



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3277/19

לפני: כבוד השופט י' עמית
 כבוד השופטת ד' ברק-ארז
 כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פקיד שומה ירושלים

נ ג ד

המשיבים: 1. אפרים סקמסקי
 2. יעקב זרם
 3. אפרים גרינפלד

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
 בתיקי עמ' 54138-04-15, 1861-07-15 ו-15-07-1906 שניתן
 ביום 26.02.2019 על ידי כבוד השופט א' דורות

בשם המערער: עו"ד יורם הירשברג
 בשם המשיבים: עו"ד זאב אוסלקה

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' דורות)
 בע"מ 54138-04-15 מיום 26.2.2019, שבו נתקבל בחלקו ערעורם של המשיבים על
 שומות מס הכנסה שהוציא להם המערער בגין רווחי הון שצמחו להם.

רקע

1. חברת אופיר אופטרוניקה בע"מ (להלן: החברה) הוקמה בשנת 1976, והמשיבים
 היו בין מייסדיה. בשנת 1991 הונפקה החברה בבורסה לניירות ערך בתל אביב, ומניותיה
 נסחרו בבורסה עד ליום 5.10.2011. החברה היתה בעלת מפעל מאושר והיתה זכאית
 להטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן: החוק לעידוד השקעות
 הון או חוק העידוד).

שלושת המשיבים החזיקו בהון מניות של החברה בשיעורים של כ-6.2% עד כ-
 10.5% כל אחד. ביום 6.10.2011 מכרו המשיבים את מניותיהם לחברה זרה (המכירה

בוצעה ביום 4.10.2011 והתמורה בעדה שולמה ביום 6.10.2011). ביום 9.10.2011 נמחקה החברה מהרישום למסחר בבורסה.

2. בעקבות המכירה דיווחו המשיבים למערער על חלקם ברווחים הראויים לחלוקה, כל אחד לפי חלקו ברווחי החברה בין השנים 2006-2010 שהיו פטורים ממס לפי חוק העידוד (על טיבו של המונח "רווחים ראויים לחלוקה" (להלן גם: "ר"ל") אעמוד להלן). חלקו של כל אחד מן המשיבים בר"ל נע בין סך של כ-7.3 מיליון ₪ לסך של כ-12.4 מיליון ₪, והמחלוקת בין המערער למשיבים נסבה על שיעור המס שבו חבים האחרונים בגין הר"ל. בתמצית שבתמצית, המשיבים סברו כי שילוב הוראות חוק העידוד וסעיף 94 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה) מוביל לכך ששיעור המס שבו הם חבים עומד על 15%. מנגד, המשיב סבר כי סעיף 94 לפקודה – העוסק במיסוי רווחים ראויים לחלוקה – אינו חל בנסיבות המקרה דנן, ועל כן חבים המשיבים במס רווח הון בשיעור של 25% מכוח סעיף 91(ב)(2) לפקודה.

על שומות מס ההכנסה שהוציא המערער למשיבים הגישו האחרונים את ערעורם לבית המשפט המחוזי. [במאמר מוסגר: המחלוקת בין המשיבים למערער השתרעה על סוגיות נוספות שעניינן קיזוז הפסדי הון מחו"ל וקיזוז בין תאגידים בחו"ל. בית משפט קמא נדרש לסוגיות אלו ואימץ את עמדת המשיב, ומשלא הוגש ערעור לגביהן, אין הן מענייננו בגדרו של הערעור דנן].

3. אקדים ואציין כי המסגרת הנורמטיבית, ובפרט ההיסטוריה החקיקתית, מעט מסורבלת, וכנגזרת מכך גם פסק דינו של בית משפט קמא וטענות המערער מתאפיינים בפתלתלות מה. לפיכך, על מנת להקל על הקורא, אסתפק בתיאור השורה התחתונה של פסק דינו של בית משפט קמא ובפירוט תמציתי של טענות הצדדים. לאחר מכן, בפרק הדיון וההכרעה, תוצג התשתית המשפטית הנדרשת תוך התייחסות להנמקות שנכללו בפסק דינו של בית משפט קמא, והכל בראי טענותיהם המרכזיות של הצדדים.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי; תמצית טענות הצדדים

4. בית המשפט המחוזי בחן את ההיסטוריה החקיקתית ואת תכליתו של סעיף 94 לפקודה, והגיע למסקנה כי סעיף זה חל על מכירת המניות בידי המשיבים, וכי שיעור המס שיחול עליהם הוא בהתאם לסעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד, קרי 15%.

5. המערער לא השלים עם הכרעה זו, והוא תוקף בערעורו את הנמקותיו של בית משפט קמא לכל אורך החזית. לטענתו, פסק הדין מנוגד ללשונו של סעיף 94ב ולתכליתו. בין היתר, נטען כי סעיף 94ב(א) אינו חל במקרה דנן, אם משום שהסעיף חל רק על מניות שיום רכישתן קדם ל-1.1.2003, בעוד שבמקרה דנן המשיבים דיווחו – לצורך חישוב רווח ההון – כי מועד הרכישה הוא 1.1.2003; ואם משום שסעיף 94ב(א) לפקודה חל רק על מכירת מניות בידי חברות, ולא על מכירה בידי יחידים כפי שנעשה במקרה דנן. לחלופין, אף אם סעיף 94ב(א) חל, אזי לפי לשון הסעיף, שיעור המס נקבע לפי סעיף 125ב לפקודה ולא לפי חוק העידוד. לחלופי חלופין, אף אם שיעור המס הוא לפי חוק העידוד, הרווחים שבמחלוקת במקרה דנן אינם עונים על הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה" שכן הם לא מוסו בעבר.

6. מנגד, המשיבים תומכים יתדותיהם בפסק דינו של בית משפט קמא, ולשיטתם תוצאת פסק הדין מתבקשת הן לנוכח לשונם של פקודת מס הכנסה וחוק העידוד, הן לנוכח תכליתו של חוק העידוד. לטענתם, המטרה שעמדה לנגד עיני המחוקק היתה להשוות את שיעור המס החל על רכיב הרר"ל לשיעור המס החל על דיבידנד, ושילוב הוראות הפקודה והוראות חוק העידוד מוביל למסקנה כי יש להחיל לגביהם את שיעור המס הקבוע בחוק העידוד, בהיותו חוק ספציפי. במענה לטענות המערער, המשיבים טוענים כי יום הרכישה במקרה דנן הוא בשנת 1976; כי מכל מקום, הוראות סעיף 94ב(א) חלות על כל מניה שנמכרה, ללא קשר למועד רכישתה; כי עמדת המערער שלפיה סעיף 94ב(א) חל רק על חברות אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף ועם עמדתו של המערער עצמו בחוזר שפרסם בשנת 2012; וכי הרווחים העומדים במוקד המחלוקת הופקו ונצמחו בפועל והם עונים על הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה". כן מפנים המשיבים לכלל המקנה עדיפות לפרשנות המקלה עם הנישום.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי פרשנותו של המערער לגבי סעיף 94ב לפקודה, על פי חוזר שפורסם על ידו בשעתו (חוזר 2/2012), אינה הגיונית; כי היא נועדה לגבות מס מרבי תוך הבחנה מלאכותית בין מיסוי חברה למיסוי יחיד; וכי אף בית משפט קמא קבע כי היא מוקשית. המשיבים מציינים כי בעקבות פסק דינו של בית משפט קמא, רשות המסים פרסמה "הבהרה" שבה אישרה כי עמדתה כפי שפורסמה בחוזר המדובר בנוגע לשיעור המס החל על חברות היתה שגויה. המשיבים סבורים כי התנהלות זו מצד המערער אינה תקינה, והיא משקפת מצב שבו המערער נקט "שיטת מצליח" וניסה לגבות את סכום המס הגבוה, ורק לאחר שהדבר התגלה בבית משפט קמא, המערער בחר להודיע על היפוך בעמדתו. לעניין זה טוענים המשיבים כי המערער לא היה רשאי להגיש כעת, בשלב הערעור, את "ההבהרה" שפרסם שהיא בגדר ראיה חדשה, והוא אף מושתק

מלטעון טענות חדשות העומדות בסתירה לטענותיו בבית משפט קמא. המשיבים מבקשים אפוא בהקשר זה להורות על הוצאת מוצגים מתיק המוצגים של המערער ולמחוק חלקים מסיכומיו.

7. הצדדים לא הסתפקו בסיכומיהם העיקריים. המערער הגיש סיכומי תשובה, בהם טען, בין היתר, כי אין מקום לשלב בין הוראות פקודת מס הכנסה להוראות חוק העידוד, וכי מדובר בהוראות המסדירות נושאים שונים. בהקשר זה הפנה המערער לפסק דין שניתן לאחר הגשת הערעור (ע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה (26.1.2020) (להלן: עניין דלק הונגריה)). בתגובה לכך, ועל פי החלטת כב' הרשם ר' גולדשטיין מיום 1.3.2020, המשיבים הגישו תשובה קצרה לסיכומי התשובה של המערער, ובתגובה לכך הגיש המערער אף הוא תשובה קצרה נוספת מטעמו. איני רואה לפרט את הדברים, וככל שתידרש התייחסות לטענות הצדדים בתשובותיהם, זו תיעשה בדיון לגופו.

עד כאן השורה התחתונה של פסק דינו של בית משפט קמא ותמצית טענותיהם העיקריות של הצדדים. נפנה אפוא לפרק הדיון של פסק דיננו, וננסה לפרוש ככל הניתן תמונה בהירה של התשתית הנורמטיבית הנדרשת העומדת ביסוד הכרעתנו.

מכר מניות; מיסוי דיבידנדים; רווחים ראויים לחלוקה

9. המחלוקת במקרה שלפנינו מתמקדת כאמור בסוגיית מיסויים של "רווחים ראויים לחלוקה". למען הבהירות, נפתח באקדמות מילין קצרות על מודל המיסוי הדו-שלבי הנוהג בישראל ועל מס רווחי הון בגין מכר מניות, ומשם נפנה לסוגיית מיסויים של רווחים ראויים לחלוקה.

10. בשונה ממודל המיסוי החל על הכנסתו החייבת של יחיד, בכל הנוגע להכנסותיה של חברה אומץ בדין הישראלי מודל דו-שלבי המבוסס על ההבחנה בין מיסוי החברה למיסוי בעלי מניותיה. בשלב הראשון החברה ממוסה במס חברות בגין הכנסתה החייבת. מס החברות הוא בשיעור קבוע, בלתי פרוגרסיבי, והוא נמוך משיעור המס השולי המרבי המוטל על יחיד. לעת הזו, שיעורו של מס החברות עומד על 23% (סעיף 126(א) לפקודה). בשלב השני, בעת חלוקת רווחי החברה כדיבידנד לבעלי המניות, ממוסים בעלי המניות במס הכנסה בגין קבלת הדיבידנד, הנחשב להכנסה פירותית (סעיף 2(4) לפקודה). ככלל, לפי הדין דהיום, שיעור המס על דיבידנד המתקבל בידי יחיד הוא 25% (סעיף 125ב(1) לפקודה).

מקובל לומר אפוא כי נטל המס החל על הכנסותיהן של חברות נגזר משילובם של מס החברות (%) 23 ומס ההכנסה בגין הדיבידנד (%) 25. מודל דו-שלבי זה מבטיח כי "בסוף הדרך" ישולם מס מצטבר בסכום הדומה בקירוב למס השולי שהיה משולם על ידי יחיד (דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן) כרך א 69-70 (י' אדרעי עורך, 2009) (להלן: אלקינס)). בכך ביקש המחוקק למנוע הטלת מס ביתר על נישומים הפועלים באמצעות תאגיד ולהבטיח "אדישות מיסויית" של הנישום בכל הנוגע להחלטה אם להתאגד (ראו, בין היתר, ע"א 181/14 פגי נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 1 והאסמכתאות שם (13.3.2016) (להלן: עניין פגי)). לשלמות התמונה, נוסיף ונעיר כי מקום שבו הדיבידנד משולם מחברה-בת לחברה-אם (להבדיל מתשלום דיבידנד לבעל מניות שהוא יחיד), החברה שקיבלה לידיה את הדיבידנד פטורה מתשלום מס בגין קבלתו. זאת בהתאם להוראת סעיף 126(ב) לפקודה, שנועד למנוע כפל מס, שכן בקצה השרשרת תוטל חבות במס כאשר הדיבידנד יועבר מחברה-האם לבעלי מניותיה היחידים (ע"א 8783/14 צ.א.ג תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה 9 (23.8.2016) (להלן: עניין צ.א.ג)). הוראת סעיף 126(ב) אמנם אינה נוגעת במישרין לענייננו, אך נשוב ונתייחס אליה בהמשך פסק הדין.

11. בשונה מדיבידנד, המהווה כאמור הכנסה פירותית החייבת במס הכנסה, המניה עצמה היא "נכס" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, שמכירתו עשויה להצמיח הכנסה הונית החייבת בתשלום מס רווחי הון לפי חלק ה' לפקודה. בתמצית, לצורך חישוב רווח הון, יש להפחית את המחיר שבו נרכש הנכס (שווי ביום הרכישה) מהמחיר שבו הוא נמכר (שווי ביום המכירה), בניכוי פחת והסכום האינפלציוני. תחשיב זה מוליד את "ריווח ההון הריאלי", שהוא הסכום החב במס על פי שיעורי המס הקבועים בסעיף 91 לפקודה (ראו הגדרות המונחים הרלוונטיים בסעיף 88 לפקודה). יצויין כי בעבר הסכום האינפלציוני היה כפוף למס בשיעור של 10%, אולם מס זה בוטל ואינו מוטל על רווחים שהצטברו משנת 1994 ואילך (אהרן נמדר מס הכנסה 606, 610-611, 618-619, 631 (מהדורה שלישית, 2010)).

12. אף שהמונח "נכס" משתרע גם על מניות, עד שנת 2003 שרר הסדר שהעניק ליחיד פטור ממס בגין רווח הון שנצמח לו בעקבות מכירת מניות הרשומות למסחר בבורסה (צו מס הכנסה (פטור ממס על ריווח הון ממכירת מניות), התשמ"ב-1981). לעומת זאת, על רווח הון בגין מכירת מניות שאינן רשומות למסחר בבורסה, הוטל מס לפי שיעורי המס השולי הקבועים בסעיף 121 לפקודה, שאליו מפנה סעיף 91 לפקודה (בתקופה דאז, שיעור המס השולי המרבי על הכנסתו החייבת של יחיד הגיע ל-50%).

בראשית שנת 2003 נכנס לתוקפו תיקון 132 לפקודת מס הכנסה (להלן: תיקון 132). במסגרת תיקון מקיף זה, בוטל, בין היתר, הפטור ממס רווחי הון בגין מכירת מניה הנסחרת בבורסה על ידי יחיד (בעקבות התיקון, הוטל תחילה מס בשיעור של 15%, ובהמשך הועלה שיעורו וכיום הוא עומד על 25%). בנוסף לכך, הופחת שיעור המס שהוטל על רווח הון, בכלל זה בגין מכירת מניות של חברה פרטית בידי יחיד, ושיעורו הועמד על 25%, כמו שיעור המס החל על דיבידנד. חשוב לומר כי שינויים אלו הוחלו רק לגבי רווחים שנצמחו החל מיום 1.1.2003, בעוד שבכל הנוגע לרווחים שנצמחו עובר למועד זה, שיעורי המס הישנים נותרו על כנם. אל תיקון 132 ושאלת נפקותו לערעור דנן נשוב בהמשך הדברים (לתיאור ההתפתחויות במשטר מיסוי רווחי הון, בפרט תיקון 132, ראו ע"א 1839/19 פקיד שומה כפר סבא נ' ריזמן, פסקאות 10-13, 19, לפסק דינו של השופט א' שטיין (14.6.2021) (להלן: עניין ריזמן); כן ראו מאיר קפוטא "רפורמת המס 2003" בתוך רפורמות מס 319, 339-343 (ד' גליקסברג עורך, 2005) (להלן: קפוטא)).

13. ומכאן למיסויים של "רווחים ראויים לחלוקה". ככלל, כאשר חברה מחלקת דיבידנד לבעלי מניותיה, הדבר גורר ירידה בשווי המניות, וזאת בעקבות הפיחות שחל ביתר עודפי המזומן של החברה. כאשר בעל המניות מוכר את מניותיו בשעה שאין בקופת החברה רווחים צבורים הראויים לחלוקה (כגון לאחר חלוקת מלוא הרווחים כדיבידנד), מיצוי החבות במס נעשה בצורה פשוטה: תחילה שילמה החברה מס חברות בגין הכנסתה החייבת; בהמשך שילם בעל המניות מס הכנסה בגין הדיבידנד; ולבסוף, עם מכירת המניה, בעל המניות ישלם מס רווח הון בגין הרווח שנצמח לו ממכירתה.

מובן, עם זאת, כי חברה אינה חייבת לחלק את רווחיה כדיבידנד. או-אז עשוי להיווצר מצב שבו בעל מניות ימכור את מניותיו בשעה שבקופת החברה נמצאים "רווחים ראויים לחלוקה". על פי המודל הדו-שלבי, רווחים אלו, שהם חלק מהכנסתה החייבת של החברה, כבר מוסו במס חברות, אך טרם מוסו במס הכנסה, שכן הם לא חולקו כדיבידנד. במצב שכזה, רווחים אלו – המגולמים במחיר המניה – היו לכאורה כפופים למס רווח הון שבו יחוב בעל המניות בעת מכירת המניה בגין עליית ערכה מאז רכישתה. דא עקא, שעל פי שיעורי המס שנהגו בעבר, תוצאה זו היתה מובילה לכך שמבחינה מצרפית, בעל המניות היה ממוסה ביתר לעומת מצב שבו היו רווחי החברה מחולקים כדיבידנד. מצב זה עלול היה להשליך, בתורו, על שיקול דעתם של נישומים בבואם להחליט על אופן מימוש חלקם ברווחי חברות מוחזקות, אם בדרך של משיכת דיבידנד או שמא בצורה של מכירת המניה תוך הפקת רווח הון, וזאת בניגוד לשאיפה שדיני המס ישמרו על נייטרליות לגבי קבלת החלטות מסוג זה (ראו בעניין פגי, פסקה 3 והאסמכתאות שם).

14. סעיף 94 לפקודת מס הכנסה נחקק במטרה להתמודד עם הקושי המתואר. בפשטות, הסעיף ביקש לבודד מתוך התמורה הכוללת המשולמת בעד המניות את החלק היחסי ששולם עבור הרווחים הצבורים בחברה, ולהחיל עליו שיעור מס מופחת. בכך ביקש המחוקק למנוע מיסוי יתר של הנישום, לצמצם את הפער בין המס הכולל המוטל על חברה ובעלי מניותיה לבין המס המוטל על יחיד המפיק במישרין את אותה הכנסה, ולהבטיח אדישות מיסויית בנוגע לשאלה אם לחלק דיבידנד (ע"א 7566/13 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' ז'ורבין, פסקה 15 והאסמכתאות שם (22.6.2015) (להלן: עניין ז'ורבין); עניין פגי, פסקה 4 והאסמכתאות שם; יוסף אדרעי ויורם עדן "פירושו של סעיף 94 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] בתקופת אינפלציה" מחקרי משפט ו 76-77 (1988); יובל נבות "אבני נגף בחישוב 'רווחים ראויים לחלוקה'" מיסים יז/5, 39 (2003) (להלן: נבות)).

15. בשלב זה נעמיד לנגד עינינו את סעיף 94 לפקודה, ונתמקד בעיקר בסעיפים 94ב(א) ו-94ב(א1) לפקודה, שתחולתם במקרה שלפנינו היא עומדת בלב המחלוקת בין הצדדים:

רווחים ראויים לחלוקה

94ב. (א) במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע, או על ידי חבר-בני-אדם, יחולו הוראות אלה:

(1) שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לכלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב), לפי העניין.

(2) על אף הוראות פסקה (1), שיעור המס על רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה כאמור בפסקה (1) עד המועד הקובע, יהיה; 10% לענין סעיף זה, "הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע" – הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע בהפחתת סכום ההכנסה מדיבידנד שחויבה במס לפי הוראות סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009.

(א1) הוראות סעיף קטן (א) יחולו, בשינויים המחויבים, במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה, ובלבד שמוכר המניה היה בעל מניות מהותי

בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למכירה.

(ב) לענין סעיף קטן (א) –

(1) "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק - עד ליום סיום הליכי הפירוק, ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהונו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53א לחוק לעידוד השקעות הון תשי"ט–1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53ז לחוק האמור או רווחים כאמור באגודה שיתופית באותן שנים שבהן חלו בחישוב הכנסתה סעיפים 56, 57, 61 ו-62 ואותם רווחים נכללו ביתרת המחיר המקורי, לא יהיו בגדר רווחים הראויים לחלוקה, 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 קוזזו ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

(2) הגדלת חלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה בתוך שנתיים שלפני המכירה לא תובא בחשבון.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) יחולו אם המוכר המציא לפקיד השומה חישוב המראה את הרווחים הראויים לחלוקה כאמור בסעיף קטן (ב).

סעיף 94ב נחקק בתקופה שבה שיעורי מס ההכנסה, מס החברות והמס על דיבידנד היו שונים מכפי שיעורם כיום. באותה העת, הטלת מס בשיעור של 10% על הרווחים הראויים לחלוקה הובילה לשקילות מיסויית בין מצב של מכירת מניה לפני משיכת דיבידנד למכירתה לאחר מכן. על מנת להבטיח שקילות מיסויית זו, נקבע אפוא בסעיף 94ב בנוסחו המקורי כי בעת מכירת מניה, החלק היחסי ברווח ההון השווה לרווחים הראויים לחלוקה, ייחשב ל"סכום אינפלציוני חייב" שהיה כפוף בשעתו למס בשיעור של 10% (אלכסנדר שפירא מיסוי שוק ההון 481-482 (מהדורה שלישית, 2019) (להלן: שפירא); אמנון רפאל מס הכנסה כרך ב 635 (מהדורה שניה, 2014) (להלן: רפאל)).

דא עקא, שבחלוף השנים חלו תמורות בדיני המס, הן בשיעורי המס השונים והן בעצם החיוב במס בהקשרים מסוימים, הן לגבי חברה והן לגבי יחיד. למרות זאת, הוראת

סעיף 94 נותרה על כנה במתכונתה המקורית במשך מספר שנים, מה שהוביל למתן הקלת מס משמעותית למי שמכר מניה שגלומים בה רווחים ראויים לחלוקה, לעומת מי שמשך דיבידנד בטרם מכירתה (על "תקלה חקיקתית" זו ראו ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 606-607 (2005)). בעקבות כך, במסגרת תיקון 132 (ולאחריו בתיקון 147) תוקן הסעיף, ונקבע כי חלקו היחסי של מוכר המניה ברווחים הראויים לחלוקה לא יהיה עוד כפוף למס בשיעור של 10%, אלא ימוסה בשיעור שהיה חל אילו רווחים אלו חולקו כדיבידנד בסמוך לפני המכירה. בכך הושבה על כנה הנייטרליות המיסויית בין שתי דרכי מימוש ההשקעה במניות - דיבידנד או רווח הון - והובטחה מחדש אדישותו של הנישום לגבי אופן פעולתו בהקשר זה (ראו, בין היתר, עניין ז'ורבין, פסקה 16; קפוטא, עמ' 349; נבות, עמ' 40-41; שפירא, עמ' 482).

בד בבד, על מנת למנוע מיסוי רטרואקטיבי של רווחים ראויים לחלוקה, שבעבר היו כפופים למס בשיעור של 10% ובעקבות התיקון הוכפפו למס בשיעור גבוה יותר (כשיעור המס החל על דיבידנד), נקבע כי החלת שיעור המס החדש תהיה רק ממועד תיקון 132 ואילך (מיום 1.1.2003 – "המועד הקובע"), ואילו רווח הון המיוחס לר"ל עד למועד זה יוסיף להיות ממוסה בשיעור של 10% (סעיף 94ב(א)(2)); לתיאור שיעורי המס השונים והיותו של סעיף 94 בבחינת "סרח עודף" של משטר המס שנהג בעבר, ראו ע"מ (מר') 28115-02-11 ולדמן נ' פקיד שומה כפר סבא, פסקאות 24-27 (18.6.2014)).

16. הזכרנו לעיל כי בעבר שררה הבחנה בין רווח הון שצמח ליחיד בעקבות מכירת מניה הנסחרת בבורסה (שהיתה פטורה ממס רווח הון), לבין רווח הון שצמח בעקבות מכירת מניה של חברה פרטית (שבגינה חב המוכר במס רווח הון בשיעורים שהשתנו לאורך השנים). בהמשך, במסגרת תיקון 147 לפקודה, בוטלה, בין היתר, ההבחנה בין מיסוי רווחי הון בורסאיים לרווחי הון חוץ-בורסאיים, ונקבע כי רווחים אלו יחויבו במס בשיעור של 20% (או של 25% עבור "בעלי מניות מהותיים" כהגדרתם בפקודה). בהתאם לכך תוקן גם סעיף 94 לפקודה, ונוסף לו סעיף 94ב(א), שהרחיב את ההסדר לגבי מיסוי רווחים ראויים לחלוקה גם על מניות של חברות הנסחרות בבורסה (להרחבה בנוגע לתיקון 147 וביטול ההבחנה בין רווח הון של מניות הנסחרות בבורסה לרווח הון חוץ-בורסאי, ראו בעניין ריזמן בפסקאות 22-25 לפסק דינו של השופט שטיין).

מטבע הדברים, רפורמות מסוגם של תיקון 132 ותיקון 147 כללו שורה של הוראות מעבר. החשוב לענייננו, בשלב זה של הדיון, הוא שסעיף 94ב(א), שהרחיב את תחולתו של סעיף 94 על מכירת מניות הרשומות למסחר בבורסה, חל רק על רווחים

שהצטברו מיום 1.1.2006, הוא מועד התחילה של תיקון 147 (סעיף 80(ח)(1) לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 147), התשס"ה-2005). ואכן, המשיבים במקרה שלפנינו ביקשו להחיל את ההסדר של סעיף 94ב על רווחים מהשנים 2006-2010.

17. ניתן לסכם ולומר כי לנוכח הבדלים בין שיעורי מס שחלו בעבר, נחקק סעיף 94ב לפקודה, שנועד ליצור שקילות מיסויית בין מצב שבו מניה נמכרה לפני חלוקת דיבידנד לבין מכירה שבוצעה לאחר מכן. בחלוף השנים נערכו רפורמות בדיני המס, ובין היתר בוטל הפטור ליחיד על רווחי הון שנצמחו בעקבות מכירת מניות הנסחרות בבורסה; הופחת שיעור המס על רווחי הון בגין מכירת מניות של חברות פרטיות; ובהמשך בוטלה ההבחנה בין מיסוי רווחים בורסאיים לרווחים חוץ-בורסאיים. התפתחויות היסטוריות אלה עומדות ברקע טענות פקיד השומה בערעור שלפנינו כי סעיף 94ב אינו חל בנסיבות המקרה דנן.

ומכאן לעיצומו של ערעור.

ושוב – עמדות הצדדים

18. עמדת המשיבים משקפת מהלך פרשני פשוט הבנוי משלוש חוליות המתחברות זו לזו. ראשית, לפי סעיף 94ב לפקודה, נקודת המוצא היא כי בעת מכירת מניה, שיעור המס בגין רווח הון המיוחס לר"ל הוא כשיעור המס שהיה חל על רווחים אלה אילו חולקו כדיבידנד לפני מכירת המניה (סעיף 94(א)(1)); שנית, בעקבות תיקון 147, הוראה זו חלה גם על מכירת מניה הנסחרת בבורסה, ובלבד שמהמוכר היה בעל מניה מהותי בתקופה הרלוונטית (סעיף 94(א) – ויוער כי אין חולק שהמשיבים בערעור שלפנינו אכן היו בעלי מניות מהותיים); שלישית, המניות שמכרו המשיבים הן של חברה שהיא "מפעל מאושר" כהגדרתו בחוק לעידוד השקעות הון, ולפי הוראות חוק העידוד, מס ההכנסה בגין דיבידנד בתקופה הרלוונטית היה בשיעור מופחת של 15% (סעיפים 47(ב)(2)(א) ו-51 לחוק העידוד בנוסחם דאז).

חיבור פשוט של שלוש החוליות דלעיל מוביל אפוא לכאורה למסקנה ברורה: ככלל, לצורך קביעת שיעור המס, דין רר"ל כדין דיבידנד (הן לגבי מניות של חברות פרטיות הן לגבי מניות של חברות נסחרות, בתנאים הנדרשים); ובהינתן שאילו חולק דיבידנד במקרה דנן, שיעור המס לפי חוק העידוד היה 15%, אזי שיעור המס החל על הרר"ל עומד גם כן על 15%.

19. לשון החוק כפשוטה תומכת אפוא לכאורה בעמדתם של המשיבים ובמסקנתו של בית המשפט המחוזי. בניסיון לקעקע מסקנה זו, המערער העלה שלוש טענות מרכזיות חלופיות, אם בהתבסס על לשונו של החוק ואם בהתבסס על תכליתו. בתמצית, המערער טען כי סעיף 94ב(א) לפקודה כלל אינו חל במקרה דנן, לנוכח מועד הרכישה של המניות; כי סעיף 94א(1) אינו חל אף הוא, שכן תחולתו מוגבלת למכירת מניות בידי חברות, להבדיל מיחידים; וכי אף אם סעיף 94ב חל, אזי שיעור המס הרלוונטי הוא זה הקבוע בסעיף 125ב לפקודה, ולא זה הקבוע בחוק העידוד. לחלופי חלופין טען המערער כי הרווחים שבמחלוקת כלל אינם מהווים "רווחים ראויים לחלוקה", שכן טרם שולם עליהם מס חברות. נבחן טענות אלה כסדרן.

מועד רכישת המניות

20. כפי שפורט לעיל, סעיף 94ב(א) חל על מכירת מניות שנרכשו על ידי יחיד "לפני המועד הקובע", קרי לפני ה-1.1.2003. במקרה דנן, אין חולק כי בפועל, המשיבים רכשו את מניותיהם שנים רבות לפני מועד זה (למצער את רוב המניות – ולכך אתייחס בהמשך). אלא שלטענת המערער, יש לראות את יום הרכישה כיום 1.1.2003, וזאת בהתאם לדיווח שהגישו המשיבים בעצמם לצורך חישוב רווח ההון.

21. דין הטענה להידחות, ולשם הבהרה נשוב לרגע קט להיסטוריה החקיקתית שתוארה לעיל. כפי שהוסבר, עובר לתיקון 132 יחיד היה פטור מתשלום מס בגין רווחי הון שנצמחו בעקבות מכירת מניה הנסחרת בבורסה. עם כניסתו לתוקף של תיקון 132 ביום 1.1.2003 ("המועד הקובע"), בוטל הפטור. בד בבד, על מנת למנוע מיסוי רטרואקטיבי, נקבע בפקודה מנגנון שנועד להבטיח כי רווחים שנצברו עד למועד זה יוסיפו להיות כפופים לדין ששרר לפני התיקון (קרי, להיות פטורים ממס). מנגנון זה עוגן בשעתו בסעיף 105ג(א) לפקודה, שקבע, בין היתר, כי כאשר מדובר במניה שנרכשה לפני המועד הקובע, ואילו נמכרה במועד הקובע היה רווח ההון במכירתם פטור ממס, אזי "יראו את המחיר המקורי של נייר הערך כממוצע של ערכו בתום כל אחד משלושת ימי המסחר בבורסה שקדמו למועד הקובע".

במילים אחרות, סעיף 105ג קבע "את הנוסחה לחישוב המחיר המקורי של נייר ערך לצורך מס רווח הון על מניות נסחרות בבורסה" (עע"מ 6674/14 טופז נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 15 (16.12.2015), ההדגשה הוספה – י"ע). נוסחה זו נועדה לשמר את הפטור בגין רווח הון שנצמח עובר לשנת 2003, וזאת באמצעות יצירת פיקציה של "מחיר מקורי" ויום רכישה המותאמים למועד הקובע (וראו גם תקנה 3(א) לתקנות מס הכנסה

(חישוב רווח הון במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה, מילווה המדינה או יחידה בקרן נאמנות), התשס"ג-2002). כפי שהוסבר בפסיקה, "בדרך זו הבטיח המחוקק כי בעלי הפטור האמור לא ייפגעו על ידי מיסוי למפרע אשר יחול על רווחי ההון שנצברו לפני המועד הקובע" (עניין רייזמן, פסקה 62; וראו גם דבריו של הממונה על אנף כלכלה והכנסות המדינה דאז, עו"ד מאיר קפוטא, במאמרו "סקירת חקיקה" מיסים יז/1, 157, 164 (2003), המציין כי סעיף 105 יג כנוסחו לאחר תיקון 132 "קובע שיטה לחישוב רווח ההון במכירת נייר ערך שיום רכישתו לפני המועד הקובע (1 בינואר 2003), כדי להבטיח שחלק רווח ההון עד למועד זה לא יחוייב במס, בהתאם להוראת הדין לפני תיקון 132").

22. באספקלריה זו, מתחדד הקושי הטמון בטענת המערער. ההסתכלות על מועד הרכישה כעל ה-1.1.2003, נועדה למטרה ברורה – שימור הפטור ממס עבור רווחי הון שנצמחו עובר לשנת 2003. הניסיון "למנף" הוראה זו לצורך שלילת תחולתו של הסדר המיסוי החל על רווחים ראויים לחלוקה, הוא ניסיון מוקשה שבמידה רבה מעקר את הוראת סעיף 94 לפקודה, שכזכור נועדה במפורש לחול על מניות שנרכשו לפני שנת 2003. במילים אחרות, סעיף 94 חל במפורש על מניות שנרכשו לפני שנת 2003, ולא ניתן להיתלות במנגנון שנקבע בפקודה לצורך מניעת הטלת מס באופן רטרואקטיבי (סעיף 105 יג), כדי לאיין את הוראת סעיף 94 ולרוקנה במידה רבה מתוכן.

23. בנסותו לטעון כי יש לראות את יום הרכישה במקרה דנן כיום 1.1.2003, נתלה המערער בנימוק נוסף של בית משפט קמא. כזכור, המערער ביסס את טענתו באשר למועד הרכישה על סעיף 105 יג לפקודה, שכאמור קבע מועד רכישה פיקטיבי לצורך שימור הפטור ממס. בית משפט קמא התייחס לטענה זו וציין כי סעיף 105 יג בוטל עם כניסתו לתוקף של תיקון 147, ועל כן ממילא יש תחולה לסעיף 94. אלא שלטענת המערער, בכך שגה בית משפט קמא, שכן סעיף 105 יג הוסיף לעמוד בתוקפו גם לאחר תיקון 147 ביחס למניות שנרכשו לפני שנת 2003.

לנוכח קביעתנו לעיל כי אין בסעיף 105 יג כדי לשלול את תוקפו של סעיף 94, הרי שאין בטענה זו של המערער כדי להעלות או להוריד. עם זאת, למען שלמות הדברים, נציין כי קביעתו של בית משפט קמא בנוגע לביטולו של סעיף 105 יג אכן לקתה בחוסר דיוק מסוים. סעיף 105 יג אמנם בוטל במסגרת תיקון 147, כחלק מביטולו של חלק ה-3 לפקודת מס הכנסה. אלא שבתיקון 147 נקבעה הוראת מעבר שקבעה כי המחיר המקורי ויום הרכישה של מניה שנרכשה לפני 1.1.2006 ("יום התחילה") ייקבעו כאילו נמכרה המניה ביום האחרון של שנת המס 2005 (סעיף 80(ט)(2) לתיקון 147). כפי שהוסבר

בפסיקה, משמעותה של הוראה זו היתה להמשיך ולמסות ניירות ערך שנרכשו לפני שנת 2006 בהתאם להוראות סעיף 105יג:

”עם ביטולו של סעיף 105יג במסגרת ביטולו של חלק ה3 לפקודה, הקימה הוראת מעבר [בסעיף 80(ט)(2)], כהמשך ישיר לאמור בסעיף 105יג, מנגנון אשר מבטיח את שימורה של הטבת הפטור ההיסטורית לנישומים שהיו זכאים לה. לשם כך, קבעה הוראת [ה]מעבר מחיר מקורי ויום רכישה חדשים 'כפי שהיו נקבעים אילו נמכר נייר הערך ביום האחרון של שנת המס 2005'. משמעות הדבר היא שהמחיר המקורי נקבע בהתאם לדינים אשר עמדו בתוקף עובר להחלתו של תיקון 147: קרי, לפי הוראות סעיף 105יג" (עניין ריזמן, פסקה 62).

(וראו גם בעניין 1910, פסקה 2). יש אפוא טעם בטענת המערער באשר להמשך תחולת ההוראה שנקבעה בסעיף 105יג לפקודה. מכל מקום, והחשוב לענייננו, שכשם שהמנגנון שעוגן בסעיף 105יג נועד לשמר לנישומים את הפטור ממס בגין רווח הון שצמח לפני שנת 2003, כך הוראת המעבר נועדה לעשות כן; וכשם שאין לקרוא לתוך סעיף 105יג הוראה העוקפת את סעיף 94 לפקודה, כך אין לעשות ביחס להוראת המעבר שבסעיף 80(ט)(2) לתיקון 147.

24. ומזווית נוספת: הרווחים הראויים לחלוקה העומדים במוקד המחלוקת הם בגין השנים 2006-2010. דומה כי הדברים מחדדים את המלאכותיות שבטענת המערער, שהלכה למעשה מבקש לכרוך בין הפטור ממס בגין רווחי הון שצמחו עד לשנת 2003, להסדר החל על רווחים ראויים לחלוקה משנת 2006 ואילך. אכן, קשה להלום כי זכאותו של פלוני לפטור ממס בגין רווח הון שנצמח לפני שנת 2003, תשלול את תוקפו של ההסדר החל על ר"ל משנת 2006 ואילך, וברי כי הדברים אינם עולים מלשון החוק. במילים אחרות: הפטור ממס שניתן לנישומים בגין רווחי הון שצמחו להם עד שנת 2003, אינו שולל את תחולתו של ההסדר המעוגן בסעיף 94 באשר לרווחים הראויים לחלוקה בשנים שלאחר מכן (בהתמלא התנאים הנדרשים). מן העבר השני, העובדה שלמשיבים הצטברו רווחים ראויים לחלוקה בשנים 2006-2010, אינה משליכה אחורנית על זכאותם לפטור ממס בגין רווח ההון שצמח להם עד שנת 2003. ובקיצור, אין לקבל את הניסיון "להיתלות" בנוסחת החישוב שנקבעה בסעיף 105יג לפקודה, כדי לשלול את תחולתו של סעיף 94 לפקודה.

25. לסיכום נקודה זו: מניות המשיבים נרכשו שנים רבות לפני שנת 2003, ואין במגננון שנקבע בפקודה לצורך שימור הפטור בגין רווחי הון שנצמחו עד לשנת 2003, כדי לשנות את מועד הרכישה של המניות וכדי לשלול את תחולתו של סעיף 94ב לפקודה.

תחולת סעיף 94(א) לפקודה על יחידים

26. לאחר שמנפים את הסבריו של המערער באשר להיסטוריה החקיקתית, שעל עיקריה עמדנו בראשית דברינו, מתבהר לזו טענתו של המערער. לגישת המערער, בעקבות תיקון 132 לפקודה, עם השוואת שיעור המס על דיבידנד ועל רווח הון, נמנעה ההטיה הבלתי-רצויה לטובת חלוקת דיבידנד והובטחה "האדישות המיסויית" הרצויה עבור יחיד שרכש מניות משנת 2003 ואילך. לשיטת המערער, בכך התייתר הצורך בהסדר של רווחים ראויים לחלוקה במצבים אלו (להבדיל ממקרים של מכר מניות של חברות פרטיות שנרכשו לפני שנת 2003, שלגביהן הוסיף לחול הדין הקודם).

בהמשך לכך, במסגרת תיקון 147 לפקודה, התווסף סעיף 94(א) לפקודה, שהרחיב את תחולת סעיף 94ב גם על מניות של חברות הנסחרות בבורסה. אלא שלטענת המערער, סעיף 94(א) נועד לחול רק על מכירת מניות בידי נישומים שהם חבר בני אדם, להבדיל מיחידים. זאת, לטענתו, משום שלגבי חברות נותר פער בין שיעור המס החל על רווח ההון הריאלי (מס חברות) לבין שיעור המס החל על רווחים ראויים לחלוקה (פטור ממס בגין דיבידנד בין חברתי לפי סעיף 126(ב) לפקודה). לעומת זאת, לנוכח האחדת שיעורי המס החלים על רווח הון ודיבידנד במקרה של יחיד, הרי שהחלתו של סעיף 94ב על רווחים שנצברו לאחר המועד הקובע, נעדרת נפקות מיסויית. זוהי תמצית טענתו של המערער, הסבור כי ההיסטוריה החקיקתית תומכת במסקנתו.

27. אף טענה זו דינה להידחות. בראש ובראשונה, פרשנותו של המערער אינה נתמכת בלשונו המפורשת של סעיף 94 לפקודה. כזכור, סעיף 94ב(א)(1) קובע במפורש כי שיעור המס על רווח הון בשיעור הרווחים הראויים לחלוקה "יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב), לפי העניין". סעיף 125ב לפקודה עוסק באופן מפורש במיסוי דיבידנד המתקבל בידי יחיד, בעוד שסעיף 126(ב) לפקודה עוסק במיסוי חברות. מובן אפוא כי סעיף 94(א) חל גם על יחיד. זוהי לשונה המפורשת של הפקודה, ועל כך אין חולק.

סעיף 94(א), שכאמור הרחיב את תחולת ההסדר של רווחים ראויים לחלוקה על מצבים של מכירת מניות הנסחרות בבורסה, קובע כדלקמן:

(1א) הוראות סעיף קטן (א) יחולו, בשינויים המחויבים, במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה, ובלבד שמוכר המניה היה בעל מניות מהותי בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למכירה.

הנה כי כן, סעיף 94(א) מחיל ישירות את הוראות סעיף 94(א) על מכירת מניות של חברות הנסחרות בבורסה, ופשוטו של מקרא שההוראה כוללת גם מכירה בידי יחיד.

ודוק: לשונו של סעיף 94(א) כוללת תנאי מפורש אחד: "ובלבד שמוכר המניה היה בעל מניות מהותי בחברה שמניותיה נמכרות". האם השימוש במונח "בעל מניות מהותי" מרמז על כוונה לשלול את תחולת הסעיף במצב של מכירת מניה בידי יחיד? התשובה על כך שלילית. המונח "בעל מניות מהותי" זכה להגדרה עצמאית בסעיף 88 לפקודה (הפותח את חלק ה' לפקודה, שבו ממוקם גם סעיף 94ב). לפי הגדרה זו, "בעל מניות מהותי" הוא "מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, לבדו או יחד עם אחר, ב-10% לפחות באחד או יותר מסוג כלשהו של אמצעי השליטה בחבר-בני-אדם". הגדרה זו אינה מבחינה אפוא בין בעל מניה שהוא יחיד לבעל מניה שהוא חבר בני אדם. פשט לשונו של הסעיף מובילה אפוא למסקנה ברורה כי הוא חל גם על יחיד (וראו גם אצל שפירא בעמ' 484, המניח כדבר המובן מאליו כי סעיף 94ב(א) חל גם על יחיד).

זאת ועוד. בהוראות נוספות בפקודה, לרבות בחלק ה', המחוקק מצא לנכון להבחין במפורש בין סוגים שונים של "בעל מניות מהותי" (ראו, בין היתר, סעיף 91(ב)(2) המתייחס ליחיד שהוא בעל מניות מהותי; סעיף 93(ב)(2); סעיף 125(ב)(2); וסעיף 125(ב)(5) המתייחס לחבר בני אדם שהוא תושב חוץ שהיה בעל מניות מהותי). צא ולמד, שמקום שבו רצה המחוקק להגביל תחולתה של הוראה, כך שזו תחול על יחיד בלבד או על חבר בני אדם בלבד, הדבר נעשה במפורש, לרבות בהקשר של מיסוי רווחי הון ומכירת מניות בידי "בעל מניות מהותי". לא כך נעשה בהקשר שלפנינו, והדבר תומך במסקנה כי המחוקק לא ביקש לשלול את תחולת הסעיף לגבי יחיד (ראו והשוו לע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה, פסקה 31 (26.1.2020) (להלן: עניין דלק הונגריה), שם עמד השופט מיןן על כך שסעיף 94ב מפנה לשני סעיפים: לסעיף 125ב העוסק במיסוי יחיד (ובמיסוי מקרים "מיוחדים" נוספים כגון חברה משפחתית), ולסעיף 126(ב) המתייחס לחבר בני אדם החייב במס חברות. לעומת זאת, השופט מיןן עמד על כך שסעיף 94ב אינו מפנה להוראות העוסקות במיסוי דיבידנד המתקבל מחברה זרה, וקבע

כי השמטה זו של המחוקק היתה מכוונת וכי אין מדובר בחסר (שם בפסקה 31; לפסק הדין בעניין דלק הונגריה נשוב ונתייחס בהמשך)).

28. עיון בהתפתחויות חקיקתיות מאוחרות לגבי סעיף 94ב תומך אף הוא במסקנה כי המחוקק לא ביקש להחריג מתחולתו של סעיף 94(א) מצבים של מכירת מניות על ידי יחיד. כך, בתיקון 171 לפקודה משנת 2009, שנעשה במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009 (להלן: חוק ההתייעלות), נתווספה לסעיף 94ב(א)(2) הוראה המתייחסת לחוק ההתייעלות. דברי ההסבר להצעת החוק באשר לתיקון המוצע נפתחו במילים הבאות:

"סעיף 94 לפקודה קובע כי במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות בבורסה (או של חברה שמניותיה רשומות כמפורט בסעיף 94(א) לפקודה לגבי רווחים שנצברו החל ביום 1 בינואר 2006) על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני 1 בינואר 2003 (להלן – המועד הקובע), או על ידי חבר בני אדם, שיעור המס על חלקו של המוכר הרווחים הראויים לחלוקה בחברה יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם אילו היו מתקבלים כדידינר בסמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב) לפקודה, לפי העניין [...] " (ה"ח הממשלה 436, עמ' 347, 617-618, ההדגשות הוספו – י"ע).

דברים אלו מבטאים, על פניהם, תפישה של מנסחי הצעת החוק שלפיה סעיף 94 לפקודה חל על מכירת מניות על ידי יחיד, הן כאשר מדובר במניות שאינן רשומות למסחר בבורסה (סעיף 94ב(א)), הן כאשר מדובר במניות הנסחרות בבורסה (סעיף 94(א)). לפנינו אינדיקציה נוספת לכך שתחולתו של סעיף 94(א) לא נשללה לגבי יחיד.

29. ודוק: אני נכון להניח לצורך הדיון, כי בעת חקיקתו של סעיף 94(א) לפקודה, הסיטואציה המרכזית שעמדה לנגד המחוקק היא מכירת מניות על ידי חבר בני אדם. זאת, שכן לאחר שנת 2003, במצב הטיפוסי של מכירת מניות על ידי יחיד, זה האחרון אמור להיות אדיש לנוכח שיעור המס הזהה החל על רווח הון ועל דיבידנד. ברם, כפי שהטעים בית המשפט המחוזי, הנחה זו כשלעצמה אין בה כדי לגבור על לשונו המפורשת של הסעיף, המפנה במפורש להוראה החלה על מכירת מניות בידי יחיד.

בנוסף לכך, ההנחה כי במצב הטיפוסי של מכר מניות על ידי יחיד, הנישום נותר אדיש, אינה חורצת את גורלם של יתר המצבים שבהם הוראות החוק מובילות לחוסר אדישות של הנישום. רוצה לומר, שהעובדה שבמקרה הטיפוסי של מכירת מניות על ידי

יחיד, סעיף 94(א) נעדר נפקות מיסויית, אין בכוחה כדי לשלול את תחולתו של הסעיף במצבים שבהם הסעיף הוא בעל נפקות. כזהו המקרה שלפנינו, שבו תחולת הסעיף מובילה, לשיטת המשיבים, למס בשיעור של 15%, בעוד שהמערער סבור כי אי-תחולת הסעיף מובילה למס בשיעור של 25%. ובמילים אחרות, טענת המערער – ולפיה סעיף 94(א) נעדר נפקות מיסויית עבור נישום יחיד, וכי בשל כך נשללת תחולתו של הסעיף לגבי יחיד – לוקה בהנחת המבוקש. הא ראייה, שבמקרה שלפנינו, לנוכח הוראות חוק העידוד והפער בין שיעורי המס, סעיף 94(א) עשוי להיות בעל נפקות מיסויית עבור המשיבים. ממילא, אין להניח כדבר המובן מאליה כי תחולתו של הסעיף נשללת.

30. לסיכום נקודה זו: לשונו של סעיף 94(א) אינה מלמדת, ולו ברמז, על כך שתחולתו מוגבלת למכירת מניות בידי חברות בלבד. הסביבה החקיקתית אף היא תומכת במסקנה זו, וכמוה גם ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף המאוחרת לתיקון 147, המחזקת את המסקנה כי תחולתו של סעיף 94(א) לא נשללה במצבים של מכירת מניות על ידי יחיד. משוכה גבוהה ניצבה אפוא בפני המערער בנסותו לבסס את הפרשנות המוצעת על ידו, וכפי שפסק בית משפט קמא, לא עלה בידו לצלוח אותה.

סעיף 125ב לפקודה אל מול החוק לעידוד השקעות הון

31. טענתו השלישית החלופית של המערער, היא כי אף אם מועד הרכישה קדם לשנת 2003, ואף אם סעיף 94(א) חל על מכירת מניות בידי יחיד, הרי שסעיף 94(א) מחיל את הוראות סעיף 94(א), שמפנה בתורו לסעיף 125ב לפקודה; ומשעה שסעיף 125ב לפקודה מחיל על דיבידנד המתקבל בידי יחיד מס בשיעור של 25%, אזי זהו שיעור המס שבו יש לחייב את המשיבים.

32. נבהיר את הטענה, ולמען הבהירות נשוב ונעמיד לנגד עינינו את הוראות סעיפים 94(א)(1) ו-94(א) לפקודה:

94.ב. (א) [...] (1) שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לכלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב), לפי הענין.

(2) [...]

(1א) הוראות סעיף קטן (א) יחולו, בשינויים המחויבים, במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה, ובלבד שמוכר המניה היה בעל מניות מהותי בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למכירה.

אם כן, סעיף 94ב(א)(1) קובע כי שיעור המס החל על רווח ההון בגין רכיב הרר"ל יהיה כשיעור המס שהיה חל על רווחים אלו אילו חולקו כדיבידנד לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב) לפי העניין; וסעיף 94ב(א)(1) מחיל את ס"ק 94ב(א), בשינויים המחויבים, על מכירת מניה של חברה שמניותיה נסחרות בבורסה.

33. במקרה שלפנינו, הצדדים לא נחלקו על כך שהחברה שמניותיה נמכרו על ידי המשיבים, היתה בגדר "מפעל מאושר" שהוראות חוק העידוד חלות עליו. כמו כן, אין חולק כי לפי הוראות חוק העידוד בתקופה הרלוונטית, אילו חילקה החברה דיבידנד לבעלי מניותיה, היה הדיבידנד כפוף למס בשיעור מופחת של 15% (סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד; וראו גם סעיף 51 שאילו הפנו המשיבים, שנחקק בשנת 2011 במסגרת תיקון 68 לחוק העידוד, הקובע כי שיעור המס המופחת על דיבידנד הוא "על אף האמור בסעיף 125ב לפקודה"). השאלה המתעוררת במקרה דנן היא האם הוראת סעיף 94ב(א)(1) לפקודה, המפנה לסעיף 125ב לפקודה, שוללת את תחולתו של חוק העידוד לגבי שיעור המס החל על רכיב הרר"ל? ובמילים אחרות: משעה שהגענו למסקנה כי סעיף 94ב לפקודה חל במקרה דנן, וכי שיעור המס שחל על רכיב הרר"ל במקרה דנן הוא כשיעור המס החל על דיבידנד – האם פירוש הדבר כי יש להחיל את שיעור המס החל על דיבידנד לפי סעיף 125ב לפקודה (?) 25% או שמא יש להחיל את שיעור המס החל על דיבידנד לפי חוק העידוד (?) 15%?

34. בית המשפט המחוזי קבע כי יש להחיל את הוראות חוק העידוד, בהיותו חוק ספציפי. נעמוד אפוא בקצרה על קנקנו של חוק העידוד.

מטרותיו של חוק העידוד מעוגנות בסעיף 1 לחוק. על פי נוסח החוק דהיום, מטרות אלו כוללות את פיתוח כושר הייצור של משק המדינה; שיפור יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים; ויצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא (והשוו למטרות החוק המקוריות ולטעמים שהובילו לעדכון בשנת 2011, כמפורט בדברי ההסבר להצעת חוק ההתייעלות, עמ' 107). האמצעים להגשמת מטרות החוק, כמוסבר בסעיף 2 לחוק, הם מתן "המענקים, הפטורים, ההנחות, ההקלות וההיתרים" המפורטים בו. אחד האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת מטרות

החוק הוא מתן הטבה בדמות שיעור מס מופחת על דיבידנד. עמדה על הדברים השופטת שטרסברג-כהן בע"א 5264/91 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ, פ"ד מט(3) 209 (1995) (להלן: עניין עיט):

"תכלית החוק ומטרתו, כפי שבוטאה בסעיף 1 לו, היא משיכת הון לישראל ועידוד יוזמה כלכלית והשקעות הון חוץ והון מקומי. האמצעים להגשמת התכלית הם - לפי סעיף 2 לחוק העידוד - בין השאר, הענקת מענקים, פטורים, הנחות, הקלות והיתרים.

אין ספק שהאמצעי נועד לשרת את המטרה, אלא שאין בכך כדי להמעיט מחשיבות ההטבות כאמצעי, ומכאן מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום. ההטבה למקבלי דיבידנדים, שהם בעלי המניות בחברה שהיא מפעל מאושר, מעודדת אנשים להשקיע כספם באותה חברה ולקבל מניות בתמורה. בכך מתאפשר גיוס כספים והון לצורך אותו מפעל מאושר שהחוק חפץ ביקרו. מכאן נובע העידוד הניתן לא רק לחברה שהיא מפעל מאושר, אלא גם למקבלי הדיבידנדים" (שם, עמ' 219).

חוק העידוד כולל אפוא הוראה ספציפית המחילה שיעור מס מופחת על דיבידנד לעומת שיעור המס החל ברגיל לפי הפקודה, וזאת על מנת להיטיב עם החברה ועם בעלי מניותיה מקבלי הדיבידנדים, והכל כדי לעודד השקעה בחברה. האם העובדה שסעיף 94(א)(1) לפקודה מפנה לסעיף 125ב לפקודה, פירושה כי נשללת תחולת ההוראה המקבילה בחוק העידוד לגבי שיעור המס בסוגיה שלפנינו? איני סבור כן, ואפרט את טעמי בקצרה.

35. אל שאלת היחס בין הוראות פקודת מס הכנסה להוראות חוק העידוד, נזדמן לי להתייחס בפסק הדין בעניין צ.א.ג., שם נסב הדיון על מיסוי דיבידנד. בקליפת אגוז, השאלה שעמדה על הפרק היתה כיצד יש למסות דיבידנד שחולק לחברת-אם על ידי חברת-בת מתוך רווחיה החשבונאיים, כאשר חברת הבת נכנסת בגדרו של חוק העידוד ושתי החברות מגישות דו"ח מאוחד לפי חוק עידוד התעשייה (מיסים), התשכ"ט-1969. הנישומות סברו כי יש להחיל את סעיף 126(ב) לפקודה, הפוטר דיבידנד המשולם בין חברות מתשלום מס בגין קבלתו. לעומת זאת, פקיד השומה סבר כי יש להחיל את סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד, שהטיל מס בשיעור של 15% על דיבידנד.

בפסק הדין הוסבר כי סעיף 126(ב) לפקודה הוא בבחינת דין כללי החל במצב הדברים הרגיל. סעיף זה קובע כי דיבידנד המחולק מחברת-בת לחברת-אם לא יכלל בגדרי "הכנסתה החייבת" של חברת-האם ויהיה פטור ממס. זאת במטרה למנוע כפל מס, כאשר בקצה השרשרת ישולם המס בשעה שהדיבידנד יחולק לבעלי מניותיה היחידים של חברת-האם. עוד הוסבר, כי כאשר מדובר בחברה הפועלת במסגרת חוק העידוד, "קיימים הסדרים ייחודיים למיסויו של דיבידנד המחולק לחברה האם", וכי סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד, המחיל שיעור מס של 15% על דיבידנד גם כאשר מדובר בחברה, הוא בגדר חריג לכלל הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה (עניין ג.א.צ. בפסקה 10, ההדגשה במקור; ועיינו שם לגבי אופן מיסויו של דיבידנד בין חברות לפי חוק העידוד, המאפשר לחברה לנכות את הדיבידנד בעת חלוקתו לבעלי המניות; וראו ביתר הרחבה אצל רפאל כרך ה 216-221 (2001)).

בסיכום הדברים, נקבע בעניין ג.א.צ. כי "הוראות סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק עידוד השקעות גוברות על הדין הכללי הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה. בהתאם, דיבידנד המחולק לחברה-אם, שמקורו בהכנסה ממפעל מאושר, יוביל לחבות במס בשיעור 15%". עוד הוסבר כי תוצאה זו עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד, שנועד לספק תמריץ שלא להעביר רווחים שמקורם בהטבות שבחוק לבעל השליטה בחברה, וזאת מתוך כוונה שאלו יושקעו בפיתוח החברה עצמה (שם בפסקאות 24-25, ההדגשה הוספה – י"ע).

36. הסוגיה שעמדה לדיון בעניין ג.א.צ. אינה זהה לזו העומדת לפתחנו, אך בהיבטים מסוימים היא מעין תמונת ראי לסוגיה שלפנינו. כך, באותו מקרה מדובר היה בדיבידנד שחולק; הנישום טען כי יש להחיל את הוראות סעיף 126(ב) לפקודה; ואילו פקיד השומה סבר כי יש להחיל את הוראות סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד. לעומת זאת, במקרה שלפנינו מדובר בדיבידנד שלא חולק; הנישום הוא שטוען כי יש להחיל את הוראות סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד; ואילו פקיד השומה טוען כי יש להחיל את הוראות סעיף 125ב לפקודה. אלא שחרף הבדלים אלה, ובדומה למסקנתו של בית משפט קמא, אף אני סבור כי ניתן לראות בהכרעה ובהנמקה בעניין ג.א.צ. משום חיזוק למסקנה כי הוראות חוק העידוד הן בגדר דין ספציפי שיש להחילו גם במקרה שלפנינו. אכן, פעמים יוביל הדבר לקבלת עמדת פקיד השומה (כבעניין ג.א.צ.) ופעמים יוביל הדבר לקבלת עמדת הנישום (כבמקרה דנן), אך בכך אין כל רבותא, שהרי לא התוצאה היא שמכתיבה את הדין, אלא הדין הוא שמכתיב את התוצאה.

37. כזכור, המערער השליך יהבו על סעיף 94ב(א)(1) לפקודה, המפנה לסעיפים 125ב ו-126(ב) לפקודה. כפי שהוסבר לעיל, בעניין צ.א.ג נקבע כי סעיף 126(ב) לפקודה ניגף בפני סעיף 47(ב)(2) לחוק העידוד, בהיות האחרון דין ספציפי. מדוע ייגרע אפוא כוחו של חוק העידוד מקום שבו ניצב מולו סעיף 125ב? נזכיר כי סעיפים 125ב ו-126(ב) נכרכו יחדיו בסעיף 94ב(א)(1) לפקודה; ומשעה שנקבע כי סעיף 126(ב) הוא בגדר דין כללי הניגף בפני חוק העידוד, דין זהה צריך לחול לכאורה גם על סעיף 125ב. כפי שהוסבר, העובדה שבעניין צ.א.ג הוביל הדבר לחיוב החברה-הנישומה במס (מכוח חוק העידוד) חלף מתן פטור ממס (לפי הפקודה), בעוד שבמקרה דנן מוביל הדבר להחלת שיעור מס מופחת על הנישומים (מכוח חוק העידוד) חלף חיובם בשיעור המס המלא (לפי הפקודה) – אינה מעלה ואינה מורידה. ודוק: לא נעלם מעיניי שהסוגיה שעמדה לדיון בעניין צ.א.ג לא נסבה על מיסוי רווחים ראויים לחלוקה אלא על מיסוי דיבידנדים. עם זאת, איני סבור כי יש בהבדל זה כדי לגרוע ממעמדו של חוק העידוד כחוק ספציפי לגבי הסוגיה שלפנינו, הנסבה על שיעור המס הרלוונטי, שכן כפי שהוסבר, הסוגיות של מיסוי דיבידנד ומיסוי רווחים ראויים לחלוקה הן שתי סוגיות הכרוכות זו בזו.

38. מסקנתנו לעיל נתמכת גם בהגיונם ותכליתם של דברים. כפי שהוסבר בעניין ע"ט, בחוקקו את חוק העידוד, המחוקק ראה לנכון להעניק הטבה בנוגע לשיעור המס החל על דיבידנד; ואין חולק כי אילו היתה החברה במקרה דנן מחלקת דיבידנד לפני מכירת המניות, שיעורו היה 15%. מדוע אפוא שיעור המס על דיבידנד – שממנו נגזר שיעור המס בגין רכיב הר"ל – מאבד מהרלוונטיות שלו מקום שבו מדובר בחברה בעלת מפעל מאושר הזכאית להטבות לפי חוק העידוד?

זאת ועוד. כפי שהוסבר באריכות לעיל, בחוקקו את סעיף 94ב ביקש המחוקק למנוע מצב שבו משטר המס הוא שיוביל את הנישום להחליט אם למשוך דיבידנד או להימנע מכך. ברי כי לדידו של מקבל הדיבידנד, מצב שבו שיעור המס החל על דיבידנד עומד על 15% בעוד ששיעור המס שחל על רכיב הר"ל הוא 25%, חותר תחת תכלית זו (וזאת גם בהנחה ששיעורי המס לפי חוק העידוד אינם מבטיחים אדישות מיסויית מוחלטת של הנישום, שהרי לחוק העידוד תכליות ואיזונים משלו). ספק אפוא עד כמה גישת המערער מגשימה את תכליתו של הסעיף (וראו בדומה אצל נבות, המציין כי אי-החלת שיעור המס המופחת לפי חוק העידוד על רווחים ראויים לחלוקה, אינה מתיישבת עם תכליתו של סעיף 94ב, ואף לא עם המלצות הוועדה לרפורמה במס הכנסה (2002) ("ועדת רבינוביץ") ועם הצעת החוק שגובשה בעקבות דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה (2000) ("ועדת בן בסט") (נבות, ה"ש 2); וראו והשוו גם לאלקיןס בעמ' 382-384, הסבור כי העקרון המנחה הוא שהשגת התכלית החקיקתית של סעיף 94ב

דורשת השוואה של סכום המס החל על רכיב הרר"ל עם סכום המס שהיה מוטל אילו חולקו הרווחים כדיבידנדים (יוער כי דבריו מופיעים בהקשר של התחשבות בזיכויים ממס, כחלק מדיון בדוגמה של חברה המוכרת מניה של חברה זרה)).

39. טענה נוספת של המערער עניינה בהבחנה בין נישומים. המערער מצביע על כך שתחולתו של סעיף 94ב(א) לפקודה מוגבלת למקרים שבהם המניות נרכשו לפני שנת 2003. אלא שלטענת המערער, אין הצדקה לכך שמי שרכש מניה נסחרת לפני 2003 יזכה לשיעור מס מופחת בגין הרר"ל מכוח חוק העידוד, בעוד שמי שרכש מניה משנת 2003 ואילך לא יזכה לכך. המערער מלין על כך שקושי זה לא זכה להתייחסות בפסק דינו של בית משפט קמא. לגישת המערער, יש להסיק מ"הפליה" זו בין נישומים כי שיעור המס שצריך לחול על כלל הנישומים בגין רכיב הרר"ל הוא זה הקבוע בסעיפים שאליהם מפנה סעיף 94ב(א)(1), ולא שיעור המס הקבוע בחוק העידוד.

אקדים ואציין כי טענה זו של המערער באשר להבחנה בין נישומים כלל לא הועלתה בסיכומיו בבית משפט קמא, והדעת נותנת כי זו הסיבה שבגינה הטענה לא זכתה להתייחסות בפסק הדין. לעצם הטענה, על פני הדברים אמנם מדובר בהבחנה המעוררת קושי. עם זאת, אין בטענה זו כדי לשלול את תחולתו של חוק העידוד, ואיני סבור כי היא מחייבת להטיל על כלל הנישומים, הן אלו שרכשו מניות לפני 2003 והן אלו שרכשו מניות משנת 2003 ואילך, את שיעור המס הגבוה לפי סעיף 125ב לפקודה. לטעמי, גישה פרשנית זו מצד המערער כלפי כלל הנישומים, בבחינת "גם לי גם לך לא יהיה", אינה עולה בקנה אחד עם הדרך שבה יש לפרש את הוראות חוק העידוד ואת ההטבות הניתנות מכוחו, שלגביהן "מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום" (עניין עיט, עמ' 219). מכל מקום, אין בכוחה של הבחנה זו כדי לגרום לחוק העידוד להפוך את עורו ולהפשיטו ממעמדו כדין ספציפי כמוסבר לעיל.

40. ומכאן בחזרה לפסק הדין בעניין דלק הונגריה. ניסיונו של המערער, במסגרת סיכומי התשובה מטעמו, להסתמך על פסק הדין לצורך ביסוס טענתו כי יש לשלול את תחולתו של חוק העידוד, אף הוא דינו להידחות.

בעניין דלק הונגריה נקבע כי סעיף 94ב לפקודה אינו חל על חברה זרה שאינה כפופה לדיני המס בישראל. בפסק הדין הוסבר כי הימנעותו של המחוקק בסעיף 94ב מלהפנות להוראות העוסקות בחברה זרה, אינה בבחינת תִּסְרָ, אלא מהווה השמטה מכוונת והכרעה של המחוקק העולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה (שם, בפסקה 31). איני סבור כי יש להקיש מהדברים לסוגיה שלפנינו. במקרה שלפנינו מדובר בחברה

ישראלית הכפופה להוראות הפקודה והנכנסת בגדרו של חוק העידוד; וכן מדובר ביחידים תושבי ישראל הכפופים להוראות הפקודה. בנוסף לכך, החלת סעיף 94ב לפקודה בשילוב הוראות חוק העידוד מתיישבת עם תכלית החקיקה כמוסבר לעיל. ובקיצור, הקביעה בעניין דלק הונגריה כי סעיף 94ב לפקודה אינו חל על חברה זרה שאינה כפופה לדיני המס בישראל, אינה מחייבת את המסקנה כי הסעיף אינו חל על חברה ישראלית הכפופה להוראות הפקודה והנהנית מהטבות לפי חוק העידוד.

41. לסיכום נקודה זו: ההפניה בסעיף 94ב(א)(1) לסעיפים 125ב ו-126(ב) לפקודה, מבטאת הפניה לדין הכללי והיא משקפת את ההבחנה היסודית לגבי מיהותו של מקבל הדיבידנד, ובפרט ההבחנה בין יחיד לבין חברה. אין ללמוד מהפניה זו על כוונה של המחוקק לשלול מדעיקרא את תחולתו של חוק העידוד, שהוא בגדר דין ספציפי, לגבי שיעור המס הרלוונטי. כך עולה מפסיקתו של בית משפט זה, והדברים אף מתיישבים עם תכליתו של חוק העידוד ושל ההסדר המעוגן בסעיף 94ב, כמפורט לעיל.

“רווחים ראויים לחלוקה”

42. טענה נוספת של המערער, שהועלתה על ידו לחלופי חלופין, היא כי מלכתחילה אין לראות את הרווחים שבמחלוקת כ“רווחים ראויים לחלוקה” כהגדרתם בסעיף 94ב(1)(ב) לפקודה. לטענת המערער, מדובר ברווחים שטרם שולם בגינם מס חברות, וזאת לנוכח הוראות חוק העידוד, הדוחה את מועד תשלום המס על הרווחים עד למועד חלוקתם כדיבידנד. לפיכך, משעה שמדובר בדחיית מועד תשלום המס, אזי אין מדובר ברווחים שנתחייבו במס ואף לא ברווחים שהופטרו ממס, ועל כן אין מדובר ברווחים הנכנסים בגדרו של סעיף 94ב לפקודה (וראו ההגדרה המלאה המובאת בפסקה 15 לעיל). כתימוכין לטענתו ביקש המערער להסתמך על פסק הדין בעניין ז'ורבין, שממנו עולה כי כאשר מדובר ברווחים העתידים להוליד חבות נוספת במס במעלה הדרך, אזי אין לראותם כרווחים “שנתחייבו במס”.

בית המשפט המחוזי דחה טענה זו ואימץ את עמדת המשיבים, שטענו כי העובדה שטרם שולם מס חברות אינה מהווה הטבת מס, שכן מס החברות ישולם במלואו במועד שבו יחולק הדיבידנד בפועל לידי בעלי המניות. עוד הוטעם כי תוצאה זו עולה בקנה אחד עם תכלית חוק העידוד להשאיר את הרווחים שנצברו ברמת החברה, מתוך כוונה שיושקעו בפיתוחה.

43. בקביעתו של בית משפט קמא כי הרווחים המדוברים מהווים "רווחים ראויים לחלוקה" כהגדרתם בסעיף 94ב, איני רואה להתערב ואוסיף התייחסות קצרה.

בראשית הדרך, במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, המערער תיאר את יתרת הרווחים של החברה ככאלה שהופטרו ממס (פסקה 1 לסיכומיו וכן סעיף 6 לתצהיר עדות ראשית מטעמו). גם בהודעת הערעור שהוגשה בערעור שלפנינו נטען כך על ידי המערער, ואביא את הדברים כלשונם:

"חברה שהיא בעלת מפעל מאושר תהיה פטורה ממס על הכנסתה החייבת מאותו מפעל שהופקו במסגרת חלק מהשנים שבתקופת ההטבות (להלן: הרווחים הפטורים). אך בשונה מהפטורים הרגילים, לא מדובר בפטור מוחלט, אלא עסקינן בפטור מותנה ממנו נהנית החברה כל עוד אינה מחלקת את רווחיה מאותו מפעל. התכלית מאחורי מתן הפטור המותנה הינו לספק תמריץ שלא להעביר את רווחים שמקורם בהטבות שבחוק עידוד לבעל השליטה בחברה, מתוך כוונה שיוקעו בפיתוח החברה עצה..." (פסקה 52 להודעת הערעור, ההדגשות והשגיאות במקור).

לעומת זאת, בהמשך הודעת הערעור נטען כי "לא מדובר ברווחים הפטורים ממס, שכן לא מדובר בפטור סופי" (שם, פסקה 61). בסיכומיו בערעור המשיך המערער בקו זה וטען כי "מוסכם כי הרווחים לא הופטרו ממס", וזאת משום שמדובר בדחיית החיוב במס עד למועד החלוקה (סעיף 70 לסיכומיו, ההדגשה הוספה – י"ע).

במבט ראשון, השינוי באופן התייחסותו של המערער לרווחים לא מזדקר לעינו של הקורא, וגם לא הטעם לכך. ברם, במבט שני, דומה כי נקל להבין מדוע ראה לנכון המערער לסגת מטענתו הראשונית כי מדובר ברווחים שהופטרו ממס. הטעם לכך הוא כי ההכרה ברווחים כרווחים שהופטרו, סוללת לכאורה את הדרך למסקנה כי ניתן לראותם כרווחים ראויים לחלוקה. כך עולה מהגדרת המונח "רווחים ראויים לחלוקה" בסעיף 94ב(1) סיפא, וכך גם טען המערער בעצמו בסיכומיו, שעה שהבהיר כי "גובה הרווחים הראויים לחלוקה מוגבל כדי אותם רווחים שחויבו במס בידי החברה ולא חולקו על-ידה או שלא חויבו במס משום פטור שהוענק להם או לחברה והצטברו בידי החברה" (שם בפסקה 69, ההדגשות במקור).

44. מה הוביל אפוא את המערער להתייחס לרווחים ככאלו מלכתחילה, הן בבית המשפט המחוזי והן בהודעת הערעור, כרווחים שהופטרו ממס? דומה כי התשובה טמונה בלשונו של חוק העידוד, הקובע בסעיף 47(א2) כדלקמן:

(2א) על אף הוראות בסעיפים קטנים (א) ו-(1א), חברה המחלקת דיבידנד מתוך הכנסה של מפעל, שהושגה בתקופה שבה היתה החברה פטורה ממס לפי סעיפים קטנים (א) ו-(1א), תהא חייבת, בשנת המס שבה חולק הדיבידנד, במס חברות על סכום הדיבידנד המחולק, בשיעור מס החברות שהיתה חייבת בו על הכנסתה בשנה שבה הופקה ההכנסה אילולא היתה פטורה ממס חברות בשנה זו, [...]

מכאן עולה כי הגם שמדובר ברווחים שיחויבו במס ביום שבו יחולקו כדיבידנד, אין מניעה לראותם כרווחים פטורים ממס; ומשעה שניתן לראותם כרווחים הפטורים ממס, גם אם באופן זמני, אזי אין קושי להכניסם תחת הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה" כלשונה בסעיף 94ב לפקודה. כאמור, כך עולה מלשון החוק המפורשת – זו של סעיף 47(א2) לחוק העידוד וזו של סעיף 94ב לפקודה, וכך גם עולה מגישתו של המערער עצמו. אף לא למותר לציין כי במענה לטענת המערער בבית המשפט המחוזי, המשיבים הפנו לסעיף 47(א2) הנ"ל וטענו כי מכוחו ישולם בעתיד מס במלואו, ובסיכומיהם בערעור דגלו טענו כי יש לראות את הרווחים ככאלה שהופטרו ממס במועד הפקתם. כאמור, הדברים מתיישבים עם לשון החוק, ולא מצאתי מענה משכנע שבגיני יש לסבור אחרת. די בכך כדי לדחות את טענת המערער, וממילא איני רואה להידרש לטענתו כי הרווחים שבמחלוקת אינם בגדר רווחים "שנתחייבו במס", כלשון החלופה הנוספת בסעיף 94ב(ב) לפקודה.

טענות נוספות

45. בית המשפט המחוזי התייחס בפסק דינו לקיומו של קושי בעמדתו של המערער, לנוכח האמור בחוזר מס הכנסה 3/2012 (להלן: החוזר). אף הצדדים טענו לעניין זה בגדרו של הערעור שלפנינו. לנוכח מסקנתי כי דין הערעור להידחות, איני רואה להרחיב בנקודה זו, אך פטור בלא כלום אי אפשר, ועל כן אתייחס לדברים בקצרה.

46. כפי שפורט בהרחבה לעיל, אחת הטענות החלופיות של המערער נסבה על היחס שבין פקודת מס הכנסה לחוק העידוד בנוגע לשיעור המס שיש להחיל במקרה דנן. לשיטת המערער, משעה שסעיף 94ב לפקודה קובע כי שיעור המס בגין הרר"ל הוא

כשיעור המס שהיה חל אילו חולקו הרווחים כדיבידנד לפי סעיפים 125 ב ו-126 (ב) לפקודה, אזי ממילא יש להחיל על המשיבים את שיעור המס הקבוע בסעיף 125 ב לפקודה (25%), ולא את שיעור המס המופחת הקבוע בחוק העידוד (15% בתקופה הרלוונטית). בטענה זו דנו באריכות לעיל ומצאנו לדחותה (ראו בפסקאות 31-41 לעיל).

כאן נכנס לתמונה חוזר מס הכנסה המדובר. מתברר כי בחוזר, העוסק בתיקון 68 לחוק העידוד, ישנה התייחסות ספציפית לסעיף 94 ב לפקודה ולנושא של מיסוי רווחים ראויים לחלוקה. כך, בסעיף 4.3.7.5 לחוזר נאמר כי מקום שבו מדובר במכירת מניות על ידי חברה, אזי שיעור המס הרלוונטי הוא השיעור הקבוע בחוק העידוד (קרי) 15%, ולא תחול הוראת סעיף 126 (ב) לפקודה המעניקה לחברה פטור ממס בגין קבלת דיבידנד. לעומת זאת, מקום שבו מדובר במכירת מניות על ידי יחיד, אזי שיעור המס הרלוונטי הוא השיעור הקבוע בסעיף 125 ב לפקודה (קרי מס בשיעור של 25%), ולא שיעור המס המופחת לפי חוק העידוד (15%).

47. עמדה זו, כפי שבוטאה בהוראות החוזר, אכן מעוררת קושי, ולא בכדי תמה על כך בית המשפט המחוזי. לעניין זה טוען המערער, בין היתר, כי מדובר בהוראה שגויה; כי היא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החב"ק ועם חוזר משנת 2002; כי נפקותה של הוראה זו ביחס לחברות "אינה משמעותית"; ואף שבנסיבות מסוימות יש ליתן משקל לפרשנות הנקוטה בידי הרשות, הרי בית המשפט אינו כבול לכך. עוד טוען המערער כי לאחרונה פורסמה הבהרה על ידי רשות המסים שבה נאמר כי אין להחיל הוראה זו מקום שבו מדובר במכירת מניות על ידי חברות, שאז יש להחיל את סעיף 126 (ב) לפקודה. יצויין כי הבהרת רשות המסים המדוברת היא מיום 4.6.2019, קרי מספר חודשים לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

המשיבים מפנים לכך שטענתם בנוגע לקושי הטמון בהוראות החוזר הועלתה כבר בשנת 2013, בעת שהוצאה להם השומה, אולם במשך כל אותה תקופה רשות המסים לא מצאה לנכון להוציא הודעת תיקון, אלא נקטה "שיטת מצליח" והמתינה עד לאחר שנתברר לה כי עמדתה נדחתה בבית המשפט המחוזי. עוד טענו המשיבים כי טענות המערער בנושא זה הן בגדר הרחבת חזית; כי הן עומדות בסתירה לטענותיו בבית המשפט המחוזי; כי אין להתיר למערער להגיש ראיות חדשות בשלב הערעור; וכי יש למחוק חלקים מסיכומיו.

48. כפי שציינתי, לנוכח מסקנתי כי דין הערעור להידחות, אני רואה להרחיב לגבי מעמדן הפרשני של חוזרי רשות המסים והוראות החב"ק. ואולם, אף אם אניח לטובת

המערער כי לא זדון יש כאן כי אם שגגה, קשה להתעלם מתחושת חוסר הנוחות שמתעוררת למקרא הוראות החוזר. הנה כי כן, עמדתה של רשות המסים כפי שבאה לידי ביטוי בחוזר היתה כי כאשר מדובר בחברות – יש להחיל עליהן את ההוראה "המחמירה" המטילה עליהן מס ולפנות להוראות חוק העידוד; ואילו כאשר מדובר ביחידים – יש להחיל עליהם את ההוראה "המחמירה" ולפנות לפקודת מס הכנסה. מובן כי עמדה זו אינה מתיישבת עם עמדת המערער בערעור שלפנינו, שטען כי ההפניה בסעיף 94ב לסעיפים 125ב ו-126(ב) מובילה לשלילת תחולתן של ההוראות הרלוונטיות הקבועות בחוק העידוד. התחושה, כאמור, אינה נוחה מהדברים.

מכל מקום, טוב עשו רשויות המס כשפרסמו הודעת הבהרה בנושא, הגם שניתן להבין את טרונייתם של המשיבים על כך שההודעה פורסמה רק בחלוף שנים ולאחר שניתן פסק דינו של בית משפט קמא. באשר לקושי שחוזרי מס הכנסה מעוררים לעתים, יפים דבריו של המשנה לנשיאה ח' מלצר שציין כי "העובדה שהמשיבה מבקשת להסתמך על האמור בחוזר מס בהכנסה [...], בו בזמן שהמערער מצביע על כך כי בחוזר הנ"ל מופיעה גם הוראה נוגדת [...]" – מלמדת כי לעיתים חוזרים שכאלה אינם מנוסחים בדקדנות מספקת, ומעוררים קשיים, ככל שאנו נדרשים לפרשנות החיקוקים הרלבנטיים" (עניין דלק הונגריה, פסקה 2(ג) לפסק דינו).

49. נקודה זו מובילה אותי להעירתי האחרונה, שאינה אלא בבחינת הרהור ותהייה. שאיפה בסיסית בדיני המס היא להביא לחיוב הנישום בתשלום מס אמת, והדבר הוא בבחינת "נשמת החוק ותכליתו" (ע"א 1527/97 אינטרביילדינג חברה לבנין בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 1, פ"ד נג(1) 699, 719 (1999)). בד בבד, מובן כי השאלה מהו מס אמת אינה תמיד כה פשוטה, והדברים נכונים ביתר שאת מקום שבו המחלוקת נסבה על מהו אחוז המס שעל הנישום לשאת בו (ראו דברי השופט (כתוארה אז) מ' נאור בדנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 12 לפסק דינה (14.7.2011)). כך או כך, הכל יסכימו כי המטרה שצריכה לעמוד לנגד עיניהן של רשויות המס אינה לפלס לעצמן את הנתיב הפרשני המוביל לגביית מס בשיעור הגבוה ביותר האפשרי, אלא לחתור לגביית מס אמת על פי לשונן של הוראות החוק ותכליתן.

איני רומז חלילה כי במקרה דנן עמדתן של רשויות המס אינה חותרת לגביית מס אמת. ברם, למקרא עמדתו של המערער (והוראת החוזר (השגויה) שנזכרה לעיל), עשוי להתקבל הרושם כי גישתן הפרשנית של רשויות המס מבטאת ניסיון לצמצם ככל הניתן את היקף פרישתן של ההוראות המיטיבות עם הנישומים שנקבעו בסעיף 94ב לפקודה ובחוק העידוד. הנה כי כן, גישתן של רשויות המס כפי שבאה לידי ביטוי במקרה דנן היא

כדלקמן: (א) סעיף 94 כלל אינו חל במקרה דנן, אף שהמשיבים רכשו את מניותיהם עשרות שנים לפני שנת 2003 (וזאת בניגוד ללשונו המפורשות של הסעיף, ובניסיון "למנף" מועד רכישה פיקטיבי שנקבע לצורך אחר לחלוטין שעניינו שימור הפטור ממס עד לשנת 2003 ומניעת מיסוי רטרואקטיבי); (ב) סעיף 94(א1) כלל אינו חל על יחידים אלא רק על חברות (חרף העדר כל עיגון לשוני לכך בסעיף); (ג) רווחי חברות הנהנות מפטור ממס לפי חוק העידוד כלל אינם מהווים "רווחים ראויים לחלוקה" (פרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק והפקודה ועם הוראות חוזרי מס הכנסה). על כך יש להוסיף את הוראת החוזר (השגויה) שנזכרה לעיל, שביקשה להחיל מדיניות פרשנית שונה לגבי חברות ויחידים: מחד גיסא – לשלול מחברות את הפטור הניתן להן לפי הפקודה ולמסותן לפי חוק העידוד; ומאידך גיסא – לשלול מיחידים את הטבת המס הקבועה בחוק העידוד ולמסותם לפי הוראות הפקודה.

על פני הדברים, קשה יהיה לבוא בטרזניה לקורא שיסבור כי עמדת רשויות המס המתוארת משקפת ניסיון להבטיח גביית מס מרבית גם במחיר של פרשנות מאולצת משהו. אחזור ואדגיש כי אין באמור כדי להטיל דופי במאן דהו, והדברים אינם אלא בבחינת הרהורים ומחשבות לגבי המדיניות הפרשנית הנקוטה לעתים על ידי רשויות המס.

50. לבסוף, טענה אחרונה שהעלה המערער בשולי סיכומיו, גם היא לחלופי חלופין, היא כי לפי שומה חלופית מטעמו, חלק מתוך המניות שמכרו המשיבים (כ-2% עד כ-10% נרכשו על ידם לאחר שנת 2003, ובגין חלק זה של המניות אין להחיל את סעיף 94 לפקודה. דע עקא, שטענה זו כלל לא הועלתה בסיכומיו של המערער בבית המשפט המחוזי, וממילא לא זכתה להתייחסות בפסק דינו. טענה זו אף לא עלתה בהודעת הערעור שהגיש המערער לבית משפט זה (שממנה אף עולה כי המשיבים רכשו את מניות החברה בשנת 1976 - ראו שם בפסקה 42). בנסיבות אלו, ברי כי אין מקום להידרש לטענה עובדתית זו לראשונה במסגרת הערעור דנן, ודינה להידחות.

סוף דבר

51. המשיבים מכרו מניות של חברה הזכאית להטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון. בגין מכירת המניות חבו המשיבים במס רווח הון. בד בבד, לפי סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, רווח ההון המיוחס ל"רווחים הראויים לחלוקה" כפוף לשיעור המס שהיה מוטל על רווחים אלו אילו חולקו כדיבידנד עובר למכירת המניה. לנוכח הוראות חוק העידוד, אילו היו הרווחים מחולקים כדיבידנד, היה חל עליהם שיעור מס של 15%.

שילוב הוראות חוק העידוד וסעיף 94ב לפקודה מוביל אפוא למסקנה כי בגין רכיב הרווחים הראויים לחלוקה, על המשיבים לשלם מס בשיעור של 15%. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, תוצאה זו מתיישבת הן עם לשונן של הוראות החוק הרלוונטיות והן עם תכליתן. כך קבע בית המשפט המחוזי, ואין בטענות שהעלה המערער בערעור דנן כדי להצדיק התערבות בקביעה זו.

52. אי לכך, הערעור נדחה.

המערער ישא בשכר טרחת עורך דינם של המשיבים בסך 30,000 ₪.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לפסק-דינו המקיף של חברי, השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ח' באלול התשפ"א (16.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט