

בית המשפט המחוזי בחיפה**23 נובמבר 2010****ע"מ 906-07 ד"ר עלי ברנע נ' פקיד שומה חיפה**

בפני **כב' השופטת ס' נשיאה ש' וסרקרוג**
המערער **ד"ר עלי ברנע, ת"ז 006145569**

נגד

המשיב **פקיד שומה חיפה**
בשם המערער: עו"ד דורון ליפשיץ
בשם המשיב: עו"ד סוזן בוקובצקי, פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)

פסק דין**ההליך:**

1. המחלוקת בתיק בהתייחס לשנות המס 1998-2002 (להלן: **שנות המס שבערער**) נוגעת לסיווג תשלומים ששולמו על ידי חברת **בייטמן הנדסה בע"מ** (להלן: **חב' בייטמן ישראל** או **החברה**) למערער שהועסק על ידה והיה מנכ"ל החברה.

לטענת המערער מדובר בדיבידנדים ששולמו לו מכוח היותו בעל מניות בכורה בחברה, ואילו לטענת המשיב מדובר בשכר עבודה או בONUS או דמי ניהול ששולמו לו מכוח היותו עובד של החברה. לחלופין טוען המשיב כי תשלום דיבידנד גבוה למערער בסמוך למכירת מניותיו, עקב פיטוריו בשנת 2002, מהווה רווח הון ממכירת המניות. מחלוקת נוספת עניינה אופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם לסעיף 94ב לפקודת **מס הכנסה** (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: **הפקודה**). המערער מוסיף וטוען כי אם תתקבל עמדת המשיב, אזי **יש לחייב את חב' בייטמן ישראל** בחוב המס הנדרש ממנו.

הרקע והנסיבות הצריכים לעניין:

2. בעקבות דיווח של עובד בכיר שהועסק על ידי חב' בייטמן ישראל על מכירת מניותיו בחברה, וכן חלוקת דיבידנד בסמוך, הזמין המשיב באמצעות רו"ח ירון חושקובר, מנהל תחום ביקורת, רכז בכיר בחוליית פקיד שומה מפעלים גדולים אצל פקיד שומה חיפה (להלן: **מר חושקובר**, תצהיר עדות ראשית מ/9), את העובדים הבכירים הישראליים אשר קיבלו מניות בכורה ודיבידנדים מהחברה, ונבחנו הדיווחים שנמסרו למשיב במהלך שנות המס 2002-1998 (כולל).

במקביל נעשתה גם ביקורת אצל חב' בייטמן ישראל. בנוגע לחלוקת "הדיבידנדים" לעובדים בכירים, הסכימה חב' בייטמן ישראל, לחתום על הסכם פשרה אשר לפיו קיבלה בין היתר על עצמה לשאת בתשלומי המס המגיעים מאותם עובדים, להוציא המערער.

המערער עצמו לא הגיש דו"ח שנתי בתקופה בה היה מועסק על ידי חב' בייטמן ישראל, על אף שחובה הייתה עליו לעשות כן, לאור היקף הכנסתו.

3. המערער עבד בקבוצת בייטמן בדרום אפריקה והתבקש בשנת 1991 לשוב לישראל ולנהל את חב' בייטמן ישראל כמנכ"ל. מאחר שלחברה היה גרעון בהון העצמי, התנה המערער הסכמתו לנהל את החברה בהקצאת מניות בכורה לו ולבכירים נוספים בחברה אותם גייס לעבודה, מתוך הבנה כי אלה יניבו לו ולבכירים האחרים "דיבידנד בכורה" ברווחי שלוש חברות ישראליות המוחזקות על-ידי חברת נדל – חברת האם, שהיא חברה הולנדית, שלימים הפכה לחברת ביטפרו (להלן: חב' האם או נדל).

הסכם הקצאת המניות :

4. נדל מחזיקה ב- 100% ממניות שלוש (3) חברות ישראליות: חב' בייטמן ישראל, המכונה בהסכם ההקצאה "בלי" ("BELI") – היא החברה, חברת אי.די.סי בע"מ ("IDC") ו- חברת אי. פי. סי. אם אינטרנשיונל בע"מ ("EPCM"). יצוין כי החברה האחרונה - "EPCM" - היא חברה בלתי פעילה והגישה דוח מס אחרון בשנת 1997.

עוד יצוין, כי חב' בייטמן פרוייקטים שהיא חב' בת של חב' בייטמן ישראל הוקמה בשנת 1993, והיא מפעל המקבל הטבות כמפעל מאושר, במסלול החילופי. חברה זו לא נכללה בהסכם הקצאת המניות.

5. ביום 28/6/93 נחתם הסכם הקצאת המניות בין חב' האם-נדל לבין ארבעה עובדים של החברה, שביניהם המערער (להלן: הסכם הקצאת המניות). על פי הסכם ההקצאה, רכשו העובדים הבכירים מחב' האם מניות בכורה הניתנות לפדיון בחב' בייטמן ישראל.

עוד מוסכם, כי חב' האם הקצתה עוד שלוש סדרות של מניות בכורה למספר עובדים בכירים בחברה, במתכונת זהה. סך הכול מדובר בשמונה עובדים בכירים. בשנת 1994, עזב עובד אחד את החברה והמיר מניותיו.

אופן רכישת מניות הבכורה :

6. על-פי הסכם ההקצאה האמור, רכש המערער 52,800 מניות בכורה הניתנות לפדיון בחב' בייטמן ישראל (שהן 10% ממניות החברה), תמורת סך 63,360 ש"ח. למערער לא הוקצו מניות בכורה נוספות מעבר להקצאה הראשונית. העובדים הבכירים האחרים החזיקו יחד ב- 8.5% ממניות החברה.

אין חולק כי על-פי פקודת החברות, נכון לאותה עת, לא יכלה חברה לסייע ברכישת מניותיה ו/או לרכוש את מניותיה שלה. לפיכך לצורך ביצוע הסכם הקצאת המניות הקימה **נדל** גוף בחו"ל, בשם "**בייטפרו אינטרנשיונל טרסט**" המשמש כ"**נאמנות**" לצורך מניות הבכורה (להלן: **הנאמן**). מנגנון הנאמנות הוסדר בנספח ג' להסכם הקצאת המניות.

תפקיד **הנאמן** היה להעניק הלוואות לעובדים הבכירים לצורך רכישת המניות, לקבל עבור העובדים את הדיבידנדים בעת חלוקתם, להחזיר לעצמו את ההלוואה מתוך הדיבידנדים המחולקים ואת היתרה ליתן בידי העובדים (סעי' 9 לתצהיר עו"ד סלע. מסומן ע/7). הנאמן שילם לחב' **בייטמן ישראל עבור המניות**, על פי ההסכם. ההלוואה נועדה לרכישת מניות הבכורה באופן ספציפי ולא נשאה כל ריבית. ההלוואה ניתנה ללא כל ערובה או בטוחה אחרת. לצורך פירעונה ואם העובד לא עמד בהתחייבות, יכול היה המעביד או מי מטעמו להיפרע רק מהמניות עצמן שנרכשו מכספי ההלוואה.

החזר ההלוואה בוצע בדרך של קיזוז מדיבידנדים שיתקבלו בעתיד בידי הנאמן לטובת העובד (עד גובה מחצית מכול תשלום דיבידנד), והיתרה הייתה מועברת לעובד. חלוקת דיבידנד הותנתה בקיום רווחים לחלוקת דיבידנד, ובהעדר רווחים, ההסכם פוקע. כאמור, החברה לא הייתה יכולה להשיב לעצמה את ההלוואה אלא באמצעות קיזוז כספים המתקבלים כדיבידנדים בידי הנאמן לטובת העובד.

ואכן, בהתאם להסכם ולמנגנון הנאמנות, נרכשו ע"י המערער והעובדים הבכירים האחרים באמצעות הלוואה שהוענקה להם על-ידי הנאמן מניות הבכורה, למעט ערכן הנקוב של המניות אשר שולם על-ידי העובדים (המערער שילם 528 ש"ח תמורת הקצאת 52,800 בכורה).

בהתאם להסכם הוחזרה ההלוואה מתוך דיבידנדים שהתקבלו. המערער סיים להחזיר את ההלוואה עד ל-12/97.

מאפייניה של מניית הבכורה על פי הסכם ההקצאה :

7. עם חתימה על הסכם ההקצאה היה על **נדל** לגרום לסיווג מחודש ולהגדלה של הון המניות הרשום של חב' **בייטמן ישראל** בסך של מיליון ש"ח, כאשר מתוכן 248,000 מניות בכורה בעלות ערך נקוב של 1 ש"ח, ולהביא לשינוי תקנון החברה.

לבעלי מניות הבכורה לא הייתה זכות הצבעה בחברה, אך היו להם זכויות מועדפות של דיבידנד בכורה **שלא נצבר**. ניתן היה להמירן למניות רגילות, על פי התנאים שפורטו בנספח א' להסכם ההקצאה (סעיף 1 של הסכם ההקצאה).

בעקבות הסכם הקצאת המניות שונה תקנון החברה כדי לאפשר חלוקת דיבידנדים לבעלי מניות בכורה. חלוקת הדיבידנדים הייתה באישור רואה החשבון של החברה, שאישר שקיימים עודפים הניתנים לחלוקת דיבידנד כדין.

בהסכם הקצאת המניות הוסכם על מנגנון הקובע חובתו של העובד למכור את המניות לחברה עם הפסקת יחסי העבודה. הסדר זה נועד, בהתאם לתצהיר עו"ד סלע, לשמור על האופי המקצועי של החברה, לכן על-פי אותה עדות לא יכול העובד שהוא בעל מניית הבכורה להוריש את המניות. ואולם, כפי שהפנה המשיב בתצהירו (סע' 53 לתצהיר חושקובר המפנה לנספח ז' לתצהיר) בהתאם לתקנון ההתאגדות של החברה, אין כל מגבלה על הורשת מניות החברה.

מכאן שמניות הבכורה הותנו בכך שמי שזכאי כי אלה יוחזקו עבורו על ידי נאמן, צריך שיהיה במעמד של עובד. ניתוק יחסי עובד-מעביד מחייב את בעל המניות להחזיר את מניותיו לנאמן. על פי סעיף 13 להסכם ההקצאה וסעיף 10 להסכם הנאמנות, אין לבעל מניות הבכורה כל זכות למניות הבכורה במנותק מהקשר התעסוקתי שלו עם **חב' בייטמן ישראל**.

בעלות רשומה על מניות הבכורה :

8. על פי סעיף 9 נספח ג' להסכם שהוא הסכם הנאמנות, לבעלי מניות הבכורה לא הייתה כל זכות לדרוש להירשם כבעלים של המניות או לדרוש מהנאמן לרשום אותם על שמו של צד שלישי. כמו כן לא הייתה זכות לבעל מניות הבכורה לקבל אותן לידי מאת נאמן המעביד, לשעבד את המניות או להוריש אותן, להעבירן לאחר או לפדות אותן. כמו כן לא נשמרה לו זכות סירוב ראשונה או זכות "הצטרפות" במקרה של מכירת מניות הרוב.

יצוין עוד, כי **הנאמן**, שהוקם כ"**בייטפרו אינטרנשיונל**" נרשם כבעלים של כל מניות הבכורה, מבלי לציין כי הוא משמש נאמן, ולמרות שהעובדים הבכירים היו למעשה הבעלים של אותן מניות, החזיק **הנאמן** בהן ופעל בהתאם להוראות החברה. העובדים לא החזיקו בשטר המניות, ואף לא היו רשומים כבעליהן.

דיבידנד על-פי הסכם ההקצאה :

9. על פי הסכם ההקצאה והסכם הנאמנות, הזכות המהותית העיקרית ואולי אף היחידה למי שנחשב כבעלים של אותה מנייה, הייתה זכות לדיבידנד כל עוד הוא עובד בחברה. הזכאות כאמור לדיבידנד היא מרווחים לא של **חב' בייטמן ישראל** בלבד, אלא משלוש החברות הישראליות שכונו "**BELI**", "**IDC**" ו-"**EPCM**".
(להלן: **החברות הישראליות**).

נעיר בשלב זה, שהעובדה שיש קשר בין היות המערער עובד בחברה לעצם זכותו להיות בעל מניות בכורה – אין בה כדי להצביע בהכרח על סיווג ההכנסה מחלוקת הרווחים, לפחות לא כנימוקי יחיד, וזאת בהבדל מבחינת מיהות הרווח שחולק.

אופן חלוקת הדיבידנד בפועל :

10. אין חולק כי במהלך השנים מאז הסכם הקצאת המניות חילקה החברה דיבידנדים לבעלי מניות בכורה באופן יחסי לפי שיעור החזקתם. חלוקת הדיבידנדים הייתה באישור רואה החשבון של החברה לקיומם של עודפים הניתנים לחלוקת דיבידנד כדין, לכל חלוקת דיבידנד ניתן אישור מועצת המנהלים ואישור האסיפה הכללית והחברה ניכתה מס בשיעור של 25% כמתחייב מחלוקת דיבידנד. ואולם הדיבידנד חושב בפועל לא על פי הנוסחה שנקבעה בהסכם אשר היווה תיקון לסעיף 4 לתקנון החברה, כלומר לא רק מרווחי החברות הישראליות, אלא נכללו בו גם רווחים של חברות זרות, חברות אחיות של חב' בייטמן ישראל בחו"ל, בגין פרויקטים שהעובדים הבכירים השתתפו בניהולם. מוסכם כי נוהל זה התקיים על אף שתקנות ההתאגדות של חב' בייטמן ישראל והסכם הקצאת המניות, לא שונו.

המרת מניות הבכורה למניות רגילות ופיטורי המערער:

11. האסיפה הכללית של חב' בייטמן ישראל החליטה ביום 30/10/00 - החלטה שנרשמה אצל רשם החברות ב-20/6/02 - להמיר את כל מניות הבכורה למניות רגילות. למרות האמור המשיך הנאמן לחלק דיבידנד לעובדים הבכירים בלבד על בסיס רווח ניהולי של חברות אחיות זרות בניגוד להסכם ושלא בהתאמה להחלטת בעלי המניות. יודגש, כי לעמדת המערער, החלטה זו לא מומשה (סעיף 11 לנימוקי הערעור).

בסך הכול בשנות המס 1998-2002 (כולל), חלקה החברה דיבידנדים לעובדים הבכירים בסדר גודל של כ-30 מיליון ש"ח, ובו בעת דיווחה על הפסדים שוטפים לצרכי מס, למעט בשנים 1998-1999 בהן דווחה על רווחים מזעריים. לצורך חלוקת הדיבידנדים האמורים, לקחה החברה הלוואות מבנקים. כלומר, מדובר בחלוקת דיבידנד שלא מרווחי החברה בפועל.

12. בשנת 2002 שונתה הבעלות והשליטה בחברה באמצעות שינוי בעלי המניות בנדל. לדברי המערער, בשל החלפת הבעלים, קיבל ביום 19/2/02 הודעה על פיטוריו מתפקיד המנכ"ל, אשר נכנסו לתוקף לאחר תקופת הודעה מוקדמת של 3 חודשים, ביום 31/5/02 (נספח י1 לתצהיר המערער - ע/2).

13. בטרם נכנסו הפיטורין לתוקף, פנה המערער לחב' בייטמן ישראל בדרישה לחלק דיבידנד חצי שנתי לתקופה המסתיימת בדצמבר 2001 וזאת מכוח היותו בעל מניות בכורה בחברה. על כך השיבה לו החברה באמצעות בא-כוחה, כי לא הוכרז דיבידנד לאותה תקופה, וכי כבעל מניות בכורה אין לו זכות לדרוש חלוקת דיבידנד (מכתב תשובה מיום 28/5/02 - נספח ח' לתצהירו של מר חשקובר).

לאחר פיטוריו נדרש המערער ביום 28/11/02 למכור את מניותיו בחברה לנאמן, וזאת בהתאם להתחייבותו בהסכם הקצאת המניות. תחילה טען המערער, כי המחיר המוצע אינו משקף את שווי החזקותיו בחברה. בעקבות משא ומתן בין הצדדים נחתם הסכם ביום 29/11/02 שהוא הסכם למכירת המניות (מצורף כנספח ח' לתצהיר המערער). בין היתר הוסכם בו כי:

- (1) החברה תחלק לבעלי מניותיה דיבידנד, שחלקו של המערער בו \$2,000,000 (ברוטו) - סכום המגיע בשקלים ל-9,286,000 ש"ח, אשר נתקבל אצל המערער בשנת 2002, ואשר דווח כתשלום "דיבידנד";
- (2) המערער יקבל דמי ייעוץ בסך של \$100,000 + מע"מ בגין ייעוץ שנתן לחברות השונות;
- (3) המערער ימכור את מניותיו בחברה תמורת \$280,000; ואת מניותיו בחברת IDC תמורת \$120,000.

רווחים הראויים לחלוקה:

14. אין חולק כי בדיווח על רווח הון ממכירת מניות החברה, דיווח המערער על סכום אינפלציוני החייב במס בשיעור של 10% כתוצאה מרווחים הראויים לחלוקה, בסכום של 1,236,680 ש"ח, לפי סעיף 94 לפקודה. המשיב לא הכיר בחישוב שנעשה, מאחר שהם כללו רווחים של חב' בייטמן פרויקטים שהיא חב' בת של חב' בייטמן ישראל שהוקמה בשנת 1993, והיא מפעל המקבל הטבות כמפעל מאושר במסלול החילופי - רווחים אלה שהם רווחי אקוטי, אינם לדעת המשיב רווחים הראויים לחלוקה.

לכן, מרכיב רווח ההון הנובע מרווחי אקוטי, לא הוכר ורווח ההון הריאלי נקבע לסך 1,169,531 ש"ח.

הדיווח והשומה:

15. המשיב קבע למערער שומה, לאחר שניתנה לנישום הזדמנות סבירה להשמיע טענותיו (סעיף 158א לפקודה) לשנות המס שבערעור 1998-2002, לפי מיטב השפיטה בצו (סעיף 152(ב) לפקודה), לפי הפירוט הבא:

שנת המס	1998	1999	2000	2001	2002
הכנסה מוצהרת ממשכורת	1,045,921	1,129,939	1,355,002	1,395,979	547,874
הכנסה שדווחה כדיבידנד	205,063	1,627,965	2,164,584	2,317,758	9,286,000
הכנסה ממשכורת בשומה	<u>1,205,984</u>	<u>2,757,904</u>	<u>3,519,586</u>	<u>3,713,737</u>	<u>9,967,282</u>

חישוב רווח הון ממכירת מניות חב' בייטמן ישראל ב- 2002

חישוב מוצהר	חישוב בשומה	
1,300,040	1,300,040	תמורה
63,360	63,360	עלות
1,236,680	1,236,680	רווח הון
56,898	56,340	סכום אינפלציוני פטור
*1,179,782	10,809	סכום אינפלציוני חייב
<u>0</u>	<u>1,169,531</u>	רווח הון ריאלי

*על-פי חישוב מקדמת מס

טענות בעלי הדין :

16. המשיב טען כי רכישת המניות בחברה נעשתה כרכישת מניות **בהלוואת שיעבוד Non Recourse** ולכן ראה בה הכנסת עבודה או לחלופין ביקש לראות בתשלום הדיבדנד ששולם ב- 2002 רווח הון ממכירת מניות. המשיב סירב עוד להכיר בסכום האינפלציוני המתקבל על-פי חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, וזאת מאחר שלטענתו רווחי האקוויטי אינם בגדר "רווחים הראויים לחלוקה".

המערער טען כי יש ליתן את מלוא כובד המשקל להגדרות המשפטיות שניתנו על ידי הצדדים בחוזים הרלוונטיים, וכי לא עמד כול שיקול מס עובר לאותו מועד, לפחות לא כטעם בלעדי או עיקרי. יחד עם זאת, נקודת המוצא צריכה להיות כי רשאים הצדדים לתכנן עסקה לצרכיהם במבנה משפטי דל מיסים, ואין בכך בלבד כדי להפוך אותו חוזה לעסקה מלאכותית. המערער דחה הטענה כי התמורה שנתקבלה בגין מכירת המניות הייתה במחיר גבוה הכולל גם את סכומי "הדיבדנד", וכן עמד על הטענה כי הסכום האינפלציוני כפי שחושב, הוא הנכון.

הגדרת המחלוקות :

17. עיקר המחלוקת בין בעלי הדין, נוגעת איפוא לשאלת סיווגי התשלומים שדווחו כדיבדנד על ידי המערער במהלך שנות המס שבערער. יוער בשלב זה כי למרות שטיעוני המערער הם כביכול טיעוני נגד לטענה אפשרית של המשיב בדבר "עסקה מלאכותית", ולכן טוען המערער כי זכותו ליצור מבנה דל מיסים, הרי שהמשיב לא טוען כלל כי הסכם הקצאת המניות הוא הסכם מלאכותי, אלא טוען לסיווג שונה של העסקה (עמ' 317 לפרוט' שורות 27-30 וכן הערת בית המשפט בעמ' 303 לפרוט' שורה 11); כלומר, מתן משמעות משפטית שונה למערכת העובדות שהוצגה על-ידי הנישום המביאה לתוצאה שונה מבחינת המס – חיוב במס כהכנסת עבודה ולא כדיבדנד (ראה גם החלטה בתיק מיום 10/7/08).

18. הטענה החלופית של המשיב מתייחסת לסכומים שקיבל המערער בשנת 2002 כדיבדנד, כרווח הון ממכירת המניות. טענה חלופית זו, היה מקום להעלותה, מאחר שבהבדל משיעור המס מהכנסה מדיבדנד שעמד במועדים הרלוונטיים על 25% (מס שנוכה במקור), שיעור המס שהיה נהוג אז על רווח הון עמד על מס שולי - שיעור הזהה להכנסה שהוגדרה כהכנסת עבודה. טענה חלופית זו יהיה צורך לדון בה, אם לצורך בחינת מהותו של הסכום שדווח לאותה שנה כדיבדנד, או אם עמדת המשיב, להכיר בכלל תשלומי הדיבדנד כהכנסה משכר, תידחה.

מחלוקת נוספת, מצומצמת בהיקפה, נוגעת לאופן חישוב רווח ההון שדווח ממכירת המניות, ועניינו, פרשנותו של סעיף 94ב, לפקודה.

19. טענות נלוות עניינן: נטלי הראייה, הפלייה על דרך ההשוואה להסדר השומתי אליו הגיע המשיב עם חב' בייטמן בישראל וחובת החברה לשאת גם במס שיחוייב בו המערער, אם עמדת המשיב תתקבל, כולה או חלקה. אעיר תחילה בשאלת נטלי הראייה; לאחר מכן במחלוקות העיקריות; לבסוף אבחן הטענות הנוספות, ככול שיידרש.

דיון ומסקנות

סדר הבאת הראיות ונטלי הראייה:

20. בשלבים המוקדמים של הדיונים בתיק טען המערער כי על המשיב להתחיל בהבאת ראיותיו, הן על דרך השוואה לחרוג הקבוע בסעיף 155 לפקודה (שוני בנטלי ראייה בנוגע לשומה שהוצאה בספרים קבילים) והן לאור העובדה כי טענות המשיב הן בגדר טענה לעסקה מלאכותית, כהגדרתה בסעיף 86(א) לפקודה. בהחלטה שניתנה ביום 10/7/08, נדחתה בקשת המערער לשינוי בסדר הבאת הראיות וכן לשינוי בנטלי הראיות.

בשלב הזה של הדיון ניתן להבהיר, כי לאור כלל הראיות שהוצגו, אין צורך לחזור ולדון בשאלת הנטלים. שאלה זו, יכול שבית המשפט יידרש לה, כאשר בסיום ההליך, מצב הראיות מאוזן (עמ"ה (מחוזי-חי') 240/01 **תחנת שירותי רכב רוממה נ' פקיד שומה חיפה**. [פורסם בנבו] ניתן ביום 27/5/03; ע"ש (מחוזי-חי') 685/01 **יני נ' ממונה אזורי חיפה**, [פורסם בנבו]. ניתן 8/10/03). לא כך פני הדברים בענייננו.

סיווג תשלומי הדיבידנד המדווחים:

21. המחלוקת העיקרית נוגעת לשאלת סיווג הסכומים ששולמו למערער במהלך שנות המס שבערער ואשר דווחו על ידו כדיבידנד.

נקודת המוצא, כפי שציננה גם באת כוח המשיב, היא - גם בדיני המיסים ואולי בעיקר בתחום משפטי זה - שעסקה יש למסות על-פי תוכנה הכלכלי ועל-פי מהותה האמיתית, והצורה הפורמאלית שניתנה לאותה עסקה - ההסכמים שנעשו על ידי בעלי הדין - אינה הגורם המכריע לצורך זה. מסקנה זו אף אינה סותרת את עקרון חופש החוזים, המתווה הצורך בתיאום בין המהות האמיתית של העסקה ללבוש המשפטי הפורמאלי.

פקיד שומה רשאי ואולי אף חייב לבחון עסקה המובאת בפניו, על-פי טיבה הכלכלי-עסקי האמיתי, בין באמצעות המסלול של הדין הכללי - דיני התאגידים ובין במסלול של תחום דיני המס, המגביל את הנישומים לתכנון מס לגיטימי (ע"א 3415/97 **פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבניין, פיתוח ומימון בע"מ**, פ"ד נז(5) 915, 922,

להלן: **פס"ד רובינשטיין**), במיוחד כאשר אופן חלוקת הרווחים בענייננו, כתשלומי "דיבידנד", חורג מן ההסדר החוזי.

22. אין בעובדה שחברה כינתה חלוקת רווחים בשם "דיבידנד", כדי לקבוע את מהות התשלום שבוצע. פקיד השומה אינו חייב לקבל את הגדרת החברה לחלוקת רווחיה, והוא רשאי, ואף חייב, לבדוק את מהות שירותיו של העובד לחברה, ואת ההקשר בו חולקו לו רווחיה של החברה. אם איפוא יתברר לאחר הבדיקה שאין מדובר בחלוקת דיבידנד אלא במתן בונוס לעובד, המחזיק גם במניות מיוחדות בה, הרי שיוכל פקיד השומה לראות בחלוקת הרווחים כהכנסת עבודה ולמסותם בהתאם.

המסקנה מן האמור, שתשלום מסוים אפילו כונה על ידי הצדדים כ"דיבידנד" ואפילו בוצע התשלום תוך הקפדה על הפרוצדורה הקבועה בדיני חברות לחלוקת דיבידנד ובחווה שבין הצדדים בנושא זה, לא ייחשב בהכרח ככזה, אם המבחן המהותי אינו מצדיק מסקנה כזו (אמנון רפאל/מס הכנסה, שם עמ' 179).

בענייננו, די במסלול של הדין הכללי, כדי להעלות ספק בדבר סיווגם של התשלומים המדווחים כדיבידנד. הראיות במצטבר מובילות למסקנה כי תשלומי הדיבידנד המדווחים, הינם בגדר הכנסת עבודה. המסקנה מתחזקת כאשר נבחנת המחלוקת על בסיס דיני המס, אשר **אינו** מאמץ את ההסדרים הנורמטיביים שהותוו בחוק החברות.

23. יש להבחין בין עצם הזכות להיות בעל מנייה של החברה, שיכול שתהא קשורה להיות המחזיק בה עובד בחברה, לבין שאלת סיווגו של הרווח שחולק, סיווג שצריך להיעשות על פי מהותו של אותו רווח וקיומו או העדרו של קשר סיבתי בינו לבין היות העובד, בעל מנייה.

חיזוק הקשר בין העובדים לחברה כמעביד, יכול שייעשה באמצעות עידוד העובדים לקחת חלק בהון החברה לאורך זמן, דבר שיכול שייעשה גם באמצעות זכאות להיות בעל מנייה או לקבל אופציות המופקדות בידי נאמן. התכלית האמורה מקודמת באמצעות דחיית מועד החיוב במס ובמנגנון המחייב הפקדתן של האופציות בידיו של נאמן. ואולם, כול זאת **ללא קשר לסיווג ההכנסה** המתקבלת – שעה שיש לעמוד על ההבחנה אם זו נבעה מן **הזכות כבעל מנייה**, או שמא **כהטבה בשל יחסי עובד-מעביד**. (ראה לצורך השוואה ע"א 6159/05 פקיד שומה ת"א נ' יחזקאל לפיד וחגי כץ, [פורסם בנבו], (31/12/08) (להלן: **פס"ד חגי כץ**)).

דיבידנד, יוכר ככזה רק כאשר הסכום הועבר לבעל המנייה **בשל היותו בעל מנייה** ומכוח **הזכויות הנלוות למנייה**. זאת להבדיל מקבלת תשלום בשל מתן שירותים או עקב יחסי עובד-מעביד. כלומר, יש לבחון את הקשר הסיבתי לחלוקת הרווחים. סיווג התשלום הוא בחינה מהותית של האירוע הנוגע בדבר.

אין מחלוקת כי שיתוף עובדים ברווחי החברה, שלא באמצעות הפיכתם לבעלי מניות בה, אינו הופך את הרווחים הניתנים בידי אותם עובדים ל'דיבידנד', אלא דינם של התקבולים כדין הכנסת עבודה; ואולם, העובדה שעובד הוא בעל מניה, אינו הופכת אוטומטית כול תשלום שנתקבל על ידו, כדיבידנד. כאשר הסיבה לחלוקת הרווחים אינה בהקשר לזכויות הנלוות למניה, אלא פועל יוצא של שכר או הטבה אחרת במסגרת יחסי עובד-מעביד, אזי אין התשלום בגדר דיבידנד.

מסקנה זו תואמת גם למאפיינים הרלוונטיים של המונחים - 'הכנסת עבודה' ו'דיבידנד' - בפקודת מס הכנסה, הגם שאין בפקודה הגדרה מהותית של המונח 'דיבידנד': הכנסה מעבודה מוגדרת בסעיף 2(2) לפקודה כ"השתכרות או ריווח מעבודה; כול טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו...". ואילו הכנסה מ"דיבידנד" נחשבת להכנסה פסיבית, הנובעת מ"תשואה על הון מושקע ללא הגבלה בזמן בגוף מאוגד" (אמנון רפאל, מס הכנסה, עמ' 102). הכנסה כזו של בעל מנייה אינה דורשת ממנו יגיעה אישית (ע"מ (מחוזי-חי') 724/05 בן עוז שמואל נ' פקיד שומה חיפה, [פורסם בנבו] תק-מח 2009(1) 3704, 3709).

'דיבידנד' לצורך פקודת מס הכנסה:

24. ועוד, יש להדגיש, כי בפקודת מס הכנסה, אין הגדרה מהותית למונח 'דיבידנד'. לעומת זאת ניתן למצוא הגדרה בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות). לכאורה, במצב עובדתי כזה, התחייב לכאורה כי תעשה פנייה ראשונה לחוק החברות, אשר בשונה מן העיקרון שעמד בבסיס ההסדר בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות), קובע כי חברה יכולה לבצע "חלוקה", לפי שני מבחנים: מבחן הרווח, המתייחס לרווחים הניתנים לחלוקה, לפי כללי חשבונאות מקובלים ומבחן יכולת הפירעון. לעומת זאת ההסדר הקבוע בפקודה, המעניק הקלות להכנסה מדיבידנד בנוגע למיסוי, מתבסס על ההנחה כי הדיבידנד השתלם מרווחי חברה, שעליהם בהעדר הוראה אחרת, שילמה החברה מס חברות. לפי פקודה מס הכנסה רק רווחי החברה בפועל ניתנים לחלוקה כ"דיבידנד", ומזכים אותו בשיעור מס מוגבל, מתוך הנחה שהוא חולק לאחר שהרווח ממנו כבר נשא במס חברות (אמנון רפאל בהשתתפות שלומי לזר מס הכנסה 171-178 (2009)). להלן: רפאל ולזר/מס הכנסה). וכך אם חילקה חברה לבעלי מניותיה כספים או רכוש מבלי שהיו לה רווחים כדי סכום החלוקה, והיה באופן ביצוע החלוקה כדי להקטין את הונה העצמי, לא תיחשב חלוקה כזו ל"דיבידנד".

בשונה איפוא מהעקרונות הקבועים בחוק החברות ולפיהם ניתן לבצע "חלוקה" העומדת בשני מבחנים: מבחן הרווח המבוסס על כללי החשבונאות המקובלים ומבחן יכולת הפירעון, מאמצת פקודת מס הכנסה את התפיסה כי יש ליתן הקלות במס להכנסה מדיבידנד, מאחר שהדיבידנד השתלם מרווחי החברה בפועל, קרי שעליהם, בהעדר הוראה אחרת, שילמה החברה מס חברות.

האפשרות הקיימת היום איפוא על-פי חוק החברות, לבצע "חלוקה" על בסיס רווחים הנובעים מכללי חשבונאות מקובלים" ולא על-פי רווחים בפועל, נסוגה מפני הוראות דיני

המיסים, במיוחד כאשר קיים חשש שמשלמי המס ינצלו עקרונות אלה לשם הקטנת סכום המס או דחיית מועד תשלומם (ראה להשוואה בשאלה אם רווחי אקוויטי מהווים הכנסה, ע"מ (מחוזי-ת"א) 1183/05 קליימן נ' פקיד שומה פתח-תקווה [פורסם בנבו] (השופט אלטוביה). ניתן ביום 5/8/10, והאסמכתאות המפורטות בסעיפים 17 ו-18 של פסק הדין, להלן: פס"ד קליימן).

המסקנה מן האמור, שלצורכי דיני המס, חייבים להיות לחברה רווחים בפועל כדי שיחולק דיבידנד, ולא רק רווחים שהם תוצאה של כללים חשבונאיים (ראה גם אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215 (תשס"ח)).

25. על סמך העקרונות שפורטו לעיל, יש לבחון את סיווג התשלומים ששולמו למערער. נראה כי מכלל הראיות במצטבר עולה המסקנה שמדובר בהכנסת עבודה. סכומי ה"דיבידנד" ניתנו כפועל יוצא מהשקעת עבודה ומרווחים שנוצרו אצל אותן חברות בהן בוצעה העבודה על ידי העובדים הבכירים שהיו גם בעלי מניות הבכורה, מבלי שרווחים אלה של אותן חברות נכללו בדוחות החברה, ומבלי שאלה נכללו בהסכם הקצאת המניות. ה"דיבידנד" שולם כביטוי לקיומו של קשר ישיר בין בעלי מניות הבכורה, כמבצעי עבודה, להטבה שנוצרה עקב אותה השקעה, וכביטוי להצלחת פרויקט בחברה הנהנית. ועוד, חלוקת ה"דיבידנד" נעשתה שלא מרווחים שהיו לחברה, אלא מרווחים של כלל החברות בהן בוצעה עבודה, גם באלה שבהן לא החזיקו אותם עובדים בכירים במניות בכורה, וזאת כאות הוקרה על השקעתם, שעה שלא נעשתה כל חלוקת דיבידנד לבעלי מניות רגילות. אפרט מסקנתי.

ומן הכלל הפרט :

26. אין חולק בין הצדדים כי הקצאת המניות נעשתה כדי לתגמל את העובדים הבכירים בחברה.

בהתאם לתצהירו של המערער, כשהתבקש לנהל את החברה רצה לתגמל מספר עובדי מפתח בכירים של החברה, שבאמצעותם ביקש והאמין שיוכל להביא לרווחיותה של החברה. לכן ביוזמתו של המערער, נחתם הסכם הקצאת המניות, המקנה מניות בכורה. (סעי' 5 לתצהיר. מסומן ע/2). עוד בהתאם לתצהירו (שם, בסעי' 20) המניות ניתנו לו כדי להוות תמריץ לפעול להגדלת רווחי החברה.

הרעיון של יצירת סוג מניות מיוחד (מועדפות להמרה) שיאפשר לחלק דיבידנד רק לבעלי אותו סוג מניות – שהם עובדים בכירים, נהגה על-ידי רו"ח ברייטמן, שליווה את החברה. לא ניתן להתעלם מן העובדה שהמבנה החדש שיצרה החברה, גם אם בהמלצת רואה החשבון של החברה ועל-פי ניסוחו של יועצה המשפטי, היה של מניות בכורה שניתן רק בידי אותם עובדים בכירים, ובינם המערער, ולא בידי כל בעל מניות אחר של החברה. הגם שעו"ד סלע, שהיה עורך הדין שנתן שירותי ייעוץ קבועים לחברה, העיד כי ייצג בעניין זה רק את האינטרסים של החברה (סעי' 7 לתצהיר. מסומן ע/7), ועל-פי תצהירו נוסח

ההסכם מבלי להיות בקשר מי מהעובדים הבכירים, הרי שאין לקבל עדות זו מבלי להשוות את תוכנה לעדות המערער, ומבלי לבחון את אופן ביצוע התשלומים בפועל ומיהותם. על-פי אותה עדות, בהתאם לתצהיר, העקרונות שהנחו את החברה בהקצאת המניות לעובדים היו: סיוע כספי לעובדים ברכישת המניות, עמידה ביעדי רווח וכן קביעת אפשרות לרכישת המניות בחזרה במקרה של פטירת העובד או סילוקו מהחברה (סע' 8 לתצהיר עו"ד סלע).

יושם לב כי גם המערער עצמו טוען שמדובר במבנה משפטי שנועד לאפשר לתמרץ את העובדים הבכירים על עבודתם – ורק אותם – (סע' 22 לסיכומים), וזאת מבלי שיהיה צורך לשאת בהשלכות רחבות יותר בתחום המס, מעבר לאותם עובדים.

27. בפועל, לצד דאגה לאינטרסים של החברה, בוצע למעשה תגמול ישיר לעובדים הבכירים, מותנה בביצועיהם במסגרת העבודה ולא בהקשר להיותם בעלי מניות דווקא. החלוקה נעשתה בחריגה מבדיקת רווחיות של החברות הישראליות שעמדו בבסיס הרווחים הניתנים לחלוקה, אלא מותנה יותר בהצלחתו וברווחיותו של הפרויקט בו לקחו חלק העובדים הבכירים, כך שהיה בתמורה הנוספת שניתנה מקור ממשי לשיפור תנאי ההעסקה, תוך הצבעה על קשר סיבתי ישיר בין ההטבה לבין ביצוע עבודה (פרויקט) ספציפית.

יובהר כי אין במטרה האמורה כול פסול. המטרה והאמצעים לגיטימיים, ובלבד שלעניין תחום המס, ייעשה סיווג נכון של ההכנסה. משנוצר בפועל קשר ישיר בין התגמול שכוונה "דיבידנד" לתרומה של אותו מנהל בכיר שהיה בעל מניית הבכורה, בהצלחת הפרויקט; ומרווחיה של אותה חברה שלא נכללה בחברות הישראליות, ומבלי ליצור במקביל מנגנון לחלוקת רווחים לבעלי מניות רגילות, הרי שלא ניתן עוד לראות את התגמול לצורכי מס כ"דיבידנד" אלא כהכנסת עבודה.

הרווחים לחלוקה - רווחים של חברות הפרויקט :

28. לעניין הרווחים שחולקו כ"דיבידנד", הרי שמעבר לכך שחלוקת הרווחים לא נעשתה בהתאם להסכם הקצאת המניות, כך שנלקחו בחשבון רווחים של חברות חו"ל שלא הוזכרו בהסכם, אלא היו הן רווחי חברות הקשורות לאותו פרויקט שבוצע על-ידי העובדים הבכירים; הרווחים עצמם חושבו על-פי כללים חשבונאיים מקובלים ולא על-פי רווחים בפועל. יש עוד להעיר בהקשר זה כי לא הובאה כל ראיה מטעם המערער, שעה שהנטל עליו, כי החברה חילקה דיבידנדים אחרים לבעלי מניות רגילות במהלך התקופה הנדונה, למעט דיבידנד בכורה שניתן לעובדים הבכירים. ועוד, כפי שטען המשיב, רווחים אלו של החברות מחו"ל לא דווחו על-ידי החברה במסגרת דוחותיה הכספיים ואינם חלק מ"העודפים של החברה" הראויים לחלוקה (סע' 22 לתצהיר חושקובר).

הוכח והוסכם כי המערער לא היה בעל מניות באותן חברות וממילא לא היה זכאי ליהנות מדיבידנדים מאותן חברות ולפיכך ממילא סכומים שהתקבלו מהן אינם יכולים להיחשב

כ'דיבידנד'. גם בכך יש כדי לבסס טענת המשיב כי מלכתחילה מדובר בתקבולים שהם גמול על עבודה וצריכים לפיכך להיות מסווגים כהכנסה.

29. על-פי תצהיר עדותה של גב' יריב (ע/3) נעשתה חלוקת דיבידנד לבעלי מניות בכורה תחילה פעם בשנה ולאחר מכן פעמיים בשנה (6) על דרך של עריכת מעין "הצעה" לחלוקה לצורך אישור בישיבת הדירקטוריון ובהשתתפות רואי החשבון. הרווחים ששימשו בסיס לחלוקת הדיבידנד היו רווחים שנכללו בדוחות הפיננסיים ורווחים נוספים שיוחסו בדוחות הניהוליים ואלה התקבלו מהנהלת הפרויקט. יחד עם זאת הודתה, שלא דובר על החברות הישראליות. בד בבד בוצע החזר ההלוואות שניתנו לבעלי מניות הבכורה. גובה הדיבידנד שחולק הגיע ל- 70% מהרווח המחושב (תצהיר עדות ראשית של המערער (ע/2)). הרווח נגע כאמור לקבוצה של חברות קשורות (סעיף 17 ל-ע/2) "וזאת עקב היותה של החברה (ופעילותה) הגורם העיקרי המהותי ביצירתו של אותו רווח".

על פי אותה עדות, הדיבידנד חושב לא על פי הנוסחה שהייתה קבועה בהסכם ההקצאה, ולא רק כנגזרת מרווחי החברות הישראליות, אלא גם ובעיקר מרווחים של חברות זרות – חברות אחיות של חב' בייטמן ישראל, שנזקפו לטובת חישוב הדיבידנד, בגין פרויקטים שהעובדים הבכירים השתתפו בניהולם. בהתאם לעדותה של הגב' יריב בבית המשפט, העובדים הנדונים היו קשורים גם בפרויקטים בחו"ל, ולכן לצורך חישוב הדיבידנד נלקחו בחשבון גם רווחי אותן חברות בחו"ל.

30. בנושא זה יש גם להפנות לעדותו של המערער עצמו שהעיד כי היה שותף ליצירת הרווחים של אותן חברות בחו"ל ולכן הוא קיבל זאת כ**בונוס על עבודה קשה** (עמ' 128 לפרוט' - ההדגשה אינה במקור ש' ו'). **בונוס על עבודה קשה ספציפית - אינו דיבידנד, כאשר מדובר ברווח מפרויקט ולא רווח ראוי לחלוקה מכוח המנייה המוחזקת.**

עוד סבור המערער עצמו כי הוא זכאי ל"דיבידנד" לא בשל היותו בעל מנייה, אלא מתוקף השקעתו בפרויקט מסוים ותרומתו בהפקת רווחים ובהשגתם, בהיותו הגורם הפעיל לצורך כך. לעמדתו, אלמלא תפקידו ואופן ביצועו לא היו הפרויקטים ולא היה נוצר רווח לחברה. תרומתו האקטיבית היא שהביאה להתהוות הרווחים ולזכאותו ליהנות מפירות אלה. על-פי עדותו ההצלחה הביאה לריבוי חברות בקבוצה והרווחים החלו להתפצל לעוד חברות בארץ ועוד חברות בחו"ל (עמ' 146 לפרוט').

בהמשך עדותו (בעמ' 143 לפרוט') ניסה להסביר מדוע חברות חו"ל אינן נזכרות בהסכם הקצאת המניות, ולפיה בעת שנחתם הסכם הקצאת המניות לא היו קיימות החברות האחרות, ואלו הוקמו ונוספו מאוחר יותר – אז החלו להילקח בחשבון בעת קביעת הדיבידנדים. המערער הודה כי צריך היה לעדכן את ההסכם, אך הדבר לא נעשה מעולם, למרות שבחישוב הרווחים נלקחו גם אלו בחשבון.

31. חישוב הדיבידנד במקרה כאמור, בו המערער כלל אינו בעל מניות בחברות שרווחיהן נלקחו בחשבון לצורך חלוקת 'דיבידנד', חורג מתקנון ההתאגדות ואף פוגע במהות סיווגו של

התשלום כדיבידנד. משנזנח הקשר בין רווחיות החברות הישראליות לחלוקת הדיבידנד – שהיה אמור לאפיין את הזכות של חברה לחלק דיבידנד ; ולעומת זאת, נוצר קשר של תגמול בין חלוקת דיבידנד לרווחים מאותם פרויקטים שבוצעו על-ידי העובדים הבכירים או חלקם – **תגמול כזה על פניו הוא שכר עבודה.**

המסקנה העולה מעדות המערער עצמו ועדותה של החשבת הגב' חנה יריב, שהדיבידנד שחולק, על-פי אופי חישובו הוא למעשה הטבה הנגזרת מתרומתם של הבכירים כעובדים לעבודת החברות האחרות.

המבחן לחלוקת רווחים - רווח על-פי כללים חשבונאיים מקובלים ולא רווח בפועל :

32. בנוגע לשאלה מהם "רווחים הניתנים לחלוקה" לצורך דיני המס, הרי שחלוקת הדיבידנד שנעשתה על ידי החברה, נעשתה על פי המבחן הכפול בדיני החברות – מבחן הרווח על בסיס כללים חשבונאיים מקובלים ומבחן יכולת הפירעון, מבלי להתחשב ברווחים בפועל שהיו לחברה, וזאת בניגוד למתחייב בדיני המס. החברה חילקה לעובדים הבכירים דיבידנדים בשווי של כ-30,000,000 ₪ בעוד שדיווחה על הפסדים שוטפים או על רווחים מזעריים. יתרה מזאת, לצורך חלוקת הדיבידנדים נדרשה החברה אף לקחת הלוואות (סעי' 40-41 לתצהיר חושקובר).

חלוקת הרווחים ב- 2002 - סממן נוסף ל'הכנסת עבודה' :

33. בחינת חלוקת הדיבידנד האחרונה משנת 2002 ופיטוריו של המערער, מחזקות את המסקנה האמורה, לפיה מדובר בהטבות שקיבל המערער במעמדו כעובד.

המערער ביקש לטעון כי בעוד שפיטוריו היו בחודש 02/02, חלוקת הדיבידנדים הייתה ב-11/02. לטענת המערער בפער המועדים יש כדי להוכיח כי חלוקת הדיבידנדים לא הייתה קשורה למעמדו כעובד, שהרי המשיך לקבל דיבידנדים מהחברה כבעל מניות גם לאחר שהופסקה עבודתו בה. אין לקבל הטענה.

חלוקת הדיבידנד משנת 2002 נקבעה בהסכם בין החברה לבין המערער במסגרת ההסכם שהסדיר את הפסקת עבודתו בחברה, וכהטבה נוספת בשל מעמדו כעובד.

ביום 29/11/02 חתמו המערער והחברה על הסכם למכירת מניות, כביטוי לחובתו מכוח הסכם הקצאת המניות למכור את מניותיו לנאמנות עם הפסקת עבודתו בחברה. הסכם מכירת המניות היה למעשה הסדר רחב יותר שהסדיר את כלל מערכת היחסים של המערער עם החברה בעת פיטוריו.

הסכם מכירת המניות (נספח ח' לתצהיר המערער) קובע בסעיף 2 בו נושאים כספיים שונים, הקשורים ביחסיו של המערער עם החברה :

סעי' 2.1 מסדיר את חלוקת הדיבידנד של שנת 2002 ; סעי' 2.2 מסדיר את רכישת המניות של המערער בחברה תמורת \$280,000 ; סעי' 2.3 מסדיר את רכישת המניות של המערער ב-IDC

תמורת \$120,000; סעי' 2.4 קובע תשלום נוסף בגין דמי יעוץ של \$100,000+ מע"מ (יוער כי הסכמה זו גובתה במסמך שכונה הזמנה למתן ייעוץ עסקי בתקופה יוני – דצמבר 2002 (לאחר פיטוריו של המערער – ש' ו') בו הוזכרה התמורה של \$100,000 אשר ישולמו בתשלום חד פעמי עד ה- 15/12/02 (מצורף נספח יג' לתצהיר המערער); וסעי' 2.5 קובע תשלום שכר טרחה לעו"ד ד"ר יוסף שגב (שהיה עובר לאותו מועד בא כוחו של המערער) של \$500,000.

חלוקת הדיבידנדים ב- 11/02 עוגנה איפוא בהסכם מכירת המניות שהוא תולדה ישירה של פיטורי המערער. הדרישה מהמערער למכור את מניותיו לכשיפוטטר עוגנה עוד בהסכם הקצאת המניות (בנספח ג' שהוא הסכם הנאמנות).

עוד יש לשים לב כי חלוקת הדיבידנדים נעשתה ביום 28/11/02; והסכם מכירת המניות, שענין למעשה את חובת החברה לחלק דיבידנדים נחתם ביום 29/11/02.

עם פיטורי המערער מכהונת מנכ"ל וזאת לאור חילוקי דעות בינו ובין בעל השליטה החדש בחברה, מר בני שטיינמיץ, נדרש כאמור, המערער למכור את מניותיו בחברה, כפי שהדבר התחייב מהסכם הקצאת המניות. הסכם הנאמנות (נספח ג' להסכם הקצאת המניות) חייב, כאמור, את כל העובדים הבכירים למכור מניותיהם לנאמנות עם עזיבתם את החברה מכל סיבה שהיא. בפועל נרשם כי לאחר מו"מ בין הצדדים מכר המערער לחברה את מניותיו בחברה תמורת \$280,000. סכום זה עומד בסתירה לאמור בהסכם הקצאת המניות. על-פי אותו הסכם, עם מכירת המניות תהא על-פי המחיר הגבוה מבין "הערך הנגזר מההון העצמי של החברה כפי שנקבע על-ידי רוח"ח של החברה ביום 30/6/01" או "במחיר השווה להצעה בכתב ובתום לב של צד שלישי". ביום 19/6/02 הציעה הנאמנות למערער לרכוש את המניות תמורת \$2,121,800. המערער סירב להצעה וטען כי יש לגזור את שווי המניות מהערכת שווי שנעשתה לחברה (162 מיליון דולר).

חלוקת הדיבידנד בשנת 2002, בהתאם לעדותו של רו"ח ציקורל, היתה עובר למועד בו נרכשה החברה על-ידי בעל שליטה חדש וכן נרכשו על ידו כל המניות שהוחזקו בידי העובדים (עמ' 62 לפרוט'). הטריגר לחלוקת הדיבידנד באותה שנה לפי עדות רו"ח ציקורל היה מכירת המניות. יש בעדותו איפוא למעשה כדי לקשור בין חלוקת הדיבידנד לבין התמורה ששולמה בגין מכר המניות, שאז לכול היותר מדובר בהכנסה הונית, שגם אז מדובר בשיעור מס שולי או הכנסת עבודה, בקשר לפיטוריו כעובד.

יתר על כן, וכמפורט בפסק הדין (ראה סעיף 13 לפסק דין זה), משפנה המערער לחב' בייטמן ישראל, קודם שנכנסה הודעת הפיטורין לתוקף, בדרישה לחלק דיבידנד חצי שנתי לתקופה המסתיימת בדצמבר 2001, השיבה לו החברה באמצעות בא-כוחה, כי לא הוכרו דיבידנד לאותה תקופה, וכי כבעל מניות בכורה, אין לו זכות לדרוש חלוקת דיבידנד, ובסופו של דבר בקשתו האמורה נדחתה. לא היה כול הצדק או הסבר מדוע שונתה ההחלטה, למעט ניסיון להוסיף הטבת הכנסה למערער כעובד.

לפיכך, ובניגוד לטענת המערער, יש קשר ישיר בין פיטוריו לבין חלוקת הדיבידנד ומכירת המניות ואין בפער המועדים בין מועד סיום העסקתו לבין חלוקת הדיבידנד כדי להעיד כי

קיבל ה'דיבידנד' במעמדו כבעל מניות ללא קשר למעמדו כעובד. צירוף הנסיבות מעיד דווקא ההיפך.

וידגש, סעיף 3 להסכם מכירת המניות, שכותרתו "מניות או זכויות נוספות" קושר גם הוא למעשה פעם נוספת בין הזכויות השונות שקיבל המערער לבין היותו עובד של החברה. בסיפא לאותו סעיף מצהיר המערער: "... למניעת ספקות: **ברנע מצהיר כי קיבל את כל הכספים והזכויות המגיעות לו עקב ובגין (א) היות המנכ"ל של בייטמן וכן (ב) עובד או יועץ לתאגיד כלשהו הנמנה על קבוצת בייטמן.**" כשיוזכר כי סעי' 2 לאותו הסכם מסדיר בין היתר את חלוקת הדיבידנד לשנת 2002.

עוד נפנה לעובדה כי במהלך דיון מול החברה נרשם בפרוטוקול מפי סמנכ"ל הכספים של החברה, מר אייל כהן ורו"ח ציקורל מטעם החברה כי חלוקת הדיבידנד לשנת 2002 לא התבססה על דוח ניהולי כלשהו או כל חישוב רווחים לחלוקה (סעי' 15' לתצהיר חושקובר, פרוטוקול הדיון מצורף כנספח יב לתצהיר חושקובר).
בכל אלה יש גם כדי להצביע כי התקבולים ששולמו לעובדים הבכירים לא עמדו למעשה בקריטריונים של חלוקת דיבידנד, ובכלל זה התנאי של רווחים ראויים לחלוקה, אלא היו תמורה נוספת להכנסת עבודה, הגם שעוגנה בחוזה הקצאת המניות.

34. לאור התוצאה האמורה אין מקום לעמוד בפירוט יתר על נתונים נוספים שיש בהם להצביע על היות התשלום בגדר הכנסת עבודה, ונזכיר רק חלק מהם:

- הקצאת המניות שנעשתה באמצעות הלוואה המזכירה הלוואת שיעבוד (Non Recourse), הגבלת עבירותה של מניית הבכורה והגבלת סחירותה, והקשר בין הזכות להיחשב כבעל מניית בכורה למעמדו כעובד, כשסיום יחסי העבודה חייב את העובד להשיב את המניות לחברה.

ואכן עם קבלת סכומים שכונו "דיבידנד" עובר למועד הפסקת עבודתו של המערער בחברה, במסגרת הסכם מכירת המניות, הצהיר המערער כי כל שקיבל הוא **מתוקף היותו עובד חב' בייטמן ישראל או מתוקף היותו יועץ לקבוצת חברות בייטמן**, כלומר לא במעמדו כבעל מניות;

- המשך חלוקת תשלום כדיבידנד, על אף החלטה של החברה להמיר מניות הבכורה במניות רגילות: בשנת 2000 התקבלה החלטת החברה להמיר את המניות המועדפות למניות רגילות, באופן שאמור היה לשנות את חלוקת הדיבידנדים כפי שהייתה עד אותו מועד. אמנם לטענת המערער ההחלטה הייתה חלק ממסע לחצים עליו למכור את מניותיו בחברה, ועל-פי גרסתו, בסופו של דבר ההחלטה לא יושמה (סעי' 18 לתצהיר המערער), ואולם, לא הוצגה החלטה המבטלת את ההחלטה האמורה, או אמירה ברורה בנושא על ידי החברה.
בדיונים של המשיב מול נציגי החברה, הועלתה הטענה כי מניות הבכורה הומרו למניות רגילות לפחות מיום 20/6/02, על-פי הרישומים ברשם החברות, ולמרות זאת המשיכה החברה לחלק דיבידנד בכורה (סעי' 22' לתצהיר חושקובר). לא ניתן כל הסבר על-ידי רו"ח ציקורל, מטעם החברה, לעניין זה.

יודגש עוד, שגם בדיון שהתקיים ביום 7/12/05 אצל המשיב בנוכחות רואה החשבון צ'יקורל מטעם חב' בייטמן ישראל, לא נתנה האחרונה כל הסבר כיצד המשיכה החברה לחלק דיבידנד בכורה לבעלי מניות הבכורה לשעבר לאחר שאלה הומרו למניות רגילות.

35. המערער ביקש להצביע על תשלומים שביצעה החברה לעובד בכיר אחר (מר פיטר ווטרמאייר), שהיה גם הוא בעלים של מניות בכורה, וזאת גם לאחר שחדל מלשמש עובד של החברה בשנת 1997, זאת כדי לטעון שהסכומים ששולמו הם אכן דיבידנד ואינם הטבה במסגרת יחסי עובד-מעביד(סעי' 8 לתצהיר המערער. ועדותו בעמ' 119 לפרוט').

טענות אלה נסתרו עובדתית על ידי המשיב. מן הראיות שהוצגו על ידי המשיב, עלה כי בדיקת המשיב עם חשבת החברה כיום, הגב' אילת הלדנברג, בעניינו של ווטרמאייר, העלתה כי האחרון לא קיבל דיבידנד. עוד עלה כי בהחלטת האסיפה הכללית על חלוקת דיבידנדים לשנים 2001-2002 שמו של ווטרמאייר אינו מופיע בין מקבלי הדיבידנדים.

יתרה מזאת, על פי הדוח השנתי של החברה לשנת 2001 המתפרסם באינטרנט, מופיע שמו של ווטרמאייר כמנהל חברת בייטמן בדרום אפריקה (נספח ה' לתצהיר חושקובר). בנסיבות אלה ממילא על-פי סעי' 10.2 להסכם הנאמנות (שהוא נספח ג' להסכם הקצאת המניות) לפיו מעבר עובד לעבוד בחברה אחרת בתוך הקבוצה, אינו נחשב כניתוק הקשר התעסוקתי ואין הוא נדרש למכור לחברה את מניות הבכורה שקיבל במקרה כזה, וזכאי להמשיך ליהנות מהן, הרי שגם אילו המשיך לקבל דיבידנד, אין בכך כדי להצביע על נתק בין הזכות להטבה למעמדו כעובד בחברה.

- לטענת המערער קיבל דיבידנד מרווחים מצטברים עתידיים מדצמבר 2001 עד יוני 2002. צודק המשיב כי המערער, לא היה זכאי לדיבידנד מצטבר ;

36. לאור המפורט לעיל, יש לדחות את הערעור בנוגע לסיווג התשלומים ששולמו למערער בשנות המס שבערעור מכוח היותו בעל מניות בכורה בחברה ולקבוע כי מדובר בהכנסה פירותית - הכנסת עבודה ו/או הטבות ששולמו למערער מכוח היותו עובד של החברה, בגינם על המערער לשלם מס שולי.

לאור התוצאה האמורה, אין מקום לבחון את הטענה החלופית של המשיב, לפיה מכירת המניות של המערער כרווח הון כללו גם את סכום "הדיבידנד" המדווח.

חישוב רווחים ראויים לחלוקה :

37. מחלוקת נוספת בין הצדדים מתייחסת לשאלה כיצד יש לחשב רווחים ראויים לחלוקה, לאור סעיף 94 לפקודה. השאלה התעוררה בנוגע לדווח על רווח הון ממכירת המניות בחברה, כאשר המערער דיווח על סכום אינפלציוני של 1,236,680 ₪ החייב בשיעור מס 10% בלבד, וזאת כתוצאה מרווחים ראויים לחלוקה.

המחלוקת הממוקדת היא למעשה, אם רווחי חברה מרווחי חברות בנות וחברות מוחזקות (רווחי אקוויטי) נכללים בחלופה המיסויית בחישוב רווחים הראויים לחלוקה כהגדרתם בסעיף 94 לפקודה.

המחלוקת פורטה היטב ומוקדה בסיכומי בעלי הדין ובעיקר בסיכומי המערער (סעיף 28 לסיכומים), ואין אלא לחזור ולהביא את עיקרי הדברים, תוך הדגשים מסוימים נוספים.

38. **"רווחי אקוויטי"** או **"הפסדי אקוויטי"** הם החלק של החברה המחזיקה ברווחים או בהפסדים של החברה המוחזקת. רווחים אלו נרשמים ברווחי החברה המחזיקה לפי כללי החשבונאות המקובלים, על-פי שיטת השווי המאזני (EQUITY BASIS), הנותן ביטוי בספרי החשבון ובדו"ח הכספי של החברה המחזיקה, להצגת ערך השקעות של החברה המחזיקה בחברות מוחזקות, לגבי רווחים והפסדים או שינויים אחרים בהון העצמי של החברה המוחזקת, שעה שהחברה המחזיקה מחזיקה במניות החברה המוחזקת באופן המקנה לה בה השפעה מהותית (רו"ח יעקב סמט **חשבונאות פיננסית ב'** (מהדורה מורחבת) 887-889 (1993) (להלן: **סמט/חשבונאות פיננסית**)).

ואולם, יש להדגיש כבר בשלב זה כי "רווחים" אלו אינם רווחים בפועל שהועברו מהחברה המוחזקת לחברה המחזיקה, אלא רישום חשבונאי שלהם בלבד, ולכן יש הסוברים, כי משום כך אינם עומדים בהגדרת "הכנסה" לצרכי מס, באשר אין הם עומדים בעקרון המימוש, על-פיו אין אדם חייב במס על רווח שטרם מומש (**רפאל ולזר/מס הכנסה**, בעמ' 61).

בענייננו, כפי שפורט בסעיף 14 לפסק הדין, חברת בייטמן ישראל היא הבעלים של חברת בייטמן פרוייקטים (1993) בע"מ (להלן: **חב' בייטמן פרוייקטים** או **חב' הבת**). חב' בייטמן פרוייקטים הוקמה בשנת 1993 והיא **מפעל מאושר** במסלול ההטבות החלופי, לפי חוק עידוד להשקעות הון, התשי"ד-1959 (להלן: **חוק לעידוד השקעות הון**). חב' האם – חב' בייטמן ישראל כוללת בדוחותיה החשבונאיים את רווחי חב' הבת.

39. על-פי המצב המשפטי החל בענייננו – הוא הדין קודם לתיקון 132 לפקודה (אשר פורסם ביום 4/8/2002), הייתה חשיבות לסיווג סכומים כרווחים ראויים לחלוקה וזאת לאור ההקלה בשיעור המס לרווחים כאלו שנקבעה בסעי' 94ב(א) לפקודה:

"במכירת מניה, יראו כסכום אינפלציוני חייב, בנוסף לאמור בהגדרת סכום אינפלציוני חייב, גם סכום השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה שבחברה, כחלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה, הכל בכפוף לאמור בסעיף קטן (ג)".

אין מחלוקת כי על פי ההוראה האמורה שחלה במקרה דנן, יכול המערער כבעל מניות בעת חישוב רווח ההון בגין מכירת מניותיו, לחשב כ"**סכום אינפלציוני**" החייב במס בשיעור של 10% בלבד, את חלקו היחסי ברווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה בתקופה של 7 שנים לפני מאזן החברה.

40. לעניין הגדרת **רווחים ראויים לחלוקה**, יש להפנות לסעיף 94ב(ב) לפקודה:

(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 שהונו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53"ז לחוק האמור, 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".

כפי שעולה מההגדרה לעיל, ישנן שתי חלופות לחישוב ה**רווחים הראויים לחלוקה**: האחת, החלופה החשבונאית; והאחרת, החלופה המיסויית, ובסופו של דבר החישוב הנמוך מבין השניים הוא שיקבע לצורך חישוב המס.

40.1 על פי החלופה החשבונאית, יש לקחת בחשבון את הרווחים שנצברו בחברה במהלך תקופת החישוב, ואשר ראויים לחלוקה כדיבידנד על פי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה למכירה. לרווחים אלה יש להוסיף רווחים שהונו ורווחים שחולקו כמניות הטבה, ואין לקחת בחשבון סכומים שהצטברו כמפורט בסיפא של הסעיף הנ"ל.

40.2 לפי החלופה המיסויית יש לחשב את הרווחים **לצרכי מס** שנבעו לחברה במהלך אותה תקופת חישוב. על פי חלופה זו, לוקחים בחשבון את הרווחים שהתחייבו במס או במס שבח לתקופת החישוב בניכוי המס ששולם בגינם. לאלה יש להוסיף את רווחי החברה בתקופת החישוב שהיו פטורים ממס. כך נכלל גם דיבידנד שקיבלה החברה מחברה המוחזקת החייבת במס בישראל ואשר מקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל, בגין פטורה ממס החברה המקבלת, לפי סעיף 126(ב) לפקודה.

41. אין מחלוקת בין הצדדים כי על-פי **החלופה החשבונאית** נלקחים בחשבון גם רווחי אקוויטי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה.

רווחי החברות המוחזקות (בענייננו, חב' הבת), שהם רווחי אקוויטי נרשמים חשבונאית כרווחים בחברה המחזיקה, לפי חלקה באותן חברות (בענייננו, חב' בייטמן ישראל) וזאת כנגד הגדלת 'חשבון ההשקעה'. כך גם אם החברה המוחזקת לא מחלקת דיבידנד, הרי שמשיש בה רווח, החברה המחזיקה מראה את חלקה ברווח זה בדו"ח הרווח והפסד שלה (**סמט/חשבונאות פיננסית**, בעמ' 890). זאת מתוך הגיון לפיו לחברה המחזיקה השפעה

מהותית על החברה המוחזקת באופן שיש בכוחה להשפיע על החלטת החברה המוחזקת לחלק דיבידנד, לרבות מועד החלוקה. לכן רווחי אקוויטי נרשמים באופן שוטף כהכנסה מדיבידנד של החברה המחזיקה, מבלי להמתין לחלוקה בפועל של דיבידנדים; כשעם חלוקת הדיבידנד בפועל, לא מוכר זה בשנית כהכנסה, אלא נרשם חשבונאית כהקטנת ההשקעה בחברה המוחזקת. לאור האמור אין מחלוקת לגבי לקיחתם בחשבון של רווחי אקוויטי לצרכי החלופה החשבונאית (לעניין זה הפנה ב"כ המערער גם ל" גרוס, "**מקורות לחלוקת דיבידנד במזומנים וחלוקת מניות הטבה בעתות אינפלציה**", עיוני משפט יג(2) עמ' 241).

42. המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה אם רווחי אקוויטי נלקחים בחשבון גם לצורך החלופה המיסויית; ובאופן ממוקד, האם רווחי אקוויטי נכללים ב"הרווחים שהיו חייבים במס אילולא פוטרו ממנו", כלשון סיפא סעי' 94ב(ב) לפקודה.

לעמדת המערער, ברווחים הראויים לחלוקה גם על-פי החלופה המיסויית נכללים רווחי אקוויטי, מאחר שיש לראותם כרווחים שפוטרו ממס מכוח סעי' 126(ב) לפקודה, ולכן צריך לראותם כ"רווח פטור".

המשיב אינו חולק כאמור כי החלופה החשבונאית מתחשבת ברווחי האקוויטי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, ואולם לעמדתו, לצורך החלופה המיסויית לא נלקחים רווחי אקוויטי בחשבון, בין אם מן הטעם שאין לראות ברווחי אקוויטי "**הכנסה**" כלל וממילא בנסיבות כאלה אין תחולה של סעיף 126(ב); ובין אם מדובר על "**פטור ממס**", אשר יכול להינתן רק כאשר הייתה חלוקה בפועל של דיבידנד בין החברות, ואין חולק שלא הייתה חלוקה בפועל של דיבידנד בענייננו.

לשיטתו, רק משיחולקו רווחי אקוויטי כדיבידנד לחברה המחזיקה יחשבו אלה להכנסה לצרכי מס, ובחלוקתם לחברה המחזיקה יחול הפטור, בהנחה שאכן מדובר בהכנסה חייבת, בהתאם לסעי' 126(ב). כלומר, כל עוד לא חולקו רווחי האקוויטי, אין הם פוטנציאלית חייבים במס וממילא אינם יכולים להיות מופטרים ממנו (סעי' יג 7 לסיכומיו). לטענתו, אין מחלוקת כי חב' הבת לא חילקה בפועל דיבידנד לחב' בייטמן ישראל, לכן בשלב זה אין נפקות מיסויית לרווחי האקוויטי ואין ממילא תחולה לסעי' 126(ב) לפקודה.

התוצאה לטענתו היא, שרווחי האקוויטי אינם בגדר רווחים המתחייבים במס, כפי שנדרש בסעיף 94ב(ב) לפקודה לצורך הכללתם ברווחים הראויים לחלוקה. לעניין זה הפנה המשיב למאמרו של עו"ד אלכס שפירא, "**מיסוי ניירות ערך ושוק ההון**" (עמ' 375, ה"ש 433) וכן למאמרו של פרופ' אדרעי ויורם עדן "**פירוש של סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה**" [נוסח חדש] בתקופת אינפלציה" **מחקרי משפט** ו 76 (1988). להלן: **מאמר/אדרעי-עדן**.

המשיב טוען עוד, כי בחישוב שנעשה על ידי המערער יש כפל הטבה, ולא לכך הייתה כוונת המחוקק, מה עוד שפרשנותו של המערער לעמדת המשיב, היא בניגוד ללשון הברורה של הסעיף.

מן הטעמים האלה סבור המשיב שיש לדחות את חישוב המערער אשר העניק מס מוטב של 10% על חלק מרווחי ההון שנוצר לו ממכירת המניות.

43.

במחלוקת האמורה יש לקבל את עמדת המשיב.

סעיף 126 לפקודה הדן במיסוי חברות משלב בשיטת מיסוי החברות בישראל בין היות החברה ישות משפטית נפרדת, לבין ההכרה במטרת החברה הסופית שהיא חלוקת רווחים לבעליה, תוך שהוא בא למנוע הטלת מס כפול על אותו רווח, פעם בהיותו רווח בידי החברה ופעם בעוברו בצורת דיבידנד לידי בעל המניות.

סעיף 126(א) לפקודה קובע כי שיעור מס של 36% על ההכנסה החייבת של החברה. בצידו המס המוטל על דיבידנד ליחיד עומד על שיעור של 25%, כך שבסופה של גביית המס, סך המס המשולם על הרווחים דומה בשיעורו לשיעור הקבוע במדרגת המס הגבוהה ביותר על הכנסות אחרות. אלמלא ההוראה האמורה, היה נגרם עיוות דין של תשלום כפל מס.

סעיף 126(ב) לפקודה מוציא מתחולת ההכנסה החייבת של חברה לצורכי מס דיבידנד שהתקבל מחברה אחרת, זאת כדי שלא ליצור עיוות במס הנגבה מחברות, שעה שיש שורה של חברות קשורות המחזיקות זו במנייתה של זו:

"בחישוב ההכנסה החייבת לפי סעיף קטן (א) לא תיכלל הכנסה מדיבידנד או מחלוקת רווחים שנתקבלו במישרין או בעקיפין מחבר בני אדם אחר החייב במס חברות, וכן לא תיכלל הכנסה שנקבע לגביה שיעור מס מיוחד".

על-פי מאמרו של רו"ח נדב שגיא, "דיבידנד בין חברות בישראל - האומנם רווחים ראויים לחלוקה" **מיסים** יז/4 (אוגוסט 2003) עמ' 131,

"לולא סעיף 126(ב) לפקודה, בעת כל העברת דיבידנד מחברה לרעותה, היה מוטל מס נוסף על אותם הרווחים שנצברו בידי החברה שהפיקה רווחים אלה בפועל. בשיטה שנקבעה בסעיף 126(ב) לפקודה, יוטל מס נוסף רק כאשר יגיעו אותם רווחים כדיבידנד אל היחיד המחזיק בעקיפין גם במניות החברה הראשונה ששילמה את מס החברות. באמצעות נטרול הכנסת החברה מדיבידנד שנתקבל מחבר בני אדם, נמנע כפל מס על הרווחים הבלתי מחולקים ליחיד" (עמ' 134).

המטרה הנוספת משיטה זו היא לעודד את החברה עצמה להותיר הרווחים בתוכה ולא למהר לחלקם לבעלי מניותיה, מה שיכול לתרום לתועלת הכלכלית הנצמחת מדרך פעילות זו במסגרת התאגיד למשק כולו (ראה גם עמ"ה (מחוזי-ת"א) 179/97 **שחם שמואל ואח' נ' פקיד שומה תל-אביב 1**, [פורסם בנבו] **מיסים** יד/4 (אוגוסט 2000) ה-12, בעמ' 118-119).

בכל מקרה כוונת המבנה של סעי' 126 לפקודה היא לרווחים **בפועל**. הרווח ייחשב כהכנסה כאשר תעשה חלוקת דיבידנד בפועל – אז ימנע כפל המס. ואולם, כוונת המחוקק לא היתה להעניק כפל פטור.

44.

מטרתו של סעיף 94' לפקודה, אינה שונה בעקרון.

כדי שלא להטיל יתר מס: הן על ההכנסה השוטפת של החברה והן על רווחי הון של בעל מניות בעת מכירת המניות, המייצגים בין היתר את הרווחים שנצברו בחברה מתאריך הרכישה ועד תאריך המכירה, בא סעי' 94 לפקודה ומבקש לבודד את חלק התמורה המתקבל בעד המניות, שמייצג את הרווחים שנצברו בידי החברה - לאחר המס - ולהטיל עליהם מס של 10% בלבד, כך שבסופו של דבר בהתחשב בשיעור המס ששולם כבר על ידי החברה על ההכנסה השוטפת, לא יעבור שיעור המס הכולל את שיעור המס המרבי על רווחי החברה המחולקים, ויהיה גבוה משיעור המס על רווחים לא מחולקים (ראה הדוגמא המפורטת בעמ' 77 במאמר/אדרעי-עדן).

ואכן שיטת החישוב המבוססת על שתי חלופות: החשבונאית והמיסויית, מאפשרת לזהות את הרווחים הצבורים בחברה, שלגביהם התקיימו שני תנאים: הם חלק מן התמורה שנתקבלה ממכירת המניות; והם כבר חויבו במס בהיותם רווחים בידי החברה או שהופטרו ממס, ולפיכך אין מקום להטיל עליהם מס נוסף בהיותם בידי בעלי המניות (מאמר/אדרעי-עדן, בעמ' 79).

45.

יחד עם זאת בעת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, אין כוונת הסעיף ליתן הנחה כפולה ממס: הן בשלב מיסוי ההכנסה השוטפת של החברה והן בשלב מיסוי מכירת המניה; קרי, שיעור המס המופחת ינתן על חלק התמורה שהתקבל בידי מוכר המניה, אשר החברה שילמה בגינו מס או שהיתה צריכה לשלם מס בגינו אלמלא הופטר, במסגרת הכנסתה השוטפת.

על-פי הגיון זה לא יכולים רווחי אקוויטי להילקח בחשבון ברווחים הראויים לחלוקה.

אין חולק כי חברת הבת לא חילקה רווחיה בפועל כדיבידנד לחברת בייטמן ישראל, שהיא החברה המחזיקה. אילו עשתה כן הייתה מחויבת במס חברות באותה שנה, על-פי המתחייב על-פי חוק לעידוד השקעות הון, לפני התיקון;

אם היתה חברת הבת מחלקת דיבידנד לחברת בייטמן ישראל, הרי שמדובר היה בהכנסה אצל חברת בייטמן ישראל, אלא שהיא הכנסה פטורה לפי סעי' 126(ב); או אז לא היתה מחלוקת כי זו נכללת במסגרת החלופה המיסויית לחישוב רווחים ראויים לחלוקה.

ואולם, בענייננו כאמור, לא נעשתה חלוקת רווחים או חלוקת דיבידנד מחברת הבת לבייטמן ישראל **בפועל**, אלא רווחי חברת הבת נרשמו חשבונאית בלבד אצל בייטמן ישראל (רווחי אקוויטי) ומשום כך אין הם מהווים הכנסה למעשה אצל בייטמן ישראל (ראה לצורך השוואה פס"ד קליימן). משאין הם בגדר הכנסה, ממילא אין גם רלוונטיות לפטור הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה.

יוצא איפוא כי רווחי האקוויטי אינם רווחים של חברת בייטמן ישראל אשר נתחייבו כבר במס; ומשאין הם כלל בגדר "הכנסה", הרי שאין הם גם רווחים שהיו חייבים במס, אלמלא פוטרו ממנו. לפיכך אין מקום להתחשב בהם לצורך חישוב החלופה המיסויית של רווחים ראויים לחלוקה.

הדבר תואם כאמור להגיונו של סעי' 94ב לפקודה הבא ליתן שיעור מס מופחת בעת מכירת מניות על-פי הרווחים הראויים לחלוקה, מקום בו שולם מס על-ידי החברה במסגרת הכנסתה השוטפת (או שניתן בגינה פטור) וזאת כדי לא להביא לידי מיסוי יתר. וכך משרווחי אקוויטי אינם הכנסה בפועל אצל החברה המחזיקה ממילא, גם בהתעלם מהפטור לפי סעי' 126(ב) לפקודה, לא יחושבו אלה לצורך הכנסה חייבת ולא ישולם או ינתן פטור ממס בגינם במסגרת ההכנסה השוטפת של חברת בייטמן ישראל – החברה המחזיקה.

לאור האמור לעיל, טענת המערער, נדחית.

טענת ההפלייה - לא הוכחה :

46. אין חולק כי המשיב ערך ביקורת בחברה ובחברת בת שלה לגבי בכירים נוספים שקיבלו תשלומים ששווה כדיבידנדים על ידי החברה. המשיב טענתו ראה בהם תשלומי שכר או דמי ניהול. במסגרת ההליכים הגיעו הצדדים לפשרה לפיה החברה תישא בהפרש המס המגיע בגין התגמול שניתן ל-5 עובדים בכירים שלה, שהוא ההפרש בין שיעור המס על דיבידנד לבין שיעור המס החל על שכר עבודה. לטענת המשיב, החברה לא הסכימה במסגרת אותו הסכם פשרה לשאת בהפרש המס בגין התגמול שקיבל המערער (סעי' א'5 וסעי' ה'2 לתצהיר חושקובר. מסומן מ/9. ההסכם צורף כנספח טז לתצהיר חושקובר).

על-פי עדותו של רו"ח יצחק ציקורל, שותף במשרד רו"ח דלויט בריימן אלמגור זוהר, שליווה את החברה בדיוניה בפני המשיב, החברה הסכימה להסכם הפשרה לאור הנקודות הבעייתיות שהרבות שהעלה המשיב בפני החברה לגבי ההסדרים שנעשו בנוגע למניות הבכורה וכן משום שהחברה עמדה עובר לאותו מועד להיות מונפקת בבורסה בלונדון וחשוב היה לה לקבל באופן מיידי וודאות לגבי היקף חשיפת המס, לאור הצורך לדווח על כך בדוחות הכספיים (עמ' 53 לפרוט'). סיבה נוספת שעלתה היא המשך עבודת הבכירים בחברה ורצון החברה לשמור עליהם חופשיים משומות המס.

ואולם, רו"ח ציקורל הבהיר כי למרות שהחברה שילמה את הפרש המס שנדרש על-ידי המשיב, בפועל הפשרה לא סיווגה את ההכנסה לסוגה והחברה גם לא ביקשה ניכוי של ההפרש ששולם כהוצאה (עמ' 55 לפרוט'). ההסכם התייחס רק לאותם עובדים שהיו בעלי מניות ושבמועד החתימה על ההסכם עבדו בחברה (עמ' 56 לפרוט').

לעניין זה טוען המערער לאפליה פסולה. לטענתו, בעוד ששאר הבכירים לא זכו לשומה אישית שהוצאה להם, אלא החברה חוייבה בשמם, הרי שהמערער באותה סוגיה ממש ובאותן שנות מס, חוייב באופן אישי על-ידי המשיב בשומות אישיות, זאת לטענתו בניגוד לעקרונות מינהל תקין (ראה טענותיו בסעי' 17 לסיכומים).

המערער טוען כי היה מקום להחיל אותו הסדר גם עליו, כך כפי שהצהרת הבכירים האחרים לא שונתה ומלוא המס הוטל על החברה – הכנסת העובדים גולמה אצל החברה ואילו העובדים לא חוייבו במאומה, היה מקום לעשות גם בעניינו.

עוד טוען המערער כי בעוד שאצל העובדים האחרים גולמו כל תשלומי המסים בהכנסה לשנת 2002, חולקה ההכנסה אצל המערער לגבי כל אחת מהשנים 1998-2002.

המערער עוד הוסיף בסעי' 18 לסיכומיו וקבל כי המשיב לא הפעיל סמכותו נגד החברה, שעה שהתעלם מחובתה לנכות מס במקור ואף ויתר מלנקוט הליכים פליליים נגדה, בגין אי ניכוי במקור, לאור קבלת עמדת המשיב, כי מדובר בהכנסה פירותית המחייבת ניכוי שיעור מס מרבי.

47. יש להבחין בין טענת הפלייה במובן זה שהמשיב נכון היה להגיע להסדר פשרה עם העובדים הבכירים האחרים - הגם באמצעות החברה - בדרך של קביעת שיעור מס מופחת, והעדר הסכמת המשיב להחיל הסדר דומה בעניינו - טענה זו ככול שתוכח, רלוונטית במערכת היחסים שבין המערער למשיב; לבין הטענה, שעם דחיית הערעור, יש לחייב את החברה לשאת גם במס שחויב. טענה אחרונה זו נוגעת למערך היחסים שבין המערער לחברה, ואינה רלוונטית למחלוקת בתיק זה. חובת נישום לשלם מס ובשיעור המתחייב על-פי נסיבותיו כנישום, היא חובה אישית של אותו נישום (ראה להשוואה רע"א 3059/10 **בלטינסקי נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו]. ניתן ביום 6/5/10, לגבי מיהות הצדדים הרלוונטיים להליך שומתי).

נעיר עוד, שלעניין חיוב במס בנוגע להסכם מכירת מניות מיום 29/11/02, ישנה אף התחייבות מפורשת של המערער לשאת במלוא תשלום המיסים החלים עליו כמוכר המניות.

עוד נעיר, שבמסגרת תיק זה לא ניתן לתת נפקות לטענה כי המשיב התעלם מחובת החברה לנכות מס במקור. גם אם טענה זו נכונה, הרי שאין בכך כדי לפטור את המערער מחיובי המס שהוא היה אמור לשאת בהם.

לכן, למעט טענות הנוגעות להחלה לא שיווינית של הסדרים אליהם הגיע המשיב בעניינים דומים לעניינו של המערער, הרי שכל הטענות הנוגעות ליחסים שבין המשיב לבין החברה, לרבות גביית המס מהחברה ושיקול הדעת של המשיב בהפעלת סמכויותיו לגביה, אינן רלוונטיות לתיק זה, בין בעלי הדין לדיון.

48. לטענת הפלייה, המסקנה העולה מן הראיות שהוצגו בפני, כי המערער לא הוכיח טענתו. לא הוכח כי בהסכם הפשרה נכון היה המשיב להכיר בתשלומי הדיבידנד כהכנסה פסיבית - דיבידנד - המזכה בשיעור מס מופחת. המשיב עמד על טענתו כי התשלומים סווגו על ידו

כהכנסת עבודה המחייבת שיעור מס שולי. למרות שהמשיב הודה בקיומו של הסדר ועל אף ששיעור המס ששולם היה נמוך מן המתחייב על שכר עבודה, הרי שזאת בין היתר, בהתחשב בעובדה שלא הותר לחברה לקזז את מלוא סכומי שכר העבודה כהוצאה, מהכנסותיה.

בנוגע לטענת המערער כי אצל העובדים האחרים גולמו כל תשלומי המסים בהכנסה לשנת 2002, ואילו אצלו חולקה ההכנסה לגבי כל אחת מהשנים 1998-2002. עובדתית, לא הוכחה טענה זו. מאחר שהובאו ראיות בנוגע להכנסה החייבת בכל אחת משנות המס, לא ניתן במסגרת פסק הדין להורות למשיב לבצע חלוקה אחרת.

אשר על כן, אני מורה על דחיית הטענה.

בקשה להבאת ראיות נוספות:

49. המערער ביקש להביא ראיות נוספות, ובקשתו נדחתה. אין מקום לחזור ולהידרש לבקשה. השאלה אם מניות הבכורה נכות או לא או יכולתן להיות מומרות למניות אחרות (ראה בבקשה ובתצהיר שצורף להבאת ראיות נוספות) אין בהן כדי לשנות ממהות הזיקה בין דרך הפעולה בפועל בחלוקת הרווחים ובקשר בין ההטבה שניתנה למעמדו של המערער כעובד.

התוצאה:

50. אשר על כן אני מורה על דחיית הערעור. אני מחייבת את המערער לשלם למשיב הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 25,000 ש"ח, בתוך 30 ימים מהיום.

מזכירות בית המשפט תמציא עותק פסק הדין לבאי כח הצדדים.

ניתן היום, ט"ז כסלו תשע"א, 23 נובמבר 2010, בהעדר הצדדים.

=

=

ש' וסרקרוג 54678313-906/07

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה