

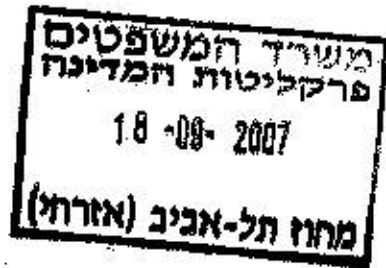
בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים

בלימ"ש לעניינים מינהליים ת"א
תמ 138/07 (בשא 31624/07)
עפר דורון נ. רשות המיסים
(בתיק עפר דורון נ. רשות המיסים)
ת.פתיחה: 18/09/07 סדר דין: רגיל

בעניין: עפר דורון (ת.ז. 056689110)

ע"י ב"ב עו"ד (רו"ח) אלכס שפירא
ממשרד אוסלקה, חלד, שפירא – עורכי-דין
משד' רוטשילד 25 תל-אביב 66882
טל: 03-5666811; פקס: 03-5666822

המבקש
(התובע)



– נגד –

מדינת ישראל – רשות המסים בישראל

ע"י פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
מרחוב הנרייטה סולד 1 תל-אביב
טל: 03-6970027; פקס: 03-6970291

המשיבה
(הנתבעת)

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

1. לאשר את הגשת תובענת המבקש כנגד המשיבה, מדינת ישראל – רשות המסים בישראל (להלן: "רשות המסים"), המצורפת (להלן: "התובענה הייצוגית"), כתובענה ייצוגית, מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 8(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

העתק התובענה הייצוגית רצ"ב לבקשה זו כנספח א' ומהווה חלק בלתי-נפרד הימנו.

נספח א'

2. להגדיר את הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה (להלן: "הקבוצה המיוצגת" או "חברי הקבוצה") כדלקמן: נישומים שנוצרו להם, החל ביום 1.1.2006 ואילך, רווחי הון והפסדי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות או עסקות עתידיות במסגרת תיק ניירות-ערך המנוהל בישראל ומרווחי החון נוכח מס במקור ללא קיזוז כדין של הפסדי החון, הכל כמפורט להלן;

3. לקבוע, כי עילת התובענה הייצוגית היא גביית מס שלא כדין;

4. לקבוע, כי התובענה הייצוגית מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצת התובעים כולה;

5. לקבוע, כי ניכוי המס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים שבוצע בהתאם לתוראות המשיבה נעשה שלא כדין;

6. להורות למשיבה לקיים אחר הוראות תקנה 9 לתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון ממכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002;

7. לקבוע, כי הסעד המבוקש הוא השבה לתובע ולכל אחד מחברי הקבוצה של סכומי המס שנגבו ממנו שלא כדין החל ביום 1.1.2006, כשהם נושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3 לחוק האמור, לפי הגבוה מביניהם; או לחלופין, להורות על סעד אחר בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות;

8. להורות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם בשני עיתונים יומיים בשפה העברית, ליתן הוראות נוספות כפי שבית-המשפט הנכבד ימצא לנכון בדבר אופן הפרסום ולקבוע, כי המשיבה תשא בהוצאות הפרסום;

9. לפסוק לתובע גמול בהתאם לסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע את השיקולים שיש לשקול בעת קביעת הגמול לתובע הייצוגי, אם התובענה תתקבל. זאת, בשים לב לטובת ההנאה שתיצמח לחברי הקבוצה עקב הגשת תובענה זו ובטרח שהייתה כרוכה בהגשתה;

10. לפסוק את שכר טרחתו של הח"מ המייצג את התובע הייצוגי והקבוצה בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, תוך התחשבות בתועלת שתביא התובענה לחברי הקבוצה, מורכבות ההליך, הטרחה שטרחת הח"מ וכן ההוצאות שהוציא לשם כך, מידת החשיבות הציבורית של התובענה וכיוצא בזה;

11. לתייב את המשיבה בהוצאות הדין בבקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין; וכן

12. ליתן כל סעד אחר או נוסף, כפי שייראה לבית-המשפט הנכבד נכון, ראוי וצודק בנסיבות העניין.

חלק ראשון – מבוא

13. תובענה זו עוסקת בגביית מס שלא כדין על-ידי רשות המסים בגין רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות ועסקות עתידיות (ביחד לחלק: "ניירות-ערך נסחרים").
14. כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך הדברים, מוסדות כספיים ישראלים – ובכללם בנקים ומנהלי תיקים – המשלמים למשקיעים בשוק ההון תמורה ממכירת ניירות-ערך נסחרים, חייבים לנכות מס במקור מרווח ההון שנצמח במכירת זו.
- זאת, בהתאם להוראות הקבועות בתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002.
15. כמוסבר לחלק, תקנות אלו קובעות, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז את הפסדי ההון שנוצרו באותה שנה ממכירת ניירות-ערך נסחרים כאמור. לשון אחר, על-פי אותן תקנות, יש לקזז את הפסדי ההון כנגד רווחי ההון, ורק אם תיוותר יתרה חיובית, יש לנכות הימנה מס במקור.
16. ברם, בפועל, ניכוי המס במקור אינו מתבצע בהתאם לתקנות האמורות, אלא בהתאם להוראות בלתי-חוקיות שנקבעו על-ידי רשות המסים.
- ודוק: בגדרן של הוראות אלו, קבעה רשות המסים מגבלות באשר לאופן קיזוזם של הפסדי ההון כנגד רווחי ההון. כתוצאה ממגבלות אלו, אשר עומדות בניגוד מוחלט להוראות הקבועות בתקנות, המוסדות הכספיים ניכו מס במקור ביקר.
17. גביית המס העודף בדרך של ניכוי במקור שלא כדין כאמור הביאה להתעשרותה שלא כדין של רשות המסים ובהתנהגותה זו של הרשות, גרמה וגורמת הרשות נזקי ממון לתובע ולכלל ציבור המשקיעים בשוק ההון שחויבו ומחויבים בתשלום מס ביקר בניגוד מוחלט להוראות הדין.
18. בבקשה זו, עותר המבקש לייצג את כל מי שנוצרו לו, החל ביום 1.1.2006 ואילך, רווחי הון והפסדי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות או עסקות עתידיות במסגרת תיק ניירות-ערך המטוהל בישראל וקרואי ההון נוכח מס במקור ללא קיזוז כדין של הפסדי ההון, הכל כמפורט לחלק.
19. מדובר במקרה קלאסי של תביעה ייצוגית. נזקו של כל נישום קטן ובמרבית המקרים אינו מצדיק הגשת תביעה. מנגד, המדינה מרוויחה סכומי עתק באופן בלתי-חוקי. קשה לחשוב על נסיבות מתאימות יותר לניהול הליך כתביעה ייצוגית.

חלק שני – הצדדים

20. **המבקש**, מר עפר דורון, הינו אזרח ותושב ישראל, המועסק כשכיר.
21. בשנת-המס 2006 השקיע המבקש בניירות-ערך נסחרים. חלק הארי של ההשקעה כאמור בוצע במסגרת חשבון הבנק של המבקש בבנק לאומי לישראל בע"מ. ואילו יתרת ההשקעה בוצעה במסגרת תיק ניירות-ערך של המבקש בחברת ישיר בית השקעות (נ. תיקים) בע"מ.
22. כתוצאה מההשקעה בניירות-הערך הנסחרים במסגרת חשבון הבנק של המבקש בבנק לאומי לישראל בע"מ נוצרו למבקש רווחי הון והפסדי הון וכן הכנסות מריבית ודיבידנד.
23. הבנק ניכה מס במקור מרווחי ההון ומההכנסות מריבית ודיבידנד שנוצרו למבקש.
- העתק אישור הבנק בדבר המס שנוכה במקור כאמור (טפסי 867 א ו-876) רצ"ב לבקשה זו כנספח ב' ומהוות חלק בלתי-נפרד הימנו.
- נספח ב'
24. המבקש פטור מהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בהתאם להוראות תקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין-וחשבון), התשמ"ח-1988.
25. **המשיבה**, מדינת ישראל – רשות המסים בישראל, הינה האחראית לגביית מיסים ישירים ועקיפים בישראל, ובמקביל שותפה להתוויית מדיניות המסים.
26. וכך מצוין באתר האינטרנט של המשיבה (<http://www.mof.gov.il/taxes/>):
- "בנושאי מס הכנסה ומיסוי מקרקעין ממונה רשות המסים על גביית מיסים ישירים, מיסוי מקרקעין, היטלים מיוחדים, מיסים משכר ומסים מרווחים על פי החוק. הרשות פועלת בתוקף חוקים, תקנות והוראות שעיקרם: פקודת מס הכנסה, חוק מס שבח מקרקעין, חוק מס רכוש וקדון פיצויים, חוקי עידוד, חוק מס ערך מוסף (מס שכר ורווח), חוק מס מעסיקים, חוק עבירות מינהליות, פקודת המסים והגבייה, חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), הוראות שונות המתניחות למסים הכלולות בחוקים ובתקנות.*
- בנושאי מכס ומע"מ ממונה רשות המסים על גביית המסים העקיפים, המוטלים על צריכת סחורות ושירותים. המסים אותם גובים המשלמים הם: מס ערך מוסף – המוטל בשיעור אחיד על כל המעולות במשק, מכס – המוטל על סחורות מיבוא, מס קנייה – המוטל הן על הייצור המקומי והן על היבוא, בלו דלק – מס קצוב המוטל על כל סוגי הדלק, ומס בולים – על מסמכים."*
27. הכנסות המדינה ממיסים ישירים כוללות, בין היתר, הכנסות שמקורן בשוק ההון.
- כך, על-פי המידע המפורט באתר האינטרנט של מינהל הכנסות המדינה (<http://www.mof.gov.il/hachnasot>), **הניכויים משוק ההון נטו בשנת-המס 2006 היו בסך כולל של כ-3.5 מיליארד ₪** (ינואר 2006 – 925 מליון ₪; פברואר 2006 – 332 מליון ₪; מרץ 2006 – 224 מליון ₪; אפריל 2006 – 250 מליון ₪; מאי 2006 – 220 מליון ₪; יוני 2006 – 273 מליון ₪; יולי 2006 – 194 מליון ₪; אוגוסט 2006 – 185 מליון ₪; ספטמבר 2006 – 146 מליון ₪; אוקטובר 2006 – 175 מליון ₪; נובמבר 2006 – 226 מליון ₪; דצמבר 2006 – 319 מליון ₪).

חלק שלישי – המסגרת הנורמטיבית

כללי

28. בגדרו של חלק זה, נסקור את הוראות הדין המחייבות את המוסדות הכספיים לנכות מס במקור מרווחי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות ועסקות עתידיות (ביחד להלן: "ניירות-ערך נסחרים").
29. כפי שיבואר להלן, הוראות אלו קובעות קסדר מפורט וברור, לפיו בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסדים ממכירת ניירות-ערך כאמור.

החובה לנכות מס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים – כללי

30. על-מנת להבטיח את גביית המס כמו גם למנוע את שחיקתו בתקופת אינפלציה, נקבעו בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "פקודת מס הכנסה" או "הפקודה") שני מנגנונים המאפשרים את גביית המס במהלך השנה: מקדמות מס וניכוי מס במקור.
31. למנגנון הניכוי במקור מטרה נוספת והיא הרחבת בסיס המס, כך שגם נישומים שאינם מגישים דו"ח שנתי לרשויות המס בישראל יחויבו במס על רווחים שהפיקו. ואכן, כפי שיוסבר בהמשך הדברים, חלק ניכר מהנישומים שהינם יחידים (להבדיל מחברות) פטורים מחובת הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס.
32. עד לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005 (להלן: "תיקון 147 לפקודת מס הכנסה" או "תיקון 147"), החובה לנכות מס במקור תמכה את יתדותיה בשלושה סעיפים עיקריים: 161, 164 ו-170 לפקודת מס הכנסה: סעיף 161 קבע חובת ניכוי מס במקור מתשלומי ריבית על איגרות-חוב ודיבידנד על מניות; עניינו של סעיף 164 בתשלום הכנסת עבודה והכנסה אחרת; ואילו סעיף 170 לפקודה קבע חובת ניכוי מס במקור לגבי תשלום לתושב-חוץ של הכנסה חייבת לפי הפקודה, שאינה הכנסה שנוכה ממנה מס במקור לפי סעיף 161 או 164 דלעיל.
33. במסגרת תיקון 147 תוקנו הוראות סעיפים 164 ו-170 לפקודת מס הכנסה. במקביל, בוטלו הוראות סעיף 161 לפקודת מס הכנסה.
34. כאמור, עניינו של סעיף 164 לפקודת מס הכנסה בתשלום הכנסת עבודה והכנסה אחרת. תחולתו של סעיף זה רחבה עד מאוד, שכן הוא חל, בין השאר, על תשלום "התמורה כמשמעותה בסעיף 88, או של כל הכנסה אחרת ששר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, קבעה לכך בצו".
35. ואכן, מכוח סעיף זה הותקן מספר רב של תקנות וצווים הקובעים חובת ניכוי במס במקור על "משלם" כמשמעותו באותם תקנות וצווים. דהיינו, משלם ההכנסה חייב לנכות מס במקור מהתשלומים שהוא משלם למקבל ההכנסה, ולהעבירו ישירות לרשויות המס.
36. החובה לנכות מס במקור בשל תשלום תמורה במכירת ניירות-ערך נסחרים קבועה בתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002 (להלן: "תקנות ניכוי מרווח הון"), אשר הותקנו מכוח הוראות סעיף 164 לפקודת מס הכנסה (כמו גם מכוח סעיף 243 לפקודה).

37. ביום 29.12.2005 פורסמו ברשומות תקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך או בעסקה עתידית) (תיקון), התשס"ו-2005, אשר תיקנו את תקנות ניכוי מרווח הון.

תקנות אלו, שתחולתן נקבעה ליום 1.1.06, נועדו לתאם את ההוראות המפורטות בתקנות ניכוי מרווח הון לכללי המיסוי החדשים שנקבעו בתיקון 147 לפקודת מס הכנסה. וכלשונו של המלומד מ' קפוטא, לשעבר הממונה על הכנסות המדינה (במסגרת מדור "סקירת חקיקה", מיסים כ(1) א-122, 129):

"תיקון 147 לפקודת מס הכנסה, שתחילתו ביום 1 בינואר 2006, עיגן את תכנית המיסים הרב-שנתית. אחד מעיקרי התכנית הינו קביעת שיעור מס אחיד להכנסות שונות משוק ההון (רווח הון, ריבית ודיבידנד).

התיקון לתקנות עוסק בניכוי המס מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך או בעסקה עתידית, ועיקרו התאמת שיעורי הניכויים במקור לשיעורי המס שנקבעו בתיקון 147 לפקודה לגבי ההכנסות האמורות... [ההדגשה אינה במקור – בי"כ המבקש].

כללי הניכוי במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים

38. כאמור, תקנות ניכוי מרווח הון קובעות הוראות בדבר המס שיש לנכות במקור בשל רווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים. בגדרן של הוראות אלו, נקבעה הוראה שעניינה בקיזוז הפסדים.

39. הוראה זו, הקבועה בתקנה 9 לתקנות ניכוי מרווח הון, קובעת כדלקמן:

"(א) בחישוב רווח ההון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד הון מניירות ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודה, ובלבד שההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, ממכירת נייר ערך שהיה בניהולו של החייב.

(ב) פקיד השומה רשאי להתיר קיזוז בשל הפסדים מניירות ערך שנוצרו אצל מנהל תיק ניירות ערך אחר, כאמור בתקנה זו, אם הועבר תיק ניירות ערך מאותו מנהל למנהל אחר, בתנאים שיקבע.

(ג) בחישוב רווח ההון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד הון מעסקאות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה, בהתאם לאמור בסעיף 92 לפקודה, ובלבד שחתקיימו כל אלה:

(1) ההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, מעסקה עתידית שבניהולו של החייב;

(2) ההפסד יקוזו כנגד רווח הון מעסקה עתידית שהיה בחודש שבו נוצר ההפסד

או לאחריו, אך לא יאוחר מתום שנת המס שבה נוצר ההפסד, אלא אם כן

אישו פקיד השומה קיזוז בשל הפסד שנוצר בשנת מס קודמת.

(3) (נמחקה);

לענין תקנת משנה זו, 'עסקה עתידית' – שאינה נסחרת בבורסה או בשוק מוסדר בישראל.

(ד) הוראות תקנה זו יחולו על קיזוז הפסדים שנעשה באמצעות תוכנה שאישר המנהל.

(ה) (בוטלה)."

40. ניתן אפוא, לראות, כי על-פי תקנה זו, הניכוי במקור מרווח ההון יבוצע לאחר קיזוז הפסדים שנעשה באמצעות תוכנה שאושרה על-ידי מנהל רשות המיסים. ואילו קיזוז ההפסדים כאמור יבוצע בהתאם

להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה. זאת, בכפוף לכך שהפסד נוצר לאחר המועד הקובע (1.1.2003) ושמקור ההפסד יהיה במכירת נייר-ערך שהיה בניהולו של החייב בניכוי מס במקור.

קיצוץ הפסדים לעניין הניכוי במקור

41. כאמור, תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח הון קובעת, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז הפסד הון מניירות-ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה ובלבד שההפסד נוצר לאחר 1.1.2003 ממכירת נייר-ערך שהיה בניהולו של החייב בניכוי במקור.

42. סעיף 92 לפקודת מס הכנסה תוקן במסגרת תיקון 147 (ראו סעיף 22 לתיקון זה). וכך הוא קובע:

"(א) (1) סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלוגית ואילו היה רווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד רווח ההון הריאלי...

(2) נמחק.

(3)

(4) היה לאדם הפסד הון במכירת נייר ערך בשנת המס, יחולו עליו הוראות

פסקאות (1) או (3), לפי הענין, ואולם הפסד ההון יקוזז גם כנגד אלה:

(א) הכנסה מריבית או מדיבידנד ששולמו בשל אותו נייר ערך;

(ב) הכנסה מריבית או מדיבידנד בשל ניירות ערך אחרים, ובלבד

ששיעור המס החל על הריבית או הדיבידנד שקיבל אותו אדם לא

עולה על 25%;

(5) ...

(ב) סכום שלא ניתן לקזזו, כולו או מקצתו, כאמור בסעיף קטן (א), בשנת מס

מסויימת, יקוזז כנגד רווח הון בלבד כאמור בסעיף קטן (א) בשנות המס הבאות

בזו אחר זו לאחר השנה שבה היה ההפסד ובלבד שהוגש לפקיד השומה דוח לשנת

המס שבה היה ההפסד, כאמור בסעיפים 131 ו-132. היה הסכום שלא ניתן לקזזו

הפסד ממכירת נכס מחוץ לישראל, יקוזז ההפסד תחילה כנגד רווח הון ממכירת

נכס מחוץ לישראל.

"...

43. סעיף זה מבחין אפוא, בין הפסד הון שנוצר בשנת-המס (להלן: "הפסד הון שוטף") לבין הפסד הון משנות-מס קודמות שטרם קוזזו (להלן: "הפסד הון מועבר").

44. הפסד הון שוטף מותר בקיצוץ בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא (סעיף 92(א)(1) לפקודה). בנוסף, אם מדובר בהפסד הון שוטף ממכירת נייר-ערך, ניתן לקזזו גם כנגד הכנסה מריבית ומדיבידנד ובלבד ששיעור המס החל על הכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25% (כאמור בסעיף 92(א)(4) לפקודה).

הפסד הון מועבר, לעומת זאת, מותר בקיצוץ רק כנגד רווח הון מכל סוג שהוא (סעיף 92(ב) לפקודה) ולא כנגד הכנסה מריבית ומדיבידנד.

45. **וידוגש: הקיזוז נעשה במונחים שנתיים.** דהיינו, **הפסד ההון מותר בקיזוז כנגד רווח הון** (ולגבי הפסד שוטף – גם כנגד הכנסה מריבית/דיבידנד ובלבד ששיעור המס הקל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%), **וזאת בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני הפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס).**

46. כללי הקיזוז חקבועים בסעיף 92 לפקודת מס הכנסה, בנוסחו המתוקן, חלים גם על הפסדי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים. **בכך טמון אחד השינויים המשמעותיים ביותר בתיקון 147.**

47. ודוק: לפני התיקון, וליתר דיוק – בתקופה 1.1.03–31.12.05, חלו על נישומים יחידים (ובמקרים מסוימים גם על חברות) כללי הקיזוז שנקבעו בסעיף 105 לפקודת מס הכנסה ואשר נוספו במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה (חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב–2002).

47.1. לפי כללים אלה, הפסד הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים היה מותר בקיזוז אך רק וכנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים ולא כנגד רווח הון ממכירת נכסים אחרים, כגון: נדל"ן.

47.2. בנוסף, כללים אלה התבססו על שיטת "הסלים", לפיה הפסד הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים היה מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים; ואילו הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים היה מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים.

47.3. מאפיין נוסף של כללי הקיזוז שנהגו לפני 1.1.2006 היה, שהקיזוז נעשה לפי שיטת "מס כנגד מס". לפי שיטה זו, הפסד ממכירת ניירות-ערך נסחרים לא היו מקוּוּזוּ כנגד רווח הון, אלא הוא היה מתורגם למונחים של מס (כנגזר משיעור המס שהיה מוטל אילו הפסד היה רווח) וסכום מס זה היה מקוּוּזוּ כנגד המס הקל על הרווח נשוא הקיזוז.

יפים לעניין זה, דברי ההסבר המפורטים בדו"ח הוועדה לתכנית המסים הרב שנתית שהוגש ביוני 2005 לשר האוצר דאז, מר בנימין נתניהו (בע' 101–102):

"בהתאם לסעיף 92 לפקודה, המסדיר את נושא קיזוז הפסדי הון, ניתן לקזז הפסד הון כנגד רווח הון בלבד. אם בשנה שבה נוצר הפסד ההון לא ניתן היה לקזזו, הוא יקוּוּזוּ כנגד רווח הון שנוצר בשנים הבאות בזו אחר זו. בנוסף, קובע החוק כי אם היה לאדם הפסד הון ממכירת נכס מחוץ לישראל, חובה לקזזו ראשית כנגד רווח הון ממכירת נכס מחוץ לישראל. מוצע שלא לשנות הוראות אלה.

לגבי הפסד הנובע ממכירת ניירות ערך נסחרים בישראל על ידי יחיד, קיים הסדר ספציפי בסעיף 105טו(א) לפקודה, וזאת עד תום שנת 2006, לפיו הפסד כאמור יקוּוּזוּ כנגד רווח הון ריאלי הנובע מניירות ערך נסחרים בישראל בלבד (בשיטת מס כנגד מס). לגבי הפסד ממכירת ניירות ערך זרים, קיים הסדר מיוחד בסעיף 105טו(ב) לפקודה, וזאת עד תום שנת 2006. לפי הסעיף האמור, הפסד הון שנוצר ממכירת ניירות ערך זרים, יקוּוּזוּ רק כנגד רווח ההון הריאלי ממכירת ניירות ערך זרים. כמו כן, קובע הסעיף כי אם לא ניתן לקזז את כל הפסד ההון האמור בשנה שבה נוצר, הוא יועבר לשנים הבאות ויקוּוּזוּ רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות ערך זרים באותן שנים.

מקורו של ההסדר בהמלצות ועדת רבינוביץ שהמליצה כי החל משנת 2007 ניתן יהיה לקזז הפסד מכל ניירות הערך הנסחרים, לרבות ריבית ודיבידנד מני"ע נסחרים, בין בבורסה בישראל ובין בבורסה בחו"ל במסגרת של הפסדים אחד.

המלצה זו עוגנה בחקיקה בסעיף 105טו לפקודה, הקובע כי החל משנת 2007 ניתן יהיה לקזז הפסד הון במכירת ניירות ערך נסחרים גם כנגד ריבית ודיבידנד מניירות ערך כאמור. עם זאת, משיקולים פיסקאליים ומעשיים המליצה הוועדת רבינוביץ שעד שנת 2007 הפסד מני"ע נסחרים בבורסה בתל אביב יותר בקיזוז רק כנגד רווח מני"ע נסחרים בבורסה בתל אביב וכי הפסד מני"ע נסחרים בבורסות בחו"ל יותר בקיזוז רק כנגד רווח מני"ע נסחרים בבורסות בחו"ל.

עוד המליצה ועדת רבינוביץ כי טכניקת קיזוז ההפסד תהיה זיכוי ולא ניכוי כדי לאפשר ניצול הפסד ממכירת נייר ערך שחל לגביו מס בשיעור 10% על הרווח הנומינלי כנגד רווח ממכירת נייר שחל לגביו מס בשיעור 15% על הרווח הריאלי, ולהיפך.

בשל ביטול האבחנה בין ניירות ערך נסחרים וניירות ערך שאינם נסחרים, מוצע לקבוע כי הוראות סעיף 92 לפקודה יחולו גם לגבי הפסדים מניירות ערך נסחרים (בין אם בישראל ובין אם בחו"ל), וזאת לגבי הפסדים שנוצרו החל מ-1 בינואר 2006.

בשל ביטול ההבחנה בין ניירות ערך נסחרים וניירות ערך שאינם נסחרים, מוצע לקבוע כי הפסד הון שוטף מניירות ערך הנובע ממכירת החל מ-1 בינואר 2006 ניתן יהיה לקיזוז גם כנגד ריבית ודיבידנד מניירות ערך, ללא קשר לסחירותם.

כן מוצע לבטל את שיטת הקיזוז המיוחדת הנהוגה לגבי הפסדים מניירות ערך נסחרים בבורסה, לפיה הקיזוז המתבצע הוא של 'מס כנגד מס' ולא של הפסד כנגד הכנסה. הוועדה סבורה כי לשם פשטות, על הקיזוז להיערך נמתכונת של הפסד כנגד הכנסה, למרות היתכנותם של פערים כשיעורי המס החלים." [ההדגשות אינן במקור – בייכ המבקש].

48. סעיף 105טו לפקודת מס הכנסה – ועמו גם כללי הקיזוז שנקבעו בגדרו – בוטל בתיקון 147 (ראו סעיף 36 לתיקון 147). במקביל, תוקנו הוראות סעיף 92 לפקודה כך שכללי הקיזוז הקבועים בהוראות אלו תחולנה גם על הפסדי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים.

49. עם זאת, יש להידרש להוראת המעבר הקבועה בסעיף 80 לתיקון 147:

"(א) תחילתו של חוק זה ביום א' בטבת התשס"ו (1 בינואר 2006) (להלן – יום התחילה), אלא אם כן נאמר לענין מסוים במפורש אחרת.

...

(ו) לענין סעיף 92 לפקודה יחולו הוראות אלה:

(1) הוראות סעיף 92 לפקודה, כנוסחו לפני תיקונו בסעיף 22 לחוק זה, יחולו על הפסדים שהיו במכירת ניירות ערך נסחרים בבורסה בשנות המס 2003 עד 2005, ובלבד שהמס בשלהם לא קוזז עד ליום התחילה לפי הוראות סעיף 105טו, כנוסחו לפני ביטולו בסעיף 36 לחוק זה, ואולם הפסדים כאמור, שהיו במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה בישראל ושניתן להעבירם לשנים הבאות לפי הוראות הפקודה, ניתן לקזז בשנת המס 2006 רק כנגד רווח במכירת נייר ערך כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, הנסחר בבורסה בישראל,

איגרת חוב של מדינת ישראל או יחידה בקרן נאמנות פטורה, והחל בשנת
המס 2007 – כנגד רווח ממכירת כל נייר ערך וכן כנגד ריבית או דיבידנד
מניירות ערך, ובלבד ששיעור המס החל עליהם אינו עולה על 20%;
(2) הפסדים כאמור ברישה של פסקה (1), מניירות ערך שנמכרו לפני יום
התחילה, ושבינם שקדם ליום התחילה היו ניירות ערך זרים, כהגדרתם לפי
סעיף 105יא כנוסחו לפני ביטולו בסעיף 36 לחוק זה, ושניתן להעבירם
לשנים הבאות לפי הוראות הפקודה, ניתן לקזז בשנת המס 2006 רק כנגד
רווח הון ממכירת נייר ערך שהיה לפני יום התחילה נייר ערך זר, ובשנת
המס 2007 ואילך – כנגד רווח במכירת כל נייר ערך וכן כנגד ריבית או
דיבידנד מניירות ערך, ובלבד ששיעור המס החל עליהם אינו עולה על 20%;

"...

אין זאת אלא, כי הפסד הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים שנוצר ביום 1.1.2006 ואילך מותר בקיזוז כנגד
רווח הון מכל סוג שהוא. כמו-כן, הפסד הון כאמור שנוצר בשנת-המס (הפסד הון שוטף) מותר בקיזוז גם
כנגד הכנסה מדיבידנד ומריבית (בכפוף להוראות סעיף 92א) (4) לפקודת מס הכנסה).

ואולם, אם הפסד ההון נוצר לפני 1.1.06 וטרם קוזז (ואף לא היה ניתן לקזזו, בהעדר רווח הון לקיזוז)
(להלן: "הפסד הון מועבר"), חלות הוראות המעבר הקבועות בסעיף 80(ו) לתיקון 147:

49.1. לפי ההוראות הקבועות בסיפא לסעיף 80(ו)1) לתיקון 147, הפסד הון מועבר ממכירת
ניירות-ערך נסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב מותר בקיזוז בשנת-המס 2006 רק
כנגד רווח הון ממכירת ני"ע הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב, רווח הון ממכירת
אג"ח שהונפקה על-ידי מדינת ישראל ורווח הון ממכירת יחידה בקרן נאמנות פטורה.

ואילו בשנת-המס 2007 ואילך, אותו הפסד הון מועבר מותר בקיזוז הן כנגד רווח הון
ממכירת ניירות-ערך והן כנגד הכנסה מריבית או מדיבידנד שמקורם בניירות-ערך ובלבד
ששיעור המס החל על הכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

49.2. מהו הדין לגבי הפסדי הון מועברים שמקורם במכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ
ישראל? הפסדי הון כאמור כפופים לשתי הוראות-המעבר הקבועות בסעיפים 80(ו)1)-(2)
לתיקון 147: הרישא לסעיף 80(ו)1) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז החלים על הפסד
הון ממכירת ניירות-ערך "נסחרים בבורסה" שנוצר בשנות-המס 2003-2005 ואשר טרם
קוזז עד ליום 1.1.2006; ואילו סעיף 80(ו)2) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז החלים על
הפסד הון כאמור אם מקורו בניירות-ערך נסחרים שביום 31.12.2005 היו ניירות-ערך זרים
כהגדרתם בסעיף 105יא לפקודה.

מכאן, שכללי הקיזוז החלים על הפסד הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ
לישראל שנוצר בשנות-המס 2003-2005 ואשר טרם קוזז עד ליום 1.1.2006 – נגזרים
מהשאלה האם אותם ניירות-ערך נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים אם לאו.
לעניין זה, "ניירות ערך זרים" הינם כהגדרתם בתקנות מס הכנסה (קביעת ניירות ערך
זרים והוראת שעה), התשס"ג-2002 (להלן: "תקנות קביעת ניירות-ערך זרים").

הפסד הון מועבר שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שלא נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים

כאמור, עניינן של ההוראות המנויות ברישא לסעיף 80(ו1) לתיקון 147 בהפסד הון מועבר משנות-המס 2003–2005 שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שלא נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים כהגדרתם בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים.

לפי הוראות אלו, הפסד כאמור מותר בקיזוז, החל בשנת-המס 2006 ואילך, בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה בנוסחן לפני תיקון 147. כלומר, הפסד זה מותר בקיזוז כנגד רווח הון מכל סוג שהוא.

הפסד הון מועבר שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שנחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים

כאמור, סעיף 80(ו2) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז הקלים על הפסד הון מועבר משנות-המס 2003–2005 שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שנחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים (כהגדרתם בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים).

הפסד הון כאמור שטרם קוזז עד ליום 1.1.2006 מותר בקיזוז בשנת-המס 2006 רק כנגד רווח הון ממכירת נייר-ערך שנחשב ביום 31.12.2005 לנייר-ערך זר (כהגדרתו בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים).

ואילו הפסד הון שטרם קוזז עד ליום 1.1.2006 ואף לא קוזז בשנת-המס 2006 יהיה מותר בקיזוז בשנת-המס 2007 ואילך הן כנגד רווח הון ממכירת נייר-ערך והן כנגד הכנסה מריבית או מדיבידנד שמקורם בנייר-ערך ובלבד ששיעור המס החל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

סיכומו של עניין: החל ביום 1.1.2006 ואילך, הפסד הון (שוטף או מועבר) ממכירת ניירות-ערך נסחרים מותר בקיזוז בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא שנוצר באותה שנה, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני הפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים). כמו-כן, אם מדובר בהפסד שוטף, ניתן לקזוז גם כנגד הכנסה מדיבידנד ומריבית ובלבד ששיעור המס החל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%.

עם זאת, אם מדובר בהפסד הון מועבר שנוצר לפני 1.1.2006, חלות הוראות המעבר, לפיהן קיזוז ההפסד בשנת-המס 2006 ייעשה בכפוף לשיטת הסלים (קרי: הפסד הון ממכירת ניירות-ערך "ישראלים" יקוזז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך "ישראלים" והפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים יקוזז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים); ואילו בשנת-המס 2007 ואילך, יותר ההפסד בקיזוז הן כנגד רווח הון ממכירת נייר-ערך והן כנגד הכנסה מריבית או מדיבידנד שמקורם בנייר-ערך ובלבד ששיעור המס החל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

51. כאמור, תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח הון קובעת, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז הפסד הון מניירות-ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה ובלבד שההפסד נוצר לאחר 1.1.2003 ממכירת נייר-ערך שהיה בניהולו של החייב בניכוי במקור.

52. ואילו על-פי הוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה (כנוסחן לאחר תיקון 147), הפסד הון (שוטף או מועבר) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שנוצר ביום 1.1.2003 מותר בקיזוז בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא שנוצר באותה שנה (ולגבי הפסד שוטף – גם כנגד הכנסה מריבית/דיבידנד ובלבד ששיעור המס החל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%). כל זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים).

53. מכאן, שבחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים בשנת-המס 2006 ואילך, יש לקזז הפסד הון (שנוצר ביום 1.1.2003 ואילך) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שהיו בניהולו של החייב בניכוי במקור. זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס). כמו-כן, אין חשיבות למקום היסחרים של ניירות-הערך.

54. בהקשר זה יצוין, כי תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח הון תוקנה במסגרת תקנות מס הכנסה (ניכוי מנתמורה, מתשלום או מרווח הון ממכירת נייר ערך או בעסקה עתידית) (תיקון), התשי"ו-2005 (להלן: "תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח הון").

תחולת תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח הון – ובכלל זאת תיקונה של תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח הון – נקבעה ליום 1.1.2006 (ראו תקנה 14(א) לתקנה 9(א) לתקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח הון).

עד לתיקון האמור, קבעה תקנה 9(א) כדלקמן:

"בחישוב רווח ההון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד הון מניירות

ערך בהתאם להוראות סעיף 105טו לפקודה, ובלבד שהתקיימו כל אלה:

(1) ההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, ממכירת נייר ערך שהיה בניהולו של החייב;

(2) המס שהיה משתלם על סכום ההפסד, בהגדרתו בסעיף 105טו לפקודה יקוז כנגד

המס החל על רווח הון מניירות ערך שנמכרו בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו,

אך לא יאוחר מתום שנת המס שבה נוצר ההפסד, אלא אם כן אישר פקיד השומה

קיזוז בשל הפסד שנוצר בשנת מס קודמת." [ההדגשה אינה במקור – ב"כ המבקש.]

נהגה כי כן, בנוסחה הקודם, קבעה תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח הון, כי לצורך הניכוי במקור מרווח ההון ממכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסד (או ליתר דיוק, יש לקזז מס לפי שיטת "מס כנגד מס" כאמור בסעיף-קטן 47.3 לעיל) ובלבד שמקור רווח ההון בניירות-ערך שנמכרו בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו אך לא יאוחר מתום שנת-המס שבה נוצר ההפסד.

דהיינו, בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, לא ניתן היה לקזז הפסד שנוצר באותה שנת-מס אם מועד היווצרותו היה לאחר החודש שבו נצמח רווח ההון כאמור. כמו-כן, לא ניתן היה לקזז הפסד הון שנוצר בשנת-מס קודמת (הפסד הון מועבר), אלא אם כן אישר זאת פקיד-השומה.

55. ברם, בעקבות תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח הון והחל ביום 1.1.06, תקנה 9(א) אינה קובעת עוד מגבלה בדבר קיזוז הפסדים בתוך שנת-המס, וכנגזר מכך, בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לבצע את הקיזוז במונחים שנתיים. כלומר, הפסד ההון מותר בקיזוז כנגד רווח ההון נשוא הניכוי במקור, וזאת בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס).

56. בשולי הדברים יצוין, כי על-פי תקנה 9(ג) לתקנות ניכוי מרווח הון, לצורך הניכוי במקור מרווח ההון במכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסד הון מעסקות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודה ובתנאי שההפסד יקוזז כנגד רווח הון מעסקה עתידית שהיה בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחרי (אך לא יאוחר מתום שנת-המס שבה נוצר ההפסד).

ברם, עניינה של תקנה זו במקרה מיוחד של קיזוז הפסד הון מעסקות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה ועל-כן היא אינה חלה לגבי קיזוז הפסדי הון שמקורם אינו בעסקות עתידיות שאינן נסחרות ואשר לגביהם חלה הוראת תקנה 9(א) דלעיל.

וידגש: בניגוד לתקנה 9(א), תקנה 9(ג) האמורה לא תוקנה במסגרת תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח הון, וכתוצאה מכך, המגבלה הקבועה בה לגבי קיזוז הפסדים "אתורה" בתוך שנת-המס נותרה בעינה.

חלק רביעי – מעשי המשיבה המקימים את עילת התביעה כנגדה

כללי

57. כפי שצוין לעיל, המבקש השקיע בשנת-המס 2006 בניירות-ערך נסחרים. חלק הארי של ההשקעה כאמור בוצע במסגרת חשבון הבנק של המבקש בבנק לאומי (להלן: "בנק לאומי").

עוד צוין לעיל, כי בנק לאומי ניכה מס במקור מרווחי ההון ומהכנסות הריבית והדיבידנד שנוצרו לתובע.

58. על-פי אישור בנק לאומי בדבר המס שנוכה במקור (נספח ב'), ההכנסות שנוצרו לתובע במסגרת חשבון הבנק של המבקש בבנק לאומי היו כדלקמן:

- רווחי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים החייבים במס בשיעור 15% – 256 ₪;
- רווחי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים החייבים במס בשיעור 20% – 11,213 ₪;
- הפסדי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים שאילו היו רווחים היו חייבים במס בשיעור 20% – 9,200 ₪;
- הפסדי הון ממכירת ניירות-ערך זרים שאילו היו רווחים היו חייבים במס בשיעור 20% – 369 ₪;
- הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 15% – 47 ₪;
- הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 20% – 3,486 ₪;

- הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 25% – 2 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון החייבים במס בשיעור 15% – 206 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון החייבים במס בשיעור 20% – 133 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון הפטורים ממס – 1,227 ₪ (830 ₪ + 397 ₪).
59. עוד מצוין באישור בנק לאומי (נספח ב'), כי המס שנוכה במקור מרווחי ההון מכירת ניירות-הערך הישראלים הינו בסך 1,061 ₪; ואילו המס שנוכה במקור מהכנסות הדיבידנד הינו בסך 196 ₪.
- דהיינו, המס שנוכה במקור מכלל הכנסותיו האמורות של המבקש הינו בסך 1,257 ₪.
60. מהנתונים המפורטים בפסקה 58 לעיל עולה אפוא, כי במסגרת חשבון הבנק של המבקש בבנק לאומי, נצמחו למבקש רווחי הון בסך כולל של 11,469 ₪ (256 ₪ + 11,213 ₪) ובמקביל נוצרו לו הפסדי הון (ישראלים וזרים) בסך כולל של 9,569 ₪ (9,200 ₪ + 369 ₪).
- כלומר, רווחי ההון שנצמחו למבקש (בסך 11,469 ₪) לאחר קיזוז הפסדי ההון (בסך 9,569 ₪) הינם בסך 1,900 ₪.
- בנוסף, היו למבקש הכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון.
61. על הבנק היה לנכות מס במקור בסך כולל של 1,142 ₪.
- ודוק: בגין רווחי ההון נטו בסך 1,900 ₪ (קרי: רווחי ההון בקיזוז הפסדי ההון) היה על הבנק לנכות מס במקור בסך 380 ₪, קרי: 20% מ-1,900 ₪.
- ואילו בגין ההכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון היה על הבנק לנכות מס במקור כדלקמן:
- בגין הדיבידנד בסך 47 ₪ החייב במס בשיעור 15% – 7.05 ₪;
 - בגין הדיבידנד בסך 3,486 ₪ החייב במס בשיעור 20% – 697.2 ₪;
 - בגין הדיבידנד בסך 2 ₪ החייב במס בשיעור 25% – 0.5 ₪;
 - בגין הריבית/דמי ניכיון בסך 206 ₪ החייבים במס בשיעור 15% – 30.9 ₪;
 - בגין הריבית/דמי ניכיון בסך 133 ₪ החייבים במס בשיעור 20% – 26.6 ₪;
- דהיינו, בגין ההכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון היה על הבנק לנכות מס במקור בסך 762 ₪.
62. ברם, בפועל, וכמצוין לעיל, הבנק ניכה מס במקור בסך 1,257 ₪. דהיינו, המס שהבנק ניכה במקור גבוה ב-10% מהמס שהיה עליו לנכות על-פי הוראות הדין.
63. בדיעבד, התברר, כי המוסדות הכספיים מנכים מס במקור בגין רווחים ממכירת ניירות-ערך נסחרים בהתאם להוראות רשות המסים, הוראות אשר הינן מנוגדות וסותרות את ההוראות הקבועות בתקנות ניכוי מרווח הון.

הוראותיה הבלתי-חוקיות של רשות המסים

64. כפי שבואר בהרחבה בחלק השלישי לתובענה זו, החובה לנכות מס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים מוסדרת בתקנות ניכוי מכרזח הון.

65. עוד בואר שם, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים בשנת-המס 2006 ואילך, יש לקזז הפסד הון (שנוצר ביום 1.1.2003 ואילך) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שהיו בניהולו של החייב בניכוי במקור. זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים).

66. ברם, על-פי הוראות רשות המסים למוסדות הכספיים, יש לקזז הפסדי הון כנגד רווחי הון ברמה החודשית בלבד, ללא העברת הפסדי הון לחודשים קודמים לשם קיזוז כאמור. כמו-כן, המוסדות הכספיים נדרשו להמשיך וליישם בשנת-המס 2006 את שיטת "הסלים" ואת שיטת "מס כנגד מס" לעניין קיזוז הפסדים בחישוב המס שיש לנכות במקור. דהיינו, בחישוב המס שיש לנכות במקור, נדרשו המוסדות הכספיים שלא לקזז הפסד הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים ושלא לקזז הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב.

כך, למשל, בהתאם להוראות רשות המסים, אם לפלוני נצמח רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים בחודש ינואר, ואילו בחודש דצמבר שבאותה שנת-מס נוצר לו הפסד הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, אל למוסדות הכספיים לקזז את הפסד ההון מחודש דצמבר כנגד רווח ההון שנצמח בחודש ינואר, לצורך ניכוי המס במקור מרווח ההון.

כמו-כן, בהתאם להוראות רשות המסים, אם לפלוני נצמח רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב בשנת-המס 2006 ובמקביל נוצר לפלוני בשנה זו הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים, אל למוסדות הכספיים לקזז את הפסד ההון כנגד רווח ההון, לצורך ניכוי המס במקור מרווח ההון.

67. כתוצאה ישירה מהוראותיה הבלתי-חוקיות למוסדות הכספיים, גבתה המשיבה מס שלא כדין מציבור הנישומים שהשקיע בשוק ההון ואשר נצמחו לו רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.

חלק חמישי – עילת התביעה

68. במעשיה אשר פורטו לעיל, גבתה המשיבה מס בִּיתר מהמבקש ומחברי הקבוצה כולה בגין רווחי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים.

69. המס העודף שגבתה המשיבה מהמבקש ומחברי הקבוצה כולה נגבה שלא כדין, ללא אסמכתא חוקית ובניגוד מוחלט להוראות הדין.

70. גביית המס כאמור מהווה עשיית עושר ולא במשפט ולפיכך מזכה את המבקש ואת חברי הקבוצה כולה בהשבה מכוח הוראות סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הקובע כחאי ליסנא:

"מי שקיבל שלא על מי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה."

כאשר בסעיף 6(ב) לאותו חוק נקבע, כי:

"חוק זה יחול על המדינה."

חלק שישי – הנזק

כללי

71. כתוצאה ממעשית של המשיבה, סבל המבקש, וכן כל אחד מחברי הקבוצה, נזק ממון.
72. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקש, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה ישירה של גביית המס הבלתי-חוקית על-ידי המשיבה בגין רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.
73. נזק הממון הישיר שנגרם למבקש הינו בסך 115 ₪ (קרוני).
74. לצורך חישוב מדויק של הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה המיוצגת יהיה צורך בגילוי חשבונות מקיף מצד המשיבה, דבר שיעשה רק לאחר אישור התובענה כתובענה ייצוגית ותחילת בירורה לגופו של עניין. המסמכים והחשבונות שתידרש המשיבה לחשוף במסגרת ההליך לגופו יכללו את כל המסמכים אשר יאפשרו לקבוע בוודאות מהו גובה המס שנוכה במקור באופן בלתי-חוקי מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.

הגשת דו"ח שנתי אינה מרפאת את נזקיהם של המבקש וחברי הקבוצה

75. ככלל, יחיד תושב ישראל שבתחילת שנת-המס מלאו לו 18 שנים חייב בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס. זאת, בהתאם להוראות סעיף 131(א) לפקודת מס הכנסה.
76. ואולם, על-פי סעיף 134א לפקודת מס הכנסה, שר האוצר, באישור ועדת-הכספים של הכנסת, רשאי לפטור, בתנאים או ללא תנאים, מחובת הגשת דו"ח מספר סוגי נישומים. מכוח סעיף זה, התקין שר האוצר את תקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין-וחשבון), התשמ"ח-1988 (להלן: "התקנות").
77. התקנות פוטרות מהגשת דו"ח שנתי יחידים תושבי ישראל, וזאת אפילו נוצרו לאותם יחידים הכנסות מסוימות והנכללות בתקנות ובכלל זאת הכנסות ממכירת ניירות-ערך נסחרים (וכלשון התקנות – "הכנסה מנייר ערך"). זאת, בתנאי שהכנסות אלו פטורות ממס או שמלוא המס נוכה במקור מאותן הכנסות.
78. הרציונל הטמון בכך ברור: יחיד שנוצרת לו הכנסה (חייבת) בשנת-המס זמהכנסה זו נוכה במקור מלוא המס הפל אינו חייב עוד במס, וממילא הגשת הדו"ח לרשויות המס לא תביא לגביית מס נוספת.

יפות לעניין זה, ההמלצות המנויות בדו"ח הוועדה לתכנית המסים הרב שנתית שהוגש ביוני 2005 לשר האוצר דאז, מר בנימין נתניהו (בעי 81-82):

"במסגרת הרפורמה במס אימצה ישראל את הגישה הדואלית וקבעה שיעורי מס נפרדים להכנסות מעבודה ומהון. בעוד שעל הכנסות מעבודה ממשך להיות מוטל מס פרוגרסיבי על הכנסות מהון הוטל מס בשיעור נמוך יותר. בנוסף לשיקול הגלובלי ולשאר השיקולים שמורטו לעיל, הובא בחשבון גם שיקול תפעולי. מיסוי פרוגרסיבי על הכנסות מהון היה מקשה על יישום שיטת ניכוי במקור פשוטה בשוק ההון, והמשקיע חייב היה בסוף השנה להגיש דוח על הכנסתו לצורך השלמת המס ששולם בחסד או לשם קבלת החזר מס ששולם ביתר. מאחר שמרבית היחידים בישראל אינם מגישים דוח שנתי למס הכנסה, ניתנה עדיפות לשיטה שמאפשרת ניכוי מס במקור אשר יהווה מס סופי, ללא צורך בהגשת דוח". [ההדגשה אינה במקור – בי"כ המבקש].

79. אכן, כל נישום הפטור מהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס רשאי "להתנדב" ולהגיש דו"ח כאמור.

אלא מאי, הגשת הדו"ח אינה מהווה פתרון לא כל שכן הצדק להתנהגותה של רשות המסים ובכל מקרה אין בו כדי לרפאה. נהפוכו: אילוץ של הנישומים הפטורים מהגשת דו"ח שנתי להגיש דו"ח כאמור על-מנת לקבל תזרה את המס שנוכה שלא כדין תרוקן מתוכו את הרציונל העומד בבסיס שיטת ניכוי המס במקור ותבטל כליל את משמעותן המעשית של הוראות חקיקת-המשנה הקובעות פטור מהגשת דו"ח שנתי.

יפים לעניין זה דברי כבי השופטת אופיר-תום ב-עמ"ה (ת"א) 1031/00 שאנן האגודה הציבורית לטיפוח איכות הסביבה והחיים נ' פ"ש, מיסים טז(3) ה-175, 178 ואילך:

"מן הסעיף [סעיף 164 לפקודת מס הכנסה] אכן משתקפת שיטה של ניכוי מס, המהווה למעשה חלופה לחובת הדיווח הכללי, שאמור ויכול היה המחוקק להטיל על כלל המשק, אך העדיף לא לעשות כן עד היום..."

כמו-כן, ראוי לציין את דברי המלומד אי רפאל בספרו מס הכנסה (כרך ו), בעי 132:

"הנה כי כן מגלמת בתוכה קבוצת הנישומים הרביעית את הרעיון המרכזי, העומד בבסיסו של הדו"ח השנתי על ההכנסה: להיות מכשיר מרכזי במערך הגבייה של רשויות המס. מקום שאין רשויות המס נדרשות עוד לכל קשר עם הנישום – אם בשל העובדה שהכנסתו כלל אינה חייבת במס, ואם מן הטעם שהמס שהוא חייב בגינה כבר שולם כולו על דרך הניכוי במקור – מצא המחוקק להימנע מלהטיל על נישומים כאלה חובת דיווח, שהרי לגישתן של רשויות המס בישראל אין עוד בדו"ח שיגישו נישומים כאלה כל תועלת." [ההדגשות אינן במקור – בי"כ המבקש].

80. יתרה מזאת. הגשת דו"ח שנתי כרוכה במשאבים הן מבחינת רשות המסים (קליטת הדו"ח במחשבי הרשות ובדיקתו) והן מבחינת הנישום (מילוי טפסים, תשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס), כך שהגשת הדו"ח כאמור, ללא חובה סטטוטורית לעשות כן, גורמת לנישום נזק כספי.

למעשה, העלויות הכרוכות בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בידי נישום שצבר רווחים ממכירת ניירות-ערך נסתרים (תשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס עבור הכנת הדו"ח לרבות נספחיו השונים) הינו, במקרים רבים, גבוהות מהחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח, וכנגזר מכך עשויות לאיין את הכדאיות הגלומה בהגשת הדו"ח כאמור.

כך בדיוק הם פני הדברים במקרה דנא, שהרי כפי שפורט לעיל, החזר המס (קרן) לו זכאי המבקש בגין הניכוי במקור שבוצע שלא כדין הינו בסך 115 ₪ בלבד.

81. יצוין מיד, כי זכאותו של הנישום "להתנדב" ולהגיש דו"ח שנתי לרשויות המס לא רק שאוּצרת בחובה עלויות בלתי-מבוטלות (אשר, כאמור, במקרים רבים הינו גבוהות מהחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח), אלא שהיא אף אינה מצדיקה ניכוי מס במקור בניגוד להוראות הדין ואין בה כדי "להכשיר את השרץ".

שהרי, בין אם הנישום יבחר להגיש דו"ח שנתי ובין אם לאו, ניכוי המס במקור חייב להתבצע בהתאם להוראות הדין. כך יאת, כך נאה, כך רצוי וכך, בכל הכבוד, על-פי דין, גם מצוי.

82. זאת ועוד. במקרה של הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס (בין אם על-ידי מי שחייב מלכתחילה בהגשת דו"ח שנתי ובין אם על-ידי מי שפטור מהגשת דו"ח שנתי מכוח התקנות ואשר "מתנדב" להגיש דו"ח כאמור), החזר המס שנוכה במקור שלא כדין נושא הפרשי הצמדה וריבית רק מתום שנת-המס. זאת, בהתאם להוראות הקבועות בסעיפים 159א(ג) ו-160א(א) לפקודת מס הכנסה.

כלומר, לא רק המס שנוכה במקור שלא כדין יוחזר לנישום רק אם האחרון יגיש דו"ח שנתי לרשויות המס, אלא שהחזר יבוצע, בחלקו, באופן נומינלי, וכנגזר מכך, יביא לשחיקתו (וראו לעניין זה, אם כי בהקשר למקדמות בגין הוצאות עודפות כאמור בסעיף 181ג לפקודה, ע"א 4030 ממעלי גרנות – אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' פשמ"ג (טרם פורסם)).

83. סיכומו של עניין: הזכאות להגיש דו"ח שנתי אינה מרפאת את נזקי המבקש וחברי הקבוצה, שכן:

83.1. העלויות הכרוכות בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בידי נישום שצבר רווחים ממכירת ניירות-ערך נסתרים (תשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס עבור הכנת הדו"ח לרבות נספחיו השונים) הינו, במקרים רבים, גבוהות מהחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח, וכנגזר מכך עשויות לאיין את הכדאיות הגלומה בהגשת הדו"ח כאמור;

83.2. זכאותו של הנישום "להתנדב" ולהגיש דו"ח שנתי לרשויות המס אינה מהווה הצדק מכל סוג שהוא לניכוי מס במקור בניגוד להוראות הדין;

83.3. החזר המס שנוכה במקור שלא כדין נושא הפרשי הצמדה וריבית רק מתום שנת-המס, כך שגם במקרה של הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס (בין אם על-ידי מי שחייב מלכתחילה בהגשת דו"ח שנתי ובין אם על-ידי מי שפטור מהגשת דו"ח שנתי מכוח התקנות ואשר "מתנדב" להגיש דו"ח כאמור), החזר המס מבוצע, בחלקו, באופן נומינלי, וכנגזר מכך, מביא לשחיקתו.

הלך שביעי – נתקיימו התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית

בללי

84. בחלק זה נראה, כי מתקיימים כל התנאים המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, ועל-כן יש להורות על ניהול התובענה כתובענה ייצוגית.

התובענה דנן נכללת בגדר סוגי התביעות המפורטים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות

85. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי תובענה ייצוגית לא תוגש אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה לחוק, או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית.

86. על-פי סעיף 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית "נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

87. כאמור לעיל, המשיבה גבתה מס בניגוד לחוק, וכתוצאה מכך התעשרה שלא כדין. המשיבה מחווה אפוא, בבחינת מי שגבה "סכומים שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" ובהתאם, התובענה נשוא בקשה זו עונה על ההגדרה המנויה בסעיף 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ועומדת בתנאי הקבוע בסעיף 3(א) לחוק האמור.

למבקש עילת תביעה אישית (סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות)

88. כפי שפורט בבקשה זו לעיל, למבקש עילת תביעה אישית כנגד המשיבה.

התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף

8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות)

89. ככלל, המבחן שהתגבש בפסיקה, עוד טרם הולדתו של חוק תובענות ייצוגיות, לצורך בחינת תנאי סף זה הוא מבחן העיקר והטפל.

כך נקבע למשל בפרשת טצת (רע"א 456/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787).

"הדרישה השנייה הינה כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה. לעניין דרישת זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מחווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו – כגון נזק מיוחד – ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים." [החידושה אינה במקור – ב"כ המבקש].

90. דוק: התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הוא קיומן של שאלות משותפות של עובדה או משפט. במקרה זנא, הן השאלות העובדתיות המהותיות והן השאלות המשפטיות המהותיות, משותפות למבקש כתובע מייצג ולכל חברי הקבוצה המיוצגת.

91. בענייננו, השאלות העובדתיות והמשפטיות הניצבות בבסיס התביעה הינן משותפות לכל חברי הקבוצה:
- 91.1. הוראות הדין הרלבנטיות לתביעה חלות ביחסים שבין המשיבה לבין כלל חברי הקבוצה, ומשכך השאלה אם המשיבה הפרה את הוראות הדין משותפת לכלל חברי הקבוצה.
- 91.2. כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהפרות הוראות הדין על-ידי המשיבה בנסיבות דומות, אם לא זהות.
- 91.3. לכלל חברי הקבוצה יש אינטרס משותף, הן ברמה הפרטית והן ברמה הציבורית, באכיפת הוראות תקנות ניכוי מכוות הון.

קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות)

92. במקרה דנא, קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, שהתובענה אכן תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות)

93. מהותה של התובענה מחייבת את בירורה כייצוגית. זאת, ממספר טעמים.

- 93.1. על-פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, אחת ממטרות ההליך הייצוגי הינה מימוש זכות הגישה לבית-המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית-המשפט כיחידים. אין זאת אלא, כי ענייננו באכיפת שלטון החוק על מוסדות וגופים אימתניים אשר ידו של "האזרח הקטן" אינה יכולה להם. המקרה דנא הינו מקרה קלאסי להגשמת מטרה נעלה זו באמצעות מכשיר התביעה הייצוגית.
- 93.2. ציבור הנישומים שבו מדובר הינו גדול מאוד וסכום התביעה של חלק מהם עשוי להיות קטן מדיי. כך, למשל, סכום התביעה של המבקש הוא 115 ₪ (קרו) (זאת, כמפורט בחלק השישי לבקשה זו לעיל). ברור, כי המבקש, וכמותו אלפים ורובבות אחרים, לא יכולים לנהל הליך משפטי נגד מדינת ישראל – רשות המיסים עבור סכומים פעוטים אלה. מנגד, מדינת ישראל נהנית, במצטבר, מסכומי עתק. בנסיבות אלו מוצדק, ולמעשה מן ההכרח, לנהל את התביעה כייצוגית. זוהי הדרך ההוגנת, ולמעשה היחידה, להכריע בעניין ולהשיב לחברי הקבוצה את הכספים שהמדינה גטלה מהם שלא כדין.
- 93.3. התובענה אינה מצריכה בירור פרטני בדבר נסיבותיו של כל תובע ותובע, שכן הפרת ההוראות הרלבנטיות על-ידי המשיבה מהווה בקרחה הפרה כלפי כל אחד ואחד מתחברי הקבוצה.
- 93.4. העילות המשותפות לחברי הקבוצה כנגד המשיב יוכרעו בהליך אחד, כך שבתי-המשפט לא יידרשו לדון באותם עניינים מספר פעמים, כמספר חברי הקבוצה שגיגשו תביעות נפרדות כנגד המשיבה. ודוק: אי-הכרה בתובענה כייצוגית עלול לגרום מצב של ריבוי התדיינות באותם עניינים, וכתוצאה מכך יסב עלויות מיותרות למערכת המשפט, יגרום עומס מיותר למערכת זו, העמוסה מלכתחילה, ויביא לפסיקות שונות ואף סותרות.

94. הנה כי כן, אין ספק כי ניהול הליך זה כתובענה ייצוגית יהיה הדרך היעילה, המוצדקת וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת. קשה להעלות על הדעת מקרה מתאים מזה לניהול הליך כתביעה ייצוגית.

קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת (סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות) וקיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום-לב (סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות)

95. קיים יסוד סביר, ואף למעלה מכך, כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת על-ידי המבקש ובאי-כוחו:

95.1. המבקש נכון ומסוגל להשקיע ממרצו, מזמנו ומכספו על מנת לייצג את עניינם של אחרים כמותו, שייתכן שחסרים להם המשאבים הדרושים לצורך עמידה על זכויותיהם.

95.2. הצלחת הקבוצה היא הצלחת המבקש, ואין כל ניגוד עניינים בין האינטרסים של המבקש ובין האינטרסים של שאר חברי הקבוצה.

95.3. המבקש, באמצעות בא כוחו, העמיד בפני בית-המשפט הנכבד מסכת מסודרת של עובדות וטיעונים, דבר דבור על אופניו.

96. קיים יסוד סביר להניח, ואף למעלה מכך, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום-לב:

96.1. התובענה מבוססת על עילה אמיתית ורצינית, שעשויה להביא תועלת של ממש לכל חברי הקבוצה, ואינה מכוונת להשיג מטרה אישית של המבקש, שאינה מתיישבת עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.

96.2. התובענה והבקשה מבוססות על שאיפה כנה לאכיפת הדין ופיצוי הניזוקים בגין הפרות הדין על-ידי המשיבה.

96.3. המבקש מאמין בתום-לב ברצינות התובענה ובכנות סיכוייה להתקבל.

חלק שמיני – הסעדים המבוקשים

97. לאור כל האמור לעיל, בית-המשפט הנכבד מתבקש:

97.1. לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה המיוצגת;

97.2. ליתן צו המצהיר, כי ניכוי המס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים שבוצע בהתאם לתוראות הנתבעת נעשה שלא כדין;

97.3. ליתן צו עשה כנגד הנתבעת, שיורה לה לקיים אחר הוראות תקנה 9 לתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה), מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002;

- 97.4 . ליתן צו המחייב את הנתבעת להשיב לתובע ולכל אחד מחברי הקבוצה את סכומי המס שנגבו ממנו שלא כדון כפי שפורט לעיל החל ביום 1.1.2006, כשהם נושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3 לחוק האמור, לפי הגבוה מביניהם.
- 97.5 . ליתן כל סעד אחר או נוסף, כפי שייראה לבית-המשפט הנכבד נכון, ראוי וצודק בנסיבות העניין.
- 98 . כמו-כן, בית-המשפט הנכבד מתבקש לפסוק לתובע גמול בהתאם לסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע את השיקולים שיש לשקול בעת קביעת הגמול לתובע הייצוגי, אם התובענה תתקבל. זאת, בשים לב לטובת ההנאה שתיצמח לחברי הקבוצה עקב הגשת תובענה זו ובטרחתה שהייתה כרוכה בהגשתה.
- 99 . בנוסף, מתבקש בית-המשפט הנכבד לפסוק את שכר טרחתו של הח"מ המייצג את התובע הייצוגי והקבוצה בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, תוך התחשבות בתועלת שתביא התובענה לחברי הקבוצה, מורכבות החליק, הטרחת שטרח הח"מ וכן החוצאות שהוציא לשם כך, מידת החשיבות הציבורית של התובענה וכיוצא ב.
- 100 . כן יתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את הנתבעת בהוצאות בקשה זו ובשכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

חלק תשיעי ואחרון – סוף דבר

- 101 . מעבר לכל הטיעונים המשפטיים עומד העניין האנושי. המשיבה הינה גוף בעל עוצמה יוצאת דופן. ציבור הנישומים זקוק להגנה מפני שרירות ליבה. אין שום הצדקה שהנישומים ישלמו מס בניגוד להוראות הדין. זהו בדיוק מסוג המעשים אשר הדרך הראויה – וכנראה היחידה – לטפל בהם, תחא לאשר תביעה כייצוגית ולהורות על השבת הסכומים שנגבו ביקר.
- 102 . לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית-המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולהורות כמבוקש ברישא לבקשה זו.
- 103 . העובדות עליהן מבוססת הבקשה מפורטות ומאומתות בתצהירן של המבקש, מר עופר דורון, תרצ"ב לבקשה זו כנספח ג' ומהוות חלק בלתי-נפרד הימנו.
- נספח ג'
- 104 . יהיה מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.



אלכס שפירא, עו"ד (מ.ד. 26748)
אוסלקה, חלד, שפירא – עורכי-דין
בי"כ המבקש

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים

בימ"ש לעניינים מנהליים ת"א
תמ 138/07
עפר דורון נ. רשות המיסים
ת.פתיחה: 18/09/07 סדר דין: רגיל

בעניין: עפר דורון (ת.ז. 056689110)

ע"י ב"כ עו"ד (רו"ח) אלכס שפירא
ממשרד אוסקה, חלד, שפירא – עורכי-דין
משד' רוטשילד 25 תל-אביב 66882
טל': 03-5666811; פקס: 03-5666822

התובע



– נגד –

מדינת ישראל – רשות המסים בישראל

ע"י פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
מרחוב הנרייטה סולד 1 תל-אביב
טל': 03-6970027; פקס: 03-6970291

הנתבעת

תובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

חלק ראשון – מבוא

1. תובענה זו עוסקת בגביית מס שלא כדין על-ידי רשות המסים בישראל (להלן: "רשות המסים") בגין רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות ועסקות עתידיות (ביחד להלן: "ניירות-ערך נסחרים").
2. כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך הדברים, מוסדות כספיים ישראלים – ובכללם בנקים ומנהלי תיקים – המשלמים למשקיעים בשוק ההון תמורה ממכירת ניירות-ערך נסחרים, חייבים לנכות מס במקור מרווח ההון שנצמח במכירה זו.
זאת, בהתאם להוראות הקבועות בתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002.
3. כמוסבר להלן, תקנות אלו קובעות, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז את הפסדי ההון שנוצרו באותה שנה ממכירת ניירות-ערך נסחרים כאמור. לשון אחר, על-פי אותן תקנות, יש לקזז את הפסדי ההון כנגד רווחי ההון, ורק אם תיוותר יתרה חיובית, יש לנכות הימנה מס במקור.
4. ברם, בפועל, ניכוי המס במקור אינו מתבצע בהתאם לתקנות האמורות, אלא בהתאם להוראות בלתי-חוקיות שנקבעו על-ידי רשות המסים.
ודוק: בגדרון של הוראות אלו, קבעה רשות המסים מגבלות באשר לאופן קיזוזם של הפסדי ההון כנגד רווחי ההון. כתוצאה ממגבלות אלו, אשר עומדות בניגוד מוחלט להוראות הקבועות בתקנות, המוסדות הכספיים ניכו מס במקור בִּתְרָה.
5. גביית המס העודף בדרך של ניכוי במקור שלא כדין כאמור הביאה להתעשרותה שלא כדין של רשות המסים ובהתנהגותה זו של הרשות, גרמה וגרמת הרשות נזקי ממון לתובע ולכלל ציבור המשקיעים בשוק ההון שהחיבו ומחוייבים בתשלום מס בִּתְרָה בניגוד מוחלט להוראות הדין.
6. במקביל להגשת תובענה זו, מוגשת בקשה לאישורה כתובענה ייצוגית בהתאם לסעיף 5 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").
7. תביעה זו מוגשת, בכפוף לאישור בית-המשפט הנכבד, גם בשם כל מי שנוצרו לו, החל ביום 1.1.2006 ואילך, רווחי הון והפסדי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות או עסקות עתידיות במסגרת תיק ניירות-ערך המנוהל בישראל ומרווחי ההון נוכח מס במקור ללא קיזוז כדין של הפסדי ההון, הכל כמפורט להלן (להלן: "חברי הקבוצה").
8. התובענה מתייחסת לתקופה שתחילתה ביום 1.1.2006 ועד למועד הגשת הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. תקופה זו אינה עולה על התקופה המירבית הקבועה בסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות.
זו התובענה על רגל אחת. מכאן להרצאת הדברים כסדרת.

חלק שני – הצדדים

9. **התובע**, מר עפר דורון, הינו אזרח ותושב ישראל, המועסק כשכיר.
10. בשנת-המס 2006 השקיע התובע בניירות-ערך נסחרים. חלק הארי של ההשקעה כאמור בוצע במסגרת חשבון הבנק של התובע בבנק לאומי לישראל בע"מ. ואילו יתרת ההשקעה בוצעה במסגרת תיק ניירות-ערך של התובע בחברת ישיר בית השקעות (נ. תיקים) בע"מ.
11. כתוצאה מההשקעה בניירות-הערך הנסחרים במסגרת חשבון הבנק של התובע בבנק לאומי לישראל בע"מ נוצרו לתובע רווחי הון והפסדי הון וכן הכנסות מריבית ודיבידנד.
12. הבנק ניכה מס במקור מרווחי הון ומההכנסות מריבית ודיבידנד שנוצרו לתובע.
- העתק אישור הבנק בדבר המס שנוכה במקור כאמור (טפסי 867 א ו-876 ג) רצ"ב לכתב תביעה זה נספח א' ומהווה חלק בלתי-נפרד הימנו.
- נספח א'
13. התובע פטור מהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בהתאם להוראות תקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין-וחשבון), התשמ"ח-1988.
14. **הנתבעת**, מדינת ישראל – רשות המסים בישראל, הינה האחראית לגביית מיסים ישירים ועקיפים בישראל, ובמקביל שותפה להתוויית מדיניות המסים.
15. וכך מצוין באתר האינטרנט של הנתבעת (<http://www.mof.gov.il/taxes/>):

"בנושאי מס הכנסה ומיסוי מקרקעין ממונה רשות המסים על גביית מיסים ישירים, מסי מקרקעין, היטלים מיוחדים, מיסים משכר ומסים מרווחים על פי החוק. הרשות מועלת בתוקף חוקים, תקנות והוראות שעיקרם: פקודת מס הכנסה, חוק מס שבח מקרקעין, חוק מס רכוש וקרן פיצויים, חוקי עידוד, חוק מס ערך מוסף (מס שכר ורווח), חוק מס מעסיקים, חוק עבירות מינהליות, פקודת המסים והגבייה, חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), הוראות שונות המתייחסות למסים הכלולות בחוקים ובתקנות.

בנושאי מכס ומע"מ ממונה רשות המסים על גביית המסים העקיפים, המוטלים על צריכת סחורות ושירותים. המסים אותם גובים המשרדים הם: מס ערך מוסף – המוטל בשיעור אחיד על כל הפעולות במשק, מכס – המוטל על סחורות מיבוא, מס קנייה – המוטל הן על הייצור המקומי והן על היבוא, בלו דלק – מס קצוב המוטל על כל סוגי הדלק, ומס בולים – על מסמכים."

16. הכנסות המדינה ממיסים ישירים כוללות, בין היתר, הכנסות שמקורן בשוק ההון.

כך, על-פי המידע המפורט באתר האינטרנט של מינהל הכנסות המדינה (<http://www.mof.gov.il/hachnasot>), הניכויים משוק ההון נטו בשנת-המס 2006 היו בסך כולל של **3.5 מיליארד ₪** וינואר 2006 – 925 מליון ₪; פברואר 2006 – 332 מליון ₪; מרץ 2006 – 224 מליון ₪; אפריל 2006 – 250 מליון ₪; מאי 2006 – 220 מליון ₪; יוני 2006 – 273 מליון ₪; יולי 2006 – 194 מליון ₪; אוגוסט 2006 – 185 מליון ₪; ספטמבר 2006 – 146 מליון ₪; אוקטובר 2006 – 175 מליון ₪; נובמבר 2006 – 226 מליון ₪; דצמבר 2006 – 319 מליון ₪.

חלק שלישי – המסגרת הנורמטיבית

כללי

17. בגדרו של חלק זה, נסקור את הוראות הדין המתייבות את המוסדות הכספיים לנכות מס במקור מרווחי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים, יחידות של קרנות נאמנות ועסקות עתידיות (ביחד להלן: "ניירות-ערך נסחרים").
18. כפי שיבואר להלן, הוראות אלו קובעות תסדר מפורט וברור, לפיו בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסדים ממכירת ניירות-ערך כאמור.

החובה לנכות מס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים – כללי

19. על-מנת להבטיח את גביית המס כמו גם למנוע את שחיקתו בתקופת אינפלציה, נקבעו בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "פקודת מס הכנסה" או "הפקודה") שני מנגנונים המאפשרים את גביית המס במהלך השנה: מקדמות מס וניכוי מס במקור.
20. למנגנון הניכוי במקור מטרה נוספת והיא הרחבת בסיס המס, כך שגם נישומים שאינם מגישים דרייה שנתי לרשויות המס בישראל יתויבו במס על רווחים שהפיקו. ואכן, כפי שיוסבר בהמשך הדברים, חלק ניכר מהנישומים שהינם יחידים (להבדיל מתברות) פטורים מתובת הגשת דרייה שנתי לרשויות המס.
21. עד לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005 (להלן: "תיקון 147 לפקודת מס הכנסה" או "תיקון 147"), החובה לנכות מס במקור תמכה את יתדותיה בשלושה סעיפים עיקריים: 161, 164 ו-170 לפקודת מס הכנסה: סעיף 161 קבע חובת ניכוי מס במקור מתשלומי ריבית על איגרות-חוב ודיבידנד על מניות; עניינו של סעיף 164 בתשלום הכנסת עבודה והכנסה אחרת; ואילו סעיף 170 לפקודה קבע חובת ניכוי מס במקור לגבי תשלום לתושב-חוץ של הכנסה חייבת לפי הפקודה, שאינה הכנסה שנוכה ממנה מס במקור לפי סעיף 161 או 164 דלעיל.
22. במסגרת תיקון 147 תוקנו הוראות סעיפים 164 ו-170 לפקודת מס הכנסה. במקביל, בוטלו הוראות סעיף 161 לפקודת מס הכנסה.
23. כאמור, עניינו של סעיף 164 לפקודת מס הכנסה בתשלום הכנסת עבודה והכנסה אחרת. תחולתו של סעיף זה רחבה עד מאוד, שכן הוא חל, בין השאר, על תשלום "התמורה כמשמעותה בסעיף 88, או של כל הכנסה אחרת ששר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, קבעה לכך בצו".
24. ואכן, מכוח סעיף זה הותקן מספר רב של תקנות וצווים הקובעים חובת ניכוי במס במקור על "משלם" כמשמעותו באותם תקנות וצווים. דהיינו, משלם ההכנסה חייב לנכות מס במקור מהתשלומים שהוא משלם למקבל ההכנסה, ולהעבירו ישירות לרשויות המס.
25. החובה לנכות מס במקור בשל תשלום תמורה במכירת ניירות-ערך נסחרים קבועה בתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), תשס"ג-2002 (להלן: "תקנות ניכוי מרווח הון"), אשר הותקנו מכוח הוראות סעיף 164 לפקודת מס הכנסה (כמו גם מכוח סעיף 243 לפקודה).

ביום 29.12.2005 פורסמו ברשומות תקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך או בעסקה עתידית) (תיקון), התשס"ו-2005, אשר תיקנו את תקנות ניכוי מרווח הון.

תקנות אלו, שתחולתן נקבעה ליום 1.1.06, נועדו להתאים את ההוראות המפורטות בתקנות ניכוי מרווח הון לכללי המיסוי החדשים שנקבעו בתיקון 147 לפקודת מס הכנסה. וכלשונו של המלומד מי קפוטה, לשעבר הממונה על הכנסות המדינה (במסגרת מדור "סקירת חקיקה", **מיסים** כ(1) א-122, 129):

"תיקון 147 לפקודת מס הכנסה, שתחילתו ביום 1 בינואר 2006, עיגן את תכנית המיסים הרב-שנתית. אחד מעיקרי התכנית הינו קביעת שיעור מס אחיד להכנסות שונות משוק ההון (רווח הון, ריבית ודיבידנד).

התיקון לתקנות עוסק בניכוי המס מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך או בעסקה עתידית, ועיקרו התאמת שיעורי הניכויים במקור לשיעורי המס שנקבעו בתיקון 147 לפקודה לגבי ההכנסות האמורות..." [ההדגשה אינה במקור – בי"כ התובע].

כללי הניכוי במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים

27. כאמור, תקנות ניכוי מרווח הון קובעות תוראות בדבר המס שיש לזכות במקור בשל רווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים. בגדרן של הוראות אלו, נקבעה הוראה שעניינה בקיזוז הפסדים.

28. הוראה זו, הקבועה בתקנה 9 לתקנות ניכוי מרווח הון, קובעת כדלקמן:

(א) בחישוב רווח ההון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד הון מניירות ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודה, ובלבד שההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, ממכירת נייר ערך שהיה בניהולו של החייב.

(ב) פקיד השומה רשאי להתיר קיזוז בשל הפסדים מניירות ערך שנוצרו אצל מנהל תיק ניירות ערך אחר, כאמור בתקנה זו, אם הועבר תיק ניירות ערך מאותו מנהל למנהל אחר, בתנאים שיקבע.

(ג) בחישוב רווח ההון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד הון מעסקאות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה, בהתאם לאמור בסעיף 92 לפקודה, ובלבד שהתקיימו כל אלה:

- (1) ההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, מעסקה עתידית שבניהולו של החייב;**
- (2) ההפסד יקוזו כנגד רווח הון מעסקה עתידית שהיה בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו, אך לא יאוחר מתום שנת המס שבה נוצר ההפסד, אלא אם כן אישר פקיד השומה קיזוז בשל הפסד שנוצר בשנת מס קודמת.**
- (3) (גמחקה);**

לענין תקנת משנה זו, 'עסקה עתידית' – שאינה נסחרת בבורסה או בשוק מוסדר בישראל.

- (ד) הוראות תקנה זו יחולו על קיזוז הפסדים שנעשה באמצעות תוכנה שאישר המנהל.**
- (ה) (בוטלה)."**

29. ניתן אפוא, לראות, כי על-פי תקנה זו, הניכוי במקור מרווח ההון יבוצע לאחר קיזוז הפסדים שנעשה באמצעות תוכנה שאושרה על-ידי מנהל רשות המסים. ואילו קיזוז הפסדים כאמור יבוצע בהתאם

להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה. זאת, בכפוף לכך שהפסד נוצר לאחר המועד הקובע (1.1.2003) ושמקור ההפסד יהיה במכירת נייר-ערך שהיה בניהולו של החייב בניכוי מס במקור.

קיצוץ הפסדים לעניין הניכוי במקור

30. כאמור, תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מקורות הון קובעת, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז הפסד הון מגיירות-ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה ובלבד שההפסד נוצר לאחר 1.1.2003 ממכירת נייר-ערך שהיה בניהולו של החייב בניכוי במקור.
31. סעיף 92 לפקודת מס הכנסה תוקן במסגרת תיקון 147 (ראו סעיף 22 לתיקון זה). וכך הוא קובע:

"(א) (1) סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד ריווח ההון הריאלי...

(2) נמחק.

(3)

(4) היה לאדם הפסד הון במכירת נייר ערך בשנת המס, יחולו עליו הוראות

פסקאות (1) או (3), לפי הענין, ואולם הפסד ההון יקוזז גם כנגד אלה:

(א) הכנסה מריבית או מדיבידנד ששולמו בשל אותו נייר ערך;

(ב) הכנסה מריבית או מדיבידנד בשל ניירות ערך אחרים, ובלבד

ששיעור המס החל על הריבית או הדיבידנד שקיבל אותו אדם לא

עולה על 25%;

(5) ...

(3) סכום שלא ניתן לקזזו, כולו או מקצתו, כאמור בסעיף קטן (א), בשנת מס

מסויימת, יקוזז כנגד ריווח הון בלבד כאמור בסעיף קטן (א) בשנות המס הבאות

בזו אחר זו לאחר השנה שבה היה ההפסד ובלבד שהוגש לפקיד השומה דוח לשנת

המס שבה היה ההפסד, כאמור בסעיפים 131 ו-132. היה הסכום שלא ניתן לקזזו

הפסד ממכירת נכס מחוץ לישראל, יקוזז ההפסד תחילה כנגד רווח הון ממכירת

נכס מחוץ לישראל.

"...

32. סעיף זה מבחין אפוא, בין הפסד הון שנוצר בשנת-המס (להלן: "הפסד הון שוטף") לבין הפסד הון משנות-מס קודמות שטרם קוזזו (להלן: "הפסד הון מועבר"):

33. הפסד הון שוטף מותר בקיזוזו בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא (סעיף 92(א)(1) לפקודה). בנוסף, אם מדובר בהפסד הון שוטף ממכירת נייר-ערך, ניתן לקזזו גם כנגד הכנסה מריבית ומדיבידנד ובלבד ששיעור המס הקל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25% (כאמור בסעיף 92(א)(4) לפקודה).

הפסד הון מועבר, לעומת זאת, מותר בקיזוזו רק כנגד רווח הון מכל סוג שהוא (סעיף 92(ב) לפקודה) ולא כנגד הכנסה מריבית ומדיבידנד.

34. **וידוגש: הקיזוז נעשה במונחים שנתיים.** דהיינו, הפסד ההון מותר בקיזוז כנגד רווח הון (ולגבי הפסד שוטף – גם כנגד הכנסה מריבית/דיבידנד ובלבד ששיעור המס החל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%), וזאת בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס).
35. כללי הקיזוז הקבועים בסעיף 92 לפקודת מס הכנסה, בנוסחו המתוקן, חלים גם על הפסדי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים. בכך טמון אחד השינויים המשמעותיים ביותר בתיקון 147.
36. דווקא: לפני התיקון, וליתר דיוק – בתקופה 1.1.03–31.12.05, חלו על נישומים יחידים (ובמקרים מסוימים גם על חברות) כללי הקיזוז שנקבעו בסעיף 105 לפקודת מס הכנסה ואשר נוספו במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה (חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב–2002).
- 36.1. לפי כללים אלה, הפסד הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים היה מותר בקיזוז אך רק וכנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים ולא כנגד רווח הון ממכירת נכסים אחרים, כגון: נדל"ן.
- 36.2. בנוסף, כללים אלה התבססו על שיטת "הסלים", לפיה הפסד הון ממכירת "ניירות-ערך ישראלים" היה מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ממכירת "ניירות-ערך ישראלים", ואילו הפסד הון ממכירת "ניירות-ערך זרים" היה מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ממכירת "ניירות-ערך זרים".
- 36.3. מאפיין נוסף של כללי הקיזוז שנהגו לפני 1.1.2006 היה, שהקיזוז נעשה לפי שיטת "מס כנגד מס". לפי שיטה זו, הפסד ממכירת ניירות-ערך נסחרים לא היו מקוזזו כנגד רווח הון, אלא הוא היה מתורגם למונחים של מס (כנגד משיעור המס שהיה מוטל אילו ההפסד היה רווח) וסכום מס זה היה מקוזזו כנגד המס החל על הרווח נשוא הקיזוז.
37. סעיף 105 לפקודת מס הכנסה – ועמו גם כללי הקיזוז שנקבעו בגדרו – בוטל בתיקון 147 (ראו סעיף 36 לתיקון 147). במקביל, תוקנו הוראות סעיף 92 לפקודה כך שכללי הקיזוז הקבועים בהוראות אלו תחולנה גם על הפסדי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים.
38. עם זאת, אם הפסד ההון נוצר לפני 1.1.06 וטרם קוזז (ואף לא היה ניתן לקוזזו, בהעדר רווח הון לקיזוזו) (להלן: "הפסד הון מועבר"), חלות הוראות המעבר הקבועות בסעיף 80(ו) לתיקון 147:
- 38.1. לפי ההוראות הקבועות בסיפא לסעיף 80(ו)1) לתיקון 147, הפסד הון מועבר ממכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב מותר בקיזוז בשנת-המס 2006 רק כנגד רווח הון ממכירת ני"ע הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב, רווח הון ממכירת אג"ח שהונפקה על-ידי מדינת ישראל ורווח הון ממכירת יחידה בקרן נאמנות פטורה.
- ואילו בשנת-המס 2007 ואילך, אותו הפסד הון מועבר מותר בקיזוז הן כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך והן כנגד הכנסה מריבית או מדיבידנד שמקורם בניירות-ערך ובלבד ששיעור המס החל על ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

מהו הדין לגבי הפסדי הון מועברים שמקורם במכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל? הפסדי הון כאמור כפופים לשתי הוראות-המעבר הקבועות בסעיפים 80(א1)-(2) לתיקון 147: הרישא לסעיף 80(א1) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז החלים על הפסד הון ממכירת ניירות-ערך "נסחרים בבורסה" שנוצר בשנות-המס 2003-2005 ואשר טרם קוזז עד ליום 1.1.2006; ואילו סעיף 80(א2) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז החלים על הפסד הון כאמור אם מקורו בניירות-ערך נסחרים שביום 31.12.2005 היו ניירות-ערך זרים כהגדרתם בסעיף 105יא לפקודה.

מכאן, שכללי הקיזוז החלים על הפסד הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל שנוצר בשנות-המס 2003-2005 ואשר טרם קוזז עד ליום 1.1.2006 – נגזרים מהשאלה האם אותם ניירות-ערך נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים אם לאו. לעניין זה, "ניירות ערך זרים" הינם כהגדרתם בתקנות מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים וחוראת שעה), התשס"ג-2002 (להלן: "תקנות קביעת ניירות-ערך זרים").

38.2.1. הפסד הון מועבר שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שלא נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים

כאמור, עניינן של ההוראות המנויות ברישא לסעיף 80(א1) לתיקון 147 בהפסד הון מועבר משנות-המס 2003-2005 שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שלא נחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים כהגדרתם בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים.

לפי הוראות אלו, הפסד כאמור מותר בקיזוז, החל בשנת-המס 2006 ואילך, בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה כנוסחן לפני תיקון 147. כלומר, הפסד זה מותר בקיזוז כנגד רווח הון מכל סוג שהוא.

38.2.2. הפסד הון מועבר שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שנחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים

כאמור, סעיף 80(א2) לתיקון 147 קובע את כללי הקיזוז החלים על הפסד הון מועבר משנות-המס 2003-2005 שמקורו במכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה מחוץ לישראל שנחשבו ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זרים (כהגדרתם בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים).

הפסד הון כאמור שטרם קוזז עד ליום 1.1.2006 מותר בקיזוז בשנת-המס 2006 רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך שנחשב ביום 31.12.2005 לניירות-ערך זר (כהגדרתו בתקנות קביעת ניירות-ערך זרים).

ואילו הפסד הון שטרם קוזז עד ליום 1.1.2006 ואף לא קוזז בשנת-המס 2006 יהיה מותר בקיזוז בשנת-המס 2007 ואילך הן כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך והן כנגד הכנסת מריבית או מדיבידנד שמקורם בניירות-ערך ובלבד ששיעור המס החל ההכנסת מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

סיכומו של עניין: החל ביום 1.1.2006 ואילך, הפסד הון (שוטף או מועבר) ממכירת ניירות-ערך נסחרים מותר בקיזוז בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא שנוצר באותה שנה, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים). כמו-כן, אם מדובר בהפסד שוטף, ניתן לקזזו גם כנגד הכנסה מדיבידנד ומריבית ובלבד ששיעור המס הקל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%.

עם זאת, אם מדובר בהפסד הון מועבר שנוצר לפני 1.1.2006, חלות הוראות המעבר, לפיהן קיזוז ההפסד בשנת-המס 2006 ייעשה בכפוף לשיטת הסלים (קרי: הפסד הון ממכירת ניירות-ערך "ישראלים" יקוזז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך "ישראלים" והפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים יקוזז רק כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים); ואילו בשנת-המס 2007 ואילך, יותר ההפסד בקיזוז הן כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך והן כנגד הכנסה מריבית או מדיבידנד שמקורם בניירות-ערך ובלבד ששיעור המס הקל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 20%.

מז תכלל אל הפרט

40. כאמור, תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מכווח הון קובעת, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לקזז הפסד הון מניירות-ערך בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה ובלבד שההפסד נוצר לאחר 1.1.2003 ממכירת ניירות-ערך שהיה בניהולו של התייב בניכוי במקור.

41. ואילו על-פי הוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה (כנוסחן לאחר תיקון 147), הפסד הון (שוטף או מועבר) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שנוצר ביום 1.1.2003 מותר בקיזוז בשנת-המס כנגד רווח הון מכל סוג שהוא שנוצר באותה שנה (ולגבי הפסד שוטף – גם כנגד הכנסה מריבית/דיבידנד ובלבד ששיעור המס הקל ההכנסה מריבית/דיבידנד כאמור אינו עולה על 25%). כל זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים).

42. מכאן, שבחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים בשנת-המס 2006 ואילך, יש לקזז הפסד הון (שנוצר ביום 1.1.2003 ואילך) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שהיו בניהולו של התייב בניכוי במקור. זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני ההפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס). כמו-כן, אין חשיבות למקום היסחרים של ניירות-הערך.

43. בהקשר זה יצוין, כי תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מכווח הון תוקנה במסגרת תקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך או בעסקה עתידית) (תיקון), התשס"ו-2005 (להלן: "תקנות התיקון לתקנות ניכוי מכווח הון").

תחולת תקנות התיקון לתקנות ניכוי מכווח הון – ובכלל זאת תיקונה של תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מכווח הון – נקבעה ליום 1.1.2006 (ראו תקנה 14(א) לתקנה 9(א) לתקנות התיקון לתקנות ניכוי מכווח הון).

"בחישוב רווח החון לצורך ניכוי המס כאמור בתקנות אלה, יקוז החייב הפסד חון מניירות ערך בהתאם להוראות סעיף 105טו לפקודה, ובלבד שהתקיימו כל אלה:

(1) **ההפסד נוצר לאחר המועד הקובע, ממכירת נייר ערך שהיה בניחולו של החייב;**

(2) **המס שהיה משתלם על סכום ההפסד, כהגדרתו בסעיף 105טו לפקודה יקוזו כנגד המס החל על רווח חון מניירות ערך שנמכרו בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו, אך לא יאוחר מתום שנת המס שבה נוצר ההפסד, אלא אם כן אישר פקיד השומת קיזוז בשל הפסד שנוצר בשנת מס קודמת."** [החדגשה אינה במקור – ב"כ התובע].

הנה כי כן, בטסחה הקודם, קבעה תקנה 9(א) לתקנות ניכוי מרווח חון, כי לצורך הניכוי במקור מרווח החון ממכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסד (או ליתר דיוק, יש לקזז מס לפי שיטת "מס כנגד מס" לאמור בסעיף-קטן 36.3 לעיל) ובלבד שמקור רווח החון בניירות-ערך שנמכרו בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו אך לא יאוחר מתום שנת-המס שבה נוצר ההפסד.

דהיינו, בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח חון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, לא ניתן היה לקזז הפסד שנוצר באותה שנת-מס אם מועד היווצרותו היה לאחר החודש שבו נצמח רווח החון כאמור. כמו-כן, לא ניתן היה לקזז הפסד חון שנוצר בשנת-מס קודמת (הפסד חון מועבר), אלא אם כן אישר זאת פקיד-השומה.

44. ברם, בעקבות תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח חון והחל ביום 1.1.06, תקנה 9(א) אינה קובעת עוד מגבלה בדבר קיזוז הפסדים בתוך שנת-המס, וכנגזר מכך, בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח חון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, יש לבצע את הקיזוז במונחים שנתיים. כלומר, הפסד חון מותר בקיזוז כנגד רווח חון נשוא הניכוי במקור, וזאת בין אם רווח חון נצמח אחרי הפסד חון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח חון נצמח לפני הפסד חון (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס).

45. בשולי הדברים יצוין, כי על-פי תקנה 9(ג) (2) לתקנות ניכוי מרווח חון, לצורך הניכוי במקור מרווח חון ממכירת ניירות-ערך נסחרים יש לקזז הפסד חון מעסקות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה בהתאם להוראות סעיף 92 לפקודה ובתנאי שההפסד יקוזו כנגד רווח חון מעסקה עתידית שהיה בחודש שבו נוצר ההפסד או לאחריו (אך לא יאוחר מתום שנת-המס שבה נוצר ההפסד).

ברם, עניינה של תקנה זו במקרה מיוחד של קיזוז הפסד חון מעסקות עתידיות שאינן נסחרות בבורסה ועל-כן היא אינה חלה לגבי קיזוז הפסדי חון שמקורם אינו בעסקות עתידיות שאינן נסחרות ואשר לגביהם חלה הוראת תקנה 9(א) דלעיל.

וידגש: בניגוד לתקנה 9(א), תקנה 9(ג) (2) האמורה לא תוקנה במסגרת תקנות התיקון לתקנות ניכוי מרווח חון, וכתוצאה מכך, המגבלה הקבועה בה לגבי קיזוז הפסדים "אחוריה" בתוך שנת-המס נותרה בעינה.

חלק רביעי – מעשי הנתבעת המקימים את עילת התביעה כנגדה

בללי

46. כפי שצוין לעיל, התובע השקיע בשנת-המס 2006 בניירות-ערך נסחרים. חלק הארי של ההשקעה כאמור בוצע במסגרת חשבון הבנק של התובע בבנק לאומי (להלן: "בנק לאומי").
- עוד צוין לעיל, כי בנק לאומי ניכה מס במקור מרווחי ההון ומהכנסות הריבית והדיבידנד שנוצרו לתובע.
47. על-פי אישור בנק לאומי בדבר המס שנוכה במקור (נספח א'), ההכנסות שנוצרו לתובע במסגרת חשבון הבנק של התובע בבנק לאומי היו כדלקמן:
- רווחי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים החייבים במס בשיעור 15% – 256 ₪;
 - רווחי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים החייבים במס בשיעור 20% – 11,213 ₪;
 - הפסדי הון ממכירת ניירות-ערך ישראלים שאילו היו רווחים היו חייבים במס בשיעור 20% – 9,200 ₪;
 - הפסדי הון ממכירת ניירות-ערך זרים שאילו היו רווחים היו חייבים במס בשיעור 20% – 369 ₪;
 - הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 15% – 47 ₪;
 - הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 20% – 3,486 ₪;
 - הכנסה מדיבידנד החייב במס בשיעור 25% – 2 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון החייבים במס בשיעור 15% – 206 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון החייבים במס בשיעור 20% – 133 ₪;
 - הכנסה מריבית/דמי ניכיון הפטורים ממס – 1,227 ₪ (830 ₪ + 397 ₪).
48. עוד מצוין באישור בנק לאומי (נספח א'), כי המס שנוכה במקור מרווחי ההון מכירת ניירות-הערך הישראלים הינו בסך 1,061 ₪; ואילו המס שנוכה במקור מהכנסות הדיבידנד הינו בסך 196 ₪.
- דהיינו, המס שנוכה במקור מכלל הכנסותיו האמורות של התובע הינו בסך 1,257 ₪.
49. מהנתונים המפורטים בפסקה 47 לעיל עולה אפוא, כי במסגרת חשבון הבנק של התובע בבנק לאומי, נצמחו לתובע רווחי הון בסך כולל של 11,469 ₪ (256 ₪ + 11,213 ₪) ובמקביל נוצרו לו הפסדי הון (ישראלים וזרים) בסך כולל של 9,569 ₪ (9,200 ₪ + 369 ₪).
- כלומר, רווחי ההון שנצמחו לתובע (בסך 11,469 ₪) לאתר קיזוז הפסדי ההון (בסך 9,569 ₪) הינם בסך 1,900 ₪.
- בנוסף, היו לתובע הכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון.
50. על הבנק היה לנכות מס במקור בסך כולל של 1,142 ₪.

וזדק: בגין רווחי ההון נטו בסך 1,900 ₪ (קרי: רווחי תהון בקיזוז הפסדי ההון) היה על הבנק לנכות מס במקור בסך 380 ₪, קרי: 20% מ-1,900 ₪.

ואילו בגין ההכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון היה על הבנק לנכות מס במקור כדלקמן:

• בגין הדיבידנד בסך 47 ₪ החייב במס בשיעור 15% – 7.05 ₪;

• בגין הדיבידנד בסך 3,486 ₪ החייב במס בשיעור 20% – 697.2 ₪;

• בגין הדיבידנד בסך 2 ₪ החייב במס בשיעור 25% – 0.5 ₪;

• בגין הריבית/דמי ניכיון בסך 206 ₪ החייבים במס בשיעור 15% – 30.9 ₪;

• בגין הריבית/דמי ניכיון בסך 133 ₪ החייבים במס בשיעור 20% – 26.6 ₪;

דהיינו, בגין ההכנסות מדיבידנד ומריבית/דמי ניכיון היה על הבנק לנכות מס במקור בסך 762 ₪.

51. כרם, בפועל, וכמצוין לעיל, הבנק ניכה מס במקור בסך 1,257 ₪. דהיינו, המס שהבנק ניכה במקור גבוה ב-10% מהמס שהיה עליו לנכות על-פי הוראות הדין.

52. בדיעבד, התברר, כי המוסדות הכספיים מנכים מס במקור בגין רווחים ממכירת ניירות-ערך נסחרים בהתאם להוראות רשות המסים, הוראות אשר הינן מנוגדות וסותרות את ההוראות הקבועות בתקנות ניכוי מרווח הון.

במה דברים אמורים?

הוראותיה הבלתי-חוקיות של רשות המסים

53. כפי שבואר בהרחבה בחלק השלישי לתובענה זו, החובה לנכות מס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים מוסדרת בתקנות ניכוי מקורות הון.

54. עוד בואר שם, כי בחישוב המס שיש לנכות במקור מרווח הון ריאלי ממכירת ניירות-ערך נסחרים בשנת-המס 2006 ואילך, יש לקזז הפסד הון (שנוצר ביום 1.1.2003 ואילך) ממכירת ניירות-ערך נסחרים שהיו בניהולו של החייב בניכוי במקור. זאת, בין אם רווח ההון נצמח אחרי הפסד ההון (לרבות שלא באותה שנת-מס) ובין אם רווח ההון נצמח לפני הפסד (ובלבד שמדובר באותה שנת-מס), בין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב ובין אם מדובר בניירות-ערך הנסחרים בבורסה מחוץ לישראל (לרבות ניירות-ערך זרים).

ברם, על-פי הוראות רשות המסים למוסדות הכספיים, יש לקזז הפסדי הון כנגד רווחי הון ברמה החודשית בלבד, ללא העברת הפסדי הון לחודשים קודמים לשם קיזוז כאמור. כמו-כן, המוסדות הכספיים נדרשו להמשיך וליישם בשנת-המס 2006 את שיטת "הסלים" ואת שיטת "מס כנגד מס" לעניין קיזוז הפסדים בחישוב המס שיש לנכות במקור. דהיינו, בחישוב המס שיש לנכות במקור, נדרשן המוסדות הכספיים שלא לקזז הפסד הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך זרים ושלא לקזז הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים כנגד רווח הון ממכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב.

כך, למשל, בהתאם להוראות רשות המסים, אם לפלוני נצמח רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים בחודש ינואר, ואילו בחודש דצמבר שבאותה שנת-מס נוצר לו הפסד הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים, אף למוסדות הכספיים לקזז את הפסד ההון מחודש דצמבר כנגד רווח ההון שנצמח בחודש ינואר, לצורך ניכוי המס במקור מרווח ההון.

כמו-כן, בהתאם להוראות רשות המסים, אם לפלוני נצמח רווח הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב בשנת-המס 2006 ובמקביל נוצר לפלוני בשנה זו הפסד הון ממכירת ניירות-ערך זרים, אף למוסדות הכספיים לקזז את הפסד ההון כנגד רווח ההון, לצורך ניכוי המס במקור מרווח ההון.

56. כתוצאה ישירה מהוראותיה הבלתי-תוקיות למוסדות הכספיים, גבתה הנתבעת מס שלא כדין מציבור הנישומים שהשקיע בשוק ההון ואשר נצמחו לו רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.

חלק חמישי – עילת התביעה

57. במעשיה אשר פורטו לעיל, גבתה הנתבעת מס בלתי-תוקינית ומחברי הקבוצה כולה בגין רווחי הון שמקורם במכירת ניירות-ערך נסחרים.

58. המס העודף שגבתה הנתבעת מהתובע ומחברי הקבוצה כולה נגבה שלא כדין, ללא אסמכתה תוקנית ובניגוד מוחלט להוראות הדין.

59. גביית המס כאמור מהווה עשיית עושר ולא במשפט ולפיכך מזכה את התובע ואת חברי הקבוצה כולה בחשבה מכוח הוראות סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הקובע כהאי לישנא:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזוכה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה."

כאשר בסעיף 6(ב) לאותו חוק נקבע, כי:

"חוק זה יחול על המדינה."

חלק שישי – הנזק

כללי

60. כתוצאה ממעשיה של הנתבעת, סבל התובע, וכן כל אחד מחברי הקבוצה, נזק ממון.

61. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל התובע, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה ישירה של גביית המס הבלתי-חוקית על-ידי המשיבה בגין רווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.
62. נזק הממון הישיר שנגרם לתובע הינו בסך 115 ₪ (קרוני).
63. לצורך חישוב מדויק של הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה המיוצגת יהיה צורך בגילוי חשבונות מקיף מצד הנתבעת, דבר שייעשה רק לאחר אישור התובענה כתובענה ייצוגית ותחילת בירורת לגופו של עניין. המסמכים והחשבונות שתידרש הנתבעת לחשוף במסגרת ההליך לגופו יכללו את כל המסמכים אשר יאפשרו לקבוע בוודאות מהו גובה המס שנוכה במקור באופן בלתי-חוקי מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים.

הגשת דו"ח שנתי אינה מרפאת את נזקייהם של התובע וחברי הקבוצה

64. ככלל, יחיד תושב ישראל שבתחילת שנת-המס קלאו לו 18 שנים חייב בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס. זאת, בהתאם להוראות סעיף 131א(א) לפקודת מס הכנסה.
65. ואולם, על-פי סעיף 134א לפקודת מס הכנסה, שר האוצר, באישור ועדת-הכספים של הכנסת, רשאי לפטור, בתנאים או ללא תנאים, מתובת הגשת דו"ח מספר סוגי נישומים. מכוח סעיף זה, התקין שר האוצר את תקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין-וחשבון), התשמ"ח-1988 (להלן: "התקנות").
66. התקנות פוטרות מהגשת דו"ח שנתי יחידים תושבי ישראל, וזאת אפילו נוצרו לאותם יחידים הכנסות מסוימות והנכללות בתקנות ובכלל זאת הכנסות ממכירת ניירות-ערך נסחרים (וכלשון התקנות – "הכנסה מנייר ערך"). זאת, בתנאי שהכנסות אלו פטורות ממס או שמלוא המס נוכח במקור מאותן הכנסות.
67. הרציונל הטמון בכך ברור: יחיד שנוצרה לו הכנסה (חייבת) בשנת-המס ומחכנסה זו נוכח במקור מלוא המס החל אינו חייב עוד במס, וממילא הגשת הדו"ח לרשויות המס לא תביא לגביית מס נוספת. יפות לעניין זה, ההמלצות המנויות בדו"ח הוועדה לתכנית המסים הרב שנתית שהוגש ביוני 2005 לשר האוצר דאז, מר בנימין נתניהו (בע' 81-82):

"במסגרת הרפורמה במס אימצה ישראל את הגישה הדואלית וקבעה שיעורי מס נפרדים להכנסות מעבודה ומהון. בעוד שעל הכנסות מעבודה ממשיך להיות מוטל מס פרוגרסיבי על הכנסות מהון הוטל מס בשיעור נמוך יותר. בנוסף לשיקול הגלובלי ולשאר השיקולים שמורטו לעיל, הובא בחשבון גם שיקול תפעולי. מיסוי פרוגרסיבי על הכנסות מהון היה מקשה על יישום שיטת נכזי במקור פשוטה בשוק ההון, והמשקיע חייב היה בסוף השנה להגיש דוח על הכנסתו לצורך השלמת המס ששולם בחסר או לשם קבלת החזר מס ששולם ביתר. מאחר שמרבית היחידים בישראל אינם מגישים דוח שנתי למס הכנסה, ניתנה עדימות לשיטה שמאפשרת נכזי מס במקור אשר יהוות מס סופי, ללא צורך בהגשת דוח." [ההדגשה אינה במקור – בי"כ התובע].

68. אכן, כל נישום הפטור מהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס רשאי "להתנדב" ולהגיש דו"ח כאמור.

אלא מאי, הגשת הדו"ח אינה מהווה פתרון לא כל שכן הצדק להתנהגותה של רשות המסים ובכל מקרה אין בו כדי לרפאה. נתפכו: אילוץ של הנישומים הפטורים מהגשת דו"ח שנתי להגיש דו"ח כאמור על-מנת לקבל חזרה את המס שנוכה שלא כדין תרוקן מתוכן את הרציונל העומד בבסיס שיטת ניכוי המס במקור ותבטל כליל את משמעותן המעשית של חוראות חקיקת-המשנה הקובעות פטור מהגשת דו"ח שנתי.

יפים לעניין זה דברי כ"ב השופטת אופיר-תום ב-עמ"ה (ת"א) 1031/00 שאנן האגודה הציבורית לטיפול איכות הסביבה והחיים ג' פ"ש, מיסים טז(3) ה-175, 178 ואילך:

"מן הסעיף [סעיף 164 לפקודת מס הכנסה] אכן משתקפת שיטה של ניכוי מס, המהווה למעשה חלופה לחובת הדיווח הכללי, שאמור ויכול היה המחוקק לחטיל על כלל המשק, אך העדיף לא לעשות כן עד היום..."

כמו-כן, ראוי לציין את דברי המלומד אי רפאל בספרו מס הכנסה (כרך ו), בע' 132:

"הנה כי כן מגלמת בתוכה קבוצת הנישומים הרביעית את הרעיון המרכזי, העומד בבסיס של הדו"ח השנתי על ההכנסה: להיות מכשיר מרכזי במערך הגבייה של רשויות המס. מקום שאין רשויות המס נדרשות עוד לכל קשר עם הנישום – אם בשל העובדה שהכנסתו כלל אינה חייבת במס, ואם מן הטעם שהמס שהוא חייב בגינה כבר שולם כולו על דרך הניכוי במקור – מצא המחוקק להימנע מלחטיל על נישומים כאלה חובת דיווח, שהרי לגישתן של רשויות המס בישראל אין עוד בדו"ח שיגישו נישומים כאלה כל תועלת."
[ההדגשות אינן במקור – ב"כ התובע.]

69 יתרה מזאת. הגשת דו"ח שנתי כרוכה במשאבים הן מבחינת רשות המסים (קליטת הדו"ח במחשבי הרשות ובדיקתו) והן מבחינת הנישום (מילוי טפסים, תשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס), כך שהגשת הדו"ח כאמור, ללא חובה סטטוטורית לעשות כן, גורמת לנישום נזק כספי.

למעשה, העלויות הכרוכות בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בידי נישום שצבר רווחים ממכירת ניירות-ערך נסתרים (תשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס עבור הכנת הדו"ח לרבות נספחי השונים) הינן, במקרים רבים, גבוהות מהחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח, וכנגזר מכך עשויות לאיין את הכדאיות הגלומה בהגשת הדו"ח כאמור.

כך בדיוק הם פני הדברים במקרה דנא, שהרי כפי שפורט לעיל, החזר המס (קרן) לו זכאי התובע בגין הניכוי במקור שבוצע שלא כדין הינו בסך 115 ₪ בלבד.

70 יצוין מיד, כי זכאותו של הנישום "להתנדב" ולהגיש דו"ח שנתי לרשויות המס לא רק שאוּצרת בחובה עלויות בלתי-מבוטלות (אשר, כאמור, במקרים רבים הינן גבוהות מתחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח), אלא שהיא אף אינה מצדיקה ניכוי מס במקור בניגוד להוראות הדין ואין בה כדי "להכשיר את השרץ".

שהרי, בין אם הנישום יבחר להגיש דו"ח שנתי ובין אם לאו, ניכוי המס במקור חייב להתבצע בהתאם להוראות הדין. כך יאה, כך נאה, כך רצוי וכך, בכל הכבוד, על-פי דין, גם מצוי.

71. זאת ועוד. במקרה של הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס (בין אם על-ידי מי שחייב מלכתחילה בהגשת דו"ח שנתי ובין אם על-ידי מי שפטור מהגשת דו"ח שנתי מכוח התקנות ואשר "מתנדב" להגיש דו"ח כאמור), החזר המס שנוכה במקור שלא כדין נושא הפרשי הצמדה וריבית רק מתום שנת-המס. זאת, בהתאם להוראות הקבועות בסעיפים 159א(ג) ו-160א(א) לפקודת מס הכנסה.

כלומר, לא רק המס שנוכה במקור שלא כדין יוחזר לנישום רק אם האחרון יגיש דו"ח שנתי לרשויות המס, אלא שההחזר יבוצע, בחלקו, באופן נומינלי, וכנגזר מכך, יביא לשחיקתו (וראו לעניין זה, אם כי בתקשר למקדמות בגין הוצאות עודפות כאמור בסעיף 181 לפקודה, ע"א 4030 מפעלי גרנות – אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' פשמ"ג (טרם פורסם)).

72. סיכומו של עניין: הזכאות להגיש דו"ח שנתי אינה מרפאת את נזקי התובע וחברי הקבוצה, שכן:

72.1. העלויות הכרוכות בהגשת דו"ח שנתי לרשויות המס בידי נישום שצבר רווחים ממכירת ניירות-ערך נסחרים (נתשלום לעו"ד/רו"ח/יועץ מס עבור הכנת הדו"ח לרבות נספחיו השונים) הינן, במקרים רבים, גבוהות מהחזר המס אותו יקבל הנישום כתוצאה מהגשת הדו"ח, וכנגזר מכך עשויות לאיין את הכדאיות הגלומה בהגשת הדו"ח כאמור;

72.2. זכאותו של הנישום "להתנדב" ולהגיש דו"ח שנתי לרשויות המס אינה מהווה הצדק מכל סוג שהוא לניכוי מס במקור בניגוד להוראות הדין;

72.3. החזר המס שנוכה במקור שלא כדין נושא הפרשי הצמדה וריבית רק מתום שנת-המס, כך שגם במקרה של הגשת דו"ח שנתי לרשויות המס (בין אם על-ידי מי שחייב מלכתחילה בהגשת דו"ח שנתי ובין אם על-ידי מי שפטור מהגשת דו"ח שנתי מכוח התקנות ואשר "מתנדב" להגיש דו"ח כאמור), החזר המס מבוצע, בחלקו, באופן נומינלי, וכנגזר מכך, מביא לשחיקתו.

חלק שביעי – הסעדים המבוקשים

73. לאור כל האמור לעיל, בית-המשפט הנכבד מתבקש:

73.1. לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה המיוצגת;

73.2. ליתן צו המצהיר, כי ניכוי המס במקור מרווחי הון ממכירת ניירות-ערך נסחרים שבוצע בהתאם להוראות הנתבעות נעשה שלא כדין;

73.3. ליתן צו עשה כנגד הנתבעת, שיוורה לה לקיים אחר הוראות תקנה 9 לתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון במכירת נייר ערך במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקת עתידית), תשס"ג-2002;

73.4. ליתן צו המחייב את הנתבעת להשיב לתובע ולכל אחד מחברי הקבוצה את סכומי המס שנגבו ממנו שלא כדין כפי שפורט לעיל החל ביום 1.1.2006, כשהם נושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3א לחוק האמור, לפי הגבוה מביניהם.

- 73.5. ליתן כל סעד אחר או נוסף, כפי שייראה לבית-המשפט הנכבד נכון, ראוי וצודק בנסיבות העניין.
74. כמו-כן, בית-המשפט הנכבד מתבקש לפסוק לתובע גמול בהתאם לסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע את השיקולים שיש לשקול בעת קביעת הגמול לתובע הייצוגי, אם התובענה תתקבל. זאת, בשים לב לטובת ההנאה שתיצמח לחברי הקבוצה עקב הגשת תובענה זו ובטרחת שהייתה כרוכה בהגשתה.
75. בנוסף, מתבקש בית-המשפט הנכבד לפסוק את שכר טרחתו של הח"מ המייצג את התובע הייצוגי והקבוצה בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, תוך התחשבות בתועלת שתביא התובענה לחברי הקבוצה, מורכבות ההליך, טרחתו שטרם הח"מ וכן ההוצאות שהוציא לשם כך, מידת החשיבות הציבורית של התובענה וכיוצ"ב.
76. כן יתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את הנתבעת בהוצאות תביעה זו ובשכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

חלק שמיני ואחרון – סוף דבר

77. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית-המשפט הנכבד לקבל את התביעה, ולהעניק לתובע ולחברי הקבוצה המיוצגת את הסעדים המפורטים לעיל.
78. לבית-המשפט הנכבד סמכות עניינית לדון בתביעה לאור מיהות הנתבעת וכאמור בסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.
79. יהיה מן הדין ומן הצדק לקבל את התובענה.

אלכס שפירא, עו"ד (מ.ר. 26748)
 אוסלקה, חלד, שפירא – עורכי-דין
 ב"כ התובע