



בית המשפט העליון

בג"ץ 4374/15, 7588/15, 8747/15, 262/16

התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל

בעניין מתוה הגז שנקבע בהחלטת ממשלה 476

תקציר פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

עניינן של העתירות בתגליות משמחות של מאגרים גדולים של גז טבעי בשטח המים הכלכליים של ישראל, עליהן התבשרנו בשנים האחרונות. העתירות חולקות על תקפותו המשפטית של מתוה, שעליו החליטה ממשלת ישראל במסגרת החלטת ממשלה 476 לעניין הטיפול במאגרי הגז (להלן "מתוה הגז"), והמדינה וחברות הגז, זכייניות המאגרים, מגנות על המתוה. יוטעם תחילה, כי לאורך חוות דעתו הדגיש המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, כי בית המשפט אינו מבקש לבחון את תבונתו הכלכלית של המתוה, ואינו מבקש להביע דעה בעניין זה. הסוגיה נבחנת על-ידינו בשאלה המשפטית – גבולות סמכות הממשלה במשטר דמוקרטי, ועד כמה ניתן למתוח את סמכותה השירותית – סמכותה הכללית לפעולה – מקום שהמחוקק לא הסמיך אותה מפורשות, כאשר המשמעות הכלכלית עצומה כל כך, בהיקף שלא היה כמותו.

פסק הדין עוסק בעיקר בשלוש סוגיות מרכזיות שהועלו בעתירות:

ראשית, מה הן הנסיבות בהן ניתן לעשות שימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, המקנה לשר הכלכלה סמכות לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק ההגבלים העסקיים נוכח שיקולי חוץ וביטחון, והאם בענייננו – בו הסתמך ראש הממשלה ושר הכלכלה (אז כממלא מקום השר) על סעיף זה – נעשה השימוש בסעיף בסמכות ובסבירות.

שנית, האם פרק י' למתוה המעניק לחברות הגז סביבה רגולטורית יציבה, ובמלים אחרות התחייבות הממשלה שלא לשנות מן המתוה, לרבות שינויי חקיקה והתנגדות ליזמות חקיקה, ובעיקרו – הגנה מפני שינוי רגולטורי בתחומי המסים, ההגבלים העסקיים ומכסות הייצוא, והכל למשך עשור שנים – נקבע בסמכות.

שלישית, האם מתוה הגז על כל היבטיו, מורכבותו וחשיבותו לכלכלת ישראל, אינו עולה כדי "הסדר ראשוני", המחייב חקיקה ראשית חלף החלטת ממשלה.

אשר לשימוש שנעשה בסעיף 52: לאחר בחינת טענות העותרים במישור הסמכות, במישור הפעלת שיקול הדעת ותקינות ההליך, בא השופט רובינשטיין לכלל מסקנה, כי השימוש בסעיף 52 מטעמי חוץ וביטחון נעשה בסמכות ובסבירות. הוסבר, כי במישור הסמכות, השתכנע בית המשפט כי השיקולים הבטחוניים והמדיניים הם שיקולים ממשיים, המאפשרים במקרה דידן לבוא בשערי סעיף 52. זאת לנוכח חוות דעת בטחוניות וחוות דעת בתחום המדיני שהוגשו, וכן לאחר שמיעת עמדתם של גורמי ממשל בכירים, לרבות ראש הממשלה. נומק, כי באותם מקרים חריגים בהם קיימים שיקולים בטחוניים ומדיניים משמעותיים, יש לבחון כנגדם – לאחר בחינת מישור הסמכות – את הפגיעה שתיגרם לתחרות (תכלית חוק ההגבלים העסקיים) בעקבות הפעלת הסעיף; והשיקול הוא טובת הציבור. לשון אחר, משנחצה, במישור הסמכות, "רף החריגות" – מתקיימת, במישור הסבירות, מעין "מקבילית כוחות" בין האינטרס התחרותי לאינטרס הבטחוני-מדיני. ככל שהפגיעה באינטרס התחרותי חזקה יותר, כך יידרשו טעמים בטחוניים-מדיניים חזקים יותר לשם הפעלת הסעיף; וכאמור בנסיבות, חרף הפגיעה המשמעותית באינטרס התחרותי, נקבע כי הטעמים הבטחוניים-מדיניים הם כבדי משקל, ומכאן שאין ניתן לומר כי הסעיף הופעל באורח לא סביר. כל זאת, לאחר שהובהר כי השימוש בסעיף 52 ייעשה בנסיבות חריגות בלבד, אולם ענייננו בא בגדר אלה מהטעמים הללו.

כמו כן נמצא, גם אם לא בלי קושי, כי מדיניות המיסוי, הפיקוח על המחירים והיצוא שבמתוה נקבעו – כל אחת כשלעצמה – בסמכות ובסבירות, אולם לא כך באשר למשקלן המצטבר, ועל כך בהמשך.

אשר לפרק י' שעניינו סביבה רגולטורית יציבה: עמדת השופט רובינשטיין היא כי פסקת היציבות בפרק זה במתוה, בו מתחייבת הממשלה לעשור שנים שבו לא זו בלבד שלא תחוקק אלא תיאבק בכל חקיקה כנגד הוראות המתוה, נקבעה בחוסר סמכות,

ודינה בטלות. זאת מן הטעם, כי היא נקבעה בניגוד לכלל הבסיסי במשפט המינהלי בדבר איסור על כבילת שיקול הדעת של הרשות. הוסבר, כי כאשר מוקנית לרשות סמכות בחוק, הסמכות מקימה בצידה חובה – חובת הפעלת שיקול הדעת; ובפשטות, אין בסמכותה של הממשלה להחליט שלא להחליט ושלא לפעול. הוטעם, כי הדברים אמורים ביתר שאת כאשר מדובר בנושא המצוי במחלוקת פוליטית של ממש, וכאשר הרשות המבצעת מבקשת לכבול את שיקול דעתה של ממשלתה, אשר ייתכן שהרכבה והאידיאולוגיה שבה היא מחזיקה, יהיו שונים משל זו הנוכחית. בהמשך לכך, משהוחלט במתווה כי הממשלה תימנע משינוי רגולטורי בתחום הפיסקלי, תחום ההגבלים העסקיים ומכסות היצוא שנקבעו בהחלטת ממשל 442, וזאת לתקופה של עשור, התפרקה הממשלה משיקול דעתה שלא כדין. יתר על כן נקבע, משהמתווה נשוא ענייננו קובע מראש, כי הממשלה תתנגד להצעות חוק פרטיות בתחומים האמורים, וגם זאת לתקופה של עשור, יש בכך, בפועל, כדי לכבול במהות אף את שיקול דעתה של הכנסת נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות, במיוחד כאשר מדובר בנושאים רגישים מבחינה פוליטית. הסוגיה נבחנה אף באספקלריה של דוקטרינת ההבטחה המינהלית, קרי, יכולת הממשלה ליתן הבטחות מחייבות (גם אם במקרים קיצוניים, תוך סנקציות, אפשר לבטלן); זאת לנוכח הודעת המדינה וחברות הגז, כי יש לראות את המתווה ככזה, ונקבע כי מדובר בהבטחה שניתנה בחוסר סמכות.

אשר לסוגיית ההסדר הראשוני: לאחר כל אלה, בחן השופט רובינשטיין אם היה מקום לאסדרת הסוגיות שבמתווה בחקיקה ראשית, או שניתן היה להסתפק בהחלטת ממשלה. לאחר שבחן את ההצדקות לכלל ההסדרים ראשוניים – קרי, כי נושאים רבי חשיבות טעונים הסדר בחוק – ככל שמדובר בענייננו, בא השופט רובינשטיין למסקנה, כי לפנינו מקרה מובהק, שבו מכלול ההיבטים הטעונים אסדרה, בהצטברותם, מחייבים אסדרתה של הסוגיה בחקיקה ראשית, בתהליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור והגורמים הרלבנטיים על-ידי הרשות הנבחרת. הודגש, כי ייתכן שביחס לכל פרק במתווה יכולה להישמע טענה כי אין נדרשת חקיקה ראשית, ואולם, העיקר הוא המכלול, וענייננו במקרה שבו השלם עולה על סך חלקיו, שכן מדובר באסדרה כמעט ראשונית של סוגיית הפקת ומכירת הגז הטבעי על היבטיה השונים בעל השלכות כלכליות עצומות והמצויה במחלוקת ציבורית עמוקה. לעמדת השופט רובינשטיין איפוא, הממשלה חרגה מגדרי סמכותה, כאשר ביקשה – גם אם ברצון טוב – לערוך בעצמה אסדרה של סוגיה מערכתית רב קדקודית רגישה, חשובה ובעלת השלכות אדירות, שלא על דרך חקיקה, וגם מכאן נפסק כי המתווה נקבע בחוסר סמכות.

אשר לסעד – התוצאה האופרטיבית – לעמדת השופט רובינשטיין, נוכח האמור מעלה, יש להורות על בטלות המתוה, אך תוך השעיית מועד הבטלות. למדינה ניתן פרק זמן בן שנה, שבו באפשרותה לפעול לאסדרתה של סוגיית הגז הטבעי. בתום שנה ממתן פסק דין זה, וככל שלא תהא אסדרה כזו או אחרת, יבוטל מתוה הגז, שנקבע בהחלטת ממשלה 476.

השופט ס' ג'ובראן:

השופט ס' ג'ובראן הסכים לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ולתוצאה שאליה הגיע.

בסוגיית ההסדר הראשוני, השופט ג'ובראן עמד בחוות דעתו על כך שאת ראשוניותו של מתוה הגז יש לבחון כמכלול, ולא בהתאם להחלטות הרגולטוריות הפרטניות המרכיבות אותו. זאת, בהסתמך על הליך קבלתו של המתוה כהסדר יחיד שאינו מופרד לחלקים בממשלה ובכנסת; ובהסתמך על אופיו ומהותו כהחלטה המאסדרת את משק הגז הראשוני. השופט ג'ובראן הדגיש בחוות דעתו את היותו של מתוה הגז החלטת מדיניות כוללת, הקובעת את סדרי העדיפויות בין האינטרסים המגוונים הנוגעים למשק הגז, ומצא כי ההחלטות הרגולטוריות הפרטניות הן כלי בלבד להוצאת המתוה כולו אל הפועל. בנוסף, השופט ג'ובראן ציין את אופיו החוזי-הסכמי של מתוה הגז, אשר מהווה תוצר של משא ומתן בין המדינה לבין חברות הגז. נוכח חשיבותו של מתוה הגז, השלכותיו הכלכליות והוויכוח הציבורי אותו הוא מעורר, השופט ג'ובראן הצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה, לפיה מתוה הגז כמכלול הוא הסדר ראשוני, אשר האפשרות להסדירו בהחלטת ממשלה מחייבת קיומה של הסמכה בחקיקה ראשית של הכנסת.

כמו כן, השופט ג'ובראן הצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה לפיה הוראות היציבות הרגולטוריות הקבועות בפרק י' למתוה הגז נקבעו בחוסר סמכות, מאחר שהממשלה לא הייתה רשאית לכבול את שיקול דעתה שלה ואת שיקול הדעת של הכנסת. השופט ג'ובראן הוסיף כי לטעמו, קיים טעם לפגם גם בניסוח הגורף של הוראות היציבות, העשוי לפגוע במעמדה הבינלאומי של ישראל ככל שהמדינה תיאלץ לחזור בה מההתחייבות אותה נתנה.

לבסוף, השופט ג'ובראן עמד על פגמים אשר נפלו, לשיטתו, בהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. ראשית, השופט ג'ובראן מצא כי התשתית העובדתית שעמדה ביסוד הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים חסרה, מחמת היעדרה של חוות

דעת אשר תבחן את השפעותיו של מתוה הגז על התחרות במשק. שנית, השופט ג'ובראן מצא כי מסגרות הזמנים שניתנו לציבור להביע את עמדתו לגבי מתוה הגז במסגרת הליך השימוע הציבורי היו דחוקות, באופן שפגע בעיקרון שיתוף הציבור בתהליך קבלת ההחלטות ובשקיפות ההליך הפוליטי. עם זאת, השופט ג'ובראן מצא כי נוכח התוצאה שאליה הגיע בסוגיית ההסדר הראשוני, לסוגיות אלו יינתן מענה במסגרת הליך החקיקה.

השופט נ' סולברג:

לדעתו של השופט נ' סולברג דינן של העתירות להידחות, והוא חלוק על דעתו של המשנה לנשיאה בשתי סוגיות:

1. פסקת היציבות הרגולטורית – לדעת השופט סולברג פסקת היציבות אינה מגבילה את כוח החקיקה של הכנסת, הכנסת ריבונית לחוקק כטוב בעיניה; פסקת היציבות מגבילה את שיקול הדעת של הממשלה, והיא אכן חריגה: (א) במשכה – שנים ארוכות; (ב) בהיקפה – הימנעות מחקיקה והתחייבות לשינוי חקיקה נוגדת; (ג) בתוצאות הכלכליות שצפויות לנבוע מאי-קיומה. ברם, גם בהצטברותם של המאפיינים הללו, אין בפסקת היציבות משום כבילה מוחלטת של שיקול הדעת של הממשלה. כבילת שיקול הדעת היא פועל יוצא הכרחי מעצם קיומם של חוזים מנהליים והבטחות מנהליות, והאיזון בא לידי ביטוי בהלכת ההשתחררות ובאפשרות לסגת מהבטחה מנהלית. כך נותר לממשלה מרחב מסוים של שיקול דעת במבט צופה פני עתיד, ומכל מקום, פסקת היציבות המעוגנת בהחלטת הממשלה, גמישה יותר מאשר בעיגונה בחקיקה.

לממשלה נתונה הסמכות ובידיה הכלים המקצועיים להחליט על המתוה המיטבי לניצול משאב הגז, החלטה המחייבת קביעת מדיניות רב-קודקודית. הנושא שעל הפרק מצוי בליבת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. הממשלה רשאית לפעול בענייניו לקידומה של חקיקה. פסקת היציבות הרגולטורית היא חלק מ'עסקת חבילה' כוללת, פרי משא ומתן מקצועי ארוך ומורכב שניהלה המדינה מול חברות הגז. בהשקעות מן הסוג הנדון, התחייבות למשך 10 שנים מתקבלת על הדעת, והיא נצרכת על מנת לקבוע מדיניות ולפעול להגשמתה בביצוע פרויקטים חשובים לטווח ארוך. לבטח יעלה הדבר ביוקר, אם תחליט הממשלה בעתיד שלא לקיים את מחוייבותה על-פי המתוה. הדבר תלוי בהיקף ההשקעות, במידת הסטייה מן המתוה, בעיתויה, אך

עדיין יכול שתהיה זו "הפרה יעילה", אם שיעור הרווח יעלה על סכום הפיצוי. בסוגיה יחודית עסקינן, בסדר גודל שונה לחלוטין מזה שאליו הורגלנו. מדובר בהשקעה כלכלית אדירה מצד של היזמים, תוך סיכון רב מצדם; קיים צורך כלכלי, מדיני ובטחוני בישום מהיר ככל הניתן של המתוה; לפסקת היציבות הרגולטורית נודעת חשיבות רבה בתוך המכלול, והיא חיונית מצד חברות הגז, כתנאי מקדמי להתקשרות; ובסופו של דבר – התמורה הכלכלית הכבירה אשר כולנו תקווה כי תינתן בעד ההשקעה האמורה, לתועלת היזמים והמדינה ואזרחיה כאחד. מכל אלו נובע, כי אך סביר הוא כי המדינה תאלץ לשאת בעלות כספית גבוהה בהשתחררות מן ההבטחה המנהלית הגלומה במתוה, שהרי כגודל הסיכוי כן גודל הסיכון. זו הפרספקטיבה שלאורה יש לבחון את סבירות כבילת שיקול הדעת. זאת ועוד, על-פי חוק נכסי המדינה רשאית הממשלה כעקרון למכור את מאגרי הגז, כולם או חלקם, ובעצם המכירה יש כבילה מוחלטת של שיקול הדעת העתידי. אם את המרובה רשאית הממשלה לעשות (למכור), את המועט ממנו (מתוה הגז, על פסקת היציבות הרגולטורית שבו) לא כל שכן.

על יסוד הטעמים שציינן בפסקאות 39-8 לחוות דעתו, הגיע השופט סולברג למסקנה, כי פסקת היציבות הרגולטורית אינה בלתי-חוקית. הממשלה מוסמכת לכבול את שיקול דעתה כדרך שעשתה, בכפוף ליכולת ההשתחררות מן ההבטחה המנהלית.

2. עיגון מתוה הגז בהחלטת ממשלה או בחקיקת הכנסת – המכלול הגלום
בהחלטת הממשלה – בתחום יצוא הגז, המיסוי, ההגבלים העסקיים, ביחד עם פסקת היציבות הרגולטורית – יוצר הסדר ראשוני. ברם, בניגוד לדעתו של המשנה לנשיאה, סבור השופט סולברג כי דיינו בחקיקה הקיימת, מכוחה מוסמכת הממשלה להחליט על מתוה הגז, ואין צורך בחקיקה נוספת. סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים הוא מקור הסמכות למתן הפטור מדיני ההגבלים העסקיים; סעיף 33(א) לחוק הנפט הוא מקור הסמכות לנושא יצוא הגז. משהגיע השופט סולברג למסקנה כי רכיביה השונים של החלטת הממשלה מעוגנים כדבעי בחוק מסמך, היקשה כיצד ניתן לאסור על הממשלה לפעול מכוח חקיקה מסמיכה זו, רק בשל מראית פני ה'מכלול'? מכל מקום, וגם אם אין די בהסמכה המפורשת בחוקים הרלבנטיים ביחס לחלקי המתוה, ישנה הסמכה ברורה גם לגבי המכלול, בסעיף 5(א) לחוק נכסי המדינה.

מסקנת הדברים היא כי הממשלה מוסמכת על-פי חוק לקבוע את מתוה הגז כדרך שעשתה; פסקת היציבות הרגולטורית, אף שהיא מגבילה את שיקול הדעת המנהלי של הממשלה, יכולה לעמוד; אין צורך בחקיקת מתוה הגז; להסדרה חקיקתית

צפויים קשיים (פסקאות 64-66); דיינו בהחלטת הממשלה. הגז הטבעי הוא קניינה של המדינה. על הממשלה – בהיותה נאמן הציבור בנכסי המדינה – מוטלת חובה להפעיל את סמכותה בנושא הנדון שהוא בליבת העשייה הממשלתית, על מנת לשמור באופן מיטבי על זכויות הקניין של המדינה בגז הטבעי. לא זו בלבד שהממשלה רשאית היתה להחליט, לפעול ולעשות; היא היתה חייבת לעשות כן. זו אחריותה, וזהו תפקידה.

השופט ע' פוגלמן:

השופט ע' פוגלמן הצטרף לחלק הארי של חוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין שאליה הצטרף גם השופט ס' ג'ובראן, ובכלל זה לקביעה שלפיה פסקת היציבות הרגולטורית במתכונתה הנוכחית אינה יכולה לעמוד. לעניין זה הדגיש השופט פוגלמן כי היקפה ומשכה של פסקת היציבות, כמו גם "תג המחיר" הנלווה להפרתה הצפויה יוצרים הלכה למעשה כבילה אסורה של שיקול הדעת המינהלי. השופט פוגלמן הוסיף: "מבקש אני להדגיש כי אין אני מתעלם כלל ועיקר מההיגיון הכלכלי שעומד בבסיסה של דרישת המשקיעים ליציבות רגולטורית. אך מובן הוא שבתמורה להשקעות עתק מצדם של האחרונים מצפים הם להקטין את סיכוניהם, באופן שיאפשר להם להחזיר את השקעתם ואף לקבל תשואה הולמת. לאינטרס זה של המשקיעים יש ליתן מענה הולם. כפי שהבהיר חברי המשנה לנשיאה בחוות דעתו המפורטת, קיימים מודלים שונים שבגדרם יכול להינתן מענה כאמור. ברם, כאמור לעיל, פסקת היציבות הפרטנית שבה עסקינן אינה נמנית על מודלים אלה על רקע מאפייניה הייחודיים האמורים". בצד זאת, לעמדת השופט פוגלמן אין מניעה כי הכנסת תגבש פתרון חקיקתי שיאפשר לממשלה לקבע את שלושת ההסדרים שבהם עוסקת פסקת היציבות לתקופת זמן מוגדרת, בין אם על ידי חקיקתו של הסדר ייעודי, בין אם על ידי חקיקת הוראה שתסמיך את הממשלה במפורש לעשות כן.

לעומת זאת, השופט פוגלמן לא ראה להצטרף לעמדתם של המשנה לנשיאה ושל השופט ס' ג'ובראן שלפיה המתווה (בנפרד מפסקת היציבות) עולה כדי הסדר ראשוני המחייב את עיגונו – בכללותו – בחקיקה ראשית. לדידו, אף אם ראוי היה מן הבחינה הציבורית כי המתווה יובא לפתחה של הכנסת בגדריה של חקיקה ראשית, הרי שבנסיבות העניין לא קמה חובה משפטית לעשות כן. לעמדת השופט פוגלמן את שאלת היותו של המתווה הסדר ראשוני יש לבחון לא על פי "המכלול" העולה ממנו אלא בשים לב לפרטיו הקונקרטיים ותוך התמקדות בהיבטים הנוגעים לשינויים המבניים הצפויים במשק הגז ולקידום התחרות. בהקשר זה סבור השופט פוגלמן כי בהיותו של המתווה

מסגרת המאחדת את פועלם של כלל המאסדרים הרלוונטיים במשק הגז הטבעי כל אחד בתחום סמכותו – בבחינת איגום כוחות רגולטורי – ניתן מבחינה משפטית להסדירו בגדרה של החלטת ממשלה.

זאת ועוד, השופט פוגלמן סבור כי ספק אם חשיבותו הכלכלית-משקית של המתווה והמחלוקת הציבורית שליוותה את גיבושו מחייבים כשלעצמם את הקביעה כי המתווה עולה כדי הסדר ראשוני. מכל מקום, אף אם מניחים לצורך הדיון כי המתווה עולה כדי הסדר ראשוני, הרי שיש בנמצא הסמכה מספקת לקביעתו שלא בדרך של חקיקה ראשית. הסמכה זו נובעת מצירופן של כלל הוראות החוק המסמיכות את הרשויות באופן מפורש לקבוע כל אחד ואחד מן ההסדרים שנקבעו במסגרת המתווה.

אשר לסעד, השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

השופטת א' חיות

השופטת א' חיות סבורה כי הוראות הכבילה שבפרק י' של המתווה והן בלבד דינן להתבטל וכי ככל שהוראות אלה תיגרענה מן המתווה אין מקום לביטול יתר הוראותיו.

בחוות דעתה מציינת השופטת חיות כי המתווה אינו משתייך באופן מוחלט לתבנית משפטית אחת והוא מהווה למעשה שילוב של תבניות משפטיות. הוא אושר בהחלטת ממשלה המאגדת את מכלול ההיבטים הרגולטוריים שדרשו התייחסות באותו שלב וחלק מן ההוראות הרלוונטיות בהקשר זה אף נוסחו באופן התואם את מודל האסדרה המסורתי הכופה והחד צדדי. במובן זה ניתן לסווגו כהבטחה מנהלית וכך אף בחרה המדינה ובחרו חברות הגז לסווגו בדיון. ואולם, כך מוסיפה השופטת חיות ומציינת, לאורך המתווה קיימות הוראות לא מעטות המנוסחות כתנאים בהסכם שהינם תולדה של מפגש רצונות בין הגורמים הרגולטוריים ובין חברות הגז, ומהיבט זה מתאפיינת המתווה בסממנים של חוזה רגולטורי שהינו מודל חדש של הסדרה מנהלית המבסס הוראות רגולטוריות בתחומים שונים על יחסים חוזיים ועל שיתוף פעולה עם הגורמים המפוקחים.

השופטת חיות מציינת כי ייתכן שהמודל של חוזה רגולטורי מצריך הגמשה מסוימת של כללי המשפט המנהלי המסורתי בכל הנוגע לכבילת שיקול הדעת והיא

מציינת בהקשר זה וריאציה מודרנית של תניית יציבות בדמות "תניית איזון כלכלי" שאינה כובלת את שיקול הדעת של הרגולטור ותחת זאת קובעת מנגנון של פיצוי מוסכם לתאגיד המסחרי בגין שינויים רגולטוריים אפשריים. לגישה של השופטת חיות, אילו היה המתווה כולו מוצא את ביטויו בחוזה רגולטורי הכולל תחת הוראות הכבילה הוראה בדבר פיצוי מוסכם ידוע וקצוב, ייתכן שהיה בו כדי לצלוח את הביקורת השיפוטית. אך משהוברר כי במסגרת המתווה נאלצה המדינה לרצות את דרישת חברות הגז ליציבות באופן אחר ולכלול במתווה הוראות כבילה שאינן צולחות את מבחני המשפט המנהלי, מותר לתמוה מהו, אם בכלל, היתרון המשפטי שהושג בבחירתה של התבנית האמורה.

אשר להוראות הכבילה קבעה השופטת חיות כי הוראות אלה מרחיקות לכת ביותר בין היתר משום שהן כובלות את ידיה ורגליה של הממשלה כמי ששולטת למעשה על הליך החקיקה בכנסת, ליזום חקיקה. כמו כן קובעת השופטת חיות כי ההתחייבות האקטיבית של הממשלה במסגרת הוראות הכבילה לסכל כל שינוי בחוק הנוגד את המתווה, אם יחוקק בעקבות הצעת חוק פרטית, חוצה את כל הגבולות המותרים בדמוקרטיה פרלמנטרית וצובעת את הוראות הכבילה בצבע בלתי חוקי ברור ומובהק. עוד סבורה השופטת חיות כי הלכה למעשה ועל אף הלכת ההשתחררות, יוצרות הוראות הכבילה קיפאון רגולטורי וחקיקתי בשל החשיפה לתביעת פיצויים משמעותית מצד חברות הגז בשיעור שאינו ידוע במקרה של השתחררות מן המתווה או חלק ממנו.

בכל הנוגע להפעלת סמכותו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מציינת השופטת חיות כי מתן הזדמנות לממונה על ההגבלים העסקיים להגיע עם חברות הגז להסכמות במסלול של צו מוסכם על פי חוק ההגבלים העסקיים, אינו סותר את דבר קיומם של שיקולים הנוגעים למדיניות חוץ וביטחון והיא מוסיפה ומציינת כי לא מן הנמנע שפרק הזמן אשר ניתן לממונה לצורך מיצוי המסלול האמור היה ארוך מדי ובחוכמה שלאחר מעשה בהחלט ייתכן שאילו הופעל סעיף 52 קודם לכן היו התנאים שעל פיהם ניתן היה להגיע להסכמות עם חברות הגז נוחים יותר מבחינת המדינה בהיבטים שונים ובמיוחד בהיבט הכבילה. ואולם משהחליט הממונה לאחר כשלוש שנים שבהן נשא ונתן עם חברות הגז לחזור בו מן ההסכמה שגיבש עמן ומשהחליט שלא להביא את נוסח הצו המוסכם לאישור בית הדין, סבורה השופטת חיות כי יש טעם רב בטענת המדינה כי באותו שלב נוצרה דחיפות בהשגת הבנות עם חברות הגז, בין היתר, משום ששיקולי החוץ והביטחון לא רק שלא

נעלמו מן הזירה - במובנים מסוימים ניתן לומר כי הם הפכו דוחקים יותר ומשכך בדין הופעל באותו שלב סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

לסיכום, סבורה השופטת חיות כי הוראות הכבילה שבפרק י' של המתווה והן בלבד דינן להתבטל, וכי ככל שתיגרענה מן המתווה אין מקום לביטול יתר הוראותיו. בניגוד לדעתו של השופט ע' פוגלמן, סבורה השופטת חיות כי על בית המשפט לצמצם עצמו למסקנה המשפטית הנובעת מהניתוח שערך וכי אין מקום להיחפז אל המסקנה לפיה משבוטלה פסקת היציבות יש להורות על בטלות המתווה כולו. לגישתה, יש להותיר בידי חברות הגז את ההחלטה אם בנסיבות אלו ברצונן לבטל את המתווה אם לאו.

א. הוחלט ברוב דעות (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות וע' פוגלמן) כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, כי פסקת היציבות כנוסחה בסעיפים 5 ו-6 בפרק י' למתוה הגז, שנקבעה בהחלטת הממשלה 476 ועניינה "קיום סביבה רגולטורית יציבה" (כבילת הממשלה למתוה, לרבות אי שינויי חקיקה, והתנגדות ליזמות חקיקה למשך עשר שנים) – אינה יכולה לעמוד.

ב. מעבר לכך, לדעת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ס' ג'ובראן וע' פוגלמן, נוכח האמור בסעיף א' למעלה, ונוכח הצהרת המשיבים כי פסקת היציבות היא תנאי אין בלתו, דין המתוה כולו – להתבטל; אך יש ליתן למדינה פרק זמן של שנה שבו באפשרותה לפעול להסדרת הדרוש בהתאם לפסק דיננו. בתום שנה ממועד פסק הדין וככל שלא תהא הסדרה, יבוטל מתוה הגז. במובן זה נעשה הצו מוחלט.

השופטת א' חיות סבורה לעומת זאת, כי יש להורות על בטלות הוראות הכבילה שבפרק י' למתוה הגז – זאת ותו לא.

ג. לדעת השופט נ' סולברג, פסקת היציבות הרגולטורית, אף שהיא מגבילה את שיקול הדעת המינהלי של הממשלה, יכולה לעמוד; אין צורך בחקיקת מתוה הגז; ודיינו בהחלטת הממשלה, שאושרה במליאת הכנסת. לפיכך, לדעתו, דינן של העתירות להידחות.

ד. ברוב דעות השופטים א' חיות, ע' פוגלמן ונ' סולברג כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן הוחלט, כי תקפו של המתוה כולו (בנפרד מפסקת היציבות) אינו מותנה בעיגונו בחקיקה ראשית.

ה. שופטי ההרכב, למעט הערה מסוימת של השופט ג'ובראן, לא ראו בנסיבות פגם בשימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הפוטר מהוראות חוק זה משיקולי חוץ וביטחון.

ו. השורה התחתונה היא איפוא כאמור בסעיפים (א) ו-(ב) למעלה: הוחלט על ביטולו של מתוה הגז בשל פסקת היציבות (כלא שמצאנו מקום להתערבות שיפוטית בנושאים אחרים שעמדו על הפרק), תוך השעית הצהרת הבטלות לשנה כדי לאפשר הסדרה.