



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1

בפני כב' השופט מגן אלטוביה

מעורר

אורן ז'ורבין

ע"י ב"כ עוה"ד דורון לוי ו/או איתן לדר

נגד

משיב

פקיד שומה למפעלים גדולים

ע"י ב"כ עוה"ד אורית וינשטיין מפרקליטות מחוז ת"א (אזרח)

2

3

פסק דין

4

לפני ערעור על שומה שקבע המשיב בצו למערער לשנת המס 2009. ערעור זה עוסק בהוראת השעה
שנקבעה בסעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים
2009 ו-2010), התשס"ט-2009 (להלן: "הוראת השעה"), אשר העניקה הטבת מס בגין דיבידנד עד
לגובה הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע, כמשמעות מונחים אלו בסעיף 94ב
לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה"). הצדדים בערעור זה חלוקים
ביניהם בנוגע לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה.

10

11

12

הרקע העובדתי

1. המערער הינו בעל מניות בשיעור של 50% בחברת דחף מפעלי ארגון פרסום והפצה בע"מ (להלן: "חברת דחף").

14

15

2. בשנת המס 2009 חולק למערער דיבידנד בסך 17,201,780 ₪. בגין הכנסה זו הצהיר המערער כי
היא חייבת במס בשיעור מופחת של 12% בלבד, בהתאם להוראת השעה. כפי שיפורט בהרחבה
בהמשך, הוראת השעה קובעת כי שיעור המס המופחת על הדיבידנד יוענק רק עד לגובה הרווחים
הראויים לחלוקה שהיו בידי החברה מחלקת הדיבידנד עד ליום 1.1.2003 (להלן: "המועד הקובע").

19

20

3. על פי תחשיב שערך המשיב הוא קבע כי הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברת דחף עד
המועד הקובע הינם בסך 5,000,000 ₪ בלבד, כאשר חלקו של המערער מתוך סכום זה הינו
2,500,000 ₪. המחלוקת בין הצדדים התרכזת בנקודה זו בשאלה האם יש לכלול בחישוב הרווחים
הראויים לחלוקה את רווחי האקוויטי של חברת דחף, דהיינו רווחים חשבונאיים המבטאים את
חלקה של חברת דחף ברווחיה הלא-מחולקים של חברות שמוחזקות על ידה (להלן: "חברה כלולה"
או "חברות כלולות").

26

27

4. בנוסף, קבע המשיב כי דיבידנד שחולק בדרך של יצירת יתרת זכות לטובת המערער ולא בדרך של
תשלום בכסף בפועל אינו עומד בתנאי הוראת השעה ולכן אינו מזכה בשיעור המס המופחת. עם

29



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 זאת, נקבע כי דיבידנד שקוּזז כנגד יתרת החובה של המערער בחברת דחף כן יוכר כדיבידנד הזכאי
2 לשיעור המס המופחת.
3
4 5. לאור האמור, המשיב קבע כי סך של 16,046,434 ₪ יחויב בשיעור מס של 25%, בהתאם לשיעור
5 המס הקבוע בסעיף 125ב לפקודה בגין חלוקת דיבידנד רגילה.
6
7 6. בדיון מיום 24.4.2013 הודיעה באת כוח המשיב כי המשיב מוותר על טענתו כי הזכאות לשיעור
8 המס המופחת תלויה בחלוקת הדיבידנד בכסף בפועל (ראו עמוד 5, שורות 1 – 2 לפרוטוקול הדיון).
9 בהתאם לא אדון בטענה זו.
10
11 7. באותו הדיון מיום 24.4.2013 העידה הרכות מטעם המשיב, רו"ח אליס לוינשטיין (להלן:
12 "הרכות"), והציגה תחשיב מתוקן, אשר לפיו עולה לכאורה כי חלקו של המערער ברווחים הראויים
13 לחלוקה במועד הקובע היה 0. המשיב טען כי החישוב הקודם שהכיר למערער ברווחים ראויים
14 לחלוקה בסך 2,500,000 ₪ מקורו בטעות בכך שהחישוב התבסס על נתון לא נכון ביחס ליום רכישת
15 מניות חברת דחף על ידי המערער. המשיב ביצע בתחילה חישוב המבוסס על יום רכישת המניות
16 בשנת 1996. רק במהלך הערעור שמה לב הרכות כי המניות נרכשו במהלך שנת 2000, ולכן המערער
17 אינו זכאי לחישוב רווחים ראויים לחלוקה שנצברו במהלך השנים 1996 – 1999. לאור כך ביקשה
18 באת כוח המשיב מבית המשפט להפעיל סמכותו לפי סעיף 156 לפקודה ולהגדיל את השומה שבצו
19 (עמוד 11, שורות 11 – 17 לפרוטוקול הדיון). בהתאם המשיב חזר על בקשה זו בסיכומיו (סעיפים 43
20 – 51 לסיכומי המשיב).

המסגרת הנורמטיבית

- 22 8. גרעין המחלוקת בערעור זה מצוי בשאלת זכאות המערער להטבת המס שנקבעה בהוראת השעה,
23 אשר קבעה כדלקמן:
24
25

26 "על אף הוראות סעיף 125ב(1) עד (3) לפקודה, שיעור המס על הכנסה מדיבידנד
27 בידי יחיד או בידי חברה משפחתית, שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה עד המועד
28 הקובע, כהגדרתם בסעיף 94ב(א)(2) לפקודה, שנצברו בידי החברה מחלקת
29 הדיבידנד עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002), יהיה 12%, ובלבד
30 שמתקיימים כל אלה:
31 (1) ההכנסה מדיבידנד שולמה על ידי החברה מחלקת הדיבידנד והתקבלה בידי
32 מקבלה בתקופה שמיום י"ג בתשרי התש"ע (1 באוקטובר 2009) עד יום כ"ב
33 בתשרי התשע"א (30 בספטמבר 2010) (בסעיף זה - תקופת ההטבה);
34 (2) יום רכישת המניות שבשלהן התקבלה ההכנסה מדיבידנד היה לפני יום כ"ז
35 בטבת התשס"ג (1 בינואר 2003);



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 (3) בכל אחת משנות המס 2009 עד 2012, הסכום הכולל של הכנסות עבודה, דמי
2 ניהול, הפרשי הצמדה או ריבית ותשלומים אחרים ששולמו למקבל ההכנסה
3 מדיבידנד על ידי החברה מחלקת הדיבידנד, במישרין או בעקיפין, בהפחתת
4 ההכנסה מדיבידנד שחויבה במס לפי סעיף זה, לא פחת מממוצע סכום התשלומים
5 כאמור ששולמו לו על ידי החברה האמורה, במישרין או בעקיפין, בשנות המס
6 2007 ו-2008;
7 (4) אילו מקבל הדיבידנד היה מוכר את מניותיו בתקופת ההטבה, היו חלות
8 הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה לגבי הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד
9 הקובע, כהגדרתם בסעיף האמור, שנצברו עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר
10 2002).
11
12 9. בהוראה זו קבע המחוקק כי דיבידנד שיחולק בתקופת ההטבה, היא תקופה בת שנה המתחילה
13 ביום 1.10.2009 ומסתיימת ביום 30.9.2010, עד גובה הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד המועד
14 הקובע יהיו חייבים במס בשיעור 12% בלבד.
15
16 10. סעיף 94 לפקודה קובע כי במכירה של מניה, תמורה בגובה החלק היחסי של הרווחים הראויים
17 לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע להם זכאי המוכר בהתאם לחלקו בחברה, יהיו חייבים במס
18 בשיעור של 10% בלבד. זאת, לעומת שיעור מס של 25% שנקבע בסעיף 125 לפקודה בגין חלוקת
19 רווחים כדיבידנד. תכלית הוראה כמדומה היתה הותרת הרווחים בחברה לעומת משיכתם, בפרט
20 במשטר מס שבו המס החל על מכירת המניה גבוה מהמס החל על חלוקת דיבידנד. על אותו חלק
21 מהתמורה המשקף את חלקו של המוכר ברווחי החברה משמוטל מס מופחת בהשוואה למשיכת
22 הרווח כדיבידנד, קיים אם כן תמריץ להותרתו כרווח ראוי לחלוקה. הוראה זו יוצרת אצל יחידים
23 שמחזיקים במניות חברה מלפני המועד הקובע, העדפה מיסויית כך נוצרו "רווחים כלואים" שלא
24 חולקו כדיבידנד מטעמים פיסקאליים.
25
26 11. במטרה להביא לשחרור הרווחים הכלואים הללו, החליט המחוקק להפחית לתקופה קצובה את
27 שיעור המס על חלוקת דיבידנד לידי יחיד. הטבה זו נועדה להגדיל את ההכנסות ממיסים, להביא
28 לניוד ההון ולעידוד הצריכה הפרטית (תמריץ לחלוקת דיבידנד בהינתן כי חלוקה זו תדירה יותר
29 וקלה יותר מאשר אירוע של מכירת מניות) (ראו: דברי ההסבר לסעיף 168 להצעת חוק ההתייעלות
30 הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ה"ח
31 436, כ"ד סיון התשס"ט, 16.6.2009, עמוד 618).
32
33 12. בכדי לקבוע את סך הדיבידנד הזכאי להטבה שבהוראת השעה יש לברר ראשית מהם הרווחים
34 הראויים לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע בידי מקבל הדיבידנד. המונח "רווחים ראויים
35 לחלוקה" שבסעיף 94ב(ב)(1) לפקודה מוגדר כך:
36



