בית המשפט העליון בירושלים          בג"ץ 4374/15

**בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בפני: כב' השופט ס' ג'ובראן**

1. **התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד **אליעד שרגא** ו/או **צרויה מידד-לוזון**

ו/או **נילי אבן-חן** ו/או  **מיקה שיינוק קרטן**

ו/או **דניאל דושניצקי** ו/או **תומר נאור** ו/או **יעל קריב-טייטלבאום**

מרח' יפו  208 ירושלים, 91043

טל': 02-5000073; פקס: 02-5000076

1. **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה, ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד **עמית ברכה** ו/או **לי-היא גולדנברג**

מרח' יהודה הלוי 48, תל אביב, 65134

טל': 03-5669939; פקס: 03-5669940

1. **הפורום הישראלי לאנרגיה, ע"ר**

ע"י ב"כ התנועה למען איכות השלטון בישראל

**העותרות**

**- נ ג ד -**

1. **ראש ממשלת ישראל וממלא מקום שר הכלכלה**
2. **יושב ראש המועצה הלאומית לכלכלה**
3. **שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים**
4. **שר האוצר**
5. **ממשלת ישראל**
6. **היועץ המשפטי לממשלה**
7. **מ"מ הממונה על ההגבלים העסקיים**

המשיבים 5-1 ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

רח' צ'אלח א-דין 29, ירושלים

טל' : 02-646666 פקס: 02-6467011

1. **הכנסת**

ע"י ב"כ מהלשכה המשפטית, הכנסת, ירושלים

טל': 02-6408479; פקס: 02-6753495

1. **דלק קידוחים שותפות מוגבלת**
2. **אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת**

מרח' אבא אבן 12, הרצליה

טל': 09-9712424; פקס: 09-9712425

1. **Nobel Energy Meditettanean Limited**

ע"י ב"כ אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'

דרך אגודת ספורט הפועל 1, ירושלים

טל' : 02-5607606; פקס: 02-5629948

1. **רציו חיפושי נפט (1992) - שותפות מוגבלת**

מרח' יהודה הלוי 85, תל אביב

טל': 03-5661338; פקס: 03-5661280

**המשיבים**

**עתירה מתוקנת למתן צווים על תנאי וצווים הצהרתיים**

1. בהתאם להחלטת כבוד **השופט ס' ג'ובראן** מיום 22.11.2015, מוגשת בזאת עתירה מתוקנת לבית משפט נכבד זה,ליתן כנגד המשיבים **צווים על תנאי וצווים הצהרתיים,** כפי שיפורט להלן.

ואלו הם הצווים:

צו כנגד עקיפת דיני ההגבלים והפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים

* 1. צו על תנאי כנגד המשיב 1 המורה לו להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יחזור בו ויבטל את עקיפת סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים** (להלן: "**הממונה**") **ובית הדין להגבלים עסקיים** (להלן:"**בית הדין**"), **ולהעניק למשיבות 12-9 הפטרים מדיני ההגבלים העסקיים באמצעות סעיף 52** לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**החוק**"), זאת בין היתר, נוכח העילות שלהלן, העומדות כל אחת בפני עצמה ובהצטברותן יחד:
     1. **חריגה מסמכות** **וחוסר תקינות** ההליך, שעה שבכובעו כראש הממשלה הקים המשיב 1 צוות **אשר נטל את סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים ללא מקור הסמכה בחוק**, וחצי שנה מאוחר יותר ניסה המשיב 1 בכובעו כמ"מ שר הכלכלה **"להלבין" בדיעבד התנהלות בלתי חוקית זו, באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק**.
     2. **חריגה מסמכות, שעה שלא התקיימו שיקולי חוץ וביטחון המהווים תנאי להפעלת סעיף 52 לחוק**, מכוחו לכאורה ניטלו סמכויות הממונה ובית הדין וניתנו ההפטרים מדיני ההגבלים העסקיים. זאת, שכן "שיקולי החוץ והביטחון" הנטענים הינם בלתי מבוססים, ולכל היותר הינם משניים ונספחים לשיקול הכלכלי, ואף היו צריכים להוביל למסקנה הפוכה או, אינם מגלמים כל דחיפות מיוחדת שמצדיקה את מעקף הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים, ואינם קשורים בקשר סיבתי המצדיק את ההפטרים שהוענקו.
     3. **חריגה מסמכות, שעה שלא בוצעה כדין חובת ההיוועצות** **עם ועדת הכלכלה** של הכנסת המהווה תנאי להפעלת סעיף 52 לחוק, שכן ההיוועצות שהתקיימה לא נערכה, באופן כן, בלב פתוח ובנפש חפצה וכן לא הועברו מידי המשיבים 1-5 לידי ועדת הכלכלה כל המסמכים והחומר הנדרשים לצורך ביצוע חובת ההיוועצות.
     4. **חריגה מסמכות**, שעה **שממלא מקום שר הכלכלה** אינו מוסמך להפעיל באורח תקדימי והרה-גורל את סעיף 52 לחוק, כמי **שמכהן בתפקיד זה** באופן ארעי ומבלי שכהונתו אושרה על ידי הכנסת.
     5. **חריגה מסמכות**, שעה ש**מי שמכהן כראש הממשלה** אינו מוסמך לכהן במקביל כשר, בוודאי שלא כשר הכלכלה ולהפעיל במסגרת זו באורח תקדימי והרה-גורל את סעיף 52 לחוק.
     6. **ההליך** במסגרתו התקבל והתבצע הליך עקיפת סמכויות הממונה ובית הדין להגבליםהיה **בלתי תקין ועתיר פגמים מהותיים היורדים לשורשו של עניין**.
     7. היות ההחלטה על עקיפת הממונה להגבלים ובית הדין ונטילת סמכויותיו, והלבנתה בדיעבד בתואנה להפעלת סעיף 52 לחוק, **מנוגדת לתכליותיו של חוק ההגבלים**.
     8. **העדר תשתית עובדתית עניינית** **ועצמאית** לקבלת ההחלטה לעקוף את סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים.
     9. **הפגיעה הקשה באינטרסים הציבוריים**, במשק, בסביבה, בבריאות הציבור, בתקינות המינהל, בדמוקרטיה ובעקרונות הביטחון והעצמאות האנרגטיים, **כתוצאה מעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין –** מהלך אשר ביצר את המונופול וההסדרים הכובלים בשוק הגז הטבעי.
     10. **הפגיעה הקשה בשלטון החוק**, ובפרט באכיפת דיני ההגבלים העסקיים, **כתוצאה מעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים וביצורו של מונופול רב עוצמה למשך שנים קדימה.**
     11. **הפגיעה הקשה בעיקרון הצדק החלוקתי** של משאב ציבורי, **כתוצאה מעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין** **להגבלים, ללא דיון מספק.**
     12. **הפגיעה הקשה בעיקרון הצדק הבין דורי** ובאינטרסים חיוניים של הדור הבא, **כתוצאה מעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים, ללא דיון מספק.**
     13. **הפגיעה הקשה באמון הציבור** ברשויות ובתקינות, טוהר וענייניות התנהלותן, **כתוצאה מעקיפת סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים ומאופן ואופי ההליך באמצעותו נתבצעה עקיפה זו.**
     14. **העדר מידתיות** ההחלטה לעקוף את סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים ולהעניק את ההפטרים מדיני ההגבלים.
     15. **חוסר הסבירות הקיצוני** בהתנהלותו של משיב 1, בהחלטה שנתקבלה ובאמצעים שננקטו על ידו, **המונעים את אכיפת דיני ההגבלים העסקיים על מונופול הגז למשך שנים קדימה ואשר עלולים להביא להשלכות קשות ביותר**. זאת בפרט בהפעלת סעיף 52 לחוק מבלי שהוענקו להמלצותיה של ועדת הכלכלה משקל ראוי; תוך שניתן משקל יתר לחוות הדעת המדיניות-ביטחוניות שהוגשו, על אף הפגמים בהן; מבלי שנשקלו כלל שיקולי החוץ והביטחון המנוגדים המחייבים להימנע מהפעלת הסעיף; מבלי שניתנה לציבור זכות הטיעון כדבעי; ומבלי שנשקלה כדבעי הפגיעה האנושה בתחרות והשלכותיה על המשק הישראלי.

צווים כנגד מתווה הגז בכללותו

* 1. צו על תנאי כנגד המשיב 1 המורה לו להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יחזור בו ויבטל אישורו והחלטתו ליתן תוקף למתווה הגז, שהובא בהחלטת ממשלה מס' 476 מיום 16.8.2015** (להלן: "**מתווה הגז"**)וכן מכתבו לוועדת הכלכלה מיום 17.12.2015 ממנו עולה כי מתווה הגז נכנס לתוקפו. זאת, בין היתר, נוכח העילות שלהלן, כל אחת בפני עצמה ובהצטברותן יחד:
     1. **היעדר הסמכות** לקבוע חלק ניכר מרכיבי מתווה הגז**, הן בכלל והן לנוכח העובדה שהם סותרים הסדרים חקיקתיים קיימים**.
     2. **חוסר תקינות ההליך** בו גובש ואושר מתווה הגז.
     3. **העדר תשתית עובדתית עניינית** לגיבוש ואישור מתווה הגז, הן נוכח העובדה שהצוות שגיבש את המתווה לא כלל גורמים רלוונטיים, כנציגי משרד הכלכלה, המשרד לאיכות הסביבה ורשות החשמל; והן נוכח התשתית החלקית והבלתי עצמאית שעמדה בפניהם.
     4. **הפגיעה הקשה באינטרסים הציבוריים**, במשק, בסביבה, בבריאות הציבור, בתקינות המינהל, בדמוקרטיה ובעקרונות הביטחון והעצמאות האנרגטיים - כתוצאהממתווה הגז ורכיביו, אשר מבצרים את המונופול וההסדר הכובל בשוק הגז.
     5. **הפגיעה הקשה בשלטון החוק**, **כתוצאה ממתווה הגז ורכיביו.**
     6. **הפגיעה הקשה בעיקרון הצדק החלוקתי** של משאב ציבורי, **כתוצאה ממתווה הגז ורכיביו.**
     7. **הפגיעה הקשה בצדק בין דורי**, ובאינטרסים חיוניים של הדור הבא, **כתוצאה ממתווה הגז ורכיביו.**
     8. **הפגיעה הקשה באמון הציבור** ברשויות ובתקינות, טוהר וענייניות התנהלותן, **כתוצאה ממתווה הגז ורכיביו.**
     9. **העדר מידתיות** ברכיבים ובאמצעים שננקטו במתווה הגז, לרבות העדר התאמה בין המטרות המוצהרות לבין האמצעים ותוצאותיהם.
     10. **חוסר הסבירות הקיצוני** בהתנהלותו של משיב 1, ברכיבי המתווה שגובש ובאמצעים שנקבעו בו, המונעים את אכיפת דיני ההגבלים העסקיים על מונופול הגז ועלולים להביא להשלכות קשות ביותר.
  2. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם**, מדוע לא תבוטל החלטת ממשלה מס' 476 מיום 16.8.2015** **בעניין מתווה הגז**, וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בסעיפים 1.1 ו-1.2 לעיל.

צווים כנגד הסדרים ספציפיים שנקבעו במתווה הגז

**ההפטרים מדיני ההגבלים העסקיים**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יבטלו את ההפטרים הקבועים בסעיף ב' ובנספח א' למתווה הגז, הקובע חמישה הפטרים מחוק ההגבלים**, ואלו הם:
* פטור מהסדר כובל שנוצר ברכישת הזכויות בהיתר רציו-ים (לימים מאגר לוויתן) וזאת למפרע ולנצח;
* פטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את הגז שיופק מלווייתן לשוק המקומי;
* פטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו את הגז שיופק מלווייתן במשותף לייצוא בלבד, וזאת ללא כל מגבלת זמן;
* פטור מההסדר הכובל שעשוי להיווצר מהסכם רכישה מסוים מלווייתן;
* פטור מהיות דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח הכרזות הממונה על ההגבלים, על ידי מתן פטור מהוראות סעיפים 30, 30א ו-31 לחוק.

וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל ובפרט נוכח העילות להלן:

* + 1. **הפגיעה הקשה בשלטון החוק ובמטרות ובאכיפת דיני ההגבלים העסקיים**, בפרט ביכולת מימוש סעיף 29א לחוק, תוך עידוד הפרת החוק.
    2. חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר מידתיות, בהיות ההפטרים גורפים ובלתי מסויגים.
    3. חוסר הסמכות, חוסר מידתיות וחוסר סבירות קיצוניבפרט במתן הפטור מההסדר הכובל שבאחזקה המשותפת במאגר "לוויתן", אף למפרע.
    4. חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות בתנאים שנקבעו להארכת הפטור מהסדר כובל, בעניין השיווק לשוק המקומי.

**כבילת שיקול דעת הכנסת וממשלות ישראל**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יבטלו את סעיף י' וכן סעיף ד(ו) למתווה הגז הכובלים ו/או מגבילים את סמכותם של הכנסת, הממשלה ושריה כמו גם את סמכותם של כנסות, ממשלות ושרים שיכהנו בעתיד,** וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל, ובפרט נוכח הנימוקים והעילות להלן:
     1. **חוסר סמכות** המשיבים 1 ו-5 **לכבול את סמכותה וסמכויות הממשלות הבאות אחריה**, בפרט באופן הדרקוני בו נעשה הדבר במתווה הגז.
     2. **חוסר סמכות** המשיבים 1 ו-5 **לכבול דה פקטו את סמכות המשיבה 8, היא הכנסת, באמצעות כבילה משולשת** המסכלת את יכולתה של הכנסת לבצע את ייעודה ואשר פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות.
     3. **חוסר המידתיות וחוסר הסבירות הקיצוני** שבהתפרקות מהסמכות והחובה להגן על אינטרסים ציבוריים משתנים, סביבתיים ואחרים ובהפקרתם, באמצעות הוראות הכבילה הדרקוניות והקיצוניות הנכנסות לגדר "Freezing clauses".
     4. **חוסר סמכות** המשיבים 1 ו-5 **וחוסר הסבירות הקיצוני** שבכבילת שיקול דעת של הממשלה להסדר המס שנקבע במתווה הגז.
     5. **חוסר סמכות** המשיבים 1 ו-5 **וחוסר הסבירות הקיצוני** **שבכבילת** שיקול דעת שר האוצר ושר התשתיות הנוכחיים והעתידיים בעניין הפיקוח על המחירים (סעיף ד(ו) למתווה).

*לחילופין ו/או במצטבר לצו 1.5:*

* 1. **צו הצהרתי לפיו אין תוקף לסעיפים י' ו-ד(ו) למתווה הגז, הכובלים** ומגבילים את סמכותם ועצמאותם של הממשלה ו/או הכנסת ו/או שר האוצר ושר התשתיות, וזאת מאותם נימוקים ועילות המפורטים לעיל.

**ייצוא הגז**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם**, מדוע לא יבטלו את ההטבות וההקלות בנוגע ליצוא גז ממאגרי הגז** הקבועים בסעיף ה' למתווה הגז, בניגוד להחלטת הממשלה מס' 422 ומסקנות ועדת צמח וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל ובפרט נוכח הנימוקים והעילות להלן:
     1. **חריגה מסמכות שבקביעת הסדרים ראשוניים בהחלטת ממשלה**, נוכח העובדה כי הסדרים אלו אינם עומדים בתנאים לקביעת הסדר ראשוני מעין זה שלא בדרך של חקיקה, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4491/13 (להלן: "**בג"ץ היצוא**").
     2. **חוסר הסבירות הקיצוני** שבסיכון עתודות הגז לאורך שנים, סיכון אספקת הגז השוטפת **וערעור הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל**.

**פיקוח מחירים**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5, המורה להם להתייצב וליתן טעם **מדוע לא יטילו פיקוח מחירים אמיתי ואפקטיבי,** בהתאם ל**חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים**, התשנ"ו-1996, במסגרתו ייקבע מחיר מקסימאלי לשיווק, בין אם בכלל ובין אם עבור יצרני חשמל פרטיים בלבד, ויבוטל מנגנון הפיקוח שנקבע בסעיף ד' למתווה הגז, זאת, בין היתר, מן הנימוקים והעילות שלהלן:
     1. **חריגה מסמכות שבחובה**, הקבועה בחוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 עבור יצרני חשמל פרטיים, בכך שלא הוקם פיקוח במובנו של החוק, ולמצער בכך שלא נשקלו המשמעויות הקשות של העדר פיקוח.
     2. **כבילת סמכות שר האוצר ושר האנרגיה** בעניין הפיקוח על המחירים, בניגוד לדין.
     3. **חוסר הסבירות הקיצוני שבהנצחה ממשלתית מחיר מונפוליסטי של גוף פרטי ובכך שלא נשקלו המשמעויות הקשות של העדר פיקוח**.
     4. **חוסר הענייניות, חוסר הרלוונטיות וחוסר הסבירות הקיצוני במנגנון שנקבע במתווה**.

**מיסוי הגז**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1, 4 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יבטלו את ההוראות הייחודיות שנקבעו בעניין המיסוי** בנספח ב' למתווה הגז, **המעניקות הטבות מנוגדות לחוק** לחברות הגז והם:
* מנגנון ההכרה בתשלומים ששולמו וישולמו לצורך התכנון וההקמה של הצינור השלישי הקבוע בסעיף 3(ב)(1) לנספח ב' במתווה הגז;
* מנגנון ההכרה בתשלומים ששולמו וישולמו לצורך התכנון וההקמה של צינור UFG הקבוע בסעיף 3(ב)(2)(2) לנספח ב' למתווה הגז;
* מנגנון מתן האישור מראש על ידי מנהל רשות המסים הקבוע בסעיף 2(ג) לנספח ב' במתווה הגז ;

וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל ובפרט נוכח הנימוקים והעילות להלן:

* + 1. **חוסר סמכות לקביעתם, בהיותם מנוגדים לחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011.**
    2. **הפגיעה בשוויון בפני החוק.**
    3. **הפגיעה בהכנסות המדינה**.
  1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1, 4 ו-5 המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יבטלו את הסדר המיסוי** המעוגן בנספח ב' למתווה הגז **היוצר חוסר ודאות** בנוגע לביצוע התאמות על חישוב תקבולי הגז מייצוא הקבוע בסעיף 2(ד)(4) לנספח ב' למתווה הגז.
* היעדר התייחסות להסדר המס שיחול על בעלי זכויות נוספים מלבד אלו הקיימים בתמר ולוויתן, במסגרת סעיף 2 לנספח ב' למתווה הגז;
* פגמים במנגנון החלופות לקביעת מחיר הייצוא לצורך חישוב המס הקבועים בסעיף 2(ב) לנספח ב' למתווה הגז;
* קביעת המחיר הממוצע המקומי באמצעות הצעת נוסחת מחיר הייצוא ללקוחות חדשים בישראל הקבוע בסעיף 2(ד) לנספח ב' למתווה הגז;

וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל ובפרט נוכח הנימוקים והעילות להלן:

* + 1. **הפגיעה בשוויון בפני החוק.**
    2. **הפגיעה באכיפת החוק**, בגין היות חלק מההסדרים חסרים ועמומים.
    3. **הפגיעה בהכנסות המדינה**.

**כוח עליון**

* 1. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו- 5 המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יבטלו את הגדרת "כוח עליון בכריש ותנין"** הקבוע בסעיף ההגדרות בפרק א' למתווה הגז וזאת, בין היתר, נוכח העילות המפורטות בצווים 1.1-1.2 לעיל ובפרט נוכח הנימוקים והעילות להלן:
     1. **חוסר סבירות קיצונית**, בניסוח החריג והמגמתי של הסעיף.
     2. **הפגיעה בסמכותו ובעצמאותו של בית המשפט**.
     3. **הפגיעה בזכות הפניה לערכאות**.
     4. **חוסר ענייניות** הסעיף בכך **שפותח פתח לניצול לרעה** של הוראותיו.

*לחילופין ו/או במצטבר לסעיף 1.11*:

* 1. **צו הצהרתי לפיו אין תוקף להגדרת "כוח עליון בכריש ותנין" כפי שקבועה בסעיף ההגדרות בפרק א' למתווה הגז, נוכח הנימוקים והעילות המפורטים לעיל.**

צווים חיוניים נוספים

* 1. צו על תנאי כנגד המשיב 7, הממונה על ההגבלים העסקיים, המורה לו להתייצב וליתן טעם, מדוע **לא יאכוף ו/או יפעל לאכיפת דיני ההגבלים העסקיים על המשיבות 12-9,** ובין היתר ימצה איתן את הדין על יצירת ההסדר הכובל ויתן להן הוראות לפירוק ההסדר הכובל ולצמצום נזקי המונופול, לצורך הגשמת ייעודו כמגן על המשק הישראלי מפני הפגיעה בתחרות.
  2. צו על תנאי כנגד המשיבים 1 ו-5, המורה להם להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא יאפשרו לממונה על ההגבלים העסקיים ולבית הדין להגבלים עסקיים לבצע את תפקידיהם ולהפעיל את סמכויותיהם להבטחת תחרות במשק הגז, כנדרש על פי דין**, ובפרט על פי סעיפים 30, 30א, 31, 43(א)(1); 47(א)(1); 50א, ו-50ד(א)(1) לחוק תוך שמירה על מעמדה ועצמאותה של רשות ההגבלים העסקיים במאבק מול קרטלים ומונופולים ובהגנה על המשק הישראלי.
  3. צו על תנאי כנגד המשיב 3, שר האנרגיה, המורה לו להתייצב וליתן טעם **מדוע לא יפעיל את סמכויותיו לפי חוק הנפט, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנפט"), ובפרט הסמכויות לפי סעיף 29(ג) לחוק הנפט ויאכוף אותן על המשיבות 12-9**, הן באשר לפיתוח מאגר "לוויתן", בהתאם לחובתן להפיק גז טבעי ולפתח את המאגר בתוך 3 שנים מרגע הגעה לתגלית (ביום 29.12.2010) לפי סעיף 24 לחוק הנפט; והן באשר למאגרים אחרים בהם יש להן זכויות נפט, לרבות "דלית" (בו הוענקה חזקה בדצמבר 2008) ו"שמשון".
  4. צו על תנאי כנגד המשיב 6 המורה לו להתייצב וליתן טעם, **מדוע לא ינחה את המשיבים 1-2, 5 לפעול כמבוקש בצווים 1.1-1.15 לעיל,** נוכח חובתו להגן על שלטון החוק, על אכיפת החוק ועל התנהלות חוקית, תקינה, עניינית וסבירה של הרשות המבצעת.
  5. **צו הצהרתי לפיו מתווה הגז איננו מהווה חוזה ו/או חוזה רשות ו/או הסכם בין הצדדים ו/או הבטחה מינהלית, מכוחו יכולים המשיבים 9-12 לתבוע את מדינת ישראל ו/או לנקוט בסנקציות ו/או עיכובים בדרישה לממש תנאי מהתנאים הקבועים בו, או חלקים ממנו, וזאת, בין היתר, בשל חוסר הסמכות בה ניתן ואושר ובהיותו חוזה פסול, בלתי חוקי ומנוגד לתקנת הציבור.**

**ואלה נימוקי העתירה:**

* + 1. **מבוא**

**"אם איננו מוכנים לשאת מלך כמחזיק בשלטון, אל לנו להתיר מלך שימלוך על הייצור, ההובלה והמכירה של כל אחד מהמשאבים החיוניים בחיינו. אם איננו מוכנים להיכנע לקיסר, אל לנו להיכנע לאוטוקרטיה של מסחר..."** [הסנטור ג'ון שרמן, 1890, אבי ה- Sherman Act, מהוגי דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב].

1. עתירה זו מבקשת למנוע נזקים קשים ביותר, חלקם בלתי הפיכים, אשר עלולים לפגוע בכל אחד מתושבי המדינה: נזק לכלכלה, נזק לתעשייה, נזק לסביבה, נזק לבריאות הציבור ונזק לדמוקרטיה הישראלית, בימינו אנו ובדורות הבאים.
2. לב לבה של העתירה הוא בשאלה **האם יש לאכוף את הדין על חברות בעלות עוצמה, שקיבלו לשליטתן משאב ציבורי?** או שמא יש לאפשר להן לנצל את כוחן על מנת להביא את הממשלה לפעול בחוסר סמכות ובחוסר סבירות, ולהעניק להן הפטרים, הטבות והתחייבויות חריגות, שיבצרו את מעמדן כמונופול ואת כוחן ועוצמתן למול רשויות המדינה?
3. **קשה להפריז בנזק שייגרם כתוצאה מהנצחת קיומו של מונופול או קרטל, השולט ביד רמה במשאב ציבורי חיוני ובסיסי, ובסכנות הממשיות הצפויות מעצם קיומו**. גז טבעי הינו מוצר יסוד, אשר מהווה מרכיב חיוני – בין היתר – בייצור חשמל, בענפי תעשייה אחרים ובתחבורה. המשק הישראלי צפוי לפתח בהדרגה תלות בגז, כזו שתהא חזקה לא פחות מן התלות בחברת החשמל – "שאלטר של המדינה".
4. נזכיר שכאן, להבדיל מחברת חשמל אשר הינה חברה ממשלתית, אין למדינה כל שליטה בחברות המחזיקות בגז, ואחת מהן – כמדומה הדומיננטית שבחבורה – אף איננה רשומה בישראל, כך שהאסדרה עליה לוקה בחסר. כתוצאה מן התלות בגז – מונופול הגז יוכל לפגוע בתחרות בענפי תעשיה בהם פועלות חברות הקשורות אליו. המונופול יוכל גם לנצל את כוחו, בצורה אשר תוביל לפגיעה סביבתית, ולעיכוב מעבר המשק לגז טבעי המזיק פחות לסביבה.
5. וחמור מכל, מונופול הגז פוגע ויוכל להמשיך לפגוע בתהליכי קבלת החלטות ובדמוקרטיה הישראלית: קל מאד למונופול לאכוף את רצונו על מוסדות המדינה, וככל שהתלות בגז תגבר – **יגבר גם כוחו של המונופול**. הוא עלול להפוך למחולל שחיתות, **וחזון הביטחון אנרגטי והעצמאות האנרגטית - יגוזו**.
6. דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על החברה ועל המדינה בדיוק מפני נזקים אלו. אך הם נהדפו הצידה בהליכים והחלטות הנתקפים בעתירה זו - בשל עוצמת המונופול.העותרות מתכבדות להדגיש כי **עוצמת המונופול איננה גזירת גורל, ירושה היסטורית או אילוץ בלתי נמנע. זו תוצאה ישירה של התנהלות בניגוד לדין של חברות הגז בשנים האחרונות, ושל רפיסות תמוהה של רשויות המדינה באכיפת הדין עליהן**. הפרה גוררת הפרה, ויתור גורר ויתור, אי-אכיפה גוררת הפקרות. וכך בנקודת זמן זו, הגיעו המשיבים 1-6 למצב שבו הם חשים – שלא בצדק! - כי אין מנוס, וכי אין ברירה, אלא לפטור את חברות הגז מעולם של הממונה על ההגבלים ושל בית הדין להגבלים, ובנוסף להעניק להן הטבות חריגות, והכל כדי שתבצענה את מה שהן מחויבות לבצע בלאו הכי על פי שטרי החזקה ועל פי חוק.
7. מצויים אנו בנקודת האל-חזור: האם יהפוך מונופול הגז לעובדה מוגמרת, ויתאפשר לו לצבור עוד ועוד כוח ושליטה על ענפים במשק, על גופי האסדרה ועל הפוליטיקה הישראלית? או שמא כדור השלג שדוהר ומתעצם - ייעצר ויתמוסס, ואוצרות הגז יוכלו לשרת ולהעשיר לא רק את חברות הגז אלא את הציבור כולו?
8. האם יותר לממשלה לנהוג בדרך דורסנית, בניגוד לשלטון החוק ולכל עקרון של מינהל תקין ולנהל במחשכים משא ומתן עם מונופול פרטי לצורך הגעה להסכם שיפטור אותם מהוראות הדין אשר ייחשף בסופו של יום כעובדה מוגמרת, הלכה למעשה, לציבור כולו?
9. עתירה זו מוגשת כעתירה מתוקנת, לאחר שביום 23.6.2015 הגישה העותרת 1 עתירה שביקשה להביא להפסקת הפגיעה בסמכויות הממונה ובית הדין, ולמנוע ניהול משא ומתן מול חברות הגז בחוסר סמכות ותוך עקיפת סמכויות הממונה.
10. ואולם, לצערה של העותרת, עד למועד הדיון בעתירה חלו התפתחויות משמעותיות. כך, בין היתר חששה של העותרת מפני "הלבנת" ההליך הבלתי חוקי של נטילת הסמכויות בדרך של הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים בא לכדי ביטוי מעשי.
11. אשר על כן, ביקשה העותרת ונענתה על ידי כבוד השופט ס' ג'ובראן בהחלטתו מיום 22.11.2015 לתקן את העתירה. בהתאם לכך, מוגשת עתירה מתוקנת זו, המתייחסת לניסיון "להלבין" את עקיפת סמכויות הממונה באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים שלא כדין ולפגמים המהותיים ברכיבי מתווה הגז ובהליך שקדם לו.
12. בעתירתן זו תעמודנה העותרות על האופן בו נוצר מונופול הגז וההסדר הכובל, על התנהלות החברות ועל כשלי הרגולציה. העותרות תסקורנה את המהלך במסגרתו התעשת הממונה על ההגבלים, וביקש – בהתאם לסמכויותיו כדין – להביא לפירוק ההסדר הכובל, על מנת לקדם את התחרות בשוק הגז הטבעי.
13. העותרות תצגנה את ההליכים החריגים, הנמהרים, המגמתיים וחסרי הסמכות שננקטו על ידי ראש הממשלה, המשיב 1, על מנת לנטרל את הממונה ואת בית הדין להגבלים ולנשלם מסמכויותיהם. העותרות תתארנה הליך פגום מיסודו, בו גובש מתווה הגז, מתוך מגמה ברורה לרצות את המונופול ולמנוע את אכיפת הדין עליו.
14. **העותרות תעמדונה על חוסר הסבירות הקיצוני והפגיעה בשלטון החוק ובעקרון האיזונים והבלמים שבממשל הדמוקרטי, בכך שהתשתית העובדתית (החסרה) עליה נשען** מ"מ שר הכלכלה בהפעלתו את סעיף 52 לחוק, מקורה בנתונים שנתקבלו בעיקר ממשרד החוץ, עליו אמון המשיב 1 מתוקף היותו שר החוץ; נתונים שהתקבלו ממשרד הכלכלה, עליו אמון המשיב 1 מתוקף היותו מ"מ שר הכלכלה; נתונים שנתקבלו מהמועצה לביטחון לאומי, אשר כפופה ישירות למשיב 1 מתוקף היותו ראש הממשלה; והמלצות שנתקבלו על ידי צוות שהקים המשיב 1 אד-הוק למטרה זו, ללא סמכות ובהעדרם והרחקתם של משרדי ממשלה ורשויות שלטון רלוונטיות, ואשר בראש הצוות עמד דאז יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה דאז, אשר כפוף ישירות למשיב 1, מתוקף היותו ראש הממשלה.
15. העותרות תטענה כי נפלו פגמים קשים ביותר ברכיבי ותנאי המתווה, המנסים לעקוף לא רק את סמכויות הממונה ובית הדין, אלא סמכויות נוספות ועקרונות יסוד דמוקרטיים. בשל פגמים אלו, דינו של המתווה - בטלוּת.
16. העותרות אף תתקופנה את הניסיון החמור "להלבין" את עקיפת סמכויות הממונה ובית הדין על ידי הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים. סעיף זה נועד למקרים בהם ההפטר מדיני ההגבלים משרת צרכי ביטחון וחוץ אמתיים ורלוונטיים להפטרים עצמם. הסעיף לא עוסק ב"צרכי חוץ ובטחון" אשר גויסו בדיעבד; אשר משקלם היחסי מתגמד למול הנזקים הכבדים וארוכי-הטווח כתוצאה ממתן ההפטר; ואשר **ניתן להגשימם - ואף בצורה טובה יותר! – אם ייאכפו, ולא ייעקפו, דיני ההגבלים העסקיים**.
17. בעתירה זו תבקשנה העותרות לטעון ולשכנע, כי החששות שבפועל הניעו את גיבוש המתווה הנוכחי - ניצול כוחו של המונופול לפגיעה במשק; עיכוב בפיתוח המאגרים ובהפקת גז; תקיפת מדינת ישראל בטריבונאלים בינלאומיים – דווקא הלכו והתחזקו עקב התנהלות המשיבים 1 ו-5 בעת האחרונה, ואף התעצמו בשל המתווה שגובש.  **הדרך להתמודד עם החששות מפני נזקי המונופול וההסדר הכובל היא להורות על פירוקם, במקביל לאכיפת חוק הנפט כלשונו, ולא כפי שנעשה במתווה –על ידי ביצור מעמד המונופול וסיכול הסיכוי לתחרות עתידית.**
18. העותרות רואות בעתירה זו הגשמת שליחות: השמעת קולם של רוב אזרחי המדינה, המבקשים למנוע את ביצורו של מונופול הגז ואת נזקיו בנקודת זמן קריטית זו. מזה תקופה ממושכת העותרות עושות ככל יכולתן למנוע, או לצמצם, את נזקי התנהלות המשיבים.
19. העותרות עשו מאמץ אמתי לצמצם כמידת יכולתן את היקף היריעה ולהתמקד בעיקר, אך לנוכח ריבוי הפגמים המהותיים והשורשיים שנפלו בהתנהלות הממשלה וההכרח להעמיד בפני בית המשפט תמונה שלמה ומלאה שנדרשת לצורך הכרעה בעתירה, בכפוף למחסור בשקיפות ומידע שאפיין הליך זה – היקף התיקון של העתירה המקורית שהתחייב בנסיבות העניין, באישורו של בית המשפט הנכבד, היה משמעותי.
20. בצד האמור, בכדי לא להעמיס אלפי דפים נוספים על בית המשפט הנכבד, ומנימוקים שבאיכות הסביבה, נמנעו העותרות מלצרף את הנספחים הנגישים באתרי הממשלה ובאתרים אחרים והפנתה לקישור לאיתורם, או צרפה עמודים רלוונטים בלבד מתוכם. ככל שיעלה הצורך מלפני בית המשפט הנכבד, העותרות תזדרזנה להמציא כל מסמך שיידרש.
21. בהכנת עתירה זו הושקעו אלפי שעות עבודה – הן על ידי באי כוח העותרות; הן מומחים מתחומים שונים ובכללם: פרופ' אבי בן בסט, פרופ' אילן בנשלום, מר יוסי לנגוצקי, עו"ד יפעת מידב; ופרופ' ברנדה שפר; הן על ידי קבוצה מסורה מאד של סטודנטים למשפטים ובהם: ידידיה ניסן; שחר טל; אורי קאופמן; ענבר קמחי; נעמה רוט; תומר וירט, וכן בת השירות הלאומי רבקה דגמי. כל אלו הקדישו ממרצם ומזמנם באורך רוח, והח"מ אסירי תודה להם על עבודתם המקצועית ועל תרומתם.
22. העותרות תציינה, כי במסמך זה, כל ההדגשות הוספו על ידי הח"מ ואינם במקור, אלא אם צוין אחרת.
23. **לנוחותו של בית המשפט הנכבד – מצורף תוכן עניינים בסוף העתירה לסיוע בהתמצאות בחלקי העתירה.**
    * 1. **הצדדים לעתירה**

**העותרות**

1. **העותרת 1**, התנועה לאיכות השלטון, היא מהעמותות הוותיקות במדינת ישראל, הפועלת בתחומי המשפט והכלכלה מזה 25 שנים. העותרת חרטה על דגלה שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי, ופועלת בזרועה החוקתית לעידוד ערכי שלטון החוק, שירוש נורמות בלתי ראויות במנהל הציבורי כמו גם השרשת נורמות ראויות של מנהל ציבורי תקין. בזרועה הכלכלית פועלת העותרת לקידום שיתוף הציבור בהליך קבלת ההחלטות הנוגע לשימוש בכספי הציבור, להגנה על נכסי המדינה ועל הקופה הציבורית, למאבק בכשלים הנובעים מקשרי הון-שלטון, להגברת התחרותיות במשק ועוד.
2. **העותרת 2**, אדם טבע ודין, הינה עמותה רשומה, אשר נוסדה במטרה לקדם את ההגנה על איכות הסביבה בישראל. העותרת הינה גוף בלתי תלוי, הפועל ללא כוונת רווח וממומן על ידי תרומות. לעותרת כ-4000 חברים, והיא מונה כ-30 חברי צוות מקצועי, בהם עורכי דין, אנשי מחקר ומדע ואנשי תכנון וכלכלה. העותרת פועלת, בין היתר, למניעת מפגעים סביבתיים, הגנה על בריאות הציבור ואכיפת החוק במישור הסביבתי. מעמדה של העותרת כמגנה על הסביבה ועל אינטרסים ציבוריים חיוניים הוכר בשורה של חוקים וביניהם החוק למניעת מפגעים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992; החוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961; חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984; חוק המים, התשי"ט-1959; ושורה של חוקים נוספים.
3. **העותרת 3,** הפורום הישראלי לאנרגיה, הינו עמותה רשומה, אשר קמה במטרה לקדם משק אנרגיה בר-קיימא לישראל. הפורום פועל, בין היתר, באמצעות מחקר מדיניות, פעילות ציבורית, תקשורתית ומשפטית, להשתת משק האנרגיה בישראל על יסודות בני-קיימא. מאז שנת 2008 הפורום עוסק במגוון רחב של היבטים הנוגעים למשק הגז הטבעי בישראל, בכלל זה עבודת ועדת ששינסקי וועדת צמח. הפורום היה בין העותרים לבית המשפט העליון בעניין ייצוא הגז הטבעי וכמו כן עוסק בסוגיית ההגבלים העסקיים ומתווה הגז.

**המשיבים**

1. **המשיב 1** הוא ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו, אשר הורה לצוות של פקידים בכירים לנהל ללא הסמכה ובמחשכים משא ומתן עם חברות הגז במטרה לגבש "מתווה מוסכם" לאסדרת משק הגז, ובכלל זאת בסוגיית אכיפת דיני ההגבלים העסקיים. המשיב 1 הוא הגורם המרכזי שפעל לקידום מתווה הגז ולאישורו בממשלה ובכנסת. החל מיום 1.11.2015 מכהן המשיב 1 גם כממלא מקום שר הכלכלה – לאחר שחבר הכנסת אריה מכלוף דרעי התפטר מתפקיד זה, וביום 17.12.2015 הודיע על הפעלת סעיף 52 תוך עקיפת סמכויות הממונה ואישור מתווה הגז. זאת בניגוד להמלצתה של ועדת הכלכלה.
2. **המשיב 2,** הוא יושב ראש המועצה הלאומית לכלכלה, מר יוג'ין קנדל, אשר על פי החלטת המשיב 1, עמד בראש צוות, שגיבש את מתווה הגז, תוך עקיפת סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים.
3. **המשיב 3,** הוא שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, ד"ר יובל שטייניץ, אשר בידיו נתונות הסמכות והאחריות לפי **חוק הנפט**, תשי"ב - 1952, אשר המשרד תחת אחריותו היה ממשרדי הממשלה היחידים שלקחו חלק בגיבוש מתווה הגז, ואשר מתווה הגז מעניק לו סמכות ושיקול דעת חסרי תקדים באשר לפיקוח על הגבלים עסקיים במשק הגז הטבעי. כמו כן **חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים**, התשנ"ו-1996, מעניק לו סמכויות לפקח, בין היתר על מחירי הגז הטבעי.
4. **המשיב 4,** הוא שר האוצר, מר משה כחלון, אשר המשרד תחת אחריותו היה ממשרדי הממשלה היחידים שלקחו חלק בגיבוש מתווה הגז, ואשר **חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים**, התשנ"ו-1996, מעניק לו סמכויות לפקח, בין היתר על מחירי הגז הטבעי.
5. **המשיבה 5,** היא ממשלת ישראל, אשר קיבלה ביום 16.8.2015 את החלטה מס' 476 בדבר "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי '"לוויתן"', 'כריש' ו'תנין', ושדות גז טבעי נוספים" (להלן: "החלטת הממשלה על אישור מתווה הגז").
6. **המשיב 6** הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מתוקף תפקידו כראש המערכת המשפטית הציבורית, והיועץ לרשות המבצעת, נושא באחריות הראשונה במעלה להגן על שלטון החוק במדינת ישראל מפני פגיעה אפשרית מצד רשויות השלטון.
7. **המשיבה 4**, כנסת ישראל, היא הרשות המחוקקת במדינת ישראל, אשר ביום 7.9.2015 הצביעה על אישור החלטת ממשלה על אישור מתווה הגז.
8. **המשיב 5**, הוא ממלא מקום הממונה על ההגבלים העסקיים, העומד בראש הרשות להגבלים עסקיים. הממונה הינו הרגולטור עצמאי ובלתי תלוי, האמון על קידום התחרות במשק על מנת להגן על הציבור מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות יתר בשווקים מסוימים, ולהבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות.
9. **המשיבות 9-12**, הן שותפות "דלק קידוחים שותפות מוגבלת" (להלן: "דלק קידוחים"), שותפות "אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת (להלן: "אבנר") (ולהלן שתיהן יחדיו: "קבוצת דלק") וחברת Nobel Energy Mediterranean Limited האמריקנית (להלן: "נובל" או "נובל אנרג'י") (להלן כולן יחד: "חברות הגז"), אשר החלטת הממשלה מיום 16.8.2015 על אישור מתווה הגז התקבלה למולן כמתווה מוסכם.

* + 1. **רקע עובדתי**
  1. **על הגז הטבעי וחשיבותו למשק האנרגיה הישראלי**

1. בשנים האחרונות התגלו באזור המים הכלכליים של ישראל מצבורי גז טבעי בהיקפים משמעותיים. לכך יש חשיבות יוצאת דופן. על פי ההערכות, שוויים המוניטארי של המאגרים מגיע לכמה **מאות מיליארדי ₪**. אך ברי כי תרומתם הפוטנציאלית הכוללת לפיתוח הכלכלה והתעשייה בישראל עשויה להיות משמעותית אף יותר.
2. מאגרים אנרגטיים הם נכס אסטרטגי חשוב מאין כמותו, בעל השלכות כלכליות, מדיניות, ביטחוניות, סביבתיות ובריאותיות נרחבות. למשל, השימוש בגז טבעי במפעלי התעשייה המקומית ובמערך החשמל מביא לחסכון ניכר בעלויות הייצור. הגז הטבעי עשוי גם לשמש כחומר גלם לתעשייה הכימית והפטרוכימית, ואף כחומר תדלוק לכלי רכב.
3. על רקע חשיבותם הרבה של מאגרי הגז כמשאב טבע חיוני עליו מתבססות תשתיות היסוד במדינה, ישנה סכנה מיוחדת בקיומו של מונופול השולט באמצעות הסדר כובל על משאב זה. הנזקים כתוצאה מקיומו של מונופול כזה עלולים להתגלות כהרסניים - הן לתעשייה, למשק ולכלכלה הישראלית, הן לדמוקרטיה ולתקינות הליך קבלת ההחלטות במדינה.
4. תרומתם החשובה של מאגרי הגז מותנית אפוא בכך שאוצר זה ינוהל בהתאם לחוק, ובאופן שיקדם את האינטרס הציבורי; לא מתוך כניעה לאינטרסים הבלעדיים ולדרישות של החברות שזכו להחזיק בו.
5. בשל כך, לאסדרה נכונה, אחראית ומחויבת לשלטון החוק ולאינטרס הציבורי של תגליות הגז, יש חשיבות קריטית להבטחת עצמאות אנרגטית, פיתוח כלכלינרחב, ושמירה על איכות הסביבה ובריאות הציבור, תוך הפחתת זיהום האוויר ופליטות גזי החממה.
6. בה בעת, אסדרה לקויה של משק הגז – העומדת לשיטת העותרות במוקד העתירה דנן – משמעותה יצירת מונופול אימתני אשר לו שליטה וכוח עצומים על המשק הישראלי. בהינף יד יכול מונופול זה להשפיע על המחירים במשק, על יצירת מקומות עבודה ועל חיי האזרחים בישראל. חמור מכך: מונופול כזה, המחזיק בעמדת כוח כלפי 50% מהתעשייה הישראלית, מצוי בעמדת כוח חסרת תקדים אל מול גורמי האסדרה המדינתיים. הוא "מחזיק את היד על השאלטר", ודי באיום שלו על מנת להכניע את המדינה ולהפכה לבת-ערובה.
7. החשש אפוא הוא מפני יצירת מונופול הדומה במאפייניו למונופול של חברת החשמל, אך גרוע ממנו: מדובר במונופול פרטי לחלוטין, אשר מוחזק בידי יחידים, להבדיל מחברה ממשלתית הנשלטת בעקיפין בידי הציבור כולו. אסדרה לקויה של תגליות הגז תוביל למעשה לביצור כוחן העצום של החברות הפרטיות להשפיע על המשק הישראלי ככלל, ועל מקבלי ההחלטות בצמרת השלטון בפרט.
8. לא מיותר לציין, כי המחזיקים במאגרי הגז צפויים לרווחים יוצאי דופן, אף אם יפעלו בהתאם לחובותיהם על פי דין ועל פי שטרי החזקה. כך, מדוחות של חברת "דלק קידוחים" מיום 31.12.2014 עולה כי רק ממאגר הגז "תמר" צפויה כמות גז של כ-300 BCM. עד היום הושקעו בפיתוחו כ-4-4.5 מיליארד דולר, והוא צפוי להניב פדיון מהוון (לפי ריבית של 3%) של בין **41-56.5 מיליארד דולר עד שנת 2044.** מתוך הכנסות אלו צפוי למחזיק במאגר רווח תפעולי (לפני תמלוגים) של 27-43 מיליארד דולר. זאת, כאמור, ממאגר אחד בלבד מתוך כלל המאגרים שנתגלו.
9. מאז גילוי מאגרי גז טבעי במים הכלכליים של מדינת ישראל ותחילת השימוש בגז טבעי בעקבות הגילויים הללו, אנו מצויים במגמת צמיחה בענף הגז הטבעי, אשר צפויה להמשיך בשנים הקרובות. כך למשל, מערך ייצור החשמל מהווה כיום מקור ביקוש כמעט בלעדי לגז טבעי בישראל. לפי תחזיות משרד האנרגיה והמים, עד שנת 2020 הגז הטבעי יהווה כ-75% מסך הדלקים לייצור חשמל. הערכות דומות קיימות גם ביחס ל"השתלטות" הגז הטבעי על יתר התעשייה הישראלית.
10. ההתרחבות האמורה של ענף הגז הטבעי הינה מבורכת, לאור היתרונות והתרומות הרבות שלו לכלכלה ולסביבה, ולשם כך **יש להבטיח את מימוש הפוטנציאל הטמון בו עד תום, בדרך המושכלת ביותר ותוך ראייה ארוכת-טווח**.
    1. **החטא הקדמון: יצירת המונופול על ידי חברות הגז בחסות ההזנחה השלטונית**
11. כפי שיתואר להלן, התנהלות חברות הגז ומחדלי הרשויות הן שאפשרו, בשלבים מסוימים, את היווצרותו של מונופול הגז ובהמשך אף את ביצורו. התוצאה הברורה של התנהלות פגומה מיסודה זו הינה שבסופו של יום, שתי חברות – קבוצת "**דלק**" וחברת "**נובל אנרג'י"** האמריקאית, הפועלות במשותף מול ממשלת ישראל ומול המשק – מחזיקות יחדיו בכ-98% מכלל עתודות הגז בישראל. חברות אלו הן אפוא בעלות **שליטה מוחלטת** בענף הגז הטבעי בישראל.
12. **מציאות ריכוזית זו מייצרת תלות כלכלית, בריאותית וביטחונית של המדינה ואזרחיה בספקית גז יחידה**. במצב זה, ככל שיישאף המשק הישראלי להגביר את השימוש בגז הטבעי ובכך להגדיל את התועלת המופקת מהשימוש בו, כך יגבר הכוח של אותו ספק גז, שלו מונופול מוחלט בגז הטבעי הישראלי. רק על מנת להבהיר את חשיבות הדברים: בידי ספק הגז הטבעי נתונים גורלותיהם של מפעלים – לשבט או לחסד, וביכולתם לצמצם את התחרות בענפים נוספים.
13. **שליטה של מונופול בחמצן המניע את הכלכלה, קרי: בגז, מעניקה לו הזדמנות פז להפעיל לחץ כבד על ממשלת ישראל ומקבלי ההחלטות, לחתור תחת האינטרס הציבורי ולפגוע במשק ובדמוקרטיה. מונופולים פוגמים מטבעם בתחרות החופשית. מטרת האסדרה ודיני ההגבלים העסקיים היא למזער את פגיעתם הרעה, ולצמצם את כוחם – לא לקדם את התעצמותם.**
14. אכן, התפיסה הבסיסית במדינת ישראל מזה שנים ארוכות היא כי **ככלל, מונופולים הם תופעה בעלת השלכות שליליות על המשק שיש לצמצמה ככל האפשר**. זוהי התפיסה אשר עמדה בבסיס קידומו וחקיקתו של החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: "**חוק הריכוזיות**"). זו גם התפיסה אשר הנחתה את עבודתם של הממונים על ההגבלים העסקיים לאורך השנים, עובר לחקיקת חוק הריכוזיות ואף קודם לכן.
15. דא עקא**, מונופול הגז בו עסקינן לא קם בטעות, יש מאין. חברות הגז הקימו אותו בעשר אצבעות, ואילו מדינת ישראל נתנה ונותנת לו עתה הכשר חוקי. המונופול הינה תוצאה של שרשרת מעשים ומחדלים, הן של חברות הגז והן של המדינה, אשר הממונה הקודם על ההגבלים העסקיים – פרופ' דיוויד גילה - ביקש לשים להם קץ.**
16. חוסר המשילות מבחירה, ריבוי הגורמים המאסדרים, ואוזלת היד של המדינה – הם אלו שיצרו את מונופול הגז, והם אלו שמביאים את רשויות המדינה להשתעבד למונופול ולדרישותיו. על רקע זה, החובה והזכות של המדינה למנוע את ביצור מעמדו ועוצמתו של המונופול הם שעומדים במוקד עתירה זו. ודוק: חברות הגז פעלו, ביודעין ובמכוון, בניגוד מוחלט לאותה תפיסה בסיסית שהייתה ידועה לכל, תוך ניסיון לחמוק מן הנורמות היסודיות בתחום ההגבלים העסקיים והתעלמות בוטה מחובות בסיסיות שהיו מוטלות עליהן. למרבה הצער, לאור עצימת העיניים (במקרה הטוב) של חלק מן הגורמים הממשלתיים שעליהם היה לפקח על התנהלות החברות ולעמוד איתן למולן - מהלך זה צלח, ומעמדו של מונופול הגז הלך והתעצם.
17. נוכח האמור, בטרם תצלולנה העותרות לתיאור השתלשלות העניינים העובדתית העומדת בבסיס העתירה, **חשוב לעמוד קודם לכן בקצרה על התנהלות חברות הגז, כמו גם על ההזנחה הממשלתית של אסדרת התחרות במשק הגז הטבעי בישראל לאורך השנים. זאת, על מנת להעמיד את ההתנהלות הממשלתית הקלוקלת שתוצג בהמשך בהקשרהּ הנכון.**
18. ודוק: האופן שבו "התמודדה" ממשלת ישראל במשך שנים עם היווצרות בעיית הריכוזיות במשק הגז – שופך אור על **העיתוי התמוה שבו "התעוררה" הממשלה** והחליטה סוף-כל-סוף להתערב, ולכאורה לגבש מדיניות סדורה בנוגע לתחרות במשק הגז. מדיניות שכל כולה כניעה מוחלטת לגחמות חברות הגז, תוך התעלמות מאינטרסים חיוניים של המשק והציבור. מדיניות זו, אשר תורגמה למתווה הגז, היא זו שהעותרות מבקשות לבטל. כפי שיובהר בהמשך, "התעוררות" הממשלה התרחשה ימים ספורים לאחר שרגולטור בכיר – הוא הממונה על ההגבלים העסקיים – החליט לפעול במטרה לקדם משמעותית את התחרות במשק ריכוזי זה, תוך פגיעה מתוכננת באינטרס חברות הגז להתקשר בהסדר כובל.
19. הרקע האמור נדרש אף כדי להבהיר כי מונופול הגז אינו "גזירה משמיים". זהו תוצר של הזנחה ממשלתית ארוכת שנים, ושל התנהלות חברות הגז אשר יצרו הסדר כובל שהוביל ליצירת והרחבת המונופול.
20. לכך, תפנינה העותרות כעת.
    1. **תחילת החיפושים ומציאת מאגר "תמר"**
21. הגורם המנצח על כלל תהליך הקצאת הזכויות הינו הממונה על ענייני הנפט (להלן: "**הממונה על הנפט**") במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (להלן: "**משרד האנרגיה**"), בפיקוח חלקי של מועצת הנפט ושר האנרגיה. לו הסמכות ולו האחריות.
22. מבלי להרחיב יתר על המידה, תציינה העותרות – על מנת להדגיש את הפגמים בדרך התנהלותו של משרד האנרגיה בנוגע לחברות הגז – כי פסיקתו של בית המשפט הנכבד פירשה את חוק הנפט **כחוק שמטרתו בין היתר לקדם ולהבטיח תחרות בענף זה, ולמנוע "השתלטות גורמי-כלכלה רבי-עוצמה על שוק הנפט, כי יש לעשות כדי למנוע ריכוז כוח-יָתר בידי גופים מונופוליסטיים"** (בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פורסם בנבו 12.06.2001 (להלן: "**בג"צ סאמדן**")) (במאמר מוסגר יצויין כי סאמדן הינה חברת בת של נובל אנרג'י, אשר משיבה בעתירה דנן). כפי שתראינה העותרות להלן, סוגיית התחרות לא הייתה בראש מעיניו של משרד האנרגיה, והתנהלות זו אפשרה לחברות הגז ליצור מונופול בשוק הגז.
23. בראשית, בשנת 1998, קיבל התאגיד הבינלאומי "British Gas" (להלן: "**BG**") היתר לחיפושי גז בשטחי המים הכלכליים של ישראל. BG הגיעה למדינת ישראל בעקבות פנייתו של הגיאולוג יוסף לנגוצקי (להלן: "**לנגוצקי**") בהצעה להפעיל פרויקט חיפוש נפט או גז בשיטה שטרם נוסתה בישראל לפני כן - חיפוש במים עמוקים (להלן: "**הפרויקט**"). ביום 3.12.2000 הומר ההיתר לששה רישיונות חיפוש, כאשר שניים מהם כללו את שטחי המאגרים הידועים בשמות "**תמר"** ו"**דלית**" (על שם נכדתו ובתו של לנגוצקי, בהתאמה).

***העתק תצהירו של לנגוצקי מיום 25.05.2014, כפי שהוגש לממונה על ההגבלים העסקיים ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/1****.*

1. פרויקט הקידוח של BG, אשר בסופו התגלה מאגר "תמר", התבסס על מודל המניח קיומם האפשרי של מאגרי גז ב"מלכודות המבנים הקמורים" שבתחום הים העמוק. מדובר בתפישת חיפושים שונה מזו אשר הנחתה את שאר חברות הגז באזור, אשר עיקר פעולתן התבצעה במים רדודים.
2. במהלך השנים 2003-2000 ביצע הפרויקט בניהולה של BG חיפושים ובדיקות רבות, הכרוכים בעלויות גבוהות מחד, וסיכון רב הנובע מתנאי אי-ודאות מאידך. כבר בשנת 2003 הניבו הפעולות המתוארות הצלחה חסרת תקדים, והובילו לעריכת **פרוספקט בשל לקידוח**. זהו השלב המכריע, אשר מבסס הצדקה לביצוע קידוח, תוך הכוונה ברורה לגבי אופן הקידוח ומיקומו המדויק. יצוין כי **קיומו של פרוספקט בשל לקידוח, מצמצם באופן ניכר את פערי הידע ואת אי הוודאות, גורמים אשר לרוב מייצרים סיכונים ניכרים בהשקעה בפרויקט מסוג זה.**
3. בשנת 2005, נטשה BG את קידוחי הנפט והגז בישראל. הנטישה נעשתה בניגוד מוחלט להמלצות מומחי החיפושים, שלא הטילו ספק באטרקטיביות הייחודית של פרוספקט "תמר", ומטעמים שאינם קשורים כלל בערכו של הפרוספקט (פס' 21 לנספח ע/1). ואכן, ההערכות הראו כי ישנו סיכוי של 27% להצלחת מציאת מאגרי גז, **אחוז גבוה ביותר בתחום זה אשר נחשב כמנבא סיכויים גבוהים להצלחה.** המשמעות המעשית היא שמבחינה סטטיסטית, בכל אחד מתוך כארבעה קידוחים יתגלה גז טבעי.
4. עם עזיבתה של BG את הפרויקט, פנה לנגוצקי, כאמור יוזם הפרויקט, לשותפויות "דלק קידוחים" ו"אבנר" בהצעה להצטרף לפרויקט. לנוכח סיכויי ההצלחה הגבוהים מאין כמוהם, נענו השותפויות להצעתו של לנגוצקי, **6 שנים לאחר תחילת הפרויקט**. חברת נובל אנרג'י, שהצטרפותה הגיעה רק כשנה וחצי לאחר הצטרפותן של השותפויות, הפכה **למפעילת המיזם** במקום BG. זה המקום להדגיש, כי הצטרפותן של השותפות **הייתה ללא סיכונים גבוהים במיוחד, ללא כל תשלום מצידן בגין החזר הוצאות העבר של המיזם וללא כל שיפוי בגין הסיכונים שאלו נטלו.**
5. במהלך שנים אלו, ובשל ייחודו ומורכבותו של משק הגז הטבעי, נדרש מערך ההגבלים העסקיים לבחון את התנהלות השחקנים במשק. כך, הממונה לא היסס לפסול שותפויות עסקיות שונות, ובמקרים אחרים להציב תנאים נוקשים לשם הבטחת התחרות, עד כדי מכירת אחזקות. בהתאם לתפיסה הבסיסית של דיני ההגבלים העסקיים, "רוח המפקד" הייתה קידום תחרות ומיגורם של מונופולים, ללא פשרות.
6. בהתאם לרוח זו, דחה הממונה בשנת 2000 בקשה לפטור מהסדר כובל, בעת חבירה של שותפות לצורך פעילות בענף הנפט והגז. זאת בשל החשש לפגיעה בתחרות הקיימת במשק האנרגיה. **בין המבקשות הייתה גם דלק קידוחים.**
7. כמו כן, מאוחר יותר, בשנת 2002, העניק הממונה על ההגבלים העסקיים דאז פטור מהסדר כובל לעסקת הרכישה של חלקה של חברת BG בפרויקט "מד אשדוד", אולם **התנה זאת במכירת זכויותיה של חברת 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 סונול 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**".

1. התנהלות זו של הממונה על ההגבלים העסקיים דאז העבירה מסר חד משמעי לחברות הגז: לא נאפשר מונופול; לא נעצור את התחרות בשוק. אמנם, לאחר שמיזם 'מד אשדוד' כשל, בעקבות קידוחי ניסיון שנערכו בו בשנת 2003, לא נדרש מימוש של התנאים שבצו. אולם ההתניה בה סייג הממונה את החלטת הפטור - משקפת היטב את עמדתו המוצדקת בדבר תמיכה בתחרות החופשית. עמדה זו **עמדה וודאי לנגד עיני דלק ונובל כאשר נמנעו מלבקש אישור כלשהו לפי חוק ההגבלים העסקיים לחבירה הנוספת ביניהן ב"לוויתן".**
2. חברת דלק הייתה מודעת היטב לסוגיית ההגבלים, והקפידה לפנות אל הממונה על ההגבלים העסקיים אף בעניינים שעשויים להיחשב שוליים. כך לדוגמה, בבקשה שהגישה ביום 25.9.2005 לקבלת פטור מהסדר כובל, ובבקשה שהגישה ביום 18.11.2007 להעברת 40% מהזכויות ברישיון "חוף" שהיו בבעלות ישראמקו – לידיה. בשני המקרים קיבלה דלק את הפטור המבוקש.
3. דיון נרחב בסוגיית ההגבלים העסקיים בענף הנפט והגז התנהל בעת שהחברות דלק, אבנר ונובל, רכשו את חלק הארי ברישיונות 'מתן' ו'מיכל', בעקבותיהם נתגלה מאוחר יותר מאגר הגז הטבעי "תמר". בהחלטה שנתקבלה ביום 22.8.2006, בחרה הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, להעניק לחברות דלק וישראמקו, לפי בקשתן, פטור מהסדר כובל בכל הנוגע לפעילותן המשותפת ברישיונות 'מתן' ו'מיכל'. אף **פטור זה ניתן בתנאים מגבילים**. בין היתר, **אסרה הממונה על החברות להמשיך ולפעול במשותף בפרויקטים חדשים בענף הגז, ללא אישור על פי חוק ההגבלים העסקיים**:

"התאגידים המקומיים (קבוצת דלק וישראמקו) לא יחזיקו במשותף, בין לבדם ובין בצד מחזיקים נוספים, בכל זכות גז למעט זכות הנובעת ישירות ובאופן בלעדי מרשיונות מתן ו/או מיכל [קרי, הרישיונות של מאגר "תמר" – הח"מ], אלא באישור מפורש, מראש ובכתב מאת הממונה [על ההגבלים]".

***החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 22.8.2006 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/2***

1. **בזכות היתר זה, התאפשרה כניסתן של השותפות למאגר "תמר". ברי כי בשלב זה ידעו הן כי מוטלת עליהן החובה לפנות לממונה על ההגבלים העסקיים בבקשה לקבל פטור מהסדר כובל, טרם חבירה לכדי הסדר כובל, ולא לאחריו.**
2. במאמר מוסגר תציין העותרת, כי על מודעותן של חברות הגז לסוגיית ההגבלים מעידה גם בקשתן מיום 18.1.2007, לקבל פטור מהסדר כובל לפעילותן המשותפת עם חברת ישראמקו ברישיונות 'אוהד' ו'שמשון'. ביום 2.8.2007 בחרו החברות למשוך את הבקשה לפטור זה, והחליטו להפריד בעצמן את האחזקות בשדה זה, כך שחברת ישראמקו תחזיק בכל הזכויות ברישיון 'שמשון', ואילו דלק ואבנר – בכל הזכויות ברישיון 'אוהד'.
3. אם כן, התנהלות חברות הגז, ניסיונן הרב בתחום ועובדת היותן מיוצגות על-ידי סוללת עורכי דין מיומנים ובקיאים בתחום ההגבלים העסקיים, לצד אותה תפיסה מקדמת תחרות שליוותה את עבודת הממונים על ההגבלים העסקיים לאורך השנים – כל אלו לא מותירים כל מקום לספק כי החברות ידעו היטב שעליהן לפנות ולבקש פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים ליצירת ההסדר הכובל. יחד עם זאת, כאמור, בחרו חברות הגז להתעלם, בתקווה שתצלחנה (ואכן כך) לייצר דה-פקטו באמצעות הסדר כובל את אותו מונופול שיקנה להן מעמד של כח ושליטה, ויאפשר להן להציב למדינת ישראל דרישות דרקוניות, אליהן תהיה היא חייבת להיכנע.
4. **מכל מקום, תוך זמן קצר, הערכותיו של מר לנגוצקי כמו גם פרוספקט "תמר" של בריטיש גז התבררו כנכונות: בינואר 2009 הוכרז על ידי השותפויות "אבנר", "דלק קידוחים" ו"ישראמקו" כי התגלו שלושה מאגרי ענק של גז טבעי בקידוח "תמר" 1". הפקת הגז מהמאגר החלה בחודש מרץ 2013, וכיום הוא המאגר היחיד בישראל. זהו המאגר השני בגודלו בישראל, עם כ-283 מיליארד מטר מעוקב של גז טבעי. עתודותיו מוערכות בכ-30% מכלל עתודות הגז בישראל.**
5. **כיום, חרף קיומן של תגליות גז נוספות, שחלקן אף קיימות מספר לא מבוטל של שנים, מאגר "תמר" כאמור הוא המאגר היחיד אשר מספק גז למשק הישראלי.**
6. משנת 2008 ועד היום התגלו אל מול חופי ישראל מאגרים נוספים המכילים כמות משמעותית של גז טבעי, ובהם דלית, "לוויתן", כריש, תנין ודולפין. מאגרים אלו אינם נמצאים בשלבי פיתוח. הרישיונות והזיכיונות לפיתוח מאגרים אלו **נמצאים אף הם בשליטת דלק ונובל אנרג'י**, באופן המעניק להן שליטה **מוחלטת** בכל מאגרי הגז המשמעותיים בישראל.
7. בקצירת האומר תציינה העותרות, כי מצב זה התאפשר בין היתר מכיוון **שלבקשתן של קבוצת דלק ולנובל אנרג'י, משרד האנרגיה העניק להן זכויות נפט העולות על המותר** (הן מבחינה מספרית והן מבחינת השטח שהן חולשות עליו). כך, בעוד חוק הנפט קובע כי לא יינתן לאחד יותר מ-12 רישיונות, ולא יחזיק ברישיון בשטח כולל העולה על 4 מיליון דונם, **במהלך השנים 2005-2010 החזיקה קבוצת דלק ב-22 רישיונות ונובל החזיקה כ-16 רישיונות, המשתרעים על שטח של כ-7.7 מיליון דונם וכ-6.1 מיליון דונם, בהתאמה.**
8. רק כאשר מצב אבסורד זה נחשף בכלי התקשורת, פעל משרד האנרגיה להשיב לידיו את כלל זכויות היתר. לחברות הגז הוענקה **האפשרות לבחור אלו זכויות יוותרו בידיהן, ואלו יושבו לציבור**. סביר להניח כי החברות הותירו בידיהן את הזכויות בעלות הפוטנציאל הרב ביותר.
9. לנוכח אזלת ידו של משרד האנרגיה בפיקוח על ענף הגז, עלול להיווצר הרושם כי הוא פועל כזרוען הארוכה של חברות הגז, באופן המקדם בעיקר את האינטרסים שלהן - ולא בהכרח את אינטרס הציבור. רק עתה, לאחר שהופנה הזרקור הציבורי לעברו, החל המשרד לבחון את התנהלותו ואף "סגר את הים" לתקופה ארוכה עד לקבלת החלטות בנושא. לשיטת העותרות, יש בכך מעין "הודאה באשמה" לכשליו. ואולם, הודאה זו הינה בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי.
10. **ודוק, מחדל זה של הממונה על הנפט לא הביא את הממשלה או את העומד בראשה לפעול או להקים צוות שיטפל בנושא. במשך כל אותן שנים הממשלה לא הקימה צוות בין-משרדי, לא נטלה כל סמכות מהממונה על הנפט, ולא פעלה לביזור זכויות החיפוש. הפעילות הנמרצת של ממשלת ישראל החלה רק כאשר התנהלות הרגולטורים לא עלתה בקנה אחד עם האינטרסים של החברות.**
11. לנוכח שליטתן המלאה והברורה של "דלק קידוחים", "אבנר" ו"נובל אנרג'י" בכלל מאגרי הגז הטבעי בהם ניתנו חזקות בישראל, ובחלק נכבד מן הרישיונות הימיים שניתנו וטרם הבשילו לכדי חזקה (כריש ותנין), **הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים ביום 13.11.2012 על שלושת התאגידים כמונופולין, ביחד ולחוד, בתחום אספקת הגז הטבעי בישראל.**

***הודעת רשות ההגבלים העסקיים לעיתונות מיום 13.11.2012 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/3***

1. **עד כאן באשר למאגר הגז הטבעי "תמר". כעת תפנינה העותרות לתאר את השתלשלות העניינים במאגר הגז "לוויתן".**
   1. **יצירת הסדר כובל בין חברות הגז ופתיחת שימוע בפני הממונה על ההגבלים**
2. ביום 19.2.2007, קיבלה שותפות "רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת" (להלן: "**רציו**"), היתר מוקדם על שטח הידוע כ-"רציו-ים". לקראת סוף שנת 2007, החלו השותפות הקיימות במאגר "תמר" (אבנר, דלק קידוחים ונובל אנרג'י) במגעים לרכישת אחוזים מסוימים מאחזקותיה של חברת רציו ברישיון. ביום 11.9.2007, **רכשו החברות דלק ואבנר 70% מהזכויות בהיתר מוקדם זה**, וביום 23.1.2008 הועברו לחברת נובל אנרג'י **35% מהזכויות במאגר.**
3. ניתן לומר בבטחה שהחל משנת 2009, פעלו שלוש השותפות יחדיו לשם מציאת 'גז טבעי' בשטח שנודע לימים כמאגר הגז הטבעי "לוויתן". כך, ביום 15.12.2008 העניק הממונה על הנפט לחברות דלק, נובל, אבנר ורציו חמישה רישיונות חיפוש בשטח ההיתר המוקדם (רישיונות 'רחל' ו'עמית', בעקבותיהם התגלה מאגר "לוויתן"; רישיון 'ערן' בעקבותיו התגלה מאגר "תמר" SW, ורישיונות 'חנה' ו'דוד').
4. בחודש דצמבר 2010 דיווחו חברות הגז לבורסה כי נמצאה "תגלית גז טבעי משמעותית" במאגר "לוויתן".

***הודעת "דלק קידוחים" לבורסה מיום 29.12.2010 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/4***

1. **במישור הרגולציה של משרד האנרגיה –** מנקודה זו **ובמשך למעלה מ-3 שנים**, לא פעל הממונה על הנפט להכריז על "תגלית" במאגר הגז "לוויתן". לעמדת העותרות, מהרגע שבו הודיעו חברות הגז על התגלית בדיווח לבורסה, היה עליהן לפנות במקביל גם לממונה על הנפט בבקשה להכריז על תגלית. **הכרזה זו מקימה חובה על פי חוק להפיק גז מהמאגר בלוחות זמנים קבועים (עד 3 שנים). הפרת החובה מאפשרת למדינה להפקיע את הרישיון מידיה של החברה**.
2. **ואולם, חברות הגז פנו לממונה על הנפט בבקשה כאמור רק ביוני 2013** – ובעקבותיה **הכריז משרד האנרגיה על תגלית רק בחודש ינואר 2014**. כחודשיים לאחר הכרזת התגלית (ביום 27.03.2014) הוענקו לשותפות שני שטרות החזקה (קרי, זכות נפט מסוג חזקה) במאגר "לוויתן".
3. העיכוב בהכרזה שיחק לידי בעלות הרישיון. הוא אפשר להן לקבוע את לוחות הזמנים, ולעכב את פיתוח מאגר "לוויתן". כך הצטמצמה התקופה בה יופק גז מ"תמר" ו"לוויתן" במקביל, וסוכלה האפשרות ליצור **תחרות אפקטיבית בענף הגז**. בהתאם, החוזים ארוכי הטווח שנחתמו ביחס לגז שיופק ממאגר "תמר" - שיחקו לידי המונופול והבטיחו את סיכול התחרות.
4. מעבר לכך, בהליך גיבוש שטר החזקה ובתוכנו נפלו פגמים כבדי משקל. כך, שטר החזקה שניתן למאגר לוויתן לא פורסם לציבור בטרם מסירתו לחברות הגז, ולא ניתנה לציבור הזדמנות להביע עמדתו בכל הנוגע לתנאים שנקבעו. יותר מכך, שטר החזקה אף לא ניתן **לעיונם של משרד המשפטים, משרד החוץ והמשרד להגנת הסביבה**, זאת למרות שהשטר משליך על נושאים אשר בלב סמכויותיהם של משרדי ממשלה אלו. לפיכך, לא נלקחו כלל השיקולים הרלוונטיים בחשבון, וזאת חרף העובדה כי המדובר בהחלטה שתוקפה 30-50 שנים.
5. **ודוק, כשלים אלו לא הביאו את הממשלה לפעול בנושא – למרות הסיכונים הברורים למשק ולדמוקרטיה. הממשלה לא הקימה צוות בין-משרדי, ולא נטלה כל סמכות מהרגולטורים כדי להסדיר את נושא הגז הטבעי ולהאיץ את קצב הפקת הגז על ידי המונופול.**
6. באותו האופן, חברות הגז הפרו את חובתן הקבועה בהחלטת ממשלה מס' 442 בנושא יצוא הגז משנת 2013. בהחלטה זו נקבע כי עליהן לחבר – על חשבונן – צינור ממאגר הגז "תמר" לאדמת המדינה, בנוסף לצינור היחיד הקיים היום. הטעם שעמד בבסיס החלטה זו הינו העובדה שאספקת גז באמצעות צינור אחד בלבד - מעמידה את המשק בסכנה בלתי-סבירה של תקלות וחבלות בצינור, באופן שיביא להפסקת הולכת הגז הטבעי.
7. **ודוק, חרף העובדה כי חברות הגז לא הקימו צינור נוסף כאמור, לא הוטלה עליהן כל סנקציה ולא ננקטו כל הליכים כנגדן. זאת על אף שהחלטת הממשלה קובעת כי הפרה עלולה להוביל להפקעת שטר החזקה, לפי חוק הנפט**.
8. **במישור דיני ההגבלים העסקיים – דלק, אבנר ונובל לא פנו לממונה מראש בבקשה לקבלת פטור מהסדר כובל כנדרש**. זאת על אף שהן היו מודעות היטב, כאמור, לחובתן לעשות כן. יוזכר כי **רכישת הזכויות ברישיונות 'רציו-ים' התבצעה קרוב לשנה וחצי לאחר שנתקבל פטור מהסדר כובל במאגר "תמר", על ההתניות הברורות המצוינות בו**. הדמיון בנסיבות והזהות הכמעט מוחלטת של הצדדים להסכם, מובילים למסקנה **ששומה היה על חברות הגז להיות מודעות לחובה זו המוטלת עליהן**.
9. בנובמבר 2010 הודיעה הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, רונית קן – אשר מונתה כשנתיים לאחר סיום כהונתה לתפקיד דירקטורית בחברת רציו-חיפושי נפט – על פרישתה המוקדמת. באפריל 2011 החליף אותה בתפקיד פרופ' דיוויד גילה. מרגע זה דומה כי החלה חזרה הדרגתית ל"רוח המפקד" אשר מקדשת את קידום התחרות. זו התפיסה אשר הנחתה את הרשות לאורך שנים, עד שחלה התרופפות מסוימת במהלך כהונתה של קן בתפקיד – וכתוצאה מכך התאפשרה כניסתם בחטא של "נובל" ודלק" ל"לוויתן".
10. עם כניסתו של פרופ' גילה לתפקיד, פרסמה הרשות להגבלים עסקיים ביום 6.9.2011 הודעה כי היא **שוקלת** לקבוע כי השותפות "נובל אנרג'י", "דלק", "אבנר" ו"רציו", הן צדדים להסדר כובל בשל חבירתן יחד ברכישת הזכויות במאגר "לוויתן". בהחלטתה צוין כי כניסתן של "דלק", "אבנר" ו"נובל אנרג'י" למאגר "לוויתן", בשעה שהן מחזיקות בנכסי נפט אחרים - מהווה, לכאורה, הסדר כובל והפרה של חוק ההגבלים העסקיים.

***הודעת רשות ההגבלים העסקיים לעיתונות מיום 06.09.2011 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/5***

1. עולה אפוא כי "אבנר", 'דלק קידוחים', "רציו" ו"נובל אנרג'י" נהנו **למעלה משש שנים** מן היתרונות של הסדר כובל. זאת בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים, ותוך הפרה של התנאים בגינם ניתן להם הפטור מהסדר כובל במאגר "תמר". כל זאת תחת עיניה הפקוחות של הרשות להגבלים עסקיים. כמובן, אין במחדלי הממונה דאז כדי לגרוע מאחריות חברות הגז למעשיהן. אך הדבר חיוני להבנה כי כבר בשלבים מוקדמים מאד - פשתה בקרב רשויות השלטון הנטיה לפעול למען חברות הגז, ולהעלים עין מהפרת חובותיהן על פי דין. למרות הנזק לאינטרס הציבורי - הממשלה והעומד בראשה לא נזעקו לעשות דבר בעניין.
2. כאמור, משרד האנרגיה והממונה על הנפט כשלו אף הם. לו פעל משרד האנרגיה כנדרש, יתכן שכלל לא היה צורך להתמודד עם המציאות העכורה העומדת לנגד עינינו. בהקשר זה, ומבלי להרחיב יתר על המידה, העותרות תבקשנה להאיר פרט נוסף: מעבר למתן זכויות נפט מעל למותר, ומעבר לעיכוב הרב שחל בהכרזת תגלית על מאגר "לוויתן" –משרד האנרגיה התעלם לחלוטין מהממונה על ההגבלים העסקיים, כאשר האחרון פנה למשרד האנרגיה וביקש את עמדתו לטיוטת הצו המוסכם. למעשה, רק לאחר שחלה תפנית בעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים, והתעוררה האפשרות לפירוק המונופול של חברות הגז - התעורר גם משרד האנרגיה ויצא להגנתן בחירוף נפש. דבר זה עולה אף ממכתבו של הממונה על ההגבלים העסקיים למנכ"לית משרד האנרגיה מיום 28.12.2014.

***מכתבו של פרופ' גילה, הממונה על ההגבלים העסקיים, לידי מנכ"לית משרד התשתיות מיום 28.12.2014 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/6***

1. **מעבר לכך, במכתבו של הממונה, עמד הוא על ההתפרקות הכללית של הממונה על הנפט** **מסמכויותיו** **וחובותיו**. ממכתב זה עולה, כי הממונה על הנפט נמנע באופן עקבי מלפקח כיאות אחר בעלי הרישיונות והחזקות בשטח מדינת ישראל, וממאן לחייב את בעלי זכויות הנפט לקיים את חובתם כפי שמורה חוק הנפט. ובלשונו של הממונה, פרופ' גילה:

"מבלי למצות את הדברים, **באמתחת משרד התשתיות מספר סמכויות שיישומן עשוי למזער את הנזק שדחיית פיתוח מאגר לוויתן על ידי מונופול הגז ייסב למשק, ואולי אף למנוע אותו, תוך שמירה על האינטרס הציבורי בהגנה על התחרות במשק הגז הטבעי**. בין סמכויות אלה:[...]

ד. סמכות **לחייב בעלי רישיונות שכבר הגיעו לתגליות לפתח את המאגרים** על מנת להפיק גז טבעי, בהתאם לסמכות בחוק הנפט, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנפט"). למיטב ידיעתנו, **עם תגליות אלה נמנות תגליות שמשון, כריש ותנין.**

ה. סמכות **לדרוש מבעל חזקה לפעול להפקת גז טבעי בכמויות מסחריות בשטח החזקה**בתוך זמן מוגבל שיקבע, באמצעות הפעלת סמכויות אכיפה מכוח חוק הנפט. **כך למשל, מאגר דלית מוגדר כחזקה כבר מיום 2.12.2008, אולם טרם** בוצעה בו כל פעילות הפקה מסחרית." [סעיף 9 לנספח ע/6].

1. התמונה המצטיירת היא שהמדינה לאורך כל הדרך אפשרה לחברות הגז לפעול כרצונן, ונמנעה מאכיפת הדין על חברות הגז בהתאם לסמכויותיה וחובותיה. זאת במיוחד בכל הנוגע לחובת הפקת הגז במועדים הקבועים בחוק.
2. נוכח כל זאת, התחושה בקרב הציבור היא שהממונה על הנפט התפרק מסמכותו לפקח אחר יישום חוק הנפט. הממשלה והעומד בראשה לא נזעקו לפעול בנושא, לא נטרלו את הממונה על הנפט מסמכויותיו ולא הקימו צוות על מנת לעקוף אותו ולהסדיר את הטיפול במשק הגז. **כך החל מונופול הגז לצבור עוצמה, ולהרשות לעצמו לפעול בניגוד לדין, כאשר המאסדרים מעניקים לו יחס מיוחד ומאתרג, וממשלת ישראל איננה עושה דבר בנדון.**
   1. **פרסום הצו המוסכם והתנגדויות הציבור**
3. ביום 27.3.2014, עם פרסום שטר החזקה, פרסם הממונה על ההגבלים העסקיים טיוטת צו מוסכם להסדרת סוגיית ההסדר הכובל במאגר "לוויתן". עסקינן במעין "טיוטת הסדר טיעון", המוגשת בסופו של יום לאישור בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לסמכות הממונה לפי סעיף 50ב לחוק ההגבלים העסקיים. ביסודו של ההסדר עמדה הסכמת הרשות שלא לפתוח בהליכים כנגד השותפויות, בגין עשיית הסדר כובל מבלי לקבל לכך הכשר מראש. זאת בתמורה להסכמת חברות הגז לחיזוק התחרות בענף הגז הטבעי.

***טיוטת הצו המוסכם ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/7***

1. טיוטת הצו המוסכם אף התירה לחברות הגז להותיר בידן את זכויות הנפט, אשר נרכשו בניגוד לתנאי הפטור מהסדר כובל שניתן לשותפויות בשנת 2006. זאת בתמורה לכך שהחברות תמכורנה לצד שלישי, בתוך פרק זמן נתון, את זכויות החיפוש שברשותן למאגרי כריש ותנין, וכן תנאים נוספים.
2. בשלב קריטי זה, כאשר פורסמה טיוטת הצו המוסכם, **ממשלת ישראל לא נזדעקה ולא התייצבה לימינו של הציבור. הממשלה (ברובה המוחלט) ישבה בחיבוק ידיים, ללא הבעת כל עמדה - לחיוב או לשלילה.**
3. ואולם, העותרות זיהו כשלים רבים שנפלו בטיוטת הצו המוסכם ובהליך כולו. על כן, בהתאם לזכותן על פי חוק ההגבלים העסקיים, שטחו הן את טענותיהן בפני הממונה על ההגבלים העסקיים במסגרת מסמך טענות שהוגש לידיו ביום 27.05.2014 (להלן: "**מסמך** **הטענות**").
4. במסגרת מסמך הטענות, עמדו העותרות על מסכת האירועים והכשלים שהביאו להתפתחות מונופול הגז הטבעי; על הפגמים בטיוטת הצו המוסכם וחתירתו תחת תכליות דיני ההגבלים העסקיים; ועל כך שהצו המוסכם אינו האמצעי הנכון לפתרון בעיית הריכוזיות במשק הגז, והוא אף עתיד לסכל כל אפשרות לקיומה של תחרות. העותרות פירטו את הכשלים בהליכי קבלת ההחלטות באשר לצו המוסכם, לרבות הקונספציות השגויות שהנחילו חברות הגז בקרב הציבור ומקבלי ההחלטות (*זמין ב****:*** www.mqg.org.il/Portals/0/Article-pdf/gas%20framework.pdf).

***מסמך הטענות של העותרת מיום 27.05.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/8***

1. מעבר לכך, העותרות קבלו על כך שהמדינה נוהגת **להסתמך באופן בלעדי על מידע שמתקבל מחברות הגז** (ישירות או באמצעות משרד האנרגיה), טרם קבלת החלטות בעניינן. התנהלות קלוקלת זו ליוותה, וממשיכה ללוות, את הליך קבלת ההחלטות של מדינת ישראל - בתחום הגז הטבעי בכלל, ובכל הנוגע לחברות הגז בפרט. יצוין כי על כך אף עמד מאוחר יותר השר להגנת הסביבה מר אבי גבאי, בהתייצבותו בפני ועדת הכלכלה:

"בנושא הגז, כנראה מכיוון שזאת תעשייה צעירה מאוד ומאוד מצומצמת בישראל **התחושה שלי הייתה שכל מה שאני שומע זה מה שחברות הגז אמרו לפני כן**. **זאת** **התחושה שכל הזמן הרגשתי, שאני בעצם שומע את מה שחברות** **הגז אמרו בפורומים אחרים, וממש לא הרגשתי נוח עם המידע שמסתובב וגם עם כל מיני מצגות, השוואות מחירים וכו'. אני חייב להודות שלא הרגשתי נוח**. אני גם לא כל כך מאמין בכל מיני חברות ייעוץ בין-לאומיות כמו זאת שהשתמשו בה. החברות האלה בסופו של יום – יש טענה שהן שייכות גם לחברות הגז. אני לא בדקתי בעצמי את הטענה הזאת, ולכן אני לא יכול לומר אותה, אבל החברות האלה יודעות שאת העבודה הבאה שלהן הן לא יקבלו בישראל, אלא במקום אחר. לכן הן יודעות איך לפזר את הסיכונים שלהן ואת הסיכונים העסקיים שלהן". (עמ' 12 לפרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 2.12.2015 - *זמין ב:* main.knesset.gov.il/Activity/ Committees/Economics/Pages/CommitteeAgenda.aspx?tab=3&ItemID=571820).

***פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 02.12.2015 ­ מסומן כנספח ע/9***

1. העותרות לא עמדו לבדן בפרץ. כנגד טיוטת הצו המוסכם טענו את טענותיהם גורמים נוספים ובהם ח"כ שלי יחימוביץ', הפורום הישראלי לאנרגיה, ו**הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל (רשות החשמל)**.
2. כחודשיים מאוחר יותר, ביום 21.7.2014, התקיימה פגישה בין נציגים בכירים של חברות הגז לבין נציגי רשות ההגבלים העסקיים. זאת בקשר לבחינת עתידו של הליך אישור הצו המוסכם. כחודשיים לאחר מכן, ביום 18.9.2014, הגישו שותפויות הגז את תגובתן לעמדות הציבור בעניין טיוטת הצו המוסכם (להלן: "**מסמך התגובה**").
3. העותרות רואות לנכון לציין מספר אמירות מטעם חברות הגז. אמירות אלו פותחות צוהר להבנת תחושת הבעלות של חברות הגז כלפי המאגרים (חרף העובדה כי הציבור הוא הבעלים), ועמדתן כנגד שיתוף הציבור בקבלת ההחלטות. כך:

"**אסף** [מרשות ההגבלים העסקיים]: עלו טענות שגם אם יהיה הליך משפטי אפשר יהיה להכריח אתכם לפתח [את המאגר - הח"מ].

"**צביקה** [אגמון, ב"כ דלק ונובל]: אף אחד לא ייקח את זה, אלך לבג"ץ, אף אחד לא יכול להכריח אותי להשקיע 6 וחצי מיליארד דולר תחת עננה של אי וודאות. אף אחד לא ייקח נכס אחרי שהושקעו בו 4 מיליארד דולר. מי שחושב שאפשר לבוא להגיד לי אתה בהסדר כובל ותמשיך להשקיע 6 וחצי מיליארד דולר חושב לא נכון" [עמ' 2-3].

ובהמשך, דבריו של עו"ד צביקה אגמון -

"קיבלנו את לוויתן ממשרד התשתיות ולא לקחנו את זה מהציבור" [עמ' 3]

ובאשר להבאת עמדות הציבור לידי בית הדין להגבלים עסקיים:

"**גדעון** [תדמור, מנכ"ל אבנר]: אנו מבינים שאתם רוצים לתת למתנגדים להופיע בפני ביה"ד.

**אורי שוורץ** [עו"ד, רשות ההגבלים העסקיים]: אנחנו לא מחליטים, ביה"ד יחליט.

**צביקה**: מה עמדתכם?

**אורי שוורץ**: את ההערות שלהם נצרף, לגבי הופעה בפני ביהמ"ש אנחנו לא יודעים. כשתוגש בקשה שלהם נתייחס אליה.

**צביקה**: אנו מצעים שתדבקו בעמדתכם"

***פרוטוקול הפגישה מיום 21.7.2014 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/10***

***תגובת חברות הגז לעמדות הציבור בעניין הצו המוסכם "לוויתן" מיום 18.9.2015 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/11***

1. העותרות, לאחר עיון בפרוטוקול ובמסמך התגובה האמורים לעיל, הבחינו באי-דיוקים בטענות החברות, הן באשר למצב המשפטי והן באשר למצב העובדתי. על מנת לאפשר קבלת החלטה מושכלת ככל הניתן באשר לעתיד טיוטת הצו המוסכם, ביקשו הן להבהיר מספר סוגיות בפני רשות ההגבלים העסקיים, וכך עשו: ביום 20.11.2014 הגישה לידי הממונה על ההגבלים העסקיים מסמך הבהרות (להלן: "**מסמך ההבהרות**"), אשר חידד טענות משפטיות ועובדתיות מהותיות, והבהיר כי חלה על חברות הגז החובה לפנות למערך ההגבלים העסקיים ולקבל פטור או אישור להסדר הכובל – מראש. להלן עיקרי מסמך ההבהרות:

"השותפות נסמכות בעיקר על שתי טענות תמוהות ומופרכות [...]:

1. בין דלק לבין נובל אנרג'י אין כל תחרות, ולכן לשיטתן לא יכול להתקיים הסדר כובל בין שתי החברות. כמו-כן, שיתוף הפעולה בין שתי החברות לא יכול להקים הסדר כובל.
2. בין דלק לבין רציו לשיטתן לא יכול להיות הסדר כובל, היות ורציו לא הייתה יכולה להתחרות בדלק - לא פיננסית ולא מקצועית, ולכן לא ניתן לראות בה כשחקנית בשוק חיפושי הגז. [...]

ראשית, רציו הייתה בעלת רישיון חיפוש. כל עוד החזיקה רציו ברישיון החיפוש וכל עוד לא נקבע אחרת על ידי הממונה על הנפט, **חזקה עליה** שיכולה הייתה לעמוד בתוכניות העבודה כפי שנקבעו ברישיון ולכן יש לראות בה **מתחרה בכוח ובפועל בשוק הגז**. הרי אין אדם מבקש ומקבל רישיון לחיפוש אם אין לו היכולת לממשו. [...] למען הזהירות נדגיש, **כי אף אם מועלית טענה שרציו לא הייתה מתחרה עת נכנסו דלק ונובל לשותפות 'לוויתן'**, טיעון זה לא מחזיק מים ואיננו רלוונטי **החל מדצמבר 2010** - **הוא רגע ההודעה לציבור ולבורסה על התגלית במאגר הגז. ממועד זה, רציו בוודאי הינה מתחרה** [...]. החל ממועד זה, **אין כל ספק כי יכולה הפיננסית של רציו השתפרה פלאים, ולכל הפחות הדבר נכון באשר ליכולתה לגייס ממון** [...]. לפיכך, אף בנקודת הזמן הזו היה על השותפות לפנות בבקשה לקבלת אישור להסדר כובל. ונדגיש, **אין צורך באישור קיומה של תגלית על ידי משרד התשתיות כדי לשנות את מעמד השותפות כמתחרות**. [...]

שנית, [...] מבלי להמעיט מחומרת ההסדר ללא אישור/פטור הממונה בשלב החיפושים, הרי שההסדר בשלב החיפושים איננו עומד במוקד מסמך הטענות שהגיש[ו] [העותרות - הח"מ]. התנועה ואט"ד טוענות כי **הפגיעה בתחרות שנוצרה עם כניסת דלק ונובל לשותפות מתעצמת עם תום שלב החיפושים (קרי, דצמבר 2010) - ועם תחילת שלב ההפקה** [...]. **נוכח האמור, בניגוד לטענות השותפות, בשלב זה, מרכז הכובד איננו שלב החיפוש, כי אם שלב ההפקה והשיווק. הפגיעה בשלבים אלו בתחרות (ולמעשה איון מוחלט של התחרות) היא החמורה ביותר והניסיון להתרתה במסגרת צו מוסכם, כדי לרפא לכאורה את התנהלות השותפות בשלב החיפוש, הינה שגיאה היורדת לשורשו של עניין** [...].

שלישית, כבר בשלב יצירת השותפות עבור שלב החיפוש היו דלק, נובל ורציו מתחרות, בין אם בפועל ובין אם מתחרות פוטנציאליות - **גם אם הן מתחרות בעלות דרגות מיומנות שונות. הטענה כי גורם אחר איננו מתחרה הינה מדרון חלקלק, ואסור שיוותר לשיקול דעתו של אף גורם, זולת הממונה על ההגבלים העסקיים או בית הדין להגבלים עסקיים - ומראש**. [...] **וכך, למצער, מצטיירת תמונה ברורה שהמדובר בהסדר כובל מסוג אנכי, לפיה יש שיתוף פעולה הדוק בין שתי יחידות בשרשרת כלכלית אחת, שכל אחת לבדה איננה יכולה לבצע את התהליך המלא בעצמה**. ראיה לכך, [...] היא העובדה שנובל איננה מחזיקה בשום מאגר לבדה, מבלי שדלק נמצאת שם יחד עימה. **כל קשר שכזה, בו נוצרה בעלות משותפות ולא רק יחסי ספק-לקוח, הינו חשוד מאוד, ודי בכך כדי להקים חובה לבקש אישור להסדר כובל**". [שם, עמ' 3-5; ההדגשות במקור].

***מסמך ההבהרות מיום 20.11.2014 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/12***

* 1. **החלטת הממונה לחזור בו מן הצו המוסכם בעקבות התנגדויות הציבור**

1. ביום 23.12.2014, לאחר שלמד את העובדות והטיעונים שהוצגו בפניו בשימוע בלב פתוח ובאוזן קשובה, הודיע הממונה לחברות הגז כי **החליט שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם** לאישור בית הדין להגבלים עסקיים**. כמו כן הודיע הממונה כי הוא שוקל מחדש את האפשרות לקבוע כי כניסת דלק ונובל ל"לוויתן" הינה הסדר כובל שלא קיבל את אישור בית הדין.** הממונה ציין כי יבוצע הליך שימוע בעל פה לחברות הגז לפני הוצאת הקביעה.
2. אין ספק כי הממונה הבין את הנזק העצום שעלול להיגרם למשק ולמדינה, אם יוענק לחברות הגז פטור מאחריות להסדר הכובל. על פי הודעת הממונה, ההחלטה למשוך ידו מטיוטת הצו המוסכם נתקבלה לאחר שהונחו בפניו אינדיקציות משמעותיות לכך שהצו המוסכם לא ייצור פתרון תחרותי של ממש. כך נכתב, בין היתר, בהודעת הרשות להגבלים עסקיים לעיתונות:

"הרשות הודיעה לדלק ולנובל על החלטתה לא להגיש את הצו המוסכם לאישור בית הדין, ושהיא שוקלת מחדש להוציא קביעה לפיה כניסת דלק ונובל ללוויתן הינה הסדר כובל שלא קיבל את אישור בית הדין. כניסת דלק ונובל ללוויתן יצרה מצב שבו קבוצות אלה שולטות בכל מאגרי הגז שלחופי מדינת ישראל. [...] **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**".

***הודעת הרשות להגבלים עסקיים לעיתונות מיום 23.12.2014 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/13***

1. ביום 13.1.2015, במהלך הכנס השנתי של הרשות להגבלים עסקיים, התייחס הממונה לסוגיית הצו המוסכם. הממונה ציין כי החלטתו התקבלה בעקבות הערות הציבור, וכן לאור נתונים שמקורם **לראשונה** אינו בשותפות הגז. כדבריו: "לאחר שהציבור מסר את עמדתו, החוק מורה שעלינו לשקול את עמדת הציבור ולהחליט אם להגיש את טיוטת הצו המוסכם לבית הדין. בעניין הגז, **הייתה** **כמות יוצאת דופן של הערות שקיבלנו מן הציבור**. לאחר קבלת ההערות וניתוח הנתונים, **הגענו למסקנה שאיננו יכולים לבוא לבית הדין ולשכנע שהצו המוסכם הוא לטובת הציבור**".

***הודעת הרשות להגבלים עסקיים לעיתונות מיום 13.1.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/14***

1. **כפי שהעותרות תראינה כעת, ממועד זה החלה מתקפה ממשלתית חסרת תקדים ומשולחת רסן על הדמוקרטיה הישראלית. זאת על מנת לקדם בכל מחיר – תוך סימון המטרה מראש – אסדרה פגומה מיסודה, אשר עומדת במישורים כה רבים בניגוד ברור לטובת הציבור.**
   1. **הקמת "צוות קנדל" וגיבוש "מתווה פברואר" למול חברות הגז**
2. בראשית שנת 2015 פורסם בעיתונות כי בעקבות הודעת הממונה על החזרה מן הצו המוסכם - **הורה ראש הממשלה ליו"ר המועצה הלאומית לכלכלה, פרופ' יוג'ין קנדל, להקים צוות לבחינת ענף הגז הטבעי בישראל** (להלן: "**הצוות הממשלתי**" או "**צוות קנדל**"). על פי הפרסומים דאז, צוות קנדל הוקם במטרה ללמוד וללוות את סמכויות הממונה – ולא להחליפן.

***כתבות מהעיתונות על הקמת צוות קנדל – מצ"ב ומסומנות כנספח ע/15***

1. כבר בשלב זה יובהר כי הצוות הממשלתי שהוקם לא כלל כל נציג של **משרד הכלכלה**, לא נציג של **המשרד לאיכות הסביבה,** לא נציג מ**רשות החשמל** וגם לא **גורם בטחוני**. נמסר כי תפקידו של הצוות לבצע עבודת מטה. בפועל, הצוות פעל במחשכים ואף עקף בסופו של יום את הגורמים המוסמכים, תוך התעלמות מהאינטרסים הציבוריים שמופקדים בידי גופים אלו.
2. חשוב מכך: דווקא בנקודת זמן קריטית זו, כאשר סוף כל סוף החליט רגולטור עצמאי לפעול בהתאם לסמכויותיו לשם הגברת התחרות במשק הגז - החליטה ממשלת ישראל להתערב. זאת לאחר שבמשך שנים ארוכות נמנעה הממשלה מהתערבות ואסדרת משק הגז הטבעי, ובכך אפשרה למונופול הגז להתפתח באין מפריע. הנה כי כן, הצוות הממשלתי הוקם בעקבות הודעת הממונה על החלטתו לחזור בו מן הצו המוסכם. בהקשר זה, מוצאות העותרות לנכון לציין את פליאתן מן העיתוי החשוד שבו מיהרה ממשלת ישראל להזדעק ולהתערב באסדרת התחום לאחר שנים ארוכות של אי-התערבות. זאת רק כאשר עלה חשש לפגיעה באינטרסים הכלכליים של חברות הגז, והתעורר איום על מעמדן המונופוליסטי.
3. בעקבות זאת, פנתה העותרת 1 ביום 22.1.2015 בבקשת חופש מידע לממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה, וביקשה לקבל פרטים על אודות כתב המינוי של צוות קנדל; סמכויות הצוות והנושאים שבו הוא עתיד לעסוק; הרכב הצוות ושמות חבריו; רשימת הפגישות שקיים הצוות; פרוטוקול ישיבות הצוות; רשימת המסמכים שהועברו לעיון חברי הצוות במסגרת תפקידו; והחלטות שקיבל הצוות, לרבות החלטות ביניים, המלצות או מסקנות.

***בקשת חופש מידע מטעם העותרת מיום 22.1.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/16***

1. חודש לאחר מכן **גיבש צוות קנדל מתווה ממשלתי כולל לטיפול במונופול הגז** (להלן: "**מתווה פברואר**"). **במתווה זה תמכו כלל הגורמים הממשלתיים, ובכלל זאת הממונה על ההגבלים העסקיים**. הרעיון שעמד בבסיס "מתווה פברואר" היה פירוק מונופול הגז **וחלוקת השוק לחמישה מתחרים**. זאת באמצעות חיוב חברות הגז למכור בנפרד את הגז שיופק מ"לוויתן", וצמצום האינטרס של חברת נובל אנרג'י בשוק המקומי (ראו בסיכום ישיבת צוות קנדל מיום 12.2.2015 (שהתפרסם לציבור רק ב-1.7.2015) – עמ' 35 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" ראו להלן נספח ע/31).
2. מתווה פברואר הוצג בפני חברות הגז כשבוע לאחר מכן, אך נתקל בהתנגדות חריפה של חברות הגז אשר סירבו להסכים לתנאיו.
3. בעקבות הפרסומים בתקשורת על הצגת "מתווה פברואר", פנתה העותרת 1 ביום 23.2.2015 בבקשת חופש מידע נוספת לקבלת פרטיו המלאים של המתווה המוצע כפי שהוצג בפני חברות הגז; וכן בתזכורת לקבלת המידע שנתבקש על ידה ביום 22.1.2015 משלא נתקבלה לבקשה האמורה כל מענה.

***בקשת חופש מידע מטעם העותרת מיום 23.2.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/17***

1. ביום 25.2.2015 השיבה הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה לעותרת 1, והודיעה על הארכת משך הטיפול בבקשה ב-30 ימים נוספים בשל הגשת הבקשה הנוספת לקבלת מידע, וציינה כי המשרד יגבש מענה אחד לשתי הבקשות.

***תשובת הממונה על חופש המידע מיום 25.2.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/18***

1. ביום 28.4.2015, לאחר תזכורות אין-ספור מצד העותרת 1, ובחלוף למעלה מ-90 ימים מבקשת חופש המידע הראשונה ולמעלה מ-60 ימים מבקשת חופש המידע השנייה (וזאת בניגוד להוראת סעיף 7(ב) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998), השיבה סוף כל סוף הממונה על חופש המידע לבקשות העותרת 1.
2. במכתב לקוני ועמום, השיבה הממונה על חופש המידע כי **לא הוקמה כל ועדה או צוות, אלא שבחודשים האחרונים מתקיימת עבודת מטה ממשלתית שגרתית שנועדה לבחון את המשך הצעדים הממשלתיים הרלוונטיים לשוק הגז הטבעי**. נטען במכתב כי עבודת המטה המקצועית הינה תהליך מתמשך וכי "עד כה לא התגבשה עמדה סופית ואחידה בנושא". עוד נטען כי נערכו מספר מפגשים עם נציגי חברות הגז, אך לא נמסרה עמדה כתובה המייצגת את עמדת כל המעורבים במגעים, ואף לא נערכו פרוטוקולים מסודרים.
3. על רקע דברים אלה, דחתה הממונה על חופש המידע את בקשות העותרת 1 למידע, מן הטעם שהמידע המבוקש לגבי ההרכב, כתב המינוי, הסמכויות, ההחלטות וכו' - כלל לא קיים. באשר לפעילות הצוות, נטען כי מדובר במידע אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב, וכן במידע אודות דיונים פנימיים ותרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות. נוכח תשובה זו השוללת את עצם קיומו של לב המידע – לא עמד לעותרת 1 בסיס להגשת עתירה על פי חוק חופש המידע בנושא.

***תשובת הממונה על חופש המידע מיום 28.4.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/19***

1. **מכתב זה עמד בסתירה מוחלטת למציאות בשטח, וכלל (כך מסתבר בדיעבד) אי דיוקים רבים**. ככל הידוע לעותרות, בשלב זה כבר פעל בשטח "צוות קנדל", שעל חבריו נמנו יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה; מנכ"לית משרד האנרגיה; הממונה על התקציבים במשרד האוצר; הממונה על חיפושי הנפט; והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים כלכליים-פיסקליים. על פי פרסומים, צוות קנדל נפגש עם חברות הגז, קיים עימן משא ומתן ופעל לגיבוש מתווה חלופי, הנוגע להפעלת או הימנעות מהפעלת סמכויות הנתונות בידי הממונה על ההגבלים העסקיים, על אף התנגדותו של הממונה.
2. כך, בתשובה נטען כי "עד כה לא הוצגה בפני המחזיקים עמדה כתובה המייצגת את עמדת כל המעורבים במגעים", זאת בעוד שבישיבה ביום 18.2.2015 הוצג בפני חברות הגז "מתווה פברואר" שהופיע שחור על גבי לבן בסיכום הישיבה (שפורסמה רק ביולי 2015). כמו כן, נטען בתשובה כי "לא נערכו פרוטוקולים מסודרים"; בעוד שכידוע, במסגרת השימוע הציבורי, פורסם לכלל הציבור קובץ שכותרתו "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" (ר' להלן נספח ע/31).
   1. **פרישת הממונה מצוות קנדל והמשך התנהלות "הצוות" למול מונופול הגז, לרבות ניהול משא ומתן עם חברות הגז בנוגע ל"מתווה אפריל"**
3. ביום 13.4.2015, ימים ספורים לפני שנתקבלה התשובה האמורה, **פרשה רשות ההגבלים העסקיים משיחות המשא ומתן עם חברות הגז**. זאת **לאחר ששאר חברי הצוות הממשלתי החליטו "להתקפל" למול דרישותיהן של חברות הגז,** ולקדם מתווה חלופי שלא יוביל לתחרות ממשית בשוק הגז (ראו בסיכום ישיבת צוות קנדל מיום 13.4.2015 (שהתפרסם לציבור רק ב-1.7.2015) – עמ' 65 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי – להלן נספח ע/31).
4. **חלף זאת, המשיך הצוות הממשלתי לנהל עם חברות הגז משא ומתן** על מידת כפיפותן לדיני ההגבלים העסקיים. זאת **תוך נטילה, בפועל, של סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים – פעולה שנעשתה בחריגה מסמכות.**
5. כך, ביום 30.4.2015 הציג הצוות הממשלתי – ללא השתתפות הממונה ובניגוד לדעתו – מתווה חלופי בפני חברות הגז (להלן: "**מתווה אפריל**"), לפיו **ייווצרו רק שני מתחרים** בשוק הגז (ראו בסיכום ישיבת צוות קנדל מיום 30.4.2015 (שהתפרסם לציבור רק ב-1.7.2015) – עמ' 79-76 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" – להלן נספח ע/31).
6. בכך, נוצרה מציאות בלתי מתקבלת על הדעת: הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל מנוטרל, ונאלץ לפרוש מהליך **שהוא הגורם הבלעדי והיחיד המוסמך לנהלו. בה בעת, גורמים ממשלתיים נוטלים לידיהם את המושכות, וממשיכים לנהל את המשא ומתן - בניגוד לעמדת הממונה וללא השתתפותו.**
7. **צוות "ליווי הממונה" נתגלה אפוא בכובעו האמיתי כצוות "עקיפת ופינוי הממונה".**
8. ביום 6.5.2015 הציג הצוות הממשלתי בפני הממונה על ההגבלים את מתווה אפריל. ואולם**, הממונה על ההגבלים העסקיים חזר והביע אי-שביעות רצון** מן ההסדר, והבהיר כי הוא לא יוביל להשקפתו לתחרות במשק. **מייד בעקבות אמירה זו, "צצה" –** לראשונה בדיוני הצוות וללא כל התרעה או ביסוס – **הטענה שלפיה למול התחרות במשק הגז עומדים שיקולי ביטחון אנרגטי, ביטחון לאומי ויחסי חוץ**.
9. בתום הדיון, לאחר שרוב חברי הצוות הממשלתי הודיעו כי הם תומכים במתווה החלופי, על אף התנגדות הממונה, **בישרו חברי הצוות לממונה כי עומדות בפניו שתי אפשרויות**: מתן **הסכמה** למתווה, **או** פנייה לשימוש **בסעיף 52** לחוק ההגבלים. הפעלת סעיף 52 הוצגה אפוא כאיום המתחייב רק לנוכח סירוב הממונה להסכים למתווה שגובש, ולא בשל צורך מדיני או ביטחוני מהותי ובהול.
10. לא זו אף זו. חברי הצוות לא בחלו בישיבה באף אמצעי, והוסיפו כי **אם** **יעז הממונה להפעיל את סמכויותיו באופן עצמאי** ולפנות לבית הדין להגבלים עסקיים לשם הכרזה על הסדר כובל – **כלל גורמי הממשלה יתייצבו לימין חברות הגז** (ראו בסיכום ישיבת צוות קנדל מיום 6.5.2015 (שהתפרסם לציבור רק ב-1.7.2015) – עמ' 82-81 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" – ראו להלן נספח ע/31).
11. על רקע הפרסומים בתקשורת על ההתנהלות האמורה, פנתה העותרת 1 ביום 20.5.2015 אל חברי צוות קנדל, וכן אל חברי הממשלה הרלוונטיים – ראש הממשלה, שר האוצר, ושר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים. במכתבה, קראה העותרת 1 לעצור את המשא והמתן הממשלתי עם חברות הגז. העותרת אף דרשה כי ייחשפו לאלתר כלל המסמכים והפרטים הנוגעים להסדר המתגבש עם חברות הגז. כמו כן תבעה העותרת כי ההליך יתנהל בשקיפות מלאה, תוך שיתוף ומעורבות הציבור, כנדרש וכיאה להליך דמוקרטי העוסק בהקצאת נכסי ציבור לגופים פרטיים.

***מכתבה של העותרת מיום 20.5.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/20***

1. משלא קיבלה כל תשובה למכתביה, פנתה העותרת 1 ביום 28.5.2015 פעם נוספת לממשלת ישראל בקריאה **לעצור את המשא ומתן בין הממשלה לחברות הגז, ולהימנע מקבלת כל החלטה בנוגע לחתימה על הסדר עם החברות. העותרת עמדה על כך שההליך מתנהל בהעדר סמכות, בניגוד לעמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים ותוך עקיפת סמכויותיו שלא כדין**, וכן ללא הליך מתועד ושקוף הכולל את שיתוף הציבור.

***מכתבה של העותרת מיום 28.5.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/21***

1. ביום 2.6.2015 השיב המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), מר אבי ליכט, לפניותיה של העותרת 1. במכתב התשובה נטען כי בחודשים האחרונים מתנהלת "עבודת מטה בינמשרדית", במטרה לגבש מתווה לצעדים הממשלתיים הנדרשים על מנת להבטיח את עתידו של משק הגז הטבעי בישראל. צוין כי עבודה זו מתנהלת גם למול בעלי החזקות בתחום הגז הטבעי, "במטרה להביא לפתרון כולל אשר יהיה מוסכם גם על המחזיקים הנוכחיים בחזקות הגז".
2. בתגובה לדרישת העותרת 1 לפעול בשקיפות ותוך שיתוף הציבור, צוין כי טרם מוצו הדיונים עם בעלי החזקות ונותרו נושאים פתוחים. לפיכך, בשלב זה "לא ניתן להציג לציבור המלצה למתווה שלם". יחד עם זאת, הובטח כי "קודם לאישור הסופי בממשלה, הכוונה היא להציג את טיוטת המתווה במלואו בפני הציבור על מנת לשמוע את עמדתו בסוגיה ולאפשר קיום דיון ציבורי".
3. ואולם, טענותיה של העותרת 1 **ביחס לעקיפת סמכויות הממונה בניגוד לדין ולהעדר הסמכות לנהל משא ומתן למול חברות הגז - לא זכו למענה של ממש במכתב התשובה**. בהקשר זה צוין רק כי "ההליך הממשלתי המשותף שמטרתו לסייע לממשלה לקבוע את מדיניותה הוא הליך ראוי ומחויב המציאות. פתרון מאוזן בסוגיה זו מחייב עבודה משותפת של כלל גורמי הממשלה. אכן, לא תמיד ניתן להגיע להסכמה בין כל הגורמים המעורבים. בפני בעלי הסמכות יוצגו כלל השיקולים וכלל העמדות בנוגע למתווה המתגבש".

***תשובת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) מיום 2.6.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/22***

1. לסיכום חלק זה ניתן לומר כי צוות קנדל פעל בחוסר סמכות, והממשלה עשתה כל שלאל ידה כדי להגן על האינטרסים של חברות הגז. עזיבתו של הממונה על ההגבלים העסקיים את שולחן המשא ומתן החמירה פגמים אלו. ההשלכות של התנהלות זו לא איחרו לבוא.
   1. **ניהול מו"מ ללא סמכות ע"י הצוות הממשלתי הוביל להתפטרות הממונה**
2. כאמור, על אף פרישת הממונה מן המשא ומתן, המשיך צוות קנדל בניהול המשא ומתן למול חברות הגז – בלעדי הממונה ובניגוד לעמדתו. זאת, תוך נטילת סמכויות אסורה ופעולה בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ולכל היגיון ציבורי.
3. בעקבות זאת, **ביום 25.5.2015 הודיע הממונה על החלטתו להתפטר מתפקידו בתוך שלושה חודשים**. הטעמים להחלטה דרמטית זו פורטו במכתב ההתפטרות שהוגש על ידו. על רקע חשיבות הדברים, נביאם כלשונם:

"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. לכל אורך 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 האחרונים, 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 צדדיים אל מול התנגדות גורפת של משרדי הממשלה האחרים, וללא כל גיבוי מצדם. 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 על פרישת הממונה מתפקידו מיום 25.5.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/23***

1. מן האמור עולה כי הממונה הודיע על התפטרותו מהתפקיד, לאחר **שנוכח כי משרדי הממשלה מקדמים במקומו מתווה חלופי שהוא מתנגד לו**. הממונה הטעים כי הוא **משוכנע שאותו מתווה חלופי לא יביא לתחרות בשוק הגז הטבעי** למול חברות הגז.
2. לא מיותר לציין כי בעקבות ההודעה על התפטרות הממונה, זינקו מניותיהן של חברות הגז בו ביום – קבוצת דלק עלתה ב-3.4%, אבנר ב-1.3% ורציו ב-2.8%.

***נתונים היסטוריים מאתר הבורסה על ביצועי המניות של חברות הגז בעקבות פרישת הממונה – מצ"ב ומסומנים כנספח ע/24***

1. משהבינו המשיבים כי הממונה מסרב לשתף פעולה עם המתווה המתגבש, החלה הממשלה לשקול אפשרויות שונות ל"הלבנת" ההליך הפסול של עקיפת סמכויות הממונה ולהכשרתו בדיעבד. במסגרת זו, נבדקה האפשרות להפעיל את סעיף 52 לחוק. זהו הסעיף המאפשר ליתן הפטר מהגבל עסקי משיקולי חוץ או ביטחון.
2. לצורך כך **צורפו אל הצוות הממשלתי, אך ורק בשלב זה (ראשית חודש יוני), נציגיו של שר הכלכלה** – הגורם המוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק. יוזכר שוב כי בשלב זה כבר פעל צוות קנדל במשך חודשים ארוכים, ללא השתתפות של נציגי שר הכלכלה. עובדה זו מלמדת אף היא על כך שאין כאן אלא ניסיון להכשיר בדיעבד את ההליך, באמצעות גיוס "שיקולי חוץ או ביטחון".

***דבריו של המשנה למנכ"ל משרד הכלכלה בוועדת הכספים בכנסת מיום 3.6.2015 – מצ"ב ומסומנים כנספח ע/25***

1. בעקבות התפתחויות אלו, ולאחר פרסומים בתקשורת שלפיהם המתווה יובא לדיון בקבינט המדיני-ביטחוני, פנתה העותרת 1 ביום 11.6.2015 אל חברי הקבינט המדיני-ביטחוני ובכללם המשיבים לעתירה דנן.
2. בפנייתה, ציינה העותרת 1 כי **הצוות הממשלתי שמנהל כיום את שיחות המשא ומתן עם חברות הגז הפך מ"צוות לומד" ל"צוות פינוי הממונה", אשר נטל שלא כדין את סמכויות הממונה.** העותרת הבהירה כי יש לדחות על הסף כל ניסיון "להלבין" את ההליך במעטה של הפעלת סעיף 52 לחוק.
3. העותרת 1 חידדה במכתבה כי נציגי שר הכלכלה – הוא הגורם המוסמך להפעיל את סעיף 52 לפי חוק – **הצטרפו אל צוות המשא ומתן רק לפני ימים בודדים**, וכי לשיקולי חוץ וביטחון אין קשר לשאלת הגברת התחרות במשק הגז. לאור זאת, ביקשה העותרת מחברי הקבינט שלא לשתף פעולה עם המאמץ הנלוז לעקוף את סמכויות הממונה, ולהימנע מלתת יד לניסיון להלביש מהלך פסול מעיקרו בכסות של "שיקולי חוץ וביטחון".

***מכתבה של העותרת מיום 11.6.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/26***

1. לאחר שלא נתקבלה במשרדי העותרת כל תשובה לפניותיה, ונוכח פרסומים בעיתונות שלפיהם ממשיך הצוות הממשלתי לנהל משא ומתן עם חברות הגז – **נאלצה העותרת 1 לפנות לבית משפט נכבד זה ולהגיש ביום 23.6.2015 את עתירתה המקורית** (אשר תוקנה על פי החלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.11.2015). זאת, **במטרה לשים קץ לנטילת הסמכויות שהוקנו בלעדית לממונה על ההגבלים העסקיים ולבית הדין להגבלים עסקיים, ולעצור את הפגיעה המתמשכת בשלטון החוק.**
   1. **הירתמות הקבינט הביטחוני-מדיני לקידום מתווה הגז**
2. ביום 25.6.2015 דן הקבינט המדיני-ביטחוני בנושא אסדרת משק הגז הטבעי והשלכותיו על ביטחון המדינה.
3. בתום דיון קצר בן שעות בודדות, קיבלו חברי הקבינט החלטה "על בסיס חוות דעת וסקירות בנושאים ביטחוניים ובנושאי יחסי החוץ ועל בסיס יתר הסקירות שהוצגו על ידי גורמי המקצוע ובעקבות עבודת המטה אשר בוצעה [...]" בעניין "הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי '"לוויתן"', 'כריש' ו-'תנין' ושדות גז טבעי נוספים".
4. חברי הקבינט החליטו כי עיכוב בפיתוחם של שדות הגז "לוויתן", "כריש", "תנין" ו"תמר" - "הוא בעל השלכות שליליות משמעותיות על יחסי החוץ ועל ביטחון המדינה". בהקשר זה תבקש העותרת לציין, כפי שיפורט בהרחבה במסגרת הטיעון המשפטי, כי ספק רב אם הוצגו בפני חברי הקבינט חוות דעת מבוססות שניתן היה להסתמך עליהן.
5. לצד זאת החליט הקבינט למנות צוות שרים, בראשות ראש הממשלה, אשר יבחן את האפשרויות לקידום המתווה. נקבע כי הצוות יקיים שימוע ציבורי בנוגע למתווה, לרבות בנוגע לאפשרות הפעלת הסמכות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ויגיש את המלצותיו לממשלה.

***החלטה ב/6 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (25.6.2015) – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/27***

* 1. **תפוח האדמה הלוהט – הסמכות להפעלת סעיף 52 לחוק – עובר מיד ליד**

1. בתום הדיון בקבינט המדיני-ביטחוני, הודיע שר הכלכלה דאז, ח"כ אריה מכלוף דרעי, כי יסרב לחתום על ההפעלה התקדימית והמסוכנת של סעיף 52 לחוק ההגבלים. דרעי דרש כי סמכויותיו בנושא יועברו לממשלה כולה, והיא זו שתקבל את ההחלטה.
2. בהמשך לכך, נאלצה ממשלת ישראל לקבל ביום 28.6.2015 החלטה על העברת הסמכות הנתונה לשר הכלכלה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים בנושא משק הגז הטבעי לידי הממשלה בכללותה (החלטה 142 של הממשלה ה-34 "העברת הסמכות הנתונה לשר הכלכלה על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988" (28.6.2015)).

***החלטת הממשלה על העברת הסמכות לפי סעיף 52  – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/28***

1. החלטת הממשלה תוכננה לעלות לאישור הכנסת ימים ספורים לאחר מכן, בהתאם לחובה לפי סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה. ואולם, באישון לילה דרמטי בוטלה ההצבעה לאחר שראש הממשלה נוכח כי אין בידו להשיג רוב לאישורה, שעה שחברי הכנסת השונים סירבו לקחת חלק בהליך קלוקל זה.
2. במצב דברים זה, נותרה הסמכות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים בידיו של שר כלכלה המסרב להפעילהּ בנסיבותיו של משק הגז הטבעי.
   1. **פרסום טיוטת מתווה הגז בלחץ המחאה הציבורית**
3. ביום 1.7.2015, לאחר שהופעל לחץ ציבורי כבד, פרסמה הממשלה סוף כל סוף את "טיוטת המתווה בעניין הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי '"לוויתן"', 'כריש', ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" (להלן: "**טיוטת** **המתווה**") **(*זמין ב:*** energy.gov.il/abouttheoffice/newsandupdates/documents/shimua/ dov\_312\_2015.pdf), וכן את דברי ההסבר לטיוטת המתווה (*זמין ב:* energy.gov.il/ abouttheoffice/newsandupdates/documents/shimua/nghesber.pdf).

***טיוטת מתווה הגז שפורסמה לציבור ביום 1.7.2015 ­ מסומנת כנספח ע/29***

***דברי ההסבר לטיוטת מתווה הגז שפורסמו לציבור ביום 1.7.2015 ­ מסומנים כנספח ע/30***

1. במקביל לטיוטת המתווה, פורסמו גם מסמכים רלוונטיים נוספים שהוחזקו בידי הממשלה עד לאותה העת: סיכומי הישיבות שערכו חברי הצוות הממשלתי עם נציגי חברות הגז וגורמים אחרים (זמין ב: www.mof.gov.il/reportsandreviews/documents/naturalgasprotocols\_main.pdf); מסמכים שהוגשו לחברי הצוות הממשלתי במהלך המשא ומתן; וכן חוות דעת "ביטחוניות-מדיניות" מטעם המטה לביטחון לאומי ומשרד החוץ שנשאו את התאריך 1.7.2015. לא מיותר לציין כי העותרת דרשה כחמישה חודשים קודם לכן לקבל – לפי חוק חופש המידע - מסמכים אלו, ורבים אחרים, אך נענתה בסירוב גורף.

***קובץ סיכום ישיבות הצוות הממשלתי לגיבוש טיוטת מתווה הגז שפורסם לציבור ביום 1.7.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/31***

***חוות הדעת מטעם המועצה לביטחון לאומי שפורסמה לציבור ביום 1.7.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/32***

***חוות דעת מטעם משרד החוץ שפורסמה לציבור ביום 1.7.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/33***

1. לא זו אף זו. ביום 21.7.2015 – היום האחרון להגשת ההתייחסויות למתווה הגז – פורסמו לפתע סיכומים של שמונה ישיבות נוספות שערך הצוות הממשלתי במהלך חודש יוני. מסיבה עלומה, סיכומים אלה לא פורסמו יחד עם יתר המסמכים ביום הצגת טיוטת המתווה.
2. לצד זאת, מסמכים רבים אחרים שהוכנו במהלך גיבוש טיוטת המתווה לא פורסמו כלל, על אף חיוניותם. כך, למשל, לא פורסמו לציבור חוות הדעת הביטחוניות שאוזכרו בדברי ההסבר למתווה; פניות ממדינות חוץ; תחשיבים; חוות הדעת בנושא מחירי הגז; חוות הדעת המשפטיות שהוגשו במסגרת ההליך וכיוצ"ב. אשר על כן, העותרת 1 פנתה ביום 6.7.2015 במטרה לקבל מסמכים אלו.

***בקשת העותרת לקבל מסמכים בנוגע למתווה הגז מיום 6.7.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/34***

1. ואולם, העותרת 1 לא זכתה לקבל כל מענה במהלך "השימוע הציבורי", ונאלצה להגיש את התנגדותה למתווה בהעדר מידע חיוני. בהקשר זה, לא מיותר לציין כי רק ביום 13.8.2015 – כשלושה שבועות לאחר המועד האחרון להגשת התייחסויות הציבור ל"שימוע הציבורי" – נענתה בקשת העותרת 1 באופן חלקי על ידי משרד המשפטים. בתשובה נמסרו לעותרת חלק מהמסמכים – אלו אשר הוכנו על ידי משרד המשפטים. נאמר לעותרת כי עליה לפנות בבקשות חופש מידע פרטניות למשרדי הממשלה השונים, על מנת "ללקט" את המסמכים הנותרים שנתבקשו על ידה.

***תשובת משרד המשפטים לבקשת המסמכים מיום 13.8.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/35***

1. העותרת 1 אכן פנתה מייד בבקשות חופש מידע למשרדי הממשלה כפי שנתבקשה – ונענתה בהארכות חוזרות ומתמשכות של המועד לקבלת התשובה לפניותיה.
2. למעשה, למעט רשות ההגבלים העסקיים אשר ביום 12.11.2015 העבירה לידי העותרת 1 חלק מהמסמכים שנתבקשו, ותשובת משרד הביטחון מיום 15.11.2015 (שהגיעה לידי העותרת 1 ביום 7.12.2015) ולפיה משרד הביטחון לא העביר מעולם כל חוות דעת ביטחונית לצוות קנדל – העותרת 1 ממתינה עד היום לקבלת מענה ענייני לבקשותיה לקבלת מידע מהמשרדים השונים אליהם פנתה.

***מכתבה של הממונה על יישום חוק חופש המידע ברשות להגבלים עסקיים מיום 12.11.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/36***

***מכתבה של הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד הביטחון מיום 15.11.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/37***

1. יצוין כי ביום 8.12.2015, במהלך דיון בוועדת הכלכלה, הקריא ראש הממשלה וממלא-מקום שר הכלכלה מכתב שכתב אל"מ ד"ר אורי כהן, מזכ"צ שר הביטחון לאג"ם. המכתב, אשר נשלח למל"ל ולרמטכ"ל, מתייחס לטענת ראש הממשלה לשיקולי הביטחון והחוץ של מדינת ישראל. מסמך זה כאמור לא הועבר לידי העותרת 1 במסגרת בקשתה לפי חוק חופש המידע, ומפאת חשיבותו פנתה היא לראש הממשלה וביקשה לקבלו.

***מכתבה של העותרת 1 לראש הממשלה מיום 22.12.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/38***

* 1. **ההתיימרות לערוך "שימוע ציבורי" בנושא מתווה הגז**

1. לאחר פרסום טיוטת המתווה נערך הליך "שימוע ציבורי". הליך זה, להלכה ולמעשה, היה רחוק שנות אור מהליך שימוע ראוי.
2. במסגרת "השימוע הציבורי" הוענק לציבור פרק זמן בלתי סביר של 21 ימים בלבד להגשת ההתייחסויות: הן בנוגע למתווה הגז, על כלל חלקיו המורכבים, הן בנוגע לסוגיית הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. מסמכי העמדות הוגבלו ל-10 עמודים בלבד (מגבלת העמודים הוסרה בסופו של דבר בשל הביקורת החריפה שעוררה).
3. התנהלות זו שללה כל אפשרות מעשית להציג עמדה נגדית מבוססת וסדורה. היא הותירה את כלל הציבור בתחושה קשה, לפיה "השימוע" נערך אך במטרה "לסמן וי" ולהעניק לציבור הישראלי הרגשה מדומה כי עמדותיו נשמעות, שעה שהמטרה כבר סומנה מראש. יצוין כי בסוגיית לוח הזמנים הגישה העותרת, יחד עם ארגונים ציבוריים נוספים, עתירה (בג"ץ 4894/15), אשר נדחתה על הסף כ"עתירה מוקדמת" תוך שמירת טענותיה.
4. העותרת 1, לצד ארגונים ציבוריים נוספים, הביעה את התנגדותה למתווה במסמך בן 100 עמודים שהגישה. זאת תחת מחאה חריפה כנגד אי-חוקיות ההליך; פרק הזמן הבלתי מספק שניתן לציבור לגיבוש הערותיו; והסירוב לפרסם לציבור את מכלול המסמכים הרלוונטיים. העותרת 2 אף היא הגישה נייר עמדה מטעמה.

***תקציר המנהלים של ההתנגדות מטעם העותרת 1 למתווה הגז מיום 21.7.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/40***

***נייר העמדה מטעם העותרת 2 למתווה הגז מיום 20.7.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/41***

1. בתום "השימוע" בכתב התקיים "שימוע" בעל-פה למול הצוות הממשלתי. אף "שימוע" זה התנהל בלוח זמנים בלתי אפשרי ובלתי הוגן: ביום 20.7.2015 התפרסמה ההודעה על השימוע בעל-פה; ביום 21.7.2015 חלף המועד האחרון להירשם לשימוע בעל-פה; וביום 22.7.2015 התקיים השימוע בעל-פה עצמו. העותרת 1, לדוגמא, נתבקשה להגיע בהתראה של 17 שעות בלבד, ונאלצה להכין את הטיעון בעל-פה בפני הצוות בטווח זמנים לא סביר בעליל. לא מיותר לציין, כי אף חברי צוות השימוע הודו כי לא הספיקו הם להיערך ולקרוא את מסמך עמדת העותרת שהוגשה, קודם לדיון בעל פה.
2. הנה כי כן – לחברות הגז ניתן פרק זמן **בן שישה חודשים** לגבש במשותף מתווה מוסכם עם הצוות הממשלתי, כמו גם הזכות לטעון במסגרת "השימוע" על חשבון זמנו של הציבור. לציבור עצמו, לעומת זאת, ניתן פרק זמן בן 21 ימים בלבד להגיב למוצר מוגמר, שנותר כמעט ללא שינויים מהותיים בסוף התהליך, ואם שינוי כזה אכן נעשה – היה הוא לרוב לטובת חברות הגז ולא לטובת הציבור.
   1. **מבקר המדינה בביקורת על התנהלות "צוות קנדל" והעדר מדיניות ממשלתית**
3. ביני לביני, בחודש יולי 2015 פורסם דוח ביקורת מטעם מבקר המדינה בנושא פיתוח משק הגז הטבעי (להלן: "**דוח המבקר**" או "**הדוח**", זמין ב: www.mevaker.gov.il/ he/Reports/ Report\_298/a7119d2f-31f9-42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf). דוח זה התפרסם בדוחק זמנים, לאחר ששר האנרגיה סירב לבקשת מבקר המדינה להמתין עם עריכת "השימוע הציבורי" על מתווה הגז עד לפרסום הדוח. דוח המבקר מתח ביקורת חריפה על התנהלות הממשלה, ובפרט על התנהלות הצוות הממשלתי, בנושא אסדרת משק הגז הטבעי.

***מבקר המדינה "דוח ביקורת: פיתוח משק הגז הטבעי" (יולי, 2015) – מצ"ב ומסומן כנספח ע/42***

1. מבקר המדינה עמד על חשיבותו העצומה של הגז הטבעי כמשאב טבע בעל חשיבות לאומית עליונה, ועל כישלונה המתמשך של ממשלת ישראל בגיבוש מדיניות כוללת בכל הנוגע למשק חיוני זה. כדבריו:

"הגז הטבעי הוא משאב טבע בעל חשיבות לאומית ואסטרטגית עליונה לישראל ולעצמאותה האנרגטית. הוא גם חשוב לפיתוחם של המשק והתעשייה ולשגשוגה של כלכלת ישראל. גילוי מאגרי הגז במים הכלכליים של מדינת ישראל, הוא אירוע מכונן במדינת ישראל, שיכול להפוך את המדינה למעצמת אנרגיה אזורית ולהיטיב עם אזרחיה [...]. לאור גילוי תגליות הגז במים הכלכליים של ישראל בשנים 2000-1999, ובייחוד לאחר תגליות הגז הגדולות של השדות תמר ולווייתן, הולך וגדל השימוש בגז טבעי והוא צפוי להמשיך לגדול בשנים הבאות. **ואולם מבנה ענף הגז הטבעי כפי שהתפתח עד היום יוצר תלות של המדינה במונופול פרטי בכל הנוגע להפקה ולאספקה של משאב חיוני זה** [...]. ממצאי דוח זה מלמדים **שהתנהלות הממשלה על זרועותיה בתחום הגז הטבעי הייתה לקויה ובלתי מגובשת**. הממצאים מצביעים על **העדר מדיניות ממשלתית כוללת ושלמה, חוסר עשייה אפקטיבית, פעולה בקצב אטי ואסדרה חלקית שאין בה כדי לספק את צורכי משק הגז הטבעי** [...]. **על הממשלה לוודא כי כל עוד קיים מונופול בתחום אספקת הגז הטבעי, מחיר הגז יהיה תחרותי**. לשם כך עליה לבחון את הצורך בשימוש במגוון האמצעים העומדים לרשותה ובראשם פיקוח על המחירים. עליה לפעול בעניין זה מתוך **איזון בין הצורך לפתח את משק הגז לבין האינטרסים של הצרכנים מול המונופול החזק הקיים ובכללם הצורך להוזיל את עלות ייצור החשמל ולהפחית את יוקר המחיה**". [עמ' 19-18 לדוח המבקר, נספח ע/42].

1. לצד זאת עמד מבקר המדינה על התנהלות "הצוות הממשלתי" שקידם את המשא ומתן למול חברות הגז, ומתח ביקורת על ההליך הבלתי פורמאלי במסגרתו הצוות "הוסמך" ופעל. כדבריו:

"נמצא 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 שיידונו בה, אחריות השותפים לה וסמכויותיהם היו מאפשרים למנות בעלי תפקידים באופן מושכל ולתת מענה מלא ומאוזן לכל הסוגיות". [עמ' 9 לדוח המבקר, נספח ע/42].

* 1. **פגיעה מכוונת ברשות החשמל על רקע התנגדותה לטיוטת המתווה**

1. לא רק מבקר המדינה הביע את חששותיו מפני יישומו של מתווה הגז. לעותרות נודע כי רשות החשמל הגישה אף היא התנגדות למתווה הגז במסגרת "השימוע". רשות החשמל הבהירה כי היא מתנגדת לטיוטת המתווה, שכן זו תנציח עלייה עקבית וודאית של מחירי הגז לציבור במנותק מהמתרחש בשווקי הגז בעולם, בניגוד למקובל ובלא כל הצדקה כלכלית. חוות דעת זו פורסמה רק בחלוף מספר שבועות, בעקבות לחץ ציבורי כבד.

***מסמך ההתנגדות של רשות החשמל לטיוטת מתווה הגז מיום 20.7.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/43***

1. חוות הדעת של רשות החשמל לא רק הוסתרה מהציבור – אלא אף הובילה להשלכות בלתי מתקבלות על הדעת: מיד לאחר שהוגשה חוות הדעת, החלה הממשלה לקדם חוק אשר יצמצם את עצמאותה של רשות החשמל, ויכפיף אותה לשר האנרגיה. יצוין כי זהו מהלך יוצא דופן וחריג.
2. הממשלה לא הסתפקה בכך, ואף ניסתה דה-פקטו להדיח את יו"ר רשות החשמל, הגב' אורית פרקש-הכהן, מתפקידה. זאת על-ידי "מינוי בזק" של מנהל חדש לרשות חשמל "מאוחדת", ללא מכרז וללא אישור הקמה, וכאשר רעיון "הרשות המאוחדת" עוד מהווה, בשלב זה, רעיון תיאורטי בלבד (כנגד הפגיעה בעצמאותה של רשות החשמל והדחת בעלי התפקידים המכהנים בה הגישה העותרת 1 עתירה לבית משפט זה – בג"ץ 8612/15).
3. ודוק: זו הפעם השנייה שבה ממשלת ישראל פועלת להוצאה מן המשחק של רגולטור עצמאי, אשר מתנגד להתנהלותה הדורסנית של הממשלה בנושא מתווה הגז. כפי שתראינה העותרות להלן, לא הייתה זו הפעם האחרונה.
   1. **החלטת הממשלה לאמץ את מתווה הגז בשינויים מועטים**
4. בתום הליך השימוע, התממשו חששותיהן של העותרות באשר למטרה שסומנה מראש: לצוות הממשלתי "הספיקו" שלושה שבועות בלבד, על מנת לעבד את אלפי העמודים של ההתייחסויות שהוגשו לעיונו על ידי למעלה מ-40 מתנגדים.
5. על רקע זה, פנתה העותרת 1 אל חברי הממשלה בקריאה דחופה להימנע מאישור מתווה הגז, נוכח הפגיעה העזה הצפויה בדמוקרטיה הישראלית ובאינטרס הציבורי עם ביצורו של מונופול גז אימתני.

***מכתבה של העותרת אל חברי הממשלה מיום 16.8.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/44***

1. ואולם, ביום 16.8.2015 החליטה ממשלת ישראל לאמץ את מתווה הגז (החלטה 476 של הממשלה ה-34 "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי '"לוויתן"', 'כריש' ו'תנין', ושדות גז טבעי נוספים" (28.6.2015)). זאת, לאחר דיון בן שלוש שעות בלבד, במסגרתו נכחו רק חלק מהמצביעים.
2. החלטת ממשלה זו מעגנת בפועל את מתווה הגז, שגובש על ידי צוות קנדל בחוסר סמכות. מתווה זה נועד לקטוע את ההליך שקיימה רשות ההגבלים העסקיים מול חברות הגז, לאחר שאלו רכשו את הזכויות במאגר "לוויתן" תוך יצירת הסדר כובל ומבלי לקבל אישור מראש.
3. מתווה הגז קובע כי "מטעמים של מדיניות חוץ וביטחון המדינה", מחליטה המדינה לפטור את ההגבלים העסקיים שנוצרו וייווצרו מהתנהלות חברות הגז מחוק ההגבלים העסקיים, באופן הבא:
   1. פטור קבוע ולמפרע מההסדר הכובל שנוצר כתוצאה מרכישת הזכויות בהיתר רציו-ים.
   2. פטור מההסדר הכובל שייווצר מקום בו חברות הגז או חלקן תשווקנה במשותף את הגז מ"לוויתן" לשוק המקומי, וזאת עד לשנת 2025 או 2030 (ולשיטת העותרות - לנצח).
   3. פטור קבוע מההסדר הכובל שייווצר משיווק במשותף לייצוא; פטור מההסדר הכובל שעשוי להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז טבעי מ"לוויתן" (פטור קבוע, ככל שהסכם המכירה נחתם לפני תחילת שנת 2025).
   4. פטור מהיותן של דלק ונובל בעלות מונופולין (עד לשנת 2025 או 2030).
4. מעבר לאמור, הממשלה החליטה - בהתאם לעמדת צוות קנדל - ליתן בידי חברות הגז הטבות מפליגות, הכוללות שינויים רגולטוריים נרחבים בתחומים רבים, כדלקמן:
   1. התחייבות מצד ממשלת ישראל, בשמה ובשם ממשלות עתידיות, שלא לשנות את האסדרה במשק הגז הטבעי במשך עשור שנים, תוך הגבלה משמעותית של יכולתה של הכנסת לחוקק חוקים.
   2. ביטול המגבלות שהוטלו על יצוא גז ממאגר "תמר", ובראשן ביטול התניית הייצוא בפיתוחו וחיבורו לחוף של מאגר "לוויתן", תוך צמצום השריון שנקבע לעתודות גז זמינות לצרכי המשק בישראל, בהיקף מינימאלי וברמת ודאות סבירה.
   3. ביטול חיובן של חברות הגז בחיבורו של מאגר "תמר" אל החוף בצינור נוסף לצרכי יתירות והבטחת יציבות באספקת הגז הטבעי.
   4. הארכת פרק הזמן בו מחויבות החברות לפתח את שדה הגז "לוויתן".
   5. הקלות משמעותיות לחברות במיסוי על יצוא גז.
   6. קיבוע הלכה למעשה של מחירי הגז הגבוהים הקיימים כיום (בשוק מונופוליסטי) והימנעות מהטלת פיקוח על המחירים.
5. "בתמורה", חברות הגז תשנינה את מבנה הבעלות במאגרים "כריש", "תנין" ו"תמר", באופן הבא:
   1. **בנוגע ל"כריש" ו"תנין"**, נובל ודלק תידרשנה למכור לצד שלישי את זכויותיהן במאגרים אלו בתוך 14 חודשים מהמועד הקבוע במתווה (למעט הזכות לקבל תמלוגים מן הצד השלישי והזכות לקבל תמלוגים ממכירת נפט).
   2. **בנוגע ל"תמר"**, דלק תידרש למכור לצד שלישי את מלוא זכויותיה ונובל תידרש להפחית את זכויותיה במאגר ל-25% לכל הפחות. כן תחולנה מגבלות מסוימות על החוזים ב"לוויתן" והחוזים החדשים ב"תמר".
6. כפי שניתן לראות, מתווה הגז כולל הסדרים חריגים באופן יוצא דופן, אשר היטיבו את מצבן של חברות הגז בשורה ארוכה של תחומים. זאת בשל "שיקולי חוץ וביטחון", והרצון למנוע עיכוב בפיתוח המאגרים ובהפקת הגז הטבעי.
7. בה בעת, אין במתווה הסדרים חשובים מאין כמותם. כך למשל, המתווה אינו כולל אבני דרך ברורות לביצוע ההתחייבויות של חברות הגז, ואף לא סנקציות להבטחת עמידה באבני דרך אלו. אין במתווה כל דרך להבטיח את הגשמת האינטרסים הביטחוניים והמדיניים של ישראל. כמו-כן, לשיטת המדינה המתווה הינו אמצעי הכרחי לפיתוח "לוויתן" והגברת התחרות במשק הגז. אולם בפועל המתווה דוחה את פיתוחו של "לוויתן". דחייה זו מחזקת ומבצרת את מונופול הגז, ומעניקה לו את היכולת להשפיע באופן דרמטטי על הליכי קבלת ההחלטות במדינת ישראל.
8. בשל מורכבות ההסדרים והיקפם, העותרות תעמודנה על פרטיו של כל הסדר והסדר במתווה הגז בהמשך העתירה, במסגרת הטיעון המשפטי בנוגע לתקפותם של ההסדרים הספציפיים.

***החלטת ממשלה מס' 476 על אישור מתווה הגז מיום 16.8.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/45***

1. יצוין כי החלטת הממשלה כוללת מספר תיקונים, ביחס לטיוטת המתווה שהוצגה לקראת "השימוע הציבורי". ברם תיקונים אלו לא סיפקו מענה לטענות כבדות המשקל שהועלו על ידי המתנגדים. לדוגמא, במהלך "השימוע" הביעו גופים רבים, לרבות העותרת 1, התנגדות להכרה בעלויות הקמת הצינור השלישי כ"השקעות הקמה". בהקשר זה לא בוצע במתווה "המתוקן" כל שינוי, חרף ההתנגדויות.
2. לא זו אף זו: חלק מהשינויים שכן נערכו במתווה הסופי בעקבות "השימוע הציבורי" היטיבו עם חברות הגז – ולא עם הציבור. לדוגמא, בטיוטת מתווה הובטחה לחברות הגז "סביבה רגולטורית יציבה". הבטחה זו זכתה לביקורת חריפה כמעט מצד כל ארגון שהתנגד למתווה. הבטחה זו לא רק שלא נמחקה, אלא להיפך: במתווה שאישרה הממשלה צוין כי הממשלה תפעל בעשר השנים הקרובות לטרפוד כל הצעת חוק פרטית אשר תבקש לשנות את אסדרת משק הגז.
   1. **קריסת נדבך מרכזי בכסות הביטחונית – תגלית גז ענקית במצרים**
3. ביום 30.8.2015 התפרסמו ידיעות לפיהן חברת ENI האיטלקית גילתה מאגר גז מול חופי מצרים, המתפרש על שטח של 100 קמ"ר וגודלו המשוער 30 TCF (זאת לעומת 22 TCF של מאגר "לוויתן").
4. לתגלית זו יש השלכות נרחבות על משק הגז הישראלי, ועל שאלת הצורך "הביטחוני-מדיני" במתווה הגז. בשל כך פנתה העותרת 1 מיידית אל ראש הממשלה בקריאה לעצור את אישור מתווה הגז, לאור ההתפתחויות בשוק הגז האזורי, ולערוך בדק בית יסודי בנוגע לחוות הדעת המקצועיות שביססו את "טעמי החוץ והביטחון" במתווה. העותרת ציינה כי **התגלית במצרים הפכה רבים מה"טעמים" לבלתי רלוונטיים, ומעלה חשד כי "טעמים" אלו נשענו על תשתית לקויה, חוסר מידע וחוסר יסודיות.**
5. למשל, בחוות הדעת של משרד החוץ צוין כי "איראן הביעה נכונות למלא את החלל האנרגטי שהותירה מצרים ולהפוך לספקית הגז של ירדן ואף מצרים בטווח הארוך" (ראו נספח ע/33). חשש זה, כך נראה, שוב אינו רלוונטי.
6. כמו כן, בחוות הדעת שהוכנה על ידי המטה לביטחון לאומי הודגש האינטרס המצרי בגז הטבעי. נטען כי "האינטרס המצרי בגז הטבעי הוא אפוא כפול: גז טבעי לצורכי יצור חשמל עבור המשק המצרי גופא, וגז טבעי למתקני ההנזלה הזרים שלחופי מצרים. מילוי צרכים מצריים אלה יכול להביא לחיזוק השלטון והיציבות במצרים, בעוד שאי-מילויים עלול להגביר את חוסר היציבות, על השלכותיו והגיאו-פוליטיות השליליות, לרבות ביחס לישראל". כמובן, לנוכח הפרסומים על התגלית העצומה במצרים - טענות אלו הועמדו בסימן שאלה.
7. יתירה מכך: החיפושים הנרחבים שבוצעו למול חופי מצרים, והובילו לתגלית האמורה, נעלמו מעיניהם של גורמי המודיעין, או לחילופין זכו להתעלמות גורפת. כתוצאה מכך עולה חשש כבד כי הטענות המקצועיות שהוצגו בחוות הדעת של המל"ל ומשרד החוץ - הוגשו ללא ביסוס ראוי.

***מכתבה של העותרת 1 מיום 31.8.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/46***

1. ואולם, תגלית דרמטית זו לא זכתה להתייחסות ההולמת, ומתווה הגז קודם באותה נחישות מבלי שנערך בדק הבית המתחייב.
   1. **אישור עקרוני במליאת הכנסת ללא מסמכים ונימוקים עדכניים**
2. לאחר אישור מתווה הגז בממשלה, הונח מתווה הגז על שולחן הכנסת לשם "אישור עקרוני", ולצידו ההחלטה להעביר לממשלה בכללותה את סמכויותיו של שר הכלכלה לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים. לצד ההחלטה הונחו גם חוות הדעת של המל"ל ושל משרד החוץ בלבד, על אף שאלו לא עברו כל עדכון או בדיקה מחודשת לאור תגלית הגז במצרים.
3. לאחר שראש הממשלה נוכח כי לא יימצא – בפעם השנייה – רוב בכנסת להחלטה על העברת הסמכויות, הוא נאלץ להורידה בשנית מסדר היום של הכנסת. חלף זאת התקיימה הצבעה הצהרתית בלבד על אישור החלטת הממשלה בנושא מתווה הגז.
4. כך, ביום 7.9.2015 – ארבעה ימים בלבד לאחר שהחומרים הנ"ל הונחו על שולחן הכנסת – התקיימה בכנסת ההצבעה על האישור ההצהרתי להחלטת הממשלה על מתווה הגז. 59 חברי כנסת הצביעו בעד, ו-51 התנגדו.
5. יודגש שוב: ההצבעה בכנסת התקיימה מבלי שנערכה בחינה סדורה של השפעות תגלית הגז במצרים על נחיצות המתווה; ללא חוות דעת "ביטחוניות-מדיניות" מתוקנות; ומבלי שהועברו לחברי הכנסת קודם להצבעה מסמכים חיוניים שנתבקשו על ידם.

***מכתבה של ח"כ שלי יחימוביץ בבקשה לקבלת מסמכים קודם להצבעה על המתווה מיום 6.9.215 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/47***

1. האישור העקרוני בכנסת התקבל, אם כן, חרף הסתרת מידע חיוני מחברי הכנסת, ותוך מתן זמן בלתי סביר ללמידת המתווה. הכל – כחלק מהמסע הדורסני של ממשלת ישראל לאישור מתווה הגז.
   1. **סירובו של שר הכלכלה לקחת את סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים**
2. במקביל להליך האישור ההצהרתי למתווה הגז בכנסת, התגברו הפרסומים באמצעי התקשורת על כוונת שר הכלכלה (דאז), ח"כ דרעי, להמתין למינוי הממונה על ההגבלים העסקיים על מנת להותיר בידו את המשך ההליך, ולהימנע מהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים.
3. בעקבות פרסומים אלו, ועל מנת להבטיח דיון יעיל וממצה בפני בית המשפט, פנתה העותרת 1 אל באי-כוח המדינה בעתירה דנן וביקשה לדעת האם מתקיימים בשלב זה משא ומתן ו/או מגעים עם חברות הגז בנוגע להחלת דיני ההגבלים העסקיים עליהם, והאם נכונים הפרסומים על כוונת שר הכלכלה להמתין למינויו של ממונה חדש על ההגבלים העסקיים.
4. בקשתה של העותרת 1 נענתה בסירוב, בטענה כי מדובר בבקשה לפרטים נוספים שאין מקומה בשלב הדיוני בו מצויה העתירה. נטען כי עליה לפנות ישירות למשרדים הממשלתיים הרלוונטיים בבקשה לקבלת המידע.

***מכתבה של העותרת אל באי-כוח המדינה בבג"ץ 4374/15 מיום 24.9.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/48***

***תשובת באי-כוח המדינה בבג"ץ 4374/15 מיום 12.10.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/49***

* 1. **התפטרותו של שר הכלכלה בשל התנגדותו לעקוף את סמכויות הממונה**

1. ביום 1.11.2015 הודיע ח"כ דרעי במפתיע על התפטרותו מתפקיד שר הכלכלה. ח"כ דרעי הודיע כי: "אני עושה זאת בצער**, והסיבה היא שלא נמצאה דרך לפתור את הוצאת מתווה הגז לדרך.** הודעתי מהיום הראשון במשרד הכלכלה כי **לא אחתום על סעיף 52 שמשמעותו עקיפת הממונה על ההגבלים**, וכשלא נמצא רוב ללקיחת הסמכויות ממני, **לא נותרה לי ברירה אלא להתפטר**, כי המדינה חייבת לצאת לדרך עם מתווה הגז".
2. עוד באותו היום החליטה ממשלת ישראל להעביר את סמכויותיו של ח"כ דרעי לידי ראש הממשלה, שיכהן כממלא מקום שר הכלכלה. ראש הממשלה הודיע כי: "השר דרעי הודיע לי על כוונתו להתפטר ממשרד הכלכלה כדי להשלים את המהלך. **המשרד יעבור אליי** **ואני** **אאשר את המתווה**".
3. ראש הממשלה, אשר לא התערב בעבודת השרים והמאסדרים בעת שנבנה מונופול הגז וכשחברות הגז יצרו ביניהן הסדר כובל, החליט אפוא לבצר את מעמדו של מונופול הגז. בעזרת הצוות הממשלתי שהקים - גובש המתווה, **ועתה** נטל לידיו ראש הממשלה **את הסמכויות** הדרושות **בכדי להשלים את המהלך**. זהו אותו ראש ממשלה שהצהיר, כאשר הקים את צוות קנדל כשנה קודם לכן, כי לא יתערב בשום דרך בהחלטת פרופ' גילה וכי אין לו סמכות לכך, והבהיר שרק הנחה את קנדל לבחון את משמעות ההחלטה.
4. לא מיותר לציין כי בעקבות ההודעה על התפטרות ח"כ דרעי מתפקידו כשר הכלכלה, והעברת סמכויותיו לידי ראש הממשלה – זינקו מניותיהן של חברות הגז בו ביום. דלק קידוחים עלתה ב-7%, קבוצת דלק עלתה ב-3%, אבנר ב-6%, ורציו ב-3%.

***נתונים היסטוריים מאתר הבורסה על ביצועי המניות של חברות הגז בעקבות התפטרות שר הכלכלה – מצ"ב ומסומנים כנספח ע/50***

1. בעקבות ההודעה על ההתפטרות דרשה העותרת 1 לפרסם את פרטי ההסכם שנחתם בין ראש הממשלה לח"כ דרעי, בקשר להתפטרותו של האחרון, שעה שמדובר בהסכם קואליציוני לכל דבר ועניין. כמו כן, ביקשה העותרת לדעת מכוח אילו מנגנונים חוקיים הועברו סמכויותיו של שר הכלכלה המתפטר לידי ראש הממשלה, ומהם המנגנונים הקבועים בדין לאישור ההסכם. נכון ליום הגשת העתירה, פנייה זו לא זכתה למענה.

***מכתבה של העותרת אל היועמ"ש והיועץ המשפטי לכנסת מיום 1.11.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/51***

1. **וכך, בעל תפקיד בכיר נוסף ברשות המבצעת, נאלץ לעזוב את תפקידו בעל כורחו, וזאת בשל ההתנהלות הדורסנית חסרת התקדים של ראש הממשלה.**
   1. **הצהרת ממלא מקום שר הכלכלה על כוונתו להפעיל את ס' 52 לחוק**
2. ביום 5.11.2015 – ארבעה ימים בלבד לאחר מינויו לתפקיד ממלא מקום שר הכלכלה – פנה ראש הממשלה אל יושב ראש ועדת הכלכלה בכנסת, ח"כ איתן כבל, והודיע לו כי בהמשך להחלטת הממשלה על מתווה הגז, בכוונתו להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. לצורך כך, ביקש ראש הממשלה לקיים היוועצות עם ועדת הכלכלה בכנסת כמתחייב בחוק. לפנייה צורפו חוות דעת "מתוקנות" מטעם משרד החוץ והמטה לביטחון לאומי (המדובר באותן חוות דעת שפורסמו ביום 1.7.2015, לאחר שנוספה אליהן "התייחסות" באשר לתגלית הגז העצומה במצרים).

***מכתב הפנייה של רה"מ אל יו"ר ועדת הכלכלה מיום 5.11.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/52***

***חוות דעת מטעם משרד החוץ מיום 4.11.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/52-א'***

***חוות דעת מטעם המטה לביטחון לאומי מיום 3.11.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/52-ב'***

1. בעקבות זאת, פנתה העותרת 1 אל ראש הממשלה בקריאה דחופה לחדול מהפעולות להענקת פטור לחברות הגז מהוראות חוק ההגבלים העסקיים. העותרת 1 הביעה במכתבה חשש עמוק כי לאור התחייבויותיו הפומביות של ראש הממשלה, שהצהיר כי הוא יאשר את מתווה הגז, הרי שהוא מגיע אל הליך ההיוועצות לאחר שכבר גמר בדעתו לאשר את מתווה הגז. לכן, אין ביכולתו לערוך את הליך ההיוועצות בלב פתוח ובנפש חפצה כמתחייב בדין.
2. במכתב הפנייה הוסיפה העותרת 1 והבהירה כי ספק אם ראש הממשלה כלל מוסמך לקבל החלטה הרת גורל ובלתי הפיכה דוגמת הפעלת סעיף 52 במקרה הנוכחי. זאת, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך – הן מכיוון שהוא מכהן **כממלא מקום שר הכלכלה בלבד**, שלא קיבל את אמון הכנסת לכהונתו בתפקיד זה; והן מכיוון שהוא **מכהן** **במקביל כראש הממשלה**, שר החוץ, שר התקשורת והשר לשיתוף פעולה אזורי – ולכן אינו יכול לקבל תחת אחריותו תפקיד נוסף של שר, ודאי שלא לקבל במסגרתו החלטה משמעותית כהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים.

***מכתבה של העותרת אל ראש הממשלה מיום 8.11.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/53***

1. בהקשר זה יצוין כי ביום 2.12.2015 נתקבלה תשובת היועצת המשפטית ללשכת ראש הממשלה לפנייה זו, בה נטען כי לא מוטלת כל מגבלה על ממלא מקומו של שר שחדל מלכהן. עוד צוין בתשובה כי מתווה הגז אושר על ידי הממשלה והכנסת, ועל כן קבלת החלטה על הפעלת סעיף 52 תעלה בקנה אחד עם עקרון האחריות המשותפת של הממשלה.
2. התשובה לא התייחסה לטענותיה של העותרת 1 בנוגע לריבוי תפקידיו של ראש הממשלה, או לטענותיה בנוגע לאי-נכונותו לשקול את המלצות ועדת הכלכלה "בנפש חפצה ובלב פתוח".

***תשובת היועצת המשפטית ללשכת רה"מ מיום 2.12.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/54***

1. בשלב זה התגברה המחאה האזרחית כנגד התנהלות הממשלה למול מונופול הגז, מתווה הגז ועקיפת סמכויות הממונה. רבבות אזרחים יצאו להפגנות תכופות במרכזי הערים בכל רחבי הארץ, בניסיון להשמיע את קולו של הציבור ואת האינטרס הציבורי – זה שנדרס בידי הממשלה, אשר התמסרה לאינטרסים של חברות הגז.
   1. **דיוני ועדת הכלכלה במסגרת הליך ההיוועצות מכוח סעיף 52 לחוק**
2. בעקבות מכתבו של ראש הממשלה, פנה יו"ר ועדת הכלכלה (להלן: "**הוועדה**") אל ראש הממשלה בבקשה לקבל שורה של מסמכים רלוונטיים על מנת לאפשר לוועדה לקיים את הליך ההיוועצות כדין.

***מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה אל ראש הממשלה מיום 11.11.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/55***

1. ביום 22.11.2015, זמן קצר לאחר מכן, החלה ועדת הכלכלה בכנסת לקיים סדרת דיונים על מנת לגבש את המלצתה בנוגע להפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. בו ביום הופיעה העותרת 1 בפני הוועדה ופרשה בתמצית, בעל-פה ובכתב, את עיקרי טיעוניה כנגד הפעלת סעיף 52 לחוק והמתווה בכללותו.

***נייר עמדה שהוגש מטעם העותרת לחברי ועדת הכלכלה מיום 22.11.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/56***

1. הליך ההיוועצות לפי סעיף 52 התקיים בוועדת הכלכלה במשך כשלושה שבועות, עד ליום 14.12.2015. במהלך תקופת זמן זו קיימה הוועדה 11 דיונים שנמשכו כ-35 שעות, וכן דיון נוסף שנערך בפורום מצומצם מטעמי ביטחון. בדיונים השתתפו והופיעו פקידי בכירים ורמי דרג, לרבות ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה, מעל ל-40 חברי כנסת ומעל ל-20 ארגוני חברה אזרחית.
2. הליך היוועצות חשוב זה התנהל על אף שראש הממשלה הבהיר היטב כי דעתו מגובשת, סגורה ומסוגרת. כתוצאה מכך דיון מעמיק – התקיים, ואילו היוועצות של ממש – לאו.
   1. **השעיית הליך רכישת הגז על ידי מצרים לאור סיומו של הליך הבוררות בין חברת החשמל לבין חברות הגז המצריות**
3. בעיצומו של הליך היוועצות בועדת הכלכלה, דיווחה התקשורת העולמית על התפתחות דרמטית נוספת בשוק הגז במזרח התיכון. זאת על רקע סיום הליך הבוררות בין חברת החשמל לבין חברות הגז המצריות, EGAS ו-EGPC. במסגרת ההליך נקבע כי על החברות לשלם 1,800,000,000 דולר לחברת החשמל בגין ביטול חוזה אספקת הגז לישראל ב-2011.
4. על פי הפרסומים מיום 6.12.2015, ממשלת מצרים הורתה לחברות הגז המצריות להקפיא את המשא ומתן שהן מנהלות לייבוא גז ישראלי, עד להבהרת המצב המשפטי בנוגע לפסק הבוררות (ראו למשל: אבי בר-אלי "מצרים מקפיאה את המו"מ לייבוא גז ישראלי בעקבות הבוררות מול חברת החשמל" **The Marker** (6.12.2015) http://www.themarker.com/dynamo/1.2792119).
5. התפתחות זו מעלה, כמובן, שאלות רבות בדבר הרלבנטיות של "טעמי החוץ והביטחון". ואולם, נציגי הממשלה לא סיפקו התייחסות מקיפה ומשכנעת במהלך דיוני הוועדה לנושא זה, על אף שאלות שהופנו אליהם בעניין (ראו בפרוטוקול הזמין ב: fs.knesset.gov.il//20/Committees/20\_ptv\_317502.doc). בהודעה שפרסם שר האנרגיה הוא הודיע כי "נמשיך בקידום אפשרויות הייצוא לא רק למצרים, אלא גם למדינות נוספות באזור, כגון ירדן, יוון וטורקיה". על פניו לא מדוברבהתחייבויות ישימות קונקרטיות, ובכל מקרה לשם יישומן אין כל הכרח לשמר את כוחו של מונופול הגז.

***פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 8.12.2015 – מסומן כנספח ע/57***

* 1. **קביעת ועדת הכלכלה כי אין הצדקה להפעיל את סעיף 52 לעקוף את סמכויות הממונה**

1. הליך ההיוועצות בוועדת הכלכלה הסתיים ביום 14.12.2015, אז העביר יו"ר הוועדה, ח"כ איתן כבל, את המלצה הוועדה המנומקת לידי ממלא מקום שר הכלכלה, מר נתניהו, כנגד הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

***המלצת ועדת הכלכלה בהליך ההיוועצות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 14.12.2015 – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/58***

***נימוקי החלטת ועדת הכלכלה בהליך ההיוועצות מיום 15.12.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/59***

1. בהחלטת הוועדה נכתב כי **"לדעת רוב חברי הוועדה, בנסיבות שהתבררו, אין מקום לשימוש בסעיף 52 לחוק שבנדון, כדי לפטור את ההגבלים העסקיים המפורטים במכתב שבסימוכין מהוראות החוק האמור".**
2. בנימוקי הוועדה הרחיבו חבריה וציינו את הסיבות המרכזיות להמלצתם. הובהר כי הפגיעה בערכים המוגנים בחוק ההגבלים העסקיים ובתחרות, כתוצאה מיישום המתווה, היא גדולה מדי. בה בעת, הוועדה לא השתכנעה כי אכן קיימים שיקולי ביטחון או מדיניות חוץ המצדיקים את הפגיעה האמורה (בעמ' 3 לנימוקי החלטת הועדה – נספח ע/59 לעיל).
3. בפרט העמיקה הוועדה בשאלת הרלוונטיות של סעיף 52 לסיטואציה הנדונה. וכך כתבו חברי הוועדה בנימוקי ההחלטה:

"הוועדה ביקשה במהלך הדיונים לקבל תשובה ברורה וחד-משמעית לשאלה החשובה ביותר - מדוע מצא שר הכלכלה (והממשלה) לנכון להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים? ייאמר, כי **אף אחד מנציגי הממשלה שהופיעו בפני הוועדה, לא טען באופן ברור שהימנעות מהפעלת סעיף 52 עלולה לגרום נזק חמור לישראל הן במישור הביטחוני והן במישור הבינלאומי**. לכל היותר נטען כי השימוש בסעיף זה עשוי לתרום לביטחון המדינה או למדיניות החוץ שלה, ולדעתנו אין בכך די כדי להפעיל את סעיף 52.

חמור מזה, [...] **חשף ראש הממשלה ושר הכלכלה, את המניע האמיתי להפעלת סעיף 52 לחוק**, והסביר כי לאחר שהממונה התפטר, הדרך היחידה שנותרה בפני הממשלה כדי לאשר את המתווה הייתה באמצעות הפעלת סעיף 52. וכך אמר ראש הממשלה: "ולכן ההחלטה להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כל ממצב שנוצר, מצב שנכפה עלינו על ידי התפטרותו של הממונה על ההגבלים".

[...] **אם כן, התרשמנו כי הנימוק האמתי לרצון להפעיל את הפטור לפי סעיף 52 הוא דווקא כלכלי.** [...] **אלא שפה נפלה טעות שהיא בעיננו כבדה וחמורה:** [...] **נימוקים אלה לא רק שאינם רלבנטיים לסעיף 52, אלא שהם אינם יכולים לעמוד מול הפגיעה הקשה בתחרות**". (עמ' 5-3 לנימוקי החלטת הוועדה – נספח ע/59 לעיל).

1. כמו-כן, הוועדה התייחסה לפרסומים בנוגע להקפאת המו"מ עם מצרים לייצוא הגז, ומסרה כי "**נציגי הממשלה לא הביאו בפני הוועדה חוות דעת מעודכנות לאור שינוי הנסיבות"** (עמ' 4 לנימוקי החלטת הועדה – נספח ע/59 לעיל).
2. בנוסף, הדגישה הוועדה כי סעיפי המתווה אשר מבטיחים "סביבה רגולטורית יציבה" (פרק י' למתווה) - מעוררים קשיים מהותיים מבחינה משפטית, ויש בהם כדי להוות "**תקדים מסוכן**", המנוגד לעקרונות המשפט המינהלי וחורג באופן מהותי מסמכות הממשלה (ראו עמ' 7-6 לנימוקי החלטת הוועדה – נספח ע/59 לעיל; כן ראו הרחבה בפרק לעתירה זו שדן בכבילת שיקול הדעת של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת).
3. לבסוף ציינה הוועדה, כי הדרך הראויה להעברת המתווה לעמדתה הינה בנקיטת הליך מסודר לפי חוק ההגבלים העסקיים, או על-ידי חקיקה, אך לא דרך שימוש מלאכותי בסעיף 52 (ראו עמ' 5 ו-9 לנימוקי החלטת הועדה – נספח ע/59 לעיל).
4. יצוין, כי לצד נימוקי דעת הרוב בוועדת הכלכלה פורסמה גם "דעת מיעוט" בה החזיקו מספר חברי כנסת אשר סברו כי ראוי להפעיל את סעיף 52 לחוק. חברי הכנסת שהצביעו בעד הפעלת סעיף 52 לחוק, אשר נמנים כולם על שורות הקואליציה, הבהירו במסגרת נספח לנימוקי הוועדה כי "בנושא מתווה הגז ישנם הקשרים ברורים לנושא הביטחון האנרגטי, הביטחון הלאומי והשפעה על יחסי החוץ של מדינת ישראל המצדיקים את השימוש בסעיף 52". דא עקא, "הקשרים" אלו לא פורטו ובוודאי שלא ניתן טעם מדוע, לשיטתם, ישנה הצדקה להשתמש בסעיף 52 בנסיבות דנן.

***נספח דעת מיעוט של חברי וועדת הכלכלה – מצ"ב ומסומן כנספח ע/60***

1. לצד ההודעה על החלטת הוועדה העיר יו"ר הוועדה כי ממכלול התבטאויותיו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה, כמו גם התבטאויותיו של שר האנרגיה, עולה כי ההחלטה הסופית בעניין המתווה – לרבות החלקים המחייבים היוועצות לפי סעיף 52 – התקבלה עוד בטרם תחילת ההיוועצות. כדבריו:

"**נראה כי ההיוועצות לא נעשתה בלב פתוח ובנפש חפצה, אלא כהליך פורמלי בלבד**. למרות זאת, אציין כי ועדת הכלכלה השקיעה שעות רבות בלימוד הנושא ועצתה ניתנת בלב פתוח ובנפש חפצה". (החלטת הועדה – נספח ע/58 לעיל).

* 1. **עקיפת סמכויות הממונה על ידי ראש הממשלה, תוך התעלמות מעמדת ועדת הכלכלה וחתימה על מתווה הגז**

1. ניתן היה לחשוב כי בשלב זה תידלק נורת אזהרה נוספת בלשכת ראש הממשלה, יינקטו אמצעי זהירות והחלטת הוועדה ונימוקיה יילמדו ויישקלו בכובד ראש.
2. ואולם, לא חלפו 72 שעות מיום החלטת הוועדה, ובבוקר יום חמישי, 17.12.2015, בדיוק שנה מהיום בו בחר הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר פרופ' דיוויד גילה שלא להגיש את הצו המוסכם אליו הגיע עם חברות הגז לאישור בית הדין, כינסו ראש הממשלה ומ"מ שר הכלכלה ושר האנרגיה מסיבת עיתונאים והודיעו על הפעלת סעיף 52 תוך עקיפת סמכויות הממונה ואישור מתווה הגז. זאת בניגוד להמלצתה של ועדת הכלכלה.

***מכתבו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה לעניין אישור מתווה הגז מיום 17.12.2015 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/61***

1. במכתבו הצהיר ראש הממשלה ומ"מ שר הכלכלה כי הוא ממשיך לתמוך בעמדה לפיה יש להפעיל את סעיף 52 ולעקוף את סמכויות הממונה, ולאשר את מתווה הגז, על אף הטענות הרבות נגד מהלך זה שעלו בהליך ההיוועצות:

"קראתי בעיון רב את עמדת רוב חברי הוועדה מן האופוזיציה, אולם לא השתכנעתי כי עלי לשנות מעמדתי. נותרתי בעמדתי כי קיים צורך חיוני [...] לעשות שימוש בסמכותי".

1. כן ציין ראש הממשלה ומ"מ שר הכלכלה במכתבו כי "**אין מדובר בהסדר אידיאלי**" וכי "**לא ניתן היה להשיג את כל התנאים ששאפנו אליהם**". ובכל זאת, במצב הנוכחי, כך לדבריו – מצא לנכון להוציא לפועל את המנגנון החריג שיאפשר את אישור המתווה.
2. ביום 22.12.2015 פורסם ברשומות הפטור מחוק ההגבלים העסקיים, לפי סעיף 52 לחוק (שסומן בהחלטת הממשלה כנספח א', בשינויים קלים).

***הפטור מילקוט הפרסומים שפורסם ביום 22.12.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/62***

1. יום לאחר פרסום המתווה, **מינה שר האנרגיה צוות ליישום מתווה הגז**. בראש הצוות יעמוד מנכ"ל משרד האנרגיה, הממונה על הנפט, יו"ר רשות הגז, הממונה על התקציבים במשרד האוצר, מנכ"ל משרד הכלכלה, מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) ויו"ר המועצה הלאומית לכלכלה.
2. מן הצוות נעדרים שני שחקנים רלוונטיים, שאחד מהם אף בר-תפקיד במסגרת מתווה הגז: **הממונה על ההגבלים העסקיים ורשות החשמל.** ההתעלמות החוזרת ונשנית מן הגורמים הללו הינה בעייתית וחותרת תחת הרציונאל לפיו על הממשלה לפעול ביחד, בהרמוניה, כדי לקדם באופן יעיל את הטיפול במשק הגז (ראו: אבי בר-אלי "שטייניץ מינה צוות ליישום מתווה הגז - רשויות ההגבלים והחשמל נותרו בחוץ" **The** **Marker ֹ** (23.12.2015).
3. **בכך, הגשים סוף-סוף ראש הממשלה ומ"מ שר הכלכלה את הצהרתו "לאשר את המתווה" כנגד כל "המכשולים", לאחר שהצליח ליצור בעורמה צוות "בוחן" שלקח לעצמו סמכויות בניגוד לדין; לסכל כל הליך ענייני; להתעלם מן הביקורות המקצועיות; לבוז לעשרות אלפי האזרחים שהפצירו בממשלה לחזור בה מתנאי המתווה; להפר את כללי המינהל התקין; לעצום עיניים אל מול המחדלים והכשלים; לרמוס את אמונו של הציבור הישראלי – ולבצר את כוחו של מונופול הגז בישראל מעתה ולמשך שנים ארוכות, תוך גרימת נזק עצום למשק, לסביבה, לחברה, למדינה ולדורות הבאים.**
4. אם לא די בכל זאת, הרי שביום 20.12.2015 פורסם בכלי התקשורת כי ראש הממשלה יחדל מלכהן כממלא מקום שר הכלכלה בעת הקרובה, ויעביר את סמכויותיו לידי אחר. זאת אך כחודש לאחר משיכת סמכויות שר הכלכלה לידיו, ומספר ימים מועט ביותר לאחר חתימתו על סעיף 52. דבר זה, לכשעצמו, מצביע על הזמניות של ראש הממשלה בתפקיד שר הכלכלה, ועל כך ש"השתלטותו" על תפקיד זה נעשתה לשם מטרה אחת: לקדם את מתווה הגז בכל מחיר, לרבות פגיעה בהליך הדמוקרטי התקין. התנהלות זו מחזקת ומחדדת את הכשלים שנפלו בהחלטה ובהליך המינהלי שהוביל אליה.
5. החלטה זו, כמו ההליך מחוסר הסמכות והבלתי תקין שקדם לה, לא הותירה לעותרות כל ברירה אלא להגיש עתירה זו לבית המשפט הנכבד. העותרות מתכבדות להניח בפני בית המשפט הנכבד את מלוא התשתית העובדתית והמשפטית, אשר מובילה למסקנה הבלתי נמנעת לפיה הפעלת סעיף 52 לחוק וההחלטה על מתווה הגז התבצעו בחוסר סמכות משווע, והינם בלתי מידתיים ובלתי סבירים באופן קיצוני – ומשכך, דינם **בטלות מלאה.**
6. **הטיעון המשפטי**
7. להלן יבקשו העותרות לעמוד על הפגמים השורשיים הרבים והחמורים אשר נפלו במתווה הגז ובהחלטה להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים בנסיבותיו. וזה יהא מהלך טיעוננו:
8. ראשית, נעמוד על חוסר הסמכות המשווע העומד בלב הדברים – שעה שהליך גיבוש מתווה הגז נערך תוך עקיפת הממונה על ההגבלים ובית הדין להגבלים אגב נטילה אסורה של סמכויותיו. בהמשך לכך יובהר מדוע לא ניתן "להלבין" מהלך בלתי חוקי זה בדרך של הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים, ומדוע אף לגופם של דברים המשיב 1 כלל אינו מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק.
9. שנית, נידרש לכל הסדר ספציפי הקבוע במתווה הגז ונעמוד על הכשלים הייחודיים המחייבים להורות על בטלותו של כל הסדר והסדר. בכלל זאת נעמוד על ההסדרים הבאים: ההפטרים מדיני ההגבלים העסקיים; סעיף הכבילה (פסקת "היציבות הרגולטורית"); ייצוא הגז; הסדר המיסויי; "פיקוח" המחירים; הגדרת "כוח עליון"; וכן ההסדרים החיוניים שנעדרים מהמתווה.
10. שלישית, נעמוד על ההליך רווי הפגמים במסגרתו גובש ואושר מתווה הגז – אשר אינו מאפשר להניח כי מתווה הגז והפעלת סעיף 52 לחוק נתקבלו כדין ועל כן מחייב לבחון את התנהלות המשיבים 5-1 כולה מנקודת מוצא הפוכה ל"חזקת התקינות".
11. לבסוף, נסכם את העילות המשפטיות השונות אשר מובילות, כל אחת כשלעצמה, וכולן במצטבר, למסקנה חד-משמעית והכרחית לפיה מתווה הגז בכללותו והפעלת סעיף 52 לחוק – בטלים מיסודם.
    * + - 1. ***מתווה הגז בכללותו גובש ואושר בחוסר סמכות משווע***
    1. **מתווה הגז גובש בניגוד לדיני ההגבלים בנטילת סמכויות אסורה**
    2. **הליך גיבוש מתווה הגז נערך בניגוד לתכליתם של דיני ההגבלים העסקיים**
       1. **ההליך התקיים בניגוד לתכליתם של דיני ההגבלים העסקיים**
12. **לדיני ההגבלים העסקיים שתי תכליות יסוד:** ראשית, למנוע היווצרות מונופולים וקרטלים בלא היתר; שנית, להבטיח פעילות כלכלית חופשית ושוק תחרותי, ככל שניתן, לפי הבנתה המקצועית של רשות ההגבלים העסקיים.
13. בבסיסם של דינים אלה עומדת התפיסה כי **תחרות היא תנאי יסודי לדמוקרטיה כלכלית-חברתית, יזמות וחופש ביטוי כלכלי, והוזלת המחירים לצרכנים** (ראו למשל: ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, נב(5) 213, פסק דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן: "**פרשת תנובה**")); ד"נ 4465/98 טבעול נ' שף הים, נו(1) 56 (2001) (להלן: "**פרשת טבעול**"); בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29 (1986) (להלן: "**פרשת ק.ש.ר**")). אכן:

"**חופש התחרות הוא אינטרס מובהק של הציבור** [...]. התחרות החופשית  היא **אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי**, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום **ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים**. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה [...]. ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק" (פרשת תנובה, בעמ' 229-228).

1. **עם השנים זכה חופש התחרות – ה'מגנה כרטא' של זכויות הצרכן – למעמד מעין חוקתי בשיטתנו.** זאת, על רקע תרומתו להגשמת חירויות הפרט, לרבות האוטונומיה של האדם וחופש העיסוק שלו.מעניין להיווכח כי מושכלות אלה נקבעו בידי בית משפט זה בפרשה שגם עניינה היה בנפתולי הגז הטבעי – פרשת **סאמדן** (וראו גם פרשת תנובה, בעמ' 230; ראו גם: אייל גרוס "כיצד הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" **עיוני משפט** כג(1) 261 (2000)).
2. חוק ההגבלים העסקיים נועד לעגן אינטרסים חשובים אלה, ולהגן על ציבור הצרכנים מפני כשלי שוק הפוגעים בתחרות במשק. כדברי הנשיא ברק:

"**מטרת החוק הינה ההגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות-יתר בשווקים מסוימים**. ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות" (פרשת תנובה, בעמ' 229).

1. **ובענייננו – דומה כי חוק ההגבלים העסקיים נחקק בדיוק על מנת להגן מפני השפעותיו המסוכנות של מונופול הגז, שנוצר בין היתר עקב התקשרותן של קבוצת דלק ונובל אנרג'י בהסדר כובל.** על כך עמד כב' השופט (כתוארו אז) חשין:

"על הרעה שמונופולין מביא בעקביו אין צורך שנרבה שיח. והיפוכם של דברים בתחרות החופשית. **אם אלה דברים אמורים על דרך הכלל, לא-כל-שכן ייאמרו הדברים על שוק הנפט, שבימינו ובמקומנו - כבימים שלעבר - מצרך חיוני הוא למשק ולכלכלה, ומעמדו גבוה-גבוה בסולם המצרכים החיוניים**". (בג"צ סאמדן, עמ' 319).

1. **ראשית**, בכל הנוגע להגנה על אופייה הדמוקרטי של המדינה: חברות הגז אוחזות בכוח מונופוליסטי עצום. הן שולטות יחדיו בכ-98% מכלל עתודות הגז שבמים הכלכליים של מדינת ישראל. נוצרה תלות מלאה של המדינה בחברות הגז, באופן שמסכן את עוצמתה ועצמאותה של הדמוקרטיה הישראלית. זו תלות "קשה": היא מכפיפה את טובת הציבור לרצונו של המונופול ולמרותו, כאשר הממשלה אינה מסוגלת לתפקד ולפעול כריבון מול שליט שוק כזה, אשר ידו מצויה על "ברז" החמצן הכלכלי של המשק.
2. הנה כי כן, קבוצה קטנה ומתואמת שולטת כיום על אספקת הגז הטבעי בישראל. שליטה זו – מעניקה לקבוצה כלי לחץ משמעותי על ממשלת ישראל ומקבלי ההחלטות, ולהטות אותם מלהגן על אינטרס הציבור. מונופול הגז יוצר אפוא **היפוך תפקידים**: המדינה אמורה להטמיע מדיניות ולפקח על התנהלות חברות הגז בשם הציבור. בפועל, מונופול הגז – בשל כוחו הרב והמידע הבלעדי שבידו – הוא שקובע את המדיניות, את התנהלות משרדי הממשלה מול הממונה, את אופן השימוש בגז, את התשתיות הנדרשות לשם הפקתו, את ייעודו של הגז (לשוק המקומי או לייצוא), ואת אופן חלוקתו בין התעשיות השונות. במילים פשוטות: עקיפת סמכויות הממונה – הכפיפה את טובת הציבור לרצונו של המונופול, בלא כל מעצורים. זו תמצית הרעה בענייננו.
3. בחלק העובדתי תוארה התנהלותה של המדינה עד כה. השתלשלות זו היא בבחינת אזהרה לבאות. יש בה כדי ללמד על כוחו והשפעתו העתידית של מונופול הגז על מקבלי ההחלטות במשרדי הממשלה. אין ספק כי זהו מקרה בוחן לדמוקרטיה. תוצאות ההליך תקבענה את יחסי הכוחות בין מדינת ישראל לבין החברות הפרטיות. מתן גושפנקא להתנהלות המדינה בנסיבות דנן תוביל לפגיעה קשה בדמוקרטיה.
4. **שנית**, באשר ליצירתם של כשלי שוק – אין צורך להכביר מילים על עליית מחירי הגז כתוצאה מהמונופול של חברות הגז. לשם המחשה, חוות דעת של מומחה בינלאומי שהוגשה לרשות החשמל הצביעה על כך שמחיר הגז הטבעי בישראל כפול ממחירו בשוק תחרותי, וכי התשואה שרושמים בעלי מאגר הגז בתמר תגיע ל-23% - כפול מהתשואה הממוצעת בעולם בקידוחי גז.

***עמודים 15-1 מחוות הדעת שהגיש סרג'יו אסקראי לרשות החשמל – מצ"ב ומסומן כנספח ע/63***

1. על רקע תמונת מצב עגומה זו, פנתה יו"ר רשות החשמל אל ראש הממשלה ושר התשתיות, והזהירה כי:

"**בשל המציאות המונופולית** שהתגבשה בתחום אספקת הגז הטבעי בישראל, **הסכמי הגז אשר הונחו על שולחן הרשות לחשמל מבטאים תנאים שאינם מקובלים במשקי גז תחרותיים**, ובפרט, חלוקת סיכונים לא מאוזנת לטובת ספק הגז. ספק הגז מגלגל על צרכניו הן את סיכון הכמות, הן את סיכון המחיר, בניגוד למקובל. כל זאת, כאשר **רוכשי הגז הטבעי (יצרני החשמל וחברת החשמל) חסרי יכולת לנהל משא ומתן אמיתי על תנאי ההסכמים**".

***מכתב מטעם יו"ר רשות החשמל אל ראש הממשלה ושר התשתיות מיום 15.12.2014 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/64***

1. הנה כי כן, פעולותיהם של המשיבים – המקדמים "משא ומתן" לגבי ענייני הגבלים עסקיים עם חברות הגז, בניגוד לעמדת הרשות להגבלים עסקיים ובלעדיה – מנוגדות לדיני ההגבלים העסקיים ולאינטרס ההגנה על התחרות והדמוקרטיה הכלכלית העומד בבסיסם. התנהלות זו אינה מאפשרת לרשות להגבלים העסקיים להגן על זכותם של אזרחי המדינה לתחרות במשק הגז, ומגבילה את יכולתה למלא את תפקידה נאמנה בהתאם לרצון המחוקק.
   * + 1. **ההליך מנוגד לעקרון אי-התלות של הממונה על ההגבלים העסקיים**
2. הרשות להגבלים עסקיים (להלן גם: "**הרשות**") הוסמכה, על פי חוק, לאכוף את דיני ההגבלים העסקיים. בראשה הועמד הממונה, שהינו איש מקצוע בלתי-תלוי. הממונה קיבל לידיו סמכויות רבות ושיקול דעת נרחב, על מנת לפעול לאסדרת השוק ולהבטיח את התחרות במשק. בנוסף הוקם בית הדין להגבלים עסקיים, לשם פיקוח על עבודת הממונה ודיון בערעורים על פעולותיו.
3. **עצמאותו של הממונה על ההגבלים העסקיים, ואי-תלותו בגורמים פוליטיים, היא יסוד קריטי בפעולתה של הרשות**. וראו באתר הרשות להגבלים עסקיים:

"**הכרה בחשיבות של ערך התחרות מחייבת רשות עצמאית שתהא נטולת השפעות פוליטיות וחסרת פניות**. **עצמאות זו נדרשת משום שתפקידה כולל התייצבות מול גופים עסקיים בעלי עוצמה כלכלית משמעותית, שעלולים להפעיל לחצים על תהליך של קבלת ההחלטות בעניינם**. **עצמאותה המוחלטת של רשות ההגבלים מאפשרת לה לקבל החלטות בצורה עניינית ולאכוף את החוק באופן יעיל ונטול פניות**. עוד באמצע שנות השבעים עמדה הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים על החשיבות שבעצמאות הרשות במסגרת דו"ח המסקנות שהגישה לשר המשפטים ולשר המסחר והתעשייה. חברי הוועדה הציעו להקים 'רשות מרכזית המופקדת על הבעיות השונות הקשורות במיזוגים והגבלים עסקיים...שתהיה גוף עצמאי'. עצמאות זו באה לידי ביטוי בשלושה עוגנים מרכזיים: (א) עצמאות הממונה, (ב) עצמאות תקציבית, (ג) עצמאות מוסדית". ("אודות הרשות"  באתר הרשות להגבלים עסקיים –http://www.antitrust.gov.il/about/about1.aspx ).

1. ואכן, הניסיון מלמד כי דווקא במקומות בהם נדרשת התערבותה של המדינה על רקע כשלי שוק – בעלי הכוח יפעלו למול השלטון בעוצמה רבה על מנת לשמר את הסדר הקיים, ולהמשיך לקצור רווחים גדולים ובלתי הוגנים (ראו למשל מיכל (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים" **מחקרי משפט** כ"ג709 (2007)).
2. **ובענייננו – האינטרסים הכלכליים שמניעים את משק הגז הטבעי הם בעלי עוצמה מעל לכל שיעור.** שוויים המוערך של המאגרים הוא מאות מיליארדי שקלים. שינוי של דולר אחד ליחידת גז בהסכמי המכר הינו בעל משמעות כלכלית של כ-1-1.4 מיליארד ש"ח לשנה לחברות הגז (כך שהפחתת דולר אחד ליחידת גז מן המחיר בהסכמי הגז הקיימים צפויה לחסוך לציבור, בהצטברות לאורך השנים, עשרות מיליארדי שקלים, וההיפך). אומדן גס למשמעות הכלכלית של המתווה להסדר עם חברות הגז, עשוי להילמד מביצועי מניותיהן של חברות רציו, אבנר ודלק קידוחים – אשר זינקו בכ-1.3%-3.4% עם ההודעה על התפטרות הממונה מתפקידו.
3. הנה כי כן, **ההתערבות הממשלתית בעבודת הממונה והפגיעה בעצמאותו - צריכות להדליק "נורות אזהרה" בוהקות במיוחד כשמדובר במשק הגז הטבעי. זאת בשל היקף האינטרסים המונחים על הכף ועוצמתו של מונופול הגז. כל אלו יוצרים חשש מוגבר משיבוש מערכות ופגיעה בשיקול הדעת המינהלי**.
   * 1. **הליך גיבוש מתווה הגז נערך תוך נטילת סמכויות אסורה**
        1. **סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים אשר ניטלו מידיו בניגוד לדין**
4. כאמור, הרגולציה של דיני ההגבלים העסקיים חשופה, מטבעה, ללחצים מצד גופים כלכליים חזקים בעלי השפעה פוליטית, המבקשים ליצור חסמים לתחרות ולהשיא את רווחיהם. מי **הממונה על ההגבלים העסקיים** – הוא זה שמחובתו לעמוד מול שלל הלחצים והאינטרסים, ולשרת נאמנה את רוב הציבור.
5. מדובר, אפוא, בתפקיד לעומתי. הממונה מוצא עצמו לא אחת בולם מהלכים של הממשלה, בהיותו שומר סף של התחרות. מטעם זה מצוי הממונה תחת מרותו של בית הדין להגבלים עסקיים, ולא של שר זה או אחר. על כן נאמר כי המרקם החוקתי של הגנת התחרות הוא מרקם שיפוטי, לא מנהלי. כובד האחריות מחייב גם כי בידי הממונה יימסרו סמכויות רבות. הן לשם ההרתעה, הן לשם מציאת פתרונות מהירים ומותאמים לנסיבות העניין. לכך יש חשיבות רבה לענייננו, לשם הבנה נכונה של החריג היחיד שבסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.
6. סמכויותיו של הממונה הן רחבות. כך גם שיקול הדעת המוקנה לו לשם הפעלתן. בין היתר, הממונה מוסמך להכריז על מעשה מסוים כעבירה פלילית; לערוך שימוע לגורמים שנחשדו בהתקשרות בהסדר כובל; ולהגיע להסכמה, בדמות צו מוסכם, עם גורמים שעברו על הוראות החוק ולאשרו אל מול ערכאות שיפוטיות. נפרט:
7. בהתאם לסעיף 4 לחוק, עשיית הסדר כובל מהווה עבירה:

"4. **לא יהיה אדם צד להסדר כובל**, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם".

1. מכוח הוראת סעיף 43 לחוק, מוסמך הממונה לקבוע, בהליך סדור ומפורט, כי הסדר מסוים הינו הסדר כובל:

"43.  (א)  **הממונה רשאי לקבוע** אם – (1) **הסדר** או הסדר שצדדים מבקשים להגיע אליו, **הינו הסדר כובל**; [...]

(ב)  הודעה על קביעת הממונה תימסר לצדדים להסדר כובל, לצדדים למיזוג החברות, לבעלי המונופולין ולחברי קבוצת הריכוז, לפי הענין, והוא רשאי אף לפרסמה ברשומות; היה הממונה בדעה שאינטרס הציבור מחייב פרסום, יפרסם את הקביעה ברשומות ובשני עתונים יומיים, לאחר שלושים ימים מיום המצאת ההודעה.

(ג)   **מי שנמסרה לו הודעה** לפי סעיף קטן (ב) **החולק על הקביעה, או על חלקה, רשאי לערור לפני בית הדין** תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו. חובת הראיה בפני בית הדין היא על העורר.

(ד)  **בית הדין, לאחר ששמע את הצדדים, רשאי לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה**. [...]"

1. לפי סעיף 47 לחוק, העונש על עשיית הסדר כובל עשוי להיות עבירה פלילית ולהגיע לשלוש שנות מאסר:

"47.  (א)  מי שעשה אחת מאלה:

(1)   **היה צד להסדר כובל** שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14; [...]

**דינו - מאסר שלוש שנים**, או קנס שהוא פי עשרה מן הקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) וקנס נוסף שהוא פי עשרה מן הקנס האמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין (להלן - קנס נוסף), לכל יום שבו נמשכת העבירה, ואם היתה עבירה על פסקאות (1) או (3) - לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שנמסרה הודעת הממונה כאמור בסעיף 43; אם היה תאגיד - כפל הקנס או הקנס הנוסף, לפי הענין".

1. חלף קביעה כי נעשה הסדר כובל, מוסמך הממונה - בנסיבות מסוימות - לפנות אל בית המשפט בבקשה לתת תוקף של צו להסכמה בינו לבין אדם אחר (צו מוסכם). גם כאן נקבע בחוק הליך מינהלי סדור ומדוקדק להפעלת הסמכות האמורה:

"50ב.  (א)  **בית המשפט המוסמך** לדון בעבירות לפי חוק זה, או בית הדין (להלן בסעיף זה - בית המשפט) **רשאי, לפי בקשת הממונה וחלף הליכים לפי סעיפים** 26, **43**, 47, 48 או 50א, או לפי פרק ז'1, **לתת להסכמה בין הממונה לבין אדם אחר תוקף של צו (להלן - צו מוסכם);** צו מוסכם כאמור יכול שיהיה בלא הודאה בחבות בנוגע לתקופה שקדמה למועד נתינתו ויכול שיכלול, בין השאר, חיוב בתשלום סכום כסף לאוצר המדינה מצד אותו אדם, וחיוב מצדו לעשות דבר או להימנע מעשייתו.

(ב)  בקשת הממונה למתן צו מוסכם תהיה מנומקת ויפורטו בה, בין השאר, חלופות שנשקלו על ידו למתן צו מוסכם.

(ג)   תוקפו של צו מוסכם שאושר בידי בית המשפט, יהיה כתוקפו של פסק דין שניתן בידי בית משפט מחוזי, לכל דבר וענין.

(ד)  **בקשה לאישור צו מוסכם תידון בבית המשפט רק לאחר שנתקיימו כל אלה:**

(1)   **הממונה פרסם**, שלושים ימים לפחות טרם הגשת הבקשה, **הודעה** בשני עיתונים יומיים **בדבר כוונתו להגיש צו מוסכם לאישור בית המשפט**; **בהודעה** כאמור **יוזמן כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם** **וכן ארגון צרכנים או איגוד עסקי, להביא את טענותיהם בקשר לצו בפני הממונה;**

(2)   **הממונה צירף לבקשה לאישור הצו המוסכם פירוט הטענות** שהובאו בפניו לפי פסקה (1), **ואת תגובתו** לטענות אלה. [...]"

במאמר מוסגר, תציין העותרת כי היא הביעה עמדתה בפני הממונה במסמך הטענות כי צו מוסכם נועד לכפר על פגיעות עבר, אך הוא לא נועד להכשיר המשך פגיעה בעתיד.

1. ובענייננו – כפי שתואר בהרחבה לעיל, הממונה ערך עם חברות הגז במהלך ארבע השנים האחרונות הליך שימוע לקראת קביעת הסדר כובל, ובחן בין היתר את האפשרות להגעה לפתרון מוסכם במסגרת צו מוסכם. הליך זה התקיים מכוח הסמכויות הבלעדיות שהוקנו לממונה בחוק ההגבלים העסקיים.
2. **ואולם, אותו "צוות ממשלתי" שהוקם על ידי המשיבים, נטל הלכה למעשה את סמכויות הממונה המוקנות לו בדין. צוות זה כפה עצמו על הממונה, עד כדי דחיקתו החוצה. בהמשך אף הציג הצוות מתווים חלופיים למול חברות הגז, גם לאחר פרישת הממונה מן ההליך ובניגוד לעמדתו. בכך, נטלו המשיבים את סמכויותיו של הממונה בניגוד לדין.** 
   * + 1. **נטילת סמכויות: המסגרת הנורמטיבית**
3. חוק יסוד: הממשלה (להלן גם: "**חוק היסוד**") קובע את המסגרת החוקתית להפעלת סמכויות הממשלה, ולנטילת סמכויות הנתונות על פי דין לרשות אחרת. בפני ממשלה המבקשת להפעיל סמכות, שיורית או של גורם פלוני ברשות המבצעת, עומדות שתי אפשרויות חוקיות: סעיף 32 וסעיף 34 לחוק היסוד.
4. **ראשית, סעיף 32 לחוק היסוד** קובע כי לממשלה ישנה סמכות שיורית לפעול בכל תחום בשם המדינה. זאת בתנאי שאותה סמכות לא הופקדה על פי חוק בידי רשות אחרת:

"32. הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

1. דא עקא, בנסיבות המקרה דנן, סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים – ובכלל זאת הסמכות לקבוע כי מתקיים הסדר כובל ולהגיע לצו מוסכם – הוקנו לו ורק לו בחוק ההגבלים העסקיים (ראו סעיפים 43(א)(1) ו-50ב לחוק).
2. **מכאן, שאין בסמכותם של המשיבים להפעיל סמכויות אלה במסגרת סמכותם השיורית לפי סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה.**
3. **שנית, סעיף 34 לחוק היסוד** קובע כי שר האמון על ביצועו של חוק, וכפועל יוצא מכך גם הממשלה בכללותה, מוסמך ליטול כל סמכות אשר ניתנה על פי החוק לעובד מדינה. זאת **בתנאי שלא מדובר בסמכות בעלת אופי שיפוטי, וכשלא משתמעת כוונה אחרת מן החוק,** ובלשון החוק:

"34. שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, **למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי,** הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, **אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק**; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת".

1. סעיף 10(ב)(13) לחוק הממשלה, תשס"א-2001 (להלן: "**חוק הממשלה**") קובע כי יש לפרסם ברשומות כל נטילת סמכויות מכוח סעיף 34 לחוק היסוד. ואולם, בנסיבות המקרה דנן, על אף שהצוות הממשלתי נטל הלכה למעשה את סמכויות הממונה – לא נתפרסמה על כך כל הודעה ברשומות.
2. בהקשר זה יוטעם כי סעיף 10(ב)(13) לחוק הממשלה אינו כלל טכני, אלא עקרון מהותי. הוא נועד למנוע בדיוק התרחשות מעין זו שנגלתה במקרה הנוכחי: במחשכים, וללא כל הודעה לציבור, התרחש הליך "זוחל" של נטילת סמכויות מידי רגולטור כלכלי עצמאי.
3. **ובענייננו – סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע כי מתקיים הסדר כובל ולחתום על צו מוסכם הן סמכויות בעלות אופי שיפוטי מובהק. כמו כן, מחוק ההגבלים העסקיים משתמעת כוונה אחרת באשר להליך שבו יוכל השר ליטול את סמכויות הממונה. מכאן שלא ניתן ליטול אותם בהתאם להוראת סעיף 34 לחוק היסוד.**
   * + 1. **סמכויות הממונה הן בעלות "אופי שיפוטי"**
4. התיבה "למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי" הקבועה בסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה טרם זכתה לפרשנות בהלכה הפסוקה. ואולם, ניתן ללמוד על אופיין של סמכויות אלו מפסקי דין של בית המשפט העליון בהקשרים דומים.
5. בראשית דרכו של המשפט הישראלי נקבע כי סמכות שלטונית היא בעלת "אופי שיפוטי" אם **בעל הסמכות נדרש להכריע בסכסוך** על סמך ממצאים שהובאו בפניו:

"מעשה אדמיניסטרטיבי מעין-שיפוטי הוא **כל שנצרך לממצא קודם, עובדתי או משפטי, וההכרעה שבו - הצו המצווה או הקונסטיטוטיבי - היא 'פונקציה' של אותו ממצא, כלומר: תלויה לכאן או לכאן בנכונות הממצא**" (בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1505 (1958)).

1. בהמשך הובהר כי סמכות שלטונית היא בעלת "אופי שיפוטי", גם כאשר לא מדובר בהכרח בהכרעה בין שני צדדים, **אך נדרשת קביעה על סמך עובדותיו הקונקרטיות של מקרה נדון**, במנותק משיקולים חיצוניים:

"**כאשר הגוף צריך להחליט אך ורק על סמך העובדות של המקרה** **המיוחד**, אך ורק על־סמך הטענות או העדויות שהובאו בפניו, **ואינו רשאי להביא בחשבון גורמים ושיקולים חיצוניים**, **כי אז הוא חייב לפעול באורח שיפוטי** ולא שיקולי .(judicially not judiciously) לעומת זה, הדיון אינו בעל אופי שיפוטי כאשר בכל שלבי הדיון אין בפני הגוף המינהלי איזו צורה שהיא של ריב ועליו לברר את השאלה מהתחלה ועד הסוף מנקודת מבט של מדיניות או תועלתיות בלבד [...] **גם כאשר אין בכלל שני צדדים והעובדות המשמשות יסוד לפעולה מוגשות באורח חד צדדי והגוף המחליט חייב להחליט על־פיהם בלבד** בלי להביא בחשבון נסיבות חיצוניות, **הפעולה היא שיפוטית**, ולא מינהלית". (בג"ץ 77/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד יז 2503, 2515-2514 (1963)).

בעניין אחר הושם דגש על הפגיעה בזכויותיו של פרט קונקרטי, כמאפיינת הפעלת סמכות שלטונית בעלת "אופי שיפוטי":

"הליך נטילת החסינות הוא הליך מורכב. חלקו הוא בעל אופי "מינהלי", חלקו הוא בעל אופי כעין-שיפוטי [...] במרכז הליך זה עומדות ההמלצה של ועדת הכנסת וההחלטה של מליאת הכנסת. הכרעות אלה הן **בעלות אופי כעין-שיפוטי** [...] **אופי זה בא להן** **בשל האפקט שיש להן על זכויות (היתר) של חבר הכנסת**. החלטות הכנסת נוטלות מחבר הכנסת זכות (חסינות דיונית) שהחוק מעניק לו. **נטילת זכויות זו פוגעת בחבר הכנסת. היא המעניקה להליך זה אופי כעין-שיפוטי**, להבדיל מאופי חקיקתי או מינהלי [...] נוצר מעין "סכסוך" שבו משמשת הכנסת כגורם מכריע". (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 695 (1995)).

1. לאורך השנים **הכירה הפסיקה בשורה ארוכה של סמכויות שלטוניות כסמכויות בעלות "אופי שיפוטי",** **ובכללן: החלטה של רשות תובעת בעניין העמדה לדין** (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 510 (1990)); החלטת היועץ המשפטי לממשלה להורות על עיכוב הליכים פליליים (בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 724); **הליך ביקורת פנים ברשות המקומית הקובע ממצאים כנגד חבר מועצה** (בג"ץ 7805/00 אלוני, חברת מועצת עיריית ירושלים נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 599); **החלטת ועדת הבחירות לכנסת לפסול רשימת מועמדים מהתמודדות בבחירות** (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 61); ועוד (להרחבה ראו פסק דינו של הנשיא ברק: בג"ץ 12002/04  מח'ול נ' הכנסת, פ"ד ס(2) 325, 341 (2005)).
2. לסיכום, סמכות שלטונית שבמסגרתה בעל הסמכות מכריע לאור נסיבותיו של מקרה קונקרטי, על יסוד ממצאים שהוצגו בפניו, באופן שצפוי להשפיע על זכויותיו של פרט או תאגיד מסוים – הינה סמכות בעלת "אופי שיפוטי".
3. **ובענייננו – העותרת תטען כי סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע כי מתקיים הסדר כובל, ולחתום על צו מוסכם עם חברות הגז, נופלות בדיוק להגדרה זו של סמכות שלטונית בעלת "אופי שיפוטי".** מכאן, שחל איסור על נטילתן על ידי השר הממונה, וכפועל יוצא מכך - על ידי הממשלה בכללותה.
4. האופי השיפוטי האמור בא לידי ביטוי בהליך שקיים הממונה בקשר לצו המוסכם והכרזה על הסדר כובל בין חברות הגז. כך, הממונה ניהל הליך שימוע ארוך למול חברות הגז, כשלב מקדים לקביעה כי נעשה הסדר כובל, תוך בחינת האפשרות לחתום על הסדר שיוגש לבית הדין ויקבל תוקף כצו מוסכם. **בהתאם למבחנים שהתוו בפסיקה, ברי כי צעדים אלו הינם בגדר הפעלת סמכויות בעלות "אופי שיפוטי".**
5. עסקינן בהליך במסגרתו נדרש הממונה להכריע האם ההסדר בין חברות הגז הוא בגדר "הסדר כובל", המהווה עבירה לפי הוראות החוק. לצורך כך, עליו לבחון את הממצאים העובדתיים והמשפטיים המוצגים בפניו, ולהחליט האם מדובר ב"הסדר כובל" אם לאו. לתוצאה הצפויה בסופו של ההליך – בין אם קביעה שמדובר בהסדר כובל, בין אם חתימה על טיוטת צו מוסכם – יש השפעה ישירה על חברות הגז. כל אלה ועוד מלמדים כי הסמכויות דנן הינן בעלות "אופי שיפוטי" מובהק.
6. אופיין השיפוטי של סמכויות הממונה מתחדד בהשוואה לסמכויות של רשויות האכיפה להחליט על העמדה לדין פלילי או לעכב הליכים פליליים. סמכויות אלו, כאמור, הוכרו זה מכבר כסמכויות בעלות "אופי שיפוטי". כך, אם הסמכות להורות על העמדה לדין הוכרה כסמכות בעלת אופי שיפוטי, קל וחומר לגבי סמכות הממונה לקיים משא ומתן לצו מוסכם ולבחון אגב כך את התנגדויות הציבור – סמכות שקרובה במהותה לאישור הסדר טיעון.
7. הדבר נכון ביתר שאת, לנוכח העובדה כי בית המשפט שאליו מוגש הצו המוסכם רשאי לאשרו או לדחותו כמות שהוא. הוא איננו מוסמך לערוך שינויים בהסכמות שהובאו בפניו, או לקבל רק את חלקן. בכך מצטמצמת סמכותו של בית המשפט בהשוואה, למשל, לסמכותו של בית המשפט בקשר להסדר טיעון בהליך פלילי: שעה שמוגש לידיו הסדר טיעון, הוא אינו מחויב לתוכן ההסדר ורשאי לערוך בו שינויים כאוות נפשו.
8. **נוכח כל האמור, השר הממונה, והממשלה בכללותה, אינם מוסמכים ליטול את סמכויות הממונה ולקדם במקומו ובניגוד לדעתו את המשא ומתן למול חברות הגז בהתאם להוראת סעיף 34 לחוק יסוד הממשלה. מדובר בסמכויות בעלות "אופי שיפוטי", שאין לנוטלן.** 
   * + 1. **מן החוק "משתמעת כוונה אחרת"**
9. נטילת סמכויות הממונה על ידי המשיבים אסורה מטעם נוסף: מחוק ההגבלים העסקיים משתמעת כוונה אחרת, בנוגע לנסיבות ולאופן שבהם יוכל השר ליטול את סמכויות הממונה.
10. סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, שכותרתו "פטור", קובע הסדר ספציפי: השר הממונה רשאי לפטור הגבל עסקי מהוראות החוק, לאחר היוועצות עם ועדת הכלכלה בכנסת, אם הדבר דרוש מטעמי מדיניות חוץ או ביטחון. ואולם, בענייננו הסדר זה התבצע רק בדיעבד, ובאורח מלאכותי, כפי שיפורט בפרק הבא.
11. נוכח כל האמור, הרי שקידום המשא ומתן הממשלתי למול חברות הגז מהווה נטילה אסורה של סמכויות בעלות אופי שיפוטי, וזאת בניגוד להוראות החוק ולמשתמע ממנו, ותוך פגיעה בשלטון החוק.
12. **יודגש כי אין לקבל טענה אפשרית שלפיה הסמכויות ניטלו מכוח הסמכות הקנויה לשר הכלכלה בסעיף 52 לחוק.** טענה זו איננה מתיישבת עם עובדות המקרה. בין היתר, מהלך נטילת הסמכויות הובל בידי ראש הממשלה, לא בידי שר הכלכלה. האחרון היה מנותק מהמהלך עד ש"יובּא" לתוכו לאחר גיבוש המתווה, וזאת אך ורק לצורך הפעלת סעיף 52 באורח רטרואקטיבי. **אין לאפשר למשיבים להיתלות בסעיף זה כהנמקה שבדיעבד, במטרה "להלבין" את העדר החוקיות שבניהול משא ומתן עם חברות הגז למתן הפטרים מדיני ההגבלים העסקיים**. לכך נפנה כעת.
13. **הפעלת סעיף 52 בטלה מעיקרה ולא ניתן "להלבין" את חוסר הסמכות בגיבוש מתווה הגז ומתן ההפטרים באמצעותה**
14. בפרק זה תטענה העותרות כי החלטת המשיב 1, מר נתניהו, להפעיל את סעיף 52 לחוק נעשתה שלא משיקולי מדיניות חוץ ובטחון, אלא ככסות בלבד לנטילה הבלתי חוקית של סמכויות הממונה ומעקף בית הדין להגבלים העסקיים. זאת, בחוסר סמכות ותוך הפעלת שיקול דעת פגום ולקוי.
15. כפי שיתואר בהרחבה בפרק זה, הפעלת סעיף 52 לחוק נעשתה מטעמים כלכליים או אחרים – ולא משיקולים מדיניים-ביטחוניים, כאילוץ בשל התנגדותו של הממונה על ההגבלים העסקיים למתווה הגז. דברים אלו עולים בבירור מעדותו של מר נתניהו במסגרת הליך ההיוועצות בוועדת הכלכלה בכנסת:

"אני חושב שההסכם הזה […] אמרתי שההסכם הוא האופטימלי. וזה שונה […] ואני חושב שהיה צריך לקבל אותו. אני חושב שהממונה על ההגבלים היה צריך לקבל אותו. הוא חשב אחרת. וכיוון שחתימתו דרושה לעניין הזה – החוק צפה זאת ואפשר תהליך אחר. אז קודם כל אני רוצה להגיד לך, ההסכם הזה, המתווה הזה איננו אידאלי כי אין דבר כזה, אבל הוא אופטימלי. והוא טוב – הוא חשוב וטוב למדינת ישראל. עכשיו לגבי הדבר השני. אני באמת חושב, אני באמת חושב ואין כאן שום המצאה, ואין כאן שום תכסיס, אני חושב שפיתוח שדות נוספים זה דבר קריטי למדינת ישראל. ויש לזה גם את ההשלכות המדיניות שאני חושב שהחברים כאן ככלל מסכימים איתן. ולכן **ההחלטה הזאת להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כל ממצב שנוצר, שנכפה עלינו, על-ידי התפטרותו של הממונה על ההגבלים**. ולא בגלל מהות ההסכם – ההסכם הוא טוב. אבל ההתפטרות שלו יצרה מצב שגם הסכם טוב, הסכם אופטימלי שאני רוצה להעביר אותו – אני לא יכול להעביר אותו. ולכן **זה מחייב אותנו ללכת למה שהחוק מאפשר; והחוק מאפשר את זה, גם על סמך שני דברים נוספים שיש שם, והם שיקולי הביטחון והחוץ**". [ראו פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 8.12.15, נספח ע/57].

1. צא וראה – אם מלכתחילה השיקולים לפעולה על פי "ההסכם הזה", כלשונו של מר נתניהו, היו שיקולים מדיניים-בטחוניים, הרי שהתפטרותו של הממונה לא היתה מעלה או מורידה. הממונה לא עסק בשיקולים המדיניים והבטחוניים אלא באלה הכלכליים. העובדה שמר נתניהו תולה את סיבת הפעלת הסעיף בהתפטרות הממונה היא ראיה ברורה לכך שלא שיקולים מדיניים או בטחוניים הדריכו אותו, אלא ש"שיקולים" אלה גוייסו לענין בדיעבד רק לאור התפטרות הממונה, קרי – כאשר הממונה סירב לאשר את המתווה בשל פגיעתו בתחרות.
2. להלן נבקש לעמוד על פרשנותו הראויה של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ולהבהיר לאורה מדוע מר נתניהו איננו מוסמך כלל, בנסיבות העניין, להורות על הפעלת הסעיף לצורך אישורו של מתווה הגז. כמו כן יוסבר מדוע ההחלטה על הפעלת סעיף 52 מלמדת על שיקול דעת פסול ובלתי סביר באופן קיצוני, המחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.
   1. **המסגרת הנורמטיבית: סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים**
3. סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים הוא סעיף חריג. הסעיף מקנה סמכות ייחודית לשר הכלכלה, האמון על ביצועו של החוק, להעניק הפטר מהגבל עסקי משיקולי חוץ וביטחון המדינה. כך קובעת לשון הסעיף:

"52. 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".

1. ראש הממשלה, כעולה מדבריו המצוטטים לעיל, ראה בסעיף זה מפלט מסירוב הממונה לאשר את המתווה על פי סמכותו הרגילה בחוק ההגבלים העסקיים. ואולם, **לא לכך נועד סעיף 52 לחוק**. כפישיובהר להלן, פירושו נכון והראוי של סעיף 52 לחוק, בהקשר הכולל של מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים ואופיו, הוא כדלקמן: בכדי להפעיל את הסמכות החריגה הנתונה לשר הכלכלה בסעיף זה, לא די בכך שסוגיה מתחום ההגבלים העסקיים נוגעת, באופן כלשהו, להיבטים מדיניים או ביטחוניים כלשהם. נדרש להראות כי קיים קשר הדוק, קרוב וחזק בין סוגיית ההגבל העסקי לסוגיה המדינית-בטחונית, וכי לא ניתן לפתור את הסוגיה המדינית-בטחונית אלא באמצעות הפטר מנהלי של השר.
2. **על פי מבנה הפיקוח מפני הגבלים עסקיים שנקבע בשיטתנו, והעולה מכל קצוות חוק ההגבלים העסקיים - שר הכלכלה מוסמך להעניק פטור מנהלי להגבל עסקי מכוח סעיף 52 אך ורק כאשר:** (**א) חוק ההגבלים העסקיים מייצר מכשול המוביל בהסתברות גבוהה לנזק מהותי וכבד משקל למדיניות החוץ או הבטחון; (ב) קיים קשר סיבתי הדוק בין ההגבל העסקי, לבין אותו ענין מדיני או בטחוני; (ג) לא ניתן להגשים את המטרה המדינית-ביטחונית כבדת המשקל אלא בדרך של הפעלת סעיף 52 ולא דרך מערך הפיקוח הרגיל (הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים); (ד) הפעלת הפטור הינה מידתית, כלומר מתוחמת רק לעניין הדרוש לשיקול כבד המשקל המדיני או הביטחוני, ואינה גולשת מעבר לעניין החיוני לשמו היא באה.**
   * 1. **תכליות החוק**
3. את סעיף 52 לחוק ההגבלים יש לפרש על רקע תכלית החוק שבגדרו הוא מצוי ומרקם ומבנה מערך הפיקוח שהוקם מכוחו. כידוע, חוק ההגבלים העסקיים מבטא את הכרת המחוקק בחשיבותה של התחרות החופשית בישראל, ואת הצורך במניעת עיוותים כלכליים הנובעים מריכוזיות-יתר בענף מסוים במשק (ראו, למשל: ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213, 230-229 (1998); ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ**, פ"ד ס(2) 120, 137-136 (2006)).
4. כאמור, בכדי להגשים תכלית זו, בחר חוק ההגבלים העסקיים במודל שיפוטי לפיקוח בתחום ההגבלים העסקיים. במרכזו של מודל זה מצויים בית הדין להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים כשביניהם קיימת חלוקה סדורה: הסדרים כובלים בעלי השפעה רחבה על התחרות חייבים לבוא לאישור בית הדין עצמו, ואילו הסדרים כובלים שהשפעתם קלה ביותר – יכולים לבוא בפני הממונה. החלטות הממונה נתונות לערר אף הן בפני בית הדין.
5. עצמאותם של הרשות להגבלים עסקיים ושל בית הדין להגבלים עסקיים - הן אבן יסוד במנגנון הפיקוח על הגבלים עסקיים בישראל. היא מתבטאת בשני מישורים: **האחד**, העדפת מודל עצמאי ושיפוטי על פני מודל בו השר האחראי הוא השוקל שיקולי תחרות ומאשר הסדרים כובלים. **השני**, העדפת מודל של רגולטור כללי לתחרות על פני רגולטורים סקטוריאליים, הנתונים יותר ללחצים וקרובים יותר למפוקחיהם. אכן, "תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קירבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח" **(**ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 651 (2001)).
6. עצמאות זו הינה הכרחית. על גורמים אלה מוטל הנטל לעמוד בפני גורמים עסקיים בעלי עוצמה במשק, אשר בידיהם הכלים והיכולת להשפיע על תהליכים פוליטיים הנוגעים להם ולהגביל את התחרות תוך פגיעה בציבור. מתוך הבנת הסיכונים הללו, חוק ההגבלים הפקיע במכוון את הפיקוח על ההגבלים העסקיים בישראל מידי הממשלה, שריה ומשרדיה, והפקידה בידי גורם שיפוטי, מקצועי, עצמאי ונטול פניות.
7. נכון הדבר שבעתיים כאשר אנו עוסקים בריכוזיות בענף הגז הטבעי: משאב טבע חיוני ביותר למשק, שבו צפויים שאר ענפי הכלכלה להיות תלויים. על סכנה זו עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, במכתב חריג ששלח למנכ"ל משרד ראש הממשלה ביום 16.12.2014 שכותרתו "'יש לוויתן בחדר' – הצעה לחשיבה חדשה לשם הסדרת תחום הגז הטבעי" (זמין ב: index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents LetterDeputyAttorneyGeneral.pdf), ובו כותב עו"ד ליכט כי:

"**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**".

***מכתבו של עו"ד אבי ליכט "יש לוויתן בחדר" מיום 16.12.2014 – מצ"ב ומסומן כנספח ע/65***

1. לאור תכליות אלו, ברי כי יש לפרש את סעיף 52 בצורה מצומצמת וזהירה אשר תעלה בקנה אחד עם מטרות החוק. פרשנות המתירה שימוש נרחב בסעיף 52 לחוק ההגבלים תייצר "מסלול עוקף", אשר באמצעותו יוכלו הממשלה או מי מטעמה להכשיר מונופולים וקרטלים ולפטור אותם מהוראות החוק כאוות נפשם. זאת ללא אמות מידה ברורות להפעלתה של סמכות מרחיקת לכת זו, ותוך ניצול לרעה של הטיעון "הביטחוני-מדיני", גם כאשר משקלם של ההיבטים הביטחוניים והמדיניים במכלול השיקולים הנוגעים לאסדרתה של סוגיה מסוימת הוא שולי ודחוק או שכלל אינו מתקיים.
2. שימוש כזה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים יוביל לפגיעה בתחרות החופשית במשק וברווחת הציבור בישראל. בכך, יתממש החשש שאותו בדיוק ביקש חוק ההגבלים למנוע – טשטוש ההבחנה הברורה בין פיקוח מינהלי-פוליטי לפיקוח שיפוטי על הגבלים עסקיים בישראל, והחדרת הפוליטיקה מקום בו החוק ביקש בבירור להימנע ממנה. מכאן, שפרשנות מרחיבה של סעיף 52 לחוק ההגבלים תוביל לריקון מתוכן של הפיקוח הסדור, האובייקטיבי והעצמאי על ההסדרים הכובלים במשק, ותפרוץ באופן אנוש את ההגנה על הציבור בישראל מפני קרטלים ומונופולים.
   * 1. **הנוהג המינהלי**
3. **סעיף 52 מעולם לא הופעל עד כה בישראל, ולמיטב ידיעתן של העותרות, מעולם אף לא נשקלה הפעלתו – גם לא בשעות החירום והמלחמות הרבות שעברה מדינת ישראל**. עובדה זו כשלעצמה מלמדת על קיומה של פרקטיקה מינהלית של הימנעות מהפעלת הסעיף בתחום ההגבלים העסקיים. לפרקטיקה זו יש, כידוע, משקל בתהליך הפרשני (ראו, בין רבים, בג"ץ 547/84 **עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי**, פ"ד מ(1) 113, 146-145 (1986); עע"ם 4068/10 **עיריית חולון נ' קר פרי בע"מ**, פיסקה 16 (השופטת מ' נאור) (20.16.2011)).
4. הימנעות זו מהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים – מחזקת את הפירוש שלפיו הסעיף נועד למקרה חריג שבחריגים, כאשר משקלם המכריע של ההיבטים המדיניים-ביטחוניים של התחום שבו נוצר הסדר כובל, והדחיפות הגדולה הנוצרת בנסיבות העניין, מצדיקים מתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, כולן או מקצתן.
5. הנוהג המינהלי שהתגבש מבטא הכרה ברורה במבנה הפיקוח הסדור והרגיל המושתת על מודל שיפוטי, אובייקטיבי חסר תלות פוליטית. מודל זה מוסר את הטיפול בהסדרים כובלים לידי בית הדין להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים. זאת לעומת המסלול המינהלי המקוצר והקל, המעוגן בסעיף 52 לחוק, ועל פיו די ב"פתק" משר הכלכלה על מנת לפטור לדראון עולם מונופול רב עוצמה מכל פיקוח על פי חוק ההגבלים העסקיים.
6. ודוק: החלטה של הממונה במתן פטור להסדר כובל – כפופה לערר De Novo בפני בית הדין להגבלים עסקיים; החלטה של בית הדין להגבלים עסקיים כפופה לערעור בזכות בפני בית המשפט העליון. מנגד, החלטת שר הכלכלה על מתן הפטר מכוח סעיף 52 לחוק אינה כפופה לכל מבחן שיפוטי של ביקורת לגופו של ענין.
7. ראייה כזו, אשר אומצה על ידי ראש הממשלה מטעמים זרים – מעוותת היא וחסרת פשר: המומחים להגבלים עסקיים – הממונה ובית הדין - כפופים לעררים ולביקורת שיפוטית לגופם של דברים. דווקא השר, אישיות פוליטית שאינה חפה מלחצים ואיננה נקיה מאי תלות – פטור מהליך סדור, וחסין מפני ביקורת שיפוטית. דווקא השר רשאי – כך על פי המשיבה – ליתן כל פטור שיעלה על דעתו: לעבר, לעתיד, למעשה של עבירה שאירעה, למעשה של עבירה שיארע – ואין איש פוצה פה ומצפצף. ברור כי פרשנות כזו – מופרכת היא.
   * 1. **יש מקום לשיקולי חוץ וביטחון גם במסלול השיפוטי**
8. סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "בית הדין [להגבלים עסקיים] יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים". סעיף 10 לחוק מוסיף ומונה שיקולים שאותם רשאי בית הדין להביא בחשבון בבחנו את טובת הציבור, אך אין זו רשימה ממצה וכך נקבע גם בפסיקה (ראו למשל: ה"ע (י-ם) 13/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' המועצה הישראלית לצרכנות, פסקה 6 (פורסם בנבו, 27.1.1997)).
9. יתירה מכך: בית הדין להגבלים עסקיים אינו "עיוור" לשיקולים החורגים משיקולי התחרות. אדרבה, המודל השיפוטי קובע כי רק לבית הדין (בשונה מן הממונה) ניתן להביא שיקולים המחייבים הכרעה בין אינטרס התחרות מזה ואינטרסים חיצוניים לתחרות – מזה. משמעות הדברים פשוטה ונוקבת: כאשר קיימת טענה להתנגשות ערכים של תחרות ומדיניות חוץ ובטחון – זהו בדיוק המקרה לו הועד ולו הוקם בית הדין להגבלים עסקיים. לא רק שאפשר להביא בפניו גם את השיקולים מתחום החוץ והביטחון המצדיקים, לשיטת הממשלה, מתן פטור להסדרים הכובלים, או קביעת תנאים שיבטיחו את הגשמת האינטרסים הבטחוניים, יהיו אשר יהיו. אלא שחובה היא כי בית הדין יערוך בדיקה זו ולא אחר.
10. מן הסמכות הנתונה לבית הדין להגבלים עסקיים להידרש גם לשיקולים מדיניים וביטחוניים בעת אישור הסדר כובל, אנו למדים ביתר שאת על **שיוריותו של "המסלול העוקף" המעוגן בסעיף 52 לחוק ההגבלים**.מיקומו של סעיף 52, מיעוט הדרישות ממנו, והקשרו מצביעים על כך **שיש להידרש לו אך ורק כאשר אין אפשרות מעשית להביא הסדר כובל לאישור בית הדין להגבלים עסקיים המהווה את "דרך המלך"** **לכך**. אכן, אם מפאת קוצר זמן בעת מצב חירום לאומי, או כאשר מדובר בהסדר הכובל המהווה סרח עודף לעניין שליבו מדיני-ביטחוני – אין כל סבירות או יכולת להביא את ההכרעה לבית הדין, כי אז נוצרת ההצדקה להפעלת סעיף 52, אך כאמור – מדובר במקרים חריגים שבחריגים.
    1. **חוסר סמכות: המשיב 1, מר נתניהו, אינו מוסמך להורות על הפעלת סעיף 52 לחוק בנסיבות העניין**
11. **עד כה עמדנו על האופן שבו יש לפרש את** **סעיף 52 לחוק ההגבלים: זהו מנגנון שיורי, אשר נועד להותיר מרחב פעולה לשר הכלכלה במקרים קיצוניים ויוצאי דופן, בהם שיקולים קריטיים, חיוניים, דחופים ומכריעים של חוץ או ביטחון המדינה הם כה כבדי משקל ונחוצה הכרעה מהירה – עד כי הדבר מחייב מעקף מיידי של מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים הסדור, העצמאי האובייקטיבי והשיפוטי.**
12. עתה נבהיר מדוע לפי פרשנות מתחייבת זו, **מר נתניהו כלל אינו מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק בנסיבותיו של מתווה הגז**.
    * 1. **ספק אם שיקולי חוץ וביטחון הם שהנחו את המשיב 1 להפעיל את סעיף 52**
13. מלכתחילה, המועד החשוד בו עלו שיקולי "החוץ והביטחון" לראשונה מעלה ספק עמוק בדבר כנותם ונחיצותם בתמונה הכוללת של אסדרת משק הגז בישראל. כפי שיתואר להלן, **ההתנהלות הממשלתית מעוררת חשד כבד שהשימוש בהיבטים המדיניים-ביטחוניים לא נועד אלא כדי "להלבין" ולהכשיר – בדיעבד, ולא מראש – מהלך לעקיפתם של בית הדין להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים,** אשר עמדתו לא הייתה נוחה למקבלי ההחלטות. זאת, בניגוד מוחלט להוראות חוק ההגבלים ולתכליתו, ותוך הפרה של חובת התכליתיות, תום הלב וההגינות החלות על המינהל.
14. נתונים רבים מטילים צל על ההחלטה לפנות לסעיף 52 לחוק ההגבלים בעיתוי הנוכחי. כזכור, הממונה על ההגבלים העסקיים ניהל מול חברות הגז משך למעלה מארבע שנים את הליך השימוע בטרם קביעת הסדר כובל**.** ואולם, **לכל אורך המשא ומתן הארוך שקיים הממונה למול חברות הגז לגיבוש הצו המוסכם – אף לא גורם ממשלתי אחד התערב או העלה את הטענה כי יש לשקול במסגרת העניין גם שיקולי חוץ וביטחון.**
15. למעשה, נראה כי **האפשרות להפעיל את סעיף 52 לחוק הועלתה לראשונה על ידי נציגיהן של חברות הגז עצמן**, לאחר שהממונה על ההגבלים הודיע על החלטתו לחזור בו מן הצו המוסכם, ולא על ידי גורמים ממשלתיים.
16. כך, יומיים לפני הקמת צוות קנדל, התראיין עו"ד אלדד כורש המייצג את איגוד חברות הגז בעיתון "גלובס" והצביע על האפשרות להפעיל את סעיף 52 לחוק כאמצעי "לעקיפת" הממונה על על ההגבלים העסקיים. במסגרת זו, הועלו לראשונה אותם שיקולי חוץ וביטחון. כדבריו: "בוודאי שמדובר בעניין שיש לו השלכות על יחסי החוץ של ישראל עם מדינות זרות, כיוון שההחלטה מעמידה בספק עסקאות למכירת גז לירדן, מצרים והרשות הפלסטינית. בנוסף קיימים האיומים הממשיים של נובל לפנות לבוררות בינ"ל ולתבוע את ישראל מכוח אמנות בינ"ל - עוד מהלך שיכולה להיות לו השפעה רבה על יחסי החוץ" (ראו: עמירם ברקת "יזמי הגז יכולים לעקוף החל החלטת גילה באמצעות חריג לחוק" **גלובס** (25.12.2014) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000996151).
17. באותם ימים, שר הכלכלה דאז, מר נפתלי בנט, הודיע כי הוא מתנגד להפעלת סעיף 52 לחוק משום שמדובר בסעיף השמור למקרים קיצוניים ביותר. כהודעת לשכתו לתקשורת: "[...] סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים שמור למקריים קיצוניים ביותר, וכרגע אנחנו לא במצב הזה", ומנגד, חברות הגז הן שהעלו את הטענה בדבר המשמעויות הדיפלומטיות עבור מדינת ישראל הגלומות בייצוא הגז מלוויתן (ראו: ליאור גוטמן "הפסד ראשון לשותפות לוויתן? בנט לא יעקוף את ההחלטה של גילה" **כלכליסט** (28.12.2014) www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3648513,00.html).
18. הנה כי כן, בתחילת הדרך דחתה הממשלה מכל וכל את הטענה לפיה קיימים שיקולי חוץ וביטחון המצדיקים את הפעלת סעיף 52 לחוק. כפועל יוצא – לא צורף לצוות קנדל אף לו נציג אחד שהחזיק במומחיות ביטחונית-מדינית, ואף לא נציג מטעם שר הכלכלה, שבסמכותו להפעיל את סעיף 52 לחוק. לכל אורך הדיונים הארוכים שניהל צוות קנדל – לא הועלו שיקולי החוץ והביטחון, ולא נתבקשו חוות דעת ביטחוניות ומדיניות מהגורמים המוסמכים אשר יעמדו על המשמעויות הבטחוניות והמדיניות הישירות העולות מהמתווה המוצע.
19. הלכה למעשה, **קיומם של שיקולי חוץ וביטחון ואפשרות הפעלתו של סעיף 52 לחוק הועלו לראשונה על ידי פקידי הממשלה רק בחודש מאי 2015 – ורק לאחר שהממונה על ההגבלים העסקיים הודיע כי הוא מתנגד למתווה הגז המתגבש על ידי קנדל, ונוצר "הצורך" לעקפו**.
20. עיון בתמציות הפרוטוקולים של דיוני "צוות קנדל", מלמד כי שיקולי מדיניות חוץ וביטחון והאפשרות של פנייה לסעיף 52 לחוק ההגבלים הועלו בדיוני הצוות לראשונה רק ביום 6.5.2015, בדיון בו הביע הממונה על ההגבלים העסקיים את התנגדותו למתווה המתגבש מול חברות הגז. בעקבות זאת נאמר לו כי אם לא יפעל לאישור מתווה הגז באמצעות פנייה לבית הדין להגבלים – יופעל סעיף 52 לחוק כדי לעקוף אותו (ראו בסיכום ישיבת צוות קנדל מיום 6.5.2015 (שהתפרסם לציבור רק ב-1.7.2015) – עמ' 82-81 לקובץ "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי", לעיל נספח ע/31).
21. כך עולה גם מהדברים שנאמרו במסגרת הדיונים בהיוועצות בוועדת הכלכלה של הכנסת. כאמור הבהיר מר בנימין נתניהו עצמו, בדיון מיום 8.12.2015, כי ההחלטה להפעיל את סעיף 52 לחוק מטעמי "חוץ וביטחון" עלתה רק לאחר סירוב הממונה לקבל את מתווה הגז: "**ההחלטה הזאת להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כל ממצב שנוצר, שנכפה עלינו, על-ידי התפטרותו של הממונה** על ההגבלים. [...] זה מחייב אותנו ללכת למה שהחוק מאפשר; והחוק מאפשר את זה, גם על סמך שני דברים נוספים שיש שם, והם שיקולי הביטחון והחוץ" (ראו נספח ע/57 לעיל).
22. כך הבהירו גם הפקידים השונים אשר הופיעו בפני ועדת הכלכלה. כך למשל, אמר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), עו"ד אבי ליכט, בדיון מיום 29.11.2015 כי "**השימוש בסעיף 52 עלה ברגע שהבנו שאנחנו לא יכולים להמשיך לכנס את המתווה הזה בשיתוף פעולה עם הממונה על ההגבלים העסקיים,** נקודה".. גם ממלא מקום הממונה על ההגבלים העסקיים, עו"ד אורי שוורץ, הבהיר באותו היום כי "**הצורך בסעיף 52 נוצר בגלל סיטואציה**". כך עלה גם מהדברים שנשא הממונה על ההגבלים היוצא, פרופ' דיוויד גילה, בדיון ביום 1.12.2015. רוצה לומר: לא שיקולי מדיניות החוץ ובטחון המדינה, שלא נדונו כלל על ידי "צוות קנדל", הם שהובילו לשימוש בסעיף 52, אלא סרובו של הממונה על ההגבלים העסקיים לאשר את ההסדר שהונח בפניו בידי פקידי הממשלה.
23. בסופו של דבר, רק ביום 25.6.2015 התקבלה החלטה לקונית של הקבינט המדיני-בטחוני, הקובעת כי "בעת הנוכחית, עיכוב בהרחבת שדה 'תמר' ובפיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לוויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים של מדינת ישראל הוא בעל השלכות שליליות משמעותיות על יחסי החוץ ועל ביטחון המדינה" (ראו סעיף 1 להחלטה מספר ב/6 של ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) מיום 25.6.2015). ואילו חוות הדעת הכתובות מטעמם של משרד החוץ והמטה לביטחון לאומי, ואשר עסקו באופן כללי ותמציתי בלבד בהיבטיה המדיניים והביטחוניים של תגלית הגז בישראל, נכתבו אך בחודש יולי 2015.
24. אף ועדת הכלכלה בכנסת התרשמה כי שיקולי החוץ והביטחון שהועלו מצד גורמי הממשלה לקו במלאכותיות רבה והוצגו אך לצורך מעקף הממונה על ההגבלים העסקיים. כדבריה:

"ברור, כי הנזק מהנצחת המונופול ומאישור ההסדרים הכובלים במסגרת המתווה הוא אדיר, מנגד, **התועלת לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה** **מוטלת בספק רב, יש יגידו גם מלאכותית**".

1. התנהלות הממשלה סביב הנושא המדיני-ביטחוני, ובפרט העדרן של חוות דעת מבוססות של גורמי ההערכה המוסמכים מעוררת, אפוא, תהיות עמוקות בדבר עצם קיומם של שיקולי חוץ וביטחון דחופים המחייבים את הפעלתו של סעיף 52 לחוק. **לשיטת העותרות, הניסיון לבסס את המעקף הפסול של סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים על הסמכות הקבועה בסעיף 52 לחוק, אינו אלא ניסיון קלוקל להכשיר בדיעבד ו"להלבין" ומטעמים בלתי עניינים הליך בלתי חוקי של נטילת סמכויות הממונה.** זאת עלרקע לחצים עסקיים פסולים המופעלים על ידי חברות הגז. **שימוש בסעיף 52 כהנמקה שבדיעבד לנטילת סמכות אסורה עולה כדי חוסר תום לב ואי-הגינות מינהלית.**
2. נוכח כל האמור, יטענו העותרות, כי על פניו, לא שיקולי חוץ וביטחון ממשיים, דחופים וכבדי משק, הם שהנחו את מר נתניהו לפנות להפעלת סעיף 52 לחוק.
   * 1. **גם אם קיימים שיקולי חוץ וביטחון – אין בהם כדי להוביל להפעלת סעיף 52**
3. אף אם נקבל את הטענה לפיה להסדרת משק הגז הטבעי בישראל בעת הזו, ובאמצעות מתווה הגז, יש השלכות מסוימות על אינטרסים מדיניים ואף ביטחוניים של מדינת ישראל – הרי **שבהתאם לפרשנותו הראויה של סעיף 52 לחוק, אין בהם כדי להסמיך את מר נתניהו להורות על הפעלת הסעיף.**
4. זאת, שעה **שמדובר לכל היותר בשיקולים משניים, נסיבתיים בלבד ולא דחופים. אף לא מתקיים קשר סיבתי ישיר בין שיקולים אלו לבין הצורך בכל הגבל העסקי, קשר שהיה יכול ללמד כי לא ניתן להגשים את המטרה המדינית-ביטחונית כבדת המשקל אלא באמצעות ביצורו של מונופול, בדרך של הפעלת סעיף 52 ומעקף הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים.**
5. ברור, כי כל צורך בטחוני יכול לקבל מענה, על ידי מחזיקים שונים ומתחרים במאגרי הגז. אף המדינה אינה טוענת שיש צורך ביטחוני או אחר בקיומו של מונופול הגז, אלא "צורך" בכניעה למונופול נוכח חשש מההשלכות הכלכליות של התנהלותו ואיומיו. צורך זה, אשר בעיני העותרות כלל אינו לגיטימי במהותו, הוא לכל היותר משני ועקיף לצרכי ביטחון, ככל שהם קיימים.
6. כידוע, בפני הקבינט המדיני-ביטחוני ובפני מר נתניהו עמדו שתי חוות דעת: הראשונה, מטעם משרד החוץ (ראו נספח ע/33 ונספח ע/52-א) והשנייה, מטעם המטה לביטחון לאומי (ראו נספח ע/32 ונספח ע/52-ב).
7. בחוות הדעת של משרד החוץ נטען הגז הטבעי "מהווה מנוף ביחסי החוץ של מדינת ישראל וכן תורם ליציבות השלטונית באזור [...] יכולת יצוא למדינות האזור ולאירופה, הופך אותה [את ישראל] למדינה בעלת נכס אסטרטגי ומעמד מדיני חשוב שיכול לשמש מנוף לפיתוח יחסים דיפלומטיים ומדיניים עם מדינות המזרח התיכון" (בעמ' 1 לחוו"ד משרד החוץ מיום 4.11.2015 – נספח ע/52-א לעיל).
8. חוות הדעת של המל"ל קבעה גם היא כי "קיימות תועלות מדיניות-ביטחוניות מובהקות, הנגזרות מהאפשרות לעגן – באמצעות יצוא גז טבעי מרכיבים ביחסי ישראל עם מדינות שכנות ושותפות להסכמי שלום ובכך להרים תרומה משמעותית לביטחון הלאומי של מדינת ישראל בסביבה אזורית גועשת ומסוכנת. שימוש מושכל בעתודות הגז יכול להגביר את יכולת השפעה של מדינת ישראל במערכת הבינלאומית [...] לסייע לביסוס המערכת החברתית-כלכלית במדינות שכנות (כתוצאה מהשיפור הכלכלי), ועקב כך להפחית את האיום שעלול להיווצר אם תתערער יציבותן, וכוחות עוינים פנימיים יאיימו על הסכמי השלום" (בעמ' 1 לחוו"ד המל"ל מיום 3.11.2015 – נספח ע/52-ב לעיל).
   * + 1. **שיקולי "החוץ והביטחון" הינם חלשים, משניים ונספחים לשיקול הכלכלי**
9. עיקר חשיבותה של תגלית הגז בישראל, היא בהשפעתה על המשק הישראלי – קירובה של ישראל לעצמאות אנרגטית, הוזלת מחירי האנרגיה בישראל, פיתוח ענפים כלכליים חדשים סביב תעשיית האנרגיה וכהנה וכהנה השלכות כלכליות וסביבתיות, שנעמוד עליהן בהמשך בהרחבה. ואמנם, מתווה הגז לא נועד כלל להשיג יעדים מדיניים אלא להביא לכאורה לפיתוחם המהיר של שדות הגז לטובת המשק בישראל. **מכאן, שהמגעים שהתקיימו בקשר לאספקת גז למדינות אחרות – אינם אלא** **יתרונות נספחים להשלכותיה הישירות ומרחיקות הלכת של תגלית הגז על המשק הישראלי, ולפיתוחו של משק הגז לטובת כלכלתה ובטחונה של ישראל.**
10. המומחים החיצוניים שהופיעו בפני ועדת הכלכלה הטילו ספק בנתונים שהוצגו בחוות הדעת האמורות, והבהירו כי **המשא ומתן לכריתת אותם חוזים מצוי בשלבים ראשוניים ושבריריים ביותר; כי בניגוד למצטייר בחוות הדעת שהציג משרד החוץ, לביטולם של אותם מזכרי הבנות אין כל השלכה דרמטית על יחסי החוץ של ישראל**; **כי על מנת שייצוא גז מישראל יהיה בעל משקל מדיני-אסטרטגי, צריך שייחתמו הסכמים מחייבים לייצוא בהיקף גדול, לתקופה ארוכה ובמחיר מתאים; כי ממילא עיקרו של מתווה הגז הוא בהספקת גז למדינות אירופה דרך מצרים ולא לאותן מדינות שכנות; וכי ישנו ספק רב אם הסכמי אספקת גז יתרמו בדרך כלשהי ליציבות המשטרים.**
11. מדברי הדוברים השונים מטעם הממשלה, אשר לקחו חלק בהליך ההיוועצות שהתקיים בוועדת הכלכלה של הכנסת מתוקף סעיף 52, עלה בבירור כי השיקולים "המדיניים-ביטחוניים" אינם אלא בגדר פוטנציאל כללי לשיפור וחיזוק היחסים עם מדינות שכנות. מכאן, שמדובר ביתרון נספח לכל היותר, ולא בשיקול מדיני-ביטחוני מובהק שיש בו כדי להצדיק את הפעלת הסעיף.
12. כך למשל, מנכ"ל משרד החוץ, מר דורי גולד, אמר בדיון ביום 3.12.2015 כי "הפיתוח של הגז של ישראל מהווה **הזדמנות** חשובה **לשיפור מעמדה האסטרטגי** של ישראל וגם כניסה למועדון יוקרתי של יצואני אנרגיה. זה גם גורם **שיסייע בקידום** **יחסי החוץ** של מדינת ישראל". כך גם מר אלון ליאל, מנכ"ל משרד החוץ לשעבר, הבהיר באותו היום כי "כל נושא הגז הוא **הזדמנות כלכלית יוצאת מן הכלל**. אבל הוא **לא ההזדמנות** **האסטרטגית** לשינוי מצבנו בכל האיזור. הוא לא יביא שלום, הוא לא יביא רגיעה. ולכן צריך לשים את זה בפרופורציה". לדבריו של מר ליאל באותה ישיבה, הסכמים כלכליים באופיים הנחתמים בין מדינות, דוגמת הסכמים למכירת גז טבעי, הם בהכרח נספחים ונלווים להסכם מסגרת מדיני: ההסכמים המדיניים הם תנאי הכרחי והם המעצבים את טיב היחסים בין מדינות, ולא ההסכמים הכלכליים. באותו האופן הצהיר מר יוסי כהן, ראש המועצה הלאומית לביטחון לאומי, בדיון ביום 6.12.2015 כי: "לנו יש, מבחינת מדינת ישראל, אינטרס, בעיניי לא פחות ממובהק, לייצר **קשר כלכלי אסטרטגי** גם אפרופו הגז הישראלי עם אותן מדינות שציינתי".
13. כך אף המליצה ועדת הכלכלה בכנסת בתום הליך ההיוועצות מכוח סעיף 52, אשר הבהירה בנימוקי דעת הרוב כי: "**התרשמנו כי הנימוק האמתי לרצון להפעיל את הפטור לפי סעיף 52 הוא דווקא כלכלי** [...] לא ניתן להתחבא – מאחורי נימוקים של מדיניות החוץ וביטחון המדינה ולשאת את שמם לשווא רק כדי להשיג – מטרה כלכלית רצויה. זהו מעקף של שיטת ההגנה הקבועה בחוק והמבוססת גם על בדיקה שיפוטית של בית משפט מקצועי ומיומן בנושא בית הדין להגבלים עסקיים" (ההדגשות במקור).
14. אף דעת המיעוט בוועדת הכלכלה, שהמליצה להפעיל את סעיף 52 לחוק, סברה רק כי "בנושא מתווה הגז ישנם **הקשרים ברורים** לביטחון אנרגטי, ביטחון לאומי והשפעה על מדיניות החוץ של ישראל" – ולא שיקולי חוץ וביטחון מובהקים, דחופים וכבדי משקל שלא ניתנים לשקילה במסגרת ההליך הרגיל בפני בית הדין להגבלים עסקיים.
15. ראוי להדגיש עוד, כי לעת הזו, המגעים שהתקיימו בקשר לאספקת גז ישראלי לחלק ממדינות האזור מצויים בחלקם הגדול בשלבים ראשוניים למדי. כך, על פי חוות דעת משרד החוץ, למעט שני הסכמים לאספקת גז טבעי בכמות זניחה ממאגר תמר לחברות בירדן ובמצרים, הרי שבקשר למאגר לוויתן, לגביו נטען כי הסכמי הייצוא הם תנאי הכרחי לפיתוחו, קיימים לכל היותר מזכרי הבנות בלתי מחייבים (Letters of Intent) מול חברות מסחריות בירדן, מצרים והרשות הפלסטינית.
16. והנה, הניסיון הבינלאומי מלמד כי רוב הסכמי ההבנות לגבי הסחר בגז בעולם כלל לא מגיעים לכלל מימוש, ומכאן כי אין מקום להעניק להם משקל רב (ראו עמ' 7 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר).

***חוו"ד מומחה מטעם פרופ' ברנדה שפר מיום 22.12.2015 – מצ"ב כנספח ע/66***

1. לעומת זאת, ההסכם למכירת גז טבעי ממאגר תמר לחברה המפיקה את מחצבי ים המלח בצידו הירדני (Arab Potash Jordan Bromine) נחתם עוד בחודש פברואר 2014, והוא מצוי בשלבי ביצוע מתקדמים (הקמת צינור להולכת הגז אל מעבר לגבול) ללא כל קשר וללא תלות במתווה הגז. ואילו ההסכם השני אליו מתייחסת חוות הדעת של משרד החוץ, נחתם בחודש מרץ 2015 בין השותפות בתמר לבין חברת DOLPHINUS HOLDINGS, חברה עלומה שמקום מושבה אינו ידוע ואין כל מידע ודאי ובדוק בנוגע לבעליה ולפעילותה. וממילא, מדובר בכמות זעומה של גז טבעי שאינה עולה על 2% בלבד מהגז המצוי במאגר תמר, ואשר השפעתה על יחסי החוץ של ישראל עם מצרים זניחה, באם כלל קיימת.
2. "יחסי השכנות הטובים" אותן מהללות חוות הדעת, נסמכות אפוא על מגעים ראשוניים ביותר לאספקת גז מינורית – בעוד שבכדי שייצוא יהווה נכס בטחוני אסטרטגי צריך שייחתמו הסכמים מחייבים לייצוא בהיקף גדול, לתקופה ארוכה ובמחיר מתאים. ברי כי לא זה המצב בענייננו.
3. בהקשר זה יובהר כי מלכתחילה לא מדובר על כריתת חוזים בין ממשלת ישראל לממשלת מצרים לצורך אספקת גז, אלא על חוזה בין חברות גז מסחריות הפועלות בישראל לחברות גז אירופאיות.
4. באשר להסכמים עתידיים למכירת גז טבעי לרשות הפלסטינית ולירדן, הרי שכמות הגז הדרושה להן קטנה משמעותית מצריכת הגז בישראל ובוודאי שבמצרים, כך שניתן לספק להן גז מהשדות הקיימים מכל גורם שיחזיק בהם אף אם לא יהיה מונופוליסטי. יודגש, כי יצוא גז בכמות קטנה ממאגר תמר למדינות שכנות הוסדר בהחלטת הממשלה 442, ומתווה הגז אינו תורם דבר בהקשר זה.
   * + 1. **אין כל דחיפות מיוחדת בשיקולי "החוץ והביטחון"**
5. **אין כל דחיפות מדינית-ביטחונית מיוחדת המצדיקה פנייה לסעיף 52 לחוק ההגבלים**. כאמור, ההליך בין הממונה על ההגבלים לבין חברות הגז התנהל זה למעלה מארבע שנים, ואילו הממונה על עניני הנפט במשרד האנרגיה, העניק לחברות הגז את שטר החזקה במאגר הגז לוויתן רק בשנת 2014, שעה שהמאגר התגלה עוד בשנת 2010. יחד עם זאת, רק לאחרונה אימצה הממשלה את הקו שלפיו מיצוי ההליכים במסלול שמתווה חוק ההגבלים יביא לעיכוב בן שנים בפיתוח שדות הגז ובהרחבתו של שדה תמר, שיוביל לפגיעה באינטרסים מדיניים וביטחוניים של ישראל. בשל כך ננקטה שורת צעדים מרחיקי לכת, שכל מטרתם להביא לאישור בזק של המתווה שגובש במסלול עוקף מול חברות הגז. דומה, שאווירת הדחיפות שנוצרה סביב אישור מתווה הגז היא מלאכותית וכולה מעשה ידי הממשלה, אשר התמהמהה בכל הקשור לאסדרת משק הגז משך שנים.
6. כמו כן, כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך, ספק אם מיצוי ההליכים לפי חוק ההגבלים ופניה לבית הדין להגבלים עסקיים – חלף המסלול המינהלי לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים – יביאו לעיכוב בפיתוח שדות הגז. בתמצית, למדינה הסמכות לאכוף על חברות הגז את חובתם לפתח את המאגרים - חובה שמקורה בחוק הנפט ובחזקה שניתנה להם. במצב דברים זה, יש להתייחס בזהירות רבה ובהסתייגות לכל טענה בדבר "צורך בהול ודחוף" באישורו של המתווה שלא באמצעות בית הדין להגבלים עסקיים.
7. כך או אחרת, ברי כי ככל שיש דחיפות אמתית בקידום המתווה המוצע על ידי הממשלה, הרי שאין מדובר בדחיפות מדינית. ראוי להדגיש ששיקולי החוץ והביטחון שעליהם עמדה הממשלה אינם תומכים דווקא במתווה. הם מחדדים אמנם את הצורך באסדרה של משק הגז הטבעי בישראל, בכפוף לדין, אך אינם מחייבים לראות בפרטי ההסדר המוצע "כזה ראה וקדש", ובוודאי שאינם מצדיקים הפטרים מדיני ההגבלים העסקיים וביצור הסדר כובל של מונופול הגז. ייתכנו אופני אסדרה אחרים, שאינם כוללים דווקא את חברות הגז שבהן עוסק המתווה, אשר יאפשרו להבטיח אספקת גז למשק הישראלי ולמדינות השכנות שמולן התקיימו מגעים בהתאם להסכמים ולהבנות שגובשו. עיקר הדחיפות בכל הקשור לאסדרת משק הגז הטבעי בישראל נובעת, אולי, מפגיעה כלכלית מסוימת בחברות הגז, כזו המוטלת בספק רב בעקבות ירידת מחירי הגז הטבעי במדינות העולם בשנתיים האחרונות. אך בוודאי שאין מדובר בדחיפות כזו שיש בה כדי להצדיק את הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים.
8. אף הטענות העומדות בבסיס חוות הדעת של משרד הביטחון והמל"ל – על חשיבות פיתוחו של הגז למעמדה הבינלאומי של ישראל ויחסיה עם שכנותיה – אינן מלמדות על שיקולי חוץ וביטחון מובהקים ודחופים שניתן להסתמך עליהם בהפעלת סעיף 52 לחוק.
9. ראשית, **האפשרות כי קידומו של מתווה הגז יאפשר לישראל להשתמש בגז הטבעי כמנוף מדיני במזרח התיכון, כפי שנטען בחוות הדעת, אינה עולה בקנה אחד עם הנסיון שנצבר בעולם בתחום זה**, ונעמוד על כך בהמשך הדברים. מנגד, גם אם ניתן היה לקבל טענה זו בדבר היתרונות האסטרטגיים של השימוש בגז, הרי שהכשלים המקצועיים הרבים שנפלו בחוות הדעת של משרד החוץ מטילים ספק רב בנחיצות ובדחיפות אותה מייחס המשרד להפעלת סעיף 52 לקידומו של מתווה הגז.
10. הטענה העומדת ביסודו הפעלתו של סעיף 52 היא הצורך הדחוף לקדם את מתווה הגז, בשל הנזק המדיני והבטחוני שייגרם בשל עיכוב בייצוא גז למדינות האזור. ואולם מסקירה של אותם שווקים פוטנציאליים במדינות האזור, נדמה כי **אין בעת הזו שווקים המשוועים לגז מישראל, ולפיכך אין כל דחיפות באישורו של המתווה בהקשר זה, ובהפעלת סעיף 52.**
11. מבין השווקים הפוטנציאלים לייצוא גז מישראל, יש להפריד בין ירדן והרשות הפלסטינית למדינות אחרות באזור. **אשר לירדן ולרש"פ – הרי שאת** **כמות הגז הקטנה יחסית הנדרשת על ידן, ניתן לספק כבר היום ממאגר הגז תמר, ללא צורך באישורו הבהול של מתווה הגז**. למעשה, הרש"פ צורכת כבר היום את מרבית הגז הדרוש לה ממאגר זה, שכן החשמל הנצרך ברשות מסופק על ידי ישראל.
12. אף ועדת הכלכלה עמדה על האופן שבו הודעת מצרים על הפסקת שיתוף הפעולה לייבוא גז מישראל והודעת טורקיה על התניית חידוש היחסים בהפסקת ההסגר על עזה – מכרסמות בשיקולי החוץ והביטחון הנטענים ולמעשה מאיינים אותם לחלוטין. כדבריה:

"בעיצומם של הדיונים בוועדה [...] הודיע שר הנפט המצרי על השעיית רכישת הגז מישראל. לא יבשה הדיו על הודעה זו וממשלת טורקיה הודיעה כי עד שישראל לא תשלם פיצויים ולא יסתיים המצור על עזה, היא לא תדבר על עסקת גז עם ישראל. **הודעות אלה לא רק מטילות צל כבד, אלא למעשה מפריכות ומפרקות את הטיעון המרכזי של הממשלה בדבר הצורך כבד המשקל והדחוף לייצא גז למדינות אלה, גם במחיר של פגיעה בתחרות**. נציגי הממשלה לא הביאו בפני הוועדה חוות דעת מעודכנות לאור שינוי הנסיבות -המצדיקות שימוש בסעיף 52 מטעמי ביטחון המדינה או מדיניות החוץ שלה, או נימוקים משכנעים להצדקת המהלך החריג אותו מבקשים לנקוט. **לא הראו בפנינו כי עלול להיגרם למדינה נזק מהותי מדיני או ביטחוני**, ואף לא הסתברות לנזק כזה, ולא נסיבות של 'כורח השעה' המחייבות מעקף" (ראו בעמ' 4 לחוו"ד נימוקי ועדת הכלכלה – נספח ע/59).

1. במקביל, הטענה כי אם לא יאושר בדחיפות מתווה הגז, ולא ייחתמו חוזי יצוא לאספקת גז מישראל לירדן, תהפוך איראן לספקית הגז של ירדן ולבעלת השפעה באזור - מתעלמת מסוגיות יסוד טכנו-כלכליות וגיאופוליטיות. שכן, על מנת להוביל את הגז מאיראן לירדן יש צורך בהעברתו בצינור שנתיבו עובר באזורי הסכסוך בעיראק, דוגמת אזורי השליטה של המדינה האיסלאמית – דבר שאינו אפשרי בעתיד הנראה לעין.
2. לחילופין, אין בשלב זה התכנות כלכלית להובלת גז מאיראן לירדן באמצעות הנזלתו והובלתו באוניות, משום שהדבר יעלה מאוד את מחיר הגז ויצריך הקמת מתקני ענק מורכבים בקרבת עקבה שעלותם גבוהה ביותר. ממילא, מציאתם של מאגרי הגז במצרים תאפשר לירדן לשוב ולרכוש גז ממדינה זו, כפי שעשתה עד שנת 2011. לפיכך, **ההסתברות להתממשותו של תרחיש ההשפעה האיראני - אינה ריאלית ואינה מתבססת על עובדות בשטח** (ראו עמ' 8-7 חוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – נספח ע/66 לעיל).
3. **אשר למצרים – הרי שתגליות הגז הגדולות במצרים מייתרות למעשה את הצורך בייבוא גז מישראל. ודאי שלא ייגרם כל נזק בטחוני או מדיני, או השפעה על יציבות המשטר במצרים, אם לא ייחתמו בבהילות חוזים** בין חברות מישראל לחברות בינ"ל לייצוא גז לאירופה דרך מתקנים הממוקמים במצרים.
4. כמפורט בפרק העובדתי, חוות הדעת של משרד החוץ והמל"ל שפורסמו ביום 1.7.2015 לא התייחסו כלל לקידוחים הקדחתניים שהתקיימו באותה עת בחופי מצרים, ואשר הובילו לכך ששבועות מספר לאחר פרסומה הוכרזה תגלית גז עצומה במצרים (שדה ZOHR). תגלית זו הפכה לחלוטין את תמונת המצב העובדתית אותה צייר המל"ל, בדבר הצורך הדחוף של אספקת מישראל למצרים. ההתעלמות מעובדה מהותית זו, אשר היתה גלויה לעין כל, מלמדת על פערים נרחבים בעבודת המודיעין של המל"ל בסוגיית הגז במקרה הטוב, ועל עבודה רשלנית ובלתי מקצועית או התעלמות מכוונת ומסוכנת מעובדות רלוונטיות במקרה הרע.
5. ואמנם, חוות הדעת של המל"ל מיום 3.11.2015 (ראו נספח ע/52-ב), אשר הוגשה לועדת הכלכלה של הכנסת כחלק מהליך ההיוועצות, מתקנת את חוות הדעת הקודמת וקובעת כי בזכות תגלית ZOHR, תוכל מצרים לשוב ולספק חלק ניכר מצורכי הגז שלה וכי יפחת מאוד הצורך באספקת גז מישראל לשוק המצרי. מכאן, קובע המל"ל, כי אספקת הגז מישראל למשק המצרי היא לכל היותר "אספקת משלימה", וזאת משדה תמר בלבד. התועלת המדינית בייצוא גז מישראל לאירופה דרך מתקני ההנזלה של חברות זרות הנמצאים לחופי מצרים, מבלי שגז זה יגיע כלל לאזרחי מצרים, היא לכל היותר "שיכוך המתיחות" בין ממשלת מצרים לחברות הזרות הפועלות במדינה.
6. יש לציין כי גם הערכת המל"ל המתוקנת, לפיה עדיין צפויות לישראל תועלות מדיניות מייצוא גז למצרים גם לאחר תגלית ZOHR, משום פרק הזמן בן מספר השנים עד לפיתוחו של השדה, הוטלה אף היא בספק ימים ספורים לאחר פרסומה. זאת, לאור פרסום תכנית הפיתוח המואצת של שדה זה על ידי חברת ENI האיטלקית, ממנה עולה כי ההפקה משדה זה תחל כבר בשנת 2017 – כשלוש שנים לפני המועד המשוער לתחילת הפקת הגז משדה לוויתן.
7. בהקשר זה יובהר כי על פי חוות דעתו של יוסי לנגוצקי (המצורפת לעתירה זו), גיאולוג מומחה, נוכח ההכרזה על תגלית במאגר ZOHR וכמויות הגז הקיימות במאגר זה – החל משנת 2018 מצרים לא תזדקק כלל לייבוא גז מישראל, שכן מאגרי הגז בשטחה יספקו את כל צריכת הגז המצרית. ככל שייחתמו הסכמים לייבוא גז מישראל למצרים הרי שמדובר בגז שיועבר באמצעות מתקני ההנזלה שקיימים במצרים וייוצא לאירופה.

***חוות דעת מומחה מטעם יוסי לנגוצקי מיום 23.12.2015 – מצ"ב כנספח ע/67***

1. חוות הדעת של המל"ל תוקנה בצורה מלאכותית ובלתי מספקת לקראת הדיונים בוועדת הכלכלה, תוך שנוספה לה פסקה עמומה שלפיה פיתוח מאגרי הגז עדיין צפוי לחזק את הקשרים עם מצרים – למרות שהעובדות הצביעו על סיכויים נמוכים לכך שמדינת מצרים תזדקק כלל לייבוא גז ישראלי לאור תגלית הגז העצומה שהתגלתה בה.
2. מעבר לכך, חוות הדעת של המל"ל ושל משרד החוץ לא התייחסו לסכסוך העסקי בין חברת החשמל לישראל לחברות הגז במצרים, בשל הפסקת הזרמתו של גז טבעי ממצרים לישראל בשנת 2011, ולהשלכותיו על היחסים בין שתי המדינות. סכסוך זה נדון בבוררות בינלאומית, שהובילה מספר חודשים לאחר מכן להודעתו של שר הנפט המצרי, עוד במהלך קיומם של דיוני ההתוועצות של ועדה הכלכלה בסוגיית סעיף 52, על סירוב לשתף פעולה עם ייבוא גז ישראלי לגבולותיה של מצרים. בכך נסתם הגולל על טענת הדחיפות בקידום מתווה הגז (ראו: ליאור גוטמן "דיווח: שר הנפט המצרי מקפיא המגעים לייבוא גז מישראל" **Ynet** (6.12.2015) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4735645,00.html).
3. על רקע התגלית העצומה של מאגר הגז בחופי מצרים, ונוכח הודעת שר הנפט המצרי על הפסקת שיתוף הפעולה עם ייבוא גז ישראלי לגבולות מצרים – ספק רב אם הפעלת סעיף 52 לחוק תתרום במידה כלשהי ליציבות המשטר המצרי או ליחסיו עם מדינת ישראל. מכל מקום ברור כי לא מדובר בשיקול דחוף וכבד-משקל (ראו עמ' 7 חוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – נספח ע/66 לעיל).
4. חוות הדעת של משרד החוץ מתייחסת גם **לאפשרות לייצא גז מישראל לטורקיה**. ואולם, כפי שמסייגת חוות הדעת של משרד החוץ, **בשל הנתק המדיני בין שתי המדינות, אפשרות זו אינה בת מימוש בתקופה הקרובה.** אף כי בימים האחרונים הוצג באמצעי התקשורת כאילו חלה התקרבות לכאורה ביחסי ישראל טורקיה, כך שתתאפשר חתימה על הסכם בין שתי המדינות למכירת גז, הרי שעל פי דברי שר החוץ של טורקיה, לא ניתן יהיה להגיע לפיוס בין המדינות כל עוד לא תיענה ישראל לתביעתו של נשיא טורקיה ארדואן, להסרת הסגר על רצועת עזה. לפיכך, אין כל דחיפות בהפעלת סעיף 52 לצורך יצוא גז לטורקיה (ראו: ברק רביד "שר החוץ הטורקי: ישראל מילאה רק אחד משלושת התנאים שלנו לנרמול היחסים" **הארץ** (18.12.2015) 674http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.2801).
5. אף ועדת הכלכלה עמדה על האופן שבו הודעת מצרים על הפסקת שיתוף הפעולה לייבוא גז מישראל והודעת טורקיה על התניית חידוש היחסים בהפסקת ההסגר על עזה – מכרסמות בשיקולי החוץ והביטחון הנטענים ולמעשה מאיינות אותם לחלוטין. כדבריה:

"בעיצומם של הדיונים בוועדה [...] הודיע שר הנפט המצרי על השעיית רכישת הגז מישראל. לא יבשה הדיו על הודעה זו וממשלת טורקיה הודיעה כי עד שישראל לא תשלם פיצויים ולא יסתיים המצור על עזה, היא לא תדבר על עסקת גז עם ישראל. **הודעות אלה לא רק מטילות צל כבד, אלא למעשה מפריכות ומפרקות את הטיעון המרכזי של הממשלה בדבר הצורך כבד המשקל והדחוף לייצא גז למדינות אלה, גם במחיר של פגיעה בתחרות**. נציגי הממשלה לא הביאו בפני הוועדה חוות דעת מעודכנות לאור שינוי הנסיבות -המצדיקות שימוש בסעיף 52 מטעמי ביטחון המדינה או מדיניות החוץ שלה, או נימוקים משכנעים להצדקת המהלך החריג אותו מבקשים לנקוט. **לא הראו בפנינו כי עלול להיגרם למדינה נזק מהותי מדיני או ביטחוני**, ואף לא הסתברות לנזק כזה, ולא נסיבות של 'כורח השעה' המחייבות מעקף" (ראו בעמ' 4 לחוו"ד נימוקי ועדת הכלכלה – נספח ע/59).

1. מעבר לכך, כפי שמציינת חוות הדעת של פרופ' ברנדה שפר, המצורפת לעתירה זו, יצוא גז מישראל לטורקיה לא ייצור יתרון מדיני או תלות מדינית של מדינה זו בישראל. לטורקיה יש 4 צינורות פעילים המספקים לה גז טבעי משלוש מדינות: אזרבייג׳אן, רוסיה ואיראן. צינור גז חמישי במספר (מאזרבייג׳אן) יפעל החל בשנת מ-2018. בנוסף, ישנם בטורקיה מתקני ייבוא גז נוזלי ותשתית איחסון גז. הייצוא לטורקיה מורכב טכנית, ומצריך הקמת צינור ארוך בין המדינות, וממילא בעת הזו מהדקת טורקיה את קשריה עם קטר, אשר עשויה להפוך עבור טורקיה לספקית גז חלופית לרוסיה. גם אם אכן גז יגיע מישראל, היא תהיה ספקית שולית, שישית במספר, וקשה לראות כיצד הדבר זה יוצר תלות ויתרונות מדיניים. כמו כן, ממילא, כמות הגז אותה עשויה לספק ישראל לטורקיה זניחה ביחס לצריכת הגז במשק הטורקי, ובוודאי שאין כל יסוד להניח כי תהיה לכך השפעה מדינית-בטחונית חיונית (ראו בעמ' 4 לחו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר, נספח ע/66).
2. ולבסוף, הדחיפות הנטענת לאישור עסקאות יצוא הגז – מחשש שהזדמנויות יצוא תיעלמנה – מלמדת דווקא על חולשתן הרבה והסבירות הנמוכה לכך שהן יחתמו בסופו של יום. זאת, שכן רוב עסקאות הגז בנויות להיות רווחיות לאורך 25-15 שנה, מתוך הנחה שיחולו שינויים רבים כלכליים, פוליטיים, טכנולוגיים ועוד – ואם אותן עסקאות לא עמידות בפני שינויים אלו, הן פשוט לא תתממשנה (ראו בעמ' 7 לחו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר, נספח ע/66).
   * + 1. **אין קשר סיבתי בין הפעלת סעיף 52 לחוק לבין שיקולי "החוץ והביטחון"**

חובת חברות הגז לפתח את המאגרים

1. לטענת הממשלה ומשיב 1 בפרט, החתימה על סעיף 52 לחוק נדרשת על מנת להבטיח את פיתוחם של מאגר לוויתן ומאגר תמר. הפיתוח יקדם את האפשרות לייצא גז למדינות השכנות, ובכך יתחזק מעמדה הבינלאומי של ישראל ויחסיה עם מדינות אלו. ואולם, **בין מתן ההפטר מהגבל עסקי לפי סעיף 52 לחוק לבין פיתוח מאגרי הגז – אין כל קשר סיבתי מחייב**. להלן נבהיר מדוע חברות הגז מחויבות מכוח החוק לפתח את המאגרים במנותק מכל הליך שמתנהל כנגדם בנוגע להפרת דיני ההגבלים העסקיים.
2. פיתוח שדות הגז הטבעי מוסדר בישראל באמצעות חוק הנפט, התשי"ב-1952. מתוקף החוק, הוענקו לחברות השותפות במאגרי הגז תמר ולוויתן, בהן דלק ונובל אנרג'י, שטרי חזקה במאגרים אלו. שטרות אלו מחייבים את החברות לפתח את המאגרים בשקידה יתירה, בהתאם לתכנית פיתוח שאושרה על ידי הממונה על עניני הנפט במשרד האנרגיה ולאבני הדרך הקבועות בתכנית הפיתוח.
3. סעיף 29(ג) לחוק הנפט קובע במפורש כי "לא **הפיק בעל חזקה משטח החזקה נפט בכמויות מסחריות בתוך שלוש השנים הראשונות למתן החזקה**, והשר שלח לו לאחר תום תקופה זו, הודעה הדורשת ממנו להתחיל בהפקת נפט בכמויות מסחריות בתוך זמן שקבע בהודעה ושלא יפחת מששים יום, **תפקע החזקה** **כתום הזמן** הקבוע אם לא התחילה ההפקה כפי שנדרש בהודעה".
4. למול זאת, **חוק** **ההגבלים העסקיים אינו מטיל כל מגבלה על פיתוחם של שדות הגז.** בכל האמור להרחבתו המיידית של שדה תמר, הן לצורך אספקת גז לשוק המקומי ובוודאי לצורך יצוא – הרי ששדה תמר הוא שדה פעיל, המספק כיום את עיקר תצרוכת הגז לישראל. סוגיית ההגבלים העסקיים נוגעת לשדה הגז לוויתן, אשר פיתוחו טרם החל, ואין בכך כדי ליצור מכשול כלשהו לפיתוחו של שדה תמר.
5. אשר למאגר לוויתן, **שטרות החזקה שניתנו לחברות הגז הבהירו במפורש כי אין כל תלות בין חובת החברות לפתח את המאגרים לבין ההליך שמתנהל כנגדן בנוגע לדיני ההגבלים העסקיים**. כך, נקבע במפורש בשטרות החזקה כי מילוי החובות שנקבעו בהן הינן בלתי תלויות בדיני ההגבלים העסקיים, כאשר הפרת דיני ההגבלים העסקיים עשויה להוביל לחיוב בהעברת הזכויות לאחר. ובלשון החזקה (הנוסח המלא זמין ב: energy.gov.il/AboutTheOffice/SpeakerMessages/Pages/GxmsMniSpokesmanOSMarch14.aspx):

"**אין במתן שטר החזקה משום הכשרה של הפרה של חוק ההגבלים העסקיים**, התשמ"ח-1988, ככל שיימצא שהיתה כזו בקשר עם שדה לוויתן; **אם ימצא כי החזקת בעל החזקה בשטר חזרה זה מהווה הפרה** של חוק ההגבלים העסקיים, **יפעל בעל החזקה בהתאם לכל החלטה שיפוטית בעניין זה, לרבות העברת זכויות ושטר החזקה לאחר**, ככל שיקבע כאמור" (ראו סעיף 46 בשטרות החזקה במאגר לוויתן).

***שטר חזקה מס' I/14 "לוויתן דרום" מיום 27.3.2014 – מסומן כנספח ע/68***

***שטר חזקה מס' I/15 "לוויתן צפון" מיום 27.3.2014 – מסומן כנספח ע/69***

1. זו הייתה אף עמדתם של נציגי הממשלה: יוג'ין קנדל, יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה; עו"ד אורי שוורץ, יועמ"ש רשות ההגבלים העסקיים דאז; ועו"ד דרורה ליפשיץ, יועמ"ש משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים) בועדת צמח שעסקה בסוגיית יצוא הגז –

**"יוג'ין קנדל:** מה זה עושה אם יש כזה דבר [הליך משפטי מול בג"ץ או בית הדין להגבלים עסקיים - הח"מ] וזה עוצר את הסכם שלך של פיתוח לוויתן?

**עו"ד אורי שוורץ:** לא. [...] לדעתי החוק מאוד ברור. זה שלא מיישמים אותו זה חמור. [...]

**עו"ד דרורה ליפשיץ**: אנחנו לא יכולים לשלול חזקה בגלל שיש הליך אבל כמובן שאם בסופו של דבר לא יכולים לעמוד בתנאי הרישיון או החזקה אז יש לנו כלים לשלוט. אבל...

**יוג'ין קנדל:** [...] הוא הרי לא ישקיע שום דבר בלי שהוא יודע שזה שלו

**עו"ד אורי שוורץ:** לא. אין פה, לא עומדת על הפרק כוונה להלאים את חלקה של דלק ונובל. זאת אומרת, גם מכירה עתידית אפשרית כזאת של... [...]

**יוג'ין קנדל:** כשהוא מוכר את זה הוא לא הולך ל... כמו שאתה לא צובע את האוטו שלך לפני שאתה מוכר אותו כי זה לא שווה לך.

**עו"ד אורי שוורץ:** תראה, אם הוא נכנס למהלך שבו הוא נכנס לשותפות בניגוד להוראות החוק, אז הוא לא צריך לקבל הטבה מ... לא יכול להיות שם.. [...].

זה תלוי בסיטואציה. יכולה להיות סיטואציה שהעובדה שאתה נמצא באיזה הליך יכולה להיות נימוק לעכב את שלילת החזקה. [...] זה יכול להיות. אבל יכול להיות שיהיה אינטרס ציבורי. למשל אם אתה רוצה לפתח את זה מהר ויש מישהו שעכשיו הולך לבית הדין להגבלים עסקיים ששמה זה יכול לשכב עשר שנים, אתה לא יכול לחכות. אז אתה אומר לו - מצטער מאוד, אי אפשר לחכות, אז אתה לוקח לו את הרישיון.

**יוג'ין קנדל**: אז אתה הולך מיד אחרי זה לבג"ץ.

**עו"ד אורי שוורץ**:אז אתה מסביר לבג"ץ ואז בג"ץ יכול להחליט נגדך ויכול להחליט נגדו.

**יוג'ין קנדל:** זאת אומרת שזה יכול לתקוע לארבע חמש שנים את הביצוע.

**עו"ד אורי שוורץ:** זה לא. [...]

**עו"ד** **דרורה ליפשיץ**: סליחה, אם יש מאבק משפטי אף אחד לא יכול לתת פה תעודת ביטוח מה יהיו התוצאות שלו. אבל באופן עקרוני היו לנו כבר מקרים, ודי לאחרונה, שבאו חברות ואמרו - הממונה על ההגבלים עשה כך וכך. תעכבו אתם את ההחלטות שלכם ואמרנו - אנחנו לא מעכבים את ההחלטות שלנו. אתם צריכים לעמוד מולנו בחובות שאנחנו דרשנו מכם". [...]

**עו"ד אורי שוורץ**: אני לא חושב שאפשר לקבל את זה שבגלל שיש לנו כרגע או עשוי להיות לנו הליך מול דלק ונובל, הם פטורים..".. [עמ' 94-98 לפרוטוקול ועדת צמח מיום 12.12.2011 (זמין ב: http://energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/Transcription/12-12-2011.pdf)].

1. אכן, **אין חולק על כך שחברות הגז מחויבות לפעול בהתאם לתכנית הפיתוח ולשטר החזקה ולפתח את מאגרי הגז. זאת ללא כל קשר ובמנותק מפטור כזה או אחר מדיני ההגבלים העסקיים.**
2. מעבר לכך, **לרשותה של מדינת ישראל עומדים כלים רבים אלטרנטיביים על מנת להביא לפיתוח מאגר הגז לוויתן בלוחות זמנים קצרים יחסית, וזאת מבלי להפעיל בהכרח את סעיף 52 לחוק**. כך למשל, יכול כאמור משרד האנרגיה להפעיל את הסמכויות שהוקנו לו בחוק הנפט ולחייב את חברות הגז לפתח את המאגרים כמתחייב בשטר החזקה ובתכנית הפיתוח – אחרת החזקה תפקע. חששותיה של הממשלה מלהפעיל את סמכותה זו ובאכיפת חוק הנפט, מהווים כלשעצמם פגיעה בשלטון החוק ומצביעים על בעיית אכיפה קשה, הנובעת מעצמת מונופול הגז והסכנות והכשלים שהוא יוצר.
3. שנית, **עומדות בפני המדינה אפשרות רבות לסייע לחברות הגז בהשגת המימון לפיתוח שדה הגז לוויתן, וזאת ללא כל צורך בהפעלת סעיף 52 ובקידומו של מתווה הגז**. כך למשל, יכולה המדינה להעניק לחברות הגז ערבויות כספיות לצורך השגת מימון עלות פיתוח השדה; או להבטיח חוזה משמעותי לרכישת גז, באמצעות חברת החשמל או באמצעות מודל הקונה היחיד (Single Buyer), אשר ישמשו "לקוח עוגן" המאפשר השגת מימון לפיתוח שדה לוויתן. כך, תבטיח המדינה את פיתוח שדה לוויתן, שלא דרך השענות על מימון המושג תודות לחוזי יצוא שייתכן ולא ייצאו כלל אל הפועל.
4. בנוגע לדחיפות לכאורה ביצירת יתירוּת במשק הגז, באמצעות הרחבת שדה הגז תמר, הרי שגם כאן, יכולה המדינה להעמיד לרשות חברות הגז ערבויות כספיות כנדרש. יש להדגיש כי אם אמנם סבורה הממשלה כי העובדה שאספקת הגז לישראל מתבצעת היום בצינור יחיד היא סכנה בטחונית מן המעלה הראשונה, חובה על המדינה לפעול להקמת הצינור הנוסף בכל אמצעי העומד לרשותה, ובשל הסיכון הגדול למשק, לשקול אף את מימון מלוא עלות הקמתו.
5. **הנה כי כן, לא נדרשת הפעלת סעיף 52 לחוק על מנת להבטיח את פיתוח מאגרי הגז.**
6. **מן העבר השני, הפעלת 52 לחוק בעקבותיה ייכנס מתווה הגז לתוקף אינה צפויה לתרום בוודאות קרובה לאותם שיקולי חוץ וביטחון**. כך, בכל הנוגע לפיתוח המאגרים ובפרט לפיתוחו של מאגר לוויתן – אין כל ודאות כי הפעלת סעיף 52 לחוק תוביל לפיתוחם. כפי שקבעה וועדת הכלכלה בכנסת: "לא מצאנו [במתווה הגז] חיוב מוחלט וברור לפיתוח מאגר לוויתן, לא סנקציות מספקות להגנה על האינטרסים הציבוריים ולא אמצעי ושיטת אכיפה יעילה" (ראו בעמ' 3 לחוו"ד נימוקי ועדת הכלכלה – נספח ע/59 לעיל).
7. לא זו אף זו. **התנאים לקבלת ההפטר לפי סעיף 52 לחוק לא כוללים ולו דרישה אחת המלמדת על זיקה ישירה והכרחית לשיקולי חוץ וביטחון**. כך למשל, מר נתניהו לא התנה את המשך ההפטר בכך שחברות הגז יחתמו בהכרח על הסכמי יצוא עם המדינות השכנות שישראל מעוניינת בחיזוק היחסים עימן; הוא לא התנה אותו בכך שחברות הגז יתחייבו שלא להעניק שליטה במאגרים לגורמים עוינים לישראל; הוא לא התנה אותו בכך שחברות הגז ימנעו מלמכור גז למדינות אויב; וכיוצ"ב. אף בכך יש כדי ללמד על הנימוק האמיתי להפעלת סעיף 52 – שאיננו מדיני-ביטחוני כלל וכלל אלא כלכלי גרידא.

החשש מפני בוררות בינלאומית אינו מצדיק את הפעלת סעיף 52 לחוק

1. העותרות הבהירו שלא שיקולי ביטחון וחוץ מניעים מהלך זה של מתן הפטרים והטבות נוספות לחברות הגז. שיקולים אלו גוייסו אך כאמצעי לעקיפת סמכויות הממונה. מבין הצללים מאיימים השיקולים האמיתיים, ובראשם החשש מפני פנייה לטריבונאלים בין לאומיים (יצויין כי לא ברור לעותרות בגין אלו עילות ועל סמך מה). פנייה כזו, כך על פי החשש העולה מהתנהלות המשיבים, עלולה לעכב את פיתוח המאגרים ולשבש את אספקת הגז ולגרור הוצאות כאלו ואחרות.
2. בהתאם לכך, עשה המשיב 1 שימוש בתרחיש מאיים זה ברוב הפורומים בהם נידונה הפעלת סעיף 52 לחוק, לרבות לקראת ההצבעה בכנסת על אישורו ההצהרתי של המתווה וכן במסגרת דיוני ועדת הכלכלה בנושא. הפעלת סעיף 52 ומתווה הגז בכללותו, אם כן, נועדה לצמצם את הסיכון שבחשיפה לתביעות במסגרת בוררות בינלאומית.
3. ראשית, לעניין החשש מעיכוב הפיתוח על רקע ניהול הליכים כאלו. בהקשר זה העותרות תחזורנה ותדגשנה כי יש בידי המדינה כלים לאכוף את המשך פיתוח המאגרים. על הרשויות להתנער מרפיסותן ומתפיסת הנחיתות כלפי מונופול הגז, ולפעול למיצוי סמכויותיהן וחובותיהן כלפי החברות. זו דרך המלך, ולא דרך החתחתים של נטרול הרגולציה ועקיפת הממונה.
4. למעלה מן הצורך, **המתווה מגביר את הסיכון אליו חשופה מדינת ישראל במסגרת בוררות בינלאומית.** חשוב להציג ולפשט את אותו איום אשר ראש הממשלה משמיע מזה חודשים ארוכים באוזני הציבור. כפי שתטענּה העותרות להלן, **ספק אם הסיכון לתביעה במסגרת בוררות בינלאומית היה משמעותי לאורך הליך גיבוש המתווה. למדינת ישראל עמדו (ועדיין עומדות) טענות מבוססות כלפי תביעות שתוגשנה, אם תוגשנה, בידי חברות הגז. יחד עם זאת, סיכון זה הפך משמעותי הרבה יותר מהרגע בו אושר המתווה, ולפיכך זוהי שעת הכושר לבטלו.**
5. ראשית, יש למסגר את אותו סיכון מפני פניה של חברות הגז לבוררות בינלאומית. למיטב ידיעתן של העותרות, מדובר בסיכון המתמקד **בטריבונל בינלאומי אחד בלבד** - בוררות מכח אמנת ההשקעות הדו-צדדית בין ישראל לקפריסין, שנחתמה בשנת 1998 (להלן: "**אמנת ההשקעות**"). כל הליך בוררות בינלאומי אחר יצריך את הסכמתה המוקדמת של מדינת ישראל, הסכמה שהיא כמובן איננה מחויבת לתת. לעותרות לא ידוע על אמנות ו/או הסכמי בוררות נוספים הרלוונטיים ליחסי המדינה עם חברות הגז.
6. מה לאמנת ההשקעות בין ישראל וקפריסין לעניין זה? הלוא המשקיעה הזרה, "נובל", הינה חברה אמריקאית! ברם, כפי שיובהר, התשובה חושפת רובד נוסף של הבריונות המאפיינות את התנהלותן של חברות הגז.
7. לפני כשלוש שנים, בעיצומם של דיוני ועדת ששינסקי, הבינה חברת "נובל" כי אין בידה אפשרות לתבוע את ישראל בפורום בינלאומי, נוכח העובדה שאין בנמצא הסכם בוררות רלוונטי בין ישראל לארצות-הברית. לפיכך, ככל הנראה, החליטה החברה למצוא בכל מחיר את הדרך בה תוכל לאיים על ישראל בפניה לטריבונלים בינלאומיים. היא פעלה להקמת חברת-בת קפריסאית - "נובל אנרג'י מדיטרניאן", והעבירה את הזכויות לפעילות בישראל אליה. כך, תוכל "נובל" לעשות שימוש בבוא העת באמנת ההשקעות, ועוד קודם לכן - להלך אימים על המדינה באמצעות אותו איום בפניה לבוררות.
8. לא מיותר לציין כי הליכי העברת הזכויות לחברת-הבת הקפריסאית נעשו בעיצומם של המגעים בין חברות הגז לממונה. מכאן המסקנה כי להעברת הזכויות הייתה מטרה מרכזית אחת: **לסחוט ולהפעיל לחץ על גורמי האסדרה בישראל**. ממידע שמופיע באתר "נובל" עולה כי **חברת-הבת הקפריסאית כמעט ואינה פועלת כלל בקפריסין, ורוב השקעותיה הן בישראל**. עובדה זו מחזקת את הסברה כי מדובר בתרגיל שמטרתו הפעלת לחץ על ישראל, ורכישת הזכות לתבוע את ישראל במידה ותביעותיהן של חברות הגז לא יענו.

***העתק המידע בדבר פעילות נובל אנרג'י - מצ"ב ומסומן כנספח ע/70***

1. יתר על כן, ככל הידוע לעותרות, הרשויות בישראל לא עודכנו בזמן אמת על אודות העברת הזכויות לחברת הבת, והדבר נודע להן רק בדיעבד.
2. ללא ספק, ההתנהגות המתוארת לעיל של חברת נובל תעמוד למדינת ישראל כטענת הגנה, שעניינה **שימוש לרעה בזכות (abuse of right)** מצד חברות הגז. זאת כמובן במידה ותוגש נגד ישראל תביעה בטריבונל הבוררות מכח אמנת ההשקעות.
3. טענת Abuse of right מבוססת על עיקרון תום הלב, והינה דוקטרינה בסיסית ונפוצה בהליכים משפטיים בינלאומיים, לרבות הליכי בוררות. הדוקטרינה הינה חלק בלתי נפרד מן המשפט הבינלאומי, הן כנורמה מנהגית והן כעיקרון כללי של הדין הבינלאומי (ראו: Michael Byers, *Abuse of Right: And Old Principle, A New Age,* 47 Mcgill L.J. 389, 397-404 (2002)).
4. העותרות סבורות כי התנהלותה הערמומית של נובל אנרג'י – אשר הקימה חברת-בת קפריסאית והעבירה אליה זכויות במטרה להפעיל לחץ על מדינת ישראל, וזאת בעודה מנהלת הליכים אל מול גורמי האסדרה הישראליים, ומבלי לחשוף את צעדיה ומניעיהם - **מגבשת ללא ספק טענת "שימוש לרעה בזכות". טענה זו תעמוד למדינת ישראל כמגן מפני כל תביעת בוררות שתבקש "נובל" להגיש כנגדה**.
5. יתר על כן, סוגיית העברת הזכויות עשויה אף להעלות טענות מקדמיות ביחס לסמכות השיפוט (jurisdiction) של הטריבונל הבינלאומי בסכסוך. אך לפני ימים ספורים נדחתה תביעתו של תאגיד הטבק "פיליפ מוריס", אשר הגיש תביעה כנגד אוסטרליה לפי אמנת השקעות בין אוסטרליה להונג-קונג. זאת בשל חוק שנתקבל באוסטרליה, המחייב את חברות הסיגריות לפרסם תמונות אזהרה ביחס לנזקים בריאותיים שעשויים להיגרם מעישון סיגריות. בדומה לתרגיל שביצעה "נובל", התאגיד הקים גם הוא חברת-בת בהונג-קונג על מנת שיוכל לעשות שימוש בסעיף הבוררות באמנה שבין המדינות. פסק הדין של הטריבונל הבינלאומי טרם פורסם לציבור, אולם מפרסומים בתקשורת העולמית עולה כי הרכב השופטים דחה את התביעה בהסתמך על נימוקים של העדר סמכות שיפוט וכן לאור העדפת האינטרס של בריאות הציבור מכוחו פעלה אוסטרליה (ראו: Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Permanent Court of Arbitration (PCA) <http://www.pcacases.com/web/view/5>).
6. לבסוף, ראוי לציין כי אמנת ההשקעות לא מספקת כר פורה לתביעות אפשריות של נובל. למיטב ידיעתן של העותרות, מדובר באמנה מצומצמת יחסית, אשר לא מכילה "סעיף מטריה" (Umbrella Clause) שמשמעותו היא כי המדינות החברות באמנה רשאיות להגיש תביעה על סמך הפרה של העילות החוזיות. לאור זאת, **הפרת המתווה כשלעצמה לא מקימה עילת תביעה בהליך הבוררות, אלא ניתן לעשות שימוש אך ורק בעילות מן המשפט הבינלאומי, שמקורן באמנה** - כגון הפקעה, הלאמה או אפליה (להרחבה ראו: Jarrod Wong, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investments Disputes,* 14 Geo. Mason. L. Rev.137 (2006)).מדובר בעילות כלליות יחסית, אשר סיכויי הוכחתן נמוכים יותר.
7. **הנה כי כן, בעקבות אותו מהלך של חברת נובל אנרג'י, יתכן כי מדינת ישראל תהיה חשופה לתביעה בבוררות בינלאומית מכח אמנת ההשקעות בין ישראל לקפריסין. יחד עם זאת, ספק רב אם היקף הסיכון במסגרת זו הינו כה רחב ומשמעותי כפי שהוצג על-ידי גורמים בממשלת ישראל בהליך אישור המתווה והפעלת סעיף 52, לאור היותה של אמנת ההשקעות מצומצמת למדי ולאור טענות ההגנה המקדמיות שיעמדו לזכות מדינת ישראל, ומכל מקום - מתגמד הוא אל מול היקפי הנזק שיגרום המתווה**.
8. כאמור, אמנת ההשקעות אינה כוללת "סעיף מטריה". לפיכך, ההסכמות וההתחייבויות אליהן מגיעים הצדדים יכולות לכל היותר להוות חלק מן התשתית העובדתית שתציג התובעת הפוטנציאלית - חברת נובל - בהליך הבוררות הבינלאומי.
9. נוכח האמור, ובניגוד לנרטיב שהוצג על-ידי ממשלת ישראל בחודשים האחרונים – **הפעלת סעיף 52 לחוק ומתווה הגז הרע את מצבה של מדינת ישראל מבחינת הסיכון אליו היא חשופה, ולא היטיב עמה.** זאת, נוכח צירופו של הפעלת סעיף 52 לחוק ואישור המתווה לתשתית העובדתית עליה תסתמך חברת נובל בתביעה פוטנציאלית, בניסיון לבסס את אחת העילות המנויות באמנת ההשקעות.
10. על אף האמור, יש להדגיש כי התהליך עדיין מצוי בשלב - אמנם מאוחר יחסית - של משא ומתן בין הצדדים. המתווה אושר לפני ימים ספורים, במהלך חריג של נטילת סמכות ולא בדרך המלך, ותוך התנגדות ציבורית רחבה. לבית המשפט הוגשו מיד עתירות כנגד המתווה, הדורשות לבטלו או לכל הפחות להצהיר על בטלותם של חלקים ממנו. חברות הגז מודעות למצב דברים זה, וברור לכל הצדדים כי המתווה אינו עובדה מוגמרת עד לדחיית העתירות ותחילת מימוש ההתחייבויות שבמתווה.
11. **לאור זאת, תטענה העותרות כי אם יש שעת כושר לבטל את הפעלת סעיף 52 לחוק והמתווה בכללותו – זוהי השעה; טרם שההסכמות תיהפכנה לעובדות מוגמרות, ויוכלו לשמש את חברות הגז להעלאת טענות בהליך משפטי בינלאומי עתידי**. ככל שהזמן יחלוף, וההסכמות תצאנה מן הכח אל הפועל, תוכל חברת "נובל" לחזק את התשתית העובדתית שתציג ולבסס טענות הסתמכות. אולם בשלב זה, היא עדיין תתקשה לעשות כן.
12. לסיכום – הסיכון העצום אותו ביקשו חברות הגז וממשלת ישראל "למכור" כתירוץ נוסף לאותו "צורך דוחק" ודחיפות להפעלת סעיף 52 לחוק - אינו בהכרח סיכון חד-משמעי שגובר על האינטרסים העומדים מנגד. ודאי שהוא איננו מצדיק את אישור המתווה. גם אם תבחר חברת נובל אנרג'י לפתוח בהליך בוררות מכח אמנת ההשקעות, לא מעט מכשולים יעמדו בדרכה.
13. יחד עם זאת, ככל שיחלוף הזמן, תוכל "נובל" להיבנות מצעדי ההסתמכות, מן ההסכמות בין הצדדים ומיישום המתווה, ולבסס תשתית עובדתית לתביעה עתידית, שעלולה להיות מוגשת לאור מחלוקת עתידית שעשויה לפרוץ בין הצדדים. בהקשר זה חשוב להזכיר את הוראות הכבילה ("סעיפי היציבות הרגולטורית") שבפרק י' למתווה. במסגרת הוראה זו מתחייבת מדינת ישראל שלא לבצע שינויים רגולטורים משך עשור לפחות, ובכך מתעצם אותו סיכון שהולך ומתגבר עם הזמן.
14. אין מנוס, אם כך, מן המסקנה כי זוהי שעת הכושר לביטול המתווה. רק כך תוכל מדינת ישראל בפועל לצמצם את הסיכון מפני תביעת בוררות בינלאומית, ולמזער את הנזק שעלול להיגרם מתביעה שכזו.
    * 1. **אי-שקילת המלצות ועדת הכלכלה "בנפש חפצה" מהווה חריגה מסמכות**
15. לצד התנאי להפעיל את סעיף 52 לחוק רק אם ההפטר מההגבל העסקי דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או ביטחון המדינה, קובע סעיף 52 תנאי נוסף להפעלתו המחייב היוועצות מוקדמת עם ועדת הכלכלה של הכנסת.
16. כידוע, חובתה של רשות מינהלית להיוועץ "בנפש חפצה ובלב פתוח" בישות מייעצת הוכרה בפסיקתנו כחלק בלתי נפרד מכללי המשפט המינהלי (ראו למשל: בג"ץ 512/81 **המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד לח(4) 533, 541 (1981); בג"ץ 653/79 **עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי**, פ"ד לח(2) 85, 95 (1980)). מדובר בחובה מהותית על בעל הסמכות לקיים דיאלוג של ממש עם הגורם המייעץ, מתוך נכונות לקבל את דבריו "בנפש קולטת". כדברי השופט (כתארו אז) מ' חשין:

"התייעצות חייבת שתהא **התייעצות-של-אמת**, התייעצות של אדם המבקש באמת-ובתמים לשמוע לעצתו של הזולת כדי שידע מה דרך ילך בה; ההתייעצות חייבת שתהא התייעצות ממשית, התייעצות בלב פתוח ובנפש חפצה, התייעצות **ברצון טוב ובנפש קולטת**; במילה אחת: התייעצות, פשוטה כמשמעה, חייבת שתהא התייעצות בתום-לב" (בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 518 (2000)).

1. כאשר חוק קובע חובת היוועצות בטרם הפעלתה של סמכות מינהלית, אזי **הפרת חובה ההיוועצות תעלה כדי חריגה מסמכות**, העשויה להקים עילה להורות על בטלותה של הפעולה המינהלית כולה. כפי שנפסק, "**החובה להיוועץ מהווה תנאי לסמכות** הרשות לעשות את המעשה המינהלי, והתקנת התקנה תוך **התעלמות מאותה חובה** **כמוה כחריגה מסמכות**" (ע"פ 3490/90 **יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 11, 16 (1993)).
2. ובענייננו – **סעיף 52 לחוק מחייב כאמור את שר הכלכלה להיוועץ בוועדת הכלכלה** של הכנסת בטרם קבלת החלטה על הפעלתו. **לשון החובה בה נוקט הסעיף מלמדת על חשיבות מיוחדת המיוחסת להליך, אשר מהווה תנאי הכרחי להפעלת הסמכות כולה**.
3. ואולם, החובה לבחון את המלצותיה של ועדת הכלכלה בנפש חפצה הופרה בגלוי ובפומבי – עוד בטרם החל כלל הליך ההיוועצות המחויב על פי דין. הדבר עולה בבירור מהתבטאויותיהם הפומביות של בעלי התפקידים הרלוונטיים, המעידות על כך שמר נתניהו גמר בדעתו לאשר את מתווה הגז כפי שהוא ולהפעיל את סעיף 52, קודם להליך ההיוועצות.
4. כך, הצהיר מר נתניהו בפתח ישיבת הממשלה שבסיומה אושר מתווה הגז כי: "[...]המתווה הזה הוא שיפור משמעותי לעומת המצב הקיים. אבל צריך להבין עוד דבר, **אי אפשר לעצור את זה**. כשדבר נכון צריך להתבצע, והוא כל כך גורלי לכלכלת ישראל ולמצבה האסטרטגי של מדינת ישראל, **הדבר הזה לא ייעצר**. יחפשו עוד דרך לעכב, עוד תירוץ, עוד סיבה – וזה לא יעזור. **המתווה הזה יעבור כך או כך**, והגיע הזמן שהוא יעבור. האינטרסים האמיתיים של מדינת ישראל מחייבים את העברת המתווה הזה כמה שיותר מהר" (ראו הודעת דובר רה"מ מיום 16.8.2015).

***הודעת דובר רה"מ על הצהרת נתניהו מיום 16.8.2015 – מצ"ב כנספח ע/71***

1. מיד לאחר התפטרותו של שר הכלכלה דאז, אריה דרעי, הוסיף מר נתניהו והצהיר כי "משרד הכלכלה יעבור אליי **ואני אאשר את מתווה הגז**" (ראו: רוני זינגר "דרעי התפטר 'בצער' ממשרד הכלכלה; הממשלה אישרה את העברת סמכויותיו לרה"מ" **כלכליסט** (1.11.2015) http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3672339,00.html).
2. כך גם הצהיר שר האנרגיה בטרם החל הליך ההיוועצות כי: "מתווה הגז ייסגר תוך שבועיים, מחכים רק לחתימה קטנה מדרעי [...] אני חושב שזו חובה של כל שר, כשמתקבלת החלטה בממשלה, במיוחד אם בית הנבחרים מאשר אותה, לעשות כל שבידו כדי להוציאה לפועל. ייתכן שזה ייקח שבוע נוסף, מקסימום שבועיים, אבל **המתווה יעבור**" (ראו: מתן חודורוב "שטייניץ על מתווה הגז: 'ייסגר תוך שבועיים, מחכים רק לחתימה קטנה מדרעי'" **לילה** **כלכלי** (20.10.2015) http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1153963).
3. אף יו"ר ועדת הכלכלה התרשם כי הליך ההיוועצות נערך אך כהליך פורמאלי לאחר שההחלטה נתקבלה מראש, ומבלי שהמלצותיה של הוועדה נשקלו בנפש חפצה. כך כתב למר נתניהו: "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" (ראו החלטת ועדת הכלכלה בנושא ההתייעצות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים – נספח ע/58 לעיל).
4. בסופו של יום, במהירות שיא – בחלוף שלושה ימים בלבד מן היום שבו הועברו המלצותיה של ועדת הכלכלה – הודיע מר נתניהו על הפעלת סעיף 52 לחוק. לעמדת העותרות אין כל ספק כי **ההתנהלות האמורה מלמדת על כך שמר נתניהו גמר בדעתו להפעיל את הסעיף עוד בטרם החל הליך ההיוועצות בוועדת הכלכלה, ונמנע מלשקול את המלצותיה בנפש חפצה ובלב פתוח כמתחייב על פי דין**. עובדה זו עולה, כשלעצמה, כדי **פגם מהותי המלמד על חריגה מובהקת מסמכות.**
5. עוד יש לציין, כי על פי הידוע לעותרת, לא הועברו לועדת הכלכלה על ידי המדינה המסמכים החיוניים הנוגעים למתווה הגז ולהפעלת סעיף 52, בכלל זה חוות דעת משפטיות ואחרות, אותם ביקש יו"ר הודעה להעביר לידיו עוד טרם החלו הדיונים, כדי שהדברים יעמדו במלואם בפני חברי הועדה במשך תהליך ההיוועצות.
   1. **המשיב 1, ספציפית, אינו מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק**
      1. **מ"מ שר הכלכלה אינו מוסמך לקבל החלטה הרת גורל כהפעלת סעיף 52 לחוק**
6. כמתואר לעיל בפרק העובדתי, עד לפני שבועות מספר כיהן בתפקיד שר הכלכלה ח"כ אריה מכלוף דרעי, אשר סירב להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים. במצב דברים זה, עמדו בפני מר נתניהו שתי דרכים להוביל לכך שיופעל סעיף 52.
7. **הראשונה**, באמצעות העברת הסמכות להפעיל את סעיף 52 לחוק לידי שר אחר, על פי סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה. לשם כך נדרש אישור הכנסת. בהקשר זה חשוב להזכיר, כי מר נתניהו ניסה פעמיים לאשר בכנסת החלטה בנוגע להעברת הסמכות להפעיל את סעיף 52 לחוק מידי שר הכלכלה לידיה של הממשלה בכללותה – אך נחל כישלון חרוץ. בשתי הפעמים, נוכח מר נתניהו כי העברת הסמכויות לא תזכה לרוב בכנסת ועל כן החליט, ברגע האחרון, להסיר את ההחלטה מסדר יומה של הכנסת.
8. **השניה**, באמצעות מינוי שר כלכלה אחר תחת השר דרעי. גם לצורך כך נדרש אישור הכנסת, שכן סעיף 15 לחוק יסוד: הממשלה קובע כי תחילת כהונה של שר בממשלה מחייבת אף היא את אישור הכנסת, אישור שכאמור קיים היה קושי להשיג.
9. משנכשל מר נתניהו בשתי הדרכים החוקיות אשר עמדו בפניו, לא אמר נואש ומצא פתרון יצירתי העוקף כליל, בניגוד להוראות חוק היסוד, את סמכויות הכנסת. כך, מר נתניהו החליף את שר הכלכלה לשעבר, ח"כ אריה דרעי, בתפקידו, לאחר שהאחרון הודיע על התפטרותו מהתפקיד בשל סירובו להפעיל את סעיף 52 לחוק.
10. ואולם, בכל הנוגע לכהונתו של מר נתניהו בתפקיד שר הכלכלה – הרי שכהונה זו לא אושרה על ידי הכנסת כמתחייב על פי החוק, ומכאן שמר נתניהו משתמש כיום כממלא מקום בלבד לשר הכלכלה למשך שלושה חודשים, בהתאם להוראת סעיף 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה.
11. הנה כי כן, משיב 1 מחזיק כעת בסמכויות שר הכלכלה באופן זמני וארעי, לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים. בנסיבות אלו סבורה העותרת כי הוא אינו מוסמך לקבל בתקופה זו החלטות הרות-גורל ובלתי הפיכות, כדוגמת הענקת פטור ארוך-שנים להגבל עסקי מהוראות חוק ההגבלים העסקיים. יובהר כי קבלת החלטה מעין זו תהווה עקיפה אסורה של הכנסת, שמכוח אמונהּ בלבד מכהנים חברי הממשלה.
12. לשם השוואה, "ממשלת מעבר" נדרשת להפגין ריסון ואיפוק בהפעלת סמכויות שלטוניות – שעה שהיא אינה מכהנת עוד מכוח אמון הכנסת (ראו למשל: בג"ץ 5167/00  **וייס נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נה(2) 455, 470-469 (2001); בג"ץ 8815/05 **לנדשטיין נ' שפיגלר**, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 26.12.2005)). חובה דומה מוטלת על ממלא מקומו של שר, המכהן למשך פרק זמן מוגבל בן שלושה חודשים וכהונתו לא אושרה על ידי הכנסת.
13. בהקשר זה חשוב להזכיר, כמתואר בהרחבה בפרק העובדתי, כי מר נתניהו ניסה פעמיים לאשר בכנסת החלטה בנוגע להעברת הסמכות להפעיל את סעיף 52 לחוק מידי שר הכלכלה לידיה של הממשלה בכללותה – אך נחל כישלון חרוץ. בשתי הפעמים, נוכח מר נתניהו כי העברת הסמכויות לא תזכה לרוב בכנסת ועל כן החליט, ברגע האחרון, להסיר את ההחלטה מסדר יומה של הכנסת. מכאן, שבעניינו לא מדובר אך בעקיפת הכנסת במחדל – קרי בהימנעות מפנייה לאישורה לשם כניסת הכהונה לתוקף, אלא במעקף של ממש של עקרון כהונת הממשלה מכוח אמון הכנסת.
14. עוד חשוב להזכיר כי סמוך להגשת העתירה התפרסמו בתקשורת ידיעות לפיהן צפוי בשבועות הקרובים להתמנות לממשלה שר חדש אשר יחל לכהן כשר הכלכלה. עובדה זו אך מחדדת ומבהירה את זמניותו וארעיותו של כהונת מר נתניהו כממלא מקומו של שר הכלכלה, ומלמדת כי תפקיד זה נלקח על ידו למעשה לצורך ביצוע פעולה אחת בודדת: הפעלת סעיף 52 לחוק תוך מעקף בוטה של כנסת ישראל, בסיומה יועבר התפקיד אל אדם אחר.
    * 1. **מי שמכהן במקביל כרה"מ לא מוסמך לכהן כשר הכלכלה ולהפעיל את סעיף 52**
15. לצד זאת, יבהירו העותרות כי אף אם היה מתקבל אישור הכנסת לכהונתו של מר נתניהו כשר הכלכלה, הרי שלא היה בכך די בכדי להעניק לו את הסמכות להפעיל את סעיף 52 לחוק. זאת, שכן הוא אינו מוסמך להחליט על הפעלת סעיף 52 לחוק בעודו מכהן במקביל כראש ממשלת ישראל.
16. כידוע, בימים אלו מתנהל בפני בית המשפט הנכבד הליך אחר (בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש הממשלה**), במסגרתו נדונה השאלה האם כהונתו של ראש הממשלה כשר אחר מנוגדת להוראות חוק יסוד: הממשלה.
17. לשיטת העותרות, מר נתניהו ודאי אינו מוסמך לקבל החלטה דרמטית והרת-גורל כהפעלת סעיף 52 לחוק יסוד: הממשלה, שעה שכהונתו כשר הכלכלה עומדת בניגוד מובהק להוראותיו של חוק יסוד: הממשלה.
18. בתמצית, יוזכר כי בעוד שחוק יסוד: הממשלה בנוסחו הקודם כפי שנתקבל בשנת 1992 קבע במפורש כי "ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד" (ראו סעיף 33(ד) לחוק היסוד משנת 1992) – הרי שחוק היסוד בנוסחו המתוקן משנת 2001 ביטל הוראה זו, והותיר רק את ההוראה שלפיה "שר יהיה ממונה על משרד" (ראו סעיף 33(ג) לחוק היסוד משנת 1992, וסעיף 5(ג) לחוק היסוד בנוסחו כיום).
19. מכאן, שראש הממשלה אינו מוסמך לכהן במקביל כשר הממונה על משרד, והוא בוודאי אינו מוסמך לכהן כממונה על משרד הכלכלה ולקבל במסגרת זו את ההחלטה התקדימית והמסוכנת על הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים.
20. לא זו אף זו. טעם לפגם מיוחד נעוץ אף בריבוי תפקידי השרים בהם מחזיק ראש הממשלה , מר בנימין נתניהו – המכהן במקביל גם כשר החוץ, השר לשיתוף פעולה אזורי ושר התקשורת. אכן, העובדה כי בכובעו כ"שר הכלכלה", קיבל מר נתניהו החלטה על הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, נוכח קיומם של שיקולי "חוץ וביטחון" הנסמכים על חוות דעת מטעם משרד החוץ שהוא עומד בראשו, ועל חוות דעת מטעם המטה לביטחון לאומי שכפוף לו – מלמדת על אובדן דרך מוחלט ועל מסמוס מנגנוני האיזונים והבלמים הקיימים בתוך הרשות המבצעת.
    1. **הפעלת סעיף 52 לחוק מלמדת על שיקול דעת פסול ופגום מיסודו**
21. אף אם מר נתניהו מוסמך היה לקבל את ההחלטה על הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים (טענה אותה דוחות העותרות, כאמור, מכל וכל) – הרי שבנסיבות העניין מדובר בהחלטה בלתי סבירה ולא מידתית אשר התקבלה תוך התעלמות משיקולים חיוניים ומתן משקל בלתי הולם לשיקולים הרלוונטיים.
22. זאת, שכן אף אם מתקיימים שיקולי חוץ וביטחון המצדיקים לשקול את אפשרות הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים – הרי שמן הטעמים שפורטו לעיל, ודאי שאין מדובר בשיקולים כבדי משקל ומבוססים העולים על כלל השיקולים שעומדים מנגד ובראשם שיקול הבטחת התחרות במשק הגז. ברי כי בסוגיה זו העניק מר נתניהו משקל יתר לפוטנציאל הכלכלי-אסטרטגי בשיפור יחסי החוץ עם המדינות השכנות, אשר ספק אם מתקיים כלל, וייחס משקל חסר לחסרונות המובהקים ולסכנות שבהענקת פטור כה גורף וממושך מדיני ההגבלים העסקיים לחברות הגז.
23. בפרט, מר נתניהו לא העניק את המשקל הראוי להמלצותיה של ועדת הכלכלה; נתן משקל יתר לחוות הדעת המדיניות-ביטחוניות שהוגשו מטעם משרד החוץ והמל"ל; והתעלם משיקולי החוץ והביטחון הנגדיים בגינם היה עליו להימנע מהפעלת סעיף 52 לחוק.
    * 1. **לא הוענקו להמלצותיה של ועדת הכלכלה המשקל הראוי**
24. ועדת הכלכלה קיימה הליך ארוך ומדוקדק בטרם גיבשה את המלצותיה בנוגע להפעלת סעיף 52 לחוק. כך, לאורך כשלושה שבועות, קיימה הוועדה 11 דיונים שנמשכו כ-35 שעות, במסגרתם היא שמעה ותחקרה 3 שרים, 44 חברי כנסת, 23 ארגונים חוץ-פרלמנטאריים, 9 בעלי תפקידים בכירים בשירות המדינה, 11 בעלי תפקידים לשעבר בשירות המדינה ומומחים שונים.
25. בתום הליך זה, המליצה הוועדה בדעת רוב, בחוות דעת ארוכה ומנומקת, להימנע מהפעלת סעיף 52 לחוק כדי לפטור את ההגבלים העסקיים שפורטו במתווה הגז מהוראות החוק. זאת, לאחר שרוב חברי הוועדה התרשמו כי "**הנזק מהנצחת המונופול ומאישור ההסדרים הכובלים במסגרת המתווה הוא אדיר, ומנגד, התועלת לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה מוטלת בספק רב, יש יגידו גם מלאכותית**" (ראו בעמ' 6 להמלצת הועדה, נספח ע/58).
26. למול זאת, מיעוט מקרב חברי הוועדה סברו בחוות דעת בת כחצי עמוד כי יש מקום להפעיל את סעיף 52 לחוק (ראו נספח ע/60). ואולם, אף דעת המיעוט סברה רק כי "בנושא מתווה הגז ישנם **הקשרים ברורים** לביטחון אנרגטי, ביטחון לאומי והשפעה על מדיניות החוץ של ישראל" – ולא שיקולי חוץ וביטחון מובהקים, דחופים וכבדי משקל שלא ניתנים לשקילה במסגרת ההליך הרגיל בפני בית הדין להגבלים עסקיים.
27. נוכח העובדה **שמדובר בהפעלה תקדימית ומסוכנת של סעיף 52 לחוק**, המצויה במחלוקת ציבורית עזה – **מן הראוי כי שר הכלכלה ייחס להמלצותיו של הגורם המייעץ, הוא ועדת הכלכלה, משקל מכריע,** **ויחרוג מהן רק במקרים יוצאי דופן בהימצא טעם מהותי לדבר** (השוו: בג"ץ 5755/08 **ארן נ' ממשלת ישראל**, פס' 13 (פורסם בנבו, 20.4.2009); בג"ץ 8134/11 **אשר נ' שר האוצר**, פסקה 13 (פורסם בנבו, 29.1.2012)).
28. ואולם, **מר נתניהו לא העניק את המשקל הראוי לחוות הדעת האמורה והורה על הפעלת הסעיף בניגוד מוחלט להמלצתה המובהקת של הוועדה**. כל זאת **אף מבלי לנמק** אילו שיקולים יוצאי-דופן חייבו אותו לסטות ממסקנותיה של ועדת הכלכלה ולפעול בניגוד להמלצותיה. בכך, נפל פגום חמור המצביע על הפעלת שיקול דעת לקוי ופגום מיסודו.
    * 1. **ניתן משקל יתר לחוות הדעת שהוגשו מטעם משרד החוץ והמל"ל**
29. כפי שפורט בהרחבה לעיל, על פי חוות הדעת "המדיניות-ביטחוניות" מטעם המדינה (ראו נספחים ע/52-א וע/52-ב לעיל) מתווה הגז יקדם את יחסי החוץ שבין ישראל למדינות השכנות לה ואף מעבר לך.
30. ואולם, **חוות הדעת היו כאמור חלקיות מאוד, חסרות ובלתי מבוססות.** בפרט, הבסיס לחוות דעת אלו מוטל בספק שעה שהגורמים המודיעיניים פספסו, או בחרו להתעלם, מן הקידוחים הקדחתניים במצרים שהובילו לגילוי מאגר גז ענק במצרים שבועות בודדים לאחר מכן. כמו כן, חוות הדעת כלל לא התייחסו לסיכוי בהשגת התכליות האמורות, נוכח העובדה כי המשא ומתן לכריתת אותם חוזים מצוי בשלבים ראשוניים ושבריריים ביותר.
31. מעבר לכך – **חוות הדעת ככל הנראה לא נסמכו על מידע מכלל גורמי הביטחון הרלוונטיים אשר תוכלל ונשקל**. כך, משרד הביטחון מסר לעותרת 1 כי לא נשלחה מטעמו או מטעם צה"ל כל חוות דעת בנושא מתווה הגז (ראו נספח ע/37 לעיל), ואילו לקראת הדיון בנושא בוועדת הכלכלה פורסם כי הרמטכ"ל, ראש המוסד וראש השב"כ סירבו להגיע לדיון ולהביע את דעתם בטענה כי לא עסקו בנושא כלל. בכך, הפר המל"ל את חובתו לתכלל את עמדותיהם של כלל גופי המודיעין וההערכה בנושאים שעל סדר היום ולהציגן בפני הממשלה (ראו סעיף 2 לחוק המל"ל).
32. טעם לפגם מיוחד נעוץ כאמור בעובדה **שמוצאן של כלל חוות הדעת הביטחוניות-מדיניות שהוגשו – בגופים הכפופים ישירות למר נתניהו**. כך, יו"ר המל"ל כפוף ישירות לראש הממשלה ומשמש גם כיועצו לבטחון לאומי (ראו סעיף 3(ג) לחוק המל"ל), וכן משרד החוץ כפוף ישירות למר נתניהו בכהונתו כשר החוץ.
33. בנוסף, חוות הדעת כלל לא התייחסו לסיכונים שביצירת תלות בין מדינות החולקות משאבי אנרגיה (מסוגו של המשבר שפרץ בין רוסיה ואוקראינה), ולכלל שיקולי החוץ והביטחון המנוגדים בגינם ראוי להימנע מהפעלת סעיף 52 לחוק. לכך נפנה כעת.
    * 1. **לא נשקלו כלל שיקולי החוץ והביטחון שכנגד**
34. **באופן מטריד למדי, חוות הדעת האמורות מטעם המל"ל ומשרד החוץ כלל לא התייחסו לצידו השני של המטבע – קרי לסיכונים הביטחוניים והמדיניים הכרוכים באישור מתווה הגז והפעלת סעיף 52 לחוק. טיעונים אלו אף לא נשקלו כלל בידי – ומר נתניהו ממילא לא שקלם כלל**.
    * + 1. **סחר בגז טבעי עלול לפגוע דווקא ביחסי המדינות ובמעמדה הגיאופוליטי של ישראל**
35. נראה כי מר נתניהו נסמך על ההנחה שלפיה יצוא עתודות הגז של ישראל ישפר בהכרח את מעמדה הגיאו-פוליטי של מדינת ישראל. זאת בעוד שעיכוב בייצוא גז יפגע בקידום האסטרטגי של יחסי מדינת ישראל עם שכנותיה.
36. ואולם, על פי חוות הדעת של פרופ' ברנדה שפר, מומחית בעלת שם אקדמי העוסקת מזה כעשרים שנה בנושא השפעת תחום האנרגיה על מדיניות חוץ ומגמות בסחר באנרגיה (מצ"ב לעתירה זו כנספח ע/66) – **הנסיון והספרות המדעית בעולם מלמדים כי יצוא של מקורות אנרגיה מגלם גם סכנה לפגיעה בבטחון הלאומי של ישראל, ולא רק פוטנציאל להיטיב עימו**. זאת, שכן מדינות המייצאות נפט או גז טבעי נוטות להיות מעורבות יותר בסכסוכים צבאיים מאשר מדינות שאינן משופעות במשאבי טבע.
37. תפיסת "צינורות השלום" (Peace Pipelines) גורסת כי אספקת גז טבעי בין מדינות שכנות המחוברות בצינור מביאה לשיפור היחסים הגיאו-פוליטיים בין המדינות. בתפיסה זו מחזיקים ככל הנראה משרד החוץ והמל"ל, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחוות הדעת שהגישו אשר תמכו בהפעלת סעיף 52 לחוק.
38. ואולם, **הנסיון** **האמפירי שנצבר בעולם אינו מציג ולו מקרה אחד בו התממשה תפיסת "צינורות השלום", דהיינו שהקמת תשתית לאספקת אנרגיה בין מדינות אכן תרמה תרומה של ממש לפתרון סכסוך בין מדינות או לפתרון בעיות שבמחלוקת**. זאת, גם בין מדינות המצויות בקשרי ידידות מובהקים (לעניין זה, ראו סוגיית צינור הגז Keystone בין ארה"ב לקנדה). היא הנותנת: שיתוף במשאבי אנרגיה בין מדינות עשוי להעיד על יחסי שלום, אך אינו יוצר אותם (ראו בעמ' 6-5 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
39. בשונה מהאמור בחוות הדעת של משרד החוץ והמל"ל, הנסיון העולמי מלמד כי מעטים עד מאוד הם המקרים בהם מסחר בגז אכן יוצר יחסי תלות, אותם ניתן לרתום להשגת רווחים מדיניים ובטחוניים. יחסי תלות מוגדרים ככאלו בהם הפסקה באספקת המשאב לפרק זמן ממושך יוצרת פגיעה משמעותית באינטרסים ביטחוניים וכלכליים של אחד הצדדים.
40. גם אם נוצרים יחסי תלות, אין הכרח כי המדינה המייבאת את הגז תהיה תלויה במדינה המייצאת גז. שכן, במקרים רבים, המדינה המייצאת עשויה להפוך לתלויה בהכנסות המתקבלות מהמדינה המיבאת. לדוגמה, יצוא גז מישראל למצרים עלול ליצור תלות של ישראל בתקבולי הגז ממצרים, תלות אשר תפגע בחוסנה הכלכלי והבטחוני של ישראל (ראו בעמ' 3 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
41. הקביעה המניחה כי יצוא גז מישראל למדינות שכנות או למדינות זרות באירופה ובעולם תיצור יחסי תלות של מדינות אלו בישראל, מחייבת לימוד מעמיק של התנאים הגיאופוליטיים ושל משקי האנרגיה במדינות אלו, בכלל זה: נתוני צריכת הגז בכל אחת ממדינות היעד, חלקו של הגז הטבעי בתמהיל הדלקים, וזהותם של ספקי מקורות אנרגיה נוספים למדינת הישראל – ניתוחים שאינם מופיעים בחוות הדעת שהוגשו לממשלה וספק אם נעשו כלל (ראו בעמ' 4-3 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
42. כמו כן הנסיון בעולם מלמד כי יש קושי רב להיאחז ביחסי תלות במקורות אנרגיה – דוגמת גז טבעי - כמנוף פוליטי-מדיני. לדוגמה, על אף התלות הגדולה של רוב מדינות אירופה באספקת גז מרוסיה, לא מנע הדבר ממדינות אלו להטיל סנקציות על רוסיה בעקבות פלישתה לאוקראינה. מקרה אחר נוגע לביטול צינור הגז הרוסי שאמור היה לעבור בבולגריה – אף שתלותה של מדינה זו בגז מרוסיה היא מוחלטת (100%) (ראו בעמ' 5 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
43. במקביל, יצוא גז טבעי באמצעות הנזלתו (LNG), כפי שמתכננת ישראל לעשות דרך מתקני הנזלת הגז במצרים, מפחית אף יותר את ההשפעה המצומצמת ממילא של סחר בגז טבעי על הקשרים הפוליטיים בין מדינות. זאת משום שמשלוחי גז מונזל משווקים בעולם על ידי סוחרי אנרגיה, מבלי לציין כלל את מקורו של הגז הנמכר (ראו בעמ' 7-6 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
44. **מנגד, פגיעה אפשרית באספקת המשאב בין מדינות שכנות אף עלולה ליצור יחסי עוינות**. כך למשל, הפסקת אספקת הגז הטבעי ממצרים לישראל יצרה מתיחות בין המדינות, וזאת אף שנבעה ממניעים אובייקטיביים (התדלדלות מאגרי הגז של מצרים). למעשה, יש דוגמאות רבות מרחבי העולם של מדינות יצואניות נפט וגז שנקלעו לסכסוכים ואף התקפות צבאיות מצד צרכניות הגז שלהן – כמו למשל התקפת נאט"ו משטחי איטליה על לוב, או סיפוח שטחי אזרבייג'אן (ראו בעמ' 6-5 לחוו"ד מומחה מטעם פרופ' שפר – ראו נספח ע/66 לעיל).
45. מכאן, שהצדקת הפעלתו של סעיף 52 לצורך השגת יתרונות מדיניים באמצעות מתווה הגז, אינה נשענת על המציאות בענף זה.
    * + 1. **הפעלת סעיף 52 לחוק עלולה אף לפגוע בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל**
46. **לשיטת ממשלת ישראל, אימוץ מתווה הגז יבטיח למדינת ישראל "ביטחון אנרגטי**", שהוא מרכיב יסודי בחוסנה הלאומי של ישראל ובבטחונה. ואולם, בחינה יסודית ומקצועית של מתווה הגז מלמדת, כי לא זו בלבד שהמתווה לא ישיג לישראל בטחון אנרגטי אלא דווקא יפגע בצורה קשה באינטרס חיוני זה ובעצמאותה האנרגטית של ישראל.
47. ישנם מספר מדדים מרכזיים מהם ניתן ללמוד על מידת ה"ביטחון אנרגטי" במשק מסוים (Energy security). בין אלו, ניתן למנות את זמינות האנרגיה למשק (Availability); נגישות לאנרגיה (Accessibility); האפשרות הריאלית של המשק להרשות לעצמו לקנות אנרגיה (Affordability); ושיקולים שעניינם בשיקולי בטיחות וקיימות סביבתית (Acceptability). (ראו, למשל:Bert Kruyt, D.P. van Vuuren[a](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421509000883#aff1), H.J.M. de Vries & H. Groenenberg, *Indicators for energy security*, Energy Policy, Vol. 37, P. 2166, 2181 (June 2009); כן ראו בנייר העמדה של מרכז המחקר בנציבות האיחוד האירופי בנושא "Energy Security Indicators" זמין ב: http://www.drustvo-termicara.com/resources/files/7fa5460.pdf).
48. מרכיב מרכזי נוסף בבטחון האנרגיה נוגע לבטחון האספקה לגז (Security of Supply) ולבטחון הביקושים (Security of Demand). בטחון האספקה, משמעו כי יש למדינה די מקורות אנרגיה כדי להבטיח את אספקתה גם במקרה של פגיעה במקור אחד או יותר. ואילו בטחון הביקושים משמעו כי מדינה המייצאת משאבי אנרגיה, אינה תלויה במקור אחד בלבד לו היא משווקת את המשאב, אלא היא מספקת משאב זה למספר מדינות.
49. מתווה הגז פוגע קשות בבטחון האנרגטי של ישראל בכל אחד ממרכיבים אלו. מבחינת זמינות האנרגיה (Availability) למשק, **מר נתניהו לא שקל את העובדה כי מתווה הגז מעודד פעולות שפוגעות בבטחון האנרגטי של מדינת ישראל, בראשן יצוא ממאגר תמר שהוגדר על ידי המדינה כמאגר אסטרטגי שאין לייצא ממנו**, כפי שנקבע בהחלטת הממשלה 442. קידומו של מתווה הגז באמצעות הפעלת סעיף 52 יאפשר יצוא גז מואץ ממאגר תמר, שהוא מאגר הגז הבלעדי המשמש היום את צרכי המשק. ברם מתווה הגז אינו מבטיח כלל את פיתוחו של שדה הגז לוויתן, ואינו מציב בפני חברות הגז, כחלק מהליך קידום המתווה ומתן הפטר מחוק ההגבלים, אבני דרך וסנקציות מספקות אשר יבטיחו את פיתוח השדה.
50. כך, עשוי להיווצר מצב לפיו פיתוחו של שדה לוויתן מתעכב, מסיבות שונות, ואולי אף הופך לבלתי אפשרי למשך תקופה ארוכה (לדוגמה בשל תאונה או כשל טכני); ובה בעת עתודות הגז במאגר תמר מתדלדלות במהירות, בשל הייצוא המואץ, עד כדי כך שהמשק יעמוד בפני מחסור בגז, ובטחונה האנרגטי של ישראל ייפגע בצורה קשה.
51. זאת ועוד. מתווה הגז מבקש לשנות את סיווג עתודות הגז אותן הוא מייעד לשמר לתצרוכת השוק המקומי: במקום רמה של P2, כלומר רמת ודאות של 50% כי תמצא במאגר הכמות הנתונה ואף למעלה ממנה, נקבעה רמה של C2, כלומר עתודות גז שיש התכנות להפקתן אך אין ודאות (בשל מגבלות שונות, בהן מגבלות טכניות וכלכליות). השענותו של המשק על עתודות גז אשר יש ספק באפשרות להפיק אותן או שטרם התגלו - מהווה סיכון אסטרטגי מן המעלה הראשונה, ופוגעת פגיעה חמורה בזמינות המשאב ובבטחון האנרגטי של ישראל.
52. מבחינת הנגישות לאנרגיה (Accessibility), יצוא הגז מגדיל את התלות הגיאופוליטית של ישראל במדינות זרות לאספקת משאבי אנרגיה בעתיד, ופוגע אנושות בעצמאותה האנרגטית. פגיעה זו היא חמורה במיוחד בהשפעתה על הבטחון הלאומי. זאת משום שישראל היא "אי אנרגטי" – היא איננה יכולה להשען על שכניה לצורך אספקת צרכי האנרגיה שלה, ובה בעת 90% מעתודות הגז בעולם מצויות במדינות רוסיה, קטר ואיראן, עמן מצויה ישראל בקשרי עוינות או שקשריה עמן אינם יציבים.
53. בהיבט הכלכלי (Affordability), הפעלת סעיף 52 לחוק מעניקה לחברות הגז הפטר מדיני ההגבלים העסקיים שבכוחם להגביר את התחרות ולשפר את מחירי הגז, ואילו מתווה הגז מקבע את מחירי הגז הגבוהים בישראל (על כך ראו בהרחבה בפרק על פיקוח המחירים –להלן). כמו כן, יצוא משאבי גז זולים מישראל יחייב ייבוא עתידי של דלקים יקרים, כפי שציין ד"ר מיכאל שראל בחוות הדעת אותה הציב במהלך דיוני ועדת הכלכלה.
54. בהיבט החברתי-סביבתי (Acceptability), הפעלת סעיף 52 לחוק מכניסה לתוקף את מתווה הגז שאינו מציב הגנות כלשהן על הסביבה מפני זיהום או תקלה, ומקבע את היציבות הרגולטורית של העדר אסדרה בתחום חיוני זה (על כך ראו בהרחבה בפרק על סעיף הכבילה –להלן). בה בעת המתווה מגדיל את הסיכון לתקלה שכזו, בשל התשתית המורכבת הדרושה לצורך יצוא הגז. בנוסף, דלדול מואץ של מאגרי הגז עלול לאלץ את ישראל לעשות שימוש בדלקים מחצביים דוגמת הפחם, ובכך להגדיל את זיהום הסביבה בצורה ניכרת.
55. בנוסף, העותרות סבורות כי ככל שסוגיית הביטחון האנרגטי היא שעמדה בראש סדר העדיפויות – הרי שהיה מקום לשקול לא רק את ההשפעה של כמות המאגרים המניבים (בהנחה שככל שיותר מאגרים יפותחו כך יתחזק הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל); **אלא גם את השפעת זהות השולטים בהם, ובפרט את העובדה שחברה יחידה תוסיף לשלוט בלמעלה מ-90% מעתודות הגז הטבעי בישראל.**
56. הלכה למעשה, הפעלת סעיף 52 לחוק מבצרת כאמור את מעמדן של שותפויות הגז כמונופול פרטי השולט במשאב טבע חיוני, באופן שבו אספקת הגז למשק הישראלי תהא תלויה בו במובהק. ביצור מעמדן של חברות הגז יוביל לתלות מסוכנת והרת גורל של מדינת ישראל במונופול פרטי, שחלקו כלל איננו בבעלות ישראלית, השולט במשאב טבע חיוני. **כך, מדינת ישראל לא תזכה לאותו "ביטחון אנרגטי" מיוחל.**
57. בעקבות הפעלת סעיף 52 לחוק - עיקר אספקת הגז תמשיך להיות תלויה בגורם מרכזי אחד, אשר מורכב בחלקו הגדול מחברה שכלל אינה ישראלית. כך **עלולה להתפתח תלות בלתי רצויה מצד המשק הישראלי באותו גורם. תלות זו – יוצרת סיכונים ברורים בכל הנוגע לאספקת אנרגיה בטווח הרחוק, כמו גם עיוותים בקבלת החלטות ביחס לאותו גורם**.
58. אכן, "ריכוז של כוח כלכלי על ענפי ופיננסי בידי מעטים מגלם בתוכו פוטנציאל לפגיעות וחשיפה של המשק בכלל ושל ציבור הצרכנים והחוסכים בפרט לסיכונים וכשלים מערכתיים".(ראו דו"ח הועדה להגברת התחרותיות במשק המלצות סופיות והשלמה לדו"ח הביניים, עמ' 13 (2012)זמין ב: http://mof.gov.il/Committees/CompetitivenessCommittee/FinalReport\_FinalRec.pdf).
59. ראשית, תטענה העותרות כי מצב זה מציב את אספקת הגז הסדירה בישראל בפני סכנה תמידית. בכל רגע עשוי להתרחש אירוע בלתי צפוי שלא יאפשר למונופול להמשיך ולספק גז, מבלי שתפעל במקביל אליו חברה מתחרה שניתן להסתמך עליה כחלופה. כך, למשל, אם החברה תיקלע למשבר כלכלי שלא יאפשר לה לעמוד בהתחייבויותיה, תחווה שביתת עובדים ועוד. **תרחישים מעין אלו מטילים ספק במידת הביטחון שיש למשק הישראלי באספקת האנרגיה השוטפת אליו בטווח הקצר והארוך (Availability), משום הישענותו על מאגר תמר כמאגר יחיד**. כמו כן, ריכוז כוח השוק בידי מונופול הגז עלול להוביל לעליית מחירי האנרגיה, ומשכך לערער את האפשרות הריאלית של המשק הישראלי לקנות אנרגיה (Affordability).
60. שנית, העותרת סבורה כי שליטתו המוחלטת של מונופול פרטי על שדות הגז בישראל עלולה להוביל להשפעה מסוכנת על מקבלי ההחלטות בישראל. בהקשר זה, דומה כי החשש מעימות עם גוף כה עוצמתי - עלול לגרום לעיוותים בקבלת ההחלטות של המערכת הרגולטורית והפיננסית. ספק גם אם ניסיון לקבל החלטות אובייקטיבית בניגוד לאינטרסים של מונופול הגז - יצלח.חששות מעין אלו הובעו זה מכבר על ידי המחוקק בהקשר הרחב של ריכוזיות במשק, והם נכונים כמובן גם לענייננו.
61. כך נאמר בהקשר זה בדברי ההסבר להצעת חוק הריכוזיות כי: "**החשש הוא שגידול יתר של גופים אלה... [י]הפוך אותם לגופים 'גדולים מכדי להיכשל'**. במילים אחרות, ייתכן המצב כי **גודלם של גופים אלה... עלול לגרור עיוות בקבלת החלטות של המערכת הרגולטורית** והפיננסית, בשל הסיכון הסיסטמי שהם יוצרים ברמת המשק" (ראו: דברי ההסבר להצעת החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב- 2012, עמ' 1091, ה"ח הממשלה 706).
62. העותרות תדגשנה, כי על סכנה זו עמד כאמור גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי- פיסקאלי), כאשר כתב בנוגע למונופול הגז כי: **"**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**" (ראו נספח ע/65 לעיל).
63. עוד יצוין באותו העניין, כי לצד החשש האמור, תלות כאמור אף עשויה להוביל, מעצם טבעה, ליצירת חיבור שלילי בין גורמי הממשל לבין בעלי ההון. הגישה הרווחת בספרות המקצועית בהקשר זה מכירה בכך שקיים קשר בין רמת הריכוזיות וטיב התחרות במשק לבין הסיכוי להתפתחות של שחיתות שלטונית (ראו למשל: דורון נבות **שחיתות פוליטית בישראל** 118 בעמ' 471 (2011)). וכמאמרו של פרופ' אסף חמדני, כי "**ריכוזיות של כוח כלכלי יכולה לבוא לידי ביטוי גם במישור הפוליטי**" (ראו: אסף חמדני "ריכוזיות השליטה בישראל - היבטים משפטיים" מחקר מדיניות 78, בעמ' 33 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009)).
64. דברים אלו נאמרו בהקשר הכללי של ריכוזיות השליטה במשק; אך מובן מקל וחומר שהם נכונים כאשר מדובר במתן שליטה למונופול על משאב טבע חיוני לפעילות המשק, דוגמת הגז. עוד יצוין, כי מעבר לקשר השלילי שעלול להירקם בין בעלי ההון לבין הממשל, הרי שיצירת התלות במונופול מעניקה לאחרון יכולת לאיים בהפסקת אספקת הגז, ובכך לסחוט הטבות מהממשל בניגוד לדין.
65. **אין המדובר אך בחשש תיאורטי-עתידי. כוחו של המונופול כבר בא לידי ביטוי בעצם הפעלת סעיף 52 לחוק, ובהחלטה לאשר את מתווה הגז תוך הענקת ויתורים רבים לחברות הגז**. הלחץ המסיבי שהפעילו חברות הגז על הממשלה, לרבות ציון כוונתן לפנות לטריבונאלים בינלאומיים אם לא תתקבלנה כל דרישותיהן, הביא להקלות הרבות כפי שעולות מהמתווה.
66. שלישית, הסיכונים מתעצמים לנוכח זאת שמונופול הגז מורכב ברובו מתאגיד זר, שלממשלת ישראל אין אפשרות מעשית להשפיע על מדיניותו, פעולותיו או זהות בעלי השליטה העתידיים בו. המתווה אינו נותן מענה למקרים שבהם גורמים עוינים יבקשו לקנות שליטה על מונופול הגז באמצעות רכישת מניות מהציבור – מה שיערער לחלוטין את משק האנרגיה הישראלי; או למקרים שבמסגרתם בעלי שליטה עתידיים בתאגיד הזר יהיו בעלי אינטרסים הפוכים לאלו של מדינת ישראל (כלכלים, פוליטיים או אחרים), כאשר במקביל למדינת ישראל לא תהא כל יכולת לבלום מהלכים של התאגיד הזר. יתרה מכך, אין למדינת ישראל כל אפשרות להשפיע על שינויים רגולטורים, ככל שיהיו, במדינת האם של התאגיד הזר, אשר יכולים להשפיע על פעילותו.
67. העותרות תטענּה כי קיימים אמצעי רגולציה וחקיקה אשר באמצעותם ניתן להפיג חלק מהחששות הנובעים מהיותו של מונופול הגז תאגיד זר - אלא שאלו לא ננקטו במסגרת המתווה. כך למשל, ניתן היה להבטיח כי בעתיד יינתן משקל לעמדתה של מדינת ישראל לגבי קביעת זהות בעלי השליטה העתידיים במונופול הגז. כן ניתן היה להבטיח כי התאגיד הזר לא יוכל לנקוט בעתיד פעולות מסוג מסוים אשר עלולות לסכן את אספקת האנרגיה למשק בישראל. בפועל, המתווה לא מציב דרישות כאמור, וגם משום כך הוא לא מספק מענה לסיכונים הנובעים ממתן הכוח למונופול יחיד.
68. הנה כי כן, ההישענות הבלעדית של המשק על שותפויות הגז עלולה להגביר את רמת הסיכון בשל ההסתמכות על גורם אחד, ולהפוך את מדינת ישראל וכלכלתה לבת ערובה בידי חברות הגז. בוודאי שאין במתווה כדי לספק "עצמאות אנרגטית" או "ביטחון האנרגטי", כנטען.
69. **נוכח כל האמור, ברי כי המשיב 1 לא שקל כלל, ולכל הפחות לא העניק משקל ראוי, לשיקולי החוץ והביטחון המנוגדים, המחייבים להימנע מהחתימה על סעיף 52 ואישור מתווה גז.** 
    * 1. **לא ניתן משקל הולם לפגיעה האנושה בתחרות במשק הגז**
70. למול שיקולי החוץ והביטחון, נדרש בעל הסמכות להפעיל את סעיף 52 לחוק לשקול את השיקולים העומדים מנגד, ובראשם את עוצמת הפגיעה בתחרות – היא תכליתו המרכזית של חוק ההגבלים העסקיים. ואולם, כפי שיתואר להלן, מר נתניהו לא נתן משקל הולם לפגיעה האנושה בתחרות הגלומה במתן ההפטרים, שעה שהחליט על הפעלת סעיף 52 לחוק.
71. **לטענת המדינה, בתמורה להפטרים שניתנים מדיני ההגבלים העסקיים, מתחייבות חברות הגז לשנות את מבנה האחזקות** במאגרי הגז באופן שיבטיח תחרות בשוק הגז, **ויצמצם את עוצמת הפגיעה בתחרות** שנגרמת עקב מתן ההפטרים.
72. **ואולם, הלכה למעשה ברור לכל כי מבנה האחזקות החדש שיווצר בעקבות הפעלת סעיף 52 לחוק וכניסת מתווה הגז לתוקף – לא יביא לתחרות בשוק הגז**.
73. זאת הבהיר "המומחה מס' 1 לתחרות" – הממונה לשעבר על ההגבלים עסקיים, פרופ' דיוויד גילה. זהו הגורם הממשלתי המקצועי ביותר והבכיר ביותר, אשר הופקד על פי דין על הגנת התחרות במשק הישראלי. פרופ' גילה הינו גם מומחה בעל שם עולמי בהגבלים עסקיים וברגולציה של שווקים. כתיבתו האקדמית כללה מחקרים חשובים ורבי-השפעה על החזקות והשקעות צולבות בין מתחרים, אשר השפיעו על פסיקות בבתי משפט ועל רשויות מנהליות רבות ברחבי העולם.
74. **פרופ' גילה קבע באופן חד משמעי כי מתווה הגז לא יוביל לתחרות במשק הגז**, בשל הבעלות הצולבת של נובל בגז המקומי בלוויתן ותמר (ראו קובץ סיכום ישיבות צוות קנדל, עמ' 81 לנספח ע/31).
75. **למסקנה דומה הגיעה גם ועדת הכלכלה בכנסת** לאחר דיונים ארוכים בנושא. כך נקבע על ידה באשר לשיקולי התחרות:

"נציגי הממשלה ניסו להצביע על הוראות במתווה המצמצמות, לדעתם, את הפגיעה בתחרות**. רוב חברי הוועדה מצאו כי ההוראות האמורות לא נותנות מענה לפגיעה החמורה הצפויה כתוצאה מקיומם של מונופול והסדרים כובלים, להם נותנת המדינה הכשר במתווה**, תוך הבטחת המשך קיומם של ההגבלים העסקיים לאורך זמן, באמצעות שימוש בסעיף 52". (בעמ' 3 לחוו"ד נימוקי ועדת הכלכלה – נספח ע/59).

1. ואכן, בחינת מבנה האחזקות שמוצע במתווה הממשלתי - מלמדת באופן חד משמעי כי הוא לא יכול להוביל לתחרות אמיתית במשק הגז הטבעי. לכך נפנה כעת.

## מאגר "כריש-תנין" אינו "מתחרה אמיתי"

1. כאמור, מתווה הגז נועד לקדם את התחרות במשק הגז הטבעי בישראל. על מנת לעשות זאת, מוצע במסגרת המתווה לשנות את מבנה הבעלות הקיים על מאגרי הגז: חברת דלק, השותפה היום בזכויות נפט במאגרי "תמר", "דלית", "לוויתן", "כריש", "תנין" ו"דולפין" ובזכויות נפט נוספות - תמכור את אחזקותיה בזכויות הנפט במאגרי "כריש" ו"תנין" לצד ג' שאינו קשור לחברות נובל או דלק, בתוך 14 חודשים מיום אישור המתווה.
2. אם כן, מבנה משק הגז הצפוי כולל שלושה שחקנים המתחרים זה בזה, כאשר שחקן אחד הינו עוצמתי במיוחד, והשניים האחרים כמעט שוליים בהשוואה אליו.
3. ואולם, **העותרות תטענּה כי השחקן החדש ב"כריש" ו"תנין" לא יוכל לשמש מתחרה לשני מאגרי הגז הגדולים, "לוויתן" ו"תמר", בהינתן הסיבות שלהלן**:
   1. כמות הגז במאגרים "כריש" ו"תנין" נאמדת במעט פחות מ- 50 BCM, כ-8% בלבד מכמות הגז במאגר לוויתן, וכ-5% מכמות הגז הכוללת במאגרי תמר ולוויתן. בנסיבות אלו, **אין כל יכולת אמיתית לשחקן קטן להתחרות בשחקנים כה גדולים ולהביא לירידת מחירים**, בפרט - כפי שיוסבר להלן - כאשר החוזים הגדולים במשק כבר נחתמו והם אינם ניתנים לשינוי בעת הקרובה.
   2. מחיר הגז תלוי בין היתר בעלות ההפקה השולית של הגז מן המאגר, שהיא פונקציה של כמות הגז. דהיינו, ככל שכמות הגז במאגר גדולה יותר, כך פוחתת העלות השולית של הפקתו. לאור זאת, הרי שמחירו של הגז המופק ממאגרי "כריש" ו"תנין" יהא יקר באופן ניכר ממחיר הגז המופק משדה "לוויתן" ומשדה "תמר" - ובפרט שמדובר בשני מאגרים נפרדים אותם יש לפתח. מכאן, שגם בהיבט המחיר, **יתקשה השחקן החדש ב"כריש" ו"תנין" להציע לצרכנים מחירי גז זולים ממחירי הגז במאגרי "תמר" ו"לוויתן".**
   3. לפי השיטה הנוהגת היום בישראל, פיתוח מאגר גז טבעי מחייב גיוס הון, המתבסס על האפשרות של בעלי המאגר למכור כמות משמעותית של גז ללקוחותיהם. על פי התפיסה שהוצגה בועדת צמח, פיתוחם של מאגרי הגז בישראל בשנים הקרובות אמור להתבצע על בסיס חוזים לייצוא גז. ואולם, המתווה המוצע קובע כי לא יותר יצוא גז ממאגרי "כריש" ו"תנין". בכך למעשה **חוסם המתווה את האפיק העיקרי שהממשלה עצמה רואה ככלי לגיוס הון לפיתוח המאגר. בכך הופך גיוס ההון למאגרי "כריש" ו"תנין" לקשה יותר בהשוואה ל"לוויתן"**.

יתר על כן, בשל מבנה הביקושים במשק הישראלי, קיים בו "לקוח עוגן" מרכזי אחד - חברת החשמל, החתומה על חוזים לרכישת גז ממאגר "תמר". פתיחת החוזים של חברת החשמל לרכישת גז משדה "תמר" והמרתם בחוזים לרכישת גז ממאגרי "כריש" ו"תנין", לא זו בלבד **שלא** תביא לתחרות במחירי הגז בישראל אלא בפועל תגלגל את העלות העודפת של הפקת הגז ממאגרי "כריש" ו"תנין" על ציבור הלקוחות ה"שבוי" של חברת החשמל, קרי כלל הציבור בישראל.

לא זו אף זו, לוויתן מקבל גם את הנפט והקונדנסט של מאגרי כריש ותנין האלה, כך שגם אפיקי הכנסה אפשריים אלו - אינם אפשריים עוד.

* 1. לכל האמור לעיל יש להוסיף את סעיף התמלוגים שנקבע במתווה, לפיו נובל ודלק יוכלו להמשיך לגבות מן המתחרה החדש שירכוש את "כריש" ו"תנין" תמלוגים בסך 9% מסך הכנסותיו. בכך, **מותיר המתווה פתח אפשרי לשליטה של המונופול במתחרה החדש ואף זכות להתחלק ברווחיו**. הדרישה מהמתחרה החדש לשלם תמלוגים שוטפים למונופול תכביד על התזרים הראשוני שלו, תקשה עליו להשיג מימון, ותעמיס על העלות השולית שבה הוא יישא. מצב דברים זה יקשה עוד יותר על ה"מתחרה" החדש להפחית את מחירי הגז לצרכנים ולהתחרות במונופול.

## במתווה שגובש מאגר "תמר" לא יהווה מתחרה אמיתי

1. מעבר לכך שהשחקן השלישי השולט ב"כריש" ו"תנין" לא יהווה תחרות אמיתית, לטענת העותרות, **המתווה המוצע גם אינו צפוי ליצור תחרות בין מאגרי הגז הגדולים "תמר" ו"לוויתן".**
2. אף לאחר צמצום אחזקותיה במאגר תמר, תמשיך חברת נובל להחזיק בחלק משמעותי (25%) ממאגר זה, וכן תמשיך לשמש כמפעילה בשני השדות - עובדה המקנה לה מעמד בכורה ויכולת השפעה מכרעת בין השותפות במאגר. אחזקותיה הצולבות של חברת נובל בשני מאגרי הגז הגדולים של ישראל חוסמת כל אפשרות לתחרות בין מאגרים אלו, שכן **ברי כי לא תיתכן תחרות - ובפרט כזו אשר תביא להורדת מחירים - בין שני מאגרים בבעלות אותה החברה**.
3. במקביל, קובע המתווה כי מכירת חלקה של חברת דלק במאגר "תמר" יתבצע רק **בחלוף 6 שנים (!)** מאישורו, קרי לא לפני שנת 2021. בנסיבות אלו, כאשר חלק משמעותי מן הגז במאגר "תמר" כבר הופק, ויתרתו נרכשה בחוזים ארוכי טווח (או בחוזי יצוא - אם יאושר המתווה), כמות הגז אשר תהיה "זמינה" לכאורה לתחרות מול מאגרי לוויתן תהא מצומצמת, ולא תיצור את התחרות המבוקשת.
4. **סיכומו של דבר, האחזקה הצולבת של דלק ונובל אנרג'י (ובעוד 6 שנים – של נובל אנרג'י) במאגרי תמר ולוויתן, לא תאפשר כל תחרות במשק הגז הישראלי**.

## מאגרי גז פוטנציאליים אחרים נותרים בשליטת המונופול

1. במסגרת הליך גיבוש המתווה על ידי הצוות הממשלתי, הציע הממונה על הנפט לכלול ויתור של חברות הגז על כל טענה לזכות בכל הנוגע לשטחי אלון B, רות A, רות B, רות D, אלון F, אלון E, אביה וקרן (ראו: ישיבה מיום 12.2.2015 - קובץ סיכום ישיבות צוות קנדל, בעמ' 36 לנספח ע/31).
2. בפרט הדגיש הממונה על הנפט את החשיבות שבחיוב חברות הגז לוותר על שטחו של רישיון אלון B לשעבר (שבו אותרו מספר פרוספקטים לגז טבעי, ואשר מצוי כעת בהליכים משפטיים מול דלק ונובל). זאת, במטרה להעניקו לקונה העתידי של מאגרי "כריש" ו"תנין" (הצמודים לשטחו של רישיון אלון B), ובכך להפוך את רכישת "תנין" ו"כריש" ל"אטרקטיבית יותר", לאפשר להם להיות "מתחרים טובים ואמיתיים" ולסייע למדינה "בהכנסת שחקנים נוספים למשק".
3. ואולם, הצעה חשובה וחיונית זו אשר הוצגה בפני חברות הגז בישיבות ביום 18.2.2015 –נעלמה באופן תמוה בהמשך הדרך מן המשא ומתן עם חברות הגז, **וכעת היא נעדרת לחלוטין מן המתווה שגובש.**
4. **העותרות תמהות כיצד מצפה הממשלה להבטיח את קיומה של תחרות עתידית, בין היתר באמצעות קידום הפיתוח של מאגרי גז פוטנציאליים שיוכלו לשמש כמתחרים נוספים במשק הגז – כל עוד נותרות בידי מונופול הגז זכויות נפט בשטחים חיוניים שמכילים שדות גז פוטנציאליים? ההגנה על התחרות במשק הגז מחייבת להסדיר במתווה גם את החזקת החברות באותם שדות פוטנציאליים**.
5. כך גם אין במתווה איסור ברור על חברות הגז לקבל בעתיד זכויות נפט נוספות, מעבר לאלו שמצויות בידיהן כעת ב"לוויתן" ו"תמר". זאת כדי להבטיח כי אכן תתקיים תחרות במשק הגז הטבעי.
6. העותרות תטענּה כי בהינתן שנערך מתווה כולל, מן הראוי היה שממשלת ישראל תסדיר בו סופית את ההחזקה של מונופול הגז בכלל השטחים – כולל בשטחי אלון B, רות A, רות B, אלון F (ארבעת הרישיונות שהממונה על ההגבלים העסקיים לא האריך והערעור שהוגש לשר התשתיות מטעם חברות הגז נדחה; כעת שוקלות החברות את המשך צעדיהן המשפטיים), רות D, אלון E, אביה, דלית וקרן.

***העתק הודעת קבוצת דלק לבורסה מיום 30.11.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/72***

1. העותרות לא רואות כל הצדקה להחלטת הממשלה לתחום את גבולות המתווה רק למאגרי לוויתן, תמר, כריש ותנין – מבלי להסדיר במסגרתו את החזקת המונופול ברישיונות וחזקות בכלל השטחים הנוספים, לרבות קביעה מפורשת כי חברות הגז לא תוכלנה להחזיק בזכויות נפט נוספות בעתיד, עד לסיום החזקותיהן בתמר ו/או לוויתן. זאת בוודאי נוכח העובדה שהבטחת התחרות במשק הגז הוגדרה כאחת ממטרותיו המרכזיות של המתווה.

## הפגיעה הברורה בתחרות בהליך אישור זהות הקונים

1. בפרק ג' למתווה נקבע כי זהות רוכשי הזכויות במאגרים "כריש", "תנין" ו"תמר" תאושר על ידי הממונה על הנפט, לאחר שזה יקיים מעין-היוועצות עם הממונה על ההגבלים העסקיים (למעט באשר למכירת זכויותיה של נובל אנרג'י במאגר תמר, שבה יידרש אישורו של הממונה על הנפט בלבד).
2. העותרת תטען כי לזהות הקונים עשויה להיות השפעה מכרעת על התחרות, ולפיכך לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים חייבת להיות משקל מכריע בסוגיה זו, שעולה על "הזכות לייעץ" לממונה על הנפט.
3. לא זו אף זו, נוכח כשליו של הממונה על הנפט בשנים האחרונות בפיקוח אחר חברות הגז (עליהם עמד בין היתר מבקר המדינה בדו"ח בנושא פיתוח משק הגז הטבעי מיולי 2015), מן הראוי כי יהיה פיקוח הדדי ושווה בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין הממונה על הנפט.
4. על כן, אין זה סביר ואין זה מידתי להתעלם משיקול דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים לעניין צירופם של שחקנים. על מנת לקדם את התחרות, מן הראוי היה לקבוע כי לממונה על ההגבלים העסקיים משקל זהה בקבלת ההחלטה בדבר זהות רוכשי המאגרים.

## סוגיית הנאמנות (במכירת הזכויות במאגרי תמר, כריש ותנין)

1. הפטור שניתן לחברות הגז מן ההגבל העסקי מותנה ב"קיום מלא ושלם של התנאים" המפורטים במתווה. שינוי מבנה האחזקות, קרי, מכירת זכויות הבעלות במאגרי תמר, כריש ותנין, בתוך תקופת הזמן המנויה במתווה, הוא אחד מן התנאים המפורטים. מדובר בתקופה בת 14 חודשים, החל ממועד קבלתה של החלטת ממשלה; או לחלופין, לגבי מאגרי כריש ותנין, החל ממועד פרסום טיוטת הסדרה חדשה על ידי הממונה על הנפט, לפי המועד המאוחר.
2. פרסומה של טיוטת ההסדרה על-ידי הממונה על הנפט אינו תחום בזמן מוגדר. מכך עולה חשש כי מכירת הזכויות תתעכב במשך זמן בלתי סביר, מלבד 14 החודשים הקבועים. **יש בכך כדי לפגוע בתכלית המכירה – הבטחת תחרות במשק הגז הטבעי בישראל, שמן הראוי כי תתבצע ביעילות המירבית, תוך פרק הזמן הקצר ביותר.**
3. כעת, להסדר הנאמנות עצמו. הסדר זה נועד לבוא חלף מאמצי היזמים למכור את הזכויות במאגרי תמר, כריש ותנין, ככל שאלה יעלו חרס. **בבואו לשרת את תכלית שינוי מבנה האחזקות, עליו להבטיח את מכירת הזכויות במאגרים ביעילות מירבית, תוך פרק הזמן הקצר ביותר**. משכך, על הסדר הנאמנות למזער ככל הניתן את מידת מעורבותם של היזמים, אשר ברור כי אינם מעוניינים באף אחת מן ההצעות הקיימות. אלא שמתכונתו הנוכחית של ההסדר אינה עושה זאת כלל ועיקר.
4. כך, היזמים הם-הם שיציעו לממונה על ההגבלים העסקיים שלושה מועמדים פוטנציאליים, ומביניהם ייבחר הנאמן. מדובר **בשליטה כמעט מוחלטת של היזמים** **על בחירת הגורם שאמור לפעול באופן עצמאי למען מכירת הזכויות במאגרים תמר, כריש ותנין, גם אם בניגוד להסכמתם**. שליטה זו אינה מחויבת המציאות, שהרי ניתן היה לקבוע מנגנון מינוי נאמן על ידי ערכאת שיפוט או הממונה על ההגבלים העסקיים. בנסיבות דנן, תטענה העותרות, המנגנון הקיים אינו אלא לעג לרש.
5. **אם כן, במנגנון הקיים במתווה אין הגנה מספקת מפני תלות בין הגורמים אשר תוביל לפגיעה בתחרות**. כך, הסעיף הקובע כי על הנאמן להימנע מליתן ליזמים שירות משך חמש שנים ממועד סיום הנאמנות (סעיף 25), פרק זמן קצר שאיננו מבטיח את פעילותו העצמאית, נטולת הפניות וחסרת התלות; או למשל, המנגנון לתשלום השכר של הנאמן ושל תאגיד ההשקעות שבו עליו להיוועץ למען השלמת מלאכתו, שכלל לא נקבע כיצד יופעל כדי למנוע תלות פסולה.
   1. **סיכום ביניים**
6. לסיכום חלק זה – **לא ניתן "להלבין" את ההליך הבלתי חוקי של נטילת סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים ועקיפת בית הדין להגבלים עסקיים באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק.**
7. ראשית, משיב 1 אינו מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק **בנסיבות המקרה דנן** – שעה שספק אם כלל קיימים שיקולי חוץ וביטחון, וגם אם קיימים בוודאי שלא מדובר בשיקולי חוץ וביטחון מובהקים, מהותיים, כבדי-משקל, ודחופים, המצויים בקשר סיבתי ישיר להפטר מדיני ההגבלים העסקיים. כמו כן, סימון המטרה מראש וההימנעות משקילת המלצותיה של ועדת הכלכלה בנפש חפצה ובלב פתוח - מהווים פגם מהותי בהפעלת הסמכות, היורד לשורש העניין.
8. לא זו אף זו. מר נתניהו אף אינו מוסמך **ספציפית** להפעיל את סעיף 52 לחוק – הן כמי שמכהן אך כממלא מקומו הזמני של שר הכלכלה שאינו מוסמך לקבל החלטות הרות-גורל מבלי שכהונתו זכתה לאישור הכנסת; הן כמי שמכהן כראש הממשלה ולפיכך לא יכול להחזיק במקביל בכהונה כשר.
9. שנית, אף אם מוסמך מר נתניהו להפעיל את סעיף 52 לחוק (טענה אותה דוחות העותרות מכל וכל), הרי שעסקינן בהפעלת שיקול דעת בלתי סבירה בעליל ולא מידתית – שעה שלא הוענק להמלצותיה של ועדת הכלכלה המשקל הראוי; ניתן משקל יתר לחוות הדעת המדיניות-ביטחוניות שהוגשו מטעם משרד החוץ והמל"ל; לא נשקלו כלל שיקולי החוץ והביטחון המנוגדים שבגינם ראוי להימנע מהפעלת סעיף 52 לחוק; ולא ניתן משקל הולם לפגיעה האנושה לתחרות במשק.
10. נוכח כל האמור, **מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי הפעלת סעיף 52 לחוק, ההפטרים שניתנו מכוחה ומתווה הגז שגובש סביבם בטלים מעיקרם, שעה שהתבצעה בחוסר סמכות משווע ובאופן לא מידתי ובלתי סביר במידה קיצונית.**
    * + - 1. ***הסדרים ספציפיים במתווה הגז – בטלים מעיקרם***
    1. **הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים** [סעיף ב' ונספח א' למתווה]
    2. **מבוא**
11. תכלית היסוד של חוק ההגבלים העסקיים היא, כאמור, הגנה על התחרות החופשית. המונופולין הוא היפוכה הגמור של התחרות החופשית. חתימתו של ממלא מקום שר הכלכלה על מתווה הגז – מתיימרת להעניק להסדר כובל מעמד של מונופולין. נזכיר מה אמר בית משפט נכבד זה על מונופולין ועלילותיו:

"המונופולין לאחד כרוך בדחיקת רגלי האחרים מן התחום שעליו הוא משתרע ומונע משום כך התחרות חופשית והורדת מחירים. כל העלאה של מחירים – וכן אי הפחתתם – מונעת מן הצרכן את האפשרות לרכוש לו מצרכים אחרים, שהוא רוצה בהם. המונופולין משעבד את הציבור לבעל המונופולין ומאלצו לצרוך סחורה ירודה בטיבה ולעתים אף להסתפק במועט, מבחינת הכמות.

במקום התחרות החופשית בשוק, מביא המונופולין לידי שיתוף פעולה הדוק בין הממשלה ובין בעלי היכולת המרובה, ואלה הם המועטים בציבור, לדיכוי הרבים...ובמה ימצא האיש הקטן במדינה את לחמו? ואין זו שאלה של כלכלה בלבד. צף ועולה גם הגורם החברתי: המונופולין נוטה ליצור שררה מיוחסת, סגורה, בעלת זכויות יתר, אנשים מטיפוס "האדם העליון", כנגד האנשים הקטנים, פחותי הערך הסובבים אותו והמשועבדים לו". (בג"צ 125/57 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ. שר האוצר צים ואח', פד"י י"א, 1496)

1. דיני ההגבלים העסקיים בנו כאמור מערך פיקוח שישמש כמגן בפני המונופולין. **מערך פיקוח זה, שעיקריו בית הדין והממונה, הינו קריטי לשם קידום התחרות החופשית, ולשם הגנה על הדמוקרטיה ושלטון החוק**. אלו הם ערכי יסוד בעלי מעמד חוקתי בשיטתנו. לא בכדי נחקק אך לאחרונה החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013 (להלן: "**חוק הריכוזיות**"), שמטרתו להבטיח את ביזור הכוח הפרטי במשק לשם הגנה על האינטרס הציבורי. זהו רצון המחוקק. ואולם, כפי שיבואר להלן, ערכי יסוד אלה נדחקו לקרן זווית במתווה הגז והורחקו אל מחוץ לחוק.
2. **מתווה הגז מנוגד לחלוטין לתכלית החקיקה: הוא מבצר את כוחו של מונופול הגז, ומעניק לו חנינה מראש ובדיעבד מעבירה על החוק. המתווה מאיים על מעמדם של עקרונות היסוד שצוינו, מפורר את עיקרון התחרות החופשית, וחותר תחת איתנותה של הדמוקרטיה הישראלית.** ויודגש: אין המדובר בעמדת העותרות, אלא בעמדתו של הגורם (שהיה) האמון על בחינת וקידום התחרות במדינת ישראל - הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, פרופ' דיוויד גילה, אשר הדגיש כי המתווה לא יביא לתחרות.
3. כפי שצוין לעיל, דווקא במקומות בהם נדרשת התערבותה של המדינה – יפעלו בעלי הכוח לשמר את שליטתם בשוק. לפיכך, הרגולטור הממונה על ההגבלים העסקיים חשוף ביתר שאת ללחצים חזקים של גופים בעלי השפעה פוליטית, המבקשים ליצור חסמים לתחרות ולהשיא את רווחיהם. כך ארע בעבר, וכך קורה היום, גם בעניין מושא עתירה זו.
4. אכיפת דיני ההגבלים העסקיים חיונית בכדי להגן על הציבור מפני עצמה כלכלית בלתי מרוסנת. בה בעת, היא חיונית גם כדי להגן על שלטון החוק ועל עצמאות רשויות השלטון. **ברי כי מתן עוצמה כלכלית כה גדולה בידי קבוצה פרטית – תאפשר להם להשפיע על קבלת ההחלטות במשק, ולפגוע בתקינות ההליך הדמוקרטי**. **בתחום ההגבלים העסקיים במיוחד יש לאכוף את החוק באופן דווקני, ולהימנע ממצב של איפה ואיפה**. על המדינה לעמוד מול שלל הלחצים והאינטרסים, לשרת נאמנה את רוב הציבור הישראלי, ולקבל החלטות נכונות – אף אם אלו פוגעות באינטרסים הפרטיים של בעלי המאה.
5. כפי שתראנה העותרות להלן, המדינה עשתה כל שביכולתה בכדי למנוע מהממונה על ההגבלים מלבצע את מלאכתו. בכך פעלה המדינה בחוסר סבירות קיצוני, ובאופן בלתי-מידתי בעליל, תוך רמיסת שלטון החוק, עיקרון השוויון בפני החוק, ותכליות דיני ההגבלים העסקיים וחוק הריכוזיות. פעולותיה של המדינה **מנוגדות** **לחובתה הבסיסית**: היא מחזקת ונותנת גושפנקא להסדר כובל שהוקם בניגוד לדין, ובמקביל מבצרת ומנציחה את מונופול הגז.
6. המתווה עוסק בחמישה הפטרים מדיני ההגבלים העסקיים. פטורים אלו מצאו את מקומם בפרק ב' לנספח א' במתווה הגז. **שזירתם של חמישה פטורים שונים במתווה אחד – כלפי העבר, כלפי העתיד, כלפי יצוא וכלפי משק הפנים –מלמדת יותר מכל על הפגם שנפל במתווה.** העותרות תעמודנה כעת על הפגיעה האנושה במטרות דיני ההגבלים העסקיים של הפטרים אלו, ראשון ראשון ואחרון - אחרון.
   1. **הפטור מההסדר הכובל שנוצר מרכישת הזכויות בהיתר רציו-ים ("לויתן")**
7. סעיף 1 לפרק ב' האמור פוטר מכל הוראות חוק ההגבלים, לנצח ולמפרע, את "**ההסדר הכובל שנוצר, לכאורה, על פי עמדתו של הממונה על הגבלים, 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 ולווייתן**".
8. הסדר כובל זה נוצר כאשר חברות הגז החלו להחזיק במשותף (יחד עם מתחרתן - חברת רציו) בזכויות ברישיון הנפט "רציו-ים", שלימים נתגלה בשטחו מאגר לוויתן. העותרות תעמודנה כעת בקצירת האומר על המשמעות של הסדר כובל בדין הישראלי.
   * 1. **כללי**
9. על פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הסדר כובל הינו הסדר לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן **העלול** למנוע או להפחית את התחרות. בניגוד למקובל בשיטת המשפט האמריקאית (ראו: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 28 ו-51 לפס"ד כב' השופט חשין), המחוקק הישראלי ראה לנכון להרחיב את ההגדרה להסדר כובל: **הפגיעה עצמה איננה תנאי הכרחי** לקיומו של הסדר כובל. די בחשש לפגיעה בתחרות, ובכל מקרה די בפגיעה בתחרות **בין הצדדים להסדר** ולאו דווקא בתחרות בשוק הרלוונטי.
10. סעיף 4 לחוק ממשיך וקובע כי אדם לא יהיה צד להסדר כובל אלא אם קיבל אישור, היתר זמני, פטור או פטור סוג מראש (להלן כולם יחדיו: "**אישור**" או "**אישור מראש**"). נקשר אדם בהסדר כובל כאמור, והוא בסטטוס נמשך של היותו צד לו מבלי לקבל אישור מראש - עובר הוא עבירה פלילית לפי סעיף 47 לחוק, ומעוול בעוולה אזרחית לפי הוראות סעיף 50 לחוק.
11. לפי הדין הישראלי, הסדר כובל מהווה התנהגות פסולה מעיקרה. להבדיל ממונופול, לא נדרשים תנאים נוספים כדי שהעבירה תתקיים (כגון ניצול לרעה של הכוח), שכן אלו טבועים באופן אינטגרלי בעצם קיומו של ההסדר הכובל. לפיכך, **הנחת היסוד המעוגנת היטב בחוק ההגבלים הישראלי הינה כי הסדר כובל פוגע בתחרות, ופגיעה בתחרות הינה פגיעה באינטרס הציבור**. זה הטעם שעולה מתחולתו הרחבה של סעיף 2 לחוק יחד עם סעיף 4 לחוק: המחוקק ביקש להראות לכל אדם המנהל עסקים את דרך הישר, היינו לחייבו לפנות לממונה על ההגבלים העסקיים או לבית הדין, לפי העניין, לוּ קיים ספק באשר להסדר אשר ערך עם אחר, וזאת על מנת לקבל אישור להסדר (או לאו).
12. האם כך פעלו חברות הגז? התשובה הינה שלילית באופן ברור: ביום 19.02.2007 קיבלה שותפות רציו היתר מוקדם על שטח הידוע כ-"רציו-ים". רק לקראת סוף שנת 2007, החלו השותפות הקיימות במאגר "תמר" - הן חברות הגז - במגעים לרכישת אחוזים מסוימים מאחזקותיה של חברת רציו בהיתר המוקדם. ביום 11.09.2007, רכשו החברות דלק ואבנר 70% מהזכויות בהיתר המוקדם, וביום 23.01.2008 הועברו לחברת נובל אנרג'י 35% מהזכויות במאגר. ניתן לומר בבטחה שהחל משנת 2009, החלו כל השותפות לפעול יחד לחיפוש גז טבעי בשטח ההיתר המוקדם, שלימים הוענקו בשטחו 5 רישיונות נפט.
13. חרף העובדה שרציו הייתה מתחרה של דלק ונובל באותה העת, לא פנתה ולו אחת מהן לקבלת אישור מראש, כנדרש וכמתחייב מחוק ההגבלים העסקיים. זאת למרות שהן היו מודעות היטב לעובדה שעליהן לעשות כן, בהיות הדבר מיזם משותף בין מתחרים. מודעות זו נלמדת מן העובדה שכך פעלו חברות הגז עת חבירתן במאגר **תמר**, כשביקשו פטור ביום 18.01.2007. **אולם כך לא נעשה במאגר "לוויתן".**
14. הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, פרופ' דיוויד גילה, סבור שמדובר בהסדר כובל הסותר את דיני ההגבלים העסקיים. הנחה זה עמדה במוקד הליך הצו המוסכם שניהל הממונה עם חברות הגז. ביום 06.09.2011 וביום 23.12.2014, בעודו מכהן כממונה, הודיע פרופ' גילה כי בכוונתו להכריז עליהן כהסדר כובל בכפוף לשימוע, בגין התנהלותן זו.
15. **ודוק, זהו ה"שוט" העיקרי שיש למדינת ישראל כנגד חברות הגז**. הפחד מפני מימוש סמכותה של המדינה לפעול כנגד ההסדר הכובל במסגרת דיני ההגבלים העסקיים - מדיר שינה מבעלי חברות הגז, ולא בכדי. צעידה בדרך זו תביא לפירוק ההסדר הכובל, ועימו לפירוק מונופול הגז, ושליטתן המוחלטת של חברות הגז תיפסק. **הרנטות המונופוליסטיות שסוחטות כבר עתה חברות הגז מן הציבור לא תוכלנה להתקיים עוד אם המדינה הייתה משתמשת בארסנל המלא שלה, המעוגן בחוק ההגבלים העסקיים.**
16. אכן, אין כל ספק ששימוש בכלים שהחוק מקנה לפירוק הסדר כובל יתרום משמעותית לתחרות במשק הגז הטבעי בטווח הבינוני והארוך, **ולהחלשת כוחו של המונופול ויכולתו להשפיע על הליך קבלת ההחלטות במדינה**. הכרזה על הסדר כובל מאפשרת לבית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לסעיף 50א לחוק ההגבלים, ליתן הוראות שיביאו להסרת המגבלות על התחרות. כך למשל, בית הדין להגבלים עסקיים יכול להורות על פירוק ההסדר הכובל והפסקת שיתוף הפעולה, מכירת זכויות בנכסים, מכירת נכסים משותפים וכיוצא בזאת, והכל - באופן שיגביר את התחרות **בלוח זמנים קצר יחסית.**
17. לא בכדי הסמיך המחוקק את בית הדין, במסגרת תיקון מס' 16 לחוק ההגבלים העסקיים (נובמבר 2014), **להורות לבעל מונופולין למכור נכס שבידו, כולו או חלקו**, אם מצא שיש בכך כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים או לפגיעה משמעותית בציבור. המחוקק למעשה הסמיך את הממונה ואת בית הדין לפרק מונופולין בדיוק במקרה כבענייננו. **המחוקק הבהיר היטב כיצד על רשויות המדינה לפעול בנסיבות דנן**.
18. מן הטעם הזה, חברות הגז נלחמות בכל כוחן כנגד הפעלת סמכויות המדינה בקשר להסדר הכובל. מן הטעם הזה, חברות הגז היו מוכנות להגיע להסכמה עם הממונה על ההגבלים העסקיים על טיוטת צו מוסכם, טיוטה שבמסגרתה הן זכו להנחות פחותות בהרבה מאלו שניתנו להן במסגרת המתווה דנן.
19. דא עקא, הממשלה לא רק שהחליטה לא להפעיל את סמכותה, אלא אף קיבלה החלטה למנוע מהממונה על ההגבלים העסקיים לפעול על פי סמכותו הרגילה. ואף בכך לא די: הממשלה החליטה להתעלם מרצון המחוקק ולפנות להסדרת הבעיה בדרך לא דרך המסכלת את מטרת החוק. כך, הממשלה החליטה לוותר כליל – **באופן** **גורף, לעולמי עד ומפרע** – על כפיפות חברות הגז לדיני ההגבלים העסקיים.
    * 1. **חוסר סמכות**
20. הפטור הגורף ניתן לא רק מעתה ואילך, אלא אף למפרע. **העותרות תטענּה כי בכך חרגו המשיבים מסמכותם, ועל כן דינו בטלות**. זאת - מן הטעמים הבאים.
21. סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מסמיך את שר הכלכלה, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה, לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן, אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמי מדיניות חוץ או ביטחון המדינה.
22. עינינו הרואות, כי סעיף 52 מאפשר לשר הכלכלה **לפטור הגבל עסקי מהוראות החוק, אולם אין הוא "מוחק" את המעשים האסורים. מדובר בפטור דיוני, לא פטור מהותי. ואולם, ניסיונה של המדינה ליתן מעין "חנינה" לחברות הגז, בכך שקבעה היא כי הפטור יחול למפרע – ללא תחולה אמיתית אלא באופן הצהרתי בלבד – הינה פגומה מיסודה ונטולת סמכות**. **חוסר ניקיון הכפיים של חברות הגז - ראוי לו שיהדהד בין כותלי המתווה**; שהרי ההסדר הכובל והחשש מהשלכותיו **–** הוא המניע למתווה, וראוי כי חברות הגז **–** כמו גם רשויות השלטון והציבור כולו – יתנו לכך ביטוי ברור.
23. לפיכך, העותרות תטענּה כי אין לממשלה סמכות לפטור מהוראות החוק באופן רטרואקטיבי, או לפטור באופן מהותי מעשים הסותרים את דיני ההגבלים העסקיים. העובדה כי המדינה ביקשה לפטור את ההסדר הכובל למפרע, כמעין "חנינה" על מעשי חברות הגז, איננה חוקית ועל כן דינה - בטלות.
    * 1. **חוסר סבירות קיצוני**
24. כאמור, המדינה ויתרה על ה"מנוף" העיקרי שיש לה ללא סייג. הפטור לא סויג בהיקפו למידה הנחוצה לצורך בטחוני או מדיני. הפטור ניתן באופן גורף. **אינטרס הציבור** **נמכר אפילו לא בנזיד עדשים**. יתר על כן: בעוד יתר הפטורים מותנים בביצוע פעולות מסוימות (כמפורט בפרק ג' לנספח א'), פטור זה, החשוב ביותר - **ניתן ללא תמורה**. במסגרתו מוחלת המדינה לחברות הגז לעבר ולעתיד על התנהלותן, זו שהביאה לחיסול התחרות בשוק הגז הטבעי הישראלי ולביצור מונופול הגז בשנים הבאות.
25. **בחתימת ההפטר לפי סעיף 52 העניק מר נתניהו פטור מלא, לצמיתות ולמפרע, להסדר הכובל הגדול ביותר בהיסטוריה של ההגבלים העסקיים בישראל.** וכדבריו של אורי שוורץ, הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל, בפני ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 29.11.2015: **"המשמעות של הפטור הזה היא שמרגע** **שההחלטה תחתם, להבנתנו לא ניתן להקים מחדש את הטענה להסדר** **כובל שנוצרה בשותפות 'לוויתן'"**.
26. **מדובר בסיכול טוטאלי של מטרות דיני ההגבלים העסקיים, ובהתעלמות מוחלטת מהפגיעה המכוונת של חברות הגז בדיני ההגבלים העסקיים ומכך שהן יצרו מונופול מוחלט (100% מהשוק).** דווקא בעניין חמור כזה היה על המדינה לפעול ללא מורא להנחלת שלטון החוק ולהגשמת דיני ההגבלים העסקיים עד תום, למען ההגנה על המשק ולמען יראו וייראו.
27. אכן, ההחלטה דנן **פוגעת אנושות אף בשוויון בפני החוק**. על שתי חנויות נעליים סמוכות – חל איסור לשתף פעולה באופן שעלול להפחית את התחרות ולפגוע בלקוחות . על אחת כמה וכמה, יש **לאכוף את החוק ללא מורא על הסדר כובל הפוגע במשק כולו**. כל פעולה אחרת שולחת מסר חמור, לפיו חוטא נשכר. בכך מתמרצת המדינה גופים פרטיים ליצור קרטלים ולא לסור למרותה. גורמים פרטיים למדים, כי כל עוד הם ירמסו את החוק במטרה להפוך ל"גדולים מדי מכדי ליפול" - הם יהיו מעל לחוק. לא ניתן להשלים עם מסר זה, שאף לא נשקל על ידי המדינה. אף מן הטעם הזה **מדובר בחוסר סבירות קיצוני היורד לשורש ההחלטה.**
28. המדינה עשויה לטעון מנגד כי אכיפת האיסור על ההסדר הכובל תביא לדיונים משפטיים ממושכים, בבתי משפט ישראליים ובהמשך בטריבונאלים בינלאומיים. אולם בכך מתעלמת המדינה מהוראות סעיף 29(ג) לחוק הנפט, לפיו יש לפתח את המאגר תוך שלוש שנים (ועל פי שטר החזקה - תוך ארבע שנים). הסעיף קובע כי אם לא פיתחו חברות הגז את המאגר - פוקעת החזקה והיא תועבר לאחר. **זהו החוק משנת 1952, והוראותיו ידועות לכל**, ובוודאי לחברות הגז.
29. זאת – ועוד: פניה לערכאות משפטיות איננה מבטלת את החובה לפתח את המאגר. כך, יש להתחיל בקדיחת באר הגז בתוך שישה חודשים (סעיף 31 לחוק הנפט) ולהפיק גז בתוך שלוש שנים (סעיף 29(ג) לחוק הנפט), ולא - תופקע החזקה. **אין הצדקה חוקית לכך שהליכים משפטיים ימנעו עמידה בהוראות חוק אלו. ממילא, קיים לוח זמנים שיתמרץ את החברות להימנע מהליכים משפטיים ממושכים**. ונדגיש: בעוד שסעיף 24 לחוק הנפט מאפשר להשתחרר מחובה זו, מטעמים מסוימים, הסעיפים המוזכרים אינם מכילים היתר כזה.
30. **העותרות תטענּה כי לא ניתן לחלופה זו משקל מספק, אם בכלל.** **לפיכך, דומה אף שלא נשקלו החלופות האפשריות, לרבות מתן פטור בתנאים. אף מן הטעם הזה – ההחלטה הינה בלתי-סבירה באופן קיצוני**.
    * 1. **חוסר מידתיות**
31. מעבר לכך, מדובר בהפטר בלתי מידתי שדינו בטלות. לשם הדיון בלבד, נניח שלא היה מוצא אחר מלבד הענקת הפטור. ועדיין, האופן בו ניתן הפטור – ללא הגבלת זמן, וללא התניות שיסייעו בקידום מטרות המתווה – פוגע באורח גורף, רחב ובלתי מידתי בדיני ההגבלים העסקיים.
32. לסיכום, ברי שוויתור זה עמד בעוכריה של המדינה כאשר היא ניהלה משא ומתן מול חברות הגז. הוויתור בסוגיית ההסדר כובל הפחית באופן משמעותי את תרומת המתווה לתחרות ולאינטרס ציבור. כאשר המדינה החליטה מראש שלא להידרש לאפשרות של הכרזה על הסדר הכובל, **ללא כל תמורה**, בשל החשש (שספק אם יתממש) מפני עיכוב בפיתוח – היא ויתרה על קלף מיקוח קריטי. בכך התפרקה המדינה מאחריותה וחובתה להגן מכל משמר על אינטרס הציבור.
33. הפגיעה התקדימית בדיני ההגבלים העסקיים, דווקא במקום בו היה צורך לדקדק בהוראות החוק, מובילה לאיון של שלטון החוק ופוגמת בהרתעה בתחום זה. פגיעה זו יוצרת מדרון חלקלק, ולכך יש השלכות גם לדורות הבאים. מטעמים אלו מדובר בפגיעה בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית, ודינה להתבטל.
    1. **הפטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את הגז שיופק מלווייתן לשוק המקומי**
34. סעיף 2 לפרק ב' האמור פוטר את חברות הגז מ"**ההסדר הכובל שייווצר, לכאורה, במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את הגז שיופק מלווייתן לשוק המקומי**". זאת על ידי מתן פטור מהוראות פרק ב' לחוק, וכן פטור מסעיף 43(א)(1), סעיף 47(א)(1), סעיף 50א (סעיפי האכיפה) ביחס להוראות ב' וסעיף 50ד(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.
35. הפטור שניתן בסעיף זה, כמו גם תנאי הארכת הפטור, ניתן תוך חריגה מסמכות, ולחלופין הינו בלתי סביר באופן קיצוני ובלתי מידתי. הכל מהטעמים שיפורטו להלן.
    * 1. **חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות במתן פטור דנן**
36. "**מבנה הגז הטבעי כפי שהתפתח עד היום יוצר תלות של המדינה במונופול פרטי בכל הנוגע להפקה ולאספקה של משאב חיוני זה**". דברים אלו של מבקר המדינה (ראו עמ' 18 לדו"ח מבקר המדינה בעניין פיתוח משק הגז הטבעי, נספח ע/42), הם הבסיס להבנת הבעיה אליה נקלעה מדינת ישראל. אין מדובר רק בסוגיית המחירים, שעליה תעמוד העותרת בהמשך. מונופול שמבוסס על מודל של שיווק משותף – עלול לפגוע בתחרות בענפי תעשיה שונים, להשפיע על הליך קבלת ההחלטות במשק, לרבות בתחום יחסי החוץ ובביטחון. זאת במיוחד משום שמדובר בשליטה מוחלטת במשאב אנרגיה חיוני.
37. **חשוב להדגיש כי מודל השיווק המשותף – יבטיח את ביצור כוחו של מונופול הגז, ויגביר את הכוח יוצא הדופן שכבר עתה נמצא בידיו. על הפגיעה הנגרמת כתוצאה משיתוף פעולה בחיפוש גז – עשויות להיות חילוקי דעות. ברם בכל הנוגע להפקה ושיווק משותף – אין מחלוקת: שיתוף פעולה ביחס להפקת הגז וישווקו יביא לפגיעה קשה ביותר בתחרות. אלו הם המקטעים שבהם נדרשה התערבות של הממונה, לשם שמירה על התחרות וקידומה.**
38. **והעיקר הוא זה:** ההפטר במתווה ניתן באמתלה של שיקולי חוץ, שעיקרם – הצורך לייצא את הגז הטבעי למדינות שכנות. אולם בפועל ההפטר ניתן לא רק לשם יצוא משותף של הגז, אלא גם לשם שיווק משותף, מונופוליסטי, לשוק המקומי. היבט זה של ההפטר – פסול לחלוטין. הוא מוכיח כי שיקולי החוץ והבטחון אינם אלא אמתלת שווא. הוא מבטא את התכלית הפסולה של המתווה: ליתן הכשר שלא כדין למונופול הפוגע בכלל הצרכנים בישראל.
39. בדיוק לשם כך נמסרו לממונה על ההגבלים ולבית הדין להגבלים סמכויות רחבות ושיקול דעת מקיף. אלו מאפשרים לרגולטור ולבית הדין להתמודד עם הגבל עסקי רב עוצמה . אלא שהמתווה מרוקן מתוכן את כל הסעיפים הרלוונטיים לענייננו:
    1. **פרק ב'** לחוק ההגבלים העסקיים קובע אלו פעולות נחשבות להסדר כובל; אוסר על קיומו של הסדר כובל; ומטיל חובה לפנות לממונה טרם יצירת הסדר כובל.
    2. **סעיף 43(א)(1)** מעניק לממונה סמכות לקבוע כי הסדר מסוים הינו הסדר כובל, ומבהיר כי קביעה מעין זו תהא ראיה לכאורה בכל הליך משפטי.
    3. **סעיף 47(א)(1)** קובע את המשמעות הפלילית של הסדר כובל שלא קיבל אישור או פטור מראש, ומטיל על השותפים להסדר מאסר שלוש שנים או קנס.
    4. **סעיף 50א** מעגן את סמכות בית הדין לצוות על כל אדם להימנע ממעשה שיש בו הפרה של הוראות חוק ההגבלים, וכן לצוות על כל פעולה הדרושה למניעת הפרה כאמור.
    5. **סעיף 50ד(א)(1)** קובע את סמכות הממונה להטיל עיצום כספי, עד 24 מיליון ש"ח, על מי שהיה צד להסדר כובל בלא אישור מראש.
40. אם כך, החוק מקנה לממונה כוח רב ומרתיע, בפיקוח בית הדין. זאת על מנת לקדם את התחרות ולהבטיח יעילות, הגדלת ההיצע והורדת מחירים לצרכנים. אולם במקרה דנן, **במקום לאפשר לממונה להפעיל את סמכויותיו – נטלה הממשלה את הסמכויות. במקום לקדם את התחרות – התירה הממשלה את קיומו של ההסדר הכובל במאגר הגז הטבעי "לוויתן", ובכך הנציחה מונופול על מאגרי הגז הטבעי בישראל.**
41. **הלכה למעשה, פטור משיווק במשותף הוא בדיוק מה שחברות הגז חפצות בו. הוא מעניק להן כוח מונופוליסטי משותף שלא ניתן לפירוק. המדינה משחקת לידיהן, ונותנת להן את כל מבוקשן. זו התקפלות נוספת של המדינה, שמתפרקת מכלי הנשק שהפקיד בידהּ המחוקק – והכל בכדי לרצות את מונופול הגז.** בדיוק לכך התכוון המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, במכתבו מיום 16.12.2014, באמרו: **"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**..". זו הסנונית המבשרת את העתיד לבוא: החלטות בלתי סבירות ובלתי מידתיות שתקבל המדינה, בשל החשש מפני כוחו של מונופול הגז.
42. **פטור כה גורף מדיני ההגבלים העסקיים אינו מוצדק, ובוודאי שאיננו סביר בעליל ואיננו מידתי. הפגיעה בתחרות חמורה מנשוא, כובלת את ידי הממונה על ההגבלים שלא לצורך וחושפת את הציבור כולו לסיכונים מיותרים. ברי כי באיזון הנדרש, לא ניתן משקל מספק לעקרון התחרות במשק, ואף אם כן - הפגיעה בו איננה מידתית כלל ועיקר. פגמים אלו מצדיקים את התערבות בית המשפט הנכבד ואת ביטול המתווה בכללותו**.
    * 1. **חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות בתנאים שנקבעו להארכת הפטור**
43. פגמים נוספים נפלו בתנאים שנקבעו לשם הארכת הפטור משנת 2025 לשנת 2030 (ומשם, כפי שתראנה העותרות להלן, לנצח נצחים). ובמה דברים אמורים?
44. הפטור ניתן כברירת מחדל עד ליום 1.1.2025. פטור זה ניתן להארכה בת 5 שנים, בתנאים שלהלן:

"אולם מצא **שר האנרגיה** כי קיימים **לפחות שלושה מאגרי גז טבעי המחוברים למערכת ההולכה הארצית, שבכל אחד מהם יש במועד זה חובת הספקה של לפחות 30BCM למשק המקומי, ושאין גורם המחזיק ביותר מ-25% בזכות כלשהי ביותר ממאגר אחד** (לעניין זה כריש ותנין יחשבו כמאגר אחד), אזי יוארך הפטור עד ליום 1.1.2030.

לאחר מועד זה יוכל הממונה על הגבלים לשוב ולבחון את סוגיית השיווק המשותף לשוק המקומי ביחס לחוזים שיחתמו לאחר 1.1.2025 או 1.1.2030 (לפי תוצאת בדיקת שר האנרגיה כאמור), ולנקוט, אם מצא לנכון, צעדים בעניין בהתאם לסמכויותיו לפי כל דין, **ובלבד שנקבעה הסדרה לשיווק בנפרד של גז טבעי על ידי שר האנרגיה**".

1. זהו הסדר רווי כשלים, שאיננו יכול לעמוד, מן הטעמים הבאים:
   1. "שר האנרגיה" - המתווה **מפקיע** מהממונה על ההגבלים העסקיים את סמכותו המקצועית – לשמור על התחרות במשק, ומעביר אותה לידי שר האנרגיה. אין כל הצדקה להסדר כזה. **ההארכה נעשית ללא המסננת של בית הדין להגבלים לעסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים, תוך עקיפתם באופן חסר תקדים, וזאת חרף הייעוד והמעמד העצמאי שהעניק להם המחוקק.**  ודוק, לאור כשלי האסדרה של משק הגז על ידי משרד האנרגיה בשנים האחרונות, כפי שעמד עליהם אף מבקר המדינה, לא יהיה זה סביר להניח כוח כה רב ובלעדי בידי שר האנרגיה.

בנוסף, מטרתו של משרד האנרגיה הינה הפקת גז בישראל. מטעם זה הוא רואה לנכון לייצג את עמדת חברות הגז במסדרונות הממשלה (עמד על כך אף השר להגנת הסביבה אבי גבאי בוועדת הכלכלה, כאשר ציין כי משרד האנרגיה נשען על נתוני חברות הגז). **מדובר בניגוד עניינים מובנה וברור, שעד כה אף השפיע בפועל על מעשיו של שר האנרגיה**. העותרות תטענה כי דווקא בשאלת התחרות - יש לשים את מִבטחנו בידי הגורם האמון על האינטרס הצרכני, הוא הממונה על ההגבלים, לכל הפחות מן הטעם של איזונים ובלמים בתוך מערכות השלטון. לא כך נעשה בענייננו.

ודוק, כלל הפטור תלוי בשיקול דעתו של שר האנרגיה - הן באשר להארכה לשנת 2030, והן באשר להמשך הפטור לאחר מועד זה. על האבסורד שבכך אין כל טעם להרחיב.

* 1. "לפחות שלושה מאגרי גז טבעי המחוברים למערכת ההולכה הארצית, שבכל אחד מהם יש במועד זה חובת הספקה של לפחות 30BCM למשק המקומי, ושאין גורם המחזיק ביותר מ-25% בזכות כלשהי ביותר ממאגר אחד" - אין הלימה בין ההנחה שתנאים אלו יביאו לתחרות לבין קיומה של תחרות בפועל. זו הנחה בלתי סבירה באופן קיצוני, בלתי הגיונית, אשר נשענת על השערות ערטילאיות. בדיקה זו חייבת שתיעשה על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, באמצעות שיקול דעתו הרחב והנתונים המלאים שיונחו בפניו.
  2. "ובלבד שנקבעה הסדרה לשיווק בנפרד של גז טבעי על ידי שר האנרגיה" - גם לאחר שנת 2030, הפטור יימשך, לו ירצה בכך שר האנרגיה. **די בכך שהשר לא ייקבע "הסדרה לשיווק בנפרד"**, כדי להבטיח שהפטור מסעיפי החוק יימשך לנצח נצחים. פרשנות זו אומצה בידי עו"ד אתי בנדלר, היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה של הכנסת, ועו"ד אורי שוורץ, הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל (ןראו: פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015, בעמ' 114, כשהאחרון אומר כי המדובר ב-"...**מעטפת רגולטורית שהיא** **תנאי הכרחי לשיווק בנפרד של גז טבעי ממאגר אחד, ומטבע** **הדברים, ללא מעטפת רגולטורית כזאת, שיווק בנפרד של גז הוא בעצם בלתי אפשרי**"). ברי כי תוצאה כזו, כאשר התחרות תלויה אך ורק במאווייו של שר האנרגיה, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. המתווה אינו נותן לכך מענה, ואינו מטיל כל חובה על השר לקבוע את ההסדרה הנדרשת לשם שיווק בנפרד. מעבר לכך, המתווה אינו מאפשר קיומה של תחרות כלשהי במשק הגז הטבעי, ולכן הוא אף איננו מידתי.

1. עינינו הרואות, כי ההארכה איננה תלויה בשיקולי התחרות: הן לנוכח זהות הגורם הרלבנטי (שר האנרגיה), והן לנוכח התנאי הקשיח שאיננו מאפשר כל שיקול דעת. מעבר לכך, אוזלת היד של משרד האנרגיה, שנחשפה לעין כל בשנים האחרונות, עלולה להביא למתן פטור קבוע ותמידי, והכל לפי שיקול דעתו של שר האנרגיה.
2. מדובר בפרוצדורה חסרת כל היגיון תחרותי. כל מטרתה – להוציא את הפיקוח על ההסדר הכובל מידי הממונה על ההגבלים ומידי בית הדין ולהעבירו לידי שר האנרגיה. ברי כי הסדר כזה הינו בלתי סביר באופן קיצוני, והתלות בשר האנרגיה אף איננה מידתית.
3. לסיכום פרק זה, **דומה כי הסעיף לוקה בפגמים פרוצדוראליים ומהותיים מובנים, הסותרים באופן חמור את כללי המשפט הציבורי. אף מטעם זה – חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות אינם מאפשרים את הותרת המתווה על כנו.**
   1. **הפטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את הגז שיופק מלווייתן במשותף לייצוא בלבד**
4. סעיף 3 לפרק ב' פוטר מכל הוראות החוק את חברות הגז מ"**ההסדר הכובל שייווצר, לכאורה, במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו את הגז שיופק מלווייתן במשותף לייצוא בלבד**", ללא כל מגבלת זמן.
5. לכאורה, יטען פלוני, אין זה מעניינו של תושב ישראל מהי מידת התחרות בשיווק לייצוא, כמו גם מהו המחיר שאותו ישלמו מדינות זרות או גופים פרטיים זרים. ברם טענה מעין זו – בטעות יסודה. שיווק במשותף, אפילו לשם ייצוא, מחייב שיתוף פעולה הדוק בין בעלי הזכויות במאגרי הגז. הוא מחייב יצירת מנגנון שמאפשר לבעלי זכויות הגז לשוחח ולהחליף מידע ורעיונות, **תוך דילוג מעל "החומה הסינית" הנדרשת בנסיבות דנן**.
6. בפועל - לא ניתן יהא לבודד את שיתוף הפעולה לסוגיית הייצוא בלבד. כדרכו של העולם – השיג והשיח יימשכו ויובילו למסירת מידע ונתונים על כמויות, מחירים וכיוצא בזה. התנהלות כזו מהווה סכנה לתחרות **גם בשוק המקומי**. זהו טעם נוסף לכך שהפטור הינו בלתי סביר באופן קיצוני. לא נשקלו כלל השיקולים הנדרשים, לרבות ההשלכות הבעייתיות שעלולות לקום מהתרת הסדר כובל בתחום הייצוא.
7. לא זו אף זו, ההחלטה שהפטור הינו מכל הוראות החוק – איננה מאפשרת כל פיקוח על שיתוף הפעולה, ואין כל ביקורת על הנושאים הנידונים בין הצדדים להסדר הכובל. לפיכך, הפטור אף בלתי מידתי.
8. בשל כל האמור, הפטור דנן הינו מקיף מדי ואיננו נותן מענה לכשלים המובנים במנגנון שיקום בעקבות הפטור, ועל כן - דינו בטלות.
   1. **הפטור מההסדר הכובל שעשוי להיוותר מהסכם רכישה מסוים מלווייתן**
9. סעיף 4 לפרק ב' פוטר את חברות הגז, לנצח, מ"**הסדר כובל העשוי להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז טבעי מלווייתן**", על ידי מתן פטור מהוראות פרק ב', מסעיף 43(א)(1), מסעיף 47(א)(1), מסעיף 50א ביחס להוראות ב' ומסעיף 50ד(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, וזאת כל עוד "**ההסכם נחתם לפני 01.01.2025**".
10. כפי שניתן בנקל לראות, מדובר בפטור רחב ביותר ואף עמום. תחולתו איננה ברורה, וייתכן **שהוא יינתן בין היתר לצד שלישי עתידי ובלתי ידוע - ללא כל שיקול דעת**. מטרת הסעיף עלומה, והוא בוודאי ישחק לידיהן של חברות הגז.
11. העותרות מתקשות עד מאוד להבין מהי מטרת הסעיף, ומהי תחולתו. הדברים אף לא הוסברו במדוייק באף שלב בהליך, אולם בין היתר, עלול הסעיף להעניק פטור במקרים הבאים:
    1. הסדר כובל אנכי - הסדר כובל אופקי, כפי שארע בענייננו, הוא הסדר בין שני מתחרים באותו ענף. הסדר כובל אנכי הינו הסדר בין שתי יחידות בשרשרת כלכלית אחת, כשכל אחת לבדה איננה יכולה לבצע את התהליך המלא בעצמה. כך, למשל, נראה שחברות הגז תוכלנה להתקשר עם חברות או מפעלים אחרים, שאינם חלק ממשק הגז, תוך הבטחה לאספקה בלעדית עבורם, באופן אשר יחזק את מעמדם ויהפוך אותם למונופול בתחומם (שכן ההוצאות בגין אנרגיה תהיינה נמוכות יותר).

הקשר האסור בין שני הגורמים, **אשר ייצור מונופולים קטנים בענפים שונים**, יביא לפגיעה חסרת תקדים בכלכלה הישראלית - **ולגוף המאסדר לא תהיה כל סמכות להתערב ולתקן את כשלי השוק שנוצרו, לעולם (כל עוד החוזים נחתמו עד 01.01.2025)**.

הפטור עלול להיות גרוע אף יותר למשק ולדמוקרטיה בישראל. הוא איננו אוסר על יצירת הסדר כובל עם חברות אחרות בבעלותו של יצחק תשובה, בעל השליטה בקבוצת דלק ובחברות רבות במשק. סעיף זה - יחד עם סעיף 5 לנספח ב', שעליו תעמודנה העותרות להלן - עלול להתיר למר תשובה **ליצור מונופולים קטנים בבעלותו, בענפים שונים של הכלכלה הישראלית, וידי הרגולטור תהיינה קשורות**. התוצאה הינה כה אבסורדית, כה לא עולה על הדעת, שהיא בוודאי בלתי סבירה באופן קיצוני, ומחייבת את ביטולו של הפטור וביטולו של המתווה.

אין אף להתעלם מה"תנאי" המגוחך שהוצב לחברות, באשר לפרק הזמן לתחולת סעיף זה. ברי כי חברות הגז תחתומנה על חוזים ארוכי טווח, אולי אף ללא תאריך סיום, וזאת עובר ליום 01.01.2025. העדר מועד סוף לפטור זה הינה חסרת אחריות ובלתי סבירה באופן קיצוני.

* 1. מכירת כל או רוב הכמויות המאגר לצד שלישי - בהנחה כי כמויות רבות יימכרו לגורם אחד, צד שלישי פלוני, יהפוך הוא בן רגע לבעל כוח עצום במשק, ללא פיקוח אמיתי. ההסדר הכובל שייווצר בין חברות הגז לבין אותו גורם שלישי לא נתון לביקורת של הממונה על ההגבלים העסקיים. זאת חרף העובדה שאותו צד שלישי יחזיק בכוח רב, והוא עלול להשתמש בו על מנת להגביל את התחרות במשק. בנוסף, אותו גורם פלוני יוכל לחמוק מן הדין באמצעות הסעיף שעליו תעמודנה העותרות מיד - סעיף 5 לנספח ב' למתווה. השילוב בין הסעיפים הוא מסוכן, ומתיר החזקת כוח בלתי מוגבל בידי גופים פרטיים.

1. לסיכום, אין כל היגיון בפטור דנן. ככל שניתן להבין את תוכנו העמום – מדובר בסעיף **בלתי סביר באופן קיצוני, ובוודאי שאיננו מידתי**. תחולתו האינסופית, יחד עם המגבלות חסרות התקדים שמוטלות על רשויות השלטון, הינה אבסורדית. התוצאה תהיה שהממונה לא יוכל לפעול להבטחת טובת הציבור. כך יוכל מונופול הגז להמשיך לצבור כוח, ואף להשתלט על ענפים נוספים במשק. לא ניתן להשלים עם מציאות כזו. לפיכך יש לבטל את הפטור הגורף, שאינו מותנה בדבר, ולהשיב לידי הממונה על ההגבלים את סמכותו כדת וכדין, באופן שיאפשר לו להגן על האינטרס הציבורי.
   1. **הפטור מהיות דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח הכרזות הממונה על ההגבלים**
2. סעיף 5 לפרק ב' פוטר את חברות הגז מ"**היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות**", על ידי מתן פטור מהוראות סעיפים 30, 30א ו-31 לחוק, "**בכל הקשור לפעילותן של דלק ונובל בלווייתן ובתמר בלבד**", וזאת עד לשנת 2025 (עם אפשרות הארכה לשנת 2030, על ידי שר האנרגיה). כמו כן קיימת פגיעה משמעותית בסעיף 29א לחוק, שאינה עולה מפורשות מהמתווה, אך גם עליה תעמודנה העותרות כעת.
3. העותרות תטענּה כי הפטור בסעיף זה, כמו גם תנאי הארכת הפטור, ניתנו בחריגה סמכות. הם אף בלתי סבירים באופן קיצוני, ובוודאי בלתי מידתיים – הכל מן הטעמים שיפורטו להלן. **בקצירת האומר: לא ניתן לפטור הגבל עסקי מהיותו מונופולין שכן מדובר בסטטוס קיים, ולא בפעולה ספציפית. הפטור מנסה להעלים את עובדת קיומו של מונופולין מן המציאות, ולא לפטור פעולה ספציפית בשל היותה חיונית לשיקול בטחוני או מדיני כזה או אחר.**
   * 1. **הפטור מסעיפים 30, 30א ו-31 לחוק**
4. העותרות עמדו לעיל על הפגם בכך ששר האנרגיה מנכס לעצמו סמכויות, באופן שיאפשר לו לפגוע בתחרות (ראו לעיל בקשר לסעיף 2 לפרק ב'). העותרות לא רואות צורך להרחיב שוב בעניין זה. יצוין רק כי אף בסעיף קריטי זה מקבל לידיו שר האנרגיה סמכות שיש בה כדי להשפיע עד לבלי היכר על מצב התחרות במשק, סמכות שראוי שתהיה בידי אחר.
5. נקודה חשובה נוספת היא שקילות התמורות ("טרייד-אוף") במתווה, קרי: סמכויות הממונה על ההגבלים שהמדינה מוותרת עליהן. כאמור, הממונה הוסמך בחוק להפעיל כוחות רבי-עוצמה לפי שיקול דעתו, ובפיקוח של בית הדין, לשם הגברת התחרות במשק. לענייננו, רלוונטיים הסעיפים הבאים:
   1. **סעיף 30 לחוק** מקנה לממונה סמכות ליתן לבעל מונופולין הוראות בדבר צעדים שעליו לנקוט, אם ראה כי כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, או קיים חשש לפגיעה כאמור;
   2. **סעיף 30א** **לחוק** הינו סעיף חדש יחסית, שנחקק בשנת 2014 ועליו עמדו העותרות לעיל. הוא מעניק לבית הדין סמכות, לבקשת הממונה, להורות לבעל מונופולין למכור נכס שבידו, כולו או חלקו, אם מצא שיש בכך כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים או בציבור;
   3. **סעיף 31 לחוק** מעניק לבית הדין סמכות, לבקשת הממונה, להפריד את המונופולין לשני תאגידים עסקיים או יותר, אם ראה כי כתוצאה מקיומו, נפגע הציבור באופן משמעותי. סעיף זה מחייב העברת העתק מפנייתו לבית הדין של הממונה לידי המשרד הרלוונטי ממשרד הממשלה.
6. סעיפים אלו עוסקים בסמכות ליתן הוראות לבעלי מונופולים. זו סמכות רלוונטית ורבת משמעות, שמטרתה הגנה על הציבור. נטילתה פוגעת עד מאוד במשק. יתירה מכך: חלק מן הסמכויות נקבעו בידי המחוקק אך לאחרונה. סביר להניח שברקע לשינוי החקיקה עמד, בין היתר, הרצון למעט בכוחו של מונופול הגז. נטילת הסמכויות היא אפוא הטבה מפליגה, ללא כל הצדקה, **אשר מונעת את יכולתה של הממשלה להגן על אזרחיה ותושביה** **לתקופה ארוכה** ובהיבטים רבים, כגון (ראו סעיף 30(ג) לחוק):

(1) מחיר של נכס או של שירות.

(2) איכות הנכס או השירות.

(3) כמות הנכסים או היקף השירות.

(4) אספקת הנכס או השירות, סדירותה או תנאיה.

(5) חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף.

1. **יוצא, אפוא, שהמדינה מגוננת על חברות הגז מפני הוראות החוק שעניינן מונופולין: ניתן פטור גורף מסעיפים 30, 30א ו-31 לחוק, בכל הנוגע לפעילותן של דלק ונובל בלוויתן ובתמר "בלבד" (כ-95% מעתודות הגז בישראל), וזאת עד לשנת 2025, עם אפשרות הארכה עד לשנת 2030.**
2. **אלו הם הסעיפים העיקריים שמאפשרים למנוע מהמונופול לצבור כוח רב מדי. עליהם מושתתות מרבית הסמכויות האחרות של הממונה ושל בית הדין. כאשר העניקה הממשלה פטור מסעיפים אלו – היא עיקרה באופן מוחלט את יכולתם של גורמי האסדרה לפקח אחר התנהלות המונופולין, וזאת למשך שנים רבות קדימה.**
3. העותרות סבורות כי לא נלקחו בחשבון משמעויותיו האדירות של הפטור, לרבות הפגיעה ביכולתה של המדינה להתמודד עם כוחו העצום של המונופול. זהו "שוט" נוסף שהמדינה מוותרת עליו כליל, בלא תמורה מספקת וללא כל סייג. לפיכך תטענּה העותרות כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית, המצדיקה בטלות כוללת.
   * 1. **הפגיעה המשמעותית בסעיף 29א לחוק**
4. המדינה מציינת כי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים נותר על כנו. סעיף זה דן בסמכות של רשות ההגבלים העסקיים בקשר למונופול המנצל את כוחו לרעה. אולם לאמתו של דבר – אף סעיף זה מאבד מכוחו, משום שהמדינה הטילה "פיקוח על מחירים" במסגרת המתווה. ממילא, כל מחיר שיינתן במסגרת אותו "פיקוח" לא ייחשב כניצול לרעה של כוח המונופול. וכדבריו החריגים של הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל בפני וועדת הכלכלה:

"זה נכון כאן שהמחיר לא מפוקח במובן של חוק הפיקוח, שישבה ועדת מחירים וקבעה מחיר אבל יש כאן איזו שהיא מעורבות של המדינה. המדינה כן ישבה עם החברות, את אוהבת את המחיר, את לא אוהבת את המחיר – **היא הגיעה איתם לאיזו שהיא הסכמה על המחיר. שהמדינה** **תבוא אחר כך בכובעה השני ותגיד: המחיר שעליו אנחנו הסכמנו הוא מופרז היא סיטואציה מאד מורכבת. היא** **שאלה משפטית מורכבת, אין לי תשובה. בעיניי, זה לא חד-משמעי** **וזה לא ברור שאפשר ללכת כאן ולומר שהמחיר שעליו הסכימה** **המדינה הוא הפרה של חוק ההגבלים העסקיים**". [אורי שוורץ, פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 29.11.2015, עמ' 120].

1. כך, הושלך ארצה כלי נוסף מארגז הכלים של המדינה, ללא מחשבה מספקת. המונופול ינצל את כוחו בתחום המחירים, והממשלה העתידית תיאלץ לשבת בחיבוק ידיים ולהטיל את האשמה על קודמתה בתפקיד. והציבור, כהרגלו, ישלם.
2. בשל כך סבורות העותרות כי ההחלטה פגומה וטבועה בחוסר סבירות קיצוני, שכן לא ניתן משקל מספק לכל ההשלכות.
   1. **סיכום**
3. את הפטור ניתן לסכם במשפט: הממשלה תאכל בוסר, ושיני האזרחים תקהינה.
4. החוק מקנה לממונה כוח רב ומרתיע, על מנת שיוכל למלא את תפקידו בנחישות. אולם במקרה דנן, **במקום לאפשר לממונה להפעיל את סמכותו הרחבה בכדי להגן על התחרות, בוחרת הממשלה ליטול מידיו את סמכויותיו. במקום לפרק את המונופול – בוחרת הממשלה להתיר את קיומו של ההסדר הכובל במאגר הגז "לוויתן", ולהנציח מונופול של חברות פרטיות על מאגרי הגז הטבעי בישראל.**
5. התנהלות המדינה מעוררת תחושה קשה ביותר. יש שיאמרו – חשש לרשלנות במדרג החמור. חלוקת פטורים לכל המרבה בהפעלת לחץ ובהנחלת פחדים קמאיים – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, ואינה יכולה לעמוד. האמון ביכולתה של הממשלה לשאת ולתת בשם הציבור – נשחק עד דק.
6. אם זהו המצב כעת, קשה לשער כיצד תפעל הממשלה כאשר המונופול יגיע לשיא כוחו. בנקודת הזמן הנוכחית – המונופול עודנו בראשית דרכו, והמשק טרם פיתח כלפיו תלות קשה. ברם אפילו במצב הזה – מוותרת הממשלה על סמכויותיה וכובלת עצמה לשנים רבות קדימה, בלא תמורה של ממש. אם זהו המצב כיום, אין כל ספק שהמדינה לא תעז לצאת כנגד המונופול בשנת 2025 (או 2030, או לנצח), כאשר הוא יהיה בשיא כוחו. האמנם תעז המדינה, בעוד כמה שנים, לדרוש מהמונופול למלא את התחייבויותיו בהתאם למתווה ובהתאם לדיני ההגבלים העסקיים?
7. למרבה הצער, מדובר בסנונית ראשונה של הריקבון שעלול לחסל כל חלקה טובה במדינה. המדינה עושה זאת מרצון, מבלי לנסות אפילו להילחם על אינטרס הציבור. התנהלות זו, שסופה מתן הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים באופן כה בלתי סביר וכה בלתי מידתי, מצדיקה את ביטול ההפטר והמתווה בכללותו.
8. **כבילת שיקול דעת הכנסת וממשלות ישראל** [סעיף י' למתווה]
9. בפרק זה יידונו סעיפי המתווה לפיהם מתחייבת מדינת ישראל, באופן חסר תקדים, בלתי מידתי ובלתי סביר באופן קיצוני ל"יציבות רגולטורית". סעיפים כאלה הינם בלתי מקובלים במדינות מפותחות, ולא בכדי: הם פוגעים בעקרונות יסוד דמוקרטיים ומסכנים אינטרסים ציבוריים. כפי שהעותרות תבהרנה להלן, אין לממשלה סמכות לכבול את עצמה וממשלה עתידית באופן כזה. קל וחומר שאין לה כל סמכות לכבול דה-פקטו את הכנסת מלמלא את תפקידה כרשות המחוקקת.
   1. **רקע - סעיפי יציבות רגולטורית**
10. בשנים האחרונות מתקיים בזירה הבינלאומית, ובפרט בקרב מדינות מתפתחות, דיון נרחב ביחס לחוקיותם ונחיצותם של "סעיפי היציבות". סעיפים אלו מוגדרים בספרות המקצועית כתניות חוזיות בחוזי תשתיות ושירותים חיוניים בין משקיעים ומדינות מארחות (host states), אשר מטרתן לטפל בסוגיה של שינויי חקיקה במדינה המארחת במהלך חיי הפרויקט (ראו: John G. Ruggie, "Stabilization Clauses and Human Rights" A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights (May 27, 2009) (להלן: **"**מחקר הבנק העולמי והאו"ם**")).**
11. סעיפי יציבות קיימים על פי רוב במדינות מתפתחות ולא יציבות, אשר מבקשות לעודד השקעות זרות במדינתן. במדינות מפותחות ובמדינות החברות בארגון ה-OECD, בו חברה גם ישראל, קשה למצוא התחייבות מצד המדינה ליציבות רגולטורית כלפי חברות פרטיות. כך על פי המחקר המקיף שנערך בידי הבנק העולמי והאו"ם:

“This study found that of the stabilization clauses examined, a majority of them from countries outside the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) were drafted in a way that can either insulate investors from having to implement new environmental and social laws or to provide investors with an opportunity to be compensated for compliance with such laws. None of the contracts in the study from OECD countries offer exemptions from new laws, and they only rarely offer an opportunity for compensation for compliance with the same breadth of social and environmental laws as in non-OECD countries.”

[מחקר הבנק העולמי והאו"ם, בעמ' 5. ראו גם: Philip Daniel and Emil M. Sunley*, Contractual assurances of fiscal stability, in* The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice 422 (Philip Daniel et al. eds., 2010)].

1. סעיפי יציבות הינם בעלי צורות והגדרות שונות, וניתן ליישמם באופן כללי או צר. **ככל שהסעיף כללי ורחב יותר, כך הוא נדיר יותר במדינות מפותחות ודמוקרטיות**. כך לדוגמא, סעיפי יציבות יכולים להיות מוכוונים להקפאת כל שינוי רגולטורי שמשפיע בצורה כזו או אחרת על ההשקעה של החברה הפרטית. זאת לעומת סעיף יציבות שמבטיח אך ורק פיצוי כלכלי במידה ששינוי רגולטורי ישפיע על החברה המשקיעה. סעיף יציבות יכול אף להיות סעיף פרטני החל על סוגיה אחת בלבד, כגון תמלוגי נפט וגז; או לחול על נושא שלם כגון הסדרת המיסוי ביחס לחברות הפרטיות הרלוונטיות; והוא יכול להיות סעיף רחב, החל על כל שינוי רגולטורי שמשפיע על כלכליות ההשקעה החברה הפרטית.
2. סעיפי יציבות מן הסוג האחרון נקראים בשפה האנגלית "Freezing Clauses" והינם **נדירים מאוד**. גם במדינות מתפתחות ולא דמוקרטיות ממעטים להשתמש בנוסח כללי וגורף כל כך. כך על פי המחקר מטעם הבנק העולמי והאו"ם:

“Freezing clauses, with exemptions from new laws, were found in the contracts from SubSaharan Africa; Eastern, Southern Europe and Central Asia; and the Middle East and North Africa". [שם, בעמ' 9]

1. הסיבה לזהירות הרבה ביחס לסעיפי היציבות הינה, בראש ובראשונה, שסעיפים אלו **כובלים את שיקול דעתה הסטטוטורי של הרשות המבצעת** באופן המנוגד לכללי המשפט המינהלי. על כך עמד גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט, בחוות דעותיו המפורטות בעניין מיסוי רווחי הנפט והגז (זמין ב: mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/FullReport\_Appendix\_b.pdf):

"היזמים בעולם מנסים לקנות 'יציבות' בעיקר באמצעות חוזים הכוללים תניות **הכובלות את שיקול דעתן של המדינות ומונעות מהן לשנות את ההסדרים הפיסקאליים.** אלא שחוזים אלה נהוגים בדרך כלל במדינות מתפתחות. במדינות מפותחות, ובעיקר מדינות החברות ב-OECD, סעיפי יציבות כאלה אינם מקובלים, זאת **כיוון** שמדינות מפותחות מסרבות לכבול את שיקול דעתם **של המחוקקים והממשלות**".

[עו"ד אבי ליכט, חוות הדעת משפטית לקראת פרסום מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית הנהוגה בישראל בתחום חיפושי הנפט והגז מיום 03.01.2010 (להלן: "**חוות הדעת מטעמו של עו"ד אבי ליכט, 2010**").

*חוות הדעת מטעמו של עו"ד אבי ליכט מיום 03.01.2010* ***–*** *מצ"ב ומסומנת כנספח ע/73*

1. יתר על כן, סעיפי היציבות אף עלולים ליצור בעיה של "**סיכון מוסרי**" בקרב החברות הפרטיות המתקשרות עם המדינה. מאחר שהחברה יודעת כי היא אינה כפופה לשינויים רגולטוריים – היא עלולה שלא לנקוט באמצעי זהירות נדרשים כנגד התרחשות תאונה או קטסטרופה בתחום התשתיות בו היא פועלת (בענייננו - אסדות הגז), שכן ממילא לא יהיו לכך השלכות משמעותיות לגביה (ראו לעניין זה: Robert Howse, Freezing Government Policy: Stabilization Clauses in Investment Contract(2011)).
2. ולבסוף, על פניו, סעיפי יציבות מקושרים במידה רבה **לשחיתות** **שלטונית.** זאת בשני מובנים. ראשית, מדובר בהטבה של ממש ליזמים ומשקיעים, ללא תמורה שווה נראית לעין למדינה. עולה חשש כי הגורמים מטעם הממשלה, אשר מובילים את המהלך להבטחת היציבות לחברות הפרטיות, עשויים לשקול גם אינטרסים אישיים כגון קבלת הטבה בעתיד מאותם משקיעים ויזמים. ראו לעניין זה, בהקשר הספציפי של יציבות במשטר המס, את הדברים האמורים אצל אילן בנשלום וצליל סלומון "'ארץ אשר אבניה ברזל ומהרריה תחצוב נחושת' - מיסוי משאבי טבע בישראל" **משפטים** מה 85, 152 (2015):

"תיעדוף יתר של ערך היציבות בהקשר של משאבי טבע עשוי לעודד rent-seeking בצורה שתחריף את בעיית הכוח של קבוצות לחץ. [...] **כאשר משטר המס מעדיף יציבות, הוא למעשה מעצים את הכוח הפוליטי-לוביסטי של חברות הכרייה**, משום שככל שמשטר המס מדגיש יותר יציבות-שנועדה-למשוך-משקיעים, כך הוא מעלה את הערך הכלכלי של כל הקלה במשטר המס. אי לכך **העדפת ערך היציבות תגדיל את המוטיבציה של חברות הכרייה להשקיע ב-rent-seeking ואת הנכונות שלהן לשלם עבור התנהגות אופורטוניסטית של שליחי ונבחרי ציבור**".

1. **היציבות הרגולטורית הינה בעלת ערך כלכלי כה גדול עבור החברות המשקיעות, עד שאלו יהיו נכונות להעניק תמורתה הטבה משמעותית לפקידים ונבחרי הציבור אשר יבטיחו את הענקתה**. ודוק: אין מדובר בחשש לשחיתות "מסורתית", מסוג של מעטפות כסף המועברות מיד ליד. עניינו גם בשחיתות המודרנית, המתאפיינת בין היתר בהבטחת משרות בכירות לפקידים תמורת יחס אוהד בעת כהונתם בתפקיד הציבורי (תופעת "הדלתות המסתובבות"), הבטחה לשיתוף פעולה עסקי עם גורמים הקשורים לאותם פקידים ונבחרי ציבור, והכל באופן המחזק את קשרי ההון-והשלטון ופוגע קשות בטוהר המידות.
2. החשש לשחיתות מתבטא גם במישור נוסף: סעיפי היציבות מייצרים "מסך עשן" על תהליך הרגולציה כולו, ומונעים דיונים ומשא-ומתן פתוח מעת לעת על שינויים נצרכים, שהם הכרחיים לשם מניעת שחיתות ומינהל בלתי תקין. על כך עמדה גם קרן המטבע הבינלאומית במסמך שהנפיקה בשנת 2012, ראו: International Monetary Fund Fiscal Regimes for Extractive Industries: Design and Implementation p.37-36 (15.8.2012) (להלן: "**קרן המטבע הבינלאומית**")).
3. גם בישראל, ניסיון העבר עם הבטחות של שרים ופקידים ל"יציבות" הוא - גם אם לא מושחת - שנוי במחלוקת. זכור לרעה במיוחד "מכתב השרים" שהעבירו שר האוצר (דאז) בייגה שוחט ושר התמ"ת (דאז) מיכה חריש אל חברת "מי"ה" (חברת-בת של חברת "כיל") בשנת 1995. במכתב זה התחייבו השרים שלא לדרוש את העלאת התמלוגים בגין המשאבים שמפיקה החברה מים המלח, רטרואקטיבית ועד תום תקופת הזיכיון, כלומר עד שנת 2030. עוד נאמר במכתב כי לאחר שנת 2010 ניתן יהא לתבוע דיון מחדש בקשר להעלאת שיעור תמלוגי האשלג, אולם רק ביחס לכמות שעולה על 3 מליון טון אשלג בשנה. המכתב, המהווה "מתנה" יקרת ערך מהמדינה, נחשף שנים מאוחר יותר, כאשר בייגה שוחט כבר כיהן כדירקטור ב"כיל". על פי ההערכות, אותה "הבטחה" שניתנה במכתב השרים עלתה למשק הישראלי מאות מיליוני דולרים.
4. יתר על כן, הציבור נחשף אל תופעת הדלתות המסתובבות אף במסגרת סאגת הגז עצמה: חברת "רציו" מינתה בסוף שנת 2013 את רונית קן, הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, לדירקטורית - אותה "רציו" שהכניסה בשעתו את "דלק" ו"נובל" כשותפות בפרויקט הקידוח של לוויתן מבלי שקן פעלה בעניין.
5. על אף הסיכונים והקשיים אשר טמונים בסעיפי היציבות, בחרה ממשלת ישראל לכלול במתווה הגז סעיף יציבות דרקוני וחסר תקדים אשר טומן בחובו את אותם קשיים מובנים ואף סיכונים רבים נוספים. כפי שתטענּה העותרות להלן, סעיף היציבות המוצע במתווה הגז הינו חריג בהיקפו ועולה ללא כל ספק כדי freezing clause. על-פי סעיף זה, **מבטיחה ממשלת ישראל לכבול הן את שיקול דעתה והן את שיקול דעתה של** הרשות המחוקקת**,** **לתקופת זמן חסרת תקדים של לפחות 10 שנים -** והלכה למעשה לזמן בלתי מוגבל **- באופן בלתי חוקתי, נעדר סמכות, בלתי מידתי ובלתי סביר באופן קיצוני המחייב להורות על בטלותו.**

* 1. **סעיף הכבילה במתווה הגז**

1. בסעיף 1 לפרק י' למתווה הגז מכירה הממשלה במאפייניו הייחודיים של המתווה, בהשקעות העתק הנדרשות לשם הפקת הגז הטבעי, ובעובדה שהשקעות אלה משרתות את אינטרס ציבורי חשוב.
2. כבר בשלב זה יצוין כי ממשלת ישראל מתייחסת ל"אינטרס הציבורי" לכאורה שביציבות. אך המתווה אינו מתייחס כלל לבעלותו של הציבור על משאב הגז הנמצא במים הכלכליים של מדינת ישראל, ולהטבות המס שניתנו ליזמים, ואשר מגלמות השתתפות משמעותית של המדינה בעלויות הפיתוח והקידוחים (ראו לעניין זה את חוות הדעת מטעמו של עו"ד אבי ליכט, 2010, נספח ע/73).
3. בסעיף 2 לפרק י' במתווה הגז ניתן דגש לחשיבותה של "סביבה רגולטורית יציבה", במטרה לעודד השקעות של חברות בינלאומיות ומקומיות. מקריאת סעיף זה לצד סעיף 1 ניתן להבין כי יש בכך משום ניסיון ל"הכנת הקרקע" לקראת הצדקת דרישת היציבות.
4. סעיף 5 קובע כי לנוכח השינויים הרגולטוריים שפורטו בסעיף 4, הממשלה "אינה רואה צורך" בשינוי רגולטורי נוסף בתחומים מיסוי רווחי נפט והמשטר הפיסקאלי, הייצוא, ההסדר המבני-הגבלי ומקטע הפקת הגז.
5. וכך, בסעיפים 5 ו-6 למתווה (להלן: **"**הוראות הכבילה**"**), מתחייבת הממשלה כדלהלן (להלן: **"**ההבטחה המשולשת**")**:

(1) למשך 10 שנים לפחות ממשלת ישראל לא תיזום כל תיקון חקיקה בתחומים המנויים בהוראות הכבילה אשר בהחלטת הממשלה;

(2) למשך 10 שנים לפחות, ממשלת ישראל תתנגד לכל שינוי חקיקה שמקורו בהצעת חוק פרטית בתחומים המנויים בהוראות הכבילה;

(3) למשך 10 שנים לפחות, בכל מקרה בו התקבל שינוי חקיקה אשר מקורו בהצעת חוק פרטית בתחומים המנויים בהוראות הכבילה – **תיזום ממשלת ישראל תיקון חקיקה אשר ישיב את המצב לקדמותו.**

1. לא זו אף זו, הוראות הכבילה לא מקבעות עצמן לעשר שנים, אלא פותחות פתח ל**העלאת טענה לכבילה בלתי מוגבלת בזמן.** כך לפי האמור בסעיף 6(א):

"האמור בסעיף 5 נכון למשך 10 שנים מיום קבלת החלטת הממשלה, בכפוף לעמידתם של כל בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות בתנאי המתווה. **בחינת מדיניות הממשלה לאחר תקופה זו תיעשה בהתאם לנסיבות באותה עת**".

1. אכן, הוראות הכבילה אינן מסתפקות בהגדרת זמן מדויקת וחד-משמעית ביחס למשך הכבילה. הן מותירות פתח רחב ועמום לטענות בדבר שימור הכבילה למשך זמן בלתי מוגבל ובלתי ידוע, בכפוף להגדרות עמומות ול"נסיבות באותה העת". על חשש זה עמדו גם חברי ועדת הכלכלה של הכנסת וכן היועצת המשפטית של הועדה, עו"ד אתי בנדלר, במהלך הדיונים שהתקיימו טרם השימוע הציבורי, ביום 21.7.2015 (זמין ב: fs.knesset.gov.il//20/Committees/20\_ptv\_312955.doc):

**"אתי בנדלר:**

הוראות היציבות הנ"ל כוללות את המרכיבים הבאים: בנוגע למיסוי הרווחים ולהסדר המבני בלבד, כפי שנוסחו בטיוטת החלטת הממשלה, הממשלה לא תיזום שינויים; הממשלה תתנגד להצעות חוק פרטיות; וכל זאת לפחות במשך 10 שנים.

**עיסאווי פריג':**

מה המשמעות של "לפחות"?

**אתי בנדלר:**

למה אמרתי "לפחות"? הרי כאן כתוב "10 שנים". בשל הנוסח, ואני חוזרת שוב: "בחינת המדיניות לאחר תקופה זו". הערתי הראשונה לטיוטת המתווה: לא ברור מתי תתחיל הבדיקה "לאחר תקופה זו". מיד לאחריה, בסמוך לה, או במועד כלשהו שהממשלה תמצא לנכון אחרי התקופה? ברור שיש להגדיר את המועד.

[...]

אין ספק שיש בהוראות אלה אפקט מצנן והגבלה משמעותית על יכולת הממשלה לפעול בסטייה מהמתווה במשך תקופה ארוכה מאוד שלגביה הובטחה היציבות הרגולטורית.

אמרתי "תקופה ארוכה מאוד", ואני מבקשת להסביר, מדוע עשר שנים הן, להבנתי, תקופה ארוכה מאוד, ארוכה מדי.

**עיסאווי פריג':**

לפחות. המילה "לפחות", המשמעות שלה הרבה יותר חשובה מאשר ה-"10 שנים". "

***פרוטוקול הדיון בועדת הכלכלה מיום 21.7.2015 ­­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/74***

1. נאמר מיד: אותה הבטחה משולשת כובלת את שיקול הדעת של הרשות המבצעת הנוכחית והעתידית, ואת שיקול דעת הרשות המחוקקת הנוכחית והעתידית באופן חריג וחסר תקדים, ועל כן דינה - בטלות.
2. אולם, סעיף היציבות לא נעצר בכך. באמצעות סעיף 5(ד) מוסיפה ממשלת ישראל התחייבות כללית לפיה תבחן בקפדנות כל שינוי רגולטורי נוסף, אשר עשוי להשפיע על כדאיות ההשקעה של בעלי הזכויות במאגרים, גם הוא לתקופה של לפחות 10 שנים (או כאמור, **בפועל, תקופה בלתי מוגבלת**).
3. לפיכך, וכפי שתטענּה העותרות בהרחבה להלן, הוראות הכבילה המתוארות לעיל מהוות הבטחה משוללת סמכות, בלתי חוקית ובלתי חוקתית, ובוודאי שאינה יכולה להיות בת תוקף כלשהו. בטלות זו מתחייבת על אחת כמה וכמה לנוכח לפרק זמן הכבילה - של עשור, דהיינו, לפחות לשתי כנסות הבאות, אם לא למעלה מכך.
4. יתר על כן, בנוסף לחוסר החוקיות של סעיפי הכבילה, הרי שהם גם בלתי סבירים באופן קיצוני, וזאת על רקע היותם חריגים בהיקפם ולאור פגיעתם החמורה ברעיון הדמוקרטי ובעיקרון הפרדת הרשויות.
5. לפיכך, דינם של סעיפים אלו - **בטלות**. לכך תעבורנה העותרות כעת.
   1. **סעיפי היציבות במתווה הגז נקבעו בהעדר סמכות, תוך כבילה אסורה של שיקול דעת הרשות המבצעת והמחוקקת**
      1. **העדר סמכות לכבול את שיקול דעת הממשלה**
         1. **המסגרת הנורמטיבית: איסור כבילת שיקול הדעת המינהלי**
6. אחד מעקרונות היסוד במשפט המנהלי הוא איסור כבילת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. איסור זה נובע מחובתה המתמדת של הרשות להפעיל את שיקול דעתה. ראו לעניין זה דבריה של פרופ' דפנה ברק-ארז:

"המשמעות המעשית העיקרית של חובה זו היא שעל הרשות לשקול את הצורך בהפעלת הסמכות ואסור לה לקבל החלטה מראש לגבי עמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה של הסמכות (וכך לפטור את עצמה מבחינה נוספת של העניין). **הרשות אינה יכולה להחליט כבר בתחילת הדרך מה תהא עמדתה בנושא בהמשך**. אחת הנפקויות המעשיות החשובות של חובת הרשות להפעיל שיקול דעת היא שהרשות אינה יכולה להתחייב מראש שלא לשנות את עמדתה, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה".

[דפנה ברק-ארז **המשפט המנהלי** 202-201 (2010)].

1. ראו גם את הקביעות בבג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה המסחר והתיירות**,** פ"ד לב(3) 474, לפיהן להתחייבות שלא להשתמש בעתיד בסמכויות שלטוניות אין תוקף:

"הלכה ידועה היא, והיא באה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין שניתנו בבית משפט זה, **שאין רשות ציבורית יכולה להתחייב, שהיא לא תמלא את חובתה הציבורית ולא תשתמש בעתיד בסמכויותיה השלטוניות, ולכל התחייבות כזו אין תוקף**. [...] הכל מודים והכל יודעים שאין הרשות יכולה להצר או לוותר על סמכויותיה החוקיות, למשל, לגבות מסים או להעלותם, לשנות את שער החליפין, להפקיע נכסים או להתוות קווי מדיניות חדשים בכל העניינים הנתונים לסמכותה. בכל אלה אין לאזרח חזקה או זכות קנויה במצב הקיים".

1. כך גם סבורה אף היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה, עו"ד אתי בנדלר, בחוות דעתה שניתנה בדיון בועדת הכלכלה מיום 21.7.2015 (ראו נספח ע/74):

"אחד מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי הוא איסור כבילת שיקול הדעת של הרשות המינהלית. לכן, **ככלל, הרשות אינה יכולה לכבול מראש את שיקול דעתה ואסור לה להתחייב מראש שלא לשנות את החלטותיה. הרשות המנהלית חייבת לשמור על מרחב גמישות ולהתאים את מדיניות לנסיבות משתנות**".

[עמ' 7 לפרוטוקול הדיון מיום 21.7.2015].

1. כאמור לעיל, כך גם סבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) בחוות דעתו בעניין מיסוי רווחי הנפט והגז, שם התייחס המשנה להעדר יכולתה של הרשות לכבול עצמה בהתחייבות צופה פני עתיד, משום שהתחייבות כזו לא תאפשר לה לעשות שימוש בסמכותה החוקית (ראו נספח ע/73).
2. **זהו הכלל הברור**. לצד זאת, לצורך פעילותה השוטפת, מותר לממשלה לכבול את שיקול דעתה לפרקי זמן מוגדרים, ובנושאים קונקרטיים, במסגרת התקשרות בחוזים ארוכי טווח והבטחות מינהליות לגופים פרטיים, על אף שיש בדבר מעין כבילה מסוימת של שיקול דעתה העתידי.
3. יחד עם זאת, כאשר המדינה כובלת את שיקול דעתה בדרך מעין זו, היא מחויבת לעשות זאת **שלא תוך חריגה בסמכות** (ראו בג"ץ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה (פורסם בנבו, 1975) (להלן: **"סאי-טקס**").
4. כמו-כן, כאשר הרשות השלטונית חורגת מן הכלל וכובלת את שיקול דעתה, רשאית היא לעשות כן באופן מוגבל: בכפוף לכך שכבילה זו לא תעמוד כנגד אינטרס הציבור, כך שבמידת הצורך - לעת מצוא **-** הרשות תוכל להשתחרר ממנה **(להלן:** "הלכת ההשתחררות**")** (ראו: בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו, 1989 (1961) (להלן: "**מילר**")). ובלשון כב' השופט זוסמן שם:

"מכאן משתמע, כי אין בית־המשפט פוסל קשר חוזי בין המדינה והפרט, אפילו היה נושא החוזה מעשה הממשל — ולא ענין ״מסחרי״ או אזרחי — אלא שהחוזה איננו סוף פסוק! **בד בבד עם התחייבותה לבצע את החוזה הולך הכוח שניתן בידי המדינה, למען טובת הציבור, לבטל את הקשר ולהשתחרר מכבלי החוזה**: stone v. state of .Mississippi; (1879). לשון אחר: **החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, שבידי המדינה הרשות לבטלו, כל אימת שצרכיה החיוניים שלה יחייבו את ביטולו. צרכים אלה גוברים על קדושת החוזים**". [שם, עמ' 2002].

1. לעניין זה ראו אף את דבריה של פרופ' דפנה ברק-ארז, "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" **המשפט** י"א 111, 124 (תשס"ז):

"אכן, הפרט המתקשר אינו אמור להיות חשוף לכל משב רוח משתנה בשלטון. מצד שני, **אין זה תקין שממשלה נבחרת תהיה מנועה מלממש מדיניות שלשמה נבחרה רק בשל התקשרות חוזית נוגדת שנעשתה על ידי קודמתה**".

1. עד כאן באשר לכלל המינהלי ולסייג המוגבל הנלווה לו.
   * + 1. **סעיף הכבילה במתווה הגז מנוגד לאיסור על כבילת שיקול הדעת ולפיכך מהווה פעולה בחוסר סמכות**
2. ודוק: בענייננו, נפלו פגמים מהותיים, שאינם יכולים לעמוד ומחייבים את התערבותו של בית משפט נכבד זה. המדובר למעשה בפגם משולש, העולה כדי כבילה אסורה של שיקול הדעת בחוסר סמכות ומשום כך שולל את התנאי הראשון של הלכת **סאי-טקס**:
3. ראשית, **לשון הסעיף כובלת מדי**. השימוש החוזר והנשנה ב"מנטרה" הממשלתית, לפיה "**הממשלה אינה רואה צורך בשינוי נוסף שיראה כמהותי בעיני המשקיע הסביר",** או בנוסחים דומים אחרים, מצביעה על כבילה מחמירה מדי, שאיננה נותנת פתח להשתחררות של הממשלה מהתחייבויותיה. **לשונה של ההחלטה גורפת. נראה כי היא קובעת כבילה גמורה ומלאה,** כולל הטלת חובה להתנגד להצעות חוק פרטיות ולהגיש הצעות חוק ממשלתיות לביטולן, במידה ואלו תיכנסנה לספק החוקים**.** מדובר בחובה שלא ניתן להשתחרר ממנה אף אם האינטרס הציבורי יצדיק זאת.
4. באותו אופן, דומה כי סעיפי הכבילות מעגנים הסדר שלילי, אשר דוחק כל הסתייגות ואפשרות להשתחרר מהכבילה. סעיף 6(א) למתווה קובע כי סעיפי הכבילה יעמדו בתוקף, "בכפוף לעמידתם של כל בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות בתנאי המתווה". בלשון הסעיף יש כדי לאיין את היכולת של הממשלה הנוכחית להשתחרר מהתחייבויותיה בשל אינטרס ציבורי חיוני ודוחק ככל שבעלי הזכויות עומדים בתנאי המתווה, ובכך היא הופכת לבטלה (ראו לעניין זה בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר, פס' 19 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) ברק) (1991)). העותרות תטענּה כי יש בכך כדי פעולה בניגוד גמור לאינטרס הציבור ולחובת הממשלה לדאוג לו.
5. שנית, **לשון הסעיף רחבה מדי**. במקרה דנן, תטענּה העותרות, עסקינן בכבילת שיקול הדעת לבצע שינויים בכל הנוגע לחלקים נרחבים מתחום דיני המסים, בנושא סוגיית הייצוא, במסגרת הפיקוח על המחירים ובדיני ההגבלים העסקיים. המדובר בתחומי משפט נרחבים ביותר. דהיינו, ההגבלה היא על שימוש **נרחב** בשיקול דעת שלטוני מובהק ביחס לשינויים סטטוטוריים כאלה ואחרים, אשר הממשלה מוותרת עליהם מראש. אף מן הטעם הזה פעלה המדינה בחוסר סמכות, עת קבעה את סעיף היציבות.
6. רוחבו וכלליותו של סעיף זה מהווה פתח מסוכן **לכבילה נוספת** של שיקול הדעת הסטטוטורי, אף מעבר לתחומים המפורטים לעיל. כך, חברות הגז והנפט עלולות להסתמך על סעיף זה ולראות בנוסחו כמבטיח להן הגנה בפני הצורך לעמוד מול חקיקה חדשה, לא רק בנושא מיסוי, יצוא, פיקוח מחירים והגבלים עסקיים, אלא גם בנושאי סביבה, בריאות, דיני עבודה ורווחה ועוד כהנה וכהנה.
7. כך למשל, עיגון בחוק של דרישות סביבתיות בחוק או כאלו הקשורות בסביבת עבודה בטוחה – עלול להיחשב כחקיקה המשפיעה על כלכליות ההשקעה של חברות הגז. טיעונים אלה ידועים ונפוצים בפי חברות משאבי טבע ברחבי העולם. ראו את המתואר במחקר מטעם הבנק העולמי והאו"ם, בעמ' 34:

"The stabilization clause would provide at least a prima facie argument for the company that the new law does not apply to the company’s operations. The stabilization clause **may at this point help the company obtain a mitigated result, such as a negotiated lower requirement or a delay in the law’s applicability to the project**".

1. קבלת סעיף זה במתווה, בפרט במצב בו מצויה ישראל היום – כאשר הרגולציה בתחום החיפוש, הניצול וההפקה של נפט וגז בים לוקה בחוסרים מהותיים - אינה מתקבלת על הדעת ומחייבת, לשיטת העותרות, את התערבותו של בית משפט נכבד זה.
2. ושלישית, **הכבילה הינה ממושכת מדי וחלה אף על ממשלות עתידיות**. הכבילה מתמשכת לכל הפחות עשר שנים קדימה, וכובלת הן את הממשלה הנוכחית מביצוע שינויים נרחבים בתחומי משפט רבים (לרבות תיקון המתווה), והן את הממשלות (והכנסות) העתידיות. העותרות תטענּה שכללי המשפט המנהלי אוסרים כבילה שכזאת: הן מן הטעם של חוסר סמכות - שכן התחייבות של רשות שלטונית אינה מקנה לה סמכויות שאין בידה, לרבות כבילת שיקול דעת של ממשלה לעתיד או של גורמים אחרים בכלל; והן מן הטעם שהחלטה מעין זו הינה בלתי-סבירה באופן קיצוני, לרבות בדבר התחייבות עצמית למשך שנים רבות.
3. ראוי לציין, כי על כבילת שיקול הדעת זו של הממשלה נתנו דעתם גם נציגי הרשות המחוקקת בעת קיום הליך ההיוועצות לפי סעיף 52 בוועדת הכלכלה. כך כתבו חברי הועדה בנימוקי החלטתם להמליץ לממלא מקום שר הכלכלה שלא לעקוף את סמכויות הממונה:

"הוועדה מבקשת להדגיש כי הוראותיו של המתווה בדבר גיבוש סביבה רגולטורית יציבה, מעוררות קשיים מהותיים מהבחינה המשפטית, ויש בהן כדי להוות תקדים מסוכן. **חובתנו הפרלמנטרית היא להביע תמיהה וביקורת מהותית על הוראות סעיפי היציבות הרגולטורית במתווה ועל השלכותיהם. בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי, ממשלה אינה רשאית לכבול את שיקול דעתה למנוע בחינה של צרכי המדינה והציבור בכל עת**, **וכמובן לא את שיקול דעתו של המחוקק**.

**הכללתן של הוראות המגבילות את סמכות הממשלה הזו והממשלות שיבואו אחריה לשנות את המתווה לתקופה ארוכה, והכל בשים לב לכל התנאים הקבועים בו, חורגים לגישתנו באופן מהותי מסמכות הממשלה**".

[נימוקי החלטת ועדת הכלכלה, נספח ע/59, עמ' 7-6].

1. **לסיכום נקודה זו, סעיפי הכבילה, המגבילים את יכולתה של הרשות המבצעת לבצע שינויים כלפי חברות הגז למשך עשר שנים לפחות, ובתחומים כה נרחבים, מהווים כבילה אסורה של שיקול הדעת של הרשות השלטונית המבצעת (הנוכחית והעתידית) והמחוקקת, ולפיכך נעשו בחוסר סמכות. נוכח האמור, ההבטחה המינהלית אותה התיימרה ממשלת ישראל להעניק במסגרת המתווה בטלה בשל אי-עמידתה בתנאי הראשון להלכת סאי-טקס.**
   * 1. **העדר סמכות לכבול את שיקול דעתה של הרשות המחוקקת**
2. כאמור לעיל, במסגרת סעיפי היציבות מבקשת ממשלת ישראל לא רק להגביל את עצמה ואת הממשלות עתידיות, אלא גם בפועל **להגביל את יכולתה של הכנסת לערוך שינויי חקיקה בתחומים המפורטים לעיל, ובפרט בתחום המיסוי, הייצוא ומבנה המשק**. זאת, באמצעות "ההבטחה המשולשת", המהווה דה-פקטו כבילה כמעט מוחלטת של יכולת המחוקק לחוקק.
3. דהיינו, הממשלה ה-34 מתחייבת כי לפחות בעשור הקרוב, ללא קשר לשאלה מי יהיו נבחרי העם בישראל, לא יתבצע כל שינוי בחקיקה ביחס לתחומים המנויים בהוראות הכבילה בשל כך שהממשלה תדאג לכך שהצעות חוק בנושא תרדנה מסדר היום בכוח, או תבוטלנה בדיעבד!
4. ההבנה כי **הממשלה אינה מוסמכת לכבול את כוחה של הכנסת** היא בגדר מושכלות יסוד של המשפט הציבורי בכל מדינה דמוקרטית. אפילו אם הממשלה מתיימרת לכבול את כוח החקיקה של הכנסת, הרי שאין לכך כל תוקף.
5. כאמור, המשפט הציבורי בישראל מכיר בכוחה של רשות שלטונית לכבול את שיקול הדעת שלה, בתנאים שפורטו לעיל. אולם, **התחייבות של רשות שלטונית אינה מקנה לה סמכויות שאין בידה.** קל וחומר ביחס לסמכות החקיקה של הכנסת. **הממשלה כפופה לסמכות החקיקה של הכנסת - ולא להיפך**.
6. כבילה כזו נוגדת עקרונות יסוד חוקתיים ודמוקרטיים, לרבות עקרון הפרדת הרשויות. משמעותה כאמור היא שגם במצב של שינוי נסיבות, או כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת, לא תוכל הכנסת לחוקק חקיקה חדשה. בכך, בצעד אנטי-דמוקרטי בעליל, מאיין המתווה את יכולתה של הכנסת מלחוקק שינוי חקיקה תקפים בעניינים האמורים, ללא כל התחשבות באינטרס הציבורי.
7. נוכח דברים אלו, ברי כי אין לאפשר לממשלה להתחייב להטיל מגבלות על סמכות החקיקה של הכנסת. ראו לעניין זה את חוות הדעת מטעמו של פרופ' ברק מדינה בעניין סמכות הכנסת להטיל מיסוי על רווחים מהפקת משאבי טבע מים המלח (29.12.2013) (זמין ב: mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/ServedOpinion\_ProfBarakMedina.pdf)):

"פשיטא שהממשלה אינה מוסמכת לכבול את סמכות החקיקה של הכנסת, ולפיכך השאלה האם הממשלה התיימרה לעשות כן אינה חשובה במיוחד [...] לממשלה אין מסורה הסמכות לכבול את כוח החקיקה של הכנסת, שהרי מהלך שכזה היה עומד בניגוד גמור לעקרונות יסוד של הדמוקרטיה. ההלכה בדבר תוקפם המחייב של חוזי רשות מבטאת בהקשר זה איזון בין אינטרסים מתנגשים: מצד אחד, היא נועדה לספק למתקשרים בחוזים עם המדינה מידה מסוימת של ודאות; מצד שני, היא נועדה להגן על האינטרס הציבורי בהתאמה של המדיניות השלטונית על פי המתחייב מן האינטרס הציבורי". [שם, פס' 10].

***חוות הדעת מטעמו של פרופ' מדינה מיום 29.12.2013 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/75***

1. כידוע, **האופן היחיד בו ניתן לכבול את כוח החקיקה של הכנסת הוא באמצעות חקיקת חוק יסוד אשר יקבע "שריון" ובכך יטיל מגבלות על חקיקה עתידית.** עם זאת, גם כבילה זאת, שכאמור דורשת חקיקת חוק יסוד, גורפת פחות מנוסחו של סעיף היציבות הרגולטורית בטיוטת המתווה (ראו שם, בפס' 13). יתר על כן, מדובר על **כבילה עצמית** – כבילה של הכנסת את עצמה, ולא כבילה של הכנסת על-ידי הממשלה.
2. אף כבילה עצמית של הכנסת הינה מוגבלת מאד בהיקפה. כך, הלכה ידועה היא כי כנסת אחת אינה יכולה לכבול כנסת עתידית בחוק רגיל ולהגבילה לשינוי חקיקה בעתיד. ראו לעניין זה: אהרון ברק **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית** (התשנ"ב), בעמ' 568-569:

"רשאית הכנסת כגוף מחוקק, לחוקק כל חוק, מבלי שתוגבל על-ידי כנסת קודמת. על פי תפישה זו, לא יועילו הוראות השריון הקבועות בחוק רגיל, וחוק מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל. יוכל תמיד לבטלן (במפורש או במשתמע)".

1. יפים לעניין זה גם דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) עו"ד אבי ליכט, המבהיר בחוות דעתו, כי כבילה כזו היא חסרת תוקף (ראו נספח ע/73):

"עיקרון יסוד זה נכון במשנה תוקף בכל הנוגע לרשות המחוקקת. חוק רגיל אינו יכול לשריין עצמו מפני שינוי עתידי וודאי שרשות מינהלית כזו או אחרת אינה יכולה להתחייב בשם הכנסת כי הסדר חוקי מסוים לא ישתנה. [...] זאת בעיקר כאשר אין לכך כל עיגון בחקיקה. לכן, אף אם ניתנה הבטחה כזו מצד רשות מינהלית כלשהי היא חסרת תוקף כיוון שלנותנת **כלל לא היתה סמכות לעשות כן ולחייב בהבטחתו את הרשות המחוקקת**".

1. וכן ראו את דבריו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, במכתבו "בקשת הממשלה להביא את 'מתווה הגז' לאישור הכנסת" מיום 25.08.2015:

"לא כאן המקום להתייחס בפירוט להוראה חריגה ובעייתית זו, אלא רק להבהיר **שהוראות היציבות במתווה אינן חלות על הכנסת ושאין באישור המתווה על ידי הכנסת כדי לכבול את ידיה של כנסת זו או של הכנסות הבאות מלחוקק בסוגיות המוסדרות במתווה הגז**".

***מכתבו של עו"ד איל ינון מיום 25.8.2015 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/76***

1. ונזכיר, כי אף לסמכותה של הכנסת לכבול עצמה באמצעות חוקי היסוד ישנן מגבלות - **בדמותה של פסקת ההגבלה**, הקובעת סייגים לכבילה ומאפשרת את קיומם של חוקים הפוגעים בחוקי היסוד ועקרונותיהם, תחת תנאים ברורים המצדיקים זאת.
2. ניתן היה לטעון כי בידי הכנסת עדיין עומדת היכולת – העקרונית – להצביע בעד הצעת חוק פרטית אשר תבקש לשנות את ההסדרים עליהם סוכם במתווה. ברם בטענה זו אין ממש. שהרי, משעה שהממשלה מדירה עצמה מקידום כל שינוי סטטוטורי בתחום – מוטלת למעשה מגבלה דומה על כל חברי הכנסת מהקואליציה לעשות כן, ובפועל הכנסת כבולה.
3. יתר על כן, נניח שיימצא בכנסת רוב עקרוני לקידום שינוי סטטוטורי, על אף התחייבות הממשלה, גם במצב כזה, יתעורר החשש מפני צעדים משפטיים כתוצאה מהפרת ההבטחה המינהלית לחברות הגז. חשש זה יהלך אימים גם על חברי הכנסת אשר ירהיבו עוז לצאת כנגד המשמעת הקואליציונית.
4. ולבסוף, גם אם יצלח ניסיון הכנסת להעביר שינוי חקיקה, הרי שכאמור בסעיפי היציבות התחייבה הממשלה ליזום במקרה כזה תיקון חקיקה אשר ישיב את המצב לקדמותו - ובכך לסכל באופן סופי ונחרץ כל אפשרות לשינוי חקיקתי.
5. נוכח האמור, דה-פקטו ובהתאם לשיטה הפרלמנטארית הנהוגה בישראל, הרי שבסעיפי היציבות הרגולטורית יש משום כבילה בלתי חוקית ובלתי חוקתית של שיקול דעתו של המחוקק. לכך מצטרפת אף היומרה לכבול את דעתם של נבחרי ציבור אשר טרם נבחרו, למשך העשור הקרוב לפחות, ודה פקטו - למשך זמן בלתי מוגבל ובלתי ידוע.
6. התייחסו לכך גם חברי ועדת הכלכלה בנימוקי החלטת הועדה להמליץ למ"מ שר הכלכלה שלא להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, באומרם:

"**כחברים בגוף המחוקק אנו רואים בהוראות מסוג זה גם פגיעה בסמכות הכנסת לחוקק חוקים, כאשר הממשלה מקבלת על עצמה מראש, לנקוט צעדים כדי לשנותם**".

[נימוקי החלטת ועדת הכלכלה, נספח ע/59, עמ' 7].

1. **לסיכום נקודה זו**, **ניסיונה של הממשלה לכבול את שיקול דעתה של הכנסת הנוכחית ושל הכנסות הבאות - הינו ניסיון משולל סמכות, בלתי חוקתי ובטל. כבילה זו מנוגדת לעקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי, ופולש ברגל גסה למרחב הפעולה של הרשות המחוקקת.** 
   * 1. **סיכום ביניים**
2. ניסיונה של ממשלת ישראל לכבול את שיקול דעתה של הממשלה הנוכחית, הממשלות העתידות לבוא, הכנסת הנוכחית והכנסות העתידיות שיבואו בעקבותיה **הינו ניסיון בטל מעיקרו ובלתי חוקתי.**
3. בכל הנוגע לניסיון לכבול את שיקול דעת הרשות המבצעת, נזכיר כי אף אם כבילה זו של הרשות המבצעת ביחס להפעלת סמכויותיה הסטטוטוריות אינה פסולה כשלעצמה, הרי שהיקף הכבילה ותקופת תוקפה – חורגים מסמכות הכבילה המצומצמת ממילא. בשל כך, דינם של הוראות הכבילה הינו בטלות.
4. בכל הנוגע לניסיון לכבול את שיקול דעת הרשות המחוקקת, זהו צעד המנוגד לעקרונות יסוד במשטרנו ופוגם באופן היורד לשורשו של עניין ברעיון הדמוקרטי ובעקרון הפרדת הרשויות.
5. ודוק: אף אם העותרות תקבלנה את ההנחה המוטעית לפיה ההבטחה ליציבות רגולטורית ניתנה בסמכות – גם אז אין מנוס מן המסקנה כי דינם של סעיפים אלו הינו בטלות מן הטעם ששיקול הדעת בהפעלתן הינו לקוי בבסיסו. לכך ניגש כעת.
   1. **סעיפי היציבות הינם בלתי מידתיים ואינם סבירים באופן קיצוני**
      1. **סעיפי היציבות חסרי תקדים בהיקפם ובלתי מידתיים בעליל**
6. הגם שתעלה טענה, כי ההבטחה הטמונה בסעיפי היציבות הרגולטורית הינה חוקית (וכאמור, העותרות חולקות על כך בתכלית), יצירתה של הבטחה מינהלית כאמור מעמידה את הממשלות העתידיות בפני דילמה קשה. יהא עליהן לשקול את האינטרס הציבורי בשינוי המתווה – מחד גיסא, למול עלות הפרת ההבטחה המינהלית – מאידך גיסא.
7. העותרות תטענּה כי "תג מחיר" שכזה עלול להרתיע את מקבלי ההחלטות בעתיד מלקדם את אינטרס הציבור לפי ראות עינם, ואף לעוות את החלטתם בכל הנוגע לצרכי הציבור. בכך, הניסוח הקיצוני באופן בלתי סביר של הסעיף, אשר כובל כאמור את שיקול הדעת של שתי רשויות שלטוניות לתקופה ארוכה במיוחד ודה-פקטו בלתי מוגבלת, מעלה חשש כי היציבות הרגולטורית תושג בפועל על ידי הרתעה כלכלית ולא מכוח ההגבלה החוקית.
8. ראו לעניין זה את דבריה של עו"ד אתי בנדלר, היועצת המשפטית לועדת הכלכלה של הכנסת, בדיון שהתקיים בועדה ביום 1.12.2015 (להלן: **חוות דעתה של עו"ד אתי בנדלר**) (זמין ב: fs.knesset.gov.il//20/Committees/20\_ptv\_316918.doc):

"**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".

[עמ' 29 לפרוטוקול הדיון מיום 1.12.2015].

***פרוטוקול הדיון בועדת הכלכלה מיום 1.12.2015 ­ מסומן כנספח ע/77***

1. ואכן, מחקרים מראים כי קיימות דוגמאות מעטות מאד של מדינות אשר הצליחו לחזור בהן ו/או להפר את סעיפי היציבות הרגולטורית כלפי היזמים אליהן התחייבו. זאת, משום שהפרה של סעיפי יציבות הינה בגדר מוצא אחרון, חלופה שיש בה סיכון עצום ושמן הסתם מובילה לשבר קשה לאיחוי עם היזם (ראו Daniel & Sunley, בעמ' 419; ראו גם קרן המטבע הבינלאומית, בעמ' 36).
2. ראוי להזכיר בשלב זה כי על אף שסעיף היציבות מגדיר כבילה של 10 שנים לכאורה, בפועל, ולאור הסייג המופיע בסיפא של סעיף 6(א) למתווה, **מדובר הלכה למעשה בכבילה בלתי מוגבלת בזמן, שעשויה להימשך לנצח.**
3. מעבר לאמור, כזכור, המתווה אושר תוך עקיפת סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, בשל שיקולי חוץ וביטחון. מדובר בפטור אשר שר הכלכלה היה אמור להיות רשאי לחזור ממנו בכל עת. שיקולי החוץ והביטחון **המתירים** **לכאורה** את אישור המתווה במסלול זה אלו הינם דינמיים, בפרט במדינת ישראל, ויכולים **דווקא לחייב שינויים** במתווה ובאסדרה בכלל.
4. כך למשל, כפי שציינו העותרות בפרק הדן בהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, נוכח היותה של "נובל" חברה ציבורית החשופה להשתלטות עוינת, לא ניתן לשלול את התרחיש לפיו מדינת אויב תנסה (במישרין או בעקיפין) לבצע השתלטות כאמור על החברה ובכך לפגוע במדינת ישראל. מאחר שהמתווה והרגולציה הקיימת בעת הזו אינם מתייחסים לתרחיש כאמור - לא ניתן יהיה להסדיר סוגיה זו בעתיד. **כך, בשל סעיפי הכבילה, מדינת ישראל נותרת חשופה לסיכון בטחוני.**
5. עובדה זו מעצימה את הקושי שבעיגון סעיף יציבות כה ארוך טווח, במסגרת הסדר אשר כולו מבוסס על פטור ייחודי משיקולים דינמיים וספציפיים. גם לעניין זה התייחסה עו"ד בנדלר בחוות דעתה, בדיוני ועדת הכלכלה (שם):

"ההסדר המבני שעיקרו פטורים מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, קיבל חוזקה באמצעות הוראת היציבות הרגולטורית, והפטורים, כזכור, ניתנים מטעמי מדיניות חוץ וביטחון המדינה. כשאנחנו מדברים על מדיניות חוץ וביטחון המדינה, **יש לזכור שמדובר בשיקולים דינמיים שעשויים לחול בהם שינויים מפליגים לא רק לקראת** **סוף התקופה של עשר השנים שמדובר בהן אלא אפילו בתוך תקופה קצרה ביותר, כלומר אף אם שיקולי מדיניות חוץ וביטחון המדינה מצדיקים נכון להיום פטור מהגבלים עסקיים, נראה שדווקא בשל מהותם של נימוקים אלה לא נכון להסדיר את הפטור המעוגן גם בהוראת היציבות הרגולטורית לתקופה כה ארוכה**. דווקא על רקע זה שמדובר בהליך חריג, המתבצע לראשונה, שבו נוטלים סמכויות מהממונה על ההגבלים העסקים מטעמי חוץ וביטחון, יש לעשות כך, לדעתי, במינון המינימלי הנדרש להבטחת השיקולים בתחום מדיניות החוץ או בטחון המדינה, שהביאו לפטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים".

[עמ' 31-30 לחוות דעתה של עו"ד אתי בנדלר, נספח ע/77].

1. כך גם בכל הקשור לצרכי משק האנרגיה הישראלי והסכנות הטמונות בייצוא כה מסיבי של גז טבעי, אשר אינו לוקח בחשבון שינויים בצריכה של המשק הישראלי ומצבי חירום וקיצון כפי שאף ידענו בעבר. טענה זה מתחזקת במיוחד הואיל ותכנית האב למשק האנרגיה של משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים עדיין נמצאת בשלבי גיבוש.
2. על-כן, מדובר בהסדר בלתי-מידתי בעליל, אשר קובע מגבלה חסרת תקדים בהיקפה לתקופה ארוכה במיוחד. ראו לעניין זה גם את התייחסותה של עו"ד אתי בנדלר בדיון בועדת הכלכלה מיום 21.7.2015:

"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 שלגביה הובטחה היציבות הרגולטורית**.** אמרתי 'תקופה ארוכה מאוד', ואני מבקשת להסביר, מדוע עשר שנים הן, להבנתי, תקופה **ארוכה מאוד, ארוכה מדי**".

[עמ' 8-7 לפרוטוקול הדיון מיום 21.7.2015, נספח ע/74].

* + 1. **סעיפי היציבות חושפים את מדינת ישראל לסיכון כלכלי עצום**

1. יודגש, כי קיומם של סעיפי היציבות במתווה הגז מעמידים את המדינה בסכנה כלכלית כפולה – הן מבית והן מחוץ. כך גם על פי המחקר של הבנק העולמי והאו"ם, בעמ' 47:

"The formal enforcement of freezing stabilization clauses under international law has been a hotly debated topic since the 1970s. It is a complex topic involving conflicts of national and international laws, and there remain divergent opinions about the enforceability of the clauses under international law. **However, it is sufficient to note for this study that some freezing stabilization clauses are potentially enforceable in both domestic and international fora**".

1. הסיכון "מבית" הינו החשש מפני סעדים שחברות הגז תדרושנה במידה וההבטחה תופר. חברות הגז קיבלו עמדת מיקוח טובה פי כמה אף מעמדת המיקוח המצוינת בה היו מצויות הן ערב המתווה כמונופול.
2. די בסכנת הטלת פיצויים עקב הפרתו בכדי להרתיע את הרשויות מלפעול לשינוי, הגם שיש בו כדי לתרום לאינטרס הציבורי. לחשש מפני השתת פיצוי גבוה ניתן למצוא סימוכין היסטוריים: לדוגמה, בהסדר אשר נחתם בין חברת א.ל.א לבין המדינה נקבע כי המדינה תשלם לחברה הפרטית סכום עתק של 279,000,000 ₪, חלק גדול ממנו כפיצויים, וזאת לאחר פסיקת בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואח' נ' שר האוצר ואח' (פורסם בנבו 19.11.2009), אשר קבעה כי הפרטת בתי הסוהר אינה חוקתית.
3. מסקנה זו קיבלה משנה תוקף גם בדבריה של עו"ד אתי בנדלר בדיוני ועדת הכלכלה מיום 21.7.2015:

"החשש הוא, אם כן, שבמהלך עשר שנים או יותר, שזו תקופה ארוכה מאוד, למרות שהנסיבות יכולות להשתנות באופן שיצדיקו שינויים רגולטוריים, בתחום הפיננסי או בתחום המבני, אינטרס ההסתמכות של היזמים והציפייה שלהם שהוראות היציבות יקוימו, יגרמו לממשלה לא ליזום שינויים. הימנעות הממשלה ליזום שינויים יכולה לנבוע הן מחשש שהנסיבות המקימות את הצידוק החוקי לא יהיו מספיק משמעותיות כדי להצדיק את החזרה מההבטחה, **והן מחשש שקבלת החלטה בדבר שינויים** תביא להתדיינויות משפטיות שלא רק שתוצאותיהן אינן ידועות, אלא שהן יעכבו ביצוע שינויים, הגם שאלה עשויים להיות בעלי חשיבות רבה לאינטרס הציבורי הכללי. לפיכך, יש לשוב ולשקול אם יש מקום לכלול בהחלטת הממשלה הוראות יציבות כה חריגות, ובפרט לתקופה כה ממושכת".

[עמ' 8 לפרוטוקול הדיון בועדת הכלכלה מיום 21.7.2015, נספח ע/74].

1. הסיכון הכלכלי "מחוץ" נעוץ באפשרות לפיה חברות הגז יפנו לטריבונאלים בינלאומיים לשם הסדרת הנושא. יוזכר כי חברות בינלאומיות (דוגמת "נובל אנרג'י") עושות שימוש תדיר בכלי משפטי זה על מנת להגן על עצמן מפני שינויים רגולטורים במדינות בהן הן פועלות.
2. מדינת ישראל איננה מתכחשת לסיכון זה. כך לדבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט, בדיון שהתקיים בועדת הכלכלה ביום 1.12.2015 (ר' נספח ע/77):

"אני אומר לכם שמה שמעניין את היזמים בהיבט הזה זה פחות האכיפה, מה שאנחנו קוראים הסד המשפטי – אלא היכולת שלהם לתבוע פיצויים – לא רק בישראל אגב אלא גם בבוררות בין-לאומית".

1. גם בספרות עמדו מומחים על כך שסעיפי היציבות מהווים סיכון חד-צדדי גדול ("One Way Bet") משום שהם מיטיבים מאד עם היזמים ומנטרלים את הסיכון שהם לוקחים, **ולעומת זאת לא מצמצמים את הסיכון של הצד השני - המדינה - אלא אך מגבירים אותו** (ראו Daniel & Sunley, בעמ' 417)**.**
2. ודוק: הסיכון בחשיפה לתביעות בינלאומיות הינו מוכר וידוע, וקיים בכל שלב במסגרת התקשרות עם חברות בינלאומיות (ובכפוף להסכמים בינלאומיים שישראל מחויבת להן עם מדינות המוצא של אותן חברות). אולם, אם סיכון זה היה קיים במידה מסוימת עובר לחתימה על המתווה - "פסקת היציבות" שבמתווה מגבירה את הסיכון ותקשה אף יותר על מדינת ישראל להתגונן במקרה של תביעה בינלאומית עתידית.
3. יצוין גם כי היה בידה של ממשלת ישראל להימנע מסיכון זה, באם הייתה מוסיפה למתווה הוראה הקובעת כי סעיפי הכבילה מחייבים רק לפי הדין הישראלי, וכי לא ניתן יהיה להשתמש בהתחייבות זו של הממשלה בפורומים משפטיים בינלאומיים. אולם תוספת זו לא נכללה במסגרת הוראות הכבילה, על אף החשש לכאורה עליו מצהירה ממשלת ישראל שוב ושוב מפני תביעות בטריבונלים בינלאומיים.
4. **האבסורד הוא אפוא, שבשל החשש מכוחו של מונופול הגז ומהתדיינות משפטית ממושכת עקב תביעות מטעמו – מחזקת הממשלה את כוחו עשרת מונים. לחברות הגז ניתנה כעת האפשרות להעלות טענות מטענות שונות ותביעות מתמשכות כנגד המדינה, בגין כל מעשה שחברות הגז תפרשנה כפגיעה ביציבות הרגולטורית המובטחת במתווה.**
5. **נוכח האמור, תעמודנה העותרות על כך שאם ישנו מועד ראוי להכרעה בדבר ביטול המתווה כולו או לכל הפחות ביטול סעיפי הכבילה - הזמן הוא כעת. זאת טרם שיהפכו סעיפי הכבילה לעובדה מוגמרת, עליה תוכלנה חברות הגז לנסות ולהסתמך.**
6. **הנה כי כן, ממשלת ישראל נוטלת סיכון בלתי סביר, וחושפת את הציבור לסיכון כלכלי כבד לאין שיעור, במידה שייפתח הליך משפטי כאמור – מקומי או בינלאומי.**
   * 1. **סעיפי היציבות כובלים את ממשלת ישראל להסדרים המנוגדים לחוק ולפסיקת בית המשפט העליון בתחום המיסוי והייצוא ומסכלים את חובתה לשנותם**
7. כפי שתצגנה העותרות בפרקים העוסקים בהסדרי המיסוי והייצוא במתווה, מתווה הגז מעגן הסדרים המנוגדים לחוק הקיים ולפסיקת בית המשפט העליון.
8. כך, הסדר **המס** בנספח ב' למתווה הגז מנוגד לחקיקה הקיימת, שכן הוא טומן בחובו הלכה למעשה עקיפה של ההסדר הקבוע בחוק ששינסקי. עקיפה זו באה לידי ביטוי בהכרה בהוצאות, לעניין מכנה מקדם ההיטל, בגין הקמת הצינור השלישי ממאגר תמר לאסדת תמר גם לאחר תום תקופת ההרצה בניגוד לחוק ששינסקי. בנוסף, הסדר המס שבמתווה מאפשר הכרה בהוצאות הקמת צינור הייצוא למצרים – גם זאת בניגוד לחוק.
9. כעת, מבקשת ממשלת ישראל לא רק לאשר מתווה המכיל בתוכו הסדרים המנוגדים לחוק שישינסקי, מבקשת היא אף **לכבול** את יכולתה לשנות את הסדר בלתי-חוקי זה ולקבע את מדינת ישראל להסדר מיסויי פסול זה למשך עשר שנים תמימות. בכך, מוסיפה ממשלת ישראל חטא על פשע.
10. הספרות המקצועית הראתה כי גם באותן מדינות מתפתחות (דוגמת ליבריה וסיירה ליאון), אשר בהן נפוץ יחסית השימוש בסעיפי יציבות, כאשר סעיף היציבות נוגד את החוק הקיים במדינה, החוזה בו כלול הסעיף מובא לאישור הפרלמנט בהליך חקיקה, על מנת לתת לו תוקף חוקי (ראו Daniel & Sunley, בעמ' 410). כידוע, **בענייננו לא טרחה ממשלת ישראל לקיים הליך נאות והיא עוקפת בבוטות את חקיקת הכנסת בלא כל סמכות לעשות כן.**
11. כמו-כן, סמכות המחוקק לבצע שינויים במשטר המס בהתאם לצורך השעה הינה מובנת מאליה. על כך עמדו בנשלום וסלומון במאמרם על חשיבות היכולת לעשות שינויים במשטרי המס בעת הצורך. ראו בנשלום וסלומון, בעמ' 150:

"נקודת המוצא לדיון היא שבהעדר הגנה חוקתית מפורשת, אשר למיטב ידיעתנו אינה קיימת אף לא באחד ממשטרי המס של מדינות מפותחות, **נראה כי יש למחוקק סמכות, רשות ואולי אפילו חובה, לקדם שינויים (פרוספקטיביים) במשטר המס אשר אמורים להפוך אותו להוגן ויעיל יותר**. לאורך השנים רוב המדינות המפותחות עשו שינויים בולטים במשטרי המס שלהן, ולעיתים לא מעטות קורה שמשטר המס בנוגע למיזם מסוים משתנה פעמים מספר לאורך חיי המיזם. [...]

בספרות המשפטית-כלכלית אשר דנה בהשפעת שינויים בחקיקת המס קיימת הסכמה כי **כאשר שינוי בחקיקת המס אמור לקדם מדיניות חברתית ראויה (כלומר לא נגוע בשחיתות), יש להחיל אותו על השקעות קיימות**, וזאת מבלי לתת למיזמים קיימים להסתמך על משטר המס הקודם או לפצות אותם על שינוי במשטר המס".

1. לצד ההכרה ביתרון העקרוני של יציבות במשטר המס, הכירו בן-שלום וסלומון גם בחסרונות הרבים של התחייבות ליציבות במשטר מס. ראו בעמ' 152 למאמרם:

"חשוב לזכור שיציבותה של כל שיטת מס (וכל חוק) היא לא דבר חיובי בהכרח, משום שכאשר משטר המס הוא יציב, ההסדרים בו אינם הפיכים, והמחוקק נמנע מלשנות אותם גם אם הם לא ראויים בעליל (מבחינת שיקולי יעילות והוגנות). במילים אחרות: **בשם היציבות ניתן לשמר לאורך זמן משטרי מס שאינם הוגנים ואינם יעילים**. [...]

בצד היתרונות יהיו ליציבות גם מחירים חברתיים לא מבוטלים. בהקשר של משאבי טבע, **למשטר מס יציב עשויים להיות מחירים כבדים במיוחד משום שמיזמים של משאב טבע נמשכים לעיתים עשרות שנים, בנסיבות משתנות, אשר קשה לצפות אותן מראש**".

1. באותו האופן, הסדר הייצוא במתווה מנוגד לפסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ הייצוא, וזאת כפי שתראינה העותרות להלן בפרק העוסק בסוגיית הייצוא. שם, כאמור, הפסיקה לפיה סעיף 33 לחוק הנפט מקיים את דרישת ההסמכה לקביעת ההסדר הראשוני בעניין הייצוא הסתמכה על שלושה טעמים מרכזיים, וביניהם העובדה כי **אין כל מניעה מהממשלה או מהכנסת העתידית לשנות את החלטת הממשלה** (לעניין זה נפנה אל דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס, בסעיפים 34-33 לפסק דינו בעניין בג"ץ הייצוא).
2. והנה, בניגוד גמור ונחרץ להכרעה זו של בית המשפט העליון, קובעת כעת הממשלה כי הסדרי הייצוא אינם ניתנים לשינוי למשך עשור; לא על-ידי הממשלה ולא על-ידי הכנסת; לא הנוכחית ולא העתידית; ובכך דה-פקטו שוללת את הפרשנות המרוככת שהעניק בית המשפט בבג"ץ הייצוא לסעיף 33 לחוק הנפט ואף **שוללת את סמכות הממשלה לקבוע את היקפי ומועדי יצוא הגז הטבעי.** כפי שתטענּה העותרות להלן בפרק אשר יעסוק בהסדרי הייצוא, לאור הוראות הכבילה נשמט הבסיס להכרעה בפרשת יצוא הגז, ונדרש לכל הפחות עיון מחדש בהלכה זו, תוך דרישה להסמכה בחוק באשר לסוגיות השונות.
3. כך, באמצעות סעיפי הכבילה **מבקשת ממשלת** **ישראל לעגן מצב בלתי-חוקי בעליל, אשר בחלקו סותר את קביעות בית המשפט העליון, תוך כבילת** יכולתה ויכולתה הרשות המחוקקת לפעול על-פי חוק ולשנות את הסדרים אלו.
4. **דהיינו, אין מדובר אך בכבילת שיקול דעת הרשויות המבצעת והמחוקקת לבצע שינויים נדרשים בעתיד לבוא, אלא בסיכול מכוון של יכולתן של רשויות אלו לבצע שינוי הנדרש באופן מיידי ודחוף, על מנת לתקן מצב מעוות מנוגד לחוק ולפסיקת בית המשפט העליון. סיכול זה מנוגד לחובת הרשות לקדם שינויים במקרה הצורך ובפרט בהיות ההסדרים הקיימים בלתי ראויים, בלתי הוגנים ובלתי יעילים.**
   * 1. **סעיפי היציבות מסכלים את יכולתה של ישראל להבטיח את הגנת הסביבה**
5. בית המשפט הנכבד הכיר זה מכבר בערך הנעלה של שמירה על איכות הסביבה וביצר את מעמד האינטרס הציבורי בהקשר זה. וראו בעניין זה את דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) (דאז) ברק:

"האדם הוא חלק מסביבתו. הוא מקיים עם סביבתו יחסי גומלין. הוא משפיע על סביבתו והוא מושפע ממנה. **הקרקע, המים, האוויר הם היסודות לקיום האנושי. במסגרתם "מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם"** (השופט אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, בעמ' 62).

[...] **איכות החיים נקבעת על-פי איכות הסביבה. אם לא נשמור על הסביבה, הסביבה לא תשמור עלינו. מכאן החשיבות הרבה – לכל פרט ופרט ולחברה ככלל – בשמירה על איכותה של הסביבה שבה מתנהלים חיינו**".

(בג"ץ 4128/02‏ אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, פס' 10 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק (2004) ראו גם: ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002); בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 2.1.2013); דניאל פיש "צדק סביבתי בישראל: המפגש בין דיני זכויות האדם ודיני איכות הסביבה" **משפט וממשל** ז 911 (2005)).

1. חרף היתרונות הרבים הגלומים בפיתוח שדות גז טבעי, הניסיון העולמי המצטבר בקידוחי חיפוש והפקה ובהקמת תשתיות שאיבה והפקה של גז ונפט בים מראה כי הם גורמים לנזקים סביבתיים, וכן מהווים מוקדי סיכון לסיכונים בטיחותיים ולפגיעה בבריאות הציבור ולאיכות החיים של אזרחי ישראל.
2. כך, חלק מאותם נזקים קורים בשגרה. בעת הקידוח במעמקי קרקעות וסלעים יש צורך להפעיל אמצעים מכניים כגון פיצוצים או סילוני מים וכן להשתמש בכימיקלים רבים. **כימיקלים רעילים** אלה יחד עם זיהום נוסף ממנועים, מפסולת, מחומרים נגד חלודה, משאריות בוץ מהקידוח עצמו, ועוד, גורמים לשחרור חומרים מסוכנים שונים (לדוגמה, מתכות כבדות, מלחים, שמנים או דטרגנטים) בתוך המים. כל אלו עלולים לפגוע במערכות האקולוגיות בים, בשרשרת המזון, בדגה, ביונקים ימיים וגם בבריאות האדם.
3. דליפות של גז ונפט מתקיימות גם הן בשגרה, כאשר הן עלולות להגיע בכמותן אף **לכמעט אחוז מהתפוקה הכוללת**. גז הנפלט מקידוחי גז (שמורכב ברובו הגדול מהחומר מתאן) מתמוסס בחלקו במים, שם הוא גורם לנזקים למערכות האקולוגיות הימיות, ובחלקו נפלט לאוויר ומזהם אותו. יצוין כי גז המתאן הינו גז חממה חזק מאד והוא, כמובן, גם דליק מאד, ועל כן עלול לסכן מבחינה בטיחותית את אזור אסדות הקידוח.
4. מעבר למצבי השגרה, במקרי תאונה או תקלה עלולות להשתחרר כמויות גדולות של גז ונפט מקידוחים שעלולות להגיע למיליוני חביות נפט או למיליוני מטרים מעוקבים של גז, ויותר; וכבר היו דברים מעולם. במקרה של תקלה או תאונה יהיה קושי גדול לבלום אותה בזמן קצר, היות ומאגרי הגז נמצאים במים עמוקים, ובנוסף כלל לא בטוח שהציוד והידע להתמודד עם מצבים כאלו מצוי בישראל. **במקרה כזה נזקי הפליטה לא יהיו קטנים, מקומיים או מצטברים, אלא יגיעו לממדים של אסון אקולוגי** **בעל השלכות הרסניות על הסביבה בישראל** – ובעיקר על אחוז ניכר מתושבי מדינת ישראל המתגוררים במישור החוף, כמו גם על המצב הגיאו-פוליטי באזור. אסון כאמור עשוי להעמיד את ישראל בסיכון משפטי לאור התחייבויות בינלאומיות.
5. לא ניתן להתעלם מכך שדליפות ותאונות למיניהן מתרחשות במקומות שונים בעולם בתדירות יחסית גבוהה. אך לאחרונה, ביום 6 בדצמבר, 2015, אש פרצה באסדה של חברת הנפט האזרית SOCAR בים הכספי כתוצאה מפגיעה באחד מצינורות הגז התת ימיים. כמו כן, יש הבדלים במידת הנזק גם בין הים התיכון והאזורים ימיים אחרים בעולם בשל הבדלים בכמות ובהרכב של החי והצומח הימיים, ברגישות הסביבתית, במידת הקרבה לחוף, בכיוון זרמי המים ועוד. קידוחי הגז במאגרי תמר ולוויתן הם עמוקים ומורכבים וכבר נוכחנו שבמקרה של תקלה כגון זו שקרתה במהלך קידוח לוויתן 2 עוברים חודשים רבים עד לתיקונה. יוזכר גם כי הים התיכון, ובפרט האגן המזרחי שלו, מהווה "בריכה סגורה" ולכן, סביר להניח, **שההשפעה של זיהום עתידי באם יקרה, תהיה משמעותית יותר כאן**.
6. יתרה מכך, מדינת ישראל מסתמכת יותר ויותר על מתקני התפלה ואירוע של דליפה או תאונה יכולה להשפיע על השבתה מלאה או חלקית של מתקני ההתפלה. ולבסוף, עצם העובדה שמדינת ישראל חשופה לסכנה של רעידות אדמה בשל מיקומה הגיאוגרפי יכולה להשליך גם על עמידות הצינור במקרה זה.
7. עם זאת, המערכת השלטונית והחקיקתית הקיימת ביחס לחיפוש והפקה של גז ונפט בים ובכלל בישראל הינה ארכאית, מפוזרת, מסורבלת וחסרה ביותר. אין **ספק כי האסדרה הסביבתית בכל הקשור לקידוח נפט וגז בים וביבשה העומדת לרשותה של מדינת ישראל לוקה בחסר ושיש צורך להרחיבה**. יתרה מכך, וכפי שציין מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה דאז, מר דוד לפלר (ראו להלן נספח ע/84):

"הרגולציה הסביבתית של פעילות חיפוש והפקת משאבי אנרגיה בים משתנה ומתעדכנת באופן דינמי ומהיר, בהתאם לטכנולוגיה וליכולות של תעשייה זו. חובה להזכיר כי גם אסונות סביבתיים, גורמים לשינויי רגולציה מהירים כמו פריצת באר הנפט "מקונדו" של חברת BP במפרץ מקסיקו באפריל 2010, אשר בעקבותיה, חלו שינויי רגולציה דרמטיים בכל העולם. לכן משרדנו מתנגד באופן נחרץ להתחייבות להקפאת דרישות בתחום רגיש ודינמי זה".

1. ואולם, למרבה הצער, יש בכוחו של המתווה בתצורתו הנוכחית לאפשר לחברות הגז להעלות טענות כנגד המשך התפתחות הרגולציה אשר בתפקידה להגן ולשמור על איכות הסביבה.
2. בנוסחו כיום, סעיף היציבות הגורף והמעומעם ישפיע גם ובפרט על הרגולציה הסביבתית. כאמור, במסגרת הסעיף מתחייבת ממשלת ישראל "לבחון בקפדנות" כל שינוי רגולטורי אשר ישפיע על כדאיות ההשקעה של חברות הגז. בכך, נפגמת באופן חמור ביותר יכולתה של מדינת ישראל לפעול על מנת לתקן את אותם ליקויים משפטיים הקיימים ואשר יתגלו בעתיד הקרוב בתחום הגנת הסביבה ולפעול להסדרה קונקרטית מהותית של הנושא.
3. **הנה כי כן, סעיפי היציבות הרגולטורית מנציחים את מצבה העגום של מדינת ישראל בתחום הגנת הסביבה בכל הנוגע לשדות הגז הטבעי, מבלי להסדיר את מעמדן, חובותיהן ואחריותן של חברות הגז בהקשר זה, והכל תוך חשיפה כאמור לתביעות בינלאומיות גם בהקשר זה.** 
   1. **סיכום ביניים**
4. עסקינן באסדרת מאגרים גדולים של משאב חיוני בעלי זמן חיים ארוך. לאור זאת, למתווה עשויות להיות השלכות קריטיות לגבי היכולת של ממשלות עתידיות להשפיע על סוגיות מהותיות, ובכלל זה מצבה הפיסקאלי של ישראל; איכות הסביבה; יוקר המחייה; והביטחון האנרגטי של ישראל. גם אם ישנו ערך חיובי למתן יציבות רגולטורית, **העלות החברתית שתתממש באם תתגלה טעות במתווה ולא ניתן יהא לתקנה – היא עצומה, וחותרת באופן חסר תקדים תחת העיקרון הדמוקרטי של שלטון העם.**
5. ככל שמשך הכבילה ארוך יותר, כך גדל הסיכוי שיתגלה מידע חיוני להערכת היעילות וההגינות של מתווה הגז. בענייננו, נוכח תקפותן של הוראות הכבילה למשך עשור לפחות, קיימת הסתברות גבוהה מאד כי תיווצרנה נסיבות אשר יצדיקו חריגה מהמתווה, אך במקרה שכזה מדינת ישראל תיוותר חסרת כל יכולת לפעול למען אזרחיה.
6. **הוראות הכבילה מיטיבות עם גורם אחד בלבד – חברות הגז – ובתמורה לכך מעמידות את הציבור הישראלי והכלכלה הישראלית בסיכון עצום וחסר תקדים - והלכה למעשה למשך זמן בלתי מוגבל ובלתי ידוע, תוך כבילה פסולה של שיקול דעתן של הרשויות המבצעת והמחוקקת.** חברות הגז הצליחו, תחת הפעלת לחצים, לכלול את הוראות הכבילה במתווה במטרה אחת בלבד - לחשוף את מדינת ישראל לסנקציות במסגרת הליכים משפטיים בינלאומיים.
7. זאת ועוד, לעמדת העותרות, הוראות הכבילה המציבות "תג מחיר" מרתיע וחמור לשינוי חקיקה עתידי הן אינן יכולות לעמוד, מבחינה חוקתית, גם אם היה מדובר במתווה אשר עולה בקנה אחד עם החוק והפסיקה ומשקף עמדה הנתמכת בקונצנזוס רחב של רגולטורים ואנשי מקצוע. אולם **בהקשר של המתווה הנוכחי, אשר מקדם עמדה הסותרת את חקיקת המס וחוקי ההגבלים העסקיים, ומשקף עדה שנויה במחלוקת חריפה כנגד עמדתם של בעלי המקצוע - קל וחומר שכבילת שיקול הדעת בידי הרשות המבצעת איננה חוקתית.**
8. **נוכח כל האמור לעיל, אין מנוס מן המסקנה כי סעיפי היציבות הרגולטורית חסרי תוקף בהעדר הסמכות להתחייב להם, אינם ענייניים, אינם מידתיים ואינם סבירים באופן קיצוני. לפיכך יש להורות על בטלותם, ולהצהיר כי ממשלה עתידית וכנסת עתידית אינן כבולות מכוחו מבחינה חוקתית**.
9. **במאמר מוסגר, העותרות תטענּה, כי הנסיבות דנן מבהירות כי הפגמים בסעיפי הכבילה יורדים לשורשו של המשטר החוקתי במדינת ישראל. בשל כך על בית משפט זה להבהיר, כי הממשלה איננה רשאית להגביל את שיקול דעתה, ואת שיקול דעתן של רשויות השלטון האחרות, אלא בתנאים קיצוניים. לשיטת העותרות, אין המדובר אך בחריגה מסמכות ובחוסר סבירות קיצוני "מן השורה". דומה כי המשפט החוקתי הישראלי מחייב את הגבלת והגדרת הגבולות החוקתיים של כבילה עתידית של רשויות השלטון.**
10. **ייצוא הגז** [פרק ה' למתווה]
11. בפרק זה תטענּה העותרות, כי הסדרי הייצוא שנקבעו במתווה - נעשו בחוסר סמכות. להסדרים אלו יש השלכות מרחיקות לכת. בין היתר, הם כובלים את שיקול דעתן של הכנסת והממשלה כלפי השנים הבאות. לפיכך, ולאור עיקרון ההסדרים הראשוניים ופסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ יצוא הגז, יש לעגן את הסדרי הייצוא בחקיקה ראשית.
12. הסדר הייצוא הקבוע במתווה פוגע בביטחון האנרגטי ובזכות הקניין של אזרחי ישראל. כך, למשל, המתווה מאפשר לבעלי הזכויות להתחיל לייצא גז טרם שיחוברו למשק המקומי מאגרי לוויתן, כריש ותנין. המתווה אף מבטל את חובתן של חברות הגז להקים צינור נוסף ממאגר למשק המקומי. פגמים נוספים נפלו בכללים לחישוב היקפי הייבוא והייצוא, והכל כפי שיפורט להלן.
    1. **רקע**
13. סוגיית יצוא הגז כבר נדונה בהרחבה בפני בית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: "**בג"ץ הייצוא**"). העותרות תצגנה בקצרה את הרקע הרלוונטי, אשר פורט בהרחבה בין היתר בבג"ץ הייצוא בסעיפים 11-1 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) א' גרוניס.
14. ביום 2.10.2011, לאור תגליות הגז המשמעותיות מול חופי ישראל, מינו ראש הממשלה ושר האנרגיה דאז את חברי הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז טבעי בישראל (להלן: "**ועדת צמח**"). הוועדה מונתה על מנת להמליץ לממשלה על מדיניות אופטימאלית במשק הגז הטבעי בישראל, תוך שקילת המאפיינים הייחודיים של המשק, צורכי משק האנרגיה המקומי ומטרות כלכליות, סביבתיות ומדיניות. חברי הוועדה היו אנשי מקצוע, מומחים מן השורה הראשונה, שמטרתם לשקול את מלוא השיקולים לקראת המלצתם בדבר הסדרת נושא הייצוא.
15. ביום 28.8.2012 פרסמה ועדת צמח את המלצותיה הסופיות. המלצות הוועדה עסקו בתחומים הבאים: הבטחת צרכי האנרגיה של המשק המקומי; חובת אספקה למשק המקומי; מעורבות ממשלתית בתכנון ובהקמת תשתיות; רישוי מכירת גז טבעי שלא למשק הישראלי; עידוד פיתוח שדות קטנים ובינוניים; מכר גז טבעי מחוץ למשק המקומי; וקידום התחרות (דוח הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז טבעי בישראל (28.8.2012), זמין ב:energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGReportSep12.pdf).
16. ביום 23.6.2013 אימצה הממשלה בהחלטה מספר 442 (להלן: "**החלטת הממשלה**") את המלצות ועדת צמח, בכפוף למספר שינויים. נקבע כי תישמר למשק הישראלי עתודה של 540 BCM, ולא 450 BCM כפי שהמליצה דעת הרוב בוועדת צמח. החלטת הממשלה אימצה למעשה מספר דומה לזה של עמדת המיעוט – מנכ"לית המשרד להגנת הסביבה, אלונה שפר.
17. נוכח השלכותיה המשמעותיות וארוכות הטווח של החלטת הממשלה, הגישו העותרות 1-2 יחד עם עותרים נוספים עתירה כנגד ההחלטה. להלן תמצית טענות העותרים, כפי שתוארו על ידי כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס בסעיף 12 לפסק הדין:

"טענתם המרכזית של העותרים הינה, **כי החלטת הממשלה נמנית עם סוגי ההכרעות אשר ראוי כי תתקבלנה על ידי נבחרי העם, חברי הרשות המחוקקת, ולא על ידי הממשלה.** זאת, בהתחשב, בין היתר, בהשלכות שתהיינה להכרעה זו על הדורות הבאים של החברה הישראלית. למעשה, טוענים העותרים כי ההסדר שמצא את ביטויו בהחלטת הממשלה הינו מה שמכונה הסדר ראשוני. **לטענתם, קביעת הסדר ראשוני על ידי הרשות המבצעת מחייבת הסמכה מפורשת מצד המחוקק. בענייננו, כך נטען, לא ניתן להצביע על מקור הסמכה מפורש.** במילים אחרות, טענות העותרים מתמקדות במישור הסמכות. לטענתם, הממשלה כלל לא הוסמכה לקבל את ההחלטה שנתקבלה. טענה נוספת שהועלתה לפנינו הינה שהחלטת הממשלה נתקבלה על בסיס תשתית עובדתית רעועה. **המדינה, מצידה, לא כפרה בכך שהחלטת הממשלה מהווה במהותה הסדר ראשוני.** אלא שלגישתה, לא נפל פגם בכך שההחלטה נתקבלה על ידי הממשלה. לטענת המדינה, הממשלה הוסמכה בהוראות דין שונות להסדיר את הסוגיה העומדת במוקד העתירה".

1. הוראת הדין המרכזית אליה הפנתה המדינה, אשר מהווה לגישתה את מקור הסמכות להחלטת הממשלה, הינה סעיף 33 לחוק הנפט, התשי"ב-1952:

(א) השר רשאי, לאחר התיעצות 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; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש -

(1) להפיק מבאר יותר משיעור התפוקה המקסימלי היעיל שלה;

(2) לספק לכמות הכללית הנדרשת אחוז מתפוקתו שהוא גדול מן האחוז הנדרש מבעל חזקה אחר, אלא אם ראה השר לסטות מכלל זה, אם הדבר דרוש, לדעתו, מטעמים שבבטחון המדינה או כדי למנוע בזבוז או אי יושר כלפי בעל חזקה פלוני.

(ב) "תצרוכת ישראל" כולל הספקת דלק לאניות בנמלי ישראל ולמטוסים בישראל.

1. דעת הרוב בפסק הדין דחתה את העתירה. נקבע כי סעיף 33 לחוק הנפט מקיים את דרישת ההסמכה לקביעת ההסדר הראשוני בעניין הייצוא. זאת בהתבסס על שלושה טעמים מרכזיים: העדר פגיעה בזכויות יסוד מוגנות; העדר מיצוי מיידי ומלא של משאב הגז הטבעי; והעדר מניעה מממשלה או כנסת עתידית לשנות את החלטת הממשלה. כך פירט כב' הנשיא בדימוס גרוניס בסעיף 33 לפסק דינו:

"במקרים בהם נטען כי הרשות המבצעת לא הייתה מוסמכת לקבל החלטה שיש לה השלכות על הדורות הבאים, **ובשעה שלא מועלית טענה בדבר פגיעה בזכויות יסוד מוגנות**, ניתן לדעתי להסתייע בתבחין מסוים לצורך קביעת מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת. זאת, כאשר ההחלטה נוגעת לצריכה או ניצול של המשאבים המוגבלים שבבעלות המדינה (כמו גז טבעי). עניינו של תבחין זה הוא במידת הצריכה של המשאב המוגבל ובקצב צריכתו, כפועל יוצא מהחלטתה של הרשות. ככל שההחלטה 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**".

1. עוד הוסיף כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס בסעיף 34 לפסק דינו:

"להשקפתי, ניתן לבחון בענייננו את דרישת ההסמכה שלא באופן קפדני, לא רק בשל כך שלא הועלתה טענה בדבר פגיעה בזכויות יסוד מוגנות, **אלא גם בהתחשב במהותה של החלטת הממשלה ובהשלכה שיש לה על מיצוי המשאב הטבעי אליו היא מתייחסת,** הוא הגז הטבעי .... החלטת הממשלה יוצאת לפיכך מנקודת הנחה כי משאבי הגז הטבעי שיישמרו לטובת המשק הישראלי ימוצו תוך עשרות שנים. אין מדובר במיצוי מיידי של המשאב. **כנסת עתידית, וממשלה עתידית, תוכלנה לשקול שוב את הסוגיה. החלטת הממשלה אינה מהווה, אם כן, סוף פסוק**".

1. אם כן, על מנת להכריע האם הממשלה מוסמכת לקבוע הסדר ראשוני בעניין יצוא הגז, יש לבדוק האם מדובר בהחלטה הפוגעת בזכויות יסוד מוגנות. כמו כן יש לבדוק את מהות ההחלטה; מידת היכולת של ממשלה וכנסת לשנות בעתיד את ההחלטה; ואת השלכות ההחלטה. כך מסכם כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס בסעיף 37 לפסק דינו:

"לסיכום, במקרה שלפנינו, **בשל מהותה של החלטת הממשלה ונוכח אופיין של טענות העותרים, ניתן לבחון את דרישת ההסמכה המפורשת באופן שאינו קשיח וקפדני, בהשוואה למקרים בהם ההחלטה השלטונית מובילה למיצוי מלא ומהיר של המשאב, ובהשוואה למקרים בהם נטען כי ההחלטה העומדת לביקורת פוגעת בזכויות יסוד מוגנות**".

* 1. **הממשלה אינה מוסמכת לקבוע הסדר ייצוא המהווה הסדר ראשוני**

1. העותרות סבורות כי ההסדרים שנקבעו בפרק ה' של המתווה, בכל הנוגע לייצוא, אינם עומדים בקריטריונים שנקבעו בבג"ץ הייצוא.
2. פרק ה' למתווה הגז מסכן את הבטחת עתודות הגז למשק הישראלי. בניגוד להחלטת הממשלה ולמסקנות ועדת צמח, מתווה הגז מאפשר לקחת בחשבון העתודות ה"ישראליות" (כלומר אלו שמיועדות למשק הישראלי) גם מאגרים שרמת הוודאות לגביהם היא נמוכה.
3. בנוסף, המתווה מאפשר לייצא כמויות גדולות יותר מלוויתן על חשבון מאגרים שטרם פותחו וטרם חוברו למשק הישראלי. המתווה אף גורע מכמות הגז המיועדת לשוק המקומי, לשם יצור חומרים הדרושים לייצוא. כמו כן מאשר המתווה יצוא בטרם חיבור מאגר לוויתן למשק הישראלי, ואף בטרם יוקם צינור נוסף ממאגר תמר. מצב כזה יביא את המשק להסתמך באופן מוחלט על מאגר אחד עם צינור אחד. זהו סיכון של ממש לביטחון האנרגטי של מדינת ישראל.
4. **העותרות תטענּה כי פרק ה' למתווה הגז, העוסק בסוגיית יצוא הגז ומתקן את החלטת הממשלה מס' 442 מתאריך 23.6.2013, איננו סביר באופן קיצוני, איננו מידתי, איננו ענייני ומסכן אינטרסים חיוניים של הציבור. לא זו אף זו, סעיף זה אינו עומד בכללים שקבע בית משפט נכבד זה בבג"ץ 4491/13 לעניין סמכות הממשלה לקבוע הסדר ראשוני, ולכן אישורו נעשה בחוסר סמכות ויש לבטלו. זאת משלושת הנימוקים שלהלן.**
5. **ראשית**, פרק היציבות הרגולטורית, עליו תעמודנה העותרות להלן, מקבע את הסדרי הייצוא למשך 10 שנים לפחות. דא עקא, דעת הרוב בבג"ץ הייצוא הדגישה כי אחד הטעמים המרכזיים המאפשרים לממשלה לקבוע הסדר ראשוני – הוא היכולת של הממשלה או הכנסת לשנות בעתיד את ההחלטה הנוכחית. כאמור בסעיף 34 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס: "**כנסת עתידית, וממשלה עתידית, תוכלנה לשקול שוב את הסוגיה. החלטת הממשלה אינה מהווה, אם כן, סוף פסוק**".
6. כאמור, סעיף י(5)(ג) למתווה הגז קובע כי:

"הממשלה רואה בהסדרים שנקבעו בהחלטת ממשלה מס' 442 ובהסדר המבני הקבוע בפטור לפי חוק ההגבלים העסקיים כהסדרים מספקים כל אחד בתחומו. בהתאם, הממשלה אינה רואה צורך בשינויים מהותיים נוספים בנושאים אלה. לפיכך, **הממשלה לא תיזום שינויים מהותיים בנושאים האמורים. הממשלה אף תתנגד להצעות חוק פרטיות בעניינים אלה ככל שאלה יבקשו לבצע שינויים כאמור.  אם יאושר חוק שתחילתו בהצעת חוק פרטית המהווה שינוי מהותי כאמור, למרות התנגדות הממשלה, אזי הממשלה תקדם, בסמוך לאחר מכן, הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי**".

1. סעיף י(6)(א) למתווה קובע כי:

"**האמור בסעיף 5 נכון למשך 10 שנים מיום קבלת החלטת הממשלה**, בכפוף לעמידתם של כל בעלי הזכויות הנוכחיים בחזקות בתנאי המתווה. בחינת מדיניות הממשלה לאחר תקופה זו תיעשה בהתאם לנסיבות באותה עת".

1. העותרות תטענּה כי עיגון החלטת ממשלה מס' 442 במסגרת פרק הייצוא במתווה הגז למשך 10 שנים – שולל למעשה מכל ממשלה או כנסת בעתיד הקרוב לשנות את המצב הקיים. בשל כך נדרשת גישה חשדנית, כפי שנקבע בבג"ץ הייצוא, בכל הקשור לסמכותה של הממשלה לקבוע הסדר ראשוני.
2. **שנית**, הסדר הייצוא הקבוע בהחלטת ממשלה מס' 442 – נבחן לגופו על ידי בית משפט נכבד זה, ונמצא כי הוא נכנס בגדר סמכות הממשלה לקבוע הסדר ראשוני. אולם **ההסדר החדש שיוצר מתווה הגז – חורג באופן קיצוני מסמכות הממשלה לקבוע הסדר ראשוני.** זאת בשל ההגדלה המשמעותית של כמויות הגז המותרות בייצוא, והקדמת מועדי תחילת הייצוא, **תוך פגיעה קשה באינטרס הציבורי ובביטחון האנרגטי של אזרחי ישראל.**
3. **הסדר הייצוא שבמתווה עלול להביא לייצוא מהיר ומיידי של חלקים משמעותיים ממשאב הגז, באופן בלתי הפיך, ותוך פגיעה בביטחון האנרגטי של אזרחי ישראל. זאת בניגוד לאחד הטעמים שעמדו בבסיס הכרעת הרוב בבג"ץ הייצוא אשר הובא לעיל: "**החלטת הממשלה יוצאת לפיכך מנקודת הנחה כי משאבי הגז הטבעי שיישמרו לטובת המשק הישראלי ימוצו תוך עשרות שנים. אין מדובר במיצוי מיידי של המשאב".
4. להלן יוצגו בקצרה השינויים המרכזיים שמבצע מתווה הגז ביחס להחלטת ממשלה מס' 442, וההשלכות הנובעות מכך.
5. שאלה אחת היא באלו עתודות גז ניתן להכיר, על מנת לקבוע את שיעורי הייצוא המותרים. ועדת צמח, ובעקבותיה הממשלה, הכירה רק בעתודות שיש לגביהן ודאות גבוהה ביותר להפקה – רזרבות (P2). **ועדת צמח והממשלה לא הסתמכו על עתודות גז "ברמת ממשות נמוכה יותר", כאלו ש"הפקתם מותנית בתנאים כאלו ואחרים, כולל היתכנות טכנית וכלכלית וקיומה של תכנית פיתוח מקובלת"** (ראו: עמ' 42 לדו"ח ועדת צמח,; וכן סעיף 28 לתגובת המדינה בבג"ץ הייצוא בנספח ע/78). עתודות "נחותות" מעין אלו מוגדרות כמשאבים מותנים (2C). הנימוק לכך הוא פשוט: הסכנה היא שלאחר ייצוא הגז – יתברר לפתע כי במשק הישראלי נשארה בפועל כמות גז קטנה ביותר, שחלקה איננו ניתן להפקה.

***תגובת המדינה בבג"ץ הייצוא ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/78***

1. אלא שסעיף ה(1)(א) למתווה משנה את התמונה, ומאפשר להכניס לחישוב העתודות גם כאלו שהן מקטגוריה C2. זאת בניגוד לאמור בהחלטת ממשלה מס' 442, שם הובהר כי כדי "להבטיח את צורכי האנרגיה של המשק המקומי הישראלי ובכלל זה, לקבוע כי יש להבטיח לטובת המשק המקומי, כמות של 540 BCM גז טבעי אשר תאפשר אספקה של ביקושי הגז הטבעי לצורכי האנרגיה של המשק לכ-29 שנים החל ממועד החלטה זו. בסעיף זה, כמות גז טבעי – כמות גז, לפי קטגוריה P2".
2. בהקשר זה יובאו גם דברי הממשלה במסגרת תשובתה בבג"ץ הייצוא, שם הובהר כי הקטע הרלבנטי בהחלטת ממשלה מס' 442 "קובע את כמות הגז הטבעי שאותה לא ניתן יהיה לייצא שכן היא נדרשת לצרכי המשק הישראלי. **[...] לעניין כמות זו גם נקבע, כי מדובר בכמות גז טבעי מתוך תגליות מוכרות, שלגביהן ניתנו חזקות ואשר חיבורי החזקות לחוף הושלמו בהתאם לתכניות הפיתוח, באופן המאפשר הספקתן למשק הישראלי**" (ראו: סעיף 86 לתגובת המדינה בבג"ץ הייצוא, נספח ע/78).
3. התוצאה היא, אפוא, שאין ערובה לכך שהמשק הישראלי יזכה ל-540 BCM. אף אין ודאות כי בידי המשק הישראלי תיוותרנה תגליות מוכרות בלבד, שלגביהן כבר ניתנו חזקות וישנם חיבורים לחוף. **משמעות התיקון שמבצע מתווה הגז הוא שניתן להכיר גם בעתודות גז שאינן ודאיות, לצורך חישוב כמות הגז המותרת לייצוא. כך, ייתכן שכמויות גדולות ייוצאו מתוך הנחה שלמשק הישראלי יש עתודות גז בהיקף 540 BCM, אולם בדיעבד יתברר כי חלק מעתודות הגז כלל אינו ניתן לפיתוח ולהפקה**.
4. בסעיף 110 לתגובת המדינה בבג"ץ הייצוא נאמר כי: "**כמות הגז הטבעי המינימאלית שתישמר לצורכי המשק המקומי אינה תלויה בכמות הגז הטבעי שתופק ממשאבים מותנים או ממאגרים חדשים והיא עומדת על 540 BCM לפחות**".
5. **כעת, לאחר התיקון שמבצע מתווה הגז בהחלטת הממשלה – ההיפך המוחלט הוא הנכון. כמות הגז הטבעי המינימאלית שתישאר לצרכי המשק המקומי תלויה לחלוטין בכמות הגז שתופק ממשאבים מותנים (בקטגורית 2C).**
6. בהמשך למגמה זו, של הגדלת כמויות יצוא הגז, מצוי בסעיף ה(1)(ד) למתווה. סעיף זה דן בעסקת חליפין במכסת הייצוא בין כריש ותנין ולוויתן. הסעיף מאפשר, למעשה, יצוא **גז נוסף, עטד בטרם שיובטח פיתוחם של כריש, תנין ולוויתן וחיבורם למשק הישראלי**. **משמעות הדבר היא פגיעה נוספת בעתודות הגז ובביטחון האנרגטי של מדינת ישראל, תוך קביעת הסדר ראשוני בלתי הפיך על ידי הממשלה.**
7. **כך** גם סעיף ה(1)(ה) למתווה הגז, **אשר מבטל את הבטחת המינימום של 540 BCM גז טבעי למשק הישראלי ואת ההגבלה על יצוא גז למדינות שכנות**. הסעיף מאפשר לחברות לייצא גז עוד קודם שיחובר מאגר לוויתן למשק הישראלי. התוצאה תהיה שהמשק יסתמך באופן מוחלט על מאגר אחד עם צינור אחד. סעיף זה, אשר כולל סל הטבות לשם יצוא הגז ממאגר תמר, הינו אחד הסעיפים המסוכנים ביותר לביטחונה האנרגטי של מדינת ישראל. על פי דברי ההסבר לטיוטת המתווה, **הסעיף מבטל את אחד התמריצים לפיתוח לוויתן וחיבורו לחוף, משום שהוא פורם את הקשר בין חיבור לוויתן לחוף לבין האפשרות לייצא בכמות משמעותית** (השוו לסעיף 1ח.10 להחלטת ממשלה מס' 442)).
8. **בהקשר** זה עמדה המדינה, בסעיף 110 לתגובתה בבג"ץ הייצוא, על המשמעות של החיוב לחיבור המאגרים הנוספים לחוף כתנאי לייצוא הגז: "**עוד נוסיף, שעל-פי החלטת הממשלה לא ניתן יהיה לייצא גז טבעי מישראל בטרם יחוברו מאגרים לחוף.** **לשם הדוגמא כאשר "לוויתן" יחובר לחוף ויתחיל לספק גז טבעי למשק הישראלי** (למעט כמות של עד 20 BCM מ"תמר" למדינות גובלות שתבוא על חשבון מכסת הייצוא העתידית מהמאגר) – **אין כל חשש שלא תישאר לצורכי המשק הכמות שנקבעה בהחלטת הממשלה**".
9. **למעשה, כעת לאחר התיקון שמבצע המתווה, יהיה ניתן להתחיל לייצא גז מתמר גם מעל 20 BCM, עוד לפני חיבור מאגרי לוויתן, כריש ותנין לחוף. ושוב: משמעות הדבר היא פגיעה חמורה בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל, תוך קביעת הסדר ראשוני בעל השלכות מיידיות ובלתי הפיכות על עתודות הגז.**
10. בפועל, גם סעיף ה(1)(ו) מגדיל את כמות הגז לייצוא תוך פגיעה במשק המקומי. על פי סעיף זה, לא יחשבו לייצוא כמויות גז טבעי שישמשו את המפעל לייצור אמוניה במישור רותם. הגז הטבעי מהווה חומר גלם לייצור האמוניה. עם זאת, הסעיף גורע מכמות הגז המיועדת לשוק המקומי, לשם ייצור חומרי המשך לשם יצוא.
11. בנוסף לכל האמור, סעיף ה(1)(ז) למתווה הגז הוא אחד הסעיפים הבעייתיים ביותר בכל הנוגע לאספקת הגז למשק הישראלי. סעיף זה מבטל את סעיף 2 להחלטת ממשלה קודמת, שבה נקבע כי שר האנרגיה יטיל חובה להקים צנרת הולכת גז מתמר לאזור אשקלון עד ליום 31 בדצמבר 2016, בנוסף לחובה להתקין מדחסים עד ליום 1 ליולי 2015.
12. **סעיף זה משמעו – ויתור מוחלט על הקמת צינור נוסף ממאגר תמר. זהו המאגר היחיד שעליו מדינת ישראל מסתמכת כיום, וכנראה אף תמשיך להסתמך בעתיד.** במקום זאת קובע הסעיף באופן עמום כי הממשלה תפעל ליצירת יתירות במערכות אספקת הגז למשק המקומי, ובכלל זה תיבחן האפשרות להקמת צינור נוסף.
13. **לאור האמור לעיל, העותרת תטען כי פרק ה' למתווה הגז מגדיל באופן קיצוני את כמויות הייצוא, מקדים את מועד תחילת יצוא הגז, ומעניק "שקט תעשייתי" למונופול הגז למשך 10 שנים לפחות. כל זאת בניגוד להחלטת ממשלה מס' 442. מדובר, אפוא, מדובר בשינויים דרמטיים וקיצוניים בעלי השלכות אדירות גם על הדורות הבאים. העותרת תטען כי הממשלה אינה מוסמכת לקבוע הסדר ראשוני כזה, ולפיכך יש להורות על בטלותו.**
14. אגב, דעת המיעוט בבג"ץ הייצוא – מפי כבוד השופטים ג'ובראן ורובינשטיין – גרסה כי **החלטת ממשלה מס' 442 התקבלה בחוסר סמכות, וכי הממשלה אינה מוסמכת לקבוע בעצמה את ההסדר הראשוני בעניין יצוא הגז.**
15. כך למשל, כב' השופט רובינשטיין עמד בדבריו על המעמד הנורמטיבי של זכות הציבור במשאב הגז הטבעי, ועל אופי ההגנה שיש להעניק לזכות זו:

" ... **בענייננו מדובר בזכויות ציבור קולקטיביות, אף אם אין קוראים להן "זכויות יסוד".** אמנם בבג"ץ 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"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל [פורסם בנבו] (2012), בפסקה 58 לפסק דינה של המשנָה לנשיא נאור), אך השוו לדבריו של פרופסור י' אדרעי במאמרו "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – 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, גם אם בכנסת נדם מוסד "נציב הדורות 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". (סעיף י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

"... בענייננו עומדת על הפרק החלטה הנוגעת ל"**אינטרסים של הציבור בכללותו**" (פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא), אשר לה השלכה על הדורות הבאים, ועל-כן דעתי היא כי הוא בא – במובהק – בקהלם של אותם עניינים, המחייבים עמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת. אין מקום בענייננו לריכוכהּ של הדרישה. בכל הכבוד, גם לא השתכנעתי כי היתה דחיפות בקבלת ההחלטה שלא בחקיקה, וההנחה המסתברת היא כי חקיקה, אף על כל שלביה ומסננותיה, לא היתה ארוכה בכגון דא". (סעיף יא' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

1. כמו-כן, כב' השופט ג'ובראן הדגיש בדבריו את חשיבות סוגיית יצוא הגז והסדרתה בחקיקה ראשית:

"סיכומם של דברים, **השלכותיהן של המלצות ועדת צמח לגבי היקף הייצוא והחלטת הממשלה לאמצן, מצביעות בבירור על היותן הסדר ראשוני.** הגז הטבעי שנמצא בחופי ישראל הוא משאב ציבורי. הכמות שנמצאה ושצפויה להימצא היא בעלת השלכות רבות ורחבות היקף, החוצות תחומי עיסוק של מספר משרדי ממשלה; השלכות ממשיות הקשורות בעצמאות האנרגטית של ישראל ובמעמדה הגיאו-פוליטי; השלכות על המשק במובנים שונים כגון מעבר לאנרגיה מבוססת גז טבעי, יצירת תשתית להולכתו בתוך המדינה ומחוצה לה, והתקשרות ארוכת טווח עם מדינות שכנות לשם כך; השלכות על יוקר המחיה בישראל ועוד. חשוב להדגיש – השלכות אלה מתאפיינות ברובן הגדול כתחומי מומחיות מובהקים, אשר איני חולק כי ראוי שיופקדו עליהן דווקא זרועותיו השונות של המינהל הציבורי בשל שיקולי מומחיות ויעילות. עם זאת, הנחות המוצא לפעולתן – הכרעות ערכיות שבערכיות וציבוריות שבציבוריות הן. הכרעות שבשל טיבן ראוי שימצאו מקומן בחקיקה ראשית מטעם נציגי העם בכנסת. אופיין של הכרעות אלה מחייב את המסקנה לפיה החלטת ועדת צמח לגבי יצוא הגז הן בבחינת הסדר ראשוני".(סעיף 83 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

עוד הוסיף כב' השופט ג'ובראן כי:

"דעתי היא כי דין העתירות היה להתקבל מן הטעם שהחלטת הממשלה לאמץ את המלצות דוח צמח ניתנה בלא הסמכה מפורשת ומפורטת דיה כמתחייב מכלל ההסדרים הראשוניים בנסיבות המקרה". [סעיף 102 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן].

1. **הנימוק השלישי** לכך שהמתווה הוא הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית – קשור לאינטרס הציבורי העצום בגז הטבעי, ולזכויות הקניין של הציבור בגז, כפי שהיטיב לתארן כב' השופט רובינשטיין לעיל.
2. אמנם, זכות הקניין הציבורית במשאב הגז לא הוכרה עד כה בפסיקה כזכות יסוד מוגנת. אולם יש לזכור כי לייצוא הגז יש השלכות אדירות על הציבור הישראלי, בריאותו ואיכות חייו, בהווה וגם בעתיד. בשל כך, העותרות סבורות כי זכויות הקניין הציבוריות והאינטרס הציבורי הן בדרגה כזו, שמצדיקה עמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת לקביעת ההסדר הראשוני.
3. אין חולק כי הגז הטבעי הישראלי נושא יתרונות רבים: הפחתת התלות הישראלית במקורות אנרגיה זרים; הקטנת עלויות האנרגיה; הורדת יוקר המחיה; פיתוח שימושים בגז בתחבורה ובתעשייה; וצמצום זיהום האוויר ופליטות גזי החממה. אלא שהגברת הייצוא מאיינת יתרונות אלו. בכך ייפגע אנושות האינטרס הציבורי.
4. זאת ועוד: האצת הייצוא, תוך התבססות על עתודות גז וירטואליות, יובילו את משק האנרגיה הישראלי למצב טראגי. מדינת ישראל תיאלץ לשוב ולייבא דלקים מחצביים, שהינם מזהמים יותר מגז טבעי ומן הסתם גם יקרים יותר. כך על פי חוות דעתו המקצועית של הכימאי האטמוספרי והמומחה לזיהום האוויר, ד"ר אריה ונגר, בעמ' 7 סעיף 7:

"יש עדיפות משמעותית להשארת הגז הטבעי לשימוש מקומי על פני יצואו. בהנחה כי מאגרי הגז המוכחים לעת הזאת יספיקו לתצרוכת מקומית לכ- 40 שנה (מיום תחילת השימוש בהם), וכי אם נייצא 40% מהם, נותיר לנו גז לשימוש מקומי של כ- 25 שנה לכל היותר, נשאלת השאלה מה יהיו מקורות האנרגיה של ישראל לאחר תקופה זו. היות ופריצת דרך טכנולוגית שתאפשר הסתמכות גורפת על מקורות אנרגיה מתחדשים טרם נראית באופק והיא ממילא בלתי ניתנת לחיזוי, הרי מדיניות אנרגיה אחראית צריכה להניח כי כמו בעשרות השנים האחרונות, כך גם בעשרות השנים הבאות עיקר האנרגיה (בייצור חשמל, תעשייה ותחבורה כאחד) יגיע עדיין מדלקים פוסיליים".

1. ובהמשך בעמוד 8:

"לצערנו המשמעויות הסביבתיות (כמו גם הכלכליות והאסטרטגיות) של אפשרויות אלה לא נבדקה אל מול הרווחים המיידיים של יצוא הגז. **מתווה הגז המוצע כעת, התקבל תוך כדי התעלמות מוחלטת בנוגע לעתיד משק האנרגיה הישראלי בעוד 25 שנה, הוא אינו שוקל את מחיר הטעות (של ההערכות האופטימיות בדבר מציאת גז נוסף או פיתוח טכנולוגי בעתיד), ועלול להתברר בתוך זמן קצר יחסית כיקר ביותר**".

1. ויש אף להדגיש את הדברים הבאים:

"למיטב ידיעתי במהלך הדיונים האחרונים על מתווה הגז לא הובאו נתונים עדכניים ובדוקים הנוגעים לכמויות הגז המוכחות שנמצאו במים הכלכליים של ישראל, לתצרוכת הצפויה של ישראל ולכמויות הגז המיועדות לייצוא". [הערת שוליים עמ' 8].

***חוות דעתו המקצועית של הכימאי האטמוספרי ומומחה לזיהום האוויר, ד"ר אריה ונגר ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/79***

1. זאת ועוד: בנקודת הזמן הנוכחית, התברר כי אין ממש בהנחת היסוד של הממשלה – בכל הנוגע לחשיבות הייצוא (ראו להלן). לפיכך היה על הממשלה לבחון מחדש את נקודת המוצא, ולהגיע למסקנה המתבקשת שהחלטתה המקורית בנוגע ליצוא, קל וחומר ההחלטה במתווה הנוכחי – נעדרות כל תשתית עניינית, ואינן מקדמות את האינטרס הציבורי.
2. העותרות רואות לנכון לציין כי על פי חוות דעת שגובשה במשרד האוצר לאחר פרסום מסקנות ועדת צמח, כהכנה להחלטת הממשלה 442 – הסדר הייצוא שגובש אינו אופטימאלי ואינו יעיל כמעט בשום תרחיש סביר. נראה כי כעת, לאחר ירידת מחירי הגז והנפט בעולם, יצוא הגז הפך לכדאי אפילו פחות.

***חוות הדעת שגובשה במשרד האוצר – מצ"ב ומסומנת כנספח ע/80***

1. על מסקנות אלו חזר ד"ר מיכאל שראל, לשעבר הכלכלן הראשי במשרד האוצר. ד"ר שראל הדגיש כי נכון להיום, תחת כל התרחישים שנבחנו, המדינה תרוויח מייצוא רק בטווח של 200-0 BCM. זאת בעוד שעל פי המתווה ניתן יהיה לייצא יותר מ-400 BCM.
2. להלן עיקרי הדברים הרלוונטיים שאמר שראל בפני ועדת הכלכלה ביום 1.12.15, במסגרת הליך ההתייעצות לפי סעיף 52 (זמין ב: fs.knesset.gov.il//20/Committees/20\_ptv\_316917.doc):

"מיכאל שראל:

היום זה רק הולך למטה. מה שהיה ביוני 2013, מכל התרחישים שבחנו, **כמעט בכל התרחישים כמות הייצוא האופטימאלית הייתה בין אפס ל-200**. אנחנו מדברים על החלטת ממשלה באוגוסט 2013 שהפרשנות שלה בסביבות ה-400. הממשלה החליטה על יצוא של 400 פלוס מינוס תלוי בגודל המאגרים. אצלנו התוצאה יצאה **ברוב התרחישים בין אפס ל-200 כאשר 200 מקבלים תחת הנחות מאוד תומכות יצוא. כשמחיר הגז יחסית גבוה, היוון הממשלה יחסית גבוה ועוד כמה הנחות תומכות יצוא.** בהרבה תרחישים מקבלים ממש אפס, כל דבר מעל אפס מקטין- - -

שלי יחימוביץ (המחנה הציוני):

גם בתרחיש קיצון לא כדאי לייצא?

מיכאל שראל:

**בתרחיש קיצון, בהנחות יחסית שלא תומכות יצוא מקבלים אפס, אבל אם קצת משנים את ההנחות לכיוון של יצוא, מקבלים בין אפס ל-100.**

היו"ר איתן כבל:

חשוב לנו לדעת, ועל זה אתה אמור לתת את ההתייחסות, מנקודת המבט שלך, בנסיבות שמתקיימות היום, **האם אתה חושב שהיצוא בכמויות שמדובר עליו נכון או לא נכון. אני רוצה שהדברים יאמרו בצורה ברורה.**

מיכאל שראל:

**מעל 200 BCM לא קבלנו בשום תרחיש סביר.** נגד המתודולוגיה לא הועלתה למעשה שום טענה. דברנו על זה עם הרבה כלכלנים במועצה הלאומית לכלכלה, בבנק ישראל, במשרד האוצר ובמקומות אחרים. המתודולוגיה עצמה לא שנויה במחלוקת. יש דברים שלא נלקחים בחשבון במודל, כך שכל דבר שנאמר לנו ולא נלקח בחשבון במודל, ניסינו להכניס למודל כמבחן רגישות. עשינו את כל מבחני הרגישות תחת כל הדברים שנאמרו לנו שאולי כדאי כן להתחשב בהם ועדין לא הגענו מעל 200.

יש את שתי טענות האחרות שהועלו, **האחת היא הטענה הביטחונית מדינית שחשוב מאוד לייצא, מכל מיני סיבות, כלכלן, זה לא התחום שלו והוא לא יכול לחוות דעתו על זה. אבל אני יודע בוודאות שגם אז לא כדאי לייצא יותר מ-200.** אני יודע את זה כי כשהממשלה אישרה 400 היא לקחה בחשבון שתהיה עסקה עם "וודסייד" ותהיה הנזלת גז ורוב הגז יימכר למזרח הרחוק ב הנזלה. **לכן השיקול המדיני-ביטחוני, גם אם הוא קיים וגם אם הוא מצדיק יצוא, הוא לא יכול להצדיק יצוא של יותר מ-200.** מהבחנה הזו כל ה-200 הנוספים לא קשורים לנושא".

***פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 1.12.2015, בשעה 9:30 ­ מסומן כנספח ע/81***

1. אם כן, ניתן לראות כי על פי מחקר שנערך במשרד האוצר, והוצג בפני ועדת הכלכלה בדיונים על הפעלת סעיף 52, הסדר הייצוא הקבוע במתווה אינו יעיל ואינו כדאי למדינת ישראל ולציבור.
2. כעת, לאחר שפרק הייצוא במתווה מתקן את החלטה 442 בצורה הפוגעת באופן חמור עוד יותר באינטרס הציבורי, בבריאות הציבור ומסכן את הביטחון האנרגטי של המדינה בהווה ובעתיד ואף מונע את שינוי ההחלטה על ידי ממשלה או כנסת עתידית – לא נותר ספק כי תיקון זה נעשה בחוסר סמכות ובניגוד לכלל ההסדרים הראשוניים, ועל כן יש לבטלו.

**מתן הטבות נוספות ללא בסיס והצדקה לשינוי**

1. חברי ועדת צמח הזהירו מפני שימוש שגוי במודלים שהוכנו. הם אף התוו את האופן שבו מומלץ לשקול בעתיד חריגה ממסקנות הוועדה. בסעיף ט' להחלטה 442 אימצה הממשלה את הנחיית ועדת צמח, כדלקמן:

"סעיף 1 להחלטה זו יבחן בידי הממשלה בתום חמש שנים ממועד אישורה לצורך עריכת שינויים, ככל שיידרשו, לגבי המדיניות ביחס לתגליות שיוכרו ע"י הממונה לאחר חמש שנים ממועד אישור ההחלטה, בהתאם לצרכי המשק המקומי ובהתחשב בהיצע הגז הטבעי".

1. במתווה דנן, הממשלה כובלת את שיקול דעתה, ומטילה על עצמה איסור לבצע כל שינוי שיפגע באינטרסים של חברות הגז. כבילה כזו כמובן איננה מאפשרת "עריכת שינויים, ככל שידרשו", כפי שקבעה הממשלה בהחלטתה הקודמת. למרבה האבסורד, בכל הנוגע למתן הטבות ומחוות לחברות הגז – אין הממשלה רואה עצמה כבולה, אפילו לא בסד הזמנים של 5 שנים.
2. על הרשות מוטלת החובה לבחון מחדש החלטות שהתקבלו. זאת כנגזרת מן החובה הכללית להפעיל שיקול דעת, ולהתחשב בשינוי הנסיבות והצטברות נתונים חדשים (בעניין זה ראו דפנה ברק-ארז **המשפט המנהלי** 206). העותרות תטענּה כי ההחלטה להקדים את הייצוא, ולהגדיל את כמות הגז הטבעי לייצוא על חשבון המשק המקומי – התקבלה ללא כל שינוי נסיבות אובייקטיבי. בשל כך, ובשל העובדה שעד כה עברו שנתיים בלבד (!) מאז שהתקבלה החלטה מס' 442, ההחלטה טומנת בתוכה אי סבירות קיצונית.
3. בדיוני הכנת מתווה הגז לא נמצאה כל התייחסות לשינוי נסיבות כלשהו, אשר יכול להצדיק את הצורך לשנות את החלטה 442 בצורה כה בוטה. היטיבה לנסח את הדברים ד"ר סיניה נתניהו, המדענית הראשית של המשרד להגנת הסביבה, אשר ציינה בעמ' 1 לעמדתה בשימוע לאחר פרסום טיוטת מתווה הגז (זמין ב: sviva.gov.il/infoservices/newsandevents/messagedoverandnews/documents/2015/gasoutline/gas-outline-sc.pdf):

"בהחלטת הממשלה 442 צוין כי ההחלטה תבחן בתום 5 שנים ממועד אישורה לצורך עריכת שינויים ככל שיידרש ובהתאם לצרכי המשק המקומי ובהתחשב בהיצע הגז הטבעי. **אם כך, לא ברור אלו אירועים מהותיים בעניין צרכי המשק או היצע הגז אירעו בשנתיים האחרונות שהובילו להצעה לשינוי דרמטי של החלטת הממשלה 442 כתוצאה מעבודת הצוות שבנה את המתווה"**

***עמדת המדענית הראשית במשרד הגנת הסביבה לשימוע בעניין מתווה הגז ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/82***

1. לשם הבהרת התמונה חשוב להזכיר: גילוי מאגר זוהור במצרים על ידי חברת Eni פורסם **לאחר אישור המתווה על ידי הממשלה, ולאחר שמ"מ שר הכלכלה כבר הבהיר כי דעתו מגובשת וחלוטה**. לא נערך כל שינוי או תיקון במתווה בעקבות התגלית במצרים, על אף שזו חייבת הייתה לגרור בחינה מחדש של עמדת המדינה בדבר הייצוא למצרים (ראו: ליאור גוטמן "גילינו שדה גז סופר-ענק מול מצרים" **כלכליסט** (30.8.2015) ynet.co.il/articles/0,7340,L-4695906,00.html).
2. משמע, בשנתיים שחלפו מפרסום מסקנות ועדת צמח ומאישורם על ידי הממשלה בהחלטה 442 - לא התרחשו שינויים אשר אמורים להביא את הממשלה להגדיל את נתח הגז שיועבר ליצוא. חרף זאת, מנסחי מתווה הגז בחרו לשנות באופן גס את החלטות הוועדה, תוך שהם אינם מציינים כל התפתחות – משמעותית יותר או פחות – אשר יכולה להסביר שינויים אלו.
3. לשם הדגשת נקודה זאת, נחזור שנית לסעיף 1(ח)(10) בהחלטה 442, אשר שוּנה בסעיף ה(1)(ה) למתווה. זו דוגמה קיצונית לשינוי החלטה מהותית ללא כל שינוי נראה לעין בנסיבות: כפי שכבר צוין, החלטה 442 הגבילה את יצוא הגז ממאגר תמר משום שמדובר במאגר אסטרטגי (בוודאי טרם פיתוח מאגר לוויתן). הדבר ניכר בעמ' 36 לתגובת המשיבים בבג"ץ הייצוא:

"לדעת המדינה קיימת "אבחנה קלאסית" ביחס לייצוא הגז הטבעי בין מאגר "תמר" לבין מאגרים שיפותחו מעתה ואילך:

(1) **ראשית, למאגר "תמר" חשיבות אסטרטגית מבחינת המשק הישראלי**. המאגר מהווה עוגן לביטחונה האנרגטי של המדינה והוא יהווה את מקור הגז העיקרי וכמעט הבלעדי של המדינה בשנים הקרובות. בנסיבות אלו, פשיטא שמתקיימים בעניינו של מאגר זה "טעמים שבביטחון המדינה", שמאפשרים לשר להגביל את היקף הייצוא מ"תמר" לעומת היקף הייצוא ממאגרים אחרים, שיחוברו רק בעתיד למשק הישראלי".

1. על אף קביעה זו, בחרה הממשלה לשנות ב-180 מעלות את מדיניותה ולאפשר יצוא מתמר, כאילו כבר אין מדובר במאגר אסטרטגי. זאת על אף שלא חל כל שינוי בסטאטוס הפיתוח של מאגר לוויתן, אשר בשלב זה פיתוחו כלל לא מובטח.
2. אי-סבירות ההחלטה בולטת במיוחד לנוכח העדר שינויים מהותיים במציאות האנרגטית של מדינת ישראל. כאמרת אגב נציין שתכנית האב למשק האנרגיה, אשר הייתה אמורה להתפרסם עוד בשנת 2014 – עדיין נמצאת בשלבי גיבוש במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים.

***מכתב תשובה מהממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים מיום 25.11.15 ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/83***

1. **לסיכום, העותרת תטען כי יש לבטל את פרק הייצוא הקבוע במתווה הגז. פרק זה נעשה בחוסר סמכות, ובניגוד לכלל ההסדרים הראשוניים, והוא אף לוקה בחוסר סבירות וחוסר מידתיות קיצוניים.**
2. **כלל ההסדרים הראשוניים קובע כי המדיניות הכללית וההסדרים הראשוניים יעוגנו בחקיקה ראשית, ואילו ההסדרים המשניים יעוגנו בחקיקת משנה בידי הרשות המבצעת.** כך למשל כתב הנשיא (בדימוס) ברק כי:

**"כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים"" (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 501 (1998)).**

1. **כלל ההסדרים הראשוניים נדון בהרחבה גם בבג"ץ הייצוא. הנשיא (בדימוס) גרוניס קבע בסעיף 26 לפסק דינו כי: "על בית המשפט מוטל לפעול לפי חזקה פרשנית הגורסת כי אין בכוונתו של המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים".**
2. **אם כן, לאור מעמדו של כלל ההסדרים הראשוניים בדין הישראלי, ולאור הכללים שנקבעו בבג"ץ הייצוא על ידי בית משפט נכבד זה בקשר לייצוא הגז – העותרות תטענּה כי התיקונים הכלולים בפרק הייצוא במתווה חורגים מגדר סמכות הממשלה. מדובר בתיקונים בלתי הפיכים, אשר מאפשרים יצוא מיידי של כמויות גז גדולות בהרבה מאלו שנקבעו בהחלטת הממשלה הקודמת ובוועדת צמח. הם אף פוגעים באופן קיצוני באינטרס הציבורי ובזכויות הקניין של הציבור במשאב הגז, בהווה ובעתיד.** 
   1. **ההסדר הקבוע בפרק הייצוא הינו בלתי מידתי ולא סביר באופן קיצוני**
3. לאור הנתונים שהוצגו לעיל, והשלכותיהם, העותרת תטען כי מדובר בהחלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני. היא מאיינת את מעטה הביטחון האנרגטי שהובטח לאזרחי ישראל, כפי שזה בא לידי ביטוי בהמלצות ועדת צמח ובהחלטת ממשלה מס' 442. המתווה הנוכחי פוגע באופן חמור ובלתי מידתי באינטרס הציבורי בהווה להבטחת אספקת גז רציפה, ובאינטרס הציבורי של הדורות הבאים בכל הנוגע לעצמאות אנרגטית ושימוש במשאב הגז הטבעי.
4. העותרות תטענּה כי בגיבוש פרק הייצוא – לא נתנו המשיבים את המשקל הראוי לשיקולים הרלוונטיים: הביטחון האנרגטי של אזרחי ישראל, יתירות, ויציבות באספקת הגז הטבעי בהווה ולדורות הבאים.
5. כמו כן, ההחלטה לשנות את הסדרי הייצוא התקבלה בלא תשתית עובדתית רלוונטית, כזו שתגבה את פרטי השינוי ותסביר מדוע נבחר שינוי כזה ולא אחר.
6. ראייה לכך ניתן למצוא במכתבו של מר דוד לפלר, מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה (דאז), למר תמיר שניידרמן – ממלא מקום מנכ"ל במשרד התשתיות הלאומיות האנרגיה והמים (להלן: **"מכתב לפלר"**, זמין ב: sviva.gov.il/infoservices/newsandevents/messagedoverandnews/documents/2015/gasoutline/gas-outline-moe.pdf). כך נאמר במכתב:

"מתווה הגז גובש במשך תקופה ארוכה על-ידי משרדי ממשלה שונים, מבלי שנערכה התייעצות עם כלל המשרדים הנוגעים בדבר. בפרט הדברים אמורים ביחס למשרד להגנת הסביבה – מתווה הגז גובש **ללא מעורבות המשרד להגנת הסביבה**, ומבלי שהוצג בפניו". [ההדגשות במקור]

***מכתבו של דוד לפלר ­ מצ"ב מסומן כנספח ע/84***

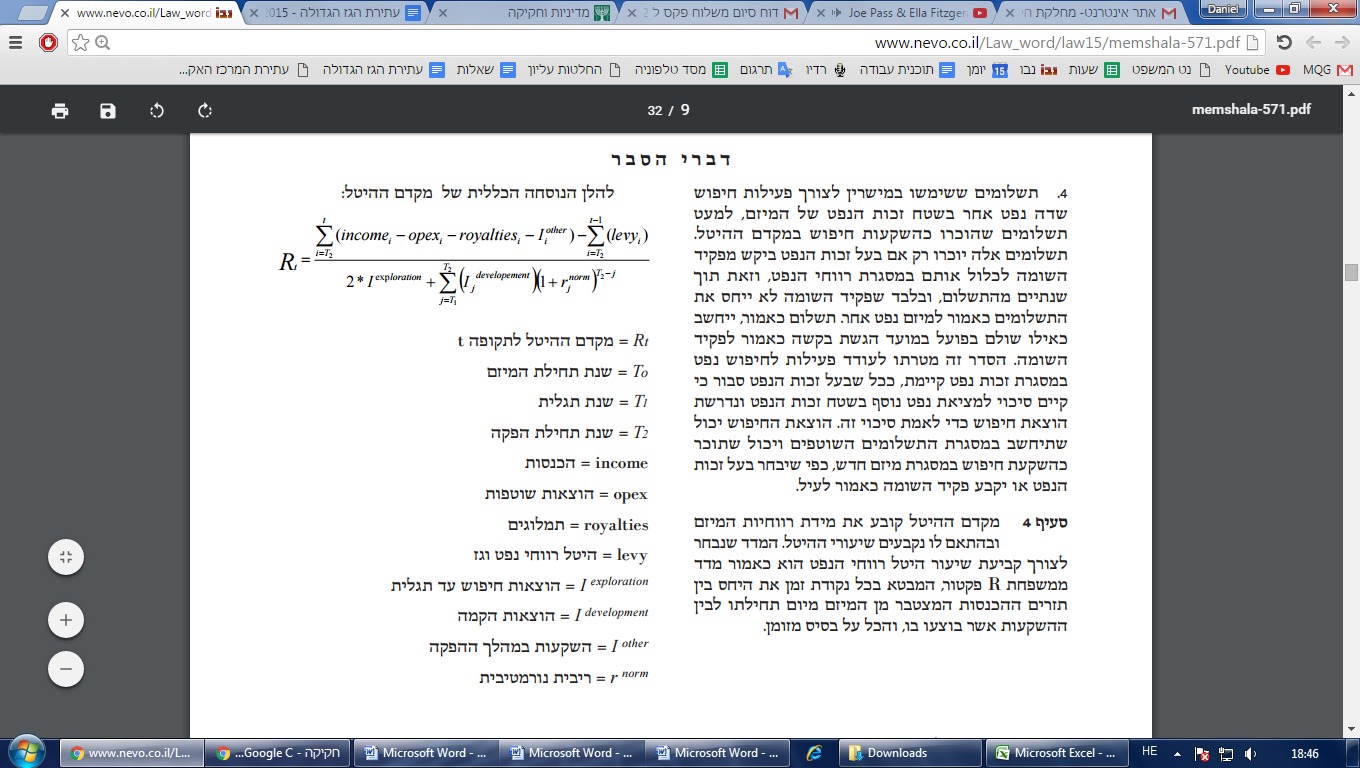
1. דברים אלו צורמים במיוחד. לשימוש בגז טבעי ישנה השפעה מכרעת ומהותית על איכות האוויר במדינת ישראל, איכות החיים והוצאות הבריאות של תושבי המדינה. מן הראוי הוא שתהליך גיבוש המתווה ייקח בחשבון שיקולים של הגברת השימוש המקומי בגז. זאת למען איכות החיים של תושבי ישראל.
2. כמו כן, כפי שציין כב' השופט רובינשטיין בקביעות שהובאו לעיל, "גם הקניין הציבורי ראוי להגנה ואין הכרח להעדיף את זכות הקניין של היחיד על פני זכות הקניין של כלל הציבור... **בענייננו עומדת על הפרק החלטה הנוגעת ל'אינטרסים של הציבור בכללותו**'".
3. העותרת תטען כי פריצת הגבלות הייצוא אשר נקבעו בהחלטת ממשלה מס' 442 - מהווה פגיעה שאינה מידתית באינטרס הציבורי ובזכות הקניין הציבורית במשאב הגז הטבעי.
4. **בנוסף לאמור, השינויים שבמבצע מתווה הגז בהחלטת הממשלה 442, אשר פורטו לעיל ויוצגו להלן בקצרה, לוקים בחוסר סבירות קיצוני, ומסבים פגיעה חמורה לביטחון האנרגטי של אזרחי ישראל בהווה ובעיקר בדורות הבאים. חוסר הסבירות גובר לאור ההיבט הבלתי-הפיך של שינויים אלו, הנובע הן מפסקת היציבות והן מהקדמת הייצוא והגדלת כמויות הגז שיותרו לייצוא.** 
   1. **סיכום ביניים**
5. **לסיכום, להלן פירוט התיקונים המרכזיים שמבצע המתווה ביחס להחלטת הממשלה הקודמת:**
   * 1. סעיף ה(1)(א) למתווה מאפשר להכיר, לצורך חישוב הכמויות המותרות בייצוא, גם בעתודות המוגדרות כמשאבים מותנים (בקטגוריה 2C). זאת בשונה ממסקנות ועדת צמח והחלטת הממשלה, אשר הכירו רק ברזרבות ודאיות (בקטגוריה 2P). המשמעות היא שייתכן כי בעוד מספר שנים יתברר שאותם משאבים מותנים לא ניתנים לפיתוח והפקה, אך עד אז כבר יותרו כמויות גז גדולות לייצוא בהתבסס על ההנחה כי אותם משאבים מותנים יפותחו ויצורפו לאספקת הגז למשק המקומי.
     2. סעיף ה(1)(ד) מאפשר לבעלי הזכויות להתחיל לייצא גז קודם שיחוברו מאגרי לוויתן, כריש ותנין לחוף ולמשק המקומי. בכך נגרמת פגיעה כפולה לביטחון האנרגטי ולאספקת הגז למשק המקומי: ראשית, ההסדר פוגע בתמריץ המשמעותי שהיה עד כה לבעלי הזכויות להזדרז ולפתח את המאגרים הנוספים על מנת שיוכלו להתחיל לייצא גז. שנית, יתכן שעד שיחוברו המאגרים הנוספים למשק המקומי – ייוותרו למשק המקומי עתודות גז מצומצמות וזעומות עקב הייצוא, מצב אשר יסכן את אספקת הגז הסדירה ואת הביטחון האנרגטי.
     3. סעיף ה(1)(ז) קובע כי לצורך חישוב עתודות הגז שיישארו למשק המקומי, לא יכירו בצריכת הגז של מפעל האמוניה במישור רותם כשימוש מקומי בגז. משמעות הדבר היא עיוות של הצריכה האמיתית של המשק המקומי, אשר תקטין בפועל את כמות הגז שתובטח למשק המקומי. כמובן, אספקת הגז למפעל האמוניה היא חשובה, אולם יש להכיר בה כשימוש מקומי כמו ביתר המפעלים בשטח ישראל.
     4. סעיף ה(1)(ז) מבטל את החובה שהטילה החלטת הממשלה על בעלי הזכויות להקים צינור נוסף לאספקת גז ממאגר תמר למשק המקומי, ואת החובה להתקין מדחסים על מנת להגביר את קיבולת הגז וההולכה למשק המקומי. משמעות הדבר היא פגיעה בהבטחת אספקת גז סדירה ובהגדלת הקיבולת למשק המקומי.
6. **הסדרים אלו אינם יכולים להיקבע אלא כהסדר ראשוני בחקיקה, ולפיכך הם בטלים מעיקרם. ההסדרים אף פוגעים בצורה שאינה מידתית בזכות הקניין הציבורית ובאינטרס הציבורי בהווה ובדורות הבאים במשאב הגז הטבעי. הם לוקים בחוסר סבירות קיצוני, ולעצם קבלתם ישנה השפעה חמורה ובלתי הפיכה על עתודות הגז הטבעי שתשמשנה את הציבור הישראלי בהווה ובעתיד. מסיבות אלו העותרות יטענו כי יש לבטל את פרק ה' בעניין הייצוא הקבוע במתווה הגז.**
7. **ההסדר המיסויי** [נספח ב' למתווה הגז]
8. בפרק זה, תטענה העותרות כי ההסדר המיסויי במתווה הגז מנוגד לחקיקה הקיימת: הוא טומן בחובו הלכה למעשה שינוי של ההסדר הקבוע בחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 (להלן: "**חוק ששינסקי**"), מבלי ששינוי זה נעשה על דרך של תיקון חקיקתי.
9. מעבר לכך, "תיקון חוק ששינסקי", שנקבע במתווה, יחול באופן תמוה רק על בעלי הזכויות בשני מאגרים, תמר ולוויתן, ולא על יתר בעלי זכויות (קיימים או עתידיים) במאגרי גז טבעי. בכך, פוגע המתווה בעקרון השוויון בפני החוק ומפלה את מונופול הגז לטובה – בלא הצדקה עניינית. בנוסף, הסדר המס הקבוע במתווה אינו מתייחס להיבטים רבים כגון: אופן הצמדת המחיר; היקף העסקאות; אופן ריכוז המידע לצורך השוואה למחיר הממוצע המקומי; ואופן ביצוע התאמות.
10. **העותרות תטענּה כי אין מנוס מהתערבותו של בית המשפט, שעה שעסקינן בהחלטת ממשלה הקובעת הסדרים הסותרים חקיקה ראשית. מדובר בחריגה מובהקת מסמכות, ובפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות.** הממשלה אינה מוסמכת לקבל החלטה העומדת בניגוד להוראות חוק ששינסקי.
    1. **רקע**
       1. **הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל**
11. במהלך השנים האחרונות, במקביל לחשיפת תגליות הגז המשמעותיות מול חופי ישראל, הגיעה ממשלת ישראל להבנה כי המדיניות הפיסקאלית מחייבת בחינה מחודשת. זאת על מנת להבטיח את חלקו הראוי של הציבור במשאבי הגז והנפט. בהמשך לכך, ביום 12.4.2010 מינה שר האוצר את הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל (להלן: "**הוועדה**" או "**ועדת ששינסקי**").
12. וכך נאמר בכתב המינוי לוועדה: "**לאור התגליות המשמעותיות של גז בישראל ובמרחב הימי שלחופיה, מורגשת לאחרונה התעוררות בשוק חיפושי הגז והנפט בישראל, וקיימת ככול הנראה אפשרות לגילויים משמעותיים בעתיד. מכאן שלנושא זה עשויות להיות השפעות כלכליות משמעותיות על המשק הישראלי ועל פעילות הממשלה בשנים הקרובות. בהתאם לכך, נדרשת בחינה של המערכת הפיסקאלית (מערכת המשלבת מיסוי, תמלוגים ואגרות) הנהוגה בישראל בכל הנוגע לחיפושי גז ונפט"** (ראו: עמ' 7-8 לדוח הסופי של הוועדה (להלן: "**דוח ששינסקי**")).

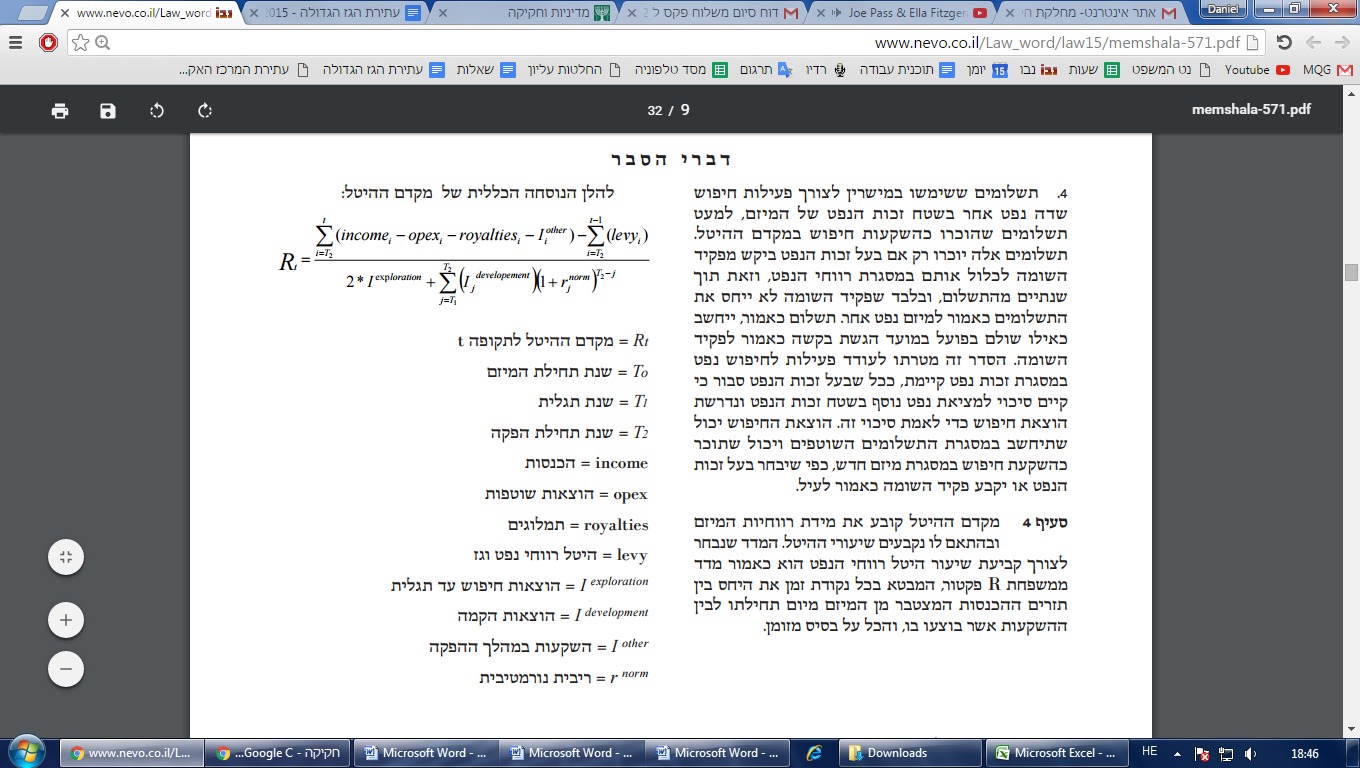
***עמודים רלוונטיים מדוח הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל ­ מצ"ב מסומן כנספח ע/85***

1. הצורך בהקמת הוועדה התעורר מכיוון שמערכת ההסדרים שנקבעה בחוק הנפט משנת 1952 הייתה מיושנת, וגובשה בתקופה בה לא נראו באופק תגליות גז ונפט משמעותיות. בין משימותיה של הוועדה נכללה גם משימת גיבוש מדיניות פיסקאלית עדכנית, בהשוואה למערכות פיסקאליות שונות בעולם המודרני, תוך התחשבות בתנאים הכלכליים והגיאו-פוליטיים המיוחדים לישראל.
2. ביום 15.11.2010 פרסמה הוועדה את טיוטת עיקרי המלצותיה לציבור. לאחר מכן שמעה הוועדה את הערות הציבור על עיקר ההמלצות, ובכלל אלו גם את הערות חברות ושותפויות הגז, משקיעים, עמותות וארגונים ציבוריים. בניגוד לצוות קנדל, שעל הליך התנהלותו הקלוקל עמדו העותרות לעיל, הוועדה קיבלה במהלך עבודתה עשרות חוות דעת מקצועיות ומשפטיות, ונפגשה עם מומחים רבים בתחומי האנרגיה, מימון, מיסוי ועוד.
3. בחודש ינואר 2011 פרסמה הוועדה את מסקנותיה והמלצותיה הסופיות. מטרת המערכת הפיסקאלית, כפי שהוגדרה על ידי הוועדה, הינה "הבטחת המשך פיתוח משק הגז הטבעי בד בבד עם קבלת תמורה הולמת לציבור עבור ניצול משאבי הטבע של המדינה, תוך מתן תמריצים נאותים לעוסקים בענף חיפושי הגז הטבעי". **עיקרי מסקנות הוועדה היו כי יש להנהיג היטל רווחי יתר על גז ונפט** (להלן: "**ההיטל**"), **וכי יש לבטל את ניכוי האזילה הקבוע בחוק** (ראו: עמ' 3 לדוח ששינסקי המסומן כנספח ע/85).
4. היטל זה מהווה את ליבת מסקנות הוועדה, אשר אומצו בהמשך בחקיקה ראשית (כפי שיפורט להלן). הוא מהווה את המנגנון העיקרי להבטחת חלקו של הציבור במשאבי הגז והנפט.
5. היטל רווחי יתר נועד לגבות את הרנטה הכלכלית הנובעת מניצול משאבי הטבע של הציבור. "רנטה", בהקשר זה, פירושה הרווח העודף שנותר בידי חברות הגז, מעבר לתשלום תחרותי לשאר גורמי הייצור המשמשים להפקת הגז. הרנטה משקפת למעשה את שווי משאבי הטבע אילו היזמים היו נדרשים לרכוש אותם ולשלם עבורם (להרחבה ראו: דוח ועדת ששינסקי בעמ' 28 המסומן כנספח ע/85).
6. ההיטל מבוסס על שני מרכיבים מרכזיים: **הראשון** – אלו הוצאות והשקעות ניתן לשייך לפרויקט. הלוא השאלה האם ישנם כלל רווחי יתר – תלויה בכמות ההשקעות שבוצעו בפרויקט. **השני** – כיצד יחושב מחיר המשאב. כאן מצוי הסיכון הגבוה ביותר למניפולציות, אשר יקטינו באופן מלאכותי את רווחי הפרויקט החשופים להיטל (להרחבה על היטל רווח יתר ראו: דוח ששינסקי בעמ' 31 המסומן כנספח ע/85; אילן בנשלום וצליל סלומון "'ארץ אשר אבניה ברזל ומהרריה תחצוב נחושת' - מיסוי משאבי טבע בישראל **משפטים** מה 85, 146 (2015)).
7. כל התערבות באחד משני המרכיבים שתוארו לעיל – עשויה לעקר בפועל את ההיטל. כפי שתטענּה העותרות, הסדר המס הקבוע בנספח ב' למתווה מעקר חלקים מההיטל, תוך כדי עקיפה של חוק מיסוי רווחי נפט.
8. בדוח ששינסקי נקבע, כי שיעור ההיטל ייקבע בהתאם ליחס שבין **התקבולים המצטברים** (בניכוי תשלומים, תמלוגים, והיטל ששולם בשנים קודמות), לבין **ההשקעה הכוללת בחיפוש ובפיתוח ראשוני של המאגר** (להלן: **"מקדם ההיטל"**).
9. הוועדה החליטה כי ההיטל לא ייגבה עד לשלב שבו יעמוד מקדם ההיטל על 1.5 (שמשמעותו החזרת ההשקעה במלואה בתוספת 50%, לפני מס). שיעורו הראשוני של ההיטל יעמוד על 20% מהרווחים, ויעלה בהדרגה על לגובה של 50% כאשר היחס יגיע ל-2.3.
10. המודל נועד להבטיח שיעור היטל נמוך לפרויקטים בעלי רווחיות נמוכה, ושיעור היטל גבוה לפרויקטים בעלי רווחיות גבוהה.
11. **חשוב לציין כי לגבי מאגר תמר ניתנו בחוק הטבות משמעותיות במסגרת הוראות המעבר**. נקבע כי ההיטל יתחיל להיגבות רק כאשר מקדם ההיטל יעלה על שיעור של 2, במקום 1.5כקבוע על שאר המאגרים. כמו כן, שיעור ההיטל המקסימאלי של 50% יחול רק כאשר מקדם ההיטל יעלה על 2.8, ולא על 2.3 כפי שנקבע לעניין שאר המאגרים. רוצה לומר, **ההיטל ייגבה רק משלב מאוחר יותר, ומדרגות ההיטל תידחנה אף הן.**
12. **חשוב** לציין כי אומנם חוק ששינסקי עצמו קבע הסדר פרטני עבור בעלי הזכויות במאגר תמר. אולם הסיבה להטבות אלו הייתה שחוק ששינסקי נחקק לאחר הכרזה על תגלית במאגר, ולכן היה צורך להעניק הגנה מיוחדת למי שהסתמך על המצב הרגולטורי שקדם לחקיקת החוק. אך בכל הנוגע להסדר המס הפרטני שנקבע במתווה – אין כל הצדקה להבחין בין בעלי הזכויות בתמר ולוויתן, לבין בעלי הזכויות העתידיים בכריש, תנין ומאגרים נוספים אם יתגלו.
13. דוח הוועדה ומסקנותיה אומצו באופן מלא בהחלטת ממשלה ביום 23.1.2011 והיוו את הבסיס לחקיקת חוק ששינסקי.
    * 1. **חקיקת חוק מיסוי רווחי נפט, תשע"א–2011**
14. ביום 30.3.2011 עבר בקריאה שלישית חוק ששינסקי, שלמעשה אימץ בחקיקה את המלצות ועדת ששינסקי. כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, ובהתאם להמלצת ועדת ששינסקי, ההיטל על רווחי הנפט והגז מוחל רק לאחר שההשקעות בחיפוש, בפיתוח, ובהקמה הוחזרו במלואן בתוספת תשואה של 50% (או 100% במאגר תמר).
15. החוק אף קובע כי ההיטל יוּתר בניכוי בחישוב ההכנסה החייבת לצרכי מס לפי פקודת מס הכנסה. לפיכך, **אין מדובר בהטלת שיעורי מס מצטברים** על חברות הגז, אלא מתירים לחברות לנכות את ההיטל המשולם בתור הוצאה מוכרת.
16. עינינו הרואות: ההסדר החקיקתי הוא תוצאה של הליך מחשבתי מעמיק. החוק התבסס על ממצאיה של ועדה מקצועית, אשר לאחר התייעצות עם מומחים רבים וקבלת חווֹת דעת רבות לידיה, הגיעה למסקנות, המנסות לשמור הן על אינטרס הציבור (הגדלת המיסוי ומתן תמריץ להמשך חיפושי גז טבעי) והן על אינטרס החברות.
17. יישום הוראות החוק כלשונן, אם כן, מקדם את טובת הציבור בכללותו. לפיכך, וכפי שיפורט בהמשך, תמוהה בעיני העותרות החלטת מגבשי מתווה הגז לחרוג מהוראות חוק ששינסקי (שעתירות נגדו אף נדחו על ידי בית משפט נכבד זה) כמו גם הדרך בה הוחלט לחרוג מן החוק.
    * 1. **אבי החטא: יצירת הסדר מס פרטני עוקף חקיקה**
18. כפי שתואר בפרק העובדתי, **מאגרי הגז אשר התגלו מול חופי ישראל - כמו יתר משאבי הטבע הנמצאים בשטח ישראל - שייכים לציבור כולו. הממשלה פועלת בהקשר זה כנאמן הציבור.** אזרחי ישראל זכאים ליהנות ממשאבי הטבע. חובתה של המדינה להבטיח כי הציבור הישראלי יזכה לחלקו הראוי מהתועלת הגלומה במשאבי הטבע האמורים.
19. אמנם, אין חולק כי יש לאפשר ליזמים שביצעו את החיפושים וגילו את המאגרים - ליהנות מהרווחים שיתקבלו מהשימוש באותם משאבי טבע. זאת הן כשיפוי עבור הוצאותיהם, והן כתשואה בגין השקעתם – כמקובל בשוק הגז.
20. כמו כן, אין חולק כי הציבור הישראלי עתיד ליהנות מן הגז הטבעי במגוון היבטים. ואולם, כאשר ישנו מונופול החולש על שוק הגז, היתרונות שצוינו לעיל פוחתים ואף מסוכלים. אחד ממרכיבי הרווח המשמעותיים ביותר – מנקודת מבטו של הציבור הישראלי – הוא **המיסוי שיוטל על חברות הגז הטבעי: הן בגין מכירת הגז לשוק המקומי, והן בגין יצוא לשווקים זרים.** חובתה של המדינה להבטיח את חלקו הראוי של הציבור ברווח מן הגז הטבעי – תוכל להתממש אך ורק באמצעות מערכת המס.
21. בשונה מהסדרי המס הרגילים החלים על חברות מסחריות בישראל, כאשר מדובר בהפקת משאבי טבע – **קבע המחוקק כי מעבר למיסוי הרווח הנורמטיבי, יש צורך להעביר לציבור ערך אשר ישקף את בעלותו במשאב הטבעי.**
22. לסוגיה זו אף התייחס בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 53 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה דאז), כב' השופטת נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012):

**"הממשלה והכנסת ביקשו להבטיח כי הציבור יקבל חלק ראוי ברווחי מאגרי הנפט והגז. לשם כך הוקמה ועדת ששינסקי, לשם כך נחקק החוק ולשם כך בוטל ניכוי האזילה".**

1. חשיבות הסדרי המס, אשר יחולו על יזמי הגז, מתעצמת במציאות שבה משק הגז נשלט על ידי מונופול. אזרחי ישראל, בהווה ובעתיד, ישלמו מחיר מונופוליסטי תמורת הגז הטבעי. **כאשר ישנו מונופול אשר מפיק רווח על חשבון ציבור** **הצרכנים הישראלי,** **הכלי המרכזי הקיים לצמצום הפגיעה הוא מנגנון המס**. מנגון זה מחזיר לאזרחים ולצרכנים בעקיפין חלק מן המחיר המונופוליסטי שנגבה מהם. כמובן, חשיבות מנגנון המס – איננה גורעת מזכותו של הציבור ליהנות בנוסף מתחרות בשוק הגז, אשר תביא להפחתת מחירים ולביטחון אנרגטי.
2. והנה, על אף חשיבותו העצומה של הסדר המס אשר יחול על חברות הגז, בחרה הממשלה לאמץ באופן בלתי חוקי הסדר מס עוקף חוק. הסדר זה – תפור למידותיהם של בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן. הוא מביא בכנפיו פגיעה חמורה, הן בשלטון החוק והן בחלקו הראוי של הציבור במשאב הגז הטבעי. כל זאת כפי שתטענּה העותרות להלן.
3. ואולם, עוד בטרם נעמוד על הסדרי המס הפרטניים הקבועים במתווה הגז, לא ניתן שלא להעלות את השאלה הבוערת מכולן, אשר חושפת את הפגם היסודי שבמתווה הגז: **מדוע ישנו צורך בהסדר מס מיוחד אשר יעוגן במתווה הגז, בעוד שאך לאחרונה בוצעה רפורמה מקיפה בכל הנוגע למיסוי רווחי נפט וגז?** מדוע לאחר שוועדת מומחים ישבה על המדוכה במשך מספר חודשים, והמלצותיה עוגנו בחקיקה ראשית של הכנסת, יש לפתע צורך בתפירת הסדר מס לשני מאגרים ספציפיים ודווקא לאלו המהווים מונופול?
4. **עצם קיומו של נספח ב' למתווה הגז מלמד על ניסיונה של הממשלה לעקוף חקיקה ראשית של הכנסת**. זאת על מנת להיטיב שלא כדין עם בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן, בצורה אשר תפגע אנושות בחלקו הראוי של הציבור במשאב הגז, ובשלטון החוק בישראל.
5. לא זו אף זו. **הסדר מס פרטני, התפור למידותיהם של בעלי זכויות בשני מאגרים, מוביל להחרפת המצב המונופוליסטי הקיים. הוא מציב יזמים חדשים בעמדת נחיתות, בצורה שאף עלולה למנוע כליל את כניסתם לשוק.** אם יזם פלוני יהא מעוניין להתחיל לפעול בשוק הגז הישראלי - יוצב בפניו מחסום בלתי עביר: הוא יהיה כפוף להסדר מס מחמיר יחסית, בעוד שהמתחרים הקיימים ייהנו מהסדר מס פרטני ומקל. יכולתו של יזם חדש להתחרות בנסיבות אלו נמוכה. כתוצאה מכך, הסדר המיסוי הנוכחי והבלתי-שוויוני מהווה למעשה תמריץ שלילי לכניסה של מתחרים למשק הגז הטבעי.
6. ברור לכל כי **לולא קיומו של הסדר המס הפרטני הקבוע במתווה, חברות הגז יתחילו לשלם את ההיטל הקבוע בחוק מוקדם יותר, ושיעור ההיטל יגדל מהר יותר - מצב שייטיב במובהק עם הציבור.** ואולם, תחת משטר המס שקובע המתווה – תחילת גביית ההיטל נדחית. כך לא רק שהציבור ייהנה מרווחי משאבי הטבע שבבעלותו בשלב מאוחר יותר, אלא שבפועל גביית המס תיעשה גם על תקופת זמן קצרה יותר מחיי המאגר, כך ייגבה פחות מס בפועל. המשמעות היא, שדווקא פרק הזמן בו נגבה שיעור המס הגבוה ביותר - יהא קצר יותר, ובסופו של יום ייגבה פחות מס עבור הציבור מתוך סך רווחי הפרויקט.
   1. **מישור הסמכות: הסדר המיסוי סותר את הוראות חוק ששינסקי**
7. חוק ששינסקי קובע דרך מדויקת וברורה לחישוב מקדם ההיטל. כאמור, זהו הנתון שייקבע אימתי יוטל מס רווחי יתר, ומה יהא שיעורו. להלן הנוסחה הכללית של מקדם ההיטל (להלן: "**הנוסחה**"), כפי שהיא מובאת בדברי ההסבר להצעת החוק:





1. על פי מנגנון זה, הקבוע בסעיף 4 לחוק, **מקדם ההיטל** (R) מורכב מ**מונה** (ההכנסות המצטברות מהפרויקט) ו**מכנה** (ההשקעות המצטברות בפרויקט). במילים אחרות, מקדם ההיטל הינו תוצאה של חלוקת ההכנסות המצטברות בהשקעות המצטברות.
2. ההכנסות המצטברות הן ההפרש בין התקבולים המצטברים לבין התשלומים המצטברים, להוציא תשלומים ותקבולים בתקופות החיפוש וההקמה. ההשקעות המצטברות הן השקעות בתקופות החיפוש, ההקמה, וההרצה בלבד. יש לציין, כי תקופות החיפוש, ההקמה, וההרצה מוגדרות במדויק בחוק ששינסקי. **הקפדה על הגדרת התקופות הינה חיונית לצורך יישומו הנכון של מנגנון ההיטל.**
3. כזכור, תשלום ההיטל מתחיל בפועל רק לאחר שמקדם ההיטל עולה על 1.5 על מנת להבטיח תשואה של לפחות 50% על השקעות החיפוש וההקמה (או 100% במאגר תמר). מהאמור לעיל עולה כי ככל שמכנה המקדם גדל, וככל שמונה המקדם קטן, כך **מקדם ההיטל קטן**. הקטנת מקדם ההיטל דוחה את מועד תחילת תשלום ההיטל, ומקטינה את סך ההיטל שייגבה מתוך הרווח בפרויקט.
4. יצוין כי ההיטל מחושב מידי שנה, בגין רווחי הנפט של אותה השנה, בהתאם לשיעור ההיטל הנקבע על פי הנוסחה עד לאותה נקודת זמן. סך ההיטלים ששולמו במשך השנים מופחת גם הוא מן המונה.
5. והנה, למרות קיומו של מנגנון המס בחוק ששינסקי, אשר כזכור הנו פרי עבודתה של ועדת מומחים ממשלתית – **מתווה הגז המונח לפנינו קובע הסדרים אשר חלקם מנוגד באופן ישיר למנגנון חישוב ההיטל הקבוע בחקיקה ראשית של הכנסת**.
6. הסדר המיסוי הקבוע במתווה מהווה חריגה מסמכות במספר נדבכים. על כך יעמדו העותרות כעת.
   * 1. **מנגנון ההכרה בהוצאות ההקמה של הצינור השלישי - מנוגד לחוק ששינסקי**
7. סעיף 3(ב)(1) לנספח ב' במתווה הגז עוסק בהוצאות ההקמה של הצינור השלישי לשינוע גז משדה "תמר". נקבע בסעיף כי תשלומים אלו יזכו להכרה במסגרת חישוב מקדם ההיטל, ובפועל – יפחיתו את המקדם. כאמור, הפחתה כזו פועלת לטובת חברות הגז ומקטינה בפועל את שיעורי המס. העותרות תטענּה כי סעיף זה עומד בסתירה מובהקת להוראותיו של חוק ששינסקי ועל כן הוא בטל מעיקרו.
8. כיום, ישנם שני צינורות בלבד המובילים את הגז ממאגר תמר עצמו לאסדת תמר. מאסדת תמר ישנו צינור אחד המוביל את הגז אל חופי ישראל. על מנת להרחיב את אספקת הגז לישראל, וכן על מנת לאפשר יצוא בהתאם להחלטת ממשלה מס' 442, יהיה צורך בהקמת צינור שלישי בין מאגר תמר לאסדה. צינור זה צפוי להיות מוקם במסגרת תכנית ההרחבה של מאגר תמר.
9. סעיף 3ב(1) לנספח ב' למתווה הגז קובע כי 50% מהתשלומים ששולמו וישולמו לצורך הקמת צינור שלישי לשינוע גז משדה תמר לאסדה (להלן: "**הצינור השלישי**"), ייחשבו **כהשקעות הקמה שבוצעו בתקופת ההרצה,** ועל כן תוכנסנה לחישוב מכנה המקדם. עוד קובע הסעיף כי מחצית העלות הנותרת תיחשב **כתשלומים שוטפים** ותיכנס תחת חישוב מונה המקדם.
10. המשמעות של כל זה היא פשוטה: הקטנת מקדם ההיטל, ודחייה בפועל של תחילת תשלום ההיטל. כאמור, **דחיית ההיטל אף דוחה את הגידול בשיעורו, ומקטינה את סך המס שייגבה מרווחי הפרויקט**.
11. **העותרות תטענּה כי הסדר זה הקבוע במתווה עומד בניגוד מוחלט לחוק מיסוי רווחי נפט, ועליו להיות בטל. זאת משני הנימוקים אשר יפורטו להלן.**
12. **הנימוק הראשון הינו כי ההסדר הקבוע במתווה מאפשר להכיר בתשלומים להקמת הצינור השלישי ככאלו שבוצעו בתקופת ההרצה, אף אם יבוצעו לאחר תום תקופה זו. ובמה דברים אמורים?**
13. לשם הבנת המשמעות, יש לבחון את ההגדרות של 'תקופת ההקמה' ו'תקופת ההרצה' בחוק ששינסקי, תקופות שהוצאות שנעשות במהלכן נכנסות למכנה ובכך מפחיתות את מקדם ההיטל.
14. סעיף 1 לחוק ששינסקי קובע כך: "'**תקופת ההקמה**' – תקופה שתחילתה ביום שלאחר תום תקופת החיפוש וסופה ביום שקדם למועד תחילת ההפקה המסחרית"."**מועד תחילת ההפקה המסחרית**" הוא המועד המוקדם מבין מועד הפקת נפט בשווי מצטבר של 250 מיליון שקלים חדשים, או מועד בו הופק נפט בשווי מצטבר השווה לשיעור של 5% מסכום השקעות החיפוש וההקמה, ובלבד ששווי זה הינו לפחות 10 מיליון שקלים חדשים.
15. במועד תחילת ההפקה המסחרית, מתחילה גם תקופת ההרצה, שהוגדרה בחוק ששינסקי כדלקמן: "'**תקופת ההרצה**' – תקופה של 24 חודשים שתחילתה ביום שלאחר תום תקופת ההקמה". כך על דרך הכלל.
16. אולם, סעיף 54(ד) לחוק ששינסקי קובע כך: "על מיזם שמועד תחילת ההפקה המסחרית חל לגביו בתקופה שמיום התחילה עד יום כ"ט בטבת התשע"ד (1 בינואר 2014) יחולו הוראות אלה: (1) בהגדרה "תקופת הרצה", במקום "24" יקראו "48"*".* **מיזם אחד ויחיד חוסה תחת הגדרת סעיף 54(ד) לחוק ששינסקי, הוא מיזם "מאגר תמר".**
17. משתי ההגדרות לעיל עולה כי **תקופת ההרצה הרלוונטית לעניין הצינור השלישי במאגר תמר הינה 48 חודשים ממועד תחילת ההפקה המסחרית (הסדר אשר כשלעצמו מיטיב עם בעלי הזכויות במאגר תמר יותר מאשר עם בעלי זכויות במאגרים אחרים).**
18. מן הכלל אל הפרט. על פי הדוחות הכספיים של חברות הגז, מועד תחילת הזרמת הגז ממאגר תמר היה ביום 30.3.2013. במהלך יתרת שנת 2013 נמכר גז ממאגר תמר בסך העולה על 4 מיליארד ש"ח. על כן, ניתן לקבוע כי מועד תחילת ההפקה המסחרית ממאגר תמר אירעה במהלך הרבעון השני של שנת 2013. מן האמור עולה כי תקופת ההרצה במאגר תמר מסתיימת במהלך הרבעון השני של שנת 2017 (ככל הנראה בחודש אפריל)

***עמ' 32 הרלוונטי מהדוחות הכספיים של חברת "דלק" ­ מצ"ב ומסומן כנספח ע/86***

1. והנה, סעיף 3(ב)(1) לנספח ב' למתווה הגז קובע כי: "**50% מהתשלומים ששולמו וישולמו בפועל לצורך תכנונו, יצירתו והקמתו של הצינור השלישי (להלן: "עלות הצינור"), ייחשבו כ"השקעות הקמה", שבוצעו בתקופת ההרצה ("מכנה המקדם")".** התנאי היחיד לכך שהטבה זה תקום חלה כדלקמן: "**כל זאת ובלבד שבעלי מיזם הנפט יפעלו במהירות ובשקידה ראויה להקים את הצינור**".
2. המושג "שקידה ראויה" מוגדר בסעיף 1 לחוק הנפט, התשי"ב-1952 כך: "**אותה מידה של שקידה, מומחיות, יעילות, תבונה וראיית הנולד שאדם בעל נסיון בחיפוש נפט ובהפקתו היה נוהג בה בנסיבות הקיימות**".
3. הנה, רואות עינינו כי מתווה הגז מבטל למעשה את מגבלת הזמן המפורשת שקבע המחוקק בחוק ששינסקי לעניין הכרה בהשקעות הקמה בתוך מכנה המקדם. מתווה הגז מאפשר לחברות הגז להכיר בהשקעות הקמה ככאלו שבוצעו בתקופת ההרצה, **ללא קשר לשאלה האם הן באמת בוצעו בתקופת ההרצה**, כל עוד הן פועלות במהירות ובשקידה. **הממשלה החליפה אפוא את ההגדרה הברורה, המדידה והאובייקטיבית בהגדרה אמורפית, שלא ניתנת לכימות באופן אובייקטיבי. שינוי זה מיטיב לכל הדעות עם בעלי הזכויות במאגר תמר, הטבה נוספת על זו שנקבעה כבר בחוק ששינסקי.**
4. **משמעות הדבר היא הגדלת מכנה המקדם, וכתוצאה מכך דחיית מועד תחילת גביית ההיטל והקטנת ההיטל שייגבה מתוך סך הרווח בפרויקט.** סעיף זה במתווה פוגע הן בשלטון החוק, הן בחלקו של הציבור ברווחים ממשאב הגז, ודינו - בטלות.
5. **הנימוק השני הינו כי ההסדר הקבוע במתווה מאפשר להכיר בחלק מהתשלומים בגין הקמת הצינור השלישי במכנה המקדם, וביתרת התשלומים במונה המקדם. זאת בניגוד לחוק ששינסקי, הקובע כי לא ניתן להכיר בחלקים מאותה השקעה גם במונה וגם במכנה.** נימוק זה נובע במידה רבה מהנימוק הראשון וקשור אליו.
6. סעיף 4(ב)(2) לחוק ששינסקי קובע כי השקעות הקמה, אשר בוצעו עד תום תקופת ההרצה, יחושבו תחת מכנה המקדם כהשקעות מצטברות. סעיף 3(ב)(2) לחוק קובע כי השקעות הקמה אשר בוצעו **לאחר** תקופת ההרצה – לא יחושבו תחת המכנה, אלא במונה המקדם כתשלומים שוטפים.
7. עיקרון ההפרדה בין מכנה המקדם למונה המקדם מצא ביטוי בדברי ההסבר לסעיף 4 לחוק ששינסקי, שם נאמר במפורש כי: "**לאחר תום תקופת ההרצה ננעל מכנה מקדם ההיטל מפני שינויים נוספים, וההשקעות שמתבצעות לאחר מועד זה, ואשר מוכרות לצורך החוק, נכללות במונה**".
8. הרציונל העומד מאחורי עיקרון ההפרדה הינו פשוט: להעניק ליזמים הגנה חזקה על השקעות אשר היו כרוכות בסיכון גבוה, המתבצעות בשלבים הראשונים של המיזם (חיפוש והקמת תשתית ההפקה). בה בעת, לאחר שרמת הסיכון יורדת (עם תום תקופת ההרצה) – תצטמצם רמת התשואה אשר תובטח ליזם, בהתאם לירידה ברמת הסיכון.
9. והנה מתווה הגז אימץ הסדר העוקף את עיקרון זה. המתווה מכיר בחלקים מהשקעה אחת ספציפית, דהיינו ההשקעה בהנחת הצינור השלישי, פעם במונה המקדם ופעם במכנה. **המתווה לא מבחין כלל בין התקופות, אלא מאפשר לחברות הגז לפזר את ההשקעה כרצונן, באופן העומד בניגוד מוחלט להוראות חוק ששינסקי. גם תוצאה זו מובילה למסקנה אחת אפשרית: דין הסעיף - בטלות.**
10. **לאור שני הנימוקים לעיל**, העותרות תטענּה כי אין להכיר כלל בתשלומי הקמת הצינור השלישי כהשקעות הקמה בתקופת ההרצה בחישוב מכנה המקדם, ועל כן **יש להורות כי סעיף 3(ב)(1) לנספח ב' למתווה הגז - בטל מיסודו.**
    * 1. **מנגנון ההכרה בהוצאות התכנון וההקמה של צינור UFG - מנוגד לחוק ששינסקי**
11. סעיף 3(ב)(2)(2) לנספח ב' במתווה הגז עוסק בתשלומים שישולמו לצורך תכנונו והקמתו של צינור הולכת הגז מאסדת תמר לנקודת המסירה לחברת Union Fenosa Gas (להלן: "**צינור UFG**"). הסעיף קובע כי הוצאות אלו תוכרנה כתשלומים שוטפים, ותיכללנה בנוסחת מונה המקדם. העותרות תטענּה כי גם הסדר זה מנוגד לחוק ששינסקי ועל כן בטל מעיקרו. **זאת, מכיוון שהתשלומים לצורך הקמת צינור UFG אינם נכנסים תחת הגדרת "תשלומים שוטפים" הקבועה בסעיף 3 לחוק ששינסקי. מכאן שהכללתם תחת הגדרה זו במתווה הגז עומדת בניגוד מפורש להוראות החקיקה הראשית.**
12. משמעות ההכרה בעלויות תכנון והקמת צינור UFG כתשלומים שוטפים במונה המקדם הינה הקטנת המונה, וכפועל יוצא מכך – הקטנת מקדם ההיטל. כאמור לעיל, ככל שמקדם ההיטל קטן, כך בפועל נדחה מועד תחילת תשלום ההיטל, וקטן סך ההיטל אשר יגבה מרווחי הפרויקט, קרי חלקו של הציבור ברווחים ממשאבי הציבור השייכים לו.
13. מהם התשלומים שניתן לפי החוק להפחית ממונה המקדם? סעיף 3 לחוק ששינסקי קובע מפורשות ארבעה סוגים של "תשלומים שוטפים", אותם יש להפחית מהמונה:

"**(1)** תשלומים ששולמו במישרין לצורך יצירת תקבולים;

**(2)** השקעות ההקמה, כהגדרתן בסעיף 4(ב)(2), לאחר תקופת ההרצה;

**(3)** תמלוג לפי סעיף 32 לחוק הנפט בעד נפט שהופק בשטח זכות הנפט של מיזם הנפט;

**(4)** תשלום ששימש במישרין לצורך פעילות חיפוש של שדה נפט אחר בשטח זכות הנפט של מיזם הנפט ..".

1. ניתן לראות בבירור כי צינור UFG, המיועד כולו לצורך יצוא גז, אינו עונה על הגדרת "השקעות הקמה" הקבועה בחוק, והדבר אף נאמר במפורש במתווה (בסעיף 3(ב)(2) לנספח ב': "צינור זה מיועד לייצוא ועל כן אינו מהווה השקעות הקמה כהגדרתן בחוק").
2. כמו כן תשלומי צינור UFG אינם נכנסים תחת ההגדרות בסעיפים קטנים 3-4 לסעיף 3 לחוק ששינסקי. זאת מאחר שהם אינם תמלוג לפי ס"ק 3, ואינם תשלום ששימש לצורך פעולות חיפוש לפי ס"ק 4.
3. **אם** כן, סוג התשלומים היחיד שנותר הוא זה המצוין בסעיף קטן 1, קרי "**תשלומים ששולמו במישרין לצורך יצירת תקבולים**". אולם, העותרות תטענּה כי תשלומי הקמת צינור UFG אינם נכנסים תחת ההגדרה לעיל. יתרה מכך, מתווה הגז עצמו מצהיר בסעיף 3(ב)(2) לנספח ב' כי "**ההכנסות הנובעות מהולכת הגז בצינור זה אינן חייבות בהיטל**". זאת, שכן לפי סעיף 3 לחוק ששינסקי, **על מנת שתשלומים יוכלו להיחשב כתשלומים שוטפים ולהיכלל במונה המקדם, עליהם להיות תשלומים ששולמו במישרין לצורך יצירת תקבול כהגדרתו בחוק.**
4. די בכך **שהמתווה עצמו מצהיר** כי התקבולים מצינור UFG אינם חייבים בהיטל, ומכאן שהתשלומים בגינם אינם ניתנים לחישוב במסגרת מונה המקדם. אולם העותרות רואות לנכון לעמוד על העיגון לכך הקבוע בחוק ששינסקי, מן הטעמים שלהלן.
5. סעיף 1 לחוק דורש כי לצורך הגדרת תקבול "**יראו כתקבול שהתקבל בפועל את הסכום שהיה מתקבל במכירה ממוכר מרצון לקונה מרצון אילו היה הנפט נמכר במועד ההעברה, בצורתו עובר לאותו מועד**".
6. "מועד ההעברה" מוגדר בסעיף 1 כך: "**המועד שבו הועבר הנפט למיתקן, לצינור** או לכלי השיט כאמור בפסקאות (1) או (2) להגדרה "מכירה", לפי העניין, **ואם המיתקן, הצינור או כלי השיט נמצאים מחוץ לשטח זכות הנפט של המיזם – המועד שבו הנפט הוצא משטח זכות הנפט, לצורך העברתו למיתקן, לצינור** או לכלי שיט כאמור".
7. מן ההגדרות לעיל עולה כי **תקבולים מצינור הייצוא, מרגע שהגז הוצא משטח זכות הנפט, אינם נחשבים כתקבולים לעניין חוק ששינסקי. על כן גם התשלומים אשר שימשו לצורך יצירת אותם תקבולים – אינם נחשבים כתשלומים לצורך החוק, ואינם ניתנים לחישוב כתשלומים שוטפים במונה המקדם.**
8. העותרות יבהירו כי אין המדובר בתקבולים הנובעים מעצם מכירת הגז לייצוא, אלא רק במרכיב התקבולים הנוסף מעצם הולכת הגז בצינור UFG.
9. דרך נוספת להבין את חוסר החוקיות שבהכרה בהוצאות וההכנסות מצינור הייצוא היא כדלקמן: חוק ששינסקי קובע שהכרה בתקבול נעשית ברגע העברת הגז מהאסדה אל צינור הייצוא; מרכיב משמעותי של מחיר הגז הוא עלות ההולכה שלו בצינור הייצוא, ועל כן המחיר שחברת UFG תשלם עבור הגז יהיה מורכב גם ממחיר הגז בעת יציאתו מהאסדה, וגם מעלות ההובלה של הגז בצינור; החוק קובע כי התקבולים יחושבו רק לפי המחיר בעת יציאתו מהאסדה, ולא לפי הרווח מההובלה; על כן, מאחר ולא ניתן להכיר בתקבולים מהייצוא, לא ניתן להכיר גם בהוצאות עבור הייצוא.
10. אומנם, סעיף 3(ב)(2)(2) לנספח ב' למתווה מבקש להסביר כי מאחר שההכנסות הנובעות מהולכת הגז בצינור UFG אינן חייבות בהיטל, לכאורה "אין בדבר כדי להביא להפחתת מס", ולכן אין מניעה להכיר בתשלומים בגינו כ"תשלומים שוטפים". ואולם, הכרה זו עומדת בסתירה מובהקת לחוק ששינסקי, ולפיכך פסולה מטעם זה בלבד. לצד זאת, ההכרה בתשלומים "כתשלומים **שוטפים**" תוביל בוודאי לדחייה בתשלום המס, ואף עלולה להוביל בסופו של דבר להפחתת המס דה-פקטו. מכאן, שלא ברור על יסוד מה נשענת ההנחה במתווה כי "בנסיבות אלו אין בדבר כדי להביא להפחתת מס".
11. ראשית, חישוב התשלומים בגין צינור UFG כתשלומים שוטפים, יביא בפועל להקטנת המונה, ולכן גם להקטנת מקדם ההיטל. על משמעות הקטנת המקדם כבר עמדו העותרות לעיל.
12. שנית, הכרה בתשלומי הקמת הצינור השלישי כתשלומים שוטפים תביא גם להקטנת **רווחי הנפט ממיזם הנפט**, אשר מתוכם נגבה שיעור ההיטל. על פי סעיף 3(א) לחוק ששינסקי, רווחי הנפט לעניין ההיטל יחושבו כהפרש בין התקבולים השוטפים לבין התשלומים השוטפים באותה שנת מס. כלומר, הגדלת התשלומים השוטפים מקטינה גם את רווח הנפט שעליו מחושב שיעור ההיטל, זאת מעבר להשפעה על שיעור ההיטל עצמו. אם כן, **להכרה בתשלומי צינור UFG כתשלומים שוטפים ישנה השפעה כפולה – פעם אחת על שיעור ההיטל באמצעות הקטנת המונה, ופעם שנייה על גודל ההיטל בשל הקטנת רווחי הנפט.**
13. **לאור האמור תטענה העותרות כי סעיף 3(ב)(2) לנספח ב' למתווה, הקובע את חישוב התשלומים בגין הקמת צינור UFG כחלק ממונה המקדם – סותר במפורש את הוראות חוק ששינסקי ודינו בטלות.**
    * 1. **הסמכת מנהל רשות המסים להעניק פטור עומדת בניגוד להוראות חוק ששינסקי**
14. במציאות בה מחירי הגז לייצוא עלולים להיות נמוכים משמעותית ממחירי הגז בארץ, ההשלכות של קביעת מחיר הייצוא לצורך היטל הן בעלות חשיבות עליונה. כך יוכרע האם ייגבה היטל על מחירי גז גבוהים כפי שנהוג בשוק המקומי, או שמא ייגבה היטל על מחירי גז נמוכים. **כאשר שיעורים ניכרים ממאגרי הגז מותרים לייצוא, עשויה להיות בכך משום פגיעה משמעותית בגביית חלקו הראוי של הציבור במשאבי הגז.**
15. חוק ששינסקי כאמור קובע חיוב בהיטל על רווחי הגז. סעיף 3 לחוק קובע כי חישוב הרווח שעליו יוטל ההיטל – ייעשה באמצעות ההפרש בין סך התקבולים השוטפים לסך התשלומים השוטפים באותה שנה.
16. כאמור, סעיף 1 לחוק מגדיר "תקבול" לעניין מכירת גז כ"סכום שהיה מתקבל במכירה ממוכר מרצון לקונה מרצון אילו היה הנפט נמכר במועד ההעברה בצורתו עובר לאותו מועד (בהגדרה זו – מחיר השוק) ולא פחות ממחיר הממוצע המקומי". יש לציין, כי החוק מאפשר **לפקיד שומה לקבוע מחיר הנמוך מהמחיר הממוצע המקומי במקרים חריגים ועל פי תנאים הקבועים בחוק, כפי שיפורטו בהמשך.**
17. **בנוסחו של חוק ששינסקי ניסה המחוקק להתמודד עם הבעיה המרכזית בקביעת מנגנון מיסוי הרווח מייצוא הגז**: העדר שוק תחרותי למסחר בגז טבעי באזור מדינת ישראל, והעדר מחיר עולמי אחיד ומקובל לגז טבעי. המשמעות היא שקשה לקבוע את מחיר השוק של הגז הטבעי, לאורו יהיה ניתן לגזור את החבות במס.
18. **על מנת למנוע מניפולציות וניסיונות להתחמק ממס, קבע המחוקק רף תחתון למחיר הגז לצורך חישוב חבות המס**: "מחיר הממוצע המקומי" (להלן: "**ממ"מ**"). סעיף 1 לחוק ששינסקי מגדיר את ה-ממ"מ כך: "המחיר הממוצע של נפט מהסוג שלגביו מחושב מחיר השוק בצורתו עובר למועד ההעברה בהתאם לנתוני עסקאות למכירת נפט כאמור שנעשו בישראל בשנתיים שקדמו למועד ההעברה".
19. ואולם, בניגוד מוחלט להוראות אלה - סעיף 2(ג) לנספח ב' למתווה הגז קובע כי מנהל רשות המסים רשאי לתת אישור מראש כי מחיר יחידת גז לפי הסכם יצוא אינו נמוך מהממ"מ. משמעות הדבר היא **שהתקבול לצורך חישוב הרווח החייב בהיטל - יהיה התקבול מהסכם הייצוא, אף אם בפועל הוא יהיה נמוך מרף הממ"מ שקבע חוק ששינסקי**.
20. **העותרות תטענּה כי הסדר זה, המאפשר מתן פטור מהשוואה לממ"מ, מנוגד לחלוטין לסעיף 1 בחוק ששינסקי, אשר מגדיר באופן חד-משמעי מהו "תקבול".** סעיף 2(ג) לנספח ב' עוקף למעשה את הוראות החוק, ומאפשר הענקת פטור גורף לחברת הגז מן הצורך להשוות את מחיר הייצור למחיר הממוצע המקומי. המתווה אף אינו קובע כללים ברורים המסדירים את שיקול דעתו של מנהל רשות המסים בהענקת הפטור.
21. לעומת הסמכות "האוורירית" המוענקת במתווה למנהל רשות המיסים, סמכותו - המעוגנת בחוק - של פקיד השומה לחרוג מהממ"מ הינה ברורה ביותר. אכן, סעיף 1 לחוק ששינסקי קובע כי פקיד שומה רשאי לקבוע לעניין זה מחיר הנמוך מהממ"מ, רק אם בעל הזכות הוכיח את אחד משני התנאים החלופיים הבאים: "**(א)** הוא ביצע עסקה למכירת נפט כאמור בישראל באותה שנת מס בכמות שלא תפחת ממחצית הכמות שהועברה כאמור במחיר נמוך ממחיר הממוצע המקומי; **(ב)** הוא פעל בשקידה ראויה למכור נפט בישראל במחיר נמוך ממחיר הממוצע המקומי ולא הצליח למכור נפט בישראל במחיר האמור".
22. לעומת זאת, הכלל היחיד שנקבע במתווה לעניין סמכות מנהל רשות המסים הוא כי הפטור יינתן **אם מנהל רשות המסים שוכנע כי התקבולים הצפויים לאורך חיי הפרויקט בגין מכירת גז מהסכם היצוא יהיו גבוהים באופן מובהק מהתקבולים הצפויים המחושבים לפי הממ"מ**.
23. כלומר, ההסדר הקבוע בחוק ששינסקי מגדיר, בחקיקה ראשית, תנאים ברורים לנסיבות בהן ניתן לעקוף את רף הממ"מ. לעומתו ההסדר הקבוע במתווה הגז מעניק סמכות רחבה, בתנאים אמורפיים, למנהל רשות המיסים, ללא כללים ברורים, בהסתמך על השערות עתידיות, ובאופן הנוגד את הוראות החוק.
24. הסמכת מנהל רשות המסים לקבוע **מראש** כי התקבולים הצפויים ללא השוואה לממ"מ יהיו גבוהים באופן מובהק מן התקבולים שהיו מתקבלים מההשוואה לממ"מ – מנוגדת להסדר הקבוע בחוק, אשר מאפשר בתנאים מסוימים לפקיד השומה לקבוע **בדיעבד** פטור מהשוואה לממ"מ.
25. **העותרות תטענּה כי הממשלה אינה מוסמכת לקבוע במתווה הגז הסדר אשר מנוגד לחוק ששינסקי, ואשר מאפשר לעקוף את החוק ולפטור הלכה למעשה חברת גז מהמחויבות לרף התחתון של הממ"מ. אשר על כן, דינו של סעיף 2.ג לנספח ב' למתווה הגז  - בטלות. הממשלה, בעת שאישרה את מתווה הגז, חרגה מסמכותה וקבעה הסדרים הסותרים את הוראות חוק ששינסקי. הסדרים אלו מיטיבים ללא כל הצדקה  ובהעדר הסמכה חוקית עם חברות הגז, באמצעות החלטה בעלת תחולה פרסונאלית ובלתי-שוויונית, העומדת בסתירה מובהקת לכללי המינהל הציבורי**. **נוכח כל האמור, העותרות תטענּה שדינם של הסדרים אלו - בטלות מיידית.**
26. טעם נוסף לביטול הסעיף הינו, שבשלב הפעלת הסעיף - הציבור יתקשה להגיע למידע בדבר המיסוי בפועל. בכך תוגבל יכולתו לעתור להטלת המיסוי בהתאם לדין ולא בהתאם למתווה.
27. מעבר לכך, לוּ יוותר סעיף זה על כנו – ספק אם ניתן יהא להיצמד בעתיד ללשון החוק במקום ללשון המתווה. זאת משום שחברות הגז עלולות לטעון כי מדובר בהפרת חוזה (לעניין זה, ראו את סעיף 2 לנספח ב', שבראשיתו כתוב כך: "עקרונות אלו מקובלים על בעלי הזכויות בחזקות "תמר" ו"לוויתן" והם התחייבו לפעול בהתאם לעקרונות אלו".) התנהלותן של חברות הגז עד עתה מעלה חשש כי הן תאיימנה בפניה לטריבונאלים בינלאומיים. המדינה ביקשה להימנע מהליכים משפטיים מול מונופול הגז, אך בפועל יצרה גורם סיכון נוסף. אף מטעם זה - חיוני להורות על ביטול הסעיף, על מנת להבהיר היטב את המצב המשפטי הקיים.
    1. **מישור שיקול הדעת: הסדר המיסוי בלתי מידתי ולא סביר באופן קיצוני**
       1. **הסדרי המס הקבועים במתווה מנוגדים לתכלית חוק מיסוי רווחי נפט, ולוקים בחוסר סבירות קיצוני**
28. כבר לאחר חקיקת חוק ששינסקי גילה המחוקק את דעתו כי ישנן לקונות מסוימות בחוק, ויש צורך בתיקון ושיפור ההסדר הפיסקאלי הקבוע בחוק. על כן גובשה הצעת חוק מיסוי רווחי נפט (תיקון), התשע"ה-2014 על ידי רשות המסים, אשר המסדירה את הסוגיה (להלן: "**תזכיר החוק**").
29. ואולם, מרגע שהחל המשא ומתן בין נציגי הצוות הממשלתי לחברות הגז, **נעצר הליך החקיקה של התיקון לחוק ששינסקי**. במקומו אומצו במתווה הסדרים פגומים וחלקיים ביותר, אשר לוקים בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן, תטענה העותרות, יש להורות על ביטולם.
    * 1. **העדר התייחסות להסדר המס שיחול על בעלי זכויות נוספים מלבד אלו הקיימים בתמר ולוויתן**
30. סעיף 2 לנספח ב' למתווה מתייחס ליישום השוואת המחיר הממוצע המקומי (ה-ממ"מ) למחיר הייצוא, לגבי בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן בלבד. יתרה מכך, כל הסדר המס אשר נקבע במתווה, ואשר עצם קיומו מבטא את הניסיון לעקוף את חוק מיסוי רווחי נפט – **יחול אך ורק על בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן.**
31. הבעיה הראשונה העולה מההסדרה הלקויה שבמתווה המוצע הינה **העדר ההתייחסות לבעלי הזכויות האחרים במאגרים הנוספים.** למשל, לא ברור מה יהיה ההסדר שיחול על בעלי הזכויות העתידיים במאגרי כריש ותנין לאחר שאלו יימכרו.
32. **אם בעלי האחזקות בתמר ולוויתן אכן יהיו היחידים שעליהם יחול ההסדר המוצע במתווה, הדבר יציב את הקונה החדש למאגרי כריש ותנין בעמדת נחיתות משמעותית.** מצב זה עשוי לגרום לשתי בעיות מרכזיות: ראשית, יהיה קשה למצוא קונה שיהיה מוכן להיכנס למאגרי כריש ותנין בידיעה שיחולו עליו הסדרי מיסוי שונים, ויש בסיס טוב להניח שאף מחמירים, מאשר הסדרי המס שחלים על מתחריו.
33. שנית, אף אם יגיע קונה שכזה, שיימצא בלאו הכי בעמדה נחותה לאור גודלם המזערי של מאגרי כריש ותנין לעומת תמר ולוויתן, הוא ייאלץ להתמודד עם נחיתות נוספת בכל הנוגע להסדרי המיסוי המותאמים שהוכנו עבור מתחריו במאגרי תמר ולוויתן. מצב זה מחזק עוד יותר את טענת העותרות, לפיה במכירת כריש ותנין - בפרט בתנאי המתווה - אין כדי לייצר תחרות משמעותית למול מונופול הגז.
34. **העותרות תטענּה כי יצירת הסדר מס מיוחד עבור חברות ספציפיות, בעוד ששאר יזמי הגז שיצטרפו לשוק הגז הישראלי יהיו נתונים למשטר המס הרגיל שקובע חוק ששינסקי – משמעותה חוסר שוויון, פגיעה חמורה בתחרות, ואיון של תכליות חוק ששינסקי אשר נועד בין היתר להטלת משטר מס שווה על כל מפיקי הגז והנפט.** 
    * 1. **פגמים במנגנון החלופות לקביעת מחיר הייצוא לצורך חישוב המס**
35. העותרות תטענּה כי ההסדרים הקבועים בסעיף 2(ב) לנספח ב' למתווה הגז, לעניין החלופות לקביעת מחיר יצוא הגז - מנוגדים לתכלית חוק ששינסקי. הם אף לוקים בחוסר סבירות קיצוני. חוסר הסבירות שבסעיף זה נובע מהיות ההסדר פרוץ, עמום ונעדר התייחסות לפרמטרים רבים, שלהם השלכה משמעותית על סכום המס שייגבה בפועל.
36. **ראשית**, הסעיף אינו מכיל כל התייחסות למנגנוני ההצמדה שיופעלו על המכירות שנעשו בישראל בשנתיים שקדמו לתחילת שנת המס הרלוונטית.
37. **שנית**, הסעיף אינו מכיל כל התייחסות להיקף העסקאות השונות. מטבע הדברים, מחיר המכירה בעסקאות גדולות שונה ממחיר המכירה בעסקאות קטנות, עקב כוח המיקוח המשתנה של הרוכש.
38. **שלישית**, אין כל הסדרה של המידע אודות היקפיהן ומחירן של כל העסקאות שנעשו בשוק הגז בישראל בשנתיים שקדמו לשנת המס הרלוונטית. לאור העובדה שמאגרי כריש ותנין עתידים להצטרף גם הם לשוק הגז, כשחקן נוסף, לא ברור כיצד יוכלו חברות הגז לדעת מהו המחיר הממוצע המקומי.
39. חוסר הבהירות בכל הנוגע לאופן חישוב הממ"מ עולה כדי חוסר סבירות, המצדיקה את ביטול הסעיף. לא ניתן להפריז בחשיבות מחיר הייצוא שייקבע לצורך חישוב המס. זאת לאור היקפי הייצוא הגדולים הצפויים מהמאגרים, ולאור הרצון להבטיח שייצוא הגז לא יעשה במחיר הנמוך מהמחיר לצרכן הישראלי המקומי. פרצות ועמימות בחישוב הרף התחתון למחיר הייצוא, הלא הוא הממ"מ, עלולות להביא לפגיעה משמעותית בחלקו של הציבור וברווחי המדינה מהגז הטבעי.
    * 1. **קביעת המחיר הממוצע המקומי באמצעות הצעת נוסחת מחיר הייצוא ללקוחות חדשים בישראל**
40. סעיף 2(ד) לנספח ב' למתווה קובע מנגנון נוסף באמצעותו יכול יזם להימנע מהשוואת מחיר בהסכם יצוא לממ"מ ולהימנע מבחירת המחיר הגבוה מביניהם לעניין חישוב התקבולים.
41. לפי ההסדר, פטור זה יחול אם היזם מתחייב להציע את נוסחת המחיר הקבועה בהסכם הייצוא גם ללקוחות חדשים בישראל. אולם, **היזם אינו נדרש או מחויב להוציא לפועל הסכמים שכאלה עם לקוחות בארץ על מנת שיזכה ליהנות מהפטור.**
42. **העותרות תטענּה כי סעיף זה מרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את ההסדר שנועד לקשור בין ממוצע המחירים בארץ לבין גביית היטל רווחי הגז מייצוא.** זאת מכיוון שהסעיף מעביר בפועל את הכוח ליזם, ועלול להוביל לדחיית גביית ההיטל וצמצום היקפו.
43. ודוק: ככל שמחיר הייצוא ייקבע כנמוך יותר, מבלי שהשוק הישראלי ייהנה ממחיר נמוך יותר, ייגבה היטל נמוך מגובה הממ"מ עקב תקבולים נמוכים יותר, באופן שלא מבטיח מחירים נמוכים יותר לשוק המקומי, כפי שביקש חוק ששינסקי להבטיח.
44. יודגש, כי תנאי היישום של הצעת נוסחת המחיר ללקוחות בארץ אינם מבטיחים שאכן ייחתמו עסקאות בתנאים אלו, ובהיקפים משמעותיים, בארץ. כך, למשל, הסעיף מאפשר ליזם להתנות בהסכם שיוצע ללקוחות החדשים בישראל תנאים בלתי-כדאיים לקונה (כגון אספקת הגז בקיבולת המערכת), מה שעלול להביא לכך שדה-פקטו לא ייחתמו הסכמים.
45. כמו כן, בהסדר המוצע, חלון תקופת ההצעה ללקוחות חדשים מוגבל לתקופה של שלוש שנים מחתימת הסכם היצוא. כתוצאה מכך, לקוחות שאינם יכולים או שאינם זקוקים להתקשר בהסכם לרכישת גז בתקופה זו לא יוכלו לקבל את נוסחת מחיר הסכם היצוא.
46. לפיכך, **יכול להיווצר מצב בו יוצע ללקוחות נוספים בישראל מחיר שבהסכם הייצוא, אך זאת רק בכדי להיכנס לגדרי הסעיף, ללא חתימת הסכם סופי. כך תזכינה חברות הגז בהנחות במיסוי על הייצוא ללא כל הצדקה.**
47. בנוסף, לאור ההסכמים הנוכחיים במאגר תמר, וכן לאור צפי מרכיב הייצוא הגבוה במאגר לוויתן - ייתכן שקבוצת הלקוחות החדשים הפוטנציאלית ליישום מחיר היצוא כמחיר מיטיב בארץ אינה כה משמעותית.
48. לא למותר לציין כי עצם העובדה שהסעיף מאפשר לבעלי המאגרים לבחור האם להציע ללקוחות חדשים את תנאי עסקת היצוא, ובכך להביא להוזלת תשלום המס בגין חוזה היצוא עצמו, משמעה כי **בעלי המאגרים יבצעו הצעות כאלו רק ככל שהכדאיות בהוזלת המס על הסכם היצוא עולה על הוזלת המחיר בארץ ללקוחות מסוימים.**
    * 1. **העדר ודאות בנוגע לביצוע התאמות על חישוב תקבולי הגז מייצוא**
49. בסעיף 2(ד)(4) לנספח ב' למתווה נקבע כי במידה שנקודת מסירת הגז בהסכם הייצוא לא תהיה זהה לנקודת המסירה בישראל - תתבצע ההתאמה הנדרשת לצורך השוואת התקבולים מהסכם הייצוא לתקבולים המחושבים לפי הממ"מ. לעניין זה, החישוב יעשה בהתאם לתעריף דמי הולכה שיקבע מנהל רשות המיסים.
50. **סוגיית ההתאמות מהווה נדבך מרכזי בכל הנוגע לקביעת התקבולים מייצוא.** זאת מאחר שאכן ראוי לערוך התאמות מסוימות במחיר, למשל כאשר מרחק ההובלה לחוף קצר ממרחק ההובלה לנקודת המסירה לייצוא. אולם, ישנו יסוד סביר להניח כי סוגיית ההתאמות תהווה פתח נרחב למניפולציות על מחירי הייצוא, באופן שיקשה מאוד על הפיקוח והבקרה של התאמות אלו.
51. למעשה, המתווה אינו כולל סעיף המסדיר את סוגיית ההתאמות באופן ברור. קרי, המתווה אינו קובע כי אין לבצע התאמות כלל מלבד התאמה לעלות ההולכה; או לחלופין, מפרט רשימת התאמות סגורה המתארת אילו התאמות ניתן לערוך, ואילו הן התאמות אסורות.
52. **העותרות תטענּה כי החלטה על אישור המתווה ללא סעיף המסדיר באופן ברור את סוגיית ההתאמות נגועה בחוסר סבירות קיצוני, זאת לאור הפתח הרחב למניפולציות שיוצר חוסר-בהירות זה, דבר שאינו רצוי במערכת מס, ועלול לגרור הידיינויות אין ספור בערכאות משפטיות. יתרה מכך, אישור המתווה ללא הסדרת סוגיית ההתאמות כדבעי יאיין הלכה למעשה את הוראות ותכליות חוק מיסוי רווחי נפט.**
53. קביעה ברורה שכזו, המגבילה את סוג והיקף ההתאמות המותרות, הינה הכרחית על מנת למנוע מניפולציות שונות על מחירי הייצוא, על מנת למנוע פניות רבות לערכאות משפטיות ועל מנת להבטיח שהתקבולים שיחושבו יגלמו את הערך האמיתי מהייצוא.
    1. **סיכום**
54. בהסדר המס הקבוע בנספח ב' למתווה נפלו פגמים רבים. חלקם בעצם העובדה שהמתווה סותר את החוק, וחלקם בחוסר הסבירות הקיצוני שבהסדרים השונים. להלן תמצית הפגמים שהוצגו לעיל:
55. במישור הסמכות - ההכרה בתשלומי הצינור השלישי מאסדת תמר למאגר תמר גם לאחר תום תקופת ההרצה מנוגדת לחוק. כך גם ההכרה בתשלומי הקמת צינור הייצוא למצרים, והמנגנון לעקיפת ההשוואה למחיר הממוצע המקומי באישור מראש של מנהל רשות המסים.
56. במישור שיקול הדעת – אישור המתווה, תוך העדר ההתייחסות להסדר המס אשר יחול על בעלי זכויות אחרים מלבד בעלי הזכויות במאגרי תמר ולוויתן, לוקה בחוסר סבירות קיצוני. כך גם אי-ההתייחסות לאופן הצמדת המחיר, להיקף העסקאות ולאופן ריכוז המידע לצורך ההשוואה לממ"מ. בנוסף, מנגנון הפטור מהשוואה לממ"מ באמצעות הצעת נוסחת המחיר לקוחות חדשים בארץ - הינו פרוץ ובלתי סביר. הוא הדין באשר להסדר המס הקבוע במתווה, אשר אינו מסדיר את אופן ביצוע ההתאמות על מחיר הייצוא.
57. לאור מכלול הפגמים לעיל, העותרות תטענּה כי הסדר המס הקבוע במתווה מנוגד לחוק ששינסקי, לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ופוגע באופן חמור באינטרס הציבורי ולכן יש לבטלו. מעבר לאמור, העותרות תטענּה כי כל הסדרת מנגנון מיסוי הגז צריכה להיעשות בחקיקה ראשית של הכנסת מעצם היותה הסדר ראשוני, ולא בהחלטת ממשלה כפי שנעשה כעת.
58. **"פיקוח על המחירים" [סעיף ד' למתווה הגז]**
59. בפרק זה תטענּה העותרות כי פיקוח על המחירים בשוק הגז, או מנגנון אסדרה כלשהו על המחירים, הינו מחויב המציאות בנסיבות דנן. אולם האופן בו ה"פיקוח" נעשה במסגרת המתווה - הינו בלתי סביר באופן קיצוני, ואף נעשה בחלקו בחוסר סמכות, ועל כן דינו בטלות. הכל, כפי שיפורט להלן.
    1. **הצורך בפיקוח על המחירים וחוסר המענה שניתן לו במתווה הגז**
60. בשנים האחרונות, כאמור, משק האנרגיה של מדינת ישראל **נשען על מקור אחד בלבד לאספקת גז טבעי** - **מאגר תמר, שחברות הגז הן כאמור בעלות הזכויות בו**. הזכויות במאגר הבא שעתיד להיות מפותח, מאגר לוויתן, נמצאות אף הן בבעלות חברות הגז. שני המאגרים יחדיו, לכשיפותחו, יהוו כ-92% מעתודות הגז של מדינת ישראל. הם ייוותרו בידי חברות הגז ב-6 השנים הקרובות, לכל הפחות.
61. לא בכדי הוכרזו חברות הגז כמונופולין במשק הגז הטבעי. אכן, השליטה המוחלטת של חברות הגז באספקת גז טבעי בישראל באה לידי ביטוי במחיר הגז - 5.5 דולר ליחידת חום. זהו מחיר מונופוליסטי מובהק: **מחוות הדעת היחידה שהונחה מטעם הרשות המבצעת בפני הציבור ועסקה בנושא** (נספח ע/63 לעיל), עולה כי המחיר התחרותי צריך לעמוד על כ-3 דולרים ליחידת חום.
62. לדאבונן של העותרות, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, אין כל סיכוי לקיומה של תחרות אמיתית במשק הגז הטבעי במסגרת מבנה האחזקות המוצע במתווה. זו הייתה אף עמדת הגורם הבכיר ביותר לעניין התחרות במדינת ישראל, הוא פרופ' דיוויד גילה. המצב התחרותי במשק יהיה גרוע אף יותר משום שהמתווה מנטרל את הממונה על ההגבלים מכל סמכויותיו בנוגע למונופולין, דווקא במוצר שהוא חיוני ביותר למשק.
63. במציאות שכזו, יהא זה בלתי סביר באופן קיצוני להותיר את מחיר הגז הטבעי ל"כוחות השוק". לא בכדי החליטה המדינה לקבוע "פיקוח על מחירים" במסגרת המתווה. פיקוח על המחירים הינו מובן מאליו, וניתן ללמוד זאת מדבריו של פרופ' בן-בסט בפני ועדת הכלכלה ביום 1.12.2015:

"בכל אופן אנחנו נמצאים בסיטואציה, שבמתווה הנוכחי אין ממילא תחרות בשני המאגרים הגדולים, גם היום וגם בעתיד נובל אנרג'י תישאר ולכן לא צפויה פה תחרות. **מכאן אני נדרש לסוגיית המחירים**" [נספח ע/77, עמ' 96].

1. כאמור, מתווה הגז כולל בתוכו פרק הנושא את השם "פיקוח על המחירים". בפועל **אין מדובר בפיקוח על מחירים, חרף הניסיון להציגו ככזה**. הלכה למעשה, עסקינן במנגנון הצמדה המבוסס על המחירים בשוק הקיים, קרי שוק מונופוליסטי. המנגנון איננו אפקטיבי, ולא יביא להפחתת הרנטה המונופוליסטית מן המחיר הקיים. הוא אף עתיד להזיק ולפגוע שלא לצורך בצרכנים. לא זו אף זו, הוא נעשה בדרך הסותרת את הדין.
2. על כך שמדובר במצג שווא של פיקוח על מחירים, עמד הממונה על ההגבלים העסקיים בפועל, אורי שוורץ, בתשובה לשאלת ח"כ שלי יחימוביץ', באומרו:

"**זה נכון כאן שהמחיר לא מפוקח במובן של חוק הפיקוח**, שישבה ועדת מחירים וקבעה מחיר אבל יש כאן איזו שהיא מעורבות של המדינה. המדינה כן ישבה עם החברות, את אוהבת את המחיר, את לא אוהבת את המחיר – היא הגיעה איתם לאיזו שהיא הסכמה על המחיר". [פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015, עמ' 120]

***פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 29.11.2015 ­מצ"ב ומסומן כנספח ע/86א***

1. העותרות תטענּה כי במשק של מוצר חיוני, בו קיים מונופול כה רב-עוצמה, **מתחייב פיקוח מחירים או מנגנון הצמדה אפקטיבי - ולא מדומה**. נדרש לקיים פיקוח שימנע מהמונופול לנצל לרעה את כוחו, ויגן על לקוחות הגז - ובדרך זו על האינטרס הצרכני בכללותו.
2. מבקר המדינה אף עמד על כך, בדו"ח בעניין פיתוח משק הגז הטבעי, בקובעו:

"בכל הקשור לתוכנו של המתווה חשוב להדגיש כי לנוכח קיומו של מונופול בתחום אספקת הגז הטבעי, יש לוודא שמחיר הגז יהיה תחרותי. לשם כך על הממשלה לבחון את הצורך בשימוש במגוון האמצעים העומדים לרשותה **ובראשם פיקוח על מחירים**" [שם, נספח ע/42, עמ' 7].

1. **דומה כי הבנה זו עמדה לנגד עיני הממשלה בעת גיבוש המתווה. אלמלא כן – לא הייתה הממשלה מעגנת במתווה את פרק הפיקוח על המחירים**. ואולם, חרף העובדה שסוגיה זו הינה ברורה מאליה, במתווה הגז **לא נקבע כל פיקוח מחירים אמיתי ואפקטיבי**, **שכן הוא נסמך על המחיר הממוצע השורר במשק. מחיר זה, כאמור, משקף מחיר מונופוליסטי ובלתי הוגן**. לפיכך, הפיקוח על המחירים שנקבע הוא במקרה הטוב בבחינת לעג לרש, ובמקרה הרע הפרת חובה שבדין. העותרות תבהרנה במה דברים אמורים.
2. **למען הסר ספק, העותרות תציינה כי אין הן רואות צורך בפיקוח על מחירי יצוא הגז.**
   1. **הסדרי ה"פיקוח" על המחירים במתווה מבוססים על מחיר מונופוליסטי ולוקה בחוסר סבירות משווע וחוסר מידתיות**
3. ה"פיקוח" על המחירים, אליבא דמגבשי המתווה, בא לידי ביטוי בסעיף ד(1)(א) למתווה. סעיף זה קובע כי חברות הגז תחויבנה להציע לצרכני הגז מחיר המבוסס על ארבעה "מנגנונים". שתי החלופות הראשונות תוצענה לכל הצרכנים, ושתי האחרונות תוצענה ליצרני חשמל פרטיים (של 20 מגה וואט ומעלה), בהתאם לסוג ייצור החשמל:
   1. **מחיר הבסיס** - המחיר הממוצע לגז טבעי שבו מכר בעל החזקה ברבעון שקדם לרבעון בו נחתם הסכם אספקת הגז הטבעי, וזאת על פי נוסחה הקבועה במתווה (חלוקת **סכום ההכנסות מכלל מכירות הגז הטבעי** על ידי בעל החזקה ברבעון הקודם ב**כמות המצטברת של גז טבעי שסופקה לצרכנים** על ידי בעל החזקה ברבעון שקדם למכירה).
   2. **מחיר לפי חבית ברנט (Brent)** - מחיר ההצמדה לחבית נפט המיטבי ביותר לצרכן, מבין מחירי ההצמדה השונים אשר קיימים בהסכמי האספקה הנוכחיים של מאגר הגז "תמר".
   3. **מחיר ממוצע (א)** - יוצע ליצרני חשמל קונבנציונאליים. מבוסס על ממוצע פשוט של המחירים הקבועים בחוזים של שלושת יצרני החשמל הקונבנציונאליים הגדולים, ושל ההצמדה לפי אותם חוזים.
   4. **מחיר ממוצע (ב)** - יוצע ליצרני חשמל קונגרציה. מבוסס על ממוצע פשוט של המחירים הקבועים בחוזי הקונגרציה הצמודים לתעריף הייצור המשוקלל, ושל ההצמדה לפי אותם חוזים.
4. עינינו הרואות, כי הכשל העיקרי הנופל בהסדר "הפיקוח" דנן, הוא **שכלל הנוסחאות מתבססות על המחירים הקיימים, קרי על מחירים בשוק מונופוליסטי**.
5. לא זו אף זו: לפי סעיף ד(1)(ג)(3) למתווה, אין במתווה כדי "לפתוח" את החוזים הקיימים, ובראשם החוזה עם חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "**חברת החשמל**"). העדר התחולה הרטרואקטיבית – מונע מחברת החשמל להתקשר עם חברות הגז בהתקשרות חדשה במחיר תחרותי (יחסית). בשל כך, ירידת מחירי הגז בעולם לא תמצא את ביטויה במשק הישראלי. משמע, הבסיס המונופוליסטי נותר על כנו, וזאת חרף העובדה שמדובר בחוזה ענק ובעל השפעה דרמטית על הציבור.
6. המגבלה שמטילה המדינה על מחירי הגז מבוססת על המחיר הקיים כיום. זהו מחיר המשקף רנטה מונופוליסטית, מתעלם מירידת מחירי הגז בעולם, ואיננו מבטיח כלל הפחתה של מחירי הגז. אדרבה, הוא חוקק בסלע – דהיינו בהחלטת ממשלה - את המחירים הנוכחיים. כך, גם אם תתקיים תחרות מוגבלת במשק הגז - מחירי הגז לא יפחתו.
7. מעבר לכך, עיגון נוסחאות אלו יוצר תמריץ שלילי להורדת המחיר: הפחתת מחיר בחוזה אחד תוביל בהכרח להפחתת מחיר בחוזה אחר. אף אין מדובר במחיר עצמאי: הוא תלוי לחלוטין במאווייהן של חברות הגז. כך חברות הגז מפקחות בפועל על עצמן.
8. באשר לנוסחה השנייה (חבית Brent): ראשית, אין קשר כלכלי אמיתי בין משק הגז למשק הנפט, בשל המאפיינים השונים בין שני השווקים. אין כל היגיון להצמדה דווקא לחבית נפט. ובלשונו של פרופ' בן-בסט:

"**המתווה בעצם מציע מחיר תקרה שיחסית מאוד** **גבוה**. אם נסתכל על שווקים אחרים של מדינות מפיקות כמו אוסטרליה, ארצות הברית, קנדה וכו', בוודאי שהמחיר הזה גבוה יותר מהמחיר ששורר שם. יתרה מזו, יש שם מנגנון התאמה מופרך מיסודו. כל דבר שתגידו היה יכול להיות טוב באותה מידה. למדד המחירים לצרכן בארצות הברית ועוד פלוס אחוז. פלוס אחוז בכלל אני לא מבין, אבל **למה למדד המחירים** **לצרכן בארצות הברית? למה לא למדד מחירי המכוניות? למה לא למדד מחירי הנפט? למה לא למדד מחירי הרהיטים? אין לזה** **שום קשר. אם אתה מצמיד למשהו תצמיד לדבר שהוא** **קשור ללב העניין, יש לו קשר אינהרנטי מהבחינה הכלכלית אין** **פה שום קשר ולכן זה לא דבר סביר**". [פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 01.12.2015, נספח ע/77, בעמ' 96]

1. שנית, כרגע נמצא מחיר הנפט בשפל כמעט היסטורי. המשמעות האופרטיבית היא שהמחיר צפוי רק לעלות - ואף בחדות. רוצה לומר, **ככל שאין גידור למחיר בצורה זו או אחרת, אין זה בלתי סביר להניח שמחיר הגז הטבעי יעלה באחוזים משמעותיים**. ממילא, כל רוכש סביר יעדיף לפנות לאופציות האחרות העומדות בפניו, אשר מבוססות כאמור על המחיר הממוצע בשוק מונופוליסטי.
2. שלישית, אין לציבור כל אפשרות לדעת מהן ה"הצמדות" שמעוגנות בהסכמים הקיימים של חברות הגז עם הצרכנים. יכולתו של הציבור לפקח אחר מנגנון זה לוקה בחסר. דווקא במקום בו קיים מונופול רב עוצמה - נדרשת שקיפות רבה יותר, שקיפות שאיננה קיימת במנגנון ההצמדה האמור.
3. **הנה כי כן, מתווה הגז מייצר פיקוח פיקטיבי על המחיר, מבטיח מחיר מונופוליסטי ומתמרץ את בעלי הזכויות במאגרי הגז שלא להפחית את מחירי הגז. די בכך כדי לקבוע שפרק זה למתווה הינו בלתי סביר באופן קיצוני ועל כן דינו בטלות**.
4. המנגנון המעוות שקבוע במתווה, דומה במהותו לאחת ההחלטות של בית המשפט העליון האמריקאי שזכו לביקורת החריפה ביותר: פסק הדין בפרשת "Du Pont",[[1]](#footnote-1) שזכה לכינוי "כשל הצלופן" ("the cellophane fallacy"). בפרשה זו, התעלם בית המשפט העליון האמריקאי מהעובדה שהשוק מעוות מבחינה מבנית-הגבלית (בית המשפט לא הביא בחשבון את קיומו של מונופול בשוק), כאשר הפעיל מבחן כלכלי (הגדרת שוק רלוונטי לשם בחינת כוח שוק). פרשה זו מלמדת על כך שהפעלת מנגנונים על בסיס שוק מעוות – תביא לתוצאה מעוותת (ראו והשוו: עפ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול ואח'**, פס' קכ"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; תא (חי') 1114/99**Tower Air נ' שירותי תעופה בע"מ**, פס' 50 לפסק הדין).
5. בענייננו, החלת מנגנוני מחירים המתבססים על שוק מוגבל - תוביל לכשל רבתי, ובוודאי שלא לירידת מחירים עד למחיר התחרותי. נהפוך הוא: המנגנונים הקבועים במתווה צפויים להביא לעליית מחירים. זאת הן בשל הצמדתם לשווקים שנמצאים עתה בשפל כמעט חסר-תקדים, והן בשל השליטה המלאה שתהיה לחברות הגז על תוצאות הנוסחאות.
6. אולם בכך לא די. כידוע, הצרכן העיקרי של גז במדינת ישראל (כ-80% מהצריכה הכוללת בישראל) הינו חברת החשמל. אין ספק כי המחיר שייגבה מחברת החשמל – הוא בעל השפעה רבה על תוצאות הנוסחאות. ודוק: חוסר יכולתה של חברת החשמל "לפתוח" את ההסכמים עם חברות הגז לפחות עד שנת 2020 – מותירה את המחיר שסוכם עימה בשנת 2012, כאשר המשק היה בלתי-תחרותי בעליל, כמחיר העיקרי במשק.
7. לפיכך יש לבחון את המחיר שנקבע בהסכמים עם חברת החשמל. לפי סעיף 9(ג) להחלטה 1 לישיבה 377 בנושא "עקרונות להכרה בעלויות בגין הסכמים לרכישת גז טבעי 2012" של רשות החשמל (להלן: "**החלטת רשות החשמל**"), החוזה של חברת החשמל עם חברות הגז במאגר תמר כולל **מנגנון הצמדה של מחיר הגז למדד המחירים לצרכן בארצות הברית, בתוספת אחוז נוסף לשנה במשך שמונה השנים** **הראשונות להסכם** והפחתתו באחוז אחד כל שנה במהלך 8 השנים שלאחר מכן (להלן: "**מנגנון הפלוס מינוס אחד**").

***החלטה 1 מישיבה 377 של רשות החשמל ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/87***

1. במילים פשוטות: ההצמדה למדד המחירים לצרכן בארצות הברית, בתוספת אחוז אחד, חלה למעשה באופן כמעט מוחלט על כלל הצרכנים בישראל שיכרתו חוזה מעתה ואילך עם חברות הגז. **הצמדה כזו כמעט מבטיחה,** **בסבירות גבוהה מאוד, עלייה מתמדת של מחירי הגז** **הטבעי בישראל**.
2. נסכם את עניין זה עם דבריו של פרופ' בן-בסט:

"המתווה בעצם מציע מחיר תקרה שיחסית מאוד גבוה. [...] **יתרה מזו, יש שם מנגנון התאמה מופרך מיסודו. כל דבר שתגידו היה יכול להיות טוב באותה מידה. למדד המחירים לצרכן בארצות הברית ועוד פלוס אחוז. פלוס אחוז בכלל אני לא מבין, אבל למה למדד המחירים לצרכן בארצות הברית? למה לא למדד מחירי המכוניות? למה לא למדד מחירי הנפט? למה לא למדד מחירי הרהיטים? אין לזה שום קשר. אם אתה מצמיד למשהו תצמיד לדבר שהוא קשור ללב העניין, יש לו קשר אינהרנטי מהבחינה הכלכלית אין פה שום קשר ולכן זה לא דבר סביר**". [פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 1.12, נספח ע/77].

1. הכשלים מובנים. ודוק, אין כל פיתרון במתווה לשאלת "פתיחת" החוזים של חברת חשמל. זאת חרף השינוי הרצוי והנדרש שעתיד לעבור לכאורה משק הגז הטבעי. הותרת ההסכמים משנת 2012 על כנם תקפיא גם את המחיר, באופן אשר מעקר מתוכן את כלל מטרות המתווה. **לפיכך, מכל האמור, המתווה הינו בלתי-מידתי ובלתי-סביר באופן קיצוני.**
   1. **הפרת חובה שבדין וחוסר סבירות קיצוני - בכל הנוגע למחירי הגז הנמכר ליצרני חשמל פרטיים**
2. סעיף 93 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 (להלן: "**חוק משק הגז**") מורה לממשלה כיצד לפעול בכל הנוגע לפיקוח אחר מחירי הגז הנמכר ליצרן חשמל פרטי (כשליש מהגז הטבעי הנמכר בישראל). המחוקק הורה להחיל על ספק גז טבעי שמוכר ליצרן חשמל פרטי את חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק הפיקוח**"). רמת הפיקוח תהיה קביעת מחירים לפי פרק ה' לחוק הפיקוח. ובלשון הסעיף:

"93. גז שימכור ספק גז טבעי ליצרן חשמל פרטי כהגדרתו בחוק משק החשמל, הוא מצרך שחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996 (להלן - חוק הפיקוח), חל עליו, **ורמת הפיקוח שתחול עליו תהיה קביעת מחירים לפי פרק ה' לחוק הפיקוח**".

1. פרק ה' לחוק הפיקוח עוסק **בקביעת מחירים מפוקחים על מצרכים ושירותים**. לפי פרק זה, שר האוצר והשר הרלוונטי (בענייננו, שר האנרגיה) רשאים לקבוע בצו מחיר מרבי או שיעור העלאה או הפחתה של מחיר של המצרך או השירות. צו כאמור יותקן לאחר שנתקבלה המלצה של ועדת המחירים או לאחר התייעצות עם הוועדה.
2. העותרות תטענּה, כי מלשון סעיף 93 לחוק משק הגז עולה החובה לפקח אחר מחיר הגז בדרך הקבועה בפרק ה' לחוק הפיקוח, קרי בקביעת מחיר מפוקח, אף אם בסעיף 12 לחוק הפיקוח - הסעיף העיקרי שעליו נשען פרק ה' - משתמש המחוקק במילה "רשאי". זאת, **מן הטעם שסעיף 93 לחוק משק הגז קובע מהי רמת הפיקוח שתחול בפועל. מכאן שעצם הפיקוח וסוג הפיקוח (מתוך הסוגים השונים הקבועים בחוק הפיקוח) – אינם נתונים לשיקול דעת שר האנרגיה ושר האוצר, אלא עליהם להפעיל את סמכותם לפי ההליך הקבוע בפרק ה'.**
3. במקום הפעלת סעיף 93 כלשונו, המתווה קובע בסעיף ד(1) כי הממשלה מבקשת להחיל רק את פרק ז' לחוק הפיקוח. פרק זה **עניינו דיווח על רווחיות ומחירים**, ולא קביעת מחירים. וזוהי לשון הסעיף:

"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** (להלן בסעיף זה – "השרים") **בדבר החלת פרק ז' לחוק פיקוח על מחירים ושירותים**, התשנ"ו-1996 (להלן – "חוק הפיקוח"), שעניינו דיווח על רווחיות ומחירים, על מחיר הגז הטבעי, וזאת למשך תקופת המעבר כהגדרתה להלן".

1. לעניין היחס בין סעיף 93 לחוק משק הגז הטבעי לבין הפיקוח על המחירים בפועל, נדרש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט, בחוות דעת מיום 10.09.2012. עו"ד ליכט קבע כי סעיף 93 לחוק משק הגז אינו מטיל חובת פיקוח לפי פרק ה' לחוק הפיקוח. לשיטתו של עו"ד ליכט, חוק הפיקוח מסדיר הליך דו-שלבי: הראשון, עצם ההכרזה על מוצר או שירות כבר-פיקוח לפי החוק; השני, בחירה על ידי "השרים" באחת משלוש חלופות הפיקוח אשר מציע החוק. עו"ד ליכט ממשיך וקובע כי חוק משק הגז מאפשר "לדלג" על הליכי ההכרזה, היינו השלב הראשון, אך אין בו כדי לחייב את סוג הפיקוח לפי פרק ה' לחוק משק הגז הטבעי, **אלא רק את החובה לשקול אותו**.

***חוות הדעת של עו"ד ליכט מיום 10.09.2012 ­ מצ"ב ומסומנת כנספח ע/88***

1. וכך קובע ליכט:

"לצד מעקף זה [השלב הראשון - הח"מ] קיים בחוק מעקף נוסף - מעקף שני**. הוא מחייב את ועדת המחירים והשרים לשקול תחילה את הפעלת סמכות הפיקוח על פי פרק ה' לחוק הפיקוח**. בכל הוא מאפשר לועדת המחירים ולשרים לקצר תהליכים ולבחון הסדר על פי פרק ה', אם מצאו שיש לכך מקום, קודם להפעלה של פרקים ו' וז' לחוק.

[...] מטיוטת ההחלטה של ועדת המחירים עולה **במשתמע** כי הועדה סברה כי **בעיתוי הנוכחי** אין מקום להפעלת אמצעים אחרים מלבד פרק ז' לחוק". [שם, עמ' 7-8].

1. מבלי לגרוע מכל טענה עתידית כנגד הפרשנות העולה מחוות דעת זו, תטענּה העותרות כדלקמן: אף אם מדובר בסמכות רשות, מרגע ששר האוצר ושר והאנרגיה החליטו לפקח על המחירים במשק הגז הטבעי - היה עליהם לעשות זאת בהליך הקבוע בחוק ובחוות הדעת, קרי לשקול הפעלת פיקוח לפי פרק ה' לחוק הפיקוח, ולהתייעץ בעניין זה עם הוועדה לפיקוח על המחירים.
2. התייעצות מחודשת זו מתחייבת מפרק הזמן הרב שחלף ממועד מתן חוות דעת זו (למעלה מ-3 שנים), שנים שבהן חלו שינויים מהותיים במשק הגז הטבעי. היא מתחייבת גם מכך שהשרים לא קיבלו כל המלצה מוועדת המחירים בנושא (כך עולה הן מדבריו של עו"ד שוורץ בפני ועדת הכלכלה (לעיל, בראש פרק זה) והן מדו"ח מבקר המדינה (שם, עמ' 54-55 לדו"ח)).[[2]](#footnote-2) לפיכך, לקביעת מנגנוני פיקוח מבלי לפעול לפי החובה הקבועה בחוק (אף לפי ליכט עצמו) לשקול את הפעלת פרק ה' לחוק - הינה הפרה בוטה של החובה הקבועה בחוק, ומעקף של הוראות החוק הברורות.
3. רוצה לומר, מתווה הגז קובע מנגנונים של פיקוח על מחירים. אולם מנגנונים אלו משמעותם מעקף בוטה של ההסדרים החוקיים שקבעה הכנסת, ושל חוות הדעת המשפטית של עו"ד ליכט. במקום שיופעלו הסדרים אלו, אשר כוללים התייעצות עם ועדה מקצועית בעלת מומחיות, שפועלת לפי נהלים ברורים, **בחרה הממשלה לעקוף את המנגנון החוקי** - תוך הפרת החובה הברורה בחוק (לשיטת עו"ד ליכט).
4. לא זו אף זו, ההחלטה פוגעת בצרכנים - ובכך אף בציבור בכללותו, ומשום כך הינה בלתי-סבירה באופן קיצוני ובלתי-מידתית. התעלמות מהוועדה המקצועית, והסתמכות על החלטתה מלפני למעלה מ-3 שנים, מצביעה על ליקוי חמור בשיקול הדעת של רשויות השלטון.
5. אולם לא די בכך. לשון סעיף ד(1) אף היא מצביעה על **כבילת שיקול הדעת של שר האוצר ושר האנרגיה**, באשר לפיקוח המחירים, וזאת לתקופה ארוכה ביותר (כ-6 שנים). סעיף כבילה זה מצטרף להוראות הכבילה חסרות התקדים הקבועות במתווה, וסובל מאותם פגמים חמורים (עליהם עמדו העותרות לעיל). בתקופה זו, ירוקן מתוכן שיקול הדעת של השרים ושל ועדת המחירים, והם יהיו מחויבים להגביל עצמם לפיקוח לפי פרק ז' לחוק הפיקוח. החלטה זו, אם כן, התקבלה בחוסר סמכות והינה כאמור בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית.
6. **לפיכך, נוכח העובדה כי אין הבחנה כנדרש על פי חוק, בין פיקוח על יצרני חשמל (שעליהם יש להחיל את פרק ה' לחוק הפיקוח), לבין פיקוח על יתר צרכני הגז הטבעי, תטענּה העותרות כי מדובר לא רק בהימנעות מאכיפת חוק ברור כלשונו, אלא גם הקביעה המעוגנת בסעיף ד(1) למתווה מהווה הפרת חובה שבדין וחריגה מהוראות החוק ללא סמכות.**
   1. **סיכום**
7. לאור כל הכשלים המתוארים לעיל, תטענּה העותרות כי יש לבטל את המתווה בכללותו, ואת פרק הפיקוח על המחירים בפרט. העותרות תטענּה, כי על מנת להבטיח מחיר תחרותי אמיתי במשק הגז הישראל - שאיננו מגלם רנטה מונופוליסטית - **היה על הממשלה לקבוע מחיר מקסימאלי לשיווק המבוסס על המחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי במדינה מפיקת גז**. זאת **הן משום שמדובר בהחלטה הסבירה היחידה בשוק מונופוליסטי, והן משום החובה שקמה מחוק משק הגז**.
8. מעבר לכך, צוות קנדל וכך גם הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה, כלל לא התייעצו עם הוועדה המשותפת לפיקוח על מחירים במשק הגז. היות שזו ככל הנראה לא התכנסה כלל בתקופת עבודת הצוות (כאמור לעיל), אין לראות בפיקוח המוצע במתווה כפיקוח אמיתי ואפקטיבי. אכן, אין פיקוח מחירים במתווה, וזאת למרות שקיימת חשיבות ראשונה במעלה לפיקוח כאמור, כל עוד המשק אינו נמצא במצב תחרותי.
9. **מדובר בכשל נוסף של המתווה, היורד לשורש העניין ומונע ממנו מלמלא את צרכי המשק כדבעי. לנוכח חוסר החוקיות, והפגיעה באינטרס הציבורי, העדר פיקוח המחירים מצדיק אף הוא את ביטול המתווה.** פרק המחירים במתווה הגז **נעשה בחוסר סמכות, ובאופן בלתי-מידתי ובלתי-סביר באופן קיצוני, אשר מחייבים להורות על בטלותו.**
10. **כוח עליון – פגיעה משולשת באינטרס הציבורי** [פרק א' למתווה]
    1. **רקע: הגדרת כוח עליון במתווה**
11. מתווה הגז קובע את האסדרה הראויה, לשיטת המדינה, במשק הגז הטבעי. בין היתר, מתחייבות דלק ונובל אנרג'י למכור את זכויותיהן ברישיונות החיפוש "כריש" ו"תנין" לגורם שלישי, תוך 14 חודשים מיום הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. דלק אף מתחייבת למכור את זכויותיה במאגר "תמר" לגורם שלישי, בתוך 6 שנים מהמועד האמור.
12. פרקי הזמן הקבועים במתווה הינם, לכאורה, נוקשים. אך לא כך המצב. המתווה קובע כי בנסיבות מיוחדות של "כוח עליון", יידחו המועדים האמורים. ואולם, בעוד ההגדרה ל"כוח עליון" בכל הנוגע למאגר "תמר" הינה שגרתית, זוכה ה"כוח העליון" הנוגע למאגרים "כריש" ו"תנין" **להגדרה חסרת תקדים בהיקפה. הגדרה זו, כפי שיוסבר, חותרת תחת אושיות הדמוקרטיה ועקרונות הפרדת הרשויות, ופותחת פתח לניצול לרעה של חברות הגז את הסעיף.**
13. העותרות תטענּה כי הגדרה זו אינה יכולה לעמוד, מן הטעמים שיפורטו להלן, ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולה. הכל – כלדהלן.
    1. **דין הגדרת "כוח עליון" במתווה – בטלות**
14. "כוח עליון" (או "סיכול" כשמו בשיטת המשפט הישראלית), הינו עילה בתחום המשפט האזרחי לרוב, אשר מצדיקה אי-עשיית מעשה בנסיבות מיוחדות, אף אם יש חובה לעשותו, כשעשייתו אינה אפשרית עוד. כך למשל, סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, קובע כדלקמן:

"18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, **לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים**.

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) **רשאי בית המשפט**, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, **והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו**". [ההדגשות של הח"מ].

1. ההגדרה הרווחת ל"כוח עליון" (Force Majeure**) כוללת בעיקר נסיבות חריגות שאינן בשליטתו של אדם זה או אחר, או אירוע שהצדדים לא צפו ולא יכולים היו לצפות שיארע. למשל, הנסיבות המקובלות כ"כוח עליון" הינן אסון טבע, מלחמה, תאונה שלא היה ניתן להימנע ממנה וכו'. במשפטנו, הפסיקה צמצמה רבות את טענת הסיכול, והגדירה כמעט כל מאורע כמאורע צפוי, כך שמלומדים שונים סבורים כי למעשה מדובר באות מתה (ראו:** גבריאלה שלו "דיני חוזים - החלק הכללי", עמ' 630 (תשס"ה)(להלן: "**גבריאלה שלו**")).
2. **מגבשי המתווה יישמו הגדרה זו היטב, בקובעם את הגדרת "כוח עליון בתמר" (בפרק ההגדרות). בכך לא חרגו הם מן המקובל בעולם.**
3. לעומת זאת, בכל הנוגע ל"כוח עליון בכריש ותנין" – ההגדרה שנבחרה היא אבסורד. כשהמדינה הינה צד להסכם, הקביעה כי כוח עליון יכול להיות דווקא "**מניעה משפטית להעברת הזכויות בכריש ותנין כתוצאה מעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**", הינה פגומה מיסודה, באופן היורד לשורשו של עניין. היא מצביעה על חוסר הבנה בסיסי של שיטת המשטר הישראלית. בוודאי שאין המדינה רשאית לפעול כך, ביתר שאת כאשר אין מדובר בחוזה "מן המניין" אלא בהסכם המסדיר משק חיוני לשנים קדימה. אשר על כן, הסעיף אינו יכול לעמוד, וזאת ממספר טעמים:
   * 1. **צמצום סמכותו של בית המשפט ופגיעה בעצמאותו**
4. אכן, ישנם מלומדים הסבורים כי ניתן לראות בדיני הסיכול כדינים דיספוזיטיביים, ובכך להרחיב את ההגדרה ל"כוח עליון" ולהסדיר כיצד יש לפעול בהתקיים אותו "כוח עליון". עם זאת, קיימת הסכמה בקרב המלומדים כי **על סמכותו של בית המשפט לא ניתן להתנות ולא ניתן לצמצמה** (ראו: גבריאלה שלו, עמ' 648-649). **עצמאות בית המשפט וחוסר-תלותו, זולת מרות הדין, מעוגנת אף בס' 2 לחוק יסוד: השפיטה.**
5. בנסיבות דנן, גם אם יחליט בית המשפט שלא להוציא תחת ידיו צווי מניעה וצווי ביניים – בפועל יידחה פיתוח המאגרים והאינטרס הציבורי ייפגע. ודוק: אילו המתווה לא היה מגדיר עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק כ"כוח עליון" המעכב אוטומטית את מועד מכירת כריש-תנין - שיקול הדעת האם להעניק לעותרים צו מניעה היה נותר בידי בית המשפט. ברם הגדרת עתירה לבג"ץ כ"כוח עליון" מפקיעה את שיקול הדעת השיפוטי בסוגיה זו. למעשה, כשם שהממשלה כובלת את הרשות המחוקקת לעשר השנים הבאות, כך הממשלה כובלת את הרשות השופטת, ופוגעת בשיקול דעתה ובסמכויותיה.
6. הפגיעה בסמכות השיפוטית על ידי הרשות המבצעת (שמצטרפת לנטילת הסמכות השיפוטית של בית הדין להגבלים עסקיים), להבדיל מהרשות המחוקקת, היא התערבות בוטה ונעדרת סמכות. היא חורגת מכללי המשחק הדמוקרטיים המקובלים, ולכל הפחות לוקה בחוסר סבירות קיצוני. ברי כי לא ניתן להשלים עם התנהלות זו, וכי חלק זה במתווה איננו יכול להיוותר על כנו.
   * 1. **פגיעה בזכות הגישה לערכאות**
7. ההגדרה שניתנה ל"כוח עליון" יוצרת תמריץ שלילי להגשת עתירה. כך, אם פלוני או אלמוני נפגע מהמתווה או מהעברת הזכויות במאגרים כריש ותנין, ויבקש לעתור לבית המשפט העליון - ייתכן שיופעל עליו לחץ לכוף את רצונותיו וזכויותיו בפני האינטרס הציבורי שבהעברת הזכויות במאגרים אלו. בכך נפגעת הלכה למעשה זכותו לפנות לערכאות.
8. זכות זו הוכרה כזכות יסוד, מאושיות הדמוקרטיה, ונקבע כי על בית המשפט להגן עליה כעל כל זכות יסוד אחרת. תנאי לקיומה של מדיניות ראויה היא כזו שאיננה חוסמת את דרכו של אדם מלבקש בעד מרשות שיפוטית. הדבר נכון ביתר שאת כשעסקינן בביקורת שיפוטית על רשויות השלטון. קביעותיו של כב' השופט גולדברג יפות לענייננו זה:

"**מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית.** הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפיסה שבמשטר דמוקרטי "הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך" (מתוך מאמרו של הנשיא אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת  למפעל החקיקה", בעמ' 256). **זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות הגישה גם על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על "מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה**" (בג"ץ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, בעמ' 172). דומני, כי זהו הבסיס הרעיוני לדבריו של השופט זמיר בע"א 3833/93 י' לוין  נ'  א' לוין ואח', בעמ' 874, ולפיהם:

"גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות"".

[ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590-591]

1. החלטה ממשלתית כזו, שמטילה נטל כה כבד על אדם פרטי המבקש בתום לב למצות את זכויותיו - עולה כדי פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית של גישה לערכאות, איננה הוגנת ואיננה סבירה באופן קיצוני.
   * 1. **פתח לניצול לרעה**
2. באופן תמוה, הגדרת ה"כוח העליון" איננה מסויגת, והיא תחול גם על עתירות שתוגשנה לבית המשפט העליון על ידי חברות הגז עצמן. כלומר, אילו חברות הגז לא יעמדו בלוחות הזמנים הקבועים במתווה, רשאיות הן להגיש עתירה לבג"ץ, ובכך לדחות את המועד במספר חודשים קדימה עד להכרעה בעתירה. אף אם לא יעשו זאת בעצמן, הן יכולות לעשות זאת באמצעות אחר.
3. ברי כי הגדרה רחבה זו מהווה פתח לניצול לרעה. **מתן** **תמריץ כזה לחברות לפעול בדרכים נלוזות לשם הגנה על האינטרסים שלהן - הינו בלתי-סביר באופן קיצוני, ובוודאי שאין הוא יכול עוד לעמוד.**
4. לסיכום פרק זה, **ההגדרה לגבי כוח עליון בכריש ותנין הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, פוגעת בשיקול הדעת של הרשות השופטת בחוסר סמכות, פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד של השיטה ומטילה נטל כבד על האזרחים. לפיכך, דינה – בטלות.**
5. **מתווה הגז הינו בלתי סביר באופן קיצוני נוכח העדרם של הסדרים חיוניים לקידום האינטרס הציבורי**
6. נוסף על הבעייתיות העולה מתוך תוכן המתווה כפי שהובאה בהרחבה לעיל, העותרת תטען כי ישנן מספר סוגיות מהותיות קריטיות שכלל לא זכו להתייחסות קונקרטית במתווה. מכאן שאלו כלל לא נשקלו בעת ניסוח המתווה. מדובר בסוגיות **בעלות חשיבות מהותית ומכרעת** לאינטרסים של מדינת ישראל, הן במישור הכלכלי והן במישורים אחרים: הביטחון הלאומי, בריאות הציבור ואיכות החיים של אזרחי המדינה.
7. יש להבהיר בשלב זה, כי לעמדת העותרות**, מן הראוי היה להסדיר את ההסדרים שלהלן בדרך המלך - חקיקה ראשית של הכנסת - כפי שראוי היה לעשות ביחס למתווה כולו, ולא להביאו לעולם בחטא**. יחד עם זאת, תבקשנה העותרות להציג בקצרה את ההסדרים אשר היה צריך לשקול במסגרת ניסוח המתווה. זאת על מנת להמחיש עד כמה המתווה הינו חד-צדדי, מגמתי, מבוסס על שיקולים זרים ולא מקצועיים, ומשקף ויתור והתפרקות של המדינה מחובותיה וחוסר סבירות קיצונית.
8. **ואלו הם עיקרי ההסדרים החיוניים שנעדרים מן המתווה**: ההתמודדות עם הסיכונים הסביבתיים במסגרת הוצאת הגז ועיבודו; קביעת סנקציות שיוטלו על מונופול הגז במידה שלא יעמוד בהתחייבויותיו; וקביעת חובה להנחת צינור נוסף לאספקת הגז, על מנת להבטיח את יתירות צנרת ההובלה.
   1. **המדינה התעלמה משיקולים סביבתיים בניסוח המתווה**
9. פיתוח שדות הגז הטבעי, חרף היתרונות הרבים הגלומים בו, עלול להוביל גם לנזק סביבתי ולפגיעה בבריאות הציבור ובאיכות החיים של אזרחי ישראל. זאת במיוחד משום שהמעטפת הרגולטורית והחוקית, בכל הנוגע לחיפוש ולהפקת גז ונפט בישראל, הינה ארכאית, מפוזרת, מסורבלת וחסרה ביותר.
10. אכן, קשה להמעיט במשמעותם ובחומרתם של אסונות קידוחי גז. אסון קידוח עשוי להוביל להזרמתם של חומרים מסוכנים אל מימי הים התיכון; להשבתת מתקני התפלה ותחנות כח; לשיבוש סחר ימי כמו גם פעולת חיל הים; לפגיעה אנושה בתיירות ובקשרי חוץ; ובעיקר - לפגיעה אנושה באיכות החיים של אזרחי ישראל.
11. חששות אלו מתחזקים ומתעצמים לאור אירועי העבר במדינות אחרות, בהן חברת "נובל אנרג'י" מחזיקה ומנהלת מאגרי גז. למשל, בחודש אפריל 2015 חתמה חברת "נובל אנרג'י" על הסדר פשרה מול הרשות האמריקאית להגנת הסביבה ומשרד המשפטים במדינת קולורדו בשל הפרות "חוקי אוויר נקי". ההסדר עוסק בפליטת מזהמים שלא כדין במסגרת פרויקט נפט וגז של "נובל" במדינה, תוך יצירת **זיהום חריג** מצפון לעיר הבירה דנבר וגרימת סיכון לפגיעה חריפה בבריאות הציבור (ראו: United States of America and the State of Colorado v. Noble Energy, Inc. Consent Decree, זמין ב: [www.epa.gov/sites/production/files/2015-04/documents/noble-cd.pdf](http://www.epa.gov/sites/production/files/2015-04/documents/noble-cd.pdf). להלן: "**הסדר הפשרה**").
12. חרף זאת, המתווה לא לוקח סוגיות אלו בחשבון. חוסר התייחסות לנושאים אלו, יחד עם סעיף היציבות עליו דובר רבות, מנציח למעשה את מצבה החקיקתי העגום של מדינת ישראל בסביבה הימית ובכלל. ניתן היה לצפות כי מסמך אשר מסדיר בצורה ברורה ומפורטת את זכויותיהן של חברות הגז יאזן גם את האינטרסים הציבוריים והסביבתיים הכרוכים במקטע החיפוש והפקת הגז בים. אך הדבר לא נעשה במסגרת המתווה.
13. בעת גיבוש המתווה, היה על הממשלה לקחת בחשבון גם את השמירה על ערכי הטבע והסביבה במרחב הימי. ההחלטות הללו היו צריכות להתקבל על סמך תשתית עובדתית מלאה. היה מקום להישען על ההסדרים שגובשו בשנים האחרונות ברחבי העולם, לשם התמודדות עם ריבוי השימושים בשטחים הימיים והסכנות הכרוכות במקטע הפקת הנפט והגז.
14. למרבה הצער, מדינת ישראל החליטה לוותר על אימוץ עקרונות אלו ובכך להקל בדרישות אל מול חברות הגז. העותרות תטענּה , כי העדר שקילה והתייחסות שכזאת במתווה מהווה פגם מהותי, אשר מעיד על **חוסר הענייניות וחוסר הסבירות קיצוני של המתווה.**
15. הסיכונים שפורטו לעיל מאיימים איום ממשי ומשמעותי על בריאותם ואיכות חייהם של תושבי ישראל, ומטילים את מלוא הסיכון על המשק הישראלי. הם מצריכים לכל הפחות דיון אשר ימפה את הצרכים הסביבתיים, כמו גם תכנון מקדים של צעדי מנע והתמודדות אפשרית עם מפגעים סביבתיים. **למרבה הצער, המתווה וההליך שקדם לו נעדר כל התמודדות שכזו**.
16. בית המשפט הנכבד עמד בעבר על החשיבות של שקילת שיקולים סביבתיים בהקשרים שונים ובהסדרים עליהם שוקדת הרשות. ראו, למשל, לעניין החשיבות שבשקילת שיקולים אלו בהליכי תכנון ובניה:

"ערכי נוף וטבע הם משכיות החמדה שהארץ נתברכה בהן. יש לשמור עליהם ולהגן עליהם ככל הניתן. יש לעשות כן במידת האפשר גם כאשר נדרשים הליכי תכנון מרחבי, המחייבים בנייה וסלילת כבישים כחלק מפיתוח וקדמה של חברה מודרנית.

**לשיקולי איכות סביבה מעמד כבד משקל בהליכי התכנון,** ואין חולק בדבר הצורך לאזן ככל הניתן בין דרישות הפיתוח התכנוני והקמת מערכות בינוי וכבישים לבין האינטרס החברתי בהגנה על ערכי נוף ויפי הטבע, המצויים במשורה בארצנו הקטנה".

[בג"ץ 1135/04 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' "הצוות המלווה" לעניין תמ"א 31/א/18, פ"ד נט(4) 784, 794 (2005). ראו גם עע"מ  9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ''ד סב(4) 132 (2008) וכן עניין עיריית חולון, פס' 30 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז].

1. **העובדה ששיקולי איכות הסביבה לא נשקלו ולא קיבלו כל ביטוי - ולו המינימאלי ביותר - במסגרת המתווה, אינה מתקבלת על הדעת ומצביעה על חוסר סבירות. זאת במיוחד לנוכח מגמות עולמיות של חיזוק האכיפה הסביבתית, והסדרת ההגנה על אינטרס הציבור בתחום זה, בעקבות היסטוריה של אסונות ומחדלים בעלי השלכות הרסניות על החברה והסביבה**.
   1. **העדר סנקציות על שותפות הגז במקרה של הפרת התחייבויות**
2. חוסר מהותי נוסף במתווה הגז בצורתו הנוכחית הוא **העדר כל התייחסות לסנקציות אפשריות אשר יוטלו על שותפות הגז, במידה שלא תעמודנה בהתחייבויותיהן.**
3. הסכם בסדר גודל אדיר כזה - טומן בחובו סיכונים רחבי היקף שהצדדים למתווה לוקחים על עצמם. העדרן של בטוחות מינימאליות בדמות סנקציות על שותפות הגז במידה והפרה התחייבויותיה - משקפת פגיעה באינטרסים בסיסיים של מדינת ישראל ואזרחיה.
4. הקושי מתחדד אל מול סעיפי המתווה הרבים אשר מגנים על אינטרסי חברות הגז. אותם סעיפים מבטיחים "יציבות רגולטורית", הסדר מס פרטני ולוחות זמנים פרטניים לפיתוח המאגרים. הם מציגים תמונה של חלוקת סיכונים לא שוויונית בעליל במתווה הגז, לרעת מדינת ישראל והאינטרסים הכלכליים של אזרחיה.
5. טענה בסיסית זו איננה מועלית לראשונה במסגרת העתירה הנוכחית. טענות רבות דומות הועלו על-ידי ארגונים וגורמים שונים במהלך השימוע הציבורי. לא זו אף זו - בחוות הדעת שהגישה רשות החשמל לשר האנרגיה בנוגע לטיוטת המתווה טרם השימוע הציבורי (ראו נספח ע/43), ציינה הרשות את סוגיית העדר הסנקציות: לא רק בגין אי-עמידה במועדים עתידיים למימוש התחייבויות, אלא גם בגין הפרה קודמת של התחייבויות שכבר נקבעו ולא כובדו על-ידי חברות הגז.
6. למרבה הצער, וכאמור בפרק העובדתי, חוות דעת זו הובילה בין היתר להדחתה של יו"ר רשות החשמל, עו"ד אורית פרקש-הכהן. חוות הדעת נותרה חסויה מעין הציבור, עד שהרשות החליטה בצעד עצמאי לפרסמה. ההמלצות שגיבשה הרשות בחוות הדעת לא נתקבלו על-ידי מגבשי המתווה, וסנקציות כאמור - לא נקבעו.
7. **לסיכום נקודה זו, מתווה הגז אינו מספק הגנה מינימאלית על האינטרס הציבורי במסגרת ההסכם. מלבד הענקת זכויות לחברות הגז, אין הוא מסדיר את המינימום להבטחת עמידתן בחובותיהן - הטלת סנקציות במקרה של הפרה ופגיעה באינטרסים של המשק והחברה הישראלית**. **פגמים אלו במתווה הגז ובהתנהלותה של ממשלת ישראל מהווים חוסר סבירות קיצוני.** 
   1. **העדר הטלת חובה להקים צינור גז נוסף**
8. כיום, למדינת ישראל ישנו מאגר גז אחד, "תמר", ממנו יוצא צינור גז אחד, לאשקלון. כאמור בפרק שדן בסוגיית הייצוא, בהחלטת ממשלה מס' 442 בנושא יצוא הגז משנת 2013 נכלל סעיף אשר חייב את חברות הגז לחבר צינור נוסף ממאגר הגז "תמר", ללא תשלום של המדינה. זאת, לאור העובדה שהספקת גז המבוססת על צינור אחד בלבד מן המאגר מציבה סיכון לפגיעה חמורה במשק במקרה של תקלה או חבלה באותו הצינור.
9. חברות הגז לא עמדו בהתחייבות זו ולא הקימו את הצינור הנוסף. בגין הפרה זו לא הוטלה כל סנקציה על חברות הגז ולא ננקטו צעדים כלשהם בנושאץ. זאת על אף שההחלטה קובעת כי המדינה רשאית להפקיע מחברות הגז את שטר החזקה במידה ולא יעמדו בהתחייבות.
10. כאמור, בחוות הדעת שהגישה רשות החשמל בקשר לטיוטת המתווה צוין המחדל באי-אכיפת הסנקציות בגין הפרת ההתחייבות לפתח צינור נוסף. כמו כן הודגשה החשיבות הרבה בעמידה על חובה זו בהמשך:

"הרשות מדגישה את החשיבות הרבה **בהבטחת אמינות הספקת הגז, באמצעות הקמת צינור נוסף, הקמת מאגר לאחסון גז והבטחת הלחץ המתאים בצינור. שכן המחיר של הפרעות בהספקת הגז לתחנות כח הוא גבוה במיוחד**".

[סע' 10(ב) לחוות הדעת מטעם רשות החשמל, ראו נספח ע/43].

1. על אף זאת, במתווה הנוכחי **חזרה בה** ממשלת ישראל מאותה דרישה להקמת צינור גז נוסף, והפכה אותה להמלצה בלבד, ללא כל סנקציה בצדה. לא קיימות כל הנחיות לתרחיש של פגיעה בצינור הקיים היחיד עד לפיתוח מאגר "לוויתן", למשל במהלך מלחמה - מקרה בו, כאמור, אספקת הגז תיעצר לחלוטין וייגרם נזק כלכלי-סביבתי.
2. לסוגיית הצינור התיחסה אף ועדת הכלכלה, במסגרת נימוקי החלטתה להמליץ לממלא מקום שר הכלכלה שלא להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. במסגרת הנימוקים כתבה הועדה:

הוועדה לא קיבלה הסברים משכנעים בדבר הנחתו וחיבורו של צינור נוסף (ממאגר "תמר" לחוף) במימון המדינה או תכניות לחיבורו הפיזי לחוף והקמת תחנת קליטה נוספת (או שימוש בתחנה הקיימת באשקלון) ואף לא להשמשת אסדת ים-תטיס כאסדת הפקה נוספת ממאגר "תמר".

[עמ' 3 לנימוקי החלטת ועדת הכלכלה, ראו נספח ע/59].

1. ועוד הוסיפו חברי ועדת הכלכלה:

"מוזר הדבר, שדווקא במקום שיש נימוקים ביטחוניים משמעותיים לפעולה, הממשלה נמנעת מכך: במהלך הדיונים הסכימו רוב המומחים, לרבות נציגי הממשלה, כי נדרש חיבור של צינור נוסף לתמר. דווקא בעניין זה הנסיבות הביטחוניות מחייבות הנחת צינור נוסף לאלתר, אך המתווה המונח בפנינו אינו עושה כן. הטיעון החדש שהעלה ראש הממשלה, וקודם לו גם מנהל רשות הגז מר אלכסנדר ורשבסקי, כי לא נדרש צינור נוסף אלא נדרשת הקמת אסדה נוספת הינו - טיעון קלוש וחלש מאוד, וזאת לאור העובדה שהזרמת הגז מלוויתן מתוכננת לא לפני שנת 2020".

[עמ' 6-5 לנימוקי החלטת ועדת הכלכלה, ראו נספח ע/59].

1. **יוצא כי ממשלת ישראל התעלמה מההסכמה הרחבה בעניין חיוניות הצורך בצינור נוסף, וסירבה לכלול במתווה חובה להנחתו. בכך קיבלה הממשלה באופן חד-צדדי את עמדת חברות הגז, הזניחה את הביטחון האנרגטי של האזרחים, והותירה את יתירות צנרת ההובלה כסוגיה פתוחה** - **באופן שמהווה חוסר סבירות קיצונית בהתנהלותה.** 
   1. **סיכום: אישור המתווה ללא התייחסות לסוגיות מהותיות לוקה בחוסר סבירות קיצוני**
2. הנה כי כן, ממשלת ישראל יצרה מסמך המעניק פריבילגיות למונופול הגז, אולם נמנעה מהסדרת חלקים מהותיים ביותר וסוגיות חשובות לאין שיעור. כך פגעה הממשלה באינטרסים לגיטימיים של הציבור הישראלי, וחשפה את מדינת ישראל ואת המשק הישראלי לסיכונים רחבי היקף.
3. התנהלות זו של ממשלת ישראל מנוגדת לפסיקת בית המשפט הנכבד, ממנה ניתן ללמוד כי קביעת הסדר כולל בנושא כה מהותי וחשוב מחייבת "**שקילה יסודית של מכלול שלם של שיקולים בעלי השלכה רחבה**" במגוון תחומים (ראו: בג"ץ 11163/03‏ ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 27 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006)).
4. **יתר על כן, העותרת תטען כי התנהלותה של המדינה - התעלמות בוטה משיקולים רלוונטיים ומסוגיות מהותיות להסדרת משק הגז הטבעי, תוך עצימת עיניים משך חודשים ארוכים מטענות אלו שהועלו בפניה - הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. חוסר הסבירות יורד לשורשם של דברים, ומנוגד לחובתה של ממשלת ישראל לפעול בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים עניינים בלבד ובסבירות. לפיכך, התערבותו של בית המשפט הנכבד - מתחייבת.**
   * + - 1. **היפוך חזקת התקינות: צבר פגמים חמורים בהליך גיבוש מתווה הגז וההחלטה על הפעלת סעיף 52 לחוק**
5. לאחר שתוארו הפגמים החמורים שנפלו במתווה הגז לגופו, **חיוני לעמוד על הצטברות הפגמים הרבים שנפלו בהתנהלות המשיבים לכל אורך הליך גיבוש מתווה הגז ובהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים**. בחירת המשיבים להתנהל במחשכים, ללא שיתוף אמיתי ופתוח של הציבור, תוך סימון המטרה לאחר שכבר נורה החץ – מטילה צל כבד על דרך פעולתם. **התנהלות זו מובילה למסקנה כי אין מנוס מבחינת התנהלות המשיבים כולה מנקודת מוצא הפוכה לחזקת התקינות.**
6. כידוע, חזקת התקינות המינהלית המושרשת בפסיקה הישראלית, מקימה חזקה לפיה כל פעולה מינהלית נעשתה כדין. על מי שמבקש לסתור הנחה זו מוטל הנטל לטעון ולהוכיח כי במקרה הנדון החזקה נסתרת על ידי עובדות (ראו למשל: ע"א 6066/97 עיריית תל אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, 755 (2000); ע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990); יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור 741 (2013); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך 5 סדרי הדין והראיות בבג"צ 309-293 (2010)).
7. חזקת התקינות היא אפוא  חזקה הניתנת לסתירה. כפי שקבע כב' השופט י' זמיר:

"חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית [...]. עוצמת הראיות או מהות הנסיבות הנדרשות כדי להפריך את חזקת החוקיות תלויות בכל מקרה בנסיבות המקרה". (בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690 (1998)).

1. את חזקת התקינות ניתן, בין היתר, להפריך, באמצעות הצבעה על פגמים מהותיים שנפלו בהליך קבלת ההחלטות, בגינם לא ניתן לצאת מנקודת הנחה כי פעולת המינהל התבצעה כדין (ראו למשל: בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, 842, 847 (2004)). אכן, כאשר  רשויות המינהל פעלו באופן מתמשך ושיטתי תוך רמיסת כללי המינהל התקין – חזקת התקינות לא תוכל לעמוד להגנתן.
2. ובענייננו, נפלה שורה ארוכה של פגמים מינהליים בפעולת המשיבים לכל אורך הליך גיבושו של מתווה הגז והפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. הצטברותם של פגמים אלו וחומרתם מחייבת לבחון את פעולת המשיבים מנקודת מוצא הפוכה לחזקת התקינות, ולהטיל על המשיבים את החובה להוכיח כי אין הצדקה להתערבות שיפוטית בפעולתם, על אף החשד והספק העמוק בדבר תקינות התנהלותם אשר הוציא עשרות אלפי אזרחים להפגין ברחובות.
3. מעבר לכך, הפגמים המהותיים עליהם יצביעו העותרות בפרק זה בהליך קבלת ההחלטות, המתווספים לפגמים הרבים שנפלו בעצם הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, כמו גם במתווה עצמו, יורדים לשורשו של עניין ומובילים למסקנה אחת – דין מתווה הגז הינו בטלות. אכן, כללי ההליך המינהלי התקין אינם פרוצדורה בלבד שאין בה מהות. כללים אלו נועדו להבטיח, לפני הכל, הפעלת שיקול דעת תקין בידי הגורם המוסמך, כזה אשר יבטיח את האינטרס הציבורי.
4. בתמצית, הפגמים הרבים בהליך החלו עוד במהלך עיצוב טיוטת המתווה, אשר התנהל במחשכים, ללא תשתית עובדתית בסיסית, בחוסר סמכות משווע ובניגוד לחוק. גם בדרך הפתלתלה שעבר מתווה הגז עד לאישורו הסופי מיום גיבושו, נפלו פגמים רבים ומרובים – החל מהליך "השימוע הציבורי" החטוף; עובר בהחלטת הממשלה לאמץ את מתווה הגז "המתוקן" ללא תשתית עובדתית ראויה; דרך העברת המתווה ל"אישור" הכנסת, אף זאת ללא התשתית העובדתית הראויה; וכלה בתרגיל העברת סמכות הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים מהשר דרעי לראש הממשלה נתניהו, והחלטה על כוונה להפעילו בתום 3 ימים בלבד.
5. ההליך שתואר בהרחבה במסגרת הרקע העובדתי, מתאפיין הן בעריכת פעולות שנועדו לייצר מראית עין של הליך תקין - כדוגמת הליך "השימוע הציבורי" - מבלי למלא את דרישות התקינות במישור המהות, והן בהתנהלות של "עריפת ראשים", תוך סילוקם ו/או החלפתם של כלל בעלי התפקידים אשר העזו להתנגד לתהליך גיבוש ואישור המתווה, וקידום ההליך על-ידי פעילות נסתרת מעין הציבור והפעלת תרגילים פוליטיים ותעלולים של העברות סמכות מיד ליד. **כל זאת, כאמור, במסגרת הליך קבלת החלטות דרמטי מאין כמותו, אשר לו השלכות כלכליות, משפטיות ציבוריות ואחרות חסרות תקדים על מדינת ישראל.**
6. להלן תתייחסנה העותרות אל הפגמים הרבים שנפלו בהליך גיבוש מתווה הגז, לפי סדר התרחשותם.
   * 1. **הליך גיבוש מתווה הגז נערך בניגוד לכללי המינהל התקין**
7. כאמור בפרק העובדתי של עתירה זו, בעקבות החלטת הממונה על ההגבלים לחזור בו מן הצו המוסכם, בסוף שנת 2014 הוקם צוות של פקידי ציבור בכירים לבחינת ענף הגז הטבעי בישראל. צוות זה ניהל משא ומתן חשאי ונסתר עם חברות הגז, ללא סמכות והרחק מעיני הציבור, אשר הוליד את טיוטת מתווה הגז.
8. חשוב להבהיר כי **ההחלטה להקים את הצוות הממשלתי התקבלה כאמור דווקא בנקודה בה החליט הרגולטור – הממונה על ההגבלים העסקיים – לפעול לקידום התחרות במשק הגז הריכוזי. במצב דברים זה, היה אך טבעי זה להניח כי הממשלה תעניק גיבוי לממונה על ההגבלים ותסייע בידו כל אחד בתחומו להביא לאכיפת דיני ההגבלים העסקיים על חברות הגז, מתוך ראיה כוללת, תיאום ותכלול של מגוון ההיבטים הקשורים לעניין**.
9. **ואולם, למרבה הצער, לא כך היה הדבר**. הצוות הממשלתי פעל לעקיפת הממונה ולסיכול אכיפת דיני ההגבלים, כל זאת **בהעדר סמכות, ללא כל מדיניות ברורה, ללא תשתית עובדתית מספקת, בהעדר שקיפות וללא שיתוף הציבור ונבחריו בתהליך**. במצב דברים זה, הצוות הכניס עצמו ברצון לתוך השבי הרגולטורי וכך לא היה סיכוי לגיבוש מתווה אשר יבטיח באמת ובתמים את האינטרס הציבורי.
10. **הצוות הממשלתי הוקם ופעל ללא הגדרת סמכויות**
11. לאחר הפרסומים על הקמתו ותחילת פעילותו של "צוות קנדל", פעלה העותרת 1 מיד לבירור מעמדו של הצוות, לרבות ביחס לכתב מינויו, אופן מינוי חברי הצוות, פירוט סמכויותיו ומטרותיו, הרכב חברי הצוות, ועוד (ראו נספח ע/16).
12. יחד עם זאת כאמור, תשובת משרד ראש הממשלה הבהירה כי צוות קנדל הוקם ללא כל כתב הסמכה מפורש, ומבלי שהוגדרו תחומי פעילותו ומטרותיו בצורה ברורה וסדורה (ראו נספח ע/19). על התנהלות זו נמתחה, כאמור, ביקורת חריפה מצד מבקר המדינה (ראו נספח ע/42). כידוע, **אי הגדרת גבולות סמכות ותחומי פעילות ברורים לפקידי ציבור טומנת בחובה סיכון לפעולת רשות בחריגה מסמכות ותוך פגיעה בעקרונות ממשל דמוקרטי תקין**.
13. ואכן, כצפוי, עיון בסיכומי הישיבות של צוות קנדל מלמד כי **פגם מהותי זה גרם לצוות לפעול כסומא באפילה, תוך זיג-זוג מתמיד בין עמדות שונות וללא סולם עדיפויות ברור**. כך, נסיגתו המשמעותית של הצוות ממטרותיו הראשוניות ומן התנאים שהוצבו לחברות הגז ב"מתווה פברואר", וכן נכונותו לקבל את הנתונים וחוות הדעת שהוגשו על ידי חברות הגז ללא יכולת מקצועית לבקרן ולהעריכן – מעידות כמו כשלעצמן על הנזק החמור ליכולתו המקצועית של הצוות שנגרם עקב דרך המינוי הקלוקלת (ראו נספח ע/31).
14. לסיכום נקודה זו, הרי שפועלו של צוות קנדל בגיבוש מתווה הגז ללא כל הגדרת סמכות ברורה ובהעדר כתב מינוי סדור הקובע את תכליות עבודת הצוות, מעמדו וסמכויותיו – מהווה פגם מהותי בתהליך העבודה וביכולת הצוות לגבש מתווה ראוי ותקין.
15. **עבודתו של הצוות הממשלתי לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה**
16. כידוע, על-פי תורת ההליך המינהלי, **על מנת שהחלטה שלטונית תהיה ראויה ותקדם את האינטרסים החברתיים, שהצדיקו את הענקת הכוח והסמכות לרשות, עליה להיות מבוססת על תשתית עובדתית ראויה** (ראו בג"ץ 164/97‏ קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ‏, פ''ד נב(1) 289, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998); ראו גם בג"ץ 5016/96 חורב נ'  שר התחבורה‏, פ''ד נא(4) 1, פס' 47 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק (1997)).
17. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, התשתית העובדתית תיחשב לראויה אם עמדה בארבעה מבחנים: איסוף נתונים; שייכות הנתונים לעניין; אמינות הנתונים; וראיות מהותיות (בג"ץ 987/94‏‏ יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ''ד מח(5) 412, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (1994) (להלן: "עניין קווי זהב")).
18. והנה, הצוות הממשלתי כשל כבר במבחן הראשון - איסוף הנתונים - בכך שלא טרח אף להזמין את הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים אשר יספקו את הנתונים הבסיסיים השייכים לעניין. ראו למשל את דברי כב' השופט זמיר בעניין קווי זהב:

"הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה [...]. **ייתכן מקרה מורכב וחשוב, שבו צריכה הרשות לחקור ולדרוש, לאסוף מידע מרשויות מינהליות או מגופים אחרים, ואולי אף לבקש חוות-דעת של מומחים**".

1. ראשית, יש לתמוה על מידורו של **המשרד להגנת הסביבה** מדיוני הצוות הממשלתי, כאשר המדובר במשרד אשר היווה חלק אינטגראלי מן הדיונים וועדת צמח ובוועדת ששינסקי, ואשר יש בידיו נתונים בעלי השפעה ברורה על המתווה ועל אסדרת משק הגז הטבעי (ראו והשוו: ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 768 (1995); דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, כרך א 298 (2010)).
2. שנית, יש לתמוה הכיצד **שר הכלכלה ומשרד הכלכלה**, שאמונים על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים, לא נטלו כל חלק בדיונים בנושא הקשור באופן מובהק להגבלים עסקיים, ולמעשה מודרו מן הצוות, וצורפו אליו לבסוף רק בחודש יוני 2015. בוודאי שבכך נפגעה פגיעה קשה בתשתית הנתונים שעליהם הסתמך הצוות הממשלתי כשגיבש את המתווה.
3. לכל אלו יש להוסיף את הדרתה של **רשות החשמל**. העדרותה של רשות החשמל מן הצוות הממשלתי הובילה להפרת האינטרס הצרכני, והותירה את הצוות ללא כל נציג בעל ידע מקצועי ומומחיות בתחום זה שבכוחו להתמודד עם הנתונים שהציגו חברות הגז בנוגע לסוגיית המחיר ובכלל.
4. תחום מומחיותם של חברי הצוות הממשלתי לא שיקף אפוא את מכלול ההתמחויות ותחומי הידע המקצועי הנדרשים לצורך קיום דיון מושכל בסוגיה מורכבת ורב תחומית דוגמת משק הגז הטבעי. לא זו בלבד, אלא שהצוות לא פנה לבעלי מקצוע ולמומחים בתחום האנרגיה או ההגבלים העסקיים (למעט חוות דעת אחת שנתקבלה), על מנת להזמין מהם חוות דעת מלומדות בתחומים בהם נדרש הצוות להכריע.
5. הנה כי כן, העדרותם של גורמי הממשל הרלוונטיים ושל גורמי מקצוע אובייקטיביים מן הצוות הממשלתי – פגעה אנושות ביכולתו להתמודד של הצוות באופן מקצועי עם טענותיהן של חברות הגז, ובעיקר, בשקילת כלל השיקולים הרלוונטיים לצורך גיבוש פתרון כולל אשר יבטיח כיאות את אינטרס הציבור.
6. פגם זה מקבל משנה תוקף בהינתן חשיבות הנושא אשר עמד על סדר יומו של הצוות. כדבריה של הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש:

"אכן, על כל רשות מינהלית להשתית את החלטותיה על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה, שנתקבלה לאחר איסוף נתונים, ותוך הבאה בחשבון של כל העובדות הרלוונטיות לעניין [...] **כך ביחס לכל החלטה של רשות מינהלית, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהחלטה שהשלכותיה ותוצאותיה על המשק ועל החברה הן מרחיקות לכת**". (בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ''ד נג(5) 459, פס' 28 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) ביניש (1999)).

1. יתר על כן, ובנוסף לכך שהצוות הממשלתי כשל בזימון הגורמים אשר יספקו את אותם נתונים רלוונטיים, כשל מהותי נוסף שנפל בעבודתו הינו בכך **שמשרד האנרגיה וחברי צוות קנדל (למעט הממונה על ההגבלים) הסתמכו באופן כמעט מוחלט על נתונים שנתקבלו מחברות הגז**. הצוות הממשלתי לא עשה די כדי להבטיח שהחלטתו תיעשה על בסיס **תשתית עובדתית מקצועית-אובייקטיבית**. כך, מבחינת המסמכים שפורסמו לציבור ביום 1.7.2015, ניתן להסיק כי מרבית המידע התקבל מחברות הגז, ורק מיעוט מהמידע ומהשיקולים התקבלו מגורמים ומומחים חיצוניים.
2. אחת הדרכים להתמודד עם כשל זה ולמזערו הייתה באמצעות שיתוף הציבור עוד מראשית ההליך, טרם תחילת המשא ומתן עם חברות הגז, באופן פתוח ושקוף. ואולם, מסיבה עלומה, סירב הצוות לעשות כן.
3. **הצוות הממשלתי התנהל במחשכים**
4. הפגם השלישי עליו יבקשו העותרות להצביע בעבודת הצוות הממשלתי נעוץ בהתנהלותו הבלתי-שקופה בעליל. למרבה הצער, כפי שהראו העותרות בפרק העובדתי, טיוטת מתווה הגז נוצרה בחסות משא ומתן שהתנהל במחשכים במדיניות מכוונת של הסתרה והכחשה.
5. כידוע, התנהלות תקינה של גוף ציבורי מחייבת כי יפעל בשקיפות ובפתיחות, תוך גילוי מלא ככל הניתן לציבור ביחס לעבודתו:

"השקיפות היא אותו אור השמש המטהר [...]. **חשיפה לעין הציבור היא חלק מתפיסת ההגינות; היא מגבירה את אמון הציבור ברשויות הציבור, ומאפשרת ביקורת אמיתית על פעולתן. לפיכך, שקיפות היא תנאי הכרחי לתקינותה של המערכת הציבורית ולהבטחתו של אמון הציבור בה**" [בג"ץ 8335/09 ‏קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות ממשלת ישראל, פס' ל"א לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.2.2012); ראו גם: בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 22.12.2004)).

1. **התנהלות במחשכים, ללא שקיפות וגילוי מירבי של הרשות הציבורית, מקימה מיידית את החשש לקיומם של אי-סדרים ואף לפגמים חמורים מאלו**. אולם, חרף חשיבותה הנעלה של השקיפות ותרומתה הבלתי-מעורערת להליך התקין, צוות קנדל מיאן לעמוד בדרישות בסיסיות אלו של גילוי דרכי עבודתם ומטרתם לציבור. בפועל, החודשים הארוכים בהם פעל צוות קנדל התאפיינו בפער עצום בין השמועות והמידע החלקי שפורסם באמצעי התקשורת – לבין העלטה המוחלטת שבה התנהל הצוות, תוך סירוב מתמשך למסור ולו בדל מידע לציבור.
2. לכך יש להוסיף את תשובתה המטעה והבלתי-מדויקת של הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה מיום 28.4.2015, שפרטיה הובאו בהרחבה בפרק העובדתי. כזכור, התשובה לבקשת חופש המידע של העותרת 1 (ר' נספח ע/19), כללה – כך מסתבר בדיעבד – אי דיוקים רבים. כך למשל, בתשובה נטען כי "עד כה לא הוצגה בפני המחזיקים עמדה כתובה המייצגת את עמדת כל המעורבים במגעים", זאת בעוד שבישיבה ביום 18.2.2015 הוצג בפני חברות הגז "מתווה פברואר" שהופיע שחור על גבי לבן בסיכום הישיבה (שפורסמה רק ביולי 2015, ר' נספח ע/31). כמו כן, נטען בתשובה כי "לא נערכו פרוטוקולים מסודרים"; בעוד שכידוע, במסגרת השימוע הציבורי, פורסם לכלל הציבור אותו הקובץ שכותרתו "פרוטוקולי הדיונים לגיבוש מתווה הגז הטבעי" (ר' נספח ע/31).
3. מכתב התשובה ניסה לצייר מציאות חלקית, לפיה "אין צוות" אלא מדובר ב"עבודת מטה ממשלתית שגרתית" וכי "לא נקבעו סמכויות כלשהן, בנוסף לסמכויות המוקנות [...] לפי דין" – **כל זאת שעה שצוות קנדל פעל כצוות לכל דבר, וקידם את המשא ומתן מול חברות הגז, ללא כל סמכות, בניגוד לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ותוך עקיפתו ועקיפת בית הדין להגבלים עסקיים.**
4. בסופו של יום, פורסמו סיכומי ישיבות הצוות והמסמכים שהוגשו לו - הגם אם באופן חלקי ובלתי מספק, כפי שיטענו העותרות בהמשך - רק בחודש יולי 2015, למעלה מחצי שנה לאחר שהחל הצוות לפעול. גם פרסום זה נעשה בלית ברירה, ובעקבות המאבק הציבורי, ודרישות לשתף את הציבור בגיבוש המתווה ולפרסם את כלל המסמכים.
5. **לסיכום, מדרך פעולה זו עולה כי לנגד עיניו של צוות קנדל עמדה מטרה אחת – להגיע להסכם מול חברות הגז כמה שיותר מהר, בדרך כמה שפחות שקופה. בתוך כך, פעל הצוות הממשלתי במחשכים, תוך הטעיה ופרסום דיסאינפורמציה, ובניגוד לכללי השקיפות והמינהל התקין המצופים מפקידי הציבור**.
6. **"השימוע הציבורי" נערך תוך הפרה של זכות הטיעון**
7. כאמור בפרק העובדתי, לאחר ההכרזה על גיבוש המתווה להסדרת משק הגז הטבעי של מדינת ישראל ביוני 2015 ופרסום טיוטת המתווה באתר האינטרנט של משרד האנרגיה בראשית יולי 2015, נתבקש הציבור למסור את התייחסויותיו באשר למתווה.
8. עם פרסום המתווה במסגרת "השימוע הציבורי", הוטלו מגבלות על הציבור, הפוגעות ביכולת להגשים את זכות העיון וזכות הטיעון שלו: **הצבת 21 יום בלבד להגשת התייחסויות הציבור** **ומתן פרק זמן של יממה להכנה לשימוע בעל-פה** (פרק זמן בלתי סביר בעליל, בין אם בפני עצמו ובין אם בהשוואה לפרק הזמן שניתן לחברות הגז), **פרסום רק חלק מן המסמכים הרלוונטיים לעיני הציבור, והגבלת מסמכי העמדות ל-10 עמודים בלבד** (מגבלה שהוסרה לבסוף, אך מצביעה על הכוונות של העומדים מאחוריה).
9. **מגבלות אלו פגעו בזכות הטיעון של העותרות, וארגונים ציבוריים שכמותן, לא אפשרו לגורמים שונים בציבור לגבש עמדה מושכלת, שתבקר או תתמוך במתווה, ובוודאי שלא הייתה בהם כדי לאפשר שימוע ציבורי כנה ובנפש חפצה**.
10. כך, מגבלת הזמן - **21 ימים בלבד** - שנקבעה להגשת ההתנגדויות סיכלה כל אפשרות סבירה להנחת חוות דעת של מומחים בפני הוועדה. לעומת הזמן הקצוב שניתן לציבור, חברות הגז קיבלו פרק זמן של **קרוב לחצי שנה**, במסגרתו הציגו טיעוניהם במספר רב של ישיבות אל מול גורמים ופקידים ממשלתיים שונים. המדובר באפליה קשה וחמורה – בין החברות בעלות האינטרס הכלכלי הברור, לבין אלו המדברים בשם האינטרס הציבורי הרחב – הפוגעת בלב ליבה של זכות הטיעון. בהקשר זה אף נזכיר, כי במהלך שנת 2015 פורסם בכלי התקשורת כי יצחק תשובה, הבעלים של קבוצת דלק, קיים כ-10 פגישות במשרד ראש הממשלה החל משנת 2011, מתוכן שבע פגישות עם ראש הממשלה עצמו (ראו: שירות גלובס "יצחק תשובה נפגש עם רה"מ נתניהו 7 פעמים ב-3 שנים" **גלובס** (6.1.2015) http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000998658).
11. לשם השוואה, לו היה מתנהל ההליך כקבלת צו מוסכם בפני הממונה על ההגבלים העסקיים, אזי בהתאם לסעיף 50ב(ד)(1) לחוק ההגבלים העסקיים היו ניתנים לציבור לכל הפחות 30 ימים להגשת התנגדויותיו (ובמקרה של הצו המוסכם עם חברות הגז – ניתנו לציבור לא פחות מ-60 ימים להגשת ההתנגדויות). וזאת, כשמדובר בסוגיות מצומצמות ופשוטות בהרבה מאלו שנכללו במתווה הגז.
12. מגבלה נוספת שהוטלה על השימוע באה לידי ביטוי **בהימנעות מפרסום מכלול המסמכים הרלוונטיים לכלל הציבור**. מגבלה זו סיכלה את יכולתו של הציבור לעמוד על כלל השיקולים שניצבו בפני הרשות המנהלית טרם קבלת ההחלטה על המתווה, ובכך פגעה בזכות העיון, שהינה חלק בלתי נפרד מזכות הטיעון. כך, שורה ארוכה של מסמכים חיוניים לא הובאה לעיון הציבור (ראו לעניין זה את בקשת העותרת 1 לקבלת מסמכים מיום 6.7.2015, נספח ע/34) – ומתוכם רק מסמכים בודדים פורסמו לאחר שהסתיים הליך השימוע.
13. כידוע, זכות הטיעון קנתה אחיזה בשיטתנו המשפטית מימים ימימה והיא ממושכלות היסוד של המשפט המנהלי. היא נועדה להקנות לכל מי שעתיד להיפגע מהחלטה מינהלית הזדמנות להשמיע טענותיו ולהשפיע על החלטת הרשות; להבטיח כי החלטה מינהלית תתקבל בשקיפות ובהליך תקין לאחר שמיעת כלל המידע הרלוונטי; ולקדם השתתפות ציבורית שתשמש כמנגנון ביקורת פנימי למנוע השפעה בלתי הוגנת של קבוצות שונות (ראו למשל: בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2010); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 92 לדעת המיעוט של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.2015)).
14. זכות הטיעון איננה עניין טכני, אלא מהותי, ועליה להיות "נאותה" ו"הוגנת". על הגורם המחליט להאזין לדברים בנפש חפצה, ומתוך נכונות להשתכנע ככל שבדברים יש ממש (ראו למשל: בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299, 316).
15. בענייננו, בכל הנוגע ל"שימוע הציבורי" באשר למתווה הגז – זכות הטיעון **לא ניתנה במלואה, לא הוגשמה ולא מומשה** במהלך השימוע הציבורי, שנערך למראית עין בלבד. התנהלות המשיבים פגעה פגיעה קשה וחמורה בכל אחד מרבדיה של זכות הטיעון, באופן שמעקר מתוכן את תכליתה של הזכות.
16. העותרות יטענו כי הפסיקה עמדה לאורך השנים על כך **שהשמיעה תתבצע לפני קבלת ההחלטה על-ידי הרשות**. זאת, על מנת למנוע מצב בו ההחלטה התקבלה מבלי קבלת כלל הנתונים הרלוונטיים, אשר עלולים לעלות בשימוע. רציונל זה מתקשר ל"כלל הזהב" אשר מגדיר כאמור את הצורך ב"**שמיעה אמיתית והוגנת**":

"**ככלל, על השימוע להערך לפני ההחלטה [...] על הרשות המחליטה להיות פתוחה לשמיעה של כל העובדות והשיקולים שלעניין ולשכנוע**. השימוע נועד להשפיע על ההחלטה. ניסיון החיים מלמד שלאחר שהרשות קיבלה את ההחלטה קשה יותר לשכנעה בכיוון ההפוך. לעיתים היא "ננעלת", ולעיתים תתקשה הרשות המחליטה להודות בטעות". (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, פס' 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור (2004).

1. אולם למרבה הצער, נראה כי רציונל זה לא הוגשם במהלך השימוע הציבורי, וכי עמדת המשיבים הייתה מגובשת ועשויה עוד טרם פצה הטוען הראשון את פיו. מאפייני "השימוע הציבורי" כמו גם אופן התנהלותו בפועל העידה על כך שלמקבלי ההחלטות לא הייתה כוונה כנה לשמוע בלב פתוח ובנפש חפצה את הטוענים, ונעדר כל רצון לקיים דיון מעמיק בסיום השימוע. ההחלטה נתקבלה עובר לשימוע, והליך השימוע הציבורי סיפק כסות לקבלתה במסווה של השתתפות ציבורית.
2. **אכן, סוד גלוי הוא כי לחצים עסקיים כבדים מופעלים על מקבלי ההחלטות נוכח משמעויותיו הכלכליות הדרמטיות של תוצאות ההליך על ידי תאגידי הגז. במצב דברים זה, ישנה חשיבות רבה במיוחד לפתיחת ההליך להשתתפות ציבורית באופן נאות, אשר תאפשר לציבור להשמיע עמדות מנוגדות ולהציג נתונים סותרים לאלו שמוצגים על ידי שותפות הגז – בטרם יתקבלו החלטות בלתי הפיכות. למרבה הצער, נראה כי הצוות הממשלתי אשר ניהל את "השימוע הציבורי" כשל במשימה זו.**
3. יודגש, כי העותרת 1 הגישה עתירה בעניין שלילת זכות הטיעון במהלך השימוע הציבורי יחד עם ארגונים ציבוריים נוספים (בג"ץ 4894/15). העתירה נדחתה על הסף כ"עתירה מוקדמת" תוך שמירת טענותיה של העותרת, ולפיכך הן הובאו כעת בתמצית.
4. **תוצאות "השימוע הציבורי" הלקוי – "המתווה המתוקן"**
5. "השימוע הציבורי" בא לסיומו ביום 21.7.2015. והנה, כבר ביום 16.8.2015, פחות מחודש ימים לאחר תום השימוע, הציגה ממשלת ישראל "מתווה מתוקן" שנוסח לכאורה לאור השימוע והובא לאישור הממשלה.
6. בסד זמנים קצר זה יש כדי להעיד על השפעתו הדלה של השימוע הציבורי על הליך עיצוב המתווה. אך מעבר לכך, גם בהתבוננות אל עומקו של "המתווה המתוקן" ניתן לראות כי רבות לא השתנה.
7. ואכן, כמפורט בהרחבה בפרק העובדתי, סוגיות רבות בטיוטת אשר הציבור הפנה כלפיהן ביקורת חריפה במהלך השימוע לא זכו לכל התייחסות, שינוי או תיקון.
8. **התבוננות במתווה "המתוקן" מחזקת אם כן את המסקנה לפיה השימוע הציבורי נערך למראית עין ותו לא. הטענות שעלו בשימוע על-ידי נציגי הציבור בניסיון ליצור "שיתוף ציבור" כן ואמיתי – לא זכו לשמיעה הוגנת בלב פתוח ובנפש חפצה, ורובן המוחלט ירד לטימיון בסוף תקופת השימוע הבלתי סבירה.**
9. **הממשלה קיבלה את החלטתה שלא על סמך תשתית עובדתית ראויה**
10. פחות מחודש מסיומו של הליך השימוע הציבורי, הספיקה ממשלת ישראל לנסח כאמור מתווה חדש ולאשרו בהחלטת ממשלה ביום 16.8.2015.
11. כפי שיטענו העותרות, החלטה זו התקבלה בניגוד לכללי המינהל התקין, שלא על-סמך תשתית עובדתית ראויה, תוך הצגה חפוזה של פני הדברים, ללא הצגה של חלופות ממשיות וראויות ולאחר דיון קצר ולא מספק של מקבלי ההחלטות - שרי הממשלה - בנושא.
12. כך, על-פי פרסומים בתקשורת, ההצעה עלתה להצבעת הממשלה לאחר **כשלוש שעות בלבד של דיונים**, כאשר בחלק מהדיונים נכחו רק חלק מהמצביעים (לעיתים אף חמישה שרים בלבד). רק לאחר שנסתיים הדיון המקצועי התכנסו השרים להצבעה, כאשר שר אחד - השר אבי גבאי (אשר משרדו כלל לא היה מעורב בדיונים של צוות קנדל למרות ההשפעות הסביבתיות בייצוא הגז הכרוכות בחלק) - הצביע נגד ההחלטה, ושלושה שרים נמנעו. עשרה שרים "הצביעו מרחוק", מבלי לנכוח במקום כלל.
13. גם בהקשר זה, דומה כי הדיון התקיים למראית עין בלבד, ולא על-מנת לערוך דיון מושכל בחלופות ובנקודות השנויות במחלוקת. כמתואר בפרק העוסק בהפעלת סעיף 52, ראש הממשלה בעצמו צוטט בפתח הישיבה באומרו כי "**הדבר הזה לא ייעצר. יחפשו עוד דרך לעכב, עוד תירוץ, עוד סיבה – וזה לא יעזור**" (ראו הודעת דובר רוה"מ מיום 16.8.2015, נספח ע/71).
14. ברי, כי במסגרת זמנים כה קצרה, ובהעדר רוב הנוכחים, כאשר ראש הממשלה מביע עמדה נחרצת בנוגע לתוצאת הדיון, לא הייתה כל כוונה להציג את התמונה השלמה והמורכבת עליה נתבקשו שרי הממשלה להצביע.
15. מעבר לאמור, וכאמור בפרק העובדתי, לאחר קבלת ההחלטה על ידי הממשלה, הנסיבות השתנו באופן מהותי, אשר הצדיק דיון מחדש בממשלה. כמפורט בפרק העובדתי, בשלהי חודש אוגוסט פורסמו ידיעות בדבר תגלית גז משמעותית במצרים. לא ניתן היה להפריז בחשיבותה של ידיעה זו בכל הנוגע להשלכות הנרחבות על משק הגז הישראלי, וכפועל יוצא – גם על מתווה הגז. גילוי מאגר אנרגיה חדש כה משמעותי באזורנו חייב בחינה והערכה מחדש של הנתונים, השיקולים והעקרונות שעמדו בבסיס מתווה הגז כפי שנוסח על-ידי הצוות הממשלתי וכפי שאושר בהחלטת הממשלה.
16. כמו כן, וכמפורט בפרק העובדתי, גם חוות הדעת שהוכנה על-ידי המטה לביטחון לאומי במהלך גיבוש המתווה הודגש האינטרס המצרי בגז הטבעי, הפכה עתה לבלתי רלוונטית, ונדרשה לגביה בחינה מחדש (השוו: בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309 (1985); עע"מ 2418/05‏‏ מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פס' 12 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (פורסם בנבו, 24.11.2005)).
17. בנסיבות אלו, יטענו העותרות כי הליך קבלת ההחלטה בממשלה לאשר את מתווה הגז "המתוקן" היה פגום: **לא נאספו מכלול הנתונים, לא נבדקה** **שייכותם לעניין ואמינותם, לא הובאו ראיות מהותיות אשר יסייעו בקבלת ההחלטה והנושא לא נידון מחדש לאחר שינוי נסיבות מהותי. הדיון היה שטחי וקצר – ומטרתו אחת: להעביר את אישור המתווה, ולא לדון בו לגופו של עניין**. **נוכח האמור, אין כל ספק כי קבלת ההחלטה לא עמדה במבחני עניין קווי זהב אשר הוצגו לעיל, ולא התבססה על תשתית עובדתית ראויה. לפיכך, נפל בהחלטה זו פגם מהותי.**
18. **המתווה עלה לאישור הכנסת מבלי להבטיח את זכות ההשתתפות**
19. מעבר לכך, וכפי שתואר בפרק העובדתי, ביום 7.9.2015 הונח מתווה הגז על שולחן הכנסת לשם אישור "הצהרתי". ארבעה ימים לפני מועד ההצבעה במליאה נשלחו לחברי הכנסת פרטי המתווה, כמו גם חוות הדעת הביטחוניות וכן חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.
20. ואולם, כמפורט בפרק העובדתי, גם הליך זה התבצע בחטף, מבלי להניח תשתית עובדתית מספקת לחברי הכנסת המצביעים ומבלי להביא בחשבון שיקולים ונתונים רלוונטיים וחשובים להחלטה – ובפרט את תגלית הגז במצרים, אשר נתגלתה זמן קצר לפני קיום ההצבעה, הכל כמתואר לעיל, ומבלי שניתנה לחברי הכנסת האפשרות לעיין במסמכים המבוקשים וללמוד על ההתפתחויות החדשות והשפעתן.
21. כמו כן, כיממה לפני ההצבעה פנתה חברת הכנסת שלי יחימוביץ' אל ראש הממשלה, שר האנרגיה, היועץ המשפטי לממשלה ולמכותבים נוספים בבקשה להעביר לעיון חברי הכנסת המצביעים מסמכים חשובים אשר יאפשרו להם ללמוד את הנושא ולעומק ולהצביע מתוך ידיעה והבנה בנושא (ר' נספח ע/47). אולם גם פניה זו נותרה ללא כל מענה, ולא ניתן בידי חברי הכנסת לעיין במסמכים המבוקשים, ולא ניתן בידיהם ללמוד על ההתפתחויות החדשות והשפעתן.
22. נזכיר בהקשר זה את פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין הליך חקיקה נאות, היפה גם בנוגע להליך "הצהרתי" מעין זה:

"השתתפותו של חבר-הכנסת בהליך החקיקה אינה מתמצה רק ב'נגישות להליכי הבית' או בהשתתפות בדיון ובהצבעה [...].ההשתתפות של חבר-הכנסת בהליך החקיקה כוללת גם את '...האפשרות המעשית לגבש את רצונו' בנוגע להצעת החוק [...]. **עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק**" (בג"ץ 4885/03‏ ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ''ד נט(2) 14, פס' 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) ביניש (2004)).

1. לסיכום נקודה זו, גם בהליך ההצבעה על מתווה הגז בכנסת נפלו פגמים, אשר הפכו את ההצבעה ממהלך חשוב המבטא שקיפות, שיתוף של נציגי הציבור ודיון מהותי ורציני – למהלך ריק במידה רבה מתוכן, שנועד בעיקר למטרות הצהרתיות של "כיסוי" בלבד. **במסגרת זו, לא ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות הוגנת ואמיתית ללמוד על פרטי המתווה, להתעדכן בהתפתחויות האחרונות ולהשפיע השפעה ממשית על גיבושו ועל תהליך קבלתו. הכנסת הפכה באופן ציני ל"כלי משחק" בידי הממשלה, ועקרון הפרדת הרשויות נעלם - כלא היה**.
2. **"עריפת ראשי הפקידים" שהביעו התנגדות למתווה הגז – פגיעה בהליך הדמוקרטי**
3. טרם נסכם חלק זה בטיעון המשפטי, יבקשו העותרות להציג פגם חמור אשר אפיין את הליך גיבושו ואישורו של מתווה הגז מתחילתו ועד סופו. הליך זה, לכל אורכו, התאפיין בהתנהלות **דורסנית** של ממשלת ישראל אשר באה לידי ביטוי **ב"סתימת פיות"** של כל גורם מקצועי ו/או ממונה אשר העז להביע התנגדותו למתווה – בראשם, כמובן, הממונה על ההגבלים העסקיים היוצא פרופ' גילה וכן יושב-ראש רשות החשמל המודחת עו"ד אורית פרקש-הכהן.
4. זאת, בניגוד בוטה לעיקרון, לפיו "**במשטר דמוקרטי, יש להיזהר מאפקט של 'סתימת פיות' והשתקת דעות**" (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008); ראו גם בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' פרופ' יולי תמיר - שרת החינוך, פס' 10 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל ‏(פורסם בנבו, 17.4.2008)).
5. כמתואר בראשיתה של עתירה זו, בתאריך 23.12.2014 הודיעה רשות ההגבלים העסקיים לחברות "דלק" ו"נובל" על החלטתה שלא להגיש את הצו המוסכם להסדרת סוגיית ההסדר הכובל במאגר לוויתן לאישור בית הדין להגבלים עסקיים. זאת, משום שלעמדת הרשות "**הצו המוסכם לא ייצור פתרון תחרותי של ממש הפותר את בעיית המונופול בשוק**" (ראו נספח ע/13).
6. חצי שנה מאוחר יותר, התפטר מתפקידו הממונה על ההגבלים העסקיים, פרופ' דיוויד גילה, לאחר שהצהיר כי המתווה שהתגבש בהמשך להודעת הרשות לא יביא לתחרות בשוק הגז הטבעי, והוא אינו יכול – כך לדבריו – להיות שותף להוצאתו לפועל של מתווה זה.
7. במכתב התפטרותו כתב פרופ' גילה:

"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**". (ראו נספח ע/23).

1. אם כן, מדבריו של פרופ' גילה עולה בבירור, כי החל מאותו יום שבו הביע פרופ' גילה את התנגדותו, נתקל הוא בניסיונות חוזרים ונשנים לפגוע בעצמאות הרשות להגבלים עסקיים, להתעלם ולעצום עיניים אל מול עמדתה המקצועית, עד כדי ריקון מתוכן של תפקיד הממונה – אשר נאלץ בסופו של דבר להודיע, בלית ברירה, על התפטרותו.
2. כמו כן, כמפורט בפרק העובדתי, שלושה חודשים לאחר מכן נתבשר הציבור בישראל על רגולטורית בכירה נוספת שתסיים את תפקידה על רקע התנגדותה למתווה הגז - יו"ר רשות החשמל, עו"ד אורית פרקש-הכהן. בבסיס ההחלטה להדיח את עו"ד פרקש-הכהן ולפגוע עמד **שיקול זר** שענייננו חילוקי הדעות המקצועיים בינה לבין בכירי הממשלה בנוגע למתווה הגז ומידת ההתערבות הראויה בתעריפי הגז (בסוגיה זו אף הגישה העותרת 1 עתירה לבית משפט זה – בג"ץ 8612/15). העותרות יזכירו כי, למיטב ידיעתן, רשות החשמל היא **הגורם היחיד** ברשות המבצעת אשר הניח במסגרת "השימוע הציבורי" חוות דעת בה הובעה התנגדות מפורשת למתווה הגז (ראו נספח ע/43).
3. **הנה כי כן, נראה כי מדובר בתופעה שהפכה למגמה של ממש – לנטרל או להדיח כל רגולטור עצמאי אשר מעז להביע את עמדתו המקצועית ולהתנגד לפעולות הממשלה. תופעה זו החלה כאמור עם הממונה על ההגבלים העסקיים, שנאלץ בלית ברירה להודיע על התפטרותו לאחר שהממשלה סירבה לקבל את עמדתו המקצועית וביקשה לעקוף את סמכויותיו בניגוד לדין – ובהמשך היא באה לידי ביטוי אגרסיבי אף יותר עם ההחלטה בנוגע ליו"ר רשות החשמל**.
4. המשך אותה מגמה בהתפטרותו המפתיעה של שר הכלכלה אריה מכלוף דרעי, לאחר שסירב להפעיל בעצמו את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. תרגיל פוליטי בלתי-ראוי זה היה בבחינת הוספת חטא על פשע.
5. **העותרות יטענו כי מדיניות שכזו של פגיעה בעצמאות בעל הסמכות ו"סתימת פיות" משדרת מסר מסוכן למערכת הפוליטית ולשירות הציבורי, ועלולה להוביל לאפקט מצנן מסוכן**. החשש הוא כי פקידי ציבור ורגולטורים שעצמאותם חיונית לתפקודם התקין יחששו בעתיד לפעול בהתאם לסמכות שהוקנתה להם בחוק ולממש את אחריותם – וישקלו שיקולים זרים בשל הלחץ הפוליטי והחשש מהפסקת כהונתם בטרם עת.
6. הנה כי כן, התנהלות המשיבים מלמדת על ניסיונם להימנע ולעקוף את עמדות הגורמים המקצועיים, ולקדם בכל מחיר, משיקולים שאינם שייכים לעניין – את המתווה אותו גמרו בליבם לאשר. בכך, רמסה והתעלמה ממשלת ישראל בבוטות מכללי המינהל התקין.
7. **הליך ההיוועצות עם ועדת הכלכלה נערך שלא "בנפש חפצה ובלב פתוח"**
8. כפי שפורט בהרחבה בפרק על הפעלת סעיף 52 לחוק לעיל, אף ההליך "האחרון בשרשרת" – היוועצותו של מ"מ שר הכלכלה עם ועדת הכלכלה בכנסת במסגרת שקילת הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים – לקה בשורה ארוכה של כשלים ופגמים.
9. כך, לוועדת הכלכלה בכנסת לא הועברו מכלול המסמכים והפרטים שנתבקשו על ידה, וההיוועצות בה החלה לאחר שמ"מ שר הכלכלה כבר גמר בדעתו להפעיל את סעיף 52 לחוק וראה למעשה בהליך היוועצות כאקט פורמאלי בלבד שלא נשקל על ידו בנפש חפצה ובלב פתוח.
10. **סיכום ביניים**
11. לטענת העותרות, **פגמים חמורים היורדים לשורשו של עניין נפלו בהליך גיבושו ואישורו של מתווה הגז ובהפעלת סעיף 52 לחוק.**
12. הליך קלוקל זה, מלבד היותו פגום ומנוגד לכללי המינהל התקין ולהלכה הפסוקה בעניין הליך מינהלי ראוי – מעלה חשש של ממש לאיכותו של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, עת אנו עדים להתנהלות מגמתית של הממשל בישראל הנעשית **במחשכים, ללא שקיפות, ללא שרטוט ברור של סמכויות וגבולות, תוך סתימת פיות של קולות** **המתנגדים וברמיסה גסה של כללי המינהל התקין כפי שהתגבשו לאורם של עקרונות הדמוקרטיה בישראל לאורך השנים.**
13. לאור זאת, **אין מנוס מן המסקנה לפיה דין מתווה הגז וההחלטה על הפעלת סעיף 52 – פסלות. לצד זאת, הצטברות הפגמים וחומרתם מחייבת לשלול את נקודת המוצא של חזקת התקינות לפיה פעולות המינהל בוצעו כדין, ולבחון את הפגמים הרבים שנפלו במתווה הגז לגופו באופן ביקורתי וספקני, ללא הנחות מקלות לטובת המשיבים.** 
    * 1. **סיכום העילות לביטול מתווה הגז ולביטול הפעלת סעיף 52 לחוק**
      2. **החלטות שהתקבלו בחוסר סמכות**
    1. **ממלא מקום שר הכלכלה אינו מוסמך ליטול את סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים ו"להלבין" זאת באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק**
14. הליך גיבוש ואישור מתווה הגז נערך תוך נטילת סמכויות אסורה. סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים ניטלו מידיו בניגוד לדין על-ידי "הצוות הממשלתי", אשר כפה עצמו על הממונה על ההגבלים העסקיים ללא כל בסיס חוקי. "הצוות הממשלתי" פעל באופן עצמאי לגיבוש מתווה המשא ומתן עם חברות הגז עד אשר דחק את הממונה על ההגבלים העסקיים מן התמונה. גם לאחר פרישת הממונה על ההגבלים העסקיים מתפקידו, המשיך "הצוות הממשלתי" לקדם את המתווה בניגוד לעמדתו של הממונה היוצא ו**בהעדר כל סמכות**.
15. ולבסוף, כמו להוסיף חטא על פשע – ניסה ממלא מקום שר הכלכלה "להלבין" את העדר הסמכות באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק, תוך הסתמכות רעועה על "שיקולי חוץ וביטחון" ועל נסיבות חריגות וקיצוניות אשר על פניו אינן מתקיימות. יוזכר שוב, כי מעולם לא נעשה שימוש בסעיף 52, והפעלתו החריגה מהווה לעמדת העותרות ניסיון להכשיר בדיעבד ומטעמים לא ענייניים הליך בלתי חוקי.
16. בכך, פעל הצוות הממשלתי תוך **נטילת סמכויות אסורה**, בניגוד לחוק יסוד: הממשלה וחוק הממשלה ולחוק ההגבלים העסקיים, אשר מעניק לממונה – ולו בלבד – סמכויות ייחודיות **בעל אופי שיפוטי**.
17. ממלא מקום שר הכלכלה פעל בחריגה מסמכות, כאשר נטל סמכויות שלא לפי התנאים הקבועים בחוק, ובפרט כאשר קיים הליך היוועצות מלאכותי בסיס פעילותו חסרת הסמכות של צוות קנדל.
18. בית המשפט הנכבד עמד מימים ימימה על החשיבות שבשימוש בסמכות השלטונית בהתאם לכללים אשר נקבעו בחוק. ראו דבריו של הנשיא (בדימוס) אגרנט:

"**מן המפורסמות הוא, כי השימוש בסמכות שלטונית - והסמכויות האמורות של הממשלה ושל ראש הממשלה הן בגדר סמכויות שלטוניות - צריך להיעשות בדל"ת אמות החקיקה שהקימה אותה סמכות**. השיקולים המדריכים את בעל הסמכות צריך שיהיו השיקולים העומדים ביסוד החקיקה ממנה יונקת הסמכות"

[בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1162 (1961)].

1. כפי שהבהיר בית המשפט הנכבד, דרישת הסמכות מתבקשת לאור עיקרון שלטון החוק - הפורמאלי והמהותי, ועל פי עיקרון חוקיות המינהל (ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ''ד נג(4) 817, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).
2. ואכן, **חוסר סמכות או חריגה מסמכות על-ידי רשות מינהלית הם פגם חמור, ועילה מובהקת להתערבות בית המשפט** (ראו אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי - עילות ההתערבות** 9 (2008); עע"מ 2418/05 מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 24.11.2005).
3. על בעייתיות הנטילה עמד גם פרופ' זמיר בספרו "הסמכות המינהלית":

"**אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה אינו בתחום הסמכות ולכן הוא בלתי חוקי"**

[יצחק זמיר הסמכות המינהלית - כרך א 50 (1996)]

1. ודוק, תכלית עילת הסמכות המינהלית היא הגשמת העיקרון הדמוקרטי. היא מבטיחה כי הרשות המינהלית תפעל במסגרת גבולות המנדט שניתן לה על ידי העם, הוא הריבון, וכפי שהוגדר על-ידי הרשות המחוקקת. כמו כן, דרישת ההסמכה מבטיחה את פעולתה התקינה של הרשות המינהלית, תוך מניעת פעולה שרירותית (ראו שרגא ושחר, עמ' 11-10).
2. בענייננו, עסקינן בסוג מסוים של פגם במישור הסמכות - חריגה מסמכות במובן של חריגה מדל"ת אמותיו של הדין המסמיך, והתנהלות גוף מוסמך שלא בהתאם לתנאים שבחוק.במקרים דומים שהובאו בעבר לפתחו של בית המשפט הנכבד, עמד הוא על העיקרון לפיו על **בעל השררה לפעול אך ורק לשם מטרת החקיקה שממנה הוא יונק את סמכותו**.כך למשל, בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**,** פ"ד נח(5) 807 (2004) נקבע כי סמכותו של המפקד הצבאי מוגבלת לשיקולים צבאיים-בטחוניים, אך אין הוא מוסמך להביא בחשבון טעמים מדיניים-פוליטיים.
3. אולם, כפי שטענו העותרות, בהליך גיבוש ואישור מתווה הגז נפל פגם מינהלי חמור מסוג של חוסר סמכות: הצוות הממשלתי פעל בהעדר סמכות ותוך נטילה אסורה של סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים; וראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה חרג מהסמכות הקבועה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, בניסיון "להלבין" את חוסר הסמכות הראשוני, ותוך הוספת חטא על פשע.
4. **לאור האמור לעיל, תבקשנה העותרות מבית המשפט הנכבד להורות על בטלותו של מתווה הגז מחמת העדר סמכות** **וחריגה מסמכות**.
   1. **הממשלה אינה מוסמכת לכבול את שיקול דעתה**
5. במסגרת סעיף י' למתווה הגז, סעיף "היציבות הרגולטורית", **כובלת ממשלת ישראל את שיקול הדעת של הרשות המבצעת** (הנוכחית והעתידית) **והרשות המחוקקת** (הנוכחית והעתידית) למשך עשר השנים הקרובות. זאת בקשר למנעד רחב של תחומי רגולציה הנוגעים למשק הגז. כבילה כזו נעשתה בחוסר סמכות.
6. לרשות המינהלית חובה מתמדת להפעיל את שיקול דעתה. מכך נובע כלל היסוד במשפט המינהלי האוסר על כבילת שיקול הדעת של הרשות המינהלית. ראו:

"בנסיבות שבהן שיקולים שבטובת הציבור גוברים על החובה לכבד הסכמים והבטחות, כי אז "**העקרון המרכזי בדיני חוזים של כיבוד הסכמים מפנה מקומו לעקרון של אי-כבילת שיקול הדעת של רשויות הציבור ונבחרי הציבור**; המחוייבות לתפקיד גוברת במקרה זה על המחוייבות להסכם" (ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א) [27], בעמ' 358)".

[בג"ץ 585/01‏ קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ''ד נח(1) 694, פס' 20 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (2003)].

1. כפי שטענו העותרות, **הוראות הכבילה הינן משוללות סמכות**, **בלתי סבירות באופן קיצוני ומנוגדות למבנה החוקתי של מדינת ישראל**. אין זה בסמכותה של ממשלת ישראל לכבול באופן כה חריג וקיצוני את שיקול הדעת של רשויות השלטון מכאן והלאה באופן כה חסר תקדים וקיצוני בהיקפו.
2. **לאור זאת, תבקשנה העותרות מבית המשפט הנכבד להורות על בטלות הוראות הכבילה ("סעיפי היציבות הרגולטורית"), ו/או להכריז כי אין להם כל תוקף מחייב כלפי חברות הגז. זאת משום שהוראות אלו נעשו בחוסר סמכות, והן אינן חוקתיות.** 
   1. **הממשלה אינה מוסמכת לקבל החלטות המנוגדות לחוק או החלטות שהן במהותן הסדר ראשוני ולהחילן באופן בלתי שוויוני**
3. **ההסדר המיסויי במתווה הגז מנוגד לחקיקה הקיימת, ומשנה למעשה את ההסדר הקבוע בחוק ששינסקי**. מעבר לכך, "תיקון חוק ששינסקי", כפי שנקבע במתווה, יחול באופן תמוה רק על בעלי הזכויות בשני מאגרים, תמר ולוויתן, ולא על יתר בעלי זכויות (קיימים או עתידיים) במאגרי הגז. בכך, פוגע המתווה בעקרון השוויון בפני החוק, ומפלה ללא הצדקה בין חברות הגז שמחזיקות במונופול (שמקבלות תנאים מועדפים) לבין יתר החברות.
4. בכך, לא רק שפועלת ממשלת ישראל בניגוד לחוק, אלא גם יוצרת הסדר מס פרטני, עוקף-חקיקה, הפוגע אנושות באינטרס הציבורי.
5. התנהלות זו של ממשלת ישראל מנוגדת לעקרונות שהתווה בית המשפט הנכבד בנוגע לכוחה של הממשלה לחרוג מן ההסדרים הראשוניים והחקיקה הראשית שמתווה הרשות המחוקקת – כנסת ישראל. ראו דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק:

"אנו מבחינים, במסגרת חקיקת המשנה, בין שלושה סוגים של תקנות [...]: תקנות ביצוע (secundum legem) תקנות מחוץ לחוק (praeter legem) ותקנות בניגוד לחוק (contra legem). [...] כאשר ההסמכה היא לתקנות ביצוע, מוסמך מחוקק המשנה לקבוע הסדרים המבצעים את העקרונות ואמות המידה הקבועים בחקיקה הראשית. **מחוקק המשנה אינו רשאי לקבוע את עקרונותיו של ההסדר עצמו. עליו להסתפק בקביעת דרכי הפעולה, האכיפה וההוצאה לפועל** [...]. רק תקנות ביצוע עולות בקנה אחד עם שלטון חוק מהותי. לעומת זאת, תקנות בניגוד לחוק פוגעות בשלטון החוק המהותי [...] הן פוגעות במשטר הדמוקרטי, בהחליפן "משטר דמוקרטי-פרלמנטרי" ב"משטר דמוקרטי - פורמאלי" [...].

כפי שראינו, עקרון שלטון החוק הפורמאלי מחייב, כי כל חקיקת משנה, יהא איפיונה אשר יהא, ישאב כוחו מדבר חקיקה ראשית. זהו העיקרון של חוקיות המינהל. **סמכות החקיקה נתונה בישראל לכנסת, אשר מהווה את "בית הנבחרים" של המדינה** [...] אין לרשות המבצעת סמכויות חקיקה, אלא אם כן המחוקק הראשי הסמיכן לכך. [...]

**כאשר החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לחקיקת משנה, חייבת חקיקת המשנה לקיים את הוראות ההסמכה, שאם לא כן היא תחרוג מסמכותו (ultra vires) של מחוקק המשנה".**

[ע"א 524/88‏ "‎פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ‎ ‎נ' שדה יעקב‏, פ''ד מה(4) 529, פס' 25 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק (1991)].

1. **העותרות תטענּה כי התנהלות ממשלת ישראל מחייבת את התערבות בית המשפט. מדובר בחריגה בוטה ומובהקת מסמכות ובפגיעה חמורה בעיקרון הפרדת הרשויות. לאור זאת יש להורות על בטלותם של סעיפי ההסדר המיסויי במתווה הגז, מפאת חוסר סמכות.**
2. **הפעלת סעיף 52 ומתווה הגז מלמדים על שיקול הדעת המינהלי פגום מהיסוד**
   1. **פגיעה באינטרס הציבורי**
3. טיבה של כל פעולה מינהלית נמדד, בין היתר, באופן שבו היא מגשימה את האינטרס הציבורי. "האינטרס הציבורי" אינו מושג מוגדר. הוא משקף את מכלול הערכים העומדים בבסיס החברה והמשטר. ראו לעניין זה את דברי כב' הנשיא (בדימוס), השופט ברק:

"האדם הוא יצור חברתי. הוא אינו חי על אי בודד. הוא חלק מחברה. **לחברה אינטרסים ומטרות שאותם מבקשת היא להגשים. קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי, ביטחון הציבור ושלומו, טוהר השיפוט וכיוצא באלה ערכים כלליים, מהווים את מכלול האינטרס הציבורי, אשר כל משטר דמוקרטי מבקש להגשימם**. [...]

לכל מדינה זהות קולקטיבית; לכל מדינה היסטוריה לאומית; לכל מדינה שאיפות חברתיות. הגשמתן של כל אלה היא חלק מהאינטרס הציבורי [...]

**האינטרס הציבורי הראוי להגנה חוקתית אינו מושג מוגדר וקבוע. הוא משקף את ה"אני מאמין" של החברה. הוא ביטוי לאינטרס של הכלל, הנדרש על-ידיו כגוף מאורגן** [...]. הוא כולל בחובו גם היבטים שונים של אינטרס הפרט.

[בג"ץ 6126/94‏ סנש נ' רשות השידור, פ''ד נג(3) 817, פס' 13 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק (1999)].

1. בבואנו לבחון האם מתווה הגז משרת את האינטרס הציבורי, אין מנוס מן המסקנה כי ההפך הוא הנכון: **המתווה מנוגד לאינטרס הציבורי ופוגע בו פגיעה קשה.**
2. כפי שהראו העותרות בעתירה זו, מתווה הגז מאפשר את קיומו, ביצורו ושגשוגו של מונופול עוצמתי בעל שליטה מוחלטת בענף הגז הטבעי בישראל. כך נוצרת תלות ממשית של המדינה במונופול. בה בעת, ידיה של המדינה – נכבלות. היא איננה יכולה לקדם את האינטרסים של אזרחיה, להפעיל רגולציה יעילה ומיטיבה ולשרת את החברה הישראלית.
3. אישור מתווה הגז פגע הן באינטרסים הכלכליים של הציבור, שמקורם במשאבי הטבע שבבעלותו, והן ביכולתה של המדינה לקבל החלטות עצמאיות ובלתי-תלויות, הנדרשת בהתאם למשטר הדמוקרטי השורר בה.
4. כל זאת כאמור, בניגוד לעמדתו של הרגולטור הבכיר במדינה, הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר אמון על האינטרס הציבורי בהקשר של הבטחת תחרות במשק ומניעת ריכוז הכוח בידי מעטים.
5. המתווה אף מסכל הגשמתן של אותם מטרות ואינטרסים שהוא עצמו מתיימר להשיג. אף הפעלת סעיף 52 בפני עצמו, בנסיבות אלו מנוגד לאינטרס הציבורי, בעיוות מטרותיו והוראותיו.
6. **לאור האמור לעיל, תטענה העותרות כי המתווה וההחלטה להפעיל את סעיף 52 מנוגדים לאינטרס הציבורי, ומשום כך דינם בטלות**.
   1. **פגיעה בשלטון החוק**
7. שלטון החוק הינו בסיס משטרנו הדמוקרטי החוקתי:

"**לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי**. סדר זה הוא היסוד לקיומן של המסגרות המדיניות והחברתיות ולהבטחת זכויות האדם. הללו אינם מתקיימים באווירה של לית דין".

[בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ''ד מ(3) 505, פס' 26 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) שמגר (1986)].

1. לעניין זה יפים גם דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) שמגר בע"ב 2/84 ‎ניימן‎ ‎נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ''ד לט(2) 225 (1985):

"**ביטויו העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים-לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים - אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות**, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה".

1. ואולם, כפי שהראו העותרות, לאורכה של עתירה זו, בהפעלת שיקול דעתם במסגרת הליך גיבוש ואישור מתווה הגז פגעה ממשלת ישראל פגיעה קשה בשלטון החוק, לרבות על-ידי פגיעה ישירה בדיני ההגבלים העסקיים ובחוק ששינסקי ומתן פטור גורף מהסדר כובל ללא כל תמורה וללא הצדקה, וכן על-ידי זלזול מתמשך ובוטה בהליך הדמוקרטי, ובמעמדם ובסמכותם של הרגולטורים הבכירים במדינת ישראל.
2. יתר על כן, כפי שהראו העותרות, הליך גיבוש המתווה נעשה בחריגה בוטה מסמכות – הן בהקמת "הצוות הממשלתי" נעדר הסמכות, הן בעקיפת הממונה על ההגבלים העסקיים בניהול משא ומתן עם חברות הגז, הן בעצם הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים והן בגיבוש הסדרים ספציפיים שיש בהם משום חריגה מסמכות – כגון סעיפי היציבות הרגולטורית וההסדר המיסוי.
3. חמור מכל, הפעלת סעיף 52 ומתווה הגז עצמו מעודדים אי ציות לחוק. העותרות מבקשות לחזור ולהדגיש, כי כדור השלג החל להתגלגל ולצבור תאוצה ועצמה, בכך שחברות הגז נתקשרו בהסדר כובל – ביודעין בניגוד לדין.
4. ומה היו תוצאות הפרה זו של החוק ושל הלחצים והאיומים שבאו בעקבותיו?! ביצור מעמדם כמונופול וכקרטל – על חשבון ותוך סיכון אינטרסים ציבוריים חיוניים לדורי דורות.
5. **לאור כל האמור לעיל, תטענּה העותרות כי מתווה הגז פוגע פגיעה קשה ובלתי מתקבלת על הדעת בעיקרון שלטון החוק, ומשום כך תתכבדנה לבקש מבית המשפט הנכבד כי יורו על בטלותו של המתווה.**
   1. **הפרת החובות כלפי הדורות הבאים**
6. מדינות רבות בעולם, לרבות ישראל, אימצו את הרעיון לפיו על המדינה מוטלת החובה להתוות מדיניות ולנקוט בצעדים אשר יקדמו ערכים כגון שוויון וצמיחה כלכלית באופן **הצופה פני עתיד**, תוך **התייחסות רחבה אל הדורות הבאים ואימוץ חשיבה לטווח הארוך** (ראו, למשל, הכנסת – נציבות הדורות הבאים "הצעות ניסוח לחוקה בהסכמה רחבה" (מוגש לועדת חוקה, חוק ומשפט, 2.11.2005); הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 15) (נציב הדורות הבאים לכנסת), ה"ח התשס"א-2001; הצעת חוק הגנה על זכויות הדורות הבאים, התשע"ה-2015).
7. רעיונות אלו אומצו הן בספרה המשפטית – בכלים של משפט בינלאומי – והן בספירה הכלכלית – בתחום הכלכלה הבין-דורית. גם בפסיקת בית המשפט הנכבד נידונו שיקולים של **צדק בין-דורי** בהקשרים שונים (ראו למשל: בג"ץ 1027/04 ‏פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 50; בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, ס' 2 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים).
8. על מחוייבות זו לדורות הבאים עמד, כאמור, כבוד השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין, אף בנוגע להסדרת משק הגז עצמו, במסגרת בג"ץ יצוא הגז (בה היה בדעת מיעוט):

"הדברים אמורים במיוחד במבט לעתיד. **אנו מחויבים לא רק לכאן ועכשיו; אנו מחויבים לדורות הבאים, גם אם בכנסת נדם מוסד "נציב הדורות 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.

[...] **בענייננו עומדת על הפרק החלטה הנוגעת ל"אינטרסים של הציבור בכללותו" (פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא), אשר לה השלכה על הדורות הבאים,** ועל-כן דעתי היא כי הוא בא – במובהק – בקהלם של אותם עניינים, המחייבים עמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת".

[בג"ץ הייצוא, פס' י-יא לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין].

1. **מתווה הגז מפר באופן מובהק את חובה זו של מדינת ישראל**. כך, המתווה פוגע בניסיון להבטיח ביטחון אנרגטי וודאי למדינת ישראל לתקופה ארוכה; מטיל סיכונים כלכליים עתידיים עצומים על כתפיו של הציבור; מסכל כל אפשרות לערוך שינויים רגולטורים אשר יטיבו עם הציבור והמשק הישראלי; כובל את שיקול הדעת של כנסות עתידיות; מבצר מונופול בענף הגז הטבעי, שהינו מצרך חיוני לכלל המשק, ובכך מעניק לו כוח והשפעה חסרת תקדים על הליך קבלת ההחלטות בישראל ועל מערכת הביטחון, וזאת לשנים קדימה; ובמקום עצמאות אנרגטית הופך את תושבי מדינת ישראל לבני ערובה בידי מונופול השולט על השלטר ועל המפתח לכלכלה הישראלית.
2. לכלל הצעדים וההחלטות הפגומות הנ"ל יש השלכה שלילית חסרת תקדים על הדורות הבאים בחברה הישראלית, באופן שמצביע למעלה מכל ספק על התעלמות משיקול רלוונטי זה במניין השיקולים שהביאו לנוסח המתווה. היטיבה לתאר זאת ועדת הכלכלה, במסגרת הנימוקים להחלטתה להמליץ שלא להפעיל את סעיף 52 (נספח ע/59 לעיל):

"מיד עם קבלת בקשתו של ראש הממשלה ושר הכלכלה לפתוח בהליך ההיוועצות וטרם תחילת הדיונים עצמם, ביקשנו מראש הממשלה ושר הכלכלה לקבל את כל המידע והמסמכים החיוניים עליהם אמור היה הפטור להיסמך. לצערי הרב, **נוצרה תחושה שלא התפוגגה במהלך ההיוועצות לפיה נציגי הממשלה מעדיפים את העתיד של הדור הנוכחי על חשבון הדורות הבאים**. לדעתנו, דווקא מדינת ישראל שנמצאת במאבק מתמשך מול חלק משכנותיה, כשארגוני טרור כמו דאע״ש ודומיו הולכים ותופסים אחיזה באזור ואל זה נלווה החשש מהחרמה בינלאומית של מוצרים מישראל, מחייבת אותנו להשאיר כמות נכבדה של גז על מנת שלא נמצא את עצמנו נהנים בהווה וממשכנים את העתיד".

[שם, עמ' 8].

1. **לפיכך, תטענּה העותרות, כי המתווה אינו מאמץ חשיבה לטווח הארוך בכל הנוגע לטובת אזרחי מדינת ישראל, אינו משקלל במידה הראויה שיקולים של צדק בין-דורי ובכך מפר את חובת המדינה כלפי הדורות הבאים, ולכן דינו להבטל**.
   1. **פגיעה בצדק החלוקתי**
2. עיקרון הצדק החלוקתי עוסק בצורך להעניק משקל סביר לצרכיה של כל קבוצה ולאינטרסים הרלוונטיים לה בעת גיבוש מדיניות (ראו דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקרקעות החקלאיות" המשפט י 291, 302 (2005)).
3. הפסיקה אימצה את חובת הרשות המינהלית לשקול שיקולים של צדק חלוקתי במסגרת הקצאת משאבים והענקת טובין ציבוריים. ראו למשל, לעניין הקצאת מקרקעי ישראל:

**"החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים.** חובה זו קיבלה ביטוי בפסיקתו הענפה של בית-משפט זה בסוגיות ההפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות על גוניהן השונים, אף שלא נעשה בפסיקה המוקדמת יותר שימוש מפורש במינוח זה. לאחרונה **ניתן מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי**, בבחינת חוקתיותן של החלטות המינהל על חלוקת משאבים.

**הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים**. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נושא העתירות שבפנינו יש **השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל ורב ערך זה**. **קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר**".

[בג"ץ 244/00‏ עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ''ד נו(6) 25, פס' 39 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) אור (2002)].

1. מרבצי הגז הטבעי השוכנים לחופיה של מדינת ישראל הינם נכס מנכסי המדינה, ועל כן משאבי הציבור הם, ואזרחי ואזרחיות המדינה הם בעליהם. לעניין זה יפים הם דברי בית משפט נכבד זה, במסגרת עתירת הייצוא המוזכרת לעיל, כדלקמן:

"המדינה היא הבעלים של משאבי טבע הנמצאים בשטחה, ובכלל זאת גז טבעי (ראו סעיף 1(2) לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, הקובע כי נכסי המדינה כוללים בין היתר, את "כל המכרות והמחצבים למיניהם הנמצאים במקרקעים או במים, מתחת להם או עליהם..".; וראו גם [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/72495/1) ל[פקודת המכרות](http://www.nevo.co.il/law/72495) הקובע, כי גז טבעי נכנס להגדרה של "מחצבים"; ולעניין בעלות המדינה על משאבי הגז הטבעי ראו גם, [בג"ץ 3734/11](http://www.nevo.co.il/case/5573288) דודיאן נ' כנסת ישראל, [פורסם בנבו] פיסקה 28 לחוות דעתה של חברתי המשנָה לנשיא מ' נאור (15.8.2012) (להלן – עניין דודיאן); יהושע [ויסמן "מקרקעין ומיטלטלין"](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5399) משפטים י"ט 267, 282 (התש"ן)). יצוין, כי בעלות המדינה על המשאבים הטבעיים הנמצאים בשטח המים הכלכליים שלה, נלמדת כנראה מהוראת [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/5031/1) ל[חוק השטחים התת-ימיים](http://www.nevo.co.il/law/5031), התשי"ג-1953, הקובע כי "שטח מדינת ישראל יכלול את קרקע הים והתת-קרקע של השטחים התת-ימיים הסמוכים לחופי ישראל, והם מחוצה למים הטריטוריאליים, עד היכן שעומק המים שמעליהם מאפשר את ניצול אוצרות הטבע שבשטחים אלה"". [עתירת הייצוא, פס' 3 לפסק-דינו של כב' הנשיא (בדימוס) (דאז) גרוניס].

1. על כך - אין חולק.
2. ודוק, אין המדובר במשאבי טבע שוליים או חסרי משמעות. כאמור בפרק העובדתי של עתירה זו, ההערכה היא כי שווים של המאגרים מגיע לכמה מאות מיליארדי שקלים ותרומתם **הפוטנציאלית** למשק הישראלי – אדירה.
3. אולם, למרבה הצער, מתווה הגז רומס את זכותם של אזרחי ישראל ליהנות ממשאבי הטבע של מדינת ישראל ופירותיהם. אסדרה נכונה של משק זה תתרום לתעשיה, למשק ולכל בית ובית. זאת ועוד, ברווחי הגז ניתן היה לעשות שימוש לצורך צמצום פערים חברתיים, שיפור מערכת החינוך, חיזוק כלכלת המדינה והמשק הישראלי, ועוד. אך ביצור מעמדם המונופוליסטי של חברות הגז, לא יאפשר תחרות, לא יבזר את השליטה במאגרים, ימנע הודת מחירים ויפגע בתחרות בענפי תעשיה בהם יעשה שימוש בגז.
4. בכך מסוכלת ונחסמת כל אפשרות לצדק חלוקתי.
5. **לאור האמור לעיל, תטענּה העותרות כי העדר ההתייחסות לשיקולי צדק חלוקתי במסגרת גיבוש מתווה הגז הינו פגם נוסף בהפעלת שיקול הדעת של ממשלת ישראל לעניין מתווה הגז, המצטבר ומתווסף לפגמים הרבים האחרים ומוביל גם הוא למסקנה כי דינו של המתווה הינו בטלות.**
   1. **הפגיעה האנושה באמון הציבור**
6. בית משפט נכבד זה עמד פעמים רבות על חשיבותו של אמון הציבור. ראש הממשלה ושרי הממשלה מחזיקים בשררת השלטון ובסמכויות על-פי חוק, ומכח זאת הינם שליחיו של הציבור, נאמניו ומשרתיו - ועל כן, חלה עליהם החובה לנהוג כנאמנו של הציבור. התייחס לכך בעבר כב' השופט (כתוארו דאז) חשין בבג"ץ 5364/94 עו"ד זאב ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 790:

"המחזיק בשררת-שלטון ובסמכויות על-פי חוק, אינו אלא נאמן הציבור ונאמן החוק, ומחובתו לנהוג כנאמן".

1. הפרת חובותיהם אלו, הגוררת אחריה פגיעה קשה באמונו של הציבור, מבססת כשלעצמה עילת התערבות בהתנהלות הרשות ובהחלטותיה, נוכח העיקרון כי אמון הציבור הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית ושל המדינה. ציין זאת השופט (כתוארו דאז) ברק בבג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, בפס' 34 לפסק דינו:

"במסגרת האיזון בין השיקולים השונים, יש ליתן משקל רב לשיקול בדבר אמון הציבור במערכת השלטון. עמדתי על כך בפרשת גנוסר, בצייני:

"**אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים המשותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו, וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר ונקיון כפיים**".

1. כן ראו דבריה של כב' השופטת (בדימוס) ארבל:

"**פגיעה באמון הציבור במערכות השלטון פוגעת במשטר הדמוקרטי ויש לה השפעה על תחושת המחויבות של הפרט לכיבוד החוק וממילא גם על היכולת לקיים חיים בחברה ומדינה מתוקנות**".

[רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (פורסם בנבו, 13.8.2008)].

1. הנה כי כן, בפרשה שנפרשה בפני בית המשפט הנכבד בעתירה זו יש משום פגיעה **חמורה** באמון הציבור. ממשלת ישראל מקיימת מזה חודשים ארוכים הליך משא ומתן על משאב טבע ציבורי אשר שייך במהותו לכלל אזרחי מדינת ישראל. יחד עם זאת, הציבור אינו שותף בהליך, המסמכים והמידע מוסתרים מעיניו, האינטרסים שלו אינם מיוצגים והוא אינו זכאי להשמיע את קולו באופן סביר במסגרת הרשמית של ההליך. כל זאת, כאשר חברות הגז – בחלקן חברות שאינן ישראליות – מקבלות יד מושטת לעברן, הדלתות פתוחות למענן וכל דרישותיהן נענות בהכנעה.
2. ומשכן ניתנת לו הזכות להביע את עמדתו, היא נעשית מן השפה אל החוץ, בדרך לא דרך, תוך קביעת לוחות זמנים בלתי-ישימים ובלתי-הגיוניים, באופן אשר פוגע אנושות בזכות הטיעון. פגיעה זו קשה אף יותר, לנוכח העובדה כי לא הובא בפני הציבור כלל המידע שהונח בפני ועדת קנדל, כך שאין הציבור יכול יכולה לבקר, לפקח ולהביע עמדה מושכלת (בלוח הזמנים שניתן לו) באשר למתווה הגז המוצע.
3. תחת זאת, הציבור הישראלי דרש להביע עמדתו. מזה חודשים ארוכים מתנהל מאבק אזרחי עיקש וראוי לציון, במסגרתו יוצאים עשרות אלפי ישראלים לרחובות ומממשים את זכותם הדמוקרטית לקרוא לשלטון לשנות את דרכיו הסוררות. אולם חרף הטיעונים הקשים שמשמיעה החברה הישראלית, ממשלת ישראל מסרבת לשנות מעמדתה וממשיכה לשעוט קדימה לעבר אישור **מתווה פוגעני, מפלה ובלתי-חוקי** – **תוך פגיעה אנושה באמון הציבור.**
4. התחושה בקרב אזרחי ותושבי מדינת ישראל היא שהמטרה סומנה מראש, תוך רמיסת כל התנגדות ועמדת הציבור ואף עמדת הרגולטורים המוסמכים והמקצועיים, לא רלוונטית היא. זוהי תחושה קשה מנשוא, בעלת פגיעה קשה ביותר באמון הציבור ברשויות השלטון.
5. **נוכח האמור, תטענה העותרות כי הפגיעה החמורה והקשה באמון הציבור מוסיפה על הפגמים הקשים בשיקול דעתה של ממשלת ישראל והיא עומדת כעילה עצמאית להורות על בטלותו של המתווה.** 
   1. **העדר ענייניות**
6. כידוע, מתוך חובות ההגינות והנאמנות של הרשות המינהלית צומחת **דרישת הענייניות**(ראו בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)) (להלן: "ז'רז'בסקי")). על-פי דרישה זו, על הרשות המינהלית למלא את תפקידה באופן שיבטיח את אמון הציבור בכך שהחלטותיה ענייניות הן, ומתקבלות ביושר ובהגינות (ראו: בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1, פס' 13 לפסק דינו של כב' השופט בך (1996)).
7. יתר על כן, משמעותה של דרישת הענייניות הינה כי החלטת הרשות תתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, ומשום כך יש לעילה זו קשר גם לפגמים בהליך, כגון קבלת החלטה בהתבסס על תשתית עובדתית לקויה. ראו דבריה של כב' השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה:

"**על רשות מינהלית לשקול שיקולים ענייניים ולהימנע משיקולים זרים בפעולותיה ובהחלטותיה. על מניעיה להיות רלבנטיים לענין ולקדם את צרכי המינהל בהשגת המטרה שלשמה נעשית הפעולה**".

[בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ''ד סד(1) 331, פס' 65 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.8.2010)].

1. והנה בענייננו, תטענּה העותרות כי כלל החששות התגשמו. גיבוש המתווה התבצע תוך שקילת שיקולים לא ענייניים אשר הוסוו בשיקולים כשרים. התוצאה בפועל הינה מתווה אשר כאמור אינו מגשים את מטרותיו המוצהרות ואף מוביל למטרות הפוכות מן המדיניות הממשלתית המוצהרת; מתווה לא ענייני אשר מיטיב עם חברות הגז אך פוגע פגיעה קשה באינטרס הציבורי; מתווה אשר מתעלם התעלמות בוטה מדעות המומחים והגורמים המקצועיים בתחום; ונוכח כל זאת - מתווה אשר מפר הפרה בוטה את דרישת הענייניות ואת חובת ההגינות ממנה נובעת דרישה זו.
2. **נוכח האמור לעיל, תטענה העותרות כי המתווה לוקה בהעדר ענייניות ומשום כך תתכבדנה לבקש מבית המשפט הנכבד להורות על בטלותו**.
   1. **חוסר מידתיות**
3. עילת המידתיות היא עילה עצמאית במשפט הישראלי אשר אומצה לחיקו של המשפט המנהלי כעילה לביקורת שיפוטית במישור שיקול הדעת. כך, דיני המידתיות מקרינים על פעולות מנהליות ומתווים את גבולות הביקורת השיפוטית עליהן. עמד על כך המשנה לנשיא דאז אור בפסק הדין בבג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, ס' 47 לפסק דינו (2004),  בציינו:

"החלטותיה של כל רשות ציבורית צריכות לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות [...] **עקרון המידתיות, אשר הוכר במשפטנו, בוחן את השאלה אם יישום החלטת רשות הוא מידתי לאור התכלית שהוא בא להגשים**".

1. החלטתה של רשות שלטונית היא מידתית, אם האמצעי השלטוני, אשר ננקט בגדרה, עומד ביחס ראוי למטרה שעומדת בבסיס ההחלטה. מבחני המשנה לבחינת מידתיותה של ההחלטה המנהלית יונקים מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושואלים האם קיים קשר רציונאלי בין המטרה שאותה מבקשת הרשות המנהלית להשיג לבין האמצעי שננקט להשגתה; האם הרשות בחרה באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר, לצורך הגשמת אותה המטרה; והאם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות, לבין התועלת הצומחת מאותה הפגיעה. מבחני משנה אלו שאולים מהמשפט החוקתי, אך משמשים כעילה רחבה לבחינת שיקול הדעת המנהלי (ראו: בג"ץ 5077/11‏ איזוטופיה מולקיולר אימג'ינג נ' הרוקח המחוזי לשכת הבריאות המחוזית מחוז המרכז (2012); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122 (2011); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח (3) 865 עמ' 908 (2004); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט (5)) (1995)).
2. על מנת להפעיל את עילת המידתיות במשפט המנהלי, די להראות כי במעשה השלטוני ישנה **פגיעה בזכות חוקתית או באינטרס הראוי להגנה, ובענייננו טובת הציבור** (ראו: אליעד שרגא ורועי שחר "המשפט המינהלי" כרך 3 עילות ההתערבות, 267 (2008)). כך למשל, בעניין מוסטקי ובעניין בן עטייה, הוחלה עילת המידתיות אף מבלי שקיימת פגיעה בזכות יסוד, אלא דווקא באינטרס ציבורי.
3. על אף שעילות הביקורת של סבירות ומידתיות הן עילות קרובות באופיין, באפשרותן לבחון היבטים שונים הנוגעים לשיקול הדעת שהרשות הפעילה ואת תקינות ההחלטה המנהלית, ובכך לטייב את הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המנהלית. בעוד עילת הסבירות בוחנת האם כלל השיקולים הרלוונטיים נשקלו על ידי הרשות המנהלית והאם אלה אוזנו על ידה כראוי על-פי משקלם היחסי, עילת המידתיות מאפשרת לבחון **האם ננקטו האמצעים הראויים והמתאימים אל מול תכליתו של המעשה המנהלי** (עוד על ההבחנה בין העילות, ראו: בג"צ 3798/09 גורוחוד נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (2010)).
4. החובה לנהוג במידתיות חלה ביתר שאת על המשיבים, בבואם לקבוע **מתווה הרה גורל למדינת ישראל**. על כן הם מחויבים להפעיל את שיקול דעתם במידתיות, לצד יתר חובותיהן הנגזרות מתפקידם כנאמני הציבור.
5. **אולם, נוכח הטענות שהועלו לאורכה של עתירה זו, תטענה העותרות כי מתווה הגז אינו מידתי בעליל, כך בפרט:** 
   * 1. מאמציה של ממשלת ישראל הושקעו בהמשך ביצור מעמדו של מונופול הגז, שהוא אמצעי קיצוני ופוגעני ביותר, מבלי לתת דעתה לחלופות ראויות, ובפרט אכיפת החוק, שיש בהם כדי לקדם את העצמאות והביטחון האנרגטי של מדינת ישראל ואת האינטרסים של אזרחי ישראל והמשק הישראלי;
     2. הפטור מהסדר כובל אשר ניתן לחברות הגז הינו בלתי מידתי בעליל בהיותו בלתי מוגבל בזמן, בלתי מוגבל בסעיפי החוק, בלתי מותנה בתנאים שיסייעו בקידום מטרות המתווה - מהווה פגיעה בלתי מידתית בדיני ההגבלים העסקיים;
     3. כבילת שיקול הדעת של הרשות המבצעת והמחוקקת במסגרת סעיפי היציבות הרגולטורית למשך זמן חסר תקדים של 10 שנים – במסגרתן מתחייבת המדינה שלא לבצע כל שינוי מהותי בתחומים המנויים בהוראות הכבילה.
6. **נוכח האמור לעיל, תתכבדנה העותרות לבקש מבית המשפט הנכבד כי יענה לצווים המבוקשים בראשיתה של עתירה זו, ויורה על בטלותו של מתווה הגז מחמת היותו בלתי-מידתי בעליל.**
   1. **חוסר סבירות קיצוני**
7. כלל גדול הוא כי על הרשות להפעיל סמכויותיה בסבירות. הפעלה בלתי-סבירה של הסמכות המינהלית הינה עילה עצמאית שבכוחה להביא אף לבטלותה של הפעולה שנעשתה, או לחיוב לפעול מקום שהרשות נמנעה באופן בלתי-סביר מפעולה (לעניין זה ראו למשל בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1981); וכן עניין ז'רז'בסקי).
8. חובת הנאמנות המוטלת על הרשות המנהלית מורה כי שיקול-דעת המוענק לרשות ציבורית חייב להיות מופעל **בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות**. עמד על כך המשנה לנשיא (בדימוס) אלון, בציינו:

"רשות ציבורית [...] פועלת כנאמן הציבור**, וכלל גדול בידינו, שנאמנות זו צריך ותופעל בהגינות, ביושר, ללא שיקולים זרים, ולטובת הציבור, שמכוחו ולמענו מסורה סמכות המינוי בידי הרשות הממנה"**.

[בג"ץ 4566/90‏ ‎דקל‎ ‎נ' שר האוצר, פ''ד מה(1) 28, 30 (1990)].

1. במשך העשורים האחרונים שרטטה ההלכה הפסוקה גדרי גבולות ברורים המציבים את עילת הסבירות בשורה אחת, ובקדמת הבמה, לצדן של עילות ביקורת שיפוטיות נוספות הנוגעות להחלטות הרשות הציבורית.
2. כך, משמשת כיום עילה זו מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. סבירותה של החלטה נבחנת, בין היתר, על פי השיקולים שנשקלו במסגרתה והאיזון הראוי שנעשה ביניהם. התייחסה לכך כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בבג"ץ 5853/07 אמונה - תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007)), בפסקה 33:

"**על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון.** באמצעות עילה זו, נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי, ולצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: **האם נשקלו על ידי הרשות המינהלית מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים וחיצוניים לענין; שנית, האם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים את משקלו היחסי הראוי, והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה**. מיתחם סבירות זה עשוי להשתנות מענין לענין, בהתאם לנתוניו ולמאפייניו של המקרה. **בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה**. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. **על ההחלטה להיות רציונלית ונבונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת**".

1. ההחלטה להפעיל את סע' 52, כמו גם תנאי המתווה כולו, מלמדים כולם על חד צדדיות וחוסר סבירות קיצוני, משקל מוחץ ניתן לכאורה לשיקולים ביטחוניים עלומים שאין זיקה בינם לבין ההחלטה, והשיקולים העלומים, שעמדו בבסיס ההחלטה דחקו הצידה את כל השיקולים הענייניים שהיו צריכים להלקח בחשבון ובהם השיקולים שנסקרו לעיל.
2. בסופו של יום, כמתואר לעיל, המתווה יוביל לתוצאות הפוכות ממטרותיו המוצהרות, לא יקדם את התחרות במשק ויפגע בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל. המתווה מבצר את כוחו של מונופול הגז וקורא תיגר על עקרון שלטון החוק והדמוקרטיה הישראלית – בשל כל זאת ועוד – אין מנוס מן המסקנה בדבר חוסר הסבירות הקיצונית והשורשית בו לקה.
3. **בהתאם לכל האמור לעיל, תטענה העותרות כי מתווה הגז בכללותו ופרטי תנאיו הינם בלתי סבירים באופן קיצוני ומשום כך תבקשנה מבית המשפט הנכבד להורות על בטלותו מעיקרא**.
   1. **שיקול הדעת פגום מהיסוד**
4. על המשיבים, המחזיקים בתפקידי מפתח ברשות המבצעת, חלות חובות מתחום המשפט המינהלי המחייבות אותם להפעיל את שיקול דעתם בסבירות ובמידתיות, מתוך שיקולים עניינים בלבד ללא משוא פנים או שרירות. ראו בג"צ 5261/04 פוקס נ' כבוד ראש ממשלת ישראל, אריאל שרון תק-על 2004(4), 384 ,עמ' 393 (2004):

"ראש הממשלה הוא חלק מן הרשות המנהלית והעקרונות החלים על הרשות המנהלית ועובדיה חלים גם על ראש הממשלה. מכאן שככל איש ציבור, שיקול דעתו אינו מוחלט. **עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו לשקול שיקולים ענייניים בלבד; עליו לנהוג ללא משוא פנים או שרירות; עליו לפעול בתום לב ובשוויון**".

1. **אולם, לאור כל המתואר לעיל, תטענה העותרות כי ממשלת ישראל הפעילה באופן לקוי את שיקול דעתה, וחרגה באופן מהותי וקיצוני ממתחם הסבירות והמידתיות, תוך פגיעה חמורה באינטרס הציבורי ובאמון הציבור**. **לפיכך, תתכבדנה העותרות לבקש מבית המשפט הנכבד כי יורה על בטלותו שלההחלטה להפעיל את סעיף 52 ובטלות מתווה הגז עצמו.**
2. **בהליך גיבוש ואישור מתווה הגז נפלו פגמים היורדים לשורשו של עניין**
3. לאורך הפרק הדן בהליך גיבוש המתווה, עמדו העותרות על שורה ארוכה של פגמים בהליך גיבוש ואישור מתווה הגז. העותרות תטענּה כי פגמים אלו מחייבים **הן את ביטול ההחלטה להפעיל סמכויות מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים והן את בטלות המתווה עצמו**.
4. אכן, פגמים רבים אלו – לרבות גיבוש המתווה **בחוסר סמכות, על ידי צוות שלא הוקם ולא פעל כדין,** ובהתבסס על **תשתית עובדתית לקויה**; **שלילת זכות הטיעון** של הציבור בהליך; ניהול ההליך בהעדר שקיפות ותוך דיסאינפורמציה **והסתרת מידע ומסמכים חיוניים**; **פגיעה בהליך הדמוקרטי** ו"עריפת ראשי הפקידים" אשר הביעו התנגדות למהלך – **אינם מאפשרים עוד להניח כי פעולת הממשלה התבצעה כדין**.
5. כל זאת, בניגוד גמור לכללים אותם התווה בית המשפט הנכבד בפסיקתו לאורך השנים, המצביעים על חשיבות השמירה על ההליך המינהלי התקין, ועל הקשר בין הליך נקי מפגמים להחלטה ראויה לגופה. ראו:

"**כלל ידוע הוא כי כל החלטה של רשות מינהלית חייבת להתבסס על הליך יסודי ומקיף** הכולל איסוף התשתית הראייתית הרלוונטית להחלטה; בחינתם ועיבודם של הנתונים שנאספו; וסיכום ההחלטה המנומקת (ראו: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 50-48 (1983); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 270-269 (2011) (להלן: ברק-ארז)). ההקפדה על הליך מינהלי תקין נועדה להבטיח שהחלטת הרשות תתקבל על יסוד כלל הנתונים הרלוונטיים ולאחר בחינה מעמיקה של כל השיקולים השונים. **ביצוע תקין של הליך קבלת החלטה מגדיל את הסיכוי שההחלטה תהיה ראויה גם לגופה**"

[בג"ץ 8467/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 12 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.11.2011].

1. וראו גם את דבריו של כב' המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין בבג"ץ 5870/14 ‏חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פס' כו לפסק דינו):

"הקפדה על הליך מינהלי תקין היא חיונית ורוב מלים אך למותר (ראו ברק-ארז, 263-262): **עמידה בתנאי ההליך התקין מגנה על ערכי הגינות ושויון; משפרת את איכות ההחלטה המינהלית; מאפשרת לציבור להשפיע על ההחלטה באופן דמוקרטי; מבטיחה את אמון הציבור במינהל; ומאפשרת ביקורת יעילה על עבודת המינהל; ולא פחות מכל אלה – מונעת שחיתות, היוצרותה של "פרצה קוראת" ומדרון חלקלק בנוסח מדינות ורשויות שאיננו רוצים להידמות אליהן**".

1. **נוכח האמור,** תתכבדנה העותרות לבקש מבית המשפט הנכבד **לעשות את הצווים המבוקשים ברישא של עתירה זו למוחלטים ולהורות על בטלותו של הפעלת סעיף 52 ומתווה הגז.**
2. **חוזה מינהלי בלתי חוקי הנוגד את תקנת הציבור ולפיכך דינו בטלות**
3. העותרות יבהירו כי לעמדתן מתווה הגז **אינו** מהווה חוזה מינהלי; אין בו משום התחייבות חוזית בין מדינת ישראל לבין חברות הגז; ואפילו הבטחה מינהלית תקפה אין כאן. עמדה זו הובהרה גם על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט, בדיון בועדת הכלכלה של הכנסת מיום 1.12.2015:

"המתווה הזה **לא זקוק להסכמה**; זו בעצם החלטת ממשלה. לכן גם עמדנו כל הזמן על זה שזו תהיה החלטה של הממשלה **ולא חוזה**. [...] באופן פורמלי אין פה הסכם, לכן אם אנחנו רוצים לשנות את המתווה, צריך לשנות את החלטת הממשלה".

1. יחד עם זאת, למעלה מן הצורך תתייחסנה העותרות כעת בקצרה לטענה אפשרית שעשויה לעלות מצידן של חברות הגז, לפיה אין באפשרות המדינה לחזור בה מן ההסדרים אשר קבעה במתווה הגז לאור היותו חוזה תקף ומחייב לכל דבר ועניין בין הצדדים.
2. לעמדת העותרות, טענה זו יש לשלול מכל וכל: ראשית, ככל שאכן מדובר בחוזה, הרי שהוא נכרת בהעדר סמכות ותוך פגמים רבים ולפיכך בלתי-חוקי ודינו בטלות; ושנית, חוזה לכאורי זה אף מנוגד לתקנת הציבור וגם בשל כך, על פי דיני החוזים, הינו בטל.
3. כידוע, חוזה מינהלי הינו חוזה אשר רשות מינהלית עורכת בקשר למילוי תפקידה השלטוני, והוא נשלט על-ידי **דואליות נורמטיבית**: דיני החוזים "הרגילים" מכח חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, וכן דינים החוזים המינהליים שהתפתחו במסגרת המשפט הציבורי (ראו: ע"א 6490/97‏ אלחג' נ' אבו עקל, פ''ד נג(2) 49, פס' 8 לפסק דינו של כב' השופט זמיר; בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986) (להלן: "**עניין ארביב**")).
4. בשל אותה דואליות נורמטיביות, נוצרו מספר כללים והסדרים מיוחדים ביחס לחוזים מינהליים. כך למשל, **עילת אי-החוקיות** בהקשר המינהלי הינה רחבה יותר מאשר העילה החוזית ה"קלאסית". כזכור, סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי:

"**חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל**".

1. ובהקשר המינהלי, אם כורתת הרשות חוזה בהעדר סמכות או בהליך רצוף פגמים חמורים, מדובר במעשה מינהלי בלתי חוקי אשר יוביל למסקנה כי החוזה בטל (ראו עע"מ 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 14 לפסק דינה של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ריבלין (פורסם בנבו, 2011)).
2. ראו לעניין זה גם את דבריה של פרופ' גבריאלה שלו:

"ברור שחוזה החורג ממסגרת כוחותיה וסמכויותיה החוקיות של הרשות, כפי שנקבעו בחוק המסמיך, הוא חוזה בלתי חוקי, ולכן בטל".

(גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 48 (1999)).

1. בענייננו, וכפי שהראו העותרות בהרחבה בעתירה זו ובפרט בפרק הדן במישור ההליך, מתווה הגז גובש ואושר בהעדר סמכות ובהליך רצוף פגמים חמורים אשר יורדים לשורשו של עניין. **לאור זאת, תטענּה העותרות כי ככל שתעלה הטענה שמדובר בחוזה מינהלי - ודאי שמדובר בחוזה בלתי חוקי ולפיכך דינו בטלות לפי סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי).**
2. ויודגש, כי החוזה הפסול בטל מעיקרו ואינו רק בלתי אכיף או פגום. ראו: בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1992); ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ''ד סג(2) 1(2009).
3. יתר על כן, העותרות תטענּה כי מדובר בחוזה אשר **נוגד את תקנת הציבור**, וגם משום כך דינו בטלות.
4. כידוע, תקנת הציבור הינה "**אמת-מידה שיפוטית כללית, שאיננה מעוגנת בחוק החרות, ויישומה והפעלתה נתונים איפוא לשיקול-דעתו של בית-המשפט**" (ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 93 (1977)).
5. ראו לעניין זה דבריו של כב' השופט טירקל בבג"ץ 6845/00‏ ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ''ד נו(6) 663 (2002):

"המונח תקנת הציבור יוצא לשני פנים: מחד גיסא, משמש הוא להזרמת עקרונות חיצוניים – כדוגמת עקרון השוויון – לתוך המשפט הפרטי [...] מאידך גיסא, מגן הוא על רצונם החופשי של המתקשרים בחוזה, שהוא עצמו "...עקרון גדול שבתקנת הציבור..". (דברי השופט אלון ב[ע"א 148/77](https://samba.huji.ac.il/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E617269622E70622E7679++/case/17912109) רוט נ' ישופה בניה בע"מ, בעמ' 629).

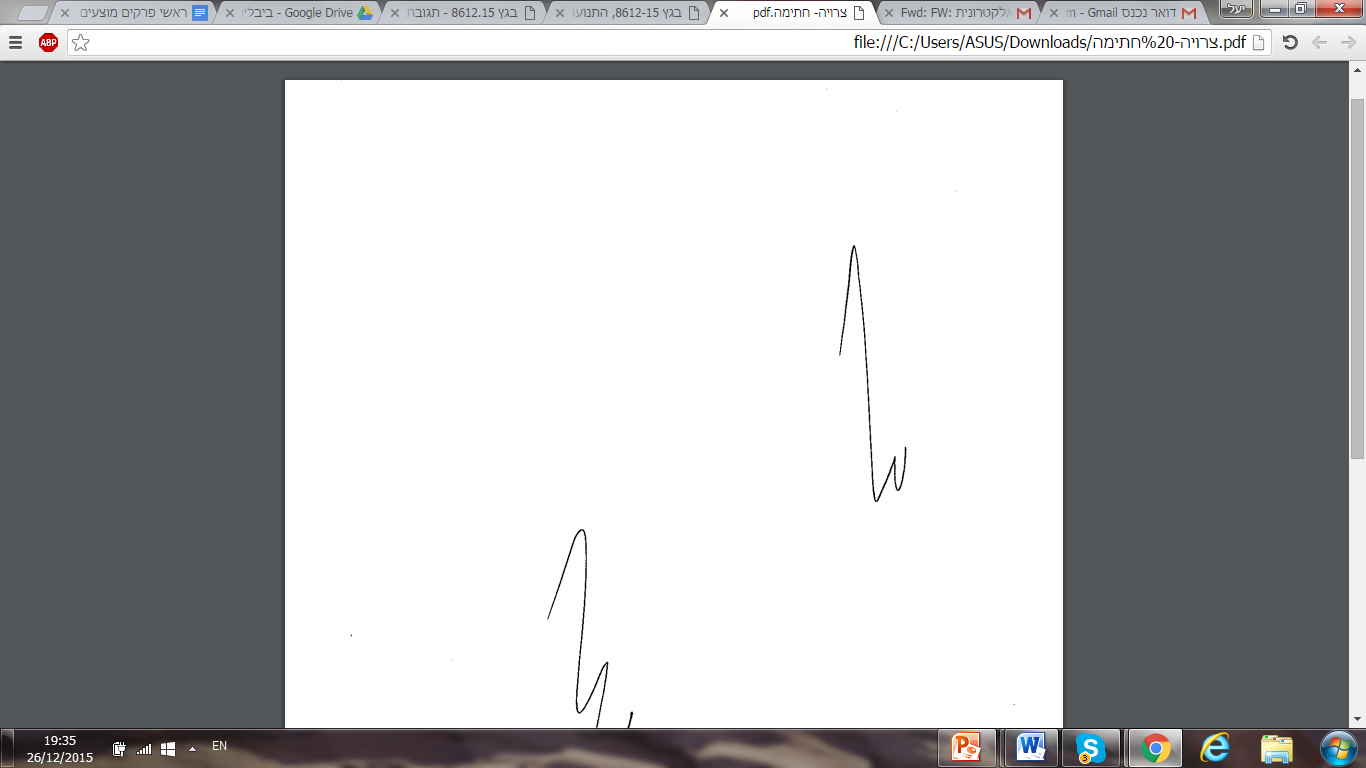
כך נאמר כי "תקנת הציבור היא התוצאה המשוכללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין הערכים והעקרונות הבאים בחשבון" ([ע"א 6601/96](https://samba.huji.ac.il/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E617269622E70622E7679++/case/6074356) AES System Inc. נ' סער). על המקור שבית-המשפט שואב ממנו את תוכנה המהותי של תקנת הציבור אמר השופט זילברג כי "...על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תקינות' אין!" ([ע"א 461/62](https://samba.huji.ac.il/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E617269622E70622E7679++/case/17002365) צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, בעמ' 1332). באותה פרשה אמר השופט (כתוארו אז) לנדוי, כי **המסגרת הכללית של מושג הסדר הציבורי תתמלא תוכן עצמאי מתוך מושגי יסוד של צדק ומוסר וצורכי המשטר החברתי והכלכלי המשתנים והולכים** [...]

"תקנת הציבור" היא אפוא כלי חשוב ורב עוצמה שניתן בידי בית-המשפט על-מנת לאזן בין עקרונות שבתיקון העולם לבין שאיפותיהם של פרטים המתקשרים ביניהם".

1. הנה כי כן, אמת המידה של "תקנת הציבור" נתונה בידי בית המשפט בבואו לקבוע האם כריתת חוזה פוגעת באינטרס הציבורי ובטובת הציבור. כך למשל, בעבר נקבע כי חוזה שיש בו משום אפליה פסולה נוגד את תקנת הציבור ולפיכך בטל (ראו דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330; עניין ניב).
2. לטענת העותרות, מתווה הגז הינו מקרה מובהק בו קיימת פגיעה חמורה באינטרס הציבורי ובעקרונות יסוד של משפטנו ושל הדמוקרטיה הישראלית. פגיעה זו בתקנת הציבור – מצדיקה את ביטול החוזה.
3. **כפי שהבהירו העותרות לאורכה של עתירה זו, המתווה התגבש ואושר בהליך המנוגד לחלוטין לכללי המינהל התקין, ולמושכלות המשפט המינהלי. הוא התקבל בחוסר סמכות משווע; ההסדרים הספציפיים הקבועים בו מנוגדים לכללי המינהל הציבורי, תוך כבילה אסורה של שיקול דעת הרשות המבצעת והמחוקקת וקבלת החלטות המנוגדות לחוק; והמתווה בכללותו יוביל לתוצאות הפוכות מתוצאותיו המוצהרות. המתווה משקף הפעלה לקויה של שיקול הדעת המינהלי, שסופה פגיעה חמורה באינטרס הציבורי, בחובות כלפי הדורות הבאים, באמון הציבור, בשלטון החוק ובצדק החלוקתי.**
4. נוכח כל האמור לעיל, אף במידה ותעלה הטענה **השגויה במהותה** כי מתווה הגז מהווה התחייבות חוזית מחייבת בין מדינת ישראל לבין חברות הגז, הרי שמדובר בחוזה **בלתי חוקי המנוגד לתקנת הציבור**, ולפיכך - דינו בטלות.
5. **מישור הסעד: מתווה הגז בטל מיסודו**
6. לאחר שעמדו העותרות בהרחבה לאורכה של עתירה זו על הפגמים הרבים והמרובים שנפלו בהליך גיבוש ואישור מתווה הגז, כמו גם על הקשיים המהותיים שעולים מן ההסדרים השונים במתווה ועל עמידתם בסתירה מוחלטת לכללי המינהל התקין, וכן על כך שהמתווה ישיג, בסופו של יום, מטרות הפוכות לחלוטין מאלו שנועד להשיג – תתכבדנה העותרות לבקש מבית המשפט הנכבד להורות על בטלותו מלאה ומוחלטת של מתווה הגז.
7. במישור חומרת הפגם, ודאי שאין לומר שעסקינן בפגם "פורמאלי ושולי" בלבד. כפי שהראו העותרות לאורכה של עתירה זו, **המדובר במסכת שלמה של פגמים חמורים ביותר** היורדים לשורשו של עניין, הנערמים זה על זה ושלובים האחד בשני. פגמים אלו מצויים בכלל מישורי התקיפה המינהלית: מישור הסמכות, מישור ההליך ומישור שיקול הדעת.
8. המדובר, אם כן, בעוצמה גבוהה במיוחד של חומרה. אי-החוקיות הינה **גלויה וברורה לעין** (ראו בג"ץ 2918/93‏ ‎עיריית קרית גת‎ ‎נ' מדינת ישראל, פ''ד מז(5) 832, פסק דינו של כב' השופט (בדימוס) מצא (1993)).
9. באשר לחשיבות הזכויות הנפגעות מן ההפרה ומידת הפגיעה, ענייננו **בפגיעה** **רחבה וקשה** **באינטרס הציבורי וכפועל יוצא בכל אחד מאזרחי ישראל.** בעתירה זו עמדו העותרות על פגיעות רבות ומרובות. **קשה להמעיט בעוצמתן, חומרתן והיקפן של פגיעות אלו. עובדת היותו של מתווה הגז כה פוגעני היא שהביאה לסאגה הפוליטית, משפטית וחברתית אשר מתנהלת סביבו; היא שהוציאה עשרות אלפי ישראלים לכיכרות העיר למחות כנגד הפגיעה בהם; היא שאילצה רגולטורים בכירים ופקידים אמיצים לעזוב את תפקידם בשל התנגדותם להתנהלות המדינה ואוזלת ידה אל מול חברות הגז; היא שסיפקה בסיס לדוח חמור של מבקר המדינה בנושא; היא שמטלטלת את הציבור הישראלי בחודשים האחרונים. ולפיכך, היא שמצדיקה את בטלותו המלאה של המתווה**.
10. עוד יצויין, כי ענייננו בהליך של **תקיפה ישירה** של המעשה המינהלי, המטה את הכף, כאמור, לעבר בטלות מלאה (ראו עניין סמורגונסקי, פס' 16 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; ראו גם יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1994)).
11. לבסוף, תטענה העותרות כי **שיקולי הצדק** מצדיקים גם הם את הפעלתה של הבטלות המלאה במקרה דנן. במשך שנים התעלמה מדינת ישראל מהצורך לאכוף את החוק ולהסדיר את משק הגז, נענתה לדרישותיהן של חברות הגז, לרבות אי-מילוי הוראות החוק במלואן, וכעת, במקום לתקן את אותם כשלים, ולמלא את תפקידה כנאמן הציבור – מוסיפה היא חטא על פשע: מעניקה עוד הטבות חד-צדדיות לחברות הגז ומעמיקה את הפגיעה הקיימת ממילא בציבור. תחושת הצדק מחייבת את ביטול המתווה.
12. **נוכח כל האמור לעיל, לטענת העותרות, הסעד היחיד שבכוחו לרפא את הפגמים המרובים הינו הוראה על בטלות מלאה של המתווה, אכיפת החוק על חברות הגז על ידי הרשויות המוסמכות לכך, וככל שיעלה הצורך, פתיחת הליך מחודש, על ידי הגורמים המוסמכים, תוך התייחסות עניינית ומהותית לכל אותן סוגיות המצויות על הפרק, במסגרתו יתגבש מתווה חדש השומר על האינטרסים של אזרחי ישראל ומדינת ישראל ומבוסס על שלטון החוק.** 
    * 1. **סיכום**

**"... ידעו הכול כבר בתחילה כי יש לעשות כדי למנוע השתלטות גורמי-כלכלה רבי-עוצמה על שוק הנפט, כי יש לעשות כדי למנוע ריכוז כוח-יָתר בידי גופים מונופוליסטיים. החשש היה כי גוף רב-עוצמה ירתיע מחפשים-בכוח מהיכנס להרפתקה של חיפושי נפט - וחיפוש נפט הוא הרפתקה - ומשיצליח במשימתו זו ישתלט על שוק הנפט בישראל וינצל את שליטתו לטובת עצמו תוך פגיעה ברווחת המשק: בקביעת מחירי הנפט;  בהימנעות מאספקת נפט שהפיק; בסיכול אספקת נפט של מתחרים."** (בג"ץ סאמדן).

1. על החשש מפני יצירת מונופול רב-עוצמה בשוק הנפט אשר ינצל את שליטתו המוחלטת – עמד בית המשפט עוד משכבר הימים.
2. ואולם, כפי שתואר בפרוטרוט בעתירה, לצערן הרב של העותרות חשש זה לא עמד כלל לנגד עיניהם של המשיבים 5-1, אשר גיבשו, בחוסר סמכות משווע, בהליך פגום ומנוגד לכל היגיון ציבורי, מתווה גז פסול מיסודו, אשר "הולבן" באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק בידי המשיב 1 – אשר ביצר את מעמדו ושליטתו של המונופול האימתני בו מחזיקות המשיבות 12-9 למשך שנים קדימה.
3. משמיצו העותרות כל דרך אפשרית במטרה להתריע ולעצור מהלך פסול זה – לא נותר להן אלא לפנות לבית משפט נכבד זה כמוצא אחרון.
4. נוכח כל העילות המפורטות בעתירה, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד להורות למשיבות 5-1 להשיב לצווים שנתבקשו ברישא לעתירה, ולהפוך את הצווים למוחלטים.
5. מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו.



|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  **אליעד שרגא, עו"ד** | **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  **צרויה מידד- לוזון, עו"ד** | **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  חתימה דיגיטלית נילי**נילי אבן-חן, עו"ד** |
| **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  **דניאל דושניצקי, עו"ד** | C:\Users\ASUS\Downloads\חתימה.png  **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  **תומר נאור, עו"ד** | C:\Users\ASUS\Downloads\20151226_202656.jpg    **חתימה אלקטרונית - יעל קריבחתימה אלקטרונית - יעל קריב**  **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**\_\_\_\_\_  **יעל קריב-טייטלבאום, עו"ד** |



|  |  |
| --- | --- |
| **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**  **עמית ברכה, עו"ד** | **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**\_  לי-היא - חתימה**לי-היא גולדנברג, עו"ד** |

**ב"כ העותרות**

(24.12.2015)

**תוכן עניינים:**

|  |  |
| --- | --- |
| פרק | עמוד |
| **פירוט הצווים** | 2 |
| צווים כנגד עקיפת דיני ההגבלים והפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים | 2 |
| צווים כנגד מתווה הגז בכללותו | 3 |
| צווים כנגד הסדרים ספציפיים במתווה הגז | 4 |
| צווים נוספים הנדרשים לסיכול ההחלטות והמהלכים שננקטו על ידי המשיבים | 7 |
| **א. מבוא** | 9 |
| **ב. הצדדים לעתירה** | 12 |
| **ג. רקע עובדתי** | 14 |
| 1 על הגז הטבעי וחשיבותו למשק האנרגיה הישראלי | 14 |
| 2. החטא הקדמון: יצירת המונופול על ידי חברות הגז בחסות הזנחה שלטונית | 15 |
| 3. תחילת החיפושים ומציאת מאגר תמר | 16 |
| 4. יצירת הסדר כובל בין חברות הגז ופתיחת שימוע בפני הממונה על ההגבלים העסקיים | 20 |
| 5. פרסום הצו המוסכם והתנגדויות הציבור | 23 |
| 6. החלטת הממונה לחזור בו מן הצו המוסכם בעקבות התנגדויות הציבור | 26 |
| 7. הקמת "צוות קנדל" וגיבוש "מתווה פברואר" למול חברות הגז | 27 |
| 8. פרישת הממונה מצוות קנדל והמשך התנהלות "הצוות" למול מונופול הגז, לרבות ניהול  משא ומתן עם חברות הגז על "מתווה אפריל" | 29 |
| 9. ניהול מו"מ ללא סמכות ע"י הצוות הממשלתי הוביל להתפטרות הממונה | 31 |
| 10. הירתמות הקבינט הבטחוני – מדיני לקידום מתווה הגז | 33 |
| 11. תפוח האדמה הלוהט – הסמכות להפעלת סעיף 52 לחוק – עובר מיד ליד | 33 |
| 12. פרסום טיוטת מתווה הגז בלחץ המחאה הציבורית | 34 |
| 13. ההתיימרות לערוך "שימוע ציבורי" בנושא מתווה הגז | 35 |
| 14. מבקר המדינה בביקורת על התנהלות "צוות קנדל" והעדר מדיניות ממשלתית | 36 |
| 15. פגיעה מכוונת ברשות החשמל על רקע התנגדותה לטיוטת המתווה | 37 |
| 16. החלטת הממשלה לאמץ את מתווה הגז בשינויים מועטים | 38 |
| 17. קריסת נדבך מרכזי בכסות הבטחונית – תגלית גז ענקית במצרים | 40 |
| 18. אישור עקרוני במליאת הכנסת ללא מסמכים ונימוקים עדכניים | 41 |
| 19. סירובו של שר הכלכלה לקחת את סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים | 41 |
| 20. התפטרותו של שר הכלכלה בשל התנגדותו לעקוף את סמכויות הממונה | 42 |
| 21. הצהרת ממלא מקום שר הכלכלה על כוונתו להפעיל את סעיף 52 לחוק | 44 |
| 22. דיוני וועדת הכלכלה במסגרת הליך ההיוועצות מכח סעיף 52 לחוק | 43 |
| 23. השעיית הליך רכישת הגז על ידי מצרים לאור סיומו של הליך הבוררות בין חברת החשמל  חברות הגז המצריות | 44 |
| 24. קביעת ועדת הכלכלה כי אין הצדקה להפעיל את סעיף 52 לעקוף את הממונה | 45 |
| 25. עקיפת סמכויות הממונה על ידי ראש הממשלה, תוך התעלמות מעמדת ועדת הכלכלה  וחתימה על מתווה הגז | 47 |
| **ד. הטיעון המשפטי** | 49 |
| **I.**  מתווה הגז בכללותו גובש ואושר בחוסר סמכות משווע | 49 |
| 1. מתווה הגז גובש בניגוד לדיני ההגבלים בנטילת סמכויות אסורה | 49 |
| 1.1. הליך גיבוש מתווה הגז נערך בניגוד לתכליתם של דיני ההגבלים העסקיים | 49 |
| 1.1.1. ההליך התקיים בניגוד לתכליתם של דיני ההגבלים העסקיים | 49 |
| 1.1.1.1. ההליך מנוגד לעקרון אי-התלות של הממונה על ההגבלים העסקיים | 51 |
| 1.1.2. הליך גיבוש מתווה הגז נערך תוך נטילת סמכויות אסורה | 52 |
| 1.1.2.1. סמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים אשר ניטלו מידיו בניגוד לדין | 52 |
| 1.1.2.2. נטילת סמכויות: המסגרת הנורמטיבית | 54 |
| 1.1.2.3. סמכויות הממונה הן בעלות "אופי שיפוטי" | 55 |
| 1.1.2.4. מן החוק "משתמעת כוונה אחרת" | 57 |
| 2. הפעלת סעיף 52 בטלה מעיקרה ולא ניתן "להלבין" את חוסר הסמכות בגיבוש מתווה הגז  ומתן ההפטרים באמצעותה | 58 |
| 2.1. המסגרת הנורמטיבית: סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים | 58 |
| 2.1.1. תכליות החוק | 59 |
| 2.1.2. הנוהג המינהלי | 61 |
| 2.1.3. יש מקום לשיקולי חוץ וביטחון גם במסלול השיפוטי | 61 |
| 2.2. חוסר סמכות: המשיב 1, מר נתניהו, אינו מוסמך להורות על הפעלת סעיף 52 לחוק  בנסיבות העניין | 62 |
| 2.2.1. ספק אם שיקולי חוץ וביטחון הם שהנחו את המשיב 1 להפעיל את סעיף 52 | 62 |
| 2.2.2. גם אם קיימים שיקולי חוץ וביטחון – אין בהם כדי להוביל להפעלת סעיף 52 | 65 |
| 2.2.2.1. שיקולי "החוץ והביטחון" הינם חלשים, משניים ונספחים לשיקול הכלכלי | 66 |
| 2.2.2.2. אין כל דחיפות מיוחדת בשיקולי "החוץ והביטחון" | 68 |
| 2.2.2.3. אין קשר סיבתי בין הפעלת סעיף 52 לחוק לבין שיקולי "החוץ והביטחון" | 72 |
| 2.2.3. אי-שקילת המלצות ועדת הכלכלה "בנפש חפצה" מהווה חריגה מסמכות | 78 |
| 2.3. המשיב 1, ספציפית, אינו מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק | 80 |
| 2.3.1. מ"מ שר הכלכלה אינו מוסמך לקבל החלטה הרת גורל כהפעלת סעיף 52 לחוק | 80 |
| 2.3.2. מי שמכהן במקביל כרה"מ לא מוסמך לכהן כשר הכלכלה ולהפעיל את סעיף 52 | 81 |
| 2.4. הפעלת סעיף 52 לחוק מלמדת על שיקול דעת פסול ופגום מיסודו | 82 |
| 2.4.1. לא הוענקו להמלצותיה של ועדת הכלכלה המשקל הראוי | 82 |
| 2.4.2. ניתן משקל יתר לחוות הדעת שהוגשו מטעם משרד החוץ והמל"ל | 83 |
| 2.4.3. לא נשקלו כלל שיקולי החוץ והביטחון שכנגד | 84 |
| 2.4.3.1. סחר בגז טבעי עלול לפגוע דווקא ביחסי המדינות ובמעמדה הגיאופוליטי של  ישראל | 84 |
| 2.4.3.2. הפעלת סעיף 52 לחוק עלולה אף לפגוע בביטחון האנרגטי של מדינת ישראל | 85 |
| 2.4.4. לא ניתן משקל הולם לפגיעה האנושה בתחרות במשק הגז | 89 |
| 2.5. סיכום ביניים | 94 |
| **II. הסדרים ספציפיים במתווה הגז – בטלים מעיקרם** | 95 |
| 1. ***הפטר גורף מדיני ההגבלים העסקיים*** | 95 |
| 1.1. מבוא | 95 |
| 1.2. הפטור מההסדר הכובל שנוצר מרכישת הזכויות בהיתר רציו-ים ("לויתן") | 96 |
| 1.2.1. כללי | 96 |
| 1.2.2. חוסר סמכות | 98 |
| 1.2.3. חוסר סבירות קיצוני | 98 |
| 1.2.4. חוסר מידתיות | 99 |
| 1.3. הפטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את  הגז שיופק מלווייתן לשוק המקומי | 100 |
| 1.3.1. חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות במתן פטור דנן | 100 |
| 1.3.2. חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות בתנאים שנקבעו להארכת הפטור | 102 |
| 1.4. הפטור מההסדר הכובל שייווצר במקרה בו הצדדים או חלק מהם ישווקו במשותף את  הגז שיופק מלווייתן במשותף לייצוא בלבד | 103 |
| 1.5. הפטור מההסדר הכובל שעשוי להיוותר מהסכם רכישה מסוים מלווייתן | 104 |
| 1.6. הפטור מהיות דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח הכרזות הממונה על ההגבלים | 105 |
| 1.6.1. הפטור מסעיפים 30, 30א ו-31 לחוק | 105 |
| 1.6.2. הפגיעה המשמעותית בסעיף 29א לחוק | 107 |
| 1.7. סיכום | 107 |
| 2. ***כבילת שיקול דעת הכנסת וממשלות ישראל*** | 109 |
| 2.1. רקע - סעיפי יציבות רגולטורית | 109 |
| 2.2. סעיף הכבילה במתווה הגז | 112 |
| 2.3. סעיפי היציבות במתווה הגז נקבעו בהעדר סמכות, תוך כבילה אסורה של שיקול דעת  הרשות המבצעת והמחוקקת | 114 |
| 2.3.1. העדר סמכות לכבול את שיקול דעת הממשלה | 114 |
| 2.3.1.1. המסגרת הנורמטיבית: איסור כבילת שיקול הדעת המינהלי | 114 |
| 2.3.1.2. סעיף הכבילה במתווה הגז מנוגד לאיסור על כבילת שיקול הדעת ולפיכך מהווה  פעולה בחוסר סמכות | 115 |
| 2.3.2. העדר סמכות לכבול את שיקול דעתה של הרשות המחוקקת | 117 |
| 2.3.3. סיכום ביניים | 120 |
| 2.4. סעיפי היציבות הינם בלתי מידתיים ואינם סבירים באופן קיצוני | 120 |
| 2.4.1. סעיפי היציבות חסרי תקדים בהיקפם ובלתי מידתיים בעליל | 120 |
| 2.4.2. סעיפי היציבות חושפים את מדינת ישראל לסיכון כלכלי עצום | 122 |
| 2.4.3. סעיפי היציבות כובלים את ממשלת ישראל להסדרים המנוגדים לחוק ולפסיקת בית  המשפט העליון בתחום המיסוי והייצוא ומסכלים את חובתה לשנותם | 124 |
| 2.4.4. סעיפי היציבות מסכלים את יכולתה של ישראל להבטיח את הגנת הסביבה | 126 |
| 2.5. סיכום ביניים | 128 |
| 3. ***ייצוא הגז*** | 129 |
| 3.1. רקע | 129 |
| 3.2. הממשלה אינה מוסמכת לקבוע הסדר ייצוא המהווה הסדר ראשוני | 131 |
| 3.3 ההסדר הקבוע בפרק הייצוא הינו בלתי מידתי ולא סביר באופן קיצוני | 141 |
| 3.4. סיכום ביניים | 142 |
| 4. ***ההסדר המיסויי*** | 143 |
| 4.1. רקע | 143 |
| 4.1.1. הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל | 143 |
| 4.1.2. חקיקת חוק מיסוי רווחי נפט, תשע"א–2011 | 145 |
| 4.1.3. אבי החטא: יצירת הסדר מס פרטני עוקף חקיקה | 145 |
| 4.2. מישור הסמכות: הסדר המיסוי סותר את הוראות חוק ששינסקי | 147 |
| 4.2.1. מנגנון ההכרה בהוצאות ההקמה של הצינור השלישי - מנוגד לחוק ששינסקי | 148 |
| 4.2.2. מנגנון ההכרה בהוצאות התכנון וההקמה של צינור UFG- מנוגד לחוק ששינסקי | 151 |
| 4.2.3. הסמכת מנהל רשות המסים להעניק פטור עומדת בניגוד להוראות חוק ששינסקי | 153 |
| 4.3. מישור שיקול הדעת: הסדר המיסוי בלתי מידתי ולא סביר באופן קיצוני | 155 |
| 4.3.1. הסדרי המס הקבועים במתווה מנוגדים לתכלית חוק מיסוי רווחי נפט, ולוקים  בחוסר סבירות קיצוני | 155 |
| 4.3.2. העדר התייחסות להסדר המס שיחול על בעלי זכויות נוספים מלבד אלו הקיימים  בתמר ולוויתן | 155 |
| 4.3.3. פגמים במנגנון החלופות לקביעת מחיר הייצוא לצורך חישוב המס | 156 |
| 4.3.4. קביעת המחיר הממוצע המקומי באמצעות הצעת נוסחת מחיר הייצוא ללקוחות  חדשים בישראל | 156 |
| 4.3.5. העדר ודאות בנוגע לביצוע התאמות על חישוב תקבולי הגז מייצוא | 157 |
| 4.4 סיכום | 158 |
| 5. ***"פיקוח על המחירים"*** | 159 |
| 5.1. הצורך בפיקוח על המחירים וחוסר המענה שניתן לו במתווה הגז | 159 |
| 5.2. הסדרי ה"פיקוח" על המחירים במתווה מבוססים על מחיר מונופוליסטי ולוקה בחוסר  סבירות משווע וחוסר מידתיות | 160 |
| 5.3. הפרת חובה שבדין וחוסר סבירות קיצוני - בכל הנוגע למחירי הגז הנמכר ליצרני חשמל  פרטיים | 163 |
| 5.4. סיכום | 165 |
| 6. ***כוח עליון – פגיעה משולשת באינטרס הציבורי*** | 167 |
| 6.1. רקע: הגדרת כוח עליון במתווה | 167 |
| 6.2. דין הגדרת "כוח עליון" במתווה– בטלות | 168 |
| 6.2.1. צמצום סמכותו של בית המשפט ופגיעה בעצמאותו | 168 |
| 6.2.2. פגיעה בזכות הגישה לערכאות | 168 |
| 6.2.3. פתח לניצול לרעה | 169 |
| 7. ***מתווה הגז הינו בלתי סביר באופן קיצוני נוכח העדרם של הסדרים חיוניים לקידום***  ***האינטרס הציבורי*** | 169 |
| 7.1. המדינה התעלמה משיקולים סביבתיים בניסוח המתווה | 170 |
| 7.2. העדר סנקציות על שותפות הגז במקרה של הפרת התחייבויות | 172 |
| 7.3. העדר הטלת חובה להקים צינור גז נוסף | 172 |
| 7.4. סיכום: אישור המתווה ללא התייחסות לסוגיות מהותיות לוקה בחוסר סבירות קיצוני | 174 |
| **III. היפוך חזקת התקינות: צבר פגמים חמורים בהליך גיבוש מתווה הגז וההחלטה על**  **הפעלת סעיף 52 לחוק** | 174 |
| 1. הליך גיבוש מתווה הגז נערך בניגוד לכללי המינהל התקין | 175 |
| 2. הצוות הממשלתי הוקם ופעל ללא הגדרת סמכויות | 175 |
| 3. עבודתו של הצוות הממשלתי לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה | 176 |
| 4. הצוות הממשלתי התנהל במחשכים | 178 |
| 5. "השימוע הציבורי" נערך תוך הפרה של זכות הטיעון | 79 |
| 6. תוצאות "השימוע הציבורי" הלקוי – "המתווה המתוקן" | 181 |
| 7. הממשלה קיבלה את החלטתה שלא על סמך תשתית עובדתית ראויה | 181 |
| 8. המתווה עלה לאישור הכנסת מבלי להבטיח את זכות ההשתתפות | 182 |
| 9. "עריפת ראשי הפקידים" שהביעו התנגדות למתווה הגז – פגיעה בהליך הדמוקרטי | 183 |
| 10. הליך ההיוועצות עם ועדת הכלכלה נערך שלא "בנפש חפצה ובלב פתוח" | 185 |
| 11. סיכום ביניים | 185 |
| **IV. סיכום העילות לביטול מתווה הגז ולביטול הפעלת סעיף 52 לחוק** | 186 |
| 1. החלטות שהתקבלו בחוסר סמכות | 186 |
| 1.1. ממלא מקום שר הכלכלה אינו מוסמך ליטול את סמכויות הממונה ובית הדין להגבלים  עסקיים ו"להלבין" זאת באמצעות הפעלת סעיף 52 לחוק | 186 |
| 1.2. הממשלה אינה מוסמכת לכבול את שיקול דעתה | 187 |
| 1.3. הממשלה אינה מוסמכת לקבל החלטות המנוגדות לחוקאו החלטות שהן במהותן  הסדר ראשוני ולהחילן באופן בלתי שוויוני | 188 |
| 2. הפעלת סעיף 52 ופרטי מתווה הגז בטלים עקב הפעלה לקויה מן היסוד של שיקול הדעת  המינהלי | 190 |
| 2.1. פגיעה באינטרס הציבורי | 190 |
| 2.2. פגיעה בשלטון החוק | 191 |
| 2.3. הפרת החובות כלפי הדורות הבאים | 192 |
| 2.4. פגיעה בצדק החלוקתי | 193 |
| 2.5. הפגיעה האנושה באמון הציבור | 194 |
| 2.6. העדר ענייניות | 196 |
| 2.7. חוסר מידתיות | 196 |
| 2.8. חוסר סבירות קיצוני | 198 |
| 2.9. שיקול הדעת פגום מהיסוד | 199 |
| 3. בהליך גיבוש ואישור מתווה הגז נפלו פגמים היורדים לשורשו של עניין | 200 |
| 4. חוזה מינהלי בלתי חוקי הנוגד את תקנת הציבור ולפיכך דינו בטלות | 201 |
| 5. מישור הסעד: מתווה הגז בטל מיסודו | 202 |
| **ה. סיכום** | 204 |

1. United States v. Du Pont de Nemours & co., 351 U.S. 377 (1956). [↑](#footnote-ref-1)
2. כך למשל קובע מבקר המדינה: "לדעת משרד מבקר המדינה, מונופול במשק הגז הטבעי משפיע באופן מהותי על מחירי הגז הטבעי ועל יוקר המחיה; וזאת בעיקר לנוכח הצפי שהתלות של המדינה בגז הטבעי כמקור אנרגיה רק תלך ותגבר. נמצא שאף שמשרד האנרגיה קבע בעיקרי תכנית העבודה שלו לשנת 2014 כי ועדת המחירים תחליט עד יוני 2014 אם יש צורך בפיקוח על מחירי הגז הטבעי, עד מועד סיום הביקורת לא התקבלה החלטה בעניין זה. עיכוב בקבלת החלטה בנושא עלול לפגוע בניסיונות הממשלה להוריד את יוקר המחיה". [שם, עמ' 55]. [↑](#footnote-ref-2)