

חברים יקרים:

הריני מתכבד לשלוח אליכם חדשות, עדכונים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

ברשימה זו נסקור את מבחני העזר שגובשו בפסיקה, לצורך ההבחנה בין פעילות עסקית לבין פעילות הונית ובפרט נדגיש את מבחן הכוונה, שהולך ותופס מקום מרכזי בפסיקה שניתנה לאחרונה. במאמר מוסגר, יצוין, כי המבחנים שיפורטו להלן, משמשים גם להבחנה בין הכנסה עסקית (אקטיבית) לבין הכנסה פאסיבית (ריבית, דיבידנד וכיו"ב), אך על כך נרחיב במקום אחר.

מבחני העזר שגובשו בפסיקה (עניין מגיד)

פסק הדין המרכזי שדן בשנים האחרונות במבחנים אלו הינו פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **מגיד** (ע"א 9187/06 וראו למשל גם ע"א 9412/03). באותו עניין דובר בנישום אשר ניצל את תפקידו בחברת ההשקעות בכדי להפיק לעצמו רווחים אישיים בחשבונו הפרטי. הנישום היה רוכש לעצמו מניות של חברות באופן פרטי, יום לפני שחברת ההשקעות בה עבד קנתה כמויות גדולות של מניות אותן חברות. הקנייה המסיבית של מניות אלו גרמה לעליית ערכן של המניות וכך מסוגל היה הנישום למכור את המניות, שרכש באופן פרטי, לחברת ההשקעות בה עבד וברוח גבוה. לצד היבטים פליליים ומוסריים הנלווים למקרה זה, בית המשפט העליון בענייננו נדרש לשאלה, האם הרווח שהפיק הנישום הינו בגדר הכנסה עסקית או שמא הכנסה הונית.

כיצד לסחור מהבית בניירות ערך מבלי להיחשב

כבעל הכנסה עסקית והאם למבחן הכוונה יש מה

לומר על כך

רקע:

להבחנה בין פעילות עסקית לבין פעילות הונית קיימות השלכות רבות במישור מס הכנסה. כך בין היתר, חלים שיעורי מס שונים על ההכנסות המופקות מפעילויות אלו ברמת היחיד. בעוד שעל הכנסה הונית חב היחיד, ככלל, בשיעור מס של 20%-25%, הכנסה פירותית (עסקית) מקימה חבות מס הכנסה בשיעור מס שולי, עד מדרגה מקסימאלית של 45%. לכך יש להוסיף חבות בדמי ביטוח לאומי בשיעור של כ-12%. יצוין, כי פער זה מצטמצם, ככל שמדובר בהכנסה הונית המופקת ממכירת נכס שנרכש לפני שנת 2003. על נכס זה חל בעיקרון חישוב מס ליניארי. נפקות נוספת להבחנה בין פעילות עסקית לבין פעילות במישור ההוני קיימת בסוגית קיזוז ההפסדים. כך, הפסד שמקורו בפעילות עסקית ניתן לקיזוז, ככלל, כנגד כל מקור הכנסה לרבות רווח הון (סעיף 28(א) לפקודה). הפסד זה אף מועבר לשנים הבאות ויכול לקזז בשנים אלו הכנסה וריווח הון מעסק (סעיף 28(ב) לפקודה). לעומת זאת, הפסד הוני יכול להיות מקוזז אך ורק מהכנסה הונית, להוציא חריגים המאפשרים את קיזוזו כנגד הכנסות פאסיביות (סעיף 92 לפקודה).

השוטפת, אזי הנטייה תהא להתייחס לתקבולים אליהם כהכנסה עסקית, ולהיפך; (ז) **בקיאותו של הנישום** - מומחיות הנישום בתחום הפעילות תהווה אינדיקציה לסווג הכנסה שמקורה מאותה פעילות, כהכנסה עסקית. גם הסתייעות במומחים חיצוניים עלולה להספיק לסיווג הפעילות כפעילות עסקית. בעניין **מגיד** בית המשפט ראה לנכון לציין, כי הנישום "נחשב לבעל מקצוע מעולה" בתחום ניירות ונמשכת - מנגנון אשר מאפשר פעילות קבועה ונמשכת יעיד על פעילות עסקית. לנישום בעניין **מגיד** היה מחשב אישי ותוכנה אשר היו מחוברים לחברת ההשקעות ולבורסה לניירות ערך ובאמצעותם ביצע את רכישת המניות באופן פרטי; (ט) **השבחה, יזמות ושיווק** - פעולות הנעשות במטרה להשביח את ערכו של הנכס יכולות להוות אינדיקציה לפעילות עסקית. בית המשפט ציין, כי "הרצת המניות" בעניין **מגיד** הייתה על תקן "השבחה"; (י) **מבחן הנסיבות "מבחן העל"** - בעניין **מגיד** נקבע, כי כל אחד מן המבחנים שצוינו לעיל, אינו מספיק כשלעצמו כדי לקבוע את סיווג הפעילות. הקביעה אם פעילות כלכלית מהווה פעילות עסקית או שמא הונית, צריכה להיעשות בהתאם לנסיבות המיוחדות של העסקה הספציפית, וכדברי בית המשפט: "**בסופו של דבר, הקביעה האם פעולה כלכלית כלשהי מהווה פעולה עסקית או הונית נבחנת בכל מקרה ומקרה על פי נסיבות העניין ועל פי מכלול המרכיבים של הפעולה. מבחן זה הוא מבחן 'גג' שבמסגרתו נבחנת כל**

בית המשפט העליון ברשות כב' השופט **דנציגר** קבע, כי פעילותו של הנישום הגיעה לכדי עסק, כך שהכנסתו היא הכנסה עסקית. לשם ביסוס הכרעתו סקר ונעזר בית המשפט במבחני העזר הבאים: (א) **טיב הנכס או אופי הנכס** - מבחן זה מורה לבחון, האם הנכס נשוא העסקה, משמש ברגיל לצרכי מסחר או לצרכי השקעה לטווח ארוך. בנסיבות המקרה מצא בית המשפט, כי המניות בהן השקיע הנישום היו בעלות אופי ספקולטיבי; (ב) **תדירות העסקאות או הפעולות** - מבחן זה מונה את מספר הפעולות שנעשו באותו סוג נכס. מספר רב של פעולות באותו סוג נכס, יכול להעיד ככלל על פעילות עסקית. בית המשפט ציין בעניין **מגיד**, כי הנישום ביצע במהלך 233 ימי מסחר מספר סבבים של פעולות הרצה (קניה ומכירה לסירוגין) ב - 96 מניות; (ג) **היקפה הכספי של הפעילות** - היקף גדול של עסקאות מצביע ככלל על הכנסה עסקית. היקף העסקאות אותן ביצע הנישום בעניין **מגיד** הגיע למחזור קניות ומכירות בסכום של 44 מיליון ₪, אשר הניב לנישום רווח של כ- 1.9 מיליון ₪; (ד) **מבחן המימון** - מימון עסקה בהון עצמי מעיד ככלל על פעילות הונית. לעומת זאת, מימון זר לקניית נכס יעיד על אופייה העסקי של הפעילות; (ה) **תקופת ההחזקה** - ככל שתקופת החזקת הנכס קצרה יותר כך תגדל הנטייה לראות את ההכנסה מן העסקה כהכנסה עסקית, ואילו זמני החזקה ארוכים יעידו ככלל על טיב הכנסה הונית של העסקה; (ו) **ייעוד התמורה** - מבחן זה בוחן את ייעוד התקבולים. אם התקבולים מהעסקה שימשו למימון המשך הפעילות

"השקעה המלווה פעולות "מבפנים" ברגיל תוליד הוצאה או הפסד שבפירות. השקעה שהצפי הדומיננטי שלה הוא תשואה בשל גורמים חיצוניים, שסבלה מירידת ערכה בשל גורמים חיצוניים, כווקטור מוביל, שלוותה בהעדר פעולה "מבפנים" (כאינדיקציה לצפי), תסווג ברגיל כהפסד הוני.

על טיבה של הכוונה אם היא הונית או פירותית, ניתן ללמוד מתוך הנתונים הגלויים, האובייקטיביים - קיומו של מנגנון, תדירות הפעילות, מידת המעורבות, רמת הסיכון, כישורי המשקיע וכו', אולם, הכוונה עצמה מאירה את הנתונים האובייקטיביים - למשל, השקעה שנעשתה לטווח ארוך, ברמת סיכון נמוכה, מהוון עצמי, אולם בשל גורמים חיצוניים, כלכלית נכון היה לממש אותה בסמוך לאחר ההשקעה, לא תהפוך לפירותית בשל סמיכות הרכישה והמכירה. אולם אם יוכח כי ההשקעה נעשתה משום הכרות המשקיע את השוק וציפייתו כי גורמים חיצוניים יביאו לו תשואה מהירה, הרי שניתן לומר כי מלכתחילה הכוונה היתה לפעילות במשור הפירות, פעילות שיש לה אופי מסחרי אף אם היא אקראית."

לגופם של דברים ועל בסיס עקרונות אלו פסק כבוד השופט אלטוביה, כי ביחס להשקעה בחברה אחת (חברת כיוונים) מדובר על עסקת אקראי, לאור מעורבותה של המערערת בפעילותה. ביחס להשקעותיה האחרות, קבע כבוד השופט, כי יש לסווגן כפעילות הונית.

נסיבה רלוונטית שיש בה כדי לסייע בגיבוש ההבחנה בין הון לפירות. כוונת הדברים היא לנסיבות מיוחדות במינן הכרוכות בעסקה הנבדקת והמאפילות בחשיבותן על המבחנים האחרים. אף אם לכאורה על פי המבחנים האחרים התגבשה תוצאה מסוימת, יכול מבחן גג זה לשנות את התוצאה. במסגרת מבחן זה ניתן לבחון את כוונת הצדדים, נסיבות הרכישה, נסיבות המכירה וכיו"ב. ראיית התמונה הכוללת חשובה במיוחד במצב בו חלק מהמבחנים מכוונים לקיומו של עסק וחלק מעידים ההפך."

מבחן הכוונה (ע.ש טריידינג וקרלוס בגס)

לאחרונה, נראה, כי בית המשפט המחוזי ברשות כב' השופט מגן אלטוביה הוסיף למבחנים המסורתיים גם את מבחן הכוונה. פסק הדין הראשון שדן בסוגיה זו היה פסק הדין בעניין ע.ש. טריידינג (עמ"ה 1276/01).

בפסק דין זה נדרש בית המשפט להכריע, אם השקעת החברה הנישומה בחברות מגיעה כדי "עסק", או נותרת במסגרת חברת החזקות במישור ההוני. השאלה עלתה, בין היתר בהקשר ליכולתה של החברה לנכות הוצאות מימון ודמי ניהול כהוצאה שוטפת לצרכי מס.

לצורך הכרעה בסוגיה שהונחה בפניו סקר כבוד השופט אלטוביה את המבחנים המקובלים בפסיקה לבחינת קיומו של עסק לצרכי מס והתווה, כי יש לדידו לשלב לצידם את מבחן הכוונה. וכדבריו:

הונו, פירוטי או אישי (לא בר חבות במס). יש מקום לטעון כי מבחנים אלו נועדו לשם איתור הכוונה. משזו אותרה, תהא לה ביחד עם מבחן הנסיבות הכלליות, בבחינת שילוב שבין האובייקטיבי והסובייקטיבי, משקל עודף בסיווג העיסקה".

יישום מבחני העזר בעניין דרור ליאת

בפסק הדין בעניין דרור ליאת (ע"מ 870/08) היוצרות התהפכו. החברה הנישומה טענה, שפעילותיה בשוק ההון מבוצעות במישור העסקי ואילו פקיד השומה ראה בהן פעילות במישור ההוני ובמקביל סיווג את ההפסד שנגרם מפעילות זו כהפסד הוני. באותו עניין דובר על חברה משפחתית בבעלות מלאה של בת הזוג. בת הזוג גם מונתה להיות הדירקטורית בחברה ובעלת זכויות החתימה בחברה. בשנת 2006 החלה החברה לסחור בניירות ערך ומט"ח וביצעה בחשבון הבנק שלה באותה שנת מס כמאה פעולות של קנייה וכחמישים פעולות של מכירה. הפעילות נעשתה באמצעות בן הזוג במחשב הפרטי של בני הזוג, בביתם הפרטי, ומבלי שבן הזוג מילא תפקיד רשמי בחברה. ההיקף הכספי של העסקאות היה כ- 3.8 מליון ש. היקף דומה היה גם בתיק הפרטי של בני הזוג.

על בסיס עובדות אלו ונוספות אימץ השופט סוקול את גישתו של המשיב וקבע, כי הפעילויות בניירות הערך ובמט"ח היו כולן במישור ההוני. בהקשר לכך מצוין בית המשפט, כי "אורן (בן הזוג- מ.ע) לא היה

בפסק הדין בעניין קרלוס בגס (ע"מ 1166/04), אשר ניתן לפני מספר חודשים, דובר על מקרה בו מכרו החברה הנישומה וחברה אחרת מניות של חברה ציבורית, זמן קצר לאחר רכישתן של מניות אלו. החברות דיווחו, כי מכירת מניות החברה הציבורית הינה במישור ההוני ונועדה להכניס משקיע נוסף להשקעתן בחברה הציבורית.

פקיד השומה טען, כי מכירת המניות הייתה בגדר עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי ולא עסקה במישור ההוני, שהייתה פטורה ממס ריווח הון בעת מכירה של מניות חברה ציבורית, בהתאם להוראות הפקודה, דאז.

בהתבסס על מבחן הכוונה ומבחני הפסיקה שנסקרו בעניין מגיד, מאמץ בית המשפט את גישת החברה המערערת ומגיע למסקנה, כי הקושי ברגיל לעקוב אחר כוונותיו של הנישום, אינו קיים במקרה שלפניו, בשל הראיות הברורות שנפרשו לפניו. ראיות אלה מציגות תמונה חדה וברורה שכוונת הצדדים הייתה מלכתחילה לבצע עסקה במישור ההוני, קרי "רכישת שליטה בחברה לשם ניהולה ומכירת חלק נכבד ממניותיה לשם הכנסת שותף". לעניין מרכזיות מבחן הכוונה מחדד בית המשפט ומתווה, כי "בין אם נראה במסכת המבחנים כולם כמבחנים אובייקטיביים העומדים בפני עצמם או כמבחנים שנועדו, בכלים אובייקטיביים ככל האפשר, לשם איתורה של הכוונה, דומה שאם אותרה באופן מובהק כוונת הנישום, יקשה להתעלם ממנה לצורך סיווג העסקה... אמור מעתה, ברגיל מבחני הפסיקה יסייעו בסיווגה של עיסקה או ארוע כארוע

בבחינת הפן האובייקטיבי מלמד על הפן הסובייקטיבי.

במאמר מוסגר יצוין, כי מהלך זה מוכר מתחום המיסוי הבינלאומי (והמקומי), כאשר מקום תושבותו של היחיד לצרכי מס נקבע דרך כלל על פי מבחן מרכז החיים, הבנוי מהיבט אובייקטיבי ומהיבט סובייקטיבי (ראו למשל ע"א 477/02).

מבחן הכוונה מקבל גם משנה חשיבות במצבים בהם מבחני העזר נוטים לכיוונים מנוגדים ואינם מכריעים באופן ברור מהי מהות הפעילות הנבחנת ומהו אופי ההכנסה הנגזרת ממנה. עסקי או הוני.

על רקע זה, מעניין לראות, כי בעניין **דרור ליאת**, אשר היה בעל מאפיינים עסקיים, דוגמת כלל נפח פעילות גדול יחסית, פעולה באמצעות חברה, השכלה אקדמית מתאימה, והיקף פעולה דומה גם במישור האישי, נמנע בית המשפט מלבחון את כוונתם של הנישומים. נדמה, כי בית המשפט ייחס משמעות רבה למבחן הנסיבות האובייקטיבי ובפרט לעובדה שבן הזוג לא נשא בכל תפקיד בחברה הנישומה וכי מירב פעילות המסחר נעשתה מהבית הפרטי של בני הזוג. ייתכן, כי דווקא העברת פעילות המסחר אל תוך החברה והפרדתה מהפעילות הפרטית, מלמדות על כוונתם של הנישומים באותו עניין להפוך את פעילות המסחר בחברה לפעילות עסקית, במובחן מהפעילות ההונית במישור הפרטי.

מכל מקום, דומה, כי פסק הדין בעניין **דרור ליאת** מהווה מעין חרב פיפיות מבחינתה של רשות המסים. לאמור, מגישת בית המשפט עולה, כי פעילות בשוק ההון, המבוצעת על ידי אדם פרטי,

חלק מהנהלת החברה ולא שימש אפילו כעובד של החברה. כל שעשתה החברה היה להעמיד לרשותו של אורן את חשבונה לצורך הפעילות בשוק ניירות הערך ומטבע חוץ. החברה מעולם לא קיבלה החלטה על כניסה לתחום פעילות חדש זה. מימון הפעילות היה מנכסים אישיים של בני הזוג דרוו. שעות הפעילות לא תאמו את פעילות החברה. הפעילות כולה נעשתה מביתם של בני הזוג, בשעות הערב... התמונה הכוללת של כל אלו אינה מתיישבת עם הטענה כי הפעילות בניירות ערך ובמטבע חוץ היוותה חלק מפעילותה של החברה."

גם בחינה פרטנית של המבחנים לא שינתה את מסקנתו של בית המשפט. לעניין זה ציין בית המשפט, בין היתר, כי העובדה שבני הזוג "למדו כלכלה ועסקים אינה הופכת אותם לבקיאים בשוק ההון ולבעלי ידע ומיומנות כשל מי שהעיסוק בהשקעות פיננסיות הינו עיסוקו". יצוין, כי בית המשפט לא נדרש ולא נעזר במבחן הכוונה.

כללו של דבר

ראינו אם כך, כי בית המשפט העליון בעניין **מגיד** ומיצה לגבי מבחני העזר הדרושים להבחנה בין הכנסה עסקית לבין הכנסה הונית. בראשם של מבחנים אלו עומד מבחן הנסיבות. נוסף על מבחנים אלו מאמץ כב' השופט אלטוביה את "מבחן הכוונה", דהיינו, מה עמד בבסיס כוונתו של הנישום כאשר ביצע את הפעולה. לא תמיד ניתן לאתר כוונה זו, אך לשיטתו מבחני העזר יכולים לסייע באיתורה.

תיחשב, ככלל, כפעילות הונית, גם כאשר מדובר בפעילות בתדירות גבוהה ובהיקפים של מיליוני שקלים. מעבר לפעילות המסחר עצמה דרוש אלמנט נוסף כדי להפכה לפעילות עסקית, כמו למשל נסיבות פעילותו של הנישום בעניין **מגיד**. לפסק דין זה יכולות להיות גם השלכות לגבי סיווג פעילותו של יחיד בשוק ההון לצרכי מע"מ ובפרט לגבי סיווגו "כמוסד כספי".

לבסוף, מעניין לציין, כי, בעניין **עובדיה** (ת"פ 1947/08), שניתן לאחרונה, נקבע, כי כוחם של מבחני העזר יפה גם למשפט הפלילי. כך, מקום בו אדם גונב דרך קבע, ניתן לראות את השלל מן הגניבות כהכנסה עסקית, ולא כהכנסה חד פעמית או שלל מקרי, אשר אינם עולים לכדי פעילות עסקית.

אשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח)
מאורי עמפלי.

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר
המשרד www.ampeli-tax.co.il

אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתייעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.