

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר" *

מאת

ד"ר בן-עמי צוקרמן ועמיקם לביא

מבוא. 1. טיב הנכס. 2. תדירות. 3. משך ההחזקה. 4. מטרת הרכישה והמכירה. 5. מקצוע ובקיאיות. 6. אירגון. 7. פעולות הבשלה והשבחה. 8. צורת המימון. 9. ההיקף הכספי. 10. מטרת החברה בהתאם לתזכירה. 11. צורת הרישום במאזן החברה. 12. קיום שותפים. 13. השימוש בתמורה. 14. הסקת מסקנה סופית מתוך המבחנים. 15. נטל ההוכחה. 16. הפעלת המבחנים – שאלה מעורבת של עובדה וחוק. 17. נכס הוגי ההופך בידי המחזיק לנכס מסחרי. 18. מסקנות מעשיות.

מבוא

פרטים וגופים שונים השוקלים רכישת ניירות ערך, וכאלה שכבר עשו זאת, מתחבטים בשאלה, האם קיימת אפשרות שייחבצו לשלם מס על רווחים הנובעים ממימוש ניירות ערך. השאלה היא אפוא האם ייחשב, לצורך פקודת מס הכנסה, מבצע העסקות כ"סוחר", או שהעסקות תיחשבנה כבעלות אופי מסחרי, ואז יהיה חייב עליהן במס, או שייחשב כ"משקיע", או שהעסקות תיחשבנה כבעלות אופי הוגי, ואז יהיה פטור ממס הכנסה. כפי שגוייכח להלן, אין לשאלה זו תשובה אחידה וחד-משמעית, והמסקנה לגבי כל מקרה תלויה בנסיבותיו המיוחדות. כל שניתן לעשות הוא למיין את המקרים השונים תוך התבססות הן על המסקנה הסופית שאליה הגיע בית-המשפט לגבי המקרה הספציפי שהובא לפניו והן על ההנמקות שנתנו השופטים להחלטתם.

שאלת האבחנה בין "סוחר" ל"משקיע", ובין "עסקה מסחרית" ל"עסקה הוגית" אינה מיוחדת לתחום העיסוק בניירות ערך. שאלות אלה נדונו בהתמדה בפסיקה, בעיקר לגבי תחום המקרקעין. המבחנים שיש להפעילם כדי להכריע בשאלות אלה, שנוסחו לראשונה בשני פסקי דין אנגליים – *Jones v. Leeming*¹, *Edwards v. Bairstow*² – אומצו ופותחו ופותחו בעשרות פסקי דין שהוצאו על-ידי בתי המשפט בארץ ב-20 השנים האחרונות. הפסיקה בתחום זה היא דינאמית ביותר ומדי פעם מיתוספים מבחנים חדשים. יחד עם תוספות וסייגים למבחנים הקיימים.

* מאמר זה מבוסס על פרק מתוך מחקר על "מערכת המיסוי על ניירות ערך ושוק ההון", המתבצע במסגרת המכון למחקר עסקים שליד בית-הספר למינהל עסקים באוניברסיטת תל-אביב. המחברים מודים לד"ר אהרן יורן על הערותיו לחלקים שונים של המאמר. הדעות המובעות במאמר הן דעותיהם הפרטיות של המחברים.

1 [1930] A.C. 415

2 [1955] 3 All. E. R. 48

המבכנים שהופעלו עד עתה בפסיקה הם נסיבות הרכישה והמכירה, טיב הנכס, תדירות העסקאות, משך הזמן בין הרכישה למכירה, מטרת הרכישה והמכירה, מקצוע ובקיאיות, אירגון, פעולות הבשלה והשבתה, צורת המימון, ההיקף הכספי, מטרת החברה בהתאם לתזכירה, צורת הרישום במאזן החברה, קיום שותפים והשימוש בתמורה. נתאר להלן את המבכנים הללו ואת צורת הפעלתם. יש להדגיש כי בפסיקה גדונו בעיקר עסקאות מקרקעין, ולפיכך המבכנים שהופעלו אינם תמיד מתאימים לבדיקת פעולות בניירות ערך. כאמור, בתחום ניירות הערך הגיעו לדיון משפטי רק מקרים בודדים וייתכן שאם יתרבו מקרים כאלה, יתפתחו או יודגשו מבכנים מיוחדים לתחום זה. בתיאור שלהלן ננסה לקבוע באיזו מידה כל אחד מהמבכנים רלבאנטי לגבי פעילות בניירות ערך.

1. טיב הנכס

בפס"ד גורי³ אומר השופט ריסקין כי "מן המפורסמות הוא שקרקעות הן מן הנכסים המקובלים ביותר לצורך השקעה". בפס"ד יחזקאל⁴ קובע השופט אשר כי "מקרקעין נחשבים אצלנו בראש וראשונה כנכס שמטבעו מיועד להשקעה". הסתייגות מקביעה זו קיימת במידה שהקרקע הנרכשת אינה מתאימה להשקעה, כדבריו של השופט אשר בפס"ד פרלוב⁵: "אדם המתכוון להשקיע את כספו לתקופה ארוכה יותר יחפש לו, כרגיל, מגרש נפרד שהבעלות בו כולה שלו, ואילו קרקעות בלתי מחולקות הן בדרך כלל נחלתם של יוזמי תוכניות פיתוח, סוחרי מקרקעין ומשקיעים לצורך ספקולציה".

הסתייגות על רקע שונה ניתן למצוא בדבריו של השופט בנטל בפס"ד מרשקוביץ⁶, הסובר שיש לראות את דברי בית המשפט העליון בפס"ד גורי על רקע תקופתם: "כיום, לנוכח העליה הדוחפת במחירי הקרקעות, מקבלת רכישתם במקרים רבים אופי ספקולטיבי המשווה לרכישת הקרקע אופי של עסקה מסחרית".

אפשר אולי להסיק, שגם ניירות ערך עשויים להיות נכסים מקובלים לצורך השקעה, לפחות לגבי בעלי אמצעים מצומצמים יחסית שאין בכוחם להשקיע במקרקעין. בפס"ד אשל⁷ נאמר מפי השופט חיים כהן: "כידוע, מניה נועדה להשקעה, ובתורת שכונת נכס הון היא, וזולת שימור ערך ההשקעה אין לה על פי רוב כל שימוש". דברים אלה הם בבחינת "אימרת אגב", מאחר שנאמרו כדוגמה בלבד בפסק דין העוסק בנושא מקרקעין. מכל מקום, אם יש לראות, עקרונית, מניה כנכס שנועד להשקעה ולשימור ערך הכסף, ממלאים תפקיד זה גם ניירות ערך אחרים כגון צמחי-מדד.

דברים פסקניים יותר בהקשר זה ניתן למצוא בפס"ד הבורסה לניירות ערך⁸, העוסק ישירות בנראי גיירות ערך, ואשר בו קובע השופט אשר כי: "כל אדם, בין שהוא

3 ע"א 134/58 משעל גורי נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יג 752, 755.

4 עמ"ה (ת"א) 888/67 יחזקאל נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 381, 383.

5 עמ"ה (ת"א) 587/69 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ד 35, 37.

6 עמ"ה (ת"א) 361/70 מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 247.

7 ע"א 504/65 אשל ואח' נ' פקיד השומה נתניה, פ"ד כ (3) 365, 386.

8 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח 169, 170.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

עוסק בעסקים מסחריים ובין שהכנסתו באה ממקורות אחרים, נוהג להשקיע את כספו החופשי בנכסים המבטיחים אותו מפני תוצאות האינפלציה. ניירות-ערך צמודים משמשים "פאר אקסלנס" לצורכי השקעה כנ"ל, ואיש לא ייחשב לסוחר בניירות-ערך רק בגלל זה שהוא משקיע בהם את כספו הפנוי.

אם נאמץ את ההסתיוגות המצוטטת לעיל של השופט בנטל בפס"ד בושקוביץ לתחום ניירות הערך, הרי ניתן לטעון כי רכישת ניירות ערך בתנאים של שוק, שהמחיריים בו עולים בצורה תלולה, יש בה כדי להצביע על אופי ספקולטיבי. מאידך, אם העלייה התלולה במחירי ניירות הערך חופפת לעלייה במדד המחירים לצרכן, אפשר בהחלט לטעון שהמדובר בהשקעה הבאה להבטיח את המשקיע מפני תוצאות האינפלציה.

מכל מקום, נראה שמסקנתו המצוטטת לעיל של השופט אשר בפס"ד הבורסה לניירות ערך מגוססת בלשון פסקנית מדי, מאחר שניתן בהחלט לבצע "ספקולציות" בניירות ערך צמודים. המדובר הן בספקולציות לטווח קצר, המבוססות על הערכות משתנות מצד גורמים שונים לגבי שיעור עלייה של מדד ספציפי (בעיקר בשבועיים שבין תום החודש ובין אמצע החודש הבא שבו מתפרסם המדד לגבי החודש הקודם), והן בספקולציות לטווח ארוך יותר, המבוססות על תחזיות לגבי התרחשויות שונות שיש בהן כדי להשפיע על רמת המחירים במשק.

בנוסף למקרה של סוחר בניירות ערך, הרוכש מניות לשם מכירתן, ייתכנו מקרים נוספים שבהם עשויות מניות להיות בידי מי שמוכר מלאי עיסקי, שיש להתייחס אל מכירתו כאל פעולה בעלת אופי מסחרי. כך לדוגמה, חברת סרטים המקימה חברת-בת להפקת סרט ומעבירה את זכויות ההפצה של סרט זה בדרך של מכירת מניות חברת-הבת (כפי שהיה נהוג בזמנו בארה"ב), או קבלן, או סוחר במקרקעין, הרושם את הבעלות במגרש, או בבנין, בשם "חברת גוש חלקה" ומעביר את הזכויות בנכסים על-ידי מכירת המניות של חברה זו (כפי שהיה נהוג בארץ לפני תיקון חוק מס שבח מקרקעין ב-1963, שחייב בתוספת מס העברת זכויות בתאגיד מקרקעין).

לגבי מקרים כאלה נאמר בפס"ד שור⁹, מפי השופט ויתקון, כי "המעורר ושותפו קנו לא מגרשים כי אם זכויות של מניות בשתי החברות, אך אין חולק על כך שדין המניות כדין המגרשים עצמם ומשום כך נדבר אף אנו, בפסק-דין זה, על מגרשים כשהכוונה היא למניות".

יש להבחין בין העברת בעלות במניות, המשמשות מלאי עיסקי בידי קבלן, או חברה קבלנית, ובין מכירת מניות החברה הקבלנית עצמה, אשר תיחשב כפעולה הוגית גם אם חלק גדול מנכסי החברה הקבלנית מורכב מבניינים וממגרשים, כפי שנקבע בפס"ד קירשנברג¹⁰.

בפס"ד הילזנרס¹¹ נדון מקרה של קבלן שהיה שותף עם קבלנים אחרים ב"חברת גוש חלקה" וכן בחברה קבלנית, ומסר לשותפיו בחברה הקבלנית את מניותיו ב"חברת גוש חלקה", תמורת מניותיהם בחברה הקבלנית שאותן מכר לאחר מכן. השופט בנטל קבע כי יש להתייחס למקרה כאילו הרוויח הנישום ממכירת מניותיו ב"חברת גוש

9 ע"א 137/56 שור נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד יא 436, 438.

10 ע"א 289/66 נח וישראל קירשנברג נ' פקיד השומה גוש דן, פד"מ א 58.

11 עמ"ה (ת"א) 162/69 הילזנרס נ' פקיד השומה רחובות, פד"א ד 185.

חלקה", פעולה עיסקית החייבת במס. באבחנה את העובדות של מקרה זה מן העובדות בעניין קירשנברג קובע השופט כי הדגש בהחלטה בעניין קירשנברג היה בכך ששם דובר "בחברה שניהלה כל העת עסקים וזו אף היתה מטרת הקמתה".

בפס"ד שבח¹² נדון מקרה של קבלן שמכר מניות בחברה שבבעלות 17 קבלנים, שהחזיקה שטח במגמה לפתחו, אך הקרקע הוקפאה למשך שנים רבות, כך שהחברה לא היתה פעילה. בהחליטו שאין לראות רווחי חברה זו כהכנסה עיסקית, קובע השופט נתן כי לשאלה, האם מדובר בחברה פעילה או בלתי פעילה, אין כל חשיבות וכי האבחנה הקובעת היא בין ניהול חוזר ונשנה של עיסקות באמצעות הקמת חברות גוש חלקה ומכירת מניותיהן ובין ניהול עסקים באמצעות חברה אחת המרכוז בידיה את העיסקות.¹³

2. תדירות

בלשונו של השופט בנטל בפס"ד מויסקוביץ¹⁴ : "ככל שרב יותר מספר העיסקות הדומות, כן מתחזקת הדיעה כי העיסקה הנדונה מסחרית היא".

מבחן התדירות יכול לקבוע לא רק את סיווגה של העיסקה, אלא גם את סיווגו של העוסק, כלשונו של השופט אשר בפס"ד זיס¹⁵ : "מספר רב יותר של עיסקות מסחריות קובע את מעמדו של האיש כסוחר".

התייחסות להפעלת מבחן התדירות בקשר לעיסקות במניות יש בדבריו של השופט חיים כהן בפס"ד אשל¹⁶ : "ישנם נכסי הון שהתדירות בהעברתם מיד ליד היא עצמה מצביעה, בהעדר הסבר סביר אחר, על ניהול עסק בהם : למשל, המסחר במניות... מכירת מניות בתדירות רבה תצביע בדרך כלל על ניהול מסחר ולא על השקעות ומימושן" (פסק הדין דן כאמור בעיסקות מקרקעין ודברים אלה הובאו בתור דוגמה).

כמו כל מבחן אחר, אין מבחן התדירות כשלעצמו יכול לשמש גורם מכריע, כאמור מפי השופט אשר בפס"ד תדמור¹⁷ : "אפילו קיימת במקרה מסוים תדירות מובהקת של פעולות מכירה, אין בכך עדיין להכריע לחלוטין לצד זה או אחר".

מאידך, גם עיסקה אחת בודדת יכולה להיחשב כעיסקה שהרווח ממנה חייב במס הכנסה¹⁸, אם היא נראית אופי מסחרי מובהק.¹⁹

12 עמ"ה (ירושלים) 20/74 שכת נ' פקיד השומה ירושלים, פד"א ז 365.
13 בהקשר של נושא זה ראה אהרן יורו, "מכירת מניות כמכירת מלאי עיסקי" חזקה החשבון כ"ב 388.

14 עמ"ה (ת"א) 361/70 מויסקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 247.

15 עמ"ה (ת"א) 321/66 זיס נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ב 421, 423.

16 ע"א 504/65 אשל ואח' נ' פקיד השומה נתניה, פ"ד כ (3) 365, 368.

17 עמ"ה (ת"א) 1016/69 תדמור נ' פקיד השומה גוש דן, פד"א ג 244, 247.

18 אמנם, לפי גוסס סעיף 28 לפקודת מס הכנסה, לא ניתן לקזז הפסד מעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי מההכנסה העיסקית השוטפת.

19 כך, לדוגמה, נקבע לגבי עיסקת מקרקעין שבוצעה על-ידי קבוצת אדריכלים (ע"א 53/67 ברעלי נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 199), לגבי עיסקת מקרקעין שבוצעה על-ידי עורך דין, שאירגן לצורך זה קבוצת משקיעים (ע"א 6/70 גבריאלי נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ד 65) ולגבי עיסקת תיווך במקרקעין שבוצעה על-ידי פקיד שכיר בבנק (עמ"ה (ת"א) 41/75 ברנשטיין נ' פקיד השומה פ"ת, פד"א ח 40). מצד שני, הרי לגבי בעל חנות לארנקים,

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

שאלה, שהפסיקה אינה נותנת עליה תשובה אחידה וברורה, היא מהו מספר עסקות מספיק, כדי שמבחן התדירות יתן אינדיקציה לפעילות מסחרית. בפס"ד פרלוב²⁰ קובע השופט אשר כי: "7 רכישות ו-3 מכירות קרקע תוך 3½ שנים, אינן מצביעות עדיין על ניהול עסק" (אם כי בסופו של דבר הגיע למסקנה כי שלוש העסקות שהושלמו הן עסקות מסחריות, בין השאר מאחר שהמכירות בוצעו בהפרשי זמן של חודש בין אחת לשנייה). לעומתו קובע השופט פרידמן בפס"ד דקל²¹ כי 6 פעולות קנייה ו-4 פעולות מכירה של ניירות ערך זרים, שבוצעו, כביכול, בתקופה שבין 1.12.66 ל-7.3.68 (דהיינו, במשך למעלה משנה ו-3 חודשים) הן בבחינת "מספר רב יחסית של פעולות". בפס"ד הבורסה לניירות ערך²² מתייחס השופט איזר לפעולות המכירה בלבד וקובע ש-20 פעולות מכר של ניירות ערך במשך 4 שנים אינן בבחינת פעילות עסקית. 80 קניות לעומת 10 מכירות של ניירות ערך שביצע ביח"ר פרומין בשנת 1965 אין בהן כדי להצביע על פעילות מסחרית לדעתו של השופט לבגברג²³. השופט התרשם מהיחס שבין מספר הקניות למספר המכירות, שיש בו כדי להצביע על כך שהרכישות נעשו למטרת השקעה. יחד עם זאת, ראוי לזכור שמספר העסקות, שהושלמו על-ידי פרומין בתקופה של שנה (ואשר לגביהן בלבד מתעוררת שאלת החבות במס), הוא יותר מכפול ממספר העסקות כביכול שהושלמו על-ידי דקל בתקופה של שנה ורבע.

פעולות בניירות ערך, מעצם מהותן, נעשות בתדירות רבה יותר מאשר פעולות במקרקעין ולגבי מספר הפעולות המהוות אינדיקציה לעיסוק מסחרי יש צורך בשבילם בקנה מידה שונה. מי שמחלק את השקעתו בין סוגים שונים של ניירות ערך (מניות, צמודי מדד, מטבע חוץ, טווח קצר, טווח ארוך וכו') מבצע כמובן מספר רב יותר של פעולות והשאלה היא, האם צריך לראות בכך אינדיקציה לפעילות מסחרית, או אולי דווקא למדיניות השקעות זהירה.

רמז לאפשרות של פתרון לבעיה זו אפשר למצוא אולי בגישתו של השופט אשר בפס"ד יחזקאל²⁴, שבו נקבע כי נעשתה עסקת מקרקעין בודדת (למרות שמבחינה טכנית נעשו שתי עסקות), מאחר שלפי עדותו של המערער הגיעו אליו כספי ההשקעה בשני שיעורים. ייתכן שגם ברכישת תיק המורכב מכמה סוגים של ניירות ערך אפשר לראות פעולת רכישה אחת, המחולקת רק מבחינה טכנית לכמה רכישות (אם כי מסיבה שונה מזו שהיתה במקרה שהוזכר לעיל).

מכל מקום, אם להסתמך על הדעה שהובעה בפס"ד דקל, לפיה 6 פעולות קנייה ו-4 פעולות מכירה בתקופה של שנה ורבע הן "בבחינת מספר רב יחסית של פעולות", הרי מנקודת המבט של מבחן התדירות ייחשבו רובם הגדול של העוסקים בניירות ערך כסוחרים.

שביצע עסקת מקרקעין בודדת, נקבע, שאין לראותה כעסקה מסחרית "בעיקר מכיוון שהיתה זו למערער פעולה אחת ויחידה מסוג זה במשך תקופה ניכרת" (כלשונו של השופט ויתקון ב"ע"א 76/65 שפירא נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יט (3) 331, 336).

- 20 עמ"ה (ת"א) 587/69 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ד 35, 37.
- 21 עמ"ה (חיפה) 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32, 34.
- 22 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח 169, 171.
- 23 עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ובניו בע"מ נ' פש"מ, פד"א ב 240, 243.
- 24 עמ"ה (ת"א) 888/67 יחזקאל נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 381.

3. משך ההחזקה

ככל שפרק הזמן שבין מועד הרכישה למועד המכירה של הנכס הוא קצר יותר, כך חזקה יותר האינדיקאציה שהעסקה היא בעלת אופי מסחרי. אחד הגימוקים שהביאו את השופט פרידמן, בפס"ד דקל²⁵, להחלטתו לראות בפעילותו של המערער בניירות ערך זרים ניהול עסקאות בעלות אופי מסחרי הוא "שבדרך כלל חלפו ימים ספורים בין מועד הרכישה למועד המכירה של קבוצת ניירות ערך זרים ובמקרים מעטים חלפה תקופה של חודש או חודש ומחצה בין הרכישה לבין המכירה".

לעתים לא די להסתכל במשך הזמן כשלעצמו, אלא יש להביא בחשבון גורמים העשויים להביא לדחיית המכירה. כך למשל בפס"ד רימר²⁶ מכירת המקרקעין אמנם נעשתה 21 חודש לאחר הרכישה, אך רק חודשיים וחצי לאחר השלמת הפרצלציה, ולדעתו של השופט יצחק כהן "זאת היא בוודאי תקופה קצרה".

בפס"ד מושקוביץ²⁷ אומר השופט בנטל כי: "תקופת החזקה של 5 שנים בנכס מקרקעין תורה בדרך כלל על כוונה להשקיע בנכס זה. ברם אין להתעלם מכך כי בדרך כלל עסקה בקרקעות אינה מביאה רווחים ניכרים תוך זמן קצר".

מהערה זו נובע, כי מכירה באחת ההזדמנויות הראשונות שבהן ניתן לממש רווח משמעותי עשויה להיות אינדיקאציה לפעולה מסחרית, גם אם עבר פרק זמן לא מבוטל ממועד הרכישה.

יש להדגיש, כי בתי המשפט אינם מסתמכים בדרך-כלל על מבחן משך ההחזקה כאשר המוכר מוכיח שהיו סיבות שבגללן היה עליו לממש את הנכס²⁸ (באשר לשאלה מה הן סיבות טובות למימוש – ראה דיון בסעיף הבא).

לסיכום, אשר לשאלה מהו משך החזקה קצר ומהו משך החזקה ארוך למדי, כדי שמבחינה זו תיחשב העסקה כ"הונית", לגבי מקרקעין – משך החזקה של חצי שנה נחשב כקצר, ואילו משך החזקה של שנתיים נחשב, בדרך-כלל, ארוך מספיק. לגבי ניירות ערך – החזקה של חודש וחצי נחשבת כקצרה (דקל²⁹), ואילו רכישות, שברובן לא מומשו תוך השנה שבה בוצעו, הצביעו על אופי "השקעתי" (פרומין³⁰).

לבסוף, יש להעיר כי עלי-פי סעיף 90 לפקודת מס הכנסה וסעיף 48 לחוק מס שבח מקרקעין, שנתקבלו במסגרת הרפורמה במס הכנסה ביולי 1975, מכירות קצרות מועד (מכירת נכס מקרקעין תוך שנתיים ממועד רכישתו ומכירת נכס אחר תוך שנה ממועד

25 ראה הערה 21 לעיל.

26 ע"א 639/70 רימר נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ד 183, 185.

27 עמ"ה (ת"א) 361/70 מושקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

28 כך במקרה שבו נעשה מימוש המקרקעין חצי שנה לאחר הרכישה (עמ"ה (ת"א) 672/67 בר יוחאי נ' פקיד השומה נתניה, פד"א א 275) ובמקרה בו נעשו פעולות מימוש המקרקעין תוך חצי שנה עד שנה לאחר הרכישה (עמ"ה (ת"א) 888/67 יחזקאל נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 381) סווגו העסקאות כ"הוניות". לעומת זאת במקרה אחר בו נעשה מימוש המקרקעין תוך חצי שנה לאחר הרכישה הרי למרות שבית המשפט קיבל את הסברו של המערער לכך הוחלט לסווג את העסקה כ"מסחרית" (ע"א 53/67 ברקלי נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 199).

29 עמ"ה (חיפה) 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32.

30 עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ובניו בע"מ נ' פ"מ"ג, פד"א ב 240.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

רכישתו) חייבות במס שבה, או במס רווח הון, בשיעור מקסימלי של 50%. הוראה זו אינה חלה על רווח הון ממכירת מילווה מדינה וניירות ערך הנסחרים בבורסה. ואילו לגבי המקרים שבהם חייב הנישום במס על מכירות קצרות מועד יש עדיין חשיבות לשאלה, האם חייב במס רווח הון, או במס הכנסה, לצורך קביעת מעמדו כ"סוחר" או כ"משקיע" בקשר לעסקאות אחרות שביצע.

4. מטרת הרכישה והמכירה

עקרונית, רכישה שנועדה למטרת השקעה, שמירת ערך הכסף, הגנה מפני פיתוח וכו' ומכירה שאינה נובעת מהרצון למימוש רווחים, אלא מסיבות הקשורות בצורך פתאומי בכסף, או ביעדר הנכס והשימוש בו, יש בהם כדי לשוות לעסקה אופי "השקעתי". הבעיה היא שכל הסיבות שהביאו לרכישה ולמכירה ניתן ללמוד מעדותו של הנישום, או של עדים מטעמו, ובדרך-כלל אין זה בגדר יכולתו של בית המשפט לבדוק את מידת אמיתותן של העדויות בנושא זה, ואף לא לבדוק באיזו מידה הסיבות שמוסר הנישום (שבדרך כלל יש בהן לפחות גרעין של אמת) הן אמנם הסיבות שהביאו למעשה לרכישה ולמכירה. עדויות אלה כמעט שאינן ניתנות להזמה ורכישת אמונו של השופט היושב בדיון תלויה במידת סבירותו (וברור, שככל שכספר העיסקות הוא רב יותר כך קשה יותר להסביר באופן סביר את הסיבות שעמדו מאחוריהן). במשך הזמן אף התפתחו בפסיקה, כפי שנראה בהמשך, מספר הלכות ואמצעים, שנועדו לצמצם את הצורך להסתמך על עדויות שמביא הנישום בשאלת הסיבות לרכישה ולמכירה, ולהפעיל במקום זאת קריטריונים אובייקטיביים יותר.

לגבי מטרת הרכישה, נקבע בהודמנויות אחדות כי הכוונה להשקיע ולשמור על ערך הכסף והכוונה להרוויח שלובות זו כזו: "המונח 'השקיע' אינו ניתן להגדרה בנקל במיוחד במקרי הגבול, כיוון שיתכן אזור חפיפה בין המונח השקעה לבין ספקולציה"³¹. בפס"ד גורי³² התייחס השופט ויתקון לעדותו של המערער לגבי מטרת הרכישה, לפיה רצה "להתגונן בפני האינפלציה ולהפיק רווחים". למרות שלצורך סיווג העסקה אלה הן כוונות סותרות, הרי בפועל אלה הן כוונות שקיימות בד בבד בעיסקות רבות של רכישה נכסים.

בפס"ד ברעלי³³ נקבע, כי השקעה לצורכי פיתוח מסחרי של קרקע מתיישבת עם המטרה לשמור על ערך הכסף המושקע.

למרות שבתי המשפט מוכנים לקבל בדרך-כלל את עדותו של הנישום, שבין כוונותיו בעת ביצוע הרכישה כלולה גם הכוונה להשקיע ולשמור על ערך הכסף, אין הם מוכנים לייחס חשיבות לכוונות אלה, כך, למשל, בפס"ד בן-ציון ומירון³⁴ טענו המערערים (עורכי דין במקצועם, שרכשו מגרש מלקות ומימשו את ההשקעה ברווח תוך זמן קצר), "שמפני סכנת הפיחות ביקשו להשקיע חלק מהונם בנכסים יציבי-ערך". למרות שבית המשפט קיבל טיעון זה, סווגה העיסקה כמסחרית.

31 דברי השופט בנטל בפסק דין משקוביץ, ראה הערה 27 לעיל.

32 ע"א 134/58 משעל גורי נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יג 752, 754.

33 ע"א 53/67 ברעלי נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 199, 201.

34 ע"א 264/64 בן-ציון ומירון נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד יס (1) 245, 251.

ואילו בפס"ד גבריאלי³⁵ נאמר מפי השופט ויתקון: "מעולם לא קבענו כי די במטרה לשמור על יציבות ערכו של כסף, שעה שיש ציפייה לפיחות, כדי לשוות לעיסקה אופי של עיסקה הוגנית. אפילו נאמר שזאת היתה המטרה לא רק בזמן רכישת הנכס, אלא גם בזמן מכירתו. למעשה, אין המבחן הזה אלא שיקול טפל". ולסיכום נושא זה קובע השופט בנטל בפס"ד מרשקוביץ³⁶ כי: "ברי כי טענה סתמית מפיו של נישום רצינית להשקיע לא תוכל להכריע את הכף".

לעומת מקרים אלה, הרי בפס"ד דקל³⁷ לא היסס השופט פרידמן להסתמך על הביטויים "התחלתי לסחור" ו"רציתי להרוויח", למרות שביטויים אלה כלולים בעדות שמסר המערער במטרתה בקשר עם הקירה פלילית שהתנהלה לגבי צד שלישי.

גישה מחמירה קצת פחות מגלים בתי המשפט לעתים לגבי הסברי הנישומים ביחס לסיבות המכירה, אולי משום שכאן נמסרות סיבות קונקרטיות יותר, אף-על-פי שמשום כך סיבות אלה נשמעות לעתים גם אבסורדיות יותר.

כך, לדוגמה, בפסק הדין המנדטורי "Necit"³⁸ נדון מקרה של חברה, אשר בעקבות ירידה בעסקיה הרגילים (מימון עסקים על-ידי קניית שטרות לקוחות בניכיון) נתפנו אצלה מזומנים ואותם השקיעה במניות של חברות שונות (שאינן רשומות בבורסה) ובאגרות חוב. החברה נתבעה לשלם מס על הרווחים שהפיקה לאחר שמימשה את ניירות הערך הללו תוך זמן קצר. מנהל החברה המערערת העיד כי כוונת החברה היתה להשקיע את הכספים ולא לממש רווחים תוך זמן קצר, אך היא נאלצה למכור את המניות של שלוש החברות שבהן השקיעה, במקרה אחד, מכיוון שהחברה ההיא לא שילמה דיבידנדה, במקרה השני, מכיוון שנדרשה או להגדיל השקעה או לאבד שליטה ועל-פי המדיניות הנקוטה בידיה לא היתה מוכנה להשקיע ללא שמירת השליטה, ובמקרה השלישי, משום שהחברה היתה לפתע החלה לבצע עסקות מסוכנות והמערערת לא רצתה להחזיק במניות שיש בהן סיכון. לגבי ההשקעה באגרות חוב העיד מנהל המערערת כי מעולם לא חזה כי אגרות חוב יגדילו את ערכן עד כדי כך. השופט שאאן, שישב בדיון, לא ראה כל סיבה שלא להאמין לעדות המנהל ובהסתמך עליה החליט לראות את העסקות בניירות ערך כ"הוגניות", שרווחיהן אינם חייבים במס.

בפס"ד אסל³⁹ נדון מקרה של שלושה עובדים בכירים בחברת בנייה, אשר נהגו להחליף מדי פעם את דירות המגורים שלהם, לרוב בדירות חדשות שרכשו בתנאים נוחים מחברת הבנייה שבה עבדו. המערערים מסרו סיבה להצדקת כל מקרה של החלפת דירה (הדירה קטנה מדי, מרוחקת מדי, גבוהה מדי, נמוכה מדי, בלתי נוחה, השכנים מציקים, סביבה רועשת, בית-ספר מרוחק וכו'). בפסק הדין, שניתן מפי השופט חיים כהן, נתקבל הערעור ועסקות מכירת הדירות הוכרו כעסקאות הוגניות. הסברים אחרים למכירת נכס יאותם קיבל בית המשפט היו איהתממסות ציפייה

35 ע"א 6/70 גבריאלי נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ד 65, 66.

36 עמ"ה (ת"א) 361/70 מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 249.

37 עמ"ה (חיפה) 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32, 34.

38 I.T.A. 7/46 "Necit" Near East Commercial Investment Trust Ltd. v. Assessing Officer, Tel-Aviv (1947) A.L.R. 355.

39 ע"א 504/65 אסל ואח' נ' פקיד השומה נתניה, פ"ד כ (3) 365.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

לקבלת פיצויים מגרמניה⁴⁰, נטל מסים מכביד⁴¹ ואפילו שידוך שלא יצא אל הפועל⁴². מאידך, במקרים רבים לא נתקבלה גירסת הנישום לגבי הסיבות למכירה: בפס"ד פרלוב⁴³ בחר השופט אשר להביע את דעתו על הסיבות שנמסרו להצדקת המכירה על-ידי ציטוט מדברי המשורר הפולני מיצקביץ: "כל הדברים האלה אפשריים, אך אני אניח אותם בין סיפורי הילדים".

בפס"ד מרשקוביץ⁴⁴ אומר השופט בנטל: "אשר לנסיבות המכירה – המערער מכר את הנכס כיוון שלטענתו 'עלו המיסים והוא נזקק לקצת כסף'. קשה לי להשתכנע שאכן זו הסיבה הבלעדית". ומסיף השופט ואומר: "גיתוח אופיית של עיסקה צריך להעשות מעקדות מבט אובייקטיבית, כלומר, כוונותי והתנהגותי של הנישום, הגם שיש בהן משום אינדיקציה למחזות העיסקה, הרי יש להסתמך על מה שהתרחש למעשה". כלומר, השופט אינו צריך להתייחס לעדותו של הנישום לגבי כוונותיו ומטרותיו בומן הרכישה והמכירה, אלא להסיק את המסקנות על סמך עובדות שהתרחשו בפועל. כל האמור לעיל, במידה שהוא לקוח מתוך פסקי דין המתייחסים לעיסקות מקרקעין, כותו יפה כמובן גם לגבי עיסקות בניירות ערך, בהבדל זה, שלגבי סדרת פעולות מכירה של ניירות ערך הרשומים בבורסה לא יכול הנישום לתרץ זאת בסיבות הקשורות בהתאמתו של הנכס לצרכיו, כפי שהדבר נעשה לגבי מכירות של דירות ומגרשים.

5. מקצוע ובקיאיות

הכלל הוא, שאם נישום מבצע עיסקה שהיא בתחום מקצועי, או שלמקצועו יש זיקה לתחום העיסקה, או שיש לו ידע, ניסיון ובקיאיות בתחום העיסקה, יש בכך כדי להקנות לעיסקה אופי מסחרי.

השאלה היא, מהי קירבה מקצועית מספקת כדי ליצור זיקה ומהי מידת הידע והניסיון הדרושים כדי לייחס לערכה העיסקה בקיאות בנושא העיסקה. בפס"ד גורי⁴⁵ אומר השופט ויתקון: "בקיאות בשלעצמה אינה מספקת כדי לשוות לעיסקה אופי מסחרי, שאם לא כן, יהיה כל חובב מומחה לאיש מסחר ועסקים". ואילו בפס"ד בן-ציון ומירון⁴⁶

40 ע"א 76/65 שפירא נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יט (3) 331.

41 עמ"ה (ת"א) 564/65 לוצקי נ' פקיד השומה נוש דן, פ"מ גב 326.

42 עמ"ה (ת"א) 888/67 יחזקאל נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 381.

43 עמ"ה (ת"א) 587/69 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ד 35, 38, שבו נדון מקרה של נישום שמכר – תוך פרק זמן קצר – שלושה מהמגרשים שהיו ברשותו, כאשר הבעלות היתה באמצעות החזקת מגירות בחברות מקרקעין וכל המכירות בוצעו זמן קצר לפני שנכנס לתוקפו התיקון בחוק מס שבח מקרקעין (שבח לחייב במס שבח גם העברת מגירות בחברות מקרקעין). יועצו המשפטי של המערער בעיסקות הללו העיד מטעמו ולפי גירסתו המכירות בוצעו במקרה אחד, בגלל סכסוך בין השותפים, במקרה שני, מכיוון שהמניות שבחזקתו לא היקנו לו זכות הצבעה בחברה ומכיוון שהתיאש מהחלום של הקמת עיר בחולות ראשון-לציון, ובמקרה השלישי, בגלל דרישת העירייה לתשלום מלוא המיסים כתנאי להעברת הנכס בטאבו.

44 עמ"ה (ת"א) 361/70 מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

45 ע"א 134/58 משעל גורי נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יג 752, 755.

46 ע"א 264/64 בן-ציון ומירון נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד יט (1) 245, 251-250.

אומר השופט ויתקון: "לדעתי המבחן הידוע בדבר הבקאות אין פרושו שהנישום היה מומחה עילאי. לפי המבחן הזה אחד מסימני ההיכר של פעולה עיסקית הוא שהעוסק בפעולה מתמצא יפה בתחום העיסקאות הללו, יודע לטפל בהן, מכיר את השוק ומשכיל להעריך את סיכויי ההשקעה". כלומר, אם להסתמך על שתי הציטטות הללו, ידע חובבני אינו מספיק, אולם אין צורך במומחיות עילאית. התמצאות בטכניקה של ביצוע העסקה, הכרת השוק וכישר להעריך את סיכויי הריווחיות הם סימני היכר לבקאות.

לגבי מידת הקירבה המקצועית המספקת כדי לייחס לנישום זיקה ובקאות מצויות בפסיקה דוגמאות לא מעטות: עורכי דין, שטיפלו במסגרת מקצועם בעיסקות מקרקעין, הם בעלי זיקה וידע מספיקים כדי לייחס להם בקאות לגבי עיסקת מקרקעין שביצעו עבור עצמם.⁴⁷ הוא הדין לגבי אדריכל הקשור במשרד אדריכלים ומהנדסים העוסקים בענייני בנייה,⁴⁸ ולגבי מנהל חשבונות ומנהל אדמיניסטרטיבי בחברות בנייה קבלניות.⁴⁹ שבקשר אליו אמר השופט אשר: "תפקידו כמנהל חשבונות נתן לו הזדמנות טובה לדעת וללמוד את כל פרטי העיסקות. יתכן שהמערער אינו מומחה מיוחד לסחר מקרקעין, אך אין כלל צורך במומחיות מיוחדת. מספיק קיום זיקה מיוחדת למקרקעין וזיקה כזו בוודאי היתה לו. בהקשר זה יש להזכיר שגם מקורביו וקרוביו ראו אותו כאיש בקיא בענייני מקרקעין ומסרו את ביצוע הרכישות המשותפות והמכירות לידיו".⁵⁰ מן הראוי לציין, כי גם אם הנישום הוא בעל מקצוע ובקיא, ייתכן מצב שהעיסקה שביצע בתחום עיסוקו ובקאותו תיחשב כעיסקה הוגית. בפס"ד מרשקוביץ⁵¹ אומר השופט בנטל: "כדי למנוע אי-בהירות מן הראוי להדגיש כי לא מכל עיסקה, הנעשית על-ידי איש בענף עיסוקו, יישלל האופי ההוגי בכל הנסיבות. במקרים כאלה על הנישום להוכיח קיום נסיבות מיוחדות המוציאות את העיסקה מגדר פעילותו הרגילה".

בפס"ד הילזנרס⁵² אומר אותו שופט: "אין זכותו של קבלן להשקיע בנכס מקרקעין נופלת מזו של כל אורח אחר, ואין קירבתו ומומחיות לעיסקי מקרקעין, המלמדת בדרך כלל על אופי עיסקי של רכישתם, מונעת ממנו להתחייב כנכסי הון". ובהמשך אותו פסק דין⁵³: "זכותו של קבלן להתחייב בדירת מגורים שלו כנכס הוגי כפי שזכאי כל אורח אחר".

יתר על כן, לגבי קבלנים אף מרומז כי החלפת דירות המגורים שלהם עשויה להיחשב כבעלת אופי "הוגי", אפילו אם היא נעשית בתדירות אשר אילו נעשתה בידי מי שאינו בעל מקצוע היתה עשויה להקנות לפעולות אופי "מסחרי". רמז כזה אפשר למצוא בדברי השופט חיים כהן בפס"ד אשל⁵⁴: "מותר לו לקבלן אשר מטבע הדברים מזדמנות לו הזדמנויות רבות ומגוונות יותר מאלו המזדמנות לסתם אדם מן הישוב

47 שם.

48 ע"א 53/67 כרעלי נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 199.

49 עמ"ה (ת"א) 77/69 רימר נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ג 304, 305.

50 כאן מרומז על מושג חדש של "בקאות סובייקטיבית", דהיינו, העובדה שמבצע העיסקה נחשב כמומחה בעיני קרוביו וחבריו, שהיו שותפים לעיסקאות.

51 עמ"ה (ת"א) 361/70 מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 249, 246.

52 עמ"ה (ת"א) 162/69 הילזנרס נ' פקיד השומה רחובות, פד"א ד 185, 187.

53 שם, עמ' 189.

54 ע"א 504/65 אשל ואח' נ' פקיד השומה נתניה, פ"ד כ (3) 365, 369.

האבחנה בין "סותר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

לבקש לעצמו סעד ותרופה, במקום שמיישהו אחר היה, מתוך הכרת נסיבותיו שלו, מתאפק ומתאזר בסבלנות ובסבל". יש להבין כי פסק דין זה מתייחס במפורש לקבלנים ולמקרים שבהם נתן בית המשפט אמון בגירסתם כי המשך המגורים בדירה שנמכרה היו כרוכים בסבל או באי-נוחות למשפחה.⁵⁵

אם להסתמך על פסקי הדין שצוטטו לעיל, יש להבין כי לא רק יועץ להשקעות בניירות ערך, אלא גם עובד בחברת השקעות, או אפילו פקיד בנק, עשוי להיחשב כבעל מקצוע הקרוב מספיק לנושא ניירות ערך, כדי שהעיסקות שהוא מבצע עבור עצמו ייחשבו כ"מסחריות" מבחינת מבחן המקצוע. פסקי הדין, המדברים על זכותו של אדם לבצע עיסקות "שתיחשבנה כ"הוניות" בתחום עיסוקו, מתייחסים כולם למכירת דירות מגורים על-ידי קבלנים ומבוססים על ההנחה שגם משפחתו של קבלן חייבת לגור בדירה ושזכותה להחליף את הדירה שבבעלותה, מבלי להתחייב בתשלום מס הכנסה כתוצאה מכך. הפסיקה עדיין לא היקנתה זכות דומה לבעלי מקצוע בתחום ניירות הערך.

גם לגבי אלה העוסקים בניירות ערך שאינם בעלי מקצוע בתחום זה עשויות להיות השלכות חמורות מבחינת מבחן הבקאות. אנשים אלה מגלים בדרך כלל התעניינות מספקת כדי לענות על דרישות ההתמצאות, הכרת השוק והערכת סיכויי הרווחיות, שכולל השופט ויתקון בהגדרת "בקאות" שצוטטה לעיל, מתוך פס"ד בן-ציון ומירון. אשר לדרישה להכרת הטכניקה של ביצוע העיסקות, הרי בניגוד לעיסקות מקרקעין, הטכניקה של ביצוע עיסקות בניירות ערך היא פשוטה ולפחות בכל הנוגע לניירות ערך הנסחרים בבורסה כל אדם יכול לתת הוראות באמצעות בנק או סוכן בורסה ללא בעיות מיוחדות.

עיסקות בניירות ערך מבוצעות בדרך-כלל על-פי הנחיות יועץ (סוכן בורסה, או פקיד בנק המתמחה בנושא), או לפחות תוך התייעצות עמו. אנשים או חברות המחזיקים בתיקים גדולים של ניירות ערך אף נוהגים להפקיד את ניהולם בידי יועץ כזה ומאפשרים לו חופש פעולה בביצוע פעולות קנייה ומכירה. יש אפוא חשיבות רבה לשאלה, האם קיימת "בקאות שילוחית" או, במלים אחרות, האם מידת הבקאות שבה נעשתה עיסקה צריכה להיקבע לפי בקאותו, או מקצועו, של היועץ, או לפי בקאותו של הנישום, שבכספו ועבורו נעשתה העיסקה.

יתר על כן, לא נדירים המקרים שבהם אדם מנהל עיסקות עבור זולתו, שאינו פנוי, או שאינו מסוגל לכך, כגון ניהול עיסקות של קרוב משפחה הנמצא בחו"ל, או בן המשקיע את כספי התסכומות של הוריו הזקנים. במקרים כאלה הברירה היא משולשת: האם מידת ה"בקאות" צריכה להיקבע לפי הכישורים האישיים של ההורים הזקנים, של הבן, או של היועץ שבהתאם להנחיותיו פועל הבן.

הפסיקה אינה נותנת תשובה חד-משמעית לשאלות אלה ולמעשה מאותם מקרים מעטים, שבהם נתעוררה השאלה במישרין או בעקיפין, נתקבלו תשובות סותרות. בפס"ד תדמור⁵⁶ נדון מקרה של זוג שקיבל גדוניה מאבי הכלה וכספי הגדוניה הושקעו במספר עיסקות מקרקעין שבוצעו בידי אבי האשה – שגם היה שותף להן בכספו שלו. לגבי החותן (בעל מכבסה, אשר השתתף מדי פעם בעסקי קרקעות וקבלנות),

55 ראה יעקב נאמן, "דין קבלן הבונה דירה לעצמו" רואה החשבון כ 693.

56 עמ"ה (ת"א) 1016/69 תדמור נ' פקיד המכבסה גוש דן, פד"א ג 244, 246.

קבע השופט אשר כי "בקיאותו מספקת כדי לישות למכירותיו אופי של עיסקה מסחרית". אך את טיעונו של פקיד השומה, שיש לייחס את בקיאותו של החותן לצורך קביעת מהות רווחיו של המערער, דוחה השופט בכל תוקף במלים הבאות: "קשה לי לקבל טענה מעין זו שלפיה מספיקה בקיאותו של אחר, ולא המוכר עצמו, כדי להבחין באופי העיסקה. נראה לי שאם נאמר כן תיחשב כל מכירת רכוש לעיסקה מסחרית כי הרי אין לך מכירה רצינית שתעשה ללא עזרת מומחה לדבר — עורך-דין, שמאי או לפחות מתווך, עד כמה שידוע עוד לא נטען עד היום הנה שבקיאותם בענייני מקרקעין באה לרפא את חוסר בקיאותו של המוכר. ובכלל, כל מבחן 'הבקיאות' אינו בא אלא כדי להראות את 'קרבתו' של המוכר לעסקים מסוג מסויים, וקרבתו של אחר, ויהיה זה אפילו שותף ברכש — אינה עניין לכאן".

על גישה זו חוזר השופט אשר בפס"ד הבורסה לניירות ערך י"י, שבו נדונה השאלה כיצד לסווג את העסקות בניירות ערך שביצעה הבורסה עבור עצמה: "יתכן שלפני המכירות נועצת המערער עם מוכחים כדי לברר איזה מהאגרות כדאי למכור, אך כך נהוג כל משקיע, ועוד לא שמעתי הפקדי השומה ייחסו לאנשים פרטיים המוכרים חלק מניירות הערך שלהם ביצוע עיסקה מסחרית רק בגלל העובדה שהתייעצו עם מומחה לפני המכירה".

אולם בפסק דין אחר של אותו שופט עצמו, שניתן מספר שנים קודם לכן, ניתן למצוא רמז לגישה הפוכה. בפס"ד זים⁵⁷ קיבע השופט אשר, כי המערער ניהל פעילות מסועפת בתחום המקרקעין "בעזרת מומחים כגון שמאים, כלכלנים, עורכי-דין ורואי-חשבון", ומגדיר את עיסקי המערער כ"מסחר במקרקעין" על סמך תוצאות של מספר מבחנים, שאחת מהן היא "בקיאותו של המערער ועוזריו".

גישה זו מוצאת ביטוי נוסף, הרבה יותר ישיר וברור, בפס"ד אליסן⁵⁸, שניתן לאחרונה ושבנו נדונה שאלת סיווגן של עסקות שביצעה המערער — חברה בלתי פעילה בדרך-כלל — אשר רכשה בשותפות עם חברה קבלנית, המנוהלת בידי קבלן ומומחה במקרקעין, חלקים במגרשים שאותם מכרה ברווח ניכר. את טענת המערער, לפיה אין לייחס לה את הבקיאות של מנהל החברה השותפת, דוחה השופט אשר במלים הבאות: "אינני מקבל טענה זו; לדעתי הידע והבקיאות הנדרשים מהמוכר אינם חייבים להיות שלו באופן אישי והוא יכול להעזר בידיעתו ובבקיאותו של אדם אחר, כגון מתווך או עורך-דין או קבלן. משנתברר כי המערער נכנסה בשותפות עם שותף שבקיאותו בענייני מסחר במקרקעין אינה מוטלת בספק, יש לייחס לה עצמה, בכל המתייחס לעיסקה זו, את בקיאותו של השותף שלפי יעוצו ותחלטתו היא פעלה".

מקרה נוסף, שבו עשויה היתה להתעורר שאלת "הבקיאות השילוחית", מצוי שוב בתחום ניירות הערך. בפס"ד דקל⁵⁹ מתוארות בפסק דינו של השופט פרידמן העובדות לגבי העסקות, שנעשו כביכול (ובפרעל לא בוצעו, בגלל מעילה), כדלקמן: "בהודעתו

57 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח 171, 169.

58 עמ"ה (ת"א) 321/66 זים נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ב 421, 423.

59 עמ"ה (ת"א) 608/75 אליסן מימון והשקעות בע"מ נ' פקיד השומה נוש דן, פד"א ח 247, 244.

60 עמ"ה (חיפה) 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ה 32, 34.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

(במשטרה) מספר המערער כיצד הסכים להיכנס לשותפות עם ברגר ברכישת מניות זרות בשם 'פקרד בל'. ברגר היה המומחה בניירות ערך, והמערער השקיע את הכספים... לאחר רכישת מניות 'פקרד בל' המשיך המערער לרכוש ניירות-ערך זרים לפי המלצותו של ברגר, פרט למקרים בודדים שהניירות נקנו לפי יוזמת המערער. מכירת הניירות נעשתה במספר מקרים לפי הוראת המערער ובמספר מקרים לפי יוזמת ברגר בהתאם למחירים הטובים בשוק ובדיעבד דוות ברגר למערער על פעולות המכירה.

מתיאור זה מסתבר, שהעסקות בוצעו ביוזמת היועץ, או לפחות תוך התייעצות עמו, ובמספר מקרים אפילו ללא ידיעת המערער, שקיבל דיווח עליהן לאחר מעשה. יתר על כן, חלק מהעסקות נעשו בחשבונות הרשומים על שם אביו ואחותו של המערער. אמנם, האב ואחות לא ידעו על הפעולות שנעשו בחשבונות, אך למעשה זהו מצב די שכיח בניהול חשבונות עבור קרובי-משפחה.

עובדות אלה היו עשויות להוליך לדיון ממצה בשאלה, האם קיימת במקרה זה "בקיאות", אך דיון כזה לא נערך. מסקנתו הסופית של השופט, לפיה "המערער נתכוון לבצע לפחות עסקות בעלות אופי מסחרי אם לא יותר מזה, כלומר, לעסוק במסחר של ניירות-ערך" מסתמכת, בין השאר, על "עשיית שותפות עם ברגר שהוא בעל מקצוע וידע בניירות-ערך", ומכאן ניתן בהחלט להסיק שעמדתו של השופט פרידמן בשאלה הנדונה שונה מהעמדה המבוטאת בציטטות מתוך פסקי הדין של השופט אשר בעניין תדמור והבורסה לניירות ערך.

לסיכום, נראה שהשאלה, האם הבקאות הרלבנטיות לצורך המבחן היא הבקאות שהופעלה למעשה בביצוע העסקה (כולל תרומתם המקצועית של יועצים למיניהם), או הבקאות האישיות של הנישום (אפילו אם בקיאות זו לא הופעלה, או לא היתה דומיננטית בביצוע העסקה), עדיין נשארה פתוחה ויש להמתין להתפתחויות נוספות בפסיקה בנושא זה.

לגבי עסקות בניירות ערך הנסחרים בבורסה, הנעשות ברובן הגדול באמצעות בנק, או סוכן בורסה אחר, על-פי הנחיות יועץ העובד בשרותו של הסוכן, נראה שאין טעם רב להיכנס לבדיקת מידת הבקיאות של עושה העסקה, או של היועץ, ולגבי העסקות האלה ייתכן שהפתרון הנאות הוא לא להפעיל כלל את מבחן הבקיאות.

עסקות בורסה מתקרבות למודל התיאורטי של "שוק משוכלל" (מונח כלכלי המתאר שוק המפגיש את כל המוכרים והקונים, המצויידים כולם בידע הדרוש, וכתוצאה מכך נקבע מחיר של שיווי משקל מלא בין ההיצע לביקוש), ואם כי במציאות לא קיים שוק המקיים את מלוא הדרישות הללו, נראה שהגישה הנאותה לגבי עסקות בשוק המתקרב למצב זה היא שאין מקום להפעיל לגביהן את מבחן הבקיאות.

6. אירגון

פעולות אירגוניות שונות, הכרוכות בפעילותו של הנישום או בביצוע העסקה, יש בהן כדי לשוות אופי מסחרי לעיסוקו של הנישום או לעסקה.

"סימן היכר מובהק הוא קיומו של מקום מיוחד להנהלת העסק – כגון חנות או משרד", כדברי השופט אשר בפס"ד פרלוב⁶¹.

61 עמ"ה (ת"א) 587/69 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ד 35, 36.

אירגון קבוצה של רוכשים מכותפים, שנעשה עלידי עורך דין, לצורך ביצוע עסקת מקרקעין⁶², או הרכבת קבוצת יותפים שנעשה עלידי מתמחה במשרד עורך דין לצורך רכישת מגרשים⁶³, נמצאו כפעולות אירגוניות המקנות אופי מסחרי לעסקות האמורות. שורה של פעולות אירגוניות שבוצעו על-ידי שני עורכי דין לצורך רכישת מגרש – בין היתר, רכישת באמצעות נאמן והקמת חברות מקרקעין לצורך ביצוע העסקות – נמצאו כהנחתה לעסקה מסחרית⁶⁴.

כל הדוגמאות הללו לקוחות מפסקי דין שבהם נדונו עסקות מקרקעין, שהן מסובכות ואשר ביצוען מחייב במקרים רבים פעולות אירגוניות שונות. עסקות בניירות ערך, ובייחוד אלה הנסחרים בבורסה, הן פשוטות בטבען, ניתנות להיעשות בכל סכום שהוא, ופרט לפעולות אלמנטאריות, כגון פתיחת חשבון ניירות ערך בבנק ומתן הוראות קניה ומכירה אינן מצריכות כל פעילות אירגונית.

מבחינת מבחן האירגון צריכות אפוא העסקות בניירות ערך להיחשב ברובן הגדול כבעלות אופי הוני, אולם בנקודה זו מן הראוי להזכיר את גישתו של השופט בנטל בפס"ד מורשקוביץ⁶⁵, לפיה כאשר "ממילא אין צורך באירגון בעל משקל" אין גם להרחיק בהוצאת מסקנות מהעדר פעולות אירגוניות.

7. פעולות הבשלה והשבחה

ביצוע פעולות "הבשלה" ו"השבחה", דהיינו, פעולות שיש בהן כדי להעלות את ערכו של הנכס, יש בו כדי להקנות אופי מסחרי לעסקת רכישת הנכס ומכירתו.

כך, למשל, נקבע שתוכניות בנייה ופעולות השבחת קרקע מהוות סימנים לפעילות עסקית⁶⁶, והוא הדין בביצוע פרצלציה במגרש⁶⁷.

לכאורה נראה, שפעולות השבחה הן אופייניות למקרקעין ואינן ניתנות לביצוע בניירות ערך. אולם, בייחוד במקרה של חברה פרטית, ייתכן מצב שרכישת מניות מקנה שליטה בחברה, אשר מאפשרת לרוכש להשפיע על החלטות עסקיות של החברה באופן שיגדיל את ריווחיותה וכתוצאה מכך את שווי המניות. במקרה זה אפשר לראות את הפעולות שנעשו בחברה חוץ ניצול השליטה כפעולות השבחה, שיש בהן להקנות אופי מסחרי לעסקת המניות.

יתר על כן, גם במניות שאינן מקנות שליטה ניתן לעשות פעולות שאפשר לסווגן כפעולות "השבחה". המדובר במקרים שבהם נרכשות מניות תוך כוונה ליזום פעולות להשגת זכויות או למימושן. מקרים כאלה קרו כנראה בחברות שמיעוט קטן של מניותיהן נסחר בבורסה, כגון "כור" ו"סולל-בונה" שבשליטת חברת העובדים, או "נפטא", "לפידות" ו"חברת החשמל" שבשליטת הממשלה, שלגביהן ניתנו בחוק, בפרוספקטים או בצורות אחרות, הצהרות בקשר להבטחת מינימום ריווחיות, או לחלוקת דיבידנדים.

62 ע"א 6/70 גבריאל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ד 65.

63 ע"א 202/65 היימובסקי נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד יט (3) 315.

64 ע"א 264/64 בן-ציון ומירון נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד יט (1) 245.

65 עמ"ה (ת"א) 361/70 מורשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

66 ע"א 4/63 אנצילוביץ נ' פקיד השומה חדרה, פ"ד יז 1302.

67 ע"א 639/70 רימני נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ד 183.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

מחזיקי מניות בחברות אלה – וביניהם כאלה שרכשו את המניות למטרה זו – הקימו ועדי פעולה, ניסו לנהל משא ומתן עם בעלי השליטה, יזמו כתבות בעיתונים, ואף הגישו תביעות לבית המשפט. ואכן, כתוצאה מפעולות אלה נהנוק הסיכוי שבעלי השליטה ייעתרו לתביעות, או ינסו להציע מחיר סביר עבור המניות – מה שהביא לעליית שערן בבורסה. אפשר בהחלט לטעון, שמי שרכש מניות כאלה והיה מעורב בפעילות שתוארה לעיל ואחר כך מכר את המניות, עשה עסקה שיש לה אופי מסחרי מבחינת מבחן ההשבחה. (אפשר להגיע למסקנה דומה על-ידי הפעלת מבחן מטרת הרכישה, כשפעולות ה"השבחה" שנעשו בפועל משמשות הוכחה לכוונות ה"מסחריות" שעמדו מאחורי הרכישה.)

פעולות אשר עונות באופן מלא על מבחן ה"השבחה" הן פעולות שבוצעו בפועל על-ידי הנישום כתוצאה מיוזמתו. בפסיקה נדונו בעקיפין גם מקרים שבהם לא בוצעו כל הפעולות האלה במלואן.

לגבי האפשרות שהנישום התכוון בעת הרכישה לבצע פעולות השבחה בנכס, אך משום-מה מכר את הנכס מבלי שביצע פעולות כאלה, נאמר בפס"ד בר יוחאי⁶⁸: "אין אני סבורה, כי אף האפשרות שמא השב המערער לנצל בעתיד הקרקע לבניין מבלי שאנו יודעים איזה בניין, הופכת את ההשקעה לעסקה מסחרית". מתוך ניסוח זה עשוי אולי להשתמע שאילו היה לבית המשפט מידע מפורט יותר לגבי כוונותיו ותוכניותיו של הנישום, שלא יצאו לפועל, הוא היה עשוי להגיע למסקנה הפוכה.

אפשרות אחרת היא, שפעולות ההשבחה אינן מבוצעות על-ידי הנישום או ביוזמתו, אך הנישום יודע בזמן הרכישה על הכוונה לביצוע פעולות כאלה בנכס. מקרה כזה נדון בפס"ד ברעלי⁶⁹, שם נקבע מפי השופט קיסטר שהעובדה שהמערער (אדריכל במקצועו), שביצע עסקת מקרקעין) ידע בעת הרכישה שהשטח מיועד לפיתוח מסחרי, יש בה כדי לשוות לעסקה אופי מסחרי. (במסגרת פסק הדין שויכה עובדה זו למבחן מטרת העסקה ולא למבחן ההשבחה.)

כאן המקום להדגיש, שרכישות רבות של מניות מבוצעות על סמך ידע (לא תמיד מדויק בכל פרטיו) על אירועים ותוכניות הקשורים בחברה ובעסקיה ושיש בהם להשפיע על ערך המניה. ידע זה יכול שיהיה נחלת רבים ויכול שיהיה נחלת בודדים כתוצאה משמועות, הדלפת מידע על-ידי המקורבים לחברה, או אפילו ניצול ישיר של הידע על-ידי המקורבים הללו. אם תחול הלכת ברעלי על עיסקות בניירות ערך, הרי עיסקות רבות של רכישת מניות בבורסה עשויות להיחשב – אם ניתן יהיה להוכיח את קיום הידע המוקדם – כעיסקות אקראי בעלות אופי מסחרי, בין אם קביעה זו נעשית במסגרת מבחן ה"השבחה" ובין אם היא נעשית במסגרת מבחן "מטרת העסקה" או "הבקיאות".

8. צורת המימון

על סמך ההנחה, שאדם נוהג להשקיע את כספו הוא ולהסתייע במימון זר לביצוע עיסקות מסחריות, הכלל הוא שמימון עצמי יש בו כדי לשוות לעסקה אופי השקעתי,

68 עמ"ה (ת"א) 672/67 בר יוחאי נ' פקיד השומה נתניה, פד"א א 275, 271.

69 ע"א 53/67 ברעלי נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א א 199, 201.

ואילו הסתייעות בהלוואות ובמימון זר מסוג אחר יש בה כדי לשוות לעסקה אופי מסחרי.

מנקודת מבט כלכלית טהורה, ניתן כמובן לתקוף אבחנה זו, שהרי אין לך אדם שאינו חייב כספים, ופרט להבדלים בשערי הריבית אין כל הבדל בין אדם החייב כספים בגין משכנתא, מכונית שקנה בתשלומים, או אפילו כתוצאה מפיגור בתשלומי מיסים וחשבונות למיניהם והרוכש מגרש או ניירות ערך בכספו הוא כביכול, ובין אדם שמימן בכספו הוא את רכישת דירתו ומכוניתו ומסתייע בהלוואות לצורך רכישת מגרש או ניירות ערך.

טענה ברוח זו כנגד השימוש במבחן המימון הועלתה בפס"ד בן-ציון ומירון⁷⁰ ונדחתה על-ידי השופט ויתקון, המבחין בין נכסים המשמשים לייצור ולהנאה אישית (כגון מכוניות, דירות ומכוניות), שהאלמנט ההוגי ברכישתם הוא בדרך כלל כה ברור עד שאין בצורת המימון כדי לשלול אותם, ובין נכסי החזקה (כגון קרקעות וניירות ערך), שאין בהחזקתם הנאה כשלעצמה והיא מכוונת לשמירת ערך הכסף ולעשיית רווחים הנובעים מעליית ערך הנכס.

ביחס לנכסי החזקה אומר השופט: "המעצרים טענו שרוב המשתכנים רוכשים את בתיהם מתוך כספי הלוואה וכן בעלי מפעלים הרוכשים נכסי הון לשם ייצור, אף על פי כן, אין ספק שרכישות אלו הן פעולות הון. אני מסכים לטענה זו, אך ההבדל הוא שבמקרים אלו של רכישת ציוד או בית מגורים אופיו של הנכס מעיד עדות כה חזקה על המטרה ההוגית, שלעומתו – ובהעדר סימנים אחרים – צורת המימון אינה בעלת משקל. ואילו מקום שאדם רוכש נכס לא כדי להנות ממנו, אלא כדי להחזיק בו (ובפרט כשהחזקה נמשכה אך זמן קצר) יש ויש מקום לשאול אם 'משקיע' אמיתי הוא האיש שאין בידו הון נוזל, המונח אצלו בטל, והוא משתמש בו כדי שישא לו פירות או אפילו רווחי הון, אלא נאלץ הוא להשיג את אמצעי המימון מתוך מקורות אחרים. דמותו המקובלת של 'משקיע' אינה של אדם כזה, ולכאורה, נכנס הוא לתחום אנשי העסק. הרי לשיקוליו האחרים של המשקיע, במה להשקיע כספו, מצטרפים אצל אדם כזה שיקולים ודאגות, אם כדאי לו להתחייב בחובות ולשאת בהוצאות המימון כדי להשיג את הרווח. לאיש כזה אין, בדרך כלל, הנאה עצמית מהחזקת הנכס. כל חשבוננו הוא חשבון של ריווחיות הפעולה. אין אני אומר שמבחן המימון בדרך ההלוואה הוא השיקול המכריע במקרים אלה, אך נראה לי שעשוי הוא להצטרף ליתר השיקולים המחייבים את המסקנה שהעסקה לא היתה בעלת אופי הוגי".

יחד עם זאת, נראה שהשיקולים והדאגות לגבי אפשרות פרעון החוב הם בדרך-כלל נחלתו של הרוכש נכסי ייצור והנאה ולא דווקא של הרוכש נכסי החזקה, שהרי הרבה יותר קל לממש נכס החזקה או חלק ממנו במקרים של קשיים בפרעון ההלוואה שגלקחה לצורך רכישתו.

מכל מקום, השופט ויתקון אינו מייחס למבחן המימון כשלעצמו ערך מכריע, אלא ערך מסייע בלבד.

מימון ממקור זר שימש כאחד השיקולים לסיווג העסקה כ"מסחרית" במקרים רבים.

70 ע"א 264/64 בן-ציון ומירון נ' פקיד הדגירה ת"א 4, פ"ד יט (1) 245, 251.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

בפס"ד חיימובסקי⁷¹, כאשר למעלה ממחצית הסכום הדרוש לרכישת מגרש נתקבל כהלואה, נקבע מפי השופט ויתקון שגיוס אמצעי מימון ממקור אחר יש בו כדי להעיד על אופי מסחרי. בפס"ד זיס⁷² העובדה, שהמערער לווה כספים כדי להשקיעם ברכישת הקרקעות שנמכרו לאחר מכן, היה בה כדי לסייע למסקנה שהעסקות הן מסחריות. לעומת זאת קיימים מקרים שבהם נקבע שהעסקה היא "הונית", למרות שהרכישה מומנה בחלקה בעזרת הלוואות. המקרה הבולט ביותר הוא פס"ד שפירא⁷³, שבו רכש בעל חנות לארנקים מגרש, שאת מחצית מחירו מימן בעזרת הלוואה שלקח לצורך זה. בקבעו שהרווח ממכירת המגרש הוא הוני אומר השופט מני: "אינני חושב כי השאלה באם המגרש נרכש בכספי המערער עצמו או בכסף שהוא לווה היא, כשלעצמה, גורם מכריע, כשבאים להתחילט אם קניית המגרש ומכירתו לאחר מכן מהווה, או אינה מהווה, השקעה הונית".

השופט ויתקון, המסכים אמנם עם המסקנה הסופית, אינו מוכן להפחית עד כדי כך מחשיבותו של מבחן המימון⁷⁴: "העובדה שהמערער לווה כמחצית הסכום הדרוש לרכישת הקרקע רומזת על אופייה המסחרי של הפעולה, ויש ספק בעיני אם העובדה שמחציתו השניה של אותו הסכום היתה בבעלותו וברשותו שקולה כנגד העובדה הראשונה. אף-על-פי-כן, מסכים אני לדעת חברי הנכבד (השופט מני), בעיקר מכיוון שהיתה זו למערער פעולה אחת ויחידה במשך תקופה ניכרת, וכן מכיוון שסכום ההלוואות שלקח לא היה ניכר. בנסיבות אלו מותר לנו להיות מן המקלים".

בפס"ד פרומין⁷⁵ נקבע שעסקות ניירות ערך שבוצעו בידי החברה העוסקת בייצור ביסקוויטים הן עסקות הוניות, למרות שהרכישות מומנו כדי מחצית מהיקפן בעזרת אשראי בנקאי שניתן לצורך זה ושתמורתו שילמה החברה ריבית בשיעור של 10%. הסדר זה של רכישות באשראי נבע מלחץ הבנק על החברה, והשופט לכנברג מתאר אותו בפסק דינו כרקע לעסקות, מבלי להתייחס במפורש למבחן המימון ולהשפעה שצריכה להיות לו על השאלה הנתונה במחלוקת.

האם יש חשיבות לתנאי ההלוואות ולדרך השגתן? בפס"ד מרשקוביץ⁷⁶ מגדיר השופט בנטל, תוך כדי פירוט רשימת המבחנים, את מבחן המימון במלים הבאות: "כאשר אדם נזקק להלוואות קצרות מועד ולדרכי מימון מסובכות, מצביע הדבר על אופי מסחרי לעסקה". מכאן עולה שמימון בעזרת הלוואה ארוכת מועד, המושגת בצורה פשוטה וישירה, לא ייחשב כמצביע על אופי מסחרי לצורך מבחן המימון. בפסיקה אין כל הוכחה וסיוע לעמדה זו, אך סביר בהחלט להניח שמימון על-ידי הלוואה ארוכת מועד יכול להעיד על כוונה להשקיע לצורך מבחן מטרת הרכישה, ואילו "דרכי מימון מסובכות" הן בבחינת עדות לפעילות מסחרית לצורך מבחן האירגון. בפס"ד גליקמן⁷⁷ נדון מקרה של רכישת מגרש תמורת סכום שברובו שולם בשיעורים

71 ע"א 202/65 חיימובסקי נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד יט (3) 315, 316.

72 עמ"ה (ת"א) 321/66 זיס נ' פקיד השומה ת"א 4, פד"א ב 421, 423.

73 ע"א 76/65 שפירא נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יט (3) 331, 334.

74 שם, עמ' 336.

75 עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ובניו בע"מ נ' פשמי"ג, פד"א ב 240.

76 עמ"ה (ת"א) 361/70 מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

77 עמ"ה (ת"א) 820/71 גליקמן נ' פקיד השומה פ"ת, פד"א ה 220, 223.

תוך שנה מתאריך הרכישה, ולפי טענת פקיד השומה יש לראות בצורת רכישה זו מימון בעזרת הלוואה שיש בו כדי להצביע על אופי מסחרי מבחינת מבחן המימון. השופט אשר דוחה טענה זו בהחלטיות: "בטענה זו (של פקיד השומה) ניכר ערוב מושגים מסויים. המוכר הסכים לקבל את מחיר הקניה בשיעורים, והמערער פרע שיעורים אלו מתוך כספו הוא ולא מתוך הלוואות. לא נתקלתי במקרה כל שהוא בו נפסק שתשלום מחיר רכישה בשיעורים שולל מהרכישה את אופייה של השקעה הוגנת בתום-לב, ובעיני נראית טענה כזו אבסורדית".

נראה שמסקנה זו של השופט היא קיצונית מדי. בהנחה, שהמוכר מתנהג בהגיגון כלכלי, כלולה גם ההנחה שהמחיר, שנקבע בתנאי פרעון בשיעורים, כולל גם ריבית, ולפיכך הוא צריך להיות גבוה יותר מהמחיר שהיה נדרש אילו נעשה כל התשלום במומון עם ביצוע העסקה. מנקודת מבטו הכלכלית של הרוכש זוהי אם כך הלוואה ואין הבדל אם לקח אותה מהמוכר או מצד שלישי. מכל מקום, מקרה זה מבליט פעם נוספת את חולשתו של מבחן המימון מבחינה כלכלית.

מאחר שרבים מאלה העוסקים ברכישת ניירות ערך מסתייעים בצורה כלשהי באשראי (ולרוב בדרך של משיכת יתור מחשבון הבנק) הרי הפעלת מבחן המימון לגבי עסקות אלה יש בה כדי לסייע בהגדרתן כ"מסחריות", בתנאי שניתן יהיה לקשר בין ההלוואות, או התסר כתשבון הבנק, ובין הרכישות האמורות.

9. ההיקף הכספי

עקרונית אין שיעור ההיקף הכספי של העסקה צריך להשפיע על דרך עריכת השומה, אך עם זאת ברור שההיקף הכספי הוא בעל משמעות, מאחר שעסקות בסכומים קטנים אינן מעוררות בדרך-כלל את תשומת לבו של פקיד השומה.

מכיוון שמטרתם העיקרית של פקידי השומה היא לגבות את המס, סביר לצפות שהנישום ופקיד השומה יתפשרו ביניהם כאשר מדובר בסכומים קטנים; האפשרות שיגיעו לערכאות קיימת בעיקר לגבי עסקות בסכומים גדולים, או כאשר הצדדים יודעים שלתקדים שיווצר עשויה להיות השפעה משמעותית על החיוב במס בשנים הבאות (יש לזכור ששומה סופית נערכת בדרך-כלל זמן רב לאחר תום שנת הכספים). לפחות בשני מקרים שנדונו בערכאות ניתן ללמוד מנוסח פסק הדין שהיתה להיקף הכספי השפעה כלשהי על התוצאה שאליה הגיע בית המשפט: בפס"ד זים⁷⁸ הגיע השופט אשר למסקנה שהמערער הוא סוחר במקרקעין, בין היתר בהסתמכו על כך שהמערער ביצע שורה ארוכה של עסקות ובהיקף של עשרות מיליוני לירות. בפס"ד שפירא⁷⁹ החליט השופט ויתקון שלא לראות בעסקת מקרקעין, שמומנה בעזרת הלוואה, עסקה מסחרית, בין היתר "מכיוון שסכום ההלוואות שלקח המערער לא היה ניכר", וזאת למרות שההלוואות נועדו לממן את מחצית מחיר הרכישה⁸⁰.

ייתכן מאוד שגורם ההיקף הכספי הוא אחת הסיבות לכך שמרבית המחלוקות

78 עמ"ה (ת"א) 321/66 זים נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ב 421, 423.

79 ע"א 76/65 שפירא נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד יט (3) 331, 336.

80 ראה ציטטה מלאה מדברי השופט ויתקון בסעיף הקודם, 8, הדן במבחן המימון.

האבחנה בין "סותר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

המתעוררות בפני פקידי השומה ובתי המשפט בנושא ההבחנה בין עיסקה הוגית לעיסקה מסחרית הן מתחום המקרקעין ולא מתחום ניירות הערך: בעוד שבמקרקעין כל עיסקה מביאה בדרך-כלל רווח ניכר (בסכומים מוחלטים), הרי עסקאות בניירות ערך מביאות במקרים רבים רווח קטן, שאין בו כדי לעורר את "תיאבוננו" של פקיד השומה. לסיכום, למרות שההיקף הכספי של העיסקה איננו כלול ברשימת המבחנים, אפשר להניח שבאופן מעשי יש לו חשיבות בלתי מבוטלת, בעיקר בשלבים ה"טרומ" משפטיים של עריכת השומה.

10. מטרת החברה בהתאם לתזכירה

לפי עקרונות דיני החברות כשירה חברה לבצע אך ורק פעולות המפורטות בתזכירה. את תחומי העיסוקים העיקריים שלשמן נוסדה נהוג לפרט בסעיף מס' 1, או בסעיפים הראשונים לתזכיר, ולאחר מכן לפרט פעולות משניות רבות שאינן בתחום העיסוקים הרגילים ואשר הוכרזו באה להבטיח את כשירותן, אם תבצע אותן החברה באקראי, בדרך-כלל לצורך ביצוע מטרותיה העיקריות.

מובן ששאלת "כשירותה" של חברה לבצע פעולה זו או אחרת שהגיבה לה רוחמים אינה מעניינת של פקיד השומה המבקש לגבות מס מן הרווחים הללו, ואף לא מעניינת של בתי המשפט הדנים בהשגות על השומה; אך עובדת היות העיסקה שבוצעה בתחום מטרותיה העיקריות של החברה, או בתחום כשירותה לפי תזכירה, או מחוץ לתחום זה, יש בה כדי לשמש עדות מסייעת לצורך הכרעה בשאלה, האם העיסקה היתה פעולה "עיסקית" או "הוגית" לגבי החברה. בהקשר זה ראוי לציין שיש כאלה המייחסים ערך מכריע לסעיף הראשון בתזכיר⁸¹, ויש הסוברים שלסעיף זה אין משקל מיוחד⁸².

ביטוי לגישה האומרת שהאמור בתזכיר החברה יכול להיות לכל היותר גורם מסייע, ולא גורם מכריע, בהחלטה על אופי העיסקה ניתן למצוא בדברי השופט אשר בפס"ד הבורסה לניירות ערך⁸³: "תשומת לבי הופנתה לתזכיר ההתאגדות של המערערת אשר אינו מכיל סעיף על גיהול מסחר כל שהוא, לא בניירות-ערך ולא בסחורה אחרת, אך העדרו של סעיף כזה לא היה מונע בעד קביעה שהמערערת סחרה בניירות-ערך למעשה (ואפילו באיסור), אילו הוכחו פעולות מסחר"⁸⁴.

בפס"ד "Necit"⁸⁵ אף הוחלט, שלמרות שתזכיר החברה מאפשר קנייה ומכירה של ניירות ערך יש לראות עיסקות קנייה ומכירה של ניירות ערך שבוצעו על-ידי החברה כהונאות שכן, בדברי השופט שאן, "ידוע כי סעיפי המטרות בתזכירים מגוונים בצורה כוללת ואין בעובדה שהחברה כשירה על-פי תזכירה לבצע עסקאות ספקולטיביות בניירות-ערך כדי להוכיח שהחברה נוסדה ונועדה על-מנת לבצע פעילות כזאת".

81 השופט לכנברג ב"עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ומניד בע"מ נ' פשמיץ, פד"א ב' 240, 242.

82 השופט ויתקון ב"ע"א 309/59 "נצבא" חברה להתנהלות בע"מ נ' פשמיץ, פ"ד יד' 1814.

83 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בת"א נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח' 169, 170.

84 גישה דומה ניתן למצוא בפסק הדין של השופט ויתקון ב"ע"א 676/66 החברה לפיתוח חוף התמלת בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 4, פ"ד כא (1) 487, 489.

85 I.T.A. 7/46 "Necit" Near East Commercial Investment Trust Ltd. v. Assessing Officer, Tel-Aviv (1947) A.L.R. 355, 358.

לסיכום, ברור שאין לייחס חשיבות מכרעת לאמור בתזכיר החברה, אם כי יש בו כדי לסייע לתוצאה שאליה מגיעים לפי מבחנים אחרים.⁸⁶

11. צורת הרישום במאזן החברה

כאשר יש הבחנה במאזן החברה בין "נכסים קבועים" ל"נכסים שוטפים", הרי רישום נכס קבוע יש בו כדי לרמוז שהחברה ורואי החשבון שלה רואים בקנייתו עיסקה השקעתית או הוגית, ואילו סיווגו כשוטף יש בו כדי ללמד שרכישתו נחשבת כמסחרית. בפס"ד פרומין⁸⁷ שימשה עובדת רישום ניירות הערך שברשות המעוררת בין הנכסים הקבועים כאחת ההוכחות לכך שהחברה רכשה את ניירות הערך למטרת השקעה, ולפיכך נדחתה תביעתה להתיר לה לנכות את הפסדיה מעסיקי ניירות ערך מרווחית האחרים. כדברי השופט לבנונגר: "בדרך כלל אין רישום בספרים ובמאזנים של החברה יכול להוות ראיה חותכת לאופיו של הנכס או לפעולה הנרשמת. אך כלל הוא שכאשר אדם ביצע רישום ועל-פי רישום זה הוא נראה כמי שמגיע ממנו מס, הרי יש ברישום זה משום סממן לאופי הפעולה כפי שהנישום ראה אותה בשעת עשייתה". כלומר, צורת הרישום במאזן אינה יכולה להוות ראיה מכרעת, אך יש בה כדי להוות ראיה מסייעת, בייחוד כאשר היא פועלת נגד החברה הנישומה.

12. קיום שותפים

טבעי שאדם המבקש להשקיע את כספו בצורה פאסיבית לטווח ארוך יכבד לעשות זאת ללא שותפים, שקיומם עשוי ליצור בעיות בקשר עם מימוש ההשקעה בבוא הזמן, הן מחמת קושי באיתור השותף או יורשיו, והן מחמת ניגודי דעות ואינטרסים לגבי מועד המימוש. לעומת זאת, לצורך ביצוע עיסקה בעלת סממנים מסחריים רצוי, או אפילו דרוש, לעתים שותף העשוי להקל בפתרון בעיות של מעקב, ניתוח, מימון שוטף וכו'. לפיכך, ביצוע עיסקה עם שותף, או עם שותפים, עשוי עקרונית להצביע על אופי מסחרי. יש לזכור, שבעיסקות מקרקעין קיימת מיגבלה של גובה הסכום וייתכן שאדם החפץ להשקיע ברכישת מגרש מסוים לא יוכל לגייס את הסכום הנדרש בעצמו וללא שותפים. במקרים אלה יש אולי הצדקה לראות רכישה בשותפות כהשקעה (אם כי אפשר לראות כאן דמיון מסוים למקרה של השלמת המימון הדרוש בעזרת הלוואה, אשר עשוי להיחשב כמסחרי מבחינת מבחן המימון). לגבי ניירות ערך, ובייחוד אלה הנסחרים בבורסה, קל יותר לבצע השקעות בסכומים קטנים, ולפיכך אין צורך בשותפות לשם גיוס הסכום הדרוש לרכישה.

למרות שבדרך-כלל אין הפסיקה מתייחסת לשאלת קיום שותפים כאל מבחן פורמאלי בפני עצמו (בדרך-כלל ניתן להתייחס לכך במסגרת מבחן הארגון), הרי במספר מקרים היתה לעובדת קיום שותפים השפעה על סיווג העיסקה כמסחרית. כך, למשל, בפס"ד

86 ראה בהקשר זה יוסף גרוס, "היש בתזכיר חברה כדי להשפיע על אופי עסקיה לצרכי מס?", הפרקליט כב 298.

87 עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ובניו בע"מ נ' פש"מ"ג, פד"א ב 240, 242.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

מושקוביץ⁸⁸ אומר השופט בנטל: "העובדה שהמערער התכוון (לפי עדותו) להשקיע את הכסף, עדיין יש לבחנה במבחן האובייקטיבי. כאן אנו למדים על שותפות הגורעת מהמשקל שיש לייחס לכוונת המערער בעת הרכישה". כלומר, כאן שימשה עובדת קיום השותף אמצעי לקביעה אובייקטיבית של כוונת הנישום לצורך מבחן מטרת הרכישה.

ביטוי נוסף לגישה שאין לראות בקיום שותפות מבחן שיש בו, כשלעצמו, להכריע בשאלת אופי העסקה אפשר למצוא בדברי השופט אשר בפס"ד גליקמן⁸⁹: "תשומת לבי לא הופנתה לפסק-דין כל שהוא שבו נפסק כי רכישת נכס בשותפות עם אחרים מטביעה, כשלעצמה, את התותם של עסקה מסחרית על הסתלקותו של אחד השותפים משותפות נכסית זו".

13. השימוש בתמורה

השימוש, שעושה הנישום בכספים המתקבלים תמורת הנכס, יש בו כדי להעיד על מטרת העסקה, אך אין לראות בשימוש זה, כשלעצמו, הוכחה מכרעת לגבי אופי העסקה הקודמת.

איזה שימוש יכול להיחשב כהוני? בפס"ד תרמור⁹⁰ אומר השופט אשר: "מה עוד שכל כספי המכירה הושקעו מיד במגרש אחר – כלומר, שהיתה כאן רק החלפת השקעה בהשקעה דומה, ודבר זה אף מחזק את הדיעה שלא היתה כאן כוונה לעסוק במכירה למען עשיית רווח מהיר". החלפת השקעה בהשקעה דומה עשויה להוכיח אפוא שמדובר בפעולה הונית, אם כי סביר יותר להסיק מכך דווקא את ההיפך, מאחר ששורת פעולות קנייה ומכירה של נכסים מאותו סוג עשויה בהחלט להיראות כפעילות מסחרית. במקרה הנדון יש להבין את דברי השופט על רקע העובדה שהנישום נתן הסבר סביר מדוע נאלץ למכור את המגרש הראשון.

במקרה אחר דווקא השימוש בתקבולים לצרכים שוטפים מצביע, לדעת בית המשפט, על אופי הוני של הפעילות. המדובר בפס"ד הבורסה לניירות ערך⁹¹, לפיו מכרה הבורסה את ניירות הערך שבבעלותה, כשרוב המכירות מיועדות למטרת סילוק הלוואות שלקחה לכיסוי הוצאותיה השוטפות. השופט אשר לא מצא בשימוש זה כל סימן שיש בו כדי להקנות אופי מסחרי לעסקאות בניירות ערך. ניתן להבין שבמקרה זה פעלה העובדה, שהמכירות לא בוצעו למטרת רכישת ניירות ערך אחרים או למטרת מימוש רווחים לשמה, לזכותה של המערער.

על שימוש מסוג אחר, שיש בו כדי להעיד על אופי הוני, ניתן ללמוד מדברי השופט בנטל בפס"ד מושקוביץ⁹²: "עם זאת השימוש שעשה המערער בכסף שלפי עדותו נוצל לתענקת מתנות ותשלום מס כשהיתרה מופקדת בבנק, מורה דווקא על אופי הוני".

88 עמ"ה (ת"א) 361/70 מושקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

89 עמ"ה (ת"א) 820/71 גליקמן נ' פקיד השומה פ"ת, פד"א ה 220, 222.

90 עמ"ה (ת"א) 1016/69 תרמור נ' פקיד השומה נרש דן, פד"א ג 244, 246.

91 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח 169.

92 עמ"ה (ת"א) מושקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 248.

ואילו בפס"ד החברה לפיתוח חוף התבלת⁹³ נאמר מפי השופט ויתקון ביחס לעובדת שהחברה קיבלה את תמורת הקרקע בתשלומים צמודים למדד ונושאים ריבית, כי "הבטחת הריבית והצמדת הסכומים לאינדקס עשויות, אולי, להעיד על כך שתמורת הקרקע קיבלה הנישומה נכס הוני".

כאמור, השימוש ההוני בתקבול יכול לשמש לכל היותר כראיה במסגרת מבחן מטרת המכירה ואין לייחס לו, כשלעצמו, משמעות מכרעת, כדברי השופט ויתקון בפס"ד החברה לפיתוח חוף התבלת: "גם בעובדה שתמורת הקרקע קיבלה הנישומה נכס הוני, אין לגרוע מן האופי המסחרי של הרווח".

14. הסקת מסקנה סופית מתוך המבחנים

לאחר ריכוז התוצאות של כל המבחנים הרלבנטיים שניתן להפעילם במקרה המסוים, מתבקשת כמובן השאלה כיצד להגיע למסקנה סופית על סמך המבחנים שהופעלו. בפס"ד אנצילביץ'⁹⁴ אומר השופט ויתקון: "יתכן מאוד שאותם פרטים, שכל אחד מהם לחוד נראה כפעולה הונית, כולם ביחד, ועל רקע התמונה הכללית, מצביעים על פעילות עיסקית". דברים אלה שהירבו לצטטם בפסקי דין אחרים, אין לקבל כפשוטם, מאחר שקשה לתאר מצב שבו כל אחד מהמבחנים שהופעלו יצביע, כשלעצמו, על אותה תוצאה לגבי אופי העיסקה, ואילו כולם ביחד, על רקע התמונה הכללית, יתנו תוצאה הפוכה. נראה שכוונת הדברים להצביע על כך, שאת המבחנים יש להפעיל על רקע התמונה הכללית ובאופן מתואם ביניהם.

מובן שבפועל, ברוב המקרים, ובייחוד באלה המגיעים לערכאות, המבחנים נותנים תוצאות סותרות. את הדילמה העומדת בפני בית המשפט מבטאים דבריו של השופט אשר בפס"ד יחזקאל⁹⁵: "אין ספק כי ההבחנה בין עיסקת השקעה לבין פעולה עיסקית, היא בעיה קשה למדי וברוב המקרים מבחינה אובייקטיבית יכולות העובדות להצביע הן לכאן והן לכאן".

פתרון מקורי, למקרה שבו נותנים המבחנים תוצאות סותרות, מצוי בפס"ד אליסן⁹⁶, שם מביע השופט אשר את דעתו – המסתמכת על הפסיקה האנגלית – לפיה "קיומו של אחד הסימנים המפורטים בפסיקה מספיק כדי החלטה כי העיסקה הינה בעלת אופי מסחרי". כלומר, אם לקבל קביעה זו, כאשר אחד המבחנים נותן תוצאה "מסחרית", בעוד שיתר המבחנים נותנים תוצאה "הונית", יש לפסוק לטובת התוצאה המסחרית. פתרון זה, שאינו מזכיר במקומות אחרים בפסיקה, הוא בבחינת אמירת-אגב, מאחר שגם בעניין אליסן נפסק לטובת התוצאה ה"מסחרית", בהסתמך על תוצאות רוב המבחנים שהצביעו בכיוון זה.

גישת שונה במקצת ניתן למצוא בדברי השופט אשר בפס"ד פרלוב⁹⁷: "אי אפשר לדעתי לקבוע כללים קווים-מתימטיים בשביל תופעות כלכליות. בכל מקרה חייבים לראות

93 ע"א 676/66 החברה לפיתוח חוף התבלת בע"מ נ' פקיד הנישומה ת"א 4, פ"ד כא (1) 487, 490.

94 ע"א 4/63 אנצילביץ' נ' פקיד הנישומה חררה, פ"ד יז 1302, 1304.

95 עמ"ה (ת"א) 888/67 יחזקאל נ' פקיד הנישומה ת"א 4, פד"א א 381, 382.

96 עמ"ה (ת"א) 608/75 אליסן מימון והעקבות בע"מ נ' פקיד הנישומה גוש דן, פד"א ח 244, 246.

97 עמ"ה (ת"א) 587/69 פרלוב נ' פקיד הנישומה ת"א 1, פד"א ד 35, 39.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

את התמונה בשלמותה ועל סמך ראייה זו לשקול לאיזה צד משני צידי הקו המגביל נופלת העיסקה. אין לזלזל בחשיבותם של פרטים אלה או אחרים, אך אין גם לשכוח את היער מרוב העצים"⁹⁸.

המסקנה המעשית מדברים אלה היא שבתי המשפט אינם רואים עצמם חייבים להחליט על סמך תוצאות מבחנים אלה או אחרים, או על סמך תוצאות רוב המבחנים, אלא שומרים לעצמם את החופש לקבוע משקלים שונים למבחנים השונים בהתאם לנסיבות המקרה. בהתאם לגישה זו אפשרי, אם כן, מצב שבו תוכרע שאלת אופי העיסקה על-פי אחד המבחנים, אם נסיבות המקרה מחייבות זאת לדעת בית המשפט, למרות שכל המבחנים הרלבנטיים האחרים נותנים תוצאה סותרת.

גישה זו מתומצתת בפי השופט חיים כהן בפס"ד אסל⁹⁹ במלים: "המבחנים שנקבעו בפסיקה אינם אחדים ואינם ממצים". כלומר, לא זו בלבד שלכל מבחן יכול בית המשפט לייחס משקל שונה בהתאם למקרה הספציפי, אלא שהוא רשאי גם להציע מבחנים חדשים נוספים. ואמנם, המבחנים שנסקרו לעיל הם תוצאה של התפתחות הדרגתית בפסיקה, ואם כי רשימת המבחנים נראית מקיפה וכעונה על רוב האפשרויות, עדיין תיתכן תוספת של מבחנים חדשים עם התפתחות הפסיקה בנושא.

15. נטל ההוכחה

שאלה נוספת הכרוכה בהפעלת המבחנים היא שאלת ההוכחה. חשוב לקחת בחשבון כי בפרוצדורה המשפטית הנהוגה בארץ אין זה מתפקידו של בית המשפט לרכז חומר לגבי המבחנים הרלבנטיים, וכי חומר זה יכול להיות מוגש רק על-ידי הצדדים במסגרת כתבי הטענות וחקירת העדים. ברור שגישה זו אין בה כדי להבטיח שבית המשפט יהיה מצויד בכל החומר הדרוש מבחינה אובייקטיבית להפעלת מערכת המבחנים במלואה. נתונים רלבנטיים מסוימים, כגון מהות הנכס, תדירות העסקות ומקצועו של הנישום, יהיו תמיד בידיעתו של בית המשפט, מאחר שהם נכללים אוטומטית בכתבי הטענות, בעוד שהצגת נתונים אחרים תלויה במידה רבה ברצונו של הנישום להציגם ובידע שיש לפקיד השומה לגביהם.

הכלל הוא, שכאשר הנתונים הבסיסיים בכתבי הטענות מצביעים על אופי הוגי לכאורה (נכס המשמש מטבעו להשקעה, עיסקה בודדת, לא בתחום עיסוקו הרגיל של הנישום), חובת ההוכחה מוטלת על הצד הטוען שהמדובר בפעילות מסחרית; ולהיפך, כאשר הנתונים הבסיסיים מצביעים על פעילות מסחרית לכאורה (נכס המשמש מטבעו למסחר, עסקות רבות, בתחום עיסוקו הרגיל של הנישום), על הצד הטוען שהמדובר בפעילות הוגית להוכיח זאת, אם על-ידי המצאת סיבות לכך שאין להתייחס במקרה הספציפי לתוצאות המבחנים המבוססים על הנתונים הבסיסיים, ואם על-ידי הצגת נתונים המאפשרים להפעיל מבחנים נוספים שיתנו תוצאות סותרות.

גישה זו ניתן למצוא בדברי השופט בנטל בפס"ד מרשקוביץ¹⁰⁰: "כאשר העיסקה היא

98 ראה גם דברי השופט עצינוני בערעור על פס"ד זה: ע"א 94/71 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ה 89.

99 ע"א 504/65 אסל ואח' נ' פקיד השומה-נתניה, פ"ד כ (3) 365, 368.

100 עמ"ה (ת"א) מרשקוביץ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"א ד 246, 247.

במהלך עסקיו הרגיל של אדם עליו נטל ההוכחה כי זו עיסקה הוגית ולא עיסקת פירות. לא כן המצב כאשר העיסקה אינה קשורה במהלך עסקיו של הנישום ולכאורה היא נראית כהוגית — במקרה כזה נטל השיכנוע על שלטונות המס להוכיח כי העיסקה מסחרית".

16. הפעלת המבחנים — שאלה מעורבת של עובדה וחוק

בפס"ד פרלוב¹⁰¹ נאמר מפי השופט עציוני: "המסקנות אליהן הגיע השופט המלומד דלמטה לאור המבחנים שעל ידם יש לקבוע את אופי העיסקה הן עניין שמעורבים בו עובדה ומשפט גם יחד ובדרך כלל לא יתערב בית-המשפט לערעורים בממצאים אלה אם יש להם על מה לסמוך"¹⁰².

דברים אלה יש לכאורה סתירה מסוימת, כיוון שעולה מהם שעל בית המשפט לערעורים לבדוק אם יש בממצאי בית המשפט דלמטה ולמסקנה המסתמכת עליהם על מה לסמוך, ובדיקה זו משמעותה, מסתמא, מעורבות מסוימת בממצאים ובמסקנות. נראה שהכוונה היא, שאם הפעלת המבחנים, והסקת המסקנות מתוצאותיהם, נעשתה על-ידי בית המשפט דלמטה בצורה סבירה לכאורה, יימנע בית המשפט העליון מהתערבות בממצאים ובמסקנות; אך, מכל מקום, ברור שבית המשפט העליון שומר לעצמו את הוכחות להתערב בדרך הפעלת המבחנים ובהסקת המסקנות מתוצאותיהם על-ידי הערכאה הנמוכה.

בפועל נראה, שברובם המכריע של המקרים שהגיעו לערעור אישר בית המשפט העליון את התוצאה שאליה הגיע השופט המחוזי, אם כי במקרים לא מעטים הודגש בפסק הדין בערעור, כי מן הראוי היה לייחס לתוצאות מבחנים שונים שהופעלו בערכאה הראשונה משקלים שונים מאלה שאכן יוחסו להם באותו שלב. מאידך, במספר מקרים, אמנם בודדים, הפך בית המשפט העליון את מסקנת הערכאה הראשונה, אם בעקבות שימת הדגש על מבחנים הנותנים תוצאות הסותרות את אלה שעליהם התבססה מסקנת הערכאה הראשונה, ואם בעקבות הפיכת תוצאות של מבחנים מסוימים, לדוגמה, בגלל קבלת עדות שהשופט דלמטה לא האמין לה.

17. נכס הוגי החופף בידי המחזיק לנכס מסחרי

מה דינו של נכס, שנרכש בזמנו למטרת השקעה, אשר ברבות הימים או השנים בעליו עושה בו שימוש מסחרי? האם יש לקחת בחשבון, לצורך חישוב הרווח המסחרי הנובע מהעיסקה, את המחיר ששולם בפועל עבור הנכס בזמן רכישתו, או את שווי של הנכס בזמן ששינה את ייעודו? שאלה זו נדונה מספר פעמים בפסיקה המקומית, בעיקר לגבי קרקע שנרכשה בזמנו למטרת השקעה והפכה לנכס מסחרי, אם משום שבעליה החליט לבנות עליה בניין ולמכור את הדירות (עיסקה בודדת בעלת אופי מסחרי), ואם משום שבעליה שינה את מקצועו והפך לקבלן ובנה בין היתר גם על המגרש שהיה ברשותו

101 ע"א 94/71 פרלוב נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ה 89.

102 דברים דומים נאמרו מפי השופט ויתקון ב"ע"א 4/63 אנצילביץ' נ' פקיד השומה חדרה, פ"ד יז 1302, 1304.

גד פרנקל
עורך-דין

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

עוד מהתקופה שבה עדיין לא עסק בקבלנות (שינוי סיווגו של הנישום מ"משקיע" ל"סוחר").

בזמנו הסתמכה הפסיקה בנדון על הכלל האומר, ש"אין אדם סוחר על עצמו", ולפיכך נקבע הרווח המסחרי לפי מחיר הרכישה ההיסטורי של הנכס. הלכה זו מוצאת ביטוי בפס"ד בן צבי¹⁰³. אולם בעקבות פסק דין אנגלי *Sharkey v. Wernher*¹⁰⁴ (שבו נדון מקרה של סוסים, שהועברו מאורוות "פרטיות" לאורוות "מסחריות" שבבעלות אותה נישומה), שונתה ההלכה גם בארץ בפסק דין מפורסם בענין כהן¹⁰⁵, שבו קבע הרכב מורחב של בית המשפט העליון, ברוב של 3 נגד 2, כי יש להכיר ב"מכירה רעיונית" של הנכס ולחשב את הרווח על בסיס השווי של הנכס בזמן ששינה את ייעודו.

בעקבות פסיקה זו תוקנה פקודת מס הכנסה והוכנס בה סעיף 100, הקובע שאם חלפו לפחות 4 שנים מיום רכישת נכס עד ליום שבו שונה ייעוד הנכס משימוש "הוני" לשימוש "עיסקרי" הרי, משמכר הנישום את הנכס, יחושב סכום המס המגיע כאילו רכש הנישום מלאי עסקי ביום שינוי הייעוד.

האם יחול סעיף 100 גם על תחום ניירות ערך, לדוגמה, במקרה של סוחר בניירות ערך שמכר ניירות ערך שאותם רכש כהשקעה 4 שנים או יותר לפני שהפך לסוחר? במחשבה ראשונה נראה שהתשובה תהיה חיובית, אולם יש לזכור כי המקרים שנדונו בפסיקה מתייחסים כולם לשימוש אקטיבי בעל אופי מסחרי מובהק (בניית בניין ומכירת דירות) שגשגה בנכס (מגרש), לאחר ששימש במשך זמן כהשקעה פאסיבית. גורם השימוש האקטיבי אינו קיים בדרך-כלל בניירות ערך, ובמקרה שהוזכר עשוי בית המשפט לראות את העיסקה הספציפית בניירות ערך, שנרכשו למטרת השקעה לפני שהמשקיע הפך לסוחר בניירות ערך, כעיסקה הונית מתחילתה ועד סופה, כדוגמת עסקת מכירת דירת המגורים הפרטית של קבלן. הלכת כהן נראית מתאימה יותר למקרה של בעל מניות בחברה שלאחר תקופת החזקה פאסיבית ארוכה החל לפתע לגלות פעילות אקטיבית בחברה, תוך ניצול זכויות המניות שבידו.

נראה, שאחת הסיבות להסתייגות מהכרה ב"מכירה רעיונית" לגבי קרקעות נעוצה בכך שהיא מחייבת את פקיד השומה, או את בית המשפט, לקבוע את שווי הקרקע במועד מסוים בעבר באופן שרירותי וללא הכלים המתאימים לעשות זאת. אם יש מקום להחיל את סעיף 100 לגבי ניירות ערך, הרי קיים לגביהם בדרך-כלל בסיס טוב יותר לקביעה כזו מאשר לגבי קרקעות.

18. מסקנות מעשיות

גנסה לצייר דמות של משקיע "שכיח" בתחום ניירות ערך. ניקח, למשל, אדם בעל אמצעים בינוניים, שכיר או עצמאי, שתחום עיסוקו העיקרי אינו קשור בניירות ערך, המחזיק ב"תיק" המורכב בממוצע מ-10 סוגים של ניירות ערך בשווי כולל של כמה אלפי או עשרות אלפי לירות. אותו אדם פועל באמצעות בנק ואת ההוראות הוא מוסר

103 ע"א 20/63 בן צבי נ' פקיד השומה ת"א 1, פ"ד יז 1963.

104 3 All. E. R. 493 [1955].

105 ע"א 221/65—217 כהן נ' פקיד השומה נרש דן, פ"ד כ (2) 421.

באמצעות יועץ לניירות ערך, העובר בבנק, ובדרך-כלל תוך התייעצות עמו ומתוך התחשבות בהנחיותיו, אם כי לעתים הוא נוקט יוזמה עצמית, תוך הסתמכות על שמועות ועל "טיפים" מהעיתונות. מפעם לפעם, בעת ביקורו בבנק, מקיים האיש שיחה עם היועץ לגבי מדיניות ההשקעות והרכב התיק. במשך הזמן רכש לעצמו בקיאות מסוימת בנושא וברור שהוא בקיא בטכניקה הפשוטה של מתן הוראות לעשיית העסקאות. האיש מבצע כמה עשרות פעולות של רכישה ומכירה במשך שנה ונעזר לעתים במשיכת יתר מהבנק. הוא נוהג לממש רווחים ולהחליף את ניירות הערך שבתיק לשם הגדלת הרווחיות, לרכוש ניירות ערך בכסף הפנוי שברשותו ולממש חלק מהתיק לצורך מימון פעולות, כגון החלפת דירה או מכונית או נסיעה לחו"ל.

תכונות אלה המאפיינות, פחות או יותר, רבים מן העוסקים בניירות ערך, מספיקות (במידה שהדברים ידועים לשלטונות המס) להפעלת מערכת המבחנים במלואה ונראה שרוב המבחנים צריכים, כשלעצמם ועל סמך הפסיקה הקיימת בקשר להפעלתם, להצביע על אופי מסחרי. השאלה היא, האם התמונה הכוללת אינה עשויה להוליך למסקנה שונה מאשר הסיכום המתימטי של תוצאות המבחנים הבודדים.

בעוד שעסקאות המקרקעין שנדונו בפסיקה הן בדרך כלל עסקאות רגילות ושכיחות, הרי בתחום ניירות הערך הגיעו לערכאות בעיקר מקרים פיקאנטיים, כתוצאה ממעילה של פקיד בנק והסדר של הנישום עם הבנק (דקל¹⁰⁶), כתוצאה מיוזמת הנישום הנובעת מדרישה להכרה בהפסדים (פרומין¹⁰⁷), או בקשר לעסקה הפרטיים של חברה ציבורית ששמה ותפקידה עשויים ליצור התרשמות של זיקה מיוחדת לסחר בניירות ערך (הבורסה לניירות ערך¹⁰⁸).

נראה שהסיבה העיקרית לכך היא שעסקאות בניירות ערך אינן מגיעות בדרך-כלל לידיעת שלטונות המס. עסקאות מקרקעין חייבות לעבור את מנגנון המס ומשאירות בדרך-כלל "עקבות" ברורים ומגובשים, וכאשר עסקה בודדת מביאה רווח גדול כדאי לפקיד השומה (המודרך במידה מסוימת על-ידי שיקולי היתר ויעילות הגבייה) לפעול למען הכללת רווח זה במסגרת ההכנסה השוטפת של הנישום. בתחום ניירות הערך מדובר במספר רב של עסקאות, בחלקן קטנות בהיקפן, שהחומר לגביהן אינו מגיע אוטומאטית לידיעתו של פקיד השומה. הגורמים המעורבים בפעילות זו (הנישום עצמו, הבנקים, חברות נאמנות המייצגות את הנישום וחברות שניירות ערך שלהן רשומים על שם הנישום), אינם ששים לבדב אינפורמאציה, ובמקרה ששלטונות מס הכנסה יתחילו להתעניין בנושא בהיקף רחב ובצורה יסודית, עשוי המסחר להצטמצם בהרבה ולהתרכז בניירות ערך למוכ"ז, שיועברו מיד ליד תמורת מזומנים, דבר שיהיה בו כדי לקומם את הבנקים מבלי שיהיה בכך כדי להבטיח עלייה משמעותית בגביית המס.

אם אכן ינסו שלטונות המס לראות בפעילות שכיחה בניירות ערך פעילות מסחרית החייבת במס הכנסה, הרי המקרים הרבים שיגיעו לערכאות כתוצאה מכך יביאו, ככל הנראה, להתאמת המבחנים הכלליים לתחום הספציפי של ניירות הערך. אם לא כן, עשוי להתהוות מצב שבו כל סטייה — שתהיה חסרת משמעות מעשית כשלעצמה —

106 עמ"ה (חיפה) 119/71 דקל נ' פקיד השומה חיפה, פד"א ח 32.

107 עמ"ה (ת"א) 868/68 פרומין ובניו בע"מ נ' פשמי"ג, פד"א ב 240.

108 עמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ח 169.

האבחנה בין "סוחר בניירות ערך" ובין "משקיע שאינו סוחר"

מתכונות המשקיע ה"שכיח" עשויה לקבוע את גורלו של המשקיע לשבט או לחסד (מבחינת החיוב במס) ושבט כל פעולה (או הימנעות מפעולה) של משקיע כזה עשויה להיות מכוננת לכך שתביא לתוצאה הרצויה לו מבחינת המבחן הרלבנטי, או לכך שלא תבוא לידיעתם של שלטונות המס.

לסיכום, ניתן לומר, שהשיטה של הפעלת מערכת המבחנים באמצעות הפסיקה נראית עדיפה על כל ניסיון להגדיר בחוק, או בתקנות, את המושגים "סוחר בניירות ערך" ו"עיסקה בעלת אופי מסחרי בניירות ערך". הגדרות קשוחות יביאו לפיתוח שיטות עקיפה, ואילו מערכת מבחנים גמישה, שלפיה ניתן לשים את הדגש במבחן זה או באחר בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה, נראית מתאימה ויעילה יותר.

אשר לגבי מידת התאמתו של כל אחד מהמבחנים הספציפיים שנסקרו לעיל לצורך סיווג עיסקות בניירות ערך, נראה שיש מקום לבטל, או להפחית במידה רבה, את משקלם של מבחן הבקאות ומבחן האירגון. לגבי עיסקות שיגרתיים בניירות ערך הנסחרים בבורסה, ייתכן שאין מקום להפעיל את מבחן מטרת הרכישה והמכירה. (מסקנה שאינה תופסת לגבי נישומים שהם חברות וכן לגבי מקרים של רכישת מניות לשם הבטחת שליטה).

מאידך, אפשר להעניק משקל רב יותר למבחן משך ההחזקה ולמבחן התדירות (כאשר יש לקחת בחשבון, בהסקת מסקנות ממספר הרכישות, שפיזור ההשקעות בסוגים שונים של ניירות ערך עשוי להעיד על מדיניות השקעות זהירה). ייתכן גם, שיש מקום להעניק הכרה פורמאלית למבחן ההיקף הכספי, אם במובן המוחלט בלבד, או גם יחסית להיקף פעילותו של הנישום בתחומים אחרים.