



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

המערערים

1. חיים קיפל
 2. ג'ורג' גרשון פרוידנשטיין
- על ידי ב"כ עוה"ד עמרי קאופמן, ירון סבר, ליאור
גוטירט

נגד

המשיב

פקיד שומה ירושלים 3
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים,
עוה"ד ניר סרי וחגי דומברוביץ

פסק דין

הרקע לערעור

1. מערער 1 (המערער בע"מ 52821-01-12, להלן: "קיפל") הינו בעל מניות ומנהל בחברת A.I.G. החזקות במשכנתאות (להלן: "החברה") מיום היווסדה. מערער 2 (המערער בע"מ 52775-01-12, להלן: "פרוידנשטיין") אף הוא בעל מניות ומנהל בחברה מיום היווסדה (שני המערערים יכנונו יחדיו להלן: "המערערים"). הון המניות של החברה היה מורכב מ-10,000 מניות שהוחזקו עד לחודש דצמבר 2012 באופן הבא: קיפל החזיק ב-520 מניות; פרוידנשטיין החזיק ב-200 מניות; חברת United Guaranty Corporation (להלן: "U.G.C."), חברה בבעלות A.I.G. Golden (להלן: "A.I.G. העולמית") החזיקה ב-8,210 מניות; ויתרת 1,070 המניות הוחזקו בידי אחרים.

2. בשנת 1998 נחתם הסכם ייסוד החברה בין בעלי המניות (להלן: "הסכם היסוד"). בהסכם זה נקבע, בין היתר, הפרטים הבאים: לבעלי המניות יונפקו שטרי הון דולריים הניתנים להמרה למניות (להלן: "שטרי ההון ההמירים"); החברה תתקשר בהסכם להענקת אופציות למערערים (להלן: "הסכם האופציות משנת 1998" או "תכנית האופציות הישנה"); ולבעלי המניות בחברה ניתנה אופציה למכור לחברת U.G.C. את מניותיהם ו/או את שטרי ההון ההמירים ו/או את



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 האופציות שיוענקו להם לפי הסכם האופציות משנת 1998. שטרי ההון ההמירים שהונפקו על ידי
2 החברה כללו את התנאים הבאים: שטרי ההון הנקובים בדולר לא יישאו ריבית; אפשרות להמרה
3 למניות החברה תינתן תמורת תוספת מימוש של 78.8589 דולר; ושטרי ההון ייפרעו על פי דרישת
4 בעלי המניות כאשר כל פירעון יהיה באופן פרופורציונאלי בין כל המחזיקים. בהסכם האופציות
5 משנת 1998 נקבע, בין היתר, כי החברה תעניק לקיפל אופציות לרכישת 667 מניות של החברה
6 ולפרוידנשטיין אופציות לרכישת 444 מניות של החברה; אורך חיי האופציה יהיה 10 שנים
7 ממועד ההענקה; 50% מהאופציות יוענקו לאחר שנתיים והיתרה תוענק בחלוקה שווה במשך 10
8 רבעונים; ותוספת המימוש לאופציה תעמוד על סך של 159.75 דולר. הסכם זה משנת 1998 לא
9 קיבל את אישור נציבות מס הכנסה לעניין עמידת תכנית האופציות בתנאי סעיף 102 לפקודת מס
10 הכנסה (להלן: "הפקודה") כנוסחו לפני תיקון מס' 132 לפקודת מס הכנסה (להלן: "סעיף 102
11 הישן", אליו תינתן הדעת בהמשך), ובמכתב מיום 6.5.1999 שנשלח למערערים ציינה נציבות מס
12 הכנסה כי הפטור הקבוע בסעיף 102(ב) לפקודה אינו יכול לחול לגבי מניות שהוקצו לעובד שהינו
13 בעל שליטה או שיהפוך להיות בעל שליטה כתוצאה מהקצאה.

14

15 3. בהמשך, ביום 1.3.2003 חתם קיפל על הסכם לווייתור האופציות שהוענקו לו לפי הסכם
16 האופציות משנת 1998, ובחלוף 10 ימים, ביום 10.3.2003 התקבלה החלטה בדירקטוריון החברה
17 על ביטול תכנית האופציות משנת 1998 בנימוק שהשינוי בחוקי המס נכון לאותו יום איפשר
18 הפחתה במס, ושהתכנית לא התאימה לצרכי החברה ולא אפשרה עוד לחברה להשיג את
19 מטרותיה. באותה ישיבה גם התקבלה החלטה על תחילת משא ומתן בעניין אימוץ תכנית אופציות
20 חדשה מחודש יוני 2003 ואשר תחל בחודש אוקטובר 2003 (להלן: "הסכם האופציות משנת
21 2003" או "תכנית האופציות החדשה"). בהסכם זה נקבע בין היתר, כי החברה תעניק לשני
22 המערערים את האופציה לרכוש את אותו מספר מניות כפי שהיה במסגרת הסכם האופציות משנת
23 1998, היינו לקיפל אופציות לרכישת 667 מניות, ולפרוידנשטיין אופציות לרכישת 444 מניות. כן
24 נקבע כי האופציות יוקצו לא לפני 1.10.2003; אורך חיי האופציות יהיה למשך 10 שנים ממועד
25 ההענקה; והענקת המניות תהיה במסלול רווח הון לפי הוראות סעיף 102 כנוסחו לאחר תיקונו
26 במסגרת תיקון 132 לפקודה (להלן: "סעיף 102 החדש", אודותיו גם כן תינתן הדעת בהמשך).



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1

2 4. בהמשך, בחודש דצמבר 2007 חתם קיפל על הסכם למכירת שטרי ההון ההמירים ומניות
3 החברה המוחזקות על ידו לחברת U.G.C. תמורת סך של 3,884,400 דולר. שווי החברה כולל
4 שטרי ההון ההמירים הוערך אז בכ-83 מיליון דולר. חלקו של קיפל במניות החברה בדילול מלא
5 (זקיפת האופציות כחלק בלתי נפרד ממכלול הזכויות בחברה) היה 520 מתוך 11,111 מניות
6 (10,000 מניות בצירוף 1,111 האופציות של המערערים) ולפיכך שווי חלקו בחברה עמד כאמור,
7 על סך של 3,884,400 דולר, מתוכם סך של 3,515,379 דולר תמורת המניות, והיתרה תמורת שטר
8 הון (לפי ערך נקוב). פרוידנשטיין חתם גם הוא באותו מועד על הסכם דומה, לפיו שטרי ההון
9 ההמירים ומניות החברה המוחזקות על ידו ימכרו לחברת U.G.C. תמורת סך של 1,494,000 דולר,
10 כך שחלקו במניות החברה בדילול מלא היה 200 מתוך 11,111 מניות ולפיכך שווי חלקו בחברה
11 עמד כאמור, על סך של 1,494,000 דולר, מתוכם סך של 1,352,054 דולר תמורת מניות, והיתרה
12 תמורת שטר הון (לפי ערך נקוב).

13

14 5. כחודש לאחר מכן, בחודש ינואר 2008 חתם קיפל על הסכם למכירת 667 האופציות
15 למניות החברה שהוענקו לו מכוח הסכם האופציות משנת 2003, תמורת סך של 4,982,490 דולר.
16 פרוידנשטיין חתם אף הוא על הסכם למכירת 444 אופציות שהוענקו לו מכוח הסכם האופציות
17 משנת 2003 תמורת סך של 3,316,680 דולר. ברם, המשיב לא קיבל את טענת קיפל כי מכירת
18 האופציות שהוענקו לו חייבת במס בשיעור של 25% לפי סעיף 102 החדש וחייב אותו במס על
19 הכנסתו ממכירת האופציות בשיעורי מס הנקובים בסעיף 121 לפקודה לפי סעיף 3(ט)(1)(א)
20 לפקודה, היינו מס שולי. בדומה, לא קיבל המשיב את טענתו של פרוידנשטיין כי מכירת 378
21 מתוך 444 האופציות שהוענקו לו חייבת במס בשיעור של 25% לפי סעיף 102 החדש וחייב אותו
22 במס על הכנסותיו ממכירת 378 אופציות אלו בשיעורי מס שולי. עם זאת, המשיב קיבל את טענתו
23 של פרוידנשטיין ביחס ל-66 האופציות הנותרות שהיו בידו ושטרם הבשילו עד ליום 1.1.2003.

24



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

6. בפועל, קיפל דיווח על הכנסותיו ממכירת מניותיו בחברה בשנת המס 2007, ועל הכנסותיו ממימוש האופציות בשנת המס 2008, כשלטענתו שיעור המס ממכירת המניות ומימוש האופציות עמד כאמור על 25% כרווח הון. לאחר דין ודברים שניהל קיפל עם המשיב, הם חתמו על הסכם שומה אודות שנת 2007 במסגרתו הוגדלה הכנסתו החייבת באותה שנה לסך של 27,417,410 ₪ במקום סכום שהוא דיווח עליו במקור בסך 17,204,859 ₪. כמו כן, בשנת 2008 קיפל דיווח על הכנסות הכוללות מימוש האופציות שהיו באחזקתו בסכום של 21,540,115 ₪, אך נוכח העובדה שהמשיב זקף את ההכנסות בגין מימוש האופציות לשנת המס 2007, המשיב הפחית את הכנסתו של קיפל באותה שנה לסכום של 3,335,802 ₪. לשלמות התמונה יצויין כי בשומתו החילופית של המשיב במסגרתה זקף הן את מכירת המניות והן את מימוש האופציות לשנת המס 2008, נקבעה הכנסתו של קיפל לשנת 2007 על סך של 3,795,261 ₪ ובשנת 2008 בסך של 34,444,612 ₪. באשר לפרויידנשטיין, זה דיווח על הכנסותיו ממכירת המניות בחברה בשנת המס 2007 על הכנסה בסכום של 772,221 ₪ כאשר במסגרת השומה בצו שהוציא המשיב לשנת המס הזו נקבעה לו הכנסה חייבת בסכום של 16,461,152 ₪. באשר לשנת 2008, דיווח פרוידנשטיין על הכנסה בסכום של 18,318,127 ₪ אך המשיב קבע כי הכנסתו החייבת תוקטן לסכום של 24,754 ₪, כאשר בשומה החילופית שהוציא המשיב, נקבע כי הכנסתו החייבת של פרוידנשטיין לשנת 2008 הינה 16,485,906 ₪.

נימוקי השומה

7. עמדת המשיב הייתה כי הכנסתו של קיפל ממימוש האופציות חייבת במס לפי סעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה בשיעורי המס הנקובים בסעיף 121 לפקודה, היינו, מס שולי, שכן האופציות הוענקו לו במסגרת עבודתו בחברה. הואיל והקצאת המניות לקיפל נעשתה לפני יום 1.1.2003, לפי הוראות סעיף 102 הישן או לפי סעיף 3(ט) לפקודה, קיפל אינו נהנה מהפחתה בשיעורי המס הקבועה בסעיף 91 לפקודה בנוסחו לאחר תיקון מס' 132 לפקודה. זאת ועוד, אף אם טענת קיפל שתקבל לפיה ביטול האופציות והקצאתן מחדש היוו שתי פעולות שהיה בהן טעם כלכלי, הרי שההקצאה החדשה גם היא אינה יכולה להיכנס בגדרי סעיף 102 החדש, מפני שקיפל היה "בעל שליטה" בחברה לפי הגדרת מושג זה בסעיף 32(9) לפקודה וזאת מפני שהוא החזיק במישרין או



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 בעקפיין למעלה מ-10% בהון המניות בדילול מלא של החברה, ולכן בכל מקרה שיעור המס החל
2 עליו הוא מס שולי.

3
4 8. לחלופין, נטען כי ביטול האופציות שהוענקו לקיפל בשנת 1998, והקצאתן המחודשת
5 בשנת 2003 נועדו אך ורק לשם הפחתת המס, מבלי שהייתה להם תכלית כלכלית ממשית. לכן יש
6 להתעלם מביטול האופציות והענקתן מחדש ולראות בעסקה כולה כעסקה מלאכותית אחת לפי
7 סעיף 86 לפקודה. בעניין זה הצביע המשיב על כך שמספר האופציות בשתי ההענקות, זו שבשנת
8 1998 וזו שבשנת 2003 היה זהה; למרות ש"אורך חיי האופציות" בהתאם להענקתן מחדש בשנת
9 2003 הוארך בחמש שנים נוספות, בפועל האופציות מומשו עד לתאריך המימוש המקורי כפי
10 שהוענקו ב-1998; ביטול תכנית האופציות משנת 1998 לא היה הכרחי וניתן היה להאריך את
11 תקופת האופציות מבלי לבטלן; תוספת המימוש הייתה זהה לתוספת המימוש שהייתה בהסכם
12 האופציות משנת 1998; בישיבת דירקטוריון החברה מתאריך 10.3.2003 נאמר מפורשות כי מטרת
13 ביטול האופציות והענקתן מחדש הייתה כדי לזכות בשיעור מס מופחת; והדיווחים לרשויות המס
14 היו חסרים. היינו, בדו"ח לשנת 2003 קיפל לא דיווח על ביטול האופציות. לעומת זאת, בתאריך
15 28.4.2003 דווח על ביטול תכנית האופציות ובתאריך 6.8.2003 דווח על כוונת ההקצאה החדשה.
16 ברם, בעת ביטול ההקצאה כבר נתקבלה החלטה בחברה על אימוץ תכנית האופציות החדשה. כמו
17 כן, בתאריך 10.2.2003 קיבל קיפל חוות דעת כי יש באפשרותו להיכנס לתחולת סעיף 102 החדש
18 ומיד לאחר מכן, ביום 1.3.2003, הוא חתם על ויתור האופציות שהוענקו לו בשנת 1998.

19
20 9. בנוסף טען המשיב כי יש למסות את קיפל על מימוש האופציות לא במועד ההקצאה
21 בשנת 2003 (שהוא כאמור מועד שיש להתעלם ממנו), אלא בשנת 2007 שהוא המועד שהוא מכר
22 את המניות ושטרי ההון ההמירים שהיו ברשותו. באופן זה, הוציא המשיב שומה בה, מצד אחד,
23 ייחס לקיפל הכנסות ממימוש האופציות החייבת במס שולי בסך 17,743,533 ₪ לשנת המס 2007,
24 כאשר מצד שני הופחת סכום זה מהכנסתו החייבת בשנת 2008. כך הועמדה הכנסתו החייבת לשנת
25 המס 2007 על 34,904,071 ₪ ולשנת המס 2008 על סך של 3,335,802 ₪. לחלופין, קבע המשיב
26 כי במידה ויש להכיר בשנת 2008 כמועד מימוש האופציות, כי אז יש להכיר באותה שנה גם כמועד



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

מכירת המניות. באופן זה, קבע המשיב כי הכנסתו החייבת של קיפל לשנת המס 2008 עומדת על 37,444,612 ₪, ואילו בשנת המס 2007 היא עומדת על סך 3,759,261 ₪. בנוסף לכל אלו, קבע המשיב כי יש להטיל על קיפל קנס גירעון.

10. לגבי פרוידנשטיין, נטענו אותן טענות באשר למועד חלותו של תיקון מס' 132 לפקודה והחלתו של סעיף 102 החדש, ובאשר לקבלת ההפחתה בשיעורי המס בהתאם. גם לגבי נטענה טענת קיומה של עסקה מלאכותית ולכן אירוע המס לגביו לא חל בשנת 2003 כי אם לאחר מכן בשנת 2007 או בשנת 2008. עם זאת, המשיב הכיר בכך שיש למסות את פרוידנשטיין על ההכנסות שהפיק ממימוש 66 אופציות מתוך ה-444 בשנת 2007 במס בשיעור 25% - מפני שאותן אופציות טרם הבשילו עד ליום 1.1.2003, לעומת 378 אופציות הנותרות אותן יש למסות לפי שיעור המס השולי החל עליו. באופן זה, המשיב קבע כי הכנסתו החייבת של פרוידנשטיין בשנת 2007 עמדה על 10,055,556 ₪ בגין מימוש 378 אופציות ובסך של 1,755,732 ₪ בגין מימוש 66 האופציות. מההכנסה החייבת בשנת המס 2008 הופחת סך של 11,811,288 ₪ בהתאם. לחלופין קבע המשיב כי אם יש להכיר בשנת 2008 כמועד מימוש האופציות, כי אז יש למסות את פרוידנשטיין בגין מכירת המניות באותה שנה. גם על פרוידנשטיין הוחלט להטיל קנס גירעון.

נימוקי הערעור

11. בפי המערערים היו מספר טענות סף שבגללן ביקשו לדחות את עמדת המשיב על הסף. טענתם הראשונה הייתה כי צווי השומה שנשלחו למערערים "התיישנו". לפי הטענה, היה על המשיב להוציא למערערים צווי שומה עד ליום 31.12.2011. הגם שהמערערים הודו שהמשיב שלח לב"כ המערערים את נימוקי הצווים ביום 28.12.2011, הצווים עצמם, לרבות דרך החישוב המפרטת את חבות המס הנובעת מהם, הופקו לקיפל רק ביום 4.1.2012, והגיעו לידי מספר שבועות לאחר מכן. גם לגבי פרוידנשטיין הצו לשנת 2007 הופק בתאריך 28.12.2011 והגיע לידי ביום 15.1.2012, ואילו הצו לשנת 2008 הופק בתאריך 4.1.2012 והגיע לידי ביום 22.1.2012. לחלופין, נטען כי אין מקום להתעלם ממימוש האופציות בשנת 2003 על ידי שני המערערים, ויש



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 לראות בשנת המס 2003 כ"שנה סגורה" שהמועד המאוחר ביותר להוצאת צווים לאותה שנה חל
2 ביום 31.12.2007.

3
4 12. בנוסף נטען כי קיפל הגיע להסכם שומה עם המשיב על שנת המס 2007 ביום
5 28.11.2008, ועמדת המשיב הבאה לידי ביטוי בנימוקי השומה היא בעקבות פתיחת השומה על ידי
6 המשיב לפי סעיף 147 לפקודה. ואולם, פעולה זו נעשתה בשרירות לב, בניגוד לדין, לכללי מנהל
7 תקין וכללי הצדק הטבעי, ומשכך, דין ההחלטה והשומה בעקבותיה להתבטל. מה גם שלטענת
8 קיפל כל הנתונים הרלוונטיים עמדו בפני המשיב טרם חתימת הסכם השומות עמו, לאור הגילוי
9 המלא בדוחות הכספיים של החברה והצהרת ההון שלו.

10
11 13. בנוסף על האמור, טענו המערערים לגופו של עניין. לטענתם, ביטול האופציות בשנת
12 1998 והקצאתן מחדש בשנת 2003 לא היווה עסקה מלאכותית, שכן עמדו בביטול ובהקצאה
13 טעמים כלכליים לגופו של עניין שהצדיקו את המהלך. בעניין זה, הצביעו המערערים על השוני
14 שבין תכנית האופציות הישנה לבין תכנית האופציות החדשה. הם הכחישו אפוא, אחת לאחת את
15 טענות המשיב, בעניין זה. בכל מקרה, לטענתם נטל הראייה להוכחת קיומה של עסקה מלאכותית
16 רובץ לפתחו של המשיב. בעניין זה נטען כי הטענה שביטול האופציות והקצאתן מחדש היווה
17 עסקה מלאכותית עומדת בסתירה לעמדת רשות המסים כפי שפורסמה בחוזר מקצועי מטעמה.
18 בעניין זה יצא גם קצפם של המערערים על המשיב, והם טענו כי הקונסטרוקציה שבנה המשיב –
19 ורק באמצעותה – אפשרה לו להתגבר על התיישנות השומות ועל "סגירתה" של שומת שנת 2003.
20 עוד טען קיפל כי אין לראות בו כ"בעל שליטה" ולכן הוא זכאי לשיעור מס מופחת של 25% על
21 הרווחים הנובעים ממימוש האופציות לפי סעיף 102 החדש. הוא הצביע בעניין זה על כך כי היה
22 קיים מנגנון חסימה שמנע ממנו להחזיק ב-10% או יותר ממניות החברה ולפיכך לא היה יכול
23 להיות בעל שליטה אפילו אם רצה בכך. בניגוד לטענת המשיב, לקיפל לא הייתה זכות להחזיק ב-
24 10% או יותר מכוח הצבעה או בזכות לרכשם. גם לא הייתה לו זכות למנות דירקטור מטעמו.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

סעיף 102 לפקודה

14. כאמור, השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין הצדדים היא חלותו של סעיף 102 החדש על המערערים על הטבות המיסוי הנובעות ממנו. לפיכך, יש צורך להידרש תחילה להוראות החוק בעניין הקצאת מניות ואופציות לעובדים, עובר לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002 (להלן – "התיקון", "תיקון מס' 132" או "החוק המתקן"), ולהשוותן לדין הקיים היום לאחר התיקון על מנת לעמוד על הטבות המס להן טוענים המערערים.

15. עד לתיקון מס' 132 לפקודה וחקיקת סעיף 102 החדש, יכול היה מעביד להקצות לעובד אופציות בשני מסלולים שונים: האחד, לפי סעיף 3(ט) לפקודה שכותרתו "הכנסות אחרות", המונה גם הטבות במסגרת יחסי עובד-מעביד (סעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה); והשני, לפי סעיף 102 לפקודה (ראו פירוט נוסף על המסלולים השונים, טרם תיקון מס' 132 לפקודה: ע"מ (חי') 589/04 שחר נ' פקיד שומה חדרה (פורסם בנבו, 3.4.2012) (להלן: "עניין שחר"); ע"מ (מרכז) 28283-12-11 יחזקאל נ' מס הכנסה – פקיד שומה פתח תקווה (פורסם בנבו, 15.9.2013)). בהקצאה במסלול הראשון לפי סעיף 3(ט) לפקודה, סווגה ההכנסה ממימוש האופציות, כהכנסה פירותית. לפי לשונו של סעיף 3(ט) עולה כי החיוב במס הינו במועד המימוש, בעוד שלפי הוראות סעיף 2(2) לפקודה, הכנסה מעבודה הייתה אמורה להתמסות במועד ההקצאה. ברם, בעניין דר (ע"א 7034/99 פקיד שומה כפר סבא נ' דר (פורסם בנבו, 12.5.2004)) נקבע ככלל, כי יש למסות אופציות לעובדים שהוקצו גם לפי סעיף 3(ט) לפקודה, כמו כל טובת הנאה אחרת הניתנת לעובד, לפי סעיף 2(2) לפקודה כבר במועד ההקצאה. למרות זאת, כאשר מדובר באופציות שאינן סחירות (כאשר לגביהן קיים קושי לקבוע את שווייה של טובת ההנאה הניתנת לעובד במועד ההקצאה), ידחה מועד תשלום המס עד למועד מימושן, לפי סעיף 3(ט) לפקודה.

16. ולעניין סעיף 102 לפקודה. הוראות הסעיף (הן בנוסחו הישן והן בנוסחו החדש כיום) כוללות הוראות מיסוי מיוחדות כאשר הוקצו לעובד אופציות או מניות בחברה. התכלית שעמדה בבסיס חקיקת הסעיף המקורי (הישן), הייתה יצירת הזדהות של העובד עם מקום עבודתו לאורך שנים על ידי פעולות המעוררות את העובד לקחת חלק בהון החברה בה הוא עובד, ובשיתופו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפ"ל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 בהצלחת החברה (ראו: ע"א 6159/05 פקיד שומה תל אביב 3 נ' לפיד (פורסם בנבו, 31.12.2008),
2 וכן דברי ההסבר לסעיף 55 להצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט-
3 (1989). במסגרת זו, סעיף 102 הישן יצר מסלול מיוחד להקצאת אופציות ומניות לעובדים, תוך
4 הפקדתן בידי נאמן. לפי הוראות הסעיף, נדרשה עמידה במספר תנאים לצורך החלת הוראותיו:
5 המדובר במניות החברה המעבידה או באופציות למניות החברה המעבידה; המניות או האופציות
6 לא נמסרו לעובד במועד ההקצאה אלא הופקדו בידי הנאמן למשך 24 חודשים לפחות; והחברה
7 המעבידה והנאמן הודיעו לפקיד השומה על תכנית ההקצאה לפחות 30 יום לפני מועד ביצועה.
8 הסעיף כלל תנאי נוסף אשר דרש כי ההקצאה תבוצע בתמורה לויתור של העובד על שכר, אם כי
9 בפועל רשות המסים לא עמדה על מילוי תנאי זה (ראו: יוסף גרוס "אופציות ומניות לעובדים לאור
10 הרפורמה במס" מיסים יז/א-1 (2003)). על אף שהסעיף כולו מנוסח כסעיף שהטיל מס רווח הון
11 ולא מס שולי, בפועל, הוא פורש כסעיף המטיל מס שולי (וראו: עניין דר; עניין שחר; וכן עמ"ה
12 (ת"א) 1172/02 כץ נ' פקיד שומה תל אביב יפו 3 (פורסם במיסים און ליין, 22.3.2005). אם כי,
13 בהקצאה לפי סעיף 102 הישן, לעומת הקצאה לפי סעיף 3(ט) לפקודה, ההכנסה לא חויבה בדמי
14 ביטוח לאומי ומס בריאות). לפיכך, הטבת המס המרכזית שנקבעה לעובד על הקצאה שעמדה
15 בתנאי הסעיף הייתה הפטור ממס במועד ההקצאה, ודחיית מועד החיוב במס עד למועד שבו
16 יועברו המניות, האופציות או תמורתן מידי הנאמן לעובד (וזאת לעומת ההסדר הקבוע בסעיף 3(ט)
17 כאמור לעיל, שלפיו, זולת חריגים, המיסוי חל במועד ההקצאה. וראו גם: ב"ל (י-ם) 10133/06
18 בנק המזרחי נ' בטוח לאומי סניף ירושלים (פורסם בנבו, 11.5.2008); יורם מרגלית "מיסוי
19 אופציות לעובדים: שילוב של מספר סוגיות יסוד במס הכנסה" מיסים טו 4 א-42 (2001)).

20

21 17. תיקון מס' 132 לפקודה, אשר נכנס לתוקף ביום 1.1.2003, ערך רפורמה מקיפה בהיבטי
22 המיסוי בישראל. במסגרת הרפורמה, הוסדר מיסוי אופציות ומניות לעובדים במסגרת הוראות סעיף
23 102 החדש. למעשה, החל ממועד תחילת תיקון מס' 132 לפקודה, אין עוד מקום להחיל את סעיף
24 3(ט) לפקודה לגבי הקצאת מניות ואופציות לעובדים (ראו: עניין שחר, יוסף גרוס "אופציות
25 ומניות לעובדים לאור הרפורמה במס", שם). וזאת, אלא אם מדובר בבעל שליטה או בנותני
26 שירותים. כפי שסעיף 102 הישן לא חל על "בעל שליטה" (אודותיו ידובר להלן), כך גם כיום –



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

סעיף 102 החדש אינו חל על "בעל שליטה", והוראות סעיף 3(ט) לפקודה המטילות מס בשיעור
מס שולי ממשיכות לחול על בעל שליטה שהוקצו לו מניות ואופציות על ידי החברה.

18. ההסדר הקבוע בסעיף 102 החדש מבחין בין שני מסלולי הקצאה. מסלול אחד הוא
הקצאת אופציות לעובד באמצעות נאמן והמסלול השני הוא מסלול של הקצאה ישירה לידי
העובד, בהתאם לבחירת החברה. במסלול הקצאה ישירה לעובד, ככלל, ימוסה העובד בשל הקצאת
המניות והאופציות, כהכנסת עבודה, וזאת בעת ההקצאה. כך בכל מקרה של הקצאת מניות או
אופציות סחירות במסלול זה. נוסף על כך, במועד המימוש (לפי הסעיף - במועד מכירת המניה),
יחוייב העובד בגין רווחי ההון שצמחו לו, גם במס רווח הון. כאשר הוקצו לעובד במסלול זה
אופציות שאינן סחירות, העובד יחוייב במס כהכנסת עבודה במועד המימוש. לעומת זאת,
בהקצאה לעובד באמצעות נאמן, על החברה לבחור בין "מסלול הכנסת עבודה" לבין "מסלול רווח
הון". מסלול הכנסת עבודה יחייב את העובד במס כהכנסת עבודה לפי שיעור המס השולי החל
עליו; בעוד שמסלול רווח הון – הטומן בחובו את הטבת המס המרכזית – ככלל, יחייב את העובד
במס כרווח הון, בשיעור מופחת של 25% בלבד (אם כי, שווי ההטבה הגלום בעת ההקצאה במניות
ואופציות בחברה נסחרת, ימוסה במסלול זה כהכנסת עבודה). בשני המסלולים, מועד החיוב במס
יהיה מועד המימוש, היינו, המועד שבו הועברה המניה מהנאמן לעובד, או מועד מכירת המניה על
ידי הנאמן, לפי המוקדם מבניהם. בשני המסלולים נדרשת עמידה בתנאי של תקופת חסימה,
במהלכה יופקדו המניות בידי הנאמן (12 חודשים לגבי מסלול הכנסת עבודה, 24 חודשים לגבי
מסלול רווח הון); החברה נדרשת להודיע לפקיד השומה על המסלול בו בחרה 30 יום לפחות לפני
מועד ההקצאה; ועל התכנית והנאמן לקבל את אישורו של פקיד שומה (אלא אם חלפו 90 יום
מיום שהתבקשה אישורו של פקיד השומה, והפקיד לא השיב כלל לבקשה).

19. להשלמת התמונה, יש להידרש גם להוראות סעיף 91 לפקודה. סעיף זה קובע את שיעורי
המס על רווחי הון. סעיף 91(ב) לפקודה עובר לתיקון מס' 132 לפקודה קבע כי שיעורי המס
שיחולו על רווחי הון של יחיד הם בהתאם לסעיף 121 לפקודה, היינו, מס שולי. אחרי תיקון מס'
132 לפקודה, קבע הסעיף כי מי שאינו "בעל מניות מהותי" בחברה (אודותיו ידובר להלן), ימוסה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

במס רווח הון בשיעור של 20% בעוד שבעל מניות מהותי בחברה, המוכר את אחזקותיו בחברה, יחויב במס רווח הון בשיעור של 25%. יצוין כי סעיף זה תוקן לאחרונה, בתיקון מס' 187 לפקודה (במסגרת סעיף 1 לחוק לשינוי נטל המס (תיקוני חקיקה), התשע"ב-2011, שתחילתו מיום 1.1.2012), לאחר התרחשות האירועים נשוא הערעור שבפנינו, וניסוחו כיום שונה. הצדדים לא עמדו על היחס הקיים בין סעיף 91 לפקודה הקובע שיעור מס שונה החל על בעל מניות "רגיל" ועל "בעל מניות מהותי", לבין סעיף 102 החדש הקובע שיעור מס קבוע בשיעור 25% והם יצאו מנקודת המוצא שסעיף 91 לפקודה חל על קביעת שיעור המס המופחת של 20% גם לגבי קיפל בתיק זה, והמשיב אף ייחס לו חוסר תום לב בעת כריתת ההסכם עמו אודות שנת המס 2007 כאשר העלים מעיני המשיב את עובדת היותו – לטענת המשיב - בעל מניות מהותי שחל עליו שיעור מס גבוה יותר של 25% כאמור.

20. ולבסוף יש להידרש להסדר שקבע המחוקק לעניין מניות שהוקצו לעובדים בתקופה שקדמה לתיקון מס' 132 לפקודה, היינו, קודם ליום 1.1.2003 ואשר טרם מומשו נכון לאותו מועד. בעניין זה חלות הוראות סעיפים 90(ט) ו-89(ח) לחוק המתקן (להלן: "הוראות המעבר").

סעיף 90(ט) קובע כך:

"הוקצו מניות לעובדים לפני יום התחילה, לפי הוראות סעיף 102 לפקודה, כנוסחו ערב תחילתו של חוק זה, או חלות על הקצאה כאמור הוראות סעיף 3(ט) לפקודה, לא יחול, לענין הפחתת שיעורי המס, סעיף 91 לפקודה, כנוסחו בסעיף 28 לחוק זה או חלק ה-3 לפקודה כנוסחו בסעיף 46 לחוק זה, לפי הענין."

סעיף 89(ח) קובע:

"סעיף 102 לפקודה, כנוסחו בסעיף 38 לחוק זה, יחול על הקצאת מניות לעובדים לפי תכנית שהחברה המעבידה בחרה בה ביום התחילה ואילך, ובהקצאת מניות שאינה הקצאה באמצעות נאמן, על הקצאת מניות לאחר יום התחילה"



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1
2 סעיפים אלה מבהירים באופן ברור וחד משמעי כי בכל הנוגע לתחולת סעיף 102 החדש, כמו גם
3 לתחולת הוראות סעיף 91 לפקודה החדש, יש לבחון את השאלה האם ההקצאה נעשתה לפני
4 1.1.2003, או לאחר מכן (וראו: ע"מ (ת"א) 27331-12-09 הדר נ' פקיד שומה רמלה (פורסם בנבו,
5 4.12.2012) (להלן: עניין הדר); עמ"ה (י"ם) 39/09 דשא נ' פקיד שומה ירושלים 1 (פורסם בנבו,
6 2.12.2012) (להלן: עניין דשא); ע"מ 552/06 אריאלי נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם במסים און
7 לייז, 2.8.2010)). המחוקק ביקש לקבוע בסעיפים אלו כלל ברור לגבי החיוב במס שיחול על
8 אופציות שהוקצו טרם חקיקת תיקון מס' 132 לפקודה. קביעה זו אף עולה בקנה אחד עם הצורך
9 בהפעלה שוויונית של עקרונות המיסוי. מאחר ותנאי ההקצאה נקבעים עוד במועד ההקצאה, בין
10 היתר בהתבסס על שיעורי המס שחלו באותה עת, הרי ששינוי שיעורי המס בהתחשב במועד
11 מימוש האופציות היה יוצר אפליה בין עובדים שונים, שמועד ההקצאה שלהם היה זהה, אך מימשו
12 את האופציות במועדים שונים. היינו, אין הגיון בכך שלעובד אשר הוקצו לו אופציות לפני תיקון
13 מס' 132 לפקודה, ומימש אותן לאחר תיקון מס' 132 לפקודה יזכה לשיעור מס מופחת ביחס
14 לעובד אשר הוקצו לו אופציות באותה ההקצאה ממש, אך זה מימש אותן לפני תיקון מס' 132
15 לפקודה (ע"מ (ת"א) 1045-09 ארן נ' פקיד שומה כפר סבא (פורסם בנבו, 23.12.2012); עניין
16 הדר).

17
18 21. מכל האמור מתברר מדוע במקרה זה המערערים ביקשו להיכנס לגדרי סעיף 102 החדש
19 ולא להחיל עליהם את הוראות המעבר. היתרונות הגלומים בסעיף החדש מקנים למערערים,
20 כאמור, חישוב מס מופחת בגין מכירת האופציות בשיעור של 25% לכל היותר, ובמקרה שאין
21 להגדירם כ"בעל מניות מהותי" בשיעור מס של 20%, וזאת לעומת חישוב המס על ההכנסה
22 ממכירת האופציות בשיעורי מס שולי.

23
24 משבאנו לכאן, נדון אפוא, בשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים אחת לאחת, אך ייאמר כבר
25 עתה כי הדין בכולן עם המשיב. ותחילה, וכדי להסיר אבן נגף מהדרך, נדון בטענה המקדמית
26 הראשונה של המערערים לפיה השומות שהוציא המשיב "התיישנו" זה מכבר.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

התיישנות השומות

22. כאמור, לטענת המערערים, בהתאם להוראת סעיף 152(ג) לפקודה, המשיב היה צריך להוציא למערערים את צווי השומה עד ליום 31.12.2011. למעשה, הגם כי "נימוקי השומות" לגבי השנים 2007 ו-2008 נשלחו לקיפל ביום 28.12.2011, בתוך התקופה הקבועה בחוק (ועל סף תקופת ההתיישנות), הצווים עצמם, לרבות דרך החישוב המפרטת את חבות המס הנובעת מהם, הופקו לקיפל רק ביום 4.1.2012, והגיעו לידי מספר שבועות לאחר מכן, בחלוף תקופת ההתיישנות. גם בעניינו של פרוידנשטיין, לגבי שנת 2008, "נימוקי השומה" נשלחו ביום 28.12.2011, אך הצו עצמו הופק רק ביום 4.1.2012. לגבי שנת 2007, בעניינו של פרוידנשטיין הופקו הצווים בתוך תקופת ההתיישנות, אך הומצאו באיחור ניכר.

23. מנגד, לטענת המשיב צווי השומה, לרבות נימוקי השומה, נשלחו בתוך התקופה הקבועה בחוק. הטופס שהופק לכאורה לאחר חלוף תקופת ההתיישנות הינו טופס ממוחשב שיוצא באופן אוטומטי לאחר "שידור" צו השומה, ואין בכך די כדי לקבוע כי השומות התיישנו.

24. אין חולק כי הדו"ח לעניין שנת 2007 הוגש על ידי קיפל במהלך שנת 2008. בהתאם להוראות סעיף 42(א)(2) לפקודה, בסמכותו של פקיד השומה לקבוע שומה תוך שלוש שנים מתום שנת המס שבה נמסר הדו"ח, דהיינו עד סוף שנת 2011. במקרה זה, ביום 28.12.2011 אכן הפיק המשיב את המסמך "פירוט הנימוקים לקביעת השומה" בעניינו של קיפל שכלל את פירוט נימוקי השומה וסכום ההכנסה החייבת במס. המסמך, שכולל תחת כותרת זו את הכותרת "תוספת לטופסי השומה", פותח בטבלה המציינת כי לגבי שנת 2007 המדובר ב"שומה בצו לפי הוראות סעיף 147(א)(1) לפקודה", ולגבי שנת 2008 המדובר ב"שומה בצו לפי הוראות סעיף 152(ב) לפקודה". בפסקה הבאה, הפותחת את נימוקי השומה, אף נאמר בזו הלשון (ההדגשה במקור):

"מכיוון שלא הגענו להסכמה בענין שומת מס הכנסתך לשנות המס 2007, 2008, אני קובע את השומה לשנת המס הנ"ל בצו, מתוקף סמכותי לפי סעיף 152(ב) לפקודת מס הכנסה כמפורט להלן:..."



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

מסמך זה נשלח למייצגיו של קיפל עוד באותו יום בפקס'. בנוסף, למחרת היום, ביום 29.12.2011 שלח המשיב את המסמך באמצעות דוא"ל, שוב למייצגיו של קיפל, וכן בדואר רשום, אשר הוחזר ביום 18.1.2012 מאחר שדבר הדואר לא נדרש.

25. כך גם, בדומה, בעניינו של פרוידנשטיין. ביום 28.12.2011 הפיק המשיב את המסמך "פירוט הנימוקים לקביעת השומה" הכולל את פירוט נימוקי השומה וסכום ההכנסה החייבת במס. המסמך, שכולל תחת כותרת זו את הכותרת "תוספת לטופסי השומה", פותח בטבלה המציינת שמדובר ב"שומה בצו לפי הוראות סעיף 152(ב) לפקודה", לעניין השנים 2007 ו-2008. הפסקה הפותחת את נימוקי שומה בעניינו של פרוידנשטיין זהה אף היא. גם מסמך זה נשלח לב"כ של פרוידנשטיין עוד באותו יום בפקס', ולמחרת היום, באמצעות דואר אלקטרוני וכן בדואר רשום, אשר נמסר ליעדו ביום 1.1.2012.

26. למעשה, בהינתן כי תקופת ההתיישנות הקבועה בדין הנה עד סוף שנת 2011, הרי שאין בסיס לטענת המערערים כי צווי השומה לא הופקו כדין במהלך תקופה זו. במסגרת זו, אין לקבל את טענת המערערים לפיה המסמך שכותרתו "פירוט הנימוקים לקביעת השומה" אינו מהווה "צו שומה". כך גם אין לראות בטופס הממוחשב, שהונפק רק ביום 4.1.2012, כ"צו שומה" באופן המבטל את תוכנו של המסמך שנושא את הכותרת "פירוט הנימוקים לקביעת השומה" (ראו: ע"מ 31350-02-11 בן ישי נ' פקיד שומה ירושלים סניף כנפי נשרים (פורסם בנבו, 29.10.2012)). טופס ממוחשב זה אינו אלא הודעה נוספת והוראת תשלום על בסיס צו שומה שכבר ניתן, באשר אותו מסמך מיום 28.12.2011 כבר הבהיר היטב את מסגרת הזמנים, את סכום המס אותו הנישום מחוייב בתשלום, את הנימוקים הכרוכים בקביעת חיוב המס, ואף את דרך הערעור על הצו. אין ספק כי בכך מומש הרציונל בדבר ודאות הנישום בנוגע להחלטה בדבר סכום חיובו במס (ראו גם: ע"א 5954/05 פקיד שומה ירושלים 1 נ' סמי (פורסם בנבו, 22.4.07), עמ"ה (י-ם) א. לביא שמירה ושירותים בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים 1 (פורסם בנבו, 28.8.05)).



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

27. למעלה מן הצורך יצויין כי סעיף 147(א)(1) לפקודה, לפיו הוצאה שומה לקיפל לשנת
2007, מסמיך את פקיד השומה ליתן "כל צו שייראה לו" במהלך התקופה המסתיימת כתום שנה
לאחר התקופות שנקבעו בסעיפים 145(א), היינו, עד תום שנת 2012. ממילא, במקרה בו נעשה
שימוש על ידי פקיד שומה בסעיף 147 לפקודה, מוארכת למעשה תקופת ההתיישנות בשנה נוספת.

אם כן, מכל האמור לעיל עולה שאין בסיס לטענת ההתיישנות בהיבט זה – והיא נדחית בזאת.
ומכאן לגופן של הטענות. הטענה הראשונה שיש לדון בה היא סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה"
בחברה, הואיל ואם הוא אכן מוגדר ככזה, הרי שהוא אינו זכאי להטבות המס הניתנות בסעיף 102
לפקודה – גם לפי נוסחו הישן וגם לפי נוסחו החדש – וגם זאת מבלי להיזקק לטענת המלאכותיות
של העסקה.

סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה"

28. כאמור, לטענת קיפל, תנאי האופציות שהוקצו לו מנעו ממנו להיחשב "בעל שליטה"
לעניין סעיף 102 לפקודה. "מנגנון החסימה" מנע ממנו להחזיק בעת ובעונה אחת למעלה מ-10%
מהון המניות של החברה. לא זו בלבד שהוא לא החזיק בלמעלה מ-10% אחוז מהון המניות של
החברה, אלא שבהתאם ל"מנגנון החסימה" אף לא הייתה לו הזכות לעשות כן. בהתאם לאותו
מנגנון, באף רגע נתון הוא לא היה בעל 10% או יותר מהזכויות בחברה. ועוד, הגדרת "בעל
שליטה" לפי סעיף 32(9) לפקודה מתייחסת להון מניות שהונפק (ש"הוצאה"), בעוד שזכותו
מתייחסת להון מניות החברה שטרם הונפק (טרם "הוצאה"), כך שעצם הקצאה זו ממילא אינה
מספקת לצורך הגדרתו כ"בעל שליטה". כמו כן, בניגוד לנטען בנימוקי השומה, כי היו לו 1/6
מזכויות ההצבעה (16.6%), הרי שלאור תקנון החברה המקנה לבעלי המניות בה זכות הצבעה
בהתאם לשיעור החזקתם במניות החברה, ולאור "מנגנון החסימה" שמנע ממנו כל זכות להחזיק
ב-10% או יותר ממניות החברה, נמנע ממנו הלכה למעשה גם כוח ההצבעה הנטען שהיה לו. גם
לא היתה לו הזכות לבחור דירקטור, והוא אף פוטר מדירקטוריון החברה במהלך שנת 2006. יתר
על כן, לאור העובדה ש-UGC החזיקה ב-80% ממניות החברה, ולאור דרך הניהול וקבלת



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 ההחלטות הריכוזיות שהנהיגה UGC, ברור שהוא לא היה "בעל שליטה" מבחינה מהותית. בנוסף,
2 נטען כי עצם החישוב על בסיס דילול מלא אינו יכול לשקף את ההחזקה בפועל בזכויות בחברה או
3 לבטא את התנאים השונים שנקבעו למימוש, וכי מחיר המניה של אחזקותיו נקבע על בסיס שווי
4 בדילול מלא, ולא יותר מכך, וודאי לא לשם קביעת שליטתו בחברה.

5
6 29. מנגד, טען המשיב כי קיפל היה "בעל שליטה", כהגדרתו של מונח זה בסעיף 32(9)
7 לפקודה, בשל אחזקותיו במניות ובאופציות החברה, בשיעור העולה על 10%. קיפל (כמו גם
8 פרוידנשטיין) גם ערך חישוב של רווח ההון ממכירת המניות וממכירת האופציות בחישוב
9 המבוסס על דילול מלא, וגם חוות דעתו של רו"ח אלעל שהביאו המערערים לתמיכה בעמדתם
10 אינה סותרת זאת. בנוסף, הסכם היסוד הקנה לקיפל זכות לבחור מייצג בדירקטוריון החברה, אשר
11 מקנה לו 1/6 מזכויות ההצבעה. כמו כן, "מנגנון החסימה" שנקבע במסגרת תכנית האופציות
12 הישנה, אשר לטענת המערערים מנע מקיפל להחזיק במניות החברה בשיעור העולה על 10%, לא
13 מומש הלכה למעשה, שכן כאשר הוא ביקש לממש את המניות והאופציות, בקשה זו נעשתה
14 כמקשה אחת, ללא המגבלה החלה לכאורה על מימוש האופציות. המנגנון עצמו ממילא היה תלוי
15 רק בקיפל עצמו, שיכול היה לשנות את תקנון החברה ובכך להשפיע על תחולת המנגנון. בנוסף,
16 אין המדובר במנגנון שנועד לשמור על אחזקותיו של קיפל בחברה, אלא רק למנוע ממנו לממש את
17 האופציות בבת אחת, ומכאן – ממילא אין למנגנון השפעה על הגדרתו של קיפל כ"בעל שליטה".
18 לכל היותר הגביל המנגנון את אופן מימוש האופציות, בעוד שעצם ההקצאה של למעלה מ-10%
19 מהמניות והאופציות לקיפל כבר הכלילה אותו בגדרי "בעל שליטה". יתרה מזאת, "מנגנון
20 החסימה" היווה אך ניסיון מכוון להתחמק מהגדרת קיפל כ"בעל שליטה", ולהיכלל בגדרי סעיף
21 102 לפקודה לצורך הפחתת החבות במס, ללא כל תכלית כלכלית-מסחרית אחרת. על כן, בהתאם
22 להוראות סעיף 86 לפקודה, יש לסווגו כ"עסקה מלאכותית" לפקודה, והמשיב רשאי להתעלם
23 ממנו.

24
25 30. סעיף 102 החדש קובע בהגדרת "עובד" כי הסעיף יחול גם על עובד אם הוא "נושא
26 משרה" בחברה. ואולם, אותה הגדרה מחריגה מתחולת ההסדר "בעל שליטה" בחברה, כהגדרתו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

של מונח זה בסעיף 32(9) לפקודה. גם במסגרת סעיף 102 הישן לפקודה, בכללים שנקבעו בשעתו
(כללי מס הכנסה (הקלות במס בהקצאת מניות לעובדים), התשמ"ט-1989), נקבע כי הפטור הקבוע
בסעיף 102 האמור לא יחולו לגבי בעל שליטה, אם ביום ההקצאה או כתוצאה מההקצאה היה
ל"בעל שליטה" בחברה, כהגדרת המונח בסעיף 32(9) לפקודה. בבסיס החרגת "בעל שליטה"
מגדרי סעיף 102 לפקודה, עומד הנימוק לפיו אין צורך לעודד בעל שליטה, אשר ממילא ניתנות לו
זכויות נרחבות בחברה, לקחת חלק בהון החברה בה הוא עובד, וזאת בניגוד לעובד אחר בחברה
שאינו בעל שליטה אשר קבלת האופציות נותנת לו תמריץ ליטול חלק פעיל בפיתוחה של החברה
(דורון לוי "הקצאת מניות לעובד בהתאם להוראות סעיף 102 לפקודה – בחינת התנאים לקיומו של
"בעל שליטה" מיסים כה/א-34 (2011)).

31. סעיף 32(9) לפקודה קובע כך:

"בעל שליטה" - מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, לבדו או ביחד עם קרובו
באחת מאלה:

(א) ב-10% לפחות מהון המניות שהוצא או ב-10% לפחות מכוח-
ההצבעה;

(ב) בזכות להחזיק ב-10% לפחות מהון המניות שהוצא או ב-10% לפחות
מכוח-ההצבעה או בזכות לרכשם;

(ג) בזכות לקבל 10% לפחות מהרווחים;

(ד) בזכות למנות מנהל;

מלשון הסעיף ברור כי מי שמחזיק ב-10% לפחות מהון מניות החברה, או בזכות להחזיק ב-10%
לפחות מהון מניות החברה, מוגדר כ"בעל שליטה", ולא יחולו עליו הוראות סעיף 102 לפקודה.
מנוסח הוראות סעיף קטן (ב) לסעיף, עולה כי לצורך הבחינה האם קיפל היה "בעל שליטה" יש
לבחון את מכלול האחזקות שלו בהון החברה, בחישוב הכולל את המניות ואת הזכות לרכוש מניות
(אופציות). ואומנם, קיפל העלה בתחילת הדרך את הטענה כי מנוסח הסעיף לפיו מדובר רק בהון
מניות ש"הוצא", ואילו זכויותיו ביחס להון מניות שטרם "הוצא" – כלומר, בכל הנוגע לאחזקותיו
באופציות – אין בהן כדי להכניסו בגדרי "בעל שליטה". ואולם, לטענה זו לא נמצא עוד זכר
בסיכומים, ונראה כי נזנחה. גם לגופו של עניין, נראה כי אין לה בסיס. כך במסגרת השומה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

שנקבעה לקיפל, קבע המשיב כי הוא החזיק ב- 10.68% של הזכויות בחברה, בדילול מלא (520) מניות ועוד 667 אופציות מתוך כלל המניות והאופציות בחברה בסך 11,111). לפיכך, בהתאם להוראות סעיף 32(9) לפקודה, הוא היה בעל שליטה בחברה.

32. אלא מאי, לטענת קיפל עצם החישוב על בסיס דילול מלא אינו משקף את שיעור האחזקות בפועל בזכויות בחברה אלא הוא בא לבטא אך את התנאים השונים שנקבעו למימוש. לעניין זה, הוא נסמך על חוות דעת של רו"ח אלי אלעל מיום 14.10.13 (להלן: "רו"ח אלעל") אשר קבע כי בחברות בעלות ניירות ערך המירים אשר ניתנים למימוש כנגד מניות החברה, נהוג להציג פרמטרים מסוימים כגון רווח למנייה ושיעורי אחזקה, תחת הנחת דילול מלא. ובלשונו של אלעל: "אין בעצם השימוש בשיטת החישוב של דילול מלא "כשלעצמה להעיד כלל אודות סבירות מימוש זכויות ההמרה למניות החברה, סבירות תנאי מימושן של זכויות אלה או כוונת המחזיק בהן לממשן במועד כזה או אחר, אלא רק כי קיימת אפשרות תאורטית (הדגשה במקור), בתנאים מסוימים, אשר יתכן ויתקיימו ויתכן שלא יתקיימו, להמירן למניות" (פסקה 5 לחוות הדעת). ועל כך קיפל הוסיף שמחיר המניה של אחזקותיו נקבע על בסיס שווי בדילול מלא, ולא יותר מכך, וודאי לא לשם קביעת שליטתו בחברה. ברם, טענת המשיב היא כי אף אם טענות אלו נכונות, אין בהן כדי לשלול את סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה". ואומנם, חוות דעתו של רו"ח אלעל, עליה כאמור ביקשו המערערים להישען, אינה בהכרח מטה את הכף לטובתם. רו"ח אלעל אכן ציין כי מדובר בשיטת חישוב הנהוגה כ"ברירת מחדל", מפני שזו השיטה הנהוגה לחישוב שיעורי אחזקה עתידיים, ואף מהווה "Best Practice" בהקשר זה (פסקה 4.5 לחוות הדעת). ברם, דברים אלה מחזקים דווקא את הרושם כי השימוש בשיטת חישוב של דילול מלא הינו גם לצורך בחינת סוגיית "בעל שליטה" ולו לפי הוראות הפקודה. גם ברי כי אין בחוות הדעת כשלעצמה כדי לסתור את הקביעה כי זו דרך החישוב הראויה של שיעורי האחזקה בחברה, גם לעניין זה. נוסף על כך, המשיב נסמך על חוות דעתו של רו"ח רז איצקוביץ לפיה עצם השימוש במבחן הדילול המלא, על ידי קיפל עצמו, בעת מכירת המניות והאופציות, המעיד על כוונתו הגמורה למימוש האופציות עם המניות יחדיו, מעיד גם על היותו "בעל שליטה".



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

33. נדמה כי הצהרתו של קיפל (ופרוידנשטיין) במסגרת הדוא"ל ששלח ביום 3.9.2007 לחברה על כוונתם הברורה לממש את האופציות ואת המניות שהיו ברשותם כמקשה אחת סותרת את הגולל על פני טענתם האמורה. באותו מכתב שני המערערים לא הבחינו בין המניות שהיו באחזקתם לבין האופציות שהיו ברשותם. הם כינו את שני סוגי האחזקות כ"אחזקותיהם" (our holding). שעה אפוא, שהמערערים עצמם לא הבחינו בין שני סוגי האחזקות, אין מקום להבחנה הווירטואלית שהם מבקשים ללמד עליה, בין הצגת אחזקותיהם אך לעניין תמחור האחזקות ובין משמעות השליטה בחברה הנלווית להן.

34. עוד טען קיפל, כאמור, כי "מנגנון החסימה" שנכלל במסגרת תכניות האופציות, מנע ממנו להחזיק בעת ובעונה אחת למעלה מ-10% מהון המניות של החברה. לצורך בחינת מנגנון זה ומידת השפעתו על הגדרתו של קיפל כ"בעל שליטה", יש להידרש למהלכים שהתרחשו קודם לקביעתו של אותו מנגנון במסגרת תכנית האופציות. הינה כי כן, ביום 6.5.1999 נמסרה לקיפל עמדת רשות המסים לפיה אין תחולה להוראות סעיף 102 הישן, מכיוון שסעיף זה אינו חל לגבי מניות שהוקצו לעובד שהינו "בעל שליטה" או שיהפוך ל"בעל שליטה" כתוצאה מההקצאה, כהגדרתו של מונח זה בסעיף 9(32) לפקודה, בעוד ששיעור אחזקותיו של קיפל במניות ואופציות החברה היה באותו מועד בשיעור של 10.86%. אין חולק כי בעקבות אותה החלטה של רשות המסים, לפיה קיפל הינו בעל שליטה בחברה, ולאחר קבלת חוות דעת מקצועית בעניין שגובשה על ידי רו"ח חייקין, הוחלט על הוספת "מנגנון חסימה" לתכנית האופציות (מנגנון דומה במהותו נקבע הן במסגרת תכנית האופציות הישנה, והן במסגרת תכנית האופציות החדשה), אשר קבע כי כאשר מימוש אופציה על ידי קיפל תגרום לכך שאחזקותיו בחברה יהיו שווים לשיעור של 10% או יותר מכך, הוא לא יהיה זכאי לממש את מלוא האופציות ויידרש לבחור באחת משתי חלופות: או להמתין עד לדילול או הפחתת אחזקותיו בחברה כך שמימוש האופציות לא יוביל אותו עוד לשיעור של 10% או יותר מהון מניות החברה; או, לחלופין, להביא לפקיעת האופציות אותן ביקש קיפל לממש באמצעות קבלת סכום מזומן המשקף את שוויין. לפי אותו מנגנון, קיפל לא היה מוגבל במימוש האופציות כאשר מימושן יותיר את אחזקותיו בחברה בשיעור נמוך מ-10% מהון מניות החברה. לטענתו, אפוא, מנגנון החסימה מנע ממנו, הלכה למעשה, כל אפשרות להחזיק בעת ובעונה אחת במניות ובאופציות החברה בשיעור של 10% או יותר מהון מניות החברה. ואולם, יש צדק רב



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

בדברי המשיב כי המנגנון האמור, אשר נוסד לבקשתו של קיפל ונועד למעשה לשחררו מכבלי הגדרת "בעל שליטה", לא היה בו כדי ליצור חסימה של ממש. בפועל הוא גם לא יצר חסימה כזו, ואף לא הוכחה כי עמדה מאחוריו כל תכלית כלכלית ברורה למעט האפשרות להחיל על קיפל את הוראות סעיף 102 לפקודה.

35. ראשית, המנגנון הגביל לכאורה רק את אופן המימוש של האופציות שבאחזקתו של קיפל. בהתאם להוראות סעיף 32(9) לפקודה, עצם ההקצאה, היוצרת מצב של "אחזקת" מניות ואופציות, בשיעור העולה על 10%, מכלילה את המחזיק בגדרי המונח "בעל שליטה". שנית, לא הובהר די הצורך כיצד הוגבל קיפל הלכה למעשה במימוש האופציות שהיו באחזקתו. בהתאם להסכם האופציות משנת 1998, הוענקו לקיפל כל האופציות ביום 27.4.1998. כטענת המשיב, ברצותו של קיפל לממש את המניות והאופציות, כמקשה אחת, פנה לבכירים בחברת UGC (באותו דוא"ל מיום 3.9.2007) כאשר נדמה כי לא היה דבר החוסם אותו מלעשות זאת. למעשה, מקובלת עלי טענת המשיב כי מנגנון החסימה, אשר נוצר לבקשת קיפל כדי להכלילו בגדרי סעיף 102 לפקודה, הינו למעשה מנגנון אשר לא כבל אותו באופן מהותי. ואכן הולמת את המקרה לשונו הציורית של העד, מר מורן אלקובי (אשר משמש כמפקח בפקיד שומה ירושלים, וטיפול במסגרת תפקידו בשומות המערערים), מטעם המשיב - "משל לאדם שמבקש שיכבלו את רגליו אבל מחזיק בידו את המפתח שפותח את האזיקים" (חקירה נגדית, מיום 19.5.2014, עמ' 46).

36. שלישית, לא הוצגה תכלית נוספת בבסיס יצירת מנגנון החסימה, מלבד התכלית של הכללת קיפל במסגרת הוראות סעיף 102 לפקודה. אין חולק, וקיפל אף הביא בעצמו תימוכין לכך, כי המנגנון נוצר רק לאחר שהתקבלה עמדת רשות המסים לפיה הוא מנוע מלהיכנס בגדרי סעיף 102, בשל היותו "בעל שליטה". ברצותו להבהיר כי בעצת מומחים, המנגנון נתפר למעשה באופן מהודק לתחולתו של סעיף 102 לפקודה, הדגיש קיפל, חזור והדגש, כי המנגנון מחריגו באופן מוחלט מגדרי המונח "בעל שליטה". ואולם, מבלי משים, קיפל בעצמו הכליל את אותו מנגנון, שנועד לפתוח לו את הפתח להחלת סעיף 102 לפקודה ותו לא, בגדרי המדויקים של המונח "עסקה מלאכותית". אכן, כטענת המשיב, העובדה שקיפל אף זכאי לקבלת סכום המשקף את שווי



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

האופציה, גם אם היה מנוע מלממש את כל האופציות, אך מחזקת את הקביעה כי אין למנגנון
תכלית מסחרית או כלכלית אחרת זולת הרצון להפחית את שיעור המס החל עליו.

37. ובאשר לחוות הדעת של עו"ד ברנשטיין מיום 13.10.2013, עליה ביקשו המערערים
להסתמך. מחוות הדעת האמורה עולה כי "מנגנון החסימה" שנקבע בעניין זה "אינו שכיח", אך
קיימים מנגנונים דומים ("מנגנוני אנטי דילול"), אשר בדרך כלל מתקבלים על ידי רשות המסים,
השקולים למנגנון זה. ברם, אותו "מנגנון אנטי דילול", מתואר על ידי עו"ד ברנשטיין עצמו
כמנגנון שונה בתכלית. המדובר במנגנון עם תכלית כלכלית ברורה, בשונה מהמנגנון בענייננו,
המבקש להותיר לעובדים לשמר את אחוז אחזקותיהם בחברה, כך שיוקצו לעובד אופציות חדשות
בכל מקרה בו נכנס משקיע לחברה באופן שאמור לדלל את אחזקותיו של העובד בחברה. ודוק,
בענייננו אין המדובר במנגנון המבקש לשמר את שיעור אחזקותיו של עובד בחברה, אלא ההיפך
הוא הנכון – "מנגנון החסימה" אך נועד לצמצם את שיעור אחזקותיו של עובד בחברה, באופן
מלאכותי, וזאת על מנת להגביל את שיעור חבות העובד במס בלבד.

38. קיפל עוד ביקש להסתמך על כך שבעלת השליטה בחברה, המחזיקה ב-80% ממניותיה,
השאירה בידיה את השליטה בכל הקשור לניהול החברה; רוב בהצבעות; וסממני שליטה מובהקים
אחרים, באופן שאינו מאפשר לסווגו כ"בעל שליטה". בין היתר, הרחיב קיפל בתצהירו על כך
שחברת UGC, שהינה חברת בת של AIG העולמית, מנוהלת בארה"ב; ארבעה מבין שישה
הדירקטורים של החברה, כמו גם יו"ר הדירקטוריון, מונה על ידיה; שינוי בתקנון התאפשר רק
באישור של המחזיקים בשיעור שלפחות 75% ממניות החברה; והניהול השוטף בוצע אך מולה
(פסקה 154 לתצהיר של קיפל). מנגד, המשיב סקר בתצהירו מאפיינים מהותיים נוספים שעשויים
להכליל את קיפל בגדרי היותו "בעל שליטה". כך, למשל, בין היתר, הרחיב מר אלקובי בדבר
היותם של המערערים שותפים לעסקים, נושאי משרה בכירים בחברה, היותו של קיפל דירקטור
ומנכ"ל בחברה, והיותם בעלי יכולת לשלוט בפועל במהלכיה של החברה (פסקה 27 לתצהירו של
מר אלקובי). כך גם ציין מר אלקובי את היותם של המערערים מעורבים פעילים בהחלטת החברה
לבטל את תכנית האופציות הישנה, ואת פעילותם בעת גיבוש תכנית האופציות החדשה.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1

2 39. ואכן, כטענת המשיב, לא ניתן להתעלם מפעילותם האקטיבית של המערערים במשך
3 השנים להשגת תועלות כלכליות אישיות אשר באו לידי ביטוי בהחלטות החברה. במסקנה זו
4 תומכת גם העובדה שחוות הדעת השונות שניתנו במשך השנים - בעניין החלפת האופציות ישנות
5 בחדשות והגדרת בעל שליטה - מוענו ישירות ובאופן אישי למערערים ולא לחברה, או לבעלי
6 מניותיה האחרים. נוסף על כך, תימוכין נוספים ניתן למצוא בדברי פרוידנשטיין עצמו כי יתכן
7 שהוא העלה את הרעיון לשנות את האופציות בעקבות שינוי בדיני המס: "הייתה שיחה לשנות את
8 תכנית האופציות תוך כדי השיחה הזו יכול להיות שאני העליתי את זה, שהיה רפורמה בפקודת מס
9 הכנסה שגם מזה היה כדאי לנו לנצל ולנצל את זה" (חקירה נגדית של פרוידנשטיין, עמ' 131). וכן
10 גם בדברי קיפל עצמו, אשר העיד כי באותה תקופה בה הוקצו האופציות לא היו מלבד שניהם עוד
11 בעלי מניות נוספים שקיבלו אופציות בחברה (חקירה נגדית של קיפל, עמ' 94). עוד עולה מדברי
12 קיפל כי הוא אינו מתכוון לוותר על ההקצאה שהוא מצפה לקבל, באופן אשר מצביע גם הוא על
13 האופן בו הוא תופס את מעמדו בחברה: "אמרתי לג'ורג' אם מקבלים משהו לא מוותרים" (חקירה
14 נגדית של קיפל, עמ' 97). ואומנם, לצורך הוכחת היותו של קיפל "בעל שליטה", די בחישוב
15 הנדרש לעניין שיעור אחזקותיו במניות ובאופציות החברה. ברם, למעלה מן הצורך, לא ניתן
16 להתעלם מהמאפיינים המצטברים בדבר מעורבותם הפעילה והאקטיבית של המערערים במהלכים
17 הנוגעים להחלטות שהתקבלו - לטובתם האישית - בחברה.

18

19 40. עוד יש לציין כי בהתאם לסעיף 32(9) האמור, בגדרי "בעל שליטה" נכנס אף מי שמחזיק
20 ב-10% לפחות מכוח ההצבעה. והנה, אין חולק כי הסכם היסוד הקנה לקיפל זכות לבחור מייצג
21 בדירקטוריון החברה, באופן שהקנה לו 1/6 מזכויות ההצבעה. אכן, קיפל טען בהקשר זה, כי
22 מנגנון החסימה מנע ממנו אף לממש זכות זו, ומכאן כי לא היה בכוח ההצבעה שניתן לו כדי
23 להגדירו כ"בעל שליטה" בחברה. אלא שהאמור לעיל לעניין תוקפו של אותו "מנגנון חסימה" יפה
24 גם לעניין חישוב שיעור ההצבעה שהיה לקיפל. משנקבע כי מדובר במנגנון מלאכותי אשר לא חסם
25 את קיפל מלהחזיק בשיעור מניות ואופציות המכלילו בגדרי "בעל שליטה", אף אין לראות במנגנון
26 זה כמנוע הגדרתו של קיפל כ"בעל שליטה" אף מהטעם שהיו בידיו 1/6 מזכויות ההצבעה.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1

2 41. ובשולי הדברים, נעיר לגבי טענתו של קיפל כי לא היו לו "כוחות על" בחברה (כדברי בא
3 כוחו בסעיף 34 לעיקרי הטיעון, על פי דברי מר אלקובי מטעם המשיב) בשל כך שביום 1.11.2006
4 הועבר מתפקידו כדירקטוריון בחברה וזאת בחלוף זמן קצר אחרי שהפסיק לשמש כמנכ"ל, הרי
5 שאירועים אלו התרחשו למעלה משלוש שנים אחרי ההקצאה החדשה של האופציות ובכל מקרה
6 לא הומצאה ראיה כי חילופי הגברא נעשו בניגוד לדעתו. אדרבא, מתוך הדוא"ל עליו נסמך קיפל
7 בטענתו האמורה (נספח 65 להודעה המפרשת את נימוקי הערעור) לא מתקבל הרושם שהעברתו
8 מתפקידו כדירקטוריון החברה נעשתה בניגוד לדעתו. בכל מקרה, כאמור, אף אם נלקחו מקיפל
9 כוחותיו כדירקטוריון החברה, אין בכך כדי למלט אותו מהגדרתו כ"בעל שליטה" בחברה.

10

11

12 סופו של יום, יש לראות בקיפל כבעל שליטה בחברה על כל המשתמע, כולל גם שיעור המס החל
13 עליו לפי הפקודה.

14

15

סיווגו של קיפל כ"בעל מניות מהותי"

16 42. בנוסף לאמור, התעוררה סוגיית סיווגו של קיפל לא רק כ"בעל שליטה" אלא גם כ"בעל
17 מניות מהותי" (טענה שאין לה זכר בנימוקי השומה, על אף שהועלתה בחוות הדעת שעמדו בבסיס
18 השומה). לטענת המשיב, על אף שאין ספק כי קיפל נכנס בגדרי "בעל מניות מהותי", כהגדרתו
19 בסעיף 88 לפקודה, הוא החליט ביחד עם מייצגיו לתת דיווח מטעה למשיב. לטענת המשיב, היות
20 וקיפל נכנס בגדרי "בעל שליטה", הוא נכנס בדרך קל וחומר לגדרי "בעל מניות מהותי". לחלופין,
21 טען המשיב, כי ניתן לראות בפעילות של קיפל ופרוידנשטיין יחדיו כ"שיתוף פעולה על דרך
22 קבע" המאפשר צירוף פעולתם ושיעור אחזקותיהם יחדיו. מנגד, לטענת המערערים, לא נפל פגם
23 בדיווחיהם של המערערים והחברה למשיב, ולא היה כל ניסיון הסתרה והטעייה, לרבות בעניין
24 סוגיית סיווגו של קיפל כ"בעל מניות מהותי". עוד לטענת המערערים, המשיב לא העלה בזמן אמת
25 את הטענה בדבר היותו של קיפל "בעל מניות מהותי".



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1

2 43. במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005 (להלן: "תיקון מס'
3 147 לפקודה"), שתחילתו מיום 1.1.2006, נוספה הגדרת "בעל מניות מהותי" בסעיף 88 לפקודה,
4 וזו לשונה:

5 "בעל מניות מהותי - מי שמחזיק במישרין או בעקיפין, לבדו או יחד עם אחר,
6 ב-10% לפחות באחד או יותר מסוג כלשהו של אמצעי השליטה בחבר בני
7 אדם".

8

9 המונח "יחד עם אחר", מוגדר באותו סעיף 88 באופן הבא:

10 "יחד עם אחר - יחד עם קרובו, וכן יחד עם מי שאינו קרובו ויש ביניהם
11 שיתוף פעולה על דרך קבע על פי הסכם בעניינים מהותיים של חבר בני האדם
12 במישרין או בעקיפין".
13

14 מדובר אפוא בהגדרה המבוססת על המונח "בעל שליטה", אך מכלילה קבוצה רחבה יותר של
15 בעלי מניות, בשני היבטים. בהיבט הראשון, הרלוונטי לענייננו, נקבע המונח "יחד עם אחר" וזאת
16 לעומת התיבה "יחד עם קרובו" המופיעה בהגדרת "בעל שליטה" בסעיף 32(9). בהקשר זה,
17 הורחבה קבוצת ה"קרובים" הנכללים במסגרת הביטוי "יחד עם קרובו", וכן נקבע כי ניתן לכלול
18 במסגרת זו גם פעילות שאינה עם "קרוב", אלא אף עם "אחר" כאשר מתקיים בין השניים שיתוף
19 פעולה על דרך קבע, בהסכם, בעניינים מהותיים הנוגעים חברה. בהיבט השני, הגדרת "אמצעי
20 שליטה" בסעיף מתייחסת גם לזכויות הצבעה או לזכויות השפעה של בעלי המניות בפועל שאינם
21 נכללות בגדרי המונח "בעל שליטה". כאמור, נפקותה של הגדרת "בעל מניות מהותי" לענייננו,
22 נמצאת במסגרת סעיף 91(ב) לפקודה, שכותרתו "המס על רווח הון". לפי נוסחו של סעיף 91(ב)
23 לפקודה, בעת הרלוונטית, בעל מניות מהותי בחברה, שמוכר את אחזקותיו בחברה, יחויב במס
24 רווח הון בשיעור של 25%, כאשר מי שאינו בעל מניות מהותי בחברה ימוסה במס רווח הון
25 בשיעור של 20%.

26



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

44. הנה כי כן, קיפל מיקד את טענותיו בהקשר זה, בכך שהמשיב לא העלה את הטענה בדבר
היותו "בעל מניות מהותי" בשלבים מקדמיים יותר של הדיון. לפיכך, לטענת קיפל, המדובר
בהרחבת חזית אסורה. ברם, בתצהירו של רו"ח הלפרין מטעם המשיב, מבואר היטב כי בבסיס
השיקולים שנבחנו והסוגיות שעמדו על הפרק, עמדה גם שאלת סיווגו של קיפל כ"בעל מניות
מהותי". מכוח טענה זו, בין היתר, ראה רו"ח הלפרין להשתמש בסמכותו לפי סעיף 147 לפקודה
ולבטל את הסכם השומה שנחתם עם קיפל עבור שנת המס 2007. שאלה זו, בדבר היותו של קיפל
בעל מניות מהותי עמדה אפוא בגרעין המחלוקת שבין הצדדים. לפיכך קשה לקבל את הטענה כי
מדובר בהרחבת חזית. בכל מקרה, לגופו של עניין, ברי כי ככל שמתחזקת ההנחה, כפי שפורט
לעיל, כי קיפל הינו "בעל שליטה" בחברה, מקל וחומר ברור כי נכנס הוא גם בגדר הגדרת "בעל
מניות מהותי". בכל מקרה, טענת המשיב בדבר שיתוף הפעולה הרצוף של שני המערערים בענייני
החברה אף היא לא הוכחה, ואף עולה מחומר הראיות, שהשניים ביצעו בכל עת את הפעולות
האמורות יחדיו, לרבות בעת ביטול האופציות והקצאתן מחדש בשנת 2003 ולרבות פעולת מימוש
האופציות בשנים 2007-2008. טענת קיפל כי יש אף לגזור מדברי מר אלקובי, עד המשיב, אשר
אמר כי הוא אינו רואה במערערים "מקשה אחת", את היעדר שיתוף הפעולה בין שניהם, ראוייה אף
היא להידחות. בהקשר זה יש לדייק בדבריו של מר אלקובי אשר טען כי לא מדובר ב"מקשה
אחת", אלא ב"שיתוף פעולה": "כתבתי על שיתוף פעולה, אבל אני לא מתייחס כמקשה אחת"
(חקירה נגדית של מר אלקובי מיום 19.5.2014, עמ' 42). ממילא לעניין הכללת קיפל בגדרי המונח
"בעל מניות מהותי" לא נדרש מעבר לכך, ואין מקום לספק כי לו היה מקום למסות את קיפל בשל
הפקת רווחי הון, שיעור המס שהיה חל עליו היה 25%.

20

21 עסקה מלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה

45. כאמור, המערערים טענו כי הפעולה של ביטול תכנית האופציות הישנה וההקצאה של
תכנית האופציות החדשה נעשתה משילוב טעמים – הן טעמים של טובת החברה, והן גיוס הטבת
מס בהתאם להוראות סעיף 102 החדש. לפיכך, במסגרת תכנית האופציות החדשה נקבעה, בין
היתר, הארכת תקופת האופציות, מומשה האפשרות לכבילת המערערים לחברה לתקופה של
למעלה משנתיים וכן הופחתה חבות המס שלהם.

26



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

- 1
- 2 46. לטענת המערערים, החברה נתקלה בקשיים בשלבי הקמתה וביסוסה העסקי. נכון לסוף
- 3 שנת 2002 לא הצליחה החברה לעמוד בתכנית העסקית שהציבה לעצמה, ואיתנותה הפיננסית
- 4 הייתה מוטלת בספק. לטענתם, המצב הסטטי של שווי החברה, והספק בדבר סיכויי ההצלחה של
- 5 עסקי החברה בעתיד הקרוב, לרבות הספק בדבר פוטנציאל הרווח הגלום באופציות שהוענקו להם
- 6 – לנוכח התקופה היחסית קצרה שנותרה עד לפקיעת האופציות (5 שנים) – הובילו להכרעה על
- 7 שינוי אסטרטגיה. מכיוון שבמצב זה היה כדי לפגוע במטרה העומדת בבסיס הקצאת אופציות
- 8 למערערים, עובדי החברה (היינו קשירת האינטרסים הכלכליים שלהם לאינטרסים הכלכליים של
- 9 החברה לאורך זמן), החליטה החברה על אסטרטגיה שונה שתפעל לטובת תמרון המערערים.
- 10 במסגרת תכנית האופציות החדשה, נקבעה הארכת תקופת האופציות של המערערים, אפשרות
- 11 לכבילתם לחברה לתקופה של למעלה משנתיים והקלה בשיעור המס שלהם. יתר על כן, לטענת
- 12 המערערים, לא היה ברור כלל שהחברה תקצה אופציות חדשות לאחר ביטול תכנית האופציות
- 13 הישנה. בעוד שההחלטה על ביטול תכנית האופציות הישנה התקבלה בתחילת חודש מרץ 2003,
- 14 והמערערים חתמו על ביטול האופציות ביום 1.3.2003, מועד כניסתה לתוקף של התכנית החדשה
- 15 נקבע ליום 1.10.2003, באופן שנותקה הזיקה בין ההחלטה על ביטול התכנית הישנה לבין
- 16 ההחלטה על קבלת התכנית החדשה. על אף שהחלטת דירקטוריון החברה כללה גם את ההחלטה
- 17 להיכנס למשא ומתן עם המערערים בקשר לתכנית אופציות חדשה, לטענת המערערים, באותה
- 18 תקופת ביניים בהם נותרו המערערים נטולי אופציות, הם נותרו חשופים לסיכון ממשי.
- 19
- 20 47. זאת ועוד, תכנית האופציות החדשה כללה אלמנטים חדשים שהיו בהם כדי להצדיק את
- 21 הטעמים להיווצרותה, בהיבט של טובת החברה, וערכן של האופציות החדשות היה גבוה
- 22 מהאופציות הישנות, נוכח תקופת מימוש ארוכה יותר שנקבעה לגבי האופציות החדשות (10 שנים
- 23 במקום 5 שנים). בנוסף, במסגרת ההסכמים הנוגעים לאופציות החדשות נקבע תנאי חוזי אשר ככל
- 24 את המערערים לחברה לתקופה נוספת של שנתיים לפחות.
- 25



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

48. על כל אלו הוסיפו המערערים כי המשיב מנוע מלטעון כי ביטול תכנית האופציות הישנה ויצירת תכנית אופציות חדשה היווה "עסקה מלאכותית", באשר הוראות חוזר מס הכנסה 03/2003 מאפשרות, כאירוע מס לגיטימי, ביטול אופציות והקצאת אופציות חדשות תחתן. מדרך קל וחומר ניתן ללמוד כי כאשר קיים פער זמנים בין ביטול תכנית אופציות ישנה לבין הקצאת אופציות במסגרת תכנית חדשה, כבמקרה זה, לא מדובר באירוע מלאכותי. לכל היותר יכל המשיב לטעון כי אותו אירוע החלפה נכנס בגדרי הוראות החוזר האמור, אך מכיוון ששנת המס 2003 היא שנת מס "סגורה", שהתיישנה זה מכבר, אף טענה זו לא הייתה מועילה לו.

49. מנגד, לטענת המשיב, מדובר בעסקה מלאכותית, שנועדה רק להפחית את החבות במס, ומשכך, יש להתעלם ממנה. המערערים פעלו בצורה בלתי הגיונית ובלתי סבירה מבחינה כלכלית. לפעולה של ביטול האופציות בפני עצמה לא הייתה כל תכלית כלכלית, מלבד הפחתת החבות במס, במיוחד משמדובר באופציות שבמועד ביטולן, כבר היו בשלות. קיימות גם מספר אינדיקציות לכך שמדובר בעסקה מלאכותית: כמות האופציות בשתי ההענקות הייתה זהה; הגם כי אורך חיי האופציה בהתאם לחוזה החדש הוארך ב-5 שנים, בפועל האופציות מומשו עד לתאריך המימוש של האופציות המקוריות שהוענקו בשנת 1998; תוספת המימוש שנקבעה הייתה זהה לתוספת המימוש הקבועה בהסכם האופציות משנת 1998; ובנוסף, בישיבת הדירקטוריון מיום 10.3.2003 בה התקבלה ההחלטה על ביטול תכנית האופציות הישנה, צויין במפורש כי אימוץ תכנית חדשה תסייע לקבל שיעור מס מופחת עבור רווחי הון, ואין לה השפעה על מצבה הפיננסי של החברה.

50. לטענת המשיב, אף לשיטת המערערים, לא היה טעם בביטול תכנית האופציות הישנה, שכן ניתן היה להאריך את חוזה האופציות המקורי בעוד חמש שנים, באופן שהיה בו כדי לקדם את אותן תכליות שעמדו כביכול בבסיס ההחלטה לבטל את האופציות ולהקצותן מחדש (מלבד התכלית הנוגעת להפחתת שיעור המס בהתאם לסעיף 102 החדש). זאת ועוד, אף התכלית הנוגעת לכבילתם של המערערים לחברה אינה עולה בקנה אחד עם הוראות תכנית האופציות החדשה, שכן התכנית קבעה כי המערערים זכאים למימוש האופציות אף אם יתפטרו מהעבודה (ס' 9.4 לתכנית



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 האופציות החדשה). לגבי התנאי החוזי להמשך העסקה, שנקבע במסגרת תכנית האופציות
2 החדשה, הרי שאין בהכללתו בתכנית כדי לבטא "תקופת הבשלה" דומיננטית, שהרי תכליתו של
3 תנאי זה הייתה האפשרות להיכלל במסגרת הוראות סעיף 102 החדש. במידה ולא היה נכלל
4 בתכנית תנאי זה, לא ניתן היה לאשר את התכנית במסגרת סעיף 102 החדש.

5

6 51. סעיף 86(א) לפקודה קובע כך:

7 "היה פקיד השומה סבור, כי עסקה פלונית המפחיתה, או העלולה להפחית, את
8 סכום המס המשתלם על ידי אדם פלוני היא מלאכותית או בדויה, או שהסבה
9 פלונית אינה מופעלת למעשה, או כי אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה
10 פלונית היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות, רשאי הוא להתעלם
11 מן העסקה או מן ההסבה, והאדם הנוגע בדבר יהא נישום לפי זה. הימנעות
12 ממס או הפחתת מס ניתן לראותן כבלתי נאותות אפילו אינן נוגדות את החוק."

13

14 הסעיף מונה מספר עילות לפיהן רשאי פקיד השומה להתעלם מעסקה, לאחר שהתקיים התנאי
15 המקדמי הקבוע בסעיף – שמדובר בעסקה אשר מפחיתה או העלולה להפחית חבות במס. בין
16 היתר, מונה הסעיף עילה של "עסקה מלאכותית". פסיקת בית המשפט פיתחה מספר מבחנים
17 להבחנה בין עסקה לגיטימית לבין עסקה מלאכותית. המבחן המקובל כיום להבחנה בין עסקה
18 לגיטימית לבין עסקה מלאכותית הוא מבחן מטרת העסקה, לפיו יש לבחון לפי מכלול נסיבות
19 העסקה ומטרותיה, האם עומד ביסודה טעם כלכלי מסחרי ממשי. היינו, על מנת שהעסקה תהיה
20 לגיטימית, צריך להיות לה טעם מסחרי מלבד הטעם להימנע ממס (ע"מ (י-ם) 41442-02-12
21 ראובינוף נ' פקיד שומה ירושלים (פורסם בנבו, 20.8.2013) (להלן: "עניין ראובינוף"); (ע"א
22 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון
23 בע"מ, פ"ד נז(5) 915 (2003) (להלן: "עניין רובינשטיין")). בהמשך, בפסק הדין בעניין ע"א
24 2965/08 סגנון שירותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקווה (פורסם בנבו, 21.6.2011) (להלן:
25 "עניין שירותי תקשוב") נקבע "מבחן יסודיות הטעם המסחרי", במצב בו לצד המטרה הפיקסלית
26 עומד טעם מסחרי לגיטמי. לשם כך, הוצעו בפסק הדין מספר מבחני עזר: א. אמינות הטעם
27 המסחרי; ב. השוואה כמותית בין הרווח שצפוי להיות מהמטרה הכלכלית לבין זה הצפוי להיות
28 מהמטרה הפיקסלית; ג. עד כמה סבירה הציפייה לרווח (ולעתים גם מה תוצאות העסקה בפועל);



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

ד. מידת הסיכון בעסקה (יצויין כי עתירה לקיום נוסף בעניין שירותי תקשוב – נדחתה (דנ"א 6983/11 סגנון שירותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה (פורסם בנבו, 13.5.2012); שם גם נקבע כי פסק הדין בעניין שירותי תקשוב לא הפך את ההלכה הקודמת בעניין "מבחן הטעם המסחרי", אלא היווה אך פיתוח של אותו מבחן, לגבי מצבים בהם מדובר ב"עסקאות מעורבות מטרה"). יצוין גם כי פסק הדין בעניין שירותי תקשוב לא הכריע בשאלה האם גם ניתן להכיר גם במטרות שאינן מסחריות, ואף אינן פיסקליות (למשל, מטרות אישיות) שיאפשרו להוציא עסקה מגדר היותה מלאכותית. (ראו גם: ע"א 4060/12 שנהב נ' פקיד שומה ת"א 3 (פורסם בנבו, 27.4.22014); עמ"ה (חי') 140/89 דר נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו, 27.6.1990) בעניין מניע של שמירה על יחסים תקינים בתוך המשפחה).

52. עוד נקבע בפסיקת בית המשפט כי "התעלמות מן העסקה" כלשון הסעיף, משמעותה התעלמות מיתרון המס שביקש הנישום להשיג בתכנון המס הבלתי לגיטימי שבעסקה (עניין רובינשטיין; ע"א 10666/03 שיטריט נ' פקיד שומה תל אביב יפו 4 (פורסם בנבו, 30.1.2006) (להלן: "עניין שיטריט")). ויודגש, עסקה מלאכותית אין משמעותה עסקה בלתי חוקית בניגוד לדין. אדרבא, לעתים קרובות מדובר בעסקה חוקית, אך מטעמים מסוימים המחוקק רואה בה עסקה בלתי לגיטימית בהקשר הכלכלי (עניין רובינשטיין). לשון אחר, עצם ניצולה של הטבת מס היא פעולה לגיטימית שאין בה פסול. אלא שלעתים, לאור נסיבות ניצול ההטבה, הופך הדבר לניצול בלתי לגיטימי. סעיף 86 לפקודה הוא זה שיוצר את קו הגבול בין ניצול לגיטימי לבין ניצול לא לגיטימי (עניין רובינשטיין, עניין שיטריט).

53. במקרה זה הלכה למעשה, אין חולק, ואף המערערים לא השיגו על כך, כי ההחלטה על ביטול תכנית האופציות הישנה ויצירת תכנית אופציות חדשה נועדה, בין היתר, להביא להפחתת חבותם במס. עם זאת, הצדדים נחלקו בשאלה האם בבסיס אותה החלטה עמדו תכליות שונות הנוגעות לטובת החברה, בהיבט מסחרי אחר, מלבד התכלית הנוגעת להפחתת החבות במס.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

54. כאמור, כדי להצביע על הטעם הכלכלי שבביטול האופציות ובהקצאתן מחדש, מבקשים
המערערים להסתמך על מצבה הפיננסי הבעייתי של החברה בתקופה שקדמה לביטול האופציות
הישנות. עם זאת, הראיה שהובאה בהקשר זה, נוגעת אך לטענה לפיה בחמש השנים הראשונות
מאז היווסדה של החברה לא עלה שוויה (וראו ההסכם עם "AIG זהב" שצורף כנספח ב' להודעה
המפרשת את נימוקי הערעור). ברם, בכך אין די כדי להצביע על הפסדיה של החברה. ממילא, גם
טענת המערערים בדבר "הפסדים תפעוליים ניכרים" לחברה בגובה של כ-10 מיליון דולר, איננה
מצביעה על אירוע יוצא דופן שארע דווקא בסוף שנת 2002 שהצדיק ביצועו של מהלך דרסטי של
ביטול האופציות, אלא לכל היותר הצביע על הפסדים מצטברים בשנים שקדמו לו (חקירה נגדית
של מר קיפל, מיום 26.5.14, עמ' 101). בין כה ובין כה, לטענה בדבר מצבה הפיננסי המערער של
החברה ניתן למצוא אך קשר קלוש ורופף, אם בכלל קיים כזה, למהלך של ביטול האופציות
הישנות והקצאת האופציות החדשות. ובמה דברים אמורים.

12

55. כפי שציין המשיב, מחומר הראיות עולה במפורש כי התכנית כללה שני ראשים שלובים
זה בזה – ביטול האופציות הישנות, והקצאת האופציות החדשות. בין היתר, ניתן ללמוד על כך
מתוך חוות דעת שניתנה לקיפל, לבקשתו, ביום 4.2.2003, מאת עו"ד י. גורניצקי בעניין "מגבלת
בעל שליטה על פי הוראות סעיף 102 לפקודה". באותה חוות דעת, פירט עו"ד גורניצקי את
התשתית העובדתית כפי שנמסרה לו על ידי קיפל באותה עת. כך מצויין שם כי הוסכם בין החברה
למערערים על הביטול המלא של תכנית האופציות הישנה, יחד עם ההחלטה על גיבוש תכנית
אופציות חדשה אשר תתאים "לצרכי החברה ולמטרותיה כמו גם לצורכי העובדים". במסגרת זו,
בחוות הדעת, צויין מספר האופציות אותן יקבל קיפל בתכנית החדשה (667 אופציות), וזאת כבר
ביום 4.2.2003, עוד טרם התקבלה לכאורה ההחלטה הפורמלית על ביטול התכנית האופציות
הישנה, ועוד טרם נקבעו לכאורה גדריה של התכנית החדשה. זאת ועוד, החלטת הדירקטוריון על
ביטול התכנית הישנה (בישיבה מיום 10.3.2003) משקפת היטב את המניעים שעמדו בבסיס אותה
החלטה.

25



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

56. המערערים ציינו כאמור, כי באותה החלטה, בה הוחלט על ביטול תכנית האופציות
הישנה, הוחלט על "פתיחת משא ומתן" לאימוץ תכנית אופציות חדשה (פסקה 48 בתצהיר קיפל;
פסקה 37 בתצהיר פרוידנשטיין). לאור חשיבותה של החלטה זו, נתמקד בתוכנה, ובמיוחד בפסקה
4 שבה (הנושאת את הכותרת: New Option Plan). באותה פסקה מפורטת התשתית שהביאה
להחלטה כי יש לשנות את תכנית האופציות, היינו שינוי בחוקי המס, המאפשרים להשיג שיעור מס
מופחת, תוך סיווג האופציות כבסיס לרווח הון. באותה החלטה, גם מצוין כי ליצירת התכנית
החדשה לא צפויות השלכות פיננסיות או השלכות מיסוי על החברה. בהמשך, במסגרת ההחלטה
האופרטיבית, אכן מצוין כי התכנית הישנה לא מתאימה יותר לצרכי החברה ולא מאפשרת לחברה
להשיג את מטרותיה (ללא הסבר נוסף בעניין זה), אך בד בבד מובאת העילה שהולמת את הנימוק
בעניין שינוי דיני המס שהתוכנית הישנה לא מתאימה לצרכיהם של מקבלי האופציות שגם ציינו
שאינן בכוונתם לממשן. בהמשך, מצוין כי החברה מתכוונת שתכנית האופציות החדשה תיכנס
בגדרי סעיף 102 החדש, כאשר תכנית זו תאומץ החל מ-1.10.2003. לא זו בלבד, אלא שלאותה
החלטה נאמר שצורפה תכנית האופציות החדשה כנספח (שלא צורף לחומר הראיות), וכל שנדחה
ליום 1.10.2003 היה מועד תחילתה של התכנית. אם כן, גם בדוחק רב לא ניתן לראות בהחלטה זו
רק אות פתיחה לניהול "משא ומתן" בדבר אימוץ תכנית אופציות חדשה, כטענת המערערים.
אדרבא, אותה החלטה כורכת זו בזו את ההחלטה על ביטול התכנית הישנה ואימוץ התכנית
החדשה באופן שיש בה כדי אך לסייע למערערים להביא להפחתת חבותם במס. מדובר בהתוויה
מפורשת של תכנית מפורטת וברורה, שהנימוקים להיווצרותה גלויים – השינוי שחל בדיני המס.
הא ותו לא.

20

57. עוד ביקשו המערערים להסתמך על קביעת מועד יישום תכנית האופציות החדשה
(1.10.2003) "על מנת לבטל כל זיקה אפשרית בין תכנית האופציות הישנה לבין החדשה" (פסקה
55 בתצהיר קיפל; פסקה 44 בתצהיר פרוידנשטיין). ברם, ברי כי אין בעצם קביעת מועד תחילה
נדחה כדי לבטל את הזיקה האמורה, אשר הוכחה כאמור באופן מוצק, בהחלטת החברה עצמה,
שכרכה את ההחלטה על ביטול האופציות בהחלטה על הקצאתן מחדש בהתאם לדיני המס
המתחדשים. ועוד, אילו ההחלטה לביטול תכנית האופציות ויצירת תכנית חדשה הייתה מבוססת,



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

ולו באופן משני על מצבה הפיננסי המעורער של החברה, ניתן להעריך כי היה הדבר מקבל ביטוי
משמעותי בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון. משלא נעשה כן, וכאשר בהחלטה עצמה צוינו אך
שיקולי המס באופן מפורש, כתימוכין ה"אמיתיים" לקבלת ההחלטה, לא בנקל ניתן לקבל את
טענת החברה כי קשיים כלכליים והפסדים ניכרים הם אלו שהביאו לקבלת אותה החלטה בדבר
ביטול התכנית הישנה ויצירת תכנית חדשה.

58. כך גם קשה לקבל את טענת המערערים כי הם היו חשופים ל"סיכון ממש" בתקופת
הביניים עד שהוקצו האופציות החדשות בפועל, היינו הסיכון שיועברו מתפקידם באותה תקופה,
והסיכון שמחיר המימוש של האופציות החדשות יעלה בתקופה זו. לשיטת המערערים עצמם,
ההחלטה לגבש תכנית אופציות חדשה הייתה מבוססת על ההחלטה כי נדרשת תכנית "אשר תתאים
לצרכי החברה ומטרתה כמו גם לצרכי העובדים כיום" (חו"ד של עו"ד י. גורניצקי מיום
4.2.2003, והחלטת החברה על ביטול תכנית האופציות הישנה מיום 10.3.2003). כלומר, הנחת
היסוד הייתה כי באותה תקופה נוצרה תכנית משתלמת יותר לעובדים, מזו שהייתה קודמתה. ועוד,
המערערים עצמם טענו שבבסיס ההחלטה על תכנית האופציה החדשה עמד הצורך לתמרץ את
המנהלים עוד יותר, ולכבול אותם לחברה. אדרבא, כפי שצוין בהחלטת הדירקטוריון עצמה, גם
המערערים הודיעו שהאופציות לפי התכנית הישנה אינן מתאימות לצרכיהם ואין בכוונתם לממש
אותן. לכך מצטרפת העובדה שהמערערים בחרו לוותר על כל האופציות, כבר ביום 1.3.2003,
כביכול בהנחה שלא מובטח להם דבר - ועוד בטרם התקבלה החלטת החברה בעניין. אם כן,
טענות המערערים עצמם כי התכנית החדשה נועדה להיטיב עם "העובדים" (הם עצמם) ולהדק את
קשריהם לחברה; הצהרתם שהובאה בפני הדירקטוריון לפיה אין בכוונתם לממש את האופציות;
וכן צעד הוויתור על האופציות עוד בטרם התקבלה החלטת החברה בעניין – כל אלה אינם עולים
בקנה אחד, וזאת בלשון המעטה, עם טענתם בדבר ה"סיכון הממש" שהיה כרוך בהחלטה על
ביטול התכנית וההקצאה המחודשת.

59. אינדיקציה משמעותית נוספת ורלוונטית לעניין השאלה האם בבסיס העסקה עמדה תכלית
מסחרית, נוגעת לתוכנה של תכנית האופציות החדשה, וזאת בהשוואה לתכנית האופציות הישנה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 שבוטלה. לטענת המערערים, תכנית האופציות החדשה כללה מספר היבטים שהיה בהם כדי
2 להשיג את מטרות החברה: הארכת תקופת האופציות; אפשרות לכבילת המערערים לחברה
3 לתקופה של למעלה משנתיים ימים; והקלה בשיעור המס של המערערים. ברם, למעשה, אין חולק
4 כי כמות האופציות בשתי התכניות הייתה זהה, ונקבע בשתי התוכניות אותו שווי מימוש. ואומנם,
5 בתכנית האופציות החדשה נקבע כי האופציות לא יועברו למערערים מהנאמן עד לאחר תום 24
6 חודשים מתום שנת המס שבה הוקצו (כאשר בתכנית האופציות הישנה נקבע הליך של הבשלת
7 האופציות למשך 5 שנים - כך שרוב האופציות הבשילו לקראת סוף שנת 2002). בנוסף, בתכנית
8 האופציות החדשה נקבעה תקופת מימוש ארוכה יותר מאשר זו שנקבעה בתכנית האופציות הישנה
9 (10 שנים במקום 5 שנים). אלא שבהקשר זה, מקובלת עלי טענת המשיב כי אין לראות בשינויים
10 אלה בפני עצמם כמקדמים תכלית מסחרית-כלכלית באופן שהצדיק את הקביעה כי יש בתוכנית
11 האופציות החדשה "אסטרטגיה" שונה שתפעל באופן מיטבי יותר, לטובת החברה.

12

13 60. לגבי הסעיף הנוגע להגבלת עבירותן של האופציות, מדובר בסעיף שנועד אך ורק להתאים
14 את תכנית האופציות החדשה להוראות סעיף 102 החדש (כפי שגם נאמר מפורשות, הן בהסכם
15 ביטול תכנית האופציות הישנה, והן בהסכם תכנית האופציות החדשה). משכך, נראה כי נדרשת
16 יצירתיות רבה כדי לאפיין אותו תנאי עצמו - שמטרתו הברורה הנטענת אף על ידי המערערים
17 עצמם שהיא להכליל את התכנית לגדרי סעיף 102 החדש - כאילו נודעת לו תכלית נפרדת בפני
18 עצמה לעניין 'כבילת' המערערים לחברה. אדרבא, כפי שטען המשיב, ההחלטה על אימוץ תקופת
19 ההבשלה המינימלית ההכרחית לצורך הכניסה לגדרי סעיף 102 החדש, ללא קביעת תקופת הבשלה
20 ארוכה יותר (או אף כזו השווה באורכה לזו שנקבעה בתכנית האופציות הישנה), אך מחלישה את
21 הטענה כי תקופת ההבשלה נקבעה רק לצורך כבילתם של המערערים לחברה. לכך גם מצטרף,
22 כטענת המשיב, האמור בסעיף 9.4 לתכנית האופציות החדשה, לפיו המערערים זכאים למימוש
23 האופציות גם אם יתפטרו מהחברה.

24

25 61. ולעניין תקופת המימוש, הרי שלצורך השגת התכלית של הארכת תקופת האופציות בלבד,
26 ניתן היה לשנות את תכנית האופציות הישנה ולהאריכה בחמש שנים נוספות. המערערים גם לא



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

הביאו טעם ממשי מדוע לא ניתן היה להאריך תכנית זו, במקום יצירת תכנית אופציות חדשה –
ארוכה יותר - תחתיה.

62. ובאשר להוראת חוזר מס הכנסה 03/2002. סעיף 8 לחוזר קובע כך:

"החלפת אופציות ישנות באופציות חדשות:

נציבות מס הכנסה תאפשר, באותם המקרים שבהם טרם הבשילה זכותו המקורית של העובד לקבלת מניות (VESTING), לבטל אופציות שהוקצו לפני 1.1.2003 ולהקצות אופציות חדשות תחתן בהתאם לתוכנית שאושרה כתוכנית הקצאה באמצעות נאמן על פי הוראות סעיף 102 לאחר הרפורמה. לגבי אופציות חדשות כאמור, תקופת ההחזקה הנדרשת על פי סעיף 102 (החדש) תחל מיום הקצאת האופציות החדשות.

באותם מקרים שבהם חלפה תקופת ההבשלה (VESTING) – ביטול האופציות והקצאה תחתן של אופציות חדשות תיחשב למימוש/מכירת האופציות"

סעיף זה מסדיר כיצד ניתן לבטל אופציות שטרם הבשילו, ולהקצות אופציות חדשות תחתן, בהתאם לתכנית שתתאים להוראות סעיף 102 החדש. בהתאם לכך, המשיב אף קיבל את עמדתו של פרוידנשטיין, לגבי 66 האופציות שהיו באחזקתו וטרם הבשילו עד ליום 1.1.2003, ונקבע כי המס על ההכנסה ממימושן, יעמוד על שיעור של 25% בהתאם להוראות סעיף 102 החדש. ואולם, לגבי אופציות שהבשילו זה מכבר, קובע הסעיף כי ביטול והקצאת אופציות חדשות תחתן "תיחשב כמימוש/מכירת האופציות".

63. לצורך השלמת התמונה, נביא את המשך הוראותיו של סעיף 8 לחוזר הקובע כך:

"מיסוי אופציות/מניות על פי הדין הישן:

על הקצאת מניות לעובדים לפני יום 1.1.2003, לפי סעיף 102 בנוסחו טרם



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

התיקון או לפי סעיף 3(ט), יחולו ההוראות, הכללים וההסדרים שקדמו
לתיקון. הוראות אלה מצאו ביטויין, בין היתר, בחב"ק מס הכנסה, בהחלטות
ועד פסיקה ובחוזרים מקצועיים.
וידגש כי שיעורי המס במימוש מניות/אופציות על פי סעיף 102 לפני תיקונו
יהיו שיעורי המס הרגילים (הנקובים בסעיף 121 לפקודה), ולא שיעורי מס
רווח ההון שנחקקו בעקבות הרפורמה במס."

והנה, המערערים מבקשים להיבנות מנוסחו של הסעיף לאור האמור בו, ולאור התייחסותו
המפורשת בכל הנוגע לאופציות ש"חלפה" לגביהם "תקופת ההבשלה". לטענתם, סעיף זה מלמד
כי פעולה של ביטול אופציות והקצאה מחודשת מהווה אירוע מס לגיטימי שאין לסווגו כ"עסקה
מלאכותית", ומכאן, כי על ההקצאה המחודשת חלות הוראות סעיף 102 החדש. ברם, לא מצאתי
היכן מוצאים המערערים בהוראות החוזר, את אשר אין בו.

64. הוראות המעבר שנקבעו בחוק, והובאו לעיל, יוצרות "ברירת מחדל" ברורה. כאשר הוקצו
מניות לעובד לפני 1.1.2003, לא יחולו הטבות המס שנקבעו במסגרת הוראות סעיף 102 החדש או
91 לפקודה החדש. המבחן הבלעדי, לפי הוראות המעבר, הוא אימתי הוקצו המניות לעובד.
וידגש, הוראות המעבר אינן מבחינות בין אופציות שהוקצו לעובד וטרם חלפה לגביהן תקופת
ההבשלה ביום 1.1.2003, לבין אופציות שהוקצו לעובד ו"הבשילו" זה מכבר ביום 1.1.2003. לפי
הוראות המעבר, דינן של כל אלה, זהה. ככל שמדובר בהקצאה שקדמה למועד הקובע, לא יחולו
הוראות הדין החדש, כנוסחן לאחר תיקון מס' 132 לפקודה. אם כן, ממילא, כאשר הקצאת
האופציות במקרה דנן נעשתה לפני 1.1.2003 (ואין חולק כי תכנית האופציות הישנה הקצתה
למערערים אופציות טרם מועד זה), לפי הוראות הדין הרלוונטיות, אין תחולה לסעיף 102 החדש.
ויובהר, הפעולות הנוגעות לביטול אותן אופציות והקצאתן מחדש בתחילת שנת 2003 בניסיון
להתחמק מגזרת הוראות המעבר, אך מעוררות את החשד הכבד כי מדובר בעסקה מלאכותית, וזאת
בנסיבות של היעדר טעם מסחרי נוסף, כפי שנדון בהרחבה לעיל.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

65. אמנם נכון, בחוזר מס הכנסה נפתח הפתח לבטל אופציות אשר טרם הבשילו, ולהקצותן
מחדש, באופן שיכול הביטול להיכלל במסגרת הוראות סעיף 102 החדש. ואולם, ראשית, ברי כי
אין בית משפט כבול לפרשנות הוראות החוק כפי שבאה לידי ביטוי בחוזר (ראו גם: עניין דשא,
בהתייחס לאותו נוהל). בפסיקת בית המשפט נקבע זה מכבר כי בית משפט אינו כבול לפרשנות
שמעניקים שלטונות המס לדברי חקיקה שונים, במסגרת הוראותיהם המקצועיות (ע"א 3534/07
פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניין בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב (פורסם בנבו,
26.1.2010), ע"א 256/08 לאוב נ' מינהל מס שבח מקרקעין חיפה (פ"ד לז(2) 163 (1983)), וכי
הוראות ביצוע של רשות המסים, ככלל, אינן מצמיחות לנישומים זכויות הניתנות לאכיפה בבית
משפט (ר"ע (ת"א) 33596-09-12 מידטאון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב (פורסם
בנבו, 11.12.2013)). ושנית, ממילא, בענייננו, אף האמור בחוזר אינו סותר את האמור בהוראות
המעבר. מהוראות החוזר עולה ההבחנה הברורה בין אופציות שלגביהן "חלפה תקופת ההבשלה",
לבין האופציות ש"טרם הבשילו". אילו הייתה רשות המסים מבקשת לבאר בהוראות החוזר, כיצד
יחולו הוראות סעיף 102 החדש, גם במקרה של ביטול אופציות אשר הבשילו זה מכבר, הרי שלא
היה טעם להבחנה בין המקרים בהם "חלפה תקופת ההבשלה" לבין המקרים בהם "טרם הבשילו"
האופציות. גם מקובלת עלי הטענה כי במצבים בהם קיימת עילה לראות בביטול האופציות
והקצאה מחדש "מכירה" המאפשרת החלת הוראות סעיף 102 החדש, גם כאשר מדובר באופציות
שהבשילו, הדבר ייעשה במסגרת הסדר מול רשות המסים, הכולל לרוב, כפי שנטען על ידי המשיב,
גם מגבלות רבות. בכל מקרה, ברי כי בכל הנוגע לאופציות שחלפה לגביהם תקופת ההבשלה לפני
1.1.2003, אין בהוראות החוזר כדי לקבוע כי יחולו הוראות סעיף 102 החדש. על אחת כמה וכמה
ברי כי אין מדובר במנגנון אוטומטי הגובר מיניה וביה על הוראות המעבר הקבועות בחוק. יש ליתן
את הדעת גם לדברים האמורים בהמשך פסקה 8 לחוזר מס הכנסה (כותרת המשנה: "מיסוי
אופציות/מניות על פי הדין הישן"), שהובאו לעיל, המדגישים גם הם את עמדת המשיב – לפיו הדין
שיחול על הקצאה לפני 1.1.2003 יהיה הדין הישן. אם כן, אין בסיס לטענה כי האמור בסעיף 8
לחוזר מס הכנסה, המציין את האפשרות לבטל אופציות שהבשילו, גורע מסמכותו של המשיב
לקבוע כי ביטול אופציות והקצאתן מחדש מהווה, במקרים המתאימים, "עסקה מלאכותית",
ולקבוע לפיכך, כי יחול הדין הקבוע במסגרת הוראות המעבר שבחוק.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

בענייננו אפוא, מכלול הנסיבות והראיות מלמדות כי עסקינן בעסקה מלאכותית באופן שיש להתעלם מביטול האופציות לפי התכנית הישנה והקצאתן מחדש לפי התכנית החדשה ולראות במימוש האופציות בשלהי שנת 2007, תחילת שנת 2008 אירוע מס בגין מימוש האופציות שהוקצו בשנת 1998 לפי התכנית הישנה.

ומכאן לשאלת ביטול הסכם השומה עם קיפל לשנת המס 2007.

פתיחת השומה בהתאם להוראות סעיף 147

66. לטענת המשיב, לאור התנהלותם חסרת תום הלב של המערערים החל משנת 1998, קמה לו הסמכות להורות על פתיחת השומה לשנת 2007 בנוגע לקיפל חרף חתימת הסכם עמו. זאת, מהטעמים שפורטו בתצהירו של רו"ח ניר הלפרין, אשר הוא זה אשר מתוקף תפקידו כסגן מנהל רשות המיסים, קבע כי יש לפתוח את השומה: הדיווח על רווח הון לשנת 2007 לא כלל את סיווגו של קיפל כבעל מניות מהותי לאור שיעור אחזקותיו בחברה; לא נמסר מידע למשיב עובר למועד חתימת הסכם השומה בדבר מימוש האופציות ומכירתן שנעשו באותה עת; לא ניתן גילוי מלא בדבר החישוב שנעשה בעת עסקת מכירת זכויותיו של קיפל לפיו התקבלה תמורה בגין 10.68% מרווחי החברה, ולא ניתן לכך כל זכר בדו"ח רווח ההון; לא ניתן גילוי מלא בשנים 2002 ו-2003 בנוגע להחלטה על הקצאת אופציות חדשות שנעשתה אגב ההחלטה על ביטול תכנית האופציות הישנה; ולא הובאה לידיעתו של מר יעקב אילוז, אשר נתן דעתו בעבר להיותו של קיפל "בעל שליטה" בחברה, את דבר תיקונה של תכנית האופציות המקורית.

67. מנגד, טענו המערערים כי נסיבות העניין אינן בגדר אותן נסיבות חריגות המצדיקות פתיחת השומה בהתאם להוראות סעיף 147 לפקודה, באשר לא נפל פגם או דופי בהתנהלותם או בהתנהלות החברה. החברה סיפקה גילוי מלא בדוחותיה הכספיים, בכל הנוגע לתכנית האופציות הישנה, תכנית האופציות החדשה, ההגבלות שחלו על קיפל במסגרת התכנית וכן לעניין שיעור אחזקותיו של קיפל במניות ובאופציות החברה. כמו כן, יש לדחות את הטענה בדבר היעדר דיווח על מימוש האופציות, באשר לא קמה למערערים החובה לדווח על כך.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1

2 68. סעיף 147 לפקודה מסמך את הנציב לעיין מחדש, ביוזמתו או לפי דרישת נישום,
3 בשומות שנערכו לנישום ולהורות על פתיחתן. הלכה היא כי יש לפרש סמכות זו בצמצום ולהתירה
4 רק בנסיבות מיוחדות וחריגות, ולעשות בה שימוש רק כאשר השיקולים והאינטרסים הציבוריים
5 מצדיקים את הפגיעה בהסתמכות הנישום על השומה (ע"א 976/06 מרום נ' נ' נציבות מס הכנסה
6 (פורסם בנבו, 6.11.2008)). בהתאם לקביעת בית המשפט בעניין מחלב (ע"א 7726/10 מדינת
7 ישראל נ' מחלב (פורסם בנבו, 16.2.20012)), כאשר פקיד השומה מוכיח כי השומה מבוססת על
8 מידע שגוי שמסר לו הנישום, או על מידע חסר או עמום שגרם לטעות בשומה, יהיה מקום
9 להשתמש בסמכות הקבועה בסעיף 147 לפקודה כדי לבטל את השומה שבהסכם (ראו גם: ע"מ
10 45057-01-12 אייזינגר נ' מנהל רשות המסים (פורסם בנבו, 26.2.2013)). כך גם כאשר הרשות
11 נאלצה להתמודד עם מידע חסר שלא יכול היה להיות בידה או כאשר הוסתר המידע או הובלע
12 בחוסר תום לב, תגבר הנטייה לאפשר למנהל להפעיל סמכותו מכוח הסעיף (עמ"ה (ת"א)
13 1038/06 סיון נ' פקיד שומה כפר סבא (פורסם בנבו, 13.12.2009) (להלן: "עניין סיון")).

14

15 69. נסקור אפוא, את דיווחי המערערים במהלך השנים לרשויות המסים. למעשה, ניתן
16 להפריד בין שלוש תקופות של דיווחים שונים אשר התקבלו ברשות המסים הרלוונטים לענייננו:
17 התקופה הראשונה, הדיווחים שהתקבלו בשנים 1999 ו-2000 וזאת בהקשר לשאלת סיווגו של
18 קיפל כ"בעל שליטה"; התקופה השנייה, הדיווחים שהתקבלו בשנים 2002 ו-2003 סביב החלטת
19 הדירקטוריון על ביטול תכנית האופציות הישנה והתגבשותה של תכנית האופציות החדשה;
20 והתקופה השלישית, שהיא העיקר בענייננו, הדיווחים משנת 2007 ואילך לאחר מכירת המניות על
21 ידי קיפל.

22

23 70. לגבי התקופה הראשונה, נטען על ידי המשיב כי התנהלותם של המערערים בהקשר זה
24 לוקה בחוסר תום לב, כאשר אלה לא ציינו בדיווחיהם ובפניותיהם לרשות המסים את החלטת
25 נציבות מס הכנסה מיום 6.5.1999, החלטה שנתקבלה על ידי מר אילוז, לפיה אין תחולה להוראות



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 סעיף 102 לפקודה בעניינם, מכיוון שהסעיף לא חל על מניות שהוקצו לעובד שהינו בעל שליטה.
2 מנגד, לטענת המערערים, בפנייתם מיום 12.9.2000 לפקיד שומה ירושלים, דווח על ידי החברה
3 על תיקונים שבוצעו בתכנית האופציות משנת 1998, בחודש ינואר 2000, במסגרתו הותאם "מנגנון
4 החסימה" (לדיווח צורפה תכנית האופציות וכן מסמך "תיקונים לתכנית"), ובכך ביצעו את
5 המצופה מהם בהקשר זה. ואכן, במסמך המדווח על צירוף המסמכים האמורים, לא פורטו
6 השינויים שבוצעו בתכנית, ובדיווח עצמו לא אוזכרה ההחלטה הקודמת של נציבות מס הכנסה
7 בדבר היותו של קיפל "בעל שליטה". גם בדיווחים המאוחרים יותר, לא אוזכרה על ידי המערערים
8 החלטת נציבות מס הכנסה בהקשר זה. המסמך אף נשלח, כטענת המשיב, ל"פקיד שומה
9 ירושלים", ולא לגורם ברשות המסים אשר נתן את ההחלטה בעניין סיווג "בעל שליטה". בהקשר
10 זה, עצם היעדר אזכורה של אותה החלטת רשות המסים בעניין סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה",
11 בפני רשויות המסים בפניות החוזרות, אינו בהכרח התנהלות המבטאת חוסר תום לב בפני עצמה.
12 ברם, המדובר בחוליה אחת בתוך סבך רחב יותר של הסתרה, ועל כך בהמשך.

13

14 71. לגבי התקופה השנייה של הדיווחים, לטענת המשיב, החברה לא ציינה בדיווחיה כי תכנית
15 הקצאת האופציות החדשה באה להחליף תכנית הקצאה ישנה. ואכן, ביום 28.4.2003 דווח על ידי
16 הנאמן לרשויות המס (פקיד שומה ירושלים) על ביטול תכנית האופציות הישנה החל מיום
17 1.3.2003. בהקשר זה, נחלקו הצדדים האם הועבר למשיב גם העתק מהסכמי הביטול. למכתב
18 הנאמן צורף מכתבו של עו"ד אילן ירושלמי בעניין ביטול האופציות ובו צוין כי העתקי הסכם
19 הביטול יישלחו במועד מאוחר יותר ("מיד לאחר החג"). ברם, לטענת המשיב, הסכמי הביטול
20 עצמם לא צורפו ולא נשלחו בסופו של יום למשיב, עקב תקלה (פסקה 21 לתצהיר של מר שמעון
21 יוחאי אבן-חיים. לעומת זאת, המערערים טענו כי העתקי הסכמי הביטול אכן הועברו למשיב
22 (פסקה 52 לתצהיר של קיפל, פסקה 41 לתצהיר של פרוידנשטיין)). ברם, בין כה וכה, הסכמי
23 הביטול מיום 1.3.2003 אינם מציינים את התגבשותה של תכנית האופציות החדשה, אלא רק
24 מזכירים את הסכמתם העקרונית של הצדדים לנהל משא ומתן על תכנית אופציות חדשה. לכן, אף
25 אם נניח כי העתקי הסכמי הביטול הועברו למשיב, וודאי שלא היה בהם די כדי ללמד על הקשר
26 ההדוק הקיים בין תכנית האופציות הישנה לתכנית האופציות החדשה.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1
2 72. הנה כי כן, ביום 6.8.2003, דווח לפקיד שומה ירושלים 1 (ולא למר אילוז, אשר בשמו
3 ניתנה החלטת נציבות מס הכנסה בשנת 1999 בדבר היעדר תחולת סעיף 102 לפקודה) על אימוץ
4 תכנית הקצאת מניות לעובדים. לדיווח צורפו המסמכים הבאים: טופס בקשה לאישור תכנית
5 ההקצאה וכתב נאמנות, ותכנית ההקצאה החדשה שאושרה על ידי דירקטוריון החברה. גם
6 במסמכים אלה לא צוין כי מדובר בתכנית חדשה שבאה להחליף תכנית ישנה. מהלך דומה ניתן
7 למצוא גם לאחר בחינת הדו"חות השנתיים אשר צורפו על ידי הצדדים: בדו"ח השנתי לשנת המס
8 2002, בביאור 16, דיווחה החברה על ההחלטה לבטל את תכנית האופציות הישנה, ללא אזכור
9 ההחלטה על תכנית חדשה, ובדו"ח השנתי לשנת המס 2003, בביאור 16, דיווחה החברה על
10 אישור הדירקטוריון בדבר תכנית האופציות החדשה, ללא אזכור התכנית הישנה. אם כן, למרות
11 שלמעשה שתי החלטות הדירקטוריון התקבלו במהלך שנת 2003 – החלטת הדירקטוריון על ביטול
12 התכנית הישנה התקבלה ביום 10.3.2003, והחלטת הדירקטוריון על אימוץ התכנית החדשה
13 התקבלה ביום 27.5.2003 - וחרף העובדה שמבחינה מהותית המדובר בהחלטה אחת בעלת שני
14 ראשים שונים, החברה דיווחה על כל אחת מההחלטות במסגרת שני דוחות שנתיים נפרדים –
15 ההחלטה על הביטול דווחה בדו"ח לשנת 2002, בעוד שההחלטה על התכנית החדשה דווחה
16 בדו"ח לשנת 2003. דיווח כגון זה, המפריד באופן מלאכותי בין שני חלקיו של מהלך רציף אחד
17 (ביטול האופציות והקצאתן מחדש), תוך שיוך כל אחת מההחלטות לקשורות לאותו מהלך, לשנת
18 מס נפרדת, מעלה סימני שאלה משמעותיים בנוגע לאופן בו עמדו המערערים בדרישה לגילוי מידע
19 המצופה מהם. בנוסף על כך, הן בדיווחי החברה על ביטול התכנית הישנה ועל ההחלטה בדבר
20 התכנית החדשה, והן בדוחות השנתיים, נמנעה החברה בצעד זהיר ומדויק, לגלות כל שביב מידע
21 מיותר אשר עשוי היה לקשור בין ההחלטות האמורות. אין כל אזכור לכך שמדובר בתכנית חדשה
22 אשר מחליפה תכנית ישנה, ואין כל זכר לכך שבעת ההחלטה על ביטול התכנית הישנה כבר היה
23 ברור לכל המתווה הצפוי של התכנית החדשה. בשולי הדברים יצוין כי קיפל אינו יכול גם להסתמך
24 על הצהרת ההון שהוגשה על ידו לשנת 2003, גם אם מצוין בה למעשה אחזקותיו בהון החברה,
25 באשר אין גם בה כל אזכור לקיומה של תכנית אופציות חדשה אשר באה חלף תכנית אופציות
26 ישנה כאמור. כפי שגם מודה קיפל עצמו, אף לא מצוין באותה הצהרה קיומו של "מנגנון



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 החסימה". ממילא, אם כן, לא נכלל בהצהרה כל מידע נוסף מעבר לזה שהועבר – באופן מדויק
2 וזהיר, על ידי החברה עצמה - בהקשרם של האירועים הרלוונטים לענייננו.

3
4 73. וכעת לבחינת הדיווחים של התקופה השלישית שהיא כאמור העיקרית לענייננו. ביום
5 28.1.2008 הגיש קיפל דו"ח רווח הון לשנת 2007, בגין מכירת מניות ושטרי הון של החברה
6 (מכירה שהתבצעה במהלך חודש דצמבר 2007). ברם, לטענת המשיב, קיפל הצהיר על רווח ההון
7 לשנת 2007 בטופס ישן, שנעשה בו שימוש בין השנים 2003 ועד למועד תחילת תיקון 132
8 לפקודה, ובו אין התייחסות לשאלה אם הנישום הוא בעל מניות מהותי אם לאו. זאת, חרף העובדה
9 שהטופס המעודכן המיועד לדיווח על רווח ההון לשנת 2007 כלל גם את הסעיף בו נדרש הנישום
10 לציין האם הוא בעל מניות מהותי. עובדה זו אינה שנויה במחלוקת, אך גב' ריקי עותני, אשר
11 במסגרת תפקידה כמנהלת מחלקת מיסוי פרט במשרד רו"ח קסלמן וקסלמן, שניהלה צוות שטיפל
12 בעניינם של המערערים (להלן: "גב' עותני") טענה בעדותה שלא היה מדובר במעשה מכוון, אלא
13 נעשה שימוש בטופס שהיה קיים באותה עת באתר האינטרנט של מס הכנסה. עוד נטען כי הטופס
14 לא היה קיים במועד הדיווח (היינו, 28.1.2008), אלא הוא הופק רק חודשיים מאוחר יותר (היינו,
15 בחודש מרץ 2008) (עמ' 125 לחקירה הנגדית מיום 26.5.2014). סוגיה זו - המועד המדויק של
16 הנפקת הטופס - לא נתבררה עד תום, אך בכל מקרה, אין במעשה זה לבדו ממילא כדי להטות את
17 הכף לעבר מי מהצדדים.

18
19 74. השאלה העיקרית שיש לדון בה היא, האם במועד מכירת המניות בשנת 2007, במהלך
20 קיומו של משא ומתן לקראת חתימה על הסכם שומה עם קיפל ביום 17.11.2008, עמד קיפל
21 במלוא חובת הגילוי ותום הלב המצופה ממנו. למעשה, מבחינת מכלול התנהלותו של קיפל
22 בתקופה הנדונה, הולך ומתחזק הרושם כי יד מכוונת ביקשה להימנע מגילוי מפורש של מידע שיש
23 בו כדי לשפוך אור על התמונה השלמה ולסכן את הטבות המס אליהם ייחל. ויובהר: עובר למועד
24 החתימה על הסכם השומה קיפל נמנע במפורש מלהזכיר בפני המשיב את מימוש האופציות
25 ומכירתן אשר נעשתה בחודש ינואר 2008, בסמוך למועד מכירת המניות (בחודש דצמבר 2007).



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 כך למשל, הבקשה לדחיית מועד תשלום המס שהוגשה על ידי קיפל ביום 7.2.2008 אינה מזכירה
2 כלל את נושא מכירת האופציות. אכן נכון, המערערים בתצהיריהם מפנים לדיווח שנעשה, לדידם,
3 במהלך פברואר 2008, אודות מכירת האופציות והמניות (פסקה 106 לתצהיר של קיפל, פסקה 79
4 לתצהיר של פרוידנשטיין). ברם, ה"דיווח" האמור אינו אלא דיווח מאוחר כשנה לאחר מכן של
5 הנאמן, בנק מזרחי טפחות, מתאריך 8.2.2009. נוסף על כך, המערערים עצמם, למעשה, הביאו
6 ראיה התומכת משמעותית בתזה לפיה הסתרת מימוש האופציות נעשה בכוונת מכון ולצורך השגת
7 תועלת, וזאת בדוא"ל מיום 15.9.2008 מאת גב' עותני לקיפל, בו מסרה גב' עותני כי מס הכנסה
8 פנה וביקש לדעת את "יום הגשת הבקשה למימוש האופציות" (במאמר מוסגר אף יצויין כי בקשה
9 זו, שנטען כאמור שהיא היתה ביוזמת 'מס הכנסה' הייתה גם מוכחשת מכל וכל על ידי מר שמעון
10 יוחאי אבן חיים (אשר טיפל בעניינם של המערערים במסגרת תפקידו בפקיד שומה ירושלים), אשר
11 טען כי לא ידע באותה עת כלל על מימוש האופציות (תצהיר אבן חיים, פסקאות 51-52). בהמשך
12 אותה התכתבות פנתה גב' עותני לקיפל פעם נוספת והבהירה כי מכיוון ש"בשיחה טלפונית הם לא
13 העלו את נושא האופציות שוב, על כן אנו נשלח אליהם רק את התשובה לסעיף 1..." - שהתייחסה
14 לעניין פירוט חישוב רווח ההון, ולא לעניין האופציות. כלומר, מכיוון שנושא האופציות לא הועלה
15 שוב על ידי רשות המסים בשיחה טלפונית, גב' עותני טענה ואף הנחתה שמוטב שלא להזכירו אלא
16 להצניעו בחשכה.

17

18 75. ואומנם, לא נעלמה מעיני העובדה כי ההסכם עם קיפל סב סביב שנת המס 2007 ואירוע
19 מימוש האופציות היה בשנת 2008 ולכן באופן פורמאלי טרם קמה חובת דיווח על אירוע זה
20 במסגרת הדיון על שנת המס 2007. ברם, באותה עת בה גובש הסכם שומה לשנת 2007 שנחתם
21 ביום 28.11.2008, קיפל כבר מימש בחודש ינואר 2008 את האופציות שהיו באחזקתו ונראה כי
22 ההימנעות המכוונת מכל דיווח הנוגע לעניין מימוש האופציות, והנוגע לעסקה שבוצעה בסמיכות
23 זמנים כה קרובה, תוך העלמת עובדות נוספות שעשויות להצביע על הכללתו בהגדרת בעל מניות
24 מהותי או בעל שליטה, מצטרפת לכדי תמונה שלמה המרעידה את הקרקע תחת טענת ההסתמכות
25 על הסכם שומה סגור של קיפל. ויודגש, יתכן כי במהלך עניינים אחר, עצם היעדרו של דיווח על
26 אירוע המימוש לא היה בו די כדי לקבוע כי הופרה חובת תום הלב המצופה מהמערערים. ברם,



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

מהלך הדברים בענייננו מצטרף לכדי התרחשות מכוונת ומטעה שנועדה, כך נראה, להסיט במגוון דרכים אפשריות, את תשומת לבם של הנוגעים בדבר לקיומן של האופציות ומכאן לאפשרות סיווגו של קיפל כבעל שליטה או בעל מניות מהותי. לכך מצטרפת העובדה שהמערערים נמנעו מלהזכיר את אותה החלטת שניתנה על ידי מר אילוז ביום 6.5.1999 בעניין סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה", וכן העלמת המידע הקשורה לסוג השני של דיווחים שתוארו לעיל – הדיווחים בדבר ביטול תכנית האופציות הישנה ויצירתה של תכנית האופציות החדשה באופן שנעשה, כך נראה, על מנת להסתיר את הקשר ההדוק הקיים, הלכה למעשה, בין שתי התוכניות.

76. בעניין זה, יפים דברי בית המשפט בעניין סיון (פסקה 37 לפסק הדין):

"האם קיימת חובה על נישום להפנות את המשיב, שעה שזה אינו ער, על אף היות המידע בפניו, לסוגיה הנעלמת מעיני המשיב עובר לכריתת הסכם השומה? התשובה היא בחיוב. יש להבדיל בין גילוייה של סוגיה שנויה במחלוקת ששני הצדדים לא היו ערים לה במועד עריכת הסכם השומה לבין גילוייה של סוגיה בידי המשיב, אשר הנישום היה ער לה ובחר שלא להפנות את אור זרקור בחינת המשיב אליה. הגם שעל המשיב קיימת חובה לפעול במקצועיות ולדלות את מירב המידע מתוך הנתונים שמוסר הנישום, אין זה גורע מחובת הנישום לנהוג בתום לב והוגנות. כיסויה של סוגיה שהנישום ער לה, באינפורמציה, מבלי להפנות אליה במפורש, אינה מתיישבת עם חובת תום הלב ושיתוף הפעולה ולו בהקשר של השענות על טענת הסתמכות החוסמת הפעלת סעיף 147 לפקודה. מקום שהנישום היה ער לכך כי המשיב טעה ולא דן בסוגיה מאטריאלית, בפרט מהותי בהכנסתו, הגם שהמידע היה בפני המשיב ויכול היה לגלותו אולם נמנע מלעשות כן, ברגיל לא תשמע עילת הסתמכות על הסכם השומה וגמר ההליך השומתי."

77. מהמכלול כולו עולה אפוא, כי בזמן אמת קיפל נמנע מלמסור מידע מפורש, ובוודאי נמנע מלהסב את תשומת הלב למידע מהותי הנוגע לקיומן של אופציות ועסקה המתרחשת בענייני ממש באותה עת. אף לטענת קיפל כי היה בידי מר אבן חיים כל המידע הנדרש על מנת להשכיל ולחבר את האופציות והמניות שבידי קיפל לכדי הגדרתו כבעל מניות מהותי או בעל שליטה, הרי שאין בכך כדי לקבוע כי קיפל עמד בחובת תום הלב הנדרשת. לא ניתן להתעלם מהעובדה כי קיפל היה מודע, ברמת מודעות גבוהה ביותר, לקיומו של קו גבול דק כחוט השערה, המבדיל בין מצב בו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

1 יוגדר כבעל מניות מהותי או כבעל שליטה, לבין המצב אליו ייחל של החלת ההסדרים שנועדו
2 להביא להפחתת חבותו במס לפי סעיף 102 החדש. על כך יעידו גם ההתייעצויות הרבות וחוות
3 הדעת שניתנו בעניינו במשך עשור שנים. על כל נישום המבקש להגיע להסדר שומה מוסכם עם
4 רשויות המס, חלה חובת גילוי ושיתוף פעולה רחבה, וחובה זו חלה גם על קיפל. פעולה מכוונת
5 ושיטתית של הסתרת מידע מהותי הקשור לאפיונו של הנישום ולשאלה כיצד יחולו דיני המס
6 בעניינו, שומטת את הקרקע תחת הטענה כי המשיב מנוע מלעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 147
7 לפקודה.

8
9 78. ובשולי הדברים יצוין כי בהקשר זה הקשו המערערים, וטענו כי לא ניתן לקבל את הטענה
10 כי אכן תסתכן חברת AIG, אחת החברות הגדולות והאיתנות בתחום הפיננסי, בביצוע פעולות שכל
11 כולן תכליתן השגת טובתם הכלכלית האישית של המערערים. ברם, כפי שגם פורט לעיל בעניין
12 סיווגו של קיפל כ"בעל שליטה", נדחתה זה מכבר טענת המערערים בדבר היותם נושאי משרה
13 אשר לא היה להם יד ורגל בהחלטותיה של חברה בסדר גודל עולמי. בעת הזאת, אף בהסתמך על
14 הדיון שפורט לעיל בעניין קיומה של עסקה מלאכותית, נראה כי ניתן לצרף את חלקי הפאזל לכדי
15 התנהלות ברורה של המערערים אשר ניסו לעשות כל שביכולתם כדי להימנע מגילוי נאות לצורך
16 השגת תועלת כלכלית והפחתת חבותם במס.

סיכום

17
18
19 79. סופו של יום, כאמור, אני דוחה את הערעורים של שני המערערים על כל רכיביהם. כמו
20 כן, לאור האמור לעיל, בו התברר כי הדיווח אודות מועד מכירת המניות ומועד מימוש האופציות
21 בשנים שונות היה דיווח שנועד אך להפריד בין שתי הפעולות באופן מלאכותי, יש גם צדק בטענת
22 המשיב כי יש לזקוף את ההכנסות שנבעו הן בשל מכירת המניות והן בשל מימוש האופציות
23 באותה שנת מס. הואיל ומכירת המניות נעשתה בשנת 2007 ומימוש האופציות בוצע בחודש ינואר
24 2008, יש מקום לאמץ את שומתו העיקרית של המשיב לפיה יש לזקוף את כל ההכנסות בגין ביצוע
25 שתי הפעולות לשנת 2007 ולנכות את ההכנסות ממימוש האופציות מההכנסות של שנת 2008
26 בהתאם.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופט דוד מינץ

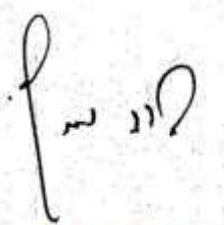
10 אוגוסט 2014

ע"מ 52821-01-12 קיפל נ' פקיד שומה ירושלים
ע"מ 52775-01-12 פרוידנשטיין נ' פקיד שומה ירושלים

83. כמו כן, אין מקום להתערב בהחלטת המשיב להטיל על המערערים קנס גירעון. לא זו
בלבד שהמערערים לא טענו בעניין זה, אלא שאינני רואה טעם ענייני להתערב בהחלטת המשיב
בדבר. פעולות המערערים נעשו כאמור בכוונת מכוון לקבל הטבות מס שלא היו זכאים לקבלן על
פי דין (השוו: ע"מ (י-ם) 3388-02-11 מ. א. כ. ל. מזון איכות כשר למהדרין בע"מ נ' פקיד שומה
ירושלים 1 (פורסם בנבו, 17.7.2013)).

קיפל יישא בהוצאות המשיב בסך 150,000 ₪ ופרוידנשטיין יישא בהוצאות המשיב בסך של
75,000 ₪.

ניתן היום, י"ד אב תשע"ד, 10 אוגוסט 2014, בהעדר הצדדים.



דוד מינץ, שופט