



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8942/15

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים: 1. יחזקאל (איזי) שירצקי
2. רון בנימין ז"ל

נגד

המשיב: פקיד שומה ת"א 4

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
בתיקי ע"מ 1155-04 וע"מ 1156-04 שניתן ביום 26.07.2015
על ידי כבוד השופט מ' אלטוביה

תאריך הישיבה: י"ב בתמוז התשע"ח (25.06.2018)

בשם המערערים: עו"ד יניב שקל ועו"ד ביני לינור
בשם המשיב: עו"ד יורם הירשברג

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. רווח הון ממכירת מניות או עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי? על כך נסב
הערעור שבפנינו.

המערערים מכרו מניות ודיווחו על רווחי המכירה כרווחי הון פטורים ממס.
המשיב דחה את הדיווח וקבע כי מדובר ברווח מעסק, ולמצער עסקת אקראי בעלת
אופי מסחרי. ערעורים על קביעה זו נדחו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל
אביב-יפו (השופט מ' אלטוביה) מיום 26.7.2015 (ע"מ 1155/04 וע"מ 1156/04).
מכאן הערעור שלפנינו, בגדרו חוזרים המערערים על טענתם כי מדובר ברווח הון.

רקע עובדתי

2. אין מחלוקת על העובדות עצמן, אך בין הצדדים נטושה מחלוקת לגבי אופן
הצגת העובדות, הנרטיב והמיסגור של רצף העובדות הרלוונטיות. בשלב זה אעשה
מאמץ לעקוף את המחלוקות ולתאר את העובדות המוסכמות.

המערער 1 (להלן: המערער) והמערער 2 נמנו על מייסדי חברת איתוראן איתור ושליטה בע"מ (להלן: החברה), ובתקופה הרלוונטית לענייננו המערער היה בעל שליטה בחברה וכיהן גם כמנכ"ל. מניות החברה הוחזקו בידי המייסדים עד להנפקה בשנת 1998. במועד זה הונפקו מניות החברה לציבור והיא נרשמה למסחר בבורסה, כך ש-20% מהמניות הוחזקו בידי הציבור ו-80% מהמניות נותרו בחזקת המייסדים. המערערים החזיקו במניות החברה באמצעות פירמידת חברות: חברת 'מוקד שירותים' החזיקה במניות 'מוקד איתוראן' שהחזיקה במניות החברה. בתקופה שבין חודש יוני 1998 ועד שנת 2002 המערער רכש מעת לעת מניות של החברה.

מתוך רכישות אלה, הרכישות הרלוונטיות לענייננו נעשו בשתי הזדמנויות: בחודש מרץ 1999 ובחודש מאי 1999 (להלן: עסקאות הרכישה). בסוף חודש מאי, הגיע שיעור האחזקה האישית של המערערים 1-2 במניות החברה לשיעור של 5% ו-2.5% (בהתאמה) מתוך הון המניות המונפק, וזאת בנוסף להחזקה העקיפה של מניות כאמור. בחודש יוני 1999 ובחודש אוקטובר 1999, מכרו המערערים מניות בהיקף גדול לבתי ההשקעות מריל לינץ' ואי.בי.אי (להלן: בתי ההשקעות). אין ספק כי עסקאות אלה (להלן: עסקאות המכירה) הן חריגות בנוף העסקאות שנהג המערער לבצע בניירות ערך.

אמרנו כי המניות נמכרו לבתי ההשקעות, אך למעשה לא מדובר בעסקת מכר שגרתית, אלא מעין עסקת "קונסיגנציה" במניות. בחוזה בין הצדדים נקבע כי ככל שמריל לינץ' תשיג מחיר גבוה יותר כך יגדלו רווחיהם של המערערים, וכן נשמרה למריל לינץ' האופציה להחזיר למערערים מניות שלא נמכרו. לפיכך, בית משפט קמא קבע כי לא מדובר במכירה אלא בהעברה של המניות למריל לינץ' כדי שתמכור אותן (פסקה 9). המערערים טוענים כי בית המשפט שגה וכי מדובר בעסקת מכר. מכיוון שהצדדים מסכימים שאין לכך נפקות להכרעה בערעור, איני נדרש להרחיב בנקודה זו, אך אבהיר כי בניגוד לטענת המערערים אין לראות את מריל לינץ' כמתווך בעסקת מכר שגרתית.

בין רכישת המניות בחודש מרץ 1999 ועד סוף חודש נובמבר, נסק מחיר השוק של מניות החברה, והמערערים הפיקו ממכירת המניות רווח כספי ניכר, בהיקף של מיליוני שקלים. אופן המיסוי של רווח זה, הוא הניצב במוקד הערעור דנא.

פסק הדין מושא הערעור

3. בית המשפט המחוזי ציין כי אמנם בדרך כלל ניירות ערך הם נכס הוני, אך בנסיבות המקרה הנוכחי נקבע כי "מדובר בפעילות במישור הפירותי, ולו בגדר עסקת

אקראי בעלת אופי מסחרי" (פסקה 9). מסקנה זו מבוססת על מאפייני העסקה, ובעיקר הפצת המניות באמצעות מריל ליניץ', שהוא גוף בעל מומחיות בשוק ההון. מאפיינים נוספים שניתן להם משקל לצורך סיווג העסקה הם ידע ובקיאות של המערער, שכיחן כמנכ"ל החברה; מכירת מניות שהוחזקו תקופה קצרה יחסית; בהיקף גדול ולא בעסקה חד-פעמית; באופן שרכישת המניות מומנה באמצעות פלטפורמות עסקיות והלוואות שנפרעו לאחר המכירה. הובהר בפסק הדין כי המערער 2 לא היה נושא משרה באיתוראן, אבל הוא פעל לאור הנחייתו והמלצתו של המערער ולכן מצבם המשפטי דומה [במאמר מוסגר: עניינם של המערערים אינו זהה לחלוטין, אך מטענות הצדדים ניכר כי מקובל עליהם שהמסקנה המשפטית צריכה להיות זהה לגבי שניהם]. לפיכך נדחה ערעור המס, אך בית המשפט נעתר לבקשת המערערים וביטל את קנסות הגירעון שהושתו עליהם.

דיון והכרעה

4. ענייננו מתמקד בסעיף 2(1) סיפא לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הקובע כלהלן:

"מס הכנסה יהא משתלם, בכפוף להוראות פקודה זו, לכל שנת מס, בשיעורים המפורטים להלן, על הכנסתו של אדם תושב ישראל שהופקה או שנצמחה בישראל או מחוץ לישראל ועל הכנסתו של אדם תושב חוץ שהופקה או שנצמחה בישראל, ממקורות אלה:
(1) השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח-יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעל אופי מסחרי".

דיני המס מייחסים חשיבות רבה להבחנה בין הכנסה פירונית לבין הכנסה הונית, אך מלאכת הסיווג אינה תמיד פשוטה (ראו, לדוגמה ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (12.8.2012) (להלן: עניין קרן)). הדיון בענייננו הוא דו-שלבי: בשלב הראשון נבהיר מהי הפרפסקטיבה שבה יש לבחון את עובדות המקרה; בהמשך לכך ובהתאם למסקנה שתתקבל, ניישם את המבחנים המקובלים בפסיקה להגדרת אופי העסקה לצורך מיסוי ההכנסה.

המשיב סבור כי יש לבודד את עסקאות הרכישה (מרץ ומאי) ולחבר אותן עם עסקאות המכירה (יוני ואוקטובר) לכדי מהלך עסקי אחד. המערערים מתנגדים לכך בתוקף. לשיטתם, יש לראות את עסקאות הרכישה כחלק מרצף מתמשך של עסקאות דומות (לשיטתם); וגם המכירה בחודש יוני נבדלת מהמכירה בחודש אוקטובר, משום

שבראשונה היו מעורבים רק שני המערערים ובשניה – כל המייסדים מכרו מניות. המערערים טענו כי עסקאות המכירה נעשו משיקולים של טובת החברה, נוכח סיטואציה עסקית שנוצרה, וסמיכות הזמנים היחסית לעסקאות הרכישה היא צירוף מקרים גרידא (לפי סעיף 45 לסיכומי המערערים, כך "רצה הגורל"). למחלוקת זו יש השפעה ניכרת על התוצאה המשפטית, וכפי שאפרט להלן, לדעתי הדין עם המשיב. חשוב לציין כי זוהי גם המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא בסוף ההליך שהתנהל בפניו ונוכח העדויות שנשמעו. גם אם לא מדובר במסקנה עובדתית מובהקת, עדיין יש לכך משקל בבואנו לדון בערעור.

5. מספר שיקולים מטים את הכף ומובילים למסקנה כי הקשר בין עסקאות הרכישה לעסקאות המכירה אינו מקרי בלבד:

(-) סמיכות הזמנים: המשיב טען כי כבר בחודש מאי החל משא ומתן למכירת מניות המערערים לבתי ההשקעות, והמערערים לא חלקו על כך. המשמעות היא כי בסמוך לאחר עסקאות הרכישה החלה להתגבש העסקה שתעביר את המניות הלאה לידי מריל לינץ'.

(-) היקף המניות: המניות שנמכרו לבתי ההשקעות הן בהיקף דומה למניות שנרכשו במרץ ומאי: המערער 1 מכר 180,000 מתוך 204,000 מניות; המערער 2 מכר 95,000 מתוך 101,800 מניות. המערערים הדגישו כי בידיהם נותרו מניות נוספות, אך עובדה זו אינה מטשטשת את ההתאמה בין היקף עסקאות הרכישה במרץ ומאי לבין עסקאות המכירה ביוני ואוקטובר. זאת ועוד, ניתן לזהות שיעור אחזקה יציב של המערער במניות החברה. עסקאות הרכישה העלו את שיעור האחזקה מעל לרף הרגיל, ועסקאות המכירה החזירו את המצב לקדמותו (פסקה 12 לפסק הדין מושא הערעור).

(-) אופן המימון: רכישת המניות בחודשים מרץ ומאי נעשתה באמצעות חברות הפירמידה שנטלו הלוואות לשם כך. על פי קביעתו העובדתית של בית משפט קמא (בפסקה 11), המערערים שילמו עבור המניות שהגיעו לידיהם, רק לאחר שהפיקו את הרווח מהמכירה על-ידי מריל לינץ'. בנסיבות אלה, ובהינתן עלויות המימון, קשה להלום כי רכישות מרץ ומאי, בסכומים של מיליוני שקלים, נעשו כחלק משגרת הרכישות שמטרתן היתה רק הגדלת שיעור החזקה בחברה מתוך שיקולים ארוכי טווח.

6. בשלב זה אדרש לשתי טענות שהעלו המערערים בניסיון להראות שאין קשר בין עסקאות הרכישה לעסקאות המכירה.

טענה ראשונה היא כי המגעים עם מריל לינץ' נעשו אך ורק לצורך השאת המוניטין של החברה נוכח הציפיה להנפקה בחו"ל: המעורבות של בית השקעות בינלאומי נועדה לאותת לשוק על האטרקטיביות של מניות החברה. אינני שולל אפשרות זו, אך ראוי לציין כי בסופו של דבר הנפקה מעין זו לא יצאה לפועל ואף לא פורסם תשקיף. מכל מקום, החשוב הוא כי גם אם המכירה למריל לינץ' היתה אמורה לקדם את עניינה של החברה, ודאי שהיו לה גם היבטים חשובים מבחינת הרווח הכספי האישי של המערערים. ודוק: המערערים היו יכולים למכור למריל לינץ' מניות שהוחזקו בידי חברות הפירמידה. הם לא פעלו כך, אלא רכשו בעצמם מניות שהונפקו לציבור, כדי למכור אותן ישירות למריל לינץ' וליהנות מהרווח הכספי הגלום בעליית שווי המניה. כפי שצויין לעיל, בפועל מחיר המניות אכן עלה באופן ניכר. הצדדים טענו בפנינו טענות שונות לגבי הסיבה לכך, אך מובן שתפקידו של בית המשפט אינו לנתח בדיעבד, ממרחק של כמעט 20 שנה, מה הוביל לתנודות בערך המניות. החשוב לענייננו הוא הניסיון לסווג את התנהלותם של המערערים כפעילות עסקית הונית או פירונית.

טענה שנייה שעלתה בערעור, היא כי המניות שנמכרו לבתי ההשקעות אינן אותן מניות שנרכשו במרץ ובמאי אלא מניות אחרות שנרכשו כבר בשנת 1998. המערערים טענו כי יש "לצבוע" את המניות שנמכרו, ועל פי שיטת FIFO (First In First Out) לזהות אילו הן המניות שעברו לידי מריל לינץ'. דין הטענה להידחות. השאלה המשפטית שבה אנו דנים קשורה לתוכן הכלכלי של עסקת המכירה. כאמור, הוכח כי יש קשר ענייני בין עסקאות הרכישה לעסקאות המכירה, ולכן אין משמעות לשאלה אילו מניות ספציפיות נמכרו.

אשר על כן, אין בידי לקבל את גרסתם של המערערים, לפיה עסקאות הרכישה נעשו כ"חלק בלתי נפרד מהשקעה ארוכת שנים 'שאתרע המזל' והחלקה בוצע בסמוך (יחסית) למכירה אקראית!" (פסקה 77 לסיכומים). גם העובדה שבחודש יוני רק המערערים מכרו מניות, ובחודש אוקטובר נהגו כך כל המייסדים, אינה גורעת מן המסקנה כי מדובר במהלך עסקי אחד. יוער כי המערערים הדגישו בעיקר את מטרת הרכישה, שלשיטתם היתה אחזקה לטווח ארוך מתוך אמונה בפוטנציאל של החברה. סוגיית היחס העקרוני בין "מטרת הרכישה" לבין "מטרת המכירה" לא התחדדה במהלך הדיון, אך אציין כי ככלל, וכך גם במקרה הנוכחי, למטרת המכירה יש משקל לא מבוטל לצורך סיווג העסקה לצרכי מס (גרדס, בעמ' 42; נמדד, בעמ' 94-95). ואגב כך הבהרה נוספת: התוצאה המשפטית בהליך זה אינה משליכה על עסקאות אחרות שעשו המערערים במניות החברה, וכל מקרה ייבחן בהתאם לנסיבותיו.

7. על רקע זה, נציג את מבחני העזר להבחנה בין הכנסה פירותית להכנסה הונית, וניישם אותם בנסיבות המקרה דנא. היישום ייעשה לאור המסקנה אליה הגעתי לעיל, ולכן ניתן לומר כי מרכז הכובד של הדיון נמצא מאחורינו.

בהינתן שהמערערים לא פעלו בשוק ההון באופן סדיר ומתמשך כ"משלח יד", רצוי להתמקד בשאלה אם הרווח מושא דיוננו הופק מ"עסקה או עסק אקראי בעלי אופי מסחרי". מבחני העזר שנקבעו לשם כך פורטו בהרחבה ובאופן סדור בפסק הדין בע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה (16.3.2009) (להלן: עניין מגיד), וראו גם: ע"א 5083/13 פקיד שומה כפר סבא נ' ברנע, בפסקאות 19-22 (2016); בן-עמי צוקרמן ועמיקם לביא "האבחנה בין 'סוחר בניירות ערך' ובין 'משקיע שאינו סוחר'" משפטים ח 47 (תשל"ז-תשל"ח) (להלן: צוקרמן ולביא); יצחק הדרי "השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים - הערות בשולי פסק דין מזרחי" הפרקליט לו 282 (תשמ"ד-תשמ"ו) (להלן: הדרי); יוסף גרוס תכנון המס בניירות ערך ובהשקעות 45-38 (1984) (להלן: גרוס); אמנון רפאל מס הכנסה כרך א 71-98 (מהדורה רביעית, 2009); אהרן נמדר מס הכנסה: יסודות ועיקרים 91-107 (מהדורה רביעית, 2013) (להלן: נמדר).

8. להלן יישום מבחני העזר השונים, שלא על פי סדר חשיבותם במקרה הנוכחי:

א. טיב הנכס: ענייננו הוא בניירות ערך, אשר לגביהם "לא ניתן לקבוע מראש מסמרות בשאלה האם מדובר בנכס בעל אופי הוני או בעל אופי פירותי, אם כי כנקודת מוצא הן נחשבות נכס 'הוני'" (עניין מגיד, בפסקה 20). בענייננו, מבחן זה אינו בעל חשיבות רבה, אך במידה מועטה הוא מקשה על עמדת המשיב לראות במכירת מניות החברה עסקה 'פירותית'.

ב. תדירות העסקאות: המערערים רכשו מניות של החברה במספר לא מבוטל של מקרים, אך הרלוונטי לענייננו הוא בעיקר מכירת המניות, וזוהי פעולה חריגה. גם מבחן זה מקשה להגדיר את מכירת המניות כפעילות מסחרית 'פירותית', אך אינו רואה לייחס לו משקל רב, משום שגם עסקה חד-פעמית יכולה להתאפיין ברווח 'פירותי'.

ג. ההיקף הכספי: המערערים קנו ומכרו מניות בסכום משמעותי, אך נתון זה אינו מסייע בסיווג העסקאות לכאן או לכאן (ראו הדרי, בעמ' 284; צוקרמן ולביא, בעמ' 64).

ד. אופן המימון: כאמור לעיל, רכישת המניות נעשתה באמצעות מימון חיצוני בדרך של הלוואות שנפרעו לאחר שהושג רווח מהעסקה. יש בכך כדי להוסיף משקל משמעותי לכף המאזניים בצידו של המשיב. כפי שהוסבר בעניין TGI: "כאשר הנישום מנצל מימון לטווח קצר לשם קניית נכס ומכירתו, מעיד אופיו של המימון על השתייכותה של העסקה לתחום העסקי-מסחרי, שכן פעילות עסקית מטרתה העיקרית היא יצירת הכנסה ורווח בצדה, תוך לקיחת סיכונים הכרחיים, כאשר שימוש בהון זר הינו מרכיב אינטגרלי בפעילות זו" (עניין TGI, בפסקה 20(ד)). ואכן, במקרה הנוכחי סבורני כי פרמטר זה זוכה למשקל מיוחד (ראו TGI, בעמ' 45; הדר', בעמ' 284).

ה. תקופת ההחזקה: פרק הזמן שחלף בין עסקאות הרכישה לעסקאות המכירה הוא קצר יחסית (כאמור, אינני מקבל את טענותיהם של המערערים בעניין זה). את אורכה של תקופת ההחזקה יש להעריך גם בשים לב לטיב הנכס בנסיבות העניין. כאן מדובר בהחזקה של מניות באופן אישי, על ידי בעל השליטה שהחזיק במניות החברה בעיקר אמצעות חברות אחרות. בהינתן שהמניות נרכשו בחודשים מרץ ומאי, ובחודש מאי כבר החלו מגעים למכירתן, אני נוטה לראות בכך תקופה קצרה שמחזקת את האופי הפירוטי של העסקה.

ו. ייעוד התמורה: המערער טען כי בכוונתו להשקיע את רווחי העסקה בחברה, אך לא עלה בידו להוכיח כי אכן עשה זאת.

ז. ידע ובקיאות של הנישום: "מומחיותו של הנישום משמשת מבחן עזר רב חשיבות על מנת לקבוע אם טיב העסקאות שהוא עושה הן עסקיות או הוניות [...] הבסיס למבחן זה הוא הרעיון כי אדם מנסה לעשות עסקים באותם תחומים שבהם יש לו ידע ובקיאות [...] לכן, ככל שרבה יותר בקיאותו של הנישום בתחום שבו נעשית העסקה, כך ניטה לראות בה פעילות 'עסקית' או 'פירוטית'" (שם). אכן, גם בענייננו יש משקל רב למבחן זה. להשקפתי, ניתן לומר בבירור כי המערער פעל בתחום שהוא בקיא בו היטב – רכישת מניות החברה שהוא מכיר לפני ולפנים מתפקידו כמנכ"ל ובעל שליטה; כאשר לצורך מיצוי הרווח – הוא נעזר בגוף בעל מומחיות בשוק ההון (מריל לינץ'). לכן, תוצאת מבחן זה תומכת במידה רבה בעמדתו של המשיב.

נוכח הטענות בערעור, יובהר כי לא כל פעולה שמבצע מנכ"ל או בעל שליטה במניות החברה – היא פעולה עסקית-פירוטית. מקובלת עליו גם טענתם של המערערים כי לא כל מכירה של מניות באמצעות גוף בעל מומחיות, משווה לעסקה אופי פירוטי. עם זאת, במקרה דנא נסיבות אלה מצטרפות זו לזו, ויש לכך משמעות. בית משפט קמא

הוסיף והדגיש כי נוכח תנאי העסקה עם מריל לינץ' – הסיכון העסקי נותר על כתפי המערער, וכי בנסיבות אלה ניתן לייחס למערער את המומחיות של מריל לינץ' בשוק ההון. מבלי לקבוע מסמרות אני נוטה להסכים, למצער בנסיבותיו של המקרה הנוכחי (ראו והשוו: עניין מג'יט, בפסקה 20(ז) והאסמכתאות שם; גרוס, בעמ' 43; הו'ד"ר, בעמ' 284; צוקרמן ולביא, בעמ' 57-59).

ח. קיומו של מנגנון: ספק אם כאשר מדובר בעסקה בניירות ערך ראוי לייחס משקל רב לקיומו של "מנגנון" עסקי (עניין מג'יט, בפסקה 20(ח)); ומכל מקום, בענייננו יש ממש בטענה כי העסקה בוצעה באמצעות מנגנון מורכב למדי. לא מדובר בעסקה רגילה של קניית ומכירת מניות, אלא ברכישה שנעשתה באמצעות חברות שהמערערים מחזיקים במניותיהן, כאשר החברות בתורן נעזרו במימון בנקאי. גם עסקאות המכירה בוצעו באמצעות אחד מבתי ההשקעות הגדולים בעולם, בתנאים שהקנו למערערים חלק ניכר מתוך עליית שווי עתידית.

ט. השבחה, יזמות ושיווק: קיים קושי לקבוע האם וכיצד בדיוק השביחו המערערים את שווי המניות, אך ראוי לציין כי בתקופה הרלוונטית פורסמו מספר הודעות מטעם החברה, ומחיר המניה עלה. המשיב הדגיש, ואכן יש לכך חשיבות, כי במסגרת העסקה בין המערערים לבין מריל לינץ' נקבע פרק זמן של חודש שרק בסיומו תוכל מריל לינץ' להתחיל למכור את המניות. הסדר זה מתיישב עם המסקנה כי מחיר המניות היה צפוי לעלות, והמערערים לא נתנו לכך הסבר אחר (וראו בעניין מג'יט, בפסקה 20(ט); גרוס, בעמ' 44; צוקרמן ולביא, בעמ' 60-61). בהקשר זה נזכיר כי על פי תנאי העסקה עם מריל לינץ' "נוצר מצב לפיו היה למערער אינטרס במניות גם לאחר העברתם למריל לינץ'" (פסקה 9 לפסק דינו של בית משפט קמא).

9. לאורם של מבחנים אלה, אנו מגיעים ל"מבחן העל" שבמסגרתו נבחן את מכלול הנסיבות האופפות את העסקה:

"כל אחד מהמבחנים דלעיל, כשלעצמו, אינו מספיק ואף אינו הכרחי על מנת לסווג את העסקה כהונית או כפירונית. בסופו של דבר, הקביעה האם פעולה כלכלית כלשהי מהווה פעולה עסקית או הונית נבחנת בכל מקרה ומקרה על פי נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה [...]"

כמובן שאין נוסחה מתמטית אשר מאפשרת לשקול את המבחנים השונים ולהגיע לתוצאה מדויקת לגבי כל מקרה ומקרה. לאחר בחינת העסקה בקריטריונים השונים יש לצייר את התמונה בכללותה, לשקול את מירב המבחנים באופן מצטבר, ולדלות מתוכה את מהותה האמיתית. בסופו של דבר, חייב חוש המומחיות

של המשפטן להדריכו, בבואו לסווג עסקאות, שדבקו בהן סממנים מסחריים והוניים גם יחד" (עניין מגיד, בפסקאות 20-21).

בבחינת מכלול הנסיבות, הגעתי לאותה מסקנה אליה הגיע בית משפט קמא, ולפיה מדובר בעסקה שהניבה הכנסה 'פירותית'. במשרעת שבין עסקה הונית לבין עסקה פירותית, בין אם נבחן את מאפייני העסקה באופן אובייקטיבי (ע"א 836/12 פקיד שומה ירושלים נ' מזרחי (21.10.2013)), ובין אם נבחן אותה על פי כוונתו הסובייקטיבית של הנישום (עניין קרן, בפסקה 45 והאסמכתאות שם), העסקה שבפנינו רחוקה מקצה המשרעת של עסקה הונית. המערערים רכשו באופן ישיר את מניות החברה שהכירו היטב ושלטו בה, וזמן קצר לאחר מכן הפיצו אותם בשוק ההון באמצעות גורם מקצועי, ברווח ניכר. אופן מימון הרכישה ואופן מימוש הרווח, תורמים גם הם למסקנה כי מדובר בעסקה שהניבה למערערים הכנסה 'פירותית' ולא 'הונית'. בבחינה מפורטת, כמו גם ממעוף הציפור, ניתן לראות בבירור כי העסקה שערכו המערערים אינה דומה לעסקה טיפוסית שאדם פרטי מבצע בניירות ערך ומפיק ממנה הכנסה הונית.

10. סוף דבר: אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו. נוכח הריבית המצטברת המוטלת על המערערים, בנסיבותיו המיוחדות של תיק זה, אציע לא לחייב את המערערים בהוצאות המשפט.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. מצטרף אני לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט יצחק עמית, בפסק-דינו, ולנימוקיו ביחס למקרה שלפנינו. מוצא אני לנכון להרחיב ביחס לשאלה העקרונית שהמקרה מעורר, וזאת מפאת חשיבותה ומורכבותה.

2. רבות נכתב על המבחנים השונים להבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית, וסוגיה זו, המהווה את אחת המחלוקות המרכזיות בין רשויות המס לבין

הנישומים, מעסיקה הן את הפסיקה והן את הספרות (ראו פסקה 7 לחוות דעתו של חברי, השופט יצחק עמית, והאסמכתאות המוזכרות שם).

3. להבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית מספר נפקויות משמעותיות בדיני המס: שיעורי מס שונים (ראו והשוו: סעיף 121 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה") למול סעיף 91(ב) לפקודה), האפשרות לקיזוז הפסדים (ראו והשוו: סעיף 28 לפקודה למול סעיף 92 לפקודה), מתן פטורים (ראו והשוו: סעיף 9 לפקודה למול סעיף 97 לפקודה) ועוד (להרחבה ראו: אהרן נמדר מס הכנסה [יטודות ועיקרים] 93-91 (מהדורה רביעית, 2013) (להלן: "נמדר"); יוסף גרוס דיני המס החדשים 73-75 (מהדורה שלישית, 2003)).

4. העניין שלפנינו מדגים מקרה קיצון בו לסיווג ההכנסה כפירותית או כהונית משמעות של הכל או לא כלום: אם רווחי המערערים ממכירת המניות הם בגדר הכנסה הונית הרי שלפי הדין שחל בשעתו, הם פטורים מכל חבות מס (ראו: צו מס הכנסה (פטור ממס על רווחי הון ממכירת מניות), התשמ"ב-1981); אם רווחים אלה הם בגדר הכנסה פירותית, הם נושאים בחבות מס בהתאם למדרגות מס הכנסה בהן הם חבים, אשר יכולים להגיע עד לשיעור מס שולי של 50%.

הערה: בשנת 2003 תוקן כידוע הדין, כך שבוטל הפטור ממס לגבי מכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה, והוטלה חבות מס בשיעור של 10% או 15% בגין רווחי הון (נומינאלי או ריאלי, בהתאמה) המופקים ממסחר בניירות ערך בורסאיים (ראו: פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132) [נוסח חדש], ס"ח 530, 559-562). בהמשך, שונה שיעור המס וכיום הוא עומד על 25% (סעיף 91 לפקודה).

5. בעוד שהנפקויות של ההבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית ברורות וידועות, ההצדקות לקיומה של הבחנה זו היו ונותרו מעורפלות ושנויות במחלוקת. לכאורה, מבחינת עקרונות היסוד של מדיניות מיסים, אין כל הבדל מהותי בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית, שכן שתיהן מבטאות גידול ביכולת הצריכה של הנישום אותו יש למסות. ההסברים המקובלים לכך שהבחנה זו בכל זאת מוכרת בדיני המס בישראל, ובמדינות רבות אחרות, נשענים על שני נדבכים: הנדבך הראשון הוא שבשל הבדלים "טכניים" הנוגעים לשאלות של תמחור (הקושי להעריך את שווי הנכס ההוני באופן שוטף) ונזילות (רווח הון קיים "על הנייר" בלבד עד למכירת הנכס) הכנסה פירותית ניתן למסות באופן שוטף (דהיינו בשנת המס בה צמחה), בעוד שהכנסה הונית ניתן בדרך כלל למסות רק בעת המימוש (דהיינו בעת מכירת הנכס); הנדבך השני הוא שלאור עיתוי המיסוי השונה עלול להיווצר ביחס לנכסי הון "אפקט נעילה", אשר עשוי

לעכב מימוש נכסי הון, ולהביא לפגיעה ביעילות המסחר. חשש זה, בצירוף הניידות הגבוהה של הון בהשוואה לעבודה, המגדילה את הסיכון כי יוצא מתחום המדינה בשל שיקולי מס, הם העומדים מאחורי שיעורי המס הנמוכים יותר הנקבעים לרווחי הון (ראו, למשל, David J. Shakow, *Taxation Without Realization: A Proposal*, 134 PA. L. REV. 1111, 1113 (1986) *for Accrual Taxation*; יורם מרגליות "בחינת ההצדקות לקיומו של שיעור מס שונה להכנסה רגילה ולהכנסות מהון" מיט"ס 53/2, 66-61 (2005). עוד ראו: משרד האוצר דוח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה 65-68 (2000); משרד האוצר דוח הוועדה לרפורמה במס הכנסה 10, 40 (2002); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 291-292 (2005)).

תהא ההצדקה (או העדר ההצדקה) להבחנה בין הכנסה פירותית להכנסה הונית אשר תהא, אין חולק כי היא מהווה חלק מהמשפט הנוהג, ולפיכך, בין אם ההבחנה מוצדקת ובין אם לאו, בין אם ההצדקה לקיומה היא טכנית ובין אם היא מהותית, מצווים אנו לפרשה וליישמה.

6. טוב ויפה, אולם כיצד נקבע אם הכנסה מסוימת היא הכנסה הונית או הכנסה פירותית? הגישה שהתפתחה בפסיקה היא גישה קזואיסטית, הבוחנת כל מקרה ומקרה תוך הסתייעות במספר רב של מבחני עזר, אשר אף אחד מהם אינו הכרחי ואף אחד מהם אינו מכריע, ואשר חוסים כולם תחת "מבחן גג" הבוחן מ"מבט על" את "מכלול הנסיבות האופפות את העסקה". היטיב לתאר זאת השופט דב לוין ז"ל בע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) 1, 12 (1985) (להלן: "עניין אלמור"):

המבחנים הללו, שנתגבשו בתהליך של פסיקה, לקביעת טיבה של עסקה אינם קונקלוסיביים, ואף אחד מהם אינו חד-משמעי. בהחלט ייתכן (על פי רוב, אכן כך קורה), שמבחנים שונים יצביעו לכיוונים מנוגדים. קשה מאוד גם לתת משקל מדוד לכל אחד מהמבחנים. לפיכך, כך קובעת הפסיקה, יש לראות את המכלול, את התמונה בשלמותה, כדי להגיע למסקנה הרצויה, התואמת את המציאות.

ואם סברנו כי במרוצת הזמן תתבהר התמונה, הרי שהתבדונו, כפי שניתן להיווכח מדבריו של השופט (בדימ') יורם דנציגר בע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה (16.3.2009) (להלן: "עניין מגיד"):

כל אחד מהמבחנים דלעיל, כשלעצמו, אינו מספיק ואף אינו הכרחי על מנת לסווג את העסקה כהונית או כפירותית. בסופו של דבר, הקביעה האם פעולה כלכלית

כלשהי מהווה פעולה עסקית או הונית נבחנת בכל מקרה ומקרה על פי נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה. מבחן זה הוא מבחן "גג" שבמסגרתו נבחנת כל נסיבה רלוונטית שיש בה כדי לסייע בגיבוש ההבחנה בין הון לפירות. כוונת הדברים היא לנסיבות מיוחדות במינן הכרוכות בעסקה הנבדקת והמאפילות בחשיבותן על המבחנים האחרים. אף אם לכאורה על פי המבחנים האחרים התגבשה תוצאה מסוימת, יכול מבחן "גג" זה לשנות את התוצאה. במסגרת מבחן זה ניתן לבחון את כוונת הצדדים, נסיבות הרכישה, נסיבות המכירה וכיו"ב. ראיית התמונה הכוללת חשובה במיוחד במצב בו חלק מהמבחנים מכוונים לקיומו של "עסק" וחלק מעידים ההפך (שם, פסקה 20(י)).

7. מצב דברים זה אינו משביע רצון לפחות משני טעמים:

ראשית, הגם שלמבחן קזואיסטי יש יתרונות, שהעיקרי בהם הוא גמישותו, המאפשרת לבחון כל מקרה לגופו לצורך גביית מס אמת, הוא כרוך במחירים כבדים, שהמרכזי ביניהם הוא חוסר הוודאות בתשלום המס עבור כל הצדדים – פקיד השומה והנישום כאחד. חסרון זה מתעצם לנוכח שיטת המס הישראלית, המבוססת על וולונטריות במובן הזה שבעסקאות מן הסוג הזה, גם אם יסווגו כפעילות הונית וגם אם יסווגו כפעילות עסקית, כל נישום מגיש באופן עצמאי דו"ח על הכנסותיו ועל פיו נעשית לו שומה עצמית. ודוק, בבסיס השיטה קיימת אמנה בין רשויות המס לנישום כי ינהגו זה כלפי זה בצורה הוגנת וייגבה מס אמת. שיטה כזו נפגמת מקום בו שוררת אי ודאות, כאשר אחד משלם מס על הכנסה הונית והשני משלם מס על הכנסה פירונית. לפיכך, קביעת כללים ודאיים ופשוטים להפעלה היא חיונית על מנת לאפשר התנהלות תקינה של נישומים מזה ושל רשויות המס מזה. זאת ועוד, ריבוי ההתדיינויות ביחס לשאלות פרשניות דומות באופיין, אף אם בכל מקרה מתעוררת זווית מעט שונה שלהן, אינו רצוי. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה (בדימ') מרים נאור:

לא אחת נפסק, כי יעילותם ובהירותם של דיני המס היא אינטרס ציבורי מרכזי ותכלית חשובה של דינים אלו, ובלשונה של חברתי השופטת א' חיות: "פרשנות זו... אף תואמת את אחת התכליות החשובות שביסוד דיני המס לפיה חותרים דינים אלה ככל הניתן להגברת הוודאות באשר לנורמות הפיסקאליות ולהגדרתן באופן בהיר ופשוט שיקל על הגבייה ויעיל אותה" (ע"א 9922/02 רשות השידור נ' שפ"מ שידורי פרסומות מאוחדים בע"מ, פסקה 10 (22.8.2007); ראו גם: ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פסקה 34 (28.5.2008)). יעילות הגבייה אף קשורה בתכלית נוספת של דיני המס, והיא גביית מס אמת ומניעת העלמות מס (ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נ' ניסים, פסקה 22 (2.2.2014)).

שנית, "מבחן הגג" שהוגדר בפסיקה, "מכלול הנסיבות האופפות את העסקה", מבהיר לנו את מעמדם של מבחני העזר – אף אחד מהם אינו חיוני ואף אחד מהם אינו מכריע, אלא יש להתחשב בכולם, לאזן ביניהם, ולהסיק מסקנה בהתאם לתמונה הכוללת המתקבלת. ואולם, "מבחן הגג" האמור אינו מספק לנו הכוונה ביחס לשאלה מה אנו מחפשים שעה שמסתייעים במבחני העזר? מהו שמבחינן בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית, ואשר את קיומו או העדרו מנסים אנו לבחון בסיוע מבחני העזר השונים?

8. המענה המקובל, המתיימר לכוון אותנו לתמצית ההבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית, הוא שהשאלה העקרונית עליה אנו מנסים לענות היא האם המכירה מתייחסת לעץ עצמו, שאז תסווג כהכנסה הונית, או שמא המכירה היא של פירות העץ, שאז תסווג כהכנסה פירותית. ואולם, מענה זה למרות שיש בו הכוונה מסוימת, אינו מספק הגדרה ברורה של השאלה עליה אנו מחפשים תשובה – לאורו עלינו לשאול את עצמנו מה מדמה את מכירת העץ (הכנסה הונית) ומה מדמה את מכירת הפירות (הכנסה פירותית) – ונמצא ששבנו במידה רבה לנקודת המוצא.

9. בהעדר יכולת לקבוע מהן תכליותיה של ההבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית, דומני כי הדרך הטובה ביותר להתמודד עם המשימה הפרשנית היא לחזור למושכלות היסוד ביחס להגדרת המונחים "הכנסה פירותית" ו"הכנסה הונית".

10. רווח (הפסד) הון הוא הרווח (ההפסד) שנוצר כתוצאה מעלייה (מירידה) בשווי הכלכלי (שווי השוק) של רכוש השייך לנישום בין שתי נקודות זמן. כך, למשל, שבח מקרקעין, על פי הגדרת סעיף 6(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 (להלן: "חוק מיסוי מקרקעין") "הוא הסכום שבו עולה שווי המכירה על יתרת שווי הרכישה...". הכנסה הונית היא אם כך ההכנסה הצומחת לאדם ממימוש של רווח הון, דהיינו ממימוש של רווח שנוצר בעקבות עליית שווי השוק של הנכס הנמכר בתקופה הרלוונטית. מיסוי הכנסה הונית הוא לפיכך מיסוי של הרווחים שנצמחו לנישום מעליית שווי השוק של הנכס, ואשר מומשו על ידו (וראו סעיף 6(א) לחוק מיסוי מקרקעין, המבהיר כי "מס שבח מקרקעין ... יוטל על השבח במכירת זכות במקרקעין"). אמור מעתה – "הכנסה הונית" היא הכנסה הנובעת ממימוש רווח הנובע מעליית שווי השוק של רכוש (הון) הנישום.

הערה: יש להבחין בין "רווח אינפלציוני" אשר אותו הפקודה איננה ממסה (ולמצער ממסה בשיעורי מס נמוכים), מאחר שאין מדובר בהתעשרות של הנישום, אלא

ברווז הנובע משינויים בערך הכסף בלבד, לבין רווח הנובע מעליית שווי השוק שנוצרת כתוצאה מתנודות בשוק של היצע וביקוש. ענייננו בסוג הרווח השני.

לעומת זאת, הכנסה פירותית, היא הכנסה שאדם מפיק מניצול המשאבים השונים העומדים לרשותו, ובכלל זה כישוריו, ידיעותיו ונכסיו. כך, למשל, הכנסה שאדם מפיק כתוצאה מהשכרת כוח העבודה שלו (סעיף 2(2) לפקודה), או המידע העומד לרשותו או מקרקעיו (סעיף 2(6) לפקודה) היא הכנסה פירותית. ודוק, הפקת ההכנסה הפירותית עשויה להיות תוצאה של שימוש בנכסים העומדים לרשות הפרט (בין אם הם בגדר רכוש ובין אם לאו), ואולם, בשונה מהכנסה הונית, אין היא נובעת (ולמצער אין היא נובעת בעיקרה) ממימוש עליית שווי השוק של רכוש (הון) הנישום.

העמדת הדברים בדרך זו מבהירה כי ההבדל הבסיסי בין "הכנסה הונית" לבין "הכנסה פירותית" הוא ברכיב בגינו הופקה ההכנסה – הכנסה הנובעת ממימוש עלייה בשווי השוק של רכוש הנישום היא הכנסה הונית, בעוד שהכנסה המופקת מניצול כישוריו ומשאביו של הנישום היא הכנסה פירותית. ודוק, להבחנה זו זיקה מסוימת לדימוי העץ והפירות, ואולם היא מבהירה כי מאחורי דימוי זה עומדת מהות הנוגעת לדרך בה צמח הרווח בידי הנישום – האם כתוצאה מעלייה בשווי השוק של רכושו (רווח הון) או כתוצאה מערך כלכלי שהפיק הנישום באמצעות כישוריו ומשאביו (רווח פירותי).

11. ניתן להמחיש את ההבחנה האמורה באמצעות דוגמא פשוטה, המתייחסת לנכס אחד – ציור אומנות. כאשר הציור נמכר על ידי האומן לסוחר האומנות, הרי שההכנסה שצומחת לאומן היא הכנסה פירותית, שכן היא תוצאה של ניצול כישוריו כצייר; כאשר הציור נמכר על ידי סוחר האומנות לרוכש פרטי, הרי שגם הכנסת סוחר האומנות היא פירותית, מאחר שהיא מופקת בעיקרה מיכולתו של הסוחר לשווק את הציור, ומהידע שרכש ביחס לשוק האומנות. ודוק, ייתכן שבמהלך התקופה בה החזיק סוחר האומנות בציור השתנה גם שווי השוק שלו במנותק ממאמצי השיווק של סוחר האומנות (כגון, כשהאומן זכה לפרסום בתקופה זו), ואולם הרווח השגרתי של סוחר האומנות נובע מיכולתו לתווך בין אומנים מוכשרים לבין בעלי ממון המתעניינים ביצירותיהם. לבסוף, כאשר הרוכש הפרטי מוכר את הציור ביום מן הימים הרי שעיקר הרווח שיעשה, ככל שיצמח לו רווח, ינבע מעליית מחיר השוק של הציור בתקופה בה החזיק בו, ולא מערך מוסף שתרום הרוכש הפרטי. רווח זה הוא לפיכך הכנסה הונית. ויובהר, ייתכנו מצבים בהם הרווח יהיה תוצר של שני מרכיבים: רכיב השינוי בשווי השוק (רווח הון) ורכיב הכישרון והמשאבים של הנישום (רווח פירותי). ואולם, עלינו להתחקות אחר הרכיב

הדומיננטי מבין השניים אשר עומד מאחורי ההכנסה, על פיו תמוסה ההכנסה, וזאת תוך העדפה של כללים ודאיים על פני דיוק מושלם.

12. ההגדרה המוצעת עולה בקנה אחד, בקירוב, עם ההצדקות המקובלות להבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית, כפי שהוצגו בפסקה 5 לעיל. רווח שצמח עקב תנודות (עליות) במחיר השוק של נכס שייך במקרים רבים לקבוצת המצבים בהם קיימים קשיי תמחור ונזילות, המקשים על מיסוי בעיתוי בו צמחה ההכנסה, ומצדיקים לדחות את עיתוי החיוב במס על ההכנסה למועד המימוש (זהו המצב, למשל, ביחס למקרקעין). כמו כן, השקעות הנסמכות על תנודות השוק הן במקרים רבים גמישות וניידות יחסית, וניתן להעבירן בנקל ממדינה למדינה (זהו המצב ביחס להשקעה במניות בורסאיות). לעומת זאת, רווח שצומח בעקבות ניצול כישוריו ומשאביו של אדם ניתן, במקרה הרגיל, למיסוי במועד בו הופק, והאפשרות להעבירו למדינה אחרת, ולהרחיקו ממקום מושבו של הנישום, מוגבלת יחסית במרבית המקרים (דוגמא מובהקת היא הכנסה מעסק או משלח יד).

ודוק, בין ההגדרה המוצעת לבין הרציונל העומד מאחורי ההבחנה בה עסקינן (הכנסה הונית או פירותית) אין התאמה מלאה, וזאת ממספר טעמים. ראשית, כפי שצוין לעיל, ההצדקות להבחנה אינן מוסכמות על הכל, אלא שנויות במחלוקת; שנית, ההצדקות מבוססות על הנמקה שיש לה מספר ראשים, ויישומן הישיר היה נתקל לפיכך במקרי ביניים לא פשוטים; שלישית, הפעלת מבחן אמורפי, המחייב בכל מקרה ומקרה בחינת משתנים כגון אפשרות תמחור, מידת נזילות, גמישות וניידות, יוצרת לא רק אי בהירות, אלא גם פותחת פתח נרחב לתכנונים ולתחבולות מצד הנישומים. אכן, כלל ברור ופשוט, גם אם מקורב בלבד, עדיף במקרים רבים בתחום דיני המס, על כלל שהוא מדויק יותר בתוצאתו, אך מורכב מאוד בהפעלתו, יוצר אי וודאות וניתן לתמרון בנקל (השוו ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, פסקאות 38-40 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מרים נאור (2008)).

13. מבחני העזר השונים שפותחו בפסיקה נדרשים, אם כך, לשם איתור הגורם הדומיננטי העומד מאחורי ההכנסה – עליית שווי השוק של רכוש הנישום או ערך שהופק על ידי הנישום מניצול כישוריו ומשאביו. כך, למשל, משך תקופת החזקה בנכס הוא שיקול רלוונטי, מאחר שהחזקה לתקופה ארוכה מעידה בדרך כלל על כך שהכוונה הייתה להפיק הכנסה מעלייה בשווי השוק של הנכס, ולא מתרומת המחזיק לשווי הנכס; בדומה, מבחן הידע והבקיאות הוא בעל חשיבות, מאחר שרווח שהופק באמצעות שימוש בידע ובבקיאות, הוא הכנסה מניצול כישוריו ומשאביו של הנישום (נמדר, עמ' 96-98; עניין מגיד, פסקה 20(ז). וכן ראו לעניין מידת הידע והבקיאות

הנדרשת: ע"א 134/58 גורי נ' פקיד השומה, תל-אביב, פ"ד יג 752, 755 (1959); ע"א 264/64 בן ציון ומירון נ' פקיד השומה תל אביב 4, פ"ד יט 246, 250-251 (1965)).

14. העמדת ההבחנה בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית על השאלה האם מקור הרווח הוא בתנודות שוק או מניצול כישורים ומשאבים מעוררת קושי באותם מקרים בהם תנודות השוק במחירו של נכס הם, כשלעצמם, תוצאה של השקעת כישורים ומשאבים מצד הנישום. כך למשל, בעל שליטה בחברה, אשר בזכות כישוריו וידיעותיו מביא את החברה להצלחה כלכלית, ואז מוכר את השליטה ברווח ניכר. דומה כי גם במצבים אלה, יש לראות ברווח שיצמח לאותו נישום ממכירת הנכס (מניות השליטה) משום רווח הון, למרות הזיקה הברורה שבין השקעת הכישורים והמשאבים על ידי הנישום לבין ההשבחה (וזאת להבדיל מהכנסות שוטפות שצמחו לבעל השליטה מהחברה, כגון המשכורת שמשך או הדיבידנדים שחולקו, אשר יסווגו כמובן כהכנסה פירותית). את ההסבר לכך ניתן למצוא בחזרה להצדקה המקובלת להבחנה בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית (פסקה 5 לעיל): את בעל הנכס האמור ניתן למסות רק בעת המימוש (ולא במועד בו צמחו הרווחים), ועל מנת שלא ליצור "אפקט נעילה" ולא לעודד "בריחת הון" (ובריחת מוחות) מוצדק לסווג את ההכנסה ממכירת הנכס כרווח הון ולא כהכנסה פירותית.

15. הפעלת ההבחנה שהוצגה לעיל ביחס למסחר בניירות ערך, מבהירה מדוע במצב הדברים הרגיל, רווח שהופק ממסחר בניירות ערך הוא רווח הון. המדובר, במקרה הנפוץ, ברווח המופק בעקבות שינוי במחיר השוק של הנכס (עלייה בשווי ניירות הערך), וככזה יש לסווגו כהכנסה הונית. ואולם, לכלל זה עשויים להיות חריגים, בשלושה מצבים שונים:

ראשית, כאשר אדם צובר ידע ביחס לשוק ההון, ומשתמש בידע זה על מנת להשקיע כספים בעבור אחרים (כגון קרן השקעות או מנהל תיקים). במצב דברים זה, הרווחים שצומחים לאותו אדם (דהיינו לקרן ההשקעות או למנהל התיקים) נובעים בעיקרם בשל כישורו וידיעותיו, שבזכותם מתאפשר לו לפעול בכספם של אחרים, ולפיכך הכנסות אלו (בין אם הן מתומחרות על פי הרווח שהוא מפיק ללקוחותיו מתנודות במחירי השוק ובין אם לאו) הן פירותיות באופיין.

שנית, מומחה לשוק ההון, המשקיע את כספו תוך שימוש בידע הפיננסי שברשותו. ודוק, בשוק מניות משוכלל, ההנחה היא כי כל המידע הקיים ישוכלל לתוך מחירי המניות, ואולם גם תחת הנחה זו, למומחים יש תפקיד בשכלול שוק ההון, ולפיכך הם יכולים להפיק רווחים שיטתיים מניצול המידע שברשותם.

הערה: עסקאות בניירות ערך מבוצעות בדרך כלל באמצעות הסתייעות באחר (עובד בחברת השקעות או פקיד בנק למשל). הסתייעות שכזו, אף כשאותו אחר הוא בעל ידע ובקיאות בשוק ההון, אין בה, כשלעצמה, כדי להוציא את רווחיו של המשקיע מגדר הכנסה הונית. חריג אפשרי לכך הוא מצב בו הנישום עושה שימוש בידע ובבקיאות של אחר, ואולם זאת תוך קיום מנגנון קבוע, שוטף ומאורגן של התייעצות, בו לנישום מעורבות אקטיבית ומשמעותית, ההופכת אותו, ולו באופן קונסטרוקטיבי, לבעל מומחיות בשוק ההון (השוו: עמ"ה (מחוזי ת"א) 608/75 אליסן ממון והשקעות בע"מ נ' פקיד השומה גוש-דן, פד"א ה' 244, 247 (1976); עמ"ה (מחוזי י-ם) 35/82 מזרחי נ' פקיד השומה ירושלים, פד"א יב 313, 318 (1984) (להלן: "עניין מזרחי"); עניין אלמור, עמ' 18-19).

שלישית, אדם מחזיק בידע ייחודי לא פומבי ביחס להשקעה מסוימת, והוא עושה שימוש בידע זה על מנת להפיק רווח ממסחר בנייר ערך, או כאשר אדם מבצע פעולות בשוק ההון המביאות לעליית שווי נייר הערך. דוגמא פשוטה לכך היא אדם העושה שימוש במידע פנים או מריץ מניות, ולפיכך מפיק רווח בזכות מידע ייחודי על כדאיות ההשקעה או באמצעות שימוש במשאבים העומדים לרשותו בכדי ליצור עלייה בשווי (ראו והשוו: עניין מגיד, סיפא פסקה 20(ט) והאסמכתאות המובאות שם). במצב דברים זה הרווח הוא, בעיקרו, תוצר של שימוש בכישוריו ומשאביו של הנישום, וככזה יסווג כהכנסה פירותית.

הערה: לשיטת רשויות המס, יש לסווג כהכנסה פירותית גם הכנסה של משקיע מסיבי (מבחינת הסכומים) ואגרסיבי (מבחינת תדירות הפעולות) בשוק ההון (ראו סעיף 74. לחזור מס הכנסה מס' 13/2004 "סיווג הכנסות ממכירת ניירות ערך ומעסקאות עתידיות הנסחרים בבורסה כהכנסה פירותית או הונית" מיום 30.6.2004). ספק בעיניי אם יש הצדקה לעמדה זו, כל עוד המשקיע בו מדובר הוא מהמר (אשר זכיותו והפסדיו הם תוצאה של תנודות שוק אקראיות), ולא בעל מומחיות (אשר רווחיו נובעים מהמידע שיש לו על שוק ההון) (עוד ראו: יצחק הדרי "השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים – הערות בשולי פסק-דין מזרחי" הפרקליט לו(2) 282, 284 (1985); נמדד, עמ' 98; עניין מגיד, פסקה 20(ג)).

16. כאשר בוחנים את מקרי העבר שעסקו במסחר בניירות ערך, למדים אנו כי פסיקה זו תואמת בעיקרה את הניתוח שהוצג לעיל.

בעניין מגיד בית המשפט העליון ראה בהכנסתו של הנישום כהכנסה פירותית. באותו עניין דובר באדם שהיה בקיא בשוק ההון מתוקף תפקידו כמנהל מחלקת השקעות של חברת אררט חברה לביטוח בע"מ, והשופט (בדימ') יורם דנציגר תיאר זאת כך: "המערער ביצע את פעילות ההשקעה בהתבסס על 'מידע פנימי' שייצר למעשה הוא עצמו, בדבר פוטנציאל הרווח ממניה זו או אחרת" (שם, פסקה 28). על כן, מקרה זה נכנס בגדר החריג השלישי.

בעמ"ה (מחוזי חי') 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32 (1972) (להלן: "עניין דקל"). על פסק דין זה הוגש ערעור לעליון שנדחה במסגרת ע"א 105/72 הנישום היה אופטיקאי שכיר שנתן הוראות למנהל המחלקה לניירות ערך בבנק דיסקונט לקנות ולמכור עבורו ניירות ערך זרים, כאשר אותו מנהל היה שולח לנישום הודעות מטעם הבנק המאשרות פעולות אלה. בית המשפט המחוזי קבע כי רווחי הנישום מעסקאות אלה הם הכנסות פירותיות, בין השאר בשל משך ההחזקה הקצר וההסתייעות במנהל המחלקה בבנק שהיה בעל הידע והמומחיות בניירות ערך. נראה כי בית המשפט המחוזי סיווג מקרה זה בגדר החריג השני, הגם שניתן להטיל ספק אם מעורבותו של הנישום בפעילות הגיעה לרמה המצדיקה זאת.

בעניין מזרחי נעזר הנישום בשירותיו של פקיד בנק ונתן לו הוראות לצורך ביצוע העסקאות כאשר תקופת ההחזקה הייתה קצרה יחסית ובוצעו עסקאות בתדירות גבוהה. בית המשפט המחוזי קבע כי יש לראות בהכנסותיו של הנישום כהכנסה פירותית. בדומה לעניין דקל, דומה שבית המשפט סבר שמקרה זה נכנס בגדר החריג השני. כשלעצמי ספק אם עמדה זו יכולה לעמוד במבחן הביקורת בנסיבות המקרה הספציפיות.

בעניין הבורסה לניירות ערך (אשר עסק בנישום שהיא חברה ולא בנישום פרטי) קבע בית המשפט המחוזי כי רווח שנצמח עקב מספר קטן של פעולות רכישה וקנייה של אגרות חוב ממשלתיות אינו בגדר הכנסה פירותית. בית המשפט התייחס לכך שלנישומה אין מומחיות בנושא וכי תדירות העסקאות לא הייתה גבוהה במיוחד (עמ"ה (מחוזי ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א 169 (1975)). מקרה זה אכן לא נכנס בגדר אף אחד מהחריגים.

בעניין פמה (שאף הוא עסק בנישום שהיא חברה) בית המשפט המחוזי קבע כי העסקאות שביצעה הנישומה הן בתחום מומחיותה כחברה להשקעות, ועל כן יש לה את הידע, הבקאות והניסיון הנדרשים להשקעות בנכסים ולמסחר בהם. לפיכך נקבע כי רווחי הנישומה ממכירת איגרות חוב ומניות הנם בגדר הכנסה פירותית (עמ"ה (מחוזי

י-ם) 38/85 פמה, חברה להשקעות ונכסים בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פד"א יז 419 (1989)). נסיבות מקרה זה נכנסות, אם כך, בצורה ברורה בגדר החריג השני.

בעניין ברנר דן בית המשפט המחוזי בשאלה האם הכנסותיו של הנישום מעסקאות מטבע-חוץ עתידיות שביצע עולות כדי הכנסה מעסק או מעסקת אקראי. נקבע כי הפעולות שביצע הנישום הן בעלת אופי השקעתי נוכח העדרו של מנגנון עסקי וארגוני מוגדר, העדרם של בקיאות וידע מקצועיים וכן תדירות נמוכה יחסית של עסקאות (עמ"ה (מחוזי ת"א) 155/97 ברנר נ' פקיד שומה גוש דן (4.3.1999)). מנימוקי בית המשפט למדים אנו כי פעילות הנישום לא נכנסת לאף אחד מהחריגים שלעיל.

ולבסוף, בעניין פרומין, דחה בית המשפט המחוזי את בקשת חברה, אשר עיסוקה בייצור ביסקוויטים, עוגות וכיו"ב, לניכוי הפסדים מפעולותיה בניירות ערך, הואיל וסבר כי הפעולות היו בעלות אופי השקעתי, בין היתר בשל חוסר הפרופורציה בין מספר הקניות שנעשו על ידי המערערת שהיה גדול יותר ביחס למספר המכירות המועט (עמ"ה (מחוזי ת"א) 868/68 ל. פרומין ובניו בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פד"א ב 240 (1969)). נראה כי גם במקרה זה לא התקיים אף אחד מהחריגים, ועל כן בצדק סווגה ההכנסה כהונית.

17. ומהכלל אל הפרט. הניתוח הפרטני שערך חברי, השופט יצחק עמית, בעובדות המקרה שלפנינו מלמד כי עניינם של המערערים נופל לגדר החריג השלישי המנוי לעיל. הרווח צמח אומנם למערערים ממסחר במניות בשוק ההון, ואולם הוא תוצר של ניצול מידע ייחודי שהיה ברשותם (בזכות מעמדם בחברת איתוראן איתור ושליטה בע"מ) ופעולות שבוצעו על ידם באופן יזום על מנת להגדיל את הרווח שיופק ממכירת מניותיהם (ההתקשרות עם בית ההשקעות חברת מריל לינץ'). בזכות המידע הייחודי ידעו המערערים כי שווי השוק של מניות החברה צפוי לעלות, ובזכות פעולותיהם הביאו לשכלול המסחר במניות החברה באופן שתרום לרווחיהם. מכאן שלא ניתן לראות בהם משקיע מן המניין בשוק המניות, שרווחיו הם בעיקרם תוצאה של תנודות "טבעיות" של השוק. המסקנה המתבקשת, היא שמדובר בהכנסה פירונית החייבת במס הכנסה.

18. 100 דבר: מהטעמים המפורטים לעיל אני מצטרף למסקנתו של חברי, השופט יצחק עמית, לפיה יש לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ח בטבת התשע"ט (26.12.2018).

שופט

שופטת

שופט