



\* מיכאל צלרמאיר, עו"ד  
אבי ד. פילוסוף, עו"ד  
איל רחובסקי, עו"ד  
גיא צפריה, עו"ד  
דוני סולידאנו, עו"ד  
\*\* ג'פרי נדלר, עו"ד  
שרית מוסאיוף, עו"ד  
ערן שמעוני, עו"ד  
אורן גרוס, עו"ד  
אלי בורשטיין, עו"ד  
\* ליאור אורן, עו"ד  
סיון רמות, עו"ד  
דניאל להב, עו"ד  
\* דן סלע, עו"ד  
ליויאן סגל, עו"ד  
תמיר כהנוב, עו"ד  
\* יובל לזי, עו"ד  
ורד צרוו-ג'רסי, עו"ד  
אמירה אמרה, עו"ד  
רון שוורץ, עו"ד  
מור פינגרט, עו"ד  
שידיין, עו"ד  
אלי וידר, עו"ד  
סלינאי, עו"ד  
נסע ארבל, עו"ד  
איתי לביא, עו"ד  
לירון שדה-סלומון, עו"ד  
סלברייסמן, עו"ד  
ניצן אברבך, עו"ד  
דועי משיח, עו"ד  
יעל אנסונולי, עו"ד

תל-אביב, 25 באוגוסט, 2010  
מספרנו: 3231

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

בדואר אלקטרוני

שלום רב,

הנדון: הצגת עמדות המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז טבעי בישראל

מרשתנו, קבוצת הלמן אלדובי, המנהלת חסכוניות עבור עמיתי קופות גמל, מבוטחי קרנות פנסיה ובעלי יחידות השתתפות בקרנות נאמנות (להלן: "הקבוצה")<sup>1</sup>, מילאה את ידינו להציג בפניכם את עמדתה בנושא הנדון, כדלקמן:

מבוא

1. בהתאם לסיכום שהושג היום בדיון בעת"מ 29451-08-10 דלק מערכות אנרגיה בע"מ ואח' נ משרד האוצר ואח' בבית המשפט המחוזי, עמדה זו מוגשת באיחור של כשלוש שעות. בנוסף הקבוצה שומרת על זכותה לתקן את עמדתה ולהוסיף טענות בהתאם לתוצאות העתירה וקבלת חומר בגדרה.

2. כפי שנראה בהרחבה להלן, הקבוצה (אשר עניינה יובהר בהמשך) מתנגדת להגדלת התמלוגים שיחולו על חברות לחיפוש והפקת גז (וכן להגדלת שיעור מס, שנועד להשיג אותה מטרה). הקבוצה מתנגדת לעצם הרעיון של הגדלת תמלוגים (שכן, התמלוגים הקבועים בחוק היום הם בגובה נכון והגדלתם עלולה לפגוע בענף חיפושי הגז), ולבטח היא מתנגדת להגדלת תמלוגים שתחול על עיסקה שכבר יצאה לדרך לפי חוק הנפט. הקבוצה תראה להלן כי התמלוגים שמשלמת חברה לחיפושי גז למדינה אינם בגדר מס. הקבוצה תראה כי שינוי התמלוגים ביחס לעיסקה שכבר יצאה לדרך הינו פגיעה אסורה ורטרואקטיבית בזכויות קניין. נראה להלן גם כי מדובר בפגיעה בציבור רחב המשקיע באמצעות קרנות נאמנות, קרנות פנסיה וקופות גמל ולא רק בחברות חיפוש הגז.

3. וזאת לדעת כבר עתה. בעסקה עם המדינה, היזם לוקח על עצמו את העלויות האדירות של חיפושי הגז והפקתם, ולוקח על עצמו את הסיכון שהגז לא יימצא והעלויות יהיו לשווא. בתמורה, היזם, על-פי תנאי העיסקה (כפי שמוגדרים בחוק הנפט), רוכש 87.5% מהגז שיופק, והמדינה מצידה נהנית - בתמורה להענקת הזיכיון - מ-12.5% מהגז שנמצא והופק. מדובר בעיסקה בה כל צד יודע מראש מהן תוכניותיו, מהן זכויותיו ומה התמורה הצפויה לו בסוף התהליך. תנאי העיסקה הוגדרו בחוק ונקבעו מראש בעת יציאת העיסקה

מתלסט מסים  
\*\*\*אחור נק, עו"ד  
\*\*\*ליאת איזנברג-ריכטר, עו"ד  
גיא חמצני, עו"ד

\*חבר בלשכות עוה"ד  
בישראל וניו-יורק  
\*\*חבר בלשכות עוה"ד  
בישראל, ניו-יורק ואונטריו  
\*\*\*רואה חשבון

<sup>1</sup> למען הגילוי הנאות יצוין, כי לקבוצת הלמן-אלדובי קשורות, בין היתר, מספר חברות שעיסוקן באיתור של מקורות אנרגיה, נפט וגז טבעי. יחד עם זאת, נייר עמדה זה אינו מובא בשמן של חברות אלה, אלא דווקא בשל מעמדה של הקבוצה כמנהלת תיקי העמיתים ובעלי יחידות ההשתתפות.  
658158\_1.DOC

לדרך. הדבר דומה לעיסקת קומבינציה. כל שינוי בגובה התמלוגים, לאחר שהיזם יצא לדרך, מקטין רטרואקטיבית את הנכס שרכש היזם וממילא יש בו פגיעה בזכויות שכבר נקנו. פגיעה כזו היא בלתי חוקתית כשמדובר כאמור במאות אלפי המשקיעים באמצעות קרנות נאמנות, קרנות פנסיה וקופות גמל המושקעות בחברות לחיפוש גז, פגיעה כזו תפגע רטרואקטיבית בשווי הנכס שרכשו.

4. מובן מאליו איפוא כי הלמן אלדובי (אשר על עניינה יובהר בהמשך) מתנגדת לשינוי התמלוגים הקבועים בחוק הנפט וכמו כן להעלאת מס - שנועדו להשיג את אותה תוצאה.

#### בקשת הקבוצה להופיע בפני הועדה ולוח הזמנים

5. בהתאם לאמור בסעיף 4(ד) ל"פניה להצגת עמדות המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז טבעי בישראל" שפרסמה הועדה בתקשורת, מתכבדת הקבוצה להודיע לוועדה, כי היא מבקשת את הזכות להביא בפני הועדה את עמדותיה בעל פה.

6. הקבוצה מבקשת להדגיש, כי בכוונתה להציג את עמדתה מנקודת מבט יחודית. להבדיל מחברות הדלק והאנרגיה, אשר בוודאי יבקשו להופיע בפני הועדה, לקבוצה אינטרס יחודי - להגן על ציבור המשקיעים הרחב (עמיתים ובעלי יחידות השתתפות) בחברות הדלק והאנרגיה. לקבוצה יכולת לטעון לא רק לגופו של עניין (כפי שיעשה מיד), אלא גם להביא נתונים ומידע אודות הפגיעה שתיגרם לציבור הרחב (חלקו לפחות) אם תשונה המדיניות הנוהגת בנושא המיסוי או התמלוגים. כפי שיובהר בהמשך, בעוד שהקריאות שנשמעו להעלות את חלקה של המדינה בהכנסות על חשבון חברות הדלק והאנרגיה נועדו כביכול להיטיב עם הציבור הרחב, הרי שהקבוצה תראה כי הגדלה של התמלוגים תפגע בזכויותיו של הציבור הרחב (לפחות בחלקו) באופן לא מידתי ובלתי הגון.

7. עוד מבקשת הקבוצה להדגיש, כי העניין נשוא נייר עמדה זה, הן מזוית הראיה של הקבוצה - טובת העמיתים - והן בכל הנוגע למצב החוקי החל, הוא נושא מורכב וסבוך. הצגת עמדתה המפורטת של הקבוצה אינה יכולה להיעשות במגבלות האורך שאותן קצבה הועדה ובוודאי אינה יכולה להיעשות בצורה מושכלת ומלאה בטרם נמסר לה מהו הנושא שבו היא עליה להתמקד (על פניו, המנדט שניתן לוועדה - לבחון את המדיניות הפיסקאלית הנוהגת בתחום - הוא מנדט רחב הכולל בתוכו מכל וכל).

#### עניינה של הקבוצה

8. קבוצת הלמן-אלדובי היא אחד הגופים הפרטיים המובילים בישראל בכל הנוגע לניהול קופות גמל וקרנות השתלמות. הקבוצה הוקמה בשנת 1995, עת נפתח שוק קופות הגמל לראשונה לתחרות. הקבוצה מנהלת, על פי רישיונות והיתרים שקיבלה מן המדינה, קרנות נאמנות, קופות גמל ופנסיה. סך הכל מנהלת הקבוצה למעלה מ-7,000,000,000 ש"ח (שבעה מיליארד ש"ח) עבור כ-170,000 לקוחות. חלק נכבד מציבור המשקיעים באמצעות הקבוצה (בין כעמיתים ובין כבעלי יחידות השתתפות), מושקע בצורה כזו או אחרת - בין אם בקופות גמל, בין אם בקרנות פנסיה ובין אם במישרין בבורסה לניירות ערך - בחברות דלק ואנרגיה (לדוגמה קבוצת דלק, ישראלמקו, רציו ועוד). היקף ההשקעות בחברות הדלק והאנרגיה - באמצעות קבוצת הלמן אלדובי בלבד - עולה כדי סכומי עתק של מאות מיליוני ש"ח.

9. שינוי מדיניות הגבייה מחברות הדלק והאנרגיה - בין בדרך של העלאת אחוז התמלוגים ובין בדרך של שינוי מדיניות המיסוי - באופן שיקטין את הרווחים הפוטנציאליים של החברות, יוביל בהכרח לירידת ערכן של חברות אלה דבר שיפגע בנכסי העמיתים. במילים אחרות, שינוי המצב הקיים באופן שיפגע בחברות הדלק והאנרגיה אין משמעו רק פגיעה באותם בעלי הון שהינם בעלי אחזקות משמעותיות בחברות אלה, אלא גם במאות אלפי המשקיעים בחברות האנרגיה, שחלקם הגדול אינם עונים להגדרה של משקיע "מתוחכם" וחלקם אף אינם מודעים כלל לעצם העובדה שהם מושקעים (באמצעות קופות גמל או קרנות פנסיה) בחברות אלה.

10. הצגת עמדתה של הקבוצה בפני הועדה מתחייבת, בין היתר, מכח סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 ולפי סעיפים 15 ו-16 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק בייעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), התשס"ה-2005, המחילים על חברה מנהלת (כהגדרתה בדברי חקיקה אלה) - וכאלה הן חברות הקבוצה - חובות של נאמנות ואת החובות לפעול בשקידה, בזהירות ובמיומנות כלפי העמיתים, לצורך שמירה על נכסי קופות הגמל. שמירה על נכסי קופות הגמל משמעה בין השאר התנגדות נמרצת לפגיעה רטרואקטיבית ולא חוקתית בחברות אשר קופות הגמל מחזיקות במניותיהן.

11. לפיכך, מן הטעמים המפורטים לעיל, מתבקשת הועדה לאפשר לקבוצה להביא את טיעוניה באופן פרונטאלי בפני הועדה במועד שנקבע לכך.

#### העלאת התמלוגים (גם מכאן ולהבא) תפגע בניצול המשאבים

12. הגם שהמנדט שניתן לוועדה זו - הינו מנדט כללי ורחב ביותר, לפחות על פי הפרסומים בתקשורת, אחד השיקולים להקמת הועדה היה הרצון לבחון את האפשרות להגדלת היקף התמלוגים שתקבל המדינה בגין הפקת אוצרות הטבע של המדינה. על יסוד האמור, יובהר כבר עתה, כי עמדת הקבוצה היא, שאין להגדיל את התמלוגים או את תשלומי החובה שעל חברות הדלק והאנרגיה לשלם למדינה, מעבר לסכומי העתק שאותם הן משלמות למדינה כבר היום.

13. אל מול התועלת הרבה הצומחת למשק הישראלי מאיתור המשאבים הטבעיים (ואיש אינו חולק על תועלת זו), חשוב לדעת, כי הסיכון המוטל על חברות הדלק והאנרגיה הבוחרות לסכן את כספן ולתור אחר מרבצי נפט וגז טבעי, הוא סיכון עצום, שאין לו אח ורע בתעשייה המקומית. שלא כמו בשאר הענפים במשק, השקעתה של חברה המבקשת לחפש ולקדוח בארות של נפט או גז טבעי יכולה להגיע למאות מיליוני ש"ח<sup>2</sup>. חברה המבקשת לתור אחר מקורות גז טבעי, נדרשת - עוד בטרם היא יודעת באופן וודאי או אפילו בהסתברות גבוהה, מהו גובה הסיכוי לאיתור גז טבעי - להוציא מכיסה סכומי עתק, מיליוני דולרים, המצריכים גב פיננסי רחב ונכונות ליטול סיכונים גדולים ביותר<sup>3</sup>. זאת ועוד. כנגד הסיכון העצום, סיכויי ההצלחה למצוא מרבצי נפט וגז הם, ככלל, סיכויים נמוכים ביותר. בנסיבות כאלה, כאשר מדובר בתעשייה בסיכון גבוה ובסיכוי נמוך, חייבת המדינה להציע ליזמים תשואה גבוהה ביותר ותנאים יציבים וודאיים, על מנת לעודד ולתמרץ אותם להמשיך ולתור אחר מרבצי נפט וגז.

<sup>2</sup> ראה דבריו של ד"ר יעקב מימרן, מנהל מינהל רישוי אוצרות טבע, הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות במסגרת ישיבת ועדת הכלכלה מיום 23.2.2010, שם ציין כי "קידוח ימי עולה בממוצע כ-100 מיליון דולר".

<sup>3</sup> סיכון נוסף מצוי בסעיף 71 לחוק הנפט, התשי"ב-1952 סיכון לאחריות פלילית בגין בזבוז המשאב.



14. אם לא יעשה כן, לא ניתן יהיה למשוך למדינת ישראל את ההשקעות הנדרשות מצד משקיעים פוטנציאליים, והמשמעות ברורה: ככל שפחות גופים יפעלו לאיתור מרבצי נפט וגז ברחבי המדינה ובסביבתה, כך יפחת הסיכוי למצוא מצבורים כאלה.

15. הממונה על הגבלים עסקיים, גבי רונית קן, עמדה על מיעוט המשקיעים הזרים בשוק האנרגיה במסגרת החלטה שניתנה על ידה ביום 16.6.2008 בעניין "הסכם בין קבוצת דלק לבין ישראלמקו נגב - רשיון חוף" (בפסקה 12):

**"מערך הגז הטבעי המקומי עדיין בשלבי התפתחות. פעילות חיפושי הגז והנפט מרוכזת ברובה בידי גורמים מקומיים, עם מעורבות מועטה של חברות בינלאומיות."**<sup>4</sup>

16. ואמנם, בשים לב להון העצמי האדיר הנדרש לצורך העיסוק בתחום, כמפורט לעיל, רק חברות מועטות יחסית יכולות לגייס את ההון הנדרש לצורך התחרות על כריית המרבצים הטבעיים של מדינת ישראל. במילים אחרות, גם כך חסמי השוק הקיימים על כניסתן של חברות חדשות לתחום הם חסמים גבוהים במיוחד, מן הגבוהים הקיימים במשק כולו (וראה בעניין זה, בין היתר, את הוראות תקנות הנפט (עקרונות פעולה לחיפושי נפט והפקתו בים), תשס"ו-2006, הקובעות את הדרישות המוקדמות הבסיסיות הנדרשות מן היזמים). אם יוקטנו הרווחים הפוטנציאליים במקרה של איתור המשאבים הטבעיים, תוך הותרת הסיכון על כתפי היזם, יהיה בכך כדי להגביה עוד יותר את חסמי השוק הגבוהים ממילא (כמובן, שביכולתה של הקבוצה להציג בפני הועדה תחשיבים כלכליים מפורטים יותר לצורך הבהרת עמדתה, אלא שלשם כך נדרש ניתוח מדוקדק ומפורט יותר של השוק העולמי בהשוואה לשוק הישראלי, דבר המצריך זמן נוסף ואינו ישים במסגרת לוח הזמנים שקבעה הועדה).

17. בהקשר זה נזכיר עוד, כי אחת ממטרותיו המרכזיות של חקיקת חוק משק הגז, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בסעיף 1(א) לחוק, היתה -

**"ליצור תנאים לפיתוח ענף הגז הטבעי בישראל באמצעות המגזר הפרטי ולקיום תחרות בענף זה, בהתאם למדיניות הממשלה בתחומי הכלכלה והאנרגיה."**

עינינו הרואות, מטרת החוק היתה לפתח את התחרות בענף ואילו הקטנת חלקם היחסי של היזמים בהכנסות תוביל בהכרח לתוצאה הפוכה מן התוצאה שאותה ביקש המחוקק להשיג (עוד על כך שתכלית החקיקה היתה לקדם את התחרות באמצעות המגזר הפרטי, ראה: בג"ץ 5547/07 נובל אנרג'י נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2007), בסעיף 6).

18. על הצורך בעידוד התחרות בענף, על מנת להבטיח שהעלויות שיגולגלו לפתחו של הצרכן לא תהיינה גבוהות מדי, עמד גם שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, במענה לשאילתא של ח"כ יחימוביץ' ביום 11.4.2010. כך, בין היתר, השיב השר שטייניץ (שאילתא מספר 583, שאלה מספר 6):

**"כדי להבטיח כי הגז יימכר לצרכנים בעלויות סבירות יש לפעול ליצירת סביבה תחרותית ולהבטיח כי לצרכני הגז יהיו מספר ספקים שאליהם ניתן יהיה לפנות וכך להגדיל את כוח המיקוח של הצרכנים. סביבה תחרותית תבטיח מחיר סביר לצרכן."**

<sup>4</sup> ואודות מיעוט המתחרים בכלל בשוק זה, ראה: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים מיום 22.8.2006 בעניין "הסכם בין קבוצת דלק לבין ישראלמקו נגב, נובל אנרג'י ואחרים".

19. אין ספק שתעשיית האנרגיה נמצאת במהלך השנים האחרונות בתנופה של צמיחה. דווקא בשל כך תהיה זו טעות פטאלית לבלום את המומנטום שנוצר בדרך של העלאת התגמולים, הקטנת הכדאיות בחיפוש גז וכרסום ברווחים של חברות האנרגיה. ההיפך הוא הנכון: יש לעודד את היזמים הנכונים לסכן את כספם בדרך של הבטחת תשואה גבוהה במקרה של הצלחה ורק כך ימומש הפוטנציאל המצוי במעמקי האדמה.
20. במענה לשאלתא שהגישה ח"כ יחימוביץ' (שאלתא, 583, שאלה מספר 2), הציג ביום 11.4.2010 שר האוצר את תשובותיו ביחס לשיעור הגבייה הקיים היום:

**"היקף המס הכולל שהמדינה נהנית ממנו כאחוז מההכנסה השנתית בגין מכירות גז נע בין 45%-35% (אומדן מס). טווח זה מושפע מפרמטרים רבים ובין היתר מהפרמטרים של מחיר לצרכן, עלות ופיתוח וההפקה ורווחיו מהמאגרים."**

ובהמשך, במענה לשאלה נוספת, השיב שר האוצר (שאלה מספר 3):

**"שיעור התמלוגים של 12.5% נקבע בחוק הנפט. שיעור תמלוגים זה הוא שיעור תמלוגים מקובל במדינות דמוקרטיות הפועלות בתחום חיפושי הנפט בשיטה של רישיונות או זיכיונות, ואף נחשב מעט גבוה עבור מאגרים במים עמוקים אשר בהם תהליך הפיתוח וההפקה מורכב ביותר."**

ובנוסף השיב (שאלה מספר 6):

**"חשוב לציין שכיום מחיר הגז הנמכר בישראל נמוך משמעותית ממחירו במדינות מערביות אחרות. כמו כן בבחינת שיעור התמלוגים הנהוג בישראל ובצורך בשינויו יש לזכור כי העלאת שיעור התמלוגים תשורשר בחלקה למחיר לצרכן."**

- עינינו הרואות, גם היום, על פי עמדת משרד האוצר, מדובר בשיעור תמלוגים שהינו גבוה מן המקובל בעולם.
21. על יסוד כל האמור לעיל ברור, כי ככל שישונה (גם מכאן ולהבא, ביחס למיזמים שטרם החלו) המצב החוקי הקיים באופן שיגרום להגדלת הכנסות המדינה על חשבון היזמים (קרי הקטנת חלק היזמים בגז שיופק), יוביל הדבר להברחת משקיעים, להקטנת התחרות בשוק האנרגיה ולהפחתת הנכונות של יזמים פרטיים לפעול לאיתור מצבורים של נפט וגז, באופן שיקטין את הסיכוי למיצוי משאבים, דבר שיגרום בסופו של דבר לפגיעה בציבור כולו. במקרה כזה, הפגיעה בציבור תהיה כפולה: הציבור יפגע מכך שלא יוכל ליהנות מן היתרונות הרבים הגלומים בנפט ובגז הטבעי. בנוסף, הציבור יפגע במישרין בכיסו, בשל ירידת הערך של חברות הדלק והאנרגיה - ירידה שתבטא בצורה ברורה בכיסם של המשקיעים, וכן יפגע הציבור מגלגול לפתחו של העלויות הנוספות שיושתו על חברות האנרגיה. לכך אין לתת יד.

### העלאת תגמולים על עיסקה שיצאה לדרך - פגיעה רטרואקטיבית לא חוקתית

22. הקבוצה תטען, כי הגדלת שיעור התמלוגים ביחס לעיסקה שכבר יצאה לדרך היא פגיעה רטרואקטיבית ואינה חוקתית. הדבר נכון בין אם היזם ביקש וקיבל היתר מוקדם כאמור בסעיף 7 לחוק הנפט; בין אם קיבל זכות קדימה כאמור בסעיף 7 לחוק הנפט; בין אם קיבל רשות לפי סעיפים 13, 15, או 18, לחוק הנפט; ובין אם קיבל חזקה לפי סעיף 25 לחוק הנפט. בכל אחד מן המקרים נכרתו יחסים משפטיים, על יסוד התחייבות המדינה כי 87.5% מהנפט והגז שיופקו יוקנו ליזם. שינוי גובה התמלוגים בקשר לעיסקה מהמתוארות לעיל תהווה פגיעה בזכויות מוקנות באופן רטרואקטיבי, ולפיכך, פגיעה אסורה.

23. אין חולק על כך שהמשאבים הטבעיים הם משאבי המדינה ובבעלותה. מדובר בקניין שהמדינה, משיקולים כלכליים שלה, מחליטה שלא לפעול באופן עצמאי לצורך הפקת תועלת ממנו. המדינה מעדיפה שגורמים פרטיים, בעלי ידע ויכולת כלכלית מוכחת יטלו על עצמם את הסיכון הכלכלי הכרוך בכך, יבצעו עבודה את העבודה ויעניקו לה את התמלוגים ששיעורם נקבע בחוק. בתמורה לנכונות של היזמים הפרטיים ליטול על עצמם את הסיכון הכלכלי הכרוך בחיפוש של מרבצי נפט וגז, מתחייבת המדינה להקנות ליזמים חלק בקניינה (המשאבים הטבעיים). סעיף 32 לחוק הנפט קובע, כי חלקה של המדינה במקרה של איתור המשאבים הטבעיים יהיה שמינית (12.5%) מן הכמות שהופקה. במילים אחרות, המדינה מוכרת ליזמים הפרטיים 87.5% מן המשאבים הטבעיים בתמורה לסיכון וההשקעה העצומה שנוטל על עצמו היזם לחפש, לאתר ולשאוב את הנפט והגז, שאם ימצא אותו, יהנה מכך הציבור כולו. המדינה מבטיחה לעצמה 12.5% מהמשאב שהתגלה והופק. פרט לאותם 12.5% שאותם מתחייב היזם מראש להפריש לטובת המדינה, ביתר 87.5% מן המשאבים הטבעיים ששאב היזם, צומחת ליזם זכות קניינית.

24. הדבר דומה לעסקת קומבינציה. בעל הקרקע (ובהתאמה אצלנו - המדינה, שהיא בעלת המשאבים הטבעיים) מתקשר עם יזם (ובהתאמה - חברה שתחפש גז) ומוכר לו את הקרקע (ובהתאמה - את הגז שיימצא) תמורת חלק מהדירות שייבנו (ובהתאמה - חלק מהגז שיופק). זו עיסקה כלכלית, שתנאיה נקבעים מראש בתחילת הדרך, וכל שינוי בהם לאחר שיצאה העיסקה לדרך - יהיה שינוי רטרואקטיבי, הפוגע בזכויות מוקנות.

25. ודוק: התמלוגים המשולמים למדינה אינם מס. היזם רכש 87.5% מהגז שהופק. 12.5% מהגז שהופק אינו מס אלא גז אשר, לפי העיסקה, למדינה זכות לקבלו. כך הוגדר המונח מס על ידי כבוד השופט ד"ר ויתקון ועל ידי ד"ר נאמן, בספרם "דיני מיסים" (הוצאת שוקן, תשכ"ט), בעמוד 4:

**"המס מהו? לפי ההגדרה המקובלת בתורת הכספים פירושו - תשלום המוטל דרך כפיה על ידי רשות ציבורית, באין כנגדו שום תמורה ישירה ניתנת מידי הרשות למשלם המס."**

הגדרה זו אומצה גם בפסיקתו של בית המשפט העליון, וראה: ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו(3) 374, 377; ע"א 154/83 שופרסל בע"מ נ' איגוד ערים אזור רמת גן, פ"ד לו(4) 403, 407. להבדיל ממס, הנגבה כאמור במנותק מן השירות הניתן לפרט על ידי הרשות, התמלוגים משולמים על ידי היזם בדיוק כנגד התמורה הניתנת לו מן הרשות, עד כדי שסכום התמלוגים נגזר כאחוזים מן התמורה שממנה נהנה היזם.

26. התמלוגים שונים ממס גם במובן נוסף - מס, מעצם טבעו, הוא כללי וחל על ציבור שלם. החובה לשלם תמלוגים מוחלת מכוח הסכם בין היזם למדינה (שתנאיו מוגדרים בחוק) והיא חלה על מספר מצומצם ביותר של גופים במשק, וזאת כתמורה שמקבלת המדינה עבור האפשרות הניתנת ליזם לנצל את המשאב הטבעי. כך גם רואה זאת המדינה עצמה - בחוקי תקציב המדינה, המבטאים את התייחסות המחוקק לעניין סיווג הכנסות המדינה השונות, מסווגות ההכנסות בגין תמלוגים המתקבלים כתוצאה מאוצרות הטבע באופן שונה מהדרך שבה מסווגות ההכנסות בגין תשלומי מיסים.

27. זאת ועוד. בעוד שמש, באופן טבעי, משתלם בכסף מזומן, לפי סעיף 32(ג) לחוק הנפט, את התמלוגים ניתן לשלם (לפי בחירת המדינה) במזומן או בעין. כלומר, להבדיל ממס המשולם בהכרח בכסף, אמצעי התשלום של התגמול אינו בהכרח כסף, אלא יכול שיעשה בעין (כלומר, בנפט או בגז טבעי).
28. המלומד פרופ' מיגל דויטש שותף אף הוא לעמדה כי התמלוגים אינם מס, כפי שעולה מדבריו שפורסמו ביום 10.6.2010 בגלובס :

**"בתחום המיסוי, חוק הנפט מקנה לחברות הגז הקלות שונות במסי יבוא, מכס ומס קניה, אבל סוגיית המיסוי שונה מסוגיית התמלוגים. התמלוגים משולמים בגין הקניית המונופול על ידי המדינה. בעוד שבמקרה של תמלוגים נוצרות הסתמכויות עקרוניות לגיטימיות על כך שהמדינה תעמוד במודל אשר שימש בסיס לביצוע ההשקעות, סוגיית המיסוי אינה חלק מ'העסקה'..."**

29. התמלוגים אינם מס אלא תשלום ששיעורו נקבע בחוק והוא מהווה תמורה לקבלת הזכות לשאוב מן המשאבים הטבעיים של המדינה ולעשות בהם שימוש. המדינה היא בעלים של המשאב, אך כדי להפיק ממנו תועלת, נדרשת השקעה וסיכון. המדינה כורתת הסכם עם היזם שיקח את הסיכון על עצמו וישא בעלויות על חשבונו, ובתמורה היזם יקבל 87.5% מהגז שיופק. המדינה נהנית בעיסקה מ-12.5% מהגז, שאותר והופק על חשבונו ועל סיכוננו של היזם. מדובר בהסכמה מסחרית גרידא בין שני צדדים, כאשר שיעור התמורה שישולם למדינה מעוגן בחוק. דרישת המדינה להגדיל את חלקה (וממילא להקטין את חלקו של היזם) תהווה שינוי רטרואקטיבי של תנאי העסקה (ושל זכויות הקניין על פיה) לאחר שיצאה לדרך.
30. לפיכך, גם אם יהיה מי שימצא, כי בניגוד לדעתה של הקבוצה, נכון להגדיל את שיעור התמלוגים שגובה המדינה מן היזמים, הרי שכמובן לא ניתן להחיל תיקון זה אלא באופן הצופה פני עתיד, קרי ביחס למיזמי גז שטרם החלו. אסור גם לנסות להשיג את התוצאה של העלאת תמלוגים רטרואקטיבית באמצעות דיני מס חדשים וספציפיים ליזמים. מבחינה משפטית, אסור להגדיל את שיעור התמלוגים שישולם היזם למדינה ולשנות לרעה את מצבו של היזם בקשר עם מיזמים שבמסגרתם כבר הסתמך על שיעור התמלוגים שנקבע במועד ההתקשרות עם המדינה, ועל יסוד זה ערך תוכנית עסקית וכלכל את צעדיו. המדינה לקחה על עצמה התחייבות עם השקעתו הראשונית של היזם, לפיה יהא עליו להפריש למדינה לא יותר מאשר את שיעור התמלוגים שנקבע בחוק הנפט במועד ההתקשרות (דהיינו, 12.5% מכמות הנפט שהופקה מן המיזם) ולפיה יתרת ה-87.5% יוקנו לבעלות היזם. התחייבות זו, לכך שזהו גובה התמלוגים שאותו תגבה המדינה מהיזם ולא מעבר לכך, יוצרת אצל היזם זכויות קניין (87.5% מהגז שהופק), וזכות קניין זו של היזם, לקבל 87.5% מהגז שיופק, מוגנת חוקתית ואין לפגוע בה. החוק, הקובע כי שיעור התמלוגים הוא 12.5% (במילים אחרות כי היזם רכש 87.5% מהגז שיופק), מגדיר למדינה מהם התנאים בהם היא רשאית לעשות עיסקה במשאב טבעי. משנעשתה עיסקה כאמור - נקנו על-ידי היזם זכויות מכוחה. שינוי החוק (שיגדיר למדינה תנאים אחרים לעיסקה כזו) אינו יכול להיות רטרואקטיבית, קרי, אינו יכול לחול על עיסקה שכבר יצאה לדרך, שאחרת, היא תפגע בזכויות קניין.

31. זאת ועוד. הסתכלות בחקיקה העוסקת בתשלום תמלוגים למדינה, מלמדת כי מקום בו ביקש המחוקק לאפשר שינוי של שיעור התמלוגים, הוא ציין זאת מפורשות בחוק ואף פרט את הדרכים לעשות זאת (וראה לעניין זה סעיף 37 לחוק הדואר, תשמ"ו-1986, סעיף 35 לחוק רשות הנמלים והרכבות, תשכ"א 1961 וסעיף 100 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990). מכאן כי מקום בו לא פרט המחוקק כיצד לשנות את שיעור התמלוגים, אין לשנותם אלא בחוק חדש שיחול מכאן והלאה על יזמים חדשים, אשר טרם פעלו מול המדינה וטרם הסתמכו על הדין.

32. לפיכך, מקום בו הסתמך היזם על הדין הקיים, המסדיר את שיעור התמלוגים שאותו רשאית המדינה לגבות ממנו, שינה מצבו לרעה, תוך שהוא משקיע סכומי עתק מכיסו הפרטי ובונה תוכנית עסקית על יסוד המצב החוקי הקיים, לא ניתן - הן משיקולים של הגינות והן משיקולים של מדיניות משפטית (כפי שיפורט להלן) - "לשנות את כללי המשחק" תוך כדי המשחק עצמו.

33. זו גם ההלכה שיצאה תחת ידיו של בית המשפט העליון בעניין זה, אך לפני כשלושה חודשים, בבג"צ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 10.5.2010), בפסקה 23:

**"שיטות המשפט השונות אינן רואות בעין יפה שינוי נורמטיבי עם תחולה למפרע... החלת הוראה חדשה על התנהגות שהסתיימה טרם שנכנסה ההוראה החדשה לתוקף, או שינוי של תוצאה משפטית המתייחסת לפעולה שנעשתה בעבר - לא רק שהיא פוגעת בתחושות של צדק והגינות, אלא שהיא פוגמת בוודאות, בביטחון וביציבות המשפט ואינה מאפשרת תכנון ראוי מראש של ההתנהלות הרלבנטית"**

דברים אלה, כאילו נאמרו במישרין לענייננו. הקריאות השונות להגדיל את גובה התמלוגים שישולמו למדינה בקשר עם מיזמים המצויים כבר בעיצומם (ובמילים אחרות, להקטין את הנתח שהיזם רכש בהתקשרות עם המדינה), משמעותן בפועל היא שינוי של תוצאה משפטית (אחוז התמלוגים לתשלום) בקשר עם פעולות שנעשו בעבר - השקעת סכומי העתק על ידי היזם בפעולות הנדרשות לצורך איתור ושאיבה של המשאבים הטבעיים.

34. הרעיון להעלות את גובה התמלוגים גם ביחס לעיסקה שכבר יצאה לדרך, עומד בסתירה חזיתית לעקרונות היסוד של השיטה. בהקשר זה נזכיר עוד, כי בעע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777, קבע בית המשפט העליון, כי "עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון" בעוד ש"חקיקה למפרע" "מבלבלת סדרי בראשית" ו"אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך גם פוגעת ביציבות המשפט". אלה גם הטעמים שבגינם בתי המשפט אינם מאפשרים התנהגות כזו.

35. בהקשר זה אין מדובר רק בפגיעה רטרואקטיבית בזכות הקניין (שתיבחן בהמשך לאור פסקת ההגבלה) אלא גם בפגיעה רטרואקטיבית בצפייה הלגיטימית הן של החברות עצמן והן של ציבור המשקיעים בתברות. בדיון שהתקיים בשנת 2002 בנוגע לאפשרות של הגדלת התמלוגים, התבטא בא כוח חברת ים תטיס דאז, המכהן היום כשופט בית המשפט העליון, כבוד השופט חנן מלצר (ראה פרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 12.11.2002, בעמוד 6), באופן הבא:

**"לא רק פגיעה בקניין אסורה. היום במשפט המנהלי שמתפתח בכל העולם, אסורה פגיעה רטרואקטיבית גם בצפיית הלגיטימית. זה רלוונטי לגבי כל האחרים, ולגבי החיפושים שלנו."**

כך גם התבטאה בנושא זה היועצת המשפטית של ועדת הכספים, עו"ד אנה שניידר, בדיון שהתקיים בשנת 2001, במסגרת הדיון באפשרות של העלאת סכום התמלוגים (פרוטוקול ועדת הכספים מיום 19.3.2001, בעמוד 42):

**"אני לא מתארת לעצמי שכוונת המציעים היא לפגוע במי שכבר יש לו היתר כלשהו, אלא אני מבינה שיש כאן צפיית פני עתיד. זאת אומרת שההוראות החדשות יחולו על מי שירצה לקבל היתר חדש, או שאם יהיו תנאים שהיתר מסוים יסתיים ועכשיו יבואו תנאים חדשים, אז כמובן שהוא יצטרך לעבוד בתנאים האלה."**

וכך השיב שר האוצר, ביום 11.4.2010, על שאילתא של ח"כ יחימוביץ' בעניין זה (שאילתא מספר 583, בתשובה לשאלות 4 ו-5):

**"חשוב לציין כי שינוי רטרואקטיבי של השיטה עבור רישיונות שכבר ניתנו ובוצעו בגינם השקעות הוא בעייתי משפטית ועקרונית."**

ואמנם, לא זו בלבד שמדובר בשינוי שהוא "בעייתי" מבחינה משפטית, אלא שהוא לא חוקתי באשר הוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה.

36. זאת ועוד, זכות הקניין היא זכות יסוד חוקתית בדין הישראלי, הזוכה להגנה מפורשת של חקיקת היסוד במדינה (שהינה למעשה החוקה של מדינת ישראל). זכות זו מוגנת במפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"), הקובע כי הכלל הוא ש"אין פוגעים בקניינו של אדם". בהיות זכות הקניין זכות יסוד חוקתית, על פניו ברור כי לא ניתן לפגוע בזכות זו, אלא במשורה, בזהירות ובהתאם לתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק. בענייננו, לא יכול להיות חולק, כי הגדלת חלקה של המדינה בתמלוגים שיתקבלו כתוצאה מהפקת נפט וגז על חשבון היזמים, בדיעבד, משמעה פגיעה בשווי חברות הדלק והאנרגיה וכפועל יוצא בקניין. אולם, כאמור, הפגיעה אינה מסתיימת ביזמים: לנוכח היקף ההשקעות העצום של הציבור בחברות אלה, ציבור המשקיעים כולו עלול להיפגע מהגדלת שיעור התמלוגים.

37. מכל מקום, בהתחשב בהגנה המוקנית לזכות הקניין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי שהגדלת אחוז התמלוגים שתגבה המדינה תחשב חוקתית, על הפגיעה בקניין של החברות ובציבור המשקיע בהן לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד, הקובעת כדלקמן:

**"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."**

38. גם אם נניח לצורך העניין, כי מתקיימים שלושת התנאים הראשונים מבין ארבעת התנאים המצטברים הנדרשים לצורך עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, דהיינו כי (1) הפגיעה תעשה במסגרת של חוק; (2) אשר יהלום את ערכיה של מדינת ישראל; (3) ושנועד לתכלית ראויה; עדיין לא יכול להיות ספק, כי התנאי המצטבר הרביעי, לפיו הפגיעה תעשה במידה שאינה עולה על הנדרש, אינו מתקיים בענייננו.

39. כבוד הנשיא ברק מפרט בספרו "פרשנות חוקתית" (בעמוד 536) את מבחני המשנה לצורך קביעה האם הפגיעה בזכות המוגנת "אינה עולה על הנדרש", וקובע את המבחנים הבאים:

39.1. מבחן המשנה הראשון - מבחן ההתאמה בין האמצעי למטרה: מטרת הגדלת התמלוגים הינה לחלוק עם הציבור את הרווחים של חברות הדלק והאנרגיה ובדרך זו להיטיב עם הציבור. דא עקא, כמפורט בהרחבה לעיל, העלאת גובה התמלוגים תוביל לתוצאה הפוכה בדיוק: בריחה של

משקיעים, באופן שעלול לגרום לחיפוש ואיתור של פחות בארות נפט וגז, וכפועל יוצא הקטנת הכנסות המדינה, ייקור עלויות החשמל והגדלת זיהום האויר; בנוסף, במצב דברים כזה יגרם נזק כבד לציבור המשקיעים בחברות הדלק והאנרגיה. נשוב ונדגיש - אין מדובר רק בבעלי ההון שיפגעו, אלא במאות אלפי, אם לא מיליוני בני אדם המושקעים בחברות הדלק והאנרגיה, לרוב ללא ידיעתם, במסגרת קרנות הפנסיה וקופות הגמל. כך שבפועל, האמצעי (העלאת שיעורי המס או התמלוגים) אינו משיג את המטרה (תועלת הציבור). די בכך בלבד כדי להראות שכל הגדלה של שיעור אחוז התמלוגים, במקום שבו כבר הסתמך היזם על הדין הקיים, אינה חוקתית.

39.2. מבחן המשנה השני - האם ניתן להשיג את המטרה באמצעי שפגיעתו פחותה: לדעת הקבוצה, המטרה שאותה מבקשים להשיג - הגדלה מצרפית של הכספים שיוזרמו בסופו של דבר לציבור - תושג דווקא אם המדינה תשכיל לעודד כמה שיותר יזמים להצטרף למסע החיפושים אחר שדות נפט וגז. בראיה לטווח ארוך, ולנוכח הערך המוסף הציבורי העצום שיש למרבצי הגז והנפט לתועלת הציבור, מדובר במקרה מובהק שבו ככל שיונמכו חסמי הכניסה לשוק וככל שירבו היזמים אשר יתורו אחר מרבצי נפט וגז, כך יטב לציבור בכללותו. לכן, למעשה, לא זו בלבד שניתן להשיג את המטרה באמצעי שפגיעתו פחותה, אלא שלצורך השגת המטרה נדרשת פעולה הפוכה של הנמכת חסמי השוק.

39.3. מבחן המשנה השלישי - מבחן התועלת מול הנזק: במסגרת מבחן זה יש לבחון האם התועלת שתצמח לציבור גבוהה מן הנזק שיגרם לו כתוצאה מן הפגיעה בזכות החוקתית. במקרה הנוכחי מדובר בלאו רבתי. כאמור, לדעת קבוצת הלמן-אלדובי, העלאת חסמי הכניסה לשוק, הקטנת הרווחים של היזם, פגיעה ביציבות המשפטית וניטרול האטרקטיביות של שדות הנפט והגז במדינה עבור משקיעים זרים, רק תגדיל את הנזק שיגרם לציבור ותקטין את התועלת שתיגרם לו.

40. מן המקובץ ברור, כי העלאת שיעור התמלוגים הקבוע בסעיף 32(א) לחוק הנפט, באופן שיחול גם על יזמים שכבר השקיעו כספים והחלו בפעולות האיתור, אינו חוקתי, אינו אפשרי ועומד בסתירה למושכלות יסוד של הגינות וצדק ובניגוד לעקרונות יסוד של ודאות ויציבות המשפט.

### סוף דבר

41. על יסוד כל האמור לעיל (המובא, כאמור, מבלי למצות את עמדת הקבוצה), קבוצת הלמן-אלדובי סבורה, כי אין לשעות לדרישות הנשמעות לאחרונה להעלות את סכומי התמלוגים המשולמים למדינה על ידי חברות הדלק והאנרגיה.

42. מכל מקום, בין היתר לנוכח מעמדה היחודי של הקבוצה, כמי שמייצגת דווקא את הציבור הרחב המשקיע בחברות הדלק והאנרגיה, הועדה מתבקשת לאפשר לקבוצה להביא את טיעוניה ולהשלימם בעל פה בפני הועדה במועד שיקבע לכך.

בכבוד רב ובברכה,  
איל רוזנבסקי, עו"ד

העתק: קבוצת הלמן אלדובי