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס
- 2 שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה...
- 3 הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה... וסכום
- 4 הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס
- 5 שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד
- 6 שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזז, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים
- 7 במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;
- 8
- 9 13. בסעיף 94(ב)(1) הגדיר המחוקק שתי חלופות לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה. החלופה
- 10 הראשונה, המכונה **החלופה החשבונאית**, מבקשת לחשב את הרווחים שנצטברו בחברה מתום שנת
- 11 המס שקדמה לרכישת המניה ועד תום שנת המס שקדמה לשנת מכירת המניה על פי מאזן החברה.
- 12 החלופה השנייה, המכונה **החלופה המיסויית**, מבקשת לחשב את סכום הרווחים שנתחייבו במס
- 13 (בניכוי המס ששולם, דיבידנד שחולק והפסדים שטרם קוזזו ובצירוף רווחים פטורים ממס).
- 14
- 15 14. אין מחלוקת בין הצדדים כי רווחי אקוויטי נכללים בדוחות הכספיים של החברה ולכן יש לקחת
- 16 אותם בחשבון במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה **בחלופה החשבונאית**. עם זאת, הצדדים
- 17 חלוקים בשאלה האם רווחי האקוויטי מהווים "**רווחים שנתחייבו במס**" שיש לקחתם בחשבון
- 18 בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה לפי **החלופה המיסויית**.
- 19
- 20 **טענות הצדדים**
- 21 15. המערער טוען כי המחוקק בחר בלשון "**רווחים שנתחייבו במס**", ולא בכדי לא הוסיף כי החבות
- 22 במס צריכה להיות דווקא אצל החברה שבגינה מחולקים הרווחים הראויים לחלוקה. כוונת
- 23 המחוקק הייתה לכלל הרווחים שנתחייבו במס חברות בחברה ובחברות הכלולות בדוחותיה. תכלית
- 24 סעיף 94 גם היא מחייבת הכללת רווחי האקוויטי **בחלופה המיסויית**, שכן מטרת הסעיף היא
- 25 ליצור ניטראליות מיסויית בנוגע לשאלת חלוקת רווחי החברה עובר למכירת המניות. מאחר שרווחי
- 26 האקוויטי של החברה ניתנים לחלוקה, הרי שאי-הכללתם ברווחים הראויים לחלוקה תחטא
- 27 לתכלית הסעיף. עוד נטען כי סעיף 94(ב)(1) מורה שיש לצרף לרווחים הראויים לחלוקה רווחים
- 28 שהיו מתחייבים במס "**אילולא פוטרו ממנו**", והרי שרווחי האקוויטי מבטאים רווחים של חברות
- 29 כלולות שחלוקתם לחברה המחזיקה ממילא פטורה ממס.
- 30
- 31 16. המערער טוען שיש לאבחן מקרה זה מפסקי הדין בעניין **קליימן**, בעניין **ברנע** (בהתאמה: ע"מ
- 32 1183/05 **דוד קליימן נ' פקיד שומה פתח תקווה**, מיסים כד/5-ה-255 (אוקטובר 2010); ע"מ 906-07
- 33 **ד"ר עלי ברנע נ' פקיד שומה חיפה**, מיסים כד/6-ה-117 (דצמבר 2010)). לטענת המערער, במקרים
- 34 אלו מנעו בתי המשפט מנישומים לחמוק מתשלום מס על הכנסתם, בעוד במקרה דנן ממילא לא
- 35 יהיה חיוב נוסף במס במועד חלוקת רווחי האקוויטי אל חברת דחף. המערער טוען עוד כי קביעות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 בית המשפט העליון בעניין פרל נע"א 8500/10 אביעד פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים, מייסם כ/5 ה-
2 176 (אוקטובר 2012) תומכות בעמדתו בערעור.
- 3
- 4 17. ביחס לטענות המשיב על הטעות שנפלה בחישובו המקורי, טוען המערער כי מדובר בטענה חדשה
5 וכי המשיב לא הגיש בקשה לתיקון נימוקי השומה. המערער טוען כי הצהיר עוד בחודש ינואר 2010
6 על מועד רכישת מניות חברת דחף (כך עולה מטופס "הצהרת בעל/ת המניות על זכאותו לדיבידנד
7 מוטב בהתאם להוראת שעה לעניין סעיף 125ב", מש/2, להלן: "טופס ההצהרה"). יחד עם זאת,
8 המערער טוען כי אם אין לחשב רווחים ראויים לחלוקה בגין השנים 1996 – 1999, אין מקום לכלול
9 בחישוב גם הפסדים משנים אלו בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה. המערער דוחה גם את טענות
10 המשיב כי לא הגיש חישוב מפורט של הרווחים הראויים לחלוקה להם הוא זכאי לטענתו. המערער
11 טוען כי הגיש תחשיבים, אך אלו נדחו על ידי המשיב מאחר שכללו את רווחי האקוויטי ברווחי
12 חברת דחף. זאת ועוד, לטענת המערער הוראת השעה אינה מטילה חובה על הנישום להגיש חישוב
13 מפורט.
- 14
- 15 18. מנגד טוען המשיב כי המערער נמנע במהלך דיוני השומה להציג כל חישוב מפורט בנוגע לזכאות
16 המערער לרווחים ראויים לחלוקה. אי הצגת החישוב המפורט מנוגדת להוראות שהופצו על ידי
17 רשות המייסם בחוזר 4/2009 העוסק בהוראת השעה, היא מנוגדת להצהרת המערער עצמו בטופס
18 ההצהרה (שם נאמר בפסקה הראשונה בסעיף ה' כי "מצ"ב חישוב מפורט"), היא מנוגדת להוראת
19 השעה המחייבת את הטוען לדיבידנד המוטב להוכיח את גובה זכאותו לרווחים ראויים לחלוקה נכון
20 למועד הקובע, וכן היא מנוגדת להוראות סעיף 94ב(ג) שקובע כי על הטוען לקיומם של רווחים
21 ראויים לחלוקה להציג חישוב מפורט. לטעמו של המשיב די בכך שהמערער לא עמד בדרישה להציג
22 את חישוביו בכדי לדחות את הערעור. יצוין כי על אף כן, המשיב עצמו כאמור ערך חישוב לברר את
23 זכאות המערער לרווחים ראויים לחלוקה ועל סמך חישוב זה קבע את שומתו, זאת מאחר שהמשיב
24 "לא רצה לדחות את השגת המערער בשל העובדה שלא צירף, כפי הנדרש בדיון, את החישוב
25 המפורט של הר"ל להם הוא טוען" (סעיף 10 לסיכומי המשיב).
- 26
- 27 19. המשיב טוען כי אף במהלך ערעור זה לא הוצג מטעם המערער חישוב מפורט של הרווחים
28 הראויים לחלוקה. המסמך שכותרתו "חישוב ררלים" (מע/5) שהציג המערער אינו החישוב המפורט
29 כנדרש על פי הוראות סעיף 94 לפקודה, החישוב הוא מוטעה שכן הוא מתייחס גם לשנות המס
30 1996 – 1999 בהן לא החזיק המערער במניות חברת דחף, לא הובאה כל ראיה מטעם המערער לבסס
31 את האמור בחישוב, וכן לא נערכה השוואה בין הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בכל התקופה
32 לעומת אלו שנצברו עד המועד הקובע בלבד, כנדרש על פי חוזר 4/2009. המערער העיד בנוגע לחישוב
33 שהוגש ולא ידע להסביר את האמור בו. אי-הבאת רואה החשבון שערך את מסמך מע/5 פועלת
34 לרעתו של המערער.
- 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

20. לגופו של עניין, טוען המשיב כי אין לכלול ברווחים הראויים לחלוקה את רווחי האקוויטי של חברת דחף. סעיף 94 לפקודה מתייחס לרווחים שנצברו בחברה הנמכרת (או מחלקת הדיבידנד בענייננו), ולא לרווחים שנצברו בחברות שבבעלותה. המשיב טוען כי רווחי אקוויטי אינם מהווים הכנסה, ולכן ממילא לא ניתן לטעון כי מדובר ברווחים שנתחייבו במס. טענת המערער כי יש לכלול את רווחי האקוויטי **בחלופה המיסויית** מרוקנת מתוכן את כוונת המחוקק, שכן היא משווה את התוצאה המתקבלת בשתי החלופות לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה.
21. המשיב טוען כי גישת המערער מובילה לכפל הטבה. ראשית תינתן הטבת הרווחים הראויים לחלוקה לנישום המוכר את מניות החברה המחזיקה, ולאחר מכן תינתן שוב ההטבה כאשר תמכור החברה המחזיקה את החברות הכלולות שבבעלותה. לטענת המשיב הסיפא של הגדרת הרווחים הראויים לחלוקה בסעיף 94(ב)(1), אשר מחייבת להוסיף את הרווחים **"שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו"** נועדה למקרה מעין זה ממש. המחוקק רצה למנוע מצב של כפל הטבה, ולכן קבע כי רק הכנסה מדיבידנד, כלומר ההכנסה הפטורה, תתווסף לרווחים הראויים לחלוקה.
22. המשיב מבקש להיבנות גם מקביעות בתי המשפט בעניין **קליימן** ובעניין **בדנע**, וטוען כי אין מקום לאבחנה שמנסה ליצור המערער. העיקרון כי רווחי אקוויטי אינם מהווים הכנסה בעולם המס אינו משתנה על פי סעיף החוק בו עוסקים.
23. כאמור, המשיב מבקש גם כי בית המשפט יפעיל את סמכותו להגדיל את השומה שנקבעה בצו. המערער רכש את מניותיו בחברת דחף בשנת 2000, ולכן אינו זכאי לחישוב רווחים ראויים לחלוקה בגין שנות המס 1996 – 1999, כפי שנעשה בטעות בחישוב המקורי שביצע המשיב.
- דיון והכרעה**
24. המחלוקת המשפטית המהותית בערעור זה היא בשאלה האם יש לכלול רווחי אקוויטי במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה על פי **החלופה המיסויית**. בטרם אפנה להכריע בשאלה זו, יש לדון ראשית בסוגיות-המשנה שהתעוררו בין הצדדים, והן האם הגיש המערער חישוב מפורט לזכאותו לרווחים ראויים לחלוקה ואם לא, מה משמעות הדבר; והאם ניתן להגדיל את השומה שנקבעה בצו כך שחישוב הרווחים הראויים לחלוקה לא יכלול את השנים 1996 – 1999 כפי שנעשה בשומה המקורית.
25. המשיב טוען כי מאחר שהמערער נמנע מלהציג לו חישוב מפורט בנוגע לרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד המועד הקובע, יש לדחות את הערעור. מבחינה עובדתית אני מקבל את עמדת המשיב כי לא הוצג לו במהלך דיוני השומה חישוב מפורט כנדרש. כך העידה הרכזת (פרוטוקול דיון מיום 24.4.2013, עמוד 8, שורות 8 – 17) ועדותה לא נסתרה. בהליך זה המערער הציג רק את מסמך מע"5, אשר לידי קשה לראות בו חישוב "מפורט". הדרישה להצגת חישוב מפורט לשם קבלת ההטבה נקבעה על ידי המחוקק באופן מפורש בסעיף 94(ב), ואופן החישוב בואר בהוראות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 המקצועיות של רשות המיסים. בתפקידה כנאמנת הציבור לשמירה על הקופה הציבורית רשאית
- 2 ונדרשת הרשות לקבוע הוראות פרוצדוראליות לאופן הוכחת זכאות הנישום לקבלת הטבה מסוימת.
- 3 חישוב שאינו מספק למשיב את המידע המינימאלי הנדרש על פי ההוראות המקצועיות שקבעה
- 4 רשות המיסים אינו יכול להיחשב כעונה על דרישות החוק להציג חישוב מפורט.
- 5
- 6 26. ברם, למרות שלא הוגש החישוב המפורט כנדרש בחר המשיב לפעול לפנים משורת הדין ולבצע
- 7 מיזומתו את החישוב המפורט. בכך ביקש המשיב להעניק למערער את ההטבה שנקבעה בהוראת
- 8 השעה, ככל שהוא זכאי לה, במטרה לקיים את כוונת המחוקק, כלומר בכך העדיף המשיב לקיים את
- 9 הוראת החוק המהותית, חרף הפגם הפרוצדוראלי שנפל בהתנהלות המערער. אין חולק כי הוצאה
- 10 שומה לאור החישוב שביצע המשיב וכי נידונה השגת המערער בנוגע לאותה שומה. לטעמי טעה
- 11 המשיב בכך.
- 12
- 13 27. הדרישה להצגת חישוב מפורט היא דרישה פרוצדוראלית שנועדה לשם הוכחת הזכאות להטבה.
- 14 משמעות אי-הגשת החישוב היא כי הזכות להטבה לא הוכחה למשיב, אף אם היא קיימת במובן
- 15 המהותי. אין להסכין עם העדר החישוב המפורט בפרט כשמדובר בהקלה או הטבה שהנישום טוען
- 16 לה. נישום שאינו מציג תחשיב מפורט כדרישת המחוקק משמיט את הבסיס לזכאותו בין אם
- 17 המדובר בהקלה או הטבה או כל טענה אחרת. אין לקבל טענות בעלמא. עם זאת משבחר המשיב
- 18 להקל לקבוע שומה לפנים משורת הדין, אלך בעקבות הדרך שקבע בשומה (וחזר בו ממנה בהליכים
- 19 בפני) הגם שלא בנפש חפצה.
- 20
- 21 28. מאחר שממילא הסכים המערער לחישוב שביצע המשיב, מלבד המחלוקת בנוגע להכללת רווחי
- 22 האקוויטי, הרי שהצגת חישוב מפורט מטעם המערער בשלב זה, כאשר שני הצדדים מסכימים כי
- 23 החישוב שנקבע על ידי המשיב מהווה נקודת מוצא שיש לגביה מחלוקת עקרונית, אינה מוסיפה דבר
- 24 לבירור הזכאות של המערער לעצם הטבת המס.
- 25
- 26 29. עוד טען המשיב כי נפלה טעות בחישוב המקורי שביצע, בכך שהרווחים הראויים לחלוקה חושבו
- 27 בטעות כאילו המערער רכש את מניות חברת דחף בשנת 1996, כאשר המניות נרכשו רק בשנת 2000.
- 28 העובדה כי המניות נרכשו בשנת 2000 אושרה בעדות המערער (פרוטוקול דיון מיום 24.4.2013, עמוד
- 29 6, שורות 6 – 7), כך צוין גם בטופס ההצהרה עליו חתם המערער ואף כעת נראה כי אין מחלוקת
- 30 בעניין. המשיב מבקש מבית המשפט לתקן את הטעות שנפלה בחישוביו.
- 31
- 32 30. טענת המשיב בעניין זה היא טענה חדשה שלא הועלתה בפני המערער בדיוני השומה וכן לא
- 33 הוזכרה במסמך נימוקי השומה. ברגיל, אין להידרש לטענות חדשות שלא ניתנה לצד שמנגד
- 34 הזדמנות להתמודד עימן בהליכי השומה. הסמכות להגדלת השומה לפי סעיף 156 לפקודה היא
- 35 סמכות חריגה, אשר נקבע כבר כי יש להפעילה במסורה ובזהירות:
- 36



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 12-06-29069 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1 "סמכותו של בית המשפט להגדיל את השומה היא כזו שבתי המשפט עושים בה
2 שימוש במקרים חריגים בלבד (לרשימה ממצה יחסית של מקרים בהם עשה בית
3 המשפט שימוש בסעיף זה ראו: ע"א 495/63 מלכוב נ' פקיד שומה תל-אביב, פ"ד
4 יח(2) 683 (1964) (להלן: עניין מלכוב); ע"א 385/75 פקיד השומה למפעלים גדולים
5 נ' רפק אלקטרוניקה בע"מ, פ"ד ל(1) 645 (1975); עמ"ה 1168/01 כדורי נ' פקיד
6 שומה כפר-סבא (לא פורסם, 31.5.2004); עמ"ה (מח'-חי') 594/04 פייגלין נ' פקיד
7 שומה חיפה (לא פורסם, 4.1.2007)). טעם עיקרי לשימוש החריג יחסית בסמכות
8 האמורה הוא שלאחר שנערך כבר דיון דו-שלבי בשומתו של הנישום בפני פקיד
9 השומה, והאחרון עיין בכל המסמכים הדרושים לו, ניתן להניח שהשומה הסופית
10 שנקבעה, ועליה משיג הנישום בערעורו בפני בית המשפט המחוזי - היא כזו שלא
11 יהיה צורך להגדילה. ניתן גם להניח לרוב, כי המידע שהיה בידי הנישום, היכול
12 להוות בסיס לשומה - נחשף זה מכבר בפני פקיד השומה, ואם תמצי לומר כי ייתכן
13 שהנישום מסתיר בידו בכוונת מכוון מידע רלבנטי נוסף לשומתו, שיש בו כדי להרע
14 את מצבו - אין סיבה טובה להניח כי מידע זה ייחשף דווקא בגדרו של הדיון בבית
15 המשפט המחוזי. יתרה מכך: כאשר המנהל (כמשמעותו בסעיף 147 לפקודה) מגיע
16 למסקנה כי יש להגדיל את השומה שנקבעה, הרי שקיימת לו הסמכות לפעול על
17 מנת שייעשה כן, הכל במתווה ובמועדים הקבועים בסעיף האמור. מתווה זה אף
18 "בטוח" יותר מבחינתו מאשר הותרת הגדלתה של השומה לשיקול דעתו של בית
19 המשפט, לפי סעיף 156 לפקודה (ראו: עמ"ה (מח'-חי') 65/93 גטאס נ' פקיד
20 שומה חיפה (לא פורסם, 22.2.1995, מפי כב' השופט (כתארו אז) ד"ר ד. ביינ)).
21 (ע"א 8305/06 הקודחים שבת בע"מ נ' מדינת ישראל - אגף המכס ומע"מ אשדוד,
22 מיסים כה/4-ה-47 (אוגוסט 2011), להלן: פסק דין הקודחים)

23
24 31. בפסק דין הקודחים דן בית המשפט העליון בשיקולים השונים שיש לשקול לעניין הפעלת
25 הסמכות להגדיל את השומה. מחד, מוטלת החובה על בית המשפט לפעול למען גביית מס אמת,
26 לטובת הנישום ולטובת הציבור כולו. מאידך, קיים חשש כי הנישום ימצא עצמו נדרש לשלם שומה
27 מוגדלת כאשר לא ניתנה לו הזדמנות מתאימה להתגונן. בעניין זה קבע בית המשפט העליון כי בית
28 המשפט יפעיל את סמכותו להגדיל את השומה רק כאשר ניתנה הזדמנות דיונית מתאימה למערער
29 להתמודד עם הבקשה להגדלת השומה. הזדמנות זו ניתנת כאשר המשיב מבקש את הגדלת השומה
30 ומציין במפורש את סכום המס שהמערער יחויב בו בגין ההגדלה:

31
32 "עם זאת, שיקול כבד משקל עמד נגד היעדרות לבקשת המשיב להורות על הגדלת
33 השומה, במתכונת בה הוצגה, והוא - שפקיד השומה לא ביקש שבית המשפט יורה
34 להעמיד את השומה על סכום מוגדל ונקוב מראש, אלא ביקש מבית המשפט
35 "להורות על תיקון והגדלת השומה בהתאם". במהלך זה טמונה בעייתיות. בית
36 המשפט עלול שלא להיות מודע לאפשרות שהיעדרות לבקשת פקיד השומה תביא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 להגדלה משמעותית ביותר של השומה הקיימת (כפי שאירע כאן), נתון שתיתכן לו
2 השפעה על היקף ההגנה הדיונית שבית המשפט יסבור שיש מקום לתיתה
3 לנישום. אף מבחינת הנישום, אי-ידיעתו האפשרית על נפקותה המדויקת של
4 הגדלת השומה המבוקשת, עלולה לגרום לו שלא לאחוז בכל הפעולות הנדרשות
5 והסבירות בנסיבות העניין לשם התגוננות מפני הדרישה להגדלת השומה...
6
7 האמור מלמדנו כי "דרך המלך" לפנייה של פקיד השומה לבית המשפט בבקשה
8 להגדלת השומה היא, שככל שאין מניעה מעשית לכך, פקיד השומה יציין באופן
9 מפורש מהי השומה הנכונה אשר לדעתו בית המשפט צריך לקבוע לנישום, ולפרט
10 את התחשיב המביא לאותה שומה (השוו: תקנה 16(א) לתקנות סדר הדין האזרחי,
11 התשמ"ד-1984, הקובע כי: "היתה התביעה לסכום כסף, יפורש בכתב התביעה
12 הסכום הנתבע במדויק"). כך יידע בית המשפט מה משמעותה המדויקת של
13 הגדלת השומה המבוקשת, ויוכל לוודא שלנישום ניתנה אפשרות דיונית הולמת
14 להתמודד עם בקשתו של פקיד השומה ולהשמיע טענותיו. הנישום, מצדו, יידע אף
15 הוא מהי חשיפתו, ויפעל בדרכים המתאימות, תוך השקעת התשומות המתאימות,
16 על מנת להתגונן מפני דרישתו החדשה של פקיד השומה. במקרה של הגדלת
17 השומה, לא תהא אף מחלוקת על גובהה, שכן זו נקבעה בפסק הדין.
18
19 32. במקרה דנן, באת כוח המשיב ביקשה עוד במהלך דיון ההוכחות מבית המשפט להגדיל את
20 השומה וניתנה למערער הזדמנות סבירה להתגונן בפני הטענה, בשונה ממקרה הקודחים שם
21 הועלתה הבקשה רק במסגרת סיכומי המשיב. המשיב אף הגיש לבית המשפט מסמך המפרט את
22 אופן החישוב המתוקן של הרווחים הראויים לחלוקה (מש/7). על פי החישוב המתוקן, לגישת
23 המשיב הרווחים הראויים לחלוקה עד למועד הקובע עומדים על 0, ולכן אין המערער זכאי כלל
24 להטבה. גם הרכות מטעם המשיב הציגה בעדותה עמדה זו (פרוטוקול הדיון מיום 24.4.2013, עמוד
25 11, שורות 4 – 9). לפיכך, בשונה ממקרה הקודחים, כאן הובהר לנישום ולבית המשפט הסכום
26 המדויק בו מבקש המשיב להגדיל השומה. בנוסף, יש לטעמי לתת משקל לכך שמלכתחילה המערער
27 לא הגיש למשיב חישוב מפורט של הרווחים הראויים לחלוקה כנדרש. אילו היה מוגש החישוב
28 כנדרש, חזקה על המערער כי היה מדווח כדין שהרווחים הראויים לחלוקה מחושבים רק החל משנת
29 המס 2000. לא יתכן כי המערער יזכה מן ההפקר בזכות מחדלו שלו.
30
31 33. לאור האמור, אני מקבל את עמדת המשיב כי הרווחים הראויים לחלוקה יחושבו החל משנת
32 המס 2000 בלבד, ואין לכלול בחישוב את הרווחים שנצברו בשנות המס 1996 – 1999.
33
34 34. המערער הוסיף כי אין לכלול ברווחים הראויים לחלוקה את ההפסדים שטרם קוּזְזו שצמחו
35 בשנות המס 1996 – 1999. טענה זו תמוהה בעיניי. על פי תחשיב המשיב (מש/7) ועל פי הדוח
36 המותאם לצורכי מס הכנסה לשנת המס 2001 של חברת דחף שהוגש למשיב (מש/11) נראה כי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 ממילא כל ההפסדים לצורכי מס צמחו החל משנת המס 2001 ואילך, ולא לפני כן. כך גם התייחס
- 2 המשיב לדברים בחישוביו. איני רואה סיבה לדון בטענה תיאורטית לחלוטין.
- 3
- 4 האם יש לכלול את רווחי האקוויטי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה?
- 5 35. בסעיף 94 קבע המחוקק הסדר שנועד לבדוד את מרכיב הרווחים הראויים לחלוקה, דהיינו
- 6 הרווחים שהחברה הנמכרת או המתפרקת יכולה לחלק כדיבידנד לבעלי מניותיה, ולהטיל על מרכיב
- 7 זה מס בשיעור מס מיוחד. עד המועד הקובע הוטל מס בשיעור 10% על הרווחים הראויים לחלוקה,
- 8 ומאז המועד הקובע שיעור המס על רווחים ראויים לחלוקה הוא שיעור המס החל על הכנסת
- 9 דיבידנד בידי בעל המניות.
- 10
- 11 36. תכלית ההסדר שבסעיף 94 היא כפולה: ראשית, הסעיף מבקש למנוע מצב שבו במכירת מניות
- 12 החברה יוטל מס נוסף על רווחי החברה שכבר הוטל עליהם מס בעבר. שנית, הסעיף מבקש למנוע
- 13 הטיה בלתי רצויה אצל בעל המניות ביחס להחלטה האם לחלק את רווחי החברה כדיבידנד טרם
- 14 מכירת המניות (לתכלית הסעיף ראו: סעיף 18 לע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' יצחק סיוון,
- 15 מיסים יט/1 ה-57 (פברואר 2005); סעיף 30 לע"א 10800/06 אמנון סלמן נ' פקיד שומה טבריה,
- 16 מיסים כה/4 ה-64 (אוגוסט 2011); סעיף 64 לע"מ 1130/07 תהודה השקעות וניהול בע"מ נ' פקיד
- 17 שומה דן, ניתן ביום 21.3.2013 [פורסם בנבו]; עמ"ה 1346/08 טל מאיר נ' פקיד שומה רחובות, ניתן
- 18 ביום 5.12.2012 [פורסם בנבו]).
- 19
- 20 37. למעשה, את תכליות ההסדר הנ"ל משיגה גם החלופה החשבונאית לבדה. הרווח החשבונאי הוא
- 21 הרווח הניתן לחלוקה על פי מבחן הרווח שקבוע בסעיף 302 לחוק החברות, תשנ"ט-1999. ככל
- 22 שמטרת המחוקק הייתה ליצור אדישות בנוגע לחלוקת דיבידנד אצל בעל המניות, הרי שכל עוד קיים
- 23 רווח שניתן לחלוקה על פי הדין הכללי לכאורה יש למסות את אותו הרווח כאילו היה דיבידנד. עם
- 24 זאת, המחוקק קבע בנוסף גם את החלופה המיסוית, ודומני כי חלופה זו היא במהותה הוראה
- 25 אנטי-תכנונית.
- 26
- 27 38. המחוקק קבע כי סכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס
- 28 בכדי למנוע מצב שבו חברה תבקש "לכבס" רווח שלא שולם בגינו מס באמצעות ההטבה שבסעיף
- 29 94. טול לדוגמה חברה-אם המחזיקה במניות חברה-בת שבבעלותה בניין. הבניין שוער על ידי
- 30 החברה-הבת והיא רשמה בספריה רווח הון בגין השערוך. המחוקק חשש ממצב שבו החברה-האם
- 31 תבקש למכור את הבניין ולהימנע מתשלום המס. מאחר שרווחי השערוך נכללים ברווח החשבונאי,
- 32 החברה-האם יכולה הייתה למכור את מניות החברה-הבת ולטעון כי רווחי השערוך נכללים ברווחים
- 33 הראויים לחלוקה וכי יש להפחיתם מרווח ההון.
- 34 39. יצוין כי קיים ספק מסוים שטרם הוכרע בפסיקה האם ניתן לחלק דיבידנד מתוך רווחי שערוך
- 35 וראו לעניין זה את פסקאות 47 – 48 לחוות דעתו של כבוד השופט גיוראן בעניין פרל. בהכללת
- 36 רווחי השערוך ברווחים הראויים לחלוקה יכולה הייתה החברה-האם לקבל תמורה בגין המניות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 המגלמת את עליית ערך הבניין מבלי שתמורה זו תיחשב לרווח הון. **החלופה המיסויית** נועדה למנוע
2 מצב זה או תכנוני מס פסולים על ידי כך שהיא מתירה לכלול ברווחים הראויים לחלוקה רק רווחים
3 ששולם בגינם המס.
4
- 5 40. פרשנות **החלופה המיסויית** שבסעיף 94 צריכה להיעשות בשים לב הן לתכלית הכללית של
6 סעיף 94 – למנוע את ההטיה שבחלוקת דיבידנד עובר למכירת המניה ולמנוע כפל-מס – והן
7 לתכלית הספציפית של **החלופה המיסויית** – למנוע "בריחת הכנסה" בלא מס. תכליות אלו הן
8 שיכריעו האם ביקש המחוקק להחריג את רווחי האקוויטי מהרווחים הראויים לחלוקה.
9
- 10 41. רווחי אקוויטי הינם רווחים או הפסדים שחברה רושמת כתוצאה מיישום שיטת השווי המאזני
11 (Equity Method). בשיטה זו החשקעה בחברה כלולה מוכרת לראשונה לפי עלותה ומתואמת
12 לאחר מכן לפי השינוי בחלקו של המשקיע בנכסים נטו של החברה הכלולה. רווחי האקוויטי הם
13 הרווחים בגין תיאום השינוי בשווי הנכסים נטו של החברה הכלולה, כלומר "הרווח או ההפסד של
14 המשקיע כולל את חלקו של המשקיע ברווח או הפסד של הישות המושקעת". (תקן חשבונאות
15 בינלאומי 28 השקעות בחברות כלולות ובעסקאות משותפות, עמ' 1159 – 1160, להלן: "תקן 28").
16
- 17 42. חברה נדרשת לנקוט בשיטת השווי המאזני כאשר החזקתה בחברה כלולה עולה לכדי "השפעה
18 מהותית", כלומר יש בידה את "הכוח לקחת חלק בהחלטות בדבר המדיניות הפיננסית
19 והתפעולית של הישות המושקעת" (עמוד 1160, תקן 28). כך גם נהוג בתקינה החשבונאית
20 הישראלית שעודנה מופעלת לרוב על ידי חברות פרטיות בישראל (וראו: גילוי דעת 68 של לשכת רואי
21 החשבון). השפעה מהותית אמנם נבחנת בין היתר לאור שיעור ההחזקה בחברה הכלולה, אך הרף
22 הכמותי מהווה רק חזקה הניתנת לסתירה (עמוד 1161, תקן 28). קיומה של השפעה מהותית תיקבע
23 בסופו של יום מבחינה איכותית ולא כמותית, כלומר יש להראות כי התקיימו מאפיינים איכותניים
24 מסוימים המראים על השפעה מהותית בחברה הכלולה. בין היתר יש להראות כי לחברה המחזיקה
25 יש כוח "[ב]השתתפות בהליכי קביעת מדיניות, כולל השתתפות בהחלטות לגבי דיבידנדים או
26 חלוקות אחרות" (עמוד 1161, תקן 28). נקודת המוצא אם כך היא כי חברה רשאית לרשום רווחי
27 אקוויטי בגין החזקה בחברה כלולה רק במקרים בהם יש לה את הכוח להשפיע, בין היתר, על
28 החלטות בנושאי חלוקת רווחי החברה כדיבידנדים.
29
- 30 43. שיטת השווי המאזני גורסת כי במקרה של השפעה מהותית רישום הכנסות על בסיס חלוקת
31 דיבידנד מעוות את המצב הכלכלי האמיתי. למשקיע יש בפועל זכויות ברווחי החברה הכלולה כבר
32 במועד היווצרות הרווח ולכן ראוי שיוצגו הכנסותיו מפעילות החברה הכלולה כבר במועד זה
33 (עמודים 1162 – 1163, תקן 28). רווחי החברה הכלולה נרשמים מידי שנה בדוחות החברה המחזיקה
34 מאחר שלא ראוי לדחות הכרה בהכנסה למועד החלוקה, במצב בו לחברה המחזיקה יש השפעה
35 משמעותית בנוגע לקביעת מועד החלוקה.
36



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 12-06-29069 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

44. המערער טוען כי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה יש להתחשב ברווחים שנצברו בכלל קבוצת החברות, כלומר בחברה ובחברות הכלולות שלה. רווחי האקוויטי מייצגים את חלקה של חברת דחף ברווחי החברות הכלולות, ולכן מן הראוי לכלול אותם ברווחים הראויים לחלוקה. המערער טוען כי רווחי האקוויטי ימומשו בסופו של יום בדרך של דיבידנד שישולם מהחברות הכלולות לידי חברת דחף. דיבידנד בין-חברתי ממילא פטור ממס, ולכן לא יהיה חיוב נוסף במס בגין הרווחים שצמחו לחברות הכלולות. לפיכך, טען המערער כי מדובר ב"רווחים שנתחייבו במס", שכן הם נתחייבו במס חברות ולא צפוי כל חיוב נוסף בעתיד.
45. פרשנות הוראות הפקודה תיעשה לאור תכלית החקיקה, אך במסגרת ההגבלות שנקבעו בלשון החוק. לשון החוק היא שקובעת את מתחם האפשרויות הפרשניות, בעוד תכלית החוק היא שמגדירה מהי האפשרות שראוי לבחור בה. כדבריו של כבוד השופט ש. לוין בפרשת קניג (ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715): **"מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש (ראה: F. Frankfurter, "some reflections on the reading of statutes" Colum. L. Rev 47(1947) 544, 527. ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק"**.
46. דומני כי ניתן למצוא לפרשנות המערער נקודת אחיזה ארכימדית שכזו בלשון החוק. סעיף 94ב מדבר על **"רווחים שנתחייבו במס"**. טענת המשיב, בהסתמכו על פסק הדין בעניין קליימן, היא כי לא ניתן לראות את רווחי האקוויטי כעונים על תנאי זה מהטעם הפשוט שלא מדובר בהכנסה על פי הפקודה. דומני כי בכך נפל המשיב לכדי טעות. בעניין קליימן עסקתי בסעיף 64א(א1) אשר לפיו יראו דיבידנד שחולק מהכנסות החברה המשפחתית כאילו לא חולק. קבעתי כי הדיבידנד באותו מקרה לא חולק מרווחי האקוויטי, מאחר שאלו אינם הכנסות על פי הגדרת המונח **"הכנסה"** שבסעיף 1 לפקודה. אולם סעיף 94ב אינו משתמש במונח **"הכנסה"** אף ולו פעם אחת. סעיף זה עוסק ב"רווחים", מונח שאינו מוגדר בפקודה והמשמעות שיש לצקת לו צריכה להיעשות בהתאם לתכליות דיני המס בכלל ולתכליות ההסדר החוקי הספציפי שבו עוסקים (ראו לעניין זה: ע"מ 1130-06 בגס קרלוס נ' פקיד שומה תל אביב יפו 4, ניתן ביום 15.7.2013 [פורסם במיסים און-ליין]).
47. תכלית סעיף 94ב שונה מזו של סעיף 64א לפקודה. סעיף 94ב "מדבר עם" דיני החברות ומבקש ליצור אדישות מיסויית בנוגע לשאלת חלוקת הדיבידנד. נקודת המוצא של סעיף זה היא דווקא ברווחים החשבונאיים, כלומר הרווח הניתן לחלוקה על פי דיני החברות, ולא בהכנסה על פי הפקודה. **החלופה המיסויית** אמנם מגבילה את הסעיף בכדי להגן מפני בריחת הכנסה בלא תשלום מס, אך היא אינה משנה נקודת המוצא בסיסית זו. המילה **"רווחים"** צריכה להתפרש על פי נקודת מוצא זו, בתור כל הרווחים המוכרים בעולם החשבונאי. כך אף המשיב מסכים כי המונח **"רווחים"** ברישא של הסעיף, **בחלופה החשבונאית**, כולל את רווחי האקוויטי. אך סביר וראוי הוא כי אותו מונח יזכה למשמעות דומה במסגרת **החלופה המיסויית** שבסיפה של הסעיף.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

48. פרשנות המערער כי המילים "רווחים שנתחייבו במס" כוללות את כל הרווחים שנכללו בדוחות החברה, כל עוד רווחים אלו נתחייבו במס סופי אף אם חויב זה נעשה אצל אחר, אינה משוללת יסוד מבחינה לשונית. אין כל דרישה בסעיף לכך שהחויב במס ייעשה דווקא אצל החברה שמניותיה נמכרות. למעשה, כאשר ביקש המחוקק להתייחס רק לרווחים או להפסדים של החברה שמניותיה נמכרות עשה זאת במפורש. כך במסגרת החלופה המיסויית קיימת הדרישה כי מהרווחים הראויים לחלוקה ינוכה "הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות". בניגוד להפסדי החברה, ביחס לרווחי החברה לא חסם המחוקק את האפשרות לפרש באופן תכליתי את המונח "נתחייבו במס". לשון החוק מסוגלת לטעמי לשאת את שתי הפרשנויות המוצעות בערעור זה.
49. כאמור, בפרשנות סעיף 94 יש להתייחס לשתי תכליות – רצון המחוקק להשוות את שיעור המס שיחול על הרווחים הראויים לחלוקה בין אם יחולקו בפועל ובין אם לא יחולקו לפני מכירת המניות; רצון המחוקק למנוע תכנוני מס אסורים שבמסגרתם יצליח בעל המניות "לכבס" את הרווח החשבונאי שצמח בחברה הנמכרת.
50. באשר לתכלית הכללית של סעיף 94 דומני כי צודק המערער בכך שראוי לכלול את רווחי האקוויטי ברווחים הראויים לחלוקה. רווחי אקוויטי נכללים ברווח החשבונאי שעל פיו נקבעים גדרי החלוקה המותרת לפי דיני החברות. לכאורה מדובר ברווחים שניתנים לחלוקה (ניוהר: איני קובע דבר בנוגע לעצם האפשרות לחלק רווחי אקוויטי לפי דיני החברות. ברם, הצדדים לערעור לא חלקו על עצם האפשרות לבצע חלוקה זו). במצב זה ברי כי כל בעל מניות שמוכר מניות חברה שרשמה רווחי אקוויטי יפעיל השפעתו להביא לחלוקת דיבידנדים עובר למכירת המניות. אין ספק כי גישת המשיב אינה מובילה לניטרליות בדבר חלוקת הדיבידנד שאליה כיוון המחוקק.
51. זאת ועוד, גישת המשיב מובילה גם להטיה בנוגע לחלוקת רווחי האקוויטי מהחברה הכלולה לחברה המחזיקה. בעל המניות עשוי להעדיף שלא לחלק דיבידנד מתוך רווחי האקוויטי של החברה המחזיקה, לאור חוסר הבהירות בנוגע למשמעות חלוקה זו במישור דיני החברות ובמישור דיני המס (וראו את פסק הדין בעניין פרל שדן באריכות בנושאים אלו). במקרה זה, בעל המניות ידרוש כי החברה המחזיקה תפעיל השפעתה על החברה הכלולה בכדי שהלה תחלק את רווחיה כדיבידנד ורווחי האקוויטי ימומשו בפועל. בכך נמצאנו חוטאים גם כלפי החברה הכלולה בהטיית שיקול דעת בעל המניות בנוגע לשאלת חלוקת הדיבידנד.
52. למעשה, ההטיה לחלוקת רווחי האקוויטי כדיבידנד אף אינה עוד הטיה תיאורטית אלא ממשיית מאד. בחוזר לשכת רואי החשבון (נספח א' לסיכומי המערער) שהופץ בנושא פסק הדין בעניין ברנע הומלץ, לנוכח עמדת רשות המיסים לא לכלול את רווחי האקוויטי ברווחים הראויים לחלוקה, כי "במידת האפשר, יש לשקול חלוקת רווחי אקוויטי כדיבידנד מהחברה המוחזקת לחברה המחזיקה, עד תום שנת המס הקודמת לשנת המס שבה נמכרו מניות החברה המחזיקה, על מנת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- 1 שהסכום בגין ייכלל בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה". תוצאה זו של הפצת המלצות לחלוקת
- 2 דיבידנד מטעמי מיסוי בלבד, היא בדיוק התוצאה שביקש המחוקק למנוע בסעיף 94ב.
- 3
- 4 53. עם זאת, אין די בתכלית הכללית של סעיף 94ב, אלא יש לבחון גם האם גישת המערער מתיישבת
- 5 עם התכלית שביסוד החלופה המיסיית, קרי מניעת הפחתת חבות המס בדרך לא לגיטימית. גם
- 6 בעניין זה השתכנעתי כי גישת המערער מתיישבת עם תכלית החוק.
- 7
- 8 54. רווחי האקוויטי מבטאים כאמור את זכות החברה המחזיקה בנכסים נטו של החברה הכלולה.
- 9 זכות זו תמומש באחת משתי דרכים – חלוקת הרווחים שנצברו בידי החברה הכלולה או מכירת
- 10 ההחזקה בחברה הכלולה. בשתי הדרכים הללו לא יחול חיוב נוסף במס בגין רווחי החברה הכלולה.
- 11 חלוקת הרווחים מחברה אחת לחברה האחרת ממילא פטורה ממס לפי סעיף 126(ב) לפקודה
- 12 בהיותה דיבידנד בין-חברתי. גם בעת מכירת ההחזקה בחברה הכלולה לא יחויבו רווחי האקוויטי
- 13 במס פעם נוספת. הרווחים הראויים לחלוקה של החברה המחזיקה יהיו בהכרח בגובה רווחי
- 14 האקוויטי, שכן אלו מבטאים את חלקה של החברה המחזיקה ברווחים של החברה הכלולה. המס על
- 15 רווחים ראויים לחלוקה של חברה נקבע בהתאם להוראות סעיף 126(ב), ולכן גם במכירת החברה
- 16 הכלולה רווחים ראויים לחלוקה בגובה רווחי האקוויטי ימוסו כדיבידנד.
- 17
- 18 55. מאחר שתכלית החלופה המיסיית היא למנוע מהכנסות חשבונאיות לחמוק מרשת המס, אין
- 19 להגביל את הכללת רווחי האקוויטי שעה שברור שלא מדובר בהכנסה שתילכד בעתיד ברשת המס.
- 20 המחוקק ביקש למנוע מצב בו התמורה משולמת בגין רווחים שטרם שולם מס בגינם, כך שחלק
- 21 מהתמורה משולם למעשה בגין המרכיב שטרם מומש ולא בגין הרווחים הצבורים. כאשר לחברה
- 22 המחזיקה יש זכויות בחברות כלולות, התמורה המתקבלת בעבור מניות החברה המחזיקה משולמת,
- 23 בין היתר, גם בגין זכויות אלו. אין מדובר בתמורה בגין רווח שטרם שולם מס בגינם, אלא בתמורה
- 24 בגין רווחים שלא ישולם לעולם מס בגינם. הזכויות ימומשו בהכרח בפטור ממס. זהו אחד
- 25 מהמאפיינים הבסיסיים ביותר של שיטת המיסוי הדו-שלבי הנהוגה בישראל. חלוקת רווחים במרחב
- 26 התאגידי אינה מחויבת במס, ורק חלוקת רווחים ליחיד תחויב במס (וראו: דוד גליקסברג, "המיני-
- 27 רפורמה, מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידי בישראל", משפטים כ (תש"ן-תשנ"א) 185).
- 28
- 29 56. המשיב מלין עוד כי גישת המערער תוביל לכפל הטבה. המשיב חושש כי ראשית ימכור יחיד בעל
- 30 מניות את מניות החברה המחזיקה, ויזכה כך להטבת הרווחים הראויים לחלוקה בגובה רווחי
- 31 האקוויטי המבטאים חלקה של החברה המחזיקה ברווחים שנצברו בחברה הכלולה. לאחר מכן
- 32 תמכור החברה המחזיקה את מניות החברה הכלולה ותזכה גם היא להטבת הרווחים הראויים
- 33 לחלוקה בגין אותם הרווחים שצמחו אצל החברה הכלולה. לאחר שבחנתי את הדברים, שהתוצאה
- 34 שתוארה היא אכן התוצאה הראויה לאור הוראות סעיף 94ב.
- 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

57. בגישת המשיב החברה הכלולה תחלק את רווחיה לחברה המחזיקה במקום שאלו יירשמו כרווחי אקוויטי, שכן רישום רווחי אקוויטי יוביל בסופו של דבר להגדלת נטל המס בפועל על בעלי המניות. במצב שבו חולקו רווחי האקוויטי, בעל המניות המוכר את מניות החברה המחזיקה ייהנה מהטבת הרווחים הראויים לחלוקה בגובה רווחי האקוויטי, הם כעת הרווחים שמומשו. עבור החברה המחזיקה יוקטנו הרווחים הראויים לחלוקה בגובה רווחי האקוויטי, שכן יש להפחית מהרווחים הראויים לחלוקה דיבידנד שחולק מהם. עם זאת, התמורה שתקבל החברה המחזיקה בגין מכירת מניות החברה הכלולה תפחת מטבע הדברים לפחות בגובה המזומן שחולק מהחברה הכלולה, ולכן רווח ההון בגין מכירת מניות החברה הכלולה ממילא יפחת לפחות בגובה הדיבידנד שחולק. מאחר שחלוקת רווחי האקוויטי מהחברה הכלולה לחברה המחזיקה היא ממילא פטורה ממס, סך המס שישולם בחלופה זו הוא זהה לסך המס שישולם בדרכו של המערער. כאשר תוצאת המס הסופית היא זהה, הכיצד ניתן לטעון כי מדובר בכפל הטבה?

58. למעשה דומני כי דווקא גישת המשיב מובילה לעיוות מסוים שכן היא מטילה באופן עקיף מס על רווחי האקוויטי, שהם במהותם זכות לקבלת דיבידנד שפטור ממס. כאשר נמכרת החברה המחזיקה התמורה מגלמת את שווי ההחזקה בחברה הכלולה. התמורה ששולמה בגין ההחזקה בחברה הכלולה בגובה רווחי האקוויטי היא תמורה בגין הרווחים שנצברו בעבר בחברה הכלולה וניתן יהיה למשוך כדיבידנד בעתיד. כאשר מבקש המשיב להטיל מס על זכות זו הוא מבקש שיוטל מס רווח הון על רווחים שנצברו וחויבו במס חברות. הטלת מס נוסף על הכנסה ששולם בגינה כבר המס מהווה כפל-מס. גישה המובילה להטלת כפל-מס היא מנוגדת לתכלית סעיף 394 ולתכלית הכללית של דיני המס. בית המשפט העליון דן כבר בעבר בחשיבות של דחיית פרשנות המובילה לכפל-המס:

"מיסוי כפול הוא בלתי רצוי. תוצאותיו המזיקות ברורות. הוא מביא להעלמת הכנסות ולהשתמטות ממס. הוא מהווה תמריץ שלילי ליצור ולעבוד. הוא אינו מעודד פריון. הוא מכשול לצמיחה כלכלית. מכאן המגמה להותיר בידי הנישום את מרבית הכנסתו, מגמה שבאה לביטוי בשיעור המס המירבי המוטל בפקודת מס הכנסה.

פרשנות המביאה לתוצאה של מיסוי כפול, וכזו היא פרשנותו של המשיב, היא לכן בלתי רצויה." (ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, מייסים 1/1 ה-39 (פברואר 1992))

59. את המילים **"נתחייבו במס"** יש לפרש באופן תכליתי. כאשר מדובר ברווחים ששולם בגינם המס הסופי שניתן לחייב אותם, ובמקרה של רווחי אקוויטי מדובר במס חברות ברמת החברה הכלולה, הרי שיש לראות את אותם רווחים כאילו נתחייבו כבר במס. זוהי הדרך הראויה לפרש את המילים כך שתישבנה עם כוונת המחוקק ליצור אדישות מיסויית לשאלת חלוקת הדיבידנד מחד, וכוונתו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

- למנוע תכנוני מס אסורים מאידך. זוהי גם הפרשנות שמונעת כפל מס בגין הכנסה שהפיקה החברה הכלולה.
60. ודוק, אין בדברים אלו בכדי לרוקן מתוכן את **החלופה המיסויית** כפי שחושש המשיב. קיימים מקרים רבים בהם רווח חשבונאי איננו רווח ששולם בגינו המס הסופי ולכן לא יוכל להיכלל במסגרת **החלופה המיסויית**. כך למשל, רווחי שערך שצמחו בחברה הם רווחים שישולם המס בגינם רק במועד המימוש, ולכן לא ניתן לראות בהם כרווחים שכבר נתחייבו במס. באופן דומה כמובן גם רווחי אקוויטי שנובעים מרווחי שערך שנרשמו אצל החברה הכלולה לא ייכללו ברווחים הראויים לחלוקה. כך גם במקרה שבו חברה משפחתית רשמה רווחי אקוויטי, ברי כי רווחים אלו לא יוכלו להיחשב כרווחים שנתחייבו במס, שכן במקרה זה המס הסופי על ההכנסה ישולם רק עם חלוקת רווחי האקוויטי לחברה המשפחתית. למעשה כל הפרש בין התוצאה החשבונאית לבין תוצאת המס של החברה, אשר צפוי להתהפך בעתיד ולהוביל לחיוב נוסף במס, הינו רווח שלא נתחייב במס לעניין הרווחים הראויים לחלוקה.
61. לאחר שעיינתי בפסקי דין בעניין **קליימן**, בעניין **ברנע** ובעניין **פרל** לא מצאתי בהם דבר בכדי לשנות מעמדתי כי רווחי האקוויטי נכללים בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה.
62. בעניין **קליימן** דובר על חברה אחזקות משפחתית שביקשה לחלק דיבידנד פטור ממס לבעל המניות מתוך רווחי אקוויטי. בית משפט זה דחה את הערעור, כאשר קבעתי שם כי רווחי אקוויטי אינם נחשבים כהכנסה לעניין הפקודה, ולכן לא ניתן לומר שהרווחים חולקו מתוך הכנסה זו. כאמור, המקרה דנא שונה מעניין **קליימן** שעוסק בפרשנות המונח "**הכנסה**" ולא בפרשנות המונח "**רווחים**" שבסעיף 94. לדידי עצם העובדה שרווחי אקוויטי אינם מהווים הכנסה ברת-מיסוי אינה מוסיפה או גורעת לעניין הכללתם ברווחים הראויים לחלוקה. השאלה שצריכה להיענות היא האם רווחים אלו נתחייבו במס במובן המהותי, כלומר האם שולם בגינם המס הסופי. כפי שכבר ציינתי, עניין החברה המשפחתית שונה באופן מהותי מעניינה של חברה שאינה משפחתית בכך שמימוש רווחי האקוויטי על ידי החברה הרגילה נעשה באמצעות דיבידנד פטור ממס.
63. בעניין **ברנע** דובר, בין היתר, על נישום שדיווח על רווחים ראויים לחלוקה שנבעו מרווחי אקוויטי מהחזקה בחברה בעלת מפעל מאושר. כבוד סגנית הנשיא וסרקרוג קבעה באותו מקרה כי רווחי אקוויטי אינם נכללים בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה לפי **החלופה המיסויית** (ראו סעיף 45 לפסק דינה). בכל הכבוד, איני יכול להסכים עם שלילה גורפת זו. עם זאת, יש לשים לב לעובדות הייחודיות שבעניין **ברנע**, אשר שונות באופן מהותי מערעור דנא. בעניין **ברנע** רווחי האקוויטי נרשמו בגין החזקה בחברה בעלת מפעל מאושר, לפי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959. לפי הוראות החוק חלוקת רווחי החברה הכלולה באותו המקרה הייתה מחייבת את ההכנסה המחולקת במס חברות. ברי כי התוצאה הסופית בעניין **ברנע** מוצדקת גם לשיטתי. לא ניתן לקבוע כי רווחי האקוויטי נתחייבו במס שעה שחלוקת הדיבידנד בגין רווחים אלו צפויה להוליד חבות נוספת במס.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ע"מ 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

1 יוער כי על עניין **ברנע** הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אך ערעור זה עסק בסוגיות אחרות שנידונו
2 בפסק הדין ולא התקיים דיון בנוגע לרווחים הראויים לחלוקה (ע"א 2552/11 ז"ר עלי ברנע נ' פקיד
3 שומה חיפה, ניתן ביום 2.4.2013 [פורסם במיסים און-ליין]).
4

5 64. בעניין **פרל** דובר על חברת בית, כמשמעות המונח בסעיף 64 לפקודה, אשר ביקשה לחלק בפטור
6 ממס רווחים שנבעו מהכנסה משערוך נכסי נדל"ן, הכנסה שאינה חייבת במס לפי הפקודה. בית
7 המשפט העליון קבע באותו המקרה כי הדיבידנד יחויב במס ולא יראו אותו כדיבידנד שפטור ממס
8 מאחר שחולק מתוך הכנסותיה של חברת הבית. הדגש של בית המשפט העליון באותו המקרה היה
9 על כך שהנישום לא יכול לחמוק כליל ממסיו – לטעון ברמת החברה כי הכנסת השערוך אינה חייבת
10 במס ולטעון ברמת היחיד כי הרווח חולק מתוך הכנסת חברת הבית (ראו פסקה 56 – 59 לחוות דעתו
11 של כבוד השופט גיוראן ואת חוות דעתה של השופטת חיות). דומני כי קביעות אלו מתיישבות היטב
12 עם עמדתי בערעור דנא ובעניין **קליימן**. הקביעה האם רווח מסוים נתחייב במס צריכה להיעשות
13 באופן מהותי ולא באופן טכני. כשם שלא ניתן לקבל מצב שבו רווחים יחולקו בפטור ליחיד מבלי
14 שישולם בגינם מס ברמת החברה, כך גם לא ניתן לקבל את המצב ההפוך שנישום ידרש לשלם מס
15 רווח הון בגין רווח שבאופן מהותי ימומש בפטור ממס.
16

17 65. לאור כל האמור אני מקבל את עמדת המערער כי יש לכלול את רווחי האקוויטי במסגרת חישוב
18 הרווחים הראויים לחלוקה על פי **החלופה המיסוית**.
19

אחרית דבר

20 הערעור מתקבל בכפוף לאמור בסעיף 33. המערער רשאי לכלול את רווחי האקוויטי של חברת דחף
21 במסגרת חישוב הרווחים הראויים על פי הוראת השעה. חישוב הרווחים הראויים לחלוקה ייעשה
22 רק החל משנת 2000, בה רכש המערער לראשונה את מניות חברת דחף, ולא בגין שנות המס 1996 –
23 1999.
24

25 כל צד יישא בהוצאותיו.

26 ניתן היום, כ"א אב תשע"ג, 28 יולי 2013, בהעדר הצדדים.
27

מגן אלטוביה, שופט