

17 ביולי 2014

לכבוד,
הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה
המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים

חברי הוועדה הנכבדים,

הנדון: עמדה משפטית מטעמה של כימיקלים לישראל בע"מ ביחס לטיוטת מסקנות הוועדה להערות הציבור

נתבקשנו על-ידי מרשתנו, כימיקלים לישראל בע"מ ("כיל"), בשמה ובשם חברות הבנות שלה – מפעלי ים המלח בע"מ ("מי"ה"), מגנזיום ים המלח בע"מ ("מגנזיום ים המלח"), ברום ים המלח בע"מ ("ברום ים המלח") ורותם אמפרט נגב בע"מ ("רותם אמפרט"), להביא בפניכם, הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים ("הוועדה"), את עמדתנו המשפטית ביחס לטיוטת מסקנות הוועדה להערות הציבור שפורסמה ביום 18 במאי 2014 ("טיוטת המסקנות").

עמדה משפטית זו מוגשת לוועדה במקביל להגשת נייר העמדה של כיל ביחס לטיוטת המסקנות ("נייר העמדה") וחוות דעת מומחים שקיבלה כיל בקשר עם עבודת הוועדה, המצורפות כנספחים לנייר העמדה.¹

במסגרת עמדה זו נתייחס הן לאמור בטיוטת המסקנות והן לאמור בנספחים לה – חוות הדעת המשפטית של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), עו"ד אבי ליכט, מיום 15 במאי 2014, אשר צורפה כנספח א' לטיוטת המסקנות ("חוות הדעת המשפטית"); חוות הדעת הכלכלית מאת משלחת ארגון קרן המטבע הבינלאומית, מחודש מאי 2014, אשר צורפה כנספח ב' לטיוטת המסקנות ("חוות דעת ה-IMF"); וחוות הדעת המימונית של פרופ' רוברט ס. פינדייק, מיום 24 באפריל 2014, אשר צורפה כנספח ג' לטיוטת המסקנות ("חוות דעת פינדייק").

¹ חוות דעת כלכלית מאת רו"ח הווארד רוזן (Howard Rosen) מחברת הייעוץ הבינלאומית FTI Consulting ("חוות דעת FTI") וחוות דעת מימונית של פירמת רואי החשבון PwC ("חוות דעת PwC").

כן נתייחס למסמכים נוספים שפורסמו על-ידי הוועדה בעקבות דרישתה של כיל ולאחר פרסום טיוטת המסקנות, ובהם חוות הדעת ביחס למיסוי משאבי טבע של ד"ר ג'ק מינץ ("חוות דעת מינץ"), סקירה בינלאומית של משרד רואי החשבון בייקר-טילי ישראל ("הסקירה הבינלאומית"), סיכומי דיוני הוועדה, מצגות שהוצגו בפני הוועדה, וכן תחשיבים שערכה הוועדה ביחס למגזרי הפעילות השונים של כיל ועל בסיס נתונים מסחריים שהעבירה כיל לוועדה בכפוף להתחייבות לשמירת סודיות.

כמפורט בחוות דעת זו, בעמדת כיל ובחוות הדעת המוגשות עמה, עם פרסום טיוטת המסקנות התברר כי הוועדה לא גיבשה הסדר כללי ולא הציעה מדיניות גורפת ואחידה ביחס לכל משאבי הטבע של מדינת ישראל. הלכה למעשה, הוועדה מציגה הסדר ספציפי, פרסונלי וחרוג בעולם המחצבים; משמעות ההסדר: הגדלת חלקה של המדינה ברווחי כיל, באופן חד-צדדי, בניגוד להסכמות חוזיות בין הצדדים, לרבות כאלה מהזמן האחרון, ובניגוד לדין.

כפי שנראה, המלצות הוועדה מתמקדות בכיל ובהגדלת חלקה של המדינה ברווחים המתקבלים מהפקת המחצבים מים המלח ומכריית הפוספטים באזור הנגב. כך, בניגוד אפילו לכתב המינוי של הוועדה, אשר הוקמה על מנת לבחון את "מכלול" המערכת הפיסקאלית הנהוגה כיום ביחס למשאבי הטבע הלאומיים ולהציע "מדיניות עדכנית" של "עקרונות יסוד" בנוגע לחלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי הטבע, תוך התייחסות "למגוון משאבים".

בשונה מהכתוב, מלכתחילה התמקדו דיוני הוועדה במספר משאבי טבע בודדים, ובטיוטת המסקנות מתייחסת הוועדה, מלבד המחצבים המופקים על-ידי כיל, אך ורק לשני סוגי מחצבים – חומרי חציבה ומים מינרליים – ופוטרת אותם בלא כלום, תוך הותרת המצב הקיים על כנו.

בנסיבות אלה, ברור כי לא מדובר בשינוי מדיניות כללית הקובעת מודל מיסוי חדש ובעל תחולה רחבה ביחס לכל משאבי הטבע בישראל. הוועדה, המורכבת כולה מעובדי המדינה (זולת היו"ר), ממליצה למדינה לבצע מהלך שמשמעו ותוצאתו הפרת הסכמים והתנערות מהתחייבויות חוזיות של המדינה, אשר חלקן עודכנו ונחתמו לפני כשנתיים בלבד בהסכמה הדדית, באישור הממשלה ובית המשפט העליון.

הוועדה אינה מביאה בחשבון כי עוד בטרם הוקמה, כבר ביצעה ממשלת ישראל שורה של מהלכים אשר הגדילו את חלקה של המדינה ברווחי כיל והעמידו אותה, גם לשיטת הוועדה עצמה, על השיעור המקובל בעולם: בין אלה נמנים, בין אלה נמנים התיקון לחוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 ("החוק לעידוד השקעות הון"), אשר הוציא את פעולות הכרייה והחציבה של כיל מגדרו; הטלת עיקר עלויות הגנת מלונות ים המלח על כיל; העלאת שיעור התמלוגים המשולמים בגין מכירת אשלג; והרחבת בסיס התמלוגים גם למוצרי המשך. בנוסף, מאז שנת 2012, המועד בו הודיעה הממשלה כי בעקבות הצעדים שנקטה הגיע חלקה של המדינה ברווחי כיל לשיעור הוגן לציבור, כמקובל בעולם המערבי, עלה חלקה של המדינה ברווחי כיל, צנחו מחירי המחצבים, וקוצצו רווחיה של כיל.

עוד כמפורט בחוות הדעת האחרות ולהלן בחוות דעת זו, מסקנות הוועדה בהקשרה של כיל מבוססות על הנחות מוטעות בחלקן, נתונים שגויים בחלקם ותחשיבים שחלקם אינם נכונים.

כמו כן כמוסבר, המלצות הוועדה אינן מגשימות את המטרות והעקרונות שהוועדה עצמה קבעה והציבה כיעד. המודל המוצע על-ידי הוועדה גם אינו עולה בקנה אחד עם המקובל במדינות אחרות בעולם. כמו כן, על אף הדמיון החיצוני החלקי בינו ובין ההסדר שנקבע ביחס למשאבי הגז והנפט, אין דמיון מהותי בין השניים ולא ניתן להכשיר את עבודת הוועדה בנימוק שהיא מבצעת מהלך משלים לזה שבוצע על ידי ועדת ששינסקי הראשונה.

עוד אנו מסבירים להלן כי ההסדר המוצע אינו מבטיח שיעור תשואה הולם על ההון המושקע בכל; כי שיעורי המס שיוטלו על כיל צפויים להיות גבוהים משמעותית מאלה בהם נקבה הוועדה; וכי חלקה של המדינה ברווחי המחצבים צפוי לעות בהרבה אף על השיעורים המקסימליים שקבעה הוועדה. כפי שנראה, ההסדר המוצע גרסיבי, רטרואקטיבי ומורכב, ותוצאתו הטלת מס ייעודי על עיקר רווחיה של כיל, ולא על רווחים "חריגים" בלבד.

כמו כן נראה כי ההסדר עליו ממליצה הוועדה אינו "ניטרלי" כלל ועיקר ביחס להשקעות עתידיות של כיל, וגם ביחס לפעילות הקיימת שלה. להסדר צפויה להיות השפעה שלילית על המשך כדאיות ההשקעה בתעשיית המחצבים בישראל, והוא צפוי לפגוע באינטרס הלאומי הבסיסי לפתח את ים המלח ומחצבי הנגב. להסדר צפויה להיות השפעה שלילית על היקף התעסוקה בכל. כתוצאה מכך, המלצות הוועדה, אם תתקבלנה כפי שהן, צפויות לגרום לצמצום ישיר ועקיף של השקעות, צמצום פעילות ייצורית, צמצום היקף התעסוקה בכל ופגיעה בתנאיה. מעגלי הפגיעה שיווצרו רחבים בהרבה מכיל, והם צפויים להתרחב לאזור הנגב, להיבטים בכלכלת המדינה, ולפגיעה גדולה מכל תועלת שמתיימרת הוועדה להביא. להסדר אף צפויות השלכות שליליות ביחס למשקיעים בעולם: הן ביחס למשקיעים זרים בכלל, ששיעור אחזקותיהם כבר הצטמצם מאז הקמת הוועדה, והן ביחס למשקיעים בחברות ישראליות בכלל, נוכח התנהלות המדינה – המפרה הסכמים, משנה את ההסדר הפיסקאלי חדשות לבקרים ויוצרת אי וודאות מתמשכת.

על כל אלה נעמוד בהרחבה בחוות דעת זו.

כיל ובנותיה שומרות לעצמן את כל זכויותיהן כלפי המדינה ביחס לאמור לעיל ולהלן. בנוסף, כיל שומרת על מלוא טענותיה כפי שפורטו בעמדה הראשונית מטעמה על נספחיה מיום 4 בנובמבר 2013 ועל הטענות שהעלתה במסגרת הופעת נציגיה בפני הוועדה ביום 16 בדצמבר 2013.

עמדתנו זו נסמכת על מידע שנמסר לנו, בכתב ובעל-פה, מאת כיל והחברות הבנות שלה.² כמו כן נסמכת עמדתנו על, ומתייחסת אל, חוות דעת FTI וחוות דעת PwC. חוות דעת אלה מביאות מגוון נתונים, טענות והתייחסויות, אשר לא לכולן הפנינו במסגרת עמדה משפטית זו.

כל ההדגשות להלן אינן במקור, אלא אם צוין במפורש אחרת.

² הואיל ומדובר במסמך שימוע ציבורי, ולצורך הנוחות בלבד, מתוארות בחלק מההקשרים כיל ובנותיה כאחת. בכלל זה מתוארים הסכמים עם חברות בנות של כיל, כהסכמים עם כיל עצמה, והתחייבויות של או כלפי חברות בנות של כיל לרבות מי"ה, כהתחייבויות של או כלפי כיל עצמה. כל זה נעשה לשם נוחות התיאור והעדר סרבול, ואין לו כל משמעות משפטית או השלכה ביחס לשאלה אילו חיובים או זכויות יש לגוף כזה או אחר בקבוצת כיל ביחס להסכמים, התחייבויות או כל היבט אחר של אלה.

תוכן עניינים

6	א. המטרה סומנה מראש
7	א. (1) הוועדה בחרה להסתמך באופן סלקטיבי וללא הנמקה על חוות דעת פינדייק
9	א. (2) חוות דעת פינדייק והסקירה הבינלאומית
10	א. (3) עמדת הוועדה לפיה קיימת דחיפות בעדכון ההסדר הפיסקאלי הקיים – שגויה ומגמתית
15	א. (4) עמדת הוועדה לפיה "העת הזאת" חלפה ואין מניעה משפטית לשנות את ההסדר הפיסקאלי הקיים – שגויה ומגמתית
19	ב. כשלים במסקנות הוועדה מן הפן הכלכלי
19	ב. (1) התעלמות הוועדה מחוות דעת מינץ
21	ב. (2) חוות דעת פינדייק רצופה שגיאות ואי-דיוקים
22	ב. (2)(א) החישובים שעורך פרופ' פינדייק בחוות דעתו ביחס לרווחיות כיל שגויים מן היסוד
24	ב. (2)(ב) המודל המוצע לקביעת שיעור התשואה בחוות דעת פינדייק ואופן יישומו על-ידי הוועדה, שגויים
27	ב. (2)(ג) המודל המוצע אינו כולל התייחסות נפרדת ושווה לכל אחד ממשאבי הטבע שמפיקה כיל
28	ב. (2)(ד) שלילה בדיעבד של זכותה של כיל לתשואה הולמת על השקעות שבצעה כדין
29	ב. (3) הסקירה הבינלאומית עליה נסמכת הוועדה, חסרה ושגויה
34	ב. (4) הוועדה לא בחנה את ההשלכות הצפויות של יישום המלצותיה על המשק הישראלי בכלל, וכלכלת הנגב בפרט
36	ב. (5) היעדים שקבעה הוועדה אינם מושגים באמצעות יישום המלצותיה
37	ב. (5)(א) חלקו הראוי של הציבור
39	ב. (5)(ב) פרוגרסיביות לצד יציבות
40	ב. (5)(ג) מודל כללי צופה פני עתיד
41	ב. (5)(ד) המשך הפקת משאבי הטבע הקיימים וניטרליות לגבי החלטות השקעה
42	ב. (5)(ה) התמקדות במיסוי הרווחיות מפעילות הפקת משאב הטבע
43	ב. (5)(ו) פשטות המודל
44	ג. המלצות הוועדה בנוגע לכליל אינן חוקיות – הסדר פרסונלי וספציפי המהווה הפרה של המערכת ההסכמית המחייבת בין הצדדים
44	ג. (1) אזכור כמה מהבעיות המרכזיות בחוות הדעת המשפטית
46	ג. (2) המלצות הוועדה, אם תאומצנה, תהווה הפרה ברורה של שטר הזיכיון ושל הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים
46	ג. (2)(א) כללי
48	ג. (2)(ב) שינוי חד-צדדי וכפוי של התמורה אותה משלמת כיל למדינה, בגין הזכות שניתנה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח
52	ג. (2)(ג) אימוץ המלצות הוועדה יהווה הפרה של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים
57	ג. (2)(ד) הניתוח בחוות הדעת המשפטית של שטר הזיכיון וחוק הזיכיון, שגוי מעיקרו
64	ג. (3) המלצות הוועדה, אם תאומצנה, תפגענה בזכויות משקיעים זרים ובמעמדה של מדינת ישראל בעולם כיעד להשקעות זרות

ד. המלצות הוועדה אינן "מהלך משלים" להסדרים שנקבעו ביחס למשאבי הגז – בענייננו מדובר בנסיבות

עובד

65 ..

ד. (1) "מס רווחי היתר" שנבחן במסגרת בג"ץ דודיאן אינו דומה ל"מס משאבי הטבע" שמוצע להחיל על כיל 67
ד. (2) בבג"ץ דודיאן נקבע כי משאבי הנפט והגז הם משאבים ציבוריים מוגבלים ומתכלים, ומשכך קיימת הצדקה להחיל את החקיקה על בעלי הזכויות הקיימים – מחצבי ים המלח אינם מתכלים והזיכיון להפקתם עתיד

להסתיים בקרוב. 68
ד. (3) בבג"ץ דודיאן נקבע כי אין מקום לקבל את טענת העותרים בדבר "עסקה סטטוטורית" המונעת מן המדינה לשנות את מדיניותה הפיסקאלית – ביחס למחצבי ים המלח נקבעה הוראת יציבות מפורשת שלא לשנות את

ההסדר הפיסקאלי לעת הזאת. 68
ד. (4) בבג"ץ דודיאן ביקש להסדיר מדיניות פיסקאלית שלא עודכנה משנות החמישים וגרמה ל"יתקלה פיסקאלית חמורה" – ההסדר הפיסקאלי ביחס למשאבי הטבע המופקים על-ידי כיל הוא הסדר חוזי עדכני. 69

ד. (5) בבג"ץ דודיאן נטען שהשינוי הדרמטי בשוק האנרגיה עורר את הצורך בשינוי – בעוד שלא התחולל כל שינוי משמעותי בענף המחצבים הגלובלי בו פועלת כיל. 70
ד. (6) משאבי הגז והנפט ומחצבי ים המלח שונים בתכלית במובנים רבים נוספים. 71

ד. (6)(א) מס רווחי יתר אינו מקובל בתעשיית המחצבים בעולם בשונה מענף הגז והנפט. 71
ד. (6)(ב) המדינה קיבלה תמורה משמעותית בעת הפרטת כיל, בשונה מיזמי הגז והנפט אשר לא שילמו דמי רישיון משמעותיים. 72

ד. (6)(ג) כיל אינה מקבלת הטבות ייחודיות מהמדינה ופעילותה בתחום הכרייה והחציבה הותרה מתחולת החוק לעידוד השקעות הון, בשונה מיזמי הגז והנפט שנהנו מהטבות והקלות ייחודיות לאותו ענף. 72
ה. ההסדר המוצע אינו חוקתי. 74

ה. (1) בבסיס הדין החוקתי צריכה לעמוד העובדה כי החוק המוצע יפר הסכמים שהמדינה צד להם, לרבות מהזמן האחרון. 74

ה. (2) החוק המוצע פוגע בזכות חוקתית של כיל. 75
ה. (2)(א) לכיל זכויות חוקתיות הראויות להגנה חוקתית. 75

ה. (2)(ב) פגיעה באינטרס הסתמכות והציפייה הראויים להגנה חוקתית. 79
ה. (3) תנאי פסקת ההגבלה אינם מתקיימים. 80
ה. (3)(א) החוק המוצע אינו יכול להיחשב כ"חוק". 80

ה. (3)(ב) החוק המוצע אינו "לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל". 82
ה. (3)(ג) החוק המוצע אינו עומד בדרישת המידתיות. 85
ו. הטענה כי אין לכיל זכות לסעד שגויה מיסודה. 89

א. המטרה סומנה מראש

1. בשנת 2012 חתמה מדינת ישראל עם כיל על חוזה מחייב ("הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים"), בו התחייבה כיל, לפי דרישת המדינה, לתשלום והוצאה בהיקף כולל של שבעה מיליארדי שקלים (נומינלי), לפי אומדן שערכה החברה הממשלתית להגנות ים המלח. בתמורה לכך התחייבה המדינה כלפי כיל, כי לפרק זמן נתון לכל הפחות, המדינה לא תבצע שינוי "במדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי". במלים אחרות, המדינה התחייבה כי היא לא תיזום חקיקה המכוונת להגדיל את חלקה של המדינה בהכנסותיה של כיל, וכי אם תקום יוזמת חקיקה כזו שלא מטעמה היא תתנגד לה.
2. התחייבות המדינה כלפי כיל אושרה על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אושרה בהחלטת ממשלה, ואושרה בפסק דין של בית המשפט העליון.
3. הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים השלים מהלך רחב יותר בו נקטה המדינה להגדלת חלקה ברווחי כיל, בין היתר, באמצעות תיקון בשנת 2011 לחוק לעידוד השקעות הון, שכוון לכליל וכבר העלה באופן דרמטי את שיעור המס החל עליה, ובאמצעות הליך הבוררות בו פתחה המדינה נגד כיל באותה שנה במטרה להרחיב את בסיס התמלוגים גם למוצרי המשך.
4. לא חלפה שנה מהיום בו התחייבה המדינה, בהחלטת ממשלה אותה אישר בית המשפט העליון ובחווה מחייב עם כיל, שלא ליזום חקיקה חדשה להגדלת חלקה ברווחי כיל. לא חלפה שנה, והמדינה פתחה במהלך שיעדו לעשות בדיוק את מה שהתחייבה המדינה שלא לעשות: ליזום חוק שיעדו הגדלת חלקה של המדינה בהכנסותיה של כיל.
5. כך הקימה המדינה את ועדת ששינסקי השנייה, המורכבת כולה מעובדי המדינה (זולת יו"ר הוועדה). מטרתה העיקרית של הקמת הוועדה נאמרה מראש – הגדלת שיעור חלקה של המדינה ברווחיה של כיל. גם הדרך להשגת מטרה זו סומנה מראש – הטלת מס ייעודי וייחודי על הרווחים המתקבלים מהפקת מחצבים, בדומה למס שהוטל על משאבי הגז והנפט בהתאם להמלצות ועדת ששינסקי הראשונה. כך היה, למרות שהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים נחתם לאחר שוועדת ששינסקי הראשונה כבר סיימה את עבודתה ולאחר שמסקנותיה עוגנו בחקיקה.
6. הדברים עלו בבירור מהתבטאויותיו של שר האוצר, עם היכנסו לתפקיד בתחילת שנת 2013, וקיבלו ביטוי מפורש גם בדבריו של יו"ר הוועדה, מיד לאחר הודעת השר בחודש אפריל 2013 על כוונתו להקמת ועדה לבחינת חלקה של המדינה ברווחי כיל:

"פרופ' איתן ששינסקי, מי שעמד בראש הוועדה לבחינת חלקה של הממשלה בהכנסות מתגליות הנפט והגז, אומר היום (ה') שהוא שמח על הודעתו של שר האוצר יאיר לפיד להקים ועדה שתבחן את זכויות המדינה במשאבי הטבע שלה - ובראשן [הטעות במקור, ד.ת.] משאבי האשלג והפוספט בים המלח.

"לא משתמע מלפיד שהוא חולק על המסקנות שלי. להיפך - הוא רוצה להחיל את המסקנות שלנו לגבי מאגרי הגז גם לגבי משאבי הטבע האחרים", אמר ששינסקי בראיון לגל"צ".³

7. להלן נסקור את עיקר הפגמים המהותיים בעבודת הוועדה ובמסקנותיה, השומטים את היסודות עליהם נסמכות המלצותיה, ולפיכך אינם מאפשרים את שינוי ההסדר הפיסקאלי הקיים כמוצע על ידה.

א. (1) הוועדה בחרה להסתמך באופן סלקטיבי וללא הנמקה על חוות דעת פינדייק

8. עם תחילת עבודתה, בישיבתה הראשונה מיום 11 באוגוסט 2013, אישרה הוועדה מתווה סדור לפעילותה. הוועדה קבעה, בין היתר, כי יתקיים דיון שבו תוצג סקירה עולמית של שווקים רלוונטיים ובפרט אשלג ופוספט, כאשר הסקירה תתייחס למחירים בעולם, מגמות ותחזיות, ותבצע על-ידי גוף בעל מומחיות בתחום. עוד קבעה הוועדה כי יתקיים דיון שבו תוצג סקירה עולמית של שיטות מיסוי מקובלות למשאבי טבע, כאשר הסקירה תתייחס גם למנגנוני הענקת זיכיונות או רישיונות בתחומים אלו בעולם, ותבצע על-ידי גוף בעל מומחיות בתחום.

9. לצורך ביצוע הסקירות האמורות, נעזרה הוועדה במספר מומחים בינלאומיים, וקיבלה, בין היתר, חוות דעת מד"ר ג'ק מינץ – מומחה למיסוי משאבי טבע; חוות דעת מימונית מטעם פרופ' רוברט ס. פינדייק – יועץ לענייני מימון ומומחה לכלכלת אנרגיה; וחוות דעת מטעם משלחת של קרן המטבע הבינלאומית.

10. בטיטות המסקנות ציינה הוועדה כי לצורך גיבוש המלצותיה ובחירת מודל המיסוי התייעצה עם מומחים שונים, שלעיתים לא הציגו עמדה אחידה, וגיבשה את החלטתה בשים לב לכלל חוות הדעת.⁴

11. מקריאת טיטות המסקנות, כמו גם הפרוטוקולים של דיוני הוועדה ומסמכים נוספים, עולה תמונה שונה. מסתבר כי הוועדה לא נתנה דעתה לכלל חוות הדעת שהוגשו, אלא היא בחרה באופן סלקטיבי באיזו חוות דעת להשתמש ומאיזו חוות דעת להתעלם.

12. הוועדה החליטה לבסס את מסקנותיה על חוות דעת פינדייק באופן בלעדי, ולאמץ את המודל שהוצע על ידו, על אף שבחוות דעת פינדייק נפלו שגיאות מהותיות וכשלים חמורים – הן בהיבט המתודולוגיה שבחר פרופ' פינדייק, הן בהיבט תיאור העובדות על ידו, והן בהיבט החישובים שביצע. פרופ' פינדייק נשכר כיועץ לוועדה בתחום המימון ומומחיותו היא בעיקרה בתחום האנרגיה, כעולה גם מחוות הדעת שנתן לוועדת ששינסקי הראשונה ולאחרונה גם למשרד האוצר בקשר עם יצוא הגז מישראל. מנגד, ד"ר מינץ נשכר על-ידי הוועדה כיועץ בתחום מיסוי משאבי הטבע, אולם הוועדה לא התייחסה כלל לחוות דעתו בטיטות המסקנות.

³ "ששינסקי: "שמחתי לראות הודעת לפיד על משאבי הטבע"" גלובס (11.4.2013)
www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000835862

⁴ טיטות המסקנות, בעמ' 14.

13. מקריאת הפרוטוקולים של דיוני הוועדה, המצגות שהוצגו לה והדו"ח שגיבשה, ניכר כי הוועדה החליטה להתעלם מהממצאים העובדתיים ביחס למשאבי הטבע השונים ולסקירה הבינלאומית בחוות דעתו של ד"ר מינץ, למרות שהוא המומחה היחיד ששכרה הוועדה המתמחה בנושא עבודתה. הוועדה דחתה את המודל שמציע ד"ר מינץ כשגוי (על כך אין מחלוקת), ואולם את התעלמותה המוחלטת מהסקירה הסדורה והמפורטת שערך ד"ר מינץ על פי דרישתה של הוועדה ביחס למחצבים השונים שכורה כיל בישראל, ומהנחות היסוד שעמדו בבסיס חוות דעת זו, הוועדה כלל לא טרחה לנמק או להסביר.⁵

14. מדוע מתעלמת הוועדה מחוות דעתו של ד"ר מינץ? הסקירה המובאת בחוות דעת מינץ מתארת את המציאות שהוועדה כנראה אינה מעוניינת לראות, לפיה הסדר המיסוי החל על כיל הוא תחרותי, ושיעורי המס המוטלים עליה דומים לאלה הקיימים במדינות אחרות וביחס לתעשיות אחרות. כתב ד"ר מינץ בחוות דעתו:

"Israel's mining and corporate tax regime on non-oil and gas resources is competitive. Its corporate income tax rate is close to the global average and incentives for resource firms are similar to other countries. The METR [Marginal Effective Tax Rate] is also similar to other industries".⁶

15. לעומת זאת, חוות דעת פינדייק קיצונית במסקנותיה (ואף רצופת טעויות כפי שיפורט בהמשך), ומתארת תמונת מצב קודרת ושגויה.

16. לא רק שטיטת המסקנות התעלמה מממצאיו של ד"ר מינץ, אלא שהוועדה ניסתה להסתיר את חוות דעתו מכיל, וסירבה לפרסמה;⁷ רק לחץ משפטי שהפעילה כיל הכריח את המדינה לפרסם את חוות הדעת, ממנה בחרה הוועדה להתעלם.⁸

⁵ סיכום ישיבה מס' 11 של הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (16.2.2014).

⁶ חוות דעת מינץ, בעמ' 3.

⁷ חוות דעת מינץ לא פורסמה עם יתר המסמכים שפורסמו בעת פרסום טיטת המסקנות. לאחר פניות מטעמה של כיל כי תועבר לרשות כלל התשתית העובדתית עליה נסמכה הוועדה, ציינה הוועדה ביחס לחוות דעת מינץ, במכתבה מיום 25 במאי 2014 (הנושא את התאריך 12 במאי 2014), כי חוות דעת זו "לא הושלמה", והיא תועבר לעיון הציבור לכשתושלם.

⁸ חרף פניות חוזרות ונשנות של כיל לפרסום התשתית העובדתית ובכלל זה חוות דעת מינץ כאמור לעיל, לא העבירה הוועדה את חוות הדעת לכיל, ולא פרסמה אותה לעיון הציבור. רק לאחר שביום 2 ביוני 2014 הגישה כיל עתירה בעניין (בג"ץ 3921/14 כימיקלים לישראל נ' שר האוצר), במסגרתה נטען כי לא ניתנה לה זכות טיעון כדיון, בין היתר כי לא הועברה לרשותה כלל התשתית העובדתית – ובכלל זה חוות דעת מינץ – נאותה הוועדה לפרסם חוות דעת זו.

א. (2) חוות דעת פינדייק והסקירה הבינלאומית

17. עיקר מסקנות הוועדה מתבסס כאמור על חוות דעתו של פרופ' פינדייק והממצאים המובאים בה. על פי חוות דעתו קבעה הוועדה מהו שיעור התשואה הנורמטיבי של כיל, והמליצה כי על רווחים העולים על שיעור זה יוטל מס משאבי טבע.
18. **בחינה מקצועית של חוות דעת פינדייק מעלה כי ממצאיו אינם מדויקים בחלקם, ושגויים בחלקם, ובלשון המעטה – כי חוות דעתו אינה מבוססת.**
19. **נזכיר בקצרה כשלים מרכזיים בניתוח שעורך פרופ' פינדייק בחוות הדעת לצורך חישוב שיעורי הרווחיות של כיל במגזרי הפעילות השונים – כשלים המפורטים בהרחבה בחוות דעת FTI. פרופ' פינדייק:**
- א. מצטט מחירי אשלג גבוהים שאינם מייצגים את רמות המחירים בשוק על פני שנים, וכן אינו מתייחס כלל למגמת הירידה המתמשכת של מחירים אלה בשוק העולמי;
- ב. מתבסס בטעות לצורך חישוב שיעור התשואה המקובל בשוק הכרייה על שילוב בין מדד אמריקני לבין מדד עולמי, במקום להסתמך על מדד עולמי בלבד המשקף חברות גלובליות הפועלות בשווקים דומים לכיל;
- ג. טועה הן במתודולוגיה והן בתוצאה, כאשר הוא משווה בין שיעורי הרווחיות של כיל לבין אלה של חברות כרייה אחרות בעולם;
- ד. מתעלם בעת חישוב שיעור התשואה הנורמטיבי ממרכיבים מהותיים ומקובלים שיש להביאם בחשבון, ובהם סיכון מדינה והתאמה לגודל החברה, ומחשב באופן שגוי ולא עקבי מרכיבים אחרים דוגמת ריבית חסרת סיכון;
- ה. סותר בחישוב שיעור התשואה תחשיבים קודמים שערך ביחס לענף הגז והנפט בישראל עבור ועדת ששינסקי הראשונה ועבור משרד האוצר;
- ו. מתעלם מנתונים מפורטים שהועברו על-ידי כיל לבקשת הוועדה משנות ה-90 ואילך;
- ז. מתייחס לסקירות שוק שאינן עדכניות ואינן תואמות את המציאות ואת נתוני כיל;
- ח. משתמש בנתונים שגויים לניתוח תחום הברום האלמנטרי, המתייחסים לחטיבה אחרת בכל העוסקת בייצור מלחים (!) ואין לה כל קשר לפעילות הברום;
- ט. מתעלם ממאפייניו המיוחדים של שוק הברום הפועל באינטגרציה אנכית בין פעילות הפקת הברום האלמנטרי לבין ייצור תרכובות ברום, ועל כן טעון התייחסות נפרדת בעת עריכת תחשיבי הרווחיות.

20. שגיאות אלה, ואחרות, מלמדות על טעויות יסודיות בחוות דעת פינדייק, המביאות לכשל חמור בעבודת הוועדה, בבסיס המסקנות אליהן הגיעה ובהמלצות שגובשו על ידה.

21. כותב רו"ח הווארד רוזן מחברת הייעוץ הבינלאומית FTI Consulting – מומחה בעל שם עולמי בתחום הערכות השווי, כימות נזקים ומימון תאגידי, המלווה את כיל בקשר עם עבודת הוועדה – בחוות דעתו בעניין זה:

"The Pindyck Report contains a number of methodological, factual, and calculation errors, and further contains unsupported assumptions used in reaching a conclusion on relative profitability of ICL's extraction businesses, and in the determination of an applicable rate of return".⁹

22. חוות דעת FTI, יחד עם חוות הדעת המימונית של פירמת רואי החשבון המובילה PwC, מבהירות היטב כי במודל המיסוי המוצע נפלו שתי שגיאות יסודיות: שיעור התשואה הראוי שנקבע על פי חוות דעתו של פרופ' פינדייק נמוך ואינו כולל מרכיבים מהותיים ומקובלים, ובסיס הנכסים המשמשים לצורך הפעילות היצרנית של הפקת משאבי הטבע ואשר בגינם זכאית כיל לתשואה הולמת, חסר ואינו משקף את שוויים המלא של הנכסים. תוצאת הדברים קשה וחמורה ומביאה לכך שהמלצות הוועדה אינן מגשימות את היעדים שהציבה לעצמה.

23. בנוסף, הוועדה טוענת כי היא מעוניינת לגבש הסדר פיסקאלי אשר יותאם למקובל בעולם ויציב את מדינת ישראל בשורה אחת עם מדינות אחרות בהן מפיקים מחצבים. לא כך הוועדה עושה. בניגוד למתואר בטיטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית, אין כיום מגמה אחידה בעולם ביחס להסדרים הפיסקאליים החלים על חברות כרייה בתחום משאבי טבע שאינם גז ונפט. הטלת מס על רווחים עודפים אינה המגמה המובילה, אלא מדיניות חדשה בה נקטו מספר מדינות בודדות בשנים האחרונות, כשהמובילה בהן, אוסטרליה, הטילה מס ייעודי על רווחי יתר השונה בתכלית מההסדר המוצע על-ידי הוועדה, ואף הודיעה זה מכבר כי בכוונתה לבטל את החקיקה ממש בימים אלה. קצרים של דברים, גם יסוד מרכזי זה בטיטת המסקנות רעוע ואינו עומד על כנו.

א. (3) עמדת הוועדה לפיה קיימת דחיפות בעדכון ההסדר הפיסקאלי הקיים – שגויה ומגמתית

24. טיטת המסקנות וחוות הדעת המשפטית מקפידות לצייר תמונה קודרת ביחס למצב הקיים בתחום משאבי הטבע בישראל, ובפרט בכל הנוגע לתקבולי המדינה מהפקת מחצבים מים המלח. תיאור הדברים מנסה ליצור מצג של דחיפות מיוחדת על מנת להצדיק את הצורך בעדכון ההסדר הפיסקאלי הנוהג, נוכח שינויים אשר אירעו כביכול אך לאחרונה. בכל הכבוד, קריאת הכתוב מעוררת השתוממות רבת.

⁹ חוות דעת FTI, בסעיף 2.1.

25. חוות הדעת המשפטית נפתחת בהצהרה הבאה :

"מדינת ישראל מצויה בשנים האחרונות בתהליך שמטרתו הקטנת הפערים ואי השוויון בחברה. אחד מהיבטיו של תהליך זה נוגע לקבלת חלקו הראוי של הציבור מהשימוש במשאבי הטבע ומניעת ריכוז הרווחים ממשאבים אלה בידי מעטים".¹⁰

מוסיפה חוות הדעת :

"ההסדרים המשפטיים המסדירים כיום את קבלת חלקו של הציבור במשאבי הטבע הם ברובם מיושנים ופרימיטיביים. הם נחקקו לפני עשרות שנים. זאת בשעה שבעולם התפתחו בשנים האחרונות כלים פיסקליים מודרניים ומתוחכמים לטיפול במשאבי הטבע. הכלים שבידי מדינת ישראל אינם ערוכים לשינויים שאירעו בשנים האחרונות בתחום משאבי הטבע בעיקר בגלל העלייה החדה במחירים של חלק מאותם משאבים. על רקע כל אלה מתחדד הצורך בטיפול שורשי וכללי בנושא משאבי הטבע במדינת ישראל".¹¹

26. לאורכה של חוות הדעת המשפטית ולרוחבה, כמו גם בטיוטת המסקנות, שזורות אמירות בדבר הצורך בתיקון של "כשלים ועיוותים קיימים" על-פי עקרונות של "צדק חלוקתי ונאמנות ציבורית", ואם לא די בכך, גם "צדק סביבתי" – היבט חדש לגמרי, שכביכול לא ניתן לו בעבר דגש.¹²

27. **בכל הכבוד, להבנתנו, טיוטת המסקנות וחוות הדעת המשפטית עושות מאמץ ניכר ליצור מראית עין של הסדר משפטי-כלכלי שהוא כביכול בעייתי ומיושן, יחד עם מראית עין של שינוי נסיבות שכביכול אירע בעת האחרונה, אשר שילובם מצדיק כביכול קביעת מדיניות חדשה וכללית היום ויישומה בחקיקה על אפם ועל חמתם של הסדרים חוזיים כתובים, ברורים ומחייבים שעברו כל מבחן משפטי ואושרו בכל ערכאה שארץ זו יודעת להעביר ולאשר.**

28. **הטענה לפיה "ההסדרים המשפטיים המסדירים כיום את קבלת חלקו של הציבור במשאבי הטבע הם ברובם מיושנים ופרימיטיביים. הם נחקקו לפני עשרות שנים. זאת בשעה שבעולם התפתחו בשנים האחרונות כלים פיסקליים מודרניים ומתוחכמים לטיפול במשאבי הטבע" – אינה נכונה.** בניגוד לנטען, ההסדרים המשפטיים והפיסקאליים ביחס למשאבי הטבע הותאמו ועודכנו לאורך השנים ביוזמת הממשלה, והם דינמיים ומשתנים.

29. זיכיון ים המלח אשר מכוחו מפיקה כיל אשלג ומחצבים נוספים מים המלח הוא הדוגמא המובהקת ביותר. שטר הזיכיון אמנם אינו יציר משפטי חדש; הוא בעל ותק וכבר חגג חמישה עשורים להיווסדו ולעיגונו בחוק. אולם הוא אינו "ארכאיי" כלל וכלל. הוא אינו הסכם שאבד עליו הכלת. הוא הסכם "חי ובוועט". **הוא הסכם**

¹⁰ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 1, בפסקה 1.

¹¹ שם, בעמ' 1, בפסקה 3.

¹² חוות הדעת המשפטית, בעמ' 1, 13, 31.

שהצדדים נהגו על פיו במשך אותם חמישה עשורים, וכדרכו של הסכם ארוך טווח (אך תחום בזמן) גם הוא ידע שינויים, התאמות ועדכונים.

30. שינויים אלו בשטר הזיכיון נעשו לאורך השנים תוך כיבוד הדדי של ההסכמות שבבסיסו, כפי שנדרש במערכת משפטית שבה כיבוד הסכמים היא תכלית בעלת ערך משמעותי, בכלל, וכשהמדינה צד להם, בפרט – תפיסת עולם שלמרבה הצער אינה נחלת המדינה דהיום.

31. יתרה מכך, על סמך אותו הסכם זיכיון הופרטה כיל בשנת 1992 וגרעין השליטה בה נמכר בשנת 1995. על בסיס אותו הסכם "ארכאיי" כביכול קיבלה המדינה ומוסיפה לקבל סכומי עתק, שגדלו משמעותית בהתאם להסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. יום לאחר פרסום טיוטת המסקנות אף הוגדלה התמורה פעם נוספת בהתאם להוראות הסכם הזיכיון, עם קביעת מותב הבוררות בתביעה שהגישה המדינה עצמה נגד כיל על פי אותו מסמך "ארכאיי" כביכול, ביחס לחובת תשלום תמלוגים בגין מוצרי המשך המיוצרים בארץ ומחוצה לה.

32. בעייתית עוד יותר היא התעלמות הוועדה מהתחייבות המדינה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. שם התחייבה המדינה, כאמור לעיל, כי היא לא תיזום שום שינוי חקיקתי "במדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי" – בדיוק מה שהוועדה ממליצה למדינה לעשות. התיאור בחוות הדעת המשפטית מתעלם מהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים כאשר הוא מתאר את ההסדרים החלים על משאבי הטבע של ים המלח כ"מיושנים ופרימיטיביים" – בעוד שבין כיל למדינה נוהג הסכם בן פחות משנתיים, שעליו הגנה המדינה נמרצות בפני בית המשפט העליון.

33. מכל אלה מתעלמת הוועדה, ובכל הכבוד, לא בכדי. כיצד אחרת תוכל הוועדה להצדיק שינוי חד-צדדי, כפוי ובעל משמעויות כלכליות עצומות של ההסדר הפיסקאלי הנוגע לכיל? זאת כאשר כשנתיים בלבד חלפו מאז עודכנו ההסכמות שבבסיס שטר הזיכיון, עת נכרת הסכם מחייב בין הצדדים ביחס להגדלה ניכרת של התמורה המשולמת למדינה בגין הזכויות שהוענקו לכיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח? כיצד אחרת תוכל הוועדה לנמק את המלצותיה, כאשר כשנתיים בלבד חלפו מאז ניצבה המדינה בפני בית המשפט העליון ונימקה את משנתה הסדורה, מדוע ההסדר הפיסקאלי הגלום בהסכם זה הוא צודק, נכון, ראוי והוגן,¹³ וקיבלה את אישורו להסדר זה?¹⁴ כיצד אחרת תוכל הוועדה לבסס את מסקנותיה כאשר כשנתיים בלבד חלפו מאז התבטאו גורמים שונים בממשלה בפומבי, בקול אחד, חד וברור, בעד ההסכם על היתרונות הניכרים הגלומים בו למדינת ישראל?

34. הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים משתלב במארג ההסכמות החוזיות בין המדינה לבין כיל שמקורן בשטר הזיכיון. מדובר בהסכם עדכני ומחייב ביחס להסדר התמורה עבור הפקת המחצבים מים המלח,

¹³ תגובת המדינה לעתירה בעניין בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל ("תגובת המדינה לעתירה").

¹⁴ בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012) ("בג"ץ אדם טבע ודין").

המשקף מפגש רצונות אשר התגבש בין הצדדים אך לפני זמן קצר מאוד. אין מדובר בהסדר משפטי "מיושן ופרימיטיבי", כביכול, כי אם בהסכמה שהתגבשה רק לאחרונה ועוגנה בהתחייבות חוזית חדשה.

35. יותר מכך: הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים היה רק שלב אחד במהלך רב-שלבי (כדברי החשבת הכללית במשרד האוצר),¹⁵ במסגרתו פעלה המדינה במספר מישורים, על מנת להגדיל את חלקה ברווחי כיל באופן משמעותי. מהלך מקיף זה כלל גם את התיקון לחוק לעידוד השקעות הון, אשר ביטל כליל את הטבות המס מהן נהנתה כיל לאורך שנים, וכן את תביעת המדינה בבוררות לחיוב כיל בתשלום תמלוגים בגין מוצרי המשך. בבסיס מהלך רב-שלבי זה ניצבה מטרה ברורה, להביא להגדלה משמעותית בתקבולי המדינה מרווחי כיל ולהעמידם על השיעורים המקובלים בתעשיית המחצבים בעולם.

36. המדינה הגיבה בשנת 2012 בכתובים, לעתירה שהוגשה על-ידי אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה, ועל-ידי התנועה למען איכות השלטון בישראל, בנוגע לשאלת חוקיות החלטת הממשלה לאשר את המתווה המוסכם שהושג עם כיל, שעל בסיסו נחתם הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. בתגובתה הגנה המדינה באופן נחרץ ועקבי על ההחלטה שנתקבלה על-ידה, לחתום על הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. המדינה פרטה בתגובתה את ההליך שקדם לקבלת ההחלטה. בכלל כך תואר בתגובת המדינה לעתירה,¹⁶ "הדיון הארוך וממצה" כדברי המדינה שנערך במתווה המוסכם. באותו דיון ארוך וממצה הוצג ההסדר לשרי הממשלה על-ידי שר האוצר והחשבת הכללית. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו בפני הממשלה כי מדובר בהסכם סביר, שראוי בנסיבות העניין לאשרו, וכן הציג את הסיכונים והסיכויים המשפטיים באישור המתווה ובאי אישורו. ראש המועצה הלאומית לכלכלה במשרד ראש הממשלה, חיווה דעתו בפני שרי הממשלה כי ראוי לאשר את המתווה המוסכם. המכון הגיאולוגי הציג בפני שרי הממשלה את מצבו של ים המלח. השר להגנת הסביבה הציג את עמדת משרדו.

37. עוד הוסבר בתגובת המדינה לעתירה, בצורה מפורשת וברורה, מדוע המתווה המוסכם שהוחלט עליו בהחלטת הממשלה נשוא העתירה הוא, בלשון המדינה: "מתווה סביר שמספר מאוד את המצב הקיים".¹⁷ בהקשר זה טענה המדינה כי המתווה המוסכם "מיטיב בצורה משמעותית את מצב הציבור בסוגיות השונות לעומת המצב ששרר עובר להגעה למתווה".¹⁸ כך, טענה המדינה, המתווה המוסכם נותן פתרון מיטבי לבעיית עליית מפלס המלח כיוון שכיל משלמת חלק משמעותי ביותר מעלות הקציר שיכול להגיע ל-90% מהיקף הפרויקט.¹⁹ בנוסף, כך הסבירה המדינה לבית המשפט העליון בצורה שאינה משתמעת לשתני פנים בהתייחסה להעלאת שיעור התמלוגים, כי "גם מבחינה כלכלית המתווה המוסכם משפר את מצבה של המדינה בצורה משמעותית".²⁰

¹⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 969 של ועדת הכספים, הכנסת ה-18, מיום 10.1.2012 ("פרוטוקול ועדת הכספים"), בעמ' 24, 33 ו-34.

¹⁶ תגובת המדינה לעתירה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 26.

¹⁷ שם, כותרת בעמ' 18.

¹⁸ שם, בסעיף 54.

¹⁹ שם, בסעיף 56.

²⁰ שם, בסעיף 57.

38. עיניכם הרואות, המדינה הסבירה לבית המשפט העליון מדוע המתווה המוסכם, לרבות העלאת שיעור התמלוגים, הוא פתרון ראוי שנשקל בכובד ראש ומשפר "בצורה משמעותית" את המצב שקדם לו. כל זאת בניגוד לאופן הצגת הדברים בטיטת המסקנות ובחנות הדעת המשפטית.

39. מאלפים לא פחות דבריה של המדינה לבית המשפט העליון, בנוגע להתחייבותה ליציבות פיסקאלית "לעת הזאת", אשר שאלת סבירותה וחוקיותה נתקפה בעתירה:

"נוסיף, כי לבחירה בחלופה המועדפת על העותרות של בחינה מעמיקה של הסוגייה ובעקבותיה ייזום הליכי חקיקה לשינוי המדיניות הפיסקאלית, חלף הגעה למתווה מוסכם כעת עם העותרים, חסרונות גדולים משלה.
... מעבר לכך שהבחירה בחלופת החקיקה במקום הגעה למתווה המוסכם היתה מעכבת את מתן הפתרון הנדרש לסוגיית עליית מפלס מי ים המלח, הרי שבמהלך השנה עד לחקיקת חוק כזה – אם בכלל היה נחקק בסופו של יום – היה השיעור הנמוך של חלקה של המדינה בהכנסות מים המלח נותר על כנו...
...לא זו אף זו, בניגוד לאמור בעתירה, המתווה המוסכם אינו סותר את חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), שאף הביע עמדתו בישיבה הממשלה לפיה קיימת עדיפות להגעה להסכמה עם מי"ה על-פני הליכי חקיקה, וכי המתווה המוסכם סביר וראוי, וכי הוא ממליץ מבחינה משפטית לאשרו".²¹

40. בית המשפט העליון קיבל את עמדתה של המדינה, ואישר את החלטתה אשר עוגנה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים בעמדו על הבחינה המעמיקה שבוצעה ועל סבירותה של ההחלטה וחוקיותה. ובלשונו:

"ניכר כי נעשתה בחינה מעמיקה וכי נטלו בה חלק הגורמים המקצועיים השונים הצריכים לעניין... למקרא נימוקי העתירה ותגובותיהן המפורטות של הממשלה ושל מי"ה, על פני הדברים, אין לומר כלל וכלל כי המיתווה שעליו החליטה הממשלה אינו סביר. אדרבא".²²

41. לדברים שעוגנו בכתובים, נלוו גם התבטאויות פומביות של כל הנוגעים בדבר אשר דיברו בקול אחד בשבחו של מהלך מקצועי וסדור אשר הביא לתוצאה הרצויה של הגדלת חלקה של המדינה ברווחי המחצבים והעמדתו על השיעור המקובל בעולם.²³

42. כך למשל, שר האוצר (הקודם) ד"ר יובל שטייניץ, אמר בהודעה לעיתונות שפרסם משרד האוצר ביום 28 בדצמבר 2011, מיד לאחר גיבוש המתווה המוסכם להסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים:

"דין ים המלח כדין הים התיכון. השלמנו היום בהסכמה מהלך של העלאת חלקה של המדינה במשאבי האשלג לרמה המקובלת בעולם המערבי, כפי שעשינו באמצעות ועדת ששינסקי לגבי משאבי הגז והנפט. בזאת תיקנו עיוות של שנים והוספנו מיליארדי שקלים לטובת הציבור".

²¹ שם, בסעיפים 71-72.

²² בג"ץ אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 14, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט סולברג.

²³ ר' לעניין זה עמדה משפטית מטעמה של כימיקלים לישראל בע"מ – תדמור ושות' ("עמדה משפטית מטעמה של כיל"), בפרק ב.4.

43. בפרק הזמן הקצר שחלף מאז נשכחו מן המדינה דבריה בפני בית המשפט העליון. בפיה של הוועדה ושל חוות הדעת המשפטית שצורפה לה, ההסדר הפיסקאלי בין המדינה לבין כיל בנוגע לזכות שהוענקה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח, הפך מהסדר סביר וראוי מאד שיש להגן עליו, להסדר היוצר "עיוות מהותי"; הסדר שהוא "פרימיטיבי", "כושל", "מיושן" ו"בעייתי"; ועוד כהנה וכהנה מילות תואר. משכך, לשיטתה של הוועדה, נוכח ההסדר הפסול, אם כל חטאת, שבין המדינה לכיל, קיימת כביכול הצדקה להגדיל באופן מהותי וחד-צדדי, בניגוד מוחלט לחוזים שבין הצדדים, את התמורה שגובה המדינה בשל הזכות שהוענקה לכיל לעשות שימוש במשאבי הטבע של ים המלח.

44. האמת שונה. בניגוד לאמור בטיטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית, בשנה ומחצה שחלפה בין התייצבות המדינה להגן על החלטתה להתקשר בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, ובשנה שחלפה מאז החתימה עליו, לא השתנה דבר מכל הכתוב אצלם. אותו ההליך "שמטרתו הקטנת הפערים ואי השוויון בחברה" היה בעיצומו כבר בשנת 2012. אותם "כלים פיסקליים מודרניים ומתוחכמים" היו קיימים כולם בשנת 2012. בניגוד לכתוב, בין 2012 ל-2014 מחירי משאבי הטבע שכיל מפיקה לא עלו, אלא דווקא ירדו בשיעור ניכר וחד. על כל המשתמע מכך, לא קרה דבר המצדיק כי המדינה תהפוך את עורה; תשנה מן הקצה אל הקצה את עמדתה המהותית; תציג הסדר סביר וראוי עליו עבדו בשקידה מיטב פקידיה, כמצייאות עכורה, מיושנת ופרימיטיבית; תשנה מן הקצה אל הקצה את עמדתה המשפטית; ותפר בריש גלי הסכמים עליהם היא חתומה.

א. (4) עמדת הוועדה לפיה "העת הזאת" חלפה ואין מניעה משפטית לשנות את ההסדר הפיסקאלי הקיים – שגויה ומגמתית

45. הוועדה הנכבדה הוקמה חודשים ספורים בלבד לאחר שממשלת ישראל חתמה על הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. במסגרת הסכם זה התחייבה כיל לממן את עיקר עלות קציר המלח מקרקעית בריכה מספר 5 (אפקטיבית כ-90%) ולהגדיל את שיעור התמלוגים שהיא משלמת למדינה. ההיקף הכספי הכולל של התחייבות כיל על-פי הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים עומד על יותר מ-7 מיליארד שקלים (נומינלי) לפי הערכת החברה הממשלתית להגנות ים המלח. מדובר בתמורה בשיעור כספי עצום.

46. הסכמתה של כיל להגדלת התמלוגים, כמו גם הסכמתה ליטול על עצמה את האחריות המלאה והבלעדית לביצוע פרויקט הקציר ולשאת בחלק הארי של מימונו, ניתנו כנגד התחייבות המדינה ליציבות פיסקאלית. המדינה התחייבה שלא ליזום ולא לבצע שינויים בהסדר הפיסקאלי הנוגע למחצבי ים המלח בעת הזאת, ואף להתנגד ליוזמות חקיקה אחרות בהקשר זה. מדובר בהתחייבות מפורשת וחד-משמעית ל-"שקט תעשייתי" במישור הפיסקאלי שעוגנה בהסכם מחייב ואושרה על-ידי הממשלה ובית המשפט העליון, וכעת ממליצה הוועדה למדינה להתנער ממנה כלאחר יד.

47. כאשר המדינה עצמה פירשה והסבירה מהי "לעת הזאת" במסגרת תשובתה לטענות שהועלו בבג"ץ אדם, טבע ודין ביחס לכבילת שיקול דעתה ביחס לאפשרות שינוי המדיניות הפיסקאלית, כך כתבה:

"נבקש להוסיף ולהדגיש, כי הממשלה לא כבלה את שיקול דעתה לעולם ועד ביחס לאפשרות שינוי המדיניות הפיסקאלית החלה על הפקת מחצבים מים המלח. להיפך, הממשלה הדגישה בהחלטתה כי מדובר באי-שינוי המדיניות הפיסקאלית לעת הזאת..."

... העובדה שקיימת כיום אי-ודאות מסויימת שנעוצה בתיקון החוק לעידוד השקעות הון ובהליכי הבוררות התלויים ועומדים מהווה טעם סביר שלא ליזום שינויים לעת הזאת במדיניות הפיסקאלית בעניין כריית המחצבים מים המלח, וזאת עד להתבהרות התמונה בנוגע להיקף חלק המדינה בהכנסות החברה וברווחיה (GOVERNMENT TAKE).

יוצא שהמדינה לא ויתרה על זכותה ליזום הליכי חקיקה לשם הטלת מס על פעילותה של מי"ה, אלא לכל היותר הסכימה לדחות את נקודת הבדיקה של סוגייה זו עד להתבהרות אי-ודאות עובדתית מסוימת, המקשה על קביעת שיעור המס בעיתוי הנוכחי.

יודגש, כי חלוף הזמן, כשלעצמו, עשוי להיות שיקול שעשוי להישקל בעתיד על-ידי הממשלה, כטעם המצדיק לבדו את בחינת שינוי המדיניות הפיסקאלית ביחס להפקת המחצבים מים המלח, וזאת גם אם עדיין תיוותר באותה העת אי הודאות הקיימת כיום על כנה, כולה או חלקה".²⁴

48. גם על פי עמדתה שלה, המדינה שמרה לעצמה את הזכות לבחון בעתיד שינוי במדיניות הפיסקאלית – לא את הזכות לשנות את המדיניות הפיסקאלית, וודאי שלא באופן חד-צדדי, וודאי שלא כעת. בעתיד, לאחר שאי הודאות תתפוגג, וככל שיתברר שקיימת הצדקה כלשהי לשינוי – רק אז תוכל המדינה לבחון את האפשרות לשנות את ההסדר הפיסקאלי.

49. בניגוד לנטען בטיטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית, לא השתנה דבר בשנים האחרונות המצדיק שינוי חד-צדדי וכפוי של ההסדר הפיסקאלי הנוגע למחצבי ים המלח – הסדר שעודכן בהסכמה רק לפני כשנתיים ואושר על-ידי בית המשפט העליון. ההיפך הוא הנכון.

50. כנזכר לעיל, כבר בשנת 2012, עת נחתם הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, היתה מדינה ישראל מצויה "בתהליך שמטרתו הקטנת הפערים ואי השוויון בחברה".²⁵ כבר בשנת 2012, "אחד מהיבטיו של תהליך זה נוגע לקבלת חלקו הראוי של הציבור מהשימוש במשאבי הטבע ומניעת ריכוז הרווחים ממשאבים אלה בידי מעטים".²⁶ בכל הכבוד, הצגת דברים אלה כחידושים שנולדו רק לאחרונה, אינה תואמת את המציאות העובדתית.

²⁴ תגובת המדינה לעתירה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 23-24.

²⁵ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 1.

²⁶ שם.

51. הוא הדין במודעות להגנת הסביבה, שגם היא לא נולדה בין הסכס הסקציר והעלאת שיעור התמלוגים ובין מועד הקמת הוועדה או יום פרסום טיוטת המסקנות שלה. אין מדובר בצרכים שצצו לראשונה בעת האחרונה, כפי שמוצג הדבר בטיוטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית.

52. בכל הפרמטרים שהמדינה עצמה ציינה בקשר עם "חוסר הוודאות" שהיה קיים במועד חתימת הסכס הקציר והעלאת שיעור התמלוגים ואשר הצדיק את התחייבותה "לעת הזאת" בקשר עם בחינת שינוי ההסדר הפיסקאלי הקיים, חלו שינויים לטובת המדינה, ולא לטובת כיל. על פי שיטת המדינה עצמה, לא זו בלבד שעדיין חלה התחייבות ברורה של המדינה שלא ליזום, ואף להתנגד, לכל שינוי במשטר הפיסקאלי החל על אוצרות הטבע של ים המלח, אלא שכל המדדים שהיו יכולים להצדיק בחינה מחדש של הסדר זה בחלוף הזמן האמור, השתנו דווקא לטובת המדינה. בכלל זה:

א. פסק הבוררות החלקי שניתן בבוררות התמלוגים קיבל באופן מלא את עמדת המדינה ביחס לגביית תמלוגים גם בגין מוצרי המשך, ועתיד להגדיל באופן משמעותי את חלקה של המדינה ברווחי כיל.

ב. ההטבות שניתנו בעבר מכוח החוק לעידוד השקעות הון נשללו מכיל, וברור כי כוונת המדינה להעלות באופן מהותי את חלקה ברווחי כיל, אכן צלחה.

ג. הטענה כאילו מחירי המשאבים עלו באופן דרסטי בעת האחרונה שגויה מעיקרה – ההיפך הוא הנכון: השנים האחרונות מתאפיינות דווקא בירידה במחירים, ובהתאמה גם בהכנסות וברווחיות. להמחשה, מחיר חודשי ממוצע של טון אשלג (FOB Vancouver), ירד מ-425 דולר בדצמבר 2012 ל-287 דולר בלבד, באפריל 2014.²⁷

ד. כפי שעוד יפורט בחוות דעת זו, אף לשיטת הוועדה, שיעור חלקה של המדינה ברווחי כיל עלה באופן ניכר בשנים האחרונות, והוא צפוי לעלות אף מעבר לכך. גם לפי ההשוואה הבינלאומית המובאת בטיוטת המסקנות, חלק המדינה בתקבולי האשלג עומד כיום במדינות שונות בעולם על 25%-47%,²⁸ ואילו הוועדה ממליצה להעמידו בישראל על שיעור חריג וגבוה בהרבה של 46%-57%. חישוב זה של הוועדה אף אינו מביא בחשבון את התמורה ששילמה כיל בעת הפרטה תמורת זיכיון ים המלח, ואת ההפרש בין עלות פרויקט קציר המלח לבין הפתרון החלופי שעמד בפני כיל (הגבהת הסוללות) – סכומים הגורמים לכך ששיעור חלקה של המדינה ברווחי כיל גבוה עוד יותר. גם בהקשר זה, אין הלימה בין טענת הוועדה כי המלצותיה עולות בקנה אחד עם המגמה העולמית, ובין המציאות שהוועדה עצמה מתארת.

²⁷ חוות דעת FTI, בסעיף 5.5.
²⁸ ר' לעניין זה טיוטת המסקנות, בעמ' 85.

53. טיוטת המסקנות נשענת על יסודות רעועים, הן מהבחינה העובדתית, הן מהבחינה הכלכלית והן מהבחינה המשפטית. בעבודת הוועדה נפלו טעויות מהותיות, והמלצותיה לחוקק חוק שאינו חוקי ואינו חוקתי, חייבות להשתנות – הכל כפי שיפורט להלן.

ב. כשלים במסקנות הוועדה מן הפן הכלכלי

54. טיוטת המסקנות כוללת תיאור מפורט וארוך של הליך עבודת הוועדה, אשר נמשך כשנה. הוועדה מקפידה לציין כי נעזרה במומחים מובילים וקיימה בחינה עניינית של כל חוות הדעת שהוצגו בפניה. וכך נכתב בטיטת המסקנות:

"הוועדה התייעצה עם מומחים שונים בארץ ובעולם לשם גיבוש המלצותיה ובחירת מודל המיסוי. הוועדה שקלה את מכלול חוות הדעת שהוגשו לה, שלעיתים לא הציגו עמדה אחידה, וגיבשה את החלטתה בשים לב לכלל חוות הדעת ובהתאם לעקרונות שהתוותה הוועדה, כפי שיפורטו בהמשך הדוח".²⁹

55. כפי שנראה להלן, הדברים אינם עולים בקנה אחד עם התוצאה הסופית אליה הגיעה הוועדה. הוועדה בחרה להציג בהרחבה בטיטת המסקנות עמדה אחת ויחידה, הנסמכת על חלקים מסוימים בלבד מתוך חוות דעת בודדה, תוך התעלמות מחוות דעת אחרות שהוצגו בפניה, לרבות על ידי מי שהוועדה עצמה בחרה להתקשר עמו. המלצות הוועדה שגויות. בנוסף, המודל המוצע על ידי הוועדה אינו מגשים את המטרות והעקרונות שהיא עצמה קבעה בטיטת המסקנות והציבה כיעד שהיא מכוונת להשיגו.

ב.1) התעלמות הוועדה מחוות דעת מינץ

56. בפני הוועדה הונחו שלוש חוות דעת עיקריות: סקירת משלחת קרן המטבע העולמית; חוות דעת מטעם פרופ' רוברט ס. פינדייק, יועץ לענייני מימון ומומחה לכלכלת אנרגיה מהמכון הטכנולוגי של מסצ'וסטס (MIT); וחוות דעתו של ד"ר ג'ק מינץ, מומחה למיסוי משאבי טבע מאוניברסיטת קלגרי בקנדה.

57. חוות דעת ה-IMF היא סקירה כללית בלבד של מגמות בתחום מיסוי משאבי הטבע, עקרונות מנחים ושיקולים שיש לקחת בחשבון בבניית מודל מיסוי בתחום זה; היא אינה בוחנת את מגזרי הפעילות של כיל, את הדו"חות הכספיים של כיל או את הנתונים המפורטים שהעבירה כיל לוועדה. לעומת זאת, חוות דעת מינץ וחוות דעת פינדייק מתייחסות באופן קונקרטי לנתונים אודות פעילותה של כיל בשווקים השונים, לרבות מחירי המחצבים וסקירת מגמות שונות, והן כוללות חישובי רווחיות.

58. הוועדה התעלמה כליל מן הסקירה הבינלאומית והממצאים העובדתיים שהובאו בחוות דעת מינץ, ובחרה לסמוך את ידיה באופן מוחלט על הנתונים המובאים בחוות דעת פינדייק, ללא ניתוח וללא הנמקה, וזאת כאשר הנחות היסוד, הממצאים והמסקנות בשתי חוות דעת אלה אינם עולים בקנה אחד.

59. מקריאת טיוטת המסקנות עולה בבירור כי הוועדה בחרה להסתמך בלעדית על חוות דעת אחת בודדה התומכת במסקנותיה, ולהתעלם מחוות הדעת שממצאיה אינם משרתים את צרכי הוועדה. הממצאים

²⁹ שם, בעמ' 14.

העובדתיים בחוות דעת מינץ כלל אינם מוזכרים בטיטת המסקנות, וזאת חרף העובדה שמדובר, גם לדברי הוועדה, במומחה למיסוי בתחום הספציפי של משאבי הטבע. פרופ' פינדייק, לעומתו, הוא יועץ לענייני מימון, ומומחיותו היא בתחום כלכלת האנרגיה, ולא בתחום משאבי הטבע, אשר ייעץ לוועדת ששינסקי הראשונה בתחום מיסוי הגז והנפט ואף כתב לאחרונה חוות דעת עבור משרד האוצר בקשר עם יצוא הגז מישראל. פרופ' פינדייק נתבקש על-ידי הוועדה, באופן קונקרטי, לחשב את שיעור התשואה הראוי, ובכך נדרש להתמקד בחוות דעתו.³⁰

60. את התעלמותה מחוות דעת מינץ בטיטת המסקנות מסבירה הוועדה, בעקיפין ובמסגרת סיכומי דיוניה, בכך שמודל ה-Cash Flow אותו מציע ד"ר מינץ לצורך הטלת מס משאבי טבע, אינו מתאים לפרויקטים הנבחנים באמצע חייהם, ולא בתחילתם.³¹ ובכן, אף אם סברה הוועדה כי מודל ה-Cash Flow אינו מתאים לצורך תכנון מודל המיסוי החדש בתחום משאבי הטבע בישראל (על כך אין ויכוח), הוועדה כלל לא נמקה מדוע התעלמה לחלוטין מהסקירה העובדתית בחוות דעתו של המומחה בתחום מיסוי משאבי הטבע אשר נשכר על ידה, לרבות מהנחות היסוד עליהן נסמך, מסקירתו את תחום הפקת משאבי הטבע בישראל ובעולם, וכן מממצאיו ביחס לביצועיה של כיל במגזרי פעילותה השונים ולהסדר הפיסקאלי הקיים.

61. ד"ר מינץ מנתח את המשטר הפיסקאלי הקיים בישראל ביחס למשאבי טבע (שאינם גז ונפט) על פי מדד ה-METR (Marginal Effective Tax Rate) הבוחן את שיעור המס האפקטיבי השולי. ד"ר מינץ קובע כי מודל המיסוי הקיים בתחום המחצבים בישראל תחרותי ביחס למודלים הקיימים במדינות אחרות בהן מופקים משאבי טבע, ואף תואם למקובל בתעשיות אחרות.³² בנוסף, הניתוח שעורך ד"ר מינץ ביחס לרמות המחירים ולשיעורי הרווחיות במגזרי הפעילות השונים של כיל מבוסס על נתונים פומביים, וכן על נתונים שסופקו לוועדה על-ידי כיל. ד"ר מינץ אף לוקח בחשבון את המאפיינים התחרותיים הרלוונטיים בשווקים השונים בהם פועלת כיל, דוגמת התנודתיות במחירי האשלג לאורך השנים והירידה החדה שנרשמה בשנים האחרונות.³³

62. חוות דעת פינדייק, לעומת זאת, מציגה תמונה שגויה, שאינה תואמת את המציאות. כך, בין יתר הדברים, מבסס פרופ' פינדייק את טענתו לפיה לכליל רווחים גבוהים וחריגים על סמך השוואה לתעשיית הכרייה בכללותה. במסגרת זו, משווה פרופ' פינדייק בין כיל לבין מאות חברות בלתי רלוונטיות: 700 חברות עלומות מתוך 2,880 חברות הכלולות בקבוצת תעשיית המתכות והכרייה (Metals and Mining Industry) במערכת הסיווג של Compustat GICS ו-29 חברות מתוך 170 חברות הרשומות ב-SIC Code 1400 כקבוצת

³⁰ סיכום ישיבה מס' 18 של הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (23.4.2014), בעמ' 3.
³¹ טיטת המסקנות, בעמ' 39, 93.
³² חוות דעת מינץ, בעמ' 5, 31.
³³ שם, בעמ' 12.

תעשיית הכרייה של חומרים שאינם מתכות.³⁴ פרופ' פינדייק אינו מציין את שמות החברות בהן בחר ואינו מנמק מדוע בחר דווקא בחברות אלה על פני אלפי חברות אחרות. אף חשוב מכך, פרופ' פינדייק אינו מסביר מדוע יש להשוות את כיל לקבוצה רחבה כל כך, בלתי מסוימת ובלתי מוגדרת של חברות, ומדוע ראוי ונכון לערוך באופן זה את ההשוואה לצורך חישובי הרווחיות ושיעור התשואה.

63. בפועל, מרביתן המוחלט של החברות אליהן משווה פרופ' פינדייק את כיל, הפועלות בתעשיית הכרייה בכללותה, אינן רלוונטיות להשוואה שהוא עורך: מדובר בחברות בעלות שונות גבוהה בין האחת לאחרת, הפועלות במגזרים רבים שאינם דומים למגזרי הפעילות של כיל, בעלות שווי שוק שונה ושולי רווחיות שונים מאלה של כיל, לנוכח אופי פעילותן הייחודי.³⁵ פרופ' פינדייק אף אינו מסביר בחוות דעתו מדוע החליט להסיר מן המדגם עליו נערכה הבדיקה את החברות בעלות הרווחים הגבוהים ביותר והנמוכים ביותר. חשוב לא פחות, חוות דעת פינדייק אינה מנמקת מדוע לא נעשתה בדיקה נפרדת ביחס לכל אחד ממגזרי הפעילות הרלוונטיים של כיל, הנבדלים במאפייניהם וברווחיות המופקת מהם, ומדוע בחינת רווחיותה של כיל נעשתה במבט צופה פני עבר ולא בראייה צופה פני עתיד, ותוך התעלמות מעלויות נוספות בהן תיאלץ כיל לשאת עד לתום הזיכיון, כדוגמת עלויות פרויקט הקציר.

64. חוות הדעת נבדלות ביניהן גם בהנחות היסוד. ד"ר מינץ מכיר בחוות דעתו בכך שמשם רווחי יתר, כשלעצמו, גורם לכך שהממשלה מטילה את מלוא הסיכון על המשקיע, בעודה נהנית מנתח משמעותי מרווחיו. על כן מדגיש ד"ר מינץ כי על המדינה לתת דעתה להמשך כדאיות ההשקעות בתעשיית המחצבים, וכי בקביעת משטר המיסוי יש להתיר ניכוי של הפסדים מפעילויות מסוימות כנגד רווחים מפעילויות אחרות.³⁶ לעומת זאת, על פי המודל שאומץ על-ידי הוועדה על בסיס חוות דעת פינדייק, כיל נושאת במלוא הסיכונים הנובעים מתנודתיות במחירי השוק (בהיותה Price Taker במרבית התעשיות בהן היא פועלת) מחד, ונתונה למגבלה על רווחיה, מאידך, ללא אפשרות לקיזוז הפסדים במגזר פעילות מסוים כנגד רווחים במגזר פעילות אחר.³⁷

ב.2) חוות דעת פינדייק רצופה שגיאות ואי-דיוקים

65. בנוסף לאמור לעיל, רצופה חוות דעתו של פרופ' פינדייק במשגים רבים נוספים, באופן השולל את אמינותה ואת היכולת לבסס עליה את המלצות הוועדה. חוות דעת פינדייק שגויה מבחינה מתודולוגית, מבחינה עובדתית ומבחינה חישובית – הן במסקנותיה לגבי רווחיותה של כיל במגזרי הפעילות השונים והן בחישוב שיעור התשואה הראוי. להלן נציג בתמצית את עיקרי הדברים המפורטים בהרחבה בחוות הדעת הכלכלית של FTI ובחוות הדעת החשבונאית של PwC.

³⁴ חוות דעת פינדייק, בעמ' 25.

³⁵ ר' דוגמאות בחוות דעת FTI, בסעיף 5.3.

³⁶ חוות דעת מינץ, בעמ' 39.

³⁷ חוות דעת FTI, בסעיף 2.17.

ב.2(א) החישובים שעורך פרופ' פינדייק בחוות דעתו ביחס לרווחיות כיל שגויים מן היסוד

אשלג

66. ביחס לאשלג, חישב פרופ' פינדייק את רווחיות כיל על סמך שנים בודדות בהן נרשמו עליות מחירים חריגות – וזאת על אף שכיל סיפקה לוועדה נתונים פיננסיים מלאים עבור תשע השנים האחרונות, וכן נתונים ותחשיבים נוספים המשתרעים עד לשנת 1992 (ואשר נכללו בחוות הדעת הראשונה של FTI שהוגשה לוועדה יחד עם עמדתה הראשונית של כיל). חישוב רווחיות על פני תקופה קצרה וחלקית בלבד אינו נכון, וחייב להיעשות לאורך כל תקופת הזיכיון הרלוונטית, קרי: משנת 1992 (מועד הפרטת כיל) ועד לשנת 2030.³⁸ בכל מקרה הוא אינו יכול להסתמך על מספר שנים בלבד, לא כל שכן כאשר המחירים נמצאים זה מכבר במגמת ירידה חזקה.
67. פרופ' פינדייק מבסס את ממצאיו וחישוביו על סקירת שוק האשלג שעורכת חברת מחקר עצמאית בשם Integer, אולם הוא בוחר להביא נתונים מתוך מהדורה מספר 3 של דו"ח החברה שאינה עדכנית, וזאת חרף העובדה שמהדורה מספר 4 של הדו"ח התפרסמה כבר בפברואר 2014. בנוסף, הנתונים בהם נעשה שימוש בדו"ח Integer אינם משקפים את המחירים האמיתיים של כיל ומסקנות הדו"ח ביחס למחירי האשלג אינן מדויקות (בלשון המעטה). לרשות פרופ' פינדייק עמדו לא רק מהדורה 4 האמורה, אלא נתוני האמת של כיל עצמם – והבחירה להתעלם מכל אלה אינה סבירה ופוגעת באופן מהותי בסבירות ההסתמכות על חוות הדעת.
68. פרופ' פינדייק אינו עורך ניתוח של המחירים הספציפיים של כיל הרלוונטיים לעבודת הוועדה הדנה בתעשיית המחצבים בישראל, וזאת חרף העובדה שנתונים אלה סופקו על-ידי כיל. חלף זאת, מציג פרופ' פינדייק בחוות דעתו מחירים המוגדרים כ- "ICL – All Potash", הכוללים גם הכנסות ממכירות לשוק האירופאי שמקורן במכרות האשלג של כיל בספרד ובאנגליה, הכנסות מהובלה ימית והכנסות שאינן מאשלג, אלא מפעילויות אחרות בים המלח. חישוב מחיר האשלג על פי נתוני הכנסות אלה מטה את מחיר האשלג כלפי מעלה, באופן מוטעה.
69. פרופ' פינדייק מניח כי מחיר האשלג בעולם יציב בשנים האחרונות ועומד על 450 דולר לטון (כפי שהיה נכון לשנת 2009). בכך הוא מתעלם במפגיע מכך שמאז שנת 2009 נרשמה ירידה נמשכת במחירי האשלג, אשר טרם התייצבו נכון למועד זה. כבר היום מדובר במחירים הנמוכים בשיעורים ניכרים ביותר ממחירי 2009. בחירה בנתונים בני חמש שנים, כאשר אלה העדכניים עומדים לרשות הכותב, לא כל שכן נתונים המוטים באופן חריף כלפי מעלה ביחס למציאות הקיימת, אינה סבירה ופוגעת באופן מהותי בסבירות ההסתמכות על חוות הדעת.

³⁸ חוות דעת FTI, בסעיף 2.10.

70. פרופ' פינדייק טוען כי לכליל רווחיות גבוהה כיוון שהיא גובה מחירים גבוהים בהשוואה למתחריה, ומתייחס בהקשר זה למחירים שעוגנו לטענתו בהסכמים עליהם חתמה כיל עם לקוחות סינים בשנת 2011.³⁹ גם בכך שוגה פרופ' פינדייק. ההסכמים עם לקוחותיה הסינים של כיל (שחות דעת פינדייק שוגה אף בזהותם) נוקבים במחירים שונים מאלה שמציין פרופ' פינדייק, וממילא הם אינם עדכניים שכן מאז נחתמו הסכמים חדשים הנוקבים במחירים נמוכים יותר, ולכן אינם משקפים את מחירי האשלג שגובה כיום כיל מלקוחותיה. בחינת נתוני כיל מעלה כי בניגוד לממצאי פרופ' פינדייק, מחירי האשלג של כיל אינם גבוהים כלל ועיקר והם באמצע טווח המחירים שגובות מרבית חברות האשלג המתחרות בה בשוק הגלובלי. גם מזווית זו, הכתוב בחוות דעת פינדייק שגוי על פניו. גם בכך יש כדי לפגום מהותית ביכולתה של הוועדה לסמוך את מסקנותיה והמלצותיה על חוות דעת פינדייק.

71. גם ביחס לעלויות ייצור האשלג בישראל מציג פרופ' פינדייק תמונה חלקית וחסרה, המתבססת באופן שגוי על הנתען בהקשר זה בדו"ח Integer. בחינה נכונה והוגנת של עלויות הייצור של כיל ביס המלח מצריכה השוואה לחברת APC הירדנית הפועלת באופן דומה ומפיקה אשלג מאותו מקור. APC רושמת רווחיות נמוכה מזו של כיל בשל כושר ייצור מוגבל ועלויות גבוהות יותר. זוהי הוכחה ברורה לכך שחלק מהרווחיות שרושמת כיל מקורה בהשקעות שביצעה החברה, בטכנולוגיה שפיתחה, ובהחלטות ניהוליות שקיבלה. רווחים אלה אינם נובעים מהפקת האשלג בלבד, אלא מתרומתה של החברה לייעול תהליכי ייצור וצמצום עלויות אשר הביאו להגדלת הרווחיות (ולדברים צריך היה לתת ביטוי גם בקביעת בסיס הנכסים בגינם זכאית כיל לתשואה ולמגן מס, כפי שיפורט בהמשך הדברים).

ברום

72. ביחס לברום שוגה פרופ' פינדייק לחלוטין, וכלל לא ניתן להסתמך על חוות דעתו.

73. פרופ' פינדייק עורך את הניתוח של מגזר הברום על בסיס נתונים שאינם נוגעים כלל לברום האלמנטרי, אלא לחטיבה שונה בכלל העוסקת בייצור מלחים ומוצרים אחרים (!).⁴⁰ מדובר בטעות יסודית, שאף היא מעידה על חוות הדעת, ופוגעת באופן מהותי בסבירות ההסתמכות עליה.

74. גם באופן ענייני שוגה פרופ' פינדייק בהנחות היסוד שלו לגבי פעילות הברום ומשתמש במתודולוגיה מוטעית לחישוב רווחיותה של כיל מייצור ברום אלמנטרי. החישוב של פרופ' פינדייק נסמך על מחירי המכירה הגבוהים של ברום אלמנטרי לצדדים שלישיים, תוך הנחה שגויה כי מחירים אלה משקפים בהכרח גם את מחיר ההעברה לתעשיית ההמשך שמקיימת כיל.⁴¹ בכך מתעלם פרופ' פינדייק ממאפייניו הייחודיים של שוק הברום בארץ ובעולם, המתאפיין באינטגרציה אנכית הדוקה בין ייצור הברום לבין תעשיות ההמשך

³⁹ חוות דעת פינדייק, בעמ' 9.

⁴⁰ חוות דעת FTI, בסעיף 5.26; חוות דעת פינדייק, Exhibit 4.

⁴¹ חוות דעת FTI, בסעיף 5.33; חוות דעת פינדייק, בעמ' 15.

המייצרות תרכובות ברום, וזאת נוכח הביקוש הנמוך לברום אלמנטרי של צדדים שלישיים אל מול היקפי ייצור גדולים, ונוכח קשיים אובייקטיביים בהובלת ברום למרחקים גדולים.

75. גם התחשיב שנערך בחוות דעת פינדייק ביחס לרווחיות הברום שגוי. הלכה למעשה, שיעורי הרווחיות במגזר הברום אינם "עודפים" כי אם גבוליים, ובכל מקרה אינם מגיעים ל-70%, כטענת פרופ' פינדייק.

פוספט

76. ביחס לפוספט עורך פרופ' פינדייק השוואה שאף היא שגויה מן היסוד, בין רווחיות פעילות ייצור הסלע של רותם לבין הרווחיות של חברות המדווחות במאוחד על רווחים הנובעים מהפקת סלע פוספט ומתעשיות נגזרות.⁴² פרופ' פינדייק מודע לבעייתיות זו, ואף על פי כן בוחר לבצע כך את השוואה, וכתוצאה מכך מגיע למסקנה המוטעית כי קיימת רווחיות גבוהה במגזר פעילות זה.

77. השוואה נכונה, תוך שימוש בנתונים הרלוונטיים, מעלה כי רווחי רותם מהפקת סלע הפוספט בלבד ממוצעים, ואף נמוכים מאלה של המתחרים, ועל כן אין שום הצדקה לשינוי ההסדר הפיסקאלי הקיים.⁴³

מגנזיום

78. ביחס למגנזיום, קובע פרופ' פינדייק כי לא קיימת רווחיות חריגה, אך טוען כי ייתכן שמחירי העברה של מגנזיום כלוריד בכיל נמוכים ממחירי השוק.⁴⁴ לטענה ספקולטיבית זו לא הביא פרופ' פינדייק כל ביסוס. יותר מכך, חישוב מחירי העברה על פי עמדתו של פרופ' פינדייק, היה מביא אף לשיטתו לרווחיות נמוכה עוד יותר ביחס למחצב זה, בו הרווחיות נמוכה כאמור ממילא.⁴⁵ גם קביעתו זו של פרופ' פינדייק אינה סבירה, והיא פוגעת באופן מהותי בסבירות ההסתמכות על חוות הדעת.

ב.2) (ב) המודל המוצע לקביעת שיעור התשואה בחוות דעת פינדייק ואופן יישומו על-ידי הוועדה, שגויים

79. מודל ה-CAPM (Capital Asset Pricing Model), באמצעותו מחשב פרופ' פינדייק את שיעור התשואה הנורמטיבי לשיטתו, הוא מודל לחישוב שיעור תשואה על הון בשווי נוכחי וריאלי, ולא על נכסים מופחתים בשווי היסטורי, כמוצע על-ידי הוועדה.⁴⁶

⁴² חוות דעת FTI, בסעיף 5.47; חוות דעת פינדייק, בעמ' 21.

⁴³ חוות דעת FTI, בסעיף 5.49.

⁴⁴ חוות דעת פינדייק, בעמ' 23.

⁴⁵ חוות דעת FTI, בסעיף 5.53.

⁴⁶ שם, בסעיף 2.14.

80. יתרה מכך, פרופ' פינדייק כלל לא עוסק בחוות דעתו בשאלה כיצד יוחל שיעור התשואה ומהו הבסיס הנכון לביצוע החישוב. הוועדה בחרה – ללא ביסוס ובאופן שגוי – להחיל את שיעור התשואה על סך הנכסים המופחתים המשמשים לפעילות היצרנית של הפקת המשאב כמופיע בדו"חות הכספיים.
81. במודל המיסוי המוצע על ידי הוועדה נפלו שתי שגיאות יסודיות – שיעור התשואה שחישב פרופ' פינדייק נמוך ואינו כולל מרכיבים מהותיים ומקובלים, ובסיס הנכסים המשמשים לצורך הפעילות היצרנית של הפקת משאב הטבע ואשר בגינם זכאית כיל לתשואה הולמת, חסר ואינו משקף את שוויים המלא של הנכסים. להלן נתייחס בקצרה לכל אחת מהשגיאות היסודיות.

שיעור התשואה

82. בתמצית, על פי חוות דעת FTI וחוות דעת PwC, בעת חישוב שיעור התשואה הנורמטיבי, מתעלם פרופ' פינדייק ממרכיבים מהותיים ומקובלים שיש להביאם בחשבון, ובהם אינפלציה, סיכון מדינה, התאמה לגודל החברה ועוד. בנוסף, החלטתו של פרופ' פינדייק להתבסס לצורך חישוב שיעור התשואה המקובל בשוק הכרייה על שילוב בין מדד אמריקני לבין מדד עולמי שגויה מיסודה, שכן היה עליו להסתמך על מדד עולמי בלבד המשקף חברות גלובליות הפועלות בשווקים דומים לכיל.⁴⁷
83. כמו כן, בחלק מהתחשיבים שערך פרופ' פינדייק ביחס לכיל נמצאו אי התאמות ביחס לתחשיבים קודמים שערך הוא עצמו ביחס לענף הגז והנפט בישראל עבור ועדת ששינסקי הראשונה ועבור משרד האוצר.⁴⁸
84. **תיקון השגיאות שנפלו בחישוב שיעור התשואה של פרופ' פינדייק, מביא לכך שיש להעמיד את שיעור התשואה הנורמטיבי על נכסי כיל על כ-22%, ולא על 11% בלבד כפי שקבעה הוועדה.**⁴⁹
85. בנוסף, לפי פרופ' פינדייק, שיעור הרווחיות התפעולית המקובל בתעשיית המחצבים עומד על 15%, והוא אמור לשקף שיעור תשואה של 11% על הנכסים המשמשים לפעילות היצרנית; ואולם כאשר מחילים את שיעור התשואה הנורמטיבי של 11% על בסיס הנכסים שקבעה הוועדה, שיעורי הרווחיות המתקבלים ברמות מחיר שונות נמוכים משמעותית מ-15%. גם זו המחשה לכך שפרופ' פינדייק טעה, כאשר המליץ על 11% כעל שיעור התשואה על הנכסים המשמשים לפעילות יצרנית.
86. מעבר לכל אלה, הקביעה כי ניתן להחיל שיעור תשואה אחיד וקבוע על כל מגזרי הפעילות של כיל אינה מנומקת ואינה עומדת במבחן המציאות. המגזרים נבדלים ביניהם הן מבחינת אופי הפעילות, הן מבחינת הסיכונים המאפיינים את הפעילות והן מבחינת העלויות הכרוכות בהפקת המחצבים השונים, ועל כן כל

⁴⁷ להרחבה בהקשר זה ר' חוות דעת FTI, בפרק 4; חוות דעת PwC, בפרק 4.2.2.

⁴⁸ חוות דעת FTI, בסעיף 4.19; חוות דעת PwC, בעמ' 9.

⁴⁹ חוות דעת FTI, בסעיף 4.30; חוות דעת PwC, בעמ' 13.

מגזר צריך להבחן בנפרד על סמך מאפייניו הייחודיים, ובהתאם צריך להיקבע שיעור התשואה הנורמטיבי לכל מגזר פעילות.

בסיס הנכסים

87. הוועדה החליטה להחיל את שיעור התשואה הנורמטיבי על בסיס נכסים חסר שאינו תואם ליישום מודל ה-CAPM במהלך חיי הזיכיון – **סך הנכסים המופחתים המשמשים לפעילות היצרנית של הפקת המשאב כמופיע בדו"חות הכספיים**. משמעות החלטה זו היא כי כיל זכאית לתשואה, וכפועל יוצא מכך למגן מס, אך ורק על נכסים בשווי חשבונאי בלבד, ולא בשוויים הכלכלי הנכון.
88. בחירה זו מביאה למצב שגוי מהיסוד, בו **נכסים המשמשים עדיין את החברה בפעילותה, אך כבר הופחתו במלואם ברישום החשבונאי, אינם נלקחים בחשבון בחישוב התשואה**; בכך גדלה חבות המס בגין רווחים באופן בעייתי ושגוי. בהקשרה של כיל, **מדובר בפער בין השווי החשבונאי של הרכוש הקבוע בדו"חות הכספיים לבין עלות שחלוף הנכסים של כ-1.355 מיליארד דולר, מתוכם מיליארד דולר של נכסים שהופחתו במלואם, והיתרה נכסים שהופחתו חלקית**, ושהתשואה עליהם נשללת מכיל בידי הוועדה.
89. **חישוב נכון של בסיס הנכסים היה צריך להביא בחשבון, לכל הפחות, את שוויים הכלכלי של נכסי כיל המשמשים לפעילות היצרנית של משאב הטבע על פי ערך שחלוף**.⁵⁰ נזכיר בהקשר זה את השוני המהותי בין המודל המוצע על ידי הוועדה לבין זה שהוחל ביחס למשאבי הגז והנפט: כיוון שעיקר ההשקעות בענף הגז והנפט טרם בוצעו במועד הטלת המס הייעודי, שיעור התשואה לו זכאים היזמים יחושב על פי בסיס הנכסים המלא בשווי נוכחי, ולא על פי שווי היסטורי בלבד כמוצע כעת על ידי הוועדה ביחס לנכסי כיל.
90. קביעת בסיס הנכסים על ידי הוועדה חסרה גם בהקשרים נוספים: **בניגוד לאופן החישוב המקובל בתעשיות אחרות ובהקשרים אחרים של בסיס נכסים המשמשים לפעילות יצרנית, וחרף אופן הצגת הדברים במסגרת דיוני הוועדה**,⁵¹ **טיוטת המסקנות אינה מכירה במסגרת קביעת בסיס הנכסים בהון חוזר המשמש לפעילות השוטפת**.⁵²
91. בנוסף, **הוועדה צריכה להכיר גם בנכסים לא מוחשיים המשמשים לפעילותה היצרנית של כיל**. טענת הוועדה כי רווחיותה של כיל תלויה אך ורק במחירי המחצבים שהיא מפיקה, אינה נכונה. רווחיותה של כיל היא גם פועל יוצא של השקעות שביצעה והטכנולוגיה הייחודית שפיתחה, העולות ביחד כדי נכסים בלתי מוחשיים שחובה לכללם בבסיס הנכסים לצורך חישוב תשואה.

⁵⁰ חוות דעת PwC, בעמ' 15.

⁵¹ **מדדים פיננסיים ומשטר מיסוי** (מצגת ישיבה מיום 12.2.2014), בשקף 17.

⁵² חוות דעת FTI, בסעיף 3.3; חוות דעת PwC, בעמ' 16.

92. תהליך הפקת האשלג מים המלח הוא ייחודי בעולם ועתיר טכנולוגיה והשקעות, והוא שונה בתכלית מכריית אשלג במכרות עמוקים. לפיכך הקימה כיל אגף מחקר ופיתוח ייחודי ורחב היקף בו מועסקים כ-50 מהנדסים וחוקרים, אשר אין לו מקבילה בחברות הכורות אשלג במכרות. מספר מהנדסי הכימיה המועסקים בכיל גדול פי ארבעה מהמקובל בחברות אחרות להפקת מחצבים. כיל פיתחה לאורך עשרות שנים תהליך מנוהל ויעיל לייצור אשלג ומוצרים נוספים מים המלח, הכולל תחזוקת בריכות האידוי והסוללות, הזרמת חומר הגלם בין הבריכות באמצעות מערכת משאבות מבוקרת, איסוף חומר הגלם באמצעות דוברות, מיצוי חומר הגלם במתקנים מיוחדים במפעלים בסדום, גיבוש חומר הגלם לאשלג בשני פסי ייצור הפועלים בטכנולוגיות שונות של גיבוש חם וגיבוש קר, הקמת מפעל ייחודי בעולם להפקת ברום וכלור ופיתוח שורה ארוכה של מוצרי המשך. בגין פיתוח תהליכים ומוצרים ייחודיים אלה זכאית כיל לתשואה, ויש לתת לכך ביטוי בבסיס הנכסים המוכרים.⁵³

93. את הקשר בין שיעורי הרווחיות של כיל לבין הנכסים הלא מוחשיים שלה ניתן להמחיש באמצעות השוואה בין כיל, ובין החברה הירדנית המפיקה אשלג מצדו המזרחי של ים המלח – APC. שתי החברות מפיקות אשלג מים המלח באמצעות בריכות אידוי בגודל דומה, שתיהן מוכרות אשלג לעולם במחירים הנגזרים ממחירי שוק דומים, ואולם APC רושמת תפוקה ורווחיות נמוכות מאלה של כיל. כיל הצליחה לאורך שנים לתחזק את בריכות האידוי, להשתמש בטכנולוגיות חדשניות להגדלת תפוקת ייצור האשלג לעומת התפוקה של APC ולהוזיל את עלויות הייצור שלה. ניצולת בריכות האידוי נמדדת במונחים של ייצור טון אשלג לקמ"ר שטח אידוי. נכון להיום, הניצולת התפעולית של בריכות האידוי של כיל גבוהה ב-50% מזו של APC, ועומדת על כ-24.5 אלף טון אשלג לקמ"ר בצד הישראלי של ים המלח, לעומת כ-16 אלף טון בלבד לקמ"ר בצד הירדני. הניצולת התפעולית הגבוהה, עליות התפוקה ביחס לאותו שטח בריכות מאז הפרטת כיל ועד היום (מ-2.2 מיליון טון ל-3.6 מיליון טון), והשיפור ברווחיות הנגזרים מה-know how של כיל, חייב להיכלל בבסיס הנכסים לצורך חישוב התשואה.⁵⁴

ב.2)ג) המודל המוצע אינו כולל התייחסות נפרדת ושווה לכל אחד ממשאבי הטבע שמפיקה כיל

94. כאמור לעיל, המחצבים שמפיקה כיל בישראל ומגזרי הפעילות שלה נבדלים מבחינת אופי הפעילות, העלויות הכרוכות בהפקה, מחירי המחצבים, הסיכונים המאפיינים את הפעילות וההשקעות הנדרשות לקיום הפעילות. סוגיה זו מטופלת באופן שגוי וחלקי בחוות דעת פינדייק ובטיטוטת המסקנות.

95. הוועדה קבעה מודל מיסוי המבוסס באופן בלעדי על מאפייני פעילות הפקת האשלג, למרות שהם שונים בתכלית מפעילות הפקת המחצבים האחרים. החלת מודל האשלג על כל משאבי הטבע שמפיקה כיל עלולה

⁵³ להרחבה בהקשר זה ר' חוות דעת FTI, בסעיף 3.11.
⁵⁴ להרחבה בהקשר זה ר' חוות דעת FTI, בסעיפים 3.12-3.23.

להביא למיסוי שגוי מהיסוד של מחצבים שאינם אשלג, דוגמת ברום ופוספט, ועלולה לסכן את עצם הפעילות של כיל בישראל בהם.

96. פעילות הפקת הפוספט, לדוגמא, סבלה במשך שנים ארוכות מהפסדים ולא הייתה הצדקה כלכלית להמשך הפעילות בישראל. על מנת לקיים את פעילות הכרייה, פיתחה כיל בהשקעות עתק תעשיית המשך של ייצור דשנים וחומצות מבוססי פוספט. שיעורי הרווחיות במגזר זה צריכים להביא בחשבון את הפעילות המאוחדת של כריית הפוספט ותעשיות ההמשך לפי הדו"חות הכספיים, או לחלופין, יש לקבוע את מחירי ההעברה של סלע הפוספט כנגזרת של מחירי המוצרים הסופיים, כמקובל בעולם במקרים אלה ובכללי ה-OECD (שיטת ה-netback).

97. כך גם ביחס לפעילות הברום של כיל. תעשיית ההמשך של ייצור תרכובות ברום חיוניות להמשך פעילות הפקת הברום האלמנטרי בהיקפים הקיימים. השקעות הון והשקעות במחקר ופיתוח בתעשיות ההמשך של תרכובות הברום נחוצות על מנת להבטיח שכיל תוכל למכור את כל כמויות הברום האלמנטרי המיוצרות על ידה, נוכח היעדר ביקוש בהיקף דומה מצד צדדים שלישיים והיעדר יכולת פיזית להעביר כמויות ברום משמעותיות למרחקים גדולים. יצרני הברום בעולם המתחרים בכיל פועלים באינטגרציה אנכית הדוקה, ומביאים בחשבון בחישוב הסיכונים והתשואה את כלל הנתונים הנוגעים הן לייצור הברום האלמנטרי והן לייצור תרכובות הברום. על מנת להגביר את השימוש בברום האלמנטרי, ובכך למקסם את יתרונות כיל במשאב זה, פיתחה כיל תעשייה של מוצרי המשך. לכיל כדאי לייצר מוצרים אלה, לרבות מוצרים שרווחיותם נמוכה, כל עוד התמורה הכוללת מהברום האלמנטרי וממוצרי ההמשך יחד היא חיובית.

98. המודל המוצע בטיוטת המסקנות מתעלם ללא הצדקה ממגזר תרכובות הברום, בהמלצה להטיל מס רווחי היתר על הרווחים מהפקת הברום האלמנטרי בלבד ובהתבסס על מחירים לצדדים שלישיים שאינם משקפים מחירי העברה ריאליים. גם כאן, שיעורי הרווחיות צריכים להביא בחשבון את הפעילות המאוחדת של הפקת הברום האלמנטרי וייצור תרכובות הברום לפי הדו"חות הכספיים; או לחלופין יש לקבוע את מחירי ההעברה של ברום אלמנטרי על פי מחירי תרכובות הברום בשיטת ה-netback, כמקובל בעולם במקרים אלה ובכללי ה-OECD.

ב.2(ד) שלילה בדיעבד של זכותה של כיל לתשואה הולמת על השקעות שבצעה כדון

99. המודל המוצע שולל בדיעבד ובאופן רטרואקטיבי את זכותה של כיל לתשואה הולמת בגין השקעות שבצעה כדון, על פי שטר זיכיון בתוקף, שאף קיבל מעמד סטטוטורי. יותר מכך, כאשר הוועדה בוחרת ברישום החשבונאי כבסיס לחישוב המס החדש שהיא ממליצה להטיל, היא ממליצה הלכה למעשה על הטלת מס השולל בדיעבד שווי כלכלי של השקעות שהמדינה עצמה עודדה ותמרה. בכך ממליצה הוועדה למדינה לשלול באופן רטרואקטיבי את השווי הכלכלי של תמריצים שהמדינה עצמה נתנה, ושעליהם הסתמכה כיל בביצוע השקעותיה, אף ללא קשר להשקעה בגין תמריצי מס, על פי המלצות הוועדה כיל תחויב לשלם מס רווחי יתר, רטרואקטיבית, בגין שנים בהן חויבה ושלמה כדון את שיעורי המס שחלו עליה בכל מועד נתון.

בנוסף, חבות המס שתיווצר היא שרירותית לגמרי, הואיל ואין קשר הכרחי, ולעתים אין קשר בכלל, בין הרישום החשבונאי ובין שוויו הכלכלי של נכס, עליו זכאית כיל לתשואה הוגנת; והואיל ונקודת הזמן בו נקבע המס היא אקראית לחלוטין, והיא תוסף ותשתנה לאורך זמן ללא קשר לשינויים בשוויו הכלכלי של הנכס.

100. כך, לאחר שהמדינה הוציאה את כיל מגדר חוק עידוד השקעות הון, על אף שכיל עונה על אמות המידה של החוק מבכל בחינה שהיא; ולאחר שהמדינה מנסה, שלא כדין, באמצעות שומות מס בעייתיות ביותר, לגבות מס מכיל בגין שנים שקדמו לתיקון החוק (לשנים 2009 עד שנת 2011, בה תוקן חוק עידוד השקעות הון); ממליצה הוועדה הלכה למעשה לשלול מכיל תמריצי השקעה שקיבלה כדין לאורך השנים מכוח החקיקה לעידוד השקעות הון, על דרך נטילת חלק ניכר מהשווי הכלכלי של נכסיה, באמצעות אי-הכרה בזכותה של כיל לתשואה הוגנת על שוויים הכלכלי הנכון.

101. בנוסף, הוועדה קובעת כי בשנים בהן לא תגיע כיל לסף המס, ייגרר "ההפסד" לצרכי מס רווחי יתר משנה לשנה ויהווה מגן מס בשנת המס העוקבת. מנגנון זה נועד לכאורה להיטיב עם כיל ולמנוע תשלום מס בגין רווחים נורמטיביים לאורך תקופת הזיכיון, אולם יישומו כמוצע על ידי הוועדה לא יביא לה בהכרח תועלת.

102. לפי חישובי PwC, מנגנון מסוג זה יעיל כאשר קיים צפי ריאלי לשנים של רווחיות גבוהה ביותר, שכן אז ניתן יהיה להשתמש במגן המס הנוצר בשנים של רווחיות נמוכה. זה אינו בהכרח מצב הדברים בשווקים בהם פועלת כיל. בשנים האחרונות נרשמה תנודתיות גבוהה במחירי המחצבים, וכתוצאה מכך שחיקה נמשכת בשיעורי הרווחיות. על מנת שכיל תוכל לעשות שימוש במגן המס המוצע כך שמודל המיסוי יחול אך ורק על רווחי יתר, חייבת הוועדה לקבוע מנגנון התחשבנות נכון.

103. לסיכום הדברים: **מודל המיסוי המוצע על ידי הוועדה מבוסס על טעויות יסודיות ומיושם על ידי הוועדה באופן שגוי.** המודל אינו עולה בקנה אחד עם המקובל בעולם, ואף אינו משיג את היעדים שקבעה הוועדה, כמפורט להלן.

ב.3) הסקירה הבינלאומית עליה נסמכת הוועדה, חסרה ושגויה

104. טיוטת המסקנות מקנה משקל משמעותי למדיניות הפיסקאלית הנהוגה בעולם בנוגע למשאבי הטבע. על-פי הטיוטה, הוועדה למדה את המודלים הקיימים במדינות שונות וחיפשה אחר המודל שיענה בצורה הטובה ביותר לעקרונות שהציבה בפניה ויותאם למאפייני המשק הישראלי.⁵⁵

105. על-פי טיוטת המסקנות, הסדרת חלק המדינה הנובע מרווחי משאבי הטבע, ובפרט החלת מס רווחי יתר ושכלול מערכות המס, היא מגמה שהחלה בשנים האחרונות, להבדיל מהחלת מס רווחי יתר על משאבי הגז

⁵⁵ טיוטת המסקנות, בעמ' 14.

והנפט הרווחת במדינות רבות בעולם כבר שנים רבות. עמדה זו מאומצת אף בחוות הדעת המשפטית אשר מרחיקה לכת וקובעת כי המלצות הוועדה מבוססות על "הניסיון העולמי" ומשתלבות ב"מגמה" הרווחת כיום במדינות רבות של החלת מס רווחי יתר גם על משאבים אחרים נוסף על תחום הגז והנפט.⁵⁶

106. כפי שנציג להלן, **הסקירה של ההסדרים הפיסקאליים הקיימים במדינות שונות בעולם בטיטת המסקנות ובמסמכים הנלווים לה, שגויה בהקשרים רבים**. אין זה מפתיע כי חברי הוועדה עצמם הביעו תרעומת על כך שהסקירה הבינלאומית בטיטת המסקנות הראשונה שהועברה לעיונם "מפוזרת מדי".⁵⁷

107. **בשונה מהמתואר בטיטת המסקנות, אין כיום מגמה אחידה בעולם ביחס לקביעת חלקה של המדינה ברווחים הנובעים ממשאבי טבע שאינם גז ונפט, וודאי שהטלת מס על רווחים עודפים אינה "המגמה המובילה"**. מכאן שאין הוועדה יכולה לטעון כי המלצותיה מבוססות על מודלים קיימים ומקובלים בעולם.

108. טיטת המסקנות נסמכת בהקשר זה על חוות דעת ה-IMF אשר עורכת סקירה כללית של מנגנוני המיסוי השונים הקיימים בעולם, וכן על עבודת מחקר שביצע עבור הוועדה משרד רואי החשבון בייקר-טילי ישראל תחת הכותרת "סקירה והשוואה בינלאומית מקיפה של מערכות פיסקאליות בענף הכרייה והמחצבים" (וכפי שהוגדרה לעיל – "הסקירה הבינלאומית").

109. הסקירה הבינלאומית מתמקדת בעיקר בענף המחצבים, וכן סוקרת בקצרה את הנעשה במדינות שונות בעולם ביחס לחומרי החציבה והמים המינרליים, בהם בחרה כאמור הוועדה שלא להתערב. סקירה זו כוללת לכאורה נתונים רבים אודות מדינות שונות בעולם, אולם **הסקירה אינה מפנה למקורות רשמיים או מוסמכים כלשהם**.⁵⁸ המקור היחיד אליו ניתן למצוא הפנייה מלאה וברורה בפרק הסוקר את המודל הקיים באוסטרליה – המדינה אותה מגדירה הוועדה כמובילה את מגמת השינוי במשטר המיסוי של ענף כריית המחצבים – מוצג בהערת שוליים 22 לסקירה הבינלאומית. מדובר בקישור לאתר האינטרנט **TheMarkerCafé (!)**, אתר לשיתוף תכנים המאפשר למשתמשים בו לנהל יומן רשת (בלוג) ורשומות (פוסטים) בעניינים שונים. **כך מסתבר, כי הדברים המובאים בסקירה הבינלאומית ביחס לענף המחצבים באוסטרליה – מדינת מפתח מבחינת הוועדה – נלקחו מתוך פוסט של אדם פרטי משנת 2011 המציג נתונים לא רשמיים ממקורות לא ידועים ביחס לענף זה**.

110. השינויים שנערכו בהסדרים הפיסקאליים החלים על ענף המחצבים באוסטרליה זכו לתהודה רחבה ולכתיבה ענפה. הסקירה הבינלאומית עליה נסמכת הוועדה ואשר נערכה על-ידי יועצים שנשכרו על ידה מתעלמת ממקורות אלה, מבססת את ממצאיה ביחס למדינה מרכזית לעניין זה על פרסום רשומה פרטית

⁵⁶ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 42-43.

⁵⁷ סיכום ישיבה מס' 18 של הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (23.4.2014), בעמ' 2.

⁵⁸ מלבד אמירות בעלמא דוגמת "תמצית המבוססת על הסיכום המעודכן ביותר הקיים אשר פורסם על-ידי פדרציית אוסטרליה", וכיוצא באלה.

ברשת האינטרנט. כלום סביר הדבר שהוועדה נסמכת על חוות דעת נטולת מקורות מוסמכים, המצטטת בלוג מ-TheMarkerCafé כבסיס לסקירתה? בכל הכבוד, התשובה לכך חייבת להיות שלילית.

111. לגופם של דברים, כותבת הוועדה בטיטת המסקנות:

"נכון להיום, ממשלת אוסטרליה מובילה מגמה זו בעולם בכל הנוגע לענף כריית המחצבים. בשנה שעברה יישמה אוסטרליה רפורמה בענף הכרייה כשהעבירה חוק חדש הממסה את רווחי היתר של החברות, וזאת חרף התנגדות החברות ומכבש הלחצים שהופעל מצדן. עיקר הרפורמה כולל החלת מס מיוחד על רווחי יתר של חברות כריית מינרליים".⁵⁹

112. **מילים נמרצות, ואולם תוכנן שגוי.** נעמיד דברים על דיוקם בהסתמך על מקורות רשמיים ופומביים.

113. בחודש יולי 2012 נכנס לתוקפו באוסטרליה חוק המטיל מס על רווחי יתר מכריית ברזל ופחם בלבד – Minerals Resource Rent Tax (MRRT). חרף היותה של אוסטרליה משופעת במשאבי טבע, החליטה הממשלה להטיל את המס החדש אך ורק על שני סוגי מחצבים.

114. בניגוד למודל המוצע על-ידי הוועדה, החוק האוסטרלי מעניק הגנה מלאה להשקעות שבוצעו על-ידי החברות טרם החלת המס החדש, ולכן מאפשר לחברות לקבל מגן מס בגין הנכסים לפי שוויים הריאלי, ולא החשבונאי, ותוך הצמדה למדד המחירים לצרכן. בנוסף, ממשלת אוסטרליה הכירה בכך שכרבע מרווחי חברות הכרייה מקורם בידע, בהשקעות ובמאמצי השיווק שבוצעו על ידן, והם אינם נובעים אך ורק מהעלייה בשווי המחצבים. בהתאם, הוחלט להפחית את שיעור המס משמעותית על מנת למסות אך ורק רווחים הנובעים במישרין מהמחצב, מ-30% ל-22.5% בלבד – כמחצית משיעור המס עליו ממליצה הוועדה ביחס לתעשיית המחצבים בישראל. המס מוטל באופן פרוגרסיבי ומדורג בהתאם לסך הרווח הנקי השנתי של החברה.⁶⁰

115. אם בוחרת הוועדה להסתמך על המודל האוסטרלי, היא אינה יכולה להתעלם מתוכנו השונה לחלוטין של המודל חסר התקדים עליו היא ממליצה. בניגוד למודל האוסטרלי שהוועדה משבחת, היא בחרה בהמלצותיה לקדם מודל מס, שאינו מכיר במגן מס לפי שווי ריאלי אלא רק לפי שווי חשבונאי מופחת, שאינו מכיר בקניין רוחני או בידע או במאמצי שיווק, שאינו מוצמד למדד המחירים לצרכן וששיעור המס המומלץ בו גבוה פי שניים מזה האוסטרלי. כפי שציינו, המודל עליו ממליצה הוועדה חסר תקדים ביחס לכל מדינה אחרת, לרבות ביחס לאוסטרליה, שעל חקיקתה הוועדה נסמכת.

⁵⁹ טיוטת המסקנות, בעמ' 80.

⁶⁰ Minerals Resource Rent Tax Repeal and Other Measures Bill 2013, PARLIAMENT OF AUSTRALIA, DEPARTMENT OF PARLIAMENTARY SERVICES (December 9, 2013), p. 19-20, available at http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/billsdgs/2888259/upload_binary/2888259.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22legislation/billsdgs/2888259%22

116. מעבר לכך שהוועדה כלל אינה מיישמת את המודל האוסטרלי ואינה מביאה בחשבון את העובדה שאפילו החוק האוסטרלי נחשף במולדתו לביקורת ציבורית רחבה, בין היתר נוכח השלכותיו הקשות על ענף המחצבים באוסטרליה. עם כינונה של ממשלה חדשה בשלהי שנת 2013, יצאה הוועדה רשמית על קידום הצעת חוק לביטול ה-MRRT בחודש יולי 2014.⁶¹

117. בהודעה משותפת לעיתונות שפרסמו שר התעשייה ושר האוצר האוסטרליים בחודש אוקטובר 2013 נכתב כי הרפורמה שערכה ממשלת אוסטרליה באמצעות חוק ה-MRRT מורכבת ומיותרת, פוגעת בכלכלת אוסטרליה ומרתיעה משקיעים:

"The MRRT is a complex and unnecessary tax which struggled to raise the substantial revenue predicted by the former Government. Further still, this failed tax imposes significant compliance costs on one of our most important industries, while damaging business confidence which is critical to future investment and jobs".⁶²

118. הוועדה טוענת בטיטת המסקנות, כי השינויים שערכה אוסטרליה בהסדרים הפיסקאליים החלים על ענף המחצבים, עודדו ממשלות אחרות לאמץ מס רווחי יתר.⁶³ והנה, מרבית הדוגמאות המובאות להמחשה מתייחסות למדינות בהן נשקלים בימים אלה שינויים כאלו ואחרים בהסדרים הפיסקאליים אשר טרם יושמו, ומרביתם מתמקדים בהעלאת שיעור התמלוגים. בוודאי קשה לדעת בשלב זה כיצד תתקדמנה יוזמות אלה כעת, נוכח כישלונה של הרפורמה באוסטרליה וביטולו הצפוי של חוק ה-MRRT.

119. גם רפורמת המיסוי במחוז קוויבק שבקנדה, המוזכרת על ידי הוועדה כדוגמא נוספת לשינוי מהעת האחרונה, נכנסה לתוקף רק בשנת 2013, ובוודאי מוקדם להשליך וללמוד ממנה לגבי יתר המדינות.⁶⁴ אין קשר בין רפורמה קנדית זו ובין מסקנות הוועדה, ואף אין במסמכי הוועדה ובדימוניה עדות לכך שמשטר המס הקנדי נלמד לגופו. בכל מקרה, מבנה המס הקנדי בתחום האשלג מורכב במידה יוצאת דופן ושונה מאד ממבנה המס בישראל מבחינות שונות ומגוונות, והוא אף כולל מנגנון ייחודי לעידוד השקעות שאינו קיים בישראל.⁶⁵

⁶¹ Government's announcement to repeal the minerals resource rent tax law, AUSTRALIAN GOVERNMENT, AUSTRALIAN TAXATION OFFICE (Mar 19, 2014), available at <https://www.ato.gov.au/Business/Minerals-resource-rent-tax>.
⁶² J. Hockey (Treasurer) & I. Macfarlane (Minister for Industry), *Repeal of Minerals Resource Rent Tax*, JOINT MEDIA RELEASE (October 24, 2013), available at <http://jbh.ministers.treasury.gov.au/media-release/013-2013>

⁶³ טיוטת המסקנות, בעמ' 80.

⁶⁴ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 12, בה"ש 27. "...בדרך דומה של הטלת מס" רווחי יתר "או "rent tax" נקטה גם מדינת קוויבק שבקנדה, ורי הכרזת הרשויות באותה מדינה על שינויים עתידיים במדיניות המס המוחלת על תעשיית המינרלים זמין לצפייה בקישור הבא: www.pwc.com/en_CA/ca/tax-insights/publications/pwc-changes-to-quebec-mining-tax-regime-2013-05-en.pdf

⁶⁵ חוות דעת ה-IMF, בעמ' 24.

120. בחוות הדעת המשפטית נכתב כי התמלוגים המוטלים כיום "הם בשיעור נמוך של 2% עד 5% משווי משאב הטבע בהתאם לסוג המשאב".⁶⁶ אין תימוכין בחוות הדעת לאמירה כי מדובר בשיעור "נמוך", והחומר שהונח בפני הוועדה סותר אותה. על פי חוות דעת ה-IMF, שיעור זה תואם את המקובל בעולם, ואף גבוה ביחס לחלק ממדינות השוואה שהוצגו בחוות הדעת.⁶⁷ על פי הסקירה הבינלאומית, שיעור התמלוגים צריך לעמוד, כפי שנהוג בעולם בשיטה של תשלום תמלוגים לפי המכירה בפועל, בין 2.5% ל-4%.⁶⁸ גם הוועדה עצמה הגיעה למסקנה כי תמלוגים בשיעור של 5% הם סבירים, עולים בקנה אחד עם הנעשה בעולם ומבטיחים למדינה זרם הכנסות יציב.⁶⁹ כיל עומדת על דעתה כי יש לקבוע שיעור תמלוגים שונה עבור כל אחד מהמחצבים השונים, בהתאם למאפיינים הייחודיים, ואולם בכל מקרה את שיעור התמלוגים הקיים אין בסיס לתאר כ"נמוך".

121. בדו"ח המתפרסם מדי שנה על-ידי Deloitte, אחת מפירמות ראיית החשבון הגדולות בעולם, מוצגות עשר המגמות המובילות בתעשיית הכרייה הגלובלית. הדו"ח עומד על הצורך בקביעת מדיניות יציבה וארוכת טווח אשר תעודד השקעות ופיתוח:

"For their part, governments interested in attracting mining investment must take steps to foster greater regulatory stability and develop more mature legal regimes. To be fair, some governments have been courting mining industry interests. In the wake of commodity price declines, some countries have offered tax holidays to industry players and introduced incentives to encourage greater investment. The challenge with these more conciliatory approaches, however, is that they are likely to be temporary measures at best. Mining companies that require investment certainty remain cautious".⁷⁰

122. עוד עולה מהדו"ח כי במדינות המעטות בהן נעשו ניסיונות להגדיל משמעותית את חלקה של המדינה מרווחי חברות הכרייה באמצעות הטלת מס בשיעורים גבוהים, הביא הדבר לבריחת משקיעים ולפגיעה חמורה בהמשך פיתוח תעשיית המחצבים.⁷¹

123. לגוף הדברים: לא יכולה להיות מחלוקת, כי המלצות הוועדה חורגות מהמקובל בעולם; אם תתקבלנה, הן עתידות להציב את מדינת ישראל בעמדת נחיתות עמוקה ביחס למדינות אחרות עבור משקיעים בתעשיית

⁶⁶ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 7-8.

⁶⁷ חוות דעת ה-IMF, בעמ' 25 ו-27, טבלאות 3.1-3.2.

⁶⁸ הסקירה הבינלאומית, בעמ' 40.

⁶⁹ טיוטת המסקנות, בעמ' 5-6.

⁷⁰ *Tracking the Trends 2014 the Top 10 Issues Mining Companies Will Face in the Coming Year*, DELOITTE (2013).

⁷¹ Reuters, June 10, 2013. Allison Martell, *Canada's Kinross Cancels Ecuador Gold Project*, Reuters (June 10, 2013),

⁷¹ *available at* <http://www.reuters.com/article/2013/06/10/kinross-ecuador-idUSL2N0EM1ZK20130610>

המחצבים. אף לשיטת הוועדה עצמה, חלקו של הציבור ברווחים המתקבלים ממחצבים ינוע בעתיד לאחר אימוץ המלצותיה בין 46%-57% – שיעור הגבוה בהרבה מהשיעורים המקובלים בעולם.

124. אין זו רק דעתנו, זו גם עמדת הוועדה עצמה. על פי הוועדה, המתבססת על חוות דעת ה-IMF, שיעור חלקה של המדינה בתקבולי האשלג בעולם עומד כיום על 25%-47% בלבד. הוועדה מבקשת לקבוע רף גבוה בהרבה מזה המקובל בעולם. ברור לפיכך כי הוועדה ממליצה על שיעור שאין דומה לו בעולם. זוהי נטילת קניין של ממש, אשר אינה מקובלת במדינות העולם המערבי, ופוגעת פגיעה קשה בכדאיות המשך ההשקעות בתעשיית המחצבים המקומית.

ב.4) הוועדה לא בחנה את ההשלכות הצפויות של יישום המלצותיה על המשק הישראלי בכלל, וכלכלת הנגב בפרט

125. הוועדה אינה מציגה בעבודתה מאזן של תועלות ונזקים שייגרמו מיישום מסקנותיה. זו טעות מתודולוגית ומעשית, וחשוב לתקנה.

126. ככלל, ברפורמות שעושה המדינה – בתקשורת, בנקאות, שוק ההון, תחבורה, מוצרי יבוא וכיוצא באלה – בצד המרוויחים יש גם נפגעים. ברגיל, התועלת לתחרות, לצרכן וכיוצא באלה, נחזית כחשובה יותר מנזק הנגרם למשל לעובדים, בעלי מניות או חוסכים פנסיוניים. בשונה מכך, בענייננו, אין מדובר ברפורמה לקידום רווחה צרכנית או ברפורמה לקידום תחרות; מדובר במהלך שכל יעדו להגדיל את הכנסותיה של המדינה, ותועלתו כספית בלבד. ממילא קמה חובה לבחון כנגד התועלת הנטענת גם את הנזקים הצפויים, בכדי לחשב נכון את מאזן המלצות הוועדה ולוודא שאין יותר נזק מתועלת בהסדר הפיסקאלי עליו היא ממליצה.

127. על פי הניתוח הסטטי וקצר הטווח שערכה הוועדה, מסתכמת התועלת מהמס העודף שיוטל על כיל, בסך של כ-150 מיליון דולר בשנה. סכום זה מוטה כלפי מעלה, נוכח השחיקה המתמשכת במחירי האשלג. התוצאה תהיה שבצד התועלות שסופרת הוועדה, הסכום – שאין לזלזל בו – יהיה נמוך מהחזוי כעת. במקביל, קבלת המלצות הוועדה תוביל בהכרח לתוצאות שליליות, שאת נזקייהן הוועדה לא אמדה. נמנה את חלקם.

128. כיל אחראית לכ-20% מהתמ"ג המיוצר בנגב. כיל מעסיקה באזור הנגב קרוב ל-4,500 מפרנסים המייצגים כ-15,570 אלף נפשות המתגוררות בבאר שבע, דימונה, ירוחם וערד. פעילותה של כיל מספקת בעקיפין מקומות עבודה קבועים וזמניים לעוד 24,525 עובדים נוספים המייצגים 84,850 נפשות. סך הכך כיל דואגת לפרנסה ישירה ועקיפה בנגב של 100,420 משפחות. לשם המחשה, אוכלוסיית באר שבע מונה כ-196,000 תושבים.

129. כל מקום עבודה שאובד בכיל, עובר לחו"ל. על פי עבודה שנערכה לבקשת כיל על ידי כלכלנים מאוניברסיטת בן גוריון, השקעה של כיל בשווי 100 מיליון דולר בשנה באזור ים המלח, מביאה לתעסוקה של כ-350 עובדים

בנגב. כל 100 מיליון דולר המושקעים על ידי כיל באזור ים המלח, יוצרים כ-210 מיליון דולר תוספת לתמ"ג בשנה, מתוכם כ-169 מיליון דולר תמ"ג המיוחסים לאזור הנגב.

130. התועלת למדינה ולאזרחיה מאוצרות טבע נגזרת לא רק מחלקה של המדינה ברווחי הגוף הפרטי שהופקד על הפקת אוצרות הטבע, אלא גם מהיקף פעילותו ומהשקעות חדשות שהוא מבצע. כאמור לעיל, כאשר המדינה עודדה השקעות בים המלח, הגדילה כיל את תפוקת האשלג בים המלח מ-2.2 מיליון טון ל-3.6 מיליון טון. ככלל, על מנת ליצור הגדלת תפוקה של כ-1.4 מיליון טון, יש צורך להשקיע כ-1.4 מיליארד דולר. השקעה בסדר גודל כזה תורמת כ-2.9 מיליארד דולר לתמ"ג. כבר עתה, נוכח הסיכון הגלום בהמלצות הוועדה, הקפיאה כיל תכניות השקעה להרחבה נוספת של תפוקת האשלג בישראל בהיקף של כ-600 אלף טון בשנה. להמחשה, פרויקט הפקת אשלג מזרמי F, צפוי לתרום למשק הישראלי תוצר של כ-195 מיליון דולר בשנה, מתוכם כ-190 מיליון דולר באזור הנגב לבדו. פרויקטים יוצרים תעסוקה. פרויקט זה יצור כ-900 מקומות עבודה, ישירים ועקיפים, מתוכם כ-600 באזור הנגב לבדו. פרויקט נוסף אותו החלה כיל לקדם בקשר להפקת אשלג מתת הקרקע, יתרום לתוצר הישראלי כ-110 מיליון דולר נוספים בשנה ויותר מ-500 מקומות עבודה, ישירים ועקיפים. סך ההשקעה הצפויה בשני פרויקטים אלה נאמדת בכ-575 מיליון דולר. בנוסף, פרויקטים אלה צפויים לתרום במהלך תקופת הקמתם, כ-500 מיליון דולר נוספים לתמ"ג. אישור המלצות הוועדה עלול לחייב את כיל לשנות את ההחלטות העסקיות שקיבלה בעבר ביחס לפרויקטים אלה עקב חשש ממשי לחוסר כדאיות כלכלית נוכח הטלת שיעור מס שולי כבד על כל טון אשלג נוסף המופק מים המלח. נוכח פרסום טיוטת המסקנות הקפיאה כיל פרויקטים אלה לעת עתה. כך חייבת כיל לעשות נוכח מודל המס המוצע של הוועדה ותשואת החסר שהוא יוצר על כל השקעה קיימת וחדשה. אבדן תפוקת אשלג נוספת של 600 אלף טון בשנה, משמעה אבדן תמ"ג למשק הישראלי בשיעור של כ-1.06 מיליארד שקלים בשנה.

131. בנוסף, מודל המס של הוועדה, שאינו מכיר בעיקר נכסיה של כיל לצורך תשואה, וקובע תשואת חסר על ייתרת הנכסים, אם ייושם, יחייב את כיל לבצע שינויים בלתי נמנעים בפעילותה. בין היתר, המלצות הוועדה מעמידות בסימן שאלה את אפשרות המשך הפעלתו של מפעל המגנזיום בסדום – מפעל המעסיק כ-400 עובדים ישירים, ותורם למשק הישראלי מעל ל-100 מיליון דולר בשנה. ההצדקה הכלכלית העיקרית להמשך פעילותו של מפעל המגנזיום היא בסינרגיות שלו למתקנים אחרים במפעלים בסדום המספקים לו חומרי גלם ומקבלים ממנו חומרי גלם. נוכח הכבדת נטל המס על הפקת אשלג וברום, תרומת המפעל עלולה לצאת בהפסדו. במצב דברים זה, עלולה כיל להידרש להפחית עלויות ולצמצם פעילויות על מנת למנוע פגיעה משמעותית ברווחיות.

132. הקמת הוועדה והמלצותיה הצפויות באו כאמור לאחר צעדים קשים שכבר ננקטו נגד כיל, ובכלל זה ייקור עלות ההשקעה בים המלח על דרך הוצאת כיל מגדר חוק עידוד השקעות הון, העלאת התמלוגים, עיכוב אישור הכרייה בשדה בריר, הטלת עלויות פרויקט הגנת מלונות ים המלח (פרויקט הקציר) על כיל והרחבת התמלוגים גם למוצרי המשך. כיל היא חברה עסקית וציבורית המחויבת לשקול שיקולים עסקיים וכלכליים, לרבות בחינת תזרים ההכנסות הצפויות. כורח המציאות הוא שכבר עתה נאלצת כיל לפעול על מנת להרחיב את בסיס פעילותה בחו"ל; יישום המלצות הוועדה יביא בהכרח להגברת קצב ההסטה של

בסיס הפעילות אל מחוץ לישראל. בפני כיל עומדים כבר היום מקורות אלטרנטיביים מחוץ לישראל לחומרי גלם ולהפקת מחצבים, ומחוסר ברירה משאביה יופנו אליהם בעתיד אם המלצות הוועדה תיושמו. המשמעות הכספית של הסטת השקעות לחו"ל העשויה אף להגיע להיקף של כמיליארד דולר, היא אובדן הכנסות למדינה ממיסים בסך של כ-360 מיליון דולר, והפחתה בגודלו של התוצר בהיקף של כ-2.1 מיליארד דולר.

133. במהות הדברים אין מחלוקת כי הוועדה ממליצה למדינה להגדיל את התמורה שהיא גובה בגין הזכות שנתנה לכיל, להפיק את משאבי ים המלח. לשינוי חד-צדדי זה יהיה הד שלילי בקרב משקיעים בעולם, ויש בצדו עלות ממשית למדינה. מדינות הנוהגות כך מוצאות עצמן נפגעות לאורך זמן, אם בגין צמצום השקעות זרות, ואם בגין עליית פרמיית הסיכון הכרוכה בהן למשקיע. הדברים באים כבר עתה לכלל ביטוי בירידה בשיעור ההחזקות של משקיעים זרים במניות כיל: במהלך השנה החולפת מאז החלה הוועדה בעבודתה, פחת בשליש שיעור בעלי המניות הזרים בכיל (לא כולל בעלי עניין). גם לאי הוודאות הנגרמת כתוצאה מפעולות הממשלה כלפי כיל בשנים האחרונות, ולהשפעה המצטברת שלהם, יהיה הד שלילי רחב בקרב משקיעים בעולם.

134. סיכומה של נקודה זו, כיל משקיעה מדי שנה כ-2 מיליארד שקלים בישראל – יותר מכל חברה ישראלית או בינלאומית הפועלת בארץ; כיל מעסיקה כיום כ-5,550 עובדים בישראל ובסך הכל מייצרת פעילותה בישראל יותר מ-30,000 מקומות עבודה ישירים ועקיפים, המהווים כ-1% מכלל המועסקים במשק; כיל מייצאת מדי שנה סחורות בהיקף כספי של 12 מיליארד שקלים, שהם כ-7.5% מכלל יצוא הסחורות של ישראל; מניית כיל היא אחת המניות הגדולות והסחירות ביותר בבורסה בתל אביב, והציבור מחזיק במישרין ובעקיפין כ-70% מכיל. פעילות כיל אף מקיימת את האגן הדרומי של ים המלח, והתיירות באזור ים המלח מניבה הכנסות ישירות ותועלות כלכליות עקיפות המוערכות בסך כולל של כ-680 מיליון שקלים בשנה.⁷² פגיעה בכיל היא פגיעה באלה, על כל המשתמע מכך, כאמור לעיל.

ב.5) היעדים שקבעה הוועדה אינם מושגים באמצעות יישום המלצותיה

135. הוועדה מפרטת בהרחבה יתרה כי בבסיס המלצותיה עמדו מספר עקרונות מרכזיים.⁷³ בהתאם, קובעת הוועדה כך:

"הוועדה הביאה בחשבון את מכלול השיקולים כפי שהוצגו לעיל, בחנה את הנעשה בעולם וגיבשה מודל למיסוי משאבי הטבע בישראל. הוועדה סבורה כי המלצות, כפי שיוצגו להלן, משלבות בצורה הטובה ביותר בין מכלול העקרונות שהנחו את הוועדה ומביאות לידי כך שמערכת המיסוי על משאבי הטבע תבטיח חלק ראוי לציבור לצד המשך פיתוח והשקעות במשאבי הטבע בישראל. יישום המלצות הוועדה יביא למערכת מיסוי פרוגרסיבית אשר מחד גיסא מבטיחה

⁷² הדו"ח לבחינת התועלות מהאגן הדרומי של ים המלח (מכון פארטו, 29.4.2014).

⁷³ טיוטת המסקנות, בעמ' 88-90.

חלק ראוי לציבור בשיעורי רווחיות גבוהים, ומאידך גיסא מביאה למינימום הנדרש את חלק המדינה כאשר שיעורי הרווחיות קטנים".⁷⁴

136. המלצות הוועדה אינן מגשימות את מטרתיה המוצהרות. כך עולה בבירור מתחשיבי הוועדה, ניתוחיה ומסקנותיה המבוססים על חוות הדעת היועצים שליוו את עבודת הוועדה (אשר כאמור לעיל, אף הן שגויות בהקשרים רבים ומוטעות ביסודן).

ב.5(א) חלקו הראוי של הציבור

137. על-פי חוות דעת ה-IMF, אשר עיקריה מובאים בפרק ד' לטיוטת המסקנות, קיימת שונות גבוהה בסך תקבולי המדינה המתקבלים מתעשיית המחצבים במדינות שונות. עם זאת, על-פי נתוני ה-IMF, שיעור חלק המדינה בתקבולי האשלג בעולם עומד כיום על 25%-47% בלבד. ממצא זה עולה בקנה אחד עם חוות דעת FTI הראשונה, אשר הוגשה לוועדה כחלק מעמדתה הראשונית של כיל, ואשר לפיה השיעור הממוצע בעולם של חלק המדינה ברווחי חברות האשלג עומד על כ-29% (נכון לשנת 2012).

138. הוועדה מנתחת את המערכת הפיסקאלית הקיימת, ומגיעה למסקנה כי חלקו של הציבור ברווחים הנובעים ממחצבים קטן משמעותית מחלקו של הציבור ברווחים הנובעים ממשאבי הגז והנפט. בהתאם טוענת הוועדה כי ההסדר המוצע על ידה יבטיח כי הציבור יקבל חלק ראוי ברווחים אלה.

139. עמדת הוועדה אינה הולמת את שיטתה שלה. במגזר הנפט והגז הגיעה ועדת ששינסקי הראשונה למסקנה כי חלקן של מדינות בעולם מרווחי אותו מגזר מגיע כדי 67%-72% בממוצע, והמליצה כי השיעור בישראל יהיה 62%-52% בממוצע – נמוך מהמקובל בעולם. בענייננו מגיעה ועדת ששינסקי השנייה למסקנה כי השיעור המקובל בעולם עומד על 25%-47%, אך ממליצה לגבות בישראל שיעור גבוה בהרבה – שאינו מתאים כלל למגזר הנדון בוועדה זו. אין היגיון בהשוואת שיעור חלקה של המדינה במגזרים שונים, בעלי מאפיינים שונים, ובעלי שיעורי נטילה שונים בעולם, ואין היגיון בהחלטה המכאנית של הוועדה להחיל את שיעור חלקה של הממשלה במגזר הנפט והגז, על מגזרי האשלג, הפוספט והברום.

140. דברים אלה נכונים ביתר שאת הואיל והשיעור, וכן השיעור השולי, של המס ושל חלקה של המדינה ברווחי כיל, עולים על השיעורים בהם נוקבת הוועדה.

141. לדוגמא, בחינת הוועדה את שיעור חלקה של המדינה ברווחים המתקבלים מאשלג נערכה בטווח מחירים של בין 350 דולר לטון לבין 650 דולר לטון. אולם ברמות מחירים נמוכות יותר של מתחת ל-250 דולר לטון, בדומה למחיר האשלג כיום, שיעור חלק המדינה ברווחים יטפס מעל ל-60%.⁷⁵ לסוגיה זו של שיעור חלקה

⁷⁴ שם, בעמ' 90.

⁷⁵ חוות דעת FTI, בסעיף 8.1.

של המדינה ברמות מחירים נמוכות אין כל אזכור או התייחסות בטיוטת המסקנות, וגם בכך יש משום תקלה חמורה.

142. בנוסף, הוועדה מתעלמת בחישוביה ממספר רכיבים שצריכים להיכלל בחישוב גובה חלקה של המדינה ברווחי כיל. ראשית, הוועדה מתעלמת מכך שבמסגרת הליך הפרטתה, נמכרה כיל יחד עם הזיכיון להפקת מחצבים מים המלח. תמורת ההפרטה מהווה תשלום חד-פעמי למדינה של הגורמים הפרטיים, אשר רכשו את כיל, בגין הזיכיון. על פי התחשיב שערך רו"ח רוזן בחוות דעתו שצורפה לעמדה הראשונית של כיל, התשלום המהווך עבור הזיכיון ("signature bonus") שווה לכ-12.6 מיליון דולר בשנה (במונחי 1992) לאורך שנות הזיכיון.⁷⁶

143. תשלום זה מהווה נדבך נוסף בחלקה של המדינה ברווחי כיל, נדבך שהוועדה התעלמה ממנו לחלוטין, ללא כל נימוק או הסבר. זאת, חרף העובדה שיו"ר הוועדה, פרופ' ששינסקי, הכיר – לפני הקמת הוועדה – בסכום זה ששולם למדינה תמורת הזיכיון בעת ההפרטה, ואף הבחין בעניין זה בין יזמי הגז והנפט לבין כיל:

"זיכיונות הגז ניתנו לשותפויות ללא תשלום. מפעלי ים המלח, לעומתם, שילמו סכום תמורת הזיכיון בעת הקנייה ויש להתחשב בכך... היקף התמלוגים הראויים ממפעלי ים המלח צריך להתחשב בכך שהמפעלים כבר שילמו וכי המדינה כבר משכה את הדיבידנד שלה ערב המכירה".⁷⁷

בדו"ח הוועדה אין זכר לעמדה זו.⁷⁸

144. שנית, מתעלמת הוועדה ללא כל הסבר, זולת ציטוט משפט סתמי אשר כלשעצמו אינו מהווה דיון והנמקה כל עיקר, מהנטל הכלכלי שלקחה על עצמה כיל במסגרת פרויקט קציר המלח, מבלי שהיה צריך להכריע בשאלה אם היא מחויבת לעשות כן, המהווה אף הוא נדבך נוסף בחלקה של המדינה ברווחי כיל. נזכיר כי על מנת להמשיך את פעילותה בים המלח, יכולה הייתה כיל לבחור באפשרות של פתרון תפעולי פשוט של הגבהת הסוללה מסביב לבריכה מספר 5. אולם, נוכח עמדתה של המדינה באותה העת, לפיה אם הצדדים לא יגיעו להסכמה היא תקים "ועדת ששינסקי ב'", נטלה על עצמה כיל התחייבויות כספיות רבות למימון חלקו הארי של פרויקט הקציר, ואף התחייבה לשאת באחריות הוצאתו אל הפועל. פער העלות בין הגבהת הסוללה ובין עלות הקציר מבטא נטילה ישירה של המדינה מכיל, לטובת קידום אינטרס ציבורי שכלל לא היתה אמורה לשאת בו, שכן אילולא היו מוקמים בתי המלון באזור, חרף התראות כיל וזכויותיה, ניתן היה להסתפק בהגבהת הסוללות לשנים רבות, ללא צורך בביצוע קציר מלח.

⁷⁶ חוות דעת FTI אשר צורפה לעמדתה הראשונית של כיל לוועדה, בסעיף 4.10.

⁷⁷ הדר קנה וליאור בן דוד "ששינסקי: יש מקום לחקיקה בעניין תמלוגי ים המלח" כלכליסט (6.9.2011). <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3530496,00.html>

⁷⁸ חוות דעת FTI אשר צורפה לעמדתה הראשונית של כיל לוועדה, בסעיף 9.

145. הוספת שני רכיבים אלה לתחשיביה של הוועדה, יביאו את חלקה של המדינה ברווחי כיל לשיעור הגבוה בהרבה מ-50% – היעד הממוצע ששמה לעצמה הוועדה כמטרה – יעד שגם הוא גבוה מהממוצע העולמי. זאת אף מבלי שמביאים בחשבון את המס המשולם על דיבידנדים שמחלקת כיל, שגם הם מגדילים את חלקה של המדינה ברווחיה של כיל.

ב.5(ב) פרוגרסיביות לצד יציבות

146. הנחת היסוד של הוועדה, כעולה מטיוטת המסקנות, היא שההסדר הפיסקאלי הקיים רגרסיבי וטעון שינוי. הוועדה מציינת, מחד גיסא, כי ההסדר הקיים אינו מבטיח שחלקה של המדינה ברווחי כיל יעלה במקביל לעליית מחירי האשלג וככל שגדלה רווחיותה; ומאידך גיסא, בהינתן מחירי אשלג נמוכים, כי ההסדר הפיסקאלי הקיים עלול לפגוע באופן קשה בכל ולקחת את עיקר רווחיה, ובמקרים מסוימים אף להפוך את הפקת המחצבים ללא כדאית.⁷⁹

147. בדבריה, הוועדה שמה דגש משמעותי על הצורך באימוץ מודל פרוגרסיבי אשר יתאים עצמו למציאות הכלכלית המשתנה, ויבטיח כי חלק המדינה יגדל ככל ששיעור הרווחיות יעלה, ולא להיפך. זאת, לצד שמירה על מנגנון גביית תמלוגים יעיל אשר יבטיח יציבות בהכנסות המדינה הנובעות ממשאבי הטבע ללא תלות ברמת הרווחיות. חוות הדעת המשפטית מתייחסת אף היא לסוגיה זו, מותחת ביקורת על מנגנון התמלוגים הקיים, ומכנה אותו "משטר מס 'רך' המוטה לטובת היזמים".⁸⁰ ברוח זו ממליצה הוועדה להטיל מס ייעודי על רווחים עודפים, לקבוע שיעור תמלוגים אחיד של 5% אשר יחול על כל המחצבים, לשנות את אופן חישובם ולקבוע כי הבסיס לחישוב ייקבע על-ידי המדינה.

148. במעשיה, ממליצה הוועדה על מודל הפוך לזה שהיא טוענת לו. בחינה כלכלית של ההסדר הפיסקאלי המוצע על ידי הוועדה והחלתו על פעילות כיל בבחינה צופה פני עתיד עד לתום תקופת הזיכיון בשנת 2030, מגלה כי הסדר זה רגרסיבי.

149. על פי חוות דעת FTI, ובניגוד לנטען בטיוטת המסקנות, ברמת מחירי אשלג נמוכים מ-250 דולר לטון, שיעור חלקה של המדינה יעלה מעבר לשיעור המקסימלי שקבעה הוועדה.⁸¹ הוועדה לא בחנה מצב דברים זה בחישוביה והתעלמה מהאפשרות שמחירי האשלג יוסיפו לרדת אל מתחת לרמה הנוכחית של כ-280 דולר לטון, כפי שכבר קרה בעבר. משמעות הדברים היא שככל שמחירי האשלג יורדים – נטל המס על כיל גדל, וזוהי תוצאה רגרסיבית ומנוגדת ליעד שקבעה הוועדה.

150. תוצאה רגרסיבית מתקבלת גם ביחס לברום, ככל שהוועדה מתעתדת לחשב את מס משאבי הטבע רק ביחס לברום האלמנטרי, ללא התחשבות ברווחיות הנמוכה מאד של תעשיית ההמשך של תרכובות ברום. בהתאם

⁷⁹ טיוטת המסקנות, בעמ' 72-72.

⁸⁰ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 9, בפסקה 31.

⁸¹ חוות דעת FTI, בסעיף 8.2.

לתחשיבים שביצעה כיל, מצב דברים זה יביא לכך ששיעור המס בפועל שיוטל על פעילות הברום כולה לאורך כל שרשרת הייצור יהיה גבוה באופן משמעותי מ-42% כפי שקבעה הוועדה.

151. המסקנה ברורה: אם תאומצנה ההמלצות המופיעות בטיוטת המסקנות, לא תושג המטרה שעמדה לנגד עיניה של הוועדה, לשנות את אופיו של ההסדר הקיים מרגרסיבי לפרוגרסיבי. נטל המס שיוטל על כיל יחרוג מכל אמת מידה משווה.

152. גם הטענה לפיה קביעת שיעור תמלוגים אחיד של 5% ביחס לכל המחצבים מהווה הקלה בנטל התמלוגים שמשלמת כיל, אינה נכונה.

153. ראשית, בהתאם לטיוטת המסקנות עצמה, שיעור תמלוגים של 5% אינו "משטר רך" כנטען בחוות הדעת המשפטית – תהא משמעות הביטוי "משטר רך" אשר תהא – אלא שיעור תמלוגים העולה בקנה אחד עם המקובל בעולם, ועל כך עמדנו בהרחבה לעיל.⁸²

154. שנית, ביחס למחצבים שאינם אשלג, דוגמת הפוספט, מדובר בהעלאה חדה של שיעור התמלוגים ושינוי אופן חישובם. כיום משלמת כיל 2% תמלוגים על הרווח מכריית הסלע הגולמי במכרה ותוך מתן אפשרות לניכוי הוצאות מוכרות. כעת ממליצה הוועדה להטיל תמלוגים בשיעור של 5% על מחיר המוצר המוגמר (סלע שטוף) ללא ניכוי הוצאות. תוצאת הדברים תעלה את שיעור התמלוגים המוטלים על כריית פוספט בישראל פי 5 באופן אפקטיבי.⁸³ בשיעורי הרווחיות הנמוכים ממילא במגזר פעילות זה עלולה למצוא עצמה כיל במצב בו תחת משטר התמלוגים החדש כל רווחיה ממכירת פוספט יועברו למדינה במסגרת תשלום התמלוגים והיא תיוותר ללא רווחים כלל מפעילות זו, ואף בהפסד.

155. המסקנה היא, שהתוצאות הצפויות מקביעת שיעור תמלוגים אחיד זה תהינה קשות ביותר, בעיקר בכל הנוגע למגזרי פעילות הנמצאים כבר כיום על סף הפסד; ובוודאי שלא תושג המטרה שהציבה לעצמה הוועדה, לעבור ממשטר רגרסיבי לפרוגרסיבי ולקבוע משטר תמלוגים יעיל ויציב.

ב.5(ג) מודל כללי צופה פני עתיד

156. הוועדה כותבת כי שמה לה ליעד להמליץ על מודל שיותאם לכלל המשאבים הקיימים ולא לו שיימצאו בעתיד. הוועדה מדגישה בהקשר זה כי הבחינה בין מחצבים אשר ברובם נמכרים ללקוחות מעבר לים ומחירים אינו קבוע בשוק המקומי, לבין חומרי חציבה המשמשים את המשק המקומי ומחירים נקבע בהתאם למבנה העלויות המקומי ובהתאם לביקוש וההיצע המקומי.

157. בפועל הוועדה נוהגת אחרת.

⁸² טיוטת המסקנות, בעמ' 91.

⁸³ חוות דעת FTI, בסעיף 6.3.

158. **ראשית**, בעוד שאחת ממטרות הוועדה המוצהרות הייתה להציע מודל צופה פני עתיד, **ההסדר המוצע נסמך על בחינה הצופה פני עבר**, תוך הסתמכות על שנים בודדות בלבד, ותוך התעלמות מעלויות עתידיות נוספות בהן תיאלץ כיל לשאת עד לתום תקופת הזיכיון, כדוגמת עלויות פרויקט הקציר.
159. **שנית**, הוועדה החליטה שלא להתערב בהסדר הפיסקאלי הקיים ביחס לחומרי חציבה. חרף העובדה כי ממצאי הוועדה העלו שקיימים רווחי יתר בענף זה, בחרה הוועדה שלא להציע מודל למיסוי רווחים אלה, והותירה את הנושא כולו לדיון במסגרתה של ועדה ממשלתית אחרת.
160. **שלישית**, ולגופם של דברים, **מעת שהוועדה בחרה שלא להתייחס לחומרי החציבה, ולאחר שהתעלמה מכל משאבי הטבע האחרים של מדינת ישראל, הרי שהמודל המוצע נוגע אך ורק למחצבים בהם עוסקת כיל**. הטענה כי יתכן שבעתיד יתגלו משאבי טבע נוספים היא משאלת לב, **ובכל מקרה המודל הותאם – כך נכתב שחור על גבי לבן – ליזמים קיימים אשר החלו את פעילותם זה מכבר⁸⁴, ולא לפרויקטים בתחילת הדרך. זהו מודל ספציפי ופרסונלי המכוון לכיל**.

ב.5(ד) המשך הפקת משאבי הטבע הקיימים וניטרליות לגבי החלטות השקעה

161. הוועדה טוענת כי המודל המוצע מבטיח תשואה ורווחיות נורמאליות למשקיעים ולכן לא יפגע בתמריצי החברות להמשיך ולהפיק את המשאבים בצורה יעילה ולבצע השקעות נדרשות.
162. מטרות לחוד, ותוצאות לחוד.
163. כאמור לעיל, המודל באמצעותו מחשב פרופ' פינדייק את שיעור התשואה נועד לחישוב תשואה על הון בשווי נוכחי, ולא על נכסים מופחתים בשווי היסטורי. **הוועדה בחרה ללא הנמקה להחיל את שיעור התשואה שהומלץ על ידו על סך הנכסים המופחתים בדו"חות הכספיים, בחירה המובילה למצב בלתי סביר בעליל בו כיל אינה מקבלת תשואה על ההון הנכון שלה. בנוסף, מרכיבים נוספים המשמשים לפעילות יצרנית, שנהוג להביא בחשבון בחישובים דומים, כגון הון חוזר ונכסים בלתי מוחשיים, אף הם הוצאו על ידי הוועדה מבסיס הנכסים והם אינם מוכרים על ידה. לכך יש להוסיף כי אופן חישוב שיעור התשואה על ידי פרופ' פינדייק שגוי, ותיקון החישוב מעמיד את שיעור התשואה על כ-22%, ולא על 11% בלבד.**
164. בניגוד לטענת הוועדה, **ההסדר המוצע אינו מעודד השקעות נוספות, בלשון המעטה, נוכח נטל המס הכבד שהוא מביא עמו, שכאמור גבוה מהמקובל בעולם, לצד שיעור תשואה שאינו ראוי ואינו תואם את המקובל במגזרי הפעילות של כיל ובשווקים בהם היא מתחרה. מאחר שכיל עתידה להיות זכאית לתשואה ולמגן מס על נכסים מופחתים בלבד, הרי שבפועל התשואה הנגזרת מהשקעה נתונה – אשר המס בגינה נגבה לאחר ביצועה – תהווה מחצית משיעור התשואה המוצהר על ידי הוועדה, בגובה 11%.**

⁸⁴ טיוטת המסקנות, בעמ' 93.

165. כאמור לעיל, הדברים חמורים עוד יותר במגזרים דוגמת הברום, בהם עיקר ההשקעות הן בתעשיות המשך עתירות הון אשר בלעדיהן אין אפשרות לקיים את פעילות הפקת המחצב בהיקפים הקיימים. במגזר פעילות זה, השקעות הון והשקעות במחקר ופיתוח בתעשיות ההמשך של תרכובות הברום נחוצות כדי להבטיח שכל תוכל למכור את כל כמויות הברום האלמנטרי המיוצרות על ידה, נוכח העדר ביקוש בהיקף דומה מצד צדדים שלישיים והעדר יכולת פיזית להעביר כמויות משמעותיות למרחקים גדולים. יתרה מכך, הוועדה מתעלמת במפגיע מכך שיצרני ברום מביאים בחשבון בחישוב הסיכונים והתשואה את כלל הנתונים הנוגעים הן לייצור הברום האלמנטרי והן לייצור תרכובות הברום. המודל המוצע בטיטת המסקנות מתעלם, ללא הצדקה, ממגזר תרכובות הברום בעת הטלת מס משאבי הטבע על הרווחים מהפקת הברום האלמנטרי בלבד.

ב.5(ה) התמקדות במיסוי הרווחיות מפעילות הפקת משאב הטבע

166. הוועדה ממליצה כי מס משאבי הטבע המוצע על ידה יוטל על פעילות הפקת משאב הטבע בלבד, ולא על פעילות ההמשך, ללא קשר לתשלום התמלוגים. במקרים בהם נמכר המשאב לצדדים קשורים, מציעה הוועדה לקבוע מחירי העברה אשר ישקפו את ערכו הכלכלי של המשאב ולהטיל פיקוח ממשלתי על מחירי ההעברה לצרכי מס. עמדה זו עומדת בסתירה לפסק הדין החלקי בהליך הבוררות המתנהל משנת 2011 בין המדינה לבין מי"ה בסוגית תשלום התמלוגים על מוצרי המשך, ואשר פורסם ברבים יום אחד בלבד לאחר פרסום טיוטת המסקנות.

167. בנוסף, הוועדה מתעלמת באופן מופגן מכך שרווחיותה של כיל אינה נובעת באופן בלעדי מהפקת משאבי הטבע בלבד, כי אם מהשקעותיה של כיל בפיתוחים טכנולוגיים, בשיפור תהליכי הייצור ובהחלטות ניהוליות באשר לצמצום הוצאות. כך נכתב בהקשר זה בחוות דעת FTI:

"Prof. Pindyck and the Committee incorrectly assume that any additional profits earned by ICL's businesses are entirely attributable to the resource being extracted, and hence fall within the Committee's remit to tax such profits. This is not the case, and Prof. Pindyck and the Committee have failed to take into account any additional profits earned by ICL's businesses which are as a result of its own technologies and cost efficiencies, and hence are not within the Committee's remit to tax. As a result, an allowance needs to be made for ICL to retain elements of the additional profits related to activities independent of the resource itself".⁸⁵

⁸⁵ חוות דעת FTI, בסעיף 2.13.

ב.5(ו) פשטות המודל

168. הוועדה שמה לה למטרה להציע "מודל פשוט" שיהיה ניתן לאכיפה ללא קשיים מיוחדים. בחינה של המודל המוצע חושפת מורכבויות ולאקונויות רבות ביישומו. **פשטות חשובה, אך התוצאה הנכונה חשובה יותר – דו"ח הוועדה, שאינו מגיע לתוצאה נכונה, גם אינו מציע מודל פשוט.**

169. על פי המודל המוצע, מס משאבי הטבע יחושב על פי הרווח התפעולי של החברה, בהתאם לדו"חות רווח והפסד חשבונאיים, "עליו יתכן ויבוצעו התאמות מסוימות".⁸⁶ עצם העובדה שחישוב המס ידרוש שינויים והתאמות, שאת טיבם ומהותם הוועדה לא פירשה מלבד הצגת דוגמאות בודדות לשינויים והתאמות אפשריים, מצביעה על כך שהמודל המוצע בטיטת המסקנות אינו פשוט כפי שמבקשת הוועדה לצייר.

170. זאת ועוד, אחת הדוגמאות המצוינות בטיטת המסקנות כ"התאמות שצפוי שיידרשו" היא התאמת דו"ח רווח והפסד מאוחד לדו"ח סולו,⁸⁷ כך שכיל תיאלץ למעשה לדווח בנפרד ביחס לכל אחד מן המשאבים המופקים על ידה. לא ברור כיצד ניתן לטעון כי שינוי של שיטת הדיווח, אשר ייכפה על כיל, עונה על הגדרת "פשטות".

171. הוועדה עצמה גם ציינה, כי לנוכח הבעייתיות בקביעת מחיר שוק של משאבים מסוימים, לא היה בידיה לגבש את המלצותיה באופן מלא, ועליה להידרש לסוגיה זו בעתיד, ולעדכן את המודל בהתאם.⁸⁸

172. מעבר לכל אלה, כאמור לעיל, הקביעה כי ניתן להחיל שיעור תשואה אחיד וקבוע על כל מגזרי הפעילות של כיל אינה מנומקת, אינה עומדת במבחן המציאות, ומובילה לתוצאות בעייתיות נוכח השונות הגדולה בין המגזרים השונים. כך נאמר בהקשר זה בחוות דעת FTI:

"...the 'one size fits all' approach of the Committee is not appropriate, and fails to satisfy the Committee's own stated goals".⁸⁹

173. לסיכום פרק זה: בעבודת הוועדה נפלו כשלים מהותיים מן הפן הכלכלי המערערים את היסודות עליהם נסמכות מסקנות הוועדה והמלצותיה. כשלים אלה מביאים לכך שהעקרונות, היעדים והמטרות שהציבה הוועדה אינם מוגשמים. ההסדר הפיסקאלי המוצע על ידי הוועדה אינו טומן בחובו בשורה למשק הישראלי ולתעשיית המחצבים, מעבר להגדלת חלק המדינה ברווחי כיל, ויהי מה – הגדלה שעלותה גדולה בהרבה מתועלתה.

⁸⁶ טיוטת המסקנות, בעמ' 7, 94-95.

⁸⁷ שם, בה"ש 64.

⁸⁸ שם, בעמ' 98.

⁸⁹ חוות דעת FTI, בסעיף 8.5.

ג. המלצות הוועדה בנוגע לכליל אינן חוקיות – הסדר פרסונלי וספציפי המהווה הפרה של המערכת ההסכמית המחייבת בין הצדדים

174. טיוטת המסקנות נתמכת בחוות הדעת המשפטית הקובעת כי המלצות הוועדה בעניינה של כיל, אם תעוגנה בחקיקה, הן אפשריות וראויות מבחינה משפטית וכי אין עילה להחרגתה של כיל מן ההמלצות הכוללות של הוועדה.⁹⁰

175. בכל הכבוד, עמדתנו היא כי קביעה זו שגויה מיסודה. בחוות הדעת המשפטית אין כל התמודדות עם סוגיות מרכזיות שכל העלתה ואין להן כל מענה; היא סותרת חוות דעת קודמות של המדינה; והניתוח המשפטי המבוצע בה שגוי בנקודות מרכזיות.

ג.1) אזכור כמה מהבעיות המרכזיות בחוות הדעת המשפטית

176. בעמדה המשפטית מטעמה של כיל, אשר הוגשה לוועדה ביום 4 בנובמבר 2013, יוחד פרק נרחב לטענותיה החוזיות של כיל ולבחינת המשמעויות המשפטיות של עריכת שינוי חד-צדדי בחלקה של המדינה ברווחי כיל מעבר למוסכם בשטר הזיכיון ובהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. זאת, בין היתר, נוכח הדברים שנכתבו בהקשר זה בכתב המינוי של הוועדה והדרישה המפורשת כי עניינה של כיל וההסכמים הקיימים בינה לבין המדינה יידונו באופן מפורט על-ידי הוועדה.

177. כיל ביססה את עמדתה על חוות דעתה המפורטת והמנומקת של פרופ' גבריאלה שלו, המשפטנית המובילה בישראל בתחום דיני החוזים, אשר ניתחה את הסוגיה דבר דבור על אופניו, והראתה כי שטר הזיכיון על עדכוניו (לרבות הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים) הוא הסכם מחייב ואכיף. הסכם זה כולל, כתנאי יסוד, את התמורה הכוללת והמלאה שתשולם למדינה בגין הזכויות שהוענקו לכליל לעשות שימוש במחצבי ים המלח. בנסיבות אלה קבעה פרופ' שלו, כי לא ניתן לשנות את התמורה החוזית באופן חד-צדדי, אף לא בחוק. שינוי של הסכם זה ללא הסכמת כיל מהווה הפרה אשר תזכה את כיל בסעדים החוזיים המוקנים לה מכוח חוק החוזים.⁹¹

178. טענות אלה של כיל לא נבחנו לגופן בחוות הדעת המשפטית. חוות הדעת פוטר עצמה מהעיסוק "במישור החוזי" ומקיימת את דיונה תוך התמקדות במישור החוקתי, מהטעם ש"את טענותיה של מי"ה על הפרת חוזה כביכול יש לראות כמקרה פרטי של טענה לפגיעה בזכויות הקניין המבוססת על שטר הזיכיון או הסכם הקציר או כמקרה פרטי של פגיעה בהסתמכות לגיטימית היוצרת פגיעה בזכות החוקתית".⁹²

⁹⁰ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 19.

⁹¹ חוות דעה משפטית מאת פרופ' גבריאלה שלו, המנתחת את שטר הזיכיון שמכוחו פועלות חברות הבנות של כיל בים המלח, את הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים ואת השלכות פעולות המדינה בניגוד למערכת הסכמית זו ("חוות דעת שלו").

⁹² חוות הדעת המשפטית, בסעיף 104.

179. קשה לראות כיצד ניתן לומר כי מדובר ב"מקרה פרטי של פגיעה בזכויות הקניין" או "מקרה פרטי של פגיעה בהסתמכות לגיימית", כאשר המלצות הוועדה, הלכה למעשה, עוסקות רובן ככולן בזכויותיה של כיל אשר ניתנו לה במסגרת שטר הזיכיון והסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. **"המקרה הפרטי" כפי שהוא מוגדר בחוות הדעת המשפטית, עומד בלב ליבן של המלצות הוועדה בטיוטת המסקנות.**
180. בכל מקרה, ההתחמקות מהדיון החוזי וההצמדות לבחינה החוקתית בלבד, בכל הכבוד, שגויה מיסודה. ההנחה שהמלצות הוועדה תעוגנה בחוק אינה שוללת את העובדה כי ההסדר המוצע עתיד להביא להפרה של הסכמים מחייבים בין המדינה לבין כיל, כמו גם מהשלכת הפרה זו על חוקתיות המהלך. **הפרה זו מקנה לכלל סעדים במישור החוזי, זאת אף אם החוק המוצע יעמוד במבחנים החוקתיים (וגם על כך חולקת כיל).**
181. כפי שיפורט להלן, המלצות הוועדה לו תאומצנה תהווה הפרה של ההסכמות החוזיות בין הצדדים בשטר הזיכיון ובהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. להפרה זו נפקויות ברורות במישור החוזי שבין המדינה לבין כיל – **היא מקנה לכלל זכויות הנתונות לה מכוח דיני החוזים.** בכלל כך, היא מקנה לכלל זכות לקבל פיצויים בגין סכומים שיגבו ממנה בגין הזכות לעשות שימוש במחצבי ים המלח מעבר לקבוע בהסכמים שבינה ובין המדינה. כפי שהובהר בחוות דעת שלו:

"לו תבקש המדינה במהלך תקופת הזיכיון להגדיל באופן חד-צדדי את חלקה, הרי שלמי"ה תעמוד הזכות לפיצויים כלפי המדינה במלוא היקפה".⁹³

182. חוות הדעת המשפטית כלל אינה עוסקת במישור החוזי, וממילא אין היא נותנת את הדעת להשלכות של הפרה חוזית זו. העדר הדיון המשפטי משקף את חולשת טענותיה של המדינה בהקשר זה.
183. יתרה מכך, חוות הדעת המשפטית מתעלמת לחלוטין מנפקויות מרחיקות לכת במישור החוקתי שיש להפרתם של הסכם הזיכיון והסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים על ידי המדינה. **חוק שיאמץ את המלצות הוועדה יהווה חוק המפר הסכמים שבין המדינה לבין כיל. לכך תהא השלכה על כל היבטים של מבחני החוקתיות – הן על השאלה האם החוק יפגע בזכות חוקתית; והן על השאלה האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.**
184. זאת ועוד, הניתוח החוקתי בחוות הדעת המשפטית, הנסמך בעיקרו על השוואה לחקיקה בהקשרם של משאבי הגז והנפט ועל הכרעת בית המשפט העליון בהקשרה של חקיקה זו,⁹⁴ מתעלם מהמצב הייחודי והשונה מן היסוד של כיל, ביחס לדוגמא עליה הוא נסמך. **לכך היבטים רבים הנוזכרים להלן. להמחשה, בשונה לחלוטין ממקרה הגז והנפט, זכויותיה של כיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח עוגנו בהסכם מחייב, שאף קיבל מעמד של חוק, אשר הצדדים פעלו על פיו במהלך השנים, הסתמכו עליו, שינו אותו**

⁹³ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בעמ' 87.

⁹⁴ בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012) ("בג"ץ דודיאן").

בהסכמה – בפעם האחרונה רק לפני כשנתיים – ופעלו על-פי המנגנון לבירור מחלוקות הקבוע בו. הנדון אינו דומה לראייה, והמסקנה המוסקת בחוות הדעת המשפטית, בכל הכבוד, שגויה.

185. לא זו אף זו. להסדר המוצע בטיוטת המסקנות שני נדבכים – האחד הוא הטלת מס משאבי טבע; השני הוא שינוי שיעור התמלוגים. **חוות הדעת המשפטית עוסקת במס בלבד ובוחנת את חוקיותו. סוגיית שינוי שיעור התמלוגים כמעט ואינה נזכרת בחוות הדעת המשפטית, והיא אינה נבחנת משפטית ובנפרד מסוגיית הטלת המס.**

כך נכתב בחוות הדעת המשפטית:

“הוועדה ממליצה גם לערוך שינויים בתמלוגים המשולמים בגין חלק ממשאבי הטבע. בחוות דעת זו לא נעסוק באופן קונקרטי במשמעויות המשפטיות של המלצה זו של הוועדה ונתמקד בנושא של מס רווחי היתר. עם זאת, עיקר הניתוח שיובא בחוות הדעת זו [הטעות במקור, ד.ת] רלוונטי גם לגבי המלצות הוועדה בעניין התמלוגים”⁹⁵.

186. אף כי הדברים נאמרים באופן עמום מאד (“עיקר הניתוח” וכו’), בכל הכבוד, הגזירה השווה הנעשית כאן, ללא הנמקה, שגויה. **סוגיית התמלוגים ניצבת בליבת היחסים החוזיים בין הצדדים.** השינויים שמציעה הוועדה ביחס לשיעור התמלוגים על מחצבי ים המלח, אופן חישובם וקביעת הבסיס לחישובם, עולים כדי הפרת שטר הזיכיון. המלצות אלה, אם תאומצנה, תהווה אף הן שינוי כפוי וחד-צדדי של ההסכמות בין הצדדים ביחס לתמורה החוזית. חוות הדעת המשפטית מתעלמת מכך.

ג.2) המלצות הוועדה, אם תאומצנה, תהווה הפרה ברורה של שטר הזיכיון ושל הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים

ג.2) (א) כללי

187. כיל התריעה בפני שר האוצר כי הקמת הוועדה מהווה הפרה ברורה של הוראות שטר הזיכיון ושל הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.⁹⁶

188. **בתשובת המדינה, נענתה כיל כי הוועדה מונתה על מנת להמליץ על מדיניות כלכלית, וכי הדבר יעשה בשים לב להחלטת הממשלה מיום 1 בינואר 2012 כי היא לא רואה צורך לעת הזאת בביצוע שינויים במדיניותה הפיסקאלית הספציפית בקשר עם כריית מחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי, ועל-כן לעת הזאת לא תיזום, וכן תתנגד לפי העניין, להצעות חוק בעניין זה.**⁹⁷

⁹⁵ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 3, בה"ש 7.

⁹⁶ מכתב מאת הח"מ, למר יאיר לפיד, שר האוצר מיום 3.12.2013, ומכתב תזכורת מיום 30.12.2013.

⁹⁷ מכתב מאת עו"ד יואל בריס, היועץ המשפטי של משרד האוצר, לח"מ מיום 31.12.2013.

189. כיל פתחה בהליך בוררות נגד המדינה על-פי תניית הבוררות המחייבת בשטר הזיכיון, והגישה כתב תביעה שעניינו זכותה לפיצוי כספי בגין הפרה שכבר בוצעה ביחס להוראות שטר הזיכיון, ובגין החשש מפני הפרה צפויה נוספת.⁹⁸ כאשר פנתה כיל למדינה, בדרישה למנות בורר מטעמה לצורך בירור התביעה, דחתה המדינה דרישה זו.⁹⁹ המדינה טענה כי הוועדה בוחנת "במבט רחב" את המדיניות הפיסקאלית של מדינת ישראל ביחס למשאבי הטבע הלאומיים (מלבד משאבי הנפט והגז) וכי "הוועדה אינה נדרשת לפרש את שטר הזיכיון או לקבל החלטה הנוגעת לביצועו וכן לא דנה בזכויות או בחובות של הצדדים לשטר".¹⁰⁰

190. עם פרסום טיוטת המסקנות, הסתבר כי אין בה "בחינה רחבה" כזו. נהפוך הוא. מטיטות המסקנות עולה כי הוועדה בחנה בחינה ספציפית ביותר ומכוונת היטב את ההסדר הפיסקאלי הנוגע לכל. בחינה זו של הוועדה נועדה להביא לשינוי התמורה המתקבלת מכיל בעד הזכויות שהוענקו לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח אשר הוגדרה בשטר הזיכיון (על עדכוניו) ושונתה רק לאחרונה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. בחינת הוועדה נעשתה תוך התעלמות מהתחייבויותיה של המדינה, למרות שהוועדה קיבלה החלטה הנוגעת במישרין לזכויות והחובות הנובעות משטר הזיכיון ומהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.

191. המלצות הוועדה בטיטות המסקנות, אם תאומצנה, תבאנה בהכרח להפריח ברורה של התחייבויות המדינה בשטר הזיכיון ובהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.¹⁰¹

192. המלצות הוועדה מהוות, הלכה למעשה, הגדלה חד-צדדית של התמורה החוזית המשולמת למדינה בגין הזכות שניתנה לכל לעשות שימוש במחצבי ים המלח. תמורה זו נקבעה בשטר הזיכיון, שונתה במהלך השנים בהסכמה בלבד, ובהעדרה – תוך פניה למנגנון פתרון הסכסוכים הקבוע בשטר הזיכיון (בוררות זבל"א); היא עודכנה רק לפני כשנתיים, בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, בו התחייבה המדינה "לעת הזאת" שלא לזום הליך חקיקה לשינוי ההסדר הפיסקאלי.

193. הגדלת התמורה כאמור סותרת את ההסכמות הכלכליות אליהן הגיעו המדינה וכיל, ואת התחייבויותיה המפורשות של המדינה; היא מהווה, לפיכך, הפרה של הסכמים עליהם חתומה המדינה, המקנה לכל זכות לסעדים חוזיים.

194. יתרה מזו, בהתאם להמלצות הוועדה, בסיס המחזור לחישוב התמלוגים נתון לשיקול דעת המדינה. המשמעות בפועל היא ששיעור התמלוגים אינו קבוע ומוגדר, ונתון לשינוי בהתאם להחלטת המדינה. המלצה זו פגומה, הואיל והיא מטילה משטר מס שכלל אינו קבוע מראש בדין. הותרת שיקול דעת בקביעת

⁹⁸ הפ"ב 4939-04-14 מפעלי ים המלח בע"מ נ' מדינת ישראל (30.4.2014) ("בקשה למינוי בורר").

⁹⁹ מכתב מאת הח"מ, לעו"ד יואל בריס, היועץ המשפטי של משרד האוצר מיום 18.3.2014.

¹⁰⁰ מכתב מאת עו"ד יואל בריס, היועץ המשפטי של משרד האוצר, לח"מ מיום 27.3.2014.

¹⁰¹ זאת מבלי לפגוע או לגרוע בכל צורה שהיא מטענות מ"ה בכתב התביעה שהוגש למדינה ביום 18.3.2014 לפיהן עצם הקמת הוועדה מהווה הפרה והפרה צפויה של הסכם הזיכיון.

בסיס התמלוגים, כמוהו כהותרת שיקול דעת בקביעת שיעורם – תקלה חוקית וחוקתית שיש להימנע ממנה.

ג.2(ב) שינוי חד-צדדי וכפוי של התמורה אותה משלמת כיל למדינה, בגין הזכות שניתנה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח

195. בבסיס חוות הדעת המשפטית עומדת הקביעה, כי מס משאבי הטבע עליו ממליצה הוועדה הוא מס כללי המוטל כחלק ממדיניות כלכלית וממהלך כללי של מיסוי רווחי היתר ממשאבי הטבע, כי הוא משתלב במארג הכולל של מערכת המס בישראל, וכי "הוראותיו של המס המוצע הן חיצוניות לשטר הזיכיון ובאות ליישם מדיניות כללית של המחוקק".¹⁰² קביעה זו נועדה להוביל למסקנות אותן ביקשו כותביה לבסס, לפיהן אין כל קושי משפטי עם המס המוצע. קביעה זו שגויה על פניה בכל הנוגע לכיל.

196. הקביעה כי מס משאבי הטבע המוצע הוא "מס כללי" אינה מאבחנת כראוי בין שני סוגי התשלומים המשולמים כיום על-ידי כיל למדינה, השונים זה מזה במהותם, בתכליתם ובמאפייניהם. כמו כן קביעה זו מתעלמת מהמנדט שהוענק לוועדה, מהיחסים החוזיים שבין הצדדים ומהתנהלותה של המדינה בהקשרם.

197. **כיל משלמת כיום למדינה שני סוגי תשלומים.**

198. **סוג התשלום האחד** אותו משלמת כיל למדינה, הוא **תשלום ספציפי עבור הזכות שהוענקה לכיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח**. כיל והמדינה חתמו על שטר הזיכיון, אשר עוגן בחוק זיכיון ים המלח. הסכם זה (על עדכונים) קבע את הזכויות להן זכאים הצדדים ואת החובות המוטלות עליהם. **בכלל כך נקבעה התמורה שתשלום למדינה בגין "כל הזכויות וזכויות היתר" שהוענקו לכיל בשטר הזיכיון** – תמלוגים בשיעור מוסכם הנגזרים ממחזור הכנסותיה של כיל (בניכוי סכומים מסוימים בהתאם לנוסחה שנקבעה בשטר הזיכיון). תמורה זו היא תשלום המוטל על כיל בגין הזכות שהוענקה לה לעשות שימוש, כגורם פרטי, באוצרות הטבע של ים המלח שהוא נכס של המדינה. בשנת 2012, עם החתימה על הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, הוגדל שיעור התמלוגים ובהתאם עודכן סך התשלום המשולם למדינה.

199. **סוג התשלום השני** אותו משלמת כיל למדינה, הוא תשלומי החובה הכלליים המוטלים על כיל מכוח היותה חברה המנהלת את עסקיה במדינת ישראל. במסגרת זו ניתן למנות לדוגמא את מס החברות, המע"מ, האגרות הממשלתיות, ארנונה, מס מעסיקים וביטוח לאומי.

200. **סוגי תשלום אלו נבדלים זה מזה לחלוטין**. הסוג האחד הוא תשלום ספציפי, בגין הזכות שהעניקה המדינה לכיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח. הסוג השני הם תשלומי חובה כלליים החלים על הציבור, ובכלל זה גם על כיל, בגין העובדה כי הוא מצוי או מנהל עסקים במדינת ישראל.

¹⁰² חוות הדעת המשפטית, בסעיף 187.

201. הוועדה הוקמה, על-פי המנדט שניתן לה בכתב מינויה, על-מנת להמליץ מהו התשלום שהמדינה אמורה לקבל כאשר היא נותנת לגוף פרטי לעשות שימוש במשאב טבע. בהתאמה למנדט זה, התשלום אותו ממליצה הוועדה לגבות במסגרת טיוטת המסקנות הוא תשלום בגין כך בדיוק – תשלום בגין הזכות שהוענקה לגופים פרטיים לעשות שימוש במשאבי טבע, קרי סוג התשלום הראשון. כיל אמורה, כך על-פי המלצות הוועדה, לשלם תשלום נוסף בגין הזכות שהוענקה לה, כגוף פרטי, לעשות שימוש במשאבי טבע, הם מחצבי ים המלח.

202. כאמור, בעבר כבר קבעו כיל והמדינה, בהסכמה, מהו התשלום אותו על כיל לשלם למדינה בגין הזכות שהוענקה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח. קביעה זו עוגנה בהסכם שנחתם בין הצדדים – הוא שטר הזיכיון, ואי אפשר לשנותה באופן חד-צדדי. כדברי כבוד הבורר א. הרטמן בפסק הדין (החלקי) שניתן אך לפני שבועות ספורים בבוררות המתנהלת בין המדינה לבין כיל בנושא התמלוגים:

”... משטר התמלוגים שנקבע בשטר הזיכיון מבטא את האינטרס הכלכלי של אזרחי המדינה במחצבי ים המלח ואת התמורה המגיעה לאזרחי המדינה עבור זכויות היתר שניתנו לבעל הזיכיון לנצל את אוצרות הטבע שבים המלח (כאמור בסעיף 15(א) לשטר הזיכיון)”.¹⁰³

203. שטר הזיכיון, שעוגן בחוק זיכיון ים המלח, הוא פרי משא ומתן שנערך בין המדינה לבין כיל. כפי שציינה כבוד השופטת (בדימוס) ט. שטרסברג-כהן בפסק דינה במסגרת פסק הדין החלקי בבוררות התמלוגים בהתייחסה לשטר הזיכיון:

”אין מחלוקת בין הצדדים שהשטר הוא הסכם, פרי משא ומתן והסכמות בין המדינה לבין מפעלי ים המלח”.¹⁰⁴

204. שטר הזיכיון יצר מערכת הוליסטית שגם המדינה הכירה בה לאורך השנים. שטר הזיכיון מהווה מכלול כלכלי שלם של זכויות וחובות. שטר הזיכיון קובע את מלוא התנאים שבכפוף להם קיבלה כיל את הזכות לעשות שימוש במחצבי ים המלח, ואשר בכפוף להם הסכימה המדינה להעניקה. שטר הזיכיון מבטא באופן מדויק ושלם את התחייבויות הצדדים וזכויותיהם. שטר הזיכיון קובע את הזכויות שהוענקו בהקשרו, את החובות והמגבלות המוטלות על הצדדים מכוחו, את משכו, את כללי המנהל החלים עליו, את הסעדים בגין הפרתו, את כללי הפרשנות וביאור ההסכם החלים עליו, ועוד. שטר הזיכיון לא קובע רק מה מקבל כל צד, אלא גם באיזו עלות. התמורה שנקבע כי כיל תשלם למדינה בגין הזכויות שהוענקו לה מהווה נדבך מרכזי ויסודי בשטר הזיכיון. כן קובע שטר הזיכיון את המנגנון לבירור מחלוקות בעניינו – מנגנון הבוררות. למכלול תנאים והסכמות אלו הוענק תוקף של חוק, הגובר על חקיקה אחרת.

205. הצדדים הכירו בתוקפן של הסכמות אלו, לרבות לגבי התמורה המשולמת למדינה. לאורך השנים שונה שטר הזיכיון בהסכמה, ורק בהסכמה, על בסיס דין ודברים בין הצדדים, ומתוך הכרה שהצדדים מחויבים

¹⁰³ שם, בעמ' 64, בפסקה 23.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 9.

בהסכמות הראשוניות שנערכו ביניהם.¹⁰⁵ המדינה עצמה יישמה את ההסכמות שבשטר הזיכיון בכל הנוגע לאופן פתרון מחלוקות הנוגעות אליו, עת פנתה להליך בוררות בנושא תשלום תמלוגים בגין מוצרי המשך.

206. בשטר הזיכיון הסכימו הצדדים, כאמור בסעיף 15, כי כיל תשלם למדינה סכום בשיעור של 5% ממחזור ההכנסות שלה (כאמור, בהתאם לנוסחה שנקבעה בו). בהמשך הוסכם בין הצדדים כי סכום זה יועלה לשיעור של 10% (לכל כמות כרייה מעל 1.5 מיליון טון בשנה).

207. עתה ממליצה הוועדה כי בגין אותה זכות בדיוק – הזכות לעשות שימוש במחצבי ים המלח – כיל תשלם לא רק סכום בשיעור 5% ממחזור ההכנסות שלה, אלא גם תשלום נוסף, מהותי ביותר, שייגזר מרווחיה.

208. אין כל ספק, ולא יכול להיות כל ספק, כי תשלום חדש זה, "מס משאבי טבע" כפי שהוא מכונה, מהווה בעצמו תשלום בגין הזכות שניתנה לכיל, במסגרת שטר הזיכיון, לעשות שימוש במחצבי ים המלח, זאת הרי הסוגיה אותה נתבקשה הוועדה לבחון, וכך עשתה.

209. אכן, בניגוד מוחלט לאופן הצגת הדברים בטיטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית, אין המדובר כלל וכלל במיסוי כללי המצטרף כביכול לתשלומי החובה אותם משלמת כיל. מדובר בעדכון חד-צדדי כפוי, וללא הסכמה הדדית, של התשלום החוזי המשולם על-ידי כיל למדינה מכוח שטר הזיכיון על עדכוניו, לרבות הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, וזאת מכח כל אחד ואחד מהטעמים הבאים וודאי מכולם
יחד:

א. מס משאבי הטבע המוצע הוא תשלום שיוטל על כיל אך ורק בגין הזכות שהוענקה לה בשטר הזיכיון לעשות שימוש במחצבי ים המלח, שהלוא בהעדר זכות זו לא היה מוטל על כיל אותו תשלום. הקשר הישיר בין הזכות שהוענקה לכיל בהסכם לבין תשלום המס המוצע, היא הנותנת כי תשלום זה נבדל במהותו מתשלומי החובה המוטלים על כיל בשל היותה מנהלת עסקים במדינת ישראל.

ב. מס משאבי הטבע המוצע הוא תשלום הנקבע בהתאם למאפייניה הייחודיים של כיל. קביעת סוג התשלום הנוסף, שאותו ממליצה הוועדה להטיל על כיל, ושיעורו, נגזרים מהנתונים הספציפיים של כיל, וכך הם גם חושבו. החישובים שביצעה הוועדה נעשו על בסיס נתונה של כיל ובנסיבות שטר הזיכיון של כיל. זאת להבדיל מתשלומי החובה המוטלים על כיל, אשר נקבעים על-ידי המדינה באופן כוללני ורחב.

ג. כנגד הטלת מס משאבי הטבע, מציעה הוועדה להפחית את שיעור התמלוגים אותם משלמת כיל מכוח שטר הזיכיון. הקשר הברור שהוועדה עצמה יוצרת, בין שני תשלומים אלו מעיד כאלף עדים כי לא מדובר במיסוי כללי, אלא בהטלת תשלום נוסף בגין הזכויות שהוענקו לכיל בשטר הזיכיון – ביחס

¹⁰⁵ כך היה עת בוצעו בהסכמה תיקונים לחוק זיכיון ים המלח; וכך היה עת הוחלט על שינוי הנוגע לתשלום התמלוגים למדינה ופורט במכתב מאת שר האוצר, אברהם (בייגה) שוחט, ושר התעשייה והמסחר, מיכה חריש, למפעלי ים המלח בע"מ מיום 11.1.1995.

ישיר לשיעור התמלוגים אותם משלמת כיל בגין אותה זכות בדיוק – הזכות לעשות שימוש במחצבי ים המלח.

ד. המטרה המוצהרת של המס המוצע היא להבטיח כי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי הטבע, שאינם גז ונפט, ישקף את החלק המגיע לציבור.¹⁰⁶ ובכך, אין חולק כי שיעורו של חלק זה כבר נקבע בהסכם הזיכיון על תיקוניו, ועודכן בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. כך, כאשר הוועדה באה להטיל מס מיוחד וספציפי על כיל, היא באה לשנות את התמורה לגביה כבר נקבע כי תשולם למדינה על-ידי כיל בגין הזכויות שהוענקו לה בשטר הזיכיון. במילים אחרות, המדינה מתעתדת באמצעות החוק המוצע, לגבות יותר כסף מכיל בגין הזכויות שהוענקו לה ואשר התשלום עבורן הוגדר בשטר הזיכיון. משכך, גם אם ניתן היה לומר כי מדובר במס כללי ביחס למחצבים אחרים שבנוגע לשימוש בהם לא קיימת מערכת הסכמית עם המדינה, ואין כך הדבר, הרי בנוגע לכל תכליתו של מס זה היא הגדלת התמורה, שהמדינה מקבלת בקשר עם הזיכיון שניתן לה בנוגע למחצבי ים המלח, אשר נקבעה בשטר הזיכיון על עדכונו.

210. למדינת ישראל משאבי טבע רבים ושונים – קרקע על סוגיה ושימושיה השונים (קרקע חקלאית, קרקע לבנייה, קרקע למסחר, קרקע לתעשייה, חופי הים וכיוצא בזאת), אויר, מים, צמחיה ועוד. הוועדה כלל לא בדקה את שאלת התשלום המגיע למדינה בעד שימוש גורמים פרטיים בכל משאבי הטבע של המדינה (למעט נפט וגז שהוחרגו בכתב המינוי באופן מפורש).

211. מטיוטת המסקנות עולה כי בדיקת הוועדה התמקדה, לכאורה, בשלושה משאבי טבע בלבד – מחצבים, חומרי חציבה ומים מינרליים. אולם גם זה אינו תיאור מדויק, שכן הלכה למעשה התמקדה הוועדה במחצבי ים המלח והפוספט.¹⁰⁷ לא בכדי "נבחרה" כיל בחוות הדעת המשפטית על מנת "להמחיש את הממצאים הכלכליים והעקרוניים של הוועדה", כביכול.¹⁰⁸ בכל הכבוד, אין זו "המחשה" אלא הדיון עצמו ולגופו, בנושא לשמו התכנסה הוועדה, ומכל מקום הנושא העיקרי והמרכזי ביותר בעבודת הוועדה, עיקר עיסוקה ותשומת לבה. בעיסוק התקצירי והשולי במים מינרליים (שפטרה) ובחומרי חציבה (שדחתה), אין כדי לשנות. עניינה של הוועדה בים המלח ובפוספטים. עניינה של המדינה – בכל.

212. המסקנה הברורה היא כי בכל הנוגע לכיל, מס משאבי הטבע המוצע אינו בבחינת מס כללי, חלק ממדיניות כלכלית וממארג דיני המס בישראל. מדובר אך בכסות לשינוי התמורה החוזית אותה משלמת כיל למדינה, בגין הזכות שהוענקה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח, על-פי המערכת ההסכמית עם המדינה, שאף קיבלה עיגון בחקיקה ראשית.

¹⁰⁶ טיוטת המסקנות, בעמ' 3.

¹⁰⁷ כפי שעולה בבירור מהאמור בחוות דעת ה-IMF, בנספח ב' לטיטות המסקנות, בפסקה 4.

¹⁰⁸ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 14.

213. ברור מכך שאין דבר בראיה-כביכול המובאת בחוות הדעת המשפטית, לפיה כיל לא העלתה השגה שיש בה כדי לסתור את שטר הזיכיון בכל הנוגע לשינויי מס אחרים שהוחלו עליה,¹⁰⁹ תוך הזכרת השינויים שחלו במס החברות ובמע"מ שחלים על כיל. בכל הכבוד, אף זו טעות מהותית בחוות הדעת המשפטית. **כיל לא השיגה על שינויי מס אלה, משום שמדובר במס כללי החל על גופים ויחידים בגין פעילותם במדינת ישראל, ולא בתשלום הנגבה מכיל בגין הזכות שהוענקה לה, לעשות שימוש במחצבי ים המלח. כאמור לעיל, תהום פעורה בין מיסים כלליים המושגים על כיל בגין היותה מנהלת עסקים במדינת ישראל, ובין תשלום המושג על כיל באופן ספציפי ופרסונאלי שכל יעדו, על פי כתב המינוי של הוועדה עצמה, להגדיל את הסכום שגובה מדינת ישראל בגין הזכות שהעניקה לכיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח – זכות שהתמורה בגינה כבר נקבעה באופן מחייב בהסכם הזיכיון ובהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.**
214. אין גם ממש בטענה בחוות הדעת המשפטית כי מדובר במס כללי, כביכול, כיוון שהוא יחול על המשאבים גם לאחר תקופת הזיכיון.¹¹⁰ שינוי חד-צדדי וכפוי של התמורה החוזית שנקבעה בין הצדדים, לתשלום בגין הזכות שקיבלה כיל לעשות שימוש במשאבי ים המלח, אינו חדל מלהיות כזה, רק משום שהוא יחול גם בתקופה שלאחר תום החוזה בין הצדדים, והדברים ברורים. ממילא מודל המס של הוועדה מותאם לזיכיון ים המלח במהלכו, ולא לזיכיון חדש אם יינתן, אשר ללא ספק יצריך מודל מס אחר.
215. גם הטענה בדבר החלתו של המס המוצע "באופן שווה על כל משאבי הטבע המגלים רווחיות עודפת",¹¹¹ נטולת בסיס. כאמור הוועדה צמצמה את דיונה רק למשאבי הטבע של ים המלח והפוספטים, כלל לא דנה או פטרה מעונשה משאבי טבע אחרים, והמס שהיא ממליצה עליו יחול על כיל ורק על כיל, על פי מאפייניה הספציפיים. אין שמץ של "שוויון" במס המוצע, וכל שיש הוא ניסיון להלביש כסות של כלליות שאיננה על מציאות ספציפית ופרסונלית מאין כמוה.

ג.(2) אימוץ המלצות הוועדה יהווה הפרה של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים

216. להבדיל משטר הזיכיון שעם סוגיית שינוי החד-צדדי – קרי הפרתו – חוות הדעת המשפטית אינה מתמודדת, דנה חוות הדעת המשפטית בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, אם כי ללא בחינה חוזית, כפי שציינו לעיל.¹¹²
217. בהקשר זה נטען בחוות הדעת המשפטית: "המלצות הוועדה לשינוי המדיניות הפיסקאלית החלה על כיל עומדות בהצהרות המדינה בהחלטת הממשלה בעניין קציר המלח ובהסכם הקציר".¹¹³ כפי שעולה מהדברים שכבר תוארו לעיל, אמירה זו אינה נכונה.

¹⁰⁹ שם, בסעיף 130.

¹¹⁰ שם, בסעיף 133.

¹¹¹ שם.

¹¹² כעולה מחוות הדעת המשפטית, בסעיף 137.

¹¹³ שם, בעמ' 39.

218. כיל הוכיחה היטב בעמדה הראשונית שהגישה לוועדה, כי לאורך המשא ומתן לגבי הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, הציבה המדינה את ההסכם כחלופה להקמת ועדה לבחינת חלקה של המדינה ברווחים ממחצבי ים המלח בדומה לוועדת ששינסקי הראשונה ביחס לענף הגז והנפט, וכי המדינה אף איימה כי אם לא ייחתם הסכם עם כיל לאלתר, תוקם ועדה כזו. כיל הביאה לכך ראיות ועדויות ברורות. בחוות דעת פרופ' שלו שהוגשה על-ידי כיל, הובהר מהו המשקל שיש לתת להתנהלות המדינה המתוארת במהלך המשא והמתן ולהתחייבויות החוזיות שנטלה על עצמה במסגרתו, לרבות להתחייבות החוזית הגלומה בהצהרות אלו ולנפקותה.¹¹⁴
219. בחוות הדעת המשפטית נטען כי במהלך המשא ומתן בין הצדדים ביקשה כיל למנוע הטלת מס עליה, דוגמת המס שהוטל על רווחי הנפט והגז, וכי המדינה סירבה להתחייב כי משטר המס שיחול על כיל לא ישונה לאורך כל חיי הזיכיון.
220. כיל חולקת על העובדות כפי שנטענו בחוות הדעת המשפטית, ואולם אין בכך כדי לשנות, שהרי בכל מקרה, אין כל מחלוקת כי בסופו של דבר המדינה כן הגבילה את עצמה בביצוע שינויים במדיניותה הפיסקלית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח, בהתחייבה כי לעת הזאת היא לא תיזום וכן תתנגד להצעות חוק בעניין.
221. גם אם היינו מקבלים את גישת המדינה (שכיל חולקת עליה), לפיה המדינה לא התכוונה לכך שהתחייבות זו של המדינה תחול עד לתום תקופת הזיכיון, הרי שבחינת האופן בו המדינה עצמה הסבירה את משמעות הביטוי "לעת הזאת" ביחס לנסיבות העובדתיות שמפורטות בחוות הדעת המשפטית, מלמדת כי בכל מקרה, נכון להיום, "העת הזאת" טרם חלפה.
222. יתרה מזאת, אף אם היינו מניחים (ובפירוש אין כך הדבר) כי "העת הזאת" חלפה, הרי שהנסיבות שהמדינה עצמה הגדירה מראש, כי הן עשויות להצדיק בחינה נוספת של אפשרות שינוי במדיניות הפיסקלית בנוגע למחצבי ים המלח, כולן כאחת אינן מתקיימות, ובכל מקרה התחייבות המדינה תלויה, עומדת ומחייבת אותה.
223. התחייבות המדינה הובהרה על-ידה, הן בדברי ההסבר להחלטת הממשלה, והן בתגובתה לעתירה בעניין הסכם הקציר. כמו כן פרשנותה נהירה מלשון הסעיף ומנסיבות כריתת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.
224. באשר ללשונו של הסעיף: בסעיף נאמר כי המדינה "לא תיזום ולא תתנגד, לפי העניין, להצעות חוק בעניין זה". לשון זו היא לשון עתידית, ולכן ברור כי התחייבות המדינה חלה מעבר למועד קבלת החלטת הממשלה או מועד חתימת ההסכם.

¹¹⁴ עמדה משפטית מטעמה של כיל, לעיל הי"ש 23, בסעיפים 61-62, 129-134.

225. **באשר לאופן בו הבהירה המדינה את מהות התחייבותה:** מדברי ההסבר של המדינה להצעה להחלטת הממשלה ומתגובתה לבג"ץ אדם טבע ודין, עולה כי המילים "לעת הזאת" אינן מתייחסות לזמן הווה אלא לזמן עתידי, לאחר השלמת כלל המהלכים בהם נקטה המדינה להגדלת חלקה ברווחי כיל, ובכלל זה לאחר התבררות התמונה בנוגע לחלקה מפעילות כיל.
226. **המדינה הסבירה כי קיים חוסר וודאות בנוגע לחבות המס שתוטל על כיל ולגובה התמלוגים שמשלמת כיל, וכי בעתיד, לאחר הסרת אי וודאות זו, ניתן יהיה לשקול לבצע בחינה של חלקה של המדינה בהכנסות החברה ורווחיה, שתבוצע באופן מושכל והדרגתי תוך התחשבות, בין היתר, במחיר המחצבים בשוק העולמי ובכושר התחרותיות של החברה.** בישיבת ועדת הכספים מיום 10 בינואר, 2012 החשבת הכללית של משרד האוצר הוסיפה טעם נוסף להתחייבות המדינה שלא לבצע שינויים נוספים במדיניותה הפיסקאלית – **עלויות פרויקט הקציר שאינן ודאיות וכוללות סיכון גדול לכיל בדמות חריגה מההוצאות הצפויות.**
227. משכך, לא יכול להיות ספק כי הפרשנות הנכונה, גם לשיטת המדינה, של התחייבותה, היא כי **המדינה התחייבה להימנע מלבצע שינוי במדיניות הפיסקאלית בנוגע למחצבי ים המלח – בין אם על דרך ייזום חקיקה ובין אם על דרך התנגדות להצעות חקיקה בנושא – לפחות עד התבררות אי הוודאות בנוגע לחלקה של המדינה ברווחי כיל.** בנוסף, **המדינה בהתחייבותה שמרה את זכותה אך לבחון שינוי במדיניותה הפיסקאלית ולא את הזכות לשנות מדיניות זאת בעתיד ללא בחינה כזו.**
228. **באשר לנסיבות כריתת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים:** מנסיבות אלה עולה בבירור כי המדינה בחרה להגיע להסכמה עם כיל חלף ייזום הליכי חקיקה, ולכן ברור כי התחייבותה של המדינה להימנע מייזום חקיקה היא התחייבות שתוקפה לזמן עתיד ולנסיבות שיצדיקו סטייה מהסכמה זו.
229. **מכך ברור כי פרשנות המדינה להתחייבותה כפי שנטענה בחוות הדעת המשפטית, כאילו במילים "לעת הזאת" המדינה התכוונה לנסיבות שהיו בעת קבלת החלטת הממשלה שעל-פיהן לא היה מקום לשינוי המדיניות הספציפית בנוגע לכיל – אינה נכונה.**
230. כאשר סייגה המדינה את התחייבותה שלא לחוקק חוק, היא הסבירה זאת בכך שיש עדיין סוגיות תלויות ועומדות, באופן שיכול להצדיק בחינה נוספת, בחלוף שנים, של התחייבותה שלא לשנות את המדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם כריית המחצבים ביים המלח, לרבות ניצולם המסחרי. משמע, שלפי שיטת המדינה עצמה, **תוצאתן של אותן סוגיות תלויות ועומדות, ניצבת בבסיס התחייבותה החוזית של המדינה שלא לבצע לעת הזאת שינויים נוספים במדיניותה הפיסקאלית, והיא זו שתכריע האם יש הצדקה לקיים בחינה נוספת ביחס להסדר הפיסקאלי והאם יש לשנותו, בחלוף "העת הזאת".**
231. הובהר על-ידי המדינה, כי סוגיות תלויות ועומדות אלו הן חבות המס של כיל נוכח השינויים בחוק לעידוד השקעות הון, בוררות התמלוגים שטרם הסתיימה ואי הוודאות בנוגע להוצאות פרויקט קציר המלח. כמו כן, המדינה עמדה על כך כי כל בחינת שינוי עתידי במדיניותה הפיסקאלית בקשר עם מחצבי ים המלח צריכה לקחת בחשבון גם את מחיר המחצבים ואת כושר התחרותיות של כיל.

232. עוד הובהר על-ידי המדינה בצורה ברורה ומפורשת כי היא רואה בהעלאת שיעור התמלוגים שנקבעה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים משום שינוי חלקה של המדינה ברווחי כיל לכל הפחות לרמה המקובלת בעולם, וכי היא רואה בהסדר הגלום בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים כהסדר ראוי המיטיב עם המדינה בצורה משמעותית.
233. ירידת היקף אי הוודאות מאז חתימתו של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים בסוגיות שהיוו בסיס להתחייבות המדינה, במידה בה היא קיימת, היא כולה לטובת המדינה, ועל-כן על פי התחייבות המדינה עצמה היא מונעת את החקיקה המוצעת, גם בחלוף "העת הזאת" וגם, וללא ספק, במהלכה.
234. התיקונים שבוצעו בחוק לעידוד השקעות הון יביאו לכך שהחל משנת 2017 כיל תשלם מס חברות מלא, ולא תיהנה עוד מהטבות מס שהוענקו לה בעבר כחברה הפועלת באזור עדיפות לאומית.
235. בנוסף, לאחרונה הוציאה רשות המיסים שומות לכיל בסך של מיליארד ו-12 מיליון שקלים, המתייחסות לשנים 2009-2011, כלומר לשנים שלפני התיקון בחוק לעידוד השקעות הון, מהן עולה כי לשיטת המדינה יש לפרש את התיקון בחוק לעידוד השקעות הון באופן רטרואקטיבי. אף כי כיל חולקת מכל וכל על שומות אלו, הוצאת שומות לשנים שלפני התיקון לחוק עידוד השקעות הון, ממחיש עוד יותר את חוסר הקונסיסטנטיות בעמדת המדינה, אשר כבר שיפרה את מצבה באופן מהותי מאז חתימת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, תוך שהיא מנסה לשפר את מצבה זה עוד יותר – והכל תוך שהיא מתארת בטיטת המסקנות ובחוות הדעת המשפטית מציאות כביכול הפוכה, על מנת להצדיק – אם היה בכך כדי להצדיק – את הפרת הסכמיה עם כיל.
236. בפסק הדין החלקי שניתן בבוררות התמלוגים, יום לאחר פרסום טיוטת המסקנות של הוועדה, התקבלה עמדת המדינה באשר לדרך בה יש לפרש את סעיף התמלוגים בהסכם הזיכיון בנוגע לתשלום על מוצרי המשך. פסק הבוררים, אם כן, משנה את הנסיבות לטובת המדינה. עד כמה שהמדינה ביקשה לשמור לעצמה "נתיב מילוט" למקרה שתפסיד בבוררות התמלוגים, בדמות בחינה עתידית של ההסדר הפיסקאלי החל על ים המלח, אין בנתיב זה צורך ואין לו עוד הצדקה נוכח תוצאות בורות התמלוגים.
237. הנה-כי-כן, לא יכולה להיות מחלוקת כי מאז שנחתם הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, ירידת היקף אי הוודאות היא כולה לטובת המדינה. ירידה זו מונעת מהמדינה, על-פי פרשנותה של המדינה עצמה את התחייבותה החוזית, מלחוקק כיום חוק המשנה את המדיניות הפיסקאלית בנוגע למחצבי ים המלח.
238. גם מחירי המחצבים ירדו משמעותית מאז נחתם הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. הירידה במחירי המחצבים, מביאה לכך שהוצאות ביצוע פרויקט קציר המלח בהן אמורה לשאת כיל בשנים הקרובות מהוות הכבדה משמעותית נוספת על החברה.
239. בחוות הדעת המשפטית נטען כי טעם נוסף המצדיק את "קביעת משטר המס כבר היום", נובע מכך שלאחר חתימת ההסכם התברר כי כיל שוקלת למכור את מניותיה במי"ה לחברת פוטאש העולמית, וכי אף שמכירה

זו טרם יצאה אל הפועל, קיים לפי הנטען טעם רב כי המדינה תקבע מראש את מדיניותה הכללית ביחס לכיל.¹¹⁵ כיל עצמה מעולם לא שקלה לבצע מכירה כזו. ככל שבעלי מניותיה שקלו מכירה של מניות כיל, ואין לכיל מידע בעניין, **בכל הכבוד מדובר בטענה מקוממת**, נוכח העובדה כי עסקת מכירה כזו לא יכולה היתה לצאת בראש ובראשונה כיוון שנציג המדינה (שר האוצר) התנגד לה. המדינה אינה יכולה מחד למנוע מראש קיומה של עסקת מכירה, ככל שהיתה כוונה לבצעה, ומאידך להיתלות באמור לעיל כדי להצדיק את הפרת התחייבותה החוזית כלפי כיל.

240. לדברים האמורים יש להוסיף כי גם על פי פרשנותה של המדינה – "העת הזאת" טרם הגיעה.

241. המדינה הצביעה על אי הוודאות הקיימת בנוגע לחלקה של המדינה מפעילות כיל כעילה למתן התחייבותה, והבהירה כי בעתיד, עם הסרת אי הוודאות, יהיה מקום לבחון האם נדרש שינוי במדיניותה הפיסקאלית בקשר עם מחצבי ים המלח. בחוות הדעת המשפטית צוין כי אי הוודאות "הולכת ומתפוגגת". אמנם, כאמור לעיל, כל השינויים שנעשו הם לטובת המדינה, והם בוודאי אינם מצדיקים הכבדה כלשהי של המדיניות הפיסקאלית בקשר למחצבי ים המלח, לרבות ניצולם המסחרי; אבל בכל מקרה, וככל שהדבר רלוונטי, אי-הוודאות טרם התפוגגה.

242. בנוגע לחבות המס על כיל, בחוות הדעת המשפטית שצורפה לטיוטת המסקנות נכתב כי ברשות המיסים גובשה "התשתית העובדתית והמשפטית ביחס להשפעות תיקון חוק עידוד השקעות הון על כיל ואף הוצאו לה שומות בנושא".¹¹⁶ לא ידוע מהי אותה תשתית עובדתית ומשפטית נטענת, מה תוכנה ועל מה היא מתבססת, אולם בכל מקרה, השומות שהוצאו נוגעות בכלל לשנים עברו (2007-2011), לפני כניסתו לתוקף של תיקון החוק, והן אינן רלוונטיות לקיומה או אי-קיומה של אי-ודאות בעניין התיקון לחוק עידוד השקעות הון.

243. בנוסף, בדברי ההסבר להצעה להחלטת הממשלה בעניין הקציר נאמר כי כתוצאה מקיומם של פרויקטים מתמשכים המעניקים הטבות מס לחברה אשר אושרו טרם התיקון האחרון לחוק לעידוד השקעות הון, צפוי כי חבות המס של החברה תתייצב רק עוד מספר שנים. כיוון שלא חלו כלל שינויים בעניין זה, הצהרתה של המדינה בדבר קיומה של אי-ודאות בעינה עומדת.

244. בנוגע לבוררות התמלוגים – אמנם ניתן בה פסק דין, אך מדובר בפסק דין חלקי בלבד ונקבע בו כי הבוררות תעבור לחלקה השני של מתן חשבונות וחיוב כיל לפיהם. על-כן אף כי עמדת המדינה התקבלה ברובה, הרי שטרם נפסק מהו הסכום אותו על כיל להשיב למדינה וסוגיית המגנזיום המתכתי טרם הוכרעה. כמו כן, פסק הבוררות ניתן לאחר פרסום טיוטת מסקנות הוועדה, כך שמסקנות אלה בהכרח לא לקחו בחשבון את השלכותיו.

¹¹⁵ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 150.

¹¹⁶ שם, בה"ש 133.

245. גם עלויות פרויקט קציר המלח המהוות על-פי עמדת המדינה טעם נוסף להתחייבותה, עדיין לא התבהרו מעבר לשהיה ידוע במועד חתימת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.
246. עמדתה האמיתית של המדינה כי אכן מדובר בהתחייבות עתידית, ניכרת גם בהוראת המעבר אותה המליצה הוועדה לכלול בחוק המיועד, לפיה תחולתו בנוגע למי"ה תהיה רק החל מיום 1.1.2017. על שום מה נטלה על עצמה המדינה מחויבות זו? על שום כך, שגם לשיטת המדינה "העת הזאת" טרם הסתיימה. המדינה כנראה סבורה כי בדחיה הזו יש כדי להרחיק ממנה את טענת הפרת החוזה, המתחייבת ממש מהסתירה בין לשונו הברורה של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, ובין האופן בו נוהגת המדינה כלפי כיל.
247. ואולם, התחייבות המדינה ליציבות פיסקאלית "לעת הזאת" נוגעת למועד ייזום החוק, ולא למועד תחולתו. לפיכך המדינה אינה יכולה ליזום כיום הצעת חוק לשינוי ההסדר הפיסקאלי, גם אם תחולתו אמורה להיות עתידית. יש משמעות רבה (ומבחינת כיל, שלילית) לחוק שיחוקק כיום, גם אם תחולתו עתידית. המדינה התחייבה כלפי כיל ליציבות פיסקאלית שמשמעה "שקט תעשייתי", בגינו שילמה כיל סכומי עתק, ושאותו המדינה מתעתדת להפר. חוק שיחוקק בקרוב, גם אם הוא כולל הוראות מעבר, יפגע בהכנסותיה של כיל, מניותיה, תוכניות ההשקעה שלה, גיוסי ההון שלה וכיוצא בזאת, כבר היום.
248. גם לגופם של דברים, המדינה אינה פועלת בהתאם ללשון הברורה של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, אשר התייחסה להסדר הפיסקאלי החל על "מחצבי ים המלח", ובהתאם היה עליה לדחות את תחולת החוק המיועד גם ביחס לברום ולמגנזיום.
249. מן המפורט לעיל עולה כי התחייבות המדינה שלא ליזום הליך חקיקה לשינוי ההסדר הפיסקאלי בנוגע למחצבי ים המלח בעינה עומדת – העת הזאת טרם הגיעה, החלקים שהתבהרו ביחס לאי הוודאות ששררה ממועד החתימה על הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים רק העלו את חלקה של המדינה ברווחי כיל, ואי הוודאות עדיין קיימת. על-כן אימוץ החלטות הוועדה על-ידי הממשלה, וייזום חקיקה בעניינן, יהוו הפרה ברורה של התחייבות זו.
250. משכך, ובניגוד לאמור בחוות הדעת המשפטית, המלצות הוועדה אינן עולות בקנה אחד עם התחייבויות הממשלה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. נהפוך הוא – הן סותרות אותן בעליל.
- ג.2(ד) הניתוח בחוות הדעת המשפטית של שטר הזיכיון וחוק הזיכיון, שגוי מעיקרו
251. כאמור, חוות הדעת המשפטית נמנעת מהתמודדות עם טענותיה של כיל במישור החוזי מהטעם השגוי בענייננו, כאילו הדיון צריך להיערך במישור החוקתי בלבד. לפיכך, בכל הנוגע לשטר הזיכיון, עורכת חוות הדעת המשפטית דיון חוקתי, ובמסגרתו נטען כי השאלה המשפטית הרלוונטית היא שאלה פרשנית – "האם

יש לפרש את סעיף 15 לשטר הזיכיון באופן המונע הטלה של מס רווחי יתר על כיל בנוסף לתמלוג. זאת כחלק ממהלך כללי של מיסוי רווחי היתר של משאבי הטבע¹¹⁷. בכך מנומק היעדר הדיון המהותי בטענת כיל, לפיה אימוץ מסקנות הוועדה, אף אם יעוגנו בחוק, יהוו הפרה של שטר הזיכיון ושל הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים (הן כחלק ממארג היחסים החוזי בין הצדדים שיסודו בזיכיון והן כהסכם העומד בפני עצמו).

252. **בכל הכבוד, הטענה כי מדובר בשאלה פרשנית פנימית בדבר הטלת מס חיצוני לזיכיון, ולא בשינוי חד-צדדי של התמורה הקבועה בסעיף 15 לשטר הזיכיון, אינה נכונה.**

253. **ניתוח פרשני זה שבחוות הדעת המשפטית מתעלם ממהותו האמיתית של מס משאבי הטבע המוצע – שינוי חד-צדדי של התמורה שנקבעה בהסכמים שבין כיל והמדינה, שמשמעו הפרתם של ההסכמים כפי שפורט לעיל. אכן, שאלת פרשנותו של סעיף התמורה כלל אינה השאלה הרלוונטית, אלא האם המלצות הוועדה משנות באופן חד-צדדי את התמורה שתידרש כיל לשלם, בגין הזכות שקיבלה מהמדינה בזיכיון, לעשות שימוש באוצרות הטבע של ים המלח. אם התמורה משתנה – וכפי שראינו ונראה המלצת הוועדה הברורה לחלוטין היא, כי תמורה זו צריכה להשתנות מכוח החוק עליו הוועדה ממליצה, ולהמליץ על שינוי תמורה זו הוא גם המנדט שקיבלה הוועדה מלכתחילה – ממילא משתנה ההסדר הקבוע בסעיף 15, באופן חד-צדדי, על ידי המדינה, וממילא מופר ההסדר הכלכלי והמשפטי הקבוע בזיכיון ים המלח. כך גם לגבי הפרתו של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, אשר עדכן את סך התמורה הקבועה בשטר הזיכיון. את כל אלה לא בוחנת חוות הדעת המשפטית.**

254. **מעבר לאמור, ממצאי חוות הדעת המשפטית ביחס לפרשנות הפנימית של שטר הזיכיון שגויים גם לגופם.**

255. **על-פי הנטען בחוות הדעת המשפטית, הן מלשונו של שטר הזיכיון, הן מתכליתו הסובייקטיבית והן מתכליתו האובייקטיבית, עולה כי שטר הזיכיון וחוק הזיכיון לא התכוונו למנוע חקיקת מס עתידית.¹¹⁸ אמנם כבר ראינו כי החקיקה העתידית כאן אינה "חקיקת מס" במובנה הרגיל, אלא שינוי חד-צדדי של ההסדר הפיסקאלי הספציפי החל על ים המלח, לרבות ניצולו המסחרי; אך בכל מקרה, עמדה זו שבחוות הדעת המשפטית, בכל הכבוד, שגויה.**

256. **ראשית, חוות הדעת המשפטית מנתחת את סוגית כללי הפרשנות שאמורים לחול על שטר הזיכיון וחוק הזיכיון, וקובעת כי עקרונות הפרשנות שצריכים לחול לגבי שטר הזיכיון הם אלו החלים על דברי חקיקה.¹¹⁹ ואולם הסוגיה של כללי הפרשנות שיש להחיל על שטר הזיכיון וחוק הזיכיון הוכרעה בפסק הבוררים**

¹¹⁷ שם, בסעיף 106.

¹¹⁸ שם, בסעיף 116.

¹¹⁹ שם, בסעיף 110.

בבוררות התמלוגים. **בפסק דינה של כבוד השופטת (בדימוס) ט. שטרסברג-כהן, נקבע כי את הזיכיון יש לפרש כזיכיון,**¹²⁰ וכי בכל מקרה יש להתחיל במילות הטקסט, אך לא לסיים בהן, ויש לבחון גם את תכליתו.

257. **שנית,** לגופם של דברים, הן פירוש שטר הזיכיון על-פי תכליתו הסובייקטיבית והן פירושו על-פי תכליתו האובייקטיבית, מובילים למסקנה ברורה לפיה הסדר התמורה – הקבוע בסעיף 15 לשטר הזיכיון (אשר עוגן בחוק הזיכיון) ואשר שונה מספר פעמים במרוצת השנים בהסכמת הצדדים – הוא **הסדר ממצה וכולל**, שאינו ניתן לשינוי באופן חד-צדדי.

258. במסגרת זו, השאלה אינה האם שטר הזיכיון וחוק הזיכיון התכוונו למנוע חקיקת מס עתידית או האם הם מכילים "הוראה החוסמת חקיקת מס עתידית".¹²¹ **השאלה היא האם פרשנות פנימית של הוראות שטר הזיכיון (לרבות הוראות הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, שנעשה מכוח) מאפשרת החלת שינויים בשיעור התמורה שתיגבה מכיל בגין הזכות שקיבלה, לעשות שימוש במחצבי ים המלח, באורח חד-צדדי וללא הסכמתה, בכלל, ובעת הזאת בפרט. התשובה לכך היא לאו רבתי, מהדהד וברור.**

259. כפי שהוסבר בפירוט בחוות דעתה של פרופ' שלו, עמה נמנעה חוות הדעת המשפטית מלהתמודד, במקרה שלפנינו אין כל קושי לעמוד על תכליתו הסובייקטיבית של שטר הזיכיון. פרופ' שלו הראתה כי מלשונו של סעיף 15, בייחוד על רקע סעיפים אחרים בשטר הזיכיון, עולה כי הסדרי התשלומים הקבועים בשטר הזיכיון הם ממצים וחלוטים.¹²² יתרה מכך, לנוכח ההקשר הכללי שבו נערך שטר הזיכיון ולנוכח תכליתו העסקית-כלכלית של שטר הזיכיון,¹²³ **לא ניתן ליחס לכליל כוונה להתקשר "בהסכם ערטילאי הכפוף לתנודות ולמשבי רוח משתנים מעת לעת, היורדים לגרעין היסוד של הסכם הזיכיון: היקף הרווחים והתמורה".**¹²⁴ פרופ' שלו הצביעה גם על כך כי הנסיבות החיצוניות להסכם מחזקות את הפרשנות, לפיה הסדר התמורה שנקבע בין הצדדים הוא ממצה.¹²⁵ מכל אלה מתעלמת חוות הדעת המשפטית לחלוטין.

260. **בעייתית מאוד גם התעלמותה של חוות הדעת המשפטית מן ההסכמות המאוחרות לשטר הזיכיון, במסגרתן נערכו לאורך השנים שינויים בהסדר התמורה שנקבע בסעיף 15 לשטר הזיכיון. בהקשר זה, חוות הדעת המשפטית טוענת ביחס לשטר הזיכיון שעוגן בחוק הזיכיון, כי "ההנחה היתה שעיגון חקיקתי ימנע שינויים תכופים בשטר על-ידי רשויות מינהליות ישירות על דרך הוראות מינהל סותרות. אך חסינות מוחלטת מפני כל חקיקה עתידית לא הייתה".**¹²⁶ בכל הכבוד, זו הצגה שגויה מן היסוד של הדברים. השאלה אינה האם שטר הזיכיון וחוק הזיכיון יוצרים חסינות מוחלטת מפני כל חקיקה עתידית, יהא תכנה אשר יהא; השאלה היא כיצד מתעלמת חוות הדעת המשפטית מהתחייבויות מפורשות שלקחה על עצמה המדינה,

¹²⁰ שם, בעמ' 11.

¹²¹ שם, בסעיף 117.

¹²² חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקאות 174-177.

¹²³ שם, בפסקאות 124-128.

¹²⁴ שם, בפסקה 172.

¹²⁵ שם, בפסקה 178.

¹²⁶ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 119.

בהסכמה, ביחס לסעיף 15 לשטר הזיכיון, ובפרט בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים שנכרת בין הצדדים **אך לפני שנתיים**.¹²⁷ התחייבותה של המדינה שלא לשנות לעת הזאת את המשטר הפיסקאלי ביחס למשאבי ים המלח ניתנה בתמורה להגדלת חלקה של המדינה ברווחיה של כיל, באמצעות העלאת שיעור התמלוגים הקבוע בסעיף 15 לשטר הזיכיון והתחייבות כיל לשאת בהוצאות פרויקט קציר המלח. **ההתחייבויות ההדדיות שנטלו על עצמם הצדדים בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, המתייחסות באופן ישיר להוראות סעיף 15 לשטר הזיכיון והמשנות בהסכמה מהסדר התמורה הקבוע בו, משקפות היטב את כוונת הצדדים (היא התכלית הסובייקטיבית) כי ההסדר הקבוע בסעיף 15 יגלם את מלוא חלקה של המדינה ברווחי כיל.**¹²⁸

261. **לנוכח כל האמור, ברי כי יש לפרש את שטר הזיכיון, על כל ההסכמות המאוחרות שהושגו מכוחו והשתלבו לתוך מערכת היחסים החוזית בין הצדדים, ובפרט הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, כממצה את חובותיה הכלכליות של כיל כלפי המדינה. בנסיבות אלה, לא ניתן להטיל על כיל חיובים נוספים באופן חד-צדדי, ובפרט לא ניתן לעשות את שנשלחה הוועדה לעשות: להגדיל באופן חד-צדדי וכפוי את התמורה שנדרשת כיל לשלם, בגין הזכות שקיבלה לעשות שימוש במשאבי הטבע של ים המלח.**

262. כאמור, משניתן לאתר את התכלית הסובייקטיבית של שטר הזיכיון, אין מקום להמשיך ולתור אחר תכליתו האובייקטיבית. משניתן לעמוד על כוונתם האמיתית של הצדדים, שוב אין צורך לחפש אחר רצונם ההיפותטי.¹²⁹ אך גם אילו היינו מבקשים להתחקות אחר התכלית האובייקטיבית של שטר הזיכיון ושל ההסכמות המאוחרות שנעשו מכוחו, ברור כי **האינטרסים, המטרות והערכים אותם נועד להגשים הסכם מסוגו של שטר הזיכיון, המבוססים בעיקרם על חזקות הנעוצות בערכיה של שיטתנו המשפטית ובעקרונותיה**,¹³⁰ מצדיקים קביעה לפיה הסדר התמורה הקבוע בשטר הזיכיון (וכפי שעודכן בהסכמה במהלך השנים ואך לאחרונה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים), **הוא הסדר כולל וממצה**, המגלם את מכלול אחריותה הכלכלית של כיל כלפי המדינה עבור הזכות שניתנה לה להפיק את מחצבי ים המלח.

263. וכך, אף אילו היינו מתעלמים מן האמור ומנסים להתחקות אחר התכלית האובייקטיבית של סעיף 15 לשטר הזיכיון (לרבות ההסכמות המאוחרות מכוחו), הרי שבכל הכבוד, גם כאן שוגה חוות הדעת המשפטית. על-פי חוות הדעת המשפטית, **"קריאה אל תוך החוק [חוק הזיכיון – ד.ת.] כאילו הוא נושא הוראת יציבות נוגדת את עקרונות היסוד של המשטר בישראל. על-פי עקרונות אלה חוק מוקדם אינו יכול למנוע חקיקה מאוחרת"**.¹³¹

¹²⁷ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקאות 179-187.

¹²⁸ שם, בפסקה 179.

¹²⁹ שם, בפסקה 187.

¹³⁰ שם, בפסקה 159.

¹³¹ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 120.

264. ובכן, **ראשית**, אין כל צורך לקרוא אל תוך חוק הזיכיון "הוראת יציבות" המונעת חקיקה מאוחרת, שהרי **המדינה התחייבה במפורש להוראה כזו, בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים**. שם, בהסכם שנכרת אך ב-2012, התחייבה המדינה שלא לשנות לעת הזאת את המשטר הפיסקאלי הנוגע לשימוש במחצבי ים המלח. מדובר בנתון קריטי, המלמד על התכלית הסובייקטיבית של הסדר התמורה הקבוע בסעיף 15 לשטר הזיכיון, הגוברת, כאמור, על התכלית האובייקטיבית.

265. **שנית**, גם לגופה של התכלית האובייקטיבית, אילו היה צורך בהתחקות אחריה, שוגה חוות הדעת המשפטית. חוות הדעת המשפטית טוענת כי גם אם רואים את הזיכיון כחווה, העובדה שהממשלה ראתה להתחייב בהסכם אינה יכולה לכבול את סמכות החקיקה של הכנסת.¹³² בכל הכבוד, זו טעות מהותית. **הכנסת, היא עצמה זו שהקנתה לשטר הזיכיון, במסגרתו נקבע הסדר תמורה מלא וממצה, מעמד של חוק. הכנסת, היא עצמה זו שעייגנה את התחייבותה של המדינה שניתנה במישור החוזי, ונתנה לה מעמד סטטוטורי. הכנסת, היא זו שיצרה את היציבות הגלומה בזיכיון, ואין כל מקום לטיעון כאילו מדובר אך בהתחייבות של הממשלה**. יותר מכך: היוזמה להקים כעת את הוועדה כדי לשקול שינוי חקיקה ביחס למדיניות הפיסקאלית בנוגע להפקת מחצבי ים המלח, לא הייתה מצד הכנסת כי אם מצד **הממשלה** – אותה ממשלה שהתחייבה אך בשנת 2012 שלא ליזום בעת הזאת חקיקה המשנה את ההסדר הפיסקאלי, ואף להתנגד ליוזמות חקיקה כאמור.

266. **חוות הדעת המשפטית מתייחסת לתכליות אובייקטיביות נוספות, לכאורה**. כך, טוענת חוות הדעת המשפטית כי "שטר הזיכיון הוא כלי משפטי מיושן וארכאי. בין אם נראה בו חוק, זיכיון או חוזה אין לנהוג בו פרשנות מאבנת. יש להתאימו לשינוי העיתים... בעיקר שהנסיבות שבגינן נוסח השטר כפי שנוסח אינן רלוונטיות עוד".¹³³ **ראשית, היותו של כלי משפטי כלשהו "מיושן וארכאי" אינה מעלה ואינה מורידה לעניין מידת היותו מחייב את הצדדים לו**. אין טענה זו (השגויה, כשלעצמה) מצדיקה סטייה חד-צדדית מן ההתחייבויות שנטלו על עצמם הצדדים במסגרת שטר הזיכיון, מכוחו קיבלה ומקבלת המדינה תמורה מכיל עבור הזכות להפיק את מחצבי ים המלח, ומכוחו התנהל הליך הבוררות בנושא התמלוגים (שתוצאתו הגדלת התמלוגים המשולמים למדינה). **הסכמי זיכיון, מטבעם, הם הסכמים ארוכי טווח ושנים, ואין בכך כדי להפחית מתוקפם**.

267. **שנית, וחשוב מכך, לגופו של עניין כלל אין מדובר בכלי משפטי "מיושן וארכאי"**. לא ניתן לטעון כי כיל מבקשת לנקוט "פרשנות מאבנת" ביחס לשטר הזיכיון וכי "יש להתאימו לשינוי העיתים", כאשר הסדר התמורה הקבוע בשטר הזיכיון תוקן בהסכמה על-ידי הצדדים לאורך השנים, כשהתיקון האחרון נערך לפני שנתיים בלבד. על עיקרי הדברים עמדנו בהרחבה לעיל.

¹³² שם, בסעיף 122.

¹³³ שם, בסעיף 123.

268. בחוות הדעת המשפטית נטען עוד כי פרשנותה של כיל, לפיה שטר הזיכיון חוסם את המס המוצע על-ידי הוועדה, מבקשת לראות בו "הסכם יציבות" ביחס למשטר המס שיחול עליה, מציאות המאפיינת מדינות מתפתחות שמערכת המשפט בהן אינה יציבה.¹³⁴ נטען עוד כי במישור החוזי תפר כיל את **חובת תום הלב** אם תטען כי יש לראות בשטר הזיכיון הסכם יציבות, "כיוון שהוא מנציח משטר מס מעוות".¹³⁵
269. בכל הכבוד, טענה זו הופכת את המציאות על פיה. **דווקא מציאות בה המדינה חותמת על הסכם בשנת 2012, ומבקשת להפר אותו בבוטות ללא כל הצדקה בשנת 2014, היא זו המאפיינת מדינות מתפתחות שמערכת המשפט בהן אינה יציבה.** דווקא מדינה הבאה להגדיל באופן חד-צדדי את התמורה הקבועה בזיכיון תחום בזמן, אשר תוקן בהסכמה כמה פעמים לאורך השנים, ולאחרונה אך לפני שנתיים, ביחס לתמורה המשולמת בגינו, היא זו הנוהגת כמדינות מתפתחות שמערכת המשפט בהן אינה יציבה. במומה שלה פוסלת המדינה, עת היא מבקשת לחוקק חוק שכל מטרתו וייעודו הגדלה חד-צדדית של הסכום אותו תשלם כיל בגין הזיכיון שניתן לה, לעשות שימוש במחצבי ים המלח – והכל באצטלא של "שינוי כללי" כביכול, אף שהוא אינו חל ואינו צפוי לחול על שום גורם זולת כיל, ועל אף שהמדינה מחויבת לכיל בסוגיה זו בהסכמים מחייבים מהעת האחרונה ואינה יכולה לשנותם אף לא בכסות של "שינוי כללי" כאמור.
270. כמו כן, הטענה כי משטר המס הקיים "מעוות" אינה מתיישבת, כפי שפורט לעיל, עם התבטאויות המדינה בפני בית המשפט העליון ועם התבטאויותיהם של בכיריה. **משטר המס שחוות הדעת המשפטית מגדירה "מעוות", הוא אותו משטר פיסקאלי עליו הגנו נמרצות כותביה ועמיתיהם רק לפני שנתיים ימים בפני הציבור ובפני בית המשפט העליון.**
271. **בהטלת חובת תום הלב לפתחה של כיל גם מתעלמת המדינה מן התכלית האובייקטיבית, שעל חשיבותה אין עוררין, בדבר כיבוד הסכמים על-ידי הרשות ומחובת תום הלב המוגברת החלה על הרשות, בייחוד מקום בו מדובר בחוזה יחס. אכן, כאשר ברשות עסקינן, חובת תום הלב בקיום הסכם היא דרישה מחמירה ורחבה יותר מזו החלה על הפרט.¹³⁶ יתרה מכך, לנוכח מערכת היחסים ההסכמית ארוכת הטווח בין הצדדים (דהיינו, חוזה יחס), חובת תום הלב הנדרשת מחמירה ורחבה מזו החלה על צדדים לחוזה רגיל.¹³⁷ בנוסף, חובת הרשות הציבורית לנהוג ביושר ובהגינות, הנגזרת מן המשפט הציבורי, חמורה מזו הנדרשת מן המתקשר הפרטי.¹³⁸**
272. ברור אפוא כי ניסיון המדינה להסתלק באורח חד-צדדי מהתחייבויותיה כלפי כיל, ולהטיל על כיל חיובים שאינם מוטלים עליה מכוח שטר הזיכיון וההסכמות המאוחרות שנעשו מכוחו, עולה כדי הפרת חובת תום

¹³⁴ שם, בסעיף 125.

¹³⁵ שם, בסעיף 128.

¹³⁶ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקה 148.

¹³⁷ שם, בפסקה 151.

¹³⁸ שם.

הלב מצד המדינה. לעומת זאת, למדינה אין כל טענה תקפה בדבר הפרת חובת תום הלב על-ידי כיל. כפי שהסבירה פרופ' שלו בחוות דעתה:

"אשר למילוי חובתה של מי"ה לנהוג בתום לב, כנזכר, מי"ה נהגה לאורך התקופה כולה ביושר, בהגינות, בנאמנות, ובשיתוף פעולה הולך ונמשך. בניגוד לעמדתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, קשה עד מאוד יהא לדעתי להפנות את טענת העדר תום הלב לכיוונה של מי"ה (ככל שמבקשים לתמוך טיעון זה בנסיבות העניין). יתר על כן, לדעתי בלתי אפשרי יהיה לעשות כן כיום, לאחר הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים משקף, יותר מכל, את כוונת מי"ה, ואת נכוניתה, לתת ביטוי איתן למערכת היחסים הדינמית והמתמשכת שנרקמה בינה לבין מדינת ישראל, ולהגדיל את רמת שיתוף הפעולה שבין הצדדים. הסכם הקציר משקף לא רק את נאמנותה של מי"ה כלפי מדינת ישראל, אלא את נאמנותה לרוח העסקה ולמטרתה. מה שאין כן לגבי מדינת ישראל. המדינה, מצידה, איננה מבקשת לפעול בסולידריות ובשיתוף פעולה הדדי המבוסס הסכמה. אין היא פועלת בנאמנות לבעל דברה החוזי. אין היא פועלת בנאמנות לרוחה של העסקה. היא מבקשת לסטות מהסכמות קודמות, באורח חד-צדדי. היא מבקשת להכפיף את בעל דברה החוזי לרצונה (המשתנה). טיעון חוסר תום הלב, עלול לשוב אפוא, ובמנה אחת אפיים, לפתחה של המדינה".¹³⁹

273. בהתנהלותה החד-צדדית מפרה אפוא המדינה את חובת תום הלב החלה עליה, בייחוד לנוכח המאפיינים הייחודיים של המערכת ההסכמית שבין הצדדים במקרה הנדון. הפרת חובת תום הלב על-ידי המדינה עולה כדי הפרת חוזה, והיא יכולה, ואף צפויה, להצמיח לכליל מגוון רחב של תרופות חוזיות.¹⁴⁰

¹³⁹ שם, בפסקה 152.
¹⁴⁰ שם.

ג.3) המלצות הוועדה, אם תאומצנה, תפגענה בזכויות משקיעים זרים ובמעמדה של מדינת ישראל בעולם כיעד להשקעות זרות

274. מסקנת הדברים שנאמרו עד כה היא שאימוץ המלצות הוועדה על ידי הממשלה יהיה בלתי חוקי ויפר הסכמים שנכרתו בין המדינה לבין כיל. עם זאת, ההשלכות הצפויות של אימוץ המלצות אינן מתמצות במערכת היחסים בין המדינה לבין כיל ובהשלכות על כלכלת ישראל. לאימוץ המלצות בלתי חוקיות ומפרות הסכמים עלולות להיות השלכות רחבות על יחסיה של מדינת ישראל עם משקיעים זרים, ועל זכויותיהם של משקיעים אלה.
275. ההשלכות של הפרת התחייבויות המדינה כלפי כיל, אינן תחומות לגבולות ישראל. אימוץ טיוטת המסקנות עלול להוות הפרה של אמנות בינלאומיות שישראל היא צד להן, וכן הפרה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. דברים אלה פורטו בהרחבה במוזכר המשפטי שערך משרד עורכי הדין Freshfields Bruckhaus Deringer לבקשת כיל, וצורף כנספח לעמדתה הראשונית. נחזור על עיקרם בתמצית.
276. על פי האמנות הבינלאומיות וכללי המשפט הבינלאומי המנהגי, חייבת מדינת ישראל לנהוג במשקיעים זרים ב"הגינות וביושר" (fair and equitable treatment); לקיים התחייבויות כלפי משקיעים זרים, לרבות התחייבויות חוזיות; ולהימנע מפעולות שתוצאתן "הפקעה" (expropriation) השוללת ממשקיע זר את ההטבה הכלכלית הנובעת לו מהשקעתו.
277. אימוץ המלצות הוועדה – תוך הפרת הסכם הזיכיון והסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, פגיעה בצפיפות לגיטימיות ואיון רווחי המשקיעים – יהווה, ללא ספק, הפרה של חובות אלה.
278. בנוסף, שינוי חד-צדדי של המדיניות הפיסקאלית והפרת ההסכמים כתוצאה מכך, בצירוף אי הוודאות שאופפת את התנהלות מדינת ישראל בהקשר זה, יגררו אחריהם הד שלילי בקרב משקיעים בעולם.
279. מדינות להן מיוחסת מדיניות פיסקאלית לא יציבה ומדינות אשר מפרות הסכמים עם גורמים פרטיים מוצאות עצמן נפגעות בטווח הארוך, הן כתוצאה מאובדן וצמצום השקעות זרות, והן כתוצאה מעליית פרמיית הסיכון הכרוכה בהן למשקיע. כבר עתה, הקמת הוועדה כשלעצמה גרמה לירידה חדה בשיעור האחזקות של משקיעים זרים במניות כיל. כך, במהלך השנה החולפת פחת בשליש שיעור בעלי המניות הזרים של כיל.
280. לסיכום סוגיה זו, אימוץ המלצות הוועדה ושינוי מדיניותה הפיסקאלית כלפי כיל, בניגוד למערכת ההסכמית עם כיל, עלול לפגוע בתדמיתה של מדינת ישראל כיעד להשקעות זרות, ואף להוביל לפעולה משפטית של משקיעים זרים כנגד מדינת ישראל.¹⁴¹

¹⁴¹ שם, בעמ' 3-4.

ד. המלצות הוועדה אינן "מהלך משלים" להסדרים שנקבעו ביחס למשאבי הגז –

בענייננו מדובר בנסיבות עובדתיות, כלכליות ומשפטיות שונות

281. המלצות הוועדה להטלת מס משאבי טבע על רווחי יתר בענף המחצבים מתבססות על עמדה לפיה הרציונל להחלת משטר מיסוי ייחודי על תעשיית הגז והנפט, זהה לרציונל להחלת משטר מיסוי ייחודי גם על תעשיית המחצבים. הוועדה סבורה כי המלצותיה עולות בקנה אחד עם המלצות ועדת ששינסקי הראשונה, ומהוות צעד משלים למהלך שהתבצע בחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011.¹⁴²

282. זהו אף הקו המנחה את חוות הדעת המשפטית, הסבורה כי הסוגיות המשפטיות המתעוררות ביחס למשאבי הטבע כבר הוכרעו בפסיקתו של בית המשפט, בבג"ץ דודיאן:¹⁴³

"הסוגייה המשפטית המתעוררת בנושא זה הוכרעה למעשה בפסיקתו של בית המשפט בפסק הדין שניתן בעתירות נגד חוק מיסוי רווחי נפט...".¹⁴⁴

283. בעוד שחוות הדעת המשפטית בעניין ועדת ששינסקי הראשונה התמודדה עם הקשיים שהעלו יזמי הגז והנפט אשר עתידים היו להיפגע מהמלצותיה, ודנה בטענותיהם אחת לאחת, **חוות הדעת המשפטית הבאה לתמוך בטיוטת המסקנות מתעלמת מהקשיים הרבים שהעלתה כיל בפני הוועדה, ומסתפקת כאמור בעמדה הלאקונית כאילו הסוגיות המשפטיות הרלוונטיות להמלצות הוועדה כבר הוכרעו בבג"ץ דודיאן.** כך, בעוד שבחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה נדונה שאלת קיומו של הסכם בין המדינה לבין היזמים; נדונו שאלות קנייניות הנוגעות לזכויות של יזמי הגז והנפט; נדונו קשיים חוקיים וחוקתיים שהועלו על-ידי יזמי הגז והנפט; נדונה שאלת התחולה הרטרואקטיבית של החוק; נותח ההסדר הפיסקאלי המוצע בראי פסקת ההגבלה; וכן נדונו טענות שונות שהועלו במישור הבינלאומי – **חוות הדעת המשפטית נמנעת מהתמודדות עם עיקר הסוגיות המשפטיות שהעלתה כיל, וחלף זאת מתבססת בעיקרה על ה"הלכה" שלכאורה קיימת בהקשר זה.**

284. **בכל הכבוד, מדובר בטענה שגויה:** מבג"ץ דודיאן לא עולה כי מדובר בהלכה עקרונית או כללית הנכונה לכל משאבי הטבע. ההפך הוא הנכון – האישור שניתן בבג"ץ דודיאן להסדר החקיקתי הספציפי ביחס לגז ולנפט, מתייחס לנסיבות הספציפיות הנוגעות למשאבים אלה ולהסדר הפיסקאלי הקונקרטי שנקבע באותו העניין. הדברים עולים במפורש מפסק הדין, המנתח את ההסדרים החקיקתיים לגבי הגז והנפט באופן ספציפי; את התגליות בתחום שהובילו לשינוי ההסדר הפיסקאלי; את הטענות הספציפיות שהיו לעותרים על בסיס הרישיונות שניתנו להם מהמדינה; ואת עיקרי ההסדר הפיסקאלי החדש והשלכותיו על העותרים.

¹⁴² טיוטת המסקנות, בעמ' 88.

¹⁴³ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94.

¹⁴⁴ חוות הדעת המשפטית, בפסקה 85.

285. כבוד השופטת מרים נאור כותבת :

"התאמתם של הסדרי החוק למאפיינים הייחודיים של משק הגז והנפט היא התאמה ראויה..."¹⁴⁵.

"טענתם [של העותרים – ד.ת.] כי ראוי יותר לקבוע משטר מיסוי כללי שיהיה "עיוור" למאפייני התחום – היא בבחינת "אחוז בזה, וגם מזה אל תנח את ידך", ואיננה יכולה לעמוד"¹⁴⁶.

286. יתרה מזאת, מטבע הדברים ומאחר שנסיבות המקרה שונות באופן מהותי – הטענות שהועלו על-ידי יזמי הגז והנפט ונבחנו במסגרת בג"ץ דודיאן שונות מאד מהטענות המועלות על-ידי כיל. כך למשל, בבג"ץ דודיאן ציינה כבוד השופטת נאור, כי "טענותיהם של העותרים נגד החוק הן כאמור טענות חוקתיות"¹⁴⁷, בעוד שבענייניו אמנם קיימות לכיל גם טענות חוקתיות, אך עומדות לה בראש ובראשונה טענות כבדות משקל, בעיקר בפן החוזי, כפי שפרטנו לעיל בהרחבה. טענות מסוג זה הנוגעות לקיומו של הסכם בין הצדדים ולהתחייבויות חוזיות לא נבחנו כלל בבג"ץ דודיאן, ולו מן הטעם הפשוט שיזמי הגז והנפט לא חתמו מעולם על הסכמים עם המדינה.

287. חוות הדעת המשפטית אמנם מכירה בכך כי "קיימים הבדלים מסוימים" בין יזמי הגז והנפט לבין "החברות הפועלות מכוח חוק הזיכיון" מבחינת הבסיס המשפטי שעליו מורכבות המלצות הוועדה, ואף צוין כי תובא במסגרתה התייחסות להבדלים אלה ולהשלכותיהם על התוצאה המשפטית.¹⁴⁸ אולם, מלבד אמירה כללית ובודדה זו, חוות הדעת המשפטית אינה מתמודדת עם אותם הבדלים ואינה עומדת על ההבחנות המשמעותיות בין תחום הגז והנפט לבין תחום המחצבים המופקים מים המלח, הן מהפן המשפטי והן מהפן העובדתי.

288. למעשה, מטיוטת המסקנות עולה כי הוועדה כלל לא לקחה בחשבון את ההבחנות בין המשאבים השונים בעת שגיבשה את המלצותיה, והסתפקה באמירה בעלמא כי "לא ניתן להצביע על מאפיינים שונים בין משאבי הגז והנפט ליתר המשאבים המצדיק שוני במבנה המיסוי וחלקו הראוי של הציבור במשאב"¹⁴⁹. טיוטת המסקנות וחוות הדעת המשפטית אף אינן נותנות דעתן לחלק ניכר מההבחנות הרלוונטיות הקיימות בין שני סוגי המשאבים; הבחנות עליהן עמדה כיל בהרחבה בעמדה הראשונית שהגישה לוועדה.

289. כפי שנראה להלן, לא רק שבג"ץ דודיאן לא התיימר לקבוע הלכה מנחה לעניין שינויים בהסדרים הפיסקאליים הנוגעים למשאבי הטבע, אלא שעסקינן במסד עובדתי שונה ובניתוח משפטי שאינו רלוונטי לעניינה של כיל, הן מאחר שההסדר המוצע אינו אותו הסדר מבחינה עניינית וכלכלית, והן מאחר שההנמקות בפסק הדין אינן רלוונטיות לעניינו.

¹⁴⁵ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 50.

¹⁴⁶ שם.

¹⁴⁷ שם, בפסקה 18.

¹⁴⁸ חוות הדעת המשפטית, בעמ' 23.

¹⁴⁹ טיוטת המסקנות, בעמ' 79.

ד.1) "מס רווחי היתר" שנבחן במסגרת בג"ץ דודיאן אינו דומה ל"מס משאבי הטבע" שמוצע להחיל על כיל

290. בניגוד למצג שעולה מטייטת המסקנות ומחוות הדעת המשפטית – לא מדובר באותו שינוי פיסקאלי ואין זהות בין משטר המס שהוטל על משאבי הגז והנפט לבין המס שמוצע להחיל על ענף המחצבים. "מס רווחי היתר" אינו מונח אוניברסלי אשר לו משמעות אחת ויחידה. "מס משאבי הטבע" שמבקשת הוועדה להחיל על כיל, שונה באופן יסודי ומהותי ממס רווחי היתר שהוטל על הגז והנפט, והוא עתיד להרע את מצבה של כיל באופן דרמטי ביחס לפגיעה הנטענת ביזמי הגז והנפט.

291. בתמצית, מס רווחי היתר על משאבי הגז והנפט מוטל באופן הדרגתי רק לאחר שבעלי הזכויות כיסו את מלוא השקעתם, וזכו להכנסות בשיעור של 50% מעל לסך השקעתם (ולגבי מאגרים שהחלו בהפקה לפני שנת 2014 – הכנסות בשיעור של 100% מעל לסך ההשקעה).

292. בבג"ץ דודיאן קבע בית המשפט כי חוק הקובע הטלת מס על רווחי יתר בענף הגז והנפט הוא חוקתי כיוון שהמס מוטל אך ורק על רווחים עודפים וחריגים, לאחר שכוסו כל ההשקעות והובטחו רווחים נאותים לבעלי הזכויות:¹⁵⁰

"די לנו בכך שרווחיהם של העותרים ביחס לחלקה של המדינה מובטחים, ובעובדה המוסכמת כי מדובר ברווחים גדולים בכל קנה מידה (ודאי ביחס לשוק הישראלי) – כדי לקבוע שמידת הפגיעה בקניינם של העותרים אינה עולה על הנדרש".¹⁵¹

293. לעומת קביעה זו, המנגנון המוצע ביחס לענף המחצבים שונה באופן מהותי, מביא לתוצאות שונות בתכלית, ולא מבטיח תשואה ראויה; חישוב התשואה נעשה על בסיס הנכסים המופחתים בדו"חות הכספיים בלבד, ואינו מכיר בתשואה על נכסים נוספים המשמשים את כיל בפעילותה היצרנית אך כבר הופחתו במלואם; חישוב התשואה אינו מביא בחשבון מרכיבים נוספים שנהוג לכלול בחישובים דומים, כגון הון חוזר ונכסים בלתי מוחשיים; וחישוב התשואה מתעלם ממרכיבים מהותיים שיש להביא בחשבון, דוגמת אינפלציה, סיכון מדינה, גודל החברה ועוד. תיקון השגיאות שנפלו בחישוב הוועדה ביחס לתשואה הראויה מביא את שיעור התשואה קרוב ל-22%, ולא ל-11% בלבד כפי שמוצע על ידי הוועדה. במצב דברים זה, אף אם היו מאפיינים דומים כלשהם בין המחצבים לבין משאבי הנפט והגז, הרי שלא ניתן להקיש לעניינו מבג"ץ דודיאן, לא כל שכן להניח כי האישור שניתן להסדר הפיסקאלי במסגרתו חל גם בהקשרנו.

¹⁵⁰ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 25. בג"ץ ציין כי יש לדחות את טענות ההסתמכות גם לגופן, שכן כאמור לעיל חוק הנפט והחזקות ושטרי החזקה לא כללו כל הוראה הנוגעת ליציבות הדין. גם בהקשר זה מצב הדברים שונה ביחס לכיל, כפי שיפורט בהמשך.

¹⁵¹ שם, בפסקה 44.

ד.2) בבג"ץ דודיאן נקבע כי משאבי הנפט והגז הם משאבים ציבוריים מוגבלים ומתכלים, ומשכך קיימת הצדקה להחיל את החקיקה על בעלי הזכויות הקיימים – מחצבי ים המלח אינם מתכלים והזיכיון להפקתם עתיד להסתיים בקרוב

294. בבג"ץ דודיאן סבר בית המשפט כי מאחר שהגז והנפט הם משאבים ציבוריים מוגבלים ומתכלים, חקיקה המקדמת חלוקה צודקת יותר של הרווחים ממשאבים אלה היא לתכלית ראויה. עוד קבע בית המשפט כי הפגיעה שנגרמת בקניינם של העותרים היא מיידית, בין היתר נוכח העובדה שקביעת הוראת מעבר המחריגה מאגרים קיימים מן ההסדר החקיקתי החדש עלולה לעשות הסדר זה פלסטר, שכן ייווצר לבעלי הרשינות במאגרים אלה דין מיוחד באופן שאינו מוגבל בזמן, ויישאר בתוקפו עד אשר המאגר יתכלה.¹⁵²

295. הדברים שונים בתכלית ביחס למשאבים המופקים מים המלח, שכן הם אינם מתכלים כמו הגז והנפט. בהתאם לקצב הצריכה הנוכחי של המשאבים המופקים מים המלח, קיימות בים המלח עתודות המספיקות לעוד מאות שנים. משמעות הדברים היא שבניגוד לגז ולנפט, בתום תקופת הזיכיון של כיל המאגר לא יתכלה, אלא יהיה מקור להפקת מחצבים למאות שנים נוספות. בנוסף, בניגוד לגז ולנפט, בעניינם ניתנו חזקות לתקופות ארוכות של עד 50 שנה ורק מיעוטם של היזמים החלו בפעילות מסחרית מוגבלת בהיקפה, כיל נמצאת לקראת תום תקופת הזיכיון. החלת ההסדר הפיסקאלי החדש על הזיכיון שיבוא לאחר כיל, בשנת 2030, לא תעקר את תכלית השינוי ולא תפגע בעקרון הצדק החלוקתי.

ד.3) בבג"ץ דודיאן נקבע כי אין מקום לקבל את טענת העותרים בדבר "עסקה סטטוטורית" המונעת מן המדינה לשנות את מדיניותה הפיסקאלית – ביחס למחצבי ים המלח נקבעה הוראת יציבות מפורשת שלא לשנות את ההסדר הפיסקאלי לעת הזאת

296. בבג"ץ דודיאן נדונה בהרחבה סוגיית ההסתמכות על המצב המשפטי שקדם לחקיקת החוק, ונבחנה השאלה האם יש מניעה לשינוי ההסדר הפיסקאלי בהתחשב באותן הנסיבות. לעמדת בית המשפט העליון, "חוק הנפט המהווה את נקודת המוצא לדיון, אינו כולל כל הוראה הנוגעת ליציבות הדין".¹⁵³ באותו עניין, שטרי החזקה של יזמי הגז והנפט אף קבעו במפורש כי ניתן לערוך שינויים בהסדר הפיסקאלי. כן ציין בית המשפט כי עיון בעמדות השונות ובהתבטאויות השונות של נציגי המדינה בהקשר זה מלמדים כי המדינה "לא דיברה

¹⁵² שם, בעמ' 27, 30. עמדה דומה הובעה בחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה. בחוות דעת זו נטען כי הרווחים מהגז והנפט באים ממשאב ציבורי מתכלה שלא ניתן לניצול נוסף, ולכן ראוי כי חלק מהרווחים העודפים יגיעו לציבור ולא רק ליזמים. ר' חוות הדעת המשפטית של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי), עו"ד אבי ליכט לעניין ועדת ששינסקי הראשונה (3.1.2010) ("חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה"), בפסקה 23 לחוות הדעת.

¹⁵³ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 22.

בקול אחד" בעניין זה. לכן נקבע בבג"ץ דודיאן כי אין מקום לקבל מבחינה עובדתית את טענת העותרים לפיה נוצרה בינם לבין המדינה "עסקה סטטוטורית" המונעת מהמדינה לשנות את מדיניותה הפיסקאלית.¹⁵⁴

297. מצב הדברים שונה בתכלית ביחס לכליל. ראשית, בשונה לגמרי ממצב הדברים בעניין הגז, בו הוענקו רשיונות חד-צדדיים ולא נכרת חוזה בין הצדדים, בין המדינה ובין כלל יש הסכם מחייב, הוא הסכם הזיכיון. הסכם זה קובע את התמורה המגיעה למדינה בגין הזכויות שהעניקה לכליל, לעשות שימוש במשאבי הטבע של ים המלח, והוא אף עוגן בחקיקה. שנית, בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים עליו חתמה המדינה לפני שנתיים בלבד, נכללה התחייבות מפורשת של המדינה כי היא לא תיזום וכן תתנגד, לפי העניין, להצעות חוק שעניינן ביצוע שינויים נוספים במדיניותה הפיסקאלית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח, לרבות ניצולם המשחרי. המדינה גם הסבירה "לעת הזאת" מהי, לשיטתה, והעת הזאת טרם הגיעה כמפורט בהרחבה לעיל. לטענה בחוות הדעת המשפטית, לפיה לכל היותר התחייבות המדינה עולה כדי הוראת יציבות ביחס למשטר התמלוגים בלבד, ולא להסדרים אחרים דוגמת מס רווחי יתר,¹⁵⁵ בכל הכבוד, אין בסיס. אין הגיון כלכלי או משפטי לקביעת הוראת יציבות אשר תחולתה מוגבלת ביחס למשטר תמלוגים בלבד, מה גם שבהסכם עצמו כתוב במפורש כי המדינה לא רואה טעם בשינוי "המדיניות הפיסקאלית" – מונח רחב הכולל גם לשיטת המדינה חקיקת מס, ואינו מוגבל כלל למשטר של תמלוגים.

ד. (4) בג"ץ דודיאן ביקש להסדיר מדיניות פיסקאלית שלא עודכנה משנות החמישים וגרמה ל"תקלה פיסקאלית חמורה" – ההסדר הפיסקאלי ביחס למשאבי הטבע המופקים על-ידי כליל הוא הסדר חוזי עדכני

298. בבג"ץ דודיאן פורטה עמדת המדינה, לפיה החוק ביקש לשנות מצב קיים של "תקלה חמורה בהסדרה הפיסקאלית, שהיקפה נחשף לאחר קבלת 'תוצאות האמת' של הפקת גז בישראל, וזאת לאחר שנים רבות של הסדרה תיאורטית".¹⁵⁶ בית המשפט העליון סבר כי ההסדר הפיסקאלי החדש שנקבע ביחס לגז ולנפט הוא לתכלית ראויה, בין היתר מאחר שההסדר שקדם לו היה "משנות החמישים של המאה הקודמת" וההסדר החדש "ביקש לעדכן חקיקה מיושנת ולהתאימה למציאת הכלכלית הפיסקאלית הנוכחית".¹⁵⁷

299. הדברים שונים בכל הנוגע לכליל ומי"ה. ההסדר הפיסקאלי הקיים ביחס למחצבים שמפיקה כליל הוא הסדר שהותאם למציאות הכלכלית המשתנה. הגם ששטר הזיכיון נחתם בשנת 1961, מדובר בהסדר חי ונושם אשר שונה לאורך השנים בהסכמה, והצדדים לו פעלו להתאמתו לשינויים שהתרחשו לאורך השנים. שטר

¹⁵⁴ בדומה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מציין בחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, כי בחלק משטרי החזקה קיימות הוראות רבות ומפורשות המתייחסות לאפשרות של שינויים בחקיקה, ר' חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 23.

¹⁵⁵ חוות הדעת המשפטית, בה"ש 128.

¹⁵⁶ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 33. כך גם בחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה עלתה הטענה כי השיטה הפיסקאלית כשלה והתשלום שמעבירים היזמים לאוצר המדינה הוא שולי ביותר אם בכלל. ר' חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בפסקה 73.

¹⁵⁷ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 4.

הזיכיון תוקן רק לאחרונה, בשנת 2012, במסגרת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, אשר עדכן את ההסדר הפיסקאלי ביחס למחצבי ים המלח במטרה להגדיל את חלקה של המדינה ברווחי כיל.

300. **אף לגישת המדינה, ההסדר העדכני העלה את חלקה של המדינה ברווחי כיל לשיעור המקובל בעולם המערבי.** עמדה זו של המדינה באה לידי ביטוי באופן חד משמעי הן בדברי ההסבר להחלטת הממשלה בקשר עם אישור המתווה המוסכם של הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, הן בהתבטאויות פומביות של שר האוצר, החשבת הכללית ובכירים נוספים בממשלה, והן בעמדת המדינה כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון בבג"ץ אדם טבע ודין, כפי שתארנו לעיל.¹⁵⁸

301. **יותר מכך, השיעור הנוכחי של חלק המדינה ברווחי כיל – כפי שהוא מוצג בטיטות המסקנות עצמה ובחישובי הוועדה – עולה בקנה אחד עם השיעור המקובל בעולם בתקבולי האשלג עומד על 25%-47%, וכי חלקה של המדינה ברווחי כיל יעמוד, בעקבות השינויים שבוצעו על-ידי המדינה בשנים האחרונות, על כ-30%.¹⁵⁹ בנוסף, חוות דעת מינץ – שכזכור הוגשה לוועדה על-ידי מומחה מטעמה – קובעת במפורש כי הסדר המיסוי החל על כיל הוא תחרותי, ושיעורי המס המוטלים עליה דומים לאלה הקיימים במדינות אחרות וביחס לתעשיות אחרות.¹⁶⁰**

ד. (5) בבג"ץ דודיאן נטען שהשינוי הדרמטי בשוק האנרגיה עורר את הצורך בשינוי – בעוד שלא התחולל כל שינוי משמעותי בענף המחצבים הגלובלי בו פועלת כיל

302. בג"ץ דודיאן, כמו גם דו"ח ועדת ששינסקי הראשונה וחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, פותחים בהצגת השינוי הדרמטי שהתחולל בראשית שנות האלפיים בשוק האנרגיה בישראל, עם גילויים של מספר שדות גז ימיים מול חופי המדינה, בהיקפים גדולים ובשווי כספי הנאמד במאות מיליארדי שקלים.¹⁶¹ שינוי דרמטי זה וקבלת "תוצאות האמת" ביחס לעתודות הגז הזמינות בישראל העלו את הצורך בבחינה מחודשת של המדיניות הפיסקאלית הקיימת.

303. **בענייננו מצב הדברים הפוך. היקף עתודות המחצבים בים המלח ידוע מזה שנים רבות. להבדיל מענף הגז והנפט, לא מדובר בגילוי של משאבי טבע חדשים, ולא נוצר שינוי בלתי צפוי בנסיבות ביחס למועד חתימת שטר הזיכיון בכל הנוגע לפעילות הפקת המחצבים מים המלח. שינויים במחירי המחצבים המביאים לעלייה ברווחיות בתקופה מסוימת לאורך חיי הזיכיון, אינם מקימים עילה לקביעת הסדר פיסקאלי חדש ביחס לכיל, אשר יחול מכאן ואילך. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה ש"ההתאמה" של ההסדר**

¹⁵⁸ תגובת המדינה לעתירה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 18-23.

¹⁵⁹ טיטות המסקנות, בעמ' 85, 71.

¹⁶⁰ חוות דעת מינץ, בעמ' 3.

¹⁶¹ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בפסקה 4. חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 2.

הפיסקאלי הקיים לעלייה במחירי האשלג במהלך השנים 2004-2009, כבר בוצעה במסגרת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים משנת 2012. הסדר זה בא ו"תיקן", לגישת המדינה, את חלקה של המדינה ברווחים ממחצבי ים המלח, והביאם לרמה המקובלת בעולם כמפורט לעיל.

304. לאחר עדכון ההסדר הפיסקאלי כאמור, לא התחולל כל שינוי בתחום משאבי הטבע. השינוי היחידי שהיה ממועד זה הוא דווקא ירידת מחירי האשלג. כך, המחיר החודשי הממוצע של טון אשלג (FOB Vancouver) ירד מ-425 דולר בדצמבר 2012, ל-287 דולר בלבד, באפריל 2014.

305. לכן, גם הנמקה זו שהייתה רלוונטית ביחס לגז ולנפט, אינה רלוונטית ביחס להחלת הסדר פיסקאלי חדש ביחס למחצבי ים המלח.

ד.6) משאבי הגז והנפט ומחצבי ים המלח שונים בתכלית במובנים רבים נוספים

306. נזכיר כי במסגרת העמדה הראשונית שהגישה כיל לוועדה, עמדה כיל על קיומן של הבחנות רבות נוספות בין משאבי הגז והנפט לבין מחצבי ים המלח, מעבר לנושאים שנדונו במפורש בבג"ץ דודיאן, אשר להן השלכה רבה על תוצאות הניתוח המשפטי ביחס להסדר המוצע. נעמוד בקצרה על עיקר ההבחנות הנוספות, תוך מתן מענה להתייחסויות שניתנו להן בטיוטת המסקנות או בחוות הדעת המשפטית, ככל שניתנו.

ד.6)א) מס רווחי יתר אינו מקובל בתעשיית המחצבים בעולם בשונה מענף הגז והנפט

307. על פי חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, אחת ההצדקות לשינוי חלקה של המדינה בענף הגז והנפט היא המסקנה כי מדובר במס הקיים בעשרות רבות של מדינות, וכי מדובר בסטנדרט מקובל, שלא ניתן לומר עליו כי הוא אינו סביר.¹⁶² כפי שפורט בעמדתה הראשונית של כיל, בענייננו מצב הדברים הפוך – הטלת מס רווחי יתר בענף המחצבים בכלל, ובענף המינרלים לדשנים בפרט, היא מעשה נדיר.

308. בחוות הדעת המשפטית נטען כי המלצות הוועדה אינן ייחודיות למדינת ישראל והן עולות בקנה אחד עם "מגמות עולמיות", וכי יותר ויותר מדינות החלו בקביעת מודל דומה גם למשאבי טבע אחרים.¹⁶³ מצג זה אינו תואם את המציאות. כאמור לעיל, אין כיום מגמה אחידה בעולם ביחס להסדרים הפיסקאליים החלים על חברות כרייה בתחום משאבי טבע שאינם גז ונפט. הטלת מס על רווחים עודפים אינה המגמה המובילה, אלא מדיניות חדשה בה נקטו מספר מדינות בודדות בשנים האחרונות, והמובילה בהן, אוסטרליה, אף בוחנת את ביטולה.

¹⁶² חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 9-10.

¹⁶³ טיוטת המסקנות, בפסקאות 42-43.

ד.6(ב) המדינה קיבלה תמורה משמעותית בעת הפרטת כיל, בשונה מיזמי הגז והנפט אשר לא שילמו דמי רישיון משמעותיים

309. בחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה ניתן דגש על כך שייזמי הגז והנפט לא שילמו דמי רישיון משמעותיים בעת הענקת הרישיון, וזאת להבדיל מהמקובל במדינות אחרות דוגמת ארה"ב. גם נימוק זה עמד בבסיס הקביעה של ועדת ששינסקי הראשונה כי חלקה של המדינה מרווחי הגז והנפט נמוך ביותר, וכי על כן יש להטיל על הרווחים העודפים בענף זה מס ייחודי.¹⁶⁴

310. בענייננו מצב הדברים הפוך. כמפורט לעיל, במסגרת הליך ההפרטה נמכרה כיל יחד עם הזיכיון. שוויה של כיל בעת ההפרטה כולל גם את השווי הכספי בגין הערך הכלכלי של הזיכיון והזכויות המוקנות למי"ה במסגרתו, ועל כן היוותה תמורת ההפרטה תשלום בגין הזיכיון.

311. משמעות הדברים היא שהמדינה ללא ספק גבתה את "הרנטה הכלכלית" הגלומה במשאבי הטבע של ים המלח, בניגוד לענף הגז והנפט, ועל כן שינוי ההסדר הפיסקאלי הקיים בדמות הטלת מס רווחי יתר יהווה תשלום נוסף ונעדר רציונל כלכלי בגין שווי המשאבים.

312. כאמור, גם יו"ר הוועדה, פרופ' ששינסקי התייחס בעבר לסכום ששולם למדינה תמורת הזיכיון בעת ההפרטה ולהבחנה הנדרשת בהקשר זה בין מי"ה לבין יזמי הגז והנפט. משונה הדבר, אם כן, כי הוועדה לא ראתה לנכון להביא בחשבון את הסכום ששולם למדינה תמורת הזיכיון בעת ההפרטה, בכלל חישוב חלקה של המדינה ברווחי כיל.

313. כיל עמדה על הבחנה זו כבר בעמדה הראשונית שהגישה לוועדה, אולם לא ניתנה לכך כל התייחסות בטיטוט המסקנות או בחוות הדעת המשפטית.

ד.6(ג) כיל אינה מקבלת הטבות ייחודיות מהמדינה ופעילותה בתחום הכרייה והחציבה הוחרגה מתחולת החוק לעידוד השקעות הון, בשונה מיזמי הגז והנפט שנהנו מהטבות והקלות ייחודיות לאותו ענף

314. ועדת ששינסקי הראשונה התייחסה לעובדה שהיזמים בענף הגז והנפט נהנים מהטבות והקלות רבות, באופן המאבחן אותם לטובה לעומת יזמים בתחומי פעילות אחרים. בנוסף, בחוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה על כך שהמשטר הפיסקאלי הכללי במדינת ישראל השתנה לטובת היזמים, בין היתר נוכח ההפחתה ההדרגתית בשיעור מס החברות, והכוונה שהייתה באותה עת להפחיתו עד לרמה של 18% בלבד בשנת 2016. משכך נמצא כי התנאים הכלכליים המוענקים ליזמים הוטבו עד מאד, ולכן לא נפגע אינטרס ההסתמכות שלהם.¹⁶⁵

¹⁶⁴ מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל (1.2011) ("דו"ח ועדת ששינסקי הראשונה"), בעמ' 20.
¹⁶⁵ שם, בעמ' 29.

315. בענייננו מצב הדברים הפוך. במסגרת התיקון האחרון בחוק לעידוד השקעות הון הוחרגו פעולות כרייה וחציבה מתחולת החוק, וכתוצאה מכך אבדה כיל הטבות שניתנו לה בעבר מכוח החוק, ושיעור מס החברות שמשלמת החברה עלה ועוד יעלה בקרוב באופן משמעותי, לשיעור המס הרגיל. בנוסף חזרה בה הממשלה מכוונתה להפחית את מס החברות בהדרגה עד לשיעור של 18% בשנת 2016, ועל כן שיעורי המס החלים על כיל גבוהים משמעותית מאלה שצפתה ועדת ששינסקי הראשונה. במקביל נטלה על עצמה מי"ה את מימון עיקר עלות פרויקט קציר המלח (חלף המשך הגבהת הסוללות מסביב לבריכה מספר 5 בעלות נמוכה משמעותית), וכן את האחריות המלאה והבלעדית לביצוע הפרויקט (חרף הדיבידנד החרוג שמשכה המדינה מכיל ערב ההפרטה ואשר יועד לעניין זה). לכך יש להוסיף את ההכרעה שניתנה בסמוך לאחר פרסום טיוטת המסקנות, ביחס לבוררות התמלוגים, המטילה על כיל נטל כספי כסף נוסף.
316. משמעות הדברים ברורה: בעוד שהיזמים בענף הגז והנפט נהנו מהסדר פיסקאלי מקל אשר הקטין משמעותית את חלקה של המדינה ברווחים בענף זה, חווה כיל בשנים האחרונות הגדלה משמעותית בחבותה הכספית כלפי המדינה. גם עם הבחנה זו לא התמודדו הוועדה או חוות הדעת המשפטית.
317. לסיכום פרק זה, בג"ץ דודיאן לא הכריע בסוגיות המשפטיות המתעוררות בעניינו, ובוודאי שלא נקבעה בו הלכה בנוגע למשאבי הטבע בכלל או למחצבי ים המלח בפרט. פסיקתו של בג"ץ הייתה ספציפית ביחס לעותרים, טענותיהם, נסיבות המקרה וההסדר הפיסקאלי שנקבע שם. כל אלה שונים בעניינו. משכך, הניתוח המשפטי שנערך בחוות הדעת המשפטית חסר ואינו נותן מענה לעיקר טענותיה של כיל, אשר להן משקל רב בהכרעה ביחס לחוקיות המלצות הוועדה.

ה. ההסדר המוצע אינו חוקתי

ה.(1) בבסיס הדיון החוקתי צריכה לעמוד העובדה כי החוק המוצע יפר הסכמים שהמדינה צד להם, לרבות מהזמן האחרון

318. כאמור חוות הדעת המשפטית נמנעת מלדון בטענות החוזיות של כיל, בנימוק לפיו אין צורך לבחון טענות אלו שעה שעתיד להיות מחוקק חוק אשר יעגן את המלצות הוועדה.
319. בכל הכבוד, בכך שוגה חוות הדעת המשפטית. המישור החוזי עומד על מכונו. החוק העתידי מהווה הפרה של ההסכם, וכאמור הפרה זו מקנה לכליל את הזכות לסעדים החוזיים בגין הפרה.
320. ואולם גם במישור החוקתי, הדיון הנערך בחוות הדעת המשפטית הוא שגוי. חוקתיות החוק העתידי חייבת להיבחן על בסיס העובדה, כי חוק זה יפר הסכמים עליהם חתומה המדינה. חקיקה ראשית אינה פתרון קסם לשינוי חד-צדדי של הסכמים המחייבים את המדינה. המדינה אינה פועלת בחלל משפטי ריק ואינה יכולה לעשות ככל שהיא חפצה.
321. אמנם המערכת המשפטית שלנו הכירה ביכולתה של המדינה להשתחרר, בנסיבות מסוימות ובתנאים מוגדרים, מהסכמים שהיא צד להם; ואולם גם בכל הנוגע להשתחררות מחוזה, למדינה אין את החירות לעשות דין לעצמה ולהשתחרר מחוזה כראות עיניה, אלא עליה לעמוד במבחנים שנקבעו לעניין זה בהלכת ההשתחררות.
322. כידוע, הלכת ההשתחררות קובעת את כוחה של הרשות להשתחרר מהתחייבויות חוזיות שנטלה על עצמה שעה שצורכי ציבור חיוניים מחייבים השתחררות זו.¹⁶⁶ המונח "צורך חיוני" בהקשר זה אינו כולל רשימה סגורה של מקרים. מדובר במונח יחסי הנבחן בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי. האיזון שיופעל בכל מקרה יהיה שונה, בהתאם לאופיו של ההסכם הנדון, לנסיבותיו של העניין בכללותו ולמשקלם של האינטרסים המתנגשים.¹⁶⁷ כך למשל, מקום בו מדובר בחוזה מסחרי שנערך בין הרשות לבין מתקשר פרטי, שתכליתו הפקת רווחים, ראוי שיינתן משקל יחסי רב לאינטרסים העקרוניים בדבר אמינות השלטון ואינטרס ההסתמכות והציפייה של המתקשר הפרטי.¹⁶⁸
323. בענייננו המדינה אמנם אינה מבקשת להשתחרר מהזיכיון והוא אמור להישאר על כנו, ואולם היא מבקשת לשנות באופן חד-צדדי את הסדר התמורה בזיכיון (ולתפר בכך את המערכת ההסכמית ארוכת הטווח שבין

¹⁶⁶ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקה 116 וההפניות שם.

¹⁶⁷ שם, בפסקה 121.

¹⁶⁸ שם, בפסקה 122.

הצדדים).¹⁶⁹ גם לעניין הניתוח החוקתי, קיים קשר בל יינתק בין תנאי הלכת ההשתחררות לבין האופן בו יש לבחון את התנהלות המדינה במקרה של שינוי כפוי חד-צדדי בתנאי הזיכיון המוסכמים באמצעות חקיקה.

324. הלכת ההשתחררות קובעת את האיזון הראוי בין תכלית כיבוד ההסכמים לבין התכלית של צורכי הציבור, המצדיקה בנסיבות מסוימות מאוד את העדפתם של צרכים אלו על פני זכויותיו של הצד הנגדי לחוזה עמה. על אותו איזון עדין לחול גם במקרה זה בו המדינה מבקשת באמצעות חקיקת חוק, ליתן את הבכורה לצורכי הציבור, כביכול, על פני זכויותיה של כיל כי המדינה תקיים את חלקה בעסקה שנרקמה ביניהן. מהבחינה הזו, הלכת ההשתחררות משקפת נכונה את הערכים שבפסקת ההגבלה, בקבעה מתי השתחררות מחוזה היא ראויה וניתן להצדיקה כשם שפסקת ההגבלה בודקת מתי ניתן להצדיק חוק הפוגע בזכויות קנייניות.

325. חוק המאפשר למדינה להשתחרר מתנאי מהותי בשטר הזיכיון (ועדכונו בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים) על-ידי שינוי באופן חד-צדדי בחקיקה, הוא חוק שאינו על-פי ערכי ישראל, אינו לתכלית ראויה וודאי שאינו מידתי. בהקשר זה, הלכת ההשתחררות משקפת את האיזון הראוי לפי פסקת ההגבלה. העוצמה שיש לייחס לחוזה שעוגן בחוק ושתוקן לאחרונה צריכה להיות גדולה, ועל-כן הנסיבות בהן יתאפשר למדינה לשנות באופן כפוי וחד-צדדי הסכם כזה חייבות להיות קיצוניות. המידה בה רשאית המדינה לפגוע בחוק בזכויות חוזיות של צד לחוזה מחייב עמה שעוגן בחוק חייבת להיות מינימלית. במקרה זה, התכליות אותן מבקשת המדינה לקדם באמצעות חקיקת החוק והאופן בו היא מבקשת לעשות כן, אינם מצדיקים את הפגיעה שתיגרם לזכויותיה של כיל ואינם עומדים בתנאים הנדרשים.

ה. (2) החוק המוצע פוגע בזכות חוקתית של כיל

ה. (2)(א) לכיל זכויות חוקתיות הראויות להגנה חוקתית

326. נטען בחוות הדעת המשפטית כי החוק המוצע אינו פוגע בזכות חוקתית כלשהי של היזמים כיוון שהוא "אינו נוטל, מפקיע, או משנה את זכויותיהם של היזמים במשאבי הטבע אלא ממסה את רווחיהם כתוצאה מן הפעילות באותם משאבים".¹⁷⁰ בכל הכבוד, טענה זו אינה נכונה.

327. ראשית, גם אם הפגיעה הקניינית הייתה נבחנת רק במשקפי פגיעה ברווחים עתידיים (מה שאין כן מצב הדברים, כמפורט להלן), עדיין החוק המוצע פוגעני במידה המצדיקה התערבות חוקתית.

328. בהקשר זה נטען בחוות הדעת המשפטית כי המס שהוועדה ממליצה להטיל מכוון אך ורק לרווחי היתר של הגורמים הפועלים בתחום משאבי הטבע והוא עתיד להותיר בידי היזמים רווחים ראויים ולא עתיד לפגוע

¹⁶⁹ ר' דיונונו כאן, בפסקאות 191-193.

¹⁷⁰ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 91.

ביכולתם להחזיר את ההשקעה.¹⁷¹ טענה זו אינה נכונה. כפי שפורט לעיל, מס רווחי היתר עתיד להותיר בידי היזמים רווחים הנופלים משמעותית מרווחים נורמטיביים וראויים ויפגע בהשקעותיהם העתידיות.

329. **שנית**, וזה העיקר, **החוק המוצע מתעתד גם מתעתד ליטול מכיל חלק נוסף מרווחיה, כתמורה נוספת בגין הזכויות שהוענקו לה על-ידי המדינה לעשות שימוש במחצבי ים המלח, מעבר לזו שהוסכמה בין הצדדים בשטר הזיכיון ועודכנה לאחרונה בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים**. נטילה נוספת זו מתכוונת המדינה לעשות באופן חד-צדדי וללא הסכמתה של כיל.

330. חוות הדעת המשפטית מתעלמת בהקשר זה מכך שזכויותיה של כיל לעשות שימוש במחצבי ים המלח הוענקו לה **בהסכם**, אשר עוגן **בחוק**, שהצדדים **פעלו** על-פיו, ואשר שונה לאחרונה בהסכמה רק לפני **כשנתיים**.

331. כאמור, חוות הדעת המשפטית בוחנת את שאלת הפגיעה בזכות קניינית של כיל במשקפי הפגיעה ברווחים העתידיים בלבד. לפי הטענה, חוק שיעגן את המלצות הוועדה הוא חוק מס, וככל שהוא פוגע הרי שהוא פוגע ברווחי היתר המופקים מהמשאבים. בהקשר זה היא מסתמכת על קביעת בית המשפט העליון בבג"ץ דודיאן לפיה לא מדובר בפגיעה בזכות הקניין במובן החוקתי.¹⁷²

332. ואולם ההקבלה המבוצעת בחוות הדעת המשפטית בהקשר לבג"ץ דודיאן, שגויה. כמפורט לעיל, **אין המדובר בענייננו בחקיקת מס, אלא בשינוי של התמורה החוזית שהוסכמה בין הצדדים, שניתן לה שם מטעה; לכן ממילא הניתוח של הפגיעה החוקתית של חוק מס אינו רלבנטי למקרה זה**. בבג"ץ דודיאן אמנם נקבע, כפי שמצוין בחוות הדעת המשפטית,¹⁷³ כי ההנחה שחוק הפוגע ברווחים טומן בחובו גם פגיעה בזכות הקניין החוקתית מעוררת סוגיות עיוניות לא פשוטות. ואולם בענייננו אין המדובר בחוק שרק פוגע ברווחים צפויים כפי שהיה בבג"ץ דודיאן. בענייננו המדובר **בחוק המשנה באופן ישיר את התמורה החוזית המוסכמת בין הצדדים אשר אף עוגנה בחוק**. מצב דברים זה שונה באופן מהותי שכן הפגיעה הצפויה, לצורכי הגנת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, היא **פגיעה בזכות קניינית ממשית**.

333. ההלכה הפסוקה קבעה כי **זכויות חוזיות הן זכויות המוגנות על-ידי הזכות החוקתית לקניין שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**. דברים אלו פורטו בחומר שהוגש על-ידי כיל לוועדה,¹⁷⁴ אך לא זכו לכל התייחסות בחוות הדעת המשפטית.

334. נשוב ונזכיר כי הפסיקה קבעה בעניין זה כי זכויות אובליגטוריות הן זכויות בעלות ערך כלכלי, ועל-כן יוגדרו כ"קניין" לצורך חוק היסוד.¹⁷⁵

¹⁷¹ שם, בסעיף 94.

¹⁷² שם, בסעיפים 91-93.

¹⁷³ שם, בסעיף 93.

¹⁷⁴ חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 65-67.

יפים לעניין זה דברי כב' הנשיא לשעבר ברק בפסק הדין בעניין בנק המזרחי השני,¹⁷⁶ בקובעו:

"דומה שהכל מסכימים כי הקניין בחוק היסוד משתרע על כל הזכויות הקנייניות למיניהן כמשמעותן במשפט הפרטי. כמו כן מוסכם על הכל כי הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד. אכן, לא הרי הקניין במובנו החוקתי כהרי הקניין במובנו במשפט הפרטי... על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות... על רקע זה נקבע כי הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא... "בכך פוגעת ההוראה בזכותו החוזית של הבנק המלווה. פגיעה זו מהווה פגיעה בקניינו של הבנק המלווה".¹⁷⁷

335. יתרה מכך, זכויות כיל אינן זכויות חוזיות רגילות, שכאמור אף הן כשלעצמן מוגנות בזכות החוקתית לקניין. זכויות כיל עוגנו בחוק של הכנסת. כלומר מדובר בזכויות חוזיות שקיבלו מעמד של חוק.

336. **אם בזכויות חוזיות רואה הדין כזכויות קניין מוגנות, קל וחומר כך הם פני הדברים כאשר מדובר, כבענייננו, בזכויות חוזיות שקיבלו עיגון חקיקתי.**

337. **זכויותיה החוזיות של כיל בהן מבקשת המדינה לפגוע באמצעות החוק המוצע הן זכויות חוזיות בעלות ערך כלכלי ברור. מדובר בתמורה הכספית אותה הוסכם כי כיל תשלם למדינה בגין הזכות שניתנה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח, אותה מבקשת המדינה להגדיל באופן חד-צדדי וכפוי. מובן כי תנאי העסקה שנעשתה בין המדינה לבין כיל משתנים באופן מהותי עם הגדלת התמורה שעליה לשלם למדינה, והערך הכלכלי לכיל של הזכויות אותן קיבלה מכוח ההסכמים עליהם חתמה עם המדינה פוחת כתוצאה מהגדלת התמורה אותה עליה לשלם. זוהי פגיעה קניינית של ממש המוגנת בגדר כבוד האדם וחירותו.**

338. בכך לא תמה הפגיעה הכלכלית בכיל. התמורה החוזית אותה משלמת כיל למדינה אינה רק הסכום השוטף אותו משלמת כיל בגין השימוש המסחרי שהיא עושה במחצבים אותם היא כורה מים המלח. בצד התמורה השוטפת שנקבעה בסעיף 15 לשרטן הזיכיון ושעודכנה רק לפני כשנתיים בהסכם הקציר, והעלאת שיעור התמלוגים, שולמה גם תמורה מוסכמת חד-פעמית ומראש בהליך ההפרטה, בעד עצם הקניית הזכות לעשות שימוש במשאבי הטבע של ים המלח ממועד ההפרטה ועד לתום תקופת הזיכיון.

339. שטר הזיכיון הוא הסכם נתון, אשר על-פי תנאיו כפי שהיו מוסכמים וידועים, נמכרה כיל לציבור בהליך ההפרטה בשנת 1992. הסכום בו מכרה המדינה לציבור כ-20% ממניות כיל, לפי שווי כולל של 1.2 מיליארד דולר, שיקף מטבע הדברים, בין היתר, את הסיכונים והסיכויים הגלומים בשטר הזיכיון בהתאם לתנאים שנקבעו בו. וכך גם בשנת 1995 עת מכרה המדינה את גרעין השליטה בכיל (24.9%) לחברה לישראל בע"מ

¹⁷⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, בפסקה 127 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 9.6.2005); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (התשנ"ה-התשנ"ו); אהרן יורן (יורקביץ') "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443, 447 (התשנ"ז).

¹⁷⁶ בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 20.9.2006).

¹⁷⁷ שם, בפסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לפי שווי שוק של 930 מיליון דולר, גם סכום זה שיקף בין היתר את הסיכונים והסיכויים הגלומים בשטר הזיכיון בהתאם לתנאים שנקבעו בו (וכמובן עדכוניו, בתנאי שאלה נעשים בהסכמה – כפי שתמיד נעשו).

340. שינוי התמורה המשולמת למדינה מהווה, לפיכך, פגיעה בזכויותיה החוזיות של כיל שקיבלו עיגון חקיקתי. זכותה החוזית האמורה של כיל היא זכות קניין בעלת ערך כלכלי ממשי אשר בה עתיד החוק המוצע לפגוע. משכך, בניגוד לנטען בחוות הדעת המשפטית, מעצם קיומו יפגע החוק המוצע קשות בזכות קניין מוגנת של כיל.

341. מוסיפה וטוענת חוות הדעת המשפטית כי אין בסיס לטענה כי ליזמים זכויות קנייניות במשאבי הטבע. בהקשר זה נטען בחוות הדעת המשפטית כי היזמים מקבלים לידם "זכויות מוגבלות באמצעות חוזים, היתרים או רישיונות. לכל היותר הן מהוות זכויות שנהגו לסווג כ'קניין חדש' אשר הפסיקה טרם הכריעה מה מעמדן והאם הן חלק מזכות הקניין החוקתית".¹⁷⁸ בכל הכבוד, אמירה זו, בכל הנוגע לכיל, אינה נכונה: כאמור לעיל, זכויות חוזיות בעלות ערך כלכלי – שהן הזכויות שהוענקו לכיל בהסכמים המחייבים עם המדינה – הוכרו בפסיקה כזכויות קניין כמשמעותן בחוק היסוד.

342. עוד נטען בחוות הדעת המשפטית כי החוק המוצע אינו טומן כל פגיעה ב"קניין החדש" שלכאורה ניתן ליזמים, והוא מפנה גם בהקשר זה לבג"ץ דודיאן.¹⁷⁹ כאמור, בענייננו, נוכח קיומם של הסכמים מחייבים שהחוק המוצע מתעתד להפר אותם, קיימת פגיעה בזכויות קנייניות ממשיות של כיל, וכלל אין המדובר רק בפגיעה ב"קניין החדש", אלא בפגיעה בקניין ממש.

343. בנוסף, הציטוט מבג"ץ דודיאן המובא בחוות הדעת המשפטית בהקשר זה, מדגים בדיוק את הכשל הגלום בחוות הדעת המשפטית, שכן להבדיל מהאמור בו לפיו: "אין המדובר בשינוי תנאים ברשיונות ובחזקות מכוח חוק הנפט בהם הם [העותרים – ד.ת.] מחזיקים", בענייננו מדובר גם מדובר בשינוי תנאים המעוגנים בחוזה, ולא רק ברישיון או בחזקה.

344. סיכומו של דבר, בניגוד לנטען בחוות הדעת המשפטית, החוק המוצע פוגע גם פוגע בזכויות קניין ממשיות של כיל ולא רק ברווחיה העתידיים או בזכויות מסוג "קניין חדש".

¹⁷⁸ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 95.

¹⁷⁹ שם, בסעיפים 95-96.

ה. (2)(ב) פגיעה באינטרס הסתמכות והציפייה הראויים להגנה חוקתית

345. נטען בחוות הדעת המשפטית כי הטענה בדבר הסתמכות היזמים על המצב הקודם, אין בה כדי לשנות את זכויותיהם ולאפיין אותן כחוקתיות. בהקשר זה נטען בחוות הדעת המשפטית כי אין לאדם זכות קנויה במדיניות כלכלית, וכי עניין זה הוכרע בבג"ץ דודיאן, בו נקבע כי לא ניתן לבסס טענת הסתמכות על כך שמדיניות או משטר מס קיים לא ישונו וכי "אלה הם פני הדברים גם בענייננו"¹⁸⁰.
346. לא כך פני הדברים. כפי שפורט לעיל, בניגוד לנסיבות בבג"ץ דודיאן, שם העותרים החזיקו ברשיונות וחזקות בלבד אשר נקבע כי הם אינם מקימים אינטרס ציפייה מוגן, הרי שכאן, בכל הנוגע לכיל, המצב שונה.
347. **כיל היא צד להסכם מחייב עם המדינה, תחום בזמן, שעוגן בחוק, והקובע את התמורה שעליה לשלם בגין הזכויות שהוענקו לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח.** הסכם זה יוצר לכליל לא רק ציפייה כי התמורה עליה הוסכם עם המדינה, אשר עודכנה רק לפני כשנתיים בהסדר שאושר על-ידי בית המשפט העליון, לא תשונה באופן חד-צדדי, ללא הסכמתה, ושלא בהתאם למנגנון שנקבע בשרט הזיכיון בנוגע לאופן בירור מחלוקות בין הצדדים; כי אם למעלה מכך. הסכם זה יוצר כלפי כיל **התחייבות חוזית** של המדינה שלא לשנותו כאמור. כמפורט לעיל, הטלת המס המוצע אינה שינוי מדיניות כללי בנוגע לתשלומי חובה אותם משלמת כיל למדינה, אלא היא בבחינת הפרת הסכם, והטלת תשלום ספציפי על כיל שאין בינו ובין מס כללי ולא כלום. לכליל כצד להסכם עם המדינה קיימת ציפייה ואף זכות לכך שהסכם זה יקיים.
348. למעלה מכך, **המדינה התחייבה בצורה מפורשת שלא לשנות את ההסדר הפיסקאלי בין הצדדים "לעת הזאת" – התחייבות שאושרה על-ידי בית המשפט העליון.** התחייבות זו, לפי הפרשנות הראויה שלה כפי שפורטה לעיל, בעינה עומדת, ולכיל ציפייה ברורה לכך וזכות לכך שהתחייבות זו אכן תקיים. כפי שפורט לעיל, בשונה מהנסיבות בבג"ץ דודיאן, **בענייננו המדינה דיברה בקול אחד וברור בכל הנוגע להתחייבות זו, וכך הוצגו הדברים לא רק בפני כיל, אלא גם בפני בית המשפט העליון.**
349. **בנוסף, כיוון שכיל היא צד להסכם מחייב עם המדינה, הרי שקיים לה גם אינטרס הסתמכות מוגן.** כיל עומדת בהתחייבויותיה בהתאם לשרט הזיכיון. כיל עמלה על פיתוח וטיפול המחצבים בים המלח ובסביבותיו, שיווקם ומכירתם, והגבירה את כושר הייצור עם השנים תוך תהליך למידה והתייעלות, כל זאת תוך הסתמכות על כך שהמדינה תקיים את התחייבויותיה בשרט הזיכיון ותפעל על פיו. המדינה נהנתה מכך והפיקה את מירב התועלת מכך. מצב דברים זה התעצם לאחר חתימת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, במסגרתו נטלה על עצמה כיל התחייבויות נוספות בעלות כוללת של כ-7 מיליארד שקלים. כיל הסתמכה על התחייבויותיה המפורשות של המדינה בהסכם זה, ושינתה את מצבה לרעה. הסכמתה של כיל להגדיל את שיעור התמלוגים ולשאת בעלויות פרויקט הקציר, נסמכה על התחייבותה של המדינה שלא לשנות את ההסדר הפיסקאלי "לעת הזאת" ושלא ליזום הצעות חקיקה. עלויות העתק בהן נושאת כיל הן

¹⁸⁰ שם, בסעיפים 97-99.

פרי הסתמכות מובהקת על התחייבות זו של המדינה. הסתמכות זו של כיל ושינוי מצבה לרעה ראויות להגנה חוקתית.

350. מוסיפה חוות הדעת המשפטית וטוענת כי משטר המס החל על משאבי הטבע הוא משטר "ארכאי", כי המלצות הוועדה הן פרי שינויים שחלו "בשנים האחרונות" והן מבקשות להכניס לחקיקת המס הישראלית כלים פיסקליים "מודרניים", כביכול, וכי משמעות טענת היזמים לפיה החוק המוצע מהווה פגיעה בזכות חוקתית לקניין תהיה עיגון סטטוס קוו "כושל ומעוות".¹⁸¹

351. בכל הכבוד, מדובר בקו טיעון שמטרתו ליצור הצדקה, להבדל הבלתי ניתן להצדקה, בין עמדתה של המדינה בנוגע להסדר הפיסקאלי עם כיל, כפי שהוצגה לבית המשפט העליון, לבין המלצות הוועדה, כמפורט בפרק א. (3) לעיל.

352. בכל מקרה, גם אם היה ממש בטענות אלו – ולא כך הדבר – בכל הנוגע לכיל שלה הסכמים מחייבים עם המדינה, לא היה בטענות אלו בכל מקרה כדי להצדיק את הפרת ההסכמים עמה ואת הפגיעה החוקתית בקניינה, שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

ה. (3) תנאי פסקת ההגבלה אינם מתקיימים

353. כאמור, החוק המוצע פוגע בזכויות מוגנות של כיל – הן בזכויותיה הקנייניות הממשיות והן באינטרס הציפיה וההסתמכות שלה.

354. בחוות הדעת המשפטית נטען כי אף אם היה בחוק המוצע משום פגיעה בקניינם של "השחקנים הקיימים בתחום משאבי הטבע", הרי שבכל מקרה חוק שיעגן את המלצות הוועדה עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

355. בכל הכבוד, גם הניתוח החוקתי של פסקת ההגבלה שנעשה בחוות הדעת המשפטית, כפי שיבואר להלן, אינו נכון.

ה. (3) (א) החוק המוצע אינו יכול להיחשב כ"חוק"

356. נטען בחוות הדעת המשפטית כי הדרישה לפיה הפגיעה תיעשה בחוק מתקיימת בענייננו. בהקשר זה מתייחסת חוות הדעת המשפטית רק לשאלת רטרואקטיביות החוק המוצע.¹⁸²

¹⁸¹ שם, בסעיפים 100-101.

¹⁸² שם, בסעיפים 156-157.

357. חוות הדעת המשפטית מתעלמת מהטענה שנטענה על-ידי כיל בעמדה המשפטית שהוגשה מטעמה לוועדה בנוגע לרכיב זה של פסקת ההגבלה, לפיה הפגיעה הצפויה אינה עומדת בדרישה כי תהא בחוק בשל היותה **חקיקה פרסונלית**.

358. כיל כבר טענה כי חקיקה אשר מטרתה ובוודאי תוצאתה העיקרית, אם לא היחידה, ליטול ממנה רווחים נוספים, אינה יכולה להיחשב ל"חוק", שכן חקיקה שהיא פרטית באופייה סותרת את עקרון שלטון החוק.¹⁸³ כיל טענה כי בבסיס חוק אשר יטיל עליה מס רווחי יתר על ניצבת מטרה ברורה – להפקיע רווחים מכיל מעבר להסדר הפיסקאלי הקיים, וכי חוק כזה הוא אינדיבידואלי באופיו ואינו מקיים את הדרישה לכלליות החקיקה הנדרשת במסגרת פסקת ההגבלה. כיל הוסיפה והסבירה כי להבדיל מההסדרה החוקית בעניין מס רווחי היתר על ענף הנפט והגז, בו פועלים מספר שחקנים וייתכן שיפעלו בעתיד שחקנים נוספים אשר יקבלו רשיונות מכוח חוק הנפט, בים המלח פועל זכיון יחיד ומכוח הסכם בלעדי, ועל-כן חקיקה בעניינו היא אינדיבידואלית ופסולה.

359. את כל זאת כתבה כיל טרם פורסמה טיוטת המסקנות. עתה, לאחר הפרסום, המלצות הוועדה מאששות למרבה הצער את טענותיה של כיל.

360. כפי שפורט בתחילת דברינו, הוועדה היא "ועדת כיל" לכל דבר ועניין, שכן המלצותיה נוגעות לכליל בלבד. **החוק המוצע מוצג כחוק כללי שיחול על כלל המחצבים במדינת ישראל, ואולם כשבוחנים את פרטי התמונה המוצגת מתגלה כי כריית כלל המחצבים שהוועדה דנה בהן מבוצעת כולה על-ידי חברות בנות של כיל, ולפיכך בפועל החוק המוצע יחול עליה בלבד.**

361. יתרה מכך, גם המדינה לא תחלוק על כך כי מבין כלל המחצבים, מחצבי ים המלח והפוספט הם המחצבים היחידים בגינם צפוי להיגבות מס "רווחי היתר".

362. לפיכך החוק המוצע הוא חוק שנועד הלכה למעשה לגבות יותר כסף מכיל, בעד הזכות שהוענקה לה לעשות שימוש במחצבי ים המלח – וכמפורט בחוות דעת זו, הוא חוק שמפר הסכמים של כיל עם המדינה. האמירה התיאורטית לפיה יחול החוק על משאבי טבע "שיתגלו בעתיד" אין בה דבר. אין שום ציפייה קיימת לגילוי משאבי טבע כלשהם בישראל, שאינם גז או נפט, המוחרגים ממילא ממסגרת החוק המוצע. על-כן החוק המוצע, בהיותו חוק שנועד לגבות מכיל תמורה נוספת מעבר לזו שהוסכמה עימה, ולמעשה הוא מפר הסכמים שנכרתו עימה, הוא חוק ספציפי, פרטני ופרטי. **חוק זה אינו עומד במבחנים החוקתיים הנדרשים והוא פסול מיסודו.**

363. חוות הדעת המשפטית אינה מתמודדת לגופו עם רכיב זה של פסקת ההגבלה.

¹⁸³ חוות הדעת המשפטית לעניין ועדת ששינסקי הראשונה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 69-70.

364. אפילו לא היה החוק פרסונאלי (והוא כזה), ואפילו היו נסיבות המצדיקות חקיקת חוק שכזה (ואין כאלה), הרי שהעובדה כי לא יכולה להיות מחלוקת שהחוק מיועד לחול על חברות מוגדרות, מסוימות וידועות מראש, משפיעה על האופן בו יש לבחון את סבירותו.¹⁸⁴

365. על כן החוק המוצע צריך לעמוד באופן דקדקני במבחנים החוקתיים. התכליות שהחוק אמור להשיג והמידתיות של החוק צריכים להיות ראויים במידה כזו, שיצדיקו חקיקת חוק עם מאפיינים כה פרסונליים. כפי שיפורט להלן, החוק המוצע אינו עומד במבחנים אלו.

ה.(3)(ב) החוק המוצע אינו "לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל"

366. נטען בחוות הדעת המשפטית כי החוק המוצע מבקש "לתקן את העיוות הקיים במשטר הפיסקלי הנוהג במשאבי הטבע ולהביא למשטר מס צודק וראוי יותר" וכי תכליתו היא "להביא למשטר פיסקלי על משאבי הטבע אשר יבטא באופן ראוי את ערכי השוויון והצדק החלוקתי" וכי "תכלית דומה עמדה גם בבסיס חוק מיסוי רווחי נפט" כפי שנקבע בפסק הדין בבג"ץ דודיאן. משכך, נטען בחוות הדעת המשפטית, המלצות הוועדה עומדות בדרישת התכלית הראויה שבפסקת ההגבלה.¹⁸⁵

367. פרטנו לעיל כיצד תיאור המצב הקיים כמצב מעוות הדורש תיקון, אינו נכון, ואף סותר את האופן בו הוצג ההסדר הפיסקאלי הקיים עם כיל בפני בית המשפט העליון. תיאור זה מנסה להצדיק את הבלתי ניתן להצדקה – את השינוי המהותי אותו מבקשת המדינה לעשות בהסדר הפיסקאלי עם כיל, רק שנתיים לאחר חתימת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים.

368. כיוון שאין כל דבר מעוות בהסדר הפיסקאלי הנוהג, גם לא לשיטתה האמתית של המדינה, ממילא אין לחוק המוצע כל תכלית ראויה.

369. גם ההקבלה בהקשר זה לחוק מיסוי רווחי נפט והתכליות שעמדו בבסיסו כפי שהוצגו בבג"ץ דודיאן, היא שגויה. כפי שפורט בפרק ד. לעיל, הנסיבות העובדתיות שעמדו בבסיס חקיקת חוק מיסוי רווחי הנפט והגז ובבסיס בג"ץ דודיאן הן שונות בתכלית מהעובדות בענייננו; ממילא ההקבלה בין ענפים אלו גם לעניין תכלית החוק המוצע, היא הקבלה שגויה.

370. הדבר עולה בבירור מבחינת הנמקת בית המשפט בבג"ץ דודיאן את תכליתו הראויה של חוק מיסוי רווחי הנפט והגז, כפי שהיא מובאת בחוות הדעת המשפטית,¹⁸⁶ והשוואתה למצב הדברים בעניין מחצבי ים המלח: א. בעוד שבגז ובנפט השתתפות הציבור ברווחים מהמשאב היו נמוכים באופן חריג למקובל בעולם, לא כך המצב בנוגע לחלקה של המדינה ברווחי כיל;

¹⁸⁴ בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002).

¹⁸⁵ חוות הדעת המשפטית, בסעיפים 158-161.

¹⁸⁶ בג"ץ דודיאן, לעיל ה"ש 94, בסעיף 160.

- ב. בעוד שבגז ובנפט הייתה חקיקה מיושנת שהצדיקה את עדכונה, בענייננו קיים הסדר הסכמי ספציפי מעודכן מלפני כשנתיים בלבד שזכה לאישורו של בית המשפט העליון;
- ג. בעוד משאב הגז והנפט הוא משאב ציבורי מוגבל ומתכלה, לא כך הדבר לגבי מחצבי ים המלח.

371. אכן, אין כל בסיס לטענה כי התכלית הראויה שעמדה בבסיס חוק מיסוי רווחי נפט וגז, היא כביכול אותה תכלית ראויה העומדת בבסיסו של החוק המוצע על-ידי הוועדה.

372. זאת ועוד: חוות הדעת המשפטית משתמשת לכל אורכה במילים "צדק חלוקתי". אכן, אין חולק כי צדק חלוקתי הוא ערך שיש לקדם, ואולם השימוש הנעשה בו בחוות הדעת, אינו נכון.

373. המדינה כבר הגיעה לחלוקה ראויה של רווחים בהקשר לזיכיון ים המלח – בתיקון לחוק עידוד השקעות הון, בשומות מס חדשות, בשינוי אופן תשלום התמלוגים בבוררות, בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים, ועוד. אין מקום ל"סיבוב נוסף" שהוועדה מנסה לבצע, ובוודאי שאין להצדיקו בטעמים של צדק חלוקתי, שכבר בא על סיפוקו – כפי שהעידה המדינה בפני בית המשפט העליון וכפי שהעיד שר האוצר קבל עם ועדה, רק לפני שנתיים ימים.

374. בנוסף, אף אם היה מקום לחלק באופן צודק יותר את הרווחים ממחצבי ים המלח – וכאמור אין כל הצדקה לכך לאחר הצעדים הרבים שהמדינה כבר נקטה – גם אז לא היה בעקרון הצדק החלוקתי כדי לגבור על תכליות אחרות ונוספות שראוי לקדם, ושהמדינה מתעלמת מהן. ובכל מקרה על המדינה לאזן בין התכליות הרלבנטיות השונות בנוסף לתכלית קידום הצדק החלוקתי. אין כל הלכה הקובעת כי עקרון הצדק החלוקתי הוא עקרון על שאינו מאוזן בדבר.¹⁸⁷

375. יתרה מכך, עקרון "הצדק החלוקתי" הוא מושג גמיש שבית המשפט יוצק לו תוכן לפי צרכיו ונסיבות המקרה. גם בבג"ץ דודיאן ציין בית המשפט כי: "התכלית של צדק חלוקתי היא תכלית רחבה. היא ניתנת ליישום באופנים שונים. תוכנה המדויק של תכלית זו טעון עדיין הבהרה והפסיקה מגדירה ממקרה למקרה את גבולותיה..."¹⁸⁸.

376. בהקשר זה, גם פרופ' שלו עמדה בחוות דעתה על כך שהמונח "צדק חלוקתי" הוא עקרון צורני ומבני שלתוכו יש לצקת קריטריונים ואמות מידה רלוונטיים, וכי אין עקרון זה, כשלעצמו, מבטא אמת מידה מהותית של צדק. לפיכך, אין המדינה רשאית להניח את המבוקש ולהיאחז בטיעון הצדק החלוקתי תוך התעלמות מהתחייבויותיה החוזיות כלפי כיל:

"גם אם המדינה רוצה לשנות את האופן בו מתחלקים המשאבים במדינה, או לשנות את החלק שהיא מעוניינת לקבל מרווחי נכס כזה או אחר היא אינה

¹⁸⁷ יוסי דהאן "למי שייכת האדמה הזו – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי" משפט וממשל ח 223, 250 (התשס"ה).

¹⁸⁸ שם, בעמ' 27.

יכולה להתעלם מההסכמים בהם היא מחויבת. חשיבות רבה יש לעניין זה גם בנסיבות הייחודיות של ענייננו. ומעבר לכך, העקרון של 'צדק חלוקתי' הוא עקרון צורני ומבני. אין הוא מבטא אמת-מידה מהותית של צדק, שבהתאם לה יחולקו המשאבים. צדק מחלק ענייניו בהקצאה של הטבות לפי אמת מידה כלשהי. לפיכך, גם ההיאחזות בטיעון ה'צדק החלוקתי' לשם הגדלת רווחי המדינה על חשבון רווחיה של מי"ה, היא במידה רבה משום הנחת המבוקש. השאלה איננה האם עקרון הצדק המחלק הוא שחל בענייננו, אלא איזה קריטריון ואיזו אמת מידה ראוי שיוחלו במסגרת הצדק המחלק. המושג של 'צדק מחלק' עשוי לתמוך בכל אחת מן האפשרויות, ולרבות באפשרות להקטין את רווחיה של המדינה ולהגדיל את רווחיה של מי"ה.¹⁸⁹

377. עקרון הצדק החלוקתי אינו עומד לבדו, אלא יש לאזנו עם תכליות נוספות, שאף להן יש חשיבות מהותית ולא פחותה לאינטרס הציבורי, דוגמת תכליות של קיום הסכמים על-ידי המדינה; שמירה על חובת ההגינות המוגברת המוטלת על המדינה; קיום ודאות ויציבות משפטית; שמירה על אמון הציבור במדינה; קידום השקעות מקומיות וזרות; והגנה על זכיינים עתידיים. איזון עקרון הצדק החלוקתי עם תכליות נוספות שהחוק המוצע לא אך שאינו מקדם, אלא פוגע בהן פגיעה חמורה.

378. איזון עקרון הצדק החלוקתי עם עקרון כיבוד הסכמים במקרה דנן כאשר, מחד, אין באמת אי צדק חלוקתי אותו יש לתקן, ומאידך, קיימת מערכת הסכמית שהצדדים נהגו על פיה במשך למעלה מחמישה עשורים, שעוגנה בחוק, ושעודכנה אך לפני כשנתיים ואושרה בבית המשפט העליון – מוביל למסקנה כי החוק המוצע אינו חוק שהוא "לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל".

379. כפי שפורט לעיל, יש לבחון את האיזון המבוצע בפסקת ההגבלה באספקלריית הלכת ההשתחררות. אם נחיל את עקרונות הלכה זו על רכיב ה"תכלית הראויה" של פסקת ההגבלה, הרי שמקום בו מדובר בהסכם חוזי-מסחרי שתכליתו הפקת רווחים, כמו שטר הזיכיון בענייננו,¹⁹⁰ נדרשות סיבות מהותיות, קיצוניות וכבדות משקל על מנת להצדיק סטייה מהסכמים שהמדינה חתומה עליהם, לנוכח תכלית כיבוד ההסכמים. בנסיבות ענייננו, המשקל שיש ליחס להסכם – שבבסיסו ובמהותו הוא הסכם מסחרי לכל דבר, שעוגן בחוק ותוקן בהסכמה אך לפני כשנתיים – חייב להיות משמעותי. לא זה מצב הדברים בענייננו. כפי שציינה פרופ' שלו בחוות דעתה בהקשר זה ממש:

"כדי שתוכל המדינה לטעון כי האינטרס העומד ביסוד רצונה להשתחרר מהחובה הוא הצורך בהגדלת חלקו היחסי של הציבור ברווחי מי"ה, עליה להציב את תשתיתה העובדתית המדויקת, להצביע על האינטרס הציבורי החיוני המצדיק השתחררות מן החובה ועל האיזון בין צרכי הציבור מזה ובין צרכי מי"ה מזה. ואולם, עדיין עסקינן באינטרס כלכלי כללי. בהעדר שינוי נסיבות משמעותי ביותר ובהעדר נסיבות קיצוניות העשויות להצדיק את שחרורה של הרשות, אין בענייננו צידוק חוקי לסטייה מהאינטרס בדבר קיום חוזים שהוא, לכל הדעות, אינטרס ציבורי בעל משמעות נכבדת ביותר".¹⁹¹

¹⁸⁹ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקה 133.

¹⁹⁰ שם, בפסקה 124.

¹⁹¹ שם, בפסקה 131.

380. לבסוף, לצידו של עקרון הצדק החלוקתי שוכן גם עקרון **הצדק המתקן** שיש להחילו ביחסים שבין המדינה לבין כיל. עקרון הצדק המתקן נועד להעמיד את הנפגע (הנזיקי/החוזי), במקום בו היה לולא הפגיעה או ההפרה. בדיני החוזים, יישומו של עקרון הצדק המתקן יכול להיעשות בשני אופנים: באמצעות תרופת האכיפה או לחלופין באמצעות תרופת הפיצויים.¹⁹² כיוון שיש בחוק המוצע כדי להפר הסכמים עם המדינה, יש להעמיד בכל מקרה לצד עקרון הצדק החלוקתי (ככל שהוא רלוונטי) את עקרון הצדק המתקן, אשר משמיע את חובת המדינה להעמיד את כיל במצב בו הייתה אלמלא הפרתם של ההסכמים. **העמדתם של עקרונות אלו זה לצד זה צפויה אף היא להביא לתוצאה, לפיה בנסיבות ענייננו יש להעדיף את זכותה החוזית של כיל על פני האינטרס הנטען בחוות הדעת המשפטית – מה גם שמחד, הפגיעה החוזית קשה מאד, ומאידך, האלמנט הנטען בחוות הדעת המשפטית כבר בא לכלל ביטוי בצעדים קודמים שנקטה המדינה ואף אינו מתממש בהמלצות הוועדה.**¹⁹³

381. מוסיפה חוות הדעת המשפטית וטוענת כי תכלית נוספת של החוק באה לממש את חובתה של המדינה כ"נאמן הציבור" במשאבי הטבע, וכמי שחייבת לדאוג כי נכסי המדינה מוקצים בדרך שהמדינה תקבל את חלקה הכלכלי הראוי; וכי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה מגשים מטרה זו בכך שהוא מוודא כי משטר המס יחול על הרווחיות המאפיינת את תחום הפעילות במשאבי הטבע וייטול חלק מרווחי היתר המאפיינים פעילות זו לטובת הציבור בישראל.¹⁹⁴

382. גם תכלית זו בנסיבות ענייננו אינה מתקיימת. ראשית, הנאמנות הציבורית נפגעת גם כאשר המדינה אינה מקיימת את התחייבויותיה החוזיות. שנית, כפי שפורט לעיל, במצב זהיום המדינה מקבלת את ערכם הכלכלי הראוי של משאבי הטבע בכל הנוגע למחצבי ים המלח. שלישית, החוק המוצע אינו קובע מודל מס חדש, אלא שיעדו ובכל מקרה פועלו לשנות את התמורה החוזית המוסכמת בין כיל לבין המדינה.

383. מן המקובץ עולה כי החוק המוצע אינו חוק שהוא לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

ה.(3)ג) החוק המוצע אינו עומד בדרישת המידתיות

384. גם בנוגע לרכיב האחרון של פסקת ההגבלה – דרישת המידתיות, חוות הדעת המשפטית שוגה.

385. נטען בחוות הדעת המשפטית כי החוק המוצע עומד בשלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות כפי שנקבעו בפסיקה.

386. בכל הנוגע למבחן ההתאמה או **מבחן הקשר הרציונלי**, נטען בחוות הדעת המשפטית כי תכלית החוק היא להבטיח כי הציבור יקבל חלק הולם מהרווחים המופקים ממשאבי הטבע ולהביא למשטר פיסקלי שוויוני

¹⁹² נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי", עיוני משפט לג 241, 252 (2010).

¹⁹³ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקה 133.

¹⁹⁴ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 162.

וצודק, וכי מס רווחי היתר המוצע משיג מטרה זו, כפי שנקבע בבג"ץ דודיאן בנוגע לחוק מיסוי רווחי הגז והנפט.¹⁹⁵

387. בניגוד לנטען בחוות הדעת המשפטית וכפי שהוסבר לעיל, תכלית החוק האמתית, להבדיל מהתכלית של חוק מיסוי רווחי הגז והנפט, היא לשנות את תנאי העסקה הספציפית שבין המדינה לכלל ולגבות ממנה תמורה נוספת, גבוהה משמעותית, מהתמורה עליה הסכימו הצדדים בשטר הזיכיון ובעדכוננו האחרון בשנת 2012 בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. בנוסף, כפי שפורט לעיל, המודל המוצע על-ידי הוועדה כלל אינו משיג את התכליות אותן היא לשיטתה ביקשה להשיג. לפיכך מבחן ההתאמה אינו מתקיים.

388. בכל הנוגע למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, נטען בחוות הדעת המשפטית כי מבחן זה מתקיים בשל מאפייניו של מס רווחי היתר עליו ממליצה הוועדה; זאת לפי הטענה שם, כיוון שהוא נועד לחול רק על רווחיות החוצה רף של מעבר לרווחיות נורמאלית ועל-כן הוא אינו פוגע בהשקעות היזמים הפועלים בתחום, ואף טומן בחובו יתרונות מסוימים שכן הוא "משולם רק לאחר קבלת הרווחים".¹⁹⁶

389. גם טענות אלו אינן נכונות. כפי שפורט לעיל, המודל המוצע על-ידי הוועדה אינו ממסר רק רווחים "עודפים" מעבר לרווחיות נורמאלית ומקובלת ואינו מקנה תשואה ראויה על כל נכסי החברה בשווים הריאלי ולאורך כל חי הזיכיון. מדובר גם בהסדר רגרסיבי, המטיל את מלוא הסיכון בעת ירידת מחירי המחצבים על כתפי כיל ואשר אינו ניטרלי כלל ועיקר בקבלת החלטות לגבי המשך השקעות בישראל.

390. בנוסף, כפי שטענה כיל בעמדתה הראשונית שהוגשה לוועדה (טענה נוספת מיני רבות ממנה התעלמה חוות הדעת המשפטית),¹⁹⁷ גם אם קיים קשר רציונלי בין חקיקת חוק להטלת מס על רווחי יתר לבין הגדלת חלקה של המדינה במחצבי ים המלח, צריכה המדינה לבחור בחלופות אחרות לשם הגשמת תכלית זו, באמצעים אשר מידת פגיעתם בזכויות המוגנות של כיל ובכיל פחותה באופן משמעותי. כפי שציננה כיל, המדינה נהגה כך לאורך עשרות שנים, בהתאם להוראות שטר הזיכיון ותוך עריכת שינויים בו בהסכמה הדדית, וכך הצליחה המדינה להביא להכפלת שיעור התמלוגים מעבר להיקף ייצור נתון ולהטלת מימון פרויקט קציר המלח על כיל במסגרת הסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים. כפי שעוד ציינה כיל, זו אף הייתה המלצתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בחוות הדעת המשפטית בעניין הקציר, בה קבע כי הגעה להסכמה עם כיל עדיפה על חקיקה.

391. כמו כן, וכפי שטענה כיל,¹⁹⁸ (טענה נוספת ממנה התעלמה המדינה), גם המדינה עלולה להינזק, שכן מערכת פיסקאלית מכבידה מידי תביא לכך שלאורך זמן הכנסותיה הפיסקאליות של המדינה דווקא תפחתנה,

¹⁹⁵ שם, בסעיפים 164-165.

¹⁹⁶ שם, בסעיף 166.

¹⁹⁷ עמדה משפטית מטעמה של כיל, לעיל ה"ש 23, בסעיפים 219-220.

¹⁹⁸ שם, בסעיפים 221-223.

כיוון שבטווח הארוך תפחת הפעילות בגינה משולם המס, תפחתנה ההשקעות, ובהתאמה יקטן בסיס המס ורמת התקבולים תפחת. כפי שהסבירה כיל, תשלומים מבוססי רווח גם מופיעים בתחתית סולם היעילות המנהלית, נוכח הקושי הטמון בחישובם וגבייתם.

392. מוסיפה וטוענת חוות הדעת המשפטית כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מתקיים, במיוחד לגבי כיל אשר בעניינה ממליצה הוועדה להטיל את מס רווחי היתר החל משנת 2017 בלבד.¹⁹⁹ כפי שפורט בהרחבה לעיל, אין ב"הוראת מעבר" זו כדי לרפא את העובדה כי המדינה מפרה את ההסכמים עליהם חתמה עם כיל. יתרה מכך, "הנסיבות הייחודיות המתקיימות" לגבי כיל, כדברי חוות הדעת המשפטית, היו צריכות להביא את הוועדה לקביעה כי ככל שיש מקום לשנות את ההסדר הפיסקאלי החל על משאבי הטבע, אין מקום להחיל שינוי זה על כיל בתקופת הזיכיון נוכח ההסכמים עימה, חלקם מהזמן האחרון ממש; ולמצער כי יש לפצותה בגין ההפרה האמורה. קביעה שכזו לא הייתה מסכלת את תכלית החוק – שהרי המדינה מציגה אותו כחוק מס כללי – מחד, והייתה עומדת במבחן המידתיות, מאידך.

393. לפיכך החוק המוצע אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

394. בכל הנוגע למבחן המשנה השלישי של המידתיות, אשר במסגרתו יש לבחון האם התועלת מחקיקת החוק והגשמת התכליות הראויות העומדות ביסודו ניצבת ביחס ראוי לנזק הנגרם ממנו כתוצאה מן הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת, נטען בחוות הדעת המשפטית כי אף הוא מתקיים. לפי הנתען, המס המוצע יוטל רק לאחר שהמחזיקים במשאב הטבע יקבלו תשואה הולמת על השקעתם, וכי מהעבר השני, הטלת המס תגשים את ערכי השוויון והצדק החלוקתי. גם בהקשר זה מפנה חוות הדעת המשפטית לבג"ץ דודיאן וטוענת כי הוא יפה גם לענייננו, "בשינויים המחויבים".²⁰⁰

395. בכל הכבוד, אף טענות אלו אינן נכונות. כפי שפורט לעיל המס המוצע לא יקנה לכל תשואה הולמת על ההשקעות שבוצעו על-ידה, וכפי שפורט ובואר לעיל, החוק המוצע אינו מקדם תכליות ראויות.

396. למעלה מכך, החוק המוצע הוא פוגעני יתר על המידה בכל הנוגע לכיל, ואף אם הוא היה מקדם תכליות ראויות, הרי שאלו לא עומדות ביחס הולם לפגיעה שתגרם לה. החוק המוצע הוא פוגעני יתר על המידה כיוון שהוא יגרום לכליל לנזקים משמעותיים, לרבות פגיעה בכושר התחרותיות שלה בשווקים הבינלאומיים וביכולתה לגייס הון בעלויות סבירות ולגייס משקיעים נוספים. פגיעה בכושר התחרותיות של כיל מנוגדת לעמדת הממשלה עצמה כפי שהובעה כלפי בית המשפט העליון, וצפויות לה תוצאות קשות במישורים רבים – השקעות החברה בישראל ובכלל, מספר המועסקים בחברה ותנאייהם, תושבי הנגב הנסמכים על עבודתם בחברה, בעלי המניות של החברה המבוזרים בארץ ובח"ל, השקעות של גופים אחרים בישראל, ועוד.

¹⁹⁹ חוות הדעת המשפטית, בסעיף 168.

²⁰⁰ חוות הדעת המשפטית, בסעיפים 169-170.

397. כיל עתידה לספוג פגיעה קשה ביותר אם תאומצנה המלצות הוועדה ככתבן וכלשונן. גם הפגיעה בציבור תהיה בלתי נמנעת, כמפורט בפרק ב. (4) לעיל.
398. החוק המוצע הוא פוגעני יתר על המידה כיוון שבניגוד לנסיבות בבג"ץ דודיאן הוא אינו פוגע רק ברווחי כיל, אלא הוא פוגע באינטרס ההסתמכות והציפיה של כיל ופוגע בזכויותיה הקנייניות.
399. זאת ועוד, גם בהקשר דרישת המידתיות יש להחיל בנסיבות ענייננו את האיזונים המצויים בעקרונות הלכת ההשתחררות. בכלל זה, יש לקחת בחשבון כי המדינה התקשרה אך לפני כשנתיים בהסכם הקציר והעלאת שיעור התמלוגים אשר הביא, לשיטת המדינה, להגדלה משמעותית של חלקה ברווחי כיל; כי שטר הזיכיון קצוב בזמן וקיים מועד מוגדר לפקיעתו; וכי בנסיבותיו של חוזה מסחרי ראוי להקנות משקל יחסי רב לאינטרס ההסתמכות והציפיה של המתקשר הפרטי.²⁰¹
400. החלת עקרונות אלה על ענייננו מובילה למסקנה כי החוק המוצע אינו חוק מידתי, כיוון שאין הצדקה מספקת לשינוי ההסדר הפיסקאלי בנוגע לכיל, ובפרט לנוכח היותו הסדר קצוב בזמן אשר עודכן לפני כשנתיים בלבד, והמגמה המסתמנת לטובתה של המדינה בנוגע להגדלת חלקה ברווחי כיל; מהצד האחר, פגיעתו בכיל קשה ביותר והיא וודאי אינה ראויה בנסיבות העניין.
401. לבסוף נטען בחוות הדעת המשפטית כי "איזון זה שיצור המחוקק עומד כשלעצמו ואינו מצריך מנגנון כמו פיצויים ליזמים, כפי שגם עולה מעניין דודיאן".²⁰² להבדיל מנסיבות בג"ץ דודיאן בו לא היו יחסים חוזיים בין המדינה לבין היזמים, במקרה של כיל החוק המוצע יפר הסכמים קיימים. כשם שבמישור החוזי תהא כיל זכאית לסעדים חוזיים, כך גם במישור החוקתי, על מנת שהחוק המוצע יהיה חוק מידתי, ונוכח טענת המדינה כי מדובר בחוק כללי שתחולתו רחבה, נדרש לכל הפחות כי לכל יוצע פיצוי הולם שישקף את השינוי המהותי בסביבה הרגולטורית וההסכמית בה פועלת כיל מול המדינה במשך למעלה מחמישה עשורים.
402. אשר-על-כן החוק המוצע אינו עומד במבחני המידתיות ולפיכך אינו חוקתי.

²⁰¹ חוות דעת שלו, לעיל ה"ש 91, בפסקאות 136-138.

²⁰² חוות הדעת המשפטית, בסעיף 170 רישא.

ו. הטענה כי אין לכיל זכות לסעד שגויה מיסודה

403. חלקה האחרון של חוות הדעת המשפטית עוסק בסוגיית הסעד. נטען בחוות הדעת המשפטית כי כיוון שהחוק המוצע צולח את מבחני החוקתיות, אין מקום לפסוק סעד חוקתי, ואין גם צורך במנגנון פיצוי בתוך החקיקה.²⁰³
404. לא נשוב ונחזור על הדברים שפורטו לעיל, שכן ברור, בכל הכבוד, שטענה זו שגויה, נוכח העובדה כי החוק המוצע מפר הסכמים עם כיל, ועל כן כיל זכאית לסעדים חוזיים הנובעים מהפרה זו, וכך הוא אינו חוקתי ועל כן יש גם יש מקום לפסוק סעד חוקתי או למצער לקבוע מנגנון פיצוי ריאלי לכיל.
405. מוסיפה וטוענת חוות הדעת המשפטית כי כיל פנתה לבית המשפט המחוזי בבקשה למינוי בורר בהתאם לסעיף 26 לשטר הזיכיון נוכח דחיית פנייתה אל המדינה לקיים בוררות; כי הבקשה הוגשה טרם התקבל החוק ולכן אין כל סכסוך כיום בין כיל לבין המדינה; כי אין מקום לדרישת הפיצויים שהועלתה על-ידה; וכי בקשתה של כיל למינוי בורר אינה מבוססת.²⁰⁴
406. כיל חולקת על טענותיה אלו של המדינה על כלל היבטיהן; ואולם כיוון שהנושא תלוי ועומד בבית המשפט, אין בכוונת כיל להיכנס לגוף טענות אלו במסגרת זו והיא תעלה את כלל טענותיה בפני בית המשפט.
407. מוסיפה וטוענת חוות הדעת המשפטית כי אם ייקבע כי החוק חוקתי, לא ניתן יהיה ליישב קביעה זו עם פסיקת פיצויים וכי כל תביעה לסעד של פיצויים חותרת תחת הכרעות חוקתיות.²⁰⁵ בכל הכבוד, בכך נתפסת חוות הדעת המשפטית לכלל טעות. כפי שהוסבר לעיל, לכלל טענות הן במישור החוזי והן במישור החוקתי, ומדובר במישורים שונים ונפרדים. **אף אם יקבע כי החוק המוצע חוקתי, לא יסתור הדבר את זכותה של כיל לקבל פיצוי בגין הפרת הסכמים איתה, ביחס לתקופה בה אלה הופרו – הן מזווית הראיה של הסכם הזיכיון, והן מזווית הראיה של הסכם הקציר והעלאת התמלוגים.** אכן, **בניגוד לנטען בחוות הדעת המשפטית, מהותו של הסכסוך בין הצדדים הוא דווקא חוזי, והמדינה היא שמנסה להתחמק מההסכמים המחייבים באמצעות פתרון חקיקתי.**
408. ההקבלה אותה מבצעת חוות הדעת המשפטית בהקשר זה לבג"ץ דודיאן,²⁰⁶ אף היא שגויה. נטען בחוות הדעת המשפטית כי טענת כיל שמדובר ב"סעד חוזי" שגויה וסותרת את ההכרעה בבג"ץ דודיאן שם עלתה "טענה דומה לסעד של פיצויים" ונדחתה על-ידי בית המשפט. בית המשפט שם אמר כי פיצוי יסכל את תכלית החקיקה וייצור העברה מכיס לכיס בשמות שונים. לא כך פני הדברים כאן. לשיטת המדינה החוק כללי, זיכיונה של כיל בים המלח תחום ויסתיים עוד שנים לא רבות, ובפיצוי כיל על הנזק הנגרם לה בגין

²⁰³ שם, בסעיף 172.

²⁰⁴ חוות הדעת המשפטית, בסעיפים 173-177, 182-186.

²⁰⁵ שם, בסעיף 179.

²⁰⁶ שם, בסעיף 181.

חקיקה המפירה הסכמים עמה, אין כדי לסכל את תכלית החקיקה. נהפוך הוא: אם תכלית החקיקה תסוכל בשל מתן פיצוי לכיל, יהא בכך הוכחה ברורה כי מדובר בשינוי ספציפי, מכוון ופוגעני של ההסדר הפיסקלי החל על ים המלח, ושינוי של סעיף 15 לזיכיון, על כל הנגזר מכך לעניין עצם חוקיותו של החוק המוצע.

אנו לרשותכם בכל שאלה שתתעורר בקשר לאמור לעיל.

בכבוד רב ובברכה,



עו"ד ד"ר דוד תדמור
עו"ד אפרת כהן
עו"ד מיכל זלצמן
עו"ד שחר גונן
עו"ד אירית ברודסקי

תדמור ושות', עורכי-דין