

מהו רווח הון? – גישה פונקציונלית-תכליתית

דוד אלקינס *

- א. מבוא
- ב. ההסדרים המיוחדים שבמשטר מיסוי רווחי הון
- ג. מאפיינים של רווחי הון המונעים את תחולת משטר המס הרגיל
- ד. יישום התפיסה הפונקציונלית
- ה. סיכום

א. מבוא

אחת ההבחנות הבסיסיות במערכת מיסוי ההכנסה היא ההבחנה בין הכנסות פירותיות ובין רווחי הון.¹ ההבחנה נולדה עוד בימיו הראשונים של מס ההכנסה, כאשר הוטל מס על הכנסות פירותיות בלבד.² היא איבדה מעט מחשיבותה עם הטלתו ההדרגתית של מס על רווחי ההון לסוגיהם³ והשוואת שיעורי המס החלים על רווח הון לאלה החלים על הכנסות פירותיות.⁴ באחרונה זכתה ההבחנה בין הון לפירות לעדנה חדשה כאשר

* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

1 כאשר אתייחס להלן לרווח הון או למס רווח הון, הכוונה היא גם לשבח מקרקעין ולמס שבח, בהתאמה. מסיבות היסטוריות מערכת המס הישראלית מבחינה בין רווח הון הנובע מזכויות במקרקעין ובין רווח הון הנובע מנכסים אחרים. בעוד על האחרון מוטל מס רווח הון מכוח חלק ה לפקודת מס הכנסה, תשכ"א-1961, הרי רווח הון שמקורו בזכויות במקרקעין מכונה "שבח מקרקעין" ומוטל עליו מס שבח מקרקעין מכוח חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963 (להלן – "חוק מיסוי מקרקעין"). ההבחנה בין רווח הון לבין שבח מקרקעין ובין מס רווח הון לבין מס שבח אינה מעניינת.

2 סעיף 5 לפקודת מס הכנסה, 1947.

3 חוק מס שבח מקרקעים, תש"ט-1949 (ובעקבותיו חוק מיסוי מקרקעין או לפי שמו הקודם מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963), הטיל מס על השבח במכירת זכות במקרקעין. מס רווח הון הוטל על נכסים אחרים בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה, תשי"ב-1952 ובחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 6), תשכ"ה-1965. באחרונה הורחב בסיס מס רווח ההון כאשר הוטל מס על רווח הון ממכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה: חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), תשס"ב-2002.

4 חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22), תשל"ה-1975, בעקבות המלצותיה של ועדת בן-שחר.

שוב הונהגו שיעורי מס דיפרנציאליים, ורווחי הון נהנים משיעור מס שהוא כמחצית משיעור המס השולי הגבוה ביותר החל על הכנסות פירותיות.⁵ על אף מרכזיותה של ההבחנה האמורה, פקודת מס הכנסה, תשכ"א–1961 (להלן: פקודת מס הכנסה) אינה מספקת כללים ברורים לסיווגן של הכנסות כהכנסות הוניות או פירותיות. היא קובעת, למשל, שמס הכנסה יוטל על "השתכרות או רווח מעסק", על "השתכרות או רווח מעבודה", ועל השתכרות או רווח מנכסים – מקרקעין, מיטלטלין ונכסים בלתי מוחשיים – בלי להבהיר מתי תיחשב הכנסה פלונית למופקת מהמקור האמור ומתי היא תיחשב לתמורה עבור ויתור על המקור. היא מורה שמס הכנסה יוטל על "השתכרות או רווח מעסקה בעלת אופי מסחרי", בלי להבהיר מהו אופי מסחרי, והיא מורה כי יוטל מס הכנסה על "השתכרות או רווח מכל מקור אחר" בלי להגדיר מהו "מקור".⁶

נדמה כי בניסיונותיהם של בתי המשפט ושל הפרשנים המלומדים להבחין בין הכנסות פירותיות ובין הכנסות הוניות שולטת התפיסה שקיימת איזושהי הבחנה מובנית או אפלטונית בין הון לפירות. במילים אחרות, הרושם הוא שבבסיס הדין מונחת ההנחה שנכס נתון הוא, מטיבו ומטבעו, נכס הון המייצר רווח הון או שהוא, מטיבו ומטבעו, מלאי המייצר הכנסה פירותית. ההכרעה בין הון לפירות, לפי תפיסה זו, היא כעניין שבעובדה.

התזה אשר תוצג ברשימה זו היא, שההבחנה בין הון לפירות אינה הבחנה פורמלית אלא הבחנה פונקציונלית-תכליתית.⁷ על פי התזה המוצעת, הסיבה לכך שרווח הון כפוף למשטר מס שונה נעוצה בעובדה שלרווח הון תכונות מיוחדות, המקשות את תחולתו של משטר המס הרגיל. בשל תכונות אלה, הונהגו הסדרים מיוחדים לרווחי הון. הואיל והתכלית העומדת ביסוד הנהגת הסדרי המס המיוחדים היא פונקציונלית, הרי הקריטריונים שעל פיהם מבחינים בין הון לפירות אף הם צריכים להיות קריטריונים פונקציונליים. כלומר התעשרות תסווג כרווח הון, לא כאשר תפיסה אפלטונית על אודות מהותו של רווח הון תכתוב זאת, אלא כאשר תכונותיה של אותה התעשרות מקשות את תחולתו של הסדר המיסוי הרגיל ומחייבות את החלתו של הסדר המיסוי המיוחד של רווח הון.

חלק ב של המאמר יבחן את ההסדרים הבולטים המייחדים את משטר מיסוי רווח

5 חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) (תיקון מס' 50 והוראת שעה), תשס"ב–2002 וחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), תשס"ב–2002.

6 ראו, למשל, ע"א 221/72 סולר נ' פקיד שומה חיפה, פד"א ו 218; ע"א 506/71 חפץ נ' פקיד שומה חיפה, פ"ד כז(1) 212; 801 [1962] 1 All. E.R. *Rolls Royce LTD. v. Jeffrey*.

7 והשוו יוסף מ' ארעזי "מיסוי רווחי הון: על הגדרת 'רווח הון', מאפייני ריווח (והפסד) הון, הבעיות ופתרון" הפרקליט מב (תשנ"ה) 295, הטוען כי הכנסה פירותית היא תמורה בגין השימוש באמצעי ייצור בעוד רווח או הפסד הון נובעים משינוי בצפי של תזרים המזומנים שהנכס עתיד להניב. אני מסכים כי מדובר במאפיין חשוב של רווח הון. עם זאת, לעניות דעתי אין בכך כדי להצדיק בהכרח את תחולתו של משטר רווח הון, כפי שיובהר בהמשך.

ההון, מתוך מטרה לאתר את המכשולים העומדים בדרך החלתו של משטר המס הרגיל על רווח הון, ואשר בשלהם הונהג משטר המס הנפרד. בחלק ג נברר מדוע רווחי הון, ודווקא הם, מעמידים את המכשולים האמורים בדרכי תחולת משטר המס הרגיל. במילים אחרות, נעמיק בתכונותיהם המיוחדות של נכסי ההון ושל רווחי ההון היוצרות את המכשולים המתוארים. חלק ד ידון ביישום התפיסה הפונקציונלית הלכה למעשה. נתייחס שם במיוחד למקרים אשר בהם הכנסה מסוימת יש לה חלק מהתכונות הרלוונטיות של רווח הון אך לא כולן.

ב. ההסדרים המיוחדים שבמשטר מיסוי רווחי הון

העיון בספר החוקים מעלה כי משטר מיסוי רווחי ההון מכיל הסדרים שונים מאלה של משטר מיסוי ההכנסות הפירותיות. הבולטים שבין הסדרים מיוחדים אלה הם: שיעור המס הנמוך החל על רווחי הון, האפשרות לדחות את תשלום מס רווח ההון באמצעות שחלוף נכסים, ההגבלות החמורות המוטלות על קיזוזם של הפסדי הון, נטרול הסכום האינפלציוני בחישוב רווח ההון החייב במס והפטור ממס שבח בשל מכירת דירת מגורים.⁸

אפתח אפוא בסקירת ההסדרים המיוחדים האמורים. אולם בכך לא די. הסדרים תחיקתיים מונהגים, כך על הפרשן להניח, כדי להשיג תכליות מסוימות. אנסה אפוא להסביר מה עמד ביסוד החלטתו של המחוקק בהנהיגו כל אחד מההסדרים המתוארים, או במילים אחרות, מה הן הבעיות אשר הסדרים אלה באים למונען. בדיקה זו תשמש בסיס לדיון בפרק הבא, שבו תישאלנה השאלות העומדות במרכז דיוננו: מדוע דווקא רווחי הון הם היוצרים את הבעיות המתוארות, ובאופן ספציפי מהם מאפייניהם המיוחדים של רווחי ההון המעלים את הבעיות המתוארות?

1. שיעור המס

מבין הסדרי המס המיוחדים החלים על רווחי הון, הבולט שבהם הוא שיעור המס הנמוך. בעוד שיעורי המס על הכנסות רגילות מגיעים עד כדי 49% כאשר הנישום הוא יחיד⁹ או 30% כאשר הנישום הוא חבר-בני-אדם,¹⁰ שיעור המס החל על רווחי הון אינו עולה על 25%.¹¹ יצוין כי שיעור מס נמוך זה הוא העומד, בדרך כלל, ביסוד

8 אמנם הפטור לדירת מגורים אינו הפטור היחיד החל על רווחי הון, אולם נדמה כי הוא הבולט שבהם. הוא בולט במיוחד משום שרוב סעיפי הפטור ממס רווח הון וממס שבח מקרקעין אינם פטורים אמיתיים אלא דחיות מס גרידא. הפטור לדירת מגורים הוא בין הבודדים שהם פטורים אמיתיים.

9 סעיף 121 לפקודת מס הכנסה.

10 משנת המס 2007 ואילך: סעיף 126 לפקודת מס הכנסה.

11 סעיף 91 לפקודת מס הכנסה; סעיף 48 לחוק מיסוי מקרקעין.

ניסיונותיהם של מתכנני מס לסווג את הכנסותיהם – או את הכנסות לקוחותיהם – כרווח הון דווקא.

מהי תכליתה של הקלה מפליגה זו? ובמילים אחרות, מדוע חשש המחוקק להטיל על רווחי הון את שיעורי המס החלים על הכנסות פירותיות ומדוע הסתפק בשיעור מס שהוא כמחצית משיעור המס השולי הגבוה ביותר החל על הכנסות רגילות? שני הסברים מסורתיים לשיעור המס הנמוך ממנו נהנים רווחי הון אינם עומדים בפני הביקורת.¹² ההסבר הראשון הוא שרווח הון נצבר על פני תקופה ארוכה אך ממוסה כולו בעת המכירה. בשל שיעורי המס הפרוגרסיביים, ריכוז כל רווח ההון בשנת מס אחת – bunching בלע"ז – עלול היה לחשוף את הנישום לשיעור מס גבוה יותר משיעורי המס שהיו חלים עליו אילו נפרס רווח ההון על פני כל שנות צבירתו. שיעור המס הנמוך החל על רווח הון, לפי הסבר זה, נועד למתן את השפעתה של פרוגרסיביות מערכת המס במקרה של רווח הון.¹³

הסבר זה הוא בעייתי וזאת מכמה סיבות. מס חברות מוטל בשיעור אחיד ולא בשיעורים פרוגרסיביים. ריכוז כל רווח ההון בשנה אחת אין בו סיכון של הכבדת נטל המס על החברה, ובכל זאת חברות נהנות משיעור מס מוקטן על רווחי ההון שלהן. כאשר הנישום הוא יחיד, אמנם הוא חשוף לשיעורי מס פרוגרסיביים על הכנסותיו הרגילות. עם זאת, שיעורי המס הרגילים החלים על הכנסות שאינן מיגיעה אישית נעים בין 30% ל-49.49%¹⁴. שיעור המס על רווח הון נמוך אפוא משיעור המס המזערי החל על הכנסות רגילות ואינו יכול אפוא להיות מוסבר כניסיון למתן את השפעות ריכוז מיסוי רווח ההון כולו בעת המימוש.¹⁵

יתרה מזו, קיימת דרך פשוטה יותר ומדויקת יותר להתמודד עם תופעת הריכוז, אשר אף היא אומצה על ידי המחוקק. מדובר בפריסה של רווח ההון על פני תקופת החזקתו של הנכס, פעולה אשר יש בה כדי לדמות את תוצאות המס של מיסוי בעת המימוש לתוצאות המס אשר היו מתהוות אילו הוטל על רווח ההון מס שוטף.¹⁶ המחוקק, כאמור, אפשר לנישום לבקש את פריסת רווח ההון, דבר המייתר, לפי הסבר

12 לרשימה קלאסית של טיעונים בעד ונגד מתן הקלה במיסוי רווח הון ראו: Walter J. Blum "A Handy Summary of the Capital Gains Arguments" 35 *Taxes* (1957) 247.

13 Blum, *id.* at p. 253; Marvin A. Chirelstein *Federal Income Taxation* (9th ed., New York, 2002) 350–351; William A. Klein, Boris I Bittker & Lawrence M. Stone *Federal Income Taxation* (7th ed., Boston & Toronto, 1987) 826–827.

14 סעיף 121(ב) לפקודת מס הכנסה.
15 מה גם שרוב רובו של רווח ההון מרוכז אצל נישומים החשופים ממילא לשיעור המס השולי הגבוה ביותר.

16 סעיף 91(ה) לפקודת מס הכנסה; סעיף 48א(ה) לחוק מיסוי מקרקעין. לדין על אודות פריסת רווח הון או שבח מקרקעין ראו דוד גליקסברג "מיצוע שבח-מקרקעין ופריסת רווח-ההון" משפטים כא (תשנ"ב) 371. לדין כללי על מיצוע הכנסות ראו Richard Schmalbeck "Income Averaging" 1984 *Duke L.J.* 509.
.After Twenty Years: A Failed Experiment in Horizontal Equity

זה, את ההקלה בשיעורי המס. לא זו בלבד, אלא שאין בניצול הזכות לפרוס את רווח ההון כדי לשלול את ההנאה משיעור המס המוקטן.¹⁷ ההסבר המסורתי השני הוא שנדרש שיעור מס מוקטן בגלל השפעתה של האינפלציה על רווח ההון. במילים אחרות, שיעור המס המוקטן הוא פיצוי בשל העובדה שחלק מרווח ההון הנומינלי אינו מבטא התעשרות אמיתית אלא את ירידת ערכו של המטבע.¹⁸ יהא אשר יהא תוקפו של טיעון זה במערכת מס נומינלית, אין לו כמובן מקום במערכת מס – כמו מערכת המס הישראלית – המנטרלת את השפעת האינפלציה בחישוב רווח ההון החייב במס.¹⁹ הסברים אחרים לשיעור המס הנמוך משכנעים יותר. אחד מהם קשור להשפעת הנעילה (lock-in effect) של מס רווח הון.²⁰ הואיל ורווח הון חשוף למס בעת המימוש בלבד, הנישום יכול להמשיך וליהנות מהמשך דחיית המס באמצעות הימנעות מלמכור את הנכס. מכירת הנכס תהיה כדאית רק כאשר המחיר שהנישום יוכל להשיג עבור הנכס יהיה בו כדי לפצות אותו, לא רק על אבדן השימוש בנכס אלא גם על אבדן יתרון המס הגלום בהמשך החזקתו. כאשר שיקול המס הוא הגורם לנישום שלא למכור נכס שהיה בוחר למכור בעולם נטול מסים, עלול הדבר להביא לידי הקצאה, שהיא פחות מאופטימלית, של משאביה הכלכליים של החברה. שיעור מס מוקטן על רווח הון אינו מבטל לחלוטין את השפעת הנעילה, אך הוא עשוי להקלות את עוקצה. ככל ששיעור המס קטן יותר, כך יקטן היתרון שבדחיית תשלומו וכך תלך ותנטרל השפעת הנעילה.²¹ הסבר אחר לשיעור המס המוקטן נעוץ בתחרות בין מערכת המס הישראלית ובין מערכות המס של מדינות אחרות.²² מדינה המטילה מס רווח הון בשיעור גבוה מדי

17 יתרה מזו, הטענה שרווח ההון מצטבר על פני תקופת החזקה בנכס אך ממוסה רק בעת המימוש היא נכונה אך מבליטה את העובדה שנישום נהנה מיתרון לא מבוטל של דחיית תשלום המס בשל הרווח המצטבר, וזאת בלא חיוב בתשלום ריבית. נדמה כי ברוב המקרים היתרון שבדחיית התשלום גובר על החיסרון שבריכוז רווח ההון כולו בשנה אחת, במיוחד לאור ריכוז רווחי ההון אצל חברות ואצל יחידים בעלי הכנסות גבוהות.

18 Blum, *supra* note 12, at pp. 255–256; Leonard E. Burman *The Labyrinth of Capital Gains Tax Policy: A Guide for the Perplexed* (Washington D.C., 1999) 119–129; Klein, Bittker & Stone, *supra* note 13, at p. 827.

19 ראו להלן בחלקים 4 ו-3.

20 ראו, למשל, אדרעי, לעיל הערה 17, בע' 307; Blum, *supra* note 12, at pp. 256–258; Chirelstein, *supra* note 13, at p. 251; Klein, Bittker & Stone, *supra* note 13, at p. 827; Burman, *supra* note 18, at p. 11.

21 אך השוו': Burman, *supra* note 18, at pp. 146–147.

22 ראו, למשל, את נימוקיה של הוועדה לרפורמה במס הכנסה, 2002 (להלן: וועדת רבינוביץ) להמלצתה להטיל שיעור מס של 15% בלבד על רווח הון בבורסה (עמ' 38 לדו"ח): "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".

עלולה להיווכח כי שכרה יוצא בהפסדה שכן משקיעים מעדיפים מדינות שאקלים המס שלהן נוח יותר למשקיע.²³

2. שחלוף

רצונו של המחוקק להתמודד עם השפעת הנעילה נותן את אותותיו גם בהסדר מס אחר, המיוחד לרווח הון. בהתקיים תנאים מסוימים, נישום המוכר נכס הון ורוכש תחתיו נכס הון אחר, רשאי לדחות את תשלום המס בגין רווח ההון שנשא הנכס הנמכר.²⁴ ההסדר האמור נועד לאפשר סחר חופשי בנכסים, התורם לייעילות תפקודו של המשק, באמצעות הסרת מחסום המס העלול למנוע מן הנישום לחדש את הציוד המשמש אותו בעסקו.²⁵

3. קיזוז הפסדים

כאשר מוטל מס על הכנסה, עולה בהכרח השאלה: מה קורה כאשר נוצרת הכנסה

²³ Chirelstein, *supra* note 13, at pp. 354–355 מעלה טעם אפשרי נוסף לשיעור המס הנמוך הנקבע לרווחי הון. דעה רווחת היא שרווח הון אינו "הכנסה" במלוא מובן המילה. ייתכן, טוען צ'רלסטין, שהדבר נובע מההערכה שברוב המקרים רווחי הון מופנים להשקעה ולא לצריכה. לפיכך ניתן לראות בשיעור המס הנמוך משום צמצום האפשרות למיסוי כפל של חסכונות במשטר של מס הכנסה. לדיונים קלאסיים במרכיב מיסוי הכפל במס הכנסה ראו: John Stuart Mill *Collected Works of John Stuart Mill* (Toronto, 1965, vol. III) 816; Irving Fisher "The Double Taxation of Savings" 29 *Am. Econ. Rev.* (1939) 16; William D. Andrews "A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax" 87 *Harv. L. Rev.* (1974) 1113. כפי שמציין צ'רלסטין, אין בכך כדי להצדיק את שיעור המס הנמוך החל על רווח הון, כי הרי שיעור המס הנמוך תלוי במקור ההכנסה ולא בשימוש בה: רווח הון המופנה לצריכה נהנה משיעור המס הנמוך והכנסה רגילה המופנית לחיסכון חשופה לשיעורי המס הרגילים. עם זאת, הוא מוסיף, אם הציבור הנהנה מרווחי הון הוא ציבור החוסכים, ייתכן שבכל זאת יש בהקלה בשיעורי המס כדי למתן במעט את המיסוי הכפול שמש הכנסה מטיל על חיסכון. סוגיית מיסוי הכפל וההתמודדות שבין מס הכנסה לבין מס צריכה הן מחוץ לגדרה של הרשימה הנוכחית. יצוין, עם זאת, כי דיני המס בישראל מעניקים הקלות מפליגות להכנסות פסיביות הממתנות, במידה רבה, את בעיית מיסוי הכפל של מס הכנסה. ראו, למשל, את רשימת ההוראות שבהערה 46 להלן.

²⁴ סעיף 96 לפקודת מס הכנסה. הסעיף חל כאשר נמכר נכס בר-פחת ונרכש נכס מחליף בתפוקה המתחילה שנה לפני המכירה והמסתיימת שנה לאחריה. אין הסדר מקביל בחוק מיסוי מקרקעין. מעניין כי במסגרת תיקון 50 לחוק הוכנס פרק חמישי 3 אשר התיר בראשונה שחלוף זכויות במקרקעין, אולם בעקבות המלצותיה של ועדת רבינוביץ הראשונה, תוקפו של ההסדר פג בתום שנת המס 2003.

²⁵ השאלה, מתי רואים נכס אחד כמחליף נכס אחר, טרם הוכרעה. לדיונים בסוגיה בפסקתם של בתי המשפט המחוזיים, ראו עמ"ה 8/84 יוסף נ' פקיד שומה ת"א 2, פד"א יד 3; עמ"ה 6,7/77 א. באומל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פד"א ט 149; עמ"ה 193/89 צ'רני נ' פקיד שומה עכו, מיסים ה/3, ה'85.

שלילית או כשיש הפסד? קשת האפשרויות כוללת התעלמות מהפסדים מצד אחד, השתתפות של האוצר באחוז מסוים מההפסדים מצד אחר ופתרונות ביניים. לכל אחד מהפתרונות יתרונות וחסרונות משלו ולא כאן המקום להרחיב בנושא. בפועל בחר המחוקק הישראלי לטפל בהפסדים באמצעות קיזוזם כנגד רווחים אחרים. המיחד כל הסדר והסדר הוא זיהוי סוג הרווחים אשר כנגדם ניתן לקזז כל סוג של הפסד.

כאשר, למשל, נוצר הפסד מעסק, אפשרויות הקיזוז רחבות למדי. בשנת המס אשר בה נוצר ההפסד, ניתן לקזז את ההפסד כנגד הכנסה מכל מקור שהוא. כאשר אין מספיק הכנסות באותה שנה כדי לקזז את ההפסד כולו, היתרה הבלתי מקוזזת מועברת לשנים הבאות. אפשרויות קיזוזו של הפסד עסקי מועבר מוגבלות יותר מאפשרויות קיזוזו של הפסד עסקי שוטף: בעוד הפסד שוטף ניתן לקזז כנגד כל הכנסה שהיא, הפסד מועבר ניתן לקזז כנגד הכנסה מעסק או כנגד רווח הון, לרבות שבח מקרקעין, בעסק. עם זאת, ההגבלה האמורה אינה מציבה בדרך כלל קשיים רבים מדי, וזאת בשל שכיחות היווצרותן של הכנסות עסקיות.

כאשר להפסדי הון, לעומת זאת, דיני הקיזוז קשוחים יותר: הפסדי הון אינם ניתנים לקיזוז כנגד רווחים פירותיים אלא כנגד רווחי הון בלבד.²⁶ מדוע הורה המחוקק להגביל בצורה כה חמורה את קיזוזם של הפסדי הון? יוזכר בהקשר זה כי רווחי הון נדירים הרבה יותר מרווחים עסקיים, ועל כן עשויה לעבור תקופה ארוכה מאוד עד שנישום, אשר סבל מהפסד הון, יוכל לקזז אותו. נדמה כי הסיבה העיקרית אשר הניעה את המחוקק להגביל בצורה כה חמורה את קיזוזם של הפסדי הון – הגבלה העלולה לחייב נישום לשלם מס בשל שנה אשר במהלכה לא התעשר כלל או שהתעשרותו הכלכלית אף הייתה שלילית – קשורה לאפשרות של הנישום לקבוע את מועד מימושם של רווחי הון והפסדי הון.²⁷ מכיוון שרווחי הון והפסדי הון אינם מובאים בחשבון לצורכי מס כל עוד הרווח או ההפסד אינם ממומשים, הרי לולא הוטלו הגבלות על קיזוזם של הפסדי הון, פתוחה הייתה הדרך לפני הנישום לממש את הפסדיו אך לא לממש את רווחיו. את הפסדי ההון הוא היה יכול אז לקזז כנגד הכנסותיו הפירותיות. את רווחי ההון הוא היה יכול לשמור כרווחים בלתי ממומשים ולדחות את תשלום המס בגינם לעתיד.²⁸ האיסור לקזז הפסד הון כנגד רווח שאינו רווח הון אמנם משאיר על כנה את האפשרות להימנע מתשלום מס על רווחי הון באמצעות תזמון מימושם המקביל של הפסדי הון.

26 סעיף 92 לפקודת מס הכנסה.

27 לדיון רחב יותר בסוגיה הנדונה ראו דוד אלקינס "מיסוי רווחי בורסה על בסיס מצטבר" משפטים לד (תשס"ד) 481.

28 אפשרות התזמון של רווחי הון והפסדי הון היא נחלתו של משטר הממסה רווח הון על בסיס של מימוש. מיסוי רווחי הון על בסיס שוטף פותר את הבעיה האמורה ומאפשר קיזוז חופשי של הפסדים. ראו לעניין זה אלקינס, שם; Mark L. Louie "Realizing Appreciation Without Sale: Accrual Taxation of Capital Gains on Marketable Securities" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 857.

עם זאת, היא מונעת את יכולתו של הנישום לנצל מימושים סלקטיביים כדי לאפס או להפחית את סך הכנסתיו האחרות.

4. סכום אינפלציוני

בחישוב רווח הון החייב במס, דיני המס הישראליים מורים על נטרול מרכיב האינפלציה, קרי השפעתה של ירידת ערך המטבע בתקופת החזקה. מטרתו של ההסדר המתואר היא, כמובן, לבודד את התעשרותו הריאלית – הגידול בכוח קנייתו של הנישום ולהטיל מס רק עליה. העובדה שבין מועד הרכישה לבין מועד המכירה השתנה ערך המטבע אשר באמצעותו נמדד הרווח אינה צריכה להשפיע על חבות המס של הנישום.²⁹

רק בעת האינפלציה הדרוהרת בשנות השמונים של המאה העשרים, ניאות המחוקק להתמודד עם בעיית האינפלציה גם בכל הנוגע להכנסות עסקיות.³⁰ בגלל הירידה בקצב עליית המחירים בתקופה האחרונה, ייתכן שיבוטל ההסדר האמור. עם זאת, גם לנוכח האינפלציה הנמוכה של התקופה האחרונה והצפי לאינפלציה נמוכה בעתיד, ההסדר של בידוד מרכיב הרווח הריאלי בחישוב רווח הון החייב במס עוד אמור להישמש.

5. הפטור לדירת מגורים

חוקי המס כוללים הוראות מהוראות שונות, הפוטרות רווחי הון ממס בנסיבות נתונות. בין הוראות הפטור האמורות, החשובות ביותר הן אלה הפוטרות ממס את השכב

²⁹ סעיף 88 (הגדרות המונחים "יתר המחיר המקורי המתואם", "סכום אינפלציוני", "רווח הון ריאלי") וסעיף 91(א), (ב), (1ב) לפקודת מס הכנסה; סעיף 47 (הגדרות המונחים "יתרת שווי רכישה מתואמת", "סכום אינפלציוני", "שכב ריאלי"), וסעיף 48(א), (ב), (1ב) לחוק מיסוי מקרקעין. עד שנת 1993 היה מוטל על הסכום האינפלציוני מס ששיעורו 10%. ההצדקה להטלת מס בשיעור האמור על סכום אינפלציוני היא מחוץ לגדרה של הרשימה הנוכחית. עם זאת, יצוין כי ביטול המס על הסכום האינפלציוני לא היה רטרואקטיבי ועל כן סכום אינפלציוני אשר הצטבר עד תום שנת המס 1993, עדיין חייב במס ששיעורו 10%: סעיפים 88 (הגדרת המונח "סכום אינפלציוני חייב"), 91(ג) לפקודת מס הכנסה; סעיפים 47 (הגדרת המונח "סכום אינפלציוני חייב"), 48(ג) לחוק מיסוי מקרקעין.

³⁰ כאשר מדובר בנישומים המנהלים את ספריהם בשיטת החשבונאות הכפולה, המאפשרת מעקב אחרי ההון העצמי וההון הזר המממנים את הפעילות העסקית, קבע המחוקק נוסחאות כוללניות, המביאות בחשבון הן את דרכי המימון של העסק והן את סוגי הנכסים המוחזקים על ידיו. באמצעות אותה נוסחה ניתן לברר את השפעתה של האינפלציה על העסק ולהמיר את ההכנסה החייבת, המחושבת במונחים נומינליים, בהכנסה חייבת המתואמת לאינפלציה: פרק ב לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה–1985 (להלן: חוק התיאומים). כאשר שיטת ניהולם של ספרי החשבונות אינה מאפשרת שימוש בנוסחאות האמורות, הורה המחוקק לערוך התאמות פשוטות יותר של ההכנסה החייבת הנומינלית, אשר תכליתן לנסות ולדמות את התוצאה שהייתה מתקבלת אילו ניתן היה להפעיל את מערכת ההתאמה המלאה: פרק ג לחוק התיאומים.

שנוצר במכירת דירת מגורים.³¹ נדמה כי תכלית הפטור ממס במכירת דירת מגורים היא לאפשר לנישום להחליף את הדירה שבה הוא גר – או את הדירה העומדת לרשותו לצורכי מגורים גם אם אין הוא גר בה בפועל – בלי שהמס יהווה גורם המונע זאת. במילים האחרות, המחוקק חשש ממצב שבו אנשים יימנעו מלמכור את דירותיהם בשל חבות המס הכרוכה בכך.

מדובר אפוא בניסיון נוסף להתגבר על השפעת הנעילה. במקום אחר, כפי שכבר נוכחנו, גילה המחוקק את נכונותו להתמודד עם האתגר שהשפעת הנעילה מציבה באמצעות הוראה המאפשרת את דחיית המס במקרה של שחלוף נכסים. במקרה של דירת מגורים, בחר המחוקק בחלופה פשוטה יותר, אך בעייתית יותר מבחינת שיקולי הצדק האופקי והאנכי, של פטור מוחלט.³²

ג. מאפיינים של רווחי הון המונעים את תחולת משטר המס הרגיל

מסקירת ההסדרים הסטטוטוריים החלים על רווח הון עולה אפוא כי הסדרים אלה הם תולדה של מכשולים אשר לדעת המחוקק מונעים את ההחלה של משטר המס הרגיל, החל על הכנסות פירותיות. כפי שנוכחנו, מכשולים אלה כוללים: השפעת הנעילה, התחרות בין משטר המס הישראלי ובין משטרי המס של מדינות אחרות, הצורך להתמודד עם מרכיב האינפלציה בחישוב רווח ההון והחשש מפני יכולתו של הנישום לממש את נכסיו ההוניים באופן סלקטיבי.

מכאן עולות השאלות: מדוע דווקא רווחי הון מולידיים את המכשולים המתוארים? מדוע רווחי הון, ולא הכנסות פירותיות, מצריכים את ההסדרים המיוחדים? מהם מאפייניהם המיוחדים של רווחי הון המקשים את החלת משטר המיסוי הרגיל עליהם?

כזכור, התזה המוצגת כאן היא שכאשר עולה שאלת תחולתו של מס רווח הון מחד גיסא או תחולת מס הכנסה מאידך גיסא, הבררה בין סוגי המס השונים צריכה להישען על שיקולים פונקציונליים ולא על הגדרות אפלטוניות. סיווג נכס פלוני כנכס הון – וסיווג הרווח הנובע ממכירת נכס פלוני כרווח הון – ראוי כאשר סיווג כאמור תואם את התכלית התחיקתית העומדת ביסוד ההסדרים המיוחדים של מס רווח הון. במילים אחרות, משטר מיסוי רווחי הון עוצב במגמה לפתור בעיות מסוימות

31 פרק חמישי 1 לחוק מיסוי מקרקעין.

32 הפטור מפר את עקרונות הצדק האופקי מכיוון שהוא מפלה בין מקורות הכנסה שונים. נישום אשר התעשרותו נובעת מעליית מחיר דירתו יהיה פטור מתשלום מסים ואילו נישום אשר מצבו דומה אך התעשרותו נובעת ממקורות אחרים, ישתף את אוצר המדינה בהתעשרותו. הוא מפר את הצדק האנכי מכיוון שסביר שעליית מחיריהן של דירות יקרות גבוהה יותר מעליית מחיריהן של דירות זולות.

המתעוררות כאשר נמכרים נכסי הון. לדידי, אפוא כאשר אנו נתקלים במקרה אשר בו מיסוי הרווח בעקבות מכירתו של נכס פלוני מעורר קשיים, אשר משטר מס רווחי ההון בא להתמודד עמם, יש מקום לסווג את הנכס כנכס הון ואת הרווח המתואר כרווח הון. לעומת זאת, כאשר מיסוי הרווח בעקבות אותה מכירה אינו מעורר קשיים אלה, יש להחיל את המשטר הרגיל של מס הכנסה.

עלינו להעמיק אפוא בבחינת כל אחד מהמכשולים שהוזכרו כדי לנסות ולברר מה היא התכונה של רווח ההון המעמידה את המכשול האמור. בירור זה יועיל ליישום התפישה הפונקציונלית הלכה למעשה. נוכחותם של אותם מאפיינים תצביע על כך שלא ראוי להחיל את משטר מיסוי ההכנסות הפירותיות. היעדרם יביאנו לידי מסקנה שאין צורך להחיל את משטר המס המיוחד של רווחי הון.

1. השפעת הנעילה

כפי שכבר הוזכר לעיל, השפעת הנעילה מורגשת כאשר התשואה הצפויה מהשקעה אלטרנטיבית של התמורה, שניתן לקבל ממכירתו של נכס, עולה על התשואה הצפויה מהנכס עצמו, אך לא במידה כזו אשר תקזז את חסרון המס הכרוך במכירתו המידית של הנכס. בנסיבות אלה, לא תתבצע עסקה, אשר הייתה מתבצעת בעולם נטול מסים. העובדה שהעסקה הייתה מתבצעת בעולם נטול מסים מעידה על כך שמדובר בעסקה, שהיה בה כדי לתרום ליעילות תפקודו של המשק ולרווחת החברה. אי-ביצוע העסקה משום החיוב המסתמן במס מצביע על חוסר היעילות הכלכלית אשר מקורו במשטר המס.

להמחשת העניין, טלו לדוגמה נכס המניב הכנסה שנתית של 1,000 ש"ח. שווי הנוכחי של הנכס הוא 10,000 ש"ח, ומכאן שהתשואה המופקת מהנכס היא 10% לשנה. נניח כי השקעה אלטרנטיבית, בעלת רמת סיכון דומה, מבטיחה תשואה של 12% לשנה. בעולם נטול מסים סביר להניח שהבעלים היה מוכר את הנכס ומקצה את סכום התמורה להשקעה האלטרנטיבית. אולם בעולם שבו מכירת הנכס גוררת חיוב במס, נטל המס יובא בחשבון בין יתר השיקולים ואם הוא כבד מדי, הוא עלול להפוך את החלפת ההשקעה לבלתי כדאית. נניח, למשל, שבעקבות מכירת הנכס, יחויב בעל הנכס לשלם מס של 4,000 ש"ח. ייותר לו סכום של 6,000 ש"ח בלבד להשקיע בהשקעה האלטרנטיבית. השקעה זו צפויה, כאמור, להניב לו תשואה של 12% לשנה, קרי הכנסה שנתית של 720 ש"ח. מכיוון שההכנסה הצפויה מההשקעה האלטרנטיבית נמוכה מההכנסה מן הנכס הקיים, ייאלץ בעל הנכס להמשיך ולהחזיק בו ולוותר על ההשקעה האלטרנטיבית.

מבחינה אנליטית, מקורה של השפעת הנעילה טמון במוסכמת המימוש. כאשר נכס נושא רווח לא ממומש, הנישום יכול להמשיך ולדחות את תשלום המס בשל אותו רווח אם רק יימנע מלמכור את הנכס. במילים אחרות, אף שמגיע לפקיד השומה חלק

מהנכס – כלומר שיעור המס החל על עליית ערכו של הנכס – הנישום מסוגל, באמצעות המשך החזקתו בנכס, ליהנות ממלוא ערכו.³³ מכירת הנכס תאלץ אותו להפריש לידידיו של הקיסר את חלקו של הקיסר. בדוגמה שהובאה לעיל, פקיד השומה זכאי ל-40% משווי של הנכס. המצב שלאחר המכירה ממחיש זאת: הנישום ייהנה מפירות השקעה של 6,000 ש"ח ואילו פקיד השומה ייהנה מ-4,000 ש"ח הנוותרים. אם לא תבוצע המכירה, לעומת זאת, כל התשואה כולה – לרבות התשואה על חלקו של פקיד השומה בשווי של הנכס – תגיע לידידיו של הנישום.

השפעת הנעילה עשויה אפוא לחול כאשר ההימנעות ממכירתו של הנכס מאפשרת לנישום ליהנות ממלוא ערכו בעוד מכירה הייתה מאלצת אותו להסתפק בהנאה מחלק מערכו של הנכס. משתמע מכאן שכאשר המשך החזקתו של הנכס אין בו כדי להועיל לנישום, לא תורגש השפעת הנעילה.

כפי שנוכחנו, המחוקק הישראלי קבע הוראות מהוראות שונות אשר מטרתן למתן את השפעת הנעילה ולתרום בכך ליצילת תפקודו של המשק: הוא קבע שיעור מס נמוך למס רווח הון, הוא התיר דחיית מס במקרה של שחלוף נכסים והוא פטר ממס את השבח ממכירת דירת מגורים. אין כל טעם בתחולתן של הוראות אלה כאשר מכירתו של נכס פלוני אינה חשופה כלל להשפעת הנעילה.³⁴ כאן ראוי לברוק מדוע דווקא נכסי הון חשופים להשפעת הנעילה. לצורך הסיווג הפונקציונלי המוצע, חשוב אפוא לברר מהם הנכסים אשר המשך החזקתם, יש בו כדי להועיל לנישום. עניין זה, כפי שניווכח, קשור קשר הדוק לסיבות אשר בגינן ירצה אדם לרכוש נכס כלשהו מלכתחילה. נדמה כי שתי סיבות עשויות לגרום לאדם לחפוץ בנכס מסוים. הסיבה הראשונה

³³ העובדה שהכנסתו של הנישום תחויב במס אינה מעלה ואינה מורידה. הנישום משלם כאן מס כאילו התשואה ברוטו כולה שלו, והוא משאיר בכיסו את ההכנסה נטו כולה. אילו היה מוכר את הנכס, הרי ניתן היה להשקיע בהשקעה האלטרנטיבית רק את התמורה נטו, אשר אף היא הייתה מניבה תשואה חייבת במס. אם תרצו, ניתן לומר כי המס השוטף על התשואה מחלקו של פקיד השומה בעליית ערך הנכס הוא ריבית בשל החוב לפקיד השומה, וכי התשואה על סכום זה זוכה למעשה לפטור ממס: Andrews, *supra* note 23.

³⁴ ייתכן ששיקולים אלה עמדו ביסוד החלטתו של בית המשפט העליון בע"א 651/87 מנהל מס שבח נתניה נ' רושגולד, פ"ד מו(4) 693 (להלן: עניין רושגולד). מדובר היה בנישום אשר מכר מגרש גדול שהוקמה עליו דירת מגורים. השאלה הייתה, אם המגרש כולו נחשב לחלק מדירת המגורים ולכן זכאי לפטור בעת המכירה או שמא יש לבצע "חלוקה אופקית" ולהצמיד לדירה רק חלק מהמגרש. בית המשפט קבע כי השאלה תוכרע לפי שימוש שנעשה במגרש. אם המגרש כולו שימש למגורים, אז הוא ייחשב כולו לחלק מדירת המגורים ויהיה זכאי לפטור. נדמה כי החלטה זו אכן מתיישבת עם מטרת הפטור ממס לדירת מגורים. נניח שהמגרש אכן שימש כולו לצורכי מגורים (בית המשפט העליון בעניין רושגולד החזיר את התיק לוועדת הערר לבירור שאלה עובדתית זו). חבות מס בשל השבח הצבור בחלק מהמגרש עלולה לשמש תמריץ לבעלים שלא למכור את המגרש, כי הרי כל עוד המגרש נמצא בידיו, הוא ימשיך ליהנות ממנו. אם, לעומת זאת, חלק מהמגרש לא היה בשימוש, אז דומה כי הפקת תועלת מאותו חלק של המגרש הייתה מותנית במכירתו. מכיוון שההנאה מאותו חלק מהמגרש מותנית במכירתו, לא יהיה תמריץ לדחות את המכירה.

היא הרצון להשתמש באותו נכס, בין במישור הפרטי ובין לצורך ייצור הכנסה. במילים אחרות, הנישום מעוניין ב־use value של הנכס. הסיבה השנייה היא הציפייה שערך הנכס יעלה והוא יוכל בעתיד למכור את הנכס בסכום העולה על סך השקעתו בו. עליית ערך הנכס עשויה לנבוע מפעולות שיבצע הנישום עצמו בנכס כדי להעלות את ערכו או מתמורות עתידיות בשוק. במקרה זה הנישום מעוניין ב־trade value של הנכס.³⁵

נוכחנו כי כאשר הנישום מחזיק בנכס כדי להשתמש בו, עלולה השפעת הנעילה למנוע את מכירתו. כאשר מדובר, לעומת זאת, בנכס אשר חפץ לכו של הנישום מתמקד במכירתו, המצב שונה. דחיית המכירה אינה טומנת בחובה יתרון רב לנישום. בלא מכירתו של הנכס אין לנישום דרך לנצל את שווי. טלו, למשל, מצב של נישום הרוכש חומר גלם והמעבד אותו למוצר מוגמר שאותו הוא מתכנן למכור. הדרך היחידה של הנישום ליהנות מהשקעתו במוצר היא למכור אותו. הוא הדין כאשר הנישום רוכש נכס מתוך אמונה ששווי יעלה או במילים אחרות, בשל אמונתו שהשוק טועה כעת בהערכת שווי הנכס וכי הערכתו תשתנה בעתיד. גם כאן, ינסה הנישום למכור את הנכס מיד כאשר השוק יכיר בטעותו.

במקרים אלה חבות צפויה במס בעקבות המכירה לא תהווה שיקול מהותי להימנע מהמכירה. דחיית המכירה אמנם דוחה את החיוב במס, אולם באותה מידה היא דוחה את הנאתו של הנישום מהנכס. הנישום יודע כי בסופו של דבר הנאתו מהנכס תצומצם בכל מקרה, לתמורה נטו, כלומר לתמורה בניכוי המס אשר יחול בשל המכירה. דחיית המכירה אין בה אפוא אלא כדי לדחות את הנאתו מהתמורה נטו. במקרים כגון אלה, אין הצדקה להחיל הוראות חוק אשר תכליתן לנסות ולנטרל את השפעת הנעילה.

עם זאת, יטען הטוען כי השפעת הנעילה עשויה לחול גם כאשר אין לנישום תועלת מהנכס מלבד האפשרות למכור אותו. נניח שהנישום מחזיק בנכס הנושא רווח בלתי ממומש. הוא צופה כי שווי של הנכס ימשיך לעלות בעתיד, אך פתוחה לפניו דרך אחרת להשקיע את כספו, הצפויה להניב תשואה גבוהה יותר. בעולם נטול מסים, הוא היה מוכר את הנכס ומשקיע את התמורה בהשקעה האלטרנטיבית, אולם המעבר לא יהיה כדאי אם התשואה על השקעת התמורה נטו תפחת מהעלייה הצפויה בשווי של הנכס הקיים.

טיעון זה אכן מוכיח כי ייתכנו מקרים אשר בהם גם נכס, המוחזק אך ורק לשם מכירתו, יהיה חשוף להשפעת הנעילה. עם זאת, הטיעון נשען על האפשרות לצפות

³⁵ אמנם השווי של נכס נגזר מהיוון תזרים המזומנים הצפוי ממנו, ועל כן נכס שאין לו שימוש, לא יהיה לו ערך, אולם כאן אנו בוחנים את שווי של הנכס לנישום הספציפי. אם לאותו נישום אין כל תועלת בהחזיקו בנכס – כך שה־use value מבחינתו הוא אפס או אפילו שלילי – עדיין הוא יוכל למכור אותו לאחר, שמסוגל להפיק ממנו תועלת כשלהי. מובן כי כאשר כמה גורמים שונים יכולים להפיק מהנכס תועלת ברמות שונות, מחיר השוק של הנכס ייקבע בנקודה שבה התועלת השולית נפגשת עם ההיצע השולי.

ברמה גבוהה של דיוק את קצב עליית ערכו של הנכס המוחזק. צפי ברמת דיוק זו על פי רוב אינו מציאותי. במקרה הטיפוסי, אפילו עצם הצפי שערכו של הנכס יעלה הוא בבחינת השערה בלבד. כל נשכח כי מחירו הנוכחי של הנכס משקף את הערכתו של השוק על אודות עתידו של הנכס. הצפי כי המחיר יעלה משמעו שהשוק טועה וכי משקיע פלוני צופה את פני העתיד טוב יותר מהשוק. מדובר, כמובן, בצפי אשר יכול בקלות להתבדות. נדמה כי לא מעשי לצפות לא רק שהמחיר יעלה אלא את שיעור העלייה ואת קצב העלייה המדויקים.

יתרה מזו, כדי שהשפעת הנעילה תורגש, צריך שהנכס יישא סכום ניכר של רווח הון בלתי ממומש. במילים אחרות, צריך ששווי של הנכס, אשר נרכש מלכתחילה מטעמים ספקולטיביים, יעלה עוד לפני מימושו. רכישה של נכס למטרות ספקולטיביות נעשית מתוך ציפייה שהמשקיע יוכל למכור את הנכס בעתיד במחיר גבוה יותר מערכו הנוכחי. במילים אחרות, השקעה ספקולטיבית מניחה שהמשקיע מסוגל להעריך טוב יותר מהשוק את ערכו העתידי של אותו נכס, שאם לא כן אותו ערך עתידי היה משתקף במחירו הנוכחי ושולל את הרווח הספקולטיבי. כדי שתופיע השפעת הנעילה נדרשת אפוא לא רק הצלחת הימורו של הנישום בנוגע לערכו הנכון של הנכס, אלא יכולתו של הנישום להעריך במידה רבה של ודאות הן את העובדה שהשוק עדיין טועה בהערכת שווי העתידי של הנכס והן את קצב הגעתו של השוק לכלל מסקנה דומה.

אנו רואים אפוא כי הוראות החוק, אשר עניינן נטרול השפעת הנעילה, רלוונטיות בעיקר כאשר מדובר בנכס אשר הנישום מסוגל להפיק ממנו תועלת במהלך תקופת החזקתו בו. נכס שכל תועלתו לנישום טמונה ביכולתו למכור אותו לזולתו אינו חשוף להשפעת הנעילה או שהשפעת הנעילה שהוא חשוף לה היא מזערית.

להבחנה בין נכס אשר ערכו העיקרי בעיני הנישום טמון בשימוש (use-value) ובין נכס אשר ערכו העיקרי בעיני הנישום טמון בתמורה שתקבל ממכירתו (trade-value), תימוכין חזקים בתורת המקור עצמה. סעיף 2 לפקודת מס הכנסה רואה כהכנסה פירותית כל הכנסה הנובעת ממקור, בין שהוא אחד המקורות המפורטים במפורש באותו סעיף ובין שהוא כל מקור אחר. מכירת המקור שממנו מופקת ההכנסה, לעומת זאת, אינה מולידה הכנסה פירותית אלא רווח הון. מכאן שנכס הון הוא נכס המניב לנישום, או המיועד להניב לנישום, הכנסה פירותית שוטפת.³⁶

נכסים אשר לא שימשו ולא יועדו לשמש להפקת הכנסות, אלא נרכשו או יוצרו אך ורק לשם מכירתם, פקודת מס הכנסה ייחדה להם תת-מקור משלהם. מכירתו של נכס אשר נרכש על ידי הנישום, לא כדי להפיק ממנו הכנסה אלא כדי למכור אותו, מכונה בפקודת מס הכנסה "עסקה בעלת אופי מסחרי" והרווח ממנה מחויב במס הכנסה.

36 על פי המשל הנודע על העץ והפירות, נכס הון הוא העץ המפיק את הפירות, והפירות הם ההכנסות השוטפות.

בתי המשפט מעולם לא הגדירו במפורש "נכס הון" ו"מלאי". במקרים הקונקרטיים אשר הובאו להכרעתם, הם בחנו כל מקרה לגופו, על פי עובדותיו, ופסקו לפי מבחנים אשר עוצבו במרוצת הזמן. הם בחנו את בקיאותו של הנישום בתחום המסחרי בו בוצעה העסקה,³⁷ את תקופת ההחזקה בנכס,³⁸ את תדירות ביצוען של עסקאות דומות, את דרכי המימון,³⁹ את פעולותיו של הנישום להשביח את נכס בעת שהיה בידיו,⁴⁰ את טיב הנכס⁴¹ וכיוצא באלה מבחנים. עשרות שנים אפוא יישמו בתי המשפט את המבחנים האמורים, והם ממשיכים ליישם אותם, בלי להבהיר, על מה מבחנים אלה אמורים להצביע.⁴² בתי המשפט מעולם לא הגדירו את המונח "אופי מסחרי", מעולם לא הבהירו את מאפייני העסקה המתאימה לאותם מבחנים ומעולם לא הסבירו מדוע עסקאות העונות דווקא על הקריטריונים האמורים, ראוי כי יחול עליהן מס הכנסה. נכון, מבחנים אלה אמורים להצביע על קיומה או על היעדרותה של פעילות מסחרית, אך בכך חזרנו, למעשה, לשאלה המקורית: מהי פעילות מסחרית, או בלשון פקודת מס הכנסה, מהי עסקה בעלת אופי מסחרי?

דומני כי המבחנים המשמשים את בתי המשפט לזהות פעילות מסחרית, עוצבו כדי לנסות ולברר את המטרה אשר לשמה נרכש הנכס בידי הנישום: האם הוא רכש את הנכס כדי להפיק ממנו הכנסות פירותיות שוטפות או שמא הוא רכש את הנכס כדי למכור אותו.⁴³ מכאן מובן מדוע קיים מספר כה רב של מבחנים ומדוע אין כלים ברורים ליישב בין המבחנים השונים, כאשר אחדים מהם מצביעים בכיוון אחד ואחרים מצביעים בכיוון אחר. ביסודם של דברים, ההבחנה בין נכס הון ובין מלאי מושגת על יסוד נפשי: כוונתו של הנישום כאשר רכש את הנכס. המבחנים הספציפיים אינם אפוא מהותיים אלא משמשים כלי עזר בידי בתי המשפט, לנסות ולברר מה אכן הייתה

37 ראו, למשל, ע"א 264/64 מירון נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד יט(1) 245; ע"א 4/63 אנצלבין נ' פקיד שומה חדרה, פ"ד יז(2) 1302; ע"א 316/66 גולדשטיין נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד כ(4) 108.

38 ראו, למשל, ע"א 6504/65 אסל נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד כ(3) 365; ע"א 124/65 סוכנות לביטוח "מבטח" בע"מ נ' פקיד השומה תל-אביב 7 (פש"מ"ג), פ"ד כ(1) 26.

39 ראו, למשל, ע"א 202/65 חיימובסקי נ' פקיד שומה תל-אביב 4 (מרכז), פ"ד יט(3) 315; ע"א 76/65 שפירא נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד יט(3) 331; ע"א 163/65 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' רוזנווסר, פ"ד יט(3) 94.

40 ראו, למשל, ע"א 134/58 גורי נ' פקיד השומה תל-אביב, פ"ד יג 752.

41 ראו, למשל, ע"א 137/56 שור נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד יא 436.

42 התשובה שעסקה בעלת אופי מסחרי היא עסקה אשר המבחנים מצביעים עליה כעל עסקה בעלת אופי מסחרי אינה, כמובן, מספקת. עם זאת ראו אמנון רפאל מס הכנסה (מהדורה שנייה בהשתתפות ירון מהולל, תל-אביב, תשנ"ה, כרך ראשון) 47; אהרון נמדר דיני המסים [מסי הכנסה] (תל-אביב, תשנ"ג) 57-58.

43 ראו, למשל, ע"א 114/66 וינבוים נ' פקיד השומה כפר-סבא, פ"ד כ(4) 553, 555: "מטרת המערערים מלכתחילה לא היתה השקעת הון, אלא עיסקה של קניה ומכירה לטווח קצר, היינו מטרה ספקולטיבית, בתקווה שמחירי הנכסים בסביבת בנין 'שלום' יעלו". והשוו רפאל, שם, בע' 45-46.

כוונתו של הנישום. כאשר קיימת ראייה ישירה לכוונתו של הנישום – לדוגמה כאשר הנישום מעיד, מעל דוכן העדים, מה הייתה כוונתו בעת הרכישה או כאשר כוונתה של החברה הנישומה עולה מתוך הפרוטוקולים של הדירקטוריון שלה – וכאשר ראייה זו אמינה בעיניו של בית המשפט, ייתכן שאין כל צורך לבחון את המקרה על פי המבחנים המקובלים.⁴⁴ כאשר אין ראייה ישירה, או כאשר קיימת ראייה ישירה אך בית המשפט מתלבט בשאלת אמינותה, המבחנים עשויים לעזור לו לגבש את דעתו על אודות ייעודו האמיתי של הנכס.

יש אפוא מקום למבחנים המסורתיים במסגרת הפרשנות הפונקציונלית, אך תפקידם מוגבל. הם עשויים, במקרים מסוימים, לשמש ראייה – אך לא יותר מכך – בתהליך חשיפת הסיבה אשר בשלה רכש הנישום את הנכס. מטרת הרכישה – ובמילים אחרות, ייעוד הנכס בעיני הנישום – תובא בחשבון, בין יתר הנסיבות, כדי להכריע בשאלה המהותית, האם אכן ראוי להחיל על הרווח ממכירת אותו נכס את המשטר של מיסוי רווחי הון.

2. התחרות בין משטר המס של ישראל ובין משטרי המס של מדינות אחרות

העולם של ימינו מתאפיין ברמת נידות גבוהה של נכסים ושל הון. מציאות זו יוצרת תחרות מס בין המדינות השונות. מדינה המטילה מס גבוה מדי, ויהיו אשר יהיו מעלותיה האחרות, לא תוכל למשוך השקעות מתושבי חוץ ותביא לידי כך שתושביה שלה, אף הם יעדיפו להשקיע את כספם במדינות אחרות.⁴⁵

ככל שרמת הניידות עולה, כך הולכת ומחריפה התחרות בין המדינות. כאשר רמת הניידות נמוכה יותר, המדינה מסוגלת להטיל, באופן אפקטיבי, שיעורי מס גבוהים יותר. מסיבה זו, למשל, שיעורי המס הגבוהים ביותר הם אלה החלים על יחידים בשל הכנסות אשר יש בהן מרכיב גדול של יגיעה אישית.⁴⁶ כדי ליהנות ממשטר מס נוח יותר

44 והשוו, למשל, ע"ש 539/83 וינבך נ' מנהל מע"מ, מיסים א/2, ה-106; עמ"ה 248/85 וינבך נ' פקיד שומה ת"א 1, פד"א טו 360. בשני פסקי הדין נדונה אותה מסכת עובדתית של רכישת דירות ומכירתן. בשני המקרים טענו שלטונות המס שיש לעסקאות אופי מסחרי. בשני המקרים העיד הנישום על כוונתו בעת רכישת הדירות. עדותו של הנישום הייתה אמינה לדעתו של השופט ששמע את הערעור הראשון אך לא הייתה אמינה לדעתו של השופט ששמע את הערעור השני.

45 אמנם באופן תיאורטי, מדינה המטילה מס על בסיס פרסונלי אינה מעודדת את תושביה להשקיע את כספם במדינות אחרות כאשר היא מטילה מס בשיעורים גבוהים: הכנסותיהם של תושביה חשופות לאותו שיעור מס יהיה מקום הפקתן אשר יהיה. אולם באופן מעשי, קשה מאוד למדינה לאכוף את דיני המס שלה מחוץ לגבולותיה. קביעת שיעורי מס גבוהים מדי מעודדת אפוא לא רק השקעות מחוץ לגבולות המדינה אלא גם העלמת השקעות והכנסות מעיניהם של שלטונות המס.

46 סעיף 121 לפקודת מס הכנסה מטיל לכאורה שיעורי מס נמוכים יותר על הכנסה מיגיעה אישית מאשר על הכנסה שאינה מיגיעה אישית, אולם למעשה, לא אלה הם פני הדברים. ברוב סוגי ההכנסות הפסיביות, יחידים זכאים לפטור ממס או לשיעורי מס נמוכים. ראו, למשל, סעיפים 122, 124, 124א, 124ב, 125ב, 125ג, 125ד, 125ה לפקודת מס הכנסה; חוק מס הכנסה (פטור ממס על הכנסה מהשכרת דירת מגורים) (הוראת שעה), תש"ן-1990.

הנהוג במדינה אחרת, על הנישום, ברוב המקרים, להעתיק את מקום מושבו אל אותה מדינה, על כל העלויות האישיות והעסקיות הכרוכות בכך. השקעות פיננסיות, לעומת זאת, ניתן להעביר ממדינה למדינה בקלות יחסית. שם תחרות המס מתגלית במלוא עצמתה. בין שני קצוות אלה נמצאות הכנסותיהן העסקיות של חברות. מדובר, בדרך כלל, בהכנסות בעלות רמת ניידות גבוהה יותר מרמת הניידות של הכנסות מיגיעה אישית של יחידים אולם בעלות רמת ניידות נמוכה יותר מזו של השקעות פיננסיות. שיעורי המס על הכנסותיהן העסקיות של חברות נוטים אפוא להיות נמוכים יותר משיעורי המס החלים על הכנסה מיגיעה אישית אך גבוהים יותר מאלה החלים על רווח הון.⁴⁷ התחרות בין משטר המס של ישראל ובין משטרי המס של מדינות אחרות הייתה אחת הסיבות העיקריות להורדת שיעור המס על רווח הון בשנת 2003. בשל השיעור הגבוה של מס רווח ההון לפני הרפורמה, יזמים ישראלים, במיוחד בתחום הטכנולוגיה העילית, נמנעו מלהקים חברות ישראליות או להחזיק במישרין מניות בחברות אשר הוקמו במדינות אחרות. הם העדיפו מנגנונים שונים שימנעו את חשיפתם לרשת המס

47 מדובר, כאמור, לא בכלל ברזל אלא בנטייה בלבד. השור, למשל, את שיעורי המס המרכיבים על סוגים שונים של הכנסות בשנת 1998 במדינות אלה:

מס רווח הון	מס חברות	הכנסות רגילות של יחיד	
48.5%	36.0%	48.5%	אוסטרליה
12.5%	37.0%	46.0%	איטליה
20.0%	35.0%	39.6%	ארצות הברית
0%	40.2%	56.7%	בלגיה
40.0%	31.0%	40.0%	בריטניה
0%	45.0%	55.9%	גרמניה
0%	35.0%	60.0%	הולנד
20.0%	34.5%	50.0%	יפן
25%	30%	49%	ישראל (2007)
26.0%	41.7%	58.1%	צרפת
23.5%	29.1%	31.3%	קנדה
30.0%	28.0%	57.0%	שוודיה

הנתונים מתוך: Burman, *supra* note 18, at p. 29. אין גם להתעלם מכך שרוב האמנות למניעת כפל מס פוטרות את תושבי המדינה השנייה ממס רווח הון בשל מכירתם של מיטלטלין לא עסקיים.

הישראלית, גם במחיר חשיפתם לרשת המס של מדינה אחרת או אף לרשתות המס של מדינות אחדות. בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת", הניסיון להטיל מס רווח הון בשיעור גבוה מדי הביא בפועל לידי גבייה דלה. אמנם שיעור מס רווח הון נמוך, יש בו הפרה בוטה הן של הצדק האופקי והן של הצדק האנכי, אולם במקרים רבים – כך לפחות גרס המחוקק – שיעורי מס גבוהים יותר אינם אפקטיביים וייתכן שיש בהם אפילו כדי להקטין את סך כל המס הנגבה.⁴⁸

בבואנו להכריע, מתי תיחשף הכנסה פלונית למשטר של מס רווח הון ומתי – למשטר של הכנסות פירותיות, אחד הקריטריונים אשר, לדעתי, ראוי להביאו בחשבון, הוא רמת הניידות של ההכנסה או של ההשקעה אשר הולידה אותה. כאשר מדובר בהכנסה אשר קשה להסיטה אל מחוץ לגבולות המדינה – כגון מימושו של רכוש קבוע במפעל – ייתכן שאין הצדקה להקל בנטל המס, הקלה שיש בה, כאמור, משום הפרה של הצדק האופקי והצדק האנכי. ראוי להסתפק בשיעור המס הנמוך רק כאשר הנישום יכול לברוח מרשת המס הישראלית ולסכל בכך את ניסיונו של פקיד השומה לגבות חלק מההכנסה.

3. הצורך להתמודד עם האינפלציה והחשש ממימוש סלקטיבי

שני המכשולים הנוספים המקשים את החלת משטר המס הרגיל על רווחי הון הם הגורם האינפלציוני בחישוב רווח ההון ויכולתו של הנישום לקבוע כרצונו את מועד מימוש רווחיו והפסדיו באופן סלקטיבי. בחרתי לדון בשני מכשולים אלה ביחד משום הדמיון הרב בנסיבות היווצרותם. נסיבות אלה הן תקופת ההחזקה בנכס, בפועל או בכוח, ועלות הנכס לנישום.

מדוע בחר המחוקק להנהיג מערכת התאמה מיוחדת לנטרול השפעת האינפלציה על מיסוי מכירתם של נכסי הון ואילו על מיסוי מכירתו של מלאי עסקי הוא בחר להחיל משטר דומה רק כשכבר הייתה אינפלציה דוהרת? נדמה כי הסיבה העיקרית לכך היא תקופת ההחזקה הארוכה יחסית של נכסי הון. חישוב רווח ההון דורש השוואת התמורה המתקבלת ממכירת הנכס לעלות רכישתו. ככל שחולף זמן רב יותר ממועד הרכישה ועד מועד המכירה – או ליתר דיוק ככל שמשנתה ערכו של המטבע מיום הרכישה ועד יום המכירה – כך ניכרת השפעת השינוי ורווח ההון הנומינלי אינו אומר עוד דבר על מידת התעשרותו של הנישום. ואכן, עוד מימיו הראשונים של מס רווח ההון, הורה הדין הישראלי הוראות מהוראות שונות אשר מטרתן להתחשב במרכיב האינפלציה.

תקופת ההחזקה של מלאי עסקי, לעומת זאת, היא על פי רוב קצרה יותר. שינוי ערך המטבע מאז יום רכישת המלאי ועד יום מכירתו בדרך כלל אינו משמעותי או

48 ראו דו"ח ועדת רבינוביץ, לעיל הערה 22, בע' 117.

ניכר. על כן עד שנות האינפלציה הדוהרת הוטל מס הכנסה על הרווחים הנומינליים ממכירת מלאי. רק כאשר עקב הקצב המהיר מאוד של עליית המחירים, לא היה ניתן עוד להתעלם מהשפעת האינפלציה אף במכירה של מלאי עסקי, הנהיג המחוקק הסדר זמני לטיפול בבעיה. יצוין כי מכיוון שההסדר מלכתחילה נועד להיות הסדר זמני, צומצמה תחולתו למלאי עסקי בלבד. בד בבד הושאר על כנו משטר מיסוי רווחי ההון. סביר כי כאשר יבוטל משטר ההתאמה בנוגע למלאי עסקי בשל הירידה בקצב עליית המחירים, לא תיפגע מערכת ההתאמה הנהוגה בנוגע לרווחי הון.⁴⁹

יכולתו של הנישום לקבוע כרצונו את מועד מימוש רווחיו והפסדיו באופן סלקטיבי תלויה כמובן ביכולתו להחזיק בהם תקופה ממושכת. נכס אשר מטיבו, או בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של הנישום, חייב להימכר תוך פרק זמן קצר יחסית, אינו מאפשר תכנון מס של ממש, המבוסס על מימוש שוטף של ההפסדים ודחיית ההכרה ברווחים לעתיד.

אולם תקופת החזקה ארוכה, בכוח או בפועל, היא עצמה אינה מחייבת התמודדות עם הבעיות שמציבים שינוי בערך המטבע והאפשרות למימוש סלקטיבי. תנאי נוסף להתעוררותן של בעיות אלה הוא, שמדובר בנכס אשר הנישום השקיע סכום כסף ניכר ברכישתו או בייצורו. אסביר.

ההתחשבות בגורם האינפלציה הכרחית משום שהתמורה מחד גיסא והמחיר המקורי מאידך גיסא – שני סכומים אשר ההפרש ביניהם הוא הרווח – נקובים בערכי מטבע שונים. שוויו של שקל בעת המכירה שונה משוויו של שקל בעת הרכישה. גם אם מספר השקלים שהתקבלו תמורת המכירה של הנכס עולה על מספר השקלים ששולמו בעת רכישתו, כוח הקנייה של התמורה לא בהכרח עולה על כוח הקנייה של המחיר המקורי. יתרה מזו, גם כאשר כוח הקנייה של התמורה עולה על כוח הקנייה של המחיר המקורי, אין בהפרש שבין הסכומים הנומינליים כדי להצביע על מידת ההתעשרות הריאלית. על כן הורה המחוקק כי לצורך חישוב התעשרותו האמיתית של הנישום, יש להביא את מחיר הרכישה ואת תמורת המכירה לערכי מטבע דומים.⁵⁰

49 הצד האחר של המרכיב האינפלציוני ברווח ההון הוא מרכיב האינפלציה בהוצאות המימון של המקורות אשר שימשו לרכישת הנכס. כאשר הנכס נרכש בהון זר, ההכרה בהוצאות המימון האינפלציוניות עשויה לקזז את החיוב במס בשל הרווח האינפלציוני. לעומת זאת, כאשר רכישת הנכס ממומנת בהון עצמי אזי בהיעדר ניכוי של הוצאות מימון, המשטר של מיסוי רווח ההון הנומינלי מטיל למעשה מס על החזר ההון. בשל תקופת ההחזקה הארוכה יותר ומספר הנכסים המועט יותר, קל הרבה יותר לעקוב אחרי מקורות המימון של נכסי הון מלעקוב אחרי מקורות המימון של מלאי עסקי. הבדל אחר בין נכסי הון ובין מלאי עסקי, אשר יש בו כדי להסביר את הסדרי מיסוי האינפלציה הנבדלים שלהם, הוא השוני בתדירות מכירתם של שני סוגי הנכסים. מכירה של נכס הון אינה אירוע שכיח. דרישה לחשב את מרכיב האינפלציה בעקבות מכירת נכס הון אין בה כדי להטיל על הנישום מעמסה גדולה מדי. דרישה לחשב את מרכיב האינפלציה בעקבות כל מכירה של מלאי עסקי, לעומת זאת, היא נטל שהרבה יותר קשה לנישום לשאת בו. 50 באופן תיאורטי ניתן היה לבחור בערך מטבע כלשהו ולתרגם הן את העלות הן את התמורה

כאשר מדובר בנכס אשר לא שולם דבר בעד רכישתו, אין כל צורך בעריכת התאמה אינפלציונית. אפס שקלים לפי ערך מטבע פלוני כמוהם כאפס שקלים לפי ערך מטבע אלמוני. סכום התמורה הוא הרווח, בלי קשר למשך תקופת ההחזקה בנכס ולתמורות בשוויו של המטבע המקומי באותה תקופה.⁵¹ הוא הדין כאשר עלות רכישת הנכס הייתה סמלית.⁵²

היעדר עלות של ממש מייתר גם את הצורך בהסדר קיזוז ההפסדים של משטר מיסוי רווח ההון. נכס שלא עלה לנישום דבר, או שעלותו כמעט אפסית, אינו מסוגל להסב לו הפסד. אמנם כאשר גלום בנכס רווח, הנישום יכול לדחות את תשלום המס בשל אותו רווח באמצעות דחיית מכירתו, אולם ההסדר לקיזוז הפסדי הון לא נועד לפתור את מכלול הבעיות שמוסכמת המימוש מציבה. תכליתו להתמודד עם היבט מסוים של מוסכמת המימוש: יכולתו של הנישום לממש הפסדים ולקזזם כנגד הכנסות פירותיות אך לא לממש רווחים. בלא הגבלת אפשרויות הקיזוז, הנישום היה יכול להשקיע במספר רב של נכסים ספקולטיביים, לשתף את פקיד השומה בהפסדים – זאת באמצעות מימושם וקיזוזם כנגד הכנסותיו הרגילות – ולדחות לעתיד את תשלום המס בשל הרווחים. נכס שאינו יכול להסב לנישום הפסד הון, אינו יכול כמובן לשמש לנישום כלי לתכנון המתואר.

מכאן שההסדר המיוחד לנטרול השפעת האינפלציה ברווחי הון וההגבלות החמורות המוטלות על קיזוז הפסדי הון רלוונטיים רק כאשר מדובר בנכס אשר תקופת ההחזקה שלו ארוכה יחסית וכאשר הנישום שילם סכום ניכר בעד רכישתו. ההבדל העיקרי ביניהם הוא, שבעוד הסדר ההתאמה האינפלציונית חיוני במקרה של נכס אשר הוחזק בפועל על ידי הנישום תקופה ארוכה, הגבלת קיזוזם של הפסדי הון רלוונטית כאשר הנישום יכול להחזיק את הנכס תקופה ארוכה.

לאותו ערך מטבע. עם זאת, מפני שבאופן מעשי חישוב הרווח ותשלום המס מתבצעים סמוך למכירתו של הנכס, בחר המחוקק לתרגם את העלות לערכי מטבע של יום המכירה דווקא.

51 והשוו דוד אלקינס מיסוי קניין רוחני (תל-אביב, תשנ"ג) 172–175.
 52 נניח, למשל, שנישום רכש נכס פלוני תמורת אפס ש"ח ומכר אותו כעבור זמן מסוים תמורת 1,000 ש"ח. במשטר מיסוי נומינלי, הרווח יסתכם בסך 1,000 ש"ח. נניח, כעת, שמשטר המס הנוהג מנטרל את מרכיב האינפלציה שברווח וכי האינפלציה בתקופת ההחזקה של הנכס הגיעה לכדי 50%. מחירו המקורי המתואם של הנכס עדיין יהיה אפס ש"ח והרווח הריאלי יסתכם שוב ב־1,000 ש"ח. דין דומה יחול אם המחיר המקורי היה סמלי. אם הנכס נרכש תמורת 10 ש"ח, אזי הרווח הנומינלי יהיה 990 ש"ח והרווח הריאלי יהיה 940 ש"ח. השוו את הדוגמאות האלה למצב אשר בו עלות הנכס הייתה מהותית. אם עלות הנכס הייתה 150 ש"ח, אזי הרווח הריאלי היה מסתכם ב־100 ש"ח בלבד בעוד הרווח הנומינלי היה מסתכם ב־850 ש"ח.

ד. יישום התפיסה הפונקציונלית

הניתוח עד כה מאפשר לנו לזהות את מאפייניו של הנכס אשר ראוי כי יחול עליו משטר מיסוי רווח הון. מדובר בנכס אשר התועלת העיקרית שהנישום צופה להפיק ממנו היא השימוש השוטף שהוא יעשה בו, בין לצורך ייצור הכנסה בין לצורך הנאתו הפרטית; מדובר בנכס אשר ההשקעה בו היא בעלת רמת ניידות גבוהה, ועל כן נטל מס כבד מדי עלול להסיטה למדינות אחרות; מדובר בנכס אשר תקופת החזקה שלו היא ארוכה או שהיא עשויה להיות ארוכה; ולבסוף מדובר בנכס אשר שולם סכום ניכר בעד רכישתו. כאשר כל התנאים האמורים מתקיימים, תכלית החקיקה מחייבת את יישומו של משטר מס רווח הון. בהיעדרם ראוי להטיל את משטר המס הרגיל החל על הכנסות פירותיות.

שאלה קשה עלולה להתעורר כאשר כמה ממאפייני נכס הון מתקיימים בנכס אך לא כולם. במקרה כזה נדמה כי לפנינו שני פתרונות אפשריים. פתרון אחד הוא לבחון את שאלת סיווגו של הנכס כנכס הון לפי מכלול מאפייניו. הפתרון שני הוא להחיל רק חלק מהסדרי מס רווח ההון אך לא את כולם: הסדרים ממשטר מיסוי רווחי ההון, הנחוצים לפי מאפייניו של הנכס הנדון, יחולו בעת מכירתו ואילו על סוגיות אחרות, אשר מאפייניו של הנכס אינם מחייבים בהן את יישומם של הסדרים המיוחדים של מס רווח ההון, יחולו ההוראות הרגילות של הכנסות פירותיות.

מבין שני פתרונות אלה, עדיף בעיני הפתרון הראשון מהפתרון השני. החלת ערבוביה של הוראות, חלקן ממשטר מס רווח ההון וחלקן ממשטר המס החל על הכנסות פירותיות, עלולה ליצור אנדרלמוסיה בגלל חוסר ההתאמה בין משטרי המס האמורים. יתרה מזו, המאפיינים המשמשים לזיהויים של נכסי הון הם ברובם מאפיינים יחסיים-מידתיים ולא מאפיינים מוחלטים. אין, לדוגמה, גבול ברור בין רמת ניידות גבוהה ובין רמת ניידות נמוכה. ככל שרמת הניידות של ההשקעה גבוהה כך תגבר הנטייה להחיל את הסדרי המס של רווח הון. הוא הדין בתקופת החזקה.

גם שני המאפיינים האחרים – מטרת רכישתו של הנכס והתשלום בעד רכישתו – יש להם מרכיב-מה של מידתיות. אדם הרוכש נכס, ייתכן גם ייתכן שיעמדו לנגד עיניו גם התועלת שיוכל להפיק מהשימוש בנכס וגם הרווח שהוא עשוי להפיק ממכירתו. הקביעה מי משיקולים אלה עיקר ומי טפל יכולה להשתנות ממקרה למקרה. ככל שהשימוש המיועד בולט יותר, תגבר הנטייה לראות בנכס הנדון נכס הון. ככל שתבלוט הציפייה לרווח בעת המכירה, תגבר הנטייה לראות בנכס מלאי. אשר למבחן העלות, אכן מדובר בדרך כלל במבחן המביא לידי תשובה מפורשת: קיומה או היעדרה של עלות כספית ברכישת הנכס יביאו לידי סיווגו של הרווח כרווח הון או כהכנסה פירותית, בהתאמה. אולם אף כאן, כאשר העלות נמוכה, עשויה לעלות שאלה בדבר הסיווג הנכון. ייתכן שהנטייה לסווג את הנכס כנכס הון תגבר ככל שתעלה העלות ולהפך.

אני סבור אפוא כי סיווגו של נכס כנכס הון, וסיווגה של ההתעשרות הממומשת בעת מכירתו כרווח הון או כהכנסה פירותיות רגילה, דורשים שקלול של המבחנים המתוארים ויישומם בכל מקרה לגופו.

טלו, לדוגמה, את שאלת סיווגן של מניות הנסחרות בבורסה. לדידי אין תועלת רבה בניסיונות ליצור הבחנות אפלטוניות בין "משקיע בניירות ערך" ובין "סוחר בניירות ערך". בכל מקרה המבחנים המסורתיים אינם תורמים לבידור ההבחנה האמורה.⁵³ דומני שאם בכל זאת רוצים ליצור הבחנה כזו, הדבר טמון במבחן הראשון שהוצע לעיל, והוא כוונתו של הנישום בעת שרכש את הנכס: אם הוא רכש את נייר הערך בתור "עץ" העתיד להניב לו פירות בצורה של ריבית או דיבידנדים, ניתן להגדירו כמשקיע בניירות ערך ולראות את נייר הערך כנכס הון; לעומת זאת, אם הוא קנה את נייר הערך מכיוון שחשב שיוכל בעתיד למכור אותו במחיר גבוה יותר, מדובר לכאורה ברכישה ספקולטיבית הנושאת אופי מסחרי. מבחינה פונקציונלית, הבחנה זו אינה משוללת נפקות. השפעת הנעילה, כפי שנוכחנו, מורגשת בעיקר כאשר הנכס משמש כמקור להנבת הכנסות ולא כאשר הנישום מהמר על כך שהוא יודע טוב יותר מהשוק מה שוויו של נכס מסוים.

עם זאת, דומני כי במקרה של ניירות ערך הנסחרים בבורסה, שיקולים אחרים חשובים יותר. השקעות בבורסה הן השקעות ניידות מאוד. השיקולים העיקריים בבחירה בין שוקי ההון של המדינות השונות הם רמת הסיכון והתשואה נטו הצפויה. מס גבוה, הפוגע בתשואה נטו, עשוי להיות גורם מכריע בשיקוליו של משקיע שלא להשקיע את כספיו בבורסה המקומית. גם לאחר ביצוע ההשקעה, ניתן בקלות לממש אותה ולהעביר את התמורה לחוץ מבטחים, במקרה של הרעה יחסית בסביבת המיסוי. רמת ניידות גבוהה כאמור מחייבת הנהגת שיעורי מס תחרותיים. ואכן נדמה כי הסיבות העיקריות להטלת שיעור מס מוקטן במיוחד על רווח הון בבורסה הן רמת הניידות הגבוהה והתחרות במשטרי המס של מדינות אחרות.⁵⁴ להבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע בניירות ערך" אין כל נפקות.

מאפיין אחר של ההשקעה בניירות ערך בבורסה הוא היכולת להקדים או לדחות את מועד מימושם של רווחים והפסדים. משום נזילותה הרבה של ההשקעה, הנישום יכול לבחור לממש את הפסדיו ולהימנע ממימוש רווחיו. אילו הייתה מערכת המס רואה בו סוחר, ואת הכנסותיו ואת הפסדיו כהכנסות וכהפסדים עסקיים, ניתן היה לקזז את ההפסדים מהכנסות אחרות. הכנסותיו של הנישום, מכל מקור שהוא, היו מומרות למעשה ברווחים בלתי ממומשים מניירות ערך. נישום היה יכול, בדרך זו, לצבור כמות גדולה של עושר בלי לשתף את פקיד השומה בהתעשרותו.⁵⁵ על כן,

53 והשוו יצחק הדרי "השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים: הערות בשולי פסק דין מזרחי" הפרקליט לו (תשמ"ד) 282.

54 ראו, למשל, דו"ח ועדת רבינוביץ, לעיל הערה 22.

55 ראו, למשל, את תהייתו של בית המשפט המחוזי בפרשת עמ"ה 35/82 מזרחי נ' פקיד שומה

כפי שנוכחנו, הגביל המחוקק בצורה כה דרקונית את קיזוזם של הפסדי הון. דומני כי המקרה של ניירות ערך הנסחרים בבורסה הוא המקרה הבולט אשר בו דרוש הסדר כאמור. ניידות ההון והאפשרות לדחות מועדי מימושים מביאות לכלל מסקנה כי רווחים ממכירת ניירות ערך בבורסה צריכים להיות נתונים למשטר המס של רווח הון. האם בכך חזרנו למעגל הלוגי של שיטת המבחנים המהותיים, שעל פיה עסקה בעלת אופי מסחרי מוגדרת כעסקה אשר המבחנים מצביעים עליה כעל עסקה בעלת אופי מסחרי? התשובה על כך שלילית. בבואו לסווג את ההכנסה כהונית או כפירותיות, השאלה אשר תעמוד לנגד עיניו של בית המשפט תהיה שאלה פונקציונלית: האם ראוי להטיל על הכנסה פלונית את משטר מיסוי רווח ההון, לאור עובדות המקרה ולאור תכליותיו של משטר המס האמור? המבחנים המתוארים מטרתם לנסות ולזהות את הנסיבות ואת השיקולים העשויים להיות רלוונטיים להכרעה בדבר תחולתו של משטר המס הראוי.

עם זאת חשוב להדגיש כי המבחנים המוצעים כאן אינם אלא מבחני עזר לביורר יתרונות החלתו של משטר רווח ההון על הנישום. גם כאשר אחדים מהמבחנים המוצעים מצביעים בכיוון מסוים, לא בהכרח יסווג הנכס בהתאם. כל נשכח כי מדובר בגישה פונקציונלית ולא בגישה פורמלית. השאלה המהותית היחידה היא אם במבט כולל ראוי להחיל את משטר מיסוי רווח ההון אם לאו.

ה. סיכום

הצעד הראשון לפרשנות תכליתית הוא הצגת השאלה: מה היא תכליתה של הוראת החוק הנדונה? לאחר שבירר את התכלית, על הפרשן לפרש את ההוראה באופן שיש בו כדי להגשים את התכלית האמורה.

משטר מס מיוחד חל על רווחי הון בשל מכשולים מעשיים המקשים את החלת משטר המס הפירותי. משטר מס רווח הון ראוי אפוא לחול על אותן הכנסות אשר הטלת מס הכנסה עליהן תעורר את הקשיים, שהסדריו המיוחדים של משטר מיסוי רווח הון נועדו למנוע. מכאן שרק נכסים, אשר מכירתם עלולה לעורר את המכשולים המתוארים, ראוי לסווגם כנכסי הון. הרווח ממכירתם של נכסים אחרים, יש לראותו כהכנסה פירותית ולהטיל עליו את משטר המס הפירותי.

ירושלים, פד"א יב 313, 315 על עצם העלאת הסוגיה לדין על ידי פקיד השומה, לנוכח הסיכון שמי שהפסיד בהשקעותיו בניירות ערך עלול לנסות ולקזז את הפסדיו בתור הפסדים עסקיים.