

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9187/06

בפני: כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר

המערער: רפאל מגיד

נגד

המשיב: פקיד שומה פתח תקוה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בעמ"ה 1061/01 שניתן על ידי כבוד השופט מ' אלטוביה
ביום 12.9.2006

תאריך הישיבה: ה' בחשון תשס"ט (3.11.2008)

בשם המערער: עו"ד נ' ליפשיץ

בשם המשיב: עו"ד ע' לינדר

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (שניתן על ידי כבוד השופט מ' אלטוביה) שבגדרו נדחה ערעורו של המערער על השומה שהוציא לו המשיב לתשלום מס בגין הכנסות שהפיק המערער מפעילותו בניירות ערך בשנת המס 1993.

הרקע העובדתי

הרשעתו של המערער בפלילים

1. ביום 28.9.2000 הרשיע בית משפט השלום בתל-אביב-יפו (כבוד השופט ד"ר ע' בנימיני) את המערער בביצוע העבירות הבאות: 58 עבירות של השפעה בדרכי תרמית על תנודות השער של ניירות ערך, לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; 10 עבירות של רישום כוזב במסמכי תאגיד, לפי סעיף 423 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מרמה והפרת אמונים בתאגיד, לפי סעיף 425 לחוק העונשין; וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין. בד בבד זוכה המערער מעבירה של אי גילוי מידע ומסירת מידע מטעה בתאגיד, לפי סעיף 424 לחוק העונשין וכן מעבירות של גניבה בידי מנהל וגניבה בידי מורשה לפי סעיפים 392 ו-393 לחוק העונשין. הכרעת הדין וגזר הדין של בית משפט השלום בתל-אביב-יפו בת.פ. 2592/97 מדינת ישראל נ' רפאל מגיד (לא פורסם) צורפו כמס' 1 והם מהווים את הבסיס העובדתי לפסק דיננו, בהתאם לסעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (ראו גם עמ' 4 לפסק דינו של בית המשפט קמא). בית משפט השלום גזר על המערער ביום 22.10.2000 עונש של ארבע שנות מאסר בפועל; שמונה עשר חודשי מאסר על תנאי, בתנאי שלא יעבור או ינסה לעבור אחת מן העבירות בהן הורשע בתוך שלוש שנים מיום שחרורו מן הכלא וקנס כספי בסך 2,000,000 ₪ או שנים עשר חודשי מאסר תמורתו.

הליך ערעור שהגיש המערער על פסק הדין של בית משפט השלום הסתיים בהסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין, והתייחסה לגזר הדין בלבד, ובמסגרתה נקבע כי הקנס יופחת ל-1,800,000 ₪ או שמונה חודשי מאסר תמורתו [ע"פ 71590/00 רפאל מגיד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.4.2002)].

הרקע להוצאת השומה - על פי הכרעת הדין

2. מהכרעת הדין עולות העובדות הבאות: המערער שימש כמנהל מחלקת ההשקעות של אררט חברה לביטוח בע"מ (להלן: אררט) בין השנים 1992-1994, לאחר שעבד באררט משנת 1987. בתוקף תפקידו, היה המערער אחראי על ניהול השקעותיה של אררט - הוא היה ממונה הן על השקעת הכספים בחשבונות הבנקים שבהם הוחזקו כספי החברה והן על השקעת הכספים בחשבונות שבהם הוחזקו כספי פוליסות ביטוח החיים המשתתפות ברווחים. המערער טיפל ישירות ובעצמו בהשקעת כספי אררט וכספי הפוליסות המשתתפות ברווחים דרך מספר חשבונות של אררט בחמישה בנקים שונים. המערער היה מי שקבע והחליט אלו ניירות ערך לרכוש או למכור, מתי ובאיזו

כמות, באיזה שלב של המסחר לבצע פעולות אלה ובאיזה חשבון בנק של אררט לעשות כן.

עקב תפקידו של המערער, אשר היה ממונה על השקעות אררט, בין היתר באפיק המנייתי, הוא עמד בקשר שוטף עם גורמים שונים בשוק ההון, והצטבר בידיו מידע רב ערך על הפעילות בשוק ההון. בהכרעת הדין צוינו מומחיותו ובקיאותו הגדולה של המערער בשוק ההון וכן כי הוא נחשב בקרב מנהלי אררט לבעל מקצוע מעולה (סעיף 10 להכרעת הדין). עוד צויין כי המערער הפגין ידע רחב ביותר בתחום ניירות הערך, עד לרמה הפרטנית של כל נייר ונייר, וכן היה בקיא ברמה הכללית של שוק ההון. בנוסף, המערער עבר קורס מתקדם ליועצי השקעות בניירות ערך בשנת 1990 וקורס בנושא חוזים עתידיים, והוא בעל תואר ראשון בכלכלה.

בתקופה הרלוונטית היה המערער בעל חשבון בנק פרטי בבנק הפועלים סניף פרדס-כץ.

3. בחודש פברואר 1994 ארעה מפולת בבורסה לניירות ערך, לאחר שנה שבה עלו שערי המניות בצורה משמעותית. ההפסדים הגדולים שנגרמו לאררט כתוצאה מכך הביאו לעריכת בדיקה מדוקדקת, אשר חשפה את מעשי המערער שהביאו להגשת כתב אישום נגדו, הכל כמפורט להלן.

הסתבר כי המערער ניצל את תפקידו באררט כדי להפיק לעצמו רווחים אישיים בחשבונו הפרטי. המערער פעל בחשבונו הפרטי ב-108 מניות, כאשר ב-103 מניות מתוכן הייתה פעילות מקבילה גם בחשבונות אררט. מתוך אותן מניות, התברר כי במשך 233 ימי מסחר התבצעה פעילות "נוגדת" ב-96 מהמניות, כלומר בוצעו פעולות נוגדות של קנייה ומכירה בחשבונות אררט ובחשבונו הפרטי של המערער באותם ימי מסחר.

בהכרעת הדין נקבע כי פעילותו של המערער בבורסה בחשבונות אררט למול חשבונו האישי, הייתה בעלת דפוס שיטתי ומחזורי: תחילה היה המערער רוכש את המניות לחשבונו הפרטי; לאחר מכן רכש אותן בכמויות גדולות עבור אררט, על מנת להעלות את שערן ("הרצת מניות") ולבסוף מכר את מניותיו בחשבונו האישי בשער גבוה, ואררט קנתה מניות מאותו סוג באותו יום בכמות גדולה - דרך המסחר בבורסה - במטרה ליצור עודפי ביקוש שיביאו לעליית שער המניה, באופן שהמערער יוכל למכור את מניותיו בחשבון האישי ברווח גדול יותר. לאחר מכן החל המערער בסבב שני של

מכירה וקנייה של המניות במקביל בחשבונו הפרטי ובחשבונות אררט כמפורט לעיל. במרבית המניות שנבדקו פעל המערער בשניים עד שלושה מחזורים כאלו, שבהם הוא מוכר לאררט את מניותיו לאחר פעילות "הרצה", ובדרך כלל פעל במקביל בחמש עד עשר מניות בכל סבב. במקרים לא מעטים היה המערער קונה את המניה לעצמו בשער נמוך, יום לפני שרכש אותה לאררט, בידעו כי למחרת אררט תקנה את המניה באופן שיעלה את שער המניה.

בבדיקה שנערכה התגלה כי המערער הפיק בחשבונו הפרטי רווח של למעלה מ-1,800,000 ₪, לאחר שהשקיע בחשבון סכום התחלתי של כ-50,000 ₪ ומאז לא הפקיד כספים כלשהם בחשבון. המערער ביצע בתקופה הרלוונטית, מחזור קניות ומכירות בסכום של 44,000,000 ₪. לעומת זאת, אררט הפסידה באותה תקופה ב-64 מניות מביין המניות ה"נגועות" סכום של כ-18 מיליון ₪ והרוויחה סך של 1.6 מיליון ₪ בלבד ב-38 מניות "נגועות". כפי שסיכם זאת בית משפט השלום בהכרעת הדין: המערער "ניצל את מעמדו ותפקידו בחברה, ואת המידע הרגיש שהיה בידו על השקעותיה של החברה, כדי להעצים את רווחיו בחשבון הפרטי, והדבר נעשה לא פעם על חשבון אררט, ובניגוד לאינטרס הכלכלי שלה" (סעיף 11 להכרעת הדין).

הוצאת השומה על ידי המשיב

4. לאחר שנקבע בהכרעת הדין כי המערער הרוויח - כתוצאה מפעילותו בניירות ערך בשנת 1993 - סך של 1,800,000 ₪, הוציא המשיב למערער שומה המגדירה את הכנסתו מהפעילות בניירות ערך כהכנסה מעסק או משלח יד כהגדרתם בסעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה או פקודת מס הכנסה). לחילופין סווגה ההכנסה כהכנסה מהשתכרות או רווח כהגדרתם בסעיף 2(2) לפקודה ולחילופי חילופין כהשתכרות או רווח מכל מקור אחר כהגדרתם בסעיף 2(10) לפקודה.

5. לאחר מגעים בין הצדדים הסכים המשיב לקבוע את הכנסת המערער לשנת המס 1993 על סך של 1,442,000 ₪, שכן שוכנע כי חלק מההכנסה נצמחה בשנת 1994. כמו כן, ולאחר שהמערער הציג למשיב מסמכים ואסמכתאות, הסכים המשיב להכיר בהוצאות בסך 120,000 ₪ שהוציא המערער בגין קנייה ומכירה של ניירות ערך. בנוסף, ועל אף שלא מדובר בהוצאה בייצור הכנסה, הסכים המשיב להכיר בניכוי שווי דירה שהמערער רכש מהכספים שהשיג בפעילותו העבריינית (להלן: הדירה) - דירה שהועברה על שם אררט לאחר שהורשע, במסגרת הסדר פשרה בין המערער לבין אררט - בסכום שהוציא המערער לרכישת הדירה בשנת 1993, בסך של 482,154 ₪.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

6. המערער ביקש לקבוע כי הכנסתו מפעולותיו בניירות ערך כמפורט לעיל הינה הכנסה "הונית", הכנסה שבאותה תקופה לא הייתה חייבת במס. בית המשפט המחוזי בחן את נסיבות המקרה בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקה לשם הבחנה בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית והגיע למסקנה כי הכנסתו של המערער היא הכנסה פירותית אשר הופקה מעסק או משלח יד כהגדרתה בסעיף 2(1) לפקודה.

7. באשר להפסדים שנוצרו למערער בשנים מאוחרות יותר, קבע בית המשפט המחוזי כי שיטת המס בישראל אינה מתירה את גלגולם לאחור. כמו כן דחה את טענת המערער כי המשיב הכיר בסך של 1,000,000 ₪ בגין הוצאות רכישת הדירה לצורך קיזוז הכנסותיו בשנת 1993. בית המשפט המחוזי ציין כי הצדדים ניהלו ביניהם משא ומתן אולם משלא הגיעו להסכמה ולאחר שערך המשיב בירור נוסף, התברר כי הסכום ששולם תמורת הדירה עומד על 482,154 ₪ בלבד. נקבע כי הוצאות רכישת הדירה אינן עונות להגדרת סעיף 17 לפקודה, שכן לא מדובר בהוצאות שהוצאו בייצור הכנסה, אולם בכל זאת הסכים המשיב להתיר את ניכוי שווי הדירה על פי ערכה כפי שהוצהר על ידי המערער לרשויות מיסוי מקרקעין. על כן סכום זה יופחת מן ההכנסה. בנוסף, נדחתה טענת המערער כי יש לנכות את שכר טרחת עורך דינו וכן נדחתה דרישתו להכיר בתרומות שתרם למוסדות צדקה. כן הותרו לניכוי הוצאות בגין קנייה ורכישה של ניירות ערך בסך של 120,000 ₪.

טענות המערער

8. טענתו המרכזית של המערער היא כי הוא לא היה "עוסק" כמשמעו בפקודת מס הכנסה בעת שסחר בניירות ערך והרווחים שצבר כתוצאה מפעילותו זו בשנת 1993 הם רווחים הוניים ולא פירותיים. על פי הדין שנהג בשנת 1993 לא חל מס הכנסה על רווחים הוניים שהופקו כתוצאה ממסחר בניירות ערך.

לטענת המערער, בקובעו כי המערער הפיק הכנסות מ"עסק", עשה בית המשפט קמא שימוש בהגדרות וקריטריונים שלקוחים מעסקאות מקרקעין ולא מתחום ניירות ערך. עוד טוען המערער כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי ביצוע 96 פעולות של קניה ומכירה של מניות במשך 233 ימי מסחר נחשב לתדירות גבוהה המעידה על פעילות עסקית, ללא שהוצגה לפניו חוות דעת מומחה בעניין. לטענת המערער, שנת 1993 הייתה שנה של "פריחה" בכורסה ורבים באותה שנה ביצעו עסקאות בתדירות דומה. לטענת המערער, קביעתו של בית המשפט קמא יוצרת מצב אבסורדי לפיה כל מי שסוחר באופציות "מעוף" עלול להיחשב כ"עוסק".

עוד טוען המערער כי בית המשפט קמא שגה גם בנוגע ל"מבחן המימון", שכן המערער השתמש בכספיו שלו לשם רכישת המניות. לטענתו, השאלה מנין צבר המערער את כספיו (ששימשו אחר כך לצורך רכישת המניות) אינה רלבנטית למבחן זה.

9. כמו כן, טוען המערער, כי שגה בית המשפט קמא בהתעלמו מהסכמה מפורשת שניתנה על ידי בא כוח המשיב במהלך הדיון שנערך ביום 12.5.2004, להפחית את השומה שהוצאה למערער ב-1,000,000 ₪ בגין הוצאות רכישת הדירה. לדברי המערער, בא כוח המשיב לא סייג את דבריו ולא אמר שמדובר בשלבי משא ומתן בלבד.

10. עוד טוען המערער כי בית המשפט קמא שגה כשלא העניק את המשקל הראוי לאופן התנהלות המשיב שהוציא את השומה לשנת 1993 רק ביום 28.12.2000 "דקות ספורות לפני חלוף תקופת ההתיישנות".

11. לבסוף טוען המערער כי בית המשפט קמא שגה כשלא התייחס כראוי לכך שהמשיב לא הציג הנחיות פנימיות לשנת 1993 בנוגע לאופן שבו יש לקבוע את ההבדל בין הכנסה הונית הפטורה ממס הכנסה לבין הכנסה פירותית החייבת במס הכנסה.

טענות המשיב

12. לטענת המשיב, הממצאים שנקבעו בהליך הפלילי שהתנהל נגד המערער הם הבסיס לדיון בענייננו, וממצאים אלו מתארים תמונה שונה לגמרי מזו שהמערער טוען לה.

13. לטענת המשיב, הכשל היסודי בטיעונו של המערער (לפיו בשנת 1993 היו "סוחרים" רבים כמוהו) הוא שלא היו הרבה "סוחרים כמוהו" שהריצו מניות בהיקפים של מאות מיליוני שקלים. לא כל מי שמשקיע בבורסה "מריץ" מניות, לא כל שכן בתחום, שיטתיות, היקף ומומחיות כפי שעשה המערער. המשיב מוסיף כי המערער לא ביצע "רק" 96 "פעולות", אלא מדובר ב"פעילות נוגדת ב-96 מניות", שמשמעותה מסכת שלמה של פעולות רבות שבוצעו על ידי המערער הן בכספי אררט והן בכספו שלו. פעילות זו הייתה אינטנסיבית ביותר, בעלת דפוס "שיטתי ומחזורי" שבוצעה בשלושה שלבים שונים, תוך הפעלת מניפולציות. היקף הפעילות במניות הנגועות היה כ-373 מיליון ₪.

לטענת המשיב, הוכח בהליך הפלילי שהמערער עשה שימוש בכספי אררט. רק הפעילות הנוגדת והשימוש בכספי אררט יכולים להסביר כיצד הגיע המערער מסכום התחלתי של 50,000 ₪ לסכום של 1,800,000 ₪. בנוסף, אין מחלוקת שהמערער היה "בקי בשוק ניירות הערך". בהתחשב באמור לעיל, טוען המשיב, כלל נסיבות המקרה מביאות למסקנה שלא מדובר במשקיע פרטי בבורסה, אלא במנהל מחלקת השקעות של חברת אררט שניצל מעמדו וסמכותו על מנת להקים עסק עברייני של הרצת מניות.

14. אשר לניכוי הוצאות רכישת הדירה, בית המשפט קמא קבע במפורש כי אין מדובר בהוצאה לצורך ייצור הכנסה כנדרש בסעיף 17 לפקודה. זאת ועוד, המשא ומתן לפשרה בין הצדדים לא הסתייע ולכן התיק נקבע לדיון הוכחות, משכך, לא ניתן לטעון להסכמה בלתי מסויגת של בא כוח המשיב לניכוי הסכום של 1,000,000 ₪. אמירה במסגרת משא ומתן לפשרה שלא הסתייע, שנאמרה בטרם הובהרו העובדות לאשורן, אינה יכולה להביא לכך שתתקבל תוצאה שבעליל אינה נכונה ועומדת אף בניגוד לראיות שלפני בית המשפט ולהודאת בעל דין מפורשת.

15. המשיב מוסיף וטוען כי לא ברורה טענת המערער בעניין הוצאת השומה "דקות ספורות לפני חלוף תקופת ההתיישנות". השומה הוצאה שלושה ימים לפני תום תקופת ההתיישנות ולכן אין חולק שהוצאה במועד. כמו כן, אין להתעלם מכך שהכרעת הדין בהליך הפלילי, שעליה מסתמכת השומה, ניתנה בסוף ספטמבר 2000 וגזר הדין ניתן בסוף אוקטובר 2000, כחודשיים לפני הוצאת השומה.

דיון והכרעה

16. שתי שאלות מרכזיות עומדות לפנינו, והן: האם הכנסת המערער מהמסחר בניירות ערך מהווה הכנסה פירותית הנכנסת לגדר המקור שבסעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה; והאם היה על המשיב לנכות מן ההכנסה החייבת סכום של 1,000,000 ₪ בגין רכישת הדירה (שנרשמה על שם אררט במסגרת הסדר פשרה כאמור) במקום הסכום של 482,154 ₪ שנוכה בגינה. שתי שאלות משניות נוגעות למועד הוצאת השומה ולקיומן של הנחיות פנימיות בעניין סיווג ההכנסה ממסחר בניירות ערך. נדון בשאלות אלה כסדרן.

סיווג הכנסתו של המערער מניירות ערך

סיווג הכנסה - כללי

17. המונח "הכנסה" קשה להגדרה, וסעיף 1 לפקודת מס הכנסה מגדירו באמצעות אותו מונח עצמו, תוך הפניה לאמור בסעיפים 2 ו-3 לאותה פקודה:

”הכנסה” - סך כל הכנסתו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3, בצירוף סכומים שנקבע לגביהם בכל דין שדינם כהכנסה לענין פקודה זו;”

הפקודה אימצה את תורת המקור האנגלית המנסה למנות את המקורות הספציפיים כתחליף להגדרת הכנסה ולכן נדרש שההכנסה תהיה נובעת ממקור קבוע [אהרן נמדר דיני מסים [מסי הכנסה] 42-43 (מהדורה שניה מורחבת ומעודכנת, 1993) (להלן: נמדר); ע”א 9412/03 חזן נ’ פקיד שומה נתניה, פ”ד נט(5) 538 (2005), סעיף 16 לפסק הדין (להלן: פסק דין חזן); יוסף מ’ אדרעי מבוא לתורת המסים 110 (2008) (להלן: אדרעי)]. סעיף 2 לפקודה מונה רשימה של מקורות הכנסה שונים, שעליהם מוטל המס על פי הפקודה [אמנון רפאל מס הכנסה כרך ראשון 30-31 (מהדורה שלישית, מורחבת ומעודכנת, 1994) (להלן: אמנון רפאל)]. לענייננו רלוונטי סעיף 2(1) לפקודה הקובע כדלקמן:

2. 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 בעלי אופי מסחרי;”

18. נוסף על השתייכותה של ההכנסה לאחד מן המקורות הסטטוטוריים הקבועים בסעיף 2 לפקודה עליה לשאת אופי ”פירותי” (ע”א 10251/05 ברשף אילת בע”מ נ’ פקיד שומה אילת, (לא פורסם, 19.12.2007) סעיף 9 (להלן: פסק דין ברשף); נמדר, עמ’ 43; אמנון רפאל, עמ’ 37). דיני המס מבחינים בין הכנסה ”פירותית” לבין הכנסה ”הונית”, אם כי ההבחנה ביניהן אינה פשוטה. המטפורה המקובלת להסביר את ההבדל בין השניים היא המטפורה של ”עץ ופירות”. מקור ההכנסה הוא העץ אשר יש לו פוטנציאל להניב פירות באופן חוזר ונשנה, ופירות אלו, הם ההכנסה מהמקור. לעומתה, הכנסה ממכירת העץ עצמו, כלומר, מקור ההכנסה, היא ”הכנסה הונית” (פסק דין חזן, סעיף 16; אדרעי, עמ’ 131). במילים אחרות, הכנסה פירותית מאופיינת בכך שהיא נובעת באופן מחזורי ממקור הכנסה קבוע. לעומת זאת, הכנסה הונית נובעת ממכירת מקור ההכנסה עצמו (נמדר, עמ’ 43; אמנון רפאל, עמ’ 32-33). הפסיקה גיבשה מבחנים אחדים המשמשים לצורך ההבחנה בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית (אמנון רפאל, עמ’ 32). נפקותה העיקרית של האבחנה בעבר הייתה עצם חבות המס - שכן בעבר הכנסה הונית לא הייתה חייבת במס הכנסה לעומת הכנסה פירותית שכן

הייתה חייבת בה (נמדד, עמ' 55; פסק דין חזן, סעיף 40). כיום עדיין ישנן נפקויות להבחנה בין השתיים, כגון שיעורי המס החלים על כל אחת מההכנסות (ראו: נמדד, עמ' 56-57). לענייננו הנפקות היא בכך שככל שתסווג ההכנסה כהונית, יהיה המערער - לטענתו - פטור מתשלום מס בגינה בעוד שאם תסווג ההכנסה כפירונית, הוא יהיה חייב מס בגינה על פי השיעורים הקבועים בפקודה.

הנה כי כן, על מנת שהכנסה תחוב במס הכנסה עליה לעבור דרך מסנת כפולה: ראשית, עליה להיות מוגדרת כהכנסה "פירונית" ושנית, עליה להיכנס לגדר אחד המקורות המנויים בסעיף 2 לפקודה.

הכנסה מ"עסק"

19. מקובל לחלק את המקורות שבסעיף 2 לפקודה לשני סוגים עיקריים: אקטיבי ופסיבי. ההכנסה האקטיבית - ההכנסה ה"עסקית", נובעת מפעילות ממשית, נמשכת ושיטתית; מטרתה מוגדרת ולהפקתה נדרשת יגיעה אישית מצדו של בעל העסק, עובדיו, שלוחיו או אחרים מטעמו. לעומתה, ההכנסה הפאסיבית מהווה תשואה על הון מושקע ולא נדרשת כל יגיעה אישית להפקתה [פסק דין ברשף, סעיף 9; ראו גם: אבי אלטר "תמורה לנכס ויגיעה אישית כבסיס לאבחנה בין הכנסות עפ"י סעיפים 2(1) ו-2(2) לבין הכנסות עפ"י סעיפים 2(4), 2(6) ו-2(7) לפקודה" מיסים ג' 1/ ינואר 1989, א-61]. השאלה לאיזה מן המקורות שבסעיף 2 לפקודה נכנסת ההכנסה גם היא בעלת נפקויות שונות. כך, למשל, הוראת סעיף 28 לפקודה בעניין קיזוז הפסדים חלה רק על הפסד הנובע מעסק או ממשלח יד ואין ההוראה חלה על הפסדים ממקורות אחרים [נמדד, עמ' 114; יוסף גרוס תכנון המס בניירות ערך ובהשקעות 32-33 (1984) (להלן: גרוס); אדרעי, עמ' 178].

המבחנים שנועדו לבדוק אם הכנסה מסוימת הינה הכנסה הונית או הכנסה פירונית טובים גם לצורך השאלה אם ההכנסה היא הכנסה מעסק ומשלח יד לפי סעיף 2(1) לפקודה או אם ההכנסה נובעת ממקורות אחרים (נמדד, עמ' 56 וכן עמ' 113-114). הטעם לכך הוא שהכנסה עסקית מאופיינת, דרך כלל, בכך שהיא מניבה הכנסת פירות בעלת אופי תדיר ומחזורי. יוער, כי בתחילת הדרך שימשו המבחנים להבחנה בין פעילות עסקית לבין פעילות שמטרתה השקעה גרידא, וכן להבחנה בין הכנסה פירונית לבין הכנסה הונית, בהתאמה, בעיקר בהקשר של נכסי נדל"ן ומקרקעין (ראו למשל: ע"א 264/64 בן ציון נ' פקיד השומה תל אביב 4, פ"ד יט(1) 245 (1965) (להלן: פסק דין בן ציון); ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד לט(4) 1 (1985) (להלן: פסק דין אלמור); פסק דין חזן). כאשר יישמו בתי המשפט מבחנים אלו

לתחומים אחרים, כגון שוק ההון, נשמעה על כך ביקורת [ראו למשל: יצחק הדרי "השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים - הערות בשולי פסק דין מזרחי" הפרקליט לו(2) 282 (1985) (להלן: הדרי); אברהם אלטר, רונן ארויו "הכנסות מעסק - ביקורת בעקבות פסק דין צבי ברנר" מיסים יג/5 (אוקטובר 1999) א-1 (להלן: אלטר וארויו)]. אין ספק כי המבחנים שהופעלו לעניין נכסי מקרקעין אינם תמיד מתאימים לבדיקת פעולות בניירות ערך, וכי יש להתאים את המבחנים לשוק בו מדובר [ראו למשל: בן עמי צוקרמן ועמיקם לביא "האבחנה בין 'סוחר בניירות ערך' ובין 'משקיע שאינו סוחר'" משפטים ח 47, 48 (1977) (להלן: צוקרמן ולביא); וכן ראו: נמדר, עמ' 70].

20. נסקור תחילה את המבחנים ולאחר מכן נעבור ליישם אותם על נסיבות המקרה.

(א) טיב הנכס או אופי הנכס: במסגרת מבחן זה ייבדק טיבו ואופיו של הנכס כנכס השקעתי לטווח ארוך או כנכס למסחר שוטף (פסק דין חזן, פסקה 41). ניתן לומר כי באופן עקרוני כל נכס יכול לשמש הן לצרכי מקח וממכר (כלומר לצרכים עסקיים) והן לצרכי השקעה לטווח ארוך. יחד עם זאת, יש נכסים אשר ככלל מוחזקים לצרכי מסחר (לדוגמא, מצרכי יסוד ביתיים) ויש נכסים אשר בשל אופיים הם מוחזקים לצרכי השקעה (לדוגמא, מקרקעין) (אמנון רפאל, עמ' 49-47; נמדר, עמ' 63). יש לבחון את הנכס בהקשר שבו נעשתה העסקה (אלטר וארויו, עמ' א-3), ולבדוק האם ה"חזקה" הקיימת לעניין אפיונו של אותו נכס ניתנת לסתירה. בנוסף, ניתן לומר כי מבחן טיב הנכס אוצל על המבחנים האחרים, כפי שעוד יובהר להלן (פסק דין אלמור, עמ' 14).

גם בנוגע לניירות ערך לא ניתן לקבוע מראש מסמרות בשאלה האם מדובר בנכס בעל אופי הוני או בעל אופי פירותי, אם כי כנקודת מוצא הן נחשבות נכס "הוני" [עמ"ה 35/82 מזרחי נ' פקיד השומה ירושלים, פ"מ תשמ"ד(2) 338, 346-347 (1984) (להלן: פסק דין מזרחי); נמדר, עמ' 64; גרוס, עמ' 40]. מקרה אחד שבו ניירות ערך יהוו נכס בעל אופי "עסקי" או "פירותי" הוא כאשר הם מוחזקים בידי מי שהשקעה בניירות ערך, וכישהם ומימושם מהווה חלק מעסקו הרגיל, כגון בנק או חברה ביטוח. כמו כן, ייתכן שניירות ערך "ישנו את אופיים" וייחשבו כנכס "עסקי" או "פירותי" כאשר הפעילות בהם לובשת צורה של עסק ממש, עקב תדירות הפעילות בהם, היקף העסקאות, והאופי הספקולטיבי (או הסולידי) של ניירות הערך וכיו"ב (פסק דין מזרחי, עמ' 347; נמדר, עמ' 64). מניות ספקולטיביות מצביעות על כיוון עסקי כאשר הן מהוות את המרכיב העיקרי בתיק ההשקעות וכאשר מדובר בהשקעות לטווח קצר (הדרי, עמ' 70).

284). כאמור, אין תשובות ברורות בנדון ובכל מקרה יש להסתכל על התמונה הכוללת כדי להגיע להכרעה נכונה.

(ב) תדירות העסקאות או הפעולות: לפי מבחן זה, מספר רב של פעולות דומות באותו סוג של נכס עשוי להוכיח את טיבה המסחרי או ה"פירותי" של העסקה (נמטר, עמ' 67; פסק דין חזן, סעיף 41). יחד עם זאת, מבחן התדירות והשאלה מהי תדירות המצביעה על פעילות "עסקית" להבדיל מפעילות "הונית" נבחנים בהקשרם של הנכס או הפעילות הנדונים. כך למשל, על מנת שהכנסה ממכירת מקרקעין תיחשב פעילות "עסקית", תידרש תדירות נמוכה יותר מאשר פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך, אשר פעולת המסחר בהם פשוטה יותר ואשר מעצם מהותן והיותן נזילות יותר נעשות בתדירות רבה יותר מאשר פעולות במקרקעין. לכן קנה המידה לבחינת התדירות המעידה על פעילות "עסקית" יהיה שונה בכל אחד מהמקרים (אלתר וארזי, עמ' א-3; נמטר, עמ' 67-68; צוקרמן ולביא, עמ' 50-51; פסק דין מזרחי, עמ' 347).

גם ניירות הערך כשלעצמם נבדלים בינם לבין עצמם במידת התדירות של המסחר בהם. בעבר הושמעה הדעה לפיה כאשר מדובר בעסקאות עתידיות במט"ח, בשל אופי השוק, די במספר עסקאות קטן על מנת להפוך לבעל "עסק"; כשמדובר במניות של חברות נסחרות גם פעולות רבות יכולות להיחשב הוניות, ואילו במניות של חברות פרטיות גם מספר פעולות רב לא הופך את המקור ל"עסקי" בנסיבות מסוימות (אלתר וארזי, עמ' א-3). יחד עם זאת, גם קריטריונים אלו עשויים להשתנות מעת לעת בהתאם לשינויים באופיים של השווקים.

(ג) ההיקף הכספי: על פי מבחן זה, ככל שהיקף העסקאות רב יותר, ובייחוד ביחס להיקף המקורות האחרים של הכנסת הנישום, עשוי הדבר ללמד על אופי פירותי (או עסקי) של הפעילות (פסק דין חזן, סעיף 41; נמטר, עמ' 62). יחד עם זאת, מרבית הדעות גורסות כי מבחן זה הוא למעשה רק יסוד רלוונטי בנסיבות העסקה, כשהוא מצטרף למבחנים אחרים, ואין הוא כשלעצמו מבחן עצמאי (אמנון רפאל, עמ' 58; נמטר, עמ' 62; פסק דין אלמור, עמ' 14). כמו כן, ייתכן שדווקא רכישה חד-פעמית בעלת היקף גדול מבחינת סכום ההשקעה (או מספר מוגבל של פעולות כאלה) יכול שתצביע על פעולת השקעה הונית (פסק דין מזרחי, עמ' 349).

(ד) אופן המימון: על פי מבחן זה, ככלל, כאשר הנישום מממן את העסקה מתוך חסכוניותו ואינו נזקק לסיוע פיננסי, מעיד הדבר על עסקה "הונית", לצרכי השקעה, משום שעסקה הונית מאופיינת בעיקר על ידי מטרה למצוא אפיק השקעה

לעודפי מזומנים שבידי המשקיע; ואילו 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. לעומת זאת, מימון בדמות אשראי לטווח ארוך מאפיין דווקא השקעה הונית (כדוגמת משכנתא לדירת מגורים). כמובן שגם מבחן זה אינו עומד בפני עצמו והוא מצטרף לשאר נסיבות העסקה (אמנון רפאל, עמ' 52-53; נמדד, עמ' 62-63; פסק דין 100, סעיף 41; פסק דין מזרחי, עמ' 348-349; אלתר וארויו, עמ' א-4; הדרי, עמ' 284).

(ה) תקופת ההחזקה: ככל שהתקופה החולפת בין רכישת הנכס לבין מכירתו קצרה יותר, כך גוברת הנטייה לראות בעסקת מכירתו עסקה המניבה הכנסה פירותית. לעומת זאת, ככל שתקופת ההחזקה ארוכה יותר, כך נוטה העסקה לצד ההוני (אמנון רפאל, עמ' 54). מבחן זה נכון הן לנכסי מקרקעין והן לתחום ניירות הערך, אולם מטיבם של דברים, פעולות בניירות ערך מתבצעות בתכיפות גדולה יותר מזו של פעולות במקרקעין (פסק דין מזרחי, עמ' 347; אלתר וארויו, עמ' א-5). כך למשל, כאשר מקרקעין נמכרו לאחר תקופת של מספר חודשים או אפילו כשנה, נקבע כי הדבר מצביע על פעילות עסקית [לדוגמא: ע"א 639/70 רימר נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ד 183 (1971); עמ"ה (מחוזי ת"א) 248/85 וינבך נ' פקיד שומה ת"א 1, פד"א טו 360 (1986); ע"ש (מחוזי ת"א) 491/82 פוזאילוב נ' מנהל מכס ומע"מ, פד"א יז 7 (1988); עמ"ה (מחוזי ת"א) 60/76 ברנר נ' פקיד השומה גוש דן, פד"א ט 54 (1977); עמ"ה (מחוזי ת"א) 608/75 אליסן ממון והשקעות בע"מ נ' פקיד השומה גוש דן, פד"א ח 244 (1976)]. לעומת זאת, כשמדובר בניירות ערך, משך החזקה של ימים או אפילו חודש וחצי ייחשב קצר [גרודס, עמ' 41; עמ"ה (מחוזי חיפה) 119/71 זקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32 (1972) (להלן: פסק דין זקל)].

(ו) ייעוד התמורה: הדעה הרווחת היא כי באופן עקרוני אין בייעוד התקבולים עצמו כדי לקבוע את אופי ההכנסה, ואין בכוחו של השימוש בתמורה למטרות הוניות להפוך פעולה מסחרית לפעולה הונית, או ההפך. אולם במקרה של ספק, יש מקום לבדוק את אופן השימוש או הייעוד של כספי התמורה כמבחן עזר (נמדד, עמ' 64-65; ראו גם: צוקרמן ולביא, עמ' 67). כמו כן, עשוי בית המשפט לראות בהחלפת השקעה בהשקעה עדות לאופייה ההוני של העסקה, אולם חילופי השקעה עשויים להצביע גם על תדירות עסקאות, המאפיינת דווקא "עסק" (אמנון רפאל, עמ' 60).

(ז) ידענותו ובקיאותו של הנישום: מומחיותו של הנישום משמשת מבחן עזר רב חשיבות על מנת לקבוע אם טיב העסקאות שהוא עושה הן עסקיות או הוניות (פסק דין אלמור, עמ' 17). הבסיס למבחן זה הוא הרעיון כי אדם מנסה לעשות עסקים באותם תחומים שבהם יש לו ידע ובקיאות (נמדד, עמ' 60). לכן, ככל שרבה יותר בקיאותו של הנישום בתחום שבו נעשית העסקה, כך ניטה לראות בה פעילות "עסקית" או "פירותית". ככל שקטנה בקיאותו של הנישום באותו תחום כך גדל הסיכוי כי התקבול יסווג כהוני (אמנון רפאל, עמ' 49-50). הבקיאות הנדרשת אינה בקיאות עילאית, ואף נקבע כי אין היא חייבת להיות בקיאות של המבצע עצמו, והיא יכולה להיות של מי שייעץ לו בביצוע הפעולה (כגון ברוקר או יועץ השקעות) (ראו: פסק דין בן ציון; פסק דין מזרחי, עמ' 347-348; פסק דין דקל). יחד עם זאת, דווקא בהקשר של מסחר בשוק ההון, יש המבקרים אבחנה זו הנוגעת למבחן המומחיות (ראו: אלתר וארדויו, עמ' א-4). בנוסף, בפסק דין מזרחי (עמ' 348) נאמר כי כאשר נעשית פעולה במניות על פי ידע שנרכש, בין באמצעות מקורבים ובין בדרך אחרת, בדבר האפשרויות הכלכליות הטמונות במניה, הדבר מצביע על אופי עסקי של הפעולה.

(ח) קיומו של מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת: אחד המאפיינים של עסק הוא הפעילות הקבועה והנמשכת בו ולכן יש צורך בקיומו של מנגנון שיאפשר את הפעילות, כגון משרד, צוות, הנהלת חשבונות, שיווק וכיוצא באלה פעולות אקטיביות שמאפשרות את ייצור ההכנסה השוטפת (אמנון רפאל, עמ' 53; נמדד, עמ' 70; פסק דין אלמור, עמ' 15-16). יחד עם זאת, יש הסבורים כי כאשר מדובר בפעולות בניירות ערך אין חשיבות רבה לשאלת קיומו של מנגנון ארגוני, ויש להסתפק בהיות הנישום אקטיבי במסגרת הפעילות (פסק דין מזרחי, עמ' 348; אלתר וארדויו, עמ' א-4).

(ט) פיתוח, טיפוח, השבחה, יזמות ושיווק: נקודת המוצא היא שנכסים שעוברים שינוי והשבחה לקראת מכירתם, כגון שינויים שנועדו להפוך את הנכס לסחיר יותר ולהעלות את ערכו, או שמכירתם דורשת פעולות שיווק, הם נכסים הנמכרים במסגרת פעילות מסחרית-עסקית ואילו כאשר עסקינן בנכס שלא נעשו לגביו פעולות יזמות או פעילות שיווקית מדובר בדרך כלל בעסקה הונית (אמנון רפאל, עמ' 55; פסק דין חזן, סעיף 41). מבחן זה רלוונטי בעיקר לנכסי מקרקעין וכאשר מדובר במשקיעים גדולים (אלתר וארדויו, עמ' א-5). יחד עם זאת, יש הסבורים כי אם הנישום ביצע פעולות כדי שהמניות יעלו בערכן, כגון מניפולציות או "הרצה" של מניות, הדבר יצביע על פעילות עסקית (מבלי להיכנס לשאלת החוקיות של פעולות אלה) (ראו: הדרי, עמ' 284; גרוס, עמ' 68-69).

(י) מבחן ה"על" - הנסיבות האופפות את העסקה: 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 (אמנון רפאל, 56-57; פסק דין חזן, סעיף 41; פסק דין אלמור, עמ' 14-15; אלתר וארזי, עמ' א-5).

(יא) מבחנים נוספים שנזכרו בפסיקה ובספרות ואשר אינם רלוונטיים כאשר מדובר באדם פרטי אשר סוחר בניירות ערך הם: מטרותיה של חברה על פי תזכירה (אמנון רפאל, עמ' 58; נמדד, עמ' 59; צוקרמן ולביא, עמ' 65); והרישום במאזן החברה (אמנון רפאל, עמ' 60; נמדד, עמ' 65; צוקרמן ולביא, עמ' 66).

21. 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. בכל מקרה ומקרה יהיה למבחנים השונים משקל שונה, בהתאם לנסיבות. כך, למשל, בהקשר של מקרקעין יהיו למבחנים מסוימים, כגון מבחן ההשבחה וקיומו של מנגנון עסקי, משקל גבוה יותר מאשר בהקשר של ניירות ערך (אמנון רפאל, עמ' 65; נמדד, עמ' 70-71; פסק דין חזן, סעיף 41; פסק דין אלמור, סעיף 12).

יישום המבחנים על נסיבות המקרה

22. טיב הנכס: כפי שצויין לעיל, נקודת המוצא לגבי ניירות ערך היא כי מדובר בנכס לצרכי השקעה. יחד עם זאת, בנסיבות ענייננו, ניתן להצביע על מאפיינים בטיב המניות בהן השקיע המערער שיש בהם כדי ללמד כי מדובר דווקא בפעילות עסקית-מסחרית. כך, למשל, האופי הספקולטיבי של המניות בהן בחר המערער להשקיע. כפי

שעולה מהכרעת הדין (סעיף 26), המערער השקיע בעיקר במניות הכר"ם, מניות שאופיין הוא ספקולטיבי:

"כפי שיפורט להלן, התמקד הנאשם בצורה מובהקת במניות הכר"ם... [עובדה ש]אפשרה לו להשפיע על שערי המניות ביתר קלות. הכר"ם היתה רשימה של כ- 1,000 מניות, מהקטנות יותר והסחירות פחות בבורסה, והשקעה בהן נחשבה לספקולטיבית יותר, לעומת 100 מניות "המשתנים"... במניות הכר"ם כמות "הסחורה הצפה" המצויה בידי הציבור, היא קטנה יותר, ולכן ניתן להשפיע על שער המניה באמצעות סכום קטן יותר"

כך גם העובדה שהמערער סחר באותן מניות שבהן סחרה חברת הביטוח, גוף שעיסוקו, בין היתר, הוא מסחר בניירות ערך. גם מאפיין זה עשוי להצביע על כך שהנכס קיבל אופי "מסחרי" להבדיל מאופי "הוני".

23. תדירות הפעולות: בהכרעת הדין צויין כי המערער ביצע, במשך 233 ימי מסחר, פעילות נוגדת ב-96 מניות. המערער טוען כי ביצוע 96 פעולות של קניה ומכירה של מניות במשך 233 ימי מסחר לא נחשב לתדירות גבוהה המעידה על פעילות עסקית, בייחוד בשנת 1993 שהייתה שנה של "פריחה" בבורסה. לא ניתן לקבוע מסמרות בשאלה איזו תדירות תבדיל פעילות "עסקית" בניירות ערך מפעילות "הונית", והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה. יחד עם זאת, סבורני כי לא ניתן לקבל את טענתו של המשיב כי תדירות פעילותו בניירות ערך בתקופה הרלוונטית אינה עולה כדי פעילות "עסקית". מן הבחינה העובדתית, קביעתו של בית משפט השלום במסגרת הכרעת הדין מתייחסת ל-96 מניות אך לאו דווקא ל-96 פעולות. נהפוך הוא, מקריאת הכרעת הדין עולה כי למעשה בוצעו הרבה יותר מ-96 פעולות של קנייה ומכירה, כאשר בכל אחד מסוגי המניות ביצע המערער מספר "סבבים" של פעולות "הרצה" במהלך 233 ימי המסחר הנזכרים לעיל (סעיף 15 להכרעת הדין). לדידי, בין אם מדובר בתקופת "פריחה" בבורסה ובין אם מדובר בתקופת שפל, תדירות של פעולות קנייה ומכירה יומיומית אינה יכולה אלא להעיד על פעילות מסחרית-עסקית, וזאת כמובן בהצטרף ליתר נסיבות המקרה, כפי שעוד יפורט להלן.

24. היקף העסקאות: בהכרעת הדין צויין כי מחזור הפעילות של אררט במניות ה"נגועות" היה כ-373,000,000 ₪ בתקופת הבדיקה (סעיף 15 ב להכרעת הדין), ובתקופה זו הפיק המערער בחשבונו הפרטי רווח של 1,894,000 ₪ (סעיף 15ג להכרעת הדין). עוד צויין כי המערער ביצע בתקופה הרלוונטית, באמצעות סכום התחלתי של 50,000 ₪ בלבד, מחזור קניות ומכירות בסכום של 44 מיליון ₪ (שם). מחזור קניות

ומכירות בסכומים האמורים לעיל, כאשר מדובר באדם פרטי, להבדיל מחברת ביטוח או בנק, הנו מחזור בהיקף גדול לכל הדעות, ודאי באופן יחסי לסכום ההתחלתי שאותו השקיע המערער. מסחר בניירות ערך בהיקף של עשרות מיליוני שקלים מעיד על היות המסחר בעל אופי עסקי.

25. אופן המימון: כאמור, המערער מימן את פעילותו בניירות ערך באמצעות סכום התחלתי של 50,000 ₪, ככל הנראה מכספו שלו וללא מימון חיצוני. צורת מימון זו, על פי המבחנים המקובלים, לכאורה מעידה על פעילות "הונית", לצרכי השקעה. יחד עם זאת, צודק בית המשפט קמא כי במקרה דנן לא ניתן לנתק בין אופן המימון לבין מכלול פעולותיו של המערער, קרי, העובדה שהשתמש בכספי אררט לרכישת כמות גדולה של מניות על מנת להעלות את שערן לפני שמכר את המניות בחשבוננו הפרטי. ללא השימוש האמור בכספי אררט, ספק אם יכול היה המערער להפיק את הרווחים שאותם הפיק בפועל כתוצאה מהמסחר במניות. לפיכך, ניתן לומר כי המערער אכן עשה שימוש בהון "זר", מאפיין המצביע על פעילות עסקית-מסחרית.

26. תקופת החזקה: כפי שניתן להסיק מהכרעת הדין, "סבבי" הקניה והמכירה של המניות ה"נגועות" התבצעו במשך יום מסחר אחד או כמה ימים בודדים (סעיף 15 להכרעת הדין). "שיטת הפעולה" של המערער הייתה קניית מניות ובתכוף לאחר מכן - לאחר שביצע את פעולת ה"הרצה" באמצעות רכישה בכמות גדולה בשם אררט - מכר את מניותיו על מנת להפיק את הרווח המרבי ממכירתן. ברור כי המערער לא רכש מניות מתוך מטרה להחזיק בהן ותקווה שביום מן הימים יעלה ערכן ואז ימכור אותן ברווח. כל מטרתו במסגרת הפעילות שתוארה לעיל הייתה להפיק רווח גבוה תוך פרק זמן קצר ביותר, שבמהלכו ביצע פעולות שמטרתן להעלות את ערך המניה בצורה מרבית, והכל כמפורט בהכרעת הדין. משך החזקה של יום או כמה ימים מצביע בבירור על פעילות למטרה עסקית להבדיל מפעילות לצורכי השקעה.

27. ייעוד התמורה: מן האמור בהכרעת הדין ניתן ללמוד כי חלק מכספי התמורה שימש לצורך השקעה נוספת במניות והמשך הפעילות המניבה. חלק נוסף מהכסף שימש לצורך מימון רכישת דירת מגורים ומימון חלקי של רכישת דירה נוספת. סבורני כי בנסיבות המקרה לא ניתן להסיק מאופן השימוש בתמורה מסקנה ברורה לכאן או לכאן.

28. ידענותו ובקיאותו של הנישום: בעניינינו מבחן זה מצביע בכירור על כך שהפעולות שביצע המערער היו מבוססות על הידע הרב שלו בתחום, דבר שמעיד על פעילות בעלת אופי עסקי. בהכרעת הדין צויין בעניין זה (סעיף 10):

”מנהלי אררט הדגישו בעדותם את מומחיותו ובקיאותו הגדולה של הנאשם בשוק ההון, וברור כי הוא נחשב לבעל מקצוע מעולה... הנאשם הפגין ידע רחב ביותר בתחום ניירות הערך, עד לרמה הפרטנית של כל נייר ונייר, וכן היה בקיא ברמה הכללית של שוק ההון... הנאשם עבר קורס מתקדם ליועצי השקעות בני"ע בשנת 1990, וקורס בנושא חוזים עתידיים, והוא בעל תואר ראשון בכלכלה...”

מלבד בקיאותו הרבה של המערער בתחום שוק ההון, נכון גם לומר, בנסיבות המקרה, כי המערער ביצע את פעילות ההשקעה בהתבסס על “מידע פנימי” שייצר למעשה הוא עצמו, בדבר פוטנציאל הרווח ממניה זו או אחרת. מבלי להיכנס לשאלת חוקיותו של שימוש במידע פנים, גם עובדה זו, כשהיא מתווספת לבקיאותו של המערער בתחום שוק ההון, מעידה על אופי עסקי של הפעולה.

29. קיומו של מנגנון המאפשר את הפעילות: בנסיבות המקרה דנן, נכון הדבר שלא היה מנגנון עצמאי ונפרד לייצור הפעילות של המערער, אולם המערער פעל בעצמו באופן אקטיבי תוך שהוא עושה שימוש במנגנון שהיה קיים באררט, וזאת על מנת לבצע את המסחר במניות בחשבוננו הפרטי. מהכרעת הדין עולה כי המערער ביצע בעצמו את מרבית הפעולות של השקעה בניירות ערך (סעיף 12 להכרעת הדין). עוד עולה מהכרעת הדין (סעיף 13) כי ברשות המערער היה מחשב אישי המחובר למחשב המרכזי של אררט ולבורסה לניירות ערך באמצעות התוכנה שעדכנה את שווי ניירות הערך לפי שערן ביום הבדיקה. כלומר, לרשות המערער היה מנגנון שאיפשר לו לבצע את הפעילות הקבועה והנמשכת שייצרה את ההכנסה השוטפת מהמסחר במניות. ממילא, כפי שצויין לעיל, כאשר מדובר בפעולות בניירות ערך אין חשיבות רבה לשאלת קיומו של מנגנון ארגוני אלא הדגש מושם על שאלת האקטיביות, וכאמור, מרבית הפעילות בוצעה באופן אקטיבי על ידי המערער עצמו.

30. מבחן ההשבחה: אף שמבחן זה אינו בהכרח רלוונטי למסחר בניירות ערך, הרי ניתן לומר כי המערער ביצע פעולות “השבחה” בדמות “הרצת” המניות והמסחר בהן באמצעות אררט, באופן שגרם לעליית ערכן באופן מלאכותי, וזאת על מנת לאפשר למערער להפיק רווח גדול יותר ממכירתן. פעולות “השבחה” מסוג זה, מלבד היותן בלתי חוקיות, מצביעות על פעילות עסקית.

31. מבחן נסיבות העסקה וסיכום ביניים: מיישומם של המבחנים דלעיל על נסיבות המקרה, כמו גם מבחינת הנסיבות האופפות את העסקה בכללותן, עולה תמונה ברורה של פעילות עסקית שנועדה להפיק הכנסה שוטפת ממסחר בניירות ערך. המערער ניצל את מומחיותו ואת הידע שרכש במסגרת עבודתו כאררט כמו גם את האפשרות שהייתה בידו לתמרן את מחיר המניות כתוצאה ממידע הפנים שצבר במסגרת עבודתו, תוך יצירת מנגנון (בלתי חוקי) שאפשר לו להצמיח הכנסה חוזרת ונשנית שהצטברה לשווי כולל של כ-1,800,000 ₪ תוך שנה אחת. אשר על כן, מקובלת עליו מסקנתו של בית המשפט קמא לפיה הכנסתו של המערער כתוצאה מפעילות בניירות ערך, מהווה הכנסה פירונית, אשר הופקה מעסק או משלח יד כהגדרתה בסעיף 2(1) לפקודה.

ההסכמה בעניין הדירה

32. המערער מלין על כך שבית המשפט קמא התעלם מההסכמה שהתגבשה לכאורה בינו לבין המשיב בדבר ניכוי הוצאה בסך 1,000,000 ₪ בגין הדירה, הסכמה שממנה חזר - על פי הטענה - המשיב. דינה של טענה זו להידחות, כפי שיפורט להלן.

33. במקרה שנישום הגיש השגה על השומה שנערכה לו רשאי פקיד השומה להגיע להסכם עם הנישום "על הסכום שעליו הוא צריך להיות נישום" (סעיף 152(א) לפקודת מס הכנסה). נשאלת השאלה האם רשאי פקיד השומה לחזור בו מהסכמה שהתגבשה עם הנישום. תשובה לשאלה זו ניתנה בע"א 2064/02 תשלו"ב ח. אלוני בע"מ נ' עיריית נשר (לא פורסם, 19.8.2004), ולפיה הסכם פשרה בין הנישום לבין פקיד השומה מחייב את הצדדים אולם פקיד השומה רשאי לסטות מן ההסכמה, אך זאת רק אם האינטרס הציבורי מחייב זאת. בכך דומה ההסכמה בין פקיד השומה לבין הנישום להסכמה בין נאשם לבין המאשימה, כלומר הסדר טיעון [השוו: בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פ"ד מ(2) 393, 402 (1986)]. במסגרת השאלה האם רשאי פקיד השומה לסטות מן ההסכמה פועלים שיקולים נוגדים: האינטרס של אמינות השלטון וכיבוד הסכמות; הגשמת מטרות דיני המס ובהם הרצון לגבות מס אמת והאינטרס של הנישום ובפרט אינטרס ההסתמכות [ראו גם: עע"ם 11137/04 יעקובוביץ נ' מועצה מקומית אעבלין (לא פורסם, 1.12.2005)].

34. ומכאן לנסיבות ענייננו. השאלה האם מתן אפשרות למשיב להשתחרר מההסכמה תפגע באינטרס של אמינות השלטון וכיבוד הסכמות, היא לדעתי בלב העניין. כפי שקבע בית המשפט קמא, על אף שהתנהל משא ומתן בין המערער לבין המשיב, הוא לא עלה יפה ולא התגבשה הסכמה מחייבת בין הצדדים. אשר לדבריו של

בא כוח המשיב בפרוטוקול הדיון מיום 12.5.2004, סבורני כי לא ניתן לייחס להם את אותה משמעות שמנסה לייחס להם המערער. בפרוטוקול הדיון צויין, מפי עו"ד דה-שליט:

”המשיב מקבל הטענה בענין הדירה. המשמעות היא כי השומה תקטן בסכום משמעותי של כ-1 מיליון ₪”.

ככל שניתן לייחס למשיב הסכמה מחייבת הרי שהיא מתייחסת לעצם ניכוי הוצאות רכישת הדירה, אולם לא לגבי גובה ההוצאות. באותו שלב שבו הוצהרו הדברים לפרוטוקול, היה סבור המשיב - בהסתמך על דברי המערער - כי הוצאות רכישת הדירה עמדו על כמיליון ₪, אולם בשלב מאוחר יותר התברר (בהסתמך על הצהרת המערער לרשויות מס שבח) כי לא כך הדבר וכי בפועל מדובר ב-482,154 ₪ בלבד. לכן, גם ככל שהייתה הסכמה מחייבת, מדובר היה בהסכמה שנסמכה על טעות עובדתית.

35. בנוסף, ברור כי המטרה של גביית מס אמת תוגשם בצורה טובה יותר אם ינוכו ההוצאות האמיתיות ששולמו בגין רכישת הדירה ולא סכומים הגבוהים פי שניים ויותר מהסכום שהוצא בפועל, כפי שדורש המערער בחוסר תום לב. מאחר שההסכמה לנכות את הוצאות רכישת הדירה היא כשלעצמה לפנים משורת הדין, שכן אין מדובר בהוצאות המותרות בניכוי לפי סעיף 17 לפקודה, הרי שאיני סבור כי אינטרס ההסתמכות של המערער נפגע, וודאי לא בצורה משמעותית, אם ינוכה הסכום האמיתי שאותו שילם בגין הדירה להבדיל מסכום גבוה בהרבה, סכום שעליו דובר בטרם בירור העובדות לאשורן.

36. נוכח האמור לעיל, סבורני כי צדק בית המשפט קמא כאשר קבע כי הסכום של 482,154 ₪, ולא סכום גבוה ממנו, יופחת מההכנסה שנקבעה על ידי המשיב.

מועד עריכת השומה

37. טענתו האחרונה של המערער מתייחסת למועד עריכת השומה. כפי שציינ המשיב, אין חולק כי השומה נערכה לפני תום תקופת ההתיישנות, וכבר מטעם זה הייתי דוחה את טענת המערער. איני שולל את האפשרות כי במקרים מסוימים ייקבע כי שומת המס נערכה תוך שיהוי בפעולת הרשות אולם איני רואה צורך להיכנס לשאלה זו במקרה דנן, נוכח הנסיבות המיוחדות, שבהן ההליך הפלילי, שבמסגרתו הורשע המערער ואשר על בסיס הקביעות העובדתיות בו הוצאה השומה, הסתיים בהכרעת דין מיום 28.9.2000 ובגזר דין מיום 22.10.2000. נותרו אפוא למשיב כחודשיים על מנת

לערוך את השומה, פרק זמן שאינו ארוך יתר על המידה המצדיק את הוצאתה בשלב מאוחר יחסית, אולם עדיין בתוך המועד שנקבע לכך בחוק.

אי קביעת הנחיות פנימיות

38. המערער טוען כי בית המשפט קמא שגה כשלא התייחס כראוי לעובדה שהמשיב לא הציג הנחיות פנימיות לשנת 1993 המתייחסות לאופן שבו יש לקבוע את ההבדל בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירותית. המערער לא הסביר מדוע הייתה מוטלת, בנסיבות המקרה, חובה על המשיב לקבוע הנחיות פנימיות בהתייחס לשאלה הנדונה וכבר מטעם זה דין הטענה להידחות. העדר חובה לקבוע הנחיות פנימיות מתחדדת נוכח העובדה כי בפסיקת בתי המשפט נקבעו כללים מנחים בשאלה זו, כללים אשר מטבע הדברים מחייבים את רשויות המס ועל פיהם הן פועלות. למעלה מן הצורך יצויין כי בשנת 2004, בעקבות תיקון מס' 132 לפקודת מס הכנסה, הוציאה נציבות מס הכנסה ומיסוי מקרקעין חוזר שמשפרו 13/2004 וכותרתו "סיווג הכנסות ממכירת ניירות ערך ומעסקאות עתידיות הנסחרים בבורסה כהכנסה פירותית או הונית". ההנחיות בחוזר פנימי זה המתייחסות להבחנה בין הכנסה הונית לפירותית, מסתמכות בעיקר, אם לא רק, על הכללים שנקבעו בפסיקה, ובעיקר בפסק דין מזרחי הנזכר לעיל וכן בעמ"ה 155/97 (מחוזי ת"א) ברנר נ' פקיד השומה גוש דן (לא פורסם, 4.3.1999), כלומר המבחנים שהותוו לעיל. הראיה היא כי הכללים שנקבעו בפסיקה הם אלה שמנחים את המשיב וממילא לא היה צורך בשנת 1993 להוציא חוזר מיוחד בעניין זה.

החוזר בשנת 2004 הוצא מאחר שבתיקון מס' 132 לפקודה נקבע כי החל מיום 1.1.2003 ימוסו רווחי הון ממכירת ניירות ערך ומעסקאות עתידיות הנסחרים בבורסה גם בידי נישומים שלא חלות עליהם הוראות סעיף 6 לחוק מס הכנסה (תאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1965, תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנסקי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסוימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986 או תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנסקי חשבונות של יהלומן וקביעת הכנסתו החייבת), התשמ"א-1980. יחד עם זאת, הודגש בחוזר זה כי "תיקון מס' 132 לא שינה דבר בנוגע להבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית מניירות ערך ומעסקאות עתידיות, הבחנה שהיתה קיימת גם לפני התיקון. כמו כן, בעקבות תיקון זה, לא חל כל שינוי בעמדת נציבות מס הכנסה בדבר ההבחנה האמורה ובדבר סיווג ההכנסה". כאמור, חוזר זה גם הוא מצביע על כך שלא היה כל צורך בהנחיות פנימיות בשאלת ההבחנה בין הכנסה הונית להכנסה פירותית בתחום ניירות ערך בשנת 1993.

39. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור ולחייב את המערער בשכר טרחת עורכי דין לטובת המשיב בסך של 50,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

מסכים אני לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט דנציגר, שהעמידה דברים על מכונם. אבקש להוסיף רק כי ערעור זה טוב לו שלא הוגש משהוגש, בהיותו פגום ערכית ומוסרית. משיסודה של ההכנסה בכסף נגוע, תוך פעילות עבריינית כלפי החוק וכלפי מעבידתו של המערער אררט, תוך נשיכת היד המאכילה, הכל כאמור בפסק דינו של בית משפט השלום וכפי שציטט חברי. ייאמר למערער: העברת עבירות חמורות וגם לא שילמת מס? ברוב רובם של הפרמטרים שבו תיאר חברי, ברי כי היה מדובר בפעילות עסקית-מסחרית ולא בפעילות הונית. המדובר כנראה באדם מוכשר ביותר, עם היותו מושחת ועז פנים; ואולי אף עניין הדירה יוכיח - מחירה היה 482,154 ₪, אך הוא מנסה להיאחז בהסכמה שניתנה בטעות לניכוי והקטנת השומה במליון ₪. במישור המשפטי סבורני, בנוסף לאמור, כי יש לצרף למבחני סיווג ההכנסה כהונית או פירונית, שמנה חברי, גם את מבחן אופיה של פעילות המערער לצורך השבחת הונו, ופעילות עבריינית תהא אינדיקציה לפירוניות. זאת דווקא ובמיוחד כשהמדובר בניירות ערך; ספקולציות ומניפולציות בהם, גם אם הן מגדילות את הונו של האדם, הנטיה צריכה להיות סיווגן כהכנסת פירות. האופי הפלילי של הפעילות, המצטמד להליכה למניות ספקולטיביות ולקצב הפעילות הכרוכה בכך, הוא לדידי אינדיקציה לסיווג. מצטרף אני איפוא לפסק דינו של חברי.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

מסכימה אני לחוות דעתו מאירת העיניים של חברי השופט י' דנציגר. אציין כי מעבר למבחנים הפרטניים שנסקרו, מקבל מבחן נסיבות העסקה משקל מוגבר במקרה שלפנינו, באשר מדובר בסדרת פעולות אשר הלכה "יד ביד" עם פעילותה של חברת אררט, שעיסוקה, בין השאר, הינו מסחר בניירות ערך. במצב דברים זה, שבו עטה המערער על עצמו שני כובעים, הכובע ה"פרטי" וכובעו כמנהל מחלקת ההשקעות של

אררט; סחר באותן מניות כשכל פעולה במישור ה"פרטי" מגובה בפעולה במסגרת החברה; ועשה שימוש (אסור) באותו מנגנון, קשה להפריד בין אופיין של שתי העסקאות על בסיס כובעו של מבצעה של כל עסקה בעת ביצועה. עם זאת יודגש, כי אין להקיש מעצם פליליות המעשים בדבר אופייה המיסוי של העסקה. אכן, כשם שציין חברי השופט א' רובינשטיין, פעולות ספקולטיביות מהוות אינדיקציה לפירותיות, ואולם יש להפריד בין ההיבט הפלילי לבין זה המיסוי ולהכריע לגבי סיווג העסקה כהונית או פירותית על פי המאפיינים הרלוונטים של אותה עסקה. אופייה הפלילי של העסקה ישמש לצורך כך נסיבה רלוונטית בשאלת סיווגה על-פי מידת השלכתם של מאפייניה הקונקרטיים של הפעילות הפלילית על אופייה המיסוי של העסקה. בענייננו, מצביעים מאפיינים אלה על פעילות עסקית-פירותית, ואשר על-כן מסכימה אני כי יש לדחות את הערעור ולחייב את המערער בשכר טרחת עורך-דין כפי שנקבע.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ' באדר תשס"ט (16.3.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת