



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10800/06

וערעור שכנגד

בפני: כבוד השופטת (בדימי) אי פרוקצ'יה  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט חי מלצר

המערער (והמשיב שכנגד): אמנון סלמן

נגד

המשיב (והמערער שכנגד): פקיד שומה טבריה

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת  
מיום 15/11/2006 בעמ"ה 110/03 שניתן על ידי כב' סגן  
הנשיא נ' ממון

בשם המערער (והמשיב שכנגד): עו"ד דורון ליפשיץ

בשם המשיב (והמערער שכנגד): עו"ד יהודה ליבליין

### פסק-דין

השופטת (בדימי) אי פרוקצ'יה:

לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' סגן הנשיא נ' ממון). עניינו של הערעור – שיעור המס החל על רווח הון שנצמח למערער בעסקה למכירת מניות.

רקע

1. אמנון סלמן (להלן: המערער) ואברהם ועקנין (להלן: ועקנין) היו בעלי מניות יחידים, בחלקים שווים, בחברת שירה, חברה לתיקון משאיות בע"מ (להלן: החברה). ביום 15.12.1997 נכרת הסכם בין המערער לוועקנין, על פיו מכר המערער לוועקנין את חלקו בחברה (להלן: הסכם מכירת המניות). סכום התמורה בעד המניות, על פי האמור

בהסכם, היה 240,000 ש"ח; בנוסף לתמורה זו, נשא ועקנין בתשלומי מס שונים בגין העיסקה.

בהסכם נפרד בין המערער לחברה מאותו יום, הוסכם על הפסקת עבודתו של המערער בחברה (להלן: הסכם הפסקת העבודה). בין היתר נקבע בהסכם זה, כי "חובותיו של [המערער]... יסולקו כנגד זכותו לקבלת דיבידנד, עליו הכריזה החברה" (סעיף 5 להסכם). על פי רישומי החברה, בסופו של דבר חולק למערער, בין השנים 1999 עד 2003, סכום מצטבר של 340,000 ש"ח, שיועד במלואו לכיסוי יתרת חובו לחברה.

יצויין, כי עם ייסוד החברה, החזיק שותף נוסף, ברוך אזולאי, בשליש ממניותיה. בינואר 1995 מכר מר אזולאי את מניותיו למערער ולועקנין, וזאת בתמורה לשווי מוצהר של 180,000 ש"ח (להלן: עסקת אזולאי). עיסקה זו מוסתה על ידי פקיד השומה על בסיס התמורה המוצהרת בה.

2. המערער הגיש דו"ח לפקיד השומה טבריה (להלן: פקיד השומה) בענין רווח ההון שנצמח לו בעיסקה למכירת מניותיו בחברה. המס חושב בדו"ח על יסוד התמורה האמורה בהסכם, בסך 253,781 ש"ח, שכללה את שווי תשלומי המס ששולמו על ידי ועקנין. עלות רכישת המניות על ידי המערער, שאינה שנויה במחלוקת, עמדה על 90,100 ש"ח. על כן, לגישתו, סך רווח ההון שהוא הפיק מן העיסקה עמד על 163,681 ש"ח.

הדו"ח שהגיש המערער נסמך על ההנחה כי על כל רווח ההון האמור יחול שיעור מס מופחת של 10%. זאת, לאור הוראת סעיף 94 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה), המחילה שיעור מס מופחת כאמור על חלקו של מוכר מניות ב"רווחים הראויים לחלוקה" הצבורים בחברה, שהם הרווחים המוחזקים בקופת החברה שהיא רשאית לחלקם לבעלי מניותיה על פי דיני החברות. לטענת המערער, בעת עשיית הסכם מכירת המניות, עמד חלקו ברווחים הראויים לחלוקה שבחברה על סך 511,590 ש"ח, ומכאן, הנחתו היתה כי על כל רווח ההון שנצמח לו בעיסקה יש להחיל את הטבת המס הקבועה בסעיף 94 לפקודה.

3. פקיד השומה דחה את דו"ח המס של המערער. לגישתו, על יסוד הערכת שווי שביצע כלכלן מטעמו, קיים פער בלתי סביר בין תמורת העיסקה עליה הוצהר בהסכם מכירת המניות, לבין שווי השוק של מניות החברה; משכך, יש למסות את העיסקה על

בסיס שווי השוק של המניות, ולא על פי התמורה המוצהרת של המכירה על פי ההסכם, וזאת לאור הוראת סעיף 88 לפקודת מס הכנסה. פקיד השומה ערך למערער שומה על פי מיטב השפיטה, ובה הועמד שיעור התמורה למכירת המניות בעסקה על 1,288,299 ש"ח, כשהיא מחושבת על פי שווי השוק של המניות; הרווח הריאלי מן העסקה הועמד על סך 757,191 ש"ח.

אשר לסוגיית הטבת המס על הרווחים הראויים לחלוקה בחברה על פי סעיף 94 לפקודה, קבע פקיד השומה כי חלקו של המערער ברווחים אלה, עליהם חל שיעור המס המופחת, עומד על 415,491 ש"ח; בהמשך, תוקן נתון זה ל-420,000 ש"ח (מוצג ה' לתיק מוצגי המערער). מכאן, שעל סכום זה מתוך רווח ההון חל שיעור המס המופחת, ואילו על היתרה מתוך הרווח הריאלי חל שיעור המס הרגיל, כך לגישתו של פקיד השומה.

4. המערער ערער על שומה זו בפני בית המשפט המחוזי. בערעור הועלו הטענות העיקריות הבאות: ראשית, בעסקת אזולאי, שנערכה כשנתיים לפני העסקה נשוא עניינו, נמכרו שלישי ממניות החברה תמורת שווי מוצהר של 180,000 ש"ח, על בסיס הערכת החברה כולה בשווי של 540,000 ש"ח. פקיד השומה לא השיג על נכונותה של התמורה המוצהרת באותה עסקה, ואין הצדקה להעריך עתה את שווי החברה בשיעור גבוה בהרבה. שנית, הסכם מכירת המניות נעשה בתום לב, ומבלי שמחיר העסקה הושפע מקיום יחסים מיוחדים בין הצדדים. משכך, מתקיימים התנאים, המצדיקים על פי הדין – הוא סעיף 88 לפקודה – כי העסקה תמוסה לפי שיעור התמורה המוצהר בהסכם. שלישית, ככל שיש מקום לבצע הערכה של שווי החברה, יש לבססה על שיטת "הערך הנכסי הנקי", תחת השיטה בה נקט הכלכלן מטעם פקיד השומה, שהיא שיטת "היוון תורים המזומנים העתידי" (Discounted Cash Flow). במסגרת שיטת "הערך הנכסי הנקי", יש להפחית משווי החברה את סכום הדיבידנד שחולק בה, אשר הוכרו, כנטען, בטרם נכרת הסכם מכירת המניות. רביעית, את כל רווח ההון שנצמח למערער בגין מכירת מניותיו יש למסות בשיעור מס מופחת של 10%, מכח סעיף 94 לפקודה.

מנגד, טען פקיד השומה, ראשית, כי העסקה אינה עומדת בתנאים הנדרשים על פי דין כדי שהתמורה המוצהרת בהסכם תיחשב כתמורה הקובעת לצורך חישוב המס. משכך, יש לקבוע את בסיס התמורה לצורך חישוב המס על פי שווי השוק של החברה, שאותו יש לחשב בשיטת "היוון תורים המזומנים העתידי". עוד טען פקיד השומה, כי החברה הכריזה על חלוקת דיבידנד רק לאחר שנכרת הסכם מכירת המניות; ממילא, גם

אם יחושב שווי החברה בשיטת הערך הנכסי הנקי – אין להפחית את סכום הדיבידנד משווי החברה.

פסק הדין קמא

5. בית משפט קמא דן בשתי הסוגיות העולות בפרשה זו: האחת – כיצד יש לחשב את תמורת העיסקה של מכירת המניות לצורך חישוב המס. השניה – כיצד יש להחיל את הוראת הפקודה בענין הטבת מס על רווחים ראויים לחלוקה בנסיבות מקרה זה.

6. אשר לשאלה הראשונה, הנוגעת לדרך חישוב בסיס התמורה של העיסקה לצורך חישוב המס, קבע בית המשפט כי לאור נתוני המקרה – ובעיקר נוכח הליקויים שנתגלו בדו"חות החברה, והעובדה שהמערער וסלמן היו בעלי מניותיה היחידים – אכן היה מקום כי פקיד השומה "ירים גבה", כלשונו, ויהרהר אחר שיעור התמורה שנקבעה למכירת המניות, כמוצהר בהסכם. משכך, כדי שהמחיר החוזי יהווה בסיס התמורה לצורכי מס, נדרש המערער להוכיח כי המחיר נקבע בתום לב, ובלא שהתמורה הושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, כלשון סעיף 88 לפקודה. באשר לקיום התנאים האמורים, קבע בית משפט קמא כך: הצדדים השתיתו את מחיר העיסקה על השווי המאזני של החברה, כפי שחושב על ידי רו"ח יעקב רוסו, שליווה את ביצוע העיסקה. משכך, לדברי בית המשפט, "ניתן לומר כי המכירה נעשתה בתום לב, וחזקה עליה שהיא משקפת את המחיר שיש לצפות לו ממכירת הנכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון" (פסקה 15 לפסק הדין). אי לכך קבע בית המשפט:

"מסקנתי היא, איפוא, שהגם שהיה למשיב צידוק עקרוני לבחון מחדש את שווייה של החברה, הצליח המערער לשכנע את בית המשפט שיש לאמץ את התמורה שנקבעה בהסכם... (שם) (הדגשה לא במקור))."

למסקנה זו הגיע בית המשפט הגם שקבע כי שררו יחסים מיוחדים בין הצדדים. לדבריו, "לא היתה זו עיסקה בשוק החופשי בין מי שמבקש למכור מניות לבין משקיע. היתה זו מערכת יחסים של שני שותפים, בעלי מקצוע, שניהלו עסק לא רע אך היו מסוכסכים ביניהם... יחד עם זאת, קיומם של היחסים המיוחדים לא הביא להטייה משמעותית כלפי מטה של התמורה" (פסקה 16 לפסק הדין).

לאור זאת, פנה בית המשפט לבירור הערכת שווייה של החברה, בהמשך לשיטה בה נקטו הצדדים, לצורך הערכת תמורת העיסקה. לשם כך ציין בית המשפט, כי השיטה

בה נקטו המערער ורואה החשבון מטעמו להערכת שווייה של החברה – היא שיטת הערך הנכסי הנקי – עדיפה, במקרה זה, על השיטה בה נקט פקיד השומה – היא שיטת היוון תזרים המזומנים העתידי. לדבריו, גישת המערער ביחס לשיטת ההערכה "הולמת את החברה ואת בעלי המניות שלה"; לעומת זאת, גישתו של פקיד השומה "יוצאת מהנחה... שהחברה תמשיך להתקיים לנצח או לפחות שנים ארוכות, מה שכלל וכלל אינו מתאים לחברה הנדונה" (פסקה 15 לפסק הדין).

במסגרת הערכת שווייה של החברה, נזקק בית המשפט גם לשאלת המועד בו הוכרז הדיבידנד בחברה. הוא עמד בהרחבה על טענת פקיד השומה, לפיה הדו"חות הכספיים של החברה לשנת 1997 אינם משקפים כהלכה הכרזה על דיבידנד; עם זאת, הוא קבע כי האופי הלא-פורמאלי של החברה מסביר את הליקויים ברישומיה. עוד נקבע, כי כבר בשלהי שנת 1997 החליטו גורמי החברה לחלק בה דיבידנד, ובנסיבות הענין, אין להניח כי המערער היה מסכים לכריתת הסכם מכירת המניות בטרם הובטח לו כי דיבידנד שיחולק על ידי החברה יבטיח את סילוק חובותיו כלפיה. לאור זאת, דחה בית המשפט את טענת פקיד השומה כי הדיבידנד הוכרז לאחר כריתת הסכם מכירת המניות. על פי קביעתו, הגם שאין בנמצא מסמך המעיד על הכרזת הדיבידנד עובר למכירת המניות, ניתן לראות בהסכם הפסקת העבודה, שנכרת באותו יום בו נכרת הסכם מכירת המניות, ואשר מדבר ב"דיבידנד עליו הכריזה החברה", כ"הכרזה דה-פקטו" על הדיבידנד (פסקה 9 לפסק הדין).

על אף העדפתו את שיטת החישוב בה נקט המערער להערכת שווי החברה, בית המשפט דחה את החישוב לגופו, וזאת מן הטעם הבא: במסגרת החישוב שערך המערער, הופחת משווי החברה הן סכום הדיבידנד הבסיסי שהוחלט לחלקו לבעלי המניות, והן סכום דיבידנד נוסף, שנועד לכיסוי תשלומי מס שיחולו על בעלי המניות בגין הדיבידנד. על פי מסקנת בית המשפט, ההחלטה על חלוקת סכום הדיבידנד הנוסף נתקבלה לאחר שנכרת הסכם מכירת המניות, ומשכך אין להפחית סכום זה משווי החברה לצורך הערכת שווייה נכון למועד כריתת ההסכם. בית המשפט קבע, כי השווי המאזני המתוקן, במובן האמור, הוא הנתון שעליו יש לבסס את תמורת העיסקה לצורך חישוב המס המגיע בגינה: "הצדדים... אימצו במשותף את הערכת השווי שעשה רואה החשבון... הסתמכות על השווי המאזני אֶלֶיָה וקוֹץ בה: אם מתברר שהשווי גבוה יותר, לא יהיה מנוס מלהעמיד את התמורה בגין המניות על שיעורה הנכון" (פסקאות 15, 19 לפסק הדין).

7. שנית, בית המשפט בחן מהו החלק מתוך רווח ההון שהפיק המערער מן המכירה אשר עליו חלה הטבת המס מכח סעיף 94ב לפקודה. בענין זה נקבע, כי על פי הוראת הסעיף, סכום הרווחים הראויים לחלוקה שעליו תחול ההטבה האמורה הוא הנמוך מבין תוצאותיהן של שתי דרכי חישוב אפשריות: חלופה "חשבונאית", המבוססת על מאזן החברה, וחלופה "מיסויית", המבוססת על המס שהחברה שילמה על רווחיה לאורך השנים. לדברי בית המשפט, בדו"ח המס מטעם המערער, נערך החישוב על פי החלופה ה"חשבונאית", אולם החלופה ה"מיסויית" מביאה במקרה זה לתוצאה נמוכה יותר, לפיה בעת ביצוע העיסקה עמד חלקו של המערער ברווחים הראויים לחלוקה שבחברה על סך 420,000 ש"ח, כעמדת פקיד השומה.

בית המשפט קבע עוד, כי לצורך חישוב הסכום שתחול עליו הטבת המס מכח סעיף 94ב לפקודה, יש להפחית מסך הרווחים הראויים לחלוקה שבחברה את שיעור הדיבידנד שהוכרז עליו בטרם נכרת הסכם מכירת המניות. לדבריו:

"המערער מבקש ששווי החברה ייקבע בהנחה שהדיבידנד כבר חולק... אך תשמר לו הזכות לשלם מס מופחת בגין הרווחים הראויים לחלוקה כאילו הדיבידנד לא חולק. אין זה אלא ניצול כפול של המשאב הקרוי 'רווחים ראויים לחלוקה'... המחוקק אינו קובע במפורש כי הזכות לשלם מס מופחת בגין חלק התמורה השווה לרווחים הראויים לחלוקה מתבטלת כאשר שווי החברה נקבע על יסוד מאזנה לאחר שהופחת ממנו סכום הרווחים הראויים לחלוקה, אולם נוכח תכליתו של סעיף 94ב אין מנוס מלהורות כך" (פסקה 21 לפסק הדין).

אי לכך, בית המשפט הפחית מחלקו של המערער ברווחים הראויים לחלוקה (420,000 ש"ח) את חלקו בדיבידנד שהוכרז (340,000 ש"ח), וקבע כי ההפרש בלבד ימוסה בשיעור מופחת של 10%.

שני הצדדים משיגים על פסק הדין קמא, ומכאן הערעור והערעור שכנגד שלפנינו.

8. המערער טוען, תחילה, כי בית משפט קמא העביר אליו שלא כהלכה את הנטל להראות כי יש לבסס את תמורת העסקה לצורכי מס על התמורה המוצהרת בהסכם, להבדיל משווי השוק של המניות. נטען, כי היה מקום להעברת הנטל כאמור רק אילו הוכיח פקיד השומה כי שווי השוק של המניות עלה על סכום התמורה המוצהר – ופקיד השומה לא עשה כן.

עוד נטען, כי על פי סעיף 88 לפקודה, יש למסות את תמורת העסקה על בסיס שווי השוק, ולא על בסיס המחיר החוזי, רק בהתקיים "יחסים מיוחדים" בין הצדדים שיש בהם משום חוסר תום לב. כנטען, מדובר במקרים שבהם האינטרסים של הצדדים לעסקה מוטים באופן משותף לכיוון זה או אחר. במקרה זה, שבו הצדדים היו יריבים עסקיים, לא היה מקום לקבוע כי התקיימו ביניהם "יחסים מיוחדים" במשמעות הוראת סעיף 88 לפקודה; משכך, ראוי היה לאמץ את התמורה החוזית כמות שהיא כתמורת העסקה לצורכי מס.

9. מוקד נוסף של הערעור מתייחס לקביעת בית משפט קמא, כי יש להפחית את הדיבידנד שהוכרז בחברה מסך הרווחים הראויים לחלוקה שעליהם תחול הטבת המס מכח סעיף 94 לפקודה. לענין זה נטען, ראשית, כי הדיבידנד אמנם הוכרז בחברה בשנת 1997, אך הוא חולק בפועל רק בשנים 1999-2003. על פי הטענה, כאשר הוכרז בחברה דיבידנד, אך הוא טרם חולק, הרי שאין להפחיתו מסך הרווחים הראויים לחלוקה עליהם חל שיעור המס המופחת.

כן נטען, כי דיבידנד שחולק בחברה פלונית יופחת מסך רווחיה הראויים לחלוקה לצורך הוראת סעיף 94 לפקודה רק אם הוא חולק מתוך רווחים העומדים בתנאים המיוחדים המנויים בהוראה זו, אשר מגבילים את היקף הרווחים שייחשבו "רווחים הראויים לחלוקה" לעניינה. הוראת סעיף 94 קובעת, בין היתר, כי רק רווחים שנצברו "עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה" – ובענייננו, עד תום שנת 1996 – ייחשבו רווחים הראויים לחלוקה. נטען, כי הדיבידנד שהוכרז בחברה יוחס על ידה לרווחי שנת 1997, ומכאן שאין להפחיתו מסכום הרווחים שימוסו בשיעור מופחת.

לבסוף, טוען המערער כי לצורך הוראת סעיף 94ב, יש להפחית דיבידנד שחולק בחברה מרווחיה הראויים לחלוקה רק כאשר סכום הרווחים הראויים לחלוקה חושב במסלול ה"מיסוי" של הסעיף, ולא כשהם חושבו במסלול ה"חשבונאי". כנטען, בענייננו חישב בית משפט קמא את מרבית הרווחים הראויים לחלוקה במסלול ה"חשבונאי", ומשכך לא היה מקום להפחית את הדיבידנד מסכום הרווחים.

טענות פקיד השומה

10. בתשובה לערעור טוען פקיד השומה כדלקמן:

פקיד השומה טוען, תחילה, כי אכן היה מקום להפחית את סכום הדיבידנד שחולק בחברה מן הרווחים הראויים לחלוקה שעליהם תחול הטבת מס מכח סעיף 94ב לפקודה; וזאת, מעיקרי הנימוקים שבפסק הדין קמא.

אשר לטענת המערער כי הדיבידנד שהוכרז בחברה יוחס לרווחי שנת 1997, משיב פקיד השומה כי טענה עובדתית זו עולה לראשונה בערעור, אינה נתמכת בראיות, ואינה מתיישבת עם העובדות שהוכחו בערכאה הדיונית. ועוד, לעמדת פקיד השומה, הדיבידנד חולק בפועל כבר בשנת 1996, במסגרת הלוואות בעלים שניתנו למערער ולסלמן; ההכרזה על הדיבידנד אך אפשרה את פרעון ההלוואות מבחינה חשבונאית.

עוד טוען פקיד השומה, כי בין אם חישוב הרווחים הראויים לחלוקה נעשה על יסוד החלופה ה"חשבונאית", ובין אם על יסוד החלופה ה"מיסוי" – מכל מקום, יש להפחית דיבידנד שעליו הכריזה החברה, ככל שהוכרז בטרם ביצוע העיסקה, מסך הרווחים הראויים לחלוקה הצבורים בה, לצורך החלת הוראת סעיף 94ב לפקודה.

11. בערעור שכנגד שהגיש, מעלה פקיד השומה שתי טענות עיקריות:

ראשית, במסגרת הערכת שווי השוק של החברה, ראוי היה לנקוט בשיטת היוון תזרים המזומנים העתידי, ולא בשיטת הערך הנכסי הנקי, בה בחר בית משפט קמא. כנטען, שיטת הערך הנכסי הנקי אינה נותנת ביטוי לרווחים העתידיים הצפויים להצטבר בחברה, ככל שהיא תמשיך לפעול בעתיד.

שנית, הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא מובילות למסקנה ברורה, לפיה הדיבידנד הוכרז בחברה רק לאחר שנכרת הסכם מכירת המניות. לדברי פקיד השומה,



אם תתקבל עמדתו לעניין מועד הכרזת הדיבידנד – הרי שככל ששווי החברה יחושב על פי שיטת הערך הנכסי הנקי, שהיא השיטה בה נקט בית משפט קמא, אין להפחית את סכום הדיבידנד משווי החברה; ומצד שני, גם אין להפחית סכום זה מסך הרווחים הראויים לחלוקה שימוסו בשיעור מופחת מכח סעיף 94ב לפקודה.

12. המערער טוען, בתגובה, כי הערעור שכנגד חורג שלא כהלכה ממסגרת הנושאים שהועלו בערעור העיקרי. כן נטען, כי הערעור שכנגד מבקש לסטות מממצאי עובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, שבהם אין ערכאת ערעור אמורה להתערב.

#### הכרעה

13. הליך זה נסב על שיעור המס שבו יחוב המערער בגין רווח ההון שנצמח לו מכח ההסכם למכירת מניותיו בחברה. הסוגיות העיקריות הטעונות הכרעה הן אלה:

ראשית, מהו שיעור רווח ההון שנצמח למערער בעיסקה? ובפרט, האם יש לבסס את תמורת העיסקה, לצורך חישוב רווח ההון, על המחיר הקבוע בהסכם, או על שווי השוק של המניות שנמכרו? ככל שהתשובה היא כי יש לפנות לשווי השוק, באיזו שיטה יש להעריך נתון זה? על שאלות אלה חולשת הוראת סעיף 88 לפקודה.

שנית, מהו החלק מתוך רווח ההון שימוסה בשיעור מופחת, בגין חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה הצבורים בחברה? ובפרט, האם דיבידנד שהוכרז בחברה קודם להסכם המכירה, אך טרם חולק בפועל בעת עריכת ההסכם, ייכלל בגדרי רווחים אלה? על שאלות אלה חולשת הוראת סעיף 94ב לפקודה.

נדון בשאלות אלה כסדרן; אך תחילה נתייחס לטענתו המקדמית של המערער, לפיה הערעור שכנגד חורג מהגזרה העניינית המותרת מהבחינה הדיונית, ולכן אין להידרש לו.

#### גבולותיו של הערעור שכנגד

14. הלכה היא, כי ניתן להגיש ערעור שכנגד רק בנושאים שיש להם זיקה לנושאים שהועלו בערעור הראשי: "בהיות הערעור שכנגד סמוך על שולחנו של הערעור העיקרי, ולשם הגשמת מטרותיו – שומה עליו שיהא באותו עניין בו עוסק הערעור העיקרי" (בש"א 3868/90 יעד אלקטריק שירות ובצוע עבודות חשמל בע"מ נ' לה

טלמכניק אלקטריק ס.א., פ"ד מה(1) 263, 256 (1990); ע"א 3034/94 זילברמן נ' שנפלד, פ"ד מט(1) 2 (1994)). עם זאת, הזיקה העניינית בין נושאי הערעור שכנגד לנושאי הערעור העיקרי אינה חייבת להיות הדוקה ביותר:

"הערעור שכנגד הוא מקבילו של הערעור שכבר הוגש... אין פירושו של דבר, שהודעת הערעור יכולה לתקוף רק את הנושאים שהועלו בערעור העיקרי, אלא יכול שהערעור שכנגד יתייחס לכל המונח ביסודו של הערעור ושזור וקשור באותו עניין" (בש"א 4691/91 מדינת ישראל נ' אוזן, פ"ד מה(5) 695, 704 (1991) (הדגשה לא במקור)).

הקשר המתחייב בין נושא הערעור העיקרי לנושא הערעור שכנגד מסתכם ב"זיקה כלשהי, ולו מצומצמת בהיקפה... ערעור-שכנגד... עליו לנבוע מאותו ערעור עיקרי שהוגש, ולעסוק באותם עניינים שהובאו לבחינה נוספת בפני ערכאת הערעור, או למצער, בעניינים הקשורים להם" (רע"א 6947/99 קו-לו עבודות בנין ופיתוח נ' תעשיות קסריה פולימרים (לא פורסם, 7.12.1999)). קשר זה מתקיים "אף מקום בו הקשר הענייני [בין הערעורים] רופף, ודי בכך שלאחד העניינים יש השלכה על עניין אחר" (ע"א 11115/02 מס שבח מקרקעין חדרה נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ (לא פורסם, 14.4.2003)). הדרישה כי הערעור שכנגד יעסוק "באותו עניין" בו עוסק הערעור העיקרי מתפרשת, אפוא, על דרך ההרחבה, וזאת, על יסוד ההשקפה כי "ראוי להותיר פתח רחב להגשת ערעור שכנגד" (ע"א 5500/94 בלאו נ' פרידמן, פ"ד נ(3) 384, 393 (1996); ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177, 185 (1993)). גישה זו משתלבת עם תפיסה רחבה של זכות הגישה לערכאות, המשליכה גם על היקפן של זכות הערעור וזכות הערעור שכנגד.

15. בענייננו, הערעור העיקרי עוסק, בעיקרו, בשאלה האם, לאור הוראת סעיף 88 לפקודה, ראוי היה לבסס את תמורת העיסקה לצורכי מס על שווי השוק של המניות, או שמא על המחיר הקבוע בהסכם. כמו כן, הוא עוסק בגבולותיה של הטבת המס הנוגעת לחלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה בחברה על פי סעיף 94 לפקודה. הערעור שכנגד נסב על השאלה העובדתית בדבר מועד הכרזת הדיבידנד בחברה, ועל השלכות המס שיש לכך; וכן על השיטה שבה ראוי לנקוט לצורך הערכת שווי השוק של החברה. הערעור שכנגד אינו מתייחס לסוגיית הפרשנות של סעיף 94 לפקודה.

אכן, אין חפיפה מלאה בין הנושאים העולים בערעור ובערעור שכנגד, אך קיימת ביניהם זיקה עניינית מספקת, המצדיקה דיון בערעור שכנגד כפי שהוגש. שני

הערעורים מעלים שאלות באשר לאופן שבו יש למסות את רווח ההון שנצמח למערער בפרשה זו – ובמיוחד, מהו שיעור תמורת העיסקה לצורכי מס, ומהו היקף הטבת המס שתחול על תמורה זו ביחס לרווחים הראויים לחלוקה שבחברה – וזאת לאור הוראות סעיפים 88 ו-94ב לפקודה. נושאייהם של הערעור והערעור שכנגד קשורים ביניהם זה לזה בזיקה ישירה, והערעור שכנגד אינו חורג בתכניו מן הנדרש כדי להצדיק דיון לגופו. נפנה, אפוא, לבחינת השאלות המהותיות הטעונות הכרעה.

חישוב התמורה בעיסקה – המסגרת הנורמטיבית על פי סעיף 88 לפקודה

16. פקודת מס הכנסה מסדירה את חבות מס ההכנסה המוטלת על אדם בישראל. סעיף 2 לפקודה קובע, כי "מס הכנסה יהא משתלם... על הכנסתו של אדם תושב ישראל שהופקה או שנצמחה בישראל או מחוץ לישראל, ועל הכנסתו של אדם תושב חוץ שהופקה או שנצמחה בישראל". כן מוטל מס הכנסה על רווחי הון, וזאת מכח סעיף 89 לפקודה, הקובע כי "דין ריווח הון כדין הכנסה חייבת", בשינויים המחוייבים ובכפוף להוראות מיוחדות (לענין ההבחנה בין רווח הון לבין רווח פירותי, ראו ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד נט(5) 538, 549 (2005); יוסף מ' אדרעי מבוא לתורת המסים 110 (2008); אהרן נמדר מס הכנסה 93 ואילך (מהדורה שלישית, 2010) (להלן: נמדר)).

17. סעיף 88 לפקודה קובע, כי רווח הון הוא "הסכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי". דהיינו, רווח הון הוא ההפרש שבין התמורה שנתקבלה עבור הנכס בעת המכירה, לבין עלותו המקורית בעת שנרכש (אמנון רפאל מס הכנסה כרך ג 23 (1991) (להלן: רפאל)). לצורך חישוב שיעורו של רווח ההון יש לקבוע מהו שיעור ה"תמורה" שנתקבלה בעד מכירת הנכס. לענין זה מורה סעיף 88 לפקודה כך:

"תמורה" – המחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון כשהנכס נקי מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה, או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום; אולם אם פקיד השומה שוכנע, כי המחיר בעד הנכס נקבע בתום-לב ובלי שהושפע, במישרין או בעקיפין, מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה – ובמקרקעין גם בתנאי שהמכירה נעשתה בכתב – תהא התמורה המחיר שנקבע..."

הגדרה זו נחקקה על בסיס הגדרה דומה, שקדמה לה, בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (ראו חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס'

13), התשכ"ח-1968, ה"ח 769 מיום 14.3.1968, בעמ' 189 (להלן: הצעת חוק הגדרת תמורה)); על כן, ניעזר לענייננו גם בפסיקה שפירשה את אותה הגדרה קודמת.

18. הגדרת המושג "תמורה" בסעיף 88 לפקודה מתייחסת לשתי חלופות אפשריות להגדרת התמורה של עיסקה לצורכי מס: האחת, המחיר שנקבע בהסכם בין הצדדים; השנייה, מחיר השוק של הנכס הנמכר ("המחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון"). במקום ששתי חלופות אלה מביאות לתוצאה זהה – קרי, כאשר הנכס נמכר, בהתאם לאמור בהסכם בין הצדדים, במחיר השוק שלו – לא מתעורר כל קושי. הדילמה נוצרת כאשר קיים פער בין המחיר החוזי לשווי השוק של הנכס הנמכר. במקרה כזה עולה השאלה, איזה מן הערכים האמורים ראוי לשמש בסיס להערכת תמורת הנכס לצורכי מס?

סעיף 88 לפקודה נותן מענה לשאלה זו על דרך כלל שבצידו חריג: הכלל הוא, כי התמורה תהא שווי השוק של הנכס הנמכר. החריג הוא, כי התמורה תהא המחיר החוזי. החריג יחול אם פקיד השומה שוכנע בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד – המחיר נקבע בתום-לב; השני – המחיר לא הושפע, במישרין או בעקיפין, מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה; במקרקעין נדרש תנאי שלישי, והוא – כי המכירה נעשתה בכתב. הלכה היא, כי "אין למנהל אפשרות לבחור בין כל אחת משתי הדרכים הנ"ל אלא על-פי המבחן המצוי בהגדרה. דהיינו: התקיימו התנאים האמורים... ישום את השווי על-פי התמורה, לא התקיימו – ישום את השווי על-פי השוק" (ע"א Hotel Corporation of Israel 188/82 נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לט(2) 197, 204 (1985) (להלן: ענין הוטל); ד"נ 22/71 דנקנר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, כח(1) 105, 108 (1973) (להלן: ד"נ דנקנר); ע"א 664/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' ברכת חביב בע"מ, פ"ד לז(3) 449, 452 (1983); ע"א 78/83 הינדס נ' מנהל מס שבח, תל אביב, פ"ד לט(2) 57, 65-67 (1985); רפאל, כרך ג, בעמ' 24-25; נמדר, בעמ' 611-612).

19. תכליתה של הוראת חוק זו היא להביא לתוצאה של "חיוב במס על רווח שמומש ולא על רווח שאינו קיים במציאות" (ענין הוטל, בעמ' 206). בדומה להוראות רבות בפקודת מס הכנסה, כך גם ההוראה בסעיף 88 משקפת את התכלית הבסיסית של הפקודה – להביא לגביית מס אמת, המבוסס על נתונים אמיתיים ומדויקים ככל הניתן. ואכן, החתירה לגביית מס אמת היא מנשמת אפם של דיני המס (ע"א 1527/97 אינטרבילדינג חברה לבנין נ' פקיד שומה ת"א-1, פ"ד נג(1) 699, 717-719 (1999)

(להלן: ענין אינטרביילדינג)). תכלית זו משלבת בין אינטרס הציבור בהזרמת כספים לקופה הציבורית, הנדרשים לסיפוק צרכיה של החברה בכל מישורי החיים, מצד אחד; לבין זכותו של הפרט כי הפגיעה בקניינו הכרוכה בתשלום מס לא תחרוג מהמידה הראויה, וכי היא תיעשה בדרך שוויונית ורציונלית, מצד שני. מס אמת משמר את השוויון בין נישומים בנשיאה בנטל המס, ומנגד, סטייה ממנו עלולה להפר את התוצאות החלוקתיות שאותן מבקשת חקיקת המס להגשים (ע"א 9333/02 מנהל מס ערך מוסף טבריה נ' חוסין, פסקה 15 לפסק דיני (לא פורסם, 12.5.2010); פסק דיני בע"א 10691/06 שריג אלקטריק בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים 1 (לא פורסם, 23.1.2011)). מס הכנסה מהווה מס אמת רק ככל שהוא מחושב על יסוד ההכנסה האמיתית אותה הפיק הנישום במציאות, ולא על בסיס הכנסה דמיונית שאין לה אחיזה הלכה למעשה (ענין אינטרביילדינג, שם; ע"א 4271/00 מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח, פ"ד נז(2) 953, 958-959 (2003)).

20. הגדרת ה"תמורה" בסעיף 88 מבקשת להגשים את המטרה של גביית מס אמת בהקשר לעסקאות למכירת נכס הון, כאשר קיים פער בין המחיר החוזי לבין שווי השוק של הנכס. במקרים אלה מתעוררת השאלה – איזה מן הנתונים הללו משקף באופן נאמן יותר את ההכנסה האמיתית שאותה הפיק הנישום בעיסקה? אכן, לעתים קרובות, הכנסתו האמיתית של המוכר מן העיסקה מתמצית בתמורה המשתקפת בהסכם. אולם, קיימים מקרים בהם המחיר החוזי אינו משקף נאמנה את ההכנסה מן העיסקה. מקרים אלה עשויים להשתייך לשתי קבוצות טיפוסיות: מקרה אחד הוא זה של "קנוניה" בין הצדדים, במקום שהצדדים נוקבים בהסכם המכר במכוון במחיר שאינו משקף את מלוא תמורת העיסקה, וזאת כדי להביא לחיוב בשיעור מס נמוך. מקרה שני הוא זה שבו המוכר מפיק הנאה בלתי מוחשית מעצם המכירה במחיר נמוך. על שני סוגי מקרים אלה עמד בית משפט זה באחת הפרשות (בקשר למס שבח מקרקעין):

"מי שמכר במחיר מוזל ובא על סיפוקו בדרך אחרת, בין שהפיק מהעיסקה הנאות חמורות סמויות או שמכר במחיר לא-מציאותי מטעמים שברגש (כגון מתוך רצון להיטיב עם מישהו הקרוב ללב), הרי הוא סיכל את מטרת המס" (ע"א 23/71 דנקנר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אזור תל-אביב, פ"ד כו(1) 29, 32-33 (1971) (הדגשה לא במקור); ד"נ דנקנר, בעמ' 108).

תכנה גם אפשרויות אחרות לקביעת תמורה חוזית שאינה משקפת את התמורה האמיתית שקיבל המוכר. בכל המצבים האלה, לא ניתן לגבות מס אמת בהתבסס על

המחיר החוזי, ונדרש לפנות להערכת שווי השוק של הנכס לשם קביעת תמורת העסקה (ראו הצעת חוק הגדרת תמורה, בעמ' 189).

הוראת סעיף 88 מבקשת, אפוא, להביא לגביית מס אמת באופן הבא: כאשר המחיר החוזי "נקבע בתום-לב ובלי שהושפע, במישרין או בעקיפין, מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה", אזי ניתן לקבוע כי מחיר זה אכן משקף את התמורה האמיתית של המכירה, שעליה יש לבסס את חבות המס של המוכר. לעומת זאת, כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים, אלא המחיר החוזי נקבע שלא בתום לב, כמו בדוגמת הקנוניה, או בהשפעת יחסים מיוחדים בין הצדדים, כמו בדוגמת התועלת הלא-מוחשית לאדם המוכר למקורבו, אזי המחיר החוזי אינו משקף את תמורת העסקה האמיתית. במקרים אלה, שווי השוק של הנכס הנמכר מהווה המדד המועדף לאיתור התמורה האמיתית של העסקה לצורך החיוב במס.

21. הפסיקה עסקה לא אחת בשאלה מהם נטלי השכנוע לצורך איתור בסיס התמורה הרלבנטי לענין החיוב במס. ההלכה היא, כי יש להבחין בין שני שלבים לענין זה: בשלב ראשון, פקיד השומה נדרש להראות כי קיים פער בין המחיר החוזי לבין שווי השוק של הנכס הנמכר; אם לא עלה בידי פקיד השומה להצביע על פער כזה – המחיר החוזי ישמש בסיס לחישוב תמורת העסקה לצורכי מס. אם הרים פקיד השומה את הנטל, והצביע על קיום פער כאמור, כי אז עובר נטל ההוכחה בשלב שני לנישום, להראות כי המחיר החוזי נקבע בתום לב, ובלא שהושפע מקיום יחסים מיוחדים בין הצדדים. אם לא הורם נטל זה על ידי הנישום, כי אז תמורת העסקה לצורכי מס תחושב על פי שווי השוק (ע"א 717/85 וייס נ' מנהל מס שבח מקרקעין, איזור תל אביב (לא פורסם, ללא תאריך); ע"א 3433/00 ליטנפלד נ' מנהל מס שבח חיפה, פ"ד נו(5) 241, 246-244 (2002) (להלן: ענין ליטנפלד); ע"א 3632/01 חדיג'ה נ. מנהל מיסוי מקרקעין מחוז חיפה, פ"ד נז(2) 806, 815-816 (2003) (להלן: ענין חדיג'ה)). כאשר קיים פער גדול בין המחיר החוזי לבין שווי השוק, על הנישום להביא הוכחות משכנעות וכבדות משקל כדי לשכנע בתום ליבו ובהעדר השפעת יחסים מיוחדים בין הצדדים על מחיר העסקה (ענין חדיג'ה, בעמ' 815-816; ענין ליטנפלד, בעמ' 245-246).

22. בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי את הקביעות העובדתיות הבאות, החשובות לצורך ענייננו: ראשית, התקיים פער ניכר בין המחיר החוזי שנקבע על ידי הצדדים לבין שווי השוק של המניות. שנית, המחיר החוזי האמור נקבע בתום לב על ידי הצדדים, שנשענו לענין זה על מאזן החברה, והסתייעו לצורך כך בעצתו של רואה החשבון שליווה את גיבוש העסקה. כן הם הסתמכו על התמורה ששולמה בעסקת אזולאי (פסקאות 15 ו-17 לפסק הדין; כן ראו פסקה 23 לסיכום טענות פקיד השומה). שלישית, אף שהתקיימו יחסים מיוחדים בין הצדדים להסכם, יחסים אלה לא השפיעו במידה משמעותית על המחיר החוזי (פסקה 16 לפסק הדין). בית משפט קמא הוסיף:

”מהבחינה העובדתית גרידא אני משוכנע שהתמורה ששולמה לידי המערער – 240,000 ש”ח נטו – היא התמורה היחידה, וכי לא הועברו לו תשלומים נוספים ולא ניתנו לו טובות הנאה בעין או אחרות... לא היו נכונות או אפשרות כספית לשלם כספים מתחת לשולחן” (פסקה 15 לפסק הדין (הדגשה לא במקור)).

לא הועלה בפנינו טעם לסטות מממצאי עובדה אלה, אשר התבססו, בעיקרו של דבר, על התרשמותו הישירה של בית משפט קמא מן הראיות והעדויות שהובאו בפניו (פסקאות 9 ו-15 לפסק הדין). כידוע, זה מסוג העניינים שבהם ממעטת ערכאת הערעור להתערב (ע”א 78/84 עזבון טווילס נ’ אלג’ילאני, פ”ד מב(2) 142, 145 (1988); ע”א 3601/96 בראשי נ’ עזבון בראשי, פ”ד נב(2) 582, 594 (1998)). מקרה זה אינו מצדיק חריגה מן הכלל האמור.

23. על בסיס ממצאי העובדה האמורים, בית המשפט המחוזי מצא כי “הצליח המערער לשכנע את בית המשפט שיש לאמץ את התמורה שנקבעה בהסכם” (פסקה 15 לפסק הדין). מסקנה זו תואמת לדין ולהלכה הפסוקה. כפי שפורט לעיל, ממצא בדבר קיומו של פער בין המחיר החוזי לשווי השוק מטיל על הנישום, המבקש כי העסקה תמוסה על פי המחיר החוזי, את הנטל להראות כי התקיימו התנאים המצטברים הקבועים לענין זה בהוראת סעיף 88 לפקודה, קרי: המחיר נקבע בתום לב, והוא לא הושפע באופן משמעותי מקיומם של יחסים מיוחדים. משמצא בית משפט קמא כי עלה בידי המערער לשכנע בקיומם של התנאים האמורים, המסקנה מכך היא, כי אכן היה מקום להתבסס על התמורה החוזית לצורך קביעת שיעור החיוב במס.

24. אלא שכאן קבע בית משפט קמא קביעה נוספת, לפיה הנתון שעל פיו יש לחשב את תמורת העיסקה לצורכי מס הוא מאזן החברה ה"מתוקן", כפי שפירש אותו בית המשפט. מסקנה זו של בית משפט קמא נבעה מסברתו, כי בקביעת המחיר החוזי התכוונו הצדדים להישען על מאזן החברה. אולם, כוונה כזו של הצדדים, ככל שהיתה כזו, אינה רלבנטית לענין. כמתואר לעיל, הגדרת ה"תמורה" מבקשת להביא לגביית מס אמת, באמצעות התחקות אחר שיעור ההכנסה האמיתי שהפיק הנישום מן העיסקה, גם אם הכנסה זו לא תאמה את מחיר השוק. אכן, "החוק מבקש להטיל מס על הפער בין הסכום ששילם המוכר ובין הסכום שקיבל ממכירת זכותו. אין החוק מבקש להענישו ולמסותו על סכום שבאמת ובתמים לא קיבל" (ענין חדיג'ה, בעמ' 815). על פי ממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, במקרה זה היווה המחיר החוזי את "התמורה היחידה... לא הועברו [למערער] תשלומים נוספים ולא ניתנו לו טובות הנאה בעין או אחרות" (פסקה 15 לפסק הדין). המחיר החוזי שיקף במקרה זה את מלוא טובת ההנאה שצמחה למערער מן העיסקה, ולא היו לו טובות הנאה אחרות – חומריות או בלתי חומריות – שלא השתקפו במחיר העיסקה.

וכאן ראוי להוסיף את ההערות הבאות:

25. ראשית – יש מקום להבהיר את קביעותיו של בית משפט קמא בשאלה האם היחסים המיוחדים בין הצדדים השפיעו על מחיר העיסקה. כזכור, בצד הקביעה כי היחסים המיוחדים בין הצדדים לא השפיעו באופן משמעותי על תמורת העיסקה, בית המשפט מצא גם כי "לא הייתה זו עיסקה בשוק החופשי בין מי שמבקש למכור מניות לבין משקיע" (פסקה 16 לפסק הדין). עוד ציין בית המשפט, כי המערער ועדיו "הסתבכו" בנסותם להסביר כיצד נקבע המחיר החוזי, וכי "ההתפתלות המיותרת הזו נבעה מניסיון בלתי מוצלח להציג את המחיר החוזי כמחיר שסוכם בין השותפים במו"מ חופשי ביניהם תוך התכחשות לכך שהיה תוצאה של חישוב השווי בידי רואה החשבון של החברה" (פסקה 17 לפסק הדין).

דומה, כי עולה מדברים אלה התמונה הבאה: התמורה החוזית לא נקבעה במקרה זה בשיטה הרווחת לעיצוב מחירים בעסקאות בין זרים, קרי – על דרך משא ומתן הדדי. אלא, המערער וועקנין הסכימו להפקיד את מלאכת קביעת התמורה בידי רואה החשבון מטעמם, מר רוסו. זאת, ככל הנראה, מן הטעם שהוא נתפס בעיניהם כבר-סמכא מקצועי ונייטרלי. ההחלטה להפקיד את קביעת התמורה בידי צד שלישי נייטרלי – בדומה למסירת סכסוך לבוררות – אינה אופיינית למערכות יחסים בין צדדים שקיימים ביניהם "יחסים מיוחדים", במובן של יחסי קרבה מיוחדים. היא עשויה



להתאים דווקא למערכות יחסים בין זרים, או בין צדדים שיש יריבות ביניהם, המפקידים בידי צד שלישי את ההכרעה בנתון מהותי הנדרש לצורך ההתקשרות ביניהם. ואכן, אין חולק כי הצדדים "היו מסוכסכים ביניהם" (פסקה 16 לפסק הדין קמא). בעצם החלטת הצדדים לעיסקה כי צד שלישי הוא שיקבע את תמורתה אין משום "השפעת יחסים מיוחדים על המחיר החוזי", כמוכן הרלבנטי להגדרת ה"תמורה" בסעיף 88 לפקודה. החלטת הצדדים, כאמור, נגעה להליך שבאמצעותו נקבע המחיר החוזי, ולא לתמורה שנקבעה לגופה, אשר הוצעה על ידי רואה החשבון ואומצה על ידי הצדדים. אין בכל אלה כדי ללמד כי המחיר החוזי אינו משקף את תמורתה האמיתית של העיסקה, כפי שהצדדים קבעו אותה בתום לב בעקבות הצעתו של רואה החשבון, וזאת, גם אם בסופו של יום התקיים פער משמעותי בין תמורת העיסקה לבין מחיר המניות בשוק. דווקא הפקדת קביעת התמורה בידי גורם מקצועי, המהווה צד שלישי לעיסקה, מצביעה על כך שהמחיר לא הושפע מקיום יחסים מיוחדים בין הצדדים, כמובנו של מושג זה בדין (והשוו נמדד, בעמ' 612; יצחק הדרי "קביעת 'שווי מכירה' ותוצאות המס של מכירת מגרש לקבלן תמורת דירות" הפרקליט לב 309, 316, 318 (התשל"ט)).

26. שנית – בית משפט קמא ציין, כאמור לעיל, כי להשקפתו, הדרך הראויה להערכת שווי החברה, במקרה זה, היא שיטת "הערך הנכסי הנקי", ולא שיטת "היוון תזרים המזומנים העתידי". אכן, משנקבע כי המחיר החוזי נקבע בתום לב ומבלי שהושפע מקיום יחסים מיוחדים בין הצדדים, לא נדרשת הערכה עצמאית של שווי החברה לצורך קביעת תמורת העיסקה לצורכי מס. שהרי, משעה שנקבע כי תמורת העיסקה נקבעה בתום לב, ומבלי שהושפעה באופן מהותי מקיום יחסים מיוחדים, שוב אין מקום להתחקות אחר שווי העיסקה באמצעים אובייקטיביים כלשהם; זאת, אפילו אם בית המשפט סבור כי המחיר החוזי שנקבע על ידי הצדדים לא חושב כראוי על פי שיטת החישוב שהם עצמם בחרו לצורך כך. מכאן, שהדילמה ביחס לשיטת ההערכה הראויה של שווי החברה אינה רלבנטית לענייננו ואינה מחייבת הכרעה. אך נעיר, כי דרכו של בית משפט קמא בענין זה אינה נקיה מספקות, מן הטעמים הבאים:

שיטת "הערך הנכסי הנקי" מתבססת על שווי נכסיה והתחייבויותיה של החברה, על יסוד מאזנה החשבונאי. שיטה זו מתאימה במיוחד להערכת שווייה של חברה העומדת בפני פירוק. מנגד, במצב רגיל, היא אינה משקפת כראוי את ערכה של חברה "חיה", הצפויה להמשיך ולתפקד במשך תקופה ממושכת (פסקה 15 לפסק הדין קמא). שווייה של חברה "חיה" עולה באופן ניכר על שווייה המאזני, מאחר והיא צפויה להוסיף ולייצר רווחים בעתיד. השיטה המתאימה להערכת שווייה של חברה "חיה"

הינה, על דרך הכלל, שיטת "היוון תזרים המזומנים העתידי", אשר מתבססת על הערכה כלכלית של שווי תזרים המזומנים הצפוי להיות גלום בפעילותה העתידית של החברה (יאיר לפידות הערכת שווי חברות 17-18, 21 (מהדורה שלישית, 2006) (להלן: לפידות); אירית חביב-סגל דיני החברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 592, 611 (2004)).

הנחת המוצא המקובלת בתחום הערכת שוויין של חברות היא כי בהעדר טעמים לסתור, ניתן להניח כי חברה פלוניית תוסיף "לחיות" ולתפקד גם בעתיד. הנחה זו מכונה "הנחת העסק החי". מהנחה זו נגזר, כי ערכה של החברה אינו מתמצה רק בנכסים המצויים ברשותה, בהתאם לערך המימוש שלהם, אלא כולל גם את ההכנסות וההוצאות הצפויות לה בעתיד. אף הדו"חות הכספיים של חברה ערוכים על בסיס ההנחה שהחברה משקפת עסק חי (המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות מסגרת מושגית לעריכת דוחות כספיים והצגתם, סעיף 23 (2005); המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות תקן חשבונאות בינלאומי 10 – אירועים לאחר תקופת הדיווח, סעיפים 14-16 (2009); ע"א 655/82 גרובר נ' פרבשטיין, פ"ד מ(1) 738, 745-746 (1986)).

מכאן, שבדרך כלל, השיטה המתאימה להערכת שווייה של חברה היא שיטת היוון תזרים המזומנים העתידי (השוו ע"א 609/93 מרום שירותי תעופה בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פ"ד מח(5) 381, 393 (1994); ע"א 10406/06 עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם, 28.12.2009)). יתר על כן, במקרה זה קיימים נתונים קונקרטיים המוסיפים משקל לסברה כי החברה צפויה היתה להוסיף ולפעול במשך תקופה ניכרת: במועד מכירת המניות, לא עמדה החברה בפני פירוק; אדרבה, רווחיה עמדו, כפי הנראה, במגמת עליה, ערב מכירתה (פסקה 4 לסיכום טענות פקיד השומה); והיא החזיקה במוניטין וחוג לקוחות משמעותיים. ועוד, אין חולק כי כוונתו של ועקנין, ברכישת מניות המערער, היתה להוסיף ולהפעיל את החברה כעסק חי ופעיל. נתונים אלה תומכים, אפוא, בגישה כי השיטה המתאימה להערכת שווי החברה היתה, לכאורה, זו של היוון תזרים המזומנים העתידי.

מכל מקום, שאלת השיטה הראויה להערכת שווי החברה אינה טעונה הכרעה בענייננו, משנמצא כי במקרה זה יש לבסס את תמורת העיסקה לצורכי מס על המחיר החוזי שהוסכם בין הצדדים.

27. יש, אפוא, לקבל את טענת המערער בענין בסיס התמורה של העיסקה לצורכי מס, ולקבוע כי התמורה עומדת על המחיר החוזי, בסך 240,000 ש"ח (בתוספת שוויים של סכומי המס ששולמו על ידי ועקנין). רווח ההון החייב במס ייגזר מן ההפרש בין תמורה זו לבין עלות רכישת המניות על ידי המערער, העומדת על 90,100 ש"ח.

הטבת המס בגין רווחים הראויים לחלוקה – המסגרת הנורמטיבית על פי סעיף 94ב לפקודה

28. בצד חילוקי הדעות בין הצדדים באשר לבסיס התמורה של העיסקה לצורך חישוב המס, עלתה מחלוקת נוספת, הנוגעת להיקפו של אותו חלק מרווח ההון הנובע מן העיסקה שעליו יחול שיעור מס מופחת בגין הרווחים הראויים לחלוקה הצבורים בחברה. נושא זה מוסדר בהוראת סעיף 94ב לפקודה. הוראה זו תוקנה מאז אירועי פרשה זו; להלן נוסחה כפי שהיה בתקופה הרלבנטית:

“עודף אינפלציוני במכירת מניה

94ב. (א) במכירת מניה, יראו כסכום אינפלציוני בנוסף לאמור בפסקה (1) להגדרת סכום אינפלציוני גם סכום השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה שבחברה, כחלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה, הכל בכפוף לאמור בסעיף קטן (ג).

(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 התחלת הפירוק, אך לא לפני שבע השנים שבתכוף לפני שנת המכירה או שנת התחלת הפירוק, הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהווננו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53א לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, 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 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)."

תמציתה של הוראה זו היא, כי על חלקו של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה שבחברה, ככל שהיו כאלה בעת מכירת המניות, יוטל שיעור מס מופחת של 10%, כאילו היה "סכום אינפלציוני" (ראו סעיף 91(ג) לפקודה, וכן הגדרת המונחים "יתרת המחיר המקורי המתואם", "סכום אינפלציוני" ו"רווח הון ריאלי" בסעיף 88 לה; כן ראו ע"א 3266/08 טדן נ' פקיד שומה תל אביב 1, פסקאות ד, ז, ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 1.6.2011) (להלן: ענין טדן); רפאל, כרך ג, בעמ' 62-68; נמדר, בעמ' 633; יוסף אדרעי ויורם עדן "פירושו של סעיף 94 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] בתקופת אינפלציה" מחקרי משפט ו 76, 77-78 (1988) (להלן: אדרעי ועדן)). משמעות הוראה זו היא, כי מן התמורה שהתקבלה בעבור מכירת המניות יש לבודד את התמורה המשקפת את חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה הצבורים בחברה, ועליה ישולם מס בשיעור מופחת, כאמור.

המונח "רווחים ראויים לחלוקה" מתפרש בשים לב לדיני החברות, המטילים מגבלות על הנכסים שניתן לחלקם כדיבידנד לבעלי המניות. המונח רווחים הראויים לחלוקה פירושו רווחים שהדין המהותי מרשה לחברה לחלקם בין בעלי מניותיה בצורת דיבידנד, אך הם טרם חולקו לבעלי המניות (הדרה בר-מור אברהם פלמן – דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה כרך ב 730 (1994) (להלן: פלמן); להוראות הנוהגות בנושא זה כיום, ראו: סעיפים 301-311, וסעיף 1 הגדרת המונחים "חלוקה", דיבידנד בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות)). יצויין, כי הטבת המס המעוגנת בסעיף 94 לפקודה אינה קשורה לניטרול השפעת האינפלציה על החיוב במס, אלא היא רק זהה בשיעורה להטבת המס שיסודה באינפלציה (נמדר, בעמ' 633; ענין טדן, פסקה ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

29. סעיף 94(ב)(1) לפקודה, בהגדירו את המונח "רווחים ראויים לחלוקה", קובע גדרים מפורטים באשר להיקפם של הרווחים הראויים לחלוקה שעל חלקו של המוכר בהם תחול הטבת המס הגלומה באותה הוראה. לעניינו, ראוי לציין שתיים מבין ההוראות העולות מהגדרה זו:

ראשית, סכום הרווחים הראויים לחלוקה לצורך ענין זה מוגבל לאלה שנצברו בחברה בתקופה מסוימת, והיא – "מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה... אך לא לפני שבע השנים שבתכוף לפני שנת המכירה..." (דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן כרך א 394-404 (יוסף מ' אדרעי עורך, 2009) (להלן: אלקינס); "סעיף 94ב: חישוב עודף אינפלציוני במכירת מניה" קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה ה-41, ה-42 (להלן: קובץ הפרשנות)).

שנית, סכום הרווחים הראויים לחלוקה יחושב על בסיס מאזני-חשבונאי: "לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה...". אולם, בצד זאת, הסכום "לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס, לרבות מס שבח, בתקופה האמורה, בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם...". מכאן, שקיימים שני מסלולים לחישוב סך הרווחים הראויים לחלוקה: האחד מבוסס על מאזנה של החברה (מסלול "חשבונאי"); השני מבוסס על המס שנתחייבו בו רווחי החברה בתקופה הרלבנטית (מסלול "מיסוי"). מהוראת הסעיף עולה, כי הרווחים הראויים לחלוקה לצורך ענין זה יחושבו על פי הנמוכה מבין שתי חלופות חישוב אלה (אלקינס, כרך א, בעמ' 388-390; אדרעי ועדן, בעמ' 78-79; קובץ הפרשנות, בעמ' ה-42).

30. הטבת המס הקבועה בסעיף 94ב לפקודה נועדה להגשים שתי מטרות עיקריות:

ראשית, הוראה זו מבקשת למנוע הטלת נטל מס עודף על רווחי החברה הראויים לחלוקה, בהתחשב בעובדה כי החברה כבר שילמה מס על רווחים אלה קודם לכך (רפאל, כרך ג, בעמ' 63-64). אלמלא הוראת סעיף 94ב, מוכר המניות היה חב במס רווחי הון, בשיעור גבוה יחסית, בגין רווחי החברה שכבר מוסו, וזאת במסגרת מיסוי תמורת המניות ששולמה לו, המשקפת בין השאר את הרווחים הצבורים בחברה. הוראת סעיף 94ב ביקשה למנוע תוצאה זו, באמצעות הטלת שיעור מס מופחת על אותו רכיב ברווח ההון של המוכר המשקף רווחים שהחברה צברה וכבר חוייבה בתשלום מס בגינם (רפאל, כרך ג, בעמ' 62; אדרעי ועדן, בעמ' 77; קובץ הפרשנות, בעמ' ה-41).

שנית, הוראת סעיף 94ב בקשה למנוע הטייה בלתי רצויה בשיקוליו של בעל מניות המעוניין למוכרן, בשל הנסיבות הבאות: שיעור המס המוטל על דיבידנד נמוך באופן ניכר משיעור המס הרגיל המוטל על רווח הון. על רקע הפער בין שיעורי מס אלה, אלמלא הטבת המס המיוחדת על רווחים בלתי מחולקים מכח הוראת סעיף 94ב לפקודה, היה נוצר תמריץ לבעל המניות להפעיל לחץ על החברה לחלק את רווחיה

כדיבידנד בטרם ימכור את מניותיו, כדי שימוסו בשיעור נמוך; שהרי, אילו נותרו הרווחים צבורים בחברה בעת המכירה, הם היו ממוסים, בעקיפין, במס רווחי הון, בשיעור גבוה. אינטרס זה של בעל המניות לפעול לחלוקת דיבידנד על ידי החברה עשוי שלא להתיישב עם טובת החברה וטובת יתר בעלי מניותיה (ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 604-605 (2005) (להלן: ענין סיוון); ענין טדו, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל ופסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין). שיעור המס המופחת על רווחי החברה הראויים לחלוקה על פי סעיף 94 נועד ליצור מצב של אדישות, מבחינת המוכר, אם תחלק החברה דיבידנד בטרם עסקת המכירה, ואם לאו: וכך, ככל שיחולק דיבידנד בטרם המכירה – ימוסו הרווחים בשיעור נמוך בתורת דיבידנד; ככל שלא יחולק דיבידנד בטרם המכירה – ימוסו הרווחים הראויים לחלוקה, שטרם חולקו, בשיעור נמוך מכ סעיף 94 (ע"א 10666/03 שיטרית נ' פקיד השומה תל אביב-יפו, פסקה 4 (לא פורסם, 30.1.2006); ענין טדו, פסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין; אלקינס, כרך א, בעמ' 367, 387; דברי ההסבר לסעיף 6 להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 97), התשנ"ד-1994, ה"ח 2243 מיום 31.1.1994, בעמ' 195-196).

31. ניתן לציין, כי מאז חקיקתו של סעיף 94 לפקודה בנוסחו המקורי, חלו שינויים בשיעורי המס החלים על החברה ועל בעלי המניות ביחס לרווחים מחולקים ולרווחים צבורים. שינויים אלו הביאו למצב שבו הטלת מס של 10% על הרווחים הראויים לחלוקה יצרה פער מיסוי דווקא לטובת נישום שמכר מניותיו בלא שחולקו לו דיבידנדים, והוא חוייב במס רווחי הון על בסיס הרווחים הצבורים (ראו ענין סיוון, בעמ' 606; ע"א 3365/06 דורפברגר נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 9 (לא פורסם, 8.8.2010)). על כן, וכדי להסיר את הפער המיסוי האמור, תיקון 132 לפקודה השווה את שיעור המס החל על רווחים ראויים לחלוקה לזה המוטל על דיבידנד, ובכך שב והגשים את תכליתו המקורית של סעיף 94 לפקודה (סעיף 32 לתיקון: ס"ח 1863 מיום 4.8.2002, בעמ' 530; ודברי ההסבר לו: ה"ח 3156 מיום 8.7.2002, בעמ' 797; חוזר מס הכנסה 23/2002 "הרפורמה במס הכנסה – שינויים בחלק ה' לפקודה" מיסים יז(1) ג-132, פסקה 2.4 (2002); נמדד, בעמ' 633-634).

הטבת המס בגין רווחים הראויים לחלוקה – האם חלה על דיבידנד שהוכרז?

32. שאלה נוספת העולה בענייננו היא, מה דין דיבידנד שהוכרז בחברה וטרם חולק לבעלי המניות עובר לביצוע עסקת המכירה; האם דיבידנד כזה ייחשב כחלק מהרווחים

הראויים לחלוקה המזכים את המוכר במס מופחת, או שמא יש להתייחס אליו כאילו היה דיבידנד שחולק, אשר יש להפרידו מבחינה מושגית ממצבור הרווחים הראויים לחלוקה בחברה?

פקיד השומה סבור לענין זה, כי למן הכרזת החברה על דיבידנד, יש להפחית את שיעורו מרווחי החברה הראויים לחלוקה, ולראותו כאילו היה דיבידנד שחולק לצורך חישוב הטבת המס. בית משפט קמא היה שותף לעמדה זו, על בסיס ההנחה שהתמורה בעד מניות החברה חושבה במקרה זה, לענין סעיף 88 לפקודה, על פי שווי השוק, ובהסתמך על שיטת "הערך הנכסי הנקי" (פסקה 21 לפסק הדין). לעומת זאת, עמדת המערער היא כי גם לאחר הכרזת הדיבידנד, כל עוד הוא לא חולק בפועל, אין להפרידו מסך הרווחים הראויים לחלוקה בחברה, ויש לחשבו כחלק בלתי נפרד מרווחים אלה לצורך הטבת המס.

33. לצורך בחינת סוגיה זו, יש להבחין בין שלושה מועדים הקשורים בחלוקת דיבידנד בחברה: האחד – הוא יום קבלת ההחלטה על חלוקת דיבידנד; השני – הוא "היום הקובע", קרי – היום שקבעה החברה כמועד שבו נחתכת הזכאות לקבלת דיבידנד שהוחלט לחלקו: בעלי המניות ביום הקובע הם הזכאים כי הדיבידנד ישולם לידיהם; השלישי – הוא יום חלוקת הדיבידנד בפועל.

יש להבהיר, כי הגם שמדובר מבחינה מושגית בשלושה מועדים נפרדים, בדרך כלל, יום קבלת ההחלטה על חלוקת הדיבידנד הוא גם היום הקובע לענין קביעת הזכות לדיבידנד, ומי שהיה בעל מניות באותו יום הוא שיהיה זכאי לקבלת הדיבידנד (פלמן, בעמ' 740; צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות 240 (מהדורה ראשונה, 1990); [1896] 1 Ch. 559; *In Re Severn & Wye & Severn Bridge Ry. Co.*, [1896] 1 Ch. 559). עם זאת, החברה רשאית לקבוע כי היום הקובע יהיה מועד אחר (השוו: ע"א 6343/95 אבנר נפט וגז בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 122 (1999); רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, 582 (2000); ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקווה, פסקה 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (לא פורסם, 21.6.2011); כן השוו סעיפים 182 ו-306 לחוק החברות, שתחילת תוקפם מאוחרת לפרשה זו; ובהתייחס אליהם, צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות כרך א 393-394 (מהדורה שניה, 2006)). מי שהחזיק במניות החברה ביום הקובע רוכש זכות לקבל מהחברה דיבידנד, גם אם לאחר מכן, וקודם לחלוקת הדיבידנד בפועל, מכר את מניותיו בחברה (שם, בעמ' 393-394). הימנעות החברה

מתשלום דיבידנד למי שהיה בעל מניות ביום הקובע מקימה לו זכות תביעה נגד החברה, העומדת לו גם לאחר שמכר את מניותיו ושוב אין לו כל חלק בחברה.

34. יש לקבוע, כי דיבידנד שהוכרז בחברה לא ייחשב כחלק מרווחיה הראויים לחלוקה, לענין הוראת סעיף 94ב לפקודה, וזאת החל מן היום הקובע על פי ההכרזה. שורה של טעמים כבדי-משקל מכריעים את הכף לטובת ניתוק דיבידנד שהוכרז בחברה מסך רווחיה הראויים לחלוקה, לצורך הוראת סעיף 94ב, וזאת החל מן היום הקובע על פי ההכרזה. אלה הטעמים:

35. ראשית, תוצאה זו נדרשת לצורך הגשמת תכליותיו של סעיף 94ב לפקודה. כפי שתואר לעיל, הוראה זו נועדה להגשים שתי מטרות: למנוע הטלת נטל מס עודף על בעל מניות של חברה שצבורים בה רווחים לא מחולקים, המבקש למכור את מניותיו; ולמנוע הטייה בשיקוליו של בעל מניות כזה, העלולה להניעו להמריץ את החברה לחלק דיבידנד בטרם ימכור את מניותיו, שלא בטובת החברה ויתר בעלי מניותיה.

הצורך בהטבת המס שבסעיף 94ב, לשם הגשמת מטרות אלה, מובנה בהנחה כי הרווחים הראויים לחלוקה הצבורים בחברה לא יגיעו לידי המוכר כדיבידנד, מקום שעיסקת המכירה בוצעה בטרם היום הקובע על פי הכרזת הדיבידנד. לפיכך, במצב כגון זה, לא ימוסו הרווחים הראויים לחלוקה בשיעור המס הנמוך החל על דיבידנד, אלא שוויים ימוסה כחלק מתמורת העיסקה, בשיעור החל על רווחי הון. הנחה זו אינה הולמת נסיבות שבהן עיסקה למכירת מניות נעשתה לאחר היום הקובע על פי הכרזת הדיבידנד. שהרי, במקרה כזה, מוכר המניות הוא הזכאי לקבל לידי את הדיבידנד גופו, לכשיחולק, גם אם מניות החברה כבר לא תהיינה בידי. בנסיבות אלה, הדיבידנד, לכשיתקבל על ידי המוכר, ימוסה בשיעור הנמוך החל על דיבידנד; מנגד, מאחר שבנסיבות אלה שווי הדיבידנד המוכרז לא ישתלם לידי של רוכש המניות, ממילא, שווי זה לא ישתקף בתמורת העיסקה, ולא ילקח בחשבון לצורך הטלת מס רווחי הון.

על כן, אם נעשתה עיסקה למכירת מניות לאחר היום הקובע על פי ההכרזה על חלוקת דיבידנד, אין מקום לכלול את הדיבידנד המוכרז כחלק מהרווחים הראויים לחלוקה שעליהם חל מס מופחת. הרווחים הטמונים בדיבידנד ימוסו בנסיבות אלה ממילא בשיעור נמוך, וזאת כאשר הדיבידנד יחולק בפועל לידי המוכר. תוצאה אחרת, לפיה הדיבידנד ייחשב בנסיבות אלה כחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, היתה מביאה לכך שבעל המניות יזכה להטבת מס כפולה – שהרי הן הדיבידנד עצמו, העתיד



להשתלם לו, והן חלק נוסף מתוך רווח ההון כשיעור הדיבידנד, היו ממוסים בשיעור מופחת; לא זו היתה תכלית החוק בענין זה.

36. שנית, המושג "רווחים הראויים לחלוקה", הוא עצמו משמיע, כי מדובר ברווחים שצברה החברה, שעדיין לא הוחלט על חלוקתם, אך הם טומנים פוטנציאל שבעתיד יוחלט על חלוקתם. המונח "רווחים הראויים לחלוקה" משמיע כי מדובר ברווחים שהדין מתיר לחברה לחלקם בין בעלי מניותיה, אך הם טרם חולקו (פלמן, בעמ' 730). לעומתם – רווחים שהוחלט כבר על חלוקתם יצאו מגדר רווחים הראויים לחלוקה, שכן הם כבר יועדו לחלוקה, ובעל המניות ביום הקובע רכש בהם זכות, אפילו רווחים אלה טרם חולקו בפועל.

37. שלישית, המושג "רווחים ראויים לחלוקה" שואב את תכניו גם מעולם חשבונאות המס; "ככלל, אין פקודת מס הכנסה... עוסקת בתורת החשבונאות. היא מקבלת את כללי החשבונאות הרגילים המקובלים בעולם המסחר, שרואי-חשבון סומכים את ידם עליהם" (ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 795, 800 (1992); ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589, 593-594 (1982); דוד גליקסברג "מיסוי הערך המוסף, חשבונאות המס וחובות רעים (BAD DEBTS)" מחקרי משפט י 115, 116-117 (1993)). גם בהקשר לדיני החברות, הפסיקה פנתה, במידה רבה, לכללי החשבונאות, לצורך קביעת תכניהם של דיני החלוקה המותרת (יוסף גרוס חוק החברות החדש 504 (מהדורה רביעית, 2007); הדרה בר-מור דיני תאגידיים כרך ב 91 (האוניברסיטה הפתוחה, 2007); יוסף כהן דיני חברות כרך א 359 (1988); יוסף גרוס "מקורות לחלוקת דיבידנד במזומנים וחלוקת מניות-הטבה בעיתות אינפלציה" עיוני משפט יג 241, 257 (1987)).

מכאן, שאת השאלה האם דיבידנד שהוכרז על ידי החברה אך טרם חולק מוסיף להיכלל ברווחים הראויים לחלוקה בחברה, ניתן לבחון גם באספקלריה של כללי חשבונאות המס. תשובתם של כללי חשבונאות המס לענין זה היא, כי ביום הקובע (או ביום המסחר העוקב לו, המכונה "יום האקס") על החברה לשקף, במסגרת מאזנה ודו"חותיה הכספיים, את התחייבותה לשלם דיבידנד לבעלי המניות, באמצעות הפחתה חשבונאית מתאימה של סכום הדיבידנד מסך רווחיה, והוספת הסכום האמור לסך התחייבויותיה, וזאת גם כאשר החברה טרם חילקה בפועל את הדיבידנד לבעלי המניות (לפידות, בעמ' 116; המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות תקן חשבונאות 25 –

הכנסות, סעיף 30(ג) (2006); פרשנות מספר 17 של הוועדה לפרשנויות של דיווח כספי בינלאומי (IFRIC) – חלוקה לבעלים של נכסים שאינם מזומן, סעיף 10 (2008). פירושו של דבר הוא, כי החל מן היום הקובע, הדיבידנד שהוכרז בחברה אינו נכלל בגדר הרווחים הראויים לחלוקה מבחינה חשבונאית, וגם מטעם זה ראוי להפחית את שיעורו מסך "הרווחים הראויים לחלוקה" של החברה לצורך הפעלת סעיף 94ב לפקודה.

38. לסיכום ייאמר: תכליתו של סעיף 94ב, מהותו של המושג "רווחים הראויים לחלוקה" על פי דיני החברות, וכללי חשבונאות המס, מובילים יחדיו לתוצאה שלפיה דיבידנד שהוכרז בחברה על חלוקתו לא יימנה על רווחיה הראויים לחלוקה של חברה, לענין סעיף 94ב לפקודה, וזאת החל מן היום הקובע, שבו התגבשה זכאותם של בעלי המניות לקבלת הדיבידנד. זאת, בין בחלופת החישוב ה"חשבונאית", ובין בחלופת החישוב ה"מיסויית", ובלא תלות באופן בו חושבה תמורת העיסקה, לרבות שווי השוק שלה, ככל שנדרש להעריכו, לענין סעיף 88 לפקודה.

הטבת המס בגין רווחים הראויים לחלוקה – מן הכלל אל הפרט

39. בית המשפט המחוזי קבע בענייננו, כי חלקו של המערער ברווחים הראויים לחלוקה שבחברה, בטרם הופחת חלקו בדיבידנד שהוכרז על חלוקתו, עמד על 420,000 ש"ח, וזאת על פי חלופת החישוב ה"מיסויית", וכעמדת פקיד השומה. על מסקנה זו אין כיום עוררין.

40. עוד קבע בית המשפט את הממצאים הבאים, החשובים לענייננו: החברה החליטה על חלוקת הדיבידנד לא יאחר ממועד כריתת הסכם מכירת המניות. הדיבידנד חולק בפועל בין השנים 1999-2003, וחלקו של המערער בו היה 340,000 ש"ח.

בפסק דינו התייחס בית משפט קמא לטענות פקיד השומה לענין החסר בראיות שיתמכו בטענה כי הדיבידנד במקרה זה הוכרז עובר לכריתת ההסכם, ולא אחרי כריתתו. אולם לאחר בחינת נסיבות הענין, קבע בית המשפט, כי העדויות מצביעות על כך שכבר בסוף שנת 1997 דובר בין החברה ובעלי מניותיה על הכרזת דיבידנד, וכי ההסכמים שהוצגו בפני בית המשפט, בהם מוזכרת ההכרזה על הדיבידנד, הינם אמיתיים, והפערים השונים ברישום במסמכי החברה נבעו מחוסר תשומת לב, ומהאופי הלא-פורמלי של ניהול ענייני החברה. על כן, נקבע ממצא עובדתי בידי הערכאה הדיונית, לפיו הדיבידנד הוכרז לא יאחר ממועד כריתת הסכם מכירת המניות.

בית המשפט הסביר, כי מסקנתו זו מבוססת על התרשמות ישירה מעדויות המעורבים בפרשה בדבר מועד ההכרזה על חלוקת הדיבידנד (פסקאות 4, 8 ו-9 לפסק הדין קמא). כן התברר, כי קיים קשר הדוק בין כריתת הסכם מכר המניות לבין ההכרזה על חלוקת הדיבידנד, שמטרתה העיקרית היתה לאפשר את סילוק מלוא חובותיו של המערער לחברה. נקבע, כי המערער לא היה כורת הסכם למכירת מניותיו בטרם הוכרז דיבידנד שיבטיח בכך כי חובו לחברה יוסדר במלואו; כלשונו של בית משפט קמא: "איש כמערער לא היה חותם על מכירת המניות ולא היה משמיט מידי שום סמכות כמנהל בטרם הובטח לו כי החברה תחלק דיבידנד וכי חובו יכוסה עד השקל האחרון" (פסקה 9 לפסק הדין).

מסקנה זו מתיישבת עם נסיבות המקרה, חרף החסרים הראייתיים שאליהם הפנה פקיד השומה. אי לכך, אינני רואה מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא לפיה הכרזת הדיבידנד קדמה במקרה זה למכר המניות על ידי המערער.

41. לאור הניתוח שהובא לעיל, יש לגרוע את חלקו של המערער בדיבידנד שהוכרז בחברה מחלקו ברווחי החברה הראויים לחלוקה, לצורך הטבת המס שבסעיף 94ב לפקודה, ככל שהסכם מכירת המניות נעשה לאחר היום הקובע; שהרי החל מאותו מועד, המערער רכש זכות לדיבידנד שהוכרז, ושוב אין סכום הדיבידנד בבחינת "רווח ראוי לחלוקה", אלא רווח שבידי המערער התגבשה זכות לקבלתו. יש להניח כי "היום הקובע" לצורך גיבוש הזכות לדיבידנד ארע, בענייננו, בטרם נערך הסכם מכר המניות, וזאת מהטעם העיקרי כי, באין הוכחה אחרת, ההנחה היא כי היום הקובע חל ביום ההכרזה. בענייננו לא הוכח אחרת, ולכן הנחה זו מתקיימת. יתר על כן, הדיבידנד אכן חולק למערער בפועל, ומכאן שגם גישת החברה והמעורבים בה היתה כי ביום הקובע טרם מכר המערער את מניותיו.

המסקנה היא, אפוא, כי היום הקובע לענייננו חל ביום הכרזת הדיבידנד, אשר קדם לכריתת הסכם מכירת המניות. משכך, יש להפחית את חלקו של המערער בדיבידנד שהוכרז (340,000 ש"ח) מחלקו ברווחים הראויים לחלוקה שבחברה (420,000 ש"ח), כפי שקבע בית משפט קמא בפסק דינו. על ההפרש בין נתונים אלה (80,000 ש"ח) יחול שיעור המס המופחת של 10%, כקבוע בסעיף 94ב לפקודה.

42. שיעור המס המופחת הקבוע בסעיף 94ב לפקודה מתייחס רק לרווחים שנצברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה ועד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה. לכן טוען המערער, כי דיבידנד שהוכרז בחברה יביא להפחתת סכום הרווחים שיחול עליהם שיעור המס המופחת רק אם הוא הוכרז מתוך אותם רווחים שנצטברו באותה תקופה, ולענייננו – מתוך הרווחים שנצטברו עד לסוף שנת 1996 (פלומין ופרידמן, בעמ' א-17). לטענת המערער, במקרה הנדון לא כך הדבר, אלא הדיבידנד שהוכרז יוחס על ידי החברה לרווחי שנת 1997.

43. בסוגיה זו מעלה המערער טענה עובדתית חדשה, לפיה הדיבידנד חולק מרווחי שנת 1997. טענה זו לא נטענה בפני הערכאה הדיונית. הלכה מקובלת היא, כי למעט בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, אין להעלות בערעור טענות חדשות שלא נדונו בערכאה הדיונית (ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוטמן, פ"ד נ(1) 774, 789-790 (1996); ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב, פסקה 23 (לא פורסם, 16.1.2006); יואל זוסמן וטרי הדין האזרחי 818 (מהדורה שביעית, 1995)).

בענייננו, לא מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות דיון בערעור בטענה עובדתית חדשה. משכך, אין להיזקק לטענת ערעור זו. יתר על כן, יש, לכאורה, ממש בטענת פקיד השומה, כי גרסתו העובדתית החדשה של המערער אינה מתיישבת עם דבריו ועם דברי עדיו בבית המשפט המחוזי, ואפשר שהיא אף סותרת את דו"חות המס של החברה לשנת 1997 (פסקה 51 לסיכום טענות פקיד השומה). טענת ערעור זו נדחית, אפוא.

סוף דבר

44. לאור האמור, אלה המסקנות המתבקשות מהערעורים שנדונו בפנינו:

(א) בסוגיית שיעורה של תמורת העיסקה לצורכי מס, הערעור מתקבל. תמורת העיסקה לצורכי מס תועמד על התמורה החוזית, בסך 240,000 ש"ח (בתוספת שווי סכומי המס ששולמו על ידי ועקנין).

(ב) בסוגיית היקפה של הטבת המס בגין הרווחים הראויים לחלוקה הצבורים בחברה, מכח סעיף 94ב לפקודה, הערעור נדחה. הטבה זו תחול על חלקו של

המערער ברווחים הראויים לחלוקה לאחר הפחתת חלקו בדיבידנד שעליו הכריזה החברה קודם לכריתת הסכם המכר. חלק זה עומד על 80,000 ש"ח מתוך רווח ההון.

(ג) הערעור שכנגד מטעם פקיד השומה התייטר, בנסיבות הענין, בכל הנוגע לסוגיית השיטה הראויה להערכת שווי החברה; זאת, אף שיש ממש בטענות פקיד השומה כי שיטת היוון תזרים המזומנים העתידי היא המתאימה להערכת שווייה של חברה מן הסוג הנדון בפנינו. הערעור שכנגד נדחה גם ביתר היבטיו.

45. יובהר, כי הסכומים המפורטים לעיל הם סכומי "זמן האמת", המתייחסים למועד הדיווח על העיסקה לרשויות המס, ואפשר שלצורך ביצוע תשלומים בפועל יהיה צורך לשערך סכומים אלה, בהתאם להוראות כל דין.

בנסיבות הענין, אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. הנני מסכים לתוצאה שבפסק דינה של חברתי, השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה, בכפוף להערה המובאת בפסקה 2 (ב) שלהלן וכן לעיקרי ההנמקה המובאת בחוות דעתה.

2. בשים לב לאמור בפסקה 1 שלעיל – אני מרשה לעצמי עם זאת להסתייג בשני עניינים:

(א) חברתי קובעת (בפסקה 26 לחוות דעתה) כי: "השיטה המתאימה להערכת שווייה של חברה "חיה" הינה, על דרך הכלל, שיטת "היוון תזרים המזומנים העתידי". נושא זה של הערכת השווי של חברה והשיטות המתאימות לכך הוא עניין מורכב ביותר

ויש לו היבטים שונים בהקשרים רבים ונבדלים. הוא נתון לאחרונה לדיון בהרכב מורחב בפנינו (רע"א 779/06 ו- רע"א 7820/07) ולכן אין אני רואה מקום לקבוע בו מסמרות כלשהן בגדר תיק זה, מה גם שאף חברתי סבורה כי: "שאלת השיטה הראויה להערכת שווי החברה – אינה טעונה הכרעה בענייננו, משנמצא כי במקרה זה יש לבסס את תמורת העסקה לצרכי מס על המחיר החוזי שהוסכם בין הצדדים". (שם בפסקה 26 סייפא לחוות דעתה).

(ב) המערער העלה במסגרת ערעורו טענה עובדתית חדשה לפיה הדיבידנד שהוכרז בחברה יוחס על ידה לרווחי שנת 1997. מכאן שלגישתו – אין להפחית מרכיב זה מסכום הרווחים שאמורים להיות ממוסים בשיעור מופחת על-פי סעיף 94 ב' לפקודת מס הכנסה, (כנוסחו בתקופה הרלבנטית), אשר קובע, בין היתר, כי רק רווחים שנצברו עד "תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה" ובענייננו – עד תום שנת 1996 – יחשבו רווחים הראויים לחלוקה.

חברתי סבורה כי אין להזקק לטענת ערעור חדשה זו, שכן היא לא נידונה בערכאה הדיונית. במקרה זה הנני מוכן להסכים עם קביעה זו, ככל שהיא מתייחסת לערעור שבפנינו. יחד עם זאת עלי להזכיר שבנסיבות מיוחדות אחרות הגענו רק לאחרונה למסקנה שונה (ראו: ע"א 8305/06 הקודחים שבת בע"מ נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, 05.07.2011). יתר על כן, בשים לב לכך שתכליתה של הפקודה להביא לגביית מס אמת בהתאם להודאות הדין – הנני סבור כי ראוי לאפשר למערער להוכיח טענתו הנ"ל בגדר האמור בסעיף 160 לפקודת מס הכנסה ובמסגרת הבירור שצפוי להתקיים ממילא עם פקיד השומה נוכח המתווה הנזכר בפסקה 45 לחוות דעתה של חברתי.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"א בתמוז התשע"א (13.7.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')