

מי שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים - עוסק או מוסד כספי

מאת

קרן מרציאנו, עו"ד

פתיח

לאחרונה התעוררו סוגיות ושאלות רבות ביחס להיבטי החבות במס על מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, מכוח חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "חוק מע"מ"), לרבות שאלת סיווג פעילותו של מי שעסקו במכירת ניירות ערך ומסמכים סחירים אחרים.

התיבה "מי שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים" נכללת בשתי הוראות, מכוח חוק מע"מ, אשר תחולתן מביאה למיסוי שונה של הפעילות הנבחנת. הראשונה, סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, מכוחו מוטל מע"מ, בהתאם להוראות סעיף 9(ב) לחוק מע"מ; והשנייה, החלופה חמישית להגדרת "מוסד כספי" המצויה בסעיף 1(א)(3) לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977 (להלן: "צו קביעת מוסד כספי"), אשר מי שנכנס בגדרה יוטל עליו מס שכר ורווח מכוח הוראות סעיף 4(ב) לחוק מע"מ.

וכדברי חכמים, אין טוב ממראה עיניים:

סעיף 19(ב) לחוק מע"מ:

"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."

סעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי¹:

"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."

1. הפיסקה השלישית לסעיף 1 בצו קביעת מוסד כספי הוספה בק"ת 4132 מיום 6.6.80 עמ' 1783 (תיקון), ותחילת התיקון ביום 1.4.80.

קריאת הוראות אלו מעוררות שאלה ואף סתירה בין הוראות החוק. במאמר זה ננסה ליישב את המחלוקת ולהראות כי אין מדובר בסתירה אלא בתכלית שונה של כל אחת מהוראות החוק.

החייב במס בחוק מע"מ - רקע ותכלית החקיקה

חוק מע"מ במהותו נועד למסות ערך מוסף, קרי, הערך שנוסף לכל יחידה כלכלית במשק עקב ביצוע פעילות מסחרית², כאשר המס מוטל על "עסקה".

החוק קבע שלושה סוגי חייבים במס: "עוסק", "מלכ"ר" או "מוסד כספי", כאשר קיימות בו שתי שיטות חיוב שונות של המס על הערך המוסף היוצרות שלושה סוגי מיסים הקבועים בו. השיטה הראשונה היא הטלת מע"מ על ביצוע עסקאות בידי עוסק והשיטה השנייה היא הטלת מס על רכיבים השקולים מבחינה חשבונאית לערך המוסף. המלכ"ר חב במס שכר המוטל על רכיב השכר ששילם, והמוסד הכספי חב במס שכר ורווח, המוטל על רכיב השכר ששילם והרווח שנוצר לו.

כל אחת משיטות החיוב נקבעה בהתאם למהות ולאופי הפעילות של כל אחד מהחייבים במס.

חוק מע"מ מגדיר שלושה סוגי חייבים במס: "עוסק, מלכ"ר או מוסד כספי".

הגדרת "עוסק" בסעיף 1 לחוק מע"מ כוללת את מי שמקיים מהלך עסקים של מכירת נכסים או מתן שירותים, כדלקמן:

"מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו, ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עסקת אקראי".

הגדרת "מוסד כספי" מונה חמש חלופות, כדלהלן:

"(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, התשי"ד-1954, אשר הוראות הנזילות מכוח החוק האמור חלות עליו;

(4) מבטח;

(5) סוג בני אדם ששר האוצר קבע.

2. ראו ה"ח התשל"ה מס' 1178, עמ' 239.

מכוח סמכותו בחלופה החמישית להגדרת מוסד כספי, כפי שהובאה לעיל, קבע שר האוצר **בצו קביעת מוסד כספי** שלושה סוגי גופים שיהיו בגדר "מוסד כספי" לצורכי חוק מע"מ, נוסף על אלה המנויים בהגדרה שבחוק מע"מ, כדלהלן:

1. (א) אלה יהיו מוסדות כספיים לענין החוק:

- (1) **עוסק שהוא חבר הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ו-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, ו-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.**"

"מלכ"ר" מוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ, כדלהלן:

"(1) המדינה, רשות מקומית או איגוד ערים;

(2) **חבר-בני-אדם, מואגד או לא מואגד, שאין עיסוקו לשם קבלת רווחים ושאינו מוסד כספי;**

(3) **תאגיד שהוקם מכוח דין ואינו רשום כחברה, כאגודה שיתופית או כשותפות;**

(4) **קופת גמל הפטורה ממס הכנסה על פי סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה;**"

כבר מההגדרות של כל אחד מהחייבים במס בחוק מע"מ, כלשונן, עולה כי המחוקק ביקש לסווג כל אחד מהם בהתאם לתוכן הכלכלי של פעילותו. כך, הפריד המחוקק בין פעילות עסקית המאופיינת במכירת נכסים ומתן שירותים, בין פעילות עסקית המאופיינת במתן שירותים פיננסיים, ובין פעילות שאינה נושאת מאפיינים עסקיים ושאינה למטרת רווח.

ההפרדה בין כל אחד מהחייבים במס עפ"י אופי פעילותו נקבעה על ידי המחוקק על מנת להחיל שיטת חיוב במס שונה לכל חייב במס, אשר תואמת את אופי פעילותו הכלכלית. כך נקבע כי "עוסק" חייב במס בגין ביצוע "עסקה". לעומת זאת, "מוסד כספי" חייב במס על השכר ששילם ועל הרווח שהפיק, ואילו "מלכ"ר" חייב במס על השכר ששילם בלבד.

נציין כבר עתה, כי הגדרת "עוסק" היא הגדרה שיורית, כך שתיכנס בגדרה רק פעילות שאינה חוסה תחת ד' אמותיהן של הגדרת "מוסד כספי" או מלכ"ר.

מלאכת הסיווג

סעיף 58 לחוק מע"מ מעניק למנהל הסמכות לשנות את הסיווג של חייב במס :

"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."

עולה מהוראות סעיף 58 לחוק מע"מ, כי מלאכת הסיווג תבצע על פי מהות פעילותו של הגוף הנבחן; קרי, די בכך שמהות פעילותו של הגוף הנבחן תואמת את מהות הפעילות המבוצעת על ידי הגופים המנויים בהגדרה שבחוק ותואמת את התכלית לקביעת הסדר מיסוי מיוחד לגביהם, כדי שישוו "מוסד כספי" או "מלכ"ר".

ראו לעניין זה את דברי בית המשפט בעניין א.ב. שקד לבן³, שם נבחן סיווגה של המעוררת כ"מוסד כספי", בהתאם למהות פעילותה, על אף שלא היתה מחלוקת כי המעוררת אינה נכנסת באף אחת מהחלופות להגדרת מוסד כספי כלשון, כדלהלן :

"סעיף 58 לחוק, העומד במרכזו של הערעור, מסמיך את המשיב לבצע "רישום שונה" לצורכי מע"מ של חייב במס או של חלק מפעילותו לאחד משלושת סוגי הנישומים שבחוק - "עוסק", "מלכ"ר" או "מוסד כספי" - ביוזמתו או לבקשת החייב, וזאת על פי מהות פעילותו של אותו חייב.

ניתן לומר, כנקודת מוצא, כי פעילות שעיסוק בה יביא לרישומה או לרישום החייב כ"מוסד כספי" על פי סעיף זה אמורה להיות קרובה במהותה לסוגי הפעילויות המבוצעות על ידי הגופים המנויים בהגדרה שבחוק ובצו, ואשר הובילו את המחוקק לקבוע הסדר מיסוי מיוחד לגביהם. די בקירבה מבחינת המהות, ולא דווקא בעמידה במלוא הדרישות המצויות בהגדרה שבחוק ובצו.

המלומד א. נמדר בספרו שהוזכר לעיל מציין, כי המכנה המשותף לגופים הנכללים בהגדרה ובצו הוא היותם גופים העוסקים בפיננסים אשר עיקר פעילותם הוא במתן הלוואות, השקעות, ביטוח, ניירות ערך, קרנות נאמנות, ועוד כיוצא באלה עיסוקים שהכסף מהווה בהם "סחורה" (ראה שם, בעמ' 317). עיסוק בתחומים הללו מעורר קושי במדידת הערך המוסף בדרך הרגילה, כפי שהוסבר לעיל."

לסיכום, מהוראות סעיף 58 לחוק מע"מ ומההגדרות של כל אחד מהחייבים במס בסעיף 1 לחוק מע"מ, עולה כי סיווגה של פעילות ייבחן על פי המהות הכלכלית, גם אם אינה עונה בהכרח על כל המבחנים הנדרשים בחלופות המנויות להגדרת "מלכ"ר" או "מוסד כספי" וכל עוד היא תואמת את מהות הפעילות המבוצעת על ידי הגופים המנויים בהגדרה.

3. ע"ש 3317/98 א. ב. שקד לבן (1997) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, "מיסים" יט/2 (אפריל 2005) ה-279.

בנוסף, כאמור, הגדרת "עוסק" היא הגדרה שירית, כך שפעילות תסווג כ"עוסק" רק ככל שאינה חוסה תחת הגדרת "מלכ"ר" או "מוסד כספי".

החבות במע"מ בידי עוסק

חוק מע"מ מטיל מס על הערך המוסף של כל יחידה משקית בפעילות העסקית. מיסוי של הערך המוסף מבוצע באמצעות הטלת מס על עסקאותיו של עוסק ותוך ניכוי מס התשומות אשר שילם העוסק. ההפרש בין מס העסקאות ובין מס התשומות מבטא את מס הערך המוסף.

סעיף 2 לחוק מע"מ קובע את בסיס המס, לצורכי חוק מע"מ, כדלהלן:

"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."

לפיכך, מע"מ מוטל רק על "עסקה" או על "יבוא טובין". התיבה "יבוא טובין" אינה נוגעת לסוגיה שבליבו של מאמר זה ולכן לא היה מקום להרחיב בה. "עסקה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק מע"מ כך:

"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 יבוא בידי המוכר;
- (3) עסקת אקראי."

נוכחנו, כי על מנת לענות על הגדרת "עסקה", די שתתקיים אחת משלוש החלופות הבאות: הראשונה, מכירת נכס או מתן שירות המבוצעים ע"י עוסק במהלך עסקו; השנייה, מכירת נכס שנוכה ממנו מס התשומות בידי המוכר; השלישית, ביצוע עסקת אקראי.

"עסקת אקראי" מוגדרת בסעיף 1 לחוק מע"מ כך:

"עסקת אקראי" -

- (1) מכירת טובין או מתן שירות באקראי, כשהמכירה או השירות הם בעלי אופי מסחרי;
- (2) מכירת מקרקעין לעוסק בידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין, וכן מכירת מקרקעין בידי אדם כאמור, למעט מכירת דירת מגורים, למלכ"ר, או למוסד כספי;

(3) מכירת זכות במקרקעין לקבוצת רכישה בידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין; לעניין זה, "זכות במקרקעין" ו-"קבוצת רכישה" - כהגדרתן בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963;

עולה מהגדרת "עסקה" בחוק מע"מ, כי היסוד הראשון לקיום כל אחת מחלופותיה מחייב שתתקיים פעולה מסוג "מכר" או "שירות".

המונח "שירות" מוגדר לצורכי חוק מע"מ, כדלהלן:

"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."

אם כן, המונח "שירות" הינו מונח שיורי, כך שלצורך תחולתו, יש לצאת מגדר "מכר", המוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ, בלשון הריבוי, כלהלן:

"מכר - לעניין 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, התשכ"ג-1963, ורישומם בבורסה של ניירות ערך שהנפיק אגוד מקרקעין, כאמור בסעיף 8 לחוק האמור, אך למעט פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה."

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.

נכס מוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ "טובין או מקרקעין". מכיוון שאין עסקינן במקרקעין, נביא להלן את הגדרת "טובין" בסעיף 1 לחוק מע"מ, כדלהלן:

"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;

ניתן לראות כי מהגדרת המונח "נכס" לצורכי חוק מע"מ מועטו ניירות ערך ומסמכים סחירים, שאינם ניירות ערך "באיגוד מקרקעין", כמשמעות מונח זה בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. לפיכך, ככלל, עסקה בניירות ערך או במסמכים סחירים, כל עוד לא מדובר בניירות ערך של חברה שהיא איגוד מקרקעין, איננה "עסקה" לצורכי מע"מ ואינה אמורה להטיל חבות במע"מ, הגם שהתבצעה בידי עוסק.

הגדרת "טובין" בנוסחה זהיום מצויה בחוק מע"מ החל מחקיקתו בשנת 1975. קשה לעמוד על כוונת המחוקק המפורשת במיעוט "ניירות ערך או מסמכים סחירים" מהגדרת "טובין", אך יחד עם זאת, ניתן ללמוד על כוונה זו מהשוני בשיטות המס החלות על עוסק לעומת מוסד כספי⁴, שמקורה הן בהבחנה בין מהות פעילותם והן בשל תפיסת המחוקק את פעילותם של מוסדות כספיים, שעיסוקם במוצרים פיננסיים, שהכסף מהווה בהם "סחורה"⁵.

לכאורה ניתן לומר כי מלכתחילה, המחוקק לא ראה את מי שעיסוקו במכירת מוצרים פיננסיים, לרבות ניירות ערך ומסמכים סחירים, כ"עוסק" שיש להטיל עליו מס ערך מוסף מכוח הוראות סעיף 2 לחוק מע"מ, אלא כגוף הנמנה על הסקטור הפיננסי.

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים תהא חייבת במע"מ, אם ביצע אותה "עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים", בהתאם להוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, שהובאו דלעיל, אשר בלשונן ובתכליתן נעסוק בהרחבה להלן. על עסקה שחלות עליה הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, יוטל החיוב במע"מ, בהתאם להוראות סעיף 9(ב) לחוק מע"מ.

מי שעסקו מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים - האם הוא עוסק או מוסד כספי?

קריאת הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ לצד החלופה להגדרת "מוסד כספי" המצויה בסעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי, שצוטטו לעיל, מצביעה בנקל על הדמיון ביניהם, אם לא לומר זהות של ממש.

הזהות בין ההגדרות מעוררת שאלה קשה בדבר סיווגו של מי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים: אימתי יראו בו "עוסק" ואימתי "מוסד כספי", ובהתאמה - האם יהיה חייב על מכירת ניירות או מסמכים סחירים במע"מ, בהתאם להוראות סעיף 9(ב), או שמא יוטל עליו מס שכר ורווח בדומה לכל מוסד כספי אחר.

למען שלמות התמונה נביא להלן את הוראות סעיף 9(ב) לחוק מע"מ:

"מחירן של עסקאות שרואים אותן על פי סעיף 19(ב) כמתן שירות הוא הפרש 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."

4. ראו בהרחבה להלן בפרק "תכלית הדיפרנציאציה בשיטות המס בין זו החלה על עוסק לבין זו החלה על מוסד כספי" למאמר זה.

5. א. נמדר, **מס ערך מוסף**, מהדורה חמישית, 2013, עמ' 341.

נאמר בהערת אגב, כי הוראות סעיף 9(ב) לחוק מע"מ, כשלעצמן ובלי כל קשר לסוגיה הנדונה במאמר זה, מעוררות קושי רב, הואיל והן עלולות להוביל לתוצאה של חיוב במס מחזור ולא חיוב במס על הערך המוסף בלבד, הואיל וניכוי מחיר הרכישה, על פי לשון הוראות סעיף 9(ב), הוא רק על מחיר רכישה באותה תקופת דו"ח.

כבר עתה נציין, כי ההבחנה היחידה שניתן למצוא בלשון ההוראות דלעיל היא הסיפא לסעיף 19(ב) לחוק מע"מ, הקובעת כי מכירה שיחולו עליה הוראות אלו, יראו אותה כשירות תיווך. בהבחנה זו נדון להלן.

בטרם נבחן את הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ לגופן, נפרט את משמעות המונחים "עסק" ו-"עוסק", לצורכי חוק מע"מ, הואיל ויש להוכיח קיומו של "עסק" הן לשם בחינת תחולת הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ והן לשם בחינת תחולת סעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי.

לאחר מכן, על מנת לעמוד על המתח בין הגדרות אלה והפרשנות הנכונה לכל אחת מהן, נסקור את תכלית הדיפרנציאציה בשיטות המס בין זו החלה על עוסק ובין זו החלה על מוסד כספי שמקורה בהבחנה שעשה המחוקק בין מהות עסקאותיהם של מוסדות כספיים, לעומת עוסקים.

"עסק" - משמעות המונח בחוק מע"מ

כאמור, תנאי הכרחי לבחינת הסיווג של מי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים שחירים או מטבע חוץ הוא הוכחת קיומו של "עסק" למכירת נכסים אלו.

לאור האמור, מצאנו לנכון להרחיב, עוד בטרם ההכרעה בסוגיה המעוררות קשיים, בשאלה אימתי תיחשב מכירת נכסים כדי "עסק", כמשמעותו בחוק מע"מ.

המונח "עסק" מוגדר בחוק מע"מ על דרך הריבוי "**לרבות מקצוע או משלח יד**".

בעניינה של הגדרת "עסק" סתם המחוקק ולא הגדיר עסק מהו. משכך, בית המשפט נדרש למלא את החסר באמצעות פסיקתו. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין אלמור⁶, תוך שקבע כי למונח "עסק" לצורך מס ערך מוסף יש לצקת את התוכן שהתוותה לו הפסיקה לצורכי פקודת מס הכנסה⁷:

"חוק מע"מ מגדיר "עסק" באופן סתמי, לאמור - "לרבות מקצוע ומשלח יד". זו הגדרה מרחיבה, ההופכת את ההגדרות לדיבור "עוסק" ולמונח "עסקה" הנ"ל, הנסמכות על הגדרת "עסק", להגדרות מרחיבות גם כן. סבורני איפוא, כי בבואנו

6. ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) 1 ו"מיסים און-ליין".

7. היטיב להגדיר זאת גם פרופ' א. נמדר, **מס ערך מוסף**, מהדורה חמישית, 2013 עמ' 64-68.

לעמוד על מהותו ועל היקפו של הדיבור "עסק" ראוי לתת את הדעת למונח המקובל של דיבור זה דרך כלל ובתחומים שונים.

...המשמעות האחרת, במישור הצר, היא הרלוואנטיות למעשה לענייננו, מאופיינת בתוך מיגזר הפעילויות הכלכליות, ועניינה - היקפה של הפעילות המהווה עסק בתוך מיגזר זה. ובהקשר זה עולה השאלה - האם יש חפיפה בין המונח המקובל של המושג "עסק" בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] לבין המושג הנ"ל בחוק מע"מ? לשון אחר: האם המשמעות של "עסק" כוללת רק פעילות במישור הפירות במובחן מפעילות במישור ההון? אם נשיב על כך בחיוב, כי אז כל אותם מבחנים, שפיתחה הפסיקה באנגליה ובארץ להבחנה בין הון לפירות לעניין מס הכנסה, יפים המה גם לצורך ההכרעה בסוגיה הנדונה כאן, לעניין מע"מ (על המבחנים הנ"ל ראה דיון נרחב בספרם של א. ויתקון ו-י. נאמן, דיני מיסים, מסי הכנסה, עזבון ושבח (שוקן, מהדורה 4, תשכ"ט) 70 ואילך וכן בספרם של א. רפאל ו-ד' אפרתי, דיני מס הכנסה (שוקן, מהדורה 2, כרך א, תשמ"ה, 30-44).

... ניתן לסכם את הדברים ולומר, כי משמעות הביטוי "עסק" בחוק מע"מ אינה רחבה ממשמעותו בסעיף 12(1) לפקודה הנ"ל. משום כך, מקום שבו - על פי מבחני הפסיקה - נמצא, כי המכירה אינה פעולה עסקית כמובנה בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], אי אפשר יהיה לראות בה פעולה "במהלך עסק" לצורך התקיימותה של עיסקה בחוק מע"מ. אם כי, נשוב ונזכיר, אין בכך כדי למנוע חיוב הפעולה במע"מ, אם יתברר, כי הפעולה נופלת בגדרן של אחת מהחלופות, שאינה דורשת דווקא פעולה במהלך עסק.

סיווג הכנסה כהונית או כפירותית יסתמך על המבחנים לבחינת הכנסה שמקורה בעסק⁸. בית המשפט העליון בעניין עמי חזון⁹, היטיב לפרט בתמצית את המבחנים הללו, כהאי לישנא:

"הפסיקה ארוכת השנים בסוגיה, עיצבה מבחנים להבחנה בין הכנסה הונית והכנסה פירותית (ראו, בין היתר: ע"א 504/65 אסל נ' פקיד השומה, פ"ד כ(3) 365; ע"א 316/66 גולדשטיין נ' פקיד השומה נתניה, פ"ד כ(4) 108; ע"א 137/56 שור נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד י"א 436; ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) 1; עמ"ה 35/82 מזרחי נ' פקיד השומה, פד"א יב 351; א. ויתרון, "קרן ופירות במס הכנסה", הפרקליט יא 25; א. ויתקון, י. נאמן, דיני מיסים (מהדורה רביעית, תש"ט-1969) 70-85; א. נמדר, דיני מיסים (מסי הכנסה) (חושן למשפט, 1993) 55-71; א. רפאל, ד. אפרתי, דיני מס הכנסה (הוצאת שוקן, 1984) 20-44). ואלה הם המבחנים העיקריים: א. מבחן טיב הנכס: במסגרת מבחן זה ייבדק טיבו ואופיו של הנכס כנכס השקעתי לטווח ארוך או כנכס למסחר שוטף; ב. מבחן התדירות: על פי מבחן זה, ככל שתדירות הפעילות רבה יותר, הדבר מצביע על אופיה הפירותי; ג. מבחן היקף העסקאות, לפיו, ככל שהיקף העסקאות

8. ע"א 9187/06 רפאל מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-122 (להלן: "עניין רפאל מגיד").

9. ע"א 9412/03 עמי חזון ואח' נ' פקיד שומה נתניה, "מיסים" יט/2 (אפריל 2005) ה-10.

רב יותר מלמד הדבר אף הוא על אופי פירותי של הפעילות; ד. מבחן המימון: מבחן זה קובע, כי מימון הפעילות בהון עצמי מלמד על אופיה ההוני, ואילו מימון בהון זר, מלמד על אופיה הפירותי; ה. מבחן ההשבחה, לפיו, פעולות השבחה בנכס לקראת מכירתו מלמדות על פעילות מסחרית; ו. מבחן הבקאות: על פי מבחן זה ככל שהבקאות בתחום העסקה רבה יותר, מצביע הדבר על אופי פירותי. הבקאות הנדרשת איננה בקיאות עילאית והיא לא חייבת להיות בקיאות המבצע עצמו, אלא, ניתן להשתמש גם בבקיאות שילוחית או בבקיאות יועצים (ראו: ע"א 264/64 בן ציון נ' פקיד השומה, פ"ד יט(1) 245); ז. מבחן הנסיבות שהוא מבחן הגג שבמסגרתו נבחנת כל נסיבה רבלנטית שיש בה כדי לסייע בגיבוש קו ההבחנה בין הון לפירות. חשוב להדגיש, כי הבחינה היא בחינה נסיבתית בכל מקרה ומקרה, וכי המבחנים האמורים הם מבחני עזר שיש לשקול במצטבר תוך איזון ביניהם בדרך לגיבוש הכרעה בהבחנה בין הון לפירות (ראו: ע"א 4/63 אנצלבין נ' פקיד שומה חדרה, פ"ד יז 1302).

נעמוד כעת על כל אחד מהמבחנים שהתוותה פסיקת בתי המשפט רבת השנים, תוך שננסה לעמוד על משמעויותיהם כאשר מדובר בניירות ערך בשונה מנכסים אחרים.

טיב הנכס

במסגרת מבחן זה ייבדקו טיבו ואופיו של הנכס כנכס השקעתי לטווח ארוך או כנכס למסחר שוטף¹⁰. בנוסף, מבחן טיב הנכס אוצל על המבחנים האחרים. כך, למשל, תידרש מידה שונה של תדירות בעסקאות מקרקעין לעומת ניירות ערך או טובין אחרים כדי להצביע על קיומו של עסק¹¹.

הבחנה זו רבת משקל בסוגיה הנדונה במאמר זה. כאמור, תנאי יסודי והכרחי לתחולתם של סעיף 19(ב) לחוק ושל סעיף 1(א)3 לצו קביעת מוסד כספי הוא קיומו של עסק למכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים או מטבע חוץ.

העובדה כי מדובר בנכסים מהסוג הזה תאציל על כל יתר המבחנים. כך למשל, תידרש מידה שונה של תדירות עסקאות ומשך אחזקתם של הנכסים. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין אלמור¹²:

"לעניין 'טיב הנכס' חוזר בא כוח המערערת על טענתו בדרגה הראשונה, כי מדובר בנכס מקרקעין, שהוא מטבעו מיועד להשקעה. אכן, דעה זו הושמעה במספר עניינים שבאו לפני בית המשפט, כמו למשל: ע"א 134/58, בעמ' 755, וכן עמ"ה (ת"א) 587/69, בעמ' 36, ועוד. השופט המלומד לא שעה לטענה זו - ובצדק. אין לומר, כי טיב הנכס, כשלעצמו מלמד על כך, שעסקה בו היא עסקה מסחרית במובן הוני דווקא. הרי גם כאשר פלוני רוכש נכס למטרת השקעה גרידא, אפשר

10. ע"א 9187/06 רפאל מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-122.

11. ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד (תז) 1 ו"מיסים און ליינ".

12. שם, בפסקה 11 לפסק הדין.

שרכשו מידי סוחר, שאצלו אותו נכס עצמו הוא מלאי עסקי. נכון לומר, כי טיב הנכס אוצל על המבחנים האחרים, כך, למשל, תידרש מידה שונה של תדירות בעיסקות מקרקעין מאשר בטובין מסוימים כדי להצביע על קיומו של עסק. בדומה, כשבאים ליישם את המבחן של תקופת ההחזקה בנכס, גם אז אורך זמן ההחזקה, שיש בו כדי להצביע על מסחריות, יהיה שונה בצורה משמעותית, אם הנכס הוא מקרקעין או אם הוא ניירות ערך (ראה ב. צוקרמן וע. לביא, "האבחנה בין 'סוחר בניירות ערך' ובין 'משקיע שאינו סוחר'" משפטים ח (תשל"ז-ל"ח) 47).

ניירות ערך, בדומה לנכסי השקעה מקובלים אחרים, כדוגמת מקרקעין, עשויים גם הם להיות בבחינת נכסים מקובלים לצורך השקעה, ודומה כי לצורך הוכחת קיומו של עסק למכירת ניירות ערך, יהיה עלינו לבחון את אופי ניירות הערך - האם ספקולטיביים, האם מדובר בביצוע ספקולציות לטווח קצר, ובהתאמה לבחון את משך ההחזקה, את מספר עסקאות המכירה ואת ההיקף הכספי שלהן.¹³

יפים לעניין זה דברי כבוד השופט דנציגר בבית המשפט העליון בעניין רפאל מגיד¹⁴, כדלהלן:

"גם בנוגע לניירות ערך לא ניתן לקבוע מראש מסמרות בשאלה האם מדובר בנכס בעל אופי הוני או בעל אופי פירוטי, אם כי כנקודת מוצא הם נחשבים נכס "הוני" (עמ"ה 35/82 מזרחי נ' פקיד השומה ירושלים, פ"מ תשמ"ד(2) 338, 346-347 (1984) (להלן: פסק דין מזרחי); נמדר, עמ' 64; גרוס, עמ' 40). מקרה אחד שבו ניירות ערך יהוו נכס בעל אופי "עסקי" או "פירוטי" הוא כאשר הם מוחזקים בידי מי שהשקעה בניירות ערך, רכישתם ומימושם מהווה חלק מעסקו הרגיל, כגון בנק או חברת ביטוח. כמו כן, ייתכן שניירות ערך "ישנו את אופיים" וייחשבו כנכס "עסקי" או "פירוטי" כאשר הפעילות בהם לובשת צורה של עסק ממש, עקב תדירות הפעילות בהם, היקף העסקאות, והאופי הספקולטיבי (או הסולידי) של ניירות הערך וכיו"ב (פסק דין מזרחי, עמ' 347; נמדר, עמ' 64). מניית ספקולטיביות מצביעות על כיוון עסקי כאשר הן מהוות את המרכיב העיקרי בתיק ההשקעות וכאשר מדובר בהשקעות לטווח קצר (הדרי, עמ' 284)."

בהמשך¹⁵ קובע בית המשפט ומכריע בפעילות שנדונה שם, כי המדובר בפעילות עסקית, בעיקר בשל האופי הספקולטיבי של ניירות הערך שהוחזקו בידי המערער, כדלהלן:

"כפי שצויין לעיל, נקודת המוצא לגבי ניירות ערך היא כי מדובר בנכס לצרכי השקעה. יחד עם זאת, בנסיבות ענייננו, ניתן להצביע על מאפיינים בטיב המניות בהן השקיע המערער שיש בהם כדי ללמד כי מדובר דווקא בפעילות עסקית-מסחרית. כך, למשל, האופי הספקולטיבי של המניות בהן בחר המערער להשקיע.

13. ב. צוקרמן וע. לביא, "האבחנה בין 'סוחר בניירות ערך' ובין 'משקיע שאינו סוחר'" משפטים ח (תשל"ז-תשל"ח), עמ' 48-50.
14. שם, בעמ' 122-123.
15. שם, בעמ' 126.

כפי שעולה מהכרעת הדין (סעיף 26), המערער השקיע בעיקר במניות הכר"ם, מניות שאופיין הוא ספקולטיבי:

"כפי שיפורט להלן, התמקד הנאשם בצורה מובהקת במניות הכר"ם (עובדה שאפשרה לו להשפיע על שערי המניות ביתר קלות. הכר"ם היתה רשימה של כ- 1,000 מניות, מהקטנות יותר והסחירות פחות בבורסה, והשקעה בהן נחשבה לספקולטיבית יותר, לעומת 100 מניות "המשתנים"... במניות הכר"ם כמות "הסחורה הצפה" המצויה בידי הציבור, היא קטנה יותר, ולכן ניתן להשפיע על שער המניה באמצעות סכום קטן יותר."

כך גם העובדה שהמערער סחר באותן מניות שבהן סחרה חברת הביטוח, גוף שעיסוקו, בין היתר, הוא מסחר בניירות ערך. גם מאפיין זה עשוי להצביע על כך שהנכס קיבל אופי "מסחרי" להבדיל מאופי "הוני".

תדירות העסקאות או הפעולות ומשך האחזקה

מכירה במסגרת עסק מתאפיינת בתדירות גבוהה של מכירות החוזרות על עצמן במהלך קיומו של העסק. מבחן התדירות ויכולת המקור להניב תקבולים חוזרים ונשנים הוזכר בפסיקת בית המשפט בפסקי דין רבים.¹⁶ לכאורה, אין בביצוע עסקה בודדת כדי להפוך את המכירה לעסקה חייבת במס.¹⁷

יודגש כי לא פעם נפסק, לצורכי מס הכנסה, כי גם עסקה בודדת תהא חייבת במס הכנסה, אם היא נושאת אופי מסחרי מובהק¹⁸, אך אין בכוחן של קביעות אלה כדי להכריע בשאלת קיומו של "עסק", ועסקה מעין זו יכולה להיכנס בגדר החלופה הראשונה להגדרת "עסקת אקראי" בסעיף 1 לחוק מע"מ.

על ההכרעה בשאלה, אימתי יראו פעילות שביצע משקיע כמספר רב של פעולות ומשך אחזקה קצר, אשר תוביל לסיווגו כמי שסוחר בניירות ערך, ניתן ללמוד, בין היתר, מפסיקת בית המשפט העליון בעניין **בראון-פישמן תקשורת**¹⁹, שם טענה המערערת, כי יש לסווג את פעילותה במכירת מניות כ"עסק" ובהתאמה, הוצאות המימון שנצמחו לה כתוצאה מפעילות זו יותרו בניכוי עסקי לפי סעיף 17 לפקודה ובקיוו כהפסד עסקי לפי סעיף 28 לפקודה. בית המשפט העליון הותיר על כנה את קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה, פעילות המערערת אינה עולה כדי עסק, בין היתר מהטעמים הבאים, כפי שהובאו בתמצית בפסק הדין מפי בית המשפט העליון:

16. עמ"ה 35/82 מזרחי יצחק נ' פקיד השומה י-ם, פד"א יב 313 ו"מיסים און ליינין"; ע"א 196/77 ברנר נ' פקיד השומה גוש דן, פד"א 44 ו"מיסים און ליינין".
17. ע"מ (ת"א) 1271/06 פריזט דוד נ' מנהל מע"מ פתח-תקווה, "מיסים און ליינין".
18. ראו, בין היתר בע"א 53/67 ברעלי נ' פקיד שומה ת"א 4, פד"א א 199 ו"מיסים און ליינין"; בע"א 6/70 גבריאלי נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ד' 65 ו"מיסים און ליינין".
19. ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" כט/4 (אוגוסט ה-2015) 135.

”בית המשפט הנכבד הגיע לקביעתו האמורה לאחר שיישם את מבחני הפסיקה שפורטו לעיל. מסקנתו התבססה, בין היתר, על הנימוקים הבאים: (א) ראשית, החזקת המערערת במניות החברות המוחזקות הייתה לתקופת זמן ארוכה מאוד, של שנים. נאמר כי חלק מהמניות הוחזקו עוד לפני שנת 1999, לפרק זמן מצטבר של למעלה משלושים שנים; (ב) שנית, המערערת לא ביצעה פעולות מכירה וקניה במניות החברות המוחזקות במהלך התקופה.

זאת, פרט לעסקת המכר במימוש החלקי, אשר גם לגביה נאמר כי היא בוצעה כחלק מהליך אותו ניהל הממונה על הגבלים עסקיים בעניינה של המערערת. צוין, כי אמנם נעשו ניסיונות מצד המערערת למכור את המניות בתקופת ההחזקה, ואולם אף שכך, אין ספק כי המניות הוחזקו לפרק זמן ארוך מאוד; (ג) שלישית, למערערת אין עובדים וממילא לא פועלים במסגרתה גורמים הבקיאיים בביצוע עסקאות סחר במניות. בהקשר זה דחה בית המשפט את הטענה כי מר אליעזר פישמן, המחזיק בחלק ממניות המערערת במישרין ובעקיפין (דרך חברות שבבעלותו), והוא רואה חשבון בהכשרתו, עסק במסגרת פעילות המערערת בניהול שוטף, ופעולות שביצע לכאורה מעידות על קיומה של ידענות ומומחיות במערערת עצמה; (ד) רביעית, למערערת אין מנגנון או פעילות קבועה ומתמשכת. נאמר כי למערערת אין אפילו משרד, כל שכן מערכת ארגונית לניהול עסק שוטף של סחר במניות; (ה) חמישית, למערערת לא הייתה ”השפעה מהותית” בחברות המוחזקות. יתרה מכך, המערערת אף התחייבה, בהסכם שכרתה עם הממונה על הגבלים עסקיים בשנת 2004, שלא למנות דירקטור מטעמה בחברות המוחזקות; (ו) שישיית, רישום ההשקעה בדוחות הכספיים השנתיים של המערערת מעיד על אופי הוני, כאשר ההשקעה לא הוצגה כרכוש שוטף או מלאי, ומנגד, כן הוצגה במסגרת הביאורים בדוחות כ”פעילות השקעה”. זאת ועוד, בדו”ח הכספי לשנת 2003 הוצג המימוש החלקי כ”הפסד הון”. יוער, כי בית המשפט הגיע למסקנתו לא רק על יסוד הכתובים שנפרשו בפניו אלא גם לאחר ששמע עדויות.”

המשיך בית המשפט העליון וקבע, כי אינו רואה עילה להתערבות בפסיקת בית המשפט המחוזי וכי פעילות המערערת אינה עולה כדי ”עסק”, כדלהלן:

”לא התרשמתי כי יש בטענות אלה כדי לסדוק את מסקנת בית משפט קמא, כל שכן כדי להצדיק התערבות חריגה של ערכאת הערעור בה. עיון בפסק הדין מלמד כי מכלול הטענות האמורות נשקלו לעומק, ובית המשפט לא פסח על אף אחת מהן. כך, נשקלה לעומק טענת המערערת שנעשו מצדה מספר ניסיונות למכירת ההשקעה במניות (פס’ 19 לפסק הדין), וכן טענותיה בנוגע להיקף הכספי של ההשקעה וצורת המימון שלה (פס’ 17-18 לפסק הדין), תוך שאף נאמר כי לכאורה טענות אלה אכן תומכות בעמדתה. גם לא ראיתי כי נפל פגם לעניין המשקל היחסי שניתן לפרמטרים השונים. אכן, כפי שנפסק, העובדה כי ההשקעה במניות החברות המוחזקות מהווה השקעה יחידה של המערערת, לצד פרק הזמן הארוך ביותר, של שנים רבות, במהלכו הוחזקה ההשקעה, מעידים על אופי הוני של הפעילות. אף אם נעשו מספר ניסיונות למכירת ההשקעה, איני סבור כי הם עולים כדי ”סחר” במניות (השוו: עניין מ.ד.מ; חוזר מס הכנסה 10/93 ההבחנה בין חברה למימון ולסחר בהשקעות לבין חברה להחזקה בהשקעות (1993)).”

יוער כבר עתה, כי בפסק הדין בעניין **אמיליה פיתוח**²⁰, שניתן בבית המשפט המחוזי לפני כשנה, נקבע מאותן סיבות בדיוק, כי המערערת אינה רשאית לנכות מס תשומות אשר שימשו אותה לפעילותה בהשקעות. בהמשך, נחזור לפסק הדין בעניין **אמיליה פיתוח** על מנת להציג את עמדת רשות המיסים בדבר חיוב במס על פעילות בניירות ערך, ועמדתה בשאלת ניכוי מס תשומות בשל אותה פעילות.

יודגש למען הסר ספק, כי החזקת נכסים בכלל והחזקת ניירות ערך ו/או מסמכים סחירים בפרט, שאינן בבחינת "נכס" כהגדרתו בחוק מע"מ, אין בהן כשלעצמן כדי להוות עסק. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין **חברת מ.ד.מ.**²¹, כדלהלן:

"החזקה ברכוש או בהשקעות כשלעצמה אינה מהווה עסק."

ראו לעניין זה גם פסיקתו של בית המשפט בעניין **פירר**²² בקובעו כי אין בהחזקת נכסי מקרקעין רבים כדי להפוך את החברה לכדי "עוסק", כדלקמן:

"עצם העובדה שאדם הוא בעל נכסי מקרקעין רבים, אינו עושה אותו עוסק קניה ומכירה של נכסים. הוכח אמנם שהמערער קנה שני מגרשים כהשקעה, אבל לא הוכחה כל פעולה נוספת של מכירה פרט למכירת החלקה נשוא הדין. העובדה שחברה שהוא בעל מניות בה מכרה מגרשים בעיסקת קומבינציה, אינה אומרת דבר כאשר לא ברור האם היה המערער בעל השליטה באותה חברה ומה מספר המניות שהיו בידיה בהשוואה לכלל המניות."

ההיקף הכספי ומימון העסקה

מימון עסקה ממקורות פרטיים²³ של הנישום, מבלי להיזקק לסיוע פיננסי, מעיד על עסקה הונית המאופיינת במציאת אפיק השקעה לעודפי מזומנים בידי המשקיע. כך גם לעניין ייעוד כספי העסקה: מקום שאלו מיועדים לביצוע פעילות עסקית, תתחזק המסקנה כי מדובר בעסקה בעלת אופי עסקי ומסחרי.

הבקיאות והמומחיות

מאפיין זה של מכירה מתייחס לקיומה של מומחיות אצל המוכר בתחום העסקאות נשוא החיוב במס ובכלל זה, הכרת השוק וסיכויי ההצלחה במכירה.

אולם, אין בקיומה של מומחיות זו בכדי לזקוף למכירה אופי של מכירה במסגרת עסק. עמד על כך בית המשפט המחוזי בפסק דין **איתן הראל**²⁴ וקבע כדלקמן:

20. ע"מ 6317-04-14 אמיליה פיתוח (מ.ע.פ.). בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף גוש דן, "מיסים" ל/3 (יוני 2016) ה-266.

21. ע"מ 168/71 חברת מ.ד.מ. בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ה' 91 ו"מיסים און לייך".

22. ע"מ 268/91 דרור פירר נ' מנהל מע"מ, "מיסים" ח/3 (יוני 1994) ה-23.

23. ע"מ (ת"א) 1271/06 פריזט דוד נ' מנהל מע"מ פתח-תקווה, "מיסים און לייך".

24. עמ"ה 17/92 איתן הראל נ' פקיד שומה עכו, "מיסים" ז/6 (דצמבר 1993) עמ' ה-198.

”אינני סבור, שעצם העובדה, כשלעצמה, שהמערער ניצל את בקיאותו או יותר נכון את הבקיאות שלו ושל יועציו כדי לרכוש את הגג בדירת עגנון בזול ולמכרה ביוקר לאחר השגת כל ההיתרים הדרושים, די בה בנסיבות המקרה שלפנינו כדי לראות בעיסקה עיסקה מסחרית. לא כל עיסקה טובה בה רוכש אדם נכס בזול ומוכרו ביוקר תוך ניצול מידע שיש בידו הופכת בשל כך בלבד, מניה וביה לעיסקה מסחרית.”

ראו לעניין זה גם את פסק דין מוהנא²⁵, שם נדון עניינו של מהנדס בניין אשר ביצע 21 עסקאות למכירת מקרקעין. בית המשפט המחוזי התעלם מקיומה של מומחיות, בפוסקו כי המכירה נשאה מאפיינים פרטיים.

עולה מהאמור לעיל, כי על אף קיומה של בקיאות מסוימת, אין בה בכדי להפוך מכירה של ניירות ערך או של מסמכים סחירים לכדי ”עסק”.

מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת

מנגנון שליטה וניהול בעסק, שמהווה בסיס להפקה חוזרת ונשנית של הכנסות, הינו אחת מאבני הבוחן המרכזיים לאיפיון מכירה ככזו שנערכה במסגרת עסק²⁶. פעילות מאורגנת על דרך הקמת חברה לשם ביצוע העסקה או העסקאות²⁷, קיומם של משרדים, עובדים, יועצים, מערך רישומי ותייעוד מסודר²⁸, הם תנאים לפעילות קבועה ואקטיבית שתהווה סממן חזק לקיומו של מנגנון כאמור.

מבחן ההשבחה

פעולות השבחה, פיתוח ושימור הנכס, יש בהן כדי להצביע על האופי המסחרי של העסקה. זאת מתוך התפיסה כי פעולות אלה יינקטו לשם העברת הנכס לאחר. אולם גם כאשר מדובר בהשקעה ההונית, ישאף המשקיע להביא לעליית ערך נכסיו ולא פעם ינקוט בפעולות אלה על מנת להשיא את רווחי השקעתו.

על מבחן ההשבחה ניתן ללמוד, בין היתר, מפסיקת בית המשפט העליון בעניין רפאל מגיד²⁹, שם נקבע, בין היתר, כי פעולות השבחה בנכס/ים שיעידו על פעילות עסקית מסחרית הינן פעולות שנעשו לקראת מכירתם, וככל שעסקינן בנכס שלא נעשו לגביו פעולות יזמות או שיווק, המדובר בעסקה הונית. בנוסף, קבע בית המשפט העליון כי בנוגע למקרקעין, משקלם של מבחן ההשבחה וקיומו של מנגנון יהיה גבוה יותר מאשר ביחס לנכסים אחרים, כדלהלן:

25. ע"ש 214/99 יוסף מוהנא נ' מנהל מס ערך מוסף, "מיסים" ט/ו/6 (דצמבר 2001) ה-228.

26. ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) 1 ו"מיסים און ליין", וכן, עמ"ה 62/85 קרית יהודית, פרק תעשייתי בע"מ נ' פקיד השומה, פד"א יד 24 ו"מיסים און ליין".

27. ע"א 44/85 נוה אריאל נ' מנהל מע"מ, פ"ד מא(3) 634 ו"מיסים און ליין".

28. עמ"ה 155/97 ברנר נ' פקיד שומה גוש דן, "מיסים" יג/2 (אפריל 1999) ה-205.

29. ע"א 9187/06 רפאל מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-125.

"פיתוח, טיפוח, השבחה, יזמות ושיווק: נקודת המוצא היא שנכסים שעוברים שינוי והשבחה לקראת מכירתם, כגון שינויים שנועדו להפוך את הנכס לסחיר יותר ולהעלות את ערכו, או שמכירתם דורשת פעולות שיווק, הם נכסים הנמכרים במסגרת פעילות מסחרית-עסקית ואילו כאשר עסקינן בנכס שלא נעשו לגביו פעולות יזמות או פעילות שיווקית מדובר בדרך כלל בעסקה הונית (אמנון רפאל, עמ' 55; פסק דין חזן, סעיף 41). מבחן זה רלוונטי בעיקר לנכסי מקרקעין וכאשר מדובר במשקיעים גדולים (אלתר וארויו, עמ' א-5). יחד עם זאת, יש הסבורים כי אם הנישום ביצע פעולות כדי שהמניות יעלו בערכן, כגון מניפולציות או "הרצה" של מניות, הדבר יצביע על פעילות עסקית (מבלי להיכנס לשאלת החוקיות של פעולות אלה) (ראו: הדרי, עמ' 284; גרוס, עמ' 68-69).

מבחן הגג - מכלול הנסיבות

בפסיקת בתי המשפט בישראל נקבע כי בנוסף, יש לבחון את מכלול נסיבותיה המיוחדות של העסקה, ובלשון כבוד השופט דנציגר בעניין רפאל מגיד³⁰ - "מבחן העל":

"מבחן ה"על" - הנסיבות האופפות את העסקה: כל אחד מהמבחנים דלעיל, כשלעצמו, אינו מספיק ואף אינו הכרחי על מנת לסווג את העסקה כהונית או כפירותית. בסופו של דבר, הקביעה האם 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. כוונת הדברים היא לנסיבות מיוחדות במינן הכרוכות בעסקה הנבדקת והמאפילות בחשיבותן על המבחנים האחרים. אף אם לכאורה על פי המבחנים האחרים התגבשה תוצאה מסוימת, יכול מבחן "גג" זה לשנות את התוצאה. במסגרת מבחן זה ניתן לבחון את כוונת הצדדים, נסיבות הרכישה, נסיבות המכירה וכיו"ב. ראיית התמונה הכוללת חשובה במיוחד במצב בו חלק מהמבחנים מכוונים לקיומו של "עסק" וחלק מעידים ההפך (אמנון רפאל, 56-57; פסק דין חזן, סעיף 41; פסק דין אלמור, עמ' 15-14; אלתר וארויו, עמ' א-5).

נקדים ונאמר כי עמדתנו, שתובא בהרחבה להלן, תוביל למסקנה כי פעילות של מכירת ניירות ערך ומסמכים סחירים אחרים המקיימת את מבחני "עסק", כפי שפורטו לעיל, תיכנס אך ורק בגדר סעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי ותהא חייבת במס שכר ורווח מכוח הוראות סעיף 4(ב) לחוק מע"מ.

ואילו, על פעילות במתן שירותי תיווך על מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, המקיימת את מבחני ה"עסק" שפורטו לעיל, יחולו הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, מהטעמים שיפורטו להלן.

תכלית הדיפרנציאציה בשיטות המס החלות על עוסק ועל מוסד כספי

המכנה המשותף לגופים הנכללים בהגדרת "מוסד כספי" ובצו קביעת מוסד כספי הוא העיסוק במוצרים פיננסיים, קרי גופים אשר עיקר פעילותם הוא מתן הלוואות, השקעות, ביטוח, ניירות ערך, קרנות נאמנות ועוד כיוצא באלה עיסוקים שהכסף מהווה בהם "סחורה"³¹.

בהתאם להוראות סעיף 4(ב) לחוק מע"מ, מוסד כספי חייב במס על הרווח שהפיק, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק מע"מ, ועל השכר ששולם לעובדיו, כך שהחייב במס בידי מוסד כספי נעשה באופן עקיף, כלשונן:

"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."

לפיכך, מוסד כספי, בשונה מעוסק החייב במס בשל עסקאותיו, חייב במס על פעילותו בישראל. הדיפרנציאציה בשיטות המס בין זו החלה על עוסק ובין זו החלה על מוסד כספי מקורה בהבחנה שעשה המחוקק בין מהות עסקאותיהם של מוסדות כספיים.

שיטת מיסוי המוסד הכספי הותוותה בהמלצות דו"ח ועדת אשר משנת 1972 (להלן: "ועדת אשר"), שעסקה ברפורמה במיסוי עקיף בישראל והובילה לחקיקת חוק מע"מ. במסגרתה, נדרשה ועדת אשר גם לאופן הטלת המיסוי על הסקטור הפיננסי.

לשם בחינת אופן הטלת מס על פעילותם של מוסדות כספיים, התייחסה ועדת אשר, בין היתר, למהות עסקאותיהם של המוסדות הכספיים במתן אשראי לציבור הרחב.

ועדת אשר קבעה כי תכלית החקיקה להטלת מס ערך מוסף על הצריכה בישראל תתקיים גם בשל העברתו של כסף או מסמך סחיר אחר, מאדם לאדם, בדרך של הלוואה, ולפיכך יש להטיל מס ערך מוסף על פעולות מסוג זה.

יחד עם זאת, ועדת אשר נוכחה לדעת, כי מוצרים פיננסיים כגון הלוואה, אינם ניתנים רק לצרכן הסופי, אלא לעיתים קרובות משמשים גם לטובת העסקים. אי לכך ועל מנת לפשט את אופן גביית המס, החליטה ועדת אשר להטיל מס אך ורק על הרווח והשכר שהפיק מוסד כספי, כדלקמן:

"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 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."

31. א. נמדר, מס ערך מוסף, מהדורה חמישית, 2013, עמ' 341.

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. מהנתונים של מערכת הבנקים בשנת 1970 התברר, כי מס בשיעור של 3.5% על השכר והרווח יביא לאוצר אותה הכנסה כמו המס בשיעור הרגיל של 10% על הריבית הצרכנית, ולכן הוצע לגבות מס מוקטן כאמור... מוצע להטיל מס באותו שיעור על שאר חלקי הסקטור הפיננסי, אף אם כרוך הדבר בהפסד מס מסוים, כדי לשמור על שיעור אחיד לגבי כל הסקטור."

הוועדה המשיכה ונימקה, כי הטלת מע"מ על הסקטור הפיננסי אשר מעניק שירותיו גם לפעילות יצרנית, אשר תהא זכאית לניכוי מס התשומות בגינם, תוביל לחישובי מס מורכבים ייפגעו בפשטות הפעלתו של חוק מע"מ³², שהיוותה חלק מהעקרונות שהנחו את חקיקת חוק מע"מ, כדלהלן:

"בענף הבנקאות מהווה הריבית את התמורה העיקרית עבור שירותי הבנק וההון. לכאורה צריך היה להטיל מע"מ בשיעור רגיל על ריבית זו, אך למעשה המצב שונה. חלק ניכר מהאשראי הבנקאי ניתן ללווים-יצרנים, ואלה כוללים את הריבית כחלק מהערך המוסף שלהם ומשלמים מע"מ עליה. 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..."

טעם פרקטי נוסף להטלת המס על הרווח מפעילותו של מוסד כספי הוא האפשרות להימנע מחישובים מורכבים הנוגעים לערך המוסף הנצמח במשק כולו. תימוכין לעמדתנו ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט בעניין נורויץ' יוניון³³ שם אוזכרה תכליתה של החבות במס רווח, כפי שמובא להלן:

"המסקנה האמורה מתחייבת גם מתכליתו של חוק מע"מ. חוק מע"מ ביקש למסות את הערך המוסף. הערך המוסף של "עוסק" ממוסה על ידי הטלת מס ערך מוסף על עסקאותיו, תוך התרת ניכוי בגין מס התשומות ששילם (סעיף 2, 38 לחוק מע"מ).

הערך המוסף של "מוסד כספי" ממוסה על ידי הטלת "מס שכר" על השכר שהוא משלם ו"מס רווח" על הרווח שהוא מפיק (סעיף 4(ב) לחוק מע"מ). על הטעם ביסוד הטלת "מס שכר ורווח" על ה"מוסד הכספי" עמד המלומד א. נמדר בציינו:

"הטלת המס על 'מוסד כספי', שהינו גוף מסחרי העוסק בפיננסים, מעוררות בעיות מיוחדות: ראשית, בפעילותו של מוסד כספי משמשים בערבוביה עסקאות הנעשות עם צרכנים סופיים דבר המעורר קושי של זיהוי העסקאות החייבות במס. שנית, קיים קושי בזיהוי ה'מכירות' של המוסד הכספי שהמס עליהן צריך להיות מנוכה מהמס על התקבולים. הסיבה לכך הינה משום שחלק גדול מהפקדות הכספים אצל המוסד הכספי משמש לחסכון, ואינו

32. ראו לעניין זה בדברי ההסבר להצעת חוק מע"מ (ה"ח התשל"ה מס' 1178), בין היתר, בעמ' 237.
33. עליון, ע"א 3840/98 נורויץ' יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד נ' מנהל מע"מ, "מיסים" יד/6 (דצמבר 2000) ה-64.

נכלל בגדר הערך המוסף של הפעילות המשקית. בגלל קשיים אלה המחוקק אימץ דרך מיוחדת להטלת המס על מוסד כספי" (א. נמדר דיני מסים - מסים עקיפים (חושן למשפט, תל-אביב, 1994) 181).

"מבטח" מסווג כ"מוסד כספי" לצורך חוק מע"מ ומוטל עליו "מס שכר ורווח". הבעייתיות במסוי "מוסד כספי", מתעורר הן בהקשר ל"מבטח" שאין מחלוקת כי הוא מוסד כספי והן בהקשר לחברת ביטוח שעיסוקה מתמצה בהסדרת תביעות. גם לגבי חברה כזו קשה לזהות את עסקאותיה החייבות במס. גם בחברה כזו חלק מהפקדותיה הן לחסכון ועל כן קשה לזהות את מכירותיה. על כן, כשם, שחברת ביטוח המבצעת את כל פעילות הביטוח, מסווגת כ"מוסד כספי" והערך המוסף שלה ממוסה על ידי הטלת "מס שכר ורווח", כך יש לסווג גם חברת ביטוח שעיסוקה מצטמצם לסילוק תביעות על פי פוליסות קיימות. גם חברת ביטוח שהפסיקה להנפיק פוליסות חדשות עשויה להפיק ערך מוסף, ואין כל הצדקה שלא תמוסה על ערך מוסף זה."

אם כך, הטלת מס על הרווח מפעילותו של "מוסד כספי" נובעת מן הקושי לזהות את העסקאות החייבות במס, דהיינו לאתר מבין כלל תמורותיו של "מוסד כספי" את אלו ששולמו לו בשל "שירותים" שנתן ואשר הינם בבחינת "צריכה" אותה מבקש המחוקק לחייב במס, לעומת אלו המשולמות ל"מוסד כספי" במסגרת "חיסכון" אותו המחוקק אינו מבקש לחייב במס.

אשר על כן, נקבע מתווה להטלת חבות במס אך ורק על הרווח שהפיק "מוסד כספי" ועל השכר ששילם.

החבות במע"מ בגין מכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים - פרשנות ותחולה

סעיף 19 לחוק מע"מ חוקק עם חקיקת חוק מע"מ בשנת 1975 (במקור היה סעיף 20), 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.

זאת ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת חוק מס ערך מוסף-1975³⁴, כדלקמן:

"מכירתם של ניירות ערך ומטבע חוץ, שאינם בבחינת נכס על פי החוק, יראו כ**תיווך** בין המוכר לקונה ורק על סכום זה ישולם המס (סעיף 20(ב))."

34. הצעות חוק 1178 התשל"ד, 28.4.1975.

יפים לעניין זה דברי מנהל מס ערך מוסף דאז, מר מ. ברקת, במסגרת הדיונים בוועדת הכספים על הצעת חוק מס ערך מוסף (תיקון 3), התשל"ח-1978³⁵ בישיבתה מיום 17.7.78³⁶, כדלהלן:

"היו"ר ש. אליהו: אנו עוברים לסעיף 9 - "תיקון סעיף 19".

מ. ברקת: עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך, אמרנו בסעיף 9 ההפרש בין הקניות ובין סך כל המכירות. אנו מציעים לכלול בהוראה זו גם פדיון אגרות.

מ. סבידור: איך אתה מבחין בין סוחר ובין אדם פרטי?

מ. ברקת: כולנו מחזיקים בניירות ערך. הוראה זו אינה חלה עלינו אלא על אדם שעסקו תיווך בניירות ערך.

ד. גולומב: חברה תעשייתית שמחזיקה מלוות חובה, תהא פטורה?

מ. ברקת: אם היא אינה עוסקת בקניה ומכירה היא פטורה."

דברים אלה חזרו גם בישיבת ועדת הכספים של הכנסת מיום 27.12.78³⁷, בה אושר התיקון לסעיף 19 לחוק מע"מ (תיקון 3), כדלהלן:

"מ. ברקת: סעיף 9 בלבן. אתמול דיברנו על מחיר של ניירות ערך. מי שעוסק בניירות ערך צריך לקחת את סך כל המכירות מינוס הקניות, וזה בסיס לחישוב המס. גם בפרק זה של סעיף 19 שבא להסדיר את העיסוק עצמו, את החיוב במס עצמו, צריך להבהיר את המצב כפי שעשינו שם. אקרא בפניכם את הנוסח המוצע על ידנו.

"(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 פדיון כשירות תיווך שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו או פרע או פדה אותם."

אדם שקונה ניירות ערך ופודה אותם לעצמו, כאילו קנה אותם לעצמו. אנחנו בדקנו את עניין הקופונים ופדייתם. דעת המשפטנים שזה אותו חלק של נייר, כאילו פדה ולכן אין צורך להוסיף. היושב ראש אמר שאם יש צורך, אנחנו רשאים להוסיף הסברה. מתברר שאין צורך להוסיף הבהרה.

ע. אמוראי: מה דינו של הברוקר?

מ. ברקת: הוא קונה ומוכר, הוא מתווך.

35. הצעות חוק 1332 התשל"ח, 13.3.1978.

36. פרוטוקול 178 מישיבת ועדת הכספים, יום ב', י"ב בתמוז התשל"ח, 17.7.78, שעה 10:00.

37. פרוטוקול 216 מישיבת ועדת הכספים, יום ד', כ"ז בכסלו התשל"ט, 27.12.78, שעה 09:00.

ע. אמוראי: הוא לא קונה ומוכר, זה מוכרח להיות מכוסה. הברוקר לא נותן לך בכסף. אתה קונה.

ת. פנחסוביץ': הוא שלוח.

ע. אמוראי: לך יש חשבון בבנק. בחשבון הבנק יש לך ניירות ערך, הוא רק מיופה כח בשמך לתת הוראה מה למכור ומה לקנות. זה לא עובר דרך הניירות שלך. הוא מקבל בסוף השנה קומיסיון.

ש. שבייד-גלעדי: זה שירות שנת ומשלם על דמי העמלה שלו.

מ. ברקת: הוא חייב במס ערך מוסף על 1.5% קומיסיון שקיבל. זה נכלל במתן שירותים כללי.

היו"ר ש. לורינץ: הוא מקבל כסף בעד היותו נאמן. זה יכול להיות מומחה, מטפל.

הצבעה

סעיף 9 אושר."

על תכלית סעיף 19 לחוק מע"מ להטיל מע"מ על שירותי תיווך לרכישת ומכירת ניירות ערך, עמד גם המלומד פרופ' א. נמדר בספרו³⁸, כדלהלן:

"בגדר הוראות הסעיף יכללו ברוקרים, מתווכים ומנהלי תיקים ובלבד שאינם מוסד כספי."

כאן המקום להזכיר, כפי שהובא לעיל, כי הגדרת "עוסק" הינה הגדרה שיורית ולכן לא ייכנס בגדרה מי שהינו בבחינת "מוסד כספי". כמו כן, "עוסק" בהגדרתו הוא מי שמוכר נכסים או נותן שירותים במהלך עסקיו, והואיל וניירות ערך ומסמכים סחירים אינם בבחינת נכס, כמשמעותו בחוק מע"מ, הרי שסעיף 19(ב) לחוק מע"מ, שצוטט בראשית מאמר זה, עוסק במי שנותן שירות - שירותי תיווך במקרה דנא - במהלך עסקיו.

נציין בהערת אגב, כי לגישתנו, לאור העובדה כי תחולתו של סעיף 19(ב) לחוק מע"מ מותנית בקיומו של "עוסק", כהגדרתו בחוק מע"מ, יש להוכיח, נוסף על הוכחת קיומו של "עסק", כי פעולות הרכישה והמכירה התבצעו במהלך העסקים הרגיל, כלשון הגדרת "עוסק" בסעיף 1 לחוק מע"מ.

עמדה זו משתלבת אף עם תכלית הדיפרנציאציה בין שיטות המס החלות על עוסק לעומת מוסד כספי³⁹, שמקורה בהרחבה, בהבחנה בין מהות פעילותם, ובשל תפיסת המחוקק את פעילותם של מוסדות כספיים, שעיסוקם במוצרים פיננסיים, שהכסף מהווה בהם "סחורה"⁴⁰.

38. א. נמדר, **מס ערך מוסף**, חושן למשפט, מהדורה רביעית, תש"ס-ט-2009, עמ' 330.

39. ראו לעיל בפרק "תכלית הדיפרנציאציה בשיטות המס בין זו החלה על עוסק לבין זו החלה על מוסד כספי".

40. א. נמדר, **מס ערך מוסף**, מהדורה חמישית, 2013, עמ' 341.

כלומר, מלכתחילה לא ביקש המחוקק להטיל מע"מ על מי שעיסוקו במכירת מוצרים פיננסיים, לרבות ניירות ערך ומסמכים סחירים, מכוח הוראות סעיף 2 לחוק מע"מ, אלא כגוף הנמנה על הסקטור הפיננסי.

המסקנה, אם כן, היא כי הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ נועדו לחול אך ורק על **שירותי תיווך** לרכישת ניירות ערך או מסמכים סחירים ומכירתם, ובהתאמה קובע סעיף 9(ב) כי מחיר העסקה היא עמלת ה**שירות**.

פרשנות אחרת - לפיה, הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ יחולו על מי שפעילותו הינה מכירת ניירות ערך ומסמכים סחירים, ואינה מתן שירותי תיווך ביחס לנכסים אלה - סותרת את הוראות חוק מע"מ ותכליתו.

לפיכך, עמדנו כי מס ערך מוסף יוטל, מכוח הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, רק על מי שעסקו במתן שירותי תיווך לרכישה ולמכירה של ניירות ערך או מסמכים.

עמדה זו אף תואמת את גישת רשות המיסים, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטת המיסוי 4396/15 שכותרתה: "החבות במע"מ של ביצוע השקעות פיננסיות - סיווג כ"מוסד כספי" לצרכי חוק מע"מ של פעילות נוסטר - החלטת מיסוי שלא בהסכם" (להלן: "**החלטת המיסוי**").⁴¹

במסגרת החלטת המיסוי נבחן סיווג לצרכי חוק מע"מ של פעילות חברה בהשקעות ובמסחר בניירות ערך בבורסה בישראל, בחו"ל ומחוץ לבורסה, כאשר החברה מבצעת מספר רב של פעולות מסוג זה בשווי גבוה, באמצעות כספיה בחשבון הנוסטרו של החברה. רשות המיסים קבעה כי לחברה פעילות עניפה ומחזורי קנייה ומכירה משמעותיים העולים כדי "עסק", "בהסתמך על ההלכה שנקבעה בפס"ד רפאל מגיד ע"א 9187/06", ולכן נכנסת בחלופה השלישית להגדרת מוסד כספי בצו קביעת מוסד כספי.

כמו כן, הוסיפה רשות המיסים וציינה, כי פעילות מעין זו דומה לפעילותם של גופים פיננסיים אחרים, לרבות בנקים ובתי השקעות המנהלים תיקי נוסטרו ומסווגים כ"מוסד כספי".

דומה כי רשות המיסים יישמה לצורך קבלת החלטת המיסוי את פסיקת בית המשפט בעניין **א.ב. שקד לבן**,⁴² כפי שהובאה לעיל, שם נקבע כי הפעילות תסווג על פי מהות פעילותה, גם מקום שאינה נכנסת באף אחת מהחלופות להגדרת מוסד כספי. עמדה זו נכונה מקל וחומר כאשר קיימת חלופה מפורשת בצו קביעת מוסד כספי והקושי היחידי שעומד הוא המתח שבין סעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי וסעיף 19(ב) לחוק מע"מ.

41. על החלטת המיסוי, השפעתה והשלכותיה, ניתן לקרוא במאמרו המרתק של עו"ד איתן צחור, אשר אף הוא הרחיב בקושי העולה מזהות ההגדרות המצויות בסעיף 19(ב) לחוק מע"מ וסעיף 1(א)(3) לצו קביעת מוסד כספי - "מיסוי פעילות בניירות-ערך בידי גוף פרטי הפועל בתחום הנוסטרו בלבד (חלק א')", "מיסים" כ"ט/5 (אוקטובר 2015) א-1.

42. ע"ש 3317/98 א. ב. שקד לבן (1997) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, "מיסים" י"ט/2 (אפריל 2005) ה-279.

עוד עולה מהחלטת המיסוי, כי אחד הטעמים לסיווג החברה דשם כ"מוסד כספי" הוא ביצוע רכישה ומכירה של ניירות הערך בחשבון הנוסטרו שלה. כלומר, העובדה כי החברה ביצעה פעולות אלה בחשבון ההשקעות העצמי שלה, במסגרתו אינה יכולה לבצע פעולות עבור לקוחות. עובדה זו אף היא מחזקת את עמדתנו דלעיל, בדבר תחולתו של סעיף 19(ב) לחוק מע"מ על שירותי תיווך בניירות ערך ומסמכים, הא ותו לא.

סוגיה זו עלתה אגב אורחא בפסק הדין בעניין **אוהב ציון, בנימין רביזדה ואח'**⁴³, אשר הכריע, בין היתר, בכתב אישום כנגד בנימין רביזדה, שכלל סעיפי אישום בהתאם להוראות חוק מע"מ, לרבות בשל העובדה כי רביזדה לא דיווח על עסקאות ניכיון שיקים, כאשר התנהלותו ורישומו במשך שנים היתה כ"עוסק", לצורכי חוק מע"מ.

במסגרת ערעורו לבית המשפט העליון, טען רביזדה כי החברות שבבעלותו הינן "מוסד כספי" כהגדרתו בחוק מע"מ בהיותן "מי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים", וכי על אף שלא פנה למנהל מע"מ לשינוי הסיווג, סמכות מנהל מע"מ היא דקלרטיבית ואינה מצריכה פנייה מראש.

נביא להלן את הכרעת בית המשפט העליון בסוגיה זו בעניין **אוהב ציון, בנימין רביזדה ואח'**⁴⁴, ברובה, מפאת חשיבותה לענייננו:

"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 ניכיון 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 ניכיון 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)].

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".

43. ע"פ 5529/12 אהרון אוהב ציון נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, ניתן ביום 6.1.14.
44. שם, בפסקאות 44-51 לפסק הדין.

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.

לטענת המערערים, סמכותו האמורה של מנהל מס ערך מוסף הינה סמכות שאופיה דקלרטיבי, אשר אינה מצריכה פניה מראש מצידו של הנישום, וכי למנהל סמכות לפעול בעניין זה גם מיוזמתו ולהחיל את סיווגו גם באופן רטרואקטיבי. כן נטען כי הסתירה שבין הוראת החוק ובין הוראת הצו מעוררת סוגיות פרשניות אשר לא על המערערים היה ליישבן. משכך, נטען כי עומדת למערערים ההגנה של טעות במצב הדברים, על-פי סעיף 34 לחוק העונשין, הואיל שטעו המערערים לחשוב כי סיווגם הנכון באופן רטרואקטיבי הוא של מוסד כספי; וכן טעות במצב המשפטי, על-פי סעיף 34 לחוק העונשין, הואיל שטעו טעות סבירה באשר לאופן יישוב הסתירה שבין הוראת חוק מס ערך מוסף ובין הוראת צו מס ערך מוסף.

אין בידי לקבל את טענות המערערים גם בסוגיה זו. אכן, ככלל, ההכרה הפורמאלית של מנהל מס ערך מוסף אינה תנאי קונסטיטוטיובי למעמד של מוסד כספי. עסקאות נבחנות על-פי מהותן ומשכך סיווגם של המערערים כעוסק או כמוסד כספי הוא דקלרטיבי [ראו: ע"א 10011/07 פור חברה לניהול תיקי השקעות בע"מ נ' פקיד שומה אשקלון, [פורסם בבנו] פסקה י"ד (13.5.2010) (להלן: עניין פור)]. אלא שבשונה מעניין פור, במקרה דנן התנהלות המערערים במשך שנים היתה כשל עוסק. בכל שנות פעילותם לא העלו המערערים טענה כל שהיא באשר לסיווגם ולא ניתן גם כל הסבר המניח את הדעת מדוע טענות בדבר שינוי הסיווג עלו רק משנסתיימה פעילותם העסקית של המערערים, ועם הגשת כתב האישום. העובדה שהמערערים ראו עצמם כעוסקים במשך כל שנות פעילותם, יש בה כדי לדחות הן את הטענה בדבר סיווגם הרטרואקטיבי והן את הטענה כי טעו בדבר מצב הדברים ובדבר המצב המשפטי. לו סברו המערערים בזמן אמת כי פעילותם עולה בגדר מוסד כספי, מצופה היה מהם לפעול לשינוי סיווגם זמן רב בטרם הגשת כתב האישום. אלא, שרק ביום 20.1.2004, במהלך שמיעת הראיות בבית המשפט המחוזי, פנו החברות שבשליטת רביזדה לשלטונות מס ערך מוסף בבקשה לשנות את סיווגן. פניה שכזו, במועד שכזה, מעוררת - בלשון המעטה - תמיהה."

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 וככל שאינה בטלה, היה על המערערים לפנות למנהל מע"מ על מנת שיעשה שימוש בסמכותו מכוח סעיף 58 לחוק מע"מ ויקבע את סיווגם הנכון. זאת בייחוד לאור הגשת בקשה לקביעת סיווג מצידם מיד לאחר הגשת כתב האישום כנגדם.

בית המשפט לא נדרש לתכלית סעיף 19(ב) לחוק מע"מ והפרשנות הראויה לו, מה גם שטענות בעניין זה כלל לא נטענו בפניו, בשל הסוגיה האמיתית שעמדה שם להכרעה.

לפיכך, דומה כי כל שניתן ללמוד מפסק הדין זה הוא היותו נכון בעיקר, אם לא לומר רק, לנסיבותיו המאוד ייחודיות והמאופיינות בכוונות או במטרות להשתמט מתשלום מס.

מן המקובץ לעיל עולה, כי אין בפסק דין זה בכדי לשנות את מסקנתנו כפי שהובאה לעיל.

נציין למעלה מן הצורך, כי עמדתנו בדבר תחולת הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ אף מתיישבת עם עמדת רשות המיסים העקבית לאורך שנים, כי אין להטיל מע"מ על פעילות בניירות ערך שמתבצעת לצד פעילות עסקית.

נוסיף ונטען כי בתי המשפט בישראל קבעו לא פעם כי פעילות "נוסטרו" של חברה בעודפי המזומנים שלה מפעילותה העסקית הינה עסקה הפטורה ממס, או ליתר דיוק, אינה חייבת במע"מ.

ראו לעניין זה, בין היתר, בפסק הדין בעניין **ממן מסופי מטען**⁴⁵ שם התעוררה סוגיית ניכוי מס תשומות באשר לעמלה ששולמה למנהלי תיקי השקעות עבור טיפול בניירות ערך של החברה עצמה (נוסטרו). במקרה זה קבע בית המשפט מפורשות, כי עסקאות אלה אינן חייבות במס:

"כאשר ניתן לייחס תשומה מסוימת לעסקה מסוימת מתוך מכלול העסקות בעסק - ועסקה זאת פטורה ממס - לא יותר ניכוי המס... כזאת היא הפרשה שלפנינו.

ראינו כי המערערת שילמה למנהלי תיקי השקעות עבור שירותיהם בניהול השקעות כספים שלה... בית המשפט המחוזי קבע כמימצא שבעובדה ש"קיימת זיקה אמיצה, מיידית וישירה בין דמי הטיפול הללו ובין העסקות בניירות ערך, המבוצעות בתיק השקעות של המערערת". אין מחלוקת כי עסקות כאלה אינן חייבות במס... לפיכך המסקנה שיש להסיק מן הזיקה בין דמי הטיפול לבין העסקות האמורות היא שהתשומות ששימשו את המערערת לצורך עסקות אלה אינן מותרות בניכוי לפי סעיף 41 לחוק, שצוטט לעיל, ומכאן שהשגתה הראשונה של המערערת דינה להידחות."

ראו גם את קביעת בית המשפט המחוזי בפסק הדין בעניין **אמיליה פיתוח**,⁴⁶ כדלהלן:

"דהיינו, כתנאי בסיסי והכרחי, התשומה שהמס בגינה נתבע בניכוי חייבת להיות לצורך עסק או לשימוש בעסק. כתנאי נוסף להתרת ניכוי המס, נקבע בסעיף 41 לחוק כי "אין לנכות מס על תשומות אלא אם הן לשימוש בעסקה חייבת במס". דרישה זו ממוקדת יותר ולפיה על העוסק להראות קשר בין העמידה בהוצאת התשומה לבין ביצועה של "עסקה חייבת במס" (ראו למשל: ע"א 460/00 ממן מסופי מטען וניטול בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ (פורסם ביום 6.2.2003), וכן ריכוז הפסיקה בספרו של נמדר, מס ערך מוסף, חלק שני, (מהדורה חמישית), בעמוד 635).

45. ע"א 460/00 ממן מסופי מטען וניטול בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פד"י נו' 461 (2) "מיסים" יז/2 (אפריל 2003) ה-44.

46. ע"מ 6317-04-14 אמיליה פיתוח (מ.ע.פ.) בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף גוש דן, "מיסים" ל/3 (יוני 2016) ה-246.

בערעור זה נטושה מחלוקת האם התשומות (כפי שיפורטו בהמשך) אכן שימשו את המערערת לשם עשיית עסקאות חייבות במס ערך מוסף אם לאו. כאמור, המערערת טוענת כי היא צרכה את התשומות על מנת לספק שירותי ניהול, ייעוץ ומימון לחברות המוחזקות על ידיה.

הגדרת המונח "עסקה" שבסעיף 1 לחוק (בחלקו הרלבנטי) כוללת:

"(1) מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו, לרבות מכירת ציוד;"

סעיף 1 לחוק ממשיך ומגדיר "שירות" כ"כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר, לרבות עסקת אשראי..." (הדגש אינו במקור).

לעתים, תשומה אחת עשויה לשמש לצרכים שונים, כאשר חלק מן השימוש הוא לשם עריכת עסקה חייבת במס (כך שמתקיים תנאי סעיף 41 לגבי חלק זה), ואילו חלק מן השימוש בתשומה הוא למטרה אחרת. במצב כגון זה יחולו הוראות תקנה 18 לתקנות מס ערך מוסף, התשל"ו-1976 ("תקנות")...

עינינו הרואות כי גם לצורכי הטלת מס שכר ורווח על פעילות של רכישה ומכירה של ניירות ערך ומסמכים סחירים, אין די בפעילות מצומצמת של רכישת ניירות ערך או מסמכים סחירים ומכירתם, אלא יש צורך בפעילות עניפה העולה כדי "עסק", כפי שהובא בהרחבה לעיל, וממילא אין בפעילות עניפה מעין זו כדי להטיל חבות במע"מ מכוח סעיף 19(ב) לחוק מע"מ.

סיכום

מכל המקובץ לעיל עמדתנו היא, כי מס ערך מוסף יוטל, מכוח הוראות סעיף 19(ב) לחוק מע"מ, רק על מי שעסקו במתן שירותי תיווך לרכישה ולמכירה של ניירות ערך או מסמכים סחירים.