



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 11-09-5622 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

בפני כב' השופט ד"ר אחיקם סטולר

המערער

איל דה פאו
ע"י ב"כ עוה"ד עמית, פולק, מטלון
בשם המערער: עו"ד דורון לוי
עו"ד רחלי גוז-לביא
נגד

המשיב

פקיד שומה רמלה
ע"י פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
בשם המשיב עו"ד אדם טהרני

פסק דין

המערער עותר, כי בית משפט זה יקבע שתמורה שקיבל בגין מעורבותו בתובענה ייצוגית אין מקורה בעסקה בעלת אופי מסחרי, במשלח יד, או בעסק אקראי בעל אופי מסחרי. לפיכך יש להחזיר למערער את המס שנגבה ממנו על דרך ניכוי במקור. מנגד טוען המשיב כי יש לראות בתמורה ששולמה לו כשכר טרחה החייב במס או לחילופין כתמורה מעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי.

א. להלן העובדות הרלוונטיות למקרה

1. מר דה- פאו (להלן: "המערער") הוא עורך דין בהשכלתו. בין השנים 2007-2000 הועסק המערער בהראל חברה לביטוח בע"מ, בחטיבה המתמחה בהשקעות פיננסיות ובפרויקטים מתחום הנדל"ן, התשתיות והון סיכון.
2. בתחילת שנת 2004, היה המערער לדבריו עד לשיחה, במסגרתה נודע לו כי בנק הפועלים בע"מ ובקופות הגמל שבניהולו (להלן: "קופות הגמל") גובים עמלות מופרזות תוך ניגוד אינטרסים בין הבנק לבין קופות הגמל שבשליטתו. זאת, תוך הפרת חובת הנאמנות כלפי לקוחות הבנק, הפרת הוראות המפקח על הבנקים והטעייתם של לקוחות הבנק.
3. המערער שאינו חבר בקופות הגמל פנה לחברו עו"ד עופר לוי שהינו בעל ניסיון בתובענות ייצוגיות (להלן: "עו"ד לוי"), שטח בפניו את המידע שהגיע לידי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

ויחד פנו למשרד עורכי הדין ארדינסט, בן-נתן ושות' (להלן: "משרד ארדינסט") בבקשה שיפעלו להגשת תביעה ייצוגית כנגד בנק הפועלים.

4. ביום 6/5/2004 נערך בין המערער, עו"ד עופר לוי ומשרד ארדינסט הסדר חלוקת שכר טרחה (להלן: "ההסדר") עליו חתם המערער בתור עו"ד. בהתאם להסדר, המערער זכאי לסך שלא יופחת מ-50% מסך הסכום שצפוי היה להשתלם מהגמול לתובע המייצג ומשכר טרחתם של באי כוחו. סוכם כי אם הסכום שישולם למערער, באמצעות הגמול שצפוי היה להשתלם לתובע המייצג יהיה נמוך מ-50% מסך הגמול שישולם לתובע המייצג ומשכר טרחתם של באי כוחו, אזי ישלימו לו לוי וארדינסט, מחלקם, את חלקו, כך שישולם לו 50% מהסך שישולם לתובע המייצג ומשכר הטרחה של באי כוחו.

5. לצורך ניהול התובענה סוכם כי רועי גורודיש (להלן: "גורודיש") ישמש כתובע המייצג. ביום 2/11/2004 נערך הסכם ההבנות בין המערער, גורודיש ולוי (להלן: "ההסכם"). בהסכם נקבע כי היה ויצמחו לתובע המייצג פירות בקשר עם התובענה, הרי שאז יהיו עליו להעביר למערער 90% מהפירות ולהיות עם 10% מהפירות. בהתאמה נקבע כי, במידת הצורך, המערער יישא ב-90% מההוצאות הנדרשות. באותו הסכם הוטל על לוי לנכות מס במקור ולהעביר לידי המערער וגורודיש את הסכום לאחר הניכויים.

6. התובענה הייצוגית שהוגשה ביום 11.5.04, נסתיימה בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין (להלן: "פסק הדין"). לאחר שחולקו הכספים, בהתאם להסדר ולהסכם, שולמו למערער, בשנת 2007, על ידי לוי 3,569,349 ₪ שנוכה מהם מס במקור בסך 1,219,271 ₪.

7. במכתב שנשלח מיום 26.10.2008 לפקיד שומה פתח-תקווה מעו"ד לוי צוין כי הסכומים הועברו למערער בגין ייזום ההליך על-ידו וכשכר טרחת עו"ד.

8. ביום 30.11.2008 הגיש המערער דוח לשנת 2007 בו הצהיר על ההכנסה מהתביעה הייצוגית כהכנסה פטורה ושאינה חייבת במס.

9. המערער חולק כי התשלום ששולם לו מהווה שכר טרחת עו"ד וטוען כי אין מקום לחייבו במס. מכאן הערער שבפנינו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

ב. טענות המערער

1. המערער טוען כי הכספים שקיבל במסגרת התובענה הייצוגית אינם עונים כלל להגדרת המונח "הכנסה" כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה, (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה") ומשכך אינם חייבים במס. לכל היותר ולחלופין, מדובר בפעולה במישור ההוני החייבת במס רווחי הון.
2. עוד טוען המערער, כי הוא עו"ד בהשכלתו, אולם הוא מעולם לא עסק בעריכת דין בכלל וליטיגציה בפרט. עוד טוען המערער כי הינו איש מקצוע מתחום ההשקעות הריאליות ועל כן לא ניתן לייחס לו את ההכנסה המדוברת בתמורה לשירותים משפטיים.
3. המערער טוען, כי מקור המידע אותו העביר ללוי מקורו בשיחת חולין אותה שמע ובמסגרתה נודע לו, כי "בנק הפועלים" גובה מקופות הגמל שבניהולו עמלות מופרזות. המערער מעולם לא היה חבר בקופת הגמל של בנק הפועלים.
4. בנוסף טוען המערער, כי לא נטל על עצמו כל סיכון כלכלי בקשר עם הגשת התובענה וניהולה.
5. לטענת המערער, עדותו של רכז החוליה (מר ניסים) שטיפל בתיק המערער בפני ביהמ"ש הינה ברובה עדות מפי השמועה ודינה להיפסל.
6. עוד טוען המערער, כי דין עדותו לרבות התרשומת של מר ניסים ביחס לדברים שכביכול שמע מלוי ועו"ד שפרינצק (עו"ד במשרד ארדינסט, להלן: **שפרינצק או עו"ד שפרינצק**) - להיפסל. זאת מהטעם שראיות אלו הושגו על ידי המשיב, תוך הפרת חובת חיסיון עו"ד לקוח, בה חבים לוי ושפרינצק כלפי המערער. שכן הדברים שהוחלפו בניהם הינם דברים המוחלפים בין עו"ד ללקוח והמערער לא ויתר על החיסיון החל על הדברים שהוחלפו בינו לבין עורכי הדין.
7. למעלה מהצורך, ככל שתדחה טענת החיסיון, טוען המערער ביחס לאמרות המיוחסות לעו"ד שפרינצק, כי מדבריו עולה כי המערער לא היה מעורב כלל בהכנת התביעה.
8. המערער טוען כי המשיב נמנע במכוון לזמן את עו"ד לוי ועו"ד שפרינצק להעיד ולכן נמנעה ממנו האפשרות לחקור אותם בחקירה שכנגד.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

9. לאור האמור לעיל טוען המערער, כי הסכום ששולם לו אינו עונה להגדרת המונח "הכנסה". בחינת טיבה של פעילות המערער בהתחשב במבחנים שפורטו בפסיקה מוביל למסקנה לפיה עסקינן בפעילות שאינה מגיעה לכדי עסק, עסק אקראי או עסקה בעלת אופי מסחרי. המערער מסתמך על ע"א 1834/07 חיים קרן נ' פקיד שומה גוש דן, מיסים כו' 5 (אוקטובר 2012) ה-1, עמ' 72, (להלן: "הלכת קרן").

10. לטענת המערער, לא ניתן להגדיר את התשלום כהכנסה שבמקורה בסעיף 2 לפקודה ויש לראותה בבחינת מתת אל. לחילופין, היה ותדחה טענתו זו טוען המערער, כי לכל היותר המדובר ברווח הון אשר נצמח מ"מכירת" המידע שנגלה לו כבדרך אגב.

ג. טענות המשיב

1. המשיב טוען כי התשלום למערער הינו שכר טרחה החייב במס לפי ס' 2(1) לפקודה.

2. לטענת המשיב, המערער הינו בעל תואר שני במשפטים וחבר לשכת עורכי הדין כ-12 שנים. לטענתו, המערער אינו מדייק בדבריו באומרו כי מעולם לא עסק בעריכת דין וזאת ממספר גורמים:

א. בשנת 2007 מונה המערער למפרק חברה.

ב. הציג עצמו כעו"ד במכתב ששלח למשיב להפחתת קנסות.

ג. חתם כעו"ד על ההסדר לחלוקת שכר הטרחה עם עורכי הדין שפרינצק ולוי. ההסדר אותו עשה המערער הינו הסדר קלסי לחלוקת שכר טרחה כמשמעו בכלל 30 לכללי האתיקה. ממילא סעיף 58 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א 1961, אוסר על שיתופו של מי שאינו עורך דין בשכ"ט עו"ד.

3. לטענת המשיב, אמרותיהם של לוי ושפרינצק תומכות בעמדת המשיב, לפיה התשלום ששולם למערער הינו שכר טרחה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

4. עוד טוען המשיב, כי תקנה 10(ב) לתקנות בית המשפט (ערעורים בעניני מס הכנסה), התשל"ט-1978 (להלן: "התקנות") קובעת כי בדונו בערעור מס הכנסה בית המשפט אינו כבול בדיני הראיות ורשאי הוא לקבל ראיות שאינן קבילות.
5. עמדת המשיב היא, כי יש ליתן לעדותם של לוי ושרפינצק מלוא המשקל ואין להעדיף את עדותו של המערער על עדותם וזאת ממספר טעמים: אמרותיהם נתמכות בראיות אחרות ובעיקר בהסדר הכתוב; דבריהם תואמים ולפיכך דבריו של האחד מחזקים את דבריו של האחר; איש לא מנע מן המערער לזמן את השניים לעדות; סעיף 54(2) לפקודת הראיות קובע כי, בגדר המשפט האזרחי, אין להכריע על בסיס עדותו היחידה של בעל דין שאינה נתמכת בסיוע ובעניינו עדותו של המערער כעדות יחידה של בעל דין מוחזק מלכתחילה כחשודה.
6. זאת ועוד, טוען המשיב כי המערער לא הביא כל ראיות המחזקות את עדותו וזאת לרבות הצגת ראיות בדבר קיומם של יחסי עו"ד-לקוח.
7. אם אכן ייקבע כי בין המערער לשניים שררו יחסי עו"ד, טוען המשיב כי עדותם השניים קבילה לאור תקנה 10(ב) לתקנות.
8. עוד טוען המשיב, כי ככלל נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות בערעורי מס הכנסה הינם על המערער (ראה ס' 155 לפקודה) וכי המערער לא עמד בנטל המוטל עליו.
9. לחילופין, טוען המשיב, כי התשלום למערער הוא תמורה מעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי לפי ס' 2(1) לפקודה. המשיב מבסס את דבריו על הלכת קרן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

ה. דין והכרעה

לאחר שעיינתי בעמדות הצדדים והראיות שהוצגו לי, אני סבור, כי לא הוכחה טענת המערער. כפי שיובהר להלן, מסקנה זאת נשענת על שלושה אדנים שונים, אשר כל אחד מהם יש בו לשלול את טענות המערער: האחד, הוכח בפני שהמערער תפקד כעורך דין וקיבל שכר טרחה כע"ד; השני- הוכח בפני שמדובר בעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי; השלישי, התשלום ששולם למערער הינו בגדר הכנסה פירותית, על רקע בקיאותו הרבה של המערער בנושא הנדון.

ו. הכנסה פירותית

1. דיני המס מבחינים בין הכנסה "פירותית" לבין הכנסה "הונית". מקובל להבחין בין השניים בעזרת המטפורה של "עץ ופירות". מקור ההכנסה הוא העץ אשר יש לו פוטנציאל להניב פרות באופן חוזר ונשנה, ופרות אלו, הם ההכנסה מהמקור. לעומת הכנסה זו, הכנסה ממכירת העץ עצמו, כלומר מכירת מקור ההכנסה, היא "הכנסה הונית". על פי הוראת סעיף 1 לפקודה, הכנסה הינה "סך כל הכנסתו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3, בצירוף סכומים שנקבע לגביהם בכל דין שדינם כהכנסה לענין פקודה זו". ככלל, הפקודה אימצה את תורת המקור שמקורה בגישה האנגלית המסורתית, שהינה קזואליסטית באופיה, ולפיה יש להתחקות אחר המקורות הספציפיים כתחליף להגדרת הכנסה, ולכן נדרש שההכנסה תנבע ממקור קבוע.

2. הפסיקה גיבשה מבחנים אחדים המשמשים לצורך ההבחנה בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית. כך לדוגמה, נקבעו מבחנים שעניינם טיב הנכס ואופיו; תדירות העסקאות או הפעולות המבוצעות בו; קיומו של סיכון עסקי; אופן מימון העסקה; קיומו של מנגנון כלכלי-פיתוח, טיפוח, יזמות ושיווק; תקופת ההחזקה בנכס; ידענותו ובקיאות של הנישום בתחום אשר בו מתבצעת העסקה; פעילות קבועה ומתמשכת; היקף כספי נרחב; ומבחן הנסיבות האופפות את העסקה.

3. כל אחד מהמבחנים דלעיל, כשלעצמו, אינו מספיק ואף אינו הכרחי על מנת לסווג את העסקה כהונית או כפירותית. בסופו של דבר, הקביעה אם פעולה כלכלית כלשהי מהווה פעולה עסקית או הונית נבחנת בכל מקרה ומקרה, על פי נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה. מבחן זה הוא מבחן "גג" נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה. מבחן זה הוא מבחן "גג"



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 11-09-5622 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

שבמסגרתו נבחנת כל נסיבה רלוונטית שיש בה כדי לסייע בגיבוש ההבחנה בין הון לפירות. כוונת הדברים היא לנסיבות מיוחדות במינן הכרוכות בעסקה הנבדקת והמאפילות בחשיבותן על המבחנים האחרים. אף אם לכאורה על פי המבחנים האחרים התגבשה תוצאה מסוימת, יכול מבחן "גג" זה לשנות את התוצאה.

4. בנסיבות האופפות את העסקה אשר כל כולה נסבה על ידע והתמצאות במאטריה, מהווה ידענותו ובקיאות של הנישום סוגיה חשובה וראשונה במעלה. הבסיס למבחן הבקיאות הוא הרעיון כי נישום ייטה לעשות עסקים באותם תחומים שבהם יש לו ידע ובקיאות ולכן, ככל שרבה יותר בקיאותו של הנישום בתחום שבו נעשית העסקה, כך נוטה בית המשפט לראות בה פעילות "עסקית". מנגד, ככל שקטנה בקיאותו של הנישום באותו תחום, כך גדל הסיכוי כי התקבול יסווג כהוני. הגישה הנוהגת היא שלמבחן הבקיאות משקל רב ואף נהוג לתת לו משקל רב יותר מהמבחנים האחרים. לכן, ככל שרבה יותר בקיאותו של הנישום בתחום שבו נעשית העסקה, כך ניטה לראות בה פעילות "עסקית" או "פירותית".

5. המערער כאמור, טען, כי בענייננו עסקינן במי שאומנם הינו באופן פורמלי עורך-דין בהכשרתו, אולם לא עסק מעולם בתחום עריכת הדין וממילא לא עסק בתחום הליטיגציה המשפטית ובתחום התובענות הייצוגיות.

אין בידי לקבל טענותיו אלה של המערער. המערער הוא בעל תואר שני במשפטים, עבד כמתמחה שנה במשרד עורכי דין ואף הקפיד לשמור על חברות בלשכת עורכי הדין זה כ-12 שנה. המערער מנסה להציג תמונת מצב, לפיה כיוון שלא עסק בליטיגציה נותר בעל ידע דל, עד אשר לא היה בכוחו להסיק את המסקנות הבאות:

"מהו ערכו של רעיון התובענה הייצוגית כנגד בנק הפועלים, מהו היקף התגמול הצפוי בתובענות ייצוגיות מסוג זה ומהי מסכת הפעולות שיש לנקוט בהן על מנת להביא להוצאה לפועל של התביעה הייצוגית."

לעניין זה אומר בפשטות; לאחר שהתרשמתי מקורות חייו השל המערער ומעדותו בפני אינני מקבל טענות אלה של המערער ודוחה אותן מכל וכל. ראשית, אני מניח כי המערער כבעל השכלה משפטית של תואר ראשון ושני במשפטים לרבות התמחות במשרד עורכי דין מהטובים בישראל, ידע היטב מהו ערכו של רעיון התובענה הייצוגית; כמו כן, המערער, כאדם הקרוב לשוק ההון, ידע היטב מה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

היקף התגמול הצפוי בתובענות ייצוגיות. ולבסוף, התנהלותו של המערער, הלכה למעשה, בהשגת הסכם שכר הטרחה ומסמך ההבנות יש בה כדי להמחיש, באופן בהיר וחד, עד כמה המערער היה מודע לכל המהלך וכי העריך שמדובר בפעולה משפטית ששכר הטרחה בה יהיה גבוה ומתגמל במיוחד.

6. המערער חוטא לאמת כשהוא טוען, כי חוסר ניסיונו בליטיגציה מוציא אותו מכלל ציבור עורכי הדין, שכן הליטיגציה היא תכלית הכול. אין כך הדבר. פעילותם של עורכי הדין בתחום העסקי איננה מתמקדת בליטיגציה בלבד. עורכי דין בתחום העסקי עוסקים בין השאר באיתור הזדמנויות עסקיות עבור הלקוח, נותנים ייעוץ, אחראים לבדיקת הנאותות ומנהלים משא ומתן לקראת חתימה על חוזים. בתחום שוק ההון נדרשת מעורבות הדין הבנה של צורכי שוק ההון ויכולת מקצועית אשר תשלים את שאר הגורמים בשוק לרבות חתמים, בתי השקעות ובנקים. על עורך דין לדעת לתמרון בין צורכי הלקוח לבין דרישות הרגולציה, והכל באופן שיאפשר להוציא עסקה אל הפועל.

7. בעניין נשוא התובענה, התרשמתי כי המערער מתמצא היטב. על פי עדותו, מלבד השכלתו המשפטית, הוא בעל תואר בלימודי מינהל עסקים וכן בעל רישיון מותלה, לדבריו, כמנהל תיקי השקעות של הרשות לניירות ערך. לדבריו (עמ' 3 לפר' מיום 18.10.12) בין השנים 1996-1999 הקים בית השקעות. כמו כן בין השנים 2000-2007 עבד בקבוצת הראל בחברות של הון סיכון בקרנות השקעה של הון סיכון ובנדל"ן. בשנת 2012 סיפר כי הוא מכהן כמנכ"ל של חברה בורסאית בתחום של השקעות כשבבעלותו מעל 20 חברות. על פי דבריו במסגרת עבודתו שמע כי בנק הפועלים גובה מקופות הגמל שברשותו עמלות ברוקרג' מופרזות וזאת הסיק על סמך מידע והערכה מקצועית שהתגבשה אצלו ואשר תוארה על ידו במילים אלה:

"זכרתי מפתיחת חשבון הבנק שלי שמחתימים על עמלות שמדובר על עמלה דומה ואולי אפילו יותר נמוכה ממה ששמעתי ושאלתי ואמרתי איך אני עם המקורות הכספיים הקטנים שלי מקבל אחוז ריבית מסוים ואילו קופת גמל שמנוהלת על ידי בנק בהיקפים כספיים גדולים משלמת את אותו אחוז שאני משלם כאדם פרטי." (עמ' 5 לפר' מיום 18.10.12).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

8. המערער לא חוסך בכל מאמץ להמעיט בתרומתו המקצועית לתובענה הייצוגית נושא הדיון ואולם אינני נוטה לקבל את גרסתו בעניין זה. עיון בפסק הדין שניתן בתום ההליך מצביע על כך, כי נדרשה ידענות ובקיאיות לעילא ולעילא על מנת להבין את מהות ואופי העוולה שנעשתה כלפי הציבור. כדי לסבר את האוזן הנני מצטט מתוך החלטת בית המשפט את מהותה של התובענה הייצוגית אשר נהגתה כל כולה על ידי המערער:

" עיקר הטענה שם היא כי קופת גמל "גדיש" משלמת מכספי עמיתיה לבנק הפועלים, מנהלת, שיעור עמלות מופקע בגין עסקאות בניירות ערך, תוך אי גילוי נאות, בניגוד לחוק הבנקאות והכללים שנקבעו מכוחו, ותוך אי מתן שירות לטובת הלקוח, בניגוד להוראות ניהול בנקאי תקין. עוד נטען כי הנתבעים ניצלו את מצוקת הלקוח, בורותו וחוסר נסיונו והפעילו עליו השפעה בלתי הוגנת, בניגוד לחוק הבנקאות".

ראו: 1646/04, 2507/04 זומר יובל נ' גדיש ואח', (פורסם בנבו, ניתן ביום, 20.11.06).

אבחנה שכזו – לרבות הערכה מקצועית כי מדובר בעוולה עליה ניתן להגיש תובענה ייצוגית - אינה יכולה להיוולד כך סתם במקרה, אלא כתוצאה של ידע מקצועי מוקדם וניסיון הן בתחום המשפט והן בתחום שוק ההון. מהאמור לעיל שוכנעתי במידה הדרושה במשפט אזרחי, שלולא בקיאותו של המערער, השכלתו המשפטית הרחבה והתמצאותו בשוק ההון, סביר מאד שהתובענה הייצוגית לא הייתה באה לעולם. בקיאותו של המערער היא שהובילה אותו לאיתור הבעיה והבנת ההזדמנות שנקרתה בדרכו.

9. בע"א 264/64 י' בן ציון וא' מירון נ' פקיד השומה תל אביב 4 נקבע, כי הכלל הוא שאם נישום מבצע עסקה שהיא בתחום מקצועי או שלמקצועו יש זיקה לתחום העסקה או שיש לו ידע, ניסיון ובקיאות בתחום העסקה יש בכך כדי להקנות לעסקה אופי פירותי.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 11-09-5622 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

באותו פסק דין אף נאמר כי המבחן הידוע בדבר הבקאות, אין פירושו שהנישום היה מומחה עילאי, אלא, די שהעוסק בפעולה מתמצא יפה בתחום העסקאות הללו, יודע לטפל בהן, מכיר את השוק ומשכיל להעריך את סיכויי ההשקעה:

" לא מצאתי יסוד לטענת המערערים שהנציב זנח את טענת "הידע" כשהגיע העניין לערעור. בעדותו לא עמד סגן הנציב במפורש על טענה זו, אך לא זנח אותה, ואשר למידת בקיאותם של המערערים, ייתכן שהם הצליחו להראות שבקיאותם אינה מגיעה לדרגה כה גבוהה, כפי שהנציב חשב אולי בזמן החלטתו. אולם לדעתי, המבחן הידוע בדבר הבקאות אין פירושו שהנישום היה מומחה עילאי. לפי המבחן הזה, אחד מסימני החיכר של פעולה עסקית הוא שהעוסק בפעולה מתמצא יפה בתחום העסקאות הללו, יודע לטפל בהן, מכיר את השוק ומשכיל להעריך את סיכויי ההשקעה. ייתכן מאוד שיש מומחים גדולים מהם בתחום המסחר במקרקעין, אך לא הייתי אומר שאנשים כמו המערערים אינם מתמצאים בשטח זה. לפחות בניהול העניין הזה הוכיחו מידה ניכרת של כשרון וידע. ודאי אין לראות בהם "בורים" בשטח זה. מבחן הבקאות מצביע אפוא בצורה חזקה למדי על אופיו העסקי של הריווח (מיסים און-ליין - עליון, ע"א 264/64, יהושע בן ציון ואליהו מירון, עורכי דין, נ' פקיד השומה, תל אביב 4. מיסים און ליין מיסים און ליין, עמ' 1).

10. בע"מ 35/82 מזרחי יצחק נ' פקיד שומה ירושלים נדונה השאלה אם הבקאות צריכה להיות בקיאותו האישית של עושה הפעולה, או שמא הבקאות יכולה להיות גם של מי שבפועל מבצע את הפעולה בשם הנישום, כעין "בקיאות שילוחית". התשובה של בית המשפט העליון הייתה כדלקמן:

"שאלה זו נדונה בעמ"ה 246 608/75 [8]. מדובר היה בחברה שלא ניהלה עסקים כלשהם מיום היווסדה ועד לרכישת שתי החלקות הנדונות, והשופט בפסק-דינו, לא דחה את טענות ב"כ המערערת,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 זה פאו נ' פקיד שומה רמלה

שלמעוררת לא היו ידע ומומחיות במקרקעין. אף-על-פי-כן דחה בית- המשפט המחוזי (כב' השופט אשר) את טענת ב"כ המערערות, שעקב כך אין לראות בעיסקות שנעשו ע"י המערערות עיסקות מסחריות, והגיע למסקנה ש"הידע והבקיאות הנדרשים מהמוכר אינם חייבים להיות שלו באופן אישי, הוא יכול להיעזר בידיעתו ובבקיאותו של אדם אחר, כגון מתווך, עורך-דין או קבלן."

טיעון זה יפה למקרה שלפני. בענייננו, גם אם נאמר שבקיאותו של המערער באותו עניין שממנו צמחה התביעה היא בקיאות ראשונית ולא יסודית, וודאי ניתן לקבוע שבקיאותו הראשונית הייתה מספקת כדי לזהות את הפוטנציאל הראשוני ומשם לפנות לבעלי מקצוע אשר יהפכו את הרעיון לתובענה ברת פועל משפטי. בקיאותו הראשונית של המערער היא זו שתרמה תרומה ממשית לעובדה כי ידע להעריך היטב את המידע שהגיע לאוזניו ואז סיכויי ההשקעה בתביעה הייצוגית ובשל כך פנה אל עורכי הדין המתאימים והמומחים בתחום שפעלו עבורו והעניקו לו את שירותיהם. המערער פעל במרץ על מנת לארגן ולהוציא אל הפועל את התובענה הייצוגית.

11. במסמך ההבנות שעליו חתום המערער ואשר משקף את המצב לאשורו נאמר מפורשות:

"אייל הגה יזם ואסף מידע בקשר לתובענה ייצוגית כנגד קופות הגמל של בנק הפועלים". כשנשאל ער"ד לוי מה זה אומר הגה יזם וכי"ב, השיב: "זה אומר מה שכתוב".

לא זו אף זאת; במסמך שכר הטרחה נאמר שאייל יתחלק בסכום לו יהיו זכאים התובעים (היינו הוא והתובע הייצוגי) כפיצוי מיוחד, (A) בעוד שארדינסט ולוי יתחלקו ביניהם בשכר טרחת עורכי הדין (B). ואולם נאמר כי אם חלקו של אייל ב-A יהיה נמוך ממחצית הסכום של (B+A) "ישלמו ארדינסט בן נתן ועופר לאייל סכום נוסף מתוך B עבור תרומתו לתובענות הייצוגיות כעורך דין". מסמך זה משקף כיצד המערער ושותפיו למהלך ראו את השכר המגיע לו: הן כפיצוי מיוחד עבור תרומתו להליך והן עבור פועלו כעורך דין.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

12. מכל המקובץ עולה כי המערער התמצא היטב בתחום בו הוא מדובר, כך שהוא ידע להבחין כי גובה העמלות שגובות קרנות ההון אינן פרופורציוניות וכי העניין עשוי לשמש נושא לתובענה ייצוגית. השכלתו של המערער בתחום המשפט והתמצאותו בשוק ההון די היה בהן כי לזהות את הפוטנציאל ולהעריכו היטב. התמצאותו הובילה אותו לתור אחרי מומחה לעניין אשר נמצא בדמותו של ער"ד לוי שהתמצא היטב בשטח התובענות הייצוגיות וזה חיבר אותו עם משרד עורכי דין ארדינסט. כך שמדובר בהפעלת הכלל של בקיאות שילוחית. בעניין זה יושם הכלל שלפיו אם נישום מבצע עסקה שהיא בתחום מקצועו, או שלמקצועו יש זיקה לתחום העסקה או שיש לו ידע, ניסיון ובקיאות בתחום העסקה, יש בכך כדי להקנות לעסקה אופי פירוחי.

2. עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי

1. האדן השני הוא אבחון העסקה כעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי. בע"א 597/75 ברנשטיין נ' פ"ש פתח תקווה פ"ד לא(3) 472 (1977) נקבע כי בגדר עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי באות "פעולות מסחריות שאינן מתבצעות במסגרת פעילות קבועה ומתמדת". המילה "אקראי" פירושה "מקרי, שבא בדוך מקרה". וכן נאמר:

"... שכשהמחוקק מדבר על עסק בהקשר האמור הוא מתכוון למסגרת העסקית הקבועה והסדירה של הנישום, בעוד שעסק אקראי כנ"ל עניינו בהכנסה עסקית מסחרית שאיננה בגדר העיסוק הקבוע והסדיר של הנישום, שרק בהתקיים תנאים מסוימים על פי קריטריונים שנקבעו בהלכה הפסוקה תיחשב להכנסה."

2. בהלכת קרן הוגדרה עסקת אקראי כעסקה בודדת שאינה בתחום עיסוקו הקבוע של הנישום. עוד נקבע בהלכת קרן בהקשר של תובע מייצג, כי יישום מבחן הנסיבות כאשר מדובר בתובענה ייצוגית מוצא ביטוי בעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

"סבורני כי הגוון העסקי בפעולתו של התובע נלמד בין היתר על רקע בחירתו לממש את אותה "הזדמנות עסקית" שנפלה בחלקו, שעיקרה אפשרותו לפעול כתובע מייצג ולהפיק אגב כך רווח כלכלי. הנסיבות האופפות את פועלו של התובע המייצג מן הרגע שהחליט לפעול ככזה ועד לליבון התובענה בבית המשפט ומחוץ לו, מלמדות רובן ככולן על כך שהמדובר בסיטואציה המתאפיינת באוריינטציה עסקית, כזו שיש לסווג – על רקע תכליתו של מוסד התובענות הייצוגיות כפי שזו משתקפת בהוראות החוק – כעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי". (ההדגשות שלי –א.ס).

3. לא מן המותר לציין, כי בעניין קרן, קבע בית המשפט המחוזי בת"א (מפי כב' השופט מגן אלטוביה), כי תובענה ייצוגית חד פעמית הינה עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי, משום שהיא כוללת השקעת הון אנושי ולעיתים גם כספי מתוך ציפייה להשאת רווחים, תוך נטילת סיכון בעל אופי כלכלי, כאשר הרווח משקף, בין השאר, תמורה בגין שירות שניתן לקבוצה (מיסים און-ליין - מחוזי, עמ"ה 1109/04, קרן חיים נ' פקיד שומה גוש זן מיסים, כ/6 (דצמבר 2006) ה-22 מיסים כ/6 (דצמבר 2006) ה-22, עמ' 207).

4. ויושם אל לב כי בהלכת קרן התמקד בית המשפט העליון בתובע המייצג. הוא כינה את התובע המייצג בכינוי **"מעין יזם"**, (quasi promoter); לשיטתו, התובע המייצג "מניע" את התביעה – מוציא אותה לדרכה, מקדמה, וזאת במטרה להיטיב את נזקו וכן לזכות בגמול עבור פועלו. במקרה הרגיל, התובע המייצג – הרשאי להגיש תובענה ייצוגית ובלבד שיש לו עילה אישית בתביעה הוא שמאתר את הפגיעה ופועל לקידומה במסגרת ייצוגית. אכן, אין חולק כי התובע המייצג לא בחר להיפגע כך שתקום לו עילת תביעה. ואולם, וכאן נכנס האלמנט המעין-יזמי כאמור, בהחלט אפשר לומר כי התובע המייצג הוא זה שבחר לקחת על עצמו את התפקיד ולקדם עבור עצמו ועבור שאר חברי הקבוצה את התובענה על כל המשתמע מכך – כאשר ברקע ניצבת האפשרות לעשיית רווח כלכלי.

5. באם נשליך את גישת בית המשפט העליון באשר לתובע המייצג לעורך הדין נסכם כדלקמן: תפקידו של עורך הדין הוא מעין יזמי, במובן זה שהוא זה ה"מניע" את התביעה ומקדמה עד לליבונה במטרה להיטיב את נזקו וכן לזכות בגמול עבור פועלו. תפקיד עורך הדין מחייבו לשאת בטרחה מסוימת, וכן ליטול סיכונים אחדים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

(ראשית, באם לא תאושר התובענה, או באם תידחה, מסתכן עורך הדין בנשיאה בעול הוצאות ההליך של הנתבע; שנית, לעיתים נושא עורך הדין בעלויות הכרוכות בניהול התובענה, דוגמת תשלום לעדים מומחים; שלישית, עורך הדין נדרש להשקיע זמן וטרחה הכרוכים בהוצאת ההליך לדרכו ולעיתים אף בניהולו. רביעית, עורך הדין אף חשוף ל"הוצאות רגשיות", שעיקרן תעצומות נפש הכרוכות בניהול ההליך הייצוגי שלעיתים מכוון כנגד גוף רב עוצמה.

6. המערער מבקש לאבחן את הלכת קרן בטענה כי הוא לא היה תובע-מייצג ולפיכך הוא אינו חייב במס. אינני מקבל אבחנה זו, שכן הבחינה צריכה להיות מהותית ולא פורמאלית. המסקנה המתבקשת הינה כדלקמן: מקום שעורך הדין מילא פונקציות יזמיות יש לתגמלו על פי אותם הקריטריונים שמתגמלים תובע ייצוגי.

7. לסיכום, אחד מנימוקי הלכת קרן היה שתובע-מייצג טרח ועבד ועל כן הוא ראוי לשכר הולם בגין טרחתו. רציונל זה יפה לענייננו: זאת שכן, המערער, פעל נמרצות, והשקיע מאמץ וזמן לקידום התביעה. הוא יזם את התביעה; פנה ללוי וארדינסט כדי לקדמה; טרח בהכנתה; כרת שני הסכמים בעניינה (ההסדר וההסכם) שקדם להם מ"מ; אישר את גורודיש כתובע-מייצג. המערער נטל סיכון בהתחייבותו לשאת ב-90% מההוצאות/עלויות ככל שיהיו (סממן המעיד על היות העסקה בעלת אופי מסחרי). בנסיבות אלה ניתן לראות את המערער כאדם שמילא בפועל את כל הפונקציות שייחס בית המשפט העליון לתובע המייצג ולפיכך, יש לקבוע כי נכנס בנעליו הן מבחינת חובות והן מבחינת זכויות. מעניין להעיר כי בדיונים בחקיקת החוק כינו חברי הכנסת את הליך התובענה הייצוגית הליך "מעין יזמי", אך ציינו כי עורך הדין הינו היזם העיקרי. ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט 131, 157 (ובפרט בהערת שוליים 100).

ח. התשלום למערער הוא שכר טרחה החייב במס לפי ס' 2(1) לפקודה

1. האדן האחרון לתובענה רואה בתשלום למערער כשכר טרחה החייב במס. סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה מגדיר כי מס הכנסה יהא משתלם על הכנסה הנובעת בין השאר ממשלח יד:

"מס הכנסה יהא משתלם, בכפוף להוראות פקודה זו, לכל שנת מס, בשיעורים המפורטים להלן, על הכנסתו של אדם תושב



בית המשפט המחוזי מרכז-לד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

ישראל שהופקה או שנצמחה בישראל או מחוץ לישראל ועל הכנסתו של אדם תושב חוץ שהופקה או שנצמחה בישראל, ממקורות אלה:

(1) השתכרות או רווח מכל עסק או משלח-יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי;

2. המערער, בעל תואר שני במשפטים וחבר לשכת עורכי הדין כ-12 שנים, טען שוב ושוב כי מעולם לא עסק בעריכת דין ועל כן אין לראות אותו כעורך דין שקיבל שכר טרחה עבור עמלו.
3. אין בידי לקבל את טענתו זאת; ראשית, בסתירה לעדותו, בשנת 2007 הוא מונה למפרק חברה (ראו הודעה על פירוק מרצון ומינוי מפרק, י"פ התשס"ז 2430). בהודעה זו נאמר כי "התקבלה החלטה לפרק את החברה מרצון ולמנות את אייל דה פאו, ת"ז למפרק החברה". על פי תקנה 2(א)(1) לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981, ק"ת 646 רק רואה חשבון או עורך דין רשאים להתמנות כמפרק בחברה. כיוון שנהיר כי המערער הוא עורך דין ולא רואה חשבון, הרי שברור כי המערער תפקד באותו עניין כעורך דין.
4. שנית, אייל דה פאו, הציג עצמו כעו"ד במכתב ששלח למשיב בבקשה להפחתת קנסות. (ראו עמ' 17, שו' 5-7; עמ' 17, ש' 27 – עמ' 18, ש' 3 ומש' 1).
5. שלישית, המערער לא מכחיש כי היה חבר לשכת עורכי הדין מזה 12 שנים ובזמנים הרלוונטיים. נקודה זו חשובה מפני שמבחינה פורמלית המערער ראה את עצמו כמשתייך ללשכת עורכי הדין שהיא הגוף המקצועי המטפל בענייניהם של עורכי הדין וחברות בה מאפשרת קבלת שכר טרחה כעורך דין מן המניין.
6. רביעית, המערער חתם, כעורך דין על הסדר לחלוקת שכר טרחה. בהתאם להסדר, שיעורו היחסי של שכר הטרחה מתוך התשלום הכולל שעתיד היה להשתלם לו, היה תלוי בשכר הטרחה שעתיד היה להשתלם ללוי ולארדינסט בקשר עם התובענה. כלומר, ככל ששכר הטרחה שעתיד היה להיפסק במסגרת התובענה היה גדול יותר מהגמול לתובע הייצוגי, כך חלקו של המערער מתוך שכר הטרחה שייפסק ללוי ולארדינסט היה גדול יותר. בסופו של יום 896,000 ₪ (כ-23% מ-3,840,000 ₪ שנפסקו בתובענה כשכר טרחה לזכות לוי וארדינסט, שולמו למערער.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

סידור זה נראה כהסדר לחלוקת שכר טרחה כמשמעו בכלל 30 לכללי האתיקה. המסמך מדבר בעד עצמו. המערער לא סיפק הסבר סביר שיש בו כדי לסתור את תוכן ההסדר ולפיו, לכל דבר ועניין, הוא שימש כע"ד והכספים ששולמו לו מהווים שכר טרחה.

7. הדעת נותנת כי מי שחותם על הסכמי שכר טרחה כע"ד – הריהו עורך דין והכספים שהוא מקבל בקשר עם ההסכם הריהם שכר טרחה. כאשר הצדדים העלו את ההסכם שביניהם על הכתב, יש להניח שבכך באו לסכם את המשא-ומתן שהתנהל ביניהם בעל-פה קודם לעריכת המסמך, ולמצות בכתב כל מה שהוסכם ביניהם. כך בענייננו, חלקו של המערער בשכר הטרחה נקבע בתום מ"מ שערך עם לוי וארדינסט והדעת נותנת שההסכם הכתוב משקף את המציאות ומשקף נכוחה את המשא ומתן שקדם לכריתתו ואת ההסכמה האמיתית בין הצדדים. דא עקא, עסקינן במקרה מובהק של טענה בעל פה נגד מסמך בכתב, כאשר לשונו של ההסכם היא ברורה.

8. אמרותיהם של שפרינצק ולוי תומכות בעמדת המשיב, לפיה התשלום שולם למערער הוא שכר טרחה; לדבריהם המערער היה מעורב כע"ד "מאחורי הקלעים" ו-"היה בתמונה כל הזמן". (ראו מש/3, מש/4, מש/5 וכן: עמ' 10, עמ' 12, שו' 31 – עמ' 13, שו' 7).

כך לדוגמה, ע"ד לוי תיאר נכוחה את התפקידים שמילא המערער: מצד אחד יזם וככזה ראוי לשכר טרחה בגין פיצוי מיוחד וכעורך דין מצד שני (מש/4) :

"פנה אליי מר דה פאו וביקש באמצעותי להגיש תביעה ייצוגית בנושא גדיש קרנות גמולים בע"מ ובנק הפועלים. איתרתי תובע גורודיש רועי פנינו לע"ד גיורא ארדינסט כדי שיוביל את המהלך. .. אייל הוא היזם של החליך והוא חלק? מע"ד שהיה מעורב בהליך (מאחורי הקלעים). אייל חבש שני כובעים:

1. יזם

2. ע"ד. " (עמ' 1).

שפרינצק מבהיר שלמעשה המערער רצה ליהנות מכל העולמות :



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

"בתביעה ייצוגית יש שני סוגים של סכומים שנפסקים לטובת התובע הייצוגי ובא כוחו..."

1. שכר טרחה לעו"ד עבור הייצוג והטיפול בתביעה

2. והשני זה גמול מיוחד לתובע הייצוגי בעד ההטרחה של הגשת התביעה עבור כל הקבוצה ועבור הסיכון שהוא לוקח על עצמו - במקרה של הפסד בפסק הדין רק התובע משלם"

כן טען שפרינצק כי אייל היה זה שיזם את התביעה אייל רצה להישאר מאחורי הקלעים" וכן כי "למיטב ידיעתי אייל יזם את הרעיון זה בא ממנר".

9. למעלה מן הצורך אתייחס לשלוש הטענות אותן מעלה המערער באשר לעדויות אלה: האחת, עדותם של השניים אינה קבילה בשל היותה עדות שמיעה. השנייה, עדותם אינה קבילה שכן מסרים שהחליפו השניים עם המערער חוסים תחת חיסיון עו"ד-לקוח. השלישית, יש ליתן לעדותם משקל אפסי שכן לשניהם אינטרס להציג מצג לפיו המערער תפקד כעורך דין.

10. תקנה 10(ב) לתקנות קובעת כי בדונו בערעור, מס הכנסה בית המשפט אינו כבול בדיני הראיות ורשאי הוא לקבל ראיות שאינן קבילות:

"בית המשפט יתיר הבאת ראיה עליה ביסס המשיב את שומתו או המערער את הדו"ח שהוגש על ידיו או את הטענות שהשמיע על פי סעיף 147(ג) לפקודה, גם אם ראיה כזו לא היתה קבילה בבית משפט בדיון בהליך אזרחי."

הנה כי כן, לשון התקנה קובע "בית המשפט יתיר הבאת ראיה עליה ביסס המשיב את שומתו... גם אם ראיה כזו לא היתה קבילה בבית משפט בדיון בהליך אזרחי". באשר לנפקות סעיף זה דן כב' השופט אור בע"א 4403/96 פקיד שומה כפר סבא נ' גולדמן ובמסגרתו קבע כדלקמן:

"תקנות הערעורים בענייני מס הכנסה קובעות את סדרי הדיון בהליכי ערעור על החלטת פקיד שומה בהשגתו של נישום על שומה. בע"א 5709/95 יעקב בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים (טרם פורסם), נדונה תקנה 10א לתקנות מס ערך מוסף ומס קניה (סדרי הדיון בערעור), התשל"ו-1976, הקובעת הסדר דומה להסדר המצוי בתקנה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

10(ב) לתקנות הערעורים בענייני מס הכנסה. באותו עניין עמדתי על הצורך החיוני בכך שבפני בית המשפט הבוחן את החלטתה של רשות המס (והמדובר בהחלטה מינהלית), תעמוד אותה תשתית עובדתית שעמדה בפני רשות המס.

"לומר אחרת פירושו למדד את בית המשפט מחלק מן החומר, אשר עשוי להיות רלוונטי וחשוב להכרעה... בשל כך, עלולה להיפרש בפני בית המשפט תמונה מקוטעת, אשר אינה משקפת את מכלול הראיות אשר רשות המס היתה רשאית, וחייבת, להישען עליו על פי הדין. בדרך זו עלולה להתקבל תוצאה אשר אינה מגשימה באופן מלא את התכלית של גביית מס אמת".

מסרתה של תקנה 10(ב) לתקנות הערעורים בענייני מס הכנסה היא אפוא, לאפשר לבית המשפט לבחון את החומר שעמד בפני רשויות המס ושעל פיו נקבעה השומה. מובן, כי תקנה 10(ב), עניינה אך סוגיית קבילות הראיות ואין בה כדי לשנות את הכלל לפיו קביעת משקלן של הראיות מסורה כולה לשיקול דעתו של בית המשפט. כפי שציינתי בעניין בן שלמה דלעיל - "... בעשותו שימוש בשיקול הדעת המסור לו בקביעת הערך ההוכחתי של ראיה כזו, ייתן בית המשפט את המשקל הראוי למכלול השיקולים, ובכלל זה לכך שמדובר בראיה אשר לא ניתן לתהות על קנקנה באופן ממצה". מיסים און-ליין - עליון, ע"א 4403/96, פקיד שומה כפר סבא נ' גולדמן עמיר. מיסים יב/6 (דצמבר 1998) ה-5 מיסים יב/6 (דצמבר 1998) ה-5, עמ' 88).

לא למותר לציין כי הלכה זו מאוחרת לפסק דין מינץ וניתנה בבית המשפט העליון ומכיוון שכך, יש לראות בה כהלכה הנוהגת.

11. משראות אלה מתקבלות על ידי בית המשפט נותרת שאלת משקלן. בעניין זה יש שיקולים לכאן ולכאן. אכן, מדובר בעדויות שמיעה שנותניהן לא זומנו להעיד בבית המשפט ומשכך משקלן נמוך. מצד שני אינני יכול להתעלם מסימני אמת בעדויותיהם: ראשית, אמרותיהם נתמכות בראיות אחרות ובעיקר בהסדר הכתוב. שנית, דבריהם תואמים. לפיכך, דבריו של האחד תומכים ומחזקים את דבריו של האחר, ולהיפך. המערער לא טען – וממילא גם אין ראיה – כי עדויותיהם תואמו..



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

12. המערער שם יהבו על יחסי ער"ד-לקוח אשר, לטענתו, קיימים בינו לבין השניים ומשכך דין עדותם להיפסל. אין בידי לקבל אף טענה זאת: מעדויותיהם של השניים עולה ברורות כי הם לא ראו את המערער כלקוחם אלא כעורך דין הפועל עימם בצוותא. שנית, במקרה זה השניים הם ששילמו למערער שכר טרחה. שלישית, המערער לא הציג כל ראיה לתמוך בקיומם של יחסי ער"ד-לקוח – למעשה כל הראיות מצביעות להיפך (ראו מש/3, מש/4, מש/5).

13. הנה כי כן, שוכנעתי שהמערער קיבל שכר טרחה עקב תפקודו כעורך דין בתובענה הייצוגית. המשיב הציג שורה של ראיות משכנעות להוכחת טענתו, מנגד עמדה בפני עדות יחידה של המערער לא כל סיוע כמשמעות היגר זה בס' 54(2) לפקודת הראיות. בסוגיית הראיות הנני מוצא לנכון להבהיר שאף ללא עדויות לוי ושפרינצק הייתי מגיע לאותן מסקנות וזאת בעיקר בהסתמך על המסמכים בהן היה המערער מעורב ובמיוחד האמור במסמך ההבנות ולפיו "אייל הגה יזם ואסף מידע בקשר לתובענה ייצוגית כנגד קופות הגמל של בנק הפועלים".

מכל המקובץ, באתי לכלל מסקנה לפיה השכר אותו קיבל המערער בגין התובענה הייצוגית מוסה כדין. בענייננו הוכח כי המערער התמצא היטב בתחום בו מדובר כך שידע להבחין היטב בהזדמנות העסקית שנקרתה בדרכו. להתמצאותו המקצועית נוספה השכלתו של המערער בתחום המשפט ובשוק ההון. התמצאותו הובילה אותו לאתר בעלי מקצוע מעולים אשר סייעו בידי להגיש את התובענה. בפעילותו זו היה כדי להקנות לעסקה אופי פירותי. כמו כן הוכח כי המערער יזם את התביעה; פנה ללוי וארדינסט כדי לקדמה; טרח בהכנתה; כרת שני הסכמים בעניינה (ההסדר וההסכם) שקדם להם מ"מ; אישר את גורודיש כתובע-מייצג. בנסיבות אלה ניתן לראות את המערער כאדם שמילא בפועל את כל הפונקציות שייחס בית המשפט העליון לתובע המייצג ולפיכך, יש לקבוע כי נכנס בנעליו הן מבחינת חובות והן מבחינת זכויות. לסיים שוכנעתי שהמערער קיבל שכר טרחה עקב תפקודו כעורך דין בתובענה הייצוגית.

התוצאה היא שהערעור נדחה.

המערער ישלם למשיב הוצאות ושכר טרחת ער"ד בשיעור של 36,000 ₪ סכום זה יהיה צמוד למדד וישא ריבית חוקית מהיום ועד לתשלומו המלא בפועל.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 5622-09-11 דה פאו נ' פקיד שומה רמלה

ניתן לפרסם את פסק הדין החל מיום 21/7/13.

ניתן היום, די אב תשע"ג, 11 יולי 2013, בהעדר הצדדים.

חתימה

אחיה מ. סאלון