



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7566/13

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופט מ' מזוז

המערער:

פקיד שומה למפעלים גדולים

נגד

המשיב:

אורן ז'ורבין

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו,  
מיום 28.7.2013, בע"מ 29069-06-12, שניתן על-ידי כב'  
השופט מ' אלטוביה

תאריך הישיבה:

י' בניסן התשע"ה (30.3.2015)

בשם המערער:

עו"ד קמיל עטילה

בשם המשיב:

עו"ד דורון לוי; עו"ד איתן לדר

### פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, בע"מ 29069-06-12 (כב' השופט מ' אלטוביה), מיום 29.7.2013, בגדרו התקבל ערעורו של המשיב (להלן גם: ז'ורבין) על שומה שקבע המערער לשנת המס 2009.

המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב השאלה האם יש לכלול את רווחי האקוויטי של חברת דחף, דהיינו, רווחים חשבונאיים המבטאים את חלקה של חברת דחף ברווחיהן הלא מחולקים של חברות המוחזקות על-ידה, במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי החלופה המיטויית, הקבועה בסעיף 94(ב)(1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה).

2. ז'ורבין הוא בעל מניות בשיעור של 50% בחברת דחף מפעלי ארגון פרסום והפצה בע"מ (להלן: חברת דחף או החברה המחזיקה). חברת דחף מחזיקה בשליטה בשתי חברות – כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ והשקעות לעם בע"מ (להלן: החברות המוחזקות או החברות הכלולות). בשנת המס 2009 חילקה חברת דחף לבעלי המניות שלה דיבידנד בסך של 34,403,560 ₪, אשר מתוכו קיבל ז'ורבין סכום של 17,201,780 ₪, בהתאם לגובה החזקותיו במניותיה של חברת דחף. בדיווחיו השנתיים לרשות המס, הצהיר ז'ורבין כי הוא זכאי לשיעור מס מופחת, של 12% בלבד, מכוח הוראת השעה שנקבעה בסעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט – 2009 (להלן: חוק ההתייעלות הכלכלית או הוראת השעה). כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, נקבע בהוראת השעה, כי יוענק שיעור מס מופחת על חלוקת דיבידנד, בגובה הרווחים הראויים לחלוקה אשר נצברו על-ידי החברה מחלקת הדיבידנד, עד ליום 31.12.2002 (להלן: המועד הקובע). זאת, על אף האמור בסעיף 125 לפקודה, לפיו גובה המס על דיבידנד הוא 25% או 30%, בהתאם לשיעור ההחזקות של בעל המניות בחברה.

3. למען שלמות התמונה יצויין, כי אף שכתנאי לזכאות להטבת המס על פי הוראת השעה, היה על ז'ורבין לצרף חישוב מפורט של הרווחים הראויים לחלוקה להם הוא טען – לא צורף על-ידו החישוב האמור.

טרם שהוצאה השומה, ולפנים משורת הדין, ערך המערער תחשיב שממנו עולה כי הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברת דחף עד למועד הקובע הם בסך של 5,000,000 ₪ בלבד, כאשר חלקו של ז'ורבין מתוך סכום זה הוא 2,500,000 ₪.

לאור האמור, הוצאה לז'ורבין שומה, אשר במסגרתה נקבע כי סכום של 16,046,434 ₪ מתוך הדיבידנד שקיבל, יחוייב בשיעור מס בגובה של 25%, בהתאם לשיעור המס הרגיל בגין חלוקת דיבידנד, ואילו הסכום הנותר, יחוייב בשיעור המס המופחת, בהתאם להוראת השעה.

4. ז'ורבין הגיש לבית משפט קמא ערעור על השומה שהוצאה לו, ובגדרו טען שלוש טענות מרכזיות: הטענה האחת היא כי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, יש להתחשב ברווחים שנצברו בכלל קבוצת החברות, כלומר בחברת דחף ובחברות

המוחזקות על-ידה. לטענת ז'ורבין, רווחי האקוויטי מייצגים את חלקה של חברת דחף בחברות המוחזקות ולכן, מן הראוי לכלול אותם במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה. נטען, בהקשר זה, כי הרווחים ימומשו בסופו של יום בדרך של חלוקת דיבידנד, אשר ישולם מהחברות המוחזקות לידי חברת דחף. דיבידנד בין חברתי ממילא פטור ממס, ולכן לא יהיה חיוב נוסף במס בגין הרווחים שצמחו לחברות המוחזקות. לפיכך, טען ז'ורבין כי מדובר ב"רווחים שנתחייבו במס", שכן הם נתחייבו במס חברות על-ידי החברות המוחזקות, ולא צפוי כל חיוב נוסף בעתיד. עוד נטען, כי לא בכדי לא קבע המחוקק כי החבות במס צריכה להיות דווקא אצל החברה אשר מחלקת את הדיבידנד, ועל כן שגה המערער בפרשנותו את המונח "נתחייבו במס", ככזה הדורש כי החיוב במס יעשה דווקא אצל החברה המחזיקה. הטענה השנייה היא כי תכליתו של סעיף 94ב לפקודה, גם היא מחייבת את הכללת רווחי האקוויטי במסגרת הרווחים הראויים לחלוקה, הן בחלופה החשבונאית, שלגביה אין חולק, והן בחלופה המיסויית, שכן מטרת הסעיף היא ליצור ניטרליות מיסויית בנוגע לשאלת חלוקת רווחי החברה, עובר למכירת המניות. הטענה השלישית, נוגעת להבחנה בין עניינו של ז'ורבין, לבין המקרים שנידונו בע"מ 1183/05 קליימן נ' פקיד שומה פתח תקווה (5.8.2010) (להלן: עניין קליימן); ובע"מ 906/07 ברנע נ' פקיד שומה חיפה (23.11.2010) (להלן: עניין ברנע). נטען, כי במקרים אלו מנעו בתי המשפט מנישומים לחמוק מתשלום מס על הכנסתם, בעוד שבמקרה דנן ממילא לא יהיה חיוב נוסף במס, במועד חלוקת רווחי האקוויטי מהחברות המוחזקות לידי חברת דחף. לצד זאת, טען ז'ורבין, כי קביעותיו של בית משפט זה בע"מ 8500/10 פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים (10.9.2012) (להלן: עניין פרל), תומכות בעמדתו.

5. המערער, מצידו, חזר בפני בית משפט קמא על העמדה שפורטה בשומותיו, לפיה אין לכלול את רווחי האקוויטי במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי החלופה המיסויית, שכן סעיף 94ב לפקודה מתייחס לרווחים שנצברו בחברה הנמכרת (או מחלקת הדיבידנד בענייננו), ולא לרווחים שנצברו בחברות המוחזקות שבבעלותה. נטען, בהקשר זה, כי רווחי אקוויטי אינם באים בגדר המונח "הכנסה" על פי הוראות הפקודה, ומשכך לא ניתן לומר כי מדובר ב"רווחים שנתחייבו במס". עוד נטען, כי הכללתם של רווחי האקוויטי במסגרת החלופה המיסויית, מרוקנת מתוכן את כוונת המחוקק ועשויה להוביל לכפל הטבה.

טענה נוספת שהועלתה על-ידי המערער, נגעה למחדלו של המשיב, אשר נמנע מלהציג כל חישוב מפורט בנוגע לזכאותו לרווחים הראויים לחלוקה, בעוד שהימנעות מהצגת חישוב מפורט מנוגדת להוראות שהופצו על-ידי רשות המיסים בחוזר 4/2009,

אשר עוסק בהוראת השעה; מנוגדת להצהרתו של ז'ורבין בטופס ההצהרה (שם נאמר בפסקה הראשונה בסעיף ה' כי "מצ"ב חישוב מפורט"); ומנוגדת להוראות סעיף 94ב(ג) לפקודה, בו נקבע כי על הטוען לקיומם של רווחים ראויים לחלוקה להציג חישוב מפורט.

בנוסף, ביקש המערער להיבנות גם מקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין קליימן ובעניין ברנע, וטען כי אין מקום להבחנה שניסה ליצור ז'ורבין.

6. בדיון מיום 24.4.2013, בבית משפט קמא, נטען על-ידי המערער, כי החישוב, אשר הכיר ברווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברת דחף בסך של 2,500,000 ₪, מקורו בטעות שהתבססה על נתון שגוי ביחס ליום רכישת מניות חברת דחף על-ידי ז'ורבין, וכי בהתאם לתחשיב המתוקן, חלקו של ז'ורבין ברווחים הראויים לחלוקה במועד הקובע הוא 0. המערער הוסיף וטען, כי המניות נרכשו על-ידי ז'ורבין במהלך שנת 2000, ולכן הוא אינו זכאי לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו במהלך השנים 1996-1999. בשל כך, ביקש המערער מבית משפט קמא, להפעיל את סמכותו לפי סעיף 156 לפקודה, ולהגדיל את השומה שבצו.

7. בהתייחס לדברי המערער בנוגע לטעות שנפלה בחישובו המקורי, טען ז'ורבין כי מדובר בטענה חדשה וכי המערער לא הגיש בקשה לתיקון השומה. עוד נטען, כי הוראת השעה אינה מטילה חובה על הנישום להגיש חישוב מפורט.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

8. טרם שהכריע בשאלה המרכזית בערעור – היינו: האם יש לכלול את רווחי האקוויטי של חברת דחף במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי החלופה המיסויית הקבועה בסעיף 94ב(ב)(1), נדרש בית משפט קמא להכריע תחילה בסוגיות המשנה שהתעוררו בין הצדדים. ראשית, נקבע עובדתית כי לא הוצג למערער, במהלך דיוני השומה, חישוב מפורט כנדרש, באשר לרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע, וכי "נישום שאינו מציג תחשיב מפורט כדרישת המחוקק, משמיט את הבסיס לזכאותו בין אם המדובר בהקלה או הטבה או כל טענה אחרת". ואולם, משבחר המערער לפעול לפנים משורת הדין, ולבצע מיוזמתו את החישוב המפורט, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי יש לצעוד בדרך שקבע המערער בשומה, "הגם שלא בנפש חפצה".

שנית נפסק, כי יש לקבל את טענת המערער, לפיה על בית המשפט להפעיל את סמכותו לפי סעיף 156 לפקודה, ולהגדיל את השומה שבצו. בית משפט קמא הדגיש, בהקשר זה, כי על בית המשפט מוטלת החובה לפעול למען גביית מס אמת, לטובת הנישום ולטובת הציבור כולו. לפיכך, ולאור העובדה שניתנה לז'ורבין הזדמנות סבירה להתמודד עם הבקשה להגדלת השומה, וכפרט עם הסכום המדויק שבו הוא צפוי להיות מחוייב בגין ההגדלה, יש לקבל את עמדת המערער כי הרווחים הראויים לחלוקה יחושבו החל משנת המס 2000 בלבד, ואין לכלול בחישוב את הרווחים שנצברו בשנות המס 1996-1999.

9. לאחר שעמד בהרחבה על התשתית הנורמטיבית ובחן את טענות הצדדים, קיבל בית משפט קמא את עמדתו של ז'ורבין, לפיה יש להכליל את רווחי האקוויטי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה של חברת דחף גם במסגרת החלופה המיסויית, בקובעו כי:

"את המילים 'נתחייבו במס' יש לפרש באופן תכליתי. כאשר מדובר ברווחים ששולם בגינם המס הסופי שניתן לחייב אותם, ובמקרה של רווחי אקוויטי מדובר במס חברות ברמת החברה הכלולה, הרי שיש לראות אותם רווחים כאילו נתחייבו כבר במס. זוהי הדרך הראויה לפרש את המילים כך שתתיישבנה עם כוונת המחוקק ליצור אדישות מיסויית לשאלת חלוקת הדיבידנד מחד, וכוונתו למנוע תכנוני מס אסורים מאידך. זוהי גם הפרשנות שמונעת כפל מס בגין הכנסה שהפיקה החברה הכלולה".

משכך, התקבל ערעורו של ז'ורבין, בכפוף לכך שחישוב הרווחים הראויים לחלוקה ייעשה החל משנת 2000, השנה שבה רכש ז'ורבין לראשונה את מניות חברת דחף, ולא בגין שנות המס 1996-1999.

המערער אינו משלים עם פסק דינו של בית משפט קמא, ומכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

10. במסגרת הערעור דנן, חזר המערער על טענתו, לפיה אין לכלול את רווחי האקוויטי של חברת דחף במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי החלופה המיסויית. מוסכם על הצדדים כי כללי החשבונאות המקובלים מציגים את רווחי

האקוויטי כהכנסה חשבונאית בידי החברה המחזיקה. ואולם, טען המערער, כי בעולמו של משפט המס, וברוח "עיקרון המימוש" המנחה את הפקודה, משאין חולק כי רווחי האקוויטי לא חולקו בפועל כדיבידנד מהחברות המוחזקות לחברת המחזיקה, רווחים אלו אינם מהווים "הכנסה" על פי הפקודה. משכך, נטען על-ידי המערער, כי רווחי האקוויטי אינם יכולים לחסות תחת ההגדרה "רווחים שנתחייבו במס", או "רווחים שהיו חייבים במס אילולא פוטרו ממנו", כנדרש בסעיף 94ב(ב)(1) לפקודה.

נטען בנוסף, כי שגה בית משפט קמא שעה שקבע כי ניתן לפרש את המונח "נתחייבו במס", באופן שאינו שולל את האפשרות שהחייב במס יעשה ברמת החברות המוחזקות, ולא דווקא בחברה המחזיקה. נטען, בהקשר זה, כי פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 94ב לפקודה, ואף לא עם תכליתו של הסעיף; מרוקנת מתוכן את החלופה המיסויית; ועשויה להוביל לכפל הטבה. המערער הוסיף וטען, כי גם משיקולי יעילות כמו גם שיקולי וודאות, הניצבים ביסודם של דיני המס, יש להעדיף את עמדתו בעניין זה. בצד טענותיו המרכזיות, העלה המערער טענות נלוות נוספות, עליהן אעמוד בהמשך.

על יסוד מכלול הטענות, התבקשנו על-ידי המערער לקבל את הערעור, ולשנות את פסיקתו של בית משפט קמא.

11. המשיב סומך את ידיו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בכל הסוגיות הרלוונטיות לענייננו. המשיב הדגיש, כי באמצעות הוראת השעה, ביקש המחוקק לשחרר "רווחים שנתחייבו במס" עד ליום 31.12.2002 (המועד הקובע) ונכלאו בחברות, מבלי ליצור העדפה בין רווחים שנתחייבו במס על-ידי החברה המחזיקה, לבין רווחים שנתחייבו במס על-ידי החברות הכלולות, כל עוד שולם בגינם המס הסופי. נטען, בהקשר זה, כי גישת המערער לפיה היה על החברות המוחזקות לחלק בפועל את הרווחים לחברת דחף, טרם שחולק הדיבידנד, על מנת שאלה יכנסו בגדרי המונח "רווחים ראויים לחלוקה", מרוקנת, הלכה למעשה, מתוכן את הוראת השעה, וזאת לנוכח המועד הקובע העומד בבסיסה. לטענת המשיב, אילו רווחי החברות המוחזקות היו מחולקים בפועל לחברת דחף, לא היתה אפשרות לומר כי מדובר ברווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע, שכן אלו היו הופכים לרווחים צבורים רק בשנת 2009, עת שחולקו מהחברות המוחזקות לחברת דחף.

מאחר שלגישת המשיב לא נפל פגם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, מבקש המשיב לדחות את הערעור.

## דיון והכרעה

12. דרך הילוכנו בערעור זה תהא כדלקמן: בחלקו הראשון של הדיון תפורט המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית. תחילה יידון סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית, במסגרתו נחקקה הוראת השעה, שעניינה בהטבת מס בגין חלוקת דיבידנד. על רקע זה, ידונו התנאים אשר בהתקיימם יהיה נישום זכאי ליהנות מהטבת המס הקבועה בהוראת השעה, וכן ידונו תכליותיה של הוראת השעה. טרם שאדון בסעיף 94ב, אסקור בקצרה את אופן החיוב במס על רווחים המופקים במסגרת חברה, ותוצג שיטת המיסוי הדו-שלבי בישראל. בהמשך, אדון בסעיף 94ב לפקודה, אליו מפנה הוראת השעה, לצורך בירור משמעות הביטוי "רווחים ראויים לחלוקה", שמהם ניתן לחלק את הדיבידנד אשר יזכה בהטבת המס. כפי שיובהר בהמשך, סעיף זה נחקק במטרה להשוות את נטל המס בין בעל מניות שקיבל רווחים כדיבידנד, לבין בעל מניות שמכר את מניותיו טרם שחולק הדיבידנד, ושעל התמורה בגין הרווחים שלא חולקו, שילם מס רווח הון. במהלך הדיון בסעיף 94ב לפקודה, יוצגו החלופות לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, ויוקדש מקום גם לבחינת תכליתו של הסעיף, כמו גם התכליות הספציפיות של כל אחת מן החלופות הקיימות בו. בשלב זה, אציין גם בפרשנות המונח "רווחי אקוויטי" (Equity Method), בכך תושלם התמונה הנורמטיבית.

בחלקו השני של הדיון, תיושמה המסקנות שהתקבלו בחלק הראשון על נסיבות המקרה דנן. בחלקו השלישי של הדיון, אדון בקצרה בסוגיות נוספות שעלו במסגרת הערעור. האחת, עניינה בטענה לפיה הכללת רווחי האקוויטי בחלופה המיסוית, תוביל לכפל הטבה, והשנייה עניינה ב"מימוש" הרווחים על-ידי החברה המחזיקה, טרם חלוקתם כדיבידנד, על מנת שאלה יכנסו בגדר המונח "רווחים ראויים לחלוקה", לצרכי מס. לסיום, אתייחס גם לפסיקה קודמת בעניינים דומים או משיקים, וכוונתי לפסקי הדין שניתנו בעניין קליימן, בעניין ברנע, ובעניין פרל, באשר לסוגיית רווחי האקוויטי.

חלק ראשון – המסגרת הנורמטיבית

(א) הוראת השעה- סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית

13. כאמור, גרעין המחלוקת בין הצדדים נעוץ בשיעור המס החל על הדיבידנד שקיבל ז'ורבין מחברת דחף בשנת 2009. נקודת המוצא לדיון, היא הוראת השעה הקובעת הטבת מס, בהתקיים מספר תנאים:

"על אף הוראות סעיף 125ב(1) עד (3) לפקודה, שיעור המס על הכנסה מדיבידנד בידי יחיד או בידי חברה משפחתית, שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע, כהגדרתם בסעיף 94ב(א)(2) לפקודה, שנצברו בידי החברה מחלקת הדיבידנד עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002), יהיה 12%, ובלבד שמתקיימים כל אלה:

(1) ההכנסה מדיבידנד שולמה על ידי החברה מחלקת הדיבידנד והתקבלה בידי מקבלה בתקופה שמיום י"ג בתשרי התש"ע (1 באוקטובר 2009) עד יום כ"ב בתשרי התשע"א (30 בספטמבר 2010) (בסעיף זה - תקופת ההטבה);

(2) יום רכישת המניות שבשלהן התקבלה ההכנסה מדיבידנד היה לפני יום כ"ז בטבת התשס"ג (1 בינואר 2003);

(3) בכל אחת משנות המס 2009 עד 2012, הסכום הכולל של הכנסת עבודה, דמי ניהול, הפרשי הצמדה או ריבית ותשלומים אחרים ששולמו למקבל ההכנסה מדיבידנד על ידי החברה מחלקת הדיבידנד, במישרין או בעקיפין, בהפחתת ההכנסה מדיבידנד שחויבה במס לפי סעיף זה, לא פחת ממוצע סכום התשלומים כאמור ששולמו לו על ידי החברה האמורה, במישרין או בעקיפין, בשנות המס 2007 ו-2008;

(4) אילו מקבל הדיבידנד היה מוכר את מניותיו בתקופת ההטבה, היו חלות הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה לגבי הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע, כהגדרתם בסעיף האמור, שנצברו עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002)". (ההדגשות שלי - א.ש).

בהוראה זו נקבע על-ידי המחוקק, כי דיבידנד שיחולק בתקופת ההטבה – תקופה בת שנה המתחילה ביום 1.10.2009 ומסתיימת ביום 30.9.2010 – שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע, יהיה חייב במס בשיעור של 12% (ולא בשיעור הרגיל של 25% כפי שנקבע בסעיף 125ב(2) לפקודה). הוראת השעה קובעת ארבעה תנאים, אשר בהצטברם יהיה בעל המניות זכאי להטבת הקבועה בהוראת השעה: התנאי הראשון עניינו בכך כי הדיבידנד חולק לבעל המניות על-ידי החברה המחזיקה בתוך "תקופת ההטבה". קרי, ההכנסה מדיבידנד התקבלה בידי בעל המניות



מיום 1.10.2009 ועד ליום 30.9.2010. התנאי השני דורש כי יום רכישת המניות על-ידי בעל המניות, שבגין התקבל הדיבידנד, היה לפני המועד הקובע. משמע, מקום בו בעל המניות רכש את המניות לאחר ה-1.1.2003, הוא לא יוכל ליהנות מהטבת המס שבהוראת השעה. מהתנאי השלישי עולה דרישה כי סכום ההכנסות שיקבל בעל מניות מאת החברה המחלקת, בכל אחת מן השנים 2009-2012 (להלן: שנות הבדיקה), לא יפחת ממוצע ההכנסות ששולמו לו בכל אחת מן השנים 2007-2008, מאת החברה המחלקת, בין במישרין ובין בעקיפין. סוגי ההכנסות שיכללו בבדיקה האמורה, הן בשנות הבדיקה והן בשנות המס 2007-2008, לא יכללו הכנסות מדיבידנד, לרבות מהדיבידנד המוטב, שחולק בהתאם להוראת השעה. מטרתו של תנאי זה היא למנוע מצב שבו, עקב המיסוי הנמוך בגין משיכת הרווחים הראויים לחלוקה כדיבידנד, יישמש תשלום הדיבידנד כתחליף למשיכת שכר ולתשלומים אחרים לבעלי המניות, במישרין או בעקיפין. התנאי הרביעי קובע כי לו- מקבל הדיבידנד היה מוכר את מניותיו בתקופת ההטבה, הוא היה זכאי לשיעור מס של 10% לפי הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה (ראו: דברי ההסבר לסעיף 168 להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ה"ח 436, כ"ד סיון התשס"ט, 16.6.2009, עמוד 618 (להלן: דברי ההסבר להוראת השעה)).

בענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים שכל תנאי הוראת השעה התקיימו בענייניו של ז'ורבין, למעט התנאי הנעוץ בשאלה האם הדיבידנד שקיבל ז'ורבין מקורו ברווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה המחלקת עד למועד הקובע. טרם שאבחן מהם אותם "רווחים ראויים לחלוקה שנצטברו עד למועד הקובע", אסקור בקצרה את אופן החיוב במס של רווחים המופקים על-ידי חברה.

#### (ב) שיטת המיסוי הדו-שלבי בישראל

14. סעיף 94 לפקודה, אליו מפנה הוראת השעה, הוא תולדה של שיטת המיסוי הדו-שלבי בישראל, שבמסגרתה מופרד מיסוי החברה ממיסוי בעלי מניותיה, כך שכל "יישום משפטי נפרדת", מהווה נישום עצמאי:

"המחוקק הישראלי בחר במודל האחרון וקבע את הסדר 'המיסוי הדו שלבי'. על פי הסדר זה, בשלב הראשון משלמת החברה מס על הכנסותיה. שיעור המס הינו מופחת ואינו זהה למס המשולם על ידי יחידים. בהתאם לסעיף 126 לפקודה, המס המוטל הינו בשיעור אחיד ולא פרוגרסיבי. בשלב השני, בעת

חלוקת רווחי החברה לבעלי המניות, משלם בעל המניות מס נוסף בשיעור קבוע כאמור בסעיף 125ב לפקודה. ההסדר הדו שלבי נועד למנוע כפל מס מחד ולקרר את המס הכולל, המוטל על רווחי החברה ביחד עם רווחיהם של בעלי המניות, למס המוטל על היחיד מאידך. באופן שכזה נשמרת הניטרליות של דיני המס, כך שלא יהיה בהם כשלעצמם להשפיע על ההחלטות העסקיות של הנישומים" (ראו: ע"מ 6283-10-12 פישבין ואח' נ' פקיד שומה – עכו, 200 (2.11.2014) (להלן: עניין פישבין); ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 605 (2005) (להלן: עניין סיוון); ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769 (1999); אמנון רפאל מס הכנסה 64 (כרך ג, בהשתתפות ירון מהולל, 1991)).

15. כלומר, בשלב הראשון מוטל על הרווחים, אותם מפיקה חברה, "מס חברות". סעיף 126(ב) לפקודה מעגן את הכלל, לפיו בחישוב ההכנסה החייבת מס חברות לא תיכלל "הכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל שנתקבלו במישרין או בעקיפין מחבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות". הסדר זה, לפיו אין להטיל מס על חברה שקיבלה את הדיבידנד, טעמו בכך שהחוב במס יוטל, ממילא, על בעלי המניות שיקבלו את הדיבידנד, כאשר הדיבידנד יחולק. הלכה למעשה, הפקודה מעניקה "פטור" מתשלום מס, בכל העברה של דיבידנד בין חברתי (אהרון נמדר "המס על הכנסות שוטפות של משקיע פרטי מניירות ערך הנסחרים בבורסה" מיסים ט(2) 8 (1995); אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215-245 (2008); נדב שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל – האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" מיסים יז(4) 134 (2003), (להלן: שגיא, דיבידנד בין חברות בישראל).

בשלב השני, במועד חלוקת הרווחים כדיבידנד לבעלי המניות, ימוסו בעלי המניות פעם נוספת בגין רווחי החברה שקיבלו. ברוב המקרים לאחר חלוקת הדיבידנד, תחול ירידה בשווי של מניות החברה, וזאת נוכח פיחות במזומני החברה וביתרת עודפיה, כתוצאה מחלוקת הדיבידנד. לעומת זאת, אם החברה המחזיקה בוחרת שלא לחלק את רווחיה, הרי שבעת מכירת מניות החברה המחזיקה על ידי בעלי המניות, יהיו מחויבים בעלי המניות ב"מס רווח הון", המגלם את עליית ערכן של המניות בחברה, עלייה הנובעת, בין היתר, מרווחיה הבלתי מחולקים של החברה המחזיקה, שכאמור כבר מוסו במס חברות. על רקע שיטה זו חוקק סעיף 94 לפקודה, הנוגע לשלב המיסוי

השני. תכליתו המקורית הייתה לצמצם את הפער בין המס הכולל המוטל על חברה ועל בעלי מניותיה, לבין המס המוטל על יחיד, אשר מפיק במישרין אותה הכנסה (יובל נבות "אבני נגף בחישוב 'רווחים ראויים לחלוקה'" מיסים יז/5, 39 (2003) (להלן: נבות, אבני נגף); דוד גליקסברג "המיני-רפורמה, מודל השילוב המלא ומיסוי תאגידים בישראל", משפטים כ 185 (תש"ן – תשנ"א); קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החבק), "סעיף 94 לפקודת מס הכנסה: חישוב עודף אינפלציוני במכירת מניה", מיסים, ה-41 (2011); יוסף גרוס, מיסוי חברות: סוגיות נבחרות 53 (מהדורה שלישית, תל-אביב, 1987)).

(ג) סעיף 94 לפקודה- רווחים ראויים לחלוקה

16. סעיף 94 נחקק במטרה לאזן את שיעורי המס בין מכירת מניות המגלמת בתוכה רווח הון שמקורו ברווחים צבורים, לבין חלוקת דיבידנד. ואולם, שינויים חקיקתיים שחלו במיסוי החברות, לאחר שנחקק הסעיף, הפרו איזון זה. עובר לתיקון 132 לפקודה (מיום 18.12.2002), שיעור המס על הרווחים הראויים לחלוקה, לא היה שווה לשיעור המס על הכנסה מדיבידנד. הרווחים הראויים לחלוקה, הנחשבים חלק מרווח ההון, היו ממוסים בשיעור של 10%, ואילו הרווחים הראויים לחלוקה, אשר חולקו כדיבידנד, היו ממוסים בשיעור מס של 25%. הוראה זו יצרה תמריץ להעדפה מיסויית בקרב יחידים המחזיקים במניות חברה, שנרכשו לפני המועד הקובע, להותיר את הרווחים שנצטברו בחברה, כרווחים ראויים לחלוקה. שכן, משמוטל מס מופחת על אותו חלק מהתמורה המשקף את חלקו של המוכר ברווחי החברה, בהשוואה למשיכת הרווח כדיבידנד, בעל מניות העדיף שלא למשוך את רווחיו, ולהימנע מתשלום מס בשיעור של 25%. באופן זה נוצרו "רווחים כלואים" שלא חולקו כדיבידנד מטעמים פיסקאליים. דיפרנציאציה זו בשיעורי המס, כפונקציה של אופן קבלת התשואה על מניות החברה, כדיבידנד או כרווח הון, אף יצרה כר נרחב לתכנוני מס (נבות, אבני נגף, 40). בתיקון 132 לפקודה (ובתיקונים נוספים שנכללו במסגרת תיקון 147 לפקודה), השווה שיעור המס החל על רווחים ראויים לחלוקה לשיעור המס החל על דיבידנד. בדרך זו, הושגה "אדישות מיסויית" ביחס לשתי האפשרויות למימוש ההשקעה במניות - דיבידנד או מכירה תוך הפקת רווח הון (ע"א 10666/03 שטרית נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (30.1.2006); ע"א 3266/08 סדן נ' פקיד שומה תל-אביב 1 (1.6.2011)).

17. אם כן, תכלית ההסדר שבסעיף 94 היא כפולה. ראשית, הסעיף מבקש למנוע מצב שבו במכירת מניות החברה יוטל מס נוסף על רווחי החברה שכבר מוסו בעבר.

שנית, הסעיף מבקש ליצור "אדישות מיסויית" ולמנוע הטיה בלתי רצויה אצל בעלי המניות ביחס להחלטה האם לחלק את רווחי החברה כדיבידנד, טרם מכירת המניות, אם לאו (עניין סיוון, בפסקה 18; ע"א 10800/06 סלמן נ' פקיד שומה טבריה, בפסקה 30 (13.7.2001) להלן: עניין סלמן); ע"מ 1130/07 תהודה השקעות וניהול בע"מ נ' פקיד שומה דן, בפסקה 64 (21.3.2013); ע"מ 1346/08 מאיר נ' פקיד שומה רחובות, בפסקה 21 (5.12.2012); יוסף אדרעי ויורם עדן "פירושו של סעיף 94 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] בתקופת אינפלציה", מחקרי משפט ו' 76 (1988)).

18. הוראת השעה באה לעולם במטרה להביא לשחרור "הרווחים הכלואים", שנצטברו בחברות עד למועד הקובע, ושלא חולקו כדיבידנד. לשם השגת יעד זה של שחרור אותם רווחים, החליט המחוקק להפחית, לתקופה קצובה (תקופת ההטבה), את שיעור המס על חלוקת דיבידנד לידי יחיד, בעל מניות, מתוך "הרווחים הראויים לחלוקה עד למועד הקובע". הטבה זו נועדה להגדיל את ההכנסות ממסים, להביא לניוד הון, ולעודד את הצריכה הפרטית (ראו: דברי ההסבר להוראת השעה, 168). כדי להבין את משמעות המונח "רווחים ראויים לחלוקה", הפנתה הוראת השעה אל סעיף 94(ב)(1) לפקודה, שלפיו:

"רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה [...] הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה [...] וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזז ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו (ההדגשות שלי – א.ש);

19. קיימות, אפוא, שתי חלופות לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, כאשר הסכום שיילקח בחשבון הוא הנמוך מביניהן. לפי החלופה הראשונה, המכונה "החלופה החשבונאית", יש לחשב את הרווחים שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לרכישת המניה, ועד תום שנת המס שקדמה לשנת מכירת המניה על פי מאזן החברה (אלכס שפירא מיסוי שוק ההון 476-477 (מהדורה שנייה, 2012) (להלן: שפירא, מיסוי

שוק ההון)). לפי החלופה השנייה, המכונה "החלופה המיסויית", יש לחשב את סכום הרווחים שנתחייבו במס (בניכוי המס ששולם, דיבידנד שחולק והפסדים שטרם קוזזו ובצירוף רווחים פטורים ממס) (שפירא, מיסוי שוק ההון, 478).

20. אין מחלוקת בין הצדדים כי רווחי אקוויטי נכללים בדוחות הכספיים של החברה ולכן יש לקחתם בחשבון במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה החשבונאית. עם זאת, הצדדים חלוקים בשאלה האם רווחי אקוויטי מהווים "רווחים שנתחייבו במס" שיש לקחתם בחשבון במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, על פי החלופה המיסויית.

#### (T) רווחי אקוויטי ושיטת השווי המאזני (Equity Method)

21. רווחי אקוויטי, הם רווחים או הפסדים שחברה רושמת כתוצאה מיישום שיטת השווי המאזני (Equity Method): "בשיטת השווי המאזני, ההשקעה בחברה הכלולה, מוכרת לראשונה לפי העלות, ומותאמת לאחר מכן לשינויים לאחר הרכישה בחלקה של הישות המחזיקה בנכסים נטו של החברה הכלולה. כפועל יוצא, הרווח של הישות המחזיקה, כולל את חלקה ברווח או בהפסד של החברה הכלולה" (שלומי שוב וגיל כץ חשבונאות פיננסית חדשה: IFRS 2010 288 (כרך ג 2009)). (להלן: שוב וכץ, חשבונאות פיננסית). כלומר, רווחי האקוויטי הם הרווחים החשבונאיים של הישות המחזיקה, בהתאם לשיעור החזקותיה ברווחים הלא מחולקים של החברה הכלולה (שוב וכץ, חשבונאות פיננסית, 313, תקן חשבונאות בינלאומי 28, השקעות בחברות כלולות ובעסקאות משותפות, עמ' 1159-1160, להלן: תקן 28).

22. חברה נדרשת לנקוט בשיטת השווי המאזני כאשר שיעור ההחזקה בחברה הכלולה עולה לכדי "השפעה מהותית" (Significant Influence). השפעה מהותית מוגדרת כ"כוח להשתתף בהחלטות בדבר המדיניות הפיננסית והתפעולית של הישות המוחזקת, אשר אינו מהווה שליטה או שליטה משותפת על קביעת המדיניות" (שוב וכץ, חשבונאות פיננסית, 288, תקן 28, 1161). קיימת חזקה כי, כאשר יש בידי החברה המחזיקה מעל 20% בזכויות ההצבעה בחברה המוחזקת, או בזכות למנות מנהלים בה, אזי תהא לאותה חברה השפעה מהותית, אלא אם הוכח כי בפועל אין לה השפעה מהותית מעין זו (גילוי דעת 68 - שיטת השווי המאזני של לשכת רואי החשבון (פורסם בינואר 1997)). יש להראות, בין היתר, כי לחברה המחזיקה יש כוח ב"השתתפות בהליכי קביעת מדיניות, כולל השתתפות בהחלטות לגבי דיבידנדים או חלוקות אחרות"

(תקן 28, 1161). השפעה מהותית נבחנת באופן דומה גם בתקינה החשבונאית הישראלית, שעודנה מופעלת לרוב על-ידי חברות פרטיות בישראל. הווי אומר, כי עצם מעורבותה של החברה המחזיקה בהתוויית מדיניותה של החברה הכלולה, ויכולתה להשפיע על הביצועים העסקיים של החברה הכלולה, הם המצדיקים את רישום חלקה של החברה הכלולה בתוצאות העסקיות של החברה המחזיקה. כפועל יוצא מכך, חברה רשאית לרשום את רווחי האקוויטי בגין החזקה בחברה כלולה, מקום שבו יש לה את הכוח להשפיע, בין היתר, על קבלת החלטות בנושא מימוש ההשקעה, ובפרט על חלוקת דיבידנד (שוב וכך, חשבונאות פיננסית, 288).

23. שיטת השווי המאזני גורסת כי במקרה של השפעה מהותית, רישום הכנסות רק על בסיס הכרזות של דיבידנדים בחברה הכלולה (טרם חלוקת הדיבידנד בפועל), אינו מהווה מדידה ראויה להכנסה של הישות המדווחת (ובענייננו החברה המחזיקה), שהרי להכרזות מעין אלה יכול להיות קשר מועט בלבד לתוצאותיה העסקיות של החברה הכלולה. לבעל המניות יש בפועל זכויות ברווחי החברה הכלולה כבר במועד היווצרות הרווח, ולכן ראוי שיוצגו הכנסותיו מפעילות החברה הכלולה עוד במועד זה (תקן 28, 1162-1163, שוב וכך, חשבונאות פיננסית, 289).

חלק שני – יישום המסקנות מהחלק הנורמטיבי על עובדותיו של מקרה זה

24. המערער טוען, שבהעדר מחלוקת כי רווחי האקוויטי לא הועברו בפועל מהחברות המוחזקות לחברה המחזיקה, ורישומם הוא חשבונאי בלבד, הרי שאין מדובר ברווחים "ממומשים" לצורכי מס, אשר נצברו על ידי החברה המחזיקה, או רווחים שהיו "חייבים במס אילולא פוטרו ממנו", כפי שדורש סעיף 94ב, לצורך הכללתם במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה המיסויית.

מנגד, טוען המשיב כי רווחי האקוויטי מייצגים את חלקה של חברת דחף ברווחיהן של החברות הכלולות, ולכן מן הראוי לכלול אותם במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, לפי החלופה המיסויית. נטען, בהקשר זה, כי רווחי האקוויטי ימומשו בסופו של יום בדרך של דיבידנד, שיחולק מהחברות הכלולות לידי חברת דחף, ומכיוון שדיבידנד בין-חברתי פטור ממילא ממס, לא יהיה חיוב נוסף במס בגין הרווחים שצמחו לחברות הכלולות.

25. אין חולק בין הצדדים, כי נקודת המוצא, לשם בחינת הרווחים הראויים לחלוקה, תמצא לנו ברווח החשבונאי "לפי מאזן החברה". הרווח החשבונאי הוא הרווח הניתן לחלוקה על פי "מבחן הרווח", הקבוע בסעיף 302 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות). "מבחן הרווח" ייקבע בהתאם ל"דוחות כספיים מתואמים" הערוכים "לפי כללי החשבונאות". בהתאם לכך, רווחי החברות המוחזקות אשר נרשמות במאזן חברת דחף, הם חלק מרווחי חברת דחף לעניין "מבחן הרווח", כאמור בסעיף 302 לחוק החברות, ומכאן שגם לעניין החלופה החשבונאית שבסעיף 94ב(ב)(1) לפקודה. ואולם, בכך לא מסתיימת הבדיקה, שכן בסיפא של סעיף 94ב(ב)(1) הגביל המחוקק את הרווחים הראויים לחלוקה עד לתקרת "סכום הרווחים שנתחייבו במס", וזאת במטרה להגן מפני "כיבוס" הכנסה, ומפני בריחת הכנסה בלא תשלום מס. דומה, כי "סכום הרווחים שנתחייבו במס", בהתאם לחלופה המיטוטית, נגזר מאותו השלם. קרי, מאותם "רווחים" שהוגדרו, כבר בראשית הסעיף, כרווחים "שלפי המאזן של החברה", הכוללים גם את רווחי החברות הכלולות, בהתאם לשיטת השווי המאזני.

26. כאמור, רווחי האקוויטי נכללים ברווח החשבונאי שעל פיו נקבעים גודלי החלוקה המותרת לפי דיני החברות. מדובר, לכאורה, ברווחים שניתנים לחלוקה, וזאת מבלי להכריע בשאלה האם חלוקת דיבידנד מרווחי אקוויטי מותרת בעולמם של דיני החברות. מקום שבו סעיף 94ב לא היה חל על רווחי אקוויטי שנתחייבו במס חברות (ואשר לא צפוי בגינם כל חיוב נוסף בעתיד), ניתן להניח, כי כל בעל מניות, המתכוון למכור את מניותיה של חברה שרשמה רווחי אקוויטי, היה מפעיל את השפעתו להביא לחלוקת דיבידנדים עובר למכירת המניות, וזאת על מנת למקסם את רווחיו. נראה, כי גישת המערער אינה מובילה לניטרליות, כאמור, ביחס לשתי דרכי מימוש ההשקעה במניות – דיבידנד או רווח הון, אותה ביקש המחוקק לשמר.

27. ראוי עוד לציין, בהקשר זה, כי גישת המערער מובילה גם להטיה בנוגע לחלוקת רווחי האקוויטי מהחברה הכלולה לחברה המחזיקה, וזאת לנוכח חוסר הבהירות בנוגע למשמעות חלוקה זו במישור דיני החברות ובעולמו של משפט המס (עניין פרל, בפסקה 38). כך, עשויה החברה המחזיקה להעדיף שלא לחלק דיבידנד מתוך רווחי האקוויטי שלה. או אז, בעל המניות ידרוש כי החברה המחזיקה תפעיל את השפעתה על החברה הכלולה בכדי שזו תחלק את רווחיה כדיבידנד, ורווחי האקוויטי ימומשו בפועל. בכך נמצאנו חוטאים גם כלפי החברה הכלולה בהטיית שיקול דעת בעל המניות באשר להותרת הרווחים שנצברו בחברות הכלולות, לשם המשך השימוש בהם לפעילות עסקית (שגיא, דיבידנד בין חברות בישראל, 138).

28. עוד טוען המערער, כי כאשר בוחנים את "סכום הרווחים שנתחייבו במס", לפי החלופה המיסויית, אין מקום לכלול את סכום הרווחים שנתחייבו במס בידי החברות המוחזקות, ויש להתייחס אך ורק לסכומי הרווחים שנתחייבו במס בידיה של החברה מחלקת הדיבידנד, היא החברה המחזיקה. משאין בפקודה הגדרה התוחמת את היקפו של המונח "רווחים שנתחייבו במס" מבחינה לשונית, תיעשה פרשנות הוראות הפקודה, לאור תכליות דיני המס בכלל, ובשים לב לתכליתם של ההסדרים הספציפיים בהם אנו עוסקים, בפרט:

"הלשון היא אפוא נקודת המוצא. אך היא אינה נקודת הסיום. לעולם יש לפתוח בלשון החוק, אך לעולם אין לסיים בה. מבין האפשרויות השונות שהלשון פותחת יש לבחור באחת ויחידה כאפשרות 'נכונה'. בחירה זו נעשית על-פי מטרת ההוראה ועל-פי תכליתה [...] על תכלית החוק ניתן ללמוד, כמובן, מלשון החוק עצמו. זהו מקור ראשון אך לא יחיד. על תכלית החקיקה יש ללמוד ממקומה של ההוראה בחוק, ממבנהו הכללי של החוק וממקומו במערך החקיקה הכללי. אך מעבר לכך, ניתן ללמוד על מטרת החקיקה ממקורות שמחוץ לחקיקה עצמה, כגון מהמציב המשפטי שהתקיים בטרם הוחק החוק ומהתקלה שהוא בא למנוע. מקור חשוב ללימוד בדבר מטרת החקיקה הוא ההיסטוריה החקיקתית" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, לט(2), בפסקאות 3-4 (1985) (להלן: עניין חצור); וראו גם: רע"פ 5166/14 קרופצקי נ' מדינת ישראל (6.5.2015), בפסקה 18; רע"פ 7451/07 מדינת ישראל נ' אהרונוביץ (2.6.2008), בפסקה 8; עע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה (5.5.2008); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה, 85-89 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)).

בעוד שתכלית החוק מגדירה לנו מהי הפרשנות הראויה, יש לזכור כי לשון החוק היא זו שקובעת מלכתחילה את מתחם האפשרויות הפרשניות, שכן:

"אין לתת לחקיקה מובן 'שאין הלשון סובלתו'. השאלה אינה מה רצה המחוקק להשיג; השאלה היא מה המחוקק השיג. 'חשוב הוא לא מה שהמחוקק רצה לומר, אלא מה שאמר'. על כן אין התכלית יכולה לבטל את הלשון או להוסיף על לשון החוק מה שאין בה." (ברק, פרשנות החקיקה, 84; וראו גם: עניין חצור, בפסקה 4).



29. כאמור, יש לפנות, לצורך פרשנות ההוראה, בראש ובראשונה אל לשון החוק. לאחר עיון בדבר החקיקה עצמו, נראה בעיניי כי פרשנותו של המשיב, לפיה המונח "רווחים שנתחייבו במס" כולל את כל הרווחים שנכללו בדוחות החברה, כל עוד רווחים אלו נתחייבו במס סופי שניתן היה לחייבם, אף אם חיוב זה נעשה אצל אחר, אינה משוללת יסוד מבחינה לשונית. יש להוסיף בהקשר זה, כי הקביעה, האם רווח מסוים "נתחייב במס", ראוי שתיעשה באופן מהותי ולא באופן טכני. לעניין זה יפים דבריו של השופט ס' ג'ובראן בעניין פדל, בפסקה 34:

"בבואו של בית המשפט לפרש מונחים דומים בחקיקה עליו לשאוף להרמוניה, וזאת, למעט אם ישנם טעמים טובים, הנובעים מהתכליות השונות של דברי החקיקה, לפרשם באופנים שונים בהקשרים שונים. בהקשר של דיני המס, הלכה היא כי, ככלל, יש לשאוף להאחדה של הכללים החשבונאיים (המשמשים לחלוקת דיבידנד) וכללי המס. זאת, למעט אם ישנו טעם חזק לסטות מכך, דוגמת חשש כי כללי החשבונאות ישמשו את הנישום להקטין את נטל המס המוטל עליו, או אם הפקודה חורגת במפורש מכללי החשבונאות המקובלים".

30. מנגד, פרשנות המערער, לפיה המונח "רווחים שנתחייבו במס" כולל אך ורק את הרווחים שנתחייבו במס בידי החברה המחזיקה, וכי אין לכלול בו את סכום הרווחים שנתחייבו במס בידי החברות הכלולות, היא בעלת עיגון לשוני קלוש. אין כל דרישה בסעיף 94 לפקודה כי החיוב במס ייעשה אצל החברה שמניותיה נמכרות, דווקא. כאמור, המחוקק נקט בלשון "נתחייבו במס", ולא אמר "נתחייבו במס בחברה מחלקת הדיבידנד". יש לזכור, כי המדובר בסעיף אנטי-תכנוני, המבקש ליצור "אדישות מיסויית" בנוגע לשאלת חלוקת הדיבידנד. מכאן שיש ליתן את תשומת הלב, לא רק למילים המפורשות בהן נקט המחוקק, אלא גם להיעדרן. פרשנות המשיב, כי הביטוי "רווחים שנתחייבו במס" כולל את כל הרווחים שנכללו בדוחות החברה, כל עוד רווחים אלו נתחייבו במס סופי אף אם חיוב זה נעשה אצל אחר, אינה, כאמור, משוללת יסוד מבחינה לשונית, והיא עומדת במבחני ההיגיון והשכל הישר. כאשר ביקש המחוקק להתייחס רק לרווחים או להפסדים של החברה שמניותיה נמכרות (החברה המחזיקה), הוא עשה זאת במפורש. כך למשל, במסגרת "החלופה המיסויית" שבסעיף 94(ב)(1), קיימת הדרישה כי מהרווחים הראויים לחלוקה ינוכה הפסד שנוצר "בחברה שמניותיה

נמכרות". בשונה מכך, ביחס לרווחי החברה, לא הגביל המחוקק את סוגם, ובלבד שרווחים אלה "נתחייבו במס". מכאן, שגם הרווחים הכלולים במסגרת הרווח החשבונאי, אשר בפועל נתחייבו במס חברות ברמת החברות הכלולות, ולא צפוי כל חיוב נוסף במס בגינם, ראוי שיכללו במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, לצורך החלופה המיטוית. פרשנות זו אף עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 94ב לפקודה, ביוצרה "אדישות מיטוית" ביחס לשתי הדרכים למימוש ההשקעה במניות - דיבידנד או מכירה תוך הפקת רווח הון.

31. ואולם, לא די בתכליתו הכללית של סעיף 94ב לפקודה, ויש לבחון גם את התכלית הספציפית, בהתאם לחלופה המיטוית, שהיא מניעת תכנוני מס אסורים, אשר במסגרתם עלול בעל המניות "לכבס" את הרווח החשבונאי שצמח בחברה הנמכרת. סבורני, כי גישת המערער איננה מתיישבת עם תכלית זו, שכן, כפי שצויין לעיל, רווחי האקוויטי מהווים את הרווחים החשבונאיים של הישות המחזיקה, בהתאם לשיעור החזקותיה ברווחים הלא מחולקים של החברה הכלולה. רווחים אלו יכול שימומשו באחת משתי דרכים: הדרך האחת, היא חלוקת הרווחים שנצברו בחברה הכלולה. הדרך השנייה היא מכירת ההחזקה במניות החברה הכלולה. אין חולק, כי בשתי הדרכים הנ"ל, לא יחול חיוב נוסף במס בגין רווחיה של החברה הכלולה, ומכאן שאין בהכללתם של רווחי האקוויטי כדי ליצור תכנון מס אסור, מצידו של הנישום.

32. חלוקת הרווחים מהחברה הכלולה לחברה המחזיקה, פטורה במס לפי סעיף 126(ב) לפקודה, בשל היותה דיבידנד בין-חברתי. כאמור, זהו אחד ממאפייניה הבסיסיים של שיטת המיסוי הדו-שלבי הנהוגה בישראל, לפיה חלוקת רווחים במרחב התאגידי אינה מחויבת במס (דיבידנד בין-חברתי), ורק חלוקת רווחים ליחיד, בעל מניות, תחויב במס, פעם נוספת.

גם מכירת ההחזקה בחברה המחזיקה אינה צפויה להתחייב במס נוסף. כאמור, כאשר לחברה המחזיקה יש זכויות בחברות כלולות, התמורה המתקבלת בעבור מכירתן של מניות החברה המחזיקה, משולמת, בין היתר, גם בגין זכויות אלו. אין מדובר בתמורה בגין רווחים שטרם שולם מס בגינם, כי אם בתמורה בגין רווחים שכבר שולם עליהם כל המס שבו ניתן לחייבם. מימושם יעשה אפוא בהכרח בפטור ממס.

33. טענת המערער, לפיה רווחי האקוויטי שהופקו עד למועד הקובע צפויים להתחייב במס נוסף בעת מכירתם, שכן "על פי ההסדר בנוסחו הרלוונטי לאותו מועד [...] כאשר חברה מוכרת את המניות – על הרווחים הראויים לחלוקה שנצטברו בחברה היא כן

משלמת 10% (סעיף 60 לסיכומי המערער), נעדרת עיגון שבדין. בניגוד לטענת המערער, סעיף 94ב(א)(2) אינו מטיל מס נוסף בעת מכירת המניות על רווחי אקוויטי, ועניינו הוא במס מופחת על רווח הון, אשר צמח לבעל המניות, כתוצאה ממכירת מניות החברה. כאשר בעל מניות מוכר את מניותיו בחברה, הוא מחויב במס על רווח ההון שנצבר לו ממועד הרכישה ועד למועד המכירה. רווח ההון במכירת מניות הוא כמו כל רווח הון במכירת נכס ועל כן, המס שישולם על-ידי בעל המניות יחול על ההפרש שבין עלות הרכישה לבין התמורה שקיבל במכירתו (עניין סלמן; אהרון נמדר מס הכנסה 631 (מהדורה שלישית, 2010); דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהם 353 (כרך א, 2009)). ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ (21.02.2010). ראוי לציין, בהקשר זה, כי המס המשולם בגין רווח הון, הוא מס שנושא בו בעל המניות, ולא מס אשר משולם על-ידי החברה המחזיקה, כפי שטוען המערער.

34. יודגש, כי מקום בו רווחי אקוויטי לא נתחייבו במס הסופי שניתן לחייב אותם, כדוגמת רווחי אקוויטי שנבעו משערוך (בין אם שערוך נכסי מקרקעין, בין אם מוניטין ובין אם כל נכס אחר), לא ניתן יהיה לכלול אותם במסגרת הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה המיסויית. שכן, כאשר ברווחי שערוך עסקינן, אין מדובר בהכנסה פירוטית, כי אם בעליית שווי הנכס, אשר תמוסה רק בעת מימושו של הנכס. לפיכך לא ניתן לומר שמדובר ברווחים "שנתחייבו במס" לעניין הרווחים הראויים לחלוקה, שכן החברה הכלולה טרם שילמה את המס הסופי עבור רווחים אלה (שירי כץ "היבטי המס בחלוקת דיבידנד מתוך רווחי שיערוך" מיסים כד(3) 37, 51 (2010)). למעשה, כל הפרש בין התוצאה החשבונאית לבין תוצאת המס של החברה, אשר צפוי להשתנות בעתיד ולהוביל לחיוב נוסף במס, הוא רווח שלא נתחייב במס לעניין הרווחים הראויים לחלוקה.

35. לסיכום, שומה עלינו לזכור כי התכלית העומדת בבסיס החלופה המיסויית היא למנוע מהכנסות חשבונאיות לחמוק מרשת המס. בהתאם לכך, סבורני כי יש להכליל את רווחי האקוויטי, במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה המיסויית, שעה שברור שאין מדובר בהכנסה שתילכד ברשת המס בעתיד. ויודגש, לעניין זה, כי יש צורך בבדיקה פרטנית מדוקדקת ונפרדת בכל מקרה ומקרה, בגדרה תבחן השאלה האם רווחי האקוויטי נתחייבו במס הסופי שניתן לחייב אותם.

36. אחת הטענות, שראוי להרחיב עליה את היריעה, היא טענת המערער לפיה הכללת רווחי אקוויטי, בחלופה המיטוית, תוביל לכפל הטבה. המערער חושש, כי ראשית ימכור בעל מניות את מניות החברה המחזיקה, ויזכה להטבת הרווחים הראויים לחלוקה, בגובה רווחי האקוויטי (המבטאים את חלקה של החברה המחזיקה ברווחים שנצברו בחברה הכלולה). לאחר מכן, כאשר "הרוכש החדש ימכור את המניות לאחר שרווחי האקוויטי יחולקו לו כדיבדנד, הוא יהיה זכאי לכלול את אותו הדיבדנד במסגרת הדר"לים המיטויים [הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה המיטוית]". דומה, כי המערער מפרש את החלופה המיטוית שבסעיף 94ב לפקודה, באופן המאפשר להכליל דיבדנד שחולק מהרווחים שנתחייבו במס, במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, במועד מכירת מניות החברה המחזיקה. לטעמי, חשש זה אינו חשש של ממש, לאור כוונת המחוקק, כפי שהיא נלמדת מדברי ההסבר להוראת השעה, בעמוד 618: "לאור הוראת השעה המוצעת, מוצע, בסעיף 3(11) להצעת החוק, לתקן את סעיף 94ב(א)(2) לפקודה כך שיובהר בו כי סכום הדיבדנד שחוייב בהתאם להוראת השעה שבסעיף 168 המוצע, יופחת מסכום הרווחים הראויים לחלוקה שעד למועד הקובע, זאת כדי שבגין סכום זה לא תתקבל כפל הטבה בעת מכירת המניה". הדברים גם עולים בבירור מלשון סעיף 94ב, לפיו "סכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבדנד שחולק מהם" (הדגשות שלי - א.ש) (ראו גם: עניין פישביין, 209; עניין סלמן; ע"מ (חי') 15918-09-09 צילומעתיק החזקות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה חיפה (24.11.2013); שוב וכך, חשבונאות פיננסית, 337).

לפיכך, אין חשש של ממש לכפל הטבה.

37. טענה נוספת שהועלתה על-ידי המערער נוגעת ל"עקרון המימוש" המנחה את הפקודה. המערער טוען (סעיף 25 לסיכומיו) כי היה על החברה המחזיקה "לממש" את הרווחים, באמצעות העברתם של הרווחים בפועל מהחברות המוחזקות לחברת דחף, וזאת טרם שחולק הדיבדנד לבעלי המניות, על מנת שאלה יחסו תחת הגדרת המונח "רווחים ראויים לחלוקה", לצורכי מס. דא עקא, שעמדה זו של המערער, יש בה כדי לסכל את ההטבה שביקשה הוראת השעה להעניק. כזכור, הוראת השעה נחקקה בשנת 2009, והעניקה הטבה, בדמות שיעור מס מופחת, על רווחים ראויים לחלוקה שנצברו על-ידי החברה מחלקת הדיבדנד, עד ל"מועד הקובע". בהנחה שחברת דחף הייתה פועלת בהתאם לגישת המערער ומעבירה לידיה בפועל את הרווחים שנצברו בידי החברות המוחזקות, טרם חלוקתם כדיבדנד מחברת דחף לבעלי המניות, לא ניתן היה לומר כי מדובר ברווחים ראויים לחלוקה, שנצברו עד ל"מועד הקובע", שכן אלו היו הופכים לרווחים צבורים רק בשנת 2009. כלומר, אילו היו רווחי האקוויטי "ממומשים",

באמצעות העברתם בפועל מהחברות המוחזקות לידי חברת דחף, המשיב לא היה זכאי ליהנות מהטבת המס הקבועה בהוראת השעה. זאת, לנוכח העובדה כי הדיבידנד שקיבל לא חולק מתוך הרווחים הראויים לחלוקה "שנצברו בידי החברה מחלקת הדיבידנד עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002)", אלא מתוך רווחים שנצברו בידי החברה המחלקת רק בשנת 2009, כאשר הם הועברו בפועל מהחברות המוחזקות לחברת דחף. גם מטעם זה יש להכליל את רווחי האקוויטי, במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, על פי החלופה המיסויית.

על כל פנים, ולסיכומה של נקודה זו, בהוראת השעה ביקש המחוקק לשחרר את הרווחים שנתחייבו במס עד למועד הקובע ו"נכלאו" בחברות. דומה, כי המחוקק לא יצר העדפה בין שחרור רווחים שנתחייבו במס על-ידי החברות המוחזקות, לבין רווחים שנתחייבו במס על-ידי החברה המחזיקה, כל עוד מדובר ברווחים שנתחייבו במלוא המס שניתן היה לשלם עליהם. סבורני, כי גישתו של המערער, באשר ל"מימוש" הרווחים, על-ידי חלוקתם בפועל מהחברות המוחזקות לחברה המחזיקה, אינה עולה בקנה אחד עם תכליתה של הוראת השעה והיא חוטאת לכוונת המחוקק בסעיף 94ב.

התייחסות לפסיקה

38. לאחר עיון בפסיקה הרלבנטית, הגעתי למסקנה כי אין בסיס לטענתו של המערער, לפיה קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין קליימן ובעניין ברנע מובילות למסקנה כי לא ניתן לכלול רווחי אקוויטי במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לחלופה המיסויית. הן בעניין קליימן והן בעניין ברנע, דובר על רווחי אקוויטי שלא נתחייבו במס מעולם. באותם מקרים, הסיבה להימנעות מחלוקה בפועל של רווחי החברות המוחזקות לידי החברה המחזיקה, היתה נעוצה ברצון להביא לדחייה במועד תשלום מס ולהקטנת החבות בו.

בעניין קליימן דובר על חברה אחזקות משפחתית שביקשה לחלק דיבידנד פטור ממס לבעל המניות מתוך רווחי אקוויטי. בהתאם לסעיף 64א(א)(1) לפקודה, דיבידנד שחולק מהכנסות החברה המשפחתית, יראה כאילו לא חולק. בית משפט קמא קבע, כי רווחי אקוויטי אינם נחשבים כהכנסה על פי הגדרת המונח "הכנסה" שבסעיף 1 לפקודה, ולכן לא ניתן לומר שהדיבידנד חולק מתוך הכנסה זו. ואולם, בענייננו מדובר בסעיף 94 לפקודה, אשר אינו משתמש במונח "הכנסה", ולו פעם אחת. סעיף זה עוסק ב"רווחים", מונח שאינו מוגדר בפקודה והמשמעות שיש לצקת לתוכו צריכה להיעשות בהתאם לתכליות דיני המס בכלל, ולתכליות ההסדר החוקי הספציפי שבו עסקינן,

בפרט (ראו, לעניין זה: ע"מ 1130-06 קרלוס נ' פקיד שומה תל אביב יפו 4  
(15.7.2013)).

בעניין ברנע דובר, בין היתר, על נישום שדיווח על רווחים ראויים לחלוקה שנבעו מרווחי אקוויטי, אשר נרשמו בגין החזקה בחברה בעלת מפעל מאושר, לפי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן: חוק לעידוד השקעות). בהתאם לחוק לעידוד השקעות, חלוקת רווחי החברה הכלולה, כדיבידנד, מחוייבת בתשלום מס חברות. לפיכך, נקבע כי שעה שחלוקת הדיבידנד בגין רווחי האקוויטי צפויה להוליד חבות נוספת במס, אין ניתן לומר כי רווחים אלו "נתחייבו במס". יוער, כי על עניין ברנע הוגש ערעור לבית משפט זה, אך פסק הדין בערעור לא עסק בסוגיית הרווחים הראויים לחלוקה (ע"א 2552/11 ברנע נ' פקיד שומה חיפה (2.4.2013)).

גם מעניין פרל, בו ניתן פסק הדין על-ידי בית משפט זה, אנו למדים כי כאשר מדובר ברווחי אקוויטי שנתחייבו במלוא המס שניתן היה לשלם עליהם, יש לראותם כרווחים שנתחייבו במס, לצורך החלופה המיסויית. בעניין פרל דובר על חברת בית, כמשמעות המונח בסעיף 64 לפקודה, אשר ביקשה לחלק, בפטור ממס, רווחים שנבעו מהכנסה משערוך נכסי נדל"ן, הכנסה שאינה חייבת במס לפי הפקודה. בית משפט זה קבע באותו המקרה, כי הדיבידנד יחויב במס ולא יראו אותו כדיבידנד שפטור ממס, מאחר שחולק מתוך הכנסותיה של חברת הבית. באותו מקרה הושם דגש על כך שהנישום לא יכול לחמוק כליל ממיסוי – היינו: לטעון ברמת החברה, מצד אחד, כי הכנסת השערוך אינה חייבת במס ולטעון ברמת היחיד, מצד שני, כי הרווח חולק מתוך הכנסת חברת הבית (ראו פסקאות 56 – 59 לחוות דעתו של השופט ס' גובראן, וחוות דעתה של השופטת א' חיות).

סיכומם של דברים

39. לב ליבו של ערעור זה נעוץ בשאלה, האם יש לכלול את רווחי האקוויטי במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי החלופה המיסויית. כפי שפורט, את המילים "נתחייבו במס" שבחלופה המיסויית, יש לפרש באופן תכליתי. כאשר מדובר ברווחים ששולם בגינם המס הסופי בו ניתן לחייב אותם, ובמקרה של רווחי אקוויטי מדובר במס חברות ברמת החברה הכלולה, הרי שיש לראות אותם רווחים כאילו נתחייבו כבר במס. זוהי הדרך הראויה, הנכונה והצודקת לפרש את המלים, כך שתתיישבנה עם כוונת המחוקק ליצור "אדישות מיסויית" לגבי שאלת חלוקת הדיבידנד מחד גיסא, ובאשר לכוונתו למנוע תכנוני מס אסורים, מאידך גיסא.

עם זאת, מן הראוי להבהיר כי אין בדברים הללו כדי לרוקן מתוכן את החלופה המיסויית כפי שחושש המערער. קיימים מקרים רבים בהם רווח חשבונאי איננו רווח שניתן לומר עליו כי שולם בגינו המס הסופי, ולכן רווח חשבונאי זה לא יוכל להיכלל במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, על פי החלופה המיסויית. כך, למשל, כפי שצויין מעלה, רווחי שערות שצמחו בחברה המחזיקה, הינם רווחים שישולם בגינם המס רק במועד המימוש, ולפיכך לא ניתן לראותם כרווחים שכבר נתחייבו במס. באופן דומה, גם רווחי אקוויטי הנובעים מרווחי שערות שנרשמו אצל החברה הכלולה לא ייכללו ברווחים הראויים לחלוקה.

40. התוצאה העולה מהמכלול היא כי יש לדחות את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ואציע לחבריי כי כך יעשה.

המערער יחוייב בהוצאות המשיב בסך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

#### המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לפסק דינו המעמיק של חברי השופט שהם. המדובר במאטריה מורכבת אשר המצריכה התעמקות בשאלות פרטניות, חשבונאיות וטכניות, של "משחק החתול והעכבר", אם להשתמש בדימוי עממי, בין רשויות המס לנישומים. מורכבות הנושא על פניה עולה מניסוחו המסורבל של סעיף הוראת השעה (סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009), שמצטט חברי בפסקה 13, והדברים אינם נאמרים כביקורת על הסעיף אלא כעובדה שאולי מתחייבת מן המאטריה, ועדיין היא טעונה פרשנות שיש בה מן הפלפול, כפי שמעידה ההתדיינות שלפנינו.

ב. אוסיף רק – ראשית – כי בסופו של יום בחנו הן בית המשפט קמא בפסק דינו המקיף והן חברי את השאלות שעל הפרק ביסודיות. כשלעצמי כגישה עקרונית של הגינות כלפי כולי עלמא (ראו ע"א 10011/07 פור נ' פקיד שומה אשקלון (2010) פסקה י"ז והאסמכתאות שם) וכמובן מס אמת, הוטרדתי מן השאלה אם יש בנסיבות, על פי פסק הדין קמא, משום הטבת-כפל למשיב כטענת המערער, או שמא יתכן כפל מס, כטענת המשיבה. נחה דעתי, לאחר העיון, כי פסק הדין אינו גורם כפל הטבה, ורוצה

אני גם להניח שהשלכות הרוחב מהן חושש המערער לא יהיו גדולות מדי בהתחשב בותק הרב של הנושא. בסופו של יום לגבי רווחי האקוויטי בהם מדובר – וצר לי שאין אנו עושים שימוש במונח עברי ראוי – בלשון המחקק "רווחים הראויים לחלוקה" – מה לי מקום הימצאם, הכא או התם, וכלשון חכמים במשפט העברי "כל העומד להיפדות כפדוי דמי" (בבלי מנחות ק"א, ב'); וראו שו"ת שרידי אש לר' יחיאל יעקב וינברג ב', ד', נספח ג', קצ"ג.

ג. כאמור, אצטרף לחברי.

המשנה לנשיאה

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינו המקיף והממצה של חברי, השופט א' שהם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ה' בתמוז התשע"ה (22.6.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה