

בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחווה הרגולטורית: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי

שרון ידין*

בג"ץ מתווה הגז הטבעי מהווה ציון דרך בפסיקה המנהלית והכלכלית בישראל. זהו פסק הדין החשוב ביותר עד כה בתחום דיני הרגולציה – ענף חדש המתפתח במשפט. בית המשפט דן בהסכמות שנערכו בין המדינה לבין תאגידי גז טבעי, אשר גילו מאגרים עצומים בים התיכון, ביחס למכלול של היבטי רגולציה שיחולו לגביהם במשך עשור. אחד החידושים הבולטים בפסק הדין הוא ההכרה במודל החווה הרגולטורית ככלי מנהלי לגיטימי ורצוי, שעניינו הסכמה פרטנית בין רגולטור למפוקח על תנאי הרגולציה. אף שבסופו של עניין פסל בית המשפט את המתווה בנוסחו המקורי, מפאת הכבילה השלטונית שהייתה גלומה בו, המאמר מצביע דווקא על יחסו האוהד של בית המשפט לבחירה המנהלית להתקשר בחוזים רגולטוריים עם גורמים פרטיים, ומנתח את השלכותיו.

יחסו של בית המשפט לחווה הרגולטורית בפסק הדין מסמן שינוי בתפיסה המשפטית המסורתית של בתי המשפט ביחס לתפקידיו של הרגולטור – מגורם כופה ואוסר, הפועל באמצעות מנדט סטטוטורי נוקשה, לגורם מודרני, גמיש ומתוחכם, המשתמש במגוון של כלים רגולטוריים ליצירת מערך הרגולציה, ובכלל זה חוזים המגלמים ויתור על סמכות שלטונית. היבט נוסף של שינוי הפרדיגמה קשור למעבר ממשפט מנהלי כללי למשפט מנהלי הקשרי בתחום דיני החוזים הרגולטוריים. דינים אלה מתאפיינים במתן מרחב פעולה גדול יותר מבעבר לממשל לשם הסדרת פעילותם של תאגידיים במשק באמצעות רגולציה הסכמית, בין היתר באמצעות ריכוך כללי הסמכות ועיבוי כללי ההליך המנהלי. המאמר מבקש להעריך שינויים אלה מן הבחינה הנורמטיבית ולעמוד על השלכותיהם התיאורטיות והמעשיות.

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי פרס sharon@yadin.com. עיקרי המאמר הוצגו בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי בישראל (התשע"ז) ובפורום ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. אני מודה למשתתפי הכינוסים על תובנותיהם, שתרמו לי בגיבוש המאמר. תודתי נתונה גם לאילן סבן ולמערכת משפט וממשל, אשר עזרו לי מאוד בקידום המאמר ובשיפורו, וכן לשופט החיצוני האנונימי על הערותיו המעולות.

מבוא. א. מתווה הגז: רקע ועיקרי פסק הדין. ב. מודל החוזה הרגולטורי הישראלי: 1. מודל החוזה הרגולטורי הישראלי שנקלט בכג"ץ מתווה הגז; 2. עיצוב החוזה הרגולטורי: גבולות הכבילה. ג. החוזה הרגולטורי – שינוי פרדיגמה: 1. מתפיסת המנהל המצווה לתפיסת הרגולציה הרכה; 2. דיני חוזים רגולטוריים. ד. חוזקותיו וחולשותיו של המנהל ההסכמי וכיווני התפתחות רצויים בביקורת השיפוטית. ה. סיכום.

מבוא

בשנת 2016 נתן בית המשפט הגבוה לצדק את אחת מפסיקותיו החשובות בתולדות המדינה בהקשר הכלכלי-המנהלי – בג"ץ מתווה הגז.¹ פסק הדין היה למעשה הראשון שדן באופן מקיף ברגולציה ובדיני הרגולציה. עובדה זו מפתיעה יחסית כשלעצמה בהתחשב בתנופת הרגולציה האדירה ששוטפת את המנהל הישראלי בעשורים האחרונים, וביתר שאת בשנים האחרונות. מעניין במיוחד שעלייתה של הרגולציה אל קדמת הבמה המשפטית, במסגרת בג"ץ מתווה הגז, נעשתה בהקשר המיוחד של חוזה רגולטורי. החוזה הרגולטורי הוא מכשיר ליצירת הסכמה בין רגולטור למפוקח פרטני בנוגע לתנאים ולמגבלות שיחולו על פעילותו של המפוקח במשך תקופה מסוימת.

במוקד פסק הדין בעניין מתווה הגז עמד הסכם שנערך בין שורה של רגולטורים לבין תאגידי גז טבעי אשר גילו משאבים שעתידיים לספק את צורכי האנרגיה של מדינת ישראל למשך עשרות שנים. ההסכם לא לבש צורה של חוזה פורמלי, אלא נוסח כהחלטת ממשלה שזכתה בכינוי "מתווה הגז הטבעי" או בקיצור "מתווה הגז". מתווה הגז שגובש הוא תוצר של שנים של משא ומתן שנערך בין המדינה לתאגידי, שעניינו גיבוש חבילת תנאים רגולטורית בתחומי פיקוח שונים, ובכלל זה התחייבויות בנוגע למיסוי הגז, למכסות הייצוא, לתמחור, לקצב פיתוח המאגרים, להחזקות ולבעלויות המותרות במאגרים בראי דיני ההגבלים העסקיים, להיקף ההשקעות בפיתוח המאגרים ולהעסקת עובדים מקומיים. עיקרו של המתווה הובטח לתאגידי הגז למשך עשור שנים.

העותרים נגד המתווה סברו כי המדינה הפליגה בתנאים שמיטיבים מדי עם תאגידי הגז, וחסאה לאינטרס הציבורי שבשמירה על גז טבעי זול ובכמות מספקת לצרכיה של מדינת ישראל עצמה. בין היתר טענו העותרים כי מתווה הגז הוא החלטה מנהלית חד-צדדית שניתנה בחוסר סמכות, ויש לבטלה. באשר לסיווג המשפטי של המתווה טענה גם המדינה-המשיבה כי מדובר במעשה שלטוני חד-צדדי, אך לשיטתה הוא חוקי, בעיקר משום שהיא רשאית לסגת ממנו בכל עת ולכן הוא אינו כובל את שיקול דעתה. עמדה משפטית זו אומצה אף על ידי תאגידי הגז, ככל הנראה מתוך הבנה שהניתוח החוזי של המתווה מסכן יותר את עתידו של המתווה מאשר הניתוח המנהלי. עם זאת, אחד החידושים הבולטים בפסק הדין הוא ההכרה בתוצריו של משא ומתן שנערך בין המדינה לבין גורמים פרטיים, לקראת הסכמות פרטניות על סוגיות רגולטוריות, כ"חוזה רגולטורי", ובתהליך – כרגולציה הסכמית. זאת, אף אם הצדדים

1 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ מתווה הגז).

לחווה מציגים מכשיר חדשני זה באמצעות מושגים משפטיים מיושנים, הנובעים מתפיסת הרגולציה כעניין הקשור לפעולה כופה וחד-צדדית.

אף שבפרשת מתווה הגז הטבעי ניכר שימוש לא עקבי של בית המשפט בדוקטרינות ובמושגים משפטיים הלקוחים מן העולם ה"ישן" של המשפט המנהלי, חידוש מרכזי בולט בפסק הדין הוא הנכונות לאמץ אל תוך המשפט דוקטרינות רגולטוריות חדשניות, ובראשן "החווה הרגולטורית". דוקטרינת החווה הרגולטורית פותחה בספרות המשפטית בישראל בשנים האחרונות, והוצגה בעיקרה בחיבור שפורסם חודשים ספורים לפני מתן פסק הדין.² ספרות זו הבליטה את המאפיינים החוזיים השולטים בפעילותן הרגולטורית של רשויות מנהליות, וביקשה להפנות אליהם את תשומת הלב המשפטית. לקריאות אלה נענה בג"ץ בעניין מתווה הגז, ובכך תרם תרומה חשובה לפיתוח הדוקטרינה והפרקטיקה הרגולטוריות.

מטרתו של המאמר היא, ראשית, להפנות זרקור אל ענף חדש הצומח במשפט הציבורי – דיני החוזים הרגולטוריים. בכונת המאמר לעמוד על משמעותו של הענף החדש לשחקנים השונים, לסמן את גבולות הגזרה שלו, ולבחון את השלכותיו על המשפט הציבורי. שנית, המאמר מציג את ההכרה השיפוטית במודל החווה הרגולטורית במסגרת בג"ץ מתווה הגז כשינוי פרדיגמה בהבנת המנהל הציבורי ויחסיו עם גורמים פרטיים בעידן המדינה הרגולטורית. תמצית השינוי היא מעבר ממודל של ציווי וכפייה למודל של שיתוף, גמישות והסכמה. יש להבין את השינוי לא רק כפריזמה של התפתחותם של כלי הרגולציה, אלא גם באמצעות הכרה ביחסי הכוחות המשתנים בין המדינה לגורמים המפוקחים, לנוכח מורכבותם של האתגרים העומדים לפתחה של המדינה הרגולטורית. לשינוי זה כתפיסת האופן שבו המנהל הציבורי פועל נלווה שינוי פרדיגמטי כלפי המשפט הציבורי בכלל וכלפי המשפט המנהלי בפרט בעידן הרגולציה.

זה המקום להבהיר כי המאמר אינו מבקש לבחון את מתווה הגז עצמו, כלומר את גבולותיה הראויים של העסקה הכלכלית-הרגולטורית שערכה המדינה, אלא את הפסיקה שניתנה בעניין זה. המאמר יעסוק אומנם, בין היתר, בפסקת היציבות שנכללה במתווה, ואשר נפסלה בהכרעת השופטים, אך גם בסוגיות רחבות יותר שפסק הדין מעורר, ואשר נובעות ממנו באופן ישיר או עקיף. כך, המאמר ישתמש בפסק הדין בעיקר על מנת להצביע על השינוי שהתחולל במשפט המנהלי המצוי, קרי על המעבר לפרדיגמה של "החווה הרגולטורית", ולאחר מכן על מנת לבחון אותו מנקודת הראות של המשפט הרצוי.

המאמר בנוי באופן הבא: בפרק א מוצג הרקע ההיסטורי, העובדתי והמשפטי שהוביל לגיבוש מתווה הגז הטבעי, ומתוארים עיקרי פסק הדין שניתן בבג"ץ מתווה הגז. פרק ב מציג בחלקו הראשון את מודל החווה הרגולטורית הישראלי, כפי שנקלט בבג"ץ מתווה הגז, ועומד על מאפייניו העיקריים, על רקע התפתחותם של מודלים דומים בעולם ועל רקע תרומתה של הספרות המשפטית בישראל לפסיקה זו של בג"ץ. בחלקו השני של הפרק נבחנים גבולותיו של מודל החווה הרגולטורית, כפי ששורטטו על ידי בג"ץ, במיוחד בכל הקשור להיקף ההתחייבויות שמותר למדינה ליטול על עצמה. לחלק זה יש מסקנות מעשיות חשובות הנוגעות בעיצובן של

2 שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים (2016).

תניות פיצויים ותניות יציבות על ידי גורמים פרטיים ורגולטורים המתדיינים על החוזה הרגולטורי. פרק ג מתאר את פסיקתו של בג"ץ בעניין מתווה הגז כשינוי פרדיגמה בשני רבדים: האחד – שינוי באופן שבו בית המשפט תופס את תפקידו של המנהל הציבורי ומבין את מורכבות תפקידיו וממשקיו עם גורמים מסחריים עוצמתיים, והכרתו בצורך ברגולציה הסכמית; והאחר – שינוי באופן שבו בית המשפט תופס את המשפט המנהלי, והכרתו בצורך בשינויים ובעדכונם של כללים מסורתיים של המשפט כך שיתאימו לעידן הרגולטורי בכלל ולעידן הרגולציה ההסכמית בפרט. פרק ד בוחן אם מודל החוזה הרגולטורי ושינויי הפרדיגמה שהובילו לקליטתו במשפט הישראלי דרך בג"ץ מתווה הגז הם התפתחות רצויה במנהל הציבורי ובמשפט הציבורי, ומנתח יתרונות וחסרונות עיקריים בהקשר זה. פרק ה מסכם.

א. מתווה הגז: רקע ועיקרי פסק הדין

חוק הנפט, התשי"ב–1952, מהווה את המסגרת החקיקתית המרכזית לעניין חיפוש, פיתוח, הפקה וייצוא של נפט (בהגדרת "נפט" בחוק כלול גם גז טבעי).³ החוק מקים משטר של היתרים ורשיונות לצורך עריכת חיפוש, אשר הגורמים המוסמכים להעניקם הם השר הממונה על החוק והממונה על ענייני הנפט.⁴ בעל רישיון שגילה "תגלית" (גילוי שדה גז) זכאי לקבל שטר חזקה, אשר מקנה לו זכות להפיק גז טבעי מהתגלית לפי תנאי השטר, ולצד זאת מטיל עליו חובה לפתח את שטח החזקה ולהפיק ממנו גז טבעי, לעיתים בהתאם לתוכנית עבודה ותוכנית מימון.⁶

מתווה הגז הטבעי הוא כינוי ציבורי להסכם שגובש בין המדינה לבין התאגידים בקבוצת "דלק" ובקבוצת "נובל אנרגי", האחראים לתגליות הגז הטבעי המשמעותיות ביותר בתולדות מדינת ישראל.⁷ משא ומתן לקראת ההסכם, ששוכלל בסוף 2015, החל עוד בשנת 2010, כמגעים בין תאגידי הגז לבין הממונה על ההגבלים העסקיים לקראת צו מוסכם לפטור בתנאים

3 ס' 1 לחוק הנפט.

4 "חיפוש נפט" פירושו – (1) קדיחת בארות נסיון לשם מציאת נפט או לשם קביעת גדלו או גבולותיו של שדה נפט... (2) כל פעולה אחרת לחיפוש נפט, לרבות בדיקות וניסויים גיאולוגיים, גיאופיזיים, גיאוכימיים ודומיהם, וכן קדיחות להשגת ידיעות גיאולוגיות בלבד... (שם).

5 ס' 2 ו-15 (א) לחוק הנפט.

6 ס' 25–26, 31 לחוק הנפט. "פיתוח" פירושו – קידוחו וצידו של שטח זכות נפט כדי לקבוע את כושר תפוקתו, להפיק ממנו נפט ולשווקו; הפקת נפט – פירושו – הפקת נפט מתוך שדה נפט, וכל הפעולות הכרוכות בכך, לרבות טלטולו, הטיפול בו והעברתו למיכלים, לצינוורות או לבית זיקוק בשדה הנפט או בקרבתו... (שם, ס' 1).

7 במועד גיבוש המתווה החזיקו שני תאגידי מרכזיים במונופול בשוק הגז הטבעי בישראל: "דלק קידוחים – שותפות מוגבלת", בשליטתו של איש העסקים יצחק תשובה, ו"נובל אנרגי" האמריקאית (Nobel Energy Mediterranean Limited). שחקניות נוספות שיש להן זכויות במאגרים הן "רציו חיפושי נפט (1992) – שותפות מוגבלת" (15% ממאגר "לווייתן"), "דור חיפושי גז – שותפות מוגבלת" (4% ממאגר "תמר") ו"ישראלקו נגב 2 – שותפות מוגבלת" (29% ממאגר "תמר").

מהסדר כובל.⁸ לאחר כשלון המגעים, ניהלו את המשא ומתן קבוצה של רגולטורים ממשלתיים.⁹ טיוטת המתווה פורסמה לשימוע ציבורי,¹⁰ ולאחר מקצה תיקונים מינורי פורסמה כהחלטת ממשלה.¹¹ המתווה, אשר בסופו של יום נפסלה אחת מתניותיו בבג"ץ ומאז הוא תוקן, מסדיר מגוון סוגיות רגולציה בנוגע למשק הגז הטבעי בישראל, והוא אחד החוזים הרגולטוריים המשמעותיים ביותר בתולדות המדינה.¹²

פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז ניתן בעקבות ארבע עתירות שהגישו עמותות שונות נגד המתווה, שהבולטת מביניהן היא התנועה למען איכות השלטון בישראל,¹³ וכן מפלגת מרץ ומפלגת העבודה. העתירות הופנו כלפי ראש הממשלה וכלפי שורה של רגולטורים שעסקו בגיבוש מתווה הגז הטבעי בשלביו השונים. בין המשיבים נכללו המועצה הלאומית לכלכלה, שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, שר האוצר, הממונה על ההגבלים העסקיים, וכן תאגידי האנרגיה, ובראשם "נובל אנרג'י" האמריקאית ו"דלק" הישראלית. הרגולטורים אשר עסקו בגיבוש המתווה או נטלו חלק פעיל במימושו ונוכחים בהוראותיו הם הממונה על ההגבלים העסקיים, שר האנרגיה, החשב הכללי, הממונה על התקציבים, המועצה הלאומית לכלכלה, הממונה על ענייני הנפט, רשות הגז הטבעי, שר האוצר, ועדת המחירים לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, שר הכלכלה, היחידה להשקעות זרות במשרד הכלכלה, המשרד להגנת הסביבה, רשות המיסים והיועץ המשפטי לממשלה.

8 ראו רשות ההגבלים העסקיים, טיוטה להערות הציבור מס' 500585 "טיטוט נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין: דלק קידוחים שותפות מוגבלת, אבנר חיפושי נפט וגז שותפות מוגבלת ו־Noble Energy Mediterranean Ltd" (27.3.2014). הסדר כובל מוגדר בס' 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". הסדר כובל שלא קיבל פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים מהווה עברה פלילית, וכן עברה על הוראות חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, כאשר מדובר בחברה ציבורית. הוא אף מקים עילת תביעה נזיקית לניזוקים מן ההסדר, וצפויה הכרזה על בטלותו בשל אי-חוקיותו. ראו אצל מיכל (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' 533, 535 (2004).

9 ראו, למשל, משרד האנרגיה "דברי הסבר לטיטוט המתווה בעניין הרחבת שדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" חלק כללי, פס' 10-12 (2015) energy.gov.il/abouttheoffice/newsandupdates/documents/shimua/nghesber.pdf (להלן: דברי הסבר לטיטוט המתווה).

10 אתר משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "השימוע בנושא המתווה להסדרת משק הגז הטבעי" (22.7.2015) www.energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGShimuaJuly15Live.aspx.

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

12 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
13 עותרות נוספות הן אדם טבע ודין, הפורום הישראלי לאנרגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים והעמותה לכלכלה בת קיימא.

המתווה עוסק באסדרתו של משאב טבע מסוג גז טבעי. גז טבעי נוצר, בדומה לנפט גולמי, במעמקי האדמה. הוא מסתמן בעולם כחלופה בטוחה, זולה וסביבתית לפחם ולנפט בייצור חשמל.¹⁴ בשנת 2009 התגלה במימי הים התיכון, כתשעים קילומטרים מערבית לחיפה, מאגר הגז הטבעי "תמר", והוא שדה הגז הטבעי המשמעותי היחיד הפעיל בישראל נכון לעת גיבושו של מתווה הגז.¹⁵ תגלית "תמר" נחשבה הצלחה אדירה בחיפושי גז ונפט בישראל, והייתה התגלית הגדולה בעולם בשנים 2008–2009.¹⁶ כעבור זמן קצר, בשנת 2010, התגלה סמוך למאגר "תמר" מאגר "לויתן", שהוא שדה הגז הגדול ביותר בים התיכון ושדה הגז הגדול ביותר בעולם במים עמוקים שהתגלה בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת.¹⁷ בשנת 2012 התגלו עוד שני מאגרים קטנים, שכונו "כריש" ו"תנין".¹⁸ כיום הגז הטבעי משמש בישראל מקור אנרגיה עיקרי ומועדף לייצור חשמל ולשימוש בתעשיות גדולות.¹⁹ כמות הגז בכל המאגרים האלה יחד מוערכת בכ־800–1,000 BCM (יחידת מדידה של מיליארד מטרים מעוקבים).²⁰ לשם המחשה, בשנת 2015, למשל, צרכה מדינת ישראל 8.4 BCM.²¹ הרווחים הצפויים לנבוע למדינת ישראל ממיסוי המאגרים מוערכים בכ־60 מיליארד דולר.²²

- 14 לרקע כללי על אודות גז טבעי ראו, למשל, בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea 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' 5–1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: בג"ץ ייצוא הגז); בג"ץ 7737/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה האזורית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו, 22.12.2015) (על היבטי הובלה של הגז הטבעי).
- 15 ראו על כך, למשל, בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012).
- 16 ראו מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל 12 (2011) (להלן: דוח ועדת ששינסקי).
- 17 ראו בדברי ההסבר להצעה להחלטה בדבר "העברת הסמכות הנתונה לשר הכלכלה על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988" (25.6.2015), אשר התקבלה לבסוף בהחלטה 636 של הממשלה ה-34 בתאריך 3.11.2015.
- 18 לשם המחשה של יחסי הגודל בין המאגרים, מאגר "לויתן" כולל כ־500 BCM (יחידת מדידה של מיליארד מטרים מעוקבים); "תמר" – 280 BCM; "תנין" – 22 BCM; ו"כריש" – 32 BCM. ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. חשוב לציין כי מדובר בהערכות גמישות שעשויות להשתנות.
- 19 אתר משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "משק הגז הטבעי בישראל". www.energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGEconomy.aspx; דוח ועדת ששינסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 13. נכון לשנת 2017, 65% מייצור החשמל נעשה באמצעות גז.
- 20 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בהחלטת הממשלה בעניין ייצוא הגז הטבעי הוחלט לשמור בעתודות של מדינת ישראל 540 BCM, ואת היתר להתיר בייצוא למדינות זרות. ראו החלטה 442 של הממשלה ה-33 "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת המדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (דוח ועדת צמח)" (23.6.2013) (להלן: החלטת ממשלה 442).
- 21 ראו משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים – רשות הגז הטבעי "סקירת ההתפתחויות במשק הגז הטבעי במהלך שנת 2015".
- 22 ראו בנק ישראל "התייחסות בנק ישראל לטיטוט המתווה בעניין פיתוח שדות הגז שנתגלו במים הכלכליים של ישראל" נספח 1 (1.12.2015).

בעקבות תגליות הגז ביקשה המדינה, עוד בשנת 2010, לעדכן את מדיניות המס בקשר אליהן, ולפיכך מינתה את "הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל" בראשות פרופ' איתן ששינסקי.²³ ועדה זו המליצה להעמיק את נטל המס המוחל על תגליות נפט וגז, והמלצות אלה עוגנו בעיקרן בחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א–2011 (המכונה גם "חוק ששינסקי").²⁴ נגד חקיקה זו עתרו תאגידי הגז לבג"ץ והפסידו, בעיקר על בסיס הכלל המנהלי שלפיו לפרט (ולתאגיד) אין זכות קנויה במדיניות כלכלית קיימת, ובעיקר בעניין המס שיוטל עליו.²⁵

המאבק המשפטי הבא סביב תגליות הגז התעורר בעקבות ועדת צמח. ועדת צמח היא ועדת ממשלתית שפעלה בראשות מנכ"ל משרד התשתיות, בשנת 2011, במטרה לעסוק בסוגיית ייצוא הגז.²⁶ על בסיס המלצות הוועדה החליטה הממשלה על כמות הגז הטבעי שיש לשמור במסגרת המשק הישראלי למשך 29 השנים הקרובות, ומכך גזרה את כמות הגז המותרת בייצוא.²⁷ במסגרת בג"ץ שהגישו בשנת 2013 שורה של חברי כנסת ועמותות, טענו העותרים כי מדובר בהסדר ראשוני שאין הממשלה מוסמכת לקובעו, ובכך ביקשו לצמצם את מכסות הייצוא ולהותיר גז רב יותר לאזרחי ישראל.²⁸ טענה זו נדחתה ברוב דעות, בנימוק שמדובר בהסדר ראשוני שהסמכות לו מצויה בחוק הנפט ועל כן הוא חוקי.²⁹ בדעת מיעוט החזיקו השופטים רובינשטיין וג'ובראן, שביקשו לפסול את החלטת הממשלה כהסדר ראשוני שנקבע בחוסר סמכות.³⁰

נקודת הציפון המשפטית המשמעותית השלישית בעניין תגליות הגז הטבעי היא בג"ץ מתווה הגז, שבו מתמקד מאמר זה. כאמור, ה"מתווה" הוא תולדה של מגעים כושלים לקראת צו מוסכם שנערכו בין תאגידי הגז לבין הממונה על ההגבלים העסקיים בשנים 2010–2014.³¹ מטרתו של ההסדר המקורי ברשות ההגבלים הייתה ליצור תחרות במשק הגז הטבעי, המתאפיין בריכוזיות בשלל מקטעיו (בבעלות, בשיווק ובייצוא), וזאת בתמורה להימנעות מהכרזה על

23 ראו דוח ועדת ששינסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 7–8.

24 ראו שם, בעמ' 2–6 (תקציר מנהלים). ראו באופן כללי גם יניב רוג, שי ארו וצבי נמט מיסוי רווחי נפט וגז (2014). כיום חוק זה מכונה "חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א–2011", ותחולתו הורחבה גם למחצבים אחרים, כגון אלה המתקבלים מכרייה בים המלח. לדיון במשטר מס ייעודי בנוגע להפקת משאבי טבע ראו אילן בנשלום וצליל סלומון "ארץ אשר אבניה ברזל ומהרריה תחצוב נחושת" – מיסוי משאבי טבע בישראל" משפטים מה 85 (2015).

25 בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 15.

26 לתיאור פעילותה של הוועדה ראו בג"ץ ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 6–11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

27 ראו החלטת ממשלה 442, לעיל ה"ש 20.

28 ראו בג"ץ 4593/13 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל, פס' 140–217 (26.6.2013) (עתירה למתן צו על תנאי, למתן צווי ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף) www.adamteva.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/atira1.pdf (להלן: עתירת אדם טבע ודין בבג"ץ 4593/13).

29 ראו בג"ץ ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14.

30 שם. על פרשנות של חוק הנפט המצדדת בדעת המיעוט בבג"ץ ייצוא הגז ראו נדיה צימרמן ויאיר שגיא "לא זה הדרך: למקורותיו של סעיף 33 לחוק הנפט" עיוני משפט לח 51 (2015).

31 ראו, למשל, דברי הסבר לטיטת המתווה, לעיל ה"ש 9, חלק כללי, פס' 8–13.

הסדר כובל.³² לאחר התפטרותו של הממונה החליף "צוות קנדל" הממשלתי³³ את רשות ההגבלים, וניהל משא ומתן חדש ומקיף הרבה יותר, שבסופו גובש מתווה רגולטורי כולל המידמה להסכם ומונה כשלושים עמודים מפורטים ועשרות סעיפים ותניות אשר שלובים ומותנים זה בזה.³⁴

עיקרי המתווה קובעים כי הממונה על ענייני הנפט ידחה בשנתיים את מועד ההתחלה של ההפקה המסחרית מהמאגרים והזרמת הגז הטבעי למשק המקומי;³⁵ כי ייתן פטור למנופול הגז מהוראות חוק ההגבלים העסקיים לעניין מונופולין והסדרים כובלים הגלומים בפעילות;³⁶ כי שר האנרגיה ושר האוצר לא יכפיפו את הגז הטבעי למנגנון פיקוח מחירים מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים;³⁷ כי תעודכן החלטת ממשלה קודמת בעניין ייצוא הגז באופן שיאפשר גמישות בייצוא;³⁸ כי שר האנרגיה יבחן מחדש את נושא הקמתו של צינור נוסף מ"תמר", ויעדיף שימוש בתשתיות קיימות לשם יצירת יתירות במערכת ההספקה;³⁹ וכי המדינה לא תשנה ממדיניותה לפי המתווה בענייני מיסוי, ייצוא והחזקות למשך עשור (להלן: תניית היציבות).⁴⁰ בתמורה לכך יפעלו בעלי הזכויות ב"לווייתן" וב"תמר" באופן מידי להמשך ההשקעות והפעולות הדרושות לפיתוח מהיר של "לווייתן" ולהרחבת "תמר";⁴¹ בעלי הזכויות ב"לווייתן" יתקשרו בהסכמים לרכישת ציוד ושירותים לפיתוח המאגר בסכום של 1.5 מיליארד דולר עד סוף 2017;⁴² בעלי הזכויות ישקיעו בתוכן מקומי (ספקים וכוח אדם ישראליים) 500 מיליון דולר על פני שמונה שנים;⁴³ בעלי הזכויות בחזקות ימכרו גז במחיר

32 לסקירת טענותיהן של העותרות בעניין הריכוזיות שהתגבשה בשוק האנרגיה ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל וממלא מקום שר הכלכלה, פס' 94-91 (24.12.2015) (עתירה מתוקנת למתן צווים על תנאי וצווים הצהרתיים) <http://bit.ly/1IG2Vrg> (להלן: עתירת התנועה לאיכות השלטון).

33 "צוות קנדל" הוא כינויו של צוות ממשלתי בין-משרדי בראשותו של ראש המועצה הלאומית לכלכלה פרופ' יוג'ין קנדל, אשר הוקם בשנת 2015 לבחינת המדיניות הראויה לפיתוח משק הגז הישראלי, וניהל משא ומתן עם תאגידי הגז לגיבוש מתווה הגז.

34 ראו מתווה הגז הטבעי, לעיל ה"ש 11.

35 שם, ס' ג1.

36 שם, ס' ב.

37 שם, ס' ד. לטענות בדבר מחיר לא הוגן שקבעו התאגידיים בחוזה מול חברת החשמל על בסיסו של מתווה הגז, ולבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין זה בעילה של ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, ראו ת"צ (מחוזי מר') 35507-06-14 ניוזי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד (פורסם בנבו, 23.11.2016).

38 מתווה הגז הטבעי, לעיל ה"ש 11, ס' ה.

39 שם, ס' ה11.

40 שם, ס' י ("קיום סביבה רגולטורית יציבה"). עוד צוין שם, בס' 5ד, 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".

41 שם, ס' ג2.

42 שם, ס' ג4, 1ב6.

43 שם, ס' ט.

מוסכם על פי נוסחה המפורטת במתווה;⁴⁴ בעלי הזכויות ימכרו את "כריש" ו"תנין" בתוך 14 חודשים;⁴⁵ החזקות "דלק" ב"תמר" יימכרו לצד ג בתוך שש שנים, והחזקת "נובל" ב"תמר" תקטן לרבע בתקופה זו.⁴⁶

אף שבית המשפט אישר בפסק דינו חלקים שונים הקשורים למתווה, ארבעה מתוך חמישה שופטים פסלו רכיב מפתח בהסדר – תניית היציבות הרגולטורית – וקבעו כי התחייבות הממשלה לא לשנות מדיניות רגולטורית לתקופה של עשור אינה חוקית, ודינה להתבטל.⁴⁷ בהקשר זה נראה לכאורה שבית המשפט כרסם בסמכותה של הרשות המבצעת וצמצם את מרחב הפעולה שלה, אך למעשה, כפי שיראה המאמר, פסק הדין הרחיב מאוד את תחום הפעולה של רשויות המנהל, וחיזק את התשתית המשפטית להפעלת כלים רגולטוריים מתקדמים. כך, בבג"ץ מתווה הגז הכיר בית המשפט לראשונה במודל החווה הרגולטורית כדרך פעולה אפשרית, מקובלת ורצויה של הרשות המנהלית הרגולטורית. בחלק הבא יתואר מודל החווה הרגולטורית שנקלט בבג"ץ מתווה הגז (להלן: מודל החווה הרגולטורית הישראלי), ויידונו הגבולות המשפטיים שנקבעו לגבי השימוש בו.

ב. מודל החווה הרגולטורית הישראלי

מטרתו של פרק זה היא לשרטט את מודל החווה הרגולטורית הישראלי, כמושג וככלי מעשי, כפי שנקלט על ידי בית המשפט הגבוה לצדק. בחלק הראשון תיערך סקירה של התפתחות החווה הרגולטורית בארצות הברית ובאירופה, הן בזירות רגולציה והן בספרות האקדמית. סקירה זו תדגים את הדמיון וההבדלים בין המודלים השונים בעולם, ותעמוד על ייחודו של המודל הישראלי. בחלק השני ייערך דיון בפסיקה האמריקאית בעניין חוזים רגולטוריים, ובו ניתוח השוואתי של גבולותיהם המשפטיים של החוזים הרגולטוריים הישראלי והאמריקאי לאור בג"ץ מתווה הגז. נוסף על כך יוצעו בחלק זה המלצות מעשיות לרגולטורים וליועצים משפטיים של חברות מפוקחות בנוגע לעיצוב חוזים רגולטוריים.

1. מודל החווה הרגולטורית הישראלי שנקלט בבג"ץ מתווה הגז

(א) חווה רגולטורית וחווה מנהלית

מאמר זה נכתב במטרה להפנות זרקור אל היבטים בבג"ץ מתווה הגז הקשורים לרגולציה הסכמית. אחד החידושים הבולטים בעניין זה טמון בכך שבבג"ץ מתווה הגז קבע בית המשפט כי מערכת מורכבת של התחייבויות הדדיות בין המדינה לבין תאגידי הגז הטבעי מהווה "חווה

44 שם, ס' ד ונספח ב.

45 שם, פרק ג לנספח א.

46 שם.

47 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1; בית המשפט העליון "בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל בעניין מתווה הגז שנקבע בהחלטת ממשלה 476 – תקציר פסק הדין" (27.3.2016). בדעת מיעוט בעניין זה החזיק השופט סולברג, אשר גרס כי המתווה כולו חוקי, ובכלל זה תניית היציבות.

רגולטוריי".⁴⁸ במילותיו של השופט ג'ובראן, "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".⁴⁹ אף השופטת חיות ציינה בפסק דינה 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 רגולטוריי".⁵⁰ אכן, לא ניתן לקרוא את "מתווה הגז" כשום דבר אחר חוץ מחוזה. חוזה מסוג זה הוא "חוזה רגולטוריי".

מהו חוזה רגולטוריי? כפי שתיארתי בכתיבה קודמת, החוזה הרגולטוריי הוא תוצר של הסכמה בין גוף מנהלי רגולטוריי לבין תאגיד (או עסק בלתי מתואגד) פרטי בנוגע להבנות הדדיות ולהחלפת תמורות שחלקן או כולן קשורות לאסדרת פעילותו של התאגיד.⁵¹ זהו הסדר הסכמי המתאפיין במתן הקלה רגולטורית על ידי הרגולטור בתמורה לנטילת מחויבויות וולונטריות על ידי גורם פרטי מפקח.⁵² עניינו של ההסכם בגיבוש טיבה והיקפה של הרגולציה הייחודית שתחול על המפוקח הספציפי המהווה צד להסדר.⁵³ ניתן לחשוב על החוזה הרגולטוריי כסוג מיוחד של חוזה מנהלי.⁵⁴ "חוזה מנהלי" (או "הסכם רשות") הוא המונח המקובל במשפט המנהלי לתיאור הסכמים והתקשרויות של רשות מנהלית עם גופים פרטיים למטרות ציבוריות או מסחריות,⁵⁵ ובכלל זה רכש מוצרים, הספקת שירותים⁵⁶ וחוזי השקעה.⁵⁷ חוזה מנהלי הוא חוזה שלפחות אחד הצדדים לו הוא רשות

48 למאמר מקיף בנושא חוזים מנהליים ראו יצחק זמיר "דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?" **משפט וממשל** יח 333 (2017) (להלן: זמיר "דיני חוזים מנהליים").

49 בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

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

51 ראו ידין **המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 37.

52 שם.

53 שם.

54 לחשיבות המשגתם של ענפים בדיני חוזים ובמשפט המנהלי ראו זמיר "דיני חוזים מנהליים", לעיל ה"ש 48, בעמ' 341 ("ענף של חוזים צריך שם. השם מזהה את החוזה ומצביע על הכללים המסדירים אותו. אכן, בדרך-כלל לכל ענף של חוזה יש שם – שם רשמי או למצער שם מוסכם. כך, למשל, חוזי מכר, חוזי שכירות וחוזי עבודה. צריך שם גם לחוזים עם גופים מנהליים, שכן הם מהווים ענף מיוחד של חוזים, עם כללים מיוחדים שחלים בו").

55 במסגרת ההבחנה בין חוזה מנהלי שלטוני לחוזה מנהלי מסחרי, החוזים הרגולטוריים דומים יותר למודל החוזה השלטוני. למאמר התומך בהבחנה בין חוזים העוסקים בפעולות מנהליות לחוזים העוסקים בפעולות אזרחיות של הרשות המנהלית, ראו גד טדסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" **משפטים** יב 227 (1982). להשלכותיה של הבחנה זו לעניין הסמכות השיפוטית ראו, למשל, רע"א 3062/16 **קלמן נ' מועצה אזורית דרום השרון** (פורסם בנבו, 21.4.2016).

56 ראו, למשל, על הפרטת שירות בתי הסוהר בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: בג"ץ **הפרטת שירות בתי הסוהר**).

57 על סוגים שונים של חוזים מנהליים ראו, באופן כללי, אצל יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 300–304 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית**). לעיתים המדינה משתמשת בחוזה ההתקשרות עם הגורם הפרטי כדרך להבטיח – באמצעות תניות הכלולות בחוזה – ציות של הקבלן או הספק לרגולציה, כגון בתחום דיני העבודה או זכויות יוצרים. תופעה זו

מנהלית.⁵⁸ חוזים מנהליים מאפשרים למדינה, למשל, לרכוש מגופים פרטיים המתמחים בכך ציוד, שירותים, נכסים ומקרקעין, הדרושים לה לשימוש עצמי או לשם העמדתם לרשות הציבור.⁵⁹ באמצעות חוזים מנהליים המדינה גם מבצעת מיקור חוץ (outsourcing), קרי העברת פעילות שלה לקבלנים חיצוניים, וכן מוכרת נכסים, דוגמת מניותיה בתאגידים ממשלתיים, במסגרת תהליכי הפרטה.⁶⁰

אחד הסממנים הבולטים של חוזה רגולטורי, להבדיל מחוזים שלטוניים אחרים, הוא זהותם של הצדדים לחוזה: חוזה רגולטורי נערך בדרך כלל בין רשות מנהלית בכובעה כרגולטור⁶¹ – קרי, כגורם המבצע "חקיקה", פיקוח ואכיפה – לבין תאגיד פרטי (להבדיל מן הפרט), עסק או קבוצה של עוסקים הנתונים לפיקוח ממשלתי. זאת, לעומת חוזים מנהליים אחרים אשר אינם נערכים על ידי המדינה בכובעה הרגולטורי. הבחנה זו חשובה, בין היתר, משום שחוזים מנהליים רבים – גם כאלה ששילבו היבטים של רגולציה, דוגמת הסכמי זיכיון והסכמי BOT (בנה – תפעל – העבר) –⁶² נדונו עד כה בבתי המשפט בישראל במסגרת הכללית של דיני חוזי רשות, ללא התייחסות מיוחדת להיבטי הרגולציה הטמונים בהם. בג"ץ מתווה הגז הוא הראשון שניתח הסכמה של המדינה עם תאגידים כ"חוזה רגולטורי".

חוזים רגולטוריים משקפים בדרך כלל הסכמה ביחס לאחד או יותר מבין שלושת המישורים המקובלים בתהליך הרגולטורי: המישור של קביעת הנורמות המסדירות, מישור הפיקוח ומישור האכיפה. במישור הראשון ההסכמה עוסקת בטיבה וברמתה של פעילות המפוקח. הסכמה זו יכולה להתייחס, למשל, לשינוי, לביטול או ליצירתו של כלל התנהגות הקשור לפעילותו של המפוקח – למשל, לטיב המוצרים או השירותים שהוא מספק, למחירם, לפרישתם הגיאוגרפית או לכמותם. באשר למישור השני, חוזה רגולטורי העוסק בשלב הפיקוח עשוי לכלול הסכמה לגבי דרכי הבקרה והניטור שינקוט הרגולטור בנוגע לכללי ההתנהגות החלים על המפוקח. לדוגמה, תיתכן הסכמה בנוגע לתדירות ביקוריהם של מפקחים באתר; בנוגע להיקפם ולמתכונתם של הדוחות התקופתיים שיוגשו לעיונו ולאישורו של הרגולטור; או בנוגע לאימוץ מנגנוני ניהול סיכונים, כגון פיקוח על ידי צד ג או תוכניות ביטוח. באשר

מכונה לעיתים בשם דומה ל"חוזה רגולטורי" – "רגולציה באמצעות חוזה" (regulation by contract). ראו, למשל, Terence Daintith, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, 32 CURRENT LEGAL PROBS. 41 (1979).

ראו, למשל, אצל זמיר "דיני חוזים מנהליים", לעיל ה"ש 48, בעמ' 342.

לדוגמה ולדיון כללי ראו, למשל, עת"ם (מנהלי ת"א) 23093-04-15 א.ר.נ. (דוקטורי) ניהול ואחזקות בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 26.4.2016), העוסק בשירותים של השכרת מתקני חוף והפעלת מזנונים בחופי הרחצה בתל אביב הניתנים על ידי מפעילות פרטיות שזכו במכרז.

ראו, למשל, אצל דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 198 (2013) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי כלכלי**).

חוזים רגולטוריים מורכבים – בעיקר כאלה המשלבים מגוון של תוכני רגולציה המצויים באחריותם ובסמכותם של רגולטורים שונים – נערכים לעיתים על ידי הממשלה. מתווה הגז הטבעי הוא דוגמה מובהקת לכך. ראו גם בג"ץ עיריית יוקנעם, לעיל ה"ש 14, פס' 111 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

על מודל זה ראו להלן בה"ש 89–90 ובטקסט שלידן.

למישור השלישי, הסדרי אכיפה בין רגולטורים למפוקחים נערכים לאחר הפרת חובות רגולטוריות, כתחליף לאכיפה פלילית או מנהלית כופה וחד-כיוונית. להבדיל מהסדרי טיעון, הסדרים אלה כוללים תמורות מגוונות שמעניקים הן הרגולטור והן התאגיד הפרטי, והם כוללים גם שינוי של סטנדרט ההתנהגות העתידי הנדרש מהתאגיד ושינויים במתכונת הפיקוח על התאגיד הסורר.

החווה הרגולטורי הוא יציר כלאיים המשלב תפיסות יסוד של כמה ענפי משפט, השאובים מן המשפט הפרטי ומן המשפט הציבורי. דניאל פרידמן ונילי כהן מציגים בספרם חוזים שתי תפיסות, מנוגדות לכאורה, לניהול חיי החברה: תכנון מדיניות וביצועה באמצעות כלים שלטוניים; וחווה – הסכמה המושגת בעקבות משא ומתן.⁶³ החווה הרגולטורי מאתגר דיכוטומיה זו, בכך שהוא מאפשר לשלטון המסדיר לכוון את פעילות המשק הפרטי באמצעות חוזים. הוא מאפשר למדינה באמצעות אורגנים שונים שלה,⁶⁴ מצד אחד, ולגוף פרטי, מן הצד האחר, להשליט משטר רגולטורי בהסכמה שיש לו השלכות על הציבור כולו.

החווה הרגולטורי מבוסס אפוא על שני מושגים הנובעים מתחומי ידע מובחנים באופן מסורתי: "חווה" ו"רגולציה". רכיב החווה מסמן שמדובר בהסדר הסכמי הכולל החלפת תמורות, אשר שני צדדים או יותר מגיעים אליו לאחר ניהול משא ומתן מוצלח.⁶⁵ רכיב הרגולציה בחווה הרגולטורי מורה כי אין מדובר בחווה רגיל בין שני גופים פרטיים, ואף לא בחווה מדינה מסחרי רגיל.⁶⁶ זאת, מכיוון שהחווה הרגולטורי עוסק ברגולציה.

מהי אותה רגולציה? שאלה זו נכבדה למדי, וזכתה בהתייחסות נרחבת בספרות.⁶⁷ אין לה עדיין תשובה אחת ברורה.⁶⁸ עם זאת, במאמרים קודמים הצעתי לחשוב על רגולציה 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 ולתאגידים.⁶⁹ רגולציה עשויה לבוא לידי ביטוי באמצעות צווים או הוראות כופות

63 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 6 (1991).

64 לדיון על האורגנים הפועלים תחת המדינה ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 361–393.

65 המונח "חווה", להבדיל מ"הסכמה", מרמז גם על אכיפותו המשפטית המחייבת. ליסודות החווה באופן כללי ראו, למשל, פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 63.

66 לחוזים שלטוניים של המדינה שאינם ממוקדים דווקא ברגולציה ראו גבריאלה שלו חוזי רשות בישראל (1985); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (1999); דפנה ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל (1990).

67 ראו, למשל, A Reader on Regulation 2–4 (Robert Baldwin, Colin Scott & Christopher Hood eds., 1998); Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 *AUSTL. J. LEG. PHIL.* 1, 1–35 (2002); Christine Parker & John Braithwaite, *Regulation*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES* 119 (Mark Tushnet & Peter Cane eds., 2003); ישי בלנק ורועי קרייטנר "מבוא: על טבעה הראשוני והמכונן של הרגולציה" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 9 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

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

69 ראו, למשל, שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 6, 9 (2014) (להלן: ידין "מהי רגולציה?").

אחרות (רגולציה כופה)⁷⁰ או באמצעות כלים רכים יותר, דוגמת רגולציה עצמית, רגולציה וולונטרית או רגולציה הסכמית.⁷¹ החווה הרגולטורית הוא הביטוי הטקטי לאסטרטגיה של רגולציה הסכמית, שעשויה לכלול, מלבד חוזים, אף שיחות, שכנוע, הבנות והסכמות בלתי מחייבות.⁷² ניתן להשקיף עליו כעל קפיצת דרך "אבולוציונית" של מתכונת ההיוועצות המנהלית עם בעלי עניין.⁷³

(ב) סוגים של חוזים רגולטוריים

החווה הרגולטורית היא עניין לא רק לחיי המעשה ולדוקטרינה המשפטית שתתמוך בו, אלא הוא משמש גם תיאוריה מאחדת אפשרית לרגולציה.⁷⁴ לפי תפיסה זו, ניתן להבין את היחסים שבין רגולטורים למפוקחים כחווה או אמנה, וזאת לא בהכרח באופן משפטי מעשי, אלא בעיקר כמטפורה.⁷⁵ אולם החוזים הרגולטוריים אינם רק רעיון יפה או מעניין מבחינה תיאורטית. הם נהפכו לכלי אופרטיבי מרכזי במדינה המנהלית הרגולטורית, שמופעל תוך החלפת תמורות מגוונות במנעד רחב של נושאים, קטנים כגדולים, פשוטים ומורכבים, שגרתיים ו"חגיגיים", שקופים וסודיים. כך מוכרים, בין היתר, חוזים רגולטוריים הנערכים כהסדר אכיפה לאחר הפרה, אשר כוללים תיקון של ההפרות, תשלום מעין כופר ויצירת מנגנונים להבטחת ציות לרגולציה; חוזים המבטיחים הקלה רגולטורית בקשר לפרשנותה או ליישומה 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 או להסרת תביעה או עתירה נגד הרגולטור; חוזים רגולטוריים לשיתוף וולונטרי במידע; חוזים רגולטוריים להבטחה מפני שינויים במדיניות וברגולציה; חוזים רגולטוריים ליצירת הסכמות לקראת רפורמה מתוכננת בשוק המפוקח; וחוזים רגולטוריים להחלפת נושאי משרה ולשינויים ארגוניים בתאגיד.⁷⁶

- 70 Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation – Theory, Strategy, and Practice* 106–7 (2nd ed. 2012).
- 71 ראו שם, בעמ' 194–195; ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 69, בעמ' 8; ידין **המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–32.
- 72 Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (1992); Eugene Bardach & Robert A. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (2002) 468, 450, 447. **עיוני משפט** לה 468, 450, 447 (2012) (להלן: ידין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" **עיוני משפט** לה 468, 450, 447 (2012)).
- 73 ראו על כך שם, בעמ' 479. להיוועצות המסורתית עם בעלי עניין ראו, באופן כללי, דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** 301–328 (2010) (להלן: ברק-ארו **משפט מינהלי**); אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי: עילות ההתערבות** 147–165 (2008).
- 74 ראו, למשל, Tony Prosser, *Theorising Utility Regulation*, 62 *Mod. L. Rev.* 196 (1999).
- 75 ראו Tony Prosser, *Regulatory Contracts and Stakeholder Regulation*, 76 *Annals of Pub. & Cooperative Econ.* 35, 38, 40 (2005).
- 76 ראו דוגמאות לסוגים השונים של החוזים הרגולטוריים ודיון מקיף בהם אצל ידין **המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים**, לעיל ה"ש 2.

השימוש במכשיר ההסכמי ברגולציה מוכר בשווקים רבים, דוגמת שוק ההון והבנקאות,⁷⁷ הביטוח והפנסיה,⁷⁸ שוק התקשורת,⁷⁹ שוק האנרגיה,⁸⁰ ענף הקמעונות,⁸¹ המזון,⁸² הבנייה,⁸³ הסביבה,⁸⁴ התחבורה,⁸⁵ והעבודה.⁸⁶ הוא אינו ייחודי דווקא להסדרים "ראשוניים" או מורכבים במיוחד, והוא משמש את המדינה גם באופן שוטף ושגרת. בהמשך לכך, החוזים הרגולטוריים עשירים גם באופני היצירה שלהם ובמסגרות הפרוצדורליות התומכות בהם. כך, החוזים נערכים במסגרת של חוזים רגולטוריים ייעודיים; כצווים מוסכמים, כגון לפי חוק

- 77 ראו, למשל, שרון ידין "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 169 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (להלן: ידין "הרגולציה השקטה").
- 78 ראו, למשל, בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 456, 441 (1994) (משא ומתן שערכו חברות הביטוח עם הממונה על שוק ההון בדבר כניסתן לתחום הביטוח הפנסיוני); בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001) (משא ומתן בין המפקחת על הביטוח לבין חברות הביטוח על הסדר שמאות למבוטחים).
79 ראו, למשל, שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ח 391 (2015) (להלן: ידין "קצר בתקשורת"); ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2012); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000).
- 80 לדוגמאות שקדמו למתווה הגז הטבעי ראו, למשל, בג"ץ 4736/03 אלון חברה 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 ב"פי גלילות" ומשיכת עתירה נגד המנהל, בתמורה להענקת זכויות בנייה); בג"ץ 5941/91 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה והתשתית, פ"ד מו(2) 806 (1992) (שבו נדונה התחייבותו של משרד האנרגיה והתשתית לחברות להספקת גז ביתי שלפיה לא יופעל פיקוח על המחיר המרבי של גז לצרכן לתקופה של ארבעה חודשים); בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 15. לדוגמאות מן התקופה שלאחר מתווה הגז ראו, למשל, בג"ץ 1821/15 דלק קידוחים, שותפות מוגבלת נ' שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (פורסם בנבו, 25.1.2017).
- 81 למשל, בשנת 2005 נערך צו מוסכם בין רשתות המזון הקמעוניות הגדולות בישראל לבין הממונה על ההגבלים העסקיים. בין היתר עסק הצו בצעדים שינקטו הרשות כדי לצמצם הסדרים כובלים עם ספקים כחלופה להטלת סנקציות רגולטוריות כופות. ראו צו מוסכם 5000435 לפי ס' 50 בלחוק ההגבלים העסקיים בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין ספקי המזון: ריבוע כחול ישראל בע"מ, שופרסל בע"מ וקלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (20.12.2005). www.antitrust.gov.il/files/8316/5033.pdf; ה"ע 604/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אסם תעשיות מזון ישראליות בע"מ (פורסם בנבו, 2.8.2006).
- 82 ש.ס.
- 83 ראו, למשל, ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (פורסם בנבו, 27.6.2011); רשות ההגבלים העסקיים "הסדר ליצירת מתחרה חדש בענף המלט" (הודעה לעיתונות, 28.7.2014).
- 84 ראו, למשל, המשרד להגנת הסביבה "מנהלי רשתות השיווק חתמו על האמנה לשימוש בסלים רב פעמיים" (הודעה לעיתונות, 27.8.2014).
- 85 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 הרישיון להפעלת טיסות שכר).
- 86 ראו, למשל, משרד הכלכלה "נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד הכלכלה ואולפני הבירה ירושלים בע"מ, מקבוצת JCS חתמו על הסכם בדבר עידוד שוויון הזדמנויות בעבודה" (הודעה לעיתונות, 25.2.2014).

ההגבלים העסקיים; כהסדרי אכיפה מנהלית, כגון לפי חוק ניירות ערך;⁸⁷ במסגרת של הוראת מנהל, החלטת ממשלה או החלטה מנהלית אחרת; במסגרת של תקנה או חוק;⁸⁸ או במסגרת של רשיונות, היתרים וזכויות. חוזה BOT עשויים אף הם, במצבים מסוימים, להיחשב חוזים רגולטוריים,⁸⁹ כאשר הם כוללים היבטי פיקוח על הפעילות הפרטית.⁹⁰ כלומר, הסכם זיכיון, תקנה, החלטה, הסכם אכיפה, צו מוסכם – כל אלה עשויים להיות חוזים רגולטוריים. הסיווג תלוי בתוכני ההסכם – אם ההסכם מערב היבטי רגולציה, ניתן לסווגו גם כחווה רגולטורית.⁹¹ תפיסה מבוזרת זו של החווה הרגולטורית, שביקשתי לקדם בעבודות קודמות, נקלטה בבג"ץ מתווה הגז.⁹² זוהי תפיסה כוללת, המבקשת לכלול סוגים שונים של הסכמות, בתצורות שונות ובהקשרים מוסדיים שונים, תחת המסגרת של "חווה רגולטורית".⁹³ יש להדגיש כי תפיסה זו אינה היחידה, וכי היא מתחרה במובנים אחרים, שונים במעט, של המושג "חווה רגולטורית", אשר יוזכרו בסקירה להלן. לכן חשוב להבין איזה מושג של חווה רגולטורית קלט בית המשפט בבג"ץ מתווה הגז, ומה משמעותו המשפטית.

- 87 ראו על כך בהרחבה אצל ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77.
- 88 לצורות המשפטיות השונות של החוזים הרגולטוריים ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, פרק 3.
- 89 אחד המודלים הפופולריים של זכויות כיום הוא "בנה – תפעל – העבר" (Build-Operate-Transfer – BOT), שבמסגרתו תאגיד משקיע ממשאביו הפרטיים כדי להקים תשתית ציבורית במקום המדינה (או בסיועה), לתפעל אותה לתקופה מוגבלת (לעיתים של עשרות שנים) ולבסוף למסרה לידי המדינה. ראו ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 6. דוגמאות בולטות לכך בישראל הן ההקמה והתפעול של כביש חוצה ישראל (כביש 6), של מנהרות הכרמל, של הרכבת הקלה בירושלים, של עיר הבה"דים של צה"ל, של מתקני התפלה, של התיב המהיר בכביש 1 ושל צינור הגז הטבעי אל-עריש-אשקלון. חווה ה-BOT משתייך למשפחה של מודלים לשיתופי פעולה כלכליים בין המדינה לבין גורם מסחרי – משקיע – המכונים בספרות public-private partnerships (PPPs). למודל ה-PPP ראו, למשל, Alexander A. Boni-Saenz, *Public-Private Partnerships and Insurance Regulation*, 121 HARV. L. REV. 1367, 1368, 1370 (2008). לדוגמה מקומית ראו, למשל, חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002, שהסדיר את הקמת בית החולים באשדוד באמצעות יזם פרטי בשילוב תמיכה ממשלתית. ראו גם ירון זליכה ועמי לנדאו "מהפכת תשתיות בשיטת ה-PPP" פרסומי החשב הכללי (16.10.2005); זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 302. על היחסים החוזיים מכוח הזיכיון ראו רע"א 2279/16 מדינת ישראל – מנהלת ההתפלה נ' H2ID בע"מ (פורסם בנבו, 1.5.2016).
- 90 ליחס בין מודל של חווה רגולטורית למודל של חווה BOT ראו גם בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. על היבטי פיקוח בחוזה BOT ראו, למשל, בג"ץ הפרטת שירות בתי הסוהר, לעיל ה"ש 56, פס' 5–6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שם מתוארים אמצעים כגון חובות דיווח של הזכייין על אירועים חריגים, יחידת פיקוח של השב"ס על הנעשה בכלא ופיקוח של המדינה על בעלי תפקידים בבית הסוהר.
- 91 לסיווג יש משמעות מבחינת הדינים המיוחדים שיחולו על החווה, כפי שיוסבר להלן בתת-פרק 2(ב) ובתת-פרק 2ג.
- 92 ראו על כך להלן תת-פרק ב1(ד).
- 93 כך, למשל, ציינה השופטת חיות בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק דינה, כי לא רק מתווה הגז עצמו הוא חווה רגולטורית (שעוגן בהחלטת ממשלה), אלא גם הסכמות שנערכו בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין תאגידי הגז כטיטת צו מוסכם מהות חווה רגולטורית.

(ג) התפתחותו של החוזה הרגולטורי

החוזה הרגולטורי אינו רעיון חדש. הדים לתפיסה שרגולציה מושתתת על יחסים חוזיים הופיעו עוד בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי במאה התשע-עשרה.⁹⁴ זכיונות שהעניקו בתקופה זו המדינה ורשויותיה לגורמים פרטיים להניח תשתיות לרווחת התושבים, כגון צינורות גז וגשרים, הוכרו כהתחייבויות חוזיות שעל המדינה לכבד.⁹⁵ למעשה, מאז ועד היום מקובלת מאוד רגולציה באמצעות הסכמי זיכיון כתחליף לרגולציה כופה של פיקוח מחירים, לכללי תחרות ולבעלות ממשלתית על שירותים המהווים מונופולים טבעיים.⁹⁶ במסגרת זו הרגולציה מתנהלת באמצעות תנאי הזיכיון, שנקבעים בחוק ובחקיקת משנה, ובעיקר בהסכם הזיכיון שהצדדים כורתים בסופם של הליך התמחרות מכרזי ומשא ומתן פרטני.⁹⁷ למעשה, חוזי זיכיון רבים הם חוזי יחס, המתנהלים לאורך זמן ומשתנים במרוצת השנים.⁹⁸

הביטוי הקונקרטי "חוזה רגולטורי" קיבל במרוצת השנים, החל בשנות התשעים של המאה הקודמת בערך, משמעויות שונות בקרב קהלים שונים. הוא התפתח בארצות הברית ובאירופה – באקדמיה, בפרקטיקה, בדברי חקיקה ובכתי המשפט – במסגרת תחומים כגון רגולציה פיננסית, רגולציה של תשתיות ורגולציה סביבתית. המודל הישראלי שפותח בספרות ונקלט בפסיקה נשען במידה רבה על התפיסות השונות של חוזה רגולטורי בעולם, מחד גיסא, ומותאם לשיטת המשפט הישראלית ולמציאות המנהלית המקומית, מאידך גיסא.⁹⁹

בספרם של סידק וספולבר DEREGULATORY TAKINGS AND THE REGULATORY CONTRACT¹⁰⁰ החוזה הרגולטורי מתואר כמעין "עסקה סטטוטורית" שנערכת בין בעלי זכיונות תשתית לבין המדינה, ואשר באה לידי ביטוי במכלול החיקוקים והרגולציות החלים זה כבר על מערכת היחסים בין הצדדים.¹⁰¹ באופן קונקרטי טענו המחברים כי חברות החשמל והטלפוניה,

94 ראו, למשל, Jim Rossi, *Book Review: The Irony of Deregulatory Takings*, 77 TEX. L. REV. 297, 300 (1998).

95 שם.

96 אם כי ההצדקות למתן זכיונות למונופולים טבעיים הולכות ופוחתות בעידן המודרני. לנושא זה באופן כללי ראו Paul L. Joskow, *Regulation of Natural Monopoly*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 1227 (2007).

97 על מתכונת ההתקשרות באמצעות הסכמי זיכיון ראו ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 509, 511–513.

98 ראו על כך אצל Prosser, לעיל ה"ש 75, בעמ' 42.

99 כך, למשל, המודל הישראלי כולל היבטים "מקומיים" כגון הסדרי אכיפה לפי חוק ניירות ערך וצווים מוסכמים (ראו על כך אצל ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 203–204); הרקע ליצירתו נעוץ בתרבות הישראלית המקומית (ראו על כך אצל ידין "קצור בתקשורת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 417–418); והוא מתכתב עם דוקטרינות מקומיות של המשפט המנהלי הישראלי, דוגמת ההבטחה המנהלית והחוזה המנהלי.

100 ראו J. GREGORY SIDAK & DANIEL F. SPULBER, DEREGULATORY TAKINGS AND THE REGULATORY CONTRACT: THE COMPETITIVE TRANSFORMATION OF NETWORK INDUSTRIES IN THE UNITED STATES (1997).

101 שם, בעמ' 109–110. לתפיסה דומה וליישומה על רגולציה של חברות אנרגיה בארצות הברית ראו גם Emily Hammond & David B. Spence, *The Regulatory Contract in the Marketplace*, 69 VAND. L. REV. 141 (2016).

שהחזיקו בזכויות למונופולים טבעיים בארצות הברית, מהוות צד לחווה רגולטורית משתמע שלפיו בעבור השקעתן בהקמת התשתית הראשונית והתחייבותן לספק את השירות באופן שוויוני ובתעריפים הוגנים ללקוחות, הן הבינו כי יזכו בהגנת המדינה מפני תחרות חיצונית ובתזרים הכנסות מובטח לאורך זמן.¹⁰² על פי דוקטרינת "החווה הרגולטורית המשתמע" של סידק וספולבר, החלטת המדינה לבצע דה-רגולציה באמצעות חקיקה, ולעבור ממודל של זכויות למודל של תחרות בתשתיות, מהווה הפרה של אותה הבנה רגולטורית, והמחברים מזהירים כי היא עלולה להקים עלילה לפיצויים חוזיים.¹⁰³ מודל "העסקה הסטטוטורית" מדבר אפוא על חווה רגולטורית משתמע, הנטוע במערכת חקיקה מבוזרת ובסיטואציה של זיכיון ארוך טווח בתשתית.¹⁰⁴

מודל אחר של חווה רגולטורית עוסק בהסכמות מפורשות, הנעשות ביוזמת המדינה ובעידודה, אל מול מפעלים או גורמים פרטיים מפוקחים אחרים בתחום הרגולציה הסביבתית. עם זאת, הסכמות אלה מנוסחות לעיתים קרובות כזכרון דברים, והצדדים מציינים בו מפורשות כי ההסכם אינו מחייב את הצדדים עד אשר יעוגן ברישיון. חלק מן ההסכמות כפופות להליך של שיתוף ציבור ובעלי עניין. אחת הדוגמאות הבולטות בהקשר זה היא פרויקט XL (eXcellence in Leadership), שהופעל על ידי הסוכנות האמריקאית להגנת הסביבה (EPA).¹⁰⁵ במסגרת הפרויקט נקראו מפעלים להציע תוכניות פרטניות למניעת זיהום בסטנדרטים גבוהים מאלה המתחייבים בדין, בתמורה להקלות עתידיות במישור האכיפה או לויתור על קנסות מנהליים שנצברו למפעלים בגין הפרות עבר. הפרויקט זכה בהצלחה רבה, והניב יותר מחמישים תוכניות המשך של הסוכנות.¹⁰⁶

102 SIDAK & SPULBER, לעיל ה"ש 100.

103 לביקורת על גישתם של סידק וספולבר ראו Rossi, לעיל ה"ש 94. תעשיית הגז הטבעי בישראל העלתה טענה דומה בדבר "עסקה סטטוטורית" שנכרתה בינה לבין המדינה, אשר התבטאה במערכת הרגולציה וחקיקת המס ששררו ערב חקיקתו של "חוק ששינסקי". ראו לעיל פרק א, בטקסט שליד ה"ש 24–25. אך טענה זו נדחתה בבג"ץ בשנת 2012. ראו בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 15. בית המשפט ציין כי מאחר שאין בחוק מיסוי רווחי נפט (כשמו באותה עת) כל הוראה הנוגעת ביציבות הדין, ומאחר שלא הוכחה מן הבחינה העובדתית כל עסקה סטטוטורית בין הצדדים, יש לדחות את טענת ההסתמכות של העותרות על מצב משפטי קיים. שם, פס' 22, 24 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

104 לפרשה דומה ראו, למשל, בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999). בעניין זה טענה אגד כי הממשלה התחייבה כלפיה לא לפגוע במערך הפעילות של אגד ולשמור על מעמדה כמונופולין למשך תקופה של עשור. הטענה נדחתה הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית, בהתבסס על הכלל שלפיו אין בסמכותה של הממשלה לוותר בהסכם על סמכויותיה השלטוניות.

105 מידע על פרויקט XL מצוי באתר הסוכנות האמריקאית להגנת הסביבה – <https://archive.epa.gov/projectxl/web/html/index.html>. הסכמים אלה נערכו בין הסוכנות הרגולטורית לבין מפעל ספציפי, ועוגנו בצו, ברישיון או בהסדר שיפוטי.

106 לפירוט על תוכניות ההמשך של פרויקט XL ראו באתר ה-EPA – <https://archive.epa.gov/projectxl/web/html/facil.html>. לביקורת על מידת היעילות הרגולטורית הגלומה בתוכניות סביבה וולונטריות ראו Cary Coglianese & Jennifer Nash, *Performance Track's Postmortem: Lessons from the Rise and Fall of EPA's 'Flagship' Voluntary Program*, 38 HARV. ENVTL. L. REV. 1 (2014).

תוכנית וולונטרית סביבתית בולטת נוספת הוצעה על ידי הסוכנות האמריקאית המפקחת על בעלי חיים ושימור מינים. התוכנית, המכונה HCP (Habitat Conservation Plans), אפשרה לבעלי קרקעות פרטיים להתקשר עם הסוכנות בהסכם שבמסגרתו הם יקבלו רישיון לפתח חלק מן הקרקע לבינוי, בתמורה לתוכנית מאוזנת שהם יציעו לשימור מינים על ידיהם בשטח הנותר ללא פיתוח.¹⁰⁷ הסכמות אלה מבטאות מדיניות המכונה "no surprises", משום שבמסגרתן הרשויות מתחייבות להימנע מפעולות אכיפה או חקיקה רגולטוריות שיסתרו את ההסכמות הפרטניות בין הצדדים.¹⁰⁸

מחקר שנעשה במסגרת הספר "חוזים סביבתיים" (ENVIRONMENTAL CONTRACTS), בעריכתם של אורטס ודקטלר,¹⁰⁹ הציג את החוזים הרגולטוריים ככלי מדיניות חדש ונפוץ לפתרון בעיות של רגולציה סביבתית בעולם. הספר זיהה באירופה – בגרמניה, בצרפת, בהולנד ובבלגיה – מגמה דומה של שימוש בחוזים רגולטוריים ליצירת הסכמות סביבתיות בין התעשייה לממשלות, הנערכות כהסכמות וולונטריות, בשיתוף עם בעלי עניין, בתצורות שונות, כגון באמצעות צו מוסכם.¹¹⁰ הסכמים מסוג זה אף נדונו במסמך של נציבות האיחוד האירופי משנת 1996 בנושא הסכמים סביבתיים של המדינות.¹¹¹ נוסף על כך, האיחוד האירופי עורך בעצמו הסכמים סביבתיים באמצעות משא ומתן עם איגודים אירופיים תעשייתיים.¹¹²

(ד) החוזה הרגולטורי בבג"ץ מתווה הגז

מבין מודלים אלה, ובמידה רבה על בסיסם, אימץ בית המשפט בבג"ץ מתווה הגז את מודל החוזה הרגולטורי שביקשתי לקדם בכתיבה קודמת. חוזה רגולטורי נושא אפוא את הסממנים הבאים,¹¹³ שישמשו בזיהוי מעתה ואילך: תוצר של משא ומתן ותיאום; בין רשות מנהלית ככובעה כרגולטור לבין גוף פרטי הנתון לפיקוח;¹¹⁴ הכולל התחייבויות של המפוקח הניתנות בתמורה להתחייבויות של המפקח; ונוגע בהפעלת הכוח הרגולטורי של המפקח.¹¹⁵

107 לתיאור התוכנית ראו David A. Dana, *Reforming Section 10 and the Habitat Conservation Plan Program* (Nw U. Sch. Law, Law & Econ. Ser., Research Paper No. 09-44, 2009), [available at ssrn.com/abstract=1519515](https://www.fws.gov/available-at-ssrn.com/abstract=1519515). כן ראו באתר של התוכנית – <https://www.fws.gov/available-at-ssrn.com/abstract=1519515>.endangered/what-we-do/hcp-overview.html

108 באופן שמזכיר את תניית היציבות שהופיעה במתווה הגז הטבעי. לחוזים רגולטוריים מסוג זה ראו, למשל, ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, חלק 2.5.4 ("קיפאון רגולטורי"), בעמ' 73–75.

109 ראו ENVIRONMENTAL CONTRACTS: COMPARATIVE APPROACHES TO REGULATORY INNOVATION IN THE UNITED STATES AND EUROPE (Eric W. Orts & Kurt Deketelaere eds., 2001).

110 ראו שם, בעמ' 6–8.

111 שם, בעמ' 9.

112 שם.

113 לחשיבות של הגדרת תת-ענפים בדיני חוזים, דוגמת החוזים המנהליים, ראו זמיר "דיני חוזים מנהליים", לעיל ה"ש 48, בעמ' 341–342.

114 לדיון בשאלה מיהו "מפוקח" במסגרת יחסים רגולטוריים ראו, למשל, ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45. לדיון נרחב יותר על זהות הצדדים לחוזה רגולטורי ראו שם, בעמ' 43–45.

115 ראו בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת חיות.

השופטת חיות הסבירה בהרחבה בפסק דינה כיצד מאפייני החווה הרגולטורי באים לידי ביטוי במתווה הגז הטבעי: היא עמדה על כך שהמתווה גובש במסגרת משא ומתן בין צוות קנדל לבין תאגידי הגז, ועוד לפני כן במשא ומתן שהוביל הממונה על ההגבלים העסקיים;¹¹⁶ שהצדדים גיבשו טיוטות והגיעו על בסיסן להסכמות;¹¹⁷ ושההסכמות נוגעות בהוראות רגולציה ובהתחייבויות שלובות של תאגידי הגז בקשר לכך, כגון התחייבויות ללוחות זמנים, להיקפי השקעות, לפיתוח ולהסדרים מבניים.¹¹⁸

את השקפתה על המתווה כביטוי לרגולציה הסכמית ביססה השופטת לא רק על תוכן המתווה, אלא גם על מסמכים תומכים. כך, למשל, במכתבו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה אל יושב ראש ועדת הכלכלה בכנסת צוין כי ההסדר עם תאגידי הגז מבוסס על הסכמה ולכן לא היה אפשר להשיג את כל התנאים המבוקשים.¹¹⁹ אף בטיעוני המדינה בבג"ץ מתווה הגז צוין כי "עבודת המטה כללה גם את שמיעת עמדות החברות והתדיינות מולן", וגם מכך הסיק בית המשפט כי מדובר ברגולציה הסכמית.¹²⁰

עוד עמדה השופטת על חשיבותם של מאפייני החווה הרגולטורי, וציינה כי יש לבחון באורח מהותי את התבנית המשפטית הרלוונטית לדיון, לפי סממני החווה הרגולטורי, ולא ללכת שולל אחר התבנית הפורמלית שבחרו הצדדים. בכך נרשמת התקדמות רבה בהשוואה לפסיקה קודמת בנושא, אשר לא השכילה לזהות בצורה טובה כל כך את החווה הרגולטורי.¹²¹ בהתאם כך קבעה השופטת חיות – ולדעה זו הצטרפו המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט סולברג – כי הגם ש"מתווה הגז" עוגן בהחלטת ממשלה הנרמית כרגולציה חד-צדדית, אין זו החלטה מנהלית מובהקת.¹²² מאחר שמדובר הלכה למעשה באוסף של התחייבויות רגולטוריות הדדיות, הכולל הוראות רבות המנוסחות כתנאים בהסכם שהוא תולדה של מפגש

116 ש.ם.

117 ש.ם.

118 ש.ם. ראו גם ס' 2 בנספח ב למתווה הגז הטבעי, המבטא התחייבויות הדדיות ("רשות המסים מודיעה כי ביישום השוואת המחיר הממוצע המקומי למחיר היצוא לפי חוק מיסוי רווחי נפט יחולו העקרונות הבאים. עקרונות אלו מקובלים על בעלי הזכויות בחזקות 'תמר' ו'לווייתן' והם התחייבו לפעול בהתאם לעקרונות אלו").

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

120 ש.ם.

121 כך, למשל, היו פני הדברים בבג"ץ 3871/91 שמן (תעשיות) בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מו(4) 272 (1992), שבמסגרתו טענו יצרני השמן בישראל כי בינם לבין הממשלה נחתם מסמך בעקבות משא ומתן שהם קיימו עם משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ועם משרד האוצר בדבר מדיניות הייבוא ושיעור ההיטלים שיוטלו לגבי מוצרי שמן. הנשיא ברק פסק בעניין זה כי המסמך אינו מהווה חווה בין הצדדים, אלא מדיניות שלטונית גרידא, וכי המגעים שהתנהלו בין הצדדים בעניין זה נועדו אך להקל את יישומה של התוכנית.

122 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת חיות. כן ראו שם, פס' כו-קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ("אין עסקינן בקבלת החלטה מינהלית 'נקייה', אלא בהחלטה שהיא תוצר של משא ומתן עם חברות הגז"; "החלטת הממשלה בענייננו עוצבה במידה רבה בדומה לחווה של ממש, לאחר משא ומתן בין המדינה לחברות הגז").

רצונות בין הרגולטורים לתאגידי הגז, מדובר ב"חווה רגולטורית".¹²³ אלה אם יסודותיו של החוזה הרגולטורי הישראלי. בחלק הבא ייבחנו גבולות המודל מן הבחינה המשפטית, כפי שעוצבו בבג"ץ מתווה הגז.

2. עיצוב החוזה הרגולטורי: גבולות הכבילה

בהמשך לדיון הכללי במודל החוזה הרגולטורי, ייבחנו בחלק זה היבטים הקשורים לאופן המעשי שבו מותר למדינה להתחייב במסגרתו, וכן לגבולותיה הרצויים של הכבילה המנהלית בעידן המדינה הרגולטורית. דיון זה מבוסס באופן ישיר על דעות השופטים השונות בבג"ץ מתווה הגז, ונובע מהן.

החוזים הרגולטוריים כוללים באופן טיפוסי מגוון של תמורות המוחלפות באופן הדדי בין המדינה לבין הגורם המפוקח. כך, במתווה הגז הטבעי נטלה על עצמה המדינה התחייבויות הקשורות, בין היתר, להטלת מגבלות מרוככות על זכותם של התאגידים להחזיק במאגרי הגז כגורם ריכוזי, על יכולתם לייצא למדינות זרות ועל המחיר שבו יהיה מותר להם לשווק את הגז ללקוחות פוטנציאליים. בתמורה לכך התחייבו התאגידים, בין היתר, ללוח זמנים מואץ לפיתוח, לפשרות בנוגע להחזקות, וכן להיקף השקעות בהון ובכוח אדם מקומי. בית המשפט קיבל בבג"ץ מתווה הגז את סוג ההתחייבויות הללו כעניין שמותר לרשות המנהלית להתחייב בו, כלומר, כמצויות בגדר סמכותה – הן כאשר כל אחת מהן עומדת בנפרד והן בעומדן יחדיו כחלק מעסקת חבילה רגולטורית.¹²⁴ עניין זה חשוב כמובן כשלעצמו, ומחזק את מודל החוזה הרגולטורי, אך מבין שלל ההתחייבויות זכו דווקא התניות החוזיות ה"פריפריאליות" בליבון משפטי מעמיק בפסק הדין. הכוונה היא לאותן תניות שאינן בליבו של החוזה, אלא נועדו להבטחת יישומו, כגון תניות פיצויים ותניות יציבות.¹²⁵

(א) תניות יציבות רגולטוריות ואיסור כבילת שיקול הדעת

תניות יציבות הן תניות המגבילות את שיקול הדעת שיהיה לרגולטור, במשך תקופה מוגדרת מראש, לערוך שינויים רגולטוריים במישור השלטוני. תניות אלה עשויות להיות חלק מחוזה

123 שם, פס' 4, 8 לפסק דינה של השופטת חיות. השופטת מסייגת מעט את קביעתה זו בהמשך, ומציינת כי החוזה אינו חוזה רגולטורי במלוא מובן המילה, אולי משום שהוא נערך על ידי הממשלה כהחלטת ממשלה, ולא על ידי רגולטור קלאסי ובאמצעות חוזה רגולטורי קלאסי. להגדרת "רגולטור" ראו, למשל, ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 69; ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14, 21–28, 43–44.

124 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. 125 בהקשר של חוזים רגולטוריים מוכרות גם תניות פריפריאליות נוספות, דוגמת תניות סילוק הדידות, שבמסגרתן הצדדים לחוזה מוותרים על טענות עתידיות הנובעות מן הנושאים המוסדרים בהסכם. ראו על כך אצל ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 185–186, 202. סוג אחר של תניות פריפריאליות הוא תניות אי-אכיפות. במסגרת זו הצדדים מציינים מפורשות כי אין מדובר בחוזה מחייב (מעין זכרון דברים), ומה שיחייב את הצדדים יהיה הוראת המנהל בעצמה, כגון הרישיון, הצו או ההיתר שיוצאו בעתיד. ראו על כך לעיל בטקסט שלפני ה"ש 105.

רגולטורי.¹²⁶ כך נקבעה במתווה הגז (בנוסחה המקורי, אשר נתקף ונפסל בבג"ץ) הוראת היציבות הבאה באשר לייצוא, למגבלות שיוטלו על ההחזקות ולמיסוי:

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. במקרה זה, עצם אישור החוק שהחל בהצעת חוק פרטית על ידי הרשות המחוקקת, בניגוד לעמדת הממשלה, לא יהווה פעולה בניגוד לסעיף זה.¹²⁷

כלומר, במסגרת החווה הרגולטורי התחייבה הממשלה לקיים את הוראות המתווה (ואת הוראות הדין שמחוץ לו) ולמנוע את הפרתו. זוהי התחייבות לאכיפת ההסכם, להבדיל מחבות לפיצויים שעשויה לצמוח בעקבות הפרת ההסכם. כזכור, דעתם של רוב השופטים בבג"ץ מתווה הגז הייתה כי התחייבות המדינה לקיים את המתווה היא כבילה אסורה של שיקול הדעת המנהלי, כך שפסקת היציבות ניתנה בחוסר סמכות מנהלית ולכן בטלה (בבטלות יחסית מושהית לשנה).¹²⁸ זוהי העילה המשפטית שבגינה נפסל המתווה הלכה למעשה, עד אשר תוקן על ידי הממשלה¹²⁹ ולא נתקף עוד בערכאות משפטיות. נוסחו החדש והמתוקן של סעיף היציבות כבר היה מרוכך יותר, ואימץ את המלצתם של כמה מן השופטים בבג"ץ מתווה הגז להחליף את תניית היציבות בתניית פיצויים:¹³⁰

126 תניות יציבות עשויות להופיע גם במסגרת הסכמים בין-לאומיים. ראו, למשל, את מכתב ההתחייבות של ממשלת ישראל לממשלת ירדן שלפיו ישראל לא תפגע בייצוא גז טבעי לירדן ממאגר "לווייתן" במשך חמש-עשרה שנים – מצוטט אצל אבי בר-אלי "ההתחייבות נחשפת: יצוא הגז לירדן יועדף על צרכי המשק הישראלי" *TheMarker* (15.2.2017) www.themarker.com/dynamo/1.3856637.

127 ס' 5א למתווה הגז.

128 ראו לעיל ה"ש 47 והטקסט שלידה. לפסקות יציבות המעוגנות בחוק ראו, לדוגמה, את ההסדר המכונה "פסקת היציבות בהייטק", שלפיו חברות-ענק שישקיעו באזורי עדיפות ויעסיקו אוכלוסיות מועדפות יחויבו בשיעורי מס מופחתים, תוך הבטחה ליציבות רגולטורית בעניין זה לעשר שנים. פסקת היציבות קבועה בס' 51 לא לחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט–1959 ("מפעל טכנולוגי מועדף מיוחד שהתקיימו לגביו כל אלה, יהיה זכאי להטבות מס כאמור בסימן זה לתקופה שלא תפחת מעשר שנים החל מהשנה שבה ניתן אישור המנהלים"). כן ראו שם, ס' 72א, שכותרתו "יציבות ההטבות": "מי שניתן לו אישור או מי שבחר בהטבות מס בשל מפעל מוטב כאמור בסימן ב' לפרק שביעי, יהיה זכאי להטבות שהיו קבועות בחוק זה כתקפו ביום מתן האישור או בשנת הבחירה, לפי הענין, בהתאם לתנאים ולמגבלות שהיו קבועים כאמור".

129 החלטה 1465 של הממשלה ה-34 "תיקון המתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לווייתן', 'כריש' ו'תנין'" (22.5.2016).

130 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות ("נראה לי כי אילו היה המתווה כולו מוצא את ביטויו בחווה רגולטורי הכולל תחת הוראות הכבילה הוראה בדבר פיצוי מוסכם ידוע וקצוב, היה בו אולי כדי לצלוח את הביקורת השיפוטית"). המלצה זו נזכרה גם בפסק דינו של השופט פוגלמן כאפשרות לגיטימית, אם כי הוא לא הביע דעה נחרצת על כך. ראו שם, פס' 7 לפסק דינו. המשנה לנשיאה רובינשטיין הסביר בפסק הדין כי תניות יציבות ("תניות הקפאה") הן נחלתן של מדינות העולם השלישי, בעוד במדינות המערב מקובל המודל של תניות

אם יהיו שינויים בחקיקה שהם מהותיים בעיני המשקיע הסביר, בשיעור חלקן המירבי של הציבור ברווחים של בעלי הזכויות בחזקות (שיעור ה־ government take), הממשלה תבחן בחיוב גיבוש פתרונות לקיום הכדאיות הכלכלית המקובלת בפרויקטים דומים בענף בעולם להשקעות שבוצעו לשם פיתוח החזקה...¹³¹

משמע, החוזה הרגולטורי שאומץ בפסיקת בג"ץ בעניין מתווה הגז הטבעי מאפשר כבילה מסוימת של שיקול הדעת הרגולטורי (שהרי כל חוזה מנהלי כולל כבילה מסוימת שקשורה להפעלת הכוח השלטוני)¹³² באמצעות מה שנכנה כאן "התחייבות המקור", אך לא באמצעות מה שיכונה להלן "התחייבות משנה". התחייבות המקור היא התניה העיקרית המצויה בחוזה הרגולטורי, המשקפת את התחייבותה של המדינה לחברה המפוקחת. התחייבות המקור יכולה לעסוק בנטל מס, במכסת ייצוא, בקביעות בדבר הגבלים עסקיים, בשמירה על סודיות, בדרישות מופחתות בנוגע לאיכות או לכמות, בהגנות ינוקא, בהארכות זיכיון, בויתור על חובות כספיים או על סנקציות מנהליות ועוד.¹³³ לעומת התחייבות המקור, שהיא לגטימית באופן עקרוני על פי בג"ץ מתווה הגז,¹³⁴ התחייבות משנה שמבטיחה אכיפה של החוזה הרגולטורי ומונעת את סיכולו המהותי עלולה להיחשב כבילה אסורה של שיקול הדעת המנהלי ולהכתים את החוזה הרגולטורי באי־חוקיות. עם זאת, על פי הנפסק בבג"ץ מתווה הגז, מותר בהחלט למדינה להתחייב בפיצויים לגורם הפרטי במקרה של הפרת החוזה הרגולטורי מצד המדינה, ואף לכלול תניית פיצויים מפורשת בתוך כך.¹³⁵ כך, למשל, אם התחייבה המדינה להעניק פטור ממס או להעניק רישיון לחברה פרטית, תישמר בידי המדינה הזכות לבטל את הפטור או לשלול את הרישיון בעתיד, במידת הצורך, ואסור לה להתחייב באופן גורף לא לעשות שימוש בזכותה זו. תחת זאת מותר למדינה להתחייב לפצות את הגורם הפרטי במצב כזה, ככל שיתממש.

בהקשר זה אחת השאלות שהתעוררו בבג"ץ מתווה הגז הייתה אם תניית יציבות המנוסחת כחלק מרגולציה הנחזית חד־צדדית (כהבטחה מנהלית) מותרת, שהרי לכאורה היא אינה כובלת

פיצויים, המכונות "תניות איזון כלכלי". ראו שם, פס' צח–קג ו־קיז לפסק דינו. השופט סולברג פסק כי "יתכן שמוטב היה למדינה לשמר את היציבות הרגולטורית באופן מפורש באמצעות תניית איזון כלכלי, כפי שהדבר נעשה בהסכמים מנהליים אחרים; יתכן גם שלא". שם, פס' 24 לחוות דעתו.

131 ס' 5א למתווה הגז. בהקשר של הנוסח "תבחן בחיוב" מעניין שתניה דומה, שדיברה על "מרב המאמצים" (תניית best efforts), נכללה בהסכם שערכה המדינה עם החברה לישראל, והיא שאפשרה לאחים יולי וסמי עופר להשיג המשך שליטה בבתי הזיקוק לנפט (the High Commissioner undertakes to consider sympathetically an extension or renewal of the concession on terms to be agreed...). ראו על כך בבג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 10.5.2006) (להלן: בג"ץ בז"ן).

132 ראו על כך, למשל, פס' 39 לפסק דינו של השופט סולברג בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1.

133 לדיון מקיף בהתחייבויות אפשריות של המדינה במסגרת חוזים רגולטוריים ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, פרק 2.

134 ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 124.

135 ראו לעיל ה"ש 130.

את המדינה משום שהיא פתוחה לטענות לפי הלכת ההשתחררות.¹³⁶ נזכיר, כרקע לדברים, במה עסקה דוקטרינת ההבטחה המנהלית ומהי הלכת ההשתחררות במשפט המנהלי הישראלי.

(ב) בין הבטחה מנהלית לחווה רגולטורי

דוקטרינת ההבטחה המנהלית נועדה לתת מענה משפטי לפרט או לתאגיד אשר קיבל מגורם מוסמך ברשות מנהלית התחייבות חד-צדדית בעלת משמעות כלפיו. דוקטרינה זו ביקשה להתייחס למצב השכיח שבו אין באפשרותו של אדם להביא לידי חתימת הרשות המנהלית על התחייבות בכתב, הנושאת מאפיינים חוזיים מובהקים, ואף לנהל איתה משא ומתן על מצבו, מפאת פערי הכוחות המוכנים בין הצדדים. הדוקטרינה מאפשרת לגורם הפרטי לאכוף את ההתחייבות המנהלית שקיבל, אף שהיא אינה תואמת בהכרח את המאפיינים הקלאסיים של חווה (כגון הצעה וקיבול).

דוקטרינת ההבטחה המנהלית שואפת לאזן בין האינטרס של הנבטח, מקבל ההבטחה, לבין האינטרס הציבורי, המיוצג על ידי הרשות המנהלית, במצבים שבהם השניים אינם עולים בהכרח בקנה אחד. כך, כאשר ההבטחה המנהלית נקבעת כתקפה, מוקנה לנבטח סעד האכיפה, והוא יוכל לכופף את הרשות המנהלית לקיים את הבטחתה. לעומת זאת, כאשר הרשות המנהלית מסוגלת להצביע על "צידוק חוקי לאי-קיום ההבטחה", כגון שינוי משמעותי שחל בנסיבות או פגיעה באינטרס ציבורי חשוב, היא תוכל "להשתחרר" מהבטחתה.¹³⁷ במצב כזה – כאשר חלה "הלכת ההשתחררות", המקנה לרשות צידוק לסגת מקיום הבטחתה – יזכה הנבטח בפיצויים בגין הסתמכותו על ההבטחה.¹³⁸ בדרך זו הייתה דוקטרינת ההבטחה המנהלית אמורה להפגיש ולפשר בין דיני החוזים במשפט הפרטי לבין המשפט המנהלי במשפט הציבורי ובין האינטרסים העומדים בבסיסם.

עם זאת, דוקטרינת ההבטחה המנהלית לא נחלה הצלחה רבה בפרקטיקה, והעדיפה באופן מובהק את רצונה של הרשות להשתחרר מהבטחותיה על האינטרסים של הנבטחים בקיומן. הספרות המשפטית מתארת כיצד שחק בית המשפט העליון את הדוקטרינה בעקביות, בשורה של פסקי דין שבהם לא הכיר בעילה של הבטחה מנהלית מסיבות ומנימוקים שונים.¹³⁹ למעשה, פעמים ספורות בלבד מאז נוסדה הדוקטרינה התקבלו התחייבויות חד-צדדיות כהבטחות המחייבות את השלטון. כפי שציינה השופטת חיות באחד הכנסים של העמותה למשפט ציבורי: "אפשר לספור על כף יד אחת את מספר המקרים שטענת הבטחה מנהלית

136 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קז-קט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 16-19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

137 לתיאור הפסיקה בנושא זה ראו ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 330-334.

138 פיצויים כאלה טרם ניתנו הלכה למעשה בפסיקה, ועל כן המצב המשפטי בנוגע לטיבם המדויק של הפיצויים האפשריים לנבטח במקרה של השתחררות מהבטחה מנהלית אינו ברור. ראו, למשל, שם, בעמ' 337-338; בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, נז(4) 803, 815-816 (2003).

139 ראו קארין יפת "הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה – אך מדוע נגזרה עליה מיתה?" קרית המשפט ג 591, 602-604, 609 (2003); ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 315, 325, 328-329; מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 286-296 (2004).

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 מינהלית, אך קבלתה צומצמה מאוד. זה מוסד שלא פותח ולא הוכר באופן חוזר ואמיתי במשפט הישראלי.¹⁴⁰ כיום המצב המשפטי הוא שסיווג התחייבות של רשות כהבטחה מנהלית עשוי להקים לנבטח סעד בדין במצבים נדירים בלבד.¹⁴¹

פסק הדין בעניין מתווה הגז מעלה כי במסגרת גיבוש מתווה הגז התלבטו המדינה ותאגידי הגז בין ניסוחו כחוזה מפורש לבין ניסוחו כהחלטת ממשלה (המגלמת לכאורה הבטחה מנהלית חד-צדדית),¹⁴² ולבסוף בחרו כידוע במתכונת של החלטת ממשלה. על כך אמר בית המשפט כי מדובר בבחירה לא מוצלחת – הן מפני שהיא אינה קולעת למהותם האמיתית של היחסים בין הצדדים ושל ההסכמות שגובשו ביניהם, הן מפני שהיא מסוכנת מפאת הערפול המשפטי שהיא יוצרת מבחינת פרשנות החוזה ופיצויים אפשריים, אך גם משום שאין בכך כדי להקל ממידת הכבילה האסורה של המדינה במסגרת תניית היציבות.¹⁴³

קביעה אחרונה זו חשובה משום שהיא עומדת בניגוד לסברת המדינה כי ניסוח המתווה באמצעות מודלים מסורתיים של המשפט המנהלי, ולא באמצעות מערכות חוזיות, יאפשר לה להשתחרר ביתר קלות מההבטחות ויפחית את הסיכון מבחינתה.¹⁴⁴ כלומר, בעוד לשיטת המדינה כבילה שנעשית בשטחו של המשפט המנהלי הינה חמורה פחות מכבילה שנעשית בשטחם של דיני החוזים, קבע בית המשפט, בדעת רוב,¹⁴⁵ כי כבילת שיקול הדעת בהתחייבות משנית – שעניינה התחייבות גורפת ונרחבת לאכיפה, להבדיל מסעד של פיצויים – אסורה במסגרת חוזה רגולטורי (או רגולציה הסכמית) בה במידה שהיא אסורה במסגרת מעשה מנהלי חד-צדדי, ולא ניתן להימלט מתוצאה זו באמצעות הסוואת החוזה כהחלטה חד-צדדית.¹⁴⁶ לפסיקה זו יש השלכות חשובות לגבי צדדים המעוניינים להגיע להסכמות רגולטוריות, משום שנקבע כי הם לא יוכלו להסתתר מאחורי רגולציה הנחזית ככופה וחד-צדדית כדי להחביא תניות מרחיקות לכת, דוגמת יציבות לטווח ארוך. במילים אחרות, על פי פסיקת בג"ץ, לא ניתן

140 השופטת אסתר חיות בכנס העמותה למשפט ציבורי 2010, כמצוטט אצל הילה רוז "שופטת העליון אסתר חיות: הבטחה שלטונית אינה מבטיחה ניצחון בביהמ"ש" *TheMarker* (28.11.2010) www.themarker.com/law/1.592274.

141 ראו, למשל, זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 57, ה"ש 200; בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות; זמיר "דיני חוזים מנהליים", לעיל ה"ש 48, חלק א3(ג).

142 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות.

143 ראו שם, פס' 7–8 לפסק דינה של השופטת חיות. על הכבילה האסורה שטמונה בהבטחה המנהלית להימנע מחקיקה עתידית ולסכל חקיקה כזו ראו גם שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן. במילותיו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, "אין בסמכותה של הממשלה להחליט שלא להחליט". שם, פס' קיט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. השופט מצטט את אמירתו של ראש הממשלה לוי אשכול – "הבטחתי אבל לא הבטחתי לקיים". שם, פס' קכא לפסק דינו.

144 ראו על כך, למשל, שם, פס' קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

145 אך ראו את דעתו החולקת של השופט סולברג שם, בפס' 13–39 לפסק דינו.

146 בהערת אגב יוער כי התחייבות משנית במסגרת של חוזה רגולטורי להימנע מחקיקה אשר מביאה הלכה למעשה לידי הפרת החוזה ואף לסכל חקיקה כזו נדונה על ידי בית המשפט ככבילה אסורה ומרחיקת לכת במיוחד, משום שהיא מתערבת לכאורה בשיקול דעתה של הכנסת ליזום חוקים. ראו שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת חיות. אך ראו את דעתו החולקת של השופט סולברג.

להלביש חוזה רגולטורי בלבוש של הבטחה מנהלית כדי להשיג יתרונות משפטיים מסוימים במישור הסמכות.

בית המשפט לא דן בהרחבה בדיני ההשתחררות מחוזים רגולטוריים, אלא נצמד לניתוח המתווה כהבטחה מנהלית שניתנה בחוסר סמכות. אני סבורה, בהמשך לקווים ששרטטה השופטת חיות בפסיקתה זו, כי יש לזנוח את השימוש בתבנית הניתוח של הבטחה מנהלית במצבים העונים על תבנית החווה הרגולטורי. מבלי לרדת לעומקם של דברים, הראויים לדיון במקום נפרד,¹⁴⁷ אציין בקיצור כי ההבדל העקרוני בין המכשירים המנהליים "הבטחה מנהלית" ו"חוזה רגולטורי" הוא שבעוד הבטחה מנהלית היא חד-צדדית במהותה, חוזה רגולטורי הוא דו-צדדי בעיקרו. עקרון הדו-צדדיות בא לידי ביטוי ביסוד התמורה ההדדית. בעוד הבטחה מנהלית אינה דורשת דבר מן הגורם הנבטח, והוא נותר פסיבי במערכת היחסים עם השלטון (למעט, אולי, דרישתו להבטחה),¹⁴⁸ במסגרת החווה הרגולטורי הגורם הפרטי הוא פעיל ומרכזי בגיבוש ההתחייבויות ובביצוען. נוסף על כך, הבטחה מנהלית חלה על מערכת היחסים שבין נבטח לגורם שלטוני שאין ביניהם בהכרח קשר רגולטורי (אך עשוי להיות),¹⁴⁹ ואילו חוזה רגולטורי נערך תמיד בין צדדים שביניהם מתקיימים או עתידים להתקיים יחסים רגולטוריים.¹⁵⁰

על רקע זה נראה כי יש לפתח דיני חוזים רגולטוריים שיהיו שונים מתנאיה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית. למעשה, בחלק ניכר מהמקרים שהגיעו לפתחם של בתי המשפט בעילה של הבטחה מנהלית הגלומה באקט חד-צדדי של המנהל דובר למעשה בחוזים רגולטוריים שלא קיבלו את ההגנה המשפטית הראויה.¹⁵¹ ודוק: סיווג המעשה כאקט מנהלי חד-צדדי או

147 ראו שרון ידין "כריש, תנין ולוויתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי" מחקרי משפט לב (עתיד להתפרסם ב-2018).

148 לא רק שלא נדרש כל מעשה מצידו של הנבטח, הוא אף אינו נדרש להסתמך על ההבטחה על מנת שזו תיחשב מחייבת. לביסוסה לראשונה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית ולקביעת תנאיה ראו בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975) ("הבטחה שניתנה על ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית ככזוה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה", וזאת "באין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה").

149 ניתן לטעון כי דווקא הדוקטרינה של הבטחה מנהלית בעניין סאי-טקס, שם, התעוררה על רקע רגולטורי, שם ביקשו יצואנים לאכוף הבטחה שלטונית לסובסידיות. הדבר תלוי כמובן בהגדרה של רגולציה, שכן במקרה זה דובר בהענקות – הטבה כלכלית שקושרה לפונקציה מסוימת של השלטון אשר לא כולם מסכימים להגדירה כ"רגולציה". ראו על כך אצל ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 69. לדיון בהענקות ראו ברק-ארו משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, פרק 27.

150 לסממני החווה הרגולטורי ראו לעיל ה"ש 114–115 והטקסט שליידן.

151 למקרי גבול המקרבים את ההבטחה המנהלית לחווה ראו, למשל, דפנה ברק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17, 49–50 (1996) (להלן: ברק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי") ("חוזה הוא סוג של הבטחה... אמנם, במבט ראשון ההבטחה המנהלית נתפשת כחסד שלטוני ולא כפעולה שהרשות היא צד מעוניין בה (להבדיל מחווה דו-צדדי), מאחר שבטווח המידי היא מיטיבה עם הפרט בלבד. אולם במקרים רבים המניע להבטחה הוא הכוונות פעילויות, שהרשות מעוניינת בה (בעיקר כאשר ההבטחה עניינה תמיכות שלטוניות, כמו בעניין סאיטקס עצמו)"). ברק-ארו מסבירה כי ההבטחה היא הבסיס המשותף של הבטחה מנהלית ושל

כחווה טומן בחובו השלכות משפטיות שונות. כך, למשל, הפסיקה מורה כי יכולתה של המדינה להשתחרר מקיומו של חוזה מנהלי מוגבלת יותר מאשר במצבים של הבטחה מנהלית, וכי במצבים של הבטחה מנהלית יכולת זו מוגבלת יותר מאשר במצבים של מעשה מנהלי שנועד אך לבטא מדיניות כלכלית כללית של המנהל.¹⁵² כלומר, קשה יותר לקבל טענת השתחררות של הרשות המנהלית מהתחייבויותיה (כגון עקב "צידוק") במצבים שקרובים יותר לסיטואציה חוזית בין הצדדים.

האם אכן ראוי לאכוף על הרשויות המנהליות את קיום התחייבויותיהן הרגולטוריות אף כאשר אלה כובלות את שיקול דעתן השלטוני? במילים אחרות, מהם גבולות הכבילה שצריכים להתגבש כחלק מדיני החוזים הרגולטוריים?

United States v. Winstar Corp. (ג)

בעניין דומה – *United States v. Winstar Corp.* – פסק בית המשפט העליון בארצות הברית הלכה אשר מעניין להשוותה לענייננו, אף שהיא לא נזכרה כלל בבג"ץ מתווה הגז.¹⁵³ באותו מקרה נדון הסכם ("regulatory contract") שנערך בין המועצה הפדרלית של הבנקים למשכנתאות (Federal Home Loan Bank Board – FHLBB) והרשות הפדרלית לביטוח הסכונות והלוואות (Federal Savings and Loan Insurance Corporation – FSLIC) לבין כמה

חוזה מנהלי, וכי יסוד זה, הלקוח מדיני החוזים, הוביל לדיון בהגנה על הציפייה של הנבטח/המתקשר. ראו דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 232 (2003).

152 למרות זאת, ההבחנה בין ההבטחה המנהלית לחווה המנהלי אינה חדה מאוד בפסיקה. זאת, במיוחד בכל הנוגע בסעדים עקב הפרה, אשר לגביהם שוררת עמימות עקב העדר ניסיון מעשי ומיעוט הסכסוכים המשפטיים שהגיעו לכלל פסיקת פיצויים בהקשרים אלה. ראו על כך ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 489–490 (2005) ("ניתנת האמת להיאמר כי ההבחנה בין זה (החוזה) לבין זו (ההבטחה המינהלית) אינה משמעותית כבעבר. הטעם העיקרי לכך הוא שהפסיקה הכירה בתוקפה של ההבטחה המינהלית, ובד בבד התנתה הכרה זאת בתנאים הדומים בעיקרם לאלה שעומדים ביסוד תוקפו של החוזה"); ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 3.5.2012); ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 322–325; דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111, 130–135 (2007).

153 *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (1996). הלכת *Winstar* תקפה עד היום, אולם היא נחשבת קשה מאוד להבנה וליישום, בין היתר עקב ריבוי הדעות בקרב השופטים שדנו בתיק. ראו על כך, למשל, אצל Joshua I. Schwartz, *When Does Retroactivity Cross the Line?: Winstar, Eastern Enterprises and Beyond: The Status of the Sovereign Acts and Unmistakability Doctrines in the Wake of Winstar: An Interim Report*, 51 ALA. L. REV. 1177 (2000); Richard E. Speidel, *Contract Excuse Doctrine and Retrospective Legislation: The Winstar Case*, 2001 WIS. L. REV. 795; James A. Bloom, *Plurality and Precedence: Judicial Reasoning, Lower Courts, and the Meaning of United States v. Winstar Corp.*, 85 WASH. U. L. REV. 1373 (2008).

בנקים למשכנתאות.¹⁵⁴ במסגרת ההסכם, שנערך בתקופת משבר בענף המשכנתאות, רכשו בנקים יציבים, בעידודם וביוזמתם של הרגולטורים, בנקים חדלי פירעון שפעלו בתחום המשכנתאות. בתמורה למחיר העודף ששילמו בעבור רכישת הבנקים הכושלים, קיזזו הרגולטורים את דרישות ההון העצמי המתחייבות מן הבנקים הרוכשים לפי תקנות רגולציה פדרליות, במסגרת הסדר חשבונאי פרטני שנערך עם כל בנק, אשר תקף ל-25–40 שנה.¹⁵⁵ אולם רפורמה חקיקתית כוללת בתחום הבנקאות גרמה לכך שהרגולטורים הפרו את הבטחתם, ונגד חלק מן הבנקים שהיו צד להסכמים ננקטו צעדי אכיפה רגולטוריים מחמירים עקב אי-עמידה בדרישות ההון העצמי.¹⁵⁶

בתשובתה לתביעת הפיצויים שהגישו שלושה בנקים למשכנתאות על בסיס עילה של הפרת חוזה, טענה המדינה שלוש טענות הגנה מרכזיות: (1) הגנה על בסיס דוקטרינת הוויתור המפורש (unmistakability doctrine),¹⁵⁷ שלפיה ויתור של המדינה על סמכות שלטונית במסגרת חוזה יגביל אותה מלממש את סמכותה זו רק אם היא התחייבה לכך בהתחייבות מפורשת (unmistakable terms), אשר חסרה בחוזה דנן;¹⁵⁸ (2) הגנה על בסיס "כלל הסמכויות השמורות" (the reserved powers doctrine), שלפיו סמכויות מסוימות של הממשלה, כגון סמכויות השיטור להגנה על בטחון הציבור ושלומו, לעולם לא יוכלו להיות מוגבלות בחוזה, ורגולציה חקיקתית כלולה בסמכויות אלה;¹⁵⁹ (3) הגנה לפי "כלל המעשה הריבוני" (sovereign act doctrine), המורה כי לא תקום עילה חוזית לפרט הנסמכת על מעשה ריבוני של

154 ראו הלכת *Winstar*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 848. כן ראו אצל David Dana & Susan P. Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 U. PA. L. REV. 473, 480 (1999) הפסיקה בעניין *Winstar* הגישו עשרות בנקים נוספים תביעות דומות נגד המדינה. דוגמאות עדכניות יותר לרגולציה חוזית פיננסית מצויות במשבר הפיננסי שפקד את ארצות הברית החל בשנת 2008, ובו תפקד הממשל האמריקאי באמצעות "Regulation by Deal" אל מול בנקים ובתי השקעות קורסיים. ראו Steven M. Davidoff Solomon & David Zaring, *Regulation by Deal: The Government's Response to the Financial Crisis*, 61 ADMIN. L. REV. 463, 466–468 (2009).

155 שם; הלכת *Winstar*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 846–848, 860–868. כל אחד מהבנקים זכה בהסדר מעט שונה. יובהר כי בהסכם נכתב במפורש כי הוא גובר על רגולציות כלליות סותרות.

156 רפורמה זו עוגנה ב- Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 (FIRREA), Pub. L. No. 101-73, 103 Stat. 183.

157 *Bowen v. Public Agencies Opposed to Social Security Entrapment*, 477 U.S. 41 (1986) ("sovereign power... governs all contracts subject to the sovereign's jurisdiction, and will remain intact unless surrendered in unmistakable terms")

158 ראו הלכת *Winstar*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 862, 871–887. אלה למעשה כללי המשפט המנהלי האמריקאי בנוגע לויתור על סמכויות שלטוניות. ראו William Funk, *Supreme Court News*, 22 ADMIN. & REGULATORY L. NEWS (1996) http://apps.americanbar.org/adminlaw/news/vol22no1/supctnew.html#n_1_1 ("One of those doctrines is the so-called 'unmistakability doctrine', which states that contracts that limit the government's future exercise of regulatory authority are disfavored and therefore will be enforced only when they provide that limitation in unmistakable terms... A third doctrine holds that the government may not contract away certain reserved powers in any case. Finally, there is a doctrine that the government's sovereign acts do not give rise to a breach of contract with the government")

159 על כלל זה ראו, למשל, GREGORY KLASS, *CONTRACT LAW IN THE USA* 273 (2010).

הרשות המבצעת או המחוקקת שהוא כללי ופומבי (כגון באמצעות חוק, תקנות או צווים), והחוק הרלוונטי (FIRREA) עונה על תנאים אלה.¹⁶⁰ בעניין *Winstar* נחלק בית המשפט העליון האמריקאי בפרשנותו לכללים אלה. ארבעה מבין תשעת השופטים קבעו,¹⁶¹ בפסק דינו של השופט סאוטר, כי מאחר שלפני בית המשפט הובאה תביעה לפיצויים, ולא לאכיפה, ומאחר שאין לפרש את החוזה כוויתור של המדינה על סמכותה השלטונית, דוקטרינת הוויתור המפורש אינה חלה כלל, ואינה מסגרת מתאימה לדיון.¹⁶² באשר לכלל הסמכויות השמורות פסק בית המשפט כי לרגולטורים אכן לא נתונה סמכות לסחור – במסגרת משא ומתן חוזי – בריבונותו של הקונגרס לשנות חוק בעתיד.¹⁶³ עם זאת, בית המשפט פירש את החוזה כך שבעניין *Winstar* לא ויתרה המדינה על סמכות שלטונית חקיקתית כזו (קרי, על סמכותה לערוך רה-רגולציה בשוק המשכנתאות בחקיקה), אלא רק העבירה מהבנקים אליה את הסיכון לשינוי חקיקתי – סיכון שמימוש יגרור פיצויים בלבד.¹⁶⁴ עוד קבע בית המשפט כי כלל המעשה הריבוני אינו חל בתיק שלפניו, משום שבאופן עקרוני הוא אינו חל במצבים שבהם הצדדים צפו את השינוי החקיקתי ונערכו אליו מראש במסגרת החוזה ביניהם.¹⁶⁵ בית המשפט ציין כי חקיקה שמטרתה לסכל הסכמים רגולטוריים לא תיחשב כללית, ולכן לא תוכל ליהנות מהגנת המעשה הריבוני.¹⁶⁶ השופטים סקליה (Scalia), קנדי (Kennedy) ותומס (Thomas) חלקו על כמה מן הנימוקים האמורים.¹⁶⁷ כך, למשל, הם סברו כי המדינה רשאית להתנות על סמכויותיה השלטוניות, וכי דוקטרינת הוויתור המפורש, אשר חלה בתיק,¹⁶⁸ מצביעה על ויתור רגולטורי מפורש שנטלה המדינה בעניין *Winstar*.¹⁶⁹ לדעתם, הרגולטורים הוסמכו בחוק לערוך חוזה רגולטורי מסוג זה, אך מכיוון שהתובעים ביקשו פיצויים, ולא אכיפה, אין תחולה לכלל הסמכויות השמורות.¹⁷⁰ גם שופטים אלה, בדומה לאחרים, סברו כי המדינה לא תוכל להיושע מהגנת המעשה הריבוני כאשר היא ויתרה מפורשות בחוזה על סמכותה הרגולטורית, וכאשר מטרת החקיקה החדשה היא לסכל אותם הסכמים רגולטוריים עצמם.¹⁷¹ לעומתם, נשיא בית המשפט רנקוויסט

160 לכלל זה ראו, למשל, Funk, לעיל ה"ש 158; Peter S. Latham, *The Sovereign Act Doctrine in the Law of Government Contracts: A Critique and Analysis*, 7 U. Tol. L. Rev. 29, 29-33 (1975). הלכה זו נקבעה בעניין Horowitz v. United States, 267 U.S. 458, 461 (1925).

161 השופטים סאוטר (Souter), סטיבנס (Stevens), אוקונור (O'Connor), למעט לגבי חלקים IV(A) ו-IV(B) ובריייר (Breyer).

162 הלכת *Winstar*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 879-881.

163 שם.

164 שם, בעמ' 887-889.

165 שם, בעמ' 891-894.

166 שם, בעמ' 899-907.

167 ראו שם, בעמ' 918 ואילך.

168 שם, בעמ' 920.

169 שם, בעמ' 847-848.

170 שם, בעמ' 922.

171 שם.

(Rehnquist) וכן השופטת גינסבורג (Ginsburg) הסכימו כי דוקטרינת הוויתור המפורש חלה, אך הגיעו למסקנה פרשנית כי לשון החווה אינה מצביעה על ויתור מפורש כזה.¹⁷²

(ד) דיון נורמטיבי – גבולות הכבילה

בבג"ץ מתווה הגז לא נדרשו השופטים ישירות להלכת ההשתחררות, משום שהם קבעו כי תנאי הסף לעצם קיומה של ההבטחה לא מולאו, ומשום שהשתחררות כזו לא התבקשה. הם קבעו, בדומה לכלל הסמכויות השמורות האמריקאי, כי התחייבות לא לבחון מחדש את מדיניות הרגולציה למשך עשור היא כבילה אסורה של הרשות המנהלית, אשר אינה יכולה להיות מושא להבטחה שלטונית מדעיקרא.¹⁷³ נזכיר כי בשיטתנו, הכלל בדבר כבילת שיקול הדעת המנהלי מורה כי אֵל לרשות לכבול את עצמה בהפעלת שיקול דעתה, כגון באמצעות חוזה שבו תתחייב המדינה לבעל מקרקעין לא להפקיע את הקרקע לעולם.¹⁷⁴ כבילות אלה נוגדות את חובתה המתמדת של הרשות, לפי המשפט המנהלי המסורתי, לשוב ולשקול את הצורך בפעולה.¹⁷⁵ לא רק שהרשות המנהלית אינה רשאית להתחייב מראש לעמדות מסוימות שהיא תחזיק בהן בעתיד, אלא גם אסור לה, לפי המשפט המנהלי, להזניח את הנושא שלגביו מסור לה שיקול הדעת, ועליה להפוך בו מדי פעם.¹⁷⁶

ביישמו את הכלל האוסר את כבילת שיקול הדעת, קבע המשנה לנשיאה רובינשטיין כי המדינה אינה יכולה להתחייב שהיא לא תפעיל עוד את שיקול דעתה בעתיד ולא תשקול שוב את הסוגיות בהתאם לצורכי השעה המשתנים, אם יתברר כי יש לה צורך ועניין להשתחרר מן ההבטחה המנהלית (ובכך למעשה לבטל את היסוד של צידוק חוקי להשתחררות).¹⁷⁷ עוד הבחין המשנה לנשיאה רובינשטיין בין התחייבות של המדינה כלפי גורם פרטי לפעול, שהיא

172 שם, בעמ' 925–937. דעת המיעוט אף סברה כי כלל המעשה הריבוני חל. ראו שם, בעמ' 930. זאת, בדומה לחוות דעתו של השופט סאוטר שם, בעמ' 871–995. הלכת ההשתחררות הישראלית מובילה למעשה לתוצאה דומה לזו המתקבלת מדעתו של שופט זה, שכן לפי ההלכה המדינה יכולה להשתחרר מחוזה מנהלי כאשר אינטרס ציבורי מצדיק זאת, בכפוף לתשלום פיצויים. על היקף הפיצויים המעורפל במצבים של הלכת ההשתחררות ראו אצל ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 252–255, 336–338. בדומה לדעתו של סאוטר, לדעת השופט סולברג בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, יש לקרוא גם תניות שבהן ויתור של המדינה על סמכות שלטונית כתניות של איזון כלכלי בלבד, הניתנות להפרה בכפוף לפיצויים, לנוכח הלכת ההשתחררות. ראו פס' 24, 32 לפסק דינו (אם כי במתווה הגז תניות הוויתור היו מפורשות יותר מאשר בעניין *Winstar*, וייתכן שהשופט סאוטר היה נאלץ לקבל את דוקטרינת הוויתור המפורש, נגד המדינה, אילו נשאל על פרשנותו של מתווה הגז).

174 לעיקרון זה ראו בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית ת"א, פ"ד ו 257 (1952); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983).

175 ראו, למשל, ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 201.

176 שם.

177 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קז, קיג ו-קכא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ("יתכן כי עם שינוי הנסיבות תבקש [הרשות] לשנות מדיניותה ולפעול אחרת. אלא שאין זה המקרה נשוא ענייננו. כאן, אין הרשות מתחייבת לפעול באופן מסוים, אלא שלא לפעול. דהיינו, המדינה מתחייבת מראש להתפרק משיקול דעתה השלטוני, והתחייבות אשר כזו אינה יכולה לעמוד").

מותרת בעיניו, לבין התחייבות שלה כלפיו לא לפעול, שהיא אסורה.¹⁷⁸ על דעתו בעניין זה חלק השופט סולברג, אשר לא ראה טעם בהבחנה האמורה.¹⁷⁹

דוקטרינת הוויתור המפורש לא נזכרה בבג"ץ מתווה הגז, אך משתמע מפסיקתו של בג"ץ כי הלכה למעשה הוא אינו מצדד בה ואינו מכיר בעקרונותיה הבסיסיים, כפי שעוצבו בעניין *Winstar*.¹⁸⁰ בג"ץ מתווה הגז היה יכול להיות הזדמנות פז לדיון בתחולתה של הדוקטרינה האמריקאית בשיטת המשפט הישראלית. זאת, משום שבמתווה הגז הצהירה המדינה מפורשות כי היא מוותרת על זכותה להפעיל בעתיד את סמכותה הרגולטורית הביצועית (ואף החקיקתית) לשינוי הסדרים – למשל, בענייני המס, הייצוא והתמחור.¹⁸¹

המציאות הרגולטורית הישראלית של ימינו מציירת תמונה מעט שונה מן הכלל המסורתי של איסור כבילת שיקול הדעת. בחוזים רגולטוריים הנערכים בישראל הרגולטור מוותר תדיר על הפעלת סמכותו העתידית לפקח, לאכוף או להסדיר בכללים את פעילותו של צד לחוזה.¹⁸² למשל, חוזה רגולטורי העוסק בקביעת כללים מסדירים עשוי להגביל את הרשות בגיבושה של רגולציה, בשינויה של רגולציה קיימת (רה-רגולציה) או בנסיגה ממנה (דה-רגולציה) בעתיד.¹⁸³ חוזה רגולטורי העוסק בפיקוח או באכיפה עשוי לכלול התחייבות בלתי מוגבלת, או מוגבלת לתקופה, להימנע מלפקח על גוף מסוים או מלאכוף כלפיו את הוראות הדין בעתיד.¹⁸⁴ כפי שיפורט בהמשך, בכך עשוי להיות טמון היגיון רב לכל הצדדים: לקהילה העסקית, למדינה ולציבור בכללותו. עם זאת, נראה כי למעט בדעת המיעוט של השופט סולברג (ובמידה מסוימת גם בחוות דעתה של השופטת חיות), עיצוב עקרון הכבילה לא נבחן לאור התחייבויות הנגר של תאגירי הגז שניתנו בתמורה ל"הבטחה" ליציבות, ולא נשקל על רקע ההצדקות למדינה הרגולטורית החוזית. אני סבורה כי היה על בית המשפט לשקול את מאפייניו ההדדיים

178 ראו שם, פס' קכא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

179 ראו שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט סולברג.

180 אף בהלכה מוקדמת יותר דחה בית המשפט את האפשרות העקרונית של הרשות המבצעת להתחייב בענייני חקיקה רגולטורית. ראו בג"ץ רשת, לעיל ה"ש 79, פס' 38, שם נקבע כי שר התקשורת אינו יכול להתחייב לזכייניות טלוויזיה בנוגע לתוכנה של חקיקה שתעסוק במכרזים לזכיונות, אלא יכול לכל היותר להבטיח לפעול להצעת חקיקה. העתירה נדחתה באותו עניין משום שההתחייבות לא ניתנה בצורה מפורשת. ראו בנושא זה גם בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב (3) 469 (1978). להלכה השוללת את אפשרותה של רשות מנהלית להתחייב לויתור עתידי על סמכות שלטונית, אף כאשר זו נעשית בצורה מפורשת, ראו ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לז (4) 42 (1983). ראו על כך גם בעניין אגד, לעיל ה"ש 104, ובבג"ץ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג (2) 179 (1989).

181 ראו את נוסח ההתחייבות לעיל בתת-פרק 2(א). יוער בשולי הדברים כי במקרה של הבטחה שלטונית נפסק בבית המשפט הישראלי כי היא נדרשת להיות מפורשת וברורה (בדומה ליסודות של דוקטרינת הוויתור המפורש האמריקאית). ראו, למשל, בג"ץ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד לט (1) 29, 36 (1985).

182 ראו, למשל, ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, פרק 2, חלק 2.5.4 ("קיפאון רגולטורי").

183 שם. כן ראו שם, חלק 2.5.5 ("חקיקה מקלה").

184 להתחייבויות מסוג זה ראו שם, חלקים 2.5.1 ("הקלה בפעולות אכיפה"), 2.5.3 ("הקלה בפיקוח") ו-2.5.6 ("פטור מציות לנורמה מסדירה").

של החווה הרגולטורית,¹⁸⁵ ולתת משקל כבד יותר לשיקולי מדיניות נוספים, כמפורט להלן. המסקנה תהיה כי תניות יציבות אינן פסולות מעיקרן,¹⁸⁶ וכי יש לשאוף לאזן באמצעות מבחני סבירות ומידתיות בביקורת שיפוטית (ובביקורת משפטית אקס אנטה לגבי ניסוחן) – למשל, לקצר את משך כבילתן ולצמצם את היקפן במידת הצורך, וזאת להבדיל מפסילתן הגורפת באמצעות שימוש בעיקרון של חוקיות.

עמדת זו ביחס למשפט המנהלי נעוצה, בין היתר, בתולדותיה ובמאפייניה הנוכחיים של המדינה הרגולטורית. המנהל הישראלי עבר ממיקוד בייצור ובהספקה של שירותים, שאפיינו אותו עוד מראשית ימיו עם קום המדינה,¹⁸⁷ לעיסוק נרחב בתהליכי פיקוח, ויסות והסדרה של תאגידים פרטיים.¹⁸⁸ רבים מייחסים את עיקר השינוי לתהליכי ההפרטה המסיביים שהתרחשו בישראל בשנות השמונים של המאה הקודמת ואת פתיחת השווקים לתחרות.¹⁸⁹ שינויים אלה ואחרים עוררו את הצורך לפתח משטרים רגולטוריים מתוחכמים ומורכבים מבעבר.¹⁹⁰ כיום המדינה הרגולטורית תלויה במידה רבה בתאגידים המפוקחים, המחזיקים בידע ובמשאבים המתאימים לביצוע רגולציה עצמית או לגיבושה של רגולציה בשיתוף עם הרגולטור.¹⁹¹ היא מדומה לסירה שאנשי המנהל מנווטים אותה אך אנשי המסחר, הכלכלה והתעשייה הם שחותרים בה.¹⁹² מדינה זו אף מעוניינת לקדם הסדרים בשווקים, אשר שיתוף הפעולה של השחקנים העסקיים עימה הוא קריטי להצלחתם.¹⁹³ אלה כוללים התחייבויות מדינתיות

- 185 שם, חלקים 2.4–2.5.
- 186 בדומה לדעה שכתב השופט סקליה בפרשת *Winstar*, לעיל ה"ש 153 – ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 167–171.
- 187 ראו, למשל, אצל יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 78 (2005).
- 188 ראו, למשל, אצל אורי ארבל-גנץ רגולציה – הרשות המפקחת 37, 67–68 (2003).
- 189 שם.
- 190 ראו, למשל, דוד לוי-פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורית של עידן ההפרטה" מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי 439, 440 (יצחק גל-נור, אמיר פז-פוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015). כבר משנותיה הראשונות התאפיינה ישראל ברגולציה ענפה בהשוואה למדינות אחרות, אך הגידול שהתרחש בפעילות הפרטית וההתרחבות שחלה בהתאמה בפיקוח הציבורי אילצו אותה להשתכלל מבחינת תורת הרגולציה. ראו זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 187, בעמ' 79; ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–31.
- 191 ראו על כך, למשל, אצל ידין "קצר בתקשורת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 408–413; שרון ידין "רגולציה עצמית בשוק הבנקאות הישראלי" רבעון לבנקאות מה 19 (2010).
- 192 ראו דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רוה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 23, 28 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 187, בעמ' 83.
- 193 ובכלל זה "הסדרים ראשוניים" – בין שמדובר בהסדר ראשוני שנקבע בחקיקה ובין שמדובר בהסדר ראשוני שנקבע בדרך אחרת. בעניין מתווה הגז, למשל, הסכימו כלל השופטים כי מדובר ב"הסדר ראשוני". הפסיקה שרטטה כמה קווים מנחים לזיהוי של "הסדר ראשוני", שלפיהם מדובר בהכרעה שנוגעת באופן טיפוסי בעניינים שמידת השפעתם על הציבור גדולה או שתכליתם שנויה במחלוקת בציבור; שמבטאת מדיניות ארוכת טווח; שכרוכה בפעולות סופיות, אשר אי-אפשר להחזירן לאחור או לבחון אותן שנית; שהיא בעלת היקף כלכלי משמעותי וכרוכה בעלות גבוהה; או שהיא מורכבת ומערבת כמה רשויות מנהליות. הכלל הוא שהסדר ראשוני צריך להיות מעוגן בחוק, ולא בנורמה שיצאה מאת הרשות המנהלית, אלא אם כן הרשות מחזיקה בהסמכה

להפעיל סמכות או להימנע מהפעלת סמכות. מהיבט זה, גורמי מנהל, המייצגים את האינטרס הציבורי, זקוקים למכשיר החוזי-הרגולטורי, על שלל תצורותיו, לא פחות מאשר גורמים מסחריים ואחרים.¹⁹⁴ יש לזכור בהקשר זה כי רגולציה של תאגידים במשק, להבדיל מהחלטות של המנהל כלפי הפרט, משפיעה לא אחת על הציבור בכללותו ומסוגלת לתרום רבות לשיפור מצבו. 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 (ארביטרז' רגולטורי).¹⁹⁵

כידוע, בכל הנוגע ברגולציה, הוודאות והיציבות חשובים במיוחד לגורם העסקי המסתמך עליהם.¹⁹⁶ הגנה משפטית חזקה על חוזה רגולטורי הכולל כבילות שלטוניות – לפעולה או להימנעות מפעולה – מוצדקת, בין היתר, לנוכח הסתמכותם הפעילה של הגורמים המפוקחים עליו. עניין זה עשוי לבוא לידי ביטוי במעשים, בביטויים או בכל דרך אחרת שבמסגרתה גורמים פרטיים מוותרים על אינטרסים באופן חד-פעמי או מתמשך, נקודתי או רוחבי.¹⁹⁷ ויתור זה עשוי לכלול שורה של התחייבויות פרטיות במסגרת של עסקה חוזית-רגולטורית אחת.¹⁹⁸ ויתורים והתחייבויות פרטיים אלה טומנים בחובם עלויות לא מבוטלות, מסוגים שונים, לגורם הפרטי. תמורות מסוימות עשויות להשליך באופן קריטי ואף אנוש על מצבם של עסקי החברה, על המוניטין שלה, ועל יכולתה לגייס הון (כולל הון אנושי) ולפעול בתחומי פעילות מסוימים. האופן שבו הגורם הפרטי מתחייב לפעול במסגרת של חוזה רגולטורי מורה כי מדובר במאפיינים שונים לחלוטין מאלה הקשורים למצבים שבהם אדם פרטי או אפילו חברה ניצבים מול רשות מנהלית כנבטחים פסיביים במסגרת של הבטחה מנהלית. אומנם, פעמים לא מעטות הנבטח משנה את מצבו לרעה, אולם במסגרת של חוזה רגולטורי כמעט תמיד המתקשר הפרטי משנה את מצבו לרעה ומשקיע תשומות שונות בכריתת החוזה ובקיטומו.

החוזה הרגולטורי מצדיק על כן, לטעמי, התאמה של "חליפה משפטית" לפי תנאיו המיוחדים, שתהא שונה בדגשים שהיא מציעה מאלה של דוקטרינת ההבטחה המנהלית, ואף

מפורשת לכך. ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 165 (2005); ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 37. לסקירת הפסיקה בנושא הסדרים ראשוניים ראו שם, בעמ' 38 (בהערת שוליים) ובעמ' 135. לדיון ברגולציה כהסדר ראשוני ראו, למשל, בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא (4) 481 (1997).

194 הדוגמה של מתווה הגז הטבעי ממחישה מצב שבו לא רק התאגידים המפוקחים היו מעוניינים ברגולציה חוזית, אלא גם המדינה.

195 לאימוץ עמדה זו בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, ראו פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות. להרחבה על אודות המונח "ארביטרז' רגולטורי" ראו, למשל, Victor Fleischer, *Regulatory Arbitrage*, 89 TEX. L. REV. 227 (2010).

196 לחשיבותה של הוודאות הרגולטורית ראו, למשל, בג"ץ 6832/16 אלומי אגירה שאובה (2014) בע"מ נ' שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 17.1.2017).

197 ראו על כך אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, חלק 2.4.

198 הדוגמה של מתווה הגז הטבעי עונה בהחלט על מאפיינים אלה.

מאלה של החווה המנהלי ה"רגיל"¹⁹⁹. עמדתי זו אומצה בפסקי הדין של השופטים חיות וסולברג. כך, למשל, ציין השופט סולברג כי "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 המוסדרים, 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"²⁰⁰. והשופטת חיות העירה כי "ייתכן כי בהיבט הוודאות והיציבות המודל של חווה רגולטורית מצריך הגמשה מסוימת מבחינת כללי המשפט המנהלי המסורתי"²⁰¹.

בכך סימנו השופטים סולברג וחיות קווי יסוד אפשריים לפיתוחם של דיני חוזים רגולטוריים, שיהיו שונים מדיני ההשתחררות שנקשרו למוסד ההבטחה המנהלית ואף לחווה המנהלי. אולם, הגם שדעת המיעוט של השופט סולברג הכשירה את פסקת היציבות, היא נאחזה בכל זאת בהלכת ההשתחררות כהצדקה ממתנת לכבילה השלטונית. העמדה שאני מבקשת לקדם במאמר זה הולכת לכן אף רחוק מכך, ומבקשת להגביל את הלכת ההשתחררות במצבים של חוזים רגולטוריים, תוך אימוץ דוקטרינת הוויתור המפורש, באופן שתאפשר אכיפה של ההתחייבויות בבתי המשפט או לפחות תשלום פיצויים מלאים לנפגע מההפרה (היקף הפיצויים כתוצאה מהשתחררות אינו ברור כיום)²⁰². עמדתי זו חלה, באופן עקרוני, גם על התחייבויות המגבילות את יכולתה של המדינה לחוקק רגולציה חדשה, ובכלל זה בחוק ראשי.

אני מציעה, כעיקרון כללי לביקורת שיפוטית של תניות כבילה בחוזים רגולטוריים, שכגודלם, רוחבם ועומקם של הוויתורים של הגורם הפרטי וההתחייבויות שהוא נוטל על עצמו במסגרת החווה הרגולטורית, כך צריכים להיות היקפן, רוחבן ועומקן של הכבילה המותרת לרשות המנהלית ושל עוצמת ההגנה המשפטית על כיבודה, כולל במצבים שבהם הרשות מעוניינת להשתחרר ממנה.²⁰³ והכל, כמובן, בכפוף למבחני סבירות ומידתיות, תוך התחשבות באינטרס הציבורי המושג באמצעות קיומו של החווה הרגולטורית, במיוחד אל מול חלופות אפשריות בדמות כלים רגולטוריים אחרים.²⁰⁴ כך, למשל, בהקשר הקונקרטי של מתווה הגז

199 להצדקות להגנה על הסתמכות הפרט במצבים של חווה מנהלית ראו ברוק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי", לעיל ה"ש 151, בעמ' 45–46.

200 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג.

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

202 ראו לעיל ה"ש 173.

203 ראו גם בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קכג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שם נרמז כי תניות היציבות כפופות למבחן של סבירות ("די באמור כדי להבחין בהבדל הניכר שבין ענייננו, ובו כבילה נוקשה לתקופה של עשור (אם לא למעלה מזה), לבין נושא ההחלטה השניה ובו כבילה 'לעת הזאת', מינוח מרוכך במידה ניכרת, המשאיר מקום לשיקול דעת ולהתאמת המדיניות לצרכי השעה המשתנים; מה גם שמדובר בתחום הפיסקלי בלבד, ולא במכלול רחב כבנידון דידן").

204 למנעד הכלים הרגולטוריים ראו לעיל ה"ש 71 והטקסט שלידה.

הטבעי היה מוטב אילו הציגה המדינה סקירת עלות-תועלת רגולטורית (דוח הערכת השפעות רגולציה) שהייתה מבהירה מהי התועלת הצומחת מן הבחירה במתווה ההסכמי אל מול העלויות הנובעות ממנה, וזאת בהשוואה לחלופות אפשריות.²⁰⁵ דוח כזה היה יכול לסייע לבית המשפט לקבוע, למשל, לא רק שהבחירה בנתיב ההסכמי הינה סבירה (כפי שקבע בפסק הדין), אלא גם שהתחייבות ליציבות רגולטורית לעשר שנים היא סבירה ומידתית לנוכח התועלות הצומחות ממנה ולעומת העלויות של אי-התחייבות כזו. לדעתי, התחייבות כזו אינה צריכה להידחות על הסף בביקורת שיפוטית, ויש לשקול אותה בכל מקרה לפי נסיבות העניין בהתאם לשיקולים כאמור.

במסגרת זו בתי המשפט צריכים בעיניי, כעיקרון מנחה, להמשיך לכבד את מרחב שיקול הדעת המקצועי-הרגולטורי שהם אפשרו עד כה לרגולטורים בישראל.²⁰⁶ לצד מישור הסבירות הדין צריך להתמקד, לדעתי, בפרוצדורה הנלווית ליצירתם של החוזים, כגון תשתית עובדתית רחבה, המתבטאת, בין היתר, בשמיעת עמדות שונות מקרב הציבור ובעלי עניין, בבחינת חלופות שונות לפעולה, ובקבלת החלטה מנומקת ומבוססת כאמור, המצביעה על האינטרס הציבורי המושג.²⁰⁷

במישור "המשפט המצוי" בהווה, ההלכה הנובעת מפסיקתו של בית המשפט בבג"ץ מתווה הגז מורה כי סעד הפיצויים עדיף על סעד האכיפה בחוזים רגולטוריים.²⁰⁸ בכך הוא מעודד למעשה את הצדדים לנסח תניות פיצויים להעברת אחריות לשינויי רגולציה הניתנים לכימות כספי.²⁰⁹ גם חוזים רגולטוריים הנעדרים תניית פיצויים ותניית יציבות יפורשו, ככל הנראה, כחוזים המקנים פיצויים בלבד, וזאת בשיעור שייקבע לפי שיקול דעתו של בית המשפט.²¹⁰ למען הזהירות מומלץ לצדדים להימנע מתניות יציבות מרחיקות לכת, אשר עלולות להוביל

205 זוהי למעשה הרחבה של הליך ה-RIA (Regulatory Impact Assessment) החל כיום על חקיקה מוצעת בתחום הרגולציה. לחקיקה מוצעת העונה על אמות המידה שהוגדרו לעניין זה מצורף כיום דוח הערכת השפעות רגולציה. ראו משרד ראש הממשלה, אגף ממשל וחברה "תורת הערכת השפעות רגולציה" (2013) www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/RIA.pdf. כן ראו על כך אצל יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

206 ראו הפניות להלן בה"ש 353. לדעה זו ראו גם בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג.

207 ראו על כך גם אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 147-150. לחשיבותם של תהליכי שיתוף הציבור בהקשר של הגז הטבעי ראו דנה טבצ'ניק "רגולציה מגוף ראשון: להיות חלק מקבלת ההחלטות: שקיפות ושיתוף הציבור בהחלטה על ייצוא הגז" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 509 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). לשיתוף הציבור בהליכי רגולציה סביבתיים ראו גלית עופר ואורן פרז "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי: מציאות, חזון או פיקציה?" חוקים 131 ז (2015). באופן כללי יותר ראו אצל איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המנהלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). לשיתוף בהליכי רגולציה של רשות ניירות ערך ראו אסף אקשטיין "מי מפקח על המפקחת? ואת מי היא משתפת? רשות ניירות-ערך במבט השוואתי" משפט ועסקים יט 195 (2015).

208 וזאת אף כאשר הצדדים לא הסכימו על תניית פיצויים.

209 ראו לעיל ה"ש 130.

210 ראו לעיל ה"ש 173.

לפסלות החוזה הרגולטורי כולו (במקרה הקיצוני), ולנסח תניית פיצויים מפורטת ככל האפשר. תניית הפיצויים תוכל לעמוד בפני עצמה או כמנגנון חוזי חלופי לתניית יציבות על תנאי, למקרה שבו ייפסל תוקפה בבית המשפט.²¹¹ בחלק הבא יידונו המשמעויות הנובעות מפסיקת בג"ץ בעניין מתווה הגז בכל הקשור לשינוי באופן הבסיסי שבו בית המשפט תופס את תפקידו של המנהל בעידן הרגולטורי ולהשלכות המשפטיות הנלוות לכך.

ג. החוזה הרגולטורי – שינוי פרדיגמה

1. מתפיסת המנהל המצווה לתפיסת הרגולציה הרכה

אחת המשמעויות החשובות של פסק הדין בבג"ץ מתווה הגז, אשר אימץ את מודל החוזה הרגולטורי כפי שתואר עד כה במאמר, טמונה בשינוי האופן שבו המנהל הציבורי נתפס בעיני בית המשפט. ניתן לומר כי עד לבג"ץ מתווה הגז נתפסה הרשות המנהלית בעיקר כגוף מצווה וכופה. יחסיה עם הפרט ואף עם חברות מסחריות חייבו ריסון שיפוטי, מאחר שיחסי הכוחות נתפסו כמוטים לטובת השלטון.²¹² יתרה מזו, השינוי הטמון בפסק הדין מתחדד לנוכח ההכרה כי עד פרשה זו לא דנו כמעט בתי המשפט ב"רגולציה" כתחום תוכן מיוחד מן הבחינה המנהלית והמשפטית, ואף מן הבחינה הלשונית והמושגית הם לא התייחסו לרשות המנהלית כאל "רגולטור".²¹³ במובנים אלה בג"ץ מתווה הגז מסמן קפיצה אדירה בהתייחסותו של בית המשפט לרגולציה: ראשית, הוא עוסק באופן מיוחד וחריג בהיקפו בפעולת המנהל שנקראת "רגולציה"; ושנית, הוא מתאר בהרחבה כיצד השתנתה הרגולציה מהתבססות על דפוסים של ציווי וכפייה אל עבר אימוץ הדרגתי משולב של דפוסים רכים יותר, הנשענים על הבנות והסכמות. שני רבדים אלה מהווים שינוי פרדיגמה בחשיבה על ממשליות רגולטורית בישראל,²¹⁴ ולשינוי זה יש השלכות משפטיות חשובות.

211 אפשרויות נוספות כוללות, כמובן, חקיקה של פסקת יציבות בחוק (ראו, למשל, לעיל ה"ש 128) וכן ניסוח "מרוכך" של תניות יציבות, כפי שנעשה בתיקון מתווה הגז, בבג"ץ בז"ן, לעיל ה"ש 131, ובעניין ההסכם לכריית מחצבי ים המלח, אשר נדון בבג"ץ 112/12 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012) ובבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קכג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

212 ראו, למשל, יצחק זמיר "הזכות המינהלית" משפט וממשל טז 135 (2014).

213 ראו, למשל, איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" מסדרים רגולציה: משפט ומדיניות 47 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

214 לדיון במושג "ממשליות" ראו David Levi-Faur, *From "Big Government" to "Big Governance"?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF GOVERNANCE 3 (David Levi-Faur ed., 2012); ידן "חוזים רגולטוריים בשוקים פיננסיים", לעיל ה"ש 72, בעמ' 474.

שינוי פרדיגמה זה, אשר קודם בספרות הישראלית המשפטית בשנים שלפני מתן פסק הדין,²¹⁵ מהדהד בחוות דעתם של המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים סולברג וחיות בבג"ץ מתווה הגז. כך, למשל, ציין בהקשר זה השופט סולברג:

בימים עברו, התרכזה האסדרה בהוראת המאסדר או בהנחייתו לגופים המוסדרים; בימינו אלה, שבהם עוסקת הרגולציה בהיקף רחב ביותר של הפעילות הכלכלית במדינה, עולה וגוברת ההכרה שלפיה במצבים רבים אין די בשוט המצווה; הרגולטור זקוק ל'ארגז כלים' מפותח יותר לצורך קידום מטרותיו ולייעול מלאכתו. במסגרת זו משמשת הרגולציה ההסכמית, על שלל שמותיה וריבוי אופניה, כלי עבודה מרכזי של הרגולטור המודרני (ראו שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 28–32 (2016) (להלן: ידין)). בניגוד לרגולציה המסורתית, הפועלת באמצעות הציווי והשליטה, מתבססת הרגולציה ההסכמית על קיומן של הבנות בין הצדדים הנוגעים בדבר... הרגולציה ההסכמית, יש דורשים אותה לשבח ויש דורשים אותה לגנאי; היא טומנת בחובה יתרונות וחסרונות כאחד, סיכויים וסיכונים, אך היא עובדה קיימת (ראו והשוו: ידין, עמודים 111–144...)²¹⁶.

המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין אף הוא דברים דומים:

לא נכחד, מתווה הגז, כאסדרות רגולטוריות אחרות, הוא דוגמה למציאות מינהלית שהתפתחה נוכח מורכבות פעילותם של תאגידים בסביבה הדורשת פיקוח וניטור מקצועי, מהיר, מותאם וגמיש (ידין, בעמ' 144)...²¹⁷

דברים אלה יש משום התקדמות רבה ביחס לפסיקה קודמת, אשר לא עסקה כמעט באופן מפורש בכליה של הרגולציה ובתפקידם של רגולטורים במדינה.²¹⁸ כאן, בבג"ץ מתווה הגז, נדון הסכם רגולטורי של המדינה עם התעשייה ככלי מפתח בארגז הכלים הרגולטורי. לשינוי זה באופן שבו מערכת המשפט משקיפה על משימותיו וכליו של המנהל יש השלכות משפטיות לא מבוטלות. כידוע, המשפט המנהלי מתפקד כמערכת הדינים המרכזית שחלה על הרגולטורים בהיותם רשויות מנהליות, וכפריזמה המרכזית של הביקורת השיפוטית על עבודתם. עם זאת, עד לאחרונה לא התעניין המשפט המנהלי הישראלי במתכונת הפעילות המנהלית הרגולטורית

215 ראו, למשל, ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2; ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 69; ידין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים", לעיל ה"ש 72; ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77.

216 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 4–5 לפסק דינו של השופט סולברג. על חשיבות החוזים הרגולטוריים לצורכי השטח ראו גם שם, פס' 14 לפסק דינו.

217 שם, פס' קלח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

218 ראו, למשל, הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 213.

באופן ספציפי, מעמיק, עקבי וייחודי,²¹⁹ וזאת בדומה למתכונות מודרניות אחרות של המנהל, אשר מוזנחות לעיתים על ידי המשפט המנהלי.²²⁰

בהיות המדינה המנהלית תופעה חדשה יחסית בהיסטוריה, המשפט המנהלי המסדיר את פעילותה הוא אחד מענפי המשפט הצעירים, בהשוואה למשפט הפרטי, למשל.²²¹ במקורו צמח המשפט המנהלי הישראלי מן המשפט האנגלי המקובל.²²² הוא אינו נשען על קורפוס חקיקה מגובש,²²³ כנהוג בתחומי משפט אחרים,²²⁴ אלא מבוסס בעיקר על פיתוח עקרוני ודוקטרינות במסגרת הכרעות שיפוטיות בבתי המשפט.²²⁵

בהקשר הרגולטורי עסק עד כה המשפט המנהלי המקובל בניתוח הפעולות וההחלטות המנהליות באמצעות עקרונות כלליים של המשפט המנהלי וכן באמצעות דוקטרינות שפותחו לצרכים שונים.²²⁶ עם זאת, המשפט המנהלי הישראלי, שנטוע בהחלטות שיפוטיות, טרם פיתח, לפחות עד לבג"ץ מתווה הגז, מערכת דינים שתתאים באופן מיוחד להקשר הרגולטורי, שבו שחקנים ייחודיים פועלים בסוגיות ייחודיות, להבדיל מהמערכת המסורתית שבה המדינה פועלת מול הפרט, שלפיה עוצב המשפט המנהלי.²²⁷

- 219 אך ראו בהקשר זה כמה פסקי דין בולטים של בית המשפט העליון העוסקים בפעילות הרגולטורית המתבצעת בקרב רשויות המנהל: רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70 (1994), בעניין הליכי שיתוף ציבור והשפעת התעשייה על התקנת תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו-1986; בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 15, בעניין עתירתם של תאגידים לחיפוש נפט וגז נגד שינוי נטל המס שהוטל עליהם לאחר תגליות משמעותיות באזור; ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010), העוסק באחריות הפיקוחית של משרד החינוך לבטיחות מתקנים בבתי ספר; ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994), בעניין אחריותו של המפקח על הביטוח ליציבותן הפיננסית של חברות הביטוח; בג"ץ איגוד שמאי ביטוח, לעיל ה"ש 78, בעניין סמכותו של המפקח על הביטוח להתערב בהסדרי ביטוח.
- 220 ראו, למשל, אצל ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 55-59, 64-65; אריאל בנדור "משפט מנהלי מול המציאות" מחקרי משפט טו 365 (2000).
- 221 ראו על כך אצל גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מנהלי' מאת דפנה ברק-ארז" הפרקליט נא 693, 718 (התשע"ב); איל פלג אתגר העוני של המשפט המנהלי 293-294 (2013) (להלן: פלג אתגר העוני).
- 222 ראו, למשל, זיידמן, לעיל ה"ש 221, בעמ' 713-714.
- 223 החקיקה המנהלית ספורדית ומצומצמת בהיקפה. ראו, למשל, חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958; ס' 2-11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992; חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000; ס' 33(ב), 33(ג), 34 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158 (אצילת סמכויות משר לעובד ציבור ונטילת סמכויות על ידי שר מעובד ציבור); ס' 3 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (תמיכות במוסדות ציבור).
- 224 אך ראו את הכוונה לפתח קורפוס כזה בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014.
- 225 ראו, למשל, אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המנהלי" מחקרי משפט ט 155, 157-155 (1991).
- 226 לכלליותו של המשפט המנהלי ולקריאה לפתח משפט מנהלי-הקשרי (לאו דווקא בתחום הרגולטורי) ראו, למשל, פלג אתגר העוני, לעיל ה"ש 221, בעמ' 298-299.
- 227 ראו על כך, למשל, יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219 (2017).

רבים מייחסים את עיקר השינוי לתהליכי ההפרטה המסיביים שהתרחשו בישראל בשנות השמונים של המאה הקודמת ולפתיחת השווקים לתחרות.²²⁸ השינוי באופיים של השחקנים המשחקים ב"מגרש" המשפט המנהלי – מן הפרט והאזרח הפשוט אל תאגידי-ענק מתוחכמים ועתירי ידע וממון²²⁹ – והאתגרים החדשים והמורכבים במדינה המודרנית הובילו גם להתפתחות טבעית של כלי הרגולציה. שינויים אלה ואחרים עוררו את הצורך לפתח משטרים רגולטוריים משוכללים ומורכבים מבעבר.²³⁰

במסגרת מנגנוני הפיקוח המסורתיים על הפעילות העסקית של גופים פרטיים, פעלה המדינה – ועודנה פועלת לעיתים קרובות – באמצעות נורמות משפטיות כופות המעוגנות בחוק, שבצידן סנקציות פליליות או מנהליות.²³¹ בספרות הרגולציה גישה זו מוכרת כגישה הציווי והשליטה (command and control).²³² רגולציה של ציווי ושליטה מבוססת על הרתעה ועל ענישה, ולפיכך היא ריכוזית ומוכתבת באופן חד-כיווני מהמדינה וממוסדותיה כלפי מטה לשחקנים הפרטיים.²³³ היא מתאפיינת בתחולה רחבה וכלל-מגורית, שאינה מבחינה בין גופים מפוקחים באופן פרטני.²³⁴ כאשר היא מתוכננת ומופעלת נכון, היא מאפשרת מיידיות יחסית בהחלת הנורמה, ודאות משפטית ויעילות, באמצעות תיקון והרתעה.²³⁵

אולם חסרונותיה של רגולציה זו רבים: היא מזוהה עם התערבות יתר בשוק החופשי ובמניעה של חדשנות ותחרות,²³⁶ והיא נעדרת גמישות ביורוקרטית ומהותית בכללים הנקבעים במסגרתה.²³⁷ מעבר לכך, גישה של ציווי ושליטה נוטה ללקות בריבוי נורמות רגולטוריות (לגליון), אשר מפחית ודאות משפטית לחברות עקב אי-יציבות משפטית ומשית עליהן עלויות כלכליות כבדות.²³⁸ נוסף על כך, האכיפה הנלווית לציווי ושליטה עלולה להיות יקרה ומסורבלת,²³⁹ ובסופו של דבר להניב תוצאות לא רצויות, כגון הרתעת יתר או הרתעת חסר, וכן להוביל לקלקול היחסים הרגולטוריים עם המפוקח.²⁴⁰

228 ש.ם.
 229 על פער זה ראו גם אצל אמנון רייכמן "רשות התקשורת החדשה – מודלים של ביקורת שיפוטית" רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי 61, 64 (2004).
 230 ראו לעיל ה"ש 190.
 231 ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–31.
 232 ראו, למשל, NEIL GUNNINGHAM, PETER GRABOSKY & DARREN SINCLAIR, SMART A READER ON REGULATION: DESIGNING ENVIRONMENTAL POLICY 39 (1998). ראו גם REGULATION, לעיל ה"ש 67, בעמ' 24.
 233 ש.ם.
 234 GUNNINGHAM, GRABOSKY & SINCLAIR, לעיל ה"ש 232, בעמ' 44.
 235 ש.ם, בעמ' 41–42.
 236 אך השוו ש.ם, בעמ' 43.
 237 ראו, למשל, BALDWIN, CAVE & LODGE, לעיל ה"ש 70, בעמ' 106–111.
 238 ש.ם; GUNNINGHAM, GRABOSKY & SINCLAIR, לעיל ה"ש 232, בעמ' 46.
 239 ש.ם, בעמ' 45–46.
 240 על חשיבות היחסים המתקיימים בין רגולטור למפוקח ראו אצל AYRES & BRAITHWAITE, לעיל ה"ש 72; BARDACH & KAGAN, לעיל ה"ש 72.

מחקרים עדכניים מראים כי שיטת הציווי והשליטה המנהליים אינה מהווה עוד טכניקה רגולטורית בלעדית או מרכזית, וכי נוספו עליה שיטות רגולציה חדשות ומגוונות.²⁴¹ שיטות הרגולציה המודרניות נועדו ליצור שליטה ללא ציווי בשוקים, ולאפשר את הכוונת הכלכלה והמרחב הציבורי מבלי להיזקק בהכרח לאופיו הכופה של המשפט באופן ישיר או עיקרי.²⁴² מגוון השיטות והגישות מעיד על תנועה מסוימת במדינה הרגולטורית מתפיסה של הרתעה לתפיסה המשלבת גם שכנוע, באופן שעונה במידת מה על השאלה הקלאסית ברגולציה אם יעיל יותר להעניש את המפוקח או לשכנעו.²⁴³

שיטות הרגולציה החדשות כוללות רגולציה עצמית של הארגון הפרטי, המתמקדת בהסדרת נורמות (וכוללת לעיתים אף פיקוח פנימי ואכיפה עצמית), בדרך כלל תחת פיקוח מדינתי;²⁴⁴ שימוש בכללי גילוי המחייבים את החברה הפרטית לספק מידע רלוונטי לציבור על אודות המוצר או השירות (כלי נפוץ בתחומי הבריאות, ההשקעות והמזון);²⁴⁵ תוכניות וולונטריות לאימוץ סטנדרטים אתיים ולתיוג אתי;²⁴⁶ רגולציה במתכונת מתקדמת של רשיונות וזכיונות, המתבססת על משא ומתן והסכמה, באמצעות כלים שוקיים של מכרז ושל הסכמי זיכיון (או רישיון);²⁴⁷ ורגולציה הסכמית אחרת המתבטאת בחוזים רגולטוריים מגוונים.²⁴⁸

גיוון זה של כלים נעוץ בשינוי המתחולל במערכות המנהל הציבורי, אשר מכירות כיום בצורך וביתרונות הגלומים בניהול בעיות רגולציה באמצעים רכים, במקום אותם כלים "קשים" ששימשו בעבר באופן מרכזי יותר ביחסים בין הממשל לבין הנתונים לפיקוחו. לעומת השינוי האדמיניסטרטיבי, המשפט המנהלי, כפי שהוא משתקף בפסיקת בתי המשפט ובחקיקה, קפא על שמריו בעניין זה, ועד לבג"ץ מתווה הגז לא הכיר בגיוון הכלים והאסטרטגיות הרגולטוריות של המנהל המודרני, ולפיכך לא נתן להם מענה מספק. חשיבותו של בג"ץ מתווה הגז נעוצה בכך שהוא אימץ את הספרות המשפטית המתארת את המציאות המנהלית המודרנית, הנשענת על שיתוף פעולה ויצירת קונצנזוס עם הגורמים הפרטיים. הכרה במגוון הדרכים המשמשות כיום את המדינה ליצירת ממשליות רגולטורית עתידה לשנות את פני המשפט המנהלי כאשר הוא מוחל על מצבים רגולטוריים. ניצנים לשינוי המשפטי האמור מצויים בבג"ץ מתווה הגז.

- 241 ראו, למשל, BALDWIN, CAVE & LODGE, לעיל ה"ש 70, בעמ' 116–123; GUNNINGHAM, GRABOSKY & SINCLAIR, לעיל ה"ש 232, בעמ' 47–50; ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–31.
- 242 ראו, למשל, ידין "קצר בתקשורת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 409–410.
- 243 ראו בספר הקלאסי JOHN BRAITHWAITE, TO PUNISH OR PERSUADE: ENFORCEMENT OF COAL MINE SAFETY (1985).
- 244 למודלים שונים של רגולציה עצמית ראו Anthony Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 97, 99–100 (1995). למודל של רגולציה עצמית באופן כללי ראו, לעיל ה"ש 70, בעמ' 137–157; CHRISTINE PARKER, THE OPEN CORPORATION: EFFECTIVE SELF-REGULATION AND DEMOCRACY (2002).
- 245 על רגולציה של גילוי ראו באופן כללי OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014).
- 246 ראו, למשל, ידין "קצר בתקשורת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 408–413.
- 247 ראו על כך, למשל, SIDAK & SPULBER, לעיל ה"ש 100.
- 248 כזכור, הסכמי זיכיון מהווים אך סוג אחד של חוזה רגולטורי. על החוזים הרגולטוריים השונים ראו לעיל תת-פרק ב1(ב).

כך, למשל, ציינה השופטת חיות כי "מודל החוזה הרגולטורי מעורר שאלות רבות בהיבטים משפטיים וציבוריים כאחד העשויות להשליך, בין היתר, גם על היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל לגבי מודל רגולטורי כזה".²⁴⁹

2. דיני חוזים רגולטוריים

לצד ניצני השינוי הפרדיגמטי הניכרים בבג"ץ מתווה הגז, נוכחים עדיין לאורך שורותיו הארוכות של פסק הדין (המשתרע על פני כמאתיים עמודים) שרידים של הניתוח המשפטי ה"ישן", התואם את דפוסי הפעולה המסורתיים של המנהל המצווה. כך, למשל, כינה השופט פוגלמן את המתווה "עסקת חבילה" בין המדינה לתאגידי הגז,²⁵⁰ אך בה בעת ניתח אותו כהחלטת מדיניות שעניינה אך הוצאה לפועל של סמכויות רגולטוריות, אשר מצאה את מקומה בהחלטת ממשלה.²⁵¹ לשיטתו, המתווה הוא לא יותר מאשר מעשה מנהלי הכולל הכרזות, מתן הוראות וקביעות מחייבות²⁵² – ביטויים השייכים לפרדיגמה המסורתית של המנהל. אף המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע כי החלטת הממשלה היא תוצר של משא ומתן פרטני עם תאגידי הגז הדומה לחוזה, אך במקום אחר ציין כי היא אינה חוזה.²⁵³

דיסוננס דומה ניתן למצוא אצל השופטים המנתחים את מתווה הגז בכלים של הבטחה מנהלית – דוקטרינה מסורתית (אשר ממילא, כאמור, לא קנתה לה אחיזה של ממש במשפט המנהלי)²⁵⁴ השייכת לעולם ה"ישן" של המנהל החד-כיווני. בעוד שפסק הדין הכיר בעיקרו בכך שמתווה הגז מסמן הסכמה בין הממשלה והרגולטורים השונים, מחד גיסא, לבין תאגידי הגז, מאידך גיסא, הוא כולל ניתוח משפטי של פסקת היציבות כהבטחה מנהלית.²⁵⁵ עם זאת, דווקא על רקע הדיסוננס של פסק הדין – המתבטא ב"שיירי" הניתוח המשפטי המסורתי של המנהל כגוף ריכוזי, כופה ומצווה, אשר נוכחים בפסק הדין לצד המשפט הרגולטורי החדש – בולט השינוי בחשיבה המשפטית. ניתן להשקיף על השינוי שהמאמר מאתר במשפט המנהלי כהתפתחות מיוחדת של ענף דיני הרגולציה, ובתוכו של דיני החוזים הרגולטוריים.

כחלק מן הצורך המעשי לתת מענה משפטי לגידול בהיקף המנהל ולהשפעתו הרבה על היבטים מגוונים בחיי האזרח, החל להתפתח "המשפט המנהלי ההקשרי" (אשר יש המכנים אותו "המשפט המנהלי המיוחד" או "המשפט ההקשרי-התחומי").²⁵⁶ בתמצית, פיתוח

249 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

250 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

251 שם, פס' 13.

252 שם, פס' 14.

253 שם, פס' קה ו-קכב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ("התניה נקבעה במסגרת החלטת ממשלה ולא במסגרת חוזה"; "החלטת הממשלה בענייננו עוצבה במידה רבה בדומה לחוזה של ממש, לאחר משא ומתן בין המדינה לחברות הגז").

254 ראו לעיל תת-פרק ב(ב), בטקסט שליד ה"ש 139–141.

255 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 35 לפסק דינו של השופט סולברג.

256 ראו אצל פלג אתגר העוני, לעיל ה"ש 221, בעמ' 42–43; בג"ץ עיריית יוקנעם, לעיל ה"ש 14, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

המשפט המנהלי ההקשרי גורס כי אין די במשפט המנהלי הכללי, המורה על עקרונות כלליים שיחולו על הרשות המנהלית בעבודתה, אלא יש לפתח דינים ספציפיים לכל תחום במנהל.²⁵⁷ עקב הגיוון הרב בתחומי התוכן המנהליים במדינה, המשפט נדרש ל"דיני רווחה",²⁵⁸ ל"דיני תכנון ובנייה", ל"משפט מנהל בטחוני" וכיוצא בהם.²⁵⁹ ההבחנה בין התחומים השונים שהמשפט המנהלי פועל בהם מתבקשת לא רק עקב השוני המוסדי של זהות הרשות המנהלית המטפלת בנושא מסוים, אלא גם כפועל יוצא מהבדלים בגישה, במומחיות התחומית, בזהות הצדדים הטיפוסיים להליך, וכן באינטרסים ובערכים הניצבים במוקד הפעילות. כך, למשל, אין דינן של בקשות שהייה בישראל כדין מתן רשיונות קידוח לשותפויות גז ונפט. במקרה הראשון הפרט מצוי בעמדת נחיתות מובנית מול השלטון, בעוד במקרה השני ייתכן שהשותפות היא בעלת הידע והכוח הרב יותר בעסקיה מול המדינה. לפיכך, בעוד עקרונות המשפט המנהלי נשמרים באופן כללי במשפט המנהלי ההקשרי, קיימים הבדלים בין התחומים השונים בדגשים הניתנים ובאיוון הנעשה בין ערכים מתנגשים.²⁶⁰ הנה כי כן, משפט מנהלי הקשרי מתחיל להתפתח בתחום חדש – דיני החוזים הרגולטוריים.²⁶¹

דיני החוזים הרגולטוריים עוסקים בעיקרם בכללי הפעולה של רגולטור המבקש להתקשר עם גורם פרטי בחווה רגולטורי. במסגרת זו נכללים כללי הסמכות המנהלית בחוזים רגולטוריים, כללי ההליך הרגולטורי ההסכמי וכללי שיקול הדעת המנהלי בחווה רגולטורי. במישור הסמכות הרגולטורית נדונו בבג"ץ מתווה הגז שאלות הנוגעות, למשל, באפשרותה של המדינה להתחייב לגורמים פרטיים בעסקת חבילה רגולטורית²⁶² וכן בהיקף ההתחייבויות

257 ראו אצל זיידמן, לעיל ה"ש 221, בעמ' 734.

258 על המשפט המנהלי של הרווחה, העוסק בתוכניות רווחה שמטרתן מניעת עוני, ראו אצל פלג אתגר העוני, לעיל ה"ש 221, בעמ' 305–308.

259 ראו שם, בעמ' 35.

260 ראו שם, בעמ' 297–300, 393–399; איל פלג ההפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005), שם מציע המחבר להחיל חובות מן המשפט הציבורי על חברות מופרטות באמצעות פיתוח "משפט שירות הציבור". קריאה לפיתוח "המשפט הציבורי של ההפרטה" כתת-ענף של המשפט הציבורי מצויה אצל דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 475–476 (2008).

261 להתנגדות למגמת ההתגבשות של ענפים צרים במשפט, דוגמת דיני האינטרנט, ראו, למשל, Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207; Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145 (2000). לתגובה על ביקורת זו ראו Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999).

262 אחת הטענות המרכזיות של העותרות בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, הייתה כי המתווה נערך בחוסר סמכות. בתוך כך נטען כי "צוות קנדל" הממשלתי ניהל משא ומתן עם תאגידי הגז בחוסר סמכות, משפעל ללא כתב מינוי מסודר. עוד נטען כי הממשלה אינה יכולה למתוח את סמכותה השירותית כדי להיקשר בהסכמים עם המגזר הפרטי. נוסף על כך נטען כי אף אם ניתנו סמכויות נקודתיות לממשלה ולזרועותיה להתקשר בחלקים מסוימים מן המתווה, כגון מיסוי או ייצוא, ההתקשרות במתווה כולה, ובו מגוון רחב של נושאים, מהווה חריגה מסמכות. ראו, למשל, בג"ץ 262/16 מפלגת העבודה הישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 165–175 (פורסם בנבו, 11.1.2016) (עתיירה למתן צו על תנאי).

המותר מבחינת כבילת שיקול הדעת המנהלי,²⁶³ מבחינת האפשרות להתחייב בהסדרים ראשוניים²⁶⁴ ומבחינת יחסה של ההתחייבות לעבודתה של הרשות המחוקקת.²⁶⁵ ברובד של שיקול הדעת הרגולטורי נבחנה במיוחד סבירותן של ההתחייבויות בסוגיית הפטור בהגבלים עסקיים והפעלתו של סעיף 52 לחוק.²⁶⁶ במישור ההליך הרגולטורי נבחנו סוגיות הנוגעות בשימוע ציבורי הנלווה לרגולציה הסכמית, בהרכבו של צוות המשא ומתן מטעם המדינה, בשקיפות המשא ומתן שנערך לקראת החוזה הרגולטורי ובתשתית העובדתית שעמדה לרשות צוות המשא ומתן הממשלתי.²⁶⁷

בג"ץ מתווה הגז מהווה התייחסות משמעותית ראשונה של בתי המשפט בישראל לסוגיות אלה, ונותן מענה ראשוני לצורך בפיתוח משפט מנהלי הקשרי לחוזים רגולטוריים.²⁶⁸ במסגרת זו נקבע למשל, במישור הסמכות, כי הרשות המנהלית רשאית להעדיף התקשרות בחוזים רגולטוריים עם גורמים הנתונים לפיקוחה במקום הפעלת רגולציה כופה;²⁶⁹ כי לממשלה נתונה סמכות לערוך מתווה רגולטורי הסכמי מורכב, המערב כמה נושאי רגולציה, המופקדים ברגיל בידי רגולטורים מקצועיים שונים;²⁷⁰ כי לא ניתן לכלול בחוזים רגולטוריים פסקות יציבות מרחיקות לכת;²⁷¹ כי ניתן למתוח את הסמכות המנהלית הניתנת לרגולטור פלוני מכוח חוק מסוים, כדי לאפשר לו לערוך חוזה רגולטורי הנשען על סמכויותיו מכוח חוק אחר;²⁷² וכי חוזים רגולטוריים מורכבים, דוגמת מתווה הגז, המהווים הסדר ראשוני, אינם מחייבים בהכרח עיגון בחקיקה.²⁷³ ככלל, התמונה המצטיירת בפסיקתו של בית המשפט בבג"ץ מתווה הגז היא

- 263 ראו על כך בהרחבה לעיל תת-פרק 2(ד).
- 264 ראו, למשל, עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 32, פס' 718–770.
- 265 ראו על כך גם לעיל בה"ש 146.
- 266 ס' 52 לחוק ההגבלים העסקיים היווה סלע מחלוקת בין הצדדים בבג"ץ מתווה הגז, משום שסעיף חריג זה מסמיך את שר הכלכלה לפטור חברה מהוראות החוק מכוח שיקולים בטחוניים או מדיניים – פטור שעמד בבסיסו של מתווה הגז הטבעי. ראו דיון, למשל, בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' מה – מו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. השופטים לא מצאו אי-סבירות בעניין זה. ראו שם, פס' ה לחלק "כללם של דברים" בסופו של פסק הדין.
- 267 ראו, למשל, שם, פס' נו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. אף שבית המשפט איתר פגמים מסוימים שנפלו בהליך המנהלי, הוא קבע כי הם אינם חמורים במידה המצדיקה התערבות באמצעות ביקורת שיפוטית.
- 268 אך ראו את תחילתו של דיון כזה בבג"ץ כלל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 78. בית המשפט קבע שם כי על הרשות המנהלית לנהל משא ומתן רגולטורי בתום לב, ולא מתוך מטרה לעכב את הצד האחר עד אשר יחוקק חוק שיכשיל את המדיניות המתגבשת בין הצדדים.
- 269 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 270 ראו, למשל, שם, פס' 10–14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 271 ראו דיון מפורט בכך לעיל בתת-פרק 2ב.
- 272 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' לו 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, התשנ"ו–1996. לפי רובינשטיין, עניין זה, שנתקף על ידי העותרות, תקיין במישור הסמכות, ואינו מעורר כל בעיה. לדעה דומה ראו שם, פס' 24–26 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 273 ראו, למשל, שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג.

של הקלה בכללי הסמכות המנהלית הכלליים, באופן שיאפשר שימוש במכשיר החווה הרגולטורית, אשר כה נחוץ למנהל.²⁷⁴

בהקשר של ההליך המנהלי דיבר בית המשפט על חובתה של הרשות המנהלית הנושאת ונותנת לפעול לפי כתב מינוי מסודר; לנהל פרוטוקולים שיתעדו את המשא ומתן; לכלול בצוות המשא ומתן, במידת האפשר, את מגוון הרגולטורים הרלוונטיים לעניין; ולקיים שימוע ציבורי בתנאים הולמים ובהיקף מספק, משבחרה לקיים שימוע כזה.²⁷⁵ הלכות אלה מיוחדות להקשר הרגולטורי-ההסכמי, והן מסמנות פיתוח והעמקה של דיני ההליך המנהלי הכללי. נראה, באופן כללי, כי הנטייה של בית המשפט בהקשר זה היא להגביר ברגולציה הסכמית את החובות המנהליות הכלליות הנוגעות בשקיפות ציבורית ובשיתוף בעלי עניין,²⁷⁶ אולי במטרה לאזן את ההגמשה בכללי הסמכות.²⁷⁷

בפרק הבא ייבחנו באופן ראשוני הצדקות אפשריות להגמשה זו אל מול חולשות מרכזיות של מודל הרגולציה ההסכמית. סופו של הפרק יכלול גם המלצות מדיניות משפטית להתמודדות עם החולשות האמורות.

ד. חוזקותיו וחולשותיו של המנהל ההסכמי וכיווני התפתחות רצויים בביקורת השיפוטית

בג"ץ מתווה הגז הוא אחת הפסיקות החשובות בתולדות בית המשפט הישראלי בהקשר הכלכלי-המנהלי. פסיקה זו בחנה אם התחייבותה של הממשלה ל"חבילת" תנאים רגולטורית מול תאגידי גז טבעי פרטיים בהקשר של תגלית הגז הגדולה ביותר בישראל היא חוקית. פרשה זו עוררה הדים רבים בקרב הציבור הישראלי, אשר יצא לרחובות להפגין נגד ההסכמות המכוננות "מתווה הגז", והנושא לא ירד מן הכותרות חודשים רבים.²⁷⁸ במוקד הדיון הציבורי והמשפטי עמדו יחסי הכוחות הרצויים בין המדינה בכובעה כרגולטור לבין התאגידיים המפוקחים על ידה, וזאת במיוחד על רקע אסדרתו של משאב טבעי ציבורי.²⁷⁹ ברקע הוויכוח

274 ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 199–201.

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

276 על חובות אלה באופן כללי, ועל מצבן הבלתי-מפותח בישראל, ראו, למשל, אצל דפנה ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369, 383–405 (2000) (להלן: ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי"). כן ראו לעיל ההפניות בה"ש 207.

277 ראו על כך גם בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג.

278 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 ז 41 (2015); בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עתירת אדם טבע ודין בבג"ץ 4593/13, לעיל ה"ש 28, פס' 100–102.

279 סוגיה ציבורית חשובה נוספת שהתעוררה אגב מתווה הגז הטבעי היא עצמאותם של רגולטורים מקצועיים ביחס לדרג הפוליטי. הדוגמאות הבולטות לכך הן התפטרותו של פרופ' דיוד גילה, הממונה על ההגבלים העסקיים, ועזיבתה של אורית פרקש-הכהן, יושבת ראש רשות החשמל, על

הכלכלי והפוליטי עמד החשש שהמדינה "שבויה" למעשה באינטרסים של המפוקחים.²⁸⁰ "שבי רגולטורי" זה, על פי הטענה, מתבטא בכך שבמקום להטיל רגולציה כופה על התאגידים באופן חד-כיווני, בחרה המדינה באסטרטגיה של רגולציה הסכמית, אשר נוגדת את האינטרס הציבורי.²⁸¹

בהקשר זה כתב השופט סולברג כי "לא נס ליחה של חזקת תקינות מעשה המינהל".²⁸² אף המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין בפתח פסק דינו כי "...אין לנו סיבות להניח כי העוסקים במלאכה לא פעלו נאמנה ולמען הציבור וצרכי המדינה לפי הבנתם".²⁸³ עם זאת, בהמשך דבריו הוא ציין כי ההליך שבו בחרה המדינה לשם עיגון מתווה הגז עלול ליצור פתח לשחיתות מוסדית או אישית,²⁸⁴ וכי במסגרת הליכי חקיקה המתקיימים בכנסת יכולתן של קבוצות אינטרסים מאורגנות להשפיע על הרשות המנהלית לקבל החלטות שישרתו אותן מוגבלת יותר מאשר במסגרת הליכי רגולציה מנהליים.²⁸⁵ מהו אותו "שבי רגולטורי" ועל אילו חששות נוספים ניתן להצביע עם אימוצו של מודל החוזה הרגולטורי למשפט בישראל? בפרק זה אבקש לערוך דיון נורמטיבי במודל החוזים הרגולטוריים. הדיון יצביע על חשיבותו של המודל וידגיש את יתרונותיו הרבים, וכן יצביע על חסרונות אפשריים שלו, במטרה להציע כיווני התפתחות רצויים של דיני החוזים הרגולטוריים.

אחד היתרונות הבולטים של חוזה רגולטורי גלום בכך שהוא מאפשר להתמודד עם בעיה נקודתית שמתעוררת – או עשויה להתעורר – בקשר לפעילותו של מפוקח ספציפי, ולהתאים לו חליפה רגולטורית מותאמת אישית לא רק ברמת האכיפה, אלא גם ברמת ההסדרה של כללי

רקע מחלוקת מקצועיות שהתגלעו בינם כרגולטורים לבין הדרג הפוליטי על אודות מתווה הגז הטבעי. ראו על כך בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קמד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

280 ראו על כך, למשל, בטענות העותרים בבג"ץ 4894/15 הפורום הישראלי לאנרגיה נ' ממשלת ישראל, פס' 7, 9 (פורסם בנוב, 22.7.2015); עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 32, פס' 75–78, 94, 97–98.

281 לחשש זה ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן. לכך מתקשרת גם יכולתם של תאגידים פרטיים גדולים לפעול ישירות או באמצעות שדלנים (לוביסטים) על מנת לשכנע את הרגולטורים להעניק להם הקלות רגולטוריות, בין היתר באמצעות רטוריקה של הפחדה ואיום בתרחישי קיצון. ראו, למשל, רשות ההגבלים העסקיים "תרשומת פגישה עם דלק ונובל אנרגי" דבריו של יצחק תשובה (22.12.2014). <https://storage.googleapis.com/ch2news-attach/2016/04/%D7%92%D7%96.pdf>. לתיאור מתכונת 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). כן ראו את דבריו של השר לשעבר אבי גבאי "השר גבאי בוועדת הכלכלה: כשדברים לא מאוזנים יוצאים לדרך הם מתפרקים מהר מאוד; ראש המל"ל: מצרים, ירדן, קפריסין וטורקיה כבר מחזרות אחרי הגז הישראלי" (הודעות הכנסת, 2.12.2015).

282 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של השופט סולברג. כן ראו שם, פס' 26 לפסק דינו ("לא עלינו, כבית משפט, לבוא בנעלי הנושאים והנותנים. חזקה על עובדי המדינה והמומחים מטעמה, כי עשו את מלאכתם נאמנה").

283 שם, פס' כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

284 שם, פס' קלח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

285 שם, פס' קמא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

הפעילות עצמם. אסטרטגיה רגולטורית זו מחליפה את השיטה של ניסוח כללי התנהגות ופיקוח שיחולו על מגזר שלם או ענף שלם בדרך של ציווי ושליטה, כגון באמצעות נהלים, תקנות או חקיקה.²⁸⁶

בכך עשויים להיחסך משאבים רגולטוריים יקרים הכרוכים בגיבוש מדיניות רגולציה בעלת תחולה רחבה. מדיניות כזו עלולה להתגלות לא רק כיקרה, אלא בסופו של דבר ככוללנית מדי, משום שהיא אינה מותאמת למאפיינים המיוחדים של המפוקחים השונים. לעומת זאת, החווה הרגולטורית מותאמת באופן ספציפי לתאגיד הרלוונטי, ועיצובו מבוסס לעיתים קרובות על מידע המגיע מהגורם המפוקח עצמו. על אף החשש מפני מידע עודף או מוטה, הדיאלוג עם המפוקח מניב למפקח תובנות רבות, ומאפשר לו להיחשף לנתונים שאינם עומדים לרשותו במסגרת של הליכי הסדרה כלליים, דוגמת חקיקה. עניין זה מאפשר לרגולטור לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית רחבה,²⁸⁷ ובכך עשוי להבטיח תוצר רגולטורי מקצועי יותר מזה הנוצר במסגרת הליכים של ציווי ושליטה. על כך ציין השופט סולברג, בבג"ץ מתווה הגז, כי –

ההחלטה על המתווה המיטבי לניצול משאב הגז היא החלטה מקצועית מהדרגה הראשונה, המחייבת קביעת מדיניות רב-קודקודית, בעלת תחומי השפעה והשקפה רבים... אופי הפעילות והיקף ההשקעה הנדרשת הביא את הרשות המנהלית להבנה כי לא ניתן לקדם נושא זה באופן ראוי אלא באמצעות שיתוף פעולה עם יזמים פרטיים שלהם נתונים הן המומחיות הטכנית, הן המשאבים הכלכליים הנדרשים.²⁸⁸

כמו כן, האפשרות לקבוע כלל פרטני למפוקח במסגרת חווה רגולטורית מחסנת את הרגולטור במידה רבה מפני כישלון המתבטא ביצירת כללים ציבוריים רחבים מדי שיתגלו כבלתי ישימים במבחן המציאות. החווה הרגולטורית מאפשרת יצירת רגולציה ממוקדת וישימה, במתכונת דיפרנציאלית המותאמת למאפייניו האישיים של המפוקח.²⁸⁹

יתרון נוסף הוא שהליך יצירתו של החווה הרגולטורית מהיר יותר (לעת עתה לפחות) מהליכי רגולציה אחרים, המחייבים פרוצדורה וביורוקרטיה מקיפות. כך, למשל, הליכי הסדרה באמצעות תקנות, כללים או הוראות, וכמובן בחקיקה ראשית, מחויבים בפרוצדורה ממושכת ומורכבת, ולעיתים קרובות נדרש לערוך במסגרתם הליכי שימוע, דיונים והיוועצות, בדיקת

286 אומנם, הליכי הפיקוח והאכיפה בשיטה של ציווי ושליטה הם פרטניים באופיים, אך הכללים המתווים את יישומם, כגון בתקנות, אינם גמישים ואינם מותאמים בדרך כלל לגורם ספציפי, אלא מיועדים לסוגים של מפוקחים או לאסדרת ענפים שלמים במשק (למשל, קביעה עקרונית של הגובה המרבי/המזערי של קנס או של עיצום כספי).

287 אומנם, גם הליכי רגולציה כלליים נתונים לעיתים להליך של שימוע ציבורי וולונטרי, שבו מתקבלות עמדות מגורמים מעוניינים, אך תהליך קבלת המידע במקרה זה הוא חד-כיווני, פומבי יחסית ומבוזר בין גורמי עניין מרובים. מאפיינים אלה שונים משיתוף המידע הנלווה לגיבוש החווה הרגולטורית.

288 ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט סולברג (ההדגשה הוספה).
289 על רגולציה דיפרנציאלית ראו אצל יובל פלדמן, אורן פרז וקרן שמואל-סידי "הסדרת המחזור במשק הביתי: מחקר אמפירי של ההיבטים הדמוגרפיים וההתנהגותיים של מדיניות מחזור דיפרנציאלית בישראל" מחקרי משפט כט 391, 407–410 (2014).

נתונים ופרסום מתאים.²⁹⁰ דווקא המהירות והגמישות המאפיינות את החוזים הרגולטוריים עשויות לשרת את הצדדים לחוזה היטב במקרים של שינויים טכנולוגיים, חברתיים, בריאותיים או פיננסיים המצריכים מענה רגולטורי יעיל. כך, למשל, אחת ההצדקות שהעלתה המדינה לניהול המשא ומתן על מתווה הגז הייתה הצורך בפיתוח מהיר של המשאב הטבעי שהתגלה.²⁹¹

מעלה נוספת של החוזה הרגולטורי קשורה דווקא למידת הפומביות והשקיפות המועטה האופיינית לו.²⁹² עניין זה מהווה אומנם נושא מרכזי לביקורת על מכשיר החוזה הרגולטורי, ובצדק, אולם חשוב להכיר בכך שמאפיין זה משמש גורם משיכה מרכזי של הצדדים לחוזה.²⁹³ ככלל, חוזה רגולטורי נוטה להיות פומבי פחות ונגיש פחות לציבור מתקנות בנות פועל תחיקתי (המחויבות בפרסום) ואף מתקנות שאינן בנות פועל תחיקתי (כגון הוראות וכללים רגולטוריים המתפרסמים באופן לא פורמלי).²⁹⁴ זאת, משום שבדרך כלל חוזים רגולטוריים, ובכלל זה הסכמי זיכיון ורישיון, אינם כפופים לחובת פרסום.²⁹⁵ מסיבות שונות רגולטורים רבים אף אינם מפרסמים את ההתקשרויות הרגולטוריות באופן וולונטרי.²⁹⁶ בכך גלומים יתרונות רבים לצדדים לחוזה – בוודאי לחברות המפוקחות, אך גם למדינה.

290 ראו, למשל, את הפרוצדורה המקיפה שקובע נוהל רשות ניירות ערך "נוהל פנימי לייזום אסדרה על ידי רשות ניירות ערך" (2012) www.isa.gov.il/Download/IsaFile_7067.pdf. על הליכי התקנתן של הוראות רגולטוריות וכן על הליכי התקינה של רשות ניירות ערך ראו אצל אסף אקשטיין "אינרציה אסדרתית וקבוצות אינטרס: ראיות אמפיריות מתחום האסדרה של שוק ההון" מחקרי משפט ל' 635 (2016). יודגש כי באופן רגיל וכללי אין הרשות המנהלית מחויבת לקיים שימוע פרטי או ציבורי בהליכי התקנת תקנות. ראו על כך אצל ברק-ארו "האתגר הדמוקרטי", לעיל ה"ש 276.

291 ראו על כך, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' קלג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 36 לפסק דינו של השופט סולברג. מובן שככל שיתפתחו דיני החוזים הרגולטוריים – למשל, באמצעות עיבוין של חובות ההליך המנהלי – הם יאבדו במידת מה מיתרונותיהם אל מול החקיקה המנהלית הנעשית במתכונת הרגילה. לדיון בהיבטי ההליך המנהלי בדיני החוזים הרגולטוריים ראו לעיל בפסקה האחרונה בתת-פרק ג2.

292 ראו על כך, למשל, אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 127–133.

293 שם, בעמ' 131.

294 שם, בעמ' 127.

295 אך ראו יוזמה ממשלתית ליצירת מאגר פומבי של הסכמים כגון אלה בהחלטה 1116 של הממשלה ה-33 "פרסום היתרים ומסמכי התקשרות בין רשויות המדינה לגופים פרטיים" (29.12.2013). ברוח של היחידה הממשלתית לחופש המידע במשרד המשפטים, שפורסם בשנת 2016, צוין כי מתוך אלפי התקשרויות רלוונטיות מדי שנה פורסמו 36 התקשרויות ושני היתרים בלבד. היחידה הממשלתית לחופש המידע במשרד המשפטים "תמונת מצב אודות יישום החלטת ממשלה 1116 מיום 29.12.13" (2016) www.justice.gov.il/Units/YechidatChofeshHameyda/GlobalDocs/Update1116.pdf.

296 ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 127–135. לדוגמה, ראו את החוזים הרגולטוריים שערכה רשות ניירות ערך עד לחקיקת "חוק אכיפה מנהלית" (חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע–2010), כמתואר שם, בעמ' 90–96, 171–184, וכן אצל ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77. להמלצה לפרסם חוזים רגולטוריים ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 149–150.

מאפיין הפומביות הפחותה מאפשר לצדדים חופש יחסי ושחרור ממגבלות שונות הפוגעות לפעמים ביעילות. כך, למשל, הרשות המנהלית יכולה כאמור להימנע מחובות פרוצדורליות מכבידות מסוימות, והתאגיד הפרטי נהנה משיתוף מוצלח עם קובעי המדיניות הרגולטורית, שאינו מתאפשר בהכרח במסגרת הליכים מנהליים רגילים. בכך החווה הרגולטורית מאפשר למדינה שיתוף פעולה עם התעשייה במסגרת רגולציה באופן מרחיק לכת הרבה יותר מאשר מתכונות של שיתוף בעלי עניין בהתקנת תקנות²⁹⁷ על דרך שימוע ציבורי או באמצעות מתן זכות טיעון פרטנית לנפגע מההחלטה, ובמובן זה ייתכן שהוא דמוקרטי יותר.²⁹⁸

בהמשך לכך, מגעים חשאיים לקראת חוזה רגולטורית מאפשרים לצדדים לבחון אפשרויות פיקוח באופן לא פורמלי, מבלי שהדבר יחייב אותם באופן פומבי ורשמי. חוזה רגולטורית "סודי" או "חסוי" עשוי לבטח את הצדדים מפני נזקי מוניטין וביוש (shaming) הכרוכים לעיתים בהתנהגותו של התאגיד מושא החווה הרגולטורית.²⁹⁹ כך, למשל, התנהגות קלוקלת של התאגיד המפוקח עלולה להאיר באור שלילי הן את המפוקח והן את הרגולטור, אשר לא השכיל לפקח עליו ולמנוע את ההפרה. בנסיבות אלה האפשרות ליצור הסדרי רגולציה "שקטים" בעקבות הפרות קיימות או צפויות, מבלי להביא את הנושא לידיעת הציבור, נהפכת למוצא היעיל ביותר.³⁰⁰

נוסף על כך, לעיתים קרובות החווה הרגולטורית משמש שלב לימודי מקדים ליצירתה של רגולציה פורמלית להסדרה כלל-ענפית במתכונת של ציווי ושליטה. בתקופת הניסיון הרגולטורית יכול לצבור מידע בנוגע לתחום הפיקוח, ולבחון אפשרויות פעולה שונות מבלי להיות חשוף לביקורת ציבורית, פוליטית, שיפוטית ומנהלית במידה דומה לזו שהוא חשוף לה במסגרת של התקנת תקנות או פעולות פיקוח ואכיפה במתכונת של ציווי ושליטה. גמישותו של החווה הרגולטורית באה לידי ביטוי אף בתמורות המגוונות שהצדדים עשויים להחליף ביניהם.³⁰¹ תמורות אלה עשויות לכלול התחייבויות שהרגולטור אינו מוסמך לדרוש מהמפוקח במסגרת של ציווי ושליטה, ואשר מצויות מעל ומעבר לנדרש בדין. כאלה הן, למשל, התחייבות למתן דיווחים וולונטריים של התאגיד לגבי פעילותו; התחייבות להגברת סטנדרט הפעילות של התאגיד – מבחינת היקפים, לוחות זמנים, השקעות וכיוצא בהם; או התחייבות ליישום מנגנונים אתיים במתכונת של רגולציה עצמית. באופן עקרוני, היבט זה של החווה הרגולטורית מאפשר לעיתים להשיג תוצאות רגולציה טובות יותר, מבחינת המגבלות המוטלות על הפעילות המפוקחת, מאשר באמצעות הציווי והשליטה המנהליים.

297 ראו ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי", לעיל ה"ש 276.

298 על זכות הטיעון במשפט המנהלי ראו, למשל, אצל ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 499-498.

299 בהקשר זה מוכרות תניות סודיות בחוזים רגולטוריים. ראו, למשל, במקרה של בג"ץ אלון, לעיל ה"ש 80. לשיקולים הנוגעים בשמירה על סודיות בהקשר דומה – של הליכי רגולציה וולונטריים מסוג פרה-רולינג (פניות מקדמיות) ברשות ניירות ערך – ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 18994-07-15 דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ, פס' 23 (פורסם בנבו, 4.5.2016).

300 ראו על כך אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 198-202; ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77.

301 לפירוט התמורות הרגולטוריות ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67-77.

בהמשך לכך, החוזה הרגולטורי שימושי במיוחד למדינה כאשר היא מעוניינת למשוך פעילות כלכלית של יזמים זרים לשטחה. המכשיר החוזי מאפשר למדינה לנהל משא ומתן עם החברה הפרטית על התנאים שבהם תפעל החברה, ולהקנות לה ודאות רגולטורית מספקת כדי לתמרץ אותה לפעול בישראל.³⁰² נימוק זה נזכר בחוות דעתו של השופט ג'ובראן בבג"ץ מתווה הגז:

פיתוח משק הגז מחייב, אפוא, פנייה לידע המצוי 'בשדות זרים', על דרך של משיכת חברות זרות להן הידע וההכנה הנדרשים בתחום. לפיכך, מאפיין זה מחייב שיתוף פעולה בין המדינה לבין גורמים פרטיים בעלי אינטרסים כלכליים מובהקים, אחרת תיוותר המדינה כאשר משאבי הגז הם כאבן שאין לה הופכין.³⁰³

נוסף על כך, החוזה הרגולטורי מסמן אסטרטגיה המאפשרת פעילות עסקית, ולא מונעת אותה, ובכך הוא מייצר אפקט חיובי של צמיחה במשק. באופן כללי, הסדרים בין המפוקח לרגולטור אינם מכוונים להפסקה או להשבתה של הפעילות העסקית; להפך, החוזה הרגולטורי נועד לאפשר לצדדים להסכים על כללים מותאמים להמשך פעילותו של המפוקח, תוך צמצום הפגיעה באינטרס הציבורי. זאת, להבדיל מכללי ציווי ושליטה, אשר שוללים לעיתים כניסה (entry) של שחקנים לשווקים או מדירים שחקנים קיימים מן השוק – למשל, באמצעות הצבת חסמי כניסה מחמירים, דרישות רישוי מקצועיות, דרישת ערבויות, דרישת הון עצמי מינימלי, או ביטול של מונופול, של זיכיון או של היתר לפעילות.

יתרון נוסף של החוזה הרגולטורי טמון במצבים הקוראים לכאורה לאכיפה מסוג של ציווי ושליטה, כגון בעקבות הפרות רגולציה. החוזה הרגולטורי חוסך לצדדים את השקעת המשאבים הכרוכה בפעולת האכיפה המנהלית או הפלילית, ומצמצם את הנזקים שעלולים להיגרם להם כתוצאה ממנה. הוא עשוי להוביל לסיום מהיר של המשבר הרגולטורי ולתיקון מהיר ויעיל של הפרות. נוסף על כך, התאגיד עשוי לצמצם את הפגיעה במוניטין שלו, בשוויו וביכולתו לגשת למכרזים ציבוריים ופרטיים, הנלווית לעיתים לאישומים פליליים או להליכים מנהליים של ציווי ושליטה הננקטים נגדו;³⁰⁴ למזער נזקים שעלולים להיגרם לפעילות העסקית השוטפת של החברה עקב ביצועם של צווים, חקירות, חיפושים ודרישות להפסקת פעילות; לחסוך משאבים הכרוכים בניהול הליכים משפטיים ממושכים; ולהימנע מהודאות או

302 לעניין השפעתה של הרגולציה בתחום האנרגיה על משיכת השקעות זרות לישראל ראו Arie Reich, *Israel's Foreign Investment Protection Regime in View of Developments in Its Energy Sector* (EUI Department of Law Research Paper No. 2017/02, 2017), available at <https://ssrn.com/abstract=2906274>.

303 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

304 הליכים פליליים, להבדיל מפשרות מנהליות או אזרחיות (דוגמת החוזים הרגולטוריים), כרוכים בדרך כלל בנוהל מקיף יותר של בדיקה, חקירה וגילוי פרטים בכתב אישום, בדיווחים לבורסה על אודות ההליך המתנהל ובסיקור עיתונאי נרחב. מטבע הדברים, התאגיד, במיוחד תאגיד בורסאי, ירצה להימנע מכך ככל האפשר. למנגנון משלים של גילוי הפרות התאגיד לציבור באמצעות ביוש (shaming) ראו David A. Skeel, Jr., *Shaming in Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1811 (2001).

מהרשעות הניתנות במסגרת ההליך הפלילי או המנהלי, אשר חושפות את התאגיד להליכים אזרחיים נגזרים (הסדרי אכיפה בהסכמה אינם כוללים בדרך כלל הודאה באשמה).³⁰⁵ כמו כן, החווה הרגולטורית מאפשר לרגולטור ולמפוקח להשיג שליטה מרבית במצב המשפטי והרגולטורית ככלי יעיל לניהול סיכונים.³⁰⁶ כך, למשל, חברה תעדיף לשלם או להשקיע סכומי כסף לא מבוטלים, למכור נכסים, ואף להדיח את נושאי המשרה הבכירים ביותר שלה, ובלבד שלא תימצא תחת הליכי רגולציה ממושכים אשר תוצאתם והשלכותיהם אינן ידועות – הן בנוגע להליכי אכיפה, הן בנוגע להליכי פיקוח צפויים לגביה והן בנוגע לטיבם של הכללים המסדירים הצפויים לחול עליה.

אין פלא אפוא שהחברות במשק מייחסות משקל גבוה לנושא היציבות הרגולטורית³⁰⁷ בעידן של ריבוי סוכנויות רגולטוריות ורגולציות.³⁰⁸ אחד הסיכונים המרכזיים לחברות הכפופות לרגולציה, ובו עסק גם מתווה הגז, הוא שינוי אפשרי לרעה במצב המשפטי (חקיקה או רגולציה) שחל עליהן. שינוי זה ניתן למניעה או להפחתה – למשל, באמצעות שדלנות (lobbyism) המופעלת כלפי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת – אך לצידן מתפתח החווה הרגולטורית כמכשיר יעיל בהגברת הוודאות ובעידוד הפעילות העסקית. עמד על כך, למשל, השופט סאוטר: "Contracts like this are especially appropriate in the world of regulated industries, where the risk that legal change will prevent the bargained-for performance is always lurking in the shadows"³⁰⁹.

גם הרגולטור יעדיף לעיתים קרובות את המכשיר ההסכמי, על מנת להימנע מהליכי רגולציה כופים שעלולים להסתים במפלה משפטית ולשחוק כך את כוחו ההרתעתי.³¹⁰ כמה מן החוזים הרגולטוריים כוללים התחייבויות מצידו של הגורם הפרטי להימנע מליטיגציה נגד המדינה, ואף בכך יש כדי להבטיח למדינה "שקט תעשייתי" רצוי.³¹¹ יפים לעניין זה דבריה של השופטת נאור שצוטטו בבג"ץ מתווה הגז:³¹² "בעשיית פשרה ובקביעת ה'מחיר' אין להתעלם

305 ראו על כך בהרחבה אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 188–190 ו-194–196.

306 כנגד זה ניתן לטעון כי החווה הרגולטורית מייצר אי-וודאות לחברות, באשר הן אינן יודעות אם הן יזכו בחווה רגולטורית ובאילו תנאים. ראו על כך אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 147.

307 לדיון בפסקות יציבות בחוזים רגולטוריים וביציבותם של חוזים רגולטוריים באופן כללי ראו לעיל תת-פרק ב2.

308 על מהותה של המדינה הרגולטורית ראו אצל Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 11.

309 ראו הלכת *Winstar*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 869.

310 לאי-הוודאות הגלומה במשפט באופן כללי, ובהכרעותיהן של הערכאות השיפוטיות בפרט, ראו, למשל, מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005).

311 ראו, למשל, עניין דירות יוקרה, לעיל ה"ש 83; עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 152, פס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין; בג"ץ בז"ן, לעיל ה"ש 131, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות.

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

משיקולים מעשיים ובהם יכולתו המשפטית של הצד האחר לגרום 'צרות'. לפשרה (הדרך ההסכמית) יתרון של ודאות (או ודאות יחסית)³¹³. לבסוף, כמכשיר רגולציה רך, החוזה הרגולטורי עשוי למנוע את הלעומתיות המובנית בהפעלתם של כלי ציווי ושליטה, ולפיכך הוא מעודד ציות ושיתוף פעולה טוב יותר של המפוקח עם הרגולטור.³¹⁴ סביר גם שחוזה רגולטורי הנערך בהסכמה, ותוך עיצוב פעיל של התניות על ידי הגורם המפוקח, יהיה חשוף פחות למניפולציה, להפרות ולחידוש פרצות משפטיות על ידי המפוקח, כפי שנעשה לעיתים במסגרת של רגולציה כופה. עניין זה קשור גם לכך שבסיסו ההסכמי של החוזה הרגולטורי הופך אותו ללגיטימי ולדמוקרטי יותר משיטות המתבססות על כוחה הכופה של המדינה, במיוחד בכל האמור לגבי גופים רגולטוריים שאינם נבחרים. הרגולציה ההסכמית מכבדת את המפוקח ונותנת לו עמדת השפעה בקביעת המדיניות המגבילה שתוחל כלפי פעילותו העסקית. בכך מגולם פיצוי מסוים על הפגיעה בזכויות חוקתיות, כגון חופש העיסוק והזכות לקניין, הנובעת מבחירתה של המדינה לסטות מעקרונות השוק החופשי לטובת מודל המדינה הרגולטורית.

למכשיר ההסכמי יש אפוא חוזקות רבות ברגולציה, אשר עשויות להצדיק את הפיתוח הנחוץ של המשפט המנהלי לעבר דיני החוזים הרגולטוריים. זאת, בין באמצעות עיבוי של דינים מסוימים, כגון דיני ההליך המנהלי, ובין באמצעות דילול והגמשה בדינים אחרים, דוגמת דיני הסמכות של המשפט המנהלי הכללי. אולם לצד יתרונותיו הרבים של החוזה הרגולטורי, לא ניתן להתעלם גם מכמה מחסרונותיו. אף שהוא מסוגל להקנות לצדדים יציבות רגולטורית מסוימת, במצבו הנוכחי החוזה הרגולטורי אינו יכול עדיין לספק לצדדים ודאות בנוגע למעמד המשפטי, כפי שהודגם בעניין מתווה הגז הטבעי. אף שאחת משימותיו של מאמר זה היא לפזר את הערפל סביב יסודותיו המשפטיים של החוזה הרגולטורי, עדיין רבים סימני השאלה על הידוע, וטרם הצטברה די פסיקה בנושא. לפיכך רצוי שבתי המשפט ישכילו לפתח את דיני החוזים הרגולטוריים כך שהצדדים לחוזה ירגישו בטוחים מספיק להשתמש בו, אף אם בכפוף למגבלות מסוימות שיוכרו בדין.³¹⁵

בהמשך ישיר לכך, חלק ממבקרי החוזה הרגולטורי מצביעים על הקושי ליישב את החוזים הרגולטוריים עם עקרונות מסורתיים של המשפט המנהלי.³¹⁶ כך, למשל, לגבי הצורך לאתר מקור הסמכה מפורש – בחוק או מכוח חוק – לעריכת חוזים רגולטוריים;³¹⁷ לגבי האיסור

313 בג"ץ בז"ן, לעיל ה"ש 131, פס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור.
 314 לשיקול ההימנעות מעימותים, הממלא תפקיד בבחירה בנתיב הרגולציה ההסכמית, ראו, למשל, בג"ץ דלק קידוחים, לעיל ה"ש 80, פס' ה-ו-כד לפסק הדין.
 315 לדיון באפשרות לחוקק סמכות מפורשת לעריכת חוזים רגולטוריים ראו ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 205–208; ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 142–145.
 316 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג ("כפי שציינו בתחילה, עליית קרנה של המדינה הרגולטורית מעלה שאלות מחודשות של ישום המשפט המנהלי הקלאסי במציאות המשתנה. שאלת סמכותה של רשות מנהלית לקבוע רגולציה שמבליעה בתוכה הסדר ראשוני אינה פשוטה כלל").
 317 ראו, למשל, ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה – ראשון לציון (פורסם בנבו, 15.12.2016).

המסורת של מעשה מנהלי או החלטה מנהלית המנוגדים לעקרון ההסדרים הראשוניים; לגבי הכלל האוסר כבילה של שיקול הדעת המנהלי; לגבי איסור האצילה לגורם פרטי; לגבי האיסור להפלות; ולגבי האיסור החל על הרשות להתנער מסמכויות חובה שלה.³¹⁸ אכן, כפי שנדון במאמר זה, הקושי האמור נובע במידה רבה מהעדר התאמה של המשפט המנהלי המסורתי לעידן הרגולטורי של המנהל.³¹⁹ אולם בג"ץ מתווה הגז פתח פתח ברור להגמשה של כללי המשפט המנהלי בהקשר של חוזים רגולטוריים. כך, באשר לשאלת סמכותה של המדינה ציין השופט סולברג כי "בחירתה לצעוד בדרך הרגולציה ההסכמית מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי המסור לה",³²⁰ וכי "יישום דווקני של איסור כבילת שיקול הדעת, יאיין את הפרקטיקה של התקשוריות בין רשויות ציבוריות ובין גורמים פרטיים".³²¹ גם בסוגיית ההסדרים הראשוניים ברגולציה ההסכמית חיווה השופט סולברג את דעתו כי "כאשר לא עסקינן בפגיעה בזכויות אדם ולא בהסדר המעורר שאלה ערכית שבלילת המחלוקת הציבורית, מוצדק להגמיש את דרישת ההסמכה המפורשת".³²² האם גישה זו רצויה?

כללי המשפט המנהלי נועדו לשרת את צורכי הציבור ואת האינטרס הציבורי, ולא להפך. על כן, מי שמקבל את החווה הרגולטורית כמכשיר נחוץ ואף קריטי לעבודתה המקצועית של הרשות המנהלית הרגולטורית – וזוהי גם עמדתי – צריך לצדד בשינוי ובחידוד של כללי המשפט המנהלי. אין כוונתי לוותר על עקרונות יסוד של המשפט המנהלי, אלא אך לעדכון, להתאמה, ולעיתים לעיבוי ולהעמקה של הכללים, כך שיתאימו יותר לטיפול במצבי רגולציה הסכמית. משפט החוזים הרגולטוריים מצוי עדיין בראשיתו, ומצריך המשך מחקר וצבירת ידע וניסיון. לפיכך יוצע להלן דיון ראשוני בחולשות אפשריות של החווה הרגולטורית, אשר יצביע על כיווני התפתחות רצויים בהקשר של הצבת בלמים ואיזונים לשם התמודדות נכונה עם הפרקטיקה.

אחד החסרונות של החווה הרגולטורית קשור לכך שהוא עלול לשמש מכשיר "כיבוי שרפות" נקודתי אל מול מפוקח ספציפי, כתחליף לציווי ושליטה הנחוצים להסדרת הענף. במקרה כזה הפיתוי להגיע להסדר פרטני עם תאגיד מסוים (אף אם מדובר בתאגיד עיקרי בענף) עלול להניא את הרגולטור מעיסוק ברגולציה מסודרת ושיטתית שהיא תוצר של הליך מדיניות מאוזן. במצב דברים זה תפתח המדיניות הרגולטורית כפתרונות של טלאי על טלאי למקרים קונקרטיים, באופן שלא יאפשר יצירה של כללים רגולטוריים ברורים, כלליים ואחידים. חיסרון אחר הוא שכאשר הרגולטור מנהל משא ומתן, תדמיתו ההרתעתית בתעשייה, כגון המסוגל לקיים אכיפה כופה כלפי הגורמים הפרטיים, עלולה להיפגע. החווה הרגולטורית עלול

318 ראו על כל אלה אצל ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, פרק 4.
 319 ראו על כך לעיל בפרק ג. לקושי זה בהקשר של עקרון הסמכות ראו, לדוגמה, בג"ץ 7755/14 צלול – עמותה לאיכות הסביבה נ' הממונה על ענייני הנפט (פורסם בנבו, 28.12.2016); בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.12.2014); בג"ץ 1405/14 סלוין נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 7.8.2014).
 320 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג.
 321 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג.
 322 שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם שם, פס' 47, 60–61 לחוות דעתו, לעניין ריכוך כללי הסמכות בהקשר של חוזים רגולטוריים.

לפגוע בתדמיתו של הגוף הרגולטורי גם בעיני הציבור, אשר עלול לתפוס אותו כפשרן, כנוטה להסכמות וככפוף ללחצים מצד התעשייה. עניין זה עלול לערער את אמון הציבור ברשויות המנהל כזרועות של השלטון שמטרתן לייצג ולקדם את האינטרס הציבורי, ולפתוח פתח לביקורת על כך שהן פועלות כרגולטור השבוי באינטרסים של החברות המפוקחות.³²³

אחד הענפים העיקריים והנחקרים ביותר בתורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory) הוא השבי הרגולטורי או הרגולטור השבוי (Regulatory Capture) – ענף המשמש לעיתים קרובות להסברת כשלים רגולטוריים.³²⁴ על פי גישה אחת של השבי הרגולטורי, רגולטורים נוטים להזדהות עם מפוקחים ולנסות לרצותם עקב קרבה לשוק שנובעת ממיעות שחקנים, מהיכרות קרובה עם הענף ומקשר ארוך שנים המתקיים בין הצדדים.³²⁵ במצב דברים זה, החשש הוא שהרגולציה שנקבעת היא למעשה מצרך שמבוקש ומעוצב על ידי המפוקחים, והם שקובעים את אופייה, ולא הרגולטור.³²⁶ שבי כזה עשוי להתקיים מתוך חוסר מודעות רגולטורית לסטייה מן האינטרס הציבורי.³²⁷ לפי גישה אחרת של השבי הרגולטורי, המזוהה עם החוקר ג'ורג' סטיגלר, הרגולטורים סוחרים בהטבות רגולטוריות עם מפוקחים שמסוגלים להציע להם הטבות אחרות בתמורה, כגון תמיכה כספית, פוליטית, תעסוקתית או תדמיתית.³²⁸ במסגרת חוזים רגולטוריים, מתן הטבות, מענקים, פטורים והסדרים מקילים שונים לגופים פרטיים עלול להוות ביטוי לתופעה של שבי רגולטורי, במיוחד כאשר אין להם הצדקה ברורה המשרתת את האינטרס הציבורי.³²⁹ ביקורת זו נשמעה גם בפרשת *Winstar* שנדונה במאמר³³⁰

323 ראו, למשל, Jonathan A. Silver, *When New Laws Change Old Contracts: A Public Choice Perspective on Congressional Breach of Contract*, 1 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 497 (2003)

324 לסקירת ספרות השבי הרגולטורי ראו, למשל, Dennis C. Mueller, *Public Choice: A Survey*, in THE THEORY OF PUBLIC CHOICE vol. II 23 (James M. Buchanan & Robert D. Tollison eds., 4th ed. 1994)

325 על פי הנחה זו, ככל שהרגולטורים מפוקחים על תעשייה מסוימת זמן רב יותר, וככל שמספר השחקנים בה מועט יותר, הסיכויים לשבי רגולטורי גדלים. ראו, למשל, Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUB. POL'Y 61, 67 (1992); Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 Q. J. ECON. 1089 (1991)

326 ראו התייחסות לתופעה זו בפסיקה הישראלית, בקשר לפיקוח על ענף הביטוח, בבג"ץ איגוד שמאי ביטוח, לעיל ה"ש 78, פס' 29 לפסק דינו של השופט זמיר ("סכנה נוספת לתכלית של הגנה על המבוטחים נובעת מן המבנה החברתי של הפיקוח. הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפוקחת על הביטוח, מצד אחד, לבין יתרו הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח והמבוטחים, מצד אחר... אכן, תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קירבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח").

327 ראו, למשל, Jon Hanson & David Yosifon, *The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture*, 152 U. PA. L. REV. 129, 218 (2003). להבחנה מוצעת בין שבי מכוון (הכרתי) לבין שבי בלתי מכוון (בתום לב) ראו ידין "קצר בתקשורת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 436–440.

328 זוהי הגישה הוותיקה יותר של השבי הרגולטורי. ראו George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3, 3–4, 12 (1971); 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., 2014)

329 על הצורך לפתח את דיני הסבירות של החוזים הרגולטוריים ראו להלן בפרק הסיכום.

וכן בעניין מתווה הגז,³³¹ ולפיה ההסכמים הם לא יותר מאשר ביטוי לקשרים אינטרסנטיים בין הון ושלטון ומכשיר לרכישת שיקול הדעת השלטוני.³³² בהקשר של שבי רגולטורי מרבים לדבר על תופעת "הדלת המסתובבת", העשויה אף היא לשמש מניע זר לרגולטורים המתקשרים בחוזים רגולטוריים.³³³ כך, למשל, חוזים רגולטוריים שכוללים הטבות מרחיקות לכת לתעשייה מסוימת עשויים להיות מונעים על ידי הרצון האישי של רגולטור לשאת חן בעיניה ולהבטיח את תפקידו הבא בשורתיה. רווחיה התעסוקתיים של הדלת המסתובבת עשויים להוות מניע חזק לרגולטור להימנע מנקיטת אכיפה נוקשה ולערוך במקום זאת הסדרים הסכמיים מקילים עם מעסיקו העתידי.³³⁴ לצד זאת, חוזים רגולטוריים רבים אינם נערכים כביטוי לשבי באינטרסים של הגורמים הפרטיים, אלא משרתים אינטרסים של המנהל דווקא, תוך ניצול הגורם הפרטי. חוזים אלה מבטאים סחטנות ועושק מצידו של המנהל כאשר הם נכרתים על בסיס אינטרס לא כשר של הרגולטור, תוך ניצול מעמדו העדיף על המפוקח. במסגרת זו הרגולטור משתמש בחווה הרגולטורית כדי לקבל הטבות ותמורות מרחיקות לכת מן הגורם הפרטי, החשוף לאילוץ ולכפייה.³³⁵ הטיות מוסדיות של רגולטור שמשתמש בחוזים הרגולטוריים כדי להשיג רווחי מוניטין מול הדרג הממונה, במטרה להשיא תקציבים וסמכויות רגולטוריות, נדונו בספרות.³³⁶ הטיה מוכרת אחרת הנלווית לחוזים הרגולטוריים קשורה לרצון הרגולטור להימנע מביקורת שיפוטית באמצעות הסכמות, כדי להבטיח את מעמדו ויוקרתו המנהלית.³³⁷

- 330 ראו לעיל תת-פרק ב(ג).
- 331 ראו לעיל ה"ש 280–281 והטקסט שלידן. ראו גם בג"ץ בו"ן, לעיל ה"ש 131, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות. בפרשה זו טענה העותרת כי ההסכם הוא לא יותר מאשר מתנה הניתנת במסגרת חווה למראית עין מתוך הקופה הציבורית, בניגוד לדין ובחוסר סבירות.
- 332 ראו, למשל, Alan R. Burch, *Purchasing the Right to Govern: Winstar and the Need to Reconceptualize the Law of Regulatory Agreements*, 88 KY. L.J. 245 (2000); Jonathan R. Macey, *Winstar, Bureaucracy and Public Choice*, 6 SUP. CT. ECON. REV. 173, 200 (1998); Richard E. Speidel, *Contract Excuse Doctrine and Retrospective Legislation: The Winstar Case*, 2001 WIS. L. REV. 795, 824. אומנם החשש מפני השבי הרגולטורי נכון גם ביחס לכלים רגולטוריים קלאסיים של ציווי ושליטה, אך הוא מתעורר ביתר שאת בכלים רכים של רגולציה, משום שהבקרה החיצונית המתקיימת במסגרתם פחותה.
- 333 ראו על תופעה זו באופן כללי אצל MARK V. NADEL, *CORPORATIONS AND POLITICAL ACCOUNTABILITY* 75 (1976); Jeffrey E. Cohen, *The Dynamics of the "Revolving Door" on the FCC*, 30 AM. J. POL. SCI. 689, 689 (1986); Marc T. Law & Cheryl X. Long, *Revolving Door Laws and State Public Utility Commissioners*, 5 REG. & GOVERNANCE 405, 405 (2011); Edna Earle Vass Johnson, *Agency "Capture": The "Revolving Door" Between Regulated Industries and Their Regulating Agencies*, 18 U. RICH. L. REV. 95, 95 (1983). יואב המר ומשה כהן-אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593, 601 (2011).
- 334 ביטוי מסוים להתמודדות עם תופעת הדלת המסתובבת בישראל מצוי בחוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969.
- 335 ראו, לדוגמה, עניין דירות יוקרה, לעיל ה"ש 83; עניין פרחי ביקל, לעיל ה"ש 317.
- 336 ראו, למשל, ידין "הרגולציה השקטה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 198–200.
- 337 ראו על כך שם, בעמ' 201–203.

אולם חששות מגוונים אלה שתורת השבי הרגולטורי עוסקת בהם אינם צריכים לרפות את ידיה של הרשות מעריכת הסכמים רגולטוריים. המפתח לטיפול נכון בחוזים הרגולטוריים טמון הן בביקורת שיפוטית לאחר מעשה, שתתמקד בבחינת סבירותו של החוזה הרגולטורי ובבדיקת תקינותו של ההליך הרגולטורי ההסכמי, והן בבדיקה משפטית מקדמית אצל רשויות המנהל עצמן – למשל, על ידי פיתוח נהלים מתאימים להתקשרויות וביקורת משפטית פנימית.³³⁸ בהקשר זה חשוב להדגיש את השקיפות והפומביות, ואת מכשיר השימוע הציבורי, העשויים למנוע או למתן רבים מן האתגרים הנזכרים בדיון זה.³³⁹

בהקשר זה, בפרשת מתווה הגז טענו העותרות כי הצוות הממשלתי (צוות קנדל) שניהל את המשא ומתן עם תאגידי הגז פעל בחוסר שקיפות.³⁴⁰ נטען כי פניות למשרד ראש הממשלה לפי חוק חופש המידע לקבלת מסמכים רלוונטיים נדחו, וכי לדיון בצוות קנדל לא נלוו פרוטוקולים מלאים.³⁴¹ כן נטען, במסגרת עתירה מוקדמת יותר, כי לא ניתנה לציבור זכות לעיין במסמכים רלוונטיים לגיבוש המתווה, וכי לא הוקדש די זמן לשימוע הציבורי.³⁴²

בכתיבה קודמת דנתי בחשיבותה של השקיפות בהקשר של חוזים רגולטוריים.³⁴³ כך, הצעתי להטיל חובה על רשויות רגולטוריות לנמק מדוע הן בחרו באפיק ההסכמי וביכרו אותו על מכשירי רגולציה אחרים;³⁴⁴ להציג חישוב עלות-תועלת לגבי ההשפעה הצפויה של החוזה הרגולטורי על האינטרס הציבורי;³⁴⁵ לקיים שימוע ציבורי;³⁴⁶ לפרסם את החוזים הרגולטוריים במלואם, כולל טיוטות ההסכמים;³⁴⁷ ולפרסם הנחיות מנהליות בנוגע לאמות מידה רצויות להתקשרויות בחוזים רגולטוריים.³⁴⁸ על כך יש להוסיף אף המלצה בדבר חידוד ופיתוח של הנחיות בנוגע למסירת מידע על חוזים רגולטוריים לפי חוק חופש המידע.³⁴⁹ רצוי שבמסגרת דיני החוזים הרגולטוריים יישקלו כיוונים אלה כפתרונות אפשריים לסוגיית השקיפות, כפי שהחל בית המשפט לעשות בעניין מתווה הגז.³⁵⁰

-
- 338 לפתרונות מוצעים בהקשר זה ראו בהרחבה ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 144–150.
- 339 שם. לחשיבותה של השקיפות למניעת כשלים בזירה הרגולטורית הקשורים לתופעת השדלנות ראו המר וכהן-אליה, לעיל ה"ש 333, בעמ' 619–622. לקשיים הכרוכים באימוץ פתרונות של שקיפות לפרקטיקה המנהלית של חוזים רגולטוריים ראו ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131–132.
- 340 ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' נח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. שם. 341
- 342 ראו בג"ץ הפורום הישראלי לאנרגיה, לעיל ה"ש 280.
- 343 ראו, למשל, ידין המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 127–128, 130–135, 147–150.
- 344 ראו שם, בעמ' 147.
- 345 שם, בעמ' 148.
- 346 שם, בעמ' 128.
- 347 שם, בעמ' 149.
- 348 שם, בעמ' 146.
- 349 על היבטים בחוזים רגולטוריים הנוגעים בחוק חופש המידע ראו שם, בעמ' 133–135.
- 350 ראו לעיל ה"ש 267, 275 והטקסט שלידן.

ה. סיכום

בג"ץ מתווה הגז מסמן ציון דרך משמעותי בנכונותם של בתי המשפט לחזק את הרגולטורים ולתת בידיהם כלים משפטיים נאותים לביצוע עבודתם החשובה. הכרה זו מתחייבת על רקע המומחיות המקצועית שרגולטורים מחזיקים בה, האחריות שהם נושאים בה כלפי האזרחים, ותפקידיהם המרובים בעידן המדינה המופרטת והרגולטורית.³⁵¹ הרשות השופטת, שתפקידה המסורתי היה לרסן את הרגולטורים ולשמור שיפעלו בגדרי החוק,³⁵² מחזיקה כיום בתפקיד מורכב יותר במארג המשפט הציבורי, ומרחיבה את תפקידיה גם למטרות נוספות, ביניהן הגנה על פועלם של הרגולטורים לשם שמירה על האינטרס הציבורי.

כחלק ממגמה זו עמד לאחרונה בית המשפט העליון על כך שיש לאפשר מתחם שיקול דעת רחב במיוחד לרשויות מנהליות רגולטוריות המפעילות מומחיות ומקצועיות מיוחדות בהחלטותיהן.³⁵³ כמו כן, באמצעות דילול של עקרון ההסדרים הראשוניים, שחרר בית המשפט לא אחת את הרגולטור מן הצורך לחוקק רגולציה בחוק ראשי, ובכך הגדיל את מרחב הפעולה החוקי שלו.³⁵⁴ זאת, אף ש"אסדרתו של משק הגז הטבעי היא אחת ההחלטות הכלכליות החשובות בתולדות המדינה, אם לא החשובה שבהן".³⁵⁵ לכך מצטרפת נכונותו של בית המשפט להגמיש כללים מסוימים של המשפט המנהלי, כגון אלה העוסקים בסמכות, ולפרשם באופן המאפשר רגולציה, ולא מונע אותה.³⁵⁶

351 ראו, למשל, את עמדתו של השופט רובינשטיין בפס' כט לפסק דינו בבג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון משרד האוצר (פורסם בנבו, 30.6.2016) (להלן: בג"ץ התאחדות חברות לביטוח) ("לאחר שמעורבות המדינה הצטמצמה, נדרשת רגולציה הדוקה ופעילה, שתכליתה לעודד עובדים לחסוך לגיל פרישה... ייחודיותו של שוק החיסכון הפנסיוני והכשלים האינהרנטיים הטבועים בו מטילים על הרגולטור אחריות כבדה") וכן בפס' ג-ו לפסק דינו בבג"ץ 2030/12 הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון – משרד האוצר (פורסם בנבו, 26.2.2013) ("על הממונה והבאים מכוחו להתייחס בחרדת קודש למטלות שעליהם, כאילו היו עוסקים בחיסכון הפנסיוני שלהם עצמם. אם הקופות הן נאמנות העמיתים, הממונה הוא 'אביהם של העמיתים', נאמן כלל הציבור וכל אחד ואחת מיחידיו... תפקיד הממונה הוא להגן על העמיתים ולהביא להגינות").

352 ראו על כך, למשל, PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 5–6 (7th ed. 2012).

353 ראו, למשל, עע"ם 6315/14 ולפמן תעשיות בע"מ נ' המפקח הארצי על התעבורה (פורסם בנבו, 16.2.2016); בג"ץ 6269/12 הנהגת ההורים הארצית נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 29.4.2015); בג"ץ 6271/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 26.11.2012); בג"ץ 4415/11 שטירמר נ' שר התחבורה והבטיחות בדרכים, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 22.2.2012); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 263, 235 (2002). לקשיים מעשיים בביקורת השיפוטית על שיקול דעתם המקצועי של רגולטורים ראו רייכמן, לעיל ה"ש 229, בעמ' 64–65.

354 הכוונה היא לפרשות בג"ץ ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, ובג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1.

355 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

356 ראו, למשל, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין בבג"ץ התאחדות חברות לביטוח, לעיל ה"ש 351, שניתן לאחר בג"ץ מתווה הגז ("על כתפי הרגולטור, הממונה בנידון דידן, רובצת אחריות כבדה, שיש להביאה בחשבון בהתייחסות לנושא שבפנינו. על בית משפט זה לשקול בקפידה ובזהירות בטרם ימשוך את השטיח' מתחת לצעדים שגם אם הפתרון שבהם מעלה שאלות לגיטימיות מסוימות, שאלה היא האם להקפידו ולהותירו לחלל ריק, וכמאמר הפתגם,

תהליך זה הוצג במאמר כשינוי פרדיגמה בתפיסת האופן שבו המנהל הציבורי פועל ובהתאמת המשפט הציבורי לכך. מתוך מודעות זו, על כל הנוגעים בדבר – על בית המשפט, על חוקרי המשפט הציבורי ומוריו, על הפרקליטים ועל הרגולטורים – להשתחרר מן השימוש בדוקטרינות שאינן מתאימות עוד לפרדיגמות החדשות המתפתחות ברגולציה. כך, למשל, נראה כי אין טעם או היגיון לחלק את החוזה הרגולטורי – המהווה עסקת חבילה ובה תמורות הדדיות המוחלפות בין הצדדים – להתחייבויות נפרדות, ולנתח כל אחת מהן, כאילו עמדה בנפרד, כ"הבטחה מנהלית". בהמשך לדברים אלה אני אף סבורה כי על בתי המשפט לשקול בחיוב להגמיש את הכלל המסורתי האוסר ויתור של הרשות המבצעת על סמכויות שלטוניות כלפי גורמים פרטיים,³⁵⁷ ולאפשר תניות יציבות רגולטוריות סבירות, אף בכפוף לסעד של אכיפות (ולא רק של פיצויים).³⁵⁸ כלומר, ראוי שהרשות המנהלית תוכל להתחייב לא לערוך שינויים במשך תקופה מסוימת בנושאים שההסכם הרגולטורי עוסק בהם, ובכך יתרכך הכלל האוסר את כבילת שיקול דעתה של הרשות המנהלית.³⁵⁹ בהקשר זה תוכל לשמש דוקטרינת הוויתור המפורש שנדונה במאמר.³⁶⁰

בהמשך לכך, על הדיון בדיני החוזים הרגולטוריים לעבור ממישור הסמכות המנהלית למישור שיקול הדעת המנהלי. על בתי המשפט לצאת מנקודת הנחה – כפי שעשו בעניין מתווה הגז הטבעי – שיש למנהל סמכות רחבה להתקשר בחוזים רגולטוריים, אף בהקשר של הסדרים ראשוניים ואף בהקשר של כבילת שיקול הדעת, ולמקד את עיקר הניתוח המשפטי בשאלת הסבירות המהותית וההליכית. חוזים רגולטוריים צריכים להיבחן על פי השאלות אם יש בהם תועלת העולה על העלות, אם הם עונים על אינטרס ציבורי חשוב, אם הם ממלאים את המטרה הסטטוטורית של הרגולטור, ואם הם עדיפים על כלי רגולציה אחרים, כגון רגולציה כופה, עצמית, וולונטרית או אחרת.³⁶¹

חשוב גם להסדיר סוגיות בחוזים רגולטוריים דוגמת שקיפות ופומביות; קבלת הערות מבעלי עניין; שיקולים לפתיחה בהליך של רגולציה הסכמית; חובת הנמקה בבחירת רגולציה הסכמית; סוג התניות והיקף התניות שמותר לרשות המבצעת להתחייב בהן כלפי מפוקחים, ואילו תניות מותר לה לדרוש מהם בתמורה; אימתי תינתן זכות שימוע למתחרים במסגרת

³⁵⁷ 'הטוב מאוד הוא אויב הטוב' ("). ראו גם אצל השופט זמיר בבג"ץ איגוד שמאי ביטוח, לעיל ה"ש 78, פס' 15 לפסק דינו של השופט זמיר ("פירוש רחב של סמכות המפקחת מתבקש גם מתכלית החוק. התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים... לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר... פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק"). בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, ראו, למשל, פס' 60–61 לחוות דעתו של השופט סולברג.

³⁵⁸ לדיון בחשיבותו של הכלל האוסר כבילה עצמית של הרשות המנהלית ומחייב אותה לשקול את עמדתה מדי פעם, במיוחד בסוגיות של מדיניות כלכלית, ראו, למשל, בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 1–7 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

³⁵⁹ ראו על כך לעיל תת-פרק 2.

³⁶⁰ תימוכין לתפיסה זו ניתן למצוא בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

³⁶¹ ראו לעיל תת-פרק 2.

³⁶¹ ראו על כך גם לעיל בטקסט שלפני ה"ש 204–206.

הליכי רגולציה הסכמית; כמה זמן יתנהל המשא ומתן;³⁶² ועוד כהנה וכהנה שאלות מפתח.³⁶³ בית המשפט אומנם פסל את תניית היציבות המפורסמת בבג"ץ מתווה הגז, אך תרם תרומה מכרעת להתפתחותו של ענף חדש במשפט הציבורי – דיני החוזים הרגולטוריים.

362 ראו, למשל, ביקורת על משכו הארוך של המשא ומתן שניהלו גורמי רגולציה וממשלה שונים עם תאגידי הגז בעניין מתווה הגז הטבעי בבג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת חיות.

363 לדיון בהליך המנהלי בחוזים רגולטוריים ראו גם לעיל בסוף תת-פרק ג.2.