

## העלאת שיעורי המס על רווח ממכירת ניירות ערך - האם מיסוי רטרואקטיבי?

מאת

**הראל לוקר, עו"ד ; אמיר שויצקי, עו"ד**

בתיקון 147 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 ("תיקון 147" ו"הפקודה", בהתאמה) נקבע, בין היתר, כי רווח הון ריאלי שנצמח בידי יחיד ממכירת ניירות ערך סחירים יחויב בשיעור מס של 20%, למעט מקרה בו היחיד היה בעל מניות מהותי במועד המכירה או ב-12 החודשים שקדמו לו. על פי תיקון 147, שיעורי המס החדשים יחולו בגין מימושים החל מיום 1.1.2006, גם ביחס לרווח הון ריאלי שנצמח החל משנת 2003 ואילך. טרם תיקון 147, רווח הון שנצמח בידי יחיד ממכירת ניירות ערך סחירים ישראלים, שנצבר החל מיום 1.1.2003, מוסה בשיעור של 15% בלבד.

לאחרונה נטען על ידי מספר מלומדים, כי השינוי בשיעורי המס ביחס לרווח הון כאמור, שהצטבר משנת 2003 ועד לכניסתו לתוקף של תיקון 147, הינו בגדר מיסוי רטרואקטיבי פסול הפוגע בזכויות יסוד מוגנות. טענה זו מתחדדת לכאורה נוכח העובדה, שלגבי ניירות ערך זרים, אשר רווחים בגין מכירתם מוסו לפני 1.1.2005 (טרם תיקון 142 לפקודה ("תיקון 142")) בשיעור של 35%, נקבעה הוראה, במסגרת תיקון 147 ולפיה שיעור המס של 20% (וכל עוד תיקון 142 היה תקף, 15%) יחול רק לגבי רווח הון שנצבר מיום 1.1.2005 ואילך. הוזה אומר, לגבי ניירות ערך זרים שנרכשו לפני שנת 2005 ושנמכרו לאחר יום 1.1.2006, שיעור המס המופחת של 20% מיוחס רק לרווח הון שצמח מיום 1.1.2005 והלאה, ואילו רווח הון שצמח לפני המועד האמור ימשיך לחוב בשיעור מס של 35%. חוסר ההגינות הכלכלית בולט לעין: כאשר עולים שיעורי המס, השיעור הגבוה מוחל על רווחים שהצטברו וטרם מומשו, אך כשירוד שיעור המס - השיעור הנמוך מוחל רק על רווחים מעתה והלאה.

יחד עם זאת, לדעתנו, לאור פרשנות עקבית של בית המשפט העליון בשאלה, מהי חקיקה רטרואקטיבית, הטענה האמורה אינה נכונה ותחולתו של תיקון 147, ככל שהדבר נוגע להעלאת שיעורי המס ביחס לרווח הון כאמור, הינה תחולה פרוספקטיבית, שאינה פסולה, ולא רטרואקטיבית.

הפסיקה קבעה, כי תחולה רטרואקטיבית משמעותה שינוי התוכן המשפטי או התוצאות המשפטיות, כלפי העבר, של אירועים או מצבים שהתרחשו בעבר<sup>[1]</sup>.

בניגוד למצב עניינים זה, תחולה של דבר חקיקה היא פרוספקטיבית כאשר לחוק יש תחולה לגבי מצב עניינים עתידי, ביחס לפעולות שייעשו בעתיד<sup>[2]</sup>, דהיינו - "אם הוא משנה אך לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים חדשים, או של פעולות או של אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או התרחשו לאחר כניסתו לתוקף"<sup>[3]</sup>.

שיטת המס בישראל מושתתת על הכלל, כי מס מוטל על הכנסתו של הנישום, כאשר המונח "הכנסה" בא לתאר תוספת לעושרו הכלכלי של אדם כתוצאה מאירוע כלכלי מסוים, בין בכסף ובין בשווה-כסף. הוזה אומר, על פי שיטת המס בישראל (למעט חריגים מסויימים), אין אדם חב במס בגין הכנסה שהיא תיאורטית בלבד אשר טרם מומשה. לפיכך, אדם אינו חב במס בגין רווח הון "על הנייר", קרי - טרם מכירת הנכס. בהקשר זה יצוין, שבית המשפט העליון קבע כי: "אירוע המס הוא אירוע הפקת הכנסה. עם הפקתה של הכנסה קמה חבות מהותית לתשלום מס הכנסה על הכנסה המופקת. עם הפקתה של הכנסה מתגבשת חבות המס בגין הכנסה זו. עם הפקתה של הכנסה גם משתלם מס בגינה"<sup>[4]</sup>.

אירוע המס מהווה איפוא את נקודת הזמן ביחס אליה יש לבחון, מהו סוג התחולה שיש לחקיקה מיסויית חדשה. שינוי בחקיקת מס שחל לפני אירוע המס - הוא אירוע המכירה - הוא בעל תחולה פרוספקטיבית, כאשר שינוי בחקיקת מס שחל על אירוע מס שכבר תם ונשלם מהווה שינוי רטרואקטיבי. המבחן לרטרואקטיביות יוכרע לפי יום המכירה ולא לפי רווחים תיאורטיים שנצברו וטרם מומשו.

ולענייננו, חבות במס בגין רווח הון שהפיק יחיד ואשר הצטבר בנייר ערך, קמה רק בעת מכירת נייר הערך. עד אותו רגע, הנישום היחיד לא הפיק, מבחינת דיני המס, כל רווח ולא היה כל אירוע מס. לאור זאת, התחולה שיש לשיעורי המס החדשים על רווחי הון שהצטברו משנת 2003 ואילך הינה **כלפי העתיד**, כלפי אירועי מס (מכירות) עתידיים, שכן תיקון 147 קובע, כי החל מיום 1.1.2006 ואילך - **ורק ביחס למכירת נייר ערך שלאחר יום 1.1.2006** - יחולו שיעורי המס החדשים.

בהקשר זה ראוי לציין את הדוגמה שהביא השופט (דאז) ברק בפרשת **ארביב**<sup>[5]</sup>. באותה פרשה העלה השופט ברק מקרה היפותטי בו קבעה הכנסת חוק חדש לפיו בעלים על נכס חייב לשלם מס חדש. האם החלתו של אותו חוק על מי שרכש את הנכס לפני כניסתו של החוק לתוקף היא החלה רטרואקטיבית של החוק? תשובתו של השופט ברק היתה שלילית תוך הדגשה, כי החלת החוק החדש תהא רטרואקטיבית אם היא תחול גם על מי שחדל להיות בעל הנכס ביום כניסתו לתוקף של החוק. דוגמה לדבר חקיקה כאמור הוא תיקון מס' 45 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, שפורסם ביום 25.4.99, בו נקבע, כי החל מיום 1.1.2000, בעת מכירת זכות במקרקעין, ללא נפקות מתי נרכשה הזכות במקרקעין, יוטל ככלל מס מכירה בשיעור של 2.5% משווי המכירה. לאור פסיקת בית המשפט העליון, גם הטלה זו של מס מכירה לא היתה בגדר מעשה חקיקה רטרואקטיבי.

עמ' 98

לסיכום, הגדלת שיעורי המס ביחס לרווחי הון תיאורטיים, שהצטברו החל משנת 2003 ואילך, מעוררת בעייתיות. ייתכן שנישומים רבים היו מכלכלים את צעדם אחרת לו היו יודעים כי בעתיד יועלו שיעורי המס. דא עקא, כפי שציין השופט ברק בפרשת **ארביב**, טענה זו אין מקומה להישמע כנגד אופן תחולתו של דבר חקיקה חדש<sup>[6]</sup>. בסיכומי של דבר, תיקון 147, ככל שהדבר קשור להעלאת שיעורי המס על רווחים שהצטברו משנת 2003 ואילך, אינו מהווה מבחינה משפטית, בניגוד אולי לתשובתנו האינטואיטיבית והכלכלית, חקיקה בעלת תחולה רטרואקטיבית, אלא חקיקה בעלת תחולה פרוספקטיבית, שאינה פסולה.

1. ראו: בג"ץ 7159/02 אברהם מרדכי ואח' נ' פקיד שומה גוש דן ואח' ("מיסים" יט/6 ה-83, ה-87) (להלן - "פרשת אברהם מרדכי").
2. ראו: א. ברק, פרשנות במשפט (כרך ב', פרשנות החקיקה, 1994) 630.
3. ראו: ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 778, 765 (להלן - "פרשת ארביב").
4. ראו: פרשת אברהם מרדכי, ה"ש 1 לעיל.
5. ראו: ה"ש 2 לעיל.
6. ראו: פרשת ארביב, עמ' 779.