונה, נראה להלן כי גם על פי המצב המשפטי בארצות הברית ובאיחוד האירופי, קיימת עילת תביעה ברורה לצרכני חברת החשמל כלפי שותפות תמר. ככל שייקבע, כי נדרשת הכרעה בסוגיית הצרכן העקיף, יטען המבקש כי שיטתנו המשפטית אמורה ללכת בעקבות השיטה האירופית, היא השיטה שממנה נשאב גם סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים²⁵.

57. ארצות הברית:

א. פסק הדין הפדרלי המנחה - Illinois Brick Co. v. Illinois²⁶ - ניתן עוד בשנת 1977, ושלל, ככלל, את עילת התביעה של הצרכן העקיף. עם זאת, בענייננו, חל החרג להלכה זו, והוכרה עילת התביעה של הצרכן העקיף. זאת, מכיוון שבית המשפט הפדרלי קבע שם במפורש, כי מקום בו הנזק כולו מועבר אל הצרכן העקיף (נוכח העובדה שהצרכן הישיר מתמחר את המוצר על פי שיטת העלות), מדובר בנזק פשוט וקל להוכחה, ואין כל מניעה להכיר בעילתו של הצרכן העקיף. זאת ועוד, במקרים כאלה, בהם הנזק

²³ ר' למשל ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, פסקה 10 לחוות דעתו של כב' השופט עמית (פורסם בנבו. 15.7.13)

²⁴ שם; וכן רע"א 4394/09 גרגורי לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ, פסקה 7 (30.12.10).

²⁵ ר' דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, שבמסגרתה הוכנס סעיף 29א לחוק (ה"ח 2446, 228): "מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחויבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86/היום סעיף 102) של אמנת רומא (מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת."; וכן דברי הממונה בגילוי הדעת: "כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, סעיף 29א לחוק מבוסס, בשינויים קלים, על סעיף 102 (בעבר סעיף 86 ולפני כן, סעיף 82) לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי"; וכן עניין רייס, בעמ' 712: "סעיף 29א הוא כאמור ביטוי לשיטה האירופאית".

²⁶ 431 US 720 (1977)

מועבר בשלמותו אל הצרכן העקיף, אין לצרכן הישיר תמריץ לתבוע, וגם מסיבה זו מוחרג מצב מעין זה מהכלל. כך, למשל, נפסק בעניין In re Mid-A. Toyota Antitrust Litigation²⁷, הסוקר את החריגים להלכת Illinois Brick:

"As was the case in *Hanover Shoe*, the Supreme Court in *Illinois Brick* expressly noted that the newly-announced passing on rule was not absolute. Whereas in *Hanover Shoe* the Court recognized a single exception, for "cost-plus" contracts, the *Illinois Brick* Court saw fit to mention two. The first exception, again, was for "costplus" contracts. The *Illinois Brick* rule does not apply where an indirect purchaser buys a predetermined quantity of price-fixed goods from a direct purchaser operating under a "cost-plus" contract, as "[t]he preexisting cost-plus contract makes easy the normally complicated task of demonstrating that the overcharge has not been absorbed by the direct purchaser." *Illinois Brick*, supra, at 732 fn.12, 97 S.Ct. at 2068 fn.12."

ב. כלומר, גם על פי הפסיקה הפדרלית בארה"ב, שלפיה, ככלל, אין לצרכן העקיף עילת תביעה, יש בענייננו עילת תביעה לצרכן העקיף.

ג. עוד יצוין, כי פסיקה ישנה זו בעניין Illinois Brick זכתה לביקורת רבה בארצות הברית. לא פחות מ-25 מדינות בארצות הברית חוקקו חוקים ספציפיים, המקנים עילת תביעה לצרכנים עקיפים. נסיונם של נתבעים לתקוף את חוקיותם של אותם חוקים בהיותם סותרים, לכאורה, את החוק הפדרלי, נדחה²⁸.

58. האיחוד האירופי – European Union :

א. סעיף 102 לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (TFEU), אשר עליו מבוסס, כאמור לעיל בה"ש 25, סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, קובע כדלקמן :

"Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;"

²⁷ 516 F.Supp. 1287 (1981), at 1292

²⁸ California v. Arc America Corp. 490 US 93 (1989)

ב. לאחרונה, ביום 9.4.14, חוקק הפרלמנט האירופי דירקטיבה מחייבת, המקנה לצרכן עקיף עילת תביעה ברורה כנגד בעל מונופולין הגובה מחיר לא הוגן בניגוד להוראת סעיף 102 לאמנת ה-TFEU²⁹.

ג. הדירקטיבה האמורה מבוססת על המלצה של הפרלמנט האירופי ושל נציבות האיחוד האירופי מיום 11.6.13. להמלצה זו קדמו שני ניירות עבודה: מסמך ראשוני ("Green Paper") מיום 19.12.05, ומסמך נוסף ("White Paper") מיום 2.4.08. כל שלושת המסמכים כללו המלצה ברורה להכרה מפורשת בעילת תביעה לצרכן העקיף, עילה שממילא הוכרה כבר בפסיקה האירופית (המאוזכרת באותם מסמכים)³⁰.

ד. המלצות אלה התקבלו, כאמור, בדירקטיבה מיום 9.4.14, הקובעת בפרק 1 (Scope and Definitions) סעיף 2 (Right to full compensation):

"1. Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm."

ה. ובהמשך, בפרק IV (Passing-on of Overcharges) סעיף 12 (Passing-on of) : (overcharges and the right to full compensation)

"1. To ensure the full effectiveness of the right to full compensation as laid down in Article 2, Member States shall ensure that, in accordance with the rules laid down in this Chapter, compensation of harm can be claimed by anyone who suffered it, irrespective of whether they are direct or indirect purchasers, and that compensation of harm exceeding the harm caused by the infringement to the claimant, as well as the absence of liability of the infringer, are avoided."

ו. נמצא, כי על פי משפט האיחוד האירופי, לצרכן העקיף ניתנת בבירור עילת תביעה כנגד הספק בגין עילה של קביעת מחיר מכירה בלתי הוגן. זוהי שיטת המשפט אשר שימשה מקור לחקיקת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

59. בישראל לא מצאנו עיסוק ישיר בדוקטרינת הצרכן העקיף, וכאמור, ספק בעינינו אם נדרש עיסוק כזה, נוכח העובדה שניתן להגיע למסקנה בדבר קיומה של עילת תביעה לצרכן העקיף על פי המבחנים המקובלים להטלת אחריות בגין עוולה. אך על פי פסק הדין בעניין רייס, נראה כי בית המשפט העליון בהחלט מכיר בעילת התביעה של הצרכן העקיף. באותו עניין נדונה תביעתו של צרכן ישיר. בית המשפט העליון (בעמ' 718 לפסק הדין) הטיל ספק בשאלה,

²⁹ פורסם באתר נציבות האיחוד האירופי:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

³⁰ שלושת המסמכים פורסמו באתר נציבות האיחוד האירופי, שם.

אם לצרכן ישיר זה נותרה עילת תביעה נוכח העובדה, שהנזק גולגל, לפחות בחלקו, אל הצרכנים העקיפים:

”טענה שבעיני יש לה משקל, שהעלו המשיבים בערכאה הראשונה, לא זכתה להתייחסות ראויה. בפרק זה אני כי רייס הצליח להוכיח שאכן עמלת בית העסק שגבו ממנו ומחברי הקבוצה היא מוגזמת או בלתי הוגנת וצריכה היתה לעמוד על לא יותר מ-2%, כנטען בבקשה ובכתב התביעה המתוקן. גם תחת הנחה זו רואה אני קושי באישור התביעה כתביעה אישית, וממילא כתובענה ייצוגית. הקושי נובע מכך שאין המדובר בנזק (יהא אשר יהא היקפו) בו נשאו העסקים לבדם. זהו נזק שחלקו לפחות מגולגל על הלוקחות (לאו דווקא הלוקחות המשתמשים בכרטיסי האשראי).”

60. לסיכום נקודה זו יטען המבקש, כי שותפות תמר מנצלות לרעה את מעמדן המונופוליסטי באופן הפוגע בציבור צרכני חברת החשמל. זאת, באמצעות קביעת רמת מחירי מכירה בלתי הוגנים של הגז הטבעי. עוד יטען המבקש, כי צרכני חברת החשמל, והוא ביניהם, זכאים כלפי שותפות תמר לפיצוי בגובה הנזק שנגרם להם כתוצאה מביצוע העוולה האמורה. נזק זה עומד על מלוא ההפרש, שבין המחיר ההוגן לבין המחיר בפועל, באשר מלוא ההפרש האמור גולגל ע"י חברת החשמל אל צרכניה.

61. על פי חווי"ד שגב, נזקו של המבקש לבדו בגין גביית המחיר המופרז מחברת החשמל בעבר (נזק שחושב על בסיס חשבונות החשמל של המבקש) מוערך ב-1,495 ₪, ונזקם של כלל צרכני חברת החשמל - ב-2,456 מיליארד ₪ (לתקופה שממועד תחילת האספקה ועד יום הגשת התביעה).

62. יצוין, כי מדובר בתחשיב שמרני ביותר. על פי התחשיב האמור, משמעותו של כל \$1 במחיר הגז הטבעי הינה כ-550 מיליון ₪ לשנה בתעריפי החשמל. ואילו לדברי יו"ר רשות החשמל, גב' אורית פרקש הכהן, בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, מדובר בסכום כמעט כפול, כ-1 מיליארד ₪³¹:

”עכשיו באמת נמחיש את זה בכמה מספרים. קדם כל, מהי ההוצאה השנתית של ציבור צרכני החשמל על גז? ההוצאה השנתית של הציבור היא כ-7.5 מיליארד שקלים לשנה, שזה כרבע מהעלות הכוללת של משק החשמל בשנה. רבע מההוצאה הכוללת על חשמל. עוד נתון שאני רוצה להסב את תשומת לבך, אדוני, לשאלותיך, הוא: שינוי של דולר אחד במחיר עסקת גז הוא שווה ערך למיליארד שקלים בשנה שמוטלים על ציבור צרכני החשמל. הסכומים הם אסטרונומיים וצריך לומר אותם. אם למשל אנחנו נעשה במה שנקרא roughly, בצורה מאוד גסה: חשבון חשמל שהוא בשווי 660 שקלים לצרכן – 150 שקלים מתוך זה קשורים לגז. אז הדברים האלה הם עלויות מאוד מאוד לא מבוטלות.

³¹ נספח ג' הני"ל, עמ' 12.

שלי יחימוביץ':

וזה ילך ויגדל.

אורית פרקש הכהן:

כן, אני חושבת שהמגמה הולכת וגדלה, בהחלט. "

63. אשר לעתיד, בהנחה ששותפות תמר ימשיכו למכור את הגז הטבעי לחברת החשמל על פי תנאי ההסכם הקיים, מוערך נזקם של כלל צרכני חברת החשמל - בכ-26.8-43.7 מיליארד ₪. מדובר, כמובן, בהערכות בלבד. בהעדר נתונים מוסמכים, ובפרט הנתון בדבר מחיר המכירה של הגז, לא ניתן להגיע בשלב זה לתוצאות מדויקות.

64. המבקש יטען איפוא, כי הוא - וכן כל מי שצרך חשמל מחברת החשמל מאז יום 1.4.13 - זכאי כלפי שותפות תמר לפיצוי בגין נזקי העבר ולצו שימנע משותפות תמר למכור את הגז הטבעי לחברת החשמל בסכום העולה על \$/MMBTU 2.34.

התנאים לאישור תביעה ייצוגית

65. עד כאן הוכיח המבקש לכאורה את עילתו האישית. להלן יוסיף המבקש ויטען, כי התובענה תואמת את אמות המידה הנדרשות לצורך אישורה של תובענה ייצוגית על פי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק"), והוא יבקש בזאת כי בית המשפט הנכבד יאשר את הגשת התובענה כייצוגית.

66. מכשיר התובענה הייצוגית נועד לקדם ארבע מטרות, שפורטו בסעיף 1 לחוק: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. כפי שיפורט להלן, התובענה בענייננו מתאימה מאין כמותה לקידום מטרות חשובות אלה.

67. כשירות התובענה להידון כייצוגית:

א. סעיף 3(א) לחוק קובע, כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית".

ב. פרט 4 בתוספת השניה לחוק הוא: "תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים."

ג. משכך, ניתן בענייננו להגיש בקשה לאישור התובענה כייצוגית.

68. הקבוצה:

א. המבקש יבקש, כי בית המשפט הנכבד יגדיר את קבוצת התובעים כך:

כל צרכן של חברת החשמל, שחויב בתשלום ע"י חברת חשמל בגין צריכת חשמל שהחלה ביום 1.4.13 ואילך.

ב. במידת הצורך וככל שימצא לנכון יתבקש בית המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה אחרת, ו/או להגדיר תת-קבוצה, בהתאם לסעיף 10(ג) לחוק, וכן לכלול בין חברי הקבוצה את כל מי שעילתו נוצרה ו/או תיווצר עד למועד מתן פסק הדין, בהתאם לסעיף 10(ב) לחוק.

69. **תנאי 1 לאישור תובענה כייצוגית - התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק):**

א. התובענה מעוררת כמובן שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. השאלה העיקרית בענייננו היא, אם שותפות תמר מכרו את הגז הטבעי לחברת החשמל במחיר בלתי הוגן. לשיטת המבקש, התשובה לשאלה זו היא חיובית, והפועל היוצא שלה הינו, שכלל חברי הקבוצה - ולא רק המבקש לבדו - זכאים לפיצוי.

ב. יצוין, כי "נקודת המוצא היא, כי לא נדרש שכל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לחברי הקבוצה. די בכך שיש שאלות משותפות של עובדה או משפט שהן 'מהותיות'³².

ג. אשר לאפשרות הסבירה שאותן שאלות משותפות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, המבקש סבור כי עילת תביעתו, כמו גם עילתם של יתר חברי הקבוצה, היא מוצקה, כמפורט בהרחבה לעיל. המשיבות קבעו למוצר שבמונופולין מחיר מכירה מופרז ביותר, ומשכך הן אחראיות לנזקי חברי הקבוצה, שניזוקו מהתנהגות עוולתית זו.

ד. המבקש יטען איפוא, כי מתקיים התנאי הראשון הנ"ל לאישור התובענה כייצוגית.

70. **תנאי 2 לאישור תובענה כייצוגית - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק):**

א. בעניין רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ (פ"ד נז (3) 220), פסק בית המשפט העליון כדלקמן (בעמ' 237):

"לתובענה הייצוגית השלכות כלכליות וחברתיות משמעותיות. היא נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים שזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים האנונימיים שסכום תביעתם הכולל גבוה ביותר נוכח ריבוי מספרם. בכך מגנה היא על אינטרס היחיד שנפגע ושאיננו מגיש תביעה בשל הטרחה וההוצאות הכרוכות בכך ... תכליתה של התובענה הייצוגית היא למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי אותם גופים המתעשרים שלא כדין על חשבון היחידים, המצטרפים לציבור גדול. כמו כן היא אמצעי לאכיפת החוק במישור

³² ע"א 6687/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, סעיף 25 לחוות דעתו של כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 20.7.10).

האזרחי מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות ... התובענה הייצוגית שואפת להשגת שוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים. היא משרתת אינטרס ציבורי שהוא יעילות וחסכון במשאבים הן של הצדדים הן של בית-המשפט, ומונעת חוסר אחידות בפסיקת בתי-המשפט בתביעות אישיות דומות."

ב. דברים אלה מדגימים, עד כמה בענייננו התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת:

(1) תביעתם של רובם המכריע של צרכני חברת החשמל היא תביעה קטנה. נזקי העבר של המבקש, למשל, עומדים, לפי חו"ד שגב, על פחות מ-1,500 ₪. "מקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית צפויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הוא מקרה שבו הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק בכדי להצדיק הגשת תביעה אישית. תובענות ייצוגיות כאלו אף כונו בעבר 'תובענות ייצוגיות קלאסיות'" (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 18 (פורסם בנבו. 5.7.12)).

(2) רוב צרכני חברת החשמל גם אינם ערוכים, כמובן, להגשת תביעה אישית, הן בשל הטרחה וההוצאות הניכרות הכרוכות בכך, והן בשל מורכבותו של הנושא, המונעת מרוב הצרכנים להבין, לא כל שכן לאכוף, את עילתם. התביעה דגן תגן איפוא על אינטרס היחיד שנפגע, שלא יגן על עצמו.

(3) גם האינטרס של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, על-ידי אותם גופים המתעשרים שלא כדין על חשבון היחידים, המצטרפים לציבור גדול, מתקיים בענייננו במובהק. שהרי ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי הינו התגלמות ההתעשרות הפסולה של גופים רבי כוח ועוצמה על חשבון הציבור.

(4) ענייננו הוא גם מקרה מובהק בו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות. העובדה היא, ששותפות תמר גובות מחברת החשמל מחיר מופרז באין מפריע (נכון למועד הגשת בקשה זו). לא נותר איפוא אלא להגן על אינטרס הציבור באמצעות אכיפת החוק במישור האזרחי.

ג. המבקש יטען איפוא, כי מתקיים גם התנאי השני הנ"ל לאישור התובענה כיייצוגית.

71. **תנאי 3 לאישור תובענה כיייצוגית - קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8(א)-(3)-(4) לחוק):**

א. המבקש הינו איש עסקים אמיד. בין היתר בבעלותו מפעל המעסיק 150 עובדים, שהוקם לפני למעלה מ-20 שנה. ברור לו, כי נדרשת השקעה רבה בניהול תביעה ייצוגית מעין זו, ובכוונתו לנהל אותה עד תום ולהשקיע את הסכומים שיידרשו לצורך ניהולה.

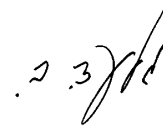
ב. המבקש פועל בתום לב גמור.

- ג. אשר לבאי כוחו של המבקש, מדובר בעורכי דין מנוסים שכל אחד מהם בעל 20 שנות ניסיון, ובכלל זאת בייצוג בבתי משפט בתחומי המשפט האזרחי, הכלכלי, הציבורי וכן רגולציה. מעולם לא נטען כנגדם כי לא ניהלו תיק בדרך הולמת.
72. לאור האמור יטען המבקש, כי מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית.
73. בית המשפט הנכבד יתבקש לאשר למבקש להגיש את התובענה שהעתקה מצ"ב כתובענה ייצוגית, ולראות במבקש תובע מייצג לפי חוק תובענות ייצוגיות. במסגרת התובענה הייצוגית יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווים כנגד שותפות תמר כדלקמן:
- א. צו המחייב את הנתבעות לשלם לחברי הקבוצה את הנזק שגרמו להם כמתואר לעיל (המוערך בכ-2.456 מיליארד ₪);
- ב. צו המחייב את שותפות תמר להימנע מלמכור את הגז הטבעי ממאגר תמר בסכום העולה על המחיר ההוגן, העומד על \$/MMBTU 2.34;
- ג. צו המצהיר, כי מכירת גז טבעי ממאגר תמר בסכום העולה על \$/MMBTU 2.34 הינה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק, בניגוד להוראת סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
74. שותפות תמר צפויות להמשיך ולפעול שלא כדין, ובכך להמשיך ולגרום נזק למבקש ולכל חברי הקבוצה, וזאת כל עוד לא יינתן צו המניעה או צו אחר, המונע מהן לעשות זאת. נזק זה לחברי הקבוצה צפוי לעמוד על כ-5.8 מיליון ₪ (כולל מע"מ) לכל יום. המבקש שומר על זכותו לתקן את הבקשה ו/או כתב התביעה עובר למתן האישור להגשת התובענה הייצוגית ו/או עובר למתן צו המניעה ו/או עובר למתן פסק הדין ו/או לתבוע סכומים נוספים בגין נזק שיגרמו שותפות תמר למבקש ו/או לחברי הקבוצה עקב קביעת מחיר מכירה בלתי הוגן לגז הטבעי ממאגר תמר ו/או לפצל סעדים ככל שיידרש, גם בשים לב לאמור ברישא של סעיף זה.
75. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את הגדרת הקבוצה המיוצגת כמוצע בבקשה זו ולעדכנה ככל שידרש עד למועד האישור כאמור, או, לחלופין, להגדירה על פי שיקול דעתו.
76. בית המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את עילות התובענה הייצוגית כמפורט בבקשה לעיל, ולהעניק למבקש ולכל אחד מחברי הקבוצה את הסעד הנתבע כמבוקש.
77. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לטובת המבקש גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבאי כוח התובע המייצג, וזאת בהתאם לקריטריונים המנויים בסעיפים 22-23 בחוק תובענות ייצוגיות, כאחוז מהתועלת שתגרום התובענה לחברי הקבוצה, שיתווסף על הסכום הפסוק.
78. כל הנספחים המצורפים לבקשה מהווים חלק בלתי נפרד ממנה.
79. לבקשה מצורף תצהירו של המבקש בתמיכה ולאומות העובדות המפורטות בה.



יצחק יערי, עו"ד (מ.ר. 16633)

ב"כ המבקש



גלעד ברנע, עו"ד (מ.ר. 16611)

היום, 17 ביוני 2014