

בעניין:

לובי 99 בע"מ (חל"צ)
(להלן: "לובי 99");

עמותת הצלחה (ע"ר)
(להלן: "הצלחה")

שתיהן ע"י ב"כ עו"ד דרור שטרומ ועו"ד אלישע הרלב
מרח' רמת ים 12, הרצליה 46851
טלפון: 09-9572119; פקס: 09-9579914
דוא"ל: dror.strum@iep.org.il

העוררות;

- נ ג ד -

ובעניין:

הממונה על התחרות
רשות התחרות

מרח' עם ועולמו 4, ירושלים 9546304
טל': 02-5458602; פקס: 02-5458555

המשיבה;

EMED Pipeline B.V. (להלן: "EMED")
חברה המאוגדת בקפריסין

Eastern Mediterranean Gas Company S.A.E.
(להלן: "EMG")
חברה המאוגדת במצרים

משיבות פורמליות

ערר על אישור מיזוג בתנאים

בהתאם להוראות סעיף 22(ב) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), מתכבדות העוררות להגיש לבית הדין הנכבד ערר על החלטתה של הממונה על התחרות (להלן: "הממונה") מיום 31.7.2019 לאשר בתנאים את עסקת המיזוג בין EMED לבין EMG (להלן: "החלטת המיזוג").

בית הדין הנכבד מתבקש, על יסוד הנימוקים המפורטים להלן בערר ונספחיו, לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח הוראות סעיף 22(ג) לחוק ולבטל את החלטת הממונה כמפורט בערר זה או לשנותה.

- החלטת הממונה במיזוג מצורפת לערר זה כנספח 1.
- הודעת הממונה לעיתונות מצורפת לערר זה כנספח 2.
- חוות דעתו של הכלכלן ד"ר שלומי פריזט (להלן: "חו"ד פריזט") מצורפת לערר זה כנספח 3.

תוכן הערר

3	עיקרי הדברים	א.
5	רקע עובדתי	ב.
5	הצדדים לערר	1.ב.
6	עסקת המיזוג	2.ב.
7	התפתחות העניינים עד לאישור המיזוג בתנאים	3.ב.
7	רקע כלכלי	ג.
8	שוק הגז בישראל	1.ג.
10	פוטנציאל הייבוא ממצרים וחשיבותו	2.ג.
10	שליטת המונופול על תשתית הגז תביא לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור	ד.
11	המיזוג פוגע באפשרות היחידה לתחרות בשוק הגז הישראלי	1.ד.
13	המיזוג מקפל בתוכו גם הסדר כובל העלול להפחית יצוא גז טבעי לישראל	2.ד.
14	המשפט המשווה מכיר בפגיעה התחרותית של מיזוגים כאלו	3.ד.
16	התנאים שנקבעו על ידי הממונה אינם מרפאים את הבעיה התחרותית	ה.
16	אין לאפשר למונופול לשלוט בתשתית חיונית	1.ה.
18	במיזוג שכזה לא ניתן להסתפק בתנאים התנהגותיים	2.ה.
20	על חולשותיהם של התנאים	3.ה.
21	התנאים עמומים וכתוצאה מכך עסקאות לא ייצאו לפועל	ה.3.א.
23	לרשות לא תהיה יכולת לפקח על התנאים	ה.3.ב.
24	תנאי הממונה מעוררים חששות תחרותיים בפני עצמם	ה.3.ג.
25	סיכום	ו.

א. עיקרי הדברים

1. עניינו של ערר זה בהחלטתה של הממונה על התחרות לאשר (בתנאים) עסקת מיזוג בין EMG לבין EMED, על אף שבעובדה, העסקה העלתה חששות מהותיים לפגיעה משמעותית בתחרות גם לדעתה; ואין פלא בדבר: מדובר בעסקה בה רוכש בעל מונופולין, באופן בלתי הפיך, תשתית חיונית לתחרות בו עצמו.
2. המיזוג מושא ערר זה הוא אפוא מקרה קלאסי של עסקה שיש להתנגד לה ולמונעה. היא צפויה לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות, בהעניקה למונופול הגז המקומי שליטה בתשתית היחידה להכנסת יבוא גז טבעי ממצרים לשוק הישראלי, והיא מעניקה לו באותה נשימה גם שליטת יחיד ביצוא גז טבעי למצרים. עסקה שכזו אין מקום לאשר; קל וחומר אין לאשרה בתנאים התנהגותיים.
3. מדובר בבעל המונופולין הגדול והעוצמתי ביותר במשק הישראלי – מונופול הגז הטבעי, השולט משך שנים רבות במאגרי הגז הטבעי בישראל, קובע מחירים וכמויות ומתנהל כמונופול מובהק. עסקת המיזוג מסירה ממנו איום תחרותי (יבוא גז ממצרים) שכבר הוכיח עצמו בעבר כגורם לירידת מחירים. העסקה מפקידה את השליטה בתשתית חיונית לתחרות בתשומת האנרגיה המרכזית במשק בידי המונופול שלו ענין מרכזי במזעור ומיגור כל לחץ תחרותי וכל פוטנציאל לתחרות.
4. אף שמיותר לעשות כן, נזכיר את מושכלות ראשונים: מניעת חיזוק כוחו של בעל מונופולין ומניעת בידודו מלחצי תחרות היא ממטרות היסוד של דיני התחרות, אם לא היסודית והראשונה שבהם. מתן אישור למיזוג דן חותר תחת מטרה יסודית זו ומנוגד לה לגמרי.
5. הגם שעסקה בה רוכש מונופול תשתית חיונית לתחרות בו ראויה רק למענה אחד – התנגדות, הרי שעיון בתנאים שבהם אושר המיזוג מעלה כי בנוסף לכך שהם אינם הפתרון הנכון הרי שהם, בכל הכבוד, חלשים, מוגבלים ובלתי ישימים, ואין בהם לרפא את הפגיעה תחרותית המבנית וכבדת המשקל שתיגרם מאישור המיזוג. נסביר.
6. מונופול הגז המקומי שולט בשוק הגז הטבעי בישראל ומספק את הגז הטבעי לחברת החשמל ולצרכנים פרטיים נוספים. במצרים ישנם מאגרי גז טבעי גדולים ומשמעותיים, היא ייצאה בעבר גז מתחרה לישראל, והיא כבר כיום עוסקת בייצוא גז טבעי למדינות סמוכות. לפיכך, הגז המצרי הוא פוטנציאל תחרות משמעותי וממשי לשוק הישראלי.
7. העסקה מושא ערר זה מסכלת את פוטנציאל התחרות ואת האיום התחרותי במוסרה לידי מונופול הגז את הן את הקניין, באופן בלתי הפיך, והן את השליטה התפעולית, בתשתית היחידה להולכת גז ממצרים. משמעות הדברים היא כי לשם יצוא גז למצרים לתקופה קצובה, אושרה למונופול הגז הבעלות התמידית בתשתית החיונית לתחרות בו, שבעבר גם שימשה בפועל לתחרות ישירה ומשמעותית בו.
8. יתרה מכך, העסקה מגלמת גם רובד של הסדר כובל, כאשר על הרוכשים נמנית גם חברה בבעלות ממשלת מצרים שתהפוך לשותפה של מונופול הגז בעוד היא שולטת בתחרות הפוטנציאלית מיצוא גז מצרי לשוק הישראלי. כבר על פני הדברים ניכר הנזק האסטרטגי שהדבר יוצר לשוק הגז בישראל:

כעת ישלוט מונופול הגז באמצעי התחרות הפוטנציאלי היחידי בשותפות עם חברה בבעלות הממשלה המצרית שאישורה נדרש ליצוא גז ממצרים לישראל.

9. לנוכח מצבור הדברים האלו, אין תימה בדבר כי גם הממונה עצמה גילתה דעתה שעסקת המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. אחרת, לא היתה לממונה כל סמכות להציב תנאים לביצוע העסקה, כפי שעשתה, והדברים ברורים.

10. חרף העובדה כי העסקה מקימה פגיעה בתחרות במונופול עוצמתי ובעל כוח רב במשק הישראלי, הממונה החליטה לאשר את המיזוג בתנאים התנהגותיים, שהם תנאים מן הסוג הנחות והחלש להגנה מפני פגיעה אפשרית בתחרות, וזאת לפי עמדתם המסורתית והעקבית של מוסדות ורשויות התחרות בארץ ובעולם. נעמוד בקצרה על מהותם של תנאים התנהגותיים אלה:

10.1. התנאי הראשון הוא תנאי ההחלפה (SWAP): מונופול הגז חויב בתנאים לעשות מאמץ סביר כדי לאפשר ביצוע עסקאות ייבוא בין חברות ישראליות לבין יצואניות גז ממצרים, כך שכאשר עסקה כזו תיחתם, בפועל מונופול הגז יספק את הגז לחברה הישראלית, ויצואנית הגז המצרית תספק את הגז ללקוח של מונופול הגז במצרים. ובמילים פשוטות: כל מתחרה ייאלץ לעבור דרך המונופול.

ברור כי תנאי זה רחוק מלרפא את הפגם התחרותי האסטרטגי וכבד המשקל שנולד במיזוג: מדובר בתנאי עמום שאינו תחליף לתחרות חופשית ורגילה, בה כל ספק בוחר כיצד לספק את מרכולתו ללקוחותיו; הוא כרוך בחשיפת מידע בין מתחרים; וחשוב מכל – הוא מותיר את השליטה בשאלה האם וכמה יבוא יתאפשר לישראל בידי מונופול הגז. אותו מונופול שהייבוא הוא הרסן התחרותי היחיד על פעילותו. ברי שתנאי כזה אינו יכול לעמוד כתרופה לפגיעה בתחרות הנולדת מהשתלטות של מונופול על תשתית חיונית לתחרות בו עצמו.

10.2. התנאי השני שנקבע הוא מתן גישה פתוחה (Open access) ליצואנים מן הצד הישראלי. תנאי זה אמור לאפשר ליצואני גז מישראל לעשות שימוש בצינור "על בסיס מקום פנוי", אך גם הוא אינו אוצר כוח אמיתי לתחרות ואין בו הסדרה מינימלית. מכיוון שאופציית יצוא ישימה היא חשובה בכדי שיהיו תמריצים למתחרים במונופול הגז לחפש ולפתח מאגרים, העובדה שגם תנאי זה אינו אפקטיבי פוגעת גם היא קשות בתחרות: בהינתן מונופול אספקה בשוק המקומי והפקדת השער ליצוא בידי אותו מונופול – נרמס התמריץ לשחקנים חדשים להיכנס לחיפוש גז בישראל.

10.3. ברי כי תנאים אשר כאלה, השמים את כל הקלפים בידי המונופול אך "מורים" לו להתחשב במתחרים כשהוא מחלק אותם, אינם מרפאים את הפגם התחרותי שבעצם מסירת כל הקלפים לידי המונופול. עד כדי כך פשוטים הדברים.

11. לנוכח האמור, העוררות יבקשו מבית הדין הנכבד לבטל את אישור המיזוג על ידי הממונה.

ב. רקע עובדתי

ב.1. הצדדים לערר

לובי 99

12. לובי 99 הוא ארגון ללא מטרת רווח, א-מפלגתי שהוקם כדי לקדם מול כלל מקבלי החלטות בישראל את האינטרסים של הציבור הרחב כצרכנים וכאזרחים המתמודדים עם גופים בעלי עוצמה, ציבור שאין לו ממון לשכירת לוביסטים. מדובר במיזם המוניים הממומן על ידי דמי החבר של 6,000 ישראלים שבחרו לקחת חלק בו. הארגון פועל כ"לובינג" דמוקרטי כדי לשנות, לשפר ולתקן את המציאות החברתית-כלכלית בישראל, להתמודד עם כוחם של בעלי ההון ולהעצים את האינטרס של ציבור הצרכנים. כל זאת באמצעות קידום מדיניות שתחבר בין ההמון לשלטון, במקום בין ההון לשלטון. הארגון נטל ונוטל חלק פעיל מאד בדיונים בכנסת בענייני תחרות והגבלים עסקיים.

עמותת הצלחה

13. הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת, עמותת רשומה מאז מרץ 2008, חרתה על דגלה את קידום האכיפה האזרחית בישראל ועידוד של רגולציה יעילה ומתקדמת בתחומי הכלכלה והחברה. מהקמתה, פעלה ופועלת הצלחה רבות בתחום ההגנה על הציבור בנושאי משק וכלכלה בכלל, ובתחומי התקשורת, ניירות הערך, הצרכנות וההגבלים העסקיים בפרט, לשם שיפור נורמות התחרות, הגילוי וההגינות במשק.

14. הצלחה רואה עצמה גורם מוביל בתחום האכיפה האזרחית ופועלת בהתאם לכך. הצלחה הגישה לאורך השנים תלונות ובקשות להפעלת סמכות למשרדי ממשלה ורשויות שונות, ובהן רשות ניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים, הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן, משטרת ישראל ורשויות פיקוח ואכיפה אחרות בהתייחס לחששות, חשדות ואי-סדרים, שאותרו על ידה בתחומי פעילותן של אותן רשויות, ובהתייחס להתנהלות בניגוד לדין של גורמים שונים. בנוסף עוסקת הצלחה בשאלות רחב עקרוניות הנוגעות לרגולציה כלכלית.

15. הצלחה פעילות ענפה גם בתחום דיני התחרות ומול רשות התחרות. בהקשר זה תבעה הצלחה כתובעת ייצוגית מספר מונופולים והיא עוררת גם על החלטת אישור מיזוג נוספת (הנוגעת לערוץ 10 ורשת). באשר לשוק הגז בישראל, הצלחה הייתה פעילה בגיבוש מתווה הגז, הגישה עמדה בעניין וליוותה את ההליך.

EMG

16. חברת EMG היא חברה פרטית הרשומה במצרים. החברה הקימה והפעילה את צינור EMG אשר חיבר את צינור הגז הפאן-ערבי (בו ידובר בהמשך) למערכת ההולכה הישראלית של נתיבי גז לישראל (נתג"ז).¹

¹ ראו מפה להמחשה בתרשים 7 בחו"ד פריזט.

17. EMG הוקמה בעקבות חתימה על מזכר הבנות בשנת 2005 בין ישראל למצרים שנגע לייבוא גז באמצעות צינור גז. החל משנת 2008 החלה החברה לספק גז לחברת החשמל ובהמשך גם לגופים נוספים בתעשייה.² בשנים 2011-2012 הופסקה ההזרמה בצינור EMG עקב התערערות המצב הבטחוני וחילופי המשטר. בשנים האחרונות לא חודשה אספקת הגז, כשבמשך כל התקופה הזו ניטש כססוך משפטי בין EMG לחברות הגז המצריות אשר סיפקו לה גז טבעי בשעתו.³

EMED

18. EMED היא חברה אשר הוקמה בהולנד לצורך עסקת המיזוג מושא ערר זה, ומבנה שליטתה כדלהלן: 25% בידי נובל קפריסין, חברת בת של נובל אנרגי הרשומה בקפריסין; 25% בידי חברת בת של דלק קידוחים הרשומה בקפריסין; וכ-50% בידי חברת בת של חברת East Gas Co. – EGC, שהיא חברה מצרית פרטית, בבעלות ממשלת מצרים.⁴

19. דלק קידוחים הינה שותפות מוגבלת אשר ביחד עם Noble energy Mediterranean Ltd ("נובל אנרגי") ואחרים מוכרזות בעלות מונופולין מוכרזות באספקת גז טבעי בישראל. דלק ונובל הן בעלות הזכויות המרביות במאגרי הגז הגדולים בישראל: "תמר" ו"לויתן".

2.ב. עסקת המיזוג

20. בספטמבר 2018 הודיעה דלק קידוחים הודיעה לבורסה על חתימת הסכם לרכישת 39% ממניותיה של חברת EMG. על פי ההודעה הרכישה נעשית דרך חברת EMED שכאמור הוקמה לצורך העסקה.

▪ דיווח דלק קידוחים לבורסה מצורף לערר זה כנספח 4.

21. במסגרת העסקה משלמות דלק ונובל כל אחת 185 מיליון דולר (לקבלת הבעלות ב-25% מן הזכויות ב-EMED כל אחת) ואילו השותף המצרי משלם 148 מיליון דולר (עבור הבעלות ב-50% מן הזכויות ב-EMED).⁵

22. מלבד העובדה ש-EMED תהיה בעלים של 39% מ-EMG (וככזו בעלת המניות הגדולה ביותר בה), היא גם מקבלת זכות הפעלה בלעדית של צינור הגז מאשקלון לאל-עריש, בעוד שאר הבעלים ב-EMG יוותרו בהחזקות פיננסיות בלבד.⁶

23. כנסיבת רקע בלבד נציין כי על פי הידוע, העסקה נועדה גם לשים קץ לסכסוך המשפטי בין EMG לחברות הגז המצריות, אשר הודיעו ב-2012 באופן חד צדדי (בהשראת משטר מורסי במצרים אז) על ביטול חוזה אספקת הגז הטבעי בינן ל-EMG.⁷

² חו"ד פריזט, בפרק 2.ב.1.

³ שם.

⁴ ראו: הודעת הממונה לעיתונות המצורפת כנספח 2 לערר.

⁵ דיווח דלק קידוחים מיום 27.9.2018, המצורף כנספח 4 לערר, בעמ' 2-3.

⁶ שם, בעמ' 3.

⁷ שם, בעמ' 2.

ב.3. התפתחות העניינים עד לאישור המיזוג בתנאים

24. מיד לאחר ההודעה של דלק קידוחים על ההסכם עם EMG, פנה לובי 99 לרשות התחרות, ונענה שטרם החלה העבודה על הנושא. בפברואר, בעקבות פנייה נוספת, עדכנה רשות התחרות את לובי 99 כי הטיפול בנושא החל.

25. ביום 11.3.2019 הודיע לובי 99 בכתובים לרשות התחרות על התנגדותו לעסקת המיזוג ועל כך כי מדובר במיזוג שאין לאשרו, בהיותו מיזוג מובהק הפוגע בתחרות בו רוכש המונופול לבעלותו תשתית חיונית לתחרות בו.

▪ מכתב לובי 99 מיום 11.3.2019 מצורף לערר זה **כנספח 5**.

26. בהמשך התקיימו שלוש פגישות לדיון בחששות כבדי המשקל לפגיעה בתחרות העולים, לעמדת לובי 99, מהעסקה (בימים 14.4.2019, 3.6.2019, ו-18.6.2019). בפגישה האחרונה נכחה גם הממונה על התחרות עצמה, ולפניה נשלח מכתב נוסף על ידי לובי 99.

▪ מכתב לובי 99 מיום 17.6.2019 מצורף **כנספח 6**.

27. ביום 31.7.2019 אישרה הממונה את עסקת המיזוג תוך שהיא מציבה לה תנאים עקב קיומו של חשש לפגיעה משמעותית בתחרות אם תצא עסקת המיזוג לפועל. מדובר בשני תנאים עיקריים: תנאי SWAP ותנאי גישה פתוחה (Open Access), עליהם נעמוד להלן.

28. בעקבות אישור העסקה על ידי הממונה מוגש ערר זה, ובו נראה כי יש להתנגד למיזוג משום ששיש בו כדי לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור.

ג. רקע כלכלי

29. בחלק זה נתאר את תמונת המצב בשווקים הישראלי והמצרי ממעוף הציפור, כדי לשרטט את קווי המתאר של הפגיעה התחרותית שתיגרם כתוצאה מהמיזוג.⁸

30. בטרם פירוט העובדות, נזכיר כי אין מחלוקת על כך ששוק הגז הטבעי בישראל נתון, זה שנים, לשליטה של מונופול מובהק, החולש על כל מאגרי הגז הטבעי הגדולים והנשלט על ידי דלק קידוחים ונובל, שהן גם בעלות השליטה בחברת EMED המבקשת לרכוש את EMG.

31. אין גם חולק כי הגז המצרי שימש בעבר, באמצעות EMG, כמקור תחרות משמעותי לבעל המונופול המבקש עתה לרכוש את EMG, וכי צינור EMG הוא היחיד המאפשר שינוע גז טבעי בין מצרים לישראל.

32. עוד ידוע ששוק הגז הטבעי המצרי נמצא בתנופת פיתוח וכבר היום מייצא למדינות שונות במרחב בו ממוקמת ישראל, באמצעות צנרת גז.

⁸ לפירוט נוסף, ראו את חוו"ד פריזט.

33. על כן, ברור כי רכישת EMG על ידי מונופול הגז הטבעי בישראל שמה קץ לכל פוטנציאל יבוא ממצרים, יבוא שאינו תיאורטי אלא שהוכח כבר כי יש בו להוות מקור תחרות עז לבעל המונופול המבקש עצה לרכוש הבעלות בו. המיזוג גם שולל כל אפשרות יצוא של ספקי גז אחרים – דבר המצנן את התמריצים לפתח מאגרים בישראל.

34. הטענה היסודית של לובי 99 והצלחה היא פשוטה: תפקידה של רשות התחרות היא למנוע כל מיזוג שיש בו לחזק את כוחו המונופוליסטי של בעל מונופולין ולהסיר מעליו איום תחרות תשתיתי. מקרה בו מונופול מבקש להשתלט על תשתית חיונית לתחרות בו הוא מקרה המחייב התנגדות ברורה וחד משמעית.

ג.1. שוק הגז בישראל

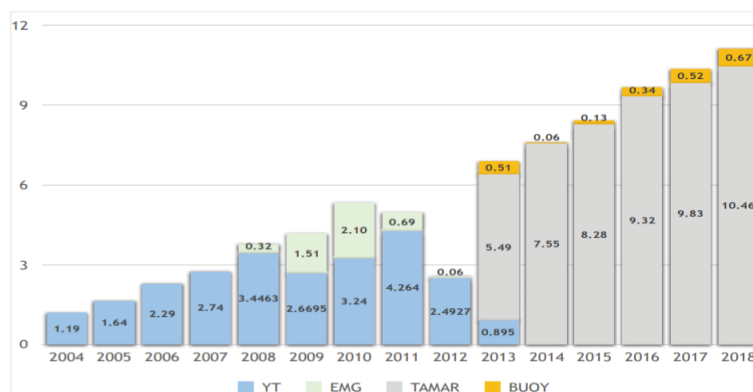
35. חשיבותו של הגז הטבעי במשק הישראלי היא רבה וכבדת משקל, שכן בשנים האחרונות, מאז שנת 2014 הוא הפך בשיעור הולך וגדל למרכיב המרכזי בסל הדלקים לייצור חשמל. כמו כן, הגז הטבעי הוא מקור אנרגיה משמעותי לתעשייה בישראל וצפוי בהדרגה להפוך למקור אנרגיה מרכזי שלה.

▪ סקירת משרד האנרגיה את ההתפתחויות במשק הגז הטבעי מצורפת לערך זה **כנספח 7**.

36. לאורך השנים שוק הגז בישראל היה ונותר שוק מונופוליסטי וריכוזי, כאשר לאורך השנים האחרונות מאגר "תמר" הוא ספק הגז הטבעי המכריע והכמעט יחיד למשק הישראלי. על פי ההערכות העדכניות, זהו מאגר בהיקף של BCM 318.⁹

37. למעשה לאורך כל שנות אספקת הגז הטבעי בישראל שלט בשוק מונופול מוחלט, למעט בשנים בהן סופק גז מתחרה ממצרים. נתון זה מתחוויר היטב מנתוני מקורות היצע הגז הטבעי לאורך שנים:¹⁰

איור 3 - התפלגות היצע הגז הטבעי בשנים 2004 - 2018, לפי ספק במונחי BCM



⁹ חו"ד פריזט בפרק 2.ב.1

¹⁰ סקירת ההתפתחויות במשק הגז הטבעי 2018 המצורף כנספח 7 לערך זה, בעמ' 8.

38. כעולה מסקירת משרד האנרגיה, בשנים 2004 – 2007 סיפק מאגר ים תטיס (בשליטת דלק ואבנר) גז טבעי למשק הישראלי במונופול מוחלט, בשנים 2008 – 2011 התחרה גז מצרי בגז הטבעי של ים תטיס ומאז 2013 ואילך שולט באספקת הגז הטבעי ללא עוררין המונופול של מאגר תמר, גם הוא בשליטת דלק קידוחים יחד עם נובל אנרג'י וגורמים נוספים.

39. מצב זה של שליטה מונופוליסטית בשוק אספקת הגז הטבעי למשק הישראלי צפוי להיוותר על כנו גם בעתיד, לנוכח העובדה כי גם המאגר הגדול "לווייתן", המוערך ב-BCM 605 וצפוי לספק גז בשנת לקראת סוף שנת 2019,¹¹ מצוי בשליטת נובל אנרג'י ודלק קידוחים (המאגרים הגדולים, "תמר" ולווייתן", נשלטים על ידי דלק ונובל אנרג'י בחלוקה הבאה: "תמר": 25% לנובל אנרג'י ו-22% לדלק קידוחים; "לווייתן": 39.66% לנובל אנרג'י ו-45.34% לדלק קידוחים).¹² שני מאגרים קטנים: "כריש" ו"תנין", שהיקפם יחדיו מוערך ב-BCM 100 בלבד צפויים לספק גז למשק הישראלי רק בשנת 2021.¹³

40. לנוכח מצב זה, הכריז הממונה, ביום 16.12.2012, כי החברות דלק קידוחים ונובל אנרג'י, יחד ולחוד עם אבנר חיפושי גז (שלימים התמזגה לתוך דלק קידוחים), ישראמקו ודור חיפושי גז הינם בעלי מונופולין באספקת גז טבעי למשק הישראלי.¹⁴

▪ העתק ההכרזה בדבר קיום מונופולין ברשומות מיום 13.11.2012 מצורף לערר זה **כנספח 8**.

41. מכיוון שהגז שבמאגרי "תמר", "כריש" ו"תנין" כבר נמכר מבעוד מועד ברובו, ומשום שהגז שלא נמכר אינו מספיק כדי לענות על כלל הביקושים במשק הישראלי – **לווייתן, בשליטת נובל אנרג'י ודלק קידוחים, למעשה נותר הספק היחידי לכל צרכן נוסף שיבקש לרכוש גז טבעי**. ובמילותיה של הממונה בהחלטתה שלא להעניק פטור מהסדר כובל לחיפוש בשטחי רישיון רועי:

"כמות הגז במאגרי כריש-תנין נמכרה כמעט כולה, ואילו כמות הגז בהם שלא נמכרה, כמו גם כמות הגז במאגר תמר שלא נמכרה, אינן צפויות לתת מענה לכלל הביקושים הצפויים במשק. לשון אחר, גם אם מאגרי תמר וכריש-תנין יספקו לשוק המקומי את מלוא הכמות הפנויה למכירה שבאמתחתם, הרי שעבור שארית הביקוש לווייתן ייוותר שחקן יחיד".

▪ העתק החלטת הממונה על התחרות שלא להעניק פטור מהסדר כובל מיום 28.7.2019 מצורף לערר זה **כנספח 9**.

42. מעבר לבעיית ההיצע המונופוליסטי בשוק הגז הישראלי, אתגר נוסף עמו מתמודדת מדינת ישראל הוא שהביקושים מוגבלים יחסית ולכן תמריץ פיתוח מאגרים חדשים תלוי במידה רבה ביכולת לייצא גז.¹⁵ כלומר, הסבירות שיקומו מתחרים למונופול הגז תלויה במידה רבה ביכולת הייצוא מישראל,

¹¹ שם, בעמ' 3.

¹² דיווח דלק קידוחים לבורסה המצורף כנספח 4 לערר זה.

¹³ סקירת ההתפתחויות במשק הגז הטבעי 2018 המצורף כנספח 7 לערר זה, בעמ' 3.

¹⁴ במסגרת מתווה הגז נקבע כי אחזקותיהן של השתיים במאגר "תמר" ידוללו עד שנת 2021: דלק קידוחים תמכור את כלל אחזקותיה ונובל אנרג'י תדלל אותן עד כדי 25%. בכך אין כדי להקהות את קיומו של המונופולין לאור כניסתו של מאגר לווייתן הגדול יותר והמצוי בשליטת שתייהן לתפוקה פעילה ובהיוותר נובל גורם מרכזי במאגר תמר.

¹⁵ חו"ד פריזט בפרק 2.ג.

ועל כך עמדו גורמים רשמיים רבים.¹⁶ מכיוון שכך, קיומו של פוטנציאל ייצוא הוא עניין משמעותי לכניסה לשוק של כל מתחרה פוטנציאלי למונופול הגז.

2.ג. פוטנציאל היבוא ממצרים וחשיבותו

43. מצרים נמצאת בתנופת פיתוח של הגז הטבעי, והיא פועלת רבות במטרה להאיץ את גילויי הגז בשטחה ופיתוחם. מאמצים אלו נשאו פרי, ובשנים האחרונות התגלו בה מספר רב של שדות גז טבעי: בשנת 2015 התגלה שדה Zohr שעל פי הערכות מכיל כ- BCM 850 של גז טבעי, ושדה Atoll שעל פי הערכות מכיל כ- BCM 42 של גז טבעי. במרץ 2019 הודיעה Eni על גילוי שדה חדש בשם Nour שהנתונים לגבי גדלו טרם פורסמו.¹⁷

44. תנופת הפיתוח המצרית הביאה לכך שהיא חזרה להיות עצמאית מבחינה אנרגטית בשנת 2018 ואף החלה לייצא גז טבעי, הן לירדן והן לאירופה.¹⁸ מגמה זו צפויה להמשיך בשנים הקרובות ואף להתעצם לנוכח התגליות המשמעותיות שפורטו לעיל, ולנוכח חיפושים נוספים הנעשים בשטחה של מצרים ובעידוד הממשלה.¹⁹ למעשה, אפילו לפי הערכותיה של דלק קידוחים עצמה, לפחות עד שנת 2023 יהיה במצרים עודף גז טבעי שיוכל לשמש לייצוא.²⁰

45. על רקע דברים אלו, אין זה ברור כיצד הגיעה הממונה למסקנה כי "במצרים קיים מחסור בגז", כאשר כל האינדיקציות מורות אחרת.²¹

46. אם כן, במצרים קיים עודף היצע והיא מייצאת למדינות שכנות ולאירופה, בעוד בישראל מבנה השוק הוא ריכוזי ביותר. בתנאים אלו, ובהיעדר אפשרויות יבוא אחרות נראות לעין, יבוא גז ממצרים באמצעות צינור EMG הוא האופציה הרלוונטית היחידה ליצירת תחרות מייבוא במשק הישראלי, אשר הוכח כבר כי יש בכוחה להביא להורדת מחירים לצרכנים.²²

47. התנאים הכלכליים בישראל ובמצרים מורים שייבוא שכזה מסתבר בסבירות גבוהה, כפי שכבר אירע בין השנים 2008-2012. נדגיש כי גם אם לא היתה הסתברות גבוהה לכך, לא היה בכך לשנות: הותרת תשתית חיונית לתחרות חופשית משליטה או דריסת רגל למונופול הוא אינטרס חיוני לקיומו של פוטנציאל ואיום תחרותי על המונופול העוצמתי הקיים בישראל בשוק זה.

ד. שליטת המונופול על תשתית הגז תביא לפגיעה משמעותית בתחרות

ובציבור

48. משהתנתה הממונה את המיזוג בתנאים, ברי כי גם לעמדתה הוא מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. זאת, מהטעם הפשוט שעל פי החוק אישור מיזוג בתנאים מתאפשר מקום שקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות:

¹⁶ שם.

¹⁷ חו"ד פריזט, בפרק 2.א.

¹⁸ שם.

¹⁹ שם.

²⁰ שם.

²¹ הודעת הממונה לעיתונות המצורפת כנספח 2 לערר.

²² ראו בפרק ד.1 להלן.

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור [...]"²³.

49. אף שנקודה זו אינה יכולה להיות במחלוקת, בחלק זה נראה עד כמה קשה הפגיעה התחרותית בענייננו – פגיעה שלא ניתן לרפא בתנאים, וודאי שלא בתנאים התנהגותיים כפי שעשתה הממונה.

ד.1. המיזוג פוגע באפשרות היחידה לתחרות בשוק הגז הישראלי

50. כאמור, נובל אנרג'י ודלק קידוחים, אשר רכשו את הזכויות ב-EMG, חולשות, כבר שנים, על מאגרי וכמויות הגז הטבעי בישראל: החל מ"ים תטיס", דרך "תמר" ועד ל"לווייתן" – השליטה המהותית נותרת בידי אותם גורמים. לא בכדי הוכרזו החברות האלו כבעלות מונופולין ביחד ולחוד.²⁴

51. על הכרזת המונופולין לא הוגש מעולם כל ערר מצד מי מבעלות המונופולין הללו.

52. עוצמתו של המונופול באספקת גז טבעי ניכרת לנוכח חסמי הכניסה המשמעותיים ביותר הקיימים בשוק זה, שכן "ענף הגז הטבעי מתאפיין בהשקעות גדולות לשם מציאת מאגרים ופיתוחם של אלה שנמצאו ובהשקעות גדולות לפיתוח הביקוש".²⁵

53. מהותו המובהקת והמכרעת של הכוח המונופוליסטי מתחווה לאור מספרם המוגבל של מאגרים, כאשר מאגר לווייתן, שבשליטת נובל ודלק קידוחים יהיה בקרוב המאגר הבלעדי לביקושים חדשים.²⁶

54. עוצמה מונופוליסטית זו הביאה גם לכך שדלק קידוחים נכללת ב"רשימת הגורמים הריכוזיים".²⁷

55. במצב הנוכחי, אפשרות ויאבילית נראית לעין שהשפעתה מוכחת להכנסת תחרות לשוק הגז בישראל היא ייבוא גז ממצרים, שהוא זמין וישים באמצעות צינור EMG.²⁸

56. בהקשר זה נציין כי דומה שהממונה המעיטה בחשיבותו ובייחודיותו של צינור EMG: הקמת צינור בין מדינת אינה כה פשוטה, אורכת זמן רב ודורשת אישורים רבים משני צידי הגבול. גם אם יוקם צינור שכזה, הוא יהיה נחות מבחינה תחרותית אל מול EMG אשר לו פטור ממסים.²⁹

57. מלבד זאת, עלות הקמת צינור שכזה אינה זניחה כלל וכלל ולא כל עסקת ייצוא מצדיקה הקמת צינור: אם ייוותרו לספק גז מצרי עודפים בתקופות עם ביקוש נמוך במצרים, אשר המשק הישראלי יוכל לנצל בשל מחירם הנמוך – עסקאות כאלו לא ייצאו לפועל ללא אופציה מעשית וזולה בדמות שימוש בצינור קיים.³⁰

²³ סעיף 21(א) לחוק.

²⁴ פרסום ההכרזה בדבר קיומו של מונופולין ברשומות מצורפת כנספח 8.

²⁵ חטיבת המחקר של בנק ישראל "מדיניות הממשלה בענף הפקת הגז הטבעי: שבע שנים לאחר תגלית 'תמר'" בעמ' 4 (2016).

²⁶ כאמור בפרק 1.1 ובהחלטת הממונה שלא להעניק פטור מהסדר כובל המצורפת כנספח 9.

²⁷ ילקוט הפרסומים, עדכון רשימת הגורמים הריכוזיים לפי החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, עמ' 9179.

²⁸ לפירוט: חו"ד פריזט בפרק 2.ב.

²⁹ שם.

³⁰ שם.

58. למעשה, הצינור בו עסקינן הוא הגורם היחידי אי-פעם שהצליח לחולל תחרות בישראל בשוק הגז ולהביא לירידת מחירים, עד שהפסיק את פעילותו. כפי שנאמר בדו"ח של בנק ישראל בנושא:

"באמצע שנות ה-2000 היו בישראל שלושה ספקי גז טבעי פוטנציאליים: בעלי החזקה במיזם 'ים תטיס', חברת, EMG ששיווקה את הגז הטבעי שהופק במצרים, וחברת 'בריטיש גז', שהייתה בעלת הזיכיון על מאגר גז לחופי עזה. חברת החשמל, שהייתה (והיא עדיין) הלקוח המרכזי בישראל לגז טבעי, נהנתה מהתחרות בין הספקים והשיגה הודות לכך מחירי אספקה נוחים".³¹

59. הדברים גם עולים באופן מפורש מדברים שנאמרו בשיחה עם רשות התחרות מפי החברה לישראל – שהיא לקוחה משמעותית של מונופול הגז:

"בשנת 2010 כש-EMG הייתה קיימת. כל הכמות של החברה לישראל עשינו השוואה בין EMG לבין תמר וכל ספק היה חפץ שכל הכמות תהיה אצלו. הכמות מייצגת את התוצאות המיטביות שניתן היה להשיג במו"מ. **בסופו של דבר הגענו למחיר בערך של 4.25 \$ ליחידת גז משניהם – לצורך העניין מתמר.**

אחר כך התפרסמו תוצאות ועדת ששינסקי וזה טרף את כל הקלפים ותמר הודיעה שלאור התוצאות היא מעכבת את ההסכמות ומה שסוכם נעמוד מאחוריו ואחרי זה חזרנו לשולחן המו"מ כשהם היו לבד בשוק ועמדנו **בפני מצב שמחיר הגז הוא 5.6 \$ ושורה של תנאים שתראו במו"מ".**

▪ תרשומת הפגישה ברשות התחרות מיום 12.1.2015 מצורפת **כנספח 10**.

60. חשוב להדגיש: גם אם במצרים לא היה עודף היצע וייצוא משמעותי – וכאמור תנאים אלו מתקיימים – לא היה הדבר מביא למסקנה כי יש לאשר את המיזוג ולהקנות למונופול בעלות קניינית בלתי הפיכה בתשתית חיונית לתחרות בו. פוטנציאל הייבוא הינו מרכיב תחרותי אסטרטגי המהווה מקור איום תחרותי לשנים. העובדה כי בזמן נתון אין "קופצים" על הייבוא אינה מלמדת כי נכון לרשות תחרות להתעלם מפוטנציאל תחרותי משמעותי אסטרטגי זה.

61. החלטה לאשר מיזוג של מונופול עם תשתית חיונית לתחרות בו, ודאי בשוק משמעותי כמו שוק הגז הטבעי, היא החלטה צופה פני עתיד לשנים רבות, וכך יש להתייחס אליה. לנוכח העובדה ששוק הגז נתון לאי וודאות, לעליות ולמורדות, ודאי שלא ניתן לשלול קטגורית יבוא ממצרים, שנפקותו התחרותית הוכחה כאשר מצרים היא מעצמת גז שואפת יצוא, ועל יסוד זה לאשר העברה בזכויות קנייניות בתשתית חיונית לתחרות. יש להבחין בין החלטה לאפשר זכות שימוש לזמן קצוב לבין החלטה קניינית להקנות למונופול בעלות-עד בתשתית חיונית לתחרות בו, החלטה שבסבירות גבוהה תתברר כבכייה לדורות. אבחנה זו נעלמה כליל מהחלטת אישור המיזוג.

³¹ חטיבת המחקר של בנק ישראל "מדיניות הממשלה בענף הפקת הגז הטבעי: שבע שנים לאחר תגלית 'תמר'", בעמ' 11 (2016).

62. זאת ועוד: גם אם היה מחסור במצרים בגז, חשיבותו של צינור EMG למשק הישראלי הייתה נותרת מהותית. זאת בשל חשיבותה של אופציית יצוא זמינה לעידוד חיפוש ופיתוח מאגרים נוספים בישראל. על כן, לא ניתן לקבל מצב שבו צינור הייצוא היחיד למצרים נמצא בידיים פרטיות של בעל המונופולין המקומי בישראל, שכן הדבר רומס את תמריצי הזימים לתחרות.

63. לענין חסימת יכולת הייצוא – חשוב להדגיש כי אין רשות התחרות יכולה לטעון שלא סביר שיהיו יזמים ומחפשי גז חדשים. כל מדיניות הממשלה בשנים האחרונות מכוונת לעידוד חיפוש כאלה וההנחה היסודית התקינה היא כי יש למנוע מסירת צנרת הייצוא לידי המונופול הקיים, על מנת לאפשר לשחקנים חדשים, לחפש ולמצוא תגליות גז במי ישראל ולייצא זאת לחו"ל. מסירת שער הייצוא למונופול משמעו סגירת אופק ההזדמנויות לשחקנים חדשים כאלה.

64. מן המקובץ עולה באופן ברור ששליטה של מונופול הגז על צינור EMG – שהוא תשתית חיונית ליצירת תחרות ומחולל התחרות היחיד הנראה לעין, וגורם חשוב ליצירת תחרות בעתיד הרחוק יותר – תקבור את האפשרות ליצירת תחרות בשוק הגז בישראל. מכאן ברור מדוע הממונה מצאה כי עסקה זו תביא לפגיעה משמעותית בתחרות והחליטה להתנותה בתנאים. **בראיה תחרותית כוללת מסירת צנרת הגז היחידה המשמשת לייצוא לידי המונופול משמעה חנק התחרות משני הכיוונים – תחרות של גז מיובא מצרי (שכבר הוכיחה עצמה בעבר) ותחרות של תגליות ומאגרי גז חדשים ישראליים שיתחרו במונופול המקומי.**

ד.2. המיזוג מקפל בתוכו גם הסדר כובל העלול להפחית יצוא גז טבעי לישראל

65. מעבר לכך שמונופול ששולט בייבוא יבצר את מעמדו וימנע תחרות, העסקה דנן מקפלת בתוכה גם הסדר כובל העלול להפחית, אם לא למנוע כליל, את אפשרות יצוא הגז הטבעי ממצרים לישראל. היבט זה של העיסקה מעצים עוד יותר את החששות התחרותיים המשמעותיים ממילא.

66. כאמור, מלבד דלק קידוחים ונובל אנרג'י, השותף השלישי למיזוג הוא חברה פרטית בבעלות ממשלת מצרים, בשם EGC. אותה ממשלה שהיא בעליה של EGC היא אשר קובעת את משטר הייצוא ממצרים.

67. ההסכם, אם כן, הופך את ממשלת מצרים, אשר לה הסמכות לגבי אפשרות ייצוא הגז ממצרים לישראל, לבעלת אינטרס משולב עם המונופול הישראלי אשר לו אין כל אינטרס בתחרות מיבוא מצרי. עובדת יסוד זו, יוצרת מצב דברים חדש המפחית באופן משמעותי את התמריץ לאשר יצוא גז טבעי ממצרים לישראל. מכך ניתן להבין גם מדוע במקביל להירקמות העיסקה לא נמצא אף גורם ממצרים שהביע רצון או נכונות לייצא גז לישראל – הדבר הוא אנדוגני לתהליך, ובכל הכבוד אינו יכול להיות נימוק מדוע אין מניעה לאשר את המיזוג, כדברי הרשות.

▪ מסמך הרשות שכותרתו "שאלות ותשובות בעניין EMG" מצורף לערר זה **כנספח 11**.

68. בנסיבות אלו, המיזוג המדובר הוא למעשה הסדר כובל אשר ימנע כל אפשרות לייבוא גז לישראל ממצרים, ועל הממונה היה להימנע מאישור חבירה שכזו בין מונופול הגז לממשלת מצרים – חבירה שיש לה השלכה פוגענית, אם לא קטלנית, על אפשרות הייבוא לישראל ממצרים של גז טבעי ויצירת

תחרות שהיא כה חיונית במונופול המקומי של גז טבעי. בנסיבות אלה הופכת גם תניית ה-SWAP לתיאורטית.

69. בהקשר זה, לא למותר לציין כי לא בכדי פטור הסוג למיזמים משותפים מסייג את תחולתו כאשר בין חברי המיזם ישנם בעלי מונופולין, כבענייננו.³²

ד.3. המשפט המשווה מכיר בפגיעה התחרותית של מיזוגים כאלו

70. בחינת כללי המיזוגים הנוהגים במשפט המשווה מראה שמיזוג כמו זה הנדון כאן לא היה זוכה לאישור גם באירופה או בארצות הברית, בהיותו **אנטי-תחרותי בעליל**. אנו מביאים את הדברים בבחינת "קל וחומר", קרי – אם בגושי הסחר הגדולים בעולם שאינם סובלים מרמת ריכוזיות ואינם כלכלת אי כישראל, היו מונעים מיזוג אשר כזה – קל וחומר יש לנהוג בכך בישראל.

71. במיזוג דנן מונופול הגז משתלט על תשומה חיונית לתחרות בו ובכך ביכולתו למנוע את התשומה מכל מי שיבקש למכור גז טבעי מצרי ללקוחות ישראלים. בכך מעלה המיזוג באופן מהותי, שלא לומר דרמטי, את חסמי הכניסה למתחריו, ספקי הגז המצרי, שמכרו כבר בעבר גז טבעי לישראל. במקביל נמסר לידי המונופול צינור שהוא תשומה חיונית לתחרות בו בייצוא גז טבעי דרך צינור EMG.

72. מיזוגים שכאלו מעלים את החשש הנקרא בדין האירופי **Input Foreclosure**, וההנחיות של האיחוד האירופי מצביעות על כך שאלו הם מיזוגים אנטי-תחרותיים כאשר מתקיימים שלושה תנאים: (1) הגוף הממוזג יוכל להדיר מתחרים מהתשומה המדוברת; (2) יהיה לו תמריץ לעשות כן; (3) ואם יעשה כן התחרות תיפגע.³³

73. בענייננו, המיזוג עונה על שלושת התנאים:

73.1. **ראשית**, לגוף הממוזג, קרי למונופול הגז, תהיה יכולת להדיר מתחרים משימוש בצינור EMG, המשמש תשומה חיונית למי שמבקש לייבא גז ממצרים או לייצא גז ישראלי למצרים. בעלות של מונופול הגז תאפשר לו למנוע ממתחריו להשתמש בצינור כדי לייצא גז לישראל ולהפך. כפי שיפורט בהמשך, גם תנאי הממונה לא יפתרו קושי זה.

יש לציין כי לפי הדין האירופי, על מנת שמיזוג ייחשב אנטי-תחרותי אין זה הכרחי שהוא יוביל לדחיקה מוחלטת של מתחרים מהשוק, אלא די בכך שהוא יגרום להם נחיתות תחרותית אל מול הגוף המתמזג – כפי שוודאי יקרה בענייננו.³⁴

73.2. **שנית**, ברור כי למונופול הגז יש תמריץ למנוע יבוא מתחרה ממצרים, שכן כך תימנע התחרות על הצרכן הישראלי, ומונופול הגז יוכל להוסיף לדרוש מחירים מונופוליסטיים בסביבה תחרותית נוחה ביותר.

³² סעיף 19(1) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006. אמנם לאחרונה התווספה לפטור הסוג הוראת סעיף 9א, המאפשרת גם למונופולים לחסות בצילו בתנאים מסויימים אך זאת ללא הורדת הסייגים החלים על השתתפות מונופולים בכל יתר הסעיפים.

³³ C 256/6 Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings 28-57 (2008); Whish & Bailey, COMPETITION LAW, 878 (2012).
³⁴ שם, בעמ' 29.

73.3. שלישית, ובהתחשב באמור לעיל, ברי כי העובדה שהמונופול ימנע ממתחריו שימוש בצינור, ובכך ימנע מהם להתחרות בו, תביא לפגיעה בתחרות ובצרכנים הישראלים, שישלמו יותר על הגז אותו ירכשו.

74. הדין האמריקאי מכיר גם הוא בבעייתיות ובצורך למנוע מיזוגים כמו המיזוג דנן.³⁵ ההתייחסות בדין האמריקאי שונה קמעה מאלו שבדין האירופי, אך המהות דומה: **יש למנוע מיזוגים הגורמים לחסמי כניסה לשוק ובכך מעוותים את התחרות בו.**

75. הדין האמריקאי מונה גם הוא שלושה תנאים עיקריים לכך: (1) קיימת אינטגרציה הדוקה בין השווקים, המאלצת שחקנים להיכנס לשני השווקים במקביל על מנת להתחרות; (2) הדרישה להיכנס גם לשוק המשני מקשה על הכניסה לשווקים אלו ומורידה את ההסתברות לכך; (3) מבנה השוק גורם לכך שאם הכניסה לתחרות בו תהיה קשה יותר, זה ישפיע על ביצועי השוק.

76. קל לראות שהמיזוג דנן עונה גם על שלושת התנאים הללו:

76.1. בתנאי השוק הנוכחיים כל מי שיבקש להתחרות במונופול יצטרך גישה גם לשוק הולכת הגז ממצרים לישראל.

76.2. כפי שפורט לעיל, הקמת צינור גז היא אינה עניין של מה בכך, ודאי שלא לכל עסקת גז, ולכן היא מורידה את ההסתברות להתממשותן של עסקאות כאלו.

76.3. בהינתן מבנה השוק המונופוליסטי בישראל, מניעת כניסה של מתחרים נוספים משפיעה באופן משמעותי על רמת המחירים לצרכן.

77. אם כן, כפי שניתן לראות, גם הדין המשווה מצביע באופן מובהק על כך שעסקינן במיזוג אנטי-תחרותי. חשוב לציין כי בהחלטות הממונה כבר נקבע זה מכבר כי על הדין הישראלי **להחמיר עוד יותר** במניעת פגיעה בתחרות בכוח מאשר הדין האמריקאי, לנוכח מאפייני המשק הריכוזי:

"פגיעה כזאת בתחרות בכוח, על רקע נסיבותיו המיוחדות של המשק הישראלי, בהיותו משק קטן יחסית ובעל מאפיינים של "כלכלת אי", צפויה באופן סביר לפגוע במידה משמעותית בתחרות בענפים שונים במשק, כמו גם בטובת הציבור.

גם יישומם של מבחני הפסיקה האמריקאית בנסיבות המיזוג הנדון יכול להצביע על פגיעה בתחרות בכוח.^[93] אפילו שונה היה המצב, הרי הנסיבות שהזכרתי - "תנאי הארץ ותושביה" בתחום ההגבלים העסקיים - מצדיקות גישה מרחיבה בהרבה מזו הנקוטה בארה"ב, באשר לפגיעה בתחרות הנגרמת מאבדן תחרות בכוח והמבססת חשש סביר לפגיעה משמעותית.³⁶

³⁵ U.S. Department of Justice Merger Guidelines, Non-Horizontal Merger Guidelines 4.2 (1984)
³⁶ הממונה על התחרות, נימוקי ההחלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים בין: Columbus Capital Corporation, כור תעשיות בע"מ (5.1.1998).

ה. התנאים שנקבעו על ידי הממונה אינם מרפאים את הבעיה התחרותית

78. כפי שראינו, המיזוג דגן מעורר שני חששות תחרותיים מרכזיים: המיזוג מונע תחרות מיבוא של גז טבעי לישראל; ובה בעת הוא מונע יצוא של גורמים אחרים מישראל למצרים ולכן מצנן את התמריצים לפתח מאגרים בישראל. לו היתה תשתית הצנרת נותרת בידיים שאינן קשורות למונופול הגז המקומי בישראל – היה ניתן לספק את הצרכים הללו בהתאם לחיוניות השוק בתחרות. בעלים אובייקטיבי של צינור שהוא תשתית חיונית לא יוכל לקבוע בלעדיות ללקוח זה או אחר, וישרת את צרכי היבוא או היצוא תוך מקסום תנועת הגז בצינור.

79. ואולם הממונה אישרה למונופול לשלוט בצינור שהוא תשתית חיונית, הן בהיבט התפעולי והן בהיבט הקנייני. כלומר, הצינור הוא למעשה רכושו הבלעדי של המונופול הגז. תנאי הממונה ביקשו להתמודד עם שתי הפגיעות הכבדות בתחרות הגלומות במצב זה:

- תנאי ה-SWAP מבקש ליצור מציאות של "גר זאב עם כבש" ולאפשר יבוא גז טבעי מתחרה על ידי אילוץ המונופול לספק גז זה לצרכן ישראלי שהתקשר עם מתחרה מצרי של המונופול וחתם עימו על הסכם לרכישת גז טבעי, בעוד שהספק המצרי יעביר את הגז בפועל ללקוח מצרי של מונופול הגז הישראלי.
- תנאי הגישה החופשית מבקש לחייב את המונופול לאפשר לספקים ישראלים לייצא גז על בסיס תשתית צינור EMG.

80. שני התנאים אינם תחליף לתחרות חופשית על בסיס תשתיות שאינן בידי מונופול. כאשר בוחרת הממונה לאשר מיזוג מסוים בתנאים, המטרה בהצבת תנאים כאמור הינה אחת: ריפוי הפגיעה התחרותית הנוצרת עקב המיזוג והשבת המציאות התחרותית ששררה בשוק או הייתה שוררת בו, אלמלא המיזוג.³⁷ בהקשר זה עמדה הממונה בפני אתגר בלתי אפשרי – לאפשר ריפוי הפגיעה הגלומה במסירת תשתית חיונית לתחרות – לידי המונופול שעניינו הבסיסי הוא מניעת תחרות בו. מכאן גם המתח המובנה בו שרויים התנאים וחוסר ישימותם האינהרנטי, הן במישור מה שיש ואין בהם והן במישור היכולת לפקח ולאכוף יחסי מסחר תקינים בין "זאב לכבש".

81. כפי שנראה בפרק זה, תנאים אינם יכולים לרפא את הפגיעה התחרותית בענייננו, וודאי לא התנאים אותה קבעה הממונה, שהם בלתי ישימים ובלתי סבירים.

ה.1. אין לאפשר למונופול לשלוט בתשתית חיונית

82. צינור הגז הוא תשתית חיונית לקיומה של תחרות בשוק אספקת הגז הטבעי לצרכנים במשק הישראלי. בלעדיו – אין כל תחרות פוטנציאלית הנראית באופק.³⁸ חשיבותו האסטרטגית של צינור הגז משמיעה חובה להשאירו זמין לכל מתחרה, קיים ועתידי, ולא לאפשר לו ליפול לידי בעל האינטרס העיקרי והראשי בנטרול התחרות ובהגבלת הגישה אליו. רק הותרת השליטה בצינור הגז בידי גורם שאינו המונופול היא הערובה להותרת אופציה תחרותית. אין לוותר על כך.

³⁷ גילוי דעת 2/11 הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, בעמ' 2-3.
³⁸ חו"ד פריזט בפרק 2.ב.

83. לא בכדי קבע גם חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 (בסעיף 8(ג)) כי "לא יינתן רשיון הולכה [...]ספק גז טבעי, בעל שליטה בספק גז טבעי, או חברה המצויה בשליטתו של ספק גז טבעי". סעיף זה נחקק, כפי שמוסבר בדברי ההסבר, כדי "לאפשר את התחרות בענף, כדי למנוע ניגוד עניינים בין העיסוק בגז הטבעי לבין עיסוקים אחרים וכדי להבטיח שירות שוויוני לכל".³⁹
84. הניסיון האירופי הענף בתחום מלמד גם הוא את אותו הלקח, כאשר החקיקה האירופית מעדיפה באופן נחרץ הפרדת בעלות בין ספקי אנרגיה לבין תשתית ההולכה, ובכל מקרה לא מאפשרת שום הסדר כגון ההסדר המוצע על ידי הממונה.
85. מאז שנות ה-90 עוסקים באירופה בניסיונות למצות את הפוטנציאל התחרותי במשק האנרגיה. לאחר ניסיונות רבים, כעת אירופה פועלת על פי תכנית שנקראת ה-3rd Energy Package.⁴⁰ התפיסה האירופית אשר באה לידי ביטוי בחקיקה הנזכרת, היא ברורה ולא משתמעת לשני פנים – **רק הפרדה בין ספקי האנרגיה לבין הבעלות בתשתית ההולכה תביא למיצוי הפוטנציאל התחרותי** :
- "Without effective separation of networks from activities of production and supply (effective unbundling), there is a risk of discrimination not only in the operation of the network but also in the incentives for vertically integrated undertakings to invest adequately in their networks."⁴¹
86. בהתאם לתפיסה זו, קבעה החקיקה האירופית שלוש אפשרויות משפטיות, כאשר האפשרות המועדפת וברירת המחדל ("point of departure") היא מודל של הפרדת בעלות (OU – Ownership Unbundling), דהיינו הפרדה מלאה בין ספקי אנרגיה לתשתית ההולכה.⁴²
87. מכיוון שמבחינה היסטורית חלק מתברות ההולכה באירופה היו חברות ממשלתיות, החקיקה מאפשרת שני מודלים נוספים אשר מכונים ITO ו-ISO שבהם ניתן לממש בעלות צולבת של ספק גז על תשתית הולכה, אך זאת תוך הפרדה מבנית בין ניהול מערכת ההולכה לבין ניהול אספקת הגז. כלומר, מפני החששות המהותיים העולים מבעלות שכזו, החקיקה קובעת תנאים קשיחים מאוד ומנגנוני פיקוח הדוקים להפעלת מודלים כאלו, אשר מבטיחים עצמאות אינטרסים של מנהל מערכת ההולכה מחברת אספקת הגז. תנאים אלו כוללים, בין היתר, עצמאות מקצועית למפעיל התשתית, עצמאות בקבלת החלטות, הקמה של גוף מפקח.⁴³
88. הדוגמה היחידה למודל אירופי אשר דומה במידת מה לתנאי הממונה היא נקודת הסחר הווירטואלית (VTP). אולם, כפי שנראה מיד, ההשוואה בין המודל האירופי לבין תנאי הממונה רק מבהיר עד כמה תנאים אלו אינם יכולים להוות פתרון לחששות התחרותיים העולים מבעלות אנכית.

³⁹ הצעת חוק משק הגז הטבעי, התשס"א-2001, בעמ' 682 (13.6.2001).

⁴⁰ 2009/73/EC Directive of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in gas and repealing Directive 2003/55/EC.

⁴¹ שם, בסעיף 6.

⁴² Council of European Energy Regulators, Status Review on the Implementation of Transmission System Operators' Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package, pp. 9 (2016).

⁴³ שם.

89. נקודת סחר וירטואלית היא מערכת שבה מתנהל שוק וירטואלי שכולל את כלל הספקים והצרכנים של הגז הטבעי. בשוק הזה חותמים הספקים והצרכנים על חוזים שמתייחסים למחיר הגז ולאיכותו. המערכת היא ישות נפרדת מספק הגז, כך שגם אם ספק גז שולט בצינור ההולכה, אין לו שליטה בשימוש והפעלה של הצינור, אלא הוא זוכה לרווחים עבור עמלת ההולכה. המטרה של מודל כזה היא לאפשר קיום עסקאות החלפה: ספקים וצרכנים מנהלים שוק תחרותי ביניהם, וברובד הפיזי הגז המוזרם עשוי להיות לצרכן אחר מזה שמולו קיים חוזה. מכיוון שרכיב ניהול המערכת הוא עצמאי, תוך קיום יכולת מתמדת לפיקוח שקוף על איכות ואמינות ביצוע העסקאות.⁴⁴
90. כמעט מיותר לציין עד כמה רחוק הסדר נקודת סחר וירטואלית מזה המוצע בהחלטת הממונה: ניהול המערכת בהחלטת הממונה איננו עצמאי או שקוף: דלק קידוחים, נובל אנרג'י וחברה מצרית הם שישלטו בצינור ובמערכת הסחר באופן בלעדי. המונופול שהוא בעל ענין עיקרי בשיבוש התחרות מנהל את המערכת. על כן, קיימת הטיה מובנית וגם יכולת הפיקוח על הסחר מוטלת בספק כבד. ולבסוף, והם עיקר: אין עיגון בחקיקה של חובות השקיפות ועצמאות רכיב הניהול, ואין תשתית רגולטורית לפיקוח אפקטיבי על המערכת ואכיפת התקיימות כלליה.
91. אם כן, הניסיון האירופי מלמד באופן ברור כי יש להימנע מהענקת שליטה של ספק גז בתשתית ההולכה, ובכל מקרה שאין לעשות כן בתנאים כמו אלו שקבעה הממונה.

ה. 2. במיזוג פוגעני בעליל לתחרות - לא ניתן להסתפק בתנאים התנהגותיים

92. על אף שהממונה מצאה שהמיזוג אכן מעלה חששות תחרותיים משמעותיים ומהותיים, הן מצד חסימת היבוא המתחרה והן מצד ייצוא מתחרה, היא בחרה להשתמש בתנאים התנהגותיים. הדבר מצא ביטוי ישיר בפרסום אישור המיזוג בעיתונות, שם קבעה רשות התחרות עצמה כי המיזוג אושר בכפוף ל"מספר תנאים התנהגותיים".⁴⁵
93. מדובר בשגיאה יסודית ובהחלטה המנוגדת להנחיות רשות התחרות עצמה ולפסיקת בית המשפט העליון. נפרט את הדברים:
94. בגילוי דעת 2/11: הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות (18.7.2011), נכתב באופן מפורש כי יש להימנע מתנאים התנהגותיים ולהעדיף על פניהם תנאים מבניים:

"נוכח השיקולים שפורטו בסעיף 7 לעיל רואה הרשות יתרון מובהק לשימוש בתנאים מבניים על פני תנאים התנהגותיים. למעשה, בכל אחד מהקריטריונים דלעיל עולה התרופה המבנית על ההתנהגותית [...]"⁴⁶.

⁴⁴ מקום לדוגמה בו קיימת מערכת שכזו הוא אוסטריה, ששם מקפידים על כך ש: "The operator of the virtual trading point as designated by the market area manager has to be independent, especially from the vertically integrated natural gas undertaking"

⁴⁵ עמ' 9 לעיתון הארץ מיום 5.8.2019. <https://iclg.com/practice-areas/oil-and-gas-laws-and-regulations/austria>

⁴⁶ גילוי דעת 2/11, בסעיף 11.

95. **באותן הנחיות** התייחס הממונה באופן ספציפי לאחד מסוגי ההוראות המבניות שהוחלו בענייננו, וקבע שהן נחותות לעומת הוראות מבניות, ושיש להימנע מלנקוט בהן :

"הגם שקיימת עמדה הנוטה לראות תרופות מסוג גישה חופשית לתשתית (open access) כתחליף אפשרי לתרופות מבניות, עמדת הרשות היא כי מדובר בתרופה התנהגותית לכל דבר ועניין, אשר במרבית המקרים מתאפיינת בדיוק באותן מגרעות מקובלות לתרופות מסוג זה, ובעיקר המורכבות הרבה הנדרשת במסגרת עיצובה של התרופה והמשאבים הרבים הכרוכים בפיקוח אחרי מימושה".

יש לציין כי החסרונות האמורים בנוגע לתנאי זה אף מתעצמים באשר לתנאי ה-SWAP ולכן הדברים יפים גם אליו בבחינת קל וחומר. פירוט הדברים בענין זה מצוי בחוות הדעת הכלכלית המצורפת לערר זה כחלק בלתי נפרד הימנו.

96. **בית המשפט העליון** אף הוא עמד על הקושי שבתנאים התנהגותיים, אשר הופך אותם לבלתי יעילים בשל מורכבותם ובשל הצורך לפקח עליהם :

"התנאים ההתנהגותיים שהטיל בית הדין במקרה דנן מעוררים על פניהם קשיים לא מבוטלים ולו בשל הצורך בפיקוח נמשך על פעילותן של החברות המתמזגות ובשל העובדה כי מנגנון הפיקוח שנקבע באותם תנאים הינו מורכב ובלתי יעיל".⁴⁷

97. על אף האמור, דווקא במיזוג דנן, שהוא מיזוג אשר הרוכש בו הוא בעל מונופולין שלו כוח שוק מובהק למשך שנים רבות קדימה והוא מעלה חששות תחרותיים כבדים, בשוק חיוני בכלכלה הישראלית – בחרה הממונה לקבוע תנאים התנהגותיים. לנוכח החסרונות המובנים של תנאים התנהגותיים כפי שתוארו לעיל, ובהתחשב בכך שהתנאים ההתנהגותיים שנקבעו אינם ישימים ואפקטיביים כפי שיפורט להלן – קביעתם של תנאים אלו היא שגיאה, וטעות זו יתבקש בית הדין לתקן.

98. חשוב לציין כי גם אם היינו מקבלים את עמדת הממונה כי ישנה עסקת יצוא אותנטית שהמונופול מתכנן – אין הדבר מחייב כלל ועיקר לתת בידי המונופול את הבעלות בצינור, שהוא תשתית חיונית (בדיוק כשם שחברות הובלה אינן רוכשות את כביש 6 וכשם שלא היה ניתן לתנובה אישור לרכישת רשת שופרסל – ודוגמאות אלה עוד מקלות עם המקרה הנוכחי).

99. בנוסף, אם הממונה אכן סבורה שבניית צינור נוסף אינה מהווה חסם משמעותי, ודאי שהוא אינו מהווה חסם בעבור מונופול הגז עתיר ההון, שבמידת הצורך יוכל לבנות צינור שכזה לשימוש שלו.

100. אם כן, במאזן התועלות, ברור כי הכף נוטה לעבר התנגדות למיזוג.

