

בית המשפט העליון**בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ _____

העותרת: צלול - עמותה לאיכות הסביבה, ע.ר. 580350940
 ע"י ב"כ עוה"ד חיה ארז ואו עוה"ד חגית הלמר
 מרח' אבא הילל 16 רמת גן 52506
 טל. 03-5762666, 052-5616005 פקס. 03-5762632

- נגד -

המשיב: הממונה על ענייני הנפט
 באמצעות ב"כ פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
 רח' צלאח א-דין 29, ת.ד. 49029, ירושלים 91490
 טל. 02-6466711 פקס. 02-6467011

עתירה למתן צו על תנאי

- מוגשת בזאת לבית המשפט הנכבד עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיב, הממונה על ענייני הנפט מכוח חוק הנפט, התשי"ב-1952 (להלן בהתאמה - "הממונה", "חוק הנפט") לבוא וליתן טעם:
- א. בהתייחס להנחיות למתן בטחונות בקשר עם זכויות נפט, מיום 17.9.2014 (להלן - "ההנחיות"):
- א.1. מדוע לא תבוטל הקביעה כי בידי הממונה שיקול דעת להפחית את גובה ערבות הקידוח לבעל רישיון מכוח חוק הנפט;
- א.2. מדוע לא תוחזר הקביעה (כפי שהיתה בטיוטת ההנחיות), כי לממונה שיקול דעת להגדיל את גובה "הערבות הנוספת" שהיא חלק מערבות הקידוח לבעל רישיון, כפי הקבוע בסעי' 57(ב) לחוק;
- א.3. מדוע לא ייקבע כי לממונה שיקול דעת להגדיל את ערבות הקידוח לבעל רישיון "בכל עת", כנדרש בסעי' 57(ב) לחוק וכפי שנקבע בהנחיות ביחס לערבות בעל חזקה מכוח חוק הנפט;
- א.4. מדוע לא ייקבע לערבות קידוח לבעל רישיון ולערבות בעל חזקה, סכום גבוה יותר, באופן המשקף את רמת הסיכון הנשקפת מנזקים צפויים מפעילות ותאונות קידוחי נפט וגז בים.
- ב. מדוע לא תוסדר סוגיית מתן בטחונות לקידוחי נפט וגז במסגרת תקנות – ולא הנחיות.
- ג. מדוע לא תוסדר, במסגרת תקנות כמבוקש לעיל, ערבות גם לשלב ההיתר המוקדם – שדרישתה הינה תנאי למתן היתר מוקדם כקבוע בסעי' 11 לחוק הנפט.
- כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד אחר שימצא לנכון.
- ההנחיות נשוא העתירה מצ"ב כנספח א'

ואלה נימוקי העתירה

[ההדגשות בציטטות הוספו, אלא אם נאמר אחרת]

הקדמה

עתירה זו עוסקת בהנחיות שפרסם הממונה על ענייני הנפט ביחס לבטחונות שנדרשים להעמיד בעלי זכויות נפט לטובת קידוחים בים וביבשה (קידוחי נפט וגז). במשך שנים הוזנח האינטרס הציבורי המחייב הפקדת בטחונות לכיסוי נזקי פעילות בעלי זכויות נפט ונזקי קידוחים. קידוחים קודמו ובוצעו ללא ערבויות למרות שחוק הנפט מחייב במפורש לדרוש אותן כתנאי לעצם מתן זכות הנפט. בהנחיות נשוא העתירה נעשה ניסיון לא מספק בעליל לתקן את המחדל ארוך השנים, כשבהעדר בטחונות, הציבור נחשף לסיכונים סביבתיים ומשקיים חמורים. ההנחיות נותנות הגנה חלשה מאד לאינטרס הציבורי בקובען רף נמוך ביותר שאינו משקף את היקף הסיכון האמיתי של קידוחים בים ואינו מתמרץ בעלי זכויות נפט לפעול באופן מיטבי למניעת נזקים, סותרות במובהק את הוראות חוק הנפט ואת תכליתו, סותרות שיקול דעת שהפגין הממונה בעבר ביחס למצבי סיכון מוגבר, מגיעות לכדי אבסורד בעצם שלילת סמכות הממונה לשיקול כשיקול רלבנטי מצב של סיכון מוגבר, והינן עמומות באופן שלא יאפשר בקרה ציבורית על בטחונות שיקבע הממונה בכל מקרה קונקרטי. מצב זה ימשיך להעמיד את האינטרס הציבורי בחשיפה לסיכונים סביבתיים ומשקיים חמורים, וחלילה, במידה ותקרה תאונת קידוח, יימצא הציבור נושא בנטל העיקרי של הטיפול המיידי והדחוף של ניקוי ושיקום הסביבה הימית והחופית שתיפגע וכיסוי נזקים כלכליים אחרים. בנוסף, נושא כל כך כבד משקל נכון שיהיה מוסדר בתקנות שיאושרו על ידי שר האנרגיה לאחר התייעצות עם מועצת הנפט, ולא בהנחיות. מדובר בעניין בעלת חשיבות ציבורית ממעלה ראשונה והנחיות, ולאחריהן, התנהלות ממקרה למקרה ללא שקיפות ציבורית, לא תאפשר את הבקרה המחוייבת בתחום זה.

מכאן העתירה דנו.

א - הצדדים לעתירה

1. **העותרת, צלול - עמותה לאיכות הסביבה**, נוסדה ב-1999. מטרתה לחתור לים צלול ולנחלים נקיים. כיום נחשבת העותרת כשומרת הסף של הים ושל הנחלים בישראל והיא פועלת להפסקת זיהום הים התיכון על-ידי רשויות מקומיות, תאגידיים ומפעלים, ובמגוון אמצעים להעלאת הנושא על סדר היום הציבורי. לצורך עבודתה מפעילה העותרת צוות מגוון הכולל אנשי מקצוע מתחומים שונים: אנשי סביבה, אנשי אקדמיה, אנשי יחסי ציבור, עורכי דין, מתנדבים ועוד.

לעותרת, כגוף ציבורי מוכר העוסק בנושאי הגנת הסביבה, נתונה זכות עמידה בתביעה על יסוד הכרת הפסיקה במעמדו של עותר כן ורציני המצביע על בעיה ציבורית אשר פתרונה דרוש למען הצדק (בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429). העותרת הגישה עתירות לבג"ץ ולבתי המשפט המנהליים במסגרת מאבקים עקרוניים ותקדימיים הנוגעים להגנה על הסביבה והים (בג"צ 332/00 צלול נ' רשות הנמלים והרכבות ואח' (פורסם בנבו 29.5.2000), עתמ 3136/06 צלול ואח' נ' הועדה למתן היתרים

להזרמת שפכים לים ואח' (פורסם בנבו 14.6.2006), עת"מ 4152/07 צלול נ' הועדה למתן היתרים להזרמת שפכים לים ואח' (פורסם בנבו 25.6.2007).

ביחס לקידוחי נפט וגז בים התיכון פעלה העותרת במס' מישורים: פניה למבקר המדינה על מנת שיחקור את העדר המוכנות לקידוחים בים, פרסום עבודה משווה ביחס לרגולציה במקומות שונים בעולם, הגשת התנגדויות בוועדות התכנון המחוזיות לתכניות קידוח "ים 3" וקידוח "גבריאלה" שנמצאים בתחומי המים הטריטוריאליים וזאת כל עוד המדינה לא ערוכה לסכנות, הגשת הערות לתזכיר חוק מוכנות ותגובה לתקריות של זיהום הים והסביבה החופית בשמן, הגשת הערות ל"ועדת צמח" והופעה בפני הוועדה, הגשת הערות להנחיות שונות שהוציא משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (להלן - "המשרד"), פרסום תרגום הדירקטיבה האירופית לגבי בטיחות וסביבה בחיפוש והפקת נפט וגז בים (להלן - "הדירקטיבה האירופאית"), הפגשת מומחים ברמה עולמית עם גורמים כלכליים בתעשייה, דרישה לשקיפות מידע בנוגע לרישיונות שניתנו על ידי המשרד ולדיווחים שהמשרד מקבל מן החברות, פעילות ציבורית להעלאת המודעות לנושא ועוד.

לאור פעילות זו, העתירה תעסוק בהנחיות בהיבטים הנוגעים לבעלי זכויות נפט בים.

2. **המשיב, הממונה על ענייני נפט**, מחויב לדרוש ערבויות כתנאי למתן זכות נפט כהגדרתה בחוק, מכוח סעי' 57 לחוק, וכן כתנאי למתן היתר מוקדם מכוח סעי' 11 לחוק.

ב' - רקע עובדתי

הפרת חוק מתמשכת, בת עשרות שנים, מצד הממונה

3. סעיף 57(א) לחוק הנפט אוסר על הממונה לתת זכות נפט (רישיון או חזקה, כהגדרתם בחוק) אלא אם המבקש נתן ערבון או ערבות. לשון הסעיף ברורה וחד משמעית:

"לא תינתן זכות נפט אלא אם נתן המבקש ערבון או ערבות, המתקבלים על הדעת והמניחים את דעתו של המנהל, כערובה לנזקים שייגרמו בפעולותיו עקב זכות הנפט ולהוצאות שהוא חייב לשלם לפי חוק זה"

4. החוק מעגן גם את סמכות הממונה לתקן מחדל של אי-דרישת ערבות טרם מתן זכות נפט, בקובעו בסעיף 57(ב): **"המנהל רשאי בכל עת, לאחר הודעה למועצה, לדרוש מבעל זכות נפט לשנות או להגדיל, באופן המתקבל על הדעת, את הערובה שניתנה"**. מכאן, שערובה שלא נדרשה מלכתחילה, טרם מתן זכות הנפט – תוך הפרת הוראת סעי' 57(א) לחוק – מוטל על הממונה לתקן את המחדל ולדרוש אותה, על דרך "הגדלה" מ"אפס" לערבות המשקפת את הסיכון הריאלי לנזקים, ובכך לקיים את הוראת החוק.

5. **הממונה הפר את החוק במחדל, לאורך עשרות שנים, וזכויות נפט, ביבשה ובים, ניתנו ללא**

דרישת ערבויות. לא ברור על סמך מה נטל לעצמו הממונה את החירות לחרוג מן החוק המפורש והברור כל כך, ולסכן את הסביבה הימית והמשק הישראלי. ההנחיות באו במטרה לתקן את המחדל המתמשך באי-קיום הוראת סעי' 57(א) חוק הנפט. **בהיבט זה** תכליתן ראויה וחיונית. הלכה פסוקה היא כי רשות ציבורית רשאית לחזור בה ממדיניות לא ראויה (בג"צ 407/83 **ברוך ברוקר נ' עיריית חולון** פד לח(1) 829, 834; בג"צ 637/89 **חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר** פד מו(1), 191, 203). הדעת נותנת כי הממונה חייב לתקן את השגגה שיצאה מלפניו.

6. לפי דו"ח מבקר המדינה מס' 64 א מיום 15.10.2013 **"מוכנות והיערכות להשפעות סביבתיות של קידוחי גז ונפט בים"**, המשרד היה ער להפרת החוק **כבר ב-2001**. למרות זאת, המשרד התמהמה במשך למעלה מעשור בהסדרת המחדל, ומן הדו"ח עולה כי גיבוש הטיטוטות הראשונות להנחיות (נספחים יא', יב' להלן) התחיל אף הוא רק בעקבות פניית מבקר המדינה למשרד בתחילת שנת 2012).

וכך, לפני שנה, קבע מבקר המדינה:

"...עד מועד סיום הביקורת רוב פעילות החיפוש וההפקה של גז ונפט בים נעשתה בלי שמשרד האנרגיה החזיק בידו ערבויות לכיסוי נזקים, לרבות נזקים סביבתיים, שעלולים להיגרם מפעילות זו. משרד מבקר המדינה העיר למשרד האנרגיה כי פוליסות ביטוח אינן תחליף לערבויות לכיסוי נזקים. על משרד האנרגיה לפעול בהקדם לקבלת ערבויות לכיסוי נזקים עבור הפעילות הקיימת, נוסף על פוליסות ביטוח, ולהקפיד שלא לתת הרשאות חדשות טרם קבלת ערבויות לכיסוי נזקים בגינן, כנדרש בחוק הנפט".

-- העמודים הרלבנטיים מתוך דו"ח מבקר המדינה מצ"ב כנספח ב'

7. בהמשך לדו"ח מבקר המדינה התקיים ביום 17.12.2013 דיון בוועדת הביקורת לענייני המדינה (להלן - "ועדת הביקורת"), בו עלו נתונים מטרידים ביותר בנוגע להיעדרן של ערבויות בגין נזקים שייגרמו כתוצאה מרישיונות קידוח בים. כפי שנמסר בדיון זה על ידי נציג המשרד:

"באופן הכי חד: אין היום ערבות לכל קידוח שנעשה במדינה"
(עמ' 20 לפרוטוקול)

-- העמודים הרלבנטיים לדיון ועדת ביקורת ענייני המדינה מצ"ב כנספח ג'

8. בהמשך לדיון ועדת הביקורת, הציג ח"כ עומר בר-לב שאילתות לשר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (להלן - "השר") בנוגע לערבויות שנדרשו על ידי המשרד והופקדו עד אותו מועד. ביום 23.2.2014 וביום 23.10.2014 השיב השר לשאילתות (התשובה השניה באמצעות מינהל אוצרות הטבע במשרד).

9. מתשובות השר עולים הדברים הבאים :

ראשית, מיעוט מבוטל בלבד מכלל בעלי זכויות הנפט נדרשו להפקדת ערבות. הממונה דרש ערבויות ל-3 חזקות מתוך 5 חזקות קיימות ול-8 רישיונות קידוח בלבד מתוך 37 רישיונות קיימים (זאת על בסיס רשימת זכויות בעלי זכויות נפט המפורסמת באתר המשרד).

שנית, השר לא פרט מתי נדרשו הערבויות. ברם, מדברי נציג המשרד בדיון ועדת הביקורת עולה כי נדרשו ערבויות רק עבור קידוחים שהוערכו כ"קידוחים בעייתיים" וגם זאת רק לפני תחילת הקידוח, ולא כתנאי למתן זכות הנפט – בניגוד למתחייב מסעי' 57(א) לחוק.

שלישית, מתשובת השר עולה כי **עת סבר הממונה כי קידוח מסוים טומן בחובו סיכון מוגבר קבע סכום ערבות גבוה מהותית בהשוואה לערבויות אחרות.** כך מתוך התשובה הראשונה :

האמירה אשר נאמרה בדיון הוועדה "קידוח בעייתי" אינה מושג מקצועי או משפטי. היא נאמרה תוך כדי דיון, בתשובה לשאלת חבר הוועדה ובמטרה להבהיר כי במצב שהמשרד סבר כי ישנו סיכון מוגבר בקידוח, המשרד דרש ערבות בסכומים מהותיים כגון דרישתנו מבעלי רשיון עמית /350 (שדה לויתן) להפקיד ערבות בגובה 30 מליון \$ כי היה חשש לסיכון מוגבר בקידוח .

...

גובה הערבות הראשונית הינו בסיסי, לפני אישור קידוח גובה הערבות עולה עקב הסיכון אשר ישנו בעצם קיום הקידוח. במקרים חריגים גובה הערבות נוסקת לסכומים מאוד מהותיים כפי שהיה ברשיון עמית כאמור לעיל .

ומתוך התשובה השניה :

1. הדרישה להפקדת הערבות בגין רישיון עמית /350 היתה כדלהלן :
בתאריך 6 ביוני 2011, נשלחה דרישה לקבלת ערבות בגובה 15 מיליון דולר, הערבות התקבלה בתאריך 17 ביוני 2011.
בתאריך 23 ביוני 2011, נשלחה דרישה להגדלת הערבות לסכום של 30 מיליון דולר, הערבות המוגדלת על סך 30 מיליון דולר התקבלה ביום 29 ביוני 2011
2. הדרישה להפקדת ערבות נעשתה בעקבות הכשל שהיה בקידוח לויתן 2, שבעקבותיו נשלחה דרישה מהמשרד לבצע נטישה מלאה של קידוח לויתן 2, והמשך ביצוע ניטור ובקורות תקופתיות באתר הקידוח בעזרת מכשיר ה-ROV. לצורך כך נשלחה דרישה להפקיד ערבות בנקאית מידית בגובה 30 מיליון דולר על מנת לוודא ביצוע פעולות הנטישה של הקידוח ועל מנת לוודא המשך ביצוע ניטור ובקורת אזור הקידוח בעתיד והחזר המצב לקדמותו .

- שאילתא מטעם ח"כ עומר בר לב מצ"ב כנספח ד'

-- תשובות השר מיום 23.2.2014 ומיום 23.10.2014 מצ"ב כנספח ה'1 ו-ה'2

-- רשימת בעלי זכויות נפט עדכנית ליום 23.7.2014 מצ"ב כנספח ו'

10. לסיכום פרק זה - רק ביחס לרישיונות וחזקות מעטים הופקדו כיום ערבויות. מקרה רישיון עמית הוא דוגמא להפעלת שיקול הדעת הנדרש **במצב סיכון מוגבר**.

ביחס ליתרת הרישיונות והחזקות - ההנחיות אמורות לתקן את המחדל המתמשך זה עשרות שנים. ברם, כל עוד ההנחיות אינן מקיימות את תכלית סעי' 57 לחוק ואינן משקפת את היקף הסיכון שהערבויות נועדו לכסות, הרי שעצם החיוב לגבות ערבות אינו מרפא את המחדל.

סיכונים סביבתיים ואחרים מקידוחי נפט וגז בים

11. **הסיכונים בתחום קידוחי הנפט והגז יכולים להגיע לסכומים אסטרונומיים ולמשמעויות משקיות הרסניות**.

המודעות לסיכוני תעשיית הקידוחים עלתה בעיקר בעקבות **תאונות קידוח, שגרמו לאבדן חיי אדם ולנזקים כלכליים ואקולוגיים אדירים בסביבה הימית והחופית, ופגעו פגיעה קשה ברווחתן של קהילות שנסמכו על אותם ימים וחופים, אף שנים ארוכות לאחר אסונות דליפות הנפט**. די להזכיר את אסון מפרץ מקסיקו (2010) ואסון האקסון ולדז (1989) שנזקיהם לא שוקמו במלואם עד היום. נציין כי באסון מפרץ מקסיקו התאונה ארעה במרחק רב של 80 ק"מ מהחוף, וחרף המרחק השלכותיה הכלכליות על קהילות החוף היו הרסניות.

-- העמודים הרלבנטיים מתוך דוח חברת BP לשנת 2013, המדווחים על עלויות שיקום נזקי אסון מפרץ מקסיקו (עשרות מיליארדי דולרים) מצ"ב כנספח ז'

12. **התוצאה של הנחיות אשר לא יבטיחו בטוחות ראויות למניעת וכיסוי נזקים - היא המשך חשיפת הציבור לסיכונים עתירי היקף**. סיכונים אלו עומדים בבסיס הדרישה מבעלי זכויות הנפט להפקיד ערבויות ולהחזיק בפוליסות ביטוח ראויות.

13. בשתי פסיקות מהעת האחרונה - בג"צ 3734/11 חיים דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו 15.8.2012, להלן - "בג"צ תגמולי הגז") ובג"צ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם בנבו 2.7.2014, להלן - "בג"צ ייצוא הגז") עמד בית משפט נכבד זה על תכליתו של חוק הנפט בראי הזמן: **"תכליתו המרכזית של חוק הנפט: השאת הרווחה המצרפית לטובת המשק בכללותו"** (בג"צ ייצוא הגז).

14. השאת הרווחה המצרפית אינה מצטמצמת לחלוקה צודקת של הרווחים מהקידוחים. היא מחייבת הגנה מראש מפני סיכונים סביבתיים, טיפול מידי בנזקים ושיקום הסביבה בעקבות תאונות קידוח. כל אלו מבטאים אינטרס ציבורי רחב - כלכלי וסביבתי כאחד.

סיכונים מקידוחי נפט וגז בארץ

15. בארץ, לו יקרה אסון קידוח או הפקה, נזקי אסון כזה עלולים לכלול פגיעה במתקני התפלה, במתקני תשתית, תחנות כוח ומתקנים ביטחוניים, בתעבורה ובסחר הימי, בדגה, בסביבה ובתיירות, אבדן נפט או גז, עלות הפסקת הקידוחים, מאמצי השתלטות על הדליפה, הניקוי והשיקום, פיצויים למדינות שכנות שיינזקו ועוד.

16. התממשות הסיכונים עלולה אפוא לפגוע פגיעה קשה ברווחתו, בנכסיו הטבעיים, בכיסו של כלל הציבור ובחוסנה הכלכלי של מדינת ישראל.

17. עוצמת הנזקים הנובעים מאסונות קידוח גדלה באופן משמעותי מאז 1952 עת חוקק חוק הנפט, שכן בעקבות התפתחות הטכנולוגיה השתכללה היכולת לקדוח קידוחים עמוקים בלב ים. ככל שהקידוחים מתבצעים בעומק גדול יותר והלחצים והטמפרטורה שמאפיינים את הקידוחים גבוהים יותר, כך גוברת עוצמת הסיכון. כדי לבחון את עוצמת הסיכון כפונקציה של עומק הקידוח, נעשה על ידי פילוח של נתוני תקלות שאירעו בקידוחים בין השנים 1999-2009, לפי עומק הקידוח¹. התוצאות הראו כי תדירות התקלות בקידוחים בים העמוק (מעל עומק של 600 מ') גבוהה בבירור מזו שבקידוחים בים רדוד.

18. יודגש, כי חלק מהקידוחים בארץ נעשים בלחצים גבוהים ובטמפרטורה גבוהה (לדוגמא, קידוח ים 3' של חברת שמן). בנוסף, הם קידוחים עמוקים מאד (בשדה לווייתן מדובר על קידוחים המתוכננים להגיע עד ל-7,000 מ' עומק וקידוחים נוספים עד 5,000-6,000 מ' עומק. להשוואה, בבריטניה הקידוחים העמוקים ביותר הם בעומק כ-2,500 מ' עומק). לפיכך מדובר בקידוחים עתירי סיכון במיוחד.

19. יתרה מכך. סיכון ממשי כבר התקיים בארץ:

בדיון שנערך ביום 21.5.2013 במועצת הנפט דווח כי חלק מהסיבות לעיכובים בקידוח ים 3' של חברת שמן משאבי נפט וגז בע"מ הוא מצב הקידוח:

“זאת אומרת, קידוח נמצא במצב לא יציב, יש סכנה להתפרצויות ואי אפשר להמשיך לקדוח עד שיפתרו את הבעיה. הם סגרו את ה BOP, התחילו לחפש את הפתרונות ומצאו פתרונות אך זה לקח להם חודש”

-- סעיף 6 לפרוטוקול דיון מועצת הנפט מצ"ב כנספח ח'

¹ Civil Liability and Financial Security for Offshore Oil and Gas Activities. Final Report. De Smedt Kristel.

Faure Michael. Liu Jing. Philipsen Niels (2011)

http://ec.europa.eu/dgs/energy/tenders/doc/2013/20131028_b3-978-1_final_report.pdf

20. על מי היתה נופלת עלות הטיפול המיידית בנזקים, אם חלילה הסיכון להתפרצות הקידוח היה מתממש? שהרי, מחד לאור מחדל המדינה, ערבויות לכיסוי עלות נזקים אלו – אין; ומאידך, כספה של חברת שמן אזל (ראה סעי' 23 להלן).

21. לא מדובר במקרה בודד. בשנת 2011 ארעה דליפה חמורה בקידוח 'לויתן 2'. באותו מקרה היה מדובר בדליפת מים מהקידוח ולא בדליפת נפט (מדובר במים מתת הקרקע שלא ידועה השפעתם על הסביבה הימית). בגין אירוע זה הוכפלה הערבות שנדרשה מרישיון עמית (נפנה לסעיף 9 לעיל).

22. זאת ועוד. במצב הרגולטורי הנתון היום יש חשיבות מוגברת לערבויות שיתמרו הגברת מוכנות ומניעת נזקים ויכסו, לכל הפחות, את הנזקים הראשוניים שייגרמו: העדר הפרדה בין האחריות לפיתוח הכלכלי של תעשיית הקידוחים לבין האחריות לפיקוח על הבטיחות והגנת הסביבה (כיום שני אלו מופקדים בידי המשרד) עלול להגביר את הסיכון לתאונות משמעותיות; התכנית הלאומית לטיפול בזיהום ים משמן (התלמ"ת) טרם עוגנה בחוק והכנתן של מרבית תכניות החירום המקומיות טרם הושלמה; חוק הנפט לא מתייחס ולו במילה לנושא הסביבה ולא קיימת חקיקה אחרת המסדירה את הדרישות הסביבתיות מבעלי זכויות הנפט; הנחיות סביבתיות לקידוחים בים עדיין אינן מאושרות; גם למשרד להגנת הסביבה אין כלי פיקוח מספקים על ההיבטים הסביבתיים של פעילות אסדות בים; העדר הסדרה חוקית של חוקים רלבנטיים באזור הכלכלי הבלעדי של ישראל בו מתקיימים רוב הקידוחים בים; משרד הכלכלה, האמון על קביעת מדיניות ופיקוח על נושא בטיחות וגיחות תעסוקתית במפעלים ביבשה, אינו מעורב דיו בתחומים אלו במתקני הקידוח בים; בנוסף, לפי נייר מדיניות מטעם אוניברסיטת תל אביב², אין בישראל חקיקה נזיקית ייעודית להסדרת האחריות לנזקי הקידוחים בים, והניזוקים מופנים אל הדין הנזיקי הכללי, שאינו מתאים למקרה של קידוחים בים.

מדובר, אם כן, במכלול גורמים אשר תוצאתם רמת הגנה נמוכה מפני נזקי קידוחים בים.

23. על אלו יש להוסיף סיכונים של העדר איתנות פיננסית של חלק מבעלי זכויות נפט. קיים כיום ספק כבד לגבי האיתנות הכלכלית של חלק מחברות הקידוח ויכולתן לפעול למניעת הנזקים ולעמוד בשעת-אמת, אם תקרה, בכיסויים. כך, למשל, **חברת שמן נפט וגז בע"מ**, בעלת זכויות נפט בים, פעילה בעיקר בזכות גיוס הנפקות מהציבור וצירוף שותפים. על פי דוח רבעון 2 לשנת 2014 של חברת שמן גורמים שונים (והערבויות אינן ביניהם) **"מעוררים ספקות משמעותיים בדבר יכולת החברה להמשיך להתקיים כ"עסק חי"**. בדומה, תזרים המזומנים של שותפות מודיעין אנרגיה, בעלת זכויות נפט בים, עמד נכון למרץ 2014 על 5.5 מיליון \$ בלבד.

-- העמוד הרלבנטי בנוגע לספקות המשך קיום חברת שמן כ"עסק חי", מתוך דוח רבעון 2 לשנת 2014 (אוגוסט) מצ"ב כנספח ט'1
-- מצגת שותפות מודיעין אנרגיה מחודש מרץ 2014 מצ"ב כנספח ט'2

² נייר מדיניות מס' 2 בנושא רגולציה סביבתית של קידוחים ימיים: אחריות נזיקית וביטוח לנזקים סביבתיים מקידוחי גז ונפט בים, עו"ד תמרה לוטנר לב וד"ר דוד שור, אוניברסיטת תל אביב, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן (אפריל 2013).

24. בשוק רווי סיכונים, חייבת להיות יכולת כלכלית לשחקנים השונים (קטנים כגדולים) לשאת באחריות להיבטי הסיכונים השונים. החשש הוא, כי לשוק רווי סיכונים זה נכנסו חברות אשר אינן מסוגלות להבטיח השקעה ראויה בהבטחת בטיחות קידוחי החיפוש וההפקה ומניעת הסיכון לנזקים כלכליים גדולים, לרבות נזקים סביבתיים.

מיצוי הליכים

25. בעקבות דו"ח המבקר והדיון בוועדת הביקורת, פנתה העותרת ביום 28.1.2014 למנהל מינהל אוצרות טבע במשרד בדרישה דחופה להורות על תיקון מיידי של מחדל הפרת הוראות חוק הנפט בעניין ערבויות הנזקים.

-- פניית העותרת מיום 28.1.2014 מצ"ב כנספח י"1

26. ערב הגשת עתירה על ידי עמותת צלול למתן צו על תנאי וצו ביניים נגד הממונה על ענייני הנפט, כנגד הארכת הרישיונות שתוקפם עמד לפוג מבלי שהופקדו ערבויות כמחויב בחוק הנפט, פורסמו ביום 13.2.2014 ההנחיות בנוסחן הקודם להערות הציבור באתר האינטרנט של המשרד.

העותרת הגישה הערותיה להנחיות הנ"ל, ביום 4.3.2014, ובכלל זה עמדתה כי שיעור הערבויות שנקבע הוא נמוך מידי ואינו משקף את ההיקף הריאלי של נזקים שעלולים לקרות במקרה של תקלת קידוח.

-- מסמך עמדה מטעם העותרת ביחס להנחיות בנוסחן הקודם מצ"ב כנספח י"2

27. ביום 26.3.2014 הגישו חברת גלוב אקספלוריישן וחברת שמן עתירה כנגד ההנחיות. בהמשך לכך הגישה צלול בקשת עיון בעתירה. זכות עיון על פי החלטת בית המשפט ניתנה ביום 18.6.2014. ביום 30.7.2014 הגישה צלול טיוטת בקשת הצטרפות לעתירה כידיד בית משפט, לשם קבלת התייחסות הצדדים (העותרות והפרקליטות). תגובתם בתמצית, היתה כי בקשת ההצטרפות מוקדמת מידי. משכך, המתינה צלול לנוסח ההנחיות הסופי, ופנתה לממונה בשתי פניות נוספות להצגת עמדתה (פניה אחת – להצגת עמדתה בפניו במישרין ולא דרך הפרקליטות, והשניה – נוכח הארכת רישיונות שהיתה צפויה לקרות).

-- פניות העותרת לממונה מיום 28.8.2014 ומיום 4.9.2014 מצ"ב כנספח י"3 ו-י"4

פניות אלו לא זכו לתגובה.

28. משפורסמו ההנחיות, ולאחר שלמדה העותרת את משמעויות נוסחן הסופי, מוגשת העתירה דנן.

ג - נקודת המוצא לטיעון המשפטי

תכליתו הכפולה של סעיף הערובה בחוק הנפט

29. יישום סעי' 57 לחוק הנפט - בהיבט של גובה הערובות ושיקול דעת הממונה ביחס אליהן - צריך להיות בהתאמה ללשון החוק ולתכליתו. היות ומדובר בחוק ארכאי, משנת 1952, יש להבטיח כי תכלית הסעיף תתאם את צרכי העת הנוכחית.

בעע"מ 398/07 **התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים**, פ"ד סג(1) 284 נקבע:

"בידוע הוא כי תכליתו של חוק אינה "קפואה בזמן", היא אינה מושג סטטי אלא מושג גמיש ודינמי, וכפי שהבנתנו את לשון החוק ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו משתנה עם חלוף הזמן, כך משתנות גם תפיסותינו באשר לתכליותיו ... **יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה, בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים**"

כך גם בבג"צ תגמולי הגז נקבע כי יש הצדקה לשינוי בהסדרים הפיסקליים ביחס לרווחי גז ונפט וכי חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 **"ביקש לעדכן חקיקה מיושנת, מראשית ימי המדינה, ולהתאימה למציאות הכלכלית-פיסקאלית הנוכחית"**.

30. למתן תוכן מודרני ללשון סעיף 57 לחוק יש חשיבות במיוחד לאור כך שבשנת 1952 תחום חיפוש וקידוח נפט וגז בים היה עדיין בחיתוליו ולא היה קיים עדיין בעולם ניסיון לגבי היקף הסיכונים והנזקים הפוטנציאליים הכרוכים בפעילות של קידוחים בעומקים גדולים בים.

31. כפי שנבהיר, תכלית הערבויות בסעי' 57 לחוק היא מתן תמריץ לבעל זכות הנפט לפעול למניעת נזקים ומתן מענה ראשוני מהיר לנזקים העשויים להתרחש בעקבות פעילותו.

32. כאמור, הניסיון העולמי שהצטבר בעשרות השנים מאז נחקק חוק הנפט מלמד שהפעילויות הקשורות לקידוחי נפט וגז הן עתירות סיכונים, במיוחד בקידוחים עמוקים בים. הלך ששלמד מאסונות הקידוחים הוא שהאמצעי העיקרי להקטנת הנזקים מפעילויות קידוח היא השקעה במניעתם מראש ובמוכנות מירבית לטיפול בתקלה בזמן המהיר ביותר. האמצעי החשוב ביותר למזעור נזקים הוא הקפדה על הבטיחות בקידוחים, שתצמצם הן את מספר התאונות והן את היקף הנזקים בעקבותיהן.

33. פרשנות מודרנית של סעי' 57(א) לחוק, על רקע עוצמת הסיכונים והחשיבות של השקעה בהקטנה מראש של הנזקים, מלמדת אפוא על **תכלית כפולה של הערבויות**:

(א) חיוב בעל זכות הנפט בהשקעת מאמץ מרבי כדי למנוע מראש את הנזק האדיר העשוי להיגרם למשק ולסביבה.

(ב) מימון של לכל הפחות, הטיפול הראשוני של נזקים מהפעילות, כשבטחונות אחרים כגון ביטוח עדיין לא זמינים.

34. הדעת נותנת כי החובה להקפיד על רמת בטיחות גבוהה צריכה להיות מעוגנת היטב בתכנית העבודה. תכנית העבודה צריכה לכלול תכנית שיטתית ופרואקטיבית לניהול הבטיחות, הכוללת תהליך מובנה לניהול סיכונים, ממנו יגזרו האמצעים לבקרת הסיכון, אופן המעקב אחר הפחתת הסיכון, נהלים לאיתור מפגעי בטיחות ועוד. הערבויות הנדרשות בהנחיות נועדו להבטיח את העמידה בתכנית העבודה הנלווית לכל קידוח, ובכלל זה, יישום אמצעי הבטיחות הראויים בתכנית העבודה ועמידה בהוראות הממונה הנוגעות לניהול הבטיחות.

35. לפיכך, גובה הערבות אמור לשקף את גובה הסיכון, בהתבסס על הלקח כי ככל שהשקעה בבטיחות תגדל – פוטנציאל הנזק קטן. בכך תוגשם השאת הרווחה המצרפית, ויישום סעי' 57 לחוק יתאם את ההלכה שנקבעה בד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3), 701, 715:

"החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק"

עקרון הזהירות המונעת ועקרון המזהם-משלם

36. תכליתו הכפולה הנ"ל של סעיף 57(א) לחוק הנפט מעוגנת בשני עקרונות משפטיים שהשתרשו בדיון הישראלי.

37. התכלית הראשונה מעוגנת בעקרון הזהירות המונעת.

עקרון זה מצא אחיזה בחקיקה הישראלית (כגון, חוק אויר נקי, התשס"ח-2008, חוק הגנת הסביבה (פליטות והעברות לסביבה – חובות דיווח ומרשם), התשע"ב-2012 ועוד) ובפסיקה. כפי שתואר עקרון זה על ידי כבוד השופט מלצר בבג"צ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 11.1.2012):

"עיקרון הזהירות המונעת הוא עיקרון חדש יחסית במשפט הציבורי, אך תוך מספר שנים הוא הפך ובצדק – בתמיכת משפטנים ליברליים ופסיקה – לאחד העקרונות החשובים במספר תחומים כמו: איכות הסביבה..."

ביישומו של כלל זה בתחומים שבהם הוא כבר הוכר – עקרון הזהירות המונעת נועד להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים. העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש".

הסיכונים האדירים הכרוכים בקידוחי נפט וגז בים הינם בדיוק מסוג הסיכונים אשר יש לפעול ביחס אליהם על בסיס עקרון הזהירות המונעת.

38. התכלית השניה - בעקרון המזהם-משלם.

נפסק בבגץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 2.4.2013):

”עיקרון ”המזהם משלם” הוא פשוט: מי שיצר את הזיהום - יממן את סילוקו ויישא באחריות לנזקים שנגרמו ושייגרמו. עיקרון זה נובע גם משיקולי יעילות, מתוך הנחה שחיוב הגורם המזהם להפנים את עלויות הזיהום יביא אותו להפחית את היקף הזיהום למינימום ההכרחי... לכך מצטרף גם שיקול של צדק, לפיו אין זה צודק שהגורם המזהם שהרוויח מפעולת הזיהום אך יסיט את העלויות אל כתפי הציבור”

עוד נקבע בעניין איתנית לגבי עקרון המזהם-משלם: ”תפיסה כלכלית זו מוצאת עיגון כאמור ברעיון של הפנמת עלויות”, משמע – משלבת באופן מובנה תימרוץ להתנהלות מניעתית.

כפי שהבהירה כבוד השופ' ברק-ארז בבג"צ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (פורסם בנבו 2.1.2013):

”[ב]הבחנה בין הפנמת עלויות לבין החצנת עלויות (cost internalization vs. cost externalization) לפי תיאוריה זו, מי שעוסק בחומר מזהם או שעלול לזהם - ייקח בחשבון את האפשרות שיחויב על פי אחריות חמורה. כדי לחסוך בעלויות עתידיות הוא ייזום מלכתחילה פעולות מחקר ופיתוח ניסיוניות כדי לייצר מוצר חסכוני וידידותי לסביבה, או לכל הפחות בעל פוטנציאל נזק קטן יותר. הגורם המזהם, שהוא בעל הידע והיכולת, מצוי בעמדה הטובה ביותר לנקוט צעדי מנע כאלו”

39. לסיום פרק זה - בבג"צ תגמולי הגז נקבע כי חוק מיסוי רווחי הון ”ביקש להשיג תכלית של צדק חלוקתי ביחס למשאבי הטבע של המדינה” על ידי כך ש”ביקש להבטיח כי ההכנסות ממאגרי הגז והנפט – שהתברר כי הן עומדות על מיליארדים רבים – לא יתרכזו בידיהם של קומץ משקיעים”.

כשם שמשיקולי צדק חלוקתי, הרווחים מקידוחי נפט וגז לא צריכים להתרכז בידי קומץ משקיעים כך, נטל הנשיאה בעלויות סיכוני הקידוחים לא צריך ”להתגלגל” מאותו קובץ משקיעים, לכתפי הציבור הרחב.

ד - הטיעון המשפטיההנחיות מעניקות לממונה שיקול דעת להפחית את גובה ערבות הקידוח ומבטלות את שיקול הדעת להגדילו - זאת בניגוד לסעי' 57(ב) לחוק ותוך חריגה מסמכות

40. סעיף 57(א) ו-57(ב) מגדירים את שיקול דעת הממונה בקביעה ובעדכון גובה הערובה וסוגה :

57" (א) לא תינתן זכות נפט אלא אם נתן המבקש ערבון או ערבות, המתקבלים על הדעת והמניחים את דעתו של המנהל, כערובה לנוקים שייגרמו בפעולותיו עקב זכות הנפט ולהוצאות שהוא חייב לשלם לפי חוק זה.

(ב) המנהל רשאי בכל עת, לאחר הודעה למועצה, לדרוש מבעל זכות נפט לשנות או להגדיל, באופן המתקבל על הדעת, את הערובה שניתנה.

אם כן, בשלב ראשון (ס"ק א), הערובה נקבעת באמצעות גילוי דעת של הממונה מהי הערובה המתקבלת על הדעת. לאחר מכן, רשאי הוא, בהודעה למועצת הנפט, לסטות מאותה קביעת ערובה (ס"ק ב), וזאת בשני אופנים התחומים בלשון הסעיף :

אפשרות אחת – לשנות את הערובה. לממונה יש סמכות לשנות את סוג הערובה. לדוגמה, להחליף ערבות בנקאית אוטונומית, כפי שנדרש בהנחיות, בערבון או בערבות רגילה הנבדלת מהערבות הבנקאית ביכולת המימוש שלה (בשפ 10532/03 רשל נ' מדינת ישראל, נבו, 28.3.05).

אפשרות שניה – להגדיל את הערובה. ביחס לגובה ערובה, שנקבע לפי גילוי דעתו של הממונה, סעיף 57(ב) מגביל את סמכות הממונה לסטות ממנו באופן אחד בלבד - על ידי הגדלת הסכום.

41. יובהר כי לא ניתן לפרש את התיבה "לשנות" כמתייחסת לגובה הערבות, שכן חזקה שאין המחוקק משחית מילותיו לריק (ע"א 461/61 מנהל אגף המכס והבלו נ' לוינסון, פ"ד טו 2226,2236). אם היה מבקש לאפשר "שינויי" של גובה הערובה (הן להגדלה והן להפחתה) לא היה נדרש למילה "להגדיל" לאחר המילה "לשנות".

42. הממונה בחר לפשט את יישום הוראת סעי' 57(א) לחוק על ידי קביעת הסכום הנדרש לערבות בעל רישיון ולערבות בעל חזקה (כהגדרתם בחוק) בהנחיות מנהליות, תחת לקבוע את גובהן ממקרה למקרה. באופן זה, כאשר מדובר בקידוח סטנדרטי, ההנחיות מיייתרות את הצורך להחליט בכל פעם מחדש החלטה אד-הוק לגבי גובה הסכום.

נפסק בע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (פורסם בנבו 24.7.2008) :

"הרשות המינהלית יכולה, על דרך העיקרון, להפעיל את שיקול דעתה בקביעת תנאים לרישיון באופן פרטני ביחס לכל מבקש ומבקש, ויכולה היא להפעיל את שיקול דעתה על פי מדיניות כללית שקבעה לעצמה. קביעת מדיניות כללית נעשית

על ידי הרשות המינהלית פעמים רבות, בדרך של קביעת "הנחיות מינהליות". ראו דברי זמיר, כרך ב', בעמ' 778:

"**יצירת ההנחיות היא, מבחינה מהותית, הפעלת שיקול דעת.** להבדיל מהפעלת שיקול הדעת לגבי מקרה מסויים, יצירת ההנחיות היא הפעלת שיקול הדעת לגבי סוג של מקרים... במקום שהרשות המינהלית תעבור מחדש בכל מקרה ומקרה את התהליך המורכב של הפעלת שיקול הדעת, כאשר בכל מקרה עליה להחליט מה מטרת החוק שהעניק לה את הסמכות, מה השיקולים העניינים והזרים לאותה סמכות, ואיזה משקל לייחס לשיקולים העניינים, היא עוברת את התהליך באופן קיבוצי לגבי סוג של מקרים."

... קיומן של הנחיות מייעל את פעולת הרשות והפעלתן תורמת לאחידות, יציבות ועקביות של פעולתה ולשוויון בהפעלת הסמכות. קיומן של הנחיות מאפשר לאזרח, הנוזק לרשות המנהלית, לצפות ולכלכל את צעדיו במידה סבירה של ודאות, ומקלה על הפעלת ביקורת על פעולת הרשות"

43. מכאן, שההנחיות מבקשות לתת ודאות בידי בעלי זכויות נפט והן קובעות את גובה הערבות הנדרשת לקידוח סטנדרטי. באמצעות ההנחיות נקבע רף ידוע לכולי עלמא – הן בעלי זכויות נפט, הן מועצת הנפט, והן הציבור בכללותו – לגבי מה נדרש מבעל זכות נפט לצורך קידוח.

44. הממונה קבע בהנחיות **ערבות קידוח לבעל רישיון** בגובה 7.5 מיליון \$ שהפקדתה "נפרסה לתשלומים", על פני שני מועדים -

חלקה הראשון של הערבות ("ערבות בסיס") בסך של 2.5 מיליון \$ (סעי' 3.ב להנחיות) ויתרת הערבות ("ערבות נוספת") בסך של 5 מיליון \$ טרם ביצוע הקידוח (סעי' 4.א ו-4.ג להנחיות).

בכך גילה הממונה את דעתו, בהתאם לסעי' 57(א) לחוק, כי הסך הכולל של 7.5 מיליון \$ הוא (שוב, לדעתו), סכום מתקבל על הדעת ביחס לקידוח ראשון שיבוצע על ידי בעל רישיון (ו-5 מיליון \$ נוספים לכל קידוח נוסף).

45. בנוסף, ההנחיות מאפשרות לממונה לסטות מאותה ערבות סטנדרטית, שנקבעה בהתאם לסעיף 57(א) לחוק, הן בשלב התשלום הראשון שלה (ערבות הבסיס) והן בשלב התשלום השני (הערבות הנוספת). הסטייה מאפשרת לממונה לעדכן את גובה הערבות הסטנדרטית על יסוד נסיבות ייחודיות למבקש רישיון מסוים, הן בעת מתן הרישיון והן במועד "התשלום השני", וזאת לאור מידע נוסף שהצטבר בינתיים.

46. אלא ששיקול הדעת בהנחיות לעדכן גובה ערבות הקידוח לרישיון, עומד בסתירה גמורה לשיקול הדעת שמוקנה לממונה על פי סעי' 57 (ב) לחוק. נסביר.

סעי' 3. ד. להנחיות קובע ביחס ל"ערבות הבסיס":

"מצא הממונה כי התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות זאת, כגון טיבה של תוכנית העבודה וטיבם של הנזקים האפשריים, רשאי הוא לדרוש סכום ערבות השונה מהסכום המופיע בסעיף 3.א... וזאת מטעמים שיירשמו".

ואילו סעי' 4. ה. קובע ביחס ל"ערבות הנוספת":

"מצא הממונה כי התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות זאת, כגון טיבה של תוכנית העבודה וטיבם של הנזקים האפשריים, רשאי הוא לדרוש ערבות בסכום נמוך מהסכום המופיע בס"ק 4.ג, וזאת מטעמים שיירשמו".

47. סעי' 4. ה. להנחיות מאפשר, אם כן, במועד "התשלום השני", לסטות מהערבות שניתנה וזאת בכיוון אחד בלבד - של הפחתה.

היפוך שיקול הדעת - כך שבניגוד לסעי' 57(ב) לחוק המתיר אך ורק להגדילה, ההנחיות מאפשרות אך ורק להפחיתה - מהווה חריגה מסמכות.

כשם שחקיקת-משנה חייבת להישאר במסגרת הסמכות שנקבעה בחוק, כך אף הנחיות מינהליות. נפנה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה הנחיה מס' 1.0002 (עמ' 13):

"חריגה ממסגרת הסמכות, שיש בה כדי לפסול חקיקת-משנה, יש בה כדי לפסול גם הנחיות מינהליות. ברור שאי-אפשר להסדיר או להכשיר באמצעות הנחיות מעשה החורג מן הסמכות של הרשות. כך נפסק, לדוגמא, בבג"צ 355/79 קטלן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3)294, כאן הועלתה שאלת החוקיות של "נוהל", אשר הוצא על-ידי שירות בתי הסוהר... עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן". בהעדר הוראה כזאת הגיע בית-המשפט למסקנה, כי "הנוהל" האמור הוא שלא כדין ואסור לפעול על-פיו. ראו גם בג"צ 75/76 הילרון בע"מ נגד המועצה ליצור פירות ושיווקם, פ"ד ל(3)645"

48. חריגה נוספת של ההנחיות מגדרי סעי' 57(ב) לחוק מצויה גם בכך שההנחיות תוחמות את סמכות הממונה לעדכן את גובה ערבות הקידוח לשתי נקודות זמן בלבד - בעת מתן הרישיון ובמועד "התשלום השני" - טרם תחילת הקידוח. זאת בניגוד לסעי' 57(ב) לחוק המקנה לממונה שיקול דעת להגדיל את הערובה **"בכל עת"** (כפי שיקול הדעת שהפעיל הממונה ביחס לרישיון עמית, נפנה לסעיף 9 לעיל).

49. על שלילת שיקול דעת זה מן הממונה לומדת העותרת מתוך כך שביחס לערבות בעל חזקה (סעי' 6. ה. להנחיות) מוקנית לממונה במפורש סמכות לעדכן את הערבות בחזקה. לעומת זאת, סעיף עדכון כזה לא קיים ביחס לערבות קידוח הניתנת לבעל רישיון. סעי' 7. א. להנחיות מחזק זאת: סעיף זה מבחין במפורש בין סמכות הממונה "לעדכן" את ערבות החזקה לאחר שניתנה, לבין סמכותו "לשנות את

הסכום" שיקבע לערבות הקידוח יחסית לגובה הסטנדרטי (סעי' 3.3 ד ו-4 ה להנחיות). דהיינו – ביחס לערבות קידוח מצויים אנו בפני הסדר שלילי, הסותר את לשון החוק ואת שיקול דעת הממונה להגדילה "בכל עת" לאחר שניתנה.

50. יודגש –

א. בנוסח ההנחיות מחודש פברואר 2014 (הנוסח אליו התייחס השר בתשובתו לעיל) סמכות הממונה ביחס לערבות הנוספת היתה להגדלת סכום הערבות – בדיוק ההיפך מנוסח ההנחיות כיום, המאפשר הפחתה בלבד. להלן הנוסח הקודם של סעיף ה"ערבות הנוספת" בנוסח ההנחיות מפברואר 2014:

"סבר הממונה כי מאפייני הקידוח מצדיקים זאת, יהיה הממונה רשאי לדרוש ערבות בסכום הגבוה מהסכום המופיע בס"ק 4.ב וזאת מטעמים שיירשמו"

ב. בחודש פברואר 2014 השיב השר לשאילתא מטעם ח"כ בר-לב (נספח ה'1 לעיל), והבהיר כי לרישיון עמית נדרשה ערבות בסכום גבוה במיוחד של 30 מיליון דולר(!), וזאת מאחר והיה "חשש לסיכון מוגבר בקידוח". והוסיף שם – "במקרים חריגים גובה הערבות נוסקת לסכומים מאד מהותיים כפי שהיה ברישיון עמית כאמור לעיל". והנה, מרגע שנכנסו ההנחיות לתוקף הן ביטלו את סמכות הממונה להפעיל שיקול דעת להגדלה.

ג. בטיוטת ערבויות הנזקים מחודש דצמבר 2012 – נוסח שעקרונותיו אושרו אז על ידי מועצת הנפט – נקבעה במפורש (גם אז, כמו בנוסח הקודם של ההנחיות דנן) סמכות להגדלה בלבד:

"2. ערבות לגבי קידוחים בים.

2... במקרים מיוחדים בהם יראה הממונה על ענייני הנפט כי קיים חשש לנזק בהיקף מהותי העולה על סכום הערבות האמורה, רשאי לדרוש ערבות גבוהה יותר, וזאת לאחר מתן הנמקה המבהירה מדוע קיים צורך זה".
(נספח יב' להלן)

51. שלושת אלו, במצטבר לניתוח התכליתי והמילולי של סעי' 57 לחוק, ממחישים את הפגם השורשי בהנחיות ואת הסתירה לתכלית סעי' 57 לחוק ולתכלית חוק הנפט בכללותו (השאת רווחה מצרפית): ההנחיות הן שמגבילות את הממונה ברצונו להגן באופן המיטבי על האינטרס הציבורי במקרה של סיכון מוגבר בקידוח.

52. זאת ועוד. האפשרות שניתנה בהנחיות להפחית את גובה ערבות הקידוח הינה בבחינת "הזמנה" (שלא מדעת או ללא כוונה לכך), להפעלת לחץ של חברות קידוח על הממונה, להפחתת גובה הערבות – בניגוד לאינטרס הציבורי.

53. יצוין כי סעי' 4.ג להנחיות נוקט ביחס לערבות הנוספת בלשון "לא יפחת" מ-5 מיליון \$. אין משמעות לתיבה זו ("לא יפחת") היות וקיימת סתירה מובנית בין ה"לא יפחת" בסעי' 4.ג לבין סמכות ההפחתה בסעי' 4.ה מהטעמים המנויים בו של נסיבות חריגות. בשינוי נוסח ההנחיות מהנוסח הקודם (שאיפשר שיקול דעת להגדיל) למול הנוסח הנוכחי (שמקנה רק שיקול דעת להפחית), גילה הממונה כי כוונתו הברורה היא שהסף העליון לערבות הנוספת יהיה 5 מיליון \$ וממנו ניתן יהיה רק להפחית. התוצאה היא – רף עליון בהנחיות לערבות קידוח ל-7.5 מיליון \$. רף זה – כפי שנבהיר בפרק הבא – הינו בלתי סביר ובלתי מידתי בצורה קיצונית.

ערבות קידוח בעל רישיון (רף עליון של 7.5 מיליון \$) וערבות בעל חזקה (סף של 7.5 מיליון \$) – הינן בלתי סבירות, בלתי מידתיות, וסותרות את תכלית סעיף 57 לחוק

54. סעיף 57 קובע כי הערבויות הנדרשות מבעלי זכות נפט יהיו בסכומים "המתקבלים על הדעת והמניחים את דעתו של המנהל". כפי שנבהיר, גובה הערבות שקובעות ההנחיות, העומד, הן ברישיון והן בחזקה, על סף של 7.5 מיליון \$, אינו מתקבל על הדעת והוא עומד בסתירה מוחלטת לגילוי דעתו של הממונה ביחס לרישיון עמית ולחזקת תמר. לפיכך, ההנחיות משקפות החלטה שאינה מידתית, החורגת ממבחן הסבירות באופן מהותי ובמידה המצדיקה התערבות של בית משפט נכבד זה.

55. אי הסבירות וחוסר המידתיות היורדת לשורש העניין מתבטא במספר קביעות בהנחיות: (א) גובה ערבויות נמוך מידי (ב) הגבלת שיקול דעת הממונה לשיקול רלבנטי (ג) קריטריונים עמומים לקביעת גובה ערבות הקידוח ולעדכון ערבות החזקה.

גובה ערבויות נמוך מידי

56. ערבות מתקבלת על הדעת, על פי סעיף 57 היא כזו שתהיה גבוהה דיה כדי לשמש "כערובה לנזקים שייגרמו בפעולותיו עקב זכות הנפט ולהוצאות שהוא חייב לשלם לפי חוק זה". ההנחיות קובעות, ברישיון ובחזקה כאחת, ערבויות נמוכות, אשר אינן צולחות את מבחן המידתיות, כשהן נבחנות אל מול הסיכונים הצפויים מפעילות בעלי הזכויות.

57. על דרך הכלל, החלטה של רשות מנהלית מוגנת בחזקת החוקיות ועל התוקף אותה מוטל הנטל לסתור את החזקה. החזקה לגבי ההחלטה בהנחיות לגבי גובה הערובה, נסתרת על ידי החלטות הממונה עצמו:

ברישייון עמית נקבעה מלכתחילה ערבות של 15 מיליון \$. לאחר שהתגלתה תקלה בקידוח, הערבות הוגדלה לכדי 30 מיליון \$ (נפנה לנספח ה'2 לעיל). מאידך, סעי' 4.ה להנחיות הממונה מגביל את הרף העליון של גובה הערבות הנוספת ערב קידוח ל- 5 מיליון \$ בלבד. הפער המהותי בין שתי ההחלטות, בין ערבות של לא יותר מ- 5 מיליון \$ ערב קידוח שלא ניתן להגדילה מכוח ההנחיות, לערבות בגובה 30 מיליון \$ שנקבעה כאשר שיקול הדעת של הממונה היה בלתי מוגבל (טרם ההנחיות), אינו עומד במבחן המידתיות של שיקול הדעת המנהלי.

כני"ל ביחס לערבות החזקה שנקבעה בהנחיות. ביחס לחזקת "תמר" (I/12) נקבעה על ידי הממונה (טרם ההנחיות) ערבות בסך של כ-36 מיליון \$ (135 מיליון ₪). ואילו בהנחיות דנן, הערבות לחזקה נקבעה לסף תחתון של 7.5 מיליון \$ בלבד (סעיף 6.6 להנחיות). אמנם מדובר בסף תחתון ("לא יפחת"), אך קביעת הסכום בהנחיות מלמד על שיקול דעת הממונה לגבי ערבות מתקבלת על הדעת בחזקה. גם כאן, הפער הוא בלתי מידתי.

58. זאת ועוד. גילוי דעת המשרד, לגבי גובה הערבות הנדרשת, עולה גם מהשוואה לטיטות ההנחיות משנת 2012. באותו שלב פורסמו בנפרד טיטות הנחיות לערבויות נזקים ולערבויות ביצוע. שיעור ערבות הנזקים ברישיון לקידוח בים, על פי טיטות ההנחיות, היה בסך של 10 מיליון \$ וניתן היה להגדילה בלבד וערבות הביצוע לקידוחים בים הייתה אמורה להיות בשיעור של 5% מיתרת עלות תכנית העבודה.

-- טיטות הנחיות להגשת 'ערבויות ביצוע' מיום 29.10.2012 מצ"ב כנספח יא'
-- טיטות הנחיות להגשת 'ערבויות נזקים' מיום 5.12.2012 מצ"ב כנספח יב'

59. עולה מכאן, כי גובה הערבות שנקבע בהנחיות הנוכחיות נמוך ב- 25% מערבויות הנזקים שנחשבו מתקבלות על הדעת אך לפני שנתיים. והפער גדול עוד יותר אם ניקח בחשבון שעל ערבויות הנזקים דאז נוספו גם ערבויות ביצוע. מדובר בהחלשה מהותית של הסיכוי להשגת תכלית החוק, באופן שאינו מידתי, במיוחד משהסכום הקבוע בהנחיות הוא הרף העליון של הערבות הנדרשת ערב קידוח.

60. מבחן המידתיות ומבחני המשנה שלו, בהקשר של החלטה מנהלית, נדון בבג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5)1. על פי כב' השופט ברק שם:

"העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת אפוא ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה. ... היסוד השלישי במבחן המידתיות קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). כותב פרופ' זמיר:

"היסוד השלישי הוא המידתיות עצמה. לפי יסוד זה, אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין"

61. בענייננו, ערבות מידתית תהיה כזו שמגשימה את האינטרס הציבורי שעומד בתכלית סעיף 57 לחוק.

גובה הערבות שנקבע בהנחיות ביחס לרישיון וחזקה, משפר אמנם במאוד את מצבם של בעלי זכויות הנפט (מציב להם רף עליון נמוך מאד), אך בוודאי שאינו מגשים את התכלית הציבורית ועומד בסתירה גמורה לתכלית סעיף 57 לחוק.

הגבלת שיקול דעת הממונה לשקול שיקול רלבנטי

62. בבחינת סבירותה של החלטה מנהלית יש לבחון אם הרשות שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים וייחסה לכל שיקול את המשקל הראוי. כבי' השופטת פרוקצ'יה קובעת בבג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב (3) 445, כך:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. באמצעות עילה זו, נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי, ולצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: האם נשקלו על ידי הרשות המינהלית **מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין**, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים וחיצוניים לענין; שנית, **האם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים את משקלו היחסי הראוי**, והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה"

ובבג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 513:

"סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוואנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים.... **משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה** (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה. אכן, משקל 'ראוי' אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוואנטיים. משקל 'ראוי' לא נקבע על פי דדוקציה לוגית. **משקל 'ראוי' היא הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים**"

63. בענייננו, רשימת השיקולים לקביעת גובה הערבות נגועה באי סבירות קיצונית, שכן **בולט חסרונו של השיקול הרלבנטי ביותר להחלטה על גובה ערבות – מצב של רמת סיכון מוגברת.**

ביטול שיקול הדעת להגדיל את ערבות הקידוח ברישיון, במועד בקשת האישור לקידוח ומתן שיקול דעת להפחיתו חוסם את הממונה מקביעת ערבות ריאלית, ומפקיע ממנו למעשה יכולת לשקול שיקול רלבנטי וחיוני.

64. יודגש - לו ההנחיות הנתקפות בעתירה זו היו קיימות כבר לפני מספר שנים, לא היה בסמכות הממונה לדרוש את הערבות בסך 30 מיליון \$ כפי שדרש עבור רישיון עמית. צא ולמד כי ההנחיות מגבילות את שיקול הדעת וחושפות את המדינה והציבור לרמת סיכון בלתי סבירה.

קריטריונים עמומים לקביעת גובה ערבות הקידוח ולעדכון ערבות החזקה

65. גובה הערבות הנוספת לפי ההנחיות אמור להיקבע "בהתאם למאפייני הקידוח ותכנית הקדיחה". אין התייחסות לשיקולים לפיהם נקבע גובה ערבות הבסיס, אך ההנחיות קובעות כי הנסיבות המצדיקות סטייה מגובה ערבות הבסיס והערבות הנוספת הן "טיב תכנית העבודה וטיב הנזקים האפשריים" (סעי' 3ד וסעי' 4ה). גובה ערבות החזקה יקבע "בהתחשב בין היתר בתכנית הפיתוח, במאפייני החזקה, בשלב הפיתוח בו היא נמצאת ובגודל שדה הנפט". עדכון ערבות החזקה מותנה ב"שינוי נסיבות, בין היתר בשל אישור שינויים בתכנית הפיתוח או בשל טיב הנזקים האפשריים" (סעי' 6ה).

66. קריטריונים אלה הינם כלליים ועמומים במידה החורגת ממתחם הסבירות.

67. "טיב הנזקים האפשריים" או "מאפייני הקידוח", משפיעים, כמובן, על גובה הסיכון, אך אינם תחליף להגדרה של כללים ברורים ואחידים לגבי היקף הסיכון ואופן חישוב הנזקים הצפויים. על ההנחיות להבהיר, לדוגמה, האם גובה הערבות נקבע על פי הנזק הצפוי בתרחיש הגרוע ביותר האפשרי (worst case scenario, להלן - "WCS") או על פי מדד אחר, כיצד מחושב גובה הבטוחות הפיננסיות הנדרש מבעלי הזכויות או כיצד נקבע התרחיש על פיו מחושב גובה הנזקים.

68. נבהיר, הערכת נזקים צפויים בקידוח מסוים משתנה באופן מהותי כשהנחות היסוד והפרמטרים בהם עושים שימוש משתנות. בארצות הברית, לדוגמה, גובה הערבויות נקבע בהתאם ל-WCS. התקנות הפדרליות³ קובעות כי יש לקבוע ולאשר תחילה מול הרשויות מהו התרחיש הגרוע ביותר, ואחר כך, לחשב לפיו את כמויות הדליפה. גובה הבטוחות עולה ביחס ישר לכמות הנפט (נמדד במס' חביות) שעלולה לדלוף על פי התרחיש. גובה הביטוחות הנדרשים בקידוחים המבוצעים מחוץ למדף היבשת, קרי במים העמוקים (Outer Continental Shelf, OCS) מוצג בטבלה הבאה:

Covered Offshore Facility (COF) Located Wholly or Partially in the OCS	
COF Worst Case Oil-Spill Discharge Volume	Applicable Amount of OSFR
1,000 up to 35,000 barrels	\$35,000,000
35,000 but not more than 70,000 barrels	\$70,000,000
70,000 but not more than 105,000 barrels	\$105,000,000
105,000 barrels	\$150,000,000

בעקבות אסון דליפת הנפט במפרץ מקסיקו, הוחלט לעדכן את נוסחת קביעת ה-WCS. השינוי עוגן במסגרת הנחיות חדשות⁴. כתוצאה מהשינוי, גובה הערבויות שנדרש מ- Century Exploration New Orleans, LLC (Century) and Champion Exploration, LLC (Champion) נפט בשטח הנמצא באזור הכלכלי הבלעדי, זינק מ- **35 מיליון \$** (לפי השורה הראשונה בטבלה הני"ל) ל- **150 מיליון \$** (לפי השורה האחרונה בטבלה הני"ל), שכן על פי התחשיב החדש מספר החביות שעוללות לדלוף בקידוחים עלה מ- **1,500 חביות** בלבד ל- **142,977 חביות**. כתוצאה מכך השותפות עתרו לבית המשפט הפדרלי בטענה כנגד תוקף ההנחיות החדשות⁵. תביעתן נדחתה בשתי ערכאות.

-- התקנות הפדרליות העדכניות ופסק הדין בערעור בעניין Century Exploration New Orleans מצ"ב כנספח יג'1 ויג' 2

כך גם נוסחאות חישוב שונות של גובה הערבות יניבו תוצאות שונות משמעותית. לדוגמה, בעוד בארצות הברית גובה הבטוחה נגזר, כאמור לעיל, ישירות מהיקף הדליפה, באנגליה חישוב גובה הבטוחות הנדרשות הוא סך העלויות של השתלטות על הבאר (גם כן ב- WCS) ושל הטיפול בנזקים והפיצוי הצפוי בגין הזיהום⁶.

69. זאת ועוד. במצב הנתון כעת בו השיקולים לקביעת אופן חישוב הנזקים הצפויים מקידוח הם עמומים ואינם ברמת פירוט המקובלת בעולם לגבי בטחונות לקידוחים ביים, יש חשש יותר מסביר, כי ההחלטה ביחס לבעל זכות נפט מסוים תתקבל ללא תשתית עובדתית מתאימה.

70. **החשיבות בהגדרה המפרטת בצורה ברורה את השיקולים לקביעת אופן חישוב הנזקים הצפויים כבר במסגרת ההנחיות (ולא נוסח עמום כפי שהוא כיום) מתחדדת לאור כך שההחלטה הקונקרטיית לגבי ערובה לצורך קבלת זכות נפט, מתקבלת:**

א. **ללא בקרה ציבורית** (אין הליך התנגדות או ערר לציבור);

ב. **ללא שקיפות של תהליך קבלת ההחלטה** (על עצם מתן הרישיון או החזקה ניתן ללמוד רק לאחר החלטה, בפרסום החלטות הממונה באתר המשרד. גם פרוטוקולים של דיוני מועצת הנפט, לפחות אלו שהגיעו לידי העותרת לאחר בקשת חופש מידע, הגיעו מושחרים רובם ככולם);

ג. **ללא חובת התייעצות של הממונה עם אף גורם אחר** (כגון המשרד להגנת הסביבה לגבי הערכת הסיכון הסביבתי).

⁴ NTL-06 (Notices to Lessees and Operators – 06)

⁵ Century Exploration New Orleans, LLC and Champion Exploration, LLC v. United States, No. 2013-5073 (Mar. 14, 2014). השאלה העיקרית שנידונה בערעור היתה אם ההנחיות הוצאו מכוח ה- OCLSA, המאפשר החלה של רגולציה מאוחרת על בעל הרישיון או מכוח ה- Oil Pollution Act 1990. ראו עמ' 12-14 לפסק הדין

⁶ Guidelines on Financial Responsibility for Well Operations in the UKCS – Exploration and Appraisal Wells, The United Kingdom Offshore Oil and Gas Industry Association Limited (trading as Oil & Gas UK), 2012 (שם, עמ' 9).

71. ההנחיות, אם כן, הן צומת מכריע בשקיפות ובבקרה על קבלת ההחלטות לגבי גובה הערבות. נפסק בדנג' 10350/02 **שר הפנים נ' עדנאן מטר** (פורסם בנו 26.2.2004):

”כולנו ידענו כי הדרישה לשקיפות היא אחת הדרכים המובהקות והבדוקות לביקורת על מעשי השלטון. שקיפות זו מובטחת אך בהליכים גלויים ופתוחים”

באותו עניין דובר על רישום פרוטוקולים. בענייננו, כאמור, **ההנחיות הן חזות שיקול-הדעת**, וזאת לא רק כלפי הציבור (שנמצא מחוץ ל"זירת ההחלטה") אלא גם ביחסים התחרותיים שבין בעלי זכויות הנפט, כאשר גם בהיבט זה קיים אינטרס ציבורי להפעלת אמות מידה אחידות ושוויוניות. קביעת אופן חישוב הנזקים הצפויים לצורך קביעת גובה הערבות, לפי אחד המודלים התחשיביים המקובלים כיום בעולם, ייתן אמת מידה אחידה ושוויונית, שחסרה כיום בהנחיות.

72. זאת ועוד. יש לדחות טענה אפשרית על פיה ניתן להסתפק בערבות זניחה או נמוכה, כיוון שהאינטרס הציבורי לכיסוי נזקים מכוסה לכאורה על ידי הדרישה מבעלי זכויות נפט לעשות על חשבונם ביטוחים המקובלים אצל חברות בין-לאומיות בתחום (פרק ב' להנחיות). זאת מהטעמים הבאים:

73. ראשית, **מהדו"חות השנתיים של בעלי זכויות עולה כי הכיסוי הביטוחי אינו צפוי לכסות את כלל הנזקים**. כך לדוגמה נכתב בדו"ח הכספי לשנת 2013 של חברת שמן, שהיא בעלת זכויות ברישיון שמן:

1.18.10 **העדר כיסוי ביטוחי**: על אף שהחברה מבוטחת לכיסוי נזקים שונים אשר עלולים להיגרם בקשר לפעילותה, לא כל הסיכונים האפשריים מכוסים בפוליסות השונות שנערכו (חלקם מכוסה באופן חלקי בלבד), ותקבולי הביטוח לפיכך לא בהכרח יכסו את מלוא היקף הנזקים ו/או את כל ההפסדים האפשריים (לרבות לענין נזקים לצדדים שלישיים, לנוק תוצאתי ולנוק לרכוש מכל סוג בתוך הבאר). לא בהכרח ניתן יהיה לרכוש פוליסות ביטוח מתאימות, בתנאים מסחריים סבירים או בכלל, לכיסוי נזקים אשר עלולים להגרם בקשר לפרויקט ובקשר לפעילות האקספלורציה של החברה. לגבי ביטוחים מסויימים עשויה החברה להחליט שלא לעשותם כלל משכך, במקרה של אסון בקנה מידה גדול, הביטוחים אשר נערכו עלולים שלא להספיק לכיסוי מלוא הנזקים לחברה ו/או לצדדים שלישיים, לרבות בכל הנוגע לנזקי זיהום. כמו כן, אין כל ודאות כי ניתן יהיה להמשיך לרכוש פוליסות מתאימות בעתיד בתנאים מסחריים סבירים או בכלל.

-- העמוד הרלבנטי מתוך הדוח הכספי של חברת שמן לשנת 2013 מצי"ב כנספח יד1

כך גם בדו"ח התקופתי לשנת 2013 של שותפות מודיעין אנרגיה, שהיא בעלת הזכויות ברישיונות מירה, שרה, דניאל מזרח ומערב ועוד.

ביטוחים

1.10.1 פעולות חיפוש נפט נתונות לסיכונים תפעול כמפורט בסעיף 1.20.2 להלן.

1.10.2 כנגד חלק מסיכונים אלו, ועובר למועד התחלת הפעילות, רוכש המפעיל ביטוחים המקובלים בתחום פעילות חיפוש נפט וגז טבעי תוך התאמה לדרישות החוק, תנאי הרישיון, היקפי פעילות השותפות והחשיפות הניתנות לכיסוי ביטוחי. היקף הכיסוי משתנה מאתר קידוחים אחד למשנהו ואינו בהכרח כיסוי מלא לחשיפות הנבעות מפעילות הקידוח.

1.10.3 אין כל בטחון שניתן יהיה בעתיד לרכוש ביטוחים לכיסוי סיכונים תפעול ו/או לכיסויים הביטוחיים המתוארים בסעיף הביטוחים ואין כל בטחון, כי הכיסוי שיינתן על-ידי פוליסות הביטוח שיירכשו, ככל שיירכשו, יהיה מספיק.

-- העמוד הרלבנטי מתוך הדוח הכספי של שותפות מודיעין אנרגיה לשנת 2013 מצ"ב כנספח יד'2

74. שנית, חוק הנפט קובע במפורש כי הבטוחות הנדרשות לכיסוי נזקים מפעילויות קידוח יהיה ערבות או ערבון ולכן הסתמכות כמעט בלעדית על ביטוח ככלי לכיסוי הנזקים סותרת את לשון החוק ותכליתו. (בשונה, למשל, מסעי' 4 לחוק האחריות לפיצוי נזקי זיהום בשמן, תשס"ד-2004 המאפשר בלשונו, חד משמעית, "פוליסת ביטוח או בטוחה כספית" לשם כיסוי חבותו לנזק זיהום). המצב הנתון בסעי' 57 לחוק המחייב במפורש הפקדת "ערבון או ערבות", שונה, למשל, מהמצב במדינות המגדירות בחקיקה כי הביטוח הוא הכלי הבלעדי לכיסוי נזקים מקידוחים. חקיקה כזו קיימת, על פי דו"ח שהוכן עבור המועצה האירופית על ידי Deloitte ופורסם השנה (2014)⁷ ב-7 מתוך 20 המדינות שנסקרו בדו"ח. ב-8 מדינות נוספות, החקיקה לא נוקבת כלל בסוג הבטוחה הנדרשת (שם, עמ' 170). יצוין, כי במדינות רבות שנסקרו בדו"ח זה בטוחות שונות מביטוח, כגון ערבות בנקאית, ערבות של חברת האם וכלים פיננסיים נוספים, נדרשות בעיקרן כערבויות ביצוע.

המשך הפרה על ידי הממונה – אי דרישת ערבויות לשלב ההיתר המוקדם

75. סעיף 7 לחוק הנפט קובע כי בעל היתר מוקדם כהגדרתו בחוק יוכל לערוך בדיקות מוקדמות כדי לעמוד על הסיכויים לגילוי נפט, למעט קדיחות ניסיון. סעיף 11 לחוק הנפט קובע כי:

"(א) לא יינתן היתר מוקדם, אלא לאחר שנתן המבקש ערבון או ערבות המתקבלים על הדעת והמניחים את דעתו של המנהל, כערובה לדמי נזק שיתחייב בהם על פי סעיף 10 ולהוצאות שיוצאו על חשבונו לפי סעיף 9.

(ב) המנהל רשאי בכל עת לדרוש מבעל היתר מוקדם לשנות או להגדיל, באופן המתקבל על הדעת, את הערובה שניתנה; לא מילא בעל ההיתר אחרי הדרישה תוך המועד שקבע לו המנהל, פוקע ההיתר"

76. סעיף 9 קובע כי מטרת הערובה היא לממן את החזרת המצב בשטח לקדמותו בעקבות פגיעה "בקרקע" ובכל מה שהיה מצוי עליה במהלך ביצוע הבדיקות לגבי הסיכויים, כאשר "קרקע" מוגדרת בחוק כך: "לרבות קרקע הנמצאת, לסירוגין או בקביעות, מתחת למימי פנים או מתחת למי היס":

"סיים בעל היתר מוקדם את פעולותיו במקום מסויים, חייב הוא להשיב במידת האפשר ובמהירות האפשרית את הקרקע, וכל שהיה מצוי עליה, למצב שבו היו לפני שהתחיל בפעולותיו, אם לא הורה המנהל הוראה אחרת; לא עשה כאמור, רשאי המנהל לעשות זאת על חשבון בעל ההיתר"

⁷ BIO by Deloitte (2014), Civil liability, financial security and compensation claims for Offshore oil and gas activities in the European Economic Area, Final Report prepared for European Commission - DG Energy. ec.europa.eu/energy/oil/.../201408_offshore_oil_and_gas_activities.pdf

השבת המצב לקדמותו, בכל הנוגע לפעולות קידוח בים, כוללת לעמדת העותרת, גם פעולות שיקום אקולוגי.

77. למיטב ידיעת העותרת, הממונה מפר את החוק כדרך שגרה והוא לא דרש עד היום ממבקשי היתרים הפקדה של ערבות טרם קבלת ההיתר. גם בהנחיות נשוא העתירה ממשיכה ההפרה הנ"ל, ולא מצויה בהן דרישת ערובה להוצאות השבת המצב לקדמותו, כתנאי לקבלת היתר מוקדם.

הסדרת סוגיית הערובות השונות לבעלי זכויות נפט חייבת להיות מעוגנת בתקנות –

ולא בהנחיות

78. סעיף 57(א) לחוק הנפט ניתן ליישום גם ללא קביעת כללים לביצועו בתקנות (בניגוד לחובה לקבוע בתקנות, למשל, את אופן הגשת הבקשה לרישיון). לפיכך, קביעת הכללים ליישום יכולה להיות בתקנות מכוח סעיף 82 לחוק הנפט או בהנחיות מנהליות.

79. העותרת תטען כי ככל שמדובר בקביעת כללים לדרישת מתן בטחונות בזכויות נפט, קיימים שיקולים כבדי משקל המחייבים את קביעת הכללים בתקנות ולא בהנחיות מינהליות. נציין, כי זו הייתה גם עמדת המשרד, נכון למועד הגשת תגובתו למבקר המדינה ולא ברור מדוע נסוג ממנה. דו"ח מבקר המדינה 64א מבהיר כי:

"בתגובתו למשרד מבקר המדינה מסר משרד האנרגיה כי בשנת 2012 הוא החל בגיבוש "חבילת צעדים אשר עשויים לכסות... נזקים לרבות סביבתיים... ההנחיות עבור ערבויות ביצוע וערבויות [לכיסוי] נזקים פורסמו לשימוע הציבור, והמשרד פועל להעביר את ההנחיות המעודכנות לאחר השימוע לתקנות מחייבות..."

80. המלומד דותן מונה שני מאפיינים המבחינים בין תקנות להנחיות מנהליות: 1. התקנות נעשות מכוח הסמכה מפורשת בחוק לקבוע כללים מחייבים, ולפיכך, הרשות המנהלית חייבת לקיימן תמיד ואינה רשאית לסטות מהן 2. החוק קובע את הפרוצדורות ליצירתן (ראו "דותן, הנחיות מינהליות (תשנ"ו)", עמ' 42-44).

81. על פי ההלכה הפסוקה, האפשרות לסטייה מהנחית מנהליות שנקבעו מוגבלת. כך נקבע בעניין לוזון הנ"ל (סעי' 39):

"משעה שנקבעו הנחיות או קריטריונים, מחויבת הרשות, מתוקף עיקרון השוויון, שלא לסטות מההנחיות שנקבעו, אלא אם כן ניתן להצדיק סטייה זו בטעמים ראויים וענייניים"

82. עם זאת, בענייננו, השיקולים המכריעים לעניין העדפת הסדרת סוגיית הבטחונות לקידוחים בתקנות, עולים מלשון סעיף 82 לחוק הנפט עצמו הקובע כדלקמן:

“השר הממונה על ביצוע חוק זה רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו, לרבות תקנות לשימור אוצרות הנפט וניצולם, ולבטיחות עובדים במפעלי נפט”

83. על פי החוק, הסמכות להתקין תקנות היא בידי השר. לאור המחדל המתמשך של הממונה מלפעול בהתאם להוראות סעיף 57(א) ו-11 לחוק בעניין דרישת הבטוחות, תוך שהוא מסכן את האינטרס הציבורי, מן הראוי שהכללים ליישום החוק לא יקבעו על ידי הממונה עצמו אלא על ידי השר.

84. שיקול מכריע נוסף לקביעת הכללים בתקנות הוא חובת ההתייעצות עם מועצת הנפט הקבועה בסעיף 82 לחוק הנפט.

אין חולק על חשיבותה של חובת ההתייעצות. בבג”ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ’ נשיא המדינה, פ”ד נד(3)496, פירט כבוד השופט חשין את האינטרסים העומדים בבסיס חובת ההתייעצות:

“אינטרס מקבל העצה, אינטרס נותן העצה ואינטרס הציבור בכללו. אינטרסים אלה – במינון זה או אחר ובצירופים אלה ואחרים – הם היוצרים את תוכה ואת תוכנה של ההתייעצות, והם הקובעים את גבולותיה... אינטרס מקבל העצה – כיצד? “מרבה עצה – מרבה תבונה”... אינטרס המייעץ – כיצד? על דרך הכלל יש לו למייעץ עניין – לעתים עניין מיידי – בהחלטה שבעל הסמכות אמור להחליט...; אינטרס הציבור – כיצד? לעריכתה של התייעצות בתחום המינהל הציבורי נודע ערך דמוקרטי כבד-משקל. התייעצות מביאה לשקיפות-יתר של מעשי השלטון”

לגבי נפקות הפרת החובה נקבע בג”ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי בישראל נ’ משרד החינוך, פ”ד נט(3) 625, 642:

“ברי כי הפרה של חובת ההתייעצות עשויה להוות פגם חמור. המחוקק לא היה מטיל חובה זאת אילולא סבר כי ההתייעצות עשויה להשפיע על הרשות. משום כך אפשר שהפרת החובה תוביל לביטול (או לבטלות) ההחלטה”

85. ההנחיות נשוא העתירה, אותן פרסם הממונה ביום 17.9.14, פורסמו ללא התייעצות מוקדמת עם מועצת הנפט. הממונה הסתפק בהבאתו לידיעת המועצה בלבד וזאת יום אחד בלבד טרם פרסומן לציבור, כפי שעולה ממסמך המלצות מועצת הנפט משיבתה ביום 16.9.2014:

“הובאו לידיעת המועצה ההנחיות למתן בטחונות בזכויות נפט אותן מבקש הממונה על ענייני הנפט לפרסם”

-- מסמך המלצות מועצת הנפט מיום 16.9.2014 מצ"ב כנספח טו'

86. השוני המהותי בין יידוע להתייעצות עם מועצת הנפט ניכר לדוגמא, בתהליך ההתייעצות עם מועצת הנפט לגבי תקנות בנושא העברת זכויות נפט. התהליך שם נפרש על פני ארבע ישיבות (ביום 9.10.2011, ביום 28.12.2011, ביום 2.5.2012 וביום 21.5.2013) כאשר בכל ישיבה דנה המועצה בטיוטה העדכנית שהובאה בפניה ונתנה המלצותיה בנושא.

לעומת זאת, ההנחיות למתן בטחונות בזכויות נפט שפרסם הממונה ביום 13.2.2014 (הנוסח הקודם של ההנחיות דנן) לא הונחו על שולחן המועצה, אף לא לידיעה, ואילו הנוסח העדכני, שפורסם ביום 17.9.2014 הובא לידיעת המועצה בלבד, וזאת כאמור, יום אחד בלבד טרם הפרסום.

יצוין, כי הצעה לדרישת ערבויות ביצוע לקידוחים עלתה על סדר יום מועצת הנפט ביום 9.10.2011, אך זאת בשלב שבו לא היה ברור אם יש כוונה לעגן את הנושא בתקנות (בפרוטוקול נרשם: "המועצה עודכנה בעניין המתווה לדרישת ערבויות ביצוע. ככל שיוחלט לדרוש זאת במסגרת תקנות, הן תובאנה להתייעצות עם המועצה כנדרש בחוק"). לאחר מכן, הנחיות לערבויות ביצוע ולערבויות נזקים (נספח יא', יב' לעיל) הוצגו למועצה בשתי ישיבות שונות (ביום 29.8.2012 וביום 12.11.2012). אך יודגש, כי מדובר בנוסחים שונים בתכלית מההנחיות נשוא העתירה. כאמור, נוסחן הסופי הובא לידיעתה בלבד, בדקה התשעים.

-- העמודים הרלבנטיים מתוך פרוטוקולי דיוני מועצת הנפט מצ"ב כנספח טז'

87. למעשה, התייעצות כדין עם מועצת הנפט, ייתכן שהייתה מונעת את הפגמים בהן עוסקת העתירה דנן.

בבג"צ 939/05 נעמה ברבי נ' שר התמ"ת (פורסם בנבו 18.6.2007), נפסק:

"טיעון כזה בדבר שלילת הסמכות של הרשות המינהלית להתקין הנחיות במקום תקנות עשוי לקבל משנה תוקף לאור פרשנותו של החוק המסמך. אם החוק קובע כי רק פלוני, בעל תפקיד רם דרג, מוסמך להתקין תקנות, או שהתקנת התקנות דורשת את הסכמתו של בעל תפקיד נוסף על המתקין, הרי, יצירת הנחיות מינהליות עשויה לסייע לרשות המינהלית לעקוף את כוונת המחוקק"

עקיפת חובת ההתייעצות עם מועצת הנפט, על ידי פרסום הנחיות במקום להתקין תקנות, כפי שהיה בעניין ברבי הנ"ל, פוגע באינטרס של "מקבל העצה", הממונה או השר, באינטרס מועצת הנפט, האמורה, על פי סעיף 4 לחוק הנפט לייעץ לשר בעת קביעת עקרונות הפעולה בחיפושי נפט ובאינטרס הציבור כולו.

88. נדגיש, כי חשיבות עיגון ההנחיות בתקנות, כפי שהתחייב המשרד בפני מבקר המדינה, חשובה במבט לעתיד, לעת בה יחליט הממונה כי קיים צורך לשנות את נוסח ההנחיות. ככל שההנחיות לא תעוגנה בתקנות, ישונה תוכנן באותה עת עתידית – ללא התייעצות עם מועצת הנפט שבה יושבים נציגי ציבור, ושלא באמצעות הדרג הבכיר ביותר, הוא השר.

לעותרת אין סעד חלופי מלבד בקשת צו על תנאי

89. העתירה דנן מוגשת לאחר שהעותרת מיצתה את כלל ההליכים העומדים לרשותה, כגוף ציבורי, לקבלת הסעדים המבוקשים בעתירה ולא עומד לזכותה כל סעד חלופי מלבד הפניה לבית משפט נכבד זה.

90. אמנם, סעיף 80 לחוק מקנה, לכאורה, סעד חלופי המאפשר לערער על החלטות הממונה בפני השר, אלא שסעד זה אינו חל על גוף ציבורי ממין העותרת ואינו חל על הנחיות שמפרסם המשרד בקשר עם הוראות בחוק הנפט. נסביר.

91. סעיף 80 לחוק קובע:

”80. (א) הרואה עצמו נפגע מהחלטה שהחליט המנהל, אגב שימוש **בסמכות שניתנה לו לפי חוק זה**, רשאי לערער עליה לפני השר תוך שלושים יום מהיום שההחלטה הגיעה לידיעתו והחלטת השר היא סופית. **אין הוראה זו חלה על החלטות המנהל לפי סעיפים 7, 16, 28 ו-55**”

92. ראשית, מלשון הסעיף עולה, כי הוא מקנה סעד למי שנפגע מהחלטות שהממונה מוסמך לקבל מכוח חוק הנפט, כגון, החלטה לנקיטת פעולות להשבת המצב לקדמותו על חשבון בעל ההיתר המוקדם במידה ובעל ההיתר לא עשה כן (סעי' 9 לחוק), הארכת תקופת הרישיון (סעי' 18(ב) לחוק), דרישה לביצוע והמצאת דוגמאות בשעת קידוח (סעי' 22(ב) לחוק), החלטה בעניין תמלוגים (סעי' 32 לחוק) ועוד.

הסעיף לא מקנה זכות ערעור לשר למי שנפגע מהחלטה של הממונה, שלא ניתנה מתוקף סמכות סטטוטורית אלא במסגרת הפעלת שיקול דעתו כנציג רשות ציבורית לפרסם הנחיות מנהליות. כפי שמבהיר המלומד יואב דותן (י' דותן, הנחיות מינהליות (תשנ"ו), עמ' 43):

”יצירתן [של הנחיות מנהליות, הח"מ] אינה נעשית מתוך הסמכה סטטוטורית שניתנה לרשות לקבוע כללים (אלא הן נוצרות במסגרת הפעלת שיקול דעת של הרשות) והחוק אינו קובע כל פרוצדורה מוגדרת ליצירתן”

כן נפנה לעניין לוזון הנ"ל: ”הנחיות מנהליות אינן מוצאות מכוח חוק (שהרי החוק אינו מסמיך רשות מנהלית לקבוע אותן, אף שאינו אוסר זאת)”

ולעמ"מ 7189/11 אזחימאן נ' מדינת ישראל משרד התחבורה (פורסם בנבו 9.10.2013), סעי' 43:

”הגישה המקובלת הינה, כי [מאחר ש]הנחיות מנהליות אינן מוצאות מכוח חוק (שהרי החוק אינו מסמיך רשות מנהלית לקבוע אותן, אף שאינו אוסר זאת)”

93. שנית, סעיף 80 אינו מקנה זכות ערעור בפני השר לציבור ביחס לקביעת הנחיות ונהלים כלליים. מלשון הסעיף עולה כי הוא נועד לעגן את זכותם של בעלי זכויות נפט לערער בפני השר, שהחלטתו היא סופית, על החלטות קונקרטיות שקיבל הממונה בעניין הזכות שבידיהם.

ניתן ללמוד על תכלית זו מכך שהסעיף מחריג מתחולתו את אותן החלטות המכוננות היתר או זכות נפט מכוח החוק: הוא אינו חל על החלטות המתקבלות בעניין מתן היתר מוקדם (סעיף 7), מתן רישיון (סעיף 16) ומתן חזקה על פי תחרות (סעיף 28). סעיף 55, העוסק בביטול זכות נפט קיימת, מוחרג גם הוא מתחולת הסעיף, אך זאת כדי להחמיר את הבקרה במקרה של סנקציה חמורה כמו ביטול הזכות, כך שזכות הערעור לשר מוקנית בסעיף 55 עצמו ומתווספת אליה חובת התייעצות של השר במועצת הנפט.

מאלו עולה, כי רק מי שכבר יש בידו זכות (היתר, רישיון או חזקה) מכוח חוק הנפט, מצויה בידו זכות ערעור לשר במסגרת מיצוי ערכאות הבירור הפנימיות, וזאת ביחס להחלטות הנוגעות לו באופן קונקרטי שהתקבלו במסגרת היותו בעל היתר, רישיון או חזקה.

לענייננו, היות והחלטה בדבר ערובה מכוח סעי' 57 לחוק היא תנאי בלעדי אין לקבלת זכות נפט, היינו, תנאי לכינון הזכות, הרי שהיא מוחרגת מסעיף 80 לחוק כמו ההחרגה של סעי' 16 עצמו (עצם מתן הרישיון).

ה - סוף דבר

94. ההנחיות נוגעות בפגמים שורשיים ומגיעות כדי מצב אבסורדי של חסימת שיקול דעת הממונה לדרוש ערבויות בסכומים גבוהים וריאליים במצבי סיכון מוגבר בקידוחים.

95. העותרת ערה לכך כי דרישת ערבויות גבוהה מידי היא בעייתית כיון שהיא "תוציא מהמשחק" חברות נפט וגז הפועלות בתחום. מצד שני, רף נמוך מידי לערבויות, כפי שקורה בהנחיות דנן, יביא לכדי כך שחברות אלו לא יתמרצו לפעול על פי עקרון הזהירות המונעת. כתוצאה מכך, עלויות נזקי קידוחים אם יקרו "יתגלו" על הציבור, בניגוד לעקרון המזהם משלם.

96. ישראל, נחזור ונדגיש, היא מדינה שחופיה מנוצלים באופן אינטנסיבי לצרכי תשתיות חשמל, מתקני התפלה, נמלי ים, מתקני בטחון, דיג, מתקני תיירות ופנאי. כל אלו נסמכים על הים ומחייבים את השמירה עליו על בסיס עקרון הזהירות המונעת בכל פעילות, ויותר מכך בכל פעילות בעלת סיכון גבוה שתוצאות ודוגמאות ממנה קיימים בניסיון העולמי.

97. סכום סביר אם כך הוא סכום המשקף באופן ריאלי את תכלית הערובות בחוק הנפט, כגון אלו שנדרשו ברישיון עמית ובחזקת תמר, על בסיס תרחישים ואמות מידה ברורים ואחידים, מבלי לשים את עיקר יהבו של הממונה על ביטוח בלבד (שממילא אינו האמצעי בו בחר המחוקק בסעיף 57 לחוק) ומבלי לתת לממונה שיקול דעת להפחיתו – אלא רק להגדילו.

98. קיים צורך חיוני ומיידי לדרוש ערבויות מבעלי זכויות נפט, ולתקן את המצב הקיים המהווה סיכון של ממש לאינטרס הציבורי, הסביבתי והמשקי. על כן, הממונה מתבקש אמנם לפעול על פי ההנחיות שפורסמו ולדרוש ערבויות וביטוחים מכוחן – אך זאת זאת מבלי לגרוע מטענת העותרת כי הסדרת הבטחונות לקידוחים בים צריכה להיות במסגרת תקנות, ומבלי לגרוע מטענותיה ביחס לגובה הערבויות ולהיקף שיקול דעת הממונה, הכל כמפורט בעתירה.

99. לאור כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לסעדים המבוקשים בפתח עתירה זו.

100. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לטובת העותרת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.

101. העתירה נתמכת בתצהיר מנכ"ל עמותת צלול, גב' מאיה יעקבס.

עו"ד חגית הלמר
מ.ר. 24496

עו"ד חיה ארז
מ.ר. 54992

ב"כ העותרת

היום: 16.11.2014
כג' חשוון תשע"ה