

# מדינת ישראל

## משרד המשפטים

משנה ליועץ המשפטי לממשלה

(כלכלי-פיסקלי)

ירושלים: ט"ו באייר התשע"ד  
15 במאי 2014

אל: חברי הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים  
במשאבי טבע לאומיים

### הנדון: חוות דעת משפטית לקראת פרסום המלצות הביניים של הוועדה

#### עיקרי הדברים

1. 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.  
מדינת ישראל איננה משופעת במשאבי טבע. אלא שאותם משאבים מוחזקים בפועל בידי בודדים אשר נהנים מעיקר הרווחים הנובעים מהפקתם. זאת למרות שהבעלות במשאבים אלה היא של ציבור כולו.
2. אולם בכך לא די. הפקת המשאבים כרוכה בדרך כלל גם בנזק סביבתי. בעבר לא ניתן דגש להיבט זה של הפקת משאבי הטבע ולנושא של "צדק סביבתי" בכלל.<sup>1</sup> אלא שעתה ברור כי לצד התועלת הרבה מהפקת משאבי הטבע יש לתהליך ההפקה גם תוצאות סביבתיות שליליות המשפיעות לא רק על הדור הנוכחי אלא גם על הדורות הבאים.
3. 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.
4. בעוד שברבות ממדינות העולם עוסקים בנושא חלקו של הציבור בהפקת הגז והנפט שנים רבות, בישראל החל התהליך בשנת 2010 עם מינויה של הוועדה "לבחינת המדיניות

<sup>1</sup> ר': דניאל פיש "צדק סביבתי בישראל: המפגש בין דיני זכויות האדם ודיני איכות הסביבה" משפט וממשל ז' 911 (התשס"ה).

הפיסקלית בנושא משאבי גז ונפט בישראל" (להלן: **ועדת ששינסקי הראשונה**).<sup>2</sup> ועדת ששינסקי הראשונה המליצה על חלוקה הוגנת יותר של התועלת הכלכלית הגלומה בהפקת הגז והנפט בין היזמים המפיקים משאבים אלה ובין הציבור בישראל. בעקבות עבודת ועדת ששינסקי הראשונה נחקק חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 (להלן: **חוק מיסוי רווחי נפט**).<sup>3</sup>

5. אלא שחוק מיסוי רווחי נפט היה צעד ראשון בלבד מאחר שהוא ביצע את הטיפול השורשי והמעמיק הדרוש במשאבי הגז הטבעי והנפט בלבד ולא במשאבי הטבע כולם.

ואכן, מאז סיימה ועדת ששינסקי הראשונה את עבודתה הלך והתחדד הצורך בהשלמת הטיפול בהיבטים הפיסקליים של תחום משאבי הטבע וזאת בראייה כוללת. אף בדוח מבקר המדינה לשנת 2013 הודגש הצורך בהשלמת הבחינה של מיסוי של משאבי הטבע כולם.<sup>4</sup>

6. אי לכך ביום 17.6.2013 מינה שר האוצר, מר יאיר לפיד, את הוועדה "לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים" (להלן: **הוועדה**). בראש הוועדה עומד פרופ' איתן ששינסקי וחברים בה נציגי משרד ראש הממשלה, משרד האוצר, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, המשרד להגנת הסביבה, משרד הכלכלה, משרד המשפטים, בנק ישראל ורשות מקרקעי ישראל.<sup>5</sup>

7. על פי כתב המינוי שניתן לוועדה עליה לבחון את המערכת הפיסקלית החלה כיום על **כל משאבי הטבע** והשימושים בהם ולהציע "עקרונות יסוד בנוגע לחלק המדינה בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע" (להלן: **כתב המינוי**).

8. הוועדה קיימה דיונים רבים, שמעה עמדות מן הציבור בכתב ובעל פה וקיבלה מידע רב בין היתר ממי שמחזיקים בידם היום את זכויות ההפקה והניצול של משאבי הטבע. על מנת ללמוד מן הניסיון בעולם, הוועדה שכרה מומחים בינלאומיים העוסקים בנושאים המשיקים לעבודתה ואף יזמה קבלת חוות דעת מקרן המטבע הבינלאומית, International Monetary Fund - IMF.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> לעיון בדוח הסופי של ועדת ששינסקי הראשונה ובחומרים רלוונטיים נוספים הנוגעים לעבודתה של ועדה זו, ר' : <http://www.mof.gov.il/BUDGETSITE/REFORM/Pages/PhysicsPolicy.aspx> (נצפה לאחרונה : אפריל, 2014). חלק מן הניתוח שיוצג בחוות הדעת מבוסס על חוות הדעת מטעמנו שגלוו כנספח להמלצותיה של ועדת ששינסקי הראשונה (להלן: **חוות הדעת בעניין ועדת ששינסקי הראשונה**).

<sup>3</sup> חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011.  
<sup>4</sup> ר': **דוח ביקורת המדינה** 64 א 123-144 (2013); זמין לצפייה בקישור הבא: <http://old.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=651&id=57&contentid=13637&parentid=undefined&bctype=13636&sw=1280&hw=730> (נצפה לאחרונה : אפריל, 2014).

<sup>5</sup> ביום 25.7.2013 עודכן כתב המינוי של הוועדה והוספו לוועדה חברות נוספות; ר' כתב המינוי המעודכן מיום 25.7.2013. כל החומרים שהוגשו לוועדה ועמדו בפניה זמינים לצפייה באתר הוועדה במשרד האוצר, הזמין לצפייה בקישור הבא: <http://www.mof.gov.il/Pages/NatureResourcesCommittee.aspx> (נצפה לאחרונה : אפריל, 2014).

<sup>6</sup> יש לציין כי הליך שמיעת עמדות הציבור שקיימה הוועדה היה יוצא דופן. הוועדה הקדישה זמן ניכר לשמיעת כל הגורמים מן הציבור שביקשו להגיש את הערותיהם בקשר לעבודתה. הציבור אף זומן להציג את עמדותיו בעל פה בפני חברי הוועדה. בנוסף, על מנת לחזק את השקיפות ולאור העניין הרב בעבודתה, הוסרטו כל העדויות והעמדות שהוצגו בפני הוועדה וניתן לצפות בהן באתר משרד האוצר. כמו כן ניתן לעיין באתר בחוות הדעת שהוגשו לוועדה.

בהתאם לכתב המינוי, הוועדה דנה בכל משאבי הטבע הקיימים ואף הביאה בחשבון גילוי מרבצים של משאבים אחרים בעתיד. כיום עומדת הוועדה בפני פרסום טיוטת מסקנותיה לשם קבלת עמדות הציבור לגבי המסקנות המתגבשות.

9. מסקנתה העיקרית של הוועדה הינה כי המערכת הפיסקלית הנוכחית אינה ערוכה להתמודד עם המאפיינים הייחודיים של הפקת משאבי הטבע. זאת בעיקר על רקע העובדה שהפקת משאבי הטבע טומנת בחובה באופן מובנה פוטנציאל לרווחיות עודפת החורגת מן הנורמה שהכלים הפיסקליים הנוכחיים אינם יודעים להתמודד עמה.

הכלי הפיסקלי המרכזי החל בתחום משאבי הטבע הוא כלי **התמלוגים**. אלא שתמלוגים הם כלי מוגבל ביותר, בעיקר כיוון שהם אינם "רגישים" כלל לרווחי היזם. לכן הם אינם יכולים להביא לחלוקה ראויה של רווחיות עודפת בין היזמים ובין הציבור בישראל, בעיקר ברמת מחירים גבוהה של חלק ממשאבי הטבע כפי שארע בשנים האחרונות.

10. על רקע זה ממליצה הוועדה על שכלול השיטה הפיסקלית ויצירת משטר פיסקלי משולב של תמלוגים ו**מס ייחודי** המכונה על ידי הוועדה גם "מס משאבי טבע". מס זה יוטל על **רווחי היתר** הנובעים מן הפעילות במשאבי הטבע, דהיינו על אותם הרווחים החורגים מרווחים נורמליים. מדובר במשטר מס דומה לזה שעוגן בחוק מיסוי רווחי נפט. לצורכי חוות דעת זו נכנה מס ייחודי זה **מס רווחי יתר** או **מס משאבי טבע**.<sup>7</sup>

11. המלצותיה של הוועדה מבקשות ליצור מדיניות פיסקלית כוללת בתחום משאבי הטבע שאינה ממוקדת במשאב כזה או אחר.

אך הוועדה איננה מסתפקת בהמלצות עקרוניות וכלליות הצופות פני עתיד. היא מבקשת לתקן כשלים ועיוותים קיימים. הכשל המבני הנובע מן ההסתמכות על מבנה מיושן של מערכת פיסקלית הכוללת תמלוגים בלבד הפך **לעיוות מהותי** בעיקר בשנים האחרונות. בשנים אלה עלתה רמת המחירים של חלק ממשאבי הטבע באופן שהגדיל בצורה משמעותית את רווחיותם של היזמים מבלי שהציבור ייהנה באופן מספק מרווחי עתק אלה. תוצאות האמת של הכשל המבני מעידות אף על הפוטנציאל להרחבת עיוות במשאבי טבע נוספים כולל כאלה שטרם התגלו.

12. לכן, הוועדה בדעה כי יש להטיל את "מס משאבי הטבע" גם על מי שמחזיק בזכויות קיימות בקשר עם פעילות ההפקה של משאבי הטבע. זאת החל ממועד יישום ההמלצות ולעיתים לאחר דחייה של מספר שנים.

13. בחוות דעת זו נבקש להציג בפני חברי הוועדה את עמדתנו המשפטית הראשונית והעקרונית ביחס להמלצותיה העיקריות של הוועדה בשלב הביניים הנוכחי שבו הן נמצאות.

<sup>7</sup> 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 רלוונטי גם לגבי המלצות הוועדה בעניין התמלוגים.

ככל שההמלצות עוסקות במשאבי טבע שטרם נמצאו או פותחו - הן אינן מעוררות כל קושי משפטי. השאלות המשפטיות מתעוררות לגבי הטלת המס המוצע על "השחקנים הקיימים" בתחום משאבי הטבע, דהיינו על מי שמחזיק היום בזכויות להפקת משאבי הטבע המצויים במדינת ישראל.

14. העמדה העקרונית עליה מבוססת חוות הדעת הינה כי המשפט לא נועד לחסום תיקון כשלים ועיוותים בחלוקת שווים הכלכלי של משאבי הטבע והוא איננו מקדש את הסטטוס קוו המעוות שעליו מצביעים ממצאי הוועדה. עקרונות משפטיים של צדק חלוקתי ונאמנות ציבורית בנכסי המדינה מאפשרים - ולעיתים אף מחייבים - שינוי של המדיניות הפיסקלית בנוגע למשאבי הטבע. זאת על מנת להגיע לחלוקה צודקת של ההנאה ממשאבי הטבע.

15. למרות שחלק מן הגורמים שהציגו עמדה בפני הוועדה העלו טענות במישור החוזי ייאמר כבר עתה כי השדה המשפטי שבו ייערך הניתוח שיובא בחוות הדעת זו הינו שדה המשפט החוקתי. זאת, מאחר שהמלצותיה של הוועדה עתידות בהמשך לקבל צורה של חוק.

16. עמדתנו הינה כי למרות שהמלצות הוועדה עתידות לשנות את המדיניות החלה על פעילות קיימת במשאבי הטבע ועל השחקנים הנוכחיים, שינוי זה איננו כרוך בפגיעה בזכות חוקתית מוגנת. לכן, עיגון המלצות הוועדה בחקיקה איננו מעורר כל בעיה חוקתית.

אולם גם אם נניח לצורך הדיון בלבד כי חקיקה המטמיעה את המלצות הוועדה לגבי שחקנים קיימים טומנת בחובה פגיעה בזכויות יסוד מוגנות, אין בכך לשנות מן המסקנה אליה הגענו. על פי המשפט החוקתי בישראל, מותר לפגוע בזכויות יסוד בתנאי שהפגיעה נעשית לתכלית ראויה ושהפגיעה היא מידתית. המלצות הוועדה עומדות באמות מידה אלה.

17. מס רווחי היתר שעליו ממליצה הוועדה בא להתמודד עם הכשל שמאפיין את המערכת הפיסקלית החלה כיום על תחום משאבי הטבע אשר הביא לכך שהציבור אינו נהנה באופן מספק מן הרווחים המופקים ממשאבי הטבע המצויים בבעלותו ואף נאלץ "לספוג" את העלות הסביבתית הכרוכה לא אחת בתהליך ההפקה שלהם. החלת מס רווחי היתר תביא, אם כן, לתוצאה צודקת יותר שתבוא לידי ביטוי בכך שהציבור יקבל חלק ראוי והוגן מהרווחים המופקים ממשאבי הטבע שבבעלותו. לפיכך חוק שיעגן את המלצות הוועדה עומד בדרישת התכלית הראויה.

המלצות הוועדה הן גם מידתיות ולא עולות על הנדרש. זאת משום שמס משאבי הטבע מוטל רק על רווחים החורגים מן הנורמה ולכן הוא אינו פוגע בהסתמכותם של היזמים הפועלים בתחום משאבי הטבע או בציפייה שהיתה להם לקבל רווחים סבירים כתוצאה מפעילותם. מס רווחי היתר אף איננו פוגע באינטרסים של המדינה בפיתוח משאבי הטבע שכן הוא משמר את התמריצים של המגזר הפרטי לפתח משאבים אלה.

18. על מנת להדגים את העמדה המשפטית העקרונית בחוות דעת זו נבקש להתמקד במיוחד בפעילות להפקת האשלג מים המלח. פעילות זו מתבצעת כיום על ידי חברת מפעלי ים המלח בע"מ (להלן: מי"ה) המהווה חלק מקונצרן גדול יותר המפיק חלק נכבד ממשאבי הטבע של

המדינה - כימיקלים לישראל בע"מ (להלן: **כי"ל**). מסקנותינו יהיו נכונות גם לחברות אחרות המפיקות משאבי טבע מים המלח בעיקר ברום ומגנזיום.

הפקת האשלג מים המלח מהווה דוגמה טובה לדרך שבה נוצלו עד כה משאבי הטבע במדינה ולבעייתיות המאפיינת את המצב הקיים. בהתבסס על זיכיון ארכאי שנחתם עמה לפני למעלה מחמישים שנים, גרפה מי"ה בשנים האחרונות רווחי עתק העולים בהרבה על הרווחים הנורמטיביים המקובלים בתחום זה.

רווחיות אדירה זו נבעה בעקרה **ממשתנים היצוניים** שאינם תלויים במי"ה או בפעילות בה היא נקטה אלא **מהמשאב עצמו**. מדובר בעיקר בעלייה החדה במחירי האשלג בעולם בשנים האחרונות שמקורה בעלייה בביקוש העולמי ובמאפייני השוק הריכוזי העולמי.

אלא שהציבור בישראל לא נהנה במידה מספקת מרווחי העתק של מי"ה. זאת למרות שמדובר במשאבים המצויים בבעלות הציבור בישראל ולמרות שהרווחיות קשורה במשאב עצמו ולא במי"ה. על אלה יש להוסיף כי פעילותה של מי"ה נעשית תוך פגיעה סביבתית באחד מאוצרות הטבע הנדירים בעולם - ים המלח.

העיוות שהוא מנת חלקו של המצב הקיים נובע בעיקר מכך שמשטר המס החל על מי"ה והמבוסס על תמלוגים איננו משקלל את הרווחיות האדירה של מי"ה כנתון שממנו נגזר המס אותו היא משלמת. על רקע זה מבקשת הוועדה להחיל על מי"ה את מס משאבי הטבע המוצע על ידה ואשר גוזר את שיעור המס המוטל על מי"ה במישרין מרווחיותה.

19. העמדה אותה נבקש לבסס בחוות דעת זו הינה כי המלצות הוועדה בעניינה של מי"ה - אם תעוגנה בחקיקה - הן אפשריות וראויות מבחינה משפטית וכי אין עילה להחרגתה של מי"ה מן ההמלצות הכוללות של הוועדה.

אכן, בידי מי"ה זיכיון. אולם זיכיון זה לא מקים ולא הקים למי"ה זכות חוקתית למנוע את הטלתו של מס משאבי הטבע שעליו ממליצה הוועדה במסגרת חקיקה.

מכל מקום, אף אם היה ניתן לומר כי נפגעה זכות חוקתית כלשהי של מי"ה - ואיננו סבורים כך - לא היה בכך לשנות את המסקנה אליה הגענו. זאת משום שההסדר שמציעה הוועדה בעניינה של מי"ה נועד לתכלית ראויה המביאה לתיקון העיוות שיוצר משטר המס הנוכחי החל בעניינה והוא אף הסדר מידתי בצורה מובהקת. **ראשית**, הוא יותיר בידי מי"ה רווחים נאים ולא יפגע בציפיותיה או בהסתמכות כלשהי מצדה, ככל שיש לה כזו. **שנית**, בניגוד ל"שחקנים" אחרים בתחום משאבי הטבע - בשל נסיבות ייחודיות המתקיימות בעניינה של מי"ה הוועדה ממליצה כי המס החדש יוחל עליה רק בעוד מספר שנים, דהיינו בשנת 2017. **שלישית**, הוועדה ממליצה למדינה שלא לממש את זכותה על פי הזיכיון לדרוש העלאת התמלוגים ולהותירם על שיעור נמוך יחסית. זאת אם וכאשר ייכנס החוק שיעגן את המלצות הוועדה לתוקף ותחל גביית מס משאבי הטבע.

20. חוות הדעת נכתבה יחד עם עו"ד ספי זינגר, עו"ד אורן תמיר וגברת אפרת רותם ממחלקת ייעוץ וחקיקה (כלכלי-פיסקלי) במשרד המשפטים.

הסיכויים והסיכונים הטמונים בהפקת משאבי הטבע

21. הפרקטיקה המקובלת בעולם בתחום משאבי הטבע הינה להעביר את הפקת המשאבים לידיהם של יזמים פרטיים.<sup>8</sup> היזמים הפרטיים נהנים מיתרונות יחסיים בהשוואה למדינות בהפקת משאבי הטבע וזאת, בין השאר, בהיבטים של יעילות כלכלית וחדשנות טכנולוגית.

22. בד בבד, הפקת משאבי הטבע בידי יזמים פרטיים טומנת בחובה גם חסרונות מובנים. כך, הפקת משאבי הטבע מחייבת במקרים רבים פגיעה סביבתית ולעיתים אף פגיעה סביבתית קשה. למרות זאת, שיקולים סביבתיים והצורך בפיתוח בר-קיימא אינם מצויים תמיד בראש דאגותיו של היזם הפרטי הפועל בתחום משאבי הטבע.<sup>9</sup>

23. אולם הסיכון העיקרי הנובע מהעברת הפעילות במשאבי הטבע ליזמים פרטיים, והרלוונטי במיוחד לענייננו בחוות דעת זו, נובע מכך שהפקת משאבי הטבע מביאה עמה בעידן הנוכחי פוטנציאל משמעותי לרווחי עתק (Super Profits).<sup>10</sup> רווחי עתק אלה חורגים באופן משמעותי מן הרווחים הנורמטיביים שיש לצפות להם כתוצאה מפעילות כלכלית בענפים אחרים. העברת הפעילות במשאבי הטבע לידיים פרטיות עלולה על כן להביא לכך שאותם רווחי עתק יגיעו כולם או חלקם המשמעותי לכיסי היזמים ואילו הציבור, שהוא בעל המשאב, ייחנה משיעור נמוך מאוד מאותם הרווחים.

תוצאה זו הינה קשה במיוחד לאור זאת שהרווחיות המשמעותית המאפיינת את הפעילות במשאבי טבע איננה נובעת בעיקרה מן הערך המוסף הנובע מפעילות היזמים בהם. רווחי עתק אלה מגיעים **ממשתנים חיצוניים** שאינם תלויים בפעילות היזמים. בשנים האחרונות מדובר בעיקר בעלייה חדה במחירי חלק מהמשאבים.<sup>11</sup>

24. הסיכונים הקשורים בפעילות במשאבי הטבע בעקבות מעורבותם של יזמים פרטיים בתחום זה מוכרים בספרות הכלכלית ושל מדע המדינה כ"קללת משאבי הטבע" (Natural Resource Curse). קללה זו מביאה לכך שמדינה שהתברכה במשאבי טבע בעלי ערך כלכלי גבוה אינה זוכה ליהנות מפירותיהם, בין היתר, בשל העברת הפיתוח של אותם המשאבים והפקתם לידיים פרטיות. העברת משאבי הטבע לידיים פרטיות הולכה - בעיקר במדינות מתפתחות -

<sup>8</sup> לסקירה של הפרקטיקה בהקשר זה בארה"ב, ר' למשל: ORAN R. YOUNG, NATURAL RESOURCES AND THE STATE: THE POLITICAL ECONOMY OF RESOURCE MANAGEMENT (1981).

<sup>9</sup> לסקירת בעיה זו - המכונה לעיתים גם בעיית ה"החצנות" הסביבתיות - ר', למשל: ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (1920); אורן פרז "ההשפעה של החשיבה הכלכלית על דיני איכות הסביבה של ישראל: מבט ביקורתי" **עיוני משפט** לא(2) 429 (2009).

<sup>10</sup> ר', למשל: Harold Hotelling, *The Economics of Exhaustible Resources*, 39(2) JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 137 (1931); Ross Garnaut and Anthony Clunies Ross, *Uncertainty, Risk Aversion and the Taxing of Natural Resource Projects*, 85 THE ECONOMIC JOURNAL 272 (1975).

<sup>11</sup> הטעמים הגורמים לכך שתחום משאבי הטבע מתאפיין ברמת רווחיות חריגה מעין זו הם מגוונים. הם נובעים מן הריכוזיות המאפיינת את השוק העולמי הנגרמת בשל מספר השחקנים הנמוך ולעיתים גם מן התיאום ביניהם. לכך יש לצרף את המחסור ההולך ומתגבר בחלק מן המשאבים וכן את העובדה שמרביתם של המשאבים הם משאבים מתכלים. לטעמים נוספים ולהרחבה בהקשר זה ר' בדוח הביניים של הוועדה.

להעמקת פערים חברתיים, להנצחת אי שוויון כלכלי, לפגיעה בשכבות החלשות בחברה, לתרבות פוליטית מושחתת ולפגיעה סביבתית.<sup>12</sup>

25. כדי להבטיח שהציבור יקבל חלק ראוי ברווחי משאבי הטבע מדינות רבות נוקטות בדרך של קביעת מדיניות פיסקלית אשר תדע לתת ביטוי לשינויים ולתנודות ברווחים המופקים ממשאבים אלה. ואכן, בשנים האחרונות מושקעת עבודה רבה הן במדינות בעלות משאבי טבע והן בגופים בינ"ל לפיתוחם וגיבושם של כלים פיסקליים מעין אלה. עבודת הוועדה משתלבת במגמה זו.

### **משאבי הטבע בישראל - משטר פיסקלי מיושן ובעייתי**

26. משאבי הטבע במדינת ישראל<sup>13</sup> הינם נכסי מדינה.<sup>14</sup> עם זאת, מדינת ישראל שותפה למגמה העולמית של העברת הפיתוח ליזמים פרטיים. לצורך כך מקבלים יזמים אלה מן המדינה זכויות שונות המתירות להם לפעול באותם המשאבים, למשל באמצעות היתרים או רישיונות.<sup>15</sup>

27. המשטר הפיסקלי הקיים היום בתחום משאבי הטבע בישראל מבוסס באופן בלעדי - למעט לגבי משאבי הגז הטבעי והנפט<sup>16</sup> - על תשלום תמלוגים.

משטר התמלוגים בתחום משאבי הטבע מוסדר בחיקוקים שונים. שיעורם של תמלוגים אלה מוסדר בעיקרו של דבר בפקודת המכרות שהיא דבר החקיקה המרכזי העוסק במשאבי הטבע במדינת ישראל. התמלוגים המוטלים הם בשיעור נמוך של 2% עד 5% משווי משאב הטבע

<sup>12</sup> ר' : Jeffery A. Frenkel, *The Natural Resource Curse: A Survey*, HKS FACULTY RESEARCH WORKING PAPER SERIES, RWP10-005, JOHN F. KENNEDY SCHOOL OF GOVERNMENT, HARVARD UNIVERSITY (2010); זמין לצפייה בקישור הבא: <http://dash.harvard.edu/handle/1/4454156> (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014); לפי דוחות שפרסמה חברת מקינזי, ב-81 מדינות בעולם שכלכלתן מבוססת על משאבי טבע כ-69% מן האוכלוסייה נמצאת בעוני קיצוני וזאת למרות שההשקעות בפיתוח משאבי הטבע באותן מדינות הוא בשווי אדיר של מיליארדים רבים של דולרים; ור': RESERVE THE CURSE: MAXIMIZING THE POTENTIAL OF RESOURCE-DRIVEN ECONOMIES, McKinsey Global Institute (2013) [http://www.mckinsey.com/insights/energy\\_resources\\_materials/reverse\\_the\\_curse\\_maximizing\\_the\\_potential\\_of\\_resource\\_driven\\_economies](http://www.mckinsey.com/insights/energy_resources_materials/reverse_the_curse_maximizing_the_potential_of_resource_driven_economies) (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014); לסקירה כללית של הסיבות לתופעת "קללת משאבי הטבע" ר': NAAZNEEN H. BARMA, KAI KAISER ET AL., RENTS TO THE RICHES? THE POLITICAL ECONOMY OF NATURAL RESOURCE-LED DEVELOPMENT (The World Bank, 2012) <http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2013/fiscalpolicy/pdf/rajaram.pdf>; זמין לצפייה בקישור הבא: (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014).

<sup>13</sup> לצורך חוות דעת זו הביטוי משאבי הטבע באופן כללי מתייחס למשאבי הטבע שהפקתם מוסדרת בחוק הנפט, התשי"ב-1952, המחצבים שהפקתם מוסדרת בפקודת המכרות ובחוק זיכיון ים המלח, התשכ"א-1961.

<sup>14</sup> ר': סעיף 1 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951; ר' גם: סעיף 1 לפקודת המכרות (בהגדרת "מחצבים"); סעיף 1 לחוק המים, התשי"ט-1959.

<sup>15</sup> ר', למשל: סעיף 5 לחוק נכסי המדינה (המונה דרכים שבאמצעותם רשאית הממשלה להעביר ולתת זכויות בנכסי מדינה); סעיפים 7, 7א, 13 ו-25 לחוק הנפט, התשי"ב-1952 (היתרים, רישיונות וחוקות בעניין זכויות נפט); סעיפים 13, 16, 24, 41 ו-43 לפקודת המכרות (היתרים לחיפוש וחקירה, רישיונות חיפוש וזכויות כרייה בעניין מחצבים).

<sup>16</sup> שהוסדרו, כאמור, בחוק מיסוי רווחי נפט בעקבות המלצות ועדת שניסקי הראשונה.

בהתאם לסוג המשאב. התשלום בפועל נמוך עוד יותר כיוון שהיזם רשאי לנכות הוצאות מסוימות משעור נמוך זה.<sup>17</sup>

בנוסף לפקודת המכרות קיימים גם חיקוקים נוספים העוסקים במשאבי טבע ספציפיים: חוק הנפט, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הנפט**) שבו לא נעסוק וחוק זיכיון ים המלח, התשכ"א-1961 (להלן: **חוק הזיכיון**). בחוק הזיכיון נעסוק בחוות דעת זו ביתר פירוט בהמשך הדברים, כשנדון בפעילות במשאבי הטבע של ים המלח. אולם כבר עתה נאמר כי שיעור התמלוגים על אוצרות ים המלח הוא בעיקרו 5% משווי המשאב בניכוי הוצאות מסוימות. לגבי אשלג קיים הסדר מיוחד שיכול להביא את שיעור התמלוגים עד ל-10% לגבי חלק מן הכמות המיוצרת.

28. למשטר של תמלוגים יתרונו לא מעטים. הוא מבטיח למדינה זרם הכנסות קבוע ללא תלות ברווחי היזם ומשמש תמריץ להתייעלות. הוא אף קל יחסית לגבייה. אולם בכל הנוגע להבטחת חלקו הראוי של הציבור ברווחי משאבי הטבע הוא אינו נותן מענה מספק.

29. המאפיין העיקרי של משטר תמלוגים נעוץ בכך שהוא איננו נגזר מרווחיותה של החברה אלא מן ההכנסות הנגזרות בדרך כלל מכמות המשאבים המופקת או משוויים.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> פקודת המכרות הינה פקודה מנדטורית משנת 1925 שלא עברה רפורמה כלשהי. מרבית ההוראות הכלולות בה מנוסחות בדרך ארכאית שאינה תואמת את השפה החקיקתית בת זמננו. פקודת המכרות מבחינה בין סוגים של חומרים הנכרים מן האדמה. סעיף 2 לפקודת המכרות מבחין בין "מחצבים" לחומרי חציבה הנחצבים מ"מחצבה". "מחצבה" מוגדרת בסעיף 108 לפקודת המכרות כ: "מכרה שכרוהו על מנת לחצוב מתוכו אבן, צפחה, שחם וכל מיני אבני געש או סלעים מטמורפיים אחרים, צור (קווארטץ), שיש, חלמיש, גיר, חצץ, חול, חמר וגבס, ו[למעט] חציבת אבנים לשריפת סיד באזורים השמורים ליערות כמוגדר בפקודת היערות". "מחצבים" לעומת זאת מוגדרים בסעיף 2 לפקודה כ: "כל החומרים בעלי ערך כלכלי שהם חלק מקליפת האדמה או שמוצאם הטבעי הוא מקליפת האדמה, לרבות שמן מינרלי, חמר, אספלט וגז טבעי, ולמעט מחצבי תמיסה או כבול (peat), אילנות, עצי בנין וכל תוצרת יער כיוצא בזה או החמרים שהוגדרו במונח 'מחצבה' בסעיף 108". סעיף 2 לפקודת המכרות מבחין בין "מחצבים יקרים" למחצבים "שאינם יקרים". מחצבים יקרים מוגדרים בפקודה כ"אבנים יקרות, מתכות יקרות ורגבי מתכות יקרות". הגדרת "מחצבים שאינם יקרים" היא הגדרה שיווית. לכן, מדובר למעשה בכל המחצבים פרט למחצבים יקרים.

מלבד ההבדלים בהגדרות ובמהותם של החומרים, יש הבחנה בין מחצבים לבין חומרי חציבה ממחצבות גם בכל הנוגע לפיקוח על דרכי הפעילות בהם ועל אופן הפקתם ופיתוחם. הפעילות ב"מחצבים" מתאפיינת בכך שבשלבם הראשוניים לפעילות זו אין ערובה ודאית למציאתם וממילא לכרייתם וחציבתם של המחצבים בכמויות מסחריות. בהתאם, פקודת המכרות מבחינה בין השלבים השונים של הפעילות במחצבים ובטיבן של הזכויות הניתנות לגביהם - תחילה היתרים "לחיפוש" או "לחקירה", לאחר מכן "רישיון חיפוש" ובסופו של יום "זכות כרייה" או "זכות חכירה לכרייה". כל אותן זכויות ניתנות על ידי המפקח על המכרות הפועל במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים או על ידי שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים. יצוין כי המודל הקבוע בפקודת המכרות בעניין המחצבים דומה בעיקרו למודל הקבוע בחוק הנפט.

פעילות חציבה ב"מחצבות", להבדיל, איננה מתאפיינת בחוסר ודאות דומה לגבי הפקת חומרי החציבה. זאת משום שכבר בשלב ההקצאה הראשונית ידועות היקף העתודות של חומרי החציבה המצויים במחצבה. לכן, קובעת פקודת המכרות כי לצורך קבלת זכות לחצוב די בקבלת "רישיון לחיצוב" מאת שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים שמהותו וטיבו קבועה בסעיף 109 לפקודת המכרות.

יצוין כי מאחר שזכויות הכרייה והחציבה, בין ב"מחצבות" ובין ב"מחצבים", כרוכות גם בשימוש בקרקעות שהן לרוב קרקעות מדינה, תלויה הקצאת הזכויות בהן גם בקבלת זכויות מתאימות מרשות מקרקעי ישראל. בהקשר זה פועלת רשות מקרקעי ישראל על פי הוראות חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ד-1960 וכן על פי הוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 ותקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

התמלוגים החלים על **מחצבים** מוסדרים בפקודת המכרות עצמה. הפקודה מבחינה בין שיעור התמלוגים החל על מחצבים יקרים ובין השיעור החל על מחצבים שאינם יקרים. לגבי **מחצבים יקרים** קובע חלק ג' לתוספת השלישית לפקודת המכרות כי סכום התמלוגים ייקבע "לפי הסכם בין המחכיר לחוכר, אולם לא פחות **מחמישה אחוזים** למאה מן המחצב או משווי כשהוא במכרה" [ההדגשה הוספה].

לגבי **מחצבים שאינם יקרים** קובע לעומת זאת חלק ג' לתוספת השלישית לפקודת המכרות כי שיעור התמלוגים יעמוד על "**שני אחוזים** למאה מן המחצב או משווי כשהוא במכרה" [ההדגשה הוספה] בניכוי הוצאות זיקוק, עיבוד, הובלה ושיווק.

פקודת המכרות מוסיפה וקובעת את הדרכים והעקרונות שעל פיהם יש להעריך את שווי המחצבים הלא יקרים. בהקשר זה נקבע בפקודה כי שווי המחצב יחושב על פי מחירו הגולמי בשוק החופשי, ובהיעדר מחיר כזה "על בסיס המחיר שאפשר להשיגו בעד התוצרת המזוקקת או המוגמרת". כמו כן, ובדומה למחצבים יקרים גם את שווי המחצבים הלא יקרים יש לקבוע בהסכם בין המדינה ובין בעל זכות הכרייה, ובהיעדר הסכמה יש לפנות להליך של בוררות.

עובדה זו הופכת את משטר התמלוגים לכלי פיסקלי רגרסיבי. מאחר ששיעור התמלוגים איננו נגזר מרווחי היזם אלא נשען על ההכנסות בלבד, חלקו היחסי של הציבור ברווחיו של היזם עולה ככל שרווחי היזם יורדים ויורד ככל שהם עולים. כלומר, ככל שהיזם מרוויח יותר הוא משלם פחות מס באופן יחסי.

הפועל היוצא מכך הוא שכלי פיסקלי זה אינו מביא לשיתוף הציבור ברווחים הנובעים מן הפעילות במשאבי הטבע.

30. לאופיו הרגרסיבי של משטר התמלוגים תוצאה בעייתית נוספת. מכיוון שמשטר התמלוגים אינו נגזר מרווחיות הפרויקט הוא עלול להביא להעברת המיזם להפסד במקרה בו רווחי היזם יורדים. כדי למנוע זאת וכן כדי שהתמלוגים לא ימנעו יזמים מלהשקיע במשאבי טבע, שיעור התמלוג שנקבע הוא בדרך כלל נמוך מאוד.

לכן אפילו אם רווחי הפרויקט יתאמו באופן מלא את התחזיות, הציבור יקבל חלק קטן בלבד מהרווחים המופקים ממשאבי הטבע.

31. התוצאה המתקבלת כפועל יוצא ממשטר התמלוגים החל בתחום משאבי הטבע הינה של משטר מס "רד" המוטה לטובת היזמים, בעיקר בעת שנוצרים רווחי עתק. בהתאם למשטר מס זה לא זו בלבד שחלקו של הציבור בפעילות במשאבי הטבע הולך ויורד עם העלייה ברווחי היזמים, אלא גם שחלק זה הוא מלכתחילה נמוך יחסית.

32. חשוב להדגיש כי התוצאה בהקשר זה איננה מקרית או ייחודית למשאב טבע מסוים. היא נובעת **מטיבו של משטר התמלוגים** ומן העובדה שהוא איננו נגזר מן הרווחיות המאפיינת את הפעילות במשאבי הטבע.

33. ממצאי הוועדה מעלים כי הבעיות המבניות של משטר התמלוגים מתממשות לגבי חלק מבין משאבי הטבע המצויים במדינת ישראל. אף שאין מדובר בקללה של ממש ומדינת ישראל עודנה רחוקה ממצבן של מדינות אחרות שבהן עוסקת הספרות בעניין "קללת משאבי הטבע", המצב הקיים מביא לתוצאה קשה מבחינת הציבור בישראל, בעיקר בשנים האחרונות.

כך, מן הממצאים של הוועדה עולה כי הפעילות במשאבי הטבע אכן מביאה או צפויה להביא ליזמים רווחי עתק הרבה מעבר לרווחיות הנורמטיבית וזאת נוכח המאפיינים הכלכליים הייחודיים של שוק משאבי הטבע.<sup>18</sup> עם זאת, בהתאם למסקנות הוועדה רווחיות יתירה ועודפת זו איננה מחולקת - ואיננה צפויה להתחלק - בצורה ראויה בין הציבור ובין היזמים הפועלים לפיתוח המשאבים.

<sup>18</sup> בשל מאפיינים אל שיטת התמלוגים נהוג לכנות אותם גם ככלי פיסקלי *ad valorem*; ור': FISCAL REGIMES FOR EXTRACTIVE INDUSTRIES: DESIGN AND IMPLEMENTATION, INTERNATIONAL MONETARY FUND, FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT (2012); זמין לצפייה בקישור הבא: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/081512.pdf> (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014).

<sup>19</sup> כך, למשל, העיסוק בתחום הנחושת מתאפיין בתשואה אדירה הנובעת ממחירה העולמי הגבוה. הוא הדין גם בתחום האשלג שאותו מפיקה מי"ה אשר אף הוא מצוי ברמת מחירים גבוהה שעד לפני מספר שנים היתה אף גבוהה ביותר. על כך נרחיב גם בהמשך הדברים.

מסקנתה של הועדה היא כי חולשות אלו של משטר התמלוגים מביאות לכך שמשטר זה אינו נותן - ואינו צפוי לתת בעתיד - מענה פיסקלי מספק לחלקו הראוי של הציבור במשאבי הטבע.

### הבעייתיות המשפטית המאפיינת את המצב הקיים

34. המדיניות הפיסקלית הקיימת היום במדינת ישראל הינה בעייתית מאוד. היא גורמת לכך שלא מצויים כלים פיסקליים המאפשרים לשתף את הציבור בתשואה הכלכלית האדירה הנובעת, או עשויה לנבוע, מן הפעילות במשאבי הטבע. תוצאה זו סותרת עקרונות משפטיים מבוססים.

35. משאבי הטבע המצויים בבעלות המדינה אינם מוחזקים על ידה לטובת מעטים ומיוחסים. היא איננה רשאית לנהוג לגביהם "שרירות בעלים". המדינה מחזיקה בנכסים אלה במה שנהוג לכנות "נאמנות ציבורית". לכן, חלה על המדינה החובה לנהל את משאבי הטבע לטובת **כלל הציבור בישראל**.<sup>20</sup>

חובת הנאמנות הציבורית של המדינה חלה בהקשרים שונים של מעשי המדינה<sup>21</sup> אולם היא יפה במיוחד להקשר של הפעילות במשאבי טבע. משאבי הטבע הם משאבים מתכלים ברובם והפקתם כרוכה לעיתים בנזק סביבתי. לצד זאת פוטנציאל הרווח שלהם עצום. חלוקה לא ראויה של רווחי המשאב והחלת מדיניות המאפשרת ניצול לא יעיל ופוגעני מן הבחינה הסביבתית מפרה את חובת הנאמנות שחלה על המדינה ביחס לנכסים המוחזקים על ידה.

להפרה זו יש אף השלכות מרחיקות לכת שכן היא משליכה לא רק על הדור הנוכחי אלא גם על הדורות הבאים. אלו ייאלצו להסתפק בפחות משאבים ולשאת בנזקים שנגרמו כתוצאה מהפקת המשאבים בדורות קודמים.<sup>22</sup>

36. אחריות דומה חלה על המדינה גם מתוקף עקרון הצדק החלוקתי. עקרון זה הולך ותופס מקום משמעותי בשיטת המשפט הישראלית. הוא מקבל ביטוי מתגבר בפסיקה<sup>23</sup> ובחקיקה.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> רי, למשל: בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1972); בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78 (1987); בג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 309, 326 (1998).

<sup>21</sup> ליישומיו השונים של עקרון הנאמנות הציבורית, רי: בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746 (1980); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 261 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221, 231 (1995); בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, 833 (2005); בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 147-148 (2002).

<sup>22</sup> רי והשוו גם: Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L. REV. 471 (1970).

<sup>23</sup> רי: בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 65 (2002); בג"ץ 11087/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מי נאור (טרם פורסם, 21.8.2012); בג"ץ 446/12 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 47-48 (טרם פורסם, 26.8.2012).

<sup>24</sup> רי, למשל: חוק מיסוי רווחי נפט; חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013.

עקרון הצדק החלוקתי הוא עקרון שיש לו משמעויות רבות ונכון להיום הוא עדיין משמש בפסיקה ובחקיקה כ"רקמה פתוחה". עם זאת, בעיקרו של דבר מבקש עיקרון זה להבטיח שהקצאת משאבים תבוצע באופן צודק והגון ולא תביא להעברת נכסים לקבוצות מצומצמות מקרב הציבור.<sup>25</sup>

המציאות הקיימת שבה משאבי הטבע במדינת ישראל מצויים בידי מעטים אשר נהנים באופן כמעט בלעדי מן התשואה הכלכלית העודפת הנובעת מהם, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק החלוקתי.

מעיקרון הצדק החלוקתי נגזרת גם החובה לבחון מעת לעת את משטר המס על משאבי הטבע ובמקרה הצורך אף להביא לשינויו.

37. על רקע כל אלה מתחדד, גם מן הבחינה המשפטית, הצורך במתן פתרון למצב הקיים ובשינויו. לכך מכוונות המלצות הוועדה.

### **המלצות הוועדה לתיקון המצב הקיים - החלת מס רווחי יתר או "מס משאבי טבע"**

38. על מנת לפתור את הכשל שמאפיין את המצב הקיים הוועדה ממליצה להוסיף למשטר הפיסקלי הקיים מס ייחודי, הוא "מס משאבי הטבע". מדובר במס שיחול על רווחי היתר של היזמים הפועלים להפקה ולפיתוח של משאבי הטבע בישראל.

מס רווחי היתר בא להתמודד עם כל אותן החולשות של משטר התמלוגים ולפתור אותן. הוא נגזר מרווחי היזמים ולא מהכנסותיהם ולכן הוא פועל לחלוקת הרווחיות העודפת הנובעת מן הפעילות במשאבי הטבע בין הציבור ובין היזמים.

מס רווחי יתר הוא אף פרוגרסיבי במהותו. זאת כיוון שהוא מגדיל את חלקו של הציבור ככל שרווחיותו מן המשאב עולה ומקטין את חלקו של הציבור כאשר הרווחיות העודפת יורדת.

39. יתרונו של מס רווחי היתר טמון גם בכך שהוא איננו נוטל חלק בלתי ראוי מן הרווחיות הנובעת מהפעילות הכלכלית במשאבי הטבע. הוא "נכנס לתמונה" רק באותו שלב שבו רווחיות זו חורגת מרווחיות נורמלית שנקבעת על פי מדדים כלכליים מקובלים. לכן, בהיעדר רווחיות עודפת - המס שמציעה הוועדה לא ייגבה כלל.

בשל כל אלה מס רווחי היתר מותיר בידי היזמים את הרווחים הסבירים שהם ציפו להם, משמר את ערכן של ההשקעות שהם ביצעו ולא פוגע בהסתמכות שלהם או בציפייה שלהם לפעילות רווחית.

<sup>25</sup> ר' באופן כללי: דפנה ברק-ארז **אזרח-נתין-צרכן** 206-230 (2012); קובץ המאמרים המופיע **בצדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך, 2000) ובמיוחד אנדרי מרמור "הערך האינטרינזי של שוויון כלכלי" שבעמ' 51 לאותו הקובץ; אסופת הרשימות **במורה צדק - עיונים בתורתו של ג'ון רולס** (דני אטאס ודוד הד, עורכים, התשס"ז); Joseph Raz, ; JOHN RAWLS, A THEORY OF *Liberty and Trust*, in NATURAL LAW, LIBERALISM AND MORALITY (1996); IZHAK ; LIAM MURPHY AND THOMAS NAGEL, THE MYTH OF OWNERSHIP 76 (2002); JUSTICE 228 (2003); ENGLAND, CORRECTIVE JUSTICE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2009).

החלתו של המס רק אם ליזם רווחי יתר מבטיחה גם כי השפעתו של המס על שיקולי הכדאיות של היזם בבחינת כדאיותו של הפרויקט תהיה שולית, אם בכלל.

40. יש לציין כי מבחינת היזמים החלת מס על רווחי היתר עדיפה מול חלופה אחרת של העלאת שיעור התמלוגים. נוכח העובדה שמש רווחי היתר מותנה בקיומם של רווחים מעל לנורמה, הטלתו אינה מעלה חשש כי הפרויקט יהפוך ללא כדאי. זאת בשונה ממשטר של תמלוגים אשר, כאמור, כלל אינו "מתעניין" ברווחיות הפרויקט ודורש תשלום קבוע בהתבסס על הכנסות ממכירות גם אם התוצאה היא גרימת הפסד ליזם.

41. המלצות הוועדה מתמקדות אמנם בהחלת מס רווחי יתר על הפעילות במשאבי הטבע. עם זאת, הוועדה אינה מבקשת לבטל את השימוש בתמלוגים אלא לשלב את מס רווחי היתר עם התמלוגים ככלים פיסקליים משלימים.

הוועדה סבורה כי על מנת להשיג את התוצאות הרצויות בתחום מדיניות המס החלה על משאבי הטבע בישראל יש לבסס אותה על תמהיל שיערב את מס רווחי היתר יחד עם התמלוגים. בדרך זו מבקשת הוועדה מצד אחד לשמר את היתרונות שבמשטר התמלוגים ובכלל זה את העובדה שהתמלוגים מבטיחים זרם הכנסות קבוע למדינה, ומצד שני להוסיף עליהם מס רווחי יתר שיביא לשיתוף הציבור ברווחיות העודפת המאפיינת את הפעילות בתחום משאבי הטבע.

42. יש לציין כי המלצותיה של הוועדה אינן ייחודיות למדינת ישראל. הן עולות בקנה אחד עם מגמות עולמיות. מסקנה זו עולה במובהק מחוות הדעת שהתקבלה ביוזמת הוועדה מנציגי קרן המטבע הבינלאומית. חוות הדעת הדגישה את החשיבות ביצירת תמהיל פיסקלי מתאים אשר יאזן בין האינטרסים של מדינת ישראל בפעילות במשאבי הטבע ובין האינטרסים של היזמים הפועלים לפיתוחם ולהפקתם.<sup>26</sup> על פי חוות הדעת שנמסרה בעניין זה לוועדה, משטר המערב תמלוגים ומס על רווחי היתר אמור להשיג את האיזון הנדרש. לצורך כך יובהר כי הענקת המשאב במכרז או בדמוי מכרז אינה משנה את התוצאה כיוון שגם מכרז אינו יכול לשקף את פוטנציאל רווחי היתר וקיומו לצד תמלוגים אינו יכול להביא לתוצאה ראויה.

43. עמדתה של הוועדה מבוססת גם על הניסיון העולמי. בעבר מס על רווחי היתר היה מקובל בעיקר בתחום הגז והנפט. אולם בעשור האחרון יותר ויותר מדינות החלו בקביעת מודל דומה גם למשאבי טבע אחרים.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> ראו דוח קרן המטבע הבין לאומית המצורף לדו"ח הביניים כנספח ג'.

<sup>27</sup> כך נעשה למשל באוסטרליה בעקבות חקיקת ה-Mineral Resource Rent Tax (MRRT) שנכנס לתוקף בחודש יולי 2012. יצוין כי לאחרונה הודיעה הממשלה האוסטרלית כי בכוונתה לערוך שינויים בחוק זה. כמו כן, בדרך דומה של הטלת מס "רווחי יתר" או rent tax נקטה גם מדינת קוויבק שבקנדה, ור': הכרזת הרשויות באותה מדינה על שינויים עתידיים במדיניות המס המוחלת על תעשיית המינרלים, זמין לצפייה בקישור הבא: [http://www.pwc.com/en\\_CA/ca/tax-insights/publications/pwc-changes-to-quebec-mining-tax-regime-2013-05-en.pdf](http://www.pwc.com/en_CA/ca/tax-insights/publications/pwc-changes-to-quebec-mining-tax-regime-2013-05-en.pdf) (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014). מודלים דומים של מס מיוחד המוטל על הרווחים ממשאבי הטבע קיימים גם במדינות אפריקאיות שונות - ליבריה, מלאווי, דרום אפריקה, בוטסוואנה וגאנה. מודלים אחרים קיימים גם בפרו וצ'ילה. ראו דוגמאות בדוח קרן המטבע הבין לאומית וכן דוח הביניים של הוועדה.

### המלצות הוועדה משלימות את המהלך שהתבצע בחוק מיסוי רווחי נפט

44. המלצותיה של הוועדה הנוכחית אינן חדשניות גם מנקודת מבט ישראלית. הן תואמות את המלצות ועדת ששינסקי הראשונה ואת חוק מיסוי רווחי נפט אשר קבע מס רווחי יתר למגזר הגז הטבעי והנפט במטרה להבטיח את חלקו הראוי של הציבור. זאת בנוסף לתמלוגים אותם חייבים היזמים בהתאם לחוק הנפט.

45. כפי שכבר צוין, חוק מיסוי רווחי נפט נתן פתרון לבעיה אקוטית במגזר מסוים. אולם כבר אז היה ברור כי יש צורך בתפישה פיסקלית כוללת לגבי כלל משאבי הטבע ועובדה זו באה לידי ביטוי גם בדוח מבקר המדינה.<sup>28</sup>

46. ההמלצות של הוועדה הן, אפוא, צעד משלים כחלק מיישום מדיניות כוללת לגבי משאבי הטבע. את המהלך הזה יש לראות בתמונה חברתית רחבה יתר של צמצום הפערים בחברה הישראלית באמצעות כלי המס.

### מס רווחי היתר משתלב במארג מערכת המס בישראל

47. המלצתה של הוועדה בעניין החלת מס רווחי היתר על הפעילות במשאבי הטבע אינה זרה למערכת המס או חורגת ממנה. משטר המס המומלץ על ידי הוועדה משתלב במארג הכולל של מערכת המס בישראל.

48. מטרתם המרכזית של דיני המס היא לממן את פעילות הממשלה.<sup>29</sup> אולם דיני המס משרתים גם מטרות נוספות. אחת המטרות המרכזיות שבהן היא חלוקה מחודשת של ההון וקידום ערכים של צדק חלוקתי.<sup>30</sup>

כך, מס הכנסה מוטל בשיעור מסוים מרווחיו של היחיד ושיעורו עולה ככל שהכנסתו של היחיד עולה. לצד מס הכנסה קיימים דגמים אחרים של מיסים בשיעורים שונים כמו מס החברות,<sup>31</sup> מס רווחי הון<sup>32</sup> ומס על דיבידנד. מיסים נוספים מוטלים על הצריכה כשהעיקרי שבהם הוא מס ערך מוסף המוטל בשיעור שווה על כלל הצרכנים.<sup>33</sup> במדינות רבות אף נהוג להטיל מיסי ירושה שתכליתם העיקרית היא להביא לחלוקה מחדש של העושר.

<sup>28</sup> ר': דוח מבקר המדינה שלעיל.

<sup>29</sup> ר': ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985); ע"א 4271/00 מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נו(2) 953 (2003); ע"א 1527/97 אינטרביילדינג חברה לבניין בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 1, פ"ד נג(1) 699 (1999) (עניין אינטרביילדינג).

<sup>30</sup> אהרן ברק "פרשנות דיני המיסים" משפטים כח 425 (התשנ"ז); אהרן נמדר דיני מיסים מסי הכנסה 25 (מהדורה שניה, 1993); ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (לא פורסם, 30.4.2009); דני"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 59 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 14.7.2011).

<sup>31</sup> ר': לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], חלק ז'.

<sup>32</sup> ר': שם, חלק ה'.

<sup>33</sup> ר': סעיף 2 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975.

שילובם של כל אלה יחדיו מביא לחלוקה מאוזנת - בהתאם למדיניות הממשלה והכנסת - של נטל מימון פעילות הממשלה בין אזרחי המדינה ותושביה. זאת לצד חלוקת העושר באופן שוויוני יותר.

49. מס רווחי היתר המוצע על ידי הוועדה משתלב בתכלית זו של מערכת המס. הוא נועד להעביר לידי הציבור חלק ראוי מן הרווח העודף שיוצרים משאבי הטבע הנצברים בידי היזמים. זאת כדרך לחלוקה צודקת יותר של הנטל והעושר בחברה ולהגשמת הצדק החלוקתי. מטרות אלה הן ממטרותיה המובהקות של מערכת המס בישראל.

גם מאפייניו הפרטניים של משטר המס המוצע תומכים באותה מסקנה. בדומה למיסים ישירים אחרים, מס רווחי היתר יוטל רק על רווחים אשר יעברו רף מסוים וזאת רק לאחר שיתאפשר ליזם לנכות את הוצאותיו לפני תשלום המס. לכן בשנים בהם יצטברו ליזם הפסדים או רווחים בשיעור נורמטיבי הוא לא יחויב בתשלום המס וההפסדים אף יוכלו לשמש בידו כסוג של "מגן" ממס.

אכן מערכת המס אינה עוסקת בגביית כספים ותו לא. היא נדרשת לוודא כי התשלום יהיה הוגן וצודק.

### המחשת הצורך בהמלצות הוועדה - פעילותה של מי"ה כמקרה מבחן

50. המלצות הוועדה הן עקרוניות וכלליות. הן נוגעות לכל משאבי הטבע המצויים במדינת ישראל היום ובעתיד. הן מציעות מודל עקרוני המבוסס על כשל מבני במשטר הקיים. לפיכך, יישום המלצות אלה היה ראוי גם אם לא היו מתגלות תוצאות אמת המדגימות את הכשל.

אולם, למרות שמדובר בעמדה עקרונית, תוצאות האמת תומכות במסקנות הוועדה. הן ממחישות את עומק הכשל במדיניות הפיסקלית הנוכחית החלה משאבי טבע המופקים כיום. הן מבהירות מדוע יש להחיל את ההמלצות כבר על מי שגורף כיום רווחי עתק ועל מי שקיים פוטנציאל כי יעשה כן בעתיד.

בחלק זה של חוות הדעת נבקש להמחיש את הממצאים הכלליים והעקרוניים של הוועדה באמצעות עניינה של מי"ה.

51. למי"ה זיכיון לניצול משאבי הטבע של ים המלח. מי"ה מפיקה מים המלח בעיקר אשלג. בנוסף העניקה מי"ה זיכיון משנה<sup>34</sup> לחברת ברום ים המלח בע"מ (להלן: **חברת הברום**).<sup>35</sup> כמו כן החכירה מי"ה בחכירת משנה<sup>36</sup> חלק מהשטחים המוחכרים לה בהתאם לשטר הזיכיון לחברת המגנזיום ים המלח בע"מ (להלן: **חברת המגנזיום**).<sup>37</sup> מכוח זיכיונות וחכירות משנה

<sup>34</sup> למנגנון הקבוע בשטר הזיכיון למתן זיכיונות-משנה, ר' : סעיף 5 לשטר הזיכיון.

<sup>35</sup> חברת הברום פועלת משנת 1962 ומפיקה, מכוח זיכיון המשנה, ברום ותרכובות ברום מהמינרלים שבים המלח.

<sup>36</sup> למנגנון הקבוע בשטר הזיכיון להחכרות משנה ר' : סעיף 6(ט) לשטר הזיכיון.

<sup>37</sup> חברת המגנזיום הוקמה בשנת 1996 והיא עוסקת בפיתוח ובהפקה של מגנזיום ותרכובות מגנזיום בהתבסס על המינרלים המצויים במימיו של ים המלח.

אלו מפיקות חברות אלה מים המלח ברום ומגנזיום, בהתאמה. חברות אלה מוחזקות גם הן על ידי כ"ל והן חברות אחיות למי"ה. להשלמת התמונה נוסף כי חברות נוספות בקבוצת כ"ל עוסקות בייצור מוצרי המשך ותרבות, תוך שימוש במינרלים המופקים מים המלח.

52. עניינה של מי"ה ממחיש באופן מובהק את הכשלים המאפיינים את המדיניות הפיסקלית הנוכחית ואת הדרך שבה קופח הציבור בישראל, בעיקר בשנים האחרונות. הכשל הטיפוסי המאפיין את המערכת הפיסקלית הנוכחית הפך לעיוות ממשי בעניינה של מי"ה שכן היא גורפת רווחי עתק בלא לשתף בהם את הציבור בצורה מספקת.

אנו נתמקד בפעילות האשגל למרות שכשל דומה התגלה גם בחברת הברום. בטרם נפרט את ממצאי הוועדה בעניינה של מי"ה, נעמוד על הרקע שעומד בבסיס פעילותה.

### הפעילות להפקת משאבי ים המלח

53. ים המלח הוא הבקע היבשתי העמוק בעולם. הוא מהווה תופעת טבע ייחודית ונושא על גבו היסטוריה דתית ולאומית עשירה.<sup>38</sup> ים המלח מהווה יעד מרכזי לתיירות ולפעילות פנאי ורבים מהארץ ומהעולם נופשים ומטיילים לחופיו. הוא אף משמש יעד לתיירות מרפא בשל הסגולות המיוחסות למינרלים במימיו.

לחופי ים המלח משתי גדותיו התפתחה תעשייה משגשגת<sup>39</sup> המתמקדת בהפקתם של המינרלים המצויים במי ים המלח בריכוזים גבוהים בעיקר אשגל, ברום, ומגנזיום.<sup>40</sup>

מעט לאחר קום המדינה, בשנת 1952, נוסדה מי"ה כחברה ממשלתית שהופקדה מטעם מדינת ישראל על הפעילות להפקת המינרלים השונים מים המלח.

54. פעילותה של מי"ה בים המלח מתבססת על תשתית נורמטיבית מיוחדת. בשנת 1961 הושג הסכם עם הבנק העולמי למתן מימון למפעלי ים המלח לשם הגברת היקף ההפקה של המפעלים.

כתנאי למתן המימון דרש הבנק העולמי כי זכויות ההפקה בים המלח יעוגנו בשטר זיכיון שיעוגן בחקיקה.<sup>41</sup> בהתאם לכך נחתם בין המדינה ובין מי"ה שטר זיכיון אשר בו הוסדרה

<sup>38</sup> ראו חוות דעתנו בעניין "ביצוע פרויקט הגנות ים המלח ומימונו - חוות דעת משפטית" מיום 4.9.2011; זמין לצפייה באתר משרד האוצר בקישור הבא: <http://www.mof.gov.il/Pages/NatureResourcesCommittee.aspx> (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014). חוות דעת זו תכונה להלן **חוות הדעת בעניין קציר המלח**. בחוות דעת זו הפנינו למראי מקום המדגימים את אופיו הייחודי של ים המלח. למקור נוסף המבאר את הייחודיות המאפיינת את ים המלח, ר' : THE DEAD SEA, 36 OXFORD MONOGRAPHS ON GEOLOGY AND GEOPHYSICS (Tina Niemi, Zvi Ben-Avraham and Joel Gat, ed., 1997).

<sup>39</sup> פיתוח משאבי הטבע של ים המלח החל כבר בתקופת השלטון הטורקי ונמשך בתקופת המנדט באמצעות חברת מפעלי חברת האשגל הארץ ישראלית. פעילות זו נקטעה במלחמת השחרור.

<sup>40</sup> האשגל הינו רכיב מרכזי במוצרי דיסון. הברום משמש להכנת מוצרים שונים, כמו חומרים מעכבי בעירה, חומרים לחיטוי מים וכן מוצרי הדברה. מגנזיום ותרבותיו הם רכיבים שנעשה בהם שימוש בייצור מוצרי ברזל, פלדה וזכוכית המשמשים בין היתר בענפי החקלאות והבניה.

<sup>41</sup> ר' פרוטוקול מס' 210 של ועדת הכספים של הכנסת הרביעית מיום 9.6.1961 ופרוטוקול מס' 214 של ועדת הכספים של הכנסת הרביעית מיום 16.5.1961 (להלן: **פרוטוקול 214**). בפרט ר' דבריו של נציג משרד המשפטים, ד"ר קיטרון,

פעילותה של מי"ה בכל הנוגע להפקת משאבי ים המלח (להלן: **שטר הזיכיון**). באותה שנה נחקק גם חוק הזיכיון אשר קלט את שטר הזיכיון לחקיקה באמצעות צירוף שטר הזיכיון כנספח.

55. מטרתם העיקרית של שטר הזיכיון וחוק הזיכיון היא להבטיח את הניצול היעיל של המינרלים השונים המצויים בים המלח לטובת כלכלת ישראל.<sup>42</sup> לאורך השנים הוכנסו בשטר הזיכיון ובחוק הזיכיון תיקונים שונים הנוגעים למגוון היבטים של הפעילות בים המלח.<sup>43</sup> במסגרת התיקון האחרון לקראת הפרטת מי"ל נקבע כי שטר הזיכיון יוארך ויעמוד בתוקפו עד לשנת 2030.<sup>44</sup>

על אף שחוק הזיכיון ושטר הזיכיון עומדים בתוקפם גם היום, לאורך השנים אירעו שינויים באחזקות ובעלות על הפעילות במי"ה והוקמו חברות נוספות אשר מתבססות אף הן על משאבי הטבע בים המלח.

56. בשנת 1968 הקימה המדינה את מי"ל. מי"ל הוקמה על מנת לאגד תחתיה את רוב החברות התעשייתיות המוחזקות בבעלות הממשלה ואשר עוסקות בתחום הכימיה האנאורגנית בישראל. במסגרת זו הועברה לידי מי"ל גם האחזקה במי"ה. כמו כן הועברה למי"ל האחזקה בחברת הברום ובחברת המגנזיום.

57. בתחילת שנות ה-90 החליטה הממשלה לפתוח בהליך להפרטת מי"ל. במסגרת זו פעלה המדינה באותן שנים לדילול אחזקותיה בכי"ל עד שלבסוף - בשנת 2000 - היא חדלה להיות בעלת מניות "רגילה" בה.<sup>45</sup>

58. מי"ה, חברת הברום וחברת המגנזיום הן החברות העיקריות העוסקות היום בהפקת משאבי המלח ובעיבודים למוצרים מסחריים. מי"ה עוסקת בהפקת המינרלים מים המלח ובפיתוח האשלגן ומוצרי האשלגן; ואילו חברות הברום והמגנזיום מקבלות ממי"ה - בהתבסס על שטרי זיכיון משנה שניתנו להן - את המינרלים הדרושים להן להפקת המוצרים המצויים בתחומי פעילותן.

12. בתשובה לשאלה במה יהיה שונה זיכיון זה לגבי כל זיכיון אחר שהממשלה מעניקה לפי חוק נכסי המדינה מסביר ד"ר קיטרון כי: "הגורמים אשר נותנים את הכספים [הבנק העולמי] דורשים את החוק. הם רוצים שכל דבר יהיה מוגן בחוק".

<sup>42</sup> כך בס"ק (א) לפתיח לשטר הזיכיון מוצהר כי הוא ניתן למי"ה "הואיל... ומחצבי ים המלח ושטחי סביבתו מהווים חלק מאוצרותיה הטבעיים של מדינת ישראל, ורצוי להסדיר את ניצולם היעיל לטובת כלכלת המדינה"

<sup>43</sup> ר': חוק זיכיון ים המלח (תיקון), התשכ"ח-1968; חוק זיכיון ים המלח (תיקון מס' 2), התשמ"ו-1986; חוק זיכיון ים המלח (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1995.

<sup>44</sup> ר': סעיף 4 לשטר הזיכיון.

<sup>45</sup> כיום מחזיקה המדינה בכי"ל "מניית זהב" בלבד.

### הוראות שטר הזיכיון, חוק הזיכיון והסדר התמלוגים של מי"ה

59. זכויותיה וחובותיה של מי"ה בקשר להפקת המינרלים מים המלח<sup>46</sup> מבוססות על חוק הזיכיון ועל שטר הזיכיון שניתן לה בימיה כחברה ממשלתית. זאת למרות השינויים המשמעותיים שחלו במבנה האחזקות של מי"ה מאז הוענק לה שטר הזיכיון.

60. חוק הזיכיון מחזיק שלושה סעיפים בלבד. סעיף 1 לחוק קובע כי הזכויות המפורטות בשטר הזיכיון נתונות למי"ה "לכל מטרותיו ועל אף האמור בכל דין".<sup>47</sup>

סעיף 2 לשטר הזיכיון קובע את עיקר זכויות ההנאה הנתונות למי"ה במשאבי הטבע בים המלח ובפעילות התעשייתית לפיתוח המינרלים המצויים בו. כך, סעיף 2(א) לשטר הזיכיון קובע כי למי"ה:

"הזכות הייחודית להשיג בדרך אידי (שמשוי או מלאכותי), צינון, כריה, חציבה או בכל דרך אחרת את מלחי-המחצבים, המחצבים והכימיקלים, בין בתמיסה ובין בצורה מוצקת, בים המלח ומתחתיו ולהתקינם לשיווק, למכרם ולעשות בהם".

61. שטר הזיכיון מכפיף את מי"ה לחובות שונות.<sup>48</sup> לענייננו, מי"ה מחויבת בשטר הזיכיון לשלם למדינה תמלוגים. חובה זו מעוגנת בסעיף 15 לשטר הזיכיון. מדובר בסעיף מסורבל וארוך. די אם נציין כאן כי בעיקרו של דבר הסעיף קובע שמ"ה תשלם למדינה תמלוגים בשיעור של 5% מסך ההכנסות שלה בגין מכירת המינרלים ומוצרי ההמשך המופקים מים המלח וזאת:

"בתמורה לכל הזכויות וזכויות היתר המוענקות לבעל הזיכיון [מי"ה] בשטר זיכיון זה...".<sup>49</sup>

לצורך חישוב שיעור התמלוגים קובע הסעיף כי מי"ה רשאית לנכות עלויות מסוימות שבהן היא נושאת במסגרת תהליך ההפקה, ובכלל זה "ההוצאות הנאותות של האריזה, עמלת מכירות" וכן הוצאות הובלה וביטוח.<sup>50</sup> כפי שנראה בהמשך, רבות מהשגותיה של מי"ה כלפי עבודת הוועדה מתמקדות בהוראה זו הקבועה בשטר הזיכיון.

62. בכל הקשור למשאב האשלג קובע סעיף 15 לשטר הזיכיון הסדר מעט שונה הנבדל מן המשאבים האחרים. אף ששיעור התמלוגים שישולם בגין מכירתו של האשלג הועמד בשטר הזיכיון על 5%, הסעיף מוסיף וקובע כי למדינה תהא זכות לתבוע דיון מחדש לשם העלאת

<sup>46</sup> ובהתאם גם זכויותיהן של חברות הברום והמגנזיום.

<sup>47</sup> ר': חוק הזיכיון, בסעיף 1.

<sup>48</sup> ר': סעיפים 79-80 לחוות הדעת בעניין קציר המלח. בין השאר, מטיל שטר הזיכיון על מי"ה חובה לפעול בשקידה ראויה לצורך הפקת האשלג מים המלח (סעיף 12 לשטר הזיכיון) וכן להפיק כמויות מסוימות של אשלג בהתאם ליעדים הנקובים בשטר הזיכיון (בפועל, מי"ה חצתה כבר לפני שנים רבות את הרף הקבוע בשטר הזיכיון). שטר הזיכיון מסמך את המדינה לפקח על ההשקעות המבוצעות בפעילות להפקת האשלג על ידי מי"ה בתקופה הסמוכה לתום תקופת הזיכיון (סעיפים 24-25 לשטר הזיכיון) וכן לבצע פעולות בתחומי הקרקעות "השמורות" שבשטח הזיכיון (סעיף 9א) לשטר הזיכיון.

<sup>49</sup> ר': סעיף 15(א) רישא לשטר הזיכיון.

<sup>50</sup> אף שסעיף 15 לשטר הזיכיון הינו סעיף כללי העוסק לא רק בתשלום התמלוגים בגין האשלג אלא גם בגין משאבי הברום והמגנזיום, בהמשך הוסדרה סוגיית התמלוגים בגין משאבים אחרונים אלה במסגרת אחרת. כך, בסעיף 17 לשטר זיכיון המשנה שניתן לחברת הברום נקבע שיעור התמלוגים שישולמו למדינה בגין פעילותה של חברה זו. בכל הנוגע לפעילות חברת המגנזיום, אופן חישוב התמלוגים הוסדר בהחלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מיום 5.9.1993 שאושרה על ידי ועדת הכספים של הכנסת ביום 12.1.1995.

גובהם של התמלוגים המשולמים בגין משאב זה.<sup>51</sup> זאת עד לשיעור של 10% מדי שנה ועל כל כמות אשלג הנמכרת על ידי מי"ה מעבר למיליון טון.

63. במכתב משותף של שר האוצר ושר המסחר והתעשייה מיום 11.1.1995 למי"ה, שניתן אגב הליך הפרטתה של כ"ל,<sup>52</sup> ויתרו השרים באופן חלקי ולגבי היבט מסוים באופן זמני על זכותה של המדינה לדרוש דיון מחדש בשאלת גובה התמלוגים המשולמים עבור האשלג (להלן: **מכתב השרים**).

במכתב השרים התחייבה המדינה כי היא לא תדרוש העלאת תמלוגים על פי הזכות הנתונה לה בשטר הזיכיון בהקשר זה עד לשנת 2010. עם זאת, מכתב השרים מוסיף ומציין כי לאחר שנת 2010 תוכל המדינה לשוב ולדרוש דיון מחדש בהעלאת שיעור התמלוגים על האשלג ל-10% אולם רק ביחס לכמות שמעל לשלושה מיליון טונות אשלג בשנה.