⁴⁷ ע"א 2414/09 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בזק, ס' 37 (20.8.2009).

ה.3. על חולשותיהם של התנאים

101. התנאים שבחסותם אושר המיזוג הם תנאי ה-SWAP ותנאי הגישה החופשית. מפאת חשיבותם, נביאם כלשונם. ראשית, תנאי ה-SWAP:

1. "דלק, נובל והצדדים לא יסרבו לבקשה להחלפת גז ויספקו גז טבעי ללקוח בישראל אשר חתם על חוזה אספקת גז טבעי עם ספק גז טבעי במצרים באותה כמות ובאיכות שאינה נופלת מן האיכות שלה התחייב ספק הגז הטבעי במצרים כלפי הלקוח בישראל (להלן הסדר להחלפת גז), בכלל זאת יעשו כל מאמץ סביר לרבות באמצעות שימוש בזכויותיהם בשותפויות תמר ולויתן, כדי להיענות לבקשה כאמור.

2. חובת דלק, נובל והצדדים כאמור בסעיף 1 הוא עד לכמויות הגז הקבועות בתניות Take or Pay שחתמו שותפות לויתן או מי מהם ושותפות תמר או מי מהם לגביהם קיימים הסכמי הולכה בצינור.

3. בגין גז טבעי שיוחלף במסגרת הסדר להחלפת גז EMG לא תגבה מספק מצרי סכום העולה על מחצית מדמי ההולכה בצינור".

שנית, תנאי הגישה החופשית:

4. "דלק, נובל והצדדים לא יסרבו לספק שירותי הולכה בצינור לגורם אחר המעוניין לקבל שירותי הולכה בצינור עד להיקף הקיבולת הפנויה. על אף האמור חובת אספקת שירותי ההולכה לא תחול באחד המקרים שלהלן:

א. הגורם האחר סירב לחתום עם הצדדים על הסכם הולכה למרות שמנהל רשות הגז הטבעי אישר כי אין בתנאי הסכם ההולכה תנאים המכבידים על הגורם האחר מעבר לנדרש;

ב. הגורם האחר סירב לעמוד בתנאים שעליהם הורה מנהל רשות הגז הטבעי ביחס להסכם הולכה כאמור".

כפי שנראה בפרק זה, מדובר בתנאים בלתי מעשיים ובלתי ניתנים לפיקוח אשר מעצמים את מעמדו של המונופול. למעשה **די להצביע על המילים "מאמץ סביר" כדי להראות כי ההסדר תלוי על בלימה** (ומדובר בדוגמה בלבד).

102. תנאים אלו תלויים בכך שהצדדים יגיעו להסכמות מסחריות. כלומר, בנוגע לתנאי ה-SWAP, שספק גז מצרי יחתום על חוזה מול צרכן גז ישראלי, ובנוסף מול מונופול הגז; ובנוגע לתנאי הגישה החופשית, שספק גז יחתום על הסכם עם מונופול הגז לשימוש בצינור. אולם, למונופול הגז ישנו אינטרס מובהק שלא להגיע להסכמות ולא לחתום על חוזים שכאלו, שיכניסו מתחרים לשווקים שבהם הוא פועל, ובמיוחד לא לשוק הישראלי שבו הוא מושל. לכן, ההסתברות שחוזים שכאלו יצאו

לפועל בהיתן עמימות התנאים היא ירודה ביותר. בכל מקרה של מחלוקת או תירוץ לאי הגעה להסכמה אין גם מנגנון בירור כופה, אשר בכוחו לשכלל הסכם מחייב.

103. סיבה נוספת אשר דנה את התנאים לכישלון היא שפיקוח עליהם הוא בלתי אפשרי. זאת, הן בשל עמימותם והן בשל בעיות הסמכות של הממונה הן לגבי צדדים שלישיים והן מבחינה טריטוריאלית, שהרי החוזים בהם עסקינן מערבים צדדים מן העבר השני של הגבול. אין לצפות שמשימות מורכבות של פיקוח, מודיעין ואכיפה יוכלו להתבצע על ידי רשות התחרות במצרים, ובירורים לגבי התנהלות ספקי גז טבעי במצרים, שהם קריטיים להיתכנות היבוא, אינם מעשיים.

104. מעבר לכך, ישנה בעייתיות נוספת בעובדה שגם אם בדרך פלא יצליחו יצואן מצרי או ישראלי להגיע להסכמות על מונופול הגז על עסקת החלפה, אזי כל המידע על לקוחותיהם, על הכמויות שאותן הם צורכים ועל איכות הגז שהם מבקשים יהיו בהישג ידו של מונופול הגז הטבעי הישראלי, שיוכל להשתמש בו על מנת למנוע את התחרות ולהעביר לאותם לקוחות סיגנלים שונים.
נפרט עתה על מאפיינים אלו, אחד לאחד.

ה.3.א. התנאים עמומים וכתוצאה מכך עסקאות לא ייצאו לפועל

105. כפי שקריאה פשוטה של תנאי ה-SWAP מעלה, הוא מותיר מרחב פרשנות ניכר להסכמות בין הספק המצרי לבין מונופול הגז באשר למתווה העסקה ביניהם. לא מדובר במעין הסכם ברירת מחדל שיש פשוט ליישם על כל עסקה שספק מצרי יבקש להוציא לפועל, כפי שנהוג בתנאים כאלו.⁴⁸ מדובר בכלל עמום אשר דורש ממונופול הגז לפעול לעשות "מאמץ סביר" על מנת שעסקאות מעין אלו ייצאו לפועל.

106. כזכור, מדובר באותו מונופול אשר הוא המרוויח העיקרי מסיכולן של עסקאות שכאלו. לכן, הסיכוי שבהיעדר פירוט מחייב של תנאי עסקה, עסקאות כאלו בכלל ייצאו לפועל הוא אפסי. לחלופין, מונופול הגז יוכל להשתמש בכוחו על מנת לכפות תנאים אשר יגרמו לספק המצרי נחיתות מובנית, וגם כך לסכל את התחרות בו.

107. דוגמאות לנושאים שעליהם ספק הגז ומונופול הגז לא יגיעו להסכמות בשל אינטרסיו של מונופול הגז ניתן לראות בחו"ד פריזט.⁴⁹ נציין את חלקן, ונדגיש כי אין אנו טוענים שלא ניתן להגיע להסכמות בנוגע לנושאים אלו, אך על מנת להגיע להסכמות יש צורך במוטיבציה לעשות כן, ובהיעדר יהיה קל מאוד לסכל כל חוזה פוטנציאלי:

107.1. גמישות באספקת הגז – שכיח ביותר שבחוזי גז ישנה אפשרות לצרכן לבקש הטיות בצריכת הגז היומית שלו, ולשלם בהתאם לכך. זהו צורך מהותי הנובע מתנאי השוק, ובהיעדר הנחיה בעניין מהממונה, מונופול הגז יוכל להודיע לספקים המצריים שהוא לא מוכן לגבות אותם בנושא זה. לכן, צרכן ישראלי שיבקש לרכוש מספק מצרי יוכל להיות ללא גיבוי לימים שבהם הוא יידרש לכמות גז גדולה יותר – דבר שפוגע באופן מהותי בכושרו התחרותי של הספק המצרי.

⁴⁸ חו"ד פריזט בפרק 3.א.1.
⁴⁹ שם.

107.2. מצבי חירום – תנאי הממונה אינם נוקבים מה יהיה הדין שעה שהמשק יאלץ להתמודד עם מצב חירום, מה שעשוי למשל לגרום לכך שהמונופול לא יוכל לעמוד במחויבויותיו בעסקת ה-SWAP. בהינתן שההכרזה האחרונה על מצב חירום הייתה עוד השנה (2019), לא מדובר במשתנה שניתן להתעלם ממנו, אלא יש צורך להגיע להסכמות מפורטות לגבי חלוקת הסיכונים במקרה שכזה.

107.3. כוח עליון, כשל תשתיתי ופשיטות רגל – כל הסכם גז נדרש לפרט מה יהיו חובות הצדדים במקרים שימנעו את יכולתו של ספק הגז לעמוד במחויבויותיו. אולם, כאשר ספק הגז המצרי תלוי גם בזה הישראלי, לא ברור כיצד הנושא יוסדר. ייתכן, שבשל היתרון המובנה של מונופול הגז, ייאלצו צרכני הגז הישראלים לשאת בסיכון כפול אם ייקשרו בחוזה עם ספק מצרי: גם בסיכונים של הספק וגם בסיכונים מונופול הגז. הדבר מעמיד את היצואן המצרי בחיסרון נוסף אל מול מונופול הגז.

107.4. בדיקת רשומות הגז ואכיפת ההסכם – אם תתקיים עסקת SWAP רק למונופול הישראלי יהיו הרשומות אשר מתעדות את כמויות הגז שהועברו לצרכן הישראלי. לדוחות אלו חשיבות רבה לצרכן, אשר נדרש לבקרו ולוודא שקיבל את כמות הגז הנדרשת. אולם, בתנאי הממונה לא מפורט כל מנגנון בקרה שכזה, ולא ברור כיצד יוכל הצרכן הישראלי לדרוש פיקוח שכזה על מונופול הגז, שעמו אין לו קשר חוזי.

באופן דומה, אם יתעוררו בעיות באספקת הגז, חילוקי דעות בנוגע לכמות הגז שסופקה בפועל, או שספק הגז יורה למונופול להפסיק את האספקה לצרכן הישראלי בטענה שזה לא שילם לו – וכל אלו דברים מחיי המעשה – אין בתנאי הממונה כל פתרון כיצד על הצדדים יהיה לפתור זאת, והדבר נשאר ל"מאמץ הסביר" שלהם להגיע להבנות בעניין.

107.5. כמות הגז – הממונה הגבילה את עסקאות ה-SWAP לכמות ה-Take or Pay שבחוזי הייצוא של מונופול הגז. אולם, מדובר במידע לא לפומבי אשר נתון להסכמה בין מונופול הגז לבין לקוחותיו, כך שהמונופול יוכל לשנותו על מנת להימנע מעסקה.

107.6. איכות הגז – תנאי הממונה קובע שעסקת SWAP תעסוק בגז באיכות "שאינה נופלת מן האיכות שלה התחייב ספק הגז הטבעי במצרים". אולם, אין זה ברור מהתנאי מי יפקח על כך ובאיזה מנגנון ייושבו מחלוקות בעניין. שהרי, אם צרכן מצרי יטען שקיבל גז מאיכות נחותה, האם הדבר יקנה למונופול זכות להפסיק את הזרמת הגז ללקוח הישראלי? וכיצד ייושב הסכסוך?

108. עמימות התנאים בולטת עוד יותר בכל הנוגע לתנאי הגישה החופשית. תנאי זה אינו מפרט כלל באילו תנאים על המונופול לאפשר את שירותי ההולכה, אלא מסתפק בכך שלמנהל רשות הגז הטבעי תהיה סמכות בעניין. ברי שאין די בכך כדי להסדיר את הסוגיה, והדבר יפתח פתח למחלוקות ולסיכול כל עסקה.

109. מטרידה עוד יותר היא העובדה שתנאי זה אינו נוקב בכמות והוא מעניק קדימות תמידית למונופול, שמחויב רק לאפשר את היתרה שיכולה לעבור בצינור "עד להיקף הקיבולת הפנויה". אולם, תנאי זה מתעלם מכך שהיקף הקיבולת הפנויה הוא משתנה הנמצא בשליטת מונופול הגז שכן מדובר בנתון המשתנה לפי בחירתו והשקעותיו. גם מסיבה זו אין שום סיבה לצפות שעסקה שכזו תצא לפועל.⁵⁰

110. אם כן, תנאי הממונה אינם יכולים ואף אינם מתיימרים להסדיר את היחסים בין ספקי הגז ובין הצרכנים – יחסים שבאופן מסחרי רגיל מוסדרים בחוזים מורכבים על פני מאות עמודים. בהתאם לכך, ובשים לב לעובדה שלמונופול הגז אין שום אינטרס להגיע להבנות בעניין ושהעמימות תפעל גם כאפקט מצנן על רצונם של צרכנים וספקים לפעול בשוק, סביר להניח שאף לא עסקת SWAP או גישה חופשית אחת תצא לפועל.

מעבר לכך, כפי שנראה כעת גם אם ייחתמו חוזים שכאלו, יכולת הפיקוח עליהם תהיה בלתי מעשית.

ה.3.ב. לרשות לא תהיה יכולת לפקח על התנאים

111. עמימות התנאים והעובדה שהם מבקשים להסדיר גם יחסים בין לאומיים מורכבים גורמת גם לכך שהפיקוח על קיומם מוטל בספק רב. כלומר, גם אם יתנהלו מגעים בין ספק גז מצרי ומונופול הגז הישראלי, או בין ספק גז ישראלי לבין המונופול, ואף ייכרת הסכם, לכל אורך הדרך לא ברור כיצד הרשויות בישראל יוכלו לפקח שהתנאים אכן מקוימים במלואם, וזאת מכמה סיבות שחלקן יפורטו להלן.

112. ראשית, באשר לעסקאות SWAP יש לזכור כי מדובר בעסקאות ייבוא וייצוא בין ישראל ומצרים, אשר מעורבים בהן גורמים משני צידי הגבול. לכן, על מנת ליישם את הכלל יהיה צורך לפקח גם על הנעשה במצרים, הן מצד EMG והן מצד הגורמים שהיא תבוא עמם במגע. ברי כי אין לכך כל היתכנות ממשית.

113. שנית, כפי שתואר לעיל, למונופול הגז לא יהיה שום אינטרס לחתום על עסקאות עם ספק גז מצרי. על מנת לוודא שהתנאי יוצא לפועל, על הרשות לבחון גם את המגעים בין המונופול לבין המתחרה המצרי שמבקש לייצא גז לישראל.

על מנת לעשות כן, תאלץ הרשות לבחון האם מונופול הגז פועל ב"מאמץ סביר" להעביר החלטות שונות ולהתפשר בחוזיו באופן סביר על התנאים שתוארו לעיל, האם "איכות" הגז זהה ועוד. מדובר בעומס בלתי סביר ובפיקוח וניטור על דברים שאינם בתחום המומחיות של הרשות.

באופן דומה, פיקוח על היחסים החוזיים בין מונופול הגז לבין ספק ישראלי שיבקש להשתמש בצינור גם הוא בלתי ישים. אמנם הממונה ביקשה כאן להקנות את סמכות הפיקוח לגורם מקצועי בדמות מנהל רשות הגז הטבעי, אך אין בכך כדי להביא מזוור: אין כל קושי לצד לסכל עסקה שהוא לא רוצה בה. לדוגמה, מונופול הגז יוכל לטעון מיני טענות בנוגע להיקף הקיבולת הפנוי – נתון שכל המידע על אודותיו וגם השליטה לתמרון אותו מצויים בידי המונופול.

⁵⁰ חווד" פריזט, בפרק 2.א.3.

114. שלישית, תנאי הממונה אינם חלים על יתר השותפים במאגר "תמר", והם אף לא חתמו על התחייבות הנוגעת לתנאים אלו. אין בידינו את הסכמי השותפויות הללו על מנת לנתחם, אך בהחלט סביר להניח ששותפים אלו יוכלו למנוע את עסקאות ה-SWAP באופן שבו לרשות התחרות לא תהיה כל סמכות בעניין, וודאי שלא תהיה לה הסמכות הפלילית הקיימת בנוגע לנובל אנרג'י ודלק קידוחים. עובדה זו גורעת גם היא מיכולת האכיפה של הרשות.

ה.3.ג. תנאי הממונה מעוררים חששות תחרותיים בפני עצמם

115. מעבר לאמור עד כה, תנאי הממונה אף מעלים חששות תחרותיים בפני עצמם. תנאי ה-SWAP מחייב את המתחרה המצרי לשווק ללקוחותיו באמצעות המונופול הישראלי. כלומר, המידע על כל לקוח בישראל שביקש לרכוש גז ממצרים יועבר למונופול או למצער יהיה בהישג ידו (שהרי התנאים קובעים כי לכל לקוח ישראלי שיתקשר עם ספק מצרי יספק המונופול את הגז בכמות ובאיכות עליה הוסכם עם הספק המצרי).

116. עובדה זו תעניק למונופול אפשרות לקבל מידע על לקוחות המייצא המצרי, על היקף רכישותיהם ומאפייני הצריכה שלהם. זהו תנאי אנטי תחרותי בעליל אשר מאפשר Targeting על ידי המונופול של כל לקוח "עורק". באמצעות תנאי זה יוכל המונופול לדכא את התחרות בנקל.

117. מאפיין זה תקף, אם כי במידה פחותה, גם בנוגע לתנאי הגישה החופשית, שכן המונופול יקבל מידע על כמות הגז שיש להוליך. אמנם תנאי הממונה העמומים אינם מטפלים בסוגיית ההולכה עד לצרכן המצרי, אך סביר כמובן להניח שגם המידע עליו יעבור לידי המונופול שישלוט בתשתית ההולכה.

118. לבסוף, נציין כי אין זה ברור מדוע הממונה בחרה להכביד עוד יותר על פוטנציאל הייבוא הנכה גם ככה ולהטיל עליו לשלם דמי הולכה למונופול הגז גם בעסקאות SWAP שבהן בפועל לא זורם כלל גז ממצרים לישראל.⁵¹

⁵¹ חוו"ד פריזט בפרק 3.א.1.

סיכום

119. ישנם מקרים בהם שום צבר של תנאים אינו חלופה להתנגדות פשוטה למיזוג שפגיעתו המסתברת בתחרות ותרומתו לביצור הכוח המונופוליסטי כה גבוהות. במקרה זה, מדובר במיזוג עתיר פגיעות תחרותיות שהדרך הפשוטה והיחידה שרשות תחרות צריכה היתה לנהוג בו הינה הצבת תמרוך "עצור" בפני העיסקה.
120. הכלל הוא פשוט ונכון: אסור למונופול לרכוש לבעלותו ולשליטתו תשתית החיונית לתחרות בו. בפרט כשההסטוריה של השוק מוכיחה זאת באופן ברור. בנסיבות אלה עסקינן במיזוג בלתי חוקי, שיש לעוצרו. אשר על כן, בית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הערר ולבטל את אישור המיזוג שניתן.
121. לערר זה מצורף תצהירו של מר אריאל פז סביצקי, נושא משרה בלובי 99.
122. עותק של הערר יומצא לצדדים בד-בבד עם הגשתו לבית הדין הנכבד.

אלישע הרלב, עו"ד

דרור שטרום, עו"ד

תצהיר

אני הח"מ, אריאל פז-סוויצקי, נושא ת.ז. שמספרה 301588869 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת בכתב כדלקמן:

1. תצהירי זה הינו בתמיכה לערר המוגש על ידי לובי 99 בע"מ (חל"צ) (להלן: "לובי 99") לבית הדין לתחרות, על החלטת הממונה על התחרות מיום 31.7.2019 לאשר בתנאים את עסקת המיזוג בין EMED Pipeline B.V. (להלן: "EMED") לבין Eastern Mediterranean Gas Company S.A.E (להלן: "EMG").
2. אני משמש בתפקיד מנהל המחקר של לובי 99 ואני מוסמך ליתן תצהיר זה מטעמו. אני בעל תואר ראשון בכלכלה ומזרח תיכון מאוניברסיטת חיפה, תואר שני במשפטים ללא משפטיים מאוניברסיטת בר אילן, ותואר שני נוסף בכלכלה בינלאומית מאוניברסיטת גיונס הופקינס.
3. העובדות המפורטות בתצהירי זה ידועות לי מידיעה אישית.
4. לובי 99 פועל כדי לשנות, לשפר ולתקן את המציאות החברתית-כלכלית בישראל, לקדם את הצדק החברתי והצרכני, לצמצם את הפערים החברתיים ולהקטין את כוחם של בעלי ההון אצל מקבלי ההחלטות.
5. בחודש אוקטובר 2017, מיד לאחר שהתוודענו בלובי 99 על המיזוג מושא ערר זה, התחלנו לחקור את השלכותיו. משמצאנו שמיזוג זה צפוי לפגוע פגיעה קשה בתחרות, בדקנו למול שותפינו המקצועיים בנובמבר 2018 מה סטטוס המיזוג. מכיוון שנתברר שהרשות טרם החלו לעבוד על הנושא, פנינו בשנית בתחילת מרץ 2019, אז נענינו שהנושא בטיפול.
6. בעקבות זאת, ביום 11.3.2019 שלחנו לרשות התחרות מכתב המפרט את טענותינו בנושא ומסביר מדוע לעמדתנו יש להתנגד למיזוג.
7. בהמשך למכתבנו, נפגשנו עם נציגי הרשות בפגישה ביום 14.4.2019 ובפגישה ביום 3.6.2019. בפגישות אלו שטחנו את טענותינו כנגד המיזוג.
8. בעקבות פגישות אלו נקבעה לנו פגישה נוספת בנוכחות הממונה על התחרות. קודם לפגישה שלחנו ביום 17.6.2019 מכתב נוסף לרשות שבו סיכמנו את טענותינו כנגד אישור המיזוג.
9. הפגישה עצמה נערכה ביום 18.6.2019, ובה שמענו את עמדת הרשות והבהרנו מדוע לגישתנו רק התנגדות למיזוג תרפא את החששות התחרותיים הכבדים העולים מהמיזוג.
10. בכל הפגישות שהתקיימו עם אנשי רשות התחרות, נוכחנו לדעת כי החששות לפגיעה בתחרות שהטרידו אותנו מטרידות גם אותם.
11. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

אישור עו"ד

אני הח"מ, _____, עו"ד, מאשר בזאת כי ביום _____ הופיע בפני מר אריאל פז-סוויצקי, נושא ת.ז. שמספרה _____ ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות תצהירו וחתם עליו בפני.

עו"ד, _____