



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10011/07

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' הנדל

המערערים : 1. פור חברה לניהול תיקי השקעות בע"מ  
2. פור דוד

נגד

המשיב : פקיד שומה אשקלון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע  
(השופט, כתארו אז, אלון) מיום 26.2.07 בתיק עמ"ה  
514/05 ובתיק עמ"ה 515/05

תאריך הישיבה : כ"ז בשבט התש"ע (11.02.10)

בשם המערערים : עו"ד זיו שרון ; עו"ד מיכל סולומונוביץ

בשם המשיב : עו"ד יהודה ליבליין

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופט, כתארו אז, אלון) מיום 26.2.07 בתיק עמ"ה 514/05 ובתיק עמ"ה 515/05 בו נקבע - בחלקים הרלבנטיים לערעור דנא - כי אין המערערת 1 באה בגדרי "מוסד כספי" כמובנו בחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה - 1985 (להלן חוק התיאומים), ונדחתה בקשת מערער 2 לקזז הפסדים שהיו למערערת 1 מגיירות ערך מהכנסות שהיו לו ממקורות אחרים.

העובדות בתמצית

ב. המערער הוא בעל השליטה בחברת פור חברה לניהול תיקי השקעות בע"מ (להלן המערערות), שהוכרה על ידי מנהל מס ערך מוסף (החל מיום 1.1.2003) כמוסד כספי, בהתאם לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975. המדובר בחברה משפחתית, והמערער הוא הנישום המייצג שלה לפי סעיף 64 לפקודת מס הכנסה (להלן פקודת מס הכנסה). בשנות המס 1999-2001 סחרה המערערות בעבור עצמה (נוסטר) במספר מכשירים פיננסיים, והצהירה על הפסדים של 760,222 ₪ - בהם ביקשה להכיר כהוצאה, שניתן לקזזה אל מול הכנסות המערערות ובת זוגו ממקורות אחרים (לפי סעיף 28 לפקודת מס הכנסה). המשיב לא הסכים לקיזוז כאמור, בקבעו כי חלה הוראת סעיף 6(ז)(1)(ב)(1) לחוק התיאומים (הוראה שמאז בוטלה):

"(ז)(1)(א) על אף האמור בכל דין, הכנסה שהיא רווח ריאלי מניירות ערך תיווסף להכנסתו של הנישום, ויחולו עליה שיעורי המס כאמור בסעיפים 121 או 126 לפקודה, לפי הענין; רווח ריאלי מניירות ערך יראוהו כהכנסה מעסק לענין סעיף 28 לפקודה;

(ב)(1) היה לנישום הפסד ריאלי מניירות ערך בשנת המס, יקוזז הפסד כאמור החל בשנת המס שלאחריה כנגד רווח ריאלי מניירות ערך בלבד, כשהוא מתואם מתום שנת המס שבה נוצר עד תום שנת המס שבה קוזז;

(2) על אף האמור בפסקת משנה (1), הפסד ריאלי מניירות ערך בידי מוסד כספי כהגדרתו בסעיף 22, אשר הכנסה ממכירת ניירות הערך היתה בידו הכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה אילולא סעיף זה, יראוהו כהפסד מעסק, והוא יקוזז לפי סעיף 28 לפקודה."

לפי הוראה זו "הפסד ריאלי מניירות ערך" יקוזז כנגד "רווח ריאלי מניירות ערך בלבד" (ההדגשה הוספה - א"ר), ולא יוכר כהוצאה שניתן לקזזה מכל הכנסה לפי סעיף 28 לפקודת מס הכנסה.

ג. כלפי החלטה זו של המשיב הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, ובו הועלו מספר טענות. הטענה היחידה הרלבנטית לערעור דנא היתה, כי יש לראות במערערות "מוסד כספי" אשר לפי סעיף 6(ז)(1)(ב)(2) לחוק התיאומים יכול לקזז הפסדים מניירות ערך מכל הכנסה חייבת לפי סעיף 28 לפקודה. נטען, כי אמנם מנהל מס ערך מוסף סיווג את המערערות כמוסד כספי לפי חוק מס ערך מוסף רק מיום 1.1.2003 - אך במהות פעלה המערערות כמוסד כספי גם בשנים הרלבנטיות, ואין לראות בסיווג הפורמלי דרישה מקדמית לעניין חוק התיאומים. עוד נטען, כי המכשירים הפיננסיים בהם סחרה המערערות אינם באים בגדר ניירות ערך כמשמעם

בחוק התיאומים - מטעמים שאין צורך לחזור עליהם (בשולי הדברים נזכיר, כי במסגרת ערעור נוסף (עמ"ה 515/05) טען המערער כלפי אי ההכרה בהוצאות מסוימות שלו ושל חברה אחרת שבשליטתו, אך אין לטענות אלה חשיבות בהקשר דנא).

#### פסק הדין קמא

ד. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה כי ניתן לראות במערערת "מוסד כספי" גם בשנים שקדמו לסיווגה באופן זה על ידי מנהל מס ערך מוסף. נקבע, כי סעיף 6(ז)(1)(ב)(2) מפנה לסעיף 22 לחוק התיאומים, המגדיר "מוסד כספי" "כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף" - ונקבע כי:

"סיווגו של 'עוסק' כ'מוסד כספי' על פי סעיף 52 לחוק מע"מ הינו סיווג מכונן אשר תוקפו מיום קביעתו ואילך ואין תוקפו חל רטרואקטיבית. כל עוד לא סיווג מנהל מע"מ את 'העוסק' כ'מוסד כספי' - לא יחולו על אותו 'עוסק' ההוראות שעניינן 'מוסד כספי'".

ועם זאת, בית המשפט התייחס לכך שתוצאת הדברים "מעוררת אי נחת מסויימת":

"שכן, גם בשנות המס 1999-2001 מהות עיסקה ועיסוקיה של המערערת דומים היו לכאורה למהות עיסוקה מיום סיווגה כ'מוסד כספי' [1.1.03] ואילך. על כן, ההגיון והרציונאל שביסוד החרגתה מהוראות ס' 6 לחוק התיאומים החל מיום 1.1.03 חל לכאורה גם על שנות המס שבערעור שקדמו לאותו המועד".

ברם, נקבע כי "גזירה גזר המחוקק ואין ביהמ"ש בן חורין להיפטר ממנה". ועוד הוטעם, כי דרישת הסיווג על ידי מנהל מס ערך מוסף מאמצת "את מנגנוני הבדיקה, הפיקוח והבקרה הנדרשים" לפי חוק מס ערך מוסף, ומבטיחה את קיומה של תשתית מינהלית ראויה. עוד נקבע, כי רוב המכשירים הפיננסיים בהם סחרה המערערת באים בגדרי ניירות ערך כמשמעם בחוק התיאומים, והמשיב נדרש לבחון באופן פרטני את מעמדם של חוזים עתידיים מסוימים.

#### הערעור

ה. בערעור נטען, בתמצית, כי די בכך שמבחינה עובדתית-מהותית פעלה המערערת כמוסד כספי - כדי שיחול עליה סעיף 6(ז)(1)(ב)(2) לחוק התיאומים. נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו, כי הסיווג על ידי מנהל מס ערך מוסף הוא סיווג "מכונן" לעניין חוק התיאומים (בין היתר מפנה המערערת למאמרו של בא כוחה - ז' שרון, "תחולתו של סעיף 6 לחוק התיאומים

על עוסקים בניירות ערך שאינם רשומים כמוסד כספי לצרכי מע"מ", חס"מ ט/5 (1995) 2), ובקבעו כי אין ליתן תוקף רטרואקטיבי לאישור משנת 2003. עוד נטען, כי בפסק הדין בעניין ערכים (ע"א 10554/02 ערכים תיקי השקעות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה (לא פורסם)) - שניתן לאחר הגשת הסיכומים בבית המשפט המחוזי - התייחס בית משפט זה לתכליתו של סעיף 6 לחוק התיאומים וקבע, כי חברה העונה להגדרת מוסד כספי תסווג ככזו לצרכי חוק התיאומים, אף שלא נרשמה כך אצל מנהל מס ערך מוסף. לבסוף נטען, כי ככל שחל על החברה חוק התיאומים, הנה הניירות בהם סחרה החברה אינם בגדר "ניירות ערך" שבחוק, כפי שנטען בהרחבה בבית המשפט המחוזי.

ו. המשיב טען, כי פרשנותם של המערערים לחוק התיאומים מנוגדת לתכלית החוק, שנועד למנוע פרצות במיסוי רווחים מניירות ערך. הוסבר, כי הוצאת מכשירים פיננסיים מסוימים, כגון אלה המתבקשים על-ידי המערערים, מרוקנת מתוכן את החוק, שתכליתו לאכוף מיסוי על רווחים מעין אלה; נטען, כי קבלת עמדתם של המערערים עלולה לגרום להפסד מס כתוצאה של קיזוז של הפסדים מניירות ערך מרווחי הכנסה החייבים במס. עוד נטען, כי המערערת אינה יכולה לאחוז את המקל משני קצותיו, לטעון שהיא מוסד כספי לצרכי מס הכנסה בלבד - ולהותיר את סיווגה המקורי כ"עוסק מורשה" לצרכים אחרים; לפיכך, אין להחיל עליה למפרע את החלטתו של מנהל מס ערך מוסף, מה עוד שבקשה זו הוגשה ונענתה שלא בחיוב. באשר לפסק הדין בעניין ערכים נאמר, כי בית המשפט שם לא נדרש לגופו של עניין בשאלת סיווגה של חברה כמוסד כספי גם מבלי שסווגה כך רשמית, ולכן ההלכה בעניין אינה פסוקה.

ז. במהלך הדיון בפנינו ניסו הצדדים, בהמלצתנו, להגיע להבנות הדדיות, אך ללא הועיל. בשם המשיב טען עו"ד ליבליין, כי לשונו של סעיף 6 לחוק התיאומים ברורה, ואין בו חריג מלבד מוסד כספי מוכר; ובשנים הרלבנטיות לא היתה המערערת מוסד כזה. הוסף, כי שיקול הדעת בקביעת סיווגה של המערערת נתון בידי מנהל מס ערך מוסף ואין בידי בית המשפט לקבוע החלה רטרואקטיבית בהיעדר תשתית רחבה. בא כוח המערערים, עו"ד שרון, תמך טיעונו בפסק הדין בעניין ערכים, וטען כי נוכח היעדר שינוי באופי החברה יש להכיר בה כמוסד כספי גם מבלי שסווגה כך בשנים הרלבנטיות. כן התבקשה שהות לפנות למנהל מס ערך מוסף בשנית, בקשה אשר עו"ד ליבליין לא התנגד לה.

דיון והכרעה

ח. אקדים ואומר, כי סעיף 6 לחוק התיאומים בוטל זה מכבר בתיקון 147 לפקודת מס הכנסה משנת 2005 (ספר החוקים תשס"ה, 807) ועל כן אין מקום לפרוס יריעה רחבה באשר

לסוגיה, שספק אם תהיה לה השלכה מעשית מכאן ולהבא. ומנגד, כפי שיפורט, סבורני כי יש להיעתר לערעור ולקבוע, כי ההכרה במערערת כמוסד כספי לעניין חוק התיאומים אינה תלויה בסיווג פורמלי כמוסד כספי על ידי מנהל מס ערך מוסף. אם תישמע דעתי בעניין זה, תוכל המערערת לנכות את כל הפסדיה מניירות ערך כהוצאות עסקיות - ובנסיבות אלה אין צורך להבחין בין סוגי המכשירים הפיננסיים בהם סחרה.

קיזוז הפסדים מניירות ערך

ט. סעיף 6(ז)(1)(ב)(1) לחוק התיאומים מורה, כאמור, כי הפסדים ריאליים מניירות ערך בשנת המס יקוזזו רק כנגד רווח ריאלי מניירות ערך. זאת, על אף הכלל הרחב הקבוע בסעיף 28 לפקודת מס הכנסה:

“הפסד שהיה לאדם בעסק או במשלח-יד בשנת המס ושאלו היה ריווח היה נישום לפי פקודה זו, ניתן לקזוז כנגד סך כל הכנסתו החייבת של אותו אדם ממקורות אחרים באותה שנת מס”.

תכליתו של סעיף זה היא למנוע מן הנישום הגנה יתירה, הבאה לידי ביטוי באפשרות לנכות הפסדים מניירות ערך אשר למעשה אינם חלק מפעילותו העסקית, ולא נגרמו כחלק מהוצאותיו לצורך יצירת הכנסות בתחום עיסוקו (עניין ערכים בפסקה 39; ראו גם דברי ההסבר לחוק המובאים שם). חריג לכלל מצוי, כאמור, בסעיף 6(ז)(1)(ב)(2):

“על אף האמור בפסקת משנה (1), הפסד ריאלי מניירות ערך בידי מוסד כספי כהגדרתו בסעיף 22, אשר הכנסה ממכירת ניירות הערך היתה בידו הכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה אילולא סעיף זה, יראוהו כהפסד מעסק, והוא יקוזז לפי סעיף 28 לפקודה”.

חריג זה תכליתו ברורה (ועוד נידרש אליה בהמשך), ועניינה - כי כאשר מדובר במוסד אשר סחר בניירות ערך הוא תחום עיסוקו, עסקינן בהפסדים ובהוצאות עסקיים, ולא בהפסדים הוניים על פירותיה המושקעים של חברה שאינה מוסד כספי.

האם במישור העובדתי-מהותי פעלה המערערת כמוסד כספי

י. דומה שאין ספק, כי פעילות המערערת באה בגדרי פעילותו של מוסד כספי. לפי סעיף 22 לחוק, הגדרתו של מוסד כספי היא:

(ג) בסעיף זה “מוסד כספי” -

- (1) כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 ;  
 (2) מי שההכנסה מריבית בידיה היא הכנסה לפי סעיף  
 (1)2 לפקודה ועיקר הכנסתו היא הכנסה כאמור."

חוק מס ערך מוסף מונה בסעיף 1 – סעיף ההגדרות – מספר חלופות:

- "מוסד כספי" -
- (1) חברה או אגודה שיתופית העוסקת בקבלת כספים  
 בחשבון עובר ושב על מנת לשלם מהם לפי  
 דרישה על-ידי שיק;  
 (2) חברה המשתמשת כדין במלה 'בנק' כחלק  
 משמה...;  
 (3) מוסד כספי כמשמעותו בחוק בנק ישראל... אשר  
 הוראות הנזילות מכוח החוק האמור חלות עליו;  
 (4) מבטח;  
 (5) סוג בני אדם ששר האוצר קבע".

מכוח הסמכות שהוענקה לו בסעיף קטן (5) חתם שר האוצר על צו מס ערך מוסף (קביעת מוסד  
 כספי), תשל"ז - 1977 :

"1. קביעת מוסד כספי

(א) אלה יהיו מוסדות כספיים לענין החוק:

- (1) עוסק שהוא חבר הבורסה לניירות ערך בתל-  
 אביב...  
 (2) עוסק שהוא נאמן או מנהל קרן כמשמעותם בחוק  
 להשקעות משותפות בנאמנות, תשכ"א-1961...  
 (3) מי שעסקו במכירת מטבע חוץ או ניירות ערך או  
 מסמכים סחירים אחרים, ולענין זה יראו כמי  
 שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים  
 אחרים, אף אם הוא רוכש אותם לצורך קבלת  
 פרעונם או פדיונם.

(ב) מוסד כספי לפי סעיף קטן (א), לרבות מי  
 שהמנהל רשם אותו כעוסק, יודיע על כך למנהל  
 במכתב רשום תוך 30 יום מיום תחילתו של צו  
 זה".

י"א. לענייננו (כפי שאישר מנהל מס ערך מוסף במכתבו מיום 27.11.02) באה המערערת  
 בגדריו של סעיף 1(א)(3) לצו. עוד נזכיר, אם כי כאמור אין הדבר נתון במחלוקת, שבמכתב זה  
 נאמר:

”שינוי הסיווג יחול מתאריך 1.1.2003 ולא משנת 1999 על פי בקשתכם, שכן אין מדיניות האגף לשנות סיווג רטרואקטיבית”.

לפיכך ברור, כי לא שינוי בפעילות המערערת הוא ששלל הכרה רטרואקטיבית, אלא מדיניות אגף המכס והמע"מ (מדיניות שמן הסתם נובעת משיקוליו, התחומים מטבעם לענייני מכס ומס ערך מוסף - ולא בהכרח למדיניות המיסוי הכוללת לפי חוק התיאומים). נמצא איפוא, כי במישור העובדתי-מהותי פעלה המערערת בגדריו של מוסד כספי כמשמעו בחוק מס ערך מוסף, והשאלה היחידה שיש להכריע בה היא, האם העובדה שהמערערת לא סווגה פורמלית על ידי מנהל מס ערך מוסף כמוסד כספי בשנים הרלבנטיות, מחייבת את המסקנה שהיא אינה באה בגדרי "מוסד כספי" לעניין חוק התיאומים. נבחן את לשון החוק, את תכליתו ואת הפסיקה הקיימת בעניין ערכים.

הצורך בסיווג פורמלי על ידי מנהל מס ערך מוסף

י"ב. נפתח בלשון חוק התיאומים. סעיף 22(ג) לחוק זה מורה כזכור:

”בסעיף זה 'מוסד כספי' -

(1) כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975...”

הסעיף אמנם מפנה לחוק מס ערך מוסף, אך אין הוא מתייחס למוסד שסווג כמוסד כספי לפי חוק מס ערך מוסף (לדוגמה, אין הוא נוקט בלשון "מוסד כספי... מוסד שהוכר כמוסד כספי לפי חוק מס ערך מוסף"). בדומה, אף החלופה השנייה בסעיף "מי שהכנסה מריבית בידיו היא הכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה" היא למעשה תיאור עובדתי-מהותי ולא דרישה להכרה פורמלית. אכן, חברה המבקשת לבוא בגדריו של סעיף 22(ג) לחוק התיאומים תהיה חייבת להוכיח למשיב כי פעילותה עונה על דרישות הסעיף - אך לצורך כך אין היא חייבת להציג אישור פורמלי מגורם רשמי. אף ההגדרות השונות למונח "מוסד כספי" בסעיף 1 לחוק מס ערך מוסף (לעיל פסקה י") אינן כוללות דרישה לאישור או להכרה פורמלית. חלופות אלה כוללות דרישות מהותיות (דוגמת "העוסקת בקבלת כספים") אך לא דרישות לסיווג פורמלי.

י"ג. יתר על כן, קיימות בחוק מס ערך מוסף עצמו חלופות הדורשות אינהרנטית הכרה פורמלית. כך, לדוגמה, "מבטח" מוגדר בסעיף 1 לחוק מס ערך מוסף:

”מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשי"א – 1951...”

וחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א - 1981 (שבא תחת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח) קובע (בסעיף 1): "מבטח" - מי שקיבל רשיון מבטח ישראלי... או מי שקיבל רשיון מבטח חוץ". לפיכך "מי שעוסק בעסקי ביטוח שלא ברישיון, לא ייכלל בגדר 'מוסד כספי' אלא עשוי להיכלל בגדר עוסק רגיל - אם הוא עונה על שאר דרישות החוק" (א' נמדר, מס ערך מוסף (חלק ראשון, תשס"ד) 322). מנגד, פער כאמור בין מהות לבין הכרה פורמלית אינו תנאי אינהרנטי בחלופה הרלבנטית לענייננו, שאינה כוללת - בעצמה או על דרך ההפניה - דרישה להכרה פורמלית. כאמור מעלה (פסקה י') גם ההגדרות בצו מס ערך מוסף אינן כוללות דרישה לסיווג או הכרה פורמלית. יתר על כן, ניתן דעתנו לסעיף 1(א)(ב) לצו:

"(ב) מוסד כספי לפי סעיף קטן (א), לרבות מי שהמנהל רשם אותו כעוסק, יודיע על כך למנהל במכתב רשום תוך 30 יום מיום תחילתו של צו זה".

הוראה זו מבחינה בין מהותו של עסק כמוסד כספי לפי סעיף קטן (א) לבין חובתו ליידע את מנהל מס ערך מוסף לגבי מהות פעילותו. לשון אחר, אין על פי נוסח החוק מניעה קטגורית שעסק מסוים יהיה מוסד כספי עוד בטרם מסר הודעה על כך למנהל מס ערך מוסף.

י"ד. ניתוח זה של לשון החוק, לפיו ההכרה הפורמלית אינה תנאי קונסטיטוטיבי למעמד של מוסד כספי, עולה בקנה אחד עם עקרון נוסף בדיני מס ערך מוסף:

"הרישום אינו קונסטיטוטיבי לחיוב במס... כלומר, אין הרישום מהווה תנאי לחיוב במס וגם עוסק שלא נרשם יהיה חייב בתשלום מס על עסקה שבוצעה בישראל" (ע"א 6079/98 שארחה נ' מנהל אגף המכס ומע"מ (לא פורסם) - פסקה 7 השופט אנגלרד; נמדר, 691; ע"ש (מחוזי ירושלים) 3071/04 את ישר בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף (לא פורסם); ע"ש (מחוזי חיפה) 609/01 חברת ש. קינד ושות' בע"מ נ' ממונה אזורי, תחנת מכס ומע"מ חיפה (לא פורסם)).

עיקרון זה, לפיו המרשם הוא "דקלרטיבי" (ע"ש (מחוזי חיפה) 613/02 הולצר נ' ממונה אזורי מע"מ- תחנת חיפה (לא פורסם)), מלמד שעסקאות נבחנות לפי מהותן - ובכלל המהות באה גם זהות הצדדים: עוסק מורשה או מוסד כספי. דומה עוד, כי בעקרון זה יש משום תשובה מסוימת להנחת בית המשפט קמא, כי הסיווג על ידי מנהל מס ערך מוסף "הינו סיווג מכונן".

ט"ו. כך עולה גם מסעיף 58 לחוק מס ערך מוסף, המסמיך את מנהל מס ערך מוסף:



”לפי בקשת מי שנמנה עם סוג פלוני של חייבי מס או ביזמת עצמו, לרשום אותו כנמנה עם סוג אחר, הן לכל עיסוקיו או פעילויותיו והן למקצתם, אם ראה שמהותם קרובה יותר לסוג האחר” (ההדגשה הוספה - א”ר).

אינני נדרש לשאלת אופן המיסוי במס ערך מוסף של מוסד כספי שלא נרשם ככזה - שאלה זו אינה מונחת לפתחנו. לענייננו די לציין, כי גם בדיני מס ערך מוסף יכולה להיווצר דיכוטומיה בין מהות העסקה והצדדים לה לבין אופן רישומם. ניתן אפוא לסכם ולומר, כי לשון הוראות החוק הרלבנטיות מתייחסות למהותו של מוסד כספי ולפעילות הכלכלית המביאה עסק מסוים בגדרים אלה - אך אין הוראות חוק אלה מתייחסות לאופן הרישום כתנאי להגדרת המהות (וכאמור, אין ענייננו כאן בשאלת האופן בו יש לגשר על פערים אפשריים בדיני מס ערך מוסף).

ט”ז. דומני, כי גם ניתוח תכליתי מביא למסקנה, שלעניין מס הכנסה אין להבחין בין מוסד כספי שסוג ככזה על ידי מנהל מס ערך מוסף, לבין מוסד כספי העונה על הדרישות המהותיות - אך לא נרשם ככזה לפי דיני מס ערך מוסף. כאמור, סעיף 6 לחוק התיאומים בא למנוע הגנה יתרה על השקעות הוניות של חברות, שהכנסות מניירות ערך אינן חלק ממהלך העסקים הרגיל שלהן. רציונל זה אינו חל על חברות שמסחר בניירות ערך הוא חלק ממהלך העסקים הרגיל שלהן:

”ברי כי אין להחיל את הסעיף על נישום שבעבורו ההכנסה מניירות ערך הינה הכנסה המתקבלת במהלך העסקים הרגיל, שהרי הטעם שהובא בדברי ההסבר באשר לנישום רגיל ולפיו ההון או ההלוואות אשר מימנו את רכישת ניירות הערך אינם מושקעים בפעילות העסקית הרגילה של הנישום אינו מתקיים (קלוגמן, בעמ’ א-32). נישום שהכנסתו מניירות ערך מתקבלת במהלך העסקים הרגיל, ממוסה לפי סעיף 2(1) לפקודה, ומכאן שככלל זכאי הוא לקזז את הפסדיו ממלאי העיסוק שלו על בסיס שנתי נומינאלי, גם ממקורות אחרים (סעיף 28 א) לפקודה; שרון, בעמ’ א-100) (עניין ערכים, פסקה 40).

מבחינה תכליתית, אם עיסוקה של המערעת הוא סחר בניירות ערך, הנה ההפסדים שנוצרו כתוצאה מירידת שווי ניירות הערך הם במובהק הפסדים עסקיים. אם מהלך העסקים הרגיל של המערעת הוא קניה ומכירה של ניירות ערך, אין במתן האפשרות לקזז הפסדים לפי סעיף 28 לפקודת הכנסה משום הגנה יתרה. ניתוח תכליתי זה עולה בקנה אחד עם החובה לגבות מס אמת - ההתייחסות אל המערעת כמי שאינה מוסד כספי, שעה שלמעשה הפסדיה נוצרו במהלך העסקים הרגיל שלה, תביא לגביית מס ביתר המתעלם מהוצאות שהוציאה המערעת לצורך יצירת הכנסות מעסקיה. ככל שתתקבל הגירסה העובדתית - עליה אין למעשה חולק - כי בכל

שנות פעילותה סחרה המערערת בניירות ערך, אין מקום לראות בהפסדים נשוא הליך זה משום הפסדים הוניים שלא ניתן לנכותם כהוצאה לפי סעיף 28 לפקודת מס הכנסה.

י"ז. על הכל חופים איפוא, כמובן, העקרונות הבסיסיים של מס אמת ושל הגינות. כשם שהמחוקק, הרשויות ובתי המשפט מצווים ועושים להיאבק במניפולציות ובהערמות בתחום המס, שמטבע הדברים מועד לפורענויות אשר כאלה, שכן מטבע האנוש רבים הם שאינם ששים לתשלום מס - כך חובתם גם לתת יד לכך שנישום לא ייפגע בלא צורך במובן של מס אמת. על ההגינות שהרשויות מצוות עליה ראו לאחרונה בחוות דעתי בעניין כרמל התפלה (אמנם בדעת מיעוט, אך סבורני כי בנושא זה אין מחלוקת של ממש):

"חובת המדינה להגינות יתרה בהתנהגותה בכל דרכיה ברורה לדידי כשמש בצהרי היום, עד כי אינה טעונה אסמכתאות; 'דבר שאינו מחוור ומבורר אל נכון, מבקשים לו אסמכתאות ממקומות רבים' (מתוך אוצר המשלים והפתגמים ל"ח טביוב). זהו מותר המדינה, במיוחד, והשירות הציבורי בכללו, באופן חד ומובהק. אף שאין הדברים צריכים ראיה, בית משפט זה עמד פעמים רבות על חובותיה של המדינה כנאמן הציבור (ראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(3) 745, 729, וכן דבריו בבג"ץ 7074/93 טויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 775). בעניין קונטרס ציין השופט זמיר, כי: "חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסבירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח..." (בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 319; כן ראו דבריו בספרו הסמכות המינהלית (כרך ב', תשנ"ו) 674) " (רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר (לא פורסם) פסקה ט')

י"ח. ולבסוף, צודקת המערערת כי בעניין ערכים הסתפק בית משפט זה בבחינת התקיימות התנאים העובדתיים-מהותיים של מוסד כספי, גם בחברה שלא סווגה באופן זה על ידי מנהל מס ערך מוסף. דומה, כי בא כוח המשיב אינו חולק על תיאור זה של פסק הדין בעניין ערכים, אך הוא טוען כי בשל נסיבותיו הקונקרטיות של התיק לא התקיים טיעון סדור בעניין. עוד הוא טוען:

"כי לכאורה לאור דברי הביקורת האמורים (על דרכו של בית המשפט בעניין ערכים - א"ר) היה מקום שהמשיב יגיש בקשה לדיון נוסף בפסק הדין בעניין 'ערכים', אלא שהדבר לא נעשה שכן כפי שנאמר בפסק הדין 'ערכים' ובסיכומינו, למחלוקת דגן אין כל משמעות לעתיד שכן סעיף 6 לחוק התיאומים בטל".

סבורני, כי מדברים אלה עולה, כי המשיב - מתוך הנחה שאין מקום לדיון נוסף בסעיף שכבר בוטל - השלים עם תוצאת פסק הדין בעניין ערכים, וקשה איפוא להלום תוצאה שונה בעניינה של חברה אחרת, והדעת נותנת גם, אף כי אין בפנינו נתונים, שגישת המשיב לעניין דיון נוסף היתה שונה אילו היו לעניין ערכים השלכות רוחב משמעותיות. בשולי הדברים נעיר, כי אף אילו באנו למסקנה שכפות המאזניים הפרשניות מעוינות לגמרי, היה מקום לשקול פרשנות השומרת על קניינה של המערערת (ראו (ע"א 702/84 יובל גד בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4) 812, 802; ע"א 9096/07 סטרלינג סופטוור (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה נכו (טרם פורסם), וסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), בודאי כך נוכח תחושת "אי נחת מסוימת" שמעוררת עמדת המשיב, עליה עמד כבר בית המשפט קמא - שלדבריו נשוב להלן.

י"ט. נסכם איפוא את דיוננו בעניין זה. בית המשפט קמא קיבל את טענת המשיב, לפיה מוסד כספי לעניין חוק התיאומים הוא רק כזה שסווג כך על ידי מנהל מס ערך מוסף. בית המשפט התייחס בעצמו לבעייתיות בתוצאה כאמור:

"תוצאת דברים זו מעוררת אי נחת מסויימת. שכן, גם בשנות המס 1999-2001 מהות עיסקה ועיסוקיה של המערערת דומים היו לכאורה למהות עיסוקה מיום סיווגה כ"מוסד כספי" [1.1.03] ואילך. על כן, ההגיון והרציונאל שביסוד החרגתה מהוראות ס' 6 לחוק התיאומים החל מיום 1.1.03 חל לכאורה גם על שנות המס שבערעור שקדמו לאותו המועד. ברם, גזירה גזר המחוקק ואין ביהמ"ש בן חורין להיפטר ממנה".

ובצד דברים אלה, קבע כי "אין המדובר בגזירה חסרת היגיון או פשר", שכן הדרישה להכרה מצד מנהל מס ערך מוסף מבטיחה מנגנוני בדיקה וביקורת על התקיימות התנאים להכרה במוסד כספי.

כ. מסכים אני עם בית המשפט קמא כי ככלל יש "היגיון או פשר" בדרישה להכרה פורמלית, מן הטעמים שמנה ובצו השכל הישר, כדי שלא ייפתח פתח למניפולציות ולהערמות, ויצר לב האדם, ונישום בכלל אדם, מי ישורנו. ואולם, אין דברים אלה מתחייבים מתוך לשון החוק, תכליתו או הפסיקה הקיימת, ושמא יש עמימות מסוימת בין רצוי למצוי. מבחינה זו, סבורני כי יש ממש בתחושת אי הנחת של בית המשפט קמא - ובנסיבות אלה, נוכח ניתוח התשתית הנורמטיבית, אין מדובר במצב בו כבר נגזרה גזרה. לדידי, בהעדר מחלוקת עובדתית לגבי פעילות המערערת, יש לראות בה מוסד כספי לכל אורך שנות הפעילות - ולאפשר לה לנכות את הפסדיה מניירות ערך כהוצאה עסקית. אם תתקבל מסקנה זו, יתייתר הדיון בשאלת

הסוגים השונים של המכשירים הפיננסיים בהם סחרה המערערת, ותחולתו של חוק התיאומים על מכשירים אלה.

כ"א. בשולי הדברים נזכיר, כי לשיטת המשיב היה על המערערת להשיג על החלטת מנהל מס ערך מוסף לדחות את בקשתה להכרה רטרואקטיבית, וזאת לפי סעיפים 62 ו-64 לחוק מס ערך מוסף; ומשלא עשתה כן מנועה היא מלטעון למעמד כאמור לגבי חוק התיאומים. אין בידי לקבל את הטענה. כאמור, ניתוח התשתית הנורמטיבית הרלבנטית מעלה כי אין היא כוללת דרישה מפורשת לסיווג פורמלי - ואין בעובדה שבקשת המערערת להכרה רטרואקטיבית נדחתה, כדי להוסיף דרישה כאמור בגדרי חוק התיאומים. עוד נוסיף, כי נוכח הנמקת הדחייה ("אין מדיניות האגף לשנות סיווג רטרואקטיבית") ספק אם ניתן למצוא טעם לפגם בכך שהמערערת לא השיגה על החלטת מנהל מס ערך מוסף כדי לבסס את טענתה בפני המשיב; ומכל מקום לא היה הדבר מחויב, אם אולי ראוי.

כ"ב. אכן, ראויה הרמוניה בין חוקים, ובית משפט זה עמד על כך לא אחת. זה לא כבר נזדמן לי (אמנם בדעת מיעוט) לעמוד על חשיבותה של הרמוניה כזו, והדברים אמורים בין במעגל הרחב של מערכת החקיקה, הן במעגל הפנימי של דיני המיסים, והן בחוק התיאומים גופו (אמנם דברים אלה נאמרו ביחס לחוק מיסוי מקרקעין):

"כשלעצמי סבורני, כי תפקידנו בפרשנות חקיקה הוא 'לקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה, באופן שהפירוש שיינתן לדבר חקיקה ישזר נאמנה עם רקמת החקיקה, ויהא לגוף אחד, שלם עמה' (אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 327-328, בהתבסס על דברי השופט, כתארו אז, זוסמן בבד"מ 1/62 אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום, פ"ד י"ז 2751, 2759). עקרון זה חל גם בפרשנות חוקי המס, שכן אלה 'מתפרשים על פי אותם כללי פרשנות החלים בפירושה של חוקים בדרך כלל' (א' ברק, "פרשנות דיני המסים", מסים י"א/4 (1997), א-1). 'הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה' משמעה, במקרה שלפנינו, אחדות בכל הנוגע להכרה בהוצאות סבירות בלבד" (ע"א 8763/06 גבריאלי נ' מנהל מס שבח מקרקעין ירושלים (לא פורסם), בפסקה ד' לחוות דעתי).

כ"ג. ברם, דומני כי ההכרה במערערת כמוסד כספי לצרכי חוק התיאומים אף שלא הוכר ככזה לעניין חוק מס ערך מוסף, אינה סוטה מעקרון פרשני חשוב זה. ראשית, הדרך המוצעת מעלה מפרשת את המונח "מוסד כספי" באופן זהה לעניין שני החוקים. בבואנו לבחון האם במישור העובדתי-מהותי באה פעילות המערערת בגדריו של "מוסד כספי" (פסקאות י"א-א לעיל) יישמנו את ההגדרות בחוק מס ערך מוסף לפי פרשנותו הרגילה לעניין דיני מס ערך מוסף

- ונמנענו מליתן למונח זה פרשנות שונה לעניין מס הכנסה. הפרשנות הניתנת למונח אחת היא לשני העניינים. אלא מאי? שחוק מס ערך מוסף מוסיף על התקיימות היסוד העובדתי-מהותי גם דרישה לסיווג (כפי שהיא באה לידי ביטוי בחובת הרישום שבפרק ה' לחוק, שאינו חלק מסעיף ההגדרות אליו נדרשנו). דרישה זו אינה חלק מהתיאור העובדתי-מהותי, וככל שהעלה עיוננו אין לה מקבילה בחוק התיאומים. שנית, דיני מס ערך מוסף מטבעם בנויים באופן "סיווגי" לגבי סוגי עוסקים, וכמובן כוללים דיווחים שוטפים וטפסים וכיוצא באלה, בשונה - במידה מסוימת לפחות - ממס הכנסה. על כן סבורני, כי אין פגיעה של ממש בעקרון ההרמוניה.

סוף דבר

כ"ד. סוף דבר, אציע לחברי לקבל את הערעור ולקבוע, כי גם בשנות המס 1999-2001 באה פעילות המערערת בגדרי מוסד כספי כמשמעו בחוק התיאומים, ולפיכך חל עליה סעיף 6(ז)(1)(ב)(2) המאפשר לקזז את הפסדיה מניירות ערך לפי סעיף 28 לפקודה. לא למותר להוסיף, כי איננו קובעים דבר לגבי פרט זה או אחר בהכנסות ובהפסדים, דבר שיהא על המערערים להביא בפני המשיב שידון לגופו. המשיב ישא בהוצאות המערערת בסך 10,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין.

כפי שציין חברי, מלשון סעיף 22(ג) לחוק מס הכנסה (תיאומים) בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: חוק התיאומים), אליו מפנה סעיף 6(ז)(1)(ב)(2) לחוק התיאומים לצורך הגדרת "מוסד כספי", לא עולה כי יש הכרח בהכרה פורמאלית בנישום כ"מוסד כספי" לפי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק מס ערך מוסף).

כפי שעמד על כך חברי, התכלית בהוראות סעיף 6(ז)(1)(ב)(1) לחוק התיאומים היא למנוע מנישום הגנה עודפת בדרך של ניכוי הפסדים מניירות ערך שאינם חלק מפעילותו העסקית ושאינם הוצאות לצורך יצירת הכנסה בתחום עיסוקו. החריג הקבוע בסעיף 6(ז)(1)(ב)(2) לחוק התיאומים, לפיו כאשר הפסד הוא של מוסד כספי - כהגדרתו בסעיף 22 לחוק התיאומים - ניתן יהיה לקזזו, עולה בקנה אחד עם תכלית זו שכן אז מדובר בהוצאה לצורך הכנסה בתחום העיסוק של הנישום.

משזו לשון החוק ומשזו התכלית העומדת בבסיסן של הוראות החוק הרלבנטיות, ובפרט כאשר עסקינן בדיני קיזוז הפסדים בהם "יש ליתן מעמד בכורה לגישה מרחיבה על פני גישה מצמצמת" [ראו: ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ (לא פורסם, 21.2.2010), פסקה 26 לפסק דינו של השופט י' עמית (להלן: עניין מודול בטון)], סבור אני כי יש לפרש את הוראות החוק האמורות לטובת הנישום [ראו: אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425, 441 (1997), והשוו: עניין מודול בטון, פסקאות 26 ו-37 לפסק הדין; חוות דעתי בע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה-פקיד שומה באר-שבע (לא פורסם, 6.11.2008)].

בנסיבות המקרה שלפנינו, סבור אני כי פירוש הוראות החוק הרלבנטיות לטובת הנישום עולה בקנה אחד עם התכלית שבבסיס הוראות אלה, שכן ההפסדים נושא הערעור דנא הם הפסדים במהלך העסקים הרגיל של המערערת.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין ולהערותיו של השופט י' דנציגר.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ט באייר תש"ע (13.5.10).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט