



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8886/15

לפני: כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט מ' מזוז

העותרות: 1. רפובליקנים מחו"ל בישראל (ע"ר)
2. רינת שרייבר

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל
2. הכנסת
3. שר האוצר
4. בנק ישראל
5. המפקח על הבנקים
6. משרד האוצר
7. אגוד הבנקים בישראל
8. אגוד חברות הביטוח בישראל

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרות: עו"ד מרק צל ; עו"ד נעם שרייבר
בשם המשיבים 1, 3-6: עו"ד ד"ר יובל רויטמן ; עו"ד יונתן ציון-מוזס
בשם המשיבה 2: עו"ד ד"ר גור בליי
בשם המשיבים 7-8: עו"ד מיכאל גינסבורג ; עו"ד עופר חנוך ; עו"ד לוני בכר

פסק-דין (נימוקים)

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בתאריך 12.09.2016 דחינו את העתירה שבכותרת לאחר שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים, וזאת לנוכח הצורך המידי בהבהרת המצב המשפטי במכלול. באותו מעמד הודענו כי הנימוקים ימסרו בנפרד, ועתה אנו עושים כן בעתירה מורכבת זו, אשר הסוגיה המרכזית שבבסיסה מוצגת בפסקה 2 שלהלן.

2. החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 227), התשע"ו-2016 (להלן: תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, או התיקון) מעגן בישראל את ההסדרים העיקריים שנעשו בהקשר ליישומו של מתווה, אשר מכוחו גופים פיננסיים מחוץ לארה"ב – מחויבים בחובות דיווח שונות לרשויות ארה"ב על כל מי שהוא אזרח ארה"ב, או תושב ארה"ב המחזיק אצלם חשבון פיננסי.

בפנינו הוצבה השאלה האם תיקון 227 לפקודת מס הכנסה הוא חוקתי, ובכך נדון בהמשך הדברים לאחר שנפתח בהצגת הנתונים הרלבנטיים להכרעה.

רקע כללי

3. במחצית השנייה של המאה הקודמת החלה מדינת ישראל לחתום על אמנות למניעת כפל מס עם מדינות רבות (ראו: אבי נוב "השינויים הצפויים בחילופי המידע בין מדינות בענייני מסים" מיט"ם כח/1, 35 (2014)). בחלק מהאמנות הוכנס סעיף שעסק בחילופי מידע לגבי נישום ספציפי (ראו, למשל, סעיף 29 באמנה בין ממשלת ארה"ב וממשלת מדינת ישראל בדבר מסים על הכנסה, שנחתמה בווישינגטון בתאריך 20.11.1975), וזאת, בין היתר, כדי למנוע את האפשרות שנישום כזה יתחמק מתשלום מס החל עליו.

עם זאת, בעשורים האחרונים צמחה הבנה כי לצורך מלחמה אפקטיבית בהעלמות המס – הרשויות המטפלות בכך זקוקות למידע רב יותר על הנישומים ככלל ועל נכסיהם הפיננסיים במדינות שונות בפרט. זאת מאחר שבהיעדר דיווח יזום של הנישומים על נכסיהם ועל הכנסותיהם במדינות שונות – אין לרשויות המס הרלבנטיות דרך לדעת על נכסים והכנסות אלו לגבי נישום נתון, ומשכך הליך הגבייה נכשל (ראו: אבי נוב "יישום חילופי מידע אוטומטיים בענייני מס" מיט"ם כט/6, 61 (2015)).

4. על רקע האמור החל בחמישים השנים האחרונות תהליך עולמי להגברת שיתוף הפעולה בין מדינות שונות בנושאי מס, תוך כינון מנגנונים שונים להחלפת מידע, ובין היתר, למיסוד מנגנונים אוטומטיים לחילופי מידע (ראו: אבי נוב "המהפכה בהעברת מידע בין מדינות בענייני מס – סוף עידן הסודיות הבנקאית" מיט"ם כט/2, 37 (2015)). כך תואר תהליך זה בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 221), התשע"ו-2016 (להלן: הצעת החוק הישראלית), שלימים התקבלה – בשינויים מסוימים – כתיקון 227 לפקודת מס הכנסה, מושא דיוננו:

“העלמות המס מהוות בעיה חמורה המשותפת לכלל המדינות, והכלי היעיל ביותר למלחמה בהן הוא שיתוף פעולה בין המדינות, לרבות באמצעות חילופי מידע. האיחוד האירופי, הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (להלן – ה-OECD), והפורום הכלל-עולמי לשקיפות ולחילופי מידע למטרות מס (The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes) פועלים בעצימות בשנים האחרונות כדי לקדם ולייעל את חילופי המידע בין המדינות. בין השאר, החל משנת 2010 ישנה דרישה של ה-OECD מן המדינות החברות בו וממדינות נוספות להצטרף לאמנה הרב-לאומית לסיוע מינהלי בענייני מס (Convention of Mutual Administrative Assistance in Tax Matters). עד היום הצטרפו לאמנה זו 92 מדינות ובהן גם מדינת ישראל אשר הצטרפה לאחרונה. כמו כן, פרסם ה-OECD תקן לחילופי מידע אוטומטיים (Common Reporting Standard) ... שהוא תקן אחיד לאיסוף מידע על ידי מוסדות פיננסיים לגבי חשבונות פיננסיים של לקוחות שהם תושבים זרים והעברתו לרשות המס במדינה שבה הם פועלים, כדי שזו תעבירו למדינת התושבות של אותם לקוחות. כ-50 מדינות, ובהן כל מדינות ה-OECD ובכללן ישראל, הצהירו במפגש מועצה במעמד שרים שהתקיים בחודש מאי 2014, כי יפעלו ליישום מהיר של התקן לחילופי מידע אוטומטיים, על בסיס הדדיות, וכי לשם כך יפעלו לתיקון החקיקה הפנימית שלהן” (שם בעמ' 480, ההדגשות שלי – ח"מ).

5. לצד התקן לחילופי מידע אוטומטיים שפירסם ה-OECD (להלן: התקן), גם ארה"ב חוקקה בשנת 2010 את ה-Foreign Account Tax Compliance Act, הידוע בשמו המקוצר כ-FATCA (להלן: חוק ה-FATCA). בדברי ההסבר להצעת החוק הישראלית צוין כי מכוחו של חוק ה-FATCA:

“חויבו גופים פיננסיים מחוץ לארה"ב לדווח לרשויות ארה"ב על כל מי שהוא אזרח ארה"ב או תושב ארה"ב המחזיק אצלם חשבון פיננסי. על גופים פיננסיים שלא יצייתו להוראה יוטלו סנקציות חמורות” (שם, בעמ' 480).

6. בתאריך 23.12.2015 העותרות הגישו עתירה נגד המשיבים 1-6 (להלן: המשיבים המקוריים), אשר תוקפת פעולות שונות שנעשו על-ידי רשויות השלטון בישראל ביחס לחוק ה-FATCA בהקשר לאפשרויות יישומו בארץ, והעלו לגביהן טענות שונות, שיסקרו לאחר מכן.

7. מיד עם הגשת העתירה, התבקשה תגובה מקדמית לה ולצווים המבוקשים בגדרה מאת המשיבים המקוריים. במסגרת התגובה המקדמית, שנמסרה בתאריך 14.04.2016 – המשיבים טענו כי יש לדחות את העתירה על הסף, בין היתר, בשל העובדה שבאותה העת נדונה בכנסת ישראל הצעת החוק הישראלית.

בהחלטתי מתאריך 05.06.2016 הוריתי כי העתירה תובא לדיון בפני הרכב.

8. ביני לביני, בתאריך 12.07.2016 – אושרה על-ידי הכנסת הצעת החוק הישראלית והפכה לחוק. בהמשך לכך, בתאריך 03.08.2016, לאחר התייעצות עם נגידת בנק ישראל, יושב ראש הרשות לניירות ערך ושרת המשפטים, ובאישור ועדת הכספים של הכנסת – נחתמו על-ידי שר האוצר תקנות מס הכנסה (יישום הסכם פטקא), התשע"ו-2016 (להלן: תקנות היישום).

בהמשך להתפתחויות הנ"ל – העותרות הגישו בתאריך 09.08.2016 "בקשה לתיקון העתירה" נוכח חקיקתו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, והתקנת תקנות היישום, שאושרו מכוחו, כאמור.

בד בבד עם הגשת העתירה המתוקנת – העותרות הגישו בקשה דחופה למתן צו ביניים כנגד כניסתו לתוקף של התיקון, כמו גם להקדמת מועד הדיון בעתירה.

9. בהחלטתי מתאריך 31.08.2016 – לא ראיתי מקום להוציא צו ביניים כנגד כניסתו לתוקף של תיקון מס' 227 ושל תקנות היישום, אולם הוריתי כי יוצא צו ביניים האוסר על פתיחת מערכות המחשב הישראליות בפני רשויות המס האמריקניות לצורך העברת המידע המבוקש אליהן – טרם הדיון שיתקיים בעתירה בפני הרכב ובכפוף להחלטה אחרת שם. כן נעתרתי לבקשה להקדמת מועד הדיון – והוריתי לקיימו לא יאוחר מתאריך 15.09.2016, והצעתי לעותרות לשקול להגיש עתירה מתומצתת ומעודכנת, ולבחון האם ראוי לבקש לצרף משיבים נוספים לעתירתן.

10. בהתאם להצעתי הנ"ל – העותרות הגישו בתאריך 04.09.2016 בקשה לצרף את איגוד הבנקים בישראל ואת איגוד חברות הביטוח בישראל כמשיבים נוספים לעתירה וכן ביקשו להגיש מסמך קצר המסכם את עיקרי טענותיהם, ובהחלטת חברתי, הנשיאה מ' נאור, מתאריך 05.09.2016 – בקשה זו התקבלה.

11. בשל הצורך בהכרעה מהירה, נוכח מועד כניסתו לתוקף של תיקון מס' 227 עם פרסומן של תקנות היישום ברשומות בתאריך 04.08.2016 – התקיים הדיון בעתירה בתאריך 12.09.2016, ובתומו ניתן פסק דיננו בה, בגדרו קבענו כדלקמן:

1. " אנו דוחים את העתירה. נימוקים יינתנו בנפרד.

2. צו הביניים שניתן בתאריך 31.08.2016 מבוטל, בכפוף להבהרת המשיבים כולם כי לא יימסר מידע לידי הרשויות האמריקניות לגבי מי שחשבונו סווג כבר-דיווח וטרם עברו 30 ימים מעת שהודע לו על כך, או לגבי מי שנמסרה לו הודעה כאמור, אך העלה השגות לגביה – כל עוד לא ניתנה לו תשובה על השגתו.

3. בנסיבות העניין – לא יהיה צו להוצאות."

עתה נביא את נימוקינו לדחיית העתירה.

התשתית הנורמטיבית

12. בשנת 2010 חוקקה ארה"ב כאמור את חוק ה-FATCA. חוק זה נחקק, כפי שאוזכר לעיל, במסגרת המאבק האמריקני בתופעת ההתחמקות מתשלום מס, בין היתר, באמצעות פתיחת חשבונות בנק וחשבונות במוסדות פיננסיים אחרים מחוץ לתחומי ארה"ב.

בתאריך 17.01.2013, משרד האוצר האמריקני התקין תקנות ליישום הוראות חוק ה-FATCA, ומועד כניסתן של הוראות חוק ה-FATCA לתוקף נקבע לתאריך 01.07.2014.

13. בהתאם להוראות חוק ה-FATCA, כל מוסד פיננסי זר מחוץ לארה"ב נדרש לבחור אם להתקשר בהסכם מיוחד עם רשות המסים האמריקנית, לפיו יתחייב לבצע בדיקה לבעלי חשבונות המוחזקים אצלו, ולזהות ביניהם את אזרחי ארה"ב, או תושביה. לפי הוראות חוק ה-FATCA, המידע הנוגע לחשבונות אלו – אמור להיות מועבר במישרין לרשויות המס האמריקניות אחת לשנה. כמו כן על המוסד הפיננסי להתחייב להעביר מידע על חשבונות שבעליהם סירבו לשתף פעולה ועל סך ערכם. כן נקבע בחוק ה-FATCA – כי מוסד פיננסי שלא יפעל בהתאם להוראות אותו חוק, יהיה כפוף לסנקציה של ניכוי במקור בשיעור של 30% מכל סכום שיגיע אליו מארה"ב. במקרה כזה, המנכים הינם מוסדות פיננסיים בארה"ב וההתייחסות היא לכל מוסד פיננסי זר שהוראות ה-FATCA חלות עליו.

14. כחלופה ליישום חוק ה-FATCA על-ידי המוסדות הפיננסיים הזרים באופן ישיר מול הרשויות האמריקניות – ארה"ב גילתה דעתה כי היא תהיה מוכנה להתקשר בהסכם בילטרלי עם כל מדינה (או ישות מדינית), אשר תהיה מעוניינת לשתף עמה פעולה ביישום חוק ה-FATCA, במטרה להקל על יישמו על-ידי המוסדות הפיננסיים הזרים וזאת באחד משני המודלים הבאים:

המודל הראשון – המידע יועבר מכוח חקיקה פנימית של המדינה הרלבנטית מהמוסדות הפיננסיים לרשות המסים באותה המדינה, ובאמצעותה לרשויות המס בארה"ב.

