

תוצאות המס של השוואת זכויות הצבעה במניות לנוכח חוק ניירות ערך (תיקון מס' 11) תשנ"א-1990

מבוא

בסעיף 9 לחוק ניירות ערך (תיקון מס' 11) תשנ"א-1990 (להלן-"התיקון בחוק"), נקבע כי חברות אשר הון המניות שלהן כולל שני סוגי מניות, המקנות זכויות הצבעה שונות, רשאיות להנפיק לציבור אך ורק מניות מהסוג העדיף¹.

הגיונו של התיקון בחוק נובע, ככל הנראה, מן הסברה כי שליטת השוק בהנהלת החברה מהווה גורם אפקטיבי בריסון הדירקטורים של החברה, והינו עדיף על פני מנגנוני הפיקוח האלטרנטיביים. מנגנון שליטת השוק מתבסס על ההנחה, שעם ירידת מחירי המניות, עקב ניהול כושל, יצפה המשקיע הפוטנציאלי לרווח מרכישת מניות החברה על בסיס מחירן הנמוך הנוכחי, החלפת ההנהלה ומימוש הרווח הצפוי מייעול תיפקודה של החברה ועליית ערך מניותיה בהתאמה.

כדי שיוכל "מנגנון שליטת השוק" לתפקד באפקטיביות, נדרש כי יהא הליך אשר במסגרתו ניתן יהא לרכוש מניות המייצגות שליטה בחברה, ללא צורך בהסכמתם של מנהלי החברה הקיימים. רק כאשר מחזיק הציבור בידי זכויות הצבעה, המאפשרות להשתלט על החברה על ידי רכישת מניות הציבור, יכול "מנגנון שליטת השוק" לשמש באופן אפקטיבי לפיקוח על מנהלי חברות. התיקון בחוק נועד, ככל הנראה, כדי לחולל שינוי מבני זה בשוק ההון הישראלי².

1. סעיף 9 לחוק ניירות ערך (תיקון מס' 11) תשנ"א-1990 קובע כדלקמן:-

"אחרי סעיף 46 לחוק העיקרי יבוא:

46. ב. (א) לא תרשום בורסה למסחר בה, מניות או ניירות ערך הניתנים להמרה או למימוש במניות, אלא אם כן ראתה כי הובטחו תנאים אלה:

(1) לעניין חברה שמניותיה נרשמות לראשונה למסחר בהון החברה, יהיה סוג מניות אחד בלבד, המקנה זכויות הצבעה שוות ביחס לערכן הנקוב...;

(2) לעניין חברה רשומה כמשמעותה בסעיף 46(א) - כל הנפקת מניות נוספת תיעשה במניות העדיפות ביותר בזכויות הצבעה...."

2. לעניין זה ראה דו"ח ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים, בראשות כב' השופט בייסקי (ירושלים, תשמ"ו) בעמ' 185, 328-330 ו-367. כמו כן ראה בג"ץ 522/81 אברמזון נ. הבורסה לניירות ערך בתל-אביב, פ"ר לח'1(2), וראה מאמרה המקיף של ד"ר אירית חביב-סגל; "זכויות הצבעה והפיקוח על מנהלי חברות ציבוריות", עיוני משפט טו', חוברת מס' 3, עמ' 509, בעיקר בעמ' 518-520.

מנגנון השוק מתבסס על מספר הנחות יסודי:
 א. שניהול בלתי יעיל עשוי לגרום ירידה במחירי מניות החברה.
 ב. שירידה במחירי המניות תהפוך את החברה למטרה נוחה לרכש.
 ג. שמנהלים אינם מעוניינים לאבד את משרותיהם ועל כן ינהלו את החברה ביעילות, כדי שהחברה לא תירכש ע"י גורם זר שיחליף את ההנהלה.

לנוכח הריכוזיות במבנה הבעלות של החברות הנסחרות בבורסה לניירות ערך בישראל, קשה להניח כי אכן יתחולל שינוי בשוק ההון וכי חברה המצויה בקשיים, עקב ניהול לקוי, תהא מושא להצעת רכש עוינת³². ואולם, המחוקק סבור היה, כנראה, כי שוויון בזכויות ההצבעה של המניות עשוי להביא, בנסיבות מסוימות, לאיבוד השליטה בחברות ע"י בעלי העניין בהן, וכי צעד זה נחוץ כדי ליצור תנאים בסיסיים להיווצרותו של "מנגנון שליטת שוק" בחברות שמניותיהן נסחרות בבורסה לניירות ערך בישראל.

משמעה של השוואת זכויות ההצבעה בחברה, מבחינת מייסדי החברה והשולטים בה עד כה באמצעות זכויות הצבעה עדיפות, הינה - למעשה - איבוד השליטה בחברות אלו. סביר להניח, כי בעלי מניות אלו יסכימו להליך שכזה רק במסגרת הליך שבו יישמר הערך הכלכלי של זכויותיהם בחברה. אשר על כן, חברות המבקשות לגייס הון בעקבות התיקון בחוק, נאלצות לפעול על פי המתכונת הבאה:-

- בעלי המניות העדיפות מסכימים לקיטון בזכויות ההצבעה (Voting) העודפות שהיו בידיהם. ואולם, במקביל, נשמרות זכויותיהם הכלכליות באמצעות הגדלת חלקם בהון החברה ("Equity"), בשווי כלכלי שהינו זהה לשווי הפחתת זכויות ההצבעה.

- תהליך זה מתבצע ע"י הקצאת מניות הטבה לבעלי המניות העדיפות, ולאחר מכן מתקבלות בחברה ההחלטות הדרושות כדי שכל המניות בחברה תהיינה בעלות זכויות הצבעה שוות. במסגרת ההסדר האמור, מאבדים, אמנם, בעלי המניות העדיפות (בד"כ קבוצת המייסדים) את "כבודתם" בחברה, ואולם זכויותיהם הכלכליות בחברה נשמרות. כדי שלא תשמענה טענות, לפיהן בעלי המניות העדיפות המבקשים לשמור על הערך הכלכלי של השקעתם בחברה - ולשם כך מקבלים מניות הטבה על בסיס דיפרנציאלי - "עושים" כביכול את המיעוט, הרי שמן הראוי כי פעולה שכזו תבוצע לאחר שעניין זה הובא לאישור בית המשפט המחוזי במסגרת הסדר מחדש בחברה, בהתאם לסעיף 233 לפקודת החברות (נוסח חדש).

ואכן, לצורך הדיון דלהלן, נצא מנקודת הנחה, לפיה שיעור הקצאת מניות הטבה לבעלי המניות העדיפות נקבע לפי הערכות כלכליות בלתי תלויות, שמקבלת החברה בדבר "שווי השליטה", כאשר זכויות ההון המוקנות להם הינן שוות ערך לשווי זכויות ההצבעה שנשללו מהם.

הסדר זה מקובל, ככל הנראה, על הבורסה לניירות ערך בת"א והינו מאפשר לחברות להנפיק מניות לציבור על אף הוראות התיקון לחוק, מבלי שבעלי המניות העדיפות ייפגעו במאומה מבחינה כלכלית. תוצאתו של ההליך האמור, הינה - תועלת לחברה, כאשר באמצעותו ייתאפשר לחברה להנפיק מניותיה לציבור בהתאם לתיקון בחוק. הקבוצה שהחזיקה במניות העדיפות לא הרוויחה מאומה מבחינה כלכלית, שכן

2א. ראה א. פרוקצ'יה, הפיקוח על חלוקת זכויות ההצבעה בחברות, משפטים יג' 357, 369-371.

המניות שיהיו בידיה בסוף התהליך תהיינה בעלות ערך כלכלי השקול לערך הכלכלי של המניות שהיו בידיה בתחילת התהליך.

מבחינה מעשית, מתבצע הרה ארגון בחברה במסגרת של שתי פעולות :-

האחת - הקצאת מניות הטבה מסוג המניות העדיפות למחזיקים במניות העדיפות; והשניה - השוואת הזכויות וביטול העדיפות של כל אותן מניות עדיפות. ואולם, על אף העובדה כי בפנינו פעולה המבוצעת בשני שלבים, כאשר מניות ההטבה הוקצו בשלב הראשון לקבוצה מסויימת (של בעלי המניות העדיפות), בעוד שקבוצה זו היתה קיימת, ורק לאחר מכן, בשלב השני, בוטל מעמדה של קבוצה זו - הרי ברור, כי המניות הוקצו ע"י החברה כפעולה שמטרתה לשמור על ערכן הכלכלי של סך המניות שבידי בעלי המניות העדיפות. לא זו בלבד, אלא שבנסיבות, שאותן הנחנו לצורך הדיון דלהלן, הקצאת מניות ההטבה לבעלי המניות העדיפות, צפתה לפני שלילת עדיפותן של מניות אלו וגם קדם לה חישוב מדוייק, אשר אמד את שוויין הכלכלי של זכויות ההצבעה שיישאלו ובהתאם לשווי זה נקבע שיעור מניות ההטבה שיוקצו. הקצאת מניות ההטבה במסגרת האמורה, מעידה, אם כן, בברור כי סוף מעשה במחשבה תחילה, וכי ההקצאה נועדה, באופן מובהק, לשמור על הערך הכלכלי של זכויות בעלי המניות העדיפות באופן מחושב ומדוייק.

הסדר זה מעורר, מבחינה מיסויית, את השאלות הבאות:-

השאלה הראשונה

האם קיטון בזכויות Voting של קבוצה מסויימת מהווה "מכירה" של "נכס" כמשמעם של ביטויים אלה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש)³ (להלן - "הפקודה") והאם בעלי המניות חייבים עקב כך במס רווחי הון?

השאלה השניה

לחילופין, האם הקצאת מניות ההטבה לבעלי המניות העדיפות אינה מהווה חלוקת דיבידנד מן החברה לקבוצה זו?
נתייחס לשאלות אלו - בסדרן.

פרק א' - מיסוי ההקצאה

יושם אל לב, השאלה הראשונה היא, האם שלילת זכויות ההצבעה מהווה יציאתו של "נכס" מרשותו של אדם, ואשר בגינה הינו חייב במס רווחי הון. השאלה אינה, האם מהווה ההקצאה משום מכירה של "נכס", החייבת במס רווחי הון.
הקצאת המניות, כשלעצמה, היא פעולה משפטית, הנעשית בין החברה לבין מקבלי ההקצאה. החברה מקנה למקבל ההקצאה "זכות ראויה" (CHOSE IN ACTION) כלפי החברה, ורוכש המניה מקבל "נכס". מנקודת מבטו של רוכש המניה, ומבחינת דיני המס, רכישת מניה נחשבת לרכישת "נכס הון" (מלבד במקרים בהם רכישת מניה תיראה כפעולה עסקית או כעיסקת אקראי בעלת אופי מסחרי). ואולם, לעניין זה אין הקבלה בין רוכש המניה לבין "מוכר" המניה - החברה. בעוד שהרוכש רוכש נכס הון,

3. פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), דיני מדינת ישראל מס' 6, תשכ"א עמ' 120.

אין החברה נחשבת כמוכרת נכס הון, והקצאת המניה אינה גוררת, לפיכך, חיוב במס רווחי הון.

כפי שעוד נראה להלן, בעת שננתח את משמעות המונח "מניה", מבחינת החברה - הקצאת המניה פירושה קבלת התחייבויות כלפי רוכש המניה, כנגד קבלת תמורה ממנו. הקצאת המניות מהווה, על כן, מעין קבלת התחייבות ולא ניתן לראות בה עיסקה החייבת במס רווחי הון, שכן אין לפנינו "מכירה" של "נכס" כמשמעו של ביטויים אלה בסעיף 88 לפקודה. משום כך, מקובל להניח, כי להקצאת מניות, בדרך כלל, אין כל השלכות מס לגבי החברה ולגבי מקבלי ההקצאה.

אם מתעוררת שאלה לגבי החיוב במס בעת הקצאה, הרי שהדבר מתייחס אך ורק אל שאר בעלי המניות בחברה. בשאלה זו דן ד"ר גדעון קריב במאמרו "הקצאת מניות כאירוע מס"⁴. ההתלבטות ביחס למיסוי הקצאה, בכל הנוגע לשאר בעלי המניות, נובעת מכך שההקצאה היא, אכן, פעולה משפטית בין החברה מצד אחד, לבין מקבלי ההקצאה מצד שני, ואילו שאר בעלי המניות אינם צד להקצאה האמורה, ואולם בעקבות ההקצאה חל שינוי בזכויותיהם של בעלי המניות הקיימים בחברה, ובעוד שלפני ההקצאה החזיקו הם, באמצעות כלל מניותיהם, במלוא הזכויות בחברה או כלפיה, הרי שלאחר ההקצאה מחזיקים מקבלי ההקצאה רק בחלק של זכויות אלו. העברת חלק מזכויות אלו לידי בעלי המניות החדשים מהווה, לכאורה, "מכירה" של "נכס", על ידי שאר בעלי המניות כמשמעו של ביטויים אלה בסעיף 88 לפקודה.

מאידך, יש לזכור כי ההקצאה, המביאה לירידת חלקו היחסי של המניות הקיימות בחברה, גם מביאה לגידול מקביל בנכסי החברה, כך שבעלי המניות הקיימים לא "התעשרו" ולא "מימשו" נכס. אך טענה זו הינה חרב פיפיות, שכן, ניתן לומר, כי הגידול בנכסי החברה מהווה תמורה בגין הקצאת המניות הנוספות, שהרי בכך חל גידול בשווי הזכות (EQUITY) של בעלי המניות הקיימים. לאמור, מכיוון שמבחינה מעשית, בעלי המניות הינם בעלי חלק יחסי ברכוש החברה, הרי שניתן, לכאורה, לטעון כי הקצאת המניות הביאה לכך שבמקום להחזיק אחוז גבוה מקבוצת נכסים מסוימת, הרי שמוחזק עתה אחוז נמוך יותר - מקבוצת נכסים גדולה יותר. בכך יש, לכאורה, משום ביצוע עיסקת "חליפין" של נכס בנכס, החייבת במס רווחי הון.

ואולם, גם ד"ר קריב, שהינו, למיטב ידיעתנו, היחיד המעלה התלבטות זו, מציין כ"ז-

"ידוע לי יפה, כי אין זה מקובל לדאות הקצאת מניות כאירוע המטיל חבות מס רווחי הון על בעלי המניות הקיימים. קרוב לוודאי, שהגישה המקובלת מקורה בכך שבעלי המניות הקיימים לא מימשו כל נכס ולא קיבלו כל תמורה".

עם זאת, אין ד"ר קריב מציין מדוע ניתן, אכן, לומר כי בעלי המניות לא מימשו כל נכס, על אף שהינם מחזיקים עתה אחוז נמוך יותר בנכסי החברה.

דומנו, כי ההסבר לכך שההקצאה אינה מלווה במס רווחי הון מצד שאר בעלי המניות, נעוץ בעובדה, שמבחינה משפטית, מניה אינה זכות לחלק יחסי מנכסי החברה, וממילא זכות זו לא הופחתה ע"י ההקצאה ולא הורחבה ע"י הוספת ההון שגויס לחברה

4. ד"ר גדעון קריב, "הקצאת מניות כאירוע מס", רואה החשבון, חוברות 308-305, בעמ' 359.

ע"י ההקצאה. משמעותה של האישיות המשפטית הנפרדת של חברה מתבטאת, בין השאר, בכך, שמרגע שבחר בעליו של עסק לנהלו בצורה של חברה, והעביר נכסים אל תוך החברה, אין הוא נחשב עוד לבעליהם של אותם נכסים. כך, למשל, הדגיש הדין האנגלי כי אין זכויותיהם של בעלי המניות בנכסי החברה משום זכויות קנייניות, אלא משום זכויות חוזיות גרידא, או, לכל היותר, זכויות מעין רכושיות⁵, ובישראל נקבעה הלכה זו בד"נ 39/80 ברדיגו נ. ד.ג.ב. 9 טכסטיל בע"מ⁶ (להלן - "הלכת ברדיגו").

מכיוון שבחברה אין בעל המניות יכול לדרוש בכל עת פירוק שיתוף ואין בידו לתבוע הוצאת חלקו בחברה מתוך נכסיה, אלא הוא מוגבל במימוש חלקו ע"י מכירת מניותיו, הרי שכל עוד מחזיק בעל המניות במניותיו אלו, אין לומר כי בעת ההקצאה מומש נכס בכך שהתווספו לו שותפים נוספים לנכסי החברה, שהרי נכסים אלה הם נכסי החברה ולא נכסיו⁷.

דומנו, כי מכיוון שבעלות במניה אינה מקנה בעלות בשיעור יחסי בנכסי החברה, אין הקצאת מניה נחשבת למכירת נכס הון ע"י החברה, אלא הינה מעין התחייבות של החברה לבעל המניה לקבל זכויות מסויימות בעת פירוק או בעת חלוקת דיבידנדים. הדיון בעניינינו לא יתייחס, על כן, להקצאת המניות וזו, כשלעצמה, הינה, ככל הנראה, פטורה ממס. ואולם, במקרה הנדון, יש שלב השונה מן ההקצאה של מניות נוספות, והוא השלב שבמסגרתו נשללות זכויות מסויימות שהיו כלולות במניה מסוג מסויים. פעולה זו של שלילת זכות - מהווה, למעשה, ניתוק נוסף שבין בעל המניה לבין נכסי החברה, והיא מהווה ניתוק מסויים בינו לבין המניה עצמה והזכויות שזו ביטאה קודם לכן. במישור זה יצאה, לכאורה, זכות מידיהם של בעלי המניות העדיפות ובוצעה "מכירה" של "נכס", ועל כן מתעורר ספק האם ההסדר האמור לא יהא כרוך בתשלום מס רווחי הון, על אף שלא הופק כל רווח ולא מומש שום נכס - מן הבחינה המהותית.

כמו כן, בניגוד להקצאת מניות למי שטרם היו חברים בחברה, ובניגוד להקצאת מניות לכל החברים בחברה, הרי שבמקרה הנדון הוקצו מניות הטבה לקבוצה אחת מסויימת, וזאת כדי למנוע את הפגיעה הצפויה להיגרם להם ע"י שלילת זכויות ההצבעה של המניות העדיפות בשלב הבא. הקצאה, בנסיבות אלו, מעוררת ספק, האם אין לראות בה משום חלוקת דיבידנד. דיבידנד הוא נכס שבעל מניות מקבל מן החברה מחמת היותו בעל מניות בה, ובמקרה הנדון, חלוקת מניות הטבה לבעלי מניות מסוג מסויים בלבד, מגדילה, לכאורה, את חלקם היחסי של בעלי מניות אלו

5. ראה לעניין זה:

L.C.B. Gower, "Principles of Modern Company Law", 4 th ed. (London 1979) 397;

R.B. Penington, "Company Law", 5 th ed. (London 1985) 68

6. ד"נ 39/80 ברדיגו נגד ד.ג.ב. 9 טכסטיל בע"מ, פד"י לה' (4) 197.

7. למהותה של המניה ראה גם:-

R. H Coase, "The Nature of the Firm", 4 Economica (1937) 386;

R. Clark, "Corporate Law" (Boston 1986) 9-15;

ולאחרונה, ד"ר ירידיה ד. שטרן, "עיצובן המודרני של הזכויות והחובות הנלוות למניה מהנמקה קניינית להנמקה עניינית", "מחקרי משפט" ט' 91, ובמיוחד בעמ' 107-100.

כהון החברה. נמצא, לכאורה, כי בעלי המניות העדיפות קיבלו נכס (מניות נוספות) בגין היותם בעלי מניות בחברה, ולכך, לכאורה, ייקרא דיבידנד. הנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון נעוצות, אם כן, בשני גורמים המייחדים אותן מכל הקצאה רגילה, ואשר מחמתם מתעוררות שאלות, האם אין כאן חיוב במס רווחי הון או, לחילופין, האם אין כאן חיוב במס בגין הקצאת דיבידנד?

הנסיבות המיוחדות המעוררות את השאלות האמורות הינן:-
א. נשללות זכויות מסויימות מבעלי המניות העדיפות, במסגרת שמירה על זכויותיהם היחסיות מבחינה כלכלית, בהתאם לשווי הנוכחי של החברה.

ב. ההקצאה הינה לבעלי מניות מסוג מסויים בלבד.

מהות הספק נעוצה בעובדה שאין כל מקום וכל הצדקה להשית על הנישום מס רווחי הון, שהרי מבחינה כלכלית, שווי זכויות ההצבעה שנשללו שקול לשווי זכויות ההון שנוספו, והנישום לא התעשר במאומה. ואולם, בסברה זו, כשלעצמה, לא די, לכאורה, שכן גם ביחס לחלוקת דיבידנד במזומנים, על בסיס יחסי לאחזקות בחברה, ניתן לומר כי הנישום לא התעשר, באשר כנגד המזומנים המוחלקים לו ע"י החברה ירד שווי מניותיו בחברה בשיעור מקביל, שהרי החברה נעשתה ענייה יותר בסכום הדיבידנד שיצא מקופתה.

דא עקא, ההסדר הנדון שונה מחלוקת דיבידנד. אף בהנחה כי בעת חלוקת הדיבידנד, אכן ירד, במקביל, באופן זהה, שווי המניות בחברה (עובדה שהינה בדרך כלל רחוקה מן המציאות), הרי שאדרבה, בטרם חלוקת הדיבידנד לא היו לבעל המניות זכויות בנכסים שחולקו, ועתה קיבל בעל המניות זכויות בנכסים אלה שהיו עד כה נכסי החברה, ועל כך מוטל מס רווחי הון. לעומת זאת, במסגרת ההסדר הנדון, אין הנישום מקבל זכויות כלשהן מעבר למה שהיה לו בנכסי החברה, וכל שינוי הזכויות נוגע לזכויותיו ביחס לחברה, ללא שהנישום יממש זכות כלשהי בנכסי החברה. אירוע זה משול, אם כן, להקצאת מניות, אשר גם בה אין הנישום משנה במאומה את זכויותיו באופן ישיר בנכסי החברה, ובכל הנוגע להקצאת מניות - הדעה הרווחת הינה, כאמור, כי אין לראות במקרה שכזה משום אירוע מס.

לנוכח האמור, הדעת נותנת כי לא יוטל מס בגין ההסדר הנדון. מס רווחי הון מוטל בגין מימוש ומכירת מכלול הזכויות ביחס לחברה (מימוש ומכירת המניות), או בגין קבלת זכויות בנכסים שעד כה החזיקה בהם החברה. ואילו במקרה הנדון, רק שונו הזכויות ביחס לחברה ובאופן שלא היתה התעשרות כלשהי וכן לא מומש מאומה מנכסי החברה. ואולם, האם יש אפשרות לעגן סברה זו בלשון הפקודה?

פרק ב' - האם בוצעה "מכירה" של "נכס"

ב(1) לשון הפקודה

הניסיון לעגן את המסקנות המתבקשות גם בלשון הפקודה, מעורר קשיים ודורש ניתוח מדוקדק:-

בסעיף 89 לפקודה נקבע:-

"(א) דין תמורה כדין הכנסה לפי סעיף 2, ודין רווח הון כדין הכנסה חייבת...".

סעיף זה נועד להסדיר את מערכת היחסים בין ההוראות החלות על מס הכנסה לבין ההוראות החלות על מס רווחי הון, ובו נקבעה, למעשה, החבות במס על רווחי הון.

"ריווח הון" מוגדר בסעיף 88 לפקודה כ"סכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי".

"תמורה" מוגדרת בסעיף זה כ"מחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס ע"י מוכר מרצון לקונה מרצון כשהנכס נקי מכל שעבוד...".

לאמור, כדי שנישום יתחייב במס רווחי הון בגין "התמורה" שקיבל ממימוש של נכס הון, חייבת להתקיים פעולת "מכירה" של "נכס". השאלה הנשאלת, על כן, בבואנו לשקול את לשון הפקודה הינה, האם במקרה הנדון, כאשר נשללו זכויות ההצבעה העדיפות אירעה "מכירה" של "נכס"?

"נכס" מוגדר בסעיף 88 לפקודה בהגדרה רחבה מארץ מידה:-

"נכס - כל רכוש, בין מקרקעין ובין מטלטליו, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות,"

"מכירה" מוגדרת אף היא בסעיף 88 לפקודה בצורה גורפת ורחבה:-

"לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, הענקה, מתנה, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט הורשה..."

מהגדרת המונח "מכירה" עולה, כי מס רווחי הון יוטל בגין מגוון של פעולות אשר כתוצאה מהן יצא "נכס" מרשותו של אדם, ובכלל זה נכללות גם פעולות חד-צדדיות אשר אין תמורה בצידן, כגון "ויתור" או "הענקה". לא זו אף זו, המחוקק פרש רשתו באופן רחב וכלל בגדר "מכירה" גם "כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותיהם יצא נכס". הפסיקה פרשה מונח זה ככולל גם פעולה לא רצונית, שבמסגרתה נשלל הנכס מן האדם בעל כורחו ובתמורה הינו זוכה לפיצוי מסויים. כך נקבע בע"א 130/81 פ"ה נ' אשכנזי⁸, כי הפקעה ע"י רשות ציבורית מהווה מימוש של נכס והינה חייבת במס רווחי הון בהיותה "מכירה". לנוכח האמור, סובר ד"ר נמדר בפרשנותו לפקודת מס הכנסה, כי בכלל המונח "מכירה" נכלל אף מקרה של אבידה או שריפה.⁹

נמצאת למד, כי כלה ונחרצה היא מעם המחוקק לראות בכל פעולה שבמסגרתה יוצא "נכס" מרשותו של אדם, משום "מכירה". בהקשר זה, רצונו של אותו אדם ומניעיו אינם עניין לענות בו והפעולה תחייב במס רווחי הון בגין ההפרש שבין שווי הנכס בעת שיצא מרשותו של אותו אדם, לבין "יתרת המחיר המקורי" של הנכס.

בנסיבות הנדונות, נשללות הזכויות העדיפות שהיו למניות מסוימות. פעולה זו מהווה, לכאורה, יציאתה של "זכות" מסוימת שהיתה נלווית למניות העדיפות, מרשות המחזיקים באותן המניות. נמצא, כי אם אך יוגדרו זכויות אלו כ"נכס", הרי שבפנינו "מכירה" של "נכס". מבחינה פורמלית, נחרץ, לכאורה, דינו של מקרה זה להתחייב

8. ע"א 130/81 פ"ה נ. אשכנזי, פד"א יב' 229.

9. ד"ר א. נמדר, פקודת מס הכנסה - ספר החוקים המכואר - 1990, הוצאת חושן למשפט, בעמ' 369.

במס רווחי הון, שכן בהגדרות הרחבות, הכלולות בסעיף 88, נכלל ממילא גם המקרה הנדון, ובהתאם להגדרות סעיף 88 לפקודה, יהיו המניעים לביצוע ההסדר האמור נאצלים ככל שיהיו – יש לראות בכך משום מימוש "נכס" החייב במס רווחי הון. ואולם, כפי שציינו לעיל, הדעת אינה סובלת מסקנה פורמלית זו, שהרי למעשה נשארו המניות בידי בעליהן ולא יצאו מידם, וכן לא מומש שום נכס מנכסי החברה ואף תועלת כלכלית לא צמחה להם מן ההליך האמור. פרשנות סעיף 88 לפקודה, בהתאם למטרות הסעיף, מחייבת כי לא יוטל מס מקום שבפועל לא מומש שום דבר ולא הוקנתה לבעל המניות כל זכות נוספת בנכסי החברה. במקרה זה נמצאים אנו, לכאורה, בקונפליקט ברור בין לשונו הרחבה והארוכה של הסעיף לבין הגיונו ומטרותיו. לנוכח עובדה זו, מן הראוי כי נתור אחר "פתח" לשוני ומהותי אשר יהווה נקודת אחיזה ועיגון לאלטרנטיבה פרשנית, שבמסגרתה לא יהא הכרח להגיע לתוצאה קשה, כאמור.

המקום לספק מבחינה לשונית, והמותיר מקום לדיון בשאלה מבחינה פורמלית, הינו, האם מהווה זכות הצבעה "נכס" בפני עצמו, או שמא אין אפשרות להגדיר זכות זו בפני עצמה כ"נכס" והיא מהווה "נכס" אך ורק כחלק ממכלול הזכויות שאותו משקפת המניה. לפי הפרופוזיציה השנייה, ניתן יהא לבחון את העובדות מן הבחינה המהותית ולגרוס, כי כל עוד לא התקבלה זכות נוספת בנכסי החברה וכל עוד שלא נמכרו מיכלול הזכויות ביחס לחברה – קרי לא נמכרה המניה, הרי שלא בוצעה מכירה של "נכס", שום דבר לא מומש, ולא יוטל מס רווחי הון.

ב(2) דעתו של פרופ' יורן

פרופ' יורן, במאמרו, "תוצאות המס של השוואת זכויות הצבעה במניות",¹⁰ סבור כי:

"אין לראות כ"נכס" נפרד כל אחד מצרור הזכויות המהווה מניה, אלא המניה, דהיינו, ה"כ" הזכויות הוא ה"נכס". המניות העדיפות בחברה הן, ללא ספק, "נכס", בהיותן "זכות ראויה" בחברה. ברם, בעלי המניות העדיפות אינם מוכרים את מניותיהם, אינם מוותרים עליהן, אינם מחליפים אותן בנכס אחר, והן אף אינן יוצאות מרשותם, אלא משתנה הרכב הזכויות שהן מעניקות, גם לאחר השוואת זכויות ההצבעה ממשיכים בעלי המניות העדיפות להחזיק באותן מניות. אין גראית בעיני גישה לפיה כל אחת מזכויות המניות מהווה נכס נפרד וכי לפיכך התרחש "חליפין" של equity תמורת voting."

(הדגשת הח"מ)

לעניין זה, מצטט פרופ' יורן את פסה"ד הנזכר בענין ברדיגו נ. ד.ג.ב. סקסטיל בע"מ, לפיו "מניה היא, בעיקרה, ביטוי למכלול זכויות וחובות אשר תחומיהן מותווים בהסדרים התזויים המיוחדים בין החברה לבעלי מניותיה ובין בעלי מניותיה בינם לבין עצמם...", ומכיוון שכך, מסיק פרופ' יורן כי "הנכס" הינו תעודת המניה ואגד הזכויות שהינה מבטאת, ואין כל זכות וזכות עומדת בפני עצמה.

10. פרופ' א. יורן, "תוצאות המס של השוואת זכויות הצבעה במניות", "מיסים" (דו ירחון לענייני מיסים, בהוצאת רונן) כרך ד', חוברת מס' 5, (אוקטובר 1990), בעמ' א"20.

תמהנו לדעת, האם היה נוקט פרופ' ירון בדעה זו גם אילו הזכות שנשללה לא היתה זכות הצבעה אלא זכות לדיבידנדים. מכל מקום, אלטרנטיבה פרשנית זו מתחייבת, לדעת פרופ' ירון, לנוכח מטרתו של סעיף 88 לפקודה, אשר הינה להטיל מס בגין מימוש של נכס, ואילו במקרה הנדון:-

"ממשיכים בעלי המניות העדיפות להחזיק במניות, והם אינם מקבלים נכס אחר, אלא ברשותם אותו נכס, המקנה הרכב זכויות שונה עם ערך זהה."

(ההדגשה הוספה)

בטיעון זה משתרבת, למעשה, גם הטענה כי אין מימוש של נכס; לא רק מכיוון שזכות בודדת - בניגוד למניה המהווה מכלול של זכויות - אינה מהווה "נכס", אלא מכיוון שלא בוצעה "מכירה", שהרי בעלי המניות העדיפות "אינם מקבלים נכס אחר". במסגרת ההסדר האמור, אין המדובר בהחלטה אשר במסגרתה יומרו זכויות ההצבעה של אותן מניות בזכויות הון של אותן מניות, אלא מדובר בשלילת זכויות מן המניות העדיפות ומתן תמורה תחתן באמצעות הקצאת מניות נוספות. אך, לדעת פרופ' ירון, אין זה נכס אחר, שכן המניות הנוספות משקפות זכויות בחברה, ובסה"כ לא אירע שינוי, מבחינה כלכלית, בזכויות בעלי המניות העדיפות ביחס לחברה.

ואולם, יש לתמוה על ההנמקה המצויינת ע"י פרופ' ירון, לפיה אין כאן "מכירה" מצד בעלי המניות העדיפות, אשר מחמתה יוטל עליהן חיוב במס, שכן הפעולות בוצעו ע"י החברה ולא ע"י בעלי המניות. כפי שצינינו לעיל, הפסיקה קבעה כי בכלל "מכירה" כלולה גם פעולה לא רצונית וכפויה, כגון: הפקעה. מכאן, כי העובדה שהוצאת "הנכס" לא נעשת ע"י בעליו אינה רלבנטית להגדרת הפעולה כ"מכירה" החייבת במס רווחי הון.

פרופ' ירון משווה את המיקרה הנדון להקצאת מניות רגילה, ולדבריו:-

"לא נראה לי כי פרשנות כזו (לפיה החליפו בעלי המניות העדיפות Voting ב־Equity וכי כל זכות בפני עצמה מוגדרת "כנכס" - הערת הח"מ) של הוראות הסעיף, מעוגנת בחוק והיא אף אינה מקובלת בפרקטיקה. כך, למשל, אין ממסים בעל מניות קיים בעת צירוף בעל מניות חדש, ע"י הקצאת מניות בפירמה."

ואכן, כפי שצינינו לעיל, הקצאת מניות אינה מהווה עילה למיסוי שאר בעלי המניות, שכן אין לבעל מניות זכות ישירה בנכסי החברה, ומכאן שהוספת בעל מניות נוסף אינה גורעת מזכויותיו בנכסים אלה (אם כי גם ע"י ההקצאה נגרע מזכויותיו העתידיות בנכסי החברה במקרה של פירוק, שהרי נוספו לו שותפים חדשים בחברה). ואולם, בהקשר זה הבהרנו לעיל, כי הנדון אינו הקצאת המניות הנוספות, אלא שלילת הזכות האמורה והיא המהווה, לכאורה, מבירתו של "נכס".

השאלה הנשאלת, על כן, אינה האם בוצעה כאן "מכירה", אלא השאלה הינה, רק, האם היציאה של זכות אחת מתוך כלל הזכויות המהווה "מניה", מהווה מכירה של "נכס"? ביחס לשאלה זו, דעתו של פרופ' ירון, לאור הילכת ברדיגו, הינה, כאמור, כי כאשר אדם ממשיך לאחוז במניה, אף שהינו מפסיק לאחוז בזכות מזכויותיה, אין הוא מוכר "נכס", שכן "נכס" הינו מיכלול הזכויות המוגדר כמניה ולא כל זכות וזכות בפני עצמה. נדון בטענה זו ונגתחה בהרחבה, לאור הגדרתו של המונח "נכס" בסעיף 88 לפקודה, כאשר נקודת המוצא שלנו הינה כי, אכן, לא מן הדין למסות כאשר לא התקבלה זכות בנכסי החברה, וכאשר לא נמכרה המניה המהווה אגד זכויות

ביחס לחברה. מכיוון שלא מומש דבר, סבורים אנו, כאמור, כי מקרה זה משול להקצאה ואין למסותו.

במבט ראשון מעוררת טענתו של פרופ' ירון תמיהה, שכן מאיזו סיבה יש להתייחס אל המניה כמכלול ואין אפשרות לבדוד כל זכות וזכות הכלולה באותו "אגד זכויות" המהווה מניה? ואולם, דומנו כי עיון מדוקדק בהגדרת המונח "נכס", בסעיף 88 לפקודה, יביא לידי מסקנה זהה.

ב(3) פסק הדין בעניין ברדיגו

בפסק הדין הנזכר, בעניין ברדיגו, נדונה השאלה, האם ניתן לפי דיני החברות ליצור מניות המוגבלות למשך חייו של פלוני, ובהקשר זה נדון טיבה המשפטי של מניה. מחד, הובאה דעתו של פרופ' Gower, לפיה יש למניה אופי חווי ומעין קנייני כאחד, ומאידך, הובאה דעתו של Pennington, המפנה, בעיקר, אל סממניה החוזיים של המניה.

כב' השופט שמגר (כתוארו אז) הסיק, כי "אכן קשה לצמצם ולקבוע כי יחסיהם של בעלי המניות עם החברה הם חוזיים גרידא. קיימת זיקה הדוקה יותר בין בעלי המניות לחברה, אם כי ברור, כי לנוכח החיץ המשפטי שבין החברה לבין חבריה, והאישיות המשפטית הנפרדת של החברה במובחן מחבריה, אין להגדיר אותה זיקה כקניינית."¹¹

בדומה לכך, הסיק כב' השופט ברק כי: "הזכויות הכלולות באגד המהווה את היחידה המשפטית המכונה מניה, אינן זכויות סטטוס ואף אינן זכויות קנייניות. אין בעל המניה "בעל" בחברה ואין לבעל המניה בעלות בנכסי החברה. זכויות המהוות את המניה, הן זכויות רכושיות - אישיות."¹²

בהקשר זה, אכן התייחסה הלכת ברדיגו אל המניה כאל אגד של זכויות ונדונה מהותן של זכויות אלו מבחינה קניינית. ואולם, אין בפסק הדין כל התייחסות לשאלה, האם גם זכות אחת מכלל הזכויות הכלולות באגד המכונה מניה הינה עומדת בפני עצמה, ולא כל שכן שאין בפסק הדין כל התייחסות לשאלה, האם הינה נחשבת ל"זכות ראויה". פסק הדין התייחס, אמנם, למניה כמכלול והגדירה כאגד של זכויות ואולם, פסק הדין לא התייחס כלל ועיקר אל כל אותן זכויות הכלולות במניה ולא בחן את טיבן ומהותן.

לא זו אף זו, המונח "זכות ראויה" מוזכר בפסק הדין ברדיגו אך ורק כחלק מציטוט דבריו של פרופ' Gower בספרו: "Principles of Modern Company Law". בקטע זה מתחבט פרופ' גאואר בשאלה, האם מניה הינה זכות קניינית או זכות חוזית, ובהקשר זה הינו מציין רק כי הגדרת המניה כ"זכות ראויה" אינה מקדמת במאומה לצורך הכרעה בשאלה זו. הא ותו לאו.¹³

11. הע"ש 6 לעיל, בעמ' 208 מול האות ג' שם.

12. שם בעמ' 218 מול האות ז' שם.

13. L.C.B. Gower, "Principles of modern Company Law", (London, 4th ed. 1979) p. 398-399:-

"This however, is not helpful, for 'chose in action' is a notoriously vague term used to describe a mass of interests which have little or nothing in common except that they confer no right to possession of a physical thing, and which range from purely personal rights under a contract to patents, copyrights and trade marks."

אשר על כן, ראינו לנכון לאשש את דעתו של פרופ' יורן גם לנוכח הארגומנטציה והאסמכתאות דלהלן.

ב(4) "זכות ראויה" מהי?

בהגדרת "נכס", בסעיף 88 לפקודה, כלולה, כאמור, גם "זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות". מניה מהווה, ככל הנראה, "זכות ראויה" ועל כן הינה נכללת בהגדרת המונח "נכס". כדי ללמוד האם בגדר המונח "נכס" נכללת גם זכות בודדת מתוך מכלול הזכויות המהווה מניה, עלינו לרדת לשורשו של אותו מונח המכונה "זכות ראויה".

המונח "זכות ראויה" נדון לראשונה בהרחבה בע"א 89/51 מיטובה בע"מ נ' ז'ק קום,¹⁴ (להלן – "הילכת מיטובה"). כב' השופט זילברג ציין שם, כי המונחים "מוחזק" ו"ראוי" אינם שגורים בפי סתם בני אדם אלא הם מונחים משפטיים אשר המחוקק שאל אותם, כנראה, ממקורות המשפט העברי ונתן באמצעותם לבוש ישראלי מובהק לתוכנם המשפטי של המונחים המקובלים במשפט האנגלי:-

- 1) choses (things) in Possession
- 2) choses (things) in Action

להבהרת משמעם של מונחים אלה, מצויינים ע"י כב' השופט זילברג דבריו של פרופ' וויליאמס בספרו על נכסי מטלטלין, הוצאה שמינית, אשר הובאו בפסה"ד בעניין Allgemeine Versicherungs Gesellschaft Helveita v. Administrator of German Property.¹⁵

וכך הוגדרו שם מונחים אלה:-

"Choses in Possession" הם מטלטלין, אשר בעליהם מחזיקים ומשתמשים בהם, ושאפשר למסרם לאחר במתנה או מכר.

"המונח **Choses in Action**", נראה כי ישתמשו בו ביחס לדברים אשר השגתם או מימושם – אם נמנעו שלא כדין – מצריכים הגשת תביעה. דברים אשר בהם אין לו, לאותו אדם, חזקה או שימוש בפועל ממש, אלא רק זכות נתונה לביצוע בדרך של תביעה."

לאמור, "זכות ראויה" הינה זכות המתבטאת בכך שבטופו של הליך יקבל אדם חזקה או שימוש בפועל בנכס מסויים, ואולם, בשלב זה, לא ניתנת הזכות לביצוע. ממשיותה של הזכות, אשר בשלב הנוכחי הינה, כאמור, תאורטית וטרם הבשילה, נובעת מכך שאם נמנעה הזכות שלא כדין, אזי יש לבעליה זכות תביעה. הזכות היום הינה ראויה – דהיינו, ראויה להבשיל. ואולם, אף בשלב זה קיימת האפשרות לראות בה כזכות, מכיוון שיש למחזיק בה זכות תביעה לכל ישרל מימוש הזכות ממנו, בבוא העת.

14. ע"א 89/51 מיטובה בע"מ נ. ז'ק קום, פד"י ו' (1), 4.

Allgemeine Versicherungs Gesellschaft Helveita v. Administrator of German Property (1931) 1. K.B.D. 704.

15.

כב' השופט זילברג מדגים ומבהיר הגדרה זו, באמצעות פסיקה המתייחסת למניה כזכות ראויה, ברין האנגלי ובמשפט העברי. לשם כך, מציין כב' השופט זילברג את פסק דינו של כב' השופט פריי (דעת המיעוט) בעניין Colonial Bank v. Fredrick Whinney¹⁶, אשר אושר ע"י בית הלורדים¹⁷. השאלה שנדונה שם, בשתי הדרגות, היתה: אם מניות בחברה הן chose in action או "chose in possession", ונקבע כי, אכן, יש לראות בהן משום "זכות ראויה" בלבד.

כב' השופט פריי הגיע למסקנתו זו לנוכח הארגומנטציה הבאה:-

"מניה היא לדעתי: הזכות לקבל טובת הנאה מסויימת מן האיגוד, ולעשות פעולות מסויימות, כחבר באותו איגוד. ואם אותה טובת הנאה מנעת, או הפעולות מופרעות, תרופתו היחידה של בעל המניה היא: הגשת תביעה. מניה כזו נראית לי קרובה יותר לחוב, שהוא אחד ה-Chose in action הידועים ביותר. אין צורך בתביעה כדי להשיג את הזכות לכסף במקרה החוב, או את הזכות לדיבידנדים.. במקרה מניה.

ברם, התביעה היא האמצעי היחיד להשגת הכסף גופו, או להשגה בעין של טובת הנאה האחרת, והזכות לכך נקרית במקרה האחד: חוב, ובמקרה השני: מניה. הן במקרה חוב והן במקרה מניה, מה שיש לבעלים הוא, בלשונו של בלקסטון, "זכות ערטילאית ללא חזקה וללא שימוש".

לאמור, מניה הינה "זכות ראויה", שכן תעודת המניה אינה אלא מעין עדות לקיום חוב. לנוכח האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, אין לבעל המניה זכות ישירה בנכסי החברה וזכותו בנכסים אלו תקום לו רק בעת פירוק, או בעת חלוקת דיבידנד. משום כך, אין תעודת המניה משקפת זכות קיימת בהווה, אלא הינה בגדר זכות ערטילאית לקבל נכסים בעתיד. ואולם, בכל זאת ניתן לומר, כי בידי בעל המניה מצויה הזכות כבר כעת, שכן אם תישלל הימנו שלא כדין זכותו האמורה לקבל נכסים בעתיד, הרי שבידו לתבוע אכיפתה של אותה זכות עתידית - בערכאות¹⁸.

Colonial Bank v. Fredrick whinney (1885) 30 ch. D. 261, 285, 286-287.16

Colonial Bank v. Fredrick whinney (1886) 11 A.C. 426.17

18. בהקשר זה יצוין כי ב"קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה" (החבק) בע"מ ה'1/ מגדירים שלטונות המס "זכות ראויה" כ:-

"זכות לנכסים שאדם מצפה להם אך שטרם הגיעו לרשותו, ובכדי לממשה נזקק הוא לשיחוף פעולה מצד הזולת או מצד בית המשפט כמו זכות לאופציה..."

(הדגשת הח"מ)

ואולם, מעיון מדוקדק בארגומנטציה המצוינת ע"י כב' השופט זילברג בהלכת מיטובה, עולה כי אין המדובר רק "בצורך בשיחוף פעולה", אשר מחמתו טרם הוצאה הזכות לפועל, אלא המדובר הינו בחוב שטרם נגבה וטרם הגיע מועד פרעונו וזכות התביעה בערכאות, הקיימת אף עתה, היא העוגן של זכות זו במציאות העכשווית, אשר מחמתה ניתן בכלל להגדיר זכות ערטילאית ועתידית זו כבר כעת כזכות ("זכות ראויה"). משום כך, לא רק "אופציה" הינה "זכות ראויה", אלא בראש ובראשונה - חוב ופניה מהווים "זכות ראויה", ואלמלא זכות התביעה בערכאות, הנלווית לזכויות אלו, לא היה ניתן להגדירם כלל כ"זכות", כל עוד לא הגיע מועד מימושם.

כדי לעמוד, באופן מלא, על טיבה של ארגומנטציה זו, תצוין גם ההשוואה שעורך כב' השופט זילברג בין פסק דינו של השופט פריי בפס"ד Colonial Bank, לבין מה שנפסק במשפט העברי בתשובתו של הרב י. לנדאו (פראג, המאה ה-18), בספרו "הנדוע ביהודה", בהתייחס ל"הגדרת מגיות כזכות שבראוי, או כזכות שבמוחזק.

באותה תשובה נדונו זכויותיו של בכור הבנים בניירות ערך שהוריש האב, ונפסק:-

"והנה, מה שנסתפק (הרב השואל) בקאמר אובליגאטציהאן (נייר ערך ממשלתי ידוע באותה עת) אי מיקרי ראוי או מוחזק ... לא ידעתי מקום ספק, ובודאי ראוי מיקרי, וכי יש לחלק בין חוב לחוב? .. כיוון שמחוסר גוביינא מקרי ראוי..."¹⁹

(הדגשת כב' השופט זילברג)

ארגומנטציה זו, הוזה לוו שניתנה ע"י כב' השופט פריי, מבוארת ע"י כב' השופט זילברג כדלקמן:-

"גם הוא (הנדוע ביהודה) שואל מה נשתנה חוב זה מחוב אחר, וגם הוא מדגיש את הרעיון המכריע, כי מכיוון שחוב זה הינו "מחוסר גוביינא", כלומר בעל האובליגציה (כמו בעל המניה שם), עדיין לא קיבל בפועל ממש את כספו, ולכן היא, האובליגציה גופה, נחשבת "כראוי" ולא כ"מוחזק"..."

לאמור, המניה מוגדרת, כחוב שטרם הגיע מועד פרעונו, מכיוון שהזכות לגבות ולממש זכויות בנכסי החברה, המעוגנת בזכות תביעה בערכאות, עדיין לא מומשה ואין עדיין אפשרות לממש, ועל כן מוגדרת המניה כ"זכות ראויה" בלבד. מכל מקום, נמצאת למד כי כדי שהזכות תוגדר "כנכס", עליה להקנות זכות רכושית - בעתיד, שאם לא כן, אין זו זכות - "הנעדרת גוביינא". משמעות המונח "גוביינא" מלמדת כי על הזכות להיות ניתנת לגבייה, דהיינו, לכאורה - זכות רכושית. ואכן, הגיונם של דברים מחייב כי יוטל מס רק בגין מימוש זכות רכושית (כגון מכירת המניה כולה, או מימוש נכסי החברה) שאם לא כך לא תוגדר הזכות "כנכס" שמומש. מעתה, ולנוכח הארגומנטציה של כב' השופט זילברג באשר למהותה של "הזכות הראויה" והגדרתה של מניה כ"זכות ראויה", כאמור, השאלה הנשאלת היא, האם ניתן להגדיר אף את זכויות ההצבעה כשלעצמן כ"זכות ראויה", או שמא ניתן להגדיר אך ורק את מכלול הזכויות הכלולות בתעודת המניה כ"זכות ראויה", ושליטת זכויות ההצבעה לא נחשבת למימוש של נכס.

הספק נובע מכך, ששליטת זכות הצבעה אינה שליטת זכות בנכסי החברה ויש מקום לסבור כי כדי שזכות תיכלל בגדר "זכות ראויה", הרי שעל הזכות להיות זכות רכושית - זכות ברכוש מסויים. אכן, לזכויות ההצבעה יש ערך כלכלי והן מקנות זכות שימוש במניה, ואולם - המניה עצמה אינה אלא מעין שטר חוב המקנה זכויות בנכסי החברה והינה מוגדרת "כזכות ראויה", שכן הינה "מחוסרת גוביינא", קרי: מכיון שבהווה אין המניה שונה מכל חוב אחר ואינה מקנה כל זכויות בנכסי החברה. מכאן, כי המניה עצמה אינה נכס העומד בפני עצמו, וכל משקלה נעוץ בזכויות שהינה מקנה בנכסי החברה ומכירתה חייבת במס, רק מכיוון שבכך נשללה הזכות בנכסי החברה. מקום שבו לא ממומשת כל זכות בנכסי החברה, ואף לא נשללת כל

19. שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חלק חושן משפט סימן ל"ד.

זכות עתידית ברת תביעה בנכסים אלה, הרי שאין כאן מכירה של "נכס". במקרה זה, ניתן לומר, לכאורה, כי מכיוון שלא נעשתה כל פעולה שהינה ברת זיקה לנכסי החברה (בהווה או בעתיד), הרי שאין כאן מכירה של "נכס" ואין להשית בגינה מס רווחי הון המוטל על מימוש "נכסים"; (וכפי שציינו לעיל, התייחסותנו הינה רק לשלילת זכויות ההצבעה ולא להקצאת המניות שבאה בקשר לכך).

וכאן יש להדגיש, כי יש להבחין בין שלילת זכות שאינה רכושית הכוללת במניה - כגון זכויות ההצבעה - לבין שלילת זכות הנובעת מעצם הבעלות במניה. זכויות הנלוות לבעלות במניה, כגון הזכות לתבוע פירוק החברה, אשר משהתגבשו והפכו לברות מימוש, אין הן בגדר זכויות ערטילאיות וערכן לעתים יסולא בפז, מהוות "נכס", שכן זכות שכזו מתייחסת אל נכסי החברה, ולא רק אל המניה עצמה. כמו כן, מכירת זכות שכזו נעשית אגב מכירת המניה גופה - והינה חלק בלתי נפרד מאותה עיסקה. לעומת זאת, זכויות שאינן זכויות בנכסי החברה, והנלוות לבעלות במניה, אלא שהינן כלולות במניה עצמה ונוגעות לשימוש בה, יש מקום לומר כי אינן זכויות רכושיות ואין לחייב במס, שהרי המניה לא נמכרה, ואף זכויות רכושיות אחרות בחברה לא נמכרו.

לאמור, מכיוון שהזכות שבה עסקינן אינה זכות בנכסי החברה אלא זכות (ברת ערך כלכלי, אמנם)²⁰ של voting, זכות הנוגעת לאופן השימוש במניה עצמה, ואשר ניתן להשתמש בה כדי לקבוע מה יעשה בנכסי החברה, ואולם היא אינה שקולה לזכות הרכושית (שטרם התגבשה) ליטול חלק בנכסים אלה גופם, במועדים מסויימים בעתיד, ניתן לגרוס כי אין כאן מכירה של זכות (רכושית) ראויה וממילא אין כאן מכירת "נכס".

ב(5) פסק הדין בעניין אברך

בע"א 182/72 אברך נ' פ"ש ת"א 3, 21 (להלן - "הילכת אברך") נדונו העובדות דלקמן: - המערער (מר אברך) היה בעל מניות בחברה ואף שימש בה כאחד המנהלים. היחסים בין בעלי המניות התערערו ובמועד מסויים העביר אחד מבעלי המניות החלטה באסיפה הכללית של החברים, לפיה יפוטרו המערער מהנהלת החברה. כתוצאה מכך הגיש המערער בקשה לפירוק החברה. הענות בית המשפט לבקשה זו היתה מביאה

20. בהקשר זה יצויין כי זכויות ההצבעה אינן תמיד ברות ערך כלכלי, ובהקשר זה יצויינו דבריו של: Dr. Farrar, "Company Law" (London, Butter worths 1985) p. 266:-

"Voting in any case is not compulsory and for many shareholders there is a strong disincentive to vote. To attend a meeting in person may be expensive. The exercise of one's votes does not give one any privileges unless one has control or one's votes can be decisive. Given the cost, the difficulty and the uncertainty of outcome many investors rely on the market and tend to spread their risks by investing in a number of companies."

ואולם, במקרה הנדון, כאשר המרובר הוא בשליטה בחברה, יש לזכויות אלו ערך כלכלי. כמו כן, דברינו יוצאים, כאמור, מתוך הנחה לפיה הוקצו מניות בהתאם להערכה שמאית של הערך הכלכלי של זכויות ההצבעה שנשללו, ומכאן כי יש לזכויות אלו ערך כלכלי.

21. ע"א 182/72 אברך נ. פ"ש ת"א 3, פ"ד כו' (2) 477.

לאיבוד מקור הכנסתה של החברה - רישיון להסעת נוסעים במשאיות - לירידה תלולה של ערך נכסיה ולאובדן השקעתם של יתר בעלי המניות בחברה. נוכח סכנה זו, מיהרו שאר בעלי המניות בחברה להגיע להסדר עם המערער.

בעקבות ההסדר בין המערער לבין שאר בעלי המניות, נכרתו שני חוזים נפרדים. במסגרת החוזה האחד, העביר המערער את מניותיו תמורת סכום מסויים. בחוזה השני - הוסדרו הסידורים הקשורים בעזיבתו של המערער את החברה והוסכם, בין היתר, על תשלום סכומים שונים בגין:

1. שכר עבודה שהיה בפיגור.

2. פיצויי פיטורין.

3. ביטול תביעת הפירוק.

סכום אחרון זה היה נושא להתדיינות המשפטית בין המערער לבין שלטונות המס.

פקיד השומה ראה בסכום שהתקבל בגין ביטול תביעת הפירוק משום רווח הון החייב במס, שכן זהו רווח שהופק ממכירת "נכס", ואילו המערער טען כי "זכות ראויה צריכה להיות זכות לנכס שאפשר להשיגו ע"י תביעה בלבד", בעוד ש"הזכות לפרק את החברה אינה זכות לנכס ולכן הוויתור עליה אינו מביא בעקבותיו תשלום מס בגין רווח הוני".

כב' השופט מני קבע כי:-

"המונח "זכות ראויה" שאוב מן החוק האנגלי (chose in action) והוא כולל בתוכו לא רק זכויות לנכסים גשמיים (corporeal) או ערטילאיים (incorporeal), ולא רק זכויות הנובעות מחוזים או מעולות אזרחיות, אלא גם זכויות בלתי חוזיות וכן כל זכות שניתנת לאכיפה באמצעות תביעה. נוכח המיגוון הגדול של זכויות שעליו משתרע המונח הזה, אינני רואה כל סיבה מדוע הזכות לתבוע פירוקה של חברה לא תיכלל אף היא בו."

(ההדגשה הוספה)

לאמור, לדעת כב' השופט מני "זכות ראויה" הינה כל זכות הניתנת לאכיפה באמצעות תביעה, ועל כן זכות תביעה לפירוק החברה נופלת ממילא לגדר "זכות ראויה".

כב' השופט עציוני, לעומת זאת, ניתח את משמעותו העיונית של המונח chose in action" בספרות האנגלית, וציין כי היקפה שנוי במחלוקת באנגליה. לעניין זה הפנה כב' השופט עציוני למאמרים דלקמן:-

C. Sweet, "What is Chose in action"²²; Sir Howard Elphinstone "A chose in action".²³

C. Sweet, "What is Chose in action" The Law Quarterly Review vol. 10 p. 303 .22

Sir Howard Elphinstone "A chose in action" The law quarterly review vol. 9 p. 311 .23

בהקשר זה ציינה גם דעתו של פרופ' Keeton²⁴ לפיה:-

"... A chose in action, on the other hand, is intangible property, i.e. it has no tangible existence in the sphere of material things, and it therefore cannot be physically possessed and enjoyed. **Choses in action are, in fact such things as, if wrongfully withheld, must be recovered by action.** Having no physical existence, they therefore could not be taken in execution by the sheriff..."

(הדגשת הח"מ)

לאמור, לדעת פרופ' Keeton, המצויינת בהסכמה ע"י כב' השופט עציוני, ממשיותה של "הזכות הראויה" ועיגונה במציאות תלויה בעובדה שאם זכות זו נשללת ע"י מאן דהו שלא כדיון, קמה לבעלים זכות תביעה. (עד כאן מסכים גם כב' השופט מני, כפי שראינו לעיל).

כמו כן, מצייין כב' השופט עציוני את דעתו של Salmond לפיה:-

"A chose in action means, in our modern use of it, a proprietary right in personam; for example, a debt, a share in a joint stock company, money in the public funds, or a claim for damages for a tort. A non proprietary right in personam, such as that which arises from a contract to marry, or from the contract of marriage is no more a chose in action in English law than it is an obligatio in Roman law."

(הדגשת הח"מ)

לנוכח הגדרה זו, מסיק כב' השופט עציוני כי כדי לשוות לאיוו שהיא זכות או תביעה את תכונותיה של "זכות ראויה", הנכללת בהגדרת "נכס" בסעיף 88 לפקודה, הרי שעל זכות זו להיות זכות שיכול אתה להעריכה בשווה כסף וכהגדרת Salmond - זכות ברכוש (proprietary right).

לנוכח מסקנה זו, צעד כב' השופט עציוני (בדעת יחיד) צעד אחד נוסף והסיק ביחס למקרה הנדון כי הזכות לתבוע פירוק של חברה אינה זכות רכושית שכן, וכאן החידוש הגדול:-

"כאן לא נפקעה שום זכות שבחווה, והויתור היחיד שתמורתו קיבל המערער את הסכום הנדון היה ויתור על זכות להגשת תביעה לפירוק החברה, זכות שאין - להבדיל מזכות במניות החברה (אשר נדונה בעניין Colonial Bank v. Whinney) - ולא כלום, וכל כולה תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט..."

לאמור, לדעת כב' השופט עציוני, כדי שזכות תחשב "לזכות ראויה", הרי שקיומה של הזכות חייב להיות ברור ובלתי תלוי, כשהפנייה לבית המשפט נחוצה לשם אכיפתה של הזכות ולא לשם קביעת עצם קיומה. זכויות אשר עצם קיומן יוכרע ע"י ביהמ"ש, אינן שונות מתביעה מופרכת ונטולת בסיס המוגשת אך ורק למען "ערך המטרד" שבה.

בהקשר זה מבדיל כב' השופט עציוני בין המניה כמכלול של זכויות, ואשר, כאמור, בפסק דינו של השופט פריי בעניין Colonial Bank, הינה מהווה זכות ראויה,

לבין הזכות הספציפית לתבוע פירוקה של החברה. הזכות לתבוע פירוקה של חברה, תלויה בשיקול דעת בית המשפט ועל כן אינה נכללת בהגדרת "זכות רכושית", כהגדרת פרופ' סלמונד.

ואולם, יושם אל לב, הזכות לתבוע פירוק החברה אינה מוגדרת כ"זכות ראויה", לדעת כב' השופט עציוני, לא מכיוון שהזכות לפירוק הינה זכות אחת מן המכלול של הזכויות המכונה מניה, ועל כן אין לה מעמד בפני עצמו, אלא ההבחנה נעוצה בכך ש"זכות ראויה" חייבת להיות זכות רכושית, ואילו זכות התלויה בשיקול דעת בית המשפט אינה זכות רכושית.

כב' השופט י. כהן קבע, לעומת זאת, כי בבואנו לפרש את הביטוי "זכות ראויה" בחוק הישראלי, אין אנו חייבים להיות צמודים להלכות האנגליות בדבר פירוש הביטוי "chose in action". הלכות אשר הינן רחוקות מלהיות ברורות, ושהן פרי התפתחות היסטורית רבת שנים ותפוכות, שהרי למשל בפסק הדין הנזכר של כב' השופט פריי בעניין *Colonial Bank v. whinney*, נפסק, כאמור, כי מניות בחברת רכבות הן "Things in action", ואילו בפסק הדין בעניין *Singer v. Williams*²⁵, קבע כב' הלורד אסקינסון כי מניה בחברה מסחרית רק "דומה ל-"chose in action" מבחינה מסוימת".

הגדרה מקבילה מצויה בארצות הברית ב-"American Jurisprudence", ולפיה:-

"Shares of stock are generally regarded as choses in action, or at least in the nature of choses in action, although they do not constitute an indebtedness of the corporation to the shareholders."²⁶

(הדגשת הח"מ)

אשר על כן, מציין כב' השופט כהן, כי לנוכח העובדה שלסעיף 88 לפקודה קדם סעיף 5א' לפקודת מס הכנסה בנוסחה הקודם, ובו דובר על הטלת המס בגין מכירת "כל זכות או טובת הנאה", הרי שהוספת המילים "או טובת הנאה ראויות או מוחזקות..." בעת קביעת סעיף 88 לנוסח החדש, לא באה להגביל את תחומיה של הזכות, באופן שזכויות, כגון: תשלום בגין ביטול תביעת פירוק, לא יכללו בו - וזאת, אף אם מבחינה עיונית יש להסתפק האם זכות זו מוגדרת כ"זכות ראויה" אם לאו, שכן אין אנו כבולים למסגרות העיוניות של המונח "זכות ראויה" בהתאם למשמעויות השונות שניתנו מידי פעם למונח זה באנגליה. לדעת השופט כהן, המונח "זכות ראויה" בסעיף 88 לפקודה, משמעו זכות נכסית - ובכלל זה מניה - וכן זכות תביעה לפירוק חברה.

בהקשר זה, מציין כב' השופט כהן, כי ניתן להגדיר את זכותו של בעל מניה להגיש בקשה לפירוק החברה כזכות נכסית (Proprietary right), לפי ההגדרה של Salmond שבה דוגל כב' השופט עציוני, שכן:-

"זכותו של בעל מניה להביא לידי פירוק החברה ע"י בית המשפט היא חלק מצרור הזכויות הנובעות מזכות הקניין של הבעלים במניות החברה."

²⁵ Singer v. Williams (1921) 1. A.C 41, 53 .

²⁶ בעמ' 299, 173 "American Jurisprudenc" "corporations", sec. 173 .

נמצאת למד, כי לדעת כב' השופט כהן, הזכות לפירוק החברה, מוגדרת בזכות נכסית, מכיוון שהבעלות במניה טומנת בחובה אף זכות זו. כב' השופט כהן מוסיף ומציין, כי הזכות לפירוק מהווה זכות נכסית, גם מכיוון ש-

"העיסקה שאותה עשה המערער היא במהותה עיסקת מכירת מניות...אלא שמתעמים שקופים למדי, בחר המערער לחלק את התמורה באופן שסך 300 ל"י הוא תשלום בעד המניות וסך 68,200 ל"י הוא תשלום בעד ביטול תביעת הפירוק. לדעתי, גם התשלום בסך 68,200 ל"י הוא התמורה בעד זכות נכסית...".

לאמור, ביחס למקרה הנדון, מציין כב' השופט כהן, כי הזכות לפירוק - אינה עומדת בפני עצמה, על אף שכך הציגו זאת הצדדים, והיא נרכשת, למעשה, כחלק מרכישת כלל המניות של המערער. כאשר זכות מבשילה וממומשת כחלק ממכלול זכויות, אזי יש לראות בה, אכן, חלק אינטגרלי מזכות נכסית והיא מהווה נכס הון, דווקא מכיוון שאין היא עומדת כשלעצמה, ודווקא מכיוון שאין כל הפרדה בינה לבין המניה גופה, שנמכרה באותו הקשר.

ואולם, מקום בו נשללת זכות הכלולה באגד הזכויות הקרוי מניה (קרי, זכות שהמניה עצמה מקנה, להבדיל מזכות הנובעת מהקניין במניה), ללא שזכות זו התגבשה וללא שהמניה עצמה נמכרה, אין לנו כל אינדיקציה מפסק הדין בעניין אברך, האם זכות זו יכולה להיות, כשלעצמה, "זכות ראויה" אם לאו.

דומנו, כי מהילכת אברך עולה, מכל מקום, כי אין כל מניעה להתייחס אף אל זכות מטויימת, כשהיא לעצמה, ולדון לגופה, האם הינה מהווה "זכות ראויה" אם לאו. מאידך, מפסק דין זה עולה, כי לדעת כב' השופט עזיוני, ובנקודה זו לא חלקו על דעתו, כדי שזכות תוגדר "כזכות ראויה" ו"כזכות" בכלל, לעניין סעיף 88 לפקודה, עליה להיות זכות רכושית (Proprietary right), ובהתאם לקנה מידה זה נבחנה מהותה של הזכות שנדונה בהילכת אברך.

מסקנותינו לנוכח פסה"ד בעניין אברך הינן, אם כן, כדלקמן:

א. לדעת כב' השופטים מני ועזיוני, יש לפרש את המונח "זכות ראויה" בסעיף 88 לפקודה, בהתאם למשמעות המונח האנגלי "chose in action".

לעומת זאת, לפי דעתו של כב' השופט כהן (המהווה דעת מיעוט בעניין זה), המונח "זכות ראויה" בסעיף 88 לפקודה, מתייחס אף לזכויות אשר מבחינה עיונית, ספק אם הן נכללות בגדר המונח "chose in action" באנגלית. כך, למשל (ועל כך אין חולק), מניה על כל מכלול ומגוון הזכויות הכלולים בה, או הנובעים מהבעלות בה, ולרבות הזכות לתבוע פירוק החברה, מהווה זכות נכסית, וזאת, על אף שבאנגליה ובארצה"ב קיים ספק האם מניה אכן מוגדרת כ"זכות ראויה".

ב. לכל הדעות, מהווה היכולת לאכוף את הזכות העתידית באמצעות תביעה - קנה מידה להגדרת הזכות העתידית כ"זכות ראויה" כבר בהווה. ולדעת כב' השופט עזיוני (כשבנקודה זו לא חלקו עליו כב' השופטים מני וכהן), משמעו של המונח "זכות ראויה" הינו - זכות רכושית.

ג. לדעת המיעוט של כב' השופט עזיוני, כדי שזכות תוגדר "כזכות רכושית", מן הדין כי תהא קיימת אף ללא תביעה, כאשר התביעה נחוצה רק לשם אכיפת הזכות. זכות, אשר עצם קיומה מסור לשיקול דעת בית המשפט, אינה מהווה "זכות רכושית",

כאמור.

ד. הן לדעת כב' השופט עציוני והן לדעת כב' השופט כהן, זכות אחת מכלל הזכויות הנובעות מן הבעלות במניה עשויה להיות מוגדרת - כשעלצמה - כ"זכות ראויה".
ואולם, יש לזכור כי פסק הדין בעניין אברך התייחס לעובדות שבהן נמכרו המניות עצמן בצירוף לזכות לפרק את החברה. כמו כן, הנדון היה זכות אשר הגיע מועד מימושה (ותביעת פירוק אכן הוגשה ע"י בעל הזכות). בנסיבות אלו, ציין כב' השופט כהן כי, למעשה, לנוכח העובדה שהמניה מהווה זכות רכושית ונלווית לה הזכות לתבוע פירוק החברה, הרי שאף זכות זו, אשר הועמדה רק באופן מלאכותי ושקוף כזכות נפרדת, מהווה, אף היא, זכות רכושית הכלולה בהגדרת "נכס" לעניין סעיף 88 לפקודה.

ה. בהילכת אברך לא מצויה תשובה לשאלה: מה היא הדין בנסיבות אשר בהן נשארת המניה רשומה על שם בעליה, ורק זכות ערטילאית מסויימת, נשללת (ובאופן אוטנטי) מתוך אגד הזכויות הכולל של המניה, האם תוגדר זכות זו כ"נכס" וכ"זכות ראויה"? - בהקשר זה, דומנו, כי תיבחן לגופה מהותה של הזכות הספציפית שנשללה מן המניה ובמקרה זה, מכיוון שהמניה גופה לא נמכרה, הרי שאם אין המדובר בזכות רכושית, הרי ששום זכות רכושית לא מומשה, וממילא לא נמכר "נכס" ולא יושת מס רווחי הון.

ב(6) פסה"ד בעניין שמחה שנקר

פסק דין נוסף, הראוי לציין בהקשר זה, הינו עמ"ה 169/87 שמחה שנקר נ. פ"ש כפר-סבא²⁷, (להלן-"הילכת שנקר"). בפס"ד זה, נדון עניינו של עובד בבנק לאומי אשר מילא תפקידי ביקורת שונים בבנק. בתפקידים אלה הירבה העובד (מר שנקר) להתריע על שחיתויות הגובלות בפלילים שנעשו בבנק, וכיוון חיציו, במידה רבה, כנגד חברי הדירקטוריון. בעקבות מעשים אלה הופעל על מר שנקר לחץ כי יואיל להתפטר מתפקידו אשר איפשר לו גישה למקורות מידע והעלאת ביקורת כאמור. מר שנקר, אכן, נענה לפניית אלו, ואולם נאות להתפטר רק תמורת סכום נכבד ביותר.
כלפי שלטונות המס, העלה מר שנקר טענה, כי 85% לערך מהסכום שקיבל אינם בגדר מענק פרישה, כי אם תמורה ששולמה לו למען השתקתו, ובלשונו: "דמי לא יחרץ". לטענתו, סכום זה אינו כלול בגדר המקורות המנויים בסעיף 2 לפקודה ועל כן אינו חייב במס הכנסה. כמו כן, טען כי "דמי לא יחרץ" אלה אינם חייבים במס רווח הון, מאחר ולא נתקבלו על ידו בתמורה למכירת "נכס" כלשהו, כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה.

כב' השופט הגין, קבע, כי הסכום מהווה מענק פרישה כמשמעו בסעיף 9(א7) לפקודה. ואולם, בהערת אגב - התייחס כב' השופט הגין גם לטענה החלופית כי אילו היה מדובר "בדמי לא יחרץ", אזי הכספים לא היו חייבים במס רווחי הון, שכן לא נמכר "נכס". מסקנתו של כב' השופט הגין בהקשר זה הינה כזו:-

"אין אני סבור כי בסעיף 88 נכס משמעו זכות קניינית בלבד. כי הרי נאמר במפורש "לרבות זכות ראויה או מוחזקת". כמו כן, אין אנו צריכים להצמיד

27. עמ"ה 169/87 שמחה שנקר נ. פ"ש כפר סבא, פד"א יו' 251.

משמעות מיוחדת לביטוי "מוחזקת או ראויה". המדובר בסעיף 88 לפקודה הוא בזכות כלשהי.²⁸

(הדגשת הח"מ)

בהקשר זה, הביא כב' השופט הגין את הלכת אברך וציין את דעת כב' השופט עציוני, לפיה "Chose in action" משמעו - זכות רכושית. ואולם, כב' השופט הגין סבר כי המדובר הינו ברעת מיעוט, ועל כן פנה השופט הגין לדעתו של כב' השופט כהן, לפיה אין אנו חייבים לפרש את המונח "זכות ראויה", בסעיף 88 לפקודה, בצמידות להלכות הדין האנגלי בכל הנוגע לפירושו של ביטוי זה.

לדעת כב' השופט הגין, הנמקתו העיקרית של כב' השופט כהן בהילכת אברך היתה, כי הזכות של בעל המניה להגיש בקשת פירוק הינה "נכס" שכן: "היא בעלת חשיבות רבה לבעל המניה, וכפי שהמקרה שבפנינו יוכיח ערכה הכספי שהוא גדול". מכאן, הסיק כב' השופט הגין, כי בהנמקה זו יש משום הרחבה ניכרת של הביטוי "נכס", לעומת המשמעות המשפטית הצרופה של מושג זה מבחינת דיני הקניין. ולמעשה: "כל דבר שזכותך לעשותו או שלא לעשותו, והוא בעל ערך כספי, כלומר, שאחר ישלם טבין ותקילין למען הניע או הניא את הפעלתו, הרי הוא נכס בידי אותו בעל זכות."

כנגד דברים אלה עומדת, כמובן, התמיהה שהעלה כב' השופט עציוני בהילכת אברך, לפיה לא יעלה על הדעת שאף תביעה מופרכת מיסודה, המוגשת אך ורק למען "ערך המטרד" שבה, תחשב "לנכס". משום כך, מציין כב' השופט הגין בהמשך הדברים כי:-

"לא אומר כי כל מה שאדם רשאי לעשות ומקבל על עצמו להימנע מעשותו הינו נכס. אולם ברור כי כאשר לזכות כזו יש שווי כספי, לו ולאחר המוכן לשלם, הרי זכות זו הינה נכס."

לאמור, לפי גישתו של כב' השופט הגין בהילכת שנקר, לא נבדקת מהותו של הנכס הנמכר, והגדרתו כ"נכס" נובעת מעצם העובדה ששולמו עבורו כספים וכי למאן דהו היה עניין זה שווה כסף. גישה זו הינה תמוהה ביותר, שכן, לפיה, אם פלוני מאיים על אלמוני לפרסם את קלונו ברבים (או אף מאיים על חייו), הרי שעל אף שבידי המאיים אין כל זכות קניינית, הרי שעצם העובדה שאותו פלוני הסכים לשלם כסף כ"דמי לא יחרץ", וכדי להסיר את האיום, תביא להגדרת הרווח כהכנסה ממכירת "נכס" הון. הדברים רחוקים, כמובן, מלהניח את הדעת.

מכל מקום, דברים אלה שציין כב' השופט הגין, באימרת אגב, בהילכת שנקר, שהרי, כאמור, הסכום הנדון התחייב במס פירותי כמענק פרישה כמשמעו בסעיף 9(א7) לפקודה, התקבלו ע"י שלטונות המס וב"קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החבק) נאמר:- "הגישה הינה, אם כן, שכל אשר הינו בעל ערך כלכלי מהווה נכס"²⁸.

לפי גישה זו, ייתכן לומר כי גם זכויות ההצבעה, שאינן מקנות כל זכות רכושית בנכסי החברה, בשום זמן מן הזמנים, יוגדרו כ"נכס" על שום ערכן הכלכלי, שהרי

28. "קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה" (החבק) עמ' ה' 2/.

אם כל מה ששווה למישהו כסף מוגדר כ"נכס", אוי כל ההתחבטות העיונית דלעיל אינה קיימת. לפי גישה זו, גם זכות ערטילאית לחלוטין, כגון "זכויות הצבעה" שטרם הגיע מועד מימושן, ואשר אף לכשימומשו לא יקנו כל זכות בנכסי החברה, יוגדרו כ"נכס". ואולם, מניתוח מדוקדק של הילכת אברך, עולה כי פרשנות פסה"ד של בית המשפט העליון בעניין אברך, כפי שנעשתה ע"י בית המשפט המחוזי בהילכת שנקר, אינה מובנת מאליה כלל ועיקר.

ראשית, דעתו של כב' השופט כהן, כי את המונח "זכות ראויה" לא מן ההכרח לפרש בהתאם למשמעו של המונח האנגלי "chose in action", היא שהיתה במיעוט בפסה"ד בעניין אברך, ולדעת כב' השופטים מני ועציוני, יתפרש מובן זה בהתאם לדיני הקניין. תשלום בגין השתקתו של איום סרק - לא יחשב, לדעת כל שופטי ביהמ"ש העליון, למכירת "זכות ראויה" - ולו מחמת העובדה כי זכות זו אינה ניתנת לאכיפה בבית המשפט.

שנית, גם כב' השופט כהן לא חלק על הגדרתו של השופט עציוני לעניין זה, לפיה "זכות ראויה" הינה זכות רכושית. כל אשר ציין כב' השופט כהן היה, כי המונח "chose in action" באנגליה עבר תהפוכות, ואף מניה לא תמיד הוגדרה כ"זכות ראויה" ועל כן לא מן הדין כי נהא צמודים בפרשנות המונח "זכות ראויה" למובנו העיוני של המונח "chose in action" באנגליה. ואולם, מכאן ועד לחריגה מן העיקרון כי זכות שאינה ניתנת לאכיפה בביהמ"ש לא תהווה "זכות ראויה" - רב המרחק.

כב' השופט כהן סבר בהלכת אברך, כי זכות לתבוע פירוק הינה "זכות ראויה" והינה "נכס" מכיוון שהמניה הינה זכות רכושית ובמכלול הזכויות הגלוה לבעלות במניה, כלולה, ובאופן דומיננטי, גם הזכות לתבוע פירוק החברה. לא זו בלבד, זכות זו הינה בררת משקל רב, בין השאר, על שום ערכה הכספי "ההשוט" הדרמטי הטמון בה. ואולם, קשה לומר כי כב' השופט כהן סבר כי יש להגדיר את המניה כזכות רכושית רק מכיוון שזכות זו שווה כסף, והראיה שמאן דהו מוכן לשלם עבורה.

אשר על כן, דומנו כי מסקנותיו של כב' השופט הגין בהלכת שנקר אינן עולות בקנה אחד עם מסקנותיו של פסה"ד בעניין אברך, ועל אף הערך הכלכלי של זכויות הצבעה ניתן, עדיין, לעורר ספק האם זכות זו מהווה כשלעצמה "זכות ראויה", קרי: האם ניתן להגדירה כזכות רכושית, ומכיוון שהמניה עצמה לא נמכרה הרי שלא מומש

בל "נכס" (בניגוד לעובדות פסק הדין בעניין אברך ושנקר).

ב(7) סיכום

דומנו, כי ניתן גם ניתן לגרום, כי מכיוון שלא מומשה כל זכות הנוגעת (בהווה או בעתיד) לנכסי החברה, הרי שהדבר משול להקצאת מניות ואין לדאות בשינויים שחלו בחברה משום מימוש של "נכס", אשר בגינו השית המחוקק מס רווחי הון. מבחינה לשונית, ניתן לעגן גישה זו בכך ש"זכות ראויה" הוגדרה ע"י מלומדים רבים כזכות רכושית, אשר בהווה הינה "מחוסרת גוביינא" (הגדרה העולה מניתוחו של כב' השופט זילברג בהילכת מיטובה ואשר נקבעה מפורשות ע"י כב' השופט עציוני בהילכת אברך, ובכך לא חלקו עליו כב' השופטים כהן ומני). ממילא ניתן לגרום, כי מכיוון שאין זכויות הצבעה מקנות כל זכות בנכסי החברה, הרי שאין זו זכות רכושית (על

אף שיש להן ערך כלכלי, ועל כן אין זו "זכות ראויה" ואין היא נכללת בהגדרת "נכס" כמשמעו בסעיף 88 לפקודה.
 לנוכח העובדה, כי מבחינה לשונית ומהותית ניתן לגרוס כי אין בפנינו אירוע מס, הננו סבורים כי מן הראוי לאמץ את הגישה הפוטרת ממס במקרה הנדון, הן מכיוון שלמעשה לא מומש כל נכס ולא היתה כל התעשרות של מאן דהו, והן מכיוון שבדרך זו תיסלל הדרך להסדר שיאפשר גיוס הון מן הציבור, תוך החלת אמצעי שאותו קבע המחוקק בתיקון לחוק, במטרה לחולל שינוי מיבני בשוק ההון, כצעד לקראת החלתו של "מנגנון שליטת השוק".

פרק ג' – המרת מניה במניה בארה"ב

לעניין זה של בחינת שיקולי מדיניות לצורך בחירה באופציה הפרשנית הראויה, נביא גם ממרחק לחמנו, ונסקור את המדיניות והדין הנוהגים בהקשר זה בארה"ב.

ג(1) החוק החרות והגיונו

בפתח הדברים, יצוין כי בארה"ב – כבפקודת מס הכנסה בישראל – ההלכה הינה כי החלפת²⁹ נכס הון בנכס הון אחר, חייבת במס רווחי הון ויש לראות בה "מכירה" של "נכס". ואולם, לכלל זה יש יוצא מן הכלל, וזאת, כאשר הנדון הינו החלפת זכויות ומניות הנעשית במסגרת רה"ארגון כולל בחברה, והמבוצעת לרגל נסיבות עיסקיות, אשר לשמן נחוץ רה"ארגון זה:-

"(a) (1) In general – No gain or loss shall be recognized if stock or securities in a corporation a party to a reorganization are, in pursuance of the plan of reorganization, exchanged solely for stock or securities in such corporation or in another corporation a party to the reorganization."³⁰

כמו כן, יצוין, במאמר המוסגר, פטור נוסף שנקבע מפורשות בחוק בארה"ב ואשר לפיו:-

"(a) No gain or loss shall be recognized if common stock in a corporation is exchanged solely for common stock in the same corporation, or if preferred stock in a corporation is exchanged solely for preferred stock in the same corporation."³¹

בפסה"ד בעניין *King Enterprises inc. v. u. s*³², הובהר הגיונו של הכלל האמור, לפיו אין להטיל מס בגין שינויים בהון המניות במסגרת רה"ארגון בחברה או מיוזגים בין חברות, כדלקמן:-

29. לעניין זה ראה 26 U.S.C.A. & ec. 1001.

30. 26 U.S.C.A. sec. 354, et. seq.

31. 26 U.S.C.A. sec. 1036.

32. *King Enterprises inc. v. u. s.*, 418 F2d 511.

"Congressional policy is to free from tax consequences those corporate reorganizations involving a continuity of business enterprise under modified corporate form and the continuity of interest on part of owners before and after, where there is no basic change in relationships and not a sufficient cashing in of proprietary interests to justify contemporaneous taxation."

לאמור, המדיניות אשר הנחתה בקביעת הכלל האמור, הינה, כי אין להטיל מס כאשר, למעשה, לא חל שינוי מהותי בזכויות החברים בחברה, והשינויים שנעשו לא עולים כדי מימוש, מבחינה מהותית³³.

רווחים אלה הוגדרו בפסיקה האמריקאית "כרווחי נייר", אשר אין שום ממש בצידם, שכן, מבחינה מהותית, כאשר הומרו מניות במניות לא מומש כל נכס, ועל כן, אין להטיל מס בגין החלפת המניות³⁴. כמו כן, צוין שם, כי בכך אין, למעשה, כדי להוות פטור ממס, אלא יש לראות בכך משום דחיית החיוב במס עד למועד שבו, אכן, ימומשו המניות ונכס מוחשי יותר יינתן לבעליהן - תמורתן.

המונח "רווחי נייר" גם צוין ע"י חברי בית המחוקקים האמריקאי, בעת חקיקתו של סעיף הפטור האמור (בגלגולו הקודם - סעיף (B) 112 ל-Revenue Act 1934). בהקשר זה צוין, כי אף אם בעת המרת המניות במניות אחרות קיים רווח הון תיאורטי, שכן תמורת מניות שנרכשו בזול ניתנו כעת מניות השוות סכום גבוה יותר, הרי שלמעשה ניתן להתייחס אל רווח זה כאל מחיר רכישה נמוך של המניות החדשות, ועובדה זו תבוא לידי ביטוי בעת הטלת המס, כאשר המניות ימומשו ותמורתן יתקבל נכס מוחשי. לעומת זאת, הטלת מס, כבר בשלב זה, לא תהא מוצדקת, שכן, למעשה, טרם מומש הנכס³⁵.

הגדרתו של רה-ארגון בחברה, אשר במהלכו אין השינויים בהון המניות כרוכים בתשלום מס רווחי הון, כאמור, הינה כוללת, בין היתר, המרת מניות מועדפות במניות רגילות - וכן ההיפך, (ובלבד שהשינויים כרוכים בתהליכים מבניים של החברה כולה - קרי: ההמרה של המניות הינה בסדר גודל של מעל 25%)³⁶.

33. לעניין זה ראה גם פסה"ד בעניין:

Groman v. commissioner of Internal Revenue 58 S. ct. 108 at 112

34. לעניין זה ראה פסה"ד בעניין:

.C.I.R. v. Gilmore's Estate, 130 F 2d. 791, at 794

35. לעניין זה ראה:

Seidman's Legislative History of Federal Income Tax Laws (1938) pp. 332-340, 795, 796.

36. Regs. & 1. 368-2(e)(2);(3);(4).

לעניין זה ראה בספרם של:

Bittker and Eustice, 'Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders', (warren, boraham & camont, inc', 4ed. boston massachus etts, U.S.A, 1979.) sec. 12-16 p. 539:-
"Exchanges of stock for stock: The regulations provide that the surrender for cancellation of 25 percent of a corporations preferred stock in exchange for its no par value common is a recapitalization, as well as the converse, a surrender of common in exchange for preferred".

המורם מן הדברים, כי בארה"ב, באשר קיימות נסיבות שבהן חברה מבקשת לבצע שינויים מבניים מתוך שיקולים עסקיים, אזי השינויים בהון המניות המבוצעים עקב כך, כדי לסייע בידי החברה לבצע שינויים מבניים אלה - אינם נחשבים כמימוש של נכסים ולא יוטל על בעלי המניות מס רווחי הון.

לא זו אף זו, מן הפסיקה בארה"ב ומדברי ההסבר, עולה כי שינויים בהון המניות, כאשר ממירים מניה במניה, אינם נחשבים למימוש של נכס ויש לראות בהם משום "רווחי נייר" בלבד, כל עוד לא ניתן לבעל המניות נכס ממשי אחר. המרת מניות במניות - אין בכך כדי להוות מימוש, אף אם בתוך כך השתנו הזכויות של בעל המניות בתחומים שונים.

מכאן עולה, לכאורה, כי בהתאם לדין ולמדיניות בארה"ב, הזכויות הנכללות במניות השונות אינן מוגדרות "בנכס" בפני עצמן, וכל עוד בעל המניות ממשיך להחזיק במניותיו בחברה, ורק ממיר זכות בזכות במסגרת חברותו בחברה, אין לראות בכך משום מכירה של "נכס" המתחייבת במס רווחי הון.

מסקנה זו מתאששת, במשנה תוקף, לאור פסה"ד בעניין *Carnahan v. U.S.*³⁷ בפס"ד זה (להלן - "הילכת Carnahan"), נדון מקרה שבו הומרו מניות, אשר כללו זכויות voting, במניות אחרות אשר כללו אך ורק זכויות Equity. ההמרה בוצעה כדי שהשליטה בחברה תרוכז בידי קבוצה מסוימת, וכדי למנוע חיכוכים מיותרים במהלך ניהול החברה. הצדדים טענו, כי הם אינם חייבים במס רווחי הון בגין ההעברה מכוח תחולתם של שני סעיפי הפטור שצוינו לעיל, קרי - פטור בגין העובדה שלא מומשו המניות, ורק בוצעה המרה של מניה רגילה במניה רגילה אחרת, וכן פטור בגין העובדה כי המרת המניות בוצעה במסגרת רה"אורגניזציה, שהתחוללה בחברה מטעמים עסקיים.

בית המשפט הפדרלי קבע, בהקשר זה, שתי קביעות כדלקמן:-

הקביעה הראשונה בפס"ד Carnahan הינה - כי מניות ברות זכויות הצבעה אינן מוגדרות כמניות מסוג אחר ביחס למניות הנעדרות זכות דומה, ועל כן המרת המניות ברות זכות ההצבעה, במניות נעדרות זכות זו, אינה אלא המרת מניות במניות, שאינה חייבת במס רווחי הון, שכן, בעת פירוק אין לזכות אחת עדיפות על פני רעותה בהון החברה.

הקביעה השנייה בפס"ד Carnahan הינה - כי המרת מניות ברות זכות הצבעה בחברה, במניות הנעדרות זכות זו, הנעשית מתוך מטרה לרכוז את השליטה בחברה בידי קבוצה אחת, נחשבת לרה"אירגון של חברה, הנעשה מטעמים עסקיים, ועל כן, החלפת מניות ושינויים בזכויות אינם כרוכים במס רווחי הון.

לנוכח העובדה, כי בפסה"ד *Carnahan* ראה ביהמ"ש במניות אשר יש בהן זכות הצבעה, ובמניות שיש להן זכות רק בהון החברה, כמניות מאותו סוג, ומכיוון שכך, קבע כי המרת מניה (ברת זכות voting) במניה (המשוללת זכות זו) אינה חייבת במס, יש להסיק, לכאורה, כי זכויות ההצבעה כשלעצמן אינן מהוות "נכס" אשר שלילתו מחייבת במס רווחי הון, שאם לא תאמר כן, הרי ברור כי בעל מניות הממיר מניות עם זכויות הצבעה, במניות בלי זכויות הצבעה, הינו מוותר, למעשה, על זכויות הצבעה המהוות "נכס" ועל כן היה עליו לשלם מס.

נמצאת למד, אם כן, לנוכח הלכת Carnahan, כי משקלה של המניה כ"נכס" תלוי אך ורק במידת ההון שזו משקפת בעת פירוק החברה, או בעת חלוקת דיבידנד, ואילו זכויות ההצבעה כשלעצמן אינן נחשבות ל"נכס", ומהאי טעמא, המרת מניה עם זכויות הצבעה, במניה הנעדרת זכויות אלו, אך שהינה ברית משקל זהה, בעת פירוק, מבחינת הון החברה, אינה אלא המרת מניה במניה מאותו סוג, שאינה חייבת במס רווחי הון.

מן הפסיקה האמריקאית עולה, אם כן, כי במסגרת הכלל, לפיו המרת מניה במניה אינה נחשבת למימוש ואינה מתחייבת במס רווחי הון, יש להסיק, גם, כי שלילת זכויות הצבעה מבעל מניה אינה מהווה יציאה של "נכס" ואין לחייב בגינה במס רווחי הון.

ג(2) המדיניות הנקוטה בארה"ב ביחס למימוש לא רצוני

בהסדר הנדון, מבוצע ההליך של הקצאת מניות ההטבה ושלילת זכויות ההצבעה העודפות מן המניות העדיפות - לנוכח רצונה של החברה להנפיק מניות ולגייס הון מן הציבור, לצורך קידומה הראוי ופעילויותיה ולנוכח התיקון בחוק, אשר קבע מגבלות בהקשר זה. ההליך האמור, לא נעשה, אם כן, מחמת רצון החברים בחברה והוא, במידה מסוימת, תוצאה של אילוף משולב - חוקי וכלכלי. אילוף כלכלי - לנוכח צרכיה של החברה לגייס הון לצורך קידום ופיתוח עסקיה. אילוף חוקי - לנוכח עמדת בעלי המניות העדיפות ולנוכח התיקון בחוק, המיועד, כאמור, להביא, לבסוף, לידי שינוי מבני בשוק ההון, באופן שיאפשר התפתחותו של "מנגנון פיקוח השוק" ככל הנוגע לחברות שמניותיהן נסחרות בבורסה לניירות ערך.

לנסיבות של שינויים בהון ובזכויות, המבוצעים במסגרת של ביצוע רה-ארגון המתחולל מטעמים עסקיים - כבר התייחסנו לעיל, והצבענו על כך, שבדין האמריקאי אין שינויים אלה בהון ובזכויות נחשבים למימוש נכסי הון ואין לחייבם במס רווחי הון. המדיניות בהקשר זה היא, כי אין להטיל את המס בשלב זה, הן מכיוון שטרם בוצע מימוש של "נכס", והרווחים נשארו בגדר "רווחי נייר", והן לנוכח המגמה לאפשר ביצועים של שינויים, כאמור, הנחוצים והמועילים לעסקי החברה. ואולם, אף מעבר לכך. לנוכח העובדה כי במקרה הנדון, ההליך מבוצע גם מחמת קביעה שבחוק, שנועדה לחולל שינוי אשר נועד לקדם שיקול ציבורי כולל, הרי שיש לציין כי ביחס לנסיבות של ביצוע שינויים מבניים בחברה, כתוצאה מאילוף חוקי, מצא המחוקק בארה"ב לנכון לקבוע סעיף פטור מפורש - נוסף - ממס רווחי הון(38).

38. סעיף 1081 ל-U.S.C.A-26:-

"(a) Exchanges of stock or securities only.

No gain or loss shall be recognized to the transferor if stock or securities in a corporation which is a registered holding company or a majority-owned subsidiary company are transferred to such corporation or to an associate company thereof which is a registered holding company or a majority owned subsidiary company solely in exchange for stock or securities (other than stock or securities which are non exempt property), and the exchange is made by the transferee corporation in obedience to an order of the Securities and Ex-change Commission."

לא זו אף זו, בפסק הדין בעניין:

Jefferson Standard Broadcasting Co. v. F.C.C.D.N.C³⁹

נקבע, כי הפטור אינו מוגבל אך ורק למקרים של מכירה כתוצאה מהוראה ישירה של הוועדה הנ"ל, וגם מכירת מניות כתוצאה מאילוץ כלכלי, הנובע בעקיפין מהוראת ה-Securities and Exchange Commissioner, יזכה, אף הוא, לפטור האמור. כמו כן, מוצאים אנו הוראות שונות בחוק, לפיהן לא תחוייב במס רווחי הון מכירת מניות הנובעת כתוצאה מהוראת ה-Federal Communication commission, או כתוצאה מהוראות ה-Bank Holding company Act.⁴⁰ נמצאת למד, כי מכירת מניות שנובעת מהליך לא רצוני של החברים בחברה, ומיועדת למלא אחר אילוץ כלכלי של החברה, או אחר אילוץ שנבע מהוראות החוק – אינה מתחייבת במס רווחי הון. שיקול זה הינו שיקול שבמדיניות, והגיונו נעוץ, ככל הנראה, בעובדה, שכאשר מטים בעלי המניות שכם כדי לסייע בידי החברה במצוקתה, אין להטיל עליהם מס ואין להתייחס אליהם כאילו מימשו נכסים בחברה, על אף שמבחינה מעשית לא עשו כן, שהרי גישה זו רק תרתיע אותם מלסייע לחברה, כאמור.

דומנו, כי שיקול זה, מן הדין כי יובא בחשבון גם במסגרת הדין הישראלי, כבוא הפרשן להכריע, האם במקרה הנדון מן הראוי להתייחס אל הזכות להצביע, שנשללה מן המניות העדיפות, כאל מימוש של "נכס" אשר מן הדין להטיל עליו מס רווחי הון, או שמא לא אל הנער הזה פילל המחוקק בקובעו את סעיף 88 לפקודה.

פרק ד' – מניות ההטבה כדיבידנד

השאלה השנייה, אשר הועלתה לעיל, היתה, האם יש להתייחס אל הקצאת המניות לבעלי המניות העדיפות בלבד, כאל חלוקת דיבידנד. לשון אחרת – בהנחה שהמניות המתקבלות אגב ההקצאה על ידי בעלי המניות העדיפות, לא תחשבנה כ"תמורה" בעבור "מכירה" של "נכס", האם יש לראות את המניות המתקבלות, כאמור, בתורת דיבידנד בידי בעלי המניות הועדפות?
פרופ' יורן, במאמרו הנזכר, מציין את הדברים שכתב, ביחד עם רו"ח י. פלומין, בספרם "תכנון מס בחיי העסק"⁴¹ לפיהם:-

"הלכה פסוקה ידועה היא, שקבלת מניות הטבה אינה אירוע המתחייב במס הכנסה. כך פסקו, ברוב דעות, בית הלורדים באנגליה בעניין I.R.C v. Blott, וכן ביהמ"ש העליון בארה"ב בעניין Eisner v. Macomber. הטעם לפטור בעניין Eisner v. Macomber היה, שהזכויות היחסיות בחברה לא השתנו ע"י חלוקת מניות ההטבה. מכך עולה, שכאשר חלוקת מניות ההטבה כן משנה את הזכויות היחסיות, נוצרת הכנסה אצל אותם בעלי מניות שזכויותיהם גדלות. השאלה הקשה היא, מהו המבחן לשינוי הזכויות היחסיות."

(הדגשת הח"מ)

39. Jefferson Standard Broadcastin Co. v. C.D.N.C. 1969, 297 F. Supp. 784 .39

40. לעניין זה ראה סעיפים 1081-1083 ו-1101 ל-U.S.C.A.26.

41. י. פלומין א. יורן "תכנון מס בחיי העסק" (ירושלים, 1973) בעמ' 168-169.

במקרה הנדון, מחולקות מניות ההטבה אך ורק לבעלי המניות העדיפות ועקב כך משתנות הזכויות בחברה, ומכאן, לכאורה, כי מן הדין למסות חלוקת מניות אלו מכוח הוראות סעיפים 2(4), 126(ב) ו-127(א) לפקודה, באשר הקצאת מניות ההטבה תוגדר כחלוקת דיבידנד.

ואולם, פרופ' ירון, במאמרו הנ"ל, סבור, כי השאלה אם חולק דיבידנד צריכה להיבחן לאור מכלול ההסדר, ולא רק בהתאם לאחד משלביו (שלב הקצאת מניות ההטבה). ומכיוון שבמשקל הכולל, מקבלים כל בעלי המניות בחברה זכות מסויימת בחברה על חשבון גריעה בזכות אחרת שלהם, הרי שקיימות אך ורק שתי נקודות מבט על האירועים:-

האחת - שלא חולקו כלל מניות הטבה (שכן ההרעה מנטרלת את ההטבה); והשנייה - שחולקו מניות הטבה בשווי זהה לכל בעלי המניות, באופן שלא שונו הזכויות היחסיות בחברה.

לפי שתי נקודות מבט אלו אינו מקום להשית מס במקרה הנדון, בגין חלוקת דיבידנד. דא עקא, שקיימת גם קיימת נקודת מבט שלישית. מבחינת זכויות ההון, ברי כי חלוקת מניות ההטבה לבעלי המניות העדיפות, מגדילה את זכויותיהם של בעלי מניות אלו. אכן, הגדלת הזכויות בהון באה במקביל להקטנת זכויות ההצבעה. ואולם, מנקודת המבט של זכויות ההון, הרי שבמסגרת ההסדר האמור, הוגדלה, בסופו של דבר, הזכות היחסית של בעלי המניות העדיפות בנכסי החברה, והגדלת זכות יחסית בהון החברה רק לקבוצה מסויימת, מוגדרת כדיבידנד והינה חייבת במס.

אכן, העובדה כי שאר בעלי המניות קיבלו הטבה בזכויות ההצבעה (ע"י כך שהזכויות העודפות של בעלי המניות העדיפות בוטלה), מאפשרת לטעון - וכך סובר פרופ' ירון - כי למעשה חולקו הטבות לכל: לחלק - הטבות בהון, ולחלק - הטבות בזכויות הצבעה, ומבחינה כלכלית ערך ההטבות זהה. ואולם, השאלה הנשאלת היא, האם, אכן, יש להתבונן על הזכויות בחברה כמכלול, או שמא יש להתייחס לזכויות ההון, כשלעצמן, במובחן מן הסיבה שהביאה לשינוי בהן, ואזי ניתנו לבעלי המניות העדיפות זכויות נוספות בהון, ומבחינה זו השתנו הזכויות היחסיות בהון החברה לטובתם.

נמצאנו למדים, כי לדעת פרופ' ירון, השאלה האם יש לראות בהקצאת מניות ההטבה משום חלוקת דיבידנד, דומה לשאלה הקודמת בדבר החבות במס רווחי הון, והדיון הינו, האם יש לבדוד את הזכויות השונות הכלולות בתעודת המניה, או שמא יש להתייחס אל זכויות אלו אך ורק כמכלול. עם זאת, אף לדידו (הסובר כי הפיתרון, גם לשאלה הראשונה, אינו בבחינת רכושיות הזכות שנשללה, אלא בעצם יכולתה לעמוד בפני עצמה ולהיות מוגדרת כזכות), אין לערב בין הדברים, ומהותה של ההתלבטות במסגרת כל אחת מן השאלות, שונה, כמובן, בתכלית.

דומנו, כי מן הראוי לציין - כשיקול שבמדיניות - את העובדה, כי במקרה הנדון חולקו מניות ההטבה במסגרת של רה"ארגון בחברה, אשר תכליתו ומגמתו אינן ההטבה שתצמח לבעלי מניות כלשהן, אלא הינן פרי אילוף כלכלי וחוקי, הנובע מצרכי החברה לגייס הון ומן התיקון בחוק שנועד, אף הוא, לטובת הציבור וכמבואר לעיל. בהקשר זה יצוין הכלל שנקבע באנגליה, ולפיו:-

"A capital distribution is a disposal or part disposal of the shares held, the consideration being the amount received by the shareholder.

However, there is relief from tax where the capital distribution consists of shares or securities issued as part of a capital reorganisation (such as a scrip or rights issue) or, on election, where the capital distribution is "small"... A reorganisation is not treated as a disposal of a shareholding.⁴²

אשר על כן, דומנו כי לנוכח הנסיבות שהביאו להסדר זה ולחלוקת מניות ההטבה, מן הראוי כי חלוקת מניות ההטבה לא תמוסה כדיבידנד - כעניין שבמדיניות, וזאת מתוך מטרה לסייע לחברות לגייס הון מן הציבור באמצעות הנפקה, תוך שהן עומדות בתנאי התיקון לחוק, ומתאפשר התהליך המיועד להביא למצב של פיקוח וביקורת מנגנוני "שליטת השוק" על החברות שמניותיהן נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. עיגון מדיניות זו, בלשון הפקודה, מתאפשר לנוכח הקונסטרוקציה המוצעת ע"י פרופ' ירון, לפיה, כאשר מדובר בהסדר כולל של רה-אירגון בחברה, עלינו לבחון האם, בסופו של הליך, מומש נכס, או שהיתה התעשרות של קבוצה מסויימת, ובמקרה הנדון היתה רק שמירה על ערכה הכלכלי של ההשקעה בחברה.

פרק ה' - מסקנות

לאור המקובץ לעיל, ניתן, לדעתנו, לסכם כדלקמן:

לנוכח האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, אין לראות בהקצאת מניות ההטבה, במסגרת תהליך ביטול זכויות הצבעה העודפות, שהיו בידי בעלי המניות העדיפות, משום אירוע מס.

ביטול, ו/או ויתור, על זכויות הצבעה, נכללים, ככל הנראה, בגדר המונח רחב ההיקף של "מכירה" כמשמעותה בסעיף 88 לפקודה.

בהתאם להילכת מיטובה, מניה מהווה "זכות ראויה" בלבד, והינה מושווית לחוב שטרם הגיע מועד פרעונו, שכן, לנוכח האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, אין המניה מקנה, בשלב זה, כל זכות בנכסי החברה והיא "מחוסרת גוביינא". הגדרת המניה, כבר בהווה, "כזכות", נובעת מן האפשרות להגיש, כבר כעת, תביעה בערכאות, לשם מניעת שלילת הזכות בעתיד, לכשתגיע שעתה להתממש.

42. לעניין זה ראה:

Simon's Taxes Butterworths & Co (publishers) Ltd, London) c2. 425, c2. 421
Butterworths, UK tax Guide 1990-1991 Ninth ed. p. 572, 573 וכן:

שם מוגדר רה-אירגון במניות החברה:

"There is a reorganisation if there is a reorganisation or reduction of share capital, this is stated to include (a) the allotment of shares or debentures in proportion to shareholdings and (b) any alteration of share rights - assuming that there are at least two classes. Although a reduction in share capital is a reorganisation, both the paying off of redeemable share capital and the redemption of shares other than by the issue of new shares or debentures are excluded. The reorganisation rules do not apply to the extent that the shareholder receives consideration other than the new holding (such as a cash payment) from the company, or any consideration from the other shareholders."

ואולם, מפסק דין זה עולה כי על הזכות להיות רכושית, שאם לא כן אין היא רק "מחוסרת גוביינא" אלא אינה זכות כלל (לעניין הגדרת המונח "נכס" בסעיף 88 לפקודה). הלכה זו נקבעה מפורשות, ע"י כב' השופט עציוני, בהילכת אברך, והיא הולמת לחלוטין להגיונה של הפקודה המטילה מס רווחי הון רק בעת מימוש של נכס רכושי. משום כך, מן הראוי להשוות בין שלילת זכויות הצבעה לבין הקצאת מניות, אשר אינה מחייבת במס, כאמור.

בהלכת שנקר נקבע, כי כל זכות, אשר הינה בעלת ערך כלכלי, תוגדר כזכות רכושית ומכאן, לכאורה, כי גם זכויות הצבעה, כשלעצמן, יוגדרו כזכות רכושית שמומשה. ואולם, מסקנותיה של הלכת שנקר, לא זו בלבד שהינן מרחיקות לכת, אלא שדומנו, כי הינן מהוות סטיה מהלכת אברך, שנקבעה ע"י בית המשפט העליון, ואינן מייצגות את הפסיקה המחייבת.

מן החקיקה בארה"ב עולה, כי המרת מניה במניה אינה נחשבת, מבחינה מהותית, למימוש. משום כך, כאשר נעשים שינויים מבניים בחברה, מטעמים עסקיים, ובמסגרת זו משתנות זכויות בעלי המניות, לא יוטל מס רווחי הון על "רווחי הנייר" שנצברו, כביכול. כמו כן, בארה"ב מצינו פטור, המיועד למקרים שבהם בוצעו שינויים בהון המניות בחברה, כתוצאה מאילוף כלכלי, ולנוכח הוראות מסויימות בחוק. פטור זה נעוץ, ככל הנראה, בשיקולי מדיניות, לפיהן, כאשר מטים בעלי המניות שכם כדי לסייע לחברה במצוקתה, אין להשית עליהם מס בגין רווחיהם התיאורטיים, שכן, בכך רק נרתיע אותם מלסייע לחברה ויצא שכרו של המחוקק בהפסדו.

דומנו, כי מן הראוי לאמץ את הגישה שהתקבלה בארה"ב, הן מכיוון ששיטת מיסוי רווחי ההון בישראל שאובה מן השיטה הנהוגה בארה"ב, הן מכיוון שמלשון הפקודה אכן מתבקשת המסקנה כי במקרה הנדון לא נמכר "נכס", והן – על שום היות גישה זו צודקת וראויה:

צודקת – חוש הצדק מתקומם כנגד הטלת מס בשלב שבו טרם נצמחה לנישום כל תועלת כלכלית, ו"רווחיו" הינם "רווחי נייר", כפי שכונו בדין האמריקאי.

ראויה – בהעדר מדיניות, כאמור, ימנעו בעלי המניות העדיפות להסכים לרה-אורגניזציה, וכתוצאה מכך תיפגענה החברות הציבוריות המבקשות לגייס הון מן הציבור, ואף יימנע השינוי שאותו מבקש לחולל התיקון בחוק, ואשר באמצעותו יתאפשר מעבר של חברות שמניותיהן נסחרות בבורסה, לפיקוח של "מנגנון שליטת השוק".

אשר על כן, הננו סבורים, כי קיימים נימוקים כבדי משקל התומכים במסקנה, שלפיה אין לראות בשלילת זכויות הצבעה העודפות לאחר הקצאת מניות הטבה משום מכירת "נכס", ואין להטיל על בעלי המניות העדיפות מס רווחי הון בגין כך. בכל הנוגע להגדרת הקצאת מניות ההטבה, שחולקו רק לקבוצת בעלי המניות העדיפות – כחלוקת דיבידנד, קשה יותר למצוא עיגון לשוני לגישה הסוברת, כי אין למסות את בעלי המניות העדיפות בגין קבלת דיבידנד.

ואולם, לנוכח שיקולים שבמדיניות, שהוזכרו לעיל, דומנו כי יש להעדיף את הפרשנות המוצעת ע"י פרופ' ירון, שלפיה לא תהא התייחסות אל זכויות ההון שבחברה, כשלעצמן. ממילא, חלוקת מניות ההטבה לבעלי המניות העדיפות, המקנה להם זכויות נוספות בהון, במסגרת הליך שבסופו נשללות זכויות הצבעה העדיפות בחברה, לא תחשב לחלוקת דיבידנד לעניין הוראות חלק ב' לפקודה, ולא תתחייב במס.