



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3555/15

ע"א 3723/15

ע"א 5447/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט צ' זילברטל

- המערערים בע"א 3555/15: 1. עודד מוזס
2. שלומית מוזס
3. שחר מוזס
- המערערים בע"א 3723/15: 1. נכסי ארקין בע"מ
2. משה ארקין
- המערערים בע"א 5447/16: 1. יצחק נפך מוזס
2. מרים נפך מוזס

נ ג ד

המשיב בע"א 3555/15, ע"א
3723/15 וע"א 5447/15: פקיד שומה למפעלים גדולים

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום
30.03.2015 בע"מ 53703-09-12 ובע"מ 54172-09012 שניתן על
ידי כבוד השופט מ' אלטבויה

תאריך הישיבה: כ"ו בתמוז תשע"ו (1.8.16)

בשם המערערים 3-1 בע"א 3555/15: עו"ד גלית פרידמן, עו"ד גיל רווח
ועו"ד שמר פרנקל

בשם המערערים 2-1 בע"א 3723/15: עו"ד יניב שקל, עו"ד זאב אוסלקה
ועו"ד לינור בוני

בשם המערערים בע"א 5447/16: עו"ד גיל גריידי ועו"ד שלמה אביעד זיידר

בשם המשיב בע"א 3555/15,
ע"א 3723/15 וע"א 5447/13: עו"ד קמיל אטילה

פסק-דין

השופט י' עמית:

פלוגי משקיע בניירות ערך שונים שנסחרים במט"ח. שער המט"ח יורד. האם
יותר לפלוגי לקזז את ההפסד שנוצר לו כתוצאה מירידת ערך המט"ח כנגד רווח ההון
שנוצר לו מעליית ערכם של ניירות הערך? שאלה זו עולה בשלושת הערעורים שבפנינו.

1. שלושת הערעורים הוגשו על פסקי דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה), בגדרם נדחו ערעוריהם של המערערים על שומות המס והצווים שהוציא להם המשיב:

הערעור הראשון: ע"א 3555/15 הוגש על פסק הדין בתיקים המאוחדים ע"מ 53703-09-12 וע"מ 54172-09-12 מיום 30.3.2015 (להלן: עניין עודד מוזס);

הערעור השני: ע"א 3723/15 הוגש על פסק הדין בתיקים המאוחדים ע"מ 1575-09-12 וע"מ 1629-09-12 מיום 24.11.2014 (להלן: עניין ארקין);

הערעור השלישי: ע"א 5447/16 הוגש על פסק הדין בתיק ע"מ 33681-02-15 מיום 15.6.2016 (להלן: עניין יצחק מוזס).

רקע עובדתי

2. המערערים שבפנינו הם פרטים (למעט המערערת 1 בעניין ארקין, שהינה חברה משפחתית), אשר בשנות המס הרלבנטיות (2007-2009 בעניין עודד מוזס ובעניין ארקין ו-2009-2011 בעניין יצחק מוזס) החזיקו ומימשו ניירות ערך הנקובים במט"ח או צמודים למט"ח, ובדיווחיהם למשיב קיזזו הפסדים שנגרמו להם כתוצאה מירידת ערך שער החליפין של המט"ח בו היו נקובים או שאליו הוצמדו ניירות הערך.

3. המשיב דחה את דיווחיהם של המערערים, וקבע כי אין לקזז את ההפסדים שמקורם בירידת ערך שער החליפין, בטענה כי לא ניתן לקזז הפסד כאמור – שאם היה ריווח לא היה מתחייב במס – וזאת לפי סעיף 92(א)(1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה), העוסק בקיזוז הפסד הון. בעקבות זאת, המשיב הוציא למערערים שומה לפי מיטב השפיטה בהתאם לסעיף 145(א)(ב) לפקודה, ובהמשך לכך צווים, בהם הוסיף לחיובי המערערים במס את סכומי ההפסדים אותם קיזזו כאמור.

פסקי דינו של בית משפט קמא

4. המערערים ערערו לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו כנגד השומות בצו שהוציא המשיב. שלושת הערעורים נשמעו בפני בית משפט קמא (כב' השופט מ'

אלטוביה), אשר דחה את הערעורים, מנימוקים דומים. השאלה המרכזית שניצבה בפני בית המשפט בשלושת הערעורים הייתה: האם לאור הוראות סעיף 92 לפקודה, ניתן לקזז הפסד הון מניירות ערך הנקובים במט"ח או צמודים למט"ח, שהוחזקו בתקופה של ירידת שער חליפין? להלן יוצגו בתמצית פסקי דינו של בית משפט קמא בשלושת הערעורים.

עניין עודד מוזס

5. הפלוגתאות בין הצדדים צומצמו במסגרת הסדר דיוני לשתי שאלות משפטיות, כדלהלן: ראשית, האם לאור הוראות סעיף 92 לפקודה, ניתן לקזז הפסד הון המשקף ירידת שער חליפין? שנית, כיצד יש לחשב את ריווח ההון הריאלי במכירה בה נוצר רווח הון ושער החליפין ירד בין מועד הרכישה למועד המכירה?

בית המשפט עמד על כך שהשאלה שבמחלוקת התעוררה ונבחנה בע"מ 13485-02-13 כלל פיננסים בטוחה ניהול השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 5 (13.8.2014) (להלן: עניין כלל), שם נקבע כי לצורך קביעת הזכות לקיזוז הפסד הון מכוח הוראות סעיף 92(א)(1) לפקודה, נדרשת התייחסות למהות הנכס ממנו נובע הפסד ההון או רווח ההון. המונח "נכס" בסעיף 88 לפקודה מוגדר כ"כל זכות או טובת הנאה", ובהתאם נקבע כי במכירת נייר ערך חוץ גלומים שני נכסים: האחד - נייר ערך חוץ, לגביו ניתן למדוד את רווח והפסד ההון מהשינוי בשער נייר הערך בבורסה בה הוא נסחר; השני - מטבע החוץ בו נקוב נייר הערך, לגביו ניתן למדוד את רווח והפסד ההון מהשינוי בשער מטבע החוץ ביחס לשקל הישראלי (להלן: גישת שני הנכסים). נוכח האמור, ניתן לחשב את הרווח וההפסד עבור כל אחד משני הרכיבים בנפרד. בית משפט קמא עמד על כך שאין שוני עובדתי של ממש בין עניין כלל למקרה שבפניו, ומשכך קבע כי הפסד ההון שמקורו בשינוי בשער החליפין אינו בר-קיזוז. צוין כי תוצאה זו מבוססת על ההקבלה בין הפטור ממס על רווחי הון שמקורם בהפרשי מט"ח לבין אי מתן זכות קיזוז להפסדי הון הנובעים מאותו מקור, ובכך מתקיימים סימטריה ואיזון.

אשר לפלוגתא השנייה, נקבע כי כאשר נמכר נייר ערך זר הנקוב במט"ח, יש להבחין בין עליית שער נייר הערך לבין ירידת שער החליפין. בעוד שבגין הרווח מעליית שער נייר הערך יחויב הנישום במס רווח הון, הנישום לא יהיה זכאי לקזז הפסד הון שנגרם לו בגין ירידת שער החליפין, וזאת כיוון שאם היה נצמח לנישום רווח מעליית שער החליפין, לא היה חב במס בגין רווח זה. בית משפט קמא הציג דרך

חישוב נוספת, בה נוקט המשיב, המתעלמת מהוראות סעיף 92 לפקודה בעת חישוב רווח ההון עצמו, ולפיה רווח ההון החייב במס קטן במקרה בו המדד, לרבות שער החליפין, יורד. עם זאת, נקבע כי אין באופן בו נוקט המשיב כדי לשנות מהמסקנה לפיה הפסד ההון שמקורו בשינוי בשער החליפין אינו בר קיזוז. בית המשפט הוסיף כי "אין זה מן הנמנע כי המחוקק ייתן דעתו לתוצאה הנובעת מלשון זו ויבחן אם ראויה היא שאם לא יפעל לתיקונה".

עניין ארקין

6. השאלה המשפטית שהונחה לפתחו של בית משפט קמא הייתה האם ניתן לקזז את הפסדי ההון שנבעו למערערים מירידת שער חליפין, מרווחים שצמחו להם ממימוש השקעותיהם בשוק ההון. בית משפט קמא הפנה לעניין כלל, והגיע לכלל מסקנה כי גם במקרה זה אין לאפשר קיזוז הפסד הון הנובע מירידת שער החליפין בו נקוב נייר ערך. גם כאן ציין בית משפט קמא כי "ער אני לתחושת 'אי הצדק' הנלווית להתעלמות הלכאורית מירידת השווי בערכים שקליים, הגם שאותה תחושה מצריכה בחינה כלכלית לשם אישושה, אולם זהו עניין מובהק למחוקק". נקבע כי לצרכי מס יש להבחין בין מרכיבי ההשקעה בנייר ערך הנקוב במט"ח, למרות שמדובר לכאורה בעסקה אחת, כך שיש להבחין בין ההשקעה בנייר הערך לבין ההשקעה במט"ח בו הוא נקוב. עוד נקבע כי אין נפקות להיות הנישומה חברה משפחתית, לעניין תחולתה של הגדרת "מדד" בסעיף 88 לפקודה, ובפרט באשר המערערים בחרו להחיל על עצמם הגדרה זו, כאשר הדבר היטיב עמם מבחינה מיסויית.

עניין יצחק מוזס

7. אף בעניין זה נדחו שומות המערערים לאחר שקיזוז הפסד שנגרם להם כתוצאה מירידת שער חליפין של מט"ח בו היו נקובים ניירות הערך שמכרו. הצדדים הגיעו להסדר דיוני לפיו הועברה לבית המשפט הכרעה בשאלה המשפטית – האם סעיף 92 לפקודה מאפשר לבצע קיזוז הפסד מניירות ערך זרים שהוחזקו בתקופה של ירידת שער חליפין כנגד רווחי הון אחרים. פעם נוספת, הסתמך בית משפט קמא על עניין כלל, וקבע כי לא ניתן לבצע קיזוז כאמור. בית המשפט קמא ציין טעמים נוספים להבחנה בין מרכיב נייר הערך לבין מרכיב שער החליפין, ובין השאר: ניתן לחשב באופן מדויק את ההפסד או הריווח הנובע משינוי בכל אחד מהרכיבים האמורים; בצדו של כל אחד מהמרכיבים חשיפה לסיכון עצמאי מבחינת המשקיעים; והפרשנות האמורה מובילה לסימטריה בגבייה, שכן רווח הון כתוצאה מעליית שער החליפין במקרה של השקעה

בנייר ערך הנקוב במט"ח פטור ממס. עוד נקבע כי אין בכללי מס הכנסה (המרה לשקלים חדשים של סכומים שמקורם מחוץ לישראל), התשס"ד-2003 (להלן: כללי ההמרה) כדי לשנות מהוראות הפקודה, לפיהן יש לראות את שער החליפין בו נקוב נייר הערך כמדד, ולכן אין בכללים אלו כדי לסתור את גישת שני הנכסים.

גם כאן הדגיש בית משפט קמא כי "עובדת ירידת שער המטבע מערפלת ויוצרת תחושת מיסוי שלא במקום שהרי בסופו של יום בעת מכירת נייר הערך והמרת התמורה לשקלים מוצא עצמו המשקיע עם פחות מאשר היה בידו בעת שהשקיע את כספו. עם זאת, דומני כי במצב בו שער המטבע היה עולה והמשקיע היה זוכה הן לרווח מעלית נייר הערך והן מעלית שער המטבע, לא היתה נשמעת טענה כי מדובר בסל אחד בר מיסוי". לעניין הדמיון בין מדד המחירים לצרכן לבין שער החליפין, העיר בית משפט קמא כי "הגם שאין המדד ושינוי בשער המטבע זהים ומושפעים הם מגורמי שוק אשר לעיתים הם שונים בכל זאת המחוקק בחר לראות בהתייחסות הפיסקלית אליהם בצורה דומה אולי משום שהם מהווים במשק הישראלי מנגנון מקובל וחלופי למעין קיבוע צופה פני עתיד של ערך עיסקה שנקבעה במועד נתון".

על כך נסבים הערעורים שבפנינו.

טענות המערערים

8. לטענת המערערים בעניין עודד מוזס, ראשית, לפי הוראות הפקודה הפסד ההון המותר בקיזוז הוא הפסד הון בערכו הנומינלי, מאחר שאין בהגדרה הנוגעת להפסד הון כל אזכור למדד. עוד נטען כי שיטת המס בישראל מבוססת על ערכים שקליים בלבד, ולכן יש להמיר כל פעולה המבוצעת במטבע חוץ לשקל חדש. נטען כי כללי ההמרה, המורים על תרגום מחירו המקורי של נכס לשקלים חדשים לפי שער המטבע היציג הרלוונטי, תומכים במסקנה זו. שנית, "הפסד הון", כפי שמוגדר בסעיף 88 לפקודה, ואשר אליו מתייחס סעיף 92 לפקודה, אינו מתייחס להפסד הון לפי רכיביו, אלא להפסד ההון כמכלול. הסעיף מכוון לאיסור על קיזוז הפסדים מנכסי הון שמלוא הרווח בגינם פטור ממס, ואינו חל במקרים של מכירה שבחלקה פטורה ממס. פיצול הפסד ההון לרכיבים הינו מלאכותי, ומהווה צעד תקדימי היוצר עיוותי מס. כמו כן, נטען כי פיצול נייר הערך לשני נכסים אינו עולה בקנה אחד עם עקרון המימוש, שכן במקרה בו נייר הערך נמכר בתמורה למט"ח, לא מתבצעת המרה לשקלים ולא ברור מתי יש למסות את רכיב שער החליפין. בנוסף, סוגי רווחי ההון שסעיף 92 לפקודה לא מכיר בקיזוזם הם רווחי הון שהוחרגו מבסיס המס בישראל (מכירתם של מי שאינם מוגדרים כ"נכס"

ועסקאות הפטורות ממס רווח הון). שלישית, נטען כי "סימטריה" אינה כלל פרשני בדיני מס, ולכן אין הכרח לבחור בפרשנות היוצרת סימטריה. גם אם נניח שסימטריה הינה כלל פרשני, הפרשנות בה בחר בית משפט קמא שגויה בכך שמשווה בין עסקאות בהן המדד עולה לעסקאות בהן המדד יורד. עוד נטען כי פרשנותו של המשיב אינה עולה בקנה אחד עם עקרון ההתעשרות, בכך שלפיה נישום עשוי לחוב במס גם אם לא התעשר בפועל. באשר להלכה שיצאה מבית משפט זה בע"מ 7486/14 בראל נ' מדינת ישראל - רשות המיסים (27.7.2016) (להלן: עניין בראל) – ולפיה יש למסות את רכיב הריבית בפקדון צמוד מט"ח הגם שעקב ירידת שער המט"ח סכום הפקדון קטן מסכום הקרן שהופקדה – נטען כי בשונה מעניין בראל, בענייננו הפיצול בין שני נכסים מלאכותי ומשולל היגיון, שכן לא מדובר בשני תזרימי הכנסה נפרדים המזוהים ספציפית עם סעיפי מקור בפקודה.

9. המערערים בעניין ארקין טוענים גם הם להחלת משטר מיסוי בו ניתן לקזז הפסד הון, שמקורו בשינוי בערך המט"ח אליו הוצמדו ניירות ערך, מרווח הון הנובע ממקורות אחרים. לטענתם, סעיף 88 מגדיר את המונח "הפסד הון" במונחים נומינליים, באופן היוצר הסדר שלילי, כך שלא ניתן להתייחס להפסד הון ריאלי בפני עצמו. כראיה, בניגוד להגדרת "רווח הון", אין בהגדרת "הפסד הון" כל התייחסות למדד או להשפעות אינפלציה. נטען כי תנאי ה"אילו" הקבוע בסעיף 92 לפקודה ("ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס") אינו מבקש להתחקות אחר רכיבי הפסד ההון בדיעבד (קרי, בחינה האם בפועל רכיב הפסד ההון חויב במס), אלא שמטרתו בחינה תיאורטית-כללית, האם רכיב הפסד ההון היה חייב במס אילו היה מצמיח ריווח הון. כיוון שניירות ערך הנקובים במט"ח עשויים להביא לאירוע מס מחייב, הרי שהפסד ההון שנגרם בדיעבד (על כלל רכיביו), מותר בקיזוז. בנוסף, נטען כי הפרשנות המוצעת על ידי המשיב מובילה לאי-סימטריה במיסוי בכך שבמצבים מסוימים מכירים ב"סכום האינפלציוני" שנוצר מהשינוי במט"ח, ובאחרים אין מכירים בהם. בהקשר זה, אין להשוות בין מצב בו עלה שער החליפין למצב בו ירד שער החליפין, כפי שמציע המשיב. עוד נטען כי גישת המשיב מנוגדת לכלל לפיו יש לפרש את דיני הקיזוז על דרך ההרחבה. לחלופין, נטען כי לפי תאוריית שני הנכסים יש להכיר במלוא הרכיב הריאלי של ההפסד בעת עליה בשער החליפין (וזאת מבלי להתייחס לביצועי שער החליפין, וגם במקרה בו רכיב ההפסד הריאלי עולה על סך ההפסד הנומינלי). עוד נטען כי לעומת עניין בראל, שעסק בהלוואה המניבה הכנסה משני מקורות שונים, בענייננו שני הרכיבים של רווח ההון משתייכים לאותו מקור הכנסה. כך עולה, למשל, מהעובדה שלעומת פיקדון הנושא ריבית והצמדה, לא ניתן לפדות את ההכנסה מנייר הערך בנפרד מההכנסה מרכיב ההצמדה, ומכך שהפסד מריבית אינו מושפע משינוי ערך מט"ח בו

נקוב הפיקדון נושא הריבית, בעוד שהפסד מנייר ערך עשוי להצטמצם ככל שערך המט"ח אליו הוצמד יעלה. מלבד זאת, המערערים מעלים טיעונים דומים לטיעוני המערערים בעניין עודד מוחס.

10. המערערים בעניין יצחק מוחס חוזרים על הטענות לפיהן גישת שני הנכסים בה נוקט בית משפט קמא שגויה ומובילה לכשלים ישומיים ולעיוותי מס, וכי לא ניתן להתייחס לנייר הערך ואל שער החליפין כאל שני נכסים נפרדים. לטענתם, המט"ח בו נקוב נייר הערך הוא "מטבע תרגום" לערך ההשקעה בנייר בלבד. נטען כי גישת שני הנכסים אינה מתיישבת עם מהותה הכלכלית של ההשקעה, ולחלופין, מהווה הלכה חדשה ומשכך תחולתה צריכה שתהיה מכאן ואילך. עוד נטען כי מצב העולם בו יש לבחון את השאלה האם ההפסד הנדון, אילו היה רווח, היה מחויב במס – הוא מצב של שחיקה במט"ח, וכי במצב זה ההפסד הנדון, אילו היה רווח, היה בבחינת רווח הון ריאלי החייב במס. בנוסף, נטען כי הפרשנות המוצעת על ידי המשיב יוצרת הפרה של ניטרליות המס בבחירת השקעות הנישום בשוק ההון; וכן תביא לתוצאה לא שוויונית נוכח הגדרת המונח "מדד" בסעיף 88 לפקודה, כך שתושבי חוץ (שבידם לבחור בין הצמדה למדד המחירים לצרכן לבין הצמדה לשער החליפין) יזכו להעדפה מבחינה מיסוית. באשר לעניין בראל נטען, בדומה לנטען בעניין ארקין שלעיל, כי בשונה מפקדון צמוד מט"ח, בנייר ערך צמוד מט"ח אין שני מקורות הכנסה נפרדים, שכן "הסכום האינפלציוני" אינו מהווה מקור הכנסה נפרד אלא חלק מחישוב ריווח ההון.

11. המשיב, בשלושת הערעורים, מצדד בתוצאות אליהן הגיע בית משפט קמא, אך שם את הדגש על נימוקים שונים. נטען כי לשונו המפורשת והברורה של סעיף 92 לפקודה מורה כי אין לקזז הפסד הון הנובע מירידת שער החליפין בו נקוב נייר הערך. שימוש המחוקק במונח "סכום" ברישא לסעיף 92 לפקודה מלמד כי ניתן לבחון את קיומו של חלק מהפסד ההון בלבד, ואין חובה להתייחס להפסד הון בכללותו, כטענת המערערים. פרשנות כאמור מקיימת את תכלית הסעיף ועולה בקנה אחד עם עקרון ההקבלה, שאחרת, תיווצר א-סימטריה בין הדין החל על הפסד לבין הדין החל על רווח בגין אותו רכיב. פרשנות כאמור אף עולה בקנה אחד עם השיקולים לפיהם יש לפרש את הוראות הפקודה לעניין קיזוז הפסדים, כפי שנקבעו בע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ (21.2.2010) (להלן: עניין מודול בטון). עוד נטען כי בדוגמאות שמציגים המערערים בכתבי טענותיהם, העוסקות בכללותן באופן חישוב רווח או הפסד ההון במצבים שונים, אין כדי לסתור את עמדת המשיב לעניין קיזוז ההפסדים. בנוסף, נטען כי סעיף 92 לפקודה אינו מתייחס בהכרח להפסד שאילו היה רווח היה כולו פטור ממס, מהטעם שפרשנות כאמור אינה סבירה,

וכיוון שהחלק האינפלציוני בהפסד ההון ניתן לחישוב מדויק, ובמקרים כגון דא הפקודה מכירה באפשרות של הפרדה בין רכיבים. נטען כי אין עיגון בחוק לטענה לפיה יש לשלול הכרה בהפסד רק בגין פעילויות שהוחרגו מבסיס המס הישראלי. בנוסף, נטען כי כללי ההמרה הינם כללים טכניים בלבד, הכפופים להוראות הפקודה, ואין בהם כדי לאפשר קיזוז לפי גישת המערערים. עוד נטען כי יש לבחון את רכיבי עסקת נייר הערך בנפרד, כפי שנהוג לעשות במקרים המתאימים בפקודה וכפי שנעשה בעניין בראל, ובפרט באשר רכיב שער החליפין משקף חשיפה כלכלית עצמאית.

דיון והכרעה

12. ענייננו בקיזוז הפסדים הוניים (סעיף 92 לפקודה) להבדיל מקיזוז הפסדים פירותיים (סעיף 28 לפקודה). מעיון בפסקי דינו של בית משפט קמא ומטענות הצדדים ניתן לזהות שלוש גישות במענה לשאלה – האם הפסד הון שמקורו בשינוי ערך מט"ח בו נקוב נייר ערך הינו בר-קיזוז?

גישת בית משפט קמא: גישת שני הנכסים שהוזכרה לעיל, לפיה במכירת נייר ערך חוץ גלומים שני נכסים: נייר הערך ומטבע החוץ בו נקוב נייר הערך. כיוון שרווח הון שמקורו בשינוי בערך מטבע החוץ בו נקוב נייר הערך אינו חב במס, אין לקזז את הפסד ההון שמקורו ב"נכס" שהינו מטבע החוץ. לכן, במקרה של נייר ערך צמוד מט"ח, יחול מס על רווח ההון בערכו הנומינלי גם במקרה של ירידה בשער המט"ח (מאחר שאין מקזזים את ההפסד מ"הנכס" השני בדמות ההצמדה למט"ח);

גישת המערערים: לפיה הפסד הון נמדד בערכים נומינליים והינו מיקשה אחת, כך שלא ניתן לבודד את רכיב ההצמדה למט"ח מרכיב נייר הערך הצמוד למט"ח. כיוון שרווח הון שמקורו בעליית שווי של נייר ערך (גם כזה הצמוד למט"ח) חייב במס, כך גם הפסד הון שמקורו בשינוי שווי נייר ערך (ובכלל זה גם שינוי בערך המט"ח אליו הוצמד) הינו בר-קיזוז.

גישת המשיב: לפיה ניתן לבודד את רכיב שער החליפין משאר רכיבי נייר הערך ולמדוד את השינוי בו כ"סכום אינפלציוני" (להבדיל מבחינת שער החליפין כ"נכס" נפרד היוצר רווח הון). היות שרכיב השינוי בשער החליפין אינו ממוסה כאשר נוצר רווח הון, אין לקזזו כאשר נוצר הפסד הון. לגישה זו, לא בשני נכסים עסקינן, אלא בשני רכיבים של נייר הערך. לכן, במקרה של נייר ערך צמוד מט"ח, יחול מס על רווח ההון בערכו הריאלי (דהיינו, לאחר ניכוי הירידה בשער המט"ח).

לאחר בחינת טענות הצדדים ועיון בנספחים ובדוגמאות שהוצגו בפנינו, הגענו לכלל מסקנה כי גישת המשיב היא העדיפה, ובהתאם לכך יש לדחות את הערעורים.

13. אין חולק על כך שהפסד הון מוגדר בסעיף 88 לפקודה כערך נומינלי (וראו המאמר פרי-עטם של באי-כוח המערערים בעניין יצחק מוזס: גיל גריידי, מולי קלנר ושלמה אביעד זידר "קיצוז הפסדים שנוצרו במימוש ניירות ערך הנקובים במטבע חוץ שהוחזקו בתקופה בה חלה ירידה בשער מטבע החוץ" מיסים כט(1) 37, 53 (2015)). מקור המחלוקת בין הצדדים הוא בפרשנות סעיף 92(א)(1) לפקודה, שמבקש ליצור מעין "תמונת ראי" בין רווח ההון לבין הפסד ההון, באשר, כפי שיובהר להלן, החפיפה בין השניים אינה מלאה. סעיף זה קובע תנאי סף לקיצוז הפסד הון, לפיו רק הפסד הון שאילו היה ריווח הון היה מתחייב במס הינו בר-קיצוז:

קיצוז הפסד הון

92. (א) (1) סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד ריווח ההון הריאלי וכל שקל חדש של היתרה יקוזז כנגד שלושה וחצי שקלים חדשים של סכום אינפלציוני חייב; לענין זה רואים שבח והפסד כמשמעותם בחוק מיסוי מקרקעין, תשכ"ג-1963, כאילו היו ריווח הון או הפסד הון, לפי הענין; [...]

הסעיף מבקש להתחקות אחר סכומי הפסדי ההון של נישום, ולבחון האם במצב דברים הפוך, בו סכום הפסד הון ספציפי היה לרווח, היה מוטל על הרווח האמור מס. התחקות אחר הפסד הון שמקורו בשינוי שער חליפין אליו הוצמד נייר ערך, מזמנת שתי שאלות: ראשית, האם סעיף 92(א)(1) לפקודה מאפשר "לחרוג" מההגדרה הנומינלית למונח "הפסד הון" בסעיף 88 לפקודה, ו"לבודד" את רכיב השינוי בשער החליפין מסכום ההפסד מנייר הערך? שנית, האם רכיב השינוי בשער החליפין ממוסה בפועל, כך שהינו בר-קיצוז? לשאלות אלה נדרש עתה כסדרן.

הגדרת "הפסד הון" בסעיף 88 לפקודה

14. לטענת המערערים, סעיף 92(א)(1) לפקודה מבקש לבחון את עסקת המכירה בכללותה, מבלי להפרידה לרכיבים. המערערים תומכים טענתם בהגדרה הנומינלית למונח "הפסד הון" בסעיף 88 לפקודה, שאינה מתייחסת באופן נפרד לרכיב הסכום האינפלציוני. מכאן טענתם כי כאשר עסקינן בנייר ערך צמוד מט"ח, לא ניתן להפריד בין רכיביו השונים של נייר הערך, ולא ניתן לבדוד את רכיב השינוי בשער החליפין.

לשם בחינת טענה זו, נעמיד לנגד עינינו את הגדרות הפקודה לעניין רווח והפסד הון מעסקה בנייר ערך:

הגדרות

88. בחלק זה – [...] “נכס” - כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ לישראל, למעט – [...] “מדד” - מדד המחירים לצרכן כפי שפורסם לאחרונה לפני היום שבו מדובר מטעם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ...; ואולם מי שבהיותו תושב חוץ רכש נכס במטבע חוץ כדין, רשאי לבקש שיראו את שער המטבע שבו נרכש הנכס כמדד; על אף האמור, לענין נייר ערך בידי יחיד, הנקוב במטבע חוץ או שערכו צמוד למטבע חוץ, יראו את שער המטבע כמדד; [...]

“מחיר מקורי” –

- (1) בנכס שנקנה - סכום שהוציא הנישום לרכישתו של אותו נכס;
- (2) בנכס שנתקבל בחליפין - התמורה בעת החליפין; [...]

“מחיר מקורי מתואם” – (בוטלה); [...] “יתרת המחיר המקורי” - המחיר המקורי של נכס לאחר שנוכו ממנו סכומי הפחת; “יתרת המחיר המקורי המתואם” - יתרת המחיר המקורי למעט יתרת הוצאות ההשבחה ומחצית יתרת הוצאות ההחזקה, כפול במדד ביום המכירה ומחולק במדד ביום הרכישה ובתוספת יתרת הוצאות כל השבחה כפול במדד ביום המכירה ומחולק במדד ביום גמר ההשבחה; [...] “נייר ערך” – כהגדרה “ניירות ערך” בחוק ניירות ערך, לרבות איגרת חוב או מלווה של מדינת ישראל או בערבותה, איגרת חוב של מדינת חוץ, יחידה, יחידת השתתפות בשותפות נפט, יחידת השתתפות בשותפות סרטים, זכות באיגוד מקרקעין, נייר ערך שהונפק מחוץ לישראל וכן עסקה עתידית; [...]

“ריווח הון” – הסכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי;

“סכום אינפלציוני” –

- (1) חלק ריווח ההון השווה לסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי המתואם על יתרת המחיר המקורי; [...]
- “ריווח הון ריאלי” – ריווח ההון פחות הסכום האינפלציוני; [...]
- “הפסד הון” - הסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי על התמורה;

לשם הפשטות, נציג את מרכיבי רווח והפסד הון, כפי שעולים מההגדרות שלעיל, בנוסחאות הבאות (אותן יש לקרוא מימין לשמאל):

$$\begin{aligned} & \text{ן ו ה ח ו ר ה ק מ מ ת ח מ ת ר ת י} \\ & \text{ילאיר ווה חוזה ק מ מ ת ח מ ת ר ת י - ינויצלפניא סוכס} \\ & \text{ן ו ה ר ו ח ק פ ה ר ח מ ת ר ת ו ה ר ו מ ת} \end{aligned}$$

15. כאשר עסקינן במיסוי ניירות ערך הנקובים במטבע חוץ או שערכם צמוד למטבע חוץ, סכום השינוי בשער החליפין נכנס בנעלי "הסכום האינפלציוני" במשוואת רווח ההון הריאלי שלעיל. זאת, כיוון שהגדרת המונח "מדד" קובעת כי "לענין נייר ערך בידי יחיד, הנקוב במטבע חוץ או שערכו צמוד למטבע חוץ, יראו את שער המטבע כמדד". קרי, "יתרת המחיר המקורי המתואם" תחושב לפי השינוי בשער החליפין של המטבע ולא לפי השינוי במדד המחירים לצרכן. בהתאם, יש להתייחס לשינוי בשער החליפין כאל שינוי בשער מדד המחירים לצרכן, ובמילים אחרות, בענייננו ה"סכום האינפלציוני" הוא סכום השינוי בשער החליפין. עוד עולה מסעיף ההגדרות, כי אין בפקודה הגדרה להפסד הון "ריאלי", כך שהסכום האינפלציוני, ככלל, יבוא לידי ביטוי אך ורק בעת בחינת רווח ההון הריאלי בעסקה.

מן האמור עולה כי, ככלל, הפסד הון מחושב בערכים נומינליים בלבד. בשלב זה, על פניו, הדין עם המערערים, שכן אין בהגדרת "הפסד הון" בסעיף 88 לפקודה כדי ללמד על הצורך בהפחתת הסכום האינפלציוני מהפסד ההון בטרם קיזוּו. ברם, כפי שנראה להלן, בחינת לשון סעיף 92(א)(1) ותכליתו לאור עקרונות המיסוי הנהוגים, מעלה כי ניתן ואף נדרש להפחית את הסכום האינפלציוני (בדמות ירידת שער החליפין) מסכום הפסד ההון הכולל כתוצאה מעסקה בנייר ערך צמוד מט"ח.

פרשנות סעיף 92(א)(1) לפקודה - שינוי שער חליפין כ"סכום אינפלציוני" עצמאי

16. הבחנה בין רכיבי הפסד שונים ממקור פלוני, לצורכי מיסוי אמת, מוכרת בפסיקה ובספרות, ואף עולה מהגדרות הפקודה עצמה, שכן כאמור, "סכום אינפלציוני" מחושב בנפרד מרווח ההון. בדומה, סעיף 94 לפקודה קובע כי "במכירת מניה על ידי חבר בני אדם, יופחת מסכום הפסד ההון בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים שקדמו למכירה אך לא יותר מסכום ההפסד". המלומד שפירא עוסק בספרו בהבחנה בין הפסד הון נומינלי לבין הפסד הון ריאלי, ולעניין מכירת נכס פיננסי שהצמיחה רווח הון נומינלי, אך מבחינה ריאלית

הסתיימה בהפסד, אף מציין כי "במקרה זה, מדובר בהפסד ריאלי שיותר בקיזוז רק אם המוכר הוא נישום פרק ב [קרי, נישום שהוראות פרק ב לחוק התיאומים חלות עליו – י"ע] (ראו אלכס שפירא מיטוי שוק ההון 852 (מהדורה שנייה, 2012) (להלן: שפירא)). הנה כי כן, הפסד ההון אינו "סטריילי", והמחוקק מכיר באפשרות "לעקר" ולהפחית רכיבים ממנו לצורך חיוב במס אמת.

17. עניין בראל, שנדון בפני בית משפט זה לאחרונה, עסק בערעורו של משקיע שהפקיד את כספו בפיקדון צמוד מט"ח הנושא ריבית קבועה. למשקיע נוצר רווח מן הריבית, אך בצדו נוצר גם הפסד כתוצאה משינוי בשער החליפין, ובסך הכול נגרם למשקיע הפסד במונחים נומינליים. השאלה שנדונה בפרשה הייתה "האם יש להבחין, בכל הנוגע להיבט המיסוי, בין רכיב הריבית לבין רכיב הפרשי ההצמדה ועל כן למסות בגין הרווח שמקורו בזיכוי הריבית, או שמא יש לראות את הפיקדון כולו כמכלול ולא למסותו כלל בשל הפסד הכיס שנגרם בסופו של יום למפקיד" (שם, בפס' 1). נקבע, כי הכנסה מריבית והכנסה מהפרשי הצמדה מהוות הכנסות נפרדות ושונות, וכי יש להבחין בין כל אחד מסלי ההכנסה האמורים בכל הנוגע להיבט המיסוי. זאת, למרות שהכנסות אלה הן מאותו הסוג – הכנסה פיננסית שמקורה בתשואה על ההון – ועל אף שיש ביניהן נקודות דמיון והשקה (שם, בפס' 13). בכך, נדחתה טענת המערער כי לא תיתכן הכנסה ללא "תוספת לעושר", וכי אין גובים מס על הפסד אלא רק על הכנסה ממשית (שם, בפס' 17).

בפסק הדין בעניין בראל נאמר כי "באירועי מס רבים מתעורר הצורך לפצל עסקה אחת למרכיביה לשם הטלת המס הראוי", אך הובהר שאין בכך "כדי להעיד על גישה כללית לפיה יש להפריד ולפצל כל עסקה לחלקיה לשם מיסויה, וייתכן כי יהיו מקרים בהם ההפרדה תהא מלאכותית ומשוללת הגיון" (שם, בפס' 18-19). בענייננו, מצאתי כי הפרדת רכיב הסכום האינפלציוני והפחתתו מהפסד ההון אותו מבקשים לקזז המערערים, נדרשות על-פי לשון הפקודה ולצורך גביית מס אמת, והיא בעלת היגיון כלכלי.

18. כידוע, "המסע הפרשני מתחיל בלשון החוק. לאחריו, בשלב השני, נבחנת תכלית החוק מבין מתחם האפשרויות הפרשניות של לשון החוק. אם קיימות מספר תכליות לחוק, יש להכריע מהי התכלית הראויה מבין אותן אפשרויות. הלכה עמנו כי חוקי המס מתפרשים על פי אותם כללי פרשנות החלים בפירושים של חוקים בדרך כלל, ואין לחוקי המס כללי פרשנות משלהם" (ע"א 9559/11 מנהל מיטוי מקרקעין נ' שעלים

ניהול נכסים, פס' 2 לפסק דיני (30.9.2013) והאסמכתאות שם; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985)).

19. לשון הסעיף: סעיף 92 לפקודה מתיר לנישום לקזז הפסדים הוניים, אולם קיזוז כאמור מוגבל אך ורק כנגד הכנסות הוניות שחל עליהן מס רווח הון או מס שבח מקרקעין. קרי, הפסד הון שנוצר מנכס שאין במכירתו מס, כגון רכוש פרטי או נכס אחר הפטור ממס, לא יותר בקיזוז על-פי סעיף זה (אהרן נמדר מס הכנסה [יטודות ועיקרים] 597 (מהדורה רביעית, 2013) (להלן: נמדר)). לשון הסעיף, כשלעצמה, מאפשרת לבצע הבחנה בין רכיבי הפסד ההון אותו מבקש הנישום לקזז, שכן מבחן הקיזוז שבסעיף 92(א)(1) לפקודה אינו עוסק ב"הפסד הון", אלא ב"סכום" הפסד הון:

"סכום הפסד הון... [ש]אילו היה ריווח הון היה מתחייב... במס".

לשון הסעיף אף מורה במפורש שלא לאפשר קיזוז של סכום הפסד הון שאילו היה ריווח הון לא היה מתחייב במס, ולכן יש להעדיף את הפירוש המקיים הוראה מפורשת זו, על פני פירוש המבטל אותה (ע"א 8932/02 פקיד שומה תל-אביב-יפו 5 נ' טאומן, פ"ד נח(1) 625, 643 (2003) והאסמכתאות שם; שפירא, בעמ' 855-857).

20. תכלית הסעיף: "לשון החיקוק אינה חזות הכל וככל שהלשון מאפשרת פירושים שונים יש להעדיף תמיד את הפירוש המגשים באופן מיטבי את תכליתו" (ע"א 6557/01 פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד סא(3) 413, פס' 3 לפסק דינה של השופטת א' חיות (2006)). בענייננו, אף הפירוש המגשים את תכלית הסעיף הוא כי אין להכיר בסכום האינפלציוני הנובע מהשינוי בשער החליפין כסכום הפסד הון בר-קיזוז. אסביר.

זכות הקיזוז, ובפרט הזכות לקיזוז הפסד הון, מוגבלת בהיקפה. לפי כללי הצדק המסי (Equity), ובמרכזם עיקרון היכולת לשלם, המס מוטל בעקבות הגדלת העושר או הצריכה. לכן, קבועים בפקודה מנגנוני הצמדה שמטרתם למסות את הפרט בהתאם למידת התעשרותו בפועל (ראו דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כא 531, 536 (1992); אוריאל פרוקצ'יה "הצמדה, שערות וריבית: עבר, הווה ועתיד" משפטים י 262 (התש"ס); להסבר אודות העיוותים שנוצרים בעקבות אינפלציה וסקירת מנגנוני הצמדה קיימים, ראו David Gliksberg, *The Coming Inflation and the Income Tax: Lessons from the Past, Lessons for the Future*, (?)

(2010) 411, 417-427 FLA. TAX REV. 410(4). הרציונל שבבסיס הצמדת נכסים לערכם הריאלי מקורו בערכי הצדק והשוויון (ראו ע"א 3489/99 מנהל מס שבח מקרקעין חיפה נ' עברי, פ"ד נז(5) 589, 602 (2003); ע"א 4030/03 מפעלי גרנות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה פקיד שומה למפעלים גדולים, פס' 32 (2.7.2007); בג"ץ 7078/05 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' לג לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (3.2.2008)). "השערוך בישראל הוחל כחלק מהדין הסובסטנטיבי הנשען על תפיסת עשיית עושר ולא במשפט, והוא חל על כל ענפי המשפט. הוא נועד לגשר על פני פערי ירידת ערך הכסף. מוכרות שיטות שונות לשערוך ומגוון רחב של אפשרויות בענין זה. ההכרעה בדבר טיבה של השיטה הראויה לחישוב חיובים כספיים – אם נומינלית או ריאלית, ואם ריאלית – מה שיטת השערוך הראויה – הפכה לתלוית ענין ונושא. היא נמדדת על פי הפרשנות הראויה של הדין הנוגע בדבר" (רע"א 1015/01 בן ארצי נ' מדינת ישראל ועדת הזכאות, פס' 28 (11.5.2011)).

תכלית סעיף 92 לפקודה, כפי שאף עולה בבירור מלשון החוק, היא לאפשר את קיזוז הסכום שאלמלא היה הפסד, היה בגדר רווח הון. הסעיף נועד להגן על היחיד בעת עליית הערך האינפלציוני, אולם לא נועד לאפשר ליחיד לחסות בצלו בעת ירידת ערך אינפלציונית (וראו טל פלמבאום "קיזוז הפסדי הון אינפלציוניים אצל יחיד שחוק התיאומים אינו חל עליו" מסים כה(1) 110, 116 (2011) (להלן: פלבאום)). על-פי המלומד נמדר, כוונת המחוקק במנגנון הקיזוז שבסעיף 92 היא לשלול את הקיזוז מנכסים ש"קטגורית" הינם פטורים ממס, להבדיל מנכסים שככלל חייבים במס ואילו המחוקק העניק לנישום פטור מיוחד בגינם (נמדר, בעמ' 597-599). ככלל, הסכום האינפלציוני אינו משקף שיפור בעושר או בצריכה (שכן הסכום האינפלציוני מייצג את העלייה במחירי השוק בערכים נומינליים). כמו כן, סעיף 91 לפקודה (בניסוחו העדכני) מורה כי מס רווח הון יחול רק על רווח הון ריאלי, ולכן הסכום האינפלציוני שבבד הרווח על ניירות ערך שנסחרו לאחר שנת 1993 פטור "קטגורית" ממס. מכאן, ש"סכום אינפלציוני", בין אם מקורו בשינוי ערך מדד או בשינוי שער חליפין, אינו בר-קיזוז כהפסד.

לטענת המערערים, המבחן האם סכום הפסד הון הינו בר-קיזוז צריך להיות תיאורטי – לגבי "סוג" הפסד הון מסוים – ולא מבחן בדיעבד, כלפי הפסד הון בנסיבות ספציפיות. אולם נוכח האמור, גם אם נפעל לשיטתם של המערערים, ניווכח כי סכום הפסד הון המהווה "סכום אינפלציוני" אינו חייב במס אף מבחינה תיאורטית (המערערים הפנו לע"א 14/85 פקיד השומה חיפה נ' גולדשטיין, פ"ד מא(1) 835

(1987), אך שם ריווח ההון ה"תיאורטי" נבע מהכנסות מהלוואה החייבות ככלל במס, ולכן בית המשפט הכיר באפשרות לקזז הפסד שמקורו בהלוואה).

21. מנגנון המיסוי בסעיפים 88-89 לפקודה מבקש "להוציא מהמשחק" את הסכום האינפלציוני, ובכך למסות רק התעשרות ריאלית, שאכן משקפת שיפור בעושר או בצריכה. מאחר שסעיף 88 לפקודה קובע כי במיסוי ניירות ערך הצמודים למט"ח יראו בשער החליפין כמדד, הרי שגם סכומים שמקורם בשינוי בשער החליפין אינם אמורים להיות ממוסים, בהיותם בגדר "סכום אינפלציוני". לכן, על מנת ליצור הרמוניה בפרשנות סעיפי הפקודה, יש לפרש את סעיף 92(א)(1), כך שסכומים שמקורם בשינוי בשער החליפין, שהינם בגדר סכום אינפלציוני, אינם ברי קיזוז. פירוש זה, אכן יוצר סימטריה בין רווח לבין הפסד, ובכך מביא להרמוניה חקיקתית באותו נושא, וככלל "יבכר הפרשן את הפירוש המביא לשילוב ויוצר הרמוניה, על פני זה המעלה ניגוד או חוסר אחידות" (ע"א 9863/09 וויריאנט בע"מ נ' מדינת ישראל – האוצר, פס' 35 והאסמכתאות שם (16.3.2011); כמו כן ראו גליקסברג, בעמ' 540; שפירא, בעמ' 855).

22. לעניין ההיגיון הכלכלי באי-קיזוז הסכום האינפלציוני שמקורו בשינוי שער החליפין, יפה קביעתו של כב' השופט מ' אלטוביה בעמ"ה 1242/07 חברת גלית בריכת שחיה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 3, פס' 42 (3.12.2012). באותו מקרה התעוררה שאלה הקרובה לענייננו - האם רשאי נישום לקזז הפסדים שנבעו מהפרשי הצמדה מהתמורה שנתקבלה בגין הפקעת המקרקעין, כאשר לו היה הנישום מפיק רווח מאותם הפרשי שער, הרווח היה פטור לאור הוראת סעיף 9(א13) לפקודה. נקבע כי "הכרה בהפסד בכלל היא מנגנון של ביזור הסיכון הכלכלי והעסקי שנוטל נישום על עצמו במהלך ניהול עסקו ובעת שהוא מחליט לממש את נכסיו ולקבוע את תנאי המימוש, על כלל ציבור משלמי המס. המחוקק (כנציג הציבור, שלוחו של הציבור) נכון לערוך ביזור זה של סיכון עסקי שעה שגלום בנטילת הסיכון רווח בר מיסוי שיש בו כדי לתרום לקופה הציבורית. מקום שאין הדבר כך, אין המחוקק נכון להתיר ביזור הנזק על דרך של הכרה בהפסד". בדומה, כאשר בהשקעה בנייר ערך הצמוד למט"ח לא גלום "סיכון" לרווח בר-מיסוי בגין הסכום הנובע משינוי בשער החליפין, גם אין מקום להכיר בהפסד הנובע בגינו. עוד על הדמיון הכלכלי בין מדד המחירים לצרכן לבין שער חליפין אליו מוצמדים ניירות ערך, ראו דברי בית משפט קמא בעניין יצחק מוזס המובאים לעיל.

23. לתמיכה בטענתם הפנו המערערים לדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22), התשל"ה-1975, ה"ח 324, 344, אך איני סבור כי יש בדברי ההסבר כדי לשנות מהפרשנות האמורה. אמנם בדברי ההסבר צוין כי "אין מתרגמים

הפסד הון למס לצורך הקיזוז, אלא תמיד רואים את הפסד ההון עצמו כהפסד ריאלי", אולם יש להניח כי הדברים כווננו לאפשרות שנוספה בתיקון לחוק, לקזז הפסד הון כנגד רווח אינפלציוני (ביחס של 1 ל-3.5). דברי ההסבר נכתבו בתקופה שבה רווח אינפלציוני עוד היה חייב במס, כך שמלוא רווח ההון היה חייב במס, ובהתאם מלוא הפסד ההון עמד בתנאי מבחן ה"אילו" שברישא לסעיף 92(א)(1) לפקודה. לכן, אין להסיק מדברי הסבר אלו לעניין פרשנות הרישא לסעיף 92(א)(1) (השוו ע"מ (מחוזי מרכז) 20209-09-10 שיפמן נ' פקיד שומה פתח תקווה, פס' 41 (9.10.2012), שם דחה כב' השופט א' סטולר את הטענה לפיה מדברי ההסבר האמורים עולה כי יש לאפשר קיזוז של הפסד הון ריאלי. זאת, בהיעדר הוראה מפורשת בחוק המאפשרת קיזוז כאמור). אציין כי פסק הדין שם עסק במצב בו בעקבות עסקה במקרקעין נוצר רווח במונחים נומינאליים, אולם במונחים ריאליים נוצר הפסד (שכן הסכום האינפלציוני היה גדול מרווח ההון הנומינאלי). הנישומים ביקשו לקזז את סכום הפסד ההון שחרג מעבר להפסד ההון הנומינלי, אולם בית המשפט דחה את טענתם כי קיזוז כאמור אפשרי. תמיכה למסקנה זו עולה מחוזר מס הכנסה 22/2002 "הרפורמה במס הכנסה מיסוי רווחי הון והכנסות מניירות ערך הנסחרים בבורסה" (20.12.2003), שם הוסבר משטר המיסוי לשנים 2003-2005 לניירות ערך שאינם אגרות חוב, וצוין כי "בכל מקרה... יש לשים לב שלא יותר בניכוי הפסד הון ריאלי" (שוב, הכוונה למקרים בהם הסכום האינפלציוני גדול מרווח ההון הנומינלי, ומכאן ההפסד הריאלי).

כמו כן, לא שוכנעתי כי סעיף 9(ג) לחוק התיאומים - שהוגבל לשנים 2007-1985 ובוטל בעיקרו בחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה) (תיקון מס' 20), התשס"ח-2008 - ולפיו "יראו הפסד ריאלי כהפסד הון לעניין סעיף 92 לפקודה", מצביע על הסדר שלילי לגבי הפחתת הסכום האינפלציוני מהפסד הון. ראשית, כאמור, החוק אינו בתוקף (וראו יצחק הדרי מיסוי מקרקעין כרך א 98-100 (מהדורה שלישית, 2012)). שנית, סעיף 9(ג) לחוק התיאומים הכתיב מנגנון מיסוי ייחודי לגבי נישומים ספציפיים (שניהלו את ספריהם לפי שיטת החשבונאות הכפולה), ואין ללמוד ממנו לעניין פרשנות הפקודה באשר לנישומים אחרים. כך, למשל, חישוב ה"הפסד הריאלי" בחוק התיאומים בוצע באופן שונה מהאופן שמתווה סעיף 88 לפקודה, ובנוסף הסעיף הורה כי יש לראות במכירה בה הפסד הון כמכירה בריווח הון ששיעורו אפס:

הפסדים

9. (א) ...

[...]

(ג) במכירת נכס קבוע בר פחת שאינו רכב פרטי או בנין שחל עליו חוק מס הכנסה (עידוד להשכרת דירות) (הוראת שעה ותיקוני חוק), התשמ"א-1981, וכן

במכירת נכס קבוע שהוא נייר ערך, יראו הפסד ריאלי כהפסד הון לענין סעיף 92 לפקודה; לענין זה, "הפסד ריאלי" – הסכום שבו נמוך ריווח ההון או השבח מהסכום המתקבל מצירופם של שני סכומים אלה:

(1) יתרת המחיר המקורי של הנכס, למעט מחצית הוצאות ההחזקה שלא הותרו בניכוי ולמעט יתרת הוצאות השבחה, הכל כמשמעותן בחלק ה' לפקודה, כפול בשיעור עליית המדד מהיום שבו הנכס הובא בחשבון כנכס מוגן או כגרעיה מההון לפי חוק המיסוי או כנכס קבוע או כשינוי שלילי, הכל לפי המוקדם, ועד יום המכירה;

(2) יתרת הוצאות כל השבחה כשהיא מוכפלת בשיעור עליית המדד מהיום שבו ההשבחה הובאה בחשבון כנכס מוגן או כגרעיה מההון לפי חוק המיסוי או כנכס קבוע או כשינוי שלילי, הכל לפי המוקדם, עד יום המכירה;
מכירה שיש בה הפסד הון כאמור בסעיף 92 לפקודה יראוה, לענין זה, כמכירה בריווח הון ששיעורו הוא אפס.

בנוסף, על פי חוק התיאומים, רוחחים אינפלציוניים מוסו כהכנסה חייבת לפי סעיף 7(ד) כתוספת בשל אינפלציה. בכך, יצר חוק התיאומים משטר מיסוי ייחודי, שאין ללמוד ממנו לענייננו (וראו פלבאוס, בעמ' 116).

24. לסיכום, "עולה תמונה ברורה ומתבקשת לפיה, בבואנו לחשב הפסדי הון הניתנים לקיזוז, עלינו להפריד בין המרכיב הריאלי המותר בניכוי מרווח ההון לבין המרכיב האינפלציוני שאותו אין להתיר בקיזוז" (פלבאוס, בעמ' 119). סעיף 92(א)(1) מהווה חריג לכלל לפיו הפסד הון מחושב באופן נומינלי, וזאת לשם הפחתת הסכום האינפלציוני מהפסד ההון בר-הקיזוז וגביית מס אמת (ראו חוזר מס הכנסה 18/2002 "הרפורמה במס הכנסה" – קיזוז הפסדים מחו"ל" (15.12.2002), והשוו לכללי ההמרה, שכפי שקבע בית משפט קמא, מהווים כללים טכניים בלבד שאינם משנים מהוראות הפקודה המהותיות).

במאמר פרי עטם של באי כוח המערערים, שנזכר לעיל, מוצגת דוגמה לתוצאה מתמיהה ומפלה, לפיה שני תושבי ישראל רכשו, כל אחד, מניה של אותה חברה באותו מועד ובאותו ערך, אלא שהאחד רכש את המניה בליש"ט והשני בדולרים. השניים מכרו את המניה באותו מועד ובאותו ערך, האחד בבורסה בארה"ב והשני בבורסה באנגליה, אך התוצאה לגבי כל אחד מהם תהא שונה בהתאם לשער הליש"ט ושער הדולר. איני סבור כי יש בדוגמה זו כדי לשכנע. מיסוי ניירות ערך בישראל הוא שקלי, וכללי

ההמרה לשקלים הם טכניים, ובבואנו לחשב את הרווח הריאלי, מצוות המחוקק היא להתעלם מרכיב הפרשי השער.

סעיף 92(א)(1) למעשה יוצר מנגנון דו-שלבי לחישוב סכום הפסד ההון המותר בקיזוז: בשלב הראשון, יש לחשב את הפסד ההון בערכים נומינליים, כפי שמורה סעיף 88 לפקודה; בשלב השני יש "לבודד" את סכום הפסד ההון שאילו היה רווח היה חייב במס, כאשר רק סכום זה יותר בקיזוז. הפרדתו של רכיב הסכום האינפלציוני מ"מקור" ההכנסה שהינו נייר הערך, כמו גם "שלילת" סכום הפסד ההון בגובה הסכום האינפלציוני, מקורן בהוראות חקיקה מפורשות (סעיפים 88 ו-92(א)(1)) ולכן אין בהן כדי להוות פגיעה בלתי צודקת בנישומים (ראו גליקסברג, בעמ' 383-384; והשוו ע"א 151/10 מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב נ' עיריית תל אביב, בפס' 26 (30.6.2012)). אדרבה, כך נמנע לטעמי עיוות לפיו הנישום זוכה, מחד גיסא, לפטור מרווח הוני שמקורו בעליית שער המט"ח, אך מאידך גיסא רשאי לקזז הפסד הנובע מירידת שער המט"ח אל מול רווחיו הריאליים. יובהר, כי הפרשנות האמורה אינה חורגת מהעיקרון לפיו הפסד הון מחושב בערכים שקליים, שכן הפרדת רכיב הסכום האינפלציוני מתבצעת רק לאחר חישוב הפסד ההון, ולצורך עמידה בתנאי הקיזוז הקבועים בסעיף 92(א)(1).

האם ה"סכום האינפלציוני" הנובע משינוי בשער החליפין חייב במס ולכן בר-קיזוז?

25. בכתבי הטענות ובדיון בפנינו הציגו המערערים מגוון דוגמאות להמחשת הטענה לפיה במצבים שונים ממוסה סכום השינוי בשער החליפין, ולכן יש לאפשר את קיזוזו. כאמור, סעיף 91 לפקודה (בניסוחו העדכני) המכתיב את שיעור המס שחל על רווח הון, קובע כי מס רווח הון ישולם אך ורק על רווח ההון הריאלי, ולכן הסכום האינפלציוני פטור ממס מעצם הגדרתו. באשר עסקינן בניירות ערך, ה"סכום האינפלציוני" מומר בסכום שנוסף למחזיק נייר הערך בגין הצמדתו לשער החליפין. משכך, סכום אינפלציוני זה פטור גם הוא ממס, והדברים עולים במפורש מלשון הפקודה (ראו שפירא, בעמ' 855). לפיכך, על-פניו, ניתן לדחות כבר עתה את טענת המערערים כי סכום השינוי בשער החליפין חייב במס ולכן בר-קיזוז. עם זאת, לשם הזהירות ולצורך ביאור המצב העובדתי הקיים, נתייחס ביתר פירוט לטענות ולדוגמאות שהעלו הצדדים.

26. לא שוכנעתי מהדוגמאות שצורפו לטענות המערערים בהן, כביכול, סכום אינפלציוני שנוצר בעקבות שינוי שער חליפין מחויב במס. גם אם נניח כי שיעורי

שינויי השער המוצגים בדוגמאות אלה אפשריים (הגם ששינוי של 120% בשער המטבע אינו דבר של מה בכך), הצמדות להגדרות המופיעות בסעיפים 88-89 לפקודה מלמדת כי גם במצבים המוצגים בדוגמאות אלה, לא יוטל מס על סכום אינפלציוני. לשם הנוחות, אתייחס לחמש הדוגמאות אותן הציגו המערערים בדיון בפנינו, הממחישות את המצבים השונים הרלוונטיים לענייננו. קודם לכן, אחזור ואעמיד נגד עיננו את הנוסחאות לחישוב רווח והפסד הון, כפי שנקבעו בסעיף 88 לפקודה:

ן ו ה ח ו ר ה ק מ מ ת ח מ ת ר ת י

ילאיר ונה חוזה ק מ מ ת ח מ ת ר ת י – ינויצלפניא סוכס

ן ו ה ר ו ק פ ה ר ח מ ת ר ת ו ר ו מ ת

(1) מצב של עליית שער חליפין

דוגמה 1: רכישת נייר ערך ב-\$100, בשער חליפין של 5 ₪ לדולר (סה"כ 500 ₪) ומכירת נייר הערך ב-\$150, בשער חליפין של 7 ₪ לדולר (סה"כ 1,050 ₪): בדוגמה זו רווח ההון עומד על 550 ₪, ורווח ההון הריאלי החייב במס הינו 350 ₪. הסכום האינפלציוני בעסקה זו עומד על 200 ₪ ($2 \times \$100 =$ ₪) ואינו חייב במס, ועל כך אין חולק.

דוגמה 2: רכישת נייר ערך ב-\$100, בשער חליפין של 5 ₪ לדולר (סה"כ 500 ₪); ומכירת נייר הערך ב-\$50, בשער חליפין של 11 ₪ לדולר (סה"כ 550 ₪): בדוגמה זו רווח ההון עומד על 50 ₪, אולם במונחים ריאליים, נוצר הפסד בסך (550-) ₪. הסכום האינפלציוני בעסקה זו עומד על 600 ₪ ($6 \times \$100 =$ ₪) ואינו חייב במס.

ודוק: גם בדוגמא קיצונית זו אותה העלו המערערים, אין מקום למסות את הסכום האינפלציוני, שכן במקרה קיצוני זה כלל לא קיים רווח הון ריאלי. בהתאם לכללי חישוב רווח ההון הריאלי, כפי שמופיעים בסעיף 88 לפקודה, יש להפחית מסכום התמורה הנומינלי (550 ₪) את יתרת המחיר המקורי (500 ₪) וכן את הסכום האינפלציוני (600 ₪), שהם ההפרש בין יתרת המחיר המקורי המתואם (1,100 ₪) לבין יתרת המחיר המקורי (500 ₪). חישוב זה מוביל לתוצאה השלילית (של 550- ₪), כך שבסיטואציה מעין זו כלל לא אמור לחול חיוב במס, ובפרט לא ימוסה הסכום האינפלציוני. תוצאה חריגה זו נגזרת מהמצב העובדתי החריג בדוגמה, בו ערך המטבע עלה ב-120%. נזכיר, כי הסכום האינפלציוני אמור לבטא את חלק רווח ההון שמקורו בשינוי במדד המחירים לצרכן. במקרה בו מדד המחירים משתנה ב-120%, לירידה

בערך נכס הבסיס השלכה משמעותית על כוח הקנייה של המשקיע, וזאת כיוון שכתוצאה מההחזקה בנכס, המשקיע הפסיד פעמיים – פעם אחת את הירידה בערך הנכס; ופעם שניה את ה"רווח" האלטרנטיבי שהיה צומח לו אילו היה בוחר שלא לרכוש בסכום שבידיו את נכס הבסיס (קרי, לו המשקיע היה נמנע מלהחזיק בנכס בתקופת השינוי בערך המדד, היה נהנה מהשינוי בערך המדד בצורה משמעותית יותר מאשר במצב בו החזיק בנכס באותה תקופה). יובהר כי הדברים נאמרים מבלי לקבוע מסמרות באשר לסיטואציה התיאורטית שמועלית בדוגמה זו.

דוגמה 3: רכישת נייר ערך ב-\$100, בשער חליפין של 5 ₪ לדולר (סה"כ 500 ₪); ומכירת נייר הערך ב-\$50, בשער חליפין של 7 ₪ לדולר (סה"כ 350 ₪): בדוגמה זו הפסד ההון עומד על 150 ₪. הסכום האינפלציוני בעסקה זו עומד על 200 ₪ (100×2 ₪) ואינו חייב במס, כיוון שבמקרה של הפסד הון כלל אין חיוב במס. טענת המערערים לפיה אי-ההכרה בקיומו הסכום האינפלציוני בעסקה זו כמוה כחיוב הסכום האינפלציוני במס, הינה בגדר "הנחת המבוקש", שכן נקודת המוצא להנחה זו היא כי סכום אינפלציוני זה הינו בר-קיוו, נקודת מוצא שאותה שללנו בדיון שלעיל (השוו, עניין בראל, בפס' 17).

(2) מצב של ירידת שער חליפין

דוגמה 4: רכישת נייר ערך ב-\$100, בשער חליפין של 5 ₪ לדולר (סה"כ 500 ₪); ומכירת נייר הערך ב-\$200, בשער חליפין של 3 ₪ לדולר (סה"כ 600 ₪): בדוגמה זו רווח ההון עומד על 100 ₪. בעסקה זו אין למעשה סכום אינפלציוני כהגדרתו בפקודה ("חלק ריווח ההון השווה לסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי המתואם על יתרת המחיר המקורי"), ובוודאי שאינו חייב במס, שכן יתרת המחיר המקורי המתואם (300 ₪) נמוכה מיתרת המחיר המקורי (500 ₪) (ראו שפירא, בעמ' 472).

אעיר, כי במקרים שונים בפסיקה, פורשו סעיפי הפקודה באופן המכיר ב"עלייה שלילית" (ראו, למשל, ע"א 2810/13 חברת מגדניית הדר בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פס' 15 (2.6.2015), שם נאמר כי "אכן נכון להתייחס למונח 'נוסף' בהגדרת הפרשי הצמדה כשיעור חיובי מנקודת מבטו של המלווה וכשיעור שלילי מנקודת מבטו של הלווה"; ת"א (מחוזי י-ם) 5664-02-11 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' מדינת ישראל - רשות המיסים - פקיד שומה ירושלים 1 (23.12.2012); ראו גם "השפעת המדד השלילי על אגרות ופעולות גבייה" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), 13.10.2015)). אולם, הפרשנות האמורה נבחרה במקרים אלה על מנת

להגיע לתוצאה מיסוית צודקת, תוך ניסיון להתחקות אחר התעשרותו בפועל של הנישום. בענייננו, אין להלום כי "סכום אינפלציוני שלילי" יכלול בבסיס המס, שכן אז בעת מיסוי רווח ההון הריאלי יתווסף הסכום האינפלציוני לסכום בו מחויב הנישום במס, בעוד שכוונת המחוקק שלא למסות סכום אינפלציוני כרווח הון ריאלי ברורה ומפורשת.

דוגמה 5: זו הדוגמה היפה לענייננו. רכישת נייר ערך ב-\$100, בשער חליפין של 5 ₪ לדולר (סה"כ 500 ₪); ומכירת נייר הערך ב-\$50, בשער חליפין של 3 ₪ לדולר (סה"כ 150 ₪): בדוגמה זו הפסד ההון עומד על 350 ₪, וגם כאן יתרת המחיר המקורי המתואם (300 ₪) נמוכה מיתרת המחיר המקורי (500 ₪), כך שאין סכום אינפלציוני. כפי שעולה מהדוגמאות שלעיל ולפי לשונו המפורשת של סעיף 92(א)(1), הגם שהפסד ההון בדוגמה זו עומד על 350 ₪, אין להכיר במלוא סכום הפסד ההון לצורכי קיזוז. זאת, כיוון שסכום הפסד ההון בסך 200 ₪, הנובע מהשינוי בשער החליפין לא היה חייב במס לו היה רווח, בהיותו "סכום אינפלציוני". משכך, סכום הפסד ההון שיותר בקיזוז בדוגמה זו עומד על 150 ₪ בלבד.

27. יוצא כי אין בנמצא דוגמה התומכת בטענת המערערים, לפיה במצבים שונים הסכום האינפלציוני שמקורו בשינוי בשער החליפין אליו מוצמד נייר הערך מחויב במס. על כן, יש לדחות את טענותיהם במישור זה.

סיכום

28. המסקנה אליה הגענו דומה למסקנה אליה הגיע בית משפט זה בעניין בראל, שם הבחין בית המשפט בין רכיב הריבית לרכיב של הפרשי שער במט"ח. סכום הפסד הון שמקורו בשינוי שער חליפין אליו מוצמד נייר ערך הינו בגדר "סכום אינפלציוני" שאינו בר-קיזוז. מכאן, שסכומי הפסד ההון אותם ביקשו המערערים לקזז, שמקורם בשינוי שער החליפין אליו הוצמדו ניירות הערך בהם השקיעו, אינם ברי קיזוז. אשר על כן, דין הערעורים להידחות, והשומות שהוציא המשיב בצו לכל אחד מהמערערים עומדות בעינן.

29. לפני סיום, אעיר כי איני שולל את הטענה לפיה שינוי בשער חליפין כזה או אחר אינו משקף את השינוי ביוקר המחיה בישראל, ומשכך יתכן שההקבלה הקבועה בסעיף 88 לפקודה בין שער חליפין למדד המחירים לצרכן עשויה להוביל לעיוותי מס ואף לאי שוויון בין נישומים (וראו פס' 6 לפסק דינו של בית משפט קמא בעניין יצחק מוחס). עם זאת, שיקוליו של המחוקק בהגדרת המונח "מדד" לעניין ניירות ערך צמודי מט"ח עמו, וככל שימצא כי ההסדר הקיים מוביל לתוצאה שאינה ראויה, או כי יש לכלול בבסיס המס את הרווחים וההפסדים האינפלציוניים שמקורם בשינוי שער חליפין, יש להניח כי יבוצעו ההתאמות הנדרשות בחקיקה.

כמו כן, בנסיבות המקרה דנן, בהן הפקודה מתייחסת באופן מפורש לסכום האינפלציוני ברווח מעסקה בנייר ערך, לא ראיתי לקבוע מסמרות באשר לגישת שני הנכסים שהציע בית משפט קמא. הגם שמדובר בגישה אנליטית מקורית לבחינת עסקאות, השואפת ליתן מענה אחיד למגוון סוגי עסקאות, העדפתי בפתרון הנצמד להוראות הפקודה כלשונן, ומספק וודאות בבחינת עסקאות עתידיות (השוו ע"א 2965/08 סגנון שירותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, בעמ' 8 (21.6.2011)). משכך, לא נדרשתי לטענות הצדדים באשר לקשיים שונים ביישומה של גישת שני הנכסים, כגון תחולתה על נכסי מקרקעין הנמכר בחו"ל שמחירו נקוב במטבע חוץ וכיו"ב.

30. אשר על כן הערעורים נדחים. המערערים יישאו בהוצאות המשיב בסך 10,000 ₪, בגין כל אחד מהערעורים שהוגשו.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

א. לאחר העיון החלטתי להצטרף לחוות דעתו של חברי השופט עמית. אודה, כי הטרידתני השאלה – החוזרת ועולה מדי פעם – של הגינות בדיני המס, כלומר, האם נוהגת הרשות בהגינות בנישומים. כנראה התשובה במקרה דנא היא הסימטריה, קרי, מקום שרווח אינה ממוסה, לא ימוסה גם ההפסד. איני בטוח שתשובה זו מניחה את הדעת באופן "אוניברסלי" ויתכנו חריגות לכאן ולכאן, ואני מקוה שאכן לכאן ולכאן ולא לצד אחד בלבד. אבל כדי שתושג פשטות רבה ככל האפשר במבוכ ההגדרות, יתכן שזו הדרך הנכונה, גם אם ניתזים שבבים כאלה או אחרים.

ב. כפי שציין חברי, נדמה כי אין חולק שהחישוב על-פי סעיף 88 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) נעשה על-פי ערך נומינלי (ראו י' הדרי מיסוי מקרקעין כרך א' 92-91 (מהדורה שניה, 2000); ג' גריידי, מ' קליינר וש' אביעד זידר "קיצוז הפסדים שנוצרו במימוש ניירות ערך הנקובים במטבע חוץ שהוחזקו בתקופה בה חלה ירידה בשער מטבע החוץ" מיסים כ"ט(1) 37, 54 (2015)). עם זאת אציין, כי איני בטוח, שהחישוב על פי ערך נומינלי הוא צודק כראוי, ולטעמי על העוסקים בכך ברשות המסים ובמלאכת החקיקה בכנסת להידרש לשאלה זו. אכן, איננו מצויים – תודה לאל – בתקופת אינפלציה מן הסוג שהרעיש את המשק, לפני למעלה משלושה עשורים; אך גם שינויים קטנים במדד יכולים להיות משמעותיים (ראו למשל הערתה של השופטת ארבל לעניין חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 בע"א 6557/01 פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פסקה 51 (2006)). ובהמשך לכך, מצטרף אני גם בכל לב להבהרתו של חברי השופט עמית (בפסקה 29) לעניין השינויים ביוקר המחיה וההקבלה בין שער החליפין למדד המחירים לצרכן. שוב אעלה על נס את עניין ההגינות.

ג. ולבסוף, גם אנכי סבור – ובהיקש לפסק דינו של חברנו השופט זילברטל בע"מ 7486/14 בראל נ' מדינת ישראל - רשות המיסים (27.7.16) – כי יש לראות את נייר הערך כמסמך אחד, ולו שני רכיבים (עניין בראל עסק בריבית ובהצמדה). גישה זו היא גישת ביניים בין גישת בית המשפט קמא, שהיא שובת לב במישור הדיוני, של "שני נכסים", ובין גישת המערערים הטוענים למקשה אחת של "מכל בכל כל". אף לעניין זה אני מצטרף לניתוחו המאלף של חברי השופט עמית.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ו (12.9.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה