

## כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי

### שרון ידין

**תקציר** ♦ **מבוא** ♦ א. חוזה רגולטורי והבטחה מנהלית כדוקטרינות חלופיות ולא משלימות 1. יסודות הדוקטרינה של הבטחה מנהלית 2. יסודות הדוקטרינה של חוזה רגולטורי 3. השוואה בין שתי הדוקטרינות ♦ ב. בג"ץ מתווה הגז הטבעי 1. רקע כללי ועיקרי הפסיקה 2. סיווג המתווה כהבטחה מנהלית וכחוזה רגולטורי בבג"ץ מתווה הגז 3. ביקורת על הסיווג המשפטי של המתווה בבג"ץ מתווה הגז (א) נקודת המוצא: הכרה משפטית בחוזים רגולטוריים (ב) מתווה הגז כעסקת חבילה ולא כרצף של הבטחות (ג) האינטרס הציבורי הטמון בחוזים רגולטוריים ♦ ג. תמורות הדדיות בחוזה רגולטורי – מיפוי ודוגמאות 1. תמורות אופייניות של הגורם הפרטי בחוזה רגולטורי (א) שיפור סטנדרט הפעילות (ב) "שקט תעשייתי" (ג) רגולציה עצמית (ד) תשלום למדינה (ה) תיקון הפרה (ו) פעולה (ז) שיתוף במידע (ח) תשלום לנפגע 2. תמורות אופייניות של הרשות המנהלית בחוזה רגולטורי (א) הקלה באכיפה (ב) ויתור על חוב (ג) הקלה בפיקוח (ד) יציבות רגולטורית (ה) הקלה בחקיקה (ו) הקלה כלכלית (ז) אי־פרסום ההפרה ♦ סוף דבר.

### תקציר

בג"ץ מתווה הגז הטבעי הוא ציון דרך בפסיקה המנהלית והכלכלית בישראל. אחד החידושים הבולטים בפסק הדין הוא הדיון במעמדו של החוזה הרגולטורי, אשר פותח בספרות המשפטית בישראל. במסגרת החוזה הרגולטורי רגולטוריים ומפוקחים מתקשרים בהסכמים שעניינם רגולציה מותאמת־אישית והחלפת תמורות הדדית. כך למשל, המדינה עשויה להעניק לתאגיד פטור מציות לנורמה, מפיקוח או מאכיפה בתמורה לכך שהתאגיד יבצע פעולה מסוימת באופן וולונטרי, מעבר לנדרש לפי דין. לשם כך, התאגיד עשוי להתחייב לפעול בצורה בטיחותית יותר או שקופה יותר, לבצע שינויים ארגוניים, ובכלל זאת בזהות נושאי משרה, להסכים למשוך עתירות נגד הרגולטור, לשלם תשלומים שונים למדינה, להקים תוכניות אכיפה עצמית או כל פעולה אחרת שעליה הסכימו הצדדים. פסק הדין בעניין מתווה הגז הכיר במודל החוזה הרגולטורי ואף קיים דיון ראשוני בהיקף התחולה הרצוי של עקרונות המשפט המנהלי בנוגע אליו. עם זאת, כמה מן השופטים התייחסו לחוזה הרגולטורי במונחים משפטיים לא־עקביים

\* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי פרס [sharon@yadin.com](mailto:sharon@yadin.com). אני מודה לרון שפירא, ליצחק זמיר, לאשר מעוז, לאסף אקשטיין, למשתתפי כנס תשע"ז של העמותה למשפט ציבורי, למשפטנים ביחידת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים ובאגף היועץ המשפטי במשרד הביטחון, לליאור משאלי־שלומאי ולחברי מערכת מחקרי משפט, על הערות מעולות שתרמו בשלבים השונים של גיבוש המאמר וכתבתו.

## שרון ידין

ומבלבלים. מן הצד האחד אימצו את מודל החוזה הרגולטורי והכירו במתווה הגז כעסקת חבילה כוללת, אך מן הצד האחר, הפרידו את המתווה לחלקיו השונים וניתחו את התחייבויות הממשלה כהבטחה מנהלית. הטענה המרכזית במאמר היא שיש לנטוש את דוקטרינת ההבטחה המנהלית בשיח החוזים הרגולטוריים ובפיתוח דיני החוזים הרגולטוריים בעתיד לבוא. ההמשגה המשפטית של החוזה הרגולטורי, כעניין שאינו קשור להבטחה מנהלית ואינו נשען עליה, חשובה לא רק לעניין השלכות האכיפות והפיצויים הנובעות ממנה, אלא גם לתחלת דינים מיוחדים בהקשר הרגולטורי החוזי, כגון במישור של כבילת שיקול הדעת ובמישור ההליכי. כל אלה משפיעים על נכונותו של העולם העסקי והמנהלי לפעול באמצעות חוזים רגולטוריים. בעוד דוקטרינת ההבטחה המנהלית נשחקה עד מאוד בפסיקה, הדוקטרינה של חוזים רגולטוריים נטועה בהצדקות חדשות לכיבוד התחייבויות הדדיות בין המדינה ובין גורמים פרטיים בהקשר הרגולטורי, והיא השלב הבא בהתפתחותו של המשפט המנהלי ההקשרי.

## מבוא

בג"ץ מתווה הגז הטבעי<sup>1</sup> הוא אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בעת האחרונה בתחום המשפט הציבורי. אחד החידושים הבולטים בו הוא ההכרה במודל החוזה הרגולטורי. מודל זה, שפותח בספרות הזרה והישראלית, תואר בבג"ץ כבעל הסממנים הבאים:<sup>2</sup> תוצר של משא ומתן ותיאום; בין רשות מנהלית ככובעה כרגולטור לבין גוף פרטי הנתון לפיקוח;<sup>3</sup> הכולל התחייבויות של המפוקח הניתנות בתמורה להתחייבויות המפוקח; ונוגע להפעלת הכוח הרגולטורי של המפוקח. על בסיס דפוסים מנהליים אלה גובש מתווה מקיף לרגולציה של תאגידי גז טבעי ספציפיים (העיקריים שבהם נובל אנרג'י וקבוצת דלק), שנועד לחול עליהם במשך שנות פיתוח המאגרים ומכירת הגז.

- 1 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ מתווה הגז).
- 2 ראו שם, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת חיות.
- 3 לדיון בשאלה מיהו "מפוקח" במסגרת יחסים רגולטוריים, ראו למשל שרון ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** 45 (2016), שם הדיון מתמקד במפוקחים מסוג עסקים, עוסקים ותאגידיים. לדיון נרחב יותר על זהות הצדדים לחוזה רגולטורי ראו שם, בעמ' 43–45. באופן עקרוני, הגדרות רחבות יותר לרגולציה דנות במפוקחים שאינם בהכרח עסקים, עוסקים (בעלי מקצועות) ותאגידיים, אלא גם בפרטים, וכן במפוקחים שאינם בהכרח רשויות מנהליות או בכלל קשורים למדינה. ראו למשל David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3, 6 (2011). עם זאת, מאמר זה מתייחס לרגולציה כפעילות שיטתית של רשויות מנהליות במדינה להכוונת שווקים לשם הגנה על אינטרס ציבורי, באמצעות נורמות משפטיות כופות או רצוניות, מערכי פיקוח וכלי אכיפה, המופנים לעסקים, לעוסקים ולתאגידיים. להגדרה דומה והסברים ראו שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6, 9 (2014).

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

החווה הרגולטורי מבטא פרדיגמה חדשה של דרכי פעולתן של רשויות מנהליות וכן של המשפט הציבורי.<sup>4</sup> שינוי פרדיגמה זה ניכר בפסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ מתווה הגז.<sup>5</sup> בעוד בעבר נהג בית המשפט להשקיף על המנהל הציבורי בעיקר כגורם מצווה וריכוזי, הפועל באופן חד-כיווני לביצוע מדיניותו, החווה הרגולטורי משקף את ההבנה שכיום המנהל גמיש ושיתופי יותר כלפי גורמים פרטיים הנתונים לפיקוחו.<sup>6</sup> בהתאם לשינוי פרדיגמה זה, פסק הדין הינו חלוץ בפיתוח השיפוטי של דינים מיוחדים שיתאימו לפעילות זו – דיני החוזים הרגולטוריים.

מטרתו של מאמר זה היא להציג את החווה הרגולטורי ולקדם את דיני החוזים הרגולטוריים באמצעות ניתוח הרטוריקה וההנמקה של שופטי בית המשפט בעניין סיווג המשפטי של מתווה הגז. הביקורת במאמר מופנית בעיקר כלפי השימוש הדואלי של בית המשפט בדוקטרינת ההבטחה המנהלית ובמודל החווה הרגולטורי (או באופן כללי יותר – בתפיסת הרגולציה ההסכמית). מאמר זה נועד להבהיר כי החווה הרגולטורי שונה לחלוטין במאפייניו מהבטחה מנהלית, ומסיבה זו לשני המכשירים המנהליים אין ולא צריכות להיות תוצאות משפטיות דומות. עניין זה חשוב לליבון וניתוח כבר בשלב זה, שבו מתחיל להתעצב הענף החדש של חוזים רגולטוריים.

המאמר בנוי באופן הבא: **בפרק א** אציג את יסודותיה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית, אעמוד על רכיביה של דוקטרינת החווה הרגולטורי ולבסוף אנתח את ההבדלים העקרוניים בין הדוקטרינות. **בפרק א** סביר מדוע ההבטחה המנהלית אינה דוקטרינה רלוונטית לניתוח של חוזים רגולטוריים, את מגבלותיה של דוקטרינת ההבטחה ואת הצורך לפתח דיני חוזים רגולטוריים עצמאיים ממנה. **בפרק ב** אציג את עיקרי פסק הדין בעניין מתווה הגז ואת עמדות השופטים השונות, בייחוד בעניין סיווג המשפטי של המתווה. לאחר מכן אפתח ביקורת על הדיון הדואלי שערך בית המשפט בשאלה של סיווג המתווה, כהבטחה וכחווה, ואבחן את השלכות פסק הדין בהקשר זה. **בפרק ג** אדגים את הטענה שהחווה הרגולטורי אינו ניתן לפירוק להבטחות מנהליות נפרדות ושיש להבינו כ"עסקת חבילה" כוללת, המשליכה על הבחינה אם הוא מגלם אינטרס ציבורי חשוב. לשם כך, אסקור חוזים רגולטוריים מסוגים שונים שימחישו את האופן שבו עסקאות חבילה אלו עובדות ב"שטח". **בפרק א** אראה כיצד בתמורה להתחייבות המדינה בעניינים רגולטוריים, גורמים פרטיים מעניקים תמורות משלהם לגורמי מדינה, וזאת בשונה לחלוטין מהבטחה מנהלית, שהיא חד-צדדית במהותה. תמורות פרטיות אלה משפיעות על מידת ההגנה המשפטית הכוללת שיש להחיל על החוזים הרגולטוריים.

4 לטענה זו בהרחבה ראו שרון ידן "בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחווה הרגולטורי: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי" **משפט וממשל** יט 565 (2018).

5 ראו שם.

6 ראו שם.

## א. חוזה רגולטורי והבטחה מנהלית כדוקטרינות חלופיות ולא משלימות

### 1. יסודות הדוקטרינה של הבטחה מנהלית

ההבטחה המנהלית היא דוקטרינה שפותחה בפסיקה הישראלית בשנות השבעים של המאה הקודמת,<sup>7</sup> והרעיון העומד בבסיסה פשוט: הבטחה שנתנה רשות מנהלית עליה לכבדה.<sup>8</sup> על פי תפיסה זו, אומנם יש לאפשר לרשות המנהלית גמישות בפועלה, אך ההגנות המנהלית מחייבת שברירת המחדל, המקובלת במשפט הפרטי באשר לכיבוד התחייבויות שאדם נטל על עצמו, תחול גם על רשויות מנהליות.<sup>9</sup>

יש המאחרים את שורשי ההבטחה המנהלית בדוקטרינת המניעות או ההשתק האנגלית, שבמסגרתה הרשות מושקת מלטעון לבטלות מפאת חוסר סמכות כאשר הפרט הסתמך על פעולה או מצג שעשתה.<sup>10</sup> בדומה לכך, דוקטרינת ההבטחה המנהלית נועדה להעניק הגנה משפטית לציפיות הנבטח, גם כאשר ציפיות אלה לא עוגנו בחוזה פורמלי בעל אופי הדדי.<sup>11</sup>

הולדתה של הדוקטרינה בשנת 1975, כאשר נקבע לראשונה, במסגרת הלכת סאי-טקס<sup>12</sup> שביסס השופט ברנזון בבית המשפט העליון, כי "הבטחה שניתנה על ידי בעל שורה בגדר סמכותו ככונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו,<sup>13</sup> ההגנות הציבורית דורשת שההבטחה תקיים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה", וזאת "באין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה".<sup>14</sup> עד בג"ץ סאי-טקס סירב בית המשפט העליון להכיר

7 החל בבג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975).

8 ראו שם, בעמ' 676.

9 שם.

10 ראו אלכס שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים יד 255, 274–279 (1985); דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17, 41–42 (1996). כן ראו אריאל בנדור "לקט פסקי-דין – סקירה וביקורת" משפט וממשל א 213, 220–221 (התשנ"ב), המנתח את בג"ץ 3363/91 רפל נ' שר הביטחון, פ"ד מו(1) 397 (1991), שעסק בהסתמכות על מצגים של רשויות מנהליות.

11 ניתן לטעון כי גם הבטחה מנהלית היא סוג של חוזה, מאחר שהתקבלה אצל הנבטח ובכך התמלאו לכאורה יסודות ההצעה והקיבול. לדין בהבטחה מנהלית כחוזה ראו פבלו לרנר ההתחייבות החד צדדית 269, 319 (2001); דפנה ברק-ארז משפט מנהלי: משפט מנהלי כלכלי ג 322 (2013). נזכיר כי בדיני החוזים הישראליים, בדומה למשפט הקונטיננטלי, אין הכרח שתינתן תמורה על ידי שני צדדים על מנת לכרות חוזה, וזאת בשונה מן המשפט המקובל האנגלי. ראו למשל דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 24 (1991).

12 עניין סאי-טקס, לעיל ה"ש 7.

13 אף כאן מופיע יסוד ה"קיבול" בהבטחה המנהלית, אך הוא קיבול שבשתיקה, ואינו מחייב הסתמכות.

14 עניין סאי-טקס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 676.

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז בתוקפן של התחייבויות מנהליות וביכר את ערך הגמישות המנהלית והפררוגטיבה השלטונית על פני כיבוד ההתחייבויות.<sup>15</sup>

הפסיקה המאוחרת לסאי־טקס סיכמה את התנאים המצטברים לתוקפה של ההבטחה המנהלית כך: <sup>16</sup> היות המבטיח בעל סמכות להבטיח את שהבטיח; <sup>17</sup> כוונת המבטיח להעניק להבטחה תוקף משפטי מחייב והבנתה ככזו על ידי הנבטח; <sup>18</sup> יכולתו של המבטיח לקיים את ההבטחה מבחינה משפטית וכלכלית; <sup>19</sup> ההבטחה מפורשת; <sup>20</sup> היעדר צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.<sup>21</sup>

ההבטחה המנהלית נועדה לטפל במצבים שבהם הרשות המנהלית מתחייבת לגורם פרטי – אזרח, עסק או תאגיד – בעל פה,<sup>22</sup> ולא דווקא בכתב, במה שמכונה לעיתים בספרות דיני החוזים "התחייבות חד-צדדית".<sup>23</sup> התחייבות חד-צדדית היא חוזה שבו רק צד אחד מתחייב, כגון חוזה למתן פרס, או הסכם שבמסגרתו ניתנת התחייבות ללא תמורה, דוגמת הבטחת מתנה.<sup>24</sup> מהותה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית היא להכיר בהתחייבויות חד-צדדיות של המנהל הציבורי כחוזה המחייב, כברירת מחדל, את הרשות המנהלית.

התחייבויות חד-צדדיות כאלה אופייניות גם לשלטון, במצבים שבהם גורמים ברשות המנהלית מבטיחים במעשים, במצגים או באמירות לפעול או להימנע מלפעול. כך למשל במקרים דוגמת הבטחת רשות מנהלית לתמיכה כספית,<sup>25</sup> הבטחת רשות מקומית להקל

- 15 ראו למשל בג"ץ 270/65 **אשכר בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד כ(1) 388 (1966); ברק־ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 313.
- 16 ראו בג"ץ 594/78 **אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות**, פ"ד לב(3) 469, 474 (1978); בג"ץ 142/86 **"דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות**, פ"ד מ(4) 523, 528–530 (1986); בג"ץ 585/01 **קלכמן נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נח(1) 694, פס' 14 (2003).
- 17 **משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 3.5.2012).
- 18 ליישום רכיב זה ראו למשל עניין **אומן מפעלי סריגה**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 474.
- 19 ראו למשל ע"א 394/82 **מייזלר נ' המועצה המקומית נשר**, פ"ד לז(4) 42 (1983).
- 20 ליישום יסוד זה ראו למשל בג"ץ 177/10 **אדם טבע ודין נ' שר התחבורה** (פורסם בנבו, 19.12.2011); בג"ץ 8013/10 **המועצה האזורית אשכול נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 8.8.2011).
- 21 ליישום הטעם של צידוק חוקי לדחיית טענה של הבטחה מנהלית ראו למשל בג"ץ 5018/91 **גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(2) 773, 784–788 (1993).
- 22 לקשיים ראייתיים המתעוררים לנבטח במצבים של הבטחות שקיבל בעל פה ראו למשל בג"ץ 3978/06 **מימוני נ' צבא הגנה לישראל**, פס' 8 (פורסם בנבו, 29.6.2008).
- 23 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 25.
- 24 ראו שם.
- 25 ראו למשל בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(5) 459 (1999).

בתשלומי ארנונה,<sup>26</sup> הבטחה של מנהל מקרקעי ישראל בדבר מתן אישורים<sup>27</sup> והבטחה בדבר הקלות כלכליות ליצואנים.<sup>28</sup> התחייבויות מנהליות מסוימות הן ביצועיות באופיין ונוגעות לפעולה שלטונית "רגילה" לעשות מעשה, כגון לפנות אשפה ביישוב או לחלק תמיכות כספיות, ואחרות הן רגולטוריות וקשורות למתן הטבה לגורם מפוקח ביחס לטיבם של החקיקה הרגולטורית, הפיקוח או האכיפה שיופעלו כלפיו.<sup>29</sup>

דוקטרינת ההבטחה המנהלית נועדה לתת מענה משפטי לפרט או לתאגיד אשר קיבלו מגורם מוסמך ברשות מנהלית התחייבות חד-צדדית אשר היא בעלת משמעות כלפיהם. דוקטרינה זו ביקשה לטפל במצב השכיח שבו אין באפשרותו של אדם להביא את הרשות המנהלית להתחייב התחייבות בכתב, הנושאת מאפיינים חוזיים מובהקים, ולנהל עימה משא ומתן על מצבו, מפאת פערי הכוחות המובנים בין הצדדים. לשם כך, דוקטרינת ההבטחה המנהלית מאפשרת לגורם הפרטי, עקרונית לפחות, לאכוף את ההתחייבות המנהלית שקיבל אף על פי שאינה תואמת בהכרח את המאפיינים הקלסיים של חוזה (כגון הצעה וקיבול).

נוסף על כך, הדוקטרינה שואפת לאזן בין האינטרס של הנבטח, מקבל ההבטחה, לבין האינטרס הציבורי המיוצג על ידי הרשות המנהלית, אם אלה אינם עולים בקנה אחד. כך, כאשר הרשות המנהלית מסוגלת להצביע על "צידוק חוקי לא-יקיום ההבטחה", הבא לידי ביטוי בשינוי מהותי בנסיבות או בפגיעה באינטרס ציבורי חשוב, תוכל היא "להשתחרר" מהבטחתה.<sup>30</sup>

כאשר ההבטחה המנהלית מוכרת, מוקנה לנבטח סעד האכיפה והוא יוכל לכוף את הרשות המנהלית לקיים את הבטחתה.<sup>31</sup> לעומת זאת, כאשר ההבטחה תקפה אך חלה "הלכת השתחררות", המקנה לרשות צידוק לסגת מקיום הבטחתה, יזכה הנבטח בפיצויים בגין הסתמכותו על ההבטחה ולא יוכל לתבוע אכיפה.<sup>32</sup> בכך הייתה דוקטרינת

26 ראו למשל ע"מ 5666/09 עיריית פתח תקוה נ' ישיר אי.די. איי. חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 21.6.2011); עת"מ (מנהלי ת"א) 2668/08 סויסה נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 4.10.2011); עת"מ (מנהלי נצ') 1038/05 קורדחגי נ' עיריית נצרת עילית (פורסם בנבו, 20.4.2006).

27 ראו למשל בג"ץ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פ"ד לב(3) 742 (1978).

28 ראו למשל עניין סאי־טקס, לעיל ה"ש 7; בג"ץ 534/75 התאחדות בתי המלון בישראל נ' שר התיירות, פ"ד ל(1) 837 (1976); בג"ץ 73/76 אסם-אקספורט נ' שר האוצר, פ"ד ל(3) 636 (1976).

29 המעשה הרגולטורי עשוי להתבטא באחד או יותר משלושה שלבים קלסיים: חקיקה רגולטורית (בדרך כלל מנהלית); פיקוח מנהלי; אכיפה. ראו למשל ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החודים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27-28. עניינה של הרגולציה המנהלית באופן כללי הוא בהשלטת סדר בשווקים. להגדרת רגולציה ראו לעיל ה"ש 3.

30 לתיאור הפסיקה בנושא ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 330-334.

31 ראו למשל עניין סאי־טקס, לעיל ה"ש 7.

32 פיצויים כאלו טרם ניתנו הלכה למעשה בפסיקה, ועל כן המצב המשפטי בנוגע לטיבם המדויק במקרה של השתחררות מהבטחה מנהלית אינו ברור. ראו למשל ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 337-338; בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(4) 803, 815-816 (2003).

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

ההבטחה המנהלית אמורה להפגיש ולפשר בין דיני החוזים במשפט הפרטי ובין דיני רשויות מנהליות במשפט הציבורי, והאינטרסים העומדים בבסיסם. עם זאת, דוקטרינת ההבטחה המנהלית לא נחלה הצלחה רבה בבתי המשפט, שהעדיפו באופן מובהק את רצונה של הרשות המנהלית להתנער מהבטחותיה על פני אינטרסים של הנבטח בקיומה.<sup>33</sup> הספרות המשפטית מתארת כיצד שחק בית המשפט העליון את הדוקטרינה בעקביות, בשורה של פסקי דין שבהם לא הוכרה העילה של הבטחה מנהלית מסיבות ונימוקים שונים.<sup>34</sup> לאמיתו של דבר, מאז נוסדה הדוקטרינה התקבלו התחייבויות חד-צדדיות כהבטחות המחייבות את השלטון פעמים ספורות בלבד, כפי שציינה השופטת חיות באחד הכנסים של העמותה למשפט ציבורי:

אפשר לספור על כף יד אחת את מספר המקרים שטענת הבטחה מנהלית התקבלה עד עתה. הטענה הזו נדחת פעם אחר פעם, אבל אנשים לא נרתעים מלהעלות אותה. בית המשפט מוצף בעתירות של סקטורים כלכליים שניסו את כוחם בטענות שהתבססו על הבטחה מנהלית, אך קבלתה צומצמה מאוד. זה מוסד שלא פותח ולא הוכר באופן חוזר ואמתי במשפט הישראלי.<sup>35</sup>

כיום המצב המשפטי הוא שהכרה בהתחייבות רשות כהבטחה מנהלית מחייבת אינה נפוצה בבתי המשפט, ואף כאשר היא מוכרת, היא מקימה לנבטח סעד בדין במצבים נדירים בלבד.<sup>36</sup>

## 2. יסודות הדוקטרינה של חוזה רגולטורי

לעומת ההבטחה המנהלית, החוזה הרגולטורי הוא תוצר של הסכמה בין גוף מנהלי רגולטורי לגורם פרטי (כגון תאגיד, עסק בלתי מתואגד, גוף או נציגות סקטוראלית של עוסקים), שעניינה הבנות הדדיות והחלפת תמורות שחלקן או כולן קשורות באסדרת פעילותו של הגורם הפרטי.<sup>37</sup> זהו הסדר הסכמי המתאפיין במתן הקלה רגולטורית על ידי

33 ראו למשל קארין יפת "הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה – אך מדוע נגזרה עליה מיתה?" **קריית המשפט** ג 591 (2003).

34 ראו שם, בעמ' 602–604, 609 (2003); ברק-ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 315, 325, 328–329; מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211, 286–296 (2004).

35 דבריה של השופטת בכנס העמותה למשפט ציבורי לשנת 2010, כפי שהם מופיעים אצל הילה רו "שופטת העליון אסתר חיות: הבטחה שלטונית אינה מבטיחה ניצחון בביהמ"ש" **TheMarker** (28.11.2010) [www.themarker.com/law/1.592274](http://www.themarker.com/law/1.592274).

36 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 300–301 (ה"ש 200) (2010).

37 ראו ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37.

## שרון ידן

הרגולטור, בתמורה לנטילת מחויבויות וולונטריות על ידי המפוקח.<sup>38</sup> עניינו של ההסכם בגיבוש טיבה והיקפה של הרגולציה הייחודית שתחול על המפוקח שהינו צד להסדר.<sup>39</sup> אחד הסממנים הבולטים של חוזה רגולטורי הוא זהות הצדדים לחוזה: חוזה רגולטורי נערך בדרך כלל בין תאגיד פרטי (בשונה מן הפרט), עסק או קבוצה של עוסקים הנתונים לפיקוח ממשלתי, לבין רשות מנהלית בכובעה כרגולטור,<sup>40</sup> קרי גורם המחוקק, יוזם או מיישם חקיקה מנהלית, ומבצע פיקוח ואכיפה, במטרה להשליט סדר בשוק או בעיסוק מסוים.<sup>41</sup> חוזים מנהליים רבים אשר שילבו היבטים של רגולציה, דוגמת הסכמי זיכיון והסכמי BOT,<sup>42</sup> נדונו עד כה בבתי המשפט בישראל במסגרת הכללית של חוזי רשות,<sup>43</sup> ללא התייחסות מיוחדת להיבטי האסדרה הטמונים בהם. בג"ץ מתווה הגז הוא הראשון לנתח הסכמה של המדינה עם תאגידים כ"חוזה רגולטורי".<sup>44</sup>

חוזה מנהלי (או חוזה רשות) מתייחס להסכמות מסחריות שבהן המדינה מתקשרת עם גורמים פרטיים לאספקת שירותים ומוצרים, כגון לאחר מכרז שקיימה (אך לא תמיד קודם מכרז להתקשרות), וכן להסכמות הנוגעות להפעלת הכוח השלטוני (דוגמת הסכם להנחה בארנונה או לחכירת קרקע).<sup>45</sup> על חוזה מנהלי חלה דוקטרינת ההשתחררות, המורה כי המדינה יכולה "להשתחרר" ממנו כאשר מתעוררים "צורכי ציבור חיוניים" התומכים

38 ש.ם.

39 ש.ם.

40 לעיתים חוזים רגולטוריים מורכבים נערכים על ידי הממשלה, בעיקר כאלו המשלבים מגוון של נושאים רגולטוריים, המצויים בסמכותם של רגולטורים שונים. מתווה הגז הטבעי הוא דוגמה מובהקת לכך.

41 הרגולטור המנהלי יוזם ומיישם גם חקיקה רגולטורית ראשית. ראו גם ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 26–28.

42 אחד המודלים המוכרים של זיכיונות הוא בנה – תפעל – העבר (BOT), שבמסגרתו תאגיד משקיע ממשאביו הפרטיים כדי להקים תשתית ציבורית במקומה של המדינה או בשיתוף עימה, לתפעל אותה לתקופה מוגבלת (לעיתים של עשרות שנים) ולבסוף למוסרה לידי המדינה. ראו למשל ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 6. ליחס בין מודל של חוזה רגולטורי למודל של חוזה BOT ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. חוזי BOT רבים וכן חוזי זכיינות אחרים עונים להגדרה של חוזה רגולטורי.

43 בראשית הדיון האקדמי בישראל התייחס המונח "חוזה רשות" לרכש מוצרים ואספקת שירותים בלבד. ראו גבריאלה שלו חוזי רשות בישראל (1985). מאוחר יותר הורחב המונח גם לחוזים שהמדינה עורכת "בקשר להפעלת סמכויות שלטוניות או בקשר להעברת משימות ותפקידים ציבוריים [...] לגופים פרטיים הפועלים במשק". ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 4 (1999). לביקורת שקראה להרחבת המונח, ראו יצחק זמיר "ביקורת ספרים, גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543 (1987).

44 ראו על כך בהרחבה להלן בחלק ב2.

45 ראו יצחק זמיר "דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?" משפט וממשל יח 333, חלק א(6) (2017).



כריש, תנן ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

בכך.<sup>46</sup> או אז יפוצה הגורם הפרטי, בדרך כלל בגין חסרון כיס בלבד, ולא יוכל לדרוש אכיפה.<sup>47</sup> אם המדינה מפרה את החוזה המנהלי ללא שחלה דוקטרינת ההשתחררות המגינה עליה, היא עשויה להיות מחויבת באכיפה או בפיצויים מלאים לנפגע.<sup>48</sup> עניין זה נובע אף מכך שעל חוזים מנהליים חלה "דואליות נורמטיבית": חלים עליהם הן דיני החוזים והן המשפט הציבורי החל על רשויות המנהל בפעילותן.<sup>49</sup>

בשונה מחוזים מנהליים מסחריים, שבמסגרתם המדינה משלמת לסקטור הפרטי עבור שירותים או מוצרים, חוזים רגולטוריים ממוקדים בהתחייבות שקשורה בהפעלת הסמכות הפיקוחית בנוגע לשירותים ומוצרים שהסקטור הפרטי מספק לציבור. בכך ניתן לטעון שחוזים רגולטוריים דומים יותר לסיווג הישן של "חוזים שלטוניים",<sup>50</sup> כיוון שעניינם הפעלת סמכות רגולטורית. עם זאת, החוזים הרגולטוריים הם בעלי מאפיינים ייחודיים, השונים מאלו של חוזים מנהליים שלטוניים אחרים.<sup>51</sup> הבדלים אלו עשויים להשפיע גם על מידת האכיפות של חוזים רגולטוריים למול חוזים מנהליים אחרים, ובכלל זאת על הסייגים המאפשרים השתחררות מהם ועל היקף הפיצויים.<sup>52</sup>

חוזים רגולטוריים משקפים בדרך כלל הסכמה ביחס למישור אחד לפחות משלושת המישורים המקובלים בתהליך הרגולטורי: קביעת הנורמות המסדירות; פיקוח; אכיפה.<sup>53</sup>

46 להתפתחות ההלכה ראו ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769 (1990); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000).

47 ראו למשל שם; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 238.

48 ראו למשל דפנה ברק-ארוז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כו 209, 238 (2003); שלו חוזים ומכרים של הרשות הציבורית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 57-58.

49 ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 12.

50 בעבר נהגה הבחנה בין חוזים שלטוניים המגלמים הפעלת סמכות שלטונית לחוזים מסחריים של המנהל, כגון חוזי רכש ושירותים. על פי ההבחנה, על חוזים שלטוניים חל הדין המנהלי, בעוד על חוזים מסחריים חל הדין החוזי. עם זאת, בשלב מסוים נזנחה ההבחנה עקב טענה לערוב במאפייני החוזים ולזהות בסעדים הניתנים במקרה של הפרה. בכל מקרה, כיום ההלכה היא שעל כלל החוזים המנהליים חלה דואליות נורמטיבית, קרי תחולה מקבילה של המשפט הפרטי ושל המשפט הציבורי. ראו על כך, למשל, שם; דפנה ברק-ארוז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111, 113-115 (2007); אסף פזנר "חוק החוזים המינהליים – כורח המציאות" משפטים יב 506, 517 (1982); דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה 598 (1975). להבחנה המסורתית בין סוגי החוזים המנהליים ראו בג"ץ 311/60 י. מילר בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, פסק דינו של השופט זוסמן (1961) וכן גד טדסקי "הסכמי המנהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב 227 (1982). בשיטות משפט מסוימות, כגון שיטות המשפט של צרפת וגרמניה, עדיין שוררת הבחנה בין חוזים מסחריים לבין חוזים שלטוניים. ראו זמיר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 301.

51 ראו על כך גם להלן בחלק ב. לדוגמאות לחוזים הייחודיים הנערכים בהקשר הרגולטורי ראו להלן פרק ג, ובייחוד את מתווה הגז, המתואר להלן בחלק ב.

52 ראו ידין, לעיל ה"ש 4. באופן עקרוני, שלושה סוגים של פיצויים עשויים להינתן לצד הנפגע מהפרה של חוזה רשות: פיצויים מנהליים, פיצויי הסתמכות (ניתנים לפי הלכת ההשתחררות) ופיצויי קיום. ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 10. לדיון נרחב בפיצויי קיום ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 48, בעמ' 238.

53 ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 49.

## שרון ידין

במישור הראשון ההסכמה עוסקת בטיבה וברמתה של פעילות המפוקח.<sup>54</sup> הסכמה זו יכולה להתייחס למשל לשינוי, לביטול או ליצירתו של כלל התנהגות הקשור לפעילות המפוקחת, כגון בדבר איכות השירות או המוצר או מחירם.<sup>55</sup> במישור השני, חוזה רגולטורי (העוסק בשלב הפיקוח) עשוי לכלול הסכמה באשר לדרכי הבקרה והניטור שאותן ינקוט הרגולטור בנוגע לציות אחר כללי הרגולציה,<sup>56</sup> כמו לדוגמה הסכמה הנוגעת לביקורות רגולטוריות, לשקיפות כלפי הרגולטור, למתכונות הדיווח או למערכי רגולציה עצמית.<sup>57</sup> במישור השלישי נערכים הסדרי אכיפה בין רגולטורים למפוקחים, בדרך כלל לאחר הפרת חובות רגולטוריות, כתחליף לאכיפה פלילית או מנהלית כופה וחד-כיוונית.<sup>58</sup> חוזים רגולטוריים מסוג זה כוללים לעיתים גם שינוי של סטנדרט ההתנהגות העתידי הנדרש מהמפוקח ושינויים במתכונת הפיקוח עליו.<sup>59</sup>

החוזה הרגולטורי הוא יציר כלאיים, המשלב תפיסות יסוד של כמה ענפי משפט. הוא מבוסס על שני מושגים הנובעים מתחומי ידע מובחנים באופן מסורתי: חוזה ורגולציה. רכיב החוזה מסמן שמדובר בהסדר הסכמי הכולל החלפת תמורות, שאליו מגיעים שני צדדים או יותר לאחר ניהול משא ומתן על אודות תניות החוזה.<sup>60</sup> רכיב הרגולציה בחוזה הרגולטורי מורה כי אין מדובר בחוזה רגיל בין שני גופים פרטיים, ואף לא בחוזה מדינה מסחרי או שלטוני רגיל,<sup>61</sup> שכן החוזה הרגולטורי עוסק בפן המיוחד של הפעילות השלטונית הקרוי רגולציה.<sup>62</sup>

מה זו רגולציה? שאלה נכבדה זו זכתה להתייחסות נרחבת בספרות.<sup>63</sup> עדיין אין לה תשובה אחת ברורה.<sup>64</sup> עם זאת, אחד ההיבטים המרכזיים של רגולציה הוא פעילות

54 ראו על כך להלן בחלק 1ג (א) ובחלק 2ג(ד), (ה).

55 ראו שם.

56 ראו על כך להלן בחלק 2ג(ג).

57 ראו שם.

58 ראו למשל ANDREW MORRISS, BRUCE YANDLE & ANDREW DORCHAK, REGULATION BY LITIGATION (2008); שרון ידין "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 169 (מסדרת **משפט, חברה ותרבות**, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, אוניברסיטת תל אביב, 2016).

59 ראו דוגמאות להלן בפרק ג.

60 המונח חוזה מרמז גם על אכיפות המשפטית המחייבת של ההסכם.

61 לחוזים מנהליים, שאינם ממוקדים דווקא ברגולציה, ראו שלו **חוזי רשות בישראל**, לעיל ה"ש 43; שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית**, לעיל ה"ש 43; דפנה ברק **האחריות החוזית של רשויות המינהל** (1990).

62 ראו על כך גם להלן בחלק 3ב.

63 ראו למשל A READER ON REGULATION 2-4 (Robert Baldwin, Colin Scott & Christopher Hood eds., 1998); Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 AJLP 1, 1-35 (2002); Christine Parker & John Braithwaite, *Regulation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 119-145 (Mark Tushnet & Peter Cane eds., 2003).

64 ראו למשל David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3 (David Levi-Faur ed., 2011).

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

שיטתית של רשויות מנהליות במדינה, הנעשית להכוונת שווקים לשם הגנה על אינטרס ציבורי, כלכלי או חברתי, באמצעות נורמות משפטיות, מערכי פיקוח וכלי אכיפה, המופנים לעסקים, לעוסקים ולתאגידים.<sup>65</sup> רגולציה עשויה לבוא לידי ביטוי באמצעות חוקים, תקנות או הוראות, במסגרת של רגולציה כופה<sup>66</sup> או באמצעות כלים רכים יותר, דוגמת רגולציה עצמית, רגולציה התנדבותית (וולונטרית) או רגולציה הסכמית,<sup>67</sup> כלים הצוברים בעת האחרונה פופולריות בפרקטיקה ובמחקר הרגולציה. תחת סכמה זו, השאובה מספרות הרגולציה, ניתן למקם את החוזה הרגולטורי כביטוי הטקטי לאסטרטגיה של רגולציה הסכמית, שעשויה לכלול גם שיחות, שכנוע, היועצות, הבנות והסכמות בלתי פורמליות.<sup>68</sup> ואולם, בהשוואה לאלה, החוזה הרגולטורי הוא קפיצת דרך "אבולוציונית" במתכונת הפעולה של רשויות מנהליות מול גורמים פרטיים בעת גיבוש מדיניות והפעלתה.<sup>69</sup>

החוזה הרגולטוריים הפכו כלי שימושי נפוץ במדינה המנהלית-רגולטורית, שמופעל, תוך החלפת תמורות מגוונות, במנעד רחב של נושאים. כך מוכרים, בין היתר, חוזים רגולטוריים ליצירת הסכמות לקראת רפורמה מתוכננת בשוק המפוקח; חוזים רגולטוריים להבטחה מפני שינויי מדיניות ורגולציה; חוזים רגולטוריים הנערכים כהסדר אכיפה לאחר הפרה; חוזים המבטיחים הקלה רגולטורית בקשר לפרשנות או יישומה של רגולציה המעוגנת בחקיקה או בתקנות; חוזים רגולטוריים לשיפור וולונטרי של סטנדרט הפעילות הפרטית; חוזים רגולטוריים להנהגת רגולציה עצמית; חוזים רגולטוריים למתן הטבות והקלות כלכליות; חוזים רגולטוריים לשמירה על סודיות; חוזים רגולטוריים להסרת תביעה או עתירה נגד הרגולטור; חוזים רגולטוריים לשיתוף וולונטרי במידע; חוזים רגולטוריים להחלפת נושאי משרה ולשינויים ארגוניים בתאגיד.<sup>70</sup>

החוזה הרגולטוריים משמשים בשווקים רבים, דוגמת שוק ההון והבנקאות,<sup>71</sup> הביטוח והפנסיה,<sup>72</sup> שוק התקשורת,<sup>73</sup> שוק האנרגיה,<sup>74</sup> ענף הקמעונות,<sup>75</sup> המזון,<sup>76</sup>

65 להגדרה דומה ראו ידין "מהי רגולציה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. כן ראו לעיל ה"ש 3.  
66 לתיאור סגנון הרגולציה הכופה ראו UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 106-107 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2012).  
67 ראו ידין "מהי רגולציה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 8; ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28-32.  
68 ראו באופן כללי על רגולציה הסכמית IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIVE REGULATION – TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992); EUGENE BARDACH & ROBERT KAGAN, GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS (2002). כן ראו שרון ידין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 468, 450, 447 (2012).  
69 ראו שם, בעמ' 479. להיוועצות המסורתית עם בעלי עניין ראו באופן כללי דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי א 301-328 (2010).  
70 לדין מקיף בסוגים השונים של החוזים הרגולטוריים ובדוגמאות, ראו להלן פרק ג.  
71 ראו למשל ידין, לעיל ה"ש 58.

## שרון ידן

הבנייה, 77 הסביבה, 78 התחבורה<sup>79</sup> והעבודה.<sup>80</sup> הם עשירים גם באופני היצירה שלהם ובמסגרות הפרוצדורליות התומכות בהם ונערכים במגוון צורות: במסגרת של רישיונות,

72 ראו למשל בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441, 456 (1994) (שם נדון משא ומתן שערכו חברות הביטוח עם הממונה על שוק ההון בדבר כניסתן לתחום של ביטוח פנסיוני); בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625 (2001) (שם נזכר משא ומתן שנערך בין המפקחת על הביטוח וחברות הביטוח על הסדר שמאות למבוטחים).

73 ראו למשל שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 391 (2015) (שם מתואר משא ומתן שערכה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו עם הזכייין ישראל עשר בדבר תנאי השידור והזיכיון); ע"א 7958/10 **פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.8.2012) (שם נזכר הסכם מרובע בין מוטורולה, בזק ומשרדי התקשורת והאוצר בדבר בעלויות, רישיונות ותמלוגים בענף הסלולר).

74 לדוגמאות שקדמו למתווה הגז הטבעי ראו למשל בג"ץ 4736/03 **אלון חברת הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 15.6.2008) (המתאר הסכמה של חברות הדלק הגדולות עם מנהל מקרקעי ישראל על פינוי קרקע בפי גלילות ומשיכת עתירה נגד המנהל, בתמורה להענקת זכויות בנייה) (להלן: עניין **פי-גלילות**); בג"ץ 5941/91 **החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה והתשתית**, פ"ד מונ(2) 806 (1992) (שבו נדונה התחייבות של משרד האנרגיה והתשתית לחברות לאספקת גז ביתי, שלפיה לא יופעל פיקוח על המחיר המרבי של גז לצרכן לתקופה של ארבעה חודשים); בג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 15.8.2012) (שם טענו העותרות להסכמה בין המדינה לתאגידי הגז הטבעי בדבר נטל המס החל על התגליות).

75 למשל, בשנת 2005 נערך צו מוסכם בין רשתות המזון הקמעונאיות הגדולות בישראל לבין הממונה על הגבלים עסקיים. הצו עסק, בין היתר, בצעדים שינקטו הרשתות כדי לצמצם הסדרים כובלים עם ספקים, כחלופה להטלת סנקציות רגולטוריות כופות. ראו צו מוסכם לפי ס' 56 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בין הממונה על ההגבלים לבין ספקי המזון (20.12.2005) **הגבלים עסקיים** [www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26102.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26102.aspx) 5000435

76 כך למשל, בעקבות קמפיין טלוויזיוני של משרד הבריאות, שיצא נגד צריכת חטיפים מלוחים מזיקים, הגיע המשרד להסכמה שלפיה בתמורה לגניית הקמפיין יציגו חברות מזון גדולות את הערכים התזונתיים המזיקים לבריאות (שומנים, נתרן, סוכר) באופן בולט בקדמת האריזות. ראו קרן מרציאנו "קמפיין החטיפים: למה הוסר הסרטון? **mako חדשות 2** (6.6.2016) [www.mako.co.il/news-money/economy-q2\\_2016/Article-efeb704f262551004.htm](http://www.mako.co.il/news-money/economy-q2_2016/Article-efeb704f262551004.htm) ("משרד הבריאות פרסם סרטון שמציג חטיפים כמו במבה וביסלי כבעלי ערכים תזונתיים מסוכנים. מאות אלפים צפו – אך כעת הוא נגנז. הסיבה: החברות נעתרו לפרסום הנתונים על האריזות תמורת הסרת הקמפיין"); שייע קליין "חברות המזון נבהלו מ'קמפיין החטיפים' המלוחים וסגרו דיל" **חדשים 10** (6.6.2016) [www.ch10.co.il/news/286881](http://www.ch10.co.il/news/286881) ("הקמפיין, שהוביל ככל הנראה לירידה במכירות, עורר דאגה וזעם בקרב חברות המזון – שהסכימו לעסקה: יפרסמו את הנתונים של רכיבים המזיקים לבריאות בהבלטה על גבי אריזות החטיפים, תמורת הפסקת השידור של הסרטון"); שאול אמסטרדמסקי "מתוק זה לא יהיה" **כלכליסט** (9.4.2016) [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3685457,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3685457,00.html). בסופו של דבר עוגנה הסכמה זו במסגרת רפורמה חקיקתית רחבה יותר בנושא סימון מוצרי מזון בישראל. ראו תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017, ק"ת 376.

77 ראו למשל ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה** (פורסם בנבו, 27.6.2011); הודעה לעיתונות של רשות ההגבלים העסקיים "הסדר ליצירת מתחרה חדש בענף המלט" (28.7.2014) [www.antitrust.gov.il/melet.aspx](http://www.antitrust.gov.il/melet.aspx)

כריש, תנן ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

זיכיונות והיתרים; במסגרת של חוזים רגולטוריים ייעודיים; כצווים מוסכמים, כגון לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; כהסדרי אכיפה מנהלית, כגון לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968;<sup>81</sup> במסגרת של הוראות מנהל, החלטות ממשלה או החלטות מנהליות אחרות; במסגרת של תקנות או של חוקים.<sup>82</sup>

בשנים האחרונות החלה להתפתח בספרות המשפטית בישראל הדוקטרינה של החוזה הרגולטורי.<sup>83</sup> היא מאפשרת כמה מהלכים משפטיים הנבנים אחד על גבי האחר. ראשית, ביכולתה לזהות החלטות ומעשים שונים של המנהל, הנדמים חד-צדדיים אך למעשה אינם כאלה – כגון חוזר, הוראה, תקנה או מסמך מדיניות – כתוצר של הסכמה דו-צדדית. כאמור במבוא,<sup>84</sup> זיהוי זה נעשה על סמך ארבעה תנאים שהתגבשו בספרות ובפסיקה:<sup>85</sup> (1) תוצר של משא ומתן ותיאום; (2) בין רשות מנהלית ככובעה כרגולטור לבין גוף פרטי הנתון לפיקוח; (3) הכולל התחייבויות של המפוקח הניתנות בתמורה להתחייבויות המפוקח; (4) ונוגע להפעלת הכוח הרגולטורי של המפוקח.

שנית, הדוקטרינה מאפשרת, לאחר זיהויה של התבנית החוזית ההדדית של המעשה הרגולטורי, לתת משקל רב יותר להסתמכותו של הגורם הפרטי על התחייבויות המנהל ומשקל מועט יחסית לעקרון ההדירות וההשתחררות המנהלית, בהשוואה למכשירים חוזיים אחרים, דוגמת הבטחה מנהלית או חוזה מנהלי "רגיל".<sup>86</sup>

78 ראו למשל הודעה לעיתונות של המשרד להגנת הסביבה "מנהלי רשתות השיווק חתמו על האמנה לשימוש בסלים רב פעמיים" (27.8.2014) [www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2014/August2014/MultiuseBags-Supermarkets.aspx](http://www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2014/August2014/MultiuseBags-Supermarkets.aspx).

79 ראו למשל בג"ץ 508/83 מעוף נתיבי אויר בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד לח(3) 533 (1984) (משא ומתן בין שר התחבורה לארקייע על תנאי רישיון לטיסות שכו).

80 ראו למשל הודעה לעיתונות של משרד הכלכלה והתעשייה "נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד הכלכלה ואולפני הכירה ירושלים בע"מ, מקבוצת JCS חתמו על הסכם בדבר עידוד שוויון הזדמנויות בעבודה" (25.2.2014) [economy.gov.il/Publications/PressReleases/Pages/2014/February/jcs-occupational-equality.aspx](http://economy.gov.il/Publications/PressReleases/Pages/2014/February/jcs-occupational-equality.aspx).

81 לדיון נרחב בכך ראו ידין, לעיל ה"ש 58.

82 לצורות השונות של החוזים הרגולטוריים ראו ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, פרק 3.

83 ראו שם.

84 בפסקה ראשונה.

85 ראו ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37, 43, 51; בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 2-3 לפסק דינה של השופטת חיות.

86 להדירות החוזה הרגולטורי ראו ידין, לעיל ה"ש 4. באופן כללי עקרון ההדירות פירושו שהרשות המנהלית רשאית לסגת ממדיניותה בכל עת, באופן סביר, ואין לפרט או לתאגיד זכות להסתמך עליה. עיקרון זה, החל למשל על מדיניות כלכלית מיטיבה, נועד להעניק לרשות גמישות בפעולותיה ותואם את העיקרון שלפיו עליה לשקול מחדש מעת לעת את החלטותיה בהתאם לשינוי הנסיבות. ראו למשל בג"ץ 1934/95 תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מט(5) 625, פס' 22 (1996); ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר, פס' 15-27 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 10.5.2015); ברק-ארז, לעיל ה"ש 48, בעמ' 226-227.

שלישית, ובהמשך ישיר לכך, דוקטרינת החוזה הרגולטורי מבקשת ליישם דגשים שונים של כללי המשפט המנהלי על הפעילות הרגולטורית-חוזית, כגון ריכוך כללי הסמכות, ובהם כלל ההסמכה החוקית וכלל ההסדרים הראשוניים; מנגד היא מבקשת לעבות את כללי ההליך המנהלי הרגולטורי, למשל באמצעות הגברת השקיפות הרגולטורית ודרישה לבניית תשתית עובדתית רגולטורית.<sup>87</sup> דוקטרינה זו נקלטה באופן עקרוני בפסיקה, בבג"ץ מתווה הגז.<sup>88</sup>

הדיון בחוזה הרגולטורי בספרות המשפטית בישראל הוא חדש יחסית והופיע לראשונה באופן מפורש ונרחב בהקשר של הסכמות הנערכות בשווקים פיננסיים.<sup>89</sup> לאחר מכן התפתחה הכתיבה גם לשווקים נוספים, דוגמת שוק התקשורת,<sup>90</sup> ולצורות חדשות של חוזה רגולטורי, דוגמת חוזה המעוגן בחוק.<sup>91</sup> מן הבחינה הדוקטרינרית התמקדה הכתיבה במשפט המנהלי ובמידת התאמתם של כלליו המסורתיים בעידן הרגולטורי. כך לדוגמה, החוזים הרגולטוריים מצויים לפעמים בעימות עם האיסור על כבילתו של שיקול הדעת המנהלי, עם עקרון ההסדרים הראשוניים ועם כלל ההסמכה החוקית.<sup>92</sup> מן הבחינה התאורטית עסקה הכתיבה ב"שבי רגולטורי" ובחשש מפני הטיות אחרות של רגולטורים במסגרת החוזים הרגולטוריים.<sup>93</sup> בג"ץ מתווה הגז הינו ההתייחסות הישירה הראשונה של בתי המשפט בישראל לזרם כתיבה זה, שניתן לכנותו "דיני חוזים רגולטוריים".

- 87 ראו ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 144–150.
- 88 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' נו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פס' 25, 36–37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (לעניין ההליך המנהלי); פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג (לעניין ריכוך דרישת הסמכות והגברת השקיפות) ופס' 42, 49–51, 61 לפסק דינו (לעניין ריכוך כלל ההסדרים הראשוניים).
- 89 ראו ידן, לעיל ה"ש 68. הסכמים בין מפוקחים למפוקחים נזכרו עוד לפני כן בהערה קצרה אצל יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67, 123 (2005) ("כמו-כן, מנגנון הפיקוח יכול להתקשר בהסכם עם גוף מפוקח, שלפיו הגוף המפוקח יקבל על עצמו לקיים הסדר שנקבע בהסכמה, וגם הגוף המפוקח יראה את עצמו קשור להסדר זה – למשל, שהוא יימנע מהליכי אכיפה אם הגוף המפוקח מקיים את ההסדר המוסכם"). בהקשר זה הפנה זמיר (שם, בה"ש 197) למנגנון הצו המוסכם בחוק ההגבלים העסקיים, אך ציין כי "הסכם בין הגוף המפוקח לבין גוף מפוקח יכול להיערך גם בהיעדר הוראת חוק כזאת, ואז עשוי להיות לו תוקף של חוזה מנהלי או הבטחה מנהלית, לפי נסיבות המקרה".
- 90 ראו ידן, לעיל ה"ש 73; שרון ידן "ערוצי טלוויזיה: הערכת מודל האכיפה של הרשות השנייה" **רגולציה בישראל** (יצחק גל-נור ואייל טבת עורכים, מכון ון-ליר, צפוי להתפרסם ב-2018) [hazan.kibbutz.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?ID=969775\\_hazan&act=show&dbid=sections&.dataid=67](http://hazan.kibbutz.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?ID=969775_hazan&act=show&dbid=sections&.dataid=67).
- 91 ראו ידן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 394; ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 105–109.
- 92 ראו ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, פרק 4.
- 93 ראו שם, בעמ' 156–170; ידן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 198–204; ידן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 429, 433–442.

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

### 3. השוואה בין שתי הדוקטרינות

לאחר שבחלקים הקודמים הוצגו המאפיינים של הבטחה מנהלית ושל חוזה רגולטורי, בחלק זה יודגשו ההבדלים המנהליים והמשפטיים ביניהם. הדיון יתמקד במצבים המורכבים שבהם הם עשויים להידמות זה לזה<sup>94</sup> ובשאלה כיצד ניתן להבחין ביניהם בכל זאת. בהתבסס על הניתוח אטען במאמר כי אין להשתמש בדוקטרינת ההבטחה כלל כאשר מתקיימים תנאי החוזה הרגולטורי<sup>95</sup> וכי יש לפתח דיני חוזים רגולטוריים שיהיו שונים בתכלית מדיני ההבטחה המנהלית.

בשולי הדיון אעסוק גם במעשה המנהלי החד-צדדי. במעשה מנהלי חד-צדדי כוונתי לכל תקנה, החלטה, הוראה או הוראת מנהל<sup>96</sup> שבהן המנהל מורה, מצווה, מעניק או קובע זכות או חובה כלשהן של גורם פרטי. שרטוט קווי הדמיון והשוני בין הבטחה מנהלית, מעשה מנהלי חד-צדדי וחוזה רגולטורי יאפשר לדיון המשפטי להתקדם באופן בהיר יותר במלאכת הפיתוח של החוזים הרגולטוריים בעתיד לבוא.<sup>97</sup> על אף הקשר המתקיים בין הבטחה לחוזה במשפט הפרטי,<sup>98</sup> דוקטרינת החוזה הרגולטורי ודוקטרינת ההבטחה המנהלית אינן הולכות יד ביד. הן עוסקות במכשירים מנהליים נבדלים, הנטועים בהיסטוריה משפטית שונה. כך למשל, דוקטרינת ההבטחה המנהלית התפתחה בתקופה שבה המנהל נתפס ותפקד, יותר מכול, כגורם ריכוזי וכופה, אשר יש להבטיח את הגינותו כלפי הפרט, ופחות כגוף אשר כחלק מהותי מתפקידו מתדיין עם גורמים פרטיים וגופים עסקיים ומשתף איתם פעולה.<sup>99</sup>

94 למאפיינים המקרבים את ההבטחה המנהלית לחוזה ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 49–50 ("חוזה הוא סוג של הבטחה [...] אמנם, במבט ראשון ההבטחה המנהלית נתפשת כחסד שלטוני ולא כפעולה שהרשות היא צד מעוניין בה (להבדיל מחוזה דו-צדדי), מאחר שבטווח המידי היא מיטיבה עם הפרט בלבד. אולם במקרים רבים המניע להבטחה הוא הכוונת פעילויות, שהרשות מעוניינת בה (בעיקר כאשר ההבטחה עניינה תמיכות שלטוניות, כמו בעניין סאיטקס עצמו)"). ברק-ארז מסבירה כי ההבטחה היא הבסיס המשותף של הבטחה מנהלית ושל חוזה מנהלי, וכי יסוד זה, הלקוח מדיני החוזים, הוביל לדיון בהגנה על הציפייה של הנבטח ושל המתקשר. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 48, בעמ' 232. לדיון במצבים שבהם חוזים מנהליים מידמים להבטחות מנהליות ראו זמיר, לעיל ה"ש 45, חלק ב; שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 117.

95 לתנאים אלו ראו בפסקה הראשונה במבוא.

96 תקנה היא הוראה כללית ונורמטיבית, כלומר היא מופנית לציבור בלתי מסוים ומשנה את המצב המשפטי. הוראת מנהל אינה כללית או אינה נורמטיבית, למשל צו או רישיון המופנים לאדם או לתאגיד ספציפי. ראו הגדרות "תקנה" ו"הוראת מינהל" בס' 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. מעשה מנהלי חד-צדדי עשוי לגלם הבטחה מנהלית, כפי שיוסבר בהמשך המאמר.

97 לדיון דומה בצורך לפתח דינים שיתאימו לחוזים מנהליים ראו למשל פוזנר, לעיל ה"ש 50.

98 ראו גם לעיל ה"ש 94.

99 על תפקידו המודרני של המנהל ראו ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28–31. על התפתחותה של הלכת **סאיטקס**, לעיל ה"ש 7, באופן כללי, ראו יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" **משפט וממשל** ה' 465, 473 (2000).

על רקע זה ניתן להבין כי הדוקטרינה של ההבטחה המנהלית ביקשה לקדם את השמירה על ההגינות השלטונית, למנוע קיפוח ושרירות ולצמצם את פערי הכוחות שנהגו בין הפרט לשלטון. לעומת זאת, כיום נמסרות התחייבויות שלטוניות לתאגידים וארגונים פרטיים אחרים על רקע שונה, שהדגש שלו מצוי בקידום האינטרס הציבורי. במסגרת זו, משא ומתן בין הצדדים, הפרטי והציבורי, נערך כחלק מתהליך גיבושה של מדיניות ציבורית ורגולציה. בשיטה זו השלטון נשען באופן נרחב על גורמים פרטיים בעיצוב המדיניות הרצויה לציבור וקידומה,<sup>100</sup> ולכן נדרש לרתום אותם בדרכים שונות למטרה. נסיבות אלה מעצבות יחסי כוחות שונים בזירה הרגולטורית בין הפרטי לציבורי. כיום, במקרים רבים לא זו בלבד שהגורם הפרטי אינו מצוי בעמדת נחיתות לעומת השלטון בדאילוג החוזי הרגולטורי, אלא הדיאלוג מתקיים מול תאגידים חזקים במשק, אשר במובנים מסוימים עוצמתם משתווה לזו של הרגולטור המדינתי ואף עולה עליה.<sup>101</sup> לנוכח הצורך הברור בריסון כוחם של התאגידים בכל הקשור להשפעתם על המנהל עומד הצורך להבטיח את קידום האינטרס הציבורי הטמון בעסקה הרגולטורית. בשל כך נדרשת המדינה להציע לגורמים הפרטיים תמורות נאותות, הקשורות, בין היתר, בוודאות וביציבות רגולטוריות.<sup>102</sup>

בהמשך לכך, מאפיינים מנהליים שונים של הבטחה מנהלית ושל חוזה רגולטורי מורים כי אין לדון בהם בכפיפה אחת. כפי שעולה מן הדיון בחלקים הקודמים בפרק,<sup>103</sup> ההבדל העקרוני בין הבטחה מנהלית ובין חוזה רגולטורי הוא שהבטחה מנהלית היא חד-צדדית במהותה, ואילו חוזה רגולטורי הוא דו-צדדי בעיקרו. עקרון הדו-צדדיות, אשר יידון בהרחבה בהמשך המאמר,<sup>104</sup> בא לידי ביטוי ביסוד התמורה, והיא שמשנה את פני התמונה בניחות האינטרס הציבורי הגלום בעסקה כולה. בעוד הבטחה מנהלית אינה דורשת דבר מן הגורם הנבטח, והוא נותר פסיבי במערכת היחסים עם השלטון (למעט, אולי, דרישתו להבטחה),<sup>105</sup> במסגרת החוזה הרגולטורי הגורם הפרטי פעיל ומרכזי בגיבוש ההתחייבויות ובביצוען.<sup>106</sup>

100 לסיבות לכך ראו להלן חלק ב(ג).

101 דברים אלה יפים גם למצבים של הבטחה מנהלית רגולטורית וגם למצבים של חוזה רגולטורי. כך ניתן לטעון כי דווקא בעניין **סאיטקס**, לעיל ה"ש 7, התעוררה הדוקטרינה של הבטחה מנהלית על רקע רגולטורי, שם ביקשו יצואנים לאכוף הבטחה שלטונית לסובסידיות. הדבר תלוי כמובן בהגדרה הרגולציה, שכן במקרה זה מדובר בהענקות – הטבה כלכלית שנקשרה בפונקציה מסוימת של השלטון ואשר לא כולם מסכימים להגדירה "רגולציה". ראו על הגדרת הרגולציה לעיל בה"ש 3. לדיון בהענקות ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11, פרק 27.

102 לדיון בתמורות אופייניות בחוזים רגולטוריים ראו להלן פרק ג.

103 ראו לעיל חלקים א, 1, א.

104 ראו על כך להלן בפרק ג.

105 לא זו בלבד שלא נדרש כל מעשה מצידו של הנבטח, אלא הוא אף אינו נדרש להסתמך על ההבטחה על מנת שתיחשב מחייבת. ראו עניין **סאיטקס**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 676.

106 ראו על כך להלן בחלק ג.1.



כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

ואולם, על אף המאפיינים השונים של הבטחה וחווה, הצורה המשפטית שבה מעוגנת ההתחייבות הרגולטורית עלולה להטעות. כך, במקרים מיוחדים, הבטחות וחוזים רגולטוריים עשויים להתגבש תחת מעטה של מכשירים המידמים לרגולציה כופה וחד-כיוונית, כגון הוראה, החלטה, תקנה, צו או אפילו חוק. למרות קווי דמיון חיצוניים בין הבטחה לחווה במצבים אלה,<sup>107</sup> הצורה אינה יכולה למלא תפקיד חשוב בהבחנה ביניהם, והיא אינה יכולה לשמש עיקרון מנחה בניתוח. הצורה שבה ההתחייבויות מעוגנות אינה משנה אפוא כשלעצמה את סיווגן,<sup>108</sup> ואף לא הכותרת של המסמך הרלוונטי;<sup>109</sup> יש לבחון אם הנורמה משקפת הסכמה הדדית הכוללת החלפת תמורות, גם אם המסגרת המשפטית הפורמלית היא חד-צדדית במהותה.

במצבים רבים מעניק הגורם הפרטי כנגד ההתחייבות השלטונית תמורות סמויות או גלויות, אשר הופכות אותה ממעשה מנהלי הנחזה להיות חד-צדדי לחווה רגולטורית. הקושי לאתר תמורות אלה תרם לכך שרבים מהמקרים שהגיעו לפתחם של בתי המשפט בעילות חוזיות הגלומות במעשה חד-צדדי של המנהל לא קיבלו את ההגנה המשפטית הראויה להם כחוזים רגולטוריים. דוגמה לכך נדונה בבג"ץ שמן,<sup>110</sup> שבמסגרתו טענו יצרני השמן בישראל כי בינם ובין הממשלה נערך משא ומתן בדבר מדיניות היבוא וההיטלים על שמן, שעוגן במסמך המעיד על הבטחה מנהלית או הסכם.<sup>111</sup> המסמך קבע כי פתיחת השוק ליבוא שמן תתבצע באופן מדורג, אולם בשלב מסוים החליטה הממשלה לסטות ממנו ולבטל את היטלי היבוא.<sup>112</sup> בעניין זה פסק הנשיא ברק כי המסמך "מדיניות הממשלה בנושא ענף השמן והכוספא" אינו מהווה חווה בין הצדדים אלא מדיניות שלטונית גרידא, המבטאת מעשה חד-צדדי של הרשות המנהלית, וכי מגעים שהתנהלו בין הצדדים בעניין זה נועדו אך להקל את יישומה של התוכנית הממשלתית.<sup>113</sup> דוגמה אחרת לקושי בסיווג המעשה המנהלי גלומה במצבים שבהם ההתחייבות המנהלית ניתנת על רקע "הבנות שבשתיקה", כגון הבנה שאם יפרסם השר צו מכסות יבוא מוגדלות לתעשיינים, אלו לא יגישו נגדו עתירה וישמרו על שקט תעשייתי.<sup>114</sup>

107 שאינם אופייניים, ככלל, לעיגון חוזים מנהליים, ואף לא לעיגון הבטחות מנהליות (הניתנות בדרך כלל בעל פה או במסמך שאינו הוראת מנהל או תקנה, כגון מכתב). למאפייני ההבטחה המנהלית ראו לעיל חלק א.

108 ראו ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 89; בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינה של השופטת חיות.

109 וזאת לא בשונה מדיני החוזים הכלליים. ראו למשל ע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862 (1994).

110 בג"ץ 3871/91 שמן (תעשיות) בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מו(4) 272 (1992).

111 ראו שם.

112 ראו שם.

113 ראו שם, בעמ' 273–275.

114 ראו שם; ע"א 2553/01 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, פס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005).

דוגמה זו מתארת אף היא חוזה רגולטורי המוסווה כרגולציה כופה ומעשה חד-צדדי של המנהל ואת האופן שבו הניתוח המשפטי עלול להחמיץ את התמונה הכוללת הגלומה בהסכם, ובעיקר את האינטרס הציבורי הטמון בו.<sup>115</sup>

במלאכת הניתוח של המעשה המנהלי, בין שמדובר בתקנה, הוראת מנהל, החלטת ממשלה או אפילו חוק, התבוננות מבודדת על הנורמה ללא בחינת ההליכים שנלוו לה – שיתוף, משא ומתן, הסכמה והחלפת תמורות – אינה מספיקה.<sup>116</sup> כך, מאפיינים הסכמיים המאותרים במעשים מנהליים שונים צריכים לשנות את האפיון הנורמטיבי שלהם: מביטוי של מדיניות כללית של הרשות או הבטחה מנהלית גרידא, לשיתוף פעולה הסכמי הדדי חשוב ובעל ערך ציבורי בין הסקטור הפרטי לסקטור הציבורי.

הסיווג של הפעולה המשפטית כמעשה מנהלי חד-צדדי או כחוזה טומן בחובו השלכות משפטיות שונות ומכאן חשיבותו הרבה. כך, למשל, הפסיקה מורה כי יכולתה של המדינה להשתחרר מחוזה מנהלי מוגבלת יותר מאשר במצבים של הבטחה מנהלית, ובמצבים של הבטחה מנהלית יכולת זו מוגבלת יותר מאשר במצבים של מעשה מנהלי שנועד אך לבטא מדיניות כללית של המנהל.<sup>117</sup> במילים אחרות, קשה יותר לקבל טענת השתחררות של הרשות המנהלית מהתחייבויותיה (כגון עקב "צידוק") במצבים שמאפייניהם חוזיים. הסיבה לכך ברורה: במסגרת של חוזה מתקיים רכיב של הדדיות, אשר מגביר את אינטרס ההסתמכות של הגורם הפרטי על ה"עסקה" המנהלית.<sup>118</sup> לעומת זאת, מעשה מנהלי שאינו מגלם התחייבויות מצידו של גורם פרטי שונה לחלוטין, מן הבחינה המשפטית, ממעשה מנהלי שמגלם התחייבויות כאלה.<sup>119</sup>

- 115 ראו על הרציונל להסכם בבג"ץ **שמך**, לעיל ה"ש 110. ראוי לציין כי ההבטחה המנהלית סובלת מקושי דומה כאשר היא מוסווית כרגולציה כופה, אך בכך לא אעסוק במאמר.
- 116 זאת בדומה לקריאות להחיל את תורת הבחירה הציבורית על תהליכי חקיקה על מנת להבין את הלחצים שהפעילו גורמים פרטיים על המחוקקים, לצורך פרשנות חקיקתית. ראו DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE (1991); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317 (2007); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית בישראל" **קריית המשפט** ז 115 (2008). ליישום גישה זו בפסיקה ראו רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו**, פ"ד מח(4) 70 (1994).
- 117 למרות זאת ההבחנה בפסיקה בין ההבטחה המנהלית לחוזה המנהלי אינה חדה מאוד, בעיקר כאשר לסעדים עקב הפרה, שבנוגע אליהם שוררת עמימות עקב היעדר ניסיון פרקטי ומיעוט הסכסוכים המשפטיים שהגיעו לכדי פסיקת פיצויים בהקשרים אלו. ראו עניין **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 114, בעמ' 489–490 ("ניתנת האמת להיאמר, כי ההבחנה בין זה (החוזה) לבין זה (ההבטחה המנהלית) אינה משמעותית כבעבר. הטעם העיקרי לכך הוא, שהפסיקה הכירה בתוקפה של ההבטחה המנהלית, ובד בבד התנתה הכרה זאת בתנאים הדומים בעיקרם לאלה שעומדים ביסוד תוקפו של החוזה"); עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 17, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות; ברק-ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 322–325; ברק-ארז, לעיל ה"ש 50, בעמ' 130–135. ראו על כך גם לעיל ה"ש 32.
- 118 אף בעניין **סאיטקס**, לעיל ה"ש 7, ציין השופט ברנזון מפורשות כי לא נדרשת כל הסתמכות מצידו של הגורם הפרטי כדי שההבטחה המנהלית תהא מחייבת. ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 14.
- 119 ראו על כך, למשל, ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 50–51.

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

בעוד המשפט המנהלי מאפשר לרשות המנהלית לחזור בה בסבירות ובמידתיות<sup>120</sup> ממדיניותה הכללית המעוגנת בתקנות, בהחלטות או בהוראות מנהל, <sup>121</sup> הוא אינו מאפשר זאת באותה קלות כאשר מדיניות זו עולה כדי הבטחה מנהלית ובוודאי לא כאשר מדובר בחוזה מנהלי.<sup>122</sup> הדבר נכון כמובן גם במצבים שבהם גובשה המדיניות באמצעות היועצות עם נציגי תעשייה, במסגרת של שיתוף הציבור או של שימוע, שאינם עולים כדי משא ומתן והסכמה.<sup>123</sup> עוצמת ההתחייבות משפיעה אפוא על הסעדים המשפטיים. אף ההבחנה בין חוזה מנהלי לחוזה רגולטורי חשובה לעניין של השלכות האכיפות. ראשית, בעוד חוזים מנהליים רגילים נושאים מאפיינים חוזיים גלויים וברורים, חוזים רגולטוריים נוטים להיות מוסווים כרגולציה כופה וחד-כיוונית ולכן עלולים לסבול מאכיפת-חסר. שנית, במקרה המיוחד של חוזה רגולטורי הכולל פסקת יציבות,<sup>124</sup> הלכת ההשתחררות הרגילה של חוזה מנהלי מוגבלת הלכה למעשה, ולכן יש לעצב לצדדים סעדים משפטיים מיוחדים.<sup>125</sup>

בפרק הבא יודגם הקושי שהוצג בפרק זה, בדבר ההבחנה המעורפלת בין הבטחה מנהלית, מעשה מנהלי חד-צדדי, חוזה מנהלי וחוזה רגולטורי, על מתווה הגז הטבעי ופסק דינו של בג"ץ בעניין זה.

## ב. בג"ץ מתווה הגז הטבעי

### 1. רקע כללי ועיקרי הפסיקה

מתווה הגז עסק באסדרתו של השימוש במשאב טבע מסוג גז טבעי, שגילו תאגידיים ספציפיים בישראל. בדומה לנפט גולמי, גז טבעי נוצר במעמקי האדמה. הוא מסתמן

- 120 ניתן לתקן ולשנות החלטה מנהלית במצבים של שינוי נסיבות ושל טעות. ראו למשל שם, בעמ' 51.
- 121 לעקרון ההדירות ממדיניותה של רשות מנהלית ראו לעיל ה"ש 86 וכן בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 470, 466 (1982); דותן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 467. ראוי להבהיר כי דותן מתייחס למדיניות המגולמת בהנחיות מנהליות, בעוד אני מתייחסת במאמר זה למדיניות כעניין רחב יותר, שעשוי להיות מעוגן גם במתכונת פורמלית כגון תקנות.
- 122 ראו שם, בעמ' 470–471. לטענה שלפיה יש להשקיף על החלטת הממשלה בעניין מתווה הגז הטבעי כמדיניות כלכלית הדירה, ולא כחוזה או הבטחה, ראו בג"ץ 262/16 מפלגת העבודה הישראלית נ' ממשלת ישראל (11.1.2016) (עתירה למתן צו על תנאי) [www.slideshare.net/Anochi/262161371594](http://www.slideshare.net/Anochi/262161371594) (להלן: **עתירת מפלגת העבודה**).
- 123 במצבים של שימוע ציבורי או היועצות עם נציגי תעשייה נוצרת קרקע פורייה להסכמות רגולטוריות, לכן האחד עשוי להוביל לאחר, אך אינם תנאי ותוצאה הכרחיים האחד של השני.
- 124 הטעמים להכרה בפסקאות יציבות רגולטורית נעוצים, בעיקרם, באינטרס הציבורי הגלום בהתחייבויות כמכלול. ראו ידין, לעיל ה"ש 4. כן ראו על כך להלן בחלק ב.
- 125 ראו שם.

## שרון ידן

בעולם כחלופה בטוחה, זולה וסביבתית לפחם ולנפט בייצור חשמל.<sup>126</sup> בשנת 2009 התגלה במימי הים התיכון, כ-90 קילומטרים מערבית לחיפה, מאגר הגז הטבעי "תמר".<sup>127</sup> תגלית "תמר" נחשבה הצלחה אדירה בחיפושי גז ונפט בישראל והייתה לתגלית הגדולה בעולם בשנים 2008–2009.<sup>128</sup> כעבור זמן קצר, בשנת 2010, התגלה בסמוך למאגר תמר מאגר "לווייתן", שדה הגז הגדול ביותר בים התיכון והגדול בעולם במים עמוקים בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת.<sup>129</sup> בשנת 2012 התגלו שני מאגרים נוספים, קטנים בהרבה, המכונים "כריש" ו"תנין".<sup>130</sup>

כיום משמש הגז הטבעי מקור אנרגיה עיקרי ומועדף בישראל לייצור חשמל ולשימוש בתעשיות גדולות.<sup>131</sup> מאגרים אלו מוערכים יחד בכ-800–1000 BCM (יחידות מדידה של מיליארד מטרים מעוקבים);<sup>132</sup> בשנת 2015, למשל, צרכה מדינת ישראל 8.4 BCM.<sup>133</sup> רווחי מדינת ישראל שינבעו ממיסוי המאגרים מוערכים בכ-60 מיליארד דולר.<sup>134</sup>

- 126 לרקע כללי על אודות גז טבעי ראו למשל בג"ץ Samedan Mediterranean Sea 5812/00 נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה (4) 312, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין (2001); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 1–5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014). (להלן: בג"ץ יצוא הגז); על היבטי הובלה של גז טבעי בישראל ראו בג"ץ 8077/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה האזורית לחכנון ולבניה (פורסם בנבו, 22.12.2015).
- 127 ראו על כך, למשל, בבג"ץ דחיאן, לעיל ה"ש 74.
- 128 ראו הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל מסקנות הוועדה 12 (2011) (להלן: דוח ועדת ששינסקי).
- 129 ראו הצעה להחלטה של הממשלה ה-34 "העברת הסמכות הנתונה לשר הכלכלה על פי ס' 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988" (25.6.2015) www.pmo.gov.il/MediaCenter/Spokesman/Documents/hatzaa.pdf.
- 130 לשם המחשה של יחסי הגודל בין המאגרים, מאגר לווייתן כולל כ-500 BCM (יחידות של מיליארד מטרים מעוקבים); תמר 280 BCM; תנין 22 BCM; כריש 32 BCM. ראו למשל בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. חשוב לציין כי מדובר בהערכות גמישות הנתונות לשינויים.
- 131 משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "משק הגז הטבעי בישראל" energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGEconomy.aspx. כן ראו דוח ועדת ששינסקי, לעיל ה"ש 128, בעמ' 13.
- 132 ראו למשל בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בהחלטת הממשלה בעניין יצוא הגז הטבעי הוחלט לשמור בעתודות מדינת ישראל 540 BCM ואת היתר להתיר ביצוא למדינות זרות. ראו החלטה 442 של הממשלה ה-33 "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (דו"ח ועדת צמח)" (23.6.2013).
- 133 ראו משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים – רשות הגז הטבעי סקירת התפתחויות במשק הגז הטבעי במהלך שנת 2015 (2015) energy.gov.il/subjects/ng/documents/publication/ngpublication2015.pdf.
- 134 ראו בנק ישראל "התייחסות בנק ישראל לטיוט המתווה בעניין פיתוח שדות הגז שנתגלו במים הכלכליים של ישראל" נספח 1 (2015).

כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

מתווה הגז גובש באמצעות שורה של רגולטורים ממשלתיים, עם תאגידים מקבוצת "דלק", "נובל אנרג'י" ותאגידי גז ונפט פרטיים נוספים, האחראים לתגליות גז טבעי אלה.<sup>135</sup> משא ומתן לקראת ההסכם, ששוכלל בסוף שנת 2015, החל עוד בשנת 2010, כמגעים לקראת צו מוסכם בין התאגידים לבין הממונה על ההגבלים העסקיים.<sup>136</sup> מטרתו של ההסדר המקורי ברשות ההגבלים הייתה ליצור תחרות במשק הגז הטבעי, המתאפיין בהיותו ריכוזי בשלל מקטעיו – בעלות, ייצור, שיווק – וזאת בתמורה להימנעות מהכרזה על הסדר כובל.<sup>137</sup> לאחר התפטרותו של הממונה, על רקע כישלון המגעים, החליף "צוות קנדל"<sup>138</sup> הממשלתי את רשות ההגבלים במסגרת משא ומתן חדש ומקיף הרבה יותר. טיוטת המתווה שגובש פורסמה לשימוע ציבורי,<sup>139</sup> ולאחר מקצה תיקונים מינורי פורסמה כהחלטת ממשלה.<sup>140</sup> המתווה מסדיר מגוון סוגיות אסדרה (רגולציה) בנוגע למשק הגז הטבעי בישראל, והוא מן החוזים הרגולטוריים החשובים בתולדות המדינה.<sup>141</sup> אף שפורסם כהחלטת ממשלה, הוא מידמה להסכם ומונה כ-30 עמודים מפורטים ועשרות סעיפים ותניות שלובות ומותנות זו בזו.

135 במועד גיבוש המתווה החזיקו שני תאגידים מרכזיים במונופול בשוק הגז הטבעי בישראל: דלק קידוחים ושותפות מוגבלת, בשליטתו של איש העסקים יצחק תשובה, ונובל אנרג'י האמריקנית (Noble Energy Mediterranean Ltd.). תאגידים נוספים שהחזיקו בזכויות במאגרים הם רציו חיפושי נפט (1992) ושותפות מוגבלת (15% ממאגר לווייתן), דור חיפושי גז ושותפות מוגבלת (4% ממאגר תמר) וישראלקו נגב 2 – ושותפות מוגבלת (29% ממאגר תמר).

136 ראו טיוטת נוסח הצו המוסכם לפי ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין דלק קידוחים ושותפות מוגבלת, אבנר חיפושי נפט וגז ושותפות מוגבלת ו-Noble Energy Mediterranean Ltd. (27.3.2014) **הגבלים עסקיים** 500585 [www.antitrust.gov.il/500585.search/2aa3ffdaff194e9e9f012644f614e026.aspx](http://www.antitrust.gov.il/500585.search/2aa3ffdaff194e9e9f012644f614e026.aspx).

137 בעניין הריכוזיות שהתגבשה בשוק האנרגיה ראו בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל וממלא מקום שר הכלכלה**, פס' 91–94 (24.12.2015) (עתירה מתוקנת למתן צווים על תנאי וצווים הצהרתיים) <https://bit.ly/2Im9YKq> (להלן: **עתירת התנועה לאיכות השלטון**).

138 על שם יוג'ין קנדל, שעמד בראש המועצה הלאומית לכלכלה. לביקורות על צוות קנדל, שפעל ללא כתב מינוי ובחוסר שקיפות, ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' כז, נו-נח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

139 ראו משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "השימוע בנושא המתווה להסדרת משק הגז הטבעי" [energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGShimuaJuly15Live.aspx](http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGShimuaJuly15Live.aspx) (22.7.2015).

140 החלטה 476 של הממשלה ה-34 "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לווייתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" (16.8.2015) (להלן: **מתווה הגז הטבעי**) [www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2015/Pages/dec476.aspx](http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2015/Pages/dec476.aspx).

141 ראו למשל דבריו של השופט גו'בראן בבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 12 ("לא תהיה זו הפרזה לומר כי אסדרתו של משק הגז הטבעי היא אחת ההחלטות הכלכליות החשובות בתולדות המדינה, אם לא החשובה שבהן, ואשר השלכותיה על המשק הישראלי ועל כלל הציבור רבות ונרחבות").

עיקרי המתווה קובעים כדלקמן: הממונה על ענייני הנפט ידחה בשנתיים את מועד התחלת ההפקה המסחרית מהמאגרים והזרמת גז טבעי למשק המקומי;<sup>142</sup> למונופול הגז יינתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, לעניין מונופולין והסדרים כובלים;<sup>143</sup> שר האנרגיה ושר האוצר לא יכפיפו את הגז הטבעי למנגנון פיקוח מחירים המתחייב לפי חוק פיקוח על מחירים ושירותים, התשנ"ו-1996;<sup>144</sup> החלטת ממשלה קודמת בעניין יצוא הגז תעודכן באופן שיאפשר גמישות ביצוא;<sup>145</sup> שר האנרגיה יבחן מחדש את נושא הקמתו של צינור נוסף ממאגר "תמר" ויעדיף שימוש בתשתיות קיימות לשם יצירת יתירות במערכת האספקה;<sup>146</sup> הממשלה לא תשנה ממדיניותה לפי המתווה בענייני מיסוי, יצוא והחזקות, למשך עשור (תניית היציבות).<sup>147</sup>

בתמורה לכך התחייבו בעלי הזכויות במאגרים בהתחייבויות העיקריות הבאות: לפעול באופן מיידי להמשך השקעות ופעולות הדרושות לפיתוח מהיר של לווייתן ולהרחבת תמר;<sup>148</sup> להתקשר בהסכמים לרכישת ציוד ושירותים לפיתוח מאגר לווייתן בסכום של 1.5 מיליארד דולר עד סוף שנת 2017;<sup>149</sup> להשקיע בתוכן מקומי (ספקים וכו' אדם ישראליים) 500 מיליון דולר על פני שמונה שנים;<sup>150</sup> למכור גז במחיר מוסכם על פי נוסחה המפורטת במתווה;<sup>151</sup> למכור את כריש ותנין בתוך 14 חודשים;<sup>152</sup> למכור את כלל החזקותיה של קבוצת דלק בתמר וכשליש מהחזקותיה של נובל בתמר, בתוך שש שנים.<sup>153</sup>

בשנת 2016 מסר בית המשפט הגבוה לצדק את אחת מפסיקותיו החשובות בתולדות המדינה בהקשר הכלכלי-מנהלי.<sup>154</sup> פסיקה ארוכה ומפורטת זו בחנה אם התחייבותה של

142 ראו ס' 1ג למתווה הגז הטבעי, לעיל ה"ש 140.

143 ראו שם, ס' 3ג.

144 ראו שם, ס' ד.

145 ראו שם, ס' ה.

146 ראו שם, ס' ז.

147 ראו שם, ס' י (קיום סביבה רגולטורית יציבה). עוד צוין שם כי "יבחן בקפדנות כל שינוי באסדרה של מקטע הפקת הגז הטבעי שעלול להשפיע מהותית על כדאיות ההשקעה של בעלי הזכויות בחזקות בפיתוח של החזקות. בעת קביעת כללי האסדרה ישאף המאסדר להתאים את האסדרה, במידת האפשר, לסטנדרטים המקובלים במדינות ה-OECD, בהן מתקיימת תעשיית נפט וגז. יודגש, כי אין בעמדה זו כדי להביא למניעת התפתחותה של אסדרה במקטע זה, לרבות חקיקה ראשית וחקיקת משנה, הנחיות, הליכי אכיפה, והחלטות של גופים מוסמכים על פי דין".

148 ראו שם, ס' 2ג.

149 ראו שם, ס' 4ג, 6.

150 ראו שם, חלק ט.

151 ראו שם, ס' ד ונספח ב.

152 ראו שם, פרק ג לנספח א.

153 ראו שם, ס' 11-12.

154 פסק הדין בבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, ניתן בעקבות ארבע עתירות שהגישו עמותות שונות נגד המתווה, בהן התנועה למען איכות השלטון, אדם טבע ודין, הפורום הישראלי לאנרגיה, המרכז האקדמי למשפט ועסקים והעמותה לכלכלה בת קיימא, וכן מפלגת מרצ ומפלגת העבודה. העתירות

כריש, תנן ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

הממשלה לתאגידי גז טבעי בדבר "חבילת" תנאים רגולטורית בקשר עם תגלית הגז הגדולה ביותר בישראל היא חוקית.<sup>155</sup> פרשה זו עוררה הדים רבים בציבור הישראלי, אשר יצא לרחובות להפגין נגד ההסכמות הידועות כ"מתווה הגז", והנושא לא ירד מן הכותרות חודשים רבים.<sup>156</sup>

במוקד הדיון הציבורי והמשפטי עמדו יחסי הכוחות הרצויים בין המדינה ותפקידה כרגולטור במשק ובין התאגידיים המפוקחים על ידיה, על רקע אסדרתו של השימוש במשאב טבע ציבורי.<sup>157</sup> ברקע הוויכוח הכלכלי והפוליטי עמד החשש שהמדינה למעשה "שבויה" באינטרסים של המפוקחים.<sup>158</sup> על פי הסברה, שבי רגולטורי זה מתבטא בכך שבמקום להטיל על התאגידיים רגולציה כופה ומחמירה, באופן חד-כיווני, בחרה המדינה באסטרטגיה של רגולציה הסכמית, בניגוד לאינטרס הציבורי.<sup>159</sup> במסגרתה של מתכונת

הופנו כלפי ראש הממשלה ושורה של רגולטורים אשר עסקו בגיבוש מתווה הגז הטבעי, בשלבים שונים. בין המשיבים נכללו המועצה הלאומית לכלכלה, שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, שר האוצר, הממונה על ההגבלים העסקיים, וכך שורה של תאגידי אנרגיה – נובל אנרג'י האמריקנית, דלק הישראלית ושותפויות גז ונפט נוספות.

155 ראו שם.

156 על המאבק הציבורי והמשפטי בנושא הרגולציה על מאגרי הגז הטבעי ראו למשל אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין "סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי" **מעשי משפט** 41 (2015); בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט גור'בראן ופס' 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן; **עתירת התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 137, פס' 100–102.

157 סוגיה ציבורית חשובה נוספת שהתעוררה אגב מתווה הגז הטבעי היא עצמאותם של רגולטורים מקצועיים מן הדרג הפוליטי. הדוגמאות הבולטות לכך הן התפטרותו של הממונה על ההגבלים העסקיים, פרופ' דיוד גילה, ועזיבתה של יו"ר רשות החשמל, אורית פרקש, על רקע מחלוקת מקצועיות שהתגלעו בינם לבין הדרג הפוליטי בנושא מתווה הגז. ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' קמד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. להיבטים הקשורים למגבלות על חופש הביטוי של שרי ממשלה בעניין פרשה זו ראו ברק מדינה ואורי בארי "עמדת מיעוט ואחריות משותפת: על חופש הביטוי של שרי הממשלה" **מעשי משפט** ח 81 (2016).

158 ראו למשל טענות העותרים בבג"ץ 4894/15 **הפורום הישראלי לאנרגיה נ' ממשלת ישראל**, פס' 7, 9 (פורסם בנבו, 22.7.2015); **עתירת התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 137, פס' 75–78, 94, 97–98. לתיאור כללי של התופעה הידועה כשבי רגולטורי ראו UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 66, בעמ' 107–108; Daniel Carpenter & David A. Moss, *Introduction*, in PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST INFLUENCE AND HOW TO LIMIT IT 1, 13 (Daniel Carpenter & David A. Moss eds., 2013); George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3, 4 (1971).

159 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן. לכך מתקשרת גם יכולתם של תאגידיים פרטיים גדולים לפעול במישרין או באמצעות לוביסטים, על מנת לשכנע את הרגולטורים להעניק להם הקלות רגולטוריות, כולל באמצעות רטוריקה של הפחדה ושל איום בתרחישי קיצון. ראו למשל רשות ההגבלים העסקיים "תרשומת פגישה עם דלק ונובל אנרג'י" דבריו של יצחק תשובה (22.12.2014) ([storage.googleapis.com/ch2news-attach/2016/04/%D7%92%D7%96.pdf](https://storage.googleapis.com/ch2news-attach/2016/04/%D7%92%D7%96.pdf)), למתכונת פעולה זו של מפוקחים, באופן כללי, ראו Sharon Yadin, *Too Small to Fail: State Bailouts and Capture by Industry Underdogs*, 43 CAP. U. L. REV. 889 (2015).

הרגולציה ההסכמית ניהלו המדינה ותאגידי הגז משא ומתן לקראת חוזה רגולטורי, המותאם באופן מיוחד לנסיבות המקרה. ואולם, מתנגדי המתווה גרסו שהחוזה הרגולטורי הקל יתר על המידה על התאגידים וגילם ויתור מרחיק לכת של המדינה על סמכותה הטבעית לכפות, ולהסדיר את השימוש במשאבי הטבע שלה באופן חד-כיווני.<sup>160</sup>

בעוד המדינה טענה שההסדר האמור הכרחי כדי להבטיח את פיתוח מאגרי הגז שגילו התאגידים ואת הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל לעשרות השנים הבאות, טענו העותרות בעיקר כי ההסדר נערך בחוסר סמכות ודינו בטלות.<sup>161</sup> אף כי בית המשפט אישר בפסק דינו חלקים שונים הקשורים במתווה, ארבעה מתוך חמישה שופטים פסלו רכיב מפתח בהסדר – תניית היציבות הרגולטורית – וקבעו כי התחייבות הממשלה שלא לשנות מדיניות רגולטורית לתקופה של עשור אינה חוקית ודינה להתבטל.<sup>162</sup> בעקבות פסיקה זו תיקנה הממשלה את פסקת היציבות והחליפה אותה בנוסח מרוכך יותר.<sup>163</sup> ביצועו של המתווה החל בסמוך לתיקון של נוסח ההסכם, שנעשה באמצעות החלטת ממשלה נוספת.<sup>164</sup>

## 2. סיווג המתווה כהבטחה מנהלית וכחוזה רגולטורי בבג"ץ מתווה הגז

שאלת סיווג המשפטי של המתווה תפסה חלק נכבד בדיון הציבורי והמשפטי שסבב את גיבושו. את ההתלבטות בעניין היטיבה להציג מפלגת העבודה בעתירתה נגד המתווה:

ה"מתווה" לבש לבוש פורמאלי של החלטה של ממשלת ישראל, אלא שעיון במסמך ילמד כי מדובר ביצור כלאיים [...] סיווג המשפטי לא ברור. האם ה"מתווה" הוא החלטת ממשלה גרידא, הנחיות פנימיות, מסמך מדיניות, חוזה, "הבטחה מנהלית" או שמא סוג אחר של מסמך [...] אף מבחינה צורנית ופרוצדורלית ה"מתווה" הוא עוף זר בעולם המשפט הישראלי. ה"מתווה" התגבש לאחר מו"מ עם שותפויות הגז ונובל אנרג'י, וכולל בחובו קביעת "התחייבויות" שותפויות הגז ונובל אנרג'י. יחד עם

160 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

161 ראו שם, פס' יט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

162 ראו שם, כללם של דברים (בסוף פסק הדין).

163 ראו החלטה 1465 של הממשלה ה-34 "תיקון המתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משרה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לווייתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז נוספים" [www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2016/Pages/dec1465.aspx](http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2016/Pages/dec1465.aspx) (22.5.2016).

164 ראו שם. לתחילת ביצוע המתווה, כגון באמצעות מכירת המאגרים הקטנים, ראו דלק קידוח יהש דוח מידי לבורסה: אישור התקשרות בהסכם למכירת זכויות בחזקות תנין וכריש (16.8.2016); דלק קידוח יהש דוח מידי לבורסה: הסכם למכירת כלל הזכויות בתנין וכריש לחברת אנרג'יאן תמורת 148.5 מיליון דולר (16.8.2015).



כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

זאת, ה"מתווה" לא גובש ולא נחתם כהסכם, אלא אושר בסופו של דבר, על ידי הממשלה.<sup>165</sup>

באופן מפתיע מעט הסכימו כל הצדדים לדיון – המדינה, תאגידי הגז והעותרות – כי מתווה הגז הטבעי הינו לכל היותר הבטחה מנהלית,<sup>166</sup> שניתנה במסגרת של החלטת ממשלה, קרי החלטה מנהלית חד-צדדית הכוללת התחייבויות של המדינה לגורם הפרטי.<sup>167</sup> משכך, ובהתאם לדוקטרינת ההבטחה המנהלית,<sup>168</sup> המדינה רשאית לסגת מהבטחתה במקרה של צידוק חוקי או טעם ענייני סביר.<sup>169</sup> ככל הנראה, עמדה זו הייתה נוחה לצדדים: למדינה, אשר ביקשה להפחית מרצינותן של ההתחייבויות שנטלה על עצמה במתווה, שאלמלא כן עלולות היו להיתפס ככבילה אסורה; לעותרות – אשר היו מעוניינות בסיווג שיפוטי מקל של המתווה, כך שלא יחייב את המדינה כלפי התאגידים באופן מחמיר מדי ויאפשר השתחררות פשוטה בעתיד; ולתאגידי הגז – אשר לכאורה היו צריכים לטעון לחוזה מחייב, אך העדיפו לטעון להבטחה, כנראה כדי לוודא שהמתווה יעבור את מבחן בג"ץ.<sup>170</sup>

מאחר שהסיווג של המעשה המנהלי גורר עימו תחולה של כללים מנהליים שונים, טמונה בו חשיבות רבה.<sup>171</sup> בשאלת הסיווג ענה בית המשפט תשובה הנמצאת במוקד הביקורת במאמר מפאת השניות הגלומה בה.<sup>172</sup> נדבך ראשון בסיווג מתבטא בכך שכל השופטים התייחסו למתווה הגז במסגרת של רגולציה הסכמית. כך למשל, השופטים חיות וסולברג השתמשו מפורשות במונח "חוזה רגולטורי",<sup>173</sup> ולצידם השתמשו השופטים האחרים בביטויים דומים, כמו "אופי הסכמי מעין-חוזי מובהק" (השופט ג'ובראן),<sup>174</sup> "חוזה של ממש" (השופט רובינשטיין)<sup>175</sup> ו"עסקת חבילה" (השופט פוגלמן),<sup>176</sup> לתיאור המתווה.

- 165 ראו **עתירת מפלגת העבודה**, לעיל ה"ש 122, פס' 27, 29.
- 166 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' קט, קטז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.
- 167 ליסודות ההבטחה המנהלית ראו לעיל חלק א.1.
- 168 ראו שם.
- 169 ראו שם.
- 170 לא מן הנמנע כי במקרה של בוררות עתידית בין הצדדים, בעקבות הפרת ההתחייבויות, יטענו תאגידי הגז לחוזה.
- 171 ראו על כך לעיל חלק א.3.
- 172 דיון נרחב בביקורת יובא להלן בחלק ב.3.
- 173 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 2–8 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 174 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 175 שם, פס' כ, קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
- 176 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

שאלת הסיווג המשפטי של המתווה נדונה באופן מיוחד בפסק דינה של השופטת חיות, שציינה כי "לאורך המתווה קיימות הוראות לא מעטות המנוסחות כתנאים בהסכם שהינם תולדה של מפגש רצונות בין הגורמים הרגולטוריים ובין חברות הגז [...] ומהיבט זה מתאפיין המתווה בסממנים של חוזה רגולטורי".<sup>177</sup> השופטת הסבירה בהרחבה בפסק דינה כיצד באים מאפייני החוזה הרגולטורי לידי ביטוי במתווה הגז הטבעי. כך למשל, היא עמדה על כך שהמתווה גובש במסגרת משא ומתן שנערך בין צוות קנדל ובין תאגידי הגז, ועוד לפני כן, במסגרת משא ומתן שהוביל הממונה על ההגבלים העסקיים.<sup>178</sup> עוד הסתמכה השופטת על כך שהצדדים גיבשו טיוטות והגיעו על בסיסן להסכמות.<sup>179</sup> כן ציינה כי ההסכמות נוגעות להוראות אסדרה ולהתחייבויות נגדיות שלובות של תאגידי הגז בקשר לכך, כגון ללוחות זמנים, להיקפי השקעות, לפיתוח המאגרים ולהסדרים מבניים.<sup>180</sup>

השופטת ביססה את השקפתה על המתווה כרגולציה הסכמית לא רק על תוכנו אלא גם על מסמכים תומכים. בין אלה נזכר מכתבו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה אל יושב ראש ועדת הכלכלה בכנסת, שבו צוין כי ההסדר עם תאגידי הגז מבוסס על הסכמה ולכן לא ניתן היה להשיג את כל התנאים המבוקשים.<sup>181</sup> כן נזכרו בהקשר זה טיעוני המדינה שלפיהם "עבודת המטה כללה גם את שמיעת החברות והתדיינות מולן".<sup>182</sup>

את מסקנתה המשפטית בשאלת הסיווג ביססה השופטת על הגישה שלפיה יש לבחון בחינה מהותית את התבנית המשפטית הרלוונטית לדיון, לפי סממני החוזה הרגולטורי, ולא ללכת שולל אחר התבנית הפורמלית שבחרו הצדדים.<sup>183</sup> היא סברה לפיכך כי הגם שמתווה הגז עוגן בהחלטת ממשלה הנדמית כרגולציה חד-צדדית, זוהי אינה החלטה מנהלית מובהקת.<sup>184</sup> במקום זאת קבעה כי מדובר בחוזה רגולטורי, מן הטעם שמדובר הלכה למעשה באוסף של התחייבויות רגולטוריות הדדיות, הכולל הוראות רבות

177 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

178 ראו שם, פס' 3.

179 ראו שם.

180 ראו שם, פס' 2. ראו לדוגמה ס' 2 בנספח ב למתווה הגז הטבעי, לעיל ה"ש 140, המבטא התחייבויות הדדיות הגלומות בהחלטת הממשלה ("רשות המסים מודיעה כי ביישום השוואת המחיר הממוצע המקומי למחיר היצור לפי חוק מיסוי רווחי נפט יחולו העקרונות הבאים. עקרונות אלו מקובלים על בעלי הזכויות בחזקות 'תמר' ו'לויתן' והם התחייבו לפעול בהתאם לעקרונות אלו").

181 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

182 טיעוני המדינה המובאים שם.

183 ראו שם, פס' 2–3.

184 ראו שם. ס' 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, קובע כי החלטה מנהלית ("החלטה של רשות") היא החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות היעדר החלטה וכן מעשה או מחדל. "רשות" מוגדרת בסעיף זה רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין.

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

המנוסחות כתנאים בהסכם שהוא תולדה של מפגש רצונות בין הרגולטורים לתאגידי הגז.<sup>185</sup>

מסגרת הניתוח של המתווה כרגולציה הסכמית ניכרת גם בחוות הדעת האחרות בפסק הדין. כך למשל ציין השופט רובינשטיין כי "אינן עסקינן בקבלת החלטה מינהלית 'נקייה', אלא בהחלטה שהיא תוצר של משא ומתן עם חברות הגז" וכי "החלטת הממשלה בענייננו עוצבה במידה רבה בדומה לחוזה של ממש, לאחר משא ומתן בין המדינה לחברות הגז".<sup>186</sup> השופט סולברג כתב כי "פסקת היציבות הרגולטורית היא חלק מ'עסקת חבילה' כוללת, פרי משא ומתן ארוך ומורכב שניהלה המדינה מול חברות הגז".<sup>187</sup> אף השופט ג'ובראן חיווה את דעתו בנושא הסיווג וציין כי "עסקינן באסדרה מוסכמת בין המדינה לבין חברות הגז. יוזכר, כי מתווה הגז כולו הוא תוצר של משא ומתן בין צוות קנדל לבין חברות הגז, תוך פשרות הדדיות מצד הצדדים למשא ומתן זה – מאפיין המקנה למתווה הגז אופי הסכמי מעין-חוזי מובהק".<sup>188</sup>

חלק מהשופטים אף החל לבסס דוקטרינה משפטית מתאימה למצב זה של רגולציה הסכמית.<sup>189</sup> למעשה, בג"ץ מתווה הגז הוא אחת ההתייחסויות החשובות של בתי המשפט בישראל, אם לא החשובה שבהן, לתחום הפעילות של רגולציה,<sup>190</sup> ובייחוד בפן של פיתוח משפט מנהלי הקשרי לחוזים רגולטוריים.<sup>191</sup> בעבר אומנם נדונו בפסיקה

185 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 4, 8 לפסק דינה של השופטת חיות. השופטת מסייגת מעט את קביעתה זו בהמשך דבריה ומציינת כי החוזה אינו חוזה רגולטורי במלוא מובן המילה (ייתכן משום שנערך על ידי הממשלה כהחלטת ממשלה ולא על ידי רגולטור קלסי באמצעות חוזה רגולטורי קלסי המסווג ככזה באופן ברור על ידי הצדדים). להגדרת "רגולטור" ראו למשל ידין "מהי רגולציה", לעיל ה"ש 3; ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14, 21-28, 43-44.

186 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' כ, קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

187 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

188 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

189 ראו למשל, על מעמדו של חוזה רגולטורי שהינו הסדר ראשוני, שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג, ובהקשר זה על דוקטרינת המכלול שהציע לעומתו השופט רובינשטיין, שם, פס' קלז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; על מעמדה של תניית יציבות רגולטורית ראו שם, פס' קיט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו על כך גם לעיל בחלק א2.

190 ראו דיון מקיף ברגולציה גם בבג"ץ **איגוד שמאי ביטוח**, לעיל ה"ש 72.

191 אך ראו תחילתו של דיון כזה בבג"ץ **כלל חברה לביטוח**, לעיל ה"ש 72, שם קבע בית המשפט כי על הרשות המנהלית לנהל משא ומתן רגולטורי בתום לב, ולא מתוך מטרה לעכב את הצד השני עד אשר יחוקק חוק שיכשיל את המדיניות המתגבשת בין הצדדים. המשפט המנהלי ההקשרי מבקש לקדם פיתוח של דינים ספציפיים לכל תחום במנהל הציבורי. ראו איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 42-43, 297-300, 393-399 (2013); גיא זיידמן "מי אתה המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק-ארז" **הפרקליט** נא 693, 734 (2012); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461, 475-476 (2008).

הדינים הראויים לחול על חוזים מנהליים, כולל כאלו שהיו רגולטוריים באופיים,<sup>192</sup> אולם חוזים אלה התאפיינו בכך שהיו נקודתיים במשכם ובהיקפם הנושאי ולא עסקו ברגולציה של ממש, המערבת היבטי חקיקה או פיקוח ממושכים או מורכבים.<sup>193</sup> נוסף על כך, בתי המשפט לא התייחסו התייחסות מיוחדת בפסיקה זו למאפייניה המיוחדים של הפעילות הרגולטורית, או לגישות ולתאוריות שנקשרו בה.

לעומת זאת, בבג"ץ מתווה הגז נקבעו כמה הלכות חשובות בדיני החוזים הרגולטוריים. כך למשל, במישור הסמכות נקבע כי לממשלה נתונה סמכות לערוך מתווה רגולטורי הסכמי מורכב, המערב כמה נושאי אסדרה, המופקדים ברגיל בידי רגולטורים מקצועיים שונים.<sup>194</sup> עוד נקבע כי לא ניתן לכלול בחוזים רגולטוריים פסקאות יציבות מרחיקות לכת הכובלות את שיקול דעתה של הרשות, וכי יש להעדיף פסקת פיצויים.<sup>195</sup> נפסק כי ניתן באורח עקרוני להשתמש בסמכות המנהלית שהוענקה לרגולטור פלוני מכוח חוק מסוים, כדי לערוך חוזה רגולטורי אשר נשען גם על סמכויותיו מכוח חוק אחר.<sup>196</sup> כן נפסק, על ידי כמה מן השופטים, כי חוזים רגולטוריים מורכבים וראשוניים דוגמת מתווה הגז אינם דורשים בהכרח עיגון בחקיקה.<sup>197</sup> בעוד נושאים אלה מצדיקים דיון עצמאי נרחב, אפשר לומר כי ככלל, התמונה המצטיירת בבג"ץ מתווה הגז היא של הקלה בכללי הסמכות המנהלית בהקשר הרגולטורי ההסכמי, באופן שמאפשר את השימוש במכשיר החוזה הרגולטורי ואינו מונע אותו. כך למשל ציין השופט סולברג:

את היחס בין כבילת שיקול הדעת המנהלי ובין תוקפם של חוזים מנהליים צריך לבחון כיום על רקע "המדינה הרגולטורית" ובשים לב ליתרונות הגלומים בכבילה שכזו במסגרתה של הרגולציה ההסכמית. כאשר הכבילה נעשית לצורך גיבוש הסכמה בין הרגולטור ובין הגופים המוסדריים,

- 192 ראו למשל ע"א **דירות יוקרה**, לעיל ה"ש 77; דנ"א **צבי גור אריה נ' דירות יוקרה בע"מ** (פורסם בנבו, 4.1.2012); ע"א 5958/15 **פרחי ביקל בע"מ נגד הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון** (פורסם בנבו, 15.12.2016). ראו על כך גם לעיל בחלק א2.
- 193 ניתן לציין כחריג מסוים לכך את פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר, אם כי הדין הרגולטורי שם היה מינורי הרבה יותר מזה שבבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1. ראו בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- 194 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, למשל פס' 10–14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 195 ראו שם, למשל פס' צה, קיט-קבא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. לדיון בכך ראו ידן, לעיל ה"ש 4.
- 196 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. השופט המחיש את העיקרון באמצעות דוגמה של שר כלכלה שמוסמך לפטור חברה מדיני ההגבלים העסקיים לפי חוק ההגבלים העסקיים, אך מבקש להתנות את הפטור בהכפפת החברה לפיקוח מחירים – סמכות הנתונה לו לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים. לפי השופט רובינשטיין, עניין זה, שנתקף על ידי העותרות, תקין במישור הסמכות ואינו מעורר כל בעיה. לדעה דומה ראו שם, פסק דינו של השופט ג'ובראן, פס' 24–26.
- 197 ראו שם, בייחוד פסק דינו של השופט סולברג.

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

ובשעה שהרגולטור רואה כי היתרונות ברגולציה ההסכמית עולים בנדון שלפניו על חסרונותיה – מן הראוי לחתור לפתרון משפטי מניח את הדעת שיאפשר מחד גיסא להגיע להסכמה, ומאידך גיסא לשמור על כוחה של המדינה לשנות את מדיניותה.<sup>198</sup>

בקווים דומים ציינה גם השופטת חיות, בהקשר כללי יותר, "ייתכן כי בהיבט הוודאות והיציבות המודל של חוזה רגולטורי מצריך הגמשה מסוימת מבחינת כללי המשפט המנהלי המסורתי".<sup>199</sup> בכך סימנו השופטים סולברג וחיות קווי יסוד אפשריים לפיתוחם של דיני השתחררות מחוזה רגולטורי, שיהיו שונים מדיני ההשתחררות שנקשרו למוסד ההבטחה המנהלית ואף לחוזה המנהלי.<sup>200</sup>

הלכות חשובות אחרות בדיני החוזים הרגולטוריים נקבעו בהקשר של ההליך המנהלי. כך למשל דיבר בית המשפט בבג"ץ מתווה הגז על חובתה של ועדה הנושאת ונותנת לפעול לפי כתב מינוי מסודר, על חובתה של רשות מנהלית לנהל פרוטוקולים שיתעדו את המשא ומתן, על חובתה לכלול בצוות המשא ומתן, במידת האפשר, את מגוון הרגולטורים הרלוונטי לעניין ועל חובתה לקיים שימוע ציבורי בתנאים הולמים ובהיקף מספק, משבחרה לקיים שימוע כזה.<sup>201</sup>

הלכות אלה מיוחדות להקשר הרגולטורי-הסכמי, והן מסמנות פיתוח של ההליך המנהלי הכללי והעמקתו. נראה, באופן כללי, כי המגמה של בית המשפט בהקשר זה היא להגביר את החובות המנהליות הכלליות הנוגעות לשקיפות ציבורית ושיתוף בעלי עניין ברגולציה הסכמית,<sup>202</sup> כנראה במטרה לאזן את ההגמשה בכללי הסמכות.<sup>203</sup> סיווג משפטי נכון של ההתחייבות המנהלית לגורם הפרטי הוא תנאי סף קריטי לתחולת דינים אלה. דיני החוזים הרגולטוריים אינם יכולים לחול במצבים חד-צדדים, כגון של הבטחה מנהלית או של מעשה מנהלי חד-צדדי אחר, משום שאינם מתאימים לאופי הפעולה.

על אף ההכרה במתווה הגז כביטוי לרגולציה הסכמית וחוזה רגולטורי, ניתוח משפטי אחר מופיע כנדבך שני בסיווג המתווה לאורך פסק הדין. כך למשל, כבר בתחילת דבריו ציין השופט רובינשטיין כי יש לפנות לרקע הנורמטיבי הרלוונטי של מתווה הגז, שהוא, לדעתו, דוקטרינת ההבטחה המנהלית.<sup>204</sup> במסגרת זו התמקד השופט בפסקת

198 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג.

199 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

200 לדיון ראו ידין, לעיל ה"ש 4.

201 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' נו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; פס' 25, 36–37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

202 על חובות אלו באופן כללי ומצבן הבלתי מפותח בישראל ראו למשל דפנה ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המנהלי" **עיוני משפט** כד 369, 383–405 (2000).

203 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג. למקורותיה של תפיסה זו, שאומצה בבג"ץ, ראו ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, פרק 4.

204 על הפנייה ה"אוטומטית" של שופטי בג"ץ לדוקטרינת ההבטחה המנהלית ראו להלן בחלק הבא.

## שרון ידן

היציבות,<sup>205</sup> אשר כותרתה "קיום סביבה רגולטורית יציבה". פסקה זו היא חלק במתווה המבטיח לתאגידי הגז הימנעות שלטונית משינויים רגולטוריים למשך עשור, בכל הקשור להסכמות שנערכו במסגרת המתווה בנוגע ליצוא, למגבלות על החזקות ולשיעורי מיסוי, וזהו נוסחה:

5. [...] הממשלה לא תיזום שינויים כאמור בתחום זה וכן תתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים כאמור בתחום. 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. [...] יבחן בקפדנות כל שינוי באסדרה של מקטע הפקת הגז הטבעי שעלול להשפיע מהותית על כדאיות ההשקעה של בעלי הזכויות בחזקות בפיתוח של החזקות [...] 6.א. האמור בסעיף 5 נכון למשך 10 שנים מיום קבלת החלטת הממשלה [...] 206.

על כך ציין המשנה לנשיאה רובינשטיין, בהתבסס על דיני ההבטחה המנהלית, כי אין באפשרותה של רשות מנהלית להתחייב לגורם פרטי שלא להפעיל את שיקול דעתה.<sup>207</sup> עוד קבע כי התחייבות כזו ניתנה בחוסר סמכות, משום שהיא נוגדת את הכלל בדבר איסור כבילתו של שיקול דעתה של הרשות המנהלית, ולכן אינה עולה כדי הבטחה מנהלית מחייבת.<sup>208</sup> כך פסק כי אומנם מותר לרשות מנהלית להתחייב במסגרת הבטחה מנהלית לפעול באופן מסוים, אך אסור לה להתחייב שלא להפעיל את שיקול דעתה.<sup>209</sup> יתר שופטי ההרכב דנו אף הם באופן דואלי במתווה הן כחווה וביטוי לרגולציה הסכמית והן כהבטחה מנהלית, וזאת למעט השופטת חיות, אשר דבקה לאורך כל פסק דינה בניחות קוהרנטי ועקבי של המתווה כרגולציה הסכמית.<sup>210</sup> כך למשל ציין השופט ג'ובראן את הסכנה בהכרה בהבטחה מנהלית שגלומה במתווה, השוללת את שיקול הדעת השלטוני משום שהיא עלולה להיתפס מחייבת בעיני צדדים שלישיים, כגון גורמים בין-לאומיים שאינם מכירים את דיני ההבטחה המנהלית המקומיים ואת האפשרות לחזור ממנה.<sup>211</sup> אף השופט פוגלמן ניתח את המתווה בראי של דוקטרינת ההבטחה המנהלית וקבע כי מדיניות כלכלית-פיסקלית כוללת, בהיקף ובמנעד הנושאי שאליו מתייחסת פסקת היציבות, אינה יכולה להיות נושא להבטחה מנהלית, ועל כן ההבטחה ניתנה בחוסר

205 או "תניית היציבות". מינוח זה מעיד על ניתוח חוזי בעוד פסקת היציבות מסמנת מינוח ניטרלי יותר.

206 ס' 5, 6' למתווה הגז הטבעי, לעיל ה"ש 140.

207 ראו בג"ץ "מתווה הגז", לעיל ה"ש 1, פס' קיג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

208 ראו שם, פס' קיט. את דעתו בעניין סיכום השופט באומרו "אין בסמכותה של הממשלה להחליט שלא להחליט".

209 ראו שם, פס' קכא.

210 ראו שם, פס' דינה של השופטת חיות.

211 ראו שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז סמכות ודינה בטלות.<sup>212</sup> גם השופט סולברג, שהתייחס בהרחבה למתווה כאל חוזה רגולטורי, השתמש בפסק דינו הן בדוקטרינה של הבטחה מנהלית והן בדוקטרינה של חוזה מנהלי, ולא שלל אף אחת מהן.<sup>213</sup>

### 3. ביקורת על הסיווג המשפטי של המתווה בבג"ץ מתווה הגז

(א) נקודת המוצא: הכרה משפטית בחוזים רגולטוריים

נקודת המוצא של הדיון בחלק זה היא שהחוזים הרגולטוריים הם כלי רגולטורי חשוב, שאין לוותר על קיומו כליל, אלא לפעול להסדרתו המשפטית.<sup>214</sup> כחלק מכך, האתגר העיקרי העומד לפתחם של דיני החוזים הרגולטוריים כיום טמון, לדעתי, בחשיבה מחודשת על כללי המשפט המנהלי המסורתי והתאמתו לאתגרים החדשים של רגולציה הסכמית.<sup>215</sup> אחד ההיבטים המשפטיים בדיון זה, שזכה להתייחסות נרחבת בבג"ץ מתווה הגז, הוא עד כמה מותר לרשות המנהלית לכבול את עצמה בהקשרים רגולטוריים, כגון באמצעות "פסקאות יציבות", ומהי משמעותן המשפטית של אלה.<sup>216</sup> בחלק זה במאמר אראה שהניתוח של המתווה במשקפיים של הבטחה מנהלית, לעומת הניתוח של המתווה באמצעות המשקפיים של חוזה רגולטורי, עשוי וצריך להוביל לתוצאות משפטיות שונות. טענה זו תודגם בעיקר על בסיס הדוגמה של כבילת שיקול הדעת הרגולטורי באמצעות פסקאות יציבות.

הספרות המשפטית עסקה בנימוקים שונים התומכים בהכרה בחוזה הרגולטורי.<sup>217</sup> במסגרת זו נדונו יתרונות המכשיר המנהלי ההסכמי, כגון יעילותו כאמצעי גמיש המותאם אישית למפוקח ולבעיות הספציפיות המתעוררות בקשר עם פעילותו, החיסכון במשאבי אסדרה מסוג ציווי ושליטה והגישור על פערי מידע בין רגולטור למפוקח.<sup>218</sup> כן נדונו יתרונות דוגמת חיזוק היחסים בין רגולטורים למפוקחים, השמירה על קווי תקשורת פתוחים וקיומו של שיתוף פעולה פורה, מהירות באסדרה, הנובעת בין היתר מפרוצדורה

212 ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

213 ראו שם, פס' 4-6, 18, 24-25, 27, 32-33 לפסק דינו של השופט סולברג.

214 ראו באופן כללי ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3.

215 ראו שם.

216 על מעמדה המשפטי של פסקאות יציבות ראו ידין, לעיל ה"ש 4.

217 ראו למשל; (2000) 155, 207 FLA. ST. U. L. REV. 28 Jody Freeman, *The Contracting State*.

David A. Dana, *The New "Contractarian" Paradigm in Environmental Regulation*, U. ILL.

L. REV. 35, 35-37 (2000); Eric W. Orts & Kurt Duketelaere, *Introduction: Environmental*

*Contracts and Regulatory Innovation*, in ENVIRONMENTAL CONTRACTS: COMPARATIVE

APPROACHES TO REGULATORY INNOVATION IN THE UNITED STATES AND EUROPE 1, 6-8

(Eric W. Orts & Kurt Duketelaere eds., 2001); ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים

הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 78-84.

218 ראו לעיל ההפניות בה"ש 217.

פשוטה יחסית, קידום חדשנות ונסיינות, מגוון גמיש של התחייבויות הדדיות אפשריות וודאות רגולטורית וכלכלית לשני הצדדים.<sup>219</sup> לצד יתרונותיו של החוזה הרגולטורי נדונו בספרות גם חסרונותיו.<sup>220</sup> כך למשל, החוזה הרגולטורי אינו נשען תמיד על הסמכה מתאימה של הרשות המנהלית הנושאת ונותנת, ובכך נפגעת הלגיטימיות הדמוקרטית שלו.<sup>221</sup> בפן הפרוצדורלי, החוזים הרגולטוריים נוטים להיות סמויים ולעיתים קרובות אינם מובאים לידיעת הציבור ואינם כוללים היוועצות עימו.<sup>222</sup> במישור שיקול הדעת של הרשות המנהלית, החוזים הרגולטוריים עלולים להיות חשופים להשפעה יתרה של אינטרסים פרטיים מטעמם של הגורמים המפוקחים ולעודד חדירה של שיקולים זרים, במסגרת התופעה המכונה "שבי רגולטורי".<sup>223</sup> נוסף על כך, הם עלולים לעגן הסדרים רגולטוריים בלתי סבירים, בלתי מידתיים או מפלים.<sup>224</sup> החוזים הרגולטוריים טעונים, לכן, הסדרה משפטית מתאימה שתאזן בין יתרונותיהם לחסרונותיהם. הסדרה כזו החלה להתפתח בבג"ץ מתווה הגז הטבעי, בהתאם לעקרונות שהוצעו בספרות.<sup>225</sup> בבג"ץ מתווה הגז הטבעי הוכר החוזה הרגולטורי, ברמה העקרונית, כמכשיר חשוב במנהל המודרני, שבמסגרתו מדינות וארגונים פרטיים פועלים זה לצד זה ותוך שיתוף פעולה.<sup>226</sup> בכך חוזקה נקודת המוצא של מאמר זה, שלפיה יש לשאוף לאפשר את החוזים הרגולטוריים מן הבחינה המשפטית. ברוח זו ציין השופט סולברג בפסק דינו:

ניתן לאהוד את הרגולציה ההסכמית, ניתן להסתייג ממנה, אך לדעתי ברור שלפנינו כלי זה נחוץ ביותר עבור הרגולטור. [...] בעניין שלפנינו סבורה הממשלה כי ההסכמה הייתה נחוצה, בלעדיה לא יצא הפרויקט אל הפועל, ובחירתה לצעוד בדרך הרגולציה ההסכמית מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי המסור לה.<sup>227</sup>

## (ב) מתווה הגז כעסקת חבילה ולא כרצף של הבטחות

השימוש בניתוח משפטי דואלי, במסגרת של חוזה רגולטורי לצד המסגרת של הבטחה מנהלית, יצר דיסוננס בתוך פסק הדין ואף סתירות בתוך חוות הדעת העצמאיות של

219 ראו שם.  
 220 ראו למשל David Dana & Susan P. Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 U. PA. L. REV. 473 (1999); ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 84–88.  
 221 ראו שם, בעמ' 136.  
 222 ראו שם, בעמ' 127–132.  
 223 ראו שם, בעמ' 85, 157, 159.  
 224 ראו שם, דפנה ברק-ארז "הקדמה", בעמ' 1–2, וכן בעמ' 125.  
 225 לדיון באפשרויות הסדרה של החוזים הרגולטוריים ראו שם, בעמ' 144–150.  
 226 ראו ידן, לעיל ה"ש 4.  
 227 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג.



כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

השופטים השונים, באופן שאינו מועיל לגיבוש הלכה בנושא<sup>228</sup> ואינו מקדם מדיניות משפטית רצויה.<sup>229</sup> כך, למשל, לצד ההכרה השיפוטית במתווה הגז כחווה רגולטורית, ותחילת הדיון המשפטי בחוזים רגולטוריים,<sup>230</sup> ערכו רוב השופטים את הדיון בשאלת כבילתו של שיקול הדעת המנהלי דווקא מתוך השקפה על מתווה הגז כמעשה מנהלי חד-צדדי.<sup>231</sup> בעניין זה נקבע שהתחייבות שלא לבחון מחדש את מדיניות האסדרה למשך עשור, במסגרת פסקת היציבות, היא כבילה אסורה של הרשות המנהלית שניתנה במסגרת של הבטחה מנהלית.<sup>232</sup> בכך פסלו למעשה רוב השופטים את יכולתה של המדינה להתחייב מפורשות ליציבות רגולטורית ממושכת ונרחבת. ואולם, דומה כי לבד מדעת המיעוט של השופט סולברג,<sup>233</sup> מדיניות משפטית זו לא הביאה בחשבון את התחייבויות-הנגד של תאגידי הגז, שניתנו בתמורה להבטחה ליציבות רגולטורית, ולא נבחנו מספיק על רקע ההצדקות למדינה הרגולטורית החוזית.<sup>234</sup>

אומנם גם במסלול של הבטחה וגם במסלול של חווה ניתן לפסול את ההתחייבות המדינתית הגלומה בפסקה היציבות, על בסיס האיסור על כבילתו של שיקול הדעת המנהלי, אך בעוד איסור הכבילה עשוי להיות מוצדק בהקשרים חד-צדדים של מעשי המנהל, הוא מוצדק פחות בהקשרים רגולטוריים חוזיים.<sup>235</sup> מידת הלגיטימיות המשפטית של התחייבות ליציבות רגולטורית צריכה אפוא להיבחן קודם כול על סמך סיווג המעשה המשפטי. כך, כבילה הנדמית מרחיקת לכת במצבי הבטחה חד-צדדית עשויה לעורר חשש לשבי רגולטורי או הטיות אחרות, בעוד אותה כבילה ממש עשויה להיחשב לגיטימית לחלוטין כאשר ניתנו כנגדה תמורות נאותות, התורמות לאינטרס הציבורי.

יתרה מכך, יישום ההלכות שהחלו להתפתח בכג"ץ מתווה הגז בתחום הרגולציה ההסכמית – למשל בכל הקשור להליכים רגולטוריים נאותים לגיבוש ההסכמות – על מקרים עתידיים, אינו אפשרי ללא סיווג מקדמי המתאר נכונה את ההתחייבות המנהלית. סיווג שגוי של חווה רגולטורית כהבטחה או כהחלטה מנהלית חד-צדדית יפסול הלכה

228 לבלבול בין הבטחה מנהלית לחווה רגולטורית ראו גם בג"ץ 1821/15 **דלק קידוחים שוחפות מוגבלת נ' שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים**, פס' ה, לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.1.2017).

229 למדיניות המשפטית המוצעת בעניין הכבילה הרגולטורית ראו להלן חלק ב(ג) וכן ידין, לעיל ה"ש 4.

230 ראו על כך לעיל בחלקים 2, ב(א).

231 ראו שם.

232 בשולי הדברים ראוי לציין כי דווקא דיון בחווה רגולטורית לאור דוקטרינת החווה המנהלית והלכות ההשתחררות שנלוו לה בפסיקה היה מתאים הרבה יותר מדיון לאור הדוקטרינה של הבטחה מנהלית. על הלכת ההשתחררות מחוזים מנהליים ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 236–238.

233 ואף השופט סולברג השתמש בפסק דינו בדוקטרינת ההבטחה המנהלית.

234 ראוי לציין בהקשר זה כי השופטת חיות דווקא הקפידה להשתמש במסגרת ניתוח עקבית של החווה הרגולטורית והכירה בהצדקות לתמיכה משפטית בו. עם זאת בסופו של דבר הגיעה בכל זאת למסקנה שפסקת היציבות, כפי שנוסחה במקור, פסולה, ולפיכך יש לחוקק אותה בחוק ראשי, לבטלה או לתקנה.

235 להרחבה ראו ידין, לעיל ה"ש 4.

למעשה את המדינה מחובות המוטלות עליה, כגון במישור ההליך המנהלי, ויאפשר לה להתחמק ממחויבויות שנטלה על עצמה כלפי גורמים פרטיים בהקשר הרגולטורי.

השלב המקדמי בניתוח המעשה המנהלי, שלב הזיהוי והסיווג, הוא אפוא החשוב ביותר. בהקשר זה יש לשים לב אם נלווית להתחייבות המנהלית התחייבות פרטית, אם נוהל משא ומתן בין הצדדים ואם התוצר, אף שנדמה לעיתים כביטוי להחלטה חד-צדדית, הוא למעשה ביטוי להסכמה. לאמיתו של דבר, הטעמים לבחינת מכלול הנסיבות שנלוו להתחייבויות המדינתיות ולבדיקת ההקשר שבו הן ניתנו מופיעים בפסק הדין. במיוחד ניכר קו זה של הניתוח בפסק דינה של השופטת חיות (כתוארה אז), אך הוא מהדהד גם בפסקי דינים של שופטים אחרים.

כך למשל, דווקא השופט רובינשטיין, שהוביל את דעת הרוב בעניין פסילת הכבילה המנהלית במתווה הגז, הדגיש כי יש לבחון את העסקה כמכלול, ולא לבחון כל מקטע ממנה בנפרד.<sup>236</sup> בעניין זה תמך השופט ג'ובראן, אשר ציין כי "לב ליבו של המתווה הוא בשילובן ובכריכתן של ההוראות השונות במסגרת מתווה הגז, ובמובן זה המתווה הוא בגדר שלם העולה על סך חלקיו [...] כל הוראה במתווה היא בבחינת 'יסוד תומך', אשר אם יוסר – יופר האיזון הטמון בו ויקרוס המתווה כולו".<sup>237</sup> עם זאת, מהלך זה של השופטים רובינשטיין וג'ובראן התהווה על רקע שונה מדיון הסיווג, והדברים נאמרו במטרה לקדם מסקנה משפטית שלפיה יש לעגן את המתווה כולו בחקיקה ראשית מפאת היותו "ראשוני".<sup>238</sup>

אני סבורה כי דוקטרינת המכלול של השופט רובינשטיין מתאימה לחוויים רגולטוריים, אך לא בשאלת ראשוניותם אלא בשאלת הסיווג שלהם והתוצאות המשפטיות הנובעות ממנו. פירוק המתווה לסעיפיו השונים הוביל, בטעות לדעת, להשקיף על אחת ההתחייבות שנטלה המדינה (פסקת היציבות) כעומדת בפני עצמה ולכן כהבטחה מנהלית חד-צדדית. ואולם, דוקטרינת ההבטחה המנהלית, המאפשרת השתחררות נרחבת במיוחד של הרשות המנהלית מהבטחותיה, בין שעל יסוד תנאי הסף הנוקשים שלה<sup>239</sup> ובין שעל יסוד "צידוק חוקי" המאפשר למדינה להשתחרר מן

236 על פי דוקטרינת המכלול (או גישת "השלם העולה על סך חלקיו"), אף אם ניתן לאתר מקור סמכות כנדרש לפי כלל ההסדרים הראשוניים, כאשר השלם בכללותו גדול מסך חלקיו, ייתכן שלא די בהסמכה זו. כפועל יוצא של עמדתו זו של השופט רובינשטיין, שאליה הצטרף השופט ג'ובראן, קבע כי יש להסדיר את מתווה הגז בחקיקה ראשית של הכנסת. ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' קלז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

237 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

238 ראו שם. ואולם, רוב השופטים לא תמכו במהלך זה. ראו שם, "כללם של דברים" (בסוף פסק הדין), פס' ד.

239 ראו למשל בג"ץ **אדם טבע ודין נ' שר התחבורה**, לעיל ה"ש 20; בג"ץ **המועצה האזורית אשכול**, לעיל ה"ש 20; בג"ץ **דודיאן**, לעיל ה"ש 74.

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

ההבטחה, אינה מתאימה למצבי רגולציה חוזית הדדית.<sup>240</sup> הניתוח של חוזה רגולטורי כרצף של הבטחות מנהליות, שבמהותן הן חד־צדדיות,<sup>241</sup> מעוות את הדיון המשפטי, שאינו שוקל את מעשיו והבטחותיו של הצד שכנגד,<sup>242</sup> ואת הטעמים לתמיכה ברגולציה חוזית בעידן המדינה הרגולטורית.

בהקשר זה יש ללמוד מן הניסיון (המר) של מערכת המשפט הישראלית עם דוקטרינת ההבטחה המנהלית. כמתואר במאמר, מאז שנות השבעים ועד היום לא קנתה לה דוקטרינת ההבטחה המנהלית אחיזה של ממש בבתי המשפט בישראל, והיא במידה רבה אות מתה.<sup>243</sup> המקרים שבהם העניק בית המשפט סעד לעותר על בסיס עילה של הבטחה מנהלית, מאז נוסדה הלכת סאי־טקס, ספורים ונמצאים בירידה מתמדת.<sup>244</sup> לעומתה, התבנית של חוזים רגולטוריים מאפשרת הכרה משפטית מתאימה בהתחייבויות מורכבות והדדיות של המדינה ושל גורמים עסקיים. המשך דיון משפטי בחוזים רגולטוריים על בסיס התבנית של הבטחה מנהלית יוביל לגויעתם של חוזים רגולטוריים ואף בשל כך אינו רצוי.<sup>245</sup>

מבחינה משפטית מעשית, לו נותח המתווה רק במשקפיים חוזיים, ובמיוחד במשקפיים החדשים של חוזה רגולטורי, ולא באמצעות הדוקטרינה של הבטחה מנהלית,

240 נוסף על כך, דפנה ברק־ארוז הסבירה בהקשרים כלליים יותר כי כאשר הפעולה המנהלית נושאת אופי חוזי או מעין־חוזי, ההגנה על ההסתמכות של הגורם הפרטי מתחזקת גם נוכח צידוקים מתחום המשפט הפרטי ודיני החוזים ולא רק מתחום המשפט המנהלי. ראו ברק־ארוז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 44–45; ברק־ארוז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 323 ("ההבחנה בין חוזים לבין הבטחות עשויה להיות חשובה לצורך בחינת האיוון המתאים בין האינטרס הפרטי לבין האינטרס הציבורי במקרים שבהם הרשות מבקשת לסגת מהתחייבויותיה [...] ניתן לכאורה לטעון שיש לתת להתחייבותה של רשות שחתמה על חוזה משקל רב יותר").

241 באופן רגיל הבטחות חד־צדדיות שאינן מוכרות בחוק החוזים הישראלי אינן מוגנות מבחינה משפטית. ראו ברק־ארוז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 48. לתפיסה שלפיה חוזה הוא הבטחה או מערכת של הבטחות ראו §1 RESTATEMENT (2d) OF CONTRACTS ("A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy").

242 לגישה התומכת בהדגשת הקשר שבין חלקי החוזה הרגולטורי ומניעת הפרדתם ראו למשל ע"א **דירות יוקרה**, לעיל ה"ש 77, פס' 73–74 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ("אין אפשרות להפריד את החלקים הפסולים של ההסכם, המהווים עמודי תווך שלו, ולהותיר חלקים אחרים בעינם, כשהם עומדים לעצמם. לאור זאת, יש לבחון את הוראות ההסכם כמקשה אחת, שאין להפרידה לחלקים"). על פסק דין זה ראו גם להלן ה"ש 301–302 והטקסט הצמוד.

243 ראו יפת, לעיל ה"ש 33, בעמ' 602; זמיר, לעיל ה"ש 45; שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 120–121.

244 ראו על כך לעיל בחלק א'.

245 עמדה עקרונית בדבר נחיצותם של החוזים הרגולטוריים הובעה, כאמור, בספרות ובפסיקה, בבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, כמתואר לעיל בחלק ב'3א. פיתוח דיני החוזים הרגולטוריים אינו מתמצה בהכרה בתוקפם אלא גם בשינויים מוצעים בכללי המשפט המנהלי. להצעות להעמקת הדרישות הפרוצדורליות הנלוות לחוזים רגולטוריים, כגון שקיפות והיוועצות עם בעלי עניין ראו ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 148–150. ראו על כך גם לעיל חלק ב'3א.

## שרון ידן

היו תוצאות הדיון שונות. בעוד במסגרת של הבטחה מנהלית הפתח הנתון לנבטח לקבל פיצויים בגין הפרת ההבטחה צר ביותר, ואפשרותה של המדינה להשתחרר מהתחייבותה רחבה ביותר,<sup>246</sup> הרי שהמסגרת החוזית מאפשרת הכרה חזקה יותר בהתחייבות המדינה, פתח השתחררות מדינתית צר יותר וחבות פיצויים אפשרית גבוהה יותר.<sup>247</sup> בעניין מתווה הגז אומנם לא ביקשה המדינה להשתחרר מהתחייבותיה, ולפיכך גם לא נתבקשו סעדים מתאימים על ידי תאגידי הגז, אולם הדיון העתידי בסוגיות אלה, בהקשר של הגז הטבעי או בהקשרים אחרים, יושפע ראשית כול מסיווגה של מתכונת ההתחייבות המשפטית. על רקע דברים אלו בולט במיוחד השימוש שבחרו השופטים לעשות בדוקטרינה הישנה (והמיושנת) של הבטחה מנהלית לצידה של הדוקטרינה החדשה של חוזה רגולטורי. לא רק עצם גיוסה של הדוקטרינה הארכאית משונה, אלא, ובמיוחד, השימוש שנעשה בה לצד דוקטרינת החוזה הרגולטורי (או זיהוי הרגולציה כהסכמית), שכן שתי אלו, על פי הטענה המרכזית במאמר, אינן עולות בקנה אחד.<sup>248</sup> מסגרת הניתוח של חוזה מתאימה יותר מאשר המסגרת של התחייבות חד-צדדית כאשר מערכת הנסיבות מעידה על משא ומתן ועל החלפת תמורות. מאחר שכלל השופטים נדרשו לכך שהמתווה משקף רגולציה הסכמית, שהיא תוצר של משא ומתן עם תאגידי הגז, ולכך שהצדדים החליפו ביניהם תמורות, הרי שהמסקנה המשפטית המתבקשת מדיון זה היא החלה של מסגרת חוזית (כגון חוזה מנהלי או חוזה רגולטורי) וזניחתן של מסגרות מנהליות חד-כיווניות, דוגמת החלטה מנהלית או הבטחה מנהלית. המהלך שהובילה בפסק דינה השופטת חיות תואם מסקנה זו.

### (ג) האינטרס הציבורי הטמון בחוזים רגולטוריים

האינטרס להגן על חוזים רגולטוריים קשור לא רק להסתמכותם של גורמים פרטיים על התחייבויות מדינתיות, אלא גם, ובעיקר, לאינטרסים של יעילות ציבורית-מנהלית, הנוגעים לאופן שבו המדינה הרגולטורית מתנהלת בימינו. במבט היסטורי, המנהל הישראלי עבר מייצור ואספקת שירותים, שאפיינו אותו עוד מראשית ימיו עם קום המדינה,<sup>249</sup> לעיסוק נרחב בתהליכי פיקוח על תאגידי פרטיים וויסות שווקים.<sup>250</sup> רבים מייחסים את עיקר השינוי לתהליכי ההפרטה המסיביים שהתרחשו בישראל בשנות השמונים של המאה הקודמת ולפתיחת השווקים לתחרות.<sup>251</sup> שינויים אלה ואחרים עוררו

246 ראו לעיל חלק א' 1.

247 ראו לעיל ה"ש 32, 52.

248 ראו לעיל חלק א' 3.

249 ראו זמיר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 78.

250 ראו אורי ארבל-גנץ "רגולציה – הרשות המפקחת" המכון הישראלי לדמוקרטיה **מחקר מדיניות** 37, 2003.

67–68 (2003).

251 ראו שם.

כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

את הצורך לפתח משטרים רגולטוריים מתוחכמים ומורכבים מבעבר כדי להשיג את האינטרס הציבורי החברתי והכלכלי ולשמרו.<sup>252</sup>

במקומות רבים בעולם שבהם נוהגת המדיניות הרגולטורית הגיעו לפני שנים רבות למסקנה כי כלי הציווי והשליטה המאפשרים רגולציה כופה, פלילית או מנהלית, אינם יעילים בכל מצב.<sup>253</sup> כך, לעיתים קרובות נדרשים כלים עדינים יותר כדי לנווט את השווקים, הנשלטים בידי שחקנים פרטיים, בהתאם לאינטרסים הציבוריים הרצויים.<sup>254</sup> עניין זה מתחדד לאור העובדה שכיום המדינה המאסדרת תלויה במידה רבה בתאגידים המפוקחים, המחזיקים בידע ובמשאבים המתאימים לא רק לביצוע ישיר של משימות ציבוריות אלא גם לביצוע רגולציה עצמית, או לגיבושה של רגולציה בשיתוף עם המאסדר.<sup>255</sup> מדינה זו מדומה בספרות לסירה שאותה מנווטים אנשי המנהל, אך חותרים בה אנשי המסחר, הכלכלה והתעשייה.<sup>256</sup> במסגרת זו המדינה מעוניינת לא אחת לקדם "הסדרים ראשוניים" בשווקים, אשר שיתוף הפעולה של השחקנים העסקיים עימה קריטי להצלחתם.<sup>257</sup>

על רקע זה התפתחה גם הרגולציה ההסכמית. הצורך לתמוך בה מן הבחינה המשפטית חיוני למדינה ולציבור בכללותו, לא פחות מאשר לתאגידים המפוקחים. כך

252 ראו דוד לוי-פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" **מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי** 439, 440 (יצחק גל-נור, אמיר פז-פוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015). ישראל התאפיינה עוד מתחילתה ברגולציה ענפה, בהשוואה למדינות אחרות, אך גידול בפעילות הפרטית ובהתאמה בפיקוח הציבורי הצריכו אותה להשתכלל מבחינת תורת הרגולציה. ראו זמיר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 79; ידין **המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14-16.

253 ראו למשל UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 66, בעמ' 106-111.

254 ראו ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, עמ' 28-31.

255 ראו ידין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 408-413. לרגולציה עצמית ראו גם שרון ידין "רגולציה עצמית בשוק הבנקאות הישראלי" **רבעון לבנקאות** מה 19 (2010); להלן חלק 1ג (ג).

256 ראו זמיר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 83. ראו גם דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 23, 28 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

257 בין שמדובר בהסדר ראשוני אשר נקבע בחקיקה או בדרך אחרת. בבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, למשל, הסכימו רוב השופטים כי המתווה הוא "הסדר ראשוני". הפסיקה שרטטה כמה קווים מנחים לזיהוי של "הסדר ראשוני". מדובר בהכרעה שנוגעת באופן טיפוסי לעניינים שמידת השפעתם על הציבור גדולה; תכליתם שנויה במחלוקת בציבור; הם מבטאים מדיניות ארוכת טווח; הם כרוכים בפעולות סופיות, שלא ניתן להחזיר לאחור או לבחון בשנית; הם בעלי היקף כלכלי נרחב וכרוכים בעלות גבוהה; הם מצריכים החלטה מורכבת, המערבת כמה רשויות מנהליות. הכלל הוא שהסדר ראשוני צריך להיות מעוגן בחוק ולא בנורמה מנהלית, אלא אם כן הרשות המנהלית מחזיקה בהסמכה מפורשת לכך. לכלל זה ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 165 (2005); ברק-ארז, לעיל ה"ש 69, בעמ' 37. לסקירת הפסיקה בנושא ראו שם, בעמ' 38 (בהערות שוליים), ובעמ' 135. לדין ברגולציה כהסדר ראשוני ראו למשל בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים**, פ"ד נא(4) 481 (1989).

למשל, דווקא היכולת של המדינה "לכבול" שחקנים פרטיים לתנאיו של חוזה רגולטורי משרתת לעיתים את האינטרס הציבורי בצורה הטובה ביותר. קרוב לוודאי ששחקנים אלו יסרבו לשתף פעולה ללא כבילה מספקת מצידה של המדינה, המבטיחה להם יציבות וודאות רגולטוריות.<sup>258</sup> עקב כך מתעורר הצורך להגן על מוסד החוזה הרגולטורי באמצעות כללים משפטיים מתאימים, אשר דוקטרינת ההבטחה המנהלית אינה מספקת. מובן שאת החסרונות של החוזים הרגולטוריים, דוגמת החשש מפני החטאת האינטרס הציבורי והשימוש בהם לרעה על ידי גורמים פרטיים ועל ידי "רגולטורים שבוים", יש לאזן באמצעים נוספים.<sup>259</sup>

מהיבט זה, החוזה הרגולטורי מצדיק התאמה של חליפה משפטית לפי תנאיו המיוחדים, שתהא שונה בדגשים שהיא מציעה מאלו של דוקטרינת ההבטחה המנהלית, ואף מאלו של החוזה המנהלי.<sup>260</sup> דגשים אלה צריכים להביא בחשבון את תרומתו של הגורם הפרטי לחוזה הרגולטורי ואת חשיבות ההכרה והעידוד של המנהל מחד גיסא ושל גורמי מסחר ושוק מאידך גיסא, להשתמש בכלי זה במקרים המתאימים ולהשיא את האינטרס הציבורי באמצעותו. עיצוב הכללים המשפטיים המתאימים לחוזים רגולטוריים יסמן את עתידו של המכשיר המנהלי ויוכל להביא לשגשוגו או לכישלונו.

### ג. תמורות הדדיות בחוזה רגולטורי – מיפוי ודוגמאות

במרכזו של כל חוזה רגולטורי עומדת החלפת תמורות הדדית בין רשות מנהלית ובין גורם פרטי הנתון לרגולציה. כפי שהוסבר בפרק הקודם, לעיתים זיהוי המעשה המנהלי כחוזה רגולטורי איננו מלאכה קלה כלל ועיקר, שכן לא אחת קשה לאתר תמורות המוחלפות בין הצדדים (או אפילו לזהות את הצדדים לחוזה) והוא מידמה לאקט חד-צדדי. אלו הם למשל פני הדברים כאשר הרכיב ההסכמי ההדדי מוסווה כרגולציה כופה, כגון במסגרת של הצהרת מדיניות, החלטת ממשלה או אפילו במסגרת של חוק. כפי שעולה מפרק זה, חוזים רגולטוריים עשירים באופנים ובצורות שבהם הם נוצרים ומתקיימים. במסגרת זו

258 לאימוץ עמדה זו בפסיקה ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות ("בכל הנוגע לרגולציה, הוודאות והיציבות חשובים במיוחד לגורם העסקי המסתמך עליהם, ולהבדיל מהחלטות המנהל כלפי הפרט, ההחלטה הרגולטורית משפיעה לא אחת על הציבור בכללותו. חשיבותה של הרגולציה הגמישה (לכבול את עצמה) מתעוררת ביתר שאת בעידן הגלובלי, שבו המדינה המודרנית מתחרה על פעילות עסקית עם מדינות אחרות, בין היתר באמצעות רגולציה נוחה (ארביטראג' רגולטורי). שוב נראה שהכלל המשפטי המגביל התקשוריות רגולטורית עם התאגיד מעוצב באופן קשה מדי, ויש לקבוע את המקרים המתאימים לריכוכו").

259 זאת ניתן לעשות באמצעות החלת נורמות של שקיפות, למשל. ראו ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 126–134.

260 לטענה התומכת בהגמשתו של כלל איסור הכבילה והצרתה של הלכת ההשתחררות בהקשר של חוזים רגולטוריים ראו ידן, לעיל ה"ש 4. להצדקות להגנה על הסתמכות הפרט במצבים של חוזה מנהלי ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 45–46.

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

כלולים למשל צווים מוסכמים, רישיונות, זיכיונות והסדרי אכיפה, לצד מסגרות חופשיות יותר שאינן מוסדרות בחוק באופן מפורש. החוזים נוצרים על בסיס תנאי רקע מגוונים, כגון פרסום מכרז, תוכניות רגולציה וולונטריות, הפרה של כללי הרגולציה, כוונה לגבש רגולציה חדשה או סכסוך רגולטורי.

מטרתו של פרק זה היא להציע מיפוי של תמורות טיפוסיות בחוזים רגולטוריים, שאף שאינן בגדר רשימה סגורה, נועד להקל את זיהויו של מעשה מנהלי כ"חווה רגולטורית". מיפוי זה מדגיש כי יש לבחון את המעשה המנהלי במקרים המתאימים כמכלול של תמורות הדדיות המוחלפות בין הצדדים לעסקה, שרק במבט כולל ניתן להעריך את האינטרס הציבורי המתקיים בה. לעומת זאת, התבוננות מבודדת על תמורה אחת מתוך הרשימה מחמיצה את ההקשר הרחב והריאליסטי שבו ניתנה.

המיפוי מתחיל בתמורות האופייניות שמעניקים גורמים פרטיים במסגרת חוזים רגולטוריים, ועובר לתמורות הטיפוסיות הניתנות על ידי גורמי המנהל בחוזים רגולטוריים. ההתחייבויות הפרטיות עשויות להיות מותנות, במסגרת של חווה רגולטורית, עם מגוון תמורות של הרשות המנהלית. הצלבת התמורות במסגרת קומבינציות מגוונות יוצרת חוזים רגולטוריים מסוגים רבים. נוסף על כך, חווה רגולטורית אחת עשויה לכלול כמה תמורות ואינן מוגבלות לתמורה אחת מכל צד לחווה.

## 1. תמורות אופייניות של הגורם הפרטי בחווה רגולטורית

### (א) שיפור סטנדרט הפעילות

במסגרת חוזים רגולטוריים רבים הגורם הפרטי מתחייב לשפר את סטנדרט הפעילות שלו. לעיתים קרובות מדובר בסטנדרט מחמיר יותר מן הסטנדרט שהמפוקח מחויב בו על פי דין.<sup>261</sup> במסגרת זו המפוקח מתחייב לשינוי התנהגותי, כגון לשיפור באיכות המוצרים או השירותים שהוא מספק, בכמותם, במחירים או בהיקפם, בתמורה להקלות רגולטוריות שונות. כך זכו למשל תאגידי הגז הטבעי לפטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים בתמורה להתחייבות להשקיע בתוכן מקומי, למכור זכויות במאגרי גז מסוימים ולפתח את המאגרים על פי לוח זמנים מואץ.<sup>262</sup> סטנדרט הפעילות המשופר שהצדדים מסכימים עליו במסגרת החווה הרגולטורית אמור להביא לתוצאות טובות יותר מאלו שמשגיה הרגולציה הקיימת.

חוזים רגולטוריים העוסקים בהגברת סטנדרט הפעילות נדונו בספרות במסגרת הנושא של תוכניות וולונטריות (התנדבותיות).<sup>263</sup> תוכניות וולונטריות ניתנות להגדרה באמצעות

261 אך באורח עקרוני ניתן להסכים, במסגרת של חווה רגולטורית, על שיפור סטנדרט הפעילות, אף כאשר הוא נופל מתחת לרמת הציות הנדרשת בדין.

262 ראו על כך לעיל בחלק ב.

263 ראו למשל & Matthew Potoski (Aseem Prakash eds., 2009) VOLUNTARY PROGRAMS: A CLUB THEORY PERSPECTIVE.

שלושה מאפיינים עיקריים: החברות המצטרפות נדרשות לאמץ מדיניות שאינה מוגדרת בחוק או שהיא מעבר לרף הנדרש בחוק; התוכניות נועדו ליצור החצנות חברתיות חיוביות; חברות שמצטרפות לתוכניות זוכות לפטור או הקלה מרגולציה מחייבת.<sup>264</sup> אף כי תוכניות וולונטריות מוצעות על ידי גורמים מסוגים שונים, כגון גורמי החברה האזרחית והתעשייה עצמה, חלק גדול מהן מוצע על ידי ממשלות ורגולטורים שלטוניים.<sup>265</sup>

במסגרת הרגולציה הוולונטרית מוצע למפוקחים להתנהג ברמה שהיא מעבר לציות הנדרש על פי חוק כדי לקדם מטרה שאינה מושגת על ידי הרגולציה הקיימת.<sup>266</sup> מטרת אלו כוללות נושאים כגון רמות זיהום מופחתות, יחס מועדף לנשים במקום העבודה או אתיקה מוגברת בפרסומות טלוויזיה.<sup>267</sup> לאמיתו של דבר, חלק ניכר של הרגולציה הוולונטרית נושא סממנים אתיים הקשורים בכללי ההתנהגות המבוקשים מן התאגידים באמצעות אימוץ מסמך עקרונות, "אמנה", מדריך אתיקה או קוד אתי.<sup>268</sup> בתמורה לכך זוכה המפוקח באופן טיפוסי לא רק לגמול בדמות מוניטין חיובי, עם קבלת ההכרה הרגולטורית הפומבית,<sup>269</sup> אלא גם להקלות בחובות רגולטוריות שונות, כגון קבלת מכסה גבוהה יותר לפליטת מזהמים לקרקע או הפחתה של תדירות ביקוריהם של פקחים במפעל.

סטנדרטים וולונטריים המשמשים פלטפורמה לחוזים רגולטוריים מובנים באופן פרטני למפוקח או לקבוצת מפוקחים, או מוצעים להצטרפות לכלל המפוקחים מסקטור מסוים במסגרת תוכנית רגולטורית סדורה, המאפשרת כריתת חוזים רגולטוריים פרטניים. נוסף על כך, חלק מהתוכניות הוולונטריות אינו מוצע לתעשייה כהצעה מוגמרת, אלא מגובש בשיתוף עם התעשייה או באמצעות איגוד או ארגון מקצועיים המייצגים אותה. כך למשל גובש מנגנון התו האתי למפרסמים על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בשיתוף עם איגוד חברות הפרסום ואיגוד חברות המפרסמים.<sup>270</sup> התוכנית עוסקת באימוץ של עקרונות אתיים לשידור פרסומות בטלוויזיה; היא מעניקה למשרדי פרסום

264 ראו שם, בעמ' 1-2. לתוכניות וולונטריות בתחום איכות הסביבה ראו RICHARD D. MORGENSTERN & WILLIAM AARON PIZER, REALITY CHECK: THE NATURE AND PERFORMANCE OF VOLUNTARY ENVIRONMENTAL PROGRAMS IN THE UNITED STATES, EUROPE AND JAPAN (2007).

265 ראו Potoski & Prakash, לעיל ה"ש 263, בעמ' 2.

266 ראו שם, בעמ' 4.

267 לדוגמאות אלה ראו להלן.

268 כמתואר להלן.

269 ראו Potoski & Prakash, לעיל ה"ש 263.

270 ראו מדריך הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "מדריך האתיקה בפרסומות" (2005) pdf.מדריך האתיקה יוני [www.rashut2.org.il/editor/UpLoadLow/2005](http://www.rashut2.org.il/editor/UpLoadLow/2005); מדריך הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "עקרונות מוסכמים לשיתוף הפעולה בין הרשות השנייה לבין איגוד חברות הפרסום ואיגוד המפרסמים" (19.9.2006) doc מסמך העקרונות/[www.rashut2.org.il/editor/UpLoadLow/](http://www.rashut2.org.il/editor/UpLoadLow/)



כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז ולמפרסמים, שעברו הדרכה על ידי הרשות וקיבלו על עצמם את עקרונות התו האתי, פטור מהצורך להעביר לרשות תשדירים מסוימים לאישור רגולטורי מקדים.<sup>271</sup>

#### (ב) "שקט תעשייתי"

בקטגוריה זו נכללות התחייבויות שונות שעניינן הפגנת רצון טוב מצד הגורם הפרטי בקשר לרמת הציות העתידית שלו לרגולציה. דוגמה לכך יכולה להיות התחייבות של המפוקח שלא להתנגד לשינויים רגולטוריים צפויים או לאכיפה רגולטורית. התחייבות מסוג זה מאפשרת לרגולטור להבטיח ציות לרפורמות שהוא מעוניין לקדם,<sup>272</sup> או ציות לפעולות אכיפה שגבולות הגזרה שלה מוסכמים על הצדדים מראש. התחייבות מסוג זה מסוגלת לצמצם חיכוכים מיותרים בין הרגולטור למפוקח ולשמור על "שקט תעשייתי".<sup>273</sup>

כך למשל, באופן תאורטי היה אפשר להגיע לתוצאה דומה לזו של מתווה הגז הטבעי באמצעות הפעלה של סמכויות כופות של הרגולטורים השונים המופקדים על אסדרתו של משק הגז.<sup>274</sup> עם זאת, המדינה העריכה כי בדרך זו לא תושג תוצאה יעילה וחששה מפני היעדר ציות ושיתוף פעולה, אשר יוביל לעיכוב קריטי בהפקת הגז.<sup>275</sup> הסכמה על מתווה לפיתוח המאגרים בשיתוף עם בעלי הזכויות הבטיחה למדינה סיכויים גבוהים לציות ושיתוף פעולה עם תנאי הרגולציה המוסכמים ומוזערה את הסיכון לתקיפה משפטית של הרגולציה.<sup>276</sup>

דוגמאות לתמורה זו של "שקט תעשייתי", הבטחת ציות או שיתוף פעולה מוכרות מתחומים רבים ומתקופות שונות. כך למשל, עם קום המדינה הסכימו עורכי העיתונים הגדולים עם הצנזורה הצבאית על דרכי פעולתה של הצנזורה כלפיהם, במסגרת "הסכם הצנזורה בין ועדת העורכים למטכ"ל".<sup>277</sup> הסכם זה נערך לצד תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שמכוון הוסמכה הצנזורה לפסול לפרסום כל חומר העלול לפגוע בהגנתה

271 ראו שם.

272 ראו למשל את רפורמת שקיות הנשיאה הרב-פעמיות, להלן הטקסט הצמוד לה"ש 358–360.

273 לתמורה זו של שקט תעשייתי ראו למשל בג"ץ **שמן**, לעיל ה"ש 110; עניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 114.

274 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 12–14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

275 ראו שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן, המצטט מתגובת המדינה לבג"ץ ("בפתח הצגת הדברים, יצוין כי החלופה הראשונה שעמדה על הפרק, מבחינת חלק מנציגי המשרדים הממשלתיים, הייתה הוצאה כפויה של בעלי החזקה או פתרון כפוי אחר. אולם, לאחר בחינת חלופה זו לעומקה, הגיעו נציגי הממשלה למסקנה [...] כי יש לנסות להגיע, במידת האפשר, להסכמות על המתווה המוצע מול חברות הגז. זאת, מכיוון שהיעדר הסכמה יביא לדחייה משמעותית בפיתוח המאגרים, בין היתר, לאור הצפי להליכי ליטיגציה ארוכים שצפויים היו להיפתח בעקבות הפעלת חוק ההגבלים העסקיים").

276 ראו שם.

277 ראו דינה גורן **סודיות, ביטחון וחופש העיתונות** 185–193 (1975).

של ישראל או בסדר הציבורי.<sup>278</sup> במקומה של הרגולציה המחייבת צמצם ההסכם את היקף פעולתה של הצנזורה וקבע כי הצנזורה תותר מטעמים של הגנה על ביטחון המדינה בלבד ולא של שמירה על הסדר.<sup>279</sup> בכך הבטיחה הצנזורה שלא יוגשו נגדה עתירות בגין פעולות המצויות בגדרי ההסכם, והעיתונים קיבלו הבטחה לאי-הפעלתה של צנזורה נגדם בנושאים שאינם ביטחוניים באופן מובהק, העלולים לשמש מושא לצנזורה פוליטית.<sup>280</sup> בקטגוריה זו נכללות גם התחייבויות של המפוקח לזנוח הליכים משפטיים נגד הרגולטור, להסכים על הסכם פשרה ולפנות לגישור או בורות באשר לסכסוכי רגולציה.<sup>281</sup> בין הדוגמאות לחוזים רגולטוריים מסוג זה ניתן לציין את פרשת פי-גלילות, שבמסגרתה התחייבו חברות הדלק הגדולות לזנוח את עתירתן נגד ההחלטה לפנות אותן ממתחם הדלק פי גלילות בתמורה לזכויות בנייה בקרקע המפונה, המוסבת למגורים ולמסחר.<sup>282</sup>

לקטגוריה זו משתייכת אף הפרשה שנדונה בעניין ארגון מגדלי ירקות, שם התחייבה ממשלת ישראל לפצות חקלאים בסכום של 65 מיליון ש"ח בתמורה לכך שלא יתנגדו לביטול מכסות היבוא.<sup>283</sup> דוגמה נוספת מצויה בהסכמת המדינה עם החברה לישראל של האחים עופר בעניין בתי הזיקוק לנפט (בז"ן), שבמסגרתה ניתנו הטבות כלכליות ורגולטוריות לתאגיד הפרטי בתמורה לשיתוף פעולה עם מהלכי הפרטה מתוכננים והימנעות מליטיגציה מעכבת.<sup>284</sup>

### (ג) רגולציה עצמית

קטגוריה זו של תמורות פרטיות במסגרת של חוזים רגולטוריים עוסקת באימוץ מנגנוני רגולציה עצמית על ידי המפוקח. באופן כללי, רגולציה עצמית משמעותה שהתעשייה

- 278 ראו תק' 87 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.
- 279 ראו גורן, לעיל ה"ש 277. הסכם זה עורכן בשנת 1996 ("הסכם בענייני צנזורה בין שר הביטחון לבין ועדת העורכים במדינת ישראל ועורכי עיתונים ואמצעי תקשורת אחרים במדינת ישראל"). ראו תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא "צנזורה וסודות ביטחוניים בעידן הדיגיטלי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** מחקר מדיניות 113, 35 (2016).
- 280 ראו על ההסכם גם בבג"ץ 680/88 שניצור נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, פס" 6 לפסק דינו של השופט ברק (1989); רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, פס" 35 לפסק דינו של השופט חשין (1994).
- 281 ראו למשל, Gerd Winter, *Bartering Rationality in Regulation*, 19 LAW & SOC'Y REV. 219, 230-241 (1985).
- 282 ראו עניין פי-גלילות, לעיל ה"ש 74.
- 283 ראו לעיל ה"ש 114 והטקסט הצמוד לה. להסכמה דומה ראו הודעה לעיתונות של משרד האוצר "רפורמת הוולת מחירי המזון יוצאת לדרך" (23.3.2016) [www.mof.gov.il/Releases/Pages/reforma\\_mazon.aspx](http://www.mof.gov.il/Releases/Pages/reforma_mazon.aspx) (מתן תמיכות למגדלים בתחום הדגים בברכות, בתחום הירקות הקפואים ובתחום שמן הזית, בתמורה לפתיחת מכסות פטורות ממכס ליבוא).
- 284 ראו בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פס" 7-8 לפסק דינה של השופטת חיות ופס" 26 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 10.5.2006) (להלן: עניין בז"ן).

כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

המפוקחת לוקחת חלק באסדרה של עצמה, לרוב לצד פיקוחו של הרגולטור.<sup>285</sup> חוזה רגולטורי עשוי להתבסס על רגולציה עצמית שהתאגיד מסכים לקבל על עצמו, במתכונת המערבת פיקוח מדינתי או במתכונת עצמאית יחסית מן המדינה.<sup>286</sup> במקרה של הסכמה בנוגע לרגולציה עצמית טהורה, פעמים רבות החוזה הרגולטורי בין הצדדים מורה כי הרגולטור יימנע מהתערבות כל עוד הרגולציה העצמית תתבצע ביעילות.

רגולציה עצמית בחוזה רגולטורי עשויה לבוא לידי ביטוי ביחס לאחד או יותר משלושת שלבי הרגולציה הקלסיים: קביעת הכללים, פיקוח ובקרה על הציות, אכיפה.<sup>287</sup> הסדרת כללים עצמית של המפוקח נעשית, למשל, כנהלים פנימיים שמותקנים בארגון, כשיטת דירוג או תקינה שהמפוקח מפתח ומפעיל, כתקנון או כקוד וולונטרי, כגון קוד ממשל תאגידי או קוד אתי.<sup>288</sup>

פיקוח עצמי מתאפשר באמצעות תוכנית אכיפה פנימית או תוכנית ציות, שמטרתה שיפור ויעול של מערך הארגון ביחס לדרישות הרגולציה.<sup>289</sup> תוכנית זו מתאפיינת בכך שהיא מיועדת לחול על פני תקופת זמן ממושכת ואיננה מתמצה בפעולה נקודתית כחלק מהסדר אכיפה.<sup>290</sup> תוכנית כזו תכלול, בדרך כלל, שיפור של סטנדרט הפעילות בארגון, הכנת נהלים לצורך כך,<sup>291</sup> הקמת מערכי הדרכה והטמעה, מינוי אחראי ציות<sup>292</sup> וקביעתם

285 להגדרה של רגולציה עצמית ראו למשל Cary Coglianese & Evan Mendelson, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in THE OXFORD HANDBOOK ON REGULATION 146, 150 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010) ("Self-regulation refers to any system of regulation in which the regulatory target [...] imposes commands and consequences upon (itself)").

286 Anthony Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 97, 99-100 (1995).

287 CHRISTINE PARKER, THE OPEN CORPORATION: UNDERSTANDING REGULATION; EFFECTIVE SELF-REGULATION AND DEMOCRACY (2002), לעיל ה"ש 66, בעמ' 137-157; Potoski & Prakash; לעיל ה"ש 263.

288 ראו לעיל ה"ש 270-271 והטקסט הצמוד להן; אביבה גבע ורות פלאטו-שנער "קוד אתי – מה הוא מוסיף על הרגולציה של הבנקים?" **מחקרי משפט** כז 313 (2011); מיכאל אטלן וגלי גלזר "אכיפה שלטונית וקודים וולונטריים בתחומי האחראיות החברתית – כלים משולבים להגברת האכיפה" 10 *Jerusalem Papers in Regulation & Governance* (2010) regulation.huji.ac.il/papers/jp10.pdf. ראו בעניין זה גם לעיל חלק ג1א).

289 ראו למשל צבי גבאי **אכיפה מנהלית בריני ניירות ערך** 379-388 (2012).

290 על הסדרי אכיפה ראו להלן חלק ג2א).

291 ראו למשל ס' 5 להוראת ניהול בנקאי תקין 357 "ניהול טכנולוגיית המידע" (21.7.2016), הקובע כי תאגיד בנקאי יקבע נהלים מפורטים לכל שלב ולכל תהליך המטפלים בניהול, תפעול, אבטחה, גיבוי, שרידות ובקרה של טכנולוגיית המידע, ויקיים בקרה נאותה על ביצועם. ראו גם ידין, לעיל ה"ש 255.

292 הכוונה היא לנושא משרה בכיר בארגון שתפקידו לעקוב אחר יישומן של הוראות רגולציה, לפקח אחר הטמעת הרגולציה, לדווח להנהלה ולפעול לתיקון ליקויים. ראו למשל הוראת ניהול בנקאי תקין 308 "ציות ופונקציית הציות בתאגיד הבנקאי" (3.6.2015).

## שרון ידן

של מעין פיצויים מוסכמים עם הרגולטור למקרה שבו הארגון לא יצליח לעמוד בתנאי התוכנית.

בישראל קיימות מסגרות לתוכניות אכיפה פנימית המומלצות על ידי רשות ההגבלים העסקיים, רשות ניירות ערך ורגולטורים נוספים, לאימוץ על ידי מפוקחים כחלק מפעילותם העסקית השוטפת.<sup>293</sup> תוכניות אלה משמשות בסיס ליצירת חוזים רגולטוריים נפוצים בשוק ההון הישראלי, הכוללים תמורה פרטית של הקמת תוכנית אכיפה פנימית.<sup>294</sup>

תנאי הציות הנדרשים מהגורם הפרטי בתוכניות אכיפה פנימית משתנים מארגון לארגון וממקרה למקרה. כך למשל יש הבדלים ניכרים בין תוכניות ציות של מפעלים, שנוגעות לרמות זיהום, לבטיחות ולהתקנת ציוד מתאים, לבין תוכניות ציות של גופים פיננסיים, שמתמקדות בשמירה על אינטרס המשקיעים, בגילוי, בהיעדר הטעיה, במניעה של עבירות ניירות ערך וביצירת ממשל תאגידי נאות. אופי התוכנית עשוי להשתנות גם בהתאם לנסיבות הקמתה, כגון אם מדובר בתוכנית שנוצרה אקס-פוסט או אקס-אנטה להפרה, אם היא הוקמה ביוזמת הארגון או ביוזמת הרגולטור ואם ברקע הדברים עומד איום בהליך פלילי.

אכיפה עצמית משמעותה הפעלת מנגנוני תגובה, תיקון או ענישה עצמיים. מנגנונים אלו כוללים סנקציות פנימיות שמטיל הארגון על האחראים להפרות, כגון קנסות, השעיה או הדחה של נושאי משרה,<sup>295</sup> דיווח לרשויות או לרגולטורים, ניהול חקירה ובדיקה פנימיות וכן נקיטת פעולות להפסקת ההפרה ולמניעת הישנותה.<sup>296</sup>

### (ד) תשלום למדינה

רכיב נפוץ בחוזים רגולטוריים, במיוחד מסוג של הסכמי אכיפה, הוא תשלום כספי מוסכם למדינה. תמורה זו מוכרת במסגרת הסדרי אכיפה שערכו רשויות שונות בישראל, כמו רשות ניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים ורשות המיסים. תשלום זה נושא שמות

293 ראו רשות ניירות ערך "קריטריונים להכרה בתוכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך וניהול ההשקעות" (15.8.2011) [www.antitrust.gov.il/subject/165/item/32843.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/165/item/32843.aspx); רשות ההגבלים העסקיים "מתכונת תוכנית אכיפה פנימית" (1.11.1998) **הגבלים עסקיים** 500479 [www.antitrust.gov.il/subject/165/item/32843.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/165/item/32843.aspx).

294 ראו ידן, לעיל ה"ש 58.

295 לדוגמה לחוזה רגולטורי הכולל תמורה זו ראו פרשת **אייפקס-פסגות**, להלן בחלק ג(ד), שבמסגרתה הסכים בית ההשקעות "פסגות" לפטר את המנכ"ל בתמורה לקבלת אישורים רגולטוריים לעסקת מכירה גדולה של פסגות לקרן זוהר וויתור על הליכים פליליים נגד פסגות. לדיון בפרשה זו ראו גם ידן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 181–187.

296 ראו על כך להלן בחלק ג(ה).

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

שוניים, בהם קנס מנהלי, פיצוי כספי, עיצום כספי, קנס אזרחי, כופר ופיצוי מוסכם, אולם לא אחת מדובר בתשלום כללי שאינו מוגדר בתבנית מוכרת בחוק.<sup>297</sup> כך למשל נערך הסדר אכיפה וולונטרי בין רשות ניירות ערך, בית ההשקעות פסגות ואייפקס (קרן זרה), שבו הסכימה פסגות לשלם לקופת המדינה סכום חסר תקדים של 150 מיליון ש"ח, פי מאה מהקנס המקסימלי שהושת על תאגיד בישראל במסגרת של רגולציה פיננסית עד למועד ההסדר.<sup>298</sup> במסגרת החוזה הרגולטורי הוסכם גם על פיתוח המנכ"ל והכנת תוכנית ציות מקיפה על ידי התאגיד, ובתמורה נאותו הרגולטורים לוותר על הליכים פליליים נגד פסגות ולאשר את עסקת מכירתה לקרן אייפקס.<sup>299</sup> דוגמה נוספת מן התחום הפיננסי קשורה בפרשת תיאום העמלות בבנקים. במסגרת זו הסכימו רשות ההגבלים העסקיים וחמשת הבנקים הגדולים בישראל להימנע מהכרזה על הסדר כובל או מהגשת כתב אישום, בתמורה לתשלום של 70 מיליון ש"ח לאוצר המדינה, וכן לעיגון של כללי התנהגות חדשים, במסגרת של צו מוסכם.<sup>300</sup> בעניין אחר נערך הסכם בין חברות יזמיות בנייה לבין עירייה וועדה מקומית לתכנון ובנייה, שלפיו ישלמו החברות היטל השבחה, אף שאינן נדרשות לו לפי דין, ויבצעו את עבודות הפיתוח בעצמן.<sup>301</sup> התחייבויות החברות ניתנו בתמורה לכך שיופטרו חלקית מהיטל פיתוח בו הן חייבות לפי דין ויומצאו להן במהירות אישורי עירייה הדרושים להן לצורך חתימה על הסכם פיתוח עם מנהל מקרקעי ישראל.<sup>302</sup>

#### (ה) תיקון הפרה

רכיב נוסף, אופייני בעיקר לחוזה רגולטורי מסוג של הסדר אכיפה, הוא התחייבות לשינוי של דפוסי פעילות מפריס. במסגרת זו החברה המפרה מתחייבת לחדול ממעשה ההפרה, אם מדובר בהפרה שעדיין מתקיימת או ניתן לפעול לתיקונה, וכן לפעול לכך שהפרה זו

297 זאת, בין היתר, עקב היעדרה של סמכות מנהלית מפורשת לדרוש את הסכומים. ראו דין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 186.

298 לתיאור ההסדר ראו שם, בעמ' 181-187.

299 ראו שם.

300 ראו צו מוסכם לפי ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בין הממונה על ההגבלים העסקיים ובין בנק הפועלים (27.3.2014) **הגבלים עסקיים** 500587 [www.antitrust.gov.il/subject/500587\\_133/item/33093.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/500587_133/item/33093.aspx).

301 ראו ע"א **דירות יוקרה**, לעיל ה"ש 77.

302 ראו שם. הסכם זה נפסל בבית המשפט בעילה של חוזה פסול, לפי ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. נקבע שההסכם סותר הן את עקרון חוקיות המנהל והן את חוק-יסוד: משק המדינה, אשר בס' 1 (א) שבו נקבע כי מיסים, מלוות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פי. נפסק כי סמכותן של רשויות מקומיות לגבות תשלומי חובה מתוחמת להוראות החוק המתאימות ומותנית בהן, וכי סמכות זו אינה נתונה לשיקול דעת הרשות, ואין בכוחה להתנות על סמכות זו בהסדרים הסכמיים. ראו ע"א **דירות יוקרה**, לעיל ה"ש 77, פס' 38, 49-51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

## שרון ידן

לא תישנה.<sup>303</sup> רכיב זה מחליף את הצו הרגולטורי המורה על הפסקת פעילות מפרה, כגון צו לטיפול בחומרים מסוכנים או צו להנגשת שירותים לבעלי מוגבלויות, ומאפשר הסכמה בנוגע לתיקון הפעילות האסורה. כך למשל, במסגרת מתווה הגז הטבעי התחייבו התאגידים ללוחות זמנים לפיתוח מאגר לווייתן כתיקון להפרה של תנאי החזקה, המורים להם לפתח את המאגר בתוך שלוש שנים.<sup>304</sup> דוגמה אחרת נוגעת להסכמות שנערכו בין הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ובין זכיינית ערוץ עשר "ישראל עשר" בדבר תיקון הפרות הנוגעות למכסות תוכן בשידורי סוגה עילית.<sup>305</sup>

### (ו) פעולה

בקטגוריה זו כלול מגוון התחייבויות של המפוקח לפעולה (או להימנעות מפעולה) כגון השקעות, מכירת החזקות, הפחתת שכר ומינוי נושאי משרה. דוגמה להתחייבות כזו מצויה במתווה הגז, שבמסגרתו התחייבו בעלי הזכויות למכור באופן הדרגתי חלקים מן המאגרים לשחקנים חדשים בשוק.<sup>306</sup> התחייבויות לפעולה אינן מוגבלות כמובן לחוזים רגולטוריים שעניינם הגברת התחרות, והן עשויות להיות קשורות לכל מטרה רגולטורית אחרת. כך למשל פורסם כי החשבת הכללית במשרד האוצר הציעה למנכ"לית בנק לאומי שתימנע מקידום חקיקת חוק המגביל את שכר הבכירים בבנקים אם הבכירים יפחיתו את שכרם באופן יזום.<sup>307</sup>

דוגמה נוספת מצויה ב"הסכם שוויון מגדרי" שעליו חתמו נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, הפועלת במשרד הכלכלה, וחברת התקשורת JCS, בעקבות תביעה שהגישה הנציבות נגד החברה בגין אפליית נשים בעבודה.<sup>308</sup> באותו עניין נטען לפערי שכר בין נשים לגברים בחברה וכן לירידה ניכרת בשיעור העסקתן של נשים בחברה.<sup>309</sup> בהסכם התחייבה JCS לתקן את פערי השכר, למנות אחראית על שוויון הזדמנויות בחברה, לחייב מנהלים בהכשרות מתאימות ולדווח באופן שוטף לנציבות.<sup>310</sup>

303 למשל באמצעות תוכניות אכיפה פנימית, אך לא רק. ראו לעיל חלק 11(ג).

304 ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' ג, ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בעניין זה ביקשו העותרות, בין היתר, צו על תנאי נגד שר האנרגיה, שיורה לו להפעיל את סמכויותיו לפי חוק הנפט, התשי"ב-1952, ולאכוף את תאגידי הגז לפתח את מאגר לווייתן תוך שלוש שנים מהגעה לתגלית. ראו גם ס' 1.15 **בעתירת התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 137.

305 ראו ידן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 401, 405-406.

306 ראו על כך לעיל בחלק ב1.

307 ראו סיון איזסקו "החשבת הכללית לרוסק-עמינח: ראוי שתותרי על חצי משכר של 7.2 מיליון שקל" **TheMarker** (19.6.2014) www.themarker.com/markets/1.2353196. ראו גם להלן בחלק 2(ה).

308 ראו משרד הכלכלה והתעשייה, לעיל ה"ש 80.

309 ראו שם.

310 ראו שם. וזאת על פי "הצהרת כוונות משותפת: הטמעת שוויון הזדמנויות והעסקה מגוונת במקום העבודה". ראו נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה **דו"ח שנתי לשנת 2013** 36-37 (2014). חלקים

כריש, תנן ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

התחייבות נפוצה אחרת קשורה בהגבלות כהונה של נושאי משרה.<sup>311</sup> מדובר בהסכמה לפיטורין, למינוי או לשינוי במינוי של נושאי משרה בכירים בתאגיד, כגון חברי דירקטוריון והנהלה.<sup>312</sup> בדרך כלל שינויים אלו מתבקשים על ידי הרגולטור כאשר הוא סבור שנפל פגם בהתנהלותו של נושא משרה המכהן או המיועד לכהן בתאגיד המפוקח.<sup>313</sup> תמורה זו של הגבלות כהונה היא רכיב נפוץ למדי בחוזים רגולטוריים עם גופים פיננסיים שונים בישראל, ובכלל זה בנקים ובתי השקעות.<sup>314</sup> תמורה מסוג נוסף קשורה בהתחייבות להשקעות כספיות בפרויקט בעל תועלת ציבורית. כך למשל התחייבו תאגידי הגז להשקיע בפיתוח מאגר לווייתן 1.5 מיליארד דולר, וכן להשקיע בתוכן מקומי (ספקים וכוח אדם ישראליים) 500 מיליון דולר.<sup>315</sup>

#### (ז) שיתוף במידע

במסגרת זו המפוקח מסכים לשתף את הרגולטור במידע שקשור לפעילות של הארגון, ברמה שהיא מעבר לחובות הגילוי והדיווח המוטלות עליו על פי דין. באופן רגיל, כל חברה רשומה בישראל חייבת בדיווחים שוטפים ועיתיים, בין היתר, לרשם החברות, לרשות לאיסור הלבנת הון ולרשות המיסים.<sup>316</sup> חברות שנסחרות בבורסה מחויבות נוסף על כך בדיווחים שוטפים לבורסה ולרשות ניירות ערך.<sup>317</sup> בנקים מחויבים בדיווחים שוטפים למפקח על הבנקים,<sup>318</sup> מפעלים מחויבים בדיווחים שוטפים למשרד להגנת הסביבה<sup>319</sup> וכך הלאה. מעבר לרובד הדיווחים המתחייבים פורמלית, הרגולטור מתעניין בדרך כלל בפרטים נוספים שקשורים לפעילות הארגון, גם אם אלו אינם מחויבים בגילוי על פי דין, על מנת לטייב את ניהול הסיכונים של פעילות המפוקח. לשם כך ניתן להיעזר בהסכמות וולונטריות במסגרת חוזה רגולטורי.

לרוב, מסירת המידע בדרך של חוזה רגולטורי נעשית באופן דיסקרטי ואיננה חשופה לציבור, וזאת בניגוד לדיווחים שנעשים לבורסה, למשל. עניין זה עשוי להגביר את תמריצי התאגיד לשתף פעולה עם הרגולטור במסירת מידע. לדוגמה, בצו מוסכם שנערך

מחווה רגולטורי זה מתאימים גם לקטגוריות נוספות, כגון שיפור סטנדרט הפעילות, תיקון הפרה ושיתוף במידע. ראו לעיל חלק 11 (א), (ה), (ז).

311 ראו ידין, לעיל ה"ש 58; ידין, לעיל ה"ש 68; **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, פרק 6.

312 ראו ידין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 174–176.

313 ראו שם, בעמ' 181–185.

314 ראו ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, פרק 6.

315 ראו לעיל חלק ב1.

316 ראו למשל יוסף גרוס **חוק החברות החדש** פרק כז (מהדורה רביעית, 2007).

317 ראו שם.

318 ראו למשל ס' 178 לפקודת הבנקאות, 1941 (דיווח על מעילות); ס' 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981 (דיווח על הוצאות ממוצעות של לקוחות הבנק בגין שירותיו).

319 ראו למשל חוק הגנת הסביבה (פליטות והעברות לסביבה – חובות דיווח ומרשם), התשע"ב–2012.

בין הממונה על הגבלים עסקיים ובין בוק הוסכם שבזק תשלם לאוצר המדינה סכום של שני מיליון ש"ח וכן תתחייב לדווח בעתיד על כל הסדר כובל שלה לממונה, אף אם מדובר בהסדר שתוכנו ביטחוני או כרוך בסודות מדינה.<sup>320</sup>

דוגמה נוספת לגילוי מידע בתמורה להקלה באכיפה מצויה בתוכניות חסינות ותוכניות גילוי מרצון שמפעילים הרגולטורים.<sup>321</sup> במסגרת תוכניות אלו מוצע למפוקחים לגלות מידע על הפרה שבוצעה על ידיהם או בארגון, בתמורה לחסינות אישית מפני העמדה לדין או בתמורה להקלה באכיפה.<sup>322</sup> תוכניות כאלו מתקיימות בישראל ברשות ההגבלים העסקיים בנוגע לעבירת הקרטל, וברשות המיסים בנוגע לעבירות מס.<sup>323</sup>

דוגמה אחרת נוגעת לאמנה שעליה חתמו מרכז השלטון המקומי וחברות הסלולר, שעניינה יצירת בסיס לשיתוף פעולה ופרוטוקול העברת מידע בין הגופים.<sup>324</sup> על פי האמנה, החברות יעבירו למרכז השלטון המקומי מידע על אודות מיקומם של כל האנטנות והמתקנים בכל הרשויות המקומיות וכן מידע על אודות עוצמת הקרינה מהם.<sup>325</sup> האמנה נרשמה לפני ועדת שרים, אשר ראתה בה "הסדרה נאותה של תהליכי הקמת מוקדי שידור בין הגופים החתומים עליו".<sup>326</sup>

במצבים מסוימים שיתוף המידע המוסכם נושא אופי ציבורי ולא רק פנימי, החל ביחסים בין הרגולטור למפוקח. במסגרת זו התאגיד המפוקח מסכים לפרסם מידע לציבור כתמורה בחוזה רגולטורי. פרסומים אלה נערכים באופן טיפוסי כחלק מהסדרי אכיפה ונתפסים לעיתים כסוג של ביוש (שיימינג) רגולטורי.<sup>327</sup> כך למשל פרסמה מכתשים אגן את המודעה הבאה בעיתון: "לאחר שהאירוע נחקר ביסודיות, הנהלת המפעל סבורה כי היה עליה להפעיל שיקול דעת זהיר יותר ולדווח על רצף האירועים שגרמו לדליפת הכותניות במועד מוקדם יותר, ובכך להקטין את הסיכון שהאדם והסביבה עלולים היו

320 ראו צו מוסכם לפי ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (9.1.2006) **הגבלים עסקיים** 5000709 [www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26106.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26106.aspx)

321 ראו למשל "תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 4.7000 (התשס"ה); נוהל רשות המיסים "גילוי מרצון – הוראת שעה" (13.12.2017).

322 ראו לעיל ה"ש 321.

323 ראו שם. ראו גם להלן הטקסט הצמוד לה"ש 339-340.

324 ראו נספח להחלטה אנט/3 של ועדת שרים "אנטנות סלולאריות" (14.9.1999) "האמנה בין מרכז השלטון המקומי לחברות הטלפונים הסלולריים סלקום, מירס, פרטנר תקשורת ופלאפון" (אושר בהחלטה 408 של הממשלה ה-28 (7.10.1999)).

325 ראו שם.

326 ס' א להחלטה אנט/3 של ועדת שרים "אנטנות סלולאריות" (14.9.1999).

327 על ביוש רגולטורי ראו למשל UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 66, בעמ' 119; שרון ידן "המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם על המדינה לבייש?" **משפט ועסקים** כג (צפוי להתפרסם ב-2019). ראו על כך גם להלן בחלק ג(ז).



כריש, תנן ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז להיחשף אליו".<sup>328</sup> מודעה זו התפרסמה כחלק מהסדר הסכמי שערכה מכתשים אגן עם המועצה התעשייתית רמת חובב בתמורה לפטור מהליך פלילי תאגידי ופרסונלי בגין פליטת חומרים רעילים.<sup>329</sup>

#### (ח) תשלום לנפגע

בהשראת מנגנון דומה בהליך הפלילי, תשלום סכום כסף לפרט מאפשר לפצות את הנפגע מהפרה רגולטורית ובכך ליצור מנגנון של צדק מתקן.<sup>330</sup> בדרך זו ניתן להסכים, במסגרת חוזה רגולטורי, לפצות קבוצת משקיעים, קבוצת ניזוקים סביבתיים או חברה מתחרה.<sup>331</sup>

## 2. תמורות אופייניות של הרשות המנהלית בחוזה רגולטורי

במסגרת החוזה הרגולטורי מציעה גם הרשות המסדירה תמורה למפוקח. להלן רשימה (לא סגורה) של תמורות רגולטוריות אופייניות, ובכללן דוגמאות הלקוחות, בין היתר, מן התמורות שהוחלפו במתווה הגז.

#### (א) הקלה באכיפה

במסגרת חוזים רגולטוריים לאכיפה הרגולטור מעניק הקלה בסנקציות הרגולטוריות שיוטלו על המפוקח, בדרך כלל לאחר הפרה רגולטורית. הסנקציה הרגולטורית שבנוגע אליה ניתנת ההקלה יכולה להיות מנהלית, אזרחית או אפילו פלילית. ההקלה יכולה לבוא לידי ביטוי בהמרת סנקציה פלילית בסנקציה מנהלית, בהמרת סנקציה מנהלית בסנקציה אזרחית או בביטול מוחלט או מותנה של אחד מהליכים אלו.<sup>332</sup> רכיב מרכזי במתווה הגז הטבעי עסק בהקלה באכיפת דיני ההגבלים העסקיים כלפי תאגידי הגז אשר נחשדו בהסדר כובל, והעניק להם פטור גורף מקביעה כזו.<sup>333</sup> הקלות הסכמיות באכיפה מנהלית או פלילית מוכרות במגוון תחומים נוספים במשק. כך למשל פורסם כי בתמורה לבחינה מחודשת של הסכם קרקעות המלח בעתלית ובאילת הוסכם שלא להעמיד לדין בפרשת הולילנד את חברות המלח מקבוצת אריסון.<sup>334</sup> מדובר

328 דברים המובאים מתוך יעל דראל "העונש על דליפת רעל מסוכן: התנצלות בעיתון" Ynet (27.7.2010) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3925749,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3925749,00.html)

329 כן התחייב התאגיד לממן יום עיון בנושא ולהקים קרן חינוכית בהשקעה של 700,000 ש"ח. ראו שם.

330 ראו למשל ס' 52 נדחוק ניירות ערך.

331 לסוג דומה של פיצוי ראו לעיל ה"ש 329.

332 להסדרי אכיפה בתנאים ראו למשל ס' 52 נח(א) וכן פרק 1 לחוק ניירות ערך ("הסדר להימנעות מנקיטת הליכים או להפסקת הליכים, המותנית בתנאים"). לדוגמאות ראו ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 3, פרק 6.

333 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' ו-ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

334 ראו עינת פז-פרנקל ותומר גנון "חברות המלח ויתרו על קרקע תמורת הוצאתן מכתב האישום" כלכליסט (24.12.2013) [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3620109,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3620109,00.html)

בהסכם היסטורי בין המדינה לחברות, שהעניק לחברות את האפשרות לרכוש בפטור ממכרז חלקים נרחבים מהקרקע שהן חוכרות.<sup>335</sup> לפי הסכם האכיפה יצומצמו הקרקעות שחברות המלח יוכלו להחזיק בהן, וכתב האישום יכוון רק נגד דני דנקנר, מבעלי השליטה בחברות המלח, אף על פי שנהוג לכלול בכתב האישום גם את התאגיד.<sup>336</sup> בפרשה אחרת ויתרה רשות ניירות ערך על הגשת אישום פלילי נגד בית ההשקעות "פסגות" בגין עבירות ניירות ערך בתאגיד, כחלק מעסקת חבילה רגולטורית.<sup>337</sup> דוגמאות נוספות אפשר למצוא גם בתחום האכיפה המנהלית. כך למשל ויתרה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו על שלילת זיכיון של חברת "ישראל עשר" בגין הפרת תנאי הזיכיון בערוץ עשר, בתמורה לנטילת התחייבויות שונות מצידה.<sup>338</sup> בעוד חוזים רגולטוריים רבים כוללים הקלות אכיפה הנקבעות אד-הוק, לפי נסיבות העניין ולפי שיקול הדעת המנהלי המופעל במקרה הנתון, ישנם חוזים רגולטוריים המעניקים הקלות באכיפה כחלק מתוכניות מוסדיות מובנות. כאלה הן למשל תוכניות וולונטריות דוגמת תוכנית החסינות של רשות ההגבלים העסקיים לחבר בקרטל שימסור מידע.<sup>339</sup> כזו היא גם תוכנית גילוי מרצון המופעלת ברשות המיסים ומאפשרת לנישומים (ובכלל זאת תאגידים) להודיע לרשות על אודות עבירות המס שביצעו, בתמורה להסדר אכיפה מקל.<sup>340</sup> בקבוצה זו נכללים גם חוזים רגולטוריים הנערכים במסגרת של צו מוסכם על ידי רשות ההגבלים העסקיים,<sup>341</sup> חוזים רגולטוריים הנערכים במסגרת של הסדר להימנעות מנקיטת הליכים על ידי רשות ניירות ערך<sup>342</sup> וחוזים רגולטוריים הנכרתים במסגרת הסדר כופר הנהוג ברשות המיסים.<sup>343</sup>

## (ב) ויתור על חוב

במסגרת זו של ויתור על חוב, הרגולטור מוחל למפוקח על חובות שנצברו לו, כגון חובות בגין תמלוגים, דמי רישיון, דמי זיכיון וכיוצא באלו תשלומים שהוא חייב בהם תחת המסגרת הרגולטורית הקיימת. תשלומים אלו מוסדרים לרוב על פי חוק או תקנות או על

- 335 ראו משה ברדה **מסמך רקע לדין בנושא: ההסכם בין מינהל מקרקעי ישראל לבין חברות המלח ועיקרי דוח מבקר המדינה 51** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2003).
- 336 לתמצית האישומים נגד דנקנר בפרשה זו ראו הודעה לעיתונות של משרד המשפטים "הוגש כתב האישום בפרשת הולילנד" (1.1.2012) [isc.walla.co.il/info/20120101\\_olmert/Olmert\\_Indictment.pdf](http://www.isc.walla.co.il/info/20120101_olmert/Olmert_Indictment.pdf).
- 337 ראו לעיל ה"ש 295.
- 338 ראו על כך לעיל בה"ש 305 והטקסט הצמוד לה.
- 339 ראו "תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים", לעיל ה"ש 321. התוכנית כוללת מאפיינים של רגולציה עצמית ושל שיתוף במידע. ראו על כך גם לעיל בחלקים 11(ג), (ז).
- 340 ראו נוהל "גילוי מרצון – הוראת שעה", לעיל ה"ש 321. ראו על מאפיינים של אכיפה עצמית ומסירת מידע עורף, לעיל בחלקים 11(ג), (ז).
- 341 לפי ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים.
- 342 ראו לעיל ה"ש 332.
- 343 לפי ס' 221 לפקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961.

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

פי המוסכם בין הצדדים בהסכם הרישיון, כתב הזיכיון או ההיתר.<sup>344</sup> כך למשל, בפרשת ערוץ עשר החליטה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו למחול לזכיון "ישראל עשר" על חובות של עשרות מיליוני שקלים בגין תמלוגים ודמי זיכיון, במסגרת מתווה רגולטורי כולל שיאפשר את המשך השידורים.<sup>345</sup>

דוגמאות נוספות כוללות הקלות שנוגעות לקנסות או לעיצומים שנצברו למפוקח עקב הליכי אכיפה בגין הפרות קודמות שהסתיימו בסנקציות מוניטריות. הוויתור יכול להתייחס, למשל, לחלק הקנס שתפח עקב הפרה נמשכת על בסיס יומי, לסיווג מקל של ההפרה באופן שיביא להפחתה בסכום הקנס הכולל או למחילה על סכום החוב כולו.

### (ג) הקלה בפיקוח

קטגוריה זו של הקלה בפיקוח מתייחסת להתחייבות להפחתה בתדירות הפיקוח, בטיב הפיקוח או ברמת הדיווח הנדרש. כך למשל, בעניין **מתווה הגז הטבעי** הוסכם שלא להכפיף את הגז הטבעי למנגנון של פיקוח מחירים לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, אלא לקבוע נוסחת מחיר מוסכמת.<sup>346</sup> במקרה אחר פורסם כי במסגרת הידברות שהתקיימה בין משרד החקלאות לתנובה בשנת 2010 הוסכם שגבינת הקוטג' לא תוחזר למשטר פיקוח מחירים, בתנאי שתנובה לא תעלה את מחירה עד לסוף שנת 2011.<sup>347</sup> על פי הפרסום, עמידתה של תנובה בתנאי ההסכם היא שמנעה את חזרתו של המוצר לפיקוח רגולטורי פורמלי.<sup>348</sup>

בפרשה אחרת, שנגעה אף היא לתנובה, דווח כי במסגרת רכישתה על ידי קרן אייפקס השיגו הצדדים הסכמה מרשות ניירות ערך שזו לא תדרוש את פרסום דוחות תנובה בבורסה, החל ממועד השלמת העסקה.<sup>349</sup> דוגמה נוספת מצויה בתוכנית התו האתי של

344 ניתן אף למחול על חוב לפי הסדר רגולטורי הסכמי קודם.

345 לנתונים על גובה ההפרות שצבר הזכיון ראו ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 219, 226-228. לחוזים רגולטוריים עם ערוץ עשר ראו באופן כללי ידן, לעיל ה"ש 73.

346 ראו על כך לעיל בחלק ב.1.

347 ראו דורון אביגד ועדי בן ישראל "תנובה הקפאה מחיר הקוטג' אחרי זינוק של 40% גלובס" (26.6.2011) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000657677](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000657677).

348 ראו שם. ואולם מחיר הקוטג' האמיר בשנים אלו עד כי חצה את רף השמונה שקלים, ולבסוף אף שימש סמל למחאה החברתית בדבר יוקר המחיה בישראל בשנת 2011. ראו למשל אייל גרוס וחלי בוזחיש ששון "ממחאת הקוטג' עד חוק המזון: ביטחון תזונתי והזכות למזון בישראל" **לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** 35, 37 (מסדרת **משפט, חברה ותרבות**, יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017).

349 ראו רועי ברגמן "מאיר שמיר: אייפקס לא רצו אותי בגלל הכסף או הסודיות אלא בשביל ועידת הקיבוצים" **כלכליסט** (25.9.2011) [www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3533846,00.html](http://www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3533846,00.html). עניין זה עורר במידה רבה ביקורת ציבורית, ולאחר פתיחת חקירה של רשות ההגבלים העסקיים בנושא ניאוהתה תנובה לפרסם את דוחותיה הכספיים. ראו גולן חזני "המחאה מכניעה את תנובה: תפרסם דוחות כספיים כבר השבוע" **כלכליסט** (2.10.2011) [www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3535986,00.html](http://www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3535986,00.html).

הרשות השנייה, הפוטרת מפרסמים המתקשרים בתוכנית וולונטרית לאתיקה בפרסומות מהעברת פרסומות לאישור מוקדם של הרגולטור.<sup>350</sup> מתכונות של הקלה בפיקוח עשויות לכלול גם את הצבתם של מנגנוני פיקוח עצמי, במסגרת של רגולציה עצמית.<sup>351</sup>

(ד) יציבות רגולטורית

מדיניות היעדר הפתעות (no surprises), המכונה גם הקפאה רגולטורית (regulatory freeze) או פסקת יציבות רגולטורית, היא הבטחה מטעם הרגולטור לכך שהמצב הרגולטורי אשר חל על גוף מפקח לא ישתנה. ההתחייבות יכולה להתייחס לכל אחד ממישורי הרגולציה: יצירת הנורמות, פיקוח, אכיפה. כך לדוגמה, בשנת 2014 קיבל מונופול המלט נשר, בעקבות משא ומתן שניהל עם רשות ההגבלים העסקיים, הבטחה שהרגולטור לא יאסור מתן הנחות גדולות ללקוחות מרכזיים למשך תקופה של חמש שנים.<sup>352</sup> התחייבות זו ניתנה בעקבות כוונת הממונה לנקוט מהלך רגולטורי האוסר על המשך מתן ההנחות הפוגעות בתחרות.<sup>353</sup> בתמורה להקלה זו התחייב המונופול למכור את אחד ממפעליו על מנת שייכנס מתחרה חדש לשוק.<sup>354</sup>

במתווה הגו הטבעי עמדה בלב החוזה הרגולטורי פסקת יציבות, שבמסגרתה התחייבה הממשלה שלא ליזום שינויים רגולטוריים בתחומי המיסוי, היצוא וההגבלים העסקיים במשך הגו למשך עשור. ההתחייבות כללה, בין היתר, הימנעות מחקיקה ממשלתית וסיכול חקיקה פרטית.<sup>355</sup> לאמיתו של דבר, התחייבות הנוגעת לחקיקה בעלת

350 ראו לעיל ה"ש 270–271 והטקסט הצמוד להן.

351 ראו לעיל חלק 11 ג).

352 ראו רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 77 ("כחלק מהמתווה, במשך חמש שנים הממונה לא יתקוף את ההנחות שנותנת נשר כיום ליצרני הבטון הגדולים [...] במקרה שבו נשר לא תמכור את המפעל בהר טוב במסגרת הזמן שהוקצב לה, יחולו עליה מידית הוראות מחמירות יותר של הממונה על ההגבלים העסקיים, על פיהם נשר תצמצם את ההנחות שהיא מעניקה ללקוחותיה הגדולים [...] הממונה על הגבלים עסקיים יהיה רשאי במקרה כזה אף להוסיף ולהורות לנשר לספק מלט במחיר זהה לכל לקוחותיה"); אורה קורן "המדינה תתחייב לשקט רגולטורי לחמש שנים תמורת פיצול נשר" *TheMarker* (13.7.2014) 1.2375418 [www.themarker.com/news/macro/1.2375418](http://www.themarker.com/news/macro/1.2375418).

353 ראו שם ("בפברואר 2012 הממונה יזם מהלך במסגרתו הוא התכוון לתת לנשר הוראה לחדול לתת הנחות לחברות הבטון הגדולות ביחס לחברות הבטון הקטנות. נשר, המוכרות כמונופול באספקת מלט, חולשת על רובה המכריע של אספקת המלט בישראל").

354 ראו שם ("במהלך השימוע לנשר על רקע ההוראה הנ"ל, עלתה האפשרות כי במקום ההוראות, תמכור נשר את המפעל שלה בהר טוב. הממונה מצא כי אפשרות מכירת המפעל בהר-טוב עדיפה באופן מובהק על פני מתן ההוראות האמורות לנשר"). לתמורה פרטית מסוג זה ראו לעיל חלק 11 ג(1).

355 ראו **מתווה הגו הטבעי**, לעיל ה"ש 140. ראו בהקשר זה גם את טענתה של אגד בבג"ץ 3136/98 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד נב(5) 705, 710 (1999), שלפיה התחייבה הממשלה כלפיה שלא לפגוע במערך הפעילות של אגד ולשמור על מעמדה כמונופולין למשך תקופה של עשר שנים. הטענה נדחתה הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית, בהתבסס על הכלל שלפיו הממשלה אינה כשירה לוותר בהסכם על סמכויותיה השלטוניות.

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

השפעות רגולטוריות היא אחת הצורות המוכרות להעניק יציבות רגולטורית.<sup>356</sup> התחייבות ליציבות רגולטורית בחקיקה משמעותה שהרגולטור מתחייב כלפי התעשייה המפוקחת (או חלקים ממנה) לחוקק חוק מיטיב, לפעול לקידומו של חוק מיטיב, לא לבטל חוק מיטיב קיים, לבלום חקיקה פוגענית או להימנע מחקיקה שתעמיק את הנטל הרגולטורי.

### (ה) הקלה בחקיקה

לא אחת מסכימים רגולטורים ומפוקחים, באופן עצמאי או באמצעות איגודים וארגונים מקצועיים, על גיבושו של מתווה רגולציה בעניין חקיקה (או אי-חקיקה) של נורמה חדשה. כך למשל הסכימו משרד המשפטים, לשכת עורכי הדין, התאחדות הסטודנטים ופורום הדיקנים למשפטים להאריך את מתכונת ההתמחות לסטודנטים במשפטים משנה לשנה וחצי, בתנאי שזו תופחת למשך שנה בלבד עבור מי שילמד גם לימודי תואר שני, בכל נושא, וכן יעבור "פרקטיקום" (שעות לימוד נוספות מטעם לשכת עורכי הדין).<sup>357</sup> דוגמה אחרת נוגעת לאמנה שעליה חתמו השר להגנת הסביבה ומנהלי רשתות השיווק הגדולות בישראל לשימוש בסלים רב-פעמיים, במטרה לקדם מטרות סביבתיות ולמגר שימוש בשקיות ניילון.<sup>358</sup> לפי ההסכמה, הרשתות יפסיקו לחלק שקיות נשיאה חד-פעמיות ללא תשלום ויעודדו את הצרכנים להשתמש בסלים רב-פעמיים.<sup>359</sup> האמנה נערכה בשעה שהמשרד להגנת הסביבה שקד על גיבוש החוק בנושא.<sup>360</sup>

356 לסחר בסמכויות חקיקה ראו Dana & Koniak, לעיל ה"ש 220, בעמ' 480, המסבירים כיצד חוזים מסוג זה משמשים בידי הצדדים מכשיר ביטוחי מפני שינויים בלתי רצויים העלולים להתעורר עם חילופי השלטון. ראו גם Christopher Serkin, *Public Entrenchments Through Private Law: Binding Local Governments*, 78 U. CHI. L. REV. 879 (2011).

357 ראו תזכיר חוק לשכת עורכי הדין (תיקון – שינויים במתכונת ההסמכה והוראות נוספות), התשע"ו–2016 ("השינויים המוצעים בתזכיר חוק זה באים על הרקע האמור ובהמשך לו כמו גם בעקבות המתווה בדבר 'השבחת המקצוע והארכת ההתמחות' אשר גובש לאחרונה בין ראש לשכת עורכי הדין, נציגי המוסדות להשכלה גבוהה, נציגי הסטודנטים למשפטים, שרת המשפטים ויושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת"). אולם סופו של יום המתווה לא נחקק כפי שהוסכם במקור. ראו חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 39), התשע"ז–2017, ס"ח 1112, 1115.

358 ראו הודעה לעיתונות של המשרד להגנת הסביבה "מנהלי רשתות השיווק חתמו על האמנה לשימוש בסלים רב פעמיים" (27.8.2014) [www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2014/August2014/MultiuseBags-Supermarkets.aspx](http://www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2014/August2014/MultiuseBags-Supermarkets.aspx).

359 ראו המשרד להגנת הסביבה **אמנה לשימוש בסלים רב פעמיים** (27.8.2014) [www.sviva.gov.il/subjects/Env/Waste/PlasticBags-Super/PublishingImages/A3-convention.jpg](http://www.sviva.gov.il/subjects/Env/Waste/PlasticBags-Super/PublishingImages/A3-convention.jpg).

360 ראו הצעת חוק הפחתת השימוש בשקיות פלסטיק, התשע"ד–2014, ה"ח פ/2289/19. לחקיקת הנושא ראו חוק לצמצום השימוש בשקיות נשיאה חד-פעמיות, התשע"ו–2016, ס"ח 698.

(ו) הקלה כלכלית

תמורה זו מתייחסת להקלה רגולטורית הניתנת במישור הרגולציה הכלכלית. מישור זה עשוי לכלול פעולות כגון הצבת חסמים לכניסת מתחרים, מתן הגנות ינוקא למתחרים חדשים, הענקת סובסידיות או הקלות מס, קביעת מחירים ומכסות, מתן רישיונות וזיכיונות או ביטולם של אלה.<sup>361</sup> במתווה הגז הטבעי, למשל, ניתנו לתאגידי הגז הקלות רבות במישור זה. כך הסכימה הממשלה להקלות הנוגעות לפיקוח מחירים, למכסות יצוא ולמדיניות המס על הגז.<sup>362</sup> במקרים אחרים קיבלו תאגידי, במסגרת של חוזה רגולטורי, פטור מהיטלי פיתוח,<sup>363</sup> הטבות בזכויות בנייה<sup>364</sup> והטבות במחיר בעסקאות הפרטה.<sup>365</sup>

(ז) אי-פרסום ההפרה

במקרים רבים הרגולטור הישראלי מוסמך לתת פומבי לקיומה של הפרה רגולטורית ולפרטיה, ואף להורות למפוקח לעשות כן בעצמו.<sup>366</sup> גילוי זה עשוי להתבצע במטרה לשפר את רמת השקיפות הרגולטורית ולתרום בכך גם להרתעת המפוקחים וגם לזרימת המידע לציבור ולחיוזוק אמונו במנהל. מטרה נוספת של פרסום רגולטורי של הפרות עשויה להיות ביוש (שיימינג) של הגורם המפר, ככלי אכיפתי וענישתי.<sup>367</sup> פרסום הפרות בדרך כלל אינו רצוי לתאגידי, כיוון שהוא מרתיע משקיעים ונושים, פוגע בתדמיתו של התאגיד ופותח פתח לתביעות נגדו.

כפי שפרסום ההפרה עשוי לשמש תמורה בחוזה רגולטורי מצידו של הגורם הפרטי, הבטחה לאי-פרסום עשויה לשמש נושא למשא ומתן רגולטורי ותמורה שהמפוקח עשוי להציע. כך למשל אירע בפרשת דנקנר, שבמסגרתה דרש נגיד בנק ישראל, סטנלי פישר, את הדחתו של יושב ראש בנק הפועלים דני דנקנר, עקב בעיות מהותיות שהתגלו בניהול הבנק.<sup>368</sup> בתמורה לכך הציע פישר לבעלת השליטה בבנק להימנע מפרסום החשדות נגד הבנק ונגד יושב הראש.<sup>369</sup> יצוין שגם פרסומן של הודעות חיוביות על אודות החברה ופעילותה עשוי לשמש תמורה במסגרת של חוזה רגולטורי.<sup>370</sup>

361 לאמצעים הכלכליים של הרגולציה ראו למשל ANTHONY OGUS, REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY (2004).

362 ראו על כך לעיל בחלק ב1.

363 ראו למשל עניין **דירות יוקרה**, לעיל ה"ש 77.

364 ראו למשל עניין **פיגלילות**, לעיל ה"ש 74. כן ראו הטקסט הצמוד לה"ש 282.

365 ראו למשל עניין **בזין**, לעיל ה"ש 284 והטקסט הצמוד לה.

366 ראו למשל ס' 354 לחוק ניירות ערך; ס' 12(א)(4) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

367 ראו על כך לעיל בחלק ג1(ז).

368 ראו ידן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 176-177.

369 ראו שם.

370 ראו למשל הסדר דש אייפקס הולדינגס עם רשות ניירות ערך, שם, בעמ' 176. במסגרת ההסדר הוסכם כי יימשכו ההליכים הפלייליים בגין עבירות ניירות ערך נגד שני דירקטורים בבית ההשקעות, אך

כריש, תנין ולווייתן : על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז

## סוף דבר

לאחר משא ומתן ממושך עם תאגידי הגז הגיעה הממשלה להסכמות רגולטוריות על סוגיות שונות ומורכבות, הידועות כ"מתווה הגז הטבעי". הסכמות אלו לא נחתמו, אלא פורסמו תחילה כטיוטת מתווה, שבנוגע אליה התקיים שימוע ציבורי קצר, עברו הצבעה עקרונית לאישור בכנסת (שאינה חקיקה אלא אישור הצהרתי בלבד), ולבסוף ניתנו כהחלטת ממשלה.

בבג"ץ **מתווה הגז הטבעי** הוכרה המסגרת המשפטית של חוזה רגולטורי, אולם מפאת מחסור בהלכה פסוקה בנושא או מסיבות אחרות, הקשורות למשל בהטיות שיפוטיות כגון ההיצמדות לתקדים,<sup>371</sup> נשען בית המשפט על הדוקטרינה הישנה של הבטחה מנהלית. כך יצא שבפסק דינו דיבר בית המשפט בשני "קולות" משפטיים, אשר אינם מתיישבים זה עם זה: הבטחה מנהלית וחוזה רגולטורי (או רגולציה הסכמית).

החלטות ממשלה הן באופן רגיל ביטוי חד-צדדי למדיניותה. ואולם, בדומה לכלל שבדיני חוזים, שלפיו לא הצורה או כותרת המסמך היא הקובעת אלא מהות ההסכמה, החלטת הממשלה בעניין **מתווה הגז הטבעי** היא חוזה. אין חשיבות לשאלה איזה לבוש ילבש החוזה הרגולטורי – רישיון, זיכיון, הסדר אכיפה מנהלי, החלטת ממשלה או אפילו חוק – המהות נותרת זהה: הסכמה הדדית שבה מוחלפות תמורות פרטיות ורגולטוריות-מנהליות.

במאמר טענתי כי פסילתה של פסקת היציבות בבג"ץ מתווה הגז, לצד ההכשרה המשפטית של יתר חלקי המתווה, משקפת גישה מוטעית של הפרדת החוזה הרגולטורי לחלקיו השונים.<sup>372</sup> הבעייתיות בגישת ההפרדה המלאכותית התעוררה ביתר שאת שעה שפסקת היציבות, כלומר אחת מהתחייבויות רבות שניתנו במסגרת המתווה הרגולטורי, סווגה כהבטחה מנהלית, בעוד תניות אחרות סווגו כהחלטות מנהליות "רגילות".

במאמר זה ביקשתי לקדם את ההבנה שבחוזים רגולטוריים, התחייבויות והבטחות מטעמה של המדינה ניתנות על רקע שונה לחלוטין מזה שבו ניתנות התחייבויות המכונות "הבטחות מנהליות". כך הראיתי במאמר, באמצעות שימוש בדוגמה של מתווה הגז הטבעי, שההבטחה ליציבות רגולטורית אינה עומדת לבדה, והיא ניתנה בהסתמך על התחייבויות שנתנו התאגידיים הפרטיים בתמורה. תמורות הדדיות אלו הן באופן טיפוסי חלק מ"עסקת חבילה" מסוג של חוזה רגולטורי,<sup>373</sup> שבה שלובות התניות זו בזו. מתכונת פעולה זו מסמנת עידן רגולטורי חדש, שבו השתנה תפקידם של המדינה ושל התאגידיים.

ההליכים נגד בית ההשקעות ייזנחו. בתמורה לכך, ובהתאם למוסכם בין הצדדים, הטילה הרשות על החברה עיצום כספי בסך 500 אלף ש"ח והודיעה לציבור כי אין חשש לפגיעה במהימנות החברה או בהיותה ראויה להחזיק ברישיון לניהול תיקי השקעות.

371 ראו טמיר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 286.

372 ראו גם לעיל ה"ש 242.

373 לעמדה זו ראו גם בבג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ביטוי זה נזכר שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

## שרון ידן

במצבים אלה ההצדקה לכבילה עצמית של הרגולטור בנוגע לרגולציה העתידית שיחיל על התאגידים שהם צד לחוזה הרגולטורי גדולה יותר מאשר במצבים של מעשים מנהליים חד-צדדיים.<sup>374</sup>

בהקשר זה, הבלבול המושגי והדוקטרינרי ניכר בפסק הדין. כך, לצד הרטוריקה של הבטחה מנהלית כונה מתווה הגז על ידי השופטים השונים "החלטת ממשלה שעוצבה בדומה לחוזה של ממש",<sup>375</sup> "חוזה רגולטורי",<sup>376</sup> "רגולציה הסכמית"<sup>377</sup> ו"אסדרה מוסכמת"<sup>378</sup> ותואר כבעל "אופי הסכמי מעין-חוזי".<sup>379</sup> על רקע זה ביקשתי לחדד במאמר את ההבדלים בין מונחים אשר גבולות התיחום ביניהם אינם ברורים דיים בספרות ובפסיקה,<sup>380</sup> ובאמצעות כך לקדם את דיני החוזים הרגולטוריים בעתיד לבוא.

דוקטרינת החוזה הרגולטורי היא גם הזדמנות פז להתנער באופן סופי מהדוקטרינה של ההבטחה המנהלית, שנחלה כישלון.<sup>381</sup> במאמרה "עלותו השקועה של התקדים"<sup>382</sup> תיארה מיכל טמיר את ההתפתחות הפסיקתית בעניין סאי־טקס כביטוי לבעיית ההיצמדות לתקדים השיפוטי.<sup>383</sup> היא ציינה הן את היאחזותו העיקשת של בית המשפט בהלכה, תוך אבחונים פסיקטיים ודחייתה במקרים הפרטניים אך ללא ביטולה העקרוני, והן את היעדר ההתייחסות של בית המשפט לשינויים משפטיים ודוקטרינריים חדשות בשיטה.<sup>384</sup> בג"ץ מתווה הגז הטבעי משמש דוגמה מושלמת לכך, שכן במסגרתו נצמד בית המשפט כמעט באופן אוטומטי לדוקטרינה המוכרת והישנה,<sup>385</sup> שעה שאינה מתאימה למודל ההסכמי שלאורו פעל המנהל. דוקטרינה זו של הבטחה מנהלית, לא זו בלבד שאינה הולמת חוזים רגולטוריים מבחינה מנהלית מוסדית, אלא גם עלולה להוביל, בטעות, לגוויעתו של החוזה הרגולטורי עקב עקרותה ואי־יכולתה להעניק סעד בפועל לנבטח.

- 374 לטענו זו ראו ידן, לעיל ה"ש 4.
- 375 בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' קכב לפסק דינו של השופט סולברג.
- 376 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 377 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 378 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 379 שם.
- 380 ראו למשל עניין **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 114, בעמ' 489–490 (שם נאמר כי ההבחנה בין חוזה להבטחה מנהלית אינה מאד חשובה); ברק־ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 322–325; שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 117 ("בפסיקה ובספרות הדנות בהתחייבויות הרשות הציבורית אין הבחנה ברורה בין מונחים סמוכים, אך שונים מבחינה אנליטית, כמו 'חוזה', 'התחייבות' ו'הבטחה'"); דותן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 465.
- 381 לדעה אחרת, אופטימית יותר באשר למעמדה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 11, בעמ' 315.
- 382 ראו לעיל ה"ש 34.
- 383 ראו שם.
- 384 ראו שם.
- 385 ראו על בדיקה אוטומטית של רכיבי הדוקטרינה של ההבטחה המנהלית, המתוארת כריטואל קבוע, שם, בעמ' 295.