



## בבית המשפט העליון

בג"ץ 4862/18

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט א' שטיין

העותרות: 1. המיזם הרב מגזרי למיגור העישון, ע"ר  
2. האגודה למלחמה בסרטן ישראל

נגד

המשיבים: 1. שר האוצר  
2. משרד הבריאות  
3. דובק בע"מ

המבקשת להצטרף כ'ידיד בית המשפט': ההסתדרות הרפואית בישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"א בשבט התשע"ט (27.1.2019)  
בשם העותרות: עו"ד אפי מיכאלי  
בשם המשיבים 1-2: עו"ד רועי שויקה  
בשם המשיבה 3: עו"ד דן פרידמן  
בשם המבקשת להצטרף כ'ידיד בית המשפט': עו"ד אלרן שפירא בר-אור, עו"ד רוני אבישר-שדה

### פסק דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש מקום להשוות את שיעור מס הקנייה המושת על טבק לגלגול לשיעור מס הקנייה המושת על סיגריות? זוהי השאלה שעמדה במרכז העתירה בפנינו.

עיקרי התשתית העובדתית וציוני הדרך בהליך

2. את עיקרי העובדות הנדרשות לדיון בעתירה זו ניתן לתאר בקיצור יחסי, בהתחשב בכך שיריעת המחלוקת בין עמדת העותרות לבין העמדה שהוצגה בפנינו מטעם המדינה צומצמה במידה ניכרת. ובכל זאת, פטור בלא כלום אי אפשר.

3. את העתירה שבפנינו הגישה במקור העמותה "המיזם הרב מגזרי למיגור העישון" ובהמשך הצטרפה אליה כעותרת עמותה נוספת – האגודה למלחמה בסרטן (להלן ביחד: העותרות). כל אחת מהעותרות פועלת, בגזרתה, לצמצום הרגלי העישון בשל ההשלכות הבריאותיות הקשות שלו, אשר בשלב זה של התפתחות המחקר הרפואי אינן יכולות להיות עוד שנויות במחלוקת. כמשיבים לעתירה צוינו שר הבריאות ושר האוצר – הראשון כמי שאמון על גיבוש המדיניות בתחום של בריאות הציבור והשני כמי שמוסמך לקבוע את שיעורי מס הקניה על מוצרי טבק לפי חוק מס קניה (טובין ושירותים), התשי"ב-1952 (להלן: חוק מס קניה).

4. ברקע הדברים מצויות המלצותיה של הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו, בראשותו של מנכ"ל משרד הבריאות, שהוגשו לממשלת ישראל בראשית שנת 2011 (דו"ח הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו, משרד הבריאות (דצמבר 2010, זמין באתר משרד הבריאות) (להלן: דו"ח הוועדה הציבורית)). על בסיס המלצותיה של הוועדה, ביום 29.5.2011 קיבלה הממשלה את החלטה מס' 3247 שכותרתה "תכנית לאומית לצמצום העישון ונזקיו" (להלן: החלטה מס' 3247). בהחלטה זו קבעה הממשלה, בין היתר, כי על שר האוצר לבחון את ההמלצות ביחס לשיעורי המיסוי המוטלים על מוצרי טבק ולהגיש את המלצותיו לממשלה בתוך 90 ימים. בהמשך לכך, ביום 8.5.2013 חתם שר האוצר דאז על תיקון לצו תעריף המכס והפטורים ומס קניה על טובין, התשע"ג-2013, במסגרתו הועלה שיעור המס החל על סיגריות "רגילות". לפי הנטען, צו זה היה אמור להיות הפעימה הראשונה מבין כמה פעימות בדרך להעלאת המסים על מוצרי טבק, אך בפועל לא נעשו לאחר מכן צעדים נוספים ביחס למוצרי טבק לגלגול, כך שנוצר פער משמעותי בין המיסוי המוטל על סיגריות רגילות לבין זה המוטל על מוצרי טבק לגלגול.

5. העתירה הוגשה על רקע עמדתו של שר האוצר לפיה אין להעלות את המס על טבק לגלגול, על יסוד גישה עקרונית המצדדת באי-העלאת מסים. העותרות טענו כי עמדה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, במכתבו של סגן השר יצחק כהן לחבר הכנסת יהודה גליק מיום 16.5.2017, שבו נמסר כי "אין למשרד האוצר כוונה להעלות מסים בשום תחום. מדיניות המשרד דוגלת בהפחתת נטל המס והגדלת ההכנסה הפנויה ככל שניתן" (במענה לשאלתה ישירה שנשלחה למשרד האוצר בעניין זה).

6. בעיקרו של דבר, העותרות טוענות כי הפער בין שיעור מס הקניה המושת על סיגריות רגילות לבין שיעור מס הקניה המושת על טבק לגלגול סיגריות, אינו מבוסס על הצדקה עניינית ויוצר תמריצים לצריכתו של טבק לגלגול באופן שפוגע בבריאות הציבור,

בהתחשב בכך שמן הבחינה הפונקציונאלית מדובר בחויית עישון דומה. על כן, העלאת מס הקניה על סיגריות לא השיגה את מטרתה בפועל, בשל קיומה של אפשרות להוסיף ולעשן "בזול". לטענת העותרות, ההבחנה אינה במקומה, ולאמיתו של דבר היא אף שגויה, בהתחשב בכך שיש תימוכין לדעה שהנזקים הכרוכים בעישון סיגריות "מגולגלות" אף גדולים יותר. העותרות הוסיפו וטענו כי מס הקניה הוא כלי רגולטורי המאפשר למדינה לטפל גם בתופעות חברתיות בלתי רצויות, כדוגמת עישון. לשיטתן, המדינה מחויבת לשקול בהקשר זה את כלל השיקולים הרלוונטיים ולנהוג בשוויון. באופן כללי יותר, העלו העותרות טענות לעניין חשיבות ההגנה על הזכות לבריאות והזכות לחיים, בהתחשב בסכנות הנובעות מעישון.

7. העותרות צירפו חומרים רבים התומכים לשיטתן בטענתן, בעיקר מסמכים רשמיים, ובהם דו"ח הוועדה הציבורית, החלטה מס' 3247 וכן אמנת המסגרת של ארגון הבריאות העולמי בדבר פיקוח על טבק מיום 21.5.2003, שאושרה על ידי מדינת ישראל ביום 24.8.2005. לטענת העותרות, עמדת המדינה עצמה כפי שעולה מהחלטה מס' 3247 תומכת בקבלת העתירה. כמו כן, העותרות צירפו לעתירה חוות דעת כלכלית מטעמן, המבוססת בעיקרה על פרסומים ממשלתיים רשמיים, שממנה עולה כי בעשור שחל בין השנים 2007-2016 אירעה ירידה של למעלה מ-20% בצריכת סיגריות רגילות ובמקביל צריכת הטבק לגלגול עלתה בשנים אלה פי 99 (מכמות שוות ערך לחצי מיליון חפיסות בשנת 2007 לכמות שוות ערך ל-50 מיליון חפיסות בשנת 2016). זאת, בשים לב לכך שמחירו הממוצע של טבק לגלגול (בכמות שוות ערך לחפיסת סיגריות רגילה) עומד על כ-15 שקלים לעומת מחיר ממוצע של 30 שקלים לחפיסת סיגריות (נכון לשנת 2016).

8. ביום 1.11.2018 ניתן צו על תנאי בעתירה, בהסכמת המדינה (השופט נ' סולברג).

9. ביום 21.1.2019, מספר ימים לפני הדיון בעתירה, הוגשה עמדת המדינה, שבה צוין כי היא מסכימה למתן צו מוחלט בעתירה. הסכמה זו התבססה על עמדתו המקצועית של משרד הבריאות לפיה הנזק הבריאותי שנובע ממוצרי טבק לגלגול דומה לנזק שנובע מסיגריות רגילות, ועל כן "לא נמצאה הצדקה התומכת בהותרת אי-השוויון החל במישור המיסוי בין מוצרי טבק לגלגול לבין סיגריות רגילות על כנו". המדינה ציינה, להשלמת התמונה, כי מכל מקום צו שעניינו בהטלת מס טעון אישור מטעם ועדת הכספים של הכנסת. לצד האמור, צוין בעמדת המדינה כי שר האוצר עצמו עודדו מחזיק בגישה המצדדת באי-שינוי המצב הקיים, וזאת על מנת שלא להכביד בנטל המס שנושאת האוכלוסיה הצורכת את הטבק לגלגול שלהערכתו מוחלשת יותר מבחינה סוציו-אוקונומית. עמדה זו של שר האוצר לא נתמכה בהנמקה נוספת או בהתייחסות לאפשרות

של שינוי מקיף יותר בקביעת שיעורי המס (כמו למשל, הפחתה מסוימת במס הקניה המוטל על סיגריות והשוואתו של מס הקניה על טבק לגלגול לשיעור המופחת).

10. לקראת הדיון בעתירה הוגשו גם בקשות הצטרפות להליך. ביום 24.12.2018 הוגשה בקשה מטעם ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן: ההסתדרות הרפואית) להצטרף להליך במעמד של "ידיד בית המשפט". ההסתדרות הרפואית ביקשה לתמוך בטענות המועלות בעתירה, על יסוד עמדה מקצועית של מומחים לבריאות הציבור שחוות דעתם בעניין צורפה לבקשת ההצטרפות. מעמדה זו עולה כי ההבחנה בין סיגריות יקרות לזולות פוגעת בקידום המדיניות למיגור העישון, וכי לגוף הדברים מדובר במוצרים זהים בעיקרם מבחינת השפעותיהם הבריאותיות והסביבתיות.

11. בקשה נוספת הוגשה ביום 21.1.2019 מטעם חברת דובק בע"מ (להלן: דובק), הפועלת בתחום של ייצור ושיווק מוצרי טבק, וביקשה להצטרף כמשיבה לעתירה. לטענתה, צירופה להליך נדרש על מנת להגן על האינטרסים שלה, כמו גם על אלה של צרכני הטבק. בדיון עצמו ציין בא-כוחה של דובק כי בעת הזו עומד חלקה של דובק בשוק הטבק לגלגול בישראל על כ-38% (נתון שנתמך גם בחוות הדעת הכלכלית שצורפה לעתירה).

12. ביום 27.1.2019 התקיים בפנינו דיון בעתירה. לדיון התייצבו באי-כוח הצדדים וכן באי-כוח המבקשות להצטרף להליך.

13. על מנת לייעל את הדיון החלטנו במעמד זה על צירופה של דובק כמשיבה, לאחר שהתרשמנו כי יהיה טעם בשמיעת טענותיה, וזאת מבלי להכריע בשאלה האם בנסיבות העניין היה מקום לצרפה מלכתחילה, בשים לב לריבוי ה"שחקנים" בשוק הטבק בישראל. יוער כי בא-כוחה של דובק ציין במהלך הדיון כי מרשתו ידעה על הגשת העתירה, וביקשה להצטרף להליך רק משהוגשה עמדת המדינה שבה הובעה הסכמה למתן צו מוחלט. איננו סבורים שהיה נכון לנהוג כך. צד הסבור שיש בעתירה הנדונה בבג"ץ כדי להשליך על זכויותיו באופן שמצדיק לכאורה את צירופו אמור לבקש להצטרף לעתירה בהקדם האפשרי. מכל מקום, בנסיבות העניין, בחרנו בדרך שנועדה לקדם יעילות דיונית.

14. בטענותיה התמקדה דובק בכך שההחלטה על שיעורו של מס הקניה על טבק לגלגול היא עניין מובהק שבמדיניות, ועל כן יש לכבד את עמדתו של שר האוצר בנושא ולדחות את העתירה. עוד העלתה דובק טענות כלליות באשר לפן הפטרנליסטי הקיים לטעמה בהטלת מסים על טבק וסיגריות, וכן טענות פרטניות באשר להבחנות נקודתיות

בין צריכת סיגריות לבין צריכת טבק לגלגול (כגון הצורך להוציא כסף על מוצרים נלווים כדוגמת נייר לגלגול).

15. יתר הצדדים חזרו על הטענות שהועלו על ידם בכתב. כך, העותרות הדגישו כי העתירה מכוונת להשוואת שיעורי המס בין מוצרי הטבק השונים, וכי שר האוצר יכול לעשות כן בדרך שימצא לנכון – להעלות את שיעור המס המוטל על הטבק לגלגול, או לחלופין להשוות את שיעורי המס בדרכים אחרות. בא-כוח המדינה הבהיר בהקשר זה כי ההסכמה למתן צו מוחלט נעשית ביחס להשוואת שיעור המס ותו לא, וכי ההחלטה הקונקרטיית באשר לאופן שבו תתבצע ההשוואה תתקבל בהמשך על ידי השר. באי-כוח ההסתדרות הרפואית חזרו והפנו לעמדה העקרונית של המומחים מטעמה המצדדת בקבלת העתירה.

דיון והכרעה

16. אנו סבורים כי יש מקום להורות על הפיכת הצו על תנאי שניתן לצו מוחלט, כפי שהסכימה המדינה, במובן זה ששיעורי מס הקניה המוטלים על סיגריות ועל טבק לגלגול יושוו.

17. אכן, מקובלת עלינו העמדה כי התוויית המדיניות בכל הנוגע לקביעתם של שיעורי המס אמורה להיעשות על-ידי גורמי המדינה, ובמקרה זה על-ידי שר האוצר (ראו: בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר (23.9.2007)). עם זאת, "מדיניות" אינה מילת קסם הפוטרת את הרשות המבצעת מהחובה לנהוג בשוויון או לבחון טענות רציניות בדבר השלכה שלילית של החלטה על זכויות, במקרה זה הזכות לבריאות. שיקול דעת רחב אינו פטור מהחובות שמטיל המשפט הציבורי (ראו למשל: בג"ץ 6925/14 פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר, פסקאות 12-13 (24.12.2017)).

18. ניתן להוסיף כי אין מדובר במקרה שבו העותרים מבקשים מבית המשפט להתערב בדקויות שעניינן המשקל היחסי שניתן בהחלטה של הרשות המינהלית לשיקולים שונים (למשל, השיקול של הקלה עם שכבות אוכלוסיה מעוטות הכנסה והשיקול של בריאות הציבור). עמדתו של שר האוצר, כפי שהובאה בפנינו, התייחסה אך ורק לשיקול של הכבדה על אוכלוסיות מעוטות הכנסה. איננו מבטלים שיקול זה. לעומת זאת, היא לא התייחסה כלל לשיקולים רלוונטיים נוספים שלכאורה נדרשה התייחסות

אליהם – העובדה שהיקף צריכת הטבק לגלגול אינו נתון קבוע, אלא כזה המושפע משיעור המס, וכן החשש ששיעור מס נמוך על מוצרי עישון מסוימים תורם בפועל לעידוד העישון, וממילא משפיע לרעה על בריאות הציבור. כידוע, בביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ניתן משנה משקל למצבים שבהם החלטתה של הרשות התעלמה משיקולים רלוונטיים (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 726-728 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

19. בהתאם לעמדתם של גורמי המקצוע במשרד הבריאות, סיגריות מגולגלות וסיגריות מוכנות הן אותו מוצר מן הבחינה הפונקציונלית. על כן, תהא אשר תהא עמדתם של השרים באשר לשיעור המס המתאים ביחס אליהם – ההבחנה בין מוצרים אלה, באופן שמשליך על הכוונת התנהגויות שיש להן השפעה על הבריאות, אינה יכולה להיקבע ללא כל טעם.

20. בחינת ההשלכות שיש להבחנה בין המוצרים היא בעלת חשיבות מיוחדת כאשר מדובר במס קניה מן הסוג שנועד מלכתחילה לכוון התנהגויות. מס קנייה אינו מס הכנסה, שעיקר תכליתו היא גביית הכנסות לצורך מימון הוצאות ציבוריות, וכן קידום מטרות של צדק חלוקתי. הוא אינו נגזר ממדיניות מיסוי פרוגרסיבית. זהו מס שמיועד בעיקרו כדי לכוון התנהגויות, לרבות בכל הנוגע לצריכת מוצרים שיוצרת החצנות שליליות מבחינת החברה כולה, כדוגמת עישון (ראו: ע"א 9488/16 קרצמר נ' פקיד שומה ירושלים, פסקה 11 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (9.10.2018)). ראו והשוו: יעקב נוסים ויורם מרגליות "השילוב בין רגולציה למיסוי בחוק אוויר נקי" חוקים ז 99, 102-104 (2015)). על רקע זה, ובהתחשב בעמדה המקצועית של משרד הבריאות, לפיה הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בעישון סיגריות רגילות וסיגריות מגולגלות הם זהים בעיקרם, אין אפוא הצדקה עניינית להבחנה במיסוי המוטל עליהן אף במישור של תכליות ההסדר המיסוי.

21. לא למותר לציין כי לאמיתו של דבר הנושא שבפנינו אינו חדש, ואף לא כזה המיוחד למדינת ישראל. דו"ח הוועדה הציבורית התייחס בהרחבה גם לעמדתו של ארגון הבריאות העולמי, שהוציא בעניין זה דו"ח מפורט בשנת 2015, שכלל התייחסות מפורשת לבעייתיות הגלומה בפערים בשיעורי המס בין מוצרי טבק שונים, ובכלל זה לסוגיה הספציפית של השוואה בין מס על סיגריות ומס על טבק לגלגול (ראו: WHO (REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2015)).

22. בשלב זה, נדרשת השלמת התייחסות להיבט נוסף של ההנחה שעמדה ביסוד עמדתו של שר האוצר, כפי שהוצגה בפנינו, לפיה העתירה תוביל בהכרח להעלאת מסים.

למעשה, העתירה שבפנינו אינה כרוכה בהכרח בהעלאת נטל המס הכולל על ציבור המעשנים. קבלתה צפויה אך להביא לכך שלא תהא הטיית העדפות בשל כללי מיסוי בלתי-שוויוניים. עוד לפני שנים רבות הבהיר בית משפט זה בעניין חוקה למדינת ישראל (בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991)) כי במקרה שבו החלטת הרשות המינהלית נגועה באי-שוויון בתחום שיש לה בו שיקול דעת שומה עליה לתקן אי-שוויון זה. תיקון אי-השוויון יכול להיעשות "כלפי מעלה" או "כלפי מטה", כל עוד ההחלטה בעניין מתקבלת על פי כללי המשפט המינהלי (ראו: ברק-אדז, בעמ' 711-710). בהתאם לכך, אף אנו איננו נוקטים כל עמדה בשאלה של מדיניות המיסוי ושיעור המס המדויק שיש להשית על מוצרי העישון למיניהם (ראו והשוו: ע"מ 6186/17 ברקוביץ נ' המועצה המקומית מבשרת ציון, פסקאות 19-21 (25.11.2018)). ראוי להוסיף ולציין בהקשר זה, כי כל שינוי בשיעורו של מס הקניה צפוי להיבחן בהמשך גם על-ידי ועדת הכספים של הכנסת (ראו: סעיף 3(ב) לחוק מס קניה; סעיף 2 לחוק מסי מכס ובלו (שינוי התעריף), התש"ט-1949). אם כן, הדיון בנושא צפוי להימשך וניתן יהיה להוסיף ולבחון מהו הפיתרון המתאים בהתחשב במכלול הנסיבות.

23. עוד חשוב להעיר כי במקרה זה לא התגלו בפנינו הבדלי גישות בין הייעוץ המשפטי לממשלה לבין עמדתה של הרשות המבצעת, אלא חילוקי הדעות התגלעו קודם כל בתוך הרשות המבצעת עצמה. עמדתו החד-משמעית של משרד הבריאות, הגורם האמון על בריאות הציבור, היא שדין העתירה להתקבל. בנסיבות אלה, נדרש גיבוש עמדה אחידה מטעם הממשלה (ראו: בג"ץ 6017/10 אדמ טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פסקה ז' (4.7.2012)); בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה ד' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (6.6.2016)). ואכן, העמדה שהוצגה בפנינו נמסרה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, והוצהר כי היא "מטעם המדינה", על אף שצוינה בה גם עמדתו המסתייגת של שר האוצר. יש לקוות כי בשלב הבא, כאשר תידרש החלטה בדבר אופן השוואת שיעורי המס, הדבר יעשה בעבודה משותפת ותוך מתן משקל ראוי לכלל האינטרסים הרלוונטיים.

24. לקראת סיום נבקש להביע את תקוותנו כי ההחלטות שיתקבלו בנושא זה בהמשך הדרך יבטיחו, ככל הניתן, את השמירה על בריאות הציבור. כפי שעולה מדו"ח הוועדה הציבורית שהוזכר לעיל, עישון ושימוש בטבק הם גורמי התחלואה והתמותה המרכזיים שניתנים למניעה בעולם המערבי, וההערכה הרווחת היא שעישון מתמשך מוריד את תוחלת החיים בכ-10 עד 15 שנים במוצע. עוד צוין בדו"ח כי ההערכה היא ששיעור התמותה בישראל על רקע עישון פעיל עולה על 8,000 בני אדם בשנה, וכי כ-1,000 בני אדם נוספים מקפדים את חייהם בכל שנה עקב חשיפה לעישון כפוי. שיעור התמותה

מעישון גדול אפוא משיעור התמותה מתאונות דרכים (ראו: דו"ח הוועדה הציבורית, עמ' 5-4). אם כן, למצער, ראוי לוודא כי הכללים בתחום זה יהיו מבוססים על הנתונים המדעיים והרפואיים הרלוונטיים, ולא יגרמו חלילה להטיית התנהגויות הפוגעת בשלום הציבור.

25. אנו מורים אפוא על מתן צו מוחלט המורה למשיב 1, שר האוצר, להפעיל את סמכותו לפי חוק מס קניה ולהטיל באופן מיידי מסי קניה שווים על מוצרי טבק לגלגול ועל סיגריות רגילות.

26. בשים לב למכלול הנסיבות, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ט בשבט התשע"ט (4.2.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת