



בבית המשפט העליון

רע"א 9771/16

לפני :

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשות :

1. נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד
2. דלק קידוחים - שותפות מוגבלת
3. אבנר חיפושי נפט שותפות מוגבלת
4. ישראלמקו נגב 2 שותפות מוגבלת
5. דור חיפושי גז שותפות מוגבלת

נ ג ד

המשיבים :

1. משה נזרי
2. היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז -
לוד מיום 23.11.2016 בת"צ 35507-06-14 אשר ניתן על ידי
כבוד השופטת א' שטמר

תאריך הישיבה :

י"ח באדר התשע"ז (16.3.2017)

בשם המבקשות 1 ו-4 :

עו"ד צבי אגמון ; עו"ד יונתן קהת ; עו"ד ראובן בכר ;
עו"ד טל אייל-בוגר ; עו"ד יורם בונן
עו"ד ראובן בכר ; עו"ד טל אייל-בוגר ; עו"ד יורם בונן

בשם המבקשות 2 ו-3 :

עו"ד רועי בלכר

בשם המבקשת 5 :

עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד יצחק יערי

בשם המשיב 1 :

עו"ד אורי קידר ; עו"ד יעל מימון

בשם המשיב 2 :

פסק-דין

השופטת א' חיות:

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת א' שטמדר) מיום 23.11.2016 בת"צ 35507-06-14 בה נדחתה בקשת המבקשות לסלק על הסף את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש נגדן המשיב 1 (להלן: המשיב), בטענה כי המחיר שבו הן מוכרות גז טבעי לחברת החשמל הוא מחיר מונופוליסטי גבוה ובלתי הוגן וכי יש בכך משום ניצול לרעה של מעמדן כמונופול בשוק אספקת הגז הטבעי, כמשמעות הדבר בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).

הרקע לבקשת רשות הערעור

1. בראשית שנת 2009 נתגלה בים התיכון, באזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל, מאגר גז טבעי המכונה "תמר" (להלן: מאגר תמר או: תמר) ובו כ-BCM 280 (מיליארד מטר מעוקב). להמחשת גודלו של מאגר תמר נציין כי בשנת 2016 סיפק מאגר תמר למשק החשמל בישראל גז טבעי בכמות של כ-BCM 8 וזו שימשה לייצור 62% מהאנרגיה שנדרשה למשק זה. בתקופה הרלבנטית להליך דנן הוחזק מאגר תמר על ידי המבקשות בשיעורי החזקה שונים. המבקשות 1-3 החזיקו במאגר גז טבעי נוסף, גדול עוד יותר, המכונה "לויטן" (שבו כ-BCM 620, ולהלן: לויטן), שהתגלה בסוף שנת 2010 ואינו עומד במוקד ההליך דנן. ביום 14 במרץ 2012, בעת שמאגר תמר היה עדיין בשלבי פיתוח, התקשרו המבקשות עם חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: חברת החשמל) בהסכם שלפיו היא תרכוש מהמבקשות לאורך תקופה של כ-15 שנה גז מתמר בהיקף מינימלי של כ-BCM 42 (להלן גם: ההסכם). הסכם זה שהיקפו עשרות מיליארדי שקלים איפשר למבקשות להשלים את "הסגירה הפיננסית" שנדרשה לצורך פיתוחו והפעלתו של מאגר תמר ומחיר הבסיס שנקבע בו ליחידת חום (Million MMBTU – British Thermal Units, מדד מקובל בתחום הגז הטבעי) הוא 5.042 דולר ארה"ב. מחיר זה הוכפף למנגנון עדכון לפיו בשמונה השנים הראשונות להסכם ישתנה המחיר בהתאם למדד המחירים לצרכן בארה"ב (להלן: המדד) בתוספת נקודת אחוז אחת, ובשמונה השנים שלאחריהן - בהתאם למדד האמור, בהפחתת נקודת אחוז אחת. כמו כן, נקבעה בהסכם תניית Take or pay לפיה התחייבה חברת החשמל לשלם בגין כמות שנתית מסוימת של גז טבעי אף אם לא תצרוך אותה בפועל, וכן ניתנה לחברת החשמל אופציה, בתנאים שונים, להודיע למבקשות על רצונה להגדיל את

כמויות הגז שתרכוש במסגרת ההסכם. עוד נקבע כי כניסת ההסכם לתוקף טעונה אישור של רשות ההגבלים העסקיים, הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל (להלן: רשות החשמל) וממשלת ישראל. במאמר מוסגר יוער כי יש להצטער על כך שהצדדים אשר צירפו לכתבי הטענות מוצגים רבים בתיקים עבי-כרס, בחרו לצרף את ההסכם עצמו בנוסח מצונזר תוך השמטת פרטים הנוגעים למנגנון עדכון המחיר, והדבר הקשה על ההתמצאות בנכבי ההסכם, שהינו מסמך עיקרי בהליך, ועל איתור התיקונים שהוכנסו בו עליהם נעמוד בהמשך הדברים.

2. ביום 14.6.2012 החליטה רשות החשמל להכיר בעלויות רכישת הגז על ידי חברת החשמל בהתאם להסכם (מב/2-1), בכפוף לביצוע תיקונים בהסכם ובכללם שינוי התנאים החלים על הגז שתקנה חברת החשמל במסגרת האופציה, באופן שיוזיל עלויות לחברת החשמל. כמו כן הכירה רשות החשמל בהחלטתה בעלויות של יצרני חשמל פרטיים שחתמו אף הם עם המבקשות על הסכמים לרכישת גז ממאגר תמר. באותו היום עצמו החליט גם הממונה על הגבלים עסקיים לפטור את ההסכם מן החובה לקבל אישור כהסדר כובל, וזאת בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים (מב/1-ה). בהחלטת הממונה נבחנה השאלה האם ההסכם מגביל את התחרות בשוק אספקת הגז, ובייחוד האם הוא מותיר די ביקוש לגז טבעי (בהתחשב בין היתר בהסכמים של יצרני חשמל פרטיים עם המבקשות), כך שתתאפשר כניסת ספקי גז טבעי נוספים לשוק. הממונה קבע מספר תנאים למתן הפטור ובהם פיצול תקופת האופציה שניתנה לחברת החשמל בהסכם באופן שיאפשר לה לשקול האם לממש את האופציה במועד שבו צפוי להיכנס לשוק אספקת הגז שחקן נוסף. תנאי משלים שקבע הממונה הוא שלא תחול על חברת החשמל כל מגבלה לרכוש גז טבעי מספק אחר, וכן ששאר תנאי ההסכם "לא ישונו בכל דרך שהיא אשר מרעה את מצבה של חברת החשמל" ובכלל זה המחיר, תנאי התשלום, תנאי האספקה וכמות הגז. בעקבות ההכרה של רשות החשמל בעלויות ההסכם והחלטת הממונה על מתן פטור מהחובה לאשר את ההסכם כהסדר כובל, חתמו המבקשות וחברת החשמל ביום 22.7.2012 על תיקון להסכם בו עוגנו השינויים שעליהם הורו רשות החשמל והממונה על הגבלים עסקיים. כמו כן קיבל ההסכם ביום 25.7.2012 את אישור ממשלת ישראל, כמתחייב מהוראת סעיף 11(א)(9) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 הקובעת כי החלטה של חברה ממשלתית – כחברת החשמל – שמכוחה הוענקה זכות או ניטלה התחייבות "אשר יכול שיהיה בה כדי להגביל [...] את הממשלה, בין בתפקידה השלטוני ובין במעמדה כבעלת מניות בחברה", טעונה אישור הממשלה.

3. כשנה לאחר חתימת ההסכם, בסוף חודש מרץ 2013, החלה הזרמת הגז ממאגר תמר לישראל וההסכם יצא מן הכוח אל הפועל. מאז ועד ימים אלה מאגר תמר הוא מקור האספקה העיקרי – ולמעשה הבלעדי – של גז טבעי למדינת ישראל מאחר שמאגרי הגז הטבעי הנוספים שהתגלו במים הכלכליים של ישראל טרם פותחו. כבר בשנת 2013 סיפק מאגר תמר כ-80% מצריכת הגז הטבעי בישראל ובשנת 2016 עלתה אספקת הגז מתמר לכ-97%. על רקע זה הכריז הממונה על הגבלים עסקיים ביום 13.11.2012 – טרם שהחלה אספקת הגז בפועל – על המבקשות כמונופול בתחום אספקת הגז הטבעי שלא עבר הנזלה, וזאת מכוח סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים. עוד יצוין כי ביום 22.4.2013 התקינו שר האוצר ושר התשתיות הלאומיות את צו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (החלת החוק על גז טבעי וקביעת רמת פיקוח), התשע"ג-2013 (להלן: צו הפיקוח), וזאת בהתאם לסמכותם לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996. בצו נקבע כי אין מקום לקבוע את רמת מחירי הגז הטבעי וכי "רמת הפיקוח על גז טבעי תהיה דיווח על רווחיות ומחירים לפי פרק ז' לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996", שהיא רמת הפיקוח הנמוכה מבין שלוש רמות הפיקוח האפשריות הקבועות בחוק הפיקוח.

4. בחודש יוני 2014 הגיש המשיב בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשות בעילה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים וטען כי מחיר הגז הטבעי שאותו הן גובות הוא מחיר מונופוליסטי מופרז, וכי "מחירו ההוגן" של גז טבעי עומד על 2.34 דולר ליחידת חום - פחות ממחצית המחיר שנקבע בהסכם. המשיב ביקש לנהל תובענה ייצוגית במסגרתה יוצהר כי מכירת גז מתמר במחיר העולה על 2.34 דולר ליחידת חום, היא ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי וכי יש ליתן צו המורה למבקשות להימנע מכך. כמו כן עתר המשיב לכך שהמבקשות יחויבו להשיב לחברי הקבוצה – צרכני חברת החשמל – את ההפרש שבין מחיר המכירה ליחידת חום בפועל ובין המחיר הראוי לשיטתו (2.34 דולר). בסוף שנת 2014, בעוד בקשת האישור מתבררת, הוקם צוות ממשלתי בראשותו של ראש המועצה הלאומית לכלכלה דאז, הפרופסור יוג'ין קנדל (להלן: צוות קנדל), בשיתוף הרגולטורים הרלבנטיים על מנת לגבש מתווה לאסדרת משק הגז הטבעי בישראל. ביום 16.8.2015 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה 476 ובה אימצה את המתווה שגובש על ידי צוות קנדל לאחר מספר שינויים שהוכנסו בו (להלן: מתווה הגז או: המתווה), וזאת בהסכמת בעלות החזקה במאגרי תמר ולויתן (שהן המבקשות בהליך דנן וכן שותפה נוספת בלויתן – "רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת", ולהלן: רציו).

מתווה הגז ופסק הדין שניתן בעתירות שהוגשו נגדו, קשורים בקשר הדוק להליך דנן כפי שיפורט להלן.

5. מתווה הגז ביקש ליצור הסדרה כוללת למשק הגז הטבעי בישראל ולקבוע את התנאים לפיתוח מאגרי הגז באזור הכלכלי הבלעדי שלה. להלן נפרט את תמצית הפרקים במתווה הרלבנטיים לענייננו. פרק ב' של המתווה קובע כי ייעשה שימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים על מנת לאפשר למבקשות 1-3 ולרציו לנהל חלק מפעילותן העסקית בשוק הגז תוך שהן פטורות מהוראות מסוימות בחוק ההגבלים העסקיים. ארבעה מתוך חמשה הפטורים הללו קשורים למאגר לויתן ואינם מענייננו. הפטור החמישי מתייחס להכרזתן של המבקשות 1-3 כמונופול בתחום אספקת הגז הטבעי שלא עבר הנזלה, ובו נקבע כי חרף הכרזה זו יהיו המבקשות 1-3 פטורות מלציית להוראות סעיפים 30, 31 ו-30א לחוק ההגבלים העסקיים, למצער עד תחילת שנת 2025. ואכן, ביום 17.12.2015, כארבעה חודשים לאחר אישור המתווה על ידי הממשלה, הודיע ראש הממשלה אשר כיהן באותה עת גם כשר הכלכלה, כי החליט לעשות שימוש בסמכותו ולהפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים בהתאם להוראות המתווה. בפרק ד' של המתווה – פרק המחירים – נקבעו הוראות הנוגעות למחירי הגז אך אלה מתייחסות להסכמים שייחתמו לאחר החלטת הממשלה על קבלת המתווה, ואילו בכל הנוגע להסכמים שנכרתו לפני אישור המתווה – דוגמת ההסכם שבין חברת החשמל למבקשות – נקבע כי "יחולו ההסדרים הקבועים בהם לעניין מחירים ושיטת עדכונים" (סעיף א(1)(ג)(3) לפרק המחירים). פרק י' של המתווה עסק בסוגיית היציבות הרגולטורית (להלן: פסקת היציבות).

6. בעקבות אישורו של מתווה הגז הוגשו ארבע עתירות לבית משפט זה ובפסק-הדין שניתן בהן (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016)) (להלן: בג"ץ מתווה הגז)) נקבע כי פסקת היציבות אינה יכולה לעמוד ונוכח הצהרת המשיבים שם כי פסקת היציבות היא תנאי שאין בלתו למתווה כולו, נפסק עוד כי דין המתווה כולו להתבטל. ואולם, הצהרת הבטלות הושעתה למשך שנה על מנת לאפשר למדינה לפעול להסדרת הדרוש בהתאם לפסק הדין.

בכל הנוגע לפרק המחירים במתווה, קבע כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, שהוביל את דעת הרוב, כי "טענות העותרות בהקשר זה [אינן] מצדיקות את התערבותנו. מדובר בנושא כלכלי מובהק, אשר המומחיות בו מסורה לגורמי המקצוע. אמנם, מתפקידנו לבחון את סבירות ההחלטה, אך כפי שצינו מעלה, כאשר מדובר בעניינים כלכליים גרידא המצויים בליבת שיקול דעתם של גורמי המקצוע, התערבותנו תהא

מצומצמת במיוחד" [בג"ץ מתווה הגז, בעמ' 63]. ובהמשך הדברים הוסיף כי פסק הדין אינו עוסק בהיבטים הכלכליים של המתווה בהדגישו "הכרעתנו אין בה אמירה על מהות מתווה הגז, ויתכן שהוא האופטימלי האפשרי, ויתכן שלא. נושא כלכלי זה אינו ליבת ההכרעה, אלא הפן המשפטי של הפרשה, הוא בלבד". המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין אף התייחס באופן מפורש לאפשרות של הגשת תובענה ייצוגית בגין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, ומפאת חשיבות הדברים לענייננו מן הראוי להביאם כלשונם:

"נדגיש, כי אין באמור סוף פסוק, וברי כי הסוגיה טעונה עדיין בחינה עתידית, וחוות הדעת שהוגשה לרשות החשמל אומרת דרשני; מנגנון הפיקוח שנקבע במתווה מניח ככל הנראה כי עם דילול האחזקות במאגרי הגז תגיע במידת מה התחרות המיוחלת, ובכך יבוא אל סופו הפיקוח. אולם ברי, כי על גורמי המקצוע השונים לשקול את עמדתם בסוגיה באופן שוטף, ולקבוע האם ברצונם להמשיך את הפיקוח ובאיזו תצורה. [...]"

זאת ועוד; כאמור, בהחלטתו מיום 13.11.12 קבע הממונה על הגבלים עסקיים כי נובל, דלק קידוחים ואבנר הן בעלות מונופול בתחום הגז הטבעי. מכאן, כי הן כפופות לחובות החלות על בעל מונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, למעט אלה שהוצאו כאמור בפטורים עליהם עמדנו מעלה מכוח סעיף 52. בין היתר, סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע, כי חל איסור על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה, לרבות "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". לפי חלק מהעמדות, סעיף 29א(ב)(1) כולל גם איסור על קביעת מחיר גבוה ממחיר השוק על-ידי בעל מונופולין ... לא נכריע בשלב זה בדבר פרשנותו הראויה של סעיף 29א(ב)(1) לחוק בהקשר בו עסקינן, אולם חזקה על רשות ההגבלים העסקיים, נוכח חשיבות העניין והמשמעות שתהא בכך לציבור בכללותו, כי אם תגיע למסקנה כי עולה חשש שמא בעלי המונופולין ניצלו לרעה את מעמדם המונופוליסטי באופן האמור, תבחן שימוש בסמכויות המוקנות לה בחוק. זאת, כמובן, מבלי שנתערב מראש בשיקול הדעת הנתון לרשות בעניינים מעין אלה. עוד יוער, כי סעיף 4 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, קובע כי תובענה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים היא תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מכוח סעיף 3(א); ואידך זיל גמור [פסקאות פ"א-פ"ב לחוות דעתו].

7. בעקבות בג"ץ מתווה הגז התקבלה ביום 22.5.2016 החלטת ממשלה המתקנת את פסקת היציבות והמתווה אושר מחדש. במסגרת יישומו של מתווה הגז במתכונתו המתוקנת מכרה המבקשת 1 חלק מאחזקותיה במאגר תמר. כמו כן התחייבו המבקשות

ורציו להשקיע במאגר לויתן את הסכומים הנדרשים לצורך השלמת פיתוחו של מאגר זה, הצפוי להפיק גז בשנים הקרובות.

בעקבות פסק הדין שניתן בבג"ץ מתווה הגז הגישו המבקשות ביום 20.4.2016 בקשה לסילוק בקשת האישור על הסף בטענה כי טענותיו של המשיב נדונו ונדחו בבג"ץ מתווה הגז וכי אין לשוב ולדון בהן. לחלופין טענו המבקשות כי עומדת להן ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) וגם מטעם זה דין בקשת האישור להידחות על הסף. המשיב 2 (היועץ המשפטי לממשלה) התייצב בהליך ותמך אף הוא בבקשה לסילוק על הסף ואילו המשיב, כצפוי, התנגד לה.

החלטתו של בית המשפט המחוזי

8. בדחתו את הבקשה לסילוק על הסף קבע בית המשפט המחוזי כי פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז אינו חוסם את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של גביית מחיר מונופוליסטי מופרז והוא הפנה בהקשר זה, בין היתר, אל דברי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין המצוטטים לעיל. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי בג"ץ מתווה הגז לא יצר השתק פלוגתא בעניין הוגנות מחירו של הגז, משום שלא התקיים דיון בשאלה זו וממילא לא נקבע בה כל ממצא פוזיטיבי. באשר לטענה כי בג"ץ מתווה הגז אישר את המתווה ומשכך אין לנהל הליך ייצוגי בנושא, ציין בית המשפט המחוזי כי על פי ההלכה הפסוקה קביעה של בית המשפט הגבוה לצדק לפיה לא מצא עילה להתערב בהחלטה או בפעולה מנהלית משום שאינה חורגת ממתחם הסבירות, אין בה בהכרח כדי לשלול את זכותו של מי שנפגע מאותו מעשה לתבוע פיצוי בגינו. עוד נדחתה הטענה כי מתווה הגז מונע הגשת תובענה ייצוגית בעילה של גביית מחיר מופרז. בית המשפט המחוזי עמד על כך שבהתאם למתווה ומכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים פטר ראש הממשלה בכובעו כשר הכלכלה את המבקשות 1-3 מהוראות מסוימות בחוק ההגבלים העסקיים, אך לא פטר אותן מהוראת סעיף 29א. בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי בעת שאושר המתווה כבר הייתה בקשת האישור נגד המבקשות תלויה ועומדת, ובכך יש כדי להעיד כי המתווה לא התכוון לחסום את האפשרות לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשות בעילה על פי סעיף 29א. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי העובדה שמחירי הגז נתונים בפיקוח במובן זה שהמבקשות נדרשות מכוח צו הפיקוח לדווח על רווחיות המחירים הנקבעים על ידן, אינה חוסמת את הדיון בבקשת האישור. בית המשפט ציין כי בענייננו מדובר בפיקוח מחירים במדרג הנמוך ביותר – דיווח על רווחיות ומחירים – וכי בהיעדר הוראה מפורשת המוציאה מתחולת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים בעל מונופולין שמחיריו

מפוקחים, אין לשלול על הסף את זכות התביעה בשל צו הפיקוח. לגישת בית המשפט המחוזי העובדה שמחירי הגז נתונים תחת פיקוח מסוים, מהווה אמנם שיקול בשאלת הוגנות המחיר אך אין לקבוע מראש בשלב מקדמי זה כי אין מדובר במחירים מופרזים רק משום שיש עליהם פיקוח. בית המשפט הוסיף ודחה את הטענה כי יש לסלק את בקשת האישור על הסף בשל ההגנה העומדת למבקשות על פי סעיף 6 לפקודת הנזיקין. המבקשות הסתמכו בהקשר זה על העובדה שההסכם נבחן ונבדק על ידי הרגולטורים השונים שאישרו אותו לאחר הכנסת התיקונים שאותם דרשו וכן על כך שמתווה הגז הסדיר את משק הגז הטבעי כולו. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי אישורי הרגולטורים שהמבקשות מפנות אליהן ניתנו בשלב שלאחר כריתת ההסכם עם חברת החשמל ואין בהם אמירה מפורשת בדבר היות מחיר הגז הוגן. עוד נקבע כי אישור מחיר הגז כחלק מסעיפי המתווה והסעיף במתווה שמאשר בדיעבד את החוזים שנחתמו בין המבקשות לצרכני גז טבעי, אינם מהווים אישור ברור להוגנות המחיר ואינם עילה לסילוק בקשת האישור על הסף. אך בית המשפט הוסיף כי המעורבות הרגולטורית במחיר הגז תישקל בעת בחינת השאלה בדבר הוגנות מחיר הגז לגופה. לבסוף נדחתה הטענה לפיה הדיון בבקשת האישור יביא לקריסת מתווה הגז ויגרום נזק למדינת ישראל בנימוק כי לא הובאה כל ראיה לתמיכה בטענה זו. בית המשפט המחוזי קבע כי ייתכן שבסופו של יום ייקבע כי יש לדחות את בקשת האישור וכי אין אפשרות סבירה שייקבע כי מחיר הגז בהסכם אינו הוגן ומהווה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי שבידי המבקשות, אך הוא הותר סוגיות אלה לבירור במסגרת הדיון בקשת האישור גופה ודחה, כאמור, את הבקשה לסילוקה על הסף.

טענות הצדדים

9. בבקשת רשות הערעור דנן עותרות המבקשות לבטל את החלטתו של בית המשפט קמא והן שבות וטוענות כי יש לסלק על הסף את בקשת האישור שהגיש המשיב נגדן. לטענת המבקשות לא ניתן לערוך בעניין מחיר הגז ביקורת שיפוטית נוספת על זו שנערכה בבג"ץ מתווה הגז, וכי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי אין קשר בין הקביעות בבג"ץ מתווה הגז לבין ההליך האזרחי דנן. לטענתן, משקבע בג"ץ כי החלטה רגולטורית הינה חוקית וסבירה לא ניתן לבחון מחדש את תוקפה של אותה אסדרה בדרך של תובענה ייצוגית. המבקשות שבות וטוענות כי הטענות שמעלה המשיב בבקשת האישור בנוגע להיותו של מחיר הגז מחיר מופרז כבר הועלו בדיון בבג"ץ מתווה הגז ולא נתקבלו על ידי בית המשפט ומשכך, לטענתן, בג"ץ מתווה הגז יצר השתק פלוגתא ביחס לאסדרת מחירי הגז הטבעי. אשר לדברי כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין בדבר האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של מחיר

מונופוליסטי מופרז לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, טוענות המבקשות כי מדובר באמרת אגב המתייחסת לתקופה עתידית שלאחר דילול האחזקות בתמר, ואין בה משום קביעה לפיה ניתן כבר כעת לבצע בחינה של הוגנות מחירי הגז.

10. המבקשות מוסיפות וטוענות כי להסכם עם חברת החשמל ולמחיר הגז שקבוע בו ניתנו אישורים רגולטוריים מראש על ידי רשות החשמל וכן על ידי רשות ההגבלים העסקיים וממשלת ישראל, וכי רשות החשמל אישרה את ההסכם ואת מחיר הגז שנקבע בו לאחר התייעצות עם הממונה על ההגבלים העסקיים אשר, כך לטענת המבקשות, סבר אף הוא כי מדובר במחיר סביר שאין להתערב בו. משכך טוענות המבקשות כי עומדת להם ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. המבקשות מדגישות כי האישורים הרגולטוריים להסכם עם חברת החשמל היוו תנאי לכניסת ההסכם לתוקף, ולטענתן שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי האישורים להסכם ניתנו בדיעבד. המבקשות מוסיפות וטוענות כי גם המתווה מהווה אישור רגולטורי להסכם שכן הוא אישר את ההסכמים שנכרתו טרם אישורו. המבקשות מלינות בהקשר זה על כך שבית המשפט המחוזי דן בטענותיהן בדבר הגנת הפטור מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין אף שאלה לא הועלו על ידן במסגרת הבקשה לסילוק על הסף אלא במענה לבקשת האישור גופה, בציינן כי שאלה זו "אינה טעונה הכרעה לצורך הבקשה לסילוק על הסף". המבקשות מוסיפות וטוענות כי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי הממשלה התכוונה לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בעילה של מחיר מונופוליסטי מופרז משלא ניתן להן פטור מסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים מכוח סעיף 52 לחוק. לטענתן, סעיף 29א כולל איסור על מכלול הפעולות המהוות ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לרבות איסור על גביית מחיר "טורפני" (נמוך). על כן, כך לטענתן, ככל שניתן כלל לייחס את האיסור שבסעיף 29א לחוק גם למחיר מופרז, לא הייתה אפשרות לפטור אותן מסעיף זה.

11. טענה נוספת שהעלו המבקשות היא כי בבג"ץ מתווה הגז נקבע מפורשות שלא ניתן להפריד בין רכיבי המתווה וכי ביטול של מרכיב אחד יביא לקריסת המתווה כולו, ומטעם זה בג"ץ אף הורה על ביטול המתווה כולו לאחר שהגיע למסקנה כי פסקת היציבות נקבעה בו בחוסר סמכות ודינה להתבטל. בהקשר לאסדרת המחירים טוענות המבקשות כי על פי מתווה הגז הן כבולות למחירי גג הנקבעים על ידי רשות החשמל בכל ההסכמים שבהן יתקשרו לאחר אישור המתווה. על כן, כך הן טוענות, המתווה מהווה הלכה למעשה מנגנון של פיקוח הדוק על מחירי הגז המסופקים על ידן.

12. היועץ המשפטי לממשלה מצטרף לטענותיהן של המבקשות וטוען אף הוא כי יש לדחות את בקשת האישור על הסף. לטענתו, מתווה הגז הוא הסדר שלם הכולל "איזון עדין בין הסמכויות הרגולטוריות השונות לאסדרת משק הגז", שבגדרו ניתן פיתרון לסוגיה "רב קודקודית". היועץ המשפטי לממשלה מוסיף כי ביטול חלקים מהמתווה עלול להוביל לקריסתו כמכלול על כל המשמעויות הכרוכות בכך למשק הישראלי, ולשיטתו האינטרס הציבורי מחייב את המסקנה כי אין מתקיימים בענייננו תנאי סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), קרי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההולמת לבירור הטענות שמעלה המשיב בבקשת האישור. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען כי משנקבע שאין להתערב בפרק המחירים במתווה הגז אין מקום לבחון כיום את סבירות מחיר הגז (בעבר, בהווה או בעתיד) במסגרת הליך אזרחי המתנהל בבית המשפט המחוזי והוא מדגיש כי במסגרת בג"ץ מתווה הגז הועלו טענות גם בנוגע למחיר שנקבע בחוזים קיימים ובנוגע לאישורו שניתן למחיר זה, אך טענות אלו נדחו ונקבע כי הן אינן מצדיקות התערבות בפרק המחירים של מתווה הגז.

13. המשיב מצידו סומך ידיו על החלטתו של בית המשפט המחוזי וטוען כי אין להתערב בה. לשיטתו, המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין קבע מפורשות כי בג"ץ מתווה הגז אינו מוציא את האפשרות לנהל תובענה ייצוגית בעילה הנוגעת למחיר מופרז של הגז ודי בכך כדי לדחות את הבקשה לסילוק על הסף. המשיב מוסיף וטוען כי בדין נפסק שקביעה לפיה מעשה מסוים הוא סביר ואינו מצדיק התערבות במישור המנהלי אינה מונעת ממי שנפגע מאותו מעשה לתבוע פיצויים נזיקיים בגינו. עוד טוען המשיב כי המבקשות התעלמו מכך שהעותרים בבג"ץ מתווה הגז ביקשו מפורשות שלא להכריע בשאלת סבירות מחירי הגז ולהותיר את בירורה של שאלה זו להליך האזרחי. כמו כן טוען המשיב כי מחירי הגז שנקבעו בהסכם עם חברת החשמל ושעליהם הוא מלין, לא אושרו במסגרת מתווה הגז. לטענת המשיב, העובדה שהממשלה קבעה במתווה כי היא לא תתערב בהסכמים קיימים אינה שווה ערך לקביעה לפיה המחיר שנקבע בהסכמים קיימים הוא מחיר הוגן וראוי. לפיכך, לגישתו, מתווה הגז אינו מונע דיון בבקשת האישור. עוד נטען כי גם האישורים שניתנו למחיר הגז שנקבע בהסכם עם חברת החשמל אינם חוסמים טענות בנוגע להוגנות המחיר מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין ומכל מקום, כך נטען, בוודאי שאין באישורים אלו כדי להצדיק דחייה של בקשת האישור על הסף והא ראיה שגם המבקשות טוענות כי לא כללו טענה זו במסגרת בקשת הסילוק על הסף. לטענת המשיב אין ממש בטענה כי המחיר ההסכמי שנקבע במשא ומתן עם חברת החשמל הוא מחיר מפוקח שכן הוא לא נקבע על ידי הרגולטור אלא על ידי המבקשות וחברת

החשמל, והוא מוסיף ומדגיש כי אין בפיו טענה כנגד תוקפו של המתווה וכי עניינה של בקשת האישור במחיר המונופוליסטי והמופרז, לגישתו, אשר נקבע בהסכם שבין המבקשות לחברת החשמל - זאת ותו לא. לשיטתו מתווה הגז כלל לא חל על הסכם זה וממילא בג"ץ מתווה הגז לא עסק בו או במחיר שנקבע על פיו. על כן אף לא נוצר בעקבות בג"ץ מתווה הגז השתק פלוגתא ביחס לטענה בדבר היותו של מחיר זה מחיר מונופוליסטי מופרז. המשיב טוען בהקשר זה כי אף לא אחד מארבעת התנאים שנקבעו בפסיקה להוכחתו של השתק פלוגתא מתקיים בענייננו. טענה נוספת שמעלה המשיב היא שמתווה הגז כלל אינו הסדרה רגולטורית אלא "הסכם פשרה" המשקף הסכמות שאליהן הגיעה הממשלה עם המבקשות ורציו. הסכמות אלה אינן מתירות להן לגבות מחיר מונופוליסטי מופרז ואין בהן משום אשרור של המחירים שנקבעו בהסכם עם חברת החשמל. המשיב מוסיף וטוען כי הממשלה לא קבעה במתווה הגז כי מי שנפגע מהמתווה או מהמחירים שנגבו לפני אישור המתווה לא יוכל להגיש תביעה נזיקית. אדרבא – לטענתו קבעה הממשלה מפורשות שאין לפטור את המבקשות מהוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים ומכאן הוא מבקש ללמוד כי היא הייתה מעוניינת לשמר לצרכנים את האפשרות לתבוע את המבקשות בגין גביית מחיר מונופוליסטי מופרז. לטענת המשיב, הממשלה יכולה להחליט כי היא אינה מפקחת על מחיר הגז אך היא אינה יכולה למחול על זכותם של הצרכנים להטיב את נזקיהם בהליך ייצוגי ואינה יכולה לקבוע כי הם אינם זכאים לפיצוי בגין נזקים שנגרמו להם כתוצאה מהתנהלותן של המבקשות, ככל שזו מפרה את הוראת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

בנוגע לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מוסיף המשיב וטוען כי היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול לטעון כיום שאין מקום להתיר תביעה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, משום שבדיון בבג"ץ מתווה הגז טען היועץ המשפטי לממשלה כי המתווה אינו חוסם תביעות כאלה וזאת כאחד הטעמים שאותם העלה לתמיכה בעמדתו לפיה אין להתערב במתווה הגז.

דיון והכרעה

14. המבקשות צודקות בטענתן כי בקשת האישור דנן היא חריגה בנוף בקשות האישור. אכן, מעטות – אם בכלל – הן בקשות האישור שהסעד המתבקש בהן הוא כה רחב במהותו ובהיקפו; שעניינן בתחום שבו מעורבות גורמי האסדרה הייתה כה רבה; ושהשלכותיהן האפשריות כה כבדות משקל. לכל אלה יש להוסיף את בג"ץ מתווה הגז שדן והכריע בנושא הקשור להליך דנן בקשר הדוק. מטעמים אלה ראיתי

לדון בבקשת רשות הערעור דנן כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. ואולם, לגופם של דברים ומן הטעמים שאפרט להלן, הגעתי אל המסקנה כי אין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי וכי דין הערעור להידחות.

טרם שאדרש לטענות השונות שהעלו הצדדים מן ראוי למקד את השאלה העומדת לדיון וזאת בעקבות הצגת הדברים הממוקדת של המשיב עצמו במסגרת תשובתו לבקשת רשות הערעור, בה ציין כי הוא "אינו תוקף את תוקפה וחוקיותה של החלטת הממשלה בעניין מתווה הגז [...]". [המשיב] טוען כי המחיר בו מוכרות המבקשות את הגז לחברת החשמל הוא מופרז" (סעיף 35 לתגובת המשיב). נוכח הצגת דברים זו נראה כי ניתן למקד את הדיון בסוגיית מחיר הגז שנקבע בהסכם שבין המבקשות לחברת החשמל ולהתייחס אל הסעדים שפורטו בבקשת האישור כסעדים הנוגעים להקשר זה בלבד. מיקוד נוסף הנדרש לצורך הדיון נוגע להוראות פרק המחירים של המתווה. כפי שכבר צוין אושר מתווה הגז על ידי הממשלה באוגוסט 2015, דהיינו כשלוש וחצי שנים לאחר חתימת ההסכם בין המבקשות לחברת החשמל. בסעיף 1(ג)(3) לפרק המחירים של המתווה נקבע כי "לגבי הסכמים שנחתמו עד למועד החלטת הממשלה יחולו ההסדרים הקבועים בהם לעניין המחירים ושיטת עדכונם". משהוציא המתווה מתחולת הוראותיו לעניין המחירים ושיטת עדכונם את ההסכמים שנחתמו עד החלטת הממשלה המאשרת אותו, אין תחולה להוראות אלה שבפרק המחירים על ההסכם בין המבקשות וחברת החשמל. לכן, הוראות אלה אינן רלבנטיות לענייננו והטענות שהעלו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה בנוגע אליהן ולהיקף הפיקוח על המחירים במשק הגז הנוצר מכוחן, אינן צריכות לעניין.

מכאן אפנה לבחון את הטענות שהעלו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה לתמיכה בעמדתם לפיה יש לדחות את בקשת האישור על הסף.

היחס בין פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז להליך הייצוגי

15. הבקשה לסילוק על הסף הוגשה בעקבות פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז. המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה טוענים כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי בג"ץ מתווה הגז אינו חוסם את בירורה של בקשת האישור ולגישתם קם מכוח פסק דין זה השתק פלוגתא בשאלה האם מחיר הגז הטבעי הוא מחיר בלתי הוגן הנוגד את האיסור הקבוע לעניין זה בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. עוד נטען כי בקשת האישור מהווה תקיפה עקיפה של אסדרת משק הגז אף שהדיון בסוגיה זו מוצה בבג"ץ מתווה הגז ולגישת המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה אין מקום לאפשר זאת.

טענות אלה דינן להידחות.

השתק הפלוגתא הוא ראש אחד של הכלל הדיוני בדבר "מעשה בית דין" ולפיו לא ניתן לשוב ולדון בפלוגתא שכבר נדונה והוכרעה בהתדיינות קודמת בין בעלי דין אף אם עילות התביעה שונות זו מזו בכל אחת מן ההתדיינות, וזאת משיקולי יעילות ועל מנת למנוע הכרעות סותרות בפסקי דין שונים (נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 137 (1991) (להלן: זלצמן)). הפסיקה קבעה ארבעה תנאים מצטברים אשר בהתקיימם יחול הכלל בדבר השתק פלוגתא: א. הפלוגתא זהה מבחינה עובדתית ומשפטית לפלוגתא שנדונה בהליך הראשון; ב. הפלוגתא הוכרעה בהליך הראשון ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; ג. הממצא שנקבע בהליך הראשון היה חיוני להכרעה בה; ד. קיימת זהות (או "קרבה משפטית") בין בעלי הדין בשני ההליכים (ראו: ע"א 9211/09 איזוטסט בע"מ נ' ד"ר דריזין, בפסקה 10 (4.7.2012) וההפניות שם (להלן: עניין איזוטסט); ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעיד, בפסקה 18 (15.12.2011) וההפניות שם (להלן: עניין סעיד); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 201-202 (מהדורה שתיים עשרה, 2015) (להלן: גורן). ראו והשוו: זלצמן, בעמ' 141). בכל הנוגע לתנאי הראשון נפסק כי אין די בדמיון בין שתי הפלוגתאות ונדרש כי תתקיים "זהות של ממש" ביניהן (רע"א 10353/05 צרפתי צבי בע"מ נ' עיריית מודיעין, בפסקה ו' (17.8.2006); גורן, בעמ' 202; זלצמן, בעמ' 147). אשר לאפשרות שפסק דין שניתן בעתירה לבג"ץ ייצור השתק פלוגתא בהליך אזרחי – כנטען בענייננו – נפסק כי ככלל אין מניעה להחיל כלל זה (להבדיל מהשתק עילה) על מקרים כאמור (עניין איזוטסט, בפסקה 10; גורן, בעמ' 202), ואולם יש לבחון האם, בשים לב להבדלים בין סדרי הדין בהליכים השונים, התאפשר לבעלי הדין להעלות את הטענות הרלבנטיות במסגרת עתירתם לבג"ץ והאם נערך הבירור העובדתי הנדרש (עניין סעיד, בפס' 18).

משראינו כי אין מניעה עקרונית להחלת הכלל של השתק פלוגתא בהליך אזרחי במקרים שבהם פסק הדין הראשון ניתן בהליך של עתירה לבג"ץ, יש לבחון האם בנסיבות המקרה שלפנינו אכן קם בעקבות פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז השתק פלוגתא ביחס להליך דגן.

16. הפלוגתא העולה בענייננו נוגעת לשאלה האם מחיר הגז שנקבע בהסכם שבין המבקשות לחברת החשמל הוא מחיר מופרז המהווה ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי שבידי המבקשות. לא זו השאלה שעמדה לדיון בבג"ץ מתווה הגז, בו נבחנה תקינותו של המתווה כמכלול על פי אמות מידה וכללים של המשפט המנהלי.

אמנם, ביקורת שיפוטית זו התייחסה, בין היתר, לפרק המחירים של המתווה. אך כפי שפורט לעיל, היא נגעה בעיקרה להסדרה שנקבעה במתווה באשר להסכמים שבהן תוכלנה המבקשות להתקשר עם צרכני הגז הטבעי לאחר אישור המתווה על ידי הממשלה ולמחירים שיעוגנו באותם הסכמים, ואילו ההסכם עם חברת החשמל נחתם כזכור טרם אישור המתווה ועל כן חלה לגביו הוראת המעבר שנקבעה במתווה וזו לא נדונה בבג"ץ מתווה הגז. יתירה מכך, גם באשר למחירים שיסוכמו בעתיד סבר בית המשפט כי סוגיה זו אינה מצדיקה התערבות וכי "מדובר בנושא כלכלי מובהק, אשר המומחיות בו מסורה לגורמי המקצוע. אמנם, מתפקידנו לבחון את סבירות ההחלטה, אך כפי שצינו מעלה, כאשר מדובר בעניינים כלכליים גרידא המצויים בליבת שיקול דעתם של גורמי המקצוע, התערבותנו תהא מצומצמת במיוחד" (בג"ץ מתווה הגז, בעמ' 63). משכך הטענה בדבר השתק פלוגתא שהעלו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה אינה צולחת ולו את התנאי הראשון הנדרש בהקשר זה והוא - כי תתקיים זהות של ממש בין הפלוגתאות אשר נדונו בשני ההליכים. התנאי השני הנדרש אף הוא אינו מתקיים בענייננו, שכן בבג"ץ מתווה הגז לא נבחן מחיר הגז שנקבע בהסכם עם חברת החשמל וממילא לא נקבע לגביו כל ממצא פוזיטיבי. למותר לציין כי קביעת ממצא פוזיטיבי כזה באשר להוגנות המחיר מצריכה בחינה של נתונים כלכליים-חשבונאיים והסתייעות בחוות דעת כלכליות, וככלל, האכסניה המתאימה לבחינת כל אלה היא ההליך האזרחי (ראו והשוו: עניין סעידי, בפס' 18; כן ראו מבחני העזר שפרסמה הרשות להגבלים עסקיים בהקשר זה ובהם: הפער שבין מחיר המוצר לעלות ייצורו, ניתוח הרווחיות של בעל המונופולין והשוואות למחירי מוצרים דומים או לפירמות דומות באזורים אחרים - גילוי דעת 1/17 של רשות ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017), פורסם באתר רשות ההגבלים העסקיים).

טענת המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה כי בג"ץ מתווה הגז הקים השתק פלוגתא בסוגיה שהועמדה לדיון בבקשת האישור, דינה אפוא להידחות.

17. טענה נוספת שהעלו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה היא כי לא ניתן לתקוף את מתווה הגז ב"תקיפה עקיפה" לאחר שזה נבחן בדרך של תקיפה ישירה בפני בג"ץ, ובג"ץ לא מצא להתערב בפרק המחירים הכולל, בין היתר, את הוראת המעבר המתייחסת להסכם שבין המבקשות לחברת החשמל.

טענה זו אף היא דינה להידחות.

פעולה מנהלית שאדם מבקש להלין עליה מצריכה, ככלל, פנייה לטריבונל המינהלי המוסמך. עם זאת ניתן להעלות טענות נגד פעולה מנהלית גם במסגרת הליך שלא הוגש בפני טריבונל כאמור ואינו תוקף את הפעולה המנהלית ישירות, מקום שבו סוגיית תוקפה של אותה פעולה מנהלית עשויה להשפיע על תוצאת הליך (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד' 167-168 (2017) (להלן: ברק-ארז). זוהי – בתמצית רבה – מהותה של 'התקיפה העקיפה' וכבר נפסק כי תקיפה עקיפה אפשרית גם במסגרת הליך של תובענה ייצוגית (ברק ארז, בעמ' 181-184; רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, בפס' 27 (26.04.2010) (להלן: עניין קו מחשבה)). בענייננו אין מדובר ב'תקיפה עקיפה' במונח הרגיל, שכן בקשת האישור שהגיש המשיב בשנת 2014 לא תקפה מעשה מנהלי כלשהו אלא הלינה על כך שהמבקשות, שהינן גופים פרטיים אשר הוכרזו כמונופול בתחום אספקת הגז הטבעי, מנצלות לרעה את מעמדם זה וגובות מחיר מופרז בעבור הגז הנמכר על ידן לחברת החשמל. באותו שלב טרם בא לעולם מתווה הגז ועל כן, יש צדק בטענת המשיב כי התקיפה כוונה מלכתחילה אל ההסכם שנקשר בין המבקשות לחברת החשמל בשל המחיר שנקבע בו. עם זאת טענת המשיב לפיה המתווה אינו רלבנטי כלל להכרעה בשאלות שמעוררת בקשת האישור, אינה יכולה לעמוד וזאת בהינתן העובדה שבעוד בקשת האישור תלויה ועומדת גובש מתווה הגז ובו הוראת המעבר המשמרת את תנאיו של ההסכם האמור.

על כן, ברי כי במסגרת הדיון בבקשת האישור יש לבחון רכיב זה של המתווה במכלול בהיותו חלק בלתי נפרד מן הפסיפס המרכיב את המתווה. זאת בייחוד בהינתן טענת המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה כי מדובר ברכיב מרכזי של המתווה וכי אם יחול בו שינוי יקרוס המתווה כולו. בחינת המתווה במכלול מצריכה התייחסות גם לסוגיית הפטורים על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים שנכללה בו ולשאלה מה משמעות יש לייחס לעובדה כי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים לא נכלל בחמשת הפטורים הנזכרים בהקשר זה במתווה. בית המשפט המחוזי סבר כי היעדרו של פטור על פי סעיף זה מן המתווה, בייחוד בהינתן העובדה כי באותו שלב הייתה בקשת האישור תלויה ועומדת, מלמד כי הממשלה סברה שאין לחסום הליכים הנוגעים למחיר בלתי הוגן המהווה ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי שבידי המבקשות. בערעור שבפנינו טוענים המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה כי לא זו הסיבה לאי-מתן הפטור מסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. לגישתם ככל שניתן כלל לייחס את האיסור שבסעיף 29א למחיר מופרז, אי מתן הפטור ממנו נובע מכך שהסעיף מקיף איסורים שונים החלים על בעל מונופולין לנצל לרעה את כוחו המונופוליסטי, למשל באמצעות גביית מחיר "טורפני" הנמוך מן המחיר התחרותי. גישה זו מעוררת קושי בהינתן העובדה שסעיף 52 על פי לשונו אינו מונע מתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים

"כולן או מקצתן". על כן, יכולה הייתה הממשלה - אילו מצאה זאת לנכון - לפטור באופן קונקרטי את המבקשות (ורציו) מהאיסור על גביית מחיר מופרז, ומשלא עשתה כן אין לי אלא להסכים עם בית המשפט המחוזי כי הדבר עשוי ללמד על כוונת הממשלה שלא לחסום את המשך בירורה של בקשת האישור.

18. העובדה שהפטור מכוח סעיף 52 לא כלל את סעיף 29א אף צוינה כאחד הנימוקים אשר בגינם דחה בית משפט זה בבג"ץ מתווה הגז את טענות העותרים באשר לחוסר הסבירות של הוראות המתווה הנוגעות להפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים (ראו: בג"ץ מתווה הגז, בעמ' 47). יתירה מכך, כמצוטט לעיל בפסקה 6, פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז הזכיר מפורשות את האפשרות לנקוט בהליך ייצוגי המעוגן בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים והנוגע לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר מופרז (בג"ץ מתווה הגז, בעמ' 66), והמשיב נסמך על כך בטיעוניו. מנגד טענו המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה כי האמור שם מכוון לעתיד לבוא ולמחירים שייקבעו לאחר דילול האחזקות במאגר תמר ובית המשפט המחוזי לא שלל לחלוטין את עמדתם זו (ראו: פסקה 13 להחלטתו). אני סבורה כי בין אם הדברים כווננו לעתיד לבוא ובין אם לאו, מכל מקום אין בבג"ץ מתווה הגז כל קביעה השוללת את המשך ניהול בקשת האישור בסוגיית המחיר הנוגעת להסכם עם חברת החשמל, שכבר הייתה תלויה ועומדת בעת שניתן פסק הדין בבג"ץ. על כן, סוגיית הסילוק על הסף אינה קמה ונופלת על דבריו של המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין בהקשר זה.

הגנת הפטור מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין

19. בפתח הדברים ראיתי לשוב ולהזכיר בהקשר זה של הגנת הפטור הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין את המדיניות השיפוטית הנוהגת, ככלל, לעניין בקשות לסילוק על הסף. על פי מדיניות זו אין לסלק תביעה על הסף אלא "במקרים קיצוניים ויוצאי דופן" (ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, בפסקה י"ב-י"ד (4.6.207); גורן, בעמ' 342). כמו כן ראוי להזכיר את הגישה המצמצמת עוד יותר הנוהגת בהקשר זה בכל הנוגע לסילוק על הסף של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, דוגמת ההליך דנן. אכן, ההליך הערעורי שבפנינו נוגע לשלב דיוני שהינו מקדמי שבמקדמי - בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהיא עצמה הליך מקדמי, וכפי שצוין לעיל המדיניות השיפוטית שהותוותה לעניין בקשות כאלה היא ברורה ונוקשה ולפיה "למעט במקרים חריגים [...] אין לדון בטענות סף נגד אישור התובענה הייצוגית בגדר הליך של בקשה לסילוק

על הסף, אלא בגדר הבקשה לאישור עצמה" (ראו: ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, בפסקה 5 (20.7.2010) וההפניות שם). עוד נפסק כי בית המשפט ייעתר לבקשת סילוק "אם בכלל, במקרים חריגים וקיצוניים שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה [לאישור תובענה ייצוגית] ולא כלום", קרי כאשר בקשת האישור היא על פני הדברים "בקשת סרק" (רע"א 8332/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001); רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' קדמי, בפסקה 5). כך, בעוד שבמסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בית המשפט לבחון האם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות שמעוררת התובענה יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות), בבקשה לסילוק על הסף על בית המשפט לבחון האם מדובר בבקשת סרק שאין בה ולא כלום. באותה רוח ועל פי אותה גישה נפסק כי יש לנקוט יד "קפוצה" כאשר לבקשות רשות ערעור על החלטה הדוחה בקשה לסילוק על הסף של בקשת אישור, כבעניינו, ובאופן כללי "יש לשקול בקשת רשות ערעור [...] רק אחרי שבית המשפט המחוזי הכריע בבקשה לאישור התובענה כייצוגית" (רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, בפסקה י"ח (23.11.2010)).

20. האם במקרה דנן ניתן לומר על פני הדברים וללא צורך בחקירה ודרישה נוספים כי קמה ועומדת למבקשות הגנת הפטור הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין עד כי יש הצדקה לסלק את בקשת האישור על הסף מטעם זה? לאחר שעיינתי בטענות הצדדים ובאסמכתאות הרלבנטיות, הגעתי לכלל מסקנה כי בשלב זה לא ניתן לקבוע במידת הוודאות הנדרשת כי אכן עומדת למבקשות על פני הדברים הגנת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין. על כן, אני סבורה כי ההכרעה בסוגיה זו ראוי לה כי תיפול במסגרת בקשת האישור עצמה לאחר בירור השאלות הצריכות לעניין זה.

כפי שצוין לעיל, היו אלה המבקשות עצמן אשר הלינו בבקשת רשות הערעור על כך שבית המשפט המחוזי ראה לדון בסוגיית הגנת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין במסגרת הבקשה לסילוק על הסף. לטענתן בית המשפט עשה כן "מיוזמתו" וזאת למרות שהטענה בדבר הגנת הפטור על פי סעיף 6 לפקודת הנזיקין הועלתה על ידן במסגרת התשובה לבקשת האישור גופה ולא במסגרת הבקשה לסילוק על הסף. למען הדיוק יצוין כי מקומה של הגנת הפטור האמורה לא נפקדה לחלוטין מהבקשה לסילוק על הסף. היא הועלתה שם אם כי בשפה רפה (סעיף 41 לבקשה לסילוק על הסף). אך הגישה לפיה המקום לברר טענה זו הוא במסגרת הדיון בבקשת האישור, מקובלת עליי. על כן אסתפק בהערות ספורות בלבד לעניין זה בלא לטעת בו כל מסמרות.

21. סעיף 6 לפקודת הנזיקין קובע כי:

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

הנה כי כן, סעיף זה מקנה לנתבעים בנזיקין – למעט בעוולת הרשלנות – פטור מפני אחריות נזיקית אם מעשה העוולה הנטען היה בהתאם לחוק או שהם האמינו בתום לב כי ניתנה להם הרשאה חוקית לעשותו. תכליתו של הסעיף ברורה וכפי שנפסק "לא יעלה על הדעת לקבוע, כי פעולה על-פי חיקוק הינה בלתי סבירה ובלתי מקובלת, אלא אם כן תימצא התקנה עצמה, שמכוחה נעשתה אותה פעולה, בלתי סבירה ובלתי מקובלת" (רע"א 6567/97 בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת, פ"ד נב(2) 713, 717 (1998)). עוד נפסק, כי סעיף זה יחול לא רק ביחס לעוולות הקבועות בפקודת הנזיקין אלא גם בחיקוקים אחרים ובכללם חוק ההגבלים העסקיים (ראו: עניין קו מחשבה, בפס' 11-13; דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ 385 (11.08.2003)). גבולותיו של הפטור שמקנה סעיף 6 מתעצבים בפסיקה של השנים האחרונות בעיקר על רקע הליכים ייצוגיים בנושאים שונים. כך נפסק כי גוף שפעל בפיקוח הדוק ובדיאלוג מתמשך עם הרשות, תעמוד לו ההגנה הקבועה בסעיף 6 (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתי, בפס' 57 (9.12.2015), אך פעולה שנעשתה בעקבות עמדה שהציגה רשות בהליך של פרה-רולינג לא תקנה מינה וביה פטור מאחריות בנזיקין (ע"א 4154/14 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, בפס' 28-33 (16.5.2017)). לאחרונה נפסק עוד כי לצורך תחולת הפטור שבסעיף 6 לא די בכך שרשות מודעת לפרקטיקה כלשהי ואינה מונעת אותה, וכי כאשר מדובר בפעולות חריגות ונדירות אשר "שום אדם אינו יכול להאמין בתום לב כי [הן חוקיות]", גם מתן היתר מרשות לא יקנה פטור מאחריות נזיקית (ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ, בפס' 30-31 (3.7.2017)).

22. בענייננו, ההסכם של המבקשות עם חברת החשמל נבחן על ידי רשות החשמל שהחליטה להכיר בעלויות רכישת הגז שנקבעו בו. כמו כן נבחן ההסכם על ידי רשות ההגבלים העסקיים שהעניקה לצדדים פטור מהסדר כובל ביחס אליו וממשלת ישראל אישרה אותו אף היא. שלושת האישורים, שניתנו כשלושה חודשים לאחר שנחתם ההסכם, היוו תנאי לכניסתו לתוקף בהתאם לסעיף 2.1.3 הקבוע בו. בעקבות ההערות של רשות החשמל ורשות ההגבלים העסקיים אף נערכו בהסכם תיקונים. על כן שגה

בית המשפט המחוזי בקובעו כי "כל אישורי המאסדרים שה[מבקשות] טוענות להם ניתנו בשלב מאוחר בהרבה להסכם [...]", וכי "קשה לטעון כי מראש סברו בעלי החוזה כי קיימת הרשאה חוקית למחיר". בהינתן העובדה כי מדובר באישורים שהיוו, כאמור, תנאי לכניסתו של ההסכם לתוקף וכן בהינתן העובדה כי המחיר שאותו תוקפת בקשת האישור נקבע באותו הסכם, מן הראוי כי בית המשפט יבחן במסגרת הדיון בבקשת האישור האם, כטענת המבקשות והיועץ המשפטי לממשלה, עומדת למבקשות הגנת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין מכוח אישורים אלה.

בחינה זו מצריכה בירור עובדתי באשר לשיקולים ולטעמים שעמדו ביסוד אותם האישורים וכן באשר לבדיקות שנעשו במסגרת זו בכל הנוגע למחיר שנקבע בהסכם (רע"א 8155/12 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יסעור, בפסקה 4 (29.12.2013)). ויודגש - האמור לעיל אין בו כמובן כדי לייתר סוגיות נוספות וכבדות משקל שיהא על בית המשפט המחוזי להידרש אליהן במסגרת בקשת האישור ובכללן, למשל, השאלה העקרונית שטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה - האם גם מחיר גבוה שמונופול גובה הוא "מחיר בלתי הוגן" כמשמעות הדבר בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים (רע"א 2616/03 ישראל כרס בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 712 (2005)), או שמא רק מחיר נמוך ("טורפני").

23. סיכומם של דברים - מן הטעמים שפורטו לעיל אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהחזיר את הדיון אל בית המשפט המחוזי על מנת שידון בבקשת האישור לגופה. המבקשות ישלמו למשיב שכר טרחת עורך דין בערעור בסך 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את הסכמתי לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות, על נימוקיה.

ש ו פ ט ת

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת א' חיות, ולנימוקיה. חברתי שרטטה את גבולות השאלה העומדת להכרעתנו ובעניין זה ראיתי להדגיש, מפאת חשיבותן, שתיים מהקביעות: ראשית הובהר, כי הסעדים שהתבקשו בגדרי הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נוגעים למחיר הגז שנקבע בהסכם בין המבקשות לבין חברת החשמל, לפני שהתקבלה החלטת הממשלה בדבר אישור מתווה הגז בחודש אוגוסט 2015 (להלן: ההסכם ומתווה הגז). שנית, מתווה הגז קבע, בין היתר, הוראת מעבר לעניין תחולת הוראות המתווה שלפיה לגבי הסכמים שנחתמו עד למועד החלטת הממשלה האמורה יחולו ההסדרים הקבועים בהם לעניין המחירים ושיטת עדכונם (סעיף 1(ג)(3) לפרק המחירים של מתווה הגז; להלן: הוראת התחולה), ובכך למעשה חריג את ההסכם מתחולת הוראותיו של המתווה (פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). בנתון לתיחום האמור של הסוגיה שלפנינו, אני מקבל את העמדה כי בבג"ץ מתווה הגז נבחן המחיר שנקבע בהסכם והוראות עדכונן אך בשל הוראת התחולה האמורה (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016) (לעיל ולהלן: בג"ץ מתווה הגז)). הוראת התחולה, כמו גם ההסדרים הפרטניים שנקבעו בהסכם, לא נדונו בפסק דיננו, אף לא באופן כללי, ולכן אף אני סבור כי לא ניתן לקבוע כי פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז חוסם על הסף את בירורה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שלפנינו, בה נטען כי המחיר שנקבע בהסכם הוא מחיר מופרז ובלתי הוגן. השאלה המכרעת אינה אם הוראת התחולה המפנה להסדרים שנקבעו בהסכם היא חלק ממתווה הגז, אלא אם במסגרת פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז נדון מחיר הגז שנקבע בהסכם באופן המונע את בירור ההליך הייצוגי, והתשובה לכך היא כאמור, בשלילה. לכך יש להוסיף, כפי שהראתה חברתי בחוות דעתה, כי אין בפסק הדין בבג"ץ מתווה הגז קביעה השוללת את האפשרות לברר את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה עסקינן (פסקה 18 לחוות דעתה). לדברים אלה אני מצטרף, וזאת בנתון להנחת המוצא, שלפיה תקיפת המחיר בהליך הייצוגי שלפנינו נוגעת אך למחיר שנקבע בהסכם.

וזאת יש לזכור: ענייננו בהשגה המכוונת כלפי החלטה שלא לדחות על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בשים לב למסגרת הדיונית האמורה ולגישה המקובלת בפסיקתנו, המצרה את תחום המקרים שבהם ייעתר בית המשפט לבקשות לסילוק על הסף בהליכים מעין אלה, סבורני כי טענות הסף שהעלו המבקשות ראוי שיידונו במסגרת בירור הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עצמה. דברים אלה אמורים אף בקשר לטענת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה בחינת הוראת התחולה בעניין ההסכם לא

יכולה להיות מוגבלת אך לנדבך זה והיא עשויה לחתור תחת המתווה כמכלול. מבלי לקבוע מסמרות בעניין זה, מסכים אני עם עמדתה של חברתי שלפיה מארג ההוראות של המתווה – ובכלל זאת, מה שלא נכלל בו (פטור מהוראת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לפי סעיף 52 לחוק זה), אינו מעיד על כוונה לחסום את בירורן של הטענות בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בענייננו (שהייתה, כזכור, תלויה ועומדת בעת קבלת החלטת הממשלה על אימוץ מתווה הגז). די בכך, בשלב הדיוני הנוכחי, כדי לקבוע כי גם טענה זו אינה מספיקה לצורך סילוק על הסף של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית במקרה דנן.

בצד דברים אלה אעיר כי אני מצטרף לקביעתה של השופטת א' חיות כי על בית המשפט המחוזי לבחון אם קמה למבקשות הגנת הפטור בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] בהתאם לנסיבות שיוצגו לפניו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ח' בתשרי התשע"ח (28.9.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט