



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1839/19

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט א' שטיין

המערער: פקיד שומה כפר סבא

נ ג ד

המשיבים: 1. שלמה ריזמן
2. ש. ריזמן בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
(השופט א' סטולר) שניתן ביום 15.12.2018 בגדרם של
ע"מ 35155-10-14 וע"מ 35177-10-14

תאריך הישיבה: ט' בחשוון התשפ"א (27.10.2020)

בשם המערער: עו"ד עמנואל לינדר

בשם המשיבים: עו"ד ירון מהולל; עו"ד נועה לב גולדשטיין; עו"ד
אדם קדש

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעור וסוגיותיו

1. הערעור שלפנינו תוקף את פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט
א' סטולר, כיום ס"נ) אשר ניתן ביום 15.12.2018 בתיקים מאוחדים ע"מ 35155-10-14
וע"מ 35177-10-14.

2. הערעור מעלה לדיון שתי שאלות משפטיות. אחת משאלות אלה, בה אדון
תחילה, נוגעת לפרשנותה של הוראת מעבר שנקבעה בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה

(מס' 147), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון 147 וכן פקודת מס הכנסה או הפקודה, לפי העניין) בעניינו של מיסוי רווח-הון ריאלי ממכירת מניות הנסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב (להלן: הבורסה), אשר היו בהחזקת הנישום לפני רישומן למסחר – כמניות של חברה פרטית (להלן: מניות פרטיות). המשיבים בערעור זה, אשר כוללים ביניהם נישום שמכר מניות כאמור, טוענים כי הוראת המעבר מחילה את משטר המס של תיקון 147 – המקל עם הנישומים, בהשוואה למשטר הקודם – על כל תקופת ההחזקה של המניות על ידי הנישום, לרבות פרק הזמן אשר קדם לרישום המניות למסחר בבורסה ולתיקון 147 עצמו. אם טענה זו נכונה, שיעור המס אשר יוטל על רווח ההון שצבר הנישום בכל תקופת החזקה של המניות יהא 25%, ותו לא.

מנגד, פקיד השומה – הוא המערער שניצב לפנינו (להלן: המדינה) – נותן פרשנות אחרת להוראת המעבר. לעמדתו, בענינם של המשיבים יחול שיעור המס המקל של 25% (ושל 20% בענינם של נישומים אחרים, שאינם קשורים לערעור דנן), מכוחו של תיקון 147 והוראות המעבר שלו, אך ורק על רווחי ההון אשר החלו להצטבר מהמועד הסטטוטורי הקובע, 1.1.2003, ואילך – זאת, להבדיל מהרווחים שנצברו בתקופה אשר קדמה למועד הקובע. המדינה סבורה, כי בגין הרווחים אשר נצברו בתקופה קודמת זו, שלפני 1.1.2003, יהא על הנישום לשלם מס שולי רגיל, מכוח האמור בסעיף 91(ב)(1) בנוסחו במועד הרלבנטי, שבמקרה דנן עולה בהרבה על המס האחיד בשיעור קבוע של 25%.

3. מסגרתן הפורמאלית של טענות כאמור – אלו של המשיבים ואלו של המדינה – מצויה בסעיף 80(ט)(2) לתיקון 147, אשר קובע לאמור:

80(ט) לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק
ה 3 לפקודה [...] יחולו הוראות אלה:

[...]

(2) המחיר המקורי ויום הרכישה של נייר ערך שיום
רכישתו קדם ליום התחילה ייקבעו כפי שהיו נקבעים אילו
נמכר נייר הערך ביום האחרון של שנת המס 2005;
הוראות סעיף 91(ב) לפקודה לא יחולו לגבי נייר ערך
כאמור [...].

לטענת המשיבים, המילים "הוראות סעיף 91(ב) לפקודה לא יחולו לגבי נייר ערך כאמור" מוציאות את הנישומים, כדוגמת הנישום שניצב לפנינו, אשר החזיקו במניותיהם ערב התיקון, מהחבות במס שולי רגיל במכירת מניותיהם שמוטל מכוח

האמור בסעיף 91(ב1)(א) לפקודה – כל אימת שמדובר במניות אשר נרשמו למסחר בבורסה ומוסו באחת הדרכים שנקבעו בסעיף 101 לפקודה. זאת, בגין התקופה שקדמה למועד הקובע, 1.1.2003. המשיבים מדגישים וטוענים כי מדובר בהחרגה מפורשת אשר נוסחה בלשון ברורה וחד-משמעית, ועל כן היא חלה על הנישום דכאן.

המדינה, מנגד, סבורה כי הדברים אינם כה פשוטים – זאת, מאחר שהחרגה כאמור נעשתה, כפי שמורה סעיף 80(ט) רישא, "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה", דהיינו: רק ביחס לרווחים מניירות ערך אשר הוחזקו כנסחרים בבורסה כאמור בסעיף 101 לפקודת מס הכנסה ומוסו כאמור בחלק ה-3 לפקודה. לפי פרשנות זו, רווחים אשר נצמחו לנישום לפני המועד הקובע, 1.1.2003, ובזמן שמניותיו לא מוסו לפי חלק ה-3 לפקודה – גם אם היו רשומות למסחר בבורסה – אינם בגדר "הכנסות מיוחדות בשוק ההון" במובנו של חלק ה-3 לפקודה, ועל כן אינם מוחרגים מתחולתו של סעיף 91(ב1)(א) לפקודה אשר מטיל עליהם מס שולי רגיל מתוקף הפנייתו לסעיף 121 לפקודה, שקובע את מדרגות המס.

המשיבים חולקים על טענת המדינה. לטענתם, ההחרגה מתחולתו של סעיף 91(ב1) לפקודה, לה זוכים נישומים בהתקיימות הוראותיו של סעיף 80(ט) לתיקון 147, חלה על כל נישום ונישום שמצא את מקומו בסעיף 101 לפקודה – כפי שנקבע מפורשות ברישא של סעיף 80(ט) – והנישום אשר ניצב לפנינו אכן מצא את מקומו בסעיף 101(א)(2) לפקודה אחרי שביקש, בהתאם לאמור באותו סעיף, כי רישום מניותיו הפרטיות למסחר בבורסה לא ייחשב למכירתן ולאירוע מס.

לכך עונה המדינה, כי מילות הרישא של סעיף 80(ט) – "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה" – מפנות לתיקוניו המהותיים של הסעיף ומסמנות נישומים שמיסויים אמור להיות מושפע מתיקונו של סעיף 101 ומהביטול של חלק ה-3 לפקודה. הנישום דכאן חוסה תחת הוראות סעיף 101(א)(2), ועל כן איננו נכלל בקרב נישומים אלו, שכן סעיף זה תוקן תיקון טכני גרידא, להבדיל מתיקונים מהותיים אשר נעשו בסעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) ואשר שינו את מערך הזכויות והחובות של נישומים עקב ביטול ההוראות בדבר מיסוי הכנסותיהם משוק ההון, שנכללו בפרק ה-3 לפקודה. המדינה טוענת כי לאחר שידענו כי הוראת המעבר לא נועדה לחול בעניינו של הנישום דכאן, ידענו גם כי עניינו של נישום זה איננו מוחרג מתחולתו של סעיף 91(ב1) לפקודה, שכאמור קובע לגביו חבות במס שולי בהתאם להוראות סעיף 121 לפקודה.

הוה אומר: המדינה קוראת את מילות הרישא של סעיף 80(ט) "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה" כמילים אשר אומרות "לעניין ביטול של חלק ה-3 לפקודה, לרבות תיקונו של סעיף 101 אשר נובעים מכך ואשר משנים את מצבו של הנישום". מנגד, המשיבים סבורים כי התיקון של סעיף 101 לפקודה והביטול של חלק ה-3 לפקודה הם בגדר אירועים חלופיים שכל אחד מהם מפעיל את הוראת המעבר המסירה את עולו של סעיף 91(ב) לפקודה מכתפי הנישום. במילים אחרות: המשיבים טוענים כי החרגת הנישומים מתחולתו של סעיף 91(ב) ומהחבות במס שולי חלה על כל חלופותיו של סעיף 101, לרבות זו שמצויה בסעיף 101(א)(2) אשר תוקנה רק באופן טכני.

4. שאלה נוספת שערעור זה מעלה קשורה לטענת הנישום כי חלק מהתמורה שהלה קיבל במסגרתו של ההסכם למכירת מניותיו שולם לו בעד המוניטין שהיה לו, ושנמכר לקונה המניות – זאת, למרות שההסכם לא אמר זאת במפורש. הנישום מבקש אפוא לסווג מחדש – לצרכי מס – את ההסכם למכירת מניותיו עליו חתם, מאחר שמהותו הכלכלית של ההסכם, לפי דבריו, מכלילה בתוכו, נוסף למכירת המניות שהוסדרה במפורש בהסכם, את מכירת המוניטין האישי שלו לחברה אשר רכשה ממנו את המניות, למרות שהדבר לא נכתב באותו הסכם במפורש.

האם טענה זו ראויה להישמע? אם כן, האם הטענה נכונה לגופה? הנישום סבור כי המענה לשאלות הללו צריך להיות חיובי – זאת, לנוכח נסיבותיו הייחודיות של מקרהו. מנגד, המדינה טוענת כי תשובה יותר קצרה ויותר מדוייקת לשתי השאלות הללו היא "לא".

העובדות

5. ביום 20.7.2000 נרשמו מניותיה של אזימוט טכנולוגיות בע"מ (להלן: אזימוט) למסחר בבורסה. כעבור כתשע שנים וחצי, לאחר משא ומתן ממושך, נחתם הסכם מיזוג בין אזימוט לבין חברת אלביט מערכות בע"מ (להלן: אלביט). הסכם זה (להלן: עסקת המיזוג) נחתם ביום 24.1.2010, ובמסגרתו הוסכם כי אלביט תרכוש את מלוא מניותיה של אזימוט ועל ידי כך תהפכה לחברת בת פרטית בבעלותה המלאה. חלקן הארי של מניותיה של אזימוט היה מצוי בהחזקת הנישום שבעניינו קא עסקינן. נישום זה הוא המשיב 1, מר שלמה ריזמן (להלן: ריזמן): מייסדה של חברת אזימוט ומי שכינה בה בתפקידי מפתח של יו"ר הדירקטוריון ומנכ"ל.

6. ערעור זה נסוב על המס אשר מוטל על הרווח שהפיק ריזמן ממכירת מניותיו באזימוט במסגרת עסקת המיזוג. המחלוקת שנתגלעה בין ריזמן למדינה נוגעת לשתי סוגיות מס נפרדות, והן: (א) מהו שיעור המס אשר חל על רווח ההון שנצמח לריזמן ממכירת מניותיו באזימוט לאור הוראות תיקון 147? ; (ב) האם חלק מהתמורה שריזמן קיבל מאלביט במסגרת עסקת המיזוג שולם לו בעד מכירת המוניטין שלו כאיש מקצוע, כאיש עסקים וכרוח החיה שמאחורי אזימוט – חברה שהתמחתה בטכנולוגיה מתקדמת, שאותה הוא הקים כמו-ידידיו?

7. מענה לכל אחת מהשאלות הללו יקבע את שיעור המס שריזמן חייב לשלם למדינה.

8. כפי שכבר נאמר, מניותיה של אזימוט נרשמו למסחר בבורסה בשנת 2000. עם רישומן למסחר, ובהתאם להוראות סעיף 101(א) לפקודת מס הכנסה, נדרש ריזמן להודיע לרשות המס באיזה אופן הוא מבקש למסות את רווח ההון שנצמח לו ממניותיו. במועד זה הודיע ריזמן לרשות המס כי הוא בוחר לממש את זכותו – המעוגנת בסעיף 101(א)(2) לפקודה – לכך שהרשות לא תראה ברישום מניותיו למסחר אירוע מס שווה-ערך למכירת מניות. בחירה זו של ריזמן עמדה בתוקף גם בשנת 2010, בזמן שמכר לאלביט את מניותיו באזימוט.

9. בעקבות מכירת מניות זו, נתגלעה מחלוקת בין ריזמן למדינה באשר לשיעור המס אשר חל על רווח ההון שנצמח לריזמן. מחלוקת זו קשורה להוראות התיקונים השונים שנעשו בפקודת מס הכנסה במרוצת השנים, ובפרט להשלכותיו של תיקון 147 ולאופן שבו ראוי לפרש את הוראותיו. טענות הצדדים שמגדירות מחלוקת זו אינן פשוטות. מדובר בטענות משפטיות מורכבות למדי, אשר משלבות בתוכן היבטים טכניים ומהותיים של דיני המס. עיקריהן סוכמו על ידי בהגדרת הסוגיות שערעור זה העלה לדיון. כדי שנוכל לרדת לעומקן של טענות אלה, אפרטן רק אחרי שאתאר את המסגרת הנורמטיבית שבתוכה הן מועלות. הבנת המסגרת הנורמטיבית כאמור הינה הכרחית לליבון הטענות שבהן עסקינן ולהכרעה מושכלת בכל אחת מהן.

חלק א: שיעור המס המוטל על רווח ההון ממכירת מניותיו של ריזמן באזימוט לאלביט

מיסוי רווחי הון ממכירת מניות

10. עובר לתיקון 147 לפקודה, הבחינו דיני המס בין שני סוגים של רווחי הון שמקורם במניות: רווחי הון שמקורם במניות הנסחרות בבורסה (להלן: רווחי הון בורסאיים) ורווחי הון שמקורם במניות שאינן נסחרות בבורסה (להלן: רווחי הון חוץ-בורסאיים). במשך תקופה ארוכה, רווחי הון חוץ-בורסאיים מוסו ככל הכנסה הונית אחרת בהתאם להוראות פקודת מס הכנסה, בעוד שרווחי הון בורסאיים היו פטורים ממס. אחרי כניסתו לתוקף של תיקון 132 לפקודה (ראו: חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, וחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132) (תיקון), התשס"ג-2002), הוחלף פטור זה בחבות מס בשיעור של 15% – שיעור הנמוך מזה אשר משולם בגין רווחים ממכירת מניות מחוץ לבורסה. במובן זה המשיכו רווחי הון בורסאיים להיות מופלים לטובה.

11. הפליה זו, בכל שלבי קיומה, נבעה משיקול ענייני: רצון המחוקק לעודד את המסחר בבורסה ועל ידי כך לתמרץ פעילות יצרנית והשקעות הון. ברם, ההפליה יצרה פרצת-מס אשר אפשרה לנישומים שבידיהם רווחי הון חוץ-בורסאיים להימלט מחבות המס, באופן מלא או חלקי, באמצעות רישום מניותיהם למסחר בבורסה. רישום זה אפשר לנישומים לשנות את סיווג רווחיהם מרווח חוץ-בורסאי, החייב במס רגיל, לרווח בורסאי אשר חייב במס מופחת; ולפני תיקון 132 – באפס מס (ראו: דברי ההסבר לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 21), התשל"ד-1974, ה"ח 142, 149).

תיקון 21 לפקודת מס הכנסה: סתימת הפרצה שנוצלה על ידי בעלי מניות פרטיות

12. המחוקק ביקש לסתום פרצה זו, וכך עשה בחוק את סעיף 101 לפקודה (ראו: החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 21), התשל"ה-1975). סעיף זה שריין את ההבחנה בין רווח הון חוץ-בורסאי, אשר נצמח לנישום עובר לרישום מניותיו למסחר בבורסה, לבין רווח הון בורסאי, אשר נצמח לנישום ממועד רישום המניות למסחר ועד למכירתן. שריון זה הבטיח למדינה כי זו תוכל לגבות מס רגיל בגין רווח הון חוץ-בורסאי. לצד השריון כאמור, הכיר סעיף 101 לפקודה בסיווג החדש של המניות שנרשמו למסחר בבורסה באופן פרוספקטיבי, החל ממועד רישומן – זאת, כדי לאפשר לנישום ליהנות מהפטור ממס אשר ניתן באותה עת למחזיקי מניות סחירות שהשיאו רווח הון בורסאי. בדרך זו עודד המחוקק את רישומן של מניות פרטיות למסחר בבורסה ואת הגברת הפעילות הכלכלית הנובעת מכך גם לאחר סגירת הפרצה (שכאמור אפשרה לבעלי מניות פרטיות, אשר לא נסחרו בבורסה, לחמוק מתשלום המס בגין רווחים שמניות אלה הניבו על ידי רישומן בבורסה).

תיקון 132 לפקודת מס הכנסה: הטלת מס מופחת על רווחי שוק ההון

13. תיקון 132 לפקודת מס הכנסה קבע שני שינויים חשובים נוספים בדיני המס. ראשית וחשוב מכל: תיקון זה ביטל את הפטור ממס על רווחי הון בורסאיים. את מקום הפטור תפסו הוראות בדבר מיסוי "הכנסות מיוחדות בשוק ההון" שקובצו בחלק ה-3 לפקודה. במסגרת זו, הסדיר המחוקק, בסעיפים 105 יב ו-105 יג לפקודה, את מיסויים של רווחי הון בורסאיים ממכירת מניות סחירות, בקבעו כי שיעור המס אשר יחול על רווחים אלה יהא 15%. כדי להימנע ממיסוי רטרואקטיבי ועל מנת לשמר את הטבת הפטור ביחס לעבר – שכאמור שוייכה לניירות ערך סחירים עד לביטולה – קבע המחוקק כי מחירן המקורי של מניות אלו, לעניין המס אשר יחול על רווחים ממימושן, ייקבע בהתאם לשווי הממוצע שלהן בשלושת הימים שקדמו למועד כניסת התיקון לתוקף, 1.1.2003 (להלן: המועד הקובע).

14. לצד קביעתו של מועד זה, שינה המחוקק את הוראותיו של סעיף 101 לפקודה על ידי העמדת שני מסלולי מיסוי לנישומים שרשמו את מניותיהם הפרטיות למסחר בבורסה. נישומים אלה קיבלו לידיהם את ההזדמנות לשנות את מיסוי רווחיהם ממכירת המניות ממיסוי רגיל על-פי מדרגות המס הקבועות בסעיף 121 לפקודת מס הכנסה למיסוי מיוחד של רווחי שוק ההון – וזאת, על ידי כניסתם למסלול המיסוי המיידית של סעיף 101(א)(1) לפקודה או למסלול המיסוי הדחוי של סעיף 101(א)(3) לפקודה. נישום אשר בחר במסלול המיידית הסכים לכך שרישום מניותיו בבורסה ייחשב למכירתן שתהא טעונה מס בגין רווח הון חוץ-בורסאי, אשר חושב בהתאם למדרגות המס החלות על הנישום מכוחו של סעיף 121 לפקודה. מכירה רעיונית זו קבעה גם את מחירן המקורי של המניות לצרכי חישובו של המס שהנישום עתיד היה לשלם בגין רווח ההון הבורסאי שלו בעקבות מכירתן האמיתית של מניותיו. נישום אשר בחר במסלול הדחוי דחה את תשלום המס בגין רווחיו החוץ-בורסאיים למועד מכירת המניות בפועל. באותו מועד, היה עליו לשלם לאוצר המדינה את המס המוטל על רווחיו החוץ-בורסאיים, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית החל ממועד רישומן של המניות בבורסה, ואת המס אשר חל על רווחיו הבורסאיים (ראו: סעיף 101(א)(3) לפקודה). ודוק: שני המסלולים הללו הובילו, בסופו של יום, לתוצאה כלכלית זהה. כל אחד משני המסלולים הללו חייב את הנישום שאוחז במניה אשר צברה רווח הון חוץ-בורסאי לשלם בגין רווח זה מס שולי. ההבדל היחיד שבין שני המסלולים הללו הוא המועד שבו היה על הנישום לשלם מס שולי כאמור. במסגרתו של מסלול המיסוי המיידית, מס זה שולם על ידי הנישום מייד עם רישום מניותיו למסחר בבורסה. במסגרת המסלול הדחוי, שילם הנישום את המס השולי, כחלק מחבות המס הכוללת שלו, במועד מכירת המניות. בחירת הנישום באחד משני מסלולי המיסוי הללו היתה מונעת אך

ורק מנוחותו ומהיותו בעל כסף נזיל (במסגרת המסלול של סעיף 101(א)(1) לפקודה) או בעל נזילות מוגבלת, הזקוק לדחייה בתשלום המס (אשר ניתנה לו בסעיף 101(א)(3) לפקודה).

15. לצד שני המסלולים הללו, אפשר המחוקק לנישום לבקש "שרישומן של המניות לא ייחשב כמכירתן", כאמור בסעיף 101(א)(2) לפקודה. בכל מקרה כזה, יכול היה הנישום להשאיר את המצב כמות שהוא ולשלם לאוצר המדינה מס רווח-הון חוץ-בורסאי רגיל בגין הרווח שהמניות צברו בזמן מכירתן בפועל (ראו: סעיף 101(א)(2), סיפא). כמו כן, רשאי היה אותו נישום לשים את עצמו – בדיעבד – על פסיו של מסלול המיסוי הדחוי הקבוע בסעיף 101(א)(3) לפקודה ולשלם את המסים בגין רווחיו החוץ-בורסאיים והבורסאיים כמותווה באותו בסעיף.

16. הרשות שהמחוקק נתן לנישום בגדרו של סעיף 101(א)(2) לפקודה, החשובה לעניינינו-שלנו, תיקרא להלן "רשות הישיבה על הגדר". זאת, מהטעם הבא: רשות כאמור אפשרה לנישום להישאר במסגרת המיסוי החוץ-בורסאית, אשר נועדה לרווחים שלא משוק ההון, ואחרי כן – בזמן אמת שבו הנישום בוחר למכור את מניותיו – לבחור אם ברצונו לעבור למסגרת המיסוי הבורסאית בכל הנוגע לרווחים שמניותיו צברו בתקופת רישומן כנסחרות בבורסה. הנישום רשאי לבצע מעבר זה על ידי מימוש זכות-הבחירה במסלול המיסוי הדחוי, הקבוע בסעיף 101(א)(3) לפקודה, אשר עומדת לנישום בכל פרק הזמן שבין רישום מניותיו בבורסה לבין מכירתן.

17. מכאן עולה, כי רשות הישיבה על הגדר, שהמחוקק העניק לנישום בגדרו של סעיף 101(א)(2) לפקודה, היא כלי פרוצדורלי גרידא אשר אינו משנה את חבות הנישום במס כהוא זה. כלי זה אפשר לנישום לבחור בין מיסוי רווחיו ממניותיו לאחר רישומן בבורסה כמיסוי חוץ-בורסאי או כמיסוי בורסאי, מידי או דחוי. נישום יכול היה לבחור שלא "לשבת על הגדר" ולשלם את המס השולי בגין רווחיו החוץ-בורסאיים במסלול המידי של סעיף 101(א)(1). כמו כן יכול היה הנישום לעלות על פסי המסלול הדחוי, אשר נקבע בסעיף 101(א)(3) – זאת, באופן מידי או אחרי "ישיבה על הגדר" ואגב מכירת מניותיו. במסגרת זו, "ישיבה על הגדר" על ידי מתן הודעה לשלטונות המס "שרישומן של המניות [בבורסה] לא ייחשב כמכירתן" – משמעה אי-בחירת הנישום במסלול המיסוי המידי של סעיף 101(א)(1) לפקודה, הא ותו לא. נישום כזה יידרש לרדת מהגדר רק בעת מכירת מניותיו בפועל: בנקודת זמן זו, יהא עליו לבחור בין הישארותו במסגרת המיסוי החוץ-בורסאית לבין כניסתו למסלול המיסוי הדחוי של

המסגרת הבורסאית, שכאמור נקבע בסעיף 101(א)(3) לפקודה, ושעל-פי רוב יהא משתלם יותר לנישום בגלל ההנחה בשיעור המס.

לנקודה חשובה זו עוד אשוב בהמשך דבריי. בשלב הנוכחי, אזכיר את המובן מאליו: בגדרו של תיקון 132, אופציית הייחוס הרטרואקטיבי של רווחי הנישום כרווחים בורסאיים הלכה לאחור אך ורק עד למועד רישומן של מניות הנישום כנסחרות בבורסה. על הרווחים החוץ-בורסאיים שמניות הנישום צברו לפני רישומן חל, עד למועד הקובע, 1.1.2003, מס שולי רגיל, ואילו אחרי המועד הקובע חל מס בשיעור אחיד, שאף הוא נקבע בגדרו של תיקון 132, ועליו ידובר בהמשך.

18. כאן המקום להדגיש ולציין, כי האפשרות לבחור במסלול המיסוי הנוח ביותר ולהיות ממוסה בהתאם לאותו מסלול, שהמחוקק העמיד לנישומים, לא נועדה לשמש בידיהם מקלט מס. הטבה זו לא אפשרה לנישומים האוחזים ברווחי הון חוץ-בורסאיים ערב התיקון לשלם בגין רווחים אלו מס מופחת אשר חל על רווחים בורסאיים. רווח ממכירת מניות שנצמח לנישום בתקופה החוץ-בורסאית היה ונשאר כפוף לשיעורי המס השולי החוץ-בורסאיים. רק רווח הון שנצמח לנישום בתקופה הבורסאית יכול היה לזכות להטבה בדמותו של מס מופחת, בהתאם להודעה שהנישום נותן על הוצאת מניותיו מהמרחב הפרטי, החוץ-בורסאי, בעקבות הפיכתן – בהתאם לרצונו שלו – למניות הנסחרות בבורסה, כאמור בסעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודת מס הכנסה.

19. כפי שכבר צויין, תיקון 132 שינה גם את אופן המיסוי של רווחים ממכירת מניות פרטיות מחוץ לבורסה. התיקון הפחית את שיעור המס אשר חל על רווחי הון חוץ-בורסאיים, משיעור המס השולי אשר חל על הנישום (ושיכול היה להגיע כדי 50% לשיעור מס אחיד של 25%. במסגרת זו, נקבע כי הקלת המס לא תהא רטרואקטיבית וכי שיעור המס המופחת יחול רק ביחס לרווח הון שייצבר החל מהמועד הקובע, 1.1.2003, ואילך. לצורך כך, חוקק סעיף 91(ב) לפקודה שכבר הזכרתיו לעיל. סעיף 91(ב) לפקודה קבע כי תשלום המס בגין רווח ההון החוץ-בורסאי יחושב על פי "חישוב ליניארי". בבסיס המנגנון המחשב את המס באופן ליניארי מצויה ההנחה כי רווח הון נצמח לנישום באופן אחיד (ליניארי) על פני ציר הזמן שחלף מיום רכישת המניות עד ליום מימושן, ועל כן יש לפרוס אותן באופן יחסי על פני התקופות ולמסותן בהתאם לשיעורי המס הרלבנטיים לכל תקופה ותקופה ((ראו: ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) (28.5.2008) (להלן: עניין פוליטי)). בעניינים כגון זה שלפנינו, ותחת הוראות תיקון 132, מפיקו של רווח הון חוץ-בורסאי אשר נצבר עובר למועד הקובע, 1.1.2003, חב בגינו במס שולי רגיל, תוך שהוא מתחייב

– בנוסף – במס אחיד בשיעור קבוע של 25% בגין יתרת הרווח אשר נצברה בתקופה שתחילתה במועד הקובע וסופה במועד מכירת המניות.

20. בתיקון 132 נקבעו גם הוראות מעבר. הוראות אלה התייחסו, בין היתר, לתחולתם של שינויי המיסוי האמורים על נישומים החוסים תחת הוראות סעיף 101 לפקודה. בתוך כך, סעיף 90(ז) לתיקון 132 בא להסדיר את עניינן של מניות אשר נרשמו למסחר בבורסה לפני המועד הקובע, 1.1.2003, בקבעו עבורן מסלולי מיסוי החופפים את אלו של סעיף 101 לפקודה.

הווה אומר:

א. רווח ההון הבורסאי של נישום אשר בחר במסלול של אירוע מס מיידי בעת רישום מניותיו למסחר בבורסה – ושילם את המס המגיע ממנו בגין הרווח החוץ-בורסאי שצבר – הוכפף להוראות בדבר מיסוי רווחי הון בורסאיים. לפיכך, רווח ההון שנצבר לנישום ממועד הרישום ועד המועד הקובע, 1.1.2003, יהא פטור ממס; ואילו יתרתו של הרווח – היתרה שנצברה בתקופה שבין 1.1.2003 לבין מועד מכירת המניות והפיכתן לכסף נזיל – תהא טעונה מס בשיעור של 15%.

ב. נישום אשר ביקש לדחות את אירוע המס הרעיוני למועד המימוש, שבו הוא מוכר את מניותיו, יהא:

(1) חייב במס בשיעור שולי בגין רווח ההון החוץ-בורסאי שנצבר לו מיום רכישת המניות עד למועד רישומן בבורסה, בתוספת ריבית והפרשי הצמדה מיום הרישום עד ליום המימוש;

(2) פטור ממס בגין רווח ההון הבורסאי שנצבר מיום רישום המניות בבורסה עד למועד הקובע, 1.1.2003;

(3) חייב במס בשיעור 15% בגין יתרת רווח ההון אשר נצברה בתקופה שתחילתה במועד הקובע, 1.1.2003, וסופה במועד מכירת המניות.

ג. נישום שביקש שלא יראו ברישום מניותיו בבורסה משום אירוע מס יחוייב במס בגין מלוא רווח ההון שצבר כדרכם של רווחי הון חוץ-בורסאיים. במילים אחרות: על רווח ההון שהנישום צבר מיום רכישת המניות עד למועד הקובע יחול מס שולי רגיל, ואילו על יתרת רווח ההון של הנישום – זו אשר נצברה בתקופה שתחילתה במועד הקובע, 1.1.2003, וסופה במועד המימוש – יוטל מס אחיד בשיעור של 25%.

21. כאן המקום לסכם את עמדתה הכללית של פקודת מס הכנסה כלפי נישומים שהחזיקו מניות סחירות אשר צברו רווחים לפני שנרשמו למסחר בבורסה. הכלל המשפטי הבסיסי, אשר חל בעניין זה, קובע את החלתם של משטרי המיסוי הרלבנטיים – הבורסאי והחוץ-בורסאי – על פני ציר הזמן המחולק לתקופת החזקת המניות כחוץ-בורסאיות, מחד גיסא, ולתקופת החזקתן כנסחרות בבורסה, אחרי ניתוקן מעברן הפרטי מתוקף הבחירה אשר נעשתה על ידי בעליהן, מאידך גיסא. כך מקיימת הפקודה את זכות הבחירה של מי שאוחז במניות כפרטיות וכסחירות על פני פרקי זמן שונים. הפקודה מכבדת את זכות האוחז במניות לקבוע את סיווגן כבורסאיות או כחוץ-בורסאיות ביחס לתקופה שאחרי מועד הפיכתן לסחירות בבורסה, אולם אין היא מאפשרת לו לשוות למניותיו סיווג בורסאי, המזכה אותו בהטבות מס, למפרע, ביחס לתקופה שלפני הפיכתן למניות אשר נסחרות בבורסה. במילים אחרות: פרצת-המס שהיתה קיימת בעבר – ושכאמור אפשרה לבעלי מניות פרטיות לפטור את עצמם לחלוטין ממס רווח-הון באמצעות מכירת מניותיהם אחרי רישומן לבורסה והפיכתן לסחירות – נסגרה לעולמים ולא נפתחה מחדש בעקבות הטלת מס רווח-הון מופחת על מכירת מניות אשר נסחרות בבורסה.

גם לנקודה חשובה זו אחזור בהמשך דבריי, בהקשרו של תיקון 147 לפקודת מס הכנסה, שכאמור עומד במרכז דיוננו.

תיקון 147 לפקודת מס הכנסה:

שיעורי המס החלים על רווחי הון ממכירת מניות אחרי ביטול ההבחנה בין רווחים בורסאיים לרווחים חוץ-בורסאיים

22. תיקון 147 לפקודת מס הכנסה חולל רפורמת מיסוי מקיפה אשר כללה שינויים בדיני המס החלים על רווחי הון שמקורם במניות. במסגרת זו, ביטל תיקון 147 לחלוטין את ההבחנה המסורתית בין רווחי הון בורסאיים לבין רווחי הון חוץ-בורסאיים וקבע שאלו ואלו יחוייבו במס אחיד. שיעורי המס האחיד שנקבעו הם: 20% עבור יחידים שאינם בגדר "בעלי מניות מהותיים" ו-25% עבור "בעלי מניות מהותיים" (ראו: סעיף 91(ב) לפקודה כנוסחו אז). לעניין זה, "בעל מניות מהותי" הוא מי שמחזיק במישרין או

בעקיפין, ביחד עם שותפים או לחוד, ב-10% לפחות באחד או יותר מאמצעי השליטה בחברה, כהגדרתם בפקודה (ראו: סעיף 88 לפקודה).

23. רפורמה זו כללה מספר התאמות חקיקה אשר נוגעות לעניינינו-שלנו. ראשית, בוטלו הוראות חלק ה-3 לפקודת מס הכנסה, אשר כללו את סעיפים 105 ו-105יג שעניינם מיסוי רווחי הון בורסאיים. בעקבות ההשוואה בין רווחים בורסאיים וחוף-בורסאיים לעניין מיסוי, אשר נעשתה בגדרו של תיקון 147, הוראות אלה התייתרו ונמחקו מספר החוקים.

24. שנית, בוטלו ההוראות של סעיף 101 לפקודה – זאת, מאחר שההשוואה בין רווחים בורסאיים וחוף-בורסאיים מבטלת מעיקרה את האפשרות של יצירת פרצת-מס, שבשעתו נוצלה על ידי בעלי מניות פרטיות על ידי רישום מניותיהם בבורסה לשם מכירתן, עד אשר נסגרה על ידי המחוקק באמצעות סעיף 101; ומאחר שמנגנון המיסוי המיוחד, אשר הוקם בגדרו של סעיף 101 לפקודה עבור מניות ששינו את מעמדן מחוף-בורסאי לבורסאי לפני מכירתן, ממילא התייתר. ביטול זה של סעיף 101 לפקודה נעשה באופן פרוספקטיבי: הוא חל רק על אותן מניות אשר נרשמו למסחר בבורסה ממועד התחילה של תיקון 147, 1.1.2006 (להלן: יום התחילה), ואילך.

25. שלישית, סעיף 91 לפקודת מס הכנסה, שכותרתו ועניינו הם "המס [הכללי] על ריווח הון", תוקן באופן שקיבץ בתוכו את כלל הוראות הדין בדבר מיסוי רווחי הון, לרבות רווחים שנובעים ממכירת מניות סחירות. במסגרת זו נקבע בסעיף 91(ב) לפקודה, כי המס על רווח הון שהחל להיצבר לפני המועד הקובע, 1.1.2003, יחושב כך שעל החלק היחסי של רווח ההון, אשר נצבר לפני המועד הקובע, ישולם מס בשיעור המס השולי של הנישום, ואילו על יתרת הרווח יחולו שיעורי המס החדשים אשר נקבעו בתיקון 147: 20% עבור בעלי מניות שאינם מהותיים; ו-25% עבור בעלי מניות מהותיים. כך הפך היום 1.1.2003 – "המועד הקובע", כמשמעו בתיקון 132 – לקו פרשת המים ביחס לנישומים שהפיקו רווחי-הון בורסאיים וחוף-בורסאיים, אשר מאותו יום ואילך היו נתונים לאותה חבות מס.

26. לצד התיקונים האמורים, נקבעו בפרק ד' לתיקון 147 הוראות בדבר "תחילת תחולה והוראות מעבר" (להלן: הוראות המעבר). במסגרתן של הוראות המעבר, קובע סעיף 80(ט)(2), אשר כבר הוזכר לעיל (להלן: הוראת מעבר 2), כי הוראותיו של סעיף 91(ב) לפקודה לא תחולנה על מחזיקי ניירות ערך מסוימים.

27. הוראת מעבר 2 היא שעוררה מחלוקת פרשנית בין הצדדים לערעור דכאן באשר לשאלה: על מי בדיוק היא כוונה לחול?

כזכור, המשיבים מפרשים הוראה זו כדבר חקיקה אשר חל בעניינם, באופן שמוביל למיסוי מופחת של רווח ההון שנצמח לריזמן. מנגד, טוענת המדינה כי הוראת מעבר 2 מעולם לא כוונה לחול על נישומים דוגמת ריזמן, וכי כל פרשנות אחרת תוביל לאבסורד ולפגיעה במושכלות היסוד של דיני המס. בית משפט קמא הסכים עם המשיבים, והמדינה ערערה על כך.

28. במחלוקת פרשנית זו אדון ואכריע כעת.

טענות הצדדים

29. המחלוקת בין הצדדים נסובה, כאמור, על פרשנותה של הוראת מעבר 2: סעיף 80(ט)(2) לתיקון 147. על בסיסה של הוראת מעבר 2, טוענים המשיבים כי חבות המס של ריזמן בגין רווח ההון שנצמח לו ממכירת מניות אזימוט צריכה להיות מחושבת לפי שיעור מס של 25%, וזאת ביחס למלוא רווח ההון – זה שנצמח עובר לרישום המניות למסחר בבורסה, וזה שנצמח אחריו – עד למועד הקובע וממנו ואילך. לדידם, אין כל נפקות לעובדה שריזמן בחר בשעתו לחסות תחת מסלול המיסוי שבסעיף 101(א)(2) לפקודה וביקש שלא יראו ברישום מניותיו למסחר אירוע מס. לפי הדרך שבה המשיבים מפרשים את הוראת מעבר 2, תיקון 147 החריג מפורשות את כלל הנישומים החוסים תחת הוראות סעיף 101 לפקודה מתחולתה של ההוראה הכללית בדבר חישוב המס, אשר מצויה בסעיף 91(ב) לפקודה ואשר מאמצת את כללי החישוב הליניארי. לטענת המשיבים, בכך ביטל המחוקק את חבותם של נישומים אלו במס שולי בגין רווח ההון שהם צברו עד למועד הקובע, 1.1.2003. על יסוד טענות אלה, מגיעים המשיבים למסקנה כי את חבות המס של ריזמן יש לחשב על פי הוראות סעיף 91(ב) לפקודה לבדן – כנוסחן במועד מכירת המניות – באופן שמלוא רווח ההון שלו יהא טעון מס בשיעור של 25% מפאת היותו בעל מניות מהותי באזימוט. המשיבים מוסיפים ומדגישים, כי פרשנות זו מעוגנת בלשון החוק ואף תואמת את תכליתו של תיקון 147: יצירת אחדות ופשטות באופן שבו מחושב המס. מטעמים אלה, סומכים המשיבים את ידיהם על האמור בפסק הדין קמא.

30. מנגד, טוענת המדינה כי פרשנות זו של המשיבים, שכאמור אומצה על ידי בית משפט קמא, בטעות יסודה. לטענת המדינה, הוראות המעבר כווננו לחול רק על נישומים

אשר הושפעו מביטולו של חלק ה-3 לפקודה. ביחס לנישומים החוסים תחת הוראות סעיף 101, עסקינן בכל אלו שביקשו לראות ברישום מניותיהם למסחר אירוע מס, מידי או דחוי, והצהירו על יתרת רווח ההון שנצמח להם ממועד הרישום ואילך כהכנסה משוק ההון אשר מוסתה בהתאם להוראות חלק ה-3. במילים אחרות: המדינה טוענת כי הוראת מעבר 2 חלה רק על אותם נישומים שבחרו לחסות תחת הוראות סעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה. בהקשר זה מבהירה המדינה, כי בלא הוראות מעבר, נישומים אלה היו נפגעים ממשטר המיסוי החדש אשר נקבע בתיקון 147, ועל כן המחוקק קבע עבורם את הוראות המעבר שתכליתן שימור הטבות המס שהיו בידיהם ערב התיקון. הוראת מעבר 1 (סעיף 80(ט)(1) לתיקון 147) מאפשרת שימור מלא של הטבות אלה לנישום שבחר לבצע מכירה רעיונית של מניותיו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 147 בהתאם לאופציה שהתיקון העניק לו מבעוד מועד. כך זכו נישומים שבחרו במכירה רעיונית כאמור לשימור הפטור ממס בגין רווח ההון הבורסאי שצמח להם לפני המועד הקובע, 1.1.2003, ובמיסוי בשיעור מופחת של 15% בגין רווח ההון שצברו בין המועד הקובע לבין מועד המכירה הרעיונית. הוראת מעבר 2 (סעיף 80(ט)(2) לתיקון 147) מבטיחה כי גם נישום אשר נמנע ממכירה רעיונית כאמור יוכל ליהנות, לכל הפחות, מהפטור ממס שהיה בתוקף עד למועד הקובע. המדינה מבהירה ומדגישה כי פרשנותה זו מעוגנת בלשונו של סעיף 80(ט) רישא. כפי שכבר צויין, המדינה טוענת כי מילות הסעיף – "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה" – מפנות רק לתיקוניו המהותיים של סעיף 101 אשר נובעים מביטולו של חלק ה-3 לפקודת מס הכנסה – דהיינו: לתיקונים אשר נעשו בסעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3), להבדיל מסעיף 101(א)(2) שהוראותיו רק הותאמו במישור הטכני למצב החדש שיצר תיקון 147.

31. המדינה טוענת אפוא, כי אין כל בסיס לטענת המשיבים שמנסה להחיל הוראת מעבר זו על ריזמן שרווחיו הם רווחים חוץ-בורסאיים החוסים תחת סעיף 101(א)(2) לפקודה. לטענתה, רווח ההון שנצמח לריזמן צריך להיות ממוסה בדרך של חישוב ליניארי בהתאם להוראת סעיף 91(ב) לפקודה: חבות המס של ריזמן בגין רווח ההון החוץ-בורסאי אשר נצמח עד למועד הקובע, 1.1.2003, תחושב לפי שיעור המס השולי שלו; ואילו יתרת הרווח שלו, כבעל מניות מהותי באזימוט, תחוייב במס האחיד בשיעור של 25%. לשיטת המדינה, תוצאה זו תואמת את לשונו ואת תכליתו של תיקון 147. המדינה מסכימה עם המשיבים כי תיקון זה בא לכונן משטר מיסוי אחיד ופשוט, אולם, לדבריה, משטר זה חל על רווחים ממכירת מניות אשר נצברו אחרי המועד הקובע, 1.1.2003, ולא בתקופה שלפניו.

32. בית משפט קמא קיבל, כאמור, את עמדתם הפרשנית של המשיבים ודחה את עמדת המדינה. בפסק דינו היסודי והמנומק, סקר בית המשפט את ההיסטוריה החקיקתית

של הפקודה אשר נוגעת לסעיף 101, בחן את לשונה של הוראת מעבר 2 ועמד על התכליות שבבסיס תיקון 147. בהסתמכו על כל אלו, קבע בית משפט קמא כי יש להעדיף את פרשנות המשיבים – זאת, בראש ובראשונה, כיוון שיש לה אחיזה ברורה בלשונה של הוראת מעבר 2, ומאחר שהיא גם עולה בקנה אחד עם התכליות אותן ביקש תיקון 147 להגשים, אשר, כאמור, כוללות ודאות ופשטות במיסוי רווחי הון לסוגיהם. על בסיס שיקולים אלה, פסק בית משפט קמא כי אינו רואה מקום להחלת החישוב הליניארי שבסעיף 91(ב) על רווח ההון שנצמח לריזמן, וכי רווח הון זה ימוסה אפוא במלואו לפי שיעור המס הסטטוטורי של 25% אשר נקבע בתיקון 147.

33. מכאן ערעור המדינה, שבמסגרתו חזרו בעלי הדין על טענותיהם.

דיון והכרעה

34. לאחר עיון בסוגיה, הגעתי למסקנה חד-משמעית כי הדין עם המדינה. מבחינה לשונית גרידא, פירושה של המשיבים – שכאמור קורא את הרישא של סעיף 80(ט) לתיקון 147 כמסיר את עולו של המס השולי מכתפיו של כל נישום החוסה בצילו של סעיף 101 לפקודת מס הכנסה – הינו סביר באותה מידה כמו פירושה של המדינה, שכאמור מעניק את ההחרגה מסעיף 91(ב) לפקודה ומהמס השולי רק לאותם נישומים שרווחיהם ממכירת מניותיהם מוסו, ערב התיקון, כמצווה בחלק 3 לפקודה. דא עקא, השוויון בין שני הפירושים הללו הוא שוויון סינטקטי, ותו לא, אשר קשור לנפלאותיה של ו' החיבור – אות שמשמשת, לסירוגין, בצירופים של מילים ותנאים ובחלופותיהם (ראו: חיים כהן "סכלות ו/או איוולת" לשוננו לעם לב(א) 3 (תשמ"א); בג"ץ 157/63 בוקסאם נ' שר האוצר, פ"ד יח(1) 115, 124 (1964); ע"א 685/74 ברזניצקי נ' בן יוסף, פ"ד כט(2) 103, 105 (1975); ע"פ 176/71 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667, 675-677 (1972); אהרן ברק פרשנות במשפט ב 119-120 (1993) (להלן: ברק)).

35. באשר למהותם של דברים, כאן כפות המאזניים רחוקות מלהיות שקולות. ברי הוא, כי נישומים שענייניהם נופלים בגדרם של סעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה ממוסים בסופו של יום (בגדרו של סעיף 101(א)(3)) או בתחילתו (בגדרו של סעיף 101(א)(1)) באופן הבא: אחרי תיקון 147, וכפי שהיה גם לפניו, כל נישום כזה משלם לאוצר המדינה את המס השולי אשר חל על רווח ההון שמניותיו צברו לפני המועד הקובע, 1.1.2003, או לפני מועד רישומן למסחר בבורסה – לפי המוקדם מביניהם. אם כך הוא הדבר, מה יכולה להיות הסיבה שבעטייה נוכל לייחס למחוקק את הכוונה להיטיב את מצבו של נישום אשר בחר, בשעתו, "לשבת על הגדר" בנצלו את האופציה שניתנה לו בסעיף

101(א)(2)? במכירת מניותיו, נישום כזה יהא חייב "לרדת מהגדר" באחד משני האופנים: הוא יוכל להמשיך ולשוות לרווחיו מעמד חוץ-בורסאי או, לחלופין, להיכנס בשעריו של סעיף 101(א)(3) לפקודה ולעלות על פסי המיסוי הדחוי. ברי הוא, כי במקרה האחרון יהא הנישום חייב לשלם למדינה את המס השולי בגין רווח ההון שמניותיו צברו עד מועד רישומן למסחר ולפני המועד הקובע, 1.1.2003, להבדיל מהמס בשיעור אחיד של 25% (בהיותו בעל מניות מהותי) או של 20% (בהיותו בעל מניות רגיל). כך כתוב בסעיף 101(א)(3) לפקודה, ועם לשונו הברורה לא ניתן להתווכח. אם כך הוא הדבר, כיצד ייתכן ששמירה על המעמד החוץ-בורסאי הקיים של מניותיו תקנה לנישום הקלת מס רטרואקטיבית בגין רווחי העבר אשר נצברו לפני 1.1.2003 ולפני רישום מניותיו למסחר? לתוצאה זו אין שום הצדקה עניינית, והמחוקק מן הסתם לא התכוון להגיע אליה. תוצאה כאמור מעניקה לנישום שבחר "לשבת על הגדר" מתת חינוס (windfall), תוך שהיא מפרה את כללי הצדק האופקי והצדק האנכי אשר עומדים בבסיסם של דיני המס החלים בישראל. פרשנות שמביאה לתוצאה זו גם עומדת בניגוד לתכליתן של הוראות המעבר: שמירה על המצב הקיים והגנה מפני שינוי שכולל גריעה רטרואקטיבית מזכויות מוקנות. לאור תכלית זו, הוראת מעבר 2, שכאמור מעוגנת בסעיף 80(ט)(2) לתיקון 147, נועדה להגן רק על אותם נישומים אשר עלולים להיפגע מהחלת התיקון על הרווחים שמניותיהם צברו לפניו. נישומים אלה בענייננו נמצאים במסגרותיהם של סעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה, להבדיל מסעיף 101(א)(2). רווחיהם הבורסאיים של נישומים אלה נהנו מהטבות מס שניתנו להם, בין היתר, מכוח ההוראות של חלק ה-3 לפקודה, אשר פסחו – ובצדק – על הנישומים שבחרו "לשבת על הגדר" בהישענם על סעיף 101(א)(2) לפקודה. בלא הוראות מעבר מתאימות, ביטולו של חלק ה-3 לפקודה עלול היה אפוא לפגוע בנישומים שמיסויים מוסדר בסעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה, להבדיל מאלו שנמנעו מלהצהיר על רווחים בורסאיים בנצלם את זכות "הישיבה על הגדר" המעוגנת בסעיף 101(א)(2).

36. מכל הטעמים הללו, שאפרטם להלן, נכון נעשה אם נפרש את מילות הרישא של סעיף 80(ט) לתיקון 147 – "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה" – כמילים שאומרות "לעניין ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, לרבות תיקונו של סעיף 101 הנובע מכך, ואשר משנה עקב כך את מצבו של הנישום", כפי שטוענת המדינה. מבחינת מהותם של דברים, פרשנות זו עדיפה בהרבה על פרשנותם של המשיבים ושל בית משפט קמא, אשר מייחסת לרישא של סעיף 80(ט) את המשמעות הבאה: "לעניין תיקון כלשהו של סעיף 101 לפקודה או ביטול חלק ה-3 לפקודה [...]". בגדרם של דיני המס, היותם של שני פירושים (או יותר) שקולים מהבחינה הלשונית איננו מכריע את הכף. מה שמכריע את הכף במצב של שקילות לשונית – או של עמימות סמנטית או

סינטקטית – הם שיקולים שבמהות שאותם מניתי, ורק הם. בשיקולים אלה כשוברי שוויון אעסוק כעת.

פרשנות דיני המס

37. פרשנותם של דיני המס נדונה באחרונה בפסק דינו בעניין טוונטי האנדרד (ראו: ע"א 3012/18 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' טוונטי האנדרד נהריה בע"מ (4.7.2019)). פסק דין זה דחה פה-אחד ובצורה החלטית את הגישה הדוגלת בפרשנותם של דיני המס באופן מילולי-דווקני אשר מיטיב עם הנישום. נפסק כי פרשנותם של דיני המס, שלא כמו הפרשנות של דיני העונשין, לא נותנת עדיפות לחירותו ולקניינו של הפרט על פני ההגנה על אינטרסים חברתיים. כמוסבר בפסק דיני, אשר התבסס על ההלכות שהיו עמנו מאז קום המדינה, פרשנותם של דיני המס נועדה להגשים את האמנה החברתית לפיה כל אזרח נושא בעלויות ניהול המדינה, כאשר חובת ההשתתפות שלו בעלויות אלו נקבעת בהתאמה לרווחיו ולמידת עושרו – וזאת, בגדרם של כללים ברורים ככל שניתן, אשר מציבים גבולות לכוחות השררה של רשויות המס, מאפשרים לאזרח לתכנן את פועלו ולכלכל את צעדיו, ומגנים על קניינו (ראו: בפסקאות 29-37 לפסק דיני בעניין טוונטי האנדרד; ראו גם: יוסף מ' ארעי מבוא לתורת המסים 326-327 (2008) (להלן: ארעי)). כפועל יוצא מכך, פרשנותם של דיני המס מאגדת בתוכה את כלל התכליות שדינים אלה באים להגשים. בראשן של תכליות אלה ניצבת התכלית הפיסקאלית, שכן ברי הוא, כי חוקי המס נועדו, בראש ובראשונה, לאפשר למדינה לגבות מיסים למימון הוצאותיה בהתאם לעקרונות המיסוי הפרוגרסיבי שבבסיסם הצדק האופקי והצדק האנכי. לצדה של תכלית זו ניצבות תכליות המשנה של דיני המס: כינון משטר מיסוי יציב וברור אשר תוחם את סמכויותיהם של שלטונות המס, מגן על קניינם של נישומים ומאפשר להם לכלכל את צעדיהם מבעוד מועד בהסתמך על הוראות דין שמסדירות את חובותיהם כמשלמי המיסים (ראו: עניין טוונטי האנדרד, בפסקה 7). הווה אומר: פרשנותם של דיני המס, כל אימת שהיא נדרשת, פועלת במתכונת של מבחן רב-משתנים (multifactor) (ראו: שם, בפסקה 36 לפסק דיני).

38. בפסק דיני בעניין טוונטי האנדרד, ביקשתי לקבוע כללים מובנים אשר ינחו את בתי המשפט בהפעלת המבחן הרב-משתנים כאמור. לפי הכלל הראשון שביקשתי לקבוע, פרשנו של חוק המס צריך לשקול את תכליותיו רק כאשר מילותיו של החוק אינן ברורות דיין וניתנות לכמה פירושים סבירים מהבחינה הלשונית. לפי הכלל השני, כאשר פרשנו של חוק המס ניצב מול כמה פירושים אשר עולים בקנה אחד עם לשון החוק, עליו לתת עדיפות לפירוש שמקדם את תכליתו הפיסקאלית של החוק באופן מיטבי, בהשוואה

לפירושים אחרים. לפי הכלל השלישי, אם פרשנו של חוק המס מוצא את עצמו בחוסר וודאות לגבי פירושו הנכון של החוק אחרי שהפעיל את שני הכללים דלעיל – זה אחר זה – עליו לאמץ את הפרשנות אשר מיטיבה עם הנישום (ראו: שם, בפסקאות 32, ו-37 לפסק דיני). ודוק: הכלל השלישי נועד לחול במקרים בהם חוק המס לוקה הן בעמימות לשונית והן בעמימות תכליתית, ובמקרים אלו בלבד (ראו: שם, בפסקאות 33-36 לפסק דיני). הנני סבור כי פרשנות מובנית זו תואמת את ההלכה הפסוקה שהיתה עמנו מקדמת דנא, ובפרט את האמור בפסק הדין החשוב שניתן בעניין קיבוץ חצור (ראו: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985)). ברם, חבריי למותב, הנשיאה א' חיות והמשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, סברו אחרת. לדעתם, הבניית שיקול הדעת הפרשני שהצעתי איננה נחוצה ומן הראוי להשאיר את הפעלת המבחן הרב-משתנים בידי הפרשן מבלי לכבול את ידיו מראש (ראו: שם, בפסקאות 3, ו-12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, ובפסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

דעה זו של חבריי קבעה את מצב ההלכה נכון להיום. הנני רואה אפוא את עצמי מחויב לפעול לפיה במקרה דנן, וכך אעשה.

פרשנותו של סעיף 80(ט)(2) לתיקון 147

39. מהו אם כן שיעור המס אשר חל על רווח ההון שנצמח לריזמן מהיום שבו קיבל לידי את מניות אזימוט ועד למועד הקובע? בעלי הדין אינם חלוקים על כך שיתרת רווח ההון של ריזמן – הרווח שנצמח מהמועד הקובע, 1.1.2003, עד למועד מכירת מניותיו באזימוט – טעונה מס בשיעור של 25%. כמו כן, לית מאן דפליג שריזמן בחר להצהיר על מלוא רווח ההון שצבר כרווח הון חוץ-בורסאי ולבקש את מיסוייו בהתאם להוראות אשר חלות על נישומים החוסים תחת סעיף 101(א)(2) לפקודת מס הכנסה, ולא חזר בו מבקשתו האמורה (דבר שיכול היה לעשותו בגדרו של סעיף 101(א)(3) לפקודה על-פי הברירה שהיתה נתונה בידו ושהוסברה לעיל).

40. משמעות הדבר היא שרישום מניות אזימוט למסחר בבורסה בשנת 2000 לא היווה עבור ריזמן אירוע מס – מידי או דחוי. אשר על כן, אין – וממילא לא יכולה להיות – כל מחלוקת בנוגע לתרחיש הבא: אילו מניותיו של ריזמן באזימוט היו נמכרות עובר לתיקון 147, רווח ההון שהלה צבר עד למועד הקובע, 1.1.2003, היה טעון מס שולי רגיל, כטענת המדינה. נותרת אם כך השאלה האם תיקון 147 חולל שינוי בתרחיש זה, אשר מייצג את מצב הדברים הרגיל בגדרם של דיני המס וממשיך להיות מנת חלקם של הנישומים אשר עלו על פסיו של מסלול המיסוי המידי (סעיף 101(א)(1) לפקודה) ושל

מסלול המיסוי הדחוי (סעיף 101(א)(3) לפקודה). האם נישום שלא עלה על פסים אלו ונשאר "לשבת על הגדר" קיבל ממחוקקו של תיקון 147 פטור ממס שולי בגין רווח ההון שהלה צבר עד למועד הקובע, 1.1.2003 ?

41. כפי שכבר ציינתי, סבורני כי עלינו לענות לשאלה זו בשלילה. למסקנה חד-משמעית זו הגעתי לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, את האמור בפסק הדין קמא, את לשון ההוראות הרלבנטיות שבפקודת מס הכנסה ובהוראות המעבר, את תכליותיהן של ההוראות הללו, ואת ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 147 – ולאחר שהפעלתי את מבחן הרב-משתנים כהגדרתו בהלכה פסוקה. אוסיף ואפרט, כי לא מצאתי שום אסמכתא ישירה או, למצער, תימוכין עקיפים שעל בסיסם ניתן לטעון כי בחוקקו את תיקון 147 המחוקק נתן הסכמה מפורשת או משתמעת להענקת פטור ממס שולי לנישומים החוסים תחת חסותו של סעיף 101(א)(2) לפקודה – אלו שביקשו, בשעתו, שלא לראות ברישום מניותיהם למסחר בבורסה משום אירוע מס, כל אימת שהם "יושבים על הגדר" ולא מוכרים את מניותיהם – ולהם בלבד. כפי שאראה להלן, לטענה זו יש אמנם תימוכין טקסטואליים, אולם בכך לא סגי. זאת, מאחר שלשון החוק ניתנת לפירוש אחר, סביר הרבה יותר מהבחינה המהותית – אם כי לא מהבחינה הלשונית כפשוטה – אשר עולה בקנה אחד עם עמדת המדינה.

סעיף 101 לפקודת מס הכנסה, סעיף 80(ט) לתיקון 147, והיחס שביניהם

42. טיעוניהם של המדינה, מזה, ושל המשיבים, מזה, נסובו על מילותיהן של הוראות המעבר בתיקון 147. אולם, הוראות מעבר אלו, כמו כל הוראות מעבר, אינן באות בחלל ריק ואינן עומדות בפני עצמן. הוראות מעבר, כשמן כן הן, באות להסדיר את המעבר מהסדר משפטי ישן להסדר משפטי חדש שהתיקון לחוק בא לכונן (בענייננו – שלנו, ראו: דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, ה"ח 914, 952 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 147)). בין הוראות מעבר לבין השינוי שמתחולל בדין הקודם בעקבות תיקונו קיים אפוא קשר אימננטי הדוק. מבלי להבין את מהותו של קשר זה לא ניתן להבין את פשרן ואת משמעותן של הוראות המעבר.

43. כדי לעמוד על טיבו של הקשר האמור, אצטט את הוראותיו של סעיף 101(א) לפקודת מס הכנסה, כפי שהיו מנוסחות עובר לתיקון 147 לפקודה ולאחריו:

101. (א) (1) רישום מניות של חברה בבורסה בישראל או רישום מניות של חברה תושבת ישראל בבורסה ~~או בשוק מוסדר~~, מחוץ לישראל, שנעשה לפני שנת המס 2006, ייחשב כמכירת מניות החברה ביום הרישום, זולת אם בעל המניות ביקש שלא ייחשב כך שעה שהגיש לראשונה לאחר הרישום דוח לפי סעיף 131;

(2) ביקש בעל המניות שרישומן של המניות לא ייחשב כמכירתן, כאמור בפסקה (1), יחויב במס בעת מכירת המניות לראשונה ולא יחולו הוראות סעיף 97(ב) ~~או 105-ב~~.

(3) על אף האמור בפסקה (2), רשאי בעל המניות לחזור בו מהבקשה בשעת מכירת המניות לראשונה ולשלם את המס שהיה מגיע בשל הרישום, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כמשמעותם בסעיף 159א(א), החל במועד שבו היה עליו לשלם את המס כאמור בפסקה (1) אילולא ביקש כאמור, בתוספת המס החל ביום רישומן לבורסה ועד ליום המכירה כקבוע בסעיפים 91(א) או (ב), ~~או 97(ב) או 105-ב~~, לפי הענין; חויב בעל המניות במס כאמור בפסקאות (1) ו-(3), יראו את יום רישום המניות למסחר בבורסה כיום רכישת המניות, ואת התמורה שנקבעה לענין אותן פסקאות כמחיר המקורי שלהן.

44. מציטוט זה עולה בבירור כי התיקון שבוצע בסעיף 101 לפקודה במסגרת תיקון 147 הוא בגדר תיקון משני אשר התבקש מעצם התיקון העיקרי של הפקודה: ביטולו של חלק ה-3. כפי שכבר הסברתי, מנגנון המיסוי שבסעיף 101 בא לעולם כדי לסגור את הפרצה שהיתה תוצר האבחנה בין רווח הון בורסאי, אשר היה בעבר פטור ממס, לבין רווח הון חוץ-בורסאי, אשר היה חייב במס מאז ומעולם. עם מחיקתה של הבחנה זו מדיני המס, אשר נעשתה באמצעות ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, התייתר הצורך בקיומו של מנגנון המיסוי של סעיף 101. כפי שהוסבר בדברי ההסבר לתיקון 147:

“עם האחדת שיעורי המס החלים במכירת ניירות ערך נסחרים ובמכירת ניירות ערך שאינם נסחרים, אין עוד צורך בהוראה זו, ולפיכך מוצע כי היא תחול רק לגבי רישום מניות למסחר בבורסה לפני שנת המס 2006” (ראו: שם, בעמ' 952).

תחולתו של תיקון 147 נקבעה מיום התחילה, 1.1.2006, ואילך, ורק ביחס לרווחי הון אשר נצמחו החל מהמועד הקובע, 1.1.2003. בהתאם לכך, תוקנה הוראת

סעיף 101(א)(1) לפקודה באופן שזו תחול רק על הנישומים שרשמו את מניותיהם למסחר בבורסה עד ליום התחילה.

45. התיקון שבוצע בסעיף 101(א)(2) לפקודה אינו מעלה ואינו מוריד. מיסוי הנישומים החוסים תחת הוראות סעיף זה כלל לא השתנה. מדובר בתיקון טכני גרידא, אשר ביקש להסיר את אזכורו של סעיף 105 יב אגב ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, הא ותו לא. עובר לתיקון 147, קבע סעיף 101(א)(2) כי על נישומים אלו לא יחול סעיף 105 יב; והנה לאחר התיקון ממילא לא חל סעיף 105 יב, אשר פס מהעולם עם ביטולו של חלק ה-3 כולו. אין אפוא בתיקון טכני זה כדי ללמד על רצונו של המחוקק לחולל שינוי במשטר המיסוי אשר קדם לתיקון בעניינם של נישומים אלו. תיקון זה בוודאי אינו מלמד על כך שהמחוקק ראה לנכון לוותר על הכנסות המדינה ממיסים על רווחי הון חוץ-בורסאיים שצברו מניות לפני רישומן למסחר. למחוקק ממילא לא היתה כל סיבה מתקבלת על הדעת להקנות לנישומים אשר נושאים בחבות מס לפי סעיף 101(א)(2) לפקודה – בעקבות בחירתם "לשבת על הגדר" אחרי רישום מניותיהם למסחר בבורסה – פטור מתשלום המס השולי בגין רווח ההון החוץ-בורסאי אשר נצמח להם לפני 1.1.2003.

46. אעבור כעת לתיקון שנעשה בסעיף 101(א)(3) לפקודה. תיקון זה מעיד כי משטר המיסוי אשר חל על נישומים שחוסים בצילו של סעיף זה השתנה בנוגע לרווח ההון הבורסאי שמניותיהם צברו ממועד רישומן למסחר בבורסה. שינוי כאמור איננו משליך בשום צורה על הנישומים דוגמת ריזמן, אשר בחרו למסות את רווחיהם החוץ-בורסאיים בהתאם להוראות של סעיף 101(א)(2).

47. הווה אומר: תיקון 147 לפקודת מס הכנסה לא שינה את משמעותו של סעיף 101(א)(2) לפקודה כהוא זה. מדובר בתיקון טכני גרידא, אשר לא השפיע כלל על נישומים אשר חסו תחת הוראותיו של סעיף זה.

סעיף 80(ט) לתיקון 147

48. כאן המקום לעבור לבחינתן של הוראות המעבר אשר נקבעו בתיקון 147 לפקודת מס הכנסה. ההוראה הרלבנטית לענייננו-שלנו היא הוראת מעבר 2, שכבר צוטטה לעיל. לנוחיות הקוראים, אצטטה שוב:

80.ט) לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק
ה 3 לפקודה [...] יחולו הוראות אלה (להלן: הוראת
התחולה הכללית):

(1) [...]

(2) המחיר המקורי ויום הרכישה של נייר ערך שיום
רכישתו קדם ליום התחילה ייקבעו כפי שהיו נקבעים
אילו נמכר נייר הערך ביום האחרון של שנת המס
2005; הוראות סעיף 91(ב) לפקודה לא יחולו לגבי
נייר ערך כאמור;

(3) [...].

49. המשיבים מבקשים, כאמור, להיתלות בסיפא של הוראת מעבר 2 על מנת לבסס את טענתם כי נישומים החוסים תחת הוראת סעיף 101(א)(2) לפקודה – והם במיוחד – מוחרגים מהחבות במס השולי אליו מפנה סעיף 91(ב) לפקודה. לשיטת המשיבים, אי-תחולתו של סעיף 91(ב) מעמידה נישומים כאמור תחת משטר המס החדש אשר מחייבם לשלם מס רווח הון בשיעור של 25%, ותו לא; ואף זאת רק כשמדובר בנישום המוגדר כבעל מניות מהותי – שאם לא כן, יופחת שיעור המס לכדי 20% (ראו: סעיפים 91(ב)(1)–(2) בנוסחם לאחר לתיקון 147).

50. מנגד, המדינה טוענת כי הוראת מעבר 2 שמצויה בסעיף 80(ט) לתיקון 147 מסירה את עולו של סעיף 91(ב) לפקודה מכתפי הנישומים שמיסוי רווחיהם ממכירת מניות הושפע מביטולו של חלק ה 3 לפקודה. כאמור, לשיטת המדינה, מבין הנישומים החוסים תחת הוראות סעיף 101(א) מדובר בנישומים אשר באים בגדרם של סעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה, ובהם בלבד. לטענת המדינה, נישומים החוסים תחת הוראת סעיף 101(א)(2) לפקודה אינם מוחרגים מתחולתו של סעיף 91(ב) ומהחוב במס השולי שסעיף זה מטיל על רווחי ההון שנצברו לפני המועד הקובע, שכן אלו כלל לא הושפעו מביטולו של חלק ה 3 לפקודה.

51. נראה אם כן כי המחלוקת הפרשנית שבה עסקינן איננה נסובה על לשון הסיפא של הוראת מעבר 2. הסיפא להוראת מעבר 2 הוא נהיר ואינו דורש פרשנות. סיפא זה קובע מפורשות כי האמור בסעיף 91(ב) לפקודה מס הכנסה איננו חל על נישומים שחוסים בצילה של הוראת מעבר 2. המחלוקת בין בעלי הדין ממוקדת במענה הנכון לשאלה הבאה: מיהם אותם נישומים שחוסים בצילה של הוראת מעבר 2? מענה לשאלה זו תלוי בפרשנות ההוראה אשר קובעת את תחולתה של הוראת מעבר 2, דהיינו: בהוראת התחולה הכללית אשר מצויה ברישא של סעיף 80(ט) לתיקון 147. כפי שכבר צויין,

המשיבים טוענים כי הוראת תחולה זו מכסה את עניינם ובפרט את עניינו של ריזמן, אשר כפועל יוצא מכך משתחרר מעולו של סעיף 91(ב) לפקודת מס הכנסה ומהחבות במס שולי רגיל שסעיף זה מטיל על רווחי ההון שהלה צבר בתקופה בה החזיק את מניותיו באזימוט מחוץ לבורסה ולפני המועד הקובע, 1.1.2003. המשיבים סבורים, כי תוצאה זו כתובה בלשון מפורשת בסעיף 80(ט) רישא, אשר מדבר על סעיף 101 לפקודה בכללותו.

52. מנגד, המדינה טוענת כי הוראת מעבר 2 איננה חלה בעניינם של המשיבים ואינה משחררת את ריזמן מעולו של סעיף 91(ב) לפקודה – זאת, מאחר שהרישא של סעיף 80(ט) איננו נקרא כפי שהמשיבים ובית משפט קמא קראו אותו.

53. כאמור, לשיטת המשיבים, מילותיו של סעיף 80(ט) רישא, "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה" מדברות על שתי חלופות. לשיטתם, כל נישום שעל עניינו חל סעיף 101 לפקודה, שכאמור שונה על ידי תיקון 147, וכן כל נישום שעל עניינו חל חלק ה-3 לפקודת מס הכנסה, שכאמור בוטל על ידי תיקון 147, זוכה לשחרור מעולו של סעיף 91(ב) לפקודה אשר מטיל מס שולי בגין רווחי הון חוץ-בורסאיים שנצברו לפני המועד הקובע, 1.1.2003. פרשנות זו רואה בו' החיבור, שמופיעה בסעיף 80(ט) רישא, כאות אשר משמשת ברשימת חלופות, כדרכה של המילה "או", ובמילה "תיקון" כמתייחסת לכל תיקון, לרבות תיקון טכני גרידא, של סעיף 101 לפקודה.

54. לשיטת המדינה, הרישא של סעיף 80(ט) מסמן את הנישומים שרווחי ההון שלהם ממכירת מניות מוסו בהתאם לחלק ה-3 לפקודת מס הכנסה עובר לביטולו, אשר כוללים בתוכם נישומים שחסו תחת הוראות סעיף 101 לפקודה כל אימת שהם מושפעים מביטולו של חלק ה-3. הווה אומר: המדינה סבורה כי מילותיו של סעיף 80(ט) רישא, "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה", אינן מדברות על חלופות אלא דווקא על החיבור והתלות ההדדית שבין ביטולו של חלק ה-3 לתיקונו של סעיף 101. המדינה מבקשת אפוא לקרוא את הרישא של סעיף 80(ט) כקובע כך: "לעניין ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, לרבות תיקונו של סעיף 101 הנובע מכך, אשר משנה את מצבו של הנישום".

55. פרשנות זו מסירה את עולו של סעיף 91(ב) לפקודה רק מנישומים המדווחים על הכנסותיהם כהכנסות משוק ההון, ובהם כל אותם נישומים אשר כבר שילמו את המס בגין רווח ההון החוץ-בורסאי שנצמח להם במועד רישום מניותיהם למסחר בבורסה – באופן מיידי או דחוי. במילים אחרות: הרישא של סעיף 80(ט) מפנה לנישומים שבעקבות

רישום מניותיהם למסחר בבורסה בחרו במסלולי המיסוי שבסעיפים 101(א)(1) או 101(א)(3) לפקודה, להבדיל מהנישומים אשר בחרו "לשבת על הגדר" וביקשו שלא לראות ברישום מניותיהם למסחר בבורסה משום אירוע מס מתוקף הזכות שניתנה להם בסעיף 101(א)(2) לפקודה. ודוק: הוראתו של סעיף 101(א)(2) לפקודה לא הושפעה כלל על ידי תיקון 147, בכפוף לתיקון הטכני הנזכר לעיל – זאת, בשעה שתיקונייהם של סעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) היו מהותיים כפועל יוצא מביטולו של חלק ה-3 לפקודה. תיקונים אלה כללו, כאמור, את ביטול ההוראות בדבר שמירה על הפטור ממס רווח-הון ועל ההקלות ממס שקיבלו הנישומים בגדרו של תיקון 132 לפקודה.

56. ניתן אפוא לסכם ולומר כי לשיטת המדינה, הוראת המעבר המוגדרת במילות הרישא של סעיף 80(ט) לתיקון 147 חלה רק על נישומים אשר הושפעו מהתיקון גופו. זאת, בשעה שהמשיבים טוענים כי הוראת המעבר האמורה הקנתה זכות עצמאית להשתחרר מעולו של סעיף 91(ב) לפקודה לכלל הנישומים החוסים תחת הוראות סעיף 101, לרבות אלו שחובות המס שלהם לא הושפעו מתיקון 147 כהוא זה. המדינה סבורה כי הוראות המעבר של סעיף 80(ט), כשמן כן הן, הן הוראות מעבר ותו לא, בעוד שלדעת המשיבים – אשר נתקבלה על ידי בית משפט קמא – מדובר בהוראות מעבר שיצרו זכות חדשה בדמות הטבת מס. המשיבים תומכים את פרשנותם בעיקרון הפשטות: לדידם, המחוקק ביקש לכונן שיעור מס אחיד עבור כלל המניות שנסחרות בבורסה ברווח, באופן שבעל מניות מהותי, כמשמעו בפקודה, ישלם למדינה 25% מרווחו הריאלי ואילו יתר בעלי המניות יפרישו לקופת המדינה חמישית מרווחם. המדינה, מנגד, מוכנה לקבל את פרשנות המשיבים, אך זאת רק ביחס לרווח שנצמח לנישום החל מהמועד הקובע, 1.3.2003, ואילך – כקבוע בהוראותיה הראשיות של הפקודה תחת סעיף 91(ב). המדינה תומכת את פרשנותה בעיקרון המהות: לדידה, הוראת המעבר שבה עסקינן, כמו כל הוראת מעבר, באה למנוע פגיעה רטרואקטיבית בזכויות בנות קיימא ולא ליצור מתת חנם על ידי הקטנת מס רטרואקטיבית. המדינה סבורה כי המהות גוברת על הפשטות, ואילו המשיבים סבורים כי בפנינו אחד המקרים שבהם ידו של עיקרון הפשטות צריכה להיות על העליונה.

57. כפי שכבר ציינתי, סבורני כי במחלוקת זו עלינו להכריע לטובת המדינה. פרשנות חוק אשר מבכרת את הפשטות על פני המהות איננה מקובלת בגדרם של דיני המס (ראו: עניין טוונטי האנדד, בפסקאות 30-31). אילו נדרשנו לפרש הוראת חוק שעניינה אחריות פלילית, יכול שהיינו מחוייבים לבכר את הפשטות על פני המהות ואת שפת בני-אדם על פני קונסטרוקציה משפטית כזאת או אחרת (ראו, למשל: ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 34-39 לפסק דיני (9.11.2020)), אך אנו עוסקים במטריה אחרת ששמה

דיני המס. כפי שכבר צויין, מטריה זו נשלטת על ידי מבחן רב-משתנים שבמרכזו ניצבת התכלית הפיסקאלית של הוראת החוק נושא הדיון ואשר מאזן את התכלית האמורה בחייבו את הפרשן לתת משקל הולם לאינטרס ההסתמכות של הנישום וכן לצורך להגן על קניינו ולהגביל את סמכויותיהם של שלטונות המס (ראו: עניין טוונטי האנדרד, פסקאות 36-37).

במקרה שלפנינו, יישומו של מבחן רב-משתנים זה תומך באופן ברור בעמדת המדינה.

תכליתן של הוראות המעבר בתיקון 147

58. סעיף 80(ט) לתיקון 147 מכיל בחובו שש הוראות מעבר בעלות מכנה משותף. הוראות מעבר אלו, ללא יוצא מן הכלל, מסדירות את ההשלכות של ביטול חלק ה-3 לפקודה. השלכות אלה אינן נוגעות למיסוי רווחי הון חוץ-בורסאיים. כדי להבין את התכלית שמאחורי הוראות המעבר, נעיין תחילה בהסדר אשר נקבע בסעיף 80(ט)(1) לתיקון 147 (שכבר זוהה על ידי כהוראת מעבר 1).

הסדר זה קובע כדלקמן:

במהלך חודש דצמבר 2005 רשאי נישום למכור נייר ערך, כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, הנסחר בבורסה [...] ולרכוש אותם מחדש, באמצעות חבר בורסה, באותו אופן שבו מתבצעות עסקאות מחוץ לבורסה, והכל באותה כמות, באותו יום ולפי מחיר תום יום המסחר לנייר ערך [...]. ובלבד שמכר את כל ניירות הערך שהיו לו מאותו סוג [...] ; מכר ורכש כאמור, יראו את יום ביצוע הפעולות האמורות כיום רכישה חדש של נייר הערך [...] ומחירם המקורי החדש יהיה מחיר תום יום מסחר לנייר ערך [...];

לעניין זה –

“נייר ערך נסחר בבורסה” – לרבות איגרת חוב של מדינת ישראל;

“נישום” – מי שחלו לגביו הוראות סעיפים 101, 105 יב(א), 105 יג(ג), 105 יז או 105 יח(א) לפקודה לפני ביטולם בחוק זה, וכן קרן נאמנות חייבת.

59. הוראת מעבר 1 אפשרה לנישום לבצע מכירה רעיונית של מניותיו במהלך חודש דצמבר 2005, וקהל הנישומים קיבל על כך הודעה מבעוד מועד לפני כניסתו של תיקון 147 לתוקף. מכירה רעיונית זו, אשר בוצעה עובר לכניסתו של תיקון 147 לתוקף, שימרה הלכה למעשה את הטבות המס שהיו קיימות באותה העת. כזכור, נישומים בעלי הכנסות משוק ההון, זכו לשתי הטבות מס עיקריות במסגרת הוראות חלק ה-3 לפקודה. הטבות אלו כללו פטור ממיסוי רווח-הון בורסאי עד המועד הקובע, 1.1.2003, ומיסויו של החלק היחסי אשר נצמח עד ליום התחילה, 1.1.2006, בשיעור מס מופחת של 15%. נישומים שחסו תחת סעיף 101(א) לפקודה ואשר בחרו להצהיר על הכנסותיהם כהכנסות משוק ההון – באופן מידי או דחוי – זכו גם הם להטבות אלו, בהתאם להוראות סעיפים 105 יב ו-105 לפקודה. ביטולו של חלק ה-3 במסגרת תיקון 147 לפקודה ביטל את ההטבות הללו, וקבע תחתיהן את שיעורי המס האחידים של 20% או 25% (בהתאם לסיווגו של בעל המניות כבלתי מהותי או כמהותי) עבור רווחי הון שנצמחו מהמועד הקובע ואילך. הוראת מעבר 1 באה אפוא לאפשר לכל אחד מאותם הנישומים אשר היו עלולים להיפגע משינויים אלו לבצע מכירה רעיונית כאמור וליהנות מחישובה של חבות המס בגין רווח ההון שנצמח להם לפי הדינים המטיבים שהיו אז בתוקף. ביחס לכל נישום ונישום שבחר לעשות כן, תחושב חבות המס החדשה בהתאם לתיקון 147 אך ורק לגבי חלק מרווח ההון אשר נצמח מיום התחילה, 1.1.2006, ואילך (ראו: דברי ההסבר לתיקון 147, בעמ' 982).

60. נישומים שלא היו להם הכנסות משוק ההון לא נזקקו כלל להוראת מעבר 1. לנישומים אלו אין – ולא היה – כל תמריץ להפעלת הוראת המעבר האמורה מאחר שתיקון 147 רק הטיב את מצבם המיסויי או השאירו כפי שהיה. עד למועד הקובע, 1.1.2003, נישומים אלה מוסו, בגין רווחי ההון החוץ-בורסאיים שהפיקו, לפי שיעור המס השולי, ואילו יתרת רווח-ההון שנצמח להם, עד ליום התחילה, מוסתה בשיעור של 25% מכוח האמור בתיקון 132. במסגרת תיקון 147 נקבע שיעור מס חדש לרווחי ההון שנצמחו החל מהמועד הקובע: 20% לבעל מניות רגיל ו-25% לבעל מניות מהותי. הוזה אומר: מצבו של נישום שמניותיו צברו רווח הון חוץ-בורסאי הוטב או, למצער, לא הורע.

61. הבדל זה בין סוגים של רווחי הון – בורסאי וחוף-בורסאי – מסביר את התמקדותה של הוראת מעבר 1 בנישומים אשר הצהירו על רווח ההון שמניותיהם צברו כהכנסה משוק ההון. נישומים כאמור כוללים בהקשרינו אך ורק את אלה אשר בחרו במסלול המיסוי של סעיף 101(א)(1) או 101(א)(3), שילמו את המס המגיע מהם בגין רווחי ההון החוף-בורסאיים וזכו עקב כך להטבות אשר חלות על רווחי הון בורסאיים מכוחו של חלק ה-3 לפקודה. נישומים אלה, ורק הם, הושפעו לרעה מביטולו של חלק ה-3

לפקודה במסגרת תיקון 147. מכאן עולה כי הוראת מעבר 1 לא כוונה לחול על נישומים דוגמת ריזמן, שכאמור בחרו "לשבת על הגדר" מתוקף הזכות שניתנה להם בסעיף 101(א)(2) לפקודה ולא בחרו לרדת מהגדר ולהיכנס למסלול המיסוי של סעיף 101(א)(3). לית מאן דפליג שנישומים כאלה ממילא לא היו מבקשים להפעיל הוראת מעבר 1 בעניינם.

62. הוראת מעבר 2 באה להשלים את הוראת מעבר 1 כדי להבטיח שמירה מלאה על זכויות הנישומים ולמנוע פגיעה רטרואקטיבית בזכויות אלה. הוראת מעבר 2, הקשורה לאמור בסעיף 105 יג לפקודת מס הכנסה, אף היא לא כוונה לחול על נישומים דוגמת ריזמן, שכן עניינה רק בנישומים בעלי רווח הון בורסאי. לפני ביטולו, קבע סעיף 105 יג לפקודה, אחד מסעיפיו של חלק ה-3 – שהיה ואיננו עוד – הוראות לעניין המחיר המקורי של ניירות ערך סחירים שהוחזקו לפני המועד הקובע, 1.1.2003. המחיר המקורי של ניירות ערך אלו נקבע בהתאם ל"ממוצע של ערכו (של נייר הערך – א.ש.) בתום כל אחד משלושת ימי המסחר בבורסה שקדמו למועד הקובע". קביעת המחיר המקורי בהתאם לממוצע שוויו בסמוך למועד הקובע איפס את רווח ההון הבורסאי אשר נצמח לנישום עובר למועד זה והיה פטור ממס (להבדיל מרווחי הון חוץ-בורסאיים, שהיו חייבים במס מאז ומעולם). בדרך זו הבטיח המחוקק כי בעלי הפטור האמור לא ייפגעו על ידי מיסוי למפרע אשר יחול על רווחי ההון שנצברו לפני המועד הקובע. עם ביטולו של סעיף 105 יג במסגרת ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, הקימה הוראת מעבר 2, כהמשך ישיר לאמור בסעיף 105 יג, מנגנון אשר מבטיח את שימורה של הטבת הפטור ההיסטורית לנישומים שהיו זכאים לה. לשם כך, קבעה הוראת מעבר 2 מחיר מקורי ויום רכישה חדשים "כפי שהיו נקבעים אילו נמכר נייר הערך ביום האחרון של שנת המס 2005". משמעות הדבר היא שהמחיר המקורי נקבע בהתאם לדינים אשר עמדו בתוקף עובר להחלתו של תיקון 147: קרי, לפי הוראות סעיף 105 יג. כחלק ממנגנון השימור של הוראות סעיף 105 יג, החריגה הוראת מעבר 2 את תחולתו של סעיף 91(ב) לפקודת מס הכנסה ביחס לניירות ערך הזכאים לפטור – אלו הם ניירות ערך אשר מפיקים רווחי הון בורסאיים. מדובר באותה החרגה ממש שהייתה כתובה בסעיף 105 יג. מכאן עולה כי גם הוראת מעבר 2 לא נועדה לחול על בעלי מניות דוגמת ריזמן, אשר לא חסו תחת הוראותיו של סעיף 105 יג מלכתחילה.

63. לסיכום: לנוכח תכליתה הברורה של הוראת מעבר 2, אין, לדעתי, לפרשה אלא כחלה אך ורק על רווחי הון בורסאיים שמיסויים הוסדר בחלק ה-3 לפקודת מס הכנסה, אשר בוטל בגדרו של תיקון 147 לפקודה. תכלית זו מונעת את החלתה של הוראת מעבר 2 על רווח ההון החוץ-בורסאי אשר הופק על ידי ריזמן לפני 1.1.2003.

תכליתו של תיקון 147

64. המשיבים טענו לפנינו, כי הפרשנות הניתנת על ידיהם להוראות המעבר מתחייבת גם לאור תכליתו של תיקון 147 לפקודה. תכלית זאת, לפי תפישת המשיבים, היא אחידות, פשטות וודאות במיסוי רווחים משוק ההון – וזאת גם במחיר של אובדן הכנסות לאוצר המדינה.

65. טענה זו עומדת בסתירה להיסטוריה החקיקתית שמלמדת על תכליתו של תיקון 147. היסטוריה זו כוללת את דו"ח קפוטא-מצא (ראו: מינהל הכנסות המדינה ורשות המיסים בישראל, דוח הוועדה לתכנית המיסים הרב שנתית (2005)), במסגרתו גובשו המלצות למחוקק לביצועה של רפורמת מיסוי מקיפה. היסטוריה זו מתועדת בחלקה גם בפרוטוקולים של ועדת הכספים של הכנסת, אשר דנה בהמלצות אלו ובחרה להביאן אל מול הכנסת ולהפכן לדבר חקיקה מחייב. מדו"ח קפוטא-מצא עולה בבירור כי למחוקק לא היתה שום כוונה להטיב עם נישומים דוגמת ריזמן. האמור מבוסס על שתי הנמקות עיקריות. האחת, עניינה בהצהרה המפורשת בדו"ח אשר קובעת כי "לגבי ניירות ערך [...] שהוחזקו טרם רישומם למסחר, יוטל על חלק רווח ההון הריאלי המתייחס לתקופה שלפני 1 בינואר 2003 (קרי, המועד הקובע – א.ש.) מס לפי השיעור השולי" (ראו: שם, בעמ' 115, ההדגשה שלי – א.ש.). בהמשך להצהרה מפורשת זו מתייחסת הוועדה ב"רחל בתך הקטנה" גם לנישומים אשר בחרו "לשבת על הגדר" (מתוקף הזכות שניתנה להם בסעיף 101(א)(2) לפקודה) ומציעה כי "מי שרשם מניות למסחר בבורסה לפני 1 בינואר 2006 וביקש שלא יראו את רישום המניות כמכירתן, יוכל במהלך חודש דצמבר 2005 לחזור בו ולבקש כי יראו במועד הרישום את המניות כנמכרות. ביקש כאמור, יהיה שיעור המס על הרווח הריאלי מיום הרישום ועד ליום בו בוצעה המכירה הרעיונית – 15%" (ראו: שם, בעמ' 118). הוועדה אומר: נישום שלא ביקש כאמור לא יהא זכאי להטבות השייכות לנישומים בעלי רווחי הון בורסאיים, וימשיך להיות ממוסה על פי הדינים הרגילים אשר חלו עליו עד לאותה העת.

66. אכן קשה להלום כי המחוקק חוקק את הוראת מעבר 2 כדי להיטיב דווקא עם הנישומים שבחרו "לשבת על הגדר" מתוקף זכותם על-פי סעיף 101(א)(2) לפקודה. אינני רואה שום רציונל כלכלי או פיסקאלי להענקת הטבת מס בגין "ישיבה על הגדר". לא זו אף זו: מדוע יש מקום להעניק הטבת מס לנישום שבחר "לשבת על הגדר" בשעה שכל

הנישומים האחרים, אשר פעלו בהתאם לאמור בסעיפים 101(א)(1) ו-101(א)(3) לפקודה, אינם זוכים לשום הטבה אחרי שרובם ככולם שילמו מס בשיעור משמעותי – על-פי רוב, גבוה בהרבה מ-25% – בגין רווחי ההון שצברו לפני המועד הקובע, 1.1.2003? המשיבים לא נתנו תשובה משכנעת לשאלה זו, ולא בכדי. לשאלה זו אין תשובה שמניחה את הדעת.

67. יתרה מכך: אחד מיעדי-העל של תיקון 147 הוא היעד החברתי של שיפור חלוקת ההכנסות בין תושבי המדינה וצמצום העוני (ראו: ד"ח קפוטא-מצא, בעמ' 9). ביחס ליעד זה דווח כי "התכנית מעלה את שיעור המס על הון מ-15% ל-20% ותהיה לכך השפעה חיובית על חלוקת הכנסות מאחר שרוב ההון מרוכז בידי בעלי הכנסות גבוהות" (ראו: שם, בעמ' 10). משמעות הדבר היא כי לא היה בכוונת מתכנני הרפורמה להקל עם נישומים בעלי הכנסות מהון או לוותר על מיסויים, אלא להיפך.

צדק אופקי, צדק אנכי, ומתת חינו

68. לא זו אף זו: דיני המס הנהוגים במקומותינו מושתתים על העקרונות של צדק אופקי וצדק אנכי. הצדק האופקי דורש כי בעלי רווחים זהים ישלמו למדינה בגין רווחיהם מס זהה. הצדק האנכי דורש כי בעלי רווחים גבוהים יותר ישלמו למדינה מיסים העולים על אלו שנגבים מאלו שרווחיהם נמוכים יותר (ראו: עניין טוונטי האנדד, פסקאות 11-12 לפסק דיני; דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 33-39 (1990) (להלן: גליקסברג); וכן, אדרעי, בעמ' 99-101). פרשנות של חיקוק מס שיוצרת מתת חינו (windfall) – כדוגמת הפטור מחלק מהחבות במס אשר חל על רווחים שהופקו בעבר – איננה תואמת עקרונות אלה של מיסוי פרוגרסיבי צודק, ועל כן ראוי להימנע ממנה (ראו והשוו: Eric Kades, *Windfalls*, 108 YALE L. J. 1489, 1538-1542 (1999)). במילים אחרות: חזקה היא שהמחוקק שמחולל רפורמת מס בסביבת מיסוי פרוגרסיבי אינו מתכוון ליצור מתת חינו עבור קבוצה מסויימת של נישומים ועל ידי כך לפגוע בצדק האופקי ובצדק האנכי. חזקה פרשנית זו ניתן לסתור רק על ידי קביעה חד-משמעית אחרת בדבר חקיקה (ראו: אדרעי, בעמ' 289-291), וקביעה כזאת לא ראינו.

אחידות ופשטות במיסוי שוק ההון

69. אודה ולא אכחד: גם הבטחת ודאות ואחידות במיסוי נמנית עם תכליותיו של תיקון 147, כטענת המשיבים. בד"ח קפוטא-מצא נאמר מפורשות כי "עם השלמת יישום התכנית בשנת 2010, מערכת המיסים של ישראל תהיה פשוטה ויעילה יותר" (ראו: שם,

בעמ' 12). במקום אחר צוין כי הדו"ח מכוון לעבר "האחדת שיעורי המס ופישוט מערכת מיסוי ההון בישראל" (ראו: שם, בעמ' 13). לצד זאת, הדו"ח שב ומדגיש כי תכלית זו תוגשם באופן הדרגתי ומבוקר: "התכנית שומרת על איזונים בתוך מערכת המיסים ומחוצה לה, ויישומה מתפרס על פני חמש שנים בצורה מדורגת ומתונה, תוך שמירה על מדיניות פיסקאלית זהירה" (ראו: שם, בעמ' 13, ההדגשות שלי – א.ש.). עוד נאמר בדו"ח כי "התכנית המוצעת תביא בתוך פרק זמן קצוב להאחדת שיעור המס על כל סוגי ההכנסות מהון" (ראו: שם, בעמ' 19, ההדגשות שלי – א.ש.).

70. מחברי הדו"ח בחנו במסגרתו גם את הביקורת שנמתחה על הרפורמה הקודמת במיסוי שוק ההון, שכאמור הוצאה אל הפועל בתחילת שנת 2003. בהקשר זה נאמר בדו"ח, כי עיקרה של הביקורת על הרפורמה דאז נגע להעדר אחדות בשיעורי המס אשר גרמה לחוסר בהירות ביחס לשיעורי המס החלים במקרים קונקרטיים כאלה או אחרים. במענה לביקורת כאמור, מציין הדו"ח כי "לדעת הוועדה חלק מהטענות שנשמעו בנושא זה אינן מוצדקות, שכן עיקר השוני בשיעורי המס נבע מהצורך להטמיע את הרפורמה באופן הדרגתי. פערים אלו בשיעורי המס הם זמניים וצפויים להיעלם במשך הזמן" (ראו: שם, בעמ' 78, ההדגשות שלי – א.ש.). תפישה זו של הדרגתיות באה לידי ביטוי גם בפרוטוקול ועדת הכספים של הכנסת מיום 18.7.2005 (ראו: פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת השש-עשרה (18.7.2005)). כך מסביר מר ג'קי מצא לחברי ועדת הכספים כי האחידות בשיעור המס תחול רק על חלק רווח ההון שנצמח החל מהמועד הקובע (ראו, למשל: שם, בעמ' 8, 20). מובאות אלו מראות כי הגם שאחידות וודאות במיסוי נמנות עם מטרות הרפורמה המקיפה במיסוי שוק ההון, תכליות אלו אמורות להתגשם באופן הדרגתי ולא באבחה אחת. כמו כן ברי הוא, כי אחידות ופשטות במיסוי אינן אמורות להיות מושגות באמצעות מתן הטבות רטרואקטיביות, ונטולות רציונל כלכלי, לנישומים.

71. זאת ועוד: דוקטרינת החישוב הליניארי – שלהחלתה במקרה דנן המשיבים מתנגדים בתוקף, מסיבות מובנות – אף היא מזוהה עם האחידות והפשטות במיסוי רווחי הון (ראו: עניין פוליטי, בפסקה 33).

אינטרס ההסתמכות של הנישומים, הגנה על קניינם, ותיחום סמכויותיהן של רשויות המס

72. כזכור, דיני המס באים לאפשר גם את הסתמכותם של נישומים על מה שנקבע בהם, תוך מתן הגנה לקניינם והגבלת כוחן של רשויות המס. תכליות אלה של דיני המס חשובות כמעט באותה מידה כמו התכלית הפיסקאלית. ברם, תכליות אלה אינן נפגעות

כהוא זה מפרשנותה של הוראת המעבר שבסעיף 80(ט) לתיקון 147 שאני מבקש לאמץ. כפי שכבר צויין מספר פעמים, פרשנות זו מצמצמת את תחולתו של סעיף 80(ט)(2) – המכונה הוראת מעבר 2 – לרווחי הון בורסאיים שמיסויים הוסדר בחלק ה-3 לפקודת מס הכנסה עד לביטולו בתיקון 147.

73. סוגיית המיסוי שבה קא עסקינן היא סוגייה מורכבת למדי. נישומים – ובפרט בעלי רווחים בסדרי גודל של אלו של הנישום הניצב לפנינו – נסמכים על ליווי ויעוץ שוטף של אנשי מקצוע: רואי חשבון ועורכי דין המתמחים בדיני מיסים. אלה מכירים היטב את חוקי המס, את יעדיהם ואת חוות הדעת המקצועיות אשר הוצאו בעניינם. כמו כן מכירים הם את גילויי הדעת הרלבנטיים של רשות המיסים. פרסומים מקצועיים אלה תומכים ללא סייג בעמדתה הפרשנית של המדינה, המקובלת גם עלי. ראו, למשל, את פרסומה של רשות המיסים בישראל, "מכירה ורכישה רעיונית של ניירות ערך בבורסה בחודש דצמבר 2005 (28.11.2005) ("האמור לעיל חל על משקיע החייב במס בשיעורים מופחתים של 10% או 15% על רווח הון מניירות הערך [...]"). כמו כן, ראו את חוות הדעת אשר ניתנו בנושא על ידי משרדים מובילים של רואי-החשבון ואשר הוצגו על ידי המדינה בפני בית משפט קמא (כמתואר בפסקה 42 לסיכומי המערער בבית משפט קמא ובנספח יח' למוצגים מטעם המערער).

74. לזאת יש להוסיף את החזקה המשפטית הכמעט חלוטה אשר חלה על הוראות מעבר. ככלל, הוראות מעבר באות למנוע פגיעה רטרואקטיבית בזכויות קיימות; הן אינן באות ליצור זכויות חדשות או חובות חדשות – וכך ראוי, ככלל, לפרשן (ראו, למשל: ברק, בעמ' 610-612). חזקה זו שוללת את הסתמכות הנישומים על פרשנותה של הוראת מעבר אשר מייחסת לאותה הוראה כוונה לשנות את מערך הזכויות הקיימות.

75. למותר להוסיף ולציין כי תיקון 147 גם אינו מקנה סמכויות רחבות-ידיים לשלטונות המס. תיקון זה מכיל בתוכו סדרה של כללים מוגדרים שהחלתם אינה תלויה בהפעלת שיקול-דעת רחב, אם בכלל.

סיכומו של חלק א

76. סוף דבר: פרשנות המדינה להוראות המעבר היא הפרשנות הנכונה. מילותיו של סעיף 80(ט) לתיקון 147, "לעניין תיקון סעיף 101 לפקודה [...] וביטול חלק ה-3 לפקודה", משמען "לעניין ביטולו של חלק ה-3 לפקודה, לרבות תיקונו של סעיף 101 הנובע מכך, אשר משנה את מצבו של הנישום".

כפועל יוצא מכך, מן הדין לשנות את פסק הדין קמא ולהטיל על רווח ההון שנצמח לריזמן לפני המועד הקובע, 1.1.2003, מס בשיעור שולי בהתאם להוראותיו של סעיף 91(ב1)(א) לפקודה כנוסחו בתיקון 147.

חלק ב: בקשת ריזמן לסווג חלק מהתמורה שקיבל במסגרת עסקת המיזוג כתמורה ממכירת מוניטין

77. סוגיה נוספת שעלתה לפנינו נוגעת לבקשתו של ריזמן לעשות סיווג מחדש (recharacterization) לחלק מהתמורה שהלה קיבל מאלביט במסגרת עסקת המיזוג. בעניין זה טוען ריזמן כי עסקת המיזוג שבוצעה בין אזימוט לאלביט לא הסתכמה בהעברתם של נכסיה והתחייבויותיה של אזימוט לאלביט, בעבור תמורה מוסכמת – כנהוג בעסקאות מיזוג. עסקה זו כללה, לדברי ריזמן, עסקת מכר נוספת, בה הועבר לאלביט גם המוניטין האישי שלו-עצמו כמי שהיה הרוח החיה מאחורי חברת אזימוט ובעל שם-שהולך-לפניו בתחום הטכנולוגיה שאזימוט פיתחה ודרכי השיווק שלה. מוניטין זה, כך נטען, הוא נפרד מהמוניטין של חברת אזימוט אשר הועבר לאלביט במסגרת עסקת המיזוג. על יסוד האמור ממשך ריזמן וטוען, כי מן הדין לאפשר לו לסווג מחדש חלק מהתמורה שקיבל – שלפי הכתוב נתקבלה על ידיו בעד מניותיו באזימוט, ורק בעדן – כתמורה אשר שולמה לו על ידי אלביט בעד רכישת המוניטין שלו, ולמסותה בשיעור מס מופחת בהתאם לדין. לדברי ריזמן, מדובר בכ-13% מסך התמורה הכוללת אשר שולמה על ידי אלביט בגין המיזוג כולו – סכום המהווה כ-25% מהתמורה שהלה קיבל בעצמו.

78. בית משפט קמא דן בסוגיה זו והכריע בה בהתאם לעמדתו של ריזמן. במסגרת זו קבע בית המשפט כי לריזמן אכן קיים מוניטין אישי, בר-העברה, מובחן ונפרד מזה של אזימוט, אשר אף הוא הועבר לאלביט במסגרת עסקת המיזוג. קביעה זו התבססה על עדויות שנשמעו לפני בית משפט קמא ועל הראיות אשר הוצגו, ובהן: הסכם המיזוג ונספחיו; דיווחים לרשויות המס ולבורסה; וכן חוות דעת מומחה מטעם המשיבים. בכל אלו מצא בית המשפט אינדיקציות למכירת המוניטין האישי של ריזמן במסגרת עסקת המיזוג, ובהיעדר ראיות לסתור העריך את שווי המוניטין ואת התמורה שריזמן קיבל בעדו בהתאם לעדותו של ריזמן. באשר להיות התמורה, שלטענת ריזמן אלביט שילמה לו בעד המוניטין, עלומה ובלתי-מתועדת – בית המשפט קבע כי בתיעוד החסר לא היה שום צורך מסחרי וכי העדרו אינו סותר את עדותו של ריזמן ואת שאר האינדיקציות למכירת המוניטין.

79. המדינה טוענת כי אין להותיר קביעה זו על כנה בהיותה מנוגדת להלכה פסוקה אשר קובעת כי מוניטין אישי איננו ניתן להעברה. עוד טוענת המדינה, כי סיפורו של ריזמן אודות מכירת המוניטין מכיל סתירה לוגית אשר מעידה כי לאמיתו של דבר הלה לא קיבל מאלביט כל תמורה עודפת שניתן ליחסה לרכיב המוניטין במנותק ובמובחן ממכירת מניותיו באזימוט. בהקשר זה, מצביעה המדינה, בין היתר, על המתווה הכתוב של העסקה אשר בו בחרו הצדדים: מטעמים רגולטוריים ואחרים, מתווה זה חייב כי התמורה שתשולם בעבור כל מניה ומניה באזימוט תהא זהה. כפועל יוצא מכך, ריזמן קיבל מאזימוט בעד מניותיו את אותה תמורה ששולמה לבעלי המניות האחרים שמן הסתם לא מכרו לאלביט שום מוניטין. המדינה מוסיפה וטוענת, כי משבחר ריזמן במתווה העסקה כאמור כדי ליהנות מיתרונותיו, אין הוא יכול להתכחש לו אך ורק לצרכי מס.

80. מנגד, סומכים המשיבים את ידיהם על הכרעתו של בית משפט קמא. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי ממילא אין סיבה שנקיים דיון בטענות המדינה בעניין המוניטין בהיותן השגות על קביעות עובדתיות מובהקות של הערכאה הדיונית. עוד מציינים המשיבים, כי המקרה דנן הוא מאותם מקרים חריגים שבהם ליחיד-בעל-עסק יש מוניטין נפרד מזה של העסק עצמו – מצב דברים שהוכר בכמה פסקי דין אשר יצאו מלפנינו. באשר למתווה של עסקת המיזוג, טוענים המשיבים כי מתווה זה מבוסס על מתווה עסקה קודם, שכלל את רכיב התמורה אשר שולמה לריזמן בעד המוניטין שלו. משהוחלט על שינוי מתווה כאמור, זכו בעלי המניות האחרים באזימוט במתת חינם, בדמות התמורה העודפת שקיבלו בעד מניותיהם – והכל על מנת שתקבולו של ריזמן יכלול, כמוסכם, שני רכיבים: מניות והמוניטין שהיו בידו והועברו לאלביט במסגרת עסקת המיזוג. לאור האמור, טוענים המשיבים כי אין כל מקום להתערבותנו בהכרעותיו של בית משפט קמא בעניין מכירת המוניטין.

דיון והכרעה

האם ובאילו תנאים יהא הנישום רשאי לסווג מחדש את עסקאותיו לצרכי מס?

81. סבורני כי ברוב רובם של המקרים, ובכפוף לחריגים מעטים וצרים שעליהם אדבר בהמשך, לא יהא הנישום רשאי לסווג מחדש את עסקאותיו לצרכי מס. ככלל, סיווג מחדש של עסקאות למטרות מיסוי יכול שיעשה אך ורק לפי דרישת המדינה המיוצגת על ידי רשויות המס ופקידי שומה. בכפוף למקרים נדירים שבנדירים, סיווג מחדש של

עסקה על ידי נישום שהיה צד לה איננו מהלך שניתן לאפשרו במסגרת דיני המס הקיימים; ואפרט.

82. מערכת היחסים בין פקיד השומה לנישומים מאופיינת בפערי מידע מובנים. ככלל, מצויים נישומים בעמדת יתרון על פני פקיד השומה בכל הקשור לגישה למידע אותנטי אודות עסקיהם והכנסותיהם. על-פי רוב, מידע אותנטי כאמור מצוי בידי הנישומים ואיננו מצוי בידיהן של רשויות המס. יתרון זה עלול להיות מנוצל לרעה על ידי נישומים לנוכח הפיתוי התמידי העומד בפניהם להימנע מדיווח מדוייק כדי לחמוק מתשלום מס אמת בגין הכנסותיהם.

83. על מנת להתמודד עם בעיה זו של מידע א-סימטרי, פיתחו דיני המס כללים שונים ומגוונים. כללים אלה מטילים על נישומים חובות גילוי רחבות היקף ומספקים לרשויות המס כלים להתמודדות עם דיווחים כוזבים – הכל כדי להבטיח גביית מס אמת. במסגרת זו, מקנים הכללים לרשויות המס את הכוח לסווג עסקאות מחדש על מנת למסות רווחים מעסקאות אלו בהתאמה למהותן הכלכלית האמתית, להבדיל מצורתן הפורמאלית (ראו, למשל: סעיף 86 לפקודה; סעיף 84 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; סעיף 138 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; סעיף 53 חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961; וכן, גליקסברג, בעמ' 9-19). לכוח זה ולתוצאות המשפטיות שהפעלתו מביאה אליהן אקרא להלן, לשם נוחות, דוקטרינת הסיווג מחדש.

84. דוקטרינת הסיווג מחדש קובעת, כאמור, כי בענייני מיסים מהות העסקה גוברת על צורתה, ולא להיפך. הווה אומר: רשויות המס מוסמכות, ולעתים אף חייבות, למסות רווחים מעסקה כזאת או אחרת בהתאם למהותה הכלכלית ולא על פי החזות המילולית-הפורמאלית שהעניקו לה הצדדים (ראו: ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד(1) 802, 805 (1979); ראו גם, למשל: ע"א 5118/13 נסים נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 12 והאסמכתאות שם (24.12.2015) (להלן: עניין נסים); עע"מ 5920/14 שערי כרמיאל בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור חיפה, פסקה 9 (1.9.2016); ע"א 4710/12 ברק גז סוכנויות בע"מ נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 13 (13.1.2015) (להלן: עניין ברק גז); ע"א 4666/10 לנדאו נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה י"ב (28.6.2012); ע"א 5332/08 גולן נ' מנהל מס שבח, פסקה 29 (16.8.2010); ע"א 6340/08 וילאר נכסים (1985) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה, פסקה 24 (10.6.2010); וכן, אדרעי, בעמ' 97-96). דוקטרינה זו מסמיכה את פקיד השומה – ולעתים אף מורה לו – להיכנס לעובי הקורה, לבחון כליות ולב, ובמקרים המתאימים לכך להצר את צעדיהם של נישומים

מתוחכמים אשר מבקשים לחמוק מתשלומו של מס אמת בדרך של התווית עסקאות מלאכותיות או עסקאות שניסוחיהן מחביאים בתוכם אמת כלכלית בלתי נוחה.

85. דוקטרינת הסיווג מחדש חולשת גם על דיני המס האמריקניים, וכך היא סוכמה על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית:

“[T]he Government may not be required to acquiesce in the taxpayer’s election of that form for doing business which is most advantageous to him. The Government may look at actualities and upon determination that the form employed for doing business or carrying out the challenged tax event is unreal or a sham may sustain or disregard the effect of the fiction as best serves the purposes of the tax statute. To hold otherwise would permit the schemes of taxpayers to supersede legislation in the determination of the time and manner of taxation.”

Higgins v. Smith, 308 U.S. 473, 477-478 (1940).

86. דוקטרינת הסיווג מחדש סוללת דרך מיסוי חד-סטריית, בה יכול להלך פקיד השומה, והוא בלבד. סמכותו של פקיד השומה לסווג עסקה מחדש תהא בת-הפעלה כאשר הפעלתה חושפת את מהותה הכלכלית של העסקה מושא השומה ועל ידי כך מביאה לגביית מס אמת. רשות מקבילה לעולם לא ניתנה לנישום, וטוב שכך. ככלל, הנישום איננו רשאי לטעון לסיווג מחדש של עסקאותיו הוא כדי להביא להפחתת חבותו במס. המציאות של מידע א-סימטרי, שבה לנישומים יש יתרון על פני רשויות המס, מחייבת שדוקטרינת הסיווג מחדש תופעל אף היא באופן א-סימטרי כדי לקזז את יתרון הנישומים. מטעם זה, פקיד השומה רשאי לסווג את עסקת הנישום מחדש, אך הנישום, ככלל, איננו רשאי לסווג מחדש את עסקתו שלו לצרכי מיסוי. בגדרם של דיני המס האמריקניים, כלל זה הוגדר והוסבר היטב על ידי השופט והמשפטאי הדגול לרנד הנד (Learned Hand), שאמר כך:

“It is true that the Treasury may take a taxpayer at his word, so to say; when that serves its purpose, it may treat his corporation as a different person from himself; *but that is a rule which works only in the Treasury’s own favor*; it cannot be used to deplete the revenue.” (United States v. Morris Essex R. Co., 135 F.2d 711, 713 (2d Cir. 1943) (ההדגשה (הוספה – א.ש).

87. בתי המשפט האמריקניים חזרו על הכלל היסודי הזה ושיננוהו פעמים רבות (ראו, למשל: Commissioner of Internal Revenue v. National Alfalfa Dehydrating & Milling Co., 417 U.S. 134, 149 (1974); Consolidated Edison Co. v. United States, 10 F.3d 68 (2d Cir. 1993); Nestle Holdings, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue, 152 F.3d 83 (2d Cir. 1998)).

88. בגדרם של דיני המס הנהוגים בישראל, הכלל שמונע מהנישום את האפשרות לסווג את עסקאותיו מחדש לצרכי מס נגזר משני כללי מיסוי יסודיים. אחד משני הכללים הללו קובע כי מצבו של נישום לעניין מיסוי נבחן רק על ידי מה שהוא בחר לעשות בעסקיו, ולא על ידי מה שהוא יכול היה לעשות בעסקיו (ראו: ע"א 521/65 ון הרטן מפעלי מתכת בע"מ (בפירוק) נ' פקיד שומה תל אביב, פ"ד כ(3) 625, 626 (1966); וכן, רע"א 1221/94 חברת תרשיש בע"מ נ' מנהל מס רכוש נתניה, פ"ד מט(1) 353, 367 (1995) (להלן: עניין חברת תרשיש) ("אדם החייב במס לא יישמע בטענה שלו נהג באותה עיסקה עצמה אחרת משנהג, היה נפטר מאותו מס, ומשנהג כפי שנהג ומבקשים לחייבו במס – דין וצדק הוא שייפטר גם כך ממס. רשויות המס בודקות את מצב הדברים כמות שהוא, ועל פיו מחייבות הן במס או פוטרות הן ממס. ל"לו" אין מקום בקביעת חבות במס.") (ההדגשה הוספה – א.ש.)).

89. הכלל האחר מוסיף וקובע, כי נישום מנוע מלהתכחש למתווה העסקה שאותו הוא בחר לעצב עבור עצמו (ראו והשוו: ע"א 11/74 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' אולפני הסרטה בישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 297, 301-302 (1974)). הצדקתו של כלל זה הינה ברורה ואף מתבקשת מאליה. אם נרשה לנישומים לסווג מחדש את עסקאותיהם כדי להגיע למיסוי הרצוי מבחינתם במצב של מידע א-סימטרי – אשר מקשה עד מאד על משימות הבדיקה של פקידי השומה – נמצא את עצמנו מעמיסים עלויות אדמיניסטרטיביות כבדות מנשוא על רשויות המס ועל בתי המשפט, ולרוב גם נסכל את מטרתם היסודית של דיני מיסים: גביית מס אמת.

ככלל, הכוח המשפטי לסווג עסקאות מחדש ראוי, על כן, שיישאר בידיהן של רשויות המס, ובידיהן בלבד.

90. בדומה למה שנהוג במשפט האמריקני, סבורני כי רק במקרים חריגים שבחריגים נוכל להרשות לנישום לסווג מחדש עסקה שהלה ביצע. כדי להיכנס לגדרו של מקרה חריג כאמור, יהא הנישום חייב להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות כי היתה לו סיבה מוצדקת לעצב את העסקה כפי שבחר לעצב אותה, וכי מהותה האמתית של העסקה היא זו אשר

לה הוא טוען אחרי המעשה. מדובר בנטל שכנוע כבד, שבעיקרו נועד לקזז את יתרון המידע של הנישום על פני פקיד השומה (ראו והשוו: BORIS BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, 1 FEDERAL TAXATION OF INCOME, ESTATES AND GIFTS § 4.3.6 at *25 (2020)).

מן הכלל אל הפרט

91. כאן המקום לעבור לעניינינו-שלנו ולהכריע בו על יסוד הכללים שהוגדרו לעיל. האם הציג ריזמן ראיות ברורות ומשכנעות שיש בכוחן לפתוח בפניו את שערי החרוג לכלל אשר מונע בעדו לסווג מחדש את העסקה של מכירת מניותיו שעשה עם אלביט סבורני, כי לשאלה זו לא נוכל להשיב אלא בשלילה. העסקה שבוצעה בין אלביט לאזימוט היא עסקת מיזוג – כך מורה כותרתו של ההסכם שנחתם בין הצדדים, וכך היא מתוארת בשלל המסמכים והדיווחים אשר נעשו בזמן אמת (ראו: נספחים א-ג, ונספח ה לתיק המוצגים מטעם המשיבים). ריזמן היה חופשי לבחור ולהסכים למכירת זכויותיו באזימוט בכל מתווה שיבקש – ובלבד שימצא קונה מרצון. ריזמן בחר להסכים למתווה העסקה שהוצע על ידי אלביט – רכישה בדרך של מיזוג – וטעמיו שמורים עמו (ראו: פסקה 7 לפסק דינו של בית משפט קמא). משבחר ריזמן במתווה כאמור כדי ליהנות מיתרונותיו, נגזר עליו לקבל גם את החסרונות הטמונים במתווה; ואין לאפשר לו לכפור בו אך ורק לצרכי מס (ראו: עניין חברת תרשיש, בעמ' 367).

92. ריזמן לא הציג לפנינו הסבר משכנע שיש בו כדי להצדיק את אי-סיווגה של עסקת המיזוג מלכתחילה כעסקה למכר מוניטין. משכך הוא, אין לנו אלא לקבוע כי עניינה של העסקה – מיזוג הוא, ובהתאם לייחס את מלוא התמורה שהועברה במסגרתה למכר המניות, ולכך בלבד.

93. לזאת אוסיף, כי התזה בדבר מכירת המוניטין של ריזמן נסתרת על ידי סכום התמורה שאלביט שילמה לכלל בעלי המניות באזימוט, שכאמור היה זהה לתקבול שריזמן קיבל בעד כל מניה שהיתה בידו. בעלי המניות מן השורה, אשר קיבלו מאלביט תמורה זהה בעד מניותיהם, מן הסתם לא מכרו לאלביט דבר זולת מניותיהם. ההסבר שקיבלנו לכך מפי המשיבים מספר לנו כי בעלי מניות אלה זכו למתת חנם, אך אני מרשה לעצמי לפקפק בכך. כך או אחרת: מי שמוטל עליו הנטל להוכיח את טענתו בראיות ברורות ומשכנעות לא יוכל, ברגיל, להרימו על ידי סיפור-מעשה שבא לשכנע את פקיד השומה – ואותנו – בקיומן של "ארוחות חנם". למעלה מן הנדרש, אוסיף כי ספק בעיניי אם בכלל ניתן היה למכור את חברת אזימוט לחברת אלביט כעסק חי במנותק מהמוניטין

שבעזרתו פעלה אזימוט לאורך שנים. ספק זה לא הוסר על ידי המשיבים; ומשכך, ברי הוא כי נטל ההוכחה שרובץ עליהם לא הורם (ראו והשוו: עניין נסים, פסקאות 5 ו-11; עניין ברק גז, פסקה 7; ע"א 749/13 תדיראן בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פסקה 8 (22.7.2015); ע"א 3136/17 פקיד שומה ומלה נ' פליינג קרגו בע"מ, פסקה 42 (20.3.2019)).

94. מטעמים אלה, אציע לחבריי לשנות את פסק הדין קמא גם בעניין המוניטין ולקבוע תחתיו כי יש לייחס את מלוא התמורה שקיבל ריזמן מאלביט במסגרת עסקת המיזוג כתמורה ששולמה לו בעד מכירת מניותיו באזימוט.

סוף דבר

95. מן הדין הוא אפוא שהערעור יתקבל במלואו ושנקבע כדלקמן:

א. פסק הדין קמא מתבטל בכל הנוגע לסוגיות שנידונו לפנינו, ואתו מתבטל גם חיוב המערער בהוצאות המשפט.

ב. רווח ההון היחסי שנצמח לריזמן בגין מכירת מניותיו באזימוט בתקופה שקדמה ליום 1.1.2003 ימוסה בשיעור מס שולי בהתאם לאמור בסעיף 121 לפקודת מס הכנסה.

ג. מלוא התמורה שקיבל ריזמן מחברת אלביט במסגרת עסקת המיזוג, כהגדרתה לעיל, תסווג כתמורה בגין מכירת מניותיו, ותמוסה בהתאם לכך.

ד. המשיבים יישאו בהוצאות המערער בשתי הערכאות בסך כולל של 70,000 ₪.

96. בשולי הדברים אעיר, כי נראה לי שקבלת הערעור, על כל ראשיו, מייתרת במידה רבה את הביקורת אשר נמתחה על ידי בית משפט קמא על פועלה של המפקחת מטעם המערער, הגב' ונסה מונוביץ'.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא :

אני מסכים עם התוצאה אליה הגיע חברי, השופט א' שטיין, לפיה דין הערעור להתקבל.

הערעור שלפנינו נסב על שתי סוגיות.

הסוגיה האחת, עניינה בשיעור המס שיש להחיל על רווח ההון שנצמח למשיב 1 (להלן: ריזמן) ממכירת מניותיו במסגרת עסקת מיזוג, וזאת לאור הוראותיו של תיקון מס' 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. ביחס לסוגיה זו, אני מסכים לנימוקיו של חברי, השופט שטיין, כי פרשנות תכליתית של הוראות התיקון, לרבות הוראות המעבר, מובילה לקבלת עמדת המערער (להלן: פקיד השומה).

הסוגיה השנייה, עניינה בשאלה האם יש למסות את העסקה באופן שיש לייחס את מלוא התמורה למכירת מניות, כטענת פקיד השומה, או שמא יש לראות את התמורה ככזו שחלקה שולם בגין 'מוניטין אישי' של ריזמן, כטענת האחרון. בכל הנוגע לשאלה זו, אבקש להביא את דרכי-שלי לתוצאת קבלת הערעור, השונה מדרכו של חברי, השופט שטיין.

קביעת חבות המס – 'סיווג מחדש' ובחינת מהות תוכנה של העסקה

1. חברי, השופט שטיין, קובע כי ריזמן אינו רשאי לטעון כי חלק מן התמורה בעסקת המיזוג הייתה בעבור מכר של מוניטין, חלף מכר של מניות, משום שמשמעות הדברים היא 'סיווג מחדש' של העסקה – קונסטרוקציה השמורה, ככלל, לפקיד השומה בלבד.

לדידי, ריזמן אינו מבקש 'לסווג מחדש' את העסקה, אלא שהוא מבקש כי היא

תמוסה בהתאם למהות תוכנה:

"יש להבחין בין טענות בדבר סיווג העסקה לבין הטענה בדבר היותה של עסקה מלאכותית. בשלב ראשון עלינו לקבוע, כקביעה עובדתית, אם הכינוי שהצדדים כינו בו את העסקה, מושא המחלוקת עם פקיד השומה, ראוי הוא; ברי כי המציאות העובדתית המתגבשת ממכלול הראיות היא הקובעת, בסופו של דבר, את סיווגה של העסקה, ולא הלבוש שניתן לה בהסכם שנעשה בין הצדדים (ראו: ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, בעמ' 804; רע"א 8522/96 רוכוורגר רוטמנטש חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1 (ניתן ביום 14.4.1997). להרחבה ראו ד'

גליקסברג גבולות תכנון המס, בעמ' 9-19). אם בית- המשפט מגיע לכלל דעה כי העיסקה שנערכה בין הצדדים שונה היא מן הכינוי החיצוני שהעניקו לה, הרי שהיא תמוסה לפי המציאות העובדתית והמשפטית שלה. בשלב ראשוני זה, המכונה שלב 'הסיווג השונה', אין אנו נזקקים לבחינת מלאכותיותה של עסקה ולהוראת סעיף 86 לפקודה" (ע"א 5321/98 אינווטט אימפקט בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד נח(2) 241, 259-260 (2003) (להלן: עניין אינווטט)).

וכן:

"כאשר נדרש בית-המשפט לטפל בשאלת חבות העסקה במס, המונחים בהם השתמשו הצדדים להסכם והלבוש שבו הם הלבישו את ההסכם מהווים ראייה לכאורית על טיב תוכנו, ולא יותר מזה; ואם תוכנו של ההסכם מראה שהמדובר בעסקה שונה במהותה הממשית משם התואר או מהלבוש שניתן לה בהסכם, לא ישעה בית-המשפט לאותו שם תואר או לבוש, וידון בענין על-פי טיבה האמיתי של העסקה כפי שהיא משתקפת ממהות ההסכם על-פי תוכנו האמיתי" (ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד(1) 802, 804 (1979)).

כלומר, בעוד ש'סיווג מחדש' של העסקה הוא כלי אנטי-תכנוני המצוי בגדר סמכויות רשויות המס להתעלם ממלאכותיות של עסקה, סיווג העסקה לפי מהות תוכנה ולא לפי הצורה או הכינוי שניתן לה על ידי הצדדים הוא עקרון מהותי. זהו עקרון כללי אשר חוצה את דיני המס, גם לעניין הדין האזרחי הכללי כמו דיני החוזים ודיני הקניין. אכן, "ככלל יש להעדיף סיווג ההולם את תוכן הזכויות והחיובים שנקבעו בחוזה על-פני סיווג לפי הכותרת שבה הכתירו הצדדים את ההתקשרות" (איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 122 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 1994)).

2. בענייננו, אמנם ה'כותרת' של ההסכם בין הצדדים הייתה של עסקת מיזוג, אולם כממצא עובדתי נקבע כי הצדדים אכן התיימרו כי ריזמן יעמיד את 'המוניטין האישי' שלו לרשות אלביט וזו שילמה לכאורה תמורה בעבור כך. ואכן, בהסכם המיזוג עצמו (סעיף 10) כמו גם בדיווחים השונים שהציגו הצדדים, נכתב כי העסקה כללה גם את העמדת המוניטין של ריזמן לרשות אלביט.

כמו כן, לא נטען כי עסקת המיזוג היא מלאכותית וכי נעשה ניסיון להפחית מנטל המס כך שנדרש להפעיל את הסמכות ל'סיווג מחדש' של העסקה. הטענה היא – וטענה זו לא נסתרה – כי העסקה עוצבה כפי שעוצבה (מיזוג משולש הופכי) כדי להימנע ממכשולים פוטנציאליים בהוצאת העסקה אל הפועל, כמו הצורך בביצוע 'הצעת רכש'

ואישור העסקה בידי בעלי מניות המיעוט. שכן, עסקת מיזוג ניתן לבצע באישור של רוב רגיל (מעל 50% מבעלי המניות) כאשר בבעלות ריזמן היו כ-56% ממניות אזימוט). לכן, לכאורה, גם לא ניתן לומר שלעיצוב העסקה כפי שעוצבה לא היה טעם מסחרי זולת הימנעות ממס (מבחן עיקרי למלאכותיות העסקה). מעבר לכך, כפי שנטען – וגם טענה זו לא נסתרה – בעלי מניות המיעוט "רכבו על גבו" של ריזמן, ונהנו מתמורה עודפת בגין 'המוניטין האישי' (אך בהמשך אתיחס למהות תקבול זה).

3. יצוין, כי אחת הטענות של פקיד השומה היא כי לא ניתן לייחס תמורה כלשהי למכר של 'מוניטין', שכן תמורה שכזו איננה מופיעה בהסכם המיזוג; התמורה היחידה בהסכם המיזוג היא תוצאת מכפלה של מחיר פר-מניה במספר המניות שנמכרו. אולם, קבלת טענה זו משמיעה לכאורה, כי אילו היה נכתב בהסכם המיזוג במפורש מהו אותו חלק מן התמורה שקיבל ריזמן בעבור התחייבותו שניתנה ונכתבה כאמור בסעיף 10 להסכם – להעמיד את ה'מוניטין' שלו לרשות אלביט – אזי לא הייתה מניעה מצד פקיד השומה לראות בחלק זה של התמורה כתקבול בעבור 'מוניטין'. אינני סבור כי הבחנה זו ראויה, לא רק בשל האפשרות כי יש לבחון את העסקה על פי מהות תוכנה, אלא משום שבשני המצבים מדובר עדיין בהסכם מיזוג שהתוצאה המעשית שלו היא תקבול לבעלי המניות של החברה המתמזגת. מסופקני כי "בפעם הבאה" כתיבה מפורשת על ידי הצדדים תניח את דעתו של פקיד השומה. ודוק, לבעלי מניות המיעוט אין זה משנה כיצד הייתה מסווגת התמורה שקיבל ריזמן, וסביר כי לא היו מביעים התנגדות כלשהי כל עוד הם מקבלים את אותה תמורה.

4. לפיכך, השאלה המתחדדת היא, האם לעניין דיני המס, יכול הנישום לטעון כי יש למסות את העסקה לא לפי הכותרת שלה או "הלבוש בו הולבשה", אלא לפי מהותה האמתית ותוכנה.

לפי אפשרות אחת, העסקה תמוסה כפי שהוצגה.

לפי אפשרות שנייה, בענייננו, אין מניעה לראות בחלק מהתמורה כתמורה על נכס 'מוניטין אישי', הגם שהועברה במסגרת עסקה שעוצבה בכותרת שלה כמכר מניות.

שאלה זו אינה פשוטה, במיוחד כאשר לא נטען כי מתווה העסקה שעוצב נעשה באופן מלאכותי כדי להתחמק או להפחית מתשלום מס. ייתכן כי לאור המסקנה אליה אגיע בהמשך ביחס למהות התקבול בעבור 'מוניטין אישי' במקרה דנן, ניתן יהיה בעתיד לבחון זאת באור אחר, אך לא מצאתי להרחיב את הדיון על כך כעת.

5. בנקודה זו מצטלבת דרך הילוכו של חברי, השופט שטיין, עם דרכי-שלי. חברי קובע כי ככלל, 'סיווג מחדש' של עסקאות לצרכי מס יכול שיעשה אך ורק לפי דרישת רשויות המס. בד בבד, מבקש חברי להשאיר פתח צר, חריג לכלל, לפיו 'סיווג מחדש' של העסקה בידי הנישום (כאמור, לשיטתי לא בכך מדובר במקרה דנן) יהיה אפשרי רק במקרים חריגים בהם הוכיח הנישום "בראיות ברורות ומשכנעות כי היתה לו סיבה מוצדקת לעצב את העסקה כפי שבחר לעצב אותה, וכי מהותה האמתית של העסקה היא זו אשר לה הוא טוען אחרי המעשה" (פסקה 90 לחוות דעתו של השופט שטיין). דא עקא, בית משפט קמא קבע כי ריזמן עמד בנטל זה, להראות כי העסקה כללה במהותה גם תקבול בעבור מכר 'מוניטין אישי' (ושוב, בהמשך עוד אתייחס למהות תקבול זה). הוא הדין ביחס לעמדה כי "ריזמן לא הציג לפנינו הסבר משכנע שיש בו כדי להצדיק את אי-סיווגה של עסקת המיזוג מלכתחילה כעסקה למכר מוניטין" (פסקה 92 לחוות דעתו של השופט שטיין). אבקש להסתייג מכך, שכן כפי שציינתי, ביסוד עיצוב העסקה כעסקת מיזוג הוצג טעם מסחרי ברור – הרצון לאשר את העסקה באמצעות רוב רגיל מבעלי המניות. ואוסף, כי אני דווקא נכון לקבל את ה"תזה" לפיה ריזמן היה מוכן להמיר חלק מהתמורה עבור "עסקת המוניטין" באישור מהיר ובטוח של עסקת המיזוג עם אלביט.

6. יוצא, לשיטתי, כי יישום אמות המידה להחלת החריג לכלל שביקש להתוות חברי, השופט שטיין, מוביל דווקא למסקנה כי ניתן לראות בחלק מהתמורה שקיבל ריזמן במקרה דנן כתקבול עבור מכר 'מוניטין אישי'. ואולם, לטעמי, אין צורך כי נקבע מסמרות בשאלה אימתית, אם בכלל, יכול הנישום לטעון כי יש למסות את העסקה בהתאם למהות תוכנה ולא כפי שכונתה, סוגיה שדומה כי לא הוכרעה לגופה בבית משפט זה (ראו דיון על כך בע"מ (מחוזי ת"א) 10-10-26356 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (20.2.2013) (ערעור שהוגש על פסק הדין (ע"א 3890/13, מיום 29.12.2014) נדחה לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984); ע"מ (מחוזי חי') 53014-10-12 כרמל מדיקט טכנולוגיות אקוסטיות בע"מ נ' פקיד שומה – חיפה (28.12.2014) (ערעור שהוגש על פסק הדין (ע"א 1274/15, מיום 18.4.2016), נדחה לאחר שהמערער חזר בו מן הערעור במהלך הדיון); ו"ע (חי') 4631-12-13 גולדברג נ' מנהל מיסוי מקרקעין חדרה (14.5.2015); ע"מ (מחוזי ת"א) 53269-12-11 פרי אור בע"מ נ' מדינת ישראל פקיד השומה למפעלים גדולים (27.7.2015) (ערעור שהוגש על פסק הדין (ע"א 781/16, מיום 25.10.2017), נדחה לאחר שהמערער חזר בו מן הערעור במהלך הדיון)). שכן לעמדתי, במקרה דנן, אף אם נקבל את טענת ריזמן, בחינת מהות תוכנה של העסקה, ובכלל זה בחינת מהותו של אותו חלק מן התמורה העומד במחלוקת, מובילה

למסקנה כי כלל לא מדובר בתקבול הוני עבור מכר 'מוניטין', אלא בתקבול פירותי עבור 'אי-תחרות'.

אבאר.

עסקת אלביט ושאלת מכר מוניטין אישי

7. בעניין אינווסט, צוין כי אין בנמצא הגדרה ממצה למונח 'מוניטין', אך נקבע כי "הגרעין של המוניטין מצוי בקיומה של סבירות כי הלקוחות ישובו, מסיבה זו או אחרת, למקום העסק" (שם, בעמ' 249). השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, הוסיף ועמד על ההבחנה בין מוניטין עסקי למוניטין אישי והאפשרות למכירת כל אחד מהם. וכך נפסק שם:

"אכן, לעתים שביעות רצונם של הלקוחות, ובעקבות זאת נטייתם לשוב לבית העסק, היא פועל יוצא של היחס האישי (personal interaction) שמעניק להם בעל העסק. מצב דברים שכזה מצוי לרוב אצל בעלי משלח-יד מסוימים המקיימים יחסי אמון מיוחדים עם לקוחותיהם, כגון עורכי-דין, רואי-חשבון ורופאים. ברי כי עצם היחס האישי אינו ניתן להעברה לאחר המחליט לרכוש את העסק. לא כן פירותיו של היחס הזה. היחס האישי שמעניק בעל העסק קשור לתכונותיו האישיות, וממילא הן אינן ניתנות להעברה. הן ילכו עם בעל העסק באשר ילך ויעמדו לו בעתיד (ראו Spaulding v. Benenati (1982) [14], at p. 1245). ואולם מכך אין בהכרח כדי לגזור את המסקנה האחרת, שאותה מבקשות לגזור בענייננו רשויות המס, כאילו אין בעל העסק יכול למכור את תיקי לקוחותיו כמוניטין משום שהם מגלמים את הקשר האישי שלו עם הלקוחות. אמת הדבר, מוניטין זה עשוי להיות פרי תכונותיו האישיות של בעל העסק, אך בד בבד גם מוניטין שניתן להעברה ולמכירה (ראו: עמ"ה (ת"א) 240/73 'פאר' שירותי פרסום ויחסי ציבור בע"מ נ' פקיד השומה תל-אביב 1 [11]; עמ"ה (נצ') 4/92 שפירי נ' פקיד שומה צפת [12]). מי שרוכש את תיקי הלקוחות רוכש לעצמו את הזכות להציג עצמו בפני הלקוחות; הוא רוכש את ההזדמנות לזכות בנאמנותם. לעתים הוא רוכש גם את הזכות להציג עצמו כ"יורשו" וממשיכו של בעל העסק המוכר; העברת תיקי הלקוחות עשויה להעיד גם על כך שהמוכר סומך את ידו על הרוכש שימשיך לנהל את העסק כראוי ובאופן שהלקוחות לא ייפגעו. יתרונות אלה כולם, אף שהם פרי יחסו האישי של המוכר ללקוחותיו, הם בבחינת מוניטין שווה כסף המועבר לרוכש תיקי הלקוחות. שלילת אפשרות ההעברה של המוניטין האישי מערבת בין מקורו של המוניטין לבין פרי" (שם, בעמ' 250; ההדגשות הוספו – ג.ק.).

העולה מן האמור הוא, כי אדם אינו יכול להעביר לאחר את המקור למוניטין שנצבר כאשר הוא-הוא המקור לכך, כמו תכונותיו האישיות והידע המקצועי שרכש בתחום העסקי, אך הוא יכול להעביר את פירות המוניטין, כמו תיקי הלקוחות שצבר בזכות אותו מוניטין אישי. לאור מסקנה זו, נעבור כעת לבחון את המקרה שלפנינו.

8. עיקר פסק דינו של בית משפט קמא בסוגיית המוניטין מוקדש לבחינה עובדתית של השאלה האם לריזמן עמד מוניטין אישי באופן מובחן מהמוניטין העסקי של אזימוט. אנו פטורים מעניין זה, שכן פקיד השומה מוכן להניח בערעור זה כי לריזמן אכן נוצר מוניטין אישי בתחום עיסוקו. דומני כי זו גם ההנחה הנכונה. ואולם בכך לא סגי. על ריזמן להראות כי מה שביקש להעמיד לרשות אלביט הוא מוניטין בר-העברה, קרי פירות המוניטין האישי. ומהם אותם פירות שהועברו? על כך השיב בית משפט קמא כדלקמן:

"המוניטין שנמכר ע"י המערער [ריזמן – ג.ק.] אינו 'התכונות האישיות' שלו. אלא, תכונות אלו של המערער, עברו ונסיונו המקצועי/צבאי, הם אלו שאיפשרו את 'צמיחת' המוניטין, והמוניטין הוא היכולת להפיק פירות ולבצע עסקים כתוצאה מאותן תכונות. מוניטין זה בא לידי ביטוי בין היתר בכך שבזכות שמו הטוב של המערער, גדל בצורה משמעותית ערכה של אזימוט כעסק חי; בכך שאזימוט הפכה לשם מוכר בקרב לקוחות בתחום, אשר זיהו את אזימוט עם המערער והתקשרו עמה בעסקים במידה רבה בזכות המערער; בכך שאילו המערער היה עוזב את אזימוט, היה יכול להמשיך לבצע עסקים עם אותם לקוחות ועוד... מדובר בנכס שהמערער יכול היה להמשיך להפיק ממנו פירות, אלמלא היה מועבר לאלביט.

[...]

בניגוד לטענות המשיב, המערער אינו טוען שמכר תכונותיו האישיות, או כי אלו ניתנות למכירה. אלא, טענתו היא כי תכונותיו האישיות, יחד עם עברו והרקע המקצועי, הם אלו שיצרו את המוניטין שלו, וגרמו לכך שהוא היה 'כוח המשיכה' כלפי לקוחות, עובדים וספקים; וכי בעצם חתימתו על ההתחייבויות מול אלביט, ויתר המערער לא על תכונותיו האישיות (קרי על הגורמים ליצירת המוניטין), אלא על היכולת להמשיך להפיק הנאה כלכלית בעתיד ממוניטין זה. הוויתור בא לידי ביטוי בחתימתו על ההתחייבויות כלפי אלביט (להעביר מוניטין, לא להתחרות, לסייע בהעברת לקוחות וספקים ולהעביר כל זכויות בקשר לקניין רוחני ותיקי לקוחות); והן במעשיו בפועל, עת במשך תקופה ארוכה שלאחר הסכם המיזוג, סייע בהעברה חלקה של העסק, בהרגלת לקוחות להמשך התקשרות עם אלביט...

[...]

התוצאה מכל האמור לעיל שלמערער מוניטין אישי בר העברה" (פסקאות 76, 79 לפסק הדין קמא; ההדגשות הוספו – ג.ק.).

סבורני כי במסקנה המשפטית אליה הגיע בית משפט קמא נפלה שגגה, וזאת משני טעמים עיקריים.

9. הטעם הראשון הוא שתיקי הלקוחות שייכים לאזימוט ולא לריזמן. כפי שציין בית משפט קמא בעצמו, כאמור לעיל, "בזכות שמו הטוב של המערער, גדל בצורה משמעותית ערכה של אזימוט כעסק חי" ו"אזימוט הפכה לשם מוכר בקרב לקוחות בתחום, אשר זיהו את אזימוט על המערער". למעשה, זוהי התוצאה הטבעית של שימוש באישיות המשפטית של תאגיד לשם ניהול עסק. ריזמן היה אמנם בבחינת "גורם המשיכה" לעסקאות, ה"פנים" של החברה, אך מי שהתקשרה בסופו של דבר עם הלקוחות הייתה אזימוט. לפיכך, כאשר אלביט רכשה את מניות אזימוט, היא רכשה – מניה וביה – גם את תיקי הלקוחות שלה ואת הזכות להציג עצמה בפני הלקוחות כממשיכת דרכה של אזימוט (שלמעשה לא "התחסלה" במסגרת המיזוג, אלא רק עברה בעלות). גם העובדה כי ריזמן החזיק רק בכ-56% ממניות אזימוט אינה מתיישבת עם המסקנה כי תיקי הלקוחות היו בבחינת נכס בבעלותו הבלעדית.

ייתכן כי למסקנה אחרת ניתן היה להגיע בנסיבות אחרות, חריגות. כך למשל, כאשר התאגיד המשפטי משמש אך כ"חוצץ" או "מסגרת ארגונית" לפעילות עסקית של אדם ספציפי. בכך שונה לטעמי, המקרה דנן מזה שנדון בפרשת שרון (מדובר באחד מתוך חמישה ערעורים מאוחדים שנדונו בפסק הדין בעניין אינווסט):

"בית-המשפט המחוזי קבע כי לשרון מוניטין עסקי בתחום שוק ניירות הערך, שהתבטא במערך לקוחותיו האישיים ובציפייה להימשכות הקשרים בינו לבין לקוחותיו. החברה המרכזית, כך נקבע, שימשה לשרון כ'אכסניה' וכ'צינור'... אכן, שרון פעל מול לקוחותיו במסגרת עבודתו בחברה המרכזית, אך כפי שקבע בית-משפט קמא – ובדין קבע – שימשה לו חברה זו מסגרת ארגונית בלבד, והוא אך עשה שימוש בכלים טכניים שזו העמידה לו...".

אכן, ככלל, כל עוד השכיר עובד במסגרת החברה, יוצרת יכולתו למשוך לקוחות ולשכנעם לשוב לעסק מוניטין לחברה עצמה: לה, ולא לו. על כך עשוי הוא לבוא על שכרו מאת החברה. אלא שכאן הצליח שרון להוכיח כי עניינו אינו נופל בגדר הכלל. חרף העובדה שפעל במסגרת חברה עסקית הצליח שרון להוכיח כי הלקוחות זיהו עצמם עמו ולא עם החברה שבמסגרתה פעל" (שם, בעמ' 261; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

כלומר, יש להבדיל בין מצב שבו הגורם הדומיננטי להתקשרות של לקוחות בעסקאות עם ישות משפטית הוא גורם אנושי מסוים, על קשריו האישיים עם הלקוחות וניסיונו העסקי, למצב שבו הלקוחות אינם מייחסים הכרה כלשהי למסגרת הארגונית שבה פועל אותו אדם, אלא רק לאדם עצמו. כפי שהוצג לעיל, לא כך הם פני הדברים במקרה של אזימוט אשר "הפכה לשם מוכר בקרב לקוחות בתחום" (וניתן אף להטיל ספק אם הדבר בכלל אפשרי כשמדובר בחברה ציבורית בסדר גודל שכזה, שמניותיה נסחרות בבורסה, ולא בחברה פרטית). במילים אחרות, לא מצאתי כי עניינו של ריזמן נופל בגדר החריג ולא בגדר הכלל. ודוק, אינני טוען כי לריזמן לא היה מוניטין אישי; אלא, שפירות המוניטין האישי שלו הושקעו והוטמעו באזימוט.

10. הטעם השני הוא שבניגוד לקביעת בית משפט קמא, ריזמן לא וויתר על היכולת להמשיך להפיק הנאה כלכלית בעתיד מהמוניטין. כלומר, ריזמן לא נפרד לחלוטין מפירות המוניטין:

"יודגש גם זאת: מצב הדברים המובהק – שבו נמכר מוניטין של עסק, בהנחה שקיים מוניטין כזה – הוא כאשר נמכר העסק כ"עסק חי", לאמור כאשר מועברת פעילותו של העסק. העברת הפעילות אין משמעה בהכרח העברת כלל הרכוש הפיזי של העסק; העברה שכזו משמעה העברתם של אותם יסודות המבטיחים את המשך פעילותו של העסק. במקרה שכזה כוונת הצדדים היא שהמוכר ימשיך ידיו מעיטוקו באופן מוחלט, ובכך הוא מוותר גם על קשריו עם לקוחותיו" (עניין אינווסט, בעמ' 253-254; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

וכן:

"שרון הוכיח כי נוצר לו במהלך השנים מוניטין; הלקוחות זיהו עצמם עמו דווקא ולא עם החברה המרכזית. בשלב מאוחר יותר מכר שרון את תיק לקוחותיו לחברת קרדן תוך כדי פרישה מוחלטת מהחברה המרכזית ומתחום ניהול תיקי ניירות ערך" (שם, בעמ' 261; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

אולם, בענייננו, לא נטען וממילא לא הוכח כי ריזמן התחייב לפרוש לחלוטין מהתחום העסקי שבו פעלה אזימוט. להיפך, התחייבותו של ריזמן שלא להתחרות באלביט הייתה מוגבלת בזמן, ל-4 שנים בלבד.

11. ועדיין, אני נכון לצאת מנקודת ההנחה המתבקשת לפיה אלביט לא הייתה נכונה ליתן בידי ריזמן (ובעלי מניות המיעוט) תקבול בסך של כ-6.8 מיליון דולר (כפי שהוערך על ידי רואה החשבון) מבלי לקבל תמורה כלשהי בעבורו. אך מהי התמורה שניתנה בעבור אותו תקבול?

לטעמי, התשובה לכך עולה ישירות מפסק דינו של בית משפט קמא, כפי שניתח את חומר הראיות שהונח בפניו; אלא שהמסקנה המשפטית אליה הגיע על בסיס הראיות הייתה, לדעתי, שגויה. כפי שנאמר כבר בפתח הדברים, התשלום שניתן לריזמן היה בעבור התחייבות ל'אי-תחרות':

"המשיב טען כי בעצם רכישת מניות אזימוט, רכשה אלביט גם את היכולת לפנות ללקוחות הקיימים, ולכן לא היה צורך לרכוש מוניטין מהמערער. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם הראיות, לפיהן אלמלא ההוראות המפורשות בהסכם המיזוג, המערער היה רשאי לעשות שימוש במוניטין שלו ולהקים עסק חדש/להצטרף לעסק קיים; וכן עם שלל העדויות שנשמעו מפי לקוחות וגורמים באזימוט/אלביט, מהן עולה כי חלק ניכר מלקוחות אזימוט, אכן היה בוחר לבצע עסקים עם המערער, אילו לאחר מועד המיזוג היה מקים עסק חדש בתחום הרכשת מטרות" (פסקה 78 לפסק הדין קמא; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

הנה כי כן, מן הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא, עולה מסקנה משפטית אחרת, לפיה אלביט רכשה מריזמן את התחייבותו שלא להתחרות בה.

דברים ברוח דומה נכתבו בחוות דעת רואה החשבון מטעם ריזמן בדבר אומדן שווי 'המוניטין האישי':

"במסגרת עסקת הרכישה, התחייב מר ריזמן כלפי אלביט להעמיד לרשות אלביט את המוניטין האישי שלו בתחום עיסוקה של אזימוט, וכן כל זכויות קניין רוחני, אם וככל שקיימות לו בקניינה של אזימוט. המוניטין האישי, כאמור, מיוחס למוניטין הרב בארץ ובעולם והידע אשר צבר מר ריזמן בתחום המערכות להרכשת מטרות וניווט ולקשרים הדוקים עם אנשי מפתח אצל הלקוחות. עוד התחייב מר ריזמן שלא להתחרות, בין במישרין ובין בעקיפין, במערכות הרכשת מטרות, מערכות ניווט ומדי טווח לייזר, בהם עסקה אזימוט ערב עסקת הרכישה, במשך תקופה של ארבע שנים, החל ממועד הסכם הרכישה.

כאמור בהקצאת מחיר הרכישה בעמוד 31, ההתחייבות לעיל [לאי-תחרות – ג'.ק.] חשובה במיוחד לאלביט בשל קשריו הענפים בענף, הבאים לידי ביטוי, בין השאר, ביחסי עבודה ארוכי שנים מול הלקוחות והספקים השונים, המהווים מקור הכנסה עיקרי לחברה. כמו כן,

למר ריזמן ידע וניסיון רב בתחום, כמו גם האמצעים לצאת לדרך עצמאית.
 בהתבסס על המידע שנמסר לנו לצורך עבודה זו, בפועל, העברת המוניטין האישי ביחד עם התחייבות לאי תחרות במסגרת עסקת הרכישה, יוצרים למעשה לאלביט יתרון לתקופה ארוכה...
 בהתאם לזאת, עבודתנו כוללת אומדן שווי של המוניטין האישי לרבות ההתחייבות לאי תחרות של המוכר הן באזימוט והן באינסטרו [חברת הבת של אזימוט – ג'.ק.] אשר הועברו במסגרת עסקת הרכישה ('המוניטין האישי') (עמ' 5-6 לחוות הדעת; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

מן האמור לעיל עולה, כי הערכת שווי 'המוניטין האישי' התבססה על שני מרכיבים. המרכיב הראשון, הוא הידע והקשרים שיצר ריזמן בתחום. אולם כפי ששנינו, הידע שצבר ריזמן – אינו בר-העברה; ותיקי הלקוחות, אם לכך הכוונה בחוות הדעת – שייכים לאזימוט. לכן, נותרנו עם המרכיב השני, הוא ההתחייבות של ריזמן לאי-תחרות בתחום העיסוק של אזימוט, למשך 4 שנים. אכן, תיקי הלקוחות שייכים אמנם לאזימוט, אך בנסיבות המקרה דנן – בהן נקבע כי אלמלא התחייב ריזמן שלא להתחרות באלביט, רבים מהלקוחות היו מחליטים לבצע עמו עסקים אם היה מקים עסק מתחרה – ספק אם יש לתיקי הלקוחות של אזימוט ערך כלכלי ממשי בהיעדר זכויות משפטיות להגנה או שליטה עליהם:

"לישות עשוי להיות תיק לקוחות או נתח שוק והיא עשויה לצפות כי בשל מאמציה בבניית קשרי לקוחות ונאמנותם, הלקוחות ימשיכו לסחור עם הישות. אולם, בהיעדר זכויות משפטיות להגנה, או שליטה בדרכים אחרות, על קשרי הלקוחות או על נאמנותם, בדרך כלל, השליטה של הישות על ההטבות הכלכליות החזויות מקשרי הלקוחות ונאמנותם לא תהיה מספקת על מנת שפריטים אלה (כגון תיקי לקוחות, נתחי שוק, קשרי לקוחות ונאמנות לקוחות) יקיימו את ההגדרה של נכסים בלתי מוחשיים" (סעיף 16 לתקן תקן חשבונאות בינלאומי 38 "נכסים בלתי מוחשיים").

יפים לעניין זה גם הדברים הבאים שנכתבו ביחס לצורך בקיומה של תניית 'אי-תחרות' בעת עריכת הסכם רכישה כלשהו:

"תניה כזו חשובה במיוחד מקום שבו הלקוחות שבים לעסק פעם אחר פעם בשל תכונותיו האישיות של בעליו, ולא דווקא בשל מיקומו של העסק או בשל טיבו של המוצר שנמכר. בתקופת מניעת התחרות יבקש הרוכש לבסס את העסק שרכש ולהוכיח ללקוחותיו כי הם ממשיכים להימצא בידיים טובות ונאמנות, וכי ראוי להם להמשיך בקשריהם העסקיים עמו. אם יצליח בכך לא

יעמוד בסכנת תחרות מצד המוכר בתום תקופת מניעת התחרות. בהיעדר הסכמה כאמור עשויים הלקוחות לשמר את קשריהם העסקיים הקודמים עד שלא יהא ניתן עוד לדבר על העברה של תיקי הלקוחות" (עניין אינווסט, בעמ' 252).

12. לא נעלמה מעיניי העובדה כי בחוות הדעת החשבונאית שהוגשה לאלביט בדבר הקצאת עלויות הרכישה (PPA), הוערכו בנפרד מהמוניטין הכולל גם שווים של הסכמי אי-התחרות של ריזמן בעבור אלביט (על סך של כ-1.1 מיליון דולר). אולם, מעבר לכך שעצם חוות הדעת החשבונאית השנייה שהוגשה לריזמן, על ידי אותו רואה חשבון, מתייחסת לשווי המוניטין האישי, ככזה שהינו לרבות התחייבות ריזמן לאי-תחרות, אין בכך כדי לשנות מהמסקנה המשפטית, בעבור מה שולמה למעשה התמורה.

13. סיכומו של חלק זה הוא כי יש לראות את התקבול שקיבל ריזמן כתמורה עבור התחייבותו שלא להתחרות באלביט למשך 4 שנים ולא תקבול עבור 'מוניטין אישי'. כעת נותר לבחון את השאלה: מה דינו של תקבול שניתן לאדם בגין 'אי-תחרות' אגב מכירת עסק? למעשה, כפי שיובהר להלן, אמות המידה למענה על שאלה זו כבר נקבעו בבית משפט זה.

תקבול בעבור 'אי-תחרות'

14. בע"א 5083/13 פקיד שומה כפר סבא נ' ברנע (10.8.2016) (להלן: הלכת ברנע), שעסק בסיווג תשלום בגין 'אי-תחרות' שניתן לעובד על ידי מעבידו, נקבעו בהרכב מורחב של חמישה שופטים הדברים הבאים (בין היתר):

קיימת חזקה "חזקה" הניתנת לסתירה, לפיה תשלום הניתן לעובד על ידי מעבידו הוא הכנסה פירותית.

הליך בחינת תשלומי אי-תחרות לצרכי מס הוא דו-שלבי: בשלב הראשון יש לבחון האמנם מדובר בתניית אי-תחרות אותנטית, ולא בניסיון במסווה לתשלום אחר; בשלב השני, יש לבחון אם בנסיבות המקרה עלה בידי הנישום לסתור את החזקה ולהראות כי מדובר בתקבול הוני.

כללית, תשלום עבור 'אי-תחרות' נועד במהותו לפצות את העובד בגין הירידה הצפויה בהכנסתו, נוכח היעדר האפשרות למצות את כושר השתכרותו בשל ההגבלה המוטלת עליו.

”על פי המטפורה של עץ ופירות – תניית אי תחרות אינה משולה ברוב המקרים לגדיעת העץ, אלא ל’שלכת’ זמנית של העץ או לגיזום זמני או חלקי של ענף מענפי העץ, באופן שאינו שולל את האפשרות להצמיח פירות. דהיינו, אין מדובר בעקירתו או עיקורו של העץ” (שם, פסקה 66 לפסק דינו של השופט י’ עמית). יחד עם זאת, ”אין לשלול היתכנות מקרים חריגים בהם תניית אי התחרות תעלה כדי ‘גדיעת העץ’. לשם כך יש להראות כי מבחינת העובד, ההשלכה המעשית של תניית אי התחרות היא כריתת העץ (לא יוכל לשוב לעבוד בתום תקופת אי התחרות) או למצער לגדיעת הענף העיקרי לבלתי צמוח שוב (השמדת יכולת לצמיתות)” (שם).

אם מדובר בתקבול בעל מאפיינים מעורבים – הוני ופירותי – אזי לאור הוראת סעיף 89(ג) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הנותנת בכורה לסיווג הפירותי, יסווג התקבול כפירותי.

אלו אמות המידה שהותוו ביחס לתשלום שניתן בגין ‘אי-תחרות’ במסגרת יחסי עובד-מעביד.

15. בע”א 8294/14 גנגינה נ’ פקיד שומה פתח תקוה (20.3.2018) (להלן: עניין גנגינה), הובאה להכרעה בפני בית משפט זה שאלת סיווג של תקבול עבור תניית אי-תחרות בהסכם, אגב מכירת עסק. המערערים שם היו בעליה של רשת קמעונאות למכירת מוצרי מזון וצריכה (“יד יצחק”) וכן שימשו כמנהלים בה. על פי הסכם המכירה, מכרו המערערים את החברה שבבעלותם, על פעילותה העסקית. בגדרי הסכם המכירה נכללה גם תניית אי-תחרות – התחייבות שלא להתחרות בשום צורה בחנויות ובפעילות של העסק למשך שלוש שנים.

השופט י’ עמית, קבע כי אמנם לא ניתן להחיל את אותה חזקה שנקבעה בהלכת ברנע, שכן התשלום עבור תניית אי-תחרות לא ניתן במסגרת יחסי עובד-מעביד, אלא בידי הרוכש של העסק, אולם כוחם של יתר העקרונות שנקבעו בהלכת ברנע יפה גם למקרה זה. כך, נקבע כי יש להחיל את הליך הבחינה הדו-שלבי של מהות התקבול בגין אי-תחרות. כן נקבע, כי “לעולם עלינו להתחקות אחר מהות התקבול, להידרש למהות ה’פירצה’ ולבחון אם מדובר בתקבול המשולם בגין ‘גדיעת העץ’ או בגין ‘קטיפת הפירות’ (שם, פסקה 26 לפסק דינו של השופט עמית). השופט עמית הוסיף:

"השאלה היא אפוא האם העובדה שבמקרה דנן המערערים לא שימשו רק כמנהלים, אלא היו גם מי שהקימו את יד יצחק והחזיקו במניותיה, הופכת את תשלומי אי-התחרות לתקבול הוני? לטעמי התשובה על כך שלילית.

[...]

העובדה שתניית אי-התחרות במקרה דנן כוונה כלפי המערערים גם בכובעם כיזמים וכמקימיה של יד יצחק, אין בה כשלעצמה כדי להפוך את התנייה ל'גדיעת העץ'. על אופי התקבול להיגזר מטיב תניית אי-התחרות וממאפייניה במקרה הקונקרטי" (שם, פסקאות 31, 38 לפסק דינו של השופט עמית).

בחינת מאפייניה של תניית אי-התחרות במקרה ההוא, לרבות מימד הזמן – העמדת תקופת אי-התחרות על כשלוש שנים – הובילה את השופט עמית למסקנה כי התחייבותם של המערערים שם אינה עולה כדי "גדיעת העץ", ולכן יש לסווג את ההכנסה ממנה כפירותית.

השופטת ע' ברון הסכימה כי יש להחיל את המבחן הדו-שלבי שנקבע בהלכת ברנע, ואף הוסיפה וקבעה כי לשיטתה, אין זה נכון לבצע הפרדה בין כובעם של המערערים שם כמנהלים לכובעם כיזמים, וממילא בנסיבות שתוארו, יש לראות בתקבול בגין תניית אי-התחרות כתקבול פירותי.

המשנה לנשיאה, ח' מלצר, הסכים אף הוא לתוצאה, אך סבר כי המערערים שם מושתקים מלטעון כי התקבול שעל פי הסכם אי-התחרות לא שולם להם כפיצוי בגין הפסקת עבודתם ומתוקף תפקידם בחברה, נוכח המצגים השונים שהציגו. מעבר לכך, לשיטת המשנה לנשיאה, יש לבחון כל תקבול ותקבול על פי מהותו על מנת לקבוע האם מדובר בהכנסה הונית, או בהכנסה פירותית.

לאור עקרונות אלו, נפנה לבחון את המקרה שלפנינו.

מן הכלל אל הפרט

16. ריזמן היה המייסד של אזימוט. בכל תקופת פעילותה, החל משנת 1986, ועד לרכישתה בידי אלביט, שימש כיו"ר הדירקטוריון שלה. במשך כ-17 שנים מיום היווסדה שימש גם כמנכ"ל שלה, וחדל בשנת 2003 לכהן בתפקיד זה רק בשל מגבלות רגולטוריות, אולם המשיך לכהן כיו"ר דירקטוריון פעיל בחברה. בעבור עבודתו קיבל

שכר חודשי והטבות שכר. כמו כן, היה ריזמן בעל מניות של אזימוט והחזיק כ-56% ממניותיה.

עמדתי לעיל על כך שתיקי הלקוחות, גם אם היוו פירות של המוניטין האישי של ריזמן, היו בבחינת נכס של אזימוט שנשמע בה, ולא 'נכס' בבעלות ריזמן. בהקשר זה, מצאתי להוסיף ולהפנות לדברים הבאים:

"...ככל שתשלומי אי-התחרות שולמו למערערים תמורת הקשרים שהם צברו 'במהלך ניהול העסק הנמכר' ו'מתוקף עבודתם בחברה', ניתן לטעון כי מדובר בידע שהוא קניינו של המעביד (יד יצחק) ולכן אין לראות בכך מכירת 'נכס' על ידי המערערים" (עניין גנגינה, פסקה 36 לפסק דינו של השופט עמית; ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

בד בבד, ציינתי כי ספק אם לתיקי הלקוחות היה ערך כלכלי רב ללא קיומן של זכויות להגנה משפטית עליהם, בדמות הסכם 'אי-תחרות' עם ריזמן. לפיכך, מסקנתי הייתה כי משלא הוכחו פירות מוניטין שהועברו – שכן את הידע והניסיון העסקי שצבר ריזמן הוא אינו יכול להעביר – בחינה מהותית של התקבול מובילה לכך שיש לסווגו ככזה שהתקבל בעבור התחייבותו של ריזמן שלא להתחרות באלביט למשך 4 שנים. לשם הנוחות, אביא שוב את קביעותיו של בית משפט קמא בעניין זה:

"אלמלא ההוראות המפורשות בהסכם המיזוג, המערער היה רשאי לעשות שימוש במוניטין שלו ולהקים עסק חדש/להצטרף לעסק קיים; וכן עם שלל העדויות שנשמעו מפי לקוחות וגורמים באזימוט/אלביט, מהן עולה כי חלק ניכר מלקוחות אזימוט, אכן היה בוחר לבצע עסקים עם המערער, אילו לאחר מועד המיזוג היה מקים עסק חדש בתחום הרכשת מטרות" (פסקה 78 לפסק הדין קמא).

וכן:

"מוניטין זה בא לידי ביטוי בין היתר... בכך שאילו המערער היה עוזב את אזימוט, היה יכול להמשיך לבצע עסקים עם אותם לקוחות ועוד... " (פסקה 76 לפסק הדין קמא).

הקביעות בעניין גנגינה יפות גם לענייננו. אכן, ריזמן פעל הן בכובעו היזמי כמייסדה של אזימוט והן בכובעו כמנהל פעיל שלה, כפי שנסקר היטב על ידי בית משפט קמא. כבר צוין, כי במקרה דנן לא נטען וממילא לא הוכח כי ריזמן התחייב לפרוש לחלוטין מהתחום העסקי שבו פעלה אזימוט, אלא שהתחייבותו הייתה שלא להתחרות

בה למשך 4 שנים בלבד. בנסיבות אלו, ועל פי אמות המידה שפורטו לעיל, סבורני כי המסקנה המתבקשת היא כי התחייבותו של ריזמן אינה עולה כדי "גדיעת העץ". לכן, אף אם ניתן לשעות לטענה כי בחינה מהותית של העסקה מובילה לכך שיש לראות חלק מן התמורה מעסקת המיזוג כתקבול שניתן בגין התחייבות ריזמן, אזי יש לראות בתקבול זה כהכנסה פירותית ולא כהכנסה הונית.

17. לבסוף, אציין כי "שיחות הרגעה" עם לקוחות או פעולות אקטיביות לשימור הלקוחות מצד ריזמן לאחר עזיבתו את אזימוט, אינן שקולות להעברת פירות מוניטין אישי. אף אם הייתי סבור כי יש לראות בחלק כלשהו מן התקבול כתמורה בעבור פעולות אלה, לא היה בכך כדי לשנות ממסקנתי לפיה בנסיבות העניין מדובר בתקבול פירותי ולא בתקבול הוני. יפים לעניין זה הדברים הבאים, בשינויים המחויבים:

"שאיפתו של המעביד 'לנטרל' את הפגיעה הטמונה בעובד-הפורש, אין פירושה כי לדידו של העובד מדובר בהכרח ב'גדיעת העץ'" (עניין ברנע, פסקה 56 לפסק דינו של השופט עמית).

מסקנה

18. מסקנתי היא כי גם אם ניתן לבחון באופן מהותי את עסקת המיזוג ולייחס חלק מהתמורה שניתנה לריזמן (ולבעלי מניות המיעוט, שהוערכה בשווי של כ-6.8 מיליון דולר), כתמורה שלא בעבור מכר מניות – כפי שנתבקש בית משפט קמא לעשות על ידי המשיבים עצמם – בחינה שכזו מעלה כי מדובר בתמורה שניתנה בעבור התחייבות ל'אי-תחרות' לזמן מוגבל, שאינה עולה כדי גדיעת מקור ההכנסה לריזמן. לפיכך, מדובר בהכנסה פירותית ולא בהכנסה הונית.

אולם, מאחר שפקיד השומה לא טען בשומה שהוציא לריזמן או בבית המשפט קמא כי מדובר למעשה בהכנסה פירותית, המתחייבת במס הכנסה שולי, אלא ראה בכל התמורה כהכנסת הונית, המתחייבת במס רווח הון ממכירת מניות על ידי בעל מניות מהותי – אני מסכים אפוא עם התוצאה אליה הגיע חברי, השופט שטיין, לפיה דין הערעור להתקבל גם בעניין זה, להבדיל מהנמקתו.

1. כחברי, סבור גם אני, כי דין הערעור, על שתי הסוגיות הנדונות בו – להתקבל. אשר לסוגיה הראשונה, מקובלת עלי מסקנתו של חברי השופט א' שטיין, על יסוד נימוקיו, כי במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים לגבי פרשנות תיקון 147 לפקודת מס הכנסה [חדש] – הצדק עם פקיד השומה; בכל הנוגע לסוגיה השנייה – האם כללה העסקה מכירת מוניטין, כן או לא – מקובלת עלי התוצאה שאליה הגיעו חברי, אם כי נימוקי וטעמי שונים קמעא. אסביר.

2. חברי השופט א' שטיין סבור כי טענתו של ריזמן על מכירת מוניטין אישי, הריהי הלכה למעשה בקשה ל'סיווג מחדש' של העסקה, ולפיכך לא ניתן לקבלה, אלא במקרים חריגים, שהנדון דידן אינו נמנה עליהם. חברי גורס, כי משנכתב בהסכם המיזוג כי הכסף ששולם לריזמן, ניתן כתמורה עבור מניותיו, שוב לא ניתן להלום טענה שלפיה כללה העסקה גם מכירה של נכסים נוספים, שאינם מניות. דא עקא, למקרא פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ניתן לתהות האם אין בקביעתו זו של חברי משום התערבות בממצאים שבעובדה, שנקבעו על יסוד התרשמות בלתי אמצעית מעדים, ולאחר דיון ארוך ומעמיק בנסיבות העניין. אחרי ככלות הכל, בית המשפט המחוזי קבע כי "בהסכם נקבע מפורשות שהמוניטין מועבר לאלביט".

3. ברם, דומני, כי אין בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, כדי לשלול את המסקנה המשפטית, שלפיה בכל הנוגע לשיעור חבותו במס, לא ניתן לקבל את טענתו של ריזמן על מכירת מוניטין אישי. בית המשפט המחוזי אמנם ערך ניתוח עובדתי כדבעי, אך דומני כי נפל לכלל טעות כאשר התמקד בשאלה האם התכוונו הצדדים למכור ולקנות מוניטין אישי בגדרי העסקה, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה (ע"א 5321/98 אינווסט אימפקט בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד נח(2) 241 (2003) (להלן: עניין אינווסט)), ופסקי הדין שהילכו בעקבותיו). שאלה מקדימה לשאלה זו, שלא נדונה בפסק הדין, הריהי האם הקונסטרוקציה המשפטית שנבחרה לביצוע העסקה – עסקת מיזוג של רכישת מניות, לפי מחיר אחיד לריזמן ולציבור – שוללת מכוח עצמה את האפשרות להעלאת טענה בדבר קיומם של רכיבים נוספים בעסקה. תשובתי לשאלה זו – בחיוב. המבנה המשפטי שנבחר על-ידי הצדדים לעסקה, מונע מריזמן לטעון, במישור דיני המס, כי העסקה כללה מכירת מוניטין אישי; זאת, גם אם מבחינה עובדתית מחיר העסקה נקבע לא רק לפי שווי המניות, אלא גם בהתחשב במוניטין האישי של ריזמן, ובכונותו להטמיעו באלביט לאחר העברת הבעלות.

4. מושכלות יסוד הם, כי "לא מה שנישום יכול היה לעשות ולא עשה, אלא רק מה שהוא עשה, קובע את מצבו ואת דינו מבחינת המס" (ע"א 521/65 ון הרטן, מפעלי מתכת בע"מ (בפירוק) נ' פקיד השומה תל-אביב, פ"ד כ(3) 625, 626 (1966)). אכן, בכוא רשויות המס לבחון הצהרה של נישום לגבי סיווג עסקה שביצע, עליהן לחתור להטלת מס אמת, "באופן המשקף את הפעילות הכלכלית לאשורה", ותכופות מצריך הדבר לבחון את המקרה מבעד למחלצות שבהן הולבשה העסקה (ע"א 5245/04 מנהל מס שבח מקרקעין באר שבע נ' א.ר. אלירם בע"מ, פסקה 9 (24.10.2006); ע"א 7084/13 בר יהודה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון, פסקאות 50-51 (10.5.2016); ע"א 1609/16 חברת שי צמרות (אורנית) נ' מנהל מס ערך מוסף פתח תקוה, פסקה 39 (1.11.2018)).

5. על אשר נקבע בהלכות הללו, מבקש ריזמן להסתמך בתשובתו לערעור. פועלו רב-השנים, העובדה שהיה ה'פנים' של אזימוט ו'כוח המשיכה' העיקרי מבחינת לקוחותיה, גוזרים לשיטתו את המסקנה כי במהלך השנים צבר מוניטין אישי, בר-העברה. מכאן, לדידו, שמבחינת אלביט לא היתה תוחלת לביצוע עסקת רכישה כלשהי, ללא התחייבויות מתאימות מצדו, לגבי 'העברת המקל', ו'חיבור' לקוחותיו הוותיקים לאלביט. עוד גורס ריזמן, כי מבחינה עובדתית, בשלב ראשון, במסגרת המשא ומתן, הגיעו הוא ואלביט לסיכום על המחיר שישולם לו בגין מניותיו וזכויותיו באזימוט, ורק בשלב שני הוסכם על כך שאלביט תרכוש גם את חלקם של בעלי המניות מהציבור, מתוך אינטרס שלה להחזיק באזימוט באופן מלא. דהיינו, לפי ריזמן, מחיר העסקה נקבע לפי שווי נכסיו – מניות ומוניטין – אולם זאת כפועל יוצא מהכנסת בעלי המניות מהציבור לעסקה; ובעקבות ההחלטה לבצעה כעסקת מיזוג, על יתר תנאיה, נהנה כל בעל מניות מהציבור מתמורה עודפת, שוות-ערך לשווי המוניטין האישי שמכר ריזמן (בחישוב יחסי לכל מניה). מכאן, ממשיך ריזמן וטוען, שלא בכדי נכתב מפורשות בהסכם המיזוג כי הוא מתחייב להעמיד את המוניטין האישי שלו לרשות אלביט, וכי הדבר עולה בקנה אחד עם האמור בחוות הדעת החשבונאיות שהוגשו. בשורה התחתונה נטען אפוא, כי זו מהות ההסכמה שנרקמה בינו לבין אלביט; זו מהותה הכלכלית של העסקה, כעסקה הכוללת מכירה של מוניטין – ועל-פי מהות זו יש לחייבו במס.

6. דא עקא, סיווג מהותן הכלכלית של פעולות הנישום, לצרכי קביעת שיעור המס, אינו מתמצה אך בניתוח האופן שבו תפסו הצדדים את מהות העסקה, לגבי הממכר ושוויו. לצד ניתוח של ההיבטים הללו, נדרשת גם בחינה של המסגרת המשפטית, שבאמצעותה הוחלט בסופו של דבר להסדיר את העסקה. תהליך המיסוי, מטבעו, הריהו תהליך של הטלת חיוב כספי על נישומים. לצורך תכלית זו, נדרשים דיני המס להתאים

עצמם לחיי השוק, ולעשות שימוש בשפה המתייחסת למארג הזכויות המשפטיות המוכרות בעולם המשפט הפרטי:

“דיני המס מהווים [...] מערכת נורמטיבית אשר – אם ננקוט לשון ציורית – אינה שוכנת ל'צידם' של ענפי המשפט שמתוכם נלקחים המושגים האמורים, אלא 'רובצת' מעליהם. בתיאור זה אין הכוונה להעמיד את ענפי המשפט בסולם חשיבות אלא לבטא את הזיקה המצויה בין שני הרבדים לפיו הרובד השני – דיני המס – מרחף מעל שדה ההתרחשויות הכלכליות ולוכד ברשתו התרחשויות מסויימות ומטיל עליהן מס. זיקה זו נדרשת לא רק מטעמי נוחות חקיקתיים או ממסורות או נטיות קודיפיקטיביות אלא ממהותו של תהליך המיסוי. ההתרחשויות הכלכליות נשוא המס מושתתות על מערכת הזכויות המשפטית, כמו למשל, דיני הקנין. ללא ההכרה בזכות הקנין יקשה לתאר את הפעילות הכלכלית” (דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 9-10 (תש”ן-1990) (להלן: גליקסברג)).

7. דהיינו, כאשר מבקשים אנו להתחקות אחר מה ש'עשה' נישום, ולקבוע את מהותה הכלכלית של עסקה לצרכי מס, עלינו לתת את הדעת גם על המבנה המשפטי שבו בחר למסגר את פעולותיו. בייחוד אמורים הדברים, כשבמכירה וקניה של נכסים בלתי מוחשיים עסקינן; נכסים אשר במידה לא מבוטלת נבראו מכוח המשפט. ודוק: מתווה משפטי – הסדרה חוזית, קניינית או אחרת – לא נבחר משיקולים משפטיים מתחום דיני המס גרידא. לעיתים קרובות, ניתן להגשים את מהותה העיקרית של עסקה בדרכים משפטיות שונות. כל דרך – על יתרונות וחסרונותיה: אפשר שלמבנה משפטי אחד תהיה תועלת רבה מבחינת שיקולי ממשל תאגידי, אך מיניה וביה תהיינה לו מגרעות ברורות במישור נטל המס; אפשר להיפך, ואפשר שיהיה בנמצא מתווה אופטימלי מבחינת כלל ההיבטים המשפטיים. מכל מקום, דעת לנבון נקל, כי צדדים לעסקה חופשיים להסדיר את מערכת היחסים ביניהם במסגרת המשפטית המתאימה לצרכיהם, ולאחר שמבין שלל האפשרויות שלפניהם בחרו בקונסטרוקציה המשפטית המטיבה עמהם – הרי שכשם שיהנו מהטבותיה, כך יאלצו לקבל את מגרעותיה (שם, בעמודים 26-28; ע”א 235/17 מרכז ארכיאולוגי בע”מ נ’ פקיד שומה תל אביב 4, פסקה 29 (20.6.2018) (להלן: עניין מרכז ארכיאולוגי)).

8. הנה כי כן, כאשר מחליטים הצדדים לעסקה לבצע פעולה כלכלית במבנה משפטי מסוים, אשר חזקה כי נבחר על-ידם על רקע מכלול שיקולים – משפטיים ואחרים – אפשר שבמישור דיני המס תהא לבחירה זו השלכות שליליות, מבחינתם. כך לדוגמא, נקבע בפסיקה כי משבחר נישום לנהל את עסקיו באמצעות חברה, יהיו השיקולים שהובילו אותו לכך אשר יהיו, לעיתים מונע ממנו הדבר לנצל הטבות מס מסוימות, שיתכן והיו עומדות לו אילו מלכתחילה היה מסדיר את פעילותו העסקית באופן אחר (ע"א 11/74 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' אולפני הסרטה בישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 297, 301-302 (1974) (להלן: עניין אולפני הסרטה); עניין מרכז ארכיאולוגי, פסקה 29). דוגמא אחרת ניתן להביא מההבחנה המוכרת בתחום מיסוי המקרקעין, בין עסקת קומבינציה של מכר מלא לעסקת קומבינציה של מכר חלקי, שעל אף שהן דומות מבחינת מהותן הכלכלית, שיעור המס בגינן נקבע באופן שונה, בין השאר מאחר שהן נבדלות זו מזו במהותן, מבחינה חוזית וקניינית (ע"א 487/77 מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה נ' אחים ברקאי בנין בע"מ, פ"ד לב(2) 121 (1978); ע"א 3815/99 טובי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נו(6) 108, 115-116 (2003)).

9. כמובן, החופש שניתן לנישומים בגדרי המשפט הפרטי, לעצב ולהסדיר את יחסיהם מבחינה משפטית, מצוי במתח מתמיד עם האינטרס הציבורי שבהטלת מס אמת על עסקאות, לפי מהותן הכלכלית לאשורה. הגם שככלל רשאים נישומים לכלכל צעדיהם, ולנסות ולתכנן את עסקאותיהם כך שיסווגו באופן מיטבי מבחינתם לצרכי מס, ברי כי לעיתים לא ניתן לקבל את עמדתם; בין אם משום שהסיווג שעליו הצהירו נמצא שגוי, בין אם משום שהלבישו את העסקה במחלצות לא לה, באופן מלאכותי (ראו: ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נו(5) 915, 922-923 (2003); ע"א 750/16 טעדטמנד נ' פקיד שומה רחובות, פסקאות 12-14 (28.2.2019); ע"א 1211/14 גוטשל נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פסקאות 11-12 (11.11.2015); גליקסברג, עמודים 9-19). ודוק: אין דינה של פעולה בתחום משפט המס, גוזר בהכרח את דינה לעניין תחומים אחרים של המשפט הפרטי. כאמור, מדובר בשתי מערכות נורמטיביות נפרדות, שחרף הזיקה המשפטית והלשונית ביניהן, ביסודן תכליות שונות; לעיתים תלכנה שתיהן יחדיו, ותחלנה דין זהה על פעולה פלונית, לעיתים תידון כל אחת מהן על-פי דרכה, ותקבענה דין שונה לגבי אותה פעולה (ע"א 4015/95 פקיד שומה ירושלים נ' ברזני, פ"ד נב(2) 269, 275-276, 285-287 (1998); גליקסברג, בעמודים 6-10; איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 171-172 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 1994)).

10. מכל מקום, כעניין של מדיניות שיפוטית, נישום אינו רשאי לטעון כי יש לקבוע את שיעור המס בעניינו, בהתעלם מהאופן שבו בחר להסדיר את עניינו מבחינה משפטית (עניין אולפני הסרטה, בעמודים 301-302; עניין מרכז ארכיאולוגי, פסקה 29; ע"א 937/90 אוגדה השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פד"א כ(18) 575, 581-579 (1992)). כפי ששנינו, נישומים שבחרו מסגרת משפטית מסוימת לביצוע העסקה – על סמך שיקולים משפטיים מתחומים שונים, לאו דווקא מתחום דיני המס – יאלצו לחיות עם ההשלכות הנלוות לכך, חיוביות כשליליות.

11. על רקע הדברים הללו, נשוב ונתמקד בענייננו. בהינתן ממצאיו של בית המשפט המחוזי, אין חולק כי ריזמן התכוון למכור לאלביט את המוניטין האישי שלו, וכי אלביט נכונה היתה לשלם עבור נכס זה תשלום עודף, נוסף על התשלום עבור מניותיו. יחד עם זאת, גם אין חולק כי העסקה עוצבה כעסקת מיזוג, בדרך של מיזוג משולש הופכי, כאשר נקבע תשלום אחיד ושווה עבור כל מניה. כך הוסכם, בעיקר משיקולי ממשל תאגידי: רצונה של אלביט להחזיק באזימוט באופן מלא, כמו גם האינטרס להבטיח שהעסקה תבוצע ביעילות ובמהירות, ללא מכשולים או התערבות מצד בעלי המניות מהציבור.

12. ניתן היה כמובן להעביר את מלוא הבעלות באזימוט לאלביט גם באמצעות מתווה עסקה שונה. כך, יכולה היתה אלביט לבצע שתי עסקאות נפרדות – אחת לרכישת המניות מריזמן, ואחת לרכישת המניות מהציבור. הדעת נותנת, כי אילו היתה מבוצעת העסקה באופן הזה, סך התשלום שהיה מקבל ריזמן, באופן יחסי למניותיו, היה בשיעור גבוה מהתשלום שהיה מקבל בעל מניות פלוני מהציבור, ביחס למניותיו-שלו. שכן, ברי כי בעלי המניות מהציבור, בניגוד לריזמן, לא צברו מוניטין אישי כלשהו, ולפיכך לא היו מקבלים תשלום נוסף מעבר לשווי מניותיהם. כפועל יוצא, בהינתן הכוונה לרכוש מריזמן את המוניטין האישי שצבר, הרי שאילו היו מבוצעות שתי עסקאות נפרדות, בכל מקרה ניתן להעלות על הדעת אך אחד משני תסריטים אפשריים: או שכל מניה היתה נרכשת במחיר שווה, בין אם של ריזמן בין אם של בעלי המניות מהציבור – ואז היתה משלמת אלביט לריזמן סכום כסף נוסף, בגין מוניטין אישי, מעבר לתשלום עבור כלל מניותיו; או שאמנם היה משולם לריזמן סכום השווה למכפלת סך מניותיו במחיר ששולם עבור כל מניה ממניות הציבור – ואז, בהתבסס על טענת ריזמן כי 25% מהסכום ששולם לו ניתן עבור מוניטין אישי, הרי שכל מניה ממניותיו של ריזמן, היתה נמכרת במחיר בשיעור נמוך ב-25% מהמחיר ששולם עבור כל מניה של בעל מניות מהציבור. במילים אחרות, אילו היתה נערכת העסקה כשתי עסקאות נפרדות, בכל מקרה לא יכול היה להיתכן מצב שבו גם היו נמכרות כלל המניות במחיר אחיד ושווה, וגם היה משולם לריזמן סכום שווה לזה ששולם לכל בעל מניות מהציבור, באופן יחסי לשיעור האחזקות. קיום מקביל של

התנאים הללו יכול היה להתרחש רק אם היתה אלביט מחלקת לבעלי המניות מהציבור כסף בחינם, בשיעור השווה לסכום ששילמה לריזמן עבור המוניטין האישי שלו – אפשרות שבכל הכבוד, אפילו היתה ממצא עובדתי, איננה מתקבלת על הדעת, כעניין של שכל ישר.

13. על כל פנים, כעולה מנימוקי הערעור שהגיש ריזמן בבית המשפט המחוזי, מתווה אפשרי זה, לביצוע העסקה כשתי עסקאות נפרדות – נבחן, נשקל, ולבסוף נדחה. זאת משום שביצוע העסקה באופן הזה טמן בחובו סיכונים, שאלביט וריזמן לא רצו ליטול על עצמם: עסקה נפרדת של רכישת המניות מריזמן – צריכה היתה להיות מאושרת לפי כללי אישור עסקאות עם בעלי עניין, כך שהיה נפתח לבעלי המניות מהציבור פתח להתנגד לה; ורכישת המניות מבעלי המניות מהציבור – צריכה היתה להעשות בדרך של הצעת רכש, מתווה שגם הוא לא היה רצוי מבחינת אלביט.

14. בנקודה זו מתחדדת המחלוקת שלפנינו. לשאלה אם הצליח ריזמן להוכיח כי הוא נכנס בגדר החריג שנקבע בעניין אינווסט – כן או לא – קודמת שאלה אחרת: האם, בהינתן המסגרת המשפטית שנבחרה לביצוע העסקה, יש לו פתח לטעון למכירה של נכס כלשהו, זולת מניותיו. לדעתי, התשובה לכך שלילית. אפילו נניח, מבלי לטעת מסמרות בדבר, כי ריזמן יכול היה למכור מוניטין אישי אגב מכירת מניותיו, כפי שאירע בפרשת שרון שנדונה בעניין אינווסט, הרי שאין להסיק מכך, כי הדבר אפשרי בהכרח גם במתווה שבו בוצעה העסקה בסופו של דבר.

15. כאמור, הקונסטרוקציה המשפטית קובעת כי המחיר ששולם לריזמן, היה שווה למחיר ששולם לכל בעל מניות, בהתאם לשיעור האחזקה במניות. אמנם, כממצא עובדתי נקבע, כי אלביט הסכימה לשלם לבעלי המניות מהציבור סכום כסף בשיעור גבוה יותר מזה שהיתה מוכנה לשלם אילו היתה נערכת העסקה כשתי עסקאות נפרדות. אולם נכונות זו של אלביט, הגם שאיננה מוטלת בספק, אין בה כדי לשנות את העובדה, שמבחינה קניינית כל אשר היה לבעלי המניות מהציבור למכור – הריהן מניות. אכן, אלביט וריזמן היו חופשיים לקבוע את המסגרת המשפטית לביצוע העסקה, כמו גם להסכים על המחיר שישולם לבעלי המניות; אולם חופש זה, לעיצוב העסקה ביניהם כראות עיניהם, לא כולל את הזכות להתנות על טיב הממכר שמכרו בעלי המניות מהציבור.

16. מסקנה זו האחרונה, היא שחורצת את דינו של ריזמן לצרכי מס: אם כל סכום כסף ששולם לבעלי המניות מהציבור ניתן עבור מניותיהם, ואם כל מניותיו של ריזמן נמכרו במחיר זהה למניותיהם של בעלי המניות מהציבור – הרי שלא נותר כל הפרש בין

סך התשלום ששולם לריזמן, לבין מכפלת המחיר למניה במניותיו; המסקנה ההגיונית המתבקשת – הריהי כי כל אשר מכר ריזמן במסגרת העסקה היה מניות, ותו לא. מסקנה זו איננה אלא פועל יוצא של המסגרת המשפטית שנבחרה לביצוע העסקה, כפי שהוסכם על דעתו של ריזמן, לאחר ששקל את מירב השיקולים. אכן, מתווה העסקה נשא עמו תועלת בתחום דיני התאגידים; תועלת שבגינה אמנם התרצתה אלביט והסכימה לשלם מחיר גבוה יותר לבעלי המניות מהציבור, אך בה בעת נשאה עמה השלכות שליליות במישור נטל המס, למצער לגבי ריזמן, כאשר כבלה את מחיר מניותיו למחיר מניותיהם של בעלי המניות מהציבור. הבחירה במבנה זה של העסקה מחייבת אפוא לראות את ריזמן כמי שמכר מניות בלבד; בנסיבות, זה דינו לצורך קביעת שיעור חבותו במס, ושאלות בדבר מכירת המוניטין האישי שלו, או כיוצא באלה התחייבויות – אינן רלבנטיות.

אשר על כן, אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיעו חברי; דין הערעור להתקבל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסקה 95 לפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ד' בתמוז התשפ"א (14.6.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט