

תם ולא נשלם, על החבות במע"מ בגין פעילות נוסטרו

מאת

עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי ; עו"ד שלומי שלו; איציק אירים
(משפטן)¹

פתח דבר

ביום 2 לאוגוסט 2021 פורסם פסק דינו התקדימי של בית המשפט המחוזי בעניין י.ג.מ. השקעות בע"מ² בראשות כבי השופט אבי גורמן, אשר עסק לראשונה במישרין בשאלת סיווגו של גוף פרטי העוסק בפעילות בניירות ערך בתחום הנוסטרו בלבד, כפעילות של "מוסד כספיי" לצורכי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "חוק מע"מ"). במסגרת פסק דינו קיבל כבוד השופט גורמן את ערעורה של המערערת וקבע באופן תקדימי, בניגוד לעמדת רשות המסים, כי אין לסווג גוף פרטי העוסק בתחום הנוסטרו בלבד, כ-"מוסד כספיי".

והנה, על בסיס הכרעתו של בית המשפט כאמור, פנו נישומים העוסקים בתחום הנוסטרו למנהל מע"מ בבקשה לביטול סיווגם כ-"מוסד כספיי" לעניין חוק מע"מ ולהחזר רטרואקטיבי בנוגע למס הרווח ומס השכר ששילמו בהתאמה. אולם, על אף שחלפה למעלה משנה מיום פרסום פסק הדין, ולמרות שרשות המסים לא הגישה ערעור לבית המשפט העליון, רשות המסים בוחרת הלכה למעשה להתעלם מפסק דינו המחייב של בית המשפט המחוזי בעניין י.ג.מ. בטענה, כי בפסיקה אחרת של בית המשפט המחוזי בעניין אקוויטס³, נקבעה הלכה סותרת.

מטרתה של רשימה זו היא לבחון האם פעילות של גוף פרטי העוסק בפעילות בניירות ערך בתחום הנוסטרו בלבד (להלן: "פעילות נוסטרו") מקימה חבות במע"מ ו/או מס שכר ורווח. בחלק הראשון של רשימתנו, נבקש להראות כי קריאת לשון החוק בשילוב עם תכלית החקיקה הכללית והספציפית⁴ ובשילוב עם פרשנות בתי המשפט בעניין אקוויטס וטריידומטיקס⁴ מחייבים, לטעמנו, את המסקנה כי פעילות נוסטרו אינה מקימה חבות במע"מ.

-
1. המחברים ממשרד עמפלי עריכת דין מיסים. ההדגשות במסגרת המאמר נעשו על ידי המחברים, אלא אם כן מצוין אחרת.
 2. ע"מ 54-320-04-18 י.ג.מ. השקעות בע"מ נ' רשות המיסים, "מיסים אונליין" (2.8.21). (להלן: "עניין י.ג.מ").
 3. ע"מ 25935-02-16 אקוויטס ניהול השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" לא/3 (ספטמבר 2017) ה-191 (להלן: "עניין אקוויטס").
 4. ע"מ 14338-02-15 טריידומטיקס בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף תל אביב 1, "מיסים" לב/1 (מרץ 2018) ה-170.

בחלקה השני של הרשימה, נבקש להראות כי בניגוד לעמדת רשות המסים, בעניין **אקוויטס** לא נקבעה עמדה מחייבת הסותרת לזו שנקבעה בעניין **י.ג.מ.**, בכל הקשור לסיווגו של מי שעסקו בפעילות נוסטרו בלבד כ- "מוסד כספי". כל שנאמר ביחס ל"מוסד כספי" באותו עניין היה בחזקת למעלה מן הצורך ולא נדרש לצורך הכרעת הדין. לפיכך, המצב המשפטי נכון למועד כתיבת רשימה זו, בהתאם להלכה אשר נקבעה בעניין **י.ג.מ.** הוא, כי אין לסווג גוף שכל פעילותו היא רק סחר בניירות ערך בחשבונות נוסטרו כ- "מוסד כספי". כפועל יוצא מכך, נבקש לבחון את נפקות התנהלות רשות המסים אשר מחד גיסא, לא הגישה ערעור על פסק הדין בעניין **י.ג.מ.** ומאידך גיסא, מתעלמת מקביעותיו של בית המשפט כאמור, בין היתר על רקע פסיקת בית המשפט העליון בעניין **דומסטרוי**⁵ מהעת האחרונה, אשר קיבל את הערעור שהגישה המדינה.

חלק א' - האם פעילות נוסטרו מקימה חבות במע"מ

סעיף 2 לחוק מע"מ, המהווה את ההוראה המרכזית לחוק, קובע את בסיס המס, כדלקמן:

"על עסקה בישראל ועל יבוא טובין יוטל מס ערך מוסף בשיעור אחד ממחיר העסקה או הטובין..."

משמע, חוק מע"מ מבקש למסות את הערך המוסף המופק, בין היתר, על עסקה בישראל. מסקנה זו מתבקשת כבר מהצעת החוק, אשר קבעה, כדלקמן:

"המונח הכלכלי "ערך מוסף" מבטא את תוספת הערך שתורמת יחידה המשקית בפעילותה. מבחינה כללית מתבטאת תוספת ערך זו בהפרש שבין מכירותיו של עוסק לבין קניותיו, או בין השירותים שקיבל"⁶

בסעיף 1 לחוק מע"מ, סעיף ההגדרות, מוגדרת "עסקה", כהאי לישנא:

"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."**

המונח "עוסק" מוגדר באותו הסעיף, כדלקמן:

5. ע"א 5188/20 מנהל מס ערך מוסף תל אביב מרכז נ' דומסטרוי חברה קבלנית לעבודות בנייה ופיתוח בע"מ, "מיסים אונליין" (1.12.22) (להלן: "עניין דומסטרוי").

6. חוק מס ערך מוסף התשלי"ה-1975, ה"ח 1178, 239 מיום 28.4.1975.

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

המחוקק מורה לנו כי "עוסק" הוא אחד מן השניים: מי שמוכר נכס או מי שנותן שירות. חשיבות הדברים תתבהר בהמשך.

אם כן, עיננו הרואות אפוא, כי חוק מע"מ מטיל את המס על מספר פעילויות שהרלוונטיות לעניינו היא מכירת נכס או מתן שירות על ידי עוסק במהלך עסקו. להלן נעבור לבחון חלופה זו.

מכירת נכס

ודוק, על מנת שמכירת נכס תיחשב ל"עסקה" החייבת במס בהתאם לחלופה זו עליה לקיים בצוותא חדא את כל היסודות הבאים:

ראשית, על העוסק לעשות פעולה הנחשבת ל"מכר" או מתן שירות כמוגדר בחוק;

שנית, פעולת המכר צריכה להיעשות בקשר לנכס על פי החוק;

שלישית, פעולת המכירה של הנכס צריכה להיעשות על ידי מי שנחשב לעוסק;

רביעית, מכירת הנכס צריכה להיעשות על ידי העוסק ב"מהלך עסקו".

על המונח "מכר" לצורכי החוק

"מכר" מוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ באופן רחב, ובלשון הסעיף:

"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;

הנה כי כן, למרות ההגדרה הרחבה של המושג "מכר" בחוק מע"מ, הרי פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה אינה מהווה "מכר" לצורכי החוק. דומה, כי הדברים עולים בקנה אחד עם החרגת "ניירות ערך" ו"מסמכים סחירים" מתוך הגדרת "טובין", כפי שיפורט להלן.

על המונח "נכס" לצורכי החוק - ניירות ערך ומסמכים סחירים

"נכס" מוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ כדלקמן:

"נכס" - טובין או מקרקעין

"טובין" ו"מקרקעין" מוגדרים בסעיף 1 לחוק מע"מ כדלקמן:

"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;

עיננו הרואות אפוא, כי לפי חוק מע"מ, ניירות ערך ומסמכים סחירים אינם נכללים תחת הגדרת "נכס" לצורכי החוק. ויודגש, אין המדובר בפטור ממע"מ או במע"מ בשיעור אפס, אלא בהוצאת שוק המסחר בניירות ערך סחירים מגבולותיו של חוק מע"מ.

"ניירות ערך" מוגדרים בסעיף 1 לחוק, כדלקמן:

"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;

"ניירות ערך" מוגדרים בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, 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;

המורם מן המקובץ, אפוא, כי הגדרת "נכס" אינה כוללת מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים שהנפיקה חברה, מסמכים סחירים או זכויות בהם. יוצא אם כן, כי היות שהמונח "מכר" מתייחס ל"נכס" מחד, וניירות ערך אינם בגדר "נכס" מאידך, הרי שמכירת ניירות ערך אינה מהווה "עסקה" כמשמעותה בחוק מע"מ ובהתאמה אינה חייבת במע"מ.

מתן שירות

לצד הגדרת "מכר", סעיף 1 לחוק מע"מ מגדיר "שירות", כהאי לישנא:

"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";

פרופ' נמדר ציין בספרו, בהתייחסו למתן שירות, כי:

"ככלל, ניתן גם לומר כי עסקת מתן שירות דורשת את קיומה של 'עשייה', בהבדל מעסקה של מכר שמטרתה העיקרית הינה העברתו של 'נכס' במסגרת העסקה. בלשון אחרת: בעוד שעסקת מכירת נכסים עוסקת במכירת מלאי או נכס מוחשי אחר, בעסקת מתן שירות 'עשיית' השירות הינו העיקר ולא נכס כלשהו המתלווה למתן השירות."⁷

נמצא אם כן, כי נדרשים שלושה תנאים כדי שפעולה תהווה "שירות" לצורכי החוק:

ראשית, מדובר ב-"עשייה" (אקטיבית ולא פסיבית) שהיא "איננה מכר".

שנית, העשייה האמורה נדרשת להיות "בתמורה".

שלישית, נדרש שהעשייה תהא **למען הזולת**, להבדיל מעשיית העושה לטובת עצמו.

אשר למונח "עשייה", מונח זה פורש בפסיקה כפעולה אקטיבית.⁸ ביחס לדרישת התמורה, בתי המשפט מיצו, כי התמורה אינה חייבת להיות בכסף, כי אם במסגרת עסקת חליפין, אך חייב להיות קשר בין מתן השירות לבין קבלת התמורה.⁹

באשר למונח "למען הזולת" מיצה המלומד י. פוטשבוצקי בספרו **מס ערך מוסף** כהאי לישנא:

"יש להדגיש שבהגדרת שירות לא קיים מושג מקביל ל"שימוש לצורך עצמי" - שכלול במכר אלא להפך, תנאי מתנאי ההגדרה הוא שהשירות ינתן ל"זולת". יתר על כן, לא די אף בקיומו של זולת אלא דרושה עשייה למען אותו זולת, תנאי שיש בו צמצום מחד והרחבה מאידך: צמצום - משום שלפי לשון הכתוב לא די בכך שפעולתו של פלוני הסבה תועלת לאלמוני אלא דרושים כוונה מצידו של אותו פלוני לפעול למען אלמוני וקשר סיבתי בין הפעולה לאותה תועלת. ...בכל מקרה, צריך להיות קיים "זולת" ברגע עשיית הפעולה ולא - תהא זו פעולה של אדם לעצמו."¹⁰

זאת ועוד, בעניין קרית שדה התעופה בית המשפט הבהיר ביחס למונח "למען הזולת", כהאי לישנא:

"על מנת שעשייה תחשב לשירות על פי חוק מע"מ, עליה להתבצע "למען הזולת". בבסיסה, נועדה דרישה זו לשלול את השימוש לצורך עצמי מלהיחשב כמתן שירות המחוייב במע"מ."¹¹

7. אהרן נמדר **מס ערך מוסף**, מהדורה חמישית, כרך א', עמ' 212 (2013).
8. ע"ש 4/88 **רחמים ואלי מזרחי נ' מע"מ**, "מיסים" ב/6 (נובמבר 1988) ה-98.
9. ראו למשל ע"ש 515/94 **בני בנימין לקרץ בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה**, "מיסים" ח/3 (יוני 1996) ה-231;
ע"ש 179/95 **אזורים בנין (1965) בע"מ נ' מנהל מע"מ**, "מיסים" יא/5 (אוקטובר 1997) ה-259, ה-267.
10. יעקב פוטשבוצקי, **חוק מס ערך מוסף**, מהדורה שישיית, עמ' 97 (2001).
11. ע"א 10252/05 **קרית שדה התעופה בע"מ נ' מנהל מע"מ**, "מיסים" כב/2 (אפריל 2008) ה-92, בפס' 16.

הנה כי כן, נמצא כי המונח "שירות" אינו מחריג פעילות בניירות ערך הנסחרים בבורסה. לאמור, בעוד שפעולה בניירות ערך לא תיחשב ל"מכר" לעניין החוק, הרי שמתן שירות בתחום ניירות הערך בבורסה ייכלל במסגרת החיוב במע"מ כאשר פעולה זו מבוצעת **בתמורה ו-למען הזולת**.

מכאן עולה כי, פעילותו של אדם למען עצמו, לרבות פעילות "נוסטרו" (קרי, מסחר עצמי בניירות ערך), נעדרת הן את יסוד "למען הזולת" והן את יסוד "התמורה" (כשאדם פועל למען עצמו, אין האדם מתחייב כלפי עצמו לשלם תמורה), **ולכן אין היא מוגדרת כ"שירות"**.

דומה אפוא, כי בכך יכולנו לכאורה לסיים את דיונונו בחלק זה, באשר מצינו כי המחוקק החריג ניירות ערך מגדר המונח "נכס" לצורכי החוק ולפיכך מכירתם אינה מהווה "עסקה" מחד, וכי פעילות נוסטרו אינה בגדר "שירות" לצורכי החוק, מאידך. אלא מאי, הוראת סעיף 19(ב) לחוק המצויה בפרק ה' אשר כותרתו "החייב בתשלום מס" קובעת כי:

"(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."

לאור האמור, נשאלת השאלה האם על אף האמור מעלה מכאן, ניתן לראות בפעילות נוסטרו כפעילות אשר מקימה חבות במע"מ מכוח ההוראה כאמור? תלוי את מי שואלים.

עניין אקוויטס ועניין טריידומטיקס

בעניין "אקוויטס" אשר ניתן ביום 26 ליוני 2017 עסק בית המשפט בערעורה של חברה פרטית אשר עסקה במחקר ופיתוח אלגוריתמים למסחר אוטומטי בשוק ההון ובמיוחד בתחום הנגזרים. רוב רובן (96%) של הכנסות המערערת (בשנות המס שבערעור) נבעו ממסחר אוטומטי על ההון שלה (נוסטרו).

בפברואר 2010 פנתה המערערת אל מנהל מע"מ בבקשה לשנות את סיווגה מ"עוסק" ל"מוסד כספי". הבקשה נענתה בחיוב ובמרץ 2010 ניתנה החלטת המנהל לפיה המערערת תסווג כ-"מוסד כספי" לגבי כלל פעילותה החל מיום 1 בינואר 2010.

המערערת לא דיווחה ולא שילמה למשיב את מס הרווח בגין הכנסותיה מפעילות הנוסטרו. לאור זאת, הוציא לה המשיב שומה בצו לשנות המס 2010-2012. לטענתה, רישומה כ-"מוסד כספי" נעשה בטעות והיא אינה בגדר "מוסד כספי" כאמור, וממילא אינה חייבת בדיווח ובתשלום מס רווח. כבי' השופטת י' סרוסי, דחתה את הערעור בציינה כי המערערת מושתקת לטעון כנגד סיווגה כ-"מוסד כספי", שעה שהיא זאת אשר פנתה לפקיד השומה בבקשה לשנות את סיווגה מ"עוסק" ל"מוסד כספי" וכי די בכך על מנת לדחות את ערעורה.

בהמשך, ובהתייחסה להוראת סעיף 19(ב) לחוק ביארה כבי' השופטת י' סרוסי כהאי לישנא:

”אדם שיש לו עסק של מכירת ניירות-ערך ומסמכים סחירים אחרים, לרבות במסגרת נוסטרו, ואינו מסווג כ”מוסד כספי”, מסיבה זו או אחרת, יהיה אמנם פטור ממס רווח ושכר אך לא יופטר מתשלום מע”מ, וזאת לאור הוראות סעיף 19(ב) לחוק.”¹²

בית המשפט המשיך וביאר את הרציונל של הוראת סעיף 19(ב) לחוק, לשיטתו:

”סעיף 19(ב) לחוק מע”מ קובע, כי מי שעסקו מכירת ניירות ערך, מטבע חוץ או מסמכים סחירים אחרים, יראו אותו כעושה שירות של תיווך בין מי שמוכר לו אותם לבין מי שקנה אותם ממנו. לפיכך, במקרה זה יוטל המס על הפרש שבין מחיר המכירה של נייר הערך לבין מחיר רכישתו ומבלי שהעוסק יוכל לנכות את מס התשומות בגין רכישתו (מנגנון דומה קיים בסעיף 5(ב) לחוק מע”מ).

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 בין המוכר לקונה באמצעות העוסק.

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.

לבסוף ציין בית המשפט כי:

”על כן, אף אם היה נקבע כי המערערת אינה בגדר ”מוסד כספי” אלא בגדר ”עוסק” וכאמור אינני קובעת כך, (ואף לא נדרשתי לקבוע כך), המערערת לא הייתה פטורה ממס בגין עיסוקה בפעילות נוסטרו בניירות ערך אלא הייתה חייבת בתשלום מס ערך מוסף החל על עוסק רגיל ובשיעור זהה לזה החל על רווח של מוסד כספי.”¹³

הנה כי כן, לגישתה של כב' השופטת י. סרוסי, לכאורה חוק מע”מ יוצר הסדר נורמטיבי מיוחד באשר לפעילות בניירות ערך, ולפיו יש לראות כל מכירה (לרבות פעילות נוסטרו) כמתן שירות גם אם לא מתקיימים התנאים הבסיסים לשירות (”עשייה למען הזולת” ו-”בתמורה”).

התייחסות נוספת ומאוחרת יותר לסוגיה ניתנה ביום 25 בפברואר 2018 על ידי בית המשפט המחוזי בראשות כב' השופט הרי קירש בעניין **טריידומטיקס**. באותו עניין דובר בחברה (המערערת) שנוסדה בשנת 2017 אשר נרשמה כעוסק לעניין חוק מע”מ, ואשר פיתחה תוכנה לשימוש בשוק ההון שנועדה לסייע בביצוע עסקאות בתדירות גבוהה ובניהול וגידור סיכונים מסחר. בשנת 2009, כשנתיים לאחר הקמתה ולפני שהחלה בשיווק התוכנה, התמנתה המערערת כ”עושה שוק” בבורסה לניירות ערך בתל אביב.

12. עניין **אקוויטס** לעיל, הע”ש 3, בפס” 33.
13. שם, בפס” 36.

בתור עושה שוק, היא השתמשה בתוכנה שהיא עצמה פיתחה, וביצעה פעולות רבות של רכישה ומכירה של אופציות בבורסה, על פני תקופה של כשש שנים, בין 2009 לבין 2014. למערכת נוצרו רווחים מפעילות מסחר זו ובנוסף היא קיבלה תגמול מן הבורסה עבור מילוי תפקיד עושה שוק.

מנהל מע"מ טען כי רווחים אלה חייבים במע"מ על פי סעיף 19(ב) לחוק מע"מ. המערכת חלקה על עמדתו האמורה של המשיב משלושה טעמים: **הראשון**, המערכת פעלה על חשבון עצמה בשוק האופציות (בחשבון "נוסטרו") ולא בשם או עבור אחרים, וממילא אין כל תחולה לסעיף 19(ב) לחוק מע"מ שחל רק במקרים של "תיווך"; **השני**, סעיף 19(ב) לחוק מע"מ חל על עוסק שעיסוקו העיקרי הוא מכירת ניירות ערך ולא מכירה שמהווה פעילות לוואי לעיסוקי האחרים; **והשלישי**, המערכת כלל לא התכוונה לעסוק בשוק ההון כעיסוק בפני עצמו, שהרי נכונותה לשמש "עושה שוק" בתקופה הנדונה נבעה אך ורק מהצורך המסחרי להוכיח את יעילות התוכנה שלה ולהראות תוצאות טובות בשירות שניתן לבורסה.

בית המשפט המחוזי דחה את הערעור. בתחילה, ובהתייחסו לחזקה הקבועה בהוראת סעיף 19(ב) לחוק ציין בית המשפט, כדלקמן:

"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 פעולה כמכר יגבר על סיווגה כשירות (הרי "שירות" מוגדר כ"כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר..."), 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."¹⁴

משמע, בית המשפט בעניין טריידומטיקס סבר, כי ניתן להבין את הוראה סעיף 19(ב) לחוק כהוראה מבהירה אנטי תכנונית אשר מבקשת למנוע תכנוני מס תוך שימוש בהגדרות החוק על מנת להתחמק ממס.

יתרה מזאת, כבי' השופט עמד על הקושי הקיים בחוק מע"מ לגבי מיסוי עוסקים בניירות ערך וקרא למחוקק לעשות סדר בסוגיה, וכדבריו:

"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 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?

14. עניין טריידומטיקס לעיל, הע"ש 4, בפס' 41.

אם כוונת המחוקק ברורה למחוקק עצמו, אזי ניתן יהיה להבהיר את הנושא במשיכת קולמוס. ואם, לעומת זאת, יימצא לאחר בחינה מחדשת של הנושא בכללותו כי תכלית ההוראות הקיימות איננה נהירה דיה וטעונה ליבון וחיזוק, אזי גילוי זה רק יחזק את הצורך בהסדרת הנושא בחקיקה חדשה.¹⁵

לגופם של דברים, קבע בית המשפט כי אף אם תאומץ גישתה של המערערת לפיה סעיף 19(ב) לחוק מע"מ חל רק על אדם שממלא תפקיד של "תיווך" ולא על מי שפועל בחשבון הנוסטרו שלו בלבד, עדיין יהיה מקום להחיל עליה את הסעיף לנוכח מעמדה כ"עושה שוק" ובלשונו של בית המשפט:

"ייתכן שהמערערת צודקת 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.

למערערת דן לא היו כספים פנויים להשקיע - אדרבה היא הייתה זקוקה לכסף לצורך מימון המשך פיתוח מוצר התוכנה שלה. אמנם היא פעלה מבחינה טכנית מתוך חשבון "נוסטרו", דהיינו היא לא שימשה ברוקר או שלוח הפועל בשם לקוחות, אולם מהות התפקיד כעושה שוק הייתה כאמור, תיווך פיננסי, דהיינו עשיית פעולות שתכליתן שכלול השוק והגברת המסחר בו. לשם כך, ולשם כך בלבד, היא התמנתה כעושה שוק.

על כן, אף אם יאומץ פירוש השולל יישום סעיף 19(ב) לחוק לגבי "שחקני נוסטרו" רגילים, לדעתי אין להוציא מתחולת הסעיף "עושי שוק" הרוכשים והמוכרים ניירות ערך אמנם בשם עצמם אבל מתוך מטרה להגביר את נזילות ורציפות המסחר עבור אחרים.¹⁶

אם כן, נראה אפוא כי כבי' השופט ה' קירש משמיע לנו, ולו על דרך הרמז ומבלי להכריע בעניין, כי הוראת סעיף 19(ב) לחוק אינה חלה ביחס לשחקני נוסטרו רגילים. עם זאת, בעניין שהובא בפניו, בנסיבות השמורות שם, מצא בית המשפט כי יש מקום להחיל הוראת סעיף 19(ב) לחוק, הואיל ומדובר בשירותי תיווך באשר "עושה שוק" מעצם הגדרתו הוא מי שנותן שירות לבורסה בתמורה לשכר וממלא מתקיים יסוד "העשייה בתמורה לזולת".

על רקע האמור, לדידנו, הוראת סעיף 19(ב) לחוק היא הוראה מבהירה¹⁷ אשר אינה באה לשנות את הדרך באשר לאופן מיסוי של ניירות ערך. לא בכדי, סעיף 2 לחוק הקובע את ההוראה המרכזית ביחס לעוסקים מבקש להטיל מע"מ על עסקה בישראל. "עסקה" נאמר ולא "עוסק". בהתאמה, התנאי הראשון שיש לבחון במסגרת החלופה הרלוונטית למונח "עסקה" בענייננו, הוא קיומו של "נכס". והנה, משעה שהמחוקק קבע בקול צלול וברור את אומד דעתו כי "ניירות ערך" אינם בגדר נכס לצורכי החוק, הרי שבכך הוא מורה לנו כי מכירת ניירות ערך אינם בגדר "עסקה" לצורכי החוק, אף אם הדבר נעשה על ידי "עוסק".

15. שם, בפס' 50.

16. שם, בפס' 55.

17. ולעניין חקיקת הוראת מס מבהירה ראו דנ"א 3962/93 שלמה מינץ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים ואח', "מיסים" יא/1 (פברואר 1997) ה-94 "ניתן לומר שאפיונה של חקיקת המס, שמסובכת ומורכבת היא, הניעה את המחוקק הישראלי לחוקק את סעיף 3(ט) לשם הסרת ספק לעניין מיסוי של הכנסות מסוימות, סווגן וכמותן, ויצירת מנגנון מתאים לקביעתן".

קרי, בניגוד לעמדת בית המשפט בעניין **אקוויטס** אנו סבורים כי ההוראה כאמור אינה מבקשת להרחיב את בסיס המס ולהטיל מע"מ על פעילות בניירות ערך, אלא מבקשת לחתור לאיתור המציאות הכלכלית האמיתית. תכליתה להבטיח כי עסקאות אשר במהותן הן **עסקאות שירות תיווך**, על אף שטכנית ניתן לראות בהן עסקאות מכר שביצע העוסק בניירות ערך, יסווגו הלכה למעשה כשירות תיווך¹⁸. והדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי המחוקק הגדיר "שירות" באופן שיורי, קרי **"עשית בתמורה לזולת שאיננה מכר"**.

תימוכין למסקנה זו ניתן למצוא בפרוטוקול ועדת הכספים מיום 17 ליולי 1978 (להלן: **"הפרוטוקול"**), עת נדון תיקונו של סעיף 19(ב) לחוק והעמדתו על נוסחו הנוכחי, המלמד באופן ברור כי נציגי רשות המסים ומשרד האוצר הדגישו פעם אחר פעם כי הסעיף חל רק על מי שנותנים בפועל שירותי תיווך בניירות ערך. כך למשל ציין מנהל מע"מ דאז, מר מ. ברקת (בעמ' 16 לפרוטוקול):

"... הוראה זו אינה חלה עלינו, אלא על אדם שעסקו בתיווך."

ובאופן דומה ציינה גב' ש. שביד-גלעדי, נציגת מנהל הכנסות המדינה באותו דיון כי:

"סעיף זה יחול רק על מתווכים."

דברים ברוח דומה נאמרו גם בדיון המשך מיום 27 לדצמבר 1978 אשר התקיים ביחס לסעיף 19(ב) לחוק בוועדת הכספים, מהם עולה כי הובהר מפורשות לחברי הכנסת על ידי אנשי משרד האוצר כי הסעיף מתייחס רק למתווכים בניירות ערך, כגון ברוקרים, המקבלים עמלה בגין שירותי תיווך הניתנים לאחרים.

בהתייחסו למקורות הפרלמנטרים כאמור ציין כב' השופט גורמן בעניין י.ג.מ, כדלקמן:

"מדברים אלה עולה כי בעת חקיקת הסעיף, איש מנציגי משרד האוצר או מחברי הכנסת שחששו מהנוסח הרחב של לשון הסעיף, לא חשב שהסעיף נועד למסות את מי שאיננו נותן שירותי תיווך לאחרים בסחר בניירות ערך. ובמילים אחרות, איש לא סבר כי הסעיף משנה את תמונת הדברים העקרונית שנקבעה בפרק א' ובפרק ב' לחוק, אשר החריגה מכר של ניירות ערך מתחולת החוק. הסעיף מתייחס אל מי שנותן "שירות" לאחר, אשר חבותו העקרונית במס נובעת כבר מהוראות שנקבעו שבהוראות היסוד של החוק - בסעיפים 1 ו-2 לחוק."¹⁹

18. נבחר את חשיבותו של סעיף 19(ב) לחוק בעזרת הדוגמה הבאה: טלו מקרה בו מתווך (ברוקר) משתמש בכספי לקוח כדי לקנות ולמכור עבורו ניירות ערך, כשהבעלות בהם רשומה על שם הברוקר ולא ישירות על שם הלקוח. במקרה זה יכול אפוא המתווך לטעון כי פעילותו מהווה מכירה של ניירות ערך, ולכן לא חל עליו מע"מ מלכתחילה. לכן, בא סעיף 19(ב) ומשמיע לנו כי עסקה מעין זו (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. ראו איתן אסנפי במאמרו "מיסים ונפלאות - הערות ביחס למיסוי פעילות נוסטרו נוכח פרשת אקוויטס וטריידומטיקס", **"מיסים"** לב/1 (מרץ 2018), א-13, א-30.

19. עניין י.ג.מ לעיל, הע"ש 2, בפסי 42.

ובהמשך שם :

"לאור הדברים שנאמרו לח"כ ע"י נציגי משרד האוצר, לא רק שאפשרות זו לא עלתה על דעתם אלא שהיא במפורש נשללה."²⁰

על רקע האמור לעיל, לדידנו, ה"עוסק" עליו מדברת הוראת סעיף 19(ב) לחוק הוא מי שנותן שירות אגב עיסוק בניירות ערך, קרי ברוקרים מתווכים ומנהלי תיקים, אשר אינם נכללים בגדר "מוסד כספי". פרשנות זו עולה עם תכלית החוק, מתיישבת עם התפיסה הבסיסית-משפטית עליה מושתת חוק מע"מ וחשוב לא פחות, מונעת התנגשות בין הוראות חוק אשר מובילות לתוצאות מנוגדות ובכך תורמת לוודאות ובהירות של המצב המשפטי שהן מעקרונות היסוד של כל שיטת משפט.

מסקנתנו עד כה היא, כי פעילות נוסטרו אינה בגדר "עסקה" כמשמעותה בסעיף 2 לחוק באשר היא אינה מקיימת את התנאים הנדרשים למכר של "נכס" מחד, והיא אף אינה מקיימת את התנאים של "שירות" מאידך. מסקנה זו אינה משתנה אף על רקע הוראת סעיף 19(ב) לחוק באשר אנו סבורים כי מדובר בהוראה מבהירה אשר אינה באה לשנות את דרך המלך שנקבעה בחוק למיסוי, או נכון יותר, היעדר מיסוי של ניירות ערך. נעבור לבחון האם פעילות נוסטרו נכנסת לתחולת מוסד קבע בחוק.

חלק ב': פעילות נוסטרו כפעילות "מוסד כספי" על רקע עניין י.ג.מ

בחלק זה, נבקש להראות כי ההלכה המשפטית המנחה נכון למועד כתיבת רשימה זו ובהתאם לקביעותיו של בית המשפט בעניין י.ג.מ היא, כי אין מקום לסווג גוף שכל פעילותו היא רק סחר בחשבון נוסטרו כ-"מוסד כספי". לשם כך, נסקור תחילה את הוראות המסגרת הרלוונטיות לדינונו בחלק זה. בהמשך, נעמוד בהרחבה על קביעותיו של בית המשפט בעניין י.ג.מ. לאחר מכן, נבחן את עמדתה והתנהלותה של רשות המסים בעקבות פסק הדין בעניין י.ג.מ, על רקע העובדה שלא הגישה ערעור לבית המשפט העליון, אך בפועל מתעלמת בצורה חסרת תקדים מקביעותיו.

מוסד כספי - הוראות מסגרת

הוראת סעיף 4 לחוק עוסקת במלכ"רים ובמוסדות כספיים, כדלקמן :

"(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 [...]"

אם כן, מלשון הוראת סעיף 4(ב) לחוק עולה כי המחוקק ביקש להטיל "מס שכר ורווח" על "מוסד כספי". בתור שכך, מס שכר ורווח נועד לאתר את הערך המוסף שמפיק מוסד כספי. ערך מוסף זה כולל את רווחי המוסד הכספי ואת השכר ששילם, ועל רכיבים אלה מוטל כאמור מס שכר ורווח, בניגוד לציבור העוסקים שם מחושב הערך המוסף באמצעות ניכוי מס התשומות ממס העסקאות.

על הצורך בהטלת מס שכר ורווח ולא מע"מ עמד בעבר בית המשפט בעניין **כלמוטרייד**, אשר צוטט אף על ידי בית המשפט בעניין י.ג.מ, כדלקמן:

"**הרקע ליצירת סיווג של "מוסד כספי" הוא הקושי להבחין בין אשראי הניתן ע"י הסקטור הפיננסי ליצרנים לבין אשראי הניתן ללווים - צרכנים. לו היה כל האשראי ניתן ליצרנים בלבד, לא היה צורך להטיל מע"מ כלל. מאידך, אין כל סיבה שלא להטיל מע"מ על ריבית הנגבית מהלוואות לצריכה. הקשיים להבחין בכל מקרה בין הסוג האחד לשני, הוביל את ועדת אשר לריפורמה במיסוי העקיף (ינואר 1972), ובעקבותיה את המחוקק לקבוע, כי במקום לקבוע מע"מ בשיעור רגיל על הריבית הצרכנית, מוצע לגבות מס בשיעור מוקטן מכלל השכר והרווח של הבנקים (גרוס ואלתר מע"מ, ע' 42 הערה 33)."**²¹

"מוסד כספי" מוגדר בסעיף 1 לחוק 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;**

החלופה החמישית היא חלופת סל, המסמיכה את שר האוצר להגדיר גופים משפטיים נוספים כמוסדות כספיים לצורך החוק. שר האוצר אכן עשה שימוש בסמכותו וקבע את צו מס ערך מוסף (קביעת מוסד כספי), התשל"ז-1977 (להלן: "הצו"). סעיף 1 לצו קובע כי:

"(א) אלה יהיו מוסדות כספיים לענין החוק:

21. המ' 1183/91 כלמוטרייד בע"מ נ' אגף המכס ומע"מ, "מיסים" 3/א (יוני 1993) ה-186, ה-193 (להלן: "עניין כלמוטרייד"). ראו גם ע"א 3840/98 נורויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד נ' מנהל מע"מ, "מיסים" יד/6 (דצמבר 2000) ה-64.

- (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."

על בסיס החלופה השלישית לצו (סעיף 1(א)(3)) לצו (להלן: "החלופה השלישית"), רשות המסים ביססה במהלך השנים את העמדה כי פעילות נוסטרו היא בגדר מוסד כספי. ראו לענין זה החלטת מיסוי מע"מ מס' 4396/15 "החבות במע"מ של ביצוע השקעות פיננסיות - סיווג כ-"מוסד כספי" לצורכי חוק מע"מ של פעילות נוסטרו - החלטת מיסוי שלא בהסכם" ועמדה חייבת בדיווח מס' 12/2017 - "פעילות בעלת מאפיינים עסקיים בשוק ההון", אשר קבעה כי:

"יחיד או חבר בני אדם, שפעילותם ברובה המכריע הינה קניה ומכירה של ניירות ערך ומסמכים סחירים אחרים, ואשר הינה בעלת מאפיינים עסקיים על פי המבחנים הנזכרים לעיל, יירשמו כמוסד כספי על פי סעיף 1(א)(3) לצו."

יודגש כי העמדה חייבת בדיווח בוטלה זמן קצר לאחר פרסומה ביום 20 בספטמבר 2018 ועוד נרחיב בה בהמשך²².

פסק הדין בעניין י.ג.מ.

באותו עניין דובר בחברה פרטית תושבת ישראל אשר נוסדה בשנת 2012 ואשר הוחזקה בחלקים שווים על ידי שני בעלי מניות שהיו גם עובדיה היחידים (להלן: "המערערות"). פעילותה היחידה של המערערות, אשר התבצעה מביתם של בעלי מניותיה, הייתה ביצוע השקעות בשוק ההון לצרכיה העצמיים - פעילות נוסטרו. בתור שכך למערערות לא היו לקוחות ופעילותה התבצעה, בחשבוניות בלבד, תוך שימוש בהונה העצמי ובקו אשראי קצר מועד מהבנק. עיקר פעילותה התמקד ברכישה ומכירה של ניירות ערך דואליים בפרקי זמן קצרים, תוך שחלק מהפעילות מבוצע באופן אוטומטי באמצעות אלגוריתם שפיתחה. היא ביצעה מדי שנה עשרות אלפי פעולות בניירות ערך ומחזור הפעילות הגיע להיקפים ניכרים.

²² לביקורת על החלטת המיסוי ראו איתן צחור "מיסוי פעילות בניירות-ערך בידי גוף פרטי הפועל בתחום הנוסטרו בלבד (חלק א')", "מיסים" כט/5 (אוקטובר 2015) א-1. את הודעת הביטול של עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017 ראו בקישור הבא:

<https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/pa-200918-1>

ביום 20 למרץ 2018 התקבלה החלטת רשות המסים (להלן: "המשיבה") בדבר רישום המערערת כ-"מוסד כספי" וזאת מכוח הוראות סעיף 54 לחוק מע"מ, כאשר לטענת המשיבה, המקור החוקי המהווה בסיס לרישום המערערת כ-"מוסד כספי" היא החלופה השלישית לצו. המערערת אשר לא השלימה עם סיווגה כ-"מוסד כספי", הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי מרכז.

בפסק דינו קיבל כב' השופט א' גורמן את ערעורה ופסק באופן תקדימי, בניגוד לעמדת רשות המסים, כי אין לסווג גוף פרטי העוסק בתחום הנוסטרו בלבד כ-"מוסד כספי". כב' השופט גורמן בחן לצורך כך את הוראות החלופה השלישית בצו וקבע, כי הגם שמבחינה לשונית ניתן לכאורה להחיל אותה גם על מי שסוחר בניירות ערך במסגרת חשבון נוסטרו, התבוננות רחבה יותר שוללת פרשנות זו. כב' השופט השתית את מסקנתו על האדנים הבאים:

- **ראשית**, הפירוש החדש שמציעה המשיבה סותר את כוונת המחוקק, שכן כפי שעולה מפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 5 למאי 1980, חברי ועדת הכספים אשר אישרו את החלופה השלישית, סברו כי הם מאשרים גופים "שפעילותם דומה לפעילות של מוסדות כספיים - ולא גוף ששונה באופן משמעותי מגופים אלה" בהקשר לכך, ציין השופט גורמן, כי כל הגופים המוזכרים בהגדרת "מוסד כספי" בחוק מע"מ ובשתי החלופות הראשונות בצו, נותנים שירותים לאחרים וכך גם ראוי לפרש את הוראות סעיף 1(א)(3) לצו. וכדבריו:

"סוחר בחשבון נוסטרו, אינו נותן שירות לאחרים ובכך הוא שונה בפעילותו מכל גורם אחר אשר הוגדר כמוסד כספי..."²³

- **שנית**, פרשנות המשיבה אינה מתיישבת בנקל עם הוראות החוק בתוך מארג סעיפי החוק. לאמור, פעילות שלכאורה נקבע בהוראות הבסיס של חוק מע"מ כי אינה ממוסה, נתפסת לפתע ברשת המס מכוח הוראה של מחוקק משנה. והרי כלל פרשני הוא כי ככל שהוראת חקיקה מרעה את מצבו של הפרט, ישנה עדיפות כי העניין יוסדר בחקיקה ראשית או מכוחה, ובלשונו של השופט:

"אין כמובן ספק כי בסמכותו העקרונית של המחוקק להוסיף ולכלול בהגדרת מוסד כספי, גם גוף שפעילותו שונה בתכלית מפעילותם של הגופים האחרים שהוגדרו כמוסד כספי. אלא שכדי לקבוע כאמור, אני סבור כי צריכה להיות אינדיקציה כי לכך כיוון המחוקק. כפי שראינו לעיל, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי לא כך הם פני הדברים - שכן בדיון בוועדת הכספים נאמר במפורש כי החוק יחול על גופים הדומים במהותם לגופים אחרים שהוגדרו כמוסד כספי..."²⁴

23. עניין י.ג.מ לעיל, הע"ש 2, פסי 52.

24. שם, פסי 53.

- **שלישית**, סיווג גוף שכל פעילותו היא מסחר בחשבון נוסטרו יגרור עיוותים וקשיים המצדיקים את קבלת עמדתה של המערערת. כך למשל, היעדר כל היתכנות לגלגול המס ביחס למי שאינו מעניק כל שירות לאחרים:

”יכולת גלגול המס, אינה תנאי לתחולת המסים הקבועים בחוק, אולם הטלת מס מכוח חוק מע”מ על גוף אשר אין לגביו כל היתכנות לגלגול המס, כפי שהדבר ביחס למי שלא מעניק כל שירות לאחרים - היא בבחינת חריג שאינו מתיישב בנקל עם חלק ממטרות החוק.”²⁵

- **רביעית**, בית המשפט קבע כי טענה נוספת אשר ראוי להביאה בחשבון, הגם שאין בה כשלעצמה כדי להכריע, שמי שסוחר בחשבון נוסטרו ואינו נותן כל שירותים לאחרים, חשוף ביתר שאת לתנודתיות המאפיינת את הבורסה וכנגזר מכך עלול להיפגע מהחלת הוראות סעיף 4(ב) לחוק מע”מ, המאפשר קיזוז הפסדים כנגד השכר רק באותה שנה ולא הפסדים משנים עברו.

- **חמישית**, בית המשפט ציין בהפנותו לתכלית יצירת הסיווג של מוסד כספי כאמור בעניין **כלמוטרייד** בדבר הקושי לזהות את עסקאותיה החייבות של המבטח או המוסד הבנקאי, כי הנמקה זו אינה רלוונטית ביחס למי שסוחר בנוסטרו, אשר פעילותו אינה כוללת רכיבים שונים, לדידו של בית המשפט:

”מבחינת נוחות וקשיים טכניים, ניתן היה לקבוע כי יראו את המסחר כמתן שירות, בדומה למנגנון המתקבל מיישום סעיף 19(ב) וסעיף 9(ב) לחוק, ואין צורך למטרה זו בקביעה כי מדובר במוסד כספי.”²⁶

בהמשך, ובהתייחסו לסוגיית שינוי המדיניות בנדון דנן, ציין כבי' השופט גורמן, כי ראוי שמהלך שכזה יתבצע, אם בכלל, על ידי המחוקק, וזאת לאחר בחינת המקובל בעולם הרחב, תוך שמיעת עמדתם של גורמים רלוונטיים ושקילת המנגנון המתאים ולא בדרך של פרשנות חדשה "יש מאין" להוראות חוק, אשר במפורש נאמר למחוקק בעת חקיקתם כי לא זו כוונתם, ובלשונו:

”לאחר שעמדתי על פירוש הסעיפים בדרך הנראית לי נכונה, אוסיף מספר מילים. הפעילות הכלכלית בבורסה, רבת חשיבות. שאלת הטלת מס עקיף על פעילות זו (כאשר מדובר בפעילות בנוסטרו), באופן שלא נעשה במשך עשרות שנים מאז חקיקת הסעיפים אליהם פונה כיום המשיבה, היא שאלה לה צדדים שונים. המשיבה, היא רשות מינהלית. ביחסי המחוקק והרשות המינהלית, שעה שנאמר על-ידי נציגי המשיבה ומנהליה בדיונים בפני המחוקק כי לא יוטל מס על מקרים כגון זה שלפנינו, ראוי ונכון בעיני כי (אם נדרש) שינוי, יערך הוא תוך פנייה חוזרת אל המחוקק, אשר הוא הגורם אשר יכול ומוסמך לבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים.

.25 שם, פסי' 54.

.26 שם, פסי' 57.

דרך המלך להשיג את מבוקשה של המשיבה, היא על ידי שינוי ההגדרות בסעיף 1 לחוק (לדוגמה על ידי הרחבת הגדרת המונח 'שירות', או בדרך אחרת) - באופן שיבהיר כי דין ניירות ערך הנסחרים בבורסה כדין כל נכס אחר וכי אלה לא הוצאו מתחולת החוק. אף אם לא במסלול הראשי הנזכר לעיל, הרי שבפני המשיבה שמורה האפשרות לפנות אל מחוקק המשנה, לקבוע בחקיקה כי מוסד כספי כולל אף את מי שלא נותן כל שירות לאחר. דרכים אלה יאפשרו למחוקקים - נציגי הציבור לבחון את השינוי שמבקשת המשיבה ליישם, בניגוד לעמדה שהציגה בפניהם בעבר.²⁷

דברים דומים אמר כאמור בית המשפט בעניין טריידומטיקס.

הדבר מצטרף לכך שבשנת 2018, בעקבות ביקורת שנמתחה עליה, חזרה בה המשיבה וביטלה כאמור את עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017, וכך נכתב בהודעת הביטול: "הרינו להודיע בזאת, כי לאור בחינה נוספת של מאפייני התחום האמור, ונוכח הוראות סעיף 167 לחוק מע"מ, הוחלט על ביטול עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017".

אומנם במסגרת ההליך המשפטי בעניין י.ג.מ ביקש מנהל מע"מ לתרץ את ביטול העמדה חייבת בדיווח בכך שבדיקה של רשות המסים מצאה כי הוראות סעיף 167 לחוק מע"מ (מכוחו מתפרסמות עמדות חייבות בדיווח), אשר מתייחסות רק למקרים בהם יתרון המס הנובע מהעמדה - "עולה על 2 מיליון שקלים חדשים בשנה או על 5 מיליון שקלים חדשים במהלך ארבע שנים לכל היותר", אינן חלות ככלל בכל הנוגע למסחר בנוסטרו. ברם, תשובה זו גרמה לבית המשפט בעניין י.ג.מ להרים גבה ובצדק:

"ביטול עמדה חייבת בדיווח 12/2017, וזאת - כפי שנכתב בין השאר בהודעת רשות המסים: "...לאור בחינה נוספת של מאפייני התחום...", בלשון עדינה, אינה תורמת להבהרת עמדת רשות המסים בסוגיה שלפנינו (המגבלה הקבועה בחוק אודות גובה יתרון המס שמפיק עוסק, קיימת בלאו הכי בסעיף 167 לחוק, ולכן ספק האם ניתן לקבל את הסברי המשיבה בכל הנוגע לפרסום ביטול העמדה מטעם זה בלבד).²⁸

לאור המקובץ, קיבל בית המשפט את הערעור בעניין י.ג.מ. רשות המסים מצידה בחרה בודיעין שלא להגיש ערעור לבית המשפט העליון.

נפקות פסק הדין בעניין י.ג.מ

על בסיס הכרעתו של בית המשפט בעניין י.ג.מ, פנו נישומים העוסקים בתחום הנוסטרו למנהל מע"מ בבקשה לביטול סיווגם כ-"מוסד כספי" לעניין חוק מע"מ ולהחזר רטרואקטיבי בנוגע למס השכר ורווח ששילמו בניגוד לדין במהלך השנים.

והנה, על אף שחלפה למעלה משנה מיום פרסום פסק הדין ולמעשה למעלה מארבע שנים ממועד הודעת הביטול של עמדה חייבת בדיווח מס' 12/2017, ועל אף שרשות המסים לא הגישה ערעור לבית המשפט העליון, הרי שרשות המסים ממאנת להחיל על עצמה את קביעותיו של בית המשפט בעניין י.ג.מ. כל שנעשה על ידה עד כה בעניין זה, הוא פרסום קצר אשר יצא בתגובה לפניית עיתון גלובס בסוגיה, אשר זו לשונו (להלן: "פרסום הרשות"):

²⁷. שם, בפסקה 59.

²⁸. שם, פס' 31.

”ב-2 באוגוסט 2021 פורסם פסק דין י.ג.מ השקעות נגד רשות המיסים בו נקבע כי מי שפעילותו היחידה היא מסחר בניירות ערך בנוסטרו לא יסווג כ”מוסד כספי”. קודם לכן, ב-26 ביוני 2017 פורסם פסק דין אקוויטס ניהול השקעות בע”מ נגד מס הכנסה פקיד שומה 4 תל אביב בו נקבע שמי שפעילותו היחידה היא מסחר בניירות ערך בנוסטרו כן יסווג כ”מוסד כספי”. רשות המיסים בוחנת את השלכות הקביעות המשפטיות ובסיום הבחינה תפרסם הנחיה מקצועית.”

פרסום הרשות מעלה תהיות רבות לעניין תקינות התנהלותה בסוגיה ומעיד יותר מכל על זיחחות חסרת פשר, אשר אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הבסיס של המשטר הדמוקרטי:

- **ראשית**, יש לתהות כמה זמן דרוש לה על מנת לבחון את הסוגיה, קל וחומר לאור העובדה שהבחינה כבר החלה עם ביטול עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017 בספטמבר 2018 והרשות נמנעה מלהגיש ערעור כאמור לבית המשפט העליון.

- **שנית**, בתי המשפט בעניין **טריידומטיקס** ועניין **י.ג.מ** קבעו כי יש לפנות למחוקק או למחוקק המשנה כדי להסדיר את הסוגיה וכי הדבר אינו מצוי בסמכותה של רשות המסים. דע עקא, נראה שדברים אלו נפלו על אוזניים ערלות, שכן הרשות בשלה ובכוונתה כאמור לפרסם “הנחייה מקצועית”, משל מעמדה כמעמד המחוקק הראשי או מחוקק המשנה, ולא היא!

מעניין יהיה בהקשר זה לראות את תוכן “ההנחיה המקצועית”, אם יום אחד, רחמנא ליצלן, נזכה כולנו לראותה.

- **שלישית**, נראה כי הטעם להתעלמות רשות המסים מהכרעתו של בית המשפט בעניין **י.ג.מ** נעוץ בעובדה כי אליבא דרשות המסים, בעניין **אקוויטס נקבעה הלכה שונה** מזו שבעניין **י.ג.מ** ביחס לשאלת סיווגו של גוף פרטי העוסק בתחום הנוסטרו בלבד. **האומנם?**

טרם שנשיב לשאלה זו דומה כי שומה עלינו לעמוד על ההבדל בין “אמרת אגב” (Obiter dicata) ו-”טעם הפסק” (ratio decidendi) אשר יסייע לנו בבחינת הדברים כאמור. “טעם הפסק”, הרציו הדיסידנדי, הוא הכלל המשפטי (rule of law) אשר היווה בסיס לפסיקת בית המשפט. מקובל לומר כי העובדות המהותיות של המקרה הדרושות להכרעה (לרבות קביעות משפטיות נחוצות) בצירוף התוצאה הסופית, מהוות את טעם הפסק. לעומת זאת, כ”אמרות אגב”²⁹, ייחשבו אותם חלקים בדברי בית המשפט שלא היה בהם צורך בבסיס להכרעה³⁰.

29. “אוביטר” (בלטינית - דעה או הערה), הוא למעשה שיבוש של המונח אוביטר דיקטום - הערת אגב (בלטינית: Dictum Obiter).

30. ראו למשל מיכל תמיר, “עלותו השקועה של התקדים”, **דין ודברים** חלק א תשס”ה, עמ’ 228 (להלן: “מיכל תמיר”).

בהתייחסו להבחנה בין הרציו (טעם הפסק) לבין האוביטר (אמרת האגב) ציין כב' השופט בדימוס חיים ה' כהן, כדלקמן:

"כבר תיארנו את הרציו ככלל משפטי שהשופט ראה בו, במפורש או במשתמע, צעד הכרחי להשגת מסקנתו. האוביטר יתואר על כן ככלל משפטי מוצא פיו של השופט, שהוא עצמו לא ראה בו, במפורש או במשתמע, צעד הכרחי להשגת מסקנתו."³¹

ודוק, מלאכת מציאת "אמרת האגב" אינה תמיד קלה וככלל, בבואנו לעשות כן יש לתור אחר העובדות המשפטיות אשר הובילו את השופט למתן התוצאה המשפטית. במקרים מסוימים יקלו עלינו השופטים ויפתחו את הדיון באמרת האגב בביטויים כגון "למעלה מן הצורך" או "מעבר לנדרש בעניינו", ובכך הם מאותתים לנו כי דבריהם אינם מתייחסים באופן ישיר למחלוקת.

במאמרה **"עלותו השקועה של התקדים"** מבארת הכותבת באשר לנפקות המשפטית של ההבחנה כאמור כי:

"הכוח התקדימי מוקנה אך ורק לרציו של פסק הדין שכן, מטבע הדברים, השופטים מתייחסים באחריות רבה יותר בבואם לנמק סוגיות הנדרשות לצורך הכרעה בסכסוך ואף הראיות המצויות בידיהם, אשר על הבאתן אמונים הצדדים, מתייחסות רק לסוגיות האלה. יתרה מזאת, אמרת אגב לכאורה כלל אינה בגדר תפקידו של בית המשפט, שאמור לקבוע נורמות אך ורק באופן אינצידנטלי להכרעה בסכסוך הקונקרטי הנידון בפניו."³²

ובאופן דומה מבאר פרופ' אנגלרד בספרו **"מבוא לתורת המשפט"** כי:

"...רק ל"רציו" - טעם הפסק או ההחלטה - יש כוח מחייב, בשונה מאמרות אגב של השופטים שאין חובה ללכת בעקבותיהן."³³

ודוק, בתי המשפט בישראל קיבלו דוקטרינה זו ובמקרים רבים הכירו בכך כי אמרות אגב אינן מבססות הלכה מחייבת³⁴. כך למשל בעניין **ירון כהן** ציין בית המשפט כי:

"הסוגיה נדונה מספר פעמים בפני בתי המשפט המחוזיים (בהקשר של ניכוי תשומות במסגרת משטר מס ערך מוסף, כמו גם בהקשר של ניכוי הוצאות במסגרת משטר מס הכנסה). הסוגיה 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."³⁵

31. חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט בעקבות בג"צ קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר", פ"ד נב(1) 289 "משפטים לא, עמ' 415.

32. מיכל תמיר לעיל, הע"ש 30 עמ' 229.

33. יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט**, עמ' 166 (מהדורה שנייה, דרור נבו 2019).

34. לעמדה שונה ראו בש"א 1247-06 החקלאי תלמי מנשה אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין רחובות מיסים כהן/ה-269, ה-280 (2011).

35. ע"ש 1012-10 כהן ירון פיננסיים בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, "מיסים" כו'1 (פברואר 2012) ה-230, ה-237.

באופן דומה ציין בית המשפט בעניין הפטריארכיה הארמנית, כדלקמן:

"לדידי, צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו, כי הפרשנות שניתנה להוראת המעבר בעניין אלנתן היתה במהותה בבחינת אוביטר, משום שלא היתה נחוצה לצורך הכרעתו... בית המשפט עצמו הכיר כאמור בכך ש"לו עדיין עמדה הפקודה בתוקפה היום לא היתה זכות זו נתונה למערערים שהם יורשיו של המנוח." בכך היה די לשם דחיית הערעור. ממילא, לא נקבעו מסמרות בעניין אלנתן באשר לפרשנותה של הוראת המעבר."³⁶

ובהמשך שם:

"המערערת מבקשת אפוא להיבנות מאמירות שאינן בליבת הרציו של פסק הדין בעניין אלנתן. אין לראות את מתווה פרשנותה של הוראת המעבר בעניין אלנתן כתואי דרך סלול שבו יש לצעוד, אלא ככזה שסומן באופן ראשוני, טנטטיבי בלבד."³⁷

על רקע האמור, נפנה עתה לבחון את קביעותיו של בית המשפט בעניין אקוויטס והאם הן עומדות במישור נורמטיבי אחד עם קביעותיו של בית המשפט בעניין י.ג.מ.

והנה כבר בתחילת הניתוח המשפטי ציינה כב' השופטת י. סרוסי, כי המערערת מושתקת מלטעון כנגד סיווגה כ-"מוסד כספי", ובלשון בית המשפט:

"דברים אלו מתחדדים על רקע העובדה שהמערערת היא זו שיזמה בשנת 2010 את שינוי רישומה מי"עוסק" ל"מוסד כספי" ובמשך שלוש השנים שבערעור לא בקשה לשנות או לבטל את סיווגה החדש". לכאורה, די באמור לעיל על מנת לדחות את טענות המערערת בערעור כבר בשלב הזה."³⁸

משמע, אליבא דבית המשפט הואיל וסיווג המערערת כ-"מוסד כספי" נעשה לפי בקשתה והיא לא פעלה על מנת לשנות סיווג זה בדרך המלך הסלולה בסעיף 58 לחוק, **הרי שדי בכך על מנת לדחות את טענתה.** לאמור, בית המשפט השמיע לנו מפורשות כי הוא עצמו לא ראה בהמשך הדברים צעד הכרחי להשגת מסקנתו.

36. עמ"מ 807-14 הפטריארכיה הארמנית של ירושלים נ' רשות מקרקעי ישראל, עמ' 18 (פורסם בנבו, 10.6.15).

37. שם, ראו גם את פסקי הדין המצוינים במאמרו של אופיר סעדון "ניכוי פחת שלא נדרש משווי הרכישה - האומנם רע הכרחי?" **מקרקעין** 1/1 (ינואר 2007) א-57 - בש"א (אזורי ת"א) 7202/05 בן עמי שני נ' עיריית תל אביב-יפו, תק-עב 2006(2) 1499, 1504 (2006): "אמירה זו בפסק הדין הינה אמרת אגב (אוביטר) ואין לראות בה הלכה מחייבת". כך גם בתמ"ש (משפחה חי') 16070/02 רוזה עיסא סעיד נ' ג'רייס אסקנדר ח'ליל סעיד, תק-מש 2004(3) 689, 695 (2004): "...מקריאת פסק הדין הנ"ל הרי ברור כי דברי השופט זוסמן הינם אוביטר בלבד ולא הלכה...".
עניין אקוויטס לעיל, הע"ש 3 פסי 17.

38.

נמצאנו למדים אם כן, כי "טעם הפסק" קרי, הכלל המשפטי (rule of law) אשר היווה את הבסיס לפסיקת בית המשפט בעניין **אקוויטס** הוא כלל ההשתק והמניעות וכי הדברים שנאמרו לאחר מכן ביחס לסיווג פעילות נוסטרו, לא נדרשו לצורך הכרעתו ולפיכך הם בגדר "אמרת אגב".

כך ומעבר לכך וחשוב לענייננו, נראה כי למסקנה דומה הגיע אף בית המשפט בעניין י.ג.מ. בהתייחסו לעניין **אקוויטס** בכל הנוגע לסיווג סוחר נוסטרו כ-"מוסד כספי", וציין בקצרה כדלקמן:

"המשיבה נסמכת על פסק הדין של כבוד השופטת י. סרוסי בע"מ 25935-02-16 אקוויטס ניהול השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4 (26.6.2017) (להלן: "עניין אקוויטס"), בו נקבע - אמנם במסגרת אוביטר - כי ניתן לסווג סוחר בנוסטרו כמוסד כספי."³⁹

הא ותו לא!

הנה כי כן, הואיל וכוחו התקדימי והמחייב של פסק דין מוקנה אך ורק לטעם הפסק (הרציו הדיסידנדי) ולא לאמרת אגב (אוביטר), הרי שמתבקשת המסקנה כי פסק הדין בעניין **אקוויטס** אינו בגדר הלכה לעניין סיווגו של גוף שכל פעילותו היא רק סחר בחשבון נוסטרו כמוסד כספי, אלא רק פסק דינו של בית המשפט בעניין י.ג.מ. מהווה תקדים לעניין זה.

מאליו ברור אפוא כי פרסום הרשות אשר נתלה בעניין אקוויטס כמשקל נגד להכרעת בית המשפט בעניין י.ג.מ. שגוי מיסודו מבחינה משפטית.

בהקשר לכך, נשאלת שאלה נוספת והיא - האם רשות המסים רשאית להתעלם מפסק דינו של בית המשפט בעניין י.ג.מ. הואיל ובית המשפט העליון לא אמר את דברו לעניין זה?

סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה שכותרתו "הלכה פסוקה" קובע כדלקמן:

"20. (א) הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו.

(ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון."

עיננו הרואות אפוא, כי בהתאם לסעיף 20(א) לחוק יסוד: השפיטה, הלכה הנפסקת על ידי בית המשפט המחוזי תנחה בית משפט בדרגה נמוכה ממנו. ומה באשר לרשויות המדינה או לציבור המשפטנים? בית המשפט העליון עמד על עניין זה כבר בשנת 1985 במסגרת בג"ץ **מבע מוצאים** וקבע כי פסק הדין של בית המשפט מחוזי צריך להנחות את בתי המשפט מתחתיו **לרבות** את ציבור המשפטנים והרשות המנהלית, וכדבריו:

39. עניין י.ג.מ. לעיל, הע"ש 2 פס' 28.

“פסק-דין של בית המשפט המחוזי כלל וכלל אינו חסר משקל, משמעות והשפעה, שהרי הלכתו של בית-משפט מחוזי תנחה בתי-משפט בדרגים נמוכים יותר, בעת שהם נדרשים לפסוק בעניינים דומים. אך הגיוני הוא, שלא רק את ערכאות השיפוט הנמוכות יותר ינחה פסק הדין של בית המשפט המחוזי אלא גם את ציבור המשפטנים וציבור האזרחים, הניצבים בפני קושיה, שפסק הדין האמור, על-פי ההלכה העולה ממנו, מתרץ אותה.

מסקנתי היא, איפוא, כי כאשר מתעוררת מחלוקת משפטית בין בעלי דין באשר לפרשנותו של חוק ואין בפניהם הלכה ברורה ומחייבת בנושא זה מאת בית המשפט העליון, אולם מצויה בפניהם הלכה בנושא זה מאת בית משפט מחוזי, מותר להם להנחות עצמם באותה הלכה ולראות בה פסיקה עקרונית המשקפת נאמנה את המצב המשפטי לאשורו.⁴⁰

אדרבה, בית המשפט העליון אף הקשה ושאל מה הדין של פסיקת בית משפט מחוזי כאשר עומד ותלוי מולה ערעור לבית המשפט העליון, וקבע כי גם אז היא עדיין בחזקת דין מנחה ומכוון, ובלשונו:

“אם רואים בפסקי דין של בתי משפט מחוזיים גורם מנחה ומכוון את בתי המשפט בדרגות נמוכות יותר, ואת כלל הציבור, יש לראותם כמנחים גם כשאין הם חלוטים. התקופה בין הגשת הערעור לבין הדיון וההכרעה בו, עלולה להימשך זמן רב. במשך תקופה זו על הציבור ושלטונות המס לדעת כיצד לכלכל צעדיהם. אין זה סביר שבזמן זה יתעלמו מקיומו של פסק הדין. העובדה שההלכה בו עלולה להשתנות בפסק דין של בית המשפט העליון, אינה צריכה לפגוע במעמדו, כל עוד היא לא נהפכת.”⁴¹

קרי מסקנת בית המשפט העליון באותו עניין הייתה, כי אין מקום שרשויות המס יתעלמו מפסקי דין של בית המשפט המחוזי, גם כאשר מוגש על ידן ערעור לבית המשפט העליון, וקל וחומר כאשר לא מוגש על ידן ערעור לבית המשפט העליון. על כן, הנפקות המשפטית של פסק דין חלוט אשר יצא משורותיו של בית המשפט המחוזי היא, שפסק הדין משקף נאמנה את המצב המשפטי ושומה על הצדדים להנחות עצמם בהתאם לנקבע בפסק הדין.

חרף דברים אלו מפי בית המשפט העליון, במקרה זה, כמו במקרים אחרים, רשות המסים עדיין פועלת כראות עיניה ונמנעת מלערער על פסיקות בית המשפט המחוזי, בזמן שהן לא עלולות בקנה אחד עם תפיסתה.

40. בג"ץ 653/83 מבע מוציאים לאור בע"מ נ' סגן ניצב מס הכנסה ואח', פ"ד לט(3) 029 (1985) ו"מיסים אונליין".

41. שם, בעמ' 43.

מובן כי בהיותה רשות מנהלית, אשר חלה עליה חובת הגינות מוגברת⁴². מצופה היה כי תאמץ את דבריו של בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ **מבע מוצאים**, ותיישם את מסקנות פסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניין י.ג.מ.

אילו המצב היה הפוך, ניתן לשער כי רשות המסים הייתה פועלת ללא היסוס כדי לגבות את המס הסופי מנישום שהפסיד בבית המשפט המחוזי ובחר שלא להגיש ערעור לבית המשפט העליון.

למעשה, רק לאחרונה כבוד השופטת א' וינשטיין ביקרה קשות את רשות המסים על התנהלותה, וזאת במסגרת פסק הדין בעניין **פודולסקי** אשר עסק בערעור אודות מענקי הקורונה, ובלשון השופטת:

"המשיבה לא הגישה ערעור לבית המשפט העליון על פס"ד בטחון הצפון. על אף זאת, סברה המשיבה כי רשאית היא לחזור ולטעון באותה סוגיה, אשר הוכרעה כבר בפסק דינו של בית משפט זה בעניין בטחון הצפון.

סבורני כי מעבר לעובדה כי קיים השתק עילה (ההדגשה במקור) כלפי המשיבה, הרי שהתנהלותה זו - לפיה לא מצאה לנכון להגיש ערעור לבית המשפט העליון על פס"ד בטחון הצפון אך על אף זאת חוזרת היא וטוענת שוב ושוב (לרבות בערעורים אחרים המוגשים נגדה לפי חוק הסיוע הכלכלי) את אותה טענה, אשר כבר נדחתה על ידי בית משפט זה - אינה ראויה ואינה סבירה.

בהשלמת הטיעון שהוגשה על ידי המשיבה בעניין משמעות האיחור במתן ההחלטה בהשגה על ידי רשות המיסים, התעלמה המשיבה לחלוטין מקיומו של פס"ד בטחון הצפון.

42. ראו למשל ע"א 9863/09 וויריאנט בע"מ נ' מדינת ישראל - האוצר, מנהל רשות המיסים/אגף המכס ומע"מ מיסים כה/2 (אפריל 2011) ה-62, ה-76 אשר קובע כדלקמן: "על הרשות הציבורית מוטלת חובת הגינות מוגברת בפעולותיה. ביסודה של חובה זו, עומד מעמדה של הרשות כנאמן הציבור, וכן ההנחה בדבר חולשתו היחסית של הפרט אל מול השלטון, והחשש מפני פגיעה בחירויות היסוד שלו (ראו דפנה ברק ארז משפט מינהלי 276 (2010); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 487-488 (1987)). מחובתה של הרשות לפעול בהגינות נגזרות גם חובות קונקרטיים, שביניהן החובה לפעול בתום לב ובסבירות." כן ראו את דבריו של השופט (בדימוס) דנציגר בע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' איתמר מחלב ואח', "מיסים" כ/6 (דצמבר 2012) ה-65, ה-79: "בנקודה זו אני מוצא לנכון לשוב ולהדגיש כי על הרשות הציבורית כצד להסכם מוטלות חובות מוגברות של הגינות ותום לב. חובת ההגינות היא "ברום הערכי של חובותיה" של הרשות הציבורית (כדברי חברי השופט א. רובינשטיין בעניין תשתיות נפט בפסקה י"ט). כאמור, הרשות הציבורית אינה פועלת למען עצמה, אלא פועלת כנאמן הציבור: "זו (הרשות הציבורית) כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" (השופט ח. כהן בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה (1) 325, 331 (1971)). מהנאמנות של הרשות הציבורית לציבור נגזרת חובת ההגינות: "נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה" (השופט (כתוארו אז) א. ברק בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749, 841 (1991) (להלן: עניין ז'רז'בסקי)). כפועל יוצא, השיקולים שעומדים לנגד עיני הרשות הציבורית צריכים להיות שיקולים של טובת הציבור, לרבות אמון הציבור."

המשיבה פרסה את טיעוניה מדוע סבורה היא כי המועד למתן החלטה בהשגה הקבוע בחוק הסיוע הכלכלי - אינו מועד מחייב, כאילו לא נדונה הסוגיה מעולם בבית משפט זה וכאילו לא ניתן פסק הדין בעניין בטחון הצפון.

בכל הכבוד הראוי, זו אינה דרך ההתנהלות המצופה מרשות מרשויות השלטון (ההדגשה במקור).

ככל שהמשיבה סברה כי קביעתו של בית משפט זה בפס"ד בטחון הצפון בעניין משמעות האיחור במתן החלטה בהשגה - היא קביעה שגויה, היה עליה להגיש ערעור לבית המשפט העליון (ההדגשה במקור).

ככל שבחרה המשיבה שלא להגיש ערעור לבית המשפט העליון, הרי שאין היא רשאית להתעלם מפסק הדין בעניין בטחון הצפון, אשר הפך להיות חלוט והוא חל על המשיבה.⁴³

נראה אפוא כי התנהלותה של רשות המסים נהפכה ל"שיטה", לפיה כל עוד הרשות אינה מסכימה עם פסיקת בית המשפט המחוזי היא אינה עושה דבר מלבד לדבוק בעמדתה שלה. לדעתנו, התנהלות זו בלתי סבירה בעליל, עומדת בניגוד מוחלט לחובת ההגינות המוגברת החלה עליה ופוגעת בצורה ניכרת בעקרון הפרדת הרשויות אשר מהווה את נשמת אפו של המשטר הדמוקרטי. קרי, בהתנהלותה חוצה הרשות את מגבלת סמכויותיה כזרוע של הרשות המבצעת, והלכה למעשה, עושה דין לעצמה תוך התעלמות מוחלטת מהרשות השופטת.

דומה כי בעבר רשות המסים אכן נהגה אחרת, ראו למשל את ההודעה לעיתונות שיצאה תחת ידה ביום 6 באפריל 2008 בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין **ורד פרי**,⁴⁴ לגבי שאלת התרת הוצאת מטפלת:

"לאור האמור ולאור העובדה כי המדובר בפסק דין תקדימי החורג מכללי התרת ההוצאות תגיש רשות המסים ערעור לביהמ"ש העליון על פסק הדין. נכון לעכשיו, היות וצפוי להיות מוגש ערעור לא תיישם רשות המסים את פסק הדין."⁴⁵

משיקוליה המה בחרה רשות המסים לסטות מגישה זו בעניינם של סוחרי נוסטרו ומסתבר שלא רק בעניינם.

לשיטתנו התנהלותה אינה עומדת בקנה אחד עם המצופה מרשות מנהלית כנאמנה של הציבור ואף גובלת בבריונות לשמה כלפי הנישומים, תוך ניצול פער הכוחות הנוטה באופן מובהק לטובתה. יתרה מזו, התנהלות זו אף מוסיפה לחוסר הוודאות המשפטי אשר ממשיך לחול על שאלת החבות במע"מ ו/או במס שכר ורווח אצל הנישומים אשר פעילותם היא מסחר בחשבון נוסטרו בלבד.

43. עמ"נ 3720-11-21 **בוריס פודולסקי נ' רשות המסים**, "מיסים אונליין" (15.7.22) פסקה 73 (להלן: "עניין פודולסקי"). להשלמת התמונה יצוין כי בעמ"נ 40318-12-21 **פליסידד (פיסגה) בע"מ ואח' נ' רשות המסים בישראל**, "מיסים אונליין" (13.11.22), הגיע בית המשפט למסקנות שונות בעניין דומה שהגיע לפתחו.

44. עמ"ה 1213/04 **ורד פרי נ' פקיד שומה גוש דן**, "מיסים" כב/3 (יוני 2008) ה-134.

45. פורסמה ב"מיסים אונליין" ביום 7 באפריל 2008.

במו ידיה ובניגוד לקריאת בתי המשפט בעניין **טריידומטיקס וי.ג.מ.**, רשות המסים מביאה למצב במסגרתו סוחרי נוסטרו נמצאים בערפל ואינם יודעים כיצד לפעול - לפי עמדת רשות המסים אשר סוברת כי אותם עוסקים אכן חייבים במס שכר ורווח **או שמא בהתאם לפסיקת בית המשפט המחוזי**, אשר שלל את תחולת החוק על עוסקים שפועלם הוא אך ורק בפעילות מסחר בנוסטרו ובהתאמה קבע כי הם אינם חייבים במס שכר ורווח.

לסיכום חלק זה, לטעמנו, התקדים אשר נקבע בעניין **י.ג.מ.** מחייב את רשות המסים בהיותה רשות מנהלית **הכפופה** לרשות השופטת. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח הזמן הרב שחלף מאז ביטול עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017, נסיבות ביטולה, פסיקתו המפורטת של בית המשפט בעניין **י.ג.מ.**, אי הגשת ערעור לבית המשפט העליון, ההתעלמות המוחלטת מפסק הדין בעניין **י.ג.מ.** במשך למעלה משנה והודעת הרשות, שכל כולה ניסיון להתחמק מההלכה שנקבעה, בנימוק שגוי משפטית, אשר נאחז במסגרת אוביטר שנקבע בעניין **אקוויטס**.

הלכה שיפוטית כפועלת למפרע בקליפת אגוז

להשלמת התמונה נבקש לבחון האם ההלכה שנקבעה בעניין **י.ג.מ.** חלה באופן רטרואקטיבי כך שעל רשות המסים לשנות את סיווגם של מי שנרשמו "כמוסד כספי" ובהתאמה להשיב את מס השכר והרווח שהם שילמו.

טרם שניגש לשאלה משפטית זו נביא להלן את ההוראות הרלוונטיות לעניין זה.

ודוק, פרק י' לחוק מע"מ שכותרתו "רישום", מסדיר מנגנון פיקוח על גביית מע"מ ועל ניכוי מס תשומות בדרך של רישום בספריו של המנהל. סעיף 52 הפותח את הפרק קובע כדלקמן:

"52 (א) עוסק, מלכ"ר ומוסד כספי חייבים ברישום, במועד ובדרך שנקבעו.

(ב) אדם שהוכיח, להנחת דעתו של המנהל, שהוא מקים עסק, רשאי להירשם כעוסק ומשנרשם דינו לכל דבר וענין כדין עוסק."

אולם, הרישום המתבצע על פי סעיף 52 איננו קבוע לנצח. יפים הם דבריו של בית המשפט בעניין **דומסטרוי** אשר מיצה לעניין זה כהאי לישנא:

"הרישום המתבצע על פי סעיף 52 איננו קבוע לנצח. לשם הגשמת תכליתו של מנגנון הרישום - פיקוח על גביית מס אמת - ובהינתן פערים אפשריים בין סיווגם "האמתי" של הגופים הרשומים לפי פעילותם בשטח, לבין הסיווג "שבספרים" - אפשרויות לעדכון ותיקון הרישום הן הכרחיות. המחוקק הכיר בצורך זה ופתח פתח לשינויים כאלו במסגרת סעיפים 58 ו-61 לחוק..."⁴⁶

סעיף 58 לחוק אשר כותרתו "רישום מסוג שונה" קובע כי:

46. עניין **דומסטרוי** לעיל, הע"ש 5 בפס" 24.

"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."

לצד הסמכות לשנות סיווג רשום על פי "מהות עיסוקו" של הרשום, כקבוע בסעיף 58, ניצב סעיף 61(א) לחוק אשר זו לשונו:

"61 (א) ראה המנהל שפלוני רשום אף על פי שאיננו נמנה עם החייבים ברישום, או שרישומו כנמנה עם סוג מסויים של חייבי רישום אינו כדין, רשאי הוא לבטל או לתקן את הרישום."

על מהותה של הוראה זו עמד בית המשפט העליון בעניין דומסטרוי בציינו כי:

"סעיף זה מקנה למנהל סמכות לבטל את הרישום או לתקנו על בסיס שתי עילות: האחת, קיומו של רישום של אדם אשר "איננו נמנה עם החייבים ברישום", דהיינו אשר אינו במעמד עוסק, מלכ"ר או מוסד כספי (ראו סעיף 52(א) לחוק); והשנייה, קיומו של רישום ש"אינו כדין". על פני הדברים, עילות אלו כוללות את ביטול רישומו של מי שמצבו השתנה ואינו הולם עוד את הרישום, וכן את ביטולו של רישום אשר היה מלכתחילה "שלא כדין".⁴⁷

ומתי ייכנסו לתוקפם ביטול או תיקון הרישום? על שאלה זו משיב סעיף 63 הקובע כי:

"63. ביטול או שינוי על פי סעיף 61 וכן סיווג לפי סעיף 58, תקפם כעבור שלושים יום לאחר החודש שבו ניתנה ההודעה לפי סעיף 64, או במועד אחר שקבע המנהל."

הנה כי כן, לצד ברירת המחדל של מועד תחולת ביטול או תיקון הרישום, הותר המחוקק נתיב גמיש יותר בגדרו רשאי המנהל לקבוע "מועד אחר" לתוקפו של השינוי. הפסיקה הכירה בכך כי החלופה הקבועה בסיפא של הסעיף מאפשרת קביעת מועד רטרואקטיבי אשר ממנו יחול הסיווג העדכני.

כך למשל נקבע בעניין אגרי אינוסט כי:

"סיפא זו של סעיף 63 פורשה בפסיקה כמאפשרת גם ביטול רטרואקטיבי של הרישום, לפי שיקול דעתו של המשיב."⁴⁸

וברוח זו ציין המלומד פוטשבוצקי כי:

47. שם, שם. וראו לעניין זה גם פוטשבוצקי לעיל, הע"ש 10 עמ' 440, נמדר לעיל, הע"ש 7 עמ' 752-755.
48. ע"ש 2178/96 אגרי אינוסט נ' מנהל המכס והמע"מ, "מיסים אונליין" (14.12.99), עמ' 7. וראו לעניין זה גם ע"ש 26/92 הליילס בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, "מיסים" ט/1 (פברואר 1995) ה-161, בפס' 15 וע"ש 2014/95 הארגון למימוש האמנה בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, "מיסים" יב/3 (יוני 1998) ה-262.

"מבלי לגרוע מכל האמור לעיל רשאי המנהל לקבוע את המועד באופן קונקרטי. רשות זו פורשה כמעניקה סמכות גם לקביעת רטרואקטיביות."⁴⁹

נמצא אם כן כי הוראת סעיף 61(א) לחוק מקנה למנהל סמכות לבטל את הרישום או לתקנו, בין היתר, כאשר הרישום נעשה שלא כדין וכי בהתאם להוראת סעיף 63 לחוק הרי שהביטול יכול להיות למפרע.

ולא בכדי, נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואקטיבית (למפרע) והן פרוספקטיבית. יפים הם דבריו של הנשיא (כתוארו אז) א. ברק בעניין **סולל בונה**, אשר ביאר לעניין זה, כהאי לישנא:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית... בצדק ציין השופט הולמס כי "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים" ...כך הדבר לעניין פיתוח המשפט במסגרת המשפט המקובל, וכך הדבר במקום שהפסיקה מפרשת הוראה חקוקה (חוקה, חוק, תקנה), או משלימה בה חסר. ביסוד גישה זו מונחים שלושה טיעונים טיעון תורתי, טיעון חוקתי וטיעון מעשי."⁵⁰

באשר לטיעון התורתי ציין בית המשפט, כדלקמן:

"הטיעון התורתי הוא זה: באשר בית המשפט פוסק את הדין - אם במסגרת המשפט המקובל ואם במסגרת פרשנותו של חיקוק או השלמת חסר בו - הוא מצהיר על הדין. הוא אינו יוצר אותו. כאשר בית המשפט סוטה מפסק דין קודם, הוא קובע כי הפסק המוטעה מעולם לא היה דין. פסק הדין המבטל אינו יוצר דין חדש. הוא מצהיר על מה שהיה תמיד הדין. זו התורה הדקלרטיבית של המשפט.

מהתורה הדקלרטיבית של המשפט מתבקשת המסקנה, כי הפסק המבטל פועל רטרואקטיבית. אם הפסק המבוטל מעולם לא היה דין, והדין מעולם היה כפי שהוצהר בפסק המבטל, הרי משמעות הדבר הינה תמיד כי הפסק המבטל פועל, במישור הזמן, למפרע..."⁵¹

על רקע האמור, נמצא אפוא כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית באשר, בין היתר, בפסיקתו, הצהיר בית המשפט על הדין והוא אינו יוצר אותו.

בעניין **סמי שב** בית המשפט העליון על עקרונות אלו, בצינו כי:

"שאלת תחולתן של הלכות חדשות נדונה בבית המשפט זה לא מכבר ברע"א 8925/04 סולל בונה נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד (מיום 27.3.2005). בפרשה זו נקבע כי ככלל, תחולנה הלכותיו של בית המשפט למפרע. איני רואה סיבה מספקת שלא לנהוג כך גם בענייננו..."⁵²

49. פוטשבוצקי לעיל, הע"ש 10 עמ' 442,443
50. רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, עמ' 126, עמ' 133, פ"ד ס"א (27.2.06) (להלן: "עניין סולל בונה").
51. שם, שם.
52. ע"א 5954/04 פקיד שומה ירושלים 1 ואח' נ' משה סמי ואח', "מיסים" כא/3 (יוני 2007) ה-65.

עקרונות אלו פורטו בהרחבה גם בפסק הדין בדיון נוסף בעניין **איקאפוד**, אשר עסק בשאלת ההתיישנות באשר לשומות מס.⁵³

להשלמת התמונה בנקודה זו **יודגש**, כי הן בעניין **סולל בונה** והן בעניין **איקאפוד** נדרשו בתי המשפט לשאלת תחולתה של הלכה שיפוטית חדשה אשר נתנה פירוש חדש לחוק, **תוך סטייה מהלכת בית המשפט הקודמת**.

לעומת זאת, לא יכולה להיות מחלוקת כי בעניין **י.ג.מ**, הצהיר בית המשפט לראשונה על הדין באשר לשאלת סיווג גוף פרטי העוסק בפעילות נוסטרו בלבד כ- "מוסד כספי" לצורכי חוק מע"מ וזאת כאמור מבלי שהייתה כל הלכה שיפוטית קודמת לעניין זה. לשון אחר, בעניין **י.ג.מ** בית המשפט לא פסק דין חדש, שמקורו כאמור בפירוש חדש לחוק, **אלא הצהיר על מה שהיה הדין מאז ומעולם**.

מכאן, לטעמנו, סיווג גוף שכל פעילותו היא רק סחר בחשבון נוסטרו כ"מוסד כספי" נעשה שלא כדין ולפיכך ובהתאם להוראות סעיפים 61(א) ו-63 לחוק, על רשות המסים לבטל את הרישום כאמור באופן רטרואקטיבי ובהתאמה להחזיר את מס השכר והרווח ששילמו ביתר אותם גופים.

סיכום

בחלקה הראשון של רשימה זו ביקשנו לבחון האם פעילות נוסטרו מקימה חבות במע"מ. מצינו לעניין זה כי קריאת הוראות החוק על רקע תכלית החקיקה ולצד הבסיס המשפטי עליו מושתת חוק מע"מ מחייבת, לטעמנו, את המסקנה כי פעילות נוסטרו אינה מקימה חבות במע"מ.

חלקה השני של רשימה זו והמרכזי יותר התמקד בשאלת סיווגו של גוף שכל פעילותו בסחר בחשבון נוסטרו, כ- "מוסד כספי" לצורכי החוק.

במסגרת רשימה זו ביקשנו להראות כי בניגוד לעמדת רשות המסים בהודעתה, הרי שבעניין **אקוויטס** כלל לא נקבע תקדים באשר לשאלה כאמור ולפיכך פסק הדין בעניין **י.ג.מ בלבד**, מהווה תקדים מנחה כלפי רשות המסים בהיותה רשות מנהלית, אשר כפופה לרשות השופטת.

בתוך כך ציינו כי בהתאם להוראות החוק ועקרונות יסוד במשפט והואיל ובעניין **י.ג.מ** בית המשפט לא פסק דין חדש, שמקורו כאמור בפירוש חדש לחוק, אלא הצהיר על מה שתמיד היה הדין, הרי שלדידנו יש לבטל למפרע את סיווגם של גופים שכל פעילותם סחר בניירות ערך בחשבון נוסטרו, כ"מוסד כספי" ובהתאמה להשיב את מס השכר והרווח שהם שילמו.

53. דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 ואח' נ' איקאפוד בע"מ, "מיסים" כה/4 (אוגוסט 2011) ה-88.

מסקנות אלו מקבלות משנה תוקף נוכח הזמן הרב שחלף מאז ביטול עמדה חייבת בדיווח מספר 12/2017 ואף מפסיקת בית המשפט בעניין י.ג.מ, ולאור אי הגשת ערעור על ידי רשות המסים לבית המשפט העליון, תוך התעלמות בוטה מפסק הדין והודעת הרשות שכל כולה ניסיון להתחמק מההלכה שנקבעה בעניין י.ג.מ בנימוק שגוי משפטית ובניגוד משווע לתפקידה, כנאמן הציבור במסגרת חובת ההגינות המוגברת החלה עליה. כל אלו מחייבים לדעתנו את המסקנה, כי התנהלותה בעניינם של סוחרי נוסטרו והמשך סיווגם על ידה כמוסד כספי, תוך אי השבת מס שכר ורווח שגבתה בניגוד לדין, **היא בלתי סבירה בעליל**. בנימה סרקסטית, יש לתהות עוד כמה שנים ייקח לרשות המסים להגיע למסקנה דומה, ואולי בכלל מפללת היא לדיון בפני ערכאה נוספת, שייחלץ אותה מהתסבוכת המשפטית אליה היא נקלעה.