

בימ"ש לעניינים מינהליים ת"א
תמ 137/07 (בשא 31516/07)
מיכל בראל נ. מדינת ישראל
(בתיק מיכל בראל נ. מדינת יש..)
ת.פתיחה: 30/08/07 סדר דין: רגיל

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

המבקשת: מיכל בראל, ת.ז. 035852623
(התובעת) מרח' תל גיבורים 28 תל-אביב, 68105

ע"י ב"כ עוה"ד עמית, פולק, מטלון ושות'
מרחוב יצחק שדה 17, תל-אביב 67775
טל': 5615268 - 03 פקס: 5613620 - 03

- נגד -

המשיבה: מדינת ישראל - רשות המסים בישראל (להלן: "הרשות")

(הנתבעת) ע"י פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
מרחוב הנרייטה סולד 1, תל-אביב
טל': 6970027 - 03 ; פקס': 6970291 - 03

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להכיר בתובענה שבכותרת כייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן: "החוק החדש" ו/או "חוק תובענות ייצוגיות").

כל ההדגשות בציטוטים שיובאו להלן אינן במקור, אלא אם נאמר במפורש אחרת.

בקליפת האגוז

1. התובענה נשוא בקשה זו עוסקת בגביית מס שלא כדין על-ידי הרשות בגין הכנסת ריבית לכאורית (אליבא גישת המשיבה) בגובה שחיקת קרן הפיקדון הצמוד למטבע חוץ, על סוגיו השונים.
2. המבקשת הינה אזרחית ישראלית ותושבת בה.
3. המשיבה, מדינת ישראל - רשות המסים בישראל, הינה האחראית לגביית מסים ישירים ועקיפים, ובמקביל שותפה להתוויית מדיניות המסים. הרשות מאגדת תחתיה את כל הפעילות הנוגעת למס הכנסה, מיסוי מקרקעין, מע"מ, מס קניה ומכס (בהתאם לאמור באתר האינטרנט של הרשות¹).
4. תובענה זו מתייחסת לנישומים, אשר בתקופה הרלבנטית לתביעה פדו פיקדונות במטבע חוץ והכל במקום בו שער מטבע החוץ אליו היה צמוד הפיקדון ירד בין המועד בו הופקד הפיקדון לבין מועד פדיונו.
5. עניינינו נסוב על הוראת סעי' 2(4) לפקודת מס הכנסה, התשכ"א – 1961 (להלן: "הפקודה"), אשר קובע הטלת מס הכנסה על הכנסה ממקורות מסוימים וביניהם: "ריבית, הפרשי הצמדה² או דמי נכיון";.
6. בנוסף, עסקינן בהוראות סעי' 125ג(ב) לפקודה, אשר קובע כי יחיד חייב במס על הכנסה מריבית בשיעור שלא יעלה על 20%. (או בשיעור של 15% מקום בו עסקינן בפיקדון שאינו צמוד לשער המטבע).
7. המבקשת תטען, כי אין חולק כי ריבית הינה סכום המתווסף לקרן הפיקדון ולפיכך מקום בו הסכום שנפדה מהפיקדון נמוך מהסכום אשר הופקד, וזאת בשל שחיקת שער המטבע, לא קיבל המפקיד כל ריבית.
8. במסגרת תובענה זו נראה, כי חרף הוראות הפקודה הברורות, אשר מחייבות במס רק הכנסה מריבית (המתווספת לקרן הפיקדון), גובה הרשות מס³ בגין הפסד שנצבר בפיקדון במטבע חוץ ובכך ממסה את קרן הפיקדון.
9. כך, לדוגמא, מקום בו הופקדו 460,000 ש"ח בפיקדון צמוד לדולר הנושא ריבית שנתית של 5%, אשר נפדה לאחר שנה. ביום הפיקדון שע"ח של הדולר היה 4.6₪ לדולר ואילו ביום פדיון הפיקדון הוא עמד על 4.0₪ לדולר.

¹ <http://www.mof.gov.il/taxes/>

² סעיף 1 לפקודה (סעיף ההגדרות) המגדיר "הפרשי הצמדה" מציין כדלקמן: "כל סכום שנוסף לחוב או לסכום תביעה עקב הצמדה לשער המטבע, למדד המחירים לצרכן או למדד אחר, לרבות הפרשי שער...".

³ בשיעור של 20%.

9.1 אליבא המשיבה למפקיד נצמחה הכנסה של 20,000 ₪ החייבת במס בשיעור של 20%.

פרעון הפקדון 420,000 ₪ $(4 * 1.05 * \$100,000)$

קרן הפקדון 400,000 ₪ $(4 * \$100,000)$

הכנסה מריבית 20,000 ₪

9.2 לעומת זאת, אליבא המבקשת למפקיד נוצר הפסד מימון בסך 40,000 ש"ח:

פרעון הפקדון 420,000 ₪ $(4 * 1.05 * \$100,000)$

קרן הפקדון 460,000 ₪ $(4.6 * \$100,000)$

הפסד מימון 40,000 ₪

10. כפי שיורחב בהמשך, גביית המס הלא חוקית על-ידי המשיבה בגין הפסדה של המבקשת, הביאה להתעשרותה שלא כדין. בהתנהגותה זו של הרשות, היא הסבה נזקי ממון למבקשת ולכלל ציבור בעלי פיקדונות במטבע חוץ שחויבו בעת פדיון הפיקדון או שיחויבו בעת סיום הפיקדון העתידי, במס לא חוקי זה בגין הפסד מהפקדות כספים.

11. על כן, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה שבכותרת כייצוגית, והכל מהנימוקים אשר יפורטו להלן.

רקע עובדתי

12. ביום 30.7.07 פתחה המבקשת פקדון במטבע חוץ בבנק הפועלים והפקידה סך של 9,800 ₪ (להלן: "הפקדון"). שער הדולר הקובע להפקדה נקבע ל- 4.355 \$/₪. הפיקדון היה אמור לשאת ריבית בשיעור שנתי של 3.47% לשנה.

13. בתאריך 13.8.07 פרעה המבקשת את הפקדון. שער הדולר הקובע בעת פרעון הפקדון היה 4.2791 \$/₪ דהיינו ירידה של 1.74% בשער הדולר.

14. המבקשת זוכתה בעת פירעון הפקדון בסכום של 9,635.62 ₪ לפני ניכוי מס במקור.

15. במועד הפרעון נוכח למבקשת מס במקור בסך של 1.29 ₪ (20% מ- 6.44 – סכום חייב במס).

• העתק פירוט ההפקדה והפירעון מצ"ב בנספח א' לתצהיר המבקשת התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

המסגרת הנורמטיבית

16. התובענה נסובה על הוראות החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002 (להלן: "תיקון 132") אשר נכנס לתוקף החל מה- 1.1.2003. על-פי תיקון 132, בוטל סעיף 5 לחוק עידוד החיסכון, הנחות במס הכנסה וערבות למילות, התשס"ז-1956, אשר מכוחו הותקנו הצווים אשר פטרו ממש את הריבית בתוכניות חיסכון ובפיקדונות.

17. על פי הוראות תיקון 132 הכנסה מחסכון או מפיקדון תחויב במס.

18. יחד עם זאת, אף עובר לתיקון 132, נקבע כי הכנסה מריבית, מהפרשי הצמדה ומדמי נכיון תהיה חייבת במס הכנסה.

2. מקורות הכנסה

מס הכנסה יהא משתלם, בכפוף להוראות פקודה זו, לכל שנת מס, בשיעורים המפורטים להלן, על הכנסתו של אדם תושב ישראל שהופקה או שנצמחה בישראל או מחוץ לישראל ועל הכנסתו של אדם תושב חוץ שהופקה או שנצמחה בישראל, ממקורות אלה:

(1) עסק ומשלח יד ..;

....(2)

....(3)

(4) דיבידנד, ריבית והפרשי הצמדה –

דיבידנד, לרבות דיבידנד המשתלם מתוך רווחי הון של חברה, ריבית, הפרשי הצמדה או דמי נכיון;

19. בהתאם לאמור, כל הכנסה שצומחת לנישום מהפקדת כספים בפיקדון במטבע חוץ, לרבות הכנסה בגין הפרשי שער וריבית, תהא חייבת במס. למעשה, אין ספק כי ריבית הנצמחת על הפקדון נמדדת כתוספת הנצברת על הקרן השקלית שהופקדה בפיקדון מלכתחילה.

20. "הכנסה" מוגדרת בפקודה (סעיף 1 – סעיף ההגדרות) כ"סך כל הכנסתו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3, בצירוף סכומים שנקבע לגביהם בכל דין שדינם כהכנסה לעניין פקודה זו". הגדרה תיאורטית זו אינה מסייעת להבין מהו תקבול המהווה הכנסה ומהו תקבול שאינו בא בגדר מונח זה.

21. על פי גישה מקובלת, המונח "הכנסה" בא לתאר "תוספת לעושרו הכלכלי של אדם", בין בכסף ובין בשווה כסף⁴.

22. בספרו של המלומד אמנון רפאל, "מס הכנסה" בהשתתפות ירון מהולל, הוצאת שוקן, תשנ"ה-1995 קיים דיון ב"אבחנה בין קרן ופירות – הגדרת "הכנסה" ו"הכנסה חייבת" בפקודה" ומצוין בעמ' 32 לעניין המונח "הכנסה" כדלקמן:

"העיקרון המנחה בקביעת אופיו של תקבול כהכנסה, או כתקבול שאינו בגדר הכנסה כזו, מבדיל, למשל, בין נכס לתשואה. כך, לדוגמה, מקום בו הנישום מעביר לאדם אחר נכס מנכסיו לזמן מוגבל, ובתמורה הוא מקבל לידיו תקבול מסוים, הרי על-מנת להיכלל במונח "הכנסה", על התקבול לשאת אופי של תשואה על הנכס, בעוד שעל החזר הנכס עצמו אין מטילים מס. שהרי הנכס אינו אלא

⁴ אבידור אבני, ר"ח "פחת נכסים לא מוחשיים ותביעת הוצאות הוניות", מיסים י/5 (אוקטובר 1996) עמ' א-12. וראה תיאור כללי למונח "הכנסה" בספרו של אמנון רפאל "מס הכנסה", כרך 1 עמ' 26 שכותב: "בצורה כוללת אפשר לומר, כי המונח "הכנסה" בא לתאר תוספת ל"עושרו" הכלכלי של אדם כתוצאה מארוע כללי מסוים בין בכסף ובין בשווה כסף". כן ראה אבי אלטר, עו"ד, "חיוב במס על תקבולים שונים – והגדרת "הכנסה" על פי פקודת מס הכנסה בישראל", מיסים א/3 (מאי 1987) עמ' א-41 המציע מבחן להגדרת "הכנסה" כדלקמן: "כל תקבול שהינו תוספת כלכלית לעושרו של אדם והקשור קשר ישיר או עקיף למקור הכנסה או לתמורה מסוג כלשהו מהווה הכנסה במשמעות הפקודה".

רכושו של הנישום, אשר נמסר לאחר על-מנת שייעשה בו שימוש לזמן מוגבל, והתמורה – שאנו נוהגים לכנות דמי שכירות, ריבית, תמלוגים וכדומה – היא התשואה".

23. אמור מעתה, הכנסת ריבית משמעה תשואה הנצברת על נכס וזאת בניגוד להחזר הנכס עצמו. משכך, החזר קרן הפיקדון אינו בגדר הכנסה וממילא אינו בר מיסוי.

24. סעיף 1 לפקודה (סעיף ההגדרות) מגדיר הפרשי הצמדה וריבית "כמשמעותם בסעיף 159א(א)", שם מוגדרים "הפרשי הצמדה וריבית" כתוספת הנצברת על הקרן כדלקמן:

"תוספת לסכום שמדובר בו, השווה לסכום האמור כשהוא מוכפל בשיעור עליית מדד המחירים לצרכן בתקופה הנדונה, בתוספת ריבית בשיעור של 4% לשנה על הסכום שמדובר בו לאחר שנוספו הפרשי הצמדה כאמור..."

25. חיזוקים נוספים לעובדה שהכנסה מריבית הינה תשואה הנצברת על סכום הפיקדון המקורי ניתן אף למצוא בספרו של המלומד ד"ר אהרן נמדר, "דיני מיסים [מסי הכנסה]", הוצאת חושן למשפט, תשנ"ג – 1993 שם קיים דיון בהכנסות פאסיביות – כללי ובהכנסות ריבית (עמ' 129 – פסקה 701 ו-702) ומצוין בזו הלשון:

"ריבית הינה הכנסה פאסיבית המשולמת למלווה בעבור השמוש בכספו על ידי הלווה במשך תקופת זמן מוגדרת ... עם התגברות תופעת האינפלציה איבדה הריבית את אופיה כהכנסה טהורה שהרי מרביתה באה לפצות על אבדן ערך הכסף. כדי לשוות לריבית את אופיה האמיתי מקובל כיום לחלק את הפיצוי שנותן הלווה למלווה לשני חלקים: להפרשי הצמדה הבאים לפצות את המלווה בגין השחיקה האינפלציונית, ולריבית - ... הבאה לפצות את המלווה בעבור השימוש בכסף...."

סעיף 2(4) לפקודה קובע כי כל הכנסה מריבית תחשב להכנסת פירות החייבת במס הכנסה רגיל. למרות שאין בפקודה הגדרה למושג "ריבית", ניתן להבין כי הכוונה לתשואה לכספו של הנישום כשהוא בשימוש של אחר⁵."

26. חוק הריבית, תשי"ז-1957 מגדיר אף הוא ריבית כתוספת לקרן באופן הבא:

27. "ריבית" - כל תמורה הניתנת בקשר עם מילווה ויש בה משום תוספת לקרן, לרבות דמי עמילות ודמי נכיון המשתלמים כאמור, בין שנקראים בשם ריבית ובין שנקראים בשם אחר". שיעור המס על הריבית נקבע בסעיף 125ג לפקודה והינו 20% (מקום בו עסקינן בפיקדון צמוד לשע"ח כבמקרה דנן) ולא 15% (מקום בו עסקינן בפיקדון נומינלי שאינו צמוד לשער המטבע).

28. תשומת הלב, כי שיעור המס על ריבית הנצמחת על פיקדון צמוד לשער המטבע גבוה יותר מאשר

⁵ ראה ההגדרה בחוק הריבית, תשי"ז – 1957, ס"ח 50. ראה גם עמ"ה 823/70 צימרמן נ' פ"ה, פד"א הי 70; עמ"ה 456/82 חברה להשכרה ועיבוד קרקעות ומטעים נ' פ"ה, קפ"ד די (8) 59; עמ"ה 50/84 שוק חקלאי בע"מ נ' פ"ה, פד"א י"ג 59; ד"נ 16/82 פ"ה נ' לידור, פד"א י"ג 113 (הפרשי הצמדה וריבית משקפים את ההפרש בין סכום כסף שניתן בנקודת זמן אחת לבין הסכום המוחזר בנקודת זמן אחרת".

שיעור המס על ריבית הנצמחת על פיקדון שאינו צמוד לשער המטבע).

29. **במקרה דנו, לא זו בלבד שלא נוסף למבקשת כל סכום לסכום המקורי שהופקד בפיקדון, שכן שער הדולר אליו היה צמוד הפיקדון ירד** (היינו, לא נצמחה למבקשת כל הכנסה בגין הפקדתו בפיקדון) **אלא היא אף הפסידה בערכים נומינליים מיום ההפקדה.**
30. אמור מעתה, המבקשת הפקידה סך של 9,800 ₪ ובתום הפיקדון קיבלה סך מופחת של 9,635.6 ₪ (לפני ניכוי המס במקור). היינו, למבקשת נוצר הפסד מימון בסך של 164.38 ₪ טרם ניכוי המס במקור) וממילא לא נצמחה לה כל הכנסת ריבית על הפיקדון. יחד עם זאת, נוכח למבקשת מס במקור בשיעור של 20% בסך של 1.29 ש"ח.
31. בנקודה האמורה, יצוין כי לית מאן דפליג, כי הפקודה כולה מתייחסת לחישובי מס בשקלים⁶, ומשכך יש לבחון את ההכנסה החייבת במונחים שקליים. כלומר, חישוב הכנסה או הפסד לצורך הטלת המס, נעשית בשקלים כשסכום הפיקדון הדולרי מתורגם לפי שער הדולר ביום ההפקדה ואילו התמורה הכוללת מפדיון ההשקעה מתורגמת לפי שער הדולר במועד הפדיון.
32. בהקשר לאמור יושם אל לב כי עם המעבר לשיטת המיסוי הפרסונלית במסגרת הרפורמה במס (תיקון 132) והרחבת בסיס המס במישור הבינלאומי נוצר מצב לפיו כלל ההכנסות של תושבי ישראל שמקורן מחוץ לישראל חייבות במס לפי הפקודה.
33. לפיכך, במסגרת תיקון 132 לפקודה, נחקק סעיף 240א לפקודה המסמיך את נציב מס הכנסה לקבוע כללים לפיהם יתורגמו לשקלים חדשים סכומי הכנסות, הכנסות חייבות, הפסדים, הוצאות ומיסים שמקורם מחוץ לישראל, וזאת לשם יישום הוראות הפקודה המהותיות⁷. למען הסר ספק, יובהר, כי העקרונות הנקובים בכללי המרת ההכנסות ביחס להכנסות (במט"ח) שמקורן בחו"ל יפים אף ביחס לעקרונות המרת הכנסה שמקורה בישראל ממט"ח לשקלים.
34. בחוזר מס הכנסה 9/2004 - תכנון ומדיניות / היחידה למיסוי בינלאומי - הנדון: הרפורמה במס הכנסה - כללי המרה לשקלים חדשים, מיסים יח/4 ג-1 (להלן: "חוזר כללי ההמרה") הובהר כי אין מטרתו של סעיף זה לשנות את הוראות המס המהותיות אלא לקבוע הוראות טכניות לגבי תרגום סכומים הנקובים במטבע חוץ לשקלים חדשים, **היות שחישוב המס בהתאם לפקודה נעשה בהתחשב בסכומים הנקובים בשקלים.** סעיף 5.2 לדברי ההסבר לחוזר כללי ההמרה

⁶ **חריג** לאמור ניתן למצוא בתקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986 (להלן: "התקנות הדולריות") אשר הותקנו מכח סעיף 130א לפקודה, הקובעות את אופן ניהול פנקסים במט"ח ואת חישוב הכנסתן החייבת של "תאגיד" אשר בחר בניהול פנקסים עפ"י הוראותיהן. סעיף 130א לפקודה דן בניהול פנקסים במטבע חוץ: ליחלומנים, לנישום שיש לו מפעל קבע בחו"ל, לשותפות שכל תושביה תושבי חוץ ולחברה בהשקעת חוץ, כהגדרתה בסעיף 53 לחוק עידוד השקעות הון.

⁷ תוך שימוש בסמכות זו נקבעו כללי מס הכנסה (המרה לשקלים חדשים), התשס"ג-2003 (להלן: "כללי ההמרה" או "הכללים"). למעשה, כללי ההמרה משמשים ככלי טכני לשם תרגום ההכנסה לשקלים חדשים בלבד. בדברי הפרשנות לפקודת מס הכנסה – החב"ק – סעיף 240א לפקודה, צויין ברחל בתך הקטנה לעניין המרת הכנסות במטבע חוץ לשקלים כדלקמן:

"כללי ההמרה מכח סעיף 240א לפקודה אינם יוצרים כל שינוי בהוראות המהותיות של פקודת מס הכנסה, אינם קובעים כיצד יש לסווג הכנסה שמקורה בהפרשי שער במקרים של תרגום בשני מועדים שונים (מועד ביצוע העיסקה ומועד התזרים). כללי התרגום גם אינם מתערבים או משנים דבר בנושא עיתוי ההכרה בהכנסה ואינם משנים את שיטת הדיווח של הנישום".

דן ב"הרחבה לגבי ריבית והפרשי הצמדה" ומציין, בין היתר, כדלקמן:

" 5.2.2 סעיף 3(ב) לכללים קובע שכאשר מדובר בהכנסות שמקורן ריבית או הפרשי הצמדה, יתורגמו גם סכומי הקרן אשר הניבו את ההכנסות האמורות.

התרגום במקרה זה יתבצע במספר מועדים כמפורט להלן:

- ביום ביצוע ההשקעה;
- בתום כל שנת מס בה לא נפרעה ההשקעה או ביום פרעון ההשקעה.

35. ראוי להדגיש, כי אף אליבא המשיבה כפי שבאה לידי ביטוי בחוזר כללי ההמרה, אין לחשב את ההכנסה מהפיקדון כהכנסת הריבית כפול שער החליפין של הדולר ביום פדיון הפירעון, אלא באופן בו המבקשת גורסת שיש לחשב את הכנסתה מהפיקדון. היינו, יש לתרגם את הפיקדון ביום ביצוע ההפקדה ולפי הבסיס השקלי האמור לבחון את ההכנסה / ההפסד שנצברו על הפיקדון.
36. חרף הוראות החוק הברורות, אשר צוינו לעיל, חרף האמור בחוזר כללי ההמרה ובניגוד לשכל הישר גבתה רשות המס מהמבקשת **מס בגין הפסדים** שנצמחו לה על הפיקדון, כאמור לעיל, וזאת מכח הוראה מנהלית כפי שתפורט לעיל.
37. ויודגש, מדיניות זו של הרשות לחייב במס על הפסדים שנצברו בפיקדון במטבע חוץ (בשל ירידת שער המטבע) ובכך ממסה את קרן הפיקדון, באה לידי ביטוי במכתב שנשלח ליו"ר איגוד הבנקים מטעם סגן נציב מס הכנסה, רו"ח אוסקר אבורזק, שצורף **כנספת ב'** לתצהיר המבקשת התומך בבקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "**המכתב מטעם הרשות**").
38. בנקודה האמורה ראוי להדגיש, כי **הרשות מתיימרת להחיל את מדיניותה באמצעות מכתב מסגן נציב מס הכנסה, שלא זו בלבד שהינו חורג מסמכותו ונהפך לצורך העניין ל"מעין מחוקק" על פיו יישק דבר, אלא הוא אף מכתב לבנקים הוראות שנוגדות את החוק, ואילו אלה מיישמות את הוראותיו הלכה למעשה בדרך של ניכוי במקור.**
39. המכתב מטעם הרשות כולל טבלה בה מפורטים סוגי המכשירים הפיננסיים מהם יש לנכות מס במקור ואת שיעור הניכוי במקור. תשומת הלב לכך, כי במכתב עצמו כתוב כי "טבלה זו מהווה כלי עזר בלבד ואין לראות בה את דבר המחוקק ובמקרה של סתירה לחוק אזי יחולו הוראות החוק". יחד עם זאת, הבנקים מנכים במקור על פי המכתב מטעם הרשות ובניגוד מוחלט לפקודה, להגיון הכללי ולחוזר כללי המרה.
40. סעיף 39 לטבלה דן בפצ"מ – פקדון צמוד מט"ח בידי יחיד תושב ישראל וקובע כי הסכום ממנו ינוכה המס הינו "ריבית – הסכום שמעבר לקרן **הצמודה** למט"ח (לא למדד המחירים לצרכן)".

41. בהערות הכלליות המהוות חלק בלתי נפרד מהטבלה מצויין בסעיפים 4 ו-5 כדלקמן:

"4. במקרים בהם הנישום קבל תשואה שלילית במסלול הפקדה,

דהיינו סה"כ התשלומים העומדים לזכותו בגין הפקדון נמוכים מסכום

הקרן שהפקיד, אין לבצע ניכוי מס במקור. הוראה זו תחול רק כאשר

ההצמדה הנה למדד המחירים לצרכן.

5. כאשר ההצמדה למט"ח כל סכום שהצטבר מעבר להצמדה למט"ח

יראהו כריבית ריאלית".

42. ויודגש, תוצאת החישוב המפורטת במכתב מטעם הרשות ביחס להצמדה למט"ח (וזאת להבדיל

מהצמדה למדד) זו לא זו בלבד שנוגדת את הוראות הפקודה אלא אף שגויה מבחינה כלכלית, היות

שנמצא שמוטל מס על הפסד חלף על הכנסה.

43. בנוסף יובלט, כי המכתב מטעם הרשות מפלה בין שחיקת הקרן בשל הצמדה למדד שלילי לבין

שחיקת הקרן בשל הצמדה למט"ח שתוסף, וזאת ללא כל טעם כלכלי ובניגוד לדין.

44. כל זאת למה? כאשר מדובר במיסוי פיקדון הנקוב במטבע-חוץ, ואשר במועד ההפקדה שער המטבע

הזר היה גבוה יותר מהשער במועד פדיון הפיקדון, אזי יש לחשב האם פדיון הפיקדון הסתיים

ברווח או הפסד במונחים נומינליים. כלומר, יש לחשב את ההפרש בין התקבול בש"ח, לפי השער

היציג של המטבע הרלוונטי במועד הפדיון, לבין סכום הפיקדון השקלי ביום ההפקדה, לפי השער

היציג במועד ההפקדה. משכך, אם מדובר ברווח נומינלי, אותו רווח יפוצל לרווח הריאלי שחייב

במס ולהפרשי השער הפטורים ממס.

45. יתכן וניתן היה להסתפק בדברים שלעיל, אך המבקשת תרחיב ותבסס אותם בדוגמאות ובמובאות

כדי לא להותיר בקיע בלתי מטופל על-ידה מתוך תקווה שטיעוניה יפלו על אוזניים מסכימות של

בית משפט נכבד זה.

1.1. דוגמא מס' 1

א' הפקיד ביום 1.1.06 \$100,000 דולר בפיקדון דולרי לתקופה של שנה. תנאי הפיקדון: צמוד לדולר

בתוספת ריבית שנתית של 5%. ביום 31.12.06 נפדה הפיקדון תמורת \$105,000.

שער הדולר ביום ההפקדה היה 4.6 ₪.

שער הדולר ביום פדיון הפיקדון היה 4.00 ₪.

לפי שיטת החישוב של המשיבה:

תמורה 420,000 ש"ח

קרן הפקדון 400,000 ש"ח

הכנסה מריבית 20,000 ₪ (חייבת במס בשיעור של 20%)

לפי שיטת החישוב של המבקשת:

תמורה 420,000 ₪

קרן הפקדון 460,000 ₪

הפסד מימון 40,000 ₪

46. בדוגמא מס' 2⁸ השינוי היחידי הינו ששער הדולר ביום ההפקדה הינו 4.2 ₪ ואילו בדוגמא מספר 3 השינוי היחידי הינו ששער הדולר ביום ההפקדה הינו 4.1 ₪.

47. מהדוגמאות לעיל נקל לראות ששיטת החישוב של המשיבה מובילה לעיוותים במקרים מגוונים של מקרים בהם קיימת ירידת שער הדולר ביחס לשקל מיום ההפקדה ועד ליום הפדיון (תשומת הלב לעובדה שחישוב ההכנסה לפי גישת מס הכנסה כלל לא מושפע מערך סכום ההפקדה בשקלים).

גישת המשיבה ¹⁰ אלפי ש"ח	גישת המבקשת דוג' 1 אלפי ש"ח	גישת המבקשת דוג' 2 אלפי ש"ח	גישת המבקשת דוג' 3 אלפי ש"ח	
400	460	420	410	1. סכום הפקדון במועד ההפקדה
420	420	420	420	2. סכום הפקדון במועד הפדיון (\$100 + 1.05 = \$105 כפול 4 (שע"ח))
20	(40)	0	10	3. הכנסה
(4)	(4)	(4)	(4)	4. מס הכנסה המוטל בפועל ¹¹
416	416	416	416	5. סכום הכסף נטו שהתקבל (לאחר תשלום מס) = (2) פחות (4)
(44)	(44)	(4)	6	(ההפסד) / הרווח (1) פחות (5)

⁸ דוגמא מס' 2

כמו בדוגמא 1 למעט העובדה ששער הדולר ביום ההפקדה היה 4.2 ₪

לפי שיטת החישוב של המשיבה:

תמורה 420,000 ש"ח

קרן הפקדון 400,000 ש"ח

הכנסה מריבית 20,000 ₪ (חייבת כמס בשיעור של 20%)

לפי שיטת החישוב של המבקשת:

תמורה 420,000 ₪

קרן הפקדון 420,000 ₪

הכנסה / הפסד 0

⁹ דוגמא מס' 3

כמו בדוגמא 1 למעט העובדה ששער הדולר ביום ההפקדה היה 4.1 ₪.

לפי שיטת החישוב של המשיבה:

תמורה 420,000 ש"ח

קרן הפקדון 400,000 ש"ח

הכנסה מריבית 20,000 ₪ (חייבת במס בשיעור של 20%)

לפי שיטת החישוב של המבקשת:

תמורה 420,000 ₪

קרן הפקדון 410,000 ₪

הכנסה 10,000 ₪ (חייבת במס בשיעור של 20%)

¹⁰ תשומת הלב לעובדה שחישוב ההכנסה לפי גישת מס הכנסה כלל לא מושפע מערך סכום ההפקדה בשקלים ומשכך בכל הדוגמאות התוצאה זהה.

¹¹ מס ההכנסה מוטל על ההכנסה השקלית ונגבה על דרך של ניכוי מס במקור על ידי הבנקים וזאת בהתאם למכתב מטעם הרשות.

54. נקל לראות בדוגמא את האבסורד הכללי והמיסוי הנגזר מחישוב המשיבה לפיו לא זו בלבד שהנישום הפסיד חלק מקרן הפיקדון בשל ירידת שער הדולר (תמורת הפקדת סך של 460,000 ₪ הוחזר לנישום רק 420,000 ₪) אלא אף ינוכה לו מס במקור בשיעור של 20% מהכנסת ריבית "דמיונית" (שלטענת המשיבה הינה 20,000 ₪ במקרה דנא), כך שבסופו של יום יצא בחסר של 44,000 ₪.

55. לשון אחר, הדוגמא האמורה מעידה כאלף עדים כי חישוב ההכנסה על פי גישת המשיבה (בהתבסס על המכתב מטעם הרשות) לא זו בלבד שמנוגד לדין אלא אף מנוגד להגיון ולשכל הישר. למעשה, הנישום - לפי גישת רשות המיסים - יוצא נפסד פעמיים: פעם מירידת שער המטבע ופעם מגביית מס הכנסה על הפסד כספי שנוצר לו.

56. יתרה מכך, פרשנותה, השגויה מכל וכל של רשות המיסים, אף מנוגדת לאושיות תכלית הפקודה שהינה "חתיירה אל שומת אמת"¹². פרשנות זו, המנוגדת להגיון הכלכלי ולשכל הישר, מטילה מס על הפסד שנגרם למבקשת.

57. לא זו אף זו, חישוב המס בהתאם לעמדת המשיבה נוגד לאושיות המס ולמושכלות יסוד לפיו מס נגבה על הכנסה חייבת ולא על הפסד. כחיזוקין לאמור לעיל ניתן אף למצוא בקובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק), פרשנות: סעיף 1 לפקודת מס הכנסה הדרן בהגדרת "הכנסה" וקובע:

"הכנסה הינה בעלת משמעות כלכלית ופירושה - על-פי הגישה המקובלת - תוספת לעושרו הכלכלי של אדם, למרות שיש ספק אם כל תוספת לעושר הכלכלי של אדם נכנסת לגדר הגדרת המונח "הכנסה" בסעיף 1. לדוגמה - מציאת חפץ ברחוב."

58. תימוכין לגישה שהפסד כלכלי הנובע מירידת שער המטבע אינו יכול להיכלל כ"הכנסה", ניתן אף למצוא במאמרם של משה אשר, עו"ד (רו"ח); אמיר כהן, רו"ח, "השלכות המיסוי של "המדדים השליליים", מיסים יב/4 (אוגוסט 1998) א-96 שם נבחנו השלכות המיסוי של המדדים השליליים במספר הקשרים במס הכנסה וצויין כדלקמן:

"שיטת המס בישראל מניחה בבסיסה, כי הכנסה הינה סכום חיובי או תוספת לעושרו של אדם, שיש לה מקור המנוי בסעיפים 2 או 3 לפקודה או בכל דין אחר. לפיכך, "הכנסה שלילית" בנסיבות אלו, שהינה למעשה "הפסד כלכלי" או "הוצאה כלכלית", אינה יכולה

¹² עמ"ה 1109/04, קרן חיים נ' פקיד שומה גוש דן, מיסים כ/6 (דצמבר 2006) ה-22, עמ' 204: "בית משפט של מיסים נדרש לפרש את לשון חוק המס, הגם מתוך מגמה ליצור הרמוניה בינו לבין מארג הדין בכללותו. הפקודה, תכליתת הראשונית היא החתיירה אל שומת האמת. בית משפט המבקש ליישם תכלית זו יהא קשוב להתפתחות ולשינויים כלכליים ועסקיים שהבנתם, התחשבות בהם ולעיתים שילובם יהיו אינהדנטיים למלאכת הפרשנות (ראה א. ברק, פרשנות דיני המס, מיסים יא/4 א-1)". כן ראה ע"א 733/89 ארם משחקים נ' מס ערד מוסף גוש דן, פ"ד מו(5) 62 שם נקבע בריש גלוי הלכה היא, כי את החקיקה הפיסקאלית, כמו גם כל חוק אחר, יש לפרש בצורה הגיונית, אחידה וקוהרנטית ובאופן שישירת את תכלית החקיקה.

לבוא בגדר המונח "הכנסה" כמשמעותו בפקודת מס הכנסה....

הלוואות צמודות מדד

בתקופה של מדדים שליליים נשחקות הלוואות "צמודות מדד". בידי

נותן ההלוואה שחיקה זו מהווה הוצאת מימון ...

לגבי מקבל ההלוואה, שחיקת ההלוואה (ההתחייבות) מהווה בידי

הכנסה מהפרשי הצמדה (כחלופה מועדפת על פני הכנסה ממחילות

חוב) וחייבת במס בהתאם לאופיה".

59. לאור האמור לעיל מתבקשת המסכנה היחידה בילתה אין - חיוב הרשות את המבקשת במס כאמור נעשה בניגוד מוחלט לדין.
60. מעבר לאמור לעיל טוענת המבקשת כי חיוב הרשות נעשה בניגוד גמור להגיון הכלכלי, לשכל הישר ולתכליתה הראשונית של הפקודה והוא החתירה אל שומת האמת. המשיבה ממסה לא על תוספת לעושר (הכנסה) אלא על גירעון בעושר (הפסד).
61. מטרת פרק זה היתה לפרט את אופן יישום חישוב המס אליבא המשיבה, המוביל למיסוי בניגוד לפקודה ולמיסוי של הפסד (היינו, מיסוי קרן הפקדון), ולהמחיש את דרך היישום באמצעות דוגמאות מספריות. חישוב שכזה מוביל למסכנה הברורה, שהמבקשת הפסידה כספים בגין ההפקדה בפקדון, כיוון שביום פתיחת הפקדון היו בידיה 9,800 ₪, ואילו ביום סגירתו והוצאת ההפקדה, היו בידיה 9,635.62 ₪ בלבד.
62. במצב דברים זה, בהתאם להוראת סעי' 2(4) לפקודה, בהתאם לפרשנות הכלכלית והמשפטית של המונח "הכנסה" וכן בהתאם לחישוב הכלכלי הרי שלא הופקה כל הכנסה מהפקדון, ועל כן אין חבות במס.
63. לפיכך, הרי שחיוב הרשות את המבקשת במס כאמור נעשה בניגוד מוחלט לדין.

עילה

64. המבקשת (התובעת) תטען, כי בהתאם למעשיה אשר פורטו לעיל, המשיבה (הנתבעת) היא האחראית לנוזקה, כפי שיורחב להלן.
65. מכל האמור לעיל עולה בבירור, כי המס שגבתה המשיבה מהמבקשת ומיתר חברי הקבוצה בגין הפסדים מפיקדונות במטבע חוץ, נגבה שלא כדין, וללא אסמכתא חוקית.
66. בהתנהגותה זו גבתה המשיבה מהמבקשת ומכלל חברי הקבוצה מס לא חוקי, המגיע לסכומי כסף נכבדים ובלתי מבוטלים. כך התעשרה המשיבה שלא כדין, ולפיכך עליה להחזיר למבקשת ולחברי הקבוצה התעשרות זו, בין השאר, לאור הוראות סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 הקובע:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: "הזוכה") שבאו לו מאדם אחר (להלן: "המזוכה"), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

67. כאשר בסעיף 6 (ב) לאותו חוק נקבע :

”חוק זה יחול על המדינה”.

התקופה אליה מתייחסת התובענה

68. התובענה שבכותרת מתייחסת לתקופה של 24 חודשים שקדמו להגשתה, בהתאם להוראת סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות.

הקבוצה המיוצגת המוצעת

69. הקבוצה המיוצגת על-ידי המבקשת הינה כל מי שחויב במס על הכנסת ריבית (אליבא גישת המשיבה) בגובה שחיקת קרן הפיקדון הצמוד למטבע חוץ, מכל סוג שהוא (להלן: ”הקבוצה”).

הנוק

70. כתוצאה ממעשיה של המשיבה, סבלה המבקשת, וכן כל אחד מחברי הקבוצה, נזק ממון.
71. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקשת, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של גביית מס על-ידי המשיבה בגין הפסד מהפקדות כספים בפיקדון במטבע חוץ, וזאת בניגוד לחוק.
72. נזק הממון הישיר שנגרם למבקשת בגין מיסוי שלא כדין זה הינו בסך 1.29 ₪ לפי ערך יום הניכוי במקור.

סעדים

73. אשר על כן, התבקש בית המשפט הנכבד ליתן למבקשת ולכל אחד מחברי הקבוצה סעדים שונים שפורטו בכתב התביעה שבכותרת, ובין השאר:
- 73.1. צו המצהיר כי גביית המס בגין תקבולים שמקורם כביכול בריבית, בגובה שחיקת קרן הפיקדון, נעשתה שלא כדין.
- 73.2. צו האוסר על המשיבה להוסיף ולגבות מס בגין תקבולים שמקורם כביכול בריבית, בגובה שחיקת קרן הפיקדון.
- 73.3. צו המחייב את המשיבה לשלם לכל אחד מחברי הקבוצה פיצוי בגין הנוק שנגרם להם, דהיינו בגובה כל סכומי המס שנגבו מהם שלא כדין כפי שפורט לעיל במהלך תקופת התובענה, כשהם נושאים ריבית חוקית, כאמור בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ”א - 1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3א' לחוק הני”ל, לפי הגבוה מביניהם.
- 73.4. צו המחייב את המשיבה להשיב לכל אחד מחברי הקבוצה את סכומי המס שנגבו ממנו שלא כדין כאמור, במשך תקופת התובענה, וזאת כשהם נושאים ריבית חוקית כאמור

בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3א לחוק הנ"ל, לפי הגבוה מביניהם.

73.5. וכן סעדים נוספים לעניין מתן חשבונות, תשלום חלק מהפיצוי למבקשת ותשלום שכר טרחת עורך דין.

הנימוקים המצדיקים אישור ניהול התובענה כתובענה ייצוגית

74. בד בבד עם הגשת בקשה זו, מגישה המבקשת לבית המשפט הנכבד את התובענה שבכותרת. כפי שיפורט להלן, הן התובענה שבכותרת והן בקשה זו, מוגשות מכוח חוק תובענות ייצוגיות, בהתאם לקבוע בסעיף 11 לתוספת השניה לחוק זה:

"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר."

75. ביום 12.3.2006 נכנס לתוקף חוק תובענות ייצוגיות, אשר חל על בקשה זו. זאת הן מכוח סעיף 45 לחוק כאמור לעיל, הקובע את תחולתו לאלתר (לרבות על תובענה ייצוגית ובקשה לאישור תובענה ייצוגית התלויות ועומדות ביום כניסתו לתוקף), והן מכוח סעיף 29 לחוק אשר קובע, כי **"חוק זה יחול על המדינה"**.

76. החוק נפתח עם הגדרת מטרתו בסעיף 1 לחוק. בחירת הניסוח של סעיף המטרה, כפי שמובא להלן, מדברת בעד עצמה, ומעידה על הכרת המחוקק בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן מבחינתו של היחיד אשר ככזה מתקשה לעיתים לקבל את יומו בבית המשפט, והן מבחינת הציבור כולו, שכן אלמנט ההרתעה הנלווה לתובענה הייצוגית, יביא לאכיפת דין יעילה יותר.

"1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים למנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

77. מסעיף המטרה ניתן גם ללמוד על כוונתו הברורה של המחוקק להרחיב את השימוש בכלי המשפטי של תובענה ייצוגית. ניתן למצוא ביטוי לכוונה זו גם בתוספת השניה לחוק, אשר מרחיבה את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, והמבטלת הלכה למעשה את העילות המצומצמות יותר, אשר היו קיימות עובר לחקיקת החוק, בחיקוקים ספציפיים.

78. הכרתו של המחוקק בתובענה הייצוגית ככלי משפטי חיוני לציבור ולפרט, הביאה אותו לחוקק את החוק החדש, ולחולל שינוי נורמטיבי בעולם התובענות הייצוגיות. תפיסה זו של המחוקק מקבלת ביטוי ברור בחוק תובענות ייצוגיות, למן סעיף המטרה הנ"ל, עובר בסעיף 3 המרחיב את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית כאמור, וכלה בסעיף 7, המעניק פתרון מעשי במקרה בו מוגשות שתי תובענות באותו העניין, והכל תוך התחשבות בטובת הקבוצה ואינטרסיה.

79. נציג להלן את הוראות החוק והפרמטרים הקבועים בו לאישור תובענה כייצוגית. סקירה זו תראה, כי התביעה שבכותרת, אשר במסגרתה מוגשת בקשה זו, עומדת בדרישות החוק לאישור תובענה כייצוגית.

80. סעיף 3(א) לחוק קובע, כי תובענה ייצוגית לא תוגש אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה לחוק, או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. כאמור לעיל, עילת התובענה דן, נכנסת בגדרו של סעיף 11 לתוספת השניה לחוק:

"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר."

81. כמפורט לעיל, גבתה המשיבה מס בניגוד לחוק, וכתוצאה מכך התעשרה שלא כדין. כך המשיבה הינה בבחינת מי שגבתה "סכומים שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", ומכאן שעניינינו עונה על ההגדרה המנויה בסעיף 11 לתוספת השניה לחוק, ועומד בתנאי הקבוע בסעיף 3 הנ"ל.

82. סעיף 4(א) לחוק מפרט את הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ובין היתר קובע, כי:

"4. (א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

83. העובדות המשמשות יסוד לתובענה כפי שפורטו לעיל, ברורות ואינן שנויות במחלוקת כלל. הן משותפות לכלל חברי הקבוצה, מאחר והעובדות היוצרות עילות אלה, מתייחסות כולן למשיבה ולמעשיה, ואין ביסודות העילות כל מאפיין אישי.

84. הוא הדין בשאלות המשפטיות, אשר עשויות להתעורר בתיק זה, כולן נוגעות למשיבה, למעשיה ומחדליה, וככאלה הן אינן נושאות כל מאפיין אישי ייחודי לאחד מחברי הקבוצה והן משותפות לכל חברי הקבוצה.

85. מכל האמור לעיל עולה, כי כל השאלות המהותיות, הן של עובדה והן של משפט, הן משותפות לכל חברי הקבוצה ללא יוצא מן הכלל.

86. כמו כן, עונה המבקשת על ההגדרה הקבועה ברישא סעיף 4 לעיל, שכן המבקשת (התובעת) נמנית עם הקבוצה, באשר היא נפגעת ישירות ממעשיה ומחדליה של המשיבה (הנתבעת), ולפיכך, הינה בעלת עילה בתביעה שבכותרת.

87. פירוט המעשים ו/או המחדלים של המשיבה בבקשה זו, כמו גם בכתב התביעה שבכותרת, והשלכותיהם על המבקשת עונה על הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק:

"(ב) לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;"

88. לא זאת אף זאת, בתמיכת פירוט הנזק בתובענה שבכותרת ובבקשה זו במסמכים רלבנטיים, הצליחה המבקשת להראות אף מעבר לרף ה"לכאורה", כי נגרם לה נזק כתוצאה מהתנהגות המשיבה.

89. לאור האמור בסעיף הנוגע לסכום הנזק, ניתן לקבוע, כי גם שאלת כימות הנזק הספציפי, שנגרם למבקשת ולכל מעוניין מהקבוצה, הינו סכום קצוב ואחיד שניתן להגיע אליו בדרך אריתמטית פשוטה, כמפורט לעיל. לפיכך לא יקשה על בית המשפט להכריע וליתן למבקשת ולכל מעוניין את הפיצוי או ההשבה המדויקים על פי נוסחה אריתמטית, שתקבע מראש על ידי בית המשפט.

90. על-פי סעיף 3(ב) לחוק, הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור של בית המשפט, כאשר סעיף 8(א) לחוק, קובע את הפרמטרים אשר בהתקייםם רשאי בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית כאמור. וזוהי לשון הסעיף:

8" (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או

משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי

הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי

הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

91. במידה ובית המשפט הנכבד ימצא כי נתמלאו כל ארבעת התנאים הנ"ל, רשאי הוא לקבוע כי התובענה אשר הונחה על שולחנו אכן ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, ויפתח את שערי היכל התובענות הייצוגיות, לצורך המשך בירורה.

92. בשלב בו אנו מצויים כעת, הוא שלב אישור התובענה כייצוגית, כל אשר צריך לעמוד לנגד עינינו הוא שאלת עמידתה או אי עמידתה של התובענה הנטענת להיות ייצוגית, בארבעת תנאי סעיף 8(א). הא ותו לא. להלן נראה, כי התובענה דנן עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק. מחמת חשיבותו של התנאי המצוי בסעיף 8(א)(1), בעניין נטל הוכחת עילות התובענה בשלב אישורה כתובענה ייצוגית, נדון בו בסעיף נפרד מייד לאחר דיונונו בשאר הסעיפים.

93. **הכרחיות התובענה הייצוגית** - בשל הסכום הנמוך יחסית של תביעתו האישית שלהמבקשת ושל כל מעוניין בנפרד, ובשל המספר הרב של התובעים הפוטנציאליים, ברור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. ניתן לראות בעליל, כי לתובע הבודד אין זה כלכלי להגיש תביעה כני"ל לבדו, וכי לא יעשה כן. במקרה זה ברור אפוא, כי תובענה ייצוגית היא הדרך היחידה להוציא את הצדק לאור, ולפצות את המעוניינים על הנזק שנגרם להם כתוצאה מהתנהגותה של הנתבעת (הרשות).

94. **תום לב** - התובענה מוגשת על ידי הנפגע הישיר ממעשיה ו/או ממחדליה של המשיבה, קרי אדם אשר נגבה ממנו המס הבלתי חוקי בשל שחיקת הפקדון הדולרי. מטרתה היחידה של המבקשת הינה פיצוי בגין הנזק שנגרם לו ולכלל הציבור כתוצאה מגביית מס בלתי חוקית זו, שפורטה בהרחבה לעיל.

95. **המבקשת (התובעת) מייצגת ומנהלת בדרך הולמת את ענייני הקבוצה** – כאמור לעיל, המבקשת נמנית עם הקבוצה, היא נפגעת ישירות מהתנהגות המשיבה, ולכן ניתן לומר בפה מלא, כי "קיים יסוד סביר להניח" (בלשון החוק), ואף מעבר לכך, שהמבקשת הינה הגורם שייצג וינהל את ענייני כלל חברי הקבוצה בצורה הטובה ביותר ובדרך הולמת.

96. **סעיף 8(א)(1) לחוק - נטל הוכחת עילות התביעה בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית**

96.1. חשוב לציין, כי כל תכליתו של הדיון בשאלת נטל הראייה, בשלב זה של אישור התובענה כתובענה ייצוגית, הינה לסייע לבית המשפט באומדן סיכוייה של התביעה להתברר בסופו של יום לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) לחוק.

96.2. במידה ויעלה בידינו לשכנע את בית המשפט הנכבד, כי קיים סיכוי סביר שהתובענה תתברר בסופו של יום לטובת התובע, תיסלל, כמעט במלואה, הדרך לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. שכן, התובענה עומדת אף ביתר תנאי סעיף 8(א), כפי שפורט לעיל.

96.3. על כן, נבקש להראות כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות (העובדתיות והמשפטיות), כפי שהוצגו בהרחבה לאורך בקשה זו, יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) הני"ל.

96.4. ראשית יש לדעת, מהו נטל השכנוע המונח על כתפי התובע בתביעה ייצוגית, לשכנע את בית המשפט הן בעניינו כי תביעתו עומדת בתנאי סעיף 8(א)(1)?

96.5. לשון הסעיף נוקטת במילים: "יש אפשרות סבירה". כבר מלשון הסעיף ברור, כי אין התובע צריך להוכיח בוודאות את טענותיו העובדתיות והמשפטיות, אלא ברמת שכנוע פחותה בהרבה מזו.

96.6. יפים לעניין זה דבריה של כבי' השופטת ט' שטרסברג – כהן, בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בע"מ, פ"ד נא(2) 312, המתייחסים לסעיף 54 ב' לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, אשר כלל גם הוא את הביטוי "אפשרות סבירה" לעניין הוכחת סיכויי התביעה. בנסותה לקבוע נוסחה ראויה למידת ההוכחה הנדרשת בשלב אישור התובענה כייצוגית מתוך סקירת הפסיקה הקיימת, מסכמת כבי' השופטת וקובעת:

"עוד עולה מאותם פסקי דין כי בשאלת מידת ההוכחה, לא מסתמנת בהם תשובה אחידה. יש מי שסובר כי על התובע לשכנע את בית המשפט בקיומם של 'סיכויים טובים להצליח בתובענה'; אחרים דרשו 'סיכויים סבירים'; ואחרים, 'מידת שכנוע גדולה מזו הדרושה למבקשת סעד לצו ארעי'".

96.7. כבי' השופטת שטרסברג-כהן מוסיפה באותו פסק דין, כי:

"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

96.8. ניתן ללמוד מעיקרון כללי זה, אותו התווה בית המשפט העליון, ואשר בהמשך מצא את ביטויו בחוק תובענות ייצוגיות, כי אין להחמיר יתר על המידה עם התובע בשלב אישור תביעתו כייצוגית. אלא, על מידת ההוכחה להיות כזו שמחד, לא תפתור את התובע כליל בשלב מקדמי זה, מהוכחת טענותיו (אשר כזכור עוד תדרושנה הוכחה משמעותית בהמשך הדרך), ומאידך, לא תטיל עליו נטל כבד מדי עד כדי רפיון ידיו, שכן בזאת נמצאנו מסכלים את כוונת המחוקק.

96.9. ההיגיון בעקרון זה הינו רב, שכן על ידי שימוש בעקרון זה, מונחה בית המשפט שלא לגדוע באיבו כל ניסיון לעשות שימוש בכלי האכיפה הפרטית היעיל ביותר, הוא התובענה הייצוגית. בייחוד נכון הדבר בתביעות ייצוגיות המוגשות בגין התנהגות לא חוקית של בעלי הכוח במשק, שכן הינן הכלי היעיל ביותר לאכוף על המונופולים או על בעלי הממון, את הדרישה לאי ניצול כוחם לרעה. האמור נכון אף ביתר שאת בתובענה דגן שעוסקת בהתנהגותה של הרשות.

96.10. העמדת דרישות סף מחמירות מדי בשלב מוקדם כל כך של הליך בירור התובענה, תסכל את מגמתו של המחוקק, המאפשרת שימוש נרחב יותר במכשיר התובענה הייצוגית, ואשר באה לידי ביטוי כאמור בחוק תובענות ייצוגיות שהתקבל זה לא מכבר. על פי מגמתו זו של המחוקק, כאמור, יש להקנות לציבור מכשיר פרטי, בעל משמעות אכיפה אמיתית ורצינית על מנת למגר את תופעת הניצול הציני מצידם של בעלי הכוח והממון, לרבות הרשות.

96.11. בבואנו ליישם את העיקרון דלעיל בענייננו, דומה כי אין צורך בהחלה קיצונית שלו כלל וכלל. זאת מן הסיבה, כי כפי ששזור לאורך כל הבקשה הנ"ל, הטענות העובדתיות והמשפטיות שבענייננו מבוססות אף מעבר לנדרש בשלב זה, ומנוסחות באופן ברור ונהיר.

96.12. וזאת יש להדגיש, כי גם אם נחיל את מבחני הפסיקה השונים, שכאמור הינם בלתי אחידים, ונבחן לאורם את מידת הוכחת הטענות העובדתיות והמשפטיות בתובענה דגן, נמצא כי המבקשת (התובעת) הרימה את נטל השכנוע אף לפי מבחנים אלה. זאת נעשה לאור העיקרון הכללי שהוצג לעיל, בדבר אי הכבדת נטל השכנוע בשלב מקדמי זה של אישור התובענה הייצוגית.

96.13. לא זאת אף זאת, דגן בעובדות ברורות המדברות בעד עצמן; המשיבה גבתה מס בניגוד לדין, ומיסתה את קרן הפקדון.

96.14. לאור מוצקותן של הטענות המשפטיות והעובדתיות אותן הביאה המבקשת בבקשתה זו, כמו גם בתובענה שבכותרת, דומה כי אין כל ספק בכך שהורס נטל השכנוע הנדרש, אף לפי מבחני הפסיקה, ואף מעבר לכך. מידת ההוכחה בה הוכחו טענותיה של המבקשת בתובענה שהגישה, ומידת חוזק טענותיה המשפטיות מצביעות, אפוא, על סיכוייה הטובים של התובענה, להתברר בסוף התהליך לטובת המבקשת והקבוצה המיוצגת על ידה.

נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר כי התובענה בתיק שבכותרת תתברר בדרך של תובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות.

מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשה.

רחמי עוז-לביא
רחמי עוז-לביא, עו"ד (רו"ח)

דורון לוי, עו"ד

עמית, פולק, מטלון ושות'
ב"כ המבקשת