



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

בפני כב' השופט מגן אלטוביה

מעוררת

כלל חברה לביטוח בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד גיל גריידי ושלמה אביעד זיידר

נגד

משיב

פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"י ב"כ עוה"ד אלפא ליבנה מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

פסק דין

בפניי ערעור על שומות שקבע המשיב בצו למעוררת לשנות המס 2004 – 2006. במוקד הליך זה שלוש עסקאות שביצעה המעוררת. ערעור זה נסוב, בקליפת אגוז, סביב שאלת יכולתו של נישום לטעון למהות כלכלית הגוברת לצרכי מס על הצורה של העסקה. כמו כן עולה שאלת זיהויו של מוניתין בעסקה של רכישת מניות. הצדדים מבקשים שבית המשפט ידון באיתור שווי המוניתין, בין אם נמכר בצד המניה ובין אם מגולם הוא בתוך שווי המניה, והאפשרות להפחית על פני השנים נכס זה גם כשהוא מוכמן בתמורה ששולמה בגין המניה. כפי שנראה, לא יהא צורך לדון בחלק מן הסוגיות בשל הממצאים העובדתיים כפי שיתואר. שעתן של חלקן של הסוגיות תגיע בהזדמנות אחרת.

רקע עובדתי

1. המעוררת הינה חברת ביטוח, העוסקת בכל ענפי הביטוח, ומוחזקת בבעלות מלאה של חברת "כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ" (להלן: "כלל החזקות"), שהינה חברה ציבורית. ערעור זה עוסק בשלוש עסקאות שביצעה המעוררת לרכישת מניות שלוש חברות לניהול קרנות פנסיה. בדיווחיה למשיב טענה המעוררת כי בעסקאות אלו רכשה לא מניות בלבד, אלא רכשה גם נכס נוסף הנלווה למניות – מוניתין. המשיב חלק על עמדת המעוררת ומיסה את העסקאות כאילו היו עסקאות לרכישת מניות גרידא.

2. ראשיתו של שוק החיסכון הפנסיוני בארץ עוד בימי טרום הקמת המדינה, כאשר, בין היתר, "ההסתדרות הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל" (שלימים תכונה "ההסתדרות העובדים הכללית החדשה", ולהלן: "ההסתדרות") הקימה קרנות פנסיה לעובדים חברי ההסתדרות. אחת מקרנות הפנסיה שהוקמה על ידי ההסתדרות הייתה "קרן הגמלאות המרכזית של עובדי מוסדות ההסתדרות הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל בע"מ" (להלן: "קג"מ"), שנוסדה בשנת 1955. עד לשנת 1995 צברו חלק מקרנות הפנסיה שפעלו באותה עת (להלן: "הקרנות הותיקות")



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

גירעונות אקטואריים עמוקים, ובעקבות זאת החליטה הממשלה במרץ 1995 (להלן: "הרפורמה") על סגירת הקרנות הוותיקות בפני עמיתים חדשים ויישום תכנית הבראה מקיפה עבורן, ובמקביל לפתוח קרנות פנסיה חדשות באופן שתהנה מאוזנות אקטוארית (ראו: בג"ץ 4497/00 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' שר האוצר**, פ"ד נו(3) 608; בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(5) 459).

3. במסגרת הרפורמה נדרשו הקרנות לבצע הפרדה בין קופות הפנסיה הוותיקות לבין קופות הפנסיה החדשות ולנהל את כספי העמיתים החדשים במסגרת נפרדת מהקרנות הוותיקות. בהתאם לכך, הקימה קג"מ בשלהי שנת 1995 את חברת "מיטבית חברה לניהול קרנות פנסיה בע"מ" (להלן: "מיטבית"). מיטבית הייתה בבעלותה ובשליטתה הבלעדית של קג"מ, עד לשנת 2004, עת נרכשה על ידי המערערת, כפי שיתואר להלן.

4. בשנת 1993 הוקמה חברת "ש.ב.ח. ניהול קופות פנסיה בע"מ" (להלן: "שבח") על ידי "ביטוח חקלאי אגודה שיתופית מרכזית בע"מ" (להלן: "ביטוח חקלאי") ו"מבטח שמיר פיננסים בע"מ" (להלן: "מבטח שמיר"), אשר החזיקו בה בחלקים שווים. שבח פעלה כחברת ניהול של קרן הפנסיה הוותיקה "עתודות" – קרן פנסיה לשכירים ולעצמאים בע"מ" (להלן: "עתודות הותיקה"). עתודות הותיקה פעלה כקרן מאוזנת אקטוארית, אך בעקבות הרפורמה בשנת 1995 נדרשו בעלות המניות בשבח ובעתודות הותיקה להקים מסגרת תאגידי חדשה לניהול כספי העמיתים החדשים. תאגיד זה הוקם בשנת 1996 תחת השם "עתודות קרן פנסיה (1996) בע"מ" (להלן: "עתודות החדשה"). עתודות החדשה הקצתה ביום 4.12.1996 מניות למערערת ולחברת "תשתית הנפקות בע"מ" (להלן: "תשתית") מקבוצת בנק הפועלים. למערערת הוקצו 55% מהון מניות החברה, לתשתית 20% מהון מניות החברה, וביטוח חקלאי ומבטח שמיר נותרו כל אחת עם אחזקה של 12.5% מהון מניות החברה.

5. בחודש ספטמבר 2004 זכתה המערערת במכרז לרכישת מלוא מניות מיטבית מידי קג"מ, ובחודש אוקטובר 2004 נחתם הסכם בין קג"מ לבין המערערת, לפיו שילמה המערערת סכום של כ- 135 מיליוני ש"ח בתמורה לרכישה.

6. בחודש פברואר 2005 נחתם הסכם בין תשתית לבין המערערת לפיו רכשה החברה את מלוא אחזקות תשתית במניות עתודות החדשה בתמורה ל- 12.8 מיליון ש"ח. בחודש יולי 2005 נחתם הסכם בין המערערת לבין ביטוח חקלאי ומבטח שמיר, לפיו רכשה החברה את מלוא אחזקתן בעתודות החדשה בתמורה ל- 16 מיליון ש"ח (8 מיליון ש"ח לכל אחת). סכומים אלו מבטאים תשלום זהה לתשתית, ביטוח חקלאי ומבטח שמיר, ביחס לשיעור אחזקותיהן בעתודות החדשה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

7. בחודש יולי 2005 נחתם הסכם בין המערערת לבין מבטח שמיר, לפיו רכשה החברה את מלוא אחזקותיה של מבטח שמיר בשבח תמורת 61 מיליון ש"ח.

טענות הצדדים

8. בעסקת מיטבית טוענת המערערת כי רכשה למעשה שני נכסים – האחד, מניות חברת מיטבית; השני, מוניטין, הנמצא בבעלות חברת קג"מ, הקשור בפעילות חברת מיטבית. המערערת טוענת כי לאור יחסי הקרבה שבין קג"מ למיטבית, המוניטין של מיטבית נובע מפעילות בעלת המניות הקודמת שלה. הצדדים אינם חלוקים בנוגע לכך שההסכם לרכישת מיטבית מציין במפורש כי מדובר במכר מניות, ואינו מתייחס כלל למכר מוניטין. המערערת טוענת בעניין זה כי מדובר בחוזה שנוסחו נכפה עליה על ידי המפקח על הביטוח שהורה על מכירת מיטבית, וכי יש להעדיף במקרה זה את מהות החוזה, שהינה רכש מוניטין לטעמה, על פני צורתו המשפטית. לדידה של המערערת, הסכום העודף ששולם בגין המניות מעבר לשווי ההון העצמי של מיטבית, שולם בגין רכישת נכס מוניטין מקג"מ.

9. לחילופין, טוענת המערערת כי אף אם ייקבע שהמוניטין במקרה זה מצוי בבעלותה של החברה הנרכשת, מיטבית, ולא בבעלות בעלת מניותיה הקודמת, קג"מ, הרי שעדיין יש לראות בסכום העודף ששולם בגין המניות מעבר לשווי הפעילות של מיטבית כמוניטין בר-הפחתה לצורכי מס. לפי המערערת, החלק העודף ששולם מעבר לשווי הפעילות של מיטבית שולם בגין נכס חיצוני לחברה הנרכשת, אשר במהותו מהווה מוניטין המשמש בייצור הכנסה על ידי המערערת. המערערת טוענת כי התמורה העודפת שולמה בגין הסינרגיה שהושגה משילוב פעילותה של מיטבית עם פעילות המערערת, סינרגיה המאפשרת למערערת למכור ביטוחים ללקוחות מיטבית ולהציע פתרונות פנסיוניים ללקוחותיה הקיימים באמצעות מיטבית. נכס זה עונה על הגדרת מוניטין, לגישת המערערת.

10. לעניין עתודות החדשה, טוענת המערערת כי עתודות החדשה נהגה לייחס לקוחותיה באופן ישיר לבעלת המניות בחברה עימה הם מזוהים, באמצעות הסכמי עמלות המקנים לכל בעלת מניות עמלה בגין לקוחות הקשורים אליה. מכאן, טוענת המערערת, שהמוניטין של עתודות החדשה היה בידי בעלות מניותיה כנכס נפרד מפעילות החברה שבבעלותן. במסגרת הסכם הרכישה, ויתרו בעלות המניות על תזרימי ההכנסות המגיעים להן מהסכמי העמלות. זאת ועוד, מבטח שמיר התחייבה במסגרת ההסכם לסייע בשימור לקוחות הקרן לאחר מכירת מניותיה. יצוין כי ביטוח חקלאי לא התחייבה באופן דומה לסייע בשימור לקוחות הקרן, ולפי המערערת זאת בשל שביטוח חקלאי נותרה שותפתה של המערערת בחברת שבח, המנהלת את עתודות הותיקה. המערערת הסיקה מהסכם רכישת המניות כי לצד מניות עתודות החדשה, רכשה המערערת את המוניטין המשוויך לכל אחת מבעלות המניות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

11. בנוגע לעסקת שבח טוענת המערערת כי בהסכם רכישת המניות ממבטח שמיר צוין במפורש כי המערערת רוכשת גם את זרם העמלות של מבטח שמיר מלקוחות שבח שזוהו עם מבטח שמיר. המערערת רואה בזרם העמלות כסממן לקיומו של נכס מוניטין, ואף מצביעה על סממנים נוספים לכך שנמכר מוניטין בעסקה זו: התחייבות מבטח שמיר כי שבח תמשיך להתנהל כעסק חי עד להשלמת העסקה והתחייבות מבטח שמיר לשמירה על סודיות ולאי-תחרות עם שבח. לחילופין, זרם העמלות, לטענת המערערת, הינו נכס נפרד מהאחזקה במניות, שכן מדובר בנכס ממשי המעוגן בהסכם עמלות המקנה למבטח שמיר זכות לזרם העמלות עד שנת 2019.

12. מנגד, המשיב עומד על כך כי על פי נוסח ההסכמים כולם מדובר ברכישת מניות; חברת האם של המערערת, כלל החזקות, דיווחה לרשות לניירות ערך, לבורסה לניירות ערך בתל אביב ולציבור המשקיעים כי מדובר בעסקאות לרכישת מניות; דיווחי המערערת בדוחותיה הכספיים סולו היו על רכישת מניות. המשיב טוען לפיכך כי המערערת טוענת בפני כולי עלמא כי רכשה מניות ורק כלפי המשיב טוענת כי רכשה מוניטין, לאור הטבת המס הצפויה לצמוח לה מדיווח זה. המשיב טוען כי אין לראות בעצם העובדה ששילמה המערערת על המניות מעבר לשוויין כי רכשה מוניטין. מוניטין הינו נכס שעצם קיומו טעון הוכחה, ועל פי המשיב לא הצליחה המערערת להוכיח כי רכשה מוניטין. המשיב עומד על כך כי המוכרות בעסקאות דגן דיווחו על מכירת מניות ולא על מכירת נכס מוניטין, כאשר קיים להן אינטרס מיסויי לדווח על מכירת מוניטין דווקא.

13. לעניין עסקת מיטבית, טוען המשיב כי לא הוכח שלקג"מ היה כלל מוניטין שביכולתה למכור למערערת. המשיב מציין כי קג"מ הייתה מצויה בגירעון אקטוארי כבד, אף ביחס ליתר הקרנות הותיקות, והדבר מעיד על כך שלא היה בידה מוניטין כלל. זאת ועוד, עמית הקופה, לטענת המשיב, הופנו לקג"מ מתוקף חוקת ההסתדרות, הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, ובכך דמתה קג"מ לגוף מונופוליסטי הפועל בשוק נטול ניידות ותחרות, באופן השולל את האפשרות לראות בקג"מ כבעלת מוניטין. המשיב טוען עוד כי מאחר שמאז שנת 1995 קג"מ אינה רשאית לקלוט עמיתים חדשים, אלא כל עמית חדש הופנה למיטבית, הרי שכל זיקה ללקוחות הקופה, אשר מהווה מוניטין, הוטמעה מכבר במיטבית. הפוטנציאל העסקי העתידי של קופת הפנסיה היה במיטבית, ולקג"מ לא הייתה האפשרות להעביר ולו זיקה ללקוח אחד שאינו כלול בחוג לקוחותיה של מיטבית.

14. באשר לטענה החלופית כי רכישת רכיב הסינרגיה מהווה רכישת מוניטין, טוען המשיב כי סינרגיה הינה נכס שאינו מתכלה, שכן הוא מקנה יתרונות מכאן ואילך. עוד טוען המשיב כי סינרגיה מעצם טיבה היא נכס הנובע משילוב שני עסקים יחדיו, כלומר מדובר ביתרון הנובע מעצם קיומה של העסקה ואין מדובר בנכס אשר נמצא בידי מי מהצדדים עובר לעסקה, ולכן כלל לא ניתן לרכשו. מאחר שלא היה בידי המוכרת נכס המכונה סינרגיה, לא ניתן לראות במערערת כמי שרכשה אותו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

15. באשר לעסקת עתודות החדשה, המשיב מציין כי התמורה ששילמה המערערת לתשתית הייתה זהה, באופן יחסי לשיעור אחזקתה בעתודות החדשה, לתמורה ששולמה למבטח שמיר ולביטוח חקלאי, זאת למרות שתשתית לא הייתה זכאית לזרם עמלות מעתודות החדשה. מכאן הסיק המשיב כי התמורה ששילמה המערערת הייתה בגין הון המניות בלבד, ואינה תשלום בגין ויתור על זרם העמלות מלקוחות עתודות החדשה. זאת ועוד, טוען המשיב כי לקוחות עתודות החדשה, רובם ככולם, היו לקוחות שהזרימה המערערת, ולכן אף אם ניתן לייחס מוניטין לבעלי המניות במקרה זה, הרי שהמוניטין היה כולו של המערערת עובר לרכישה. לבסוף, מציין המשיב כי בניגוד לעסקת מיטבית, שם לכאורה התווה המפקח על הביטוח את נוסח ההסכם וכפה על המערערת ניסוח שמשמע ממנו כי רכשה מניות בלבד, הרי שבעסקת עתודות החדשה ניסחו הצדדים את ההסכם ללא כל כפייה. ההסכם שניסחו הצדדים מתייחס למכירת מניות בלבד ולא מתייחס במפורש למכירת מוניטין.

16. בעסקת שבח טוען המשיב כי הסכם המכירה כולל שורה ארוכה של הצהרות הצדדים בנוגע לכל עניין מהותי שבהסכם, והצהרות אלו כולן נסובות סביב עסקת מכירת המניות, מבלי שממכר זרם העמלות מוזכר ולו פעם אחת. המשיב רואה במזכר העקרונות המוזכר במפורש מכר של זרם עמלות דווקא כתומך בעמדתו – ברצותם להתייחס לשני נכסים עשו כן הצדדים במפורש, בעוד שהסכם המכירה מוזכר בעיקר מכר של מניות בתור הממכר המרכזי בעסקה. זאת ועוד, המשיב עומד על כך שעל פי מזכר העקרונות, הוסכם כי המערערת תרכוש את מניות מבטח שמיר תמורת כ-57.5 מיליון ש"ח ואת זרם העמלות תמורת כ-3.5 מיליון ש"ח, בעוד שבדיווחיה למשיב טענה המערערת כי רכשה מוניטין בשווי 56.5 מיליון ש"ח ו-2.7 מיליון ש"ח בלבד שולמו בגין מניות שבח. המערערת הגיבה על כך כי לפי לשון מזכר העקרונות, הסכום של 3.5 מיליון ש"ח הינו **"בגין הערך הנוכחי של הזכויות העודפות (מעל 50%) של מבטח שמיר בעמלות משבח אשר יועברו לכלל ביטוח"**, היינו הסכום מבטא רק את החלק העודף של מבטח שמיר בעמלות לעומת ביטוח חקלאי, ולא את מלוא שווי זרם העמלות.

דיון והכרעה

טענות כלליות בדבר מהות וצורה

17. המשיב העלה שתי טענות כלליות הנוגעות לכל העסקאות נשוא ערעור זה. ראשית, טוען המשיב כי המערערת טוענת לרכישתו של מוניטין רק לצורכי מס. המערערת דיווחה בדוחות הכספיים הנפרדים (דוחות 'סולוי') כי ביצעה עסקאות לרכישת מניות. גם בדיווחיה לרשות לניירות ערך ולבורסה לניירות ערך בתל אביב, דיווחה המערערת על רכישת מניות. על פי המשיב **"אילו האמינה המערערת, באמת ובתמים, כי רכשה מוניטין, היתה אומרת כך לכולי עלמא, ולא מציגה גירסה זו רק בדוחות ההתאמה למס, בפני המשיב בלבד. הרי מהותו של הממכר אינה משתנה לפי הנמען, מהות אחת המיועדת לכלל הציבור, ומהות אחרת, המשוגרת לכתובתו של פקיד השומה"**.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

בתי המשפט עמדו לא אחת על חשיבות דיווחיו של הנישום. למשיב אין להסתמך אלא על מוצא פיו של הנישום והוא נבנה על העובדות שמציג לפניו הנישום. בית המשפט קבע במקרים רבים כי דיווחיו הכספיים של הנישום מחייבים אותו מול רשויות המס ולא בנקל יותר לו לסגת מהאמור בדוחות הכספיים.

18. עם זאת, דומני כי מקרה זה התמונה אינה חד משמעית כאילו הנישום דיווח באופן אחד וטוען מול הרשות אחרת. בעוד בדוחות הסולו הכירה המערערת ברכישת מניות, הרי שבדוחותיה המאוחדים הכירה המערערת ברכישת מוניטין. אמנם, רק דוחות הסולו משמשים לצורכי מס ומחייבים את המשיב בקביעת השומה, והצדדים חלוקים בנוגע למעמד הדוחות המאוחדים בשנות המס שבערעור, אך דומה כי בעצם ההכרה במוניטין בדוחות הכספיים המאוחדים יש בכדי לשלול את טענת המשיב כי המערערת מציגה את הממכר באופן שונה **אך ורק** לעיני פקיד השומה. יש אינדיקציה לכאורית כי למצער הקבוצה ראתה בנכס הנרכש, נכס מוניטין. זאת ועוד, לא נראה כי יש מחלוקת בין הצדדים שעם המעבר לתקינה החשבונאית הבינלאומית, אשר לא חלה בשנות המס שבערעור, השתנה מעמד הדוח הכספי המאוחד והוא נהפך לדוח הבכיר בדיווחי החברה לציבור המשקיעים (למעשה, תקן חשבונאות בינלאומי מספר 27 העוסק בדוחות כספיים נפרדים, אף אינו מחייב עוד חברות לערוך דוח כספי נפרד. עריכת הדוח הכספי הנפרד נעשית כיום מתוקף חובות המוטלות על חברות מתוקף דיני ניירות ערך, כללי הבורסה, דיני המס וכדומה, ולא מתוקף כללי החשבונאות המקובלים). משמע, לו היו מבוצעות העסקאות נשוא ערעור זה כיום, הרי שייתכן והיו מדווחות לציבור המשקיעים כעסקאות שבמסגרתן רכשה החברה מוניטין. האם די היה בדיווח כזה בכדי לקבוע כי במקרה זה רכשה המערערת מוניטין? זו מסקנה מרחיקת לכת. אופן הדיווח או הרישום בספרים הוא נקודת מוצא לבחינה המהותית.

19. המערערת מסכימה כי לשון החוזים עוסקת במכר מניות. המערערת טוענת כי דיווחיה לציבור המשקיעים נעשו על פי לשון החוזה, שכן כך היא מחויבת לדווח לפי כל דין לטענתה, וכי דוחותיה הכספיים סולו נערכו על פי כללי החשבונאות המקובלים דאז. זאת ועוד, המערערת טוענת כי אין כל פער בין הדיווחים לציבור המשקיעים לבין הדיווח למשיב – לטענת המערערת הדיווח למשקיעים היה דיווח פשטני, בעוד הדיווח לרשות המיסים היה דיווח מעמיק יותר. אין סתירה מהותית בין הדיווחים, אלא רק רמת פירוט גבוהה יותר. זאת ועוד, המערערת טוענת כי רכישת המוניטין, כאשר ממילא אין חולק שנרכשה מלוא הפעילות, היא שאלה חסרת חשיבות כלכלית לציבור המשקיעים, ולכן על פי כללי הדיווח החלים על החברה היא אינה נדרשת לגלות מידע זה לציבור המשקיעים. מכאן שלמרות שרכשה המערערת מוניטין בעסקאות הללו, הרי שנמנע ממנה להתייחס לעסקאות אלו כעסקאות לרכישת מוניטין בדוחותיה הכספיים ובדיווחיה לבורסה בשל המסגרת החוקית החלה על דיווחים אלו. רוצה לומר: מהות הממכר אינה משתנה לפי זהות הנמען, אך מהות הדיווח משתנה לפי המסגרת החוקית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

20. במקרה זה, דיווחה המערערת כבר בדיווחיה הראשונים למשיב, באמצעות דוח ההתאמה למס, כי דיווחיה בדוחות הכספיים סולו אינם נכונים במישור דיני המס. לא ניתן לטעון כי המערערת עצמה "לא מאמינה" כי רכשה מוניטין, כאשר כבר מלכתחילה טענה לפני המשיב כי באופן מהותי רכשה מוניטין. טענת המשיב כי "אנחנו ניזונים בכל מקרה מהדו"ח סולו ועושים שומה לפי דו"ח סולו" (עדותו של מר דורון רחמים, מפקח מטעמו של המשיב, פרוטוקול מתוקן מיום 10.8.2011, עמ' 266, שורות 15 – 16) ממחישה בדיוק את עיקרון זה – המערערת לא ניסתה להסתתר בצילו של דיווח זה או אחר, אלא מלכתחילה חשפה את עמדתה במלואה לפני המשיב. כל עוד לא ביקשה המערערת לנצל לרעה את הדיווחים הסותרים לכאורה, ועמדה באופן עקבי מאחורי עמדתה כי רכשה מוניטין לצורכי מס, אין בדיווח הסותר בכדי לשחרר מהצורך לבחון באופן מהותי את העסקה שביצעה המערערת. רק לאחר שתיבחן מהות העסקאות שנעשו ניתן יהיה להכריע האם נכונה טענת המערערת כי נדרשה לדווח על העסקה לציבור המשקיעים באופן אחד ולמשיב באופן שונה.

21. טענתו הכללית השנייה של המשיב היא כי לשון החוזים של העסקאות נשוא ערעור זה היא חד משמעית ומבטאת את רצון הצדדים למכור מניות בלבד ולא מוניטין. לכך מוסיף המשיב כי המוכרים בכל העסקאות הנ"ל דיווחו לרשות המיסים על ממכר של מניות ולא על מוניטין. טענתה של המערערת היא כי יש להעדיף מהות על פני צורה, וכי לשון החוזה העוסקת בממכר מניות תיסוג לעומת מהות החוזה העוסקת בממכר מניות ומוניטין.

22. כבר נקבע פעמים רבות כי "מהותה של עסקה נקבעת לצורך דיני המס על פי המהות הכלכלית האמיתית של העסקה" (דברי הנשיא ברק בע"מ 6722/99 מנהל מע"מ תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ מיסים יח/1-ה-75 (פברואר 2004)). טענה שיש להעדיף מהות על פני צורה היא בעייתית מטיבה כאשר היא מושמעת מפיו של הנישום, ועל פי רוב היא טענה המועלית על ידי פקיד השומה דווקא. הנישום, ברגיל, מסוגל לכלכל צעדיו ולנסח חוזיו באופן אשר מבטא את ההתרחשויות הכלכליות האמיתיות. הנישום הוא המתאים מלכתחילה את הצורה למהות, ולכן טענת נישום כי המהות שונה מהצורה היא יוצאת דופן. השופט ד"ר ביין עמד על הדברים בעמ"ה 221/00, שמשון פריצקר נ' פקיד שומה חיפה, מיסים יז/1-ה-105 (פברואר 2003):

"המצב בעניינינו הוא יוצא דופן, בדרך כלל פקיד השומה מבקש "לגלות" את העיסקה "האמיתית" העומדת מאחורי הכסות הפורמאלית, אך בעניינינו, המערער הוא זה המבקש מביהמ"ש להתעלם ממה שנעשה בפועל ולהעמיד במקום המציאות את מה שלגירסתו היא העיסקה האמיתית.

דא עקא, אין בענין זה "סימטריה" מלאה בין כוחו של המשיב לזה של המערער. אינני סבור שהמערער יכול ללכת בדרך זו, שכן ככלל, אין הנישום יכול להשמע בטענה שהוא יכול היה לערוך את פעולותיו בצורה אחרת. כפי שמדגיש השופט א. ויתקון בע"מ 503/77;487/77 מנהל מס שבח נ' אחים ברקאי קבלני בנין פד"א ט' 283 - - חל הכלל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

שקבענו וחזרנו בשורה ארוכה של פסקי דין - - כי לא מה שהנישום יכול היה לעשות ולא עשה אלא רק מה שהוא עשה קובע את מצבו ואת דינו מבחינת המס".
ואת סוגיה זו חתם השופט במילים אלו :
הייתי מוסיף לדברים אלה, כי יתכן וניתן לסטות מעקרון זה, כאשר קיים הסבר המניח את הדעת מדוע נערכה העיסקה כפי שנעשתה."

בעמ"ה 1013/01 משה גוטמן נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 3, מיסים כג/2 ה-162 (אפריל 2009)
סברתי כי טענת מהות קודמת לצורה יכול שתושמע מפי הנישום במקרים מסוימים :
"בחינת המהות האמיתית של העסקה אינה טענה שרק המשיב רשאי להעלותה או שהיא פועלת רק לצרכיו. בחינת המהות האמיתית, אינה בהכרח, כלי אנטי תכנוני. הרי זהו 'מבחן על' לשם הגעה אל המהות הכלכלית הממשית של עסקה ובהמשך לכך לשומת האמת"

23. ודאי שלא בכל מקרה יוכל הנישום לטעון כי יש להעדיף מהות על פני צורה. הדין האמריקאי נדרש להתמודד מספר פעמים עם השאלה, ובית המשפט למיסים האמריקאי קבע בפסיקתו קריטריונים אשר יילקחו בחשבון בבחינת טענה של נישום להעדפת מהות על פני צורה :

"In determining whether a taxpayer may attempt to disavow the form adopted for a transaction, this Court has considered at least four factors: (1) Whether the taxpayer seeks to disavow his or her own tax return treatment for the transaction; (2) whether the taxpayer's tax reporting and other actions show an honest and consistent respect for the alleged substance of the transaction; (3) whether the taxpayer is unilaterally attempting to have the transaction treated differently after it has been challenged; and (4) whether the taxpayer will be unjustly enriched if permitted to alter the transactional form. See Taiyo Hawaii Co. v. Commissioner, 108 T.C 590, 601-602 (1997); Estate of Durkin v. Commissioner, *supra* at 574-575; FNMA v. Commissioner, 90 T.C. 405, 426-427 (1988), *affd.* 896 F.2d 580 (D.C. Cir. 1990); Illinois Power Co. v. Commissioner, 87 T.C. 1417, 1430 (1986); Little v. Commissioner, T.C. Memo. 1993-281, *affd.* 106 F.3d 1445 (9th Cir. 1997); Norwest Corp. v. Commissioner, *Supra* at 144-146" (Pinson v. Commissioner T.C. Memo. 2000-208)

(<http://www.ustaxcourt.gov/InOpHistoric/PINSON.TCM.WPD.pdf>)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

24. במקרה האמור נדונה בן השאר, בקשת ה"ה פינסון, דויטש, זיילר ואח' לראות בתשלומים שקבלו מחברה בבעלותם בקרית גת בישראל שהחזיקה במפעל פלוקטקס, כתשלומים שעל פי מהותם האמיתית הם דיבידנד ממקור זר מחוץ לארה"ב. זאת אף שנתבעו כהוצאה בחברה הישראלית (על פי אישור נציבות מס הכנסה ל- IRS) ודווחו בדוחות הנישומים בארה"ב כתשלומים בקשר עם מתן שרותי ניהול לחברה בישראל. זאת בן השאר, כיון שרק מר מאיר זיילר התגורר בישראל ומי ששימש בפועל מקרב בעלי המניות, כמנהל המפעל בישראל. בית המשפט שם מבהיר:

"It is well settled that the Commissioner may both look behind the form of a transaction to its substance, see Gregory v. Helvering , ..., and bind a taxpayer to the form in which the taxpayer has cast a transaction, see Commissioner v National Alfalafa Dehydrating & Milling Co. ...A taxpayer, in contrast, "may have less freedom than the Commissioner to ignore the transactional form that he has adopted." Bolger v Commissioner, 59 T.C. 760,767 n.4 (1973); Estate of durkin v. Commissioner, (...); Colman v Commissioner, 87 T.C. 178, 201-201 (1986) affd. Without public opinion 833F.2d 303 (3rd Cir. 1987)" (עמ' 26-27 שם)

בית המשפט התיר להביא בחשבון את המס ששולם בישראל, עם זאת, גם לאחר בקשה לעיון מחדש לא חזר בו מקביעתו כי משדווחו התשלומים כתשלומים בגין שירותים שניתנו לחברה בישראל אין מקום לסוגם, על פי המבחנים של מהות מול צורה, כתשלומי דיבידנד. בכך ניתן ביטוי לעובדה שלמרות שלנישום יש האפשרות לטעון להתעלמות מצורתה של העסקה, הרי שאפשרות זו מוגבלת בהשוואה ליכולתו של פקיד השומה לטעון כך.

(Pinson v. Commissioner T.C. Memo 2000-393,

<http://www.ustaxcourt.gov/InOpHistoric/PINSON2.TCM.WPD.pdf>).

25. עקרון המהות הכלכלית האמיתית כבסיס לשומה הוא עקרון מנחה במשפט המס בישראל. עקרון זה לא יכול שיהא בסיס רק ככלי אנטי תכנוני של רשות המס. בדומה לדין האמריקאי יש לאפשר לנישום, במידה מבוקרת וזהירה, לטעון למהות כלכלית על פני צורה, תוך הטלת נטל שכנוע מוגבר על הנישום הטוען לכך. ברגיל, עת בחר נישום להתקשר בעסקה בדרך מסוימת או להציגה בדרך מסוימת הנטייה תהא שלא לאפשר לו לטעון כנגד זאת. אולם לעיתים אילוצים כאלו ואחרים כגון אילוץ רגולטורי או אף אילוץ עסקי יכול לשמש בסיס לטעון מצד הנישום כי על אף הצורה שבה עוצבה העסקה, הרי שמהותה לצרכי מס היא שונה. כך למשל כאשר יוכיח הנישום כי עקב פערי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

כוחות בין הצדדים לעסקה 'נכפה' עליו להסכים לניסוח החוזה באופן מסוים, אשר אינו מבטא בהכרח את מהותה האמיתית של ההתקשרות בין הצדדים.

26. זאת תוך כדי שימת לב לשאלות של תום לב, האם הפעלת המבחן מביאה להימנעות מתשלום מס שאינה לגיטימית והאם פעל הנישום באופן עקבי לדיווחיו. שיהיו בהעלאת הטענה יכול ויביא להטיית הכף כנגד קבלתה. למשל, במקרה בו הנישום מדווח תחילה למשיב על עסקה על פי הצורה המשפטית שלה דומה כי יהיה הוא מנוע מלהתכחש בהמשך לדיווחו הראשוני, ולטעון כי יש להתייחס דווקא למהות העסקה, בפרט אם עושה הוא זאת לאחר שכבר יצאה שומה. לא רק שאלת מניעות מצויה בכך אלא גם הפחתה ניכרת במשקלה של הטענה. בדומה אם הוא בוחר לדווח באופן שונה למי מרשויות המדינה, דיווח לרשות רגולטורית או אחרת תיצור רף שכנוע גבוה עוד יותר אותו יהא הנישום צריך לעבור. בית המשפט יטה ביתר קלות אוזן קשבת לטענה זו מצד נישום אם העלה אותה בהזדמנות הראשונה שהייתה לו. כמו כן, לא ניתן להתייחס לעסקה לפי מהות נטענת כלשהי, כאשר הנישום פועל מול רשות המס ובעולם המעשה, כאילו מהותה של העסקה שונה בתכלית. כאמור, במקרים בהם טענת הנישום מדיפה ניחוח של חוסר תום לב יש לדחות טענה להעדיף מהות על פני צורה. כך למשל, בע"א 357/77, **יחזקאל ברונשטיין נ' פקיד השומה ירושלים**, פד"א י 7 קבע בית המשפט העליון כי בעל המניות ימוסה בגין דיבידנד לפי זיכוי שנרשם לזכותו בספרי החברה, למרות שזו חזרה בה בהמשך מהרישום האמור. החזרה מהרישום המקורי צריכה להיעשות באופן כנה, בהתאם למציאות העובדתית, ולא אך ורק משום שהדיווח הראשוני הוביל לחבות מס גבוהה:

"בספרי החשבון ובכרטיס האישי של המערער נמצאים שני רישומים ל-31.3.70, אחד לזכות ואחד לחובה... פקיד השומה ראה ברישומים אלה ראיה חותכת לכך שהמערער קיבל את חלקו ברווחה של החברה ממכירת המגרש והוא הודיע לרואה החשבון של החברה, שעשה את הרישומים, שבדעתו להטיל על דיבידנד זה מס הכנסה. לאחר הרהור נוסף החליטו המנהלים לבטל את הזיכוי... כך נרשם הדבר במאזן לסוף השנה באה... יצוין שאין המדובר כאן ברישום מוטעה, שנעשה אולי בהיסח הדעת או שלא על דעת המערער. הרישום שיקף נאמנה פעולה שהיתה, דהיינו, העמדת מחצית הרווח של החבה לזכות המערער. חיזוק להנחה שכך ולא אחרת רצו בעלי החברה לסדר את עניניהם נמצא בעובדה שיחד עם הזיכוי נזקף גם החיוב של הסכום ששולם עבור מניותיו של השותף המנוח, ואין נפקא מינה שבמשך החדשיים עד לזיכוי נשאר החוב של המערער כלפי החברה ללא כיסוי. ובודאי שאין המערער יכול להיבנות מהעובדה שבחלוקה זו של מה שבעצמו של דבר אינו אלא דיבידנד, לא נהגה החברה לפי דקדוקי חוק החברות."

לסיכום נקודה זו, עקרון המהות הכלכלית האמיתית במשולב עם הטלת מס אמת מביא לטעמי את הצורך בבחינת טענת נישום בדבר העדפת מהות על פני צורה. נישום הטוען לה נושא בנטל שכנוע מוגבר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

זיהוי נכס המוניטין וכימותו

27. בפסק דין ע"א 7493/98, **שלמה שרון נ' פקיד שומה - יחידה ארצית לשומה**, מיסים יח/ה-55 (פברואר 2004) (להלן: פרשת **שרון**) התווה בית המשפט העליון את אופן ההתמודדות עם סוגיית זיהוי נכס המוניטין וכימותו. הלכת שרון היא כיום נקודת המוצא לדיון בנושא מוניטין. בית המשפט קבע שם כי **"הגרעין של המוניטין מצוי בקיומה של סבירות כי הלקוחות ישובו, מסיבה זו או אחרת, למקום העסק"**, כלומר מוניטין הוא מכלול היתרונות של העסק אשר מעניקים לו מעמד ייחודי בקרב לקוחותיו (הקיימים או העתידיים) השבים ופוקדים אותו. אציין כי ניתן לטעון שיש לראות במוניטין מושג רחב יותר מהתפיסה המסורתית של מוניטין צרכני. גישה זו תראה במוניטין כמושג המתייחס לא רק לכוח המשיכה של העסק מול לקוחותיו אלא גם מול עובדים בעסק, מוסדות פיננסיים וכדומה. ראו לעניין זה: צבי קניגסבוך "טיעון בעד הגדרה רחבה למוניטין לצורכי מס" **מיסים** כג/5 א-41 (אוקטובר 2009). בענייננו לא הועלתה טענה לקיומו של מוניטין שאינו צרכני.

28. בהלכת **שרון** קבע בית המשפט כי בשלב הראשון יש להוכיח קיומו של המוניטין ואת מכירתו. לעניין זה פירט בית המשפט סממנים שונים המעידים על מכירה של מוניטין, בין היתר רכישת הזכות להציג עצמך בפני לקוחות העסק כיורשו וממשיכו של בעל המוניטין המקורי, קיומה של תנית אי-תחרות המגבילה מוכר העסק מלנסות ולזכות בלקוחותיו מחדש וכדומה. את הדיון בסממנים לזיהוי המוניטין חותם בית המשפט בקביעה כי **"נדרשת בחינה של המקרה על מכלול נסיבותיו, וגזירת מסקנה הנסמכת על משקלם המצטבר של הסממנים כולם"**. הסממנים המעידים על מכירת מוניטין צריכים להיבחן לגופו של עניין בכל מקרה ומקרה – אופי העסק המסוים, התנהגות רוכש ומוכר העסק לאחר העסקה, מאפייני השוק המסוים – כל אלו ועוד יכולים להקרין על הסממנים השונים ולהשפיע על המשקל שיש לייחס לכל אחד מהם.

29. לאחר שיוכח כי קיים מוניטין, יש להידרש בשלב השני לכימות ולחישוב ערך המוניטין. בעניין זה העדיף בית המשפט את נוסחת החישוב השיורי, המקובלת בחשבונאות, שהינה **"נוסחה המפחיתה ממלוא התמורה שנשתלמה בגין רכישת העסק את ערך נכסיו (המוחשיים והלא מוחשיים)"**. בית המשפט בחר בשיטה זו לא בלי קשיים. השיטה החשבונאית מכנה את מלוא עודף התמורה כמוניטין, בעוד שהגישה המשפטית מזהה את המוניטין כנכס ספציפי ומסוים. השיטה החשבונאית למעשה רואה במוניטין את ההפרש בין המחיר הסובייקטיבי שהסכים הרוכש לשלם עבור העסק, לבין השווי ההוגן האובייקטיבי של כלל נכסי העסק. נכסי העסק, מבחינה חשבונאית, עשויים לכלול נכסים כגון סמליל העסק, רשימת הלקוחות, סימנים מסחריים ונכסים אחרים וכדומה, אשר במישור דיני המס עשויים להיחשב כחלק מנכס המוניטין הכולל. בכך המוניטין החשבונאי אינו כולל רכיבים הנחשבים כחלק מהמוניטין המשפטי ובהכרח כולל לעיתים גם מאפיינים אחרים שאינם מוניטין המבטאים את עודף השווי הסובייקטיבי על השווי האובייקטיבי. בית המשפט מציין בפרשת **שרון** את רכיב ה"עסק החי", כלומר רכישת מכלול הנכסים כעסק חי ופועל, בתור אחד מהרכיבים הנכללים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

במוניטין החשבונאי שאינם מהווים מוניטין משפטי. ניתן כמובן להניח כי קיימים מרכיבים נוספים, המבטאים את השווי הסובייקטיבי של העסק עבור הרוכש ולא מבטאים בהכרח את שווי המוניטין. כך לדוגמה, חברה פרטית המבקשת להנפיק מניותיה רוכשת חברה אחרת המשמשת כשלד בורסאי. סביר כי תשלם על השלד הבורסאי מעל לשווי נכסי החברה, שהינו לרוב אפסי, מאחר שהוא בעל שווי ייחודי-סובייקטיבי עבורה. בעוד הגישה החשבונאית תזהה את עודף העלות ברכישה זו כמוניטין, ברי כי מבחינה משפטית לא נרכש כאן מוניטין.

30. ודוק, נוסחת החישוב השיורי היא נוסחת עזר המאפשרת לבית המשפט לענות על השאלה הלא פשוטה של מהו ערך המוניטין. עם זאת, נראה כי במקרים בהם ניתן יהיה לזהות באופן מדויק יותר את שווי המוניטין, או במקרים בהם אין ספק כי ייחוס מלוא עודף עלות הרכישה לנכס המוניטין תוביל לתוצאה אבסורדית או שגויה, יתכן שיש מקום לסטות מנוסחת החישוב השיורי. כך למשל, בע"א 4975/09, **אהרון פינטו נ' פקיד שומה עפולה**, מיסים כה/3-ה-76 (יוני 2011) קבע בית המשפט העליון, על דרך האומדנא, כי לאור נסיבות המקרה הקונקרטי יש להכיר במוניטין בגובה 15% מהתמורה בלבד, ולא בגובה מלוא עודף העלות. מכאן שיש לקבוע לעיתים את ערך המוניטין שלא על דרך נוסחת החישוב השיורי, כאשר נסיבות המקרה זועקות כי שווי המוניטין שנמכר שונה מהתוצאה המתקבלת מהפעלת נוסחת החישוב השיורי. רק ברור הוא כי אין התאמה חד חד ערכית בין שווי נכסי החברה ושווי מניותיה. כמובן שלעובדת היות החברה נסחרת תהא השלכה של שווי מניותיה ויכול וייווצר פער משמעותי בין שווי השוק של המניה הנסחרת ושווי נכסי החברה. כך גם שווי החברה הנגזר משווי המהוון של צפי התקבולים העתידיים שלה, שיטה שאומצה על ידי בית המשפט העליון בהקשר אחר (בהקשר לשווי ההוון של מניה בעת מכירה כפויה), יכול ויקפל בחובו את שווי המוניטין שהרי תקבולים עתידיים יגיעו מלקוחות עתידיים או מלקוחות שמוניטין העסק הוא שמשמר אותם כלקוחות שבים. בשיטה זו לנכסי החברה שאינם מוניטין יש משקל מזערי או עקיף בלבד בקביעת שוויה ועל כן הפחתתם בשיטה השיורית מצריכה זהירות. אם סברנו כי בעניין **שרון** נמצאה "נוסחת הקסם" הרי בעניין **פינטו** הוברר כי אין נוסחת קסם וכלל המבחן השיורי הגם שהוא נקודת מוצא הרי שהוא מצריך בכל זאת "יוצאים מן הכלל".

31. כאשר הפעילות העסקית מאוגדת, המניה מבטאת (משפטית, לא בהכרח באשר לשוויה, כפי שהזכרנו בקצרה לעיל) אגד של זכויות, בין היתר את זכות הבעלות בנכסי החברה, ביניהם נכס המוניטין שלה. מסך ההתאגדות של החברה מונע את האפשרות לייחס את המוניטין שבפעילות העסקית לבעלי מניותיה, כשם שיתר נכסי החברה מוחזקים על ידי החברה ולא על ידי בעלי מניותיה. עם זאת, ייתכנו מקרים מסוימים בהם מוניטין העסק מזוהה דווקא עם בעל המניות ולא עם פעילות העסק עצמו. בפרשת **שרון** הבחין בית המשפט בין המוניטין, שהינו תכונותיו האישיות והיחס האישי של בעל העסק ולעולם אינו ניתן להעברה, לבין פירות המוניטין האישי, אשר ניתנים להעברה ולמכירה. ככלל, מצב שבו מוניטין העסק מצוי דווקא אצל בעל המניות ולא בין נכסי החברה יתקיים בעיקר במקרים בהם לבעל המניות יש קשר אישי ללקוחות העסק:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

"אכן, לעתים, שביעות רצונם של הלקוחות, ובעקבות זאת נטייתם לשוב לבית העסק, היא פועל יוצא של היחס האישי (personal interaction) שמעניק להם בעל העסק. מצב דברים שכזה מצוי, לרוב, אצל בעלי משלח-יד מסויימים המקיימים יחסי אמון מיוחדים עם לקוחותיהם, כגון עורכי-דין, רואי חשבון ורופאים" (שם, פסקה 5)

32. בכדי להוכיח טענתה כי יש לייחס את עודף התמורה ששילמה המערערת על מניות החברות למוניטין, עליה להוכיח כי לבעלות המניות שנמכרו קיים נכס העונה להגדרת מוניטין, וכי נכס זה הועבר לידי המערערת במסגרת העסקאות נשוא הערעור. אם ימצא כי נמכר נכס מוניטין, רק אז יש לבחון את סוגיית שווי המוניטין, על פי המבחנים שנקבעו בפסיקה. רמת ההוכחה צריכה שתהא גבוהה באופן שבית המשפט ישתכנע ברמת שכנוע מוגברת כי המהות האמורה גוברת על הצורה היא ההסכם שבין הצדדים, הסכם רכש מניות. נעבור עתה לבחינת העסקאות:

עסקת מיטבית

33. המערערת טוענת כי ברכישת מניות מיטבית, החלק העודף ששילמה מעבר לשווי ההון העצמי הרשום במאזן חברת מיטבית, שולם בגין רכישת נכס של מוניטין חברת קג"מ. המערערת הרחיבה במילים, בעדים ובראיות בניסיון להוכיח כי פעילות מיטבית התאפשרה הודות למוניטין של קג"מ, בעלת המניות בה. המערערת ביקשה לטעון כי כבר מלידתה, הוצגה מיטבית כתוכנית פנסיונית בתוך הפעילות של קג"מ, כאיבר מאיבריה של בעלת המניות, וחוג הלקוחות הרחב שממנו נהנתה כבר מימיה הראשונים נבע משמה הטוב ומהמוניטין של קג"מ. המערערת מציעה לראות במיטבית כפלטפורמה של קג"מ, "צינור" דרכו סיפקה קג"מ שירותים ללקוחותיה.

34. הטענה כי לקג"מ היה מוניטין אינה חפה מספק. כפי שמציינת בצדק באת כוח המשיב המלומדת, קג"מ פעלה בשוק שסבל מתחרותיות נמוכה יחסית (כך בחוות דעת המומחה מטעם המערערת נכתב בעמ' 19 כי: "מקובל למדוד את הריכוזיות בשוק קרנות הפנסיה על ידי המדדים... בחינת שוק קרנות הפנסיה עפ"י מדדים אלו מצביעה על שוק מאוד ריכוזי", וכן בהערכת השווי לחברת מיטבית שהוכנה בעבר לחברת קג"מ, מע/23, עמ' 23, נכתב: "מידת הריכוזיות של שוק הפנסיה בישראל הינה גבוהה אף ביחס לענף הבנקאות והביטוח בישראל, הנחשב לריכוזי מאד"), הייתה מקושרת אינהרנטית להסתדרות העובדים באופן שהזיקה בין הקופה לבין עמיתיה נעשתה מתוקף הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה (ראו עדותו של מר פנחסי, מנכ"ל כלל פנסיה וגמל, מיום 12.6.2011 עמ' 6, שורות 3 - 5) והיא סבלה מגרעון אקטוארי אף חריף מהמקובל בקרב הקרנות הותיקות (מע/23, עמ' 28). יתכן אם כן, כי קג"מ כלל לא נהנתה ממוניטין, וודאי כי אם כך הדבר המערערת לא תוכל לטעון כי רכשה נכס שכלל אינו קיים. עם זאת, גם מבלי להידרש לשאלת עצם קיומו של נכס המוניטין, אשר שני הצדדים מציגים טעמים טובים להכריע בשאלה זו לכאן או לכאן, הגעתי למסקנה כי במקרה זה לא רכשה המערערת את נכס מוניטין מידי קג"מ, ככל שנכס זה אכן היה קיים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

35. המערערת טוענת כי "קיבלה לידיה את תיק הלקוחות שהיה בידיה של קג"מ ואת האפשרות לפנות אליו ולהציג עצמה כממשיכתה של קג"מ", כלומר טענתה היא כי מיטבית סיפקה שירות ללקוחות קג"מ, כאשר אין לה תיק לקוחות משל עצמה. אמנם, עם הקמתה בשנת 1995 ירשה מיטבית את לקוחותיה של קג"מ, ועמיתים חדשים העובדים אצל מעסיקים שכדרך קבע הפקידו כספים בקג"מ, הופנו מעתה לחברת מיטבית. עם זאת, מרגע שנצטברו אצל מיטבית עמיתים ולקוחות לאורך השנים, חלחלו הקשרים של קג"מ עם לקוחותיה אל מיטבית עצמה. הנחתה של המערערת כי תיק הלקוחות עודנו היה מצוי בידי קג"מ, מחייבת את המסקנה כי הייתה קיימת אפשרות לרכוש את מיטבית, על שלל נכסיה, מבלי לקבל נגישות ללקוחות החברה. אין זה המצב במקרה דנא.

36. בפרשת שרון, בה כזכור, דן בית המשפט העליון במאוחד במספר ערעורים בסוגיית המוניטין, נידונה בין היתר פרשת הררי. שם דובר בנישום שמכר חברה שבבעלותו, בריקום תקשורת בע"מ, לחברת האריס-אדאקום, וזו מצידה החליטה למזג את חברת בריקום עם חברה אחרת – חברת מסוף. בית המשפט המחוזי קבע כקביעה עובדתית בעניין זה כי מאגר הלקוחות היה בידי חברת בריקום ולא בידי הררי. בית המשפט העליון קיבל קביעה זו והוסיף על כך:

"לטענת הררי, מכר הוא לחברת מסוף את הציפייה להתקשר עם לקוחות חדשים וישנים; מכירה זו מהווה לשיטתו מכירה של "מוניטין". אין לקבל גישה זו. יש להבחין, כאמור, בין המרכיבים האפשריים של המוניטין - לאמור מקורותיהם - לבין המוניטין עצמו, קרי פרי המקורות. אין די בקיום מקורות אפשריים של מוניטין. השאלה הצריכה תשובה היא האם הוכח, במידה מספקת, כי נתקיימו מוניטין בפועל. משאמרנו כי תיקי הלקוחות של חברת בריקום היו, ולא של הררי, ממילא לא היה בידי למכור אותם. למעשה טוען הררי, כי מכר לחברת מסוף את המרכיב האחד שיצר את תיקי הלקוחות של חברת בריקום, לאמור - את תכונותיו האישיות. אך בטענה זו אין כדי להועיל לו, וזאת - משני טעמים: האחד, שאת תכונותיו האישיות אין הררי יכול למכור; והאחר, שאף אם נצא מתוך ההנחה כי תכונותיו של הררי היוו את המרכיב המרכזי ביצירת המוניטין - והדבר לא נקבע בבית המשפט המחוזי - אין לזהות את אלה עם המוניטין. המוניטין גלומים בתוצאה, קרי - בחוג הלקוחות, וזה האחרון כלל אינו קניינו של הררי. את חוג הלקוחות מכרה כבר בריקום לקבוצת האריס-אדאקום. בנסיבות העניין, אין גם בהתחייבות לאי-תחרות, שנכרתה בין הררי לבין חברת מסוף, כדי להוות סימן וראיה לכך שהררי מכר את המוניטין שלו. אכן, כפי שכבר אמרנו, תנית אי-תחרות עשויה להוסיף ראיה לשאלת מכירת המוניטין. אך לא כך כאן." (ההדגשות אינן במקור, מ.א.).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

37. דברים אלו יפים גם לענייננו. רשימת הלקוחות היא חלק בלתי נפרד מנכסיה של מיטבית. למיטבית הייתה זכות עצמאית מזו של קג"מ לפנות ללקוחותיה בכל עניין, לשווק להם מוצרים שונים או להציע להם הצעות שונות, וזאת במנותק מהקשר של קג"מ לאותם לקוחות ממש. כך למשל, העיד מנכ"ל המערערת בעת רכישת מיטבית, מר אביגדור קפלן (להלן: "קפלן") כי יש זהות מוחלטת בין לקוחות קג"מ לבין לקוחות מיטבית:

"ש. תאשר שאין אף לא לקוח מעסיק אחד שכלל רכשה מקגם שלא היה במיטבית.

ת. בהגדרה יש חפיפה מוחלטת בין לקוחות קגם למיטבית עד ליום ההפרדה. כלומר

תנובה, בנק הפועלים, הריבוע הכחול, קופת חולים היו בקגם והיו במיטבית.

ש. כלל לא רכשה מקגם שום לקוח שלא היה ממילא במיטבית.

ת. ממילא בקגם. ביום הרכישה מעסיקים נוספים היו קשורים עם מיטבית זולת אולי

גורם אחד שפנחסי העיד עליו. אותם מקומות עבודה היו בקגם ובמיטבית בחלוקה

ותיקים וחדשים." (פרוטוקול מיום 14.6.2011, עמ' 42)

אמנם, ייתכן כי רשימת הלקוחות נוצרה בידי מיטבית רק בזכות תכונותיה הייחודיות של קג"מ, אך מאפיינים ייחודיים אלו של בעל המניות הם לכל היותר מקורות המוניטין ולא פירות המוניטין כבר הועברו מקג"מ לידי מיטבית. הנגישות ללקוחות הייתה מוטמעת בתוך מיטבית באופן שבו רכישת מיטבית, על ידי כל גורם שהוא, הייתה מעניקה לרוכש באופן מיידי נגישות לכל הלקוחות, במנותק משאלת זהות בעל המניות. תיק הלקוחות חלחל עם השנים מקג"מ למיטבית ונהפך לחלק מובנה בתוך חברת הבת.

38. משהוברר כי רשימת הלקוחות הייתה בידי מיטבית ולא בידי קג"מ, ניתן עוד לטעון, ודומני כי לכך גם מכוונת המערערת, כי רשימת הלקוחות במקרה זה היא חסרת ערך מבלי שהיא "נתמכת" על ידי קג"מ. כלומר, אמנם למיטבית יש את רשימת הלקוחות, אך הנגישות אליהם היא פורמאלית בלבד, שכן לקוחותיה מתירים למיטבית לפנות אליהם רק מתוך ידיעה כי מדובר בקופת פנסיה המוחזקת על ידי קג"מ. תיק הלקוחות אם כך הינו חסר ערך ללא נוכחות בעלת המניות, קג"מ, והמוניטין הוא למעשה נכס חיצוני לתיק הלקוחות, שבבעלות מיטבית.

לאור אופיו המופשט יחסית של נכס המוניטין, יתכן כי במקרים מסוימים יימכר המוניטין בנפרד ממכירת תיק הלקוחות. טול לדוגמה מצב בו שני שותפים מקימים יחדיו עסק למתן שירותי מסעדות. בקניינו של האחד רשימת לקוחות המשתמשים תדיר בשירותי העסק והעדפותיהם, ובקניינו של השני רשימת מתכונים המאפשרת לענות על צרכי הלקוחות. במצב זה יתכן כי המוניטין מצוי דווקא בידי השותף האחד ולא האחר, או לחילופין יתכן כי המוניטין מחולק בין שני השותפים בשיעור כזה או אחר.

בדומה, ניתן לטעון כי בעוד למיטבית קיימת נגישות ללקוחות, הרי ש"המתכונים" העונים לטעמים המדויק של לקוחות קופת הפנסיה, הלא הם שירותי הניהול הייחודיים של בעלת מניות הקופה, הם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

קניינה של קג"מ דווקא. המוניטין הוא, כאמור, מכלול היתרונות של העסק אשר מעניקים לו מעמד ייחודי בקרב לקוחותיו. המוניטין אינו מתמצה בתיק הלקוחות לבדו, ובנסיבות שונות ייתכן כי יש לראות בעסקה כעסקה למכירת מוניטין, גם בהיעדר תיק לקוחות.

39. כך תיאר קפלן את הקשר ההדוק שהיה ללקוחות מיטבית לקג"מ:

"את הלקוחות ראינו כלקוחות קגם אבל היה לנו חשש מאוד שמהניתוק מקגם הלקוחות האלה יעזבו את מיטבית. כדי למנוע מהלך כזה, אחרי הרכישה, כיתתי את רגליי בין הלקוחות העיקריים של הקרן ובעיקר נפגשתי עם הנהלת קופת חולים כללית וסמנכ"ל משאבי אנוש, מר חזי קאלו ויו"ר ועד העובדים פרוספר, נפגשתי כדי לשכנע אותם להשאר במסגרת החדשה שהקרן שייכת לכלל. נפגשתי עם מנכ"ל תנובה, אריק רייכמן לאותה מטרה. נפגשתי עם יעקב עינב משנה למנכ"ל בנק הפועלים גם כן לאותה מטרה לשימור כל הלקוחות והמוניטין היה של קגם ולא של מיטבית. עם הניתוק היה חשש

שהם ינטשו את מיטבית." (פרוטוקול מיום 12.6.2011, עמ' 23 – 24)

המערערת נסמכת על דברים אלו בטיעונה כי בקבוצות הפיננסיות בכלל ובמיטבית בפרט, המוניטין מיוחס על ידי הלקוחות דווקא לבעל המניות.

אמנם, פרשנותה זו של המערערת לדברים היא אפשרית, אך מנגד מורם מכאן גם כי המערערת דווקא בחרה שלא לרכוש מוניטין זה. מנכ"ל המערערת נדרש לכתת רגליו בין לקוחות מיטבית, מבלי שקג"מ סייעה בשימור הלקוחות; עם רכישת מיטבית, היא הוצגה לציבור תחת השם "כלל פנסיה" כחלק מקבוצת כלל (פרוטוקול מיום 12.6.2011, עמוד 12, שורות 1 - 9) ואין בפני ראיות כי ניתן משקל כלשהו בשיווקה להיותה חברת בת של קג"מ בעברה; לא הוכח כי קג"מ הייתה מעורבת בדרך כלשהי בפעילות מיטבית לאחר המכירה באופן אשר היה יכול לרמוז על העברת ידע ייחודי בנוגע ללקוחות מיטבית לידי המערערת. לא הונחה תשתית להראות כי קג"מ היתה יכולה "להיפרד" מהמוניטין המיוחס לה וכי אין הוא אחוז בה עצמה. מכל אלו עולה כי ככל שנרכש מרכיב מוניטין כלשהו, הרי שמדובר היה במרכיב רשימת הלקוחות, אשר היה מגולם כבר במניית מיטבית.

40. בטענתה החלופית, טוענת המערערת כי גם אם ייקבע שהמוניטין היה בתוככי מיטבית, יש להכיר במוניטין בגובה עודף התמורה ששולמה על שווי הפעילות של מיטבית. המערערת הציגה הערכת שווי שבוצעה לפעילות מיטבית, הקובעת את שווי הפעילות במחיר הגבוה משווי ההון העצמי במאזניה של מיטבית, אך הנמוך מהתמורה ששילמה המערערת בגין רכישת המניות. טוענת המערערת בטענתה החלופית כי אף אם שווי הפעילות של מיטבית טומן בחובו את שווי המוניטין שנמצא בתוככי מיטבית, הרי שעודף התמורה מעבר לשווי הפעילות מבטא רכישה של נכס מוניטין אחר. נכס מוניטין זה הוא נכס ה"סינרגיה", כלומר האפשרות של כלל לשלב את פעילותה בתחום הביטוח עם פעילות מיטבית בתחום הפנסיוני מקנה לה פוטנציאל "למנף" לקוחות [מיטבית] גם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1 לטובת ביטוחים נוספים מבית מדרשה של כלל ובכך להגדיל במישרין את הכנסותיה" (פסקה 79
2 לסיכומי המערערת).

3
4 41. דומה שאין מחלוקת כי המערערת שילמה עבור מניות מיטבית תמורה הגבוהה מהשווי הפנימי
5 של פעילות מיטבית באותה עת. נכון אני גם לקבל כי אחד הטעמים, אם לא העיקרי שבהם, לתשלום
6 התמורה העודפת הוא בגין פוטנציאל הסינרגיה שראתה המערערת לנגד עיניה. אין בכך בכדי לסייע
7 למערערת בעיניי. נכס הסינרגיה מהווה דוגמה ברורה למקרה שבו עודף התמורה נובע מהשווי
8 הסובייקטיבי שמייחס הרוכש לנכס ולא מהשווי האובייקטיבי של נכס המוניטין. כך למשל, בעל
9 חנות מכולת נטולת חניה שרוכש מגרש חניה סמוך במחיר הגבוה משווי הפנימי של מגרש החניה,
10 אינו רוכש מגרש חניה ומוניטין לצידו, אלא רוכש את האפשרות להפעיל את מגרש החניה באופן
11 סינרגטי עם העסק שבבעלותו. סינרגיה זו מבטאת את השווי הסובייקטיבי שמעניק בעל המכולת
12 לאותו מגרש חניה. עבור בעל המכולת, על מאפייניו הייחודיים, שוויו של מגרש החניה הוא גבוה
13 יותר, ללא כל קשר לשאלת המוניטין הגלום בו. כך גם עבור המערערת. לא הוכח כי רכישת מיטבית
14 אפשרה למערערת לשמור על לקוחותיה הקיימים בתחום הביטוח בשל זהותה של קג"מ או אף של
15 מיטבית. יכול והרכישה נועדה גם כדי לעשות שימוש בלקוחות מיטבית כדי לנסות למכור לאותם
16 מתוך סל מוצרי המערערת. סינרגיה זו היא חלק מהשווי של מיטבית עצמה עבור המערערת. רשימת
17 הלקוחות לא רק תניב הכנסות עתידיות מהפרמיות הקיימות אלא תביא להכנסות מרכישת פוליסות
18 חדשות ואחרות בידי אותם לקוחות בזכות "הסינרגיה". מכל מקום אין המדובר בנכס נפרד. שווי
19 רשימת הלקוחות מוכמן במניית מיטבית, גם אם בגין רשימה זו בחרה המערערת לשלם יותר בשל
20 יתרונות הסינרגיה שהיא צפתה. שווי זה, ככל שקיים, דבר המצריך הוכחה, בא לידי ביטוי במחיר
21 המניות.

22
23 42. זאת ועוד, מוקשה עליי להבין כיצד ניתן לטעון כי המערערת רכשה נכס "סינרגיה", כאשר לא
24 קיים צד שמכר לה את אותו הנכס. בכדי להכיר ברכישת נכס עבור צד אחד לעסקה, יש לזהות
25 מכירת נכס אצל הצד האחר לה. בית המשפט העליון קבע בע"א 5332/08, עמוס גולן נ' מס שבח,
26 מיסים כד/5 ה-194 (אוקטובר 2010) כי:

27 **"עסקת מכר מקרקעין ועסקת רכישת מקרקעין הן שתי פעולות היונקות את חיותן זו**
28 **מזו, בהיותן נובעות ממערכת עובדתית אחת, וביצועה של האחת מקימה לתחייה את**
29 **חברתה, באופן שאין האחת עומדת על רגליה שלה במנותק מקיומה של האחרת."**

30 דברים אלו יפים גם לענייננו, שכן גם עסקת מכר מוניטין ועסקת רכישת מוניטין הן שתי פעולות
31 היונקות חיותן זו מזו, בהיותן נובעות ממערכת עובדתית אחת. מטבע הדברים, הסינרגיה במקרה זה
32 נובעת מכך שניתנה למערערת האפשרות לשלב בין עסקיה לעסקי מיטבית. אפשרות זו לא הייתה
33 נתונה עבור קג"מ, בעלת המניות הקודמת, ולכן לא היה קיים בידי קג"מ נכס שיכלה למכור
34 למערערת. דרך הסתכלות זו מחדדת לטעמי את ההבנה כי התשלום העודף במקרה זה לא נעשה
35 במטרה לרכוש נכס נוסף מידי המוכרת, אלא התשלום העודף שולם מאחר שהנכס שאכן נרכש –



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

מניות מיטבית – תומחר בשווי גבוה יותר מנקודת הראות הסובייקטיבית של הרוכשת, היא המערערת. יש ורכישת מניות תביא לסינרגיה והעצמת השווי של המוניטין של החברה הנרכשת לאחר הרכישה. סינרגיה זו שוויה יבוא לידי ביטוי לאחר מועד הרכישה ולעיתים דווקא לא מיד לאחר מכן, אלא שעה שסינרגיה זו תוכיח כי היא אכן מעצימה את כוח המשיכה של הלקוחות ושימורם.

עסקת עתודות החדשה

43. כאמור, עם הקמתה של עתודות החדשה בשנת 1996 הקצתה החברה מניות למערערת ולחברת תשתית. לאחר ההקצאה החזיקה המערערת ב-55% מהון המניות, תשתית החזיקה ב-20% מהון המניות, ומבטח שמיר וביטוח חקלאי החזיקו ב-12.5% כל אחת. עתודות החדשה נהגה "לייחס" לקוחות לבעלת המניות שגייסה את הלקוח לעתודות החדשה. ייחוס זה נעשה בדרך של הסכמי עמלות שהעניקו לכל בעלת מניות זרם עמלות מהכנסות הלקוח שהצליחה לגייס. אין חולק על כך כי חברת תשתית לא קיבלה עמלות, ככל הנראה מתוקף איסור רגולטורי אשר מנע ממנה לקבל בפועל תשלום זה.

44. המערערת טוענת כי עם רכישת מניות עתודות, רכשה גם את פירות המוניטין של בעלות המניות, אשר הביטוי להן הוא בשיטת ייחוס הלקוחות לבעל המניות בדרך של זרם העמלות. ודוק, הטענה אינה כי נרכש זרם העמלות עצמו, אלא רק כי קיומו מעיד על רכישת מוניטין של בעלות המניות, הנובע מהקשר האישי שלהן מול הלקוחות. זאת ועוד, ההסכם לרכישת מניות ביטוח חקלאי ומבטח שמיר (מע/33) כולל התחייבות מצד מבטח שמיר כי "תסייע לכלל, כמיטב יכולתה וככל שתתבקש לכך, בכל הקשור בשימור וטיפול בלקוחות החברה" (סעיף 4.2 להסכם) וכן תניה כי "המוכרים מצהירים כי אין ברשותם העתק של המידע או כל חלק ממנו, והם מתחייבים, כי ימנעו מלעשות בו כל שימוש מכל סוג שהוא, לרבות פנייה לעמיתים ו/או לגורמים נוספים הקשורים ו/או עובדים עם החברה שמטרתם להתחרות בעסקי החברה" (סעיף 5.1 להסכם). תניות שימור הלקוחות ואי-התחרות מעידות לטעמה של המערערת כי אכן נרכש במקרה זה נכס של מוניטין.

45. בית המשפט קבע בהלכת שרון כי סממנים שונים המעידים על המשכיות העסק בידי בעל המניות החדש, כגון הצגת בעל המניות החדש כממשיכו וכיורשו של בעל המניות הקודם ותניית אי-תחרות, עשויים אכן להעיד על ממכר של מוניטין. עם זאת, סממנים אלו צריכים להיבחן בכל מקרה לגופו. יתכנו מקרים בהם הצדדים מסכימים על תניית אי-תחרות מתוך רצון הרוכש להגן על אינטרסים כלכליים שלו, אף מבלי שנרכש מוניטין.

46. ברכישת עתודות החדשה ביצעה המערערת שלוש עסקאות נפרדות עם שלושה גורמים שונים. בראשונה, רכשה את המניות שהוחזקו על ידי מבטח שמיר; בשניה, רכשה את המניות שהוחזקו על ידי ביטוח חקלאי; בשלישית, רכשה את המניות שהוחזקו על ידי תשתית (שתי העסקאות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

הראשונות – מול מבטח שמיר ומול ביטוח חקלאי – נעשו במסגרת חוזה יחיד, מע/33, בין המערערת לבין המוכרות. העסקה מול תשתית בוצעה בחוזה נפרד, מע/31. כל הרכישות בוצעו באותו מחיר ביחס לשיעור האחזקה של המוכרת, כלומר המחיר שנקבע למניה הוא מחיר אחיד עבור כל אחת מהמוכרות. מאחר שהתמורה ששולמה היא זהה ושווי כל מניה בידי כל אחת מהמוכרות הוא בהכרח זהה, בכדי לקבל את טענת המערערת כי רכשה מוניטין לצד מניות, עלינו להניח כי שווי המוניטין של כל אחת מהמוכרות, ביחס לשיעור אחזקתן בעתודות החדשה, הוא זהה. אילו שווי המוניטין אינו זהה, אך התמורה הייתה זהה, המסקנה המתבקשת היא כי כל בעלת מניות קיבלה תמורה שונה עבור מניותיה. מסקנה זו אינה אפשרית לנוכח העובדה שהרכישה ממבטח שמיר ומביטוח חקלאי בוצעה במסגרת חוזה אחד, והחוזה שנחתם מול חברת תשתית מציין במפורש בסעיף 4.4.5 כי רכישה של מניות על ידי המערערת מבעלות המניות האחרות באופן המשקף שווי חברה הגבוה מ-64 מיליון ש"ח, תזכה את תשתית בתמורה נוספת באופן יחסי לשיעור אחזקתה. למרות שיתכן מצב לא סביר בו העריכה המערערת את המוניטין המשויך לכל אחת מהמוכרות בשווי זהה, נראה כי אין זה המקרה בענייננו. מבחינת מכלול ההסכמים והתנהלות הצדדים נראה סביר יותר כי התמורה שולמה בגין מניות עתודות החדשה בלבד ותו לא.

47. המערערת הציגה בחוות דעת המומחה מטעמה נתונים לפיהם בשנים 2004 – 2005 שולם סכום בסך כ-3.2 – 3.3 מיליון ש"ח בגין עמלות לביטוח חקלאי ולמבטח שמיר. המערערת לא פיצלה סכום זה למרכיביו ולא הציגה איזה נתח מהתזרים הנ"ל משויך למבטח שמיר ואיזה נתח משויך לביטוח חקלאי. אילו תזרים העמלות מעיד על קיומו של מוניטין, יחס אישי בין בעלת מניות לבין לקוח מסוים, הרי שכל בעלת מניות זכאית לנתח שונה מתזרים העמלות המבטא את המוניטין המשויך לה. בשביל שתקבל עמדת המערערת, המניחה כאמור מוניטין זהה לכל בעלות המניות, יש להראות כי למצער תזרים העמלות התחלק שווה בשווה בין בעלות המניות. כמו כן, תשתית לא הייתה זכאית כלל לקבל עמלות בגין טיפול בלקוחות, אך עם זאת זכתה לקבל תמורה זהה בגין מניותיה. על כך העיד מר קפלן כי תשתית הייתה זכאית לעמלות, אך לא יכלה לקבלם בפועל (פרוטוקול מיום 12.6.2011, עמ' 30, שורה 29). אף אם נניח כי תשתית הייתה זכאית מבחינה פורמאלית לקבל עמלות, באופן המבטא קיומו של מוניטין והמערערת שילמה בגין מוניטין זה, עדיין לא נשאה המערערת בנטל להוכיח כי המוניטין של תשתית היה זהה בשווי למוניטין של יתר בעלות המניות. אלמלא מדובר היה במוניטין בשווי זהה, קשה להבין מדוע ראתה לנכון המערערת לשלם את אותה התמורה בגינו.

48. המומחה מטעם המערערת, רו"ח יובל זילברשטיין (להלן: "זילברשטיין"), הציע הסבר לטעם מדוע לתשתית שולם סכום עודף על המניות:

"כפי שצינתי בחוות הדעת הצבעתי על התאימות במחירים ואני מביע דעתי שבמקח ובממכר הזה ובדינאמיקה של המו"מ בנק הפועלים שהוא גוף דומיננטי במשק הישראלי דרש לקבל אותו מחיר... ואני מעריך ככלכלן שעושה הסקה לוגית על בסיס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

הנסיון העשיר שצברתי בהמון עסקאות שיתכן וסביר שגוף כמו כלל ביטוח שרצה
להשלים את העסקה היה מוכן לשלם עוד כמה מיליוני שקלים בודדים לבנק הפועלים
למרות שלא ויתר על העמלות. נראה לי סביר." (פרוטוקול 15.6.2011, עמ' 78 – 79)

אני נוטה להסכים עם הסבר זה אודות אופן התנהלות המשא ומתן, אך מסקנתי שונה ממסקנת
המערער. המחיר נקבע במשא ומתן בין המערער לבין המוכרות כמחיר אחיד למניה, המשקף את
כלל האינטרסים של בעלות המניות המוכרות בעתודות החדשה. ההסכם מול חברת תשתית היה
שלב בהסכם מול מבטח שמיר וביטוח חקלאי. שני ההסכמים קובעים מחיר למניה, אשר כל אחת
מבעלות המניות הייתה זכאית לו. אם כוונת הצדדים הייתה למכור נכס נוסף על מניות, הרי שהייתה
משתלמת תמורה שונה בהתאם לשווי המוניטין של כל מוכרת. מדוע שיסכימו מבטח שמיר וביטוח
חקלאי, גם הן גופים דומיננטיים במשק הישראלי, שישולם להן מחיר זהה לזה ששולם לתשתית,
שעה שהן מוכרות נכס נוסף על מניותיהן? התשובה האפשרית היחידה היא כי לא נמכר נכס נוסף.

49. המערער לא העידה אף עד מטעם המוכרות שיוכל לשפוך אור על ההסכמים האמורים ולהעיד
כי בכוונת הצדדים הייתה למכור מוניטין. המערער לא הציגה הערכת שווי שנערכה קרוב למועד
הרכישה שתלמד כי כבר אז ראתה עצמה כרוכשת מוניטין, או כל מסמך דומה אחר. המערער לא
סיפקה כל הסבר המניח את הדעת לכך שתמורה זהה שולמה בגין המוניטין לכל אחת מהמוכרות.
בבחינת מכלול הדברים, המערער לא הצליחה להרים את הנטל המוטל עליה להוכיח כי נרכש
במקרה זה מוניטין.

עסקת שבח

50. במובדל משתי העסקאות שתוארו לעיל, בעסקת שבח רכשה המערער מניות בחברה המנהלת
קרן פנסיה ותיקה, עתודות הותיקה. במסגרת הרפורמה של שנת 1995 נסגרו שעריהן של קרנות
הפנסיה הותיקות בפני עמיתים חדשים ונקבעו הסדרים באשר לאופן הבטחת זכויות העמיתים
הקיימים, בדרך של הבטחת הממשלה לעמוד בהתחייבויות הקרנות כלפי המבוטחים בהן, אם לא
יוכלו הקרנות לעמוד בהתחייבויות אלו. לאחר הרפורמה, ובמועד רכישת שבח, קיימת עוד אפשרות
מעבר של עמיתים בין קרנות פנסיה ותיקות בלבד (וראו ביאור 1 בדוחותיה הכספיים של חברת שבח
ליום 31.12.2004, מע/29), אשר כולן מהוות מוצר חסר סיכון, לנוכח התחייבות הממשלה לעמוד
בהתחייבויות הקרנות כלפי המבוטחים.

51. עדי המערער עצמה עמדו על כך שמכל הבחינות המהותיות, שבח מהווה קרן סגורה ששיעור
לקוחותיה לא צפוי להשתנות. כך, ר"ח מולי קלנר, סמנכ"ל בכלל כספים, העיד כי:

"ש: או.קי. ותסכים איתי גם שהיא כמובן מכניסה עמיתים וכן הלאה.

ת: היא לא מכניסה, זה שבח, בגדול זו קרן סגורה." (פרוטוקול 10.8.2011, עמ' 188)

כך גם מוטי כהן, המשנה למנכ"ל שבח בעבר, העיד כי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1 "כל הקרן הזאת (שבח, מ.א.) נסגרה ב 1.1.1995. עצם העניין שהלקוחות הגיעו אלינו
2 וכבר נמצאים אצלנו זה נקרא פרמיית שיווק או עמלת שיווק." (פרוטוקול 14.6.2011,
3 עמ' 52)

4 גם המומחה זילברשטיין עמד על ההבדלים בין קרנות ותיקות לחדשות:
5 "ש. אתה רואה שוני גדול ברכישת קרן פנסיה חדשה לעומת רכישת קרן פנסיה ותיקה?
6 ת. זה שני נכסים שונים. לותיקה היו כללי משחק אחרים שלא יכלה להכניס עמיתים
7 חדשים וגם לא לקוחות חדשים. קרן פנסיה חדשה אין לה את המגבלה הזאת, אך מצד
8 שני היא צעירה בימים ויש לה פחות נכסים. מצד אחד יש את הותיקה שבח שמאחר
9 והיא ותיקה היא צברה המון נכסים, לעומת הקרן החדשה שלא צברה הרבה נכסים
10 יחסית, אך מצד שני יש לה את האפשרות לצבור חדשים. ההסתכלות שונה לחלוטין כפי
11 שכתבתי בחווה"ד." (פרוטוקול 15.6.2011, עמ' 80)

12 בדומה, חוות דעת המומחה מטעם המערער, אשר העריכה את שוויה של חברת שבח בשיטת היוון
13 תזרימי המזומנים לתקופה של 45 שנים, הניחה כי תזרים ההכנסות יהיה קבוע ולא ישתנה לאורך
14 התקופה. כך נכתב למשל בעמוד 28 לחוות הדעת: "הערכת שווי ש.ב.ח. נעשתה תוך התבססות על
15 שיטת היוון תזרימי מזומנים (DCF). מכיוון שקרן הפנסיה ש.ב.ח. הינה קרן ותיקה שאינה
16 מקבלת עמיתים חדשים החל משנת 1995, הונח, בהתאם להבהרות שנתקבלו מהחברה (המערער, מ.א.),
17 כי הקרן תפיק תזרימי מזומנים חיוביים עד לשנת 2050". תזרים המזומנים מהכנסות שבח
18 מעמיתיה ידוע כבר היום, ולא צפוי להשתנות עד תום חיי העסק, גם לפי גישתה של המערער.

19
20 52. במצב זה נראה כי עצם השימוש במונח "מוניטין" הוא כפוי ומאולץ, בכל הכבוד ואינו תואם
21 לנסיבות העניין. ברי כי משעה שעמיתים חדשים לא יכולים להצטרף לקרן ועמיתים ותיקים יכולים
22 לבחור רק בין מספר קרנות המציעות מוצר דומה עד וזה וחסר סיכון כמעט לחלוטין, מצבה של
23 קופת עתודות הותיקה סטאטי יחסית בשלב זה. כאמור, מוניטין הוכר בפסיקה בתור "קיומה של
24 סבירות כי הלקוחות ישובו, מסיבה זו או אחרת, למקום העסק". קשה לטעון כי קרן ותיקה, אשר
25 אינה יכולה למשוך לקוחות חדשים ולקוחותיה הקיימים רשאים לבחור רק בין מספר מוצרים
26 פנסיוניים דומים עד זהים, נהנית ממוניטין כלשהו. לא מן הנמנע כי הלקוחות הקיימים של עתודות
27 הוותיקה פקדו מלכתחילה את העסק עקב זהות בעלי המניות – מבטח שמיר וביטוח חקלאי – אך
28 אף אם כך הדבר, למוניטין זה יש ערך זניח עד אפסי במועד רכישת שבח על ידי המערער.

29
30 53. על פניו, נראה כי מרבית לקוחותיה של שבח הם בבחינת "קהל שבוי", בין אם מכוח דין, המונע
31 מעבר לקרנות החדשות, ובין אם מכוח הרגל צרכני, שנוצר בהיעדר חלופה אטרקטיבית יותר בקרב
32 הקרנות הוותיקות. רוצה לומר, כשאנו רואים במוניטין לא רק פוטנציאל משיכת לקוחות אלא גם
33 "כוח" המשמר את הלקוחות, אזי בנסיבות המתוארות אין המדובר בכוח משמר שעה שהלקוחות
34 ממילא "משומרים". מהו אותו כוח משמר שנרכש מבעלות המניות? אם היה כזה בעבר ויש להניח
35 שהיה, אין בו עוד צורך היום. זרם התקבולים העתידי כשלעצמו במצב דברים זה אינו משקף



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

מוניטין. על המערערת להראות כי קיימת אפשרות מעשית לעזיבה של לקוחות או למשיכת לקוחות חדשים ובעיקר כי זהות בעלי המניות בשבח היא היא 'שמשמרת' את הלקוחות ושמנעה עזיבה או עודדה משיכת לקוחות. הנטל שעל המערערת לעמוד להוכיח מוניטין זה, לנוכח היות עתודות הותיקה קרן סגורה, הוא גבוה. על פי הנתונים שהוצגו בפניי, השתכנעתי כי המצב הוא הפוך למעשה, וכי הסיכוי או הסיכון של מעבר לקוחות בין הקרנות הותיקות זניח. כך, אף המערערת עצמה מניחה כי ניתן כבר היום להעריך את תזרים ההכנסות הצפוי של שבח למשך תקופה של 45 שנים. ברי כי במצב זה עתודות הותיקה אינה אלא "קופסה סגורה", אשר לזהות בעלי המניות והמוניטין שלהם לא צפויה להיות כל השפעה על הסבירות כי הלקוחות ישובו אליה. אף אם הייתי נכון לקבל את גרסתה של המערערת במלואה, לכל היותר הצליחה המערערת להוכיח כי הלקוחות הקיימים של עתודות הותיקה הגיעו מלכתחילה בזכות זהות בעלי המניות. משהוקפאה הקרן לאחר הרפורמה, מוניטין זה בהכרח נעלם או למצער שוויו זניח.

54. לחילופין, טענה המערערת כי אף אם אין לראות בזרם העמלות כסממן לרכישת מוניטין, הרי שיש מקום להכיר ברכישת נכס נפרד – זרם עמלות – אשר יש להתיר הפחתתו כנגד ההכנסות העתידיות שתוכרנה בגין העמלות. המערערת טוענת כי עמדת המשיב באופן עקבי היא להתיר הפחתה של זרם עמלות לאורך חיי הנכס, כאשר השתכנע כי נרכש זרם עמלות. אכן, כך העיד גם העד מטעם המשיב, מר דורון רחמים:

"ש: אני מכרתי את אותו זרם תיק עמלות, האם היו הסדרים להפחתה של תזרים עמלות?"

ת: כן, במקרה שנמכרה פעילות של תיקים שיש בגינה זרם עמלות, בהחלט אפשרנו להפחית אותה. וכאשר קבענו גם מה הצד השני עושה, זה היה תיק שככל שבאו אלינו לרולינג, קבענו מה המוכר ומה הקונה עושים, אחד מדווח מיד. שתיים אחד הכנסה מלאה על הכל והשני מפחית לפי נוסחה שקבענו שנקראת - נוסחת שימור העמלה, נוסחת שימור הפרמיה, זה תלוי במקרה." (פרוטוקול מתוקן מיום 10.8.2011, עמ' 276)

נותר לפיכך לבחון האם רכשה המערערת זרם עמלות, הניתן להפחתה, או שמא רכשה מניות בלבד.

55. בטענת המערערת כי זרם העמלות הינו נכס נפרד מהבעלות על מניות חברת שבח מקופלת הטענה כי מבטח שמיר שיחקה תפקיד כפול ביחסיה עם שבח – מחד, פעלה כבעלת מניות הזכאית לתשואה על ההון שהושקע בחברה ומאידך, פעלה כספקית שירותי שיווק וטיפול בלקוחות הזכאית לעמלות בגין שיווק שבח ללקוחות חדשים. תפקיד כפול זה יצר למבטח שמיר שני נכסים – מניות שבח וזרם עמלות – הניתנים להפרדה ואשר נמכרו למערערת בתמורה כוללת של כ- 61 מיליון ש"ח. בכדי לקבל טענת המערערת, יש להניח כי מבטח שמיר הייתה זכאית לזרם העמלות גם לאחר מכירת מניות שבח, מאחר שזרם העמלות לא ניתן לה מתוקף מעמדה כבעלת מניות. על פי הערכת השווי שהציגה המערערת, זכותה של מבטח שמיר ברווחי שבח מתוקף מעמדה כספק לקוחות הסתכמה בשנת 2005, עובר לרכישת שבח על ידי המערערת באותה שנה, בכ- 93% מסך חלקה ברווחי שבח, בעוד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

שחלקה ברווחי שבח מתוקף מעמדה כבעלת מניות הסתכם בכ- 7% בלבד. על פי חלוקה זו, שווי מניות שבח הינו כ-4 מיליון ש"ח, בעוד זרם העמלות, שכאמור מבטח שמיר זכאית לו אף מבלי שתהיה בעלת זכויות בהון מניות חברת שבח, שווה כ-57 מיליון ש"ח.

56. הסכם רכישת מניות שבח על ידי המערערת משתרע על פני כ- 11 עמודים, מתוכם הוקצו פחות מ-10 שורות לזכרון של מבטח שמיר על זכויותיה בזרם העמלות. סעיף 2 בחוזה, העוסק בהצהרות ובהתחייבויות מבטח שמיר, כולל 34 סעיפי משנה, אשר כולם עוסקים במניות החברה, במצב החברה ובמצב עסקיה. אף לא אחד מהסעיפים העוסקים במצגי המוכרת לא מזכיר את זרם העמלות. הייתכן כי העסקה למכירת ממכר בשווי כ- 57 מיליון ש"ח, מוזכרת בשורות ספורות בחוזה, בעוד העסקה למכירת ממכר נוסף, ששווי כ- 4 מיליון ש"ח בלבד, מפורטת לאורך כ- 11 עמודים? הכלל כי יש להעדיף מהות על פני צורה אינו מוביל למסקנה כי ניתן להתעלם כליל מלשון החוזה. ניתן יהיה לקבל כי המילים "מוניטין" או "זרם עמלות" נעדרות מלשון החוזה, למרות שמבחינה מהותית-כלכלית זהו אכן הנכס שהועבר, אך לא מורס מכאן כי ניתן להציג חוזה שבתניותיו אין כל זכר למכר נכס מלבד מניות, כחוזה לממכר זרם עמלות בעיקר.

57. המערערת מפנה עוד למזכר העקרונות שחתמה מול מבטח שמיר ביום 19.1.2005 במסגרת המשא ומתן בין הצדדים לגיבוש הסכם רכישת שבח (מע/25). במזכר העקרונות נקבע בסעיף 2 כי:

"כלל ביטוח תרכוש ממבטח שמיר את כל מניותיה בש.ב.ח. ניהול קופת פנסיה בע"מ (חברת הניהול של קרן הפנסיה עתודות הותיקה) ("ש.ב.ח.") כדלקמן:
50% ממניות ש.ב.ח. בתמורה ל-57.5 מיליון ₪.

3.5 מיליון ש"ח בגין הערך הנוכחי של הזכויות העודפות (מעל 50%) של מבטח שמיר בעמלות משבח אשר יועברו לכלל ביטוח." (השגיאות במקור, מ.א.).

אפילו הייתי מוכן להתעלם מסעיף 10.3 להסכם רכישת שבח, שם נקבע כי "טיוטות שהוחלפו בין הצדדים לפני חתימת הסכם זה ו/או הסכמי עקרונות שנחתמו בין הצדדים יחשבו כאילו לא נעשו מעולם ולא ישמשו בצורה ובדרך כלשהי ראיה או תימוכין לפרשנות ו/או לתביעה", עדיין לשון מזכר העקרונות לא מתיישבת עם טענות המערערת. היעלה על הדעת כי כחצי שנה לפני רכישת מניות שבח העריכו הצדדים את שווי המניות בכ- 57.5 מיליון ש"ח, וכעת טוענת המערערת כי למעשה שילמה רק כ- 4 מיליון ש"ח בגין אותן מניות ממש? משמע בעולם המעשה כיוונו הדברים לרכש מניות במגעים ביניהם ובעת חתימת ההסכם. טענת המהות על פני צורה מובאת רק לצרכי מס. לא הוזכר כל אילוץ רגולטורי או אחר שבשלו המערערת 'נאלצה' לרשום דבר אחד אך למעשה התכוונה לדבר אחר. במצב דברים זה אין מקום להתערב בשקול דעתו המשיב שעה שדחה את עמדת המערערת.

58. המערערת לא הצליחה להרים את הנטל להוכיח כי לשון החוזה ומהותו הכלכלית שונים. המערערת רכשה את מניות חברת שבח, אשר היה גלום בהן הפוטנציאל לקבל זרם עמלות מהחברה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 36620-12-09 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים
ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1 כנגד מתן שירותים לחברה. פוטנציאל זה נוצל בעבר על ידי מבטח שמיר, וכעת הוא מנוצל על ידי
2 המערערת. אמנם, המערערת התנתה את רכישת מניות שבח בכך שמבטח שמיר תוותר על הזכות
3 הקנויה שהייתה לה לספק שירותי שיווק וטיפול לשבח, אך אין בקיומה של התניה שכזו בכדי להפוך
4 את עסקת הרכישה על פיה ולשנות לחלוטין את הממכר.

אחרית דבר

6 שלוש העסקאות נשוא הליך זה היו עסקאות לרכישת מניות בלבד, מבלי שרכשה המערערת כל נכס
7 נוסף – מוניטין, סינרגיה או זרם עמלות. לפיכך, הערעור נדחה על כל חלקיו.

9
10 המערערת תישא בהוצאות המשיב ובכלל זה בשכר טרחת עורך דין המשיב בסכום כולל של
11 75,000 ש"ח.

12 ניתן היום, י' באדר תשע"ג, 20 פברואר 2013, בהעדר הצדדים.

13
14

15 מגן אלטוביה, שופט