

העותרים

1. העמותה לדמוקרטיה מתקדמת (ע"ר 580494870)
באמצעות עו"ד יפעת סולל
 2. המיזם הרב מגזרי למיגור העישון בישראל (ע"ר 580634947)
באמצעות עו"ד אפי מיכאלי
- שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין היא:
סמטת יל"ג 4, תל אביב-יפו
טלפון: 050-3777723, פקס: 02-6242710
דואר אלקטרוני: yifat.solel@gmail.com
(להלן: "העותרים")

נגד

המשיבים

1. שר האוצר
על-ידי פרקליטות המדינה,
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011
2. פיליפ מוריס בע"מ (ח.פ. 513866483)
מרחוב חיים הזז 16 תל-אביב 69470
(להלן: "המשיבים")

עתירה למתן צו על תנאי

בקשה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה אל המשיב 1 ומורה לו להתייצב וליתן טעם מדוע לא יפעיל את סמכותו ויטיל באופן מידי מס קנייה על מוצר הטבק המשווק בישראל תחת המותג "IQOS" בצורה של מקלוני טבק לאידוי המכונים "HEETS" (להלן: "המוצר").

ויודגש, מדובר במוצר, אשר הוגדר כ"מוצר טבק" על-ידי משרד הבריאות, אשר עמדתו בענין זה הוצגה בפני בית המשפט הנכבד, בבג"ץ 2475/17 העמותה לדמוקרטיה מתקדמת בישראל נ' שר הבריאות (להלן: "עניין העמותה לדמוקרטיה מתקדמת") אשר יש למסותו בהתאם להצהרת המדינה בפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2269/17 דובק בע"מ נ' משרד הבריאות (להלן: "עניין דובק") לפיה צו כאמור הוכן לחתימתו של המשיב 1.

כן יש להדגיש, כי בעקבות פניות העותרות, נמסרה עמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 19.9.2017 (להלן: "עמדת היועץ המשפטי לממשלה") לפיה צו כאמור נמסר לחתימת המשיב 1 ביום 15.8.2017 וכי "לא ניתן לכאורה להגן במישור המשפטי על החלטה המותירה את המצב הקיים על כנו, קרי, אי הטלת כל מס על מוצר האייקוס".

למרות כל האמור לעיל, הצו כאמור לא נחתם, ולאור העובדה שלא נתקבלה תשובת המשיב 1, למרות פניות חוזרות ונשנות, לא נותר בידי העותרות, אלא לשוב ולפנות אל בית משפט זה בבקשה למתן סעד והכל כמפורט להלן.

בקשה לקביעת דיון בהקדם

עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה **לדיון מהיר**, בכפוף לאילוצי יומנו. כפי שיובהר להלן, בכל יום שעובר נחשפים למוצר עוד ועוד אנשים, צעירים ובוגרים כאחד, וזאת כאשר זה נמכר במחיר המעודד את רכישתו ואת השימוש בו – שימוש אשר עלול לגרום להתמכרות ולמחלות הנובעות משימוש במוצרי טבק וניקוטין.

א. הצדדים לעתירה

1. **העותרת 1 - העמותה לדמוקרטיה מתקדמת.** עמותה רשומה הפועלת לקידום התנהלות דמוקרטית ושקופה של נבחרים ושל בעלי תפקידים בכירים במערכת השלטון ולחשיפת קשרים בין דרגים פוליטיים ומקצועיים לבין גופים הפועלים לשם מקסום רווחים, אשר משפיעים, או עלולים להשפיע, על מקבלי ההחלטות, באופן שאינו תואם את האינטרס הציבורי.
2. **העותר 2 - המיזם הרב מגזרי למיגור העישון בישראל.** ארגון חברתי, הרשום כעמותה, שמטרתו מניעת עישון בקרב בני נוער וצעירים הפועל במישורים שונים ויוזם שיתופי פעולה עם גורמים מקצועיים, שלטוניים ואחרים להשגתה של מטרה זו.
3. **המשיב 1 - שר האוצר.** מי שבסמכותו לקבוע הטלת מס ואת שיעורי המס על מוצרים חדשים המוצעים למכירה בשוק הישראלי ובכללם מוצר הטבק הנדון בעניינה של עתירה זו. המשיב 1 נמנע מזה מספר חודשים, מלחתום על צו שהוכן על ידי הרשות המיסים ביום 15.8.2017 וזאת בלא מתן כל הסבר או הנמקה לפעולתו כאמור.
4. **המשיבה 2 - פיליפ מוריס בע"מ.** חברה הרשומה בישראל, העוסקת בשיווק בישראל של מוצרי Philip Morris - תאגיד בינלאומי לייצור ולשיווק מוצרי טבק (להלן: "פיליפ מוריס"). החל מדצמבר 2016 פועלת לשיווקו של מוצר הטבק המשווק בישראל תחת המותג "IQOS" בצורה של מקלוני טבק לאידוי המכונים "HEETS".

ב. רקע עובדתי

5. אחוז המעשנים מגיל 18 ומעלה בישראל, עומד נכון לנתוני 2016, על כ- 22.7% (ראו לעניין זה: דו"ח שר הבריאות על העישון בישראל 2016, אייר התשע"ז, מאי 2017. עמ' 14) (להלן: "דו"ח שר הבריאות").

6. על-פי דו"ח שר הבריאות, בכל שנה כ- 8,000 אישה ואיש מתים בישראל מוות מוקדם כתוצאה מעישון, מהם כ- 800 אנשים שאינם מעשנים בעצמם אך נחשפו לעישון כפוי. להערכת משרד הבריאות, העלויות החיצוניות השליליות הנגרמות מעישון עומדות על כ- 12.7 מיליארד ש"ח בשנה (כ- 1.49% מהתל"ג). כ- 84,000 ילדים ובני נוער בגילאי 13 עד 18 מעשנים מוצרי טבק וכ- 8% מבני הנוער מדווחים על עישון סיגריה אחת לפחות בשבוע.

7. מוצרי הטבק המשווקים בישראל לאורך השנים כוללים את הסיגריות, הטבק לגלגול והטבק לנרגילה, טבק למציצה ולעיסה, סיגרלות וסיגרים, ובשנים האחרונות נוספו גם הסיגריות האלקטרוניות.

8. משרד הבריאות כתב ביחס לנזקי העישון במסגרת דברי ההסבר להצעת מחליטים בדבר תוכנית לאומית לצמצום העישון ונזקיו, כי: "עישון והשימוש בטבק הם גורמי התחלואה והתמותה המרכזיים אשר ניתנים למניעה בעולם המערבי. העישון גורם לנזקים כמעט לכל אברי הגוף ובין היתר, גורם לסרטן, למחלות לב וכלי דם, ולמחלות ריאה. ההערכה הרווחת היא שעישון מתמשך מוריד את תוחלת החיים בכ-10 עד 15 שנים בממוצע. מחצית ממקרי המוות כתוצאה משימוש במוצרי טבק מתרחשים בגיל העמידה, שנות החיים הפוריות ביותר מבחינת כלכלית, משפחתית ואישית. מעשנים רבים מעוניינים להפסיק לעשן, אך עבור רובם האופי הממכר של הניקוטין וההתמכרות להרגל מקשים מאד על תהליך הגמילה. בישראל, שיעור המעשנים שהצליחו להיגמל הוא 42.2%. בארצות הברית המספר עבר כבר מזמן את ה-50% וכיום יש שם יותר מעשנים לשעבר מאשר מעשנים.

9. נזקי העישון הפעיל ידועים זה עשרות שנים. לעומת זאת, נזקי העישון הכפוי זכו לפרסום נרחב רק בשנים האחרונות. על פי דו"ח ה Surgeon General - משנת 2006 העישון הכפוי גורם לתמותה מוקדמת ולמחלות בקרב מבוגרים וילדים שאינם מעשנים, בין השאר על ידי השפעות מיידיות מזיקות למערכת הלב וכלי הדם וגורם לאורך השנים למחלות לב כלליות ולסרטן הריאות. בקרב עוברים, תינוקות וילדים הוא מזיק במיוחד: נמצא כי חשיפה לעשן סיגריות בגילאים אלו גורמת להפחתת משקל הלידה, מגדילה את הסיכון למוות בעריסה (Sudden Infant Death Syndrome) גורמת למחלות האוזן התיכונה, לאסתמה, לדלקת ריאות ולפגיעה בתפקודי הריאות. השפעות שליליות נוספות ממשיכות ומלוות את האדם גם בבגרותו. בנוסף, ילדים להורים מעשנים נמצאים בסיכון גבוה לשימוש בטבק בעצמם.

10. החל מסוף 2016 החלו להימכר בישראל סיגריות תחת המותג "IQOS" בצורה של מקלוני טבק לאידוי המכונים "HEETS" (להלן: "מוצר הטבק" או "המוצר").

11. ויודגש, אין חולק כי המוצר מכיל טבק, הידוע ומוכר כחומר המזיק לבריאות וכן מכיל ניקוטין, שהינו רכיב שמטרתו לגרום להתמכרות המשתמש בו.

12. ביום 31.1.17 ובהמשך לאמור שלחה עו"ד מירה היבנר-הראל מהמחלקה המשפטית של משרד הבריאות מכתב לעו"ד רז ניזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, בו נכתב:

"לאחרונה הובא לידיעתנו כי חברת פיליפ מוריס החלה לשווק בישראל מוצר תחת השם **IQOS** (להלן – המוצר). החברה נוקטת בפעולות נרחבות לפרסום המוצר והחדרתו לשוק בישראל ואף החלה במכירה מוקדמת למתעניינים, ומכאן גם הדחיפות בהעברת עמדה בעניין הנדון.

מצ"ב נייר עמדה אשר הוכן ע"י גורמי המקצוע במשרד, הכולל בין היתר תיאור של המוצר ותמונות. עמדתם של אנשי המקצוע היא כי המוצר שבנדון דומה ביותר לסיגריה רגילה מבחינת כלל המרכיבים המצדיקים את הגבלתו, ובהם הנזק המוכח לבריאות, החשש להתמכרות בשל החשיפה לניקוטין, הפגיעה בבריאות הסובבים וכן הפגיעה במאבק להפסקת העישון..... ראשית, בשיווק המוצר **IQOS**, נעשה שימוש בראשי תיבות - **I QUIT ORDINARY SMOKING**, דהיינו גם מבחינת חברת פיליפ מוריס מדובר ב-"עישון", גם אם לא "העישון הרגיל"... לסיום, נציין כי בעניין סיגריות אלקטרוניות, עמדת המשרד הייתה כי לא מדובר ב"מוצר טבק" הואיל והמוצר אינו מכיל "טבק", אלא ניקוטין.

לאור האמור, נודה לאישורכם לעמדתנו בנוגע לפרשנות המונח "מוצר טבק", ככוללת את המוצר שבנדון. עמדה זאת תאפשר החלת החובות בחוק בנוגע למוצרי הטבק על המוצר שבנדון, וללא אפליה אל מול מוצרי טבק אחרים."

נספח ב'.

רצ"ב.

13. בהמשך לפניתה של עו"ד מירה היבנר-הראל השיבה לה ביום 19.2.2017 עו"ד טלי שטיין ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, כך:

"בהמשך לפנייתך למר ניזרי בקשר לנידון, הריני להודיעך כי על פי בדיקתנו, פרשנותכם המשפטית לעניין זה, הנסמכת על עמדתכם המקצועית וניתוח משפטי של הדין, הינה ראויה וסבירה.

אשר על כן גם לדעתנו יש להחיל על המוצר את הדינים הרלוונטים."

נספח ג'.

רצ"ב.

14. למרות האמור לעיל, במשך חודשים ארוכים נמנע משרד הבריאות מלחייב את המשיבה 2 לפעול בהתאם למגבלות על שיווק מוצרי טבק, ואף הוציא הודעה לעיתונות לפיה:

"2. **IQOS** – בתחום זה טרם גובשה רגולציה עולמית ברורה ובפרט על ידי ה **FDA**, הדן בנושא בימים אלה. באירופה לא ניתנה עדיין התייחסות כוללת, אך גוף המכס של האיחוד האירופי הגדיר את המוצר כ"מוצר טבק אחר" (בשונה, למשל מטבק לסיגריות). לאור האמור הוחלט להמחין להכרעת ה-**FDA** בנושא."

נספח ד'.

רצ"ב.

15. בעקבות הודעה זו, הגישה העותרת 1 עתירה לבית משפט נכבד זה בג"צ 2475/17 **העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נגד שר הבריאות ואח'** (להלן: **"עניין העמותה לדמוקרטיה מתקדמת"**).

16. בעתירה זו, טענה העותרת, כי יש להגדיר את המוצר כמוצר טבק ולהגביל את שיווקו בהתאם לחוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, התשמ"ג-1983.

17. ביום 2 באפריל 2017 נתקבלה תגובת המדינה, לפיה בעקבות דיון בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי – חוקתי) נקבע כך:

"משרד הבריאות סבור כי יש להחיל על המוצר את ההוראות החלות על "עישון" ועל "מוצרי טבק" לפי חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, תשמ"ג-1983 והחוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, תשמ"ג-1983".

18. כן הסכימו המשיבים כי יינתן צו ביניים, במתכונת שביקשה העותרת.

19. בד בבד, הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה נוספת על-ידי חברת דובק בע"מ, בג"ץ 2269/17 **דובק בע"מ נ' משרד הבריאות** (להלן: **"עניין דובק"**), אשר הופנתה כלפי משרד הבריאות בטענה כי יש להחיל על המוצר הנדון בעניינה של עתירה זו את ההוראות וההגבלות החלות על עישון ועל מוצרי טבק לפי חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, תשמ"ג-1983 והחוק למניעת עישון במקומות ציבוריים וחשיפה לעישון, תשמ"ג-1983 וכן כלפי רשות המיסים בטענה, כי יש להכפיף את המוצר למשטר מס זהה לזה החל על סיגריות.

20. בסעיף 18 לתגובת המדינה בעניין דובק מיום 14.6.2017 נמסר לבית המשפט הנכבד כי:

"העמדה המקצועית של משרד הבריאות, היא כי בהעדר מידע מדעי מספק בכל הנוגע ל- HEETS ורמת הסיכון שלו לבריאות, ההתייחסות אל המוצר צריכה להיות כמו לסיגריות. לפיכך עמדת רשות המיסים היא כי נכון לעת הזו, יש להחיל מס קנייה זהה על המוצרים האמורים." (ההדגשה במקור. י.ס.).

רצ"ב תגובת המדינה בעניין דובק. **נספח ה'.**

21. עוד נמסר לבית המשפט הנכבד, כי בכוונת רשות המיסים לפעול לאישורם של תיקונים בהוראות הדין הרלבנטיות לשם השוואת מס הקנייה החל על מוצר הטבק ועל מוצרים המסווגים כ"סיגריות המכילות טבק".

22. ביום 19.9.2017, בחלוף שלושה חודשים ממתן התגובה כאמור לבית המשפט הנכבד בעניין דובק ומשלא חתם המשיב 1 על הצווים שהוכנו לחתימתו, פנה אל המשיב 1 המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי) במכתב שכותרתו "תיקוני חקיקה – מיסוי מוצר ה"אייקוס" (עמדת היועץ המשפטי לממשלה).

23. במכתב של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אשר הופנה אל המשיב 1 "על דעת היועץ המשפטי לממשלה" (סעיף 1) נכתב כדלקמן:

"עמדת גורמי המקצוע במשרד הבריאות היא שאין היום מידע מהימן ביחס להבדלים בריאותיים בין מוצרים אחרים המכילים טבק, ובכלל זאת, סיגריות "רגילות", לבין האייקוס. משמעות עמדתו המקצועית של משרד הבריאות היא שהתכלית שבגינה מוטל מס קנייה על סיגריות, מתקיימת, לפי המידע הקיים היום, גם בעניין האייקוס." (ההדגשות במקור).

24. עוד כתב המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (סעיף 9) כי:

"לאחרונה השלימה רשות המיסים, בשיתוף עם משרד המשפטים, את העבודה על תיקוני החקיקה הנדרשים להשלמת המהלך של קביעת מס קנייה לאייקוס ותיקונים אלה הועברו לחתימתו. עם זאת, נמסר לנו כי טרם חתמת על התיקונים הרלבנטיים."

25. מהדברים ניתן ללמוד כי ביום 15.8.2017 הועברו לחתימת המשיב 1 תיקונים לצו תעריף המכס והפטורים ומס קנייה על טובין, וכן תיקון לתקנות הטבק ותקנות מס קנייה (טובין) לצורך העברתן לוועדת הכספים של הכנסת.

26. את דבריו חותם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כך:

"10. בשנים לב, בין היתר, לעמדתו המקצועית של משרד הבריאות, כפי שפורטה לעיל, עמדה שבעקבותיה אף הוטל על מוצר האייקוס הרגולציה החלה על מוצרי טבק, אנו סבורים כי לא ניתן לכאורה להגן במישור המשפטי על החלטה המותירה את המצב הקיים על כנו, קרי, אי הטלת כל מס על מוצר האייקוס."

11. לפיכך, אני פונה אליך להשלמת המהלך לקביעת מס למוצר האייקוס, שכן כל עוד תיקונים אלה אינם נחתמים המשמעות היא שלא מוטל כל מס קנייה בעת ייבוא של מוצר זה. תוצאה זו בוודאי אינה סבירה שעה שישונה עמדה מקצועית לגבי ההשפעות השליליות שעלולות להיות לצריכת מוצר זה, ושעה שעל מוצרים הדומים לאייקוס כן מוטל מס קנייה."

12. הקושי האמור מתחדד לרקע העובדה שחברת "פיליפ מוריס" מייבאת את האייקוס לישראל מזה מספר חודשים, כאשר כפועל יוצא מהאופן שבו סווג המוצר על-ידה, לא מוטל עליו מס קנייה." (ההדגשה במקור. י.ס.).

27. למרות האמור בהודעת המדינה לעיל ועל-אף הדברים הברורים שהופנו אל המשיב 1 על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי), עד ליום הגשת עתירה זו, כחמישה חודשים מאז ניתנה הודעת המדינה בעניין דובק, לא נחתמו הצווים האמורים ולא הוטל מס קנייה על מוצר הטבק הנדון.

ג. מיצוי הליכים

28. ביום 23.4.2017, בעקבות ההחלטה בעניין העמותה לדמוקרטיה מתקדמת, בעתירה הראשונה, פנה מנכ"ל העותרת 1 לשר האוצר, בבקשה כי יפעל באופן מידי ליישום עמדת רשות המיסים ולהטלת מס קנייה על מוצר הטבק. מכתבו של מנכ"ל העותרת לא נענה.

רצ"ב המכתב. נספח ו'.

29. ביום 17.9.2017 פנו מנכ"ל העותרת 1 ומנכ"לית העותרת 2 לשר האוצר בעניין "חתימת שר האוצר על צו למיסוי ה-IQOS - מכתב מיצוי הליכים בטרם פנייה לערכאות". בדבריהם נכתב כך:

"למעלה משלושה חודשים חלפו מאז הודעת המדינה לבית המשפט העליון והצו עדיין לא נחתם. העדר המיסוי מביא הן לפגיעה בהכנסות המדינה, אך מעבר לכך, מאפשר לעסוק באופן אינומסיבי בשיווק המוצר, ולהציעו במחירים אטרקטיביים אשר מטרתם לעודד רכישה של המוצר - אשר מכיל ניקוטין ומביא להתמכרות המשתמשים בו. המיסוי הגבוה של מוצרי טבק, נועד לצמצם את צריכתם של מוצרים המזיקים לבריאות והימנעותו של השר לחתום על הצו, שיחייב העלאה משמעותית במחירי מוצר מזיק זה, מביאה לכך שמדי יום נחשפים עוד ועוד אנשים, צעירים ומבוגרים כאחד, לסכנה, שעלולה ללוות אותם בשארית חייהם. מדיניות זו פוגעת באופן מוגבר בשכבות חלשות ומרחיבה את הפערים החברתיים."

רצ"ב המכתב. נספח ז'.

30. גם מכתב זה לא נענה.

31. ביום 18.9.2017 התכנסה בכנסת, הוועדה המיוחדת למאבק בנגעי הסמים והאלכוהול, לדיון שנושא "סירוב משרד האוצר לחתום על מיסוי האייקוס". טרם הדיון, פנתה ח"כ תמר זנדברג, יו"ר הוועדה לשר האוצר ולשר הבריאות בבקשה שיציגו את עמדתם בפני הוועדה.

32. ממשרד הבריאות נשלחה תשובה בכתב כדלקמן:

".... לקראת הדיון מחר בכנסת בנושא, ובשל העובדה כי נציגי משרד הבריאות לא יוכלו להיות נוכחים בישיבה, אבקש להביע את עמדתי בנושא. מאז חודש ינואר 2017 משווק בישראל מוצר טבק חדש תחת השם IQOS. מדובר על מערכת חשמלית לחימום מבוקר של מקלות טבק, שנועדה להוות חלופה לסגריות רגילות, אותן צורכים בשריפה. מדינת ישראל חתמה ואשררה את אמנת המסגרת בדבר פיקוח על טבק, במסגרת ההתחייבות מדינת ישראל לפי האמנה, התחייבה המדינה, בין היתר, לפעול לפיקוח על טבק ועל תעשיית הטבק, תוך שימוש באסטרטגיות שונות שהוכחו כיעילות לצמצום העישון ונזקיו, בהן הגבלות על עישון במקומות ציבוריים, הגבלות על שיווק ופרסום, וכמובן מדיניות מיסוי נכונה, שהיא האסטרטגיה היעילה ביותר, כאשר היא משתלבת עם אסטרטגיות נוספות.

עמדתו הינה כי בהיעדר מידע מספק יש לחכות להחלטתו של ה-FDA של ארה"ב ועד אז מדובר במוצר טבק הכפוף להגבלות החקיקה בנושא. בהתאמה משרד האוצר לבית המשפט העליון, הנסמכת על עמדתו המקצועית של משרד הבריאות, נאמר כי עמדת רשות המיסים היא כי נכון לעת הזו, יש להחיל מס קנייה זהה על המוצרים האמורים. זו היא גם עמדת משרד הבריאות."

נספח ח'.

מתוך פרוטוקול הדיון. רצ"ב.

33. משרד האוצר התחייב לשלוח נציג לישיבה, אולם למרות התחייבות זו ולמרות הודעות חוזרות לפיהן נציג המשרד מתעתד להגיע, לא הגיע נציג המשרד לדיון ולא הועברה אל הוועדה כל עמדה רשמית של המשרד או של המשיב 1.

34. כפי שהוצג לעיל, פניות העותרות אל שר האוצר ואל רשות המיסים, לא נענו ומכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

35. נקודת המוצא לדיון המשפטי בעניינה של עתירה זו היא כי העמדה המקצועית של משרד הבריאות, כמו גם עמדת רשות המיסים, לפיה יש להחיל מס קנייה זהה על המוצר כעל סיגריות אחרות, היא עמדה נכונה והמנעות מיישומה פוגעת בעקרון שלטון החוק ובמינהל התקין.

36. למרות שאין פער בין עמדת העותרות לעמדת המדינה, כפי שהוצגה לעיל, יש מקום לפרט את הבסיס להחלטות כאמור.

מהו מוצר טבק

37. פקודת הטבק (נוסח חדש) קובעת מהו טבק כדלקמן:

"טבק" – נמעי טבק ועלי טבק, לרבות טומבק וחיישה, טבק מיוצר ושאינו מיוצר, וכן זרעי טבק;

"טבק מיוצר" – טבק חתוך, טומבק חתוך, חיישה חתוכה, סיגריות, סיגרים, טבק הרחה, טבק לעיסה וכל טבק שהיה נתון לתהליך המכשירו לצריכה."

38. הדברים מפורשים גם בדין הבינלאומי. ביום 21 במאי 2003 נחתמה אמנת המסגרת לפיקוח על הטבק (להלן: "האמנה"), אשר אומצה בידי המדינות החברות בארגון הבריאות. על האמנה חתמה ישראל, ביום 20 ביוני 2003, כ' בסיוון התשס"ג וכאמור זו עוגנה בתיקון לחוק לעיל. באמנה מוגדרים מוצרי טבק:

(f) "tobacco products" means products entirely or partly made of the leaf tobacco as raw material which

are manufactured to be used for smoking, sucking, chewing or snuffing;

39. גם על-פי משווק המוצר עסקינן במוצר טבק. באתר החברה המשווקת, Philip Morris, מופיע תיאור המוצר כדלקמן:

HEETS, also branded as HeatSticks in some markets, are specially designed tobacco products that contain tobacco material and several filter sections. The specially designed tobacco product is intended exclusively for use with a precisely controlled heating device that we are commercializing under the IQOS brand name.

HEETS are made up of elements that include a tobacco plug, hollow acetate tube, polymer-film filter, cellulose-acetate mouthpiece filter, and outer and mouth-end papers.

Our heated tobacco products are made by blending high-quality tobaccos from selected types and origins. These tobaccos are then ground to provide the perfect mixture and reconstituted back into a tobacco sheet to manufacture HEETS.

40. על טיבו של המוצר עמדו האגודה למלחמה בסרטן, החברה הרפואית למניעה וגמילה מעישון ואיגוד רופאי בריאות הציבור בישראל בהסתדרות הרפואית במכתב מיום 18 בינואר 2017, בו נכתב, בין היתר:

"זוהי מערכת המשלבת שני מרכיבים עיקריים, הראשון הוא גוף חימום ומכשיר הטענה... והמרכיב השני הוא סיגריות טבק ייעודיות הנקראות HOT STICKS... עקרון הפעולה של IQOS הוא חימום של סיגריות הטבק לחום של כ-350 מעלות, היוצר אדים שאותם שואף המעשן/מאדה אל ריאותיו. אדים אלו כוללים חומרים רבים הנמצאים בטבק, כולל מגוון רחב של חומרים מסרטנים ומסוכנים, וכן את הניקוטין שהוא הסם הממכר...."

נספח ט'.

רצ"ב.

41. בכינוס של ועידת הבריאות העולמית, לדיון בנושא האמנה על טבק, שנערכה בנובמבר 2016, נדונו מוצרי הטבק החדשים ובהם המוצר נשוא עתירה זו. בדו"ח המסכם של הוועידה, בה לקח חלק פרופ' גרוטו, נכתב:

30". products that heat rather than burn are claimed to be less harmful than traditional cigarettes, although these claims of risk reduction are based on industry-funded studies. Independent studies should be conducted to investigate these claims. Convincing evidence has yet to be provided for the claims of risk reduction and health benefits of products that heat rather than burn tobacco.

Some scientists consider these heated tobacco products to be just as harmful as conventional cigarettes."

42. הדו"ח ממליץ לכלול את כל המוצרים החדשים תחת הרגולציה החלה על מוצרי טבק:

"34. Recommendations: All new and emerging tobacco products should be regulated under the WHO FCTC. This should include products such as vaporizers and any other novel devices which can be used for tobacco consumption and are not classified as electronic cigarettes."

43. מהאמור לעיל עולה, כי אין חולק על כך שמדובר במוצר טבק. כאמור, "פיליפ מוריס" עצמה רואה במוצר "מוצר טבק". כאמור לעיל, בעתירה הראשונה, משרד הבריאות קבע כי המוצר הינו מוצר טבק, על כל המשתמע מכך, ובהתאם הוטלו על שיווקו, על מכירתו ועל השימוש בו, כל המיגבלות הקבועות לשימוש בסיגריות.

מיסוי טבק

44. סיווג טובין המגיעים לישראל לצורך הטלת מס, נערך על פי צו תעריף המכס והפטורים ומס קניה על טובין, תשע"ז – 2017. תעריף המכס מחולק לחלקים, אלה מחולקים לפרקים ואלה לפרטים. בעניין דובק עלתה מחלוקת באשר לאופן הסיווג הראוי למוצר הנדון בעתירה זו, כאשר לטענת העותרת בעניין דובק, יש לסווג את המוצר במסגרת פרט 24.02 המתייחס ל"סיגרים, צ'רוטים, סיגריות וסיגריות מטבר או מתליפי טבר, בפרט משנה 2000/4, שעניינו "סיגריות המכילות טבק". זאת לעומת המשיבה 2, המייבאת ומשווקת את המוצר בישראל, אשר טענה כי הסיווג הנכון הוא 24.03.9900, "טבק מעובד אחר" הפטור ממס קנייה ומוטל עליו מכס בלבד.

45. מעמדת המדינה בעניין דובק עולה, כי רשות המיסים החליטה להותיר את הסיווג באופן בו הציגה אותו המשיבה 2 בעניין דובק. אולם, לאור העמדה המקצועית של משרד הבריאות, קבעה כי יש לשנות את צו המיסוי באשר לסיווג כאמור, ולהחיל על המוצר מס קנייה זהה לזה המוחל על סיגריות.

46. המשיבים בעניין דובק מציינים כי "שיעור מס הקנייה הגבוה על הסיווג "סיגריות המכילות טבק" מיועד לבטא את ההשלכות הבריאותיות השליליות של עישון סיגריות (על מנת להתמודד על ההחצנה השלילית הכרוכה בעישון סיגריות). מכאן לקוחה גם המסקנה, לפיה, באשר עמדת משרד הבריאות היא כי אין הבדל בין המוצר לבין סיגריות, לא צריך להיות הבדל במיסוי בין שני המוצרים.

47. לא למותר לציין, כי סוגיית השפעת המיסוי על צריכת מוצרי טבק, נבחנה פעמים רבות והוכח, כי קיימת קורולציה בין העלאת מחירם של מוצרי טבק, לירידה בצריכתם. לעניין זה, ראה, מחקרם של ד"ר לאה רוזן ופרופ' דוד לוי, משנת 2016, המציג כי עלייה בת 10% במחיר סיגריות מביאה לירידה בת 4% בצריכתן לטווח הקצר – ומדובר בחיי אדם של אלפים.

48. לאור ההשפעות החיצוניות השליליות הנלוות לצריכת הטבק, הן בנוזקי הבריאות לאלו הצורכים אותם בעצמם והן לאלו הסובבים אותם, נוקטת מדינת ישראל מזה שנים במדיניות של הטלת מס משמעותי על מוצרי טבק וזאת על בסיס ההנחה כי הטלת מס משמעותי תוביל להגבלת השימוש במוצרי הטבק השונים המהווים סיכון לחייהם ובריאותם של המשתמשים בהם ושל הנחשפים להם. זאת על מנת לצמצם את צריכת מוצרי הטבק השונים ובכדי להפנים את ההשפעות החיצוניות השליליות שלהם. הדברים הם מתבקשים ומתחייבים. זאת משום שמטבע הדברים התחלואה החמורה הנגרמת משימוש במוצרי טבק - למשתמשים עצמם ואלו הנחשפים להם - מקצרת את החיים, ומהווה סיכון חמור לבריאות וכתוצאה מכך סיכון חמור לחיים.

49. הימנעותו המתמשכת של המשיב 1 מהטלת מס על המוצר הנדון בעתירה אינה מתיישבת עם החובה להגן על החיים, כאשר הגורמים הרשמיים האמונים על ההיבט הבריאותי קובעים כי יש להתייחס למוצר הנדון בעניינה של עתירה זו, כאל "מוצר טבק" ויש לראות בו ככזה לעניין הסיכון לחיים ולבריאות הנשקף ממנו. הימנעות מהטלת מס דומה על מוצר זה כשם שמוטל על סיגריות מהווה הפרה של החובה להגן על החיים והבריאות המוטלת על המשיב 1 בנסיבות המקרה ואף מהווה פגיעה בחיים ובגוף כמשמעותם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חובת המשיב להפעיל שיקול דעת מנהלי סביר

50. מוסכם על כל הנוגעים בדבר – העותרות בעתירה זו, כמו גם העותרת בעניין דובק וכן המשיבים בעניין העמותה לדמוקרטיה מתקדמת ובעניין דובק, כי התוצאה הנדרשת מבחינת האינטרס הציבורי, היא כי יוטל על המוצר מס בשיעור זהה למס המוטל על סיגריות רגילות. המחלוקת בעניין הזה נגעה אך לשאלה האם יש לשנות את סיווג המוצר, באופן שיוחל עליו המס על פי הצו הקיים, או שישונה הצו, באופן שיוטל מס קנייה, על המוצר, בסיווג הנוכחי.

51. שתי החלופות לעיל הינן סבירות ומביאות לאותה התוצאה, קרי הטלת מס קנייה על המוצר.

52. למרות האמור לעיל, בחר השר, במהלך חמשת החודשים האחרונים, לא לנקוט באף אחת משתי החלופות האלה, ופשוט להימנע מלהפעיל את סמכותו, באופן שמונע את הטלת מס הקנייה על המוצר.

53. בעשותו כן פועל השר באופן בלתי סביר. כידוע, עם החובה להפעיל שיקול דעת קמה החובה לעשות כן בסבירות, הגינות, נאמנות, ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בדין ובהלכה הפסוקה. מן המפורסמות, כי על הרשות המנהלית מוטלת החובה המתמדת להפעיל שיקול דעת בהפעלתה סמכות שניתנה לה עפ"י חוק (ד' ברק ארז **משפט מנהלי** בעמ' 201):

"כאשר מוענקת לרשות מנהלית סמכות חלה עליה חובה מתמדת ומתמשכת לשיקול את הצורך בהפעלתה. המשמעות המעשית העיקרית של חובה זו היא שעל הרשות לשיקול את הצורך בהפעלת הסמכות ואסור לה לקבל החלטה מראש.... עליה לבחון אם ראוי ליישם מדיניות זו באשר להחלטה מסוימת שהיא נדרשת לקבל, כלומר בהתייחס לעובדות ולנסיבות שנמענות לפניה...."

54. יפים דבריו של השופט א' ברק בעניין דפי זהב (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור פ"ד לה(1) 421 (1980)) :

"חוסר סבירות הוא עילה לפסלותו של שיקול-דעת מינהלי. בעשרות רבות של פסקי-דין הזר בית המשפט העליון וקבע, כי החלטה מינהלית נבחנת, בין השאר, על-פי מבחן הסבירות...סיכומו של דבר: חופש הבחירה המינהלי פועל במתחם הסבירות. בתחום זה לא יתערב בית המשפט ולא יחליף את שיקול הדעת המינהלי בשיקול-דעתו הוא. בחירה הנעשית מחוץ למתחם הסבירות תיפסל על-ידי בית המשפט. מתחם הסבירות עצמו נקבע על-ידי בית המשפט, השואל את עצמו, מהו תחום השיקולים של רשות מינהלית סבירה בנסיבות הקונקרטיות של העניין שלפניו.

קיומו של "מתחם סבירות" מניח קיומן של מספר אופציות. אשר כולן סבירות, ואשר הרשות המינהלית רשאית לבחור ביניהן, ללא התערבות של בית המשפט. כלום הנחה זו סבירה היא, או שמא לכל מקרה נתון יש רק אופציה סבירה אחת? אכן, ייתכנו מצבים בהם קיימת רק אופציה סבירה אחת. אך זה אינו המקרה היחיד ואף לא הרגיל. לעתים קרובות יש מספר קווי פעולה, אשר כולם סבירים. כפי שציינתי, "שני אנשים סבירים עשויים להגיע להחלטות שונות ומנוגדות על יסוד אותה מערכת עובדתית מבלי שהחלטתו של מי מהם תהא בלתי סבירה".

55. בעניין הנדון, עומדות בפני השר שתי חלופות סבירות. שתיהן מובילות לאותה התוצאה – סיווג המוצר כסיגריות, כך שהצו הנוכחי יוחל עליו, או סיווג כפי שהוצע על ידי פיליפ מוריס, ותיקון הצו, כך שיוחל על הסיווג האמור מס קנייה, כפי שמצאו לנכון לפעול ברשות המיסים.

56. החלטת השר, שלא להפעיל את סמכותו, ובכך לאפשר מכירת מוצר מזיק, והרסני, במחיר הנמוך בעשרות אחוזים מן המחיר הראוי לו היא החלטה הרחוקה מאד ממתחם הסבירות, ומעלה תהיות קשות באשר לתום הלב שעומד בבסיסה ויפים לענין זה דבריה של פרופ' דפנה ברק ארז (משפט מנהלי עמ' 726 כרך ב') :

"מצב קיצוני במיוחד של החלטה פסולה המבוססת על שיקולים ראויים הינו התעלמות מוחלטת של הרשות משיקול מסוים... במקרה זה, ההצדקה לביקורת שיפוטית ניכרת במיוחד... איפוסו של שיקול שראוי להתחשב בו הוא חמור מאי התייחסות מספקת אליו, ולכן חייב להוות בסיס לפסלות אוטומטית של ההחלטה..."

57. ההחלטה שלא לקבל החלטה, היא בעלת השלכות חמורות, הגורמות נזק יום ויום ושעה שעה. הנגשתו של המוצר, באמצעות מכירתו במחיר נמוך, מביאה לכך, שמספר האנשים הנחשפים אליו ועלולים להתמכר לצריכתו ולסבול מהתסמינים הקשים ומהמחלות הנובעות משימוש במוצרי טבק גדול מכפי הצורך והנזק, במקרים רבים, אינו בר תקנה.

ה. סוף דבר

58. מדינת ישראל מחוייבת למאבק בנגע העישון, אשר מפיל חללים רבים, בשל אינטרס כלכלי של חברות כדוגמת המשיבה 2, הממשיכות לשדל אנשים להתמכר ולצרוך את מוצריהם.
59. העלות הכלכלית של נגע העישון נמדדת בפגיעה ישירה במשקי בית, בהם חיים מכורים, כמו גם בעלויות נכבדות המוטלות על מערכת הבריאות, הקולטת את הנפגעים.
60. אחת הדרכים המוכרות לצמצום נגע העישון, היא באמצעות הטלת מיסים גבוהים על מוצרי טבק, כך שיקשו על צריכת המוצרים המזיקים, מדיניות בה נוקטת ישראל מזה שנים רבות ובאורח הולך ומתחזק.
61. אין חולק על כך, שהמוצר נשוא עתירה זו, הוא מוצר טבק, על ההשפעות המזיקות של חומר זה, המכיל ניקוטין, הגורם להתמכרות. לאור זאת החיל משרד הבריאות על המוצר את כל המיגבלות המוטלות על סיגריות רגילות וכך גם רשות המיסים קבעה כי ראוי לעשות.
62. המנעותו של השר מלחתום על הצו, המורה כאמור, על מיסוי המוצר, הינה תמוהה, ואין ולא יכולה להיות לה כל הצדקה. המנעותו של השר מלספק הבהרות באשר להתנהלותו כאמור, אך מוסיפה על החששות, כי מדובר בהחלטה הנגועה בחוסר תום לב.
63. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה.
64. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת במסגרת הליך זה, לרבות שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין וכן לחייב את המשיב 1 בהוצאות לדוגמא, בהתאם לחומרת הטעונוים לעיל ובשל העובדה שהעותרות נדרשו לשוב ולעתור באשר לסוגייה הנדונה, למרות הסיכומים שהושגו בהליכים קודמים.

היום, 15 בנובמבר 2017

אפי מיכאלי, עו"ד

יפעת סולל, עו"ד

באי-כוח העותרים