

14.11.2022

כ' בחשוון תשפ"ג

לכבוד,
מר אורי שאשא,
סגן בכיר לחשב הכללי – מנהל חטיבת משרדים כלכליים ורכש
משרד האוצר

מר שאשא הנכבד,

הנדון: ביטול זכות הקדימה העומדת למי"ה מכוח סעיף 25 לשטר הזיכיון

בהמשך לפגישה שקיימנו בחודש אוגוסט האחרון, בה הצגנו בפניכם את הסוגיות המרכזיות הדורשות היערכות לקראת תום תקופת הזיכיון של חברת מפעלי ים המלח ("מי"ה"), אנו מצרפים מסמך ראשון בסדרת מסמכים שיעסקו בסוגיות אלו.

במסמך זה נתייחס לבעיית זכות הקדימה, הקבועה בסעיף 25 לשטר הזיכיון, שמכוחה מחויבת המדינה לתת למי"ה זכות קדימה בזיכיון עתידי בים המלח. זכות זו, אם תמומש, תעקר כל אפשרות לתחרות על הזכות להפיק משאבים מים המלח – בכך המדינה תחמיץ את ההזדמנות ההיסטורית שעומדת לה כיום לתקן את עיוותי העבר: לייצר מודל עיסקי רווחי, יעיל וסביבתי ששם במרכז את האינטרס הציבורי העצום שבהפקת משאבים מים המלח. לאור השפעותיה ההרסניות של הזכות על עתיד ים המלח וכן לאור העובדה כי היא חותרת תחת התכלית המרכזית של חוק הזיכיון – לפתח את ים המלח לטובת הציבור – על המדינה ליזום תיקון חקיקה שבמסגרתו תבוטל זכות הקדימה. ככל שתימנע המדינה מלעשות כן, עליה לבחור במודל עיסקי שאיננו כרוך בהענקת זיכיון כדי להימנע מתחולתה של זכות הקדימה.

א. חוק הזיכיון – ממקור לעושר ושגשוג כלכלי למדינה, לנטל כבד על הציבור הרחב

1.א תכלית חוק הזיכיון

1. חוק זיכיון ים המלח, תשכ"א-1961 ("חוק הזיכיון"), הוא חוק בן שלושה סעיפים בלבד, שמעגן בחקיקה את שטר הזיכיון – מסמך שנערך בין מדינת ישראל לבין מפעלי ים המלח בע"מ ("מי"ה") על מנת להסדיר את זכויותיה וחובותיה של מי"ה – שהייתה אז חברה ממשלתית – בנוגע להפקת משאבים מים המלח ("שטר הזיכיון").
2. תכליתו המרכזית של שטר הזיכיון, כפי שהיא נלמדת משלל מקורות, הייתה, ועודנה, להפוך את ים המלח "למקור לעושר ולשגשוג כלכלי למדינה"¹, כדבריו של שר האוצר דאז לוי אשכול – זאת, על ידי הרחבה משמעותית של פרויקט הפקת המשאבים מים המלח.
3. אלא שלצורך מימון הפרוייקט נאלצה המדינה לפנות לגורמי מימון חיצוניים. הגורם העיקרי שהעמיד את המימון היה הבנק העולמי שדרש, בתמורה להלוואה של כ-25 מיליון דולר, כי המדינה תחשק את עצמה להוראות הזיכיון באופן שלא יסכן את פירעון ההלוואה לפי תנאיה.² מסיבה זו הוחלט לחוקק את חוק הזיכיון, שכאמור עיגן את שטר הזיכיון בחקיקה.

¹ דברי הכנסת בישיבה 269 מיום 10.5.1961, דבריו של ל. אשכול, בעמ' 1667.
² בנוסף להלוואה שהעמיד הבנק העולמי הנפיקה המדינה מניות של מי"ה לציבור בישראל, ושמרה לעצמה 51% מהמניות.

4. עדיין, המדינה ביקשה להבטיח כי תישמר לה שליטה מירבית במי"ה (עד שתושב לידיה עם תום תקופת הזכיון השליטה במלואה) וכי שגשוג המפעלים ייטיב בראש ובראשונה עם כלכלת המדינה. וכך הוסבר:³
- "הזכיון הזה יוחזר בעוד כמה שנים, אולי כאשר אני והרבה מאתנו לא נהיה עוד, אבל הדור הבא, הילדים והנכדים, הם יהיו והם יקבלו חזרה את הזכיון הזה. אנו נותנים עכשיו את הזכיון למען המטרות הללו: א. לפתח את האוצרות האלה; ב. לבנות את כל הסביבה, כלומר לבנות את כל הנגב [...] מותר לנו לומר שמפעל ים המלח עתיד להיות מלך המפעלים שלנו בארץ".
5. דברים, שאף עולים בקנה אחד עם הנוסח המפורש של שטר הזכיון, שמגדיר את תכליתו:
- "הואיל – (א) ומחצבי ים המלח ושטחי סביבתו מהווים חלק מאוצרותיה הטבעיים של מדינת ישראל, ורצוי להסדיר את ניצולם היעיל לטובת כלכלת המדינה [...]".
6. שאלת היחסים בין התכלית של חוק הזכיון – השאת רווחים לכלכלת המדינה, לבין האמצעי שנועד לקדם תכלית זו – השאת רווחים לבעל הזכיון, נידונה במספר הזדמנויות כאשר כל הגורמים שדנו בה הגיעו למסקנה זהה: **האינטרס הדומיננטי שעומד בבסיס חוק הזכיון הוא האינטרס הציבורי והאינטרס המשני הוא האינטרס הפרטי של בעל הזכיון המעוניין להשיא רווחיו.**⁴

א.2 הנסיבות – מי"ה והמדינה: מזהות אינטרסים לעיונות

7. כאמור, בשנות ה-60, עת נערך שטר הזכיון, מי"ה הייתה חברה ממשלתית (כעבור מספר שנים הפכה לחברה בת של כימיקלים לישראל בע"מ ("כיי"ל)), שהייתה אף היא חברה ממשלתית) – תקופה, שבמהלכה המדינה "חבשה שני כובעים": האחד כבעלת הנכס (ים המלח), והשני כבעלת הזכיון (בעלת השליטה בכיי"ל).
8. במצב זה הייתה זהות אינטרסים בין מי"ה למדינה – מי"ה הייתה כלי בידי המדינה למקסם את הפוטנציאל הכלכלי הגלום בים המלח, לטובת האינטרס הציבורי, ולטובתו בלבד; בעוד המדינה הבטיחה את הצלחתה של מי"ה על ידי הענקת הזכיון הבלעדי.⁵
9. מצב דברים זה השתנה מן הקצה אל הקצה עת הופרטה כיי"ל בשנות ה-90: בשנת 1992 החליטה המדינה להפריט את מי"ה (כחלק מהפרטתה של כיי"ל). כך, בשנת 1995 מכרה את גרעין השליטה בכיי"ל (24.9% מהמניות) לחברה לישראל בע"מ, שנשלטה על ידי משפחת אייזנברג; ובשנים העוקבות השלימה את מכירת יתר המניות, למעט "מניית זהב" ששמרה לעצמה (שנועדה להגן על האינטרס הציבורי); כאשר בשנת 1999 רכשה קבוצת עופר את השליטה ממשפחת אייזנברג.
10. מטבע הדברים, הפרטתה של מי"ה הובילה להתנגשות אינטרסים בינה לבין המדינה, שכן כעת גורם פרטי מבקש להרוויח על חשבון משאבי הטבע הציבוריים. התנגשות זו אמנם מאפיינת כל התקשרות בין המדינה לבין גוף פרטי שבמרכזה עומד משאב טבע ציבורי, אך בניגוד לכלל גוף פרטי אחר, מי"ה נהנתה, וממשיכה להנות, מזכויות חסרות תקדים שנועדו במקורן לשרת חברה ממשלתית.
11. עיון במסמכי ההפרטה ובדיוני הכנסת שלקראת ההפרטה מלמד, שאיש לא נתן דעתו על אודות הוראות הזכיון ומידת ההתאמה של הלשון והתכלית, שהותאמו לבעלות ממשלתית בשנות השישים, למצב

³ דברי הכנסת בישיבה 269 מיום 10.5.1961, דבריו של א. הרצפלד, בעמ' 1672.

⁴ כך, קבעה השופטת (בדימ') טובה שטרסברג-כהן בהליך בוררות מדינת ישראל נ' מפעלי ים המלח בע"מ, בפני הבוררים השופטת (בדימ') טובה שטרסברג-כהן, עו"ד אלקס הרטמן ועו"ד רם כספי (19.5.2014), בעמ' 11-13 ("פסק הבוררות"); כך גם נקבע בשתי חוות דעת של משרד המשפטים שנדרשו לתכליות חוק הזכיון ומצאו שהתכלית הציבורית של חוק הזכיון היא תכליתו המרכזית: חוות דעת משפטית מחלקת יעוץ וחקיקה (משפט כלכלי – פיסקאל) בעניין ביצוע פרויקט הגנות ים המלח ומימונו (4.9.2011), פסקאות 83-85, בעמ' 21-22 ("חווד קציר המלח"); חוות דעת משפטית מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) לקראת פרסום המלצות הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (6.10.2014), פסקה 113, בעמ' 31 ("חווד ששינסקי").

⁵ על החלוקה לתקופות וההבחנה ביניהן ניתן לקרוא עוד בפסק הבוררות, בעמ' 13.

- הדברים החדש: בעלות פרטית בשנות התשעים. אין מדובר בדיון חסר בלבד, אלא בהיעדר דיון מוחלט בכל הנוגע לזכיון ים המלח, שפשוט הועבר מידיה של המדינה לידיה של חברה פרטית "as is".
12. ואכן, המחיר שהמדינה שילמה (ומשלמת) על המחדל של העברת הזכיון "as is" לא אחר לבוא – מי"ה עשתה, ועוד עושה, כל שלאל ידה, כדי לסחוט עד תום את משאבי הציבור שהופקדו בידיה למשמורת, הרבה מעבר לזכויות (הרחבות ממילא) שהוקנו לה, תוך התנשלות מתמדת והערמת קשיים בכל הנוגע למילוי חובותיה.
13. כך למשל – המנעותה של מי"ה מתשלום מלוא התמלוגים אותם היא נדרשת לשלם מכוח חוק הזכיון תוך גרירת המדינה להליכים משפטיים ארוכים ויקרים;⁶ הפרת התחייבויותיה לפינוי פסולת המלח בהתאם להסכם בינה לבין המדינה;⁷ הערמת אינספור קשיים על גביית מס רווחי יתר אותו היא מחוייבת לשלם על פי חוק;⁸ נסיונות (והצלחות) חוזרים ונשנים להתחמק מחובות רישוי ותשלום על פי חוק;⁹ ועוד ועוד.
14. כעת, לקראת תום הזכיון, עומדת למדינה הזדמנות היסטורית לתקן את העיוותים האלו – להתאים את המודל העיסקי שמכוחו מתבצעת הפעילות העסקית בים המלח למציאות הנוכחית ולקיים בכך את תכילתו המקורית של הזכיון – הפיכת ים המלח למקור לעושר ולשגשוג לכלכלת המדינה. בין היתר, ואולי קודם לכל, עליה לעשות כן בכל הנוגע לסעיף 25 לשטר הזכיון.

ב. סעיף 25 לשטר הזכיון – מכרז הולנדי עם זכות קדימה

15. סעיף 25 לחוק זכיון ים המלח קובע כך:
- "אם אחרי פקיעת הזכיון תרצה הממשלה להציע זכיון חדש להפקת מלחי-מחצב, מחצבים וכימיקלים מים המלח לאיזה אדם שהוא שאינו בעל הזכיון, תציע הממשלה ראשונה לבעל הזכיון זכיון חדש בתנאים לא פחות נוחים מאלה שהיא אומרת להציעם לאותו אדם אחר."
16. לסעיף זה יש למעשה 3 חלקים:
- (א) **תחולת הסעיף**: סעיף 25 מנוסח באופן של תנאי: "אם" – "אז", כך שרק בהתקיים התנאי הקבוע ברישא תצטרך המדינה לפעול לפי הסייפא. אם...תרצה הממשלה להציע זכיון... לאיזה אדם שאינו בעל הזכיון... תציע הממשלה ראשונה לבעל הזכיון [...]. לכן, ככל שהמדינה תבחר לפעול באופן שאינו הצעת זכיון ממילא היא אינה מחויבת להציע אותו תחילה לבעל הזכיון הנוכחי ולמעשה הסעיף לא חל עליה.
- (ב) **מודל המכרז**: לשון הסעיף מלמדת כי לא מדובר במכרז "רגיל" בו חברות מגישות את הצעותיהן למדינה, וההצעה הטובה ביותר נבחרת, אלא במודל בו המדינה פונה לחברות המתחרות עם הצעת הזכיון, והן מחליטות האם לקבלו או לדחותו.

⁶ תיאור מפורט של הקושי בגביית התמלוגים ניתן למצוא בפסק הבוררות.
⁷ בחווד קציר המלח מוצגת סקירה של ההתנהלות הבעייתית של כי"ל שסירבה לעמוד בהסכמות אליהן הגיעה עם המדינה; בנוסף בדוח מבקר המדינה "יישום החלטת הממשלה בנושא קציר המלח - אגף החשב הכללי // 307": <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Pages/Reports/169-7.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>
⁸ בחווד ששינסקי נותחו הרציונאלים שבבסיס חיוב במס רווחי יתר; אלא שכי"ל הערימה קשיים של ממש על נסיונות המדינה לגבות את המס החדש (למשל כפי שניתן לראות בדיון בוועדת הכלכלה: https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Economics/News/pages/pr_2707201.aspx) ולבסוף התפשרה עם כי"ל על גובה התשלום <https://www.calcalist.co.il/market/article/skat32a25>. נרחיב עוד בנושא זה במסמך שיוקדש לסוגיית חלקו של הציבור ברווחים מים המלח.
⁹ כך למשל טענותיה של כי"ל בעניין הפטור לכאורה שמגיע לה משתלום דמי מים; כך גם התנהל הליך משפטי בין כי"ל למדינה בשנות ה-80 בו היא טענה כי אינה מחויבת בהליך הסטנדרטי של קבלת היתרי בניה: ע"א 7/92 מלון מרחצאות מוריה ים המלח בע"מ נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פ"ד תשנ"ג (1) 265 (30.6.92), בעמ' 285; כך גם במשך שנים כי"ל נמנעה מלשעך את דמי החכירה אותם היא נדרשה לשלם בהתאם לחוק הזכיון ולבסוף הגיעה לפשרה עם המדינה בה שילמה חלק מהסכום: חברת מפעלי ים המלח בע"מ שילמה לרמ"מ כ-18 מיליון ש"ח חוב בגין אי שערך דמי חכירה | רשות מקרקעי ישראל (www.gov.il).

ג) **הענקת זכות קדימה למי"ה:** בהינתן שהמדינה אכן בוחרת להסדיר את הפעילות העסקית ביס המלח באמצעות זיכיון עליה להציעו קודם כל למי"ה. למעשה יש לקרוא את הסעיף כך – על המדינה לגבש את התנאים והתמורה לזיכיון העתידי, לאחר מכן עליה להציע למי"ה את הזיכיון בתנאים אלו, אם מי"ה תסרב לתנאים שקבעה המדינה, תוכל המדינה לפנות לחברות אחרות באותה הצעה שהציעה למי"ה. במידה שגם יתר המתחרים יסרבו להצעה יהיה על המדינה לערוך שינויים בתנאים או בתמורה ולשוב ולהציע הצעה נוספת באותו האופן.

17. כלומר: המודל הקבוע בסעיף 25 הוא מודל של מכרז הולנדי (Dutch Auction), בו בעל הנכס הוא זה שמציע את התנאים והתמורה שהוא מעוניין לקבל בעד הנכס, כאשר בתחילתו של המכרז מוצע הנכס במחיר הגבוה ביותר (מחיר גבוה מערכו הריאלי של נכס) ולאחר מכן יורד המחיר באופן הדרגתי ורצוף וממשיך לרדת עד שאחד המשתתפים מחליט לקבל את ההצעה.¹⁰ כאשר בענייננו מדובר במכרז הולנדי עם זכות קדימה, משמעות הדבר היא, שבכל סבב הצעות ניתנת לבעל זכות הקדימה הזדמנות להגיב ראשון להצעה – ואם הוא מסרב עוברת אותה הצעה ליתר המתחרים.

ג. זכות קדימה – פגיעה אנושה בתחרות

18. המונח של זכות קדימה, או בשמה הנוסף "זכות סרוב ראשונה" לא מוגדר בחקיקה הישראלית,¹¹ אך בית המשפט הגדירו כך: "זכותו של אדם שלא תיעשה עסקה מסוימת מבלי שתחילה תוצע לו אותה עסקה, כשמולה ניצבת החובה של האדם השני, שלא לבצע אותה עסקה עם צד שלישי בטרם תוצא העסקה לבעל הזכות".¹²

19. **במספר הזדמנויות שונות נקבע בצורה מפורשת וברורה – את מה שממילא ברור לכל – כי זכות קדימה פוגעת בתחרות באופן אנוש ובתנאים מסויימת אף מאיינת את האפשרות לקיים הליך תחרותי.** כך, התייחס בית המשפט לפגיעה הקשה שזכות זו יוצרת כשמדובר בהליך מכרזי מורכב, הדורש מהמתמודדים בו עבודת הכנה והערכה של הנכס.¹³

20. באותו עניין קבע בית המשפט כי הזכות חותרת תחת עצם האפשרות לקיום מכרז תחרותי, וזאת בשני אופנים שונים – פגיעה בתמריץ של מי שמחזיק בזכות הקדימה לתת את ההצעה הטובה ביותר שלו (שכן הוא יכול להסתפק בהצעה קצת יותר טובה משל מתחריו); ופגיעה בתמריצים של יתר המתחרים מלגשת למכרז, בשל הידיעה כי לאחר השקעת משאבים רבים יוכל המתחרה בעל זכות הקדימה לקבל את הנכס. מעבר לפגיעה בתחרות, בית המשפט עמד גם על כך **שזכות קדימה כובלת את ידיו של בעל הנכס מלהתקשר עם הגורם המועדף עליו.** שכן, בהינתן הצעות שוות, חייב בעל הנכס להתקשר עם מי שמחזיק בזכות הקדימה.¹⁴

21. כך, גם מצאה רשות התחרות – עת היא סירבה לאשר הסכם בו נקבעה זכו קדימה בשל היותה של הזכות "הסדר כובל" המנוגד לחוק.¹⁵ החלטת רשות התחרות, משנת 2002, מנתחת את השפעותיה של זכות קדימה על הליך של הענקת זיכיון עתידי הדומה מאוד להליך בפניו עומדת המדינה כעת.

¹⁰ עומר דקל "מהו המכרז האופטימלי: המכרז כמשחק", משפטים ל תש"ס, 637, בעמ' 643.
¹¹ הפ (טב') 505/05 ניצנה ייזום ושינוע בע"מ נ' גשר השלום מעוז שותפות מוגבלת, בפסקה 8.
¹² ע"א 79/77 (מחוזי-ת"א) אתרים בחוף ת"א – חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו בע"מ נ' קדר, פ"מ תשל"ח (1) 375; ל' פיין, "זכות הסירוב הראשונה", המשפט (התשנ"ט) 193.
¹³ 1/97 (י-ם) איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 12.11.1997. ("עניין איסכור").
¹⁴ עניין איסכור, בפסקה 35.
¹⁵ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין רשות הנמלים והרכבות ל"דגון" בתי ממגורות לישראל בע"מ, 28.7.2002. ("עניין דגון").

22. רשות התחרות דנה בהסכם הענקת זיכיון, שנחתם ב-1951, בין רשות הנמלים והרכבות לבין חברת דגון, בו הוסדר זיכיון בלעדי שניתן לדגון להפעיל בתי ממגורה בשטח נמל חיפה ("עניין דגון"). הסיבה לדחיית אישור ההסכם היתה זכות קדימה שנקבעה בהסכם ונוסחה כך:

"במקרה והממשלה לא תפעיל בעצמה את המפעל בתום תקופת החוזה אלא תרצה להפעילו באמצעות מישהו אחר תהיה לחברה [דגון – ד.ש.] זכות קדימה להפעלת המפעל לפי התנאים הנקובים בסעיף 16 לעיל".

23. כמו בענייננו גם בעניין דגון דובר בהענקת זכיון שיכול להינתן רק לגורם יחיד (franchise bidding); בזכות הניתנת לתקופה ממושכת, כאשר מרגע קבלת הזכות הופך הזוכה בזיכיון למונופול; וכאשר עצם ההתמודדות במכרז דורשת השקעת משאבים רבים מהמתחרים הפוטנציאליים על מנת לברר את שווי הזיכיון ואת העלויות הכרוכות בקבלתו – **רשות התחרות מצאה כי קיומה של זכות קדימה בנסיבות אלו מעקר את האפשרות לקיים הליך תחרותי בשלב הקריטי של בחירת הגורם שייהנה מהזיכיון, היות והתחרות מתקיימת רק בשלב זה הפגיעה שמקימה זכות הקדימה היא פגיעה אנושה שאין לאפשר אותה.**¹⁶ לפיכך, בוטלה זכות הקדימה בהסכם עם דגון ורשות הנמלים ניהלה הליך מכרזי, בו השתתפה גם דגון, ללא זכות קדימה.¹⁷

ד. תכלית הזיכיון – קרי, האינטרס הציבורי – מחייבת שינוי חקיקה בו יבוטל סעיף 25

24. למדינה עומדת כיום הזדמנות היסטורית לתקן את העיוות שנוצר עת הוענקו למי"ה כחברה פרטית זכויות נרחבות וחסרות תקדים שנועדו לשרת חברה ממשלתית, בתקופה רחוקה בזמן שבה נהגו נסיבות שונות בתכלית מאלה הנוהגות כיום. הזדמנות זו מקימה חובה על המדינה להבטיח שהפעילות העסקית בים המלח תוסדר באופן שמיטיב עם כלכלת המדינה ועם האינטרס הציבורי. **אלא שכדי שהזדמנות זו לא תוחמץ על המדינה להבטיח קיומו של הליך תחרותי הוגן יעיל ושוויוני שבאמצעותו ייבחר בעל הזיכיון העתידי.** קיומה של זכות קדימה, כקבוע בסעיף 25, מונע מהאפשרות של המדינה לקיים הליך תחרותי כאמור.

25. **דרך המלך לפתרון קושי זה היא ליזום שינוי חקיקה שבמסגרתו תבוטל זכות הקדימה הקבועה בסעיף 25:**

(א) ביטול זכות הקדימה מגשים את תכלית הזיכיון – כמפורט בחלק א' לעיל, תכליתו של שטר הזיכיון הייתה להביא לפיתוח מואץ של מפעלי ים המלח **לטובת כלכלת המדינה**. מפעלי ים המלח אכן התפתחו, והפכו ברבות השנים למפעלים הגורפים רווחי עתק של מיליארדי דולרים בשנה. אלא שהנהנית הכמעט בלעדית מכך היא מי"ה, בעוד כלכלת המדינה לא רק שאינה נהנית כפי שאמורה הייתה אלא כורעת תחת הנטל הבלתי פוסק שמי"ה מטילה עליה.

(ב) ביטול זכות הקדימה הוא יעיל – רק באמצעות ביטול כאמור יכולה המדינה למקסם את הרווחים העתידיים שלה מים המלח, זאת על ידי הנחת התשתית לניהול הליך תחרותי אמיתי בו המדינה יכולה להשיג תמורה גבוהה בגין הענקת הזיכיון העתידי. יתרה מכך, לולא תבוטל זכות הקדימה המדינה תהיה מחוייבת להתקשר עם מי"ה, גם בהינתן מתחרה אחרת שתהיה מוכנה לקבל את הזיכיון באותם תנאים. דבר זה מוביל לחוסר יעילות שכן הוא מונע מהמדינה לבחור במתמודד שלדעתה הוא המתאים ביותר, ודאי נוכח התנהלותה השערורייתית של מי"ה לאורך השנים.

¹⁶ עניין דגון, בפסקה 3.1.

¹⁷ כך מוזכר בעמ"מ 4011-05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים) (11.2.2008), בעמ' 4.

(ג) הפגיעה במי"ה עומדת בתנאי הדין הנוהג – ביטול זכות הקדימה באמצעות תיקון חקיקה ודאי יוביל לטענת נגד לפגיעה בזכותה של מי"ה, אולם פגיעה זו עומדת בתנאי הדין הנוהג. כך למשל, בכל הנוגע להיבטים חוקתיים, שינוי החקיקה נועד **לתכלית ראויה** – הבטחת האינטרס הציבורי שבקיום הליך תחרותי לבחירת בעל הזיכיון העתידי, תוך הגשמת התכליות שבבסיס חוק הזיכיון ובראשן מקסום הרווחים שהמדינה יכולה להפיק מים המלח לטובת כלכלת המדינה; **והפגיעה היא מידתית** – מי"ה נהנית מהזיכיון הבלעדי למעלה מ-6 עשורים (למעלה מ-4 מהם כחברה פרטית, שאף נהנתה מהארכת הזיכיון מעבר לתוקף הראשוני שנקבע לו), במהלך השנים מי"ה גרפה לכיסה רווחי עתק בעוד ששילמה על זכויות אלו סכומים זעומים אם בכלל. נוסף על כך זכות הקדימה היא כאמור זכות מותנית (שכן למדינה עומדת האפשרות לפעול שלא בדרך זיכיון ובכך לא יחול סעיף 25) כך שלמעשה לא מדובר בזכות "קניינית" של ממש. לבסוף, ביטול הזכות לא ישלול ממי"ה את האפשרות לזכות שוב בזיכיון – אלא יחייב אותה לעמוד בתנאים תחרותיים שיטיבו עם המדינה.¹⁸

(ד) **ביטול זכות הקדימה עולה בקנה אחד עם מסקנות דוח נוה** – דוח נוה הוא תוצר פעילותו של הצוות לגיבוש המלצות באשר לפעולות הממשלה הנדרשות לקראת תום תקופת זיכיון.¹⁹ הדוח המסכם מתייחס באופן קצר לסעיף 25 וקובע כך: "כל אחת מהחלופות שתבחן בהמשך תביא בחשבון את אופן יישומו של הסעיף. זאת, בין היתר, לשון הסעיף ותכלית החוק, ולאור עקרון השוויון החולש על המשפט המנהלי וחובות המדינה כנאמן הציבור במשאבי הטבע"²⁰. הנספחים המצורפים לדוח מתייחסים גם הם, בתמציתיות, לסעיף 25 כך: "מבלי להתייחס להיבטיו המשפטיים של הסעיף יש להדגיש כי יתרונה הגדול של כ"ל במכרז נובע מיתרון המידע שבידה ביחס למתחרים אפשריים ומקיומם של מפעלי המשך בבעלותה. על כן, חובתה של המדינה להיערך לאפשרות כי מועמדים פוטנציאליים יחששו מהגשת הצעות אטרקטיביות במכרז, איננה נגזרת מסעיף זה ואינה תלויה בפרשנות שתינתן לו."²¹

ביטול סעיף 25 תואם את תכלית חוק הזיכיון תוך שהוא לוקח ברצינות רבה את עקרון השוויון החולש על המשפט המנהלי וכן את תפקידה של המדינה כנאמנת הציבור במשאבי טבע. יתרה מכך – לאור הקבוע בנספחי דוח נוה – הפתרון יקטין את החשש התחרותי הכבד, הקיים ממילא, נוכח פערי המידע הניכרים בין מי"ה לבין מתחרים פוטנציאליים אחרים.

26. למצער, ורק בהיעדר אפשרות לביטול סעיף 25, יש לבחור בהסדרת המשך הפעילות העסקית בים המלח שלא בדרך של זיכיון. כפי שפירטנו בחלק ג' זכות הקדימה היא זכות מותנית. זכות זו מותקיימת רק במקרה בו המדינה בוחרת לפעול בדרך של הענקת זיכיון.²² בשל השפעתה ההרסנית של הזכות על כל הליך תחרותי עתידי, וככל שהמדינה תימנע מביטולה, יש להעדיף להסדיר את הפעילות העסקית בים המלח בדרך אחרת שאינה באמצעות הענקת זיכיון. עדיין, חלופה זו נחותה לחלופה של ביטול הזכות משום שהיא מונעת מהמדינה לפעול בדרך היעילה ביותר עבורה (ככל שהיא תמצא כי הענקת זיכיון עתידי היא אכן הדרך היעילה ביותר).

¹⁸ לניתוח חוקתי ביחס לפגיעה בחוק הזיכיון ניתן לפנות לחו"ד ששינסקי, לעניין המידתיות שבביטול זכות קדימה ניתן לפנות לעניין דגון.

¹⁹ בעקבות החלטת ממשלה מספר 2219 "אימוץ המלצות הוועדה לבחינת חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים", מיום 20.10.2014, מינה שר האוצר צוות שיגבש המלצות באשר לפעולות הממשלה הנדרשות לקראת תום תקופת הזיכיון ויבחן את אופן ההקצאה העתידי, צוות זה פרסם את מסקנותיו במאי 2018 ("דוח נוה"):

https://www.gov.il/he/departments/PublicBodies/dead_sea_team_committee

²⁰ דוח נוה, בעמ' 4.

²¹ דו נוה, בעמ' 35 לנספחים.

²² להתייחסות לזכות קדימה כזכות מותנה ראו ה"ש 12, במאמרו של לי פיין.

27. סיכומם של דברים הוא כזה – למדינה יש כיום הזדמנות היסטורית לתקן עיוותים קשים באופן בו נוצל ים המלח – משאב טבע ציבורי יחיד מסוגו – בעשרות השנים האחרונות. אלא, שבפני מימוש הזדמנות זו עומד מכשול משמעותי בדמות זכות הקדימה הנתונה לכי"ל בסעיף 25 לשטר הזיכיון. זכות זו, אם לא תבוטל, תאיין כל אפשרות לקיום הליך תחרותי ביחס לזכויות ההפקה העתידיות. ניתוח השלכותיה של זכות הקדימה, כמו גם מעמדה המשפטי והאפשרות החוקתית לבטלה מוביל למסקנה ברורה כי על המדינה לפעול ללא שיהוי לביטול הזכות באמצעות תיקון חקיקה. מסקנה זו מתחדדת עוד יותר נוכח התנהלותה של כי"ל בעשרות השנים האחרונות – התנהלות שערורייתית שהטילה נטל כבד על המשאבים הציבוריים.

28. אנו מברכים על פעולת משרד האוצר לבחינת התנהלות המדינה לקראת תום הזיכיון וזמינים להמשך שיח בנושא זה ובכלל.

בברכה,



שקד הרן

עו"ד, לובי 99



ד"ר עינת סולניק

יועצת משפטית, לובי 99