המודל השני – המידע יועבר מכוח חקיקה פנימית מהמוסדות הפיננסיים ישירות לרשויות המס בארה"ב.

15. בתאריך 18.07.2012, בהמשך לאמור לעיל, המנהל הכללי של משרד האוצר הישראלי הקים צוות בין-משרדי לבחינת יישום הוראות חוק ה-FATCA בישראל, בראשותה של רו"ח פרידה ישראלי – המשנה לראש אגף כלכלה והכנסות מדינה במשרד האוצר, ובהשתתפות נציגים מאגף שוק ההון במשרד האוצר, מבנק ישראל, מרשות המיסים, מהרשות לניירות ערך, מהפיקוח על בנק הדואר וממשרד המשפטים. בתום דיוניו – הצוות הבין-משרדי המליץ בתאריך 19.09.2012 על יישום הוראות ה-FATCA בישראל באמצעות חתימה על הסכם בילטרלי בין ישראל לבין ארה"ב.

16. בהמשך לכך, בתאריך 13.03.2014, התקבלה החלטת ועדת השרים לענייני חברה וכלכלה (קבינט חברתי-כלכלי), אשר קיבלה את ההמלצות בעניין "הסכם בין ארצות הברית לישראל לצורך הגברת אכיפת דיני המס בארה"ב ובישראל כחלופה להחלת הוראות ה-FATCA" (ראו: החלטה מס' חכ/23). בתאריך 21.03.2014 ההחלטה הנ"ל קיבלה תוקף של החלטת ממשלה.

נוכח חשיבות הדברים, הסעיפים המרכזיים מההחלטה האמורה יובאו כלשונם:

"מחליטים

1. להורות לשר האוצר לקדם משא ומתן בנוגע להסכם בילטרלי בין ישראל לארה"ב לצורך הגברת אכיפת דיני המס של ארצות הברית וכן לצורך הגברת אכיפת דיני המס של ישראל. ההסכם יסדיר העברת מידע לרשויות המס בארצות הברית באמצעות רשות המסים בישראל אשר תקבל את המידע מהגופים הפיננסיים בישראל, לגבי נכסים פיננסיים המוחזקים בישראל בידי אזרחי ארצות הברית, או

בידי בעלי Green Card, או בידי תושבי ארצות הברית (להלן – "אמריקנים") וכן לגבי נכסים פיננסיים המוחזקים בידי ישויות משפטיות שיש בהן לאמריקנים החזקה מהותית. הסכם זה יהווה חלופה להחלת הוראות ה-Foreign Account Tax Compliance Act (סעיפים 1471 עד 1474 בחוק המס האמריקני ...) שנחקק בארצות הברית וכל על כלל הגופים הפיננסיים שאינם אמריקנים. ההסכם יכול אופציה לפיה, בהתקיים תנאים מסוימים, תהיה העברת מידע מרשויות המס בארצות הברית לרשות המסים בישראל אודות הכנסות שמפיקים תושבי ישראל בארה"ב. עוד יכול ההסכם הוראות שעניינן שמירת המידע ואבטחתו וכן הוראות שיגבילו את השימוש שיוכלו רשויות המס בארצות הברית לעשות במידע שיתקבל, הכל בשים לב לצורך בהגנה על הפרטיות.

2. להטיל על שר האוצר להגיש הצעת חוק ליישום ההסכם הבילטרלי האמור, אם ייחתם תזכיר החוק יכול את ההוראות הנדרשות בחקיקה לצורך ביצוע ההסכם, ביניהן התיקונים הנדרשים שיבטיחו את אבטחת המידע והשמירה על הפרטיות של נושאי המידע וזכויותיהם במסגרת העברת המידע... (ההדגשות שלי – ח"מ).

17. במקביל, בתאריך 06.04.2014, המפקח על הבנקים דאז, מר דוד זקן (להלן: המפקח) – פירסם מכתב לתאגידי הבנקאיים בעניין: "היערכות ליישום הוראות ה-FATCA" (להלן: הנחיות המפקח על הבנקים, או הנחיות), וזאת הן נוכח ההשלכות האפשריות של חוק ה-FATCA על המערכת הבנקאית הישראלית, והן בשל אי הוודאות ששררה באותה העת בכל הנוגע למועדי חתימת ההסכם, להשלמת החקיקה הנדרשת, ולאופן הציות המצופה מהמוסדות הפיננסיים בזמן היערכות. בהנחיות הנ"ל המפקח הורה לתאגידי הבנקאיים, בין היתר: "להמשיך בהיערכות ליישום הוראות ה-FATCA", ולקבוע מדיניות ונהלים לאופן יישום הוראות ה-FATCA" (ראו: סעיפים 3-5 להנחיות המפקח על הבנקים). עוד נקבעו בהנחיות המפקח על הבנקים, בין השאר, הדברים הבאים:

6. הצעדים שיינקטו מול לקוחות התאגיד הבנקאי במסגרת היערכות כאמור, ייעשו תוך התחשבות בחובות הבנק כלפי לקוחותיו, ולאחר בחינה זהירה של הנסיבות.

7. יחד עם זאת, סירוב להעניק שירותים בנקאיים כמפורט להלן, ייחשב כסירוב סביר לעניין חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981: 7.1 פתיחת חשבון בנק ללקוח אשר אינו משתף פעולה עם התאגיד הבנקאי באופן הנדרש ליישום הוראות ה-FATCA.

7.2 שירותים בנקאיים בחשבון קיים, אשר חושפים את התאגיד הבנקאי לסיכון שייחשב כמשתף פעולה עם הלקוח לשם עקיפת הוראות ה-FATCA.
 8. מומלץ לנקוט בצעדים שמטרתם הגברת המודעות להוראות ה-FATCA ולהשלכותיהן האפשריות בקרב לקוחות התאגיד הבנקאי, ובפרט בקרב לקוחות שהם מוסדות פיננסיים שהוראות FATCA חלות עליהם" (ההדגשות שלי – ח"מ).

18. בתאריך 30.06.2014 נערך הסכם בין ממשלת ישראל לבין ממשלת ארה"ב, שמטרתו לשפר את הציות לדיני המס באמצעות שיתוף פעולה בין מדינות ליישום הוראות חוק ה-FATCA (להלן: הסכם ה-FATCA, או ההסכם). לאחר החתימה על הסכם ה-FATCA – ממשלת ארה"ב נענתה לבקשות דחיייה שונות בהקשר למועד הדיווח הראשוני, שנבעו, בין היתר, ממורכבות הליכי החקיקה ונקבע שהדיווחים יועברו לא יאוחר מתאריך 30.09.2016 (חלף המועד המקורי שהיה קבוע לתאריך 30.09.2015).

19. הסכם ה-FATCA בין ישראל לבין ארה"ב נחתם על פי המודל הראשון הנ"ל, ובעיקרו הוחלפה המחויבות הישירה של המוסדות הפיננסיים בישראל החלה עליהם לפי חוק ה-FATCA (לאסוף ולהעביר מידע במישרין לרשויות המס בארה"ב על חשבונותיהם של אזרחים, או תושבים אמריקנים אצלם) והומרה בחובה להעביר את המידע האמור לרשות המסים בישראל, וממנה באופן אחיד ומרוכז לרשויות האמריקאיות.

בכל הנוגע להעברת מידע מישראל לארה"ב – סעיף 2 להסכם ה-FATCA קובע כי המידע שיועבר יכלול, בין היתר, את: שמו וכתובתו של בעל החשבון, מספר החשבון, שמו ומספרו המזהה של המוסד הפיננסי, יתרת החשבון וערכו.

סעיף 3 להסכם ה-FATCA קובע כי התחייבויות הצדדים לקבל ולהחליף מידע לפי סעיף 2 להסכם – תיכנסנה לתוקף במועד שבו יימסרו הצדדים הודעות על כך שכל צד השתכנע כי הצד האחר הנהיג את אמות המידה הקבועות בהסכם, וביניהן:

"(i) אמצעי הגנה מתאימים המבטיחים שהמידע שהתקבל בהתאם להסכם זה יישאר חסוי וישמש אך ורק לצורכי מס, וכן (ii) את התשתית ליחסי חילופים יעילים (כולל תהליכים מבוססים להבטחת חילופי מידע מעודכנים, מדויקים וסודיים, תקשורת יעילה ומהימנה, ויכולות מוכחות ליישב במהירות שאלות וחששות בקשר לחילופים או בקשות לחילופים..."
 (ראו: סעיף 3(8) ו-3(9) להסכם ה-FATCA).

סעיף 4(1) להסכם ה-FATCA קובע כי יראו בכל מוסד פיננסי ישראלי כמציית להוראות חוק ה-FATCA, וככזה, שאיננו מחויב לניכוי במקור על-ידי מוסדות פיננסיים בארה"ב כאמור, בכפוף לעמידתה של ישראל בהתחייבויותיה לפי סעיפים 2 ו-3 להסכם ביחס למוסד האמור, ובכפוף לכך שהמוסד יקיים את החובות הקבועות בסעיפים 4(1)(א) - 4(1)(ה) להסכם ה-FATCA.

סעיף 10 להסכם ה-FATCA קובע כי ההסכם ייכנס לתוקף רק לאחר שישראל תודיע על השלמת הצעדים הנדרשים מצידה ליישום של ההסכם, ובפרט שישראל תודיע כי ערכה את התיקונים הנדרשים לצורך כך בחקיקה הפנימית שלה.

20. במסגרת הנספח הראשון להסכם ה-FATCA, ישראל התחייבה לדרוש מהמוסדות הפיננסיים ליישם הליכי בדיקת נאותות לשם זיהוי חשבונות שישראל נדרשת לדרווח עליהם. במסגרת הנספח השני להסכם ה-FATCA – נכללה רשימה של ישויות ושל חשבונות שהוחרגו מתחולתם של הסכם ה-FATCA, או שנקבעו לגביהם הקלות מסוימות.

21. זה המקום לציין כי סעיפים 3(6) ו-8(2) להסכם ה-FATCA קובעים כי רשות המיסים בישראל וה-Internal Revenue Service (להלן: IRS) האמריקני תהיינה מוסמכות לאמץ נהלים: "על מנת להקל על יישומו של הסכם זה". בהמשך לכך, במהלך חודש מרץ 2016 הגיעו הרשויות הנ"ל לנוהל מוסכם (להלן: הנוהל המוסכם). הנוהל המוסכם מסדיר, בין היתר, את רישומם של מוסדות פיננסיים ישראליים ב-IRS האמריקני; את המועדים לחילופי המידע, ואת נושא הציות להסכם ואכיפתו. כמו כן, נקבעו בסעיף 5 לנוהל המוסכם הוראות הנוגעות לסוגיות אבטחת מידע.

לנוכח חשיבות סוגיית אבטחת המידע – אביא סעיף זה במלואו (ולשם הבהרה אסביר כי הסכם ה-FATCA מכונה בסעיף זה IGA [Intergovernmental Agreement] וה-IDES, הנזכר שם, הוא מנגנון מאובטח להעברת מידע שהוקם לצורך יישומו של חוק ה-FATCA האמריקני – (FATCA IDES User Guide (IRS Publication 5190):

5.1 Confidentiality and Use: In accordance with Article 3(7) of the IGA, all information exchanged pursuant to the IGA is subject to the confidentiality and other protections provided for in Article 29 of the Convention (hereinafter "Confidentiality Protections"), including the

provisions limiting the use of the information exchanged. The Competent Authorities intend to maintain appropriate safeguards and infrastructure as described in Article 3(8) of the IGA ("Data Safeguards").

5.2 Transmission Risk and Responsibility: The Israeli Competent Authority intends to maintain Confidentiality Protections regarding information transmitted by the U.S. Competent Authority via IDES from the time it successfully downloads such information from IDES. The U.S. Competent Authority intends to maintain Confidentiality Protections regarding information transmitted via IDES from the time information is successfully uploaded to IDES. Where the Israeli Competent Authority elects to use IDES as an M102 data collection tool, the Israeli Competent Authority intends to maintain Confidentiality Protections from the time information is successfully uploaded by a Reporting Israeli Financial Institution or by or on behalf of a Paragraph 1.1.2 Financial Institution to IDES. *See* FATCA IDES User Guide (IRS Publication 5190).

5.3 Notification of Actual or Potential Breach of the Confidentiality and Safeguard Protections: A Competent Authority should notify the other Competent Authority promptly regarding any actual or potential breach of the Confidentiality Protections, or in the event that the Competent Authority no longer intends to maintain the Data Safeguards. "

ההליכים לאישור תיקון 227 לפקודת מס הכנסה ודרכי יישום

22. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה נועד לעגן את ההסדרים העיקריים שנדרשו לשם יישומו של הסכם ה-FATCA, והסכמים נוספים לחילופי מידע המבוססים על התקן לחילופי מידע אוטומטיים של השכונות פיננסיים שפירסם ארגון ה-OECD, ובכלל זאת להסמיך את שר האוצר להתקין תקנות הנדרשות לשם יישומו של הסכמים מסוג זה.

23. בתאריך 22.02.2016 הצעת החוק הישראלית אושרה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת הכספים, לשם הכנתה לקריאות הבאות. ועדת הכספים קיימה חמישה דיונים

בהצעת החוק הישראלית בחודשים יוני ויולי 2016. לבסוף, בתאריך 12.07.2016 – אושרה, כאמור, הצעת החוק הישראלית פה אחד בקריאה השנייה ובקריאה השלישית.

24. עיקרי ההסדרים, שעוגנו במסגרת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, יתוארו להלן:

(א) הסמכת מוסד פיננסי ישראלי לדרוש מבעל חשבון, או ממי שמבקש להיות בעל חשבון "את המידע הדרוש לשם בירור זהותו ומדינת תושבותו לצורכי מס או אזרחותו" (ראו: סעיף 135ג(א) לפקודה); חיוב מוסד פיננסי ישראלי לערוך לגבי בעל חשבון, או מי שמבקש להיות בעל חשבון, בין היתר, את: "הבדיקות הדרושות לצורך קביעת מקום תושבותו לצורכי מס או אזרחותו" (ראו: סעיף 135ג(א) לפקודה).

(ב) חיוב מוסד פיננסי ישראלי לפעול לשם זיהויו ככזה בידי מנהל רשות המסים ובידי רשויות מס זרות, בהתאם להסדר שייקבע בתקנות (ראו: סעיף 135ג(ב) לפקודה).

(ג) חיוב מוסד פיננסי ישראלי להעביר למנהל רשות המסים מידע בדבר בעל חשבון ובדבר חשבון פיננסי שעל המנהל להעביר לרשות מס במדינה זרה, בהתאם להסדר שיקבע בתקנות (ראו: סעיף 135ג(ג) לפקודה).

(ד) הסמכת שר האוצר לקבוע הוראות בדבר מתן הודעה ללקוח בדבר העברת מידע למנהל רשות המסים וממנו לרשות מס זרה (ראו: סעיף 135ד(א) לפקודה); קביעה כי ההודעה תכלול: "מידע על האפשרויות העומדות לפני מקבל ההודעה לשנות את סיווגו כאזרח או כתושב כאמור בהתאם להוראות הסכם פטקא [...] " (ראו: סעיף 135ד(ב) לפקודה); קביעה כי ההודעה תישלח 30 ימים לפחות לפני העברת המידע למנהל (ראו: סעיף 135ד(ג) לפקודה).

(ה) קביעה כי מוסד פיננסי רשאי לסגור חשבון שבעליו מסרב למסור מידע כאמור בתיקון ובתקנות היישום (ראו: סעיף 135ה(1) לפקודה).

כמו כן, התווספו לפקודה סעיפים 195-195כד, אשר במסגרתם עוגן עיצום כספי שיוטל על מוסדות פיננסיים שלא יצייתו להוראות בדבר חילופי המידע. מועד תחולתם של סעיפים אלה נקבע כעבור שישה חודשים לאחר תאריך כניסתו לתוקף של התיקון.

25. בתאריך 03.08.2016, שר האוצר חתם על תקנות היישום, אשר קובעות הסדרים מפורטים הנדרשים ליישום הוראות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה ולהסכם ה-FATCA,

ואלה פורסמו בקובץ תקנות תשע"ו מס' 7700 מתאריך 04.08.2016 (שם בעמ' 1746),
לאחר שאושרו על-ידי ועדת הכספים של הכנסת.

26. בהמשך לדברים האמורים, בתאריך 18.08.2016 ממשלת ישראל אישרה את הסכם ה-FATCA. עוד יצוין כי נכון לאוקטובר 2016, ארה"ב חתמה על הסכם דומה להסכם ה-FATCA שנחתם עם ישראל, או הגיעה להבנות לגבי חתימתו של הסכם כאמור עם 113 מדינות אחרות (ראו עוד ביחס לחוק ה-FATCA, ההצדקות לקיומו ודרכי יישומו: *Young Ran Kim, Considering "Citizenship Taxation": In Defense of* (FATCA, 20(5) FL. TAX REV. 335 (2017)).

27. בתאריך 18.09.2016, רשות המיסים הישראלית פירסמה הודעה רשמית על מתן אורכה להעברת המידע הנדרש עד לתאריך 30.09.2016, וזאת, על פי הנכתב בהודעה, לשם יישום פסק דיננו בעתירה. כשבוע לאחר מכן, בתאריך 25.09.2016 – נפתחה מערכת הדיווח האוטומטית לצורך יישום תיקון 227 לפקודת מס הכנסה והסכם ה-FATCA.

28. ביני לביני, וכחלק מייעול יכולות האכיפה של מדינת ישראל כלפי מעלימי מס מחוץ לגבולות המדינה – מדינת ישראל חתמה גם על האמנה המולטילטרלית של ה-OECD, שאף עניינה חילופי מידע אוטומטיים וסיוע מנהלי הדדי בין מדינות בענייני מס. האמנה המולטילטרלית מאפשרת לישראל לקבל ולהחליף באופן אוטומטי מידע ופרטים על פעולות של תושבי ישראל שנעשות בחו"ל, ובתמורה – ישראל מסייעת למדינות החתומות על האמנה בחילופי מידע ופרטים כאמור ביחס לחייבי מס שלהן (ראו: "ישראל מצטרפת לאמנה המולטילטרלית של ה-OECD: משתלבת בערוץ המידע ההדדי שבמסגרתו תוכל לקבל ולהחליף מידע בענייני מס במטרה ליצור רשת מידע גלובלית", פרסום רשמי באתר משרד האוצר מתאריך 05.09.2016; ועיינו גם: "היערכות לאיסוף מידע תחת האמנה המולטילטרלית לחילופי מידע אוטומטיים CBC CRS", פרסום רשמי באתר רשות המיסים מתאריך 22.05.2017).

לאחר סקירת נתוני הרקע העובדתיים, התהליכיים והמשפטיים – אעבור עתה להצגת הצדדים וטענותיהם.

29. העותרת 1 היא עמותה העוסקת, בין היתר, בקידום מימוש הצבעתם של תושבים ישראלים המחזיקים באזרחות אמריקנית – בבחירות בארה"ב ובסיוע להם. העותרת 2 היא אזרחית ותושבת ישראל המחזיקה גם באזרחות אמריקנית, שבאה לה מכוח היותה של אמה אזרחית אמריקנית.

30. העותרות תקפו את חוקתיותו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה. לשיטת העותרות, הקושי המרכזי בתיקון 227 לפקודת מס הכנסה ובהסכם FATCA נעוץ בכך שהמידע לגבי מי שחשבונו סווג כבר-דיווח – יועבר לרשות המס של ארה"ב: "באופן גורף, אוטומטי וללא כל שיקול דעת וללא כל אפשרות גישה לערכאות", וזאת אף אם אין כל חשד להעלמת מס ובהעדר כל עילה אחרת (ראו: סעיף 3 לעתירה המתוקנת).

31. העותרות טוענות כי אין בתיקון 227 לפקודת מס הכנסה, או בתקנות היישום כל הוראה המתירה את הפגיעה הנגרמת, לשיטתן, בזכויות הבאות: הזכות לפרטיות – בשל העברת המידע באופן אוטומטי לרשויות המס האמריקניות; הזכות לקניין – בשל כך שהתיקון הנ"ל מאפשר למוסדות פיננסיים בישראל לסגור חשבונות ברי-דיווח, שבעליהם לא ימלאו אחר דרישות התיקון והסכם FATCA; הזכות לשוויון – בשל ההפליה הנגרמת, לטענתן, כלפי תושבי ישראל המחזיקים אזרחות אמריקנית, שפרטיותם תפגע כתוצאה מהתיקון ואשר יוכפפו למערכת חקיקתית שונה מאשר יתר חייבי המס הישראלים.

32. העותרות טוענות עוד כי תכליתו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, שהיא לשיטתן – חיזוק "יכולת האכיפה של ישראל כלפי מעלימי מס מחוץ לגבולות המדינה, שיאפשר לה לעמוד בסטנדרטים הבינלאומיים עליהם התחייבה" (ראו: סעיף 89 לעתירה המתוקנת) – איננה מושגת באמצעות הוראות התיקון ותקנות היישום, ואף איננה עולה בקנה אחד עם הוראות הסכם FATCA.

33. העותרות מוסיפות וטוענות כי גם בהנחה שתיקון 227 לפקודת מס הכנסה נועד לתכלית ראויה – הוא איננו עומד במבחני המידתיות, שכן העברה "גורפת ואוטומטית של מידע פרטי", מבלי שהוגשה לגביו בקשה אינדיבידואלית, תוך פגיעה בזכויות כאמור לעיל, איננה יכולה להיחשב כאמצעי מידתי להשגת התכלית האמורה. לטענת העותרות, לצד הסעד העיקרי המבוקש על-ידן, שהוא כאמור, ביטול תיקון 227 לפקודת מס הכנסה – קיימים אמצעים נוספים שיש בהם כדי למזער את הפגיעה, ובכלל זאת, אי

החלת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה על חשבונות ששויים איננו עולה על 50,000 דולר – חשבונות אשר ממילא מוחרגים, לשיטתן, מהסכם ה-FATCA.

34. העותרות טוענות בנוסף כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. בתוך כך, העותרות טוענות כי לא היה מקום לאמץ את הוראות החקיקה בתחום חילופי המידע והעברתו, שכן, לשיטת העותרות, התחייבויותיה של ממשלת ישראל לארה"ב במסגרת הסכם ה-FATCA, כפו על הכנסת להעביר חוקים בחיפזון כדי למלא אחר התחייבויותיה הנ"ל. העותרות סבורות כי מדובר בפגם היורד לשורשו של הליך החקיקה, אשר מצדיק את ביטולו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה.

35. כן נטען על-ידי העותרות כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה איננו כולל מנגנונים כלשהם לאבטחת המידע המועבר לרשויות ארה"ב; איננו קובע מהו מספר העובדים הרשאים לעיין בחומר, ואיננו קובע מנגנונים שימנעו את זליגת המידע הפרטי המועבר לידי צדדים שלישיים. כמו כן נטען כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה איננו נותן סעד כלשהו לאדם, או לגוף שנפגעו מהעברת המידע הפרטי.

36. העותרות מוסיפות וטוענות כי חתימתה של ממשלת ישראל על הסכם ה-FATCA היתה נגועה בחוסר סבירות. אי-הסבירות טמונה, לשיטתן של העותרות, בשלושה טעמים מרכזיים:

(א) הסכם ה-FATCA פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות, שנמנו בפסקה 31 לעיל.

(ב) מדינת ישראל התחייבה להעביר מידע לרשות המיסים האמריקנית, וזו לטענתן איננה מספקת רמת הגנה הולמת על המידע שברשותה. העותרות הפנו לעניין זה לדו"חות ולמאמרים שונים, כמו גם לפסק דין שניתן לאחרונה בבית-הדין האירופי לצדק (ה-ECJ), שבו נפסלו, לטענת העותרות, הסכמים שבהם התחייב האיחוד האירופי להעביר מידע פרטי לארה"ב, בשל כך שהאחרונה איננה מספקת רמה הולמת של הגנה על המידע (ראו: *Schrems v. Data Protection Commissioner*, Case C-362/14 (23 Sep. 2015) (להלן: עניין שרמס); ולהחלטתה של הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע של משרד המשפטים בעקבות פסק-הדין, אשר במסגרתה נאסרה העברתו של מידע אישי מישראל לארגונים בארה"ב מכוח ההסכמים שבוטלו.

(ג) הממשלה אימצה את הסכם ה-FATCA מבלי שהתקיים לגביו משא ומתן משמעותי. העותרות ביססו טענתן זו על כך שהסכם ה-FATCA נוסח על-ידי ארה"ב ושאינן הבדלים משמעותיים בין הסכם ה-FATCA שנחתם עם ישראל, לבין ההסכמים שחתמה ארה"ב עם מדינות אחרות.

37. בנוסף, העותרות טוענות לקושי חוקתי המתעורר מסעיף 135ד(ב) לתיקון המטיל חובה על מוסדות פיננסיים לשלוח לבעלי חשבונות שסווגו כברי-דיווח הודעה לפחות 30 ימים לפני העברתו של המידע ל-IRS האמריקני. לטענת העותרות, סעיף זה איננו חוקתי מאחר שהוא לא מטיל על המוסדות הפיננסיים חובה לוודא שאכן בעל החשבון קיבל הודעה בדבר סיווג חשבונו, ומשכך לא מוענקת לבעל החשבון הזדמנות ממשית והוגנת לטעון כנגד הסיווג.

38. בשולי הדברים, העותרות מפנות גם טענות כלפי הנחיות המפקח על הבנקים. בתוך כך העותרות טוענות כי מאז חקיקת חוק ה-FATCA – המוסדות הפיננסיים פעלו על פיו, בהתאם להנחיות המפקח על הבנקים, וזאת עוד טרם שנחתם הסכם ה-FATCA והושלמה החקיקה הנדרשת מכוחו, ומשכך, לטענתן, חל איסור לעשות שימוש במידע שנאסף לפני מועד כניסתו לתוקף של התיקון.

טענות המשיבים

39. לטענת המשיבים דין העתירה להידחות.

במישור החוקתי, המשיבים טוענים כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה נועד למלא שתי תכליות:

האחת, להבטיח כי רשויות המדינה ומוסדות הפיננסיים בישראל יישמו את הסכם ה-FATCA שבו התקשרה מדינת ישראל עם ארה"ב;

השנייה, לאפשר למדינת ישראל ליטול חלק במגמה העולמית החשובה של חילופי מידע אוטומטיים בין מדינות.

לטענת המשיבים, מדובר בתכליות ראויות, אשר הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. המשיבים מדגישים בנוסף, כי תיקון 227 לפקודת מס

הכנסה עומד גם ביתר אמות המידה הנזכרות בפיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

40. לעניין הטענה בדבר החרגת חשבונות שערכם אינו עולה על 50,000 דולר – המשיבים טוענים כי מדובר בטענה המופנית כלפי תקנה פרטנית בתקנות היישום, והעותרות נמנעו מלמצות את ההליכים העומדים לרשותן עובר להגשת העתירה ולא העלו טענותיהן בהקשר זה בפני שר האוצר – הגורם שהתקין את תקנות היישום. בנושא זה נטען עוד כי העותרות גם לא ביקשו, במסגרת העתירה, סעד כלפי תקנות היישום.

במישור המהותי נטען בהקשר האמור כי אף אם נערכה בדיקה לגבי חשבון שיתרתו נמוכה מ-50,000 דולר – מידע אודותיו לא יועבר לרשויות, אלא במקרים חריגים בהם מתעורר אצל המוסד הפיננסי חשד ממשי כי נעשתה בחשבון פעילות שמטרתה לעקוף את חובות הזיהוי והדיווח.

41. אשר לטענה שעניינה באבטחת המידע – המשיבים עמדו על המנגנונים השונים שנקבעו בנוהל המוסכם ובהסכם ה-FATCA המסייעים באבטחת המידע ובשמירה על הפרטיות, וטענו כי מערכות שמירת המידע, אופן שמירת המידע וההגנה עליו – תואמים את הדרישות הקיימות בחקיקה הרלבנטית בישראל העוסקת בהגנת הפרטיות.

42. המשיבים טוענים עוד, כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה איננו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, וזאת, בין היתר, לנוכח: הדיונים הרבים שהתקיימו ביחס לתיקון ולתשתית העובדתית והמשפטית עליה התבססו; מעורבותם הרבה של חברי הכנסת בחקיקת התיקון, לרבות התיקונים והשינויים הרבים שהוכנסו בו בעקבות הערות שנשמעו והופנמו במסגרת הליך החקיקה, כמו גם העובדה שהצעת החוק הישראלית עברה פה אחד בכל שלוש הקריאות בכנסת.

43. לעניין טענת העותרות, אשר תוקפת את הנחיות המפקח על הבנקים – המשיבים גורסים כי מדובר בטענה שהועלתה בשיהוי ניכר, וכי העותרות כלל לא פנו בפנייה מוקדמת למפקח בעניין זה ולא מיצו את ההליכים שעמדו לרשותן אל מול הרשות המוסמכת. גם לגופו של עניין, המשיבים טענו כי דין הטענה הנ"ל להידחות, וזאת בשים לב לסמכויות המצויות בידי של המפקח על הבנקים.

44. לאחר תיאור הדברים, הצגת המחלוקות, וסקירת טענות הצדדים – אעבור לליבון הסוגיות העולות מן המכלול, ובכך אדון מיד בסמוך.

45. השאלה המונחת לפיתחנו בעתירה זו היא כאמור סוגיית חוקתיותו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה.

46. כידוע, בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת בריסון ובוהירות, שכן "בחקיקתה מבטאת הכנסת את רצון נבחרי העם" (ראו: בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, בפסקה 8 (02.10.2014)). לפיכך "חקיקת הכנסת נהנית מחזקת החוקתיות, המטילה נטל כבד על הטוען כנגדה" (ראו: בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 62 (02.09.2010) (להלן: עניין לה"ב)). בהתאם לכך בחינת חוקתיות של חוק היא צרה בהיקפה, והיא מחייבת, בין השאר, איזון עדין בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת רשויות, לבין ההגנה החוקתית על זכויות אדם ועל ערכי היסוד של המשטר בישראל (ראו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 593 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר)).

47. זהירות מיוחדת נדרשת כאשר מדובר בחקיקה המתווה מדיניות חברתית וכלכלית רחבת-היקף (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386, 388-389 (1997); עניין לה"ב, בפסקאות 62-64; עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 593; בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 60 (2005); בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, 467-468 (2008) (להלן: עניין אלחנתי); בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, בפסקה 33 (29.09.2016)). כפי שסיכמה השופטת ד' ביניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2002) (להלן: עניין מנחם):

"...הודגש בפסיקתו של בית-משפט זה פעמים רבות כי בישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף. בתחומים אלה ייתכנו לעתים קרובות כמה מטרות ודרכי פעולה אפשריות; ההכרעה ביניהן מבוססת לא פעם על הערכה שטמונה בה אידאות, והיא כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום

מומחיותו של בית-המשפט. הערכה שגויה של המצב עלולה להוביל לחוסר יציבות ואף לזעזועים במשק המדינה, על-כן יש ליתן לרשויות המפקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. זאת ועוד, הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי משק וכלכלה עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות אשר על-אף היותן שונות זו מזו ואף מנוגדות – הן עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד" (ההדגשות שלי – מ"מ).

דברים אלה צריכים להנחות אותנו אף בבואנו לבחון את חוקתיותו של תיקון

227 לפקודת מס הכנסה.

48. כמקובל, בחינתה של טענה כנגד חוקתיות של חוק נעשית בשלבים. תחילה יש לקבוע האם החוק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם התשובה היא בחיוב, יש לבחון אם הפגיעה היא כדין, בהתאם לתנאיה של פיסקת ההגבלה – במקרה שלנו – לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך באה לידי ביטוי הגישה הנוהגת במשפטנו, שלפיה זכויות אדם חוקתיות הן יחסיות, ועל כן, ניתן להגבילן, אם קיימת הצדקה לכך. אם הפגיעה עומדת בדרישות פיסקת ההגבלה, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה איננה כדין, צריך לקבוע את תוצאות אי החוקתיות (ראו והשוו: בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, בפסקה 5 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (26.11.2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 281-282 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 2254/13 סמואל נ' שר האוצר, בפסקה 8 לפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל (15.05.2014); בג"ץ 9134/12 פרופ' משה גביש נ' הכנסת, בפסקה 25 לפסק דינה של חברתי, הנשיאה מ' נאור (21.04.2016) (להלן: עניין גביש); בג"ץ 8665/14 דסטטה נ' הכנסת, בפסקה 12 לפסק דינה של חברתי, הנשיאה מ' נאור והאסמכתאות שם (11.08.2015) (להלן: עניין דסטטה)).

מכאן אעבור איפוא לבחינה החוקתית הפרטנית של תיקון 227 לפקודת מס

הכנסה.

49. טענתן העיקרית של העותרות היא כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה פוגע שלא כדין בזכות לפרטיות, וזאת, כך נטען, עקב העברת מידע לרשויות המס בארה"ב באופן

אוטומטי. הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פרטיות וצנעת הפרט", והוא קובע כדלקמן:

- "(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".

50. דומה כי נוכח לשונו הבהירה של סעיף זה – אין אנו נדרשים, לצורכי העתירה שלפנינו, להעמיק בפסיקה הענפה שנדרשה להוראות מפורשות אלה. כפי שנקבע בעבר, הזכות לפרטיות: "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח ה"אני" שלו, בלא מעורבות הזולת" (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח(2) 456, 471 (1994)), וככזו, ראויה היא להגנה חוקתית. חשיבות ההגנה על הזכות לפרטיות נלמדת גם מחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, שעוד קדם לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אוסר על הפגיעה בפרטיותו של אדם.

עם זאת, במציאות הקיימת, נתקשה לדון בזכות לפרטיות, מבלי ליתן משקל למורכבות האינהרנטית הכרוכה בהגנה עליה כיום. זאת, לנוכח האתגרים שמציבה המציאות הטכנולוגית המודרנית (וראו, מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין המשפט לטכנולוגיה, 35-36, 44-55, 57-88 (תשע"א) (להלן: בירנהק)).

המורכבות שבהצבת הגבולות להגנה על הפרטיות, באה לידי ביטוי במיוחד על רקע ה"חשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע" (ראו: בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856 (2004)). חשש זה הולך וגובר ככל שבידי השלטון אמצעים מתוחכמים יותר, אשר מאפשרים פגיעה קשה יותר בזכות. מן העבר השני, ברור גם כי הטכנולוגיה המודרנית הינה כלי חשוב והכרחי בידי השלטון, המסייע לו באופן משמעותי בביצוע תפקידיו. למעשה, מניעה מן הרשויות מלעשות שימוש מאוזן וסביר בכלים הטכנולוגיים העומדים לרשותן, עלולה לפגוע בצורה משמעותית במשילות וביכולתן לבצע את חובותיהן (ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, בפסקה 5 (28.05.2015) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל)).

51. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מאפשר, כאמור, העברה "אוטומטית" של מידע פיננסי בענייניו של בעל חשבון, אשר יש לו "סממנים אמריקניים", כמפורט בתיקון. בתוך כך, בעל החשבון מוגדר כ-U.S. Person, ככל שאין בידו להוכיח כי הוא איננו אזרח ארה"ב, או תושב ארה"ב. למעשה, התיקון קובע כי מוסד פיננסי ישראלי ידרוש מבעל חשבון, או ממי שמבקש להיות בעל חשבון, למסור לו את המידע (לרבות נתונים, הצהרות ומסמכים): "הדרוש לשם בירור זהותו ומדינת תושבותו לצורכי מס או אזרחותו" (ראו: סעיף 135ג לתיקון).

במרכזו של התיקון הוראות המחייבות מוסדות פיננסיים בישראל, ובין היתר: בנקים, חברות השקעות וחברות ביטוח – לזהות את לקוחותיהם, ולהעביר מידע אודותיהם לרשות המס בארץ, משם המידע נשלח לרשויות המס האמריקניות. מעבר לכך, נקבע שמוסד פיננסי ישלח הודעה לבעל חשבון שסווג כ"בר-דיווח", קרי שמידע אודותיו, ובכלל זה המידע אודות החשבון הפיננסי שבבעלותו, או בבעלות ישות שבשליטתו – צפוי להיות מועבר למנהל רשות המסים לצורך העברתו מהמנהל לרשות המסים האמריקנית. הודעה כאמור תשלח 30 ימים לפחות לפני העברת המידע למנהל רשות המסים הישראלית.

52. לכאורה די בסקירת מקצת הסמכויות הקבועות בתיקון 227 לפקודת מס הכנסה כדי להגיע למסקנה, שגם המשיבים אינם חולקים עליה, כי התיקון אכן גורם לפגיעה חוקתית בזכות לפרטיות. עם זאת ברור, שבעצם קיומה של פגיעה כאמור – אין די כדי להביא לפסילתו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה. לפיכך, עלינו לבחון כעת, בהתאם לשיטה החוקתית המקובלת אצלנו, האם הפגיעה בזכות החוקתית, הנגרמת כתוצאה מהוראות התיקון, עומדת בדרישות פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היה ויתברר כי הפגיעה עומדת בדרישות אלה – לא קמה עילה חוקתית לביטולו של החוק.

53. ברם טרם שנעבור לבחינת קיום תנאיה של פיסקת ההגבלה בענייננו, נבחן עוד האם לצד הזכות לפרטיות – התיקון פוגע בזכויות מוגנות נוספות. העותרות טוענות כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה פוגע גם בזכות לשוויון – בשל הפליה הנגרמת, לטענתן, כלפי ה-U.S. Persons, שפרטיותם תפגע כתוצאה מהתיקון, מאחר שהם כפופים למערכת חקיקתית אחרת מזו החלה על יתר הנישומים בישראל. בענייננו, דומה כי קיימים טעמים ענייניים ושוני רלבנטי בין תושבי ישראל המחזיקים אזרחות אמריקנית,

או אחרים שחוקי המס האמריקנים חלים עליהם – לבין אלו שאינם כאלה. אזרחים ותושבים של ישראל המחזיקים אף באזרחות, או בתושבות אמריקנית – כפופים גם לדיני המס האמריקניים – וכפועל יוצא מכך, תושבי ארה"ב ואזרחיה נדרשים, בין היתר, להגיש דיווחים לרשויות המס האמריקניות (חיוב שהיה קיים גם לפני חקיקתו של חוק ה-FATCA). כפיפות שכזו איננה קיימת, כמובן, ביחס למי שאינם אמריקניים במשמעות האמורה.

54. למען שלמות התמונה, יצויין כאן כי בתאריך 14.07.2015 בא-כוח העותרות, עו"ד מרק צל (וצדדים נוספים) הגישו תביעה לבית משפט הפדראלי באוהיו, שעסקה, בין היתר, בעניין חוקתיותו של חוק ה-FATCA. במסגרת תביעתם, התובעים טענו כי חוק ה-FATCA מפלה לרעה בין חשבונות בנק "זרים" של אזרחים, או תושבים אמריקניים, לבין חשבונות "מקומיים" של אזרחים, או תושבים אמריקניים. בתוך כך, נטען כי חוק ה-FATCA מחיל חובת דיווח רחבה יותר על חשבונות בנק "זרים" של אזרחים, או תושבים אמריקניים, שככלל שייכים לאזרחים, או תושבים אמריקניים המתגוררים מחוץ לארה"ב, ובכך נוצרת אפליה נגד אזרחים, או תושבים אמריקניים המתגוררים מחוץ לארה"ב.

55. בתאריך 29.09.2015 בית משפט הפדראלי באוהיו דחה את בקשת התובעים לצו ביניים, בקובעו, בין היתר, כי הסבירות שהתובעים יוכלו לבסס פגיעה בזכות השוויון (בהנחה כי תביעתם לא תדחה על הסף בשל היעדר זכות עמידה) – היא נמוכה, וזאת נוכח שוני רלבנטי שמצא בין חשבונות בנק "מקומיים" לבין חשבונות בנק "זרים" לעניין החשש מהעלמת מיסים (ראו: Crawford v. United States Dep't of the Treasury, No. 3:15-cv-250, 2015 U.S. Dist. LEXIS 131496 (S.D. Ohio, Sept. 29, 2015)).

בתוך כך צויין, כי חוק ה-FATCA לא מפלה בין אזרחים, או תושבים אמריקניים המתגוררים מחוץ לארה"ב, לבין אלה אשר מתגוררים בתוך ארה"ב, זאת מאחר שאזרחים אמריקניים אשר מתגוררים בארה"ב – חבים אף הם בחובת דיווח באשר לחשבונות הבנק הזרים שבבעלותם (שם, בעמ' 39-42). בית המשפט הוסיף וציין באשר לטענת אי השוויון, כדלקמן:

"Plaintiffs have not correctly identified the classification made by these laws. The most basic element of an equal protection claim is the existence of

at least two classifications of persons treated differently under the law. [...] But Plaintiffs fail to recognize that similarly situated persons to themselves—U.S. taxpayers living in the United States who hold foreign accounts—are not treated differently. In fact, for U.S. citizens living abroad, the regulations under 26 C.F.R. § 1.6038D2 do not kick in until higher reporting thresholds are reached [...] To the extent that the law treats U.S. citizens living abroad unequally, it is in their favor insofar as the reporting requirements for foreign accounts are actually less onerous" (שם, בעמ' 41-42).

56. בתאריך 25.04.2016 בית המשפט הפדראלי באוהיו דחה את התביעה על הסף, בשל היעדר זכות עמידה (ראה: Crawford v. United States Dep't of the Treasury, No. 3:15-cv-250, 2016 U.S. Dist. LEXIS 55395 (S.D. Ohio April 26, 2016)), ובתאריך 18.08.2017 בית המשפט הפדראלי לערעורים דחה את הערעור (ראה Crawford v. United States Dep't of the Treasury, 868 F.3d 438 (6th Cir. 2017)). למען שלמות התמונה יצוין, כי לאחרונה, בתאריך 21.12.2017 הוגשה לבית המשפט העליון האמריקאי בקשה ליתן רשות לערער על הדחייה הנ"ל, ובקשה זו תלויה עדיין ועומדת (ראו: Petition for Writ of Certiorari, Crawford v. Dep't of the Treasury, No. 17-911 (U.S. Dec. 21, 2017)).

57. זאת ועוד: טרם שנחתם הסכם ה-FATCA היה בפועל ביכולתן של העותרות (ומי שבשמן הן מדברות) ושל דומיהן לא לדווח בפועל על חלק מנכסיהם הפיננסיים במדינות שמחוץ לארה"ב. הנה כי כן אלמלא החלפת מידע בין המדינות, לא היה ביכולתן של רשויות המס האמריקניות לדעת על חלקיותו של הדיווח שהוגש. כפועל יוצא מכך, לא היה באפשרותן לגבות מס בגין ההכנסות "הלא מדווחות". בנסיבות העניין, סבורני, איפוא כי דווקא העברת המידע באשר לבעלי אזרחות אמריקנית היא זו שמגבירה את השוויון במערכות המס, ומגינה על האינטרסים הלגיטימיים של משלמי המיסים, ובכלל זה יוצרת הגנה נאותה כנגד אפליה בין הנישומים "המשלמים", לבין אלו שהצליחו לחמוק מתשלום המס.

בנסיבות אלו – סבורני כי אין פה פגיעה בזכות לשוויון.

58. העותרות טענו, כאמור, גם לפגיעה בזכות הקניין, נוכח העובדה כי המוסדות הפיננסיים רשאים לסגור חשבונות של בעלי חשבונות, המסרבים למלא טפסים הנוגעים לתיקון, או לחתום עליהם. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה מהי הגדרתו המשפטית של

חשבון בנק (ראו: ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות – חלק כללי, 151-148 (1996) (להלן: בן-אוליאל)), סבורני כי בנסיבות העניין אף אם מדובר בפגיעה בקניין – מדובר בפגיעה העומדת במבחני פיסקת ההגבלה, כפי שאסביר להלן.

59. סעיף 2(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 ביחס לבנקים מסחריים (להלן: "חוק הבנקאות") קובע כי בנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לתת שירות כספי. הוראה זו מקורה בכך שהמחוקק הקנה לתאגידים הבנקאיים יתרון המצוי בייחוד השירות החיוני שהם מעניקים לציבור, ומשום כך יש לחייבם במתן שירות לכל הרוצה בכך (השוו: רע"א 9775/11 אמני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (30.12.2011); דברי ההסבר להצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ה"ח 1497, 106)). ברם, "מכלל לאו אתה שומע הן" – הבנק רשאי לסרב ליתן שירות, מקום בו מדובר בסירוב סביר.

בית משפט זה טרם עסק במישרין בשאלה מתי יחשב סירוב כסירוב סביר, ואולם השאלה נדונה בספרות ונתעוררה במספר פרשות שנדונו בבתי המשפט המחוזיים (ביחס לאיסור הנזכר בחוק הבנקאות). הפסיקה הסתייעה בעקרונות מהמשפט המנהלי, והעניקה לבנקים מתחם סבירות, בגדרו יוכלו להפעיל את שיקול דעתם בעניין. באשר לקשת המקרים האופייניים לקבלת החלטה סבירה בדבר סגירת חשבון, הוזכרו מקרים של התנהגות בלתי הוגנת, או רשלנית מצד הלקוח בניהול חשבונו, באופן הגורם נזק לבנק או לציבור – בין אם מדובר בפעילות בלתי חוקית הקשורה להלבנת הון, מימון טרור, פעילות ספקולטיבית וכיוצא באלה (ראו: בן אוליאל, 433; ה"פ (מרכז) 11043-12-08 קפלן שיווק בשר בע"מ נ' בנק אגוד לישראל בע"מ, פסקה 3 (23.04.2009); ת"א (תל אביב-יפו) 11134-11-12, לד אביבים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקאות 4-5 (08.05.2013); ת"א (חיפה) 19332-12-11 שלש נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פסקה 23 (18.02.2014); ה"פ (נצ"י) 29308-03-15 בוסתן החרמון למסחר בע"מ נ' בנק הפועלים סניף 744, פסקה 10 (13.04.2014)). נטל ההוכחה לסבירות הסירוב – מוטל על הבנק. בהקשר זה נקבע, כי אין די בחשש ערטילאי ואין די בטענה כללית וסתמית, כי קיים חשש להתנהלות בלתי תקינה בחשבון, אלא על הבנק להצביע על מעשים ופעולות קונקרטיות שיש בהם כדי להצביע על קיומו של חשש ממשי (ראו: רע"א 6582/15 עמותת איעמאר לפיתוח וצמיחה כלכלית נ' בנק הדואר, חברת דואר ישראל בע"מ בפסקה 14 (01.11.2015)).

60. מבלי לקבוע מסמרות בדבר – דומה כי בנסיבות העניין, יש למוסדות הפיננסיים על מה לסמוך את החלטתן להורות על סגירת החשבון של מי שמסרב למלא ולחתום על טפסים, וליתן הצהרות ולמסור פרטים אישיים כאמור בתיקון.

בענייננו, הברירה לצייט וכך להשאיר את החשבון "פתוח" נתונה איפוא בידי הלקוח. בנסיבות אלה, מדובר בהחלטה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה החוקתית ומצויה במתחמי הסבירות והמידתיות המנהליים, וזאת אף במיוחד בשים לב לנוק שעלול להיגרם למוסד הפיננסי נוכח הסירוב לשיתוף פעולה מצד הלקוח.

61. נוכח האמור לעיל – אפנה כעת לבחינת הפגיעה בזכות לפרטיות – הנגרמת כתוצאה מהחלת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, במשקפי פסקת ההגבלה. אולם אקדים ואומר כבר עתה כי המסקנה אליה הגעתי היא כי הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה ועל כן אין מקום לביטולו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה.

מבחני פסקת ההגבלה

62. נקודת המוצא בענייננו היא כאמור כי הוראות המחייבות מוסדות פיננסיים בישראל, כדוגמת: בנקים, חברות השקעות וחברות ביטוח – לזהות את לקוחותיהם ולהעביר באופן אוטומטי מידע אודותיהם לרשות המס בארץ ומשם לרשויות מס זרות – פוגעות בזכות לפרטיות (ואף בזכות החוקתית לכבוד האדם), ואולם הפגיעה בזכות לפרטיות איננה מהווה כאמור סוף פסוק לגבי תוקפו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, שכן יש עדיין לבחון אם הפגיעה היא כדין (ראו: עניין אלחנתי, בעמ' 467; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, בפסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.02.2012) (להלן: עניין ניר); עניין גביש, בפסקה 35). חוקיות הפגיעה נבחנת בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, לפיהם אין פוגעים בזכויות חוקתיות אלא בחוק, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שנועד לתכלית ראויה ובאופן שאינו עולה על הנדרש. פסקת ההגבלה היא אמת המידה לאיזון בין הערכים המתנגשים (ראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 764 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי)). היא משקפת את הגישה הנוהגת במשפטנו שלפיה כאמור זכויות חוקתיות אינן מוחלטות, והיא גם "מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם" (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 692 (2006)). על כך עמדה גם הנשיאה ד' ביניש בעניין הפרטת בתי הסוהר, בקובעה כדלקמן:

"פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפישתנו החוקתית לפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות

להגבלה. פיסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול – היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים שבהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת” (שם, בעמ’ 620; ההדגשה שלי – ח”מ).

תנאיה של פיסקת ההגבלה נבחנים, בין היתר, בהתחשב במהות הזכות הנפגעת, בתכלית החקיקה ובעוצמתה של הפגיעה הנגרמת במקרה הנדון (ראו: עניין ניר, בפיסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה ד’ ביניש; עניין מנחם, בעמ’ 258-259).

63. בענייננו הפגיעה היא באמצעות חוק (הוא תיקון 227 לפקודת מס הכנסה), ולפיכך תנאי זה מתקיים. יתר על כן, בחקיקת חוק ייעודי לצורך זה נקטה הכנסת משנה זהירות, שכן פיסקת ההגבלה מאפשרת, כאמור, במקרים המתאימים, פגיעה בזכות החוקתית גם מכוח הסמכה מפורשת בחוק לשם כך (ראו: עניין המפקד הלאומי), והרי בפקודת מס הכנסה ישנן הוראות חוק (ראו למשל: סעיפים 196, 197, 214א, 241ב(א)), 214ג ו-214ד), שיתכן וניתן היה להתבסס עליהן לצורך האמור, שכן הן נותנות עדיפות למה שנקבע באמנת מס – על פני הוראות הפקודה הרגילות.

64. באי-כוח הצדדים לא הרחיבו בטיעוניהם לפנינו גם בעניין הלימתו של התיקון את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולכן אנו מניחים שהעותרות אינן כופרות בכך שהתיקון הולם תנאי זה. לפיכך נדון עתה בתכליתו של התיקון, ולבסוף – וזה עיקר הדיון בשאלה שלפנינו – במידתיות התיקון.

תכלית ראויה

65. תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים אינטרסים ציבוריים חשובים (ראו: עניין דסטא בפיסקה 24 לפסק דינה של חברתי, הנשיאה מ’ נאור), או אם היא נועדה לקדם זכויות אדם “לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים, באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט” (ראו: עניין מנחם, בעמ’ 264).

66. התכלית הראשונה והעיקרית של התיקון – היא להבטיח כי רשויות המדינה והמוסדות הפיננסיים בישראל יקיימו את הוראות חוק ה-FATCA, ולצורך כך יקיימו את הוראות הסכם ה-FATCA שנכרת בין ממשלת ישראל לבין ממשלת ארה”ב. לטענת המשיבים, הבטחת עמידתה של המערכת הפיננסית בישראל בהוראות חוק ה-FATCA

היא הכרחית כדי להבטיח כי לא יוטלו על המוסדות הפיננסיים בישראל העיצומים המעוגנים בחוק ה-FATCA. זה המקום להזכיר, כי מדינות רבות ברחבי העולם – ובכלל זאת מדינות מרכזיות במערכת הפיננסית העולמית (כדוגמת: גרמניה, צרפת ובריטניה) חתמו על הסכם עם ארה"ב ליישום חוק ה-FATCA על המערכת הפיננסית במדינתם.

67. תכליתו הנוספת של התיקון – היא לאפשר למדינת ישראל ליטול חלק במגמה העולמית החשובה של חילופי מידע אוטומטיים בין מדינות, הנדרשת כדי להתמודד עם התופעה הגלובלית של העלמות מס. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה נועד ליישם בישראל בעתיד – בכפוף להתקנת תקנות באישור ועדת הכספים של הכנסת – את התקן לחילופי מידע אוטומטיים שנקבע על-ידי ה-OECD וכן לאפשר לרשויות המס בישראל לקבל מידע מרשויות המס בארה"ב, כמפורט בהסכם ה-FATCA, בין היתר, על הכנסותיהם הפיננסיות של בעלי אזרחות, או תושבות בארה"ב, החבים במס בישראל.

68. לצד תכליות אלה קיימת תכלית נוספת שעניינה בחיזוק יכולת האכיפה של ישראל כלפי מעלימי מס מחוץ לגבולות המדינה, מה שיאפשר לה לעמוד בסטנדרטים הבינלאומיים עליהם התחייבה. בהקשר זה יש להבין את המציאות החדשה שנוצרה בעולם בסמוך לחקיקת חוק ה-FATCA. מדובר במציאות של אכיפה מחמירה, אשר הציבה כיעד: מאבק בהעלמות מס ברחבי העולם – מטרה בה לוקחים רובם המוחלט של המדינות והמוסדות הפיננסיים בעולם. בהינתן נסיבות אלו, הנני סבור כי ייעול יכולת האכיפה של מדינת ישראל כלפי מעלימי מס מחוץ לגבולות המדינה – מהווה אף היא תכלית ראויה.

69. ברי, כי יש בתיקון 227 לפקודת מס הכנסה אלמנט של הגברת שיתוף הפעולה בין מדינות בנושא מס, תוך כינון מנגנונים לעידוד שקיפות והחלפת מידע. לפיכך, ניתן לסכם ולומר כי התכליות האמורות – העומדות ביסוד תיקון 227 לפקודת מס הכנסה – הן תכליות ראויות.

70. במצב דברים זה, עיקר דיוננו יעסוק איפוא במידתיות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה וההסדרים שגובשו במסגרתו. העותרות עצמן מיקדו את טענותיהן בכך שהתיקון איננו עומד במבחני המידתיות, שכן לגישתן, העברה "גורפת ואוטומטית של מידע פרטי", מבלי שהוגשה לגביו בקשה אינדיבידואלית, תוך פגיעה בזכויות יסוד כאמור לעיל, איננה יכולה להיחשב כאמצעי מידתי להשגת התכלית. לפיכך, דיוננו יתמקד תחילה במידתיות התיקון כמכלול, בשים לב למנגנונים והאיזונים הפנימיים שגובשו במסגרתו. לאחר מכן נדון בקצרה אף בבחינה פרטנית של ההסדרים הנתקפים בעתירה.

71. על הפגיעה בזכות להיות מידתית. בהקשר זה נפסק כי: "בעוד פסקת ההגבלה עומדת בליבת הבחינה החוקתית, מבחן המידתיות עומד בליבת פסקת ההגבלה" (עניין לה"ב, בפסקה 111 לפסק דינה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה). במסגרת מבחני המידתיות יש לבחון באופן עקרוני את היחס שבין התכלית של החוק לבין האמצעים שבחר המחוקק לצורך הגשמתה של תכלית זו (ראו, למשל: בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, בפסקה נד לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (26.3.2015) (להלן: עניין גורביץ)). מבחני המידתיות מבטאים את התפיסה שלפיה לא די בכך שתכלית החוק תהא ראויה, אלא שיש צורך לוודא כי גם האמצעים שנבחרו להגשמתה של תכלית זו – יהיו ראויים והולמים (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 705 (2006)). מידתיות החוק נבחנת באמצעות שלושה מבחני-משנה (ראו: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.04.2015)):

מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי. מבחן זה בוחן האם האמצעים שבחוק מקדמים את התכליות אותן נועד החוק להגשים (ראו, למשל: אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 374-373 (2010) (להלן: ברק-מידתיות)).

מבחן המשנה השני – הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (המכונה גם "מבחן הצורך"). מבחן משנה זה בוחן האם האמצעי החקיקתי שנבחר פוגע בזכות החוקתית באופן הפחות ביותר מבין האמצעים האפשריים המגשימים את התכלית הראויה של החוק.

לבסוף, מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר" – מבחן של איזון. "זהו המבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני-המשנה" (ברק-מידתיות עמ' 419 ; 432-433), והוא בוחן קיומו של יחס מידתי בין התועלת הגלומה בהגשמת תכלית החוק לבין הנזק אשר עלול להיגרם לזכות המוגנת.

72. על-פי מבחן הקשר הרציונלי, נדרש, כאמור, כי השימוש באמצעי שבחר המחוקק יוביל להגשמת התכלית שביסוד החוק. מבחן זה לא דורש כי האמצעי שבחוק יוביל בוודאות גמורה להגשמת התכלית. די שקיימת היתכנות סבירה לכך שהאמצעי שנבחר מקיים את התכליות העומדות בבסיסו, כדי לקבוע כי מתקיים קשר רציונלי בין תכליות לבין האמצעים שנקטים בו (ראו: עניין גביש, בפסקה 45). עם זאת, אין להסתפק בסיכוי קלוש ותיאורטי (ראו: עניין עדאלה, בעמ' 323).

73. האם יש בכוחו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה להגשים את תכליותיו? סבורני כי התשובה על שאלה זו היא בחיוב. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מבוסס על שיקולים רציונליים, להם ניתן למצוא תימוכין במחקרים בספרות הכלכלית והמשפטית (ראו: יצחק עמיאל "חידושים במיסוי בינלאומי בקליפת אגוז" מיסים טז/3, 91 (2002); OECD report for the G-8 Summit, A Step Change in Tax Transparency, delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic (exchange for the multilateral context, June 2013).

74. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מטיל על מוסדות פיננסיים חובות שונות, ובין היתר: החובה לזהות בעל חשבון ולדרוש ממנו למסור פרטים, כל זאת כדי לסווג כנדרש בהסכם ה-FATCA (סעיף 135ג לפקודה); חובה להודיע ללקוח שחשבונו סוג כבר-דיווח לצורך העברת מידע לגביו לרשות המסים וממנה – לרשויות מס במדינות אחרות. הודעה זו יש לשלוח לפחות 30 ימים לפני העברתו של המידע (סעיף 135ד לפקודה), ואז באין השגה – חובה להעביר את המידע האמור לרשות המסים (סעיף 135ג(ג) לפקודה). בצד זה ניתנת למוסדות הפיננסיים האפשרות לסגור חשבונות של בעלי חשבונות המסרבים למלא טפסים הנוגעים לתיקון, או לחתום עליהם (סעיף 135ה(1) לפקודה).

לפיכך, תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מעוצב באופן שמקיים את התכלית העיקרית של קיום הוראות חוק ה-FATCA, בכך שהוא מאמץ את ההסדרים העיקריים הקבועים ב-FATCA וחוק ה-FATCA ובהסכם ה-FATCA.

75. זאת ועוד: אם בעבר נאלצו רשויות המס לבקש מידע לגבי נישום ספציפי, עתה המגמה בעולם היא ליצור כאמור מנגנונים שיאפשרו חילופי מידע אוטומטיים לגבי קבוצות גדולות של נישומים, אשר מאופיינים על פי קריטריונים מסוימים. ואכן בתיקון

227 לפקודת מס הכנסה, וכך גם בחוק ה-FATCA, נקבעה אמת מידה ברורה לחשבונות שלגביהם יועבר מידע באופן אוטומטי – כל חשבון השייך לאדם שיש לו "סממנים אמריקניים" ומוגדר כ-U.S. Person ואשר לא הצליח להוכיח כי אינו אזרח, או תושב ארה"ב. משהוגדר בעל חשבון כ-U.S. Person, קיים איפוא חשד כי הוא "נתפס" ברשת המס של ארה"ב – ומשכך קמה "הצדקה" להעברת המידע בעניינו לרשויות המס האמריקאיות. נוכח האמור, סבורני כי מתקיים גם קשר רציונלי בין הוראותיו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, לבין עידוד מעורבותה של ישראל במגמה העולמית החשובה של שקיפות וחילופי מידע אוטומטיים בין מדינות.

76. כן מתקיים קשר רציונלי בין התכלית שעניינה שיפור יכולת האכיפה של ישראל כלפי מעלימי מס מחוץ לגבולות המדינה, לבין הוראות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, שכן התיקון קובע מנגנונים לשיתוף פעולה בין המדינות, לרבות באמצעות חילופי מידע אוטומטיים, המאפשרים אף למדינת ישראל להילחם ביתר שאת במעלימי מס שלה ברחבי העולם.

77. הבחירה בין אמצעים אפשריים שונים להגשמת התכלית תיבחן עתה במסגרת מבחני המשנה השני והשלישי של דרישת המידתיות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

78. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה כולל שני יסודות:

היסוד הראשון בוחן האם קיימת חלופה, אשר יש בכוחה להגשים את מטרתו הראויה של החוק באותה מידה כמו האמצעים שנקטו בחוק.

היסוד השני בוחן האם החלופה פוגעת במידה פחותה בזכויות חוקתיות מפגיעתו של החוק העומד לבחינתו של בית המשפט (ראו: ברק-מידותיות, בעמ' 399).

79. בענייננו המחוקק העדיף לקבוע, במסגרת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, העברת מידע אוטומטית וכוללנית לגבי בעלי חשבונות שעומדים בקריטריונים מסויימים, על פני העברת מידע אינדיבידואלית, בהתאם לבקשה ספציפית שתוגש לרשות המס. על דרך העיקרון, הסדר גורף עשוי לעורר חשד לאי-מידתיות במובנו של מבחן המשנה השני (ראו: דנג"ץ 203/14 צלאח נ' שרות בתי הסוהר (14.4.2015)). יחד עם זאת ייתכנו מצבים שבהם בדיקה אינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו של החוק באותה מידה

שאליה כיוונו המחוקקים (ראו: עניין עדאלה; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012)). ואמנם לנוכח מכלול החומר שהוצג לנו, אני סבור כי בענייננו – המשיבים הראו נימוקים כבדי משקל לפיהם אם העברת המידע תיעשה באמצעות בחינה אינדיבידואלית בהתאם לבקשה ספציפית – הדבר יביא למניעת הגשמתן של מטרת התיקון, ולמעשה יעקר מתוכן את התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל ליישם חילופי מידע שימנעו העלמות מס. ארחיב ואפרט עוד בנושא זה מיד בסמוך.

80. בנדון דידן, בחינה אינדיבידואלית – איננה עונה על הצורך של החלפת מידע לגבי קבוצות גדולות של נישומים, אשר עומדים בקריטריונים מאפיינים מסוימים, וזאת במטרה לייעל את הליכי שיתוף המידע בין המדינות. מודל כזה אף עלול לשבש את המערכת הפיננסית הישראלית, שכן מדינת ישראל עלולה למצוא עצמה מפרה את התחייבויותיה במסגרת הסכם ה-FATCA, עליו חתמה. מעבר לכך, חתימה על הסכם ה-FATCA, חקיקת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה והתקנת תקנות היישום שאושרו מכוחו – מהווים, לשיטתי, **משום אמצעי שפגיעתו פחותה**, וזאת בשים לב לכך שסירובה של מדינת ישראל לפעול ברוח ההסדרים המרכזיים שעוצבו בהסכם ה-FATCA, ובכלל זאת העברת המידע אודות בעל חשבון עם זיקה אמריקאית (ללא בקשה אינדיבידואלית), תוביל לכך שמוסדות פיננסיים ישראלים יאלצו לעמוד מול שתי אפשרויות פוגעניות לא פחות כלפי הציבור הישראלי:

אפשרות אחת, כפי שהוצגה בתגובתם של המשיבים 7-8, הינה חתימה על הסכם פרטני אל מול רשויות המס האמריקניות, אשר ממילא תחייב את המוסדות הפיננסיים להעביר את המידע הנ"ל ללא בקשה אינדיבידואלית, או לנכות מס במקור של 30% לגבי בעלי חשבונות סרבנים, או למצער לסגור את חשבונותיהם של בעלי חשבון שמסרבים להסכים להעביר מידע לגביהם.

אפשרות שניה, היא הגדרת המוסד הפיננסי כ"לא מצייתי", דבר אשר יוביל למצער להפעלת הסנקציה של ניכוי מס במקור בגובה של 30% מכל הסכומים המועברים לאותו מוסד פיננסי ממקור אמריקני, דבר שעלול אף להוביל לניתוק קשרים עסקיים עם מוסדות פיננסיים אחרים בעולם, אשר יחששו לקיים פעילות עסקית עם מוסדות המוגדרים כמי שאינם מצייתים לחוק ה-FATCA (ראו: מש/2 מכתבה של נגידת בנק ישראל מתאריך 13.04.2014; מש/3 – פניית אגוד הבנקים למשרד האוצר מתאריך 10.05.2012). כך, למשל, כספי פנסיה של כל תושבי מדינת ישראל, אשר בחלקם מושקעים, באמצעות חברות הביטוח וקרנות הפנסיה בארה"ב – עלולים להיות חשופים לניכוי מס במקור של 30%.

לפיכך, אלמלא היתה מדינת ישראל חותמת על ההסכם הביטראלי עם ארה"ב – ולא הייתה משנה את החקיקה הרלבנטית בישראל (באמצעות תיקון 227 לחוק), ייתכן מאוד כי מוסדות פיננסיים ישראלים היו מוצאים את עצמם ללא יכולת לקיים יחסים בנקאיים וכספיים מול מוסדות פיננסיים זרים. מצב זה עלול היה לגרום לכך שהמערכת הפיננסית בישראל כולה היתה נפגעת קשות – כאשר הפגיעה שהיתה מתרחשת היתה נוגעת גם במוסדות הפיננסיים בישראל ככאלה וגם בכל בעל חשבון, כלומר בכל הציבור הישראלי, ולא דווקא בציבור ספציפי נתון.

81. זאת ועוד – אחרת: הוראות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מצומצמות יותר מהסדר הכללי הקבוע בהסכם ה-FATCA. במסגרת ההסכם האמור, מדינת ישראל נקטה באמצעים שונים כדי לצמצם את אוכלוסיית בעלי החשבון (עליהם יש לדווח) – אף בהשוואה למדינות אחרות שנקשרו עם ארה"ב בהסכמים דומים. יתר על כן, במסגרת המו"מ לחתימת ההסכם הביטראלי בין ישראל לארה"ב – מדינת ישראל הצליחה להחריג שורה של גופים והסדרים פיננסיים שונים מתחולת ה-FATCA (ראו: Annex B להסכם ה-FATCA), דבר שתוצאתו הינה הפחתת המידע שיסופק לשלטונות ארה"ב בגין כספי הלקוחות המוחזקים באותם גופים, ומתן פטור לגופים מסוימים מאיסוף ומתן המידע (ראו גם: פרוטוקול מס' 124 של ועדת הכספים של הכנסת, 53-29 (20.06.2016)). כך יצא, שהסכם ה-FATCA הביא לכך שהוראות חוק ה-FATCA לא יחולו על: קרנות פנסיה; קופות גמל; ביטוחי מנהלים; קרנות השתלמות לשכירים; חשבונות עורכי דין, רואי חשבון וטוענים רבניים; חשבונות ועדי בית; חשבונות ועדי עובדים, וקופות מיוחדות מסוימות (לדמי מחלה, לדמי חופשה ולפיצויים).

82. יתרה מזאת, לאור חקיקת תיקון 227 לפקודת מס הכנסה והתקנת תקנות היישום שאושרו מכוחו – יישום הסכם ה-FATCA ייעשה על-ידי המוסדות הפיננסיים בישראל באמצעות חיקוקים ישראליים שאושרו על-ידי הגורמים הישראלים המוסמכים, ולא על פי הסכם פרטני שהיה נחתם ישירות בין כל מוסד פיננסי לבין ארה"ב, ללא יכולת של המדינה להיות שותפה להליך, לפקח עליו וליהנות ממנו.

83. בהינתן נסיבות אלו, מסקנתי היא כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה צולח את מבחן המידתיות השני.

84. במסגרת מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – נבחנת השאלה האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שעתידה לצמוח מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה האפשרית בזכויות החוקתיות הנלוות לו. מבחן-משנה זה הוא מבחן ערכי, המבוסס על איזון בין זכויות לבין אינטרסים (ראו, למשל: עניין דסטטה, בפסקה 24 לפסק דינה של חברתי, הנשיאה מ' נאור).

85. במקרה שלפנינו דומה כי התועלת הגלומה בהוראות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה – עולה באופן ניכר על הפגיעה הנטענת בזכויות כפועל יוצא מהחלתו. הימנעות מיישום הוראות ה-FATCA על-ידי המוסדות הפיננסיים הישראליים – עלולה היתה להביא לכך שמוסדות פיננסיים בישראל היו מוצאים את עצמם כאמור ללא יכולת לקיים יחסים פיננסיים מול מוסדות פיננסיים זרים, שכן היו מוגדרים כ"לא מציינים", ואף היו חשופים לניכוי כללי במקור של 30%. במצב זה, אין זה מרחיק לכת לגרוס כי לולא ישראל היתה חותמת על הסכם בילטראלי ליישום חוק ה-FATCA ומעדכנת את חוקיה הפנימיים בהתאם – היתה נגרמת פגיעה משמעותית למוסדות הפיננסיים ולכלל ציבור בעלי החשבונות בישראל, ומכאן גם שהיתה צפויה פגיעה משמעותית בכלכלה הישראלית, לרבות פגיעה תדמיתית שהיתה כרוכה בזיהויה של ישראל כמדינה המבקשת להקל, או לעודד מעלימי מס. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בנושא על-ידי נגידת בנק ישראל במכתבה לראש ממשלת ישראל ולשר האוצר:

"הנזק המערכתי שצפוי להתרחש אם המערכת הפיננסית בישראל לא תשתף פעולה עם הוראות ה-FATCA (עם הסכם או בלעדיו), עד כדי חוסר יכולת לתפקד, גדול לאין ערוך מהנזק הפוטנציאלי ליחידים בעלי אזרחות כפולה" (שם, בסעיף 7.3).

86. אשר על כן, בהתחשב במכלול הטעמים שפורטו לעיל, אני סבור כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה עומד גם במבחן המידתיות השלישי, ובכך הוא צולח את הבחינה החוקתית במלואה.

למען שלמות התמונה – אפנה עתה לבחינה פרטנית של ההסדרים העיקריים הנתקפים בעתירה.

87. תיקון 227 לפקודת מס הכנסה מתיר למוסדות הפיננסיים לדווח על חשבונות פטורים (כגון חשבונות של יחידים מתחת ל-50,000 דולר), אך ורק כאשר מתעורר חשד ממשי כי נעשתה בחשבון פעולה שמטרתה לעקוף את חובת הזיהוי והדיווח שנקבעה בתקנות היישום. על אף האמור, העותרות מלינות על כך שתקנה 3(4)(ב) לתקנות היישום איננה מידתית. בתוך כך העותרות טוענות כי תקנה זו מאפשרת למוסדות הפיננסיים בישראל לדרוש מבעלי חשבון תיעוד עצמי בעת פתיחת חשבון חדש של יחיד על אף שערכו איננו עולה על 50,000 דולר.

88. העותרות אינן עורכות הבחנה ראויה בין הליך הזיהוי של בעלי החשבון לבין הליך הדיווח. כאמור, לעניין הליך הדיווח – מדינת ישראל הגבילה את שיקול הדעת של המוסדות הפיננסיים באשר לבעלי חשבונות יחידים שערך חשבונותיהם איננו עולה על 50,000 דולר, וקבעה כי אין לדווח על בעלי חשבון מסוג זה – למעט במקרים חריגים. מכאן שטענתן של העותרות כי תקנה 3(4)(ב) לתקנות היישום: "פותחת פתח למקרים בהם חשבון יסווג כחשבון בר-דיווח והמידע אודותיו יועבר לרשויות המס בארה"ב גם כשאין חובה בכלל" – שגויה מיסודה.

89. לעניין הליך הזיהוי – התקנה אכן מאפשרת למוסדות הפיננסיים בישראל לדרוש מבעל חשבון פרטי חדש, שערכו איננו עולה על 50,000 דולר לחתום (בעת פתיחת חשבון) על מסמכים מסוימים המעידים על תושבות המס שלו. מדובר בהוראה התואמת את ההסכם ה-FATCA והינה חיונית להתנהלות התקינה של המוסדות הפיננסיים, זאת מאחר שלא ניתן לדעת מראש האם ומתי ערך החשבון יגיע, או יחצה את הסכום האמור, הכל כפי שאסביר להלן.

אכן אם נניח שבעל חשבון לא היה צריך לחתום על מסמכי זיהוי בעת פתיחת חשבון שערכו איננו עולה על 50,000 דולר – הרי שברגע שערך החשבון היה מגיע לסכום הנ"ל, המוסד הפיננסי היה מחויב לזהותו, ובמקרה שהדבר לא היה מצליח, אף לנקוט בצעדים כגון סגירת החשבון. במקרה כזה, בעל חשבון כאמור עלול היה לעמוד בפני עובדה מוגמרת (או שוקת שבורה) ולא יכול היה לשנות את התוצאה של העברת פרטיו. זאת, בשונה ממצב הדברים לאחר חקיקת התיקון – בו בעל חשבון שמוגדר כאמריקאי מקבל עדכון כבר בעת פתיחת החשבון כי הוא זוהה כאמריקאי וכי דיווח על החשבון יימסר אם היתרה תהיה גבוהה מ-50,000 דולר, וכך יש לו למעשה יכולת לכלכל את צעדיו טרם שיועבר הדיווח בעניינו.

(ב) טענת העותרות כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה איננו כולל מנגנונים מספיקים לאבטחת המידע המועבר לרשויות ארה"ב

90. הסכם ה-FATCA והחקיקה הרלבנטית באמצעות תיקון 227 לפקודת מס הכנסה ותקנות היישום – כוללים מנגנון מוטמע לאבטחת המידע המועבר לרשויות האמריקניות (כמו גם לאבטחת המידע שיועבר לרשויות הישראליות מארה"ב). במסגרת האמור, סעיף 8(3) להסכם ה-FATCA קובע כדלקמן:

"לאחר כניסתו של הסכם זה לתוקף, כל רשות מוסמכת תמסור הודעה בכתב לרשות המוסמכת האחרת, כאשר היא השתכנעה שסמכות השיפוט של הרשות המוסמכת האחרת הנהיגה (i) אמצעי הגנה מתאימים המבטיחים שהמידע שהתקבל בהתאם להסכם זה יישאר חסוי וישמש אך ורק לצורכי מס" (ההדגשה שלי – ח"מ).

91. בנוסף במסגרת הסכם ה-FATCA נכלל כאמור פרק שעניינו: "Confidentiality and Data Safeguards", אשר במסגרתו נקבעו הסדרים שונים לגבי סודיות המידע שיועבר במסגרת ההסכם.

92. זאת ועוד – בהמשך להוראות האמורות, נערכה ביקורת מצד רשות המיסים הישראלית באשר לאבטחת המידע ב-IRS. הביקורת כללה: הכנת תוכנית לאבטחת מידע של רשות המיסים בישראל, תוך הסתייעות בחברה לייעוץ, המתמחה בתחום אבטחת המידע, וקיום פגישות עם אנשי חברת הייעוץ בהן נדונו הדרכים לאבטחת המידע ב-IRS; קבלת מסמך מה-IRS הכולל התייחסותם לנושאי אבטחת מידע ויישומם, ופגישות בארץ ובארה"ב של הגורמים המקצועיים המופקדים על הנושא. בסופו של יום, עמדתם של הגופים האמונים על המכלול, היא שמערכות שמירת המידע, אופן שמירת המידע וההגנה עליו – תואמים את הדרישות הקיימות בתקנות הגנת הפרטיות של ישראל, כמובהר להלן.

93. כפי שפורט לעיל, רשויות המס האמריקניות אימצו מנגנון מאובטח להעברת מידע המכונה IDES (International Data Exchange System), שעליו מבוססת המערכת לעברת המידע. לאחר שהתקיימו ישיבות והתייעצויות מרובות בנושא אבטחת המידע – הגורמים הרלוונטיים שוכנעו כי ננקטו אמצעים מספיקים לשם כך וכי אמצעים אלה תואמים את הדין בישראל (האמור עולה הן מהחלטה מס' חכ/23 (ראו: פסקה 16 לעיל), הן מהסכם ה-FATCA עצמו (ראו: פסקאות 19-20), והן מהנוהל שאימצו יחדיו רשויות המס האמריקנית והישראלית (ראו: פסקה 21 לעיל)).

בנסיבות אלה, אינני סבור כי העותרות הרימו את הנטל המוטל עליהן להראות כי חרף עמדות הגורמים המקצועיים, לפיהן לא נפל כל פגם במנגנון שאומץ לאבטחת המידע – הדבר איננו מספק את ההגנה הנדרשת. כל שנטען על-ידי העותרות הוא כי בתקשורת דווחו מקרים שבהם מאגרי המידע של ה-IRS האמריקני נפרצו. דא עקא, בהצגת דיווחים תקשורתיים – אין כמובן די כדי להרים את הנטל הגבוה המוטל עליהן להוכיח את טענתן האמורה. לגופם של דברים, המשיבים ציינו בתגובתם לצו הביניים כדלקמן:

“הופנתה שאלה בעניין מצג נציגיהם של רשות המיסים למקביליהם ב-IRS. מנהל חטיבת אבטחת המידע ב-IRS השיב בעניין זה כי לא בוצעה חדירה לשרתי המידע של ה-IRS ולא נגנב או נלקח שוב מידע רגיש וסודי, וכי המדובר באירועים בהם השתמשו במידע שנגנב מגופים אחרים כדי להתחזות כאזרחים המבקשים החזרי מס לגיטימיים” (ראו: שם, בסעיף 55(ב) לתגובה (ההדגשה שלי – ח”מ)).

94. זאת ועוד – אחרת: החשש שמעלות העותרות בטענתן במישור זה נוגע לשימוש לא ראוי במידע ולזליגה של הנתונים. ברור הוא כי ככל שימצאו העותרות עדויות לשימוש לא ראוי הנעשה במידע המצוי בידיהן של רשויות המס – פתוחה בפניהן הדרך לפעול בדרכים המתאימות לכך לשם שמירת זכויותיהם ואכיפת נזקייהם, ככל שיהיו כאלה.

95. זה המקום לציין כי לא מצאתי ממש גם בהפניית העותרות לפסק הדין בעניין שרמז (ולהחלטתה של הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע של משרד המשפטים בעקבות פסק-הדין האמור), ובטענה כי ארה”ב איננה מספקת רמה הולמת של הגנה על המידע, והכל כפי שיוסבר להלן:

ראשית, פסק הדין בעניין שרמז עוסק בהעברת מידע של חברות פרטיות בין שרתים באירופה לבין שרתים בארה”ב, והוא איננו נוגע להעברת מידע בין רשויות ממשלתיות.

שנית, הטענה שהועלתה בעניין שרמז בנוגע להיעדר הגנה הולמת על המידע הפרטי שמועבר – הייתה נעוצה בעובדה שנטענה כי לגופים המודיעיניים האמריקנים היתה גישה, כמעט בלתי מוגבלת, למידע – בצורה שנוגדת לכאורה את חוקי האיחוד האירופי בעניין שמירה על פרטיות המידע. ואולם בענייננו טענתן המרכזית של

העותרות איננה מופנית כלפי נגישות הרשויות למידע, כי אם כלפי חשש משימוש במידע על-ידי "צדדי ג' זרים". ראוי לציין בהקשר זה כי כבר באמנה שנחתמה בווינגטון בתאריך 20.11.1975, בין ממשלת ארה"ב לבין ממשלת ישראל בדבר מסים על הכנסה, נקבע כי ניתן יהיה להשתמש במידע אך ורק לצורכי אכיפת חוקי מס.

שלישית, לאחר פסק הדין שניתן עניין שרמז – ארה"ב והאיחוד האירופי חתמו על הסכם חדש המאפשר לבצע העברות מידע (ראו: (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, OJ L 207, 1.8.2016, p.1); למען שלמות התמונה יצוין כי ישנה עתירה תלויה ועומדת שתוקפת את חוקתיות ההסכם החדש; La Quadrature du Net e.a. v Commission, Case T-738/16 ; (Oct. 25, 2016).

רביעית, מרבית המדינות באירופה, וביניהן גם אוסטרליה (מדינת מוצאו של מר שרמז) חתומות על הסכמי FATCA, מה שמלמד שאף לשיטת אותן מדינות – אין לטענת העותרות בהקשר זה מקום.

(ג) טענת העותרות כלפי הנחיות המפקח על הבנקים

96. הלכה היא, כי מי שמבקש לעתור לבית המשפט – עליו למצות תחילה את ההליכים העומדים לרשותו מול הרשויות המוסמכות כלפיהן מופנות טענותיו (ראו: בג"ץ 6997/11 ברוש נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (05.12.2011)). בענייננו, העותרות נמנעו מלמצות את ההליכים העומדים לרשותן עובר להגשת העתירה ולא פנו כלל בפנייה מוקדמת למפקח ולא העלו את טענותיהן בפניו, ודי בכך כדי לדחות את טענתן.

97. לגופם של דברים, בהנחיות המפקח על הבנקים – המפקח הנחה את התאגידים הבנקאיים להיערך ליישום של הסכם ה-FATCA, ומסגרת האמור, הנחה את המוסדות הפיננסיים "למנות אחראי ולהקים צוות עבודה ייעודי אשר ירכז את יישום ההוראות, בכפיפות ישירה לחבר הנהלה". סבורני, כי בנסיבות העניין – המפקח פעל בהתאם לסמכות ולשיקול הדעת המוקנים לו בסעיף 5 לפקודת הבנקאות, 1941. זה המקום להדגיש, כי המפקח ראה לנכון לציין בהנחיותיו כי על פעולות התאגידים הבנקאיים להיעשות: "תוך התחשבות בחובות הבנק כלפי לקוחותיו, ולאחר בחינה זהירה של הנסיבות" (סעיף 6 להנחיות המפקח על הבנקים). משאלה הם פני הדברים – לא מצאתי ממש אף בטענתן של העותרות בהקשר זה.

(T) טענת העותרות כי תיקון 227 לפקודת מס הכנסה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות

98. ככלל, כאשר בהסכמים בינלאומיים עסקינן – בית המשפט ינהג בריסון רב, בשים לב לכך שלרשות המבצעת עומדת הסמכות הבלעדית בכל הנוגע להתקשרות בהסכמים כאלו (ראו: ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 96 (1968)). כך גם החתימה על הסכם ה-FATCA התבצעה במסגרת שיקול הדעת הרחב המוענק לממשלה בקבלת החלטות בדבר מדיניות (ראו: בג"ץ 7793/11 בן ארי נ' בנימין נתניהו, בפסקה 8 (26.10.2011)). יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בבג"ץ 7210/98 פולארד נ' ראש ממשלת ישראל (17.11.1998):

“עיקר הוא, כי מצויים אנו בתחום ההסכמים המדיניים שבין המדינה לבין גופים לבר-המדינה, והלכה מכבר היא - הלכה מקובלת ומבוססת - כי בנושאים כגון אלה של הסכמים מדיניים מובהקים עם גורמי-חוץ לא יידרש בית-המשפט לעתירות שעניינן תוכנם של אותם הסכמים. הסכמים אלה, עניינם הוא בסמכותן של רשויות מדינה אחרות, ואנו לא נורה את המדינה מה תעשה ומה לא תעשה”.

99. זאת ועוד – אחרת: על-פי הכללים המקובלים במדינתנו – הממשלה רשאית לחתום על אמנות בינלאומיות ולאחר מכן – ככל שמוצאת הכנסת לנכון – היא מחוקקת חוק לקליטתן (ראו, למשל: חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995).

100. הרשות המחוקקת איננה מחויבת – אם אינה רוצה בכך – לקלוט את האמנה בחוק. דהיינו, באפשרותה להימנע מקליטתה של האמנה, או, לחלופין, לקלוט אותה באופן חלקי (ראו, למשל, חוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996, אשר קלט רק חלק מההוראות של האמנה בנושא (עיינו: ע"פ 1548/13 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.01.2014)). בענייננו, הכנסת בחרה לחוקק את תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, ולהפכו לחלק מן הדין הפנימי הישראלי. הצעת החוק הישראלית נבחנה בכובד ראש, תוך שהתקיימו 5 דיונים ממושכים בנושא בוועדת הכספים של הכנסת. בסופו של יום, הצעת החוק הישראלית אושרה בכל שלוש הקריאות ובוועדת הכספים פה אחד, ללא מתנגדים וללא נמנעים. יודגש, כי ממשלת ישראל אישרה את הסכם ה-FATCA רק לאחר שכנסת ישראל אישרה בדרך של חוק את נוסחו הסופי של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה. נוכח האמור, לא זו בלבד שעקרון הפרדת הרשויות לא נפגע, אלא שהמחוקק נטל חלק פעיל ואקטיבי בניסוח החוק ובהתוויית גבולות

המחויבויות מכוחו, כפי שמצא לנכון, וממילא אין מדובר ב: "פגם מהותי שנפל בהליך החקיקה והיורד לשורש ההליך" (השוו: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (06.08.2017); תלויה ועומדת עתירה לדיון נוסף על פסק הדין (דנג"צ 6571/17)).

(ה) טענת העותרות כי סעיף 135ד לתיקון איננו חוקתי

101. סעיף 135ד לתיקון 227 לפקודת מס הכנסה קובע "חובת הודעה ללקוח בדבר העברת מידע למנהל וממנו לרשות מס זרה". סעיף 135ד הסמיך את שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לקבוע, כדלקמן:

"(א) לצורך יישום הסכם פטקא או הסכם יישום, יקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, הוראות בדבר מתן הודעה בידי מוסד פיננסי ישראלי מדווח, למי שהמוסד הפיננסי סיווג אותו כאזרח או כתושב של מדינה זרה על כך שמידע עליו ועל חשבון פיננסי שבבעלותו או בבעלות ישות שבשליטתו צפוי להיות מועבר למנהל לצורך העברתו בידי המנהל לרשות המס באותה מדינה בהתאם להוראות הסכם פטקא או הסכם יישום, לפי העניין.

(ב) ההודעה תכלול מידע על אפשרויות העומדות לפני מקבל ההודעה לשנות את סיווגו כאזרח או כתושב כאמור בהתאם להוראות הסכם פטקא או הסכם יישום.

(ג) ההודעה תישלח 30 ימים לפחות לפני העברת המידע למנהל לפי סעיף 135ג" (ההדגשות שלי – ח"מ).

102. הסוגיה הנדונה הוסדרה בגדרה של תקנה 7 לתקנות היישום. תקנה 7(ג) קובעת, בין היתר, כך:

"המוסד הפיננסי ישלח את ההודעה כאמור בתקנה משנה (ב) למען הדואר או הדואר האלקטרוני העדכני של בעל חשבון הקיים ברשומותיו".

103. כאמור, העותרות מלינות על כך שסעיף 135ד לתיקון איננו מטיל חובה על המוסדות הפיננסיים לוודא כי בעל החשבון אכן קיבל את ההודעה בדבר סיווג חשבונו כבר-דיווח ובכך נפגעת זכותן לטעון כנגד הסיווג. טענה זו זכתה להתייחסות על-ידינו טרם שמיעת העתירה (החלטתי מתאריך 31.08.2016), וכן בהערותינו במהלך הדיון, ובפסק הדין (ראו: פסקה 11 שלעיל).

104. כפי שציינתי בהחלטתי מתאריך 31.08.2016 – תיקון 227 לפקודת מס הכנסה נכנס לתוקף רק בתאריך 04.08.2016 (עם פרסום תקנות היישום ברשומות) ולפיכך

לכאורה לכל מי שחשבונו סווג כבר-דיווח קמה הזכות לקבל הודעה על כך מהמוסד הפיננסי הרלבנטי ונותרה לו האפשרות להשיג על הסיווג, ולהביא, בפני המוסד הפיננסי, בין היתר, מסמכים והצהרות המעידים על כך שאינו תושב או אזרח ארה"ב לצורכי מס. גם בהנחה כי בתאריך 04.08.2016 – נשלחו הודעות לכל מי שחשבונו סווג כבר-דיווח – המועד להגשת ההשגות היה מאוחר לתאריך 01.09.2016 (תאריך הפתיחה הצפוי של מערכות המחשב האוטומטיות), ומעבר לכך היה מקום ליתן שהות כלשהי גם לדיון ולהכרעה בהשגות.

105. בפסק דיננו מתאריך 12.09.2016, אשר דחה את העתירה – הורינו איפוא כי לא יימסר מידע לידי הרשויות האמריקניות לגבי מי שחשבונו סווג כבר-דיווח וטרם עברו 30 ימים מעת שהודע לו על כך, וזאת לאחר שהונחה דעתו של המוסד הפיננסי כי ההודעה אכן נתקבלה. עוד צוין כי לא ימסר מידע גם לגבי מי שנמסרה לו הודעה כאמור, אך העלה השגות לגביה – כל עוד לא ניתנה לו תשובה על השגתו.

בנסיבות העניין, הנני סבור כי בכך השגנו איזון ראוי ומידתי בין הצורך לפתוח את מערכות המידע הממוחשבות ולהגשים את התכלית של מעורבות ישראל במגמה העולמית של חילופי מידע אוטומטיים בין מדינות, לבין ההגנה על בעל חשבון (שחשבונו סווג כבר-דיווח), שהיה מעוניין להשיג על החלטתו של המוסד הפיננסי, וזאת מבלי שהמידע לגביו יועבר לרשויות המס האמריקניות לפני קבלתה של החלטה סופית בעניינו. ואכן גם על המשיבים להקפיד לעמוד בנדרש מהם על פי הסכם ה-FATCA והתיקון, שכן החוק מחייב את כולי עלמא.

סיכומם של דברים:

106. הנה כי כן, כפי שקבענו בפסק דיננו ללא הנימוקים – דין העתירה להידחות, בכפוף לאמור בפסקאות 101-105, והכל ללא צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

אני מסכימה לפסק-דינו המקיף של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר.

לא נפל לדעתנו פגם חוקתי בתיקון שנעשה לפקודת מס הכנסה. מדינת ישראל ביקשה להצטרף למגמה המסתמנת במרבית מדינות העולם להילחם בנגע של העלמות

מס באמצעות חילופי מידע אוטומטיים בין רשויות המס של המדינות השונות. זו היא מגמה מבורכת, חשובה והגיונית המבקשת ליתן בידיהן של רשויות המס מידע רב ככל הניתן על נישומים פוטנציאליים, במטרה להבטיח כי המס שבו הם חייבים ישולם כנדרש בדין. כל שיש לקוות הוא שמגמה זו אכן תישא פירות ושהעלמות המס תפחתנה ככל הניתן. מכל מקום, אזכיר כי העברת המידע אין משמעותה חיוב אוטומטי במס אלא אך מתן מידע שעל בסיסו תוכלנה רשויות המס הזרות לבחון אם אכן דיווחו הנישומים כאות ואם ישנה חבות נוספת במס. קביעה כזו נתונה לביקורת שיפוטית. בנסיבות אלה, לנישומים שומרי חוק לא אמורה להיות כל סיבה להתנגד לכך שהמידע לגביהם יועבר. קשה להשתחרר מן התחושה כי התנגדותם של העותרים נובעת, למעשה, מרצונם להחזיר על כנו את "העולם הישן" שבו לרשויות המס לא היה מידע על נכסיהם של נישומים במדינות זרות ועל הכנסותיהם במדינות אלה. עם תוצאה זו אין להשלים. איני סבורה כי לנישומים יש זכות קנויה "להסתיר" מידע לגביהם מרשויות המס ולהתנגד להעברתו מרשות מס במדינה אחת לרעותה במדינה אחרת.

על רקע האמור, דינה של העתירה כפי שקבענו להידחות.

הנשיאה (בדימ')

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק-דינו המקיף והממצה של חברי, המשנה לנשיאה וכן להערוותיה של הנשיאה (בדימ').

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, ט"ו בטבת התשע"ח (02.01.2018).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

הנשיאה (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 15088860_K12.doc שח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il