

א. "צדק צדק, תרדף"¹

"...יהא בכך משום עוול ואי-צדק לאדם אשר בתומו רכש זכויות בסמכו על הדין שהיה נוהג אותה שעה'. 'החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה הנוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק'. חקיקה רטרואקטיבית נוגדת 'מושגים מקובלים של צדק', והחזקה נגד חקיקה זו דרושה 'למען עשיית צדק, ומניעת פגיעה בזכויות שנרכשו'. חקיקה רטרואקטיבית, כותב פולר, היא 'מפלצתית'. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבינאישיים, וזו נפגעת על ידי חקיקה רטרואקטיבית. היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט."

כך מתאר נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), כבוד השופט פרופ' אהרון ברק את הסלידה מפני חקיקה למפרע, בספרו פרשנות במשפט, כרך ב', עמוד 619 (ראו גם אסמכתאות שם). דברים דומים חוזרים על עצמם בפסיקתו של כב' בית המשפט העליון חדשות לבקרים.

"When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog..."

מתוך דבריו של הפילוסוף ג'רמי בנת'הם, אבי התורה התועלתנית, בדבר הפסלות שבחקיקה רטרואקטיבית והשוואתה למשפט הכלבים².

הציניקנים עלולים לצקצק בלשונם ולהקל ראש ב"צדק". אין טעות גדולה מזו. הצדק הוא אבן יסוד לתורת המשפט:

"הצדק הוא מנשמת אפו של המשפט בישראל. הוא האידיאל המופשט אליו חותרת מערכת המשפט. הוא "מבטא את ההסדר האידיאלי ביחס למשפט כמערכת כללים בינאישיים. הוא קנה המידה הערכי של המשפט" (פרופ' י' אנגלרד, מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) בעמ' 42).

אף בחקיקה פזורות למכביר הוראות בהם הפך הצדק מעקרון-על החולש על השיטה, לנורמה משפטית ספציפית. כך, לדוגמא, קובעת פסקת עקרונות-היסוד, הקבועה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "זכויות היסוד של האדם... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" ולפיה תהא מדינת ישראל מושתתת, בין היתר, על יסוד הצדק.

¹ ספר דברים, פרק ט"ז, פסוק כ.

² Jeremy Bentham, *Truth versus Ashhurst*, In The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring, vol. V, 235 (Edinburgh, Tait; London, Simpkin, Marshall; 1843).

בהכרעו בריבו של האזרח עם הרשות הוסמך בית המשפט שלא להושיט סעד לנפגע על אף קיומה של עילה בדיון, אם ראה שמן הצדק לעשות כן. ברוח זו קובע סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, כי "בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעניינים אשר הוא רואה לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית המשפט או של בית דין אחר".

ענפי המשפט הפרטי מסתעפים מן הצדק. בדיני החוזים תופסים צדק והגינות מקום נכבד.³

הצדק (ההגינות) הוא לא רק יסוד מוסד במשפט בכלל אלא גם במשפט הבינלאומי. כך למשל, באמנת הידידות בין ישראל לארה"ב (FCN) רבים הם ביטויי הצדק, אף אם לא במילה המפורשת, כמוסבר בהרחבה בחוות דעתו של פרופ' בנבנישתי. השימוש הצודק והראוי הוא המפתח לקיום נאות של האמנה ולהימנעות מקיפוח זרים. אליבא דאמנה, "הצדק וההגינות מנצחים", כשם שמשפט האמנה "מנצח" את המשפט הישראלי המקומי (שם). על פי עקרונות של צדק והגינות יישק דבר האמנה.

ואכן, בענייננו, עסקינן בפגיעה פוטנציאלית בצדק ובדין: ברטרואקטיביות אסורה (פרק ג' להלן); בפגיעה בזכויות מוקנות (פרק ד' להלן); בפגיעה באינטרס ההסתמכות (פרק ה' להלן); בפגיעה בקניין (פרק ו' להלן); בפגיעה בזכויות חוזיות (פרק ז' להלן); בפגיעה במשפט הבינלאומי (פרק ח' להלן); בפגיעה בהיבטים מיסויים (פרק ט' להלן); וכל כיוצא באלה עניינים של צדק ומשפט, כפי שיפורטו להלן ויורחבו בחוות הדעת המצורפות.

ב. אקדמת מילים וכללי משחק הוגנים

1. מזה עשרות בשנים נעשים ניסיונות חרס חוזרים ונשנים לגלות נפט וגז בתחומי מדינת ישראל. ההשקעות בחיפושים הן אסטרונומיות, הסיכונים בלתי נתפסים, ועדיין, חרף ההיסטוריה הבלתי מבטיחה, ממשיכים היזמים לחלום ולקדוח. כל אותן שנים נסמכו נוטלי הסיכונים ומשקיעי הממון על הוראות חוק הנפט, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הנפט**"), בו נקבעו "כללי המשחק" החוקיים, החוקתיים ("זכות הקניין") וההסכמיים של חלוקת "עוגת הגז" (אם וככל שתהיה תגלית). היזמים-המסתכנים הסתמכו על כללי משחק אלו והשליכו את יהבם על אופן חלוקת העוגה המוסכם. כך, למשל, שנה שר התשתיות, מר אפי איתם, בעניין זה⁴: "לא נהוג ששר בממשלה בא לוועדה בכנסת ונראה כמי שמתנגד לממשלה, מבחינת מה שנחשב לסדרי מנהל תקין. לפעמים בדיונים כאלה הולך לאיבוד נוכח-נפקד חשוב מאד וזה השכל הישר, שבאתי להיות הסניגור שלו. תנאים של השקעה קשורים לשוק חופשי ושוק חופשי קשור לפרספציות – איך נראה

³ דנ"א 2401/95 **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**, פ"ד (4) 661, פס' 12 לפסק דינו של כבוד השופט א' גולדברג (1996).

⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 533 של וועדת הכלכלה, הכנסת ה-15, 4 (12.11.2002).

המשק שבו הולכים להשקיע את ההשקעה הזאת. אם מישהו בא לארץ להשקיע השקעות ענקיות מהסוג שנדרש בחיפוש נפט, אסור בשום אופן ליצור אווירה או תחושה שבמוצאו את הדבר הנדיר הזה, יבואו וישנו את התנאים, שגם כך הם עתירי סיכון וממון, וידרשו ממנו כסף שהוא לא חשב שיהיה כלול בהשקעה שלו" (אשר לסוגיית ההסתמכות והפגיעה בה, ראו בפרק ה' להלן).

ודוק: השר איתם אמר את הדברים בשנת 2002, לאחר שמשרד התשתיות החל בהליך בחינה מעמיק ומקיף של מדיניות התמלוגים המוטלים על הפקת נפט וגז בישראל. בחינה זו החלה בשנת 2000 ונשלמה רק בשנת 2006; ובסופה, כידוע, הוחלט "לפתוח את הים" - ולא לשנות את שיעור התמלוגים הקבועים בחוק הנפט או את המדיניות הפיסקאלית בקשר עם סקטור האנרגיה.

2. בעת האחרונה, אחרי למעלה מ-50 שנה, נתגלה גז בכמויות מרשימות במיוחד ומשהתגלה, עט משרד האוצר על "ההזדמנות" וחוכך בדעתו, באמצעות וועדה נכבדה זו, אם יהיה זה ראוי, חוקי, חוקתי וסביר לנפץ את המוסמכות, לשַׁבֵּר את החוקים, לְשַׁבֵּשׁ את כללי המשחק המקומיים והבינלאומיים ולהפוך את קערת ההסתמכות והציפיות על פיה, תוך פגיעה ביזמים ובעלי זכויות הנפט (רישיון או חזקה)⁵ למיניהם.

3. לא למותר להזכיר, כי אין המדובר במשאב מדינה "אמיתי". "מדף היבשת" בו נתגלה הגז איננו "ממש" מדף יבשתי ישראלי. הוא נמצא הרחק מעבר ליבשה והרחק מעבר למים הטריטוריאליים של מדינת ישראל. הוא נמצא באזורים "האקס טריטוריאליים" המכונים "מים כלכליים", מכוח חוק מימי החופין תשי"ז-1965. די אם נאמר, כי המשאב הלאומי איננו "לאומי" במובהק; הוא, אם בכלל, "משאב לאומי רחוק" ולא "משאב לאומי קרוב ומובהק". גם בכך יש כדי להשפיע על שיקול הדעת של וועדה נכבדת זו.

4. אם וככל ששיח הוועדה וסדר יומה סובב בשינוי המדיניות הפיסקלית צופה פני עתיד, ביחס למקבלי רישיונות עתידיים - ניחא; אבל, ביחס למחזיקי רישיונות קיימים ומכל שכן בעלי רישיונות קיימים ומוצלחים, רחוקה ופסולה הדרך.

5. בפרקים שלהלן ניתן יהיה להיווכח בתוצאות הכלכליות והמשפטיות הבאות:

5.1. שאלה גדולה היא אם הגיוני ונכון מבחינה כלכלית לשנות את המדיניות הפיסקאלית ביחס לנפט וגז במדינתנו הקטנטונת, גם כשמדובר ביחס לרישיונות חדשים בלבד (שהרי, ברישיונות קיימים לא ניתן לפגוע כפי שיוסבר להלן בנייר עמדה זה). שאלה זו היא רבת פנים, שהרי מבקשת המדינה לעודד יזמים לאתר תגליות נפט וגז ולתמריץ אותם לעשות כן. שיעור התמרוץ ומידתו אינם פשוטים כלל ועיקר, גם לא כיום, בוודאי לא בעבר, כפי שעולה (ועוד יעלה) מחוות הדעת הכלכליות. אף אילו נכון היה לשקול העלאת שיעור

⁵ על פי סעיף 1 לחוק הנפט, "זכות נפט" פירושה רישיון או חזקה.

התמלוגים ביחס לרישיונות חדשים, הרי שהעלאת השיעור, אם בכלל, צריכה להיות מתונה ומדודה.

5.2. העלאת שיעור התמלוגים - בוודאי אם, חלילה, יועלו ביחס לרישיונות קיימים - עלולה לגרום בהסתברות גבוהה להעלאת מחירים, לחוסר יציבות פיסקאלית ולהרחקת משקיעים זרים אשר בשל המצב הגיאוגרפי בישראל, ממילא נמנעים (בחלקם) מהשתתפות במיזמי חיפוש נפט וגז בה. בשל מבנה השוק הישראלי "יתגלגל" נטל התמלוגים והמיסים על ציבור הצרכנים הישראלי (עמד על כך שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, אך לאחרונה⁶: *"בבחינת שיעור התמלוגים הנהוג בישראל ובצורך בשינויו יש לזכור כי העלאת שיעור התמלוגים תשורשר בחלקה למחיר לצרכן"*), ועלול להסיט את מצבורי הגז למדינות אחרות, שלא לטובתה של מדינת ישראל ועל כורחם ולמגינת לבם של היזמים, לרבות מרשותינו. העלאת שיעור התמלוגים כאמור תיצור אפליה קשה עוד יותר לטובת "הגז המצרי" (ראו פרק ט' להלן).

5.3. הגדלת שיעור התמלוגים על בעלי רישיונות קיימים, ומקל וחומר על בעלי רישיונות קיימים שתגליתם וציפיית תגליתם בידם, תהיה מעשה פסול מבחינת ההגיונות, פסול מבחינת הדין הבינלאומי ופסול מבחינת הדין הישראלי, ולו רק (אך לא רק) בהיותה פגיעה **רטוראקטיבית** או **רטרוספקטיבית** בזכויות מוקנות וקנייניות, באופן בלתי חוקתי (ובלתי מידתי, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וקניינו) - שם, בסעיף 3).

5.4. העלאת שיעור התמלוגים תפגע פגיעה קשה באינטרס ההסתמכות המוגן של בעלי הרישיונות הקיימים (ושותפיהם), תערער את מערכת היחסים בין המדינה ובין מחפשי ומפיקי נפט וגז בישראל, וסופה שתפגע פגיעה ממשית (ולא נחוצה כלל) בשוק האנרגיה הישראלי.

5.5. העלאת שיעור התמלוגים תפגע גם **בציבור בעלי המניות** (בעלי יחידות ההשתתפות) שהשקיע (במישרין ובעקיפין) במיזמי הנפט והגז.

5.6. פגיעה בזכויות המוקנות תסתור גם בעליל את עקרונות המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי גם יחד ועלולה להיגרר לבירור בטריבונלים בינלאומיים, שהעקרונות שהם שמו לנגד עיניהם, על פי התקדימים הקיימים, סותרים מגמת שינוי בשיעור התמלוגים, זולת אם תופנה לבעלי רישיונות עתידיים.

5.7. גם ניסיון לשימוש עקלקל ופתלתל בדיני המיסים, כדי לעקוף את איסור העלאת שיעור התמלוגים - לא יצלח וגם לא יהיה ראוי. מיסים, כרגיל, אינם סקטוריאליים ובוודאי שלא נועדו להגשים (באופן מלאכותי ובעקיפין) את הכוונה הבלתי צליחה לשנות את שיעור

⁶ מתוך תשובתו של שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, לשאלתא של חברת הכנסת שלי יחימוביץ מיום 11.4.2010.

התמלוגים. צאו וראו שהדבר נכון שבעתיים כשהמדינה פועלת כמעין פיסקוס (גוף כלכלי, "בעלת" משאב כלכלי, במישור המשפט הפרטי), מחד גיסא וכריבון, נוגס מס, המבקש לשפר את "ההתקשרות הכלכלית" במאכלת המיסים הריבונית, מאידך גיסא. הדבר מגיע לכדי ניגוד עניינים פנימי.

לא היינו מקדישים לכך דברים אלמלא פורסמה אפשרות זו בכלי התקשורת. איננו מאמינים שוועדה נכבדה כמותכם, תיתן ידה לדרכים עקלקלות כאלה.

על כך ועוד, כאמור, בפרקים שלהלן, שישתמכו על חוות דעת כלכליות ומשפטיות למכביר, שטיוטות חלקן מצורפות בזה (ראו סעיף 66 להלן).

ג. רטרואקטיביות כמידה מגונה - פגיעה בצדק ובדין

6. אין צריך לתאר לאנשים מלומדים ומנוסים כחברי וועדה נכבדה זו, את הרתיעה המשפטית המובנית, כמו גם המוסרית, מפגיעה רטרואקטיבית בציפיות לגיטימיות, מקעקוע ההסתמכות ומהפרת ההסכמה (המעוגנת בחקיקה). דברים כדורבנות בעניין זה תמצאו בשתי המובאות (מיני רבות) אותן ציטטנו בפרק הראשון של נייר זה. שלל אסמכתאות מאלף תמצאו גם בחוות דעתם של פרופ' מיגל דויטש (מומחה למשפט אזרחי ודיני קניין) ושל פרופ' יואב דותן (מומחה למשפט מינהלי וחוקתני) המצורפות לנייר עמדה זה. כל המומחים שחוות דעתם מצורפת, סבורים שהעלאת התמלוגים או שינוי מיסוי סקטוריאלי יהוו שינוי רטרואקטיבי בלתי נאות:

"מערכת המס אינה יכולה לרפא את האיסור על שינוי רטרואקטיבי של התמלוגים באמצעות הגדלת נטל המס. אין זה מתפקידה של מערכת המס להעביר מקורות מגורמים מסוימים בציבור למדינה, כאשר מכשירי העברה אחרים אינם פועלים עקב מגבלות מהותיות החלות עליהן. לדעתי, שימוש במערכת המס כדי לרפא את הפגם הרטרואקטיבי הוא שימוש פסול והוא אינו חוקתי".

(פרופסור גליקסברג בסעיף 8.3.13 לחוות דעתו).

"שינוי שיעור התמלוגים יפגע בקניין זה פגיעה בעלת אופי רטרואקטיבי. עמדת המוצא העקרונית היא כי חקיקה רטרואקטיבית הפוגעת בקניין היא פסולה. שלל מקורות מגדיר חקיקה מעין זו כנוגדת ערכים בסיסיים ואוניברסאליים של שלטון החוק, הגינות וצדק... בהיות ערכים אלה חלק ממהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית, הרי שבהיעדר שיקולים חריגים בעלי משקל מאוד מיוחד, אין חקיקה כזו יכולה "לעבור בשלום" ... ודינה בטלות".

(פרופסור מיגל דויטש בסעיף 74 לחוות דעתו).

"חקיקה שתתיימר לשנות את שיעור התמלוגים לגבי זכויות נפט קיימות (קרי, כאלו שנוצרו באמצעות הענקת רישיונות חיפוש לפני כניסת חקיקה כזו לתוקף) היא חקיקה למפרע, המסכלת באופן חמור את הציפיות המשפטיות והעסקיות של היזמים ופוגעת פגיעה קשה בשווי של זכויות הקניין שבידיהם.

אשר על כן, חקיקה כזו - אם תחוקק - עומדת בניגוד לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, לרבות עקרון שלטון החוק. חקיקה כזו גם אינה יכולה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משום שהיא נכשלת כמעט בכל אחד ממבחני המשנה של אותה פסקת ההגבלה כמפורט לעיל בחוות דעת זו"

(פרופסור יואב דותן בסעיפים 92 ו-93 לחוות דעתו).

הפגמים שתוארו לעיל ביחס להעדר תכלית ראויה להפקעה משליכים גם לגבי חוסר המידתיות ואי-הסבירות של שינוי אפשרי במשטר התמלוגים. גם אם התכלית של הגדלת נתח המדינה בעוגת משאבי הגז שנתגלו תיחשב לתכלית ראויה, הגשמתה בדרך של פגיעה בזכויות שכבר הוקנו איננה מידתית ואף אינה סבירה מהטעמים שצויינו לעיל... פגמים אלה מהווים הפרות נוספות של החובה ליחס הוגן [העומדת למשקיעים זרים במשפט הבינלאומי - הח"מ]."

(פרופסור איל בנבנישתי בסעיף 114 לחוות דעתו).

גם שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, סבור ששינוי רטרואקטיבי הוא בעייתי בענייננו; ראו את דבריו במענה לשאלתא שהציגה חברת הכנסת שלי יחימוביץ' ביום 11.4.2010:

"... אנו מבצעים בחינה של שיטת המיסוי בהשוואה למדינות דמוקרטיות שונות ועל בסיס הבחינה נשקול אם יש מקום לשינוי בשיטת המיסוי **לתגליות עתידיות**. חשוב לציין כי **שינוי רטרואקטיבי של השיטה עבור רישיונות שכבר ניתנו ובוצעו בגינם השקעות הוא בעייתי משפטית ועקרונית**".

ראו עוד מדבריו בראיון טלוויזיוני בתוכנית "יומן אירועים" ששודרה בערוץ 1 ביום 21.5.2010:

"הבהרתי גם עם הפירסום על הקמת הועדה שהמסקנות אם יהיו שינויים **יחולו על התגליות מכאן ולהבא, ולא על מה שכבר התגלה**".

וגם חבר הוועדה הנכבדה, מנהל רשות המיסים מר יהודה נסרדישי, צוטט במסגרת כתבה בעיתון כלכליסט מיום 10.8.2010, כמי שאומר:

"אני לא חושב שיעלו מס רטרואקטיבית על קידוחי הגז... [ובהמשך - הח"מ] תפיסת העולם שלנו לגבי מס חברות, שמשפטנים מאשרים אותה, היא כזו הגורסת שאם מגדילים - מגדילים לכולם".

7. לא למותר להפנות בהקשר זה גם לסעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, אשר בחלקים הרלוונטיים לעניין קובע כדלקמן:

"ביטולו של דין **אין כוחו יפה** -

...
(3) **להשפיע על זכות** או חיוב שלפי הדין המבוטל ועל עיצום בשל עבירה עליו"

"הזכות" הנזכרת בס"ק 3 יכולה להיחשב אותה "זכות מוקנית" ו/או אותה "זכות חוזית" ו/או אותה "זכות קניינית" אשר התגבשה לבעלי הרישיונות כבר בעצם הענקתם, להגיע לחזקה בנכס נפט ולשלם תקרת תמלוג של 12.5%. ביטול הוראה זו (ובכלל זה שינויה), או בענייננו, הגדלתו של שיעור התמלוג, כמוהו כביטול השיעור הקודם, או במילים אחרות: כמוהו כ"השפעה על זכות" (כלשון ס"ק 3 לעיל) ומכאן שאין הזכות מתבטלת אלא מתמשכת. עמד על כך פרופ' ברק⁷:

"אין בישראל הוראה חוקתית בדבר איסור חקיקה רטרואקטיבית. אין גם כל הוראת חוק - בדומה לזו המצויה בסעיף 2 לקודקס האזרחי הצרפתי - הקובעת מפורשות כי חוק מחייב רק לעתיד. אולם **קיימת הוראה חקיקה הקובעת תוצאות דומות ביותר**. זוהי הוראת סעיף 22 לחוק הפרשנות... ההוראה קובעת, כי ביטולו של החוק הישן אינו משפיע על פעולות שנעשו על-פיו, אינו משפיע על זכות או על חיוב..."

8. רטרואקטיביות היא גם, לפרקים, כמעט בתור שכזאת, בלתי מידתית ואיננה עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הישראלי ועם המשוכות שנקבעו בגידרו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת ההגבלה") לעניין פגיעה בקניין. הדברים, כמדומנו, מובנים מאליהם.

9. בענייננו ובעניינים של היזמים המסתכנים והקודחים במעמקי הים, הדברים נכונים ביתר שאת, מקל וחומר בן בנו של קל וחומר. הציפייה הלגיטימית שהמדינה תכבד את ההסכמה של כללי המשחק "העוגתיים" המקופלת בחקיקה; ההסתמכות על רישיון שהוא בעל אפיונים הסכמיים; ההשקעות האסטרטגיות והסיכונים העצומים שנוטלים עליהם אותם יזמים, בעלי זכויות, בעלי רישיונות וזכויות מוקנות, המכלכלים את צעדיהם על פי אותה הסכמה ועל פי "אמנת נפט"

⁷ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני - פרשנות החקיקה 613 (1993).

שבחוק הנפט - כל אלה מחייבים את כיבוד הציפיות, את כיבוד ההסתמכות, את כיבוד החוק ואת ההימנעות מפגיעה רטרואקטיבית בכללי המשחק הקיימים.

10. אם יארע חלילה שינוי בשיעורי התמלוגים של בעלי הרישיונות הקיימים, וכל שכן "המגלים" (קידוחי 'תמר', 'דלית' ו'לויתן'⁸), יִשָּׁנָה הדבר חד צדדית ובאורח מקפח וחמסני, את תוצאותיה של פעולה שכבר נשלמה - ועל כן נאמר עליו שהוא רטרואקטיבי ופסול. כמוהו כשינוי רטרואקטיבי של תוכן הזכות המרכזית ב-"כללי הרישיון" או כשלילתו וביטולו של הרישיון (שהוא כרגיל בלתי נסבל ובלתי אפשרי, כפי שעוד יסופר להלן).

11. הרתיעה מרטרואקטיביות בולטת עוד יותר ביחס לחוקים, הסכמים ואמנות המיועדים לתמרץ יזמים לאתר ולנצל משאבי טבע ('**ידמת הפסול שבשינוי שיעור התמלוגים כאשר הייתה הסתמכות על חוק שבא לעודד את הפעילות הנדונה היא חריפה יותר באופן מובהק. אין זה מתקבל על הדעת כי החקיקה תעודד בני אדם ליטול על עצמם סיכונים כבדים ביותר למען מטרה המועילה לכלל, וכאשר מתממש הסיכוי שבצד הסיכון, תבוטל הנורמה המעודדת, ויינטל הסיכוי או חלקו**'), כותב פרופסור מיגל דויטש בסעיף 29 לחוות דעתו המלומדה. שינויו של החוק בדיעבד, לרעת היזמים, ישמוט את המסד התמריצי עליו מונח החוק ועלול להרתיע יזמים מפני השקעות עתידיות בפיתוח ובניצול אוצרות הטבע. דחיקת רגליהם של היזמים היא לאו דווקא (אם כי גם) מפאת הגדלת שיעור התמלוגים, אלא בעיקר מחמת אי היציבות הפיסקאלית, מחמת הרטרואקטיביות הגסה ועקב חוסר היציבות והתזזיות הפיסקאלית בתחום הראוי לעידוד ולתמרץ. שינוי פיסקאלי לבעלי הרישיונות הקיימים, יהווה מעין הפקעה או הלאמה. כבר ציינו לעיל, שאיננו חפצים להידמות למדינות שכאלה. איננו כאלה, ולא נהיה כאלה.

12. הנה כי כן, מדינת ישראל בכבודה ובעצמה פנתה בשנת 2002 לייעוץ בינלאומי ביחס לאפשרות העלאת תעריפי התמלוגים ונענתה, כי אין לעשות כן באופן רטרואקטיבי. דברים כדברנות נכתבו למדינה (ועבור המדינה) בזו הלשון:

"... The general point needs to be made that applying a new, more severe tax system to existing investments will lead the industry to discount the future stability of any terms that are applied. An industry at the early stage of development of the Israeli industry should focus on building trust and stability, which has considerable value to investors, and maximising future income by encouraging more activity.

...

To summarise, our general recommendation on retroactive application of fiscal terms is that we strongly advise against doing so. Retroactive

⁸ ככל שמדובר בנייר זה, בלויתן ואו ברישיונות לויתן, הכוונה היא לכל פרוספקט רציו ים, ורק לצורך נוחות הלשון השתמשנו בשם הבדיד.

application of the Petroleum Tax will deter investors and increase the perceived of risk of future adverse retroactive changes which will take a very long time to cancel out."⁹

דברים נכוחים אלה נכתבו על רקע כוונתה של המדינה בשנת 2000 לבחון את המדיניות הפיסקאלית של עידוד תחום הנפט והגז. בין השאר, בקשה ממשלת ישראל ליטול עצה ממומחים לדבר בניכר (שהרי רק שם מצויים, או לפחות רק שם היו מצויים, מומחים לתחומים אלה). פנתה אפוא המדינה לחברת IHS הנ"ל וקיבלה את תשובתה המקיפה, שרק חלק ממנה מצוטט דלעיל ומדבר בעד עצמו וכנגד הפגיעה הפיסקאלית הפסולה ברישיונות קיימים ובאופן רטרואקטיבי.

13. דומה שגם יו"ר הוועדה הנכבדה, פרופ' איתן ששינסקי, דוגל בהשקפה הפוסלת החלת מיסוי רטרואקטיבי. וכך התבטאה וועדת המומחים לרפורמה במס הכנסה ליחידים בדו"ח שהגישה לשר האוצר בפברואר 1988, שבראשה עמד פרופ' ששינסקי (שם, בעמ' 30):

"אי החלה רטרואקטיבית של חוקים הוא עיקרון תחוקתי מקובל ומן הראוי להחילו גם על שינויים בחוקי מס הכנסה. אנו מאמצים כלל זה בכל ההמלצות... כאמור כל השינויים המומלצים יחולו רק על חסכונות והפרשות שיבוצעו לאחר התאריך הקובע להחלת הרפורמה. כלומר, כל ההכנסות הנובעות מחסכונות או מהפרשות שנעשו לפני היכנס הרפורמה לתוקפה יחויבו במס לפי הכללים שהיו נהוגים בעת ביצוע החיסכון או הפרשה..."

על האופי הרטרואקטיבי של תמלוגים או מיסים, אם יומלצו על יד הוועדה, ראו בסעיף 6 לעיל.

14. כעולה גם מחוות הדעת המצורפות ומאלה שעוד יצורפו, ספק אם פגיעה ביזמים על דרך שינוי פיסקאלי כלפי בעלי זכויות נפט קיימים תעמוד במבחן הביקורת השיפוטית והחוקתית והיא גם לא ראויה כשלעצמה, אף אילו הייתה "עוברת" את הרף המשפטי. תהיה זו חקיקה בלתי מוסרית ומוקצית בראיית המשפט הישראלי מזה ובפריזמת ההגנות והאמנות במשפט הבינלאומי (על המשפט הבינלאומי, ראו להלן) מזה.

אם וככל שיהיה מקום להמליץ על שינוי פיסקאלי מכאן ואילך, יהיה צורך להבהיר כי סעיף התחולה יוציא מגדרו את בעלי זכויות הנפט הקיימים.

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", ראו להלן על החשש לפגיעה בזכויות מוקנות.

⁹ IHS Energy Group, *Economics & Consulting Business, Fiscal System for Petroleum Exploration and Production (Task A)*, Undertaken for the Office of the Petroleum Commission Ministry of National Infrastructures, Israel, 59-60 (2002).

ד. "הקודחים בדמעה (ובסיכון) ברינה (ובהסכמה) יקצורו" -

על הפגיעה בזכויות מוקנות

15. קיימת הבחנה מתחום המשפט המינהלי בין האפשרות לבטל או לשנות רישיון קיים שהוענק והתגבשו בו זכויות מוקנות (כפי המקרה דכאן) לבין רישיון שטרם הוענק. המבחנים לאי הענקת רישיון מקלים בהרבה מהמבחנים לביטול רישיון שהוענק (רישיון שיש בו כרגיל גם מאפיינים חוזיים). אחת הוענק רישיון, מחויב מעניקו להימנע מלבטלו או לשנותו אלא מטעמים מיוחדים וקיצוניים, מה שאין כן עובר להענקת הרישיון (השוו: י. זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ב' 1002 (1996)). שינוי רישיון או תנאי מהותי מתנאיו או מתוצאותיו המשפטיות, כמוהו כביטולו בהפרה. בענייננו עסקינן ברישיונות שכבר הוענקו, ועליהם, ורק עליהם, סובב נייר עמדה זה.

16. לית מאן דפליג, כי אחת קיבל פלוני רישיון קידוח, הוא הפך לבעל זכויות קנייניות מוקנות ומוגנות. הזכות המוקנת מהווה חלק אינטגרלי מן הרישיון, החובק בקרבו, ללא תנאי, את הפיכתו של הרישיון ל"חזקה" בנכס נפט (במובנו של סעיף 26 לחוק הנפט), עם תגלית הקידוח. הרישיון הוא אפוא, "המסלול הירוק" לקבלת חזקה בנכס נפט לצורך הפקה ואין מה שימנע את אותה חזקה (Lease). שלב הרישיון עצמו, הוא הוא, כשלעצמו, מגבש זכויות מוקנות ובתור שכאלה גם מוגנות. **"...הרישיון והחזקה - חד הם. המדובר בשני שלבים של אותו תהליך אופרטיבי; שני מרכיבים של אותה זכות משפטית."** (סעיף 30 לחוות דעתו של פרופ' יואב דותן)¹⁰.

17. מיאוסה של הרטרואקטיביות במשפט משיקה גם למיאוסה של הפגיעה בזכויות מוקנות. על זכות קנויה זו אמר הפרופ' דויטש (בחוות דעתו המצורפת, בסעיף 61), כי **"מדובר בזכאות עוצמתית, הראויה להגנה עוצמתית"**.

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", מזכויות מוקנות לחשש הפגיעה באינטרס ההסתמכות, כמוסבר בפרק ה' להלן.

ה. פגיעה באינטרס ההסתמכות המוגן (והמוגבר) של בעלות הרישיון

18. בנוסף להגנה על זכויות מוקנות (שעניינן נדון לעיל), מקנה שיטת המשפט הישראלית הגנה איתנה לגופים שונים שהסתמכו על חיקוקים, הבטחות ומצגים של המדינה, כדברי נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק: **"אחד מערכי היסוד של שיטתנו הינו אינטרס ההסתמכות של הפרט"**¹¹. יתר על כן: ההסתמכות, לפי דין, ראויה להגנה אפילו אין היא נתמכת בזכות מפורשת.

¹⁰ הפרקטיקה היא שהיזמים "פורשים" מתחם של שטחי רישיון נוספים בקרבתם של אתרי החיפוש והקידוח. בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 283-284 (2004) (להלן: **"פרשת גניס"**).

עמד על כך - בין היתר - כב' השופט פרופ' י. זמיר בבג"ץ 5496/97 אשר מרדי נ' שר החקלאות, תק-
על 2001(2), 130, 134 (2001):

"ההתנגדות לתחולה למפרע של הנחיות נובעת בעיקר מן הרצון להגן על
אינטרס ההסתמכות או, לשון אחר, על ציפיות ראויות. ההגנה ניתנת, בדרך
כלל, לזכויות מוקנות. אולם בנסיבות מסוימות אינטרס ההסתמכות, או הצורך
לכבד **ציפיות ראויות**, מצדיקים מתן הגנה גם לאינטרס שאינו מגיע כדי זכות
במובן המקובל, או לאינטרס שטרם התגבש לזכות כזאת".

19. הגנת ההסתמכות - כמו גם החזקה כנגד תחולתן של פעולות הריבון למפרע - נתבססה בדין
הישראלי והועמקה עד למאד **בפרשת גניס**, בעמ' 261-262, שם נאמרו הדברים הנאים הבאים:

"...על רקע כל אלה, נתקשה ללכת בעקבות פירוש המציע לנו להתעלם מכל-
וכל מן **ההיבט המוסרי והחברתי** הכרוך **בהפרת ההתחייבות שנטלה**
המדינה על עצמה, דהיינו: הפרת ההתחייבות להעניק מענקים למי שהלך
בדרך שהתווה לפניו המחוקק בהוראת סעיף 6ב. **אם כך תנהג המדינה**
דרכיה, מה יאמר היחיד ומה יאמר הכלל? אם פרנסי המדינה - אלה
היושבים בבית-המחוקקים - כך יתכחו להבטחות שהבטיחו
ולהתחייבויות שנטלו על עצמם, מה יעשו ומה יאמרו בני-הקהילה? אכן,
נתקשה לקבל שהמחוקק כך יסוב על עקביו, כך יתכחש להתחייבותו
כלפי היחיד, כך יזנח באמצע הדרך מי שהלך בעקבותיו. מדינה ראוי לה
כי תנהג עצמה **בדרך הישר**, כי תקיים התחייבויות שנטלה על עצמה, וחזקה
על מדינה כי כך נוהגת היא. עיקרי-מהות אלה מתרגמים עצמם לשפת
הפרשנות, וכמסקנה נדרשת מכאן נדע כי **התחולה למפרע של הוראת סעיף**
20 לחוק ההסדרים לא יועדה מעיקרה - כמעט אמרנו: אין בכוחה - לחול
על מי שהסתמך על הבטחת המחוקק ושינה מצבו בעליל".

20. והנה, כל הטעמים המצדיקים הגנה על אינטרס ההסתמכות מתקיימים - ובמשנה תוקף - בענייננו
אנו: בעלות הרישיון הסתמכו על מערך חקיקה **מתמרץ** הנוהג מזה עשרות בשנים (ואשר הוחלט,
שוב, אך לאחרונה, **שאין לשנותו**); במרוצת השנים ניתנו לבעלות הרישיון הבטחות (לפחות
משתמעות) לפיהן אין כל כוונה לשנות את מערך החקיקה או את המדיניות הפיסקאלית הנוכחית;
על יסודם של חיקוקים, מצגים והבטחות אלה עלה בידי דלק ואבנר לגייס למלאכת החיפוש תאגיד
בינלאומי דוגמת נובל אנרגי (להלן: "**נובל**"); ועל יסודם של חיקוקים, מצגים והבטחות אלה
הוציאו בעלות הרישיון סכומי עתק (שעודם רחוקים מהשבה וכיסוי) בחיפוש ובהפקת נפט וגז.

להלן נעמוד על כמה ממאפייניה של הסתמכות מוגברת זו:

20.1. **שמירה על מדיניות עקבית מני שנת 1952:** עיקרי מדיניות המיסוי בתחום חיפוש והפקת הנפט והגז בישראל נקבעו עוד בשנת 1952 (עת נחוק חוק הנפט), ולא שונו מני אז. ראו את הדברים שנאמרו על ידי השר פנחס לבון בדיון במליאת הכנסת בקריאה השנייה והשלישית על חוק הנפט (ביום 25.8.1952):

"לפי דבריהם [הכוונה לדברי המסתייגים לאישור החוק - הח"מ], אפשר לחשוב שהנפט כבר מזנק ממעינות רבים בארצנו. המצב הוא קצת אחר, הנפט אולי נמצא בבטן האדמה, ואולי אינו נמצא, ואולי נמצא בכמויות קטנות, שאי אפשר לנצלן למטרות מסחריות. למעשה, הם מציעים לכנסת לאשר חוק אשר יבריא את מחפשי הנפט, ואשר לא יעורר בהם כל עניין ואינטרס לחפש נפט בארצנו".

אכן, המשכיותה רבת-השנים של מדיניות המיסוי בתחום הפקת חיפוש הנפט והגז בישראל לא היתה פרי גחמה או הזנחה: בין השנים 2000 ל- 2006 בחנה המדינה ממושכות את מדיניותה זו (ואף ניפקה צו שאסר על הנפקת רישיונות חדשים באותה תקופה), אך הגיעה, בסופו של יום, לכלל מסקנה שאין כל טעם בשינויה. ראו את הודעת משרד התשתיות בהחלטה על פתיחת הים מחדש מיוני 2007: "לפני כשנה, משרד התשתיות פתח מחדש את הים לחיפושי נפט וגז טבעי, עם חתימתו של שר התשתיות בן אליעזר על צו המאפשר את פתיחת הים לחיפושי נפט. הצו החדש שנחתם ביטל את הצו הקודם, מיוני 2000, אשר סגר את הים לחיפושי נפט. סגירת הים נבעה, בזמנו, מצורך של משרד התשתיות לדבוק אפשרות שינוי בחוק הנפט, אשר היה אמור להגדיל את התמלוגים לקופת המדינה בעקבות תגליות הגז הטבעי מול חופי אשקלון ועזה ב-2000-1999". היתה זו, אם כן, החלטה מודעת של הרשות לדבוק באותה מדיניות קיימת, מוצהרת ובת-הסתמכות - וממילא יש בה לחייב את המדינה.

עצם עצירת מתן רישיונות במהלך "תקופת הבדק" מלמדת אל-נכון, כי המדינה סברה (ובדין סברה כך), שכל מי שיקבל רישיון יהא "חסין" מפני שינוי פסיקאלי, וכדי להימנע מלהיקלע לסיטואציה "חסונה" זו, עיכבה מתן רישיונות עד לגמר ליבון הצורך (או אי-הצורך) בשינוי פסיקאלי צופה פני עתיד.

20.2. **קבלת הבטחות (לפחות משתמעות) לפיהן לא יעשה כל שינוי מדיניות:** במרוצת השנים ניתנו לבעלות הרישיון הרגעות - בכתובים ועל פה - לפיהן המשטר הפסיקאלי החל עליהן

יישאר בעינו. הבטחות אלה¹² - שנצטרפו למדיניותה הרשמית של המדינה - ביססו את הבנתן, אמונתן והסתמכותן של בעלות הרישיון על יכולתן - לכאורה - להתפרנס מחיפוש ומהפקת נפט וגז בהינתן כללי משחק ידועים מראש.

כך, למשל, נפגשו נציגי מרשותינו (ביום 3.2.2010) עם מר חיים שני - מנכ"ל משרד האוצר - והלה הבטיח אותם, כי לא ישונה המשטר הפיסקאלי החל ביחס לבעלי זכויות נפט קיימות.

20.3. **וכך, למשל, לאחר ההכרזה על כינוס הוועדה הנכבדה פנו מרשותינו (ביום 27.5.2010) לשר התשתיות הלאומיות, ד"ר עוזי לנדאו, בבקשה לקבל הבהרה, כי "... לא יעשה שינוי במערכת הפיסקאלית ביחס לזכויות נפט שכבר ניתנו ביום הקמת הוועדה". בתשובה, ראה השר להשיב למרשותינו (ביום 30.5.2010), באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי אין כוונה לתת יד לשינוי בדעיבד של המשטר הפיסקאלי החל על יזמים שקיבלו זכויות נפט עובר לכינוס הוועדה. על סמך הבהרה זו המשיכו מרשותינו בהשקעת ממון בפיתוח מתחמי "תמר" ו-"דלית" ובאקספלורציה של אזורי הרישיון. גיוסה של נובל למאמץ: כאמור גם בפרק יא' להלן, לא קלה היא דרכו של מחפש הנפט והגז הישראלי המחפש לו שותף (בעל ידע או ממון) להפקת נפט וגז בישראל. הסכמתה של נובל - שותפתן הזרה של דלק ואבנר - להירתם למאמצי החיפוש וההפקה בישראל (עניין לא אלמנטרי כלל ועיקר) ניתנה - בין היתר ובעיקר - בהסתמך על החיקוקים, המצגים וההבטחות שהוצגו בפניה ונמסרו לה אותו מועד (שאינן כל טעם או צידוק לשנותם היום, ודאי ודאי שלא למפרע)¹³. כך, בין היתר, פרסם בשנת 1999 שר התשתיות דאז - מר אליהו סוויסה - הזמנה למשקיעים זרים (ונובל בכלל זה) להשקיע ממון ומרץ בפיתוח משאבי הנפט והגז של ישראל לנוכח המשטר החוקי והרגולטורי המיטיב (לכאורה) הנוהג בישראל, **תוך שהוא מציג בפניהם "תחשיב הטבות" לילך בו**¹⁴.**

20.4. **הסתמכות רוחב (I):** חיפוש נפט וגז הוא, כאמור, הרפתקה עתירת-סיכון ועתירת-הון; רבים הם חיפושי הסרק וקידוחי השווא - ומעטות הן התגליות המסחריות. לכן, המודל העסקי של חברות החיפוש והקידוח מניח סבסוד עסקי רוחבי: באר מניבה אחת צריכה לכסות (לדידו של הקודח) את מכלול עלויות חיפושיו וכישלונותיו (הגבוהות, מאד) ברחבי העולם כולו. התערבות למפרע בהכנסות אותן יפיק בעל רישיון מבאר מניבה אחת משמעה

¹² ראו למשל, דברי שר האוצר דאז לוי אשכול בפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-2, 8 (25.8.1952): "אנשים העושים זאת מקבלים עליהם את הסיכון, אנחנו מסתפקים ב-12.5% והרי לו ידענו שימצאו נפט לא היינו מסתפקים בכך". (אך לא ידענו).

¹³ עד כמה שוק חיפושי הנפט והגז בישראל אינו אטרקטיבי - ועד כמה נכונותה של נובל לבוא ולקדוח בישראל אינה אלמנטרית - תעיד הצעה אותה הגיש בשנת 1985 שר התשתיות והאנרגיה (דאז), משה שחל, ל - HEI Oil and Gas Limited Partnership האמריקנית (להלן: "HEI"), במסגרתה ראתה המדינה להציע ל - HEI מענק כספי נדיב (מאד) והקלות והטבות נוספות, ובלבד שהאחרונה תיאות להירתם למיזם חיפוש נפט בישראל.

¹⁴ Oil Exploration In Israel: Legal & Fiscal Aspects, The Ministry of National Infrastructures (7.8.1999).

משיכת הקרקע תחת המודל העסקי הבסיסי שלו - ופגיעה חמורה בהסתמכותו הממשית (ועתירת ההון).

20.5. **הסתמכות רוחב (II):** גופים העוסקים בחיפוש ובהפקת נפט וגז אינם פונים לקידוח בארות

טרם יזכו ברשיונות חיפוש נוספים בשטחים הצמודים לאתר הקידוח (תוך יצירת "מארג" של שטחי רישיון נוספים). מתודה זו מבטיחה, כי אפילו תימצא באר אחת חרבה (במתחם בו סיכויי הגילוי אינם אפסיים) - יכול שקידוח סמוך לה (באותו "מארג" רישיונות) יתברר כמעין שופע. כך, אין לך הסתמכות על שטח רישיון אחד שאינו כרוך, למעשה, ב"מארג הסתמכויות" החובק שטחים סמוכים. ופשיטא, אם כן, שכל הרישיונות הסמוכים זה לזה כולם "מארג" הסתמכות אחד, המושתת כולו על חיקוקים, הבטחות ומצגים שהועלו בפני הקודחים - ויש ליטול את כולו בחשבון בעת בחינת הנזק שיגרם לבעלות הרישיון משינוי במדיניות הפיסקאלית.

20.6. **השקעת הון עתק:** בעלות הרישיון השקיעו - עד כה - הון עתק בחיפוש נפט וגז בלב הים, בתנאים (ובמעמקים) המצויים, פחות או יותר, בקצה גבול היכולת הטכנולוגית המוכרת. השקעות אלה - במאות רבות של מיליונים - די בהן כדי ללמד על הסתמכותן של בעלות הרישיון על הבטחות המדינה וחיקוקיה.

20.7. **"אין חדש תחת השמש הבינלאומית":** ישראל מעולם לא היתה יעד אטרקטיבי להשקעות הון זר בתחום האנרגיה, וגם משטר התמרוץ הנוהג אצלנו משנת 1952 לא שינה - לדאבון הלב - מצב דברים זה. גם כיום אין אנו רואים תור ארוך של תאגידים בינ"ל דוגמת נובל מתדפקים על שערי המדינה ומבקשים לקבל רישיונות או היתרים. שיעור התמריצים הקיימים איננו מהווה, אפוא, אבן שואבת מספיק חזקה כדי שנוח על זרי הדפנה ונקצץ בשיעורי העידוד. אילו היה משתרך תור ארוך של חברות בינלאומיות כאמור, כי אז ניתן היה לחשוב על שינוי מדיניות פיסקאלית ביחס לרישיונות חדשים. לדאבוננו, לא זה המצב הגיאופוליטי והכלכלי בישראל בענף עתיר סיכונים זה. לכן, ספק אם יש מקום להידרש לבחינת המשטר הפיסקאלי בענף בו עסקינן.

21. אינטרס ההסתמכות קיים גם, למשל, בחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, שגם בו לא הרהיבה המדינה עוז לשנותו או לתקנו ביחס לגופים המומרצים שכבר "נכנסו לתוכנית" (במילים אחרות, לא היתה פגיעה רטרואקטיבית פסולה).

22. נסכם, אם כן, נקודה זו: בעלות הרישיון הסתמכו הסתמכות רחבת היקף, עתירת הון, רווית סיכונים וארוכת שנים על יכולתן להפיק מבארות נפט או גז שימצאו (לכשימצאו) הנאה וריווח כדין. הסתמכות זו עומדת בפני עצמה (על אחת כמה וכמה בשים לב לנסיבות העובדתיות האופפות אותה), ובעלות הרישיון זכאיות להגנה נמרצת עליה.

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", ראו נא להלן מאינטרס ההסתמכות - להגנה מפני פגיעה בזכויות קנייניות וחוקתיות (כאמור בפרקים שלהלן).

ו. אי-חוקתיות הפגיעה בקניין של בעלות הרישיון

23. הרישיונות שניתנו למרשותינו ולאחרים הם גם משום קניין המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה, בסעיף 3 לו, כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (להלן: "חוק היסוד"). משמעותו של "קניין" בהקשר זה זכתה לפירוש מרחיב בפסיקה הישראלית, במסגרתו ניתנה הגנה חוקתית לקניינם הפרטי של תאגידים (דוגמת דלק ואבנר), והמונח "קניין" הוגדר ככולל כל זכות רכושית שהיא, בין זכות חפצא ובין זכות גברא, בין "זכות מוקנית" ובין ציפייה גרידא (וראה עוד, לעניין זה, בג"ץ 1398/07 ד"ר יעל לביא-גולדשטיין ואח' נ' משרד החינוך - הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל ואח', תק-על 2010(2), 1738 (2010). קיומו של רישיון חיפוש אשר מביא בכנפיו באופן אוטומטי גם זכות חזקה והפקה מנכס נפט (עם/אם תגלית נפט או גז) הוא הנותן שהרישיון כשלעצמו - קל וחומר רישיון בו הושקעו משאבים וסיכונים (וביתר שאת אם כבר מתגשמת התגלית או ציפייתה הקרובה) - מהווה קניין ראוי להגנה ואסור בפגיעה.

24. פשיטא אפוא, שהזכויות המוקנות לדלק ולאבנר מכוחו של חוק הנפט הן משום "קניין" אשר אין פוגעין בו. ודוק: חוק היסוד נוקט בלשון "פגיעה" בקניין ולא בלשון "נטילת" קניין, ללמדנו שההגנה החוקתית על הקניין הפרטי רחבה היא ונוקשה (ואין היא קמה רק מקום בו מתבצעת נטילה שלטונית, אלא די בפגיעה).

25. ככלל, כאמור, אין לפגוע בקניין. היוצא מן הכלל נעוץ בסעיף 8 לחוק היסוד, המגדיר את התנאים בהם ניתן יהא לפגוע בקניין הפרטי: אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא (א) בחוק (ב) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, (ג) שנועד לתכלית ראויה ו-(ד) במידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. ארבעה תנאים מצרפיים אלה - כמשתמע גם מחוות דעתם של פרופ' יואב דותן ושל פרופ' מיגל דויטש - אינם מתקיימים בעניינן של מרשותינו, בעלות הרישיון (ולמעשה, בענייננו לא מתקיים אף לא אחד מהם):

25.1. **אי הלימה לערכי המדינה: (א)** שינוי למפרע של תנאי הרישיון - אשר יחול על בעלות הרישיון - אינו עולה בקנה אחד עם חובת הריבון לנהוג בהגינות ובשוויוניות כלפי הפרט. ערכי משפט המדינה הוא להימנע ולהירתע מרטוראקטיביות. כך במשפט המקומי, כך במשפט ההשוואתי וכך גם במשפט הבינלאומי המנהגי והאמנותי גם יחד; (ב) חקיקה רטוראקטיבית משנה את "כללי המשחק" הדמוקרטיים, ושומטת את המסד מתחת לוודאות וליציבות הפעולה השלטונית והאזרחית כאחד. התנהלות חקיקתית "מפלצתית" שכזו (ראו המובאה מדברי בנת'האם בפרק א' לעיל) איננה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ("ערכים" לעניין זה אינם, כמובן, ערכים חומריים).

25.2. **היעדר תכלית ראויה:** העשרת קופת המדינה אינה משום "תכלית ראויה" המצדיקה, לכשעצמה, פגיעה בקניין הפרטי. עמד על כך בית המשפט העליון בבג"ץ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, תק-על 2006 (4) 3675, 3689 (2006): "מאפייניה של התכלית הראויה הינם כי היא "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל... כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית - כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות - התכלית צריכה להגשים **מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ**". מיותר כמעט לומר, שבענייננו אין בנמצא "מטרה חברתית מהותית" או "צורך חברתי לוחץ" שיש בהם להצדיק פגיעה חמורה בקניין הפרטי של דלק ואבנר. נהפוך הוא - בענייננו ישנה בנמצא "מטרה חברתית מהותית" ו"צורך חברתי ובינלאומי לוחץ" - שיש בהם להצדיק אי פגיעה.

25.3. **אי-מידתיות:** כעולה גם מחוות דעתם של פרופ' יואב דותן ופרופ' מיגל דויטש, פגיעה מידתית בקניין היא שאלה ערכית ולא נומינלית, המחייבת התחשבות במצבם השונה ובנסיבותיהם הייחודיות של נפגעים שונים. התחשבות כזו מחייבת הבחנה בין דלק ואבנר (העומדות יחד עם המחזיקים הרבים בהן על סיפה של באר - וקרובות ללגום הימנה) לבין יזמים חדשים, שזה מקרוב באו, המבקשים לקבל היתר מוקדם לחיפוש נפט לפי סעיף 7א לחוק הנפט. אשר על כן, גם לו יוחלט לשנות את המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז טבעי בישראל, יוחל שינוי זה על מבקשי רישיונות חיפוש חדשים - ולא על בעלי רישיונות וחזקות בפועל (דוגמת דלק ואבנר).

אי המידתיות גם בולטת אל מול ההפליה לטובה שמקבלת ספקית הגז ממצרים (חברת EMG), זו האחרונה מוגנת מפני שינוי המדיניות הפיסקאלית מכח התחייבות שלטונית של מדינת ישראל כלפיה. מדוע ייגרע חלקן של מרשותינו?

25.4. **"חוק":** ? : כזכור, רק בחוק שעומד בקריטריונים נוקשים של ערכי מדינה, תכלית ראויה ומידתיות, ניתן - כיוצא מהכלל - לפגוע בקניין (ותנאים אלה אינם מתקיימים בענייננו, כמוסבר לעיל). פרופ' דותן מגדיל לעשות ומבהיר, ש"חוק" אשר יתיימר לפגוע בקניין בנסיבות עניין זה, כלל איננו "חוק" במובנו של סעיף 8, ונשמט אפוא כל בסיס חוקי לפגיעה בקניין. חוק רטרואקטיבי, שאיננו חובק נורמה רחבה אלא ממוקדת וספציפית איננו מסוג החוקים שמכוחם ניתן להתגבר על פגיעה בקניין. יותר משהוא חוק, הוא הסכם. ראו סעיף ג' לתמצית חוות הדעת (וראו עוד שם, בסעיפים 64-70):

"חקיקה כאמור איננה עומדת בדרישה החוקתית שלפיה הפגיעה בקניין צריך שתיעשה "בחוק" על מנת שתעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. זאת משום שחקיקה רטרואקטיבית שנחקקת במיוחד על מנת להגדיל את

התגמולים של היזמים הספציפיים בגין מספר קטן ומוגדר של מיזמי גז קיימים אינה עומדת בדרישת הכלליות, שהיא מרכיב חיוני של עקרון שלטון החוק המעוגן בביטוי האמור שבפסקת ההגבלה".

מחרים מחזיקים אחריו (או לפניו) בעניין זה גם פרופ' דוד גליקסברג (בסעיף 9.3.2 לחוות דעתו המיסויית, בהסתמכו גם על משנתו של פרופ' אהרון ברק) והפרופסורים אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שאף מבהירים, כי:

"עקרון שלטון החוק, במובנו המהותי, מחייב כי הנורמות הקבועות בחקיקה יהיו כלליות ("אוניברסליות") במהותן: הן אמורות לחול על קבוצה בלתי מסוימת של אנשים, המאופיינת לפי תכונות מסוימות. "חקיקה פרטית", המכוונת לאנשים מסוימים - בין אם הם נמנים במפורש בשמותיהם ובין אם מדובר בהגדרה שהיא כללית למראית עין בלבד, אך מכוונת למעשה לאנשים מסוימים - עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק"¹⁵.

26. מן האמור לעיל נמשכת המסקנה, כי לא רק שהזכויות שנרכשו למרשותינו מכוח חוק הנפט הן קניין מוגן, אלא שאין בנמצא טעם מוכר ולגיטימי לפגוע בזכויות אלה. ההיפך הוא הנכון: כל פגיעה בזכויות האמורות תחתור תחת ערכי המדינה, תקעקע עקרונות יסוד של ממשל תקין ותביא לפגיעה רחבה בהרבה מהתועלת (המסופקת והמצומצמת) שתצמח ממנה ותהיה בלתי מידתית בעליל.

27. הנה כי כן, התנאים לקיומו של החרג הנעוץ בסעיף 8 לחוק היסוד, שנועדו "לשקם" את הריסותיה של החקיקה הפוגענית בקניין, אינם מתקיימים; אף לא אחד מהם. לא יפלא, אפוא, שפרופ' דותן מגיע למסקנה הנחרצת, כי:

"כל שינוי בשיעור התמלוגים שיוחל על זכויות נפט שנוצרו לפני החוק הוא בלתי חוקתי." (שם, בסעיף 91).

"מסקנתי היא שלכנסת אין סמכות חוקתית - במסגרת חקיקת היסוד - לשנות למפרע את שיעור התמלוגים ביחס לזכויות נפט קיימות." (שם, בסעיף 95).

כזו היא גם דעתו של פרופ' מיגל דויטש.

ובבחינת "עוד זה מדבר (ופוגע) וזה בא", ראו נא להלן על האספקט החוזי.

¹⁵ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 287-288 (מהדורה שישית, 2005).

ז. הפרספקטיבה ההסכמית - "חוזים יש לקיים" (ואסור להפר)

28. ההיבטים המוסריים והמשפטיים שמנינו לעיל מתנקזים אלי מסקנה אחת: "אל-תשִׁלְחוּ יָדְכֶם אֶל-קְרִישִׁיּוֹן (הַמַּעַר), וְאֶל-תַּעֲשׂוּ לוֹ, מְאוּמָה", שהרי: הרישיון מוגן מפני רטרואקטיביות; הוא מוגן מפני פגיעה בזכויות מוקנות; הוא מוגן מכוח אינטרס ההסתמכות; הוא מוגן מכוח אינטרס הציפייה; הוא מוגן בהיותו קניין חוקתי (ועל אלה כבר עמדנו לעיל בקצירת האומר), והוא גם מוגן בהיבטו ההסכמי, שלו מיועד פרק קצרצר זה.

29. אכן, יש לחוק הנפט גם אופי הסכמי בולט. לא פחות משהוא חוק, הוא הסכם (מעין מיזם משותף - Joint Venture) בין המדינה לבין היזם. באותו חוק-הסכמי רואים השותפים את הקצאת המשאבים וחלוקת התפוקות שביניהם. המדינה מעמידה לרשותו של היזם את הרישיון לקדוח במים רחוקים ומעניקה לו את (מעין) הזכות לחכירה בנכסים לא לה (לפחות לא באופן מובהק), לכשתהיה תגלית. זוהי תרומתה המסחרית של המדינה למיזם המשותף. המדינה, למעשה, נטולת סיכון מכל סוג. אפילו את הנכס הימי היא איננה מסכנת. ואילו היזם מתחייב להשקיע את ממונו, מרצו וניהולו בחיפוש תגליות נפט וגז על אחריותו, על חשבונו הבלבדי ועל סיכונו האמיתי והממשי. מאזן המשאבים והסיכונים "ההסכמי" נוטה כמעט לכמאה אחוז לחובתו של היזם.

30. במיזם משותף זה, החליטו הצדדים שאם וככל שתהיה תגלית, יהיה נתחה של המדינה בתפוקות, כדי 12.5% (התמלוגים) (המדינה תהנה גם משאר מיסים). זוהי "חלוקת העוגה" המוסכמת בין שותפי המיזם כקבוע עלי דין. התמלוגים הם מעין דמי חכירה שמשלם היזם החל מקבלת החזקה בנכס הנפט מתוך תפוקות הנפט או הגז לפי העניין.

"כללי המשחק" ההסכמיים הללו, שהם ביסודם "כללי המיזם המשותף" (בהם פועלת המדינה כמעין פיסקוס מחכיר) לא ניתנים לשינוי בתוך תקופת הרישיון או החזקה. אין להעלות על הדעת שבעסקה מסחרית זו יכול הריבון, שהוא צד לעסקה מסחרית, לשנות את ההסכם בלא הסכמה הדדית שבין כל הצדדים לו (לרבות ובעיקר בעלות הרישיון).

ראו לעניין זה את דברי שר האוצר דאז, לוי אשכול, בפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-2, 8 (25.8.1952):

"אנשים העושים זאת מקבלים עליהם את הסיכון, אנחנו מסתפקים ב- 12.5% והרי לו ידענו שימצאו נפט לא היינו מסתפקים בכך".

ללמדך, שהמדינה הביאה בחשבון את הסיכון הכרוך בחיפושי הנפט והגז ואת חוסר הוודאות הכרוך בהם, ולאחר ששקלה את הדברים החליטה על תנאי ההתקשרות והצהירה עליהם בחוק. והנה, 58 שנים מאוחר יותר, נמצא הגז, והמדינה מבקשת לשנות סדרי בראשית שהיא עצמה קבעה.

דברים אלה זכו לחיזוק נוסף באחרונה, עת החליט משרד התשתיות לפתוח את הים מבלי לשנות את שיעור התמלוגים (לעניין זה ראו סעיף 20.1 לעיל).

31. הרישיון לובש, אפוא, מחלצות הסכמיות וראוי להשקיף על שינוי תמלוגים (שינוי דמי החכירה, באנלוגיה) גם כהתערבות חוזית פסולה, שהיא, הלכה למעשה, הפרת חוזה שמתבצעת על ידי המדינה בכבודה ובעצמה. עם התנהלות שכזו לא תסכינה מרשותינו, והאמת ניתנת להאמר שלא עולה על דעתנו שהמדינה תלך בדרך זו. זוהי מדינה מספיק הגונה, מספיק תמתי לב ומספיק אחראית, כדי לעשות בכל מאודה שכדבר הנפסד הזה - לא יארע.

32. על כח עמידתו של חוזה עמד בית המשפט העליון בהקשרים אחרים (לא עלינו) בע"פ 4912/91 **ירון תלמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 581, 623 (1993):

"חוזה שנכרת והוא מחייב על-פי הדין שחל בעת כריתתו, יחייב את הצדדים לו גם אם נשתנה לאחר מכן החוק ועימו נשתנו התנאים המוקדמים לכריתתו של חוזה (ובכפוף לתקנת הציבור); עוולה שנעשתה לא תיפסק מהיותה עוולה אך באשר לאחר מעשה בוטל אותו ראש-עוולה, ולהיפך: מעשה שלא עלה כדי עוולה בעת עשייתו, לא יהפוך עוולה אך באשר לאחר מעשה קבע המחוקק אותו מעשה כעילה לעוולה; ועוד ועוד."

33. המחשבה הנוכחית לבחון אפשרות לשנות - חד צדדית - את גובה התמלוגים משול, כאמור, לניסיון מאוחר לשנות את תנאיו המסחריים של חוזה לאחר שאחד הצדדים לו קיים את חיוביו כמעט במלואם. כלום יעלה על הדעת, שלאחר שהיזמים (הצדדים לעסקת ה-Joint Venture עם המדינה) הגיעו בממון רב ובסיכונים אדירים אל התגלית או אל סיפה של התגלית, תחליף המדינה את כובעה "הפיסקוסי", תחבוש תחתיו כובע של ריבון ותנסה להעלות את שיעור התמלוגים (או המיסים) על מנת לבצע בדיעבד מקצה שיפורים (הפרתי) בהסכם? ניסיון כזה, ברי לכל, אינו צודק, אינו עולה בקנה אחד עם דיני החוזים או דיני עשיית העושר, וודאי שאין הוא הולם את ערכי המדינה - הנאמנה על נכסי הציבור - שמצופה ממנה לנהוג בסטנדרט גבוה במיוחד של יושר עסקי וריבונות.

34. לאופיו ההסכמי של הרישיון (גם ההסכמי) ראו גם חוות דעתו של פרופ' דויטש בסעיפים 6-10, המדברת בעד עצמה.

35. לעיתים נדירות מאמץ לעצמו המשפט את דוקטרינת "ההשתחררות השלטונית", כדי לאפשר למדינה לחמוק מחוזה מכביד מטעמים ציבוריים כבדי משקל. אך אין זה המקרה המתאים, כלל ועיקר. אפילו ביחס לדוקטרינה זו (שהיא יותר ליברלית מענייננו) אין אפשרות לחמוק מקיומם של תנאי המיזם המשותף. כך, למשל, נפסק בע"פ 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 481, 527-528 (2005):

"....אין לקבל את טענת המדינה, כי שיקולי תקציב מצדיקים לשחררה ממילוי התחייבות החוזה. הלוא המדינה נוהגת להתקשר בחוזה רשות רבים, שיש להם משמעות תקציבית נכבדה; ואין כמובן יסוד לקבל שבשל משמעותו התקציבית של חוזה תוכר יכולתה של המדינה שלא לקיימו. המתקשרים עם המדינה בחוזה מאמינים ומצפים שהמדינה תקיים את חיוביה וכי לא בנקל תוכל היא להשתחרר מהם. אם ניטול מחוזה-רשות את כוחם לחייב את הרשות, או נקל עם רשות המבקשת להשתחרר מחיובה על-פיהם, ניטול מחוזה כאלה את טעם קיומם. התפתחות כזאת תפגע בציבור. גם רשויות השלטון עלולות להיפגע מצמצום יכולתן להגשים את יעדיהן באמצעים לא כופים ולקדם - תוך שיתוף-פעולה עם אזרחים וגופים פרטיים - יעדים בעלי משמעות תקציבית. לכך עלולות להיות השלכות שליליות לא רק על מהירות, אפקטיוויות והגינות פעולותיהן של הרשויות, אלא גם על עלותן התקציבית של פעילויות שהרשויות מופקדות עליהן (ראו: ברק-ארז, הגנת ההסתמכות, בעמ' 45)..."

ככלל, אין די בטענה כי חל שינוי במדיניות הממשלתית, או בסדרי העדיפויות שלה, כדי להצדיק את שחרורה של המדינה מהתחייבויותיה החוזיות... אמנם אין להוציא מכלל אפשרות כי גם מצוקה תקציבית חמורה, שאלה נקלעה המדינה לאחר כריתת החוזה, תוכל להיחשב כ"שינוי נסיבות" רלוואנטי ולהצדיק את שחרורה (המלא או החלקי) מן ההתחייבות החוזית שנטלה על עצמה. אך עילת השתחררות זו תהיה ראויה להישמע רק במצבים קיצוניים שאליהם נקלעה קופת המדינה בשל התרחשויות יוצאות-דופן; ויש להישמר מפני ההכרה במדיניות המעודדת קיצוצים בתקציב, או בשינויים בסדר העדיפויות הכלכלי, כשינוי נסיבות שבכוחו להצדיק את שחרורה של המדינה מהתחייבויותיה החוזיות".

וראו גם ת"א (מחוזי יר') 187/94 הפרוייקט המשולב שמואל הנביא בע"מ נ' עיריית ירושלים, תק-מח 2003(1), 36293, 36310 (2003):

"בפועל מעטים המקרים בהם שוחררה רשות ציבורית מחיוביה החוזיים על-יסוד הלכת ההשתחררות. הכלל המנחה הוא שחוזים יש לקיים, וההשתחררות מקיום החוזה היא בגדר יוצא מן הכלל, אשר ניתן להצדיקו רק בנסיבות חריגות, בהן ביצועו של החוזה אינו מתיישב עם החובה השלטונית. עוד עולה מהפסיקה, שכדי להקים לרשות עילה להשתחרר מחוזה, עליה להוכיח שאינטרס ציבורי חיוני עשוי להיפגע כתוצאה מקיום החוזה. אי-נוחות או אי-כדאיות כלכלית אינם מהווים נימוק להחלת הלכת ההשתחררות".

36. כשם שדוקטרינת ההשתחררות איננה ישימה בענייננו, כך גם אין מקום להשקפה, כי ניתן וראוי לתקן טעות בכדאיות עסקת המיזם המשותף. זאת לפחות משני טעמים עיקריים: האחד, שלא הייתה טעות אלא מודעות. מודעות מושכלת. רק בעידוד ובתמריץ שכזה ניתן היה לפתות את מרשותינו להיכנס להרפתקה הנועזת של חיפושי נפט וגז. שנית, טעות בכדאיות עסקה איננה, כידוע, עילה לביטול הסכם. כתבה על כך פרופ' ג' שלו¹⁶:

"צד לחוזה אינו יכול להתנער מחוזה שערך רק על סמך הטענה שהעסקה אינה כדאית לו... מי שחשב שהוא עשוי להרוויח מעסקה מסוימת שיעור רווח מסוים, ומטעמים שונים הצטמצמו רווחיו כדי מחצית - טעה לגב' כדאיות העסקה... גם שיקול מוטעה מבחינה כלכלית איננו מגיע לכדי טעות המזכה בביטול."

אף אילו טעתה המדינה בהערכת סיכוייה (וסיכוייה) במיזם המשותף - אין בטעותה זו כדי להקנות לה סעד של ביטול. כותבים על כך פרופ' פרידמן וכהן¹⁷:

"אין להחיל את דיני הטעות, כאשר מדובר ב"טעות" הנמצאת בגדר הסיכון שצד נטל על עצמו במסגרת החוזה..." (שם, בעמ' 724)

"... לגישתנו, טעות בכדאיות היא, אפוא, טעות ביחס לסיכון שהצד נטל על עצמו בין במפורש ובין פירושו הנכון של החוזה..." (שם, בעמ' 727)

"בדרך כלל מוטל הסיכון בדבר טעות בהערכה על הצד הנוגע בדבר, ואין היא משמשת עילה לביטול חוזה... טעות בחיזוי העתיד היא טעות בהערכה לגבי התפתחות עתידית." (שם, בעמ' 735)

"...מקום שצד ער לכך שאין לו ידיעה לגבי נתון מסוים בעל חשיבות או שידיעתו היא בלתי מושלמת, והוא מחליט למרות זאת לכרות את החוזה, אין הוא זכאי להעלות טענת טעות בקשר לנתון זה, שכן הוא נטל את הסיכון לגביו." (שם, בעמ' 741)

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", שומה עלינו גם למנוע פגיעה בעקרונות המשפט הבינלאומי:

ח. הזווית הבינלאומית - בתוך הימים ומעבר לימים

37. המשפט הבינלאומי (ההסכמי והמנהגי) מקנה הגנה נרחבת מפני שינויים לרעה בסביבה החוקית והרגולטורית בה פועלים משקיעים במדינות זרות. המקור העיקרי להגנה זו - לענייננו - הוא ברית

¹⁶ גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 297-298 (2005).

¹⁷ ד' פרידמן ונ' כהן חוזים כרך ב' (1992).

הידידות בין ישראל וארה"ב, שנכנסה לתוקף עוד בשנת 1954 (להלן: "ברית הידידות"). ברית הידידות מקנה למשקיעים משתי המדינות את ההגנה המקיפה ביותר המוכרת במשפט הבינ"ל ביחס להשקעות זרות (וראו לעניין זה חוות דעתו של פרופ' בנבנישתי). הגנה זו משמעה, בין היתר: הקפדה על זכויותיהם של זרים (ואי-פגיעה דווקנית בהן); הגבלת טעמי הפגיעה במשקיעים זרים; וככל שנדרשת פגיעה (שאין זה מצב הדברים בענייננו) - הרי שזו תעשה בכפוף לפיצוי מלא ותכוף. ועוד: פגיעה כאמור תקנה למשקיע הנפגע - ולמדינת מוצאו - זכות עמידה בפני טריבונלים בינ"ל כדי למנוע את פני הגזירה.

38. רצונה של מדינת ישראל להשתייך לקהילת העמים ולמשוך אליה השקעות הון זר משמיעה חובה לכבד אמנות והסכמים בינלאומיים שהיא צד להם, כמו גם את המשפט הבינלאומי המנהגי, וכן להקפיד בזכויותיהם של משקיעים זרים. משנה חשיבות נודעת לכיבוד הסכמים ולשמירה על זכויות משקיעים מקום בו מדובר בעסקי חיפוש והפקת נפט וגז:

"[T]he prospects of large and speedy accumulation of wealth, and the social and economic implications for the host state of the operation for the pricing or tariff regimes for electricity and gas [...] the investor therefore faces an increasing risk that the host state may exercise its sovereign powers to modify the terms of the contract..."¹⁸

39. אמנות בינלאומיות לא מעטות שהמדינה צד להן מחייבות אותה להגן על עניינם של משקיעים זרים בארץ (בין היתר, עניינם ברישיונות, בזכויות מוקנות, בציפיות לגיטימיות, בחוזים שהם צד להם ועוד). כאלו הן אמנות ה - FCN (Friendship, Commerce and Navigation) וה - BIT (Bilateral Investment Treaties) שישראל צד להן; וכזוהי גם ברית הידידות.

40. במסגרת זו של חיובים חוזיים ומנהגיים, מוטלות על ישראל - כעל כל אומה - מגבלות על זכותה ויכולתה לפגוע בקניינם של משקיעים זרים. בין שלל המגבלות ניתן למנות: (1) Fair and Equitable Treatment, המחייב את המדינה לנהוג בשקיפות בקבלת החלטות, הליך הוגן, סבירות ומידתיות ופיצוי המשקיע במקרה של הפרת החובה כאמור; (2) Most Constant Protection and Security המחייב את המדינה להעניק למשקיע הזר הגנה (מפני אלימות אולם גם הגנה משפטית); (3) באמנות רבות מעוגן גם כלל ה - MFN (Most Favorable Nation) במסגרתו מתחייבת המדינה להשוות את זכויות המשקיע הזר לזכויות העדיפות ביותר המוענקות למשקיעים זרים אחרים הבא לידי ביטוי בעיקר במישור הפרוצדורלי בכך שהוא מאפשר להתגבר על היעדר הסכמת המדינה להתדיין בבוררות בינלאומית.

¹⁸ Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability 5 (2010).

41. המשפט הבינלאומי מטיל מגבלות על סמכותה של המדינה להפקיע רכוש וקובע כי כדי שההפקעה תהיה חוקית, עליה: (1) להגשים תכלית ציבורית ראויה; (2) להיות מידתית, ללא אפליה או שרירות; (3) להיות מלווה בהליך הוגן; (4) הכל בכפוף לפיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי. האיסור להפקיע חל גם על הפקעה עקיפה הנעשית לכאורה מטעמים של טובת הציבור. הפקעה עקיפה יכולה לבוא לידי ביטוי באמצעות שינוי במבנה ובגובה המיסים המוטלים על המשקיע הזר, מגבלות על אופן השימוש או כל רגולציה שתוצאתה פגיעה בזכות וביכולת ההנאה ממנה.

חשוב לציין כי גם אם פגיעה בזכות כלשהי אינה עולה כדי הפקעה אסורה, הרי שהיא תיחשב כהפרת החובה להעניק למשקיע הזר יחס הוגן ו/או לנהוג כלפיו בשיוויון. כך, שינוי במבנה ובשיעור המס המוטל, לרבות שינוי בהטבות ובתמריצי מס (כדוגמת ניכוי אזילה) יחשב למיסוי סקטוריאלי שהוא - אם לא הפקעה ישירה (אלא הפקעה עקיפה) - הפרה של זכותו של המשקיע הזר ליחס שיוויוני. בכל מקרה, גם הפרת החובות האמורות, בדומה למצב של הפקעה (אסורה או מותרת), יקימו חובה לפיצוי מלא. הפיצוי הוא פיצוי קיום (פיצויי ציפייה).

42. אך חשוב מכל: כל פגיעה בקניינו של הזר צריכה שתעשה באופן הוגן והגון. עמד על כך המלומד רודולף דולצר בדברו בהשקעות הון זר בתחום האנרגיה:

"Underlying all of these applications of the fair and equitable treatment are the basic themes of stability of the law and, seen from the investor's perspective predictability of the requirements to be met and the rights to be granted.[...] The issue acquires a totally different dimension for the long-term investor who has sunk his money into a project and has calculated his expected rate of return for a period of thirty years or more, especially when the investment costs are high, the post-investment costs are low and the return on the investment depends upon permits ... Such long-term foreign investments ... are not infrequent in the energy sector ... The standard of fair and equitable treatment will acquire its strongest significance in such long-term projects"¹⁹

על חשיבות ההגנה על השקעות ארוכות טווח יכולים אנו ללמוד (גם) מהסכמי תשתית שהמדינה צד להם, בגדרם מוקנות ליזמים - לעיתים קרובות - מגוון הגנות מפני שינויים בסביבה הרגולטורית או הפיסקאלית. כך, למשל, במסגרת הסכם BOT שהמדינה צד לו, שולבה התייחסות לפעולות שלטוניות פוגעניות ("Discriminatory Actions"), המשנות מהזכויות שניתנו ליזמים במסגרת ההסכם, בעטיין כמה ליזם המתקן שורה של זכויות וסעדים.

¹⁹ Rudolf Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, International Lawyer, 87, 104 (2005).

43. אכן, רבות מספור הן המובאות והאסמכתאות שניתן להביא מן המשפט הבינלאומי לסבר את אוזנו ועינו של הקורא וללמדו עד כמה מבקש המשפט הבינלאומי ליישם עקרונות של צדק ויושר ביחסים המסחריים בין משקיע זר ובין מדינה ריבונית. המשפט הבינלאומי, כאמור, מחייב אתיקה גבוהה ורף התנהגות של תום לב מוגבר והגינות מופתית - שאם לא כן יתערבו הטריבונלים או הבוררים הבינלאומיים כמקובל, ויקראו לסדר את המדינה הסוררת. אפילו הנשיא האמריקני ג'ון אדאמס, כבר בשנת 1796, ראה לציין נקודה זו, שחוזרת ומצוטטת בהסכמה בספרות המשפטית של המשפט הבינלאומי:

"There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power"²⁰

44. מכאן, שכל שינוי רטרואקטיבי בתמלוגים (או במבנה ובשיעור המיסים החלים) עתיד לעלות כדי הפרה של המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי - ולהקים למדינת האמנה ו/או לבעלות הרישיון הנפגעות, זכות לפנות לערכאות בינלאומיות בבקשה להגנה על זכויותיהן. אין זה תרחיש רצוי - לא למדינה ולא לבעלות הרישיון - והתקווה היא, כי הוועדה הנכבדת תייתרו. עיינו בחוות דעתו של פרופ' אברהם (אייב) סופר, מומחה ומרצה בעל שם עולמי מארה"ב, ששימש שנים ארוכות כיועץ המשפטי הראשי של משרד החוץ האמריקאי. בין שאר הדברים המאלפים שבחוות דעתו, הוא עומד על כך, כי²¹:

"Under the FCN Treaty, Israel undertook to limit its exercise of sovereign powers with respect to foreign investments made by U.S. nationals. In particular, **the FCN Treaty limits Israel's ability to retroactively increase royalty rates and/or taxes, or to reduce tax benefits, applicable to existing oil and natural gas rights and interests** (such as those granted by existing licenses and leases) held by U.S. nationals".

45. תושבים זרים שעלולים להיפגע משינוי פיסקאלי רטרואקטיבי (כגון נובל ואחרים) עשויים לעמוד על זכותם גם במישור המשפט הבינלאומי ויהיה בכך גם כדי להשפיע על בעלי הרישיונות הישראליים, שהרי לא יעלה על הדעת שאשר לא נאות ולא ראוי במישור הבינלאומי כלפי יזמים זרים, יתקיים באפליה כלפי המקומיים. עמד על כך פרופ' בנבנישתי (מומחה למשפט בינלאומי, שחוות דעתו מצ"ב):

²⁰ 4 JB Moore, A Digest of International Law 5 (1906)
²¹ סעיף 13 לחוות דעתו, המצורפת לנייר העמדה המוגש מטעמה של נובל.

"אם בעתיד, בשל שינויים שיוכנסו בזכויותיהם של השותפים הישראלים, ייווצרו אצלם תמריצים שונים משל התאגידים הזרים בכל הנוגע ליכולת לפתח ולנצל את זכויות הנפט, ומצב זה יצור ניגוד עניינים בין השותפים הזרים לבין השותפים הישראלים בנוגע לניצול זכויות הנפט באופן שיפגע ביכולתם של הזרים לממש את זכויות הנפט שלהם, הרי גם פגיעה כזו תהיה כפופה למשטר ההגנה והפיצוי שקבוע בברית הידידות והמשפט הבינלאומי המינהגי." (שם, בסעיף 91).

46. משנדרש לנושא פרופסור איל בנבנישתי הוא כתב בחוות דעתו (בסעיף 55): "...פיצויים בגין הפקעה לא חוקית או הפרה אחרת צריכה לשקף את הנזק שנגרם בפועל לניזוק שכולל את הפסד רווחיו העתידיים מהנכס. הפיצויים צריכים להעמיד אותו במצב בו היה לולא הפגיעה, כלומר כמי שעמד ליהנות ממלוא הפירות שצפויים היו לצמוח מהשקעתו." (פיצויי קיום, "לפי שווי השוק של הפגיעה" כמוסבר בחוות דעתו במקום אחר (סעיף 37) - הח"מ). "... אמנה זו (ברית הידידות – הח"מ) מקנה למשקיעי שתי המדינות את ההגנה המלאה והמקיפה ביותר המוכרת במשפט הבינלאומי ביחס להשקעות זרות" (שם, בסעיף 99) ... "שינוי לרעה של משטר התמלוגים יהווה הפרה של ברית הידידות, שיקים עילת תביעה לצו מניעה ולחלופין לפיצוי." (שם, בסעיף 121). הוא מוסיף ומסביר: "המשמעות החוקתית של דיני ההשקעות הזרות היא שריבונות המדינה נסוגה בפני אמנות בינלאומיות ועקרונות המשפט הבינלאומי המינהגי." (שם, בסעיף 5).

47. התנהלות "סוררת" הסותרת את עקרונות המשפט הבינלאומי ואת ברית הידידות בין ישראל לארה"ב, הינה פעולה אסורה ובלתי ראויה גם בהיבט הדין הפנימי הישראלי. אל לוועדה הנכבדה להמליץ המלצות בניגוד לאמנה (בבחינת מעין, בהקצנה, "גרם הפרת אמנה") ואל לרשויות הרגולטוריות לאמץ הפרות שכאלה. לבג"ץ (ולא רק לטריבונאלים הבין-לאומיים) תהיה סמכות להתערב ולמנוע התנהלות שכזו, וגם למרשותינו יהיה "מעמד" בעתירה שכזו, אם חלילה יהא בה צורך.

48. ומעבר לכל האמור, נחזור ונציין גם, כי לפי הסכמים שנכרתו בין מדינת ישראל לבין ממשלת מצרים, נהנה ספק גז מצרי (EMG) מפטור מלא ממס ומדיווח בישראל על הכנסות ממכירה והובלת גז ממצרים לישראל. שינוי מבנה התמלוגים מעלה מאליו גם חשש להעדפת ספק הגז המצרי על פני בעלות הרישיון ועל פני שותפתן הזרה (נובל) - ואגב כך להעמיק את הפרת מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל. ברית הידידות בין ישראל לארה"ב הרי קובעת מפורשות את כלל ה - MFN (Most Favorite Nation) אשר מחייב את המדינה להעניק למשקיע הזר יחס שלא יפחת מהיחס הטוב ביותר שהוענק למשקיע אחר כלשהו.

ולא להמנעים לטעון, כי EMG היא חברה זרה שעוסקת בניכר ואינה חשופה למס ישראלי ובכך היא, כביכול, נבדלת מנובל, די שיעיינו בסעיף 6 להסכם מיום 30.6.2005 בין ממשלת ישראל לממשלת מצרים, כדי להיווכח ש- EMG זכתה לפטור ממס, להבדיל מאי חבות. "פטור" - ללמדך,

שאלמלא סעיף 6, הייתה ל-EMG חבות במס בישראל. וכך נקבע בסעיף 6 הנ"ל:

"Based on the authority of the Israeli Minister of Finance under Article 16a of the Israeli Income Tax Ordinance (New Version) - 1961, EMG, an Egyptian resident company, shall be **exempt** from taxes in Israel for its income from sale and transportation of natural gas from Egypt to Israel and its delivery at the delivery station in Ashkelon.

...

EMG will not be required to open file with the Israeli Income Tax Authorities, nor will it be required to file yearly income tax reports in Israel...

This **exemption** shall remain in force for the entire period of the contract between EMG and IEC (15 years plus an option for an additional 5 years)..."

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", ראו נא להלן על ההיבט המיסויי הפסול.

49. למשפט הבינלאומי קיימת זווית נוספת והיא זווית האמנה למניעת כפל מס שבין ישראל לארה"ב. מקום שתתעורר מחלוקת למי מגעת נגיסת המס, יובא הדבר להכרעה של שתי הרשויות המוסמכות של המדינות הנוגעות בדבר. להשלכות אפשריות בעניין זה, ראו גם בסעיף 58 שלהלן.

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", ראו נא להלן על התחרות מול EMG.

ט. התחרות מול EMG

50. לא בכדי ייעדנו פרק זה, אחרי פרק ח' לעיל, בו נגולו הסוגיות של המשפט הבינלאומי. אמנם, גם שם הוזכר ההסכם הבינמדינתי שנועד "לחסן" את EMG מפני שינויי מדיניות פיסקאלית בישראל, אך באמור שם לא סגי. רצוי לדעתנו להפנות את הזרקור, ולו רק בקליפת אגוז, לא רק להיבטים המשפטיים החשובים והמוקשים שההסכם מעורר בהיבטים השונים שלו, אלא גם לזווית הראיה התחרותית והכלכלית. לעניות דעתנו, יש ב"הסכם החסינות הפיסקאלי" הנ"ל עם מצרים, כדי לדכא את התחרות של ספקי הגז הישראליים למול ספקית הגז המצרית. נוצרת סיטואציה מביכה עד זרא, בה ניתנת עדיפות פיסקאלית מוחצת לחברת EMG לעומת מרשותינו ושאר בעלי העניין והרישיונות. אם תמליץ הוועדה על שינוי לרעה במדיניות הפיסקאלית ובקטיפת התמריצים באופן רטרואקטיבי, כי אז יוחמר מצבן של מרשותינו אל מול EMG לאין ערוך לעומת מצבן, הבלתי סימטרי כשלעצמו, דהיום. העלאת תמלוגים ו/או מיסים, לא רק שתטרוף באופן בלתי חוקתי ובלתי סביר את התמריצים והעידודים שהוענקו למרשותינו ב"חוק עידוד השקעות בנפט ובגז" הקיים היום (בבחינת "נכסי צאן ברזל"), אלא שיהיה בכך, רחמנא ליצלן, "חוק לעידוד הגז ממצרים" ומעין "חוק לדיכוי תמריץ הגז בישראל". תמהנו.

51. פטורי המס שהוענקו ל-EMG, כעולה מ"הסכם החסינות הפיסקאלי", מקנים ל-EMG, כאמור, יתרונות משמעותיים בתחרות למול מרשותינו. למצער, נכון היה להשוות את התנאים הפיסקאליים המיטיבים המוקנים ל-EMG לאלה של מרשותינו הישראליות, אך בוודאי שלא להחמיר את אי-השוויון על דרך העלאת תמלוגים ו/או מיסים.

ובבחינת "עוד זה מדבר וזה בא", ראו נא להלן על אספקט המיסוי.

י. מיסים - "הקול קול יעקב והידיים ידי עשיו?"

52. התמלוגים, כמוהם כדמי חכירה, אינם יכולים להשתנות אצל בעלי רישיונות קיימים. תרבות העסקים המקומית והבינלאומית, כמו גם החוקתיות, לא תסכין עם שינויים כאלה. כלום ימצא משרד האוצר את מפלטו בשינויים מיסויים? התשובה היא בלאו רבתי. אין לכפות על נישומים הר כגיגית נטל מס רטרואקטיבי מקום שהם כבר מצויים "בתקופת ההטבות וההמרצות". ואכן, כל אימת ששונה בעבר החוק לעידוד השקעות הון, הוא שמר על המעמד המיסויי המועדף של אלה שכבר "נכנסו לתוכנית".

53. טלו דוגמא בזעיר אנפין, בה רשות מקומית משכירה נכס על חוף הים ליזם המבקש להקים שם בית קפה. חוזה השכירות (כמקובל) קובע, שהרשות המקומית מעמידה לשימוש היזם את נכס המקרקעין תמורת דמי שכירות (דמי חכירה/תמלוגים) בסכום מינימום נקוב או באחוזים מההכנסות (מהתפוקה), לפי הגבוה מבין השניים. היזם שינה את פני הנכס לבלי היכר. הוא עיצב אותו מחדש והשקיע בו ממון רב ונטל כמובן את הסיכון, ששכרו יצא בהפסדו. לימים (או לשנים) מתברר, לשמחתו, שבית הקפה הצליח בצורה יוצאת דופן והכנסותיו עולות פי כמה על המצופה. או אז מחציפה הרשות המקומית פנים ודורשת לשנות את החוזה ולהגדיל את שיעור דמי השכירות מתוך הכנסותיו של בית הקפה. היזם מתנגד נחרצות. לאחר היוועצות עם יועציה המשפטיים מבינה הרשות המקומית, כי "חוזים יש לקיים" (אפילו אם הם גם מעוגנים בחקיקה או תקנה עירונית). חוככים קברניטי הרשות המקומית בדעתם ועושים "הבה נתחכמה לו". תחת אשר להגדיל את דמי השכירות - כי הדבר בלתי אפשרי - מחליטה הרשות המקומית להגדיל את שיעור הארנונה על אותו בית קפה, כדי לפצותה על דמי השכירות החסרים בעיניה. אתם מתקוממים? גם אנו. הדעת איננה סובלת.

כאמור, הדוגמא היא מיניאטורית, בזעיר אנפין זעיר, שכן בענייננו הסיכון הוא אדיר, ההשקעות הן אסטרטגיות והתפוקה הפוטנציאלית גם היא לאין שיעור גבוהה מהדוגמא המיניאטורית שרק נועדה לסבר ולחדד את האוזן המוסרית והמשפטית.

54. מיסים נועדו למטרות אחרות. במיסים פועלת המדינה כריבון ולא כבעל נכסים ואסור לה לערוב בין האחד למשנהו. יש טעם לפגם וחוק לפגם, לעשות את המיסים כלי שרת כדי לעקוף את האינטרס "הפיסקאלי" ("הפרטי") של המדינה כבעלת נכס. רתימת המס לצורך שיפור תנאים

מסחריים של המדינה כלפי יזמים הוא בלתי הוגן, בלתי חוקי ומלאכותי. הקול קול יעקב ("קול המס") והידיים ידי עשיו ("ידי התמלוגים"). כלום לעשיו דמינו? לא איש כראש רשות המיסים דהיום, מר יהודה נסרדישי (חבר הוועדה), יתן את ידו לדבר פסול שכזה.

55. זאת ועוד, גם אלמלא נועדה העלאת המס לעקוף את שיעור התמלוג, גם אז לא תתאפשר הגדלת שיעור המס לחוקי התמריץ: הגם שבקהיליית המיסים מקובל לחשוב ששיעורי מס וחוקי מס החלים על יחידים ותאגידים בכללותם אינם מהווים זכות קנויה בידי הנישום ועל כן ניתן לשנותם (שלא באופן רטרואקטיבי) ביחס לכלל הנישומים, ענייננו שונה. אמנם השקפה זו מוכרת ואיננו מתכחשים לעיקרון המופשט הגלום בה, ברם, גישה מרחיבה זו איננה ישימה, איננה הולמת, איננה נכונה ואיננה ראויה בכל הקשור ל"עידודי מיסים", "תמריצי מיסים" וחוקים פיסקאליים ייעודיים דומים אחרים אשר מקנים גם מקנים זכויות מוקנות. אין, אפוא, מקום לשנות כללי מיסוי לסקטור מסוים, מקום בו הוא מצוי כבר "בתקופת ההטבות וההמרצות" שהתווה לו המחוקק.

56. על כל אלה ועוד כתב פרופ' דוד גליקסברג (מומחה למיסים), דברים מחכימים ומאירי עיניים, תוך שהוא שולל מניה וביה את האפשרות לעשות שימוש פסול בכלי המס.

פרופ' גליקסברג מסביר בהרחבה ובאופן משכנע, כי "משטר מיסוי המטיל נטל מס נוסף על הכנסות ממשאבי טבע מהווה משטר מיסוי הפוגע בעקרון השוויון, בזכות לשמירה על הקניין ובחופש העיסוק, והוא אינו עולה בקנה אחד עם החקיקה החוקתית" (בסעיף 8.1.4 לחוות דעתו, בין היתר). בצדק הוא מסביר שם, כי "קיים הבדל מהותי בין מוסד התמלוגים לבין מוסד המס... התמלוגים זהים לחלוטין לדמי שכירות המשולמים מתוך ההכנסות עבור השימוש בגורם ייצור. בשפה המיסית, התמלוגים הם הוצאה לצורך יצירת הכנסה ואינם חלק מהחבות במס..." (שם, סעיפים 8.2.2-8.2.3). לכן, "הנכס בגינו משולמים התמלוגים נשוא חוות דעת זו אינו מהווה מוצר ציבורי אלא מוצר פרטי, ולפיכך אין לשלם בגינו מס אפילו על פי עקרון ההנאה" (שם, סעיף 8.2.5). "כובעה התמלוגי של המדינה אינו שונה מכובעו של כל בעל נכס המוכר את נכסיו או מעמידם לשימוש של האחר תמורת דמי שימוש" (שם, סעיף 8.3.8). ולכן, מס ותמלוגים אינם מוסדות משלימים, ואינם מוצרים תחליפיים (שם, סעיף 8.3.10). "מערכת המס אינה יכולה לרפא את האיסור על שינוי רטרואקטיבי של התמלוגים באמצעות הגדלת נטל המס... [יהיה זה - הח"מ] שימוש פסול והוא אינו חוקתי" (שם, סעיף 8.3.13). "ניסיון להשתמש במערכת המס לשם עקיפת מתווה התמלוגים, בין היתר, עקב מגבלת הרטרואקטיביות, הוא בלתי חוקי במובן זה שכל נטל מס מיוחד שיוטל רק על הפקת גז טבעי לא ייחשב מבחינה מושגית כ"מס" אלא כ"תמלוגים" (שם, סעיף 8.3.15), כפי שגורס גם פרופ' אייל בננישתי בחוות דעתו העוסקת בתחום המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי (לרבות באמנה בין ישראל לארה"ב).

פרופ' גליקסברג ממשיך ומנתח את משמעויותיו הבלתי חוקתיות של מס שכזה, אם (אילו) יוטל, ומגיע למסקנה, כי הוא לא יעמוד במבחני "פסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו). הוא מונה את כל משוכות פסקת ההגבלה ומגיע למסקנה שתיקון מיסוי לא יצלח לדלג, אף לא על אחת ממשוכות אלה: "אני בדעה כי הפרת עקרון היכולת לשלם, אי עמידה אף בעקרון ההנאה והשימוש לרעה במערכת המס לצורך עקיפת מוסד התמלוגים מהווים, כל אחד כשלעצמו, וודאי כולם ביחד, פגמים חמורים ביותר שמשמעותם היא שחקיקה שמטרתה היא הטלת מס מוגדל על מגזר פעילות מסוים אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואינה לתכלית ראויה" (שם, סעיף 9.3.4); היא גם אינה מידתית: "הטלת נטל מס לא שוויוני כאמור פוגעת בשוויון בין הנישומים" (כשהשוויון עצמו, גם הוא, זכות חוקתית; שם, סעיף 9.5.3). "בענייננו, לא ניתן למצוא בסיס תכליתי והגיוני אשר יצדיק את הסטייה מעקרון היכולת לשלם ויכשיר את הפגיעה בצדק, בשוויון, בזכות הקנין ובחופש העיסוק הנובעת מהטלת מס על מגזר פעילות מסויים, ובענייננו על הכנסות מהפקת גז טבעי" (סעיף, 9.5.8, שם).

ביטול הטבות כגון ביטול ניכוי אזילה עוד חמור שבעתיים מהטלת מס עודף או מהגדלת שיעור מס סקטוריאלי, שכן יש בכך ביטול ישיר, בוטה וחמסני של ליבת התמריץ (ליבת העידוד) שבאמצעותה בקשו "לפתות" משקיעים ליטול את הסיכונים האדירים. זהו אפוא מעין "חוק עידוד השקעות בנפט ובגז". יהיה זה בלתי חוקתי בעליל לבטל את אותו התמריץ שאפקטיביותו מתחילה רק לאחר תגלית הגז והפקתו.

וגליקסברג ממשיך להלום וקובע, כי עקרון שלטון החוק שולל, מיניה וביה, חקיקה בעלת מימד רטרואקטיבי, כנדרש מכל חוק מוסרי. שינוי בכללי המשחק גורמים לאי-צדק ופוגעים באינטרס ההסתמכות ובאינטרס הציפייה (שם, בסעיף 10.5). "לצערנו, קשה שלא לקבוע, כי הכבדת נטל המס תהווה, במידה רבה, הטעיה ציבורית. החברה הישראלית קראה, משך שנים רבות, למשקיעים (מקומיים וזרים) להשקיע בתחום חיפושי הנפט והגז הטבעי, תוך מתן הטבות מס (ושוויוניות בתחום מיסוי ההכנסה). והנה ברגע שהתגלה מצבור גז טבעי "שוכחים" מקריאה זו, שבמשך שנים היתה נואשת... ניתן לקבוע בוודאות, כי השיח הציבורי בישראל לוקה בחוסר הגינות בסיסי בסוגיה זו" (שם, סעיף 10.9.8.7).

פרופ' גליקסברג חותם אפוא את חוות דעתו הרחבה (ומרחיבת הדעת) במילים מהדהדות אלה: "שינוי לרעה בהסדר המס.... החל על הכנסות מהפקת גז טבעי שיוחל אף על רשיונות חיפוש וחזקות להפקת נפט שניתנו בעבר אינו עומד בשלושת המבחנים שהוכרו בפסיקה לצורך עמידתו של חוק בדרישת המידתיות הקבועה בפסקאות ההגבלה המצויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. לפיכך, שינוי כאמור אינו חוקתי, ויש לקבוע איפוא כי הוא יחול רק על רשיונות חיפוש שיינתנו לאחר מועד השינוי בהסדר המס" (שם, סעיף 12.8).

57. לא למותר לציין, שנגיסתה של המדינה בדרך התגמול והמס גם יחד, כפי שהיא כיום, יכולה להיות מגעת לפי חישוב מסוים כדי כ- 52% (שיעור הכולל בחובו, בין השאר, תמלוגים, התחשבות במיסוי חברות, מיסוי יחידים, מס ערך מוסף, מיסי בלו וכיוצא באלה)²².

58. אם וככל שהעלאת מיסים או ביטול הטבות מס ילכדו גם את נובל, שאף היא נמנית על בעלות הרישיון, כי אז עלול הדבר להיות "על חשבון" רשויות המס האמריקאיות. יש להניח שרשויות המס האמריקאיות יתרעמו על כך שרשויות המס בישראל נוגסות ביתרת המס שלהן, ויטענו לאי חוקיות ואי ראויות השינוי הפיסקאלי הישראלי (בין היתר, גם אך לא רק, מכוח דיני המשפט הבינלאומי). או אז תיכנסנה לתמונה הרשויות המוסמכות (Competent Authorities) מכוח סעיף 28 לאמנת כפל המס בין ישראל לארה"ב. מחלוקת מיסוי בין-מדינית זו רק תוסיף מכאוב לקומפליקציה הגדולה שתיווצר משינוי פיסקאלי בלתי נאות שכזה. להתייחסותו של פרופ' ד. גליקסברג לאפשרות זו, ראו סעיף 11 לחוות דעתו.

59. גם פרופ' דן ביין שוקד בעצם הימים האלה על כתיבת חוות דעת שאמורה לתמוך באמור לעיל. כידוע, פרופ' דן ביין שימש כ"שופט המיסים" של בית המשפט המחוזי בחיפה, וידו ובקיאותו רבה לו בתחומים אלה. חוות דעתו תשקף את עמדתו, לפיה העלאת תמלוגים ו/או מיסים סקטוריאליים הינה מעשה רטרואקטיבי פסול ולא ראוי, שספק רב אם יעמוד בביקורת חוקתית.

יא. השלכות הרוחב חייבות להישקל בכובד ראש

60. הגם שמדובר בוועדה ממליצה הרי שאין להקל ראש בחשיבות המלצותיה. להמלצות המכשירות מהלך חד צדדי שתוצאתו שינוי התמלוגים (על דרך העלאת שיעורם או בכל דרך אחרת) עשויות להיוודע השלכות רוחב מרחיקות לכת גם על תדמיתה הכלכלית של מדינת ישראל ועל מעמדה בקהילה הבינלאומית (לא פחות).

61. בין ההשלכות השליליות (האפשרויות) של שינוי חד-צדדי של שיעור התמלוגים או שיעור המיסים, ניתן למנות את הפגיעה ביציבותם ובוודאותם של חיי המסחר בישראל; הרתעתם של משקיעים ומממנים זרים; פגיעה ביחסיה של ישראל עם שותפות הסחר המרכזיות שלה; הזנחת מקורות אנרגיה ישראלים לטובת מקורות אנרגיה זרים (מצריים); העלאת מחיר הגז לצרכנים; ועוד.

²² שיעור זה חושב בידי משרד רו"ח אלפיה את אלפיה. שיעור זה גבוה מהשיעור הנקוב במחלקת המחקר של הכנסת, בין השאר משום שהוא כולל - כפי שצריך לכלול - גם התייחסות לזהות הגופים המחזיקים בשותפויות חיפוש והפקת הגז, שיעורם של מיסים עקיפים המוטלים על שותפויות חיפוש והפקת הגז ועל המחזיקים בהם ועוד.

יב. ההיבטים הכלכליים

פרק זה ייבחן בהרחבה על ידי שורה של פרופסורים מכובדים בכלכלה, שכבר יושבים על המדוכה אך טרם היה סיפק בידם להשלימה, וביניהם: פרופ' יצחק סוארי, פרופ' אמיר ברנע, ד"ר יעקב שיינין וחברת גיזה זינגר אבן בע"מ.

כבר בשלב זה מועברות לעיונכם טיוטות חוות דעת של פרופ' סוארי, של פרופ' ברנע ושל חברת גיזה זינגר אבן בע"מ וכן חוות דעתם של רו"ח שלמה אלפיה ורו"ח ניסים יהושע. חוות הדעת הסופיות וכן אלה הנוספות תוגשנה בהמשך, מחמת שלא הושלמו בצוק העיתים.

מצוקת הזמן איננה מפתיעה, שהרי הצבענו עליה במכתבינו אליכם מהימים 6.7.2010, 15.7.2010, 28.7.2010 ו-1.8.2010. אין ספק שיהיה בחוות הדעת הללו כדי לתרום ולחזק את עמדת יזמי הנפט והגז ובעלות הרישיונות למיניהן, וכדי לסייע בעבודתה של הוועדה ובשיקוליה.

יג. סוף דבר

62. על אף שנייר עמדה זה משקף (באופן חלקי ולא שלם) את הפגיעה בדלק ובאבנר, בל נשכח את הנפגעים הנוספים מהעלאת תמלוגים, בהם שאר בעלי הרישיונות והסמוכים עליהם וכן גם **ציבור** בעלי המניות (או בעלי יחידות ההשתתפות) שהשקיע במיזמי הנפט והגז, וכן גם ציבור (תעשייה ואזרחים) צרכני החשמל בישראל (שידרשו אף הם - בעקיפין - לשאת בעול העלאת תמלוגי הנפט והגז).

63. ובל נשכח דבר מה נוסף: ראוי הוא, כי הוועדה תשקול - עוד בטרם דיון בשיקולים משפטיים וכלכליים - שיקולים בסיסיים של צדק, הגינות, אמינות ומינהל תקין. דומה, כי די בכוחם של שיקולי יסוד אלה (ובכוחם בלבד) למנוע או לרסן את שינוי המדיניות (המיותר, המזיק והמסוכן) הנבחן עתה (ואגב כך לחסוך את הבאת המחלוקת לביקורת שיפוטית מביט ולהתערבות המשפט הבינלאומי מחוץ).

לטעמן של מרשותינו, הנכון והראוי היה לו נתכוננה הוועדה לשם עידוד פיתוחם של משאבי הנפט והגז של ישראל, לשם בחינת דרכים לשיפור ולשדרוג תשתיות הולכת הגז בישראל וכל כיוצ"ב; ואילו כינוס הוועדה במטרה (כמעט מוצהרת) להעלות - רטרואקטיבית - את שיעור התמלוגים (ו/או המיסים) החלים על בעלי זכויות נפט - מחמיצה את עיקר הדברים (והיא אף מזיקה ממש).

64. כאמור במבוא, קצרה העת וקצרה היריעה. לפיכך, משקף נייר זה עמדה תמציתית ובלתי-ממצה, כפי שמכתיב סד הזמנים הקצר. במצב דברים זה מבקשות דלק ואבנר להיקרא בפני הוועדה ולהוסיף על נייר בוסרי זה, ולהשלימו בטיעון בכתב ובעל פה (לאחר שייחשף בפניהן מלוא החומר שבידי הוועדה).

65. נוכחנו לדעת כי העלאת שיעור התמלוגים ו/או המס על בעלי רישיונות קיימים :

- תהיה בלתי הוגנת ;
- תהיה רטרואקטיבית ופוגעת בצדק (שהוא משענתו של כל חוק בריא) ;
- תפגע בזכויות מוקנות של בעלות הרישיון ;
- תפגע באינטרס ההסתמכות של בעלות הרישיון ;
- תהיה בלתי חוקתית ופוגעת בקניין, בסתירה לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו (וקניינו) ;
- תהווה הפרה הסכמית של המיזם ההסכמי והחוקי המשותף בין המדינה ליזמים ;
- תסתור את כללי המשפט הבינלאומי ;
- תהווה הפרה בלתי נאותה של ברית הידידות בין ישראל לארה"ב ;
- תעמיק את עדיפותו של הגז המצרי ואת הפליתו לרעה של הגז הישראלי ("על לא עוול בכפו" של הגז הישראלי).

נוכחנו גם לדעת :

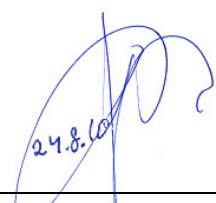
- כי העלאת תמלוגים באדרת של העלאת מיסים (אדרתו של עשיו?), לא תקום ולא תצלח, לא במשפט המקומי ולא במשפט הבינלאומי, ויראוה כהתחכמות גרידא אשר מעלה, שלא כחוק, תמלוגים חוקיים ו"הסכמיים" ;
- כי העלאת מיסים ענפית (סקטוריאלית) לענף הנפט והגז, איננה אפשרית, איננה מידתית, היא "מתחפשת" להעלאת מס אך מהותה היא בהעלאת תמלוגים אסורה ;
- ולא למותר לחזור ולהזכיר מושכלות ראשונים, כי המדינה איננה רשאית לערבב בין האינטרסים "הפיסקוסיים" שלה לבין כוחותיה הריבוניים.

תם ולא נשלם.

66. לנייר עמדה זה מצורפות, כאמור, חוות הדעת שלהלן :

- א. חוות דעת מתחום דיני הקניין ואיסור הפגיעה הרטרואקטיבית בו (פרופ' מיגל דויטש).
- ב. חוות דעת מתחום המשפט החוקתי (פרופ' יואב דותן).
- ג. חוות דעת מתחום המשפט הבינלאומי (פרופ' איל בנבנישתי).
- ד. חוות דעת מתחום דיני המיסים (פרופ' דוד גליקסברג).
- ה. טיוטת חוות דעת כלכלית של פרופ' יצחק סוארי.
- ו. טיוטת חוות דעת כלכלית של פרופ' אמיר ברנע.
- ז. טיוטת חוות דעת של חברת גיזה זינגר אבן בע"מ.
- ח. חוות דעתם של רו"ח שלמה אלפיה ורו"ח ניסים יהושוע.
- ט. חוות דעת כלכליות נוספות שתצורפנה לכשתושלמנה.
- י. ועוד לבוא.

67. כל אחת מחוות הדעת הנ"ל מדברת בעד עצמה וכןגד ה"קאיות" והאפשרות לשנות מהמדיניות הפיסקאלית ביחס לרישיונות קיימים. כדאי לקרוא את הדברים הבהירים והנחרצים של אותם מומחים. המסקנה הבולטת העולה מאותן חוות דעת, היא, כאמור, ששינוי בשיעור התמלוגים והמיסים שיוחל על זכויות נפט שכבר נתגבשו, הוא לא רק בלתי חוקי אלא בלתי חוקתי וספק אם יוכל לעמוד במבחן הבג"צי.

  
אהוד כצלסון, עו"ד שגית אוחנה-ליבנה, עו"ד פנחס רובין, עו"ד

ב"כ דלק מערכות אנרגיה בע"מ, דלק קידוחים שותפות מוגבלת ואבנר חיפושי נפט שותפות מוגבלת

לוט: חוות דעתו של פרופ' מיגל דויטש
 חוות דעתו של פרופ' יואב דותן
 חוות דעתו של פרופ' דוד קליגסברג
 חוות דעתו של פרופ' אייל בנבנישתי
 חוות דעתו של פרופ' יצחק סוארי
 חוות דעתו של פרופ' אמיר ברנע
 חוות דעת של חברת גיזה זינגר אבן בע"מ.
 חוות דעתם של רו"ח שלמה אלפיה ורו"ח ניסים יהושוע.