



# כספי ושות'

עורכי-דין ונוטריונים

רחוב יעבץ 33, תל-אביב 65258

טל: 03 796.1000 פקס: 03 796.1001

office@caspilaw.com

MICHAEL CASPI, FOUNDER (1914-2006)  
 RAM CASPI  
 GUY CASPI  
 NAVOT TEL-ZUR  
 NORMAN MENACHEM FEDER \*  
 GAD TICHO \*  
 AMI GILAD  
 ORNA KEDAR  
 YOSSI ABADI  
 YAIR CASPI  
 YITZHAK NAIMI  
 GEVA HAVIV  
 YORAM BARR  
 DORON TAUBMAN  
 AMIT LEIZEROV  
 SHALHEVET TIKOTZKY  
 MICHAL HACKER  
 LIRIT BERRI  
 ZVI KENIGSBUCH  
 YARON LIPSHES  
 SHAHAR MILCHAN \*  
 ASSAF PRIEL  
 YARON KOCHMAN  
 HAGAI THEMANS  
 ARIEL KAFRI  
 ORIT ALMOZLINO RIZE  
 OMRI ROSENBERG  
 ADAM ROE  
 TAL SHAPIRA  
 YAEL BAIDA  
 RONEN MOSHE  
 CHEN DEKEL

ASSAPH CASPI – OF COUNSEL

\*Also a member of the New York Bar

מיכאל כספי, מייסד (1914-2006)  
 רם כספי  
 גיא כספי  
 נבית תל-צור  
 מנחם פדר \*  
 גד טיכו \*  
 עמי גלעד  
 ארנה קדר  
 יוסי עבאדי  
 יאיר כספי  
 יצחק נעימי  
 גבע חביב  
 יורם בר  
 דורון טאובמן  
 עמית לייזרוב  
 שלהבת טיקוצקי  
 מיכל הקר  
 לירית בארי  
 צבי קניגסבוך  
 ירון ליפשיץ  
 שחר מילצ'ן \*  
 אסף פריאל  
 ירון קוכמן  
 חגי טימנס  
 אריאל כפרי  
 אורית אלמוזלינו ריז  
 עומרי רוזנברג  
 אדם רועה  
 טל שמירא  
 יעל ביידא  
 רונן משה  
 חן דקל

אסף כספי – יועץ

Ref: G124966 מספרונו:  
 2010 דצמבר 13

\* חבר גם בלשכת עורכי הדין של ניו יורק

לכבוד  
 מר יהודה נסרדישי  
 מנהל רשות המיסים  
 משרד האוצר  
ירושלים

לכבוד  
 ד"ר אודי ניסן  
 הממונה על אגף התקציבים  
 משרד האוצר  
ירושלים

לכבוד  
 פרופ' איתן ששינסקי, יו"ר  
 הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית  
 בנושא משאבי נפט וגז בישראל  
ירושלים

לכבוד  
 מר שאול צמח  
 מנהל כללי  
 משרד התשתיות הלאומיות  
ירושלים

לכבוד  
 פרופ' יוג'ין קנדל  
 ראש המועצה הלאומית לכלכלה  
 משרד ראש הממשלה  
ירושלים

לכבוד  
 ד"ר יעקב מימרן  
 הממונה על ענייני הנפט  
 משרד התשתיות הלאומיות  
ירושלים

באמצעות דוא"ל: [fiscalpolicy@mof.gov.il](mailto:fiscalpolicy@mof.gov.il)

חברי ועדה נכבדים,

הנדון: הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל

מרשתנו, קבוצת דלק בע"מ ("קבוצת דלק"), מילאה את ידינו לפנות אליכם במעמדכם כחברי הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל ("הועדה"), וכדלקמן:

**א. פתח דבר**

1. קבוצת דלק הינה חברה ציבורית אשר ניירות הערך שלה נסחרים בבורסה לניירות ערך בתל אביב, ואשר הינה בעקיפין (באמצעות תאגידים בשליטתה), בעלת זכויות בהיקף נרחב במשאבי גז ונפט הכוללים חזקות ורישיונות.
2. ביום 25.8.10 הגישה קבוצת דלק לועדה תזכיר ובו תמצית עמדתה העקרונית והראשונית בהתייחס לעניינים נושא כתב המינוי של הועדה מיום 12.4.10 ("תזכירנו הקודם").
3. ביום 15.11.10 פרסמה הועדה את טיוטת המלצותיה להערות הציבור, כאשר לטייטה זו נלוותה, בין היתר, חוות דעת משפטית ראשונית מאת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) ("טיוטת המלצות הועדה" או "טיוטת ההמלצות").
4. מטרתו של תזכיר זה הינה להביא בפני הועדה את תמצית עמדתה העקרונית והראשונית בלבד של קבוצת דלק זאת בהתייחס להיבטים המשפטיים נושא טיוטת המלצות הועדה.
5. בתזכירנו הקודם צויין כי הנושאים העומדים על מדוכת הועדה הינם מורכבים וסבוכים ביותר, בעלי היבטים נרחבים ומגוונים זאת במישור הישראלי והבינלאומי כאחד, שיש להם השלכות מרחיקות לכת על הכלכלה בישראל, על משק האנרגיה ועל קבוצת דלק וכלל בעלי מניותיה (כמו גם על גורמים אחרים הפועלים בתחום). לדברים אלה משנה תוקף, נוכח טיוטת המלצות הועדה כפי שפורסמו, אשר מבקשות למעשה ל"חלק מחדש" ובדיעבד ואת "עוגת התקבולים" מזכויות הגז והנפט באופן קיצוני, בוטה ומשולל יסוד כאשר בהמלצות אלה יש כדי לפגוע באופן חמור ביותר, רטרואקטיבי וחסר תקדים, בזכויות יסוד חוקתיות ומוגנות של קבוצת דלק, על כל הנובע ונגזר מכך.
6. לאחר פרסום טיוטת ההמלצות, נתבקשה הועדה, על דעת קבוצת דלק, ליתן מענה למספר שאלות הבהרה מקצועיות בקשר עם טיוטת ההמלצות, אשר ללא קבלתן נפגעת קשות יכולת הבנת טיוטת ההמלצות ויכולת מתן ההתייחסות אליהן, ועל רקע זה, כמו גם על רקע הקושי של המומחים הזרים השונים להגיש את עמדתם בהקשר זה בעת הזו, נתבקשה הועדה להורות על דחיית המועדים באופן שהמועד להגשת העמדות בכתב ידחה לאחר עד לאחר חלוף 7 ימים ממועד קבלת המענה לשאלות הבהרה, ובהתאמה שהמועד לקיום השימוע בעל פה יחול זמן סביר לאחר הגשת העמדות בכתב (למען הסדר הטוב ומבלי לגרוע מהאמור יובהר כי עמדת קבוצת דלק הינה כי יש להחיש את השלמת עבודת הועדה וזאת, בין היתר, בשל חוסר הודאות הקיים (על כל ההשלכות הקשות הנובעות מכך) כל זמן שלא מפורסמות המלצותיה הסופיות של הועדה ולחילופין, כל זמן שלא מצוי בידיהן מלוא המידע הרלבנטי לשם בחינת המשך צעדיה).
7. למרבה הצער, עד למועד הגשת תזכיר זה, לא נענתה הועדה לבקשה האמורה להארכת המועדים ולאור זאת ובשים לב למגבלת העמודים שנקצבה על ידי הועדה להיקף תזכיר העמדה, מובאית בזאת תמצית עמדתה העקרונית והראשונית בלבד של קבוצת דלק זאת בהתייחס להיבטים המשפטיים נושא טיוטת המלצות הועדה, והכל (א) מבלי להדרש להיבטים העובדתיים והמקצועיים נושא טיוטת המלצות הועדה אשר יובאו בפניה, בין היתר, במסגרת חוות דעת מקצועיות, וכן (ב) מבלי לפגוע בזכות מזכויותיה של קבוצת דלק או בטענה מטענותיה, וכן (ג) מבלי שיש באמור בתזכיר קצר זה ובמה שאינו אמור בו כדי למצות את זכויותיה וטענותיה של קבוצת דלק, וכן (ד) תוך שקבוצת דלק משמרת תחת ידה את מלוא זכויותיה וטענותיה.

8. מובהר כבר עתה, ומבלי לגרוע מזכותה של קבוצת דלק להשלים ו/או להרחיב את טיעוניה בכתב בפני הועדה בהמשך הליך זה, **כי קבוצת דלק מבקשת להופיע בפני הועדה, באמצעות נציגיה ו/או מומחים מטעמה, גם במסגרת של שימוע בעל פה**, זאת על מנת להרחיב ולהמחיש את עמדתה וטענותיה.

9. עוד יודגש כי בשים לב לכך שבמקביל להגשת תזכיר זה, מוגש לועדה **תזכיר עמדה מטעם התאגידים בשליטת קבוצת דלק** המחזיקים (במישרין ובעקיפין) בזכויות רישיונות וחזקות קיימים (קרי, דלק אנרגיה בע"מ, דלק קידוחים שותפות מוגבלת ואבנר חיפושי נפט שותפות מוגבלת (שתי האחרונות "שותפויות דלק") - הכל כמפורט בתזכירנו הקודם), כאשר לתזכיר העמדה מטעמם יצורפו חוות דעת מקצועיות שונות, לכן ברצוננו לציין **כי קבוצת דלק מצטרפת גם לכל האמור בו.**

### ב. עמדתה היסודית של קבוצת דלק

10. במסגרת תזכירנו הקודם פורטו בהרחבה זכויותיה של קבוצת דלק (באמצעות תאגידים בשליטתה) בחזקות וברישינויות כמו גם העובדה כי קבוצת דלק במישרין ובאמצעות שותפויות דלק השקיעה במהלך שנים הרבה בבדיקות, בחיפושים, בקידוחים, בשדות ובמתקנים, **סכומי עתק**, תוך הדגשת **המורכבות והסיכונים הרבים** הטמונים בחיפוש גז ונפט בכלל, ובתנאים הסביבתיים באזורנו בפרט, כאשר בעלויות ובסיכונים אלה נשאו ונושאות **שותפויות דלק** בלבד ללא אחריות או השקעה כלשהיא של המדינה, הכל כמפורט שם (ויודגש בהקשר זה, לשם המחשת הסיכונים הרבים בתחום החיפושים, כי עד להווה נעשו בישראל מעל ל-500 קידוחים שהיו בסופו של יום עקרים).

11. בתזכירנו הקודם, הובעה עמדתה החד משמעית של קבוצת דלק כי **כל הגדלה בשיעור דמי התמלוגים הקבועים אם וככל שתוחל על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו (קרי, זכויות רישיונות וחזקות קיימים)**, אף אם תעשה בחקיקה ראשית, תהא בלתי חוקית ופסולה מיסודה, על כל הנובע ונגזר מכך, ובהקשר זה פורטו מספר טעמים, חלופיים ומצטברים, ואלה הם בתמצית:

11.1 איסור רטרואקטיביות ופגיעה בזכויות מוקנות - הגדלת דמי התמלוגים שתוחל על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו תהווה שינוי רטרואקטיבי אסור ופגיעה בוטה בזכויות קניין, כאשר חקיקה כזו תעמוד בניגוד מובהק לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, לרבות עקרון שלטון החוק והיא לא תעמוד במבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11.2 פגיעה באינטרס ההסתמכות והציפיות - יוזמות החיפושים של הגז והנפט נעשו על יסוד בדיקת מערך נתונים כולל, כאשר היקפו של שינוי המצב וההסתמכות על בסיס הדין הקיים מקדמה דנא וכן הציפייה לכך שיכובדו "כללי המשחק" בתוך מודל החקיקה הקיים, כל אלה מובילים לכך שהפגיעה באינטרס ההסתמכות והציפיות בענייננו הינה מובהקת ועוצמתית.

11.3 פגיעה בזכויות חוזיות - הרישיון (קל חומר חזקה הקמה מכוחו) הינו בעל אופי הסכמי בולט ומכאן שחקיקה שמטרתה לשנות את "כללי המשחק" תוך החלתם על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו, תהווה הפרה בוטה של "הסכם רישיון" (License), על כל הנובע ונגזר מכך.

11.4 **פגיעה במשפט הבינלאומי - הגדלה של דמי התמלוגים עלולה להוות הפרה של המשפט הבינלאומי ההסכמי או המנהגי ולהקים למדינת האמנה הרלבנטית ו/או לבעלי הרישיונות/החזקות הרלבנטיים את הזכות לפנות לערכאות מוסמכות לשם הגנה על זכויותיהם.**

12. עוד צויין בתזכירנו הקודם כי כל האמור בו בכל הקשור לדמי התמלוגים, **חל בשינויים המחוייבים**, על פי הענין, גם לגבי השתת **מיסים סקטוריאליים** על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו. בהקשר זה נאמר, כבר באותו מועד (טרם פרסום טיוטת המלצות הועדה), כי גם אם יועלה רעיון בדבר הטלת **מס סקטוריאלי**, בהתייחס ליזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו, הרי שגם בכך לא יהא כדי להועיל, שכן גם מהלך זה יהווה **שינוי רטרואקטיבי פסול**. העמדה שהובעה במסגרת תזכירנו הקודם הדגישה הינה כי **אין יסוד ואין היגיון בהטלת מיסים סקטוריאליים** על מגזר יזמים מצומצם שכן תהא זו **חריגה פסולה ואסורה** ממדיניות המיסוי הקיימת, ובהקשר זה פורטו מספר נימוקים ואלה הם בתמצית:

12.1 אין ולא יכולה להיות מחלוקת **שדמי תמלוגים אינם מס**. בתחום המיסוי פועלת המדינה במעמדה כריבון ולא במעמדה כבעלת נכסים וכמתקשר בתחום המשפט הפרטי ואל לה לערב האחד עם משנהו. ברי כי יש יותר מטעם לפגם בניסיון לעשות שינוי במיסים כדי לשרת את האינטרס של המדינה במעמדה כבעלת נכסים וכמתקשר בתחום המשפט הפרטי. לשון אחר, **רתימת המס לצורך שיפור תנאים מסחריים של המדינה כלפי יזמי הגז היא מהלך, פסול ובלתי חוקי**.

12.2 משטר מיסוי שמכוחו יושת נטל **מס נוסף** על הכנסות ממשאבי טבע (כזכויות הגז והנפט בענייננו) יהווה משטר מיסוי **הפוגע בעקרון השוויון, בזכות לשמירה על הקניין ובחופש העיסוק**, ובהיותו פוגע בזכויות יסוד מוקנות באופן שאינו עומד בהוראות פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד הרלבנטיים, **יהא בלתי חוקי**.

12.3 דמי התמלוגים מהווים הוצאה לצורך יצירת הכנסה ואינם חלק מחבות המס. יש לזכור כי הנכס או הזכויות בגינם משולמים דמי התמלוגים אינו מהווה נכס או זכויות ציבוריות אלא נכס זכויות פרטיות. **מס ודמי תמלוגים אינם מוסדות משלימים ואינם מוצרים תחליפים וניסיון להשתמש במערכת המס לשם "הגדלת" דמי התמלוגים הינו פסול מיסודו**.

12.4 **מערכת המס אינה יכולה "לרפא" את האיסור על הגדלה רטרואקטיבית של דמי התמלוגים על ידי הגדלת נטל המס**, שכן אין זה מתפקידה של מערכת המס "להעביר" מקורות מסויימים בציבור למדינה כאשר מכשירי העברה אחרים אינם פועלים עקב מגבלות מהותיות החלות עליהם.

13. במסגרת טיוטת ההמלצות הועדה כפי שפורסמו, עיקרי המלצותיה היו **להותיר את שיעור התמלוגים הקיים על כנו ויחד עם זאת הומלץ (א) על הטלת היטל רווחי גז ונפט פרוגרסיבי**, שייקבע בהתאם ליחס שבין "ההכנסות המצטברות נטו" לבין "ההשקעה הכוללת בחיפוש ובפיתוח ראשוני של המאגר" על בסיס מנגנון מסויים ("R פקטור") תוך החלתו על כל מאגר בנפרד (Ring Fencing), וכן (ב) **על ביטול ניכוי האזילה (המתייחסת לצד ההוצאות)**, כל זאת כאשר השינויים המוצעים יחולו החל מיום ההחלטה על כל מאגרי הגז והנפט (הקיימים והעתידים).

14. רואים אנו איפוא, כפי שצפתה קבוצת דלק כבר בגדר תזכירנו הקודם, כי ניסיונה של הועדה, במסגרת טיטת המלצותיה, לרתום את מערכת המס, על ידי הטלת מס סקטוריאלי (בדמות "היטל רווח") על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו (כמו גם על ידי ביטול הוראת ניכוי האזילה שהוקנתה להם), זאת לשם "הגדלה" דה פקטו של דמי התמלוגים, הינו מהלך ב"דרך בורמה" שלא יהא בו כדי להועיל, באשר הוא פוגע באופן רטרואקטיבי בזכויות יסוד מוקנות ומוגנות וממילא הוא בלתי חוקי ופסול מיסודו. והדברים ברורים!

15. על יסוד האמור, עולה כי כבר נוכח כל אחד ואחד מהנימוקים שפורטו בתזכירנו הקודם, קל וחומר משקלם המצטבר, ובלא צורך בכל הנמקה נוספת, עולה המסקנה הברורה כי אין יסוד לטיטת המלצות הועדה באשר המלצותיה הן פסולות ובלתי חוקיות.

16. יחד עם זאת, ולשם שלמות התמונה ומטעמי זהירות בלבד, נבקש בחלק הבא של תזכיר זה, להרחיב את התייחסותינו לגבי עיקרי הכשלים והפגמים המשפטיים שנפלו בטיטת המלצות הועדה (לרבות במסגרת חוות הדעת המשפטית שנלוותה לה), בין היתר, על יסוד הטעמים שהובאו על ידי הועדה, ובכך לבסס ביתר שאת את פסלות המלצותיה.

### ג. עיקרי הטעמים הנוספים לפסלות טיטת המלצות הועדה

#### 1.ג. ההיטל המוצע אינו מס ואין יסוד להטלתו

17. טיטת המלצות הועדה למעשה אינן עוסקות בשינוי המדיניות הפיסקאלית במובנה המיסויי, אלא בשינוי והרחבת מנגנון התמלוגים. הנמקותיה של הועדה הן במישור התמלוגי משום שהן מתמקדות בתמורה הראויה עבור השימוש בנכס (מאגרי הגז והנפט), והן מתעלמות מהעקרון הבסיסי במשטר מיסוי ההכנסה והוא "עקרון היכולת לשלם", זאת תוך ערוב תחומים חוזר בין "השיח תמלוגי" ל"שיח המיסויי" (למשל, בהתייחס לטיעון הנשנה בדבר "שייכות משאבי הטבע לציבור" שאינו שייך למישור המיסויי כי אם למישור התמלוגי, קרי ל"רנטה הכלכלית" שאמורה להשתלם עבור השימוש במשאב).

18. בשונה מהעולה מטיטת המלצות הועדה, אין בשיטת המס הנהוגה בישראל תרבות של מיסים ייעודיים (כאשר הדוגמאות שמובאות הן שוליות ועוסקות דרך כלל במקרים של הענקת הקלות מס), ומכל מקום במישורי הפעילות הכלכלית המרכזיים של המדינה אין מיסוי ייעודי המחמיר על פעילויות כלכליות מסוימות ביחס לפעילויות כלכליות אחרות.

19. יצוין כי מס ייעודי (בשונה מהטבות מס ייעודיות שנועדו לעודד פעילות כלכלית מגזרית), עשוי להיות מוצדק רק כאשר האינטרס בהטלתו הוא הפוך ממשטר מס תמריצי, כלומר כאשר האינטרס הוא למנוע או לצמצם את הפעילות עליה מוטל "המס העודף". ברי כי בענייננו, אף לגישת הועדה, אין מדובר ברצון להגביל את הפעילות בתחום חיפושי הגז והנפט אלא לגבות את "הרנטה הכלכלית" בתחום זה וזהו איפוא נימוק נוסף לכך שאין לראות בהיטל המוצע כמס אלא כתשלום המהווה תמלוג לכל דבר וענין.

20. טעם נוסף התומך בכך כי עסקינן בהיטל המהווה תמלוג ולא מס, הינו הטיעון הנזכר בהמלצות הועדה בדבר שיקולי "צדק חלוקתי" המצדיקים לכאורה את הטלת מס זה. ראשית, אין המדובר במקרה הנדון בענייני "צדק חלוקתי" כי אם בתמורה שתקבע עבור השימוש במשאב הטבע הרלבנטי, סוגיה שכלל אינה קשורה לסוגיית המיסוי ומכל מקום אם סבורה הועדה (אליבא דגישתה) כי המצב התחיקתי הקיים נובע מ"פגמים" שיצרה המדינה, ברי כי אלה אינם יכולים "להתרפא" על ידי הטלת מס ייעודי. שנית, ככל שהמדינה סבורה כי ברצונה לגבות את מלוא

"הרנטות הכלכליות" המגיעות לה, ברי כי אין כל טעם ענייני לכך שהדבר יחול בתחום הגז והנפט בלבד, ולא על כל מי שמפיק הכנסות הנובעות מכל מקור שהמדינה מעמידה לרשותו, כולל רישיונות ו/או זיכיונות שהיא מעניקה בתחומים שונים. **שלישית**, יש לזכור כי בסופו של יום המדינה קיבלה בשעתו החלטה להעביר את תחום חיפושי הגז והנפט למגזר הפרטי למי שהיה מוכן ליטול על עצמו את הסיכונים הרבים בכך בתמורה לתשלום דמי תמלוגים בשיעור קבוע מראש. כוונת הועדה המלצותיה, אם לומר זאת בקול ברור, אינה שאיפה ל"צדק חלוקתי" כנטען, כי אם השגת רווח כפול - פעם על ידי העברת הסיכון מהמדינה לזמים הפרטיים ופעם שנייה, מעת שהסיכון פג, על ידי דרישת תשלום נוסף כאילו מעולם לא היה מחיר לסיכון. והדברים ברורים!

## 2.ג. ניכוי האזילה היא הוראה מוצדקת ואין מקום לביטולה

21. הדיון במסגרת טיוטת המלצות הועדה בהתייחס **להוראת ניכוי אזילה הינו שגוי מיסודו וכפועל יוצא מכך גם ההמלצה לביטולה היא ממילא מוטעית.**
22. אין חולק כי ההוראה בדין המעניקה את ניכוי האזילה הינה **הוראה תמריצית** שהותקנה על רקע העדר מקורות אנרגיה במשק, כאשר על אף קיומה של זו, תופעת חיפושי הגז והנפט היתה מוגבלת מאוד בהיקפה (ולמותר לציין כי עד כה לא קמו כל קריאות לביטולה של ההוראה, מטעמים ברורים!). על רקע זה ניסיונה של הועדה לטעון ל"אי סבירותה" של הוראה זו, **נעדר כל רלבנטיות**, ויש לבחון זאת על רקע נסיבותיה. הוראת ניכוי האזילה היא דרך אחרת לקביעת שיעור מס מופחת מהכנסות ממשאבי טבע, בדומה לחוקי העידוד השונים החלים בשיטתנו. יצוין במשך עשרות שנים בהן **לא** היו תגליות גז ונפט, וגם מעת שנמצאו תגליות כאלה, היתה הצדקה רבה להוראה זו כחלק ממדיניות רבת שנים להביא את מדינת ישראל לעצמאות וליציבות בתחום מקורות האנרגיה. ברי כי **הצדקה זו עודנה שרירה וקיימת וממילא גם עומדים על תילם הטעמים הראויים להותרת ההוראה על מכונה.**
23. חזקה איפוא על מחוקק המשנה כי **התקין באופן מוצדק את התקנות הנוגעות להוראת ניכוי האזילה** ולא השחית את מילותיו לריק וחזקה על אלו שבאו אחריו כי היו מודעים לקיומה של הוראה זו ולא סברו כי היא מיותרת.
24. גם טיעון הועדה בדבר ביטול הוראת ניכוי האזילה נוכח העדר תשלום תמורה לכאורה עבור "נכס" הגז או הנפט **אין לה על מה שתסמך**, בין היתר, בשים לב לכך שבעל החזקה בזכות הגז או הנפט משלם למעשה עבור "הנכס" מכוח תשלום דמי התמלוגים, דבר המהווה תמורה ראויה לכל דבר וענין.
25. עוד טיעון שמועלה על ידי הועדה בהקשר זה ואף הוא נדון לכישלון, הוא כי ביטול ניכוי האזילה הוא "תיקון טעות" שהמדינה רשאית לעשות. כבר בהיבט הרחב **טיעון זה נעדר יסוד** שהרי בנסיבות אלה כל חקיקה שתבקש לפעול באופן רטרואקטיבי, תוכל לפעול "בשם הטעם" של "חקיקה הטעונה תיקון". זאת ועוד, **במקרה הנדון אין ולא הייתה טעות כלשהיא**, שכן יש לבחון את מדיניות מיסוי מוצדקת זו בפרספקטיבה של עשרות השנים של כלל הפעילויות משק הגז והנפט, כפי שהראינו קודם. לשון אחר, גם טיעון זה, כמו טיעוניה האחרים של הועדה, מושתת על בחינת ההסדרים **לאחר** שנמצאו משאבי הטבע, ולא "בזמן אמת", קרי, **בבחינת "חוכמה שלאחר המעשה"**. והדברים ברורים!

### ג.3. אי ביטול דמי התמלוגים

26. בטיוטת המלצות הועדה, ישנו מוטיב חוזר ונשנה והוא "היתרון" (הנטען) שבשיטת הטלת המס הייעודי המוצע לעומת שיטת גביית דמי התמלוגים הנוהגת בהסדר הקיים, ולמרות זאת, הועדה אינה ממליצה לבטל (או למצער להפחית) את דמי התמלוגים (אף שלדעתה מדובר, בין היתר, בכלי רגרסיבי, לא ניטרלי, שעלול לפגוע בהחלטות המשקיעים, לשנות את מחיר המכירה של הגז או הנפט, ליצור מניפולציות ועוד).

27. רואים אנו כי הועדה אינה בוחנת את הדרך הראויה והנכונה לגבות את "הרנטה הכלכלית" בהפקת גז ונפט (אף לשיטתה), אלא כל מטרתה הינה להגדיל את חלקה של המדינה ב"עוגת התקבולים", בדרך של הצעה ל"חקיקה אופורטוניסטית", לאחר מעשה ולאחר שהסיכונים הגדולים בפעילות כבר נלקחו על ידי אחרים. ועל כך נתמחה!

28. צא ולמד, כי טיוטת המלצות הועדה מציעה למעשה "שיטת תשלום תמלוגים חדשה", זאת בנוסף לשיטת התמלוגים הקיימת. כפי שהובהר, מכל הבחינות הקיימות, השיח בטיוטת ההמלצות עוסק בסוגיה אחת בלבד, והיא אודות משטר התמלוגים הרצוי, כאשר אין לכך כל קשר לשיח בתחום המיסוי. הטעם לכך ברי לכל, והוא הנחת העבודה הרווחת כי מבחינת "ההיבט הרטרואקטיבי", "הזירה המיסויית" הינה "נוחה יותר" עבור הועדה מאשר "הזירה התמלוגית". כאמור, שימוש זה במערכת המס הוא שימוש פסול אשר יש לדחותו, ואם סבורה הועדה הנכבדה כי "הציבור מקופח" נוכח שיטת התמלוגים הקיימת, תואיל נא לקרוא לילד בשמו: "הגדלת התמלוגים" (ולא תתכסה בכסות לא לה). והדברים ברורים!

### ג.4. המלצות הועדה מהוות מעשה חקיקה רטרואקטיבי

29. טיעון משפטי בולט המועלה במסגרת טיוטת המלצות הועדה שהתייחס לשאלת התחולה בזמן של המלצותיה, הוא כי שינויי החקיקה המוצעים אינם רטרואקטיביים אלא הם "פרוספקטיביים" או לכל היותר בעלי תחולה "אקטיבית". מבלי להדרש לסיווגים הטרמינולוגיים המועלים בהקשר זה (למונחים המורכבים של "פרוספקטיביות" ו"אקטיביות", במובן זה שניתן לעשות בהם "שימוש יצירתי"), הרי שלמעשה הסוגיה החשובה בענין זה היא מידת הפגיעה בציפיות הלגיטימיות של הצדדים הנוגעים בדבר, קרי, בעלי הרישיונות והחזקות.

30. לפיכך אם ניישם דברים אלה, יקשה לחלוק על העובדה כי ההמלצות המוצעות צריכות להחשב כחקיקה רטרואקטיבית לכל דבר וענין, במובן זה שהן פוגעות קשות בציפיותיהם של הזמים המחזיקים בזכויות שנתגבשו, אשר קיבלו את ההכרעות הקריטיות מבחינתם להשקעות של סכומי עתק עובר לקבלת זכויות אלה ואילו המדינה מבקשת לשנות את משטר חלוקת ההכנסות מהגז והנפט רק לאחר שבוצעו השקעות העתק ורק לאחר שנמצאו התגליות במאגרים. במצב דברים זה אין כל חשיבות לסיווג המינוחי של ההמלצות המוצעות, לאור הפגיעה החמורה בציפיות הזמים אשר צריכה לעמוד בכל הנטלים החוקתיים הכרוכים בחקיקה רטרואקטיבית (וכפי שהראינו בתזכירנו הקודם וכפי שגם נראה בתזכיר זה, היא אינה עומדת בכך).

31. נשלים עוד בהקשר זה כי מעבר לפגיעה בציפיות הזמים כאמור, אין יסוד לטיעון הועדה כי "ההמלצות מתייחסות לעתיד בלבד" גם במובן זה שהפגיעה ברכוש הזמים כתוצאה מאימוץ ההמלצות הינו מיידי (אף בטיוטת מסקנות הועדה ישנה התייחסות להפחתת הניכרת ב"שווי הכלכלי" של המאגרים הרלבנטיים כתוצאה מיישום ההמלצות). והדברים ברורים.

### 5.ג. הניסיון להבחין בין רישיון להסכם אין בו כדי להועיל

32. טיעון נוסף העולה במסגרת טיוטת המלצות הועדה, הוא כי בענייננו לא "נחתם הסכם" בין היוזמים לבין המדינה אלא "ניתנו רישיונות" לחיפוש והפקת גז ונפט (זאת מתוך מטרה להצדיק כביכול את יכולת המדינה "להשתחרר" מהם). בהקשר זה יצויין כי הרישיון (קל וחומר התזקה) הינו בעל אופי הסכמי בולט המצוי בתחום המשפטי הפרטי אשר חקיקה שמטרתה ל"שנות את כללי המשחק בדיעבד" תהווה הפרה בוטה שלו, ודי בכך כדי לסתור טיעון זה של הועדה. יחד עם זאת ולמען שלמות התמונה ולמניעת ספקות, נתייחס בכל זאת לכשלים שביסוד טיעון זה.
33. הסוגיה שעומדת בפנינו בהקשר זה אינה "מאפייני ההתקשרות" אלא מהי סמכות המדינה לחזור בה או לשנות רישיונות (קל וחומר חזקות) שהעניקה ליזמים המתזיקים בזכויות שהתגבשו ולשנות באופן רטרואקטיבי את תנאיהם. הכלל במשפט המינהלי הוא כי **הרשות מוגבלת באפשרות לשנות את החלטותיה הקודמות** אלא במקרים שקיים אינטרס חיוני שמצדיק השתחררות או שינוי המעשה המינהלי הקודם, כאשר שיקולים של **"כדאיות כלכלית גרידא"** (כגישה הועדה) אינם נחשבים כמספקים כדי להצדיק פגיעה בציפיות של הצד הפרטי בעל הרישיון או בעל ההסכם.
34. לא זו בלבד, אלא שעל פי ההלכה הנוהגת, הסמכות של רשות מנהלית לחזור בה ולשנות מעשה מינהלי מוגמר היא אף מוגבלת יותר מסמכותה להשתחרר מהסכם או מתבטחה, ובמצב דברים זה טיעון הועדה בהקשר זה הוא בבחינת חרב פיפיות.

### 6.ג. קיומה של זכות קניין בת הגנה בידי היוזמים

35. אחד מהטיעונים שמועלים בטיטות המלצות הועדה הינו כי למחזיקים לא קמה לכאורה זכות קניין בת הגנה משום שאינם יכולים "להתחסן" מפני שינויי מדיניות. לטיעון זה אין יסוד בענייננו בראש ובראשונה נוכח הצגתו הפשטנית. העובדה שהרשות המנהלית יכולה לשקול את האפשרות העקרונית לנהוג אחרת מכפי שנהגה בעבר אינה אומרת דבר על התנאים המהותיים שהרשות צריכה לעמוד בהם על פי הלכות המשפט המנהלי שעה שהיא מבקשת לסטות ממדיניותה הקודמת ולא כל שכן כאשר השינוי בקו הפעולה פוגע בזכויות מוקנות שהתגבשו קודם לשינוי המדיניות.
36. ענין נוסף בהקשר זה שהועדה הנכבדה אינה נותנת לו מענה מספק, הינו כי אף אם נאמץ לרגע קט את עמדתה בנוגע לאופיו המנהלי "הנזיל" כביכול של הרישיון, עדיין יקשה לחלוק על העובדה שהאינטרס של היוזמים המחזיקים בזכויות מוקנות שנתגבשו עולה בודאי בנסיבות הקיימות לכדי זכות יסוד הראויה להגנה חוקתית.
37. להשלמת התמונה בלבד בענין זה יצויין כי "אזכורים מסויימים" הנכללים במסגרת מסמכים שונים המובאים בטיטות המלצות הועדה, כבאים לבטא כביכול "מודעות" לשינויים אפשריים שיחולו בהוראות הדין, אין בהם מאומה. ראשית, מכוח היותם סעיפים סטנדרטיים המופיעים דרך קבע ובענין שבשגרה במסמכים מאותו סוג וממילא לא נודעת להם כל משמעות מיוחדת בענייננו. שנית, בכל מקרה ומצב בודאי שאין באזכורים אלה להיחשב כעילה מספקת לשלול את אינטרס ההסתמכות המוגבר של היוזמים המחזיקים בזכויות מוקנות שנתגבשו. לשון אחר, השאלה איננה אם היוזמים היו מודעים לאפשרות עקרונית של שינוי עתידי במשטר הפיסקאלי (ענין שאף הוא שנוי במחלוקת), אלא האם יכלו להניח כי שינוי כזה יעשה בהתאם לתנאים החוקתיים המחייבים הגנה על זכויותיהם וציפיותיהם שנתגבשו עובר לשינוי המוצע – והתשובה לכך היא ללא עוררין - לא, באלף רבתי!

### 7.ג. המלצות הועדה אינן עומדת במבחני חוקי היסוד

38. במסגרת תזכירנו הקודם הראינו באופן מפורט כי חקיקה שתתיימר להגדיל את משטר התמלוגים או המיסים אשר יוחל על יזמים המחזיקים בזכויות שנתגבשו, **תפגע באופן אסור בזכויות יסוד מוקנות שלהם, ומכוח אי עמידתה במבחני פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, הרי שהיא תהא פסולה ובלתי חוקתית.** הניסיון שנעשה במסגרת טיוטת המלצות הועדה "להכשיר" חקיקה פוגענית כגון זו, **אין בו כדי לצלוח, וזאת בשל מספר פגמים, אשר נוכח כל אחד ואחד מהם, קל וחומר משקלם המצטבר, המלצות אלה אינן חוקיות.**

39. **ראשית, במסגרת טיוטת ההמלצות ישנה התעלמות מהדרישה המקדמית שבפסקת ההגבלה והיא שהפגיעה בזכויות המוקנות תעשה "בחוק". דרישה זו אינה מתקיימת בענייננו, שכן חקיקה סקטוריאלית וצרה (המתנייחסת רק למפיקי גז ונפט ואף יורדת לרמת כל "מאגר" בנפרד) אינה עומדת בדרישת "הכלליות" ו"העדר הפרטיקולריות" של הנורמה הפוגענית ולכך עוד משנה תוקף לאור האופי הרטרואקטיבי של החקיקה המוצעת.**

40. **שנית, בהתייחס למבחן "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה, מבקשת הועדה לטעון כי "צדק חלוקתי" מגשים את תכלית זו. כפי שהובהר בתזכירנו הקודם, הגדלת הכנסות המדינה גרידא אינה מטרה מספקת לשם הצדקת שינוי המדיניות הפיסקאלית באופן רטרואקטיבי. מעבר לכך, גם הטיעון של "צדק חלוקתי" אין בו ליתן מענה לדרישה שבחוקי היסוד, שכן ברי כי אין זה לגיטימי שהממשלה תיטול זכויות קיימות של מספר גופים מצומצם ותבצע לגביהם בלבד "חלוקה מחדש" של "העושר החברתי".**

41. **שלישית, גם בהתייחס למבחן "המידתיות" שבפסקת ההגבלה אין בידי הועדה להראות טעמים המצדיקים פגיעה בזכויות יסוד מוקנות. כבר הראינו בתזכירנו הקודם כי קיימים "אמצעים שפגיעתם פחותה" ובמיוחד האפשרות שלא להחיל את החקיקה החדשה על יזמים המחזיקים בזכויות שהתגבשו עובר למועד כניסתה לתוקף ונימוקי הועדה כנגד אפשרות זו נעדרי בסיס. מעבר לכך, גם לדרישת "המידתיות הצרה" אין הועדה הנכבדה נותנת מענה מספק, מן הטעם שבחינת השיקולים הנוגעים לאיזון שבין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים חברתיים מתחרים במצבים של החלה למפרע, מצביעה על כך שלא קיימים בענייננו שיקולים ראויים לפגיעה בזכויות היסוד של המחזיקים (ולשם הדוגמא בלבד: בטענת הועדה כי בתרחישים סבירים עשוי להיוותר בידי המחזיקים "רווח נורמלי" היא מתעלמת מהתחשיב הרציונאלי של היזמים ב"עולם שלפני התגליות" ועוסקת פעם נוספת באופן שגוי רק ב"עולם שאחרי"; בנוסף מתעלמת הועדה משיקולים כבדי משקל הנוגעים לניתוח "המידתיות", ובהם, פגיעה באמינות הממשלה וביציבות הפיסקאלית, הברחת משקיעים מקומיים וזרים, דחיית המעבר לשימוש מהיר באנרגיה נקייה זולה, וכיוצא באלה השפעות שליליות, אשר יש להניח כי בסופו יום של יסבו נזקים חמורים לכלכלת המדינה). והדברים ברורים!**

### 8.ג. התייחסות לטענות נוספות

42. אחת הטענות בטיטת המלצות הועדה בתמיכה לעמדתה הקיצונית הינה כי **ההסדר החוקי הקיים בתחום הגז והנפט, נחקק לפני עשרות שנים בתנאים ובנסיבות שונים מהיום. לטענה זו אין יסוד, שכן דווקא הותרתו על כנו של ההסדר משך תקופה ארוכה זו, מהווה מבחינה דמוקרטית חקיקה נמשכת המאשרת את החוק הקיים, כאשר לכך יש להוסיף את הניסיונות לתיקון החקיקה הקיימת שלא צלחו שמשמעם אישור נוסף ועדכני למשטר החקיקה הנוהג.**

43. פגם נוסף בטיטוט המלצות הועדה הוא התעלמותה מכך שהחלק של הממשלה בתקבולי הגז והנפט אינו צריך לכלול רק את רכיבי ההכנסות הכספיות הישירות הנובעות מהתגליות אלא גם יש להביא בחשבון את ערכן הכלכלי מבחינה המימז האסטרטגי עבור המדינה ומשק הגז (כפי שידעה המדינה בנסיבות אחרות להביא בחשבון), על כל הנובע ומשתמע מכך. בהקשר זה נדגיש כי בכל מקרה ומצב, יהיו השיקולים אשר יובאו בחשבון, מתחייב כי "המשטר הפיסקאלי" שיחול על מפיקי וספקי גז טבעי ישראליים יחול באופן זהה גם על ספקי גז זרים, שאם לא כן לפנינו פגיעה חמורה ובוטה בעקרון השוויון המהווה זכות יסוד חוקתית מוגנת.

44. עוד כשל העולה מטיטוט המלצות הועדה נוגע למתודולוגיה המוטעית הננקטת על ידה בעריכת תחשיב חלקה של המדינה בתקבולי הגז והנפט, זאת, בין היתר, מהטעמים הבאים (ומבלי לגרוע מפגמים אחרים הנוגעים לתחשיב זה כפי שיובאו בפני הועדה במסגרת חוות דעת מקצועיות): (א) בעת קביעת חלקה של המדינה יש לנטרל את השפעת שיעור המס המוטל על כלל הנישומים, שכן השוואת חלקה של המדינה תוך התעלמות משיעורי מס החברות השונים של המדינות נשוא ההשוואה, מהווה עיוות בחישוב "הרנטה הכלכלית" על משאבי הטבע הרלבנטיים; (ב) ככל שהיחס בין חלקה של המדינה בפעילות הפקת גז ונפט לבין חלקה של המדינה ביתר הפעילויות במשק גדול יותר (כבענייננו), כך הפגיעה ביזמים רבה יותר, דבר המהווה אפליה גסה ובלתי מוצדקת.

45. טיעון נוסף בטיטוט המלצות הועדה הלוקה בפגם, הוא האמירה כי גם המדינה "נושאת" בחלק מהסיכון (ההוצאות) שבחיפוש הגז והנפט ולפיכך היא "זכאית" לרווחים נוספים מהמאגרים בתחום זה. טיעון זה בטעות יסודו, שכן המדינה "נושאת" בסיכון (בהוצאות) רק כאשר ישנם רווחים ממאגרים אלה, אולם בעת קיומם של הפסדים המשקיעים הם הנושאים הבלעדיים בסיכון (הם ותו לא!). לא זו בלבד, כי אף אם היינו מאמצים את עמדתה של הועדה בדבר "חלוקת הסיכונים" כאמור (ואין הדבר כך), ברי כי גם במצב דברים זה המדינה אינה רשאית לבוא כעת ולשנות בדיעבד ובאופן קיצוני את הסדר "חלוקת הסיכונים" היסודי (כל שהיה) זאת רק משום שהיזמים עשו את המוטל עליהם והביאו למציאת התגליות. והדברים ברורים.

46. כשל נוסף הנעוץ בטיטוט המלצות הועדה הינו מגוון ה-R "פקטור" היוצר עיוותים רבים, זאת, בין היתר, מהטעמים הבאים (ומבלי לגרוע מפגמים אחרים הנוגעים למנגנון זה כפי שיובאו בפני הועדה במסגרת חוות דעת מקצועיות): (א) המנגנון המוצע מתעלם באופן גס מ"עלות הכסף" (שכן הוא מבקש "להגן" על רווח נצבר של 50% אך אין כל התחשבות במשך הזמן ובתשואה השנתית אלא רק בתשואה הכוללת); (ב) במנגנון המוצע אין התחשבות בהוצאות פיתוח נוספות לאתר מועד תחילת ההפקה ובכך נגרם עיוות חמור ופגיעה בוטה ביזמים דבר אשר רק הוא כשלעצמו מעקר מכל תוכן את המנגנון המוצע (ללא קשר ליתר הפגמים); (ג) בהחלתו של המנגנון המוצע על כל מאגר בנפרד (Ring Fencing), המדינה מטילה על המשקיעים סיכון נוסף ו"מתנערת" למעשה מאפשרות קיומם של קידוחים עקרים (לשון אחר, המדינה מבקשת לגבות את "הרנטה הכלכלית" רק מקידוחים מוצלחים ולא מקידוחים שנכשלו), דבר המהווה פגיעה חמורה בשוויוניות.

47. פגם בולט נוסף בטיטוט המלצות הועדה נוגע לסוגיית המימון. אף שהועדה מבהירה בהמלצותיה כי היא רואה חשיבות רבה בפיתוח מאגרי הגז שהתגלו בלוח זמנים המתאים לצורכי המשק, הרי שבדין לכלל כי רק בשל עצם כינונה של הועדה וביתר שאת לאחר פרסום המלצותיה (ועוד ללא קשר ליתכנות יישומם), נגרמו ועוד ייגרמו קשיים חמורים (שלא לומר בלתי הפיכים) בכל הקשור לסוגיית המימון של המאגרים הרלבנטיים. למותר לציין כי בכל הקשור למכלול הפגיעות הקשות בקשר עם סוגיית המימון (לרבות אלה שעלולים לחול נוכח יישומן של המלצות הועדה), קיימים

טעמים רבים ומוצקים והם יובאו בפני הועדה, בין היתר, במסגרת חוות הדעת המקצועיות. בהקשר זה נוסף, כי אין צורך להרחיב את הדיבור אודות **מכלול הנזקים** (מעבר להיבטי המימון) שנגרמו ועוד יגרמו כבר מעצם כינונה של הועדה (קל וחומר מהמשך עבודתה) ודי באזכור העובדה שקבוצה גדולה במשק נמנעה בימים אלה מלהתקשר עם שותפויות דלק בהסכם משמעותי ביותר לרכישת גז והעדיפה על פניהן גורם אחר, כל זאת עקב אי יכולתן של שותפויות דלק להתחייב בהתקשרות כגון זו בנסיבות אי הודאות שנוצרו עקב כינון הועדה והמלצותיה. והדברים ברורים.

48. כשל נוסף בטיוטת ההמלצות הוא **העובדה כי הועדה חרגה מכתב המינוי שלה** שניתן לה ביום 12.4.10 ("**כתב המינוי**"), בין היתר, בשים לב לכך שהועדה (א) לא בחנה באופן מעמיק את שוק הגז בישראל כנדרש בכתב המינוי, וכן (ב) לא ערכה השוואה לסוג המדינות הרלבנטיות כנדרש בכתב המינוי (מדינות בעלות מאפיינים מקרו-כלכליים ודמוקרטיים דומים), וכן (ג) לא התייחסה לשלבי הרישוי והגילוי השונים שבהם מצויים שטחי המשאבים כנדרש בכתב המינוי. ברי כי כשל זה מהווה **תימוכין נוסף לאופן פעולתה של הועדה ולנפקות המלצותיה**, על כל הנובע ומשתמע מכך.

#### ד. סוף דבר

49. על יסוד כל אחד ואחד מהטעמים שפורטו בתזכיר זה כמו גם על יסוד כל אחד ואחד מהטעמים שפורטו בתזכירנו הקודם (ומבלי לגרוע מטעמים נוספים שקצרה היריעה וקצר הזמן מלפרטם), קל וחומר נוכח משקלם המצטבר של כל אלה, **עולה מסקנה ברורה כי כל הגדלה בשיעור דמי התמלוגים או המיסים שתוחל על יזמים שהינם בעלי רישיונות וחזקות קיימים (לרבות בדרך של הטלת היטל רווח סקטוריאלי עליהם ו/או ביטול הטבות מס שהוקנו להם ו/או בכל דרך אחרת), תהא בלתי חוקית ופסולה מן היסוד.**

50. קבוצת דלק חוזרת על בקשתה להופיע בפני הועדה ולהשמיע את טענותיה ביתר הרחבה.

בכבוד רב,

רם כספי, עו"ד  
יאיר כספי, עו"ד  
כספי ושות'

עותק:

משרד המשפטים - מר אבי ליכט, עו"ד, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי).

קבוצת דלק בע"מ - מר אסי ברטפלד, מנכ"ל.