

לזכרו של רו"ח אורני אלעד ז"ל
שחקים ועמד בראשה של
מחלקת חמסים ב-KPMG סומך חייקין

קיצוז הפסדים שנוצרו במימוש ניירות ערך הנקובים במטבע חוץ שהוחזקו בתקופה בה חלה ירידה בשער מטבע החוץ

כשלי "גישת שני הנכסים הנפרדים" ופרשנותו הראויה של
סעיף 92(א)(1) לפקודה

מאת

גיל גריידי* • מולי קלנר** • שלמה אביעד זינר***

בשני פסקי דין שהתפרסמו לאחרונה בסמיכות זמנים - כלל פיננסים בטוחה¹ ו-נכסי ארקין² (להלן: "פסקי הדין") - פרש בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מפיו של כבוד השופט אלטוביה, את משנתו בהתייחס להפסדים שנוצרו לנישום יחיד במימושם של ניירות ערך הנקובים במטבע חוץ או הצמודים לו (להלן: "ניירות ערך חוץ"), בתקופה בה חלה ירידה בשער מטבע החוץ. לתוצאת פסקי הדין הנזכרים יש השלכות רחב שהינן מעבר להשקעה בניירות ערך חוץ; וכפי שיובהר, למשנת בית המשפט השפעה על כל השקעה שעניינה בנכסים הנקובים במט"ח, כגון נדל"ן בחו"ל וכיו"ב.

נזכיר, כי בסמיכות זמנים לפרסומם של פסקי הדין, פורסם גם פסק הדין בעניין מיכל בראל³ העוסק במיסוי פיקדונות הצמודים למטבע חוץ והמשלמים ריבית, כשלצידם נוצר לנישום הפסד מהפרשי שער בגין קרן הפיקדון. יודגש, כי דיון מלא בסוגיה זו חורג ממסגרת

* עורך-דין (רואה-חשבון), שותף במשרד גורניצקי ושות', מתלמידיו של אורני אלעד ז"ל.

** רואה-חשבון, כלל חברה לביטוח בע"מ, מתלמידיו של אורני אלעד ז"ל.

*** עורך-דין במשרד גורניצקי ושות'.

1. ע"מ 13485-02-13 כלל פיננסים בטוחה ניהול השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 5, "מיסים" כח/5 (אוקטובר 2014) ה-26.

למען הגילוי הנאות, יוער כי עורכי הדין המחברים ייצגו את כלל פיננסים בטוחה הן בהליך בפני בית המשפט המחוזי, בגדרו ניתן פסק הדין החלקי בעניינה, שעסק בסוגיה נשוא המאמר; והן בערעורה בפני בית המשפט העליון על פסק הדין החלקי (ע"א 7687/14). ואולם יודגש כי המחלוקת בסוגיית הפרשי השער לא הבשילה כדי הכרעה חלוטה המהווה הלכה מחייבת, שכן הערעור נמשך במסגרת הסדר פשרה שנחתם בין הצדדים.

2. ע"מ 1575-09-12 נכסי ארקין בע"מ ואח' נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, ראו מדור פסיקה בחוברת זו (ניתן ביום 24.11.2014).

3. ת"מ 137-07 מיכל בראל נ' מדינת ישראל - רשות המסים, "מיסים און לייק", 4.9.2014.

מאמרנו זה, ולא בכל ההקשרים ניתוח מצב הדברים שיובא להלן, בכל הקשור למיסוי ניירות ערך חוץ, מתיישב עם מצב הדברים בהקשר להשקעה בפיקדונות במטבע חוץ.

לשיטת בית המשפט המחוזי, כפי שבאה לידי ביטוי בפסקי הדין, מימוש של נכס הנקוב במטבע חוץ או צמוד לו, מהווה למעשה אירוע מס "כפול", שעניינו בשני נכסים נפרדים: נכס הבסיס ומטבע החוץ. גישה זו, שניצנים לה בהקשרים אחרים (והולמים יותר) כבר נשמעו בעבר, מהווה בענייננו, כפי שיובהר, גישה המהפכת סדרי בראשית וכלכלה.

במסגרת מאמר זה נבקש לסקור את גישתו של בית המשפט המחוזי לאורה הכריע בהליכים שהועמדו בפניו; להצביע, בכל הכבוד, על הקשיים הנכבדים, בראייתנו, ביישומה של גישה זו; ולמנות את ההנמקות הרבות (משפטיות וכלכליות) בגינן ראוי לטעמנו לאמץ גישה שונה עליה נעמוד.

למען ירוץ הקורא במאמרנו נניח את "אבני הדרך" במסלול שלאורכו נצעד:

פרק א' נעסוק בהליכים השונים במסגרתם נדונה סוגיית ההכרה בהפסדים שנוצרו כתוצאה ממימוש נכסים צמודי מט"ח, כאשר בתקופת האחזקה בנכסים אלו חלה ירידה בשער מטבע החוץ. כן נסקור את גישתו "החדשנית" של בית המשפט המחוזי - "גישת שני הנכסים הנפרדים" לאורה הכריע את שהכריע.

פרק ב' נמנה את הכשלים ביישומה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" בסוגיית הפרשי השער ובתוך כך נעמוד על אלו: על ההיקף המתבקש ביישומה של גישה זו בענייננו ליישומה (שנדחה) בקשר עם סוגיות ה-*Dividend Stripping*; על הקושי ליישב גישה זו עם לשון הפקודה; על היותה מנוגדת להיגיון הכלכלי שבבסיס ההשקעה בנייר ערך חוץ כנכס הון אחד; על הקשיים הפרקטיים ועיוותי המס שיגרור יישומה; על השלכות הרחב השליליות שיש לאימוצה במישור דיני המס; ועל הדיסהרמוניה שתיווצר עם הדין הכללי. מפאת כל אלו סבורים אנו שגישה זו לא נכון שתיכון.

פרק ג' נשוב אל המחלוקת המקורית בעניין הפרשנות הראויה לסעיף 92(א)(1) לפקודה ונציב את "גישת ההפסד הנומינלי" מול "גישת שחיקת ההפסד". כפי שנראה להלן, הגישה המתוייבת יותר עם לשון הסעיף, עם תכליתו, עם הוראות אחרות הקיימות בדיני המס, עם ההיסטוריה החקיקתית, עם עקרונות בסיסיים בדיני המס והמביאה לתוצאת מס ראויה יותר הינה, בראייתנו, "גישת ההפסד הנומינלי" לפיה הפסד ההון הנומינלי שנוצר מהשקעה בנייר ערך חוץ בידי יחיד יותר בניכוי במלואו ואין בסעיף 92(א)(1) לפקודה כדי לאיין פלח מהפסד ההון הנומינלי שנוצר מהשקעה זו בגובה השחיקה המטבעית שנוצרה בתקופת אחזקת הנייר.

פרק א': על ההליכים שהוכרעו וגישתו של בית המשפט המחוזי

בשני הליכים שונים שהוכרעו בסמיכות זמנים, שירטט בית המשפט המחוזי את המתווה לעריכת שומותיו של נישום שמימש ניירות ערך חוץ בהפסד, כשבתקופת אחזקתם התרחשה ירידה בשער המט"ח:

ההליך הראשון עניינו בפסק הדין החלקי שניתן בפרשת **כלל פיננסים בטוחה**. באותה הפרשה נדון עניינה של המערערת שעסקה, בין היתר, בנייהול תיקי השקעות ובשיווק השקעות. מטבע פעילותה, העניקה המערערת ללקוחותיה, בין השאר, שירותים למסחר בניירות ערך הנסחרים בארץ ומחוצה לה, ובתוך כך גם בניירות הנקובים במטבע חוץ או שערכם צמוד למטבע חוץ.

בעת מימוש ניירות הערך של מי מלקוחותיה, חייבת הייתה המערערת בניכוי מס במקור. לצורכי ניכוי מס במקור, המערערת נקטה בגישת ההפסד הנומינלי והתחשבה בחישוביה במלוא ההפסדים השקליים שנוצרו ללקוחותיה ממימוש ניירות ערך חוץ, גם כאשר חלה **שחיקה בשער מטבע החוץ**. המשיב לא קיבל גישה זו ומצידו גרס, כי כאשר חלה שחיקה בשער מטבע החוץ, אין להתחשב במלוא ההפסד הנומינלי הנובע ממכירת ניירות ערך החוץ בידי יחידים; לשיטתו, יש להפחית את ההפסד בר הקיזוז בגובה (אותה) שחיקה שחלה ביחס לעלות נייר הערך. המחלוקת שנתגלעה הובילה להוצאת צו שעליו נסוב הערעור.

במסגרת הסדר דיוני אליו הגיעו הצדדים, נדרש בית המשפט להכריע, בשלב ראשון, אך בשאלה המשפטית המוסכמת - שאלת אופן ההכרה בהפסדי ההון הנומינליים שאירעו ליחידים בעת מימוש ניירות ערך הנקובים במטבע זר או הצמודים לו, כאשר חלה ירידה בשער חליפין של אותו מטבע זר בתקופת האחזקה של הנייר.⁴ המחלוקת הנזכרת הומחשה, תוך הדגמת ירידת שער החליפין, כדלקמן:

עלות	סכום ב-\$	שער חליפין	סכום בש"ח
עלות	1,000	4	4,000
תמורה	1,000	3	3,000

חישוב רווח (הפסד) הון שקלי	חישוב השחיקה האינפלציונית (לפי שער החליפין)
תמורה	$4,000 * (3/4 - 1) = (1,000)$
עלות	
הפסד הון	(1,000)

אשר לתוצאות המס של עסקאות דוגמת העסקה המתוארת, נתגלעה, כאמור, מחלוקת בין הצדדים: **לגישת רשויות המס**, לאור סעיף 92(א) לפקודה, אין להתיר את קיזוז ההפסד שנוצר לנישום, בהיותו הפסד הנובע מירידת המדד/שער החליפין (שאיילו היה רווח היה פטור ממס) (להלן: "**גישת שחיקת ההפסד**"); **לגישת המערערת**, לעומת זאת, חסרון הכיס שאירע לנישום - ההפסד הנומינלי במונחי שקלים - הינו הפסד בר קיזוז מנימוקים שונים שעוד יפורטו. המערערת אף חלקה על הגישה כי יש "לצבוע" הפסד זה כנובע **בהכרח** מירידה בשער החליפין (להלן: "**גישת ההפסד הנומינלי**").

4. בשלב שני, ככל שהצדדים היו נדרשים לכך, היה על בית המשפט לדון ולהכריע בסוגיות נוספות אשר היה גם בהן פוטנציאל להקטין את החבות מכוח השומה.

ההליך השני עניינו בפסק הדין בעניין **נכסי ארקין**. באותה הפרשה נדון עניינם של חברה משפחתית והנישום המייצג בה אשר הפיקו הכנסות מכספים שהשקיעו בשוק ההון. במקביל מימשו המערערים ניירות ערך הנקובים ו/או צמודים למטבע חוץ תוך הפסד, כשברקע התרחשה ירידה בשער החליפין של מטבע החוץ. גם במסגרת ערעור זה שבה והתעוררה שאלת ההכרה בהפסדים הנזכרים.

בפסקי הדין שניתנו בהליכים אלו, פרש בית המשפט את משנתו בסוגיית ההכרה בהפסדים שנוצרו על רקע הפרשי השער. גישתו של בית המשפט המחוזי, אשר תכונה להלן "גישת שני הנכסים הנפרדים", באה לראשונה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין **כלל פיננסים בטוחה**. במסגרת פסק הדין נקבע, כי יש לראות השקעה בנייר ערך הנקוב במטבע חוץ או הצמוד לו (כגון: "מניית Facebook") כמגלמת השקעה בשני נכסים נפרדים: **הנכס האחד** הינו **נייר הערך**, שנרכש לפי שער ידוע ביום הרכישה, אשר ביחס אליו יש למדוד רווח והפסד הנובעים משינויי שער נייר הערך בבורסה בה הוא נסחר; **הנכס השני** הוא **מטבע החוץ בו נקוב נייר הערך**, אשר ביחס אליו ניתן למדוד רווח והפסד הנובעים משינויי שער מטבע החוץ ביחס לשקל.

פסק הדין קבע איפוא, כי יש "לפלח", כאמור, נייר ערך חוץ לשני נכסים (נבדלים זה מזה) - נייר ערך החוץ עצמו ומטבע החוץ בו נקוב נייר הערך. ובלשונו של בית המשפט:

"במכירת נייר ערך חוץ גלומים למעשה שני נכסים. נכס אחד הינו נייר ערך חוץ, אותו רכש הנישום לפי שער ידוע ביום הרכישה וביחס אליו ניתן למדוד רווח והפסד הנובעים משינויי שער נייר הערך בבורסה בה הוא נסחר. נכס שני, הינו מטבע החוץ בו נקוב נייר הערך אשר גם ביחס אליו ניתן למדוד רווח והפסד הנובעים משינויי שער מטבע החוץ ביחס לשקל הישראלי (בתקופה שמיום הרכישה עד ליום המכירה)."

לגישת בית המשפט, הואיל ומטבע החוץ הינו נכס העומד בפני עצמו, הרי שזה (כשלעצמו) מניב רווח או הפסד עצמאיים הנובעים מנכס נפרד בהתאם לשינוי בשער החליפין. לפיכך, אליבא דבית המשפט, כשם שהרווח הנובע מהפרשי השער ("הנכס השני") - נכס המט"ח - פטור ממס, כך גם ההפסד הימנו אינו בר ניכוי.

בעניין **נכסי ארקין** חזר בית המשפט על "גישת שני הנכסים הנפרדים" והבהיר פעם נוספת:

"שאלת פרשנות סעיף 92(א) (1) לפקודה בקשר עם קיזוז הפסד הנובע משינויי בשער מטבע חוץ בו נקוב נייר ערך זר נדונה בפני בע"מ 13485-02-13 כלל פיננסים בטוחה... ניתן להבחין בין רכיב נייר ערך חוץ לבין מטבע החוץ בו הוא נקוב, ולראות בכל אחד מהמרכיבים האלה נכס נפרד... מאחר ורווח ההון הנובע משינויי בשער נייר הערך חייב במס, אזי הפסד הון משינויי בשער נייר הערך ניתן לקיזוז. מנגד, מאחר ורווח הון הנובע משינויי בשער מטבע החוץ בו נקוב נייר ערך פטור ממס, אזי הפסד הון הנובע משינויי בשער מטבע החוץ בו נקוב נייר ערך אינו ניתן לקיזוז."

"גישת שני הנכסים הנפרדים" בהתייחס למימוש נכסים שערכם ננקב במטבע חוץ, המבקשת "לפלח" את נכס ההון שנמכר לשני נכסים נבדלים (נייר ערך ומט"ח) - גישה

שנהגתה ואומצה ע"י בית המשפט בפסקי הדין הנזכרים - מהפכת סדרי בראשית. להבנתנו, ובכל הכבוד, השקעה בנייר ערך חוץ הינה השקעה **בנכס הון אחד**, אשר גוזרת "תמורה" **אחת**, "מחיר מקורי" **אחד ורווח/הפסד הון אחד** (כהגדרתם של אלו בסעיף 88 לפקודה). **השקעה בנייר ערך חוץ אינה השקעה ב"שני נכסים נפרדים", לא בהתאם לדין הכללי וגם לא במהותם של דברים.**

למעלה מכך, למיטב ידיעתנו, "גישת שני הנכסים הנפרדים" כלל אינה תואמת את עמדת רשות המסים; וגם לגישתם, נייר ערך חוץ מהווה **נכס הון אחד** המקים (בעת מימושו) רווח או הפסד הון אחד.

וידגש, השלכותיה של "גישת שני הנכסים הנפרדים", גם בהתייחס למיסוי ניירות ערך חוץ, חורגות מעבר לסיטואציה הספציפית שנידונה בפסקי הדין בה אירע לנישום הפסד הון בתקופה בה חלה שחיקה במטבע החוץ.

במאמר מוסגר נעיר, כי אם אמנם, כשיטת פסקי הדין, השקעה בנייר ערך חוץ מהווה השקעה בשני נכסים **נפרדים**, הרי שחלוקה זו (לשני נכסים) אינה תלויה בשחיקה שחלה בשער המטבע, וגם כאשר חלה עלייה בשער המטבע, יש "לחלק" את נייר ערך החוץ לשני נכסים נפרדים. **במצב דברים זה, בסיטואציה בה התרחשה עלייה בשער המטבע ונוצר לנישום הפסד הון מנייר ערך חוץ הנמדד כנכס אחד, תוצאת פסקי הדין מיטיבה דווקא עם הנישום**, שכן, ההפסד שיותר בניכוי לנישום והמיוחס לנייר הערך יהא גבוה יותר. כך, הואיל וכגישת פסקי הדין, אם מנטרלים מההפסד הנומינלי הכולל את הרווח המטבעי (שנבע מהעלייה בשער המטבע), הרי שההפסד שייצבע כהפסד מנייר ערך המותר בניכוי יהיה גבוה יותר. ודוק, תוצאה זו מיטיבה עם הנישום, שכן עד מתן פסקי הדין הייתה שלטת בכיפה הגישה כי הפסד ההון שיש להתיר בניכוי בהתאם לפקודה ו/או הוראת מיסוי מקרקעין הינו ההפסד הנומינלי בלבד ולא ההפסד הריאלי הגבוה יותר. פסיקה מפורשת בעניין זה אשר קיבלה את עמדת רשויות המס ניתנה בהלכת **שיפמן**.⁵

על הקשיים הממחישים את ניתוקה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" מהמציאות המשפטית הנוהגת ומהמהות הכלכלית הכרוכה בהשקעה בנייר ערך חוץ נעמוד בפרק ב' שלהלן. בפרק ג' שלאחריו נפרוש את התימוכין להעדפת "גישת ההפסד הנומינלי" והתרת מלוא ההפסדים הנומינליים על פני "גישת שחיקת ההפסד" כעמדת רשויות המס, כפי שהוצגה במסגרת ההליכים הנזכרים.

טרם נעמוד על כשלי "גישת שני הנכסים הנפרדים" נזכיר, כי זו נזכרה באמרת אגב בפסק הדין בעניינה של **מיכל בראל**. באותה הפרשה החזיקה המבקשת בפיקדון נושא ריבית הצמוד לשער הדולר. בעת מימוש הפיקדון, ועל אף שסכום הקרן פחת בעקבות ירידת שער הדולר ולמבקשת נגרם הפסד שקלי, היא חויבה במס בשיעור של 20% על הרווח שנצמח לה מזיכוי הריבית. לטענת המבקשת, בסופו של יום, לא הייתה לה כל הכנסה מהפיקדון ולא

5. ת"מ 146/07 **שיפמן משה נ' רשות המסים**, "מיסים" כג/3 (יוני 2009) ה-14. וראו בהקשר זה גם פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז ע"מ 20209-09-10 **משה שיפמן ואח' נ' פקיד שומה פתח תקווה**, "מיסים" כו/6 (דצמבר 2012) ה-28.

היה מקום לחייב אותה במס. המבקשת ביקשה גם לאשר את התובענה המינהלית שהגישה כתובענה ייצוגית. מנגד, טענה המשיבה, כי יש לחלק את התשואה על קרן הפיקדון לשני רכיבים: האחד, הפסד שנגרם למבקשת בשל ירידת שער החליפין של הדולר; והשני, התשואה שנצמחה למבקשת מהריבית על הפיקדון. עוד הוסיפה המשיבה, כי בראייתה, הואיל והפרשי ההצמדה פטורים ממס, אין המבקשת זכאית לקזז את ההפסד מהפרשי ההצמדה מהרווח שנצמח לה מהריבית.

בעניין מיכל בראל הבחין בית המשפט בין "ריבית" ובין "הפרשי ההצמדה" על הפיקדון וראה בהם מקורות הכנסה שונים, ואגב דיונו ציין כי כבר נדרש להבחנה בהתייחס להשקעה בנייר ערך חוץ. עם זאת, ההבחנה בין ריבית והפרשי שער על פיקדון כיחידות מיסוי נפרדות, שיש למסותן כל אחת לפי דינה, אינה מהפכת סדרי בראשית ומהלכת בתלם דיני המס הידועים (וזאת מבלי להתייחס לתוצאת פסק הדין גופא אשר ביקשה מנישום תשלום מס כאשר מבחינה שקלית הפסד בידו); שונה הדבר, לדעתנו, בתכלית בהתייחס לפילוח נייר ערך הנקוב במטבע חוץ למרכיב נייר הערך ולמרכיב מטבע החוץ.

פרק ב: על כשלי יישום "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהתייחס לנכסים הנקובים במטבע חוץ

אף שעולם המס ידע לא אחת "פיצולם" של נכסים למרכיבים נפרדים כשהדבר מתבקש,⁶ דומה בעינינו, כי בכל הכבוד הראוי, "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהתייחס לנכסים הנקובים במט"ח לא תוכל לעמוד, מטעמים שונים עליהם נעמוד בקצרה.

1. על "Dividend Stripping" ו"הפשטת" שער מטבע החוץ

ניצנים ל"גישת שני הנכסים הנפרדים" נשמעו כבר בעבר בבית המשפט המחוזי מפי כבי' השופט אלטוביה, עת אימץ את גישת הפיצול לשני נכסים נפרדים, שעה שדן בקיזוז הפסדים אגב עסקאות "Dividend Stripping".⁷ באותן העסקאות נרכשו ניירות ערך לאחר שהוכרזה לגביהם חלוקת דיבידנד מפורשת אך טרם הגיעו יום האקס וחלוקתם בפועל. הרוכש קיבל לידיו את הדיבידנד (אשר הפחית את מחיר המניה) ובתכוף לאחר מכן, מכר הרוכש את ניירות הערך, תוך שנוצר לו "הפרש שלילי" בין מחיר המכירה למחיר הרכישה, היינו - הפסד. לאור מהותה זו של עסקת "Dividend Stripping" נדרש בית המשפט להכריע בשאלה, האם ניתן לקזז את הפסד ההון שנוצר בעסקה אם לאו.

בית המשפט המחוזי קבע, כי אין לקזז את הפסד ההון שנוצר בעסקת "Dividend Stripping" תוך שהוא נמנע מלדון במכלול שאלות המשנה ששטחו בפניו

6. כך, לדוגמה, "מפלחים" בניין שנרכש ממרכיב הקרקע שאינו ניתן להפחתה; כך, למשל, "מפלחים" בניין לצורכי פחת ממערכות מיזוג וכיוצא בהנה. ראו למשל, עמ"ה 149/88 גדבאן עפ"י נ' פקיד שומה חיפה, "מיסים" ד/2 (אפריל 1990) עמ"ה-9.

7. ראו: עמ"ה (ת"א) 1226/02 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, "מיסים" כ"א/6 (דצמבר 2007) ה-20.

הצדדים. זאת, מאחר שלגישתו, כבר בעת הרכישה (שהתרחשה לאחר הכרזתו של הדיבידנד) נרכשו למעשה שני נכסים נפרדים: המניה והדיבידנד שהופשט ממנה. כפי שהבהיר בית המשפט המחוזי באותה הפרשה, דיבידנד שהוכרז, הגם שהוא צמוד למניה, מהווה נכס כלכלי נפרד "שהופשט" ממנה, ומשכך אין להביאו בחשבון לצורך קביעת המחיר המקורי של המניה:

"בין אם המדובר בבחינת המהות האמיתית של העסקה או בסיווגה מחדש, הרי שמסקנתי הינה כי מקום שנכס מניב תשואה, הנמכר לאחר שפירותיו מומשו באופן ודאי כפי שיובהר, הרי שמחיר המכירה, מחיר הרכישה בידי הקונה (המחיר המקורי), משקף מכירת - רכישת שני נכסים, האחד העץ המופשט (stripped) מפירותיו שהבשילו והאחר, הפירות עצמם."

בפרשת סגנון, בית המשפט המחוזי ביקש אפוא לחדש, כי בעסקאות בהן ניתן להפריד את הנכס גופו מהתשואה שהתגבשה בגינו (כגון: פרדס ופירות, נדל"ן ושכירות וכו'), יש "לפרק" את הנכס היחיד הנמכר לשני נכסים נפרדים. נקל לראות, כי הדרך המשפטית בה נקט בית המשפט המחוזי בפרשת סגנון דומה לגישתו בעניין כלל פיננסים בטוחה. בשתי הפרשות גם יחד סברה הערכאה הדיונית, כי לצורכי חישוב רווח ההון יש לאמץ את "גישת שני הנכסים הנפרדים". עם זאת, דומה בעינינו כי תהום פעורה בין הנסיבות בפרשת סגנון, בה ניתן היה להבחין ולבדל מתוך אגד הזכויות הקשורות במניה את הנכס הכלכלי (דיבידנד לקבל שהתגבש) שניתן לתת לו ערך נפרד ויכול שניתן לסחור בזכות לקבלו בנפרד, לבין "פילוח" של נייר ערך הנקוב במט"ח למרכיבי נייר הערך ומטבע החוץ, הפרדה שכלל לא נהיר כיצד ניתן לבצעה. המטבע בו נקוב נייר הערך אינו אלא מטבע "תרגום" לערך נייר הערך, כפי שעוד יובהר בהמשך הדברים, ואינו מייצר נכס נוסף.

"גישת שני הנכסים הנפרדים" נדונה בבית המשפט העליון ביחס לעסקאות ה- Dividend Stripping, אשר בהתייחס אליהן קיימים תימוכין כלכליים בעלי משקל ממשי לגישה שלפיה, משהוכרז הדיבידנד והתגבש לכדי סכום ודאי וידוע, יש ליחס חלק מהסכום ששולם עבור המניה לסכום ששולם עבור הדיבידנד שצפוי רוכש המניה לקבל.

ודוק, בנסיבות פרשת סגנון, למרות התימוכין הכלכליים המובהקים לייחוס חלק מהתמורה ששולמה עבור המניות לדיבידנד הצפוי להתקבל, ועל אף שבעיני בית המשפט המחוזי "גישת שני הנכסים הנפרדים" בנסיבות דשם ביטאה את הברור מאליו (וכלשונו בפרשת סגנון: "דומה שהדברים ברורים מאליהם"), נמנע בית המשפט העליון מאימוץ גישה זו והותירה ב"צריך עיון" נוכח החסרונות המהותיים הטמונים בגישה זו החותרת תחת הדין הכללי. ובלשון בית המשפט העליון:⁸

"בית המשפט קמא אמנם הציב פרשנות אנליטית מקורית לבחינתן של סוגי עסקאות, אשר העסקה שבפנינו נמנית עליהן. יתרונה של פרשנות זו בכך

8. ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, "מיסים" כה/4 (אוגוסט 2011) ה-10.

שהיא שואפת ליתן מענה אחיד לכל סוגי העסקאות עליהם היא חלה, ואולם חסרונה בכך שהיא עלולה להביא לחוסר ודאות מסוים בבחינת עסקאות עתידיות. זאת, שכן הפרשנות, אשר מתבססת על הפעלתם של כללים משפטיים וכלכליים, אינה פשוטה ואין היא מספקת לנישום כלים ברורים עת שהוא פועל במסגרת עסקה פלונית. זאת ועוד, מדובר בפרשנות מרחיבה של הוראות הפקודה, המרחיבה גם את מידת ההתאמה הנדרשת בין הוראות המס להוראות הדין הכללי... האיזון העדין בין הגנה על מטרות מערכת המס לבין שמירה על זכותו של הנישום לתכנון המס, מחייב יצירתם של כללים בעלי אופי ברור. מאחר שניתן להכריע בסוגיה זו על בסיס ההלכות המוכרות בעניין עסקה מלאכותית, ניתן להשאיר את פרשנותו זו של בית משפט קמא בצריך עיון.

הגיון הפיצול לשני נכסים כפי שהוצע בפרשת סגנון אינו תקף בענייננו. בעוד שם נתבקשה הפרדת (הפשטת) הדיבידנד המהווה תשואה ודאית שניתן לסחור בה בנפרד מהמניה, בענייננו מטבע החוץ בו נקוב הנייר הינו ערכו של כל הנייר. אין הוא פלח מופרד מנייר הערך ובוודאי שלא ניתן לסחור בו בנפרד. המטבע הזר בו נקוב נייר הערך אינו אלא "מטבע תרגום" לערך ההשקעה בנייר, והסכום ששולם במטבע חוץ בעת הרכישה של המניה הינו סכום אחד, שאינו בר פיצול מערכה של המניה.⁹

במקרה "מובהק" כבפרשת סגנון, אשר דן בעסקת "Dividend Stripping" שבגדרה ניתן היה לזהות ללא קושי תשואה מוגדרת ידועה וודאית, הנבדלת מהמניה, היסס בית המשפט העליון לאמץ את "גישת שני הנכסים הנפרדים"; אם כך, לדעתנו, מקל וחומר אין לאמצה בהתייחס לנכסים הנקובים במטבע חוץ אשר כפי שידון להלן, אופן הפילוח לשני נכסים (כביכול) לא ברור כלל ועיקר, ולא ניתן לסחור באופן ממשי בכל נכס נפרד (כביכול) במנותק מרעהו.

2. "גישת שני הנכסים הנפרדים" אינה מתיישבת עם לשון הפקודה

כידוע, פרשנות החוק חייבת, בראש ובראשונה, להיות מעוגנת בלשונו של החוק.¹⁰ היינו, עוד בטרם הבחינה, האם "גישת שני הנכסים הנפרדים" מגשימה את תכלית החוק (וכפי שעוד יורחב לדעתנו לא כך הדבר), יש לברר אם מבחינה לשונית הפקודה "סובלת" גישה זו.

9. בהקשר זה יוזכר, כי בפרשת וילאר (ע"א 6340/08 וילאר נכסים (1985) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה, "מיסים" כד/4 (אוגוסט 2010) ה-5), עוד קודם שנדונה פרשת סגנון בבית המשפט העליון, נדרש בית המשפט העליון להכריע בעניין "פיצול" מכירת נכס מקרקעין לזכות הבעלות ולזכות הקשורה בהקמת מקבץ דיור והענקת שירותי דיור. באותו העניין, ובין היתר, נוכח בחינת המהות הכלכלית של הנכס דשם, דחה בית המשפט העליון את הפיצול הנטען ללא שנכנס לשאלת הפיצול המהותית; שכן, נפסק שהנכס הנמכר מהווה נכס אחד שלא ניתן להפרידו לשני נכסים, שכל אחד יכול להיסחר בנפרד, בעוד שבעניין סגנון הושם הדגש על היות הדיבידנד "זכות ודאית שניתן לסחור בה".

10. ראו למשל, ע"א 1617/10 מנהל מיסוי מקרקעין נ' מוסטפא נחא'ש וחוסין נחא'ש, "מיסים" כו/3 (יוני 2012) ה-4 וההפניות שם; אהרון ברק פרשנות במשפט (כרך שני - פרשנות החקיקה) 80 (1993).

בהקשר זה, הגדרת המונח "מדד" בסעיף 88 לפקודה מדברת לדעתנו בעד עצמה ומלמדת, כי מטבע החוץ בו נקוב הנייר אינו בבחינת "נכס" נפרד מהנייר עצמו, אלא הינו אך בבחינת "מדד" לתיאום ההשקעה בנייר הערך:

"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;

מהגדרת "מדד" עולה, כי קיימת הקבלה בין מדד המחירים לצרכן ובין שער מטבע החוץ בו נרכש נייר ערך החוץ, וכשם שמדד המחירים לצרכן אינו משמש כ"נכס" נפרד הנבדל מנכס ההון, כך גם, לדעתנו, אין לראות בשער מטבע החוץ "נכס" כזה.

זאת ועוד; על רקע הגדרת "מדד", ברי כי המחוקק חפץ להעניק "הגנה מטבעית" דווקא (ואך ורק) לנייר ערך חוץ הנקוב במט"ח או שערכו צמוד מט"ח, להבדיל מנכס אחר שמחירו גם הוא נקב במטבע חוץ, כגון נדל"ן הנמכר בחו"ל שמחירו נקוב במטבע חוץ. ואולם, במהותם של דברים, את "גישת שני הנכסים הנפרדים" כפי שנידונה בפסקי הדין, יש להחיל על כלל הנכסים שמחירם נקב במטבע חוץ. הגדרת המדד בפקודה אינה מתיישבת איפוא עם "גישת שני הנכסים הנפרדים" הרואה את שער מטבע החוץ כנכס נפרד ולא כ"מדד".

גם לשונה (והגיונה) של חקיקת המשנה אינה מתיישבת עם "גישת שני הנכסים הנפרדים". כידוע, מכוח סעיף 240א לפקודה הותקנו כללי המרה לשקלים בעת ביצוע עסקאות במטבע חוץ - כללי מס הכנסה (המרה לשקלים חדשים של סכומים שמקורם מחוץ לישראל), התשס"ד-2003. בהתאם לכללים אלה, את עלות ההשקעה בנכסים שנרכשו במטבע חוץ (ואת התמורה שנתקבלה בגין מכירתם) יש "לתרגם" לשקלים בהתאם לשער הרלוונטי של מטבע החוץ במועד הרכישה ו/או המכירה, לפי העניין. גם כללים אלה מעידים, לדעתנו, שהשקעה בנכס במטבע חוץ הינה השקעה בנכס אחד (ולא בשני נכסים נבדלים: נכס ומט"ח) וממילא, יש למדוד את תוצאתה כמכלול בשקלים.¹¹ ויודגש, בהתאם לכללים, תרגום שער המטבע לשקלים לצורך חישוב רווח ההון מבוצע ברכישה ובמכירה בהתאם לשער המטבע שחל במועד הרכישה ובמועד המכירה, בהתאמה.

11. זוהי גם גישתה של רשות המסים בהתייחס לכללים אלו. קובץ הפרשנות של הרשות (ובהתאמה גם חוזר מס הכנסה 9/2004 - תכנון ומדיניות/היחידה למיסוי בינ"ל "הרפורמה במס הכנסה - כללי המרה לשקלים חדשים", "מיסים" יח/4-ג-1) מבהירים בהתייחס לסעיף 240א לפקודה כי: "אין מטרתו של סעיף זה לשנות את הוראות המס המהותיות אלא לקבוע הוראות טכניות לגבי תרגום סכומים הנקובים במטבע חוץ לשקלים חדשים" ובהמשך "כללי המרה מכח סעיף 240א לפקודה אינם יוצרים כל שינוי בהוראות המהותיות של פקודת מס הכנסה... כל אלה ייקבעו לפי ההוראות המהותיות של הפקודה... כללי המרה משמשים ככלי טכני לשם תרגום ההכנסה לשקלים חדשים בלבד".

3. **גישת שני הנכסים הנפרדים" בהתייחס לנייר ערך זר אינה מתיישבת עם מהותה הכלכלית של ההשקעה**

בבסיס "גישת שני הנכסים הנפרדים", כפי שהוצגה על ידי בית המשפט, מונחת הנחת יסוד שבראייתנו אינה מחויבת כלל ועיקר: ובלשון בית המשפט -

"כאשר יש ירידה בשער מטבע החוץ ביחס לשקל הישראלי, בהכרח נגרם הפסד למשקיע הישראלי. זאת, ללא כל קשר לביצועי המניה בבורסה. על כן, לצורך ענייננו, לא מקובלת עליי טענת החברה לפיה "השקעה בנייר ערך חוץ דוגמת מניית Facebook אינה השקעה במטבע החוץ אלא השקעה בנייר הערך". בנסיבות ענייננו, גם בנייר הערך וגם במטבע החוץ בו נקוב נייר הערך גלומות אפשרויות של רווח והפסד, ואין חולק שניתן להבחין בהפסד או ברווח הנובע מכל אחד מרכיבים אלה."

קביעות בית המשפט לעיל, המוצגות כקביעות המתקיימות בהכרח ו/או שאינן במחלוקת, עם כל הכבוד הראוי - בטעות יסודן.

ראשית יובהר, כי השקעה בניירות ערך חוץ הינה השקעה בשלל נכסים מסוגים שונים ומגוונים: מניות, אופציות, איגרות חוב וכיו"ב. פלח מהותי מניירות ערך חוץ הינו השקעות במניות, וברי כי לעיתים, חרף ירידת שער המטבע, עולה מחיר המניה, וממילא המציאות מוכיחה כי אין כל "הכרח" שלמחזיק בנייר ערך חוץ ייגרם הפסד בעת ירידת שער המטבע.

אך לא רק זאת. יש שיטענו כי סיטואציה זו, בה נגרם רווח מההשקעה בנייר ערך חוץ בשעה שהתרחשה שחיקה במטבע חוץ, נובעת מכך שנוצר רווח מהנייר גופו אשר עלה על הפסד הנובע מהשחיקה המטבעית שחלה בשער בו נקוב נייר הערך, ואילו היינו מפרידים את הנייר לחלקיו היינו מגלים, כי הרווח שיש לייחס לנייר הערך גופו אף גדול יותר. אך, לדעתנו, גם טענה זו אינה מתקיימת בהכרח.

ויובהר, במהותם של דברים, ההשקעה במניה הינה השקעה בנכסי החברה ובפעילותה, מתוך ציפייה שאלו יניבו רווחים בעתיד ובכך יעלו את מחיר המניה. לשער מטבע החוץ בו נקוב הנייר אין דבר וחצי דבר עם החשיפה הכלכלית שהמשקיע נוטל על עצמו. כך לדוגמה: משקיע שרכש במטבע דולרי מניות של חברה הנסחרת בנאסד"ק ואשר פועלת רק באירופה, אינו חשוף לדולר (מטבע הרכישה) כי אם לאירו (מטבע הפעילות של החברה). החשיפה המטבעית אינה תלויה במטבע בו נקוב הנייר (דולר) כי אם במטבע הפעילות של החברה ונכסיה (אירו).

ירידה בשער הדולר, בהתייחס לחברה שכל פעילותה באירופה, לא תשפיע על ערכה של חברה זו, גם אם מניותיה נסחרות בנאסד"ק בדולר. ההשקעה המטבעית בנייר ערך חוץ הינה פונקציה של הנכסים שאותם הנייר מגלם, ולא בהתאם ל"מטבע ההיסחרות" של אותו הנייר. משקיע שרכש בנאסד"ק (במטבע דולרי) מניות של חברה הפועלת באירופה (ואשר מנהלת את נכסיה לפי מטבע פעילות של אירו) לא ייחנה מפירות שער הדולר, וניסיון לראותו כמשקיע בדולר אין בו דבר.

הכשל המתואר בא לידי ביטוי, ביתר שאת, בהשקעה במניה של חברה דואלית. נדמה לעצמנו חברה דואלית הנסחרת הן באנגליה והן בארה"ב, כאשר שני תושבי ישראל רכשו, כל אחד, מניה של אותה החברה באותו מועד ובאותו ערך. האחד רכש את המניה בלירות שטרלינג והאחר רכש את המניה בדולרים. שני המשקיעים מכרו את המניה באותו מועד ובאותו ערך, האחד בבורסה בארה"ב והאחר בבורסה באנגליה. שני המשקיעים השקיעו באותו הנכס בדיוק והניבו אותו ערך שקלי מהשקעה זו. ואולם, "גישת שני הנכסים הנפרדים" בפסקי הדין מובילה לתוצאה אחרת, שאינה מתיישבת עם מהותם של דברים. בהתאם לגישה זו, משקיע אחד השקיע (גם) בלירה שטרלינג ואילו השני השקיע (גם) בדולר, ובהתאם גם הרווח שהניב כל אחד מהנייר שונה. תוצאה תמוהה (ומפלה) זו ממחישה את העיוות באימוץ גישת שני הנכסים הנפרדים בהתייחס לניירות ערך חוץ.

ודוק, המטבע בו נסחר נייר ערך אינו אלא מטבע תרגום, שלא מבטא בהכרח את ההשקעה המטבעית במובן המהותי והכלכלי, והחשיפה המטבעית נקבעת לפי מהות הנכס הנרכש. כך לדוגמה, תעודת סל המשקיעה באג"ח צמוד למדד יכולה להיסחר בניו יורק בדולר, אך זה לא יהפוך את הנכס הנרכש לנכס דולרי. כך לדוגמה, יכולה להיסחר בניו-יורק מניה שכל פעילותה ביפן, והשקעה זו אינה חשופה לשער הדולר.

4. "גישת שני הנכסים הנפרדים" מובילה לקשיים יישומיים רבים ולעיוותי מס

"גישת שני הנכסים הנפרדים" (שאינה עולה בקנה אחד, לטעמנו, עם מהותם של דברים) כרוכה גם בקשיים יישומיים רבים וכלל לא נהיר כיצד יש ליישמה ואיך יש לבצע את הפיצול, כגישת פסקי הדין, בין שני הנכסים שנרכשו. נזכיר כי פסקי הדין כיוונו בהכרעתם לכך, שהפסד ההון המיוחס ל"נכס השני", מטבע החוץ, לא יותר בניכוי, כשם שהרווח המיוחס למטבע החוץ יהא פטור ממס.

ואמנם, אם בשני נכסים נפרדים עסקינן, יש לייחס "עלות רכישה" ו-"תמורה" לכל נכס בנפרד, לשם חישוב רווח או הפסד ההון ממכירתו. ואולם, על אף שייחוס כאמור הוא תנאי בסיסי והכרחי לחישוב רווח או הפסד הון, ובדרך כלל המדובר באקט טכני פשוט למדי, באימוץ "גישת שני הנכסים הנפרדים" כלל לא נהיר מהי השיטה הראויה לייחוס זה.

כך לדוגמה: נייר ערך חוץ נרכש בעלות של \$50 בשער חליפין של 4 ש"ח; לימים, נמכר נייר הערך במחיר של \$100 בשער חליפין של 5 ש"ח.

מחיר המכירה	עלות רכישה	
\$100	\$50	הסכום הנקוב במט"ח
1: 5	1: 4	שער החליפין (ש"ח:\$)
500 ש"ח	200 ש"ח	סכום שקלי

פשיטא, ששני הנכסים **יחד**, כגישת פסקי הדין (נייר הערך והמט"ח) נרכשו בסך של 200 ש"ח ונמכרו בסך של 500 ש"ח. לעומת זאת, ייחוס התמורה והעלות לכל נכס בנפרד מעורר קשיים לא מבוטלים.

את הסכום של 200 ש"ח ששולם בגין נייר הערך, יש לייחס לכאורה הן לנייר הערך והן למטבע החוץ. אלא, שהמדובר בסכום אחד ששולם עבור נכס אחד, ואם נבקש לייחסו לפלח מסוים כגישת פסקי הדין, נמצא שלא שולם דבר על הנכס האחר. נסביר: בהתאם לפסקי הדין, סך של 200 ש"ח שולם לכאורה בגין רכישת נכס נייר הערך, ובלשון פסק הדין בעניין **כלל פיננסיים** - **"נכס אחד הינו נייר ערך חוץ, אותו רכש הנישום לפי שער ידוע ביום הרכישה"**. אלא שבהתאם לכך, מאומה לא שולם עבור רכישת נכס מטבע החוץ. לכאורה, הסבר אפשרי לכך הוא שלא מדובר בעסקת רכישת מטבע חוץ ממש אלא בכניסה לעסקה פיננסית שבמסגרתה יתקבלו או ישולמו בעתיד הפרשים הנגזרים משינויים שיחולו במטבע החוץ. אך גם קונסטרוקציה זו אינה מתיישבת עם תוצאת פסק הדין; שכן, אם כך הדבר, ובהיעדר עלות להשקעה בעסקה הפיננסית, לא ברור מכוח מה הפרשי מטבע החוץ בגין עסקה זו פטורים ממס וההפסדים בגין נכס זה אינם ברי ניכוי. בהיעדר השקעה בעסקה הפיננסית, הרווחים או ההפסדים הימנה אינם בגדר הפרשי הצמדה או הפרשי שער. שכן, אין בנמצא חוב או תביעה וממילא אין סכום שנוסף אליו עקב שינוי במדד או במטבע החוץ. לחילופין, אם נייחס את עלות הרכישה בסך 50 דולר לרכישת נכס מטבע החוץ, הרי נמצא כי לא שולם דבר בגין רכישת נכס נייר הערך, וגם תוצאה זו אינה סבירה כלל ועיקר ואף אינה מתיישבת עם הנקבע בפרשת **כלל פיננסיים** לגבי עלות רכישת נייר הערך, כמצוטט לעיל.

לחילופין, אם נטען כי שולם סכום שקלי בסך 200 ש"ח עבור נייר הערך וסכום של 50 דולר בגין רכישת מטבע חוץ, הרי שהעלות (בסך 200 ש"ח) תקבל ביטוי כפול (פעם כרכישת הנייר ופעם כרכישת מטבע החוץ). ברי כי גישה זו הינה מוקשה עד מאוד והמשכה הינו, כי כנגד כפל העלויות יבוצע גם כפל ייחוס של התמורה לעת מכירה. אלא שגם קונסטרוקציה זאת, כפי שיובהר, אינה מביאה את התוצאה אליה ייחלו פסקי הדין.

בגישה מוקשה זאת, את העלות הכפולה, האחת המיוחסת לנייר הערך והאחרת למטבע החוץ, יש להתאים ל-"מדד", כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה; ואולם, כלל לא ברור אם התיאום ל-"מדד" בהתייחס לנכס האחד שהינו נייר הערך (כשלעצמו), יבוצע בהתאמה לשקל או למטבע החוץ. לכאורה, בהתאם ל"גישת שני הנכסים הנפרדים", יש לערוך את ההתאמה של נכס נייר הערך המובדל ממטבע החוץ למדד המחירים לצרכן (שהרי מטבע החוץ הוכר כבר כנכס נפרד ויש לראות את נייר הערך כנרכש בשקלים), אלא שאז הדבר מאיין את ההנחיה בהגדרת "מדד" שלפיה, בהתייחס לרכישת נייר ערך חוץ, ייחשב שער המטבע כמדד. במצב דברים זה, המדד כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, בגין נייר ערך חוץ **לעולם לא יהא מטבע חוץ**. אלא, שהמחוקק קבע מדד מיוחד, שער המטבע, בהתייחס לנייר ערך חוץ ותוצאה לפיה קביעה זו תחול בהתייחס ל"קבוצה ריקה" של מקרים אינה סבירה!

קשיי יישומה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" אינם מסתיימים רק בייחוס העלויות ברכישה, והם מתקיימים אף כאשר מבקשים לייחס את התמורה לשני הנכסים.

בדוגמה שהזכרנו, התמורה שנתקבלה הינה 100 דולר, ולכאורה הנכס המזוהה עם מטבע חוץ במועד המכירה צריך להיות נסוב על המחיר הדולרי שהתקבל (100 דולר). אלא, שהרווח או ההפסד המטבעי שהיה שנוי במחלוקת במסגרת פסק הדין התייחס (אך ורק) לשינוי בשער המטבע בגין עלות הרכישה בסך 50 דולר, שכן, הסכום האינפלציוני נסב על מרכיב העלות בלבד ולא על מרכיב התמורה.

אם נבקש לקבוע כי מרכיב מטבע החוץ בתמורה אצל המוכר מתייחס לעלות הרכישה בלבד בסך 50 דולר, ובהתייחס לקונה - מרכיב מטבע החוץ בעסקה הינו 100 דולר, שכן זה מהווה בידיו את עלות הרכישה, גם זו תוצאה שאינה סבירה. נמצאנו שבאותה עסקה אין הלימה בין הקונה למוכר. בעוד הקונה מייחס במועד המכירה תשלום המיחוס למטבע חוץ בסך 100 דולר, המוכר דבק במטבע החוץ שרכש נכון למועד הרכישה.

לא בכדי יישומה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" מעוררת קשיים יישומיים, שכן היא אינה מתיישבת עם המציאות ועם מהותם של הדברים. נוסף ונאמר, כי נפלא מאיתנו כיצד ליישם גישה זו באופן שיהלום את הוראות הפקודה, כך שיימצאו תמורה ועלות לכל נכס באופן הרמוני בין הקונה למוכר, ותתקבל התוצאה אליה כיוונו פסקי הדין לפיה, בגין נכס שהינו מטבע חוץ ייווצר רווח הון פטור מהפרשי שער על עלות נייר הערך ובמקביל הפסד שאינו בר ניכוי בהינתן שחיקה בשער המטבע.

5. **"גישת שני הנכסים הנפרדים" השלכות רוחב שליליות במישור דיני המס**

המחלוקת במסגרת פסקי הדין נתחמה אמנם להפסדי הפרשי שער לכאורה, שנוצרו אגב מימוש נייר ערך חוץ; ואולם, גישה זו אינה יפה רק ביחס לנייר ערך חוץ, שהרי אם הגיונה בצידה, יש ליישמה לגבי כל נכס שנקוב במטבע חוץ. לשון אחר, במהותה, "גישת שני הנכסים הנפרדים" אינה פורשת כנפיה רק על מימוש "נייר ערך חוץ", אלא משתרעת על כלל הנכסים הנקובים במטבע חוץ. ממילא, הקשיים הרבים אשר טמונים ב"גישת שני הנכסים הנפרדים" עלולים להתעורר גם ביחס לנכסים אלה.

כך לדוגמה, "גישת שני הנכסים הנפרדים" יפה גם בהתייחס לנדל"ן בחו"ל שמחירו ננקב במט"ח, וכן על קשת רחבה של נכסים שמחירים נקוב במט"ח.

העובדה כי השקעה בנייר ערך חוץ מהווה השקעה בשני נכסים נפרדים אינה נגזרת, לשיטת בית המשפט המחוזי, מכך שנקבע לנכסים אלה "מדד" לצורכי חישוב סכום אינפלציוני, אלא מהטעם שמחיר הנכס ננקב במטבע חוץ ומשכך, ההשקעה בנכס מהווה גם השקעה בנכס נבדל ונפרד - הוא מטבע החוץ. ברי איפוא, כי יישומה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" מהווה "רעידת אדמה" לא רק במרחביו של מיסוי שוק ההון, אלא היא שולחת זרועותיה הרחק מעבר לשוק ניירות ערך חוץ.

אם בנדל"ן עסקיני, נזכיר כי בעבר הלא רחוק גם בישראל ערך הנדל"ן נקב במטבע דולרי. לכאורה, על פי "גישת שני הנכסים הנפרדים", היה מקום לפצל גם עסקאות נדל"ניות אלו לשני נכסים: **לזכות במקרקעין עצמה**, עליה יחול חוק מיסוי מקרקעין; **ולמטבע החוץ** - עליו תחול פקודת מס הכנסה. למותר לציין, כי כידוע, לא כך מוסו עסקאות נדל"ן בישראל וכל הרווח ממכירת המקרקעין יוחס למקרקעין.

6. "גישת שני הנכסים הנפרדים" יוצרת דיסהרמוניה עם הדין הכללי

אחת מהשלכותיה השליליות של "גישת שני הנכסים הנפרדים" היא דיסהרמוניה עם הוראות הדין הכללי; וכלשונו של בית המשפט העליון בפרשת **סגנון**, גישה זו עלולה להרחיב "את מידת ההתאמה הנדרשת בין הוראות המס להוראות הדין הכללי".

כפי שהדגיש בית המשפט העליון באותה פרשה, הדין הכללי משקיף על "נייר ערך" (לרבות נייר ערך חוץ) כנכס אחד. נכס זה יונק את חיותו מהחוקים הרלוונטים המתייחסים לניירות הערך ולמסמכים מכוחם הונפק נייר הערך. כך, הזכויות של המניה נגזרות, בין היתר, מתקנון החברה, מחוק החברות החל עליה במדינה הרלוונטית וכיוצא באלה. הדין הכללי רואה בנייר ערך חוץ **נכס אחד** בהקשרים שונים, ונציין אך מספר דוגמאות מהדין הכללי בהקשר זה:

- סעיף 1 לחוק **השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994**, מגדיר "ניירות ערך חוץ" כ-"ניירות ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל או בשוק מוסדר מחוץ לישראל, או מניות או יחידות של קרן הרשומה מחוץ לישראל", והחוק מחיל עצמו על נייר הערך הנסחר כולו ללא חלוקה מלאכותית לשני נכסים כפי שנעשתה בפסקי הדין נשוא דיונונו;
- תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (דרכי השקעת ההון והקרנות של מבטח וניהול התחייבויותיו), התשס"א-2001, מגדירות "נייר ערך חוץ" כ"**נייר ערך שאינו נייר ערך ישראלי**", וברי כי הגדרה זו חלה על נייר הערך כולו ואינה מחריגה את מרכיב הפרשי השער;
- תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (השתתפות חברה מנהלת באסיפה כללית), התשס"ט-2009, מגדירות "נייר ערך חוץ" כ"**נייר ערך שהקרן או הריבית לפיו או הדיבידנד המשולם בשלו אינם בשקלים חדשים ולא ניתן לדרוש שישולמו בשקלים חדשים**".

בדברי חקיקה אלה, הגדרת "נייר ערך חוץ" אמנם אינה זהה, אך כולם רואים בו **נכס אחד** שאין לפלחו לפלחים למרות שהמדובר בנכסים שמטבע זר דבק בהם, וזאת בניגוד ל"גישת שני הנכסים הנפרדים" שאומצה על ידי בית המשפט המחוזי.

אימוצה של התורה ה"חדשנית" בדבר "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהקשר לנייר ערך חוץ אינה מתיישבת עם כלל הפרשנות בדבר הרמוניה חקיקתית, הרמוניה שיש לשאוף לה

גם כשמדובר בחקיקת מס. יפים בהקשר זה דבריו המוכרים של פרופ' ברק במאמרו אודות פרשנות דיני המסים:¹²

"חזקה היא, שתכלית החוק היא לשאוף להרמוניה נורמטיבית. חוק מס אינו עומד בבדידותו. הוא משתלב עם חוקים אחרים המטילים מס דומה ועם כלל חקיקת המס בישראל. יש לפרשו מתוך מגמה ליצור הרמוניה פנימית בתוך חקיקת המס. הרמוניה זו אינה מוגבלת אך להרמוניה "פנים-מסית". על הפרשן לשאוף להרמוניה נורמטיבית כוללת על כן חזקה היא, כי דיני המס משתלבים בדין הכללי. על הפרשן להניח, כי חוק המס מניח את קיומו של הדין הכללי - חוזים, נזיקין, קניין, שטרות - ומבקש ליצור אינטגרציה בין הדין הכללי לדיני המס. על כן יש לצאת מתוך ההנחה - הנחה הניתנת כמובן לסתירה - כי מושגי יסוד במשפט הפרטי (כגון מכירה, שליחות, שטר, ערבות) משמעותם בדיני המס כמשמעותם בדין הכללי".¹³

זאת ועוד. כידוע, לעיתים סוטים דיני המס מהדין הכללי, ובפרט כאשר הגישה הכלכלית והמהותית מורה אחרת. אלא, שבמקרה זה, גם מבחינת מהותם של דברים, כפי שצוין לעיל, ההשקעה בנייר ערך חוץ שערכו נקוב במטבע חוץ מסוים אינה משולה להשקעה בשני נכסים, שהאחד מהם הינו המטבע בו נקוב הנייר. המטבע בו נסחר ונקוב הנייר הינו מטבע תרגום בלבד שאינו קובע את מהות החשיפה המטבעית שנטל על עצמו המשקיע ורכישה במטבע זה מהווה את רכישת נייר הערך כולו.

בין היתר, לאור האמור לעיל, לדעתנו, "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהקשר של ניירות ערך חוץ לא אמורה להיוותר על כנה, מה גם שלעת הזאת (למיטב הבנתנו) אף רשויות המס אינן אוחזות בה.

פרק ג: על הפרשנות הראויה לסעיף 92(א)(1) לפקודה

לאחר שהצבענו על פגמיה של "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהתייחס לניירות ערך חוץ, אותה אימץ בית המשפט, ומשהזכרנו כי למיטב ידיעתנו אף רשויות המס אינן שותפות לגישה זו, הדרה קושיה לדוכתא - כיצד יש לפרש את סעיף 92(א)(1) לפקודה וכיצד יש לנהוג בהפסדים שבמוקד דיונו.

טרם ניכנס לעומקם של דברים נציין, כי "גישת שחיקת ההפסד", גישתן של רשויות המס בפסקי הדין, שלפיה אין להתיר הפסדים מנייר ערך חוץ בגובה השחיקה המטבעית של עלות הנייר, נראית במבט ראשון שובת לב. מצדדי גישה זאת מסבירים, כי בעת עלייה

12. אהרן ברק "פרשנות דיני המסים", משפטים כ"ח 425, 435-436 (תשנ"ז) ו"מיסים" יא/4 (אוגוסט 1997) א-1.

13. לא אחת אומצו הדברים על ידי בתי המשפט, ובין השאר, תזכר פרשת **שעלים** בה חזר בית משפט העליון על החזקה הפרשנית שלפיה יש לשאוף להרמוניה חקיקתית בין דיני המס לדין הכללי והדגיש: **"חזקה על המחוקק כי נתכוון בשני החיקוקים לאותו מובן, באשר המשפט שואף לקיים הרמוניה חקיקתית, ואין חוק המס עומד בבדידותו אלא 'חזקה היא כי דיני המס משתלבים בדין הכללי'"** (ע"א 9559/11 מנהל מיסוי מקרקעין נ' שעלים ניהול נכסים, "מיסים" כז/5 (אוקטובר 2013) ה-2, ה-72).

בשער החליפין הנישום זוכה לפטור ממס על מרכיב עלייה זה, ומדוע שלא יופחת במקביל גובה הפסד ההון בעת שחלה שחיקה בשער המטבע דווקא?

אלא שכבר בפתחם של דברים נציין, כי גישה זו הגיונה הכלכלי היה בצידה לו הדיווח על ניירות ערך חוץ היה דולרי, בין בירידה ובין בעלייה של שער המטבע, בין אם נצמח רווח ובין אם נוצר הפסד מנייר הערך. אלא, וכפי שנראה להלן, אף אליבא דרשויות המס - מיסוי ניירות ערך חוץ נותר, ככלל, מיסוי שקלי, ובירידת שער המטבע מדווח רווח ההון במונחים שקליים ולא דולריים. כמו כן, בעת עליית שער המטבע, מותר בניכוי אך הפסד ההון השקלי ולא הדולרי.

רוצה לומר, ועוד נרחיב על כך בהמשכם של דברים, כי הגישה שזועקת בשם של סימטריה וצדק, אין בה לא מן הסימטריה, לא מן הצדק ולא מן ההגיונות. גישה זו מנסה לצקת סימטריה לכאורה דווקא במקרה קונקרטי אך במסגרתה מועצם דווקא עיוות המס, כפי שעוד יורחב.

נציין כי דומה שדווקא גישת פסקי הדין ניסתה לפשר בין הגישות וליצור סימטריה במיסוי ניירות ערך החוץ, שכן ניטרול מרכיב הפרשי השער מחישוב הרווח או ההפסד מנייר הערך משמעותו כי הדיווח על ניירות ערך חוץ הפך לדיווח במונחי דולר לכל דבר ועניין, בין ברווח ובין בהפסד, בין בעליית שער המטבע ובין בירידתו. אלא שגישה זו אינה מתיישבת עם הוראות הפקודה שנותרו נומינליות בעיקרן, וכפי שהראינו לעיל, גישה זו יוצרת בוקה ומבולקה; היא אינה מתיישבת עם הוראות החוק והכלכלה ואופן יישומה בהתאם להוראות החוק, על מנת להגיע לתכליתה המטבעית המקווה, כלל לא נהיר. לדעתנו, כאמור, גישה זו לא ראוי שתיוותר על המדוכה.

לאחר דברים מקדימים קצרים אלו נפנה בפרק זה לפירוט טעמים רבים המחייבים, לדעתנו, את אימוץ "גישת ההפסד הנומינלי" - גישה המכירה בהפסדים השקליים שנוצרו במימוש ניירות ערך חוץ, הגם שבתקופת החזקה בניירות ערך אלו חלה שחיקה בשער המטבע. גישה זו עומדת אל מול "גישת שחיקת ההפסד" אשר רשויות המס מצדדות בה.

1. "הפסד הון" בפקודת מס הכנסה הינו הפסד שקלי נומינלי

להווי ידוע כי פקודת מס הכנסה מודדת את ה"הכנסה" בה היא דנה במטבע הרשמי - השקל החדש! שפתו של גובה המס הישראלי היא שפתו של ההילך החוקי - השקל. ממילא, מקום בו בוצעו פעולות עסקיות במט"ח או בנכסים שערכם נקוב במט"ח, ובמטרה לבחון האם יש בפעולות אלו משום "אירועי מס" ברי מיסוי בראי הפקודה, יש להמירן ו"לתרגמן" בהתאם להוראות הדין, לשקלים. לצורך כך, בין היתר, קבע המחוקק בסעיף 240א לפקודת מס הכנסה:

"המנהל רשאי לקבוע כללי המרה שלפיהם יתורגמו לשקלים חדשים הכנסה, הכנסה חייבת, הפסדים, הוצאות ותשלומי מס של נישום, שמקורם מחוץ לישראל."

מכוחו של סעיף זה תוקנו כללי מס הכנסה (המרה לשקלים חדשים של סכומים שמקורם מחוץ לישראל), התשס"ד-2003, המורים כיצד יש "לתרגם" עסקאות מט"ח שונות לשקלים, לצורך מיסויין. ואמנם, לא בכדי עניינה של פקודת מס הכנסה בשקל דווקא, שהרי נדרשת הלימה בין המטבע בו מודדים הכנסתו של אדם ובין המטבע שלאורו מנהל הנישום את אורח חייו: אוכל את לחמו, צורך את מלבושו ומגוריו ומכלכל את עתידו הפיננסי. מדידת ההכנסות וההוצאות במטבע המדינה הינה כלל יסוד בדיני המס, ובהתאם למטבע זה מנוהלים פנקסי חשבונות של נישומים המחויבים בניהול פנקסים.¹⁴ ביטוי לכך שמיסוי של אדם צריך להיעשות במטבע בו הוא חי ניתן למצוא גם בכללי מס הכנסה (בעלי הכנסה מעבודה בחוץ לארץ), התשמ"ב-1982 הקובעים מדרגות הכנסה במטבע חוץ לתושבי ישראל אשר נשלחו לעבודה בחו"ל לתקופה מסוימת.

שקליותה של הפקודה גם נישאה על נס עת חוקק **חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה) (הוראת שעה), התשמ"ה-1985**,¹⁵ אשר הכיר, הלכה למעשה, בשקליות ובנומינליות של הפקודה. במסגרת חוק התיאומים ביקש המחוקק לבצע התאמות על-מנת שגופים שונים, שהחוק פרש עליהם כנפיו ותחולתו, ימוסו על הכנסותיהם באופן ריאלי במונחי השקל הצמוד, ובמקרים מסוימים שנקבעו בחוק - במונחי הדולר. רוצה לומר, כלל שקליותה של הפקודה הינו בבחינת מושכלות ראשוניים ועל בסיס זה חוקקו חוקים ותוקנו תקנות מקום בו ביקש המחוקק לבצע התאמות בעניין זה.

בהיעדר חקיקה ו/או תקנה מתאימה, המדידה של ההכנסות בפקודה מתבצעת במונחי המטבע החל במדינת ישראל, מני הלירה הישראלית ועד השקל החדש כיום.

ציווייו של המחוקק לאורכה ולרוחבה של הפקודה מתייחסים (אלא אם נקבע אחרת במפורש) לערכים שקליים נומינליים. כך בכלל, ובפרט באשר להגדרתו של "הפסד הון" שהינו הפסד שקלי נומינלי, שהרי כך מגדיר המחוקק בסעיף 88 לפקודה מהו "הפסד הון": **"הסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי על התמורה"**. לא למותר להזכיר, כי גם "יתרת המחיר המקורי" וגם "התמורה" הינם ערכים שקליים נומינליים, ו"הפסד ההון", כהגדרתו בפקודה, אינו אלא תוצאה אריתמטית של חיסור ערכו של האחד מרעהו.

למעלה מכך, עמדתה (העקבית והמודגשת) של רשות המסים, כפי שבאה לידי ביטוי בהליכים שונים, גורסת (גם היא) כי "הפסד ההון" הינו מיקשה נומינלית אחת. כך

14. בהקשר זה יוער, כי במקרים חריגים התיר המחוקק לתאגידים מסוימים, בעלי זיקה למדינות שמעבר לים, לדווח על הכנסותיהם ולנהל פנקסיהם במטבע חוץ. כך נקבעו כדוגמה תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986 [וראו גם חוזר מ"ה 13/2002-מקצועית בעניין "התקנות הדולריות"]. למותר לציין כי ביוצאים מן הכלל אלו יש כדי ללמד על הכלל כולו - כלל "שקליותה" של הפקודה.

15. ובנוסחו הקודם, חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה) התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התיאומים") וראו עוד להלן בפרק 8.

למשל, בפרשת **שיפמן** סוקר בית המשפט את עמדתה של המשיבה - רשות המסים, ופורש את עמדתה:

"מוסיפה המשיבה ומדגישה כי... בעוד שלעניין החיוב במס הבחין המחוקק בין רווח ריאלי ורווח אינפלציוני הרי שלעניין הפסד מכח חוק מיסוי מקרקעין או הפסד הון מכח הפקודה קבע המחוקק שהפסד זה יחושב על בסיס ערכים נומינליים בלבד. החריג לכלל זה הינו חוק התיאומים אך דווקא חריג זה, בא ללמד על הכלל."

דומה כי אין מחלוקת ממשית והמדובר בהגיונות בסיסיים בעולם המס, כי הפסד ההון המחושב בהתאם להגדרות סעיף 88 לפקודה הינו הפסד שקלי נומינלי.

אלא מאי? הטענה שהועלתה ע"י רשויות המס בפסקי הדין הינה, כי יש "לפלח" את הפסד ההון ממכירת נכס לרכיבים שונים, ולקורעו לנתחים בהתאם לתחשיבים רעיוניים הקשורים בשינוי שערו של המטבע הזר (כאמור, כינינו גישה זו "גישת שחיקת ההפסד" כדי להבדילה מ"גישת שני הנכסים הנפרדים" בה צידד בית המשפט המחוזי). גישת שחיקת ההפסד נשענת על פרשנות להוראותיו של סעיף 92(א)(1) לפקודה, שלפיה "החל מיום 1.1.1994 ה"סכום האינפלציוני" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, הנובע מהשפעת ה"מדד" על הנכס הנמכר פטור ממס, ומכאן שככל שנוצר הפסד במרכיב זה של רווח ההון - הוא אינו בר קיזוז". שיטה זו מבקשת לשאוב כוחה מהוראת הסעיף, ובפרט מ"תנאי האילו" המופיע בסעיף:

"סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ושאינו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד ריווח ההון הריאלי וכל שקל חדש של היתרה יקוזז כנגד שלושה וחצי שקלים של סכום אינפלציוני חיוב."

ברם, גישת שחיקת ההפסד אינה חיה בהרמוניה עם לשונה של הפקודה. בעוד שלעניין "רווח הון" מגדיר המחוקק, בנוסף למונח "רווח הון", את המונחים "רווח הון ריאלי" ו"סכום אינפלציוני" (אשר שניהם יחד מסתכמים כדי "רווח הון")¹⁶, הרי שלעניין "הפסד הון" שותק המחוקק ואינו מפלח אותו לנתחים. לשון הפקודה, אם כן, מתיישבת יותר עם הגישה לפיה "הפסד ההון" הינו מיקשה שקלית ונומינלית אחת, בלתי ניתנת להפרדה!¹⁷

16. "רווח הון ריאלי" - רווח ההון פחות הסכום האינפלציוני; "סכום אינפלציוני" - (1) חלק ריווח ההון השווה לסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי המתואם על יתרת המחיר המקורי

17. ויודגש, ההוראות הנזכרות, שמבדילות בין "רווח הון" הניתן לפצלו לרכיביו ובין "הפסד הון" שהינו דבוקה אחת בלתי ניתנת להפרדה, אינן הוראות רגילות, כי אם סעיפי הגדרה בהם דק המחוקק היטב ובאמצעותם "נותן המחוקק ביטוי ללקסיקון המיוחד בו הוא נוקט, ובכך מזהיר את הציבור ומעמידו על המובן המיוחד שהמחוקק מעניק לאותו ביטוי" (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שני - פרשנות חקיקה, עמ' 137-138 הוצאת נבו (1993)). העובדה כי המדובר בסעיפי הגדרה אך מחזקת את הגישה הפרשנית שלפיה אין לפלח את הפסד ההון לנתחים.

תימוכין נוספים, אם כי לא בכך נתלה את קולרינו, להיבט הלשוני התומך בפרשנות שלא "תפלח" את הפסד ההון לנתחים שונים, מצויים בלשונו של המחוקק ברישת סעיף 92(א) לפקודה הקובע, כי "סכום הפסד הון ... יקוזז". המחוקק לא הסתפק בהתייחסות להפסד הון (שהגדרתו כשלעצמה מתייחסת להפסד כמיקשה נומינלית אחת) והדגיש כי המדובר בסכום הפסד הון, ובהתאם להוראת מילון השפה העברית¹⁸ המדובר ב"סך, כמות כללית" של הפסד ההון ולא בחלקיו.

פרשנות שלפיה יש לפלח את "הפסד ההון" באופן מלאכותי לרכיבים שונים ובתוכם "הפסד אינפלציוני", עומדת בסתירה (גם) לפסיקה בפרשת שיפמן ולעמדת רשות המסים כפי שהובעה שם, אשר הדגישה כי לאור הגדרת הפסד הון בפקודה ובחינת ניסוחה של הגדרה זו, אין להכיר בהפסדי הון ריאליים. בפרשת שיפמן הנוכרת חיזק בית המשפט הנכבד עמדה זו והביא מן הספרות וההלכה הפסוקה תימוכין לה:

"הפקודה שעה שהיא דנה בהפסד הון קובעת היא בסעיף 88 כי הפסד הון הוא 'הסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי (שהוא המחיר המקורי של נכס לאחר שנוכו ממנו סכומי הפחת - מ.א.) על התמורה' סעיף 88 אינו מגדיר הפסד ריאלי ואינו יוצר אותו בעצם הגדרתו את הפסד. זאת במובדל מההבחנה בצד רווח ההון בין 'רווח הון ריאלי' לבין 'סכום אינפלציוני'."

בית המשפט מדגיש עוד, כי המחוקק ברר את מילותיו בקפידה, ובכוונת מכוון לא פילח את הפסד ההון לרכיבים שונים, ואת היעדרה של הגדרת "הפסד ריאלי" יש לפרש כהסדר שלילי.

"בעוד חוק מיסוי מקרקעין מגדיר בצורה נפרדת שכן ושבח ריאלי, ההפסד מוגדר בצורה כוללת ומשמעותו הפסד נומינלי בלבד. בניגוד לטענת המבקשים, את העדר הגדרת "הפסד ריאלי" בחוק מיסוי מקרקעין יש לפרש כהסדר שלילי, שכן המחוקק ברר מילותיו בקפידה וחרף ההבחנה בין "יתרת שווי רכישה מתואמת" ו"יתרת שווי רכישה" ביקש הוא להגדיר את ההפסד באמצעות האחרונה. כאמור, גם המלומדים תומכים בפרשנות סעיף 92 לפקודה לאור סעיף 47 לחוק מיסוי מקרקעין ותוך שלילת ההכרה בהפסד ריאלי לעניין הקיזוז (ראה למשל פרופ' א. נמדר מיסוי מקרקעין, כרך ד - חישוב המס ותשלומו, מהדורה חמישית (2007) 1418 ובהערות שם)."

דומה כי לו ביקש המחוקק שייערכו תחשיבים אינפלציוניים רעיוניים ל"ניטרולם" של הפסדים, שומה עליו שהיה אומר את דברו. שכן, חישוב רעיוני תחשיבי אינו דבר של מה בכך ומחייב בדרך כלל הוראה ברורה מהמחוקק. דברים אלה מתחדדים גם אל נוכח עריכתם של מספר תיקונים בפקודה אשר נוגעים במישרין בעניין ה"סכום האינפלציוני" והגדרת "מדד". אלא, שכידוע, המחוקק בחר לעסוק בתיקוניו רק באופן חישוב רווח ההון הריאלי ולא מעבר לכך. ממילא, אם כן, קשה יותר לקבל פרשנות המסתייעת בחישובים מתמטיים רעיוניים ומבקשת לשלול הפסד כלכלי

שקלי ממש, שחיסר את כיסו של הנישום, מבלי שתאחז בעוגן מפורש וברור של דבר המחוקק.

יצוין עוד כי דברים ברוח זאת, לפיהם בשיטת המס בישראל, הפסד ההון נמדד במונחים שקליים ולא ריאליים וכי אין בפקודה נוסחה מקבילה לסכום אינפלציוני כאשר המדד הינו שלילי, נאמרו לפני שנים גם מפיו של מר משה אשר, ראש רשות המיסים דהיום, במאמרו **"השלכות המיסוי של "המדדים השליליים"**.¹⁹

עולה אם כן, כי הגדרת הפסד ההון תומכת יותר בגישה לפיה הפסד ההון עשוי מיקשה נומינלית אחת ודינו לניכוי או לתיאום ייגזר על מלוא סכום הפסד ההון. אך עדיין נותרה השאלה, שמא "מבחן האילו" שידון להלן ועליו נתלית גישת שחיקת ההפסד מטה את הכף בהקשר זה.

2. **"המבחן הלשוני" בקשר עם התנאי "אילו היה רווח"**

נפנה איפוא לבחינת "תנאי ה"אילו" אשר גישת שחיקת ההפסד תולה יתרה בו. שכן לכאורה, אם קיים רכיב כספי התלוי בשינוי שער המטבע, והרווח מרכיב זה פטור ממס, מדוע יש להכיר בהפסד הנובע מאותו רכיב?!

ואולם, נקדים ונדגיש: במקרה של שחיקה במטבע חוץ, אילו ההפסד היה רווח - **כולו** היה בבחינת רווח ריאלי החייב במס.

ויובהר, בעת ירידה במטבע החוץ נמדד הרווח מנייר ערך חוץ במונחים שקליים ללא "התאמות" מטבעיות כלשהן. כך, גם את ההפסד יש למדוד במונחים שקליים. ויובהר, "סכום אינפלציוני" מהווה "חלק מריווח ההון השווה לסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי המותאם על יתרת המחיר המקורי". בהתאם, הסכום האינפלציוני אינו יוצר הפסד רעיוני/ריאלי כאשר הינו גבוה מרווח ההון השקלי (שהרי הוא אך חלק מרווח ההון).

באותו אופן, כאשר המדד הינו מדד שלילי, גם לגישת רשויות המס אין ב"סכום אינפלציוני" כדי ליצור הכנסה רעיונית, הן מפאת שהוא מוגדר אך כחלק מסוים מרווח ההון ואינו מהווה מקור ליצירת רווח הון חדש, והן מפאת שסכומו נקבע כסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי המותאם על יתרת המחיר המקורי. **אנו למדים איפוא שה"התחשבות" בסכום האינפלציוני בחישוב רווח ההון החייב, לא הפכה את הדיווח על ההכנסות ההוניות מכוח הפקודה לדיווח במונחים ריאליים לכל דבר ועניין.**

התאמות מדדיות או מטבעיות גורפות מתקיימות כאשר הדיווח על ההכנסה עובר למונחים ריאליים, כמו הדיווח שהתבצע בהתאם לחוק התיאומים ו/או התקנות

19. מי אשר וא' כהן "השלכות המיסוי של "המדדים השליליים", "מיסים" יב/4 (אוגוסט 1998) א-96.

הדולריות. עם זאת, הפקודה במהותה נותרה שקלית ואין מבצעים בה התאמות מדדיות או מטבעיות באופן מלא, אלא רק במקום בו קיימת הוראת חוק מפורשת.

הדין הנוהג הוא, שאין סכום אינפלציוני שלילי, ומקום בו חלה שחיקה בשער המטבע או המדד ימוסה רווח ההון במונחים שקליים ללא כל התאמות ו/או הפחתות של סכום אינפלציוני. ודוק, ב"גישת שחיקת ההפסד" הפרשנות לדיבר "אילו היה רווח" מבוצעת בהתייחס לעולם מציאות אחר, בו שער מטבע החוץ עלה יחסית לשקל. אך לא זהו העולם בו נמכר הנכס, וממילא לא זהו העולם להשוואה הנדרשת - "אילו היה רווח"!

הנכס נמכר בעולם בו חלה שחיקה במטבע החוץ, ובעולם זה הן הרווח והן ההפסד נמדדים בפקודה במונחי שקל בלבד, וממילא ההפסד הנדון, אילו היה רווח, כולו היה בבחינת רווח הון ריאלי החייב במס.

אדם המשקיע בנייר ערך חוץ בתקופה מסוימת בה חלה שחיקה במטבע חוץ מצפה שיחול עליו דין זהה הן כאשר היה רווח והן כאשר היה הפסד מהנייר. כשם שאם היה רווח מהנייר בתקופה זו הוא היה ממוסה בשקלים, ללא חישובים אינפלציוניים או מטבעיים, כך גם אם נוצר הפסד הון מנייר הערך - יש להכירו במונחים שקליים.

נשווה לנגד עינינו מניה הנקובה במט"ח, שהנישום רוכש בהתייחס אליה הן אופציית Call והן אופציית Put בתחומי מחירים שונים. נניח לשם הדוגמה, שהמניה ירדה כך שנצמח לנישום רווח בגין אופציית ה-Put והפסד מאופציית ה-Call. בהתאם לגישת שחיקת ההפסד, ככל שבתקופת ההשקעה חלה ירידה במטבע חוץ, יידרש הנישום לשלם מס במונחים שקליים על הרווח שנצמח לו מאופציית ה-Put, ואולם ההפסדים שאירעו לו בגין אופציית ה-Call יוכרו, לשיטת גישת שחיקת ההפסד, רק במונחי מטבע החוץ (הנמוכים יותר). **אין הדבר סביר לאמץ פרשנות שלפיה נישום שהשקיע בתקופה מסוימת במספר ניירות ערך ימוסה על הרווחים במונחים שקליים, ואילו על ההפסדים - במונחים מטבעיים שנשחקו. ויודגש, גישת שחיקת ההפסד אינה גישה סימטרית מלאה, אלא גישה בעטיה יוטל מס עודף דווקא על הנישום המצוי בהפסדים.**

גישת שחיקת ההפסד גורסת, להלכה ולמעשה, שכאשר אדם מוכר נייר ערך חוץ בעת שהתרחשה ירידה בשער המטבע ברווח שקלי, לא באים עימו חשבון במסגרת הוראות הפקודה על ירידת המט"ח, והוא ימוסה על הרווח השקלי הנומינלי בלבד; אך כאשר הנישום סיים את אחזקתו בנייר הערך בהפסד, דווקא אז תוסיף הפקודה שמן למדורת ההפסד ותבוא עימו חשבון על ירידת המט"ח. פרשנות זאת אינה עולה מלשון הסעיף כפשוטה וגם תוצאתה אינה סבירה, לדעתנו.

עמדה זו - הגורסת כי דווקא כאשר נגרם הפסד יש להכות את הנישום ולשלול הימנו את זכותו לקיזוז מלוא הפסד ההון השקלי, בעוד שבעת שנצמחו לו רווחים בעת ירידת מטבע יש להקל את עול מסיו ולחייבו במס במונחים שקליים - מעוררת קשיים עליהם ניתן ללמוד גם ממסקנות הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (הידועה כ-"ועדת

ששינסקי ה-II). הוועדה הביעה תרעומת רבה על שיטת מס שלפיה נטל המס יורד ככל שהרווחים עולים, ובלשונה של הוועדה הנכבדה:²⁰

"בניגוד לתמלוגים שתוארו לעיל, מס רווחי יתר הוא לרוב פרוגרסיבי, מהסיבה שהמדינה משתפת עם היזם בסיכוני הפרויקט. כך, ייגבה מס רווחי היתר רק לאחר שהפרויקט יהיה רווחי וגובה המס ולעיתים אף שיעורו יעלה עם העלייה ברווחיות הפרויקט. משכך חלקה של המדינה מסך הרווחים עולה ככל שסך הרווחים עולה. על פי אותו העיקרון, כשרווחי הפירמה קטנים, כך גם קטן חלקה של המדינה..."

ובהמשך:²¹

"תמהיל המיסוי על משאבי הטבע בישראל, מביא לכך ששיעור ה-GT על משאבי הטבע הוא רגרסיבי ואינו מבטיח כי חלק המדינה יעלה כאשר שיעורי הרווחיות עולים... יש לשנות את תמהיל המיסוי כך ששיעור ה-GT - יהא פרוגרסיבי ויעלה כאשר רווחיות החברות עולה ולא להיפך."

גישת שחיקת ההפסד יוצרת את אותו עיוות מס עליו התריעה ועדת ששינסקי, שכן לעת רווח לא תתווסף לנישום הכנסה בגין שחיקה בשער המטבע ודווקא ייעשה כן לעת הפסד. גם מטעם זה דומה בעינינו, כי הגישה הראויה הינה גישת ההפסד הנומינלי.

ואם בוועדות עסקינן, עוגן נוסף לגישת ההפסד הנומינלי ולכך שבירידת מדד הפקודה הינה נומינלית ללא התאמות כלשהן (כגישת ההפסד הנומינלי), נמצא בדו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה - ועדת בן בסט (להלן: **"ועדת בן בסט"**).²² ועדת בן בסט קדמה לוועדה לרפורמה במס בראשות רו"ח יאיר רבינוביץ' (להלן: **"ועדת רבינוביץ'"**) וביקשה גם היא להסדיר את מיסוי המסחר בבורסה. הוועדה פרסמה את המלצותיה ובעקבותיהן הוגשה הצעת חוק אשר ביקשה לאמץ את המלצות ועדת בן בסט כמיקשה אחת. הצעת החוק לעניין מיסוי הרווח הריאלי זהה במהותה לנוסח החוק כיום. במסגרת עיקרי ההמלצות של ועדת בן בסט צוין כדלקמן:

"אם מדד המחירים לצרכן ירד בתקופה הרלוונטית, בסיס המס יהיה ההכנסה הנומינלית."

20. מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (אוקטובר 2014), עמ' 45.

21. שם, בעמ' 98.

22. דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה - ועדת בן בסט (מאי 2000).

וידוגש, הצעת החוק שהועמדה להצבעה בעקבות ועדת בן בסט זהה בעיקרה לענייננו. הצעת החוק מציינת כבר בראשיתה כי היא מאמצת את המלצות ועדת בן בסט כמיקשה אחת.²³

ואמנם, המלצות ועדת בן בסט הקדימו את זמנן בכל הנוגע למיסוי המסחר בבורסה, ולא הבשילו כדי חקיקה. החקיקה בנושא תוקנה רק לאחר הקמתה של ועדת רבינוביץ, אך החשוב לענייננו דכאן שהצעת החוק שהוכנה על בסיס המלצותיה של ועדת בן בסט זהה בעיקרה לחוק דהיום, כך שהאמור בעיקרי ההמלצות של ועדת בן בסט רלוונטי גם לענייננו.

יצויין כי במסגרת הצעת החוק שהוגשה בעקבות ועדת בן בסט, ואשר אימצה את כל המלצות הוועדה האמורה, לא נכלל סעיף מיוחד המתייחס לסיטואציה של ירידת מדד ודומה כי נהיר היה, **שבהיעדר התערבות של המחוקק לעת ירידת מדד - הוראות הפקודה נותרות נומינליות!**

יוסף עוד, ניתן להשקיף ולנתח את הסוגיה קא עסקינן מכיוון אחר אשר מביאנו לאותו מקום. כפי שראינו, חישוב "רווח ההון הריאלי" ו"הסכום האינפלציוני" במונחי מטבע חוץ קם לתחייה בעולם מציאות מסוים - **עולם עליית שער החליפין**. משכך, החישוב המוטב והפחתת הסכום האינפלציוני מרווח ההון הינו בבחינת "חישוב מוטב מותנה". קרי, חישוב מוטב אשר מותנה בהתקיימות תנאי - עליית שער החליפין.

ברור שאין הכרח שתנאי זה יתקיים, ובוודאי אין הוא מתקיים באופן ממשי ורציף, שאחרת לא הייתה מתעוררת השאלה נשוא מאמר זה. בתקופה בה אין עליית שער חליפין, הן הרווח והן ההפסד מניירות ערך החוץ ממוסים בערכים שקליים בלבד, וממילא אין כל תחולה לחישוב המוטב בדמות "סכום אינפלציוני" פטור.

לשון אחר, כשם שאדם הזכאי לפטור בהתקיים תנאים מסוימים יהא חייב במס במידה שלא התקיימו תנאים אלה, ובהתאם, ייגזר גורל רווחיו לתשלום מס והפסדיו לניכוי, כך הדין גם בסיטואציה בה נמכר נייר הערך שהוחזק בתקופה בה חלה שחיקה בערך המטבע, שאז אין כל תחולה לחישוב המוטב בגין הסכום האינפלציוני.

סיכום הדברים - "גישת שחיקת ההפסד" מבקשת למעשה לבטל את ההפסד השקלי הממשי שנוצר לנישום בהיתלותה על עולם היפותטי שלא התקיים הלכה למעשה. כאמור, עסקינן בניירות ערך חוץ שנמכרים בתקופה שבמהלכה חלה ירידה בשער המטבע. במצב דברים זה, חישובי הפקודה לעניין רווח ההון ממכירת נייר ערך חוץ נמדדים בשקלים. **כשם שהרווח הריאלי ממכירת נכס שהוחזק בתקופה זו נמדד**

23. הצעת חוק 2913, התש"ס, מיום 26.7.2000. ובלשון הצעת החוק: "בהתאם להחלטת הממשלה מינה שר האוצר ועדה לרפורמה במיסוי הישיר בישראל בראשות מנכ"ל משרד האוצר פרופ' אבי בן בסט. הועדה הגישה את המלצותיה בחודש מאי 2000. הממשלה החליטה לאמץ אותן עקרונית כמקשה אחת".

בשקלים, כך נכון שיהא דינו של הפסד, מבלי שנגווס בו דבר, וממילא מתקיים התנאי ש"אילו היה רווח" כולו - היה מתחייב במס.²⁴

3. מבחן "האילו" בראי מעמד נכס ההון כפטור או חייב

דרך נוספת לבחון את "תנאי האילו" הינו בהתאם למעמד הנכס הנמכר כפטור או כחייב במס.

"הפסד הון" בפקודת מס הכנסה נסוב על מימושו של נכס הון. מימוש זה (ובמקרה דכאן מכירה של נייר ערך חוץ) יכול להצמיח רווח הון, ואם איתרע מזלו של המוכר, הוא עלול ליצור "הפסד הון". כך או כך, את ההתייחסות להפסד ההון דומה כי נכון לבחון בהתאם למעמדו המיסוי של הנכס, שמימושו הניב את הפסד/רווח ההון (חייב או פטור) ללא תלות בתוצאת המימוש הקונקרטי.

המחוקק קושר בעבותות את הפסד או רווח ההון לנכס הנמכר, ואת הפטור או החיוב ניתן לפרש כמוחל בהתייחס למעמד הנכס הנמכר כיחידה שלמה. כך, כבר בראשית, הגדרת מכירה, היוצרת את אירוע המס, מפנה אותנו לנכס ספציפי המקים את אירוע המס:

"מכירה" - לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, הענקה, מתנה, פדיון, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט הורשה";

כמו כן, הסעיפים המבקשים ליתן דין מיוחד לרווח הון, עושים זאת ככלל במשקפי הנכס. כך לדוגמה, סעיף 96 לפקודה מעניק פטור בשיחלוף של נכס בר פחת; כך גם סעיפי הפקודה הדנים במיסוי ניירות ערך סחירים, מוניטין, נכסים שנרכשו לפני שנת 1960 ועוד כיו"ב. בין היתר, מסעיפים אלה ניתן להקיש כי מיסוי רווח והפסד הון נבחן בפקודה במשקפי מעמד הנכס מחולל אירוע המס כיחידה אחת שלמה.

24. בשולי הדברים יוער, כי שחיקה מתמדת של מטבעות חוץ יחסית לשקל כלל אינה בבחינת מחזה שאינו צפוי בימינו. כך לדוגמה, במדינות בהן קיימת אינפלציה גבוהה, סביר כי מגמת הירידה בשער המטבע תהא רציפה ועקבית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כיום, עת ישראל שרדה את המשבר הכלכלי שפקד את העולם בשנת 2008 באופן טוב יותר ממדינות רבות ברחבי הגלובוס. כמו כן, גילויי מאגרי הגז הגדולים במדינתנו מחסנים עוד יותר את חוזקה של הכלכלה הישראלית עד שיש החוששים שמא תחול עלינו בעתיד "התופעה ההולנדית" בעטיה יתחזק השקל באופן ממשי וממילא שחיקה מתמדת בשערי מטבע החוץ יחסית לשקל הינה בבחינת תרחיש אפשרי. למותר לציין, כי פריצת דרך בתהליך השלום גם היא צפויה להשפיע על חוזקה של הכלכלה הישראלית ועל שחיקתו של מטבע החוץ יחסית לשקל. רוצה לומר, חישוב המס "המוטב" שניתן בעת עלייה בשער המטבע - יישומו תלוי נסיבות שלא מתקיימות בהכרח, ובעת ירידה בשער המטבע, הפקודה לכל הדעות מתייחסת לערכים שקליים (ללא התחשבות מטבעית או אינפלציונית) במיסוי של רווח ההון. אך זאת עיקר - בענייננו אנו עוסקים בנכס שנמכר בתקופה בה חלה שחיקה במטבע חוץ, וככל שחלף הפסד היה נצמח לנישום רווח הון, בתקופה זאת, כל רווח ההון היה ריאלי. וממילא מתקיים התנאי שאילו הפסד ההון היה רווח, הוא היה מתחייב במס.

לדעתנו, את הקביעה בהוראות סעיף 92(א)1 לפיה "סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ושאלו היה רווח הון" יש לקרותה בזיקה למעמד הנכס שנמכר בדיני המס כפטור או חייב. קרי, אילו היה רווח הון ממכירת הנכס, האם מכירה זו הייתה פטורה או חייבת. נייר ערך חוץ במהותו הינו נכס החייב במס ואינו נמנה עם הנכסים הפטורים ממס, וגם בהתאם לגישה זו - דין ההפסד לניכוי.

עוד יצוין, כי האמור בקובץ הפרשנות של רשות המסים מתיישב (אף הוא) עם גישה זו. וכך נתפרש בחבק:

"סעיף 92 קובע, כי הפסד-הון שמקורו בעסקה שאילו הייתה מסתיימת ברווח-הון הייתה חייבת-מס - הינו הפסד הון הניתן לקיזוז. ואילו, הפסד-הון הנובעים ממכירת נכסים אישיים שלא חל עליהם מס רווחי הון, או ממכירת נכסים הפטורים ממס רווחי הון - לא יותרו בקיזוז."

מדברים אלו משתמע, כי את עיקורו של ההפסד יש לבחון בראי מהותו של הנכס כנכס אשר מכירתו ממוסה במס רווחי הון או פטורה מהם.

הדים לגישה זו מצויים גם בחוזר מס הכנסה 9/11 - הקלות במס לעולים חדשים ולתושבים חוזרים בעקבות תיקון 168 לפקודה - חלק ב' ("מיסים" כה'4, ג-58) המסביר:

"הפסד הון - בהתאם לאמור בסעיף 92 לפקודה, עולה חדש או תושב חוזר ותיק שיש לו הפסד ממימוש נכס בחו"ל שאילו היה רווח היה פטור עליו ממס מכוח סעיף 97(ב)1 לפקודה, לא יוכל לדרוש לקזז את ההפסד מרווח אחר החייב במס בישראל וכן לא להעבירו לצורך קיזוז בשנים הבאות."

גישת שחיקת ההפסד מנסה לשאוב כוחה, בין היתר, מן ההיקש לפסיקת בית המשפט בעניין **בריכת גלית**.²⁵ אולם לטעמנו, היקש זה אינו במקומו. באותו עניין עסק בית המשפט בחוב שהיה צמוד מט"ח (שהתגבש ממכירת/הפקעת נכס), והפרשי השער בגין חוב זה היו פטורים ממס לפי הוראות סעיף 9(א13) לפקודה כלשונו דאז.

ויובהר, מכירה של נכס, ובמקרה של נסיבות פסק הדין דשם - הפקעה, אשר התשלום בגינה נדחה, מקימה אירוע הוני לעת מכירת הנכס ואירוע פירוטי בהתייחס לדחיית מועד התשלום, היוצרת הלוואה אשר תמוסה בהתאם לתנאיה. בנסיבות המקרה דשם, החוב היה צמוד למטבע חוץ ושעה שנוצר הפסד מהפרשי שער בגין הלוואה, נשאלה השאלה, האם הפסד זה הינו בר ניכוי. נשוב ונזכיר, כי על הלוואה דשם חלו הוראות סעיף 9(א13) לפקודה. וכך קבע בית המשפט הנכבד בהכרעתו דשם:

25. עמ"ה 1242/07 חברת גלית בריכת שחייה בע"מ נ' פקיד שומה 3 ת"א, "מיסים" כז'1 (פברואר 2013) ה-12.

"משנקבע כי לפי הוראות הפקודה יום המכירה של הנכס בהפקעה הינו יום פרסום דבר ההפקעה ברשומות, הרי שהתמורה לצרכי מס היא בהכרח המחיר באותו היום ... כל שינוי בשווי התמורה עקב שינוי בשער החליפין שהתרחש לאחר יום המכירה אינו חלק מהתמורה, אלא מהווה הכנסה או הוצאה פירותית של הנישום, אשר כפופה ליתר הוראות הפקודה.

השינוי בשער החליפין לאחר יום המכירה הניב למערערת במקרה זה הפסד כלכלי. האם יותר לה לקזז הפסד זה כנגד רווח ההון שנוצר בהפקעה? הן סעיף 28, העוסק בקיזוז בגין הפסדים פירותיים, והן סעיף 92, העוסק בקיזוז בגין הפסדים הוניים, מתנים את אפשרות הקיזוז בכך שלו היה ההפסד רווח, הרי שרווח זה היה חייב במס. סעיף 139(א) לפקודה קובע כי רווחים שנבעו לנישום בהפקעת נכס כתוצאה מהפרשי הצמדה יהיו פטורים ממס, ולכאורה משום כך נשללת מהמערערת האפשרות לקזז הפסד זה כנגד רווח ההון."

פסק הדין בעניין **בריכת גלית**, אשר הכרעתו דומה לנקבע בפסק הדין בעניין **מיכל בראל**, אינו סותר את גישת ההפסד הנומינלי ואין לראות בו, לטעמנו, ראייה ממשית לגישת שחיקת ההפסד. שכן את הפרשי השער על הפיקדון ניתן לראות כיחידת מיסוי של הכנסה העומדת בפני עצמה בפקודה, ומקום בו מוענק פטור להפרשי שער, אזי, מחד, הפרשי השער פטורים, ומאידך, הפרשי שער שליליים אינם מותרים בניכוי. וכלשון בית המשפט, **"זה כמו זה מחייב את המשיב לא להכיר בהפסד בגין אירוע המס שעבורו יוסד הפטור"**. קרי, יש לבחון האם ההפסד נוצר במסגרתו של אירוע מס פטור. הפרשי השער מהווים יחידת מיסוי פטורה ובמקביל ההפסד בגינם אינו מותר בניכוי. לעניין זה קבע בית המשפט בעניין **כלל פיננסיים**: **"נכון להוסיף, כי צודקת המערערת בטענתה לפיה בהלכת גלית דובר בהפרשי שער המהווים אירוע מס עצמאיים..."** עם זאת, בית המשפט בעניין **כלל פיננסיים** קבע, כי בהתאם לגישת שני הנכסים הנפרדים **"(אשר על כשליה הצבענו לעיל), ניתן להבחין או לפצל, בהתייחס למכירת נייר ערך חוץ, בין הרווח או ההפסד הנובע ממטבע החוץ בו נקוב נייר הערך, לרווח או ההפסד הנובע מנייר הערך.**

ויודגש, הלכת **בריכת גלית** התייחסה להפרשי שער כאירוע מס עצמאי העומד בפני עצמו ולא **"פיצלה"** סכום שנובע מיחידת הכנסה מסוימת למקטעים רעיוניים מתוך ניסיון לאיין את חלקו.

במוקד ענייננו אירוע מס שהינו מכירת נייר ערך חוץ. מכירת נייר הערך, גם כאשר היא מסתיימת ברווח, מהווה לדעתנו אירוע מס רווח הון אחד בלבד ואינה יוצרת בנוסף הכנסה מהפרשי שער. הסכום האינפלציוני גם הוא אינו מהווה מקור הכנסה נפרד מהפרשי שער. הסכום האינפלציוני הינו סכום המחושב מתמטית בהתאם לנוסחה הקבועה בהוראות החוק על מנת להפחית את רווח ההון החייב במס. הרווח מנייר הערך הינו רווח הון ואין קשר הכרחי ו/או ישיר בין עליית שער המטבע לרווח הון או להפסד ההון שנבע מממוש נייר הערך.

כשם שהפרשי שער בגין הלוואה לא יותרו בניכוי מקום בו הפרשי שער אלה פטורים ממס, כך הפסד הון ממכירת נכס לא יותר בניכוי מקום בו מכירת הנכס הייתה

פטורה ממס רווחי הון. בהקשר זה, הלכת בריכת גלית היא בבחינת מושכלות בסיסיים בדיני המס ואינה חותרת תחת גישת ההפסד הנומינלי.

4. גישת שחיקת ההפסד מביאה לתוצאה א-סימטרית, החוטאת לעקרונות הצדק ההגינות והשיוויון

כפי שצוין לעיל, גישת שחיקת ההפסד הנאחזת על ידי פקידי השומה מבקשת, הלכה ולמעשה, "לכווץ" את הפסד ההון השקלי הנומינלי שנוצר לנישום במקרה של ירידת ערך, ולהתיר לו בקיזוז רק את ההפסד הריאלי במונחי מטבע חוץ הנמוך יותר. למותר לציין כי ההפסד השקלי הנומינלי הוא חסרון הכיס הממשי שאירע לנישום. נדגים זאת:

"הפסד הון" שקלי, בעולם של ירידת שער המטבע			
פעולה	סכום ב-\$	שער המטבע	שקלים
רכישה	100	4	400
מכירה	30	2	60
רווח (הפסד) נומינלי			(340)
רווח (הפסד) אינפלציוני			(200)
רווח (הפסד) ריאלי			(140)

הנישום שבדוגמה זו נתחסר באופן ממשי 340 ש"ח (שכן רכש את הנכס ב-400 ש"ח ומכרו ב-60 ש"ח). לגישת שחיקת ההפסד, יש לבצוע את הפסדו השקלי ולקורעו לשני נתחים: הנתח האחד, בסך של 140 ש"ח - יותר בקיזוז; בעוד הנתח האחר ("המטבעי"), בסך של 200 ש"ח - לא יוכר בקיזוז.

אלא מאי? במקרה הפוך בו עלה שער מטבע החוץ, שאז ההפסד הריאלי גבוה מההפסד השקלי, קבעה הפסיקה, וכך גם דורשת רשות המיסים האוחזת בגישת שחיקת ההפסד, כי יש לדבוק בהפסד הנומינלי הנמוך יותר. נדגים זאת באותם הערכים ובהיפוך התמונה:

"הפסד הון" שקלי, בעולם של עליה בשער המטבע			
פעולה	סכום ב-\$	שער המטבע	שקלים
רכישה	100	2	200
מכירה	30	4	120
רווח (הפסד) נומינלי			(80)
רווח (הפסד) אינפלציוני			200
רווח (הפסד) ריאלי			(280)

בדוגמה זו, ההפסד הדולרי (שנותר כבדוגמה הקודמת) הינו 70 דולר, השווה (בערכים שקליים) ל-280 ש"ח, ואילו ההפסד השקלי הינו 80 ש"ח בלבד. נקל לראות כי גישת שחיקת ההפסד אינה עקבית וסימטרית. שכן, בדוגמה זו, במסגרת ההפסד הריאלי גבוה יותר מההפסד השקלי, אין מבצעים התאמות מטבעיות ודבקים בהפסד הנומינלי - ההפסד בו "מדברת" הפקודה.

לדעתנו, גישה זו, שלפיה בשעת שחיקה בשער המטבע מקטינים את ההפסד השקלי על מנת להעמידו על ערכו הריאלי ואילו בשעת עלייה בשער המטבע דבקים בהפסד הנומינלי הנמוך מההפסד הריאלי, אין בה לא מן הצדק, לא מן ההגינות ולא מן השוויון.

כאמור, בפרשת **שיפמן**, שיצאה מבית מדרשו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב הוכרה ברחל בתך הקטנה "שקליותה" של הפקודה בהקשר של הפסדי הון, ובמסגרתה נקבע כי לא ניתן לתבוע מכוח הוראות הפקודה הפסד ריאלי. הנומינליות של הפקודה עמדה לרועץ לנישום דשם, ובפסק הדין נקבע כי בשל "שקליותה" של הפקודה - **"מקובלת עלי עמדת המשיב כי ההסדר שבחוק התיאומים מעיד כיוצא מן הכלל על הכלל שהוא הבסיס הנומינלי בקשר עם חישוב ההפסד"**²⁶!

נדגיש בהקשר זה, כי ברגיל יאחזו בית המשפט בפרשנות העולה ממשוטים של דברים; ואימתי יבחר בית המשפט "לעקם" את לשון החוק? רק במשורה וכחריג, במטרה לשרת תכליות של צדק והגינות. אולם במקרה דכאן, קבלת "גישת שחיקת ההפסד" אשר אינה עולה, בוודאי לא במובהק, מלשונו של המחוקק כמפורט לעיל, מובילה בכל הכבוד, לתוצאות בלתי סבירות שחלקן נמנו לעיל וחלקן עוד יימנו להלן.

5. גישת ההפסד הנומינלי נתמכת בעובדה שההגנה האינפלציונית על ניירות ערך שקליים ניתנת על דרך של הקטנת שיעורי המס

גישת ההפסד הנומינלי נתמכת גם בעובדה שהמס הנגבה על ניירות ערך שקליים הינו נמוך יותר. כך לדוגמה, בשנות מס בהן עסקו פסקי הדין, על רווח מנכסים שזכו באותה העת "להגנה מדדית" הושת מס בשיעור של 20%, בעוד ששיעור המס שהוטל (לשם הדוגמה) על איגרות חוב שאינן צמודות, שמוסו ללא "הגנה מדדית", היה 15%. ויוזכר, בסעיף 125ג לפקודה מורה המחוקק כהאי לישנא:

"(א) בסעיף זה -

"בעל מניות מהותי" - כהגדרתו בסעיף 88;

26. משום כך, בין היתר, בראייתנו יש לראות את גישת שחיקת ההפסד כגישה שהינה תולדה של פרשנות "להטוטנית" ואת האוחז בה כמי שכמאמר בית המשפט העליון הינו "להטוטן בקרקס הרוכב בעת ובעונה אחת על שני זוגות אופניים" (רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 636 (2005)), ומטבע הדברים אין, לעניות דעתנו, לקבל פרשנות שכזו.

"מדד" - מדד המחירים לצרכן כפי שפורסם לאחרונה מטעם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לפני היום שבו מדובר, ובנכס שערכו צמוד למטבע חוץ או שהוא נקוב במטבע חוץ - שער המטבע.

"ריבית" - לרבות דמי ניכיון.

(ב) יחיד חייב במס על הכנסה מריבית בשיעור שלא יעלה על 25% [עד תיקון 187 נאמר: 20%], ויראו את הכנסתו זו כשלב הגבוה ביותר בסולם הכנסתו החייבת.

(ג) (1) על אף האמור בסעיף קטן (ב), שולמה הריבית על נכס שאינו צמוד למדד, או שהוא צמוד בחלקו לשיעור עליית המדד, כולו או חלקו, או שאינו צמוד למדד עד לפדיון או עד להחזר, תחויב הכנסתו של היחיד מריבית במס בשיעור של 15%.

(2) "...

כידוע, הורתם של הדברים בהמלצותיה של הוועדה לבחינת הרפורמה במס המוכרת כ"ועדת רבינוביץ" שהמליצה כדלקמן:

"מוצע לקבוע, כי על רווחי הון ממכירת ניירות ערך נסחרים בבורסה בתל-אביב יחול שיעור מס מוגבל של 15% מהרווח הריאלי. שיעור זה ייקבע לגבי מיסוי ריבית בשוק ההון, במטרה ליצור אחידות בשיעור המס באפיקי חיסכון שונים.

השיעור המוגבל נקבע, בין היתר, בשל ניידות ההון והרצון למנוע תמריץ להעתקת השקעות לבורסות בחו"ל, דבר שניתן לביצוע בקלות יחסית בשל הליברליזציה בתחום ההשקעות בחו"ל. שיקול נוסף הוא, שעל הכנסות מהון מוטלים לעתים מיסים נוספים, למשל במישור התאגיד.

בניירות ערך נסחרים שקליים המניבים ריבית או דמי ניכיון המחושבים על בסיס נומינלי, יוטל המס על רווח ההון הנומינלי ולא על הרווח הריאלי, וההתחשבות במרכיב האינפלציוני תיעשה באמצעות קביעת שיעור מס נמוך יותר, של 10% או שיעור אחר שיקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, בהתאם לרמת האינפלציה". (דו"ח הוועדה לרפורמה במס, עמ' 40 (יוני, 2002)).

העובדה כי המחוקק, עת ביקש למסות רווח שנצמח ממכירת ניירות ערך שקליים, המיר את הטלת המס על הרווח הריאלי בהשתת שיעור מס נמוך יותר על הרווח השקלי, מלמדת כי אין ב"הגנה האינפלציונית" כדי להשפיע על קיזוז ההפסד הנומינלי כולו.

ויובהר, אין חולק כי בקשר עם מכירת נייר ערך שקלי, כל ההפסד הנומינלי הינו בר קיזוז למרות שנייר הערך זוכה להגנה מדדית ול"התחשבות במרכיב אינפלציוני" על דרך של הקטנת שיעור המס. גם מטעם זה, לדעתנו, עדיפה גישת ההפסד הנומינלי.

לדעתנו, לא סביר "להפלות" בין ההפסדים הנוצרים משני סוגי ניירות ערך אשר במהותם ממוסים באופן זהה: האחד מקבל הגנה אינפלציונית בעת מכירת הנכס בדמות הפחתת עליית המדד; והאחר, הגנתו האינפלציונית היא בדמות הקטנת שיעור המס. אפליה בין שני סוגי ניירות ערך אלה על דרך של פרשנות מביאה לתוצאה שאינה ראויה.

חזקה היא בפרשנותם של דיני המס, כי שיטת מס חייבת לשאוף להיות נייטרלית ביחס להחלטותיו הלב-פיסקליות של האדם. גישת שחיקת ההפסד אינה מתיישבת עם תכלית זו, שכן למעשה תוצאתה הפליה לרעה של ניירות הערך הצמודים באופן מיסויים בהתייחס להפסדים, ובכך נוצרת הפרה של נייטרליות המס בבחירת השקעות הנישום בשוק ההון.

גישת ההפסד הנומינלי הולמת יותר את עקרון הנייטרליות, וניתן לומר, כלשון בית המשפט, ש"פרשנות המוצעת, היא, איפוא, הפרשנות המגשימה מידה רבה יותר של נייטרליות ומצמצמת יותר את השפעת דיני המס על החלטותיו הלב-פיסקליות של הנישום".²⁷

וידגש, בהאחדת שיעורי המס המוטל על האפיקים השונים בשוק ההון ביקש המחוקק לשמור על נייטרליות בשוק ההון בהתייחס להיבטי המס. על הנייטרליות בין ניירות ערך צמודים וניירות ערך שקליים שמר המחוקק דרך שיעורי המס. גישת שחיקת ההפסד פוגמת בנייטרליות המיסויית שביקש המחוקק להשליט בשוק ההון וגם בהיבט זה היא חוטאת לתכלית החקיקה.²⁸

6. גישת ההפסד הנומינלי מתיישבת עם תכליות תיקון מס' 22 לפקודה

תימוכין נוספים לגישת ההפסד הנומינלי מצויים גם בחקיקת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22), תשל"ה-1975 (להלן: "תיקון מס' 22 לפקודה"). בתיקון זה, שנחקק באמצע שנות השבעים, ביקש המחוקק לתת ביטוי לעלייה האינפלציונית אשר השפיעה על שיעורי המס האפקטיביים של הנישומים, וכן לתת ביטוי לאינפלציה בעת מיסוי רווחי ההון שהוטלו על נכסים שמשך החזקתם, קודם למימושם, היה ארוך. ייעודו של התיקון, ככלל, היה התמודדות חישובית במישור מיסוי הרווח; ומנגד, המחוקק כלל לא התכוון "להתערב" בגובה הפסד ההון השקלי.

במסגרת תיקון מס' 22 לפקודה נחקק (מחדש) סעיף 92(א) לפקודה, שהתיר את קיזוזו של הפסד ההון "כמיקשה אחת", תחילה כנגד רווח ההון הריאלי ולאחר מכן

27. ע"א 3489/99 מנהל מס שבח מקרקעין - חיפה נ' אן מרי עברי, "מיסים" יז/4 (אוגוסט 2003) ה-9.

28. במאמר מוסגר יצויין, כי לא מתקיימת נייטרליות מיסויית מושלמת בין ניירות הערך הצמודים והלא הצמודים גם אם שיעור המס המוקטן כיוון במדויק לשיעור האינפלציה הרלוונטי. כך לדוגמה, כנגד רווח מניירות ערך לא צמודים יקוזז הפסד בערך מלא, למרות שהמדובר ברווח שבמהותו חלקן אינפלציוני. אלא שפגם זה בנייטרליות, שלא כמתואר לעיל, אינו בהתייחס למיסוי ההשקעה הנבחנת גופא אלא בהתייחס לפוטנציאל ניצול הפסדים מהשקעות אחרות כנגדה, ולא זה כהרי זה.

ביחס של 3.5:1 כנגד הרווח האינפלציוני. וכך מדגיש המחוקק בדברי ההסבר להצעת החוק [הצ"ח 1188 (9 ביוני 1975)]:

"בעקבות המלצת הועדה, יוחלף סעיף קטן (א) לסעיף 92 הדין בקיזוז הפסדי הון. לפי השיטה החדשה שוב אין מתרגמים הפסד הון למס לצורך הקיזוז, אלא תמיד רואים את הפסד ההון עצמו כהפסד ריאלי..."

וידגש, תמיד רואים את הפסד ההון הנומינלי עצמו כהפסד ריאלי, הגם שהלכה למעשה, משולם המס במישור רווח ההון על רווח ההון הריאלי.

גישת הפסד הנומינלי עולה בקנה אחד עם העובדה שהרווח האינפלציוני מוסה באותה עת בשיעור החריג של 10% (שיעור נמוך משמעותית משיעור המס השולי דאז, שהגיע עד כדי 60%). קרי, המדובר במיסוי נמוך מאוד אשר הביא לידי ביטוי את רצון המחוקק להטיל מס זעום על מרכיב האינפלציה, וחרף זאת נקבע בחקיקה כי הפסד ההון הנומינלי כולו ייחשב כהפסד ריאלי.

העובדה שהמחוקק התייחס לשיעור המס של 10% כשיעור מס מזערי ולסכום האינפלציוני כהכנסה שאינה כשאר ההכנסות, באה לידי ביטוי בין היתר בסעיף 28(ג) לפקודה דאז, אשר קבע שהנישום רשאי לא לקזז הפסדים מעסק כנגד סכום אינפלציוני, וכן בהוראת סעיף 92(א) לפקודה דאז, אשר קבעה כי קיזוז הפסד הון כנגד סכום אינפלציוני ייעשה ביחס של 1 ל-3.5, קרי שקל הפסד הון יקוזז ויאין 3.5 שקלים של סכום אינפלציוני חייב.

דברים אלה מחדדים את כוונת המחוקק המשתמעת לפיה, למרות שמש רווח ההון מוטל על רווח ההון הריאלי בלבד, ההפסד הנומינלי הוא בר קיזוז במלואו אונו. דבר זה בא לידי ביטוי מובהק בכך שנקבע שההפסד הנומינלי יקוזז כנגד סכום אינפלציוני ביחס של 1:3.5, כאשר שקל אחד של הפסד נומינלי יימחק ויבטל 3.5 שקלים של הפסד אינפלציוני.

אלא מאי? בהתאם לגישת שחיקת הפסד, תיקון 132 לפקודה אשר ביקש להקל ולבטל את המס הנמוך (מאוד) שהוטל על הסכום האינפלציוני, בהלימה גם לירידה הכללית בשיעורי המס, יצר מכשול לנישום והפך הפסד נומינלי, שכולו היה מותר בניכוי, להפסד שיש לכווצו ולגרוע הימנו חלקים.

פרשנות זאת, להבנתנו, אינה מתיישבת עם כך שתיקון 132 אינו בא לשנות דבר במהותם של דברים, וכבר מתיקון 22 מוטל בעיקרו מס על רווח ההון הריאלי בלבד, וחרף כך הפסד ההון הותר בניכוי במלואו במונחים שקליים ואף הותר בקיזוז ביחס של 1:3.5 כאשר קוזז כנגד הכנסה אינפלציוני הממוסה בשיעור נמוך.

כבר מאז תיקון 22 הסכום האינפלציוני לא נחשב כהכנסה ככל ההכנסות, ושיעורו נקבע כשיעור נמוך מאוד ואף נקבעו כאמור כללי קיזוז הפסדים מיוחדים כנגדו. למרות כך נקבע, כי ההפסד הנומינלי יותר בניכוי כולו. פועל יוצא מכך, לדעתנו, ניסיון ליחס לתיקון 132 לפקודה - אשר בא להקל - שינוי באופן קיזוז הפסדי ההון

בפקודה ביחס לאינפלציה אינו סביר, וגם מטעם זה אין לפרש לדעתנו כך את הדיון ויש להעדיף את גישת ההפסד הנומינלי.

7. הגדרת "מדד" בהתייחס לתושבי חוץ

גישת שחיקת ההפסד גורסת, כי הפסדי החוץ בגובה השחיקה המטבעית של עלות נייר הערך מהווים "הפסדים אינפלציוניים" ועל כן אינם ברי קיזוז כנגד רווחי הון ריאליים. כזכור, פרשנות זו נסמכת על הגדרת המונח "מדד" בסעיף 88 לפקודה. הגדרה זו, כמתואר להלן, מאפשרת לתושב החוץ בחירה בין שתי חלופות "מדד":

"מדד - מדד המחירים לצרכן כפי שפורסם...; ואולם מי שבהיותו תושב חוץ רכש נכס במטבע חוץ כדון, רשאי לבקש שיראו את שער המטבע שבו נרכש הנכס כמדד. על אף האמור, לעניין נייר ערך בידי יחיד, הנקוב במטבע חוץ או שערכו צמוד למטבע חוץ, יראו את שער המטבע כמדד."

הענקת הבחירה לתושב החוץ בין הגדרת מדד כזו או אחרת, יש בה כדי ללמד כי גורלו של "הפסד החוץ", לניכוי או לתיאום, אינו תלוי ב"מדד".

זאת וגם זאת, לו תיכון גישת שחיקת ההפסד, הרי שהיא תביא לתוצאה לא שוויונית. לגבי יחידים תושבי ישראל יראו את ההצמדה למטבע החוץ כמדד, ותוצאה שלילית של השינוי במטבע החוץ תתפרש בראי פקידי השומה כמרכיב המיוחס לשינוי אינפלציוני הגורר ביטולו של חלק מהפסד החוץ; מנגד, תושבי חוץ אשר בידם לבחור בין מטבע החוץ ובין מדד המחירים לצרכן, יזכו בגישה זו במלוא ההפסד הנומינלי גם בשעה שחלה שחיקה במטבע החוץ.

תוצאה זאת אבסורדית, שהרי דווקא תושב החוץ יוכל לדרוש את ההפסד השקלי הנומינלי בשעה של שחיקה במטבע חוץ, ואילו תושב ישראל המתנהל בשקלים יתבקש להקטין את גובה הפסדו השקלי ולהעמידו בגובה ההפסד הריאלי במונחי מטבע החוץ. תוצאה לא סבירה זאת ממחישה גם היא את אי-ההלימה של גישת שחיקת ההפסד עם הוראות הפקודה.

8. חוק התיאומים מתיישב עם גישת ההפסד הנומינלי

חיזוק נוסף (ומשמעותי) לגישת ההפסד הנומינלי מצוי בחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"א-1985.²⁹ החוק שנחקק על רקע האינפלציה הדוהרת מלמד על היות הפקודה אחוזה באדיקות בשיטה השקלית הנומינלית, עד כדי כך שהמחוקק נאלץ להתערב ולקבוע במקרים מסוימים התאמות על מנת שהרווח ימוסה באופן ריאלי.

29. נזכיר, בתחילת שנות ה-80, עם האצת האינפלציה אשר הרקיעה לשיאים כמוהם לא נראו מאז הקמתה של מדינת ישראל, חוקק חוק האינפלציה הראשון בישראל - חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), התשמ"א-1981, וכשלוש שנים לאחר חקיקתו, הפציע לעולם מחליפו, חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"א-1985.

הסימטריה לכאורה שמבקשת גישת שחיקת ההפסד ליצור הינה סימטריה שאין עניינה בסעיף 92 לפקודה, אלא סימטריה שהייתה מתקיימת אילו הפקודה הייתה עוברת לדיווח בערכים ריאליים, על בסיס שקל צמוד או מטבע חוץ. קרי, סימטריה שהייתה יפה אילו היו חלות הוראות חוק התיאומים או תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986 ("התקנות הדולריות"). מקום בו חלות הוראות חוק התיאומים, המיסוי הינו בערכים ריאליים מוחלטים, וממילא, כך היו מחושבים הן רווחי ההון והן הפסדי ההון, בין אם המדובר בעליית מדד ובין אם המדובר בירידת מדד. אך לא כך הדבר בענייננו. כשם שרווח ההון בעת ירידת מדד ממוסה במונחים שקליים, כך דינו של ההפסד.

כזכור, חוקי האינפלציה חוקקו על רקע הנומינליות של הפקודה וכמענה לאי-התערבותה של הפקודה בשינויים שנגרמו כתוצאה מעלייתה הזמנית של האינפלציה. עצם חקיקת חוק התיאומים מעידה על הנומינליות של הפקודה. מנגנון ניטרול האינפלציה שאומץ בחוקי האינפלציה הטיל מס על ההכנסות הריאליות בלבד של הנישומים, וזאת באמצעות מנגנון שתוצאתו שיערוך הכנסותיהם והוצאותיהם של הנישומים לערכו של המטבע בסופה של כל שנת מס. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון בפרשת גזית³⁰:

"העיקרון שהנחה את חוק האינפלציה ולאחר מכן את חוק התיאומים הוא, כשורת ההיגיון, מיסוי ריאלי של הכנסת הנישום תוך ניטרול המרכיבים האינפלציוניים בהכנסתו; זאת באמצעות שיערוך הכנסותיו והוצאותיו לערכו של המטבע בתום שנת המס (ראו למשל דברי ההסבר לחוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), התשמ"א-1981; ע"א 10554/02 ערכים תיקי השקעות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א)."

חוק התיאומים ביקש להתערב גם בגובה הפסד ההון הקבוע בפקודה, שכן מקורו בפקודה הינו בסכום נומינלי בלבד אשר אינו נותן ביטוי להשפעות האינפלציה. ההתערבות בגובה הפסד נעשתה באמצעות סעיף 9(ג) לחוק התיאומים, אשר ביקש להוסיף (או להפחית) סכום של הפסד הון על ההפסד הנומינלי הקבוע בפקודה, כך שהפסד ההון הכולל המותר בניכוי יעמוד על גובה הפסד ההון הריאלי.

וידוגש, כלל הוראות חוק התיאומים המשיכו להיות מיושמים גם כאשר המדד היה שלילי.

שאלה זו של החלת חוק התיאומים בהיות המדד שלילי, הובאה לפתחו של בית המשפט המחוזי בפרשת ארדן אחזקות,³¹ בה קבע בית המשפט מפורשות, כי נישום העורך דוחותיו לפי הוראות חוק התיאומים ייכנס תחת כנפיו של חוק התיאומים אף כאשר המדד באותה השנה שלילי:

30. ע"א 8876/09 גזית החזקות נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" כ"ח/2-ה-2 (אפריל 2012).

31. ע"מ 1127/07 ארדן החזקות נ' פקיד שומה, "מיסים און לייך" (2013).

"תכלית החוק היא מדידת הכנסתו של הנישום בנטרול השפעת השינוי במדד. תכלית זו מתיישבת היטב עם התכלית הכללית שבבסיס חקיקת המס, שהיא מימון אוצר הרשות הציבורית תוך קביעת שומת אמת לנישום. לאור תכלית זו, מן הראוי להחיל את הוראות חוק התיאומים גם במקרים של מדד שלילי."

תפיסה זו של החלת מדד שלילי אף אומצה על ידי רשות המיסים עצמה, במסגרת ה"ב 11/2004 "יישום הוראות חוק התיאומים בשנת המס 2003"³², באלו המילים:

"הכלל יהא איפוא, כי יש להפעיל וליישם את החוק בשנת המס 2003 לפי שיעור השינוי במדד, על אף היותו שלילי."

והנה כי כן, החלת חוק התיאומים ובכלל זה סעיף 9(ג) לחוק בעת מדד שלילי, מעידה כאלף עדים כי ההפסד המותר בניכוי בראי הפקודה, לפני התערבות חוק התיאומים, הינו ההפסד הנומינלי. אימוץ גישת שחיקת ההפסד משמעותה, שבעידן חוק התיאומים, בעת מדד שלילי יוקטנו הפסדי הנישום בגין אותה ירידה פעמיים, פעם באמצעות חוק התיאומים ופעם נוספת באמצעות הפרשנות בה נוקטת גישה זו. תוצאה שכזו, לטעמנו, אינה סבירה ודומה כי אין לפרש כך את הדין.

9. הגישה הרחבה בפרשנות קיזוז הפסדים

כמפורט לעיל, בראייתנו, טעמים רבים מובילים למסקנה כי גישת ההפסד הנומינלי עדיפה על גישת שחיקת ההפסד. עדיפות זו מתחזקת גם לאור הפרשנות הרחבה שנתנה ההלכה הפסוקה לקיזוז הפסדים, ועל היותו של "הפסד הון" בבחינת נכס ששלילתו מהנישום זוקקת עיגון בהוראה מפורשת.

בהקשר זה יוזכר כי בפסק הדין בעניין **מודול בטון**³³ עמד בית המשפט העליון על חשיבות ההכרה בזכות לקיזוז הפסדים בצורה רחבה. בית המשפט מנה הגיונות רבים לעשות כן ובתוכם: שיקול הצדק, השיקול הכלכלי, שיקול המיצוע, שיקול ההדדיות, ועוד. בהקשרים אלה קובע בית המשפט, כי מדידת היכולת הכלכלית של הנישום תהיה מדויקת יותר ובסיס המס שלו יהיה נכון וצודק יותר אם יוכל לקזז את מלוא הפסדיו; מערכת מס שאינה מכירה בקיזוז הפסדים או לחלופין מערכת מס הקופצת ידה בהכרה בהם, יוצרת תמריץ שלילי לביצוע עסקאות חיוניות למשק, מדכאת יוזמה ונטילת סיכונים ומקטינה סיכויים; קיזוז הפסדים מאפשר לנישום לבצע מיצוע (Averaging) של הכנסותיו על פני שנים אחדות, תוצאה רצויה המגמישה את ההשלכות השליליות הנובעות ממיסוי פרוגרסיבי ומהחלוקה השרירותית של תקופת חיי הנישום לשנות מס; ועוד. בהמשך להנמקות השונות שפורטו ועל בסיסה של ספרות רחבה נקבעה ההלכה הפסוקה המוכרת, שלפיה:

32. "מיסים" יח/4 (אוגוסט 2003) ג-115.

33. ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ, "מיסים" כד/2 (אפריל 2010) ה-118.

"על רקע השיקולים דלעיל, נקודת המוצא היא כי כאשר קיים חוסר-בהירות בדבר היקף תחולת דיני קיזוז הפסדים, יש לבכר, בדרך כלל, גישה המביאה להרחבת התחולה על פני גישה המביאה לצמצומה (ראו: אדרעי, אירועי מס, בעמ' 190-191, 193; גליקסברג, קיזוז הפסדים, בעמ' 544-539, 548, 556-557; יוסף מ' אדרעי "התשתית העיונית למגמות חדשות בפסיקה: הגדרת הכנסה; כללי הקבלה וניכוי הוצאות ריבית; עסקה בודדת וקיזוז הפסדים; על מעמדו של הנישום השכיר" עיוני משפט כ (1996) 283, 306-311 (להלן: אדרעי, התשתית העיונית))."

עוד יוזכר כי בפרשת **גזית החזקות**³⁴ חזר בית המשפט העליון על הלכת **מודול בטון** בדבר גישת הפרשנות הרחבה לעניין קיזוז הפסדים והוסיף והדגיש, כי שלילת קיזוזו של הפסד הון (גם כזה שנתפס במקרה דשם כ"הפסד רעיוני" או "על הנייר") אין לבססה על טעם פרשני, כי אם על הוראת חוק מפורשת. דברים אלו יפים מקל וחומר בדיוננו כאן העוסק בשאלת אי-הכרה, כגישת שחיקת הפסד, של מקטע תחשיבי מתוך הפסד שקלי ממשי שנוצר לנישום.

דומה בעינינו כי במקרה דנן, גם העקרונות שהועלו על נס בעניין **מודול בטון** להרחבת התחולה של קיזוז הפסדים תומכים בהעדפת גישת הפסד הנומינלי. בגישה זו יותר בניכוי מלוא הפסד הממשי במונחים שקליים שנבע לנישום, ולא ימצא הנישום משלם מס במונחים שקליים על הכנסה שאיננה בנמצא. לנישום יותר הפסדים שקליים, כשם שהיה משלם מס על רווחים במונחים שקליים לעת שחיקה בשער המטבע.

כמו כן, השקעה בנייר ערך חוץ אינה מהווה השקעה במדד אלא השקעה של נכס שמכירתו בעתיד צפויה להניב חיוב במס, ואין המדינה צריכה לקפוץ ידה במתן קיזוז הפסדים הימנו אלא לעודד השקעות כאמור. ויודגש, אדם שמשקיע בנייר ערך אינו יודע מראש אם תהא עלייה או ירידה בשער המטבע, ופרשנות הולמת יותר תהא כזו שתשאף שהוא ימוסה באופן סימטרי/הדדי בתקופת ההשקעה בנייר בין אם ייווצר בידו רווח הון ובין אם ייווצר בידו הפסד.

אנו ערים לכך שאין סימטריה מלאה, שכן בעת עליית מדד, הפסד ההון ייותר בערכו הנומינלי, שלא כרווח הון הממוסה בניטרול הסכום האינפלציוני, אך זו אחת התוצאות של היות הפקודה בעיקרה נומינלית ולא עברנו בישראל לדיווח במונחים ריאליים. עם זאת, אין לדעתנו, להחריף חוסר סימטריה זאת בקביעה א-נומינלית, כגישת שחיקת הפסד, לפיה בעת ירידת מטבע, רווח הון ימוסה בשקלים נומינליים, כיאה לפקודה הנומינלית, ואילו הפסד יותר בניכוי בערכים מטבעיים הנמוכים יותר.

34. ע"א 8876/09 גזית החזקות (מגן מיסודה של גזית אינק) בע"מ נ' פקיד השומה תל אביב 4, "מיסיס" כ/2 (אפריל 2012) ה-71.

אחרית דבר

בפסיקת בית המשפט המחוזי נתחדשה הלכה בקשר עם סוגיית קיזוז ההפסדים ממימוש ניירות ערך חוץ בעת שחלה שחיקה בשער מטבע החוץ. בית המשפט ניסה, לטעמנו (אולי מתוך רצון להגיע להטלת מס "סימטרית"), לדלג מעל משוכת השקליות והנומינליות של הפקודה ואימץ את "גישת שני הנכסים הנפרדים". באמצעותה דומה כי ביקש "לנטרל" את שחיקת המטבע, ולעבור לדיווח מטבעי על ניירות ערך חוץ.

ואולם, בראייתנו, "גישת שני הנכסים הנפרדים" אינה מתיישבת עם מהותם של דברים, ומהבחינה המהותית והכלכלית אין בפנינו שני נכסים כראיית פסקי הדין. גישה זו, בתפיסתנו, גם אינה מתיישבת עם הוראות הפקודה, אינה מתיישבת עם הדין הכללי, והשלכותיה משמעותן רעידת אדמה מעבר להשקעה בניירות ערך חוץ. גישה זו אף זרועה מוקשים וכשלים שונים בהיבט היישומי וכלל לא נהיר כיצד, במסגרת התבניות הקבועות בפקודה, ניתן ליישם את מסקנות פסקי הדין ולהפריד את הפרשי השער מנייר ערך החוץ כנכס נפרד, כך שאלו יהיו הכנסה פטורה בעת עליית שער המטבע והפסד שאינו מוכר בעת שחיקתו. הקשיים השונים, שפורטו לעיל והעולים לטעמנו מ"גישת שני הנכסים הנפרדים", יחייבו, ככל הנראה, מחשבה נוספת בהתייחס לגישה זאת, ולעניות דעתנו טרם נאמרה בסוגיה זו המילה האחרונה.

משכך, נתנו דעתנו במסגרת המאמר על שתי הגישות הפרשניות אשר עמדו בזירת המחלוקת בהתייחס להשקעה בניירות ערך חוץ, בטרם יצאה לאוויר העולם "גישת שני הנכסים הנפרדים" בהקשרנו. גישות אלה, "המתחרות" זו בזו, כונו לעיל "גישת ההפסד הנומינלי" ו"גישת שחיקת ההפסד".

על אף שגישת שחיקת ההפסד נראית במבט ראשון כגישה שהגיונה בצידה, שכן עקרון הסימטריות בגרונה, ניתוח מעמיק יותר מראה כי כשלה העיקרי הינו ככשל פסקי הדין. גם גישה זו, כפסקי הדין, מתעלמת מכך שהדיווח על ההכנסה בפקודה נותר בעיקרו דיווח שקלי ולא דיווח מטבעי. אלא, שבדרך שבה כיוונו לילך, ביקשו פסקי הדין לעבור, הלכה למעשה, לדיווח דולרי סימטרי על ניירות ערך חוץ, בין ברווח ובין בהפסד, בין בעליית שער ובין בירידתו. לעומת זאת, גישת שחיקת ההפסד, בשם הסימטריות, שאינה אלא סימטריות סלקטיבית, מביאה לדעתנו להרחבת עיוותי המס וחוסר הסימטריה בהטלת המס על הנישומים. יתרה מכך, כפי שהוצג לעיל, בגישת שחיקת ההפסד, את מחיר חוסר הסימטריה ישלם דווקא הנישום שלא שפר עליו גורלו וסיים את השקעותיו בהפסד.

לית מאן דפליג, שיש מקצת מהאמת בגישת שחיקת ההפסד, שהרי חלק רווח ההון עד גובה הסכום האינפלציוני הינו פטור ממס, ובשם רכיב זה טוענת גישת שחיקת ההפסד, כי דינו של חלק ההפסד לתיאום. אך, כאמור, ניתוח זה הוא חלקי וסלקטיבי בלבד של אופן מיסוי ניירות הערך כפי שצוין לעיל. לעניין זה, להבדיל הבדלות רבות, שכן עסקינן דכאן במחלוקת סופרים, עולה בנו פירושו של רש"י³⁵ על דברי המרגלים אשר הלכו לתור את הארץ ובשובם פתחו בתיאור הארץ כארץ זבת חלב ודבש, שהיווה דבר אמת, טרם הוציאו

את ביאושה, שבעקבותיו נשאה כל העדה את קולה בבכי. על כך אמר רש"י: "כל דבר שקר שאין אומרים בו קצת אמת בתחילתו אין מתקיים בסופו".

לטעמנו, בין היתר, מנימוקים רבים ומגוונים שפורטו לעיל, וביניהם ניתוח לשוני, תכליתי וכלכלי, יש להעדיף את גישת ההפסד הנומינלי, הגם שיש מקצת מהאמת בגישת שחיקת ההפסד. לטעמנו, בחינה של הוראות ותכלית החוק באופן כולל יותר מצביעה על כך שמרבית האמת מצויה בגישת ההפסד הנומינלי.