

1. מפלגת העבודה הישראלית, מס' תאגיד 599000015
2. ח"כ איתן כבל, יו"ר ועדת הכלכלה
3. ח"כ שלי יחימוביץ'
4. ח"כ פרופסור מנואל טרכטנברג
כולם ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע (מ.ר. 16611) ו/או חגי קלעי (מ.ר. 63335)
מרח' מבוא חוגלה 6/3, מבשרת ציון, 9078931
טלפון: 02-6713883, פקס: 02-6713735

העותרים

נגד

1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה ושר הכלכלה, בנימין נתניהו
3. שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, יובל שטייניץ
4. שר האוצר, משה כחלון
5. היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין
6. הממונה על ההגבלים העסקיים
7. הממונה על ענייני הנפט
8. הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל)
משיבים מס' 1-8 כולם ע"י מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 97110
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011
9. נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד, חברת חו"ל מס' 560017162
מגדלי אבא אבן, בנין C, שדרת אבא אבן 10, הרצליה, 46725
טלפון: 09-9516565, פקס: 09-9516050
10. דלק קידוחים - שותפות מוגבלת, מס' 550013096
שדרת אבא אבן 12, הרצליה, 46725
טלפון: 09-9712424, פקס: 09-9712425
11. אבנר חיפושי נפט, שותפות מוגבלת מס' 550011340
שדרת אבא אבן 12, הרצליה, 46725
טלפון: 09-9712424, פקס: 09-9712425
12. ישראלמקו-נגב 2, שותפות מוגבלת מס' 550010003
גרניט 8, קרית-אריה, פתח-תקוה, 49514
טלפון: 03-9229225, פקס: 03-9229255
13. דור חיפושי גז, שותפות מוגבלת מס' 550209795
יורופארק יקום, בנין צרפת, יקום, 60972
טלפון: 09-9618504, פקס: 09-9618636
14. רציו חיפושי נפט (1992) – שותפות מוגבלת, מס' 550012777
יהודה הלוי 85, תל-אביב, 65796
טלפון: 03-5661338, פקס: 03-5661280

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, אם רצונם בכך:

1. מדוע לא יקבע כי החלטת ממשלת ישראל מס' 476, מיום 16 באוגוסט 2015, שכותרתה "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר", ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי "לויתן", "כריש" ו-"תנין" ושדות גז טבעי נוספים" (להלן – "החלטת הממשלה מס' 476", "המתווה" או "מתווה הגז"),

בטלה וכן כי כל פעולה או מעשה מכוחה בטלים;

ולחילופין, מדוע לא יקבע כי מעמדה הנורמטיבי של החלטת הממשלה מס' 476 (ככל שיקבע כי חלק מסעיפיה בטלים) היא בגדר התווית מדיניות, שאינה עולה כדי הבטחה מנהלית או חוזה, ואין בה כדי לכבול או להגביל את שיקול הדעת של רגולטורים, רשויות מוסמכות והממשלה (לרבות ממשלות עתידיות);

2. וכן מדוע לא יקבע כי החלטת שר הכלכלה (המשיב מס' 2) מיום 17 בדצמבר 2015, למתן פטורים להגבלים עסקיים לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (כפי שפורסמה בילקוט הפרסומים מס' 7169, עמ' 2092, ביום 22 בדצמבר 2015) (להלן – "החלטות הפטור"), בטלה;

3. מדוע לא יקבע כי המשיבים או מי מכוחם או מטעמם, אינם רשאים לעשות כל פעולה או מעשה לביצוען או לישומן של החלטת הממשלה מס' 476 ו/או החלטות הפטור;

נוכח חשיבות העניין, שלא ניתן להפריז בה, ומטעמים של יעילות דיונית, יתבקש בית המשפט הנכבד לאחד הדיון בעתירה זו, יחד עם ההליכים האחרים שעניינם החלטת הממשלה מס' 476, והם (למיטב ידיעת הח"מ) בג"צ 4374/15, 7588/15 ו-8747/15, שהדיון בהם נקבע לתאריך 3 בפברואר 2016, בפני הרכב מורחב, ולהורות למשיבים להגיש תשובה לעתירה עובר למועד הדיון.

יצוין כי יחד עם עתירה זו מוגשת בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים, ובית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צווים כמבוקש שם.

הח"מ נטלו על עצמם להכין עתירה זו ולייצג בה את העותרים בהתנדבות וללא תמורה – וזאת מתוך הכרה במשמעותה החריגה עבור הציבור כולו ובחשיבותן הייחודית של הסוגיות העומדות להכרעה בפני בית משפט נכבד זה בעניינים מושא עתירה זו. בהכנת העתירה סייעו גם אחרים¹ נוכח מורכבותה והיקפה היחודי.

ואלה נימוקי העתירה:

עיקרי הטענות – ממעוף הציפור

קודם שניגש להצגה פרטנית וסדורה של התשתית העובדתית ולאחריה של הניתוח המשפטי הנובע ממנה, נציג ממעוף הציפור את עיקרי הדברים – כדי לסייע למקד ולהכווין הקורא.

עתירה זו מעלה שורת סוגיות משפטיות הטעונות בירור והכרעה משפטית, העוסקות בהחלטת הממשלה מס' 476 – הסוגיות שנכללו בה ואלו שלא נכללו בה, וכן בהחלטות הפטור.

החלטת הממשלה מס' 476, מיום 16.08.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/1.

הסוגיות העיקריות הטעונות בירור והכרעה הן:

1. תוקפה, מהותה ומעמדה המשפטי של החלטת הממשלה מס' 476 – ובהקשר זה יטען כי ההחלטה בטלה ולחילופין ולכל היותר, יש לראות ברכיבים בהחלטת הממשלה שאינם בטלים כהתווית מדיניות בלבד, שאינה יוצרת "התחייבות שלטונית" או "חוזה" ואינה מקימה חבות

¹ המשפטן תומר קרמרמן סייע בכתיבת חלקים מן התשתית העובדתית.

- בדין בישראל או מכוח התחייבויותיה הבינלאומית של מדינת ישראל ;
2. תוקפם של ההסדרים שעוצבו בגדר החלטת הממשלה מס' 476 – ובהקשר זה יטען כי ההסדרים שנקבעו בהחלטה בטלים מהטעם שהממשלה נעדרת כל הסמכה שבדין להתקינם, נוכח הפגמים הפרוצדורליים החמורים שנפלו בהליך קבלתם היורדים לשורש העניין, וגם נוכח היותה נגועים בחריגה קיצונית ממתחם הסבירות הפרוצדורלית והמהותית כאחד ;
3. היחס שבין החלטת הממשלה מס' 476 לבין סמכויות רגולטוריות הנתונות לרגולטורים ורשויות אחרות – ובהקשר זה יטען כי לממשלה אין כל סמכות לכבול את שיקול דעתם של רשויות מנהליות בהפעלת סמכותן על פי דין, וכי לממשלה אין כל סמכות לכבול או לצמצם את שיקול דעת הכנסת (וחופש החקיקה שלה) ובתי המשפט ;
4. מעמדם המשפטי של ה-"חיובים" שהוטלו על המחזיקים בחזקות במאגר הגז הטבעי "תמר" ו-"לווינת" ומהן הדרכים לאכיפתם, ככל שיש דרכים כאלו ;
5. הפירוש הנכון של הוראת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים" או "חוק ההגבלים העסקיים"), בכלל ותוך התייחסות לסוגיות הבאות: – האם ההוראה מאפשרת מתן פטור בדיעבד? האם ההוראה שוללת פליליות של מעשה עליו ניתן הפטור? האם כוחה של ההוראה יפה לשלול פליליות של מעשה עליו ניתן פטור בדיעבד? מהן המגבלות מבחינת הפעלת הסמכות – פרקי זמן ומהות?
6. האם נתקיימו התנאים להפעלת הסמכות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים והאם הסמכות הופעלה בסבירות ומידתיות?

א. הצדדים לעתירה

העותרים

7. העותרת מס' 1 היא מפלגה רשומה המיוצגת בכנסת (סיעת "המחנה הציוני") אשר פועלת להגשמת ערכי צדק חברתי ומנהל תקין, ואף התחייבה במצע הבחירות שלה לפעול לפירוק מונופול הגז, ואשר חלק מחברות וחברי הכנסת הנמנות עליה פועלים מזה מספר שנים בכל הנוגע לשימוש ההוגן במשאב הגז הטבעי, ולאסדרת והסדרת משק הגז הטבעי של מדינת ישראל.
8. העותר מס' 2 הוא חבר הכנסת ויו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת (להלן: "ועדת הכלכלה"), אשר ניהל את הליך ההיוועצות הסטטוטורי לצורך הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים.
9. העותרת מס' 3 היא חברת הכנסת, המלווה שנים ארוכות את הדיון הפרלמנטרי וכן את המאבקים הציבוריים הנוגעים לאסדרת משק הגז הטבעי בישראל.
10. העותר מס' 4 הוא חבר הכנסת ופרופסור לכלכלה, אשר עמד בראש המועצה הלאומית לכלכלה, והשתתף בהליך ההיוועצות לצורך הפעלת ס' 52 לחוק ההגבלים בוועדת הכלכלה.

המשיבים

1. המשיבה מס' 1, ממשלת ישראל היא הרשות המבצעת של המדינה, כהוראתו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. המשיבה מס' 1 היא שנושאת באחריות קולקטיבית למעשיה ומחדליה שר משריה ולביצועה של חקיקת הכנסת המוטלת על המדינה.

2. המשיב מס' 2 הינו ראש הממשלה הממלא באופן זמני את מקומו של שר הכלכלה (וכן מחזיק בתיקי החוץ, הפנים, התקשורת ושיתוף פעולה אזורי) המוביל ומנווט את הממשלה. הוא אשר הורה לראש המועצה הלאומית לכלכלה, החוסה תחת משרד ראש הממשלה, להוביל צוות לגיבוש מתווה להסדרת משק הגז הטבעי בישראל, והוא שהביא והוביל את קבלתה של החלטת ממשלה מס' 476. הוא שבכובעו כמי ממלא את מקומו של שר הכלכלה, נתן שורת פטורים מתחולת חוק ההגבלים, תוך הפעלת הסמכות החריגה והנדירה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים. הוא השר הממונה, בין היתר, על ביצועו של חוק ההגבלים העסקיים וכן הוא השר הממונה, יחד עם שר האוצר, על ביצוע חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1966 (להלן: "חוק הפיקוח").
3. המשיב מס' 3 הוא השר האחראי ישירות, בין היתר, על משק האנרגיה של מדינת ישראל, פיתוחו, קידומו ואסדרתו. הוא השר הממונה על ביצוע חוק הנפט, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנפט") וחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק משק הגז הטבעי").
4. המשיב מס' 4, הוא שר האוצר של מדינת ישראל ומי שמופקד בין היתר על אוצר המדינה וקידום משק המדינה וכלכלתה; והוא השר הממונה, יחד עם שר הכלכלה, על ביצוע חוק הפיקוח, בהקשר של משאב הגז הטבעי.
5. המשיב מס' 5 הוא היועץ המשפטי לממשלה, המופקד על שמירת, אכיפת וקידום שלטון החוק בכל רשויות המדינה. הוא המופקד על מתן יעוץ משפטי לממשלה וגם על אכיפת עקרון השוויון בקרב רשויות המדינה.
6. המשיבים מס' 6-8 הם רשויות פיקוח, הפועלות מכוח דין, ואשר בידיהם נתונות סמכויות אסדרה שונות העומדות במוקד העתירה דנן.
7. המשיבים מס' 9-14, כולם תאגידים המחזיקים בזכויות לחיפוש, הפקה, שיווק והולכתו לחוף של גז טבעי ממאגרי הגז הטבעי "תמר" (משיבים מס' 9-13) ו-"לויתן" (משיבים מס' 9-11 ו-14). משיבים 10-12 ו-14 הם שותפויות מוגבלות הרשומות ומנוהלות מישראל ומשיבה 11 היא חברה בע"מ, אשר יחידות ההשתתפות שלהן מוחזקות גם בידי הציבור² והן רשומות למסחר בבורסה לניירות ערך בתל-אביב.
8. משיבה מס' 9 היא חברה זרה הרשומה במקלט המס – איי קיימן (Cayman Islands) ואשר כל מניותיה מוחזקות בידי Noble Enrgy International Ltd, חברה הרשומה היום בקפריסין. מלוא מניות Noble Enrgy International Ltd מוחזקות בידי Samedan of North Africa, LLC (חברה הרשומה במדינת Delaware, ארה"ב) מלוא מניות Samedan of North Africa, LLC מוחזקות על ידי NBL International C.V. (Dutch limited partnership) (שותפות מוגבלת הרשומה בהולנד), 99% מהזכויות ב-NBL International C.V. (Dutch limited partnership) (שותפות מוגבלת הרשומה בהולנד), 99% מהזכויות ב-NBL C.V. (Dutch limited partnership) מוחזקות על

² דלק קידוחים - ציבור 28.4%, מוסדיים 2.06%, סה"כ 30.46, אבנר - ציבור 40.23%, מוסדיים 2.3%, סה"כ 42.53%, ישראלקו נגב 2 - ציבור 49.88%, מוסדיים 19.02%, סה"כ 68.9%, אלון חיפושי גז: ציבור 8.97%, מוסדיים 6.27%, סה"כ 15.24%, רציו - ציבור 72.48%, מוסדיים 5.14%, סה"כ 77.62%

ידי Noble Energy International Holdings, Inc. (חברה הרשומה במדינת Delaware, ארה"ב), מלוא המניות של Noble Energy International Holdings, Inc., מוחזקות בידי Noble Energy, Inc. (חברה הרשומה במדינת Delaware, ארה"ב ונסחרת בבורסת בארה"ב ואשר משרדה הראשיים ב-Houston, Texas).³

9. בתאריך 7 במאי 2012 בוצע שינוי מבני במערך האחזקות של Noble Energy Inc. במאגרי הגז הטבעי שלה במדינת ישראל. שינוי זה הוא בעל חשיבות לענייננו. עד אותו מועד לא הייתה כל זיקה בשרשרת האחזקות של מאגרי הגז של נובל אנרג'י בישראל לקפריסין. חברת Noble Energy International Ltd, שהחזיקה עד אותו מועד במלוא מניות נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד (המשיבה מס' 9), הייתה רשומה באיי קיימן⁴. אך באותו היום התרחש אירוע מהותי וחשוב – החברה הרשומה באיים קיימן חוסלה ותחתה קמה חברה בעלת אותו שם – הרשומה בקפריסין. מהלך זה נועד ליצור זיקה לקפריסין – ככל הנראה על מנת לחסות בצילה של האמנה הבי-לטרלית להשקעות שבין מדינת ישראל לרפובליקה של קפריסין, כפי שיפורט ויונתח בהמשך.

העתק Exhibit 21 (רשימת החברות בנות) של Noble Energy Inc לשנים 2011-2012, מאתר דיווחי ה-SEC מצורף ומסומן כנספח ע/2.

העתק Exhibit 21 (רשימת החברות בנות) של Noble Energy Inc לשנים 2013-2014, מאתר דיווחי ה-SEC מצורף ומסומן כנספח ע/3.

העתק מתמציות הרישום של שתי החברות מרשם החברות בקפריסין מצורף ומסומן כנספח ע/4.

ב. הסביבה הרגולטורית – מיפוי

1. קודם שניגש לתיאור המהלך העובדתי הרלוונטי, נסקור ונמפה את הסביבה הרגולטורית הנוגעת לעניין. סקירה ומיפוי אלו ישרתו אותנו בהמשך.

2. משק הגז הטבעי על היבטיו השונים והמגוונים מוסדר במספר דברי חקיקה ספציפיים ומצוי בסמכותם ואחריותם של מגוון רחב של רגולטורים ורשויות סטטוטוריות⁵. ריבוי רגולטורים זה – עלול לגרום לחוסר תיאום, מחלוקות ואף מצבים של "זכות וטו" של מי מן הרגולטורים הנוגעים בדבר.

3. דברי החקיקה העיקריים הנוגעים למשק הגז הטבעי הם אלו:

א. חוק הנפט, התשי"ב – 1952;

³ כל המידע האמור לקוח מדוח (Exhibit 21) המהווה נספח לדו"ח השנתי לשנת 2013 ו-2014 של Noble Energy Inc לרשות ניירות ערך בארה"ב (SEC) – וניתן לצפייה בכתובות הבאות:
<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/72207/000007220713000013/nbl-20121231x10kxex21.htm>
<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/72207/000007220714000008/nbl-20131231x10kxex21.htm>

⁴ המידע האמור לקוח מדוח (Exhibit 21) המהווה נספח לדו"ח השנתי לשנת 2011 של Noble Energy Inc לרשות ניירות ערך בארה"ב (SEC) – וניתן לצפייה בכתובת הבאה:
<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/72207/000114036112006454/ex21.htm>

⁵ סקירה של מערכת הדינים החלה על תהליכי ההפקה של הגז הטבעי – מצויה בפסקה 96-98 לחוות דעתו של כבוד השופט ע. פוגלמן בפסק הדין בבג"צ 8077/14, עיריית יוקנעם נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פסק דין מיום 22.12.2015).

- ב. חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב – 2002⁶ ;
- ג. חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 (להלן – "חוק משק החשמל");
- ד. חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 ;
- ה. חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011 (להלן: "חוק מיסוי רווחי נפט");
- ו. חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1966.
- ז. חוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965 ;
- ח. דיני הגנת הסביבה ;
4. הגופים והרשויות העיקריות הרלוונטיים הנוגעים למשק הגז הטבעי הם אלו:
- א. הממונה על הנפט ובענייני מסוימים שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים ;
- ב. רשות הגז הטבעי ;
- ג. הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל) ;
- ד. הממונה על ההגבלים העסקיים ;
- ה. רשות המסים ;
- ו. שרי האוצר והתשתיות הלאומיות, מים ואנרגיה וועדת המחירים ;
- ז. רשויות התכנון ;
- ח. המשרד להגנת הסביבה ;
- ט. בנוסף קיימים גופים נוספים – כמו נתיבי גז בע"מ (נתג"ז) – חברת ממשלתית המופקדת על מערכת ההולכה היבשתית של הגז הטבעי ;

5. נבחן עתה את תוכן והיקף הסמכויות של חלק מן הרגולטורים.

חוק הנפט – סמכויות הממונה על הנפט והשר

6. הממונה על הנפט וכן שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים הם המופקדים על האסדרה ומכלול ההיבטים הקשורים לחיפושי גז טבעי, פיתוחן של תגליות, הפקת הגז הטבעי וכן האסדרה של יצוא הגז הטבעי. במסגרת סמכויותיהם הם רשאים:
- א. "לקבוע עקרונות הפעולה בחיפושי נפט והיקף ההשקעה הכספית המינימלית הדרושה לקבלת רשיון"⁷
- ב. לקבוע כי שטח מסוים משטחה של המדינה "יהיה שטח פתוח לחיפוש נפט ולהפקתו"⁸

⁶ בימים אלה פורסם תזכיר הצעת חוק הגז הפחמימני המעובה, התשע"ו-2015 שנועד להפריד האסדרה של הגז הפחמימני (גז פחמימני מעובה) לבין הגז הטבעי.

⁷ ר' סעיף 4 לחוק הנפט.

⁸ ר' סעיף 5 לחוק הנפט.

- ג. ליתן היתר מוקדם, רשיון ושטר חזקה – לצורך חיפושי גז טבעי⁹;
- ד. להפיק גז טבעי מכוח שטר חזקה¹⁰;
- ה. לפקח, לבקר ולאכוף על המחזיק ב-"זכות נפט" כי יפתח אותה ויפיק ממנה גז טבעי, במסגרת לוחות הזמנים הקבועים בדין וכי אם לא יעשה כן – ליטול ממנו את אותה זכות¹¹;
- ו. לאשר או לא לאשר העברת זכות בכל "זכות נפט";
- ז. קביעת "כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל" לצורך מתן היתר ליצוא גז טבעי¹²;
7. רשות הגז הטבעי הוקמה על מנת: "שתפעל לקידום מטרותיו של חוק זה, תפקח על מילוי הוראות לפי חוק זה ולפי הרישיונות ותמלא את התפקידים שנקבעו לה בחוק זה ושהוטלו עליה לפי כל דין אחר"¹³.
8. מטרות חוק משק הגז הטבעי הן:
- "(1) ליצור תנאים לפיתוח ענף הגז הטבעי בישראל באמצעות המגזר הפרטי ולקיום תחרות בענף זה, בהתאם למדיניות הממשלה בתחומי הכלכלה והאנרגיה;
- (2) להסדיר את הפעילות במשק הגז הטבעי באופן שיאפשר השקעות בו ומתן שירותים ברמת איכות, אמינות וזמינות נאותים, ובשים לב לשיקולי יעילות;
- (3) להבטיח שמירה על הבטיחות בפעילויות במשק הגז הטבעי;
- והכל בתחומים המפורטים בחוק זה."¹⁴
9. החוק אינו עוסק בשלב החיפוש ואף לא במקטעי ההפקה המכר והשיווק של גז טבעי ואינו מחייב רישיון למכר ושיווק גז טבעי: "העיסוק במכר ובשיווק של גז טבעי אינו טעון רישיון לפי חוק זה ולפי חוק הגז (בטיחות ורישוי)"¹⁵.
10. נדרש רישיון לפעילות במקטעי ההולכה והחלוקה והאכסון של הגז הטבעי (לרבות LNG):

⁹ ר' סימנים ב', ג', ו-ד' לחוק הנפט;

¹⁰ ר' ס' 25 ו-26 לחוק הנפט;

¹¹ ר' ס' 20, 24 ו-29 לחוק הנפט;

¹² ר' ס' 33 ו-34 לחוק הנפט, החלטת ממשלת ישראל מס' 442 (מיום 23.6.2013) וכן פסק הדין בבג"צ 4491/13, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פסק דין (לא מנומק) מיום 21.10.2013,

נימוקי פסק דין מיום 2.7.2014)

¹³ ר' סעיף 56 לחוק משק הגז הטבעי.

¹⁴ ר' סעיף 1 לחוק משק הגז הטבעי.

¹⁵ ר' סעיף 5(א) רישא לחוק משק הגז הטבעי. בהמשך הסעיף נקבע כך: "ואולם השר רשאי, אם ראה כי הדבר דרוש לשמירה על עניני הצרכנים בתחום שיווק הגז, לקבוע, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כי לתקופה שיקבע, עיסוק בשיווק גז טבעי, יהיה טעון רישיון מאת השר לפי חוק זה ובהתאם לתנאיו (בחוק זה – רישיון שיווק); קביעה לפי סעיף קטן זה יכול שתהא לגבי סוגי משווקים.", למיטב הידיעה קביעה כאמור לא נעשתה.

"(1) הקמה והפעלה של מערכת הולכה או חלק ממנה ;

(2) הקמה והפעלה של רשת חלוקה או חלק ממנה ;

(3) הקמה והפעלה של מיתקן גט"ן ;

(4) הקמה והפעלה של מיתקן אחסון ;

(5) הקמה והפעלה של צינור ייצוא של מי שאינו בעל חזקה.¹⁶

11. כן קיימים בחוק איסורים על אינטגרציה אנכית – במורד (Downstream) או במעלה (Upstream) שרשרת ההפקה, המכר והחלוקה של הגז הטבעי או השימוש בו במקטע יצור החשמל¹⁷.

12. אך לאחרונה נעשתה אסדרה ספציפית של מתן רשיון לצינור ייצור של מי שאינו בעל חזקה לפי חוק הנפט¹⁸.

ג. ההליכים המשפטיים – מיפוי

13. קודם שניגש לתיאור הפרקים האחרונים בסדרת האירועים שהובילה להחלטת ממשלה מס' 476, נתאר ונמפה בקצרה הליכים אחרים שתלויים ועומדים, הנוגעים לעניין.

14. בהמשך נבחר ונקשר את הדברים לעניינים מושא עתירה זו.

המחלוקת על גובה התמלוגים לפי חוק הנפט

15. מחלוקת משפטית קיימת בין המדינה לבין חלק מן השותפות במאגר "תמר" (המשיבות 6, 10 ו-11) בעניין המחיר לפי ישולמו למדינה התמלוגים המגיעים לה מכח חוק הנפט¹⁹ על חלק מן הגז שסופק ונמכר ממאגר "תמר". באותו עניין נתברר כי חלק משותפות "תמר" טענו כי מכירת כמות גז מסוימת בתקופה מאי 2013 עד מאי 2014, נעשתה על ידן במחיר נמוך באופן ניכר מן המחיר אותו הן גובות – 3.2 \$/MMBTU.

16. המשיבות 6, 10 ו-11 הגישו לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה בעניין זה.²⁰

¹⁶ ר' סעיף 3 לחוק משק הגז הטבעי.

¹⁷ ר' סעיפים 4 ו-8(ב) לחוק משק הגז הטבעי.

¹⁸ ר' סעיף 10 לחוק משק הגז הטבעי – שנחקק בתאריך 3 בנובמבר 2015.

¹⁹ ר' סעיף 32 לחוק הנפט. התמלוג הוא תשלום מן המחזור המהווה חלק מן ה-Government take, הכולל בנוסף גם מס הכנסה (מס חברות) וכן היטל.

²⁰ ת.א. (מחוזי ירושלים) 28603-03-15, Noble Energy Mediterranean Ltd נ' מדינת ישראל.

בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילה של קביעת מחיר בלתי הוגן (מופרז) על ידי מונופול "תמר"

17. הליך אחר שהינו בעל חשיבות לעניינו הוא בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד כל השותפות במאגר "תמר", בטענה כי **בהיותן מונופול בהספקת גז טבעי בלתי מונזל קבעו מחיר בלתי הוגן (מופרז) לגז הטבעי** – עוולה אזרחית מכח הוראת סעיף 29א ו-50 לחוק ההגבלים²¹. נציין, לשם הגילוי הנאות, כי אחד מן הח"מ, עו"ד גלעד ברנע, מייצג (יחד עם עו"ד י. יערי) את המבקש הבקשה לאישור תובענה ייצוגית האמור.

18. הליך זה עוסק בסוגיה מרכזית ומהותית – האם מחירו של הגז הטבעי הנמכר לחברת החשמל לישראל במסגרת הסכם "תמר"-חח"י (חברת החשמל לישראל), הינו מחיר מופרז (בלתי הוגן).

19. במסגרת הליך זה הוגשו חוות דעת מומחה על ידי הצדדים בשאלת המחיר ההוגן. חוות הדעת מטעמו של המבקש, של פרופ' גיימס סמית, מומחה בעל שם עולמי לכלכלת גז ונפט קבעה באופן חד וברור כי המחיר ההוגן הממוצע לאורך חיי המאגר (Long-run average fair price of natural gas produced from the Tamar) של הגז הטבעי הנמכר ממאגר "תמר" הוא 2.47 \$/MMBTU, ואם מתחשבים בהטבות המס הייחודיות מהן נהנה מאגר "תמר" המחיר יורד ל-2.34 \$/MMBTU.²² המשיבות בהליך זה, חברות מונופול הגז "תמר" (משיבות 9-13 דכאן) חולקות על קביעה זו (כמו גם טוענות שלל טענות משפטיות כנגד הוראות הדין, ישומן ופירושן הנכון לגישתן) והגישו חוות דעת מומחה לפיה המחיר שנקבע בהסכם "תמר"-חח"י הינו הוגן ובלתי מופרז לגישתן.

20. לא נבקש כמובן מבית משפט זה להכריע במחלוקת המצויה בפני בית המשפט האזרחי המוסמך. **אך נבקש להביא לידיעתו התפתחות חדשה ומהותית.** ביום 31 בדצמבר 2015, הגישו המשיבות בהליך זה תגובה לתגובת המבקש לתשובתן לבקשה. במסגרת תגובה זו עדכנו את בית המשפט המחוזי בדבר כניסתה לתוקף של החלטת ממשלה מס' 476, וכך כתבו:

"2. אך עוד בטרם נשיב לטענות המבקש, ואף בטרם נציג בפני בית המשפט את ההתפתחויות החשובות שאירעו בחודשים האחרונים, נזכיר כי בפני בקשת האישור ניצבות שורת משוכות גבוהות במיוחד, בלתי עבירות לטעמנו, אשר מבהירות עד כמה דחוקים סיכויי בקשת האישור ועד כמה חריג וקיצוני הסעד המבוקש בתובענה (סעד שעניינו קביעת מחירו ההוגן של גז טבעי בישראל). כך על מנת לצלוח את שלב בקשת האישור, נדרש:

...

(ה) כי בית המשפט הנכבד יהפוך ויבטל את החלטותיהם של המוסדות הדמוקרטיים והריבוניים במדינת ישראל – ממשלת ישראל וכנסת ישראל – אשר כפי שיפורט בהמשך, אישרו את "מתווה הגז" המאסדר את מחירי הגז במדינת ישראל."

(ההדגשה במקור – ג.ב., ח.ק.).

21. משמע – עוד טרם יבש הדיו על החלטת ממשלה מס' 476 – ומונופול הגז כבר טוען כי היא

²¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 35507-06-14, משה ניזרי נ' נובל אנרגי' מדיטרניאן לימיטד.

²² הדו"ח זמין לעיון בכתובת:

http://www.shelly.org.il/sites/default/files/smith_report.pdf

חוסמת את האפשרות שבית משפט אזרחי ידון בכלל ויכריע בשאלה האם מחירו של הגז הטבעי הנמכר על ידי המונופול הינו מופרז ובלתי הוגן – מכח סמכותו לברר עילת תביעה אזרחית – עוולה נזיקית שיסודה בחוק ההגבלים העסקיים – ואשר אף הפטור שניתן מתחולת החוק – לא ביקש לשלול את תחולתה על מונופול הגז.

העתק מתשובת מטעם המשיבות לתשובת המבקש לתשובה לבקשת האישור בת"צ 35507-06-14-06-14 מיום 31.12.2015 מצורף ומסומן כנספח ע/5.

22. כך הם מוסיפים ומזהירים את בית המשפט מ"חומרת" מעשיו:

"14. יתר על כן: הסעד המבוקש בתובענה יחייב לא רק את בטלותו של פרק המחירים שבמתווה הגז אלא את ביטול המתווה כולו. כפי שיוסבר בהמשך, נדבכי המתווה קשורים זה בזה ומשקפים איזון ופשרה בין האינטרסים השונים שעל הפרק. משכך, מובן כי לא ניתן לבטל כליל נדבך מרכזי מתוך המתווה (פרק המחירים) ולהותיר את יתר רכיבי המתווה על כנם. טול נדבך אחד מהמתווה, ושמטת את היסוד למתווה כולו."

23. ועוד הם מוסיפים "הבהרות" ו-"מגבלות" כלפי בית המשפט:

"25. ואכן, בפני מי שמעוניין לתקוף את החלטת הממשלה המאמצת את מתווה הגז, ובגדרה את הקביעה כי מחיר הגז בהסכם חברת חשמל יוותר על כנו, פתוחה הדרך לעתור לבית המשפט הגבוה לצדק. אם ימצא בג"ץ כי יש ממש בטענות אלה, הרי שיימצא מזור גם למבקש דכאן, ואם ימצא בג"ץ כי אין מקום להתערב בהחלטת הממשלה, כלום ראוי כי ערכאה אחרת, בהליך אזרחי, תקבע קביעה סותרת אשר תביא הלכה למעשה לביטול החלטת ממשלה?"

...

5.2 הנה כי כן, החלטת הממשלה בענין אסדרת משק הגז הטבעי, אשר אושרה גם על ידי מליאת כנסת ישראל, קבעה מפורשות כי מחיר הגז שנקבע בהסכם בין המשיבות לחברת חשמל (שהוא הסכם אספקת הגז הגדול ביותר במשק) יוותר על כנו ולא תיעשה בו כל התערבות.

...

54. במילים אחרות, בתובענה דגן מובקש כי בית המשפט הנכבד יהפוך ויבטל את החלטת הממשלה בעניין אסדרת משק הגז הטבעי (וכן את החלטת הכנסת שאישרה את המתווה) הקובעת מפורשות כי מחיר הגז בהסכם חברת חשמל יוותר על כנו ולא תיעשה כל התערבות בו."

24. במאמר מוסגר, יצוין כי המשיבות מס' 9-13 חברות המונופול "שכחו" לציין כי בית משפט נכבד זה בהליך זה לא נדרש לקבוע (ואף אין לו כלים דיוניים לשם כך) וממילא לא יקבע מהו המחיר ההוגן של הגז הטבעי. על כך ועל היבטים נוספים נרחיב בהמשך.

25. האמור רק מראה בצורה בוטה ומטרידה ביותר את השימוש המסוכן והפסול שעושות המשיבות 9-13 בכל הקשור בהחלטת ממשלה מס' 476, לרבות סעיף היציבות הרגולטורית – להשתיק, לדכא ולמנוע בחינה משפטית של מעשיהן מכח דיני ההגבלים העסקיים, במקרה זה.

26. חשש מוחשי זה – שכבר מתממש – מראה עד כמה מסוכן ונתון ל"פרשנות מרחיבה או יצירתית" החלטת הממשלה מס' 476 וסעיף היציבות הרגולטורית – והשימוש שעושות ועוד יעשו בו המשיבות מס' 9-14.

ד. רקע והשתלשלות העניינים:

מבוא

1. בשנים האחרונות, מדינת ישראל נמצאת בעיצומו של מהלך דרמטי הכולל היבטים כלכליים, משפטיים, ציבוריים ואחרים בהקשר של שימוש במשאב הגז הטבעי של הציבור ופיתוח משק הגז הטבעי. מהלך זה הולדתו לפני שנים מספר, עת נתגלו לראשונה בתת-קרקע האגן המזרחי של הים התיכון, בשטח המים הכלכליים של מדינת ישראל²³ מאגרי גז טבעי בהיקפים משמעותיים – ובראשם מאגרי "תמר" (אשר הוכרז כתגלית בחודש נובמבר 2009) ו-"לויתן" (הממונה על הנפט הודיע ביום 23 בינואר 2014 כי מאגר "לויתן" מהווה תגלית כמשמעותה בחוק הנפט²⁴).

2. ככל שחלף הזמן, בחסות המדינה (או למצער בשל אוזלת ידה) נוצר במשק הגז הטבעי בישראל מונופול מוכרז ועתיר-עוצמה, השולט שליטה מוחלטת בהספקת הגז הטבעי לשוק הישראלי²⁵ וכן אוחז באופן מוחלט כמעט במלוא עתודות הגז הטבעי של מדינת ישראל. כך, המאגר היחיד המספק גז טבעי למשק הישראלי בעת הזו – מאגר "תמר", נשלט על ידי "קבוצת דלק ונובל אנרג'י": "דלק קידוחים שותפות מוגבלת" (המשיבה 10, להלן: "דלק קידוחים"), "אבנר חיפוש גז ונפט שותפות מוגבלת" (המשיבה 11, להלן: "אבנר") (ולהלן שתיהן יחדיו: "קבוצת דלק") ו-Nobel Energy Mediterranean Limited (המשיבה 9, להלן: "נובל" או "נובל אנרג'י") (ולהלן כולן יחד: "שותפויות הגז" או "שותפות הגז"). כמו כן החלק הארי של עתודות הגז הטבעי הידועות (מאגרי הגז הטבעי "לויתן", "כריש" ו-"תנין") נשלטות בידי קבוצת דלק ונובל אנרג'י.

3. ונדייק, שוותפויות הגז שולטות במאגר הגז הטבעי הגדול בישראל, "לויתן", וכן הן בשולטות במאגר השני בגודלו בישראל, "תמר", המהווים כ-60% וכ-30%, בהתאמה, מעתודות הגז של מדינת ישראל. נוסף על כך, מחזיקות שותפויות הגז במאגרים נוספים (ובהם מאגרי הגז הטבעי "כריש", "תנין", "דלית"), שטרם הוחל בפיתוחם. (למותר לציין, כי באשר לחלק ממאגרים אלו, ההימנעות מפיתוח המאגרים נעשתה חרף החובה המפורשת העולה מחוק הנפט לעשות כן).

4. לנוכח שליטתן המלאה והברורה של קבוצת דלק ונובל אנרג'י בכלל מאגרי הגז הטבעי בהם ניתנו חזקות בישראל, ובחלק נכבד מן הרישיונות הימיים שבהם נמצאה תגלית (דהיינו, גז טבעי בכמויות מסחריות) אך טרם הבשילו, במועד האמור²⁶, לידי חזקה ("כריש" ו-"תנין") הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים, מכח סמכותו לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים,

²³ ר' הגדרת "האזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל" שהוספה אך לאחרונה לחוק משק הגז הטבעי..
²⁴ ר' דלק קידוחים – ד"ח תקופתי ליום 31.12.2014, עמ' א-80, ה"ש 68 – ניתן לצפייה בכתובת:
http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=954940-00&CompCd=475&Type=Pdf

²⁵ המקור היחיד הנוסף הקיים בעת הזו להספקה מוגבלת של גז טבעי הוא מצוף ה-LNG (גז הטבעי נוזלי) שלחופי חדרה. המצוף, ככל הידוע, נשלט על ידי חברת החשמל לישראל והקיבולת שלו קטנה יחסית להיקפי הצריכה של מדינת ישראל, בעת הזו.

²⁶ בתאריך 24 בדצמבר 2015 העניק הממונה על הנפט שטרי חזקה למחזיקים במאגרים "כריש" ו-"תנין".

ולאחר שקיים שימוע, ביום 13 בנובמבר 2012, על המשיבים מס' 9-13, כבעלי מונופולין, ביחד ולחוד, בתחום אספקת הגז הטבעי (בלתי מונזל) בישראל. המשיבים לא ערערו על הכרזה זו.

העתק הכרזת הממונה מיום 13.11.2012 מצורף ומסומן כנספח ע/6.

5. להלן תובא, במפורט, השתלשלות העניינים שהובילה להיווצרות המונופול – ותיאור התנהלותה של המדינה בטיפול בו, עד להחלטתה לפטור אותו בדיעבד מתחולת חוק ההגבלים, לפי ס' 52 לחוק.

הגז הטבעי: מאפייניו האנרגטיים, פיזיקליים וכלכליים

6. הגז הטבעי הוא דלק מחצבי המורכב מתערובת של גזים הידרוקרבוניים (Hydrocarbon Gas), הכוללים בעיקר מתאן (Methane) וכן הידרוקרבוניים רוויים נוספים מקבוצת האלקנים (Alkanes). הגז הטבעי, בדומה לנפט ולפחם, נוצר לפני עשרות מיליוני שנים כתוצאה מפרוק אנארובי של חומרים אורגניים בתת-הקרקע. הגז הטבעי מצוי בחלקם העליון של מאגרי נפט, במאגרים עצמאיים שאינם קשורים למאגרי נפט, או בשכבות סלע במעבה הקרקע (גז-פצלים). בעבר, נהוג היה להבעיר באוויר הפתוח את הגז הטבעי שעלה יחד עם הנפט מבאר הקידוח, בשל חוסר יכולת לעשות בו שימוש. אולם היום, הגז הטבעי הוא דלק מרכזי וחשוב במשק האנרגיה העולמי²⁷ (לפי נתוני סוכנות האנרגיה הבינלאומית, נכון ל-2013 הוא שימש עבור 21% מתצרוכת האנרגיה הראשונית), ומשמש בעיקר להפקת חשמל, אך גם כמקור אנרגיה בתעשייה, בחקלאות ובמגזר התחבורה.

7. לשימוש בגז טבעי לייצור חשמל מספר יתרונות על פני שימוש בפחם ובנפט: טורבינות הגז הן יעילות יותר, עלות הייצור נמוכה יותר ועלות ההקמה נמוכה יותר. אך יתרונן הגדול של הגז הטבעי הוא בהיותו דלק "נקי", אשר בשונה מהפחם ומהנפט, בתהליך שריפתו נפלטים בעיקר אדי מים ומתלווה לבעירתו פליטה בשיעור זעיר ביותר של מזהמים דוגמת תחמוצות חנקן או תחמוצות גופרית.

8. הגז הטבעי הינו בעל אופי מקומי תחום (לוקלי) ואינו בבחינת Commodity כדוגמת הנפט. חסרונו של הגז הטבעי ביחס לדלקים האחרים הוא בקושי ובמגבלות לשנע אותו מאתר ההפקה אל הצרכנים הסופיים, בעיקר עקב הנפח הגדול שהוא תופס במצב הצבירה כגז. הנזלתו של הגז והפיכתו לגז טבעי מונזל (Natural Liquid Gas המכונה LNG) באמצעות קירורו ועיבוי בטמפרטורה של 162 מעלות צלזיוס מתחת לאפס מקטינה את נפחו פי 600. בכך מתאפשר לשנעו למרחקים גדולים באמצעות מכליות ענק ייעודיות, אולם לשם כך יש צורך בתהליך יקר ובמתקני תשתית מורכבים המביאים לכך שמחירו של ה-LNG גבוה באופן ניכר מן הגז הטבעי שאינו מונזל. בסופה של ההובלה נדרש הליך נוסף והפוך של הפיכת ה-LNG למצב צבירה גז ("גיוזו"). כפועל יוצא מכך, המסחר בתנאי שוק ב-LNG בעולם הוא מצומצם, והעסקאות בין מוכר לקונה נסגרות לטווח ארוך. לכן, ה-LNG מהווה מוצר נבדל ושונה מבחינה כלכלית מן הגז הטבעי.

²⁷ לפי נתוני סוכנות האנרגיה הבינלאומית, נכון ל-2013. – גם בדו"ח משנת 2015 מופיעים נתונים זהים. הנתונים ניתנים לצפייה בכתובת:

http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/KeyWorld_Statistics_2015.pdf

9. במצבו הגזי, ניתן להוביל גז טבעי בצנרת בעלות סבירה למרחקים קצרים בלבד (עשרות עד מאות בודדות של ק"מ). במרחקים ארוכים יותר יש צורך בהשקעות עתק לבניית צנרת מורכבת, או לחלופין – בבניית מסופי LNG יקרים. היות וכך, ישנו הבדל משמעותי במחיר בין גז מקומי, המשונע על פני מרחקים קצרים, לבין גז מיובא המשונע ממרחקים (בין כגז טבעי ובין כ-LNG). כמו כן, בשל הצורך להחזיר את ההשקעה בתשתיות ההולכה, ככל שהמאגר גדול יותר, כך קיימת כדאיות כלכלית להקמת תשתית הולכה לטווח ארוך יותר, ולהפך.

10. כתוצאה מתכונות אלו, מרבית הגז הטבעי המופק בעולם משונע באמצעות צינורות משדות הגז לצרכנים הנמצאים בסמיכות יחסית לאתר ההפקה. לעובדה זו משמעות רבה בכל הנוגע להתנהלות משקי הגז בעולם: בעוד שהנפט ונגזרותיו (בהכללה ולשם פשטות, כל הדלקים הפוסיליים יכוננו בשם "נפט" להלן) והפחם נסחרים ומשונעים לטווחים גדולים בחופשיות בשווקי העולם והינם בבחינת Commodity ולהם מחירי בשוק עולמי או אזורי (נפט Brent, למשל), בדומה לטובין אחרים, סחר בגז טבעי מתבצע לרוב באמצעות חוזים ארוכי טווח בין החברות המפיקות את הגז ללקוחות בקצה השני של הצינור, או מסוף ה-LNG. מכאן עולה כי הגז הטבעי הינו מוצר בעל שוק תחום ומוגבל ובעל אופי מקומי תחום (לוקלי). לכן, גם אין לגז הטבעי "מחיר שוק" מקובל בעולם, כפי שיש לנפט או לפחם, שכן מחירו נקבע בכל שוק גיאוגרפי רלוונטי בהתאם לתנאי השוק המקומי (עלות ההפקה והשינוע, היצע, ביקוש ותנאים אחרים) בו הוא מופק ונמכר.

משק הגז הטבעי בישראל – היבטים כלכליים, תחרותיים והיבטי יתירות ושרידות

11. **בשנים האחרונות, מדינת ישראל נשענת יותר ויותר על גז טבעי כמקור המרכזי לייצור חשמל.** לפי נתוני משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים²⁸, הגז הטבעי מהווה כבר היום כ-50% מתמהיל הדלקים בישראל, ובעתיד הוא צפוי להוות נתח גדול עוד יותר. בהתאם, צרכני הגז משלמים מדי שנה סכום עתק של כ-6 מיליארד ש"ח לספקי הגז, כחלק מעלות ייצור החשמל.

12. מחירי הגז הטבעי משפיעים באופן ישיר על עלויות האנרגיה של משקי הבית והעסקים בישראל, ובאופן עקיף – על עלויות רבים מהמוצרים והשירותים במשק. לפי חישוב נוסף שערכה רשות החשמל, כל שינוי של דולר במחירה של יחידת חום (MMBTU), הינו בעל משמעות של כמיליארד ש"ח עבור ציבור צרכני החשמל בישראל.

מכתבה של רשות החשמל ליו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ח"כ פרופ' אבישי ברוורמן, מיום 09.03.2014, מצורף ומסומן כנספח ע/7.

13. בשל התלות ההולכת וגוברת בגז הטבעי, והפער הגדול בין מחירו של גז מקומי לבין גז מיובא מונזל, **כל פגיעה באספקת הגז לחוף, בשל תקלה או חבלה, תגרור נזק כלכלי אדיר למשק הישראלי.** תיאור השפעותיה האפשריות של פגיעה כזו הובא בחוות הדעת של המועצה הלאומית לכלכלה אודות מתווה הגז, בסעיף 21:

²⁸ ר' משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, סקירת ההתפתחויות במשק הגז הטבעי במהלך שנת 2014 ותחילת 2015, זמין בכתובת: <http://energy.gov.il/Subjects/NG/documents/publication/ng2014-2015.pdf>

"...עלות אי אספקת גז טבעי למשק בחודש, כתוצאה מתקלה במאגר "תמר" נאמדת ביותר מחצי מיליארד דולר. לשם המחשה, בשנת 2012 הופסקה אספקת הגז הטבעי ממצרים. מערכת האספקה שהתבססה על מאגר ים תטיס, סיפקה כ-50% מצרכי המשק הישראלי. הנזק הכלכלי הישיר שנגרם עמד על כ-12 מיליארד ש"ח בגין שנת אספקה אחת וזאת ללא נזק סביבתי עקיף."

חוות דעתה של המועצה הלאומית לכלכלה, מיום 04.11.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/8.

14. לשימוש בגז הטבעי גם השפעות והשלכות מהותיות על בריאות תושבי המדינה ומידת חשיפתם לחומרים המזהמים את האוויר שכולנו נושמים. המשרד להגנת הסביבה העריך כי כל יחידת BCM של גז טבעי שתוסט מצריכה מקומית ליצוא מסבה למשק נזק השקול ל-246 מיליון ₪, תועלת זו חושבה על בסיס החיסכון הבריאותי מהקטנת הנזקים מזיהום אוויר, חיסכון בהפחתת גזי חממה והחיסכון הישיר בקניית דלקים מזהמים.

חוות דעתה של ד"ר אור גולדפרב מהמשרד להגנת הסביבה, מיום 04.07.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/9.

15. בשל ההשלכות הכלכליות החמורות של כל פגיעה אפשרית בזרימת הגז, ישנה חשיבות מיוחדת ליצירת יתירות מאגרים ובניית מסלולי הפקה והזרמה חלופיים לחוף. כיום, כל אספקת הגז למשק מתבצעת ממאגר אחד ויחיד – "תמר" – ודרך צינור בודד למתקן הקבלה המצוי בחוף אשדוד. גם לעניין זה יפים הדברים המובאים בנייר העמדה של המועצה הלאומית לכלכלה, שם:

"בעיה נוספת בעלת היבטים כלכליים משמעותיים ושונובת מכך שאספקת הגז של מדינת ישראל תלויה כמעט בלעדית במאגר "תמר" היא יתירות. כיום משק החשמל בישראל אשר כ-50% מהייצור שלו נשען על גז, כמו גם מפעלי תעשייה רבים, תלויים כולם בשדה גז אחד. כל עוד המשק כולו תלוי במאגר "תמר" המחובר אל החוף בנקודה אחת בלבד סכנת אי-אספקת הגז רובצת לפתו של המשק. במרבית מערכת ה-Up-stream (אסדה, צינור מהחוף לאסדה ומתקן הקבלה) לא קיימת יתירות, כמו גם במערכת ההולכה מהאסדה אל החוף, וכל פגיעה באחד המרכיבים הללו משמעותה עצירת אספקת הגז לישראל."

(ההדגשה לא במקור – ג.ב., ח.ק.)

16. יצוין כי הנתונים המובאים בחוות דעתה של המועצה הלאומית לכלכלה נוגעים לרמת המחירים הנוכחית של הגז הטבעי. לו המחיר לצרכנים היה נמוך יותר, בשל הטלת פיקוח מחיר מרבי או כפי שהיה מתרחש אילו התקיימה תחרות בענף (כפי שיודגם להלן), התועלת הכלכלית של הגז למשק הייתה עשויה להיות גבוהה יותר..

17. ויצוין כבר עתה, במסגרת העתירה דנן בית המשפט אינו מתבקש לקבוע מהו המחיר הראוי, ואין העותרים מבקשים כי בית המשפט יכניס עצמו בנעלי הרשויות המוסמכות. כל שמתבקש בעתירה דנן הוא כי ההחלטה תובא לפתחן של הרשויות המוסמכות (ובכללן

– כנסת ישראל ורגולטורים שסמכותם לקבל החלטות כאמור קבועה בדין), ותקבל בהתאם להוראות החקיקה ולכללי המשפט המנהלי, בסמכות ובסבירות.

18. אם כן, הגז הטבעי, משאב טבע אסטרטגי בעל השפעות מרחיקות-לכת על משק האנרגיה הישראלי ועל הכלכלה הישראלית כולה, נמצא בשליטתו הבלעדית של מונופול פרטי השולט על מלוא המשאב המופק ומסופק לעת הזו למשק הישראלי²⁹. החסרונות והסכנות המלווים תמיד מונופולים פרטיים מועצמות שבעתיים בשל חשיבותו של הגז למשק. ראשית, בהיעדר תחרות וללא פיקוח ממשלתי על המחירים, המונופול יכול לקבוע את מחירי הגז ללא תלות בכללי השוק החופשי ובביקושים, כל עוד לא יעלה על מחירו של תחליף שקול. התוצאה, כפי המתואר, תהא עלות עודפת של מיליארדים רבים למשק ולציבור צרכני החשמל – רנטה מונופוליסטית.

19. שנית, ואולי חמור מכך, למונופול יכולת אדירה להפעיל לחץ על מקבלי ההחלטות תוך איזמים מרומזים או גלויים לגבי עיכובים באספקת הגז, וכך לסחוט טיפול מועדף מפוליטיקאים ורגולטורים. זו אינה אפשרות מדומיינת או תרחיש היפותטי, אלא מציאות אשר מהווה כבר עכשיו מכשול אדיר בפני יכולתה של הממשלה לפעול במשק האנרגיה, כפי שיודגם להלן.

20. יפים וקולעים לעניין הדברים הנכוחים שכתב המשנה ליועץ המשפטי הממשלה (כלכלי-פיסקלי), עו"ד אבי ליכט, במכתב ששלח לרגולטורים ולמנכ"ל משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, תחת הכותרת "יש לויתן בחדר":

"אין עוד תחום של תשתית חיונית בישראל, בעל השפעה כזו, הנשלט בידי גורם פרטי יחיד. כח השוק שמרכזת הקבוצה מעורר חשש ברמת התחרותיות הענפית וההשלכה שלה על המחיר לצרכנים.

אך הבעיה רחבה יותר. לבעיית התחרות הענפית יש להוסיף את החשש מריכוז העוצמה ברמה הכלל-משקית. זהו חשש החורג משאלות של מחיר ותחרות לעבר תחומים אחרים של יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק." (ההדגשות במקור – ג.ב., ח.ק.).

מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מיום 16.12.2014, מצורף ומסומן כנספח ע/10.

21. בחינת תולדות חיפושי הגז במימיה הכלכליים של ישראל, וההתנהלות הרגולטורית שליוותה אותם, מלמדת כי המונופול לא נוצר יש מאין, ולמרבה הצער המדינה במחדליה המתמשכים איפשרה את היווצרותו והכשירה את צמיחתו והתבססותו.

גילוי מאגרי הגז במים הכלכליים

22. פעילות החיפוש וההפקה של גז טבעי (ונפט) בישראל מוסדרת בחוק הנפט. משנות ה-50 של המאה ה-20 ועד סופה עסקו חברות ממשלתיות כדוגמת חנ"ל (חברת הנפט לישראל), ונפטא בחיפושי הנפט והגז, במקביל לפעילותם של יזמים פרטיים שונים. שינויי מדיניות בעשור האחרון של המאה ה-20 הביאו להפרטת החברות הממשלתיות בענף, וביסוס חיפושי הנפט והגז על פעילות השוק החופשי.

²⁹ נציין לשם שלמות התמונה כי קיימת הפקה זניחה של גז בשדה גז סמוך לערד המכונה "מאגר זוהר".

23. הגילוי המשמעותי הראשון נעשה בשנת 1955: שדה הנפט "חלץ" בשפלה הדרומית, ממנו הופקו כ-17 מיליון חביות נפט. קידוחים שונים בשולי ים המלח, ובים התיכון בקרבת החוף, הניבו נפט וגז בכמויות קטנות בלבד.

24. בסוף שנות ה-90 ובמהלך שנות ה-2000, השתנתה התמונה עם גילויים של מספר שדות גז ימיים לחופי אשקלון. המאגר הגדול ביותר שנתגלה, "מארי-B" (פרוייקט "ים תטיס"), פותח וחובר לחוף בשנת 2004, וסיפק לחברת החשמל גז טבעי עד לקריסתו בשנת 2012. כן התגלו באותה תקופה המאגרים הקטנים "נועה" ו"אור".

25. תולדות חיפושי הגז המוקדמים בישראל פורטו בהרחבה בדו"ח הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי גז ונפט בישראל (להלן: "**ועדת ששינסקי**").³⁰

26. מציאת המאגרים בקרבת החוף הוכיחה לראשונה כי בתת-הקרקע שלחופי הים התיכון הישראלי קיים פוטנציאל בר-מימוש למציאת כמויות מסחריות של גז טבעי. עם זאת, קידוחי ים תטיס התבצעו במדף היבשתי של ישראל, ולא בעומק מים משמעותי. רק לאחר ביצועי סקרים סיסמיים נרחבים ובדיקות נוספת, על-ידי יוזם החיפושים במים העמוקים, הגיאולוג ד"ר יוסי לנגוצקי, ובעלת הזכויות דאז חברת הגז "British Gas" (להלן: "**B.G.**"), הוכחה האפשרות למציאת גז גם במרחק משמעותי יותר מהחוף.

העתק תצהירו של ד"ר לנגוצקי כפי שהוגש לממונה על ההגבלים העסקיים, מיום 25.05.2014, מצורף ומסומן כנספח ע/11.

27. בשנת 2005, מסיבותיה, בחרה B.G. להפסיק את חיפושי הגז בשטחה של ישראל. בנעליה, ומבלי ששילמו החזר על הוצאות העבר, נכנסו דלק ונובל, אשר המשיכו את פרויקט החיפושים בהתבסס על הבדיקות שנעשו. ואכן, בין השנים 2009-2012 התגלו בעומק המים הכלכליים (במרחק 90 ק"מ ומעלה) של מדינת ישראל מספר מאגרים המכילים כמות משמעותית של גז טבעי: מאגר "תמר", המכיל לפי ההערכות BCM 277 (מיליארד מטר קובי); "לויתן", המכיל לפי ההערכות BCM 540; והמאגרים הקטנים יותר "כריש", "תנין", "דלית", "דולפין" ו-"שמשון".

28. לפי הערכות הועדה הבין-משרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (להלן: "**ועדת צמח**"),³¹ סך משאבי הגז המותנים (2c) במאגרים שאותרו עומד כ- BCM 800. על בסיס נתונים גולמיים (ללא קידוחים בשטח), כי הפוטנציאל הכולל לגילוי גז טבעי במימיה הכלכליים של ישראל עומד על כ- BCM 1,400 (שם).

ועדת ששינסקי, חוק מיסוי רווחי נפט ובג"צ 3734/11

29. על רקע תגליות הגז במאגרי "תמר" ו-"לויתן", החלה המדינה בהליכי אסדרה שונים של משק הגז הטבעי בישראל. ביום 12.04.2010 מינה שר האוצר דאז, ח"כ יובל שטייניץ, ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' איתן ששינסקי, לבחינת שיעור המס אותו ראוי להטיל על

³⁰ ר' בעמ' 11-12 לדו"ח ועדת ששינסקי, זמין בכתובת:

<http://mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/Pages/PhysicsPolicyCommittee.aspx>

³¹ ר' בעמ' 38-46 לדו"ח ועדת צמח, זמין בכתובת:

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

אוצרות הגז והנפט אשר התגלו – ואשר יתגלו. בוועדה היו חברים נציגים מרשות המסים, משרד האוצר, המועצה הלאומית לכלכלה, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (בשמו דאז, משרד התשתיות הלאומיות), וכן משקיפים מטעם היועץ המשפטי לממשלה ובנק ישראל.

30. ביום 03.01.2011, לאחר הליך שכלל שמיעת עדויות, הזמנת חוות דעת חיצונית ממומחים בינלאומיים ופרסום טיוטת ביניים להערות הציבור, פרסמה הוועדה את המלצותיה. לפי ההסדר עליו המליצה, יש להותיר את שיעור התמלוגים הנגבה לפי חוק הנפט על כנו; לבטל את ניכוי האזילה; ולהטיל מס נוסף על רווחי יתר המופקים ממיזם נפט.

31. המלצות הוועדה אומצו בהחלטת ממשלה 2762 מיום 23.01.2011, ועוגנו בחקיקה ראשית עם חקיקתו של חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 (היום שמו חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011), ביום 30.03.2011.

32. חוק מיסוי רווחי נפט ביקש להביא לשינוי מהותי בחלוקת ההכנסות ממשאב הגז הטבעי. חלקה של המדינה (Government Take) הוגדל ועתה הוא כולל (המרכיבים הבאים אינם מצטברים – אלא הם מחושבים – כל אחד על היתרה לאחר גריעת האחר):

א. תמלוג לפי חוק הנפט (1/8 בפי הבאר);

ב. מס הכנסה (מס חברות) – 25% מס (לגבי מאגר "תמר" נקבעה "מגן מס" והשיעור הוגבל ל-18%);

ג. היטל רווחי נפט – בשיעור המגיע באופן הדרגתי עד 50% (מתחיל בשיעור של 20% ועולה בהדרגה עד שיעור של 50%);

33. כנגד החוק הוגשו שתי עתירות מנוגדות לבית המשפט העליון; עתירה מטעם החברות והשותפויות שהחזיקו בזכויות למאגרי הגז, אשר דרשו את ביטול ההסדר החדש מטעמים חוקתיים של פגיעה באינטרס ההסתמכות שלהן (אותו ביקשו הן לסווג כקניין), ובשל טענות אחרות; ועתירה מטעם פרופ' שמואל קניאל, אשר עתר בבקשה לאמץ את המלצות הביניים שפירסמה ועדת ששינסקי, ולהטיל מס בשיעור גבוה יותר על רווחי נפט. בית המשפט דחה את שתי העתירות, בבג"צ 3734/11 דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (15.8.2012) (להלן: "פרשת דודיאן").

ועדת צמח, החלטת ממשלה 442 ובג"צ 4491/13

34. לאחר קביעת משטר המיסוי, פנתה המדינה להסדיר היבטים נוספים של משק הגז הטבעי בישראל: כמות הגז המותרת לייצוא, והיקף העתודות אותן יש לשמור לתצרוכת מקומית; וכן היבטי יתירות ושרידות של מערך ההפקה והשינוע.

35. ביום 02.10.2011 מינו ראש הממשלה ושר המים והתשתיות הלאומיות דאז ועדה בראשות ד"ר שאול צמח, מנכ"ל משרד המים והתשתיות הלאומיות דאז, לבחינת הנושאים האמורים. בוועדה היו חברים נציגים מן המועצה הלאומית לכלכלה, רשות ההגבלים העסקיים, משרד האוצר, המשרד להגנת הסביבה, המטה לביטחון לאומי, משרד המשפטים ומשרד החוץ.

36. ביום 29.08.2012, לאחר הליך מקיף הדומה לזה אותו ניהלה ועדת ששינסקי, פרסמה הועדה את המלצותיה בעניין המדיניות המומלצת לפיתוח משק הגז הטבעי. הועדה המליצה, בדעת רוב ולמול עמדת מיעוט, בין היתר, להתיר ייצוא של 50% בלבד מעתודות הגז שנמצאו במימיה של ישראל, ולהותיר את השאר לשימוש מקומי.

37. בדעת המיעוט, התנגדה עו"ד אלונה שפר-קארו, מנכ"לית המשרד להגנת הסביבה דאז, למסקנות הדוח. עו"ד שפר סברה כי התחשיבים עליהם התבסס הדוח בנוגע לכמות הגז הקיימת וצרכי המשק הישראלי, הם בגדר תחשיבים אופטימיים המבוססים על הנחות יסוד שגויות ומגמתיות. לשיטתה, הדוח ערוך באופן מגמתי, במטרה "להצדיק החלטה בלתי אחראית ובלתי מבוססת על ייצוא נרחב של גז טבעי מישראל".

38. המלצותיה של הועדה אומצו בהחלטת ממשלה 442, מיום 23.06.2013. הממשלה החליטה להחמיר מעבר להמלצותיה של הועדה, ולהתיר ייצוא של 40% בלבד מעתודות הגז שנמצאו. כן אומצה **שורת הסדרים שנועדה להבטיח פיתוח מהיר של המאגרים, תוך יצירת יתירות באספקת הגז למשק**. כך, נקבע בסעיף 2 להחלטה כי הממשלה תפעל להגברת בטחון אספקת הגז הטבעי באמצעות חיבור נוסף של מאגר "תמר" לחוף:

"על מנת להגביר את אמינות האספקה של הגז הטבעי ולהגדיל את כמות האספקה למשק המקומי, לפעול להקמת צנרת הולכת גז טבעי ממאגר תמר לאזור אשקלון לרבות מתקן טיפול לגז טבעי, ולקבוע כי מאגר מרי B יהיה מאגר אחסון פעיל."

החלטת הממשלה 442, מיום 23.06.2013, מצורפת ומסומנת כנספח ע/12.

39. החלטת הממשלה אף קובעת, בסעיף 2א', כי יוקם צינור נוסף ממאגר "תמר" למתקן קליטת הגז שלחופי אשקלון עד סוף שנת 2016. זאת, בנוסף להקמת המדחסים אשר יגדילו את כמות הגז בצינור הקיים:

"...להטיל חובה על בעלי חזקת תמר, להקים צנרת הולכת גז טבעי לאזור אשקלון לרבות מתקן טיפול לגז טבעי כאמור, עד ליום 13 בדצמבר 2016. זאת בנוסף להתקנת המדחסים עד ליום ה-1 ביולי 2015, בהתאם לאישור שניתן ע"י שר האנרגיה."

40. כן קובעת ההחלטה, בסעיף 2ב', כי מאגר "מארי-B", אשר הפקת הגז ממנו הסתיימה, יהפוך למאגר אחסון אסטרטגי כדי להעניק למשק יתירות נוספת באספקת הגז:

"ליתן רישיון אחסון לבעלי חזקת אשקלון ביחס למאגר מרי-B, למשך תקופה שיקבע. הרישיון יותנה בהקמת צנרת כאמור, ובכך שעם סיום הרישיון תסתיים חזקת אשקלון, ומאגר מרי B יועבר למדינה באותו מועד כמאגר אחסון פועל ותקין."

41. כנגד החלטת הממשלה הוגשה עתירה לבית המשפט זה (בג"צ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (20.10.2013) (להלן: פרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**), מטעם מספר עותרים – ובהם גם מספר חברי כנסת, לרבות העותרת 3 דכאן. טענתם העיקרית של העותרים הייתה כי הממשלה אינה מוסמכת לקבל את ההחלטה בדבר כמות הגז המותרת לייצוא נוכח העובדה שמדובר בהסדר ראשוני הטעון חקיקה

ראשית של הכנסת. העתירה נדחתה בדעת רוב של חמישה שופטי ההרכב המורחב למול דעתם החולקת של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין והשופט גיבראן.

42. משנשוב ונעמוד על הטעמים שניתנו בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, אשר חשובים גם לעניין הנוכחי, בהמשך הדברים, לא נרחיב בתיאור פסק הדין בשלב הנוכחי. יחד עם זאת, כבר בשלב הנוכחי יש להדגיש כי הטעם המרכזי לדחיית העתירה על פי דעת הרוב היה בקיומו של סעיף 33(א) לחוק הנפט, שהוא בגדר סמכות לעניין קביעת מדיניות ייצוא בלבד (וברי כי עניינו של ההליך הנוכחי אינו מוגבל למדיניות הייצוא).

היווצרות המונופול

43. חוק הנפט מאפשר לממשלה להעניק למבקשים רישיונות לחיפוש נפט וגז טבעי, ולהפקתם ושיווקם – אם וכאשר נתגלו. ההתאגדות המקובלת בענף זה, בשל שיקולי מס, היא באמצעות שותפויות מוגבלות. פעילות החיפוש וההפקה עצמה בשדה הגז, בכלל זה עריכת הסקרים, קידוחי הבארות ופיתוח השדה, מתבצעת על ידי חברה המשמשת כמפעילת הקידוח (Operator). ואילו הפעילות הנוספת הכרוכה בניהול זכות הנפט, קרי גיוס ההון הדרוש, מכירת ושיווק הגז לצרכנים וטיפול בסוגיות משפטיות ואחרות, מתבצעת על ידי השותפות כולן.

44. ענף הנפט והגז הטבעי בעולם הוא מטבעו ענף ריכוזי, שכן נדרש ידע, מומחיות וניסיון מקצועי, כמו גם הון משמעותי ובעלות על זכויות נפט קיימות. על מנת למנוע ריכוזיות יתר בענף זה, קובע סעיף 17(ב) לחוק הנפט (בחלקיו האחרים של הסעיף קבועות מגבלות נוספות) מגבלות ברורות להיקף זכויות הנפט בישראל בהן יכול גורם יחיד להחזיק (יש להדגיש כי אין מדובר בהוראה ממצה – בבחינת הסדר שלילי – המונע אסדרה מכח הוראות דין אחרות):

“לא יהיה לאדם אחד יותר משנים-עשר רישיונות, ולא יהיו לו רישיונות על שטח כולל העולה על ארבעה מיליון דונם, אלא באישורה המוקדם של המועצה”.

45. אולם בניגוד להוראות חוק הנפט כמו גם תכליתו, שנועדו כאמור לאפשר ולעודד תחרות ופיתוחו של שוק חופשי במשק זה, החזיקו דלק ונובל בעשור החולף, למעלה מ-20 רישיונות לחיפוש נפט כל אחת, אשר כיסו כ- 60% משטחי החיפוש בישראל; כך לפי נתוני הממונה על הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים.

רשימת בעלי הזכויות במאגרי גז ונפט, מיום 17.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/13.

46. בנוסף להחזקת הרישיונות מעבר למותר בחוק הנפט, מתברר כי נובל אנרג'י, דלק קידוחים ואבנר חברו כשותפות במאגר “לוויתן” תוך עריכת הסדר כובל אסור בין כל השותפות במאגר זה – כולל המשיבה מס' 14. ביום 19 בפברואר 2007, קיבלה שותפות “רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת” (המשיבה 14, להלן: “רציו”), היתר מוקדם על שטח המצוי במים הכלכליים הידוע כ-“רציו-ים” (לימים בשטחו נתגלה מאגר “לוויתן”). לקראת סוף שנת 2007, החלה קבוצת דלק, במקביל להחזקתה במאגר “תמר”, במגעים לרכישת אחוזים מסוימים מאחזקותיה של רציו ברישיון “רציו-ים”. ביום 11 בספטמבר 2007, רכשו דלק ואבנר 70% מהזכויות בהיתר מוקדם זה, וביום 23 בינואר 2008 הועברו לנובל אנרג'י 35%

מהזכויות במאגר. חברתן של קבוצת דלק-נובל יחד ורכישת הזכויות ברישיון המוקדם (שהפך לימים לזכויות להפקת גז טבעי ממאגר "לוויתן") עולה כדי הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. קבוצת דלק ונובל הפכו לשותפות בזכויות בהיתר החיפוש וכפועל יוצא מכך אייננו כל אפשרות לתחרות קיימת או עתידית בין לבין עצמן או בין מאגר "תמר" לבין מאגר "לוויתן". הסדר זה גם עיגן את מעמדה היחודי של נובל אנרגי כמפעיל (Operator), ובכך עוד חיזק ומנע כל אפשרות ליצירת תחרות בין מאגרים שונים שנשלטים על ידי קבוצת דלק-נובל. הסדר כובל זה - שנעשה מבלי שהצדדים לו ביקשו קודם עריכתו (וממילא לא קיבלו) אישור או היתר זמני מבית הדין להגבלים עסקיים (לפי סעיף 7 או 13 לחוק ההגבלים) או פטור (ככל שניתן היה לקבל פטור) מן הממונה על ההגבלים העסקיים (לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים), **הוא אסור (ר' סעיף 4 לחוק ההגבלים) ועולה כדי עוולה אזרחית (ר' סעיף 50 לחוק ההגבלים) ואף כדי עבירה פלילית, בהתקיים היסודות הנדרשים לאחריות פלילית (ר' סעיף 47 לחוק ההגבלים).**

47. וכך, רק לאחר **שנתיים** תמימות של חבירה במשותף והחזקה במשותף בזכויות הרישיון "רציו ים", פרסמה רשות ההגבלים העסקיים ביום 6 בספטמבר 2011, הודעה כי היא **שוקלת** לקבוע כי השותפות נובל אנרגי, דלק, אבנר ורציו, הן צדדים להסדר כובל בשל חברתן יחד ברכישת הזכויות במאגר "לוויתן". בהחלטתה, ציינה הרשות כי כניסתן של דלק, אבנר ונובל אנרגי למאגר זה, בשעה שהן מחזיקות בנכסי נפט אחרים (לרבות "תמר"), מהווה, לכאורה, הסדר כובל והפרה של חוק ההגבלים.

48. **אם כן, כמפורט בהרחבה להלן, שליטתן של נובל ודלק בחלק הארי של זכויות חיפוש הנפט היוותה לא רק הפרה של חוק הנפט, אלא גם התגבשה לכדי יצירת מונופול כמשמעותו בחוק ההגבלים..**

49. בשל ייחודו ומורכבותו של משק הגז הטבעי, המצריך יכולות טכניות וגיוס משאבים ניכרים, מתנהלות פעולות החיפוש וההפקה של נפט וגז על ידי חברות גדולות במשק או על ידי יצירת שותפות בין מספר חברות. בשל החשש כי שותפות מסוג זה יגבילו או יאיינו לחלוטין את התחרות במשק הגז הטבעי, נדרש במשך השנים מערך ההגבלים העסקיים לעסוק בסוגיה זו.

50. בשנים עברו, נקט הממונה על ההגבלים העסקיים במדיניות עקבית שתכליתה לעודד תחרות ולמנוע ריכוזיות יתר במשק האנרגיה. על רקע זה, הממונה על ההגבלים לא היסס לפסול שותפויות עסקיות שונות ובמקרים אחרים, להציב תנאים נוקשים להבטיח את התחרות, עד כדי מכירת אחזקות.

51. לדוגמה, בשנת 1997, פסל הממונה על ההגבלים העסקיים בקשה של החברות כלל תעשיות בע"מ, כור תעשיות בע"מ ואחרים לגיבוש קונסורציום לייבוא גז טבעי מונזל לישראל, מחשש שהדבר יפגע בתחרות ויביא לשליטת השותפות בקונסורציום על מקורות האנרגיה הזמינים למשק:

"לגז הטבעי נכון - אולי - עתיד גדול בתחום האנרגיה; ואם תקוים הבטחתו ותמומש, יהא הגז הטבעי לתשומת ייצור חשובה בענפי משק רבים ושונים, ותקום תחרות בינו לבין מקורות אנרגיה אחרים. דא עקא, כי לצדדים למיזם פעילות ענפה בתחום הדלק ותזקי קיו, שבו יתחרה הגז

הטבעי, ואף פעילות ענפה בתחומי צריכת תשומות הייצור, שהן מזירות התחרות החשובות בין גז טבעי לבין דלק ותזקיקיו."

52. בקשה נוספת לפטור מהסדר כובל בעת חבירה של שותפות לצורך פעילות בענף הנפט והגז, שהוגשה לממונה על ההגבלים בשנת 2000, נדחתה אף היא, בשל בחשש לפגיעה בתחרות הקיימת במשק האנרגיה בין המבקשות: השותפות במיזם ים תטיס, בהן דלק, וגרנית הכרמל, אשר החזיקה בחברת סונוול. לדברי הממונה:

"שניים מבין שלושה המתחרים העיקריים בתחום פלוני מבקשים לחבור להם במיזם משותף. מבחינה כלכלית מייצג המיזם המשותף אינטרס כלכלי מהותי, והיקפו גדול מהיקף כל אחד מהמתחרים בתחום התחרות, וגם מהיקף שניהם ביחד. בנוסף, פעילות המיזם משיקה לתחום בו השניים מתחרים זה בזה, ובעתיד לבוא יהפוך המיזם קשור יותר ויותר לתחום התחרות... האם יכול הממונה על הגבלים עסקיים, והאם צריך הוא, לפטור את המיזם מהחובה לפנות בבקשת אישור לבית הדין להגבלים עסקיים, מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים?"

החלטת הפטור משנת 2000 מצורפת ומסומנת כנספח ע/14.

53. בשנת 2000, דן הממונה על ההגבלים העסקיים בבקשה נוספת הנוגעת לפרוייקט ים תטיס, כאשר חברת דלק השקעות ונכסים בע"מ, השותפה בפרוייקט, ביקשה להגדיל את אחזקותיה באמצעות רכישת חלקה של שותפה אחרת במיזם, חברת RB Mediterranean Ltd. הממונה אישר את העסקה, אולם התנה זאת בכך שדלק תמכור את זכויותיה בפרוייקטים אחרים לחיפושי גז ונפט בהם שותפה באותה עת (מד אשדוד, מובלעת אשדוד ומד יבנה). לחילופין, התיר לה הממונה לצמצם מאוד את אחזקותיה בפרוייקט ים תטיס. הממונה אף קבע את תנאי מכירת הזכויות באמצעות נאמן, אצלו נתבקשו החברות להפקיד מראש יפוי כוח ושטרי העברת זכויות.

החלטת הממונה משנת 2000 מצורפת ומסומנת כנספח ע/15.

54. מאוחר יותר, בשנת 2002, העניק הממונה על ההגבלים העסקיים פטור מהסדר כובל לעסקת הרכישה של חלקה של חברת BG International Ltd. בפרוייקט מד אשדוד על ידי חברת גרנית סונוול קידוחי נפט וגז, אולם התנה זאת במכירת זכויותיה של דלק במיזם. לדברי הממונה:

"קבוצת דלק... מחזיקה בשיעור גבוה מהזכויות במובלעת אשדוד, ושולטת, כאמור, במיזם ים תטיס. לפיכך גוברים החששות התחרותיים הנובעים מחבירה של שני מתחרים למיזם משותף בתחום הצפוי להתחרות בשוק בו הם פועלים... משום כך, ראיתי לנכון שלא לאשר ישיבה משותפת של גרנית הכרמל וקבוצת דלק במיזם מד אשדוד. הפרדה בין גרנית הכרמל לבין קבוצת דלק יכול שתושג באחת משתי דרכים... מכירה מוחלטת של זכויותיה במד אשדוד, דבר אשר ימנע בעלות משותפת של סונוול ודלק במיזם שבפניי. החזקה משותפת של קבוצת דלק ושל גרנית הכרמל במיזם שענינו חיפושי נפט וגז טבעי... עשוי להקטין את התחרות בין הקבוצות –

הן בשוק התזקיקים והן בשוק הגז הטבעי. באם תחליט דלק להמשיך ולהחזיק בזכויותיה במובלעת אשדוד – תיאלץ גרנית הכרמל למכור זכויותיה שלה לידי אחר.”

החלטת הממונה משנת 2002 מצורפת ומסומנת כנספח ע/16.

55. לאחר שמיזם מד אשדוד כשל, בעקבות קידוחי ניסיון שנערכו בו בשנת 2003, לא נדרש מימוש של התנאים שבצו.

56. דיון נרחב בסוגיית ההגבלים העסקיים בענף הנפט והגז התנהל בעת שדלק קידוחים, אבנר ונובל רכשו את חלק הארי ברישיונות "מתן" ו-"מיכל", בהם נתגלה מאוחר יותר מאגר הגז הטבעי "תמר". בהחלטה שנתקבלה ביום 22.08.2006, בחר הממונה על ההגבלים העסקיים להעניק לדלק לשותפות "ישראל-נגב 2" (המשיבה 12, להלן: "ישראל-נגב") פטור מהסדר כובל בכל הנוגע לפעילותן המשותפת ברישיונות "מתן" ו-"מיכל". עם זאת, פטור זה ניתן בתנאים מגבילים.

57. בין היתר, אסר הממונה על החברות להמשיך ולפעול במשותף בפרויקטים חדשים בענף הגז, ללא אישור:

"התאגידים המקומיים (קבוצת דלק וישראל-נגב) לא יחזיקו במשותף, בין לבדם ובין בצד מחזיקים נוספים, בכל זכות גז למעט זכות הנובעת ישירות ובאופן בלעדי מרישיונות מתן ו/או מיכל, אלא באישור מפורש, מראש ובכתב מאת הממונה [על ההגבלים]."

החלטת הפטור משנת 2006 מצורפת ומסומנת כנספח ע/17.

58. יש לתמוה על כך שבתנאי הפטור אותו העניק הממונה, לא נזכרה נובל, אשר היתה שותפתה הבכירה של דלק במיזם ים תטיס. בהודעה לבורסה שפרסמה דלק קידוחים ביום 28.08.2006 נאמר כי נתקבל אישור הממונה על ההגבלים להעברת 33% מהזכויות במאגר "תמר" לידי נובל.

הודעתה לבורסה של דלק קידוחים, מיום 28.08.2006, מצורפת ומסומנת כנספח ע/18.

59. כאמור, קבוצת דלק ונובל אנרג'י צברה בין השנים 2007-2010, מספר גדול של רישיונות לחיפוש נפט וגז טבעי. בשנת 2008, החזיקו השותפות בלמעלה מ-20 רישיונות חיפוש, על חלק הארי של השטחים הרלוונטיים במים הכלכליים של ישראל. זאת, בעוד שחוק הנפט מגביל את מספר הרישיונות המרבי שיכול שיוחזק בידי גוף יחיד ל-12 בלבד. בשנת 2005, ולאחריה בשנים 2007-2008, נדרש הממונה על ההגבלים לדון מספר פעמים בשאלת התחרות במשק הגז הטבעי, לאור שליטתן המוחלטת של דלק ונובל על שטחי החיפוש. לדברי הממונה, בס' 3.5 להחלטת הפטור מהסדר כובל ב"תמר" הנזכרת, מיום 28.08.2006:

"לישראל-נגב מזה, ולקבוצת דלק מזה, זכויות ברוב רובם של רישיונות הקידוח התקפים כיום בישראל. אם יימצא בעתיד הקרוב גז טבעי בשטח ישראל, קיימת אפשרות סבירה שיהיה זה בתחומי רשיון או שטר חזקה המוחזק על ידי מי מהן. שיתוף הפעולה עלול אפוא להביא לצינון תחרות ביניהן או בין מי מהן לבין המיזם המשותף, במקרה שמי מהן תוכל להפיק

גז בשדה אחר, ובהפחתת התמריץ של כל אחת מהן לבצע השקעות נוספות בחיפושים."

60. קבוצת דלק הייתה מודעת היטב לסוגיית ההגבלים, ומלבד סוגיית האחזקות במאגר "תמר", הקפידה לפנות אל הממונה אף בעניינים שוליים לכאורה. כך לדוגמה, בבקשה שהגישה ביום 25.09.2005 לקבלת פטור מהסדר כובל בעת שהעבירה לידה 5% מזכויות ישראלמקו בקידוח "גד 1" הזניח, ובבקשה שהגישה ביום 18.11.2007 להעברת 40% מהזכויות ברישיון "חוף" שהיו בבעלות ישראלמקו – לידה, רישיון שהכיל על פי הערכת משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, כמות זעומה של גז. בשני המקרים קיבלה קבוצת דלק את הפטור המבוקש. בסעיף 4.25 לדו"ח הכספי של דלק לשנת 2008³², מפרטת החברה בקשות שונות אותן הפנתה לממונה על ההגבלים העסקיים, ומדגישה כי הוגשו "למען הזהירות".

61. על העובדה כי שותפויות הגז היו מודעות לסוגיית ההגבלים תעיד גם בקשתם מיום 18.01.2007, לקבלת לפטור מהסדר כובל לפעילותה המשותפת עם ישראלמקו ברישיונות "אוהד" ו-"שמשון". לטענת השותפות, כמצוין בסעיף 4.25.4 לדו"ח הכספי הנזכר של חברת דלק לשנת 2008, פעילות חיפוש של נפט וגז טבעי אינה מהווה הסדר כובל כהגדרתו בחוק, אולם הן בחרו להגיש את הבקשה לשם הזהירות, ועקב הפטור שקיבלו ברישיונות "מתן" ו-"מיכל" (כאמור מאגר "תמר" לעתיד לבוא). ביום 02.08.2007 בחרו החברות למשוך את הבקשה לפטור זה, והחליטו להפריד בעצמן את האחזקות בשדה זה, כך שישראלמקו תחזיק בכל הזכויות ברישיון "שמשון", ואילו דלק ואבנר – בכל הזכויות ברישיון "אוהד".

בקשת דלק לפטור מהסדר כובל ברישיונות "אוהד" ו"שמשון", מיום 18.01.2007, מצורפת ומסומנת כנספח ע/19.

62. ביום 19.02.2007, קיבלה רציו היתר מוקדם (מס' 193/רציו ים") ביחס לשטח הידוע כ-"רציו-ים".

היתר מס' 193/רציו ים", מיום 19.02.2007, מצורף ומסומן כנספח ע/20.

63. בתאריך 11.09.2007 רכשו דלק קידוחים ואבנר מרציו 70% מהזכויות בהיתר המוקדם מס' 193/רציו ים" – 35% עבור כל אחת מהן. בכך הפכה קבוצת דלק (באמצעות דלק קידוחים ואבנר) לשותפה יחד עם רציו בהיתר המוקדם מס' 193/רציו ים" – כך שקבוצת דלק מחזיקה ב-70% מהזכויות בו ורציו חיפושי נפט (1992) (שותפות מוגבלת) מחזיקה ב-30% מן הזכויות בו.

64. בהמשך, בתאריך 23.01.2008 הועברו לנובל 35% מהזכויות בהיתר בהיתר המוקדם (מס' 193/רציו ים"), כך שחלוקת הזכויות בו הייתה כך:

נובל	35% ;
דלק קידוחים (שותפות מוגבלת)	20% ;
אבנר חיפושי נפט וגז (שותפות מוגבלת)	20% ;
רציו חיפושי נפט (1992) (שותפות מוגבלת)	25%.

³² נמצא בכתובת: http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=430470

אישור הממונה על הנפט להעברת הזכויות בהיתר רציו-ים, מיום 07.02.2008, מצורף ומסומן כנספח ע/21.

65. בתאריך 15.12.2008, העניק הממונה על הנפט את רישיונות מס' 349/ר"חל" ו-350/עמית" (חלף ההיתר המוקדם מס' 193/רציו יס"), בהם התגלה מאגר "לוויתן" לפי החלוקה לעיל, וכן את רישיון "ערך" בו התגלה מאגר "תמר SW", ורישיונות "חנה" ו-"דוד".

הודעתה לבורסה של דלק קידוחים, מיום 16.12.2008, מצורפת ומסומנת כנספח ע/22.

66. בתאריך 28.12.2008, חתמה רציו על שטרי העברה המעבירים 2.67% מהזכויות ברישיונות מס' 349/ר"חל" ו-350/עמית" (לכל אחת) לדלק ולאבנר, וכן 4.66% מהזכויות ברישיונות מס' 349/ר"חל" ו-350/עמית" לנובל. לאחר העברות אלו חלוקת הזכויות ברישיונות מס' 349/ר"חל" ו-350/עמית" הייתה כך:

נובל	39.66% ;
דלק קידוחים (שותפות מוגבלת)	22.67% ;
אבנר חיפושי נפט וגז (שותפות מוגבלת)	22.67% ;
רציו חיפושי נפט (1992) (שותפות מוגבלת)	15% .

הודעתה לבורסה של דלק קידוחים, מיום 28.12.2008, מצורפת ומסומנת כנספח ע/23.

67. מאז ועד היום לא חל שינוי בהחזקות אלו.

68. בכל השתלשלות רכישות זו, בניגוד למקרים הרבים שתוארו לעיל, לא פנו דלק, אבנר, נובל ורציו אל הממונה על ההגבלים העסקיים בבקשה לקבלת פטור (או אישור) מהסדר כובל – למרות שכאמור היו מודעות היטב לכך שהן מחויבות לעשות כן. רכישת הזכויות ברישיון "רציו-ים" התבצעה קרוב לשנה וחצי לאחר שנתקבל פטור מהסדר כובל במאגר "תמר", על ההתניות הברורות המצוינות בו. יש להדגיש שמדובר בשני אירועים נפרדים, אשר לא נתקבל אישור מערך ההגבלים העסקיים אף לא לאחד מהם: הראשון הוא רכישת הזכויות מרציו, ואילו השני הוא כניסתה של נובל למאגר "תמר".

69. מסכת פעולות אלו של קבוצת דלק, נובל ורציו עולה כדי עשיית הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים (כפי שיוצג בהמשך) מבלי שנתקבל אישור (או היתר זמני) מבית הדין להגבלים עסקיים ולא פטור מן הממונה על ההגבלים – מעשה העולה כדי עוולה אזרחית לפי סעיף 50(א) לחוק ההגבלים, ואף עבירה פלילית לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים.

ההליכים לאחר התגבשות ההסדר הכובל

27. כאמור, ההסדר הכובל שיצרו שותפויות הגז ב"תמר" וב"לוויתן" התגבש במהלך 2009, והוא הבסיס להשתלשלות העניינים שתופרט להלן, שעניינה התנהלות המדינה למול הסדר כובל זה.

70. יחד עם זאת, וטרם נפנה לתיאור השתלשלות העניינים, נבקש להדגיש כבר עתה כי אין ממש במאמץ המקיף והשיטתי שעושות שותפויות הגז על מנת להשחיר את הממונה על ההגבלים העסקיים ואת רשויות המדינה. זאת, על מנת לייצר מצג שעל פיו בזמן שהשותפויות פעלו על פי דין, התנהלו הרשויות ברשלנות, שינו את עמדותיהן, ופגעו באינטרס הסתמכות מוגן

של השותפויות. כל כך משכנעות היו שותפויות הגז, עד שפקידי ציבור בכירים לא פעם האמינו לנרטיב מסוכן ולא מדויק זה (בלשון המעטה).

71. נרטיב זה ודאי אף יוצג על ידי השותפויות בפני בית המשפט הנכבד, על מנת להציג בפני בית המשפט את שותפויות הגז כ"קוזק הנגזל", ממש משל היו בעל עסק קטן שאינו מצליח להתמודד עם בירוקרטיה שרירותית ובלתי נגמרת.

72. אלא שנרטיב זה רחוק מלשקף נכונה את המציאות. עסקינן במצב בו תאגידי ענק, בליווי מיטב היועצים המשפטיים, לוביסטים ועסקנים, יוצרים במכוון וביודעין הסדר כובל, ונמנעים במכוון וביודעין מהבאתו לאישור הרשויות המוסמכות. לאחר מכן אותם התאגידים ממש גוררים את הליכי השימוע והמו"מ מול הרשויות להכשרת השרץ על מנת לסחוט כל ריווח אפשרי ממשאבי הטבע הציבוריים, תוך איום ברור ומפורש כי ככל שהרשויות לא יסוגו הן עצמן, קרי, שותפויות הגז, תפעלה ליצירת סבך הליכים משפטיים שידחו כל פיתוח בשנים ארוכות, אשר משכו הוערך על ידי המדינה, כפי שציין המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט בפני ועדת הכלכלה, בלא פחות משמונה שנים תמימות (ובית המשפט יודע טוב מהעותרים כיצד יכולים עורכי דין נחושים לסבך ולעכב כל הליך משפטי).

73. ויודגש, בשום שלב לא הייתה מניעה משותפויות הגז לפנות בבקשה לממונה על ההגבלים העסקיים שיכריע בשאלת קיומו של הסדר כובל מראש, על פי סעיף 43 לחוק ההגבלים (קרי, חוות דעת מקדמית); בשום שלב לא הייתה מניעה ששללה משותפויות הגז את היכולת לפנות בפניה מקדמית לרשויות המס מכוח סעיף 154 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת מס הכנסה**") לשם קבלת החלטת מס בנוגע לפרשנות דיני המיסים החלים עליהן. השותפויות עצמם, בכוונה ובידיעה, נמנעו מלפנות לרשויות, ולא ניתן אלא להניח כי הימנעותן זו נבעה מרצונם לקבוע עובדות בשטח, ולאחר מכן להציג את המדינה בפני עובדה מוגמרת, ממש כפי שהן עושות כעת. פשיטא, כי אותן שותפויות גם ידעו היטב כי עומדת להן האפשרות לפנות בעתירה לבית משפט נכבד זה (כפי שידוע היטב לעשות במקרים אחרים) על מנת שיגרום לרגולטור איטי מדי לטעמן – לקבל החלטה בעניינן – אך עתירה כזו לא ראינו ולא ידענו על קיומה.

74. ועוד יובהר, האמת לאמיתה היא כי רשויות המדינה אכן לא פעלו כראוי, מהטעם שהן נתנו יחס מועדף ברור לשותפויות הגז, מהטעם שהן הסכימו לקיום מאות ואלפי שעות דיונים עם השותפויות על מנת להכשיר את העוולות האזרחיות והעבירות הפליליות שביצעו, ומהטעם שלא החליטו להעמיד את השותפויות לדין. האמת לאמיתה היא כי רשויות המדינה לא פעלו כראוי כאשר קיימו מגעים עם השותפויות ללא שקיפות, ומבלי שניתן לציבור פתחון פה או זכות טיעון. האמת לאמיתה היא כי בעלי הסמכות מטעם הממשלה אכן לא פעלו כראוי, כאשר הסכימו לכרות אוזן ולקיים מדיניות של דלת פתוחה לבעלי המניות בשותפויות הגז.

75. מכאן לפירוט השתלשלות העניינים - הממונה על ההגבלים העסקיים פנה לבחינת ההסדר הכובל במאגר "לוויתן" לאחר שנוצר. ביום 6 בספטמבר 2011, פרסמה רשות ההגבלים העסקיים הודעה כי הממונה על ההגבלים העסקיים שוקל לקבוע כי השותפות נובל אנרגי, דלק, אבנר ורציו, הן צדדים להסדר כובל בשל חבירתן יחד ברכישת הזכויות במאגר "לוויתן". בהחלטתה, ציינה רשות ההגבלים העסקיים כי כניסתן של דלק, אבנר ונובל

אנרגי למאגר זה, בשעה שהן מחזיקות בנכסי נפט אחרים (לרבות "תמר"), מהווה, לכאורה, הסדר כובל והפרה של חוק ההגבלים העסקיים.

העתק הודעת רשות ההגבלים העסקיים לעיתונות מיום 06.09.2011 מצורף ומסומן כנספח ע/24.

76. מאז מועד זה ומשך כשנתיים ומחצה נוהל בחדרי חדרים משא ומתן בין השותפות נובל אנרגי, דלק, אבנר ורציו לבין רשות ההגבלים העסקיים בעניין ההסדר הכובל במאגר "לוויתן". משא ומתן זה נעשה בתנאים מיטיבים – בעוד שהמו"מ כולו התקיים ללא כל שקיפות או דווח לציבור, לשותפויות הגז ניתנה במה בלתי מוגבלת כמעט להצגת טענותיהן. זאת, תוך שבתקופה זו, לא נקטה הרשות בשום צעד לסיום ההסדר הכובל, ואף נמנעה מפרסום קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים כי מדובר בהסדר כובל.

77. יוזכר כאמור כי במקביל, ביום 13.11.2012 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים כי **דלק קידוחים, אבנר, נובל, ושותפותיהן במאגר "תמר", השותפות המוגבלות ישראל, נגב ואלון חיפושי גז – הן מונופולין באספקת גז טבעי (בלתי מונזל) בישראל, ביחד ולחוד.** התאגידים מושאי הכרזת המונופולין לא הגישו ערר כנגד ההכרזה לבית הדין להגבלים עסקיים, ולפיכך הכרזת המונופולין היא חלוטה וסופית. יש להטעים כי אם יחול שינוי מהותי בעובדות עשויה ההכרזה שלא לחול עוד על המצב החדש שישורר בשוק זה, ויהא מקום לבקש ביטול ההכרזה. אך לא זה המצב כעת.

78. הכרזת המונופולין מתייחסת כאמור למאגר "תמר", שהוא כאמור המאגר היחיד המספק היום גז טבעי למשק בישראל, ואחד משני המאגרים הגדולים המכילים את עיקר עתודות הגז הטבעי של מדינת ישראל. אחזקתן של קבוצת דלק ונובל אנרגי (במשותף עם רציו) גם במאגר הגדול השני של ישראל, "לוויתן", שגודלו כפול משל מאגר "תמר", מקנה לחברות אלו שליטה מוחלטת במשק הגז הטבעי של ישראל בעשורים הקרובים והשפעה דרמטית על משק המדינה וכלכלתה לעשורים רבים.

79. אם כן, בחינת מהלך הדברים מלמדת כי הצטרפותה של קבוצת דלק ב-11.09.2007 לשותפות עם רציו בהיתר המוקדם מס' 193/רציו ים", ולאחר מכן כניסת נובל, בעת שהן מחזיקות במאגר הגז הפעיל "ים-תטיס" וברשיונות החיפוש ב"תמר" וברישיונות רבים נוספים, נעשתה כאמור תוך הפרה בוטה ובניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. **הסדר כובל זה אינו להלכה ולמעשה את התחרות בין קבוצת דלק-נובל ורציו לחלוטין (ובפעול גם ביחס לשותפותיהן במאגר "תמר" ישראל ודור אלון) – ופגע וצמצם לאפס את התחרות במשק הגז הטבעי.**

80. יצויין כי במהלך תקופה זו התקיימו מספר דיונים הנוגעים לנושא בועדת הכלכלה של הכנסת, בעניין עסקת הגז בין חברת החשמל לשותפות במאגר "תמר" (ביום 04.07.2012), חשש למונופול בתחום הגז הטבעי (ביום 18.03.2014), התנהלות הממשלה בנושא הגז הטבעי (ביום 27.04.2014), והצורך בהטלת פיקוח על מחירי הגז הטבעי (16.06.2014).³³

³³ ניתן לעיין בפרוטוקולי הדיונים בקישורים:

http://fs.knesset.gov.il/18/Committees/18_ptv_216846.doc

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_277924.doc

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_278053.doc

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_283128.doc

81. כן יצויין כי החל בשנת 2012, ולאורך תקופה זו פנו העותרת מס' 3, וכן ב"כ העותרים, עו"ד ג. ברנע, אל השרים והרגולטורים הנוגעים לדבר בבקשה כי יפעלו להטלת פיקוח על מחירי הגז הטבעי, לפי חוק הפיקוח ולאסדרת הפקת הגז הטבעי (וכן ב-2012 בעניין הכרזת המונופולין – שבוצעה סמוך לסוף אותה שנה).

מכתבו של עו"ד ברנע, מיום 06.09.2012, מצורף ומסומן כנספח ע/25.

מכתבו של עו"ד ברנע, מיום 24.07.2013, מצורף ומסומן כנספח ע/26.

מכתבה של העותרת מס' 3, מיום 12.02.2014, מצורף ומסומן כנספח ע/27.

מתן שטרי החזקה במאגר "לוויתן", בג"צ 3397/14

82. בתאריך 27 במרץ 2014 העניק הממונה על הנפט את שטרי החזקה מס' 1/14 "לוויתן דרום" ו-15/1 "לוויתן צפון", שבאו חלף רישיונות מס' 349/"רחל" ו-350/"עמית", לפי החלוקה המתוארת לעיל בס' 66. שטרי החזקה ניתנו מכוח הסמכות הנתונה לו בס' 26 לחוק הנפט.

83. **שטר חזקה מס' 1/14 "לוויתן דרום", מיום 27.03.2014, מצורף ומסומן כנספח ע/28.**³⁴ כנגד החלטתו של הממונה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון (בג"צ 3397/14, **העמותה לכלכלה בת-קיימא נגד שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים ואח'**, פסק דין מיום 8.12.2014), בטענה כי החתימה על שטרי החזקה נעשתה בניגוד לכללי המנהל התקין: ללא שיתוף משרדי ממשלה נוספים, בהיעדר שקיפות וללא הליך של שיתוף הציבור. בהמלצת בית המשפט, העותרת חזרה בה מעתירתה והיא נדחתה.

84. יצוין כי בס' 46 בשטרי החזקה האמורים הבהיר מפורשות הממונה על הנפט, לאחר שנדרש לעשות כן על ידי התנועה לאיכות השלטון בישראל (ע"ר), כי מתן שטר החזקה לא מהווה הכשרה בדיעבד של ההסדר הכובל במאגר "לוויתן", או של כל הפרה קשורה אחרת של חוק ההגבלים העסקיים:

"...אין במתן שטר החזקה משום הכשרה של הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ככל שיימצא שהיתה כזו בקשר עם שדה לוויתן; אם יימצא כי החזקת בעל החזקה בשטר חזקה זה מהווה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, יפעל בעל החזקה בהתאם לכל החלטה שיפוטית בעניין זה, לרבות העברת זכויותיו ושטר החזקה לאחר, ככל שיקבע כאמור."

טיוטת הצו המוסכם, ההתנגדויות לטיוטה והחלטת הממונה

85. ביום 27 במרץ 2014, לאחר משא ומתן עם שותפיות הגז (אשר נעשה כאמור בחדרי חדרים וללא כל שקיפות, שיתוף הציבור, ידוע הציבור או מתן הזדמנות לציבור להגיב או להתייחס אליו), הודיע הממונה על ההגבלים העסקיים שעל רקע טענת הרשות להפרת חוק ההגבלים, חותרת הרשות להגעה לכדי צו מוסכם עם שותפות הגז, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 50ב לחוק ההגבלים. כמתחייב על פי סעיף זה, הממונה פרסם את נוסח טיוטת הצו המוסכם ופנה לציבור להגיש את טענותיו באשר לנוסח זה.

³⁴ היות ונוסח השטרות לחזקות "לוויתן צפון" ו"לוויתן דרום" זהים פרט למיקום השונה, צורף רק נוסח אחד לעתירה זו.

86. לפי טיוטת הצו, השותפות במאגרים "תמר" ו-"לוויתן" ישמרו על זכויותיהם במאגרים אלו, והממונה לא יפעיל כלפיהן אף אחת מסמכויות האכיפה העומדות לו בחוק ההגבלים העסקיים. בתמורה, החברות ימכרו בתוך פרק זמן נקוב את זכויותיהן במאגרים הקטנים, "כריש" ו-"תנין", לצד שלישי שאינו קשור.

87. כאן המקום להביא את האופן בו הציגה את הדברים נובל אנרג'י בדו"ח שנתנה חברת האם הנסחרת בארה"ב למשקיעיה ולרשות ניירות ערך האמריקאית (SEC). זו תיארה את המהלך, בדו"ח התקופתי (02/2015) שלה, כך:

"Since 2011, following the discovery of Leviathan, we have been engaged with the Israeli government, including the Antitrust Commissioner, to reach agreement on various antitrust matters resulting from our significant resource ownership status. **During 2014, we and our partners reached an agreement with the Israeli government on the antitrust matters (Consent Decree)**, which included an agreement to divest two of our natural gas discoveries, Tanin and Karish.

Acting in good faith upon the Consent Decree, we engaged in discussions with potential purchasers of the Tanin and Karish discoveries. **We believed that the Consent Decree matter had been resolved and had received assurances from the Antitrust Authority that approval was forthcoming.**

However, on December 23, 2014, the Israeli Antitrust Commissioner (Commissioner) reversed a decision to submit the agreed Consent Decree to the Israeli Antitrust Tribunal for approval. An oral hearing with the Antitrust Authority took place on January 27, 2015.

Because stable fiscal and regulatory regimes are imperative to support ongoing investment and sanction of major development projects, we determined that the resolution of the following items, and greater certainty with respect to Israeli fiscal and regulatory matters, would be required prior to sanction of a Leviathan development project, the Tamar expansion or other future development projects:³⁵

(ההדגשה לא במקור – ג.ב., ח.ק.).

88. האמור מצביע על כך שנובל ראתה בטיוטת הצו הסכם (Agreement), ולטענתה קיבלה

³⁵ הדיווח ניתן לצפיה בכתובת הבאה:

<http://investors.nobleenergyinc.com/secfiling.cfm?filingID=72207-15-47&CIK=72207>

הבטחות (assurances) מרשות ההגבלים כי האישור קרוב/מתמשש ובא (approval was forthcoming).

89. לקרוא – ולהתקומם. לא יכול להיות ספק כי נובל אנרג'י, המלווה בידי מיטב עורכי הדין, ידעה היטב כי ההליך המנהלי מחייב את הרשות להפעיל שיקול דעת לאחר שמיעת ההערות הציבורי, וכי תוצאתו יכולה להיות דחייה של הצו המוסכם. זוהי הרי כל תכליתו של ההליך. בדומה לא יכול להיות ספק שנובל אנרג'י חייבת הייתה לדעת כי שום גורם אינו מוסמך להתחייב כי הצו יאושר. אלא שדיווח זה אינו דיווח שנועד לשקף תמונה אמיתית למשקיעים, שהרי לו ניסה לשקף את האמת למשקיעים היה הכרח לכלול בו העובדה שנובל אנרג'י יכולה הייתה מראש לפנות הן לממונה על ההגבלים העסקיים הו ליתר הרשויות בבקשה לקבל החלטות מדיניות מתאימות, וליצר סביבה רגולטורית "יציבה". התכלית האמיתית של דיווח זה היא ברורה – להכין את הקרקע לאיום על מדינת ישראל, שעל פיו ככל שלא יתקבלו דרישות שותפויות הגז, יוצג מצג שעל פיה ישראל אינה סביבה בעלת יציבות רגולטורית אשר ירתיע משקיעים אחרים.

90. כאשר הופנתה לממונה על הגבלים עסקיים, בקשה לקבל מידע ומסמכים בעניין זה – ניתנה תשובה סתומה ולא מפורטת.

פנייתה של התנועה לאיכות השלטון (ע"ר) אל רשות ההגבלים העסקיים, מיום 24.08.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/30.

תגובת הרשות, מיום 12.11.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/31.

בקשת המשך מטעם התנועה לאיכות השלטון (ע"ר), מיום 05.01.2016, מצורפת ומסומנת כנספח ע/32.

מכל מקום, לאחר שהוגשו לו התנגדויות (בהן גם התנגדות שהוגשה על ידי העותרת 3 ואחרים) לטיוטת הצו המוסכם, הודיע הממונה על ההגבלים העסקיים ביום 23.12.2014 כי החליט **שלא להמשיך ולפעול לקידומו של צו מוסכם** בהתאם לסעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים עם בעלות החזקה במאגר הגז הטבעי "לוויתן", קרי שותפות הגז. תחת זאת, הודיע הממונה כי הרשות שוקלת לפרסם קביעה, מכח סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה שותפות הגז הן צדדים להסדר כובל שלא קיבל פטור מהממונה או אישור מראש מבית הדין – וכמתחייב מהחוק, לפעול לשם פירוק או צמצום המונופולין לשם הגברת התחרות בענף הגז הטבעי.

העתק ההתנגדות שהוגשה בשם הפורום הישראלי לאנרגיה (ע"ר), חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי (ע"ר), מרכז קונקורד להטמעת המשפט הבינלאומי בישראל (בית הספר למשפטים של המסלול האקדמי במכללה למינהל), EcoPeace Middle East, Environmental NGO Forum (ידידי כדור הארץ), הפורום המשפטי למען ישראל (ע"ר), ח"כ שלי יחימוביץ' (העותרת 3), ח"כ משה גפני, ח"כ (לשעבר) פרופ' אריה אלדד ופרופ' שמואל קניאל מיום 26.05.2014 מצורף ומסומן כנספח ע/33.

תגובת המשיבות 10, 11 ו-13 להתנגדויות, מיום 18.09.2014, מצורפת ומסומנת כנספח ע/34.

91. בין היתר, כתב הממונה כי "בחודשים האחרונים התגבשה תמונה כוללת לפיה התועלת לציבור מהצו המוסכם פחותה מהאלטרנטיבה, בגלל היווצרות מספר נסיבות חדשות. בין היתר, התקבלו ברשות אינדיקציות משמעותיות כי **הצו המוסכם לא ייצור פתרון תחרותי של ממש הפותר את בעיית המונופול בשוק**. התגבש גם חשש כי גורמים בממשלה תולים את יהבם על ההסדר וממתינים לתוצאותיו, וחשוב שאלה יפעלו כבר עתה לקידום התחרות בתחום." (ההדגשה אינה במקור).

"צוות קנדל"

92. זמן קצר לאחר הודעת הממונה, החליט ראש הממשלה להורות לפרופ' יוג'ין קנדל, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, לבצע "עבודת מטה" לבחינת השלכות החלטתו של הממונה ולגיבוש תכנית פעולה ממשלתית בנושא (להלן: "**צוות קנדל**"). עוד הודיע ראש הממשלה כי עבודת מטה לא זו לא תביא להתערבות בהחלטה עצמה. לימים, התברר כי לא כך הדבר.

93. בהקשר זה, כפי ששב פרופ' קנדל והבהיר פעם אחר פעם בפני ועדת הכלכלה של הכנסת במסגרת דיוניה על ה"מתווה", לא הוחלט בשום שלב על הקמת "צוות", "ועדה", או כל גוף אחר. בשום שלב לא ניתן כתב הסמכה לגוף זה, בשום שלב לא הוגדרו מטרותיו או דרכי עבודתו. "צוות" זה אף לא הכפיף עצמו לדינים החלים על ועדות ציבוריות, דוגמת חובת קיום פרוטוקולים, חובת ייצוג הולם לנשים ולמיעוטים, וכדומה.

94. כך, ציין לדוגמה פרופ' קנדל עצמו כי:

" לא היתה פה שום ועדה עם מנדט. אף אחד לא מינה אותם. זה אנשים שהתחילו לעשות מה שהם היו אמורים לעשות ממילא.

[...]

רק לחידוד – בצוות הזה לפי הגדרה, אין מנדט ואין מינוי של צוות. לאף אחד אין שום מובילות, כי לכל אחד יש הסמכויות שלו והראייה שלו. לכן זה היה שיתוף פעולה, ושום צוות קנדל לא היה קיים. אני לא יודע למה העיתונות דווקא בחרה את השם שלי".

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 29.11.2015)³⁶

95. למעשה, כפי שציין נציג מבקר המדינה בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, המדובר היה במעין "מועדון חברים" שהתאסף בהרכבים שונים לדון בסוגיית הגז הטבעי, ובמילותיו של נציג מבקר המדינה בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, מר צבי ורטיקובסקי:

" הצוות שהיה בראשות יושב-ראש המועצה הכלכלית-חברתית, פרופ' קנדל, הוא צוות שמבחינתנו היה במעמד בעייתי. הוא הוגדר כבלתי פורמלי, בלי הגדרת תפקיד, בלי הגדרה של הסמכויות, של האחריות, של היעדים ושל לוח

³⁶ פרוטוקול הישיבה זמין לצפייה בכתובת:

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316825.doc

הזמנים. הוא גם היה מורכב באופן חלקי. חלק מן הגופים או מהגורמים המאסדרים לא שותפו בו באופן קבוע. עם חלק התייעצו חלק מהזמן. עם חלק לא כל-כך. ראו, לדוגמה, את רשות החשמל, ולזה התכוונתי כשאמרתי קודם שאני אזכיר את זה. גם המשרד לאיכות הסביבה – יש פה סיכונים והיבטים סביבתיים שהיה וצריך עדיין לתת עליהם את הדעת. בסופו של דבר המתווה הוא תוצר בעייתי של התנהלות לקויה או התנהלות בעייתית מנקודת ראותנו.”

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת, מיום 01.12.2015)³⁷

96. כך אף קבע מבקר המדינה עצמו, בדו"ח בעניין פיתוח משק הגז הטבעי מיום 20.07.2015, בו ציין כי:

”...העבודה הבין-משרדית לא הוסדרה באופן רשמי, לא הוגדרו מעמדה, סמכויותיה, מטרותיה, תפקיד השותפים לה, מסגרת אחריותם, לוחות הזמנים לפעילותם, אבני הדרך והנושאים שבהם יטפלו. [...] לדעת משרד מבקר המדינה, עבודה בלתי פורמלית עלולה לפגוע ביכולתם של השותפים לה לקבל החלטות מחייבות ולהוציאן מהכוח אל הפועל. לנוכח חשיבותו של משק הגז הטבעי והשפעתו הרחבה על האוכלוסייה ועל הכלכלה הישראלית בטווח הקצר ובטווח הארוך, היה ראוי שהעבודה הבין-משרדית תוסדר באופן רשמי. קביעת הסוגיות שידונו בה, אחריות השותפים לה וסמכויותיהם היו מאפשרים למנות בעלי תפקידים באופן מושכל ולתת מענה מלא ומאוזן לכל הסוגיות.” (עמוד 61)³⁸

97. אלא שלימים התברר או אותו גוף לא ברור, שהוקם ללא סמכות או הסמכה, כוח הרה-גורל, והוא זה שיקבע את המדיניות הממשלתית בתחום הגז הטבעי.

98. מכל מקום, ככל הידוע (ובעניין זה רב הנסתר על הגלוי), לפי פרוטוקול הדיונים של הצוות, פגישת העבודה הראשונה התרחשה ביום 25.12.2014, וכללה את הממונה על ההגבלים העסקיים ואנשיו, וכן משתתפים ממשרד האוצר; בפגישות עוקבות נכחו נציגים ממשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, משרד המשפטים, המועצה הלאומית לכלכלה, רשות החשמל ורשות המסים, וכן – במרבית הפגישות – נציגי חברות הגז. כמו כן התקיימו פגישות עם נציגי אקדמיה, עם יועצים חיצוניים מחברות היעוץ HIS ו-BCG, ופגישה “סמלית” אחת עם נציגי עמותת צלול (ע”ר).

העתק “פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי” מצורפים ומסומנים כנספח ע/36.

השלמת פרוטוקול הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי מצורפת ומסומנת כנספח ע/37.

99. יצוין כי “צוות” קנדל מסר רק רישום כללי של הנוכחים בדיונים ושל עיקרי הדברים, ולא תמלול מלא של דברי המשתתפים.

100. בסך הכל, קיים הצוות 59 דיונים, בין התאריכים 25.12.2014-18.06.2015. באף לא אחת מהפגישות השתתפו נציגים ממשרד הביטחון, משרד החוץ, המועצה לביטחון לאומי,

³⁷ פרוטוקול הישיבה זמין לצפייה בכתובת:

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316918.doc

³⁸ דו"ח המבקר זמין לצפייה בכתובת: http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_298/a7119d2f-31f9-42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf

42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf

צה"ל או כל גוף מדיני או בטחוני אחר ולמיטב ידיעת העותרים לא הוגשה לועדה כל חוות דעת בעניין השפעת מדיניות המדינה בתחום הגז הטבעי על הביטחון או על יחסי החוץ של מדינת ישראל. ויצוין שלדבר חשיבות נוכח השימוש שביצע שר הכלכלה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, כדי לתת פטור מתחולתו בשל קיומם של שיקולים ביטחוניים, אשר ידון בפרק המשפטי של העתירה.

101. במסגרת זו, לקראת הבשלת המגעים עם חברות הגז וגיבוש מתווה מוסכם, ובעקבות חילוקי דעות שהתחדדו בין נציגי הממשלה ונציגי חברות הגז בדיון שהתקיים ביום 2 באפריל 2015, החליט הממונה על הגבלים עסקיים שלא לקחת חלק בהמשך הדיונים. בהתאם מסר הממונה כי פרש מהדיונים מאותו תאריך והלאה³⁹. בהמשך הודיע כי הוא פורש מתפקידו במחאה על גיבוש המתווה, שלא מספק פתרון תחרותי ראוי. כך נימק הממונה את הסיבות לפרישתו:

"החלטתי נובעת ממספר שיקולים, שבראשם הידיעה כי הממשלה, ובפרט משרד ראש הממשלה, משרד האוצר ומשרד האנרגיה, יעשו כל שביכולתם כדי לקדם את המתווה המתגבש בימים אלה בתחום הגז הטבעי – מתווה שאני משוכנע שלא יביא תחרות בשוק חשוב זה. זאת אף במחיר אפשרי של פגיעה בעצמאותה, החשובה מבחינה ציבורית, של רשות ההגבלים העסקיים, או פגיעה ביכולתה של הרשות לבצע מהלכים חד צדדיים.

לאורך כל הדרך, האמנתי כי נכון להגיע עם חברות הגז לפתרון תחרותי מחוץ לכותלי בית המשפט. זאת בגלל האיום של חברות הגז להימנע מפיתוח מאגרי הגז אם תהיה פנייה שלי לבית המשפט. כידוע, בחודש דצמבר, הגעתי למסקנה כי טיוטת הצו המוסכם שגובשה אז לא תביא לתחרות ולכן החלטתי שלא להגיש אותה לאישור בית הדין. בירכתי על הצטרפותם של משרדי הממשלה האחרים למאמץ משותף להגיע לפתרון תחרותי יותר.

בשבועות האחרונות, הודעתי לשותפות הגז ולמשרדי הממשלה האחרים שאיני יכול להיות שותף למתווה שהתגבש לאחרונה. זאת משום שאני משוכנע, כאמור, כי מתווה זה לא יביא לתחרות בשוק הגז הטבעי.

אני מאמין שאם כל משרדי הממשלה היו ממשיכים להיות מאוחדים מאחורי מתווה תחרותי יותר, היה סיכוי סביר ליישם מתווה כזה בסופו של דבר, בין בהסכמה ובין בצעד חד צדדי. אולם, כאמור, הובהר לי בימים האחרונים כי הממשלה ומשרדי הממשלה האמורים יעשו כל שביכולתם כדי לקדם את המתווה שגובש על ידה בימים אלה.

בנוסף לכך, מדובר בנושא שעלולות להיות לו השלכות מרחיקות לכת שאינן קשורות לתחרות, כגון יחסי חוץ ובטחון ועצמאות אנרגטית. אלה ההשלכות שבלב חששותיהם הכנים של משרדי הממשלה האחרים. על כן, אינני חושב שראוי ונכון שרגולטור שממונה על התחרות יבצע צעדים חד

³⁹ מתברר כי בניגוד לאמור, בדיון של "צוות קנדל" שנתקיים בתאריך 6.5.2015 – השתתף מר אסף אילת – הכלכלן הראשי של הרשות. יצוין כי על פי המידע שנמסר עו"ד א. שוורץ, היועץ המשפטי של רשות ההגבלים המשיך להגיע לדיוני ה"צוות". לא ברור אם כולם או רק חלק מהם.

צדדיים אל מול התנגדות גורפת של משרדי הממשלה האחרים, וללא כל גיבוי מצידם.

אני מקווה שמשרדי הממשלה האחרים ישנו את עמדתם לגבי המתווה. אני כאן בשלושת החודשים הבאים ואוכל לסייע, כולל בחינה של שימוש בכל הסמכויות העומדות לרשותי, אם יהיה לי גיבוי מכיוון משרדי הממשלה."

ההודעה לעיתונות של רשות ההגבלים העסקיים, מיום 25.05.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/38.

102. עם השלמת דיוני הועדה, העבירה היא לממשלה חלופה אחת בלבד להסדרת משק הגז הטבעי, היא ה"מתווה". חלופות אחרות, לרבות שימוש בכלים משפטיים, פיקוח על מחירים וכיו"ב, לא גובשו ולא הוצגו.

החלטת הקבינט, ה-"שימוע הציבורי" ובג"צ 4894/15

103. ביום 25.06.2015 קיבלה ועדת השרים לענייני בטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטחוני) החלטה בעניין "הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי "לוייתן", "כריש" ו-"תנין" ושדות גז טבעי נוספים. במסגרת ההחלטה, נקבע כי ימונה צוות לבחינת ה"מתווה" שגובש על-ידי צוות קנדל, אשר יגיש את המלצותיו לממשלה עד ליום 22.07.2015.

העתק החלטת הקבינט הבטחוני-מדיני, מיום 25.06.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/39.

104. לקראת תום הדיון בקבינט, הודיע שר הכלכלה דאז, ח"כ אריה מכלוף דרעי, כי הוא מסרב להפעיל את סמכותו ליתן פטור למונופול הגז, לפי ס' 52 לחוק ההגבלים העסקיים – ובכך למעשה שומט את הקרקע תחת המנגנון המשפטי שבבסיס "המתווה". על כן, ביום 28.06.2015, התקבלה החלטת ממשלה 142 בעניין "העברת הסמכת הנתונה לשר הכלכלה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988", כדי להעביר את הסמכות משר הכלכלה אל הממשלה כולה, ובכך לאפשר את התממשות "המתווה".

החלטת הממשלה 142, מיום 28.06.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/40.

105. העברת סמכויות כאמור טעונה אישור של מליאת הכנסת, לפי הוראות סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ואכן הצבעה בנושא תוכננה ליום 29.06.2015. זאת **בטרם פורסמו פרטי "המתווה" לציבור, ואף לא לחברי הכנסת שנדרשו להצביע על העברת הסמכויות שתאפשר את התממשותו.** רק בשל העובדה כי ארבעה מחברי הקואליציה הודיעו כי הם מנועים מלהשתתף בהצבעות בעניין הגז הטבעי בשל ניגוד עניינים, ובשל כך לא היו לממשלה את הקולות הנדרשים – בוטלה ההצבעה ברגע האחרון.

סדר היום המקורי למליאת הכנסת (בטרם ביטול ההצבעה), מיום 29.06.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/41.

106. ביום 30.06.2015 ערך שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים מסיבת עיתונאים בה הכריז על גיבוש ה"מתווה" להסדרת משק הגז הטבעי של מדינת ישראל. ביום 01.07.2015 פורסמה באתר האינטרנט של משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "טיוטת המתווה בעניין הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר"

ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי "לוויתן", "כריש" ו"תנין" ושדות גז טבעי נוספים" וכן שורת מסמכים נוספים הנוגעים לדבר – לרבות חוות דעת מהמועצה לבטחון לאומי וממשרד החוץ, הנוגעות לנחיצות אישור המתווה משיקולים בטחוניים ומדיניים.

טיוטת מתווה הגז, מיום 01.07.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/42.

חוות הדעת של המועצה לבטחון לאומי, מיום 01.07.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/43.

חוות הדעת של משרד החוץ, מיום 01.07.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/44.

107. "המתווה" כולל שורת הסדרים בנוגע למשק הגז הטבעי, שיפורטו בהרחבה להלן. בקצרה, נקבע בו כי לשותפויות הגז יינתן שורת פטורים גורף מתחולת חוק ההגבלים העסקיים, חלקם בהתייחס למאגר "תמר" וחלקם בהתייחס למאגר "לוויתן". עוד נקבע כי הממשלה תתחייב לתקופה של "יציבות רגולטורית" בת עשר שנים, במהלכה לא יקדמו הממשלה ואף לא הכנסת שינויי חקיקה או מדיניות בתחום האנרגיה. כן נקבע כי שורת מגבלות שהוטלו על חברות הגז בהחלטת הממשלה 442 לאימוץ המלצות ועדת צמח, כגון החובה להניח צינור נוסף ממאגר "תמר" ומגבלות על הייצוא בטרם השלמת פיתוח "לוויתן" – יבוטלו. לבסוף, נקבע כי החברות יהנו מהקלה נוספת בנטל המס שעליהן לשלם, בדרך של הכרה בעלויות הנחת "הצינור השלישי" מ"תמר" כ"השקעות הקמה" לפי הגדרתן בחוק מיסוי רווחי נפט.

108. חלק מן הפטורים מתחולת חוק ההגבלים העסקיים נקשרו ב"מתווה" בביצוע פעולות מסויימות על ידי דלק ונובל, בפרקי זמן שנקבעו: נקבע כי על דלק ונובל למכור בתוך 14 חודשים מיום אישור המתווה את מאגרי "כריש" ו"תנין" לצד ג'; וכי על דלק למכור בתוך 6 שנים את אחזקותיה במאגר "תמר", ואילו על נובל לדלל את אחזקותיה במאגר "תמר" כך שלא יעלו על 25% מהזכויות במאגר וכן שלא תחזיק כל זכות וטו בניהול המאגר, באותה תקופה. האחזקה במאגר "לוויתן" תיוותר ללא שינוי. כן נקבעו הוראות המתייחסות לסוגיית המחיר הגז הטבעי בחוזים חדשים (מה שכונה מעין "פיקוח רך" אך לא פיקוח מחירים). כפי שיפורט בהמשך הדברים, השאלה האם, מבחינה משפטית, הפרת חובות אלו תביא לביטול הפטור, לא הובררה במסגרת ה-"מתווה".

109. לצד המתווה, פורסמה באתר משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים הודעה לציבור, בה הוא נתבקש למסור את התייחסויותיו למתווה עד ליום 21.07.2015, דהיינו בתוך 3 שבועות בלבד, וכי מסמכי העמדות שיוגשו לא יעלו על 10 עמודים.

העתק הודעת משרד האנרגיה, מיום 01.07.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/45.

110. ביום 06.07.2015 פנתה התנועה לאיכות השלטון (ע"ר) (גם בשמו של הח"מ – עו"ד ג. ברנע) אל ראש הממשלה, שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים והיועץ המשפטי לממשלה, בבקשה כי יחשפו את מלוא המסמכים הנוגעים להליך גיבוש מתווה הגז, ובהם חוות דעת שחוברו במשרד הביטחון ובצה"ל, פניות מגורמים מדיניים זרים, התחשיבים ששימשו כבסיס לגיבוש ההחלטות ועוד. חלקם הארי של מסמכים אלו לא פורסם עד ליום הגשת עתירה זו.

מכתבה של התנועה לאיכות השלטון, מיום 06.07.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/46.

111. בין התאריכים 06.07.2015-21.07.2015 קיימה ועדת הכלכלה של הכנסת שלוש ישיבות בנושא מתווה הגז הטבעי, בהשתתפות רגולטורים, נציגי החברה האזרחית וכן חברות הגז.⁴⁰ פגישות אלו לא היוו חלק מהליך ההיוועצות לפי ס' 52 לחוק ההגבלים העסקיים, אלא נעשו במסגרת עיסוקה השוטף של הוועדה במשק הגז הטבעי.

112. כזכור, שותפויות הגז ונובל נהנו משישה חודשי משא ומתן ומעשרות פגישות עם נציגי צוות קנדל, ולא הוטלה אף מגבלה על היקף החומר אותו יכלו להעביר לנציגי הממשלה. מנגד, לציבור הרחב ניתן פרק זמן קצר ביותר לגבש עמדה מנומקת ביחס לנושאים הרבים שנכללו במתווה, ובהתחשב בהיקף השפעתו האפשרית על הכלכלה הישראלית, למשך עשרות שנים.

113. על רקע זה, הוגשה עתירה לבית המשפט העליון (בג"צ 4894/15 **הפורום הישראלי לאנרגיה ואח' נגד ממשלת ישראל** (22.07.2015) (להלן: **בג"צ 4894/15**), אשר בין העותרים בה היו גם העותרים 2 ו-3 דכאן. במסגרת מיצוי ההליכים לקראת העתירה בוטלה הגבלת העמודים להתייחסויות הציבור, ומוקד העתירה היה בפגיעה בזכות הטיעון של הציבור נוכח אי גילויים של מסמכים הכרחיים על מנת לממש את זכות הטיעון, נוכח פרק הזמן הקצר והלא סביר שניתן לגיבוש התייחסויות הציבור ונוכח האפליה הגלויה בשימוע הקצר למול פרקי הזמן הארוכים שניתנו לשותפויות הגז להשמיע עמדותיהם. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה וקבע כי ככל שנפלו פגמים בהליך השימוע, הרי שאלו ישקלו במסגרת בחינת תוקפה של ההחלטה הסופית, ככל שתתקבל, וכי כל טענות העותרים בעניין זה ישמרו להם.

114. בנוסף ל-21 הימים שניתנו לציבור להעביר את הערותיו, התקיימו שני ימי "שימוע" פרונטאליים שבהם ניתנה אפשרות למעוניינים בכך – **למעט חברי כנסת** – להביע את עמדתם בעל-פה. שוב, הליך השימוע התקיים בסד זמנים בלתי אפשרי: ההודעה על השימוע בעל-פה פורסמה ביום 20.07.2015, והשימוע עצמו התקיים יומיים לאחר מכן, ב-22.07.2015, כאשר חלק מהמבקשים מקבלים הודעות באישון לילה של ה-21.07.15 על כך שעליהם להגיע למחרת היום ולהעיד.

115. למרות התנאים הבלתי-סבירים שהציבה המדינה, הועברו במסגרת השימוע הציבורי 76 התייחסויות כתובות, ו-36 גורמים הופיעו בשימוע הפרונטאלי – לרבות חלק משותפויות הגז, שנהנו בנוסף לחודשי המשא ומתן הארוכים מהזדמנות נוספת לשטוח את טענותיהן בפני נציגי הממשלה.⁴¹

116. ביום 23.07.2015 פנה ב"כ העותרים, עו"ד ג. ברנע, לראש הממשלה, שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים ואל היועץ המשפטי לממשלה, והודיע שבשל תנאי השימוע שקבעו, שמנעו הצגת עמדה מפורטת ומנומקת בעל-פה או בכתב – העותרים בבג"צ 4894/15 (בהם העותרים 2 ו-3 בעתירה דכאן) וכן חברי כנסת אחרים ימנעו מהבעברת עמדה במסגרת השימוע הציבורי, ותחת זאת יביעו עמדתם במסגרת דיוני ועדת הכלכלה של הכנסת.

⁴⁰ פרוטוקולי הדיונים זמינים בקישורים הבאים:

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_312528.doc

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_313698.doc

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_312955.doc

⁴¹ דיוני "השימוע הציבורי" זמינים לצפייה בכתובת:

<http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGShimuaJuly15Live.aspx>

החלטת ממשלה מס' 476 ("מתווה הגז")

117. בחלוף שלושה שבועות בלבד מתום השימוע הציבורי, ביום 16.08.2015, קיבלה הממשלה את החלטה מס' 476 בעניין "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים."

118. ה"מתווה" המתוקן כלל מספר שינויים מינוריים ביחס ל-"מתווה" המקורי. בעיקרם, נוספו ל"מתווה" שני אבני דרך נוספות בהן יחובו שותפויות הגז - השקעת כספים ופיתוח מאגר "לויתן". לצד זאת, נערך שינוי סמנטי בסעיף היציבות, במסגרתו הובהר כי הממשלה לא מתחייבת בשם הכנסת ובשם כנסות עתידיות כי לא יחוקקו בעניין במשך עשר שנים, אלא "רק" מתחייבת להתנגד לכל שינוי חקיקה בתחומי המיסוי, אסדרת היצוא וההגבלים העסקיים הקשורים לגז הטבע (ובהמשך נדון ב"שינויי" זה, אשר לגישת נציגי הממשלה עצמה, לרבות נציגי משרד המשפטים, אינו בעל כל משמעות אפקטיבית).

ההצבעה על ה-"מתווה" במליאת הכנסת

119. ביום 30.08.2015, לאחר קבלת החלטת ממשלה מס' 476, נודע כי חברת ENI האיטלקית גילתה מאגר גז חדש מול חופי מצרים, בשדה ZOHR, העולה בגודלו על מאגר "לויתן". על אף השפעותיה של מציאה זו על מתווה הגז ומטרותיו, ובייחוד בשל הדגש שהושם על הצורך במתווה כדי לאפשר ייצוא גז למצרים – לא נודעה לה כל השפעה על תוכנו של המתווה, כפי שיפורט להלן.

הודעתה של חברת ENI על מציאת מאגר זוהר, מיום 30.08.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/48.

120. ביום 07.09.2015 התקיים במליאת הכנסת דיון בעניין החלטת הממשלה, ובסיומו הצבעה סימבולית בה מרבית חברי הכנסת הצביעו בעד "המתווה המעודכן". יודגש כי להצבעה זו אין נפקות משפטית כלל ועיקר, כפי שפירט בחוות דעתו היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון. הדיון בטרם ההצבעה נמשך כשלוש שעות.

חוות דעת היועץ המשפטי לכנסת, מיום 25.08.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/49.

121. בטרם ההצבעה הביעו חלק מחברי הכנסת תרעומת על כך שטרם נחשפו כלל המסמכים הנוגעים ל"מתווה המעודכן", ועל כן האשרור בכנסת הינו ריק מתוכן. כך למשל ביקשה העותרת 3, במכתבה לראש הממשלה ולשר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים ערב ההצבעה, לחשוף את חוות הדעת המשפטית לגבי המתווה, את פרוטוקול ישיבת הממשלה בה אושרר, שיחות שקיים ראש הממשלה עם מחוקקים אמריקנים בנושא, וכן חוות דעת עדכניות ממשרד החוץ ומהמועצה לביטחון לאומי, לאחר גילוי מאגר Zohr.

מכתבה של ח"כ שלי יחימוביץ', העותרת 3, מיום 06.09.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/50.

122. באותו יום, שוב, תוכננה הצבעה לאישור העברת סמכויותיו של שר הכלכלה לפי סעיף 52 למליאת הממשלה, בהתאם להחלטת הממשלה 142; אך שוב, משלא נמצאו די תומכים להעברת הסמכויות, ההצבעה בוטלה.

פניית ממלא מקום שר הכלכלה והליך ההיוועצות בוועדת הכלכלה לפי סעיף 52

לחוק ההגבלים העסקיים

123. משכשל הנסיון לאשר את העברת סמכויות ס' 52 במליאת הכנסת, ביום 01.11.2015 הודיע שר הכלכלה דאז, ח"כ אריה מכלוף דרעי, על התפטרותו מהתפקיד. את מקומו תפס, כממלא מקום, ראש הממשלה, המשיב מס' 2, לפי הוראת ס' 36 לחוק יסוד: הממשלה.

124. ביום 05.11.15 פנה ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה (המשיב 2, להלן: "ממלא מקום שר הכלכלה") במכתב ליו"ר וועדת הכלכלה, ח"כ איתן כבל (העותר 2, להלן: "יו"ר ועדת הכלכלה" או "יו"ר הועדה"), והודיע על כוונתו להפעיל סמכותו לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. בהתאם ביקש כי וועדת הכלכלה תחל בהליך ההיוועצות הסטוטורי. לפנייה צורף מתווה הגז המעודכן, וכן חוות דעת מעודכנות ממשרד החוץ והמועצה לביטחון לאומי, ובהן התייחסות למציאת מאגר ZOHR במצרים.

מכתבו של ממלא מקום שר הכלכלה לוועדת הכלכלה, מיום 05.11.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/51.

חוות הדעת המעודכנת של המועצה לביטחון לאומי, מיום 03.11.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/52.

חוות הדעת המעודכנת של משרד החוץ, מיום 04.11.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/53.

125. טרם קיום דיוני הועדה לשם גיבוש דעתה במסגרת הליך ההיוועצות, פנה יו"ר הועדה, ממלא מקום שר הכלכלה, בדרישה שימסרו לוועדה כל המידע והמסמכים החיוניים על מנת לבחון את ה"מתווה", ואף דרש מסמכים ספציפיים שהיה ידוע לו על קיומם.

מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה, מיום 11.11.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/54.

126. חרף פנייתו זו ופניה נוספת ביום 10.12.2015, כמפורט להלן (ר' נספח ע/55), וכפי שפורט בבקשה לגילוי מסמכים שנלוותה לעתירה זו, לא הועברו לידי יו"ר הועדה המידע והמסמכים המפורטים בבקשה למסירת מידע ומסמכים המוגשת יחד עם עתירה זו.

127. יו"ר הוועדה הקפיד לקבוע מסגרת זמנים קצובה של כ-3 שבועות לניהול הליך ההיוועצות – גם כדי לתת מענה לטענות הממשלה – כי יש דחיפות וחיוניות בהשלמת ההליך.

128. ועדת הכלכלה קיימה הליך היוועצות מקיף, סדור יסודי שנמשך בין ה-22.11.2015 ל-14.12.2015⁴² כמפורט במכתבו של יו"ר הועדה, העותר 2, לממלא מקום שר הכלכלה, מיום

⁴² פרוטוקולי הדיונים זמינים לעיון בקישורים הבאים:

http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316595.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316596.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316822.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316825.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316917.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_316918.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_317106.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_317000.doc
http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_317109.doc

15.12.2015, בסך הכל נערכו 11 דיונים במשך 35 שעות, וכן דיון נוסף בפורום מסווג מצומצם, של חברי ועדת הכלכלה שהם גם חברי ועדת החוץ ובטחון או היו חברים בה. הדיונים נערכו כמעט מדי יום במהלך תקופה זו, לעתים עד השעות הקטנות של הלילה. הושמעו בהם חוות דעת מקצועיות מקיפות, תוך שימת דגש על הזמנת דוברים בעלי עמדות מגוונות – בעד ונגד המתווה בכללותו, וכן בעד ונגד היבטים שונים במסגרתו.

129. הליך ההיוועצות המקיף איפשר לחברי ועדת הכלכלה לשמוע את עמדתם של גורמים רבים לגבי המתווה. לאורך המפגשים הוזמנו, לצד נציגי משרדי הממשלה המקצועיים, גם גורמים מהאקדמיה, פקידים בכירים בדימוס ונציגי החברה האזרחית להשמיע את דברם. כך, שלושת הדיונים הראשונים הוקדשו לנציגי החברה האזרחית וארגונים חוץ-פרלמנטרים; בדיון שאחריהם, שנמשך שעות ארוכות, הציגו את עמדתם נציגי הממשלה – ראש המועצה הלאומית לכלכלה, מנהל רשות הגז במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), וכן נציגי משרד האוצר, הכלכלה ורשות ההגבלים העסקיים; בדיון החמישי השתתפה נגידת בנק ישראל, וכן רגולטורים בדימוס – הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, הכלכלן הראשי באוצר לשעבר, ומנכ"ל משרד האוצר לשעבר, שהביעו התנגדות למתווה או להיבטים מסוימים בו; ארבע פגישות, לרבות אחת שהתנהלה בפורום מצומצם כאמור, הוקדשו להיבטיו הבטחוניים-מדיניים של המתווה, בהשתתפות מנכ"ל משרד החוץ ואנשיו, מנכ"ל משרד החוץ לשעבר, השגריר במצרים לשעבר, ראש המועצה לביטחון לאומי וראש המועצה לביטחון לאומי לשעבר; ראש הממשלה בתפקידו כממלא מקום שר הכלכלה, וכן שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים והשר להגנת הסביבה הופיעו בפני הועדה; ולבסוף התקיים דיון פנימי ארוך וממצה, בו גובשה עמדתם של חברי הכנסת.

130. יחד עם זאת, יצוין כי משרד המשפטים לא הסכים בשום שלב להעביר לעיון חברי וחברות הועדה, או לעיון גורמים בעלי אישורים ביטחוניים מתאימים בלבד, את חוות דעתו לעניין הסיכונים המשפטיים הקשורים באיום הבוררות הבנלאומית הגלומים ב-"מתווה", הן מבחינת הדין הפנימי הן מבחינת הדין הבינלאומי (הגם שנציגי משרד המשפטים הצהירו בפני ועדת הכלכלה כי קיימות חוות דעת כאלו, וכי הן היוו שיקול ממשי בשיקולים התומכים באישור ה"מתווה").

131. לסיכום הדברים, בדיונים לקחו חלק 3 שרים, 23 חברי כנסת, 23 ארגונים חוץ פרלמנטריים, 9 בעלי תפקידים בכירים בשירות המדינה, 11 בעלי תפקידים לשעבר בשירות המדינה וכן מומחים מתחומים שונים.

132. בהמשך למכתבו האמור של יו"ר ועדת הכלכלה מיום 11.11.2015, רק ביום ה-6.12.2015, בעיצומם של הדיונים, הועברו למשרדו שלושה קלסרי מסמכים. מרבית המידע והמסמכים המהותיים שנדרשו – לרבות סטנוגרמות של דיוני ועדת קנדל ושל דיוני הממשלה הנוגעים לעניין, חוות דעת שהוכנו לצורך גיבוש המתווה, תיעוד פניות ומגעים עם גורמים מדיניים זרים (הכל כמפורט בבקשה למסירת מידע ומסמכים) – לא נכללו במסמכים הדלים (שרובם היה חומר שכבר פורסם) שהועברו. יתרה מכך, הקלסרים לא לוו בהתייחסות קונקרטית

כלשהי למסמכים שנדרשו, או בהסברים לגבי הסיבות להשמטתם. בתגובה, פנה יו"ר הועדה בשנית, ביום 10.12.2015, לממלא מקום שר הכלכלה, וביקש כי המסמכים החסרים יועברו בהקדם.

מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה, מיום 10.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/55

133. בהמשך, ובו ביום 10.12.2015, פנה יו"ר ועדת הכלכלה לממלא מקום שר הכלכלה, בעקבות דבריו של האחרון בעת דיוני הועדה לפיהם משרד הביטחון מסר ביום 15.04.2015 חוות דעת הנוגעת למתווה הגז, למועצה לביטחון לאומי. לאור חיוניות המסמך לדיונים, ביקש יו"ר הועדה לקבלו לעיון. בתגובה, ביום 13.12.2015, העבירו מנכ"ל משרד ראש הממשלה ומנכ"ל משרד הכלכלה לעותר קלסר מסמכים נוספים.

מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה, מיום 10.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/56.

מכתבם של מנכ"ל משרד ראש הממשלה ומנכ"ל משרד הכלכלה, מיום 13.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/57.

134. בסוף הליך ההיוועצות, החליטה הוועדה (ברוב דעות) כי אין מקום להפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, היות ולא התקיימו התנאים המצדיקים שימוש בסעיף: הוועדה קבעה כי הפגיעה בערכים המוגנים בחוק ההגבלים העסקיים ובתחרות כתוצאה מיישום המתווה עולה על התועלות שבו, וכן כי הוועדה לא השתכנעה כי אכן מתקיימים, בעוצמה והמשקל הכבד הנדרשים, אותם שיקולי ביטחון או מדיניות חוץ הנדרשים כתנאי להפעלת הסעיף.

החלטת ועדת הכלכלה בעניין ההתייעצות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מיום 14.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/58.

135. כך כתב יו"ר הועדה במכתבו לממלא מקום שר הכלכלה:

"הפעלת סעיף 52 מחייבת קיום שיקולים מהותיים וכבדי משקל בתחום מדיניות החוץ או ביטחון המדינה, הגוברים על שיקולי התחרות שאותם בא לקדם חוק ההגבלים העסקיים. לדעתנו, יש צורך בקיומו של קשר סיבתי הדוק וברור בין ההגבלים העסקיים (4 הסדרים כובלים ומונופול אחד) שאותם מבוקש לפטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים במתווה הגז, לבין השיקולים המדיניים או הביטחוניים, כך שלא ניתן יהיה להגשים את המטרות המדיניות או הביטחוניות כבדות המשקל, אלא בדרך של הפעלת סעיף 52.

[...]

במקרה הזה, לדעת רוב חברי הוועדה, לא התקיימו התנאים המצדיקים שימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים: אנו סבורים, כי הפגיעה בערכים המוגנים בחוק ההגבלים העסקיים ובתחרות כתוצאה מיישום המתווה גדולה מדי, ולעומת זאת לא השתכנענו כי אכן קיימים שיקולי ביטחון או מדיניות חוץ כבדי משקל."

מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה, מיום 15.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/59.

136. עוד ציין יו"ר הוועדה כי מתקבל הרושם הקשה כי הליך ההיוועצות נועד למראית עין בלבד, ולמעשה הפעלת הסעיף הייתה מנויה וגמורה עם ממלא מקום שר הכלכלה מראש – בבחינת "נעשה ונשמע". כך, המשיך וכתב במכתבו, שם: "ממכלול התבטאויותיך והתבטאויות שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, עולה, לצערי, כי ההחלטה הסופית על קידומו של מתווה הגז הטבעי, לרבות החלקים המחייבים התייעצות לפי סעיף 52, התקבלה עוד בטרם תחילת הליך ההיוועצות. דהיינו, נראה כי ההיוועצות לא נעשתה בלב פתוח ובנפש חפצה, אלא כהליך פורמלי בלבד."

137. לשם שלמות התמונה יצוין כי חלק מחברי ועדת הכלכלה צרפו עמדת מיעוט, לפיה הם תומכים בהפעלת הסעיף; אך הם בחרו שלא לפרט את שיקוליהם מעבר להבעת תמיכה כללית.

נספח עמדת המיעוט של חברי הכנסת מועדת הכלכלה, מיום 14.12.2015, מצורף ומסומן כנספח 60/ע.

החלטת ממלא מקום שר הכלכלה ליתן פטורים לשורת הגבלים עסקיים, לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

138. בטרם חלפו 48 שעות מקבלת עמדתה ונימוקיה של ועדת הכלכלה במסגרת הליך ההיוועצות הסטטוטורי, ובלא לבצע אף שינוי במתווה המעודכן, החליט ביום 17.12.2015 ממלא מקום שר הכלכלה להפעיל את סעיף 52 ולייתן את הפטור כאמור בהחלטת הממשלה.

מכתבו של ממלא מקום שר הכלכלה ליו"ר ועדת הכלכלה, מיום 17.12.2015, מצורף ומסומן כנספח 61/ע.

139. ביום 22.12.2015 פורסמו ברשומות הפטורים מתחולת חוק ההגבלים העסקיים שניתנו לפי הוראת סעיף 52 לחוק ("החלטות הפטור").

הפטור מחוק ההגבלים העסקיים כפי שפורסם בילקוט הרשומות, מיום 22.12.2015, מצורף ומסומן כנספח 62/ע.

פעולות הממשלה לאחר אישור מתווה הגז

140. ביום 23.12.2015 הודיע שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים על הקמת צוות לליווי ומעקב אחרי יישום המתווה הממשלתי. לראשות הצוות מונה מנכ"ל משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, וכן מונו כחברים בו הממונה על הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, ראש רשות הגז הטבעי, הממונה על התקציבים במשרד האוצר, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה, מנכ"ל משרד הכלכלה והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי).

הודעת משרד האנרגיה לעיתונות בדבר הקמת הצוות, מיום 23.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח 63/ע.

141. ביום 23.12.2015, נתנו ראש הממשלה, שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, והממונה על הנפט אישור לשותפות במאגר "תמר" לייצא גז טבעי לחברת דולפינוס הפעילה

במצרים. הייצוא יתבצע דרך צינור הגז המופעל על ידי חברת East Mediterranean Gas Limited (להלן: "EMG").

הודעת משרד האנרגיה לעיתונות בדבר מתן האישור, מיום 23.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/64.

הודעת השותפות במאגר "תמר" בדבר קבלת האישור, מיום 24.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/65.

142. ביום 24.12.2015, העניק הממונה על הנפט לשותפויות נובל ודלק שני שטרי חזקה – חזקה I/16 "תנין" וחזקה I/17 "כריש". השטרות ניתנו חלק הרשיונות שהיו בידי השותפויות.

שטר החזקה במאגר תנין, מיום 24.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/66.

שטר החזקה במאגר כריש, מיום 24.12.2015, מצורף ומסומן כנספח ע/67.

143. ביום 28.12.2015, קיבל מ"הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל החלטה ליתן לשותפות במאגר "תמר" פטור מהסדר כובל, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, לגבי תשעה הסכמים לאספקת גז טבעי מפרוייקט "תמר".

החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל, מיום 27.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/68.

144. ביום 30.12.2015 פנה הממונה אל הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים אל שותפות הגז, וביקש מהן להעביר לעיונו נתונים ואומדנים מעודכנים אודות תכנית הפיתוח של מאגר "דולפיין", הנמצא בשטח רשיון 351/"חנה", עד ליום 15.03.2016 או עד 14 יום לאחר חתימת חוזה ייצוא גז טבעי ממאגר "לויתן" לחברת החשמל הלאומית של ירדן.

הודעת חברות אבנר ודלק, השותפות ברשיון "חנה", בדבר בקשת הממונה, מיום 31.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/69.

145. ביום 31.12.2015 פרסם הממונה על הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים הנחיות לבעלי החזקות, בעניין נהלי הגשת בקשות לאישור ייצוא גז טבעי.

הנחיות הממונה על הנפט, מיום 31.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/70.

146. ביום 31.12.2015 פרסם הממונה על הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים הנחיות לעניין סעיף 76 לחוק הנפט, התשי"ב-1952, בעניין העברת או שעבוד זכויות בהיתר, רשיון או חזקה במאגר גז או נפט.

הודעת הממונה על הנפט, מיום 31.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/71.

147. ביום 31.12.2015 הודיעו השותפות במאגרים "כריש" ו"תנין" כי הן נמצאות במשאים ומתנים שונים למכירת זכויותיהן במאגרים, בהתאם להוראות המתווה הממשלתי.

הודעת חברות אבנר ודלק, השותפות בחזקות "כריש" ו"תנין", מיום 31.12.2015, מצורפת ומסומנת כנספח ע/72.

העתירות נגד ה"מתווה"

148. טרם נשלים את הפרק העובדתי של העתירה, נעמוד בקצרה על ההליכים התלויים ועומדים בפני בית המשפט הנכבד הקשורים ב"מתווה" (אשר חלקם הוגשו טרם קבלת ההחלטה ותוקנו בהמשך, וחלקם לאחריה).

149. בהקשר זה יצוין כי העותרים בעתירה זו ובאי-כוחם קראו לעומקן כל אחת ואחת מהעתירות שהוגשו, וככל שנטענו שם בהרחבה טענות אליהן מצטרפים העותרים כאן, לא ירחיבו הם בטענות אלו ויצטרפו לדברים שכבר נכתבו.

150. ביום 23.06.2015 עתרה התנועה למען איכות השלטון (ע"ר) לבית המשפט העליון (בג"צ 4374/15 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל), בבקשה כי יורה על הפסקת המשא ומתן בין נציגי הממשלה לחברות הגז בנושאים הקשורים לדיני ההגבלים העסקיים, היות ומדובר בעקיפה בלתי-חוקית של הממונה על ההגבלים העסקיים. בית המשפט נמנע מלתת צו ביניים. בהמשך הוגשה עתירה מתוקנת בגדרה נתקפות החלטת ממשלה מס' 476 וכן הפטורים מתחולת חוק ההגבלים העסקיים.

151. ביום 09.11.2015 הוגשה עתירה נוספת בנושא, היא בג"צ 7588/15 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל. עתירה זו מתמקדת ברכיב אחד בלבד של "המתווה", הוא רכיב היציבות.

152. ביום 16.12.2015 הוגשה עתירה נוספת בנושא, בג"צ 8653/15 הפורום הישראלי לשמירה על החופים נ' ראש ממשלת ישראל. ככל הידוע, עתירה זו לא אוחדה עם יתר העתירות, בשלב זה.

153. ביום 17.12.2015 הוגשה עתירה רביעית בנושא (בג"צ 8747/15 זהבה גלאון נ' ממלא מקום שר הכלכלה).

הטיעון המשפטי

1. על רקע התשתית העובדתית שפורטה בהרחבה לעיל, ובכפוף לצורך בהשלמת הבירור העובדתי בדרך של גילוי מסמכים וחקירת עדים ומומחים, נפנה לפירוט הטיעון המשפטי (וככל שיידרש הדבר, שומרת לעצמה העותרת את הזכות לתקן את הטיעון המשפטי בהתאם למסמכים שימסרו או יתגלו וכן לעובדות החדשות שיתגלו).
2. נוכח מורכבותה של התשתית העובדתית מושא העתירה, נעמוד על מבנה הילוכנו ועיקר הטיעון, על מנת להקל על הקוראים להתמצא בפרקים העוקבים.
3. החלק הראשון של פרק זה יעמוד על המעמד הייחודי של משאבי הגז של ישראל כ"קניין ציבורי", המחייב הצבת רף גבוה במיוחד לפעולות הרשויות בכל עשייה בקניין זה או בבואן לקבוע מדיניות בכל הנוגע לקניין זה.
4. לאחר מכן, בחלקים העוקבים, נפנה לבחינת ה"מתווה" גופא.
5. בהקשר זה, מבחינה משפטית, וכפי שיפורט להלן, כורך ה"מתווה" בכריכה אחת את הפעלת סמכות שר הכלכלה מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ושורה ארוכה של החלטות ממשלה וכן פעולות נוספות שיש לבצען על ידי רגולטורים שונים וגופים אחרים, שאינן קשורות לסמכות שר הכלכלה מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים (לדוגמא, החלטה על התנגדות הממשלה לשינוי חקיקה בנושא מדיניות הגז).
6. ברי, כי על דרך הכלל, אין קושי בפרסומו של מסמך אחד מטעם הממשלה בה מפורטות החלטות ממשלה שניתנו מכוח סמכויות שונות הנתונות לממשלה.
7. יחד עם זאת, המקרה הנוכחי שונה הוא – במקרה הנוכחי, במסגרת החלטה הממשלה רכיבים רבים אשר הממשלה כלל אינה מוסמכת לתת החלטות בגינם (כפי שיפורט להלן). זאת, הן מהטעם שעסקינן בהפעלת סמכויות המוקנות בדין לרשות אחרת, הן מהטעם שמדובר בקביעת הסדרים העולים כדי הסדר ראשוני.
8. בהמשך לכך, הפגם שבהחלטת הממשלה דנן מחריף שכן החלטת הממשלה אינה רק רשימת סעיפים, שכל אחד מהם מותקן מכוח סמכות שונה, אלא שהיא גם כורכת בין הסעיפים ולכאורה יוצרת תלות ביניהם. כך, למשל, וכפי שיפורט בהמשך, מההחלטה וההתבטאויות הגלויות והרשמיות שנלוו לה, עולה האפשרות כי אי עמידה ברכיבים של ה"מתווה" המטילים חובות על המדינה (בין אם בשל החלטת הרגולטור המוסמך, שינוי מדיניות של הממשלה, חקיקה או פסיקת בית המשפט) "ישחררו" את שותפויות הגז מהחובה לעמוד בתנאים שנקבעו להן לצורך קבלת הפטור מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.
9. ויודגש כבר עתה, העותרים אינם חלוקים על כך שבמצב דוגמת המצב הנוכחי, בו מעורבות רשויות רבות של המדינה בהליך ההסדרה, ניתן לראוי לפעול במשותף על מנת לקדם מדיניות שלמה ואחידה. יחד עם זאת, אין הממשלה מוסמכת ל"עקוף" את כלל ההסדרים הקובעים בחקיקה לעניין הפעלת הסמכויות הרגולטוריות השונות, ואין היא יכולה להתנות חובות שותפויות הגז שנקבעו במסגרת הפטור מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים בקיומם של הסדרים שאין להם כל זיקה להגבלים עסקיים ובחובות שיוטלו על רשויות מדינה שאינם פועלות מכוח חוק ההגבלים העסקיים ואשר להן שיקול דעת עצמאי ואוטונומי (דוגמת סמכותן של רשויות המס לפרש דברי מיסוי).
10. על רקע זה, נפנה לבחינת ה"מתווה" לגופא. ה"מתווה" מפוצל למעשה לשני חלקים נפרדים – החלק הראשון העוסק בפטורים מתחולת החוק לשורת הגבלים עסקיים על תנאיה (והם

קבועים בסעיף ב ובנספח א להחלטת הממשלה מס' 476), והחלק השני העוסק בהסדרים אחרים שיחולו על השותפויות ושאינן מקור הסמכות לקבוע אותם בחוק ההגבלים העסקיים (דוגמת פרשנות דיני המס, הפעלת סמכויות על פי חוק הנפט, מדיניות ייצוא וכדומה, הקבועים בכל יתר סעיפים החלטת הממשלה מס' 476).

11. בחלק נפרד נפנה לבחינת ה-"מתווה" על רקע סמכותו של שר הכלכלה ליתן פטור להגבל עסקי מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. בתוך כך, נראה כי נוכח תכליתו של סעיף 52, לא היה ממלא מקום שר הכלכלה מוסמך ליתן פטור, שכן הסמכות מכוח סעיף 52 נועדה לפתרון מצבים בהם דחיפות מיידית ושהם כלל קצרי טווח, ולא לעיגונם של הסדרים ראשוניים שאינן כל דחיפות בהסדרתם (ויעידו השנים הארוכות בהם קיימו המדינה ושותפויות הגז מו"מ בנושא)..

12. לצד זאת, נראה כי במסגרת התנאים הקבועים בנספח א להחלטת הממשלה מס' 476, נקבע כי ביצוע החובות המוטלות על שותפויות הגז יותנה בהתנהלות של רשות שמקור סמכותה אינו במסגרת דיני ההגבלים העסקיים. נטען כי לשר הכלכלה במסגרת סמכותו על פי סעיף 52 אין סמכות לקבוע תנאים מתלים בפטור, ולהתנות את התנאים המוטלים על הצדדים להגבל העסקי בקיומה של התנהלות רגולטורית זו או אחרת.

13. בהמשך לכך, נעבור לבחינת היחס בין רכיבי הפטור (כאמור, סעיף ב ובנספח א להחלטת הממשלה מס' 476) ליתר רכיבי החלטת הממשלה מס' 476. נטען כי לשר הכלכלה אין כל סמכות לכרוך בין החובות המוטלות על שותפויות הגז במסגרת הפטור לבין ביצועם של יתר סעיפי החלטת הממשלה מס' 476 (אשר אין בינם לבין הפטור דבר).

14. בחלק העוקב, נפנה לבחון את אותם הרכיבים במתווה אשר אינם יכולים לנבוע מסמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים, דוגמת סעיף היציבות הרגולטורית וסעיף הקובע את הפרשנות העתידית של דיני המס שיחולו על השותפויות. ונראה כי סעיפים אלו, כשלעצמם, נקבעו בהעדר כל מקור הסמכה לכך ודינם בטלות (קרי, אף לו היו נקבעים בהחלטת ממשלה נפרדת, ללא כל זיקה או תלות עם הפעלת הסמכות על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, היו בטלות).

15. בפרק האחרון נפנה לבחינת סבירות ה-"מתווה" ונטען כי אף לו היה מקור סמכות כלשהו לקבלת ה-"מתווה" (וכזה, כאמור, לגישת העותרים אין), הרי שהמתווה חורג בצורה קיצונית ממתחם הסבירות – הן במישור הפרוצדורלי, הן במישור המהותי.

1. המעמד החוקתי של משאבי טבע כ"קניין ציבורי"

16. טרם נפנה לבחינת ה"מתווה" ולפיתוח הטיעון המשפטי, למן הראוי לעמוד על היות נקודת המוצא הנורמטיבית לדיון בכך שעסקינן בקביעת מדיניות שעניינה ניהול קניין ציבורי. כפי שיפורט בפרק זה, לקניין הציבורי מעמד ייחודי בדין בישראל, המחייב את כלל הרשויות בהקפדה יתרה בבואם לעשות פעולה כלשהיא או להסדיר קניין זה.

17. משאב הגז הטבעי הוא משאב חיוני של המדינה – הפועלת ומחזיקה בו כנאמן הציבור. בית המשפט זה חזר ואישרר האמור:

"מאגרי הנפט והגז עצמם הם נכס בבעלות המדינה."

בג"צ 3734/11, **חיים דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל** (סעיף 28 לחוות דעתה של כבוד המשנה לנשיא, השופטת מ. נאור, (15.8.2012)

ובהמשך אף התייחס לזכותו של הציבור בקניין זה:

"התמונה שעלתה ממסקנות ועדת ששינסקי היא כי בפועל, הציבור כמעט אינו שותף לרווחים ממשאבי הטבע שבבעלותו. עוד עלה כי שיעור ההשתתפות של הציבור ברווחים אלו היה נמוך מאוד ביחס למקובל בעולם המערבי."

בג"צ 3734/11, **חיים דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל** (סעיף 33 לחוות דעתה של כבוד המשנה לנשיא, השופטת מ. נאור(15.8.2012)).

18. לענייננו, וכפי שיוסבר להלן, מעמד מאגרי הגז של ישראל כקניין ציבורי, משמעותו כי יש לפרש הסדרים החלים על קביעת מדיניות בנוגע לקניין ציבורי זה באופן המטיל נטל כבד ומשמעותי על הרשות, להבטיח כי המדיניות תשרת ותבטיח את האינטרס הציבורי בצורה המיטבית. פרק זה ימשש כרקע נורמטיבי לפרקים העוקבים לעניין ההליך שהתקיים במקרה דנן בכל הנוגע לקביעתו של "המתווה", הוא גיבושו של הסדר למשק הגז של מדינת ישראל, שכן הגם לגישת העותרים כל אחד ואחד מהליקויים שנפלו ב"מתווה" כשלעצמו מצדיק את בטלות ה-"מתווה", היות ה"מתווה" פעולה והסדרה של קניין ציבורי מחרף את עוצמת הליקויים לאין שיעור.

19. כידוע, **הקניין הציבורי הוא משאב המשותף לכלל אזרחי המדינה, המוחזק על ידי המדינה בנאמנות**. במסגרת זו, מעמד מיוחד ישנם לקניין ציבורי ייחודי ומוגבל בהיקפו, בין אם בעלי ערך כלכלי, דוגמת מחצבי האשלג, הברום והמגנזיום שבים המלח, ובין אם בעלי ערך חברתי וסביבתי דוגמת שמורות טבע. משאבים אלו אשר מעצם טיבם היקפם מוגבל והשפעת ניהולם על כלל הציבור רחבה ביותר, הם בעלי מעמד מיוחד בדין הישראלי.

20. במסגרת זאת, הפסיקה בישראל הכירה במעמד המיוחד של קניין הציבור, ובזיקה של כלל הציבור למקרקעין הציבוריים. כך, ציין כב' השופט רובינשטיין לעניין מעמד הקניין הציבורי במשפט הישראלי כי:

"בענייננו מדובר בזכויות ציבור קולקטיביות, אף אם אין קוראים להן 'זכויות

יסוד'. אמנם בבג"צ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו (2012)] נדחתה טענה בדבר פגיעה בזכות הקניין של הציבור (פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ראו גם בג"צ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל [פורסם

בנבו (2012), בפסקה 58 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור), אך השוו לדבריו של פרופסור י' אדרעי במאמרו 'על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם' משפטים כח 461 (תשנ"ז), הגורס כי "גם הקניין הציבורי ראוי להגנה ואין הכרח להעדיף את זכות הקניין של היחיד על פני זכות הקניין של כלל הציבור" (שם בעמ' 524). הדברים אמורים במיוחד במבט לעתיד. אנו מחויבים לא רק לכאן ועכשיו; אנו מחויבים לדורות הבאים... אדגים זאת בשאלת מקרקעי המדינה; ראו סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל הקובע כי 'מקרקעי ישראל... הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת', וזו האחריות לדורות הבאים במשאב מתכלה" (בג"צ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).

ר' והשווה לעניין מקורות המים סעיף 1 לחוק המים, התשי"ט – 1959 וע"א 9535/06, עבדאללה אבו מסאעד נ' נציב המים (פורסם בנבו, 5.6.2011) (ס' 30 לחוות דעתה של כבוד השופטת פרוקצ'יה).

21. בתי המשפט בישראל אף עמדו בהרחבה על הזיקה האישית שבין כל אזרח ואזרח, לבין הקניין הציבורי. יפים לעניין זה, דבריה של כב' השופטת מיכל אגמון-גונן ב-עת"מ (ת"א) 20761-10-11 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 19.11.12) כד:

"חוקי הקניין מבחינים בין קנין פרטי לקניין ציבורי. במשפט הרומי הבחינו בין רכוש פרטי (*Res privatae*), רכוש ציבורי (*Res publicae*), שכלל דרכים ומבני ציבור, וקטגוריה שלישית של רכוש משותף (*Res communes*), כמו חוף הים, האוויר והמים (לכך ולהתפתחות המושגים ראו: Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (1990); Carol M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*", 66 *Law and Contemporary Problems* 89 (2003); דברי כב' המשנה לנשיא מ' חשין בבגץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) [...]

במדינות שונות נעשו אבחנות שונות לעניין זה. כך למשל, בקנדה, נקבע כי יש בעלות למדינה או לרשויות בקנין, אך עליהן להפעיל את זכות הקנין בהתאם לצירטר על זכויות האדם, וכי ההחזקה בקנין היא לטובת הציבור (בית המשפט בעליון בקנדה בעניין *Commonwealth of Canada v. Canada* [1991] S.C.R. 139. לניתוח פסק הדין ראו: Sarah E. Hamill, "Private Property Rights and Public Responsibility: Leaving Room for the Homeless", 30 *Windsor Rev. of Legal & Soc. Issue*, 91 (2011) (להלן: המיל, קנין פרטי ואחריות ציבורית). עוד ראו: Richard Moon, "Out of place: Comment on *Commonwealth of Canada v. Canada*", 38 *McGill LJ* 204 (1992-3). בארה"ב יש מודל של "פורום ציבורי", ומגבלות על רכוש

ציבורי כפופות לחוקה. יש להדגיש כי בארה"ב קיים גם רכוש פרטי, הנגיש לציבור שכפוף למגבלות החוקה כמו חופש הביטוי (למשל במרכזי קניות, זאת בניגוד למצב בקנדה). בצרפת הרכוש מסווג ל-Domain Public לעומת Domain 'prive'. רכוש המסווג כ-domain public, הוא רכוש של כלל הציבור. (לסקירת מודלים שונים של בעלות ציבורית ראו: Christine Willmore, "Constructing "Public Land": The role of "Publicly" Owned Land in Delivery of (Public Policy Objectives" 16 Stellenbosch L. Rev. 378, 384-6 (2005). [...]

בענייננו יש לקבוע בדומה כי לציבור זכות לשהות במרחב הציבורי. (שם, עמודים 17-19 לפסק הדין).

22. עוד עמד בית המשפט העליון על כך שבשל היות "קניין הציבור" קניין כללי, יש להתיר לרשויות מקומיות לתבוע בגין נזקים שנגרמו לקניין הציבור, למשל במקרה של גריעה תכנונים. כך, בבר"מ 4443/03 **עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל** (17.7.2011) עמדה כבוד השופטת פרוקצ'יה על הדברים וציינה:

"הרשות המקומית היא אישיות משפטית במשפט, והיא מהווה נושא לזכויות משפטיות, וזכויות קניין בכלל זה (ע"א 324/82 **עיריית בני ברק נ' רוטברד**, פ"ד מה(4) 102, 126 (1991) (להלן: ענין רוטברד); **סעיף 7 לפקודת העיריות** [נוסח חדש]; **סעיף 3 לחוק הפרשנות**, התשמ"א-1981). עם זאת, עדיין ניצבת השאלה האם ההגנה החוקתית הניתנת לזכות הקניין של הפרט מתפרשת גם על זכות הקניין של הרשות המקומית, אשר נועדה למימוש צרכים ציבוריים.

הגישה המקובלת במשפט היא כי ההגנה החוקתית על הקניין ניתנת גם לרשות ציבורית כבעלת קניין. **זכות הקניין של הרשות המקומית נתפסת כזכות המשקפת את מכלול זכויותיהם של הפרטים המרכיבים אותה. תפיסה זו מובילה להכרה בקיום הגנה חוקתית לקניין הרשות הציבורית, המוענקת, למעשה, לזכויותיהם הקנייניות של תושבי אותה רשות.**

קניינה של הרשות המקומית נתפס כקניינו של הציבור אותו היא מייצגת, וכקניינו של כל אחד ואחד מתושביה. הרשות המקומית, כבעלת מקרקעין, משמשת נאמן לציבור תושביה, והיא חבה לציבור זה חובת אמון; היא מחזיקה את הקניין הציבורי שבבעלותה לטובת ציבור התושבים המתגוררים בתחומה, והיא מופקדת על ניהולו, שמירתו וניצולו בדרך המיטבית לרווחת התושבים".

(שם, פסקאות 39-40 לפסק דינה)

23. בהמשך לאמור, בית המשפט אף פסק כי נוכח היותו משאב יחודי שלא ניתן ליצור או לחדש אותו, של הקניין הציבורי, והחשש מפני פגיעה בלתי ניתנת לתיקון בו, יש להקפיד הקפדה יתרה על קיומו של הליך תקין המתחשב כראוי באינטרס הציבור, עת הרשות מבקשת לעשות עשייה או לקבוע מדיניות לשימוש בקניין הציבורי.

24. כך, לדוגמא בע"א 8116/99 **אדם טבע ודין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, שומרון ואח'** (23.7.2001) נדונה שאלת התקנתן של תחנות דלק בשטח חקלאי פתוח. בית המשפט העליון עמד על החשיבות בקיום הליך קפדני של בחינת תוכניות והיתרים להקמתן התחנות, נוכח

החשש מפגיעה בקניין הציבור, וקבע כי יש להחיל רף מחמיר של בחינה תכנונית בטרם אישור התוכנית.

25. בתוך כך, אין ההליך הנוכחי מחייב הכרעה בשאלה הסבוכה האם מעמד הזכות של הציבור לעשות שימוש בקניין הציבור ולהפיק ממנו ערך הוא בבחינת "זכות קניין" או "זכות מעיין קניינית" (וראו, לגישה הרואה אף בזכויות קבועות המוקנות לאדם "קניין חדש" בג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פד נז(1) 235 (2002)). **די בכך שמדובר בזכות הקיימת לכל תושב ואזרח המדינה, זכות בעלת ערך כלכלי ממשי, אשר נעשה בה שימוש או שהיא נפגעה, זכות שניתן ויש להגן עליה וכן לתת בכורה לאינטרס הציבורי בעל עשייה או פעולה בה.**

26. לסיכומו של חלק זה, יצוין כי לגישת העותרים, היות משאבי הגז של מדינת ישראל קניין ציבורי ייחודי, בלתי מתחדש ומוגבל בהיקפו, אשר כל עשייה בו ומדיניות שתקבע לגביו תשפיע על כלל תושבי ואזרחי המדינה בהווה ולשנות דור - בעשרות השנים הקרובות, מחייבת מתן מעמד בכורה לאינטרס הציבורי ומטילה נטל מוגבר על הרשות להוכיח ולהראות כי אכן עשתה כן וכי לא נפל כל דופי בהליך קבלת ההחלטות על ידה.

2. מה המשמעות המשפטית של ה"מתווה"?

27. במוקד ההליך הנוכחי עומד "מתווה" הגז הטבעי. ה-"מתווה" לבש לבוש פורמאלי של החלטה של ממשלת ישראל, אלא שעיון במסמך ילמד כי מדובר ביצור כלאיים (chimera) המשלב בתוכו היבטים מתחומי משפט מגוונים, וכי אין בו עצמו כל הסבר מהו. סיווג המשפטי. לא ברור האם ה"מתווה" הוא החלטת ממשלה גרידא, הנחיות פנימיות, מסמך מדיניות, חוזה, "הבטחה מנהלית" או שמא סוג אחר של מסמך על המשמעויות המשפטיות הנובעות מכך⁴³.

28. אין ה"מתווה" כולל כל הסבר מדוקדק באשר למקורות ההסמכה מכוחם נקבע (כולו או סעיפים מסויימים בו). כך, קשה עוד יותר לעמוד על טיבו וסווג המשפטי. ממילא, בהעדר סיווג ברור והפניה למקורות ההסמכה, לא ניתן כלל לדעת אילו אמצעי אכיפה קיימים לרשויות השונות לאכיפת ההסדרים הקבועים ב-"מתווה" במקרה של אי קיומו או שמא הפרתו על ידי שותפויות הגז – האם עומדים להם אמצעים מתחום ההגבלים העסקיים? מתחום הפיקוח על המחירים? האם רשאית המדינה לדרוש סעדים כספיים משותפויות הגז במקרה של הפרה? בכל שאלות אלו, באשר לאמצעי האכיפה הקיימים להבטחת עמידת שותפויות הגז בהתחייבויותיהן – שותק ה"מתווה" ולא ניתן כל מענה, לא במסמך עצמו, ולא בהסברים שניתנו לו בכתב ובעל-פה.

29. אף מבחינה צורנית ופרוצדורלית ה-"מתווה" הוא עוף זר בעולם המשפט הישראלי. ה"מתווה" התגבש לאחר מו"מ עם שותפויות הגז ונובל אנרג'י, וכולל בחובו קביעת "התחייבויות" של שותפויות הגז ונובל אנרג'י. יחד עם זאת, ה"מתווה" לא גובש ולא נחתם כהסכם, אלא אושר בסופו של דבר, על ידי הממשלה (וכן הובא להצבעה במליאת הכנסת).

30. כך, ראשית הובא בחופזה ה-"מתווה" (במתכונתו הראשונית ולאחר שגובש על ידי "צוות קנדל" בתהליך לא שקוף והרחק מעיני הציבור) לדיון ב-"קבינט" (ועדת השרים לענייני

⁴³ נזכיר ונציין למשל, כי בניסיון שכשל להפרטת בתי הסוהר (בג"צ 2605/05, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, סג (2) 545) פעלה המדינה ב-3 אמצעים: חקיקה ראשית, מכרז (והסכם שנחתם עם הזכ"ן בעקבותיו) וכן באמצעות כלי משפטי מנהלי – היתר מנהלי חד-צדדי שלכאורה כפתה המדינה על הזכ"ן.

ביטחון לאומי) לאחר מכן הובא לממשלה, כהחלטת ממשלה, ללא כל הסבר מדוע נדרש אישור זה. לאחר מכן הובא ל-"אישור" מליאת בכנסת, גם הפעם, מבלי להבהיר מה משמעות האישור. בשלב האחרון קיבל ה-"מתווה" תוקף, לאחר שממלא מקום שר הכלכלה (ראש הממשלה) העניק שורת פטורים מכוח סמכותו על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מיד סמוך לאחר שנתקיים הליך ההיוועצות הסטוטורי עם ועדת הכלכלה של הכנסת ותוך התעלמות מוחלטת מהחלטתה החד-משמעית של ועדת הכלכלה, לפיה אין מקום להפעלת הסמכות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים ואין ליתן הפטורים מתחולת החוק.

31. פרוצדורה חסרת יסוד זו אינה אלא שיקוף של ה-"מתווה" לגופו. כפי שיפורט בפרקים העוקבים, רק אחד מפרקי המתווה עוסק בדיני ההגבלים העסקיים (פרק ב של החלק הראשון של ה"מתווה"). ליתר הפרקים אין כל נגיעה לדיני ההגבלים העסקיים, וממילא מקור הסמכות לקביעתם אינו סמכותו של שר הכלכלה על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. כפי שיפורט להלן, ספק כבד אם ישנו מקור סמכות אחר המסמיך את הממשלה לקבוע בהחלטת ממשלה, החלטות שבתחום הסמכות של רשות אחרת, דוגמת פרשנות דיני המס. בהקשר זה, כאמור, הגם שאין כל קושי בכך שהחלטת ממשלה אחת תכלול הפעלת סמכויות מכוח מספר מקורות סמכות של הממשלה, ישנו קושי ממשי בכך שהחלטה מכוח סמכותו של שר הכלכלה על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מותנית וכרוכה בהחלטות אחרות שניתנו מכוח סמכויות שאין להן כל זיקה לחוק ההגבלים העסקיים.

32. בהמשך לכך, אף במישור המהותי אין במתווה כל הסבר לטיבו ולמשמעויות של ה"התחייבויות" (ככל שיש כאלה) של ה-"צדדים" על פיו או מכוחו.

33. ברי, וכפי שפורט להלן, כי החלטה של שר הכלכלה על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים (או של הממונה על ההגבלים העסקיים) למתן פטור מהסדר כובל היא החלטה שלטונית מובהקת. משכך, על פי ההלכה הפסוקה, רק במקרים נדירים שבנדירים שינוי החלטה או ביטולה יוכל ליצור זכות תביעה וחבות בדין האזרחי על המדינה משאין לתאגיד זכות קנויה למנוע שינוי או ביטול החלטה כאמור (וראו, לדוגמא, לנסיבות החריגות בהן תותר השתחררות מכוח הלכת ההשתחררות - עע"מ 3081/10 **תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון** (21.8.2011); עע"מ 8183/03 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן** (22.8.2010)).

34. בדומה, החלטת ממשלה אף היא החלטה שלטונית מובהקת, אשר הממשלה חופשית, רשאית ולעיתים חייבת, לשנותה, ועל דרך הכלל אינה מקנה כל זכות לסעד כספי או אחר במקרה של שינויה או ביטולה.

35. מקל וחומר שכח החקיקה של הכנסת היא סמכות יסודית הנובעת מריבונותה של המדינה ומהיותה של הכנסת הרשות המחוקקת של המדינה, ואינה יכולה להקים חבות בדין האזרחי (ויוזכר כי ה"מתווה" כולל "התחייבות" לתיקוני חקיקה ולאחר מכן התחייבות נוספת שלא ליזום שינויים בחקיקה ואף "לחסום" יוזמות כאלו שלא מצד הממשלה, המוכרת כ-"פסקת היציבות").

36. אף במישור הדין הבינלאומי, כפי שיפורט בהמשך הדברים, יכולתו של יחיד או תאגיד לקבל סעד בגין שינוי החלטות ריבוניות (למשל הטלת מס או שינוי שיעורו) או שינוי הסביבה הרגולטורית, מוגבלת לנסיבות חריגות ומצומצמות. ר' בג"צ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל** (15.8.2012).

37. עיקרון זה, שעל פיו אין לאדם זכות מוקנית כי המדינה תדבוק במדיניות כלכלית עליה ביסס את חישוביו העסקיים, מהווה עיקרון יסוד במשפטינו המנהלי-כלכלי.
38. בדומה, ציין כבוד השופט פוגלמן (בהסכמת השופטים ג'ובראן וסולברג) כי:
 "במישור העקרוני נזכיר כי פעמים הרבה פסקנו כי אין לשום אדם זכות מוקנית לכך שמדיניות כלכלית שעליה ביסס את חישוביו העסקיים תימשך. המינהל רשאי בכל עת לבחון מחדש את מדיניותו ולשנות ממנה, ובלבד שהשינוי נשען על תשתית עובדתית הולמת ומתבסס על שיקולים ענייניים וסבירים" (בג"צ 6274/11 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר** (26.11.2012), פסקה 25 לפסק דינו (להלן: פרשת **דלק**) וראו עוד בהקשר זה בג"צ 198/82 **מוניץ נ' בנק ישראל**, פ"ד לו(3) 466, 471-470 (1982);).
39. עקרון זה יפה גם במקום בו שינוי המדיניות משפיע בפועל על גורם אחד בלבד. כך, בבג"צ 2979/09 **מפעלי אנקורי בע"מ נ' משרד החינוך** (24.11.2010) נדונה מדיניות תקצוב מוסדות חינוך ששינויה השפיע בפועל על בית ספר אחד. בית המשפט הנכבד קבע, מפי השופט פוגלמן ובהסכמת השופטים ריבלין וג'ובראן, כי גם מקום בו קיימה המדינה מדיניות מנהלית מסוימת משך שנים ארוכות, לא קמה זכות לנהנה ממדיניות זו להמשיך ולהסתמך עליה, והמדינה רשאית, בכפוף לכללי המשפט המנהלי, לשנות את מדיניותה (ראו פסקה 14 לפסק הדין) (להלן: פרשת **אנקורי**)).
40. מנגד, מבנה ה-"מתווה" והקביעה המפורשת של התחייבויות שיחולו על המדינה במסגרתו, מעלה את האפשרות שמדובר בסוג של חוזה בין המדינה לבין תאגידי הגז.
41. אפשרות זו נתמכת בראש ובראשונה בהליך גיבוש ה-"מתווה", שככל הידוע (ורב הנסתר על הגלוי), היה בעל מאפיינים של הליך לגיבוש הסכם לכל דבר ועניין, ואשר הושלם נוכח איומי שותפויות הגז ונובל אנרג'י כי לא יסכימו להסדר אחר וכן תחת איום בהבאת המחלוקת להליך בוררות בינלאומית. משמע, אף לגישת המדינה שם נדמה כי היה מדובר במו"מ לקראת כריתתו של חוזה.
42. חשוב מכך, ה-"מתווה" מורכב משורה ארוכה של תנאים מתלים, הקושרים בין פעולות הרגולטורים לבין ה-"חובות" שיוטלו על שותפויות הגז.
43. כך לדוגמא, וכפי שיפורט להלן, מטיל ה-"מתווה" לכאורה, חובות על שורה ארוכה של גורמים מנהליים, לרבות הממונה על ההגבלים העסקיים, הממונה על הגז והממשלה, שהם תנאים לביצוע ה-"חובות" המוטלות על שותפויות הגז. בנוסף, כאמור, קובע ה-"מתווה" כי תנאי לקיומו הוא בהתנהלותה של הממשלה במישור החקיקה והימנעותה משינויי חקיקה ואף התחייבותה לחסום הליכי חקיקה פריטיים.
44. באשר לשאלה מה יהיה הדין במצב בו לא יעמדו הרגולטורים ב-"חובות" שהוטלו עליהם מכוח ה-"מתווה", בין אם בשל שינוי מדיניות, בין אם מכל טעם אחר, שותק ה-"מתווה".
45. כך, אין זה ברור כלל ועיקר האם דין שיחול בנסיבות של אי עמידת המדינה ב-"התחייבויותיה" יהא הדין האזרחי או הדין המנהלי.
46. בדומה, אין זה ברור האם שותפויות הגז ונובל אנרג'י יהיו זכאיות לסעדים כספיים ו/או צווי עשה או צווי מניעה, האם יהיו זכאיות להתנער מ-"חובותיהן" על פי ה-"מתווה" או שמא תהיה עליהם החובה להמשיך ולמלא אחר התנאים שנקבעו למתן הפטור מתחולת חוק ההגבלים העסקיים ובכללם הסדר כובל במאגר "לוויתן" שיבטיח המשך קיומו של

מונופול מוחלט במשק הגז הטבעי של מדינת ישראל, ללא תלות בשאלת עמידתה של הרשות המבצעת בתנאי ה-"מתווה".

47. ויודגש, ישנם רכיבים רבים ב-"מתווה" אשר אין בינם לבין ה"חובות" המוטלות על שותפויות הגז דבר וחצי דבר. כך לדוגמה, שאלת שיעורי המס שיחולו על שותפויות הגז אינה קשורה כלל ועיקר לשאלת קיומו של הגבל עסקי והתנאים למתן הפטור לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

48. שעטנז זה ועמימות נורמטיבית זו, באשר למעמדו המשפטי של ה-"מתווה" מצאה ביטוי מפורש במסגרת הליכי אישורו של ה-"מתווה".

49. כך, עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פיסקלי-כלכלי), הבהיר בפני ועדת הכלכלה של הכנסת כי לשיטתו ה-"מתווה" יוצר עילות תביעה כנגד מדינת ישראל, הן על פי המשפט הישראלי, והן מכח המשפט הבינלאומי והאמנות הבינלאומיות שמדינת ישראל⁴⁴ צד להן, וכי מדובר על הסדר הסכמי. ובמילותיו:
"אנחנו, בין היתר, תלויים גם בצד שני להסכמה.

[...]

סוג שני של סיכון משפטי קיים, והוא קיים, וצריך לשים אותו על השולחן, בהנחה שהמתווה מתקיים, והמדינה מפרה את המתווה. יש להם עילות גם בתחום המשפט הישראלי, ויש להם עילות – זה רק יחזק את העילות שלהם בתחום המשפט הבין-לאומי. וזה סיכון שהמדינה היתה צריכה לקחת, וזה מה שאמרתי לממשלה – אני לא מתכחש לזה. יש פה סיכון, ולכן אנחנו רוצים לקיים את המתווה. אנחנו נכנסים למתווה כדי לקיים אותו, אבל כשנכנסים אליו, צריך להיכנס אליו בראייה מפוכחת. יש סיכון משמעותי גם בלא נקיים אותו ויש סיכון משמעותי גם אם כן נקיים אותו."

הכנסנו אבני הדרך – בסוף שנת 2017 ואחרי חמש שנים, שמאפשרים לו להסיר את סעיף היציבות, כלומר הסעיף שלכאורה מגן עליהם, כבר לא יגן עליהם. הוא גם לא מגן עליהם עכשיו – אחרי זה אסביר לכם – אבל הוא קיים. ברגע שהוא מוסר, הלגיטימציה שלנו לבצע מהלכים יותר אגרסיביים כלפיהם עולה. לכן מבחינתנו כל הדברים האלה יכולים להבטיח את הפיתוח של לווייתן בצורה הרבה יותר טובה מאשר היום, שמצד אחד, יש לנו שורה של מה שאנחנו קוראים גזרים, כלומר אנחנו מפנים להם את הדרך בהרבה מאוד היבטים שהפריעו להם, שרובם היו נכונים - יש לנו גם שורת מקלות בתוך ההסדר שנועדו לאפשר לנו לצאת מההסכם, גם בנושא מחירים וגם בנושא יציבות, בהנחה שמופרים תנאי המתווה."
(פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015).

50. בהמשך הוא ציין כי:

"אני מודה שגם אני חשבת, כשנכנסנו לתוך התהליך הזה, שלא נכון לתת סעיף יציבות, או לכל היותר, או אסביר את זה יותר בצורה מדויקת – **יש פה סיכונים משמעותיים למדינה מבחינה משפטית כדי להעניק סעיף יציבות כמו שהחברות דרשו**".

⁴⁴ הדברים לא בוארו – אך הכוונה היא ככל הנראה לאמנות ב-לטרליות להגנה על השקעות – Bilateral Investment Treaty (BIT) – ובכללן האמנה שבין מדינת ישראל לרפובליקה של קפריסין מיום 13.10.1998 וכן לאמנה המכונה "ברית ידידות, מסחר וספנות" שבין מדינת ישראל לארצות הברית מיום 23.8.1951.

(פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 1.12.2015).

51. הוזה אומר – גם הבכיר ביותר מבין היועצים המשפטיים שעסקו ב-"מתווה" (ככל הידוע, היועץ המשפטי לממשלה עצמו לא עסק ב-"מתווה" למעט הגשת מסמך קצר מטעמו בעניין לממשלה ביום 14 באוגוסט 2015), אינו יודע לאשרו האם מדובר בחוזה, הבטחה מנהלית או בהסדרה רגולטורית, ובאותה נשימה ממש מסביר, לדוגמא, כי המדינה כבולה לתקופה של חמש שנים בסעיף היציבות, וכי אין סעיף היציבות מחייב את הממשלה.
52. בדומה, ציין מוריס דורפמן, סגן יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה, כי מדובר בהסדר אשר גובש לאחר מו"מ עם השותפויות (פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015).
53. עו"ד אורי שוורץ, מ"מ הממונה על ההגבלים העסקיים (ומי שכהן כיועץ המשפטי של רשות ההגבלים), ציין כי לגישתו מדובר בהחלטה מנהלית בלבד, שניתן לשנותה בהתאם לכללי המשפט המנהלי, ובלשונו:

"אני רק מבהיר בעניין הזה – ההחלטה עצמה, לפי סעיף 52, היא החלטה מינהלית. ככזו היא כפופה לדין המינהלי, כל מה שקשור ליכולת לשנות אותה. כלומר היא לא עוד החלטה מינהלית. יש כללים בדין במינהלי, מתי ניתן לשנות ולסטות מהחלטה מינהלית. זו גם ההחלטה הזו. זה לא אומר שניתן לסטות ממנה מחר בבוקר מכל סיבה שהיא, אבל זה לא אומר גם שהיא חתומה לעד, ואין שום אפשרות לסטות ממנה"

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

54. לעומתו, עו"ד איתי בנדלר, היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה, קבעה כי לגישתה מדובר ב"הבטחה מנהלית" המעוגנת ב"חוזה" וציין כי:

"נוסח ההוראות שנכללות במתווה, מעמידות בספק גדול מאוד, אם לא למעלה מזה, את היכולת המעשית של הממשלה לחזור בה מההבטחות המינהליות המעוגנות בחוזה, אפילו אם אובייקטיבית יתקיימו נסיבות המצדיקות זאת, וזו לדעתי הסיבה העיקרית שבעלי הזכויות בחזקות התעקשו לכלול במתווה את ההוראות האלה בנוסח הכה חריג שלהן.

מדוע אני טוענת שקיים ספק גדול אם ניתן יהיה בפועל להשתחרר מההבטחות האלה – התשובה היא שהנטל שיהיה על המדינה לעמוד בו כדי להוכיח שקיים צידוק חוקי להשתחררות מהטחה מינהלית עלה באמצעות הניסוח החריג של ההוראה לרף מאוד-מאוד גבוה. וכאן, כפי שאמר מר ליכט, קיים כמובן גם סיכון משפטי, שערכאות משפטיות או ערכאות בוררות בארץ או בחו"ל לא יקבלו את עמדת המדינה שקיים צידוק חוקי, או שהם יאפשרו השתחררות תוך חיוב בפצויים מאוד-מאוד גבוהים. לכן הנטל הזה, גם להוכיח צידוק חוקי, גם הסיכון שטענת הצידוק החוקי לא תתקבל בערכאות - בעיקר אם מדובר בערכאות בוררות בחו"ל – וגם הסיכון בהוצאות אדירות שיוטלו על המדינה – מעמידות בספק גדול מאוד את יכולת המדינה להשתחרר מהוראות היציבות האלה."

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

ובהמשך הדיונים ציינה כי:

"ביחס לטיוטת מתווה הגז הטבעי דנן, לא מדובר בהסכם או בעסקה בין המדינה ליזמים, שכן הם פועלים מכוח רישיונות וחזקות שהמדינה העניקה

להם, ולא מכוח חוזים, ולכן ברור שהחלטת ממשלה שתאמץ את המתווה אינה בגדר חוזה בין הצדדים...

אם סעיף זה [היציבות הרגולטורית – הח"מ], כלשונו, יעמוד לביקורת שיפוטית, אינני שוללת את האפשרות שהיזמים יטענו שיש לראות סעיף זה כהתחייבות חוזית, שכן הוא גובש במשא ומתן ובהסכמה בין הצדדים.

להבטחה המינהלית יש נפקות משפטית [...] במהלך הזמן, ובאזור הדינמי שבו אנו חיים, לא יהיה זה דמיוני להניח שיתכן שייווצרו נסיבות שלכאורה יקימו צידוק חוקי להשתחרר מההבטחה. ואולם, הנטל לבסס קיומו של צידוק חוקי לסטות מן ההבטחה, יוטל על הרשות הציבורית, וזהו נטל מאוד לא פשוט.

אם כן, הוראות היציבות בניסוחן המוצע, שאין ספק כי הן חריגות ביותר, משנות את האיזון העומד בבסיס הלכת ההשתחררות מהבטחה מינהלית, ומעניקות העדפה לאינטרסים של היזמים. הוראות אלה מביאות לכך שהרף להוכחת הצידוק החוקי להשתחרר מההבטחה עלול להיות גבוה עד גבוה מאוד. מכאן שאין ספק שיש בהוראות אלה אפקט מצנן והגבלה משמעותית על יכולת הממשלה לפעול בסטייה מהמתווה במשך תקופה ארוכה מאוד".

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 27.12.2015)

55. לדברים אלו השיב עו"ד ליכט, בדרך של יצירת קונסטרוקציה חדשה במשפט הישראלי – לגישתו, אין מדובר עוד בשאלה של יכולת השתחררות והפעלת שיקול דעת, אלא של **"יכולת גמישות"** ו-**"פוטנציאל השתחררות"**, תהיה משמעותם של מונחים אלו אשר תהיה, וכך בלשונו:

"עו"ד בנדלר אמרה שהיא חושבת שאנחנו נוכל להשתחרר רק בנסיבות חריגות. אני מוטרד מזה – אסביר לכם גם למה.

הפרוטוקולים האלה נשארים, ויום אחד, כשנרצה כן לשנות, יגידו: בפרוטוקול כתוב שהיועצת המשפטית אמרה. לכן אני רוצה להבהיר שאתי דיברה על **פוטנציאל**. אני חושב **שיכולת הגמישות** שלנו הרבה יותר גדולה. לכן אני חושב דווקא מהאינטרס של אלה שרוצים לפתוח, שאמירה כזו שאומרת שבשום מקרה - **זו לא אמירה משפטית אלא פוטנציאל**. ואני חושב שהפוטנציאל שלנו הרבה יותר גבוה".

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

56. **שאלת סיווג ומשמעותו המשפטית של ה-"מתווה" היא שאלת ליבה, הן לעניין קבלת ההחלטה בנוגע לאימוצו, הן לעניין הביקורת השיפוטית עליו. ברי, כי בחינת שאלות הסמכות, הסבירות והמידתיות צריכות להיגזר מן המקור הנורמטיבי לאימוץ ה-"מתווה"**

57. בפרקים העוקבים, נעמוד על כך שמרביתם המוחלטת של ההסדרים הקבועים ב-"מתווה" אינם מצויים בסמכותו של שר הכלכלה מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, וכן נראה כי הסדרים אלו אינם מצויים אף בסמכותה של הממשלה מכוח סמכותה השיורית או כל מקור סמכות אחר.

58. מכל מקום, בשלב זה נבקש לחדד ולהבהיר כי לגישת העותרים, ה-"מתווה" כפי שאומץ אינו יכול להיות אלא הפעלת סמכויות שלטוניות ובגדרן שלובות סמכויות רגולטוריות ספציפיות, שכן כל הסכם לא נתחם וממילא לא נתחם הסכם ברשות ובסמכות.

59. משכך, לגישת העותרים, הממשלה וכן ממלא מקום שר הכלכלה, לא היו רשאים או יכולים לחייב את רשויות המנהל או להצר את חופש החקיקה של הרשות המחוקקת בחובות שונות כפי שעשו במסגרת ה-"מתווה", והם לא היו רשאים להתנות את ביצוע חובותיהן של שותפויות הגז מכוח ה-"מתווה" בקיום התחייבויות אלו על ידי הרשות המבצעת והצרת חופש החקיקה של הרשות המחוקקת.

60. ממילא, ככל שאכן מדובר בסוג של "התחייבות שלטונית" הרי שמן הראוי שיובהר כבר עתה לשותפויות הגז ולנובל אנרג'י, ברחל ביתך הקטנה, כי אין "התחייבויות" מקנה להן זכות תביעה או אכיפה, וכי הם לא יוכלו להיבנות ממנה בכל הליך משפטי, בישראל או מחוצה לה.

61. על רקע זה נפנה, אם כן, לבחינת סמכותו של שר הכלכלה מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ולאחר מכן נפנה לבחינת [העדר] סמכות הממשלה לאישור הרכיבים במתווה אשר אינם מצויים בסמכותו של שר הכלכלה.

3. סמכות השר למתן פטור להגבל עסקי על פי סעיף 52

62. בהמשך לאמור, נטען בפרק זה כי ה-"מתווה" חורג מסמכותו של שר הכלכלה ליתן פטור להגבל עסקי כמשמעו בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ומטעם כך יש לקבוע שהפטורים הקבועים במתווה בטלים בהעדר סמכות. כמו כן, נראה כי הפטורים שניתנו, בנסיבות המקרה, חורגים חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, הן במישור הפרוצדורלי, הן במישור המהותי, ואף מטעם כך דינם בטלות.

63. יודגש, עניינו של פרק זה הוא רק בבטלותם של הפטורים מכוח סעיף 52. זאת, לצד בטלותם של רכיבים אחרים ב-"מתווה", שתידון בפרקים אחרים של העתירה, ואשר המקור לסמכות של הרשות המנהלית לקביעתם אינה ולא יכולה להיות הוראת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

64. מהלכו של פרק זה יהיה אם כן כדלקמן – ראשית, נעמוד על המסגרת הנורמטיבית ומקומו הגיאומטרי של סעיף 52 בכלל ההסדרים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים לעניין מתן פטור להגבל עסקי. על בסיס זה נעמוד על הפרשנות הראויה של סעיף 52, היקף הסמכות המוקנית מכוחו, וטיב השיקולים שיש לשקול במסגרת הפעלת סמכות זו. תשתית נורמטיבית זו תהווה את הבסיס לבחינת הפעלת הסמכות מכוח סעיף 52 בנסיבות המקרה דנן. בהתאם לדיוננו במסגרת הנורמטיבית, נראה כי בנסיבות המקרה ניתנו הפטורים תוך חריגה מהוראות הדין. לאחר מכן, נראה כי אף לו הייתה לשר הכלכלה הסמכות למתן הפטורים, הרי שהיא ניתנה תוך חריגה קיצונית ממתחם הסבירות.

3.א. חוק ההגבלים העסקיים ומעורר האישורים והפטורים - כללי

65. חוק ההגבלים העסקיים, מעגן בשורת ההסדרים הקבועים בו את ההגנה על התחרות במשק. זאת, תחת ההנחה כי תחרות כלכלית תקדם ותביא להתפתחות שווקים יעילים – בהם המחירים, כמויות, איכות ומגוון הסחורות (או השירותים), יקבעו רק על בסיס מפגש בין ביקושים לבין היצעים וללא הפרעה למנגנוני השוק החופשי ("היד הנעלמה") – ואלו ישיאו הרווחה החברתית לתועלת אשר תשרת את כלל הציבור.

66. לא יכול להיות חולק על החשיבות הראשונה במעלה של הפיקוח על הגבלים עסקיים והגבלתם. כך, לדוגמא, ציין בית המשפט הנכבד:

"חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988... שם לו למטרה להבטיח תחרות חופשית שיש בה להניב יתרונות לפרט ולכלל, ליעול היצור והשיווק, לעידוד חדשנות טכנולוגית ולמניעת ניצול לרעה של כוח כלכלי תוך פגיעה בצרכן או בעסק מתחרה. חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי מובהק שלכלל ולפרט הבודד גם יחד עניין בהגנה עליו. ככזה, הוא מהווה נדבך חשוב של רשת הגנה על הציבור שפורשים דיני הגנת הצרכן. אכן, לא בכדי תוארו דיני ההגבלים העסקיים כ'מגנה כרטה' של זכויות הצרכן, שהתחרות החופשית היא תנאי חיוני למימושן... בלא תחרות חופשית נפגעת יכולתו של הפרט הבודד, כמו גם של ציבור הצרכנים, ושל גופים שונים לקבל החלטות שונות בעלות אופי כלכלי ונפגעת יכולתם לקבל החלטה מושכלת שהיא פרי בחירה בין חלופות כלכליות שונות. עם זאת, ראוי לציין כי את התכלית בדבר שיפור התחרות במשק ניתן להשיג בדרכים שונות על פי נתוניו של כל מקרה ומקרה, וייתכנו מקרים שבהם יהיה דווקא במיזוג כדי להגדיל את רמת התחרות במשק" (רע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, פ"ד סא(3) 757(2006); וראו עוד לדומא ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (22.10.2015)).

כבוד השופט (כתוארו אז) מ. חשין עמד על מעמד הבכורה של התחרות ועל הקשר שבינה לבין מימוש עצמי וכבודו האדם:

18. "בדמותנו את חופש הביטוי ל'נהר-איתן שוצף וקוצף' אמרנו כי יובלי-מים אחדים מזינים אותו ו'...באים [הם] אלינו ממקורות שונים: מקצתם מיוסדים על טעמי תועלתיות; מקצתם מרכזים עצמם ביחיד ובאישיותו; מקצתם עניינם בטובתה של החברה וכל היובלים אלה באלה יוצרים את המכלול – הנהר השוטף – הקרוי חופש הביטוי" (שם, בעמ' 76). דברים אלה בדיוק – בלא שניזי יו"ד ממקומה – נאמר עתה על עקרון התחרות החופשית, ובשינוי ניסוח: על עקרון חופש התחרות (על משקל חופש הביטוי). יתר-על-כן, בהציבנו את חופש הביטוי ואת חופש התחרות, חופש ליד חופש, ובהריצנו מבט מחופש לחופש, וחוזר חלילה, נגלה – ולא להפתעתנו – צדי זהות נוספים בין השניים; כך, למשל, המגבלות שמציבה שיטת המשפט לחופש ולחופש (והוא לענייננו עתה); היות שני החופשים "פדרציה (או קונפדרציה) של זכויות ואינטרסים" (פרשת קראוס [12], בעמ' 78) ועוד. ואין פלא בדבר, שהרי אלה השניים – זה חופש וזה חופש – חדא הם, שחופש התחרות אינו אלא אחד מביטוייו של חופש הביטוי, אחד מגילוייו של הצורך הטבוע ביחיד – צורך המובנה בו מלידה – לבטא את עצמו, למצות את מרב יכולתו וכישוריו, לספק את מאווייו, לממש את חפץ-לבו וכיסופיו.

19. כחופש הביטוי כן הוא חופש התחרות, כזה כן זה השניים-שהם-אחד מקורם בטבעו של האדם, בטבע. דרך הטבע ומשפט הטבע הם אלה: האדם נולד בן-חורין, ועם הינתק חבל הטבור מבקש היחיד – כל אחד בדרכו – לבטא את עצמו בדרכו-שלו. זו התחילה, אלה השורשים, והמשפט ילך בעקבות הטבע. וכשם שהמשפט עטף צורכי-נפש אחרים של האדם – צורכי-נפש מן-הטבע – בזכויות משפטיות, כך עשה גם בענייניו של חופש התחרות."

דנ"א 4465/98, טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 78

67. חוק ההגבלים עצמו יצר מארג משפטי המאפשר, במסגרת ההסדרים הקבועים בו, לאפשר קיומם של הגבלים עסקיים (אשר הנחת המוצא היא כי הם פוגעים בתחרות), וזאת בין בדרך של מתן פטור ספציפי ותחום (כדוגמת סמכות הפטור הקבועה במסגרת הוראת סעיף 14 לחוק וכן קביעת פטורי סוג מכח הוראות סעיף 15 לחוק). הסדרים אלו כולם מאופיינים בעקרון יסודי ומרכזי – כולם הסדרים ש-"אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור". מסלול נוסף הקיים ובמסגרתו יש אף אפשרות לשקילת שיקולים חוץ-תחרותיים – הוא המסלול של אישור הסדר כובל (לפי הוראות סעיפים 7-12 לחוק ההגבלים העסקיים) – בגדרו יכול בית הדין להגבלים עסקיים לשקול שיקולים רחבים של טובת הציבור, החורגים משיקולי תחרות "צרים", אם – " התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר", ואף לאשר הסדר כובל הפוגע התחרות, אם כאמור השיקולים האמורים מטים באופן ברור את הכף לכיוון זה (ר' סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים).

68. כל אלו הסדרים המעוגנים בחוק ההגבלים העסקיים והמופעלים על ידי מערך ההגבלים העסקיים: הממונה על ההגבלים ובית הדין להגבלים עסקיים. בנוסף להם נקבע הסדר נוסף חריג ונדיר של אפשרות למתן פטור מתחולת הוראות החוק (סעיף 52 לחוק). ההסדר כפשוטו מאפשר לשר הכלכלה לתת פטור להגבל עסקי מתחולת החוק, לאחר שנועץ בוועדת הכלכלה, "אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה".

69. ונדגיש – בחוק עצמו קיים מערך פטורים משולש.

70. מערך אחד מוצע ביטוי בשורה של פטורים סטטוטוריים לתחום ההסדרים הכובלים, הקבועים בחוק ובדברי חקיקה אחרים, דוגמת הפטור מהסדרים כובלים מסוימים לתוצרת חקלאית. פטורים אלו משקפים הכרה של המחוקקים והמחוקקות בצורך בקיומה ושמירתה של החקלאות ובמאפיינים הייחודיים של החקלאות שלתוצרתה ניתן הפטור הסטטוטורי. הם נובעים כאמור ממאפייניה (ראו בהקשר זה ורד דשא, הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים: מחקר השוואתי והרהורים על היקף תחולת הפטור, הפרקליט 349 (2011)). שיקול הדעת, המסור לכנסת בבואה ליתן פטור סטטוטורי מהסדר כובל, מטבע הדברים, הוא הרחב ביותר, ובהתאמה, הביקורת השיפוטית על החלטה כאמור תצומצם בעיקר למקרים של חריגה ממתחם החוקתיות.

71. מערך מרכזי שני, הקבוע בחוק, הוא מתן הסמכות לבית הדין להגבלים עסקיים ליתן אישור להסדר כובל מטעמים של טובת הציבור, בין אם בתנאים ובין אם ללא תנאים (סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים). סעיף 10 לחוק עומד על סוגי השיקולים שעל בית הדין לשקול בבואו לאשר הסדר כובל, ומתיר לבית הדין לשקול אף שיקולים לבר תחרותיים. בנסיבות מסוימות, רשאי הממונה על ההגבלים העסקיים ליתן פטור להסדר כובל מהחובה להביא את עניינו בפני בית הדין להגבלים עסקיים (סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים).

72. בפשטות, אם כן, דרך המלך הקבועה בחוק לאישורו של הסדר כובל שחל על תעשייה שלמה היא באמצעות הסדרה בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה, ודרך המלך לאישורו של הסדר כובל החל על גוף ספציפי היא באמצעות מתן אישור ל הסדר הכובל על ידי בית הדין או פטור (ככל שניתן ליתן פטור כאמור) על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים.

73. חלוקה זו משקפת מושכלות ראשוניים בתחום המשפט המנהלי – תפקידה של הרשות המחוקקת, ושל הדרג הפוליטי של הרשות המבצעת, הוא לקבוע מדיניות כללית, אך אל לה, על דרך הכלל, לקבוע הסדרים פרטניים במסגרת יישום המדיניות הכללית. **התערבות של**

הדרג הפוליטי ביישום החוק לנסיבות פרטניות של פרט זה או אחר⁴⁵ מעורר חשש ממשי לפגיעה בטוהר המידות ומהווה חריגה מן התפקיד המסור לו של קביעת מדיניות כללית. מטעם זה ממש, נקבע פעם אחר פעם בפסיקה, כי לרשות המנהלית (המחויבת כמובן לפעול בהגינות ובתם לב, סבירות וללא כל שיקול זר) שיקול דעת רחב ואוטונומי ביישום הוראות הדין, וכי אין השר הממונה רשאי להתערב בהכרעות פרטניות של הגורם המקצועי באשר ליישומן של הדין. הדברים מקבלים משנה תוקף עת מדובר על רשות רגולטורית שהפקדה על תחום והוסמכה לאסדר אותו.

74. כאמור, קבוע בחוק כלי חריג ביותר, המאפשר לשר הכלכלה (הוא השר המופקד על ביצוע החוק) לפטור מתחולת החוק הגבל עסקי (הסדר כובל, מונופולין או מיזוג חברות) - לאחר שנועץ בוועדת הכלכלה, ובתנאי ש- "הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה" - הוא ההסדר הקבוע בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי: "השר רשאי, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן, אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה".

75. ברור כי ההסדר הקבוע בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים חורג לחלוטין מגדרי המסגרות שקבע החוק - מהותית (לכאורה אין הוא כפוף לעקרון היסוד - קידום ושמירה על התחרות) ומבנית (הגורם המופקד על הפעלתו והמפעיל את שיקול הדעת - חיצוני למערך ההגבלים העסקיים: ממונה, רשות ההגבלים ובית הדין להגבלים עסקיים). לכן גם ברור שנועד למצבי קיצון, חריגים ונקודתיים ולא ככלי מדיניות כללי או אמצעי אסדרה של ענף או משק מסויים.

76. דוגמא לשימוש באמצעי קיצוני כזה ובנסיבות חריגות - התרחשה לאחר מלחמת יום הכיפורים - התקנתן של תקנות שעת חירום להארכת מועדים לביצוע חיובים וחוזים וכן להארכת מועדים הקבועים בחיקוק - זאת עקב העובדה שמאות אלפי אנשי מילואים גויסו לתקופות ארוכות (גם חודשים ארוכים לאחר סיום הלחימה עצמה) - ונדרשה הסדרה למניעה של הפרה רחבת היקף וחריגה של חיובים, חוזים וכן של חובות שבדין⁴⁶.

77. ברור כי נסיבות הפעלת סעיף 52 במקרה מושא עתירה זו - שונות לחלוטין.

78. הסדר זה, מעצם טיבו, הוא החריג לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. הוא מתיר, בנסיבות מסוימות, לשר הממונה לפעול בניגוד לתכלית החוק - ההגנה על התחרות ולעמדה מקצועית של רגולטור מומחה ובעל סמכויות על פי דין (לפיה קיימת פגיעה קשה בתחרות) בעניינו של גוף עסקי. הטעם להצדקת התערבות מקצועית זו, של הדרג הפוליטי בהחלטת הרגולטור המקצועי ובמקרה פרטני, הוא רק אם קיים טעם כבד של מדיניות חוץ או ביטחון המדינה. זאת ועוד, ברי, כי אף להסדרים כובלים שניתן להם "פטור" ססטוטורי⁴⁷ (מכח סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים) או פטור סוג (מכח סעיף 15 לחוק ההגבלים) או פטור מכח סעיף 14 לחוק ההגבלים, הצדקות היכולות לנבוע, בין היתר מקיומו של טעם שביחסי

⁴⁵ ר' והשוו לאיסור על חקיקה אישית (חוק שהוא פסק דין למעשה) - No Bill of Attainder - המעוגן בסעיף 9 לחוקת ארה"ב.

⁴⁶ ר' תקנות שעת חירום (הארכת מועדים - הוראות נוספות), התשל"ד - 1974, ק"ת 3121, 25.1.1974, עמ' 600 ור' חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (הארכת מועדים - הוראות נוספות), התשל"ד - 1974, ח"ס 732, 12.4.1974, עמ' 71;

⁴⁷ במקרה זה קובע סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים כי הסדרים כאלו "לא ייחשבו כהסדרים כובלים".

החוץ של המדינה או ביטחון המדינה⁴⁸. ייחודו של ההסדר הקבוע בסעיף 52 הוא לא בלבד ביכולתו לאפשר מתן פטור מתחולת החוק לגורם מסוים, אלא אף ביכולת להפעיל הסמכות החריגה ביותר, מבלי שנדרש אישורה של הרשות המחוקקת או של ועדה מוועדותיה (בהמשך הדברים נעמוד על טיבה של חובת ההיוועצות הקבועה בחוק). בהתאמה לאמור, וכפי שיפורט להלן, **נוכח היות הסמכות האמורה חריג לכללי המשפט המנהלי, ולנורמות ייסוד בשיטת המשפט הישראלית, יש לפרשה בצמצום ובקפדנות**⁴⁹.

79. על רקע זה ונוכח הראשוניות שבהפעלת הסמכות – שמעולם לא הופעלה עד עתה, כמו גם ההיקף המהותי והטמפורלי וכן ה-“עומק” בו מבקש השר להפעיל הסמכות, יש להידרש לפרשנות הראויה של הסמכות המסורה לשר על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. בהקשר זה, כידוע, בחינת סמכותה של רשות המנהלית נעשית בשניים. ראשית, הרשות מוגבלת אך ורק לסמכות המוקנית לה על פי דין, ואינה רשאית להפעיל סמכות שאין לה מקור בדין (ראו לדוגמא: בג”צ 6665/12 אי.סיג בע”מ נ’ המנהל הכללי של משרד הבריאות (3.12.2014)). שנית, כפופה הרשות המנהלית למבחני החוקתיות (ובכללם התכלית הראויה והמידתיות) והסבירות (בג”צ 8730/03 שירותי בריאות כללית נ’ שר האוצר (21.6.2012)). נפנה אם כן ראשית לבחינת היקף הסמכות המוקנה לרשות המנהלית על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ולאחר מכן לבחינת מתחם הסבירות במסגרתו מחויבת הרשות המנהלית לפעול.

80. נזכיר כי ה-“מתווה” כולל 5 פטורים נבדלים אותם מבקשי להעניק השר במסגרת הפעלת סמכותו לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. 4 מתוכם צופים פני עתיד: 3 מתוכם עניינם הסדרים כובלים שיוצרו בין שותפות הגז (או חלק מהן, המשיבות 9-13) במאגר “לוויתן” – ועניינם שיווק משותף לשוק המקומי של הגז הטבעי שיופק מן המאגר (פטור מס’ 2), שיווק משותף ליצוא של הגז הטבעי שיופק מן המאגר (פטור מס’ 3), הסכם רכישה מסוים של גז טבעי ממאגר “לוויתן” (פטור מס’ 4) האחד ענינו פטור (חלקי) למונופול המוכרז: פטור מתחולת סעיפים 30, 31 ו-30 לחוק ההגבלים בכל הקשור לפעילות דלק קידוחים ואבנר ונובל אנרגי במאגרי “תמר” ו-“לוויתן” בלבד, בהיותן של דלק ונובל בעלות מונופולין באספקת גז טבעי בלתי מונזל מכח הכרזת הממונה מיום 13.11.2012 (פטור מס’ 5).

81. לעומת זאת הפטור החמישי הינו פטור להסדר הכובל שנוצר בעבר (עוד בשנת 2008) וקיים גם היום – בחבירה המשותפת של דק קידוחים, אבנר, נובל אנרגי ורציו כשותפות ברשיון “רציו ים” ולימים בזכויות החזקה במאגר “לוויתן” (פטור מס’ 1). במקרה זה מדובר על פטור מ-“כל הוראות החוק” ובעל תחולה למפרע – “פטור זה יחול למפרע”.

3.ב. היקף הסמכות המסורה לשר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

82. כאמור, נקודת המוצא לבחינת הסמכות המוקנית לשר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים היא בשאלת היקף ותוכן הסמכות המסורה לשר. ברי, כי סמכות זו נגזרת מלשון ההוראה, מהמקום הגיאומטרי של הוראות החוק המסמיכה ומסביבת החקיקה,

⁴⁸ ר' השיקולים המנויים (כרשימה לא ממצה) שעל בית הדין להגבלים עסקיים לשקול במסגרת הליך בקשה לאישור הסדר כובל - , המנויים (כרשימה לא ממצה) - סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים , וכן ר' סעיף 3א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. והשוו הוראת סעיף 42(ב) לחוק ההגבלים העסקיים – לענין סמכות בית הדין להגבלים עסקיים למנוע עיון הציבור בפריט מסוים במרשם ההגבלים " מטעמים של בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או ענין חיוני אחר".

⁴⁹ ר' המבחן שגיבש כבוד הנשיא במסגרת פסק דינו בבג"צ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בבב, 2.7.2014)

ומהמסגרת החוקתית הכללית, המהווה כלי פרשני מרכזי בבואו של בית המשפט לקבוע את גדר הסמכות המנהלית (והשוו לדוגמא בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3), 728 (1989), ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12 (1999)).

83. כפי שיבואר להלן, בהקשרו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מוגבלת סמכותו של השר פעמיים – ראשית, מלשון הסעיף וסביבת החקיקה, כמו גם מתכליתה, מוגבלת הסמכות של השר אך ורק למתן פטור שיש בו פגיעה מהותית וממשית בתחרות, הוא נקודתי, תחום בזמן ובמהות ואשר שנועד לתת מענה למצב חירום של ממש. שנית, בהתאם למסגרת החוקתית המוסדית של מדינת ישראל ולמשפט החוקתי, מוגבלת סמכותו של השר מכוח סעיף 52 אך ורק לקביעת הסדרים שאינם עולים כדי הסדרים ראשוניים.

מגבלות פנימיות

1.ב.3 סמכות השר מוגבלת למתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים בלבד

84. כפי שצוין לעיל, לשון סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מתירה לשר ליתן פטור להגבל עסקי "מהוראות חוק זה". אף סביבת החקיקה, ועיגונו של הסעיף בחוק ההגבלים העסקיים, מלמדת כי סמכותו של השר מוגבלת אך ורק למתן פטור שעניינו הגבל עסקי אשר הוראות חוק ההגבלים חולשות עליו.

85. זהו אף הגיונו של חוק ההגבלים העסקיים על פי תכליתו – ברי, כי בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לשקול, במסגרת הרשימה הפתוחה של השיקולים הקבועים בסעיף 10 לחוק, אף שיקולים של ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה. יחודו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים הוא במתן האפשרות החריגה והנדירה, להחליף את שיקול דעת בית הדין בשיקול דעתו של השר בבואו ליתן פטור להסדר כובל הפוגע בעליל בתחרות, וזאת נוכח ההנחה כי נסיבות הפעלת הסמכות יצדיק את העברת ההכרעה מבית הדין להגבלים עסקיים, וכי השר יפעיל ראייה והבנה רוחבית מלאה יותר ומתכללת של שיקולי ביטחון המדינה ו/או שיקולי יחסי החוץ של המדינה.

86. יחד עם זאת, הגם שהוראת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מסמיכה את השר לכאורה להעדיף שיקולים אחרים (יחסי החוץ וביטחון המדינה) על פני שיקול התחרות, ולתת בכורה לשיקולים אלו בבואו ליתן פטור מהוראות החוק מזה, אין מדובר בהוראה "פתוחה וחסרת גבולות" – שבגדרה יכול השר עצמו לעצב אף את גבולות סמכותו למתן הפטור. פשיטא כי אין הוראת סעיף 52 לחוק מאפשרת או מתירה לשר ליתן פטור החורג מגבולותיו של חוק ההגבלים העסקיים עצמו. קרי, הסעיף מסמיך את השר להפעיל סמכות נדירה ויחודית למתן פטור תחום ומוגדר (במהות, בזמן ובמקום) מתחולת החוק להגבל עסקי מסוים. כך גם, השר, בדומה לבית הדין, רשאי לתת פטור להסדר כובל, בתנאים או ללא תנאים. יחד עם זאת, אין סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מסמיך את השר לקבוע במסגרת הפטור, תנאים אשר בית הדין לא היה רשאי לקבוע אותם במסגרת אישורו של הסדר כובל.

87. חשוב מכך, הסמכות המוקנית לשר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים אינה מסמיכה את השר להתנות את קיומו של הפטור בהתחייבות זו או אחרת של הרשות המבצעת-הממשלה.

88. במסגרת זו, אין השר יכול לקבוע כי הרשות תהיה מחויבת בפעילות מסוימת, דוגמת קידום שינויים חקיקתיים ורגולטורים, צמצום שיקול הדעת המסור לרשות, התחייבות שלא

לשנות את סביבת החקיקה וכיו"ב, במסגרת הפטור מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים (וכפי שנראה בהמשך הדברים, במקרה הנוכחי כולל ה"מתווה" את כל הליקויים האמורים).

89. קביעת התחייבויות מעין אילו יוצרת חלל נורמטיבי לא ברור. כך לדוגמא, ודאי שהצדדים להסדר הכובל לא יוכלו להתנער מחובותיהם על פי תנאי הפטור מקום בו לא מילאה הרשות את ה-"התחייבויות" החיצוניות למתן פטור כאמור, וודאי שלא ניתן לראות ב-"התחייבויות" אלו, שהן מכוח הסמכות הרגולטורית, כחווה או כמקור לסעד לצדדים להסדר הכובל, למעט סעדים ממישור המשפטי המנהלי, ככל שיהיו הם זכאים לכך בשים לב להיעדרה של זכות קנויה לאזרח בהמשך קיומה של רגולציה זו או אחרת. הווה אומר, ככל שמבקשת המדינה לקבוע חקיקה, תקנות או נהלים פנימיים שיסדירו את התנהלותה בתחום זה או אחר, הנוגע להגבל העסקי הנדון, רשאית היא לעשות זאת במסגרת כללי המשפט החוקתי והמנהלי. יחד עם זאת, לא ניתן לעגן חובות שיוטלו על הרשות המנהלית במסגרת הסדר של מתן פטור מתחולת הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

90. זוהי אף הפרקטיקה הנוהגת בתחום מתן הפטורים להסדרים כובלים, לרבות בתחום הנפט. כך, לדוגמא, בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין **ישראלמקו נגב - מודיעין אנרגיה שותפות מוגבלת** (28.8.2012) קבע הממונה שורת תנאים למתן הפטור להסדר הכובל, כאשר הוא מבהיר בסעיפים 6 ו-7 לתנאים כי בכל מקרה של עמימות או ספק רשאים הצדדים לפנות לממונה בבקשה להכרעה, וברי כי אין בכך כדי להשפיע על החובות המוטלות עליהם מכוח החלטת הפטור.

91. בפשטות, בדומה לסמכות המוקנית לבית הדין להגבלים עסקיים מכוח סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, השר מוסמך, מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, לפטור בנסיבות יחודיות ונדירות הסדר כובל מהוראת סעיף 4 לחוק (ובדומה, מהוראות אחרות בחוק, דוגמת הגבלות על מיזוג חברות). עוד רשאי השר לקבוע במסגרת החלטתו תנאים בהם יחויבו הגופים המבקשים את הפטור⁵⁰, ואשר הפרתם תביא לפקיעתו של הפטור. הא, ותו לא.

92. ויוזכר, כפי שפורט לעיל, כי במקרה הנוכחי, ה-"מתווה" כלל אינו מקיים ולו הפרדה צורנית בין רכיבים בו שהם תנאים לקיומו של הפטור מההגבל העסקי, לבין הסדרים אחרים, אשר בינם לבין הפטור מכוח סמכות השר אין דבר וחצי דבר.

2.ב.3. סמכות השר מוגבלת רק למתן פטור צופה פני עתיד

93. בהמשך לאמור, סמכותו של השר מכוח סעיף 52 לחוק, מוגבלת במישור הזמן, ואין השר רשאי להפעיל את סמכותו למפרע.

94. מבנה חוק ההגבלים העסקיים הישראלי מחייב את המבקשים לעשות הסדר כובל, לפעול באחת הדרכים הבאות: לבקש קבלת אישור מבית הדין או פטור מן הממונה על ההגבלים (ככל שהדבר בסמכותו) צופה פני עתיד. החוק מטיל חובה על הצדדים המבקשים לעשות הסדר כובל לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים או לממונה על ההגבלים עסקיים על מתן לקבל היתר, זמני או קבוע, לקיומו של ההגבל העסקי, **לפני** שהם יוצרים ובוודאי לפני שהם מתחילים בפעילותם במסגרת ההסדר הכובל.

⁵⁰ במקרה זה מעניין וחשוב לציין – כי הצדדים להסדרים הכובלים ובעליל המונופולין מושאי החלטות הפטור – לא הגישו כלל בקשה למתן הפטור האמור לשר, בה פרטו את הנסיבות המצריכות מתן הפטור ואת הטעמים לגישתם למתן הפטור כאמור.

95. הסדר זה, הדורש אישור מראש של ההסדר הכובל, מבטיח כי לא יצא מעוול נשכר, ומונע אפשרות של התקשרות בהסדרים כובלים וקביעת עובדות בשטח, ללא ידיעת הרשויות.
96. עריכת הסדר כובל מבלי שנתקבל לו אישור, היתר זמני או פטור מהווה עבירה פלילית (סעיף 47 וסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים) ועוולה אזרחית (סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים).
97. בהקשר זה, הלכה מימים ימימה כי מקום בו אדם מפר את הוראות הדין, ולאחר שנתגלתה ההפרה פונה בבקשה להתיר את פעילותו, לא בלבד שיהיה בדבר שיקול שלא ליתן את ההיתר, אלא שאף **אם ניתן ההיתר בדיעבד, לא יהיה בכך כדי לפטור אותו מאחריות פלילית ואזרחית**. כך לדוגמא, פסק בית המשפט העליון פעם אחר פעם כי מתן היתר בניה בדיעבד לעבירות בניה אינו פוטר את מבצע העבירה מאחריותו הפלילית (ראו עפ"א (ת"א) 22149-07-11 בלס נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.12.2011); רע"פ 257/12 בלס נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.8.2012), והשוו: רע"פ 2885/08 הועדה המקומית לתכנון ולבניה **תל אביב-יפו נ' זכה** (פורסם בנבו, 22.11.2009). בדומה, פסק בית המשפט כי אי פנייה לרשויות המס לצורך Pre-Ruling מקימה חזקה כי התקיימה אצל הפרט שביצע את עבירת המס כוונה פלילית לביצוע העבירה (ראו עמ"ה 42485-03-13 **אי-אונליין קפיטל (אי) אן. סי.**) **בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 3** (פורסם בנבו, 3.9.2013); ע"א 2568/08 **חברה בע"מ נ' פקיד שומה נתניה** (פורסם בנבו, 17.2.2010)).
98. אף בתחום המשפט האזרחי, אין תיקון הליקוי פוטר את המעוול מחבותו בגין התקופה בה התקיים הליקוי ובידי הניזוק פתוחה הדרך להגיש תביעה אישית או ייצוגית בגין הפגיעה בו.
99. עיקרון זה, שעל פיו אין רשות מנהלית רשאית לפטור מבצע עבירה או לפטור אדם מחבותו בגין ביצוע עוולה, הגם שבנסיבות מסוימות רשאית היא להכשיר את תוצאות העבירה במבט צופה פני עתיד, הוא ביטוי לחלוקת הסמכויות הבסיסית העומדת בתשתית המשפט החוקתי המוסדי.
100. ברי, כי הסמכות להחליט על העמדה לדין היא סמכות המסורה לגורמי התביעה, ומצויה בליבת שיקול הדעת שלהם (ראו לדוגמא בג"צ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550 (2008)). החלטה על העמדה לדין, או על אי העמדה לדין, מצויה באוטונומיה מלאה של גורמי התביעה, ואין לדרג הפוליטי כל סמכות להתערב בהחלטה זו.⁵¹
101. במישור המשפט האזרחי, אין לשום גוף מדינתי הסמכות לשלול מניזוק את זכות התביעה בגין הנזקים שיגרמו לו. שלילה כאמור תהווה פגיעה ממעלה ראשונה בזכות החוקתית לגישה לערכאות כמו גם, במקרים מסוימים תעלה כדי פגיעה בזכות קניין, היא זכות חוקתית מוגנת.
102. בהמשך לכך, הסמכות להכריע את הדין היא סמכות המצויה בליבת תפקידו של בית המשפט. זהו היסוד הבסיסי ביותר של הפרדת הרשויות – הרשות המחוקקת קובעת את המדיניות, הרשות המבצעת מוציאה את המדיניות לפועל, והרשות השופטת שופטת את

⁵¹ לשם שלמות התמונה נציין כי במסגרת דיוני ההיוועצות בועדת הכלכלה טען מ"מ הממונה על ההגבלים העסקיים אורי שוורץ טען בהקשר זה – כי סוג זה של הסדר כובל (שאינו דומה לתיאום מחיר) הינו הגבל עסקי אשר על פי המדיניות הנקוטה בידח רשות ההגבלים העסקיים, אין נוקטים הליכים פליליים כנגדו.

מי שהפר את הוראות הדין. פגיעה בסמכותו זו של בית המשפט היא פגיעה חוקתית, העומדת בניגוד להוראות חוק יסוד: השפיטה.

103. החרג היחיד לחלוקת סמכויות זו היא בסמכותו של נשיא המדינה להעניק חנינה. ויוזכר, בהקשר זה, כי בית המשפט העליון פסק כי רק בנסיבות חריגות שבחריגות תותר הענקת חנינה באמצעות חקיקה של הכנסת (ראו בג"צ 1213/10 **ניר נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 23.2.2012)) והשוו בג"צ 428/86 **יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל**, מ (3) 505.

104. ברי, כי לא ניתן ללמוד מלשונו של סעיף 52 או מסביבת החקיקה כי היה בכוונת הכנסת להתיר לשר ליתן פטור מחבות פלילית או אזרחית של גורם שערך הסדר כובל או היה צד לו, טרם קבלת אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור מהשר. אף המסגרת החוקתית, כפי שפורט לעיל, מביאה למסקנה כי מתן סמכות כאמור צריכה להיעשות במפורש, וגם אז עליה לעמוד במבחני החוקתיות, וברי, כי אין השר יכול לקנות לעצמו סמכות חנינה (פלילית ואזרחית כאחד) מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

3.ג. המגבלה החיצונית - השר אינו רשאי ליתן פטור קבוע מקיומו של הסדר כובל – פטור העולה כדי הסדר ראשוני

105. בהמשך לאמור, לצד המגבלות הפנימיות לסמכותו של השר מכוח סעיף 52 לחוק, סמכות זו אף מוגבלת במגבלה חיצונית, היא כלל ההסדרים הראשוניים. כלל ההסדרים הראשוניים כלל יסוד הוא במשפט החוקתי הישראלי, הנובע ישירות מעקרון הפרדת הרשויות ומייחוד סמכות החקיקה לרשות המחוקקת-הכנסת, והוא המעגן את קו הגבול שבין סמכויותיה של הכנסת לקבוע את המדיניות, לסמכות הממשלה לבצע את מדיניות הכנסת. כלל זה מאזן בין הצורך בגמישות ויעילות ביצועית, לבין זכות הראשונים (וכן החובה שאינה ניתנת לדלגציה) של הכנסת באת כוחו של הריבון-הציבור, בקביעת מדיניות ציבורית. הוא המבטיח כי לא תחרוג הממשלה ממקומה, וכי לא תפלוש למתחם סמכותה הבלעדי ופעילותה של הכנסת.

106. במסגרת זאת, נקבע בפסיקה כי סמכויות רשות מבצעת מוגבלות במגבלה חיצונית, היא מגבלת ההסדרים הראשוניים. קרי, אין רשות מבצעת רשאית, במסגרת סמכויותיה הביצועית, לקבוע הסדר ראשוני, ללא אישורה של הכנסת בחקיקה ראשית (וראו בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1 (2006) (להלן: פרשת **ועדת המעקב**)). על המבחנים לזיהויו של הסדר ראשוני עמד המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט חשין, בפרשת **ועדת המעקב** כך:

"התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא לנו - אפוא - בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעזר, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהיגיון. כך, בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ומקרבת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו. נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה; עלותה של הפעולה אף היא תשפיע על מהותה, וברי כי אין דין

פעולה שהשלכותיה הכספיות מיזעריות כדין העברתם של עשרות מיליוני שקלים מקופת הציבור למיגזר פלוני". (פסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין).

107. בהקשר זה, דומים הדברים להסדרים החלים בכל הנוגע לתחיקת חירום. אף תחיקה זו מבקשת לאזן בין הצורך בגמישות ויעילות לבין הפרדת הרשויות בין הכנסת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. בהקשר זה, פסק בית המשפט העליון באופן עקבי כי תחיקת חירום אינה "מסלול עוקף", המאפשר לרשות המבצעת לעקוף את סמכותה של הכנסת, מקום בו ניתן לקיים הליך חקיקה מלא, לרבות הליך חקיקה מזורז (וראו בג"צ 6971/98 פריצקי נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 763 (1999)). בדומה, בית המשפט העליון פסק כי לא ניתן, באמצעות תחיקת החירום, לעקוף את סמכויות השיפוט וכללי המשפט הפלילי (ראו עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666 (1982)).

108. ברי, כי בדומה לכל סמכות אחרת של הרשות המבצעת, גם סמכותו של השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מוגבלת כך שהשר רשאי, במסגרת סמכותו, לקבוע הסדרים שניוניים בלבד, ואין הוא רשאי לקבוע הסדרים ראשוניים, ואין הוא רשאי, במסגרת סמכותו זו, לרוקן מתוכן את סמכותה של הרשות השופטת לטעון בגין מעשים פלילים או עוולות אזרחיות שבוצעו על ידי גורמים שהתקשרו בהסדר כובל.

109. בהקשר זה נציין כי הממשלה והכנסת נדרשו אך לאחרונה לקדם ולהשלים חקיקה ראשית שעסקה במשק הגז הטבעי – כך תוקן חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב – 2002, אך לפני כחודשיים⁵², תוך הוספת הוראות הנוגעות ישירות ל-"מתווה" ולישומו – כמו למשל ההוראה העוסקת במתן רישיון לצינור ייצוא של מי שאינו בעל חזקה⁵³ (ר' סעיף 3 בפרק ד לחלק הראשון של ה"מתווה) וכן הוספת הגדרת "האזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל"⁵⁴.

110. משמע הממשלה פעלה לחוקק חלק מהוראות ה-"מתווה" במסגרת חקיקה ראשית (גם אם במסגרת "חוק הסדרים" על כל חוליו) ממש בעצם הימים בהם ביקשה לאשרו במלואו ולהכניסו לתוקף – ללא הסדר ראשוני.

4. מהכלל אל הפרט - במסגרת פרק הפטור על פי סעיף 52 קיימים רכיבים החורגים מסמכותו של שר הכלכלה

111. על רקע האמור לעיל, נפנה אם כן לבחון את פרק הפטור, שנקבע בסעיף ב. ובנספח א להחלטת ממשלה 476. לאחר מכן, נפנה לשאלה האם בסמכות שר הכלכלה מכוח סעיף 52 להתנות את קיומם של תנאים המוטלים במסגרת פטור מהגבל עסקי בעמידת המדינה בהתחייבויותיה ביתר חלקי ה"מתווה" (התחייבויות בתחומים אשר מלכתחילה אין הממונה על ההגבלים העסקיים מוסמך לתיתן, ואשר בינן לבין הפטור אין דבר וחצי דבר).

4.א. ה-"מתווה" הוא בגדר הסדר ראשוני, שיש לעננו בחקיקה ראשית

112. כמפורט לעיל, סמכותו של השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים נועדה רק לאפשר מתן פטור להגבל עסקי בנסיבות נדירות ויחודיות בהן דחיפות העניין, מצדיקים את

⁵² ס"ח תשע"ו מס' 2510 מיום 30.11.2015 עמ' 73 – תיקון מס' 7 בסעיף 29 לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), תשע"ו-2015.

⁵³ ר' סעיף 10א לחוק משק הגז הטבעי.

⁵⁴ ר' סעיף 1 לחוק משק הגז הטבעי.

מתן הפטור החריג תוך עקיפת מכלול הוראות החוק. יחד עם זאת, ברור כי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים לא נועד ואף איננו יכול לעמוס על גבו, את האפשרות לשר לשנות את חלוקת הסמכויות בין הרשויות המחוקקת והמבצעת וליטול לעצמו סמכויות לעצב הסדרים ראשוניים.

113. במקרה הנוכחי, לא יכול להיות ספק קל שבקלים כי מדובר בהסדר ראשוני מובהק. מדובר בהחלטה הכלכלית המשמעותית ביותר שתחול לשנות דור או שניים (50-40 שנים) של מדינת ישראל, בעלת השלכות רחב על החברה, הכלכלה, הביטחון ויחסי החוץ של המדינה כמו גם על המשטר ואופיו, כפי שנראה בהמשך הדברים. מדובר בהחלטה שנויה במחלוקת בציבור. ומדובר בהחלטה שעל פי תכליתה ותוכנה עתידה לעמוד בתוקפה לעשרות שנים.

114. זאת ועוד, אין כל ספק שאין קושי להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. הרשות המבצעת עצמה ישבה על המדוכה למעלה מארבע שנים ועסקה בסוגיה, "צוות" קנדל לבחינת מדיניות הממשלה להסדרת משק הגז הטבעי" ישב על המדוכה למעלה מחצי שנה בנושא.

115. ברי, כי חקיקה, ככל שיש צורך בכך, ניתן לחוקק אף בלוח זמנים קצר וקצוב.

116. במצב זה, ממילא אין כל הצדקה של "דחיפות", אשר בגינה ניתן להתייחס להסדר המוצע כהסדר ביצועי ולא כהסדר ראשוני.

117. עוד יוזכר בהקשר זה כי בכל הנוגע להסדרה של השימוש במשאבי טבע בישראל, נעשתה זו באופן שיטתי בדרך של חקיקה ייעודית, המסדירה כל רוב או כלל היבטי השימוש במשאב הטבע.

118. כך, לדוגמא, מסדיר חוק זכיון ים המלח, התשכ"א-1961 את יחסיה של מדינת ישראל עם חברת מפעלי ים המלח בע"מ בכל הנוגע לשימוש במשאבי ים המלח. הסדר ייחודי קובע כי יחול "על אף האמור בכל דין" (פסקה 1). הזיכיון מכוח חוק זה מסדיר את החובות המוטלות על חברת ים המלח בע"מ, על הרשויות, את התוצאות במקרה של הפרה וכיו"ב. וברי, כי זיכיון זה מחייב את הממשלה, ככל דבר חקיקה אחר (הגם שודאי שהכנסת עצמה רשאית לשנותו).

119. בדומה, חוק זכיון צינור הנפט, התשכ"ח-1968 מעניק מעמד של חקיקה להסכמות שבין מדינת ישראל ובין מחזיקות הזכויות בתחום הנפט.

120. בפשטות, אם כן, לצד עיקרון ההסדרים הראשוניים הכללי, גם ההיסטוריה החקיקתית של מדינת ישראל מלמדת כי מקום בו מצאה המדינה שיש צורך בהסדרת כוללת של ניצול משאבי טבע, ראתה היא הכרח לקבוע את ההסדרה האמורה בדרך של חקיקה ראשית, שהיא בבחינת דין הגובר על יתר דברים החקיקה ביחס לאותו משאב טבע (והעותרים לא ידונו כאן בשאלה האם כלל סעיפי הזכויות שניתנו בפועל בהקשר לים המלח ולצינורות נפט חוקתיים וחוקתיים הם אם לאו, משאין העניין עומד במוקדה של עתירה זו).

121. מטעם זה, שה-"מתווה" הוא בגדר הסדר ראשוני, עולה גם כי אין בסמכותו של השר ליתן פטור להגבלים העסקיים שפורטו בו, במסגרת ההסדר מכוח סמכותו על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

4.ב. ב"מתווה" שורה ארוכה של התחייבויות אשר לא ניתן לקבוע אותן במסגרת פטור להגבל עסקי

מכת הוראת סעיף 52 לחוק ההגבלים והן מהוות חריגה מהוראות החוק

122. כאמור, במסגרת הפעלת סמכותו על פי סעיף 52 מוגבל שר הכלכלה רק לאותן סמכויות גדורות ותחומות במסגרת חוק ההגבלים העסקיים. בחוק ההגבלים העסקיים אין כל סמכות להתחייב בשם המדינה או רשות מרשויות המדינה, וכן אין כל סמכות לכרוך בין חובות המוטלות על ההגבל העסקי, מקבל הפטור, לבין פעולה זו או אחרת של המדינה או רשות מרשויות המדינה (ובכלל זאת אין השר מוסמך אף לכרוך בין החובות המוטלות על הצדדים להגבל העסקי לפעולות המצויות בסמכותו). ה-"מתווה", מנגד, לא בלבד שכולל שורה ארוכה של התחייבויות של המדינה, אלא אף כרוך בין החובות שמוטלות על הצדדים להסדר הכובל או בעלי מונופולין, לבין החובות שמוטלות על המדינה, לרבות הצרת כח החקיקה של הכנסת, במסגרת ה-"מתווה".

123. כך, לאורך ה-"מתווה" כולו שזורה ושלובה שורה ארוכה של התחייבויות המוטלות על רגולטורים ורשויות ממשל, התחייבויות אשר מעצם טיבן אינם יכולות להיות חלק או תנאי במסגרת מתן פטור להגבל עסקי.

124. בהקשר זה, יש להבחין בין שני מישורים של החלטת הממשלה מס' 476.

125. המישור הראשון הוא מישור הפטור להגבל העסקי עצמו - סעיף ב להחלטת הממשלה מעגן את מתן הפטור מכוח הסמכות על פי סעיף 52 ובהתאם לקיום חובת ההיוועצות, ותנאיו קבועים בנספח א להחלטה. כפי שנראה להלן, **חלק מהתנאים הקבועים בנספח א האמור אינם יכולים להיקבע כתנאים למתן פטור להגבל עסקי.**

126. המישור השני הוא יתר סעיפי ה-"מתווה", שעוגנו בהחלטת הממשלה גופא. בהקשר זה, יצוין כי לו הייתה פרשנות המשיבים כזו, הרואה בפטור על תנאיו כנפרד ובלתי תלוי מיתר רכיבי ההחלטה, לא היה, לגישת העותרים, פגם בקיבוצן של שתי ההחלטות בדבר הפטור ויתר ההחלטות בנייר אחד (הגם שכפי שיוסבר בפרק העוקב, הממשלה נעדרת סמכות להתקין את חלק מהסעיפים האחרים בהחלטה). יחד עם זאת, וכפי שהוסבר לעיל, **המשיבים, הן מטעם המדינה, הן מטעם שותפויות הגז, כורכים בין הפטורים והתנאים להם, שעוגנו בנספח א', לבין יתר רכיבי החלטת הממשלה.**

127. במילים אחרות, **המשיבים עצמם רואים ביתר רכיבי החלטת הממשלה כתנאים מתלים לעניין חובת שותפויות הגז לפעול על פי תנאי הפטור.** כריכה זו – היא המעוררת את הקושי בכל הנוגע להפעלת הסמכות של שר הכלכלה. זאת, שכן שר הכלכלה אינו רשאי לקבוע במסגרת תנאים למתן פטור התלייה של חובות הצדדים בפעולות של רשויות מנהליות (וודאי הדבר נכון מקום בין אין הרשויות המנהלות האמורות כפופות לממונה על ההגבלים העסקיים או לשר הכלכלה).

128. נפנה אם כן, כאמור, ראשית לבחינת התנאים לפטור שנקבעו בנספח א להחלטת הממשלה, ולאחר מכן לבחינת יתר רכיבי ה-"מתווה".

1.ב.4. תנאי הפטור על פי נספח א להחלטת הממשלה אשר נקבעו בחוסר סמכות

129. **סעיפים 3 ו-13 לפרק השלישי בנספח א להחלטת הממשלה** קובעים כי הממונה על הנפט יהיה מחויב במתן תשובה לפנייה של שותפויות הגז לעניין התאמת קונה פוטנציאלי לרכישת מאגרי כריש ולויתן בתוך 14 ימים. ברי, כי מדובר בהוראה במסגרת ההסדר שאינה מופנית כלל כלפי הצדדים להגבל העסקי, כי אם כלפי הרשות המוסמכת. בהקשר זה, כידוע, חובתה של רשות מוסמכת לפעול במהירות הראויה. יחד עם זאת, מקום בו לא נקבעו לוחות הזמנים לפעולתה של רשות מנהלית בחקיקה, אין מקום להגביל את

- שיקול דעתה של הרשות המנהלית באשר לפרק הזמן הנדרש לשם קבלת החלטה במסגרת תנאי לפטור של הגבל עסקי.
130. עוד יצוין, במאמר מוסגר, כי פרק זמן של 14 ימים לבחינת התאמתו של רוכש פוטנציאלי נדמה כלא סביר על פניו, בפרט נוכח הצורך לחשוף את העסקה הצפויה לציבור ולקבל את עמדותיו טרם קבלת ההחלטה בנידון.
131. בפשטות – הוראות סעיפים 3 ו-13 לנספח א' להחלטת הממשלה בטלות מהטעם שהן כורכת בין אופן הפעלת סמכות על ידי רשות מוסמכת לבין עמידת הצדדים להגבל העסקי בחובות המוטלות עליהם, וכן מהטעם ששר הכלכלה אינו מוסמך כלל ליתן הוראות או להטיל חובות על הממונה על הנפט.
132. **סעיף 25 לנספח א' להחלטת הממשלה וסעיף 36 לנספח א' להחלטת הממשלה**
 קובעים כי היה ולא ימכרו שותפויות הגז את חלקיהם במאגרי "כריש" ו-"תנין" בהתאם ל"מתווה", תועבר סמכות זו לידי נאמן. יחד עם זאת, הסעיף קובע כי שיקול דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים **יוגבל מראש לשלושה מועמדים שהוצעו על ידי שותפויות הגז**. תניה זו פוגעת באופן מהותי וקשה בשיקול דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים.
133. כאמור, ספק אם ניתן כלל להטיל חובה או הגבלה על הרשות הרגולטורית במסגרת תנאים שנקבעים למתן פטור להגבל עסקי. מכל מקום, כפי שפורט לעיל, קביעת הגבלה כאמור על שיקול הדעת חמורה במיוחד בהתחשב בכך שאין לה כל החרגה. כך לדוגמא, ה-"מתווה" שוקט ולא מבאר מה יהיה אם כל שלושת המועמדים המוצעים מטעם שותפויות הגז לא ימצאו מתאימים לתפקיד על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים. זאת, בניגוד להלכות מפורשות של בית המשפט שבמסגרתן נקבע כי אין רשות יכולה לקבוע כלל קשיח תוך התפרקות מוחלטת מחובת שיקול הדעת בכל מקרה ומקרה שמונח בפניה (ראו לדוגמא פרשת **אנקורי**, וכן ראו להלן).
134. זאת, ועוד – ספק אם ניתן כלל לקבוע כי זהותו של נאמן מטעם רשות ציבורית תיקבע על ידי גורמים עסקיים, תוך פגיעה בעקרון שוויון ההזדמנויות והאפשרות של מועמדים אחרים להגיש מועמדותם, ומכל מקום ודאי שאין ה-"מתווה" יכול לפגוע בחובת הרשות למנות נאמן בהתאם להוראות הדין ובשוויון, לרבות, חובתה לעמוד בהוראות חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, ככל שיחול הוא בנסיבות שיתעוררו.
135. **סעיף 25 לנספח א' להחלטת הממשלה** קובע כי הממונה על ההגבלים העסקיים יכריע בזהות הנאמן למאגרי למכירת מאגרי "כריש" ו-"תנין" בתוך שבעה ימים, **סעיף 36 לנספח א' להחלטת הממשלה** קובע כי הממונה על ההגבלים העסקיים יכריע בזהות הנאמן לעניין מאגר "תמר" בתוך 30 ימים. בדומה לאמור לעיל, גם בהקשר זה הגבלת שיקול דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים אינו יכול להיעשות ללא חקיקה, וודאי שאינו יכול להיכלל כתניה בפטור שניתן להגבל עסקי.
136. עד כאן – בכל הנוגע לרכיבים בתוך הנספח להחלטת הממשלה. מכאן, כאמור, נעבור לבחינת יתר רכיבי החלטת ממשלה מס' 476.
- 2.ב.4 החלטת ממשלה מס' 476 מתנה את חובת ביצוע התנאים לפטור על ידי שותפויות הגז בביצוע התחייבויות על ידי רשויות רגולטוריות שלא כדין**
137. בהמשך לאמור החלק הארי של החלטת ממשלה מס' 476 מעגן כהחלטת ממשלה את החלק השני של ה-"מתווה", ואינו נוגע כלל ועיקר לסמכויות שר הכלכלה ליתן פטור

להגבל עסקי על פי סעיף 52. בפשטות, פרק זה, מראשיתו ועד סופו, עניינו במתן הוראות לרשויות מנהליות שונות. כפי שפורט לעיל, במסגרת סמכות השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, רשאי הוא ליתן הוראות לצדדים להגבל עסקי. יחד עם זאת, השר אינו רשאי לכרוך את ההוראות לצדדים בפעולות רגולטוריות, וודאי שאינו יכול לחייב את הרשות המנהלית המוסמכת או לתת לה הוראות, מכוח סמכותו על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

138. בהמשך לאמור, חומרת הכריכה שבין ההחלטה על בסיס סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים לבין הטלת חבויות על הרשות המנהלית נגלית במקום בו ממילא, אין הרשות המנהלית החתומה על ההחלטה מוסמכת להתחייב בעצמה התחייבויות כאמור.

139. במקרה הנוכחי, וכפי שיפורט אף בהמשך הדברים, בפרק שידון ב-"פסקת היציבות", ממלא מקום שר הכלכלה יוצר, בעקיפין, התנייה של החובות המוטלות על שותפויות הגז מכוח הפטור בקיומן של ההתחייבויות שנקבעו ביתר חלקי החלטת ממשלה מס' 476. כריכה כזו, אין שר הכלכלה רשאי לעשות. קרי, אין שר הכלכלה מוסמך ליתן פטור להגבל עסקי בו מותנות התחייבויות הצדדים להגבל העסקי בכך שרשויות המנהל, הכנסת ובתי המשפט יפעלו בדרך זו או אחרת.

140. ויודגש – אין עסקינן בשני רכיבים של הסדרים שונים שרק בדרך המקרה מצאו

עצמם זה לצד זה על אותו הדף. עמדת משרד המשפטים עצמו כפי שהוצגה היא כי הפטור

מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים והתנאים בו תלויים ביתר רכיבי המתווה. כך,

ציין בהקשר זה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, כי:

"יש קשר מסוים בין סעיף היציבות לסעיף 52. הוא קשר עקיף, כי סעיף היציבות

אומר שלוחות הזמנים – אם יש הסדר מסוים שחל, סעיף היציבות לא חל עליו

ישירות, אבל זה נכון שאנחנו לא יכולים עכשיו לבוא ולומר שאנחנו הולכים

מחר לעשות חקיקה; דקה וחצי אחרי שמוכרים את כריש ותנין או דקה וחצי

אחרי שהם מוכרים את הזכויות שלהם, אנחנו נעשה חקיקה. עדיין יש התקופה

של עשר השנים שחלה על ההוראות המבניות. לכן יש קשר."

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

141. בהקשר זה, סעיף החלטת הממשלה כורך באופן ישיר בין הפעלת סמכויות

הפיקוח על המחירים לבין עמידת שותפויות הגז בתנאי ה-"מתווה". כך, על פי לשונו:

"עמדת הממשלה היא כי כל עוד יעמדו בעלי הזכויות בחזקות בכל תנאי המתווה, ובכלל

זאת במחיר ובשיטת העדכון המפורטים להלן, יש להותיר על כנה החלטתם של השר ושר

האוצר בדבר החלטת פרק ז לחוק הפיקוח על מחירים ושירותים, התשנ"ו-1996 שעניינו

דיווח על רווחיות ומחירים, על מחיר הגז הטבעי [...]".

142. בהמשך לכך, מבקשת החלטת הממשלה 476 לערוך רפורמה מהותית של ממש

במדיניות ייצוא הגז הטבעי, ובמדיניות מיסוי משק הגז הטבעי.

143. בפשטות, פרק זה, ככל שהוא נוגע להחלטות שעל הממשלה לעגן בהחלטת

ממשלה, אינו נוגע כלל לסמכויות השר מכוח חוק ההגבלים העסקיים. במסגרת זאת, ודאי

שלא יכול שר הכלכלה, בהפעילו את סמכותו על פי סעיף 52, לקבוע כתנאי מתלה לפעלת

תנאי הפטור על ידי שותפויות הגז כי רשות המיסים, בתי המשפט, והממשלה, יפעלו בדרך

זו או אחרת (וזאת, ללא תלות בשאלה האם סעיפים אלו בהחלטת הממשלה, כשלעצמם,

נקבעו מכוח סמכות אחרת, והאם הם עומדים במתחם הסבירות).

ודוק, שוו בנפשכם מצב בו מתחלפת הממשלה, והממשלה החדשה אינה מעוניינת עוד בהותרת החלטותיה של הממשלה הנוכחית בתוקפן. לכאורה, ניתן ללמוד מה-"מתווה", כי במצב דברים זה יתבטל ההסדר שנקבע לעניין מחיר הגז הטבעי, ותניות נוספות המחייבות את הצדדים להגבל העסקי במסגרת הפטור. פשיטא, שאין חובה המוטלת על צד להגבל עסקי המקבל פטור מתחולת החוק, יכולה להיות מותנית במדיניות ממשלתית זו או אחרת.

144. יצוין בהקשר זה, כי לפחות חלק מההסכמות הקבועות ב-"מתווה" נוגדות הוראות חוק מפורשות.

145. כך, **סעיף 1.ז.ה. להחלטת הממשלה** קובע כי רשות הגז הטבעי תהיה רשאית לפרסם רק את מחיר הבסיס. בדברי ההסבר ל-"מתווה" הוסבר כי זהו "תנאי" (!) שהציבו שותפויות הגז לקבלת ה"מתווה".

146. דה עקא – ה-"מתווה" אינו הסכם, בו רשאי כל צד להוסיף תנאים, ואין המדינה מחויבת לקבל את תכתיבי שותפויות הגז. זאת, ועוד. הנתונים בנוגע לחישוב המחיר ושיטת העדכון של המחיר, אשר יועברו לידי רשות הגז, הם נתונים ציבוריים מובהקים. ככאלו, רשות הגז תהיה מחויבת, על פי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1988, לפרסם. ודאי שאין ה-"מתווה" יכול למנוע מרשות לפעול על פי חובתה החוקית לפרסם מידע שהוא מידע ציבורי מובהק, שנמסר לה על פי דין. והינה כי כן, היה ואכן יקבע כי זהו מידע שחובתה של הרשות לספק, מה משמעות הדבר בכל הנוגע ל-"מתווה"? הגם שברור כי פרסום מידע שיש חובה לפרסמו אינו יכול להקים עילת תביעה לשותפויות הגז, והגם שברור כי אין בכוחו של המתווה לגבור על הוראת חקיקה ראשית, עלול להיווצר הרושם כי המדינה בעשותה כן מצויה ב"הפרה" למול שותפויות הגז, ונדמה כי ראוי, ולו למען הזהירות, להבהיר כי כל פעולה של רשות מכוח חובתיה החוקיות או מכוח סמכותה המנהלית, שאינה עולה בקנה אחד עם ה-"מתווה", לא תוכל להוות הפרה שלו ולא תקים כל עילת תביעה לשותפויות הגז, אי מי מהן.

147. אם כן, סעיף זה מהווה חריגה מסמכותו של שר הכלכלה וזאת והוא אינו יכול לקבוע כמעין תנאי מתלה לביצוע חובות השותפויות שנקבעו בפטור את התחייבות רשות הגז הטבעי שלא לפרסם את הרווחיות של המכירה, מארבעה טעמים – הוא קובע לכאורה התחייבות של רשות מנהלית ומגביל את שיקול דעתה, הוא קובע התחייבות אשר אינה כלל בסמכותו של שר הכלכלה, הוא "יוצר" לכאורה חבות בניזיקין (או מכח הדין המנהלי) פוטנציאלית לרשות מנהלית, והוא קובע התחייבות של רשות מנהלית לפעול בניגוד לדין.

148. **סעיף ו להחלטת הממשלה** – הדברים דומים בכל הנוגע לפרק המיסוי. סעיף זה, שאין לו ראשית נגיעה לסמכויות השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, עניינו בדרך קביעת וחישוב המסים החלים על שותפויות הגז.

149. ודוק, הגם שרשויות המס רשאיות לפרסם הנחיות מס (בין כהנחיות כלליות ובין החלטות מיסוי פרטניות מקדמיות (Pre-ruling) (והן עושות זאת לעיתים קרובות) על מנת להביא לידיעת ציבור הנישומים את פרשנותן להוראות הדין, ודאי שאין המדינה יכולה להתחייב לאמץ פרשנות זו או אחרת, ורשויות המס רשאיות (ולעיתים חייבות) בכל עת לשנות מפרשנותן, אם הדבר נדרש.

150. למעשה, קביעה זו סותרת במישרין את הוראת סעיף חלק ב של הפרק השני (סעיף 157ב ואילך) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **פקודת מס הכנסה**) הקובעות כי

החלטת מיסוי (Pre-ruling) תינתן על ידי המנהל בלבד, וקובעת תנאים לעניין הגשת בקשה להחלטת מיסוי והדיון בה. ויודגש, החלטת מיסוי כאמור היא בעלת משמעות משפטיות מרחיקות לכת, הן במישור המיסוי, הן כטענת הגנה בהליכים פליליים, אזרחיים ואתיים (וראו לדוגמה סעיף 158 ו(א) לפקודת מס הכנסה).

151. זאת ועוד, ודאי שאין המדינה יכולה להתחייב כי הפרשנות שהתקבלה על ידי רשויות המס היא הפרשנות אותה יאמץ בית המשפט.

152. בהמשך לאמור, הסמכות לקבוע שומה פרטנית, בהתאם להוראות סעיף 145 לפקודת מס הכנסה, מסורה לידי פקיד השומה ולידיו בלבד. גם הסמכות המלאה לנהל את הליכי ההשגה מכוח סעיף 150 לפקודת מס הכנסה מסורה בידי פקיד השומה אליו הופנתה ההשגה. המדובר הוא בסמכות מעין-שיפוטית מובהקת, ואשר אין לכל גורם סמכות לקבוע מראש כיצד תופעל ולחייב את פקיד השומה בקביעתו. ככל שפקיד השומה חרג מהפרשנות הסבירה או הרצויה, הרי שהסמכות לביטול החלטתו או לשינויה מסורה בידי בית המשפט המחוזי בלבד, בהתאם להוראות סעיף 153 לפקודה.

153. יתרה מכך, האמור גם עומד בסתירה בוטה להוראות סעיף 245 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] שענינו "איסור מתן הנחות והקלות" והקובע מפורשות כי: "לא יותרו ניכויים או קיזוזים, ולא יינתנו פטורים, הנחות ממס או הקלות אחרות, אלא אם נקבעו במפורש בחוק או מכוח סמכות מוגדרת בחוק".

154. שווה בנפשך מצב, בו קבע פקיד השומה על פי מיטב השפיטה את שומתן של השותפויות, תוך שהוא דוחה את הפרשנות שהוצעה על ידי הממשלה, והחלטתו זו אושרה על ידי בית המשפט המחוזי (ואפשר שאף על ידי בית המשפט העליון). ברי, כי במצב דברים זה ודאי שאין שום תוקף או משמעות להחלטת הממשלה בעניין פרשנות דיני המס, והפרשנות התקפה היחידה תהיה פרשנותו של הגורם המעין-שיפוטי או השיפוטי הבכיר ביותר שהכריע בסוגיה.

155. ובדומה, טול מצב בו במסגרת החלטה של בית המשפט העליון בעניין מיסוי שאינו של מי משותפויות הגז נקבעה פרשנות מחייבת למונח אשר מוצעת לו פרשנות ב-"מתווה", ואשר שונה ממנו. האם לגישת המשיבים במצב כזה לא יחול עקרון התקדים המחייב על מיסוי שותפויות הגז? או שמא, לגישת המשיבים, אין בית המשפט משמש עוד כפרשן המוסמך של הדין, ככל שעסקינן בשותפויות הגז? ודאי שאין הממשלה מוסמכת לשלול את סמכויות פרשנות דיני המס, לא מרשות המיסים, ולא מבית המשפט, ואין היא מסוגלת לקבוע כיום, ב"מתווה" שלא בדרך של החלטת מיסוי, את הפרשנות של אירועי מס עתידיים ולא ודאיים.

156. בנוסף, ההסדר האמור לוקה מהותית בהפרה בוטה של עיקרון השוויון ובהחלת כללי מיסוי שונים ויחודיים על שותפויות בגז בלבד – כללים שלא יחולו על שחקנים אחרים במשק הגז הטבעי (קיימים או עתידיים).

157. בהמשך לכך, אף סעיף י להחלטת הממשלה שעניינו סביבה רגולטורית יציבה, אינו נוגע כלל לסמכויות השר על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. ברי, וכפי שיוסבר להלן, שסעיף זה אינו יכול להטיל כל חובה על הרשות המבצעת, הנוכחית או העתידית, והוא בגדר "הצהרת כוונות" בלבד. יחד עם זאת, עיגונו של סעיף זה במסגרת ה"מתווה" עלול ליצור את הרושם, השגוי, שישנו קשר כלשהו בין קיומה של סביבה רגולטורית יציבה לבין חובתן של שותפויות הגז לעמוד בתנאי הפטור שניתן להן.

4.ג. ב- "מתווה" הגבלה על סמכויות השיפוט של בית המשפט העליון

158. סעיף 2 לנספח א להחלטת הממשלה מס' 476 קובע כי אם תיווצר "מניעה משפטית להעברת הזכויות במאגרי ב"כריש" וב-"תנן" כתוצאה מעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק", יוארכו המועדים לעמידה בתנאי הפטור.

159. בתי המשפט עמדו, פעם אחר פעם, על העדר התוקף של סעיף בהסכם השולל את זכות הגישה לערכאות, מטיל סנקציות בגין פנייה לערכאות או מאיין את יכולת ההכרעה האפקטיבית של הגישה לערכאות. לעניין מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות ראו לדוגמה רע"א 993/06, **מדינת ישראל נ' דיראני**, סה(1) 438 (2011) וההפניות שם.

160. ברי, כי סעיף זה, שהוא "סעיף עוקף בג"ץ" פוגע פגיעה קשה וחמורה בסמכותו של בית המשפט העליון. סעיף זה מציב לבית המשפט העליון "תג מחיר", במסגרתו אכיפת הדין תוביל לפגיעה קשה במשק הישראלי. ברי, כי אין זה חוקתי, חוקי או ראוי לקבוע במסגרת תנאים לאישורו של פטור להגבל עסקי, סעיפים שתכליתם לעקר מתוכן את הפעולה השיפוטית.

4.ד. ב-"מתווה" פטור למפרע מהאיסור על קיומו של הסדר כובל, תוך חריגה מסמכות

161. כמפורט לעיל, סמכותו של השר למתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, בדומה לסמכות בית הדין להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים, מוגבלת אך ורק למתן פטור צופה עתיד. השר אינו יכול, במסגרת סמכותו מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים ליתן "חנינה" מפני עבירות על הוראות החוק שבוצעו בעבר, או לפטור מעוול מעוולות שבוצעו תוך הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים, טרם מתן הפטור.

162. ה-"מתווה" הנוכחי מתיימר לקבוע מפורשות בפטור הראשון שבו, כי ביחס להסדר הכובל שבין שותפות מאגר "לוויתן", **תהיה התחולה למפרע** (עניינו של ההסדר הראשון: "הסדר כובל שנוצר, לכאורה, לפי עמדתו של הממונה על ההגבלים, כתוצאה מרכישת הזכויות בהיתר רציו-ים על ידי דלק ועל ידי נובל; וכן ההסדר הכובל שנוצר, לכאורה, כתוצאה מחבירת הצדדים כבעלים במשותף של היתר רציו-ים ולוויתן"). הבנה זו של המתווה מצאה אף ביטוי במפורש בדבריו של אורי שוורץ, מ"מ הממונה על ההגבלים העסקיים, במסגרת הליך ההיוועצות הסטטוטורי פני ועדת הכלכלה של הכנסת (פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015).

163. ברי, כי קביעה זו היא קביעה בחוסר סמכות מובהק. ההסדר הכובל האסור כאמור התגבש בשנת 2007, שמונה שנים לפני פרסום ה-"מתווה" הנוכחי. בשמונה השנים האחרונות ביצעו שותפויות הגז, לכאורה, עבירות פליליות אשר עונשן עד 5 שנות מאסר⁵⁵. בשמונה השנים האחרונות ביצעו שותפויות הגז, לכאורה, עוולה נזיקית⁵⁶.

164. **לשר אין כל סמכות להתערב בשיקול הדעת של רשויות התביעה ובתי המשפט באשר לחבותן הפלילית של שותפויות הגז (ונושאי משרה בהן) בגין שנים אלו. לשר אף אין כל סמכות לבטל את עילת התביעה של תובעים אפשריים בגין העוולה האזרחית שביצעו שותפויות הגז, ואין הוא יכול להגביל את זכות הגישה לערכאות של מי שנפגע, לכאורה, מהעוולה האמורה.**

⁵⁵ ר' הוראות סעיף 47(א)(1) ("מי שעשה אחת מאלה: (1) היה צד להסדר כובל שלא אושר כדן ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14"); ו-47א (נסיבות מחמירות) לחוק ההגבלים העסקיים. כן ר' הוראת סעיף 48 לעניין אחריות "מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום".
⁵⁶ ר' סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים.

5. חריגה מסמכות - סיכום

165. מהמרובה, העולה הוא כי ה-"מתווה" מהווה חריגה מן הסמכות שניתנה לשר הכלכלה, מכוח סעיף 52 וזאת במספר מישורים.
166. ראשית, ה-"מתווה" כולו הוא בגדר הסדר ראשוני, נוכח המשמעויות הכלכליות שלו, היקפו, המחלוקת הציבורית אודותיו, והיות מעשה ופעולה מהותית בקניין ציבורי.
167. שנית, המתווה כמכלול כורך ללא הפרד בין חובות המוטלות על הצדדים להגבל עסקי לשם קבלת הפטור, ובין חובות המוטלות על רשויות מנהליות. זאת, הגם שהסמכות המוקנית לשר מכוח סעיף 52 אינה מאפשרת התנייה של תנאים המוטלים על צדדים להגבל עסקי במסגרת הפטור, בביצוע פעולה זו או אחרת של רשויות המדינה.
168. במסגרת זאת, כאמור, כורך ה-"מתווה" והחלטת הממשלה, בין החובות המוטלות על הצדדים להגבל העסקי ובין ביצוע חובות של רשויות מנהליות בשני אופנים, – בדרך של קביעת רכיבים בתנאי הפטור הקבועים בנספח א להחלטת הממשלה, ואשר מגבילים את שיקול דעת הרשויות המנהליות השונות; ובדרך של כריכה בין חובות שותפויות הגז על פי הפטור, לבין קיום יתר רכיבי החלטת הממשלה, אשר בינם לבין הפטור אין דבר וחצי דבר.
169. בתוך כך, וכפי שהוסבר, לשון החלטת הממשלה מס' 476 עמומה בשאלה האם כל אחד ואחד מסעיפי הפטור תלוי בביצוע מלוא החובות המוטלות על הרשויות המנהליות ב-"מתווה". מכל מקום, שורה ארוכה של סעיפים ב-"מתווה" כורכים באופן ישיר ונקודתי בין פעולות של הצדדים לפטור ובין ביצוע פעולות של ידי רשויות המנהל.
170. שלישית, לא בלבד שהפטור מתלה את קיום החובות המוטלות על שותפויות הגז בקיומן של פעולות מסוימות על ידי רשויות מנהליות, אלא שההתלייה האמורה נעשית במסגרת החלטת הפטור, ויוצרת זיקה בין תנאי הפטור לבין פעולות של רשויות שאאין לשר הכלכלה כל סמכות ביחס אליהן, בהן הממשלה, רשות הגז הטבעי ורשות המיסים.
171. רביעית, ה-"מתווה" מתנה את הפטור בפעולות להן נדרשות הרשות המחוקקת (אי חקיקה בנושא) והרשות השופטת (הימנעות מפסיקה בניגוד לפרשנות המוצעת במתווה לדיני המס ותוך הפרת עקרון השוויון, הימנעות מדיון בתביעות אזרחיות ופליליות בגין העבירות והעוולות שנבעו מקיומו של ההסדר הכובל במאגר "לווייתן" עד למועד קבלת הפטור וכיו"ב), והוא מתיימר להעניק חנינה הגם שסמכות זו מסורה באופן בלעדי לנשיא המדינה.
172. חמישית, ה-"מתווה" מגביל את שיקול הדעת העתידי של רשויות מנהליות (לדוגמא על ידי קביעת מניין ימים מוגבל לקבלת החלטה, הגבלת החלופות שבפני הרשות וכיו"ב).
173. שישית, ה-"מתווה" קובע חובות המוטלות על רשויות מנהליות בניגוד לדין, דוגמה החובה שלא לפעול על פי הוראות חוק חופש המידע בכל הנוגע למחירי הגז והחובה שלא לקיים הליך מכרזי או הליך פטור ממכרז ומינני שוויוני בכל הנוגע למינני נאמנים למכירת המאגרים.
174. שביעית, ובשל כל האמור, ה-"מתווה" יוצר חשיפה לתביעות ויתכן שאף יוצר חבות כספית אפשרית למדינה (ולציבור), ככל שלא יקוימו כלל החובות המוטלות מכוחו על רשויות המדינה השונות.
175. כל אחד מטעמים אלו, די בו לקבוע כי ה-"מתווה" כולו, ולמצער, הסעיפים שנדונו בפרק זה, בטל מהטעם של חריגה מסמכות (ולמעשה, חריגה קיצונית ביותר מסמכות).

ודאי כי כוחם ומשקלם המצטבר של סעיפים אלו יחד מביא למסקנה כי דין ה- "מתווה" בטלות.

176. לחילופין, די באמור לעיל כדי לקבוע כי ביצוע החובות המוטלות על שותפויות הגז במסגרת תנאי ה- "מתווה" אינו מותנה ולא יושפע מהשאלה האם יעמדו הרשויות המנהליות בהתחייבויותיהן כפי שנקבעו בהחלטת הממשלה; ועוד לקבוע כי משאין החלטת הממשלה בגדר הסכם או חוזה, שינוי המדיניות שנקבעה בה, לא תקים כל סעד שלא היה קם בכל מקרה אחר של שינוי מדיניות רגולטורית.

177. לנוחות בית המשפט, להלן טבלה המרכזת את האופנים בהם חרג מסמכותו מכוח סעיף 52 במסגרת סעיפי ה- "מתווה" השונים.

סעיף	חובות המוטלות על הרשות מכוח הסעיף	טיב החריגה מסמכות על פי סעיף 52
ה- "מתווה" כולו		- קביעת הסדר ראשוני שלא בחקיקה ראשית - כריכה בין חובות המוטלות על צדדים להסדר כובל לבין חובות המוטלות על הרשות.
פרק ב בנספח א להחלטת הממשלה	מתן חסינות בדיעבד מהעמדה לדין ומהרשעה בגין עבירות פליליות על פי חוק ההגבלים העסקיים ומתביעה בגין עוולות אזרחיות מכוח חוק ההגבלים העסקיים.	- פגיעה בסמכויות המוקנות באופן בלעדי לרשויות אחרות (שיקול הדעת בהעמדה לדין – לרשויות התביעה; שיקול הדעת בהליך הפלילי – לבית המשפט). - פגיעה בזכויות חוקתיות (זכות הגישה לערכאות בהליכים אזרחיים).
סעיף 2 בנספח א להחלטת הממשלה	קביעה כי עתירה לבית המשפט העליון תראה כ"כוח עליון" ותביא לדחיית המועדים לביצוע התחייבויות הצדדים להגבל עסקי על פי הפטור	- פגיעה בסמכויות המוקנות באופן בלעדי לרשויות אחרות (בית המשפט).
סעיפים 3 ו-13 בנספח א להחלטת הממשלה	הממונה על הנפט יחויב להשיב לשותפויות בתוך 14 ימים על התאמת רוכשים פוטנציאליים	- כריכה בין חובות המוטלות על צדדים להגבל עסקי לבין חובות המוטלות על הרשות. - הגבלת שיקול הדעת של רשות שלטונית. - קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי התלוי בשיקול דעתה של רשות חיצונית לממונה על ההגבלים העסקיים (לממונה על ההגבלים העסקיים אין כל סמכות לקבוע הסדרים בנוגע לפעילות הממונה על הגז).
סעיפים 25 ו-36 בנספח א להחלטת הממשלה	היה וימונה נאמן למכירת חלקי השותפויות במאגרים, יהיה רשאי הממונה על ההגבלים העסקיים לבחון מבין שלושה מועמדים בלבד	- כבילה מוחלטת של שיקול הדעת של הרשות, תוך חיובה לפעול בניגוד להוראות החוק והפסיקה.

הממשלה	שיוצעו על ידי השותפויות	
סעיף 25 וסעיף 36 בנספח א להחלטת הממשלה	הממונה על ההגבלים העסקיים יחויב במתן החלטות לעניין מינוי נאמן למאגרים ככל שידרש בפרק זמן מקסימאלי של שבעה ימים ("כריש" ו-"תנין") ו-30 ימים.	- הגבלת שיקול הדעת של הרשות המנהלית העתידית - כריכה בין חובות המוטלות על צדדים להגבל עסקי לבין חובות המוטלות על הרשות.
רכיבי החלטת הממשלה שאינם מכוח סעיף 52.	כל רכיבי ה"מתווה" שעוגנו בהחלטת הממשלה למעט סעיף ב ונספח א	- התנייה של ביצוע החובות המוטלות על צדדים להגבל עסקי לבין חובות המוטלות על הרשות.
סעיף ד להחלטת הממשלה	מתנה את החובות המוטלות על הצדדים להגבל עסקי בנוגע למחיר הגז בקיומה של החלטת ממשלה בתוקף בנוגע לאופן הפיקוח על המחירים	- כריכה בין חובות המוטלות על צדדים להגבל עסקי לבין חובות המוטלות על הרשות. - קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי התלוי בשיקול דעתה של רשות חיצונית לממונה על ההגבלים העסקיים (הסמכות לעניין חוק הפיקוח שמורה לשר האוצר והשר הרלבנטי, לאחר היוועצות בועדת המחירים ובהתאם להוראות חוק הפיקוח).
סעיף ד.1 ה. להחלטת הממשלה	קובע כי רשות הגז הטבעי לא תהיה רשאית לפרסם נתונים בנוגע למחירי הגז למעט מחיר הבסיס	- קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי התלוי בשיקול דעתה של רשות חיצונית לממונה על ההגבלים העסקיים (לממונה על ההגבלים העסקיים אין כל סמכות על רשות הגז הטבעי). - קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי אשר עומד בניגוד לחקיקה ראשית. - יצירת פוטנציאל לחבות לפיצוי בדין האזרחי לטובת הצדדים להגבל עסקי.
סעיף ו להחלטת הממשלה	קובע את האופן שבו תחויב רשות המיסים (ובתי המשפט) לפרש את הוראות המיסוי החלות על השותפויות	- קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי התלוי בשיקול דעתה של רשות חיצונית לממונה על ההגבלים העסקיים (לממונה על ההגבלים העסקיים אין כל סמכות לקבוע פרשנות מחייבת לדיני המס). - קביעת תנאי בפטור להגבל עסקי אשר עומד בניגוד לחקיקה ראשית.
סעיף י להחלטת הממשלה	קביעת יציבות רגולטורית	- קביעת תנאי במסגרת פטור להגבל עסקי התלוי בשיקול דעתה של רשות חיצונית לממונה על ההגבלים העסקיים (לממונה

על ההגבלים העסקיים אין כל סמכות לקבל החלטות ממשלה או לחוקק חוקים).		
--	--	--

6. ראש הממשלה כממלא מקום שר הכלכלה לא היה מוסמך לפתוח בהליך על פי

סעיף 52 ולקבל החלטה על פיו

178. בטרם נפנה לבחינת סמכות הממשלה לקבלת החלטה בעניין רכיבי ה-"מתווה" החורגים מסמכותו של שר הכלכלה, נבקש עוד להוסיף ולטעון כי בנסיבות המקרה הייחודיות של ההליך דנן, לא היה מוסמך ראש הממשלה, כמי שממלא את מקום שר הכלכלה לשעה, להחליט על קיומו של הליך על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

179. משנדונה סוגיה זו בהרחבה בסעיפים 434-420 של העתירה המתוקנת שהוגשה על ידי התנועה לאיכות השלטון (בג"צ 4374/15), לא נרחיב כאן בסוגיה, ואנו מצטרפים לאמור שם.

180. בנוסף על האמור שם, נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד להודעת המדינה עצמה בבג"צ 887/15, **לשכת המהנדסים, האדריכלים והאקדמאים במקצועות החופשיים בישראל נ' שר הכלכלה מיום 5.7.2016**.

181. בעתירה זו, נדונה שאלת הפעלת סמכות שר הכלכלה לאשר החלטות של המוסדות המוסמכים במכון התקנים. בהודעה מיום 5.7.2016 הודיעה המדינה עצמה כי "מאז התפטרותו של ח"כ אריה מכלוף דרעי מתפקידו כשר הכלכלה מונה ראש הממשלה לממלא מקום שר הכלכלה והתעשייה, מינוי אשר תוקפו זמני". **מטעם זה, הודיעה המדינה כי השאלה שבמחלוקת תועלה רק בפני שר הכלכלה הקבוע לאחר שימונה. הודעת המדינה בבג"צ 887/15 מיום 5.1.2016 מצורפת ומסומנת ע/73.**

182. הווה אומר, **לגישת המדינה עצמה אין ראש הממשלה כממלא מקום זמני מוסמך או ראשי לקבל החלטות שאינן דחופות ואלו ידחו עד למינויו של שר כלכלה קבוע.**

183. כאמור, משפורטו הטענות לעניין זה בהרחבה בעתירתה של התנועה לאיכות השלטון, לא ינרחיב עוד בסוגיה זו ואנו מצטרפים לאמור שם.

7. סמכות הממשלה לקביעת ה-"מתווה" במסגרת החלטת ממשלה מס' 476

184. כידוע, רשות מנהלית אינה מוסמכת אלא לפעולה לה הוסמכה מפורשות בדין – זהו עקרון חוקיות המנהל, העומד בבסיסו של המשפט המנהלי כולו.

185. במסגרת זאת, על פי דין, מוסמכת הממשלה לקבל החלטות מקום בו הוענקה לה סמכות זו מפורשות בדבר חקיקה או מכוח סמכותה השיורית הקבועה בסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה.

186. במקרה דנן, לא יכולה להיות מחלוקת כי החלטת הממשלה מס' 476 לא התקבלה מכוח הסמכה מפורשת לכך בדין, כי אם מכוח סמכותה השיורית של הממשלה.

187. משההלכה באשר לגבולות סמכויותיה של הממשלה מכוח סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה מוכרת וידועה, נעמוד על תמציתה בלבד.

188. סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, קובע כי: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

189. בהתאם להלכת **ועדת המעקב** על סמכות זו חלים שני מערכי הגבלות. ההגבלה הפנימית, והיא שאין העניין מסור לסמכותה של רשות אחרת, וההגבלה החיצונית, האוסרת על הממשלה לקבל החלטה מכוח סעיף 32 המהווה "הסדר ראשוני".

190. במקרה דנן, וכפי שיפורט להלן, החלטת הממשלה המאמצת את "מתווה" הגז עומדת בניגוד לשני העקרונות האמורים.

7.א. החלטת הממשלה נוגעת בנושאים המסורים באופן בלעדי לסמכותן של רשויות אחרות

191. כפי שפורט לעיל, חלק משמעותי מההסדרים הקבועים ב-"מתווה" הם הסדרים המסורים במישורן לרשויות אחרות. משכך, רכיבי ה-"מתווה" בכל הנוגע להסדרים אלו בטלים, מהטעם שהותקנו בחוסר סמכות.

192. כך, **החלק הראשון של ה-"מתווה" (המעוגן בסעיף ב ובנספח א להחלטת הממשלה)**, העוסק במתן שורת פטורים מתחולת חוק ההגבלים העסקיים, חלק זה מסור כולו לסמכותן של רשויות אחרות.

193. בכל הנוגע למתן פטור צופה עתיד המתיר קיומו של הסדר כובל, הרי שסמכות זו, כפי שפורט, מצויה באופן בלעדי בידם של הממונה על ההגבלים העסקיים, בית הדין להגבלים עסקיים (או בנסיבות חריגות ונדירות בידי שר הכלכלה מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים).

194. באשר לסמכות להענקת חנינה רטרואקטיבית בגין עבירה פלילית מכוח חוק ההגבלים העסקיים, הרי שסמכות זו ודאי שאינה מצויה בידי הממשלה. סמכות החנינה, כפי שנדון לעיל, מצויה בידי נשיא המדינה ובידיו בלבד.

195. בהמשך לכך, אין הממשלה מוסמכת אף לקבוע כי משבוצעה עבירה פלילית לא יועמדו המבצעים לדין. זאת, שכן סמכות ההעמדה לדין נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה (המשיב מס' 5) ורשויות התביעה, שלהן שיקול דעת אוטונומי ועצמאי בכל הנוגע למדיניות ההעמדה לדין.

196. בדומה, לממשלה אין כל סמכות לפטור צדדים להגבל עסקי מאחריות בדין האזרחי. זאת, שכן האחריות בדין האזרחי קבועה בדבר חקיקה ראשי, והסמכות לבחון האם קמה אחריות אזרחית בגין קיומו של הסדר כובל מסורה לבית המשפט האזרחי המוסמך בלבד. האמור לא מונע ממונופול הגז (המורכב היום מנובל אנרג'י, דלק קידוחים, אבנר, ישראלמקו ודור גז) לטעון במסגרת הליך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדן – כי ה-"מתווה" חסם את דרכו של בית המשפט האזרחי מלדון בכלל בסוגיה של קביעת מחיר בלתי הוגן (מופרז) על ידי מונופול הגז (עילה הקיימת מכח הוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים) ור' בעניין זה בפרק העובדתי לעיל וכן נספח ע/5.

197. **החלק השני של ה-"מתווה"** המעוגן ביתר סעיפי החלטת הממשלה מס' 476.

198. **סעיף ד של החלטת הממשלה עוסק במחירי הגז**. בפשטות, פרק זה, מראשיתו ועד סופו, נמנע במפורש מפעולה מכח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996 (להלן: **חוק הפיקוח**), ויוצר הסדר פיקטיבי של "פיקוח מחירים מרוכך" (כפי שהוא מכונה שם). נפרט.

199. חוק הפיקוח קובע פרוצדורה סדורה להליך הפיקוח וזאת, ללא תלות בשאלת קיומו של פטור מהסדר כובל. כך, קובע מפורשות סעיף 6(ג) לחוק הפיקוח כי: "אושר לגבי

מצרך או שירות הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים, לא יראו בכך מניעה לשימוש בסמכות לפי חוק זה".

200. כך גם קובע חוק ההגבלים העסקיים בפרק העוסק במונופולין, להסדרת פעולות כוללת מתן הוראות לבעל המונופולין, הוראות שיכול שיכללו בין היתר, קביעת מחיר מרבי למוצר הנתון למונופולין. פניות סדורות בכתב בעניין זה בדיוק נעשו על ידי הח"מ (עו"ד ג. ברנע) לכל הגורמים הרלוונטיים עוד בשנים 2012 ו-2013 – תחילה לא נעשה דבר ובסופו של יום לאחר גרירת רגליים, נקבע צו דווח לפי פרק ז' לחוק הפיקוח – צו ללא שיניים ושאיננו בגדר פיקוח מחיר כמתחייב. גם דיונים מקיפים ויסודיים שקיימה בסוגיה ועדת הכלכלה, בראשות ח"כ פרופ' א. ברורמן, במהלך שנת 2014 – לא הצליחו לגרום לשרים הרלוונטיים (שר האוצר ושר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים) לפעול להתקנת צו פיקוח מחיר מרבי על הגז הטבעי הנמכר בישראל. בעניין זה יוטעם כי וועדת הפיקוח על המחירים וגם לא משרד האוצר, מעולם לא הציגו עמדה וממילא לא ניתוח או חוות דעת סדורה, המציגים מהו המחיר ההוגן או הנכון של הגז הטבעי בישראל.

201. סעיפים 6-8 לחוק הפיקוח קובעים את מנגנון הקביעה של צווים על פי חוק הפיקוח. כך, קובע סעיף 8 לחוק הפיקוח כי: **"צו לפי סעיף 6 יותקן לאחר שהובאה בפני השרים המלצה של ועדת המחירים או לאחר שהתייעצו עמה; לא נתקבלה החלטה בועדת המחירים מחמת הוראות סעיף 4(ב), תועבר סמכותה לענין זה לוועדת הערר; לא קיבלה ועדת הערר החלטה תוך 30 ימי עבודה מיום שהענין הועבר אליה, רשאים השרים להפעיל סמכותם גם בלי קבלת החלטתה"**. סעיפים 6 ו-7 קובעים את השיקולים שיפעילו השרים בבואם ליתן צו פיקוח על מחירים, לאחר ההיוועצות עם ועדת המחירים.

202. מקום בו נקבע פיקוח על מחיר, מוסדר אופן הפיקוח בפרקים ד', ה' ו-ו' לחוק הפיקוח. במסגרתם, רשאים השרים לקבוע מחירים למוצרים מפוקחים לאחר היוועצות עם ועדת המחירים (סעיף 13(א) לחוק הפיקוח), ומקום בו בחרו לסטות מהמלצת ועדת המחירים, חובה עליהם לנמק את החלטתם (סעיף 13(ב) לחוק הפיקוח). סעיפים 15 ו-16 לחוק קובעים את המנגנון למתן היתר מכירה במחיר העולה על מחיר הצו, סמכות המצויה בידו של המפקח מכוח החוק, ועדת המחירים, וועדת הערר.

203. פרק ז' לחוק מסדיר פיקוח בדמות חיוב בדיווח על מחירים ורווחיות. סעיפים 18 ו-19 לחוק הפיקוח מעניקים את הסמכות להסדיר את אופני הפיקוח למפקח מכוח החוק. סעיף 20 קובע את הסנקציה בגין אי ביצוע צו הפיקוח, היא קביעתו של מחיר מרבי אוטומטי הוא המחיר האחרון בטרם המועד בו נתחייב הפיקוח.

204. והינה, פרק ג' של החלק השני ל-"מתווה" עשוי להתפרש או שיעשה בו שימוש כאילו מרוקן מתוכן את סמכויות המפקח, את שיקול הדעת האוטונומי של השרים ואת שיקול הדעת האוטונומי של ועדת המחירים.

205. כך, סעיפים 2 ו-7 לפרק ג של החלק השני של ה-"מתווה" קובעים כי הממשלה תנחה את השרים להנחות את ועדת המחירים להותיר את צו הפיקוח על המחירים כצו מכוח פרק ז' לחוק הפיקוח (קרי, צו המחייב דיווח בלבד), וכי שותפויות הגז ימסרו לרשות הגז הטבעי את המידע בדבר המחירים והרווחיות שלהן, אך על רשות הגז הטבעי יאסר לפרסם את המידע בדבר רווחיות השותפויות, והיא תוגבל לפרסום המידע בדבר המחירים בלבד.

206. למעשה, סעיפים אלו מיייתרים לכאורה את המנגנונים הקבועים בפרק ז לחוק הפיקוח על המחירים – הם שוללים את סמכות המפקח להורות על אופן הדיווח, הם קובעים חובת סודיות בכל הנוגע לרווחיות שותפויות הגז שאינה קיימת בחוק הפיקוח, הם נעדרים את הסנקציה הקבועה בסעיף 20 לחוק הפיקוח, והם משנים את זהות הגורם אליו מדווח המידע.

207. בהמשך לכך, סעיפים 3-6 לפרק ג' של החלק השני של ה-"מתווה" מעגנים מנגנון להסדר הנוגע למחירי הגז בהסכמים חדשים שיערכו להספקת גז טבעי. ברי, כי מדובר בהסדר המצוי כולו בסמכות השרים מכוח סעיפים 10-17 לחוק הפיקוח (לרבות מנגנון הפעלת שיקול הדעת הקבוע בהם). בעוד שבכל הנוגע לחובות הדיווח יוצר ה-"מתווה" מראית עין החסרה כל יסוד או בסיס כלשהוא, של עמידה בתנאי חוק הפיקוח, בכל הנוגע למחיר מתעלם ה-"מתווה" מקיומו של חוק הפיקוח כלל ועיקר. "**הסדר**" המחיר שב-"מתווה", נעשה במנותק ממנגנוני הבקשה והפעלת שיקול הדעת הקבועים בחוק הפיקוח. במילים אחרות, לא יכולה להיות מחלוקת כי הסמכות לקביעת מחירים נתונה לשר האוצר ולשר התשתיות הלאומית, האנרגיה והמים, וכפופה לקיומו של הליך מכוח חוק הפיקוח. משכך, אין הממשלה רשאית, מכוח סמכותה השיורית, לעקוף את סמכות המוקנית בדיון לרשות אחרת (היא השרים הרלבנטיים).

208. בפרשת **דלק** עמד בית המשפט הנכבד, בהקשר זה, על החשיבות של הפרוצדורה המקצועית של היוועצות בוועדת המחירים, לרבות לצורך שינוי מדיניות הפיקוח, ככל שהשתנו הנסיבות, וציין כי:

"השרים מחויבים להיוועץ בוועדת המחירים קודם שיעשו שימוש בסמכות הפיקוח המוקנית להם בסעיף 6 לחוק הפיקוח (סעיף 8 לחוק). **הלכה היא כי בנסיבות שבהן נדרשת החלטה בעניין המחייב מומחיות מקצועית מיוחדת, והרשות המתיעצת אינה מסוגלת לקיים בדיקה עצמאית של העניין, יהיה למשקל העצה משקל רב ואף כמעט מכריע**" (שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

209. בפשטות, בשלב ההיוועצות, לאחר גיבוש ה-"מתווה", לאחר דיוני "צוות" קנדל, לאחר קבלת החלטת הממשלה – עדיין לא הייתה בידי האמון על הנושא במשרד האוצר הערכה מה המחיר הצפוי בהתאם לנוסחת המחיר שנקבעה ב-"מתווה". זאת, במקום בו מבקשת המדינה בדרך של קביעת "הסדר" מחירים ב-"מתווה", לייצב את נוסחת המחיר לתקופה של לא פחות מ-10 שנים. נדמה שהדברים מלמדים, כאלף עדים, על הפגם החמור שבאי קיומה של היוועצות סדורה ושיטתית עם ועדת המחירים כנדרש בחוק.

210. סעיף ד של החלטת הממשלה למעשה הינו בניגוד להסדרי הפיקוח המעוגנים בהוראות הדיווח החל – חוק הפיקוח. ראשית, הוא קובע כי יקבע "הסדר" מחירים (רק על הסכמים חדשים) בדרך של החלטת ממשלה (או הסכם, ככל שה-"מתווה" הוא בגדר הסכם עם שותפויות הגז), ותוך הימנעות מהפעלת סמכות ועדת המחירים להמליץ על התקנתו של צו פיקוח. שנית, הוא מתיימר לקבוע כי הפעלת הסמכויות מכוח חוק הפיקוח תיוותר במסגרת דיווח על רווחיות ומחירים בלבד.

211. לסיכומו של חלק זה – לא יכולה להיות מחלוקת כי חוק הפיקוח מעניק לשר האוצר ולשר לתשתיות לאומיות, אנרגיה ומים סמכות בלעדית לפיקוח על מחירים מכוחו⁵⁷. סמכות זו כפופה למנגנון מנהלי ומקצועי שנועד להבטיח כי כל צו יותקן בהליך סדור ויסודי, לאחר הפעלת שיקול דעת מקצועי, ויהיה כפוף לבחינה מתמדת בהתאם לשינויי העיתים. במצב דברים זה, אין לממשלה כל סמכות מכוח סעיף 32 או מכוח כל סעיף אחר לקבוע "הסדר מחיר" בדרך של החלטת ממשלה.
212. סעיף ה להחלטת הממשלה עוסק, כפי שנדון לעיל, במדיניות ייצוא הגז, ומשנה מהחלטת ממשלה מס' 442.
213. כזכור, בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, שעסקה בחוקתיותה וחוקיותה של החלטה 442 האמורה, נחלקו הדעות בבית המשפט העליון. חמישה שופטים תמכו בעמדה שעל פיה לממשלה סמכות להסדיר את מדיניות ייצוא הגז מכוח סעיף 33(א) לחוק הנפט. שני שופטים (השופט (כתוארו אז) רובינשטיין והשופט גיבוראן) פסקו בדעת מיעוט כי סעיף 33(א) אינו מהווה מקור הסמכה לקביעת מדיניות ייצוא הגז. זאת, הן מהטעם שתכליתו של הסעיף לא הייתה להסדיר מדיניות כוללת בתחום ייצוא הגז, הן מהטעם שעסקינן בהסדר ראשוני, אשר אין הרשות המבצעת מוסמכת לקובעו.
214. במסגרת זאת, הוראת סעיף 33(א) לחוק הנפט קובעת כי: "השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל".
215. כאמור, באותה הפרשה התקבלה החלטת הממשלה בעניין מדיניות ייצוא הגז על בסיס התייעצות עם המועצה, כמשמעותה בחוק הנפט, ובהתאם למתווה הקבוע בחוק הנפט.
216. בשונה, במקרה הנוכחי גובש ה"מתווה" על ידי "צוות קנדל", חבר פקידים בכירים ללא כל מעמד סטטוטורי, ואומץ לאחר מכן על ידי הממשלה. בשום שלב, למיטב ידיעת העותרים, לא קוימה חובת ההיוועצות עם המועצה מכוח חוק הנפט, הקבועה בחוק הנפט.
217. משכך, ככל שיבקשו המשיבים לטעון כי מקור הסמכות להוראת סעיף ד להחלטת הממשלה מס' 476 הוא בסעיף 33(א) לחוק הנפט, הרי שממילא לא עמדו הם בהוראות החוק לעניין הפעלת הסמכות; וככל שיבקשו לטעון כי מקור הסמכות הוא בסמכותה השיורית של הממשלה מכוח סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, הרי שממילא אין לממשלה סמכות מכוח הוראת חוק זו לקבוע את מדיניות ייצוא הנפט, שכן הסמכות נתונה לרשות אחרת מכוח הוראת סעיף 33(א) לחוק הנפט (וכן, כפי שיוסבר בהמשך הדברים, אין סעיף 32 יכול להוות מקור סמכות לקביעת הסדר ראשוני לעניין מדיניות ייצוא הנפט).
218. פרק ו נספח ב להחלטת הממשלה מס' 476 עוסקים, כפי שנדון לעיל, בפרשנות כללי המיסוי שיחולו על שותפויות הגז.
219. לעיל דנו בהרחבה הסמכות המסורה לרשויות המס לקביעת פרשנות דיני המס, סמכות הכפופה לפירוש של בית המשפט, הוא הפרשן המוסמך של הדין.

⁵⁷ סמכות מקבילה קיימת לממונה על ההגבלים העסקיים בהקשר של מונופולין – על דרך של מתן הוראות לבעל מונופולין (ר' סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים) וכן קיימת סמכות חובה לקביעת פיקוח מרבי על גז טבעי המסופק ליצרני החשמל הפרטיים – במסגרת הוראת סעיף 93 לחוק משק הגז הטבעי.

220. משפורטו הדברים, לא נשוב ונרחיב בהם. נזכיר, כי בדומה לאמור בכל הנוגע להעדר הסמכות של שר הכלכלה לקבוע פרשנות לדיני המס, אף לממשלה אין כל סמכות לקביעת הסדרים כאמור.

221. בהקשר זה, על פי לשון החלטת הממשלה, הממשלה אימצה "הודעה" של רשות המיסים בנושא פרשנות דיני המס. ברי, וכפי שפורט לעיל, כי לא ניתן בדרך זו לקבוע פרשנות מחייבת של דיני המס. ראשית, מהטעם שאין זו הדרך בה קובעת רשות המיסים פרשנות מחייבת לדיני המס, ושנית, מאחר שפרשנות זו ממילא כפופה לביקורת שיפוטית, ואינה בבחינת סוף פסוק.

222. בהמשך לאמור, ובדומה לסמכות העמדה לדין המסורות לרשויות התביעה, אף סמכותה המקצועית של רשות המיסים לפרש את פקודת מס הכנסה היא סמכות אוטונומית, ואינה יכולה להיות מוכתבת על ידי הממשלה, גוף פוליטי הנעדר את הכלים המקצועיים או הסמכות לקביעת הסדרי מיסוי כאמור.

223. לסיכומו של חלק זה – סעיף ו' ונספח ב' להחלטת הממשלה אינו בסמכותה השיורית של הממשלה ואינו יכול להיות מוסדר במסגרתה שכן סמכות זו, המסורה בדין לרשות אחרת. כמו כן, אין לממשלה הסמכות לעגן בהחלטת ממשלה את הפרשנות של דיני המס אף אם היא מקובלת על רשות המיסים, וודאי שאין היא יכולה לשלול את האפשרות שבית המשפט יפרש את דיני המס בדרך אחרת, או שרשות המס לא תשנה פרשנותה בעתיד, או לקבוע כי פרשנות בדרך אחר תביא לחיובה של המדינה בדין אזרחי.

224. סעיף ז' וסעיף ח' להחלטת הממשלה עניינם בהתחייבות הממונה על הנפט למתן שטרי חזקה למאגרי "כריש" ול-"תנין"⁵⁸, התחייבות מראש של הממונה על הנפט לאשר תוכניות פיתוח עתידיות, שטרם סוכמו והתחייבות להסיר הגבלות על האישורים האמורים לאחר הסכמות, שטיבן עדיין אינו ידוע, בין שותפויות הגז לבין החשבת הכללית באוצר.

225. סמכותו של הממונה על הנפט קבועה בחוק הנפט. בדומה ליתר סמכויות הנתונות בידי גורמים מקצועיים מכוח חקיקה, אף סמכותו של הממונה על הנפט מחייבת אותו להפעיל שיקול דעת עצמאי, בהתאם לתכלית החוק, בכל עניין המובא לאישורו.

226. כך, ציין כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ. חשין כי:

"מה הם שיקוליו של המנהל לעת דונו בבקשתו של בעל־חזקה לבנות קו־צינור? מתוך שהחוק אינו מורנו מפורשות שיקולים אלה – מה הם, נידרש כדרכנו לכלל המקובל, ולפיו ייתחם שיקול־הדעת על־פי תכליתו ומטרתו של החוק. שיקולים הבאים בגדרי תכליתו של החוק, רשאי בעל־הסמכות לשוקלם – ומשרשאי הוא לשוקלם, אף חייב הוא לשוקלם – ושיקולים המצויים אל־מעבר לגדרות החוק, אסור הוא בעל־הסמכות לשוקלם"

בג"צ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea, נ' הממונה על הנפט במשרד

התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312 (2001), (פסקה 35 לפסק דינו).

227. הווה אומר, בדומה לכל רשות מנהלית, חייב הממונה על הנפט להפעיל שיקול דעת עצמאי, על בסיס תשתית עובדתית מלאה, ואין הממשלה יכולה להתחייב מראש בשמו

⁵⁸ בינתיים אצה רצה לממונה על הנפט הדרך, לתת ביום 24.12.2015 שטרי חזקה לבעלי הזכויות המאגרים "כריש" ו-"תנין", זאת עת כבר תלויות עתירות לבית משפט זה כנגד ה-"מתווה".

לאישור הסדר שטיבו אינו ידוע. אף הממונה עצמו אינו יכול להתחייב, מראש, וללא ידיעת הפרטים, על אישור הסדר כאמור.

228. ויודגש, אין הכוונה כי הממונה אינו רשאי לשקול את מדיניות הממשלה, או את מדיניות גורמים רגולטורים אחרים, כשיקול מרכזי בבואו להעניק שטרי חזקה או אישורי פיתוח, אלא שחייב הוא לעשות זאת לאחר שבחן את מכלול העובדות והשיקולים הנוגעים לעניין, נתן להם משקל ראוי, וקיבל החלטתו.

229. לסיכומו של חלק זה – ההסדרים הקבועים בסעיפים ז ו-ח להחלטת הממשלה אינם מצויים בסמכותה השיורית של הממשלה, שכן הסמכות למתן שטרי חזקה ואישורי פיתוח מוקנית בחקיקה לרשות אחרת, היא הממונה על הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים. אף הממונה עצמו אינו רשאי להתחייב מראש, ומבלי שבפניו מלוא העובדות הנוגעות לעניין, למתן היתרים, זכיונות ואישורים מכוח חוק הנפט.

230. מהמרבחה – העולה מדיונו עד כה כי ההסדרים הקבועים בסעיפים ב, ד, ה, ו, ז ו-ח אינם מצויים כלל בסמכותה של הממשלה. זאת, שכן ההסדר הקבוע בסעיף ב להחלטת הממשלה מצוי בסמכות שר הכלכלה מכח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; ההסדר הקבוע בסעיף ד של החלטת הממשלה נתון לסמכותם של שר האוצר והשר לתשתיות לאומיות, אנרגיה ומים מכוח חוק הפיקוח; ההסדר הקבוע בסעיף ה להחלטת הממשלה נתון לסמכותה הבלעדית של רשות המיסים; וההסדר הקבוע בפרק ז ו-ח להחלטת הממשלה מסור לסמכותו של הממונה על הנפט מכוח חוק הנפט. משכך, אין הממשלה כלל מוסמכת לקבוע את הוראות ה-"מתווה" האמורות בהחלטתה, ואלו חסרות תוקף, ואינן יכולות לחייב את הגורמים להם נתונה הסמכות בדין הרלוונטי.

231. ויודגש, אין מדובר בהבדלי סמכות קוסמטיים בלבד. כל אחד ואחד מדברי החקיקה האמורים קובע מנגנון סדור המחייב גיבוש תשתית עובדתית ומקצועית טרם קבלת ההחלטה מכוחו, ובעלי הסמכות אינם רשאים לחרוג ממנגנון זה. זאת, בעוד ה-"מתווה" עוקף ומתעלם מהמנגנונים המקצועיים האמורים, ומונע מהרשויות המנהליות המוסמכות לפעול על פי כללי המנהל התקין. במילים אחרות, ה-"מתווה", במהלך גורף וקיצוני אחד, התעלם (ולמעשה ביטל) את כלל הדרישות הפרוצדורליות הקבועות בדין ועקף את כלל הגורמים המקצועיים אשר ההיוועצות עימם מחויבת בדין, גורמים מקצועיים המשמשים שומרי סף ומבטיחים כי הרשות המנהלית לא תושפע משיקולים זרים.

232. עוד יודגש, כפי שהובהר לעיל – אין אנו טוענים כי הרשויות המנהליות אינן רשאיות לשקול, במסגרת שיקוליהם, את השיקולים המערכתיים, ולפעול בתיאום זו עם זו.

233. יחד עם זאת, משנקבעה בחקיקה סמכות עצמאית לרשויות מנהליות שונות, חובה עליהן להפעיל סמכות זו בעצמן, בהתאם להוראות הדין החלות על הפעלת הסמכות. עמד על כך בית המשפט בבג"צ 3805/06 אדרעי נ' משרד הבטחון אגף השיקום (15.9.2011), בצינו כי:

"אכן, כלל ידוע הוא כי החוק מקנה את הסמכות לרשות מסוימת, ועליה להפעיל את סמכותה בעצמה. הגוף המוסמך נהנה מעצמאות בהפעלתו של שיקול הדעת שנמסר לו, הן בהיבט של פעולה בלא הנחייה מגורמים ממונים או אחרים, הן בהיבט החובה להפעיל את שיקול הדעת בעצמו ולא להעבירו לאחרים (ראו: ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2))

225, 257 (1985); ע"א 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, 945 (2004); בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים (7.7.2010)."

234. משמע, שהוטלה הסמכות להפעיל סמכות שבדין על רשות מרשויות המנהל, ומשנקבע בדין דרך הפעלת הסמכות ואופן הפעלת שיקול הדעת (לרבות חובות היועצות ומעמדן המשפטי של המלצות אלו) אין הן רשאיות להתפרק מסמכויותיהן אלו, ואין הממשלה מוסמכת ליטול אותן ללא מקור בדין המאפשר לה לעשות כן.

ב.7. החלטת הממשלה עומדת בניגוד לכלל ההסדרים הראשוניים

235. עקרון ההסדרים הראשוניים, המחייב כי הממשלה כרשות מבצעת לא תשיג את גבולה של הכנסת כרשות מחוקקת, וכפועל יוצא כי הסמכות המסורה לרשות המבצעת תוגבל לסמכות ביצועית בלבד ולא תחרוג לכדי קביעת הסדרים ראשוניים בעלי אופי כללי ועקרוני, מוכר וידוע הוא. בתוך כך, קבעה הפסיקה מבחני עזר לזיהויו של כלל ראשוני – היקפו ומשמעותיו הכלכליות, השפעתו ארוכת הטווח, השפעתו על זכויות אדם, האפשרות של רשויות מנהליות עתידיות לשנותו, מידת המחלוקת הציבורית אודותיו וכיו"ב, וברי כי עסקינן ברשימה פתוחה של שיקולים, בהתאם לנסיבות המקרה.

236. מבלי להרחיב יתר על המידה, יוזכר כי עיקרון זה נדון בפסיקה אף בהקשרים הדומים להקשר הנוכחי.

237. כך לדוגמא, בפרשת **שנסי**, דן בית המשפט העליון בשאלת היקף סמכות הממשלה מכוח חוק הפיקוח (בנוסחו דאז). כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) חשין ציין כי:

"חוק הפיקוח הינו – בחלקים ניכרים בו, אם לא כולו – חוק-מסגרת: חוק שנועד, בעיקרו, להעניק לשרים סמכויות לקביעת הסדרים באותה שדה רחבת-ידיים שהחוק מתפרש עליה. צמצום היקף חלותה של הוראת סעיף 46(ב) לחוק לא פגע בסמכויות שהחוק מעניק בהוראותיו השונות לשרי הממשלה, והן סמכויות רחבות-מכל-רחבות לחקיקת-משנה ולקביעתם של "הסדרים ראשוניים" בצווים ובתקנות. הענקת סמכויות זו טופחת בחוזקה על פניו של עקרון שלטון החוק. עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו, כי 'הסדרים ראשוניים' חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד. זה עמוד-האש, זה עמוד-הענן, המורים אותנו הדרך לילה ויום – ובעקבותיהם נלך. מורכבות החיים חייבה אותנו להשלים עם קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקת-מישנה אף-היא, והדברים ידועים. ואולם, קשה להימנע ממסקנה כי הסמכויות הגורפות והסוחפות ששרי הממשלה זוכים בהן בחוק הפיקוח, הופכות את הממשלה – למעשה אם לא להלכה – לרשות מחוקקת ראשה בנושאי כלכלה ומשק. הפגיעה בעקרון שלטון החוק היא עמוקה ומכאיבה, ולא ייפלא כי בתי-המשפט עמדו על התופעה לא אחת וביקרו אותה קשות"

בג"צ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 503 (1997) (וראו גם ההפניות שם לעניין החומרה שבקביעתם של הסדרים ראשוניים באמצעות צווי פיקוח).

238. בהמשך לאמור, בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** בו נדונה סמכותה של הממשלה לקבוע בהחלטת ממשלה את מדיניות **ייצוא הגז** מצא בית המשפט העליון כי לממשלה הסמכות לקבוע את מדיניות **ייצוא הגז** מכוח סעיף 33(א) לחוק הנפט.

239. יצוין ויודגש, כי באותה הפרשה המדינה עצמה הסכימה כי עסקינן בהסדר ראשוני, וברי, כי המקרה הנוכחי, בו ה-"מתווה" מסדיר את כלל משק הגז הטבעי בישראל, לרבות ייצוא הגז, הוא הסדר ראשוני בבחינת מקל וחומר.

1.ב.7. הממשלה אינה מוסמכת לאמץ את ה-"מתווה" מכוח סמכותה השיורית נוכח היותו הסדר ראשוני

240. במקרה דנן, כפי שהוסבר לעיל, כלל לא עשתה הרשות המבצעת שימוש בסמכויות שונות המסורות לה מכוח חקיקה ייעודית, אלא קבעה את ההסדרים ב-"מתווה" ובהחלטת הממשלה כמכלול, תוך העלמות מהחקיקה הרלבנטית בתחומים אלו, ותוך שימוש בסמכותה השיורית.

241. בהקשר זה, יודגש כי בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** הסכימו כלל חברי ההרכב המורחב של בית המשפט כי אין לממשלה סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים מכוח סמכותה השיורית, ועיקר המחלוקת נגלתה בשאלה האם סעיף 33(א) לחוק הנפט מסמך את הממשלה לקבוע את מדיניות ייצוא הגז.

242. כך, ציין באותה הפרשה כבוד הנשיא (בדימוס) גרוניס כי: **"מובן, כי הסמכות השיורית של הממשלה אינה יכולה להוות עוגן לקביעת הסדרים ראשוניים, בין אם כרוכה בהם פגיעה בזכויות יסוד מוגנות ובין אם לאו"** (שם, פסקה 32 לפסק דינו).

243. כאמור, בעוד שבפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** מצאה הממשלה מקור סמכות בהוראות סעיף 33(א) לחוק הנפט, הרי שבמקרה דנן אין כל הוראת חוק המסמיכה, ולו בעקיפין, את הממשלה לקבוע הסדרים לעניין קביעת מחירים ופיקוח עליהם (שלא מכוח חוק הפיקוח), לעניין פרשנותם של דיני המס, לעניין מדיניות ייצוא הגז (שלא מכוח חוק הנפט) ולעניין הקצאת זכויות ומתן אישורי פיתוח (תוך עקיפת סמכויות הממונה על הנפט).

244. לסיכום חלק זה – כפי שהוסבר בפרקים הקודמים, הסמכות לקביעתם של כל אחד ואחד מההסדרים הקבועים בסעיפים ב, ד, ה, ו, ז ו-חמסורה מכוח חקיקה מפורשת לרשות מנהלית מוסמכת, ומשכך ממילא אינה יכולה להיות בסמכותה השיורית של הממשלה. אלא שאף לו לא הייתה הסמכה מפורשת כאמור בנמצא, הרי שלא הייתה הממשלה רשאית לקבוע את ההסדרים האמורים מכוח סמכותה השיורית, שכן עסקינן בהסדרים ראשוניים במובהק.

2.ב.7. אף לו היה מקור סמכות אחר לא הייתה מוסמכת הממשלה לאמץ את ה-"מתווה" נוכח היותו הסדר ראשוני

245. בהמשך לאמור, אף לו ניתן היה למצוא מקור סמכות אחר לפרקים השונים שנקבעו במסגרת ה-"מתווה", גם אז היה מקום לקבוע כי אין הממשלה רשאית לקבוע הסדרים אלו משכן מדובר בהסדר ראשוני שאין לו מקור הסמכה מפורש.

246. בהקשר זה, בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** עמד הנשיא (בדימוס) גרוניס, שהוביל את דעת הרוב, על ההבדל בין הסדר שניתן לשינוי בהחלטות ממשלה

עתידיות, למול הסדר הכובל את שיקול דעתן של ממשלות עתידיות, וקבע כי בנוגע לאחרון יש להקפיד הקפדה יתרה כי תהיה לו הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. כך, ציין הוא כי: "ככל שהחלטה מובילה לצריכה מוגבלת יחסית והדרגתית של המשאב, בלא שזו גוררת אחריה מיצוי מיידי ומלא של המשאב, הרי ניתן להניח כי ההחלטה תהא ניתנת לשינוי בעתיד בשל סיבות מסיבות שונות. בין הסיבות הללו ניתן למנות שינוי נסיבות עובדתי; ממשלה חדשה אשר תסבור כי יש לסטות מן ההחלטה הראשונה; או כנסת עתידית אשר תגיע למסקנה כי יש לשנות את החקיקה המסמיכה או לשנות את שנקבע בהחלטה המקורית של הרשות. אם ההחלטה העומדת על הפרק אינה מובילה למיצוי מלא ומהיר של המשאב, אלא למיצוי הדרגתי ואיטי הנפרש על פני שנים ארוכות, ניתן לבחון את דרישת ההסמכה המפורשת באופן מרוכך יותר. לעומת זאת, אם ההחלטה מובילה למיצוי מיידי ומלא של המשאב, יש לבחון את דרישת ההסמכה המפורשת באופן קפדני, שכן ממשלה עתידית או כנסת עתידית לא יוכלו לשנות מן ההחלטה. במילים אחרות, החלטה הנוגעת למשאב שנצרך היום, תוך מיצוי מלא שאינו מותיר דבר ממנו לדורות הבאים, הינה שונה מהחלטה הנוגעת למשאב שנצרך באופן הדרגתי ואיטי, לאורך שנים ארוכות, באופן המאפשר לדורות הבאים לבחון את ההחלטה ולשנותה במידת הצורך. זאת, לצורך בחינת דרישת ההסמכה המפורשת". (שם, פסקה 33 לפסק דינו).

247. לעמדה זו הצטרפה גם השופטת חיות וציינה כי:

"במישור העקרוני מקובלת עליי עמדת חברי הנשיא ולפיה בבואנו לפרש הוראת הסמכה לצורך קביעת היקף התפרשותה יש ליתן את הדעת לעוצמת הזכות המוגנת הרלוונטית, וזאת בשל הקשר ההדוק שיש לקיים בין עוצמתה של זכות זו ובין מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת. בענייננו אין מדובר בפגיעה בזכויות יסוד ועל כך אין חולק. לטעם זה מצטרף טעם נוסף שהזכיר חברי הנשיא ועליו עמדה גם חברתי השופטת ע' ארבל, הנוגע למהות החלטת הממשלה כהחלטה המתייחסת מבחינת כמויות לתרחיש צריכת הגז הטבעי בישראל לטווח ארוך (29 שנים) ואינה מיועדת להביא למיצוי מלא של משאב הגז הטבעי באופן מיידי או בתוך שנים ספורות בלבד. כמו כן שומרת החלטת הממשלה על האפשרות לשוב ולשקול את הסוגיה בתום חמש שנים ממועד אישור ההחלטה"

248. בהקשר הנוכחי, הן על פי עמדת הרוב, הן על פי עמדת המיעוט בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** יש לקבוע כי על ההסמכה לקביעת ההסדר הראשוני להיות מפורשת ואין די בהסמכה כללית או משתמעת. זאת, שכן בשונה מהחלטת הממשלה בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, במקרה דנן המדינה מתחייבת בריש גלי כי לא תפעיל שיקול דעת ולא תשנה מהחלטה במשך תקופה של לכל הפחות חמש שנים.

249. בהמשך לכך, טעם נוסף שנדון בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים ושנוגע לענייננו הוא שאלת האפשרות של חשיפת המדינה להליכים משפטיים כנגדה ובגדרם גם לחיובה בחבות כספית.

250. בהקשר זה, ציין הנשיא (בדימוס) גרוניס בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** כי עצם הידיעה של שותפויות הגז כי מדיניות הייצוא נתונה לשינויים בהתאם לשיקול דעתה של הממשלה, היא המפחיתה מהקושי המנהלי והחוקתי שבקבלת ההחלטה, שכן לא תעמוד לשותפויות הגז כל טענה במישור האזרחי למול הממשלה, ובלשונו:

"ברי, כי חברות הגז מוחזקות כמודעות לקביעתה של הממשלה, לפיה בכוונתה לבחון את היקפי הגז הנחוצים למשק הישראלי, בחלוף חמש שנים ממועד אישור ההחלטה. יש להניח שחברות הגז כלכלו דרכיהן בהתאם לכך, בין היתר לעניין ההסכמים אל מול מי שיהיה מעוניין ברכישת הגז הטבעי. על כן, לא ניתן לומר, כבר עכשיו, שממשלה עתידית עלולה למצוא עצמה כבולה להיקפי הגז שנקבעו בהחלטה מושא העתירות. זאת, כאשר במסגרת "כללי המשחק" שנקבעו מראש, הבהירה הממשלה כי בכוונתה לבחון את הסוגיה בחלוף חמש שנים מעת קבלת ההחלטה" (שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט גרוניס).

251. יחד עם זאת, בעוד שבפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** נדונה החלטת ממשלה שאינה מטילה כל חובה פוזיטיבית על רשות מבצעת, במקרה הנוכחי עסקינן ב-"מתווה", אשר על פי פרשנות המדינה עצמה, כפי שפורט לעיל, מקים עילת תביעה כנגד המדינה ובגדרה חשיפה לחבות כספית, ככל שלא תבצע את מלוא התחייבויותיה, או שתבחר לשנות את מדיניותה.

252. ודוקו, אין עסקינן ביצירת חבות כספית זניחה. ככל שאכן תתקבל פרשנותן של שותפויות הגז ושל המדינה, שעל פיה ה-"מתווה" יכול להקים חבות כספית למדינת ישראל, בין אם במסגרת הדין הישראלי בין אם במסגרת הדין הבינלאומי הפרטי, עסקינן בחשיפה לסיכון בהיקף ענק מימדים.

253. אף מטעם זה, בשונה מבפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, ראוי לקבוע, לגישת העותרים, כי גם לו היה מקור הסמכה משתמעת, לא היה בו כדי להתיר לממשלה לקבוע הסדר ראשוני בדמות ה-"מתווה".

8. רכיב היציבות ב"מתווה" אינו חוקתי, אינו חוקי והממשלה אינה מוסמכת

לקובעו

254. לצד האמור, יטען כי סעיף י להחלטת הממשלה, הקובע קיומה של סביבה רגולטורית יציבה, אינו חוקתי ואינו חוקי.

255. במסגרת זאת, כפי שפורט לעיל, לגישתנו יש לראות ב-"מתווה" לכל היותר כהפעלת סמכות שלטונית, משכך, אין הוא יכול להטיל חביות על המדינה ככל שיחול שינוי נסיבות המצדיק את שינויו.

256. יחד עם זאת, ככל שתאומץ פרשנות המשיבים, כולם או חלקם, שעל פיהם יוצר ה-"מתווה" התחייבויות "מעין חוזיות" או "הבטחה שלטונית" לטובת שותפויות הגז, הרי שיצירת התחייבויות אלו במסגרת ה-"מתווה", כפי שיפורט להלן, אינה חוקתית ואינה חוקית, ומשכך דינה בטלות.

257. ויודגש, העותרים כולם מסכימים כי ככלל, צריכה מדינת ישראל וכל רשות מנהלית בה לתכנן את מדיניותה מראש, ולשאוף למדיניות יציבה, שתאפשר לתושביה, אזרחיה ולתאגידי הפועלים בה, לפעול בהסתמך על המדיניות. אלא שאין בכך כדי להביא למסקנה כי הממשלה או כל רשות מנהלית אחרת רשאית לכבול עצמה מראש למדיניות נתונה, אף

אם נוצר צורך בשינוי מדיניות, בין אם בשל שינוי נסיבות, בין אם בשל שינוי מדיניות (למשל, נוכח חילופי שלטון). זאת, בכפוף לכך ששינוי המדיניות יעשה בהתאם לכללי המשפט המנהלי, לרבות לעניין תחולת המדיניות החדשה, תנאי מעבר, סבירות, שוויון וכיו"ב.

258. משכך, במסגרת פרק זה יתבקש בית המשפט לקבוע מפורשות כי הפרשנות היחידה של רכיב היציבות הרגולטורית היא כהמלצה בלבד, כי אין לרכיב זה תוקף מחייב, וכי אין הוא יכול להקים עילות תביעה וממילא לזכות בסעדים בדין הפנימי או לחייב את מדינת ישראל על פי הדין הבינלאומי.

259. זאת, נוכח העיקרון שעל פיו מקום בו ניתן, בדרך של פרשנות, להימנע מתוצאה של בטלות הפעולה המנהלית, יבכר בית המשפט פרשנות זו (ראו לדוגמה בג"צ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) חוות דעתו של השופט דנציגר).

9. הפגיעה הבלתי חוקתית בריבונותה של מדינת ישראל

260. כפי שנדון עד כה ופורט בחלק העובדתי, מבין המשיבות כולן, היחידה שאפשר, בדוחק, שתעמוד לה עילה כלשהי מכח אמנות בינלאומיות מסחריות או המשפט הבינלאומי, היא נובל אנרג'י. בעניין זה נפנה לשתי חוות דעת שניתנו בשעתו – בהמלך הדיונים בוועדת ששינסקי (הראשונה) וקודם לחקיקת חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, תשע"א-2011, האחת חוות דעת מיום 17.8.2010 בעניין "ההגנה במשפט הבינלאומי על זכויותיהם של משקיעים זרים ובפרט על זכויות של אזרחי ארה"ב לחיפוש וניצול מאגרי גז מול חופי מדינת ישראל" שחיבר פרופ' א. בנבנישתי מטעמן נובל אנרג'י, דלק אנרג'יה, דלק קידוחים ואבנר⁵⁹ והאחרת חוות דעת מיום 14.11.2010 בעניין "כללי המשפט הבינלאומי והעלאת שיעורי המס המוטלים על משקיעים של ארצות הברית העוסקים בהפקת דלק וגז טבעי" שחיבר פרופ' משה הירש מטעמה של מדינת ישראל⁶⁰ (להלן – "חוות דעת הירש").

261. מכל מקום, נבקש להוסיף ולטעון להלן כי הממשלה אינה יכולה במסגרת החלטת ממשלה (היא ה-"מתווה") ליצור או להגדיל את היקף החשיפה של מדינת ישראל לחבות על פי הדין הבינלאומי (ומשכך, להרחיב את הפגיעה במעמד החוקתי של בתי המשפט בישראל, להחמיר את הפגיעה הנגרמת מכוח הסדרים המחריגים תאגידי מסויימים מכפיפות לדין בישראל, ולהחמיר את הפגיעה בריבונותה של מדינת ישראל).

262. נפנה ראשית אם כן לבחינה של המעמד הנורמטיבי של הוראות באמנות בינלאומיות המתירות לגורם מסחרי לתבוע את המדינה בפני טריבונל מחוצה לה בשל הפעלת סמכויותיה הרגולטוריות. בחינה זו אין כוונתה למצות את הדיון בנושא זה, שכן הוראות האמנות עצמן וחוקיותן אינן עומדות למבחן בהליך דנן. אך בחינה זו תשמש הרקע לטענות כי אף אם רשאית המדינה להתקשר באמנות מסוג זה, אין הממשלה רשאית בדרך

⁵⁹ חוות הדעת ניתנת לצפייה בכתובת הבאה:

http://mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/ServedOpinion_NovelEnergy_Appendix_j.pdf

⁶⁰ חוות דעת הירש ניתנת לצפייה בכתובת הבאה:

http://www.mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/JusticeOpinion_ProfMosheHirsh.pdf

עקיפין ליצור או להרחיב את חבותה של מדינת ישראל או כפיפותה מכוח אמנות אלו (ולצמצם את ריבונותה של מדינת ישראל וסמכותה לקבוע את הדין החל בה).

9.א. הפגיעה החוקתית הנגרמת מכוח אמנות המתיר לתאגיד לתבוע את המדינה על הפעלת

סמכויותיה הרגולטוריות שלא בפני בתי המשפט בישראל

263. שאלת החבות האפשרית של מדינת ישראל על פי אמנות בינלאומיות במידה ותיתבע על ידי נובל אנרג'י בפני טריבונל זר (שלא במסגרת בתי המשפט בישראל) סבוכה ומורכבת היא, ומעוררת שאלות רבות שספק אם דרושה להן התשובה בהליך הנוכחי (יצוין כי אין ספק שכל יתר שותפויות הגז שהינן תאגידים הרשומים בישראל ומנוהלים בישראל, אינן זכאיות לכל סעד מכוח הדין הבינלאומי הפרטי).

264. עיקר טענתנו בהקשר זה תהיה כי ככל שנובל אנרג'י והמדינה מבינות את ה"מתווה" כמקור אפשרי לתביעות בפני טריבונלים בינלאומיים, הרי שלממשלה אין סמכות לייצר חבות מסוג זה.

265. נפנה אם כן ראשית להבהרה באשר למידת החשיפה, ולו תיאורטית, של מדינת ישראל מכוח אמנות בינלאומיות המאפשרות תביעה של המדינה בשל הפעלת סמכויות הרגולטוריות. לאחר מכן נעמוד בקצרה בלבד על המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית, ועל מעמדן של הוראות אמנות המאפשרות תביעה כאמור. שני פרקים אלו יהוו הבסיס לקביעה **כי ככל שהמדינה ונובל אנרג'י רואות במתווה מקור אפשרי לליטיגציה בפני טריבונלים בינלאומיים בשל הפעלת סמכויותיה הריבוניות של מדינת ישראל, הרי שאין לממשלה כל סמכות לייצר חבות זו. בהמשך הדברים נטען כי אם המדינה ונובל אנרג'י טוענות כי ה- "מתווה" לא יכול להיות מקור לכל סעד על ידי טריבונלים בינלאומיים מסחריים, הרי שהשתית העובדתית שהוצגה בפני הממשלה, ועדת הכלכלה ושר הכלכלה הייתה שגויה, ושמכך ההחלטה מכוחה בטלה.** זאת, שכן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה טען, כפי שפורט לעיל, כי לגישת משרד המשפטים מדינת ישראל חשופה לסיכון כאמור, ואף הוסיף וטען כי גובש מסמך מפורט בעניין זה (הגם שהמסמך האמור מעולם לא פורסם).

9.ב. האמנות הרלבנטיות, הוראותיהן ותחולתן

266. מן הבדיקה שערכנו עולה כי עשויות להיות 2 אמנות שמכוחן ניתן לטעון לכאורה כי עומדת לנובל אנרג'י זכות בחירה ליזום ולחייב את מדינת ישראל לנהל הליך בוררות בינלאומית בטענה לפגיעה בהשקעותיה בישראל.

267. הראשונה היא האמנה הוותיקה יחסית הידועה בשם "ברית ידידות, מסחר וספנות" שבין מדינת ישראל לארצות הברית מיום 23.8.1951. אמנה איננה בבחינת אמנה להגנה על השקעות במובנה הרגיל והמודרני. מדובר על אמנה מיושנת – שאיננה כוללת הוראה המגינה באופן ספציפי ומפורש על השקעות של תושב/אזרח המדינה האחת במדינה האחרת וכן אינה כוללת כל הוראה המאפשרת למשקיע תושב או אזרח מדינת אמנה ליזום ולתבוע ולכפות הליך בוררות בינלאומית על המדינה האחרת שהיא צד לאמנה. האפשרות של כפיית הליך בוררות בפני טריבונל כזה (כדוגמת ICSID הקשור לבנק העולמי) – נראה כמסלול שאינו אפשרי. האמנה מאפשרת לכאורה כי מדינה אחת (במקרה זה ארה"ב) תתבע את המדינה האחרת (ישראל) בהליך בפני בית הדין הבינלאומי בהאג (International Court of Justice-ICJ), הליך זה מותנה במיצוי סעדים בבתי המשפט בישראל קודם לכן.

268. לכן, נראה כי הסיכון של הליך של נובל אנרג'י תכפה על מדינת ישראל לקיים הליך בוררות בינלאומית, מכח אמנה זו – הינו נמוך מאד – אם בכלל. להרחבה ראה חוות דעת מיום 14.11.2010 בעניין "כללי המשפט הבינלאומי והעלאת שיעורי המס המוטלים על משקיעים של ארצות הברית העוסקים בהפקת דלק וגז טבעי" שחיבר פרופ' משה הירש לבקשת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) (חוות דעת הירש).

269. מטעם זה בדיוק – נראה כי נובל אנרג'י ביקשה ליצור לעצמה מקור אחר שמכוחו תוכל לטעון כי בידה לכפות בוררות בינלאומית על מדינת ישראל. מקור זה לכאורה נמצא זה במסגרת האמנה הביטורלית לקידום והגנה הדדית על השקעות שבין מדינת ישראל לרפובליקה של קפריסין מיום 13.10.1998 (להלן – "אמנת ההשקעות ישראל-קפריסין").

270. אמנת ההשקעות ישראל-קפריסין, כוללת הוראות מהותיות⁶¹ בדבר הגנה על השקעות של אזרחי (במקרה של ישראל גם תושבי קבע) המדינות המתקשרות ותאגידים (המאוגדים לפי דיני ישראל או קפריסין, לפי העניין) של המדינות המתקשרות הנחשבים כ-"משקיע" לצורך האמנה.

271. אמנת ההשקעות ישראל-קפריסין קובעת כי על פגיעה בהשקעות של משקיעים כאמור כתוצאה מאירועי מלחמה ואירועים אחרים דומים זכאי המשקיע לפיצוי⁶² וכן כי הלאמות והפקעות יבוצעו בהליך הוגן ויזכו בפיצוי⁶³ וכן כי המשקיע זכאי, על פי בחירתו, להביא בפני מספר חלופות של טריבונלים לבוררות בינלאומית (בנוסף לבית המשפט של המדינה המארחת) מחלוקות שיש לו עם המדינה המארחת, בקשר להשקעה שביצע בשטח⁶⁴. החלופות הן: 1. ICSID; 2. International Chamber of Commerce (ICC); 3. טריבונל אד הוק שהצדדים קובעים את הרכבו;

272. מתברר כעולה מן החלק העובדתי – כי נובל אנרג'י ביצעה מהלך המכונה "Nationality Planning" או "Treaty Shopping" – הקמה או "הגירה" (Migration) של חברה למדינת שהיא צד לאמנת הגנה על השקעות.

273. המהלך בוצע בתאריך 7 במאי 2012 – עת כל העובדות הרלוונטיות היו ידועות היטב לנובל אנרג'י – היא הייתה כבר אז צד להסדר כובל במאגר "לווינתן" מזה שנים, הממונה על ההגבלים פתח בהליך שימוע לקראת קביעה על קיומו של הסדר כובל האמור מעמדה כמונופול היה ברור, גלוי וידוע.

274. ככל הידוע, שינוי האחזקות האמור לא הובא לידיעת גורמי המדינה, לא הממונה על הנפט ולא כל גורם אחר וממילא מעולם לא קיבל את אישורם.

275. לעניין זה נקבע בפסיקת טריבונלים וכן בספרות מובילה בתחום כי מהלכים כאלו לא יכולים ליצור בסיס וזיקה שיאפשרו לחסות תחת הוראות אמנת BIT במקרה בו הסכסוך גלוי וידוע ובמיוחד לאחר שהסכסוך כבר פרץ או כאשר המעבר למדינת אמנה, נעשה כאשר העובדות שהובילו לסכסוך התרחשו קודם לכן:

"It appears from these cases that prospective planning within the framework of existing treaties will be accepted by tribunals. 'Prospective'

⁶¹ ר' סעיפים 2, 3 לאמנת השקעות ישראל-קפריסין.

⁶² ר' סעיף 4 לאמנת השקעות ישראל-קפריסין.

⁶³ ר' סעיף 5 לאמנת השקעות ישראל-קפריסין.

⁶⁴ ר' סעיף 8 לאמנת השקעות ישראל-קפריסין.

means that the corporate arrangements must have been in place before the facts that led to the dispute occurred or, in any event, before the dispute arose, What appears to be impossible is to create a remedy for existing grievances, in particular after a dispute has arisen, by arranging for a desirable nationality."⁶⁵

276. כן ראו החלטת טריבונל ה-ICSID בעניין Phoenix v. Czech Republic⁶⁶ בה נקבע כי הניסיון ליצירת זיקת אזרחות לצורך האמנה הרלוונטית נעשה שלא כדין ולכן נקבע כי אין החברה שביקשה ליזום הבוררות יכולה להנות מהוראות האמנה הרלוונטית (שם האמנה בין מדינת ישראל לרפובליקה של הצ'כית). מקרה נוסף בו נדחה ניסיון כזה היה בעניין Banro v. Congo⁶⁷.

ג.9. חוקתיותם של הסדרים המטילים על המדינה חבות לטובת תאגיד פרטי על ידי טריבונל בינלאומי בגין הפעלת סמכויותיה הרגולטוריות

277. הגם ששאלת חוקתיותם של סעיפים באמנות בין-לאומיות עליהן חותמת ממשלת ישראל ואשר מכפיפים את המדינה לתניות בוררות מול גורמים מסחריים ופרטיים טרם נדונה בבתי משפט בישראל, בתי המשפט כבר הביעו מורת רוח מתניות בוררות בכל הנוגע לנזקים בגין שינויים רגולטורים ואף פסלו אותן (כפי שידון להלן).

278. מאחר שכפי שיוסבר להלן, לגישת העותרים אין הכרח להכריע בשאלה חוקתית כבדת משקל זו, נעמוד על הקושי האמור בקצרה בלבד.

279. במישור העקרוני, השאלה האם רשאית המדינה להתקשר באמנה המקנה לגוף מסחרי (בשונה ממדינה אחרת) זכות תביעה ובגדרה אף לסעד כספי נגדה, בגין הפעלת סמכויותיה הרגולטוריות מעוררת שאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה. זאת, שכן הלכה למעשה משמעות הדבר היא כי הממשלה, בחתימתה על אמנה, מצמצמת את סמכויות השיפוט של הרשות השופטת, ומקנה סמכויות שיפוט בנוגע לעניינים שעל פי כללי ברירת הדין המקובלים היו מסורים לבתי משפט בישראל לערכאה אחרת (ולרוב, ערכאה המורכבת בעצמה מגורמים מסחריים). זאת, בשונה מחתימה על אמנה המקנה סמכויות לטריבונלים בינלאומיים להכריע במחלוקות מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי (לרבות משפט בינלאומי פומבי-מסחרי).

280. בראש ובראשונה, פוגעת אמנה מסוג זה בסמכותה של הרשות השופטת, היא חלק בלתי נפרד מהחוקה המוסדית.

⁶⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, Principles of International Investment Law, second edition, Oxford University Press, p. 54.

⁶⁶ Phoenix v. Czech Republic, Award, 15 April 2009

ההחלטה ניתנת לצפייה בכתובת הבאה:

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1033_En&caselId=C74

⁶⁷ Banro v. Congo, Award, 1 September 2000

ההחלטה ניתנת לצפייה בכתובת הבאה:

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC577_En&caselId=C173

281. בהקשר לכך, התפרקות כאמור מסמכויות השיפוט של הרשות השופטת מהווה פגיעה בליבת התפקידים המסורים למדינה, אותם אין היא רשאית להעביר לאחר או להפריט, בדומה לסמכויות ענישה וכליאה (ראו בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009)).
282. כמו כן, התפרקות שכזו מסמכות שיפוט של מדינת ישראל בנוגע לסכסוכים הנעשים בשטחה פוגעת באופן מובנה בזכות לשוויון, שכן היא יוצרת במדינת ישראל עצמה דין שונה למקומי ולזר (ושאלה נכבדה שלא נדון בה כאן היא כיצד עצם קביעתו של דין שונה למשקיע המקומי והזר עולה בקנה אחד עם עקרון אי האפליה המהווה בסיס לכלל הסכמי הסחר המולטילטרליים).
283. בהמשך לכך, כידוע, במדינת ישראל, על מנת שתקלט הוראת אמנה בדין הישראלי ותחייב את מדינת ישראל, עליה להיקלט באמצעות חקיקה, למעט אם מדובר בהוראה של המשפט הבינלאומי המנהגי. וברי, כי עד ליום זה לא נחקק בישראל כל חוק השולל מערכאות בישראל את סמכויות השיפוט בנוגע לסכסוכים שאירעו בישראל, ואשר מכיר בסמכותן של ערכאות בינלאומיות להכריע בסכסוכים אזרחיים בין תאגידים לבין המדינה בבואה לעשות שימוש בסמכויותיה הרגולטוריות.
284. יצוין, בהקשר זה, כי הגם ששאלת חוקתיותם של הסכמים בינלאומיים המקנים זכות תביעה לתאגיד נגד מדינה מקום בו עסקינן בהפעלת סמכויות רגולטוריות טרם נדונה בישראל, הרי ששאלה דומה של האפשרות להפעיל תניית בורות בסכסוך בין תאגיד למדינה בגין הפעלת סמכות רגולטורית במדינת ישראל התעוררה והוכרעה.
285. עוד יצוין כי גם הדין הפוזיטיבי בישראל אינו מחייב את המדינה להכיר בסמכויות בורות במקרים של הפעלת סמכותה הרגולטורית.
286. כך, סעיף 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: **חוק הבוררות**) קובע כי: "**אין תוקף להסכם בורות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים**".
287. בהמשך לכך, קובע סעיף 29א לחוק הבוררות קובע כי: "**בקשה לאישור או לביטול של פסק בורות-חוץ שחלה עליו אמנה בינלאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בענין הנדון, תוגש ותידון בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן**".
288. כך, בהפ"ב (י-ם) 49394-04-14 **מפעלי ים המלח בע"מ נ' מדינת ישראל - ממשלת ישראל** (1.10.2014) נדונה תניית בורות שנקבעה בשטר הזיכיון שהוענק לחברת מפעלי ים המלח בע"מ מכוח חוק זיכיון ים המלח, התשכ"א-1961. טענת מפעלי ים המלח, באותה הפרשה, הייתה כי הקמתה של הועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (ועדת ששינסקי 2) ועיגון מסקנותיה בחקיקה, מהווה הפרה של הסכם הזיכיון בין הצדדים.
289. מדינת ישראל באותו הליך הצהירה כי "**הקמתה של וועדה ציבורית שמטרתה לבחון את המדיניות הפיסקאלית של מדינת ישראל אינו עניין שיכול לשמש נושא להסכם בין המדינה [לבין מי"ה], ומשכך עניין זה גם אינו יכול לשמש נושא לבוררות**" (כמתואר בסעיף 14 לפסק הדין).
290. בית המשפט קבע בפסק דינו כי:
- "מקובלת עלי עמדת המדינה כי ככל שלמבקשת טענה כלשהי לנזקים שייגרמו לה אם יוטל עליה מס חדש כפי שממליצה הוועדה (אם כי, כאמור, הוועדה טרם

גיבשה המלצות סופיות), הזירה הנכונה והמתאימה לבדיקת טענות מעין אלו אינה בבוררות אלא בבחינה חוקתית בג"צ. הטענה לנזקים הינה בעצם טענה לפגיעה בזכויות קנייניות מוקנות; ובמקרה דנא, זכויות קנייניות שהוענקה לחברה בהסכם הזכיון. ב"כ המדינה הפנתה בטיעוניה לבג"צ דוידאן האמור, שם נבחנו טענות העותרים לפגיעה בזכויותיהם הקנייניות כבעלי רישיונות להפקת גז ונפט, תוך התייחסות למבחנים החוקתיים המקובלים; ומכאן שאף בענייננו, מקומן של טענות המבקשת, אם בכלל, הינו במבחן בג"צ ולא בהכרעה של בוררים כלשהם. אמנם, ב"כ המבקשת מקפיד למקם את טיעונו במישור החוזי ולא החוקתי, ברם הינו טוען בפועל כי חקיקה ראשית של הכנסת, אם וכאשר תחוקק, תפגע בזכויותיה הקנייניות של מי"ה בכך שהיא תטיל על החברה חיובי תשלומים חדשים בניגוד לתנאי ההסכם שבינה לבין המדינה; ואם כן, הרי שטענתו הינה באופייה טענה חוקתית, כך שיש להכריע האם הפגיעה הקניינית האמורה עומדת במבחני חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

כן יש להפנות למסקנות בג"צ דוידאן האמור, בנוגע למס החדש על רווחי יתר שהוטל בתחום הנפט והגז. אם כי בית המשפט העליון לא הכריע בשאלה האם ניתן להתייחס לחוקי המס כפגיעה בזכויות קנייניות כלל וכלל, כאשר ישנה דיעה רווחת הסבורה שכלל אין להתייחס למס חדש כאל פגיעה בזכות קניינית כלשהי, מצא בית המשפט שאף אם אכן ניתן לקבוע כי מדובר בפגיעה קניינית, עומדים חוקי המס בכלל, וחוק מס רווחי יתר בפרט, בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד, כך שנמצא כי חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א - 2011 עומד במבחני החוקתיות. מסקנות בג"צ דוידאן משליכות, מעצם טיבן, גם על מיסוי רווחי היתר הנשקל כעת בנוגע ליתר משאבי הטבע הלאומיים; כך שצודקת המדינה בטענתה כי ככל שוועדת ששינסקי 2 שוקלת להמליץ על היטל מס על רווחי יתר, אשר יתבסס על עקרונות הדומים לאלה אשר עליהם בנוי חוק מיסוי רווחי נפט, לא תקום כל עילת תביעה נגד המדינה בגין פגיעה כלשהי בזכויותיה הקנייניות של החברה.

שיקולים אלה מביאים אותי למסקנה נוספת: גם אילו עמדה מי"ה בדרישות הסף שבסעיף 8 לחוק הבוררות, והייתה משכנעת את בית המשפט כי אכן קיימת עילת תביעה העומדת בתנאי תניית הבוררות שבהסכם בין הצדדים, הרי שסמכותו של בית המשפט למינוי בורר מכוח סעיף 8 האמור הינה סמכות שבשיקול דעת. [...] אמנם, נקבע לא אחת כי בית המשפט לא יימנע מלמנות בורר כאשר עומדת הבקשה למינוי בדרישות החוק שבסעיף 8 האמור, אלא בנסיבות חריגות ומיוחדות. ברם נחה דעתי, כי במקרה כגון דא, כאשר השאלה העומדת על הפרק הינה בעצם חוקתיותה של חקיקת הכנסת, לא יהיה זה ראוי למנות בורר לשם הכרעה בשאלה מן הסוג הזה, הנוגעת ליחסי מדינה-אזרח בתחום החקיקה" (שם, פסקאות 38-40 לפסק דינו של השופט בן-ציון גרינברג).

ד.9. מהכלל אל הפרט – ככל שיש ב-"מתווה" כדי להרחיב את היקף הפגיעה בריבונותה של מדינת ישראל בשל הכפפת שיקול דעתה הריבוני להליכי בורות בינלאומית – אין לממשלה הסמכות לקבוע אותו

291. דיוננו עד כה, כאמור, לא נועד להכריע בשאלה כיצד יהיה על בית משפט בישראל (או על מדינת ישראל) לפעול מקום בו תחויב בהליך בפני טריבונל בינלאומי בהקשר מהסוג הנדון. דיוננו נועד להבהיר כי המשיבים, הן מטעם המדינה, הן מטעם נובל אנרג'י, אינם רשאים בדרך של קביעת סעיף יציבות רגולטורית להוסיף ולהגדיל את החשיפה של המדינה, ככל שקיימת, לסיכון של הליך בפני טריבונל בינלאומי בגין הפעלת סמכויותיה הרגולטוריות. בוודאי וזאת נזכיר עת מדובר בעשייה ופעולה בקניין ציבורי – משאב הגז הטבעי השייך לציבור.

292. זאת, שכן ככל שה-"מתווה" יכול לשמש, לגישת המשיבים, כשלעצמו, מקור לסנקציה נגד ישראל (בדמות סעד לטובת נובל אנרג'י) בשל הפעלת סמכויותיה הריבוניות לקביעת מדיניות רגולטורית, הרי שאין לממשלה כל סמכות לגרום לפגיעה קשה זו בריבונותה של מדינת ישראל בדרך של החלטת ממשלה. ויודגש, מדובר בפגיעה הן בריבונותן של ממשלות עתידיות, הן בריבונותה של הכנסת, והן בריבונותו של בית המשפט. ודאי שאין הממשלה רשאית לצמצם בסמכויותיהן של שתי רשויות השלטון האחרות.

293. במילים אחרות, אף אם הממשלה מוסמכת להתחייב באמנות דוגמת אמנת ההשקעות ישראל-קפריסין והתחייבויותיה אלו הן חוקתיות ככלל (וספק אם כך), הרי שאין היא יכולה בדרך של החלטת ממשלה ליצור חבות למדינת ישראל, חבות המשתרעת על כל שינוי רגולטורי, לרבות שינוי שעל דרך הכלל לא היה יוצר חבות על פי האמנה הרלבנטית, ולרבות שינוי סביבה רגולטורית בגין חקיקה חדשה או פסיקה.

294. ויצוין כבר עתה, כפי שיפורט בהמשך הדברים, כי ככל שהמשיבים מטעם המדינה ומטעם נובל אנרג'י יטענו כי אין ה-"מתווה" מגדיל את חשיפתה של מדינת ישראל בפני טריבונלים בינלאומיים, הרי שמשרד המשפטים יצר בפני הממשלה, ועדת הכלכלה ושר הכלכלה מצג (כללי, מעורפל ובלתי מפורט) מרתיע, מטעה בסוגיה זו, ושמוך מרכיב מרכזי בתשתית העובדתית ששימשה לקבלת ה-"מתווה" פגומה היא.

9.ה. רכיב היציבות הותקן בחוסר סמכות שכן הוא פוגע בחובת הפעלת שיקול הדעת של

הרשות המנהלית

295. הלכה היא, כי על רשות מנהלית לשוב ולשקול את מדיניותה בפרקי זמן סבירים על פי נסיבות העניין, וככל שחל שינוי נסיבות, להתאים את מדיניותה בהתאם.

296. כך, פסק בית המשפט הנכבד בפרשת **אנקורי** כי:
"ראשית, חלוף הזמן עשוי להצדיק – ובנסיבות מסוימות אף לחייב – בדיקה מחודשת של החלטות מנהליות בכלל, והחלטות בענייני תקצוב בפרט (והשוו: בג"ץ 1555/90 "חיים לבעלי-חיים" נ' מנהל השירותים הווטרינריים במשרד החקלאות, פ"ד מה(1) 83 (1990); בג"ץ 26/99 עיריית רחובות נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 97 (2003). שנית, המשך קיומה של מדיניות כלכלית מסוימת תלוי בהימשכותן של הנסיבות שלאורן פעלה הרשות המנהלית במועד גיבושה. הרשות המנהלית רשאית, אפוא, לגבש וליישם מדיניות חדשה ככל שזו מתבקשת מתנאים חדשים שנוצרו" (**שם**), פסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

297. בהקשר זה, וכפי שנדון לעיל, אף בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** עמד השיקול בדבר האפשרות לשנות מהמדיניות כשיקול מרכזי בשיקולי דעת הרוב, שדחו את העתירה (ראו דברי הנשיא (בדימוס) גרוניס והשופטת חיות כפי שצוטטו לעיל).

298. זאת, ועוד. בית המשפט העליון אך באחרונה נתן את פסק דינו בבג"ץ 4501/14 **עו"ד פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (23.7.2015). שם, עמד בית המשפט על כך שפטור הניתן מכוח חוק ההגבלים העסקיים חייב להיות כפוף לשיקול דעת ככל שחל שינוי נסיבות המצדיק את בחינתו מחדש. כך, ציין כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין כי: "פשיטא, שבהינתן נסיבות מתאימות, והדבר אך מתבקש מן השכל הישר, יכול – ואף חייב – הממונה, אשר מופקד על טובת הציבור, לבחון – בודאי בחלוף הזמן – את רלבנטיות ההסדר ולשנות ממנו ככל הנחוץ. [...] עיני הממונה, אם באמצעות צוות קבע לעניין חשוב זה ואם בדרך ראויה אחרת – צריכות להיות פקוחות. 20 שנה הן זמן רב, והעולם – אין צריך לומר – לא רק שאינו עומד על עמדו, אלא הדינמיות אדירה, והדברים ברורים." (שם, פסקה יט ופסקה כ לפסק דינו).

299. השופט סולברג, שהצטרף לפסק הדין, ציין כי:

"חברי עמד על סמכותו ועל חובתו של הממונה, כמי שאמון על האינטרס הציבורי, לשנות מן ההסדרים אליהם הגיע עם חברות הדלק במחצית שנות התשעים, בהתקיים נסיבות מתאימות. אציין כי בחינה רטרוספקטיבית – עצמית של צעדים אותם נקט הרגולטור או נמנע מלנקוט, מתוך מגמה לתקן שגיאות ככל שאירעו ולהנחות באופן מיטבי את מהלכיו העתידיים, נתפסת בספרות כסממן למקצועיות של רשות הגבלים עסקיים, וכדבר שרצוי לעשותו (Kovacic William, Creating a Respected Brand: How Regulatory Agencies Signal Quality, 2015) 237, 254-255 Geo. Mason L. Rev. (22(2)). כך ככלל. עם זאת, ומבלי לגרוע מעצם הסמכות, כאשר מדובר בהתקשרות בהסדר מוסכם, יש ליישם באופן מושכל את סמכות הנסיגה, וליתן את הדעת גם להשלכות על האפשרות להגיע להסדרים עתידיים, אשר היתרונות הטמונים בהם זכו להכרה" (שם, פסקה 2 לפסק דינו של השופט סולברג)

300. ויודגש, כי אכן, במסגרת פרק ה' של ה-"מתווה", שינתה הממשלה את מדיניותה בכל הנוגע לייצוא הגז (החלטה 442). קרי, גם לגישת הממשלה עצמה, לא היה בכוחה על החלטת הממשלה הקודמת לעניין מדיניות הייצוא לחייבה למדיניות זו.

301. בשונה, במקרה דנן, מפרשות שותפויות הגז את ה-"מתווה" כיוצר חובה על הממשלה, על הרשויות המנהליות המוסמכות (בהן בין היתר הממונה על ההגבלים העסקיים, הממונה על הנפט, ועדת המחירים, שר האוצר, שר הכלכלה ושר לתשתיות לאומיות, אנרגיה ומים) שלא לשנות עוד את מדיניותם. עוד לגישתן יוצר ה-"מתווה" חובה על הממשלה, לרבות ממשלה עתידית, להתנגד להליכי חקיקה של הכנסת.

302. חובות אלו, בשונה מהחלטת הממשלה שעמדה במוקד פרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, סנקציות בצידן. כפי שפורט לעיל, לגישת המשיבים, הן מטעם המדינה,

הן מטעם שותפויות הגז, שינוי הסביבה הרגולטורית לאחר קבלת ה-"מתווה", בין אם על ידי הממשלה, בין אם על ידי רשות מנהלית, תהווה הפרה המזכה בסעדים, הן בדמות אי חיוב שותפויות הגז בקיום חובותיהן על פי ה-"מתווה", הן בדמות סעדים כספיים בדין הישראלי ובדין הבינלאומי הפרטי.

303. זאת, ועוד. למעשה על פי ה-"מתווה", גם הליך חקיקה של כנסת ישראל לשנות את הסביבה הרגולטורית, או החלטה של בית המשפט העליון המשפיעה על הסביבה הרגולטורית, תהיה בגדר "הפרה", שתזכה את שותפויות הגז בסעד (ולמעשה, סעד אחד בגין "הפרה" על ידי בית המשפט העליון קבוע ב-"מתווה" מפורשות, הוא דחיית ביצוע חובותיהן של השותפויות על פי ה-"מתווה").

304. בהקשר זה יצוין ויודגש, כי כעולה מהדיונים בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, מפרשות שותפויות הגז את פסקת היציבות כחלה אף על התפתחויות בתחום דיני איכות הסביבה. כך, ציינה עו"ד דלית דרור, היועצת המשפטית של המשרד לאיכות הסביבה, כי:

"ההתחייבות שקיימת במתווה בעניין הרגולציה, לא להכביד על החברות ב-10 השנים הקרובות ברגולציה בעלת השפעה מהותית, מטרידה אותנו כי לנו חשוב שניתן יהיה להגן על הציבור ועל הסביבה, הן מאסונות אקולוגיים שיכולים לקרות בקידוחים והן בפעילות השוטפת שכרוכה בפליטות לאוויר ופליטות לים וטיפול בחומרים מסוכנים [...] הציות של "נובל" כיום למשרד להגנת הסביבה הוא תחת הטענה שהם שומרים לעצמם את הזכות לטעון שאין לנו בכלל סמכות כלפיהם, מאחר וזה מחוץ למים הטריטוריאליים, באזור הכלכלי הבלעדי ולא ברור שהחוקים חלים. אז אנחנו מחילים את החוקים והם מציינים – הם אכן מציינים – אבל תחת שמירת הטענה שהחוק בכלל לא חל".

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015; ויצוין כי, כאמור, עמד משרד המשפטים, שהוצגה על ידי עו"ד אבי ליכט ותצוטט להלן, הייתה מרוככת יותר בסוגיה זו)

305. ויודגש, היבט זה, של הגנת הסביבה בהקשר של קידוחים ימיים, ממילא סובל כיום מתת-הסדרה קיצונית בדין הישראלי, וישראל מצויה רק בראשית ההסדרה של הנושא (ויצוין כי רק באחרונה אימצה ממשלת ישראל את התוכנית הלאומית למוכנות ותגובה לאירועי זיהום ים בשמן (התלמ"ת), הקובעת מערך מורכב של צעדי מוכנות הנדרשים מצד הגורמים המפיקים ומשנעים נפט על מנת למנוע אסון ועל מנת להתמודד עם אירוע דליפה לאחר שקרה (ראו החלטת ממשלה 3542 מיום 5.6.2008), בהתאם לאמנות; וראו, לעניין החסרים ברגולציה הישראלית בנושא: דוד שור, תמרה לב ונעמה חסון "רגולציה סביבתית של קידוחים ימיים: המצב המשפטי בישראל" **נייר מדיניות מס' 1 - התוכנית למשפט וסביבה באונ' תל אביב** (2011)⁶⁸; תמרה לב ודוד שור "אחריות נזיקית וביטוח לנזקים סביבתיים מקידוחי גז ונפט בים" **נייר מדיניות מס' 2 - התוכנית למשפט וסביבה באונ' תל אביב** (2011)). עוד יצוין כי הסכמי שלום אף הם עתידים להשפיע על ההסדרים שיחולו על פעילות הקידוחים (דוגמת נספח 4 להסכם השלום עם ירדן), וודאי שלא ניתן למנוע ממדינת

⁶⁸ [http://www.zalul.org.il/wp-](http://www.zalul.org.il/wp-content/uploads/2013/12/%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%9C%D7%A6%D7%99%D7%AA-%D7%A7%D7%99%D7%93%D7%95%D7%97%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C-%D7%90%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%91%D7%A8%D7%A1%D7%99%D7%98%D7%AA-%D7%AA%D7%90.pdf)

[content/uploads/2013/12/%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%9C%D7%A6%D7%99%D7%AA-%D7%A7%D7%99%D7%93%D7%95%D7%97%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C-%D7%90%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%91%D7%A8%D7%A1%D7%99%D7%98%D7%AA-%D7%AA%D7%90.pdf](http://www.zalul.org.il/wp-content/uploads/2013/12/%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%9C%D7%A6%D7%99%D7%AA-%D7%A7%D7%99%D7%93%D7%95%D7%97%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C-%D7%90%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%91%D7%A8%D7%A1%D7%99%D7%98%D7%AA-%D7%AA%D7%90.pdf)

- ישראל להתקשר בהסכם שלום (או הסכם מדיני אחר) נוכח קיומה של חובת יציבות רגולטורית בתחום איכות הסביבה.
306. זאת, ועוד. תחום זה של הגנת הסביבה בהיבטים של קידוחים ימיים אף עובר חדשות לבקרים שינויים במישור הדין הבינלאומי ובמדינות העולם (לדוגמה, רק בשנת 2008 חוקקה בריטניה את The Petroleum Licensing (Production) (Seaward Areas) Regulations 2008).
307. מפאת חשיבות הדברים, נשוב ונצטט את דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, שהבהיר באותיות של קידוש לבנה כי שינוי חקיקה על ידי כנסת ישראל יהווה הפרה של ה-"מתווה" (הגם שאין שום גורם שאישר את ה-"מתווה" ואשר בסמכותו לכבול את שיקול דעתה של הכנסת) וכך הוא אמר:
- "יש קשר מסוים בין סעיף היציבות לסעיף 52. הוא קשר עקיף, כי סעיף היציבות אומר שלוחות הזמנים – אם יש הסדר מסוים שחל, סעיף היציבות לא חל עליו ישירות, אבל זה נכון שאנחנו לא יכולים עכשיו לבוא ולומר שאנחנו הולכים מחר לעשות חקיקה; דקה וחצי אחרי שמוכרים את כריש ותנין או דקה וחצי אחרי שהם מוכרים את הזכויות שלהם, אנחנו נעשה חקיקה. עדיין יש התקופה של עשר השנים שחלה על ההוראות המבניות. לכן יש קשר."**
- (פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)
308. גם עו"ד אתי בנדלר, היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה, עמדה על כך שמדובר **למעשה בכבילת שיקול הדעת של הרשות המחוקקת וציינה:**
- "למרות שעל פניו הוראות היציבות שבמתווה אינן מגבילות את שיקול הדעת של המחוקק, אלא רק של הממשלה, בפועל התנגדות הממשלה להצעות חוק פרטיות מסכלת במידה רבה את יכולת חברי הקואליציה בכנסת לחוקק, אם בכלל. למעשה יש כאן כבילה כמעט מוחלטת של יכולת המחוקק לחוקק, ולפיכך טענה כאילו לא מדובר בהוראת היציבות האמורה בכבילת שיקול דעת המחוקק היא, במקרה הטוב, בגדר היתממות."**
- (פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)
309. ולא למותר לציין בהקשר זה כי השר להגנת הסביבה, מר אבי גבאי, ציין מפורשות כי להבנתו ההסכם פוגע בריבונותה של מדינת ישראל, ובלשונו:
- "חברות הגז עושות את מה שמשתלם להן כלכלית בתוך הגבולות שהמדינה כריבון אמורה להציב להן ומציבה להן. עדיין, כמי שעסק בנושא רגולציה במשך כ-20 שנה, ברור לי שבקמפיין הנוכחי נחצו גבולות, ואנחנו כבר לא אותה מדינה שהיינו."**
- (פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)
310. יובהר ויחודד – ה-"מתווה" לא בלבד שכובל את שיקול דעתה של הממשלה הנוכחית, ולא בלבד שהוא כובל את שיקול דעתן של ממשלות עתידיות ושל רשויות המנהל, הוא אף כובל את שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות השופטת. זאת, שכן הוא מציג "תג מחיר" להפעלת שיקול הדעת על ידי שתי רשויות אלו.
311. לא יכול להיות ספק כי אין לממשלה הסמכות לכבול את שיקול דעת הרשות המחוקקת והמבצעת. בהמשך לכך, על פי ההלכה הפסוקה, לא בלבד שאין הממשלה רשאית

לכבול את שיקול הדעת של ממשלות עתידיות ורשויות מנהליות עצמאיות (דוגמת הממונה על ההגבלים העסקיים), אלא שהדבר אסור עליה.

312. זאת, שכן כבילת שיקול הדעת כאמור תהווה הפרה של חובתה הבסיסית של הרשות המנהלית לבחון את מדיניותה ולשקול אותה מחדש בהתאם לשינוי נסיבות.

313. משכך, ככל שלגישת מי מהמשיבים יכול שינוי בסביבה הרגולטורית להוות הפרה של ה-"מתווה" המהווה מקור לזכות תביעה וכפועל יוצא מכך לסעד, בין אם סעד כספי או אחר, ובין אם בדין הישראלי או הבינלאומי, הרי שאין הממשלה מוסמכת כלל ועיקר לכבול את שיקול דעתה, כמו גם את שיקול דעתן של יתר הרשויות במסגרת המתווה, ודינו של פרק ז לחלק השני של ה-"מתווה" בטלות בשל העדר סמכות.

314. ויחודד, **ככל שהמשיבים יטענו בפני בית המשפט הנכבד כי ה-"מתווה" אינו יכול להיות מקור לכל סעד כאמור, בין אם בדין הישראלי ובין אם בדין הבינלאומי, נבקש כי עמדה זו תגובה בתצהירים מטעם כל שותפויות הגז, אשר יהוו ראיה ויהוו בעתיד מחסום בפני טענה מעין זו.**

10. [חוסר] סבירות ה-"מתווה"

315. ברי, כי בדומה לכל החלטה מנהלית, כפופה החלטת השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים למבחני הסבירות. בהקשר זה, הלכה היא כי הליך בחינת סבירותה של החלטה מנהלית נעשה בשלושה שלבים – סבירות פרוצדוראלית, סבירות מהותית והסעד (ראו בין היתר רע"פ 244/12 לוי נ' מדינת ישראל המשד להגנת הסביבה (19.5.2013); בג"צ 8730/03 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר (21.6.2012)). ראשית, יש לבחון את סבירותה הפרוצדוראלית של ההחלטה, קרי, האם ההחלטה התקבלה באופן הראוי. במסגרת זאת נבחנת השאלה האם ההחלטה נעשתה בסמכות, האם ניתנה לכלל הגורמים הרלבנטיים זכות טיעון ומעורבות בהליך, האם נאסף כלל המידע הראייתי הנוגע לעניין, האם ההחלטה התקבלה בשקיפה ראויה, האם ההחלטה נתקבלה בהעדר ניגוד עניינים וכדומה. ככל שנפלו פגמים רבים יותר בהליך קבלת ההחלטה, כך יהיה מתחם הסבירות המהותי המסור לרשות מצומצם יותר, בנסיבות מסוימות יהיה בכך די להביא לבטלות ההחלטה כולה (ראו בג"צ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 35 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 9.6.2011)). שנית, נבחנת הסבירות המהותית של ההחלטה. במסגרת זאת, נבחנת השאלה האם שקלה את כלל השיקולים הנוגעים לעניין, והאם נתנה את המשקל הראוי לשיקולים השונים (ראו לדוגמה עע"ם 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2010)); בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 445, 421 (1980)).

316. בהקשר זה, יצוין כי יש לאמץ דרישה מחמירה של סבירות, בפרט במישור הסבירות הפרוצדורלית. זאת, הן מהטעם שעסקינן בקניין הציבור, הן נוכח השלכות הכלכליות חסרות התקדים של ההסדרה של מדיניות הגז.

317. דרישה זו ראוי שתהיה מחמירה אף יותר מקום בו ניתנו פטורים מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. זאת, שכן סעיף 52, כאמור לעיל, מהווה הריג להסדרים הרגילים החלים על עולם ההגבלים העסקיים, ומעורר חשש מעצם טיבו לשיקולים זרים ופסולים (ובמקרה הנוכחי, כפי שיפורט, חומרים רלבנטיים שהמידע אודותיהם נמנע מהציבור יכולים לשפוך אור על החשש הממשי שישנו לשיקולים זרים בהליך קבלת ההחלטות) וכן לאיזון בלתי סביר בין אינטרסים מתנגשים.

318. בהקשרנו, כוללת הסבירות הפרוצדורלית שני רכיבים מרכזיים.
319. ראשית, על הרשות לאסוף את כל המידע הרלבנטי, וליתן לגורמים הנוגעים לעניין, לרבות לציבור, זכות טיעון אפקטיבית (וראו לדוגמא, לעניין זכות הטיעון בג"צ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577, 598 (2003); בג"צ 7289/11 **קרייזי וואו בולז בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר** (9.5.2013); בג"צ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים** (פורסם בנבו, 20.12.2010); בג"צ 3379/03 **מוסטקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004)). בהקשר זה, על הממשלה טרם אישור ה-"מתווה" ולעניין הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, במסגרת זכות הטיעון האפקטיבית, על הרשות המנהלית להציג בפני הציבור את מלוא המידע הרלבנטי, למעט מידע שאסור פרסומו על פי דין, על מנת לאפשר למעוניינים בכך לטעון לגופם של דברים ובהתבסס על התשתית העובדתית שהיוותה את הבסיס לטיוטת החלטה.
320. שנית, כקבוע בסעיף עצמו, חלה על השר החובה להיוועץ עם ועדת הכלכלה של הכנסת בטרם מתן החלטתה. בהקשר זה, ברי, כי משקלה של חובת ההיוועצות יכול שישתנה בהתאם לטיב הסוגיה שעומדת על הפרק. ככל שעסקינן בהסדר הקרוב יותר במאפייניו להסדר ראשוני, כך יש ליתן משקל רב יותר לעמדתה של הכנסת בהפעלת הסמכות על ידי השר. במקרים בהם ההסדר הוא בעל השלכות רחב משמעותיות ביותר, כבמקרנו, יש לראות בהמלצת הרשות המחוקקת כהמלצה מחייבת (וראו בג"צ 8134/11 **אשר נ' שר האוצר** (9.1.2012)). כך יש ליתן משקל מיוחד לעובדה שמדובר בעשייה בקניין הציבור וכי ועדת הכלכלה היא הגורם הפרלמנטרי היחיד שניתנה לו האפשרות להיות שותף להליך, גם אם בצורה מוגבלת ומאוחרת.
321. בהמשך לאמור, הלכה היא כי הפגמים הפרוצדורליים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה ישקלו במסגרת בחינת ההחלטה הסופית, לאחר קבלתה (ראו לדוגמא בג"צ 6314/13 **אגודת העיתונאים ירושלים נ' שר התקשורת** (23.4.2014)).
322. ויודגש, בהקשר הנוכחי הוגשה עתירה (בג"צ 4894/15), בין היתר על ידי ח"כ ש. יחימוביץ וא. כבל (יו"ר ועדת הכלכלה), באמצעות הח"מ, ביום 14.7.2015, במסגרתה טענו הם כי לא ניתן פרק זמן אפקטיבי להגשת התייחסויות הציבור ל-"מתווה", וכי מסמכים הכרחיים לשם גיבוש התייחסויות כאמור (ואשר נתבקשו בהליך הנוכחי במסגרת בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים) לא הומצאו לידיהם ולא פורסמו לציבור.
323. פסק דינו של כבוד השופט סולברג באותה הפרשה, קבע מפורשות כי טענות העותרים לעניין הליך השימוע ישמרו להם ככל שתוגש עתירה לאחר אישורו הסופי של ה-"מתווה", וציין כי: "כללו של דבר, אציע לחברי לדחות את העתירה **תוך שמירת זכויות לטעון ולהשיב לגבי "השימוע הציבורי" בגמר תהליך קבלת ההחלטות**".
324. עוד יצוין, בטרם יפורטו הטיעונים בהקשר הסבירות הפרוצדורלית של ההליך, כי הח"מ מכירים את העתירות הנוספות שהוגשו בעניין הנוכחי, ובפרט את עתירתה של התנועה לאיכות השלטון (בג"צ 4374/15), העומדת בהרחבה על הפגמים הפרוצדורליים שנפלו בהליך. משכך, יפורטו להלן הטיעונים הנוספים בעניין זה, ואנו מצטרפים לאמור בעתירתה של התנועה לאיכות השלטון (ולמען לא יכבידו על בית המשפט הנכבד וגם על מנת לחסוך נייר ומשאבים, לא נרחיב בעניינים שנדונו בהרחבה בעתירת התנועה לאיכות השלטון).

10.א.1. הפגמים בהליך ה-"שימוע"

325. כפי שפורט בפרק העובדתי לעיל, לאחר גיבושה של טיוטת ה-"מתווה" נערך הליך של "שימוע ציבורי", במסגרתו הוזמן הציבור להגיש את עמדתו בנוגע ל-"מתווה".
326. יחד עם זאת, הליך השימוע האמור היה בבחינת שימוע למראית עין בלבד.
327. כך, וכפי שפורט בכתבי הטענות בבג"צ 4894/15, הליך השימוע האמור פגום היורד לשורשו נוכח הפגיעה החמורה בזכות הטיעון. במסגרת זאת, נפגעה במסגרת הליך השימוע זכות הטיעון בשלושה מישורים.
328. נעמוד אם כן, בקצרה בלבד, על ההלכה הפסוקה בכל הנוגע לזכות הטיעון, ועל בסיסה נפנה להצעת הפגיעה בזכות הטיעון של הציבור במסגרת הליך ה-"שימוע".
329. זכות הטיעון קנתה אחיזה בשיטתנו המשפטית מימים ימימה והיא ממושכלות היסוד של המשפט המנהלי (כמו גם של תחומי משפט אחרים, דוגמת דיני העבודה). ודוקו, זכות הטיעון אינה תלויה בקיומה של הוראה פרטנית המעגנת את חובתה של הרשות ליתן זכות כאמור, והוראות מסוג זה, ככל שישנן, תכליתן לקבוע הסדרה ספציפית של זכות הטיעון, ואין בהן כדי לשלול את זכות הטיעון הכללית (בג"צ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים פ"ד נז(4) 577, 598 (2003); בג"צ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 31 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל; בבסיסה של זכות הטיעון שלושה עקרונות.
330. ראשית, זכות הטיעון מגשימה את האינטרס של מי שעלול להיפגע מהחלטת הרשות. במובן זה, זכות הטיעון נגזרת מכללי המשפט הטבעי, ומחייבת את הרשות לאפשר למי שעתיד להיפגע מהחלטותיה הזדמנות להשמיע טענותיו באופן שיש בו פוטנציאל אמיתי להשפיע על החלטת הרשות (וראו לדוגמה בג"צ 7289/11 קרייזי וואו בולו בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר (9.5.2013); בג"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, (20.12.2010); בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004)). כאשר עסקינן בהסדר שלו השפעה על כלל הציבור בישראל, ובפרט בהסדר לו השפעה רחבה על הציבור, קמה זכות הטיעון לכלל הציבור (בג"צ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (12.3.2010) (להלן: פרשת אדם טבע ודין)).
331. שנית, זכות הטיעון מגשימה את עקרון המנהל התקין. היא מבטיחה כי החלטה מנהלית תתקבל בשקיפות, לאחר שמיעת כל המידע הרלבנטי. במובן זה, מגלמת זכות הטיעון את האינטרס הציבורי בקבלת החלטות מושכלות, על בסיס תשתית עובדתית מלאה ככל הניתן, באופן שייתר קשיים בהמשך הדרך. במובן זה, דיון והשתתפות ציבוריים הינם בעלי מעמד משפטי בפני עצמם, ללא קשר לתוצאות ההליך. הכרעה מינהלית תקינה נדרשת לא רק לשקף את עמדת הרוב, אלא גם לוודא שהנושאים העיקריים יידונו ברצינות גם בידי הציבור בטרם הכרעה עצמה (ראו: גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 32-34 (2010); פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, פס' 92 לדעת המיעוט של השופט גובראן).
332. שלישית, זכות הטיעון מגשימה את עקרון השוויון. היא נותנת פתחון פה שווה לעשיר ולעני, למי שיש בידו להגיע לאוזני השלטון בדרכים אחרות ולמי שאין ביכולתו לעשות זאת. היא מבטיחה לכל הפחות רף מינימאלי של הגינות ושוויון בין כל מי שיש

להחלטה המנהלית נגיעה לעניינו. משמע, השתתפות ציבורית הוגנת ואפקטיבית בהליכי קבלת החלטות מבטיחה הזדמנות שווה לקבוצות השונות, ומהווה מנגנון ביקורת פנימי שנועד למנוע השפעה בלתי הוגנת של קבוצות שונות (ראו טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247, 255 (2008); דפנה ברק-ארז **אזרח-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה** 27-29 (2012); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" **קרית המשפט** ז 115, 125 (תשס"ח); דינה זילבר **ביורוקרטיה כפוליטיקה** 101-102 (2006); איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" **ספר יצחק זמיר** 119, 123 (2005); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת - נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012); חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" <http://ssrn.com/abstract=2438200> (2014) לאימוץ עמדה זו בפסיקה ראו פרשת **המרכז האקדמי למשפט ועסקים**, בפסקה 97 לדעת המיעוט של השופט גיוראן).

334. בהתאם, זכות הטיעון מחייבת את הרשות בשלושה –

335. ראשית, עליה לאפשר לציבור להעלות טענותיו לאחר שהתאפשר לו ללמוד באופן אפקטיבי את הסוגיה שעל הפרק, ולאחר שהוצגו בפניו כל החומרים הנוגעים בעניין (למעט חומרים אשר חל איסור על הצגתם). היטב של זה הזכות, הוא הנובע מזכות העיון, הקשורה בזכות הטיעון ומהווה את הבסיס לה, ויפים לעניין זה דברי השופטת פרוקציה בציינה כי: "מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיין במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה. זאת, בכפוף לסייגים ומגבלות המתחייבים להבטחת פעילותה התקינה של הרשות המינהלית. בלעדי זכות העיון, זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם" (פרשת **אלוני**, פסקה 18). יצוין בהקשר זה כי החובה להציג לציבור את כלל המידע הנדרש לצורך התייחסות אפקטיבית לצד עיגונה במסגרת זכות הטיעון וזכות העיון, אף משקפת את המגמה הברורה של המחוקקים ושל בתי המשפט להרחיב את ההגנה על חופש המידע וזכות הציבור לדעת.

336. שנית, עליה לאפשר לטוענים להשמיע טענותיהם באופן נאות ובכלל זה באופן שיבטיח זכות טיעון שוויונית לגורמים שונים בציבור (ראו לדוגמא: בג"צ 288/00 **אדם טבע ודין נ' שר הפנים**, פ"ד נה(5) 673, 691 (2001));

337. ושלישית, עליה לשקול בנפש חפצה את הטיעונים שהושמעו בפניה.

338. עינינו הרואות, כי זכות השימוע איננה עניין טכני, אלא מהותי, ועליה להיות "נאותה" ו-"הוגנת". לא זו אף זו, על הגורם המחליט להאזין לדברים בנפש חפצה, ומתוך נכונות להשתכנע ככל שבדברים יש ממש (ראו: בג"צ 554/05 **אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה**, פ"ד ס(2) 299, 316).

339. רק הקפדה שלוש רבדים אלו של זכות הטיעון תוכל להביא להגשמת תכליותיה של הזכות.

340. מכאן נפנה אם כן לפגמים שנפלו בהליך ה"שימוע".

341. **לא הוצגו בפני הציבור מסמכים הכרחיים על מנת לממש את זכות הטיעון** – כפי שפורט בבקשה שהוגשה בד בבד עם עתירה זו, קיימים שורה ארוכה של מסמכים ידועים, שניצבו בפני הגורמים הרלבנטיים בשירות המדינה, ואשר אי גילויים לציבור מנע אפשרות לגיבוש התייחסות רלבנטית ל"מתווה".
342. כבר עתה יצוין כי ליקוי זה עובר כחוט השני לאורך הליך אישור ה"מתווה" כולו, ובשום שלב לא פורסמו המסמכים האמורים.
343. **פרק הזמן שניתן להכנת ההתייחסויות היה בלתי סביר** – במסגרת ה-"שימוע", הוקצב לציבור פרק זמן של שלושה שבועות בלבד לגיבוש התייחסויותיהם ל"מתווה". ברי כי מתן פרק זמן כה קצר של שלושה שבועות, כשלפני הציבור מונחים מאות עמודים שגובשו במשך שישה חודשים של עשייה מאומצת, לא אפשרה בפועל גיבוש עמדה מושכלת ומימוש זכות הטיעון באופן נאות והוגן.
344. לעניין זה ניתן להפנות לדברים החדים שאמר בית משפט זה בפרשת אדם טבע ודין, שצוטטו לעיל. במסגרתם עמד בית המשפט על החשיבות היתרה במתן פרק זמן סביר לצורך הכנת התייחסויות של הציבור לתזכיר חוק אשר לו השלכות רחב על כלל המשק.
345. בהקשר זה, ניתן לקבל אינדיקציה לפרק זמן סביר מהליך של צו מוסכם לפי חוק ההגבלים, שמאפשר לציבור להגיש את טענותיו בתוך 30 ימים. ואולם, כבר כאן ראוי להדגיש, כי אף הממונה על ההגבלים העסקיים הבין את גודל האחריות ואת הרות גורל הסוגיה, שהוא העניק לציבור את האפשרות להגיש את עמדותיו בתוך 60 ימים, מעבר למועדים הקבועים בחוק.
346. **הליך השימוע היה נגוע באפליה** – במסגרת הליך גיבוש ה-"מתווה", כל אחת משותפויות הגז קיבלה פרק זמן של **קרוב לחצי שנה**, במסגרתו טענו במספר רב של ישיבות בפני ועדת קנדל, הממונה על ההגבלים העסקיים, קיימו משאים ומתנים עם משרד האוצר, הגישו מסמכים וחוות דעת מומחים (לרבות של חברות ייעוץ בינלאומיות) וכדומה.
347. למול פרק זמן ארוך זה שניתן לתאגידי הגז להשמיע את טענותיהם, החליטה "צוות" קנדל לקצוב את פרק הזמן הנתון לציבור בישראל להתייחס למתווה ל-21 ימים בלבד.
348. **מדובר באפליה קשה וחמורה. אפליה זו, בין בעלי האינטרס הכלכלי, לבין אלו המדברים בשל האינטרס הציבורי, פוגעת בלב ליבה של זכות הטיעון. היא נותנת לבעל המאה פתחון פה רחב יותר מזה המסור לציבור.**
349. התנהלות זו של המדינה, הנוהגת איפה ואיפה בין גורמים שונים, ונותנת לבעלי האינטרסים הכלכליים זכות טיעון נרחבת, למול זכות טיעון מצומצמת למבקשים להתייחס ל-"מתווה", מטעם הציבור, מעקרת מתוכן את תכלית זכות הטיעון. זאת, שכן המדינה מרחיבה את זכות הטיעון דווקא של מי שממילא יש להם גישה נרחבת למקבלי ההחלטות, ודווקא לציבור הרחב, שיכולתו להשמיע טענותיו בפני מקבלי ההחלטות מצומצמת, ניתנת זכות טיעון בהיקף מוגבל ולא סביר.
350. לסיכום חלק זה, נבקש להדגיש שני היבטים של הפגיעה הקשה והחמורה בזכות הטיעון במסגרת הליך ה-"שימוע".
351. בראש ובראשונה, הליך זה היה הראשון והיחיד בו ניתנה אפשרות (לא אפקטיבית)

לציבור לנסות והשפיע על רכיבי המתווה שהתקבלו מכוח החלטת ממשלה ואינם תלויים בחובת ההיוועצות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. משמע, בכל הנוגע לרכיבים אלו ב-"מתווה", לא התקיים כל הליך מאוחר יותר ש-"ריפא" את הליקויים.

352. שנית וחשוב מכך, כפי שיפורט להלן, גם בנוגע לרכיבי ה-"מתווה" שנקבעו מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הפגמים החמורים בהליך ה-"שימוע" לא תוקנו, וממילא לא רופאו, בהמשך ההליך.

2.א.10. המשיבים מנעו מוועדת הכלכלה של הכנסת מסמכים הכרחיים לשם קיומו של הליך היוועצות כמשמעותו בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

353. בהמשך לאמור, ולאחר קיום ה-"שימוע" הציבורי, פנה ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה ליו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת לשם עריכת היוועצות טרם הפעלת הסמכות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

354. כחובתו על פי דין, קידם יו"ר ועדת הכלכלה, בנפש חפצה את ההליך ההיוועצות.

355. יחד עם זאת, הודיע יו"ר ועדת הכלכלה כי לשם קיומה של היוועצות על פי דין, יש לספק לידי הוועדה חומרים מהותיים הנדרשים לשם הפעלת שיקול הדעת (ראו נספח ע/54 לעיל). כמו כן, קבעה הוועדה כי על שורה של גורמים המעורבים בהליך גיבוש ה-"מתווה" להתייצב בפניה על מנת להשיב לשאלותיה.

356. בהקשר זה יש להדגיש – הליך היוועצות הוא הליך ססטוטורי, שלו חשיבות ראשונה במעלה לשם הבטחת המנהל התקין. בהקשר זה, וכפי שפורט לעיל, השימוש בסמכויות על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מהווה "חריג כבד" לדיני ההגבלים העסקיים. מטבע הדברים, משניתנה הסמכות להכריע בעניין שיש בו מגוון היבטים מקצועיים והאיזון וההכרעה ניתנו שלא בידיו של הגורם המקצועי האמון על כך, אלא נקבע כי יופעלו על ידי שר, וניתנה לאותו שר הסמכות למתן הטבות לגופים עסקיים ספציפיים, נוצר חשש ממשי כי שיקולים שאינם מקצועיים (פוליטיים או אחרים) ישמשו הבסיס להחלטה. משכך, מבטיח הליך היוועצות כי הכנסת, שאינה תלויה בשר, תפקח על הפעלת הסמכות בדרך של בחינת מלוא החומר הרלבנטי וגיבוש עמדתה בנוגע להפעלת הסמכות האמורה.

357. חשיבותו של הליך היוועצות רבה במיוחד במקרה דנן, בו עסקין ב-"מתווה" אשר השפעתו על כלכלתה של מדינת ישראל חסרת תקדים, והוא עתיד לעצב את הכלכלה הישראלית לדורות הבאים.

358. עוד יש להדגיש – אין עסקין בדיון רגיל של ועדה מועדות הכנסת. מדובר במצב בו החוק עצמו מקנה סמכות מיוחדת לוועדה של הכנסת לגבש דעה עצמאית ובלתי תלויה בכל הנוגע לאופן הפעלת הסמכות המבוקשת על ידי שר הכלכלה.

359. לא יכולה להיות מחלוקת, כי בנסיבות המקרה הנוכחי, פעלה ועדת הכלכלה של הכנסת כמיטב יכולתה על מנת לגבש תשתית עובדתית מלאה טרם תקבל את החלטה.

360. יחד עם זאת, וכפי שפורט בפרק העובדתי של העתירה, חרף בקשתו המפורשת של יו"ר ועדת הכלכלה, סירבו המשיבים להעביר לידיו חומרים שהם הכרחיים על מנת להשלים

את גיבושה של התשתית העובדתית הנדרשת לצורך קיומה של היוועצות.

361. כך, וכפי שפורט, סירבו המשיבים להעביר לידי יו"ר ועדת הכלכלה בין היתר את המסמכים שורת המסמכים שפורטו בבקשה שהוגשה יחד עם עתירה זו לגילוי מסמכים, ומנעו מן הוועדה מידע חיוני בנושאים מהותיים

362. ברי, כי שלילת האפשרות לעיין במסמכים האמורים מהווה פגם היורד לשורש ההליך בהיוועצות כולה, שכן המשיבים מנעו מוועדת הכלכלה להשלים את הליך ההיוועצות, ופגמו ביכולתה של הכנסת לפקח על הפעלת הסמכות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

363. בהמשך לאמור, לקראת דיוני הוועדה, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את נציגי משרדי הממשלה, לרבות שרים, שלא לגלות בפני הוועדה את עמדתם, ולייצג את עמדת הממשלה בלבד. הדברים מקבלים משנה חומרה נוכח העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה עצמו לא עסק כלל ב-"מתווה" ולא בחן אותו מבחינה משפטית – כחובתו שאיננה ניתנת לאצילה.

364. ברי, כי אין מדובר במצב בו דורשת ועדה מועדות הכנסת מנציגי הרשות המבצעת הסברים במהלך הדברים הרגיל, או אז חלה עליו חובה לייצג את עמדת הממשלה.

365. עסקינן במצב בו מוטלת על ועדת הכלכלה של הכנסת חובה לגבש עמדה עצמאית ובלתי תלויה בשאלת הפעלת הסמכות על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

366. הוועדה זכאית וחייבת להיות במצב בו יעמוד בפניה מלוא המידע, חוות הדעת, ההערכות, הניתוחים והתחשיבים וכל מידע אחר שעמדו בפני הממשלה, השר, "צוות קנדל" וכל גורם אחר שהיה מעורב בגיבוש ה-"מתווה".

367. במצב דברים זה, חובה על כל גורם, ובפרט על כל גורם מקצועי, להציג בפני הוועדה את מלוא המידע והשיקולים שעמדו בפניו, ולגלות את דעתו המקצועית. הגבלת הבעת העמדות המקצועיות, כפי שעשה היועץ המשפטי לממשלה, המשיב מס' 5 בהנחייתו האמורה, פגעה ופגמה פגם יסודי ועמוק ביכולתה של ועדת הכלכלה של הכנסת לגבש עמדה עצמאית ובלתי תלויה בעניין הנדון.

368. לסיכום חלק זה, נטען שתי טענות מרכזיות.

369. ראשית, נוכח המשך מדיניות ההסתרה של הממשלה ושר הכלכלה, מניעת הצגת המידע והמסמכים הנדרשים, והגבלת האפשרות של גורמי המקצוע לגלות את דעתם בפני ועדת הכלכלה, ודאי שאין ההליך בפני ועדת הכלכלה יכול ל"רפא" ליקויים שנפלו בשלבים קודמים של גיבוש ה-"מתווה".

370. ושנית, התנהלותו של המשיב מס' 5 מנעה באופן אפקטיבי את השלמת הליך ההיוועצות עצמו, ומשכך, לא עמד הממשלה בתנאים לאישור ה-"מתווה" וכן המשיב מס' 1 לא עמד בתנאי המקדמי להפעלת סמכות על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הוא קיומה של היוועצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת.

10.א.3. המשיב 1 לא קיים את חובת היוועצות בנפש חפצה

371. לאחר השלמת הליך ההיוועצות, על בסיס המידע שהוצג לה, גיבשה ועדת הכלכלה של הכנסת עמדה סדורה, מנומקת וברורה, השוללת את הפעלת הסמכויות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים בנסיבות העניין. חרף עמדה זו, בפרק זמן של פחות מ-24 שעות, התעלם המשיב מס' 2 מעמדתה הסדורה והמנומקת – עצתה של ועדת הכלכלה של הכנסת, והפעיל ללא היסוס את סמכותו על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

372. בהקשר זה, הלכה נוהגת היא כי על רשות מנהלית, ובפרט, על שר המחויב בהיוועצות טרם קבלת החלטה, לקיים את הליך היוועצות בנפש חפצה.

373. בהמשך לכך, פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון מלמדת כי מקום בו מחליט בעל סמכות בניגוד לעמדת הגורם המייעץ חלה עליו החובה לנמק את טעמיו, על מנת להבטיח כי ההחלטה סבירה ולא נתקבלה בשרירות או משיקולים זרים.

374. במקרה דנן, ועדת הכלכלה של הכנסת קיימה לשם ההיוועצות מספר ישיבות ניכר, שמעה וחקרה את נציגי המדינה, שמעה עדים עצמאיים, שמעה את עמדות הציבור, עיינה במסמכים, הן מטעם המשיבים הן מטעם גורמים בלתי תלויים, וגיבשה המלצתה הסדורה והמנומקת.

375. לא יכול להיות ספק, כי המשיב מס' 2 לא שקל כלל בפרק הזמן הקצר שנדרש לו לקבל את החלטתו בדבר הפעלת סמכותו את המלצתה של ועדת הכלכלה. זאת, ועוד. המסמך הקצר, במסגרתו הודיע המשיב מס' 2 על הפעלת הסמכות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, אינו כולל כל נימוק של ממש, וודאי שאין בו התייחסות ממשית לדברים שנכתבו בהמלצה של ועדת הכלכלה של הכנסת, ולטעמים שמנתה מדוע אין להפעיל סמכותו מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים ואין להעניק הפטורים האמורים.

376. משכך, יש לקבוע כי הפעלת הסמכות האמורה בטלה גם מהטעם שהמשיב מס' 2 לא קיים הליך של היוועצות בנפש חפצה.

10.א.4. החלטת השר מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים התקבלה מבלי שהונחה בפניו התשתית העובדתית המלאה לקבלתה

377. בהמשך לאמור, נטען כי החלטת השר חורגת בצורה קיצונית ממתחם הסבירות הפרוצדורלי, שכן לא הוצגה בפני השר התשתית העובדתית המלאה הנדרשת לשם קבלת ההחלטה.

378. **ההחלטה לא נתנה משקל מספק לשינוי הנסיבות ממועד גיבוש ה-"מתווה" ועד למועד אישורו** - בראש ובראשונה, יצוין כי חל שינוי עובדתי משמעות ממועד עבודתה של "צוות" קנדל, כמו גם ממועד קבלת החלטת הממשלה בדבר אימוץ ה-"מתווה", המעקר מתוכן את חוות הדעת המקצועיות שעמדו בבסיס ההחלטה.

379. כך, לאחר אישור ה-"מתווה" בממשלה, ביום 30.8.2015, נתברר כי נתגלה מאגר גז טבעי במצרים (מאגר Zohr), ומשכך כלל השיקולים לעניין השפעת ה-"מתווה" על היחסים עם מצרים צריכים להיבחן מחדש. חלף זאת, הסתפקה הממשלה בחוות דעת מעדכנות וחלקיות. זאת, הגם שלמעשה מדובר בלב ליבו של השיקול שמכוחו הופעלה הסמכות על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מלכתחילה.

380. יובהר, אף אם אין בשינוי עובדתי זה כדי להצדיק, לגישת המשיב מסי' 2, את אי הפעלת הסמכות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ודאי שיש בו כדי להצדיק בחינה מדוקדקת של סעיפי ה-"מתווה" נוכח שינוי הנסיבות. כל בחינה שכזו לא נערכה, וה-"מתווה" נותר באותה המתכונת ממש טרם גילוי מאגר הגז המצרי ולאחרי, משל לא השתנתה תמונת המצב האיזורית מקצה לקצה.

381. חשיפתה של המדינה לסיכונים במישור הזין הבינלאומי - בהמשך לכך, וכפי שפורט לעיל, ככל שיטענו המשיבים מטעם המדינה, ונובל אנרג'י, כי אין ה-"מתווה" מגדיל את חשיפתה של המדינה לסיכונים בפני טריבונלים בינלאומיים, הרי שהתשתית העובדתית שהוצגה בפני הממשלה ושר הכלכלה בעניין זה על ידי משרד המשפטים הייתה שגויה ומטעה ונועדה ליצור אפקט מרתיע ומדרבן לשם אישור ה-"מתווה" תחת האיום העמום בדבר "תביעות בבוררות בינלאומית".

382. ויודגש, לא בלבד שעו"ד אבי ליכט, שייצג את משרד המשפטים, הציג את הסיכון המשפטי האמור כממשי וקיים, אלא שהוא, כמו גם יתר נציגי הממשלה, שבו שוב ושוב על המשקל המשמעותי שניתן לשיקול זה במסגרת קבלת ההחלטות, אך זאת כאמור תוך סירוב מוחלט לחשוף כל פרט או הערכה לגביו. משכך, ככל שאין ממש בטענה עובדתית זו, הרי שממילא כלל שיקול הדעת שהופעל על בסיסה בטל הוא.

383. בפני הממשלה והשר לא היו מסמכים מרכזיים אשר כל רשות סבירה הייתה צריכה להיעזר בהם במסגרת קבלת החלטתה – בהמשך לחסרים האמורים, מלכתחילה, הייתה התשתית העובדתית שעמדה בפני "צוות" קנדל, בפני הממשלה ובפני שר הכלכלה, בלתי מספקת.

384. זאת, נוכח העדרם של שורת מסמכים מרכזיים, הדרושים לשם קבלת ההכרעה.

385. כך, בשום שלב לא הוכנו, למיטב ידיעתנו, בשום שלב של ההליך, חוות דעת לבחינת החלופות ל-"מתווה". בדומה, בשום שלב לא הוצגה בפני הגורמים השונים המעורבים בהליך חוות דעת לבחינת ההשלכות התחרותיות של ה-"מתווה" למול החלופות לו.

386. בהקשר זה, יודגש כי הבאת חוות דעת לבחינת ההשלכות של הגבל עסקי על התחרות היא פרקטיקה בסיסית ונוהגת במדינות רבות בעולם. חוות דעת אלו, המוכרות כ-Competitive Impact Statement – CIS, מאפשרות לרשות לתת משקל ראוי וממשי במסגרת שיקוליה להשפעה על התחרות שתיווצר מכוח קיומו של ההגבל העסקי.

387. במסגרת זאת, כעולה מדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת, לא גובש בשום שלב מסמך המעריך את הסיכוי כי מתחרים אחרים בתחום הגז הטבעי יבקשו לרכוש את המאגרים ככל שתחויב מכירתם (בין אם כעת, ובין אם במסגרת ה-"מתווה"), ואת העלויות הצפויות למשקיעים והסיכוי שימצא המימון לפיתוח חלופי.

388. כך, ציין ד"ר מיכאל שראל, לשעבר הכלכלן הראשי במשרד האוצר, כי:

"יש טענה אחרת יותר מעניינת שאומרת שללא ייצוא לא יהיה פיתוח של הגז, כי צריך לקבל מימון מבנקים וממשקיעים אחרים ובלי אפשרות לייצא לא יהיה פיתוח. הטענה הזו לדעתי לא בטוח נכונה כי יכול להיות שאם בודקים באמת

מה דרישות המימון של הבנקים ושל הגופים האחרים, יכול להיות שייצוא של 100 או 200 מספיק ולא צריך 400. עוד לא ראיתי ניתוח מפורט מנקודת מבטם של המממנים שמגיע למסקנה שצריך דווקא 400 ולא 100 או 200. יכול להיות שצריך 100 או 200 כדי להקדים את זה ובאמת יש חשיבות לעיתוי, אבל לא ראיתי ניתוח שמדבר דווקא על 400.

[...]

גם אם זה נכון שאי-אפשר לקבל מימון אם אין ייצוא, לדעתי במצב כזה צריך לבדוק את החלופות האחרות לפיתוח המאגר על-ידי התערבות ממשלתית ישירה. או על-ידי מתן ערבויות, או על-ידי הנחה בהכנסות ממסים, או על-ידי סיוע כספי מהתקציב.

צריך לפחות לבחון את זה. יכול להיות שהתוצאה בסוף תצא שזה מאוד יקר לממן את זה מהתקציב.

לדעתי לא נעשה ניתוח כזה באמת. לא נבדקו אלטרנטיבות. השתמשו בכלי של הייצוא כאמצעי לאפשר פיתוח מהיר של המאגרים בלי לבדוק את החלופות האחרות שיכלו אולי להשיג את אותה תוצאה עם מחיר הרבה יותר נמוך מהרבה מיליארדי דולרים שלדעתי ייגרם נשק למשק ולממשלה כתוצאה מזה שמאפשרים BCM 400 ולא 0-200.

[...]

אני אומר שיכול להיות שאפשר לפתח את לווייתן גם אם מייצאים 200 או 100 ולא 400. צריך לבחון את זה, הדבר הזה לא נבחן בצורה משמעותית.

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

389. בדומה, ציין צבי ורטיקובסקי, ממשרד מבקר המדינה, כי: "היינו מצפים שייעשו

בדיקה ובנייה של חלופות למקרה שאחת ההנחות או אחת מאבני היסוד שבמדיניות, כולל המתווה, חלילה לא תצא מסיבה כזאת או אחרת מן הכוח אל הפועל. שתהיה תכנית מגירה בידי המדינה על מנת לא לגרום נזק חמור למשק המדינה. נדונו כל מיני רעיונות אבל אנחנו לא ראינו שיש תכניות ממשיות למקרה של כשל." (פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

390. זאת, ועוד. השר לאיכות הסביבה ציין מפורשות כי משרדו הכין תוכנית חלופית

מגובשת ומפורטת, אלא שהממשלה סירבה כלל לבחון תוכנית זאת, ובלשונו:

"הכנו מתווה חלופי, שאותו הצעתי לראש הממשלה, למנכ"ל משרד ראש הממשלה, לשר התשתיות, מתווה שלי אין ספק שהיה פותר את בעיות היסוד במשק הגז [...]. לצערי, הרכבת כבר היתה בתאוצה ונאמר לי שזה מאוחר מדי."

(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

391. ויודגש כי העובדה שלא גובשה כלל חוות דעת לעניין זה, ולא התקיימה כל בחינה

משמעותית של שאלת המימון האפשרי של חלופות פיתוח, לא מנעה מהטענה בדבר העדרו של מימון לשמש כשיקול מרכזי במסגרת השיקולים שנשקלו. כך, ציינה נגידת בנק ישראל, קרנית פלוג, כי: "אני חושבת שבאמת חוזי ייצוא מגבירים את הסיכוי שאכן יהיה מימון בהיקף הנדרש שיהיה זמין לפיתוח של 'לווייתן'. (פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

392. בהקשר זה יש לייחס חשיבות מרובה לדבריו של ממלא מקום שר הכלכלה עצמו, ראש הממשלה בנימין נתניהו, אשר אמר בריש גלי בפני ועדת הכלכלה של הכנסת כי:

"הועמדתי בפני שלוש אפשרויות: אפשרות אחת זה להיכנס להליך משפטי, מה שהיה משאיר שחקן יחיד, וכמובן אנחנו גם לא יודעים מה היה קורה אחרי שנים של הליך משפטי, אף אחד לא מבטיח שהיינו מנצחים, אז זה היה תוקע את הפיתוח של השדות בוודאות. אפשרות שנייה היא מונופול מפקח, זה גם שחקן יחיד. כבר ראיתי כשמפקחים על מחירים בדרך כלל המחירים עולים, וודאי שזה לא מזמין השקעות נוספות שהיו מפתחות שדות נוספים... האפשרות השלישית זה המתווה המוסכם. המתווה הזה יכול להביא שחקנים נוספים, הוא יפתח את "לוויתן" ו"כריש-תנין", הוא לוקח מצב שהיה 100% אחזקות של "דלק" ו"נובל", והוא פותח את זה לשחקנים חדשים. והדבר הזה כמובן עדיף על האופציות האחרות. ואם בכלל מדברים על תחרות, אם מדברים על גיוון, אני מאמין שזה המתווה היחיד שבא בחשבון."
(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015)

393. הווה אומר – ראש הממשלה, הממלא בפועל את מקום שר הכלכלה מודה, בפה מלא ובמפורש, כי ה-"מתווה" האפשרי היחיד שהוצג לו הוא ה-"מתווה" הנוכחי. זאת, הגם שאין ספק כי היה בנמצא מתווה חלופי (שהרי השר גבאי ציין שפנה לממלא מקום שר הכלכלה על מנת להציג לו מתווה שכזה), והגם שלא יכול להיות ספק שראוי היה לבחון חלופות נוספות למתווה.

394. ובדומה להעדר חלופות לעניין הניתוח הכלכלי, נדמה שאף לא הוצגו כל חלופות ריאליות לעניין האפשרויות המדיניות והביטחוניות העומדות בפני מדינת ישראל. כך, ציין בהקשר זה עוזי ארד, לשעבר היועץ לביטחון לאומי וראש המועצה לביטחון לאומי והיועץ המדיני של ראש הממשלה, כי:

"חוק המל"ל מחייב וקובע כיצד יש להכין את דיוני הקבינט. קובע, למשל כעיקרון מדריך שיש להציג חלופות. זהו לקח ממלחמת לבנון השנייה, חלופות הן הכרח. לעיתים קובע שצריך למפות את החלופות שיש במערכת. אין מצב שמביאים נושא, ואומרים: יש ברירה אחת Take it or leave it, זה מנוגד לעיקרון. יש לפתח חלופות ולהציג אותן. המל"ל צריך על-פי חוק המל"ל לנתח את החלופות על משמעויותיהן"
(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת, 2.12.2015).

395. מר יוסי כהן, ראש המועצה לביטחון לאומי (שבינתיים מונה להיות ראש המוסד למודיעין ותפקידים מיוחדים), נדרש לסוגיה זו וציין כי בפני ועדת הכלכלה של הכנסת כי:

"אני לא יכול כרגע לזכור מהפרוטוקולים של עצם קיומו של הדיון שמישהו אמר או כתב חוות דעת שמנוגדת לדבר הזה"
(פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת, 6.12.2015).

396. ויודגש, בשלב זה של טיעוננו אין אנו עוסקים בשאלה האם שיקול התחרות עצמו זכה לדי משקל מול שיקולים מתחרים. עניינו הוא בעובדה הפשוטה כי בפני השר לא היו כל נתונים רלבנטיים שיכלו לאפשר לו לבחון את הפגיעה הצפויה בתחרות בשל אימוץ ה-"מתווה", וודאי שלא היו בפניו נתונים שאפשרו לו לבחון את ההבדל ברמת הפגיעה הצפויה

לו תאומץ חלופה ל-"מתווה".

397. בפשטות, הן "צוות" קנדל, הן שר הכלכלה עצמו, לא עמדו ברף מקצועי מינימאלי על מנת להעריך את המשמעויות הכלכליות הנובעות ממתן הפטורים להגבלים העסקיים. משכך, לא הייתה להם היכולת, ולו באופן תיאורטי, לתת משקל ראוי לשיקול זה למול יתר השיקולים הרלבנטיים.

398. רשלנות מקצועית זו בולטת וחרیפה במיוחד נוכח ההתבטאויות החוזרות והנשנות של שר הכלכלה ונציגי הממשלה בדבר ההשפעה הצפויה על התחרות..

399. בעניין זה יש להטעים כי נקודת המוצא המשפטית היא כי **אנו מצויים במצב בו יש פגיעה בתחרות** – וכי כדי "לחלץ" הסוגיה ממערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים - הוחלט על הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים – תוך הבאת טענות נוגדות (ולטענת המדינה כבדות משקל יותר משיקולי הפגיעה בתחרות) – מתחום יחסי החוץ ו/או הביטחון.

400. **בתמצית אם כן** – ענייננו בהליך בו מלכתחילה לא גובשו כלל חוות דעת מקצועיות מקובלות ואלמנטריות לבחינת ההשפעה על התחרות, ובו המשקל שניתן לשיקולים הלב-תחרותיים ניתן על בסיס נסיבות שהשתנו במהלך הליך אישור ה-"מתווה". התמונה אם כן היא כזו – בפני השר, בבואו להחליט, לא עמדו הנתונים הרלבנטיים לבחינת ההשפעה על התחרות, ובה בעת שלא עמדו בפניו הנתונים הרלבנטיים לבחינת ההשפעה על יחסי החוץ והביטחון של מדינת ישראל.

401. במצב דברים זה, ברור על פני הדברים כי לא היה ביכולתו של השר לגבש החלטה מושכלת (לכאן או לכאן) שכן לא היו בידיו הנתונים הנדרשים לכך.

402. ויודגש, אין מדובר בהחלט שולית בין החלטות רבות שמקבל בעל הסמכות – מדובר בהחלטה הכלכלית המשמעותית ביותר שנתקבלה במדינת ישראל מזה שנים ארוכות. במצב זה, אי עמידת המשיב מס' 2 בסטנדרט מקצועי מינימאלי, והעדרה של תשתית עובדתית מינימאלית לשם קבלת ההחלטה, די בה כשלעצמה כדי להביא לבטלות ההחלטה כולה.

11. הסבירות המהותית

11.א. מערך השיקולים שעל השר לשקול

403. בהמשך לאמור, במישור הסבירות המהותית, על השר לייתן משקל הולם למכלול השיקולים הנוגעים לעניין. במסגרת זו, כפי שפורט לעיל, מתן היתר לקיומו של הסדר כובל, אף בדרך המלך על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, יכול שיעשה על בסיס שיקולים תחרותיים ולבר תחרותיים כאחד, ובלבד שינתן לשיקולים השונים המשקל הראוי במסגרת ההחלטה.

404. ייחודה של הסמכות על פי סעיף 52 היא בכך שהסעיף מתיר לשר להחליף את שיקול דעת בית הדין להגבלים עסקיים בשיקול דעתו שלו, וזאת, נוכח הכרותו המלאה יותר עם שיקולי הביטחון ושיקולי מדיניות החוץ. יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי השר פטור ממתן משקל ראוי אף לשיקולי התחרות, כמפורט בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

405. בפשטות, אם כן, במסגרת החלטתו מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, על השר לשקול את מלוא שיקולי התחרות והשיקולים הלב-תחרותיים המפורטים בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, כפי שפורשו בפסיקה, וכן הוא רשאי לשקול שיקולים של ביטחון

המדינה ויחסי החוץ שלה. על ההחלטה ליתן משקל ראוי לשיקולים השונים, ולאזן ביניהם, ולא ניתן במסגרת ההחלטה להתעלם משיקולי התחרות, או ליתן להם משקל זניח למוט שיקולי יחסי החוץ של המדינה וביטחונה.

א. חוסר סבירות ההחלטה המנהלית במישור הזמן

11.א.1. אי סבירות משך תחולתו של ה"מתווה"

406. לצד החובה לשקול את מכלול השיקולים הרלבנטיים, לרבות שיקולי התחרות, סבירותה של החלטה מנהלית נבחנת אף במישור הזמן. הלכה היא כי על דרך הכלל, אין רשות מנהלית רשאית לכבול את שיקול דעתה העתידי. מקום בו עסקינן בהחלטה הנוגעת לגורם ספציפי, כבמקרה הנוכחי, הרשות רשאית לקבוע הסדרי לפרקי זמן סבירים, על מנת להבטיח פעילות תקינה של המשק, אך אין היא יכולה לקבוע הסדרים שישללו ממנה את שיקול דעתה העתידי, לפרקי זמן החורגים ממתחם הסבירות. בהקשר זה, האיזון, אשר אומץ ככלל בפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים ובהחלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, בין צרכי הודאות המשקית לחובת הרשות לשוב ולבחון את מדיניותה, עומד לרוב על שנים ספורות (עד חמש שנים) (וראו לדוגמא בהקשר זה הי"ע (י-ם) 8011/03 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מובילי החלב העצמאיים** (פורסם בנבו, 20.1.2005); הי"ע (י-ם) 508/04 **תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה** (פורסם בנבו, 13.9.2005)). ברי, כי ככל שלא חל בתקופה זו שינוי נסיבות, ודאי שניתן יהיה לשוב ולהתיר את המשך קיומו של ההסדר הכובל. יחד עם זאת, בקביעת פרק הזמן להתקיימות ההסדר יש לתת משקל משמעותי לאפשרות של שינוי נסיבות, ועל פרק הזמן שיקבע לקיומו של ההסדר הכובל להיות מבוסס על האפשרות כי במצב של שינוי נסיבות האינטרס הציבורי יחייב שינוי של הפטור, או ביטולו.

11.א.2. ה-"מתווה" נגוע בחוסר סבירות קיצוני ובלתי מידתי בעליל

11.א.2.א. ה-"מתווה" איננו יכול להשיג את יעדיו המוצהרים

407. ה-"מתווה" מבקש להשיג שורה של יעדים שאין להמעיט בחשיבותם:

- a. יצירת תחרות במשק הגז הטבעי של מדינת ישראל;
- b. יצירת והבטחת יתירות ושרידות במשק הגז הטבעי בטווח זמן קצר;
- c. הבטחת היצע גז טבעי הנדרש למתן מענה לביקושי השוק הישראלי;
- d. עידוד חיפושים נוספים;

408. דא עקא, שה-"מתווה" לא רק שאינו יכול להשיג יעדים אלו – אלא שהוא אף מבטיח שהם לא יושגו או שהסיכוי שיושגו יקטן משמעותית.

11.א.2.ב. [אי] יצירת תחרות במשק הגז הטבעי של מדינת ישראל

409. בנושא התחרות הדברים הם ברורים ופשוטים. "מתווה" הגז הטבעי ינציח ויבטיח קיום מונופול המורכב מקבוצת דלק ונובל אנרג'י שישלוט בשוק הגז הטבעי לעשרות שנים. ההסדר המבני שיוצר ה-"מתווה" מבטיח כי לא תתקיים כל תחרות במשק הגז הטבעי. מבנה השוק יורכב מקבוצה השולטת בשני מאגרי הענק – "תמר" ו-"לווייתן" ביניהם לא

תתקיים כל תחרות. גם לאחר יציאת קבוצת דלק ממאגר "תמר" וירידת חלקה של נובל שם ל-25% - לא תהיה כל תחרות בין המאגרים.

410. יתרה מכך, מכיוון ששוק הגז הטבעי מתאפיין בחוזים ארוכי טווח – חלק ניכר מעתודות הגז הקיימות במאגר "תמר" תהיינה כבר משועבדות להסכמים אלו במועד בו דלק תצא מן המאגר – ולכן אף אם היה פוטנציאל כלשהו לתחרות – היא לא תתקיים – באשר יתרת העתודות שתהיה פנויה תהיה קטנה מדי לשמש כגורם בעל השפעה תחרותית באותו מועד.

411. גם מאגרי "כריש" ו-"תנין" אין בכוחם ליצור משקל נגד מהותי ומשמעותי לכוחו העצום של המונופול. די אם נדגיש הנקודות הבאות כדי שיהא ברור שאין הם יכולים להוות גורם יוצר תחרות:

- א. מדובר במאגרים שטרם החל פיתוחם – שיארך מספר שנים;
- ב. המדובר במאגרים קטנים משמעותית ממאגרי "תמר" ו-"לוויתן" – כך שהעלות השולית של הפקת הגז מהם – תהא בהכרח גבוהה מזו של שני מאגרי הענק;
- ג. על פי הידוע מאגרים אלו יהיו תלויים בצינור הולכה שיוקם וישרת את קבוצת דלק ונובל;
- ד. מניתוח מומחה (פרופ' מוטי פרי) שנעשה לגבי התרחיש החזוי להתנהגות שני מאגרים אלו – במסגרת ההתנגדות לטיטות הצו המוסכם שפרסם בשעתו הממונה על ההגבלים העסקיים – עלה כי התרחיש הסביר (שלא לומר הוודאי כמעט) הוא כי המונופול של "תמר" ו-"לוויתן" יותיר נתח שוק מוגדר לבעלי "כריש-תנין" וכי אלו יפעלו כלפי נתח שוק – שהינו בבחינת "צרכן שבוי" שלהם – בדיוק כפי שפועל היום מונופול הגז כלפי כלל המשק הישראלי – קרי מנצל את מעמדו לרעה וגובה מחיר מופרז הכולל רנטה מונופוליסטית משמעותית;

412. לכן, ניתן לסכם ולומר (בעצב) ברמת ודאות גבוהה כי ה-"מתווה" איננו יוצר תחרות וכי הוא מקבע מבנה שוק מונופוליסטי ונעדר כל תחרות של ממש.

413. יתרה מכך, ממשלה סבירה ורגולטורים סבירים חייבים להיערך למצב בו היעד הנכסף (תחרות) לא יושג ולקבוע במסגרת ה-"מתווה" הסדרים למצב כזה.

414. הכוונה היא לקביעתם של הסדרים שיחולו במצב של כישלון התממשות התחרות ושתהיה בידי הממשלה והרגולטורים השונים הכוחות והיכולת למשש ולאכוף אותם – מבלי ששותפויות הגז יגררו אותם להליכים משפטיים ארוכים.

415. במילים פשוטות הכוונה היא להסדר כזה, לשם הדוגמא:

"היה ולא התפתחה תחרות במשק הישראלי עד ליום X, הרי שאז יתבצעו הצעדים הבאים:

א. יוטל פיקוח מרבי על מחיר הגז הטבעי;

ב. יופרדו האחזקות במאגר "לוויתן";

כמובן שהסדר כזה צריך להגדיר מראש (על מנת למנוע מחלוקות) מהו מצב של "תחרות במשק הישראלי". כמו כן הוא צריך לכלול הצהרה חד-צדדית ומחייבת של שותפויות הגז לפיהן הן מחויבות לפעול ולקיים הסדר כאמור וכן הוא צריך לכלול קבלת יפוי כח בלתי חוזר למכירת ומימוש האחזקות שלהן במאגר "לוויתן". הסדר כזה של מכירת נכסי מפתח מכונה Crown Jewels Clause והוא פרקטיקה מקובלת על רשויות הגבלים בארה"ב.

416. האמור מעלה ממחיש עד כמה ה-"מתווה" לקוי, בלתי סביר, רשלני וחד-צדדי. אין בו שום הסדר דומה לאמור מעלה.

417. מכאן עולה שה-"מתווה" ינציח ויקבע מונופול שישלוט ללא מצרים במשק הגז הטבעי של מדינת ישראל לעשרות שנים.

11.2.א.ג. אי קביעת פיקוח מחיר מרבי

418. נבחן כעת הדרך המקובלת והמתחייבת לטיפול במונופול מעין זה – בשים לב לכך שמדובר בגורם יחיד המספק כעת על מלוא התפוקה המקומית (למעט כאמור הספקת ה-LNG דרך מצוף חדרה ולמעט חזקת ערד הזניחה), הצפוי להמשיך לשלוט עליה לשנים הקרובות בוודאות ואף לאחר מועד זה – יהיה הגורם המשמעותי והגדול ביותר בהספקת גז טבעי למשק הישראלי, כך לאחר כניסת השחקן "כריש-תנין".

419. מונופול שולט למעשה על 2 מרכיבים מרכזיים בשוק של מוצר/שירות מסויים – הכמות המסופקת והמחיר שישורר בשוק. המונופול יפעל לקביעת מחיר הגבוה מן המחיר שהיה נקבע בשווי משקל תחרותי (Nash Equilibrium) והכולל רנטה מונופוליסטית – תוך הקטנת הכמות המסופקת⁶⁹ וגרימת נזק כלכלי לציבור (המכונה "Dead-weight" welfare loss) – נזק הנובע ממצב של תת-תפוקה.

420. לכן, מרכיבי האסדרה הבסיסיים ביותר בהקשר של מונופול הם התערבות או פיקוח על המחירים והכמויות המיוצרות או מופקות על ידו, על מנת למנוע נזק זה.

421. כיום, גובה מונופול הגז מחיר מונופוליסטי מופרז הכולל רנטה מונופוליסטית והעולה באופן ניכר על המחירים שהיו נקבעים בשוק בתנאי שווי משקל תחרותי. האמור עולה בבירור ונתמך בחוות הדעת של המומחה מטעם הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל), Ascarì Sergio וכן Prof. J. Smith⁷⁰.

422. האמור אף עולה בבירור מחוות הדעת שהוגשה לרשות הגז הטבעי, על ידי חברת היועץ הכלכלי הלוי-דוייק משנת 2012 שבחנה וניתחה מהו המחיר ורמות התשואה המתקבלות בכל מחיר נתון.

423. בניגוד לטענות שיביאו המשיבים, פיקוח מחיר מרבי הוא התרופה היחידה למבנה השוק שנוצר – בו שולט מונופול (שחקן יחיד) על כלל התפוקה לשוק – כל עוד לא יחול שינוי מבני משמעותי ותיווצר תחרות של ממש.

⁶⁹ Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization, PHI Learning Private Ltd, 2014, p. 66-8

⁷⁰ שהוגשה במסגרת ת"צ (מחויז מרכז) 35507-06-14, משה ניזרי נ' נובל אנרג'י מדיטריניאן בע"מ.

424. אך, המדינה על גופיה ורשויותיה – נמנעת במודע ובמכוון מקביעת מחיר מרבי – בכך היא פועלת בחוסר סבירות קיצוני – עת היא חושפת את המשק, והציבור למחיר מונופוליסטי של משאב הגז הטבעי. מחיר שכולל רנטה מונופוליסטית משמעותית. הדבר מקבל משנה חומרה – עת מדובר במשאב של הציבור – אשר משווק ונמכר לו (במישרין או בעקיפין) על ידי מונופול הגובה מן הציבור רנטה מונופוליסטית העולה על 3 \$/MMBTU.
425. הטלת פיקוח מחיר מרבי איננה זרה לא למשפט ולכלכלה בישראל ואף לא למדינות אחרות – ובהן גם ארה"ב. בישראל קיים חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים עוד משנת 1957, חוק זה הוחלף בחוק מודרני בשנת 1996. מכוחו הוצאו לאורך השנים עשרות רבות (וכנראה מאות במצטבר) צווי פיקוח מחיר מרבי על מוצרים ושירותים שונים.
426. גם בארצות הברית, ערש הקפיטיליזם, מצא בית המשפט העליון של ארה"ב, לחיב את הרגולטור הנוגע בדבר – בפסק דין עקרוני – לקבוע ולהטיל פיקוח מחיר מרבי על מחיר גז הטבעי. כך היה בפרשת ⁷¹PHILLIPS PETROLEUM CO. v. STATE OF WISCONSIN. שם קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי רשות הפיקוח על משק האנרגיה - Federal Power Commission – חייבת לקבוע מחיר מרבי לגז הטבעי הנמכר בארצות הברית. ואכן בעקבות פסק דין זה – אכן החל הרגולטור במהלך שארך שנים ארוכות (מאחר שהיו אלפי מפיקי גז טבעי), של קביעת מחיר מרבי.
427. יש לציין, כי שבוודאי יעירו המשיבים כולם – כי נמתחה ביקורת קשה על פיקוח מחירי הגז הטבעי ששרר בארה"ב בשנות ה-60-70 ונטען בתוקף כי הפיקוח הזיק יותר משהועיל. אלא שיש להבחין ולאבחן – הביקורת נבעה מכשלים במתודולוגיה בקביעת המחיר עצמו, שהביאו כנראה לקביעת מחיר נמוך מדי ולדיכוי התמריץ הכלכלי להפקת גז טבעי וכן מכך שהיו אלפי מפיקי גז טבעי שהרגולטור ביקש ל-"תפור" לכל אחד מהם נוסחת פיקוח ספציפית-מהלך שדרש שנים ארוכות מאד. כן היו קשיים שנבעו מכך שמפיקי הגז הקטינו את הכמויות שהופקו על ידם.
428. כל אלו שונים מאד מן המצב השורר בישראל. בעניינו מדובר על מונופול שהוא שחקן יחיד – אין מדובר על ריבוי שחקנים קטנים שיש קושי להתאים להם הפיקוח.
429. כמו כן, אין קושי מתודולוגי בקביעת וחישוב המחיר המפוקח – כפי שניתן לראות מחוות דעת המומחים שנערכו בעניין. בעניין זה נזכיר כי אין מדובר על מצב של קונגלומרט המייצר מגוון מוצרים – ואשר יש קושי להעריך, לבדד ולהעמיס עלויות כלליות באופיין על מוצר בודד שהוא מייצר. כאן מדובר על מוצר יחיד המופק ונמכר על ידי שותפויות הגז – ממאגר בודד – מאגר "תמר" – כאשר הדוחות הכספיים של שותפויות הגז – הם שיקוף מדויק ואמין (חזקה עליהם שהם מדווחים אמת) של העלויות וההוצאות שיש להם בהפקת הגז הטבעי ממאגר "תמר". מצב יחידני זה מאפשר לברר ולקבוע בצורה פשוטה יחסית מהן העלויות הקבועות והשוטפות, לרבות עלויות ההון ועלויות החיפוש והפיתוח, לצורך הפקת הגז הטבעי.

⁷¹ Philips Petroleum Co. v. State of Wisconsin, 347 U.S. 672 (1954).

430. לכן, העובדה הזועקת ממש של אי קביעת מחיר מרבי לגז הטבעי במסגרת מנגנון פיקוח המחירים שבחוק הפיקוח היא חוסר סבירות קיצוני ומוחשי.

431. הוגי ויוצרי ה-"מתווה" מודעים כמובן לבעיית יסוד זו – וה-"פיתרון" שגיבשו בצוותא חדא עם שותפויות הגז, ורק לאחר שקיבלו הסכמתן, ואותו הם מציעים לה מצוי בפרק ד' ל-"מתווה" (החלטת ממשלה מס' 476). פרק זה מוכתר בכותרת "מחירים".

432. ראשית נראה מה לא קיים בפרק זה, על מנת למקד הדיון. **אין בפרק זה הטלת פיקוח מחיר מרבי על מחיר הגז הטבעי הנמכר ושיימכר בישראל. הוראות הפרק אף אינן חלות כלל על הסכמים להפסקת גז טבעי שנחתמו קודם למועד החלטת הממשלה (16.8.2015)⁷². מי שיתקשר בהסכם חדש (קרי לאחר 16.8.2015) יוכל לבחור בין חלופות המחיר שנקבעו שם – רק פעם אחת "ערב ההתקשרות בחוזה"⁷³. אין גם טווח עליון (Upper cap) של מחיר שיכול לשרור בשוק.**

433. משמע – **פיקוח מחיר מרבי – אין, תחולה על הסכמים קיימים – אין** (ונזכיר עד היום נערכו שורה משמעותית ואדירה נפח של הסכמים ארוכי טווח להספקת גז לגדולים ביותר שבצרכני המשק – בראשם חברת החשמל לישראל, יצרני החשמל הפרטיים ומספר מפעלים תעשייתיים ובתי הזיקוק לנפט. הבחירה בין "חלופות מחיר הגז הטבעי" הופכת להיות סוג של התחייבות (שלא לומר הימור כלכלי) לשנים ארוכות – ללא נקודות יציאה או יכולת להתגונן ולגדר הסיכונים הכרוכים בה.

11.א.2.ד. חלופות המחיר – במסגרת "הסדר המחירים"

434. בכפיפות לכל מה שכבר אמרנו, נמקד מבטינו באותן "חלופות מחיר הגז הטבעי"⁷⁴. ה-"מתווה" מונה שורת חלופות מחיר ומנגנוני הצמדה, שיוצעו כאמור רק לצרכנים חדשים בחוזים חדשים:

a. מחיר הנגזר מממוצע מחירי כלל מכירות הגז הטבעי של שותפויות הגז (לא ברור אם כולל גם עסקאות יצוא) שהתבצעו ברבעון שקדם למועד חתימת ההסכם⁷⁵ (נכנה להלן חלופה זו בשם – "המחיר הממוצע");

b. מחיר הנגזר וצמוד למחיר חבית נפט גולמי מסוג Brent (נכנה להלן חלופה זו בשם – "מחיר ברנט");

c. מחיר הנגזר וצמוד למחירים ולמנגנוני ההצמדה הקבועים בחוזי יצרני החשמל (כאן קיימות 2 קבוצות – האחת של יצרני חשמל קונבנציונלי – הצמודה למחירי ומנגנוני ההצמדה של שלושת יצרני החשמל הקונבנציונלי הגדולים) והאחרת של יצרני חשמל קוגנרציה הצמודים למחירי ומנגנוני ההצמדה של תעריף היצור המשוקלל המפורסם על ידי הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל) (נכנה להלן חלופה זו בשם – "מחיר יצרני החשמל");

⁷² ר' סעיף ד'(ג)(3) להחלטת ממשלה מס' 476.

⁷³ ר' סעיף ד'(ב) להחלטת ממשלה מס' 476.

⁷⁴ ר' סעיף ד'(א) ו-ד'(ג) להחלטת ממשלה מס' 476.

⁷⁵ ר' סעיף ד'(א)(1) להחלטת ממשלה מס' 476.

435. דלק קידוחים נקבה במחירים של 5.51 \$/MMBTU כמחיר הממוצע לרבעון האחרון של שנת 2015.⁷⁶

436. ניתוח החלופות מראה בבירור כי לא גלום בהן שינוי משמעותי ומהותי ברמת המחירים שתשרור במשק וזאת משני טעמים עיקריים. תחולת החלופות רק על הסכמים חדשים ולא על המסה העצומה של הסכמים קיימים ובראשם ההסכם שבין מונופול "תמר" לחברת החשמל לישראל. והטעם השני הוא שרובם של מנגנונים מחיר אלו מתכנסים למחיר הקיים בסטיו קלות או שהם מהווים הימור מסוכן בבחינת "רכבת הרים" העלולה לעלות לגבהים בלתי נסבלים של מחיר, ונבאר.

437. חלופת המחיר הממוצע הינה למעשה ממוצע מחירים פשוט של עסקאות הרבעון הקודם. 2 גורמים עיקריים יבטיחו כי חלופה זו תקבע מחיר דומה עד זהה לרמת המחירים דהיום. הגורם הראשון הוא משקלם היחסי העצום של החוזים הקיימים – בהם קיימי מחירים גבוהים ומונופוליסטים – והכללתם בחישוב הממוצע תבטיח שמירת רמת מחיר גבוהה ודומה. הגורם השני נעוץ בהתנהגות הצפויה והוודאית של שותפויות הגז במצב מעין זה – הן יודעות כאמור את כל המחירים השוררים בשוק – מכח היותן הספק היחיד. לכן, גם ברור להן שכל הפחתה במחיר בעסקה חדשה – פוגעת בהן פעמיים – היא מפחיתה התמורה שתתקבל בעסקה הספציפית ובנוסף היא מפחיתה את הממוצע – ובהכרח מפחיתה תמורה בעסקאות חדשות בהן הלקוח יבחר בחלופת המחיר הממוצע. פשיטא כי במצב כזה – המונופול לא יפחית המחיר בעסקאות חדשות.

438. שיטת המחיר הממוצע לוקה גם בפגם קונספטואלי – היא בנויה ומעוצבת למצב בו השחקנים בשוק קטנים דיים כך שאין להם יכולת להשפיע על המחיר הממוצע השורר בו – אלא שבמקרה שלנו – מדובר במונופול – שחקן יחיד – השולט על כל העסקאות שנעשו ויעשו בשנים הקרובות במשק. והנה לנו חוסר סבירות קיצוני בהחלטה לקויה זו.

439. שיטת מחיר Brent היא בעיקרה מסוכנת לצרכנים, ונבאר. הגז הטבעי והנפט הגולמי (ומחיר Brent הוא מחיר נפט גולמי) – הינם מוצרים כלכליים שונים במהותם. לכן, מבחינה קונספטואלית טהורה עצם ההצמדה למחיר Brent דומה במהותה להצמדה לכל Commodity אחר (חיטה למשל). נכון שמדובר במקורות אנרגיה ולכאורה עשויה להיטען הטענה כי יש תחליפיות מסוימת ביניהם (טענה שלא נתקבלה על ידי הממונה על ההגבלים במסגרת הכרזת מונופולין "תמר"). כמו כן ניתן לטעון כי יש הצדקה למנגנון כזה, לגבי צרכן שמחירי המוצרים שלו מושפעים ממחיר Brent – למשל בית זיקוק. אך לגבי מרבית הצרכנים במשק הישראלי – המנגנון הוא זר ולא רלוונטי – ובעיקר מסוכן. שיטת מחיר Brent מתאפיינת בתנודתיות גבוהה (High Volatility) כתוצאה מן התנודתיות הגבוהה במחירי הנפט הגולמי בשוק העולמי. כתוצאה מכך, לקוח שיבחר בחלופה זו – ייחשף לסיכון משמעותי של "זינוק" במחירי הנפט הגולמי – ולא תהא לא היכולת להתגונן כנגדה.

440. בנוסף, לא ברור כלל לאיזה מחיר Brent תתבצע ההצמדה – ה-"מתווה" לא מפורט דיו בהקשר זה. אבל ככל שההצמדה היא למחיר השורר בשווקים עתה – וכלל שיש

⁷⁶ ר' מצגת למשקיעים מיום 27.12.2015, עמ' 16, ניתן לצפייה בכתובת:

http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=1010630-00&Type=Pdf

- צפי לעלייה במחיר בחודשים ובשנים הקרובות – ברור כי חלופה זו תבטיח מחיר גבוה במיוחד. יש להטעים שאפילו בחלופה זו – לא נקבע "מחיר תקרה" (Upper cap) – ולכן רמת הסיכון אליה יחשפו לקוחות שיבחרו בה היא גבוהה במיוחד.
441. ושוב ברורה חוסר הסבירות הקיצונית הנלמדת מחלופת מחיר זו.
442. החלופה השלישית, מחיר יצרני החשמל, שונה מעט במהותה. כאן כאמור יש שתי חלופות (שאינן על פי בחירת הלקוח), האחת ליצרני חשמל קונבנציונלי והאחרת ליצרני חשמל קוגנרציה.
443. החלופה הראשונה מבין חלופות מחיר יצרני החשמל בעייתית במיוחד – היא כוללת ממוצע פשוט (כנראה במובחן ממשוקלל) מחירים של 3 יצרני החשמל הקונבנציונליים הגדולים וכן את מנגנוני ההצמדה שלהם (לא ברור מה קורה כאשר יש להם מנגנונים שונים, האם ניתן משקל יחסי לכל מנגנון). בין 3 יצרנים אלו – מצויה מטבע הדברים חברת החשמל ה"נהנית" מהסכם הנגוע במחיר מונופוליסטי מופרז ששיעורו עומד על כ-5.7 \$/MMBTU נכון להיום והצמוד למנגנון ההצמדה של $CPI+1\%$ (הצמדה למדד המחירים לצרכן בארה"ב בתוספת 1% ב-8 השנים הראשונות ובהפחתת 1% ביתרת שנות החוזה).
444. משמע, המחיר הממוצע שיחושב ויוצמד יושפע באופן משמעותי (1/3 ממשקלו) ייגזר ממחיר ומנגנון ההצמדה של הסכם "תמר"-חח"י וגם היתרה תושפע מעסקאות של יצרני חשמל הפרטיים (יח"פים). מדובר על הסכמים שנעשו קודם לאישור ה-"מתווה" ובהם מחירים מונופוליסטיים. לכן, ברור כי גם חלופה זו לא תביא לשינוי משמעותי ברמת המחירים השוררת.
445. החלופה השנייה מבין חלופות מחיר יצרני החשמל מתבססת על ממוצע פשוט של מחירים הקבועים במועד החלטת הממשלה בחוזי הקוגנרציה הצמודים לתעריף הייצור המשוקלל ולמנגנון ההצמדה, שקבעה הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל).
446. גם בחלופה זו נגזר המחיר ומנגנון ההצמדה מחוזים שנערכו קודם למעוד החלטת ממשלה מס' 476 – קרי חוזים בהם נקבע מחיר מונופוליסטי. ועתה מונצח המחיר והמנגנון ההצמדה גם בחוזים חדשים.
447. קיימת עוד מעין חלופה חלקית – הצעת מחיר הגז הקבוע בחוזי יצוא (סעיף ד'(1)(ג)) – אלא שמכיון שידוע שמחירי היצוא לא יהיו נמוכים מן המחירים הנוכחיים – אין כל מזור גם בחלופה זו.
448. ושוב ברור כי מדובר בחוסר סבירות קיצוני בהחלטת הממשלה.
449. חמור מכך ובעיקר מקומם – החלטת הממשלה מתיימרת ליצור מצג כוזב כאילו נעשה טיפול בנושא המחירים – טיפול אחר מפיקוח מחיר מרבי – אך כזה שייב תוצאה ויגן על הציבור והמשק. כפי שהראינו – אין לכך כל שחר – במובן זה "מה-שהיה, הוא שיהיה, ומה-שנעשה, הוא שיעשה; ואין כל-חדש, תחת השמש" (קהלת, א', ט').

450. משמע הממשלה לא רק שאינה מגינה על הציבור ועל המשק – אלא שהיא גם מנסה באמצעות מצג שווא כוזב ליצור רושם כאילו נתנה מענה לבעיית היסוד של המחיר המונופולסטי המופרז שמשית מונופול "תמר" על המשק והציבור כולו.

3.א.11. [אי] יצירת והבטחת יתירות ושרידות במשק הגז הטבעי בטווח זמן קצר

451. בעיית יסוד קיימת במשק הגז הישראלי – כולו מושתת על מערכת יחידה – אסדת הפקה אחת (אסדת "תמר"), צינור הולכה יחיד ומערכת קבלה אחת (בחוף אשדוד).

452. כפי שהזהיר והבהיר יפה ראש הממשלה בדבריו בפני ועדת הכלכלה – די בטיל בודד כדי להשבית את הספקת הגז למשק הישראלי כולו. וכידוע הגז מהווה מרכיב מהותי ומרכזי בתשומות האנרגיה של המשק.

453. לכן, היינו מצפים ואף דורשים מן הממשלה והעומד בראשה – כי הסוגיה תדיר שינה מעיניו ותזכה לפיתרון מידי (שלא לומר אתמול ורצוי אף שלשום).

454. אלא שבאופן מוזר העולה כדי חוסר סבירות קיצוני – אין ה-"מתווה" נותן כל מענה שהוא לבעיית יסוד זו.

455. ה-"מתווה" לא מביא לפיתוח מאגר טבעי נוסף בטווח הקצר (וכאמור היה הדבר צריך להיות אתמול ושלשום). ה-"מתווה" לא גורם להעמדת אסדת הפקה נוספת בטווח הקצר (למרות קיומה למשל של אסדת "ים תטיס" ולמרות הירידה החדה בביקושים לאסדות בעולם), ה-"המתווה" גם לא גורם להנחות צינור נוסף לחוף וממילא לא ליצירת תחנת קבלה נוספת בטווח הקצר (למשל תחנת הקבלה באשקלון).

456. יוזמי והוגי ה-"מתווה" שרים שיר הלל לביטחון האנרגטי, ליתירות ולשרידות – אך בחינה נכוחה של ה-"מתווה" מוכיחה כי מדובר במס שפתיים בלבד – שאין מאחוריו דבר.

457. אנו סבורים כי נוכח הדחיפות והחיוניות שבמתן מענה לבעיית יסוד זו – לא בהכרח היה צריך להטיל את ביצועה או חלק ממנה על שותפויות הגז – אך לכל הפחות צריך היה להסדיר הסכמתן והתחייבותן לקדם ולסייע בפיתרון הבעיה באורח מידי – אך אף זאת לא נעשה. ונדגים.

458. שימוש באסדת ים-תטיס כאסדת גיבוי – מצריך מטבע הדברים הסכמה של בעליה – קבוצת דלק-נובל – הסכמה כזו לא קיימת למיטב הידיעה. שימוש בתחנת הקבלה בחוף אשקלון מצריך אף הוא הסכמה כאמור – וזו ככל הידוע אף לא נתבקשה.

459. בהתאם, פיתוח של מאגר חירום – אחד מן המאגרים הקטנים יחסית ששותפויות הגז נמנעות מפיתוחו – כמו מאגר "דלית" – מצריך אף הוא קבלת הסכמה של בעלי זכות החזקה בו – הסכמה שלא נתבקשה כלל, למיטב הידיעה.

460. מכל האמור עולה תמונה מטרידה שלא לומר חמור מכך – משק האנרגיה של מדינת ישראל מצוי על בלימה – הממשלה חודלת ממעש משך שנים – וגם עתה – עת היא יוזמת "מתווה" שנועד לתת מענה כולל לבעיות היסוד, לגישתה – אין היא נדרשת כלל לבעיית יסוד זו.

461. פשיטא, כי מחדל מתמשך זה, ואי מתן מענה לו במסגרת החלטת ממשלה מס' 476 – הוא חוסר סבירות במופעה הקיצוני והחמור ביותר.
462. הכשרה של מבצעי עבירות בדיעבד (יש לשקול כשיקול נגד הפטור)
-

4.א.11. ה- "מתווה" פוגע פגיעה בלתי מידתית ולא סבירה בציבור

463. נקודת המוצא היא כידוע כי הגז הטבעי כמשאב טבע הינו בבעלות הציבור ונועד קודם כל לשרת ולהשיא את רווחתו של הציבור כולו.

464. על רקע זה – מצטיירת תמונה חריגה בחומרתה – קבוצת תאגידים פרטיים הפועלים מכח זכויות שניתנו להם על פי חוק (חוק הנפט) רכשו מעמד כמונופול – ספק יחיד של גז טבעי לכלל המשק הישראלי. מונופול זה משווק ומוכר את הגז הטבעי (משאב של הציבור) במחיר מונופוליסטי בלתי הוגן (מופרז). הממשלה מצידה אינה מטפלת כלל, כפי שכבר הראינו בבעיית המחיר המונופוליסטי (ואף יוצרת מקסם שווא בעניין זה), וכן כפי שכבר הראינו איננה נותנת מענה לבעיית [חוסר] הביטחון האנרגטי, יתירות ושרידות ואף מחריפה את הבעיה באמצעות כרסום בעתודות הגז השמורות למשק הישראלי ("תצרוכת ישראל") ושיבוש הסדרים שנועדו להבטיח קדימות להפקה לשוק המקומי על פני היצוא – שאף עוגנו בהחלטת ממשלה שאושרה בבית משפט זה.

465. ברור כי מצב דברים זה הינו תרחיש קיצוני וחמור במיוחד של קיפוח הציבור, פגיעה בקניינו כמו גם בעתידו הכלכלי והחברתי ושעבודו לשנות דור למונופול בעל כח אדיר החורג מן המישור הכלכלי גרידא.

466. בחינת ה-"מתווה", מראה כי אין בו כל תועלות של ממש לציבור ומנגד המחירים הכבדים מנשוא שהוא משית על הציבור – מטים הכף באופן נחרץ לכוון הקביעה לפיה ה-"מתווה" פוגע ויפגע בציבור פגיעה בלתי מידתית ולא סבירה באופן קיצוני

467. באישור והחלטות שאישרו ה-"מתווה" לא נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים ו/או לא ניתן משקל נאות לשיקולים רלוונטיים;

468. ה-"מתווה" מקבע מצב בו קיימות פגיעות חמורות בציבור – למשל ינציח לשנים רבות מחיר בלתי הוגן שקובע וגובה מונופול הגז – נותרות ללא מענה ואף מקובעות לשנים רבות קדימה;

11.ב. ה- "מתווה" מערער על הנחות והתחייבויות יסודיות ששימשו בסיס להחלטת הממשלה מס'

442

469. הסוגיות של שמירת כמות מספקת ונאותה של גז טבעי עבור המשק הישראלי ל-"תצרוכת ישראל" עברו כבר מהלך מקיף ויסודי של אסדרה במסגרת "ועדת צמח", והחלטה מס' 442 של הממשלה מיום 23.06.2013 בנושא "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (דו"ח ועדת צמח)" (להלן – "החלטת הממשלה מס' 442") וסופן כידוע בפסק הדין בבג"צ 4491/13, **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**.

470. עתה מנסה הממשלה במסגרת ה-"מתווה" לבצע שורת שינויים מהותיים בסוגית יסוד זו – שינויים המפרים את האיזון שנקבע בשעתו בהחלטת הממשלה מס' 442 ואושר בפסק הדין בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. שינויים שנגועים גם בחוסר סבירות קיצוני לכעצשם. ונפרט.

סעיף 4.2.ד. – ייצוא

סעיף ד(1)(א) - פגיעה בוודאות הגז שיישמר עבור המשק המקומי לטובת הגדלת הייצוא

471. החלטה הממשלה מס' 442 קובעת, כי יש להבטיח כמות של BCM 540 גז טבעי עבור המשק המקומי. זהו הבסיס לכל עסקת ייצוא גז – ראשית מוודאים כי הכמות הנדרשת למשק המקומי מובטחת, ורק לאחר מכן ניתן לייצא גז למדינות אחרות.

472. החלטת הממשלה מס' 442 מגדירה את הגז הטבעי שיש לשמור למשק המקומי כגז לפי קטגוריה 2P של מערכת לניהול משאבי פטרוליום PRMS. קטגוריה 2P מוגדרת כ"רזרבות" – שדות הגז ברמת הוודאות הגבוהה ביותר להפקה - עתודות מוכחות וסבירות⁷⁷.

473. בדברי ההסבר לנוסח הראשון של ה-"מתווה" נכתב, כי "הנוסח הקיים יוצר "מעגליות" בעייתית שאינה מאפשרת את פיתוח שדה "לוויתן". שכן, הגדרת רזרבה כקטגוריה 2P, כמוגדר כיום, דורשת, בין היתר, חתימה על חוזים למכירת גז טבעי או רמת ודאות גבוהה לקיומו של שוק למכירת גז טבעי מהמאגר לפחות בהיקף הנדרש למימון הפיתוח של השדה, בעיני חברות ההערכה. על פי הנוסח הקיים, אישורי ייצוא לא יינתנו טרם חיבור חזקות לחוף בכמות מצטברת של BCM 540 לפי קטגוריה 2P (הדורשת מידת ודאות למכירת הגז שלא קיימת טרם מתן אישורי הייצוא), לרשות המשק המקומי. לפיכך, כדי שניתן יהיה לתת אישורי ייצוא לבעלי חזקת לווייתן מוצע, כי דרך חישוב עתודות הגז יסתמכו גם על קטגוריה 2C שאינה דורשת את מידת הודאות מסחרית הנדרשת בקטגוריה 2P".

474. קטגוריה 2C מוגדרת כתרחיש האומדן הטוב ביותר של משאבים מותננים⁷⁸, שהם שדות לאחר שכבר בוצע בהם קידוח, הנמצאים ברמת ממשות נמוכה יותר והפקתם מותנית בתנאים כאלה ואחרים, כולל היתכנות טכנית וכלכלית וקיומה של תכנית פיתוח מקובלת⁷⁹.

בניגוד לדברי ההסבר למתווה, אין מדובר בפגיעה של מעגליות, אלא בויתור על הבטחת הכמות המספקת למשק המקומי וזאת לטובת ייצוא הגז

475. השינוי שמבקש המתווה לבצע בהחלטת הממשלה, בטענה של פתרון "מעגליות" לשם פיתוח לווייתן, יקבע, למעשה, כי פיתוח לווייתן יהיה חייב לבוא על חשבון הוודאות של הגז שיישמר עבור המשק המקומי. הוספת הקטגוריה 2C להגדרת הגז הטבעי עבור המשק המקומי תקבע, כי ניתן להסתפק בכך שרק חלק מהגז עבור המשק המקומי יהיה ברמת הוודאות הגבוהה ביותר של עתודות מוכחות וסבירות, וחלקו יהיה ברמת הממשות הנמוכה יותר של משאבים מותננים בלבד.

476. בעמדת המיעוט של מנכ"לית המשרד להגנת הסביבה לשעבר, שהייתה חברה בוועדת צמח, נכתב, בין השאר, כי "בעולם מקובל להתייחס לעתודות מוכחות בלבד, אשר מוערכות כיום בישראל ב BCM 280 לפי קטגוריה 2P, הכוללת בנוסף לרזרבות וודאיות גם רזרבות צפויות ואפשריות. טיוטת הדו"ח הסופי [דו"ח צמח] מתבססת גם על המשאבים

⁷⁷ ר' http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=954940 עמ' 30.

⁷⁸ שם

⁷⁹ תגובת המדינה לעתירות לבג"צ 4491/13 ו-4593/13 בנושא ייצוא הגז, עמ' 11 פסקה 28.

המותנים, אשר נמצאים ברמת ממשות נמוכה והפקתם מותנת, בין היתר, בהיתכנות גיאולוגית טכנית והיתכנות כלכלית. יודגש כי אין וודאות בנוגע להימצאותם - וזמינותם של משאבים מותנים אלו, וקיימת סבירות גבוהה כי כמות הגז תתברר כנמוכה יותר באופן משמעותי, בלתי ניתנת להפקה בחלקה או בעלת כושר שאיבה מוגבל⁸⁰.

477. המדינה בעצמה, בתגובתה לעתירות בבג"צ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, קבעה, כי "במסגרת סמכותם המפורשת של השר והממשלה לחייב את בעלי החזקות לספק **בפועל** [ההדגשה במקור-ג.ב., ח.ק.] את תצרוכת ישראל, ולאור חיוניותו של הגז הטבעי למשק הישראלי, הם גם היו מוסמכים לקבוע כי יהיה מדובר בכמות גז טבעי מוכחת בלבד ("רזרבות"), וכי יהיה מדובר בכמויות גז ממאגרים שכבר חוברו לחוף, באופן המאפשר אספקה מיידית מהם למשק הישראלי"⁸¹.

478. בנוסף, קבעה המדינה, כי "החלטת הממשלה (סעיף 1.א.) מתייחסת במובחן לכמויות גז טבעי לפי קטגוריית 2P לפי מערכת ה-PMRS, משמע כמות גז בקטגוריית "רזרבות, ולא בקטגוריית "משאבים מותנים", וקובעת כי רק לאחר שתוכח כמות גז טבעי של BCM 540 לפי קטגוריה זו בתגליות מוכרות על ידי הממונה על ענייני הנפט לגביהן ניתנו חזקות, יתאפשר יצוא. לפיכך, כמות הגז הטבעי המינימאלית שתישמר לצורכי המשק הישראלי אינה תלויה בכמות הגז הטבעי שתופק ממשאבים מותנים או ממאגרים חדשים והיא עומדת על BCM 540 לפחות"⁸².

479. כלומר, המדינה נימקה את סבירות קבלת החלטת ממשלה מס' 442 בכך שהיא דאגה קודם לכל לצרכי המשק המקומי באמצעות הקביעה כי הגז שיובטח למשק המקומי יהיה ברמת הוודאות הגבוהה ביותר. לכן, לא מדובר בבעיה טכנית או "מעגלית" אלא בשינוי מהותי של החלטת ממשלה מס' 442 – שינוי הפוגע בצרכי המשק המקומי, שהוא הבסיס לכל אישור על עסקה לייצוא גז.

480. לפיכך, קבלת המתווה תביא לפגיעה חמורה בהבטחת הכמות הנדרשת של גז טבעי עבור צרכי המשק המקומי.

481. בנוסף לכך, השינוי שהמתווה מבקש לערוך בהחלטת ממשלה מס' 442 עלול אף להביא לכך שמרגע שלבעלות הזכויות במאגר "לוויתן" יינתן אישור ייצוא, וזאת בטרם חיבורו לחוף הישראלי, יהיה קשה עוד יותר לגרום לכך שהמאגר אכן יחובר לחוף הישראלי, שכן חוזי ייצוא כבר ייחתמו, וכל ניסיון לבצע שינוי או אף לבטל חוזים אלה עד אשר יחובר המאגר לחוף הישראלי ייתקל באיומים בגין פגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל ואף במצבה הביטחוני.

482. לבסוף, דברי ההסבר ל-"מתווה" גם קובעים, כי לא ניתן להבטיח רמת וודאות כלכלית למאגר לפני שיינתן לו אישור ייצוא, וללא אישור ייצוא לא יהיה ניתן לפתח את המאגר, ולכן יש צורך להרחיב את ההגדרה לגז טבעי שיישמר למשק המקומי כך שתכלול גם משאבים מותנים ולא רק עתודות מוכחות. תיאור זה של המציאות אינו נכון. הוכחה

⁸⁰ ר' <http://energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGSviva.pdf> עמ' 3 פסקה 2.
⁸¹ תגובת המדינה לעתירות לבג"צ 4491/13 ו-4593/13 בנושא "יצוא הגז", עמ' 31 פסקה 86
⁸² שם, עמ' 42 פסקה 110

מספיקה לכך היא ניהול המו"מ בין דלק ונובל לבין חברת Woodside האוסטרלית על רכישת חלק ממאגר "לוויתן", וזאת עוד בטרם מתן אישור ייצוא. המו"מ לבסוף לא צלח לא בשל המחויבות לגז מרזרבות וודאיות, צפויות ואפשריות, עבור המשק המקומי, אלא על רקע מחלוקת בעניין פיתוח המאגר - בעוד שהשותפות העדיפו לקדם כבר עתה ייצוא למדינות באיזור, Woodside העדיפה לקדם תחילה פרויקט של הנזלת גז וייצואו למזרח⁸³. מכאן, שגם במצב ההגדרה הנוכחי של מאגר לוויתן, קרי 2C, עדיין ניתן לחתום על חוזה ייצוא ואין כל סיבה לפגוע בבסיס החלטת הממשלה על שמירת BCM 540 בכל תנאי עבור המשק המקומי.

סעיף ד(1)(ד)

483. על פי המתווה המוצע דלק ונובל יידרשו למכור את כל זכויותיהן בשדות "כריש" ו"תנין" תוך 12 חודשים לצד שלישי, וכן תוחלף מכסת הייצוא המותרת מ"כריש" ו"תנין", כנגד "חובת האספקה למשק המקומי" שחלה על בעלי חזקת "לוויתן".

484. לכאורה, ועל פי דברי ההסבר למתווה, מדובר בצעד שיגביר את התחרות במשק המקומי, שכן ייכנס שחקן חדש שיתחרה בדלק ונובל, תוגדל היתירות למשק המקומי שכן מאגרי תנין וכריש ישמשו אך ורק את המשק המקומי, ותזורז מכירת השדות בשל התניית החלפת מכסות הייצוא במכירה.

האם קיימת כדאיות כלכלית ברכישה ובפיתוח של שדות הגז "כריש" ו"תנין" כשאינן להם אפשרות לייצוא?

485. הנחת היסוד עליה ביססה ועדת צמח את המלצתה להתיר ייצוא גז טבעי מישראל, הייתה כי השוק המקומי בישראל קטן ורווי, וכי פיתוח מאגרי הגז לשוק המקומי בלבד – ללא התרת ייצוא - כלל אינו כדאי כלכלית.

"במשק הישראלי שבו היקף הביקושים המקומיים מוגבל, ללא מתן אפשרות לבעלי החזקות בשדות הגז למוניטיזציה של לפחות חלק מהגז, לא תקודם כהלכה פעילות חיפוש ופיתוח בשנים הקרובות, ולכשתתקיים היא תעשה באופן מדורג... התרת הייצוא מייצרת גמישות הנדרשת לגורמים השונים הפועלים בשוק, במטרה "להצדיק" כלכלית את פעילות החיפוש ופיתוח השדות" (דו"ח ועדת צמח, עמ' 9).

486. ועדת צמח התמקדה במאגר הגז הטבעי "לוויתן", שהוא מאגר גז גדול ורווחי שלחופי ישראל. קל וחומר שהנחה זו של הועדה, בדבר העדר כדאיות כלכלית בפיתוח המאגרים לשוק המקומי בעת הזו, תקפה במקרה של "כריש" ו"תנין", אשר כמות הגז המצויה בהם קטנה משמעותית, ומבלי יכולת למוניטיזציה של הגז באמצעות ייצוא. הועדה אף התירה ייצוא של שיעור גדול יותר מהגז שבמאגרים הקטנים – על מנת לעודד את פיתוחם.

487. לא כל שכן, מימון פיתוח השדה מחייב גיוס הון רב. אולם תנאי יסודי לגיוס הון זה הוא "חוזה עוגן" מצד לקוח מרכזי במשק. מאחר והצרכנים העיקריים במשק הגז בישראל חתומים על חוזים ארוכי טווח לאספקת גז טבעי ממאגר "תמר", יתקשה השחקן החדש

⁸³ <http://www.themarket.com/markets/1.2327248>

להשיג חוזה עוגן שכזה, שיאפשר לו לפתח את מאגרי "כריש" ו-"תנין". בהקשר זה עולה החשש כי ההסדר המוצע, מכוון לאפשרות לפיה חברת החשמל תרכוש את כמות הגז הנוספת הדרושה לה (אופצית חח"י), ממאגרי "כריש" ו-"תנין". משמעות הדבר כאמור היא כי ציבור צרכני החשמל הפרטיים, שהם לקוח שבוי, יידרשו לקנות את הגז מ-"כריש" ו-"תנין" - בעוד שהגז הזול מ-"לוויתן" ומ-"תמר" יופנה לייצוא.

סבסוד השוק המקומי באמצעות יצוא מוגבר – פגיעה ביכולת ההתחרות

488. ככלל, המחיר המתקבל עבור גז לייצוא, גבוה מזה המתקבל בשוק המקומי. מכאן, שהאפשרות הרווחית העומדת לרשותן של המחזיקות במאגר "לוויתן" למכור כמויות גדולות של גז לייצוא, ובמחירים גבוהים – אפשרות שאינה עומדת לשחקן החדש אשר ירכוש את מאגרי "כריש" ו-"תנין" – תאפשר להן "לסבסד" את מחיר הגז לשוק המקומי, אם בכלל השחקן החדש ינסה להתחרות בהן, וליצור כך תחרות בלתי הוגנת מול השחקן החדש.

סעיף ד(1)(ה) - הבטחת יצוא לפני הבטחת צרכי המשק המקומי

ביטול אחת ההחלטות העקרוניות והחשובות ביותר בהחלטת הממשלה ובדו"ח ועדת צמח.

489. החלטה הממשלה מס' 442 קובעת בסעיף 1(ח)(10), כי "על אף האמור לעיל, מאגר שפותח לפני החלטה זו, יהיה רשאי לייצא 50% מהכמות שבעלי החזקה טרם התחייבו לגביה למשק המקומי במועד החלטה זו, ובלבד שסך כמות הגז הטבעי למשק הישראלי הינה BCM 540 כאמור בסעיף א' להחלטה זו. עם זאת, רשאים ראש הממשלה ושר האנרגיה והמים, לאשר אספקת גז טבעי ממערכת ההולכה הישראלית למדינות גובלות, באופן מיידי, בכמות שלא תעלה על BCM 20 מתוך המאגר האמור בסעיף זה ובמסגרת 50% מהכמות המותרת לייצוא מהמאגר האמור בסעיף זה".

490. בדברי ההסבר לסעיף זה בהצעת ההחלטה כתבה הממשלה, בין השאר, כי "השלמת צרכי המשק המקומי, ככל שתידרש, תבוא מכמות הגז הטבעי המותרת לייצוא ממאגר כאמור"⁸⁴.

491. כלומר, מאגר "תמר", שהינו המאגר היחיד שפותח לפני קבלת ההחלטה, יוכל לייצא עד 50% מכמות הגז שברשותו ושעליה הוא עדיין לא חתם חוזים עבור צרכנים במשק המקומי, וזאת בכפוף לכך שיישמרו BCM 540 עבור המשק המקומי – קרי, מאגר "לוויתן" יחובר לחוף הישראלי. מכאן, שהממשלה קבעה, כי הגז במאגר "תמר" יהווה הלכה למעשה את בסיס הגז עבור המשק המקומי, ויצוא ממנו יבוא רק אחרי ובתנאי שצרכי המשק המקומי מולאו במלואם.

492. השינוי שמבקש ה-"מתווה" לבצע בהחלטת ממשלה מס' 442 הוא, כי **היצוא יבוא לפני הבטחת צרכי המשק המקומי**. בדברי ההסבר ל-"מתווה" מוסבר, כי "ישנה חשיבות גיאופוליטית גבוהה לכך שמדינת ישראל תייצא גז טבעי לירדן ולמצרים בהקדם האפשרי. כדי לאפשר ייצוא זה, מוצע לבטל את הדרישה המוקדמת להמתין לחיבור של "לוויתן" לחוף". כלומר – ה-"מתווה" מבקש לאיין את העיקרון הבסיסי שקבע דו"ח צמח וקבעה

⁸⁴ אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל, הצעה להחלטה, 19.6.2013, הוגש ע"י ראש הממשלה, ועל-ידי שר האוצר ועל ידי שר האנרגיה והמים, עמ' 8

החלטת ממשלה מס' 442 לפיו תפקידו המרכזי והראשון בסדר העדיפויות הלאומי של מאגר "תמר" הוא לספק את צרכי המשק המקומי ("תצרוכת ישראל").

493. המדינה בעצמה, בתגובתה לעתירה שהוגשה לבג"צ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, קבעה, למול טענתן של העותרות על עצם העובדה שיתאפשר לייצא גז ממאגר "תמר", שחשיבותו לביטחון האנרגטי של המדינה גבוהה ביותר, כי "העותרות מתעלמות מכך, שלמעט כמות בהיקף של BCM 20 למדינות גובלות, לא ניתן יהיה לייצא גז טבעי מ"תמר" וזאת עד לחיבור לחוף של מאגרים נוספים, בהיקף כולל של BCM 540 לפחות... אין כל חשש שהאפשרות המוגבלת ליצוא מ"תמר", שגם היא מותנית בקבלת החלטה עתידית של הדרג המדיני, תיפגע בביטחון האנרגטי של המדינה"⁸⁵.

494. כלומר, כשהמדינה באה להגן על החלטתה לאפשר ייצוא, היא מנמקת זאת בכך, שהיא שומרת על מאגר "תמר" כמאגר שמיועד קודם לכל לצרכי המשק המקומי ושכל ייצוא ממנו יותר רק אחרי שמאגרים אחרים, קרי לווינתן, יחוברו לחוף. וכעת, כאשר היא מעוניינת להגן על הצעתה לאפשר ייצוא מ"תמר" לפני חיבורו של לווינתן לחוף, היא הופכת את נימוקיה וטוענת כי החשיבות הגיאופוליטית גוברת על חשיבות הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל.

495. בנוסף, מציע ה-"מתווה", כי "במקרה ובו מימש צרכן את אופציית הפחתת הכמויות הנתונה לו בהתאם להסכם שנחתם עם בעלי החזקה טרם המועד האמור, יראו בכמות הגז הטבעי לגביה מומשה אופציית הפחתת הכמויות כחלק מכמות הגז הטבעי שלגביה בעלי החזקה טרם התחייבו לשוק המקומי".

496. בדברי ההסבר למתווה נכתב, כי "מוצע להבהיר כי במקרה בו מימש צרכן את אופציית הפחתת הכמויות הנתונה לו בהתאם להסכם עם בעלי החזקה שנחתם לפני החלטת ממשלה מס' 442, יראו בכמות הגז הטבעי לגביה מומשה אופציית הפחתת הכמויות, כחלק מכמות הגז הטבעי שלגביה בעלי החזקה טרם התחייבו לשוק המקומי. קרי – ניתן יהיה לייצא 50% מהכמות שלגביה מומשה אופציה להפחתת הכמויות. זאת מכיוון שבאופן מהותי גז זה אינו מנוצל לצורך השוק המקומי. יובהר כי הצעה זו נוגעת רק לכמות הניתנת לייצוא משדה "תמר", ואין בכך כדי לשנות או לגרוע מכמות הגז הטבעי אשר בהתאם להחלטת ממשלה מס' 442 נדרשת למשק המקומי, בסך של BCM 540".

497. לכאורה מדובר בעניין טכני, שהרי כל עוד מבטיחים את הכמות הכוללת של 540 למשק המקומי, הכל נשאר כרגיל. אך למעשה, מדובר בעוד פגיעה מהותית בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל. דברי ההסבר מבהירים את הבעייתיות בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים: "יובהר כי הצעה זו נוגעת רק לכמות הניתנת לייצוא משדה "תמר"...". קרי, ההצעה באה להגדיל עוד יותר את כמות הגז שניתן יהיה לייצא ממאגר "תמר" בעוד שהמדינה עצמה בדו"ח צמח, בהחלטת ממשלה מס' 442 ובתגובתה לבג"צ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, הבהירה חזר והבהר כי מאגר "תמר" הוא ההבטחה הראשונה והמרכזית לביטחון האנרגטי של מדינת ישראל. מכאן, שהצעת המתווה מוסיפה

⁸⁵ תגובת המדינה לעתירות לבג"צ 4491/13 ו-4593/13 בנושא "יצוא הגז, עמ' 47 פסקה 123

ופוגעת בביטחון האנרגטי של ישראל באמצעות הורדת הכמות של גז טבעי מ"הרזרבות" של מדינת ישראל שיישמרו יובטחו לצרכי המשק המקומי.

סעיף ד(1)(ז) - מחיקת הבטחת יתירות תשתית ההולכה הימית והקבלה

498. בהתאם לניתוח שביצעה ועדת צמח, האתגר המרכזי עימו צפוי להתמודד משק הגז הטבעי גם לאחר תחילת ההפקה ממאגר תמר הוא היעדר יכולת לספק את מלוא הביקוש לגז טבעי ברמה השעתית בשיאי ביקוש וזאת בשל היעדר יתירות בתשתית ההולכה הימית והקבלה⁸⁶.

499. הסיבה ליתירות נמוכה טמונה בכך שמרבית האספקה לישראל תלויה בספק אחד, בצינור בודד ובמתקן קבלה בודד באשדוד⁸⁷.

500. הרחבת היתירות במערך האספקה מתאפשרת באמצעות הגדלת מספר נקודות כניסה למערכת ובמערכת ההולכה, על-ידי הוספת צנרת הולכה כפולה והגברת היכולת בקרב צרכנים לקלוט גז טבעי ממספר מוקדים במקביל⁸⁸.

501. לפיכך, העמידה הועדה כאחד מעקרונות המדיניות הממשלתית את הבטחת יתירות מערכות האספקה וההולכה על מנת שהמערכת תוכל לספק באופן רציף את כלל הביקוש עבור כל הצרכנים, גם בשעות השיא⁸⁹.

502. בהתאם לכך, ועל מנת להבטיח יתירות למשק הישראלי, קבעה החלטת הממשלה מס' 442 כי בעלי חזקת "תמר" יקימו צנרת להולכת גז טבעי משדה "תמר" לאזור אשקלון לרבות מתקן טיפול עד ליום 31 בדצמבר 2016, וייתן רישיון אחסון לבעלי חזקת "אשקלון" בשדה "מרי B".

503. השינוי המרכזי שמבקש המתווה לבצע בהחלטת הממשלה מס' 442 הוא איון החובה על בעלי חזקת "תמר", להקים צנרת הולכת גז טבעי לאזור אשקלון לרבות מתקן טיפול לגז טבעי. מדובר בויתור מוחלט על טיפול מעשי עם לוח זמנים ברור ומחייב בבעיית היתירות, והדבר יביא לפגיעה חמורה בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל⁹⁰.

504. במקום החובה הברורה להקמת צנרת הולכה מ"תמר" לאשקלון והקמת מתקן טיפול בגז, מציע המתווה שממשלת ישראל תפעל ליצירת יתירות באמצעות הנחיית שר האנרגיה והמים לבחון את הצורך בחלופות השונות ליצירת היתירות ומפרט כמה מן החלופות האפשריות.

505. כלומר, במקום מתן פתרון ברור לבעיית היתירות, שהוגדרה כבעיה מרכזית איתה תתמודד המדיניות הממשלתית, וזאת באמצעות הטלת חובה להקמת צנרת נוספת, מסתפק המתווה בבחינת עצם הצורך בחלופות ליצירת היתירות. בנוסף, על אף שהמתווה מפרט

⁸⁶ ועדת צמח, דו"ח סופי, עמ' 10.

⁸⁷ שם, עמ' 31.

⁸⁸ שם, עמ' 58.

⁸⁹ שם, עמ' 36.

⁹⁰ ביטחון אנרגטי מוגדר כ"זמינות פיזית בלתי ניתנת לשיבוש, במחיר סביר ותוך התחשבות בשיקולים סביבתיים", כשבטווח הקצר, משמעותו היא יכולתו של משק האנרגיה להגיב במהירות הנדרשת לשינויים פתאומיים בביקוש או בהיצע" - ועדת צמח, דו"ח סופי, עמ' 58.

כמה מן החלופות לפתרון בעיית היתירות, הוא אינו קובע חובה על בחירה באחת מהן, אלא רק את עצם בחינתן.

506. ההסבר היחיד למחיקת עיקרון הבטחת הביטחון האנרגטי באמצעות יצירת יתירות, שמופיע בדברי ההסבר להצעת המתווה, הוא ש"בהתבסס על הנחה כי פיתוח שדה "לוויתן" יתקדם בקצב מהיר מתעורר ספק לגבי כדאיות הקמת הצינור הנוסף לאזור אשקלון". כלומר, על בסיס הנחה בדבר קצב פיתוח "לוויתן", הנחה שאין כל הסבר למידת נכונותה או סבירותה, מוחקים את החובה המוחלטת להקמת צנרת שתפתור את בעיית היתירות. בנוסף, מחיקת החובה לטיפול חד וברור בבעיית היתירות מסתמכת על ספק שמתעורר. "ספק שמתעורר", שאינו מבוסס על מסד נתונים מקצועי, אינו דרך קבלת החלטות סבירה בנושא כל-כך מהותי בהתוויית מדיניות משק הגז בישראל.

507. נוכח כל האמור ברור כי פרק היצוא ב-"מתווה" לוקה בחוסר סבירות קיצוני ודינו בטלות.

11.ג. ה-"מתווה" מתעלם או מזניח סוגיות מהותיות – למשל מניעת זיהום היס והסביבה, רגולציית הפקה נאותה וקביעת יחס הולם בין צריכה מקומית/יצוא בהפקה והשיווק השוטפים

508. סוג נוסף של פגם חמור העולה מן ה-"מתווה" הוא ההתעלמות מסוגיות מרכזיות ואי-אסדרה שלהן כלל וממילא העדר כל מחויבויות בקשר אליהן של שותפויות הגז.

509. פשיטא, כי עורך "מתווה" סביר צריך היה לכלול בו את כל בעיות היסוד הנוגעות לאסדרת משק הגז הטבעי ולקבוע גם הוראות שיצרו מחויבות ברורה של שותפויות הגז ביחס לבעיות אלו – בין בדרך של כבילתן לכל הפחות שלא להתנגד או להפריע למהלכים אלו. ברור גם שישנם נושאים והתחייבויות בהן נדרשה "התחייבות לפעולה" מצידן וישנם נושאים בהם די "התחייבות שלא להפריע או למנוע".

510. אלא שה-"מתווה" מזניח הזנחה פושעת סוגיות יסוד כאלו ולא מסדיר אותן כלל וממילא לא כולל הוראות שיחייבו או ישתיקו השותפויות בעניינים אלו.

511. סוגיה חמורה ובולטת במיוחד היא כל הנושא של אסדרה סביבתית – הסכנות לזיהום היס התיכון ולפגיעה במערכות ביולוגיות רגישות, עדינות וייחודיות הן מוחשיות וממשיות. יתרה מכך Noble Energy Inc איננה חברה בעלת רקורד נקי בעניינים אלו – אך לאחרונה נאלצה להגיע לצו מוסכם (Consent Decree) שקיבל תוקף של פסק דין מבית משפט פדראלי בקולורדו – בגין הפרות סביבתיות – אותן איתרה ותבעה בגין רשות הגנת הסביבה הפדראלית (Environmental Protection Agency)⁹¹.

512. מכאן שלכל הפחות מדובר בחברה שהיא בבחינת "שור מועד" בכל הנוגע להפרות דיני הגנת הסביבה. כך דווח לאחרונה כי החברה היא בין החברות עם מספר הפרות דיני הגנת הסביבה הגבוה ביותר במדינת קולורדו⁹²

⁹¹ פסק הדין במלואו ניתן לצפייה בכתובת הבאה:

<http://www.epa.gov/sites/production/files/2015-04/documents/noble-cd.pdf>

⁹² ר' דווח מפורט בכתובת הבאה:

<http://www.nrdc.org/land/drilling/files/fracking-company-violations-IP.pdf>

513. לפיכך, ובהינתן האמור – שתיקת ה-”מתווה” בכל הנוגע לאסדרה של דיני הגנת הסביבה – מעוררת קשיים מיוחדים ויוצאי דופן. הרי ידוע כי אין מדובר באסדרה ופיקוח פשוטים כל עיקר. אלא בעניין מורכב ומסובך – שהינו גם במידה רבה חדש לרשויות בישראל. בהינתן כל האמור – הציפיה הסבירה הייתה כי ה-”מתווה” יסדיר הסוגיה וטיפול בה – לרבות קביעת מחויבויות ברורות ואכיפות על שותפויות הגז וחיוב שלהן שלא להתנער מהן. אך ה-”מתווה” שותק שתיקה רועמת.

514. ברור כי שתיקה זו עולה כדי חוסר סבירות קיצוני – שיש בה משום הפקרת הסביבה והתעלמות מוחלטת מסוגיות אלו תוך השארת לעתיד בשיטה הישראלית הידועה ”סמוך”. שיטה שתביא לכך – שבעת משבר – המדינה תימצא עצמה עומדת מול שוקת שבורה וללא יכולת מעשית ומשפטית לאכוף צעדים מתחייבים להגנה על הסביבה.

515. היבט חמור נוסף שהוזנח הוא הסוגיה של יצירת יחס מועדף להפקה והספקה מקומית בכל נקודת זמן. ברור כי עצם קביעת כמויות כוללות לצריכה מקומית ויצוא אינה מספקת. נדרשת גם התאמה לאורך עשרות שנים בין צרכי השוק המקומי לבין הכמויות שיסופקו לו.

516. יתרה מכך, הבטחת כמות מספקת של הספקה לשוק המקומי, וריסון כח המונופול במישור המחיר – יכלו להגביר הסיכוי לעידוד התנהגות שוק תחרותית במידת מה. כך, אם היה נקבע יחס בין תפוקה מקומית/יצוא בכל יחידת זמן – יכלה הממשלה להכתיב למונופול תמריץ לספק לשוק המקומי כמות שתימנע מחסור באמצעות יחס מועדף כזה.

517. דבר לא נעשה בהקשר זה – ה-”מתווה” שותק ולא מסדיר כלל את היחס על פני ציר הזמן בין הפקה ושיווק לשוק המקומי לבין היצוא.

518. חסר זה עולה אף הוא כדי חוסר סבירות קיצוני.

ד.11. סעיף היציבות הרגולטורי הוא חד צדדי

519. אחד ההיבטים הבולטים ביותר בחד-צדדיותו משתקף בנוגע לסעיף היציבות הרגולטורית. סעיף חריג זה הנגוע בחוסר סבירות ואי-חוקיות ממחיש היבט חמור נוסף ב-”מתווה” – חד צדדיות וקיפוח זכויות המדינה והציבור.

520. לכאורה, אם בכלל היה מקום ואפשרות לקבוע סעיף כזה – הציפייה הסבירה – ששני הצדדים מצפים ורוצים ביציבות ובוודאות – ולא רק אחד מהם.

521. אלא שסעיף היציבות הרגולטורית – הוא חד-צדדי הוא מבטיח יציבות רק לצד של שותפויות הגז – אך אינו מבטיח כל יציבות או ודאות לציבור.

ה.11. הממשלה לא שקלה כלל את משמעות הסכנות המוחשיות כתוצאה מהעצמת כוחו של מונופול הגז

522. הממשלה עת קיבלה את החלטתה לאשר את ה-”מתווה” לא שקלה וממילא לא התייחסה כלל לסכנות הנובעות מכוחו העצום של מונופול הגז – כוחו שמקבל ביטוי והשפעה לא רק במישור הכלכלי גרידא, אלא גם בהשפעה על מדיניות הממשלה, קביעת

סדרי העדיפויות שלה, כוחה לבצע מהלכים שונים וכן על מבנה ועוצמת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל.

523. דברים אלו העשויים להישמע תחילה כמוגזמים ומרחיקי לכת קיבלו ביטוי מוחשי ביותר במכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פיסקלי-כלכלי), א. ליכט, שנכתב בחודש דצמבר 2014. וכך כתב:

"אלא שעל בסיס המידע הקיים כיום בטווח הזמן הנראה לעין עיקר הגז יסופק משני מאגרים גדולים, "תמר" ו"לוויתן", המוחזקים בעיקרם בידי קבוצה אחת.

אין עוד תחום של תשתית חיונית בישראל, בעל השפעה כזו, הנשלט בידי גורם פרטי יחיד. כח השוק שמרכזת הקבוצה מעורר חשש ברמת התחרותיות הענפית וההשלכה שלה על המחיר לצרכנים.

אך הבעיה רחבה יותר. לבעיית התחרות הענפית יש להוסיף את החשש מריכוז העוצמה ברמה הכלל משקית. זהו חשש החורג משאלות של מחיר ותחרות לעבר תחומים אחרים של יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק."

(ההדגשה לא במקור – ג.ב., ח.ק.)

524. ה-"מתווה" היה יותר על כנו – מאשרר ומקבע מצב זה בו קבוצת תאגידים תצבור עוצמה וכח עצומים וכן "יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק" אשר הממשלה והמדינה יתקשו לעמוד מולם.

525. חשש כזה איננו בבחינת דמיון – דברים דומים קרו והתרחשו גם במדינות חזקות ויציבות ממדינת ישראל. ראוי ונכון ללמוד גם מניסיון היסטורי זה.

526. בשנת 1960 בנאומו לאומה סמוך לסיום כהונתו, הביע הנשיא האמריקאי Dwight D. Eisenhower חשש ממשי ומוחשי מן הסכנות החמורות שטמונות לחרות ולדמוקרטיה האמריקאית כתוצאה ממה שכינה Military industrial complex:

"This conjunction of an immense military establishment and a large arms industry is new in the American experience. The total influence -- economic, political, even spiritual -- is felt in every city, every State house, every office of the Federal government. We recognize the imperative need for this development. Yet we must not fail to comprehend its grave implications. Our toil, resources and livelihood are all involved; so is the very structure of our society.

In the councils of government, we must guard against the acquisition of unwarranted influence, whether sought or unsought, by the military industrial complex. The potential for the disastrous rise of misplaced power exists and will persist.

We must never let the weight of this combination endanger our liberties or democratic processes. We should take nothing for granted. Only an alert and knowledgeable citizenry can compel the proper meshing of the huge industrial and military machinery of defense with our peaceful methods and goals, so that security and liberty may prosper together.⁹³

(ההדגשות לא במקור – ג.ב., ח.ק.)

דברים ברוח דומה אמר גם הנשיא Franklin D. Roosevelt בנאומו בשנת 1938 :

"Unhappy events abroad have retaught us two simple truths about the liberty of a democratic people.

The first truth is that the liberty of a democracy is not safe if the people tolerate the growth of private power to a point where it becomes stronger than their democratic state itself. That, in its essence, is Fascism—ownership of Government by an individual, by a group, or by any other controlling private power."⁹⁴

(ההדגשות לא במקור – ג.ב., ח.ק.)

527. גם הניסיון ההיסטורי מגרמניה בתקופות שלפני פרוץ מלחמת העולם הראשונה ועד ובמהלך מלחמת העולם מלמד כי הצברי כח כלכליים בלי מרוסנים ועוצמתיים מהווים סיכון מוחשי, מהותי לדמוקרטיה ולתהליכי קבלת החלטות דמוקרטיות, הם פועלים בצורה הסמויה מן העין הציבורית בתהליכים איטיים וארוכי טווח שקשה לעמוד עליהם בזמן אמת, וסופם בהשתלטות על ההליך הפוליטי, תוך קידום אינטרסים עצמיים שאינם תואמים את "המצפן הציבורי" ולא פעם סותרים אותו, כפי שקובע פרופ' משה צימרמן בחוות דעתו :

"הניסיון ההיסטורי מלמד כי הצברי כח כלכלי משמעותיים – נוטים לחפש ומוצאים אפיקי השפעה על המדינה, מערכות השלטון ותהליכי קבלת ההחלטות בה.

כמו כן ניתן ללמוד מן הניסיון ההיסטורי כי תהליכים אלו הינם תהליכים המתנהלים הרחק מן העין הציבורית, הם תהליכים ארוכי טווח ולעיתים איטיים – וקיים קושי אימננטי להצביע או לסמן את התרחשותם בזמן באמת.

העולה מכל אלה הוא, ששיטה דמוקרטית חייבת להשתמש בחוקה, במערכת המשפטית ובתשתית תודעתית ברורה כדי למנוע היווצרות מצב שבו הצברי כח

⁹³ ניתן לצפיה בכתובת:

<http://coursesa.matrix.msu.edu/~hst306/documents/indust.html>

⁹⁴ ניתן לצפיה בכתובת:

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15637>

כלכלי חורגים מן התחום הכלכלי ועלולים להשפיע ולהשתלט על ההליך הפוליטי,
תוך קידום אינטרסים עצמיים שאינם תואמים את "המצפן הציבורי" ולא פעם
סותרים אותו."

חוות הדעת מצורפת לעתירה זו

528. גם ביפאן מוכרת הייתה תופעה של הצברי כח כלכלי עצומים – Zaibatsu שהשפיעו
על המדיניות והשתלבו בתוך מוסדות השלטון⁹⁵. ריכוזי כח אלו פורקו לאחר סיום
המלחמה.

529. מכאן, שבהינתן שהממשלה כלל לא בחנה ולא שקלה היבטים אלו קודם לקבלת
החלטתה – הרי שנפל בה פגם מהותי ומשמעותי – אי שקילה של שיקול רלוונטי. פגם זה
מצדיק ביטול ה-"מתווה" כמבוקש בגדר עתירה זו.

⁹⁵ T. A. Bisson, Zaibatsu Dissolution in Japan, Greenwood Press Publishers, 1976, p. 6.

סוף דבר

נוכח כל האמור, יתבקש בית המשפט ליתן צווים כמפורט בפתיח של עתירה זו.
עתירה זו נתמכת בתצהירה של ח"כ שלי יחימוביץ.
מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש בגדר עתירה זו.

ירושלים, היום 11 ינואר, 2016.

חגי קלעי, עו"ד

גלעד ברנע, עו"ד

ב"כ העותרים