

ענף 100

התוספת שתופסת

מאת

אלכס שפירא, עו"ד (רו"ח)

1. פתח דבר

כידוע, דיני המס מבחינים בין ניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב לבין ניירות-ערך הנסחרים בבורסה בחו"ל, המכונים ניירות-ערך זרים. אבחנה זו באה לידי ביטוי במספר תחומים מהותיים, כגון: קיזוז הפסדים, שיעור המס, פטורים ממס, חובת ניכוי מס במקור וכו'.

כמוסבר להלן, סיווגם של ניירות-ערך כניירות-ערך זרים נעשה, על-פי רוב, בהתבסס על התוספת הראשונה (להלן: "התוספת הראשונה") להיתר הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978^[1] שניתן מכוח חוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978.^[2]

ברם, חוק הפיקוח על המטבע עבר בשנים האחרונות שינויים מהותיים ובכלל זה בוטלו היתר הפיקוח המקורי והתוספת הראשונה. כתוצאה מכך, מתעוררת שאלת תחולתן ודרך פרשנותן של אותן הוראות מיסוי המתבססות על חוק הפיקוח על המטבע והיתר הפיקוח המקורי בכלל ועל התוספת הראשונה בפרט. על כך ברשימה זו.

2. סיווגם של ניירות-ערך זרים

2.1 כללי

כאמור, חוקי המס בכלל ופקודת מס הכנסה^[3] בפרט מבחינים, במקרים רבים, בין ניירות-ערך הנסחרים בבורסה בתל-אביב לבין "ניירות-ערך זרים", היינו ניירות-ערך הנסחרים בבורסה בחו"ל. להלן אציג בתמצית את עיקרי הוראות המיסוי שעניינן בניירות-ערך זרים.

ענף 101

2.2 עיקרי הוראות המיסוי שעניינן בניירות-ערך זרים

2.2.1 הוראות הקובעות פטור ממס

2.2.1.1 צו הפטור

ביסודו של דבר, רווח הון ממכירת מניות הנסחרות בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב בידי נישום שפרק ג לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985^[4] חל בקביעת הכנסתו, או שחוק התיאומים אינו חל כלל בקביעת הכנסתו^[5] - פטור ממס רווחי הון בכפוף להוראות צו מס הכנסה (פטור ממס על רווח הון ממכירת מניות), התשמ"ב-1981.^[6]

עוד נקבע בצו הפטור, כי רווח הון במכירת מניות של חברה תעשייתית או של חברה להחזקה תעשייתית (כהגדרתן בצו הפטור) הנסחרות ב"בורסה בחוץ לארץ" פטור, בתנאים מסוימים, ממס. המונח "בורסה בחוץ לארץ" מוגדר בסעיף 1 לצו הפטור כדלהלן:

"(א) בורסה לניירות ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978;
(ב) מסחר מעל הדלפק בארה"ב של אמריקה".^[7]

ניתן אפוא לראות, כי הגדרה זו כוללת הן מסחר מעל הדלפק בארה"ב של אמריקה והן בורסה לניירות-ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה.

במקור, כללה התוספת הראשונה את הארצות הבאות: אוסטרליה, אוסטרליה, איטליה, ארה"ב, בלגיה, בריטניה, דרום אפריקה, הולנד, שוויצריה, גרמניה, יפן, ישראל, לוקסמבורג, נורבגיה, צרפת וקנדה.

ענף 102

לימים, תוקנה התוספת הראשונה והארצות הבאות נוספו לרשימה המנויה בה: אירלנד, דנמרק, ניו זילנד, סינגפור, ספרד, פינלנד ושבדיה.^[8] מאוחר יותר, בוצע תיקון נוסף בתוספת הראשונה וישראל הוצאה מהרשימה.^[9]

בשנת 1998, בוטל היתר הפיקוח המקורי ובכללו התוספת הראשונה ובמקומו נקבע היתר הפיקוח על המטבע, התשנ"ח-1998.^[10] משמעות הביטול כאמור תידון בהמשך הדברים.^[11]

2.2.1.2 צו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב-1992

סעיף 2(א) לצו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב-1992^[12] קובע, כי יחיד יהיה פטור ממס על הכנסה מהפרשי שער מפדיון איגרת-חוב שהיא "נייר ערך זר". המונח "נייר ערך זר" מוגדר בסעיף 1 לצו מיסוי ניירות-ערך זרים כדלהלן:

"נייר ערך זר" - כהגדרתו בצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992;

מכאן, שעלינו לפנות לצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992.^[13] מקור צו זה בהוראות סעיף 16 לפקודת מס הכנסה, המסמיק את שר-האוצר, באישור ועדת-הכספים של הכנסת, לפטור ממס או לקבוע שיעור מס מופחת לגבי הכנסות שונות ובכלל זה הכנסה מריבית או מדיבידנד על "ניירות ערך זרים". המונח "ניירות ערך זרים" אינו מוגדר במפורש בסעיף 16 האמור אלא על דרך הפניה: "ניירות ערך זרים" - סוגי ניירות ערך וסיווגם לפי דרכי סחירותם, הכל כפי שקבע שר האוצר בצו.

שר-האוצר אכן עשה שימוש בסמכותו על-פי סעיף 16 לפקודת מס הכנסה והתקין את צו קביעת ניירות-ערך זרים. וכך נקבע בצו האמור:

"נייר ערך זר הוא כל אחד מאלה:

(א) נייר ערך חוץ כמשמעותו בחוק הפיקוח על מטבע חוץ, התשל"ח-1978 (להלן - חוק הפיקוח), למעט נייר ערך שרווח ההון ממכירתו פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה ושהוא אחד מאלה:

ענף 103

- (1) נייר ערך חוץ שהינו מניה, אגרת חוב, זכות או אופציה המקנות רק את הזכות לרכוש מניה של מנפיק הזכות או האופציה, או יחידה המורכבת מאלה, הרשום למסחר בבורסה לניירות ערך באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978 (להלן - התוספת הראשונה), או המיועד, לפי תשקיף הנפקתו, להירשם למסחר כאמור;
- (2) נייר ערך חוץ מהסוגים המנויים בפסקה (1), המופיע ברשימת ניירות הערך הנסחרים "מעבר לדלפק" בארצות הברית של אמריקה, שמפרסם חבר הנגידים של הפדרל רזרב בנק, לצורך אפשרות למתן אשראי לקנייתם (OTC Margin Stock);
- (3) איגרת חוב נקובה במטבע חוץ, נושאת ריבית קבועה או משתנה, שהוציאה ממשלתה של אחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה או שהוצאה בערבותה;
- (4) תעודת השתתפות של קרן נאמנות שאושרה ביד הרשות המוסמכת בארץ שבה הוצאה, והיא אחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה."

הגדרה זו תומכת אפוא את יתדותיה בהגדרת "נייר ערך חוץ" שבחוק הפיקוח על המטבע, הקובעת כדלהלן:

"נייר ערך חוץ' - כל אחד מאלה:

- (1) נייר ערך שהקרן, הריבית או הדיבידנד עליו משתלמים במטבע חוץ, או שברירה בידי בעלו לדרוש תשלום במטבע-חוץ, והכל בין שהוצא נייר הערך מחוץ לישראל ובין שהוצא בישראל;
- (2) נייר ערך של חברה הרשום בפנקס חברים מחוץ לישראל;"

המדובר אם-כן, בנייר-ערך שהקרן, הריבית או הדיבידנד בגינו משתלמים במטבע-חוץ, או שהזכאי להם רשאי לדרוש את תשלומם במטבע-חוץ. כך, למשל, נכללות במסגרת זו איגרות-החוב של הבונדס.^[14] בנוסף, נייר-ערך חוץ כולל נייר-ערך הרשום בפנקס חברים בחוץ-לארץ, בין אם הוא נקוב במטבע חוץ ובין אם במטבע ישראלי.

ענף 104

כאמור, הגדרת "נייר ערך זר" בצו קביעת ניירות-ערך זרים מתבססת על הגדרת נייר-ערך חוץ דלעיל. בנוסף, נדרשים שני תנאים נוספים: האחד - אֵל לרווח ההון ממכירת אותו נייר-ערך חוץ להיות פטור ממס רווחי הון על-פי צו הפטור; השני - על נייר-הערך האמור להיכלל באחת מארבע החלופות הבאות:

החלופה הראשונה כוללת נייר-ערך חוץ - שהינו מניה, איגרת חוב, זכות או אופציה המקנות רק את הזכות לרכוש מניה של מנפיק הזכות או האופציה, או יחידה המורכבת מאלה - הרשום למסחר בבורסה לניירות-ערך באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה, או המיועד, לפי תשקיף הנפקתו, להירשם למסחר כאמור.

החלופה השניה כוללת נייר-ערך חוץ - שהינו מניה, איגרת חוב, זכות או אופציה המקנות רק את הזכות לרכוש מניה של מנפיק הזכות או האופציה, או יחידה המורכבת

מאלה - המופיע ברשימת ניירות הערך הנסחרים מעבר לדלפק בארה"ב שמפרסם חבר הנגידים של הפדרל ריזרב בנק, לצורך אפשרות למתן אשראי לקנייתם (OTC Margin Stock).

החלופה השלישית כוללת איגרת-חוב הנקובה במטבע-חוץ והנושאת ריבית קבועה או משתנה, שהוציאה ממשלתה של אחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה או שהוצאה בערבותה.

ואילו **החלופה הרביעית** כוללת תעודת השתתפות של קרן נאמנות שאושרה בידי הרשות המוסמכת בארץ שבה הוצאה, והיא אחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה.

אין זאת אלא, כי החלופה הראשונה, השלישית והרביעית מפנות לרשימת הארצות המנויות בתוספת הראשונה. לכך אתייחס בהמשך הדברים.^[15]

2.2.1.3 הוראות נוספות

הוראות פטור נוספות המתבססות, בין היתר, על הוראות חוק הפיקוח על המטבע והיתר הפיקוח המקורי מנויות בתקנות מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהפרשי שער לחברה ישראלית המוכרת מניות בבורסה מחוץ לישראל), התשמ"א-1981^[16] ובצו מס הכנסה (פטור ממס על הכנסות מסויימות של קרן תושבי חוץ), התשמ"ט-1989.^[17] הוראות אלה תידונה ברשימה נפרדת.

עמ' 105

2.2.2 הוראות בדבר קיזוז הפסדים

ככלל, פקודת מס הכנסה מבחינה בין הפסדים "רגילים" שנוצרו לנישום בשנת-המס לבין הפסדי הון: סעיף 28 לפקודת מס הכנסה קובע את כללי הקיזוז של הפסד שנוצר לאדם בשנת-המס בעסק או במשלה-יד,^[18] ואילו עניינו של סעיף 92 לפקודת מס הכנסה בכללי הקיזוז של הפסד הון. סעיף זה קובע לאמור:

"(א) (1) **סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד ריווח ההון הריאלי וכל לירה של היתרה תקוזז כנגד שלוש וחצי לירות של סכום אינפלציוני; לענין זה רואים שבח והפסד כמשמעותם בחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963, כאילו היו ריווח הון או הפסד הון, לפי הענין;**

(2) **על אף האמור בפסקה (1), סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ממכירת ניירות ערך זרים כהגדרתם בסעיף 16 יקוזז רק כנגד ריווח הון ממכירת ניירות ערך זרים.**

(ב) **סכום שלא ניתן לקזזו, כולו או מקצתו, כאמור בסעיף קטן (א), בשנת מס מסויימת, יקוזז כנגד ריווח הון בלבד כאמור בסעיף קטן (א) בשבע שנות המס הבאות בזו אחר זו לאחר השנה שבה היה ההפסד."**

סעיף 92 מבחין אפוא בין הפסד הון שוטף, היינו הפסד הון שנוצר לנישום בשנת-המס, לבין הפסד הון שנוצר בשנות-מס קודמות וטרם קוזז.^[19] בנוסף, קיימת אבחנה בין הפסד הון "רגיל" לבין הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים, כהגדרתם בסעיף 16 לפקודת מס הכנסה (הגדרה המפנה, כאמור לעיל, לצו קביעת ניירות-ערך זרים^[20]). ודוק: בניגוד להפסד הון רגיל המותר בקיזוז כנגד רווח הון אחר מכל סוג שהוא (לרבות שבח מקרקעין), הרי שהפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים.^[21]

עמ' 106

2.2.3 הוראות בדבר שיעור המס

2.2.3.1 צו מיסוי ניירות-ערך זרים

צו מיסוי ניירות-ערך זרים קובע, בין היתר, כי על אף הוראות חלק ה לפקודת מס הכנסה, יחיד תושב ישראל שנצמח לו רווח הון במכירת "נייר ערך זר" (כהגדרתו בצו קביעת ניירות-ערך זרים^[22]) יהיה פטור ממס על חלק רווח ההון שהוא סכום אינפלציוני (כהגדרתו בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה) ויהיה חייב על יתרת רווח ההון (רווח ההון הריאלי) במס בשיעור 35%. הוראה זו תוקנה לאחר פסק-הדין בעניין **אריה לוי**^[23] ונקבע, כי במכירת ניירות-ערך זרים שהם או הזכות לרכישתם הוחזקו בידי יחיד טרם רישום החברה למסחר, יחול שיעור המס של 35% רק על רווח ההון שנוצר מיום הרישום ועד יום המכירה, ובלבד שתמורת נייר-הערך ביום המכירה גבוהה מהתמורה שהיתה מתקבלת ביום הרישום, כשהיא מתואמת. דהיינו, רווח ההון שנצמח עד ליום הרישום, כשהוא מתואם, יתחייב במס רווחי הון בשיעור החל ברגיל על המוכר לפי חלק ה לפקודת מס הכנסה.

2.2.3.2 סעיף 125ב(1) לפקודת מס הכנסה

כידוע, לגבי הכנסות מסוימות, קבע המחוקק הישראלי שיעור מס סופי. דהיינו, שיעור המס החל על הכנסות אלו הוא קבוע, אף אם הנישום נמצא במדרגת מס שונה. כך, למשל, נקבעו בסעיף 125ב לפקודת מס הכנסה שיעורי מס סופיים להכנסות מדיבידנד, על אף האמור בסעיף 121 לפקודה זו.

הוראות סעיף 125ב רלוונטיות גם לענייננו. ודוק: סעיף 125ב(1) קובע, כי על אף האמור בסעיף 121 לפקודת מס הכנסה, שיעור המס על הכנסה מדיבידנד המשתלם על ניירות-ערך זרים כמשמעותם בסעיף 16ה לפקודה זו, שהוא הכנסה בידי יחיד, יהיה 35%.^[24] פשיטא, שגם הוראה זו נגזרת מהגדרת נייר-ערך זר אשר בצו קביעת ניירות-ערך זרים.^[25]

2.2.3.3 סעיף 129ב לפקודת מס הכנסה

סעיף נוסף הרלוונטי לסוגייה קא עסקינן הינו סעיף 129ב לפקודת מס הכנסה, הקובע הוראות בדבר הכנסתה של קופת גמל^[26] ממקרקעין ומניירות-ערך זרים.^[27]

עמ' 107

כך, נקבע בסעיף זה, כי על אף האמור בכל דין, שיעור המס שיחול על קופת גמל על רווח ההון הריאלי במכירת "ניירות ערך זרים" יהיה 35%. עוד נקבע, כי הכנסתה של קופת גמל מריבית או מדיבידנד על "ניירות ערך זרים" תהא חייבת במס בשיעור 35%. זאת, על אף האמור בהוראות סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה. בדומה להוראות שפורטו לעיל, הרי שגם לעניין הוראות סעיף 129ב לפקודת מס הכנסה, המונח "נייר ערך זר" הינו כהגדרתו בצו קביעת ניירות-ערך זרים.^[28]

2.2.4 הוראות בדבר חובת ניכוי מס במקור

לסיווגם של ניירות-ערך כ"ניירות ערך זרים" נפקות גם לעניין חובת ניכוי מס במקור בשל ההכנסות השוטפות המשתלמות בגינם כמו גם בשל התמורה המשתלמת בעת מכירתם.

כך, למשל, סעיף 161א(1) לפקודת מס הכנסה קובע, כי מי שמקבל מתושב-חוץ בשביל תושב ישראל או לזכותו ריבית או דיבידנד המשתלמים על ניירות-ערך זרים כמשמעותם בסעיף 16ה לפקודת מס הכנסה (היינו, כהגדרתם בצו קביעת ניירות-ערך

זרים^[29]) - חייב לנכות מס במקור בשיעור 35%.^[30] לעומת זאת, שיעור המס שיש לנכות במקור במקרה זה לגבי ריבית או דיבידנד אחרים הינו 25% בלבד.^[31]

בנוסף, יש לציין את הוראות צו מס הכנסה (קביעת תמורה ממכירת נייר ערך זר כהכנסה וניכוי במקור מהתמורה), התשנ"ב-1992.^[32] ודוק: סעיף 2 לצו האמור קובע, כי "תמורה" - היינו סכומים המשתלמים ל"מוכר" מאת ה"חייב" בשל מכירת "נייר ערך זר"^[33] - תיחשב להכנסה לעניין סעיף 164 לפקודת מס הכנסה. ואילו סעיף 3 לצו האמור מוסיף וקובע, כי "חייב" המשלם תמורה (כהגדרתה לעיל) ל"מוכר" ינכה מהתמורה מס בשיעור 5%.

המונחים "נייר ערך זר", "מוכר" ו"חייב" מוגדרים בסעיף 1 לצו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים כדלקמן:

"**נייר ערך זר** - כהגדרתו בצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992; "**מוכר** - אדם, למעט קרן נאמנות כמשמעותה בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961, המוכר נייר ערך זר; "

עמ' 108

"**חייב**" - אדם המשלם למוכר את התמורה בעד מכירת נייר ערך זר, בין על חשבונו הוא, ובין מטעמו או על חשבונו של אדם אחר; "

ניתן אפוא לראות, כי הגדרות אלה מתבססות הן על הגדרת "נייר ערך זר" שבצו קביעת ניירות-ערך זרים^[34] והן על המונח "קרן נאמנות" כמשמעותה בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, תשכ"א-1961.^[35] ברם, חוק קרנות נאמנות הישן הוחלף בשנת 1994 בחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994.^[36] למשמעות הדבר אדרש בהמשך הדברים.^[37]

2.2.5 הוראות בדבר חובת הגשת דו"ח שנתי

סעיף 134א לפקודת מס הכנסה קובע, כי שר-האוצר, באישור ועדת-הכספים של הכנסת, רשאי לפטור את הנישומים המפורטים באותו סעיף מהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס.^[38] מכוח סעיף זה, התקין שר האוצר את תקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין-וחשבון), התשמ"ח-1988.^[39]

תקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי קובעות שלושה סוגים של נישומים הפטורים, בתנאים מסוימים, מהגשת דו"ח שנתי: יחיד תושב ישראל שכל הכנסתו בשנת-המס היתה ממשכורת,^[40] מדמי שכירות,^[41] מהכנסה נוספת^[42] או מצירוף של אלה; יחיד תושב ישראל שכל הכנסותיו בשנת-המס אינן מעבודה, מעסק או ממשלח-יד; ותושב חוץ שהיתה לו הכנסה שנצמחה או שהופקה בישראל.

עמ' 109

דיון בכללי הפטור מהגשת דו"ח שנתי כאמור חורג ממסגרת חיבור זה. די שאצוין, כי הפטור מהגשת דו"ח שנתי אינו חל במספר מקרים ובכלל זה כאשר נבעה לנישום "הכנסה נוספת" - הכוללת, כאמור לעיל,^[43] הכנסה ממכירת נייר-ערך זר (כמשמעותו בצו קביעת ניירות-ערך זרים^[44]) שנוכה ממנה מס בשיעור שאינו נמוך מ-5% מהתמורה בגין מכירת נייר-הערך כאמור - העולה על הסכום המפורט בתוספת א לתקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי, או כאשר סכום הכנסות היחיד ממכירת נייר-ערך זר^[45] עולה על הקבוע בתוספת ג לתקנות אלה.

אין זאת אלא, כי הגדרת נייר-ערך זר בצו קביעת ניירות-ערך זרים^[46] רלוונטית גם לשאלת חובתו של הנישום להגיש דו"ח שנתי לרשויות המס.

2.2.6 הוראות נוספות

2.2.6.1 סעיף 104ח לפקודת מס הכנסה

סעיף 104ח לפקודת מס הכנסה, אשר הוסף בתיקון 123 לפקודת מס הכנסה,^[47] קובע הוראות המאפשרות, בתנאים מסוימים, לדחות את חבות המס בעסקה שהיא "החלפת מניות", היינו העברת מניות של חברה^[48] (להלן: "המניות המועברות") בתמורה להקצאת מניות רשומות למסחר בבורסה בחברה אחרת (להלן: "המניות המוקצות"), בין בצירוף תמורה נוספת ובין בלעדיה.^[49]

בגדרן של הוראות אלו נקבע, בין היתר, כי על מכירת המניות המוקצות לא תחולנה ההוראות החלות על-פי כל דין על "ניירות ערך זרים", אלא אם כן המניות המועברות במועד ההחלפה הן "ניירות ערך זרים". לעניין זה נקבע, כי "ניירות ערך זרים" הינם כהגדרתם בסעיף 16ה לפקודת מס הכנסה. דהיינו, יש לפנות להגדרה המנויה בצו קביעת ניירות-ערך זרים.^[50]

עמ' 110

2.2.6.2 סעיף 6 לחוק התיאומים

סעיף 6 לחוק התיאומים קובע הוראות מיוחדות באשר לכללי המיסוי החלים על רווח/הפסד ריאלי מניירות-ערך כהגדרתם באותו סעיף. וכך מוגדר המונח "נייר ערך" בסעיף 6(א) לחוק התיאומים:

"נייר ערך" - נייר ערך הנסחר בבורסה, לרבות נייר ערך חוץ כמשמעותו בפסקה (8) שבסעיף 5(א) להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978, נייר ערך חוץ מאושר כהגדרתו בסעיף 5(ב) להיתר האמור ותעודת השתתפות כמשמעותה בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961, והכל אם הם רשומים בפנקסים שנוהלו לגבי הכנסת הנישום, למעט איגרות חוב בידי מוסד כספי אשר השקעה בה ניתנת להפחתה מסכום הנכסים הנזילים שהוא חייב להחזיק כנגד חסכונות, על פי הוראות בנק ישראל (נכסים נזילים), התשל"א-1971, וכן למעט איגרת חוב שהונפקה כנגד פוליסה לביטוח חיים והמוחזקת בידי מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עיסקי ביטוח, התשמ"א-1981;"

"נייר ערך" כולל אפוא מספר חלופות, שהראשונה שבהן הינה נייר-ערך הנסחר בבורסה. על-כן, יש להידרש למונח "בורסה", המוגדר, אף הוא, בסעיף 6(א) לחוק התיאומים:

"בורסה" -

- (1) בורסה שאושרה לענין חוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961;
- (2) בורסה לניירות ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978;
- (3) מסחר מעל הדלפק בארה"ב בנייר ערך הכלול ברשימה שמפרסם ארגון הסוחרים בניירות ערך בארה"ב (NASDAQ)."

המונח "בורסה" כולל אפוא שלוש חלופות: **האחת** - הבורסה שאושרה לעניין חוק קרנות נאמנות הישן;^[51] **השניה** - הבורסה לניירות-ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח המקורי;^[52] **והשלישית** - מסחר מעל הדלפק בארה"ב בנייר-ערך הכלול ברשימה שמפרסם ארגון הסוחרים בניירות ערך בארה"ב (NASDAQ).

עמ' 111

בנוסף לנייר-ערך הנסחר באיזה מהבורסות המנויות בהגדרת "בורסה" דלעיל, נחשבים ל"נייר ערך" (כהגדרתו בסעיף 6 לחוק התיאומים) גם "נייר ערך חוץ"^[53] כמשמעותו בפסקה (8) שבסעיף 5(א) להיתר הפיקוח המקורי;^[54] וכן "נייר ערך חוץ מאושר" כהגדרתו בסעיף 5(ב) להיתר הפיקוח המקורי.^[55] ניירות-הערך כאמור נכללים, למעשה, בגדר נייר-ערך הנסחר בבורסה (כאמור ברישא להגדרת "נייר ערך"), ועל-כן נראה כי ההתייחסות הנפרדת לגביהם הינה מיותרת.

המונח "נייר ערך" שבסעיף 6 לחוק התיאומים כולל גם תעודת השתתפות כמשמעותה בחוק קרנות נאמנות הישן, דהיינו תעודה המוצאת מכוח הוראות סעיף 12 לחוק האמור והמעידה על מספר היחידות בקרן שבידי בעל התעודה. כפי שבואר לעיל, חוק קרנות נאמנות הישן הוחלף בשנת 1994 בחוק קרנות נאמנות החדש. לכך אדרש בהמשך הדין.^[56]

כל ניירות-הערך האמורים נחשבים לניירות-ערך לעניין סעיף 6 לחוק התיאומים, ובלבד שהם רשומים בפנקסי הנישום ואינם נכללים בגדר החריגים המנויים בסיפא להגדרת "נייר ערך" דלעיל.

2.2.6.3 הוראות תקנה 5 לתקנות הדולריות

סעיף 130א לפקודת מס הכנסה, שעניינו "ניהול פנקסים במטבע חוץ וקביעת ההכנסה בהתאם לכך", מאפשר לנישומים מסוימים לנהל את פנקסי החשבונות - שהם חייבים בניהולם על-פי סעיף 130 לפקודת מס הכנסה - במטבע-חוץ, וזאת בהתאם לכללים שיקבע שר האוצר באישור ועדת-הכספים של הכנסת.

שר האוצר אכן קבע כללים מיוחדים לניהול פנקסי חשבונות בדולרים - תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986.^[57]

עמ' 112

התקנות הדולריות חלות על שלושת סוגי הנישומים הבאים,^[58] ובתנאי שהם אינם נחשבים ל"מוסד כספי" כמשמעותו בסעיף 22 לחוק התיאומים: (א) חברה בהשקעת חוץ, כהגדרתה בסעיף 53 לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959; (ב) שותפות שכל שותפיה הם תושבי-חוץ וכל השקעותיהם בשותפות והלוואותיהם לשותפות הם במטבע-חוץ, והנציב אישר אותה לצורך סעיף 130א לפקודת מס הכנסה; ו-(ג) חברה ש-90% לפחות מהכנסותיה הן מהפעלת כלי-שיט או כלי-טיס בהובלה בינלאומית.

התקנות הדולריות אוצרות בחובן הוראות כלליות לקביעת ההכנסה החייבת או ההפסד של נישום שבחר בהחלתן (להלן: "**תאגיד דולרי**").^[59] בנוסף, נקבעו בהן הוראות ספציפיות, כגון: זו הקובעת את הפחת שתאגיד דולרי זכאי לו,^[60] הוראה בדבר חישוב רווח (או הפסד) הון^[61] וכו'.

תקנה 5 לתקנות הדולריות קבעה, עובר לתיקונה,^[62] הוראות בדבר חישוב הרווח או ההפסד של התאגיד הדולרי מניירות-ערך הנסחרים בבורסה. דהיינו, תקנה 5 האמורה קבעה הסדר מקביל לזה המנוי בסעיף 6 לחוק התיאומים. בגדרן של הוראות תקנה 5 נקבעו, בין היתר, הגדרות למונחים "נייר ערך" ו"בורסה". המונח "נייר ערך" הוגדר כ"נייר ערך הנסחר בבורסה, לרבות נייר ערך חוץ כמשמעותו בפסקה (8) שבסעיף 5 (א) להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978, נייר ערך חוץ מאושר כהגדרתו בסעיף 5(ב) להיתר האמור ותעודת השתתפות כמשמעותה בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961." ואילו המונח "בורסה" הוגדר באופן זהה להגדרה המנויה בסעיף 6 לחוק התיאומים.

לימים, תוקנה תקנה 5 לתקנות הדולריות.^[63] בהתאם לתיקון לתקנות הדולריות, על הכנסה שהיא רווח ריאלי מניירות-ערך ועל הפסד ריאלי מניירות-ערך יחול סעיף 6 לחוק התיאומים, וזאת בשינויים המחויבים וכמפורט לעניין זה בתיקון האמור.^[64] נראה אפוא, כי עם החלת הוראות סעיף 6 לחוק התיאומים על תאגיד דולרי, תחולנה לגביו גם הגדרות "נייר ערך" ו"בורסה" המנויות בסעיף זה^[65], באשר לא נקבעו הגדרות כאמור בתיקון לתקנות הדולריות.

עמ' 113

3. פרשנות הוראות החוק המפנות לחקיקה שבוטלה

3.1 כללי

כפי שבואר לעיל, קיימת שורה ארוכה של הוראות מיסוי המתבססות על ההוראות המנויות בהיתר הפיקוח המקורי ובתוספת הראשונה. בנוסף, מספר הוראות מתבססות על ההוראות הקבועות בחוק קרנות נאמנות הישן. שעה שכן, ולאור העובדה שחוק קרנות נאמנות הישן - כמו גם היתר הפיקוח המקורי והתוספת הראשונה - חלפו מן העולם, מתעוררת לה שאלת פרשנותן של ההוראות המתבססות עליהם.

שאלה זו טרם נדונה ישירות בפסיקה. על-כן, הדיון להלן יתבסס, מטבע הדברים, על הוראות הדין הכללי הנוגעות בדבר והחלתן הראויה על הוראות המס האמורות.

3.2 הוראות הדין הכללי

3.2.1 כללי

ככלל, חוק הפרשנות, תשמ"א-1981^[66] כולל חמישה פרקים שעניינם בנושאים הבאים: תחולת חוק הפרשנות; פירוש מלים וביטויים; פירוש הסמכות; דין חיקוקים; והוראות שונות ובכללן ביטול פקודת הפרשנות (נוסח חדש)^[67] למעט סעיפים 16(2) ו-4, 17, 19 ו-42.

סעיף 25 לחוק הפרשנות, שכותרתו "פירושם של אזכורים" קובע:

"אזכור של חיקוק בחיקוק אחר - כוונתו לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו לו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר."

למד מכך, שהיה וחוק כלשהו אוצר בחובו הפניה לחיקוק אחר, כוונת הפניה הינה

לחיקוק המעודכן במועד הרלוונטי, על כל השינויים שהובאו בו עד לאותו מועד, כאשר עניינם של השינויים הוא הן בתוספות שנתוספו לחיקוק האמור והן בהוראות שהחליפו אותו המופיעות בחיקוק אחר. "סעיף 25 מבאר, מהי מסגרת החיקוק המאזכר בחיקוק אחר, ומורה, כי החיקוק המאזכר יהא החיקוק בנוסחו המעודכן, דהיינו, לרבות הוראות שנוספו בו עצמו ולרבות 'הוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר..."

עמ' 114

משמעות הסיפא לסעיף 25 היא, כי החיקוק המאזכר כולל גם הוראות בחיקוק אחר המתייחסות אליו על דרך של תיקונו או החלפתו. באופן זה, צירופן של שתי ההוראות בסעיף 25, אשר באו 'לרבות' על האמור ברישא ('נוסחו בשעה שנזקקים לו'), מלמד על כוונה לכלול באיזכור הן את התיקונים הישירים לחיקוק המאזכר והן את התיקונים העקיפים לו.^[68]

בהתאם לכך, קבע בית-המשפט, כי לצורך הגדרת המונח "מבטח" שבסעיף 1 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975^[69] - לפיה המדובר ב"מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א-1951" - יש לפנות להוראות חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981.^[70]

לפי גישה דומה, קבע בית-המשפט כדלהלן:

"ואולם, לדעתי אין להיזקק כיום לפקודת הנזיקין (המקורית) לצורך פרשנותו של המושג 'הוצאת שם רע' שבחוק הנזיקין האזרחיים, שהרי פקודת הנזיקין, ככל שהיא מתייחסת לעוולה זו, עברה ובטלה מן העולם. סעיף 4 לחוק הנזיקין האזרחיים, פטר את המדינה 'מאחריות בגין הוצאת שם רע בנזיקין'. 'אחריות בנזיקין' הוגדרה בסעיף 1 לאותו חוק כ'אחריות לפי הפקודה', היא פקודת הנזיקין האזרחיים, 1944. עפ"י סעיף 25 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981: 'אזכור של חיקוק בחיקוק אחר - כוונתו לחיקוק המאזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו לו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר'. הואיל והוראותיו של חוק לשון הרע החליפו לענין זה את הוראותיה של פקודת הנזיקין (ראה סעיף 27(2) לחוק לשון הרע), הרי שהחסינות שהוקנתה למדינה כנגד עוולת הוצאת שם רע שעל פי פקודת הנזיקין, עומדת למדינה כיום גם כנגד הוצאת לשון הרע על פי חוק לשון הרע".^[71]

3.2.2 סייגים להחלת הוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות

ביסודו של דבר, סעיף 25 לחוק הפרשנות מהווה מקבילה להוראות סעיף 41 לפקודת הפרשנות,^[72] הקובע לאמור:

עמ' 115

"כל מקום בחיקוק המאזכר דין אחר, או חלק, פרק, סימן, כותרת, סעיף או חטיבה אחרת מדין אחר, או תוספת לו - הכוונה היא לנוסח המתוקן כפי תקפו בישראל אותה שעה; והוא כשאין כוונה אחרת משתמעת".

ניתן אפוא לראות, כי הוראות ההפניה לחיקוק אחר אשר בסעיף 41 לפקודת הפרשנות חלות רק כשאין כוונה אחרת משתמעת. סייג זה אינו קבוע במפורש בסעיף 25 לחוק הפרשנות. עם זאת, הוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות כפופות לכלל הקבוע בסעיף 1 לחוק זה. וכך נקבע בסעיף 1:

"חוק זה יחול לגבי כל חיקוק והוראת והוראת מנהל, אף אם ניתנו לפני תחילתו, אם

אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה;..."

בהתאם להוראה זו קבע בית-המשפט, כי אין להיצמד להוראות חוק הפרשנות, שעה שבה תוצאת היצמדות זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. כך, למשל, נקבע בעניין חגואל:

"אף הטענה השניה אינה מבוססת(ת). לעניינה טענו המבקשים, בין השאר, כי לאור האמור בסעיף 7 לחוק הפרשנות, התשמ"א/1981 – יש לפרש את הדיבור 'אחר' בתקנה 364ד(א)(1)(ב) להבדיל מהאמירה שלפניה, לאמור, שדיבור זה מתייחס רק לאוטובוס פרטי המוגדר בתקנה 1: 'אוטובוס שאינו רכב ציבורי'; אך סעיף 7 האמור חל, מכח סעיף 1 לחוק הפרשנות רק 'אם בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה'; והנה תכלית החקיקה מתיישבת דווקא עם עמדת המשיבה..."^[73]

3.2.3 "הוראת הפניה" ו"הוראת קליטה"

במרוצת השנים, התגבשה האבחנה המושגית בין "הוראת הפניה" לבין "הוראת קליטה".^[74] במה דברים אמורים?

הוראת הפניה, הכלולה בהתייחסות לדין אחר, מפנה אל הדין האחר על התפתחותיו בעתיד. הוראה כזו "מורה על השלמה, על ידי הצמדת הנורמה שבה נמצאת ההתייחסות לדין האחר, על תוכנו הנוכחי ועל התפתחותו העתידית. ההפניה יכולה להיעשות תוך איזכור מפורש של דין מסוים, או תוך שימוש במונח או ביטויים משפטיים המוגדרים בדין מסוים."^[75]

עמ' 116

הוראת קליטה, לעומת זאת, קולטת אל תוך הדין המפנה את הנורמה אליה הוא מפנה כגוף מוקפא ובלתי משתנה. הוראת הקליטה, הכלולה בהתייחסות לדין אחר, "מורה על השלמה בדין אחר זה, כאילו הוא נקלט בנורמה שבה נמצאת ההתייחסות כמות שהוא, על תוכנו בתאריך הקליטה. במקום להכניס לתוך נורמה זו את הכתוב בדין האמור, המחוקק מקפיא אותו ad litteram בתוך הנורמה בדרך ההתייחסות. התוצאה מכך שהיא שכל שינוי בדין שנקלט או ביטולו, אינם יכולים להשפיע, לכשעצמם, על התוכן המקורי והמלא של הנורמה הקולטת. במילים אחרות, יש להוסיף ולקרוא בתוך הנורמה הזאת את הדין הנקלט, כאילו לא קרה לו מאומה, מבחינה חקיקתית."^[76]

כיצד יש ליישם את האבחנה האמורה בהתחשב בהוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות? ודוק: מלשונן של סעיף 25 עולה, לכאורה, כי הוראת חוק הכוללת הפניה לחוק אחר תפורש כהוראת הפניה, שהרי הכוונה "לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו לו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר." ואולם לא כך היא בהכרח, שהרי החלת הוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות ראוי שתגשים אל-נכון את תכלית החקיקה בה עסקינן, כמצוין במפורש בסעיף 1 לחוק זה.

ואכן, בפרשת **נבולסי**^[77] מיאן בית-המשפט העליון להחיל את הוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות, שכן בנסיבות העניין הובילה החלתו כאמור לתוצאה שסתרה את תכליתו של החוק המפנה. על-כן, ראה בית-המשפט לנכון ליישם את הוראות סעיף 1 לחוק הפרשנות ופירש את ההפניה כהוראת קליטה. וכך קבע בית-המשפט בהחלטתו בעתירה לקיום דיון נוסף:

"על פי הוראה זו (הוראת סעיף 25 לחוק הפרשנות - א' ש'), יש לראות בהוראה המפנה

לדין אחר - 'הוראת הפניה'. עם זאת, קבע בית המשפט, אין להחיל כלל זה, שעה שהחלתו תסתור את הסעיף נשוא הפרשנות. תכליתו של סעיף 7(2) לחוק הפיצויים היא למנוע פיצוי מאדם, אשר השתמש ברכב בו נפגע ללא רשות בעליו. תכלית זו מחייבת מסקנה כי המדובר בהוראת קליטה, שכן פרשנות אחרת תביא לסיכול תכלית זאת.^[78]

אמור מעתה: הכלל הרגיל המתאים לרוב רובן של ההפניות בחיקוק אחד לחיקוק אחר הינו, שהפניות כאמור תסווגנה כהוראות הפניה. עם זאת, אין להחיל את הכלל אם כתוצאה מכך תסוכל תכלית החקיקה.

עמ' 117

3.3 מן הכלל אל הפרט

3.3.1 כללי

כפי שבואר לעיל, הוראות המיסוי השונות שעניינן בניירות-ערך זרים מתבססות על ההוראות המנויות בחוק קרנות נאמנות הישן, בהיתר הפיקוח המקורי ובתוספת הראשונה. שאלה היא, כיצד משפיעה עובדת ביטולן של הוראות אלה על הוראות המיסוי כאמור.

לפי פרשנות אחת, יש להשקיף על הוראות המיסוי האמורות כעל הוראות הפניה, וכנגזר מכך, לפרשן בהתאם להוראות נשוא ההפניה לפי נוסחן המתוקן כפי תוקפן היום. ואילו לפי פרשנות אחרת, והיא הפרשנות הרצויה לשיטתי, אין להחיל באופן שרירותי את הכלל לפיו ענייננו בהוראות הפניה, אלא לבחון, האם החלה כאמור אכן תואמת את תכלית החקיקה של כל הוראה והוראה. בהתאם לכך, אבחין להלן בין הגדרת "נייר ערך זר" והוראות המיסוי המתבססות עליה לבין יתרת הוראות המיסוי שנזכרו לעיל.

3.3.2 הגדרת "נייר ערך זר" והוראות המיסוי המתבססות עליה

כזכור, חלק הארי מהוראות המיסוי שנידונו לעיל מתבסס על הגדרת "נייר ערך זר". זאת, במטרה לקבוע הסדרי מיסוי מיוחדים לגבי ניירות-ערך זרים בנושאים שנמנו לעיל (קיצוז הפסדים, שיעור המס וכו'). על-כן, יש להידרש בראשונה להגדרה זו.

לכאורה, הואיל ושלוש מבין ארבע החלופות הכלולות בהגדרת "נייר ערך זר"^[79] מפנות לרשימת הארצות המנויות בתוספת הראשונה וזו בוטלה זה מכבר, אזי ניתן לכלול בהגדרה האמורה אך ורק את החלופה הרביעית שעניינה בנייר-ערך חוץ שהינו מניה, איגרת חוב, זכות או אופציה המקנות רק את הזכות לרכוש מניה של מנפיק הזכות או האופציה, או יחידה המורכבת מאלה, המופיע ברשימת ניירות הערך הנסחרים מעבר לדלפק בארה"ב שמפרסם חבר הנגידים של הפדרל ריזרב בנק, לצורך אפשרות למתן אשראי לקנייתם (OTC Margin Stock).^[80] לשון אחר, בהעדר התוספת הראשונה להתבסס עליה, חלפו להן מן העולם גם שלוש החלופות המפנות למנוי בתוספת האמורה. כך, למשל, מניות הנסחרות בבורסה בלונדון לא תיחשבנה ל"נייר ערך זר".

עמ' 118

"לכאורה" אמרתי ולא בכדי, שכן משמעות פרשנות זו היא עיקרון מתוקן של אותן הוראות מיסוי המתבססות על הגדרת "נייר ערך זר" ואשר נועדו לקבוע הסדרים

ייחודיים לגבי ניירות-ערך זרים. כזכור, ענייננו בהוראות העוסקות בנושאים מהותיים: פטור ממס,^[81] קיזוז הפסדים,^[82] שיעור המס,^[83] חובת ניכוי מס במקור,^[84] חובת הגשת דו"ח שנתי,^[85] ועוד. אין זאת אלא, כי כוונת המחוקק היתה להחיל את ההסדרים האמורים על ניירות-ערך זרים כהגדרתם בצו קביעת ניירות-ערך זרים על מלוא ארבע חלופותיה ולא בהתבסס על החלופה השניה בלבד.

על-כן, סבורני כי יש הגיון רב באימוץ פרשנות-תכליתית המביאה בחשבון - לעניין הגדרת "נייר ערך זר" - את הארצות המנויות בתוספת הראשונה, עובר לביטולה, כך שהוראות ההפניה האחרות - היינו, הוראות המיסוי המתבססות על הגדרה זו - תפורשנה כהוראות קליטה המוסיפות להיבנות מהתוספת הראשונה כאילו לא בוטלה. למיטב ידיעתי, זוהי גם עמדתן הבלתי רשמית של רשויות המס אשר משתקפת בפרקטיקה הנוהגת.

בהקשר זה, ראוי להידרש לפסק-הדין שנקבע על-ידי השופטת אופיר-תום בעניין **מילשטיין**.^[86] באותו מקרה, תבע המערער לנכות כהוצאה, כנגד משכורתו, את דמי המזונות ששילם על-פי הסכם ממון שאושר על-ידי בית-המשפט, בינו לבין אשתו. בתביעתו, הסתמך המערער על סעיף 20 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: "**חוק המזונות**").

השופטת אופיר-תום דחתה את הערעור, בקובעה שהוראות סעיף 20 לחוק המזונות אינן חלות על המערער בשל הסייג הקבוע בסעיף 3 לחוק המזונות, לפיו הוראות חוק זה לא תחולנה על מזונות בהם חייב מי שהדין האישי חל עליו ובכלל זה המערער.

למעשה, סגי היה בקביעה זו כדי לסיים את הדיון בערעור. עם זאת, השופטת אופיר-תום ראתה לנכון להתייחס לסוגייה נוספת שהועלתה על-ידי הצדדים ועניינה בפרשנות הוראות סעיף 20 לחוק המזונות. פרשנות זו נוגעת, למותר לציין, לענייננו, ועל-כן, אף כי באוביטר עסקינן, אפרטה להלן.

עמ' 119

על-פי סעיף 20 לחוק המזונות, אדם שחויב במזונות על-פי פסק-דין או על-פי הסכם שאושר על-ידי בית-המשפט בהתאם להוראות חוק המזונות, יינתן לו ניכוי, לצורך חישוב הכנסתו החייבת במס הכנסה, עבור כל סכום ששולם על-פי פסק-הדין או ההסכם האמור, בתנאי שהניכוי לא יעלה על שיעור הניכוי שנקבע ב"פקודת מס הכנסה, 1947...". דהיינו, בדומה לסוגייה קא עסקינן, גם במקרה זה התעוררה שאלת פרשנותה של הוראת חוק המפנה להוראת חוק אחרת - פקודת מס הכנסה משנת 1947.

אלא מאי, אותה הוראת חוק - לה כיוון סעיף 20 לחוק המזונות - הוחלפה מספר פעמים ולימים אף בוטלה, והוראה אחרת, חלף ההוראה שבוטלה, אין. "בפועל, נוצר בעקבות האמור עד כאן, מצב אבסורדי לכאורה, כאשר מצד אחד ממשיך סעיף 20 להתקיים ולעמוד על מכונו, כשהוא עדיין נושא עינו אל עבר הפקודה שאמורה לקבוע עבורו את גובה הניכוי המתחייב על פיו; ומצד שני, שוב אין בכוחה של הפקודה להענות לפניה זו, באין בה עוד כל סעיף הקובע מיגבלה לניכוי שמבחינתה חלף כאמור מן העולם."^[87]

השופטת אופיר-תום קבעה, כי אין להחיל את הוראות סעיף 20 לחוק המזונות באשר ההפניה להוראות פקודת מס הכנסה הכלולה בו - המתנה את התרת הניכוי "בתנאי שהניכוי לא יעלה על שיעור הניכוי שנקבע בפקודת מס הכנסה 1947" - הפכה להיות

חסרת משמעות ובלתי ניתנת ליישום לאחר תיקון פקודת מס הכנסה כמתואר.

יחד עם זאת, טעם מהותי נוסף היה בבסיס קביעתה של השופטת אופיר-תום: נקבע, כי שיטת הניכויים - ובכלל זה הניכוי המעוגן בהוראות סעיף 20 לחוק המזונות - הוחלפה, למן תיקון 22 לפקודת מס הכנסה,^[88] בשיטת הניכויים.^[89] על-כן, התרת הניכוי מכוח סעיף 20 לחוק המזונות, באין עוד מגבלה לעניין זה בפקודת מס הכנסה, תביא להתרת כל סכום של מזונות שישלם הנישום לילדיו לפי סעיף זה, בלא גבול ובלא תקרה; ומנגד, יזכה אותו נישום לניכויים ממס העומדים לרשותו ממילא. הנה כי כן, קובעת השופטת אופיר תום:

"נראה, כי הרציו העומד בבסיס תיקון החוק בתיקון 22, שהוא כאמור הרחבת בסיס המס והעמדת ההטבה למי שמשלם מזונות לילדיו על בסיס שוויוני של נקודות זיכוי הנקבעות על פי הקריטריונים שבפקודה, לא יוכל להתיישב עם רעיון פריצת גבולות הניכוי עד אין סוף.

עמ' 120

יודגש: המחוקק, שהיה ער לקשיים אליהם עלול להיקלע בעיקרון מי שנפרד ממשפחתו ונדרש להשתתף בכלכלת ילדיו שאינם עימו, אכן, בחר להעניק לבני זוג החיים בנפרד, נקודת זיכוי נוספת, מעבר לאלה המוענקות לבני זוג נשואים המגדלים ילדיהם יחדיו (ראה, סעיף 40(ב)(2) לפקודה). שום רמז לא נרמז בתוך כך, על מסלול הטבות נוסף העומד לרשותו של נישום זה.

ממילא, אין כל היגיון מיסויי או אחר, בהנחה שהמחוקק בחר לאפשר לנישום מסוים ליהנות מכל העולמות, קרי, גם מן הניכוי המלא לפי חוק המזונות - יהיה זה סכום בן אלפי שקלים או סכום בן מיליונים - וגם מנקודת הזיכוי הנוספת לפי הפקודה; הכל בכל, בבחינת 'תפוס בזה וגם מזה אל תנח ידך', כאשר חברו אינו זוכה אלא במסלול הטבות אחד".^[90]

אשר על-כן, סבורני, כי לא רק שאין לגזור מפסק-הדין האמור גזירה שווה לעניין הוראות המיסוי בהן עסקינן, אלא שיש אף לראות את הטעמים שבבסיסו כעולים בקנה אחד עם הפירוש שהצעתי לעיל ואשר מביא בחשבון את תכלית החקיקה.

3.3.3 הוראות המיסוי האחרות

3.3.3.1 כללי

הבעתי דעתי, כי "החייאת" האמור בתוספת הראשונה לעניין הגדרת "נייר ערך זר" מגשימה אל-נכון את תכלית החקיקה של צו קביעת ניירות-ערך זרים והוראות המיסוי האחרות המתבססות עליו. עתה, אתייחס להוראות המיסוי האחרות שסקרתי לעיל.

3.3.3.2 הגדרת "מוכר" בצו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים

כפי שבואר לעיל,^[91] סעיף 2 לצו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים קובע, כי "תמורה" - היינו סכומים המשתלמים ל"מוכר" מאת ה"חייב" בשל מכירת "נייר ערך זר" - תיחשב להכנסה לעניין סעיף 164 לפקודת מס הכנסה. ואילו סעיף 3 לצו האמור מוסיף וקובע, כי "חייב" המשלם תמורה (כהגדרתה לעיל) ל"מוכר" ינכה מהתמורה מס בשיעור 5%.

המונח "מוכר" מוגדר בסעיף 1 לצו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים כדלקמן: "מוכר" - אדם, למעט קרן נאמנות כמשמעותה בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961, המוכר ניר ערך זר". כלומר, הגדרה זו כוללת כל אדם המוכר "נייר ערך זר"

למעט קרן נאמנות כמשמעותה בחוק קרנות נאמנות הישן.

עמ' 121

ברם, הואיל וחוק קרנות נאמנות הישן הוחלף, כאמור לעיל, בשנת 1994 בחוק קרנות נאמנות החדש, מן הראוי לקרוא את ההגדרה כהוראת הפניה המפנה לקרן להשקעות משותפות בנאמנות, כמשמעותה בסעיף 3 לחוק קרנות נאמנות החדש. זאת, כמצוות סעיף 25 לחוק הפרשנות אשר החלתו בהקשר זה עולה בקנה אחד עם תכלית חקיקת הוראות צו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים.

3.3.3.3 הגדרת "נייר ערך" בסעיף 6(א) לחוק התיאומים

כפי שבואר לעיל,^[92] הגדרת המונח "נייר ערך" שבסעיף 6(א) לחוק התיאומים כוללת, בין היתר, תעודת השתתפות כמשמעותה בחוק קרנות נאמנות הישן, היינו תעודה המוצאת מכוח הוראות סעיף 12 לחוק האמור והמעידה על מספר היחידות בקרן שבידי בעל התעודה.

ככלל, חוק קרנות נאמנות החדש אינו כולל הוראות בדבר הוצאת תעודות השתתפות לבעלי היחידות בקרן. עם זאת, סבורני, כי יש לפרש את המונח "נייר ערך" שבסעיף 6(א) לחוק התיאומים כמתייחס ליחידה בקרן, כמשמעותה בסעיף 3(ב) לחוק קרנות נאמנות החדש.

ודוק: הגדרת "נייר ערך" כללה, במקור, לא רק ניירות-ערך נסחרים בבורסה (בין בישראל ובין מחוצה לה) אלא גם תעודות השתתפות בקרנות נאמנות. דהיינו, מטרת המחוקק היתה ללכוד ברשתו של סעיף 6 לחוק התיאומים גם הכנסות שמקורן ביחידה של קרן נאמנות, ובלשון חוק קרנות נאמנות הישן - "תעודת השתתפות". המינוח "תעודת השתתפות" הינו שריד מהתקופה שקדמה לביטולו של חוק קרנות נאמנות, שכנראה מפאת היסח-הדעת נשאר על כנו בהגדרת "נייר ערך", שכן לא סביר שהמחוקק התכוון - בחקיקו את חוק קרנות נאמנות החדש - לצמצם את תחולת הוראות סעיף 6 לחוק התיאומים. אין זאת אלא, כי פרשנות מילולית-דווקנית, לפיה אין לכלול בגדר "נייר ערך" יחידות של קרן נאמנות מהטעם שהמונח "תעודת השתתפות" אינו קיים למן ביטול מקורו הסטטוטורי (חוק קרנות נאמנות הישן), נוגדת את תכלית החוק ועל-כן אין היא ראויה.

3.3.3.4 הגדרת "בורסה" בסעיף 6(א) לחוק התיאומים

המונח "בורסה" מוגדר בסעיף 6(א) לחוק התיאומים כדלהלן:

עמ' 122

"בורסה" -

- (1) בורסה שאושרה לענין חוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א-1961;
- (2) בורסה לניירות ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978;
- (3) מסחר מעל הדלפק בארה"ב בנייר ערך הכלול ברשימה שמפרסם ארגון הסוחרים בניירות ערך בארה"ב (NASDAQ).

כלומר, שתיים מתוך שלוש החלופות המנויות בהגדרה מפנות לחוקים אחרים. כיצד יש לפרש הפניות אלה?

החלופה הראשונה שבהגדרה כוללת את הבורסה שאושרה לעניין חוק קרנות נאמנות הישן. במקור, המונח "בורסה" הוגדר בסעיף 1 לחוק קרנות נאמנות הישן כ"בורסה לניירות ערך שהוכרה לענין חוק זה על ידי שר האוצר." לימים, תוקנה ההגדרה^[93] ונקבע, כי "בורסה" הינה כמשמעותה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968,^[94] היינו בורסה לניירות-ערך שקיבלה רשיון לפי סעיף 45 לחוק האמור.^[95] כלומר, המדובר בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב.^[96]

מהו אם-כן הדין למן ביטולו של חוק קרנות נאמנות הישן? ודוק: על-פי הגדרת "בורסה" שבסעיף 1 לחוק קרנות נאמנות החדש, המדובר הן בבורסה כמשמעותה בחוק ניירות-ערך (היינו, הבורסה לניירות-ערך בתל-אביב) והן בבורסה מחוץ לישראל שקיבלה אישור מידי מי שרשאי לתתו על-פי דין במדינה שבה היא פועלת. כלומר, ענייננו בהגדרה רחבה יותר, הכוללת גם בורסה בחוץ-לארץ.

אני נוטה לדעה, כי יש לכלול בגדר חלופה זו אך ורק את הבורסה לניירות-ערך בתל-אביב, שהרי אם כוונת המחוקק היתה הן לבורסה בתל-אביב והן לבורסה בחו"ל, מה טעם ראה להוסיף את שתי החלופות הנוספות הכוללות, אף הן, בורסות בחו"ל. ודוק: נאמן לגישה שהובעה לעיל, אני מציע לפרש את החלופה השנייה ככוללת בורסה לניירות-ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה, וזאת למרות ביטולה של התוספת הראשונה. ואילו החלופה השלישית מוסיפה את המסחר מעל הדלפק בארה"ב.

עמ' 123

סיכומו של עניין: אני מציע לפרש את הגדרת "בורסה" בסעיף 6(א) לחוק התיאומים כהוראת קליטה, כך שההפניה הקבועה בה לחוק קרנות נאמנות הישן ולתוספת הראשונה תיותר בעינה למרות ביטולם של אלה.

3.3.3.5 הגדרת "בורסה בחוץ לארץ" בצו הפטור

כפי ששנינו, הגדרת המונח "בורסה בחוץ לארץ" בסעיף 1 לצו הפטור כוללת שתי חלופות: האחת - בורסה לניירות ערך שאושרה באחת הארצות המנויות בתוספת הראשונה להיתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978; והשניה - מסחר מעל הדלפק בארה"ב.

לגישתי, במקרה זה, יש לקרוא את החלופה הראשונה להגדרה כהוראת הפניה המפנה לרשימת הארצות המנויות בתוספת הראשונה, וזאת בהתעלם מביטולה של האחרונה. פרשנות אחרת תביא לצמצום משמעותי של הפטור הקבוע בסעיף 4 לצו הפטור ובכך תחרוג מתכליתו המקורית.

4. סיכום בקצירת האומר

הצעתי לפרש את הוראות המיסוי הכוללות הפניה להוראות אחרות בהתאם לתכליתן על-מנת להביא להרמוניה חקיקתית. עם זאת, מובן, שניתן להעלות טיעונים נוספים לכאן ולכאן. ראוי אפוא, שהמחוקק יבהיר את כוונתו בסוגיות חשובות אלה באורח חד-משמעי, שכן במצב הקיים רב חוסר

הבהירות. וכלשונה של השופטת אופיר-תום בעניין מילשטיין: "... נדרשת תשובה מצד המחוקק, לכאן או לכאן; אלא שלמרבה הצער, לא מיהר המחוקק להשיב אף לא אחת מהן; וחבל."^[97]

1. ק"ת 1006 (להלן: "היתר הפיקוח המקורי").
2. ס"ח 108 (להלן: "חוק הפיקוח על המטבע").
3. פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961, נ"ח 120 (להלן: "פקודת מס הכנסה").
4. ס"ח 172 (להלן: "חוק התיאומים").
5. לדיון בהיקף תחולת חוק התיאומים, ראה א' שפירא, מיסוי ניירות-ערך ושוק ההון (תשס"א-2001) 151 ואילך.
6. ק"ת 265 (לעיל ולהלן: "צו הפטור").
7. הגדרה זו נוספה בצו מס הכנסה (פטור ממס על ריווח הון ממכירת מניות) (תיקון), התשמ"ד-1984, ק"ת 884, ותוקנה בצו מס הכנסה (פטור ממס על רווח הון ממכירת מניות) (תיקון), התשמ"ט-1989, ק"ת 766.
8. היתר הפיקוח על המטבע (תיקון מס' 4), התשנ"א-1991, ק"ת 718.
9. היתר הפיקוח על המטבע (תיקון מס' 3), התשנ"ב-1992, ק"ת 1201.
10. ק"ת 722 (להלן: "היתר הפיקוח החדש").
11. להלן פסקה 3.3.3.5.
12. ק"ת 1291 (להלן: "צו מיסוי ניירות-ערך זרים").
13. ק"ת 1289 (להלן: "צו קביעת ניירות-ערך זרים").
14. בג"ץ Energy Exploration Inc. 337/86 נ' שר האוצר, פ"ד מא(2) 127.
15. להלן פסקה 3.3.2.
16. ק"ת 1001.
17. ק"ת 1434.
18. עניינו של סעיף זה גם בקיזוז הפסדים שנוצרו במטע הדריים (סעיפים קטנים ד)-(ז) ובהפסדים מהשכרת בניין (סעיף קטן ח).
19. דיון בכללי קיזוז הפסד הון, ראה שפירא, לעיל הערה 5, בע' 436 ואילך.
20. לעיל פסקה 2.2.1.2.
21. סייג זה, באשר לזכאות לקזז הפסדי הון הנובעים ממכירת ניירות-ערך זרים, הוסף במסגרת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 90), התשנ"ב-1992, ס"ח 182 (להלן: "תיקון 90 לפקודת מס הכנסה").
22. לעיל פסקה 2.2.1.2.
23. עמ"ה (ת"א) 48/94 ליון נ' פ"ש, "מיסים" יב/3 ה-119.
24. הוראה זו נוספה במסגרת תיקון 90 לפקודת מס הכנסה, לעיל הערה 21.
25. לעיל פסקה 2.2.1.2.
26. קופת גמל לעניין זה הינה כהגדרתה בסעיף 29 לפקודת מס הכנסה.
27. הוראות הסעיף המתייחסות לניירות-ערך זרים נוספו במסגרת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97), התשנ"ד-1994, ס"ח 74.
28. לעיל פסקה 2.2.1.2.
29. ש.ס.
30. הוראה זו נוספה במסגרת תיקון 90 לפקודת מס הכנסה, לעיל הערה 21.
31. ראה גם סעיף 161(א)(א3) לפקודת מס הכנסה.
32. ק"ת 1291 (להלן: "צו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים").
33. סעיף 1 לצו ניכוי במקור מניירות-ערך זרים - הגדרת "תמורה".
34. לעיל פסקה 2.2.1.2.
35. ס"ח 84 (להלן: "חוק קרנות נאמנות הישן").
36. ס"ח 308 (להלן: "חוק קרנות נאמנות החדש").
37. להלן פסקה 3.3.3.2.
38. לדיון בחובת הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס, ראה שפירא, לעיל הערה 5, בע' 129 ואילך.
39. ק"ת 580 (להלן: "תקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי").
40. המונח "משכורת" מוגדר בתקנה 1 לתקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי כדלהלן:

"משכורת" -

(1) הכנסת עבודה;

(2) קיצבה לפי סעיף 5(2) לפקודה;

(3) מענק פרישה או מוות כמשמעותו בסעיף 9(א7) לפקודה, החייב במס;

(4) סכום המתקבל עקב היוון קיצבה כמשמעותו בפסקה (6) להגדרת 'הכנסה מיגיעה אישית' בסעיף 1 לפקודה, החייב במס."

41. המונח "הכנסה מדמי שכירות" מוגדר בתקנה 1 לתקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי כ"הכנסה מדמי שכירות ששולם עליה מס לפי סעיף 122 לפקודה".

42. המונח "הכנסה נוספת" מוגדר בתקנה 1 לתקנות הפטור מהגשת דו"ח שנתי כדלהלן:

"הכנסה נוספת" -

(1) הכנסה שנוכה ממנה מס במקור מכח סעיפים 161, 164 או 170 לפקודה, בשיעור שאינו נמוך מ-50% או באישור פקיד השומה בשיעור שאינו נמוך מ-30% ולגבי הכנסה ממכירת נייר ערך זר, כמשמעותו בצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992, בשיעור שאינו נמוך מ-5% מהתמורה בגין מכירת נייר ערך כאמור;

(2) הכנסה, שחל לגביה שיעור מס מוגבל ונוכה ממנה במקור מלוא המס, או הכנסה, שאינה

הכנסה לפי סעיף 2(1) או (2) לפקודה שחל לגביה פטור ממס. [ההדגשה הוספה - א' ש'.]

- .43 ש.ם.
- .44 לעיל פסקה 2.2.1.2.
- .45 כאמור בהגדרת "הכנסה נוספת", לעיל הערה 42.
- .46 לעיל פסקה 2.2.1.2.
- .47 חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 123), התשס"א-2000, ס"ח 29.
- .48 לרבות אופציות למניות.
- .49 סעיף 104ח(א) לפקודת מס הכנסה - הגדרת "החלפת מניות".
- .50 לעיל פסקה 2.2.1.2.
- .51 להלן פסקה 3.3.3.4.
- .52 ש.ם.
- .53 לדיון בהגדרת "נייר ערך חוץ", ראה לעיל פסקה 2.2.1.2.
- .54 ההפניה לפסקה (8) שבסעיף 5(א) להיתר הפיקוח המקורי אינה ברורה כלל ועיקר, שכן הגדרת "נייר ערך חוץ" מנויה בסעיף 1 להיתר הפיקוח המקורי; ואילו פסקה (8) האמורה קובעת, כי בגדרן של הפעולות שמוטר לתושב ישראל לעשותן נכללת החזקת "נייר ערך חוץ שהחזק כדיון ביום י"ב בשבט התשמ"ד (16 בינואר 1984) בפקדון תושב למשמרת אצל סוחר מוסמד, ובלבד שנייר הערך יישאר מופקד על שמו בפקדון כאמור, ולמוכרו באמצעות סוחר מוסמד".
- .55 דהיינו: "נייר ערך חוץ, שהנפיקה חברה תושבת ישראל או שהנפיקה ממשלת ישראל, הרשום למסחר בבורסה לניירות ערך או הנסחר 'מעבר לדלפק', או נייר ערך חוץ כאמור המיועד, לפי תשקיף הנפקתו, להירשם למסחר או להיסחר כאמור".
- .56 להלן פסקה 3.3.3.3.
- .57 ק"ת 963 (לעיל ולהלן: "התקנות הדולריות").
- .58 נישומים אלה מנויים גם בסעיף 130א(ג) לפקודת מס הכנסה.
- .59 תקנה 4 לתקנות הדולריות.
- .60 תקנה 6 לתקנות הדולריות.
- .61 תקנה 7 לתקנות הדולריות.
- .62 תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעות חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתם החייבת) (תיקון), התש"ס-2000, ק"ת 622 (להלן: "התיקון לתקנות הדולריות").
- .63 ש.ם.
- .64 בנוסף, נקבעו הוראות מעבר בתיקון לתקנות הדולריות.
- .65 לעיל פסקה 2.2.6.2.
- .66 ס"ח 302 (להלן: "חוק הפרשנות").
- .67 דמ"י 2 (להלן: "פקודת הפרשנות").
- .68 ע"א 383/87 מלכה נ' ארט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(3) 650, 656.
- .69 ס"ח 52.
- .70 ע"ש (ת"א) 1470/96 נרויץ יוניון נ' מנהל אגף המכס ומע"מ, "מיסים" יב/4-ה-265. ראה גם ע"ש (ת"א) 392/86 סוכנויות פלורוס (ביטוח) בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פסקים תש"ן א 125.
- .71 ת"א 1418/96 רביבו נ' מדינת ישראל, דינים שלום יז 920, 927. ראה גם ב"ש 504/85 נקש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(2) 559.
- .72 ראה הצעת חוק הפירושים, תש"ם-1980, ה"ח 228, 238, דברי-ההסבר לסעיף 30.
- .73 רע"פ 500/98 חוגואל נ' מדינת ישראל, תק-על 198 (1) 574, 576. ראה גם בש"פ 544/88 חזקי נ' פנחסי, פ"ד מב(3) 795, 798; בש"א Her Majesty The Queen In Right of Canada 4719/93 נ' ריינהולד, פ"ד מז(5) 646, 649-651.
- .74 ראה, כללית, ש.ז. פלר "הוראת הפניה" והוראת קליטה" הפרקליט כה (תשכ"ח-תש"ל) 320.
- .75 פלר, שם, בע' 322.
- .76 פלר, שם, בע' 322-323.
- .77 ע"א 5773/95 נבולסי נ' אנטון, תק-על 99(3) 1.
- .78 דנ"א 7958/99 נבולסי נ' אנטון, תק-על 2000(2) 2167, 2168.
- .79 לעיל פסקה 2.2.1.2.
- .80 ש.ם.
- .81 לעיל פסקה 2.2.1.
- .82 לעיל פסקה 2.2.2.
- .83 לעיל פסקה 2.2.3.
- .84 לעיל פסקה 2.2.4.
- .85 לעיל פסקה 2.2.5.
- .86 עמ"ה (ת"א) 150/97 מילשטיין נ' פקיד השומה, "מיסים" יג/3-ה-123 (להלן: "עניין מילשטיין").
- .87 שם, בע' 131.
- .88 חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22), תשל"ה-1975, ס"ח 168.
- .89 לדיון כללי בזיכויים ממס, ראה שפירא, לעיל הערה 5, בע' 47-46.
- .90 לעיל הערה 86, בע' 136-135.
- .91 לעיל פסקה 2.2.4.
- .92 לעיל פסקה 2.2.6.2.
- .93 חוק מס הכנסה (תיקוני חקיקה והוראות שונות), התשנ"ב-1992, ס"ח 102, 106.
- .94 ס"ח 234 (להלן: "חוק ניירות-ערך").
- .95 סעיף 1 לחוק ניירות-ערך - הגדרת "בורסה". הגדרה זו נוספה בחוק ניירות ערך (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 188.
- .96 ראה לעניין זה, עמ"ה (ת"א) 48/94 לוי נ' פקיד השומה, "מיסים" ג/6-ה-122, 125.
- .97 לעיל הערה 86, בע' 138.