

## חברים יקרים:

הרינו מתכבדים לשלוח אליכם עדכונים, רשמים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

### סיווג פעילות נוסטרו כ"מוסד כספי" לצרכי חוק מע"מ – עיוות, ביקורת תהיות והמלצות

#### פתח דבר

ביום 4 באוגוסט 2015, פרסמה רשות המיסים את החלטת 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: "החלטת המיסוי").

במסגרת החלטת המיסוי קבעה רשות המיסים, כי פעילות הנוסטרו של החברה מהווה מוסד כספי לצרכי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו – 1975 (להלן: "החוק" או "חוק מע"מ") ועל כן פעילות הנוסטרו של החברה חייבת במס שכר ומס רווח. החלטת המיסוי התקדימית, שניתנה שלא בהסכמה, הגם שאינה מחייבת את שחקני הנוסטרו בשוק ההון, מצריכה לדעתנו בחינה מחדש של פעילות זו. בעיקר לאור עמדתה של רשות המיסים, כי בכוונתה ליישם את עקרונות ההחלטה גם על אנשים פרטיים. טוב היה אילו העניין היה מוסדר בחקיקה ראשית ולא על דרך של החלטת מיסוי שנויה במחלוקת ולטעמנו שגויה בבסיסה. על כך נדון ברשימה זו.

#### מבוא

חוק מע"מ מגדיר שלושה סוגי חייבים לצרכי החוק. סוג ראשון הינו עוסק מורשה, שכלל חייב במס

עסקאות ויודע לקזז מס תשומות. סוג שני הינו מוסד כספי, אשר מי שנכנס לתחומי ההגדרה חייב במס ריווח ומס שכר. הסוג השלישי הינו מוסד ללא כוונת ריווח (מלכ"ר), אשר חייב במס שכר לאור העובדה, כי במהותו גוף זה אינו פועל למטרות ריווח. לצד החייבים במע"מ קיימים עוסקים פטורים, אשר ככלל אינם חייבים במע"מ ואנשים פרטיים ופעילות פרטית, אשר ככלל אינה מקימה חבות במישור מע"מ. לצד אלו גם נקבע בחוק מע"מ, כי ניירות ערך לא ייחשבו כנכס לצרכי החוק ולא יקימו חבות במע"מ. על רקע האמור נשאלת השאלה איך לסווג פעילות נוסטרו לצרכי מע"מ. האם פעילות של סחר בניירות ערך בכספים עצמאיים ולא עבור אחרים הינה פעילות של עוסק, מוסד כספי או שמא פעילות פרטית. בכך עסקה החלטת המיסוי.

#### החלטת מיסוי 4396/15

**העובדות:** החברה המבקשת פועלת בישראל בהשקעות ובמסחר בניירות ערך בבורסה בישראל, בבורסה בחו"ל, והן בעסקאות מחוץ לבורסה. השקעות החברה והמסחר בניירות הערך מתבצעים עבור החברה באמצעות כספיה, השקעות בחשבון הנוסטרו של החברה. החברה מבצעת מספר רב של פעולות השקעה ומסחר בניירות ערך ובשווי גבוה. פעילות החברה ממומנת, בין היתר, באמצעות הלוואות מתאגידים בנקאיים.

השירותים שהם נותנים ללקוחות פרטיים. אדרבה, דומה, כי נימוק זה היה אמור לסייע לרשות המסים להגיע למסקנה הפוכה לפיה אין לגזור גזרה שווה בין פעילות נוסטרו לבין פעילותם של בנקים, חברות ביטוח וכו'. שכן, בניגוד לגופים אלו, אשר מבססים את פעילותם על מתן שירותים פיננסיים, רווחיים, אשר מוסיפים ערך מוסף למשק, הרי שבמישור המהותי לא ניתן לדעתנו לדבר על שרשרת ייצור בעניינה של פעילות נוסטרו. סוחר הנוסטרו אינו משביח את ניירות הערך ואינו יוצר תוספת ערך, אלא מנסה לאתר הזדמנויות בשוקי ההון על מנת להגדיל את התשואה על השקעותיו. בניגוד לנותן שירות או למתווך פיננסי, אשר תורם ללקוחותיו ומגדיל בפעילותו את הערך המוסף המצרפי במשק, סוחר הנוסטרו פועל לעצמו ואינו נוטל חלק ביצירת ערך מוסף לאחרים ו/או לערכו של המוצר. בכך דומה פעילותו של סוחר הנוסטרו לכל פעילות הונית-פרטית, אשר איננה חייבת במס ערך מוסף. יתרה מזאת, פעילות נוסטרו מטיבה מבוססת ירידות או עליות שערים אקראיות בבורסה ומאופיינת בתנודתיות רבה ובתור שכך ניתן לומר, כי אינה מקימה ערך מוסף. ניתן לשער לעניין זה, כי רשויות מע"מ לא יסכימו להחזר מס תשומות מכוח סעיף 39 לחוק במקרה של שנים רצופות של הפסד שמקורו בפעילות נוסטרו של עוסק.

עיוות זה מתחדד נוכח הגדרת המונח "ריווח" בסעיף 1 לחוק לעניין תשלום מס רווח, המוגדר כך: "הכנסה חייבת, כמשמעותה בפקודת מס הכנסה, לפני קיזוז הפסדים משנות המס הקודמות לשנת

**החלטת המיסוי:** במסגרת החלטת המיסוי קבעה רשות המסים בניגוד לעמדתה של החברה, כי החברה תסווג לצרכי חוק מע"מ כ"מוסד כספי". כן הגדילה רשות המסים וקבעה, כי החלטת המיסוי יפה "גם על התאגדויות משפטיות אחרות, במידה והן מקיימות את אותו סוג ונפח פעילות (לרבות פעילות דומה המבוצעת על ידי אנשים פרטיים)".

### נימוקי החלטת המיסוי וביקורת הכרחית

רשות המסים משתיתה את החלטת המיסוי על מספר הנמקות, אשר אינן חפות מביקורת לטעמנו. ראשית, מציינת רשות המסים, כי לחברה פעילות ענפה בשוק ההון ומחזורי קנייה ומכירה משמעותיים, החורגים באופן בולט מפעילות בעלת מאפיינים פרטיים. חבל, כי באותה הזדמנות רשות המסים לא מצאה לנכון להגדיר מהי לדעתה פעילות נוסטרו, אשר מהווה מוסד כספי. נזכיר, כי קו הגבול בין פעילות ענפה בשוק ההון העולה לפעילות עסקית לבין פעילות פרטית אינו ברור ומשתנה מפסיקה לפסיקה. כך גם בעניין דרור ליאת (ע"מ 870/08) וגם בעניין משה ענתבי (12918-01-10).

שנית, רשות המסים קובעת, כי "פעילות החברה דומה לפעילותם של גופים פיננסיים אחרים, כגון: בנקים, בתי השקעות וכו' המנהלים תיקי נוסטרו ומסווגים לצרכי החוק כ"מוסד כספי". בכל הכבוד, דומה, כי הנמקה זו שגויה ביסודה. כלומר, בנקים וחברות ביטוח מסווגים כמוסד כספי לא בשל פעילות הנוסטרו שלהם, אלא לאור הגדרת מוסד כספי בחוק מע"מ ופעילותם הפיננסית הענפה במסגרת

אותם לצורך קבלת פרעונם או פדיונם". גם הנמקה זו מעוררת קשיים בלתי מבוטלים. כך למשל, נוצר מעגל שוטה, משום שעוסק לפי החוק הינו מי שמוכר נכס במהלך עסקיו וראינו, כי נייר ערך מוחרג מהגדרת נכס. יתרה מזאת, מקום בו בחר המחוקק למסות פעילות של מי שעוסק במכירת ניירות ערך הוא עשה זאת מפורשות. כך למשל, במסגרת סעיפים 19(ב) וסעיף 9(ב) לחוק מע"מ קובע המחוקק הסדר מיוחד למכירה של ניירות ערך. לפי סעיפים אלו מכירת ניירות ערך מחייבת עוסק שעסקו מכירת ניירות ערך כשירות תיווך, שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו. מחיר העסקה נקבע לפי ההפרש בין סך כל מחיר הרכישה של ניירות הערך לבין כל מחיר מכירתם באותה תקופת דו"ח. יחד עם זאת, הדעה המקובלת היא שהוראה זו חלה על מי שמנהל ניירות ערך עבור אחרים ו/או על פעילות תיווך של עוסקים בניירות ערך. לא בכדי סעיף 19(ב) לחוק מע"מ מגדיר את מכירת ניירות הערך "כשירות תיווך שעושה העוסק בין מי שמכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו". בהקשר לכך, חשוב להדגיש, כי אלמלא הוראה זו, יכלו מנהלי תיקי השקעות, ברוקרים וכיו"ב לטעון, כי פעילותם אינה מחויבת במע"מ, הואיל והם מבצעים פעילות בניירות ערך עבור לקוחותיהם. למותר לציין, כי עסקת נוסטרו אינה כוללת שירות ולבטח אינה כוללת תיווך, שכן סוחרי הנוסטרו קונים ומוכרים את ניירות הערך של עצמם. ובכלל הדמיון הרב הקיים בין סעיף 1(א)(3) לצו לבין הוראות סעיף 19(ב)

המס שבה נתקבלה ההכנסה, ואחרי ניכוי המס על השכר על פי סעיף 4(ב)..."

הנה כי כן, בהתאם להגדרה "ריווח" כאמור, רווח הוא לפני קיזוז הפסדים משנים קודמות. כלומר, עוסק שמחזור העסקאות שלו הינו שלילי, זכאי לקבלת החזר של מס תשומות. לעומת זאת, מוסד כספי אינו זכאי לקבל מס רווח בחזרה במקרה של הפסד, ואף אינו זכאי לקזז הפסדים שנגרמו לו משנים קודמות כנגד הרווח בשנה הנוכחית. בהתאם להוראות סעיף 4(ב) לחוק ניתן לקזז מהוצאות השכר הפסד מאותו שנת מס ולשלם מס שכר נמוך יותר. ואולם, הוראות החוק אינן נותנות פתרון למצב בו ההפסד גבוה מהוצאות השכר או כאשר אין הוצאות שכר.

שלישית, החלטת המיסוי מסתמכת על ההלכה שנקבעה בעניין **מגיד** (ע"א 9187/06), לפיה מדובר בפעילות עסקית ולא בפעילות פרטית. נציין לעניין זה, כי עניין **מגיד** ניתן בהקשר של מס הכנסה, לפני למעלה משש שנים ודומה, כי אין בו כל חדש לעניין עצם הסיווג של פעילות נוסטרו כפעילות של מוסד כספי.

רביעית, ובניסיון למצוא אחיזה בהוראת חקיקה, קובעת החלטת המיסוי, כי אופי פעילות החברה נופל בגדר סעיף 1(א)(3) לצו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז – 1977 (להלן: "הצו"). הצו קובע, כי יסווג כמוסד כספי "מי שעסקו במכירת מטבע חוץ או ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, ולעניין זה יראו כי שעסקו במכירת ניירות ערך או מסמכים סחירים אחרים, אף אם הוא רוכש

אשר יקטינו את חבות המס, בן אם בדרך של הקמת קרן גידור, בין בדרך של העברת הפעילות מחוץ לישראל ובין בדרכים אחרות. כך, שבסופו של דבר שכרה של רשות המסים עלול לבוא בהפסדה. גם שוק ההון בישראל אשר משווע להגדלת נזילות ומחזורים, עלול להיפגע כפועל יוצא מברירה של סוחרי נוסטרו ומשקיעים פרטיים.

הרי כי כן, אנו בדעה, כי טוב תעשה רשות המסים אם תבחן מחדש את החלטתה, לרבות על דרך של שינוי חקיקה, אשר יסדיר את חיובם של סוחרי נוסטרו לפי חוק מע"מ, אם בכלל. למשל, ניתן לאמץ מנגנון דומה להוראות סעיף 5(א) לחוק, אשר חל על מי שעסקו במכירת דברי אמנות ונכסים משומשים, ולהטיל מס אך על ההפרש שבין מחיר המכירה למחיר הרכישה, תוך אפשרות לקבלת החזרי מס, ככל שהפעילות מסתיימת בהפסד.

נקודת האור בהחלטה המיסוי אולי מצויה באמירה במסגרת החלטת המיסוי, כי "החלטה זו מבטלת מיום פרסומה עמדות מקצועיות שניתנו בעבר ע"י הנהלת רשות המיסים, המשרדים האזוריים או גורם אחר, במידה והן קבעו אחרת". ללמדנו, כי רשות המסים נתנה בעבר החלטות אחרות, אשר יכולות להוות תשתית לעמדה, כי החלטת המיסוי צריכה לחול מעתה ואילך ולא על שנים עברו. בכל מקרה ברור, כי טרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיה והסוגיה תוכרע בבית המשפט העליון או על ידי המחוקק. ורצוי שעה אחת קודם.

לחוק מע"מ, מעלה את התהייה האם הצו אינו מיותר. אם אכן קיימת סתירה בין הוראת החוק, אשר אינה מבקשת למסות פעילות נוסטרו לבין הוראת הצו האמור, כי אז יד הצו צריכה להיות על התחתונה בהיותה חקיקת משנה שאינה יכולה לעמוד בניגוד להוראות חקיקה ראשית.

חמישית ממצה החלטת המיסוי וקובעת, כי החברה פועלת בכספיה שלה והערך המוסף שלה בא לידי ביטוי ברווחים הנוצרים מפעילותה, רווחים שיש לכלול אותם במסגרת ה"מוסד כספי". לטעמנו אין כל ממש בטענה זו והרחבנו על כך במסגרת הביקורת על ההנמקה השנייה.

### סיכום ומסקנות

לאור כל האמור לעיל, אנו סבורים, כי החלטת המיסוי אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה ואינה תואמת את לשון החקיקה. לא בכדי, ראינו, כי ההנמקות העומדות בבסיס ההחלטה אינן חפות מביקורת והביאו בתורן את רשות המסים לקבל החלטה שגויה לטעמנו. החלטה זו מגדילה שלא לצורך את אי הודאות על שחקני הנוסטרו בשוק ההון, ככל שבכלל ניתן לעשות הפרדה בין סוחרים פרטיים לבין סוחרים שפעילותם מגיעה לכדי עסק. סיווגם כ"מוסד כספי" עלול לפגוע בהם באופן משמעותי ולהטיל עליהם "יש מאין" חיוב במס רווח ומס שכר, גם בשנים בהן הפעילות נסתיימה בהפסד.

מצב זה לבטח ייצור מוטיבציה אצל משקיעים פרטיים וחברות נוסטרו, למצוא פתרונות חלופיים

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח)  
מאורי עמפלי, עו"ד מיכל זנקו, עו"ד (כלכלן) אדי  
רשקובן ועו"ד (חשבונאות) שי ארז.  
הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר  
המשרד [www.ampeli-tax.co.il](http://www.ampeli-tax.co.il).  
אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ  
משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתייעץ  
עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או  
אחרים המסתמכים על רשימה זו.