

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler



מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל
Research Center for Integration of International Law in Israel

20 פברואר 2011

לכבוד : חברי וועדת ששינסקי

**הנדון: נקודות ביקורת ראשוניות לענין חוות הדעת המשפטיות שגויסו על-ידי
חברות הגז**

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen

א. מבוא

ב. המישור החוקתי

ג. המישור המיסי

ד. המישור הבינלאומי

ה. סיכום

בברכה,

פרנסס רדאי,
יו"ר מכון קונקורד לחקר לקליטת המשפט הבינלאומי בישראל,
המסלול האקדמי המכללה למינהל
University College London, פרופסור כבוד
האוניברסיטה העברית, ראש הקתדרה ע"ש אליאס ליברמן, אמריטה
עו"ד (ישראל); Barrister at law (UK)

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler



א. מבוא¹

חברות הגז ובעלי ענין אחרים הציגו בפני ועדת ששינסקי חוות דעת לבחינת המשטר הפיסקלי בהפקת הגז והנפט בארבעה מישורים משפטיים שונים: במישור החוקתי על-ידי פרופ' יואב דותן; בדיני חוזים על-ידי פרופ' מיגל דויטש; בדיני המס על-ידי פרופ' דוד גליקסברג; ובמשפט הבינלאומי על-ידי פרופ' אייל בנבנישתי. ארבע חוות הדעת מציגות עמדה בסיסית משותפת אחת לפיה המלצות הועדה יביאו לפגיעה שלא כדן בחברות הגז.

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen

הטענה החוקתית המוצגת על-ידי פרופ' דותן ופרופ' מיגל דויטש היא כי לחברות הגז זכות קניינית לתמלוגים בשיעור מקסימאלי של 12.5%, הנובעת מחוק הנפט התשי"ב-1952 [להלן: "חוק הנפט"], וכי כל העלאה בחלקת המדינה משיעור זה תהווה פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הקניין של החברות.

הטענה במישור דיני המס המוצגת על-ידי פרופ' גלקסברג היא כי אין זה נהוג להטיל מיסים על סקטור מסוים בלבד. טענה נוספת שהועלתה על-ידי חברות הגז היא כי העלאת המיסוי תהיה רטרואקטיבית ולכן פסולה.

הטענה במישור המשפט הבינלאומי המוצגת על-ידי פרופ' בנבנישתי היא כי מדובר בהפקעה רגולטורית בלתי חוקית על-פי כללי המשפט הבינלאומי, אשר תחשוף את המדינה לצו מניעה או לפיצוים בהליכים בטרביבונלים בינלאומיים. פרופ' בנבנישתי סבור כי הפיצוים לא יהיו רק בגין השבת השקעה ("פיצווי הסתמכות") אלא גם פיצוים בגין הפסד רווח עתידי ("פיצווי קיום").

לנייר זה שתי מטרות מרכזיות. המטרה הראשונה היא להציג ראשית ביקורת כנגד הטענות המשפטיות בחוות-דעת המומחים, אשר גויסו על-ידי חברות הגז. במשימה זו, אנו מסתייעים בחוות הדעת שהוגשו לוועדה על-ידי מומחים עצמאים או מומחים מטעם המדינה: בתחום החוקתי על-ידי פרופ' ברק מדינה ובתחום דיני המס על-ידי פרופ' יוסי אדרעי. כמו-כן הוצגו חוות דעת מטעם המדינה במשפט הבינלאומי על-ידי פרופ' משה הירש ובתחום החוקתי על-ידי עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועמ"ש. המטרה השנייה של נייר זה היא לבחון את השלכותיה המשפטיות של המלצות הועדה באופן כוללני, המתייחס לא רק לכל אחת מחוות הדעת בתחומה הפרטיקולארי, אלא גם לקשרים ההדדיים ביניהם. חוות דעת המומחים מציגות מקטעים נפרדים ואינן מתמודדות עם הקשר שבניהן. ואולם, הניתוח האקדמי הכוללני מראה כי יש מקום לסתור את הפסקניות של חוות הדעת המומחה של חברות הגז בהגעתן למסקנה שאין אפשרות, באמצעות העלאת מיסים, להעלות כדן את חלקת המדינה (Government Take) ברווחי הגז.

¹ חוות הדעת של מכון קונקורד לחקר קליטת זכויות המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי נכתבו בידי פרופ' פרנסיס רדאי, בסיועם המסור של עוזרי המחקר חן אבידוב, סתו לוי, וליטל כספי, ובעריכתם של צוות המכון רועי כהן וטלי לוי.

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



ב. המישור החוקתי – פגיעה בזכות קניינית

במישור החוקתי, סבור פרופ' יואב דותן כי לחברות הגז זכות קניינית הנובעת מרשיונות חיפוש הנפט שניתנו ליזמים אלה על-ידי המדינה. פרופ' דותן מגיע למסקנה כי העלאת שיעור התמלוגים שנקבע בחוק הנפט² בגובה 12.5% תמלוגים למדינה בלבד תהווה פגיעה לא חוקתית בזכות הקניין. לטענתו הפגיעה בזכות הקניין לא תעמוד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לבחון השגותיו אלה.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את זכות הקניין בסעיף 3. פסקת ההגבלה בסעיף 8 קובעת כי: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".³

פגיעה בזכות הקניין

חוק הנפט קובע בסעיף 13(4) את זכות לקבל חזקה לאחר שהגיע הבעלים ל"תגלית". חזקה זו כפופה לתנאים ברישיון שבסעיף 26, וחייבת בשיעור התמלוגים שנקבע בסעיף 32 בגובה של 12.5%. לטענת חברות הגז, יש להן זכות ציפייה לגיטימית ואינטרס לגיטימי להסתמכות בנוסף לזכות קניינית בשיעור התמלוגים על-פי חוק הנפט (פרופ' דותן: הסתמכות וזכות קניינית; פרופ' דויטש: זכות מעין חוזית; ופרופ' בנבנישתי: הסתמכות וזכות קניינית).

מנגד, טוענת הפרקליטות, בחוות דעתו של עו"ד אבי ליכט, שחוק כלכלי כללי איננו מצמיח זכות קניינית.

אכן, הזכות הקניינית מכוח החוק איננה ברורה מאליה – וזאת משום שהחוק מופנה לקהל הרחב ואינו עולה כדי התחייבות חוזית עם כל חברה וחברה. לכן, ספק אם החברות יכולות היו להסתמך על אי שינוי במדיניות פסקאליית כללית על מנת לטעון ולבסס על כך זכות קניינית. ראיה לכך היא כי חברות הגז עצמן קבעו בתשקיפים כי קיימת אפשרות של החמרת הרגולציה.

למרות הספק לעניין פגיעה בזכות הקניין, אין להתעלם מהאפשרות שחברות הגז יוכיחו כי היתה התחייבות כלפיהן מצד המדינה שלא להעלות את התמלוגים שנקבעו בחוק הנפט. אם תוכח התחייבות כזו, היא תעניק זכות קניינית לחברות הגז. במצב זה, השאלה היא האם שינוי במס תהווה פגיעה בזכות הקניין ואם כן, האם היא תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה. יש לציין כי אפילו אם ניתן לטעון, כפי שטוענים

² חוק הנפט, התשי"ב-1952, ס"ח 109, עמ' 322 (31.8.1952).

³ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, עמ' 150 (25.3.1992).

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



המומחים של חברות הגז, כי יש התחייבות שלא להעלות שיעור התמלוגים, כלל לא ברור שניתן לפרש את ההתחייבות ככוללת התחייבות שלא לחוקק שינויים בשיעור המס.

חוק ש"הולם את ערכי מדינת ישראל"

אין עוררין כי העלאת חלקה של הממשלה ברווחי הגז והנפט, על סמך המלצות ועדת ששינסקי, תקבע בחוק ומבחינה זו תעמוד לכאורה בתנאי פסקת ההגבלה אשר דורש כי פגיעה בזכות אדם על-פי החוק חייבת להיקבע בחוק. עם זאת, פרופ' דותן סבור כי תיקון חקיקת הנפט הקיימת בחוק, לא עונה על דרישות הסף בדבר כלליות החוק שעוסק בניצול הגז והנפט בלבד.

דרישת הכלליות הוגדרה בספרות כנורמה המופנית אל ציבור בלתי ידוע ובלתי מסוים של פרטים.⁴ על-אף טענתו של פרופ' דותן, נראה כי דרישת הכלליות אכן מתקיימת מאחר שהחוק אינו פונה אל חברה מסוימת; אינו מבדיל בין החברות השונות אשר פועלות בשוק כרגע ואף אינו מבחין בין החברות על-פי לאום או על-פי זהות. אמנם חוק הנפט וכן תיקונו פונה אל סקטור העוסק בפעילות מסוימת אשר בו עוסקות מספר חברות מצומצם, אך יחד עם זאת, החוק מכוון לכל חברה הפועלת בסקטור ניצול הגז והנפט ויחול על כל החברה אשר פועלת בסקטור זה. לכן, ככל הנראה, החוק יענה לדרישת הכלליות.

ההצעה להעלות את מיסוי רווחי הגז והנפט הולמת את ערכי המדינה: הגדלת רווחתה הכלכלית של המדינה, ושמירה על הזכות האינהרנטית של המדינה על משאבי הטבעיים.

תכלית ראויה

פרופ' דותן סבור כי ההצעה להעלות את חלקה המדינה ברווחי הגז והנפט נועדה לשתי תכליות: האחת, לעודד יזמים להשקיע בחיפושי גז ונפט. השניה, להבטיח כי האוצר, ואיתו הציבור בכללותו, ייהנו מחלק גדול ככל האפשר מפירות הקידוחים. פרופ' דותן איננו חולק על כך שהעשרת אוצר המדינה והרחבת היקף חלקה במשאבים הטבעיים שלה הן תכלית ראויה. אולם, הוא טוען כי תחולה למפרע של חקיקה כזו על זכויות הקניין של היזמים איננה יכולה להוות תכלית ראויה.

קשה לקבל טיעון זה. ראשית, כפי שנראה בדיון להלן בעניין מיסוי רטרואקטיבי, אין לראות בהטלת מס על רווחים עתידיים מיסוי רטרואקטיבי. שנית, אפילו אם

⁴ א' ברק, פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד), עמ' 490.

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



החקיקה היתה מוגדרת כרטוראקטיבית, עניינה של סוגיה זו הוא במידתיות ולא בתכלית.

למעלה מן הנדרש נציין כי אף אם היתה החקיקה רטרואקטיבית במהותה, הרי שהיא היתה לתכלית ראויה: המדובר הוא בזכות האזרחים ליהנות ממשאבי הטבע של המדינה ובצדק חלוקתי; בפררוגטיבה של המדינה לקבוע מדיניות פיסקאלית; ובשינוי של חוק אנכרוניסטי שנחקק לפני כ-60 שנה, אשר מסדיר את התמלוגים לעוד 30 שנה. יתרה מזו, ניתן ללמוד מהמשפט ומהפרקטיקה הבינלאומיים שהגדלת חלקה של המדינה (government take) ברווחים מהגז והנפט בשטחה היא תכלית ראויה. הרי, מקל וחומר שאם במשפט הבינלאומי לא דורשים מהמדינה שלא להגדיל את חלקה ברווחים דרך רגולציה פיסקאלית, אין לשער שבית המשפט העליון של המדינה יראה בכך תכלית לא ראויה.

המידתיות של הפגיעה

כלל הוא שאף אם פגיעה בזכות הקניין הינה לתכלית ראויה, חייבת היא לעמוד במבחני המידתיות שדורשת פסקת ההגבלה; לכאורה ההצעה של ועדת ששינסקי מידתית. מצד אחד, הגדלת חלקה של המדינה (Government Take) איננה מהפכנית ואיננה יוצאת דופן במישור הבינלאומי. מצד שני, ההצעה מעניקה לחברות הגז פיצוי של 150% בגין השקעתן בחיפוש, כהוצאות מוכרות במס, ולכן, אפילו אם היתה פגיעה בזכויות הקניין שלהן הן יפוצו.

לפי מבחן הקשר הרציונאלי נדרש קשר בין תכלית החקיקה, שהיא תכלית תקציבית בדבר הגדלת חלקת המדינה ברווחים, ובין האמצעי שבחר המחוקק ליישם, שהוא העלאת המיסים על ההכנסות מהגז והנפט. בנסיבות המקרה נראה כי הקשר הרציונאלי מתקיים ואינו מעורר כל קושי. **לפי מבחן האמצעי הפוגעני פחות** השאלה היא האם קיים אמצעי פוגעני פחות מזה בו בחר המחוקק. העלאת המיסים היא הדרך הפוגענית פחות היות ואין זכויות מוקנות במיסוי עתידי. כפי שנראה להלן, המיסוי המוצע על-ידי ועדת ששינסקי הוא פרוספקטיבי ולא רטרואקטיבי. כמו כן חשוב לציין שמדובר בהטלת מס בשיעורים דומים לזה שמוטל במדינות אחרות ואף בשיעורים נמוכים מרובם ככולם. בבחינת הפוגעניות של הדרך שנבחרה, צריך לוודא כי הנזק לבעלי זכות הקניין צומצם עד כמה שאפשר. אכן בהצעתה של ועדת ששינסקי, נקבע לחברות הנפט החזר בסך של 150% מהשקעתן בחיפוש אשר תוחזר כהוצאה מוכרת במס על הרווחים. פיצוי מעין זה יתכן שאיננו הכרחי על מנת שהעלאת המס תהיה מידתית, אך הוא לבטח יוצר הבטחה שלא תיחשב בלתי מידתית. **לפי מבחן האמצעי היחסי או המידתי** או בשמו הנוסף מבחן המידתיות במובן הצר, יש מחד גיסא לבחון את היקף הפגיעה בזכות החוקתית ומאידך גיסא, את האינטרסים שמצדיקים את הפגיעה, דהיינו, יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין תכלית תיקון החוק האמור ובין מידת הפגיעה בזכות היזמים. זהו מבחן של איזון בין

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler



אינטרסים, ותחת מבחן זה נשקול את חשיבות האינטרס הציבורי שיושג אל מול מידת הפגיעה בזכויות. התועלת שיצמיח תיקון חוק הנפט, התאמתו למציאות העכשווית והעלאת חלקה של המדינה ברווחים מהמשאבים הטבעיים שלה כשמנגד, הפגיעה האמורה בזכויות היזמים מקטינה את הרווחים באופן שאיננו יוצא דופן במישור הבינלאומי ואיננה שוללת מהחברות את הרווחיות של ניצול משאבי הגז והפט עליהן יש להן שטרי חזרה. לאור זאת, אין ספק כי במאזן הנזק מול התועלת גוברת התועלת למדינה על הנזק שנטען שייגרם לחברות הגז.

נובע מהניתוח לעיל שאין לקבל את הפסקנות של הקביעה על-ידי המומחים של חברות הגז שהעלאת המיסוי על רווחי הגז והנפט תהווה פגיעה בזכות הקניין של חברות הגז. יתרה מזו, אם היא אכן תחשב כפגיעה בזכות הקניין, קשה להניח שבג"צ יפסוק הפגיעה איננה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה בהיותה לתכלית ראויה ומידתית. לאור ההצעה להעניק לחברות הגז פיצוי הסתמכות, הקביעה שהעלאת המס מידתית הינה קרוב לוודאית.

ג. סוגיית המיסים

אין חולק על כך שאין זכויות מוקנות לשיעור מס עתידי. יתרה מזו, אפילו אם אפשר היה לפרש את החוק הנפט כהתחייבות של המדינה שלא להעלות מיסים בסקטור הגז, אין בכך על מנת התחייבות שלא להעלות את המיסוי.

שתי טענות מרכזיות הועלו על מנת לפסול העלאת המיסים על רווחי הגז והנפט. הראשונה פוסלת הטלת מס סקטוריאלי והשניה מציגה העלאת המס כרטוראקטיבית ופסולה. נתייחס לשתי הטענות.

מס סקטוריאלי

פרופ' גליקסברג בחוות-דעתו, עומד בהרחבה על שני עקרונות מרכזיים שעליהם מבוססות מערכות המס השכיחות: עקרון היכולת לשלם ועקרון ההנאה.⁵ לגישתו, שולל העיקרון הראשון, עקרון היכולת לשלם, את האפשרות להטיל "מס הכנסה פרטני על הכנסות ממשאבי טבע בכלל ומשאבי הגז בפרט."⁶ מסקנה זו הוא תומך בכך שמערך מיסי משעין אמנם את קביעת בסיס המס על הבחנה בין מקורות ההכנסה השונים, אך איננו מבחין לעניין שיעור המס בין מקורות אלו.⁷

קשה, עם כל הכבוד, לקבל את הפסקנות של חוות הדעת של פרופ' גליקסברג. אכן, מערכות מס נוהגות להטיל מס חברות בשיעור זהה, בלא תלות ב"סוג העיסוק" של

⁵ דוד גליקסברג, הגדלת נטל המס על הפקת הכנסות מגז טבעי בישראל, חוות-דעת שהוגשה באמצעות חברת דלק אנרגיה בע"מ לוועדת ששינסקי, בעמ' 24-38.

⁶ שם, 39.

⁷ שם.

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



החברה: טקסטיל, תעשייה וכו'. יחד עם זאת, עת במשאבי טבע עסקינן, נוהגות מדינות העולם השונות להטיל מס פרטיקולארי על סקטור זה.⁸ פרופ' גליקסברג איננו מתייחס לפרקטיקה זו היות שבחוות-דעתו הוא בוחן את הדין הנהוג בארצות-הברית בלבד.

בישראל, דווקא, בעניין ניצול הגז, על-פי ההסדר שנהוג היה עוד משנת 1952, מהווים התמלוגים מס סקטוריאלי וגם ההכרה בניקוי אזילה מהווה הטבת מס פרטנית.⁹ ישנן גם דוגמאות למיסוי פרטני בסקטורים נוספים, למשל בשוק הסלולאר ישנו מס מחזור מיוחד שמוטל על החברות שהוענק להן רישיון מפעיל סלולארי מטעם המדינה.¹⁰ על-אף השימוש בשמות שונים, מבחינה מהותית, ניתן למצוא "הסדרי מיסוי סקטוריאליים" – הן מבחינת הטלת המס והן מבחינת הקלות המס – המוטלים כל אימת שמוצא לנכון המחוקק לקדם באמצעות דיני המס מדיניות כלכלית.

שיקולי המדיניות הם היבט מרכזי בדיני המס, מאחר שהם מהווים צינור העברת המשאבים המרכזי מהפרט למדינה ולהיפך (באמצעות סובסידיות; קצבאות; פטורים; וכו'), משתמש בהם המחוקק כדי לקדם את המדיניות והערכים המצויים באג'נדה החברתית בכל עת. כיום, עת הופכים משאבי הטבע לנדירים ומנגד לאור הניצול של מדינות המערב את המדינות המתפתחות, נתגברה המודעות לצורך לשמור על אינטרס התושבים בהם. מזווית זו, הענקת נחל גדול יותר לתושבים – באמצעות גביית מיסים ריאליים – משרתת בהחלט שיקול מדיניות זה.

הערה אחרונה לגבי העיקרון השני, עקרון ההנאה. עקרון זה עניינו התפיסה כי על הפרט "לשלם" למדינה בעבור ההנאה שהוא מפיק מהשירותים שהוא מקבל ממנה. ה"תשלום" מתבצע באמצעות המיסים שנגבים ממנו. הכלכלה מכירה במושג של השפעות חיזוניות. מושג זה עניינו בהשפעה הסביבתית והחברתית שגורם בעל עסק. מזווית זו, יש, למשל, להחצין את עלויות הזיהום שגורם מפעל שמזהם את הסביבה על המפעל – שכן, אחרת, ייפול נטל זה על הציבור תוך שלא יקוים עקרון ההנאה, שכן יגרום אותו בעל עסק לזק שלא יכומת במיסים שייגבו ממנו. על-כן, מוצדק להטיל מס סקטוריאלי שמטרתו להחצין נזק זה. הדבר מקובל בדיוק עם מס הבלו שהוזכר לעיל. הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מחפירת הגז הטבעי הינו גדול במיוחד. ניתן רק להביט על BP במפרץ מקסיקו ובדיווחים על קידוחים במדינות שונות של ארה"ב, בהן הזיהום פוגע קשות באיכות החיים. סיכון פגיעה זו באיכות הסביבה, מצדיק אף הוא מס סקטוריאלי כאמור.

⁸ ראו, תמיר אגמון ועמי צדיק, חוות-דעת של מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנושא ניתוח חלק הממשלה מהכנסות נפט וגז בישראל ובמדינות שונות, 20-33 (2010): גליקסברג, שם, 40.

⁹ ראו: חוק הנפט, תשי"ב-1952, ס"ח 109 בעמ' 322 (1952).

¹⁰ ראו: סעיף 54 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982, ס"ח 1060 בעמ' 218 (1982).

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



חקיקה רטרוספקטיבית, אקטיבית או עתידית?

חברות הגז טוענות כי הן תיפגענה, משום שהעלאת המס תחול רטרואקטיבית על הפעילות המצמיחה את ההכנסה שלהן כשפעילות זו כבר בוצעה. בטיעון זה אין ממש. נקודת המוצא של מס הכנסה הינה כי הוא מוטל בגין הכנסה.¹¹ המשמעות האופרטיבית של כך היא כי בהיעדר קביעה נוגדת, יוטל המס רק **לאחר צמיחתה** של הכנסה בידי מפיק ההכנסה.

עם זאת, טוענות חברות הגז כי הן תיפגענה בכך שהעלאת המס תחול רטרואקטיבית על הפעילות המצמיחה את ההכנסה. הטענה מתבססת כנראה על העובדה שתקופת הפעילות המצמיחה מקדימה בשנים רבות את תקופת הפקת ההכנסה. העסקים הקלאסיים בהם מטפל מס הכנסה הם היצרנים ונותני השירות. שני סוגים אלו עניינם הטווח הקצר. כך, למשל, מייצר יצרן מוצר ומוכר אותו. אלו הם תהליכים קצרים יחסית, שברורה מאוד נקודת ההתחלה, הסיום וכמו גם נקודת צמיחת ההכנסה בה היא ממוסה. מבחינה ערכית, לא מתעוררת כל כך בעיה בשל סמיכות נקודות אלו. חברות הגז טוענות שאצלן המצב שונה כאשר מדובר בתהליך פיתוח ארוך, שבו רק לאחר מספר שנות פיתוח ניתן לומר כי המוצר המוגמר מוכן למכירה וניתן לייצרו ולמכרו.

אולם גם במצב זה, הטלת המס על הרווחים איננה רטרואקטיבית. ההכנסה צומחת רק בעת שמבוצעת מכירה. לכן, בכל השנים שקדמו לכך, לא צמחה הכנסה חייבת. אמנם, במשך השנים הללו הוצאו הוצאות רבות, כאשר אין נפקא מינה מה היו שיעורי המס בשנים הללו הואיל וטרם צמחה הכנסה. כך, גם אם נמצא כבר גז וישנה הכנסה רעיונית – שכן, הגז שנמצא שווה כסף רב – כל עוד לא בוצעה מכירה שמצמיחה מטיבה הכנסה, הוא לא ימוסה. העלאת שיעור המס מהווה חקיקה עתידית, כל זמן שהיא איננה "כופה" את השינוי על הכנסות שצמחו קודם להעלאתה.

ניתן להראות שלא תהיה בהעלאת המיסוי תחולה רטרואקטיבית דרך ההיפותזה הבאה: נניח שחברות הגז היו מחליטות "להקדים" הכנסות כדי לשמר את שיעור המס טרם העלאת המס בחקיקה; מה היה אז דין שיעור המס? נסביר. החברות יכולות למכור כבר כעת זכויות אובליגטוריות, קרי הזכות לקבל את הנפט לכשיימצא. דומה הדבר למסחר בסחורות עתידיות. כך, הן מבטיחות לעצמן תזרים מזומנים, ובמקביל תשלום מס בשיעור נמוך יותר – כפי שחל במועד צמיחת ההכנסה, כלומר – כיום. אם אכן היה מדובר בחקיקה רטרוספקטיבית, הרי שגם סיטואציה כזו הייתה ממוסה לפי שיעור המס החדש. ברור לכל כי לא כך יהא ועסקה כגון זו תמוסה לפי שיעור המס הישן.

¹¹ ראו סעיף 2 רישא לפקודת מס הכנסה, הקובע כי "מס הכנסה יהא משתלם... על הכנסתו של אדם... שהופקה או שנצמחה."

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



סיכומה של נקודה, קשה לומר כי המיסוי הינו של הכנסות עבר. עיקר הטיעון של החברות נעוץ בהסתמכות ובעובדה כי ביצעו כבר השקעות, ובכך טמון לכאורה פן רטרופקטיבי בשיעור המס. בטיעון זה אין ממש. יתרה מזו, חברות הגז היו מודעות לאפשרות של שינוי בשיעורי המס העתידיים. כך הן פרסמו בדיווחים שהוציאו לבורסה מעת לעת ואזהרה בגין כך מופיעה בשטרי החזקה.

ד. מישור המשפט הבינלאומי

פרופ' בנבנישתי סבור כי בהעלאת חלקת המדינה ברווחי הגז מעל שיעור התמלוגים הקבוע בחוק הנפט מדובר בהפקעה בלתי חוקית על-פי המשפט הבינלאומי, אשר תחשוף את המדינה לצו מניעה או לפיצויים בטריבונלים בינלאומיים. בנוסף, הוא טוען כי הפיצויים אותם ישראל תצטרך לשלם לא יהיו רק בגין השבת השקעה ("פיצויי הסתמכות") אלא בנוסף פיצוי בגין הפסד רווח עתידי ("פיצויי קיום"). בטענותיו הפסקניות, פרופ' בנבנישתי, שולל מראש אלטרנטיבות ואיננו בוחן אפשרות לפיה כלל לא מדובר בהפקעה וכי אם קיימת הפקעה מדובר בהפקעה חוקית. אלטרנטיביות אלו מוצגות להלן, תוך בדיקת אופי הפיצויים הדרושים על-פיהן.

1. האם במקרה דנן מתקיימת הפקעה?

הטענה לפיה מתקיימת במקרה זה הפקעה היא טענה שגויה או לכל הפחות טענה הניתנת לסתירה. אמנם רגולציה, כפי שמציג פרופ' בנבנישתי, יכולה להיחשב כהפקעה רגולטורית או עקיפה, אך כלל לא ברור שהעלאת חלקה של הממשלה ברווחי הגז ימלא את התנאים לסיווגה כהפקעה רגולטורית. בחוות דעת מפורטת אותה הגיש פרופ' משה הירש לפרקליטות המדינה, אשר בוחן לעומק סוגיה זו, הוא מגיע למסקנה חד-משמעית כי לא מדובר בהפקעה עקיפה (רגולטורית). בחוות דעתנו, עשינו שימוש רב במקורות אליהם מפנה פרופ' הירש ובניתוח המומחה שלו. עם זאת, אין אנו תמימי דעים איתו בכל אבחנותיו.

הפקעה בכלל והפקעה רגולטורית בפרט מתקיימת כאשר המדינה שוללת מבעל נכס את השליטה או השימוש בנכסיו; כשישנה פגיעה בעלת השפעה הרסנית בערך ההשקעה; או כשהרגולציה פוגעת בציפיות לגיטימיות (המבוססות על הבטחה שלטונית) של משקיעים. סימנים מובהקים לביסוס התנאים לא נמצאו במסמכים שהוצגו על-ידי חברות הגז מצד אחד ובהמלצות הוועדה מצד שני.

1. שלילת השליטה או שלילת השימוש:

חברות הגז ימשיכו לשלוט על ניצול הגז באזורי החיפוש בהם הם גילו גם לאחר העלאת גובה המיסוי המוצע. זאת מכיוון שניתנה לבעלי רישיון החיפוש זכות להוציא שטרי החזקה ואין שום דבר בהצעות וועדת ששינסקי אשר יש בו לרמוז על שלילת

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



השליטה של חברות הגז, או שלילת השימוש בנכסיהם על-ידן. כמו כן, אין בהעלאת מיסוי על השימוש בחזקה זו משום שלילת השליטה או השימוש בנכסים.

2. פגיעה בערך ההשקעה:

במקרה דנן, מדובר על הצעה להעלות את שיעור המיסים אשר מוטל על חברות הגז. פסיקה של טריבונאלים בינלאומיים רבים מראה כי למרות שפעולות פיסקאליות, כולל העלאת מיסים, עלולות לפגוע בערך נכסיהם של משקיעים זרים, רק פעולות ממשלתיות הפוגעות באופן מהותי וחמור בהשקעה, המבטלות את כל או רוב הערך של רכוש המשקיע, ייחשבו הפקעה.¹² יישום המושגים האלה מעלה שני בסיסים לסיווג הרגולציה כהפקעה עקיפה: פגיעה מהותית בשליטה בנכס או פגיעה מהותית בשימוש בנכס על-ידי הבעלים.¹³

ישנם פוסקים הסבורים כי העלאת שיעורי מס יכולה להוביל להפקעה עקיפה/רגולטורית (המזכה בפיצוי) רק בנסיבות חריגות, למשל: השינוי בחוק המיסוי גרם לתוצאות שוות ערך להפקעה ישירה:¹⁴ המשקיע איבד את שליטתו ברכוש,¹⁵ ורכושו הפך ל"חסר ערך" מפני שהחוק גרם ישירות לביטול כמעט מוחלט של ערך ההשקעה, או שהחוק ביטל את כל או כמעט כל הרווחים אשר היו צפויים לצמח מהרכוש.¹⁶ כך למשל אנו למדים מהמקרה של *Telenor v. Hungary*, שם קבע הטריבונל שהמס החדש שהוטל בתחום הטלקומוניקציה אינו מהווה הפקעה, וכי המשקיע צריך היה לצפות שינויים בדין המדינה המארכת. כלומר, כדי שהמס ייחשב להפקעה עקיפה עליו לפגוע בצורה חמורה (substantially) בערך כלכלי, בשימוש או בהנאה מהרכוש.¹⁷

במקרה דנן, ניכר שעל שינוי גובה המס המוצע לא קיימת הגבלה מהותית על השליטה או על השימוש בנכס וקל וחומר שלילת השליטה או השימוש בנכס.

¹² OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law 10-11, (2004) available at 'Investment Law <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

¹³ J. Marles, "Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law", 16 J. Transnat'l Law and Policy 275 (2007), esp. at 292; Metalclad Corp. v. United Mexican States ICSID (W.Bank) Case No ARB(AF)97/1 ¶ 41, 107;

¹⁴ Feldman v. United Mexican States, ICSID (W.Bank) Case No ARB (AF)/99/1 , ¶103, 113, 148.

¹⁵ Suez and Vivendi v. Argentina, Decision on Liability of 30 July 2010, ¶145; CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award of 12 May 2005, ¶263; Methanex Corp v. United States, Final Award 44 I.L.M. 1345 (2005) pt IV chap D.

¹⁶ *EnCana Corp v. Ecuador*, LCIA Case No UN3481 UNCITRAL (Canada/Ecuador BIT), Award of 3 February 2006, ¶174.

¹⁷ *Telenor Mobile Communications A.S. v Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 13 September 2006, ¶¶64-65.

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל
Research Center for Integration of International Law in Israel

3. צפיות לגיטימיות:

בכל הנוגע לפגיעה בציפיות הלגיטימיות של המשקיע (רכיב חשוב בדרישת המשבי"ל לטיפול הוגן וצודק – (Fair and Equitable Treatment), נקבע בעבר שלא כל שינוי רגולטורי המשפיע על רכוש המשקיע הזר יהווה הפרה של צפיות לגיטימיות, ופגיעה כזו אינה מתקיימת ככל שהיא נשארת בתחומי השינויים הרגילים שנהוגים במדינות המארחות, ומקובלים במדינות אחרות.¹⁸ יתרה מזאת, יש הפוסקים כי לא די בפגיעה בציפיות לגיטימיות על מנת להוות הפקעה רגולטורית והגורם של הציפיות מתווספת פגיעה בשליטה או בשימוש ומשפיע על מידת הפיצוי.¹⁹

כמו-כן נקבע, כי לא כל צעד ממשלתי הגורר תשלומי מיסוי נוספים מהווה הפקעה עקיפה, ועל המשקיע הזר להיות מודע לכך שהשקעה נושאת עימה סיכונים מסוימים, ובכלל זה תשלומים חדשים למדינה.²⁰ טריבונלים נוספים מדגישים את העובדה שמעצם טבעו של תחום המיסוי, הכללים בו משתנים מעת לעת, ומשקיעים צריכים לצפות זאת.²¹

בעניינו נראה כי ההסדר אינו חורג מהנהוג בשאר מדינות העולם. כך הצהירו שני מומחים בתחום האנרגיה הבינ"ל, Cameron and Kellas, כי העלאת שיעורי המס בתקופה של עליית מחירי הדלק בעולם אינה נדירה כלל, ונעשית לאחרונה במדינות רבות בעולם, בהן אף מדינות מפותחות, וכי תופעה זו צפויה להמשיך גם בעתיד.²²

עם זאת, לא ניתן להתעלם מטענת חברות הגו לפיה חוק הנפט, יכול היה ליצור צפיות לגיטימיות שלא תעמודנה בקנה אחד עם שינוי בשיטת התמלוגים או שינוי מהפכני בשיעורם. אולם לטענה זו אין בסיס מספיק. ככלל, צפיות לגיטימיות נובעות אך ורק מהתנהגות ספציפית והמכוונת לשחקן או לקבוצת שחקנים מסוימת.²³ אכן, ישנם מקרים בהם טריבונלים קבעו שרגולציה ממשלתית מהווה הפקעה רגולטורית כי היא פוגעת בציפיות הלגיטימיות של המשקיעים. אולם, קביעות אלו התבססו בדרך כלל על התחייבות ספציפית ומדויקת של המדינה לחברות התובעות שלא להעלות מיסים או תמלוגים, במסמכים בכתב בין הצדדים, כגון בחוזה.²⁴ בעניינינו נראה שלא

¹⁸ Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 105

¹⁹ Azurix Corp. v. Argentina Republic, ICSID (W.Bank) Case No ARB/01/12 ¶320-22; Mariles, op cit, 304.

²⁰ Telenor v Hungar, ¶64.

²¹ EnCana v Ecuador, ¶173; Feldman v Mexico, Award on Merits 16 December 2002, ¶113.

²² P Cameron and G Kellas, 'Contract and Fiscal Stability: Rhetoric and Reality' - Paper presented at the Association of Intl Petroleum Negotiations International Conference in Edinburgh, September 2008, at p. 1 Available at: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=Contract-Fiscal-Stability_311561174.pdf

²³ Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 296

²⁴ i.e. Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Inv. Corp., Award, Aug. 24, 1978, 56 I.L.R. 258, 291-292 (1980);

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



נכרתה התחייבות חוזית לחברות שלא יועלו המיסים החלים עליהן. בנוסף, למרות שמדובר בחקיקה המכוונת לסקטור הנפט, אין הצבעה על חברות מסויימות. אכן, כפי שנאמר אף בספרות, קשה להניח שזה סביר להסתמך על אמרה רשמית שנעשית ב"אופן כללי" ("in the abstract").²⁵ יתרה מזו, יש להניח שאפילו אם חברות הגז יכלו לטעון לקיומה של ציפייה לגיטימית לשמירת שיעורי התמלוגים, לא ייחשב הדבר ככולל הסתמכות בעניין העלאת שיעור המס. לכן, ככל שמדובר בהעלאה של שיעורי המס שאיננה מהפכנית ובלתי סבירה בהקשר הבינלאומי (כלומר, באופן שאינו מבטל את האפשרות שהמשקיעים יפיקו רווחים מההשקעה), נראה כי אין במקרה זה פגיעה בציפיות הלגיטימיות של המשקיעים.

א. הפקעה רגולטורית חוקית – הדרישה לפיצויים:

אילו התקיימו התנאים להפקעה רגולטורית, קיימות דרכים לביצוע הפקעה שכזו באופן חוקי וזאת על-ידי קיומם של שלושה תנאים מצטברים: **תכלית ציבורית**; **היעדר אפליה**; ו**פיצוי מתאים ומספק**

תכלית ציבורית

ב-712 § US Restatement (3rd) on Foreign Relations Law מצויה הגדרה של תכלית ציבורית:

“[...] bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states [...]”

חקיקה בתחום המיסים הינה אפוא רגולציה לתכלית ציבורית. כפי שנראה/ראינו להלן/לעיל בדיון על דיני המס, אין בהצעה להעלות את החלק של המדינה בהכנסות מהגז משום חריגה מסמכויותיה של המדינה לתכנן את המשטר הפיסקאלי שלה.

היעדר אפליה

ככל הנראה, תנאי זה מתקיים אף הוא. מכיוון שאין המס מוטל באופן שמפלה רק את החברות הזרות בניגוד לישראליות, אין הוא מוטל על חברות קיימות בלבד לעומת חברות שרק נכנסות לשוק, ואף אינה מתקיימת אפליה על בסיסו של לאום חברות מסוים. אכן, לא הועלתה טענה אחרת על-ידי פרופ' בנבנישתי.

Metalpar v. Argentina, ICSID Case No ARB/03/5 (Chile/Argentina BIT), Award of 6 June 2008, ¶¶183-185
25 TJ Gierson-Weiler and IA Laird, 'Standards of Treatment' in P Muclinski, F Ortino and C Schreuer (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, Oxford, 2008) 259, 277

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler



פיצוי מתאים ומספק

פרופ' בנבנישתי סבור כי בהכרח תתקיים הפקעה רגולטורית אם תוגדל חלקה של הממשלה ברווחי הגז. מכך הוא מסיק כי יהיה על המדינה לפצות את החברות בשל אבדן רווחיהן העתידיים הצפויים ("פיצויי קיום"). אולם, קשה לקבל מסקנה זו היות שרק במקרים של הפקעה לא חוקית הפיצוי שיינתן הוא פיצוי קיום. לדעתנו, היות שהתנאים של תכלית ציבורית ושל היעדר האפליה מתמלאים, אין אפשרות סבירה לקבוע על-פי כללי המשב"ל כי מדובר בהפקעה בלתי חוקית.

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen

פרופ' הירש בדעה שלא חלה על מדינת ישראל החובה לשלם פיצוי כלל וכלל, כלומר לא פיצוי הסתמכות ולא פיצוי קיום. הוא מבסס מסקנה זו על ההנחה שאין בהעלאת חלקת המדינה ברווחי הגז הפקעה בכלל ולכן המדינה לא חייבת בתשלום פיצוי. אכן, קיים סיכוי סביר מאוד כי בנסיבות המקרה לא מתקיימת הפקעה רגולטורית. אולם לשם זהירות, נבחן את חובת הפיצוי כאילו העלאת המיסוי הינה הפקעה חוקית. השאלה היא, האם גם במקרה של הפקעה רגולטורית חוקית - כלומר הפקעה לתכלית ציבורית וללא אפליה - מחוייבת המדינה לשלם פיצוי? אם התשובה לשאלה זו חיובית, הרי שהפיצוי הוא לכל היותר פיצוי על ההשקעה ("פיצוי הסתמכות") ולא פיצוי קיום. כלומר, בקיומם של שני האלמנטים האחרים – תכלית ציבורית והיעדר הפליה - אזי מדובר על הפקעה רגולטורית חוקית והפיצוי הוא השבה בלבד ללא תשלום פיצוי קיום.²⁶ בהמלצות ועדת ששינסקי, מוצעים פיצוי הסתמכות, דהיינו, מציעים להשיב לחברות 150% מהשקעתן בטרם ייכנסו לתוקף תעריפי המיסוי החדש – היטל המס, ועל-כן, הפיצוי הינו משתמע מהמלצות הוועדה.

יתרה מזו, ישנו בסיס התומך בדעה כי אין חובה לשלם פיצוי כלל במקרה של הפקעה רגולטורית לתכלית ציבורית. בבחינת סעיף 1110 של הסכם NAFTA מגיע טריבונל זה, כמו גם טריבונלים אחרים, למסקנה זו.²⁷ מנגד, קובע המלומד Malles כי אין בלשון הסעיף כל אינדיקציה לכך שקיומה של תכלית ציבורית גוברת על הדרישה לפיצוי הוגן. בהמשך מאמרו הוא אף מציין שקיימת גישה לפיה בהתקיים תכלית ציבורית ראויה, אין צורך בתשלום פיצויים (לרוב בהקשר של תכלית סביבתית), אך לדעתו ישנה בעייתיות רבה בטענה זו, שהרי אפילו אם ההפקעה נובעת מסיבות מוצדקות, אין בכך הצדקה שלא לפצות את המשקיע באופן הולם.

נובע מניתוח זה, שיתכן שאין שום חובה על המדינה לשלם פיצוי, על בסיס הקביעה שאין בהעלאת המיסים הפקעה בכלל או על פי פסיקה במשב"ל שגם במקרה שיש הפקעה רגולטורית, אם היא לתכלית ציבורית, אין חובת פיצוי. מסקנה זו איננה

²⁶ Feldman, ¶98 – לדיון נרחב בסוגיה, כמו גם הפניות לפסקי דין בנושא, ראו Malles, op.cit., pp.308-311

²⁷ גם ראו לעניין זה גם Malles op.cit., p.294

International board:

H.E Judge (Ret.) Prof. Thomas Buergenthal
Prof. M. Cherif Bassiouni
Prof. Irwin Cotler
Prof. Anne Bayefsky
Prof. Laurence Boisson de Chazounes
Prof. Christine Chinkin
Prof. Marc Cogen
Prof. Timothy McCormack
Prof. Thomas Oppermann
Prof. Steven Ratner
Prof. Philippe Sands
Prof. Torsten Stein
Prof. Daniel Thurer
Prof. Joseph Weiler

Executive Committee:

Prof. Frances Raday – Chair
Prof. Ruth Lapidot – Founding Chair
Prof. Orna Ben – Naftali
Prof. Yuval Shany
Prof. Aeyal Gross
Dr. Iris Canor
Dr. Amichai Cohen



מוצקת ועל פי הגישה הזהירה ביותר, אם יש הפקעה לתכלית ציבורית, על המדינה לשלם פיצוי הסתמכות בלבד.

ה. סיכום

חוות הדעת שגויסו על-ידי חברות הגז ממומחים בענפים שונים של המשפט שותפות למסקנה כי העלאת התמלוגים או המיסים על-ידי הממשלה תהווה מעשה שלא כדין שדינו להיפסל בערכאות מקומיות או בערכאות בינלאומיות. חוות דעת אלו טרם פרסום המלצות הביניים של ועדת שניסקי, ויתכן שאילו היו נכתבות לאחר המלצות אלו, המומחים היו ממתנים חלק מהשגותיהם לאור ההמלצות להעלות את חלקת המדינה בחקיקת מיסוי ולהעניק פיצוי הסתמכות. אולם אין בחוות הדעת אינדיקציה לסייגים על קביעותיהם ולהבחנות בעניין שינוי במיסוי ולא בתגמולים או בעניין משמעות של מתן פיצוי.

כפי שהוצג בנייר זה, יש לדחות את פסקנות הקביעה של מומחי חברות הגז בכל אחד מתחומי המשפט לחוד וכמסקנה מצטברת של כולן יחדיו. סביר להניח שהעלאת המיסים לא תהווה פגיעה בזכות הקניין. ואולם, אף אם תוכח פגיעה בזכות הקניין, היא תהיה חוקתית בהיותה לתכלית ראויה ומידתית, בייחוד אם יוענק פיצוי על השקעות החיפוש. סביר להניח שהמיסוי לא ייחשב רטקוראקטיבי או פסול בהיותו סקטוראלי. סביר גם להניח שהעלאת המס לא תהווה הפקעה בניגוד למשפט הבינלאומי; לפחות בתנאי שישולם פיצוי הסתמכות מספק ואולי אפילו אם לא ישולם פיצוי כלל.

בעצרת הכללית של האו"ם נקבע שלכל מדינה עומדת זכות שאינה ניתנת להעברה על משאבי הטבעיים. הפרטת המשאבים הטבעיים של כל מדינה ובכלל זה מדינת ישראל, לא צריכה להיעשות בקלות בלתי-נסבלת, כפי שנעשה הדבר בעבר במשאבי הפוספט וכיום במשאבי הגז והנפט. על המדינה לקבוע את חלקה בהכנסותיה העתידיות ממשאבי הטבע שלה על-פי אמות מידה מאוזנות. המלצות הועדה הן צעד ראשון בדרך לחלוקה מאוזנת שכזו. צמיחה כלכלית לא מתבטאת רק בתוצר (GDP) אלא גם בחלוקת העוהה הלאומית בצורה נכונה ומושכלת. במדד "הפיתוח האנושי" (HDI), משוקללים מדדי חינוך, בריאות ושוויון, מדדים שקובעים את איכות החיים של אזרחי המדינה. אם לא תהיה השפעה חיובית על ה-HDI של ישראל, השקעת חברות הגז בהפקת גז ונפט תהיה חסרת משמעות לכלל אזרחי המדינה ולא תביא שגשוג כלכלי. יתרה מזו יש להיזהר מהפגיעות האפשריות הסביבה שעלולות לנבוע מקידוח לגז ונפט ולמנוע החצנת עליות הבטיחות והפיקוח.