64. למדינה יש טענות שונות על אופן תשלום התמלוגים על ידי מי"ה לאורך השנים בהתאם לשטר הזיכיון. טענתה העיקרית של המדינה הינה כי מי"ה איננה משלמת את התמלוגים באופן תקין לגבי מרבית מוצרי ההמשך ותרכובות המיוצרים מהמינרלים המופקים מים המלח. בנוסף דרשה המדינה להעלות את שיעור התמלוגים המשולם בהתאם למה שנאמר במכתב השרים.<sup>53</sup>

65. שטר הזיכיון קובע כי במקרה של מחלוקת בנוגע ל"פירושו או ביצועו של זיכיון זה או של כל דבר הקשור בו או בדבר הזכויות והחובות של הצדדים לו" יש לפנות לבוררות.<sup>54</sup> בהתאם, הגישה המדינה בשנת 2011 נגד מי"ה תביעה על פי מנגנון הבוררות הקבוע בשטר הזיכיון. הדיונים בבוררות הסתיימו והצדדים ממתינים לפסק הבוררים.

### **הסכם הקציר והחלטת הממשלה בעניינו**

66. לצד היתרונות שמביא ים המלח למי"ה, הפקת המינרלים גורמת לו לנזק רב הן בחלקו הצפוני והן בחלקו הדרומי. מדובר על פגיעה משמעותית בתשתיות באזור ובערכי טבע מוגנים בסביבת ים המלח.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> ר' : סעיף 15(א)(II) לשטר הזיכיון.

<sup>52</sup> ר' : מכתבם של שר האוצר ושר התעשייה והמסחר מיום 11.1.1995 בעניין "שטר זיכיון ים המלח - סעיף 15(א)(1) - תמלוגי כלוריד האשלג".

<sup>53</sup> כפי שיפורט בהמשך הדברים, המדינה משכה טענה זו בעקבות חתימת הסכם הקציר.

<sup>54</sup> ר' : סעיף 26 לשטר הזיכיון.

<sup>55</sup> באגן הצפוני מרבית ההשפעות הסביבתיות נובעות מהתרומה לירידת מפלס ים המלח כתוצאה משאיבת מי האגן הצפוני אל בריכות האידוי כחלק מן הצורך לשמור על מפלס קבוע בבריכה 5. ירידת המפלס גורמת לתופעות המשנות לחלוטין את פני הנוף ופוגעות בתשתיות ובתדמית האזור, כמו נסיגת קו החוף, היווצרות בולענים, התחפרות נחלים, פגיעה במעיינות החוף ופגיעה בבתי גידול ייחודיים. במקביל, באגן הדרומי של ים המלח ההשפעות הסביבתיות נובעות בעיקרן מהפעילות התעשייתית הנרחבת באזור, מכריית חומר הוואדי מערוצי הנחלים לשם תחזוקת הסוללות שסביב בריכות האידוי, מתשתיות השאיבה וההובלה של מי האגן הצפוני ומקידוחי המים הפוסיליים שבשטח הזיכיון.

67. הסיכון הסביבתי העיקרי הינו עליית המפלס הנובעת מהליך ההפקה<sup>56</sup> אשר עלולה להביא להצפת בתי מלון, כבישים ותשתיות אחרות.<sup>57</sup>

בעיית עליית המפלס בעקבות פעילותה של מי"ה איננה בעיה חדשה. לאורך השנים נעשו נסיונות שונים לפתור אותה אך ללא הצלחה.<sup>58</sup>

68. ביום 8.7.2012 נחתם בין ממשלת ישראל ובין מי"ה הסכם אשר בו נקבע כי לצורך פתרון בעיית עליית מפלס ים המלח יבוצע קציר מלח מלא מי"ה בריכה 5" (להלן: **הסכם הקציר**). פרויקט זה נועד לגרד מתחתית "בריכה 5" את השכבה העליונה של החומר המצטבר בקרקעית במסגרת הליך האידוי וכך לעצור את עליית המפלס במבט צופה פני עתיד.

הסכם הקציר מטיל על מי"ה את האחריות העיקרית למימון הפרויקט.<sup>59</sup> בנוסף הוא מפרט את יעדי הפרויקט, את דרכי ביצועו וקובע לוחות זמנים עקרוניים לביצוע.

69. סעיף אחד מתוך סעיפיו של ההסכם הוקדש לסוגיית התמלוגים שמשלמת מי"ה בגין הפקת האשלג מים המלח. במסגרת סעיף זה שנכלל בהסכם הקציר הסכימה מי"ה להעלות גובה התמלוגים ל-10% בעד כל כמות של כלוריד האשלג שתמכור החברה "בשל מכירה מעבר ל-3,000,000 טון בשנה, החל מיום 1.1.2010, ומעבר ל-1,500,000 טון בשנה - החל מיום 1.1.2012".<sup>60</sup>

70. הסכם הקציר לא נחתם בחלל הריק. קדמה לו חוות הדעת בעניין קציר המלח אשר קבעה, בין השאר, כי מבחינה משפטית על מי"ה לשאת בחלק משמעותי ביותר מעלות הקציר ואילו המדינה בחלק מצומצם יחסית.<sup>61</sup>

71. כמו כן קדמה לחתימה על הסכם הקציר החלטת ממשלה בעניין "ביצוע פרויקט הגנות הקבע בים המלח ומימונו והגדלת התמלוגים המשולמים למדינה" (להלן: **החלטת הממשלה בעניין קציר המלח או החלטת הממשלה**).<sup>62</sup> בהחלטה זו אושר המתווה העקרוני שעל בסיסו נחתם בשלב מאוחר יותר הסכם הקציר.

החלטת הממשלה בעניין קציר המלח התמקדה בעיקר בנושא של פרויקט קציר המלח וזאת נוכח החשיבות האקוטית במציאת פתרון לבעיית המפלס הגואה. אולם בעת הצגת עקרונותיו

<sup>56</sup> הפקת המינרלים על ידי מי"ה נעשית לאחר תהליך של אידוי מי הים ושקיעת החומרים הלא רצויים לתחתית. עם זאת, מאחר שתהליך הייצור מחייב שמירת נפח קבוע של מים, נדרשת הזרמה קבועה של מים מחלקו הצפוני של ים המלח אל חלקו הדרומי שבו מתבצעת פעילותה של מי"ה. חלק זה מכונה גם "בריכה 5". אלו מביאים לעליית מפלס הבריכה בקצב של כ-20 ס"מ בממוצע בשנה.

<sup>57</sup> ר': סעיפים 3-5 לחוות הדעת בעניין קציר המלח.

<sup>58</sup> בהקשר זה אף הוגשה נגד המדינה עתירה לבג"ץ אשר בה ניתן גם צו על תנאי, ור': בג"ץ 2640/06 **התאחדות המלונות בים המלח נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 14.4.2011).

<sup>59</sup> כך האומדן לעלותו הכוללת מוערכת בכ-3.8 מיליארד ש"ח שמתוכה מי"ה תישא בסך של 3.04 מיליארד ש"ח ואילו המדינה תישא ביתרת הסכום (0.76 מיליארד ש"ח). ההסכם אף קובע את דרכי ההתקזזות ההדדית בין המדינה ובין מי"ה וכן את דרך החלוקה בין הצדדים במקרה של חריגות מעלותו המוערכת של הפרויקט.

<sup>60</sup> יצוין כי הסכמה זו שנכללה בהסכם הקציר מיטיבה את מצבה של המדינה בהשוואה למה שנכתב במכתב השרים. בהתאם, התייתרו טענותיה של המדינה בעניין זה בהליך הבוררות וכתב התביעה באותו הליך תוקן.

<sup>61</sup> ר': חוות הדעת בעניין קציר המלח

<sup>62</sup> החלטה 4060 של ממשלת ישראל "ביצוע פרויקט הגנות הקבע בים המלח ומימונו והגדלת התמלוגים המשולמים למדינה" 1.1.2012

של פרויקט קציר המלח לאישורה הובאה בפני הממשלה גם העובדה שבמסגרת המתווה המתגבש בין הצדדים, מי"ה הסכימה להעלאת שיעור התמלוגים המשולמים למדינה.

72. בהחלטתה אישרה הממשלה את המתווה העקרוני שעליו התבסס הסכם הקציר. כן אישרה הממשלה את ההיבט הנוגע להסכמת מי"ה להעלאת היקף התמלוגים המשולמים למדינה. בהינתן כל אלה ראתה הממשלה לציין כי היא:

"לא רואה צורך, לעת הזאת, בביצוע שינויים במדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי ועל כן, לעת הזאת, לא תיזום וכן תתנגד, לפי העניין, להצעות חוק בעניין זה".<sup>63</sup>

כפי שיפורט בהמשך הדברים, חלק ניכר מטענותיה של מי"ה מופנות גם כלפי הצהרה זו של הממשלה בהחלטתה בעניין קציר המלח.<sup>64</sup>

### ממצאי הוועדה בעניינה של מי"ה

73. בדיקת הוועדה העלתה כי רווחיה של מי"ה בשל מכירת אשלג קפצו באורח דרמטי בשנים האחרונות, בעיקר בשל עלייה חדה שחלה ברמת המחירים העולמית של האשלג. הזינוק החד ברווחים נובע ממבנה השוק ומהתנהלות של חלק מהשחקנים הדומיננטיים בו ואינו קשור לפעולותיה של מי"ה עצמה.

על פי ממצאי הוועדה, הרווחיות שמאפיינת את פעילותה של מי"ה עולה בהרבה על כל רווח נורמטיבי סביר. רווחיות זו חריגה אף בהשוואה לרווחיות של חברות אחרות בעולם העוסקות בתחום כריית המחצבים.

74. סיבה מרכזית נוספת לרווחיות החריגה של מי"ה נובעת ממיקומם של המחצבים והשלכתם על תהליך ההפקה של האשלג מים המלח.<sup>65</sup> כך, בעוד שבמכרות אשלג אחרים ברחבי העולם נאלצים המחזיקים במכרות לכרות את האשלג מבטן האדמה, מי"ה מפיקה את האשלג בדרך של אידוי מי ים המלח אשר מוזילה באופן משמעותי את עלויות ההפקה.

מי"ה אף יכולה לאחסן את האשלג שהיא מפיקה בערימות גבוהות סמוך למפעל כיוון שכמות המשקעים הזעומה המאפיינת את האקלים באזור ים המלח לא תפגע באשלג. כך יכולה מי"ה ללוות את המשלוחים בהתאם למועד הנוח לה ביותר ומבלי לשאת בעלויות אחסנה משמעותיות.

<sup>63</sup> ר': סעיף 6 להחלטת הממשלה בעניין קציר המלח; להשלמת התמונה יצוין כי יצוין כי נגד החלטת הממשלה בעניין קציר המלח הוגשה עתירה לבג"ץ אשר הלינה על סמכותה של הממשלה להתקשר בהסכם ועל סבירותו של מתווה ההסכם שאושר בהחלטה. עתירה זו נדחתה על הסף ביום 24.5.2012 (בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 24.5.2012)) ובעקבות כך נסללה הדרך באופן סופי לחתימה על הסכם קציר המלח בחודש יולי 2012.

<sup>64</sup> נוסח דומה להחלטת הממשלה נכלל גם בהמשך בהסכם הקציר. ראו סעיפים 7.1 ו-7.2 להסכם הקציר.

<sup>65</sup> ואכן ממצאי הוועדה מעלים כי יתרונות אלו באים לידי ביטוי ברווחיה של מי"ה מהפקת האשלג בארץ לעומת רווחיה ממכרות אשלג שהיא מחזיקה במדינות אחרות. כפי שעולה מהנתונים שבאו בפני הוועדה, שיעורי הרווחיות בישראל בגין הפקת אשלג גבוהים משמעותית משיעורי הרווחיות הנובעים מהפקת אשלג במקומות אחרים בעולם.

יתרון נוסף שיש למי"ה נובע מהקרבה של ישראל לשווקים המתפתחים באסיה המזוילה את עלויות ההובלה של האשלג ללקוחות.

תנאים ייחודיים אלה מעניקים למי"ה יתרון משמעותי מול מתחרותיה בעולם ותורמים באופן משמעותי לרווחיות העודפת שלה על פני מתחרותיה.<sup>66</sup>

75. על אף העלייה העצומה ברווחיה של מי"ה, אשר כאמור נובעת ברובה המוחלט מעלייה בשווי המשאב שהוא בבעלות הציבור, לא באה עלייה זו לידי ביטוי בחלק אותו מקבל הציבור מרווחים אלו.

76. בשל מגבלה של סודות מסחריים לא נוכל להתמקד במי"ה או באחיותיה שהן חברות פרטיות. זאת למרות שאנו אווזים בידינו נתונים המוכיחים ממצא זה. נבקש להתמודד עם מגבלה זו בהתמקדות בנתוניה של כי"ל החברה האם, שהיא חברה ציבורית. מובן כי אין מדובר בנתונים מדויקים כיוון שהממצאים בוחנים את כי"ל באופן כללי ולא בחתך של משאב כזה או אחר. יחד עם זאת, הדוחות הכספיים של כי"ל מלמדים על החלק המרכזי שנוטל האשלג ברווחי החברה ולכן נתונים אלו נותנים תמונה ברורה למדי לגבי מי"ה.<sup>67</sup>

הנתונים העולים מהדוחות הכספיים של כי"ל מלמדים גם על הרווחיות המשמעותית ביותר של האשלג. כך, על אף שחלקו של מגזר האשלג בהכנסות כי"ל הוא רק 32.3%, הוא מהווה 67.2% מרווחיה.

77. מקובל לבחון את חלקה של המדינה במשאבי הטבע כאחוז ה-Government Take (להלן גם: GT) מהרווחים המופקים מן הפעילות העסקית של היזמים בתחום זה. מדד זה כולל בדרך כלל את מס החברות, התמלוגים ומסים ייחודיים לענף, ככל שישנם כאלה.

78. ממצאי הוועדה מלמדים כי שיעור ה-GT של כי"ל היה נמוך מאוד ועמד על כ-23%.

גם העלתו של שיעור התמלוגים ל-10%, בעקבות הסכם הקציר, וכן ביטול הטבות מס מסוימות שמהן נהנתה כי"ל<sup>68</sup> לא עתידים להוביל לשינוי מספק במצב זה. על פי חישובים שביצעה הוועדה, שיעור ה-GT יעמוד - אף לאחר שינויים אלה - על 30%-35% בלבד.

לשם ההשוואה, שיעור ה-GT החל כיום על מגזר הגז והנפט, מגזר שחלק הציבור בו הוסדר בשנים האחרונות בחוק מיסוי רווחי נפט, נע בין 52%-62%. מדובר, אם כן, על הבדל של **כמעט כפליים** משיעורו של ה-GT הנוכחי ביחס למשאבי הטבע שמפיקה כי"ל.

השוואה בינלאומית שביצעו מומחי הוועדה מעלה כי ברמת המחירים הנוכחית של האשלג בעולם, שיעור ה-GT מפעילות זו בישראל הינו מן הנמוכים בעולם.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> יש לציין כי שיעורי רווח אלה מציבים סימן שאלה על הרמזים שכי"ל מפזרת בדבר רצונה לפתוח מכרות אשלג חלופיים לים המלח אם אכן יוטל עליה המס המיוחד.

<sup>67</sup> רווחיה של כי"ל ממגזר האשלג מהווים 67.2% מכלל רווחיה של כי"ל. ראו סעיף 3.1 לדוח התקופתי של כי"ל לשנת 2013. זמין ב- [http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report\\_cd=885611](http://maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=885611) (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014). נתון זה אמנם כולל גם את האשלג המופק ממקורות אחרים אולם רוב מקורו של האשלג של כי"ל נובע מים המלח.

<sup>68</sup> בעקבות תיקונים שבוצעו בחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, כמפורט להלן.

79. ניתן להמחיש את הפער שנוצר בין חלקה של כ"ל לזה של המדינה גם מהשוואת הגידול שחל בדיבידנדים שחולקו על ידה לבעלי מניותיה לעומת הגידול שחל בחלקה של המדינה. כך, ממוצע הדיבידנדים שחילקה כ"ל בשנים 2000-2005 עמד על כ-53 מיליון דולר בשנה. בשנים 2005-2012, בהן חלה העלייה במחירי האשלג, עלה ממוצע הדיבידנדים לכ-517 מיליון דולר. גידול של כמעט פי עשרה.

חלקה של המדינה לעומת זאת עלה במעט פחות מפי שלושה בלבד. כך בשנים 2000-2005 עמד ממוצע התמלוגים ששילמה מי"ה בגין הפקת האשלג על כ-17 מיליון דולר. בשנים 2005-2012 עלה הממוצע לכ-59 מיליון דולר.<sup>70</sup>

80. ממצאים אלו ממחישים את אשר אמרנו למעלה לגבי הכשלים הנובעים מהתבססות על משטר תמלוגים ככלי פיסקלי בלעדי ביחס למשאבי הטבע ולכך שאין די בתמלוגים כדי להביא לשיתוף הציבור את חלקו הראוי ברווחי משאבי הטבע.

תוצאה קשה זו מתחדדת נוכח העובדה שרווחי מי"ה מקורם בתנאים הייחודיים של ים המלח ואילו הפעילות נעשית "על גבו" של ים המלח וכוללת פגיעה בו.

81. נדגיש כי אף העובדה שמ"ה נטלה על עצמה במסגרת הסכם הקציר את החלק העיקרי של האחריות למימון הפרויקט אין בה לשנות מן התוצאה המעוותת הנובעת ממשטר התמלוגים הקיים.

מי"ה לא התנדבה לשאת בעלויות הקציר. היא חייבת לעשות כן על מנת לתקן את הנזקים שהיא עצמה גרמה. כפי שפורט בחוות הדעת בעניין קציר המלח, חבותה של מי"ה בהקשר זה נגזרת מהעקרונות המשפטיים המורים כי "המזהם משלם" וכי היצרן הוא שאחראי לתוצאות מעשיו. עוד יש לזכור שמ"ה מפיקה רווח כלכלי לא מבוטל מן התהליך עצמו, רווח המוערך בסך של כ-2.5 מיליארד ש"ח שיכסה את רוב עלויות הקציר.

82. על כן צורמת העובדה שמ"ה בחישוביה שהוצגו לוועדה טענה כי בבחינת חלק הציבור במשאב יש להביא בחשבון גם את עלויות הקציר. כלומר, מי"ה גרמה נזק לים המלח ולכן היא חייבת לתקן אותו. כתוצאה מהליך התיקון מי"ה אף תפיק רווחים שיחזירו חלק נכבד מההשקעה. אולם כל זה לא מפריע לה להעמיס את העלויות על הציבור כאילו הציבור הוא זה שצריך לשאת בנזקים שהיא יצרה והכל כדי להפחית עוד יותר את חלקו של הציבור במשאב.

<sup>69</sup> יש לציין כי ברמות מחירים נמוכות התוצאה היא הפוכה - שיעור ה-GT בישראל הופך להיות מהגבוהים בעולם. תוצאה בעייתית זו נובעת ממבנה התמלוגים הרגרסיבי.

<sup>70</sup> מן הראוי להדגיש כי נתונים אלו אינם משקפים במלואם את העיוות. זאת מכיוון שמגזר האשלג הוא המגזר הרווחי ביותר בקבוצת כ"ל ולכן השוואה בין ביצועי מגזר זה לביצועי קבוצת כ"ל כולה איננו מספק תמונה מלאה של הגידול בפער שנוצר בין חלקם של בעלי המניות בכ"ל לחלקו של הציבור. כמו כן חלוקת דיבידנדים מותנית גם בשיקולים אחרים.

חלק ב' - הניתוח החוקתי(1) החלת מס רווחי יתר על זכיינים קיימים - כללי

83. בחוות דעת זו נתמקד בהחלת משטר המס המוצע על "שחקנים קיימים", כלומר כאלה שקיבלו זכות מהמדינה - בין אם החלו בהפקה ובין אם טרם החלו בהפקה. החלת משטר המס על מי שטרם קיבל לידו כל זיכיון, רישיון או חוזה המעניקים זכות להפקת משאבי הטבע ופיתוחם לא מעוררת כל שאלה משפטית.

84. השחקנים הקיימים כיום בתחום משאבי הטבע הם מי"ה וחברות הברום והמגנזיום עליהן כבר הרחבנו. בנוסף, בתחום הנחושת פועלת חברת ערבה מיינס בע"מ (להלן: **חברת ערבה מיינס**) העוסקת בקידום פרויקט לכריית והפקת נחושת באזור תמנע. לחברה הוענקו רישיון חיפוש ותעודת תגלית בהתאם לפקודת המכרות.<sup>71</sup> בתחום הפוספטים פועלת חברת רותם אמפרט נגב בע"מ (להלן: **חברת רותם אמפרט**) המחזיקה בזכויות כרייה להפקת פוספטים.<sup>72</sup>

85. הסוגיה המשפטית המתעוררת בנושא זה הוכרעה למעשה בפסיקתו של בית המשפט בפסק הדין שניתן בעתירות נגד חוק מיסוי רווחי נפט (להלן: עניין **דודיאן**).<sup>73</sup>

העותרים באותו עניין טענו כי הוספת המס שהוטל בחוק מיסוי רווחי נפט לצד תשלום תמלוגים מכוח חוק הנפט פוגעת בזכות החוקתית לקניין וכי פגיעה זו איננה עומדת באמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה.

בית המשפט דחה את כל טענותיהם של העותרים ואישר את חוקתיותו של חוק מיסוי רווחי נפט.

86. העקרונות שנקבעו בפסק הדין נכונים כולם לענייננו וניתן ליישם, בשינויים המחויבים, גם על חוק שיעגן את המלצות הוועדה. זאת משום שגם במקרה שלפנינו מדובר על הוספת מס רווחי יתר לצד תמלוגים הקבועים בחוק בדיוק כמו בעניין **דודיאן**.<sup>74</sup>

87. אכן לגבי החברות הפועלות מכוח חוק הזיכיון קיימים הבדלים מסוימים - הנוגעים לחוק הזיכיון - מבחינת הבסיס המשפטי שעליו מורכבות המלצות הוועדה. לפיכך, במסגרת הניתוח בחוות הדעת הנוכחית נתייחס להבדלים אלה ולהשלכותיהם על התוצאה המשפטית. נקדים

<sup>71</sup> ביום 28.9.04 ניתן לחברה היתר חקירה. בהמשך, בתאריך 12.4.05 ניתן לחברה רישיון החיפוש ותעודת התגלית ביחס לאזור תמנע. להליך קבלת רישיונות פעילות לפי פקודת המכרות ראו לעיל.

<sup>72</sup> לחברה זכויות בארבעה שדות: שדה אפעה, שדה רותם, שדה צפיר ושדה חתרורים. בנוסף לזיכיונות, לחברה גם הרשאות כרייה מרשות מקרקעי ישראל ביחס לשדות אלו המאפשרים לה להשתמש בשדה כשדה כרייה פעיל.

<sup>73</sup> ר': בני"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 15.8.2012).

<sup>74</sup> בעקבות מחלוקות שהתגלעו בין המדינה ובין רותם אמפרט לעניין תשלום התמלוגים ביחס לעבר ולעניין דרך חישוב סכום התמלוגים, התקיים ביניהן הליך גישור. בעקבות אותו הליך נחתם ביום 15.2.2010 הסכם המפרט נוסחה לחישוב גובה התמלוגים החלים על רותם אמפרט בקשר לפעילותה לכריית הפוספטים. בנוסחה שנקבעה הוגדר ערך הפוספט הגולמי. בנוסף, נקבעו ההוצאות אותן רשאת רותם אמפרט לנכות מערך הפוספט הגולמי. חשוב לציין כי הוראות הסכם הגישור אינן מקימות מחסום מפני יישום המלצות הוועדה. זאת משום שבאחד מסעיפיו של אותו הסכם נקבע כי: "אין באמור בהסכם זה... כדי לגבור או להתנות על כל תיקון חקיקה רלוונטי או תיקון שיבוצע בפקודת המכרות אם וככל שיבוצע" (סעיף 11.3 להסכם הגישור האמור). נעיר כי הערה זו משקפת ממילא את המצב המשפטי הקיים. תוצאות הגישור ברמה המינהלית ואפילו חוזית על בסיס דין קיים אינן יכולות לחסום חקיקה עתידית.

ונאמר כי אין בנסיבות הייחודיות המאפיינות את פעילותה של מי"ה והחברות הנוספות כדי לשנות מן התוצאה לפיה אין פגם משפטי בהמלצות הוועדה. נהפוך הוא: המלצות הוועדה מבוססות היטב מבחינה משפטית גם בהקשר זה.

## (2) המבחן החוקתי

88. המלצות הוועדה בכל הנוגע להחלת מס רווחי יתר בתחום הפעילות במשאבי טבע יעוגנו בחוק.<sup>75</sup> לכן, על המלצות הוועדה לעמוד במבחנים החוקתיים.

89. חוקתיותו של חוק נבחנת בשני שלבים עיקריים.<sup>76</sup> השלב הראשון של הבחינה החוקתית בוחן אם החוק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק או בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם התשובה חיובית יש לעבור לשלב השני. בשלב זה יש לבחון אם הפגיעה בזכות הינה כדין, דהיינו האם היא עומדת בתנאי פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד.<sup>77</sup>

90. עמדתנו הינה כי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה עומד באמות המידה הרלוונטיות לבחינת חוקתיותו של חוק בשיטת המשפט בישראל. חוק כזה איננו עתיד לפגוע בזכויות יסוד מוגנות. אולם גם אם היתה טמונה בחוק שיעגן את המלצות הוועדה פגיעה בזכות חוקתית, עומדת פגיעה זו בתנאים הקבועים בפסקאות ההגבלה.

## (3) החוק המוצע אינו פוגע בזכות החוקתית לקניין

### 3א) אין פגיעה בזכות חוקתית כלשהי של היזמים

91. החוק המוצע אינו נוטל, מפקיע או משנה את זכויותיהם של היזמים במשאבי הטבע אלא ממסה את רווחיהם כתוצאה מן הפעילות באותם המשאבים. בבואנו לבחון האם בכך החוק פוגע בזכות החוקתית לקניין של השחקנים הקיימים בתחום משאבי הטבע יש לזכור כי בית המשפט העליון טרם קבע במדויק את היקפה של זכות הקניין החוקתית. הטעם לכך נעוץ ב"מורכבות של המושג העיוני 'קניין' ו[ב]חוסר הסכמה באשר לטעמים המונחים ביסודו".<sup>78</sup> בעניין זה הובעו בפסיקת בית המשפט העליון עמדות שונות ומגוונות.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> זאת, בין היתר, נוכח הוראות חוק-יסוד: משק המדינה.

<sup>76</sup> בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 544-549 (2005).

<sup>77</sup> ר': סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

<sup>78</sup> ר': בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 9 (לא פורסם, 20.9.2006) (להלן: עניין בנק המזרחי השני).

<sup>79</sup> ר': ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 328-332, 432-433, 470-471 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 272, 289-290 (2004) (להלן: עניין גניס); בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת וחברי המועצה נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709, 717 (2004); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739, 743-744 (2004); יהושע וייסמן "הגנה חוקתית לקניין הפרקליט מב(2) 258 (1995); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא(2) 405 (1998); חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97 (מנחם מאוטנר עורך,

אחת השאלות שנתרו פתוחות בהקשר זה הינה האם חקיקה המטילה מס או תשלומי חובה אחרים, או מגדילה את שיעוריהם פוגעת זכות הקניין החוקתית.<sup>80</sup> אף בשאלה זו הובעו דעות שונות בפסיקה.<sup>81</sup> על פי עמדה אחת חקיקה כזו אכן פוגעת בזכות הקניין.<sup>82</sup> עמדה מתונה יותר רואה בחקיקת מס כפוגעת בזכות הקניין החוקתית אולם משום טיבה הייחודי היא רואה בה פגיעה מותרת.<sup>83</sup> עמדה נוספת אינה רואה בחקיקת מס כחקיקה הפוגעת בקניין ולכן שוללת את קיומה של בעיה חוקתית הנובעת מחקיקת מס.<sup>84</sup> הנושא לא הוכרע בפסק הדין בעניין **דודיאן**.<sup>85</sup>

92. עמדתו המסורתית של היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה הינה כי, ככלל, הטלת מס איננה פגיעה חוקתית בזכות הקניין. עמדה זו הוצגה במספר רב של תגובות בהליכים משפטיים שנוהלו בפני הערכאות השונות בישראל.<sup>86</sup>

תפישה זו יפה גם לענייננו. חוק שיעגן את המלצות הוועדה הוא חוק מס, שעניינו הטלת מס על רווחי היתר המופקים ממשאבי הטבע. מס רווחי היתר משתלב היטב במארג הכלים הפיסקליים השונים של המדינה ולכן אין לראות בעצם הטלתו כפגיעה חוקתית.

93. אולם גם אלה המבקשים להרחיב את הפרשנות של זכות הקניין החוקתית יראו במקרה שלפנינו מקרה ייחודי שאינו נכנס בגדר זכות זו. החוק עוסק בקביעת מס על רווחי היתר ולכן ככל שהוא פוגע הרי שהוא פוגע ב**רווחי היתר** המופקים מאותם המשאבים.

לגישתנו, לא קיימת זכות חוקתית המגנה הזכות לרווחים בלתי מוגבלים מכאן ועד עולם. גם בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **דודיאן** קבע כי ההנחה שחוק הפוגע ברווחים טומן בחובו גם פגיעה בקניין החוקתי "מעוררת סוגיות עיוניות לא פשוטות".<sup>87</sup> יש לזכור כי הרווחים הצפויים מפעילות כלכלית תלויים בשורה של גורמים, חלקם אנדוגניים וחלקם אקסוגניים, חלקם קשורים במשק הישראלי וחלקם תלויים בשווקים אחרים בעולם. להשקפתנו, לא ניתן לומר כי זכות כזו שיש בה היבטים משמעותיים של חוסר ודאות עולה כדי זכות קניין המוגנת במובן החוקתי.<sup>88</sup>

גם במקרה שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון נקבע כי הטענה שחוק פוגע בקניין במובנו החוקתי משום שהוא עלול ליטול מן הרווחים (ואף לגרום להפסדים) אינה יכולה להתקבל.

2000); אהרן יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443 (1997); יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" **הפרקליט** מו 11 (2002).

<sup>80</sup> רי: בג"ץ 4947/03 **עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל**, פסקה 7 (לא פורסם, 10.5.2006) (להלן: עניין **עיריית באר-שבע**); בג"ץ 9333/03 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד ס(1) 277, 287 (2005); דג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון**, פסקה 19 (לא פורסם, 19.10.2009); בג"ץ 6304/09 **לה"ב - לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 97 (טרם פורסם, 2.9.2010).

<sup>81</sup> לסקירת העמדות הקיימות בהקשר זה, רי: עניין **דודיאן**, פסקה 29.

<sup>82</sup> רי: ע"א 10608/02 **הזימה נ' אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נח(3) 663, 670 (2004).

<sup>83</sup> רי: רע"א 291/99 **ד.נ.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד נח(4) 221, 231 (2004).

<sup>84</sup> רי: יוסף מ' אדרעי **אירועי מס** 24 (2007).

<sup>85</sup> רי: עניין **דודיאן**, פסקה 29.

<sup>86</sup> לקשיים הכרוכים בהחלת המבחנים החוקתיים על הכרעות מסוג זה הנוגעות ל"חוקה הכלכלית" של המדינה, רי: אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" **משפט וממשל** ד 357, 378 (התשנ"ח); בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997) (להלן: עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**).

<sup>87</sup> רי: עניין **דודיאן**, פסקה 29.

<sup>88</sup> רי: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**, פסקה 68 (טרם פורסם, 19.11.2009).

מסקנה כזו לגישת בית המשפט באותו עניין "עלולה להביא להרחבת-יתר של המונח 'קניין' כמשמעו בחוק היסוד, ולהחלשת המשמעות החוקתית של הזכות לקניין".<sup>89</sup> כזה המצב גם בענייננו.

94. יתרה מכך, הטיעון המרכזי הוא שהמס שהועדה ממליצה ליישם מכוון אך ורק לרווחי היתר של הגורמים הפועלים בתחום משאבי הטבע ולא לרווחיות בכלל. החלתו של מס זה עתידה על כן להותיר בידי היזמים רווחים נורמטיביים וראויים, המשקפים תשואה סבירה על השקעותיהם. המס איננו עתיד לפגוע ביכולת להחזיר את ההשקעה של היזמים.

לכן, גם אם הייתה ניתנת הגנה חוקתית לזכות לרווחים כלכליים, היא איננה כוללת את הזכות לרווחי יתר, בעיקר כאשר מדובר על הפקת רווחי יתר ממשאבי ציבור ועל חשבון הציבור.<sup>90</sup> לטעמנו הפגיעה בזכות לרווחיות יתירה על חשבון הציבור - גם אם קיימת זכות כזו - איננה נוגעת ל"מסה הקריטית של פגיעה בליבת הזכויות המצדיקה התערבות חוקתית".<sup>91</sup>

95. הנחה נוספת עליה מבוססת הטענה לפגיעה בקניין היא כי ליזמים זכויות קנייניות במשאבי הטבע. גם לטענה זו אין בסיס.

כפי שכבר צוין, משאבי הטבע הם נכסי המדינה. היזמים הפועלים להפקתם ולפיתוחם של משאבי הטבע אינם מקבלים לבעלותם את אותם משאבים. היזמים מקבלים לידם זכויות מוגבלות באמצעות חוזים, היתרים או רישיונות. לכל היותר הן מהוות זכויות שנהוג לסווג כ"קניין חדש" אשר הפסיקה טרם הכריעה מה מעמדן והאם הן חלק מזכות הקניין החוקתי.<sup>92</sup>

המלצות הוועדה אינן מבקשות לשנות את טיבה של הפעילות במשאבי הטבע ואת דרכי התנהלותם של היזמים. לפיכך, החוק המוצע אינו טומן כל פגיעה ב"קניין החדש" שלכאורה ניתן להם בהקשר זה. כל שמבקשות המלצות הוועדה להשיג הוא למסות את ההכנסות הנובעות ממשאבי הטבע ולהביא לחלוקה הוגנת בין הציבור ובין היזמים של הרווחים הגבוהים הנובעים מן הפעילות במשאבי הטבע.

96. על כך גם עמד בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין דודיאן :

<sup>89</sup> ר': בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פסקה 10 (טרם פורסם, 3.7.2013).

<sup>90</sup> גם התפישה ההולכת ומתגברת של "אחריות חברתית" של תאגידים מעצימה תפישה זו אשר ממנה נובע כי הפגיעה בזכות לרווחיות יתירה בלא לשתף את הציבור בישראל אינה חוסה - ואינה צריכה לחסות - תחת הזכות החוקתית לקניין. לדיון כללי בתפישה החברתית בדיני התאגידים, ר': עלי בוקשפן "על חברה וחברה ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א 229 (התשס"ד). להיבטים החברתיים של הזכות לקניין באופן כללי אשר משליכים אף הם על סיווג היבטיו השונים של הקניין בקניין חוקתי, ר': דני"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 299-303 (2004); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 51-53 (2005); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא(3) 491, 521-522 (1998); עופר גרוסקופף "על שיקול דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317, 328-329 (התשס"ט).

<sup>91</sup> ר': בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר, פסקה כ"ד (טרם פורסם, 19.11.2012); ר' והשוו גם: בג"ץ 3676/10 כתר כדרך המלכים בע"מ נ' השר לשירותי דת, פסקה 20 (טרם פורסם, 8.5.2014).

<sup>92</sup> ר': (1964) 73 YALE L. J. 333 C.A. Reich, *The New Property*; עניין גניס; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 202-204 (1998); (להלן: עניין ד.ש.א.); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פסקה 7 (טרם פורסם, 25.3.2007); מיגל דויטש קניין כרך א 33-36 (1997); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלות, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (לא פורסם, 12.1.2011).

"אין המדובר בשינוי תנאים ברשיונות ובחזקות מכוח חוק הנפט בהם [העותרים] מחזיקים. מדובר בהפחתה של שווי הרווחים העתידיים שביכולתם להפיק מזכויות אלו".<sup>93</sup>

לכן, גם אם היינו רואים ב"קניין החדש" שניתן ליזמים בקשר לפעילות במשאבי ים המלח כזכות העולה כדי זכות קניין חוקתית - חוק שיקלוט את המלצות הוועדה אינו פוגע בזכות זו.

### **3(ב) אין פגיעה בהסתמכות לגיטימית או ציפייה ואלה אינן מקימות פגיעה בזכות חוקתית**

97. אף הטענה בדבר הסתמכותם של היזמים על המצב הקודם אין בה לשנות את מעמדן של זכויות היזמים ולאפיין אותן כחוקתיות.

כלל הוא כי אין לאדם זכות קנויה במדיניות כלכלית וכי עליו לכלכל את צעדיו מתוך הנחה כי משטר המס יכול להשתנות.<sup>94</sup> בית המשפט חזר והדגיש בפסיקה ארוכת שנים את הכלל האמור.<sup>95</sup>

98. לכלל זה קשר יסודי לתכליתם של דיני המס. הטלתם של מסים נועדה לממן את פעילות הממשלה ולהביא לצדק חלוקתי. על מנת שמערכת המס תוכל למלא את תפקידה כראוי היא חייבת להיות בעלת גמישות מספקת ולהתאים את עצמה לצרכים ולמצבים משתנים. לא ניתן היה לשמור על גמישות זו לו היה צורך להגן על מי שהסתמך על משטר מס נתון ולהתאים את מערכת המס לציפיותיו.

99. עניין זה נדון והוכרע בפסק הדין בעניין **דודיאן**. בית המשפט קבע כי לא ניתן לבסס טענת הסתמכות על כך שמדיניות או משטר מס קיים לא ישונו. בית המשפט חזר על ההלכות העיקריות שקבעו כי אין לאדם זכות קנויה בכך שמדיניות הפיסקלית תיוותר על כנה ופסק כי:

"יש להדגיש כי גם באורח עקרוני אין מקום לקבל את טענת העותרים שאין לבצע שינוי חקיקתי מעין זה נוכח הסתמכותם. לא אחת נפסק כי אין למשקיע זכות קנויה לכך שמדיניות מס עליה התבסס תמשך... דברים אלו יפים מקל וחומר כאשר השינוי נעשה בחקיקה ראשית של הכנסת. לבעלי הזכויות בנפט אין כל ציפייה מוגנת שהכנסת לא תשנה את החקיקה ביחס למיסוי הרווחים מזכויותיהם" [ההדגשות במקור].<sup>96</sup>

אלה הם פני הדברים גם בענייננו.

<sup>93</sup> ר' : עניין **דודיאן**, פסקה 29.

<sup>94</sup> ר', למשל: בג"ץ 471/11 **חן המקום בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה** (טרם פורסם, 23.4.2012).

<sup>95</sup> ר', למשל: בג"ץ 198/82 **בן ציון מוניץ נ' בנק ישראל** פ"ד לו(3) 466; עניין **ד.ש.א.**, 201-202; בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540 (2001).

<sup>96</sup> ר' : עניין **דודיאן**, פסקה 24.

100. לכך יש להוסיף כי משטר המס החל כיום על משאבי הטבע הוא משטר מס ארכאי בן עשרות שנים המבוסס על תשתית חקיקתית שחלקה עומדת בתוקפה עוד מתקופת המנדט. הוא קבוע בעיקרו בפקודת המכרות ובחוק הזיכיון - החיקוק הראשון הוא פקודה מנדטורית משנות העשרים של המאה הקודמת ואילו השני נחקק בשנת 1961, דהיינו לפני למעלה מחמישים שנים.

אלא שמאז ועד היום העולם לא קפא על שמריו. בשנים האחרונות הגיע אל קדמת הבמה הציבורית העיסוק והדיון בצמצום הפערים בחברה וקידום ערכי הצדק החלוקתי.<sup>97</sup> במהלך השנים גם התפתחו בעולם כלים פיסקליים מודרניים ומתחכמים יותר לטיפול ברווחי משאבי הטבע. כמו כן חל שינוי מהותי בהיבט הכלכלי של תחום משאבי הטבע.

המלצותיה של הוועדה הן פירותיהם של שינויים אלה. הן מבקשות להכניס אל חיקוק המס הישראלית כלים פיסקליים מודרניים ועדכניים ולקדם באמצעותם את ערכי הצדק החלוקתי והשוויון. הן מבקשות לקדם את המגמה שהחלה בה ועדת שניסקי הראשונה ולהחילה באופן רוחבי וכללי על כל תחום הפעילות במשאבי הטבע הלאומיים.

101. לכן, משמעותה האמיתית של הטענה שנשמעת מפי היזמים לפיה חוק שיטמיע את המלצות הוועדה מהווה פגיעה בזכות החוקתית לקניין הינה עיגונו של סטטוס קוו כושל ומעוות ומניעת מערכת המס מלהגשים את תכליותיה ביחס למשאבי הטבע. כפי שציין בית המשפט בעניין **דודיאן** :

"ההסתמכות של העותרים אינה מוגנת כזכות קניין חוקתית כשלעצמה. הוא הדין גם לציפייה של העותרים כי דיני המס החלים עליהם לא ישתנו. בעניין זה נקבע בפסיקה מפורשות כי 'ציפייה אינה יוצרת קניין ופגיעה בציפייה אינה פגיעה בקניין'".<sup>98</sup>

102. מכל הטעמים הללו איננו סבורים כי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה פוגע בקניין החוקתי של היזמים הפועלים היום בתחום משאבי הטבע.

<sup>97</sup> ר' והשוו למגמה בפסיקה להגביר את ההגנה על זכויות חברתיות: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 28.2.2012).

<sup>98</sup> ר' עניין **דודיאן**, פסקה 28; עניין **בנק המזרחי השני**, פסקה 9.

**(3)(ג) המלצות הוועדה אינן פוגעות בזכות החוקתית לקניין של מי"ה****(3)(ג)(1) השדה המשפטי: טענותיה של מי"ה מצויות במישור החוקתי**

103. עד כה עסקנו בעמדה עקרונית הנכונה לגבי כל סוגי משאבי הטבע וראינו כי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה אינו צפוי לפגוע בזכות הקניין החוקתית של מי שעוסק באותם משאבים. אלא שבפני הוועדה נטען כי עניינה של מי"ה שונה בגלל התשתית המשפטית הייחודית שעליה מתבססת פעילותה וכן בשל הסכם קציר המלח.

104. ואכן, בשלב השימועים שנערך בפני הוועדה הציגה מי"ה חזית משפטית רחבה נגד שינוי כלשהו בדין החל עליה וביקשה, מטעמים משפטיים, לקבע את הדין הקיים בעניינה לפחות עד שנת 2030, אז יפקע הזיכיון מכוחו היא פועלת.<sup>99</sup>

הטענה המשפטית העיקרית של מי"ה הינה כי ההסדרה הייחודית הנוגעת לה הופכת כל שינוי במשטר הפיסקלי לגביה לבלתי אפשרי אלא אם ניתנה הסכמתה לכך. את טענותיה מיקדה מי"ה במישור החוזי. אולם מאחר שהמלצות הוועדה עתידות להיות מעוגנות בחקיקה ראשית של הכנסת - יש לנתח את טענותיה של מי"ה בשדה המשפטי החוקתי.

כלומר את טענותיה של מי"ה על הפרת חוזה כביכול יש לראות כמקרה פרטי של טענה בדבר פגיעה בזכויות הקניין המבוססת על שטר הזיכיון או הסכם הקציר או כמקרה פרטי של פגיעה בהסתמכות לגיטימית היוצרת פגיעה בזכות החוקתית.

על פי עמדתנו, שטר הזיכיון וחוק הזיכיון המבססים את פעילותה של מי"ה אינם מונעים חקיקתו של חוק אשר יטמיע את המלצות הוועדה. עוד אנו סבורים כי גם ההתחייבויות וההצהרות של הממשלה בהחלטתה בעניין קציר המלח ובמסגרת הסכם הקציר אינם מקנים למי"ה זכות קניין חוקתית המחסנת אותה מפני החקיקה.

להסבר של מסקנה זו נפנה עתה. נתחיל בניחות הטענות הנוגעות לשטר הזיכיון וחוק הזיכיון ולאחר מכן נדון בטענות הנוגעות להסכם הקציר.

**(3)(ד) שטר הזיכיון וחוק הזיכיון לא יצרו למי"ה זכות חוקתית המונעת הטלת מס רווחי יתר****(3)(ד)(1) מיקוד השאלה המשפטית**

105. סעיף 15 לשטר הזיכיון קובע, כזכור, כי **בתמורה לכל הזכויות והזכויות היתר** שניתנו למי"ה בקשר עם הזיכיון תשלם מי"ה למדינה **תמלוגים** בשיעור שנקבע באותו סעיף. טענתה של מי"ה הינה כי סעיף זה אינו מאפשר את הטלת המס החדש עליה. לכן, ומנקודת מבט

<sup>99</sup> ראו, בין היתר, חוות דעת של פרופ' גבריאלה שלו, נייר עמדה מעת ד"ר דוד תדמור וכן עמדות מומחים בינלאומיים, בהם פרופ' גיימס אוטו ומר האוורד רוזן. עמדותיה של כי"ל כפי שהוצגו לפני הוועדה וכן ניירות העמדה שהעבירה כי"ל לוועדה זמינות בדף הוועדה שבאתר האינטרנט של משרד האוצר.

חוקתית, חוק שיעמוד בסתירה להוראות סעיף 15 פוגע בזכות החוזית שהיא חלק מזכות הקניין החוקתית הנתונה לה.<sup>100</sup>

106. אנו חולקים על טענה זו של מי"ה. על מנת להסביר מסקנה זו יש למקד את השאלה המשפטית. **השאלה המשפטית היא האם יש לפרש את סעיף 15 לשטר הזיכיון באופן המונע הטלה של מס רווחי יתר על מי"ה בנוסף לתמלוג.** זאת כחלק ממהלך כללי של מיסוי רווחי היתר של משאבי הטבע.

107. השאלה היא שאלה פרשנית ובמסגרת זו יש לכאורה חשיבות לשאלה מהם כללי הפרשנות שיש להחיל על סעיף 15 - פרשנות חקיקה, פרשנות זיכיון מינהלי או פרשנות חוזה. אכן מדובר בשאלה מקדמית לכל ניתוח פרשני. אולם במקרה שלפנינו אין לה חשיבות רבה. זאת כיוון שבכל מקרה לפי כל שיטה פרשנית התוצאה תהיה דומה כפי שנראה עתה.

108. שטר הזיכיון וחוק הזיכיון הם יצורי כלאיים ייחודיים. הם שריד לעבר רחוק המביא לידי ביטוי גישות רגולטוריות שחלפו מן העולם.<sup>101</sup> הם נחקקו על בסיס עובדתי ייחודי.

שטר הזיכיון אמנם מנוסח כחוזה, אולם במהותו הוא עוסק בהענקת זכויות שלטוניות ועל כן הוא נטוע בתחום המשפט הציבורי. הליכי גיבושו של שטר הזיכיון לא היו כשל חוזה או של זיכיון. שטר הזיכיון עבר הליכי חקיקה מלאים.<sup>102</sup> חוק הזיכיון אף מאמץ את הוראות שטר הזיכיון כתוספת לחוק ובכך מעניק לו מעמד של חוק.<sup>103</sup>

109. אין מדובר כאן במסמך פרטי המסדיר עניינם של הצדדים לו ומגשים את האוטונומיה של רצונם הפרטי.<sup>104</sup> מדובר בהענקת זכות בכלי משפטי שעוצב בסופו של דבר על ידי הכנסת

<sup>100</sup> לכך שחוק הפוגע בזכות חוזית יש השלכות חוקתיות מבחינת זכות הקניין החוקתית, ר' באופן כללי: עניין **בנק המזרחי השני**.

<sup>101</sup> לסקירה כללית בהקשר זה, ר': Robert L. Fischman, *What is Natural Resource Law?*, 78 U. COLO. L. REV. 718 (2007). כן ר': PETER CAMERON AND GRAHAM KELLAS, CONTRACT AND FISCAL STABILITY: RHETORIC AND REALITY, WOOD MACKENZIE & CEPMLP (2008) (להלן: **CAMERON AND KELLAS**) שם נאמרו, בין השאר, הדברים הבאים בהקשר זה: "Many host governments around the world do not offer a stabilization clause or any contract-based equivalent. Most strikingly, it is the default situation among the OECD countries." (p. 8).

<sup>102</sup> נוסחו של שטר הזיכיון נידון בוועדת הכספים כחלק מהליך הכנתו של חוק הזיכיון, ובמהלך הדיונים אף נעשו מספר שינויים מהותיים בשטר הזיכיון. לסיכום השינויים אותם ערכה וועדת הכספים בשטר הזיכיון ר' דבריו של ח"כ ישראל גורי, יו"ר וועדת הכספים, בישיבת הכנסת מיום 31.5.61 לקראת העלאתו של חוק הזיכיון לקריאה שניה ושלישית.

<sup>103</sup> סעיף 3 לחוק הזיכיון קובע כי יראו את שטר הזיכיון "כבר תוקף לכל מטרותיו". מדינוי ועדת הכספים עולה כי הוספתם של מילים אלו נועדה למטרה זו בדיוק - להפוך את שטר הזיכיון לחלק בלתי נפרד מהחוק. ר' דבריה של גבי לוטי בעמוד 12 לפרוטוקול דיון ועדת הכספים בנושא חוק זיכיון ים המלח מיום 16.5.1961. ר' גם את דבריו של ח"כ ישראל גורי שם לגבי היחס בין חוק הזיכיון לשטר הזיכיון שבתוספת: "החוק מונה רק שלושה סעיפים קצרים. אבל הם בבחינת מועט המחזיק את המרובה. שלושה סעיפים אלה מנוסחים בהצעת החוק גופה ועוד 31 סעיפים כלולים בשטר הזיכיון המצורף כתוספת לחוק והוא חלק אינטגרלי ממנו".

<sup>104</sup> הגשמתה של האוטונומיה של הרצון הפרטי באמצעות כריתת החוזה היא ייחודה העיקרי של הנורמה החוזית לעניין כללי הפרשנות החלים עליה. ר' אהרן ברק, **פרשנות במשפט**; **פרשנות החוזה** 77 (2001) (להלן: **ברק, פרשנות החוזה**); ע"א 9323/04 **מיצר לפיתוח בע"מ נ' שותפות בנין 17 מתחם 5**, פסקה 23 (לא פורסם, 23.7.2006); גבריאלה שלו **דיני חוזים**; **החלק הכללי - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 425 (2005); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 387 (1991); גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** 465 (התשמ"ח).

בנוגע למשאב ציבורי חשוב מאין כמותו למשך עשרות שנים. כלל פרשנות המתעלם מהליכי החקיקה פוגע בכוונת המחוקק ואין לעשות כן.<sup>105</sup>

110. מהותו של שטר הזיכיון והליכי עיצובו ואישורו מביאים לכך כי עקרונות הפרשנות החלים לגבי צריכים אלה החלים על דברי חקיקה. על כללי פרשנות אלה לתת מקום מרכזי לכללי היסוד של השיטה ובעיקר לעקרונות ערכיים מודרניים כמו צדק חלוקתי ונאמנות ציבורית. החלק הפיסקלי חייב להתפרש על פי עקרונות פרשניים של דיני המס המחייבים גמישות במטרה לשרת את אינטרס הציבור.<sup>106</sup>

111. מי"ה מבקשת למקם את שטר הזיכיון בעולם החוזי תוך התעלמות ממאפייניו המינהליים והחקיקתיים. איננו מקבלים טענה זו. אולם גם אם נקבל כי שטר הזיכיון הוא חוזה שנכרת עם המדינה ונתעלם מיתר מאפייניו, ממילא חלים עליו כל הכללים הנוגעים למה שנהוג לכנות "חוזי רשות" או "חוזים שלטוניים" המשפיעים בצורה משמעותית על פרשנותו, כפי שנסביר עתה.

112. ההלכה הפסוקה מורה כי חוזים מעין אלה כפופים למשטר של "דואליות נורמטיבית" במובן זה שחלים עליהם במקביל שתי מערכות דינים - דיני החוזים מן המשפט הפרטי ודיני המשפט המנהלי והציבורי.<sup>107</sup> חוזה הרשות שעליו חתומה הרשות המנהלית הוא על כן:

"יצור משפטי בן-כלאיים: מתכונתו, צורתו ומהותו - חוזית, אולם תוכנו ואופיו מושפעים מהעובדה שהרשות הציבורית היא צד לו".<sup>108</sup>

בפסיקה נקבע כי בבואנו לפרש חוזי רשות יש לתת משקל מיוחד לתכליתו האובייקטיבית של אותו חוזה. על רקע זה אף נקבעה בפסיקה חזקה (הניתנת לסתירה) לפיה במסגרת חוזי הרשות, התכלית אליה חותר החוזה היא זו אשר מגשימה את חובתה של הרשות לפעול:

"בהגינות, בסבירות, בשוויוניות ובתום-לב, בהתאם למעמדה כנאמן הציבור ובהתאם לכללי המשפט המנהלי".<sup>109</sup>

113. לכך יש להוסיף כי בשל תקופתו הארוכה של שטר הזיכיון הרי שהוא מהווה סוג של חוזה יחס (relational contract). להבדיל מ"חוזה בדיד" (discrete contract) או חוזה עסקה, חוזה היחס כבענייננו:

<sup>105</sup> על מקומם המרכזי של מאפיינים אלו ביצירת האבחנות בין תורת הפרשנות החלה על חוזים לזו החלה על חקיקה ר': ברק, פרשנות החוזה 81-83.

<sup>106</sup> לחשיבות שבפירוש חקיקה באופן דינמי ולכך שהמציאות הכלכלית החדשה "מחייבת לעיתים יציקת דפוסים חדשים גם לתוך הוראות חוק ישנות", ר': ע"א 648/82 פקיד השומה לגבייה מיוחדת נ' גפני, פ"ד לח(3) 813, 822 (1984); בג"ץ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14, 27 (2004); רע"א 5658/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' קנית ניהול השקעות ומימון בע"מ, פסקה 14 (לא פורסם, 6.10.2010).

<sup>107</sup> ר': ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פסקה 19 (טרם פורסם, 22.1.2009); ע"א 8570/09 חגולי נ' עיריית ראשון לציון, פסקה 13 (טרם פורסם, 15.3.2011); ע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקה 18 (טרם פורסם, 3.5.2012).  
<sup>108</sup> גברילה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 13 (1999).

<sup>109</sup> ר': ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) (2006); דנ"א 2045/05 מגדלי הירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006).

”נועד להסדיר מערכת יחסים ארוכת טווח על כל המורכבות הכרוכה בכך, בין היתר, בשל חוסר היכולת להביא בחשבון את נסיבותיו המשתנות והבלתי ידועות באותה נקודת זמן של כל אחד מן המקרים הפרטניים שעליהם נועד החוזה לחול.”<sup>110</sup>

אכן, ”המודל של חוזה יחס מתאפיין בגמישות ובדינמיות של הקשר החוזי ובנכונות מוגברת של הצדדים לחוזה לנהוג בתום לב.”<sup>111</sup> בהתאם, נקבע כי את חוזה היחס יש לפרש באופן שחותר להשגת ”איזון בין הצורך בוודאות וצפיות לבין הצורך בגמישות ויכולת להסתגל לתנאים משתנים.”<sup>112</sup>

114. על כן, הדינים החלים על חוזה רשות מעניקים משקל משמעותי לעקרונות המשפט המנהלי ולהגשמת חובת הנאמנות הציבורית של המדינה. בהינתן העובדה שמדובר בחוזה ארוך טווח יש אף לתת משקל לדינאמיות ולגמישות הנדרשת על מנת להגשים את תכליתם של שטר הזיכיון וחוק הזיכיון.

115. לכן מבחינה פרשנית במקרה שלפנינו אין הבחנה מהותית בין שתי הזירות שבהן ניתן למקם את שטר הזיכיון - חוזה או חוק. זאת כיוון שעקרונות הפרשנות התכליתית חלים בכל תחום מתחומי המשפט הרלוונטיים לענייננו ובכולם יש לתת משקל ממשי לאינטרס הציבורי הקשור בפעילות שאליה מתייחס הזיכיון.

אמנם קיימים הבדלים בין עקרונות הפרשנות החלים על חוזה רשות לבין אלה החלים על דברי חקיקה כמו במקרים בהם קיימת סתירה בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית.<sup>113</sup> אך לא זהו המקרה בענייננו. כפי שנראה מיד הן תכליתו הסובייקטיבית והן תכליתו האובייקטיבית של שטר הזיכיון אינן עומדות בסתירה להמלצות הוועדה.

### (3)(ד)(2) שטר הזיכיון וחוק הזיכיון לא חוסמים חקיקת מס עתידית

116. שטר הזיכיון וחוק הזיכיון לא התכוונו למנוע חקיקת מס עתידית. הדברים עולים הן מלשונו של השטר, הן מתכליתו הסובייקטיבית והן מתכליתו האובייקטיבית.

117. לשון החוק ושטר הזיכיון לא קובעים כל הוראה החוסמת חקיקת מס עתידית. אין בחוק הזיכיון ובשטר הזיכיון כל אמירה או הוראה הקובעת יציבות או שריון להוראות הקבועות בו. מובן גם שאין בו כל הוראה המונעת הטלת מס משאבי טבע בחקיקה נפרדת. טענתה של מי”ה כי יש לקרוא אל תוך החוק הוראות שריון או יציבות מפני שינויים עתידיים איננה מעוגנת בלשון החוק או בלשון השטר.

<sup>110</sup> ר' : ע"א 9784/05 עיריית תל אביב-יפו נ' גורן, פסקה 14 (לא פורסם, 12.8.2009) (להלן : עניין גורן).

<sup>111</sup> ר' : גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי 104 (2005).

<sup>112</sup> ר' : רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נח(1) 103, 117 (2003); כן ר' : ע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטוב יצחק ז"ל, פ"ד מא(1) 282, 310 (1987); ע"א 9946/01 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103, 117 (2003).

<sup>113</sup> ר' ברק, פרשנות במשפט, פרשנות החוזה, 395. אבחנה זו הולכת ומטשטשת ביחס לחוזי רשות בהם ניתן משקל משמעותי יותר לתכליות האובייקטיביות. ר' ברק, שם, 561. ור' גם בעניין מגדלי הירקות, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין.

118. אכן, מבחינה סובייקטיבית כפי שעולה מהליכי החקיקה של השטר והחוק היתה כוונה להעניק מידה מסוימת של יציבות לשטר הזיכיון. ברקע הדברים עמד הרצון לפתח את מפעלי האשלג של מי"ה. לשם כך נדרש היה מימון אשר יאפשר את פיתוח המפעלים. הבנק העולמי הסכים להעמיד הלוואה לשם פיתוח המפעל אך התנה זאת בעיגונם של הסדרי הזיכיון בחקיקה. הרציונל שעמד מאחורי דרישה זו היה ככל הנראה הרצון ליצור וודאות חקיקתית כדי להבטיח את החזר ההלוואה.<sup>114</sup>

119. הצורך בעיגון בחקיקה נבע מהרצון לתת לשטר עדיפות נורמטיבית על פני הוראות מינהל וחקיקת משנה אחרת. ההנחה היתה שעיגון חקיקתי ימנע שינויים תכופים בשטר על ידי רשויות מינהליות ישירות או דרך הוראות מינהל סותרות. אך חסינות מוחלטת מפני כל חקיקה עתידית לא היתה. עליונות של דבר חקיקה אחד על דבר חקיקה אחר מאותה הדרגה ובאופן המונע שינוי עתידי לא היתה מוכרת בחקיקה באותה עת, כפי שהיא לא מוכרת היום, ולכן אין לפרש כי כך נראו אז פני הדברים.

120. אף פרשנות אובייקטיבית מביאה לתוצאה דומה. קריאה אל תוך החוק כאילו הוא נושא הוראת יציבות נוגדת את עקרונות היסוד של המשטר בישראל. על פי עקרונות אלה חוק מוקדם אינו יכול למנוע חקיקה מאוחרת. שורשיו של עיקרון זה ביסודות המשטר הדמוקרטי. לכן אין לקבל פרשנות חקיקתית הסותרת עיקרון יסודי זה, בוודאי כאשר היא איננה מעוגנת כלל בלשון החוק.

121. לכן, מבחינה זו, עובדות המקרה שלפנינו דומות מאוד לעניין **זודיאן** ואף דומות להחלטת מס משאבי הטבע על משאבים המופקים מכוח זכויות על פי פקודת המכרות. בכל המקרים מדובר על הוספת מס מיוחד כשכבה נוספת על שכבת תמלוגים. כפי שהראינו, כבר נפסק כי הוספה כזו לא יוצרת בעיה חוקתית - לא מבחינת פגיעה בקניין ולא מבחינת הפרת ציפייה כלשהי.<sup>115</sup>

122. ראיית שטר הזיכיון כחוזה לא משנה מסקנה זו. הראינו כי חוק רגיל לא יכול לכבול חקיקה עתידית. מכוח קל וחומר חוזה עליו חתמה הממשלה אף הוא לא יכול לכבול פעולות חקיקה עתידיות של הכנסת ולכן לאין לפרשו כך.

הכנסת היא "הרשות המחוקקת" של מדינת ישראל.<sup>116</sup> תפקידה העיקרי הוא מעשה החקיקה - "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה".<sup>117</sup> ממעמדה של הכנסת

<sup>114</sup> ר' פסי 56 לחוות הדעת וההערות הצמודות לה. כן ר' דבריו של שר האוצר, מר לוי אשכול בישיבת הכנסת מיום ה-15.5.61 בעת הצגת הצעת חוק הזיכיון לכנסת לקריאה ראשונה; יובל אליצור "מחפשים שותפים לאשלג - בלי לוותר על הבעלות" **מעריב** (מיום 25.5.60); זמין ב: [http://jpress.org.il/Default/Scripting/ArticleWin\\_TAU.asp?From=Archive&Skin=TAUHe&BaseHref=](http://jpress.org.il/Default/Scripting/ArticleWin_TAU.asp?From=Archive&Skin=TAUHe&BaseHref=MAR/1960/05/25&EntityId=Ar00900&ViewMode=HTML) (נצפה לאחרונה: אפריל, 2014).

<sup>115</sup> ואכן טענה דומה עלתה על ידי העותרים גם בעניין **זודיאן**. גם שם ביקשו העותרים לקרוא אל תוך חוק הנפט כאילו הוא משריין את עצמו מפני שינויי חקיקה עתידיים. בית המשפט דחה טענות אלו. ר': עניין **זודיאן**, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור.

<sup>116</sup> ר': סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949.

<sup>117</sup> ר': ע"פ 53/54 אש"ד, **מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ה 819, 785 (1954); בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 502 (1998) (להלן: עניין **רובינשטיין**). אף שחלה "שחיקה" מסוימת בעקרון זה נוכח ההתפתחויות של המדינה המודרנית ותפקידה כמדינה מאסדרת ומפקחת, עדיין שמורה בידי הכנסת הסמכות

כרשות מחוקקת עולה כי הממשלה כרשות המבצעת של המדינה<sup>118</sup> אינה יכולה להתנות על סמכות החקיקה של הכנסת או להגביל אותה.<sup>119</sup> אכן, הדין מכיר בסמכותה של הממשלה לכבול את שיקול הדעת שלה בין היתר באמצעות חוזים אותם היא כורתת וגם זאת בתנאים מסוימים. אולם העובדה שהממשלה ראתה להתחייב בהסכם ולכבול בדרך זו את שיקול דעתה אינה יכולה לכבול את סמכות החקיקה של הכנסת.

לכן ברור שלא ניתן לפרש את שטר הזיכיון כיוצר זכות שלא קיימת במשטר החוקתי של מדינת ישראל. זאת בעיקר שהנסיבות שבגינן נוסח השטר כפי שנוסח אינן רלוונטיות עוד.

123. לכך יש להוסיף תכליות אובייקטיביות נוספות. שטר הזיכיון הוא כלי משפטי מיושן וארכאי. בין אם נראה בו חוק, זיכיון או חוזה אין לנהוג בו פרשנות מאבנת. יש להתאימו לשינוי העיתים.

124. בשעה שנחתם שטר הזיכיון ואף בעת שהופרטה כ"ל לא היה מוכר במדינת ישראל - וייתכן שבעולם - הכלי הפיסקלי שעניינו מס על רווחי היתר הנובעים מפעילות במשאבי טבע. באותה עת איש אף לא צפה את העלייה החדה במחירי משאבי הטבע ואת העיוות שייווצר משימוש בלעדי בכלי התמלוגים באופן הפוגע פגיעה קשה באינטרס הציבור.

במצב דברים זה אין לקבל כי שטר הזיכיון ביקש לחסום את האפשרות לעשות שימוש בכלי הפיסקלי שעניינו מס רווחי יתר שיעוגן בחקיקה. בוודאי שלא היתה כוונה למנוע זאת בחלוף תקופה של כחמישים שנים מאז שנחתם שטר הזיכיון או כ-20 שנה מאז הופרטה החברה. יש לפרש את שטר הזיכיון בפרשנות עדכנית המתאימה לנסיבות הנוכחיות.

125. פרשנותה של מ"ה לפיה שטר הזיכיון חוסם את המס המוצע על ידי הוועדה מבקשת למעשה לראות בשטר הזיכיון כ"הסכם יציבות" (stability clause) לגבי משטר המס שיחול עליה. פרשנות כזו של שטר הזיכיון, אם תתקבל, מביאה את המציאות המשפטית החלה בין המדינה ובין מ"ה למציאות המאפיינת חלק מן המדינות המתפתחות המאופיינות במערכת משפט שאינה יציבה.<sup>120</sup> במדינות מתפתחות מעין אלה ניתנו לגורמים העוסקים בפיתוח ובהפקה של משאבי הטבע "הסכמי יציבות" מן הסוג שאליו מכוונת מ"ה. אלה התנו על סמכותה של המדינה לשנות את מדיניות המס שלה תוך מתן הטבות מפליגות לאותם גורמים.

הבלעדית לחוקק חקיקה ראשית הקובעת את "הסדרים הראשוניים" אשר מבטאים את ההכרעות ה"גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט", ור': עניין רובינשטיין, 515; בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 17.3.2009); בג"ץ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי דת (טרם פורסם, 8.5.2012).

<sup>118</sup> ר': סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה.

<sup>119</sup> ר': חוות הדעת בעניין ועדת ששינסקי הראשונה, פס' 50; בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 474, 470 (1978).

<sup>120</sup> ר': חוות הדעת בעניין ועדת ששינסקי הראשונה, פסקה 14.

126. מדינות המערב ובכללן ישראל מסרבות לפעול בדרך זו המביעה חוסר אמון בשיטה הדמוקרטית וכובלת ממשלות ופרלמנטים לשנים רבות. לא ניתן לקבל פרשנות כזו המציבה את ישראל בחזית אחת עם מדינות העולם השלישי.<sup>121</sup>

127. אחד החששות ממהלך כזה הוא שבהיעדר יכולת גמישות ניתנת לזים הזדמנות אחת בלבד לשכנע את המדינה לקבע את משטר המס שלו לעשרות שנים. מערך התמריצים שנוצר בסיטואציה כזו להפעלת לחצים לגיטימיים יותר ולגיטימיים פחות על מקבלי ההחלטות עלול לעורר קשיים לא מבוטלים ואין צורך להרחיב.

128. פרשנות כזו המתנה באופן כל כך משמעותי על סמכות המדינה לשנות את מדיניותה הפיסקלית לעשרות שנים, כאשר הנסיבות בהן ניתנה ההתחייבות לכאורה שונות לחלוטין, אינה מתיישבת עם תקנת הציבור.<sup>122</sup> אף מבחינה חוזית שימוש בטענה כזו מצידה של מי"ה מפר לטעמנו את חובת תום הלב, כיוון שהוא מנציח משטר מס מעוות הנובע בעיקרו מעליית ערך המשאב המצוי בבעלות הציבור ולא ברווחי יתר שנוצרו מפעולה שנקטה מי"ה עצמה.<sup>123</sup>

129. על מנת להגשים את התכלית האובייקטיבית של שטר הזיכיון יש לבחור בפרשנות מקיימת ולפיה אין באותו השטר כדי למנוע את עדכונה של המדיניות הפיסקלית החלה בעניינה של מי"ה. מובן כי אין לפעול בשרירות או בחקיקת חוק בלתי חוקתי ולשם כך אכן נועד הניתוח החוקתי שבו עוסקת חוות הדעת.

130. פירושו של שטר הזיכיון בדרך שעל פיה הוא נועד לחסום כל שינוי במדיניות הפיסקלית החלה על מי"ה, נוגדת גם את התנהגות הצדדים לאחר כריתת שטר הזיכיון.<sup>124</sup> כך, במהלך השנים המשטר הפיסקלי שחל על מי"ה עבר שינויים רבים. מס החברות שחל על מי"ה ירד לאורך השנים. מי"ה שולבה במסלולי המס בחוק עידוד השקעות הון וזכתה עקב כך לשיעור מס נמוך ביותר עד שלאחרונה שונה חוק ונשללו חלק מהטבות אלה.<sup>125</sup> גם שיעור המע"מ שחל על מי"ה השתנה עם השנים. בקשר לכל אותם השינויים לא העלתה מי"ה כל טענה או השגה שיש בהם כדי לסתור את שטר הזיכיון ואת סעיף 15 הקבוע בו.

<sup>121</sup> ר' והשוו גם: CAMERON AND KELLAS, 16 שם נרשם, בין השאר, כי: "Government in the market-state reject pleas for fiscal stability on the grounds that they cannot bind a future government to policies of the current administration since this would infringe sovereign rights, and is almost certainly impossible in the context of their domestic legal tradition. At best, a government official might announce that any increase in the state share of the economic rent will be the last one for the duration of its term in office (as the UK Chancellor of the Exchequer did in 2005). If the government breaks this promise, however, it cannot be held liable in its own courts and, therefore, the unhappy investor is often left with few options other than to scale down its future investment plans"

<sup>122</sup> ר': סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; למגמה לפיה יש לפרש חוזים בפירוש "מקיים" שאין בו כדי להביא לבטלותם מטעמים של סתירה לתקנת הציבור, ר': בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995).

<sup>123</sup> לחובה לקיים חוזה בתום לב ר': סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 836-837 (1980)

<sup>124</sup> למשקל שיש לייחס להתנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה בפרשנותו, ר': ע"א 49/06 שניר תעשיות צמר גפן רפואי בע"מ נ' עיריית כפר סבא, פסקה 8 (לא פורסם, 10.6.2008); ברק, פרשנות החוזה, 467-469.

<sup>125</sup> כך בחוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 נקבע כי מחצבים יחדלו מלהיכלל בהגדרת מפעל תעשייתי ולא יזכו להטבות המס שחוק לעידוד השקעות הון. שינויים אלו הגדילו באופן משמעותי את נטל המס של מי"ה.

**3(ד)5 חוק הזיכיון ושטר הזיכיון לא חסמו חקיקת מס רחבה על כלל משאבי הטבע ובכלל זה על מי"ה**

131. מי"ה מודעת לכך שבמהלך השנים שונו דיני המס החלים עליה וכי לא עלו כל טענות לגבי שינויים אלה. כדי להסביר את עמדתה מנסה מי"ה ליצור אבחנה בין "מדיניות כללית" לגביה ניתן לערוך שינויים לבין "מדיניות ספציפית" לגביה קיימת יציבות מכוח סעיף 15 לשטר הזיכיון. מי"ה מסכימה כי סעיף התמלוגים לא מגביל את המדינה "בעיצוב מדיניותה הכלכלית הכללית". לכן, מוסכם על מי"ה כי אם המדינה תחליט על שינוי כללי בחקיקה, כמו העלאת מס החברות, "תחייב המדיניות הכלכלית החדשה גם את מי"ה".<sup>126</sup>

איננו מקבלים אבחנה זו. אין כל טעם או עיגון לשוני לאבחנה בין מדיניות "כללית" למדיניות "ספציפית".<sup>127</sup> אולם גם אם היינו מקבלים את אבחנתה של מי"ה, הרי שמס משאבי הטבע הוא בדיוק המס הכללי עליו מדברת מי"ה.

132. מס משאבי הטבע הוא מס אשר יחול על כלל משאבי הטבע של מדינת ישראל. הוא מהווה יישום של מדיניות עקרונית וכללית עליה ממליצה הוועדה. הוא ממשיך קו ברור שהחל במיסוי רווחי היתר בתחום הגז והנפט.

כשם שהמס החדש עתיד לחול על פעילותה של מי"ה - הוא גם עתיד לחול בתחום הנחושת, בתחום הפוספט וכן לגבי כל משאב טבע נוסף השייך למדינת ישראל, אשר הפעילות בו תגלה בעתיד סממנים של רווחיות עודפת.

133. גם ביחס למשאבי הטבע של ים המלח עצמו אין מדובר במס ספציפי על מי"ה או על הזיכיון. המס המוצע על ידי הוועדה אינו מוגבל או מכוון לזיכיון של מי"ה - זיכיון שעתיד להסתיים בשנת 2030 והוא יחול על המשאבים גם לאחר תום תקופת הזיכיון. לכן, גם ביחס למשאבי הטבע של ים המלח עצמם אין מדובר במס ספציפי על מי"ה או על הזיכיון אלא במס כללי.

תכליתו של המס שמציעה הוועדה היא לקדם ערכים לאומיים רחבים של צדק חלוקתי. הוא איננו תמורה או תשלום בעד זכויות כאלה או אחרות אלא מס המוטל על רווחים הנובעים ממשאבי הטבע. היותו של מס רווחי היתר מס ולא תמורה עולה גם מהחלתו באופן שווה על כל משאבי הטבע המגלים רווחיות עודפת.

לכן, אין מדובר במס או במדיניות פיסקלית ספציפית אלא בדיוק "בעיצוב מדיניות כלכלית כללית" לגביה מסכימה אף מי"ה כי סעיף 15 אינו רלוונטי. יוצא שאפילו לשיטתה של מי"ה אין בהחלת המס המוצע על ידי הוועדה כדי לסתור את שטר הזיכיון.

<sup>126</sup> ר' פסקה 171 לחוות הדעת שהגישה פרופ' גבריאלה שלו עבור כ"ל לוועדה.

<sup>127</sup> בהקשר זה יש לציין כי הסכם הקציר עליו חתומה מי"ה מתייחס לסיטואציה בה "יחוקק חיקוק שיטנה את המדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם רווחים או תמלוגים הנובעים מכריית המחצבים בים המלח" (ההדגשה אינה במקור), וקבע כי אם תתרחש יחזור נושא העלאת התמלוגים לבוררות. ר': סעיף 7.1 להסכם הקציר. התייחסותו של הסכם הקציר לסיטואציה זו מלמדת שאף מי"ה ראתה לנגד עיניה את האפשרות לשינוי מדיניות ספציפי ולא סברה כי אירוע כזה עומד בסתירה לשטר הזיכיון.

134. יש להדגיש עוד כי מתן פטור למי"ה מתחולת חוק כללי אינה סבירה ואינה שוויונית, כיוון שהיא פוטרת מתחולת חוק כללי דווקא את מי שמדגים את העיוות במצב הקיים.<sup>128</sup>

135. **מסקנת הדברים היא כי אין בשטר הזיכיון על פי פרשנותו הראויה כל הוראה העומדת בסתירה להמלצות הוועדה. מכאן עולה כי הטלת מס משאבי טבע לא פוגעת בכל זכות חוקתית הנובעת מהסתמכות של מי"ה על שטר הזיכיון.**

אלא שלמי"ה טענה נוספת שלגישתה יש בה לבסס זכות קניין המונעת את חקיקת החוק. מדובר בטענה הנוגעת להסכם הקציר והחלטת הממשלה שקדמה לו. בטענה זו נדון עתה.

### 3(ה) יישום המלצות הוועדה עולה בקנה אחד עם הסכם הקציר והחלטת הממשלה שקדמה לו

#### 3(ה)(1) כללי

136. בהסכם הקציר ובהחלטת הממשלה בעניין קציר המלח הצהירה המדינה כי היא לא תפעל "לעת הזאת" לשינוי המשטר הפיסקלי החל על מי"ה. לטענת מי"ה יישום המלצותיה של הוועדה אינו מתיישב עם התחייבות זו. זאת משום שלשיטת מי"ה הממשלה התחייבה שלא לשנות את מדיניות המס עד לתום תקופת הזיכיון, קרי עד שנת 2030.

137. על פי עמדה זו, ובהתאם לשדה המשפטי החוקתי שעל פיו יש לבחון את המלצות הוועדה שעתידות להיות מעוגנות בחקיקה, נטען כי הקמת הוועדה ועיגון ההמלצות בחקיקה מהוות פגיעה בזכות הקניין החוקתית של מי"ה שכן הן מפרות את הסכם הקציר והחלטת הממשלה.

אין לקבל את טענתה של מי"ה. הצהרתה של המדינה שלא תפעל לשינוי המשטר הפיסקלי לעת הזאת התכוונה לאשר נאמר בה דהיינו לאי שינוי זמני - לעת הזאת. העת הזאת היא מועד קבלת החלטת הממשלה. אין ולא הייתה כל התחייבות לעולם ועד או עד לסוף חיי הזיכיון. מסקנה זו עולה הן מלשון ההסכם והן מתכליתו כפי שנפרט מיד.

138. אולם קודם שנצלול לעובדות המקרה יש לזכור כי המלצתה של הוועדה היא להחיל את המס החדש על מי"ה בשנת 2017, חמש שנים לאחר החלטת הממשלה וארבע שנים וחצי לאחר הסכם הקציר. זהו פרק זמן סביר אשר עולה באופן מלא עם הצהרת המדינה והסכם הקציר וזאת גם אם נקבל שאכן היתה התחייבות כלשהי בהחלטת הממשלה.

139. כדי לבסס את עמדתנו נרחיב מעט על התקופה של המשא ומתן שקדם להסכם הקציר ולהחלטת הממשלה במהלך שנת 2011.

<sup>128</sup> בהערת אגב נעיר כי אפילו אם היינו מקבלים כי קיימת הוראת יציבות כלשהי, וכאמור לא כך הדבר, הגיונה היחיד הוא יציבות של משטר תמלוגים שיכול להשפיע את כלכליות הפרויקט ועל החזר ההלוואות. בכל מקרה לא מדובר על יציבות הנוגעת למס רווחי יתר שכלל אינו פוגע בתשואה הנורמטיבית או בהסדרי המימון אלא מתייחס לרווחי יתר בלבד.

**(3)(ה)(2) המשא ומתן שקדם להסכם הקציר**

140. המשא ומתן בין הצדדים שקדם להסכם הקציר התמקד מטבע הדברים במימון פרויקט קציר המלח המלא.

אולם במסגרת המשא ומתן עלתה ביוזמת מי"ה סוגיית המס. מי"ה חששה כי בעקבות פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי הראשונה וחקיקת חוק מיסוי רווחי נפט שאירעו בסמוך לכך עתיד להיות מוחל מס במתכונת דומה גם לגביה. לפיכך ביקשה מי"ה לקבע את המשטר הפיסקלי הנוגע אליה ולמנוע הטלתו של מס מעין זה.

141. המדינה סירבה להתחייב כי משטר המס לגבי מי"ה לא ישתנה. סירובה של המדינה התבסס בראש ובראשונה על עיקרון היסוד עליו כבר הרחבנו בנייר זה ולפיו אין מקום כי הממשלה תכבול את שיקול דעתה באופן שאותו ביקשה מי"ה.

142. אך בכך לא די. עמדתה של המדינה במשך השנים שקדמו למשא ומתן על הסכם הקציר היתה כי משטר התמלוגים החל על מי"ה איננו משקף את החלק הראוי שיש לגבות בקשר עם פעילות זו על מנת להביא לחלוקה הוגנת בין מי"ה ובין הציבור בישראל. עמדתה המקצועית של המדינה הייתה כבר באותו השלב שיש צורך לבחון את משטר המס החל על מי"ה ולשנותו אם אכן יתברר שהוא אינו מספק.

לכן, לא רק שהתחייבות לאי שינוי משטר המס בנוגע למי"ה כלל אינה אפשרית מבחינה משפטית בהחלטת ממשלה, אלא שהתחייבות כזו סותרת את חובתה של הממשלה לבחון את מדיניותה מעת לעת. היא אף עומדת בסתירה לעמדה שסברה כבר אז כי נדרשת בחינה של משטר המס החל על מי"ה.

מטעמים אלה סירבה המדינה להתחייב בפני מי"ה כי משטר המס שיחול לגביה לא ישונה לכל אורך חיי הזיכיון.

143. אולם גם מן העבר השני עמדו שיקולים כבדי משקל. מבחינת המדינה היתה חשיבות רבה להגעה למתווה מוסכם שיאפשר למתווה הקציר לצאת לדרך באופן מהיר. עיכוב משמעותי בפרויקט הקציר עלול היה לגרום לנזקים סביבתיים חמורים ואף לפגיעה אפשרית במלוונות ים המלח.<sup>129</sup>

אלא שבאותו שלב לא היתה בידי המדינה תשתית עובדתית מספקת לגבי רווחיה של מי"ה וחלקו של הציבור במשאב<sup>130</sup> כמו גם תשתית כלכלית מקצועית לגיבושו של משטר פיסקלי חדש ומודרני על מי"ה. לכן, יציאה למהלך חקיקתי לבחינת משטר המס החל על מי"ה עלולה היתה לגרום לעיכוב משמעותי בפרויקט הקציר.

<sup>129</sup> על היתרונות שבהגעה להסכם מהיר על פני מסלולים אחרים עמדנו גם בחוות הדעת בעניין קציר המלח.

<sup>130</sup> בנקודת הזמן היא לא הייתה ברורה עדיין השפעתו המלאה של התיקון לחוק לעידוד השקעות הון אשר ביטל את הטבות המס המשמעותיות של מי"ה ביחס לפעילות הכרייה על שיעור מס החברות החל על מי"ה. בנוסף תביעת הבוררות שהגישה המדינה נגד מי"ה עדיין לא הוכרעה ונציגי המדינה סברו כי תוצאותיה של תביעה זו עתידות להשליך על הסדר התמלוגים הקבוע בו גם במבט צופה פני עתיד.

לכך יש להוסיף כי ברור היה שפרויקט הקציר ידרוש השקעות כבדות מצדה של מי"ה שהיקפן לא היה ברור נכון לאותו שלב. למדינה היה אינטרס שלא לפגוע בפרויקט הקציר ולא היה ברור מה יהיו התוצאות של החלת משטר מס חדש על מי"ה במהלך ההתארגנות לפרויקט.

144. בסופו של דבר, לאחר שנבחנו מכלול השיקולים, הגיעה המדינה למסקנה כי ניתן להצהיר שהיא לא רואה "לעת הזאת" צורך בשינוי המדיניות הפיסקלית החלה על פעילותה של מי"ה. זאת בין היתר לאור הסכמת מי"ה לכך ששיעור התמלוגים על האשלג יועלה ל-10% מעבר לכמות מסוימת.

עוד נקבע, על פי דרישת מי"ה, כי אם יחול שינוי במדיניות הפיסקלית בעניינה של מי"ה, היא לא תהא חייבת עוד בתשלום התמלוגים בשיעור הגבוה אליו היא הסכימה והעניין ישוב להתברר בבוררות.<sup>131</sup>

משעמדנו על הרקע לחתימתו של הסכם הקציר, נפנה לבחון את טענותיה של מי"ה ביחס אליו.

### **(3)(ה)(ג) המלצות הוועדה לשינוי המדיניות הפיסקלית החלה על מי"ה עומדות בהצהרות המדינה בהחלטת הממשלה בעניין קציר המלח ובהסכם הקציר**

145. על רקע השתלשלות העניינים שקדמה לחתימת הקציר ברור כי אין לקבל את טענתה של מי"ה לפיה הצהרת המדינה שלא לשנות "לעת הזאת" את המשטר הפיסקלי מתכוונת לעיגון המשטר הפיסקלי עד לסוף תקופת הזיכיון. כפי שהראינו מי"ה אכן רצתה וניסתה לקבל התחייבות כזו מהמדינה אולם המדינה סירבה לכך. הגבלת הצהרת המדינה "לעת הזאת" נועדה בדיוק כדי לשלול את הפרשנות אותה מציעה מי"ה ולהגביל את הצהרת המדינה רק לדחיית שינוי המשטר הפיסקלי החל על מי"ה.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> התכליות והשיקולים שבבסיס החלטת הממשלה פורטו בדברי ההסבר שנלוו לה, וכך נאמר שם: "כפי שמסתמן כיום כתוצאה מתיקונו האחרון של חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 יחולו שינויים בתשלומי המס של מי"ה אם כי טרם ידוע מה תהיה חבות המס של החברה. הנושא הזה נמצא בדיונים בין רשות המיסים ובין החברה. זאת ועוד: כתוצאה מקיומם של פרויקטים מתמשכים המעניקים הטבות מס לחברה אשר אושרו טרם התיקון האחרון לחוק עידוד השקעות הון, צפוי כי חבות המס של החברה תתייצב רק בעוד מספר שנים. בנוסף מתקיים בימים אלה הליך בורות בין המדינה לבין מפעלי ים המלח בקשר עם אופן חישוב התמלוגים שמשלמת החברה למדינה ונושא זה טרם הוכרע. משכך, קיים חוסר ודאות בנוגע לסך חלק המדינה בהכנסות החברה וברווחיה (Government Take). במקביל ההסכמה שהושגה עם החברה גורמת כבר עכשיו להכפלת שיעור התמלוגים האפקטיבי שאותו תשלם מי"ה. ההחלטה בדבר הגדלת חלקה של המדינה והכנסות החברה ורווחיה צריכה להיעשות באופן מושכל והדרגתי ובהתחשב, בין היתר, במחיר המחצבים בשוק העולמי ובכושר התחרותיות של החברה ועוד. בשל כל אלה, ולאור ההסבר המוצע, על כלל האיזונים שבו ותועלותיו לאזרחי מדינת ישראל, מוצע כי הממשלה תקבע בהחלטה כי היא לא רואה צורך לעת הזאת בביצוע שינויים נוספים במדיניותה הפיסקלית הספציפית בקשר עם כריית המחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי".

<sup>132</sup> עמדה זו הובהרה באופן ברור גם בתשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 112/12 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל, אשר תקפה את הסכם הקציר. וכך נאמר שם (פסקאות 75-72 (מיום 2.2.2012)): "הממשלה לא כבלה את שיקול דעתה לעולם ועד ביחס לאפשרות שינוי המדיניות הפיסקלית החלה על הפקת המחצבים בים המלח. להיפך, הממשלה הדגישה בהחלטתה כי מדובר באי-שינוי המדיניות הפיסקלית לעת הזאת. נוסף כי ברור וגלוי, כי גם הממשלה וגם מי"ה יוצאות מנקודת הנחה שקיימת אפשרות שהממשלה תשנה בעתיד את המדיניות הפיסקלית שלה בנוגע לכריית מחצבים מים המלח. נפנה בעניין זה לכך שהמתווה המוסכם עצמו מאפשר למי"ה בנסיבות שאלה להפסיק לשלם את התמלוגים המוגדלים שנקבעו במתווה המוסכם, ולהחזיר את עניין גובה התמלוגים להכרעה בבוררות.

יש לזכור כי בשנת 2030 מסתיים זיכיון ים המלח. לכן, פרשנות המבקשת לראות בהתחייבות המדינה לפיה "לעת הזאת" משמעותו מלוא תקופת הזיכיון היא בעצם פרשנות שמבקשת לטעון כי הצהרת המדינה הינה כי משטר המס הקיים יקובע מבחינת מי"ה לעולם ועד. לא לזאת כיוונה הצהרת הממשלה.

146. מסקנה זו עולה גם מהסכם הקציר עצמו. סעיף 7.2 להסכם אשר עיגן את התניית התחייבותה של מי"ה להעלאת התמלוגים באי שינוי המשטר הפיסקלי קובע כי:

"אם יחוקק חיקוק שישנה את המדיניות הפיסקאלית הספציפית בקשר עם רווחים או תמלוגים הנובעים מכריית המחצבים בים המלח לרבות ניצולם המסחרי... לא תחול, לאחר כניסת החוק לתוקף, הסכמת מי"ה בעניין העלאת התמלוגים והסוגיה תחזור להתברר בבוררות המתנהלת בין הצדדים".

אילו הצהרת הממשלה נועדה לחול עד תום תקופת הזיכיון ולכבול את הממשלה עד לאותו מועד, כטענת מי"ה, לא ברור מה הטעם בהכללת סעיף זה בהסכם הקציר.

147. לכן פרשנותה של מי"ה למונח "לעת הזאת" לא רק שאינה נכונה ואינה אפשרית מבחינה משפטית אלא שהמונח "לעת הזאת" התכוון במפורש לשלול פרשנות זו. כל כוונת הביטוי לעת הזאת היתה לומר שעל פי הנסיבות באותה עת לא היה מקום לשינוי המדיניות הפיסקלית הספציפית על מי"ה. הא ותו לא.

148. השאלה עליה יש להשיב בענייננו היא האם הופרה התחייבות כלשהי. לטעמנו המלצות הוועדה לא מפרות כל התחייבות ראשית משום שהמס החדש יוטל מספר רב של שנים לאחר החלטת הממשלה.

149. אולם בכך לא די. גם הנסיבות כיום שונות. כך, אי הוודאות שעמדה ביסוד עמדת המדינה בשלב המשא ומתן על הסכם הקציר הולכת ומתפוגגת. גם חוסר הוודאות שייותר על כנו איננו רלוונטי עוד כיוון שהמס החדש יוטל רק בעוד מספר שנים. עבודת הוועדה בסיוע מומחים בין לאומיים גיבשה תשתית עובדתית ראויה ומספקת לגבי רווחי מי"ה וחלקה של המדינה ברווחיה. גם החוסרים העובדתיים הנוספים הולכים ומתמעטים.<sup>133</sup>

150. טעם נוסף המצדיק את הקמת הוועדה וקביעת משטר המס כבר היום נובע משינוי הנסיבות מאז התקבלה החלטת הממשלה בעניין קציר המלח. לאחר חתימת הסכם הקציר התברר כי כ"ל שוקלת למכור את מניותיה במי"ה לחברת פוטאש העולמית (להלן: **פוטאש**). מכירה זו

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 המדינה 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 [ההדגשות במקור]."

<sup>133</sup> כך, ברשות המסים גובשה התשתית העובדתית והמשפטית ביחס להשפעות תיקון חוק עידוד השקעות הון על מי"ה ואף הוצאו לה שומות בנושא. גם הליך הבוררות קרוב לסיומו ובכל מקרה מבנה המס אותו מציעה הוועדה מעניק משקל נמוך לתוצאותיו.

אמנם טרם יצאה אל הפועל אולם כיוון שהיא מצויה ברקע הדברים קיים טעם רב כי מדינת ישראל תקבע את מדיניותה הכללית גם ביחס למי"ה כבר עתה וזאת בטרם יצאה עסקה כזו לפועל.<sup>134</sup>

151. בהקשר זה נציין כי כיוון שברור היה שבעתיד יהיה צורך לבחון את המדיניות הפיסקלית גם כלפי מי"ה, מבחינת מי"ה ואף מבחינת בעלי מניותיה קיים יתרון רב בהסרת עננת אי הודאות סביב הביטוי "לעת הזאת" כבר עתה.

152. מכל האמור בחלק זה עולה כי הקמת הוועדה ויישום המלצותיה אינם סותרים את העמדה שהובעה בהחלטת הממשלה ובהסכם הקציר. אין כל בסיס לטענות מי"ה כאילו הסתמכה על החלטת הממשלה באופן המונע את הטלת מס רווחי היתר עד שנת 2030, מועד סיום הזיכיון.

לכן אין גם כל בסיס לטענות על פגיעה בזכות החוקתית המבוססת על החלטת הממשלה והסכם הקציר.

153. לסיכום חלק זה, מהניתוח שהוצג עד כה ראינו כי חוק שיעגן את המלצות הוועדה להחיל מס משאבי טבע אינו כרוך בפגיעה בזכות הקניין החוקתית. מסקנה זו תקפה לגבי כל השחקנים הקיימים בתחום משאבי הטבע.

#### (4) המלצות הוועדה עומדות בתנאי פסקת ההגבלה

154. גם אם נניח לצורך הדיון בלבד כי אכן יש בחוק המוצע משום פגיעה בקניינם של השחקנים הקיימים בתחום משאבי הטבע, אין בכך כדי לסיים את הניתוח החוקתי.

155. זכויות חוקתיות הן זכויות יחסיות ולא זכויות מוחלטות. פסקת ההגבלה קובעת כי ניתן לפגוע בזכות חוקתית אם הפגיעה נעשית מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, אם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, אם הוא נעשה לתכלית ראויה ואם הפגיעה בזכות היסוד אינה עולה על הנדרש.<sup>135</sup>

חוק שיעגן את המלצות הוועדה עומד בדרישות אלה. יש לזכור כי חוק שיעגן את המלצות הוועדה הינו חוק כלכלי אשר לגביו נתון למחוקק "מתחם חוקתיות" רחב ואפילו רחב במיוחד. עמד על כך גם בית המשפט בעניין דודיאן בהפנותו<sup>136</sup> לפרשה אחרת בה נקבע:

"בתחומי משק וכלכלה, שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף, ייתכנו לעיתים מגוון מטרות ודרכי פעולה אפשריות. ההכרעה ביניהן עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות שונות, אשר עשויות כולן להתקיים במסגרת חוק

<sup>134</sup> ר' גם סעיף 3 לכתב המינוי של הוועדה בו נרשם כי יש לבחון את עניינה של מי"ה במסגרת דיוני הוועדה בין היתר "בשים לב לדיון הציבורי שהתקיים סביב האפשרות של מיזוג [כי"ל] עם חברה זרה".

<sup>135</sup> ר', למשל: בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595, 612 (2004); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 887 (2005).

<sup>136</sup> ר': עניין דודיאן, פסקה 39.

היסוד. על כן, בתחומים אלה יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית - הרשות המבצעת והרשות המחוקקת - מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. לפיכך הדגשנו בפסיקתנו לא פעם כי אף שבית המשפט לא ימשוך ידו מהביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, הוא ינהג באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון מיוחדים בתחומים אלה, ויימנע מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ".<sup>137</sup>

#### (4)א) חקיקה שתטמיע את המלצות הוועדה עומדת בדרישה כי הפגיעה תהא בחוק

156. הדרישה לפיה הפגיעה תיעשה בחוק מתקיימת בענייננו שכן המלצות הוועדה עתידות להיות מעוגנות בחוק.

לעיתים נטען כי מכיוון שזכויותיהם של היזמים במשאבי הטבע התגבשו מיד עם קבלתו של המשאב כל חוק שייצור שינוי ביחס לחובותיהם מאפיין את החקיקה בהקשר זה כחקיקה רטרואקטיבית שאינה יכולה להיחשב "חוק" בכלל.

אין לקבל טענה זו. מס רווחי היתר המוצע יחול על ההכנסות שיופקו מיום תחילתו של החוק ולא על הכנסות שהופקו בעבר. לכן, אין מדובר בחקיקה רטרואקטיבית אלא בחקיקה פרוספקטיבית הצופה פני עתיד.<sup>138</sup>

157. פסק הדין בעניין **דודיאן** קבע כי מאחר שהמס החדש שנקבע בחוק מיסוי רווחי נפט יוטל על רווחים שיופקו לאחר תחילתו של החוק, אין מדובר בחקיקה רטרואקטיבית אלא בסיטואציה חקיקתית שכיחה. כפי שציין בית המשפט:

"החוק החדש שנחקק מעלה את שיעור המס על רווחים שיופקו מנפט וגז לאחר חקיקתו. **אין הוא חל על הכנסות שהופקו בעבר. די בכך כדי לדחות מכל וכל את טענת המיסוי הרטרואקטיבי...** הכנסותיהם העתידיות של העותרים כפופות למשטר המס שיחול בעת הפקת הרווחים. **על כן, החוק הקובע את שיעור המס החדש איננו בעל תחולה רטרואקטיבית. זוהי סיטואציה חקיקתית שכיחה**" [ההדגשות הוספו].<sup>139</sup>

דברים אלה נכונים גם בענייננו. החוק המוצע יחול על הכנסות היזמים שיופקו מיום תחילת החוק ואילך ולכן הוא איננו רטרואקטיבי.

<sup>137</sup> ר' : בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

<sup>138</sup> להבחנה בין רטרואקטיביות לפרוספקטיביות באופן כללי, ר' : אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה, 609-645 (1994); ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992); עניין גניס; יניב רוזנאי "רטרואקטיביות - יותר מאשר ירק עניין של זמן! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" **משפט ועסקים** ט 395 (התשס"ח).  
<sup>139</sup> עניין **דודיאן**, פסקה 19.

**4(ב) חוק שיעגן את המלצות הוועדה נועד לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל**

158. החוק המוצע מבקש לצד קביעת מדיניות עקרונית גם לתקן את העיוות הקיים במשטר הפיסקלי הנוהג במשאבי הטבע ולהביא למשטר מס צודק וראוי יותר. הוא מבקש לשנות משטר מס ארכאי ובעייתי ולהחליפו במשטר פיסקלי מודרני.

159. תכליתו של החוק הינה להביא למשטר פיסקלי על משאבי הטבע אשר יבטא באופן ראוי את ערכי השוויון והצדק החלוקתי. הוא יעביר לכלל הציבור, באמצעות קופת המדינה, חלק ראוי מרווחי העתק הנובעים ממשאבי הטבע. חקיקת החוק המוצע צפויה לקדם ערכים חברתיים חשובים של צמצום הפערים בחברה.

160. תכלית דומה עמדה גם בבסיס חוק מיסוי רווחי נפט. וכך פסק בעניין זה בית המשפט בעניין

**דודיאן :**

"התמונה שעלתה מוועדת ששינסקי [הראשונה] היא כי בפועל, הציבור כמעט אינו שותף לרווחים ממשאבי הטבע שבבעלותו. עוד עלה כי שיעור ההשתתפות של הציבור ברווחים אלו היה נמוך מאוד למקובל בעולם המערבי. החוק ביקש לשנות מצב זה. הוא ביקש לעדכן חקיקה מיושנת, מראשית ימי המדינה, ולהתאימה למציאות הכלכלית-פיסקאלית הנוכחית. הוא ביקש להבטיח כי ההכנסות ממאגרי הגז והנפט – שהתברר כי הן עומדות על מיליארדים רבים – לא יתרכזו בידיהם של קומץ משקיעים. הוא ביקש להשיג תכלית של צדק חלוקתי ביחס למשאבי הטבע של המדינה. תכלית זו היא תכלית ראויה.

משאב הנפט והגז הטבעי הוא משאב ציבורי מוגבל ומתכלה. מצב בו הכנסת בוחרת לחוקק חוק שידאג לחלוקה צודקת יותר של הרווחים ממשאב ציבורי ומוגבל, תוך עדכון של חקיקה ארכאית - הוא חקיקה לתכלית ראויה" [ההדגשות הוספו].<sup>140</sup>

161. דברים אלה יפים גם לענייננו. הוועדה הנוכחית חשפה מבנה פיסקלי בעייתי מבחינה עקרונית וגם מבחינת השלכותיו הלכה למעשה. חקיקת חוק שישנה את המדיניות הפיסקלית באופן שיביא לחלוקה הוגנת וראויה בין הציבור ובין הזמים, כפי שמכוונות המלצות הוועדה בענייננו, עומדת אפוא בדרישת התכלית הראויה שבפסקת ההגבלה.

162. יש לזכור כי תכלית נוספת של החוק באה לממש את חובתה של המדינה כ"נאמן הציבור" במשאבי הטבע וכמי שחייבת על רקע זה לדאוג כי נכסי המדינה - ובהם משאבי הטבע - מוקצים בדרך שהמדינה תקבל את ערכם הכלכלי הראוי. חוק שיטמיע את המלצות הוועדה מגשים מטרה זו. הוא מוודא כי משטר המס יחול על הרווחיות המאפיינת את תחום הפעילות

<sup>140</sup> ר' : שם, פסקה 33.

במשאבי הטבע וייטול חלק מרווחי היתר המאפיינים פעילות זו לטובת הציבור בישראל. גם מטעם זה ניתן לראות בו כחוק שיחקק לתכלית ראויה במובן שדורשת פסקת ההגבלה.

#### (4)ג) חוק שיעגן את המלצות הוועדה עומד בדרישת המידתיות

163. המבחן האחרון שקובעת פסקת ההגבלה לבחינת חוקתיותו של חוק הוא מבחן המידתיות. מבחן זה פורש בפסיקה ככולל שלושה מבחני משנה.<sup>141</sup> נדון בכל אחד מהם בנפרד.

164. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי. מבחן זה בוחן את הקשר שבין התכלית המבוקשת לבין האמצעי בו נקט המחוקק על מנת להגשים תכלית זו.<sup>142</sup>

165. בענייננו, תכליתו של החוק הינה להבטיח כי הציבור יקבל חלק הולם מהרווחים המופקים ממשאבי הטבע ולהביא למשטר פיסקלי שוויוני וצודק. מס רווחי היתר המוצע משיג מטרה זו כפי שפורט כבר בהרחבה. קביעה זוהי נקבעה גם בפסק הדין בעניין **דודיאן** ביחס לחוק מיסוי רווחי נפט.<sup>143</sup> לכן מתקיים בענייננו מבחן המשנה הראשון של דרישת המידתיות.

166. מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן זה מבקש לוודא כי נבחנו חלופות אחרות וכי האמצעי שנבחר הוא אמצעי שמידת פגיעתו בזכות המוגנת היא הפחותה ביותר.<sup>144</sup>

בענייננו, מתקיים מבחן משנה זה בשל מאפייניו של מס רווחי היתר עליו ממליצה הוועדה. כזכור, מס רווחי היתר נועד לחול רק על רווחיות החוצה רף מסוים שמעבר לרווחיות נורמלית. על כן, אין במס מסוג זה משום פגיעה בהשקעותיהם של היזמים הפועלים בתחום משאבי הטבע. יתירה מזו: מס רווחי היתר אף טומן בחובו יתרונות מסוימים שכן הוא משולם רק לאחר קבלת הרווחים. הוא אף משמר את התמריצים לפתח פרויקטים שרווחיותם עלולה להיות גבולית.

167. אחת הטענות שעלו בפני הוועדה היא כי יש להחיל את מס רווחי היתר רק ביחס לזכויות עתידיות שטרם הוענקו ליזמים.

אין לקבל טענה זו. החרגתם של משאבי טבע קיימים מתחולת החוק המוצע תעקר למעשה את החוק מתוכנו ותאיין כמעט לחלוטין את תכליתו, לפחות בטווח הנראה לעין ובטרם נמצאו משאבי טבע חדשים.

168. העיוות שהתגלה בנוגע למשאבי הטבע הקיימים ולזכויות הקיימות מחייב תיקון. דחיית הטלת המס למשאבים שטרם התגלו ולזכויות שטרם הוענקו תאיין את תכליתו הראויה של המס ותפגע בתכלית של קביעת משטר מס כולל על משאבי הטבע. כפי שנפסק בעניין **דודיאן**:

<sup>141</sup> ר', למשל: עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, 384-385; בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006).

<sup>142</sup> ר': בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 676 (2006) אהרן ברק **מידתיות במשפט** 377 (2010).

<sup>143</sup> ר': עניין **דודיאן**, פסקה 37.

<sup>144</sup> ר', למשל: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 54 (1997).

"חלופה המצמצמת את הפגיעה בזכות החוקתית, אך מביאה לסיכול תכלית החוק, איננה חלופה שניתן לבחור בה במסגרת מבחן המידתיות".<sup>145</sup>

לכן, המלצת הוועדה המבקשת להחיל את מס רווחי היתר גם על משאבי טבע קיימים עומדת גם במבחן המשנה השני של המידתיות. כך במיוחד לגבי מי"ה אשר בעניינה, ובשל הנסיבות הייחודיות המתקיימות לגביה, ממליצה הוועדה להחיל את מס רווחי היתר בעוד מספר שנים, החל משנת 2017 בלבד.

169. חוק אשר יישם את המלצות הוועדה עומד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות. במסגרתו של מבחן משנה זה יש לבחון האם התועלת מחקיקת החוק והגשמת התכליות הראויות העומדות ביסודו עומדת ביחס ראוי לנזק הנשקף ממנו כתוצאה מן הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת.

גם מבחן משנה זה מתקיים לגבי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה. המס המוצע יוטל רק לאחר שהמחזיקים במשאב יקבלו תשואה הולמת על השקעתם. הוא מבטיח למעשה כי לא רק שהיזמים לא יפסידו אלא אף יזכו לתשואה סבירה על השקעתם לפני החלתו של המס.

מן העבר השני - התועלת החברתית הצפויה מהטלתו של המס ברורה. היא תגשים את ערכי השוויון והצדק החלוקתי בחקיקת המס ביחס למשאבי הטבע.

תועלת זו עומדת ביחס הולם לנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכויות החוקתיות הנטענות של הגורמים הפועלים היום בתחום משאבי הטבע שהן לא יותר מאשר זכויות לרווחים עודפים.

170. גם על סוגיה זו עמד בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **דודיאן** :

"טענת הפגיעה בקניינם של העותרים נסבה, למעשה, על **מידת הרווח בלבד**. החוק מגדיל את נתח המדינה (Government Share) אך הוא משאיר בידי העותרים רווחים נכבדים..."

לעותרים יוותר, אם כן, רווח גדול וזאת אף לאחר [תשלום המס הקבוע בחוק מיסוי רווחי נפט]. העותרים זכאים כמובן ליהנות מפירות השקעתם המוצלחת. העותרים יגעו - ולשמחתם גם מצאו. ואולם, מן הבחינה החוקתית, די לנו בכך שרווחיהם של העותרים ביחס לחלקה של המדינה מובטחים, ובעובדה המוסכמת כי מדובר ברווחים בהיקפים גדולים בכל קנה מידה (ודאי ביחס לשוק הישראלי) - כדי לקבוע שמידת הפגיעה בקניינם של העותרים אינה עולה על הנדרש. לעותרים עדיין צפויים רווחים של ממש".<sup>146</sup>

דברים אלה יפים לענייננו, בשינויים המחויבים.

<sup>145</sup> ר': עניין **דודיאן**, פסקה 40; עע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה**, פ"ד נח(3) 810, 782 (2004); בג"ץ 1213/10 **ניר נ' יו"ר הכנסת**, פסקה 48 לפסק דינו של השופט ס' גיבוראן (טרם פורסם, 23.2.2012).

<sup>146</sup> ר': עניין **דודיאן**, פסקאות 42 ו-44.

איזון זה שיצור המחוקק עומד כשלעצמו ואינו מצריך מנגנון איזון נוסף כמו פיצויים לזמים, כפי שגם עולה מעניין **דודיאן**.<sup>147</sup>

171. מטעמים אלה מסקנתנו הינה כי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה לגבי היזמים הפועלים היום בתחום משאבי הטבע עומד בבחינה החוקתית העקרונית.

**(5) מאחר שחוק שיטמיע את המלצות הוועדה הינו חוקתי - אין זכות לסעד ודאי שלא דרך מנגנון**

**בוררות חוזי**

172. השלב האחרון בניתוח החוקתי הוא שלב הסעד. אלא שמכל הטעמים שפירטנו מצאנו כי חוק שיטמיע את המלצות הוועדה צולח את מבחני החוקתיות. לכן אין מקום לפסוק סעד חוקתי. אין גם צורך במנגנון פיצוי בתוך החקיקה עצמה כיוון שהמלצות הוועדה עומדות במבחני החוקתיות כשלעצמן.

173. אלא שביום 18.3.2014 פנתה מי"ה אל משרד האוצר בבקשה למינוי בורר בהתאם לסעיף 26 לשטר הזיכיון. טענתה היא כי המלצות הוועדה המתגבשות פוגעות במי"ה ולכן יש להפעיל את מנגנון הבוררות הקבוע בשטר הזיכיון.

174. בתשובתו של היועץ המשפטי של משרד האוצר מיום 27.3.2014 נדחתה פניה זו. במכתב התשובה הובהר כי בחינתה של המדיניות הפיסקלית של המדינה ביחס למשאבי הטבע שלה היא תהליך שהמדינה מקיימת מכוח סמכותה השלטונית ועל כן אין מדובר בסכסוך הנוגע לשטר הזיכיון וממילא אין תחולה לשטר הבוררות.

175. ביום 30.4.14 פנתה מי"ה לבית המשפט המחוזי בירושלים בבקשה כי יורה למדינה למנות בורר מטעמה. כיוון שנושא זה ידון בקרוב בבית המשפט לא נרחיב ונסתפק בעמדה עקרונית וקצרה בהיבטים הקשורים לחוות דעת זו.

176. בראשית הדברים יש לתמוה על עיתוי הגשת הבקשה. הבקשה הוגשה בטרם פורסמו המלצות הביניים, בטרם ראתה אותן מי"ה ובטרם הגיבה עליהן ועוד לפני פרסום הדו"ח הסופי. מכאן ברור שהבקשה הוגשה בטרם נדונו ההמלצות בממשלה ובטרם אושרו, ובעיקר בטרם התקבל החוק עצמו. לכן למעשה אין כיום "סכסוך" בין מי"ה למחוקק.

177. גם לגופם של דברים אין כל בסיס לדרישת הפיצויים אפילו אם יאומצו ההמלצות. המהלך שבו מבקשת לנקוט מי"ה מנסה, למעשה, לעקר את הליך החקיקה וכן את חוקתיותו של החוק. היא מבקשת לקבל סעד חוקתי במקום שהיא איננה זכאית לכך.

כפי שהראינו המדינה לא תפר את שטר הזיכיון ואת הסכם הקציר אם תאומצנה המלצות הוועדה ויחוקק חוק מתאים. אין למי"ה כל זכות למנוע חקיקה כזו.

<sup>147</sup> ר' : שם, פסקה 44.

178. מכאן נובע כי מי"ה גם אינה זכאית לפיצויים. במישור החוקתי, סעד הפיצויים הוא אחד הסעדים אותם ניתן לקבל אם חוק מסוים מוכרז כלא חוקתי. פיצויים יכולים להיות גם חלק ממנגנון איזון פנימי שיוצר המחוקק כדי לעמוד בדרישת המידתיות של הפגיעה בזכות.

מכאן עולה כי אם ייקבע כי החוק חוקתי גם ללא פסיקת פיצויים, לא ניתן יהיה ליישב פסיקת פיצויים עם קביעה כי החוק עומד במבחני החוקתיות.

179. טענה זו נכונה בעיקר במקרה שלפנינו. כל תכליתו של החוק היא להעביר חלק מן העושר הכלכלי של הזמים לציבור. אולם אם נקבל שניתן יהיה לפסוק פיצויים במסגרת הליך בורות כאשר מדובר בחוק חוקתי ייווצר מצב אבסורדי.

כך, חוק חוקתי שנועד להביא לחלוקה הוגנת של התועלת ממשאבי הטבע יסוכל בהחלטת בורר ששייב למי"ה את אותה תועלת כלכלית שביקש המחוקק להעביר לציבור.

180. האבסורד יתעצם עוד יותר אם נזכור שבמסגרת הטיעונים החוקתיים באים לידי ביטוי גם אותם טיעונים חוזיים עליהם מתבססת הדרישה לבוררות. זאת במסגרת ניתוח הפגיעה בזכות החוקתית לקניין. לכן כל תביעה לסעד של פיצויים חותרת תחת הכרעות חוקתיות.

181. אכן, את הטענות החוקתיות ניתן לא אחת להלביש ב"לבוש" אזרחי, בין היתר באמצעות דרישת פיצויים, אולם אין בכך להסתיר את מהות החוקתית של הסכסוך.

לכן, טענתה של מי"ה אינה עומדת והטענה כאילו מדובר ב"סעד חוזי" שגויה. היא אף סותרת את פסיקתו של בית המשפט בעניין **דוידאן**. טענה דומה לסעד של פיצויים עלתה גם בעניין חוק מיסוי רווחי נפט. בית המשפט דחה את הטענה. נפסק כי:

"בניגוד לטענת מקצת מן העותרים, קשה אף לראות כיצד מצב כזה מחייב פיצוי כלשהו מטעם המדינה. פיצוי שכזה יסכל למעשה את תכלית החקיקה וייצור העברה מכיס לכיס בשמות שונים".<sup>148</sup>

כפי שהראה בית המשפט בעניין **דוידאן**, מי"ה מבקשת למעשה ליצור מהלך סיבובי שבו היא תשלם מס ראוי וחוקתי ביד אחת, אך תיקח אותו בחזרה בידה השנייה כפיצוי. אין לקבל דרך התנהלות זו.

182. גם בקשתה של מי"ה למינוי בורר כדי לדון בטענותיה אינה מבוססת. אכן, סעיף 26 לשטר הזיכיון קובע כי בכל סכסוך "בדבר פירושו או ביצועו של זיכיון זה או כל דבר הקשור בו או בדבר הזכויות והחובות של הצדדים לו" יש לפנות לבוררות. אולם חובה זו מוגבלת, כאמור בסעיף, לסכסוך הנוגע לשטר הזיכיון או לזכויות והחובות הנובעות ממנו. מס רווחי היתר המוצע על ידי הוועדה איננו אחד מאלה ועל כן אינו נכנס בגדר הסעיף.

183. מס רווחי היתר המוצע על ידי הוועדה איננו עוסק בפרשנותו או בביצועו של שטר הזיכיון. הוראותיו של המס המוצע הן חיצוניות לשטר הזיכיון ובאות ליישם מדיניות כללית של

<sup>148</sup> ר' : שם, שם.

המחוקק. טענותיה של מי"ה ביחס למס המוצע אינן סכסוך בנוגע לשטר הזיכיון. מדובר למעשה בטענות על חוקתיותו של חוק כללי שיחול על כלל משאבי הטבע, אם אכן יחוקק חוק כזה. בעניין זה הרחבנו בניתוח החוקתי המפורט בחלקה השני של חוות הדעת.

184. לכן, סעיף הבוררות הקבוע בשטר הזיכיון אינו נוגע להמלצות הוועדה אם ההמלצות יאושרו ויחוקקו.

185. יתרה מכך, לא רק שסעיף הבוררות אינו מתייחס לחוק העתידי, אין לפרשו כאילו הוא עושה כן כיוון שפרשנות זו סותרת את הדין. בורר כלל אינו מוסמך לקבוע כי חוק מסוים אינו חוקתי. כפי שקובע סעיף 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968: "אין תוקף להסכם בוררות בעניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים". בורר כי קיומו של חוק וחוקיקתו של חוק אינם יכולים לשמש נושא להסכם בין הצדדים וכי הכנסת איננה כבולה לתוכנו של הסכם כזה. לכן, לתניה כזו, גם אם הייתה, לא היה כל תוקף.

גם בספרות הובעה קביעה דומה: "הכלל הוא כי אין למסור לבוררות הכרעה בעניינים קונסטיטוציוניים"<sup>149</sup> וכן כי "יש לזכור כי בורר כלל אינו מוסמך לקבוע כי חוק מסוים אינו חוקתי"<sup>150</sup>. הראינו כי בפועל מדובר בטענות בכסות חוזית שבאות למעשה לייתר חוק שחל על מי"ה.

186. על כן, הבורר כלל אינו מוסמך לדון בטענותיה החוקתיות של מי"ה ו-וודאי שאינו יכול לפסוק פיצויים לגבי חוק חוקתי בנושאים כמו הנושאים בהם יעסוק החוק, אם אכן המלצות הוועדה יעוגנו בחקיקה. זאת כיוון שהלכה למעשה פסיקת פיצויים כמוה במקרה שלפנינו כאילו מדובר בחוק לא חוקתי.

<sup>149</sup> ר': סמדר אוטולנגי בוררות - דין ונוהל כרך א 185 (מהדורה רביעית, 2005) (להלן: אוטולנגי); ע"א 89/85 בית חרות - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' גלזמן, פ"ד מא(3) 526, 530 (1987). ר' והשוו גם בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 850, 749 (1991).

<sup>150</sup> לכלל שלפיו בורר אינו יכול לדון בזכויות in rem, ר': אוטולנגי, 147; לכך שערכאות ההתדיינות המוסמכות לברר בשיטת המשפט הישראלית טענות חוקתיות הם בתי המשפט של ישראל, הממונים על פי חוק-יסוד: השפיטה, ולא ערכאות בוררות, ר': בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 34 (טרם פורסם, 5.1.2012).

סיכום

187. המלצות הוועדה לגבי הטלת מס רווחי יתר עומדות במבחנים החוקתיים של חוקי היסוד. אין כל מניעה לפרסם את טיוטת הדו"ח להערות הציבור.

בברכה,



אבי ליכט,

משנה ליועץ המשפטי לממשלה

(כלכלי-פיסקלי)

העתק: מר יהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה