

מיסים ונפלאות: הערות ביחס למיסוי פעילות נוסטרו נוכח פרשות אקוויטס וטריידומטיקס

מאת

עו"ד ורו"ח איתן אסנפי¹

מבוא

לאחרונה ניתנו שני פסקי דין בבית המשפט המחוזי, אשר התמודדו (בדגשים שונים) עם סוגיית הטלת מס ערך מוסף, או אולי הטלת מס שכר ורווח, על פעילות נוסטרו (מסחר עצמי בניירות ערך).

מדובר בפסק הדין בפרשת **אקוויטס**² שניתן ביום 26.6.2017 מפי כב' הש' סרוסי, ופסק הדין בפרשת **טריידומטיקס**³ שניתן ביום 25.2.2018, מפי כב' הש' קירש.

פסקי דין אלה מצטרפים לשני גילויי דעת מטעם רשות המסים (**החלטת מיסוי 4396/15 ועמדה מספר 12/2017**), שבהם מובעת העמדה כי פעילות נוסטרו בעלת מאפיינים עסקיים תסווג כפעילות של "מוסד כספי" ולכן תחויב במס שכר ורווח. נוכח עמדה מספר 12/2017, הרי בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 67ד לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 ("חוק מע"מ" או "החוק"), נקיטת עמדה מנוגדת תהא חייבת בדיווח.

בפסק הדין הטרי בעניין **טריידומטיקס**, הביע כב' הש' קירש מורת רוח מהעמימות הגדולה ומאי הבהירות הנמשכת בנושא. הוא אף קרא למחוקק לבצע הסדרה באמצעות חקיקה חדשה ובהירה. "**נפלאות סעיף 19(ב) לחוק**", כפי שתיאר זאת כב' הש' קירש, ויחסו של סעיף זה ליתר הוראות החקיקה הרלוונטיות, הביאו לנסיגות שהם "בהכרח מאולצים ובלתי מניחים את הדעת" מצד הפסיקה והמלומדים ליישב בין הוראות החוק השונות, ולאתר מפתח למיון המקרים השונים בין הוראות החוק הללו.

בחלקו הראשון של המאמר נציע פרשנות החותרת לעבר הגיונו של סעיף 19(ב) בנוסחו הקיים, על רקע סביבתו החקיקתית. נראה, כי הפרשנות המוצעת עולה, בכללה, בקנה אחד עם הדרך בה מנתח בית המשפט בפרשת **טריידומטיקס** את הוראות הסעיף. אם תתקבל פרשנותנו, הרי המסקנה תהיה שאין להטיל מע"מ על פעילות נוסטרו.

1. ברצוני להודות לעו"ד ורו"ח עמי קריסי על סיועו בעבודת המחקר לשם הכנת המאמר.
2. ע"מ 25935-02-16 **אקוויטס ניהול השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4 ואח'**, "מיסים" לא/3 (ספטמבר 2017), ה-191.
3. ע"מ 14338-02-15 **טריידומטיקס בע"מ נ' רשות המסים** (ראו מדור פסיקה בחוברת זו).

בחלקו השני של המאמר נציע, כי על פי הדין הקיים, פעילות נוסטרו גם אינה מגבשת, כשלעצמה, "מוסד כספני". לכן אין להטיל עליה מס שכר ורווח.

גם אם לא תתקבל הצעתנו הפרשנית, הרי לכל הפחות יש לנקוט זהירות וגמישות נוכח אי הבהירות והעמימות הרבה בחקיקה הקיימת - עמימות שהביאה את בית המשפט לקרוא לתיקון חקיקתי. במצב דברים עדין זה, ראוי היה לדעתנו להימנע מנקיטת עמדה חד משמעית מצד רשות המסים, כפי שבאה לידי ביטוי בעמדה מספר 12/2017.

מהי פעילות "נוסטרו"?

למונח "נוסטרו" (או "השקעה עצמית", או כל מונח דומה אחר) אין הגדרה בחוק מע"מ.

ניתן לחלץ את משמעותו הרלוונטית לענייננו מתוך הפסיקה. בפרשת ערכים⁴, כב' השופט עדנה ארבל עשתה שימוש במונח "נוסטרו" פעמים מספר לאורך הפרשה כולה. משמעות המונח משתמעת מתוך דבריה:

"עוד ייאמר בהקשר זה, כי אחת הדרכים ללמוד על אופיין של השקעותיה העצמיות של המערערת, הוא על פי האופן בו המערערת עצמה מתייחסת להשקעות אלה. בחינת הצהרותיה של המערערת ביחס לתיקי ההשקעות העצמיות שלה מלמד, כי אף היא רואה אותן "כחלק בלתי נפרד מעיסוקה הרגיל" וכשם שהיא מציינת, היא "דיווחה על רווחיה מהשקעות הנוסטרו בדו"חותיה הכספיים, יחד עם רווחיה מעמלות עבור ייעוץ ללקוחותיה החיצוניים וניהול תיקיהם".

בהמשך לכך:

"עם זאת, בחינתו של בית המשפט המחוזי מתייחסת להשקעתה של המערערת בתיקי הנוסטרו שלה, קרי להשקעותיה העצמיות של המערערת בניירות ערך, ולא לניירות בתיקי לקוחותיה".

בפסק דין אילון צברי⁵ (המשתרע על פני כמה מאות עמודים), כב' השופט ד"ר עודד מודריק אף הגדיר נקודתית את המונח, במסגרת הערת שוליים לפסק הדין, בזו הלשון:

"נוסטרו - שלנו (לטינית). חשבון נוסטרו, הוא חשבון, שבו מוחזקים כספי החברה, בהבדל מכספי אחרים שהחברה מחזיקה בנאמנות כדי להשקיע, לנהל, או לשמור כפיקדון (מונח שאול מתחום הבנקאות שם הוא מתאר חשבון של בנק ממדינה פלונית, בבנק במדינה אחרת, המתנהל במטבע מקומי)".

אם כך, פעילות "נוסטרו" או חשבון "נוסטרו", לצורך ענייננו, היא השקעה עצמית ו/או ניהול תיקים באופן עצמי בניירות ערך, כאשר ההשקעות נעשות באמצעות כספים השייכים

4. ע"א 10554/02 ערכים תיקי השקעות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, "מיסים" 6/ (דצמבר 2006) ה-97.

5. ת"פ (ת"א) 290/95 מדינת ישראל נ' אילון צברי (פורסם בנבו, 11.2.03), עמ' 263.

למשקיע (יחיד או חברה). זאת, בהבדל מניהול השקעות מכספי לקוחות. המימון של כספי ההשקעה העצמית יכול להיות הן באמצעות הון עצמי והן על ידי הון זר (אשראי בנקאי וכדומה).

על המיסים - מנגנון חוק מע"מ והטלת המס

חוק מע"מ חל על עסקאות במקרקעין או במיטלטלין, שהן מכירת נכסים או מתן שירותים, על יבוא ועל פעילות החטיבות הפיננסיות והציבוריות.

החוק מטיל ארבעה סוגי מסים: מע"מ עסקאות, מע"מ על יבוא, מס שכר ומס רווח. בהתאם, נקבעו שלושה סוגי חייבים במס: "עוסק", "מלכ"ר" ("מוסד ללא כוונת רווח") ו"מוסד כספי".

לכל חייב במס שיטה (מנגנון) שונה לחיוב במס, אשר נקבעה בהתאם לאופי פעילותו ולמהותו. "עוסק" חב במס ערך מוסף על התמורה (או המחיר) המתקבלת מביצוע עסקאות בעסקו ועל יבוא טובין, מהם הוא רשאי לנכות מע"מ תשומות שגלום ברכישותיו ובשירותים שקיבל ("השיטה העיקרית"); "מלכ"ר" חב במס שכר המוטל על רכיב השכר ששילם לעובדיו ("שיטת הסקטור הציבורי"); ואילו "מוסד הכספי" חב במס שכר על השכר ששילם לעובדיו, ובמס רווח על הרווח שנוצר לו באותה שנת מס ("שיטת הסקטור הפיננסי").⁶

ההבדל בין שיטות החיוב במס ערך מוסף ובמס שכר ומס רווח לפי העניין, מותאם, כאמור, לפעילותו של החייב ולמהותו. המונח הכלכלי "ערך מוסף" מבטא את תוספת הערך שתורמת היחידה המשקית בפעילותה. מבחינה כלכלית, תוספת ערך זו מתבטאת בהפרש שבין המכירות של העוסק ובין קניותיו, או בין השירותים שנתן לשירותים שקיבל; ואילו במוסד כספי היא מתבטאת בסך כל השכר ששילם והרווחים שהפיק (אלה משקפים את הערך המוסף שהוא תורם למשק), ולכן המס מוטל על השכר ועל הרווח.⁷

שיטת הסקטור הפיננסי, להבדיל מהשיטה העיקרית החלה על עוסק, הינה שיטה ייחודית למדינת ישראל ואין לה אח ורע במדינות אחרות בהם הונהג מס ערך מוסף על הצריכה.⁸ מקור שיטה זו הינו בהמלצות ועדת אשר⁹, שקבעה, כי הואיל ואשראי בנקאי ניתן הן ליצרנים-לווים והן לצרכנים-לווים, הדבר יוצר מערכת מורכבת של חישובים. בלשון ועדת אשר:

"אילו ניתן כל האשראי הבנקאי ליצרנים בלבד, לא היה צורך בהטלת מע"מ על הבנקים; אך ידוע שחלק מהאשראי הבנקאי מיועד ללווים-צרכנים, ואין סיבה שלא להטיל את המס על הריבית המשתלמת בגין חלק זה. הפתרון האידיאלי היה איפוא

6. ראו הצעת חוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975, עמ' 235 (ה"ח 1178, 28.4.1975).

7. שם.

8. ראו ניסן לימור "מס ערך מוסף וארגוני המגזר האזרחי", "מיסים" כט/6 (דצמבר 2015) א-1.

9. "הועדה הציבורית לבדיקת מערכת המיסים בישראל", תשל"ב-1972 (להלן - "ועדת אשר"). ועדת אשר הוקמה עובר לחקיקת חוק מע"מ שהוחל מיום 6.1.1976, זאת לצורך בחינת הרפורמה במס והנהגת מס ערך מוסף בישראל.

בהטלת מס מלא על חלק הריבית בלבד - אותו 'החלק הצרכני' הנזכר לעיל, אך פתרון כזה היה דורש מהבנק להבחין בכל מקרה בין מלווה צרכני למלווה יצרני.

מסיבות שונות אין הדבר אפשרי, ולכן הגיעה הועדה לידי מסקנה כי יש למצוא פתרון אחר: במקום להטיל מע"מ בשיעור רגיל על הריבית הצרכנית, מוצע לגבות מס בשיעור מוקטן מכלל השכר והרווח של הבנקים.

ובהמשך:

"אם יוטל מע"מ על אותה ריבית גם אצל הבנקים יהיה צורך להחזיר את המס ששולם ע"י היצרנים בגין אותה ריבית, דבר שידרוש סידורים מסובכים של קיזוז או החזר מס ואינו רצוי בשל כך [...]"

עוד קבעה הוועדה, כי הואיל ומרכיבי ה"חיסכון" במערכת הפיננסית אינם מוסיפים ערך מוסף לפעילות המשקית, מוסד כספי יחוייב במס שכר ורווח ולא במס ערך מוסף בשיעור מלא על הצריכה, בהתאם לשיטה העיקרית; במוסד ציבורי שלא נועד לרווחים (מלכ"ר) נערך החיוב על השכר בלבד.

להלן נציג את ההוראות המרכזיות בחוק מע"מ לפיהן מוטל המס.

חבות במע"מ - כללי יסוד

הנורמה האופרטיבית המרכזית של חוק מע"מ קבועה בסעיפים 2 ו-4 לחוק. סעיף 2, שכותרתו "הטלת ערך מוסף ושיעורו", עוסק בהטלת המס על "עוסקים", והוא מורה בזו הלשון:

"על עסקה בישראל ועל יבוא טובין יוטל מס ערך מוסף בשיעור אחד ממחיר העסקה או הטובין, כפי שקבע שר האוצר בצו לאחר התייעצות עם ועדת הכספים של הכנסת"

סעיף 4 לחוק מע"מ, העוסק במלכ"רים ובמוסדות כספיים, מורה כך:

"(א) על פעילות בישראל של מוסד ללא כוונת ריווח יוטל מס שכר באחוזים מהשכר ששילם, כפי שקבע שר האוצר בצו באישור הכנסת [...]"

(ב) על פעילות בישראל של מוסד כספי יוטל מס שכר וריווח באחוזים מהשכר ששילם והריווח שהפיק, כפי שקבע שר האוצר באישור הכנסת; הפסד שהיה למוסד כספי בשנת מס ניתן לקיזוז כנגד השכר ששילם לאותה שנת מס [...]"

תחילה נדון בסעיף 2 לחוק שמטיל מס ערך מוסף על חייב במע"מ מסוג "עוסק". בהמשך נדון בסעיף 4 לחוק שמטיל מס על מלכ"רים ועל מוסדות כספיים.

סעיף 2 - חבות במע"מ (עוסקים)

סעיף 2 לחוק מע"מ, שהוצג לעיל, מטיל חבות במס ערך מוסף (בשיעור שקבע שר האוצר באישור ועדת הכספים),¹⁰ בשני מקרים חלופיים:

- עסקה בישראל;
- יבוא טובין (סוגיה זו אינה רלוונטית לענייננו ולכן לא נרחיב בה).

מס ערך מוסף מוטל אפוא על עסקה בישראל. כלומר, שני תנאים מצטברים נדרשים להתקיים על מנת שיוטל מע"מ לפי סעיף 2 לחוק: הראשון הוא קיומה של "עסקה"; השני הוא, כי ה"עסקה" האמורה תהיה "בישראל" (לשם דיונו נצא מן ההנחה כי עסקאות הנוסטרו הרלוונטיות נעשות בישראל ולכן לא נרחיב בתנאי השני בדבר מקומה הגיאוגרפי של העסקה).¹¹

מהי אם כן "עסקה"? זו מוגדרת בסעיף 1 לחוק באמצעות שלוש חלופות, בזו הלשון:

"עסקה" - כל אחת מאלה:

- (1) מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו, לרבות מכירת ציוד;
- (2) מכירת נכס אשר נוכה מס התשומות שהוטל על מכירתו למוכר או על יבואו בידי המוכר;
- (3) עסקת אקראי.

שתי החלופות האחרונות - עסקת אקראי¹² ומכירת נכס שנוכה מס התשומות שהוטל על מכירתו למוכר - אינן רלוונטיות לדיונו, ולפיכך נתמקד בחלופה הראשונה בהגדרה.

על פי חלופה זו, "עסקה" תתקיים באחת משתי פעולות אלטרנטיביות - "מכירת נכס" או "מתן שירות"; ביחס לכל אחת מן הפעולות הללו נדרש, כי היא תיעשה "בידי עוסק" וזאת "במהלך עסקו". נציין, אם כי לא נרחיב בעניין כאן, כי הסיפא להגדרה מכלילה בגדר "עסקה" גם מכירת "ציוד".¹³

10. שר האוצר קובע בצו מס ערך מוסף (שיעור המס על עסקה ועל יבוא טובין), התשס"ה-2005 את שיעור המע"מ בישראל. נכון להיום שיעור המע"מ הינו 17%.

11. פרק ד' לחוק (סעיפים 14, 15) דן במקומה הגיאוגרפי של "עסקה". כמו כן, ההגדרה "אזור" מופיעה בסעיף 1 לחוק והרחבת תחולת החוק באזור ובשטחי עזה ויריחו, בסעיף 1א לחוק. במאמר זה לא נרחיב בעניין, שכן הנחתנו הינה שהעסקאות הרלוונטיות נעשות בישראל. להרחבה ראו, למשל, י. פוטשבוצקי "מס ערך מוסף" (2001), עמ' 115 (להלן - "פוטשבוצקי").

12. "עסקת אקראי" מוגדרת אף היא בסעיף 1 לחוק, וקובעת שלוש חלופות. החלופה הרלוונטית לענייננו היא החלופה הראשונה העוסקת ב"מכירת טובין או מתן שירות באקראי, כשהמכירה או השירות הם בעלי אופי מסחרי". המרכיבים המהותיים לדיונו בהגדרה זו ("מכר", "טובין", "מתן שירות"), ממילא נדונים בחלופה הראשונה להגדרה "עסקה".

13. בחרנו שלא להרחיב בעניין "מכירת ציוד" מאחר ש"ציוד" מוגדר בסעיף 1 לחוק כ: "נכס [...] ואין מכירתו מעיסוק העוסק"; מאחר ש"ציוד" הוא קודם כל "נכס", ומאחר שכפי שנראה להלן, מההגדרה "נכס" ממועטים ניירות ערך, אם נסיק כי אין בענייננו מכירת "נכס" (כי לא קיים "נכס"), הרי גם אין "ציוד". כמו כן, ההגדרה "ציוד" עוסקת במכירת נכס שאין מכירתו מתחום העיסוק של העוסק, ונדמה כי לא ניתן לומר זאת על מכירת ניירות ערך (גם אם היו "נכס") בידי חברה שבוה מתמצה עיסוקה.

"מכירת נכס"

הפעולה הראשונה הרלוונטית הינה "מכירת נכס". יש אפוא לעמוד על ההגדרות "מכר" ו-"נכס".

סעיף 1 לחוק מגדיר "מכר" בזו הלשון:

"מכר", לענין נכס - לרבות השכרתו, מקחו אגב שכירות, הקניית רשות לשימוש בו בתמורה, הקניית זכות בו, שימוש בו לצורך עצמי, ולרבות הפקעתו, חילוטו או החרמתו, בתמורה, וכן נתינתו במתנה לרבות מתנה לעובד, ולענין מקרקעין - גם לרבות פעולה באיגוד מקרקעין כמשמעותה בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 ורישומם בבורסה של ניירות ערך שהנפיק איגוד מקרקעין, כאמור בסעיף 8 לחוק האמור, אך למעט פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה";

ההגדרה "מכר" רחבה וכוללת, בין היתר, השכרה, הקניית זכות שימוש, מתן מתנה, ושימוש לצורך עצמי. בשלב זה נסתפק בהצגה כללית בלבד של ההגדרה.¹⁴

יושם לב, כי הסיפא להגדרה מוציאה מתחולתה "פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה". ייתכן, כי חרף הופעת התיבות הללו לאחר המיקוד "ולענין מקרקעין -", יש לראות פעולה זו כממועטת גם לענין נכס (מיטלטלין ומקרקעין) ולא רק לענין מקרקעין.¹⁵

נדמה כי נטייה זו קיבלה חיזוק משמעותי בפסק הדין בפרשת טריידומטיקס. ברישא לפסקה 26 לפסק דינו, קובע כב' הש' קירש כי ניירות ערך מוחרגים מההגדרה "נכס" (כפי שנראה בהמשך), אך הוא לא מסתפק בכך וממשיך: "עוד יצויין כי אף הגדרת המונח "מכר" שבסעיף 1 לחוק ממעטת "פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה". כלומר, בית המשפט רואה החרגה זו כרלוונטית גם לענין נכס שהינו מיטלטלין. היא אינה ייחודית לדידו לנכס מסוג מקרקעין, כפי שאולי היה עשוי להשתמע מלשונה הפשוטה של ההגדרה.

כך או כך, ההגדרה החשובה ביותר לענייננו בהקשר זה, הינה ההגדרה "נכס".¹⁶ סעיף 1 לחוק מגדיר "נכס" כך: "נכס" - טובין או מקרקעין";

שני המונחים, "טובין" ו"מקרקעין", מוגדרים אף הם בסעיף 1 לחוק. המונח "מקרקעין" לא רלוונטי לדיוננו ולכן לא נרחיב בו. המונח "טובין" מוגדר כך:

14. לדיון ביסודות ה"מכר" לרבות מתן מתנה אגב הספקת ארוחות לעובדים, ראו ע"א 364/81 מנהל אגף המכס והבלו נ' "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ פ"ד לז(2) 744 (1983), עמ' 751 ו"מיסים און לייך".

15. ראו, למשל, איתן צחור "מיסוי פעילות בניירות-ערך בידי גוף פרטי הפועל בתחום הנוסטרו בלבד", "מיסים" כט/5 (אוקטובר 2015) א-1 (להלן: "צחור"), בעמ' 9: "המסקנה היא, שהגדרה זו המוציאה בסיפא את המסחר בניירות-ערך, משלימה בנושא זה את המונח "טובין" ושניהם כאחד יוצרים את המארג החוקי המלא, לפיו אין כל תחולה או משמעות מיסויית למסחר בניירות ערך על פי הגדרות היסוד שבחוק מס ערך מוסף".

16. יושם לב, כי ההגדרה "נכס" הינה, כאמור, מיסודות ההגדרה "עסקה" (שכוללת כאמור "מכירת נכס"), אולם היא משמשת גם בהגדרה "מכר" (בתיבות "לענין נכס"). בהיעדר "נכס" לא תקיים "עסקה" במובן "מכירת נכס", אולם גם לא תיכנס לפעולה ההגדרה "מכר" (שכן היא מוגדרת "לענין נכס").

"טובין" - לרבות -

- (1) **עצים, שתילים, פרחים, יבול וכיוצא באלה הנמכרים בנפרד מהקרקע;**
- (2) **זכות, טובת הנאה ונכסים בלתי מוחשיים אחרים ובין השאר - ידע, למעט זכות במקרקעין או בתאגיד, ולמעט ניירות ערך ומסמכים סחירים וזכויות בהם;**"

המחוקק בחר לפרש את המונח על דרך הריבוי, ולכן הפריטים המופיעים בהגדרה אינם מהווים רשימה סגורה. ההגדרה כוללת גם נכסים בלתי מוחשיים, כגון זכות, טובת הנאה וידע. אולם, ההגדרה **ממעטת מפורשות**, "זכות במקרקעין" (שכן זו נכללת ממילא בהגדרה "מקרקעין") וכן זכות "בתאגיד" ו"ניירות ערך ומסמכים סחירים וזכויות בהם".

כלומר, המחוקק ביקש להוציא, מלכתחילה, מכירת ניירות ערך מגדרי החבות במע"מ. הטעמים לכך רבים (טכניים ומהותיים), שחלקם מוזכרים בפסיקת בתי המשפט, וביניהם השאיפה להימנע ממיסוי השוק הפיננסי המיועד לחיסכון ולפעילות לא-עסקית, ואשר מצוי לעיתים במסגרת ספקולטיבית החורגת מהיבטי שוק טבעיים.¹⁷

המחוקק לא הגדיר את המונח "זכות בתאגיד" או "תאגיד". נראה כי קיימת אי-אחידות בפסיקה ביחס להיותן של "שותפות" או חבר-בני-אדם לא מאוגד "תאגיד" לצורך חוק מע"מ.¹⁸ אולם נראה שאין חולק, שתאגידים סטוטוריים כגון: חברה, אגודה שיתופית ועמותה, שהוגדרו כתאגידים על-פי החוקים שמכוחם הם מוקמים, יהיו תאגידים לצורך מע"מ.¹⁹

מהם ניירות ערך?

ההגדרה "טובין" אינה ממעטת רק "זכות בתאגיד", אלא גם "ניירות ערך". חוק מע"מ מגדיר בסעיף 1 "ניירות ערך" באופן הבא:

17. ראו, למשל, אצל צחור; כן ראו ע"א 3840/98 נורויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד נ' מנהל מע"מ, "מיסים" יד/6 (דצמבר 2000), ה-66; ראו גם אהרן נמדר "מס ערך מוסף" (חושן למשפט, כרך א, מהד' חמישית, 2013) (להלן: "נמדר") בעמ' 187, אשר לפיו "הדבר נועד כדי להקל על המסחר בשוק ההון ולא לסרבולו בחיובי מע"מ".

בהקשר זה נבקש להקדים את המאוחר ולציין, כי מפסק דינו של בית המשפט בעניין אקוויטס עולה לכאורה גישה, שלפיה המחוקק מעולם לא ביקש להוציא מכירת ניירות ערך מהחבות במע"מ, אלא ביקש למסותם כשירות ולא כמכר (לכן הפעולה ממועטת אמנם מההגדרות, אך היא שבה לגדרי החוק באמצעות סעיף 19(ב), שיוצג בהמשך). גישה זו נאמרה, לדעתנו, כאמרת אגב שאינה מחייבת, ונראה כי היא גם לא השתרשה, שלא לומר נדחתה, בפסק הדין בפרשת טריידומטיקס.

18. ראו למשל: ע"ש 466/94 דינה רוזנברג נ' מנהל מע"מ, "מיסים" ח/2 עמ' ה-209; ע"ש 218/87 רבר גד נ' גובה המכס, "מיסים" ג/1 עמ' ה-126; ראו גם: ד"ר ג' פרוקצ'יה, "ניהול עסקים - מבחן לקיום השותפות" הפרקליט כו (תש"ל) 329; ד"ר ג' פרוקצ'יה, התאגיד, מהותו ויצירתו (אבוקה, 1965) 190-167; י' פוטשבוצקי "הארות לפסיקה פיסקלית - שותפות כתאגיד בחוקי מיסים", רואה החשבון לב (תשמ"ג) 329.

19. פוטשבוצקי, עמ' 28.

"ניירות ערך" - כמשמעותם בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, לרבות ניירות ערך המונפקים בידי הממשלה או על פי חוק מיוחד, ולרבות מניות שלא הוצאו בסדרה;

חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 מגדיר בסעיף 1 את המונח "ניירות ערך" כדלקמן:

"ניירות ערך" - תעודות המונפקות בסדרות על-ידי חברה, אגודה שיתופית או כל תאגיד אחר ומקנות זכות חברות או השתתפות בהם או תביעה מהם, ותעודות המקנות זכות לרכוש ניירות ערך, והכל בין אם הן על שם ובין אם הן למוכ"ז, למעט ניירות ערך המונפקים בידי הממשלה או בידי בנק ישראל, שנתקיים בהם אחד מאלה:

(1) הם אינם מקנים זכות השתתפות או חברות בתאגיד ואינם ניתנים להמרה או למימוש בניירות ערך המקנים זכות כאמור;

(2) הם מונפקים לפי חיקוק מיוחד;

מבלי להיכנס לפרטי ההגדרה המורכבת הנ"ל, ברור כי ניירות ערך כוללים, בין היתר, מניות בחברות (זכות בתאגיד), איגרות חוב שהונפקו על ידי חברות (זכות כלפי התאגיד) וכיוצא באלה.

להבחנה בין "זכות בתאגיד" ל"ניירות ערך" יפים דבריו של המלומד י. פוטשבוצקי:

"יש לשים לב לכך שקיימת חפיפה חלקית בלבד בין "זכות בתאגיד" - לבין "ניירות ערך". מחד גיסא הגדרת "ניירות ערך" אינה חלה על זכויות בתאגידים שאינם תאגידי מניות כגון חברות מוגבלות בערבות או שאינן מוגבלות, אג"ש ללא הון מניות, עמותות, שותפויות רשומות, תאגידי סטטוטוריים וחבר בני אדם סתם. כמו כן אין הגדרת נ"ע חלה לגבי השקעות בתאגיד שלא הוצאו כנגדן מניות או אג"ח ואף לא לגבי זכויות בתאגיד מניות שאינן מעוגנות במניה. כך למשל ניתן לקבוע במסמכי ההתאגדות שפלוגי יהיה מנהל התאגיד, בעל זכות הכרעה בסכסוכים, בעל זכות קבועה לאחוז מהרווחים, לשימוש בנכס מסויים, לקבלת נכס מסויים בפירוק וכדומה. כל אלו הן זכויות בתאגיד אך לא ניירות ערך. מאידך גיסא נכללים בהגדרת ניירות ערך גם אגרות חוב ומסמכים אחרים שמקנים זכות כלפי התאגיד ולא זכות בו".²⁰

מהם מסמכים סחירים?

ההגדרה "טובין" ממעטת לבסוף גם "מסמכים סחירים וזכויות בהם". חוק מע"מ אינו מגדיר את המונח "מסמכים סחירים". הפסיקה פירשה מונח זה ככולל שטרי כסף, שיקים וכיוצא באלה. כך למשל, ציין כבי' השופט דן ביין בפסק דין מ.ש. אביזרי הרמה בע"מ:²¹

20. שם, עמ' 29.

21. ע"ש (חי) 419/86 מ.ש. אביזרי הרמה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, תשמ"ח (2) 089 (1987), עמ' 93.

"שטרי כסף, שיקים וכו' הם בגדר מסמכים סחירים ומכאן שתשלום שכר עבודה במזומן (או בשיק) אינו חייב במע"מ ע"י המעביד. וזאת לא בשל אופיה של הפעולה. אלא בשל מצוות המחוקק בהציבו את הסייג האמור להגדרת "טובין"."

פוטשבוצקי מתייחס לתיבה "מסמכים סחירים" וכולל בתוכה ניירות ערך למוכ"ז, שטרי חוב וכיוצא באלה, כהאי לישנא:

"יש במונח "מסמכים סחירים" גם ייחוד משלו: הוא כולל בראש ובראשונה שטרות מכל סוג (שטרי חוב, שטרי חליפין ושיקים), שטרי כסף [...] ניירות ערך למוכ"ז [...]"²².

סיכום ביניים: מכל האמור עולה, כי ההגדרה "נכס" אינה כוללת מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים שהונפקו על ידי חברה, מסמכים סחירים או זכויות בהם. מכירה של פריטים אלה לא מהווה מכירת "נכס" ולכן אינה מתגבשת לכדי "עסקה" כהגדרתה בחוק.

יתרה מכך, לדעתנו, גם לא מתקיים "מכר" בנסיבות אלה. שכן, כאמור לעיל, ההגדרה "מכר" מתייחסת אך ורק "לעניין נכס" (ולאחר מכן יש הרחבה ייחודית "לעניין מקרקעין", שהוא פרט מפרטי "נכס"). מכאן, שבהיעדר "נכס", לא משתכללת מלכתחילה ההגדרה "מכר".²³

חיזוק למסקנה זו ניתן להביא מדבריו של כב' השופט דן בין בפרשת מ.ש. אביזרי הרמה²⁴, כהאי לישנא:

"מכר" מתייחס לפי הגדרתו תמיד ל"נכס". ונכס מוגדר ככולל "טובין או מקרקעין". הגדרת "טובין" מוציאה מגדרה "ניירות ערך ומסמכים סחירים וזכויות בהם".

לפיכך, מכירת ניירות ערך, מניות, אג"ח - לרבות פעילות "נוסטרו", שאיננה אלא מכירת ניירות ערך מכספים עצמיים - איננה "מכירת נכס", ולכן איננה מוגדרת כ"עסקה". באין "עסקה" אין חבות במע"מ.

כפי שהדגיש בית המשפט בפרשת טריידומטיקס, "היות וניירות ערך אינם "נכס" כמשמעות מושג זה בחוק, אזי מכירתם אפילו כחלק מפעילות עסקית ממשית ונמשכת לא תקים "עסקה" החייבת במס על פי ההוראה הכללית של סעיף 2 לחוק. בהקשר זה מידת ה"עיסקיות" של הפעילות איננה מעלה או מורידה [...]"²⁵. גם אם מדובר אפוא בתאגיד שכל המאפיינים והמבחנים של העסק (שיוצגו בקצרה בהמשך) מתקיימים בו, אך הוא עוסק אך ורק במכירת ניירות ערך - אין "עסקה" ואין חיוב במע"מ.

22. פוטשבוצקי, עמ' 30.

23. עמדה זו הציגה גם קרן מרציאנו במאמרה "מי שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים - עוסק או מוסד כספיים" מיסים" 6/ל (דצמבר 2016) א-17, א-22 (להלן: "מרציאנו"): "הגדרת 'מכר' בסעיף 1 לחוק מע"מ, כפי שהובאה לעיל, פותחת במילים: 'לעניין נכס', ויוצא מכך, כי על מנת לקבוע קיומו של מכר, תנאי הכרחי הוא קיומו של נכס".

24. מ.ש., עמ' 92.

"מתן שירות"

ראינו אפוא, כי **מכירת** מניות או ניירות ערך אחרים איננה "מכירת נכס" לצורך ההגדרה "עסקה", ולכן אינה חבה במע"מ.

עם זאת, ההגדרה "עסקה" כוללת רכיב נוסף - "מתן שירות". מתן שירות הקשור למניות או לניירות ערך אחרים (למשל, ייעוץ בקשר להשקעה במניות) עדיין עשוי להיחשב "עסקה" ולחוב במע"מ. יתרה מכך, גם שירות שקשור ל**מכירת** מניות (למשל, שירות של תיווך בין מוכר ניירות ערך לרוכש, כפי שיידון בהמשך) עשוי להיחשב "עסקה" (כמובן, בהתקיים יתר תנאי ההגדרה "עסקה", קרי: שירות שניתן בידי עוסק, במהלך עסקו).

"שירות" מוגדר בסעיף 1 לחוק כדלקמן:

"שירות" - כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר, לרבות עסקת אשראי והפקדת כסף ובחבר-בני-אדם - גם עשייה כאמור למען חבריו אף ללא תמורה או בתמורת דמי חבר; עבודת עובד איננה בגדר שירות למעבידו;

יסודות ההגדרה "שירות" הם **מצטברים**. נציגם בקצרה להלן:²⁵

ראשית, מדובר ב"עשייה" (אקטיבית, ולא פסיבית) שהיא "איננה מכר". דהיינו, אם עשייה או פעולה מסויימת באה בגדרי "מכר", תגבור ההגדרה "מכר" על ההגדרה "שירות", והפעולה תיחשב מכר ולא שירות. ההבחנה בין מכר לשירות לא תמיד קלה, בייחוד בעסקאות מעורבות (שכירת קבלן המספק גם חומרי גלם).

שנית, העשייה האמורה נדרשת להיות "בתמורה". בניגוד להגדרה "מכר", בהיעדר תמורה אין "שירות" (למעט חריג ספציפי המנוי בהגדרה). עם זאת, לא נדרשת תמורה בתנאי שוק, או בכסף דווקא, והיא עשויה להשתלם גם בדיעבד. גם לא נדרש שהתמורה תשולם על ידי מי שנהנה מהשירות, אלא די בתמורה כלשהי שיש קשר סיבתי ישיר בינה ובין העשייה (נדרשת חובה משפטית לשלם את התמורה ולא די בציפייה בעלמא).

שלישית, נדרש שהעשייה תהא **למען הזולת**, להבדיל מעשיית העושה לטובת עצמו (בהגדרה "שירות" לא קיים מושג מקביל ל"שימוש לצורך עצמי" שכלול במכר). לא די בכך שפעולתו של פלוני הסבה תועלת לאלמוני, אלא דרושה **כוונה** מצידו של פלוני, נותן השירות, לפעול למען פלוני, מקבל השירות, ונדרש קשר סיבתי בין הפעולה לאותה תועלת.

אכן, עשייה הממלאת אחר תנאי ההגדרה "שירות", שנעשית על ידי עוסק במהלך עסקו, תיחשב "עסקה" (ואם היא בישראל, היא תחוב במע"מ). זאת, גם אם מדובר בשירות, כאמור, המתייחס לניירות ערך (ייעוץ) או למכירתם (תיווך). מסקנה זו עולה מן ההגדרה "עסקה" שנותחה לעיל.

25. ראו לעניין זה **פוטשבוזקי**, עמ' 99.

עם זאת, פעילותו של אדם למען עצמו, לרבות פעילות "נוסטרו" (קרי, מסחר עצמי בניירות ערך), נעדרת את היסוד "למען הזולת" וכן את יסוד "התמורה" (כשאדם פועל למען עצמו, אין האדם מתחייב כלפי עצמו לשלם תמורה), ולכן אין היא מוגדרת כ"שירות"²⁶.

בדיונו להלן נציג את הוראות סעיף 19(ב) המתחייחות באופן נקודתי למקרה של מכירת ניירות ערך וקובעות, כי הוא יראה כשירות תיווך. נדון גם ביחס בין הוראות סעיף 19(ב) להגדרות החוק שהובאו לעיל. אולם בטרם נעשה כן, נשלים את הצגת יסודות "העסקה", ונציג בקצרה את שני היסודות הנותרים: "עוסק", "במהלך עסקו".

"עוסק"

על מנת ש"מכירת נכס" או "מתן שירות" ייחשבו "עסקה" ולכן יחובו במע"מ, נדרש כי הפעולות הללו ייעשו בידי "עוסק", וזאת "במהלך עסקו".

"עוסק" מוגדר בסעיף 1 לחוק כ-"מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקו, ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עסקת אקראי".

יסודות ההגדרה הינם: (א) קיומו של "מוכר נכס" או "נותן שירות" (כמובן, כהגדרת המונחים בחוק, כפי שהוצג לעיל); (ב) מכירת הנכס או מתן השירות נעשו "במהלך עסקו"; (ג) הוא אינו מלכ"ר או מוסד כספי.

כמו כן, גם מי שעושה "עסקת אקראי" כהגדרתה בחוק, ייחשב "עוסק".

מן ההגדרה עולה, כי מי שעיסוקו במכירת ניירות ערך לא ייחשב "עוסק", וזאת גם אם מדובר בעיסוק המגיע כדי "עסק". הטעם לכך הוא, שההגדרות "מכר" ו-"נכס" הן מיסודותיה של ההגדרה "עוסק". עם זאת, כמובן, מי ש"נותן שירות" שקשור לניירות ערך (ייעוץ, תיווך) עדיין עשוי להיחשב "עוסק".

הדברים אוששו בפסק הדין בפרשת טריידומטיקס, שם קובע כב' הש' קירש כי "[...] כפי שהוסבר לעיל, הגדרות סעיף 1 לחוק אינן נותנות מקום לקיום "עוסק" ("מי שמוכר נכס...") בעסקי ניירות ערך כי ניירות ערך אינם בגדר "נכס" (פסקה 38 לפסק הדין).

כפי שנציג להלן, סעיף 19(ב) לחוק נועד, לדעתנו, לתפוס ברשתו תכנוני מס שתכליתם להציג עסקת שירות תיווך בנוגע לניירות ערך כעסקת מכר ניירות ערך, מתוך שאיפה להיפטר מהחוב במע"מ.²⁷

עוד עולה מן ההגדרה, כי אם גוף נחשב מלכ"ר או מוסד כספי (כהגדרתם בחוק); יידון בהמשך, הוא לא ייחשב עוסק.

²⁶ ראו גם אצל צחור, עמ' 10.

²⁷ אך ראו דיונו בהמשך לעניין גישתו הכללית של בית המשפט בעניין אקוויטס.

אולם יש להזכיר, כי סעיף 58 לחוק קובע, שמקום שבו ניתן להבחין בין פעילויות שונות של חייב במס, ולסווגן באחת מההגדרות הקבועות בחוק מס ערך מוסף, אפשר לסווג חייב במס כמוסד כספי ביחס לפעילות העונה להגדרת "מוסד כספי" לצד סיווגו כעוסק ביחס לפעילות העונה להגדרת "עוסק".²⁸

על פי ניסוחה של ההגדרה "עוסק", נדמה כי נקודת המוצא הינה, "שמי שמוכר או נותן שירות הוא עוסק ואילו היותו בגדר מלכ"ר או מוסד כספי היא בגדר חריג".²⁹

"במהלך עסקו"

היסוד "במהלך עסקו" המופיע בהגדרה "עוסק" חופף ליסוד "במהלך עסקו" המופיע ממילא בהגדרה "עסקה". נדון בו בקצרה, להלן.

החוק לא מספק הגדרה למונח "במהלך עסקו" או "במהלך עסקו". מושג היסוד הינו "עסק", ונדמה כי החוק מבקש לתור אחר קיומו של "עסק". המונח "עסק" מוגדר בסעיף 1 לחוק, אך הגדרה זו ("לרבות מקצוע ומשלח יד") אינה מלמדת על מהותו. מלאכת פרשנות המונח "עסק" הונחה לפתחם של בתי המשפט, והם שעצבו עם השנים את מבחני ה"עסק".³⁰ הפסיקה ראתה חפיפה בין היקף המונח "עסק" בחוק מע"מ ובין היקפו לצורך פקודת מס הכנסה, ומבחני העסק נשאבו מעולם מס הכנסה לחוק מע"מ.

בית המשפט העליון נדרש לסוגיית מאפייני העסק למשל בעניין **רפאל מגיד נ' פקיד שומה פתח תקווה**.³¹ כב' הש' דנציגר הציג את המבחנים שהתגבשו בעשרות השנים האחרונות בפסיקה הישראלית, בין הכנסה עסקית, פירותית, ובין הכנסה פסיבית, הונית.³²

בג"צ 2105/06 אסתר כהן נגד המוסד לביטוח לאומי ואח'³³ מיום 26.7.2010, חזר בית המשפט על תיאור מבחני העסק הללו, תוך הפניה לניתוח שנערך בפרשת **מגיד**; גם בתי

28. זו לשון סעיף 58 לחוק: "המנהל רשאי, 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" וראו ע"מ (ת"א) 26008-09-13 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" לא/2 (יוני 2017) ה-151.

29. ראו ע"ש (חי) 5237/96 החברה לטיפול והשבת מי ביוב באזור נחל חדרה בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, "מיסים" יג/6 (דצמבר 1999) ה-177. ראו גם ע"ש (חי) 1183/91 כלמוטרייד בע"מ נ' מנהל אגף המכס והמע"מ, "מיסים" ז/3 (יוני 1993) ה-186. "הגדרת עוסק" בסעיף 1 לחוק, יש בה רכיב פוזיטיבי כולל, דהיינו "כל מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקו", אלא אם כן, ופה מגיע הרכיב הנגטיבי, "אין הוא בגדר מלכ"ר, מוסד כספי" או שהוא עושה "עיסוק אקראי". המגמה העולה מההגדרה האמורה היא לראות ב"עוסק" את הכלל, ואילו במלכ"ר ובמוסד כספי את החריג.

30. ראו ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) ו"מיסים און לייק".

31. ע"א 9187/06 רפאל מגיד נ' פקיד שומה פתח תקווה, מיום 16.3.09, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-115.

32. יודגש, כי המבחנים האמורים מתייחסים הן להבחנה בין הכנסה/הוצאה פירותית מול הכנסה/הוצאה הונית, ובין לעצם קיומו של "עסק", לצורכי מס הכנסה ומע"מ, לעומת עסקה חד פעמית, או פעולה אחרת שאיננה עולה כדי "עסק".

33. **בג"צ 2105/06 אסתר כהן נגד המוסד לביטוח לאומי ואח'**, מיום 26.7.2010, "מיסים" כד/5 (אוקטובר 2010) ה-121.

המשפט המחוזיים, בפסקי דין שניתנו בהמשך, סמכו ידיהם על מבחנים אלה, ועל תיאורם המקיף בפרשת **מגיד**.³⁴

לאחרונה נותחו מבחנים אלה ויושמו שוב בפרשת **לשם ובירן**.³⁵

אף לא אחד ממבחני העסק עומד בפני עצמו, ועל כולם להיבחן נוכח הנסיבות בראי התמונה בכללותה. אלה הם המבחנים:

- **טיב הנכס או אופי הנכס** - אם העסקה מתייחסת לנכס השקעתי לטווח ארוך, היא עשויה להיות בעלת אופי הוני. לעומת זאת, אם מדובר במכירת נכס למסחר שוטף, העסקה תיחשב מסחרית;
- **תדירות העסקאות או הפעולות** - מספר רב של פעולות דומות באותו סוג של נכס עשוי להוכיח את טיבה המסחרי;
- **ההיקף הכספי** - ככל שהיקף העסקאות רב יותר, ובייחוד ביחס להיקף המקורות האחרים של הכנסת הנישום, עשוי הדבר ללמד על אופי פירוטי (או עסקי) של הפעילות;
- **אופן המימון** - ככלל, כאשר הנישום מממן את העסקה מתוך חסכוניותו ואינו נזקק לסיוע פיננסי, מעיד הדבר על עסקה "הונית", לצורכי השקעה, משום שעסקה הונית מאופיינת בעיקר על ידי מטרה למצוא אפיק השקעה לעודפי מזומנים שבידי המשקיע; ואילו כאשר הנישום מנצל מימון לטווח קצר לשם קניית נכס ומכירתו, מעיד אופיו של המימון על השתייכותה של העסקה לתחום העסקי-מסחרי, שכן פעילות עסקית נועדה בעיקר ליצירת הכנסה ורווח בצדה, תוך לקיחת סיכונים הכרחיים, כאשר שימוש בהון זר הינו מרכיב אינטגרלי בפעילות זו. לעומת זאת, מימון בדמות אשראי לטווח ארוך מאפיין דווקא השקעה הונית (כדוגמת משכנתא לדירת מגורים);
- **תקופת ההחזקה** - ככל שהתקופה החולפת בין רכישת הנכס ובין מכירתו קצרה יותר, כך גוברת הנטייה לראות את מכירתו כעסקה המניבה הכנסה פירוטית. לעומת זאת, ככל שתקופת ההחזקה ארוכה יותר, כך נוטה העסקה לצד ההוני;
- **ידענותו ובקיאותו של הנישום** - ככלל, ככל שרבה יותר בקיאותו של הנישום בתחום שבו נעשית העסקה, כך ניטה לראות בה פעילות "עסקית" או "פירוטית";
- **קיומו של מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת** - פעילות קבועה ונמשכת המתאפשרת נוכח קיומו של מנגנון שיאפשר את הפעילות (משרד, צוות, הנהלת חשבונות, שיווק), מעידה על אופי עסקי;
- **פיתוח, טיפוח, השבחה, יזמות ושיווק** - נקודת המוצא היא, שנכסים שעוברים שינוי והשבחה לקראת מכירתם - כגון שינויים שנועדו להפוך את הנכס לסחיר יותר ולהעלות

34. ראו למשל: ע"מ 1166/04, 1339/04 קרלוס בגס בע"מ נגד פקיד שומה תל אביב 1, מיום 13.02.11, "מיסים" כה/2 (אפריל 2011) ה-140; עמ"ה 26-09 הדר מזרחי נ' פ"ש ירושלים 3, מיום 11.12.11, "מיסים" כו/1 (פברואר 2012) ה-124; ע"ש 5081-06 קיבוץ רמת רחל נגד מנהל המכס והמע"מ ירושלים, מיום 24.12.12, "מיסים" כז/1 (פברואר 2013) ה-246.

35. ע"א 7204/15 + ע"א 8236/16 פקיד שומה תל אביב 4 ואח' נ' עזבון המנוחה דפנה לשם ז"ל ואח' (ראו מדור פסיקה בחוברת זו).

את ערכו, או שמכירתם דורשת פעולות שיווק - הם נכסים הנמכרים במסגרת פעילות מסחרית-עסקית ואילו כאשר עסקינן בנכס שלא נעשו לגביו פעילות יזמות או פעילות שיווקית, מדובר בדרך כלל בעסקה הונית;

- **מבחן ה"על" - הנסיבות האופפות את העסקה** - כל אחד מהמבחנים דלעיל, כשלעצמו, אינו מספיק ואף אינו הכרחי על מנת לסווג את העסקה כהונית או כפירונית. יתרה מכך, לא כל המבחנים מתאימים בכל עסקה העומדת לבחינה. בסופו של דבר, הקביעה, אם פעולה כלכלית כלשהי מהווה פעולה עסקית או הונית, נבחנת בכל מקרה ומקרה על פי נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה. מבחן זה הוא מבחן "גג" שבמסגרתו נבחנת כל נסיבה רלוונטית שיש בה כדי לסייע בגיבוש ההבחנה בין הון לפירות. במסגרת מבחן זה ניתן לבחון את **כוונת הצדדים, נסיבות הרכישה, נסיבות המכירה וכיו"ב**.

מבחני "העסק" לעיל מסייעים בשאלה, אם בפנינו "עסק" לצורכי מס (מס הכנסה ומע"מ) או שמא פעילות שאינה מגיעה כדי עסק (וזו עשויה להיות פעילות פרטית או חד פעמית).

כאמור, לא כל המבחנים יהיו רלוונטיים תמיד, ויש כמובן להתאימם לנסיבות העניין, כמו גם להפעיל את מבחן העל, שמתחשב, כאמור, בנסיבות האופפות את העסקה.

נציין, כי אף בפרשת טריידומטיקס ניתח כב' הש' קירש את המקרה שהונח לפתחו נוכח מבחני העסק האמורים והכריע, כי "אין גם ספק כי המערערת פעלה בבורסה באופן עסקי [...] "(החל מפסקה 57 לפסק הדין).

ועל הנפלאות - סעיף 19(ב) וצו קביעת מוסד כספי

סעיף 19(ב) מצוי בפרק ה' לחוק, העוסק ב"חייב בתשלום המס".

בפרק ה' לפסק הדין בפרשת טריידומטיקס חותר כב' הש' קירש להבנת פשרו של סעיף 19(ב). נדמה כי מסקנתו ביחס לאופי החמקמק של הסעיף, שלא לומר הבלתי-מובן, מקופלת כבר בכותרת דיונו: "נפלאות סעיף 19(ב) לחוק".

הנה הוראת סעיף 19(ב) כלשונה:

"עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, לרבות רכישתם של ניירות ערך ומסמכים כאמור לשם קבלת דמי פרעונים או פדיונם, או שעסקו במכירת מטבע חוץ, יראו את המכירה או קבלת הפרעון או הפדיון כשירות תיווך שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו או פרע או פדה אותם."

בית המשפט בפרשת טריידומטיקס לעיל מציג "שורה של תהיות" ביחס לסעיף ואף קובע, כי "הדברים מוכרים ובפסיקה ובספרות המקצועית הרבו לדון בסימני שאלה אלה".

התהייה מתחילה כבר בתיבה "עוסק שעסקו [...]" ; הרי מניה, כנייר ערך, מוחרגת מההגדרה "נכס" ; ובאין "נכס" אין "עוסק" (המוגדר כ"מי שמוכר נכס [...]"). היכן הוא אפוא "העוסק" שבו פותח סעיף 19(ב)?

כפתרון מציע בית המשפט כך : **"נותן רק להבין כי סעיף 19(ב) חל על אדם אשר, אילולי ההחלטה המפורשת שבסעיף 1 [ההדגשה במקור - א.א.] היה נחשב עוסק בתחום ניירות הערך לפי העקרונות הבסיסיים של החוק - אחרת אין משמעות למילות הסעיף"**. מדברים אלה עולה שגם בית המשפט חש באילוץ שבפרשנות זו.

כפי שנראה בהמשך, לעניות דעתנו ניתן ליצוק משמעות לסעיף בדרך אחרת, שנתמכת בהיגיון הכללי שנבקש לייחס לו. זאת, אם נציגו ככזה המתייחס לחלופה השנייה בהגדרה "עוסק" ("מי שמוכר נכס או נותן שירות [...]"). נדמה לנו, כי הסעיף מתייחס לעוסק שנותן שירות, אך זאת אגב עיסוק במכירת ניירות ערך.

הקשיים ממשיכים עם התיבה "עוסק שעסקו [...]" . בית המשפט תוהה אם הכוונה למי שעסקו העיקרי או היחיד הוא מכירת ניירות ערך, או שמא די בעיסוק צדדי במכירת ניירות ערך בנוסף לעיסוק עיקרי אחר, כדי לבוא בתחולת הסעיף. בית המשפט קובע, כי על פניו לשון הסעיף אינה מוגבלת למצב שבו זהו עיסוקו היחיד של האדם. אחרת, היה על המחוקק לנקוט בניסוח: "עוסק שעסקו היחיד הוא", או נוסח דומה.

ממשיך בית המשפט ותוהה ביחס לפשרו של הביטוי "יראו את המכירה [...]" כשירות תיווך ; האם הסעיף עוסק מלכתחילה רק באדם שעוסק בתיווך ניירות ערך (בין מוכר לקונה) ואין עיסוקו במסחר עצמי (נוסטרו)? או שמא הסעיף יוצר פיקציה משפטית לפיה, גם אם מדובר בסוחר נוסטרו (שלכאורה לא נותן כל "שירות", שהרי אין כאן עשייה לזולת, שהיא מיסודות ה"שירות"), יראו אותו כאילו תיווך בין מוכר ורוכש - כלומר יצרנו באמצעות הפיקציה "זולת" - ואז פעולתו אכן מגבשת "שירות".

בית המשפט קובע, כי **"במישור המילולי, לשון הסעיף תומכת בפירוש שאכן נקבעת חזקה (פיקציה) לפיה יראו מקרה של מכירת ניירות ערך כאילו ניתן שירות תיווך על ידי העוסק"**.

בכל הכבוד, אנו מסכימים למסקנה זו, אך לדעתנו, יש לחדד, או להסיט מעט, את הדגש שביצירת הפיקציה. מטרת הסעיף, כפי שנציג להלן, אינה ללכוד סוחר נוסטרו (שקונים ומוכרים ניירות ערך מכספם) כלל ועיקר. אין בתכלית זו היגיון, שהרי החוק בהגדרותיו הבסיסיות מבקש להוציא מתחולת מס הערך המוסף, מלכתחילה ובאופן מפורש, מכירת ניירות ערך באשר היא. היא טעמו אשר יהא. מהי אפוא הסיבה להחזיר פנימה (באמצעות סעיף 19(ב) לחוק) דווקא את תת-קבוצת סוחר נוסטרו?

לדעתנו, סעיף 19(ב) הינו בעל אופי אנטי תכנוני, ותכליתו לסכל תכנון מס פסול, שמטרתו להוציא מתחולת החוק מקרים שאותם לא ביקש המחוקק לפטור ממע"מ. סעיף 19(ב) מוודא כי תכנונים אלה לא יגרמו "לבריחת מס" שלא תוכננה.

בית המשפט מותח ביקורת על חוסר הבהירות המיסויית בתחום חשוב זה - חוסר בהירות שנוצרה, בין היתר, בניסוחו "המופלא" של סעיף 19(ב) (בפרפראזה לכינוי בו נקט כבי' השי

קירש), כמו גם ביחס הראוי שבין סעיף 19(ב) ובין הוראות צו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977 (להלן: "צו הקביעה") בהן נדון בהמשך. דבריו מאלפים:

"חוסר הבהירות הנמשך בנושא זה הינו מיותר ואיננו ראוי. שוק ההון חשוב מדי לכלכלת המדינה כדי להשאיר עמימות כה גדולה באשר למיסוי העקיף של הגורמים הפועלים בו. אי הבהירות נמשכת עשרות שנים ואין כל סיבה להנחיל את החקיקה הקיימת, על סתירותיה ותעלומותיה, לדורות נוספים של פרשנים. דרוש תיקון חקיקה אשר יסדיר את העניין. וממה נפשך? אם כוונת המחוקק ברורה למחוקק עצמו, אזי ניתן יהיה להבהיר את הנושא במשיכת קולמוס. ואם, לעומת זאת, יימצא לאחר בחינה מחודש של הנושא בכללותו כי תכלית ההוראות הקיימות איננה נהירה דיה וטעונה ליבון וחיזוד, אזי גילוי זה רק יחזק את הצורך בהסדרת הנושא בחקיקה חדשה ובהירה".

בכל הכבוד, אנו מצטרפים באופן מלא לביקורת ולקריאתו של בית המשפט הנכבד.

יתרה מכך: בית המשפט, באומרו דברים נוקבים אלה, מודע היטב להחלטת המיסוי 4396/15, לקביעת עמדה מספר 12/2017 ולפסק הדין בעניין אקוויטס. הוא מתייחס לכל אלה בפסק דינו ואף לא אחד מהם תורם להבהרת המצב המשפטי.

מאד תמוה כי דווקא במצב משפטי עגום ובלתי ברור זה, מתעקשת רשות המסים לפרסם עמדה, שעל פי הדין בישראל, פעולה בניגוד לה מחייבת דיווח. אם בית המשפט הנכבד, בעצמו, מצא לנכון לתאר את המצב המשפטי כחסר-בהירות, וכיצר עמימות כה גדולה במשך עשרות שנים, עם שלל סתירות ותעלומות, ואף קורא לתיקון חקיקתי - מה יעשו אזובי הקיר (לפי תלמוד בבלי, מסכת מועד קטן, דף כ"ה ע"ב)?

בכל אלה, ועל רקע אי הבהירות האמורה, נדמה, לעניות דעתנו, כי ניתן לשפוך מעט אור על תכליתו של סעיף 19(ב), באופן שיסייע להבהרת הדברים, לפחות עד אשר יבוצע תיקון חקיקתי כאמור. נראה זאת להלן.

תכליתו של סעיף 19(ב)

בית המשפט בפרשת טריידומטיקס מציין, כי "עיון בתולדות חקיקת הסעיף ובכתיבה על אודותיו איננו מגלה תכלית ברורה ומוצהרת בבסיס הוראות סעיף 19(ב) [...]" (פסקה 43 לפסק הדין). משכך, עלינו להיאחז במה שגלוי בכל זאת - הקשרו של סעיף 19(ב) וסביבתו החקיקתית.

צא ולמד: סעיף 16 לחוק - הוא הסעיף הראשון בפרק ה' - קובע את ההוראה הבסיסית בפרק: החייב בתשלום המס במכר הוא המוכר, ואילו בשירות - נותן השירות (הסעיף גם מזהה את החייב במס בעסקאות מסוג יבוא ובפעילות מלכ"ר או מוסד כספי). הסעיפים הבאים בפרק עוסקים בסוגיות נקודתיות שבהן מאותגרת, במובן זה או אחר, ההוראה הבסיסית שבסעיף

- סעיף 17 עוסק בבעיית זיהוי החייב במס אצל שלוח וסוכן ;
- סעיף 18 קובע את אחריותו של "ממונה" (מוציא לפועל, מפרק, כונס נכסים, אפוטרופוס וכו') לשלם מס במקום העוסק ;
- סעיף 20 עוסק במי שמעוניין לשלם במקום האדם שחייב לשלם בהתאם להוראה הבסיסית של סעיף 16 ;
- וסעיף 21, החותם את הפרק, מונה חריגים שבהם יראו דווקא את הקונה או את מקבל השירות כחייב במס.

סעיף 19 דן עוסק אף הוא באתגר כאמור, אך מכיוון מעט שונה. הוא מציג מקרים שנראים לכאורה כעסקאות מכר, וקובע כי הם ייראו כעסקאות שירות.

סעיפים 19(ב) ו-9(ב) חוקקו עם חקיקת חוק מס ערך מוסף בשנת 1975 (במקור היו סעיפים 20(ב) ו-10(ב) בהתאמה). על מנת להבין את התמונה במלואה, נביא להלן את נוסחו המלא של סעיף 19, שכותרתו "מוכר בולים, אסימונים, שטרות, ניירות ערך וכיוצא ב":

"(א) עוסק שעסקו במכירת בולי דואר, אסימוני טלפון, בולי הכנסה, טפסים מבוטלים של שטרי חוב וכיוצא באלה במחיר הנקוב בהם, יראוהו כנותן שירות למי שסיפק לו אותם למכירה.

(ב) עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, לרבות רכישתם של ניירות ערך ומסמכים כאמור לשם קבלת דמי פרעונים או פדיונם, או שעסקו במכירת מטבע חוץ, יראו את המכירה או קבלת הפרעון או הפדיון כשירות תיווך שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו או פרע או פדה אותם."

כבר מכותרתו של סעיף 19 ניתן להבין, כי כוונת הסעיף להתייחס למקרים מיוחדים שלכאורה נראים כ"מכר" (מוכר אסימונים, בולים, ניירות ערך).

סעיף 19(א) קובע, כי עוסק שעסקו במכירת הפריטים הייחודיים המופיעים בסעיף (בולי דואר, אסימוני טלפון, בולי הכנסה, אשר ייחודם הוא שמחירם נקוב בהם ומהווה חלק ממהותם, או שהוא נקבע על פי דין), לא יראוהו כמי שמבצע עסקת "מכר", אלא דווקא כמי שנותן "שירות"³⁶, על כל המשתמע מכך. לכן, למשל, העוסק לא רשאי לנכות מס תשומות הכלול בחשבונית שהוצאה לו ברכישת הפריטים הללו, אלא עליו לשלם מע"מ על שירותי התיווך שהוא מעניק.³⁷

סעיף 19(ב) - הוא הסעיף הרלוונטי לענייננו - דן בעוסק שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים. כבר בשלב זה ניתן לומר, כי נוכח מיקומו תחת סעיף 19, ובמקביל לסעיף 19(א), ככל הנראה גם הוראת סעיף 19(ב) באה להשמיענו כי פעולה הנראית על פניה

36. להוראה זו משמעות יתרה נוכח העובדה כי בהתאם להגדרות החוק, כמובא לעיל, אם פעולה מסויימת עשויה להיכלל הן בגדרי "מכר" והן בגדרי "שירות", ידו של "מכר" על העליונה.

37. פוטשבוצקי, 208.

כ"מכר" (או עלולה להצטייר כמכר) תיחשב דווקא כשירות (ולא רק זאת: היא גם משמיעה לנו כי מדובר בשירות מסוג תיווך).

יתרה מכך, המשותף לנכסים שבהם עוסק סעיף 19(ב) - ניירות ערך, מסמכים סחירים אחרים, מט"ח - הוא, שכולם הוצאו מההגדרה "נכס". לכן, מכירתם איננה "עסקה" ואיננה חבה במע"מ.

בא אפוא סעיף 19(ב) למנוע התחמקות ממש בעסקת שירותים מסוג תיווך (שחייבת, כאמור לעיל, במע"מ, גם אם נכס הבסיס, שלגביו ניתנים שירותי התיווך, הוא ניירות ערך או מסמכים סחירים). מתווך בניירות ערך, המעניק שירותי תיווך בין מוכר מחד וקונה מאידך, עלול, לשם התחמקות ממש, לצייר את העסקה כעסקת מכר ניירות ערך, במקום ציורה האמיתי - עסקת שירותים מסוג תיווך. הדברים קלים במיוחד בזירה - כמו הבורסה לניירות ערך - שהנזילות והסחירות של הנכסים הנסחרים בה גבוהה מאד.

למבקש להתחמק ממש, כאמור, מסייעת לכאורה גם ההגדרה "שירות", שלפי הוראתה (שירות הוא "כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר [...]]) ניתנת עדיפות לסיווג פעולה כמכר. לאמור, אם יתעורר ספק באשר לסיווג הפעולה כמכר או כשירות, ידו של המכר תהא על העליונה. הדבר ינעץ את המסמך האחרון בתכנון.

על מנת להסיר ספק ולמנוע תכנון, קובע הסעיף מפורשות, כי יראו עיסוק במכירה כאמור כשירות מסוג תיווך, שעשה העוסק, בין מי שמכר לו את ניירות הערך (או המסמכים הסחירים) ובין מי שקנה את ניירות הערך ממנו. עסקת שירותים זו חייבת כאמור במע"מ ככל עסקת תיווך.

ודוק: בעסקת תיווך שגרתית, המתווך עצמו אינו קונה מהמוכר בעלות בנכס, ואז מוכר בתורו את הנכס לקונה. הוא מפגיש בין השניים, והם עורכים עסקת מכר בינם ובין עצמם. אולם במקרה של תיווך בניירות ערך תיתכן מציאות (ובאופן יחסי קל מאד לייצר אותה) שלפיה המתווך (הברוקר) משתמש בכספי לקוחו כדי לקנות ולמכור עבורו ניירות ערך, כשהבעלות בהם רשומה על שם הברוקר ולא ישירות על שם הלקוח. יכול אפוא המתווך לטעון במקרה כזה, כי כל שהוא עושה הוא מכירה של ניירות ערך, ולכן לא חל עליו מע"מ מלכתחילה. בא אפוא סעיף 19(ב) ומשמיע, כי עסקה כזו (על אף שטכנית ניתן לראות בה עסקת מכר שביצע המתווך) איננה עסקת מכר. במהותה הכלכלית היא עסקת שירותי תיווך עבור הלקוח, ומשכך היא חייבת במע"מ; ממש כשם שמכירת האסימונים או הבולים שבסעיף 19(א) איננה מכר אלא שירות, חרף היותה, טכנית לפחות, עסקת מכר.³⁸

עתה ברורה מטרתו של סעיף 19(ב). מדובר במטרה אנטי תכנונית, שנועדה לסכל תכנון מס פסול המשתמש בהגדרות החוק כדי לחמוק ממש. הסעיף מיישם בפועל את העיקרון המיסוי

38. ראו גם אצל מרציאנו: "סעיף 19 לחוק מע"מ חוקק עם חקיקת חוק מע"מ [...] מתוך מטרה להטיל מע"מ אך ורק מקום בו ניתנו שירותי תיווך למכירת ניירות ערך ולכן קבע בהתאמה את הוראות סעיף 9 לחוק כי המע"מ במקרים אלו יחול רק על עמלת התיווך, קרי על ההפרש, כחריג לכלל הקבוע בסעיף 7 לחוק לפיו המחיר יהיה מלוא התמורה המוסכמת". וכן המובאות שהיא מביאה מדברי החסבר להצעת החוק ומדיוני ועדת הכספים על הצעת חוק מס ערך מוסף (תיקון 3), התשל"ח-1978.

הידוע, לפיו יש להעדיף את המהות הכלכלית (עסקת שירותים) על הצורה הפורמלית (עסקת מכר) שהעטו הצדדים על העסקה.

זו מטרתו - היא, ולא הטלת מס על פעולות נוסטרו, שמלכתחילה אינן לוקות בפסול תכנוני, שמעולם לא הייתה כל מטרה להטיל עליהן מע"מ ותעיד על כך סדרת ההגדרות שבתשתית החוק.

נוכח תכלית זו נפתרות (או משוככות) לדעתנו גם התהיות המרכזיות שהעלה בית המשפט בפרשת **טריידומטיקס**. נציג הדברים להלן:

תנאי **מקדמי** לתחולת סעיף 19 כולו הוא, כי מדובר ב"עוסק", שיש לו "עסק" בתחום האמור (מכר בולים, אסימונים לעניין סעיף 19(א); מכר ניירות ערך ומסמכים סחירים לעניין סעיף 19(ב)). הדברים נלמדים מלשונו של סעיף 19(ב); הנחת המוצא של המחוקק בחוקקו את סעיף 19 היא, כי אכן עניין לנו באדם המוגדר "עוסק" לפי ההגדרות בסעיף 1 לחוק. סעיף 19(ב) לא נועד אפוא להפר את ההגדרות הללו, לשנות מהן, או לקבוע חבות במע"מ על אדם שאינו מוגדר מלכתחילה כ"עוסק".

"עוסק" הוא מי **שמוכר נכס** (חלופה ראשונה), או מי **שנותן שירות** (חלופה שנייה).

נתחיל עם החלופה הראשונה. מי שיש לו עסק של **מכירת** ניירות ערך - לא רק פורמלית, אלא גם כלכלית, וזאת **אף אם הוא סוחר בכספי עצמו** - לא ייחשב "עוסק", שכן קיומן של ההגדרות "מכר" ו-"נכס" הכרחי כדי להיחשב "עוסק". הואיל וניירות ערך ממועטים מההגדרה "נכס", לא מתקיים "נכס",³⁹ ולכן גם לא מתקיים "עוסק".

הואיל ומוכר ניירות ערך לא נחשב "עוסק", נותרנו עם החלופה השנייה - נותן שירותים. בהקשר של סעיף 19(ב) מדובר במי ששירותיו כוללים מכירת ניירות ערך. כזה הוא הנותן שירותי תיווך בניירות ערך - ואכן בו, לפי המטרה שציירנו לעיל, נועד לעסוק סעיף 19(ב); הוא נועד לסכל תכנון שעשוי נותן שירותים זה לבצע, כך שיציג את עסקאות התיווך בניירות ערך שהוא עושה עם לקוחותיו, כעסקאות מכר, בשאיפה להיפטר ממע"מ.

הרי לנו "עוסק", שעסקו, במישור הכלכלי-מהותי, הוא תיווך בניירות ערך. קרי, עסק של מתן שירותים ולא של **מכירת** ניירות ערך. פורמלית, טכנית, עלול המתווך לבנות את עסקאותיו או להציגן כעסקאות מכר, וזאת כדי להימנע ממס. באפוא סעיף 19(ב) ומחייבו במע"מ גם אם טכנית הוא נראה כמוכר ניירות ערך ולא כנותן שירותי תיווך בניירות ערך.⁴⁰

כמובן, התמריץ לצייר עסקה כעסקת מכר על אף שמהותית היא עסקת תיווך, קיים רק כשנכס הבסיס הוא ניירות ערך, כי רק נכס זה מוחרג מהוראות החוק. הדבר כנראה גם די

39. כאמור, לדעתנו גם לא מתקיימת ההגדרה "מכר", שכן היא מתייחסת "לעניין נכס", ובאין "נכס", אין גם "מכר".

40. ראו גם אצל **נמדר**, בעמ' 233: "במקרים אלה עסקו של העוסק אינו במכירת ניירות הערך אלא בקבלת התשואה הצמודה להם. בגדר הוראות הסעיף ייכללו ברוקרים, מתווכים ומנהלי תיקים [...]"; וכן אצל אבי פרידמן "מס ערך מוסף: החוק וההלכה" (1990) (להלן: "פרידמן"), בעמ' 410.

פשוט, נוכח אופי הנכסים, הנזילות והסחירות בהם (קשה לדמיין מתווך מקרקעין, למשל, שכדי לתכנן מס, במקום שיפגיש בין מוכר לקונה, ירכוש את הנכס בעצמו מהמוכר, ואז ימכרו שוב לקונה).

אם נשתמש במונחיו של כב' הש' קירש בפרשת **טריידומטיקס**, סעיף 19(ב) יוצר חזקה, או פיקציה, שלפיה יראו מקרה שבו עסקה מוצגת במישור הטכני כעסקת מכר ניירות ערך, כעסקת שירות מסוג תיווך. לאמיתו של דבר (אם נבקש להקפיד על מינוח), לא מדובר לדעתנו בפיקציה אלא בהיפך מכך: חתירה לאיתור המציאות הכלכלית האמיתית והתעלמות מהדפוסים הפורמליים.

נדמה כי בית המשפט הנכבד אף הוא מכוון לתכליתו האנטי תכנונית של הסעיף. הוא קובע בפסקה 41 לפסק דינו:

"ייתכן כי לגבי גורמים מסויימים בשוק ההון, המשמשים מתווכים פיננסיים (במובן הרחב) אך אינם נתפסים כ"מוסדות כספיים", יהיה קושי להפריד בין פן פעילותם שמהווה מכר לבין פן הפעילות שהוא מתן שירות. היות ובאופן כללי סיווג הפעולה כמכר יגבר על סיווגה כשירות [...] אזי אילולי הוראות סעיף 19(ב) פעילות כזו תימלט מכל חבות במס ערך מוסף בשל ההגדרה של "טובין", כמוסבר לעיל. והנה בא סעיף 19(ב) כדי להפוך את הכלל ולהחשיב את הפעילות כמתן שירות דווקא."

למען שלמות הדברים נציין, כי סעיף 9(ב) משלים את סעיף 19(ב) לעניין קביעת מחיר העסקה, ומורה כדלקמן:

"(ב) מחירן של עסקאות שרואים אותן על פי סעיף 19(ב) כמתן שירות הוא ההפרש בין סך כל מחיר הרכישה של ניירות הערך, המסמכים או מטבע החוץ נושאי העסקאות בתקופת דו"ח פלונית לבין סך כל מחיר מכירתם באותה תקופת דו"ח; לענין זה יראו את סכום הפרעון או הפדיון של מסמכים כמחיר מכירתם."

הסעיף קובע שמחיר השירות הוא ההפרש בין מחיר הקנייה למחיר המכירה. כמו כן, הוא מתגבר על קושי מעשי בחישוב: במקום חישוב ההפרש שבין קניית כל פריט ומכירתו, קובע הסעיף שיחושב ההפרש בין סך כל מחירי הרכישה לסך כל מחירי המכירה בתקופת הדיווח, וזה יהא מחיר העסקאות באותה תקופה.⁴¹

סעיף 19(ב) אינו חל על פעילות "נוסטרו"

על אף ניסוחו התקיף של בית המשפט בפרשת **טריידומטיקס** ביחס לעמימות המצב המשפטי, הוא מדגיש כי אין הוא נדרש להכריע ביחס לשאלה הטהורה, אם סעיף 19(ב) חל על פעילות נוסטרו אם לאו. זאת, הואיל ובמקרה הספציפי שנדון בפניו, המערערת מונתה כ"עושה שוק":

41. פוטטבוזקי, עמ' 147.

"לאחר שקילת מכלול נסיבות המקרה, הגעתי למסקנה כי במקרה דנן אכן חל סעיף 19(ב) לחוק אפילו לפי קריאה מצמצמת של הוראותיו. לדעתי, אף אם תאומץ גישה של המערערות לפיה סעיף 19(ב) לחוק חל רק על אדם שממלא תפקיד "תיווך" ולא על מי שפועל בחשבון הנוסטרו שלו בלבד, עדיין יהיה מקום להחיל את הסעיף על המערערות לנוכח מעמדה כעושה שוק.

יתכן שהמערערות צודקות כי סעיף 19(ב) לחוק לא נחקק על מנת להטיל מס על מי שמשקיע את כספו בבורסה בתקווה להשיא רווחים נאים - אפילו עם הפעילות מגיעה לממדים גדולים. אינני נדרש להביע עמדה בסוגייה זו והכרעה בה איננה נחוצה כאן.

[...] מהות התפקיד כעושה שוק הייתה, כאמור, תיווך פיננסי, דהיינו עשיית פעולות שתכליתן שכלול השוק והגברת המסחר בו [...] על כן, אף אם יאומץ פירוש השולל יישום סעיף 19(ב) לחוק לגבי "שחקנינוסטרו" רגילים, לדעתי אין להוציא מתחולת הסעיף "עושי שוק".

למעשה, אם כך, המערערות היא נותנת שירותים החייבת במס לפי הגדרותיו הבסיסיות של החוק; לא נדרש כאן לדעתנו סעיף 19(ב).

אך אם נשוב לשאלה שבה לא הכריע בית המשפט, הרי נוכח הניתוח הפרשני שהצגנו לעיל, הנתמך בקביעותיו של בית המשפט, סעיף 19(ב) אינו חל לדעתנו - ולא הייתה כוונה שיחול - על פעילות נוסטרו, שמתאפיינת בהשקעה עצמית בניירות ערך, הנעשית באמצעות כספי המשקיע בהבדל מהשקעת כספי לקוחות.

הפועל פעילות "נוסטרו" הינו מוכר ניירות ערך, וככזה, אין הוא בגדר "עוסק" כלל. ראינו לעיל, כי קיומו של "עוסק" הוא תנאי מקדמי לתחולת סעיף 19, ובהיעדר "עוסק" אין תחולה מלכתחילה לסעיף 19.

מסקנה זו גם הולמת את המשכו של הסעיף, הרואה את העוסק הרלוונטי כמי שביצע עסקת **שירות תיווך** בין מי שמכר לו את ניירות הערך ובין מי שקנה אותם ממנו.

פעילות "נוסטרו" הינה פעילות עצמית בהגדרתה. אין היא מערבת גורמים אחרים זולת המשקיע עצמו, ולכן אין לזהות בה כל מרכיב של "תיווך" או "שירות".⁴² זאת ועוד: "שירות" מוגדר, כאמור לעיל, כ"עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר"; אין כאן "זולת" ואין כאן כל עשייה למען הזולת (אלא עשיית עצמית) שהתקבלה תמורה בגינה.

42. בניגוד להגדרה "מכר" הכוללת גם שימוש בנכס לצורך עצמי, ההגדרה "שירות" אינה כוללת "שירות עצמי" או דבר מעין זה. יתרה מכך, כדי שעשייה מסויימת תיחשב "שירות", עליה להיות בתמורה. העושה למען עצמו לא מקבל תמורה על כך.

תכליתו של סעיף 19(ב), כפי שראינו לעיל, היא למנוע התחמקות ממס בעסקת תיווך בניירות ערך (באמצעות ניסיון להגדירה כעסקת מכר); אך היא לא נועדה לחול על עסקאות מכר ניירות ערך קלאסיות, וביניהן עסקאות נוסטרו.⁴³

מסקנת הדברים עד כה הינה, כי פעילות נוסטרו - קרי, פעולת השקעה בניירות ערך מכספים עצמיים - איננה "עסקה", שכן אין היא "מכר נכס" (לא מתקיימות ההגדרות "נכס" ו-"מכר"), ולכן לא חל לגביה, מלכתחילה, מס ערך מוסף. מסקנה זו לא משתנה נוכח סעיף 19(ב), שלא נועד לחול על פעילות נוסטרו ואין הוא חריגה לניתוח העולה מהגדרות החוק.⁴⁴

פעילות נוסטרו כפעילות מוסד כספי

אמנם, המסקנה שהגענו אליה היא כי פעילות הנוסטרו לא חייבת במע"מ, אך האם היא חייבת במס רווח ומס שכר המוטל על מוסד כספי? כרקע לדיון זה נציג את ההוראות הרלוונטיות למוסדות כספיים בחוק מע"מ ובתקנותיו.

סעיף 4 - חבות במס של מוסד כספי

כפי שהוצג לעיל, במקביל לנורמה שקובע סעיף 2 (חיוב במע"מ על ידי עוסק), קיימת נורמה נוספת החלה על מוסדות כספיים ומלכ"רים, וזאת במסגרת סעיף 4 לחוק. נזכיר שוב את לשונו:

"(א) על פעילות בישראל של מוסד ללא כוונת ריווח יוטל מס שכר באחוזים מהשכר ששילם [...];

43. ראו גם מסקנתו של צחור, בעמ' 24: "מכאן המסקנה שסעיף 19 לחוק לא חל על אדם העוסק בשוק ההון במסגרת הנוסטרו, שכן אותו אדם אינו "עוסק" כמשמעותו בחוק, הטובין שהוא מוכר אינם בגדר "טובין" כהגדרתם בחוק, הנכס שהוא מוכר אינו נכס כהגדרתו בחוק, והמכר שהוא מבצע אינו בגדר "מכר" כהגדרתו בחוק, אלא אם נחרוג בדרך פרשנית מכל הגדרות החוק הנ"ל.

מאידך, מתן "שירות" אינו שולל פעילות בניירות-ערך נסחרים במסגרת הנוסטרו. לפיכך, אדם העוסק במסחר בשוק ההון עבור אחרים ומעניק ייעוץ או שירותים אחרים בתחום ניירות הערך - "לזולת", קרי לא לעצמו במסגרת הנוסטרו, הוא החייב במס שאליו מכוון סעיף 19".

44. זו גם מסקנתו של צחור, בעמ' 22: "[...] אין בסעיף 19 לחוק מע"מ כל הוראת חיוב במס לעוסק במסחר בניירות-ערך, הפועל במסגרת ה"נוסטרו" (באופן אישי למען עצמו בלבד ולא עבור אחרים), ולפיכך אין כל חיוב במס בענייננו במישור זה".

גם פסיקות בתי המשפט מכריעות כך. כפי שמובא אצל מרציאנו (בעמ' 41), "נוסיף ונטען כי בתי המשפט קבעו לא פעם כי פעילות "נוסטרו" של חברה בעודפי המזומנים שלה מפעילותה העסקית הינה עסקה הפטורה ממס, או ליתר דיוק, אינה חייבת במע"מ" (וראו את מובאותיה בפרשת ע"א 460/00 ממנ מסופי מטען וניטול בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פד"י נז(2) 461 (אפריל 2003), וכן ע"מ 14-04-6317 אמיליה פיתוח (מ.ע.נ.פ.) בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף גוש דן, "מיסיים" ל/3 (יוני 2016) (ה-246). עם זאת, כפי שנראה להלן, בפרשת אקוויטס עולה לכאורה אחרת, אם כי הדברים נאמרו שם, לדעתנו, באמרת אגב שאין לראות בה הלכה מחייבת.

(ב) על פעילות בישראל של מוסד כספי יוטל מס שכר וריווח באחוזים מהשכר ששילם והריווח שהפיק, כפי שקבע שר האוצר באישור הכנסת;⁴⁵

סעיף 4(ב) מטיל "מס שכר ורווח" על "פעילות בישראל" של "מוסד כספי". שני יסודות נדרשים אפוא להתקיים כדי שיוטל המס: "פעילות" וכן "בישראל". לעניין היסוד "בישראל" ראו דיוננו לעיל (סעיף 15 לחוק מתייחס במפורש גם למקום שבו יראו "פעילות" כמנוהלת).

המונח "פעילות" אינו מוגדר בחוק, אך מדובר ככל הנראה בפעילות רצופה ונמשכת. לפרשנות המונח התייחסו המלומדים גרוס ואלתר בספרם⁴⁶: "ניתן לפרש את המילים עסקים או פעילות בצורה זהה מבחינה מהותית. הכוונה בפעילות הנה לפעילות של מלכ"ר או מוסד כספי. מלכ"ר מדרך הטבע, כולל גופים שאין כוונתם או פעילותם רווחית או עסקית ולכן חייב היה המחוקק לקרוא לכך בשם פעילות ולא יכול היה להסתפק במינוח קיום עסק. מבחינה מהותית תוכן הפעילות וקיום העסק הינם זהים במובן זה שהם רצופים ונמשכים".

בפרשת שירותי ההצלה הקתולית,⁴⁷ התייחסה כב' הש' מרים מזרחי למונח "פעילות" וקבעה כי הוא "[...] מעצם טיבו מונח רחב, ולא ראיתי טעם המצדיק צמצום היקפו על דרך פרשנות".

כך או כך, נדמה כי פרשנותו של המונח אינה כבולה בכבלי ההגדרות "נכס", ו"מכר" (כפי שכבולה בהם ההגדרה "עסקה").

מהו "מוסד כספי"?

סעיף 1 לחוק מגדיר את המונח "מוסד כספי" כדלקמן:

"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 למעט חברה ששמה מאזכר חברה או אגודה שיתופית שפסקה (1) חלה עליה;
- (3) מוסד כספי כמשמעותו בחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, אשר הוראות הנזילות מכוח החוק האמור חלות עליו;
- (4) מבטח;
- (5) סוג בני אדם ששר האוצר קבע;

45. שר האוצר אכן עשה שימוש בסמכותו וקבע במסגרת צו מס ערך מוסף (שיעור המס על מלכ"רים ומוסדות כספיים), תשנ"ג-1992, כי שיעור מס השכר והרווח שישולם על פעילות של מוסד כספי בישראל יהא 17% (נכון לשנת 2017).

46. יוסף גרוס ואברהם אלתר מס ערך מוסף 258 (1987).

47. עמ"ה 9031-06 שירותי ההצלה הקתולית נ' פקיד שומה ירושלים 1, "מיסים" כז/6 (דצמבר 2013) ה-125.

מוסד כספי מוגדר אפוא באמצעות חמש חלופות. שלוש החלופות הראשונות להגדרה עוסקות בפעילויות של מוסד בנקאי ולכן אין בהן עניין לדיוננו; החלופה הרביעית אף היא אינה רלוונטית לדיוננו, מאחר שהיא עוסקת ב"מבטח" (המוגדר בסעיף 1 לחוק כ"מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א-1951, למעט קופת גמל הפטורה ממוסד הכנסה [...])."

החלופה החמישית הינה חלופת סל, המסמיכה את שר האוצר להגדיר גופים משפטיים נוספים כמוסדות כספיים לצורך החוק. שר האוצר רשאי כמובן לשנות רשימה זו או להוסיף עליה.

שר האוצר אכן עשה שימוש בסמכותו וקבע את **צו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977** (להלן - "צו הקביעה" או "הצו").

סעיף 1 לצו הקביעה מורה כדלקמן:

"(א) אלה יהיו מוסדות כספיים לענין החוק:

- (1) עוסק שהוא חבר הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ וש-75% או יותר ממחזור העסקאות שלו נובעים מעסקאותיו בתור שכזה;
- (2) עוסק שהוא נאמן או מנהל קרן כמשמעותם בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, תשכ"א-1961, וש-75% או יותר ממחזור העסקאות שלו נובעים מעסקאות בתור שכזה;
- (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."

פרטים (1) ו-(2) להגדרה שבצו עוסקים **בחבר הבורסה לניירות ערך בתל אביב, או בנאמן/מנהל קרן כמשמעותם בחוק להשקעות משותפות בנאמנות, ש-75% לפחות ממחזור עסקאותיהם (מונח המוגדר בחוק) נובעים מעיסוקם כחברי בורסה או כנאמן/מנהל קרן בהתאמה, בתור שכאלה. יש אפוא להוציא מהחשבון מחזור עסקאות שנובע לגופים אלה מעיסוקים שאינם קשורים ישירות להיותם חבר בורסה או נאמן/מנהל קרן.**

כמו כן, סעיפים אלה פותחים בתיבה "עוסק", באופן שתנאי מקדמי לתחולתם הוא שיהיה **מדובר ב"עוסק"**.⁴⁸ גוף אשר אינו מקיים את תנאי ההגדרה "עוסק", איננו מועמד מלכתחילה לבחינת היותו "מוסד כספי" על פי הסעיפים הללו.

48. ראו גם אצל צחור, 35: "הפרשנות המתבקשת היא, שהגוף עומד בתנאי הגדרת "עוסק" ורק לאחר מכן ניתן להמשיך ולבחון אם חל הצו שהתקין שר האוצר. במילים אחרות, גוף שאינו "עוסק" מלכתחילה, לא יוכל להיחשב ל"מוסד כספי" [...] במידה שמלכתחילה הגוף אינו עומד בהגדרת "עוסק", לא ניתן לדעתנו להחיל עליו את הצו שהתקין שר האוצר ולפיכך הוא לא ייחשב ל"מוסד כספי".

פוטשבוצקי⁴⁹ עמד על כך, כי לכאורה קיים כאן מעגל שוטה, ואף נותן פתרון לכך:

"[...] המונח "עוסק" מוגדר בחוק כך: "מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עיסקת אקראית". ההגדרה לפרטיה תידון בהמשך אך לעניננו חשוב לציין שעוסק הוא מי שאינו מוסד כספי. במלים אחרות, הגדרת "מוסד כספי" כוללת את החלופה החמישית שעל פיה מוסד כספי הוא בין השאר מי שאינו מוסד כספי... הכוונה היא מן הסתם למי שאינו מוסד כספי ע"פ 4 החלופות הראשונות, והצו של שר האוצר צריך היה להיות מנוסח איפוא כך: "על אף האמור בהגדרת עוסק יראו את סוג בני האדם המנויים להלן כמוסדות כספיים לענין החוק גם אם הם נכללים בהגדרת עוסק."

אם כן, התנאי לתחולת ההגדרות הללו הוא, כי יהיה מדובר במי שמוגדר כעוסק לפי תנאי ההגדרה בסעיף 1 לחוק (בה עסקנו לעיל), ובתוך כך גם לא ייחשב מוסד כספי לפי ארבע החלופות הראשונות להגדרה "מוסד כספי" שמופיעות בחוק גופו.

ראינו, כי אדם - יחיד או תאגיד - שעיסוקו במכירת ניירות ערך (והוא אינו נותן שירות ביחס לניירות ערך) אינו נחשב "עוסק", גם אם מדובר בעיסוק המגיע כדי "עסק". הטעם לכך הוא כי ההגדרות "מכר" ו-"נכס" הן מיסודותיה של ההגדרה "עוסק" והן הרי אינן מתקיימות בנסיבות אלה. משכך, אדם שכל עיסוקו הוא מכירת ניירות ערך, והוא לא נחשב כמי שנותן "שירות" (ייעוץ או תיווך) ביחס לניירות ערך, גם אינו יכול להיחשב "מוסד כספי" לפי סעיפים 1(א) ו-1(א)2 לצו.

הפרט השלישי לצו - סעיף 1(א)3 - (להלן: "הפרט השלישי לצו") הוא הסעיף הרלוונטי ביותר לדיוננו. הוא קובע כי יראה כמוסד כספי "מי שעסקו במכירת מטבע חוץ או ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים".

האם משתמע מכך כי אדם (יחיד או תאגיד) שכל עיסוקו הוא מכירת ניירות ערך נחשב "מוסד כספי" על פי חלופה זו, למרות שאינו נחשב "עוסק", כאמור לעיל? ועוד: האם משתמע מכך כי אדם המבצע פעילות נוסטרו נחשב "מוסד כספי" לפי הפרט השלישי לצו? להלן נדון בכך.

נוסטרו: גישת רשות המסים

רשות המסים פרסמה בדצמבר 2017 את עמדה מספר 12/2017, והוסיפה אותה לרשימת העמדות החייבות בדיווח לשנת המס 2017 בנושא מס ערך מוסף (להלן: "עמדה 12/2017"). על פי העמדה, "פעילות של קניה ומכירה של ניירות ערך ומסמכים סחירים אחרים, הנעשית על ידי יחיד או חבר בני אדם עבור עצמם ואשר הינה בעל מאפיינים עסקיים כפי שהוכרו בהלכה הפסוקה [...] יירשמו כמוסד כספי על פי סעיף 1(א)3 לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977".

העמדה מביאה כאסמכתא את פסק הדין בעניין **אקוויטס**. להלן נתייחס לשאלה, מה נקבע ומה לא נקבע בפסק הדין בעניין **אקוויטס** ביחס לשאלה דנן.

עמדה זו מצטרפת להחלטת מיסוי 4396/15 בנושא: **החבות במע"מ של ביצוע השקעות פיננסיות - סיווג כ"מוסד כספי" לצרכי חוק מע"מ של פעילות נוסטרו - החלטת מיסוי שלא בהסכם** (להלן - "ההחלטה" או "החלטת המיסוי"). על פי ההחלטה (שלא בהסכם), החברה, אשר פועלת פעילות נוסטרו, תיחשב "מוסד כספי", בעיקר נוכח פעילותה העניפה בשוק ההון שהינה בעלת מאפיינים עסקיים ולא פרטיים.

פעילות נוסטרו אינה מוגדרת "מוסד כספי"

בטרם נציג עמדתנו בשאלה לגופה, נדגיש כי התייחסות לסוגיה ניתן למצוא גם בפרשת **אקוויטס**. אולם, לדעתנו, יש לקרוא את האמור בפרשת **אקוויטס** בזהירות - ולא ברור אם ניתן לחלץ ממנו החלטה מחייבת, וזאת מחמת העובדה שההתייחסות לשאלתנו נעשתה שם בגדר אוביטר-דיקטום, דהיינו, אמרת אגב שאינה עומדת בבסיס ההכרעה ואינה נחוצה להכרעה, ולכן אינו מבסס הלכה מחייבת.

כמו כן הדיון בשאלה לגופה - כפי שנדון בהרחבה להלן - אינו שלם (ככל הנראה מכיוון שההכרעה בפסק הדין נעשתה ללא קשר לשאלה זו).

זאת ועוד: איננו משוכנעים כי פסק הדין בפרשת **טריידומטיקס** - שאמנם לא נזקק לדיון בשאלת היותה של המערערת שם מוסד כספי, ועיקר דיונו נסוב סביב חיובה במע"מ לפי סעיף 19(ב) - אינו מהווה שינוי מגמה, או ריכוך, לקביעה שנקבעה (אף היא כאמרת אגב בלתי מחייבת, לדעתנו) בפרשת **אקוויטס**.

כמובן, נתייחס בפירוט לאמור בפסקי הדין הללו. אך למען שטף הקריאה, נבקש להציג תחילה את עמדתנו. לאחר ההצגה, נבחן את מסקנותינו נוכח פסקי הדין בפרשות **אקוויטס** ו**טריידומטיקס**.

לדעתנו, הפרשנות הנכונה של הדין תומכת במסקנה לפיה פעילות נוסטרו, באשר היא כזו, אינה בגדר "מוסד כספי". שני טעמים מרכזיים לכך:

- למיטב הבנתנו, על בסיס פסיקתו של בית המשפט העליון, **הפרט השלישי לצו דינו בטלות**, מחמת סתירה בינו ובין הוראתו של החוק הראשי;
- שנית, **פרשנות תכליתית מורה, כי פעילות נוסטרו אינה מוגדרת כמוסד כספי**, גם לא לפי הפרט השלישי לצו.

נדון בטעמים אלה, אחד לאחד.

דינו של הפרט השלישי בטלות; הלכת אוהב ציון⁵⁰

פרשת **אוהב ציון** הינה מספיחיה של מעילת הענק בבנק למסחר בע"מ (להלן - "הבנק") אשר נחשפה בשלהי חודש אפריל שנת 2002, כאשר אתי אלון, סגנית מנהלת מחלקת ההשקעות בבנק, הסגירה עצמה למשטרת ישראל. פרשת **אוהב ציון** כוללת בחובה שנים-עשר אישומים, כאשר האישום השנים-עשר, הרלוונטי לדיונונו, עוסק בעבירות שונות על חוק מע"מ.

כב' השופט יורם דנציגר קבע בעניין זה, כי הוראת הפרט השלישי לצו תהא חסרת תוקף ובטלה, מאחר שהיא עומדת בסתירה לסעיף 19(ב) לחוק, אשר הינו ממדרג נורמטיבי גבוה יותר. זאת כהאי לישנא:

"[...] מן הטעם שלא פנו למנהל מס ערך מוסף, על-מנת שישווגם כמוסד כספי. נקבע כי היה על המערערים לעשות כן מאחר והוראת סעיף 1(א)(3) לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1975 (להלן: צו מס ערך מוסף) - אשר מגדירה מוסד כספי שאינו עומד בחלופות שנקבעו בסעיף 1 לחוק מס ערך מוסף - עומדת בסתירה להוראת סעיף 19(ב) לחוק מס ערך מוסף. לכן, נקבע כי ככל שהתקנה אינה בטלה מאחר והיא סותרת הוראה ממדרג נורמטיבי גבוה יותר, היה על המערערים לפנות למנהל מס ערך מוסף, על-מנת שיעשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 58 לחוק מס ערך מוסף ויקבע את סיווגם הנכון".

בהמשך לכך:

"סעיף 1 לחוק מס ערך מוסף קובע כי מוסד כספי הוא אחד מאלו [...]

כפי שקבע בית המשפט המחוזי, בחינת כל אחת מארבעת החלופות הראשונות מלמדת כי על-פי לשונן אין לראות במערערים מוסד כספי. עם זאת, אשר לחלופה החמישית, קבע שר האוצר כי ייחשב כמוסד כספי גם "מי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, אף אם הוא רוכש אותם לצורך קבלת פרעונם או פדיונם" (סעיף 1(א)(3) סיפא לצו מס ערך מוסף). אכן, נראה כי הגדרה זו עולה בקנה אחד עם אופן פעילותם של המערערים בעסקי נכיון השיקים.

ואולם, סעיף 19(ב) לחוק מס ערך מוסף קובע כי "עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, לרבות רכישתם של ניירות ערך ומסמכים כאמור לשם קבלת דמי פרעונם או פדיונם, או שעסקו במכירת מטבע חוץ, יראו את המכירה או קבלת הפרעון או הפדיון כשירות תיווך שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו או פרע או פדה אותם". לפיכך, עומדת הוראת הצו בסתירה לכאורה להוראת החוק, הקובעת כי פעילות נכיון השיקים תחשב כשירותי תיווך ותחויב במס ערך מוסף כעוסק רגיל [ראו: אהרן נמדר מס ערך מוסף 461 (מהדורה חמישית, 2013)]. לפרשנות סעיף 19(ב) ראו: ע"א 6181/08 וינוקור נ' ממונה מס ערך מוסף עכו, [פורסם בנבו] פסקה 34 (28.8.2012).

50. ע"פ 5529/12 אהרון אוהב ציון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.14), עמ' 68, 83-84.

נוכח הסתירה שבין סעיף 19(ב) לחוק ובין סעיף 1(א)(3) סיפא לצו, קבע בית המשפט המחוזי שניים: ראשית, כי הוראת החוק המאוחרת, הנוקטת בלשון חד-משמעית, מביאה לבטלותה של הוראת הצו, בהתאם לסעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], הקובע כי "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". שנית, בהסתמכו על גישתו של פרופ' נמדר, נקבע כי במקרים אלו, שבהם מתעוררת הסתירה שבין ההוראות השונות, יסווג מנהל מס ערך מוסף את עיסוקו של הנישום כפעילות של עוסק או של מוסד כספי, בהתאם לסמכותו על-פי סעיף 58 לחוק מס ערך מוסף. בית המשפט קבע כי המערערים לא פנו למנהל על-מנת שישווגם כמוסד כספי, ולפיכך אין לראותם ככזה אלא כעוסק החייב במס ערך מוסף".

היות שבית המשפט העליון בפרשת אוהב ציון קיבל את קביעתו של בית המשפט המחוזי (פרשת בנימין רביזדה)⁵¹, נביא את החלקים הרלוונטים מתוך פסיקה זו, כדלקמן:

"[...] אינני רואה כל ממש בטענתו של עו"ד אמרני, לפיה סעיף 1(3) לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977, גובר על הוראת סעיף 19(ב) לחוק מע"מ. גם אם נכנס חלק זה של הצו לתוקף לפני שתוקן סעיף 19 לחוק מע"מ, אין ספק כי הוראת החוק המאוחרת, הנוקטת בלשון חד משמעית, מביאה לבטלותו של הצו, הסותר הוראה זו. בסעיף 16(4) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) נאמר כי "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק", וכפי שהבהיר פרופ' יצחק זמיר בספרו הסמכות המנהלית (נבו, הוצאה לאור, מהדורה שנייה מורחבת, התש"ע-2010) "אין די בכך שתקנה תהא מצויה בד' אמות של החוק המסמיך, אלא נדרש ממנה, נוסף על כך, שלא תהא סותרת הוראותיו של כל חוק אחר. מכאן שאם תקנה סותרת חוק אחר, אין לה תוקף".

סעיף 19(ב) דן ב"עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך" וקובע, כי יראו את המכירה כשירות תיווך, בידי עוסק כמובן. לעומתו, הפרט השלישי לצו עוסק אף הוא (וכמעט באותם מילים)⁵² ב"מי שעסקו במכירת [...] ניירות ערך" וקובע, כי זה יחשב כמוסד כספי ולא כעוסק.

משכך, קבע בית המשפט המחוזי בפרשת רביזדה כי קיימת סתירה בין שתי הוראות אלה, והעדיף את החקיקה ברמה הנורמטיבית הגבוהה יותר - היא הוראת סעיף 19(ב), תוך קביעה כי הוראת הפרט השלישי לצו בטלה.

מדבריו של בית המשפט העליון עולה, כי הוא מסכים עקרונית לקביעה זו, וניתן אף לראות בה אשרור לסתירה המביאה לבטלותו של הפרט השלישי לצו.

51. ת"פ (ת"א) 40183/02 מדינת ישראל נ' בנימין רביזדה, "מיסים און ליין".
 52. נציין, כי בהצעת החוק המקורית לחוק מע"מ, לשונו של סעיף 19(ב) - אשר סופר שם כסעיף 20(ב) - נקטה בתיבות "מי שעסקו". בחוק עצמו תוקן הנוסח ל"עוסק שעסקו". לדעתנו, שינוי זה נועד להבהיר, כי גם בתיבות "מי שעסקו" שמשו בהצעת החוק המקורית, הכוונה הייתה ל"עוסק", ולכן הדברים הובהרו בגוף החוק.

אף צחור רואה את הדברים כך: ⁵³

"החלטת בית המשפט העליון מאמצת באופן מפורש את עמדת בית המשפט המחוזי ולפיה צו שר האוצר בטל מעיקרו גם בכל הנוגע למיסוי ניירות ערך. אמנם החלטת בית המשפט העליון מבטלת את הצו לאור קיומו של סעיף 19 לחוק, אך מקל וחומר שיש לבטל את הצו נוכח האמור בהגדרות של "טובין" ו"מכר" בסעיף 1 לחוק."

כפי שמביא צחור, נראה כי עמדה זו הביעו גם המלומדים פוטשבוצקי ושפירא. פוטשבוצקי קובע בהתייחס לפרט השלישי לצו, כך: ⁵⁴

"בפסקה זו יש קושי עקרוני: עיון בחוק מראה שהמחוקק הראשי, בס' 19(ב) ו-9(ב) לחוק, יצא מתוך הנחה שתחום הפעילות הנדון יכלול דוקא במסגרת עיסוקיו של "עוסק"; האם קביעת השר שהתחום ייוחד למוסד כספי דוקא אינה נוגדת את דבר החקיקה הראשי והופכת את שני סעיפי החוק למיותרים? זאת ועוד, אם הצו תקף מה דינו של מי שפועל בתחום הנדון וממשיך להיות רשום כעוסק ולשלם מס בהתאם?"

שפירא נוקט עמדה דומה: ⁵⁵

"לטעמי, היות שהמחוקק ראה לנכון לסווג את המכירה כשירות של תיווך, אין להחיל את סעיף 19(ב) לחוק מע"מ על מכירת ניירות-ערך בידי בעליהם (לרבות לא על מי שכל עיסוקו הוא מכירת ניירות-ערך) אלא אך ורק בידי נותני שירות כאמור כגון: בנקים, ברוקרים וכו'. ברם על פי סעיף 1(א)(3) לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי) מי שעסקו במכירת מטבע חוץ או ניירות-ערך או מסמכים סחירים אחרים - ייחשב למוסד כספי. פשיטא, שההוראה אשר בבסיס סעיף 1(א)(3) לצו האמור עומדת בסתירה לסעיף 19(ב) לחוק מע"מ שהרי כיצד ייתכן שעוסק ייחשב למוסד כספי".

גם מרציאנו ⁵⁶ משמיעה עמדה זו, בהתייחסה לפרשות אוהב ציון ורביזדה:

"לכאורה, עולה מפסיקת בית המשפט העליון דלעיל, כי הוראות סעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי דינן בטלות כי הן סותרות מדרג נורמטיבי גבוה יותר [...]."

עולה אפוא, כי נוכח הסתירה בין הפרט השלישי לצו ובין סעיף 19(ב) לחוק, בטל הפרט השלישי לצו. כך, לדעתנו, נקבע בפסיקת בתי המשפט.

הנה כי כן, אדם שמוכר ניירות ערך, מבלי ליתן שירות כלשהו לזולת, לא ייחשב "עוסק" ולא יחוב במע"מ; הוא גם לא ייחשב "מוסד כספי" לפי הפרט השלישי לצו, נוכח בטלותו. אם,

.53 צחור, 40.
.54 פוטשבוצקי, 39.
.55 אלכס שפירא, מיסוי שוק ההון, 226.
.56 מרציאנו, 40.

לעומת זאת, אדם שמוכר ניירות ערך **נותן למעשה שירות** לזולתו, הוא ייחשב "עוסק", ולפי סעיף 19(ב), הוא ישלם מס כמי שנותן שירות תיווך (המחיר ייקבע לפי סעיף 9(ב)).

על פי האמור, המבצע פעילות נוסטרו אינו מעניק שירות ולכן אינו חב במע"מ (גם לא לפי סעיף 19(ב)). הוא גם לא נחשב "מוסד כספי" לפי חלופה כלשהי להגדרה, בחוק ובצו, נוכח בטלותו של הפרט השלישי לצו.

פרשנות תכליתית - פעילות נוסטרו אינה מגבשת "מוסד כספי"

למסקנה כי פעילות נוסטרו אינה באה בגדרי הפרט השלישי לצו ניתן להגיע גם על ידי פרשנות תכליתית.

כאמור, לשון סעיף 1(א)3(3) לצו מורה, כי ייחשב כמוסד כספי גם "**מי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אף אם הוא רוכש אותם לצורך קבלת פרעונם או פדיונם**".

יושם לב, כי הפרט השלישי פותח בתיבות "**מי שעסקו** [...]", לעומת שני הפרטים הקודמים הפותחים בתיבות "**עוסק** שהוא [...]" . לכאורה, אפוא, הפרט השלישי, בניגוד לקודמיו, אינו דורש קיומו של יסוד "עוסק". די אפוא באדם כלשהו - "מי" - על מנת להיכלל בגדרו.⁵⁷

נציין כי בפרשת **אקוויטס**, הדגיש בית המשפט כי התיבות "מי שעסקו", גם אינן דורשות קיומה של "עסקה" כהגדרתה בחוק. "עסקו", כך נקבע, הוא "עסק של" ולא "עסקה". לכן, כל שנדרש שיתקיים הוא "עסק", המוגדר בחוק כך: "לרבות מקצוע ומשלח יד". לפיכך, הסיק בית המשפט, אין למצוא בהגדרה זו כל החרגה ביחס לפעילות בניירות ערך.

לדעתנו, קיימת אפשרות פרשנית אחרת, שגם לה אחיזה לשונית במילותיו של החוק. כידוע, מלאכת הפרשנות המשפטית מתחילה בעיגון לשוני, ולו מינימלי, במילות החוק, אך לעולם אינה מסתיימת שם. יש להגדיר את מתחם האפשרויות הלשוניות, ומתוכן לברור את זו שתשרת את תכליתו של החוק.

המשמעות הלשונית שהוצגה לעיל אכן לא מציגה דרישה ליסודות "עוסק" או "עסקה" בפרט 1(א)3(3) לצו הקביעה. אך לדעתנו, ניתן ליצוק לתיבות אלה משמעות לשונית שלפיה משמעות התיבות "מי שעסקו" שקולה למשמעות התיבות "עוסק שעסקו".

ראינו לעיל, שניסוחו המקורי של סעיף 19(ב) **בהצעת** החוק (שם סופרר כסעיף 20(ב)), אף הוא נקט בתיבות "מי שעסקו". בחוק גופו שונה הניסוח לתיבות "עוסק שעסקו". בהחלט ניתן

57. נראה, כי כך הבין פוטשבוצקי את לשון הפרט השלישי לצו: "**בניגוד לשני המוסדות הקודמים אין צורך בכך שהמוסד הנדון כאן יהיה "עוסק" דוקא. יתר על כן - הלשון "מי שעסקו" אינה מוגבלת לתאגיד דוקא, ולכן נכללים כאן לא רק בנק ישראל שהוא תאגיד סטטוטורי אלא גם יחידים**" (פוטשבוצקי, 38). עם זאת, מיד בהמשך מציג פוטשבוצקי את הסתירה הקיימת בין הוראת הפרט השלישי לצו ובין סעיף 19(ב) לחוק הראשי, ומציגה כקושי עקרוני, תוך הצבת השאלה "**האם קביעת השר שהתחום ייוחד למוסד כספי דוקא אינה נוגדת את דבר החקיקה הראשי** [...]" . ראינו, כי בתי המשפט דנו בסתירה זו והכריעו להבנתנו כי אכן קיימת סתירה.

לטעון, כי שינוי הנוסח מעיד על כך שגם התיבות המקוריות "מי שעסקו" כוונו לאוכלוסיית העוסקים. אלא שלמען הסר ספק, ולשם ההבהרה, תוקן הניסוח בחוק עצמו כך שיורה "עוסק שעסקו". קשה להלום, לדעתנו, שהשינוי נועד לבצע מהפכה במישור המהותי; מדובר ככל הנראה בשיפור סגנוני גרידא. יוצא, כי מטבע הלשון "מי שעסקו" היה שגור בפי המחוקק בהתכוונו לאוכלוסיית העוסקים. הוא אמנם סובל משמעות לשונית שונה (ולכן בחוק עצמו תוקן), אך השינוי הניסוחי בסעיף 19(ב) מעיד, לדעתנו, על המשמעות הלשונית שכיוון לה המחוקק בתיבות "מי שעסקו".

בהחלט ניתן לומר, אפוא, כי גם בניסוח פרט 3(א)1 לצו - שנוסח באותה תקופה - התכוון מחוקק המשנה לאוכלוסיית העוסקים, ובתיבות "מי שעסקו" הכוונה הינה לאדם שהינו "עוסק". אלא שכאן, בניגוד לתהליך שעבר החוק, לא נערך שיפור סגנוני.

ייתכן עוד, כי השינוי בלשון שנקט הצו בין שתי החלופות הראשונות לפרט השלישי, לחלופה השלישית דנן (שם, כאמור דובר ב"עוסק שהוא [...] ואצלנו - "מי שעסקו [...]") אינו נעוץ בכוונת מכוון לאבחן את הפרט השלישי מסביבתו החקיקתית, ככזה שחל גם על מי שאינו עוסק. אלא מדובר בשינוי לשוני שהתחייב, תחבירית גרידא, נוכח המשכו של הסעיף; בשתי החלופות הראשונות מדובר על עוסק "שהוא" חבר הבורסה או עוסק "שהוא" נאמן או מנהל קרן, כלומר - עוסק שאוחז בתואר או במעמד מסוים. הפרט השלישי, לעומת זאת, דן בעיסוקו של האדם ולא במעמדו, וייתכן כי בשל כך נוסח הסעיף כפי שנוסח. שיקולי סגנון גרידא הביאו את המחוקק להימנע משילוב התיבות "עוסק שעסקו", או לראות שילוב זה כמיותר, והוא הסתפק בביטוי "מי שעסקו" כשכוונתו היא לאוכלוסיית העוסקים. התיבות "מי שעסקו", לפי כיוון מחשבה זה, כוללות את יסוד ה"עוסק".

זאת ועוד: נראה, כי גם מבט כללי על אוכלוסיית החייבים במס תומכת בפרשנות שלפיה התיבות "מי שעסקו" מתייחסות ל"עוסק". כזכור, שתי ההוראות האופרטיביות המרכזיות בחוק מע"מ מקופלות בסעיף 2 לחוק (המתייחס לעוסקים ולפרטים חריגים ומפורשים), ובסעיף 4 לחוק (המתייחס למלכ"ר ולמוסד כספי). ישות משפטית שאינה "עוסק", אינה "מלכ"ר" ואינה "מוסד כספי", לא באה מעיקרא בגדרי חוק מע"מ והיא אינה חייבת (למעט חריגים) במס ערך מוסף וגם לא במס רווח ו/או במס שכר.

כך, למשל, אין כל תחולה לחוק ביחס לאדם פרטי (למעט חריגים שנקבעו במפורש בהגדרות החוק), שלא בא אף לא באחת מההגדרות "עוסק", "מלכ"ר" או "מוסד כספי".

אכן, קיימים מקרים פרטיים שבהם יוטל מע"מ על אדם פרטי. אך מדובר במקרים מוגדרים בחקיקה הראשית, בגוף ההגדרות ובאופן מפורש. דוק: סעיף 2 מחיל מע"מ "על עסקה בישראל ועל יבוא טובין". יבוא טובין הינו מקרה ספציפי ואינו רלוונטי לדיוננו. "עסקה" מוגדרת בחוק באמצעות שלוש חלופות:

- **הראשונה** היא "מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק [...]"; כלומר, נדרש כי יהא "עוסק".
- **השנייה** היא "מכירת נכס אשר נוכח מס תשומות שהוטל על מכירתו למוכר או על יבואו בידי המוכר". מדובר במקרה נקודתי. חלופה זו לא מתעניינת בזהותו של מבצע

הפעולה, אלא בעובדה כי נדרש מס תשומות ברכישת הנכס, ולשם הקבלה יש לגבות מס עסקאות עם מכירתו.

- השלישית** היא "עסקת אקראי". חלופה זו מוגדרת כאחד משלושה מצבים: **המצב הראשון** - "מכירת טובין או מתן שירות באקראי, כשהמכירה או השירות הם בעלי אופי מסחרי", קרי, אמנם אין "עוסק" ואין "עסק", אך גם עסקה באקראי שטיבה מסחרי תחוב במע"מ. שוב, מדובר במקרה נקודתי ומפורש. **המצב השני** - "מכירת מקרקעין לעוסק בידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין, וכן מכירת מקרקעין בידי אדם כאמור, למעט דירת מגורים, למלכ"ר או למוסד כספני". כאן עסקין במכירת מקרקעין בלבד, והחלופה מתעניינת בזהותו של הקונה דווקא. אם הקונה "עוסק" או "מוסד כספני" או "מלכ"ר" (ולשני האחרונים נמכרו מקרקעין שאינם דירת מגורים), הרי גם אם מוכר המקרקעין הוא **אדם פרטי**, יחול מע"מ. גם כאן, תחולת מע"מ על מקרה שבו המוכר הוא אדם פרטי היא חריגה, ומוגדרת מפורשות בהגדרות החוק. **המצב השלישי** - "מכירת זכות במקרקעין לקבוצת רכישה בידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין [...]". אף היא דנה במקרה פרטי ומצמצם שנקבע מפורשות כתב במע"מ בגוף הגדרות החוק.

סעיף 4(א) מטיל מס שכר "על פעילות בישראל של מוסד ללא כוונת ריווח [...]". (וסעיף 4(ב) מטיל מס שכר ומס ריווח "על פעילות בישראל של מוסד כספי [...]". הוא לא חל על גופים אחרים למעט אלה המוזכרים בו - מלכ"ר ומוסד כספי.

עתה, מטרת הצו - הנלמדת מתוך כותרתו: "צו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977" ומתוך הרישאה של סעיף 1 לצו הקובעת, כי "אלה יהיו מוסדות כספיים" - הינה לקבוע מוסדות כספיים, לפי הסמכות הנתונה לשר האוצר מכח סעיף 1 לחוק הראשי, בהגדרה "מוסד כספי".

פשיטא, אפוא, כי בתיבות "מי שעסקו" בפרט השלישי בצו, לא כיוון השר לאוכלוסיית המוסדות הכספיים - שכן הם כבר מוגדרים ככאלה מלכתחילה. כמו כן, נראה כי הוא לא כיוון לאוכלוסיית המלכ"רים שכן, ככל שעסקין בגופים פרטיים, אלה מוגדרים במפורש בהוראת סעיף 1 לחוק הראשי כמי שאינם מוסד כספי (ההגדרה מלכ"ר כוללת גם את המדינה או רשות מקומית או איגוד ערים (מוסדות שלטוניים), תאגיד שהוקם מכוח דין וקופת גמל הפטורה ממס הכנסה).

נותרה אפוא אוכלוסיית ה"עוסקים" ונדמה כי לאוכלוסייה זו כיוון השר בחוקקו את הפרט השלישי לצו (וכאמור, בשתי החלופות הראשונות נאמר מפורשות "עוסק"). נדגיש, כי לא סביר לפרש את הפרט השלישי לצו כחל על אותם מקרים נקודתיים שצויין במפורש בהגדרות החוק הראשי שהם באים בתחולת החוק למרות שאינם "עוסקים", "מלכ"רים" או "מוסדות כספיים". מדובר במקרים פרטיים שתחולת חוק מע"מ עליהם צריכה להיקבע במפורש, בחקיקה הראשית, ולא לכך הוסמך השר. כמו כן, ברור כי אין הכוונה לאוכלוסיית המייבאים.

יתרה מכך: לדעתנו, ניתן להגיע למסקנה זהה אם ניצוק פרשנות תכליתית לתיבה "עסקו" במונח "מי שעסקו". כלומר, נדרש שיתקיים "עסק". המונח "עסק" אמנם מוגדר בחוק אך

מובנו אינו מפורש. הוא מוגדר אך ורק בהגדרה מרבה ("עסק" - לרבות מקצוע ומשלח-ידי). למרות זאת, החוק הראשי משתמש בו. למשל בהגדרה "עסקה", החלופה הראשונה, כאמור, דנה ב"מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו [...]". ניתן לטעון, לדעתנו, כי בנסיבות אלה, השימוש שעושה מחוקק המשנה במונח "עסקו" ("מי שעסקו [...]"), מכיוון לעסקו של "עוסק", ולא לעסק המתנהל ללא "עוסק". אחרת, היה המחוקק משתמש בניסוח אחר (כדוגמת "מי שמוכר מטבע חוץ או ניירות ערך [...]").

גם ההגדרה "עוסק" עצמה תומכת לדעתנו במסקנה זו. "עוסק" הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקו [...]". לאמור: לא כל מי שמוכר נכסים או נותן שירות ייחשב עוסק, אלא רק מי שעושה כן "במהלך עסקו". קרי, יש לו "עסק" שעוסק בתחום הפעילות האמור. מכאן ניתן ללמוד, כי כשנקט המונח "עסק", או "עסקו" - ללא נקיטת המונח "עוסק" - הוא לא כיוון לפעילות עסקית נטולת עוסק, אלא, כמשיח לפי תומו, לעסקו של עוסק, כפי שהדבר מקובל ועולה מיתר הוראות החוק (וכאמור, גם מיתר הוראות הצו, ראו החלופות הראשונה והשנייה).

לסיכום עד כה, לדעתנו, ניתן בהחלט לצקת משמעות לשונית לפרט השלישי לצו אשר לפיה הוא דורש קיומו של "עוסק", כשם שהדבר נדרש בשתי החלופות הקודמות.

יש שיטענו, כי משמעות לשונית זו אינה חזקה כמשמעות הלשונית החלופית (שלפיה התיבות "מי שעסקו" מכוונות למי שאינו נחשב עוסק). אך היא בוודאי משמעות לשונית אפשרית,⁵⁸ ויש לבחור דווקא בה, ככל שתכלית החקיקה - במובנה הרחב - מושגת באמצעותה ולא באמצעות רעותה.

המשמעות האופרטיבית לדרישת קיומו של "עוסק" גם לגבי הפרט השלישי לצו הינה כי אין הוא חל על פעילות נוסטרו.

ודוק: ההגדרה "עוסק", כאמור לעיל, הינה "מי שמוכר נכס או נותן שירות [...]". ראינו, כי מכירת ניירות ערך אינה "מכר" ואינה "נכס". לפיכך, ה"עוסק" היחידי הרלוונטי הוא מי שנותן שירות אגב מכירת ניירות ערך (וראינו כי בדיוק לעוסקים כאלה כיוון סעיף 19(ב) לחוק, ולכן הטענה היא כי הפרט השלישי לצו בטל מחמת סתירתו את הוראות החוק הראשי). שירות זה עשוי להיות שירות תיווך או שירות ייעוץ. אולם, כפי שראינו לעיל, צריך שיתקיימו היסודות של "תמורה" ושל פעולה "למען הזולת", כדי שהפעילות תוגדר מלכתחילה כשירות. פעילות נוסטרו נעדרת שני יסודות אלה, ולכן העוסק בה לא יכול להיחשב כמי שנותן שירות. משכך, הפרט השלישי לצו - גם אם אינו בטל כאמור - לא יכול, לדעתנו, לחול על פעילות הנוסטרו.

ניתן להגיע למסקנה זו גם נוכח השימוש שעושה הפרט השלישי לצו במונח "מכר". הרי הוא נוקט בתיבות "מי שעסקו במכירת [...]". המונח "מכירה" או "מכר" אינו מוגדר בצו ולכן יש

58. גם בית המשפט בפרשת אקוויטס מסכים כי ניתן ליצוק למונח "עסקו" משמעות של "עסקה" (על ההגדרות "מכר" ו-"נכס" שבה). הוא אך קובע כי "מאחר שאין מדובר במונחים זהים, אין חובה לפרש את המונח "עסק" שבצו בהתאם למונח "עסקה" שבחוק מע"מ" - "אין חובה" נקט, קרי, פרשנות זו אכן אפשרית אך לא מתחייבת לדידו.

להחיל עליו את ההגדרה "מכר" בחוק הראשי. כשניתחנו הגדרה זו לעיל ראינו, כי היא מתייחסת ל"נכס" ("מכר - לעניין נכס...]) ומשתכללת אך ורק כשקיים "נכס".

הואיל וניירות ערך מוחרגים מ"נכס", מכירת ניירות ערך לא רק שאינה מכירה של "נכס", היא אף לא מגבשת "מכר". אם כך בחוק, כך גם בצו. הנה כי כן הגענו לאותה מסקנה: הפרט השלישי לצו יכול להתקיים רק במציאות שמתקיים "שירות" אגב מכירת ניירות ערך. פעילות נוסטרו אינה מגבשת "שירות" ולכן היא לא באה בגדר הפרט השלישי לצו.

מעל לניתוח הפרשני לעיל, מרחפות גם **מטרות ותכליות** של החוק. כאמור, מטרתו של חוק מע"מ היא למסות את הערך המוסף שמוסיפה היחידה המשקית. פעילות נוסטרו, ברמה המהותית, אינה חלק מ"שרשרת ייצור" בה כל יחידה משביחה ומוסיפה ערך על תוצרתה של היחידה הקודמת. אלא מדובר ב"צייד הזדמנויות", שמטרתו השאת השקעותיו העצמיות של המשקיע. לעיתים נוצרים רווחים אך לעיתים גם הפסדים על בסיס עליות או ירידות שערים בבורסה, וקשה לראות פעילות תנדוטית זו ככזו שמייצרת ערך מוסף במובנו של החוק. אין הדבר דומה לנותן שירות בתחום ניירות ערך, למתווך בניירות ערך, או ליועץ, אשר תרומתו ללקוחותיו מגדילה את הערך המוסף המצרפי בשוק. פעילות הנוסטרו מצטמצמת לארבע אמותיו של העוסק בה; היא לא תורמת ערך לאחרים ולא מוסיפה ערך למוצר כלשהו. מדובר בפעילות הונית במישור הפרטי, שאינה ממוסה על פי חוק מע"מ ואינה אמורה להתמסות על פיו.

בהקשר זה נציין כי לדעתנו, ההנמקות המרכזיות המופיעות בהחלטת המיסוי, שלפיהן הפעילות הנבחנת מסווגת כ"מוסד כספי", אינן רלוונטיות או לוקות בכשלים מהותיים.

ודוק: תחת הכותרת "תמצית הסדר המס ותנאיו", קובעת ההחלטה כי "החברה תסווג לצרכי החוק כ"מוסד כספי" לאור הנסיבות והמאפיינים הבאים [...]". המאפיין הראשון שנמנה הנו כי "**לחברה פעילות ענפה בשוק ההון ומחזורי קנייה ומכירה משמעותיים, החורגים באופן בולט מפעילות בעלת מאפיינים פרטיים**". דא עקא, העובדה שלפעילות יש מאפיינים של "עסק" אינה מעלה ואינה מורידה. גם פעילות ענפה ומשמעותית של קנייה ומכירה של ניירות ערך אינה חייבת במע"מ (כל עוד אינה מהווה שירות לזולת), ואף אינה באה לדעתנו בפרט השלישי לצו (ככל שאינו בטל). זאת, הואיל ולא מתקיימים תנאי הסעיף וההגדרות הרלוונטיות לא חלות מלכתחילה.

ההנמקה השנייה הינה כי "**פעילות החברה דומה לפעילותם של גופים פיננסיים אחרים, כגון: בנקים, בתי השקעות וכו' המנהלים תיקי נוסטרו ומסווגים לצורכי החוק כ"מוסד כספי"**". אלא שהבנקים האמורים אינם מסווגים כמוסד כספי בשל פעילות הנוסטרו, כפי שמצטייר מנוסח ההנמקה, אלא דווקא בשל היותם באים בחלופות שהחוק הראשי מונה להגדרה "מוסד כספי". אין ללמוד אפוא מסיווגם של בנקים כ"מוסד כספי" לעניין סיווגה של פעילות נוסטרו כ"מוסד כספי".

ההנמקה השלישית שבה, במילים אחרות, על הטיעון שבהנמקה הראשונה, ולכן נופלת באותו כשל. לפיה, "**בהסתמך על ההלכה שנקבעה בפס"ד רפאל מגיד ע"א 9187/06, מדובר בפעילות עסקית ולא בפעילות פרטית**". דא עקא, כי סיווג הפעילות כ"עסק" לצורך מס הכנסה (ואין חולק כי פעילות נוסטרו עשויה להיחשב "עסק" לצורכי מס הכנסה ולהתחייב

במס כהכנסה עסקית לפי סעיף 12(1) לפקודה) אינה מכריעה בניתוח הנדרש לשם סיווגה כמוסד כספי לפי הפרט השלישי לצו (ככל שאינו בטל).

ההנמקה הרביעית מציגה את הפרט השלישי לצו וקובעת באופן סתמי, כי "אופי פעילות החברה נופלת בגדר סעיף 1(א)(3) לצו". הכוונה, ככל הנראה, לאופי הפעילות שתואר בשלוש ההנמקות הקודמות (פעילות עסקית לעומת פעילות פרטית, השוואה לבנק). אלא שהנמקות אלה, כאמור, אינן רלוונטיות לניתוח יסודותיו של הפרט השלישי לצו.

לדעתנו, אפוא, ההנמקות המרכזיות שעליהן נשענת החלטת המיסוי לוקות בכשלים מהותיים, מאחר שהן לא מנתחות את המרכיבים הרלוונטיים בשאלה, אם הוראת הפרט השלישי לצו אכן מתייחסת - ונועדה להתייחס - לפעילות נוסטרו. לדעתנו, כאמור לעיל, התשובה היא בשלילה.

השפעת הדיון בפרשות אקוויטס וטריידומטיקס על מסקנתנו

ביום 26 ביוני 2017, ניתן בבית המשפט המחוזי פסק דין אקוויטס אשר עסק בשאלה, אם לחייב את אקוויטס ניהול השקעות (להלן - "המערערת") כ"מוסד כספי" לצורך דיווח ותשלום מס רווח לפקיד שומה תל אביב 4 ואח' (להלן - "המשיב").

המערערת באותה פרשה עסקה בפעילות נוסטרו, כשרוב הכנסותיה נבעו ממסחר אוטומטי על ההון העצמי שלה (כ-96%). תחום עיסוקה היה במחקר ופיתוח אלגוריתמים למסחר אוטומטי בשוק ההון ובמיוחד בתחום הנגזרים.

ביום 24.2.2010 פנתה המערערת באופן יזום למנהל מע"מ בבקשה לשנות את סיווגה מ"עוסק" ל"מוסד כספי".

מנהל מע"מ נענה לבקשת המערערת, וזו סווגה כ"מוסד כספי", על כלל פעילותה (לרבות פעילות הנוסטרו), וזאת החל מיום 1.1.2010. המערערת התבקשה לידע את פקיד השומה על סיווגה כמוסד כספי לצורך דיווח ותשלום מס רווח.

בשלוש השנים 2010-2012, המערערת לא דיווחה ולא שילמה לשלטונות מס הכנסה את מס הרווח החל עליה, כמתחייב מסיווגה כ"מוסד כספי". זאת, על אף שלא פנתה, לאחר שינוי הסיווג, אל מנהל מע"מ, בבקשה לשנות שוב את סיווגה מ"מוסד כספי" ל"עוסק", או לבטל את סיווגה כ"מוסד כספי".

קרי, על אף שסווגה כמוסד כספי, על פי בקשתה היא, לא עמדה המערערת בתשלום מס הרווח כמתבקש מסיווג זה. העובדה כי היוזמה לשינוי הסיווג מעוסק למוסד כספי באה מכיוון המערערת דווקא, צוינה בפסק הדין כמה פעמים כעובדה משמעותית (למשל: "כזכור, הייתה זו המערערת שביקשה פוזיטיבית ממנהל מע"מ לשנות את סיווגה ממעמד של "עוסק" למעמד של "מוסד כספי" וזאת לאחר שהביאה נתונים על מנת לשכנעו כי היא עומדת בסיווג זה"; סעיף 15 לפסק הדין).

בית המשפט פסק, כי המערערת הייתה מודעת היטב לכך ששינוי הסיווג חזרה ל"עוסק", דורש פנייה לרשויות מע"מ, שכן היא בעצמה פנתה מלכתחילה כדי לשנות את הסיווג מ"עוסק" ל"מוסד כספי". לכן היא מושתקת כעת מלטעון, שלא הייתה מודעת לכך שעליה לפנות לרשויות מע"מ על מנת לשנות את הסיווג. יתרה מכך, מנהל המחלקה המקצועית ברשות המסים אף הודיע לה בדוא"ל כי שינוי סיווג בחזרה ל"עוסק" דורש פנייה מנומקת בכתב אל המחלקה המקצועית במע"מ.

בית המשפט אף פסק, כי שינוי הסיווג אינו בסמכותו של המשיב (מס הכנסה) אלא בסמכותו הבלעדית של מנהל מע"מ ("אזכיר שוב, כי סמכות המשיב הינה אך ורק לעניין גביית מס רווח, הא ותו לא. המשיב מקבל כנתון את סיווגה של המערערת על ידי מנהל מע"מ ואינו רשאי לשנותו"; סעיף 17 לפסק הדין).

מאחר שברור כי המערערת לא ביקשה לשנות את הסיווג בחזרה מ"מוסד כספי" ל"עוסק" - סיווג שהיא עצמה ביקשה ליישם על עצמה, הרי "יש לדחות את טענתה בערעור זה כי אינה בגדר מוסד כספי" [...] המערערת אינה רשאית במסגרת ערעור זה, לתקוף את אופן הסיווג שלה על ידי מנהל מע"מ כ"מוסד כספי" ולכן עליה לדווח ולשלם למשיב את המס הנובע ממעמדה זה" (סעיף 17 לפסק הדין).

פסק הדין מסיק וקובע, אפוא (בסוף סעיף 17) כי "לכאורה, די בכך שהמערערת מושתקת מלטעון טענותיה כנגד סיווגה כ"מוסד כספי" כדי לדחות את ערעורה, כבר בשלב זה".

בסעיפים 18-21 מרחיב פסק הדין ומעגן את היותה של המערער מושתקת מלטעון כעת כנגד סיווגה כמוסד כספי. זאת הן מכיוון שהיא זו אשר ביקשה מלכתחילה להחיל עליה סיווג זה, והן מאחר שחרף מודעותה לאופן שבו יש לשנות סיווג, בחרה שלא לפעול לשינוי נוסף ("לאור זאת, דעתי היא כי המערערת מושתקת מלטעון כנגד סיווג שהיא בעצמה יזמה, שהיא עמדה בנטל הוכחתו בפני מנהל מע"מ, ובנסיבות בהן לא ביקשה לשנותו משך כל שלוש שנות המס שבערעור"; סעיף 20 לפסק הדין).

שבה ומסכמת כב' הש' סרוסי בסוף סעיף 21 לפסק הדין: "לכאורה, די בכך שהמערערת מושתקת מלטעון טענותיה כנגד סיווגה כ"מוסד כספי" כדי לדחות את ערעורה, כבר בשלב זה". אלא שמאחר שהמערערת העלתה טענות משפטיות ביחס לסיווגה כמוסד כספי, בחרה כב' הש' סרוסי להתייחס גם אליהן, למעלה מן הצורך ולו לשם שלמות התמונה ("עם זאת, ולו למען שלמות התמונה, אמשיך לדון להלן בטענותיה בערעור").

לאמור: ההכרעה בפסק הדין ניתנה, למעשה, כבר בחלקו הראשון הדן בטענת ההשתק והמניעות, ואך נוכח אלה, נקבע, יש לדחות את הערעור. לכן, הדיון בטענותיה "המשפטיות-מהותיות" של המערערת, שנעשה בחלקו השני של פסק הדין, הינו למעלה מן הדרוש.

לדעתנו, אפוא, ניתן לראות בחלקו השני של פסק הדין אוביטר-דיקטום, כלומר אימרת אגב שאינה עומדת בבסיס ההכרעה ואינה נחוצה להכרעה, ולכן אינו מבסס הלכה מחייבת.⁵⁹

עם זאת, ברמה המשפטית העיונית, הדיון שבית המשפט עורך נוגע לעניינינו, ובהחלט מעניין לנתחו.

לדעתנו, הדרך הנכונה ביותר לנתח את פסק הדין בהקשר זה, היא להתחיל דווקא מהסוף. פסקה 33 לפסק הדין חושפת את גישתו הכללית של בית המשפט, ביחס לחיובה במס של פעולה מסוג מכירת נייר ערך. שם - תחת הכותרת "בין מוסד כספי לבין עוסק" - קובע בית המשפט כך:

"אדם שיש לו עסק של מכירת ניירות ערך ומסמכים סחירים אחרים [מכאן ומהמשך מובן מוכר ממש - א.א.] ואינו מסווג כ"מוסד כספי", מסיבה זו או אחרת, יהיה אמנם פטור ממס רווח ושכר אך לא יופטר מתשלום מס ערך מוסף. דין דומה יחול על מי שאין עיסוקו במסחר [...] עם צדדים שלישיים אלא ברכישתם לצורך קבלת התשואה הצמודה להם, כדוגמת פעילות הנוסטרו של המערכת".

ישאל השואל, הכיצד יחוב אדם שמוכר ניירות ערך במע"מ? הרי פעולת מכר ניירות ערך מוחרגת מפורשות מההגדרות "מכר" ו-"נכס" ואין היא "עסקה" מלכתחילה! התשובה היא, כי בית המשפט רואה את סעיף 19(ב) כסעיף שמטרתו להחזיר פעולה זו לגדרי החבות במע"מ:

"סעיף 19(ב) לחוק מע"מ קובע, כי מי שעסקו מכירת ניירות ערך [...] יראו אותו כעושה שירות של תיווך [...] המנגנון המיוחד שנקבע בסעיף 19(ב) לחוק נועד להתגבר על העובדה שהגדרת "מכר" בחוק מע"מ ממעטת מתוכה פעילות בניירות ערך הנסחרים בבורסה. לכן קובע הסעיף שיראו את פעולת המכר כעסקה של מתן שירותי תיווך [...] הנה כי כן, המחוקק לא התכוון לפטור פעילות בניירות ערך מתשלום מע"מ אלא רק להחיל עליה את ההוראות של עסקת מתן שירות ולא את ההוראות של מכירת נכס וזאת בהינתן המאפיינים המיוחדים של פעילות בניירות ערך".

59. בתי המשפט, גם בענייני מיסוי, אכן נוהגים להתייחס לאימרות אגב (הגם שהן נאמרות על ידי בית המשפט העליון) ככאלה שאינן מבססות הלכה מחייבת. ראו למשל ע"ש 1012-10 כהן ירון פיננסיים בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, "מיסים" כ/1 (פברואר 2012) ה-230, שם קובעת כבי' השופטת מרים מזרחי כדלקמן: "בישראל לא נפסקה עד היום הלכה מחייבת בשאלת ניכוי הוצאות משפטיות [...] הסוגייה זכתה גם למספר התייחסויות עקיפות בפסיקת בית המשפט העליון ולהתייחסות מפורשת בעניין הידרולה - אלא שהתייחסות אחרונה זו מקורה באמרת אגב של השופט רובינשטיין ולפיכך לא ביססה הלכה [...] מרבית פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים, אשר דנו בנושא, והיו מוכנים להכיר באיסור ניכוי של הוצאות ייצוג במשפט פלילי בשל שיקולי תקנת הציבור, עשו זאת מבלי שהדבר עמד בבסיס ההכרעה ולפיכך יש לראות בדיון שערכו בסוגיה משום "אוביטר דיקטום"; ראו גם ע"מ 807/14 הפטריארכיה הארמנית אורתודוכסית של ירושלים נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 10/6/15) שם כבי' השופט סולברג ציין כי: "גם לדידי, צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו, כי הפרשנות שניתנה להוראת המעבר בעניין אלנתן היתה במהותה בבחינת אוביטר, משום שלא היתה נחוצה לצורך הכרעתו"; וראו גם חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאיי"טי", משפטים לא 415 (2000).

בית המשפט בפרשת **אקוויטס** מגלה אפוא את גישתו הכללית, שלפיה חוק מע"מ עצמו מעולם לא כיוון להוציא לחלוטין מתחולת המס פעילות של **מכר** ניירות ערך (לא מכר מכספי אחרים ולא מכר מחשבון נוסטרו); הוא אך ביקש למסותה כפעילות של מתן שירות. סעיף 19(ב) הוא המנגנון החקיקתי המיוחד, שבאמצעותו מבקש המחוקק לגבור על הגדרות החוק, ובכל זאת למסות מכירת ניירות ערך כמתן שירות.

נאמר מיד, כי לדעתנו, גישה עקרונית זו אינה נקייה מספקות בלשון המעטה. כפי שהצגנו בהרחבה לעיל, לדעתנו תכליתו של סעיף 19(ב) הנה אנטי תכנונית גרידא והיא נועדה לסכל מקרים שבהם פעילות של מתן שירות תוסווה כפעילות של מכר לשם התחמקות ממס. ראינו, כי תכלית זו מתגלה על רקע סביבתו החקיקתית של הסעיף (סעיף 19(א) ופרק ה' בכללותו). לו ביקש המחוקק לקבוע הוראה כה מהותית - המחייבת במס גם מכר של ניירות ערך - לא היה שותל אותה באופן מוסווה במרחק תשעה-עשר סעיפים מהנורמות המרכזיות ביותר של החוק, שקובעות - פעמיים, הן בהגדרה "מכר" והן בהגדרה "נכס" - בדיוק ההיפך מכך.

יתרה מכך, נדמה כי מנגנון חקיקתי כזה - אם אכן קיים - מסורבל ומאד לא אופייני. לו ביקש המחוקק למסות מכירת ניירות ערך כמתן שירות, היה קובע זאת כחריג לאחת מההגדרות הרלוונטיות; והוא אכן פעל כך כשהדבר התבקש. במסגרת ההגדרה "מכר" למשל, הוא כלל לעניין "נכס" גם את "השכרתו". פעולה מסוג שכירות נתפסת, בדרך כלל, כמתן שירות, ובוודאי לא כמכר. בא המחוקק להשמיענו, ממש בעצם ההגדרה "מכר", כי לעניין החוק, מכר יכול גם שכירות. כך גם לגבי "שימוש לצורך עצמי" - גם פעולה זו תיחשב כ"מכר" לעניין החוק. קיימות כמובן דוגמאות נוספות.

אם המחוקק לא ביקש להוציא מכירת ניירות ערך מתחולת החוק, אלא כל שרצה לקבוע הוא, כי פעולה זו תמוסה כשירות ולא כמכר, מה פשוט יותר היה מלקבוע בהגדרה "שירות" כי היא "כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר [...] **ולעניין ניירות ערך ומסמכים סחירים - לרבות מכירתם**", או ניסוח דומה אחר? זהו מנגנון מקובל בהרבה, שלא מותר מקום לספק.

כאמור, הפסיקה והספרות ברבות השנים הטמיעו את החרגת מכירת ניירות הערך מתחולת החוק, ואף מנו טעמים להחרגה זו. הדבר נועד להקל על המסחר בשוק ההון ולא לסרבולו בחיובי מע"מ. גישתו של בית המשפט בפרשת **אקוויטס**, לפיה המחוקק לא התכוון כלל ועיקר להוציא מתחולת המיסוי את פעילות שוק ההון, מהווה חידוש, והיא אינה עולה בקנה אחד עם כל אלה.

כך או כך, מצוידיים בגישתו העקרונית של בית המשפט בפרשת **אקוויטס** ביחס להטלת מע"מ במכר ניירות ערך, ננסה לדון באופן שבו הוא מתמודד עם טענות המערערת שם. המערערת טענה **שתי** טענות (פסקאות 22 ו-23 לפסק הדין):

הטענה הראשונה, כי הוראות פרט 1(א)(3) נקבעו **בחוסר סמכות ודינן בטלות**. הצו, ששואב את כוחו מהחוק הראשי, וגם זאת לנגזרת ספציפית, אינו יכול להרחיב את הגדרים העקרוניים שהחוק הראשי קבע. מכירת ניירות ערך הוצאה מתחולתו העקרונית של החוק (באמצעות ההגדרות "מכר", ו-"נכס"); אין בכוחו של הצו להחזיר פעולה זו לגדרי החיוב במס בדלת האחורית.

הטענה השנייה היא, כי גם אם לא בטל הצו, הרי ההגדרות שבהן הוא משתמש ("עסקו"; "מכר") שואבות את פרשנותן מההגדרות בחוק הראשי - פרשנות המחריגה מכירת ניירות ערך.

בית המשפט קבע כי "טענות אלה דינן להידחות במלואן", אך נדמה כי דיונו בהמשך מתמקד בטענה השנייה. לכאורה הוא לא מציג עמדה ברורה, אם בכלל, ביחס לטענה הראשונה, טענת הבטלות. ייתכן כי הדבר נובע מגישתו הכללית - שמובעת בסוף פסק הדין כאמור. בהתאם לה, הצו אכן אינו "הופך עולמות" ואינו מרחיב גדרים שלא נקבעו בחוק הראשי; הרי המחוקק הראשי הכניס **בעצמו** את פעולת מכירת ניירות ערך לגדרי החוק - לא בהגדרות אמנם, אלא בסעיף 19(ב) שנועד לגבור עליהן.

נציין בהקשר זה, כי הטענה הראשונה של המערער עוסקת בבטלות הצו נוכח הגדרות "מכר" ו-"נכס" בחוק. לא נטען כלל באותה פרשה, כי קיימת סתירה **גם לסעיף 19(ב) לחוק** - היא הסתירה, שכפי שראינו לעיל, הביאה את בית המשפט המחוזי לקבוע כי הפרט השלישי לצו בטל (ונדמה שבית המשפט העליון אשרר קביעה זו). גם אם תתקבל אפוא גישתו הכללית של בית המשפט, אם ממילא החוק הראשי - באמצעות סעיף 19(ב) - קובע את הנורמה לגבי מכירת ניירות ערך, מדוע יש צורך בפרט השלישי לצו? מדוע לא לראותו כבטל נוכח הוראה מקבילה במדרג נורמטיבי גבוה יותר?

לא מן הנמנע, כי לו נטענה סתירה בין הוראות הצו הרלוונטיות לסעיף 19(ב), ולו נתקיים דיון בנושא תוך הבאת פסקי הדין הרלוונטיים (לרבות בבית המשפט העליון), שכבר ראו סתירה בין הוראות הצו להוראות סעיף 19(ב), תוצאת הדיון הייתה שונה (אם כי ההכרעה הסופית הייתה עומדת על כנה, נוכח חלקו המכריע, הראשון, של פסק הדין בעניין ההשתק והמניעות).

דיונו של בית המשפט בטענות המהותיות מתחיל בפסקה 25 לפסק הדין. בית המשפט מציין, כי המונח "עסקו" (עסק שלו) שבפרט השלישי לצו, הוא הטיה דקדוקית של המונח "עסק" ואינו מכיל את המונח "עסקה" (על ההגדרות "מכר" ו-"נכס" אשר בה). לכן, **"אין חובה לפרש את המונח 'עסק' שבצו בהתאם למונח 'עסקה' שבחוק מע"מ, לפחות מן הבחינה הלשונית הטהורה"**. "עסקו" לפי פרשנות זו, בניגוד ל"עסקה", יכול גם יכול לכלול מכירת ניירות ערך.

עיון מדוקדק במילותיו של פסק הדין מביא למסקנה, כי בית המשפט כנראה מסכים כי ניתן לאמץ משמעות לשונית שלפיה "עסקו" יפורש כמו "עסקה" כהגדרתה בחוק. אולם פרשנות זו פחות רצויה בעיניו.

הוא מביא מיד את קביעתו של בית המשפט העליון בעניין **אכתילאת**⁶⁰ הדין במלאכת הפרשנות התכליתית: "[...] **מקום שבו הלשון אינה מצביעה על פרשנות אפשרית אחת בלבד, ההליך הפרשני יימשך, כאשר מבין 'מתחם' המובנים שבאים בחשבון - יש להעדיף את זה המגשים באופן המיטבי את תכלית החוק ואת עקרונות היסוד של השדה המשפטי הרלוונטי** [...]". ובהמשך מביא בית המשפט פסקה נוספת מפרשת אכתילאת: "[...] **במלאכת**

60. ע"א 5206/15 פאיק אכתילאת נ' פקיד שומה נצרת (26.12.16), "מיסים" לא/1 (פברואר 2017) ה-66.

הפרשנות של דיני המס שבהם עסקינן, חזקה היא גם שתכלית החוק היא למנוע את עקיפתו ואת ההשתמטות מנטל המס; וכן שתכלית החוק היא לשאוף להרמוניה נורמטיבית בחקיקה המיסויית [...]."

כלומר, מתחם המובנים האפשריים כולל גם את המובן שטוענת לו המערערת. אך עדיף לדידו המובן האחר, מכיוון שבפרשנותה של המערערת יש כדי "לרוקן מתוכן את הוראת סעיף 1(א)(3) לצו ולסכל את כוונת המחוקק בהתקנת הצו".

בית המשפט מגיע לאותה מסקנה גם מכוח סעיף 2 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, אשר לפיו:

"מונח שהוגדר בחיקוק - משמע כהגדרתו, והגדרה זו תחול גם על תקנות שהותקנו לפי אותו חיקוק, וכל צורה דקדוקית הנגזרת מהמונח תתפרש לפי אותה משמעות, הכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה".

בית המשפט מדגיש את הסיפא לסעיף, וקובע כי "דווקא הסיפה של סעיף 2, הרלוונטית לענייננו, מלמדת כי אין להחיל על הצו מונחים מהחוק אם יש בהם להוציא דברים מהקשרם ואם החלתם אינה מתיישבת עם תכליתו של הצו".

ממשיך בית המשפט וקובע, כי "תכלית הצו היא לקבוע כי מי שעיסוקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים ייחשב "מוסד כספי". פרשנות הצו באמצעות מונחים מחוק מע"מ - שמחריגים פעילות בניירות ערך - אינה מתיישבת עם הקשרם של דברים ואינה מתיישבת עם תכליתו של הצו ולכן אין לקבלה. פרשנות הגיונית מחייבת לפרש את המונחים המופיעים בצו בהתאם למשמעותם הרגילה בחיי היום-יום, היינו, "מכר" במשמעותו הרגילה שלו, ולא בהתאם למשמעות בחוק מע"מ, היינו, באופן שמחריג פעילות בניירות ערך [...] פרשנות לשונית של הצו, הכופה את החלת הגדרת "מכר" ו-"נכס" שבחוק על המונחים שבצו, משמעותה ריקון מתוכן של הצו והשחתת מילותיו של מחוקק המשנה לריק".⁶¹

לדעתנו, קביעה זו בעייתית בין אם נקבל את גישתו הכללית של בית המשפט, שלפיה סעיף 19(ב) מהווה הוראה נורמטיבית שנועדה למסות פעולה של מכר ניירות ערך כשירות, ובין אם נעדיף את הגישה שלא מייחסת לסעיף 19(ב) תפקיד כה משמעותי.

61. מעניין לציין, כי בית המשפט מביע בפסקה 26 לפסק הדין גישה קיצונית אף יותר. לדידו, "פרשנות הצו, אשר תכליתו היא "קביעת מוסד כספי" לשם חיובו במס רווח, באמצעות מונחים הנוגעים לחיובו של "עוסק" במע"מ - מהווה ערבוב מין בשאינו מינו [...] לאור העובדה שקיים הבדל ברור ומובנה בין הטלת מס עסקאות על עוסק לבין הטלת מס רווח על מוסד כספי, אין כל הגיון בגישת המערערת לפיה יש לפרש את הצו, שעניינו קביעת מוסד כספי, באמצעות מונחים שנועדו לחול על מיסוי עסקאותיו של עוסק". גישה זו מעוררת את השאלה הבאה: אם אכן כך הוא, מדוע בשני הפרטים הראשונים לצו משתמש מחוקק המשנה בעצמו בתיבה "עוסק שהוא [...]": הרי המונח "עוסק" נעוץ עמוקות בהגדרות החוק הראשי, וקשה לייחס לו משמעות יומיומית כלשהי המנותקת מהקרקע המשפטית שהוא יונק ממנה. משמע, לדעתנו, כי מחוקק המשנה בהחלט כיוון שמונחיו יתפרשו כפי שהם מתפרשים בחוק הראשי.

ודוק: אם נבקש להיות עקביים עם גישתו הכללית של בית המשפט, עלינו להתמודד עם העובדה שהפרט השלישי בצו פועל במקביל לסעיף 19(ב) וקובע לכאורה דברים סותרים (במקום הטלת מע"מ על שירות, יש להטיל בעטיו מס רווח ושכר כמוסד כספי). גם "התנגשות" זו אמורה הייתה להוביל לתוצאה שלפיה הפרט השלישי יידחה תחת כובד משקלה של הוראה בחוק הראשי. גם כך, הפרט השלישי הוא אשר אינו מתיישב עם הקשרם של דברים.

לגישתנו, לעומת זאת, אין בכוחו של סעיף 19(ב) לחייב במע"מ פעולת מכר ניירות ערך. פעולה זו מוצאת בכל מקרה מתחולתו של החוק, נוכח הגדרותיו. אם גישתנו היא הנכונה, הטיעון שמעלה בית המשפט בעייתי שבעתיים, כי הוא הופך את היוצרות. הוא גם לא מתמודד עם השלכותיו, שמביאות לתוצאה חמורה בהרבה. הרי אם נניח לפרט השלישי להתפרש באופן שמכליל פעולה של מכירת ניירות ערך, ולכן ממסה אותה (אמנם בגדר "מוסד כספי"), האם לא פגענו בכך בעיקרון יסודי יותר, הקבוע בחקיקה במדרג נורמטיבי גבוה יותר, שלפיו אין למסות מכירת ניירות ערך? הרי זו נורמה יסודית שמוצאת ביטוייה **בתשתיות** של חוק מע"מ ו**בהגדרות היסוד** שלו. אם נילחם על חייו של הפרט השלישי בצו (באמצעות בחירה במשמעות לשונית יומיומית דווקא תחת העדפת המשמעות המשפטית הלקוחה מעולמו של חוק מע"מ), נביא בהכרח למותה של אמת-המידה העליונה יותר; כיצד תוצאה זו תגשים "[...] **באופן המיטבי את תכלית החוק ואת עקרונות היסוד של השדה המשפטי הרלוונטי**", או תביא "**להרמוניה נורמטיבית בחקיקה המיסויית**", כפי שמנחה אותנו הלכת **אכתילאת**? ואיך פרשנות יומיומית כזו, במקום פרשנות בהתאם לברירת המחדל של סעיף 2 לחוק, אשר תרה אחר הפרשנות המשפטית שבחוק הראשי, מתיישבת עם תכליתו של הצו, או עם "השדה המשפטי" של עולם המע"מ, או עם ההרמוניה החקיקתית בכללותה - האם ניתן לייחס לצו תכלית שכל כולה לסתור את אמו-הורתו?

נדמה לנו, בכל הכבוד, שאם על הכף עומדת בטלותו של הפרט השלישי לצו, מול בטלותו של עקרון יסוד בחוק הראשי - או אפילו בטלותה של הוראת סעיף 19(ב) - יש להעדיף את בטלות הצו. מילותיו של מחוקק המשנה אינן יכולות לגבור על מילותיו של המחוקק הראשי.

ניתן אולי לסכם נקודה זו כך: **לגישת בית המשפט בעניין אקוויטס, מכר ניירות ערך חייב במע"מ (אמנם כשירות, אך עדיין חייב)**. כמובן, גם **שירות** שקשור לניירות ערך חייב במע"מ. הוראת הפרט השלישי עוסקת כנראה **במכר** ניירות ערך, והיא מחייבת את הפעולה במס כמוסד כספי. גם אם נקבל את גישתו הכללית של בית המשפט, קיימת סתירה בין הוראת הפרט השלישי להוראת החוק (סעיף 19(ב)), שכן שתיהן מבקשות למסות **מכר** ניירות ערך, כל אחת באופן אחר. המסקנה: ידה של הוראת החוק צריכה להיות על העליונה.

לגישתנו, מכר ניירות ערך פטור ממע"מ. שירות שקשור לניירות ערך חייב. הוראת הפרט השלישי מחייבת במס רווח ושכר כמוסד כספי. כדי להימנע מפרשנות שסותרת את הגדרות החוק הראשי, יש לפרש את הוראות הצו כדנות בעוסק **המעניק שירות** שקשור למכירת ניירות ערך (כמו שירותי תיווך בניירות ערך). הפרט השלישי אינו מכוון לעוסק מסוג **מוכר** ניירות ערך. לכאורה, אפוא, פרשנות זו אינה סותרת את תשתיות היסוד של חוק מע"מ ומאפשרת זכות קיום לפרט השלישי לצו. אך גם לפי פרשנות זו, הצו כנראה סותר דבר חקיקה ראשי אחר, הוא סעיף 19(ב) לחוק, שגם הוא דן במיסוי **נותן שירותים** שקשורים למכירת ניירות ערך. אם הפרט השלישי מכוון לעוסק מסוג נותן שירותים, הוא משמש

במקביל לסעיף 19(ב) וקובע הסדר מיסויי אחר (חבות במע"מ לעומת חבות במס שכר ורווח). גם לפי גישה זו, יש להסיג את הפרט השלישי נוכח הוראת סעיף 19(ב) העליונה במדרג הנורמטיבי.

הפוך בה והפוך בה, ותגיע לתוצאה זהה: הפרט השלישי דינו להידחות בפני הוראת החוק הראשי.

הניתוח שערך בית המשפט בפרשת **אקוויטס** אינו שלם, בין היתר מאחר שהוא לא מתמודד עם הסתירה שהצגנו לעיל, בין הפרט השלישי לסעיף 19(ב) לחוק. כאמור, כל הדיון הנ"ל הינו למעלה מן הדרוש להכרעה שם, וייתכן כי זה הטעם לאי שלמותו, ומכל מקום, לדעתנו אין לראות בו כמכריע.

חיזוק למסקנה זו ניתן לשאוב מהתייחסותו של **העדכנית** של בית המשפט המחוזי לסוגיה זו. סוגיה זו עלתה שוב, כאמור, בעניין **טריידומטיקס** המהווה פסיקה מאוחרת, שהביאה בחשבון הן את פסק הדין בעניין **אקוויטס**, הן את החלטת המיסוי והן את עמדה 12/2017.

אמנם, בית המשפט בעניין **טריידומטיקס** לא נדרש להכריע בשאלת היחשבותה של המערערת שם "מוסד כספיי". טענה זו לא נטענה כלל על ידי המשיב. עם זאת, בית המשפט דן בשאלה ומציג את שלושת המסלולים האפשריים, עיונית, לטיפול במסחר בניירות ערך: החרגה גורפת לפי מכלול ההגדרות; מיסוי על בסיס "נטו" לפי סעיפים 19(ב) ו-9; והטלת מס שכר ורווח לפי צו הקביעה.

ראשית יושם לב, כי ניתוחו של בית המשפט בפרשת **טריידומטיקס** מקבלת כמובנת מאליה את המציאות המשפטית המחרטה באופן גורף מכירת ניירות ערך. זאת, כתוצאה מההגדרות בחוק. נראה, אפוא, כי בית המשפט בפרשה זו אינו מקבל את גישתו הכללית של בית המשפט בפרשת **אקוויטס**, שלפיה המחוקק מעולם לא התכוון להחריג ממס פעולה של מכירת ניירות ערך.

באשר ליחס שבין סעיף 19(ב) והוראת סעיף 1(א)3) לצו הקביעה, מצביע בית המשפט על הדמיון שמגיע כדי זהות כמעט בין שתי ההוראות ("כבר כאן יצוין כי לשונו של סעיף 1(א)3) לצו הקביעה [...] זהה כמעט לזו המופיעה בסעיף 19(ב) לחוק"; פסקה 34 לפסק הדין).

ובהמשך הוא קובע: "**דמיון זה מקשה מאד על מלאכת שיוכו של מקרה פלוני לאחת ההוראות ולהוצאתו מן השנייה**" (פסקה 42 לפסק הדין).

הוא לא מסתפק בכך אלא מתייחס לקביעות השונות בפסיקה ובספרות (ובכלל זה מן הסתם גם לפסיקה בעניין **אקוויטס**) ורואה בהן ניסיונות מאולצים ובלתי משכנעים, בקובעו: "יש להודות כי הניסיונות בפסיקה ובספרות למצוא בסיס לשיוך לכאן או לכאן - למרות הניסוח הזהה - הם בהכרח מאולצים ובלתי מניחים את הדעת במידה רבה".

בית המשפט בעניין **טריידומטיקס** אף מתייחס לספק בעניין תוקפו של צו הקביעה. הוא נוקט במילים: "**אף הועלה ספק לגבי תוקפו של צו הקביעה, כחיקת משנה, לאור קיומו של**

סעיף 19(ב) בחקיקה הראשית [...] עם זאת, נפסק לאחרונה בעניין [...] אקוויטס [...] כי אין סתירה בין תוכן הצו לבין הוראות החוק עצמו [...]."

לסיים ניתוחו הנורמטיבי, בוחר בית המשפט בדברים הבאים :

"כאמור, קשה לדלות מן החומר הנ"ל תכלית חד משמעית לכל אחת משלוש דרכי ההתייחסות שבחוק לפעילות בשוק ההון (הוצאת ניירות ערך מגדר "נכס", מסלול סעיף 19(ב), והקביעה כמוסד כספי) וקשה להצביע על מפתח או מבחן למיון המקרים הקונקרטיים בין שלוש האפשרויות. חוסר הבהירות הנמשך בנושא זה הינו מיותר ואיננו ראוי שוק ההון חשוב מדי לכלכלת המדינה כדי להשאיר עמימות כה גדולה באשר למיסוי העקיף של הגורמים בו. אי הבהירות נמשכת עשרות שנים ואין כל סיבה להנחיל את החקיקה הקיימת, על סתירותיה ותעלומותיה, לדורות נוספים של פרשנים. דרוש תיקון חקיקה אשר יסדיר את העניין".

מכאן, שבית המשפט המחוזי בפרשת טריידזומטיקס לא ראה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת אקוויטס כמכריע בשאלת החלתו של צו הקביעה על הפועלים בשוק ההון, ובכלל זה פעילות נוסטרו. למרות שהוא הכיר בכך שבית המשפט בעניין אקוויטס קבע שאין סתירה בין תוכן צו הקביעה להוראות החוק, הוא עדיין מצא לנכון להביע ספק בעניין וקבע, כי ניסיונות הפסיקה והספרות למצוא בסיס לשיוך המקרים השונים לנורמות החוקיות השונות "בהכרח מאולצים" ואף "בלתי מניחים את הדעת במידה רבה".

נדמה כי הוא לא רואה בפרשת אקוויטס הכרעה, שכן אחרת לא היה מסכם ש"קשה לדלות מהחומר הנ"ל תכלית חד משמעית לכל אחת משלוש דרכי ההתייחסות שבחוק לפעילות בשוק ההון"; הוא לא היה מדגיש חזור והדגש את חוסר הבהירות שעדיין שוררת בנושא זה; הוא לא היה מכנה את החקיקה הקיימת ככזו שיש בה סתירות ותעלומות, כדבריו.

סיכום

כפי שמעיד רוחב יריעתו של מאמר זה, הדיון בחבות במס (מע"מ או מס רווח ושכר) בפעילות נוסטרו מורכב למדי. זאת, נוכח סבך החקיקה הרלוונטית, והיעדר קרקע מוצקה לפרשנות ההוראות המשמעותיות לעניין זה.

לו תתקבל עמדתנו, יש לראות בהגדרות חוק מע"מ כמוציאות מכר ניירות ערך מתחולת החוק, ובכלל זה כמובן גם מכר מחשבון נוסטרו. לעומת זאת, שירות הניתן ביחס למכירת ניירות ערך (ייעוץ, תיווך) חייב במס בהתאם להגדרות אלה.

סעיף 19(ב) לחוק הינו אנטי-תכנוני במהותו. הוא נועד ללכוד עסקאות שירות (תיווך) ביחס לניירות ערך, שהוסו כעסקאות מכר, לשם התחמקות ממס. אין לראות בו הוראה שנועדה להכניס לתחולת החוק פעילות נוסטרו; זו פעילות מכר לכל דבר ועניין והיא הוצאה מתחולת מס ערך מוסף.

לדעתנו, אין לקבל את גישת רשות המסים שלפיה פעילות נוסטרו באה בגדרי "מוסד כספי". זאת משני טעמים: הראשון הוא, כי לפי הפסיקה (שאושה בית המשפט העליון) הפרט השלישי לצו - הוא הפרט הרלוונטי - ככל הנראה בטל נוכח סתירתו את הוראות החוק הראשי; השני נעוץ בפרשנות תכליתית לפרט השלישי לצו. לדעתנו, פרשנות כזו מובילה למסקנה, כי הפרט השלישי לצו אינו חל על פעילות נוסטרו.

לדעתנו, הדיון שנערך בנושא בפרשת **אקוויטס** אינו משנה ממסקנתנו, בין היתר מחמת היותו בגדר אימרת אגב שאינה מחייבת. יתרה מכך, בהחלט ניתן לראות בדיון שנערך בפרשת **טריידומטיקס**, המאוחר יותר, שינוי מגמה.

בכל הכבוד, אנו מצטרפים לקריאתו של בית המשפט בפרשת **טריידומטיקס** לתקן את החקיקה באופן שיסיר את אי הבהירות האופפת את הדיון בנושא זה. עד שיערך תיקון כאמור, ראוי לדעתנו, להימנע מנקיטת עמדות קשיחות מדי, כדוגמת עמדה 12/2017 שפרסמה רשות המסים.