

א. ש. שמרון, י. מלכו, פרסקי ושות'
משרד עורכי-דין

E. S. SHIMRON, I. MOLHO, PERSKY & CO.
LAW OFFICES

מייסד: ארזן ש. שמרון 1919-1978 FOUNDER: ERWIN S. SHIMRON

ירושלים, הגן הטכנולוגי 9695801
MANAHAT (מלחה) מנחת
e-mail: officejm1@smplaw.co.il

טלפון: 972-2-649 0 649 TELEPHONE: 972-2-649 0 649 פקסימיליה: 972-2-649 0 659 FAX:

תל אביב, מנדל פלטינום 6473921
רחוב הארבעה 21 HA'ARBA'AH ST. 21
e-mail: officeta1@smplaw.co.il

טלפון: 972-3-685 3 685 TELEPHONE: 972-3-685 3 685 פקסימיליה: 972-3-685 853 FAX:

חיפה, שד' בן גוריון 26 3502321
המושבה הגרמנית GERMAN COLONY
e-mail: officeha1@smplaw.co.il

טלפון: 972-4-853 1 446 TELEPHONE: 972-4-853 1 446 פקסימיליה: 972-4-853 1 476 FAX:

ISAAC MOLHO
ORRIN PERSKY
DAVID N. SHIMRON
JAKOB MELCER
DOV ABRAMOWITZ
SHAI GANOR
MICHAEL RABELLO
TAL RANEL-COHEN
GIL EPHRATI
YITZCHAK GOLDSTEIN
RACHEL SHAY
AHARON ILLOUZ

JONATHAN D. FRIEDLAND
FOUNDER HAIFA OFFICE

ASAAD S. JOUBRAN
HADAR LEVY
ROMAN KOGAN
INBAL DAVID
ELI ARBIV
ELI AVRECH
SHIRLY MAHLAB
ROY COHEN
ROI SCHECHTER
HILA SANDORY DANIEL
SAUL BROWNSTEIN
SHAUL SHIMRON
SHIRA SCHLAFF
ANAT YANAI
REUT GISER SUDAK
YAKOV KOHL
RIVKA REVAH
GABRIEL HOLZHACKER

NATHAN IZHAKI, OF COUNSEL
GITIT GUBERMAN, OF COUNSEL

יצחק מלכו
ארזן פרסקי
דוד נ. שמרון
יעקב מלצר
דב אברמוביץ
שי נגור
מיכאל ראבילו
טל רנאל-כהן
ניל אפרתי
יצחק גולדשטיין
רייצ'ל שי
אהרון אילוז

יונתן ד. פרידלנד
מייסד משרד חיפה

אסעד ס. גובראן
הדר לווי
רומן קוגן
ענבל דוד
אלי ארביב
אלי אברך
שירלי מחלב
רועי כהן
רועי שכטר
הילה סנדורי דניאל
שאויל בראונשטיין
שאויל שמרון
שירה שלאף
ענת ינאי
רעות גיטר סודק
יעקב קול
רבקה רווח
נבדאל הולצהקר

נתן יצחקי, יועץ
נחית גוברמן, יועצת

ירושלים, 19 יוני 2014

לכבוד

הוועדה לבחינת מדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל משימוש במשאבי טבע
ר"ח קפלן 1,
ירושלים

לידי: מר אודי אדירי

א.ג.,

הנדון: טיוטת דו"ח הוועדה לבחינת מדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל משימוש במשאבי טבע
תגובת ערבה מיינס בע"מ

מרשתנו, ערבה מיינס בע"מ ("ערבה"), מתכבדת להציג את תגובתה לטיטת דו"ח הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (להלן: "הוועדה" ו- "טיטת הדו"ח" בהתאמה).

א. תמצית

1. עיון בדו"ח הוועדה מעלה, כי זה לוקה בהיעדר תשתית עובדתית ביחס לפעילות כריית הנחושת בכלל וביחס לפרוייקט כריית הנחושת של ערבה בפרט. היעדרה של תשתית עובדתית, אשר נראה שנבעה מהתמקדות בפעילותה של כימיקלים לישראל בע"מ ("כיל"), הובילה לביסוס הדו"ח על הנחות עבודה שאינן נכונות ביחס לכריית נחושת במדינת ישראל בכלל, וביחס לפרוייקט כריית

הנחושת של ערבה בפרט. הניתוחים וההנמקות שבדו"ח, לרבות בחוות הדעת שעליו הוא מתבסס, מתייחסים בדרך כלל לכי"ל ולמשאבים שכי"ל עוסקת בניצולם; משם נגזרות מסקנות מרחיקות לכת לגבי ענף הנחושת. ברוב המקרים, הוועדה אינה מספקת הסבר כלשהו כיצד הניתוח שנעשה על ידה רלבנטי לענף הנחושת, משל נועדה הוועדה להסדיר את ענייניה של כי"ל בלבד; ואילו במיעוט המקרים מסתפקת הוועדה באמירה כללית וגורפת שאינה נתמכת בראיות; זאת בניגוד לעקרון לפיו הרשות המנהלית חייבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית ראוייה.

2. יתר על כן, גזירת מסקנות מפעילותה של כי"ל מפלה לרעה את ערבה, שכן אופיו של ענף הנחושת וכרייתו שונים לחלוטין מאופיים של המשאבים שכי"ל עוסקת בכרייתם, ועל כן החלת דין אחד לכל סוגי המשאבים סותרת את עקרון השוויון. עקרון זה, כידוע, מחייב הסדרה רגולטורית על בסיס שוויון מהותי, ולא דווקא פורמלי.

3. כך או כך, אין בדו"ח כל התייחסות לטענות שנטענו על ידי ערבה בפני הוועדה, בניגוד לכלל המחייב את הרשות לשמוע בלב פתוח ובנפש חפצה את טענותיו של האזרח שהיא עומדת לקבל החלטות בעניינו, קל וחומר כשמדובר בהרעה משמעותית של מצבו לעומת המצב הקיים.

4. קיימת אי-בהירות בדו"ח ביחס לנקודות מהותיות, ובפרט ביחס לבסיס התמלוגים ולבסיס מס רווחי היתר המוצע.

5. המלצות הוועדה פגומות אף בשל העובדה שהן קוראות למסות לא רק את הכנסות התאגיד ממשאב הטבע לגביו הוענק לו זכיון מאת המדינה, אלא גם את ההכנסות הנובעות מן הפעילות היצרנית של התאגיד והשקעותיו שאינן נובעות ממשאב הטבע. לטעמנו, אין לרשות סמכות להטיל תמלוגים או מס ייעודי אלא כדי למסות הכנסות הנובעות ממשאב הטבע גופו.

להלן נבקש להצביע על הנקודות שבהן, לטעמנו, לוקה דו"ח הוועדה בפגמים, תוך שנסתמך על דברי הוועדה עצמה, על מקורות נוספים, וכן על המקורות המשפטיים הנוגעים לענייננו.

ב. תמלוגים

6. בסיס התמלוגים - על פי המצב החוקי כיום שיעור התמלוגים לנחושת עומד על 2% משווי המחצב כשהוא במכרה, אך בהעדר מחיר לחומר הגלם (ואמנם זהו המצב בחס לנחושת, שאינו נסחר אלא בתצורה מעובדת), ניתן לחשב את מחירו "על בסיס המחיר שאפשר להשיגו בעד התוצרת המזוקקת או המוגמרת בניכוי הוצאות הזיקוק, העיבוד, ההובלה והשיווק בצירוף תוספת של עשרה אחוזים למאה"¹. הוועדה ממליצה כי עבור כל המחצבים "לא יותר ניכוי הוצאות זיקוק ועיבוד", אולם דווקא הערת אגב זו מכניסה אי-בהירות לשאלת בסיס התמלוג ואופן חישובו. שהרי הנוסחה של מחיר התוצרת המעובדת בניכוי הוצאות העיבוד, ההובלה והשיווק (בתוספת 10%) **אינה אלא דרך לחשב את שווי של חומר הגלם כשהוא במכרה**. ממה נפשך: אם הוועדה לא התכוונה לשנות את בסיס התמלוגים, כיצד אם כן ייקבע מעתה מחיר חומר הגלם? ואילו אם

¹ פקודת המכרות, ס' א(3)

הכוונה היתה לשנות את בסיס התמלוגים כך שישולמו על ההכנסות מן התוצרת המעובדת ולא מחומר הגלם, כיצד מתיימרת הוועדה להמליץ על שינוי מהותי כזה מבלי שהדבר אפילו ייאמר במפורש, מה גם שלשינוי כה דרמטי בוודאי לא הונחה תשתית עובדתית, ראייתית או אחרת בדו"ח הוועדה.

7. גביית תמלוגים על הכנסות מהנכס המעובד חורגת מהסמכות החוקית לגביית תמלוגים - ההצדקה שבבסיס זכות המדינה לגבות תמלוגים היא קבלת נכס מאת המדינה; המדינה גובה תמלוגים מתוך ההכנסות שהפיק מי שקיבל נכס ציבורי לשם ניצול כלכלי, כאשר התמלוגים הם מנגנון מחיר בעד הזכות שמקבל הפרט מהמדינה להפיק הכנסות מהנכס **הציבורי**². גם המנדט של וועדה נכבדה זו היא לבחון מה צריך להיות חלקו של הציבור בהכנסות ממשאבים **ציבוריים**. במונחים חוקתיים, גבולות הסמכות שהיקנה המחוקק לפי פקודת המכרות לקביעת תמלוגים אינם יכולים לחרוג מהבסיס של ההכנסות מהמשאב הציבורי, ואין התמלוגים יכולים להיות מוטלים על הכנסות או רווחים מפעילות יזמית של האזרח. אכן, יתכנו מקרים בהם קיים קושי לקביעת שווי השוק של המשאב הציבורי בגינו יש לגבות תמלוגים, ועל כן אלה יחושבו מתוך מחירו של המחצב המעובד, אלא שבמקרים אלה, יופחתו ממחירו של המחצב המעובד עלויות העיבוד בתוספת רווח סביר, כפי שהדבר מוסדר כיום על פי פקודת המכרות. ואולם, ככל שהוועדה ממליצה שישולמו תמלוגים על הכנסות בעל הזכיון מהמוצר המעובד ואף על הרווח היזמי של בעל הזכיון, אין הדבר מתיישב עם תכלית ההוראה המאפשרת גביית תמלוגים או הסמכות החוקתית שהיא מעניקה למחוקק המשנה. זאת ועוד: חזקה על שר האוצר אשר מינה את הוועדה שלא התכוון לבצע שינוי בעקרונות מיסוי בדרך אקראית ואגבית³.

8. שיעור התמלוגים - קיימת אי-בהירות הן ביחס לשיעור התמלוגים שהתכוונה הוועדה להחיל על מחצב הנחושת, והן ביחס לאופן חישוב התמלוגים המוצע על ידה. כיום, שיעור התמלוג עבור מחצבים שאינם יקרים, כדוגמת נחושת, הינו 2% משווי המחצב כשהוא במכרה⁴, הוועדה ממליצה להעמיד את שיעור התמלוגים עבור כל המחצבים על 5%, ואף מציינת כי הדבר מהווה הפחתה של השיעור המוטל כיום על אשלג. היא אינה מציינת כי קבלת המלצה זו משמעה **העלאת** שיעור התמלוגים המשולמים בגין כריית נחושת בלפחות 250%. בהנחה שזו אכן כוונתה, הדבר אומר דרשני, שכן הוועדה עצמה מבקרת את מודל התמלוגים כמודל לא יעיל ורגריסיבי, ואם כך, מדוע להגדיל את רכיב התמלוגים שמשלמת מרשתנו?!

² המונח תמלוגים החליף את המונח האנגלי royalty שהופיע בפקודת המכרות; מונח זה נטבע באנגליה הפיאודלית, שבה כל הקרקעות היו שייכות למלך. תמורת הזכות לניצול של קרקעות אלו נגבה תשלום שכונה royalties וזהו אותו תשלום שאנו מכנים היום בשם "תמלוגים", וראה: S.H. Glassmire, *The Law of Oil and Gas Leases and Royalties* 1938, p. 60. ראה גם: ע"א 7958/10 פלאפון נ' מדינת ישראל "בעניינו, צדק ביהמ"ש קמא קבעו כי אין חובת תשלום התמלוגים מהוה מס, **שכן התמלוגים משולמים בעד הזכות לעשות שימוש במשאב ציבורי ... וכ"ל**.³ דנ"א 3768/98 קריית בית הכרם נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, ירושלים, פ"ד נו(5) 124, 49; ראה גם: א' ברק בספרו פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה, בעמ' 595: "...חזקה על המחוקק שאין הוא בא להכניס שינוי מהותי בהסדרים הקיימים – אף שהסדרים אלה אינם נגזרים מעקרונות יסוד חוקתיים – בדרך אגב, ואין להניח כי המחוקק יביא לשינוי סדרי בראשית באופן מקרי. חזקה זו מתבקשת מתפישתנו את המערכת הנורמטיבית כאחדות, את שיטת המשפט כשלמות, ואת תהליך החקיקה כתהליך רציונלי המבקש לשמור על ביטחון, ודאות והרמוניה נורמטיבית". (ההדגשה של הח"מ).

⁴ פקודת המכרות, התוספת השלישית, חלק ג', סי' א(2)

ג. מס רווחי יתר

9. בסיס מס רווחי היתר - כמו תמלוגים, גם ההצדקה להטלת מס רווחי יתר הוא ניצול משאב ציבורי. כך עולה מדברי הוועדה, וכך גם מקובל בעולם.⁵ על כן גם מס רווחי היתר אמור להיות מוטל על רווחים מהמשאב שאותו קיבל היזם זכות לנצל. אין הצדקה להטיל מס כזה על רווחים הנובעים מהערך המוסף שתורם היזם, הממוסה ממילא על פי חקיקת המס הקיימת. כל מס רווחי יתר ששוקלת הוועדה להמליץ על הטלתו, צריך להיות מוטל על רווחים מפעילות הכרייה, ולא על רווחים הנובעים מהשקעות ותשומות נוספות של היזם. בפועל, נראה שמס רווחי היתר המוצע מוטל גם על הרווח היזמי הנובע מפעולות העיבוד, הייצור והשינוע של היזם, ועל כן חורג מכתב ההסמכה של הוועדה. אם זה איננו המצב, על הוועדה להבהיר כיצד ייקבע הרווח מהמשאב הציבורי מבלי להביא בחשבון את ההשקעה היזמית בעיבוד, שינוע, וכו'.

10. לא נקבע רף מינימלי להחלת מס רווחי היתר - להבדיל מה- mineral resource rent tax האוסטרלי אותו מציינת הוועדה כמודל למיסוי רווחי יתר (לא למותר לציין שהנסיון האוסטרלי לא עלה יפה, והממשלה ביקשה לבטל את החוק⁶), הוועדה לא קבעה רף מינימלי לתחולת מס רווחי היתר. זהו פגם משמעותי. ה- MRRT האוסטרלי נועד להביא למיסוי של רנטות משמעותיות מאוד המתקבלות על ידי מספר גופים מצומצם ביותר הגורפים רווחים עצומים. כפי שנאמר בדיוני הפרלמנט האוסטרלי:

"Because the MRRT only taxes the most highly profitable mines, Australia will remain an attractive destination for resource investment... **We expect the big miners to pay the bulk of the MRRT and to pay it from year one. The big miners are expected to pay the most because they are the most profitable.**"⁷

להבדיל מהצעת הוועדה, חוק ה- MRRT הוחל אך ורק על פעילות כריית פחם וברזל המהוות יחדיו למעלה מ-61% מהיקף יצוא חומרי הגלם מאוסטרליה (ולא על נחושת), והוא מעמיד רף תחתון

⁵ כך נאמר, למשל, בדברי ההסבר לחוק האוסטרלי שהטיל מס רווחי יתר על הכנסות מפעילות כרייה: "The key purpose of the MRRT is to tax the economic rents from non-renewable resources after they have been extracted from the ground but before they have undergone any significant processing or value-add. Generally, the profit attributed to the resource at this point represents the value of the resource to the Australian community. Where the taxable resource is improved through beneficiation processes, such as crushing, washing, sorting, separating and refining, the value added is attributable to the miner" - Revised Explanatory Memorandum, Minerals Resource Rent Tax Bill 2011, 12 [2.8].

⁶ http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1314a/14bd027

⁷ Commonwealth, *Parliamentary Debates*, House of Representatives, 2 November 2011, 12411; House of Representatives Standing Committee of Economics, Parliament of Australia, *Advisory Report on the Minerals Resources Rent Tax Bill 2011 and Related Bills* (2011), 35- 36,

להחלת המס של 75 מליון דולר (אוסטרלי, כ- \$70 מיליון דולר ארה"ב) המופחת בהדרגתיות עד תחולה מלאה של מס זה לחברות אשר רווחיהן השנתיים עולים על 125 מליון דולר.

11. ההגיון ברף מינימלי כזה הוא משולש: ראשית, התמקדות בשיעור תשואה על נכסים בלבד אינו מבחין בין פרויקטים שתשואתם המצטברת רבה לבין פרויקטים שתשואתם המצטברת נמוכה ולכן הם גבוליים. פרויקט כרייה המאפשר את ניצול המשאב לתקופה ארוכה אך שיעור התשואה שלו הוא נמוך במעט מ- 11% לשנה לא יוחל עליו ההסדר המוצע, ולעומת זאת, פרויקט קצר מועד בעל שיעור תשואה של 12% יחוייב במס הייעודי, למרות שדווקא כאן מדובר במקרה גבולי שבו מס היתר עלול להרתיע יזם מלהשקיע בפרוייקט⁸. שנית, פרויקטים בעלי היקף מוגבל חשופים יותר לתנודתיות ולסיכונים. שלישית, החלת דין שווה על חברות גדולות כקטנות יקנה לחברות הגדולות יתרון על פני חברות כרייה קטנות בשל העלויות המנהליות המשמעותיות הכרוכות ביישומן של מס זה⁹.

12. שיעור תשואה של 11% אינו מהווה תשואה עודפת - הוועדה הסתמכה על חוות הדעת הכלכלית שהכין פרופ' פינדייק לפיה שיעור התשואה המקובל לפני מס בחברות העוסקות בתחום הפקת משאבים הינו 9%-13% וקבעה, כי תשואה עודפת תיחשב כרווח העולה על ממוצע טווח הרווח הנורמלי, קרי 11% (לשיטתו). מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם העקרון המקובל בהטלת מס על רווחי יתר, לפיו לא כל תשואה המצויה מעל ממוצע התשואה הנורמטיבית מהווה תשואה חריגה. עצם קיומו של טווח נורמטיבי מלמד כי לא כל מי שנמצא מעל לשיעור התשואה הממוצע נהנה מ"תשואה עודפת", שכן תשואתן עשוייה להימצא בתוך הטווח הנורמטיבי. הנסיון בעולם מלמד, כי ממשלות אשר גבו מס רווחי יתר, איזנו בין הרצון להשיא את תקבולי הממשלה לבין הצורך שלא לפגוע בכדאיות ביצוע השקעות חדשות אל מול האלטרנטיבות בשוק. יישומו של איזון זה מחייב, כי "תשואה עודפת" תוגדר לא רק כתשואה העולה על טווח התשואה הנורמטיבית אלא אף באופן המותיר טווח בטחון למניעת פגיעה בכדאיות השקעות חדשות¹⁰.

13. קביעת שיעורי מס משתנים בהתאם לשיעור התשואה - כאמור מסקנות הוועדה קובעות, כי עבור כל תשואה העולה 11% מערך הנכסים המופחתים יוטל מס רווחי היתר יוטל בשיעור אחיד של 42%. ככל שיימלץ על הטלת מס רווחי יתר, ראוי לקבוע שיעור מס משתנה אשר עולה ככל ששיעור התשואה עולה, על מנת לבטא בצורה הולמת יותר את עקרון הפרוגרסיביות של מיסוי

⁸ הספרות המקצועית מדגישה את החשיבות בכך שהסדרי מיסוי לא ירתיעו יזמים מהשקעה ב- marginal mines, היינו, מקרים בהם הכדאיות הכלכלית של פיתוח המכרה הוא גבולי ודווקא המס עלול להרתיע יזם מלפתח אותו, בניגוד לאינטרס הציבורי, וממליצה על הותרת שולי רווח נאותים מעל התשואה הנורמלית:

"If a country is interested in the long term viability of its mineral sector, it should leave a sufficient share of the pure rent to companies in order to retain their interest in the continued development of the country's mineral sector." *Mineral Taxation Regimes, A review of Issues and Challenges in their Design and Application*, 2009, p.21.

⁹ "Not having a threshold means that small and big companies alike will face significant compliance costs, which will hit smaller companies harder and disadvantage them". Source: House of Representatives Standing Committee of Economics, Parliament of Australia, Advisory Report on the Minerals Resources Rent Tax Bill 2011 and Related Bills (2011), 24, 32-33.

¹⁰ Pietro Guj, *Mineral Royalties and Other Mining-Specific Taxes*, International Mining and Development Center: Mining for Development: Guide to Australian Practice (page 3).

הכנסות, ולהביא לאיזון הנדרש בין מניעת פגיעה בהשקעות עתידיות, ובפרט השקעות אשר כדאיותן הכלכלית גבולית, מצד אחד, לבין רצון למקסם את תקבולי הממשלה מנגד¹¹.

14. יישום נוסחה אחת על כל סוגי המחצבים פוגע בשוויון - הוועדה ממליצה להטיל מס רווחי יתר בשיעור של 42% על הרווחיות התפעולית של התאגיד בניכוי 11% על היתרה המופחתת של נכסי התאגיד המשמשים אותו לפעילות הפקת המשאב, בהתבסס על ההנחה, כי בכך מובטחת "תשואה נורמלית על ההשקעות שביצעה החברה". הנחה זו אינה מבוססת על ניתוח של ענף הנחושת, ואינה מביאה בחשבון את מאפייניו בכלל ואת מאפייני הענף בישראל בפרט, אלא היא נגזרת מניתוח של ענפים השונים באופן מהותי מענף הנחושת. אלא שהחלת דין אחד ונוסחה אחת לכל סוגי המחצבים, מבלי שנבדקה כלל התאמתה להיבטים הפרטיקולריים של ענף הנחושת, לא זו בלבד שהיא נוגדת את הדרישה המנהלית להסמך את החלטות הרשות על תשתית עובדתית נאותה, אלא היא אף פוגעת בעקרון השוויון (המהותי) ומפלה לרעה את ערבה.

15. הלכה פסוקה היא, כי עקרון השוויון מחייב לאו דווקא שוויון פורמלי, שלעיתים קרובות אינו משקף כלל את הצדק וההגינות, אלא שוויון מהותי¹². ההבדלים בין המשאבים השונים באים לידי ביטוי, בין היתר, בהיקף השקעות הדרושות לפיתוח המכרה, בחלקו של רכיב ההפקה והעיבוד במחיר המוצר הסופי, ובשיעור התשואה הנורמטיבי. סקירת ענפי הכרייה השונים בדו"ח הוועדה מעלה, ששוקי המוצר של מרבית משאבי הטבע בישראל הינם שווקים ריכוזיים, אשר גורם הייצור הישראלי נהנה בו מכוח שוק מהותי ולכן ניתן להסיק שחלק מעלות המיסוי צפויה להתגלגל אל הרוכשים, וזאת בניגוד לשוק הנחושת המתאפיין בתחרותיות רבה ביותר. זאת ועוד, היקף הנחושת הצפויה להיות מופקת בישראל הינה זניחה ביחס לתפוקה העולמית. מסקנות הוועדה מתעלמות ממכלול שיקולים אלה וקובעות מערכת מיסוי אחידה לכל המחצבים¹³. החלת דין

¹¹ יצויין כי בדו"ח הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל (ועדת ששינסקי 1), ניתן ביטוי לעקרון זה, ובלשון הוועדה:

"ענף חיפושי הגז והנפט, ככל ענף כלכלי אחר, כולל מיזמים בעלי רמות שונות של רווחיות, ועל כן יש בו מידה שונה של אטרקטיביות מנקודת ראותו של המשקיע. מערכת פיסקאלית רצויה היא מערכת פרוגרסיבית אשר מצד אחד תאפשר שמירה על רווחיות נדרשת בפעילות כלכלית גבולית, דוגמת השקעה בפיתוח מאגרי גז קטנים ומורכבים במים עמוקים, ומנגד, תאפשר גביית תקבולים גבוהים יותר על פעילויות כלכליות בעלות תשואה גבוהה ביותר". ואמנם, עקרון הפרוגרסיביות יושם בפועל באמצעות קביעת שיעורי היטל הנעים מערך מינימאלי של 20% לערך מקסימאלי של 60%. וראה Pietro Guj שם בעוד 7.

¹² ...יסוד המהותיות – קרא: ההקשר החברתי הספציפי שבו מבקשים אנו להטמיע את עקרון השוויון – הוא המפחח רוח חיים בשוויון. ... לא זו בלבד, אלא שבהפיתו בו רוח חיים משנה ההקשר המהותי את משמעותו הראשונית של השוויון בהופכו אותו משוויון "טכני" (שוויון פורמאלי) לשוויון מהותי, ראה: בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו¹².

¹³ מחוות הדעת של פרופ' פינדייק ברור, כי מסקנותיו נגזרו ממקרה כ"ל בלבד, כפי שנאמר ב- outline של חוות הדעת:

" The following sections of the report examine the operations of Israel Chemicals Ltd. (ICL) for mining potash, bromine, phosphate, and magnesium in detail. We consider prices and production costs, and provide an assessment of the profitability of Israeli mining operations including a comparison to the profitability of competitors worldwide. We then compare the profitability of the Israeli mining operations in each of the four minerals to relevant industry benchmark"

"...FTI Consulting, in its report to the Second Sheshinski Committee, concluded that "the rates of return on ICL shares... are similar to (but slightly lower than) ICL's largest public sector competitor (PCS). Thus

אחד, נוסחה אחת לכל סוגי המחצבים, מבלי שנבדקה כלל התאמתה להיבטים הפרטיקולריים של ענף הנחושת, לא זו בלבד שהיא נוגדת את הדרישה המנהלית להסמיך את החלטות הרשות על תשתית עובדתית נאותה, אלא היא אף פוגעת בעקרון השוויון (המהותי) ומפלה לרעה את ערבה.

16. **אותות דרך פעולה זו ניכרות גם בעבודתה של משלחת ה-IMF, אשר כללה ביקור ופגישה במפעלי כ"ל מבלי שניתנה הזדמנות כזאת לערבה.** התנהלות זו פגעה בכללי הצדק הטבעיים ובזכות השוויון של הצדדים להליך, שכן המלצותיה של משלחת זו היוו נדבך מרכזי בהמלצות הוועדה.

17. **הפגם שבאי-הנחת תשתית עובדתית למסקנות הוועדה - הפגם שבאי הנחת תשתית עובדתית רלוונטית להחלטת הוועדה יורד לשורשן של ההמלצות ושל כל החלטה העשויה לאמץ אותן, וראו בעניין זה את דברי המשנה לנשיא אור בבג"ץ 3379/03 מוסטקי ואח' נ' פרקליטות המדינה, פד"י נח (3) 899 (פיסקה 38 לפסק הדין):**

" על-כן כלל חשוב במסגרת הבדיקה הוא שיעשה איסוף הראיות החשובות לעניין. **"אם מתברר כי בנסיבות המקרה לא שקדה הרשות המינהלית לאסוף את הנתונים השייכים לעניין ולבדוק אותם לקראת קבלת ההחלטה, כפי שרשות סבירה היתה נוהגת, עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה"** (זמיר בספרו הנ"ל [25], בעמ' 738). הכלל הוא שבבוא הרשות להחליט עליה ליתן דעתה על כל השיקולים הענייניים כדי שתוכל לקבל החלטה שקולה ומושכלת המאזנת ביניהם" (ההדגשה של הח"מ).

18. **נוסחת התשואה הנורמטיבית אינה מביאה בחשבון את כל ההשקעות הכספיות – הוועדה קובעת, כי הפחתת סכום השווה למכפלה שבין יתרת העלות המופחתת של הנכסים המשמשים בהפקת משאבי טבע לבין תשואה של 11% היא למעשה הבטחת תשואה נורמלית על ההשקעות שיבצעו חברות הכרייה. אלא שההיסק המשתמע לפיו הנכסים הכלולים בדוחו"ת הכספיים משקפים את כלל השקעות החברה אינו נכון. יתכנו מקרים, בהם השקעות כספיות ניכרות אינן מקבלות ביטוי במאזן החברה שכן הן נרשמות כהוצאות שאינן מהוונות לכדי נכס במאזן. כך, למשל, השקעות שנעשו בטרם קיבלה ערבה תעודת תגלית ביחס לאזור תמנע לא ניתנים לרישום כנכסים. אף לאחר קבלת תעודת תגלית ישנן הוצאות כספיות ניכרות אשר לא ניתן לרשום כנכסים במאזן ועל כן הכרה בתשואה על הנכסים המאזניים בלבד לא צפויה להבטיח תשואה נורמטיבית על ההשקעה הכספית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף ביחס למיזמי כרייה חדשים, שכן בפרוייקטים ה"ותיקים" (כדוגמת מפעלי ים המלח) ההשקעות הראשוניות הוחזרו זה מכבר. בפרוייקט כריית הנחושת של ערבה, לעומת זאת, הושקעו במהלך 10 השנים האחרונות למעלה מ-160 מליון דולר, אולם מסיבות חשבונאיות, לא ניתן היה לרשום את מירב ההשקעות הכספיות בסך של למעלה מ-100 מליון דולר לא נרשמו כנכסים במאזן. כפועל יוצא ממצב זה, לא יזכו השקעות כספיות אלה**

it does not appear that ICL's shareholders... realized "super" profits or excess returns over this period." This is absolutely wrong. FTI Consulting may be completely confused. In any case, its report is highly misleading. We will show that ICL's cost of capital is approximately 11 percent on a pre-tax basis, which is consistent with the normative range for the mining industry, which we find to be approximately 9 to 13 percent."

בתשואה "נורמלית". בשל כך, אימוץ המלצות הוועדה כפי שהן עלול להביא לכך שביחס לחלק מהחברות (כגון ערבה), שיעור התשואה האפקטיבי שבגיננו יוטל מס רווחי יתר יהיה נמוך משמעותית משיעור התשואה הנורמטיבי שנקבע.

19. הנוסחה מתעלמת משיעור התשואה הכולל לפרוייקט - המס על רווחי יתר המוצע על ידי הוועדה מחושב על בסיס שנתי. ההצעה מאפשרת, אמנם, העברת הפסדים (היינו, שנים שבהם בסיס המס הוא שלילי) משנה לשנה, אך אינה מביאה בחשבון את שיעור התשואה הכולל לפרוייקט היינו, לכל אורך חייו. דרך חישוב זו זה עלולה להביא לעיוותים ובין היתר לכך שחברות יאלצו לשלם את המס גם כאשר שיעור התשואה הכולל של הפרוייקט הוא נמוך מן השיעור הנורמטיבי. עיוות כזה יכול להתרחש כאשר, למשל, יש ירידה משמעותית ברווחיות הפרוייקט לקראת סופו (למשל, כתוצאה מהוצאות שיקום סביבה). נטעים, כי להבדיל ממס הכנסה, ההצדקה לגביית מס רווחי היתר הינה קיומה של תשואה עודפת גבוהה במיוחד הנובעת ממשאבי הציבור.

ד. סיכום

לאור האמור לעיל והמפורט בתגובה הכלכלית של מר דוד בועז:

א. יש לבצע בדיקה של הנתונים הכלכליים של ענף כריית הנחושת בכלל ושל כדאיותו הכלכלית של פרוייקט כריית הנחושת בישראל, בפרט. יש לעכב כל המלצה ביחס לענף הנחושת עד אשר תתבצע בדיקה כאמור.

i. פרוייקט כריית הנחושת בתמנע מצוי על סף הכדאיות הכלכלית, ועמדת מרשתנו היא כי אין לשנות את משטר התמלוגים שלאורו השקיעה סכומי עתק בפרוייקט, כבר עתה. עמדה זו נובעת גם מכך שחלק הארי של הרווח הצפוי מהפרוייקט נובע מזיקוק ועיבוד חומר הגלם ולא מהמחצב עצמו.

ב. ככל שיוחלט להטיל מס רווחי יתר, יש:

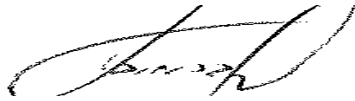
i. להטילו על פי נוסחה מיוחדת התואמת את ענף הנחושת בישראל, הגבוה מן התשואה הנורמטיבית הקבועה בטיטת הדו"ח;

ii. לקבוע את שיעור התשואה שמעבר לו יוטל המס כך שיוטל אך ורק על מקרים של תשואה חריגה, ולא על מקרים המצויים בטווח התשואה המקובלת ואף מעט מעבר לכך;

iii. לקבוע רף מינימלי של רווחים שרק מעבר לו יוטל מס רווחי היתר, וכן שיעורי מיסוי דיפרנציאליים הממסים תשואה גבוהה במיוחד;

iv. להתחשב במלוא ההשקעות בפרוייקט הכרייה, שכן פרוייקט הכרייה בתמנע מאופיין בהשקעות כספיות ניכרות אשר אינן יכולות להירשם כנכסים מאזניים.

בכבוד רב,



דב אברמוביץ, עו"ד

העתקים :

גבי קרלה גרסיה גרנדוס, ערבה מיינס בע"מ
מר יוסי שניר, ערבה מיינס בע"מ