



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2515/18

ע"א 9131/18

ע"א 2114/19

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט י' אלרון

המערערת בע"א 2515/18 : חברת אס.סי.אל קניון דרורים בע"מ

המערערת והמשיבה בערעור  
שכנגד בע"א 9131/18 : אורון אחזקות מלונאות ותיירות בע"מ

המערערת בע"א 2114/19 : חברת יאנטרה בע"מ

נ ג ד

המשיב בע"א 2515/18 : פקיד שומה פתח תקווה

המשיב והמערער בערעור  
שכנגד בע"א 9131/18 : פקיד שומה יחידה ארצית לשומה

המשיב בע"א 2114/19 : פקיד שומה נתניה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
(השופט א' סטולר) בע"מ 44118-10-14 מיום 8.1.2018 ;  
ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
תל אביב-יפו (השופט ה' קירש) בע"מ 38832-03-15 מיום  
9.12.2018 ; ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
מרכז-לוד (השופט א' סטולר) בע"מ 39717-01-15 מיום  
5.12.2018

תאריך הישיבה : ו' בכסלו התש"ף (4.12.2019)

בשם המערערת בע"א 2515/18  
ובשם המערערת בע"א

עו"ד זיו שרון ; עו"ד שרונה בוחניק ; עו"ש גיא בר-  
און : 2114/19

בשם המערערת והמשיבה  
 בערעור שכנגד בע"א 9131/18 : עו"ד יוסי אלישע; עו"ד ד"ר בני קלדרון; עו"ד ארז  
 דר-לולו; עו"ד ניר מנחם

בשם המשיב בע"א 2515/18,  
 המשיב והמערער בערעור  
 שכנגד בע"א 9131/18 והמשיב  
 בע"א 2114/19 : עו"ד יורם הירשברג

## פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו שלושה ערעורים שאוחדו יחדיו. השאלה המשפטית הניצבת בבסיסם זהה – האם סכום כסף המחולק על ידי חברת-בת לחברה-אם כתוצאה מרווחי שערות הוא בגדר דיבידנד "שמקורו בהכנסות" החברה המקבלת, בהתאם לסעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה), אם לאו.

הרקע לע"א 2515/18 וע"א 2114/19 ופסקי הדין של בית המשפט המחוזי

1. חברת א.ס.י.אל קניון דרורים בע"מ (להלן: א.ס.י.אל), היא חברה ישראלית העוסקת בייצוא ושיווק בתחום הנדל"ן. ביום 14.10.2009 רכשה א.ס.י.אל מניות וזכויות לרכוש מניות של חברת קניון דרורים בע"מ (להלן: חברת קניון דרורים) מחברת דלק נדל"ן נכסים מניבים בע"מ. בעקבות הרכישה, החזיקה א.ס.י.אל בכעלות בחברת קניון דרורים בחלקים שווים עם חברת יאנטרה בע"מ (להלן: יאנטרה). חברת קניון דרורים היא בעלת זכויות החכירה בנכס מקרקעין עליו מצוי המרכז המסחרי קניון דרורים (להלן: הקניון) ובעלת 51% מזכויות החכירה של תחנת הדלק הסמוכה לקניון. סכום התמורה בעד המניות והזכויות שנמכרו לא.ס.י.אל עמד על 26 מיליון ש"ח.

2. בדו"ח הכספי לשנת 2008 של חברת קניון דרורים היא בחרה ליישם לראשונה את כללי התקינה החשבונאית הבינלאומית (IFRS International Financing Reporting Standards), וביניהם תקן חשבונאות בינלאומי מס' 40, העוסק בנדל"ן להשקעה. בהתאם לתקן חשבונאות מס' 16 – נדל"ן להשקעה שהתפרסם על ידי המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות, המבוסס על תקן חשבונאות בינלאומי מס' 40, עברה חברת קניון דרורים לעשות שימוש במודל ה"שווי ההוגן". על פי מודל זה, נכס נדל"ן להשקעה מוצג במאזן החברה על פי שווי ולא על פי עלותו, כאשר הפרש בין עלות הנכס ובין ערכו המשוערך נחשב לרווח או הפסד של החברה (להלן: רווחי שערות). בהתאם לכך, חברת קניון הדרים

שיערכה את ערך הקניון בסכום מצטבר של 35,065,000 ש"ח (בגין שנות המס עד וכולל שנת המס 2007 – 26,217,000 ש"ח ; בגין שנת המס 2008 – 4,603,000 ש"ח ; בגין שנת המס 2009 – 4,245,000 ש"ח).

3. בהתאם לאמור ועל פי חישובי א.ס.י.אל לאחר ניכוי השפעת המס מהשערוך, נותר לחברת קניון דרורים סך של 35,575,000 ש"ח הניתן לחלוקה לבעלי מניות, בסוף שנת 2009. ואכן, ביום 9.12.2009 החליטה חברת קניון דרורים על חלוקת דיבידנדים לבעלי מניותיה בסך של 21,200,000 ש"ח, כאשר 12,742,070 ש"ח מקורם ברווחי שערוך הקניון. חלקה הכולל של א.ס.י.אל עמד על 10,600,000 ש"ח, ומתוך רווחי שערוך הקניון, עמד חלקה על סך של 6,371,035 ש"ח.

4. א.ס.י.אל סברה כי ההכנסה מדיבידנד שהתקבלה מחברת קניון דרורים בשנת 2009, אשר מקורה ברווחי שערוך הקניון, היא בבחינת הכנסה מדיבידנד, אשר בהתאם להוראת סעיף 126(ב) לפקודה אינה נחשבת כחלק מההכנסה החייבת במס חברות. לטענתה, יש להכיר בדיבידנד המחולק מרווחי שערוך כדיבידנד לצרכי מס, ככל דיבידנד אחר המחולק על ידי חברה, על מנת להימנע מהטלת כפל מס או הטלת מיסוי בלתי רצוי. מנגד, המשיב (להלן: פקיד השומה) טען שרווחי שערוך הנדל"ן של חברת קניון דרורים אינם מהווים הכנסה כמשמעותה בסעיף 1 לפקודה. לפיכך, הדיבידנד שהתקבל אצל א.ס.י.אל שמקורו בשערוך נדל"ן חייב במס על פי סעיף 2(4) לפקודה, בשיעור מס חברות לפי סעיף 126(א) לפקודה, ולא מוצא מגדר הכנסתה החייבת בהתאם לסעיף 126(ב) לפקודה. לאור האמור, קבע פקיד השומה כי הדיבידנד בסך של 6,371,035 ש"ח הוא חלק מהכנסתה החייבת במס של א.ס.י.אל. לאחר הליכי השגה שנדחו, הגישה א.ס.י.אל ערעור על השומה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, לפי סעיף 153 לפקודה.

5. בית המשפט המחוזי (ע"מ (מחוזי מרכז-לוד) 44118-10-14 (השופט א' סטולר)) דחה את ערעורה של א.ס.י.אל. בפסק הדין נקבע, כי מקורו של הדיבידנד השנוי במחלוקת הוא ברווח שנוצר בעקבות שינוי שיטת הרישום החשבונאי, המהווה למעשה היוון זרם התקבולים העתידי מהקניון, שטרם התממש. אין מדובר ב"מזומנים" הניתנים לחלוקה אלא ברווח רעיוני, הואיל והנכס לא מומש. על כן, רווח שערוך הנדל"ן אינו בגדר הכנסה של חברת קניון דרורים וגם לא שולם על ידה מס בגינו.

6. בית המשפט עמד על הוראותיו של סעיף 126(ב) לפקודה אשר מוציא מהכנסתה החייבת במס של חברה רווחים או דיבידנדים שחולקו בהתקיים שלושה תנאים: ראשית,

חלוקת הרווחים או הדיבידנד מקורם בהכנסות; שנית, אותה הכנסה הופקה או נצמחה בישראל; שלישית, אותה הכנסה הייתה נתונה לחיוב במס חברות בידי החברה המחלקת. אלא שרווחי השערוך בענייננו אינם עומדים בתנאי הראשון ובתנאי השלישי, שכן אין מדובר ב"הכנסה" ואותם רווחים לא היו נתונים לחיוב מס על ידי חברת-הבת. גם מבחינת הגיונו ותכליתו של סעיף 126(ב), קבע בית המשפט כי אין הצדקה להוציא את הדיבידנד שמקורו ברווחי השערוך מגדרי הכנסתה החייבת במס של א.ס.י.א.ל.

7. בית המשפט נדרש גם להוראת סעיף 100א לפקודה, ממנו ביקשה א.ס.י.א.ל להיבנות. סעיף זה הוסף לפקודה לאחר התקופה הרלוונטית והוא מסדיר את מיסויים של רווחי שערוך המחולקים כדיבידנדים. בערעורה טענה א.ס.י.א.ל כי מהסעיף ניתן ללמוד שהמחוקק ביקש לראות ברווחי השערוך כהכנסות בבסיס המס של החברה המחלקת ואינו קובע כללים כלשהם בקשר לחברה המקבלת. בית המשפט ציין כי הסעיף אכן נועד להסדיר את מעמד רווחי השערוך של החברה המחלקת. על פיו, כאשר חברה מחלקת רווחי שערוך לבעלי מניותיה, יראו את הנכס בגינו נרשמו רווחי השערוך בדוחות הכספיים של החברה המחלקת, כאילו נמכר על ידה ביום החלוקה. בהתאם לכך, יחולו על המכירה הרעיונית ההוראות הרלוונטיות בחלק ה' לפקודה, שעניינו מיסוי רווחי הון, כאשר התמורה היא סכום החלוקה המגולמת בתוספת המחיר המקורי של הנכס הנמכר. הסעיף מסדיר אפוא את מעמד כספי השערוך אצל החברה המחלקת, ובהתאם לכך ניתן להסיק על מעמדו של הדיבידנד שחולק לחברה המקבלת. מכל מקום, מאחר שהסעיף נחקק במסגרת החוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2013 ו-2014), התשע"ג-2013 (להלן: תיקון מס' 197), ונוסף לפקודה רק אחרי שנת המס 2009, בגינה הוגש ערעור המס, לא מצא בית המשפט מקום להרחיב בנושא. על כן בסופו של יום, ערעור המס שהגישה א.ס.י.א.ל נדחה והיא חויבה בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט בסך של 50,000 ש"ח.

8. יאנטרה הגישה אף היא ערעור מס על החלטת פקיד השומה בעניינה (ע"מ (מחוזי מרכז-לוד) 39717-01-15 (השופט ע' טטולד)), החלטה אשר הייתה זהה, הלכה למעשה, להחלטה בעניינה של א.ס.י.א.ל. בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין א.ס.י.א.ל, הסכימו הצדדים לאמץ את מסקנות פסק הדין, וביום 5.12.2018 ניתן תוקף של פסק דין להסכמה זו. זאת מבלי לפגוע בזכויות יאנטרה לערער על פסק הדין.

הרקע לע"א 9131/18 ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

9. אורון אחזקות מלונאות ותיירות בע"מ (להלן: אורון) התאגדה בשנת 2007. עיקר עיסוקה בשנים 2008-2011 היה החזקת מניותיה של חברת מלונות אסטרל בע"מ (להלן:

אסטורל), שבבעלותה היו בתקופה זו ארבעה בתי מלון בעיר אילת. במהלך התקופה הנדונה, הכנסות אסטורל מ"הפעלת בתי מלון" הגיעו לכדי 231.4 מיליון ש"ח. בנוסף, הפיקה אסטורל הכנסות בסך של כ-19 מיליון ש"ח בגין השכרת שטח מסחרי שנבנה בצמוד לאחד מבתי המלון שבבעלותה.

10. בינואר 2009 חילקה אסטורל לאורון דיבידנד בסך של 10 מיליון ש"ח, ובדצמבר 2011 חילקה דיבידנד נוסף בסך של כ-30.81 מיליון ש"ח. אמנם, מדוחותיה הכספיים של אסטורל עולה כי בשנים אלו, ערכו של הנדל"ן להשקעה היה בירידה. אולם, נוכח יישום מודל ה"שווי ההוגן" נרשם בספריה רווח ממשי בסך של 69.2 מיליון ש"ח וכתוצאה מכך נרשם גידול בסעיף העודפים במאזנה. אין מחלוקת שאת הדיבידנד בסך של 10 מיליון ש"ח שחולק בשנת 2009, חילקה אסטורל מתוך רווחי השערוך שנוצרו בעקבות יישום מודל השווי ההוגן בקשר לנדל"ן להשקעה.

11. בדו"ח ההתאמה שהגישה אורון לפקיד השומה, לא דיווחה על הכנסות הדיבידנד מרווחי השערוך כחייבות במס, בטענה כי הכנסות אלה אינן חלק מבסיס הכנסתה. פקיד השומה לא קיבל דיווח זה וקבע כי הדיבידנד שחולק חייב במס חברות בהתאם לסעיף 126(א) לפקודה. על החלטה זו הגישה אורון השגה אשר נדחתה. על כן, הגישה אורון ערעור מס לבית המשפט. אורון טענה כי על פי הדין שחל עובר לתיקון מס' 197, אין למסות דיבידנד שמתקבל מרווחי שערוך, בהתאם לעיקרון הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה. כל מסקנה אחרת תביא לכפל מיסוי על רווחי שערוך, שכן בעתיד תמוסה החברה המחלקת בגין עליית ערכו של הנכס.

12. בדומה לפסיקת בית המשפט המחוזי בע"מ 44118-10-14, גם בהליך זה (ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 38832-03-15 (השופט ה' קירש)), עמד בית המשפט על יסודותיו ותכליתו של סעיף 126(ב) לפקודה, והגיע למסקנה כי רווחי שערוך אינם נחשבים "הכנסה" כמשמעותה בפקודה, בשל "עקרון המימוש", לפיו לא תוכר לצורכי מס הכנסה הנובעת מעליית ערכו של נכס לפני שהנכס נמכר.

13. בית המשפט התייחס גם לטענת אורון כי קיים נוהג של רשות המיסים להחיל את סעיף 126(ב) לפקודה ולהימנע מחיוב דיבידנדים בין-חברתיים גם כאשר קיים פער בין "רווחים לצרכי מס" לבין הרווח החשבונאי שבידי החברה המחלקת. לטענת אורון, גם במקרים של פער כאמור, חולשים הכללים החשבונאיים כמו גם סעיף 126(ב) לפקודה אשר עודדו חל על הרווח החשבונאי.

14. בקשר לשאלה מתי יחול סעיף 126(ב), גם במקרים שבהם קיים פער בין ההכנסה החייבת לבין הרווח החשבונאי, סבר בית המשפט כי ניתן למיין את המקרים השונים לשלוש קבוצות לפי טיבו של "חוסר המיסוי" אצל החברה המחלקת, העלול לשלול את תחולתו של הסעיף: (1) חוסר זמני, קרי חוסר אשר דינו להתהפך בהכרח ברבות הימים. כדוגמה למקרה של חוסר זמני הביא בית המשפט את מקרה הפחת המואץ: לצרכי מס, ייתכן כי יותר ניכוי פחת מואץ בשיעור של 20% לשנה, בעוד שעל פי כללי החשבונאות יותר ניכוי בשיעור של 10% בלבד. בשל כך, ייווצר בשנים הראשונות רווח חשבונאי זמני, אשר יישחק לאחר מכן עד להיעלמותו (מפני שבדו"ח רווח והפסד ימשיך להירשם פחת אף לאחר מיצוי הפחת המואץ לפי דיני המס); (2) חוסר מותנה, היינו המקרים בהם השלמת המיסוי החסר במודל הדו-שלבי תלויה ברצונו ובמעשיו של הנישום עצמו או של חבר-בני-האדם הקשור אליו; (3) חוסר קבוע, היינו הפרש תמידי אשר לעולם לא יתהפך. כך הוא למשל הפרש הנוצר כתוצאה מהוראות חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), התשמ"ב-1982 (ע"א 5264/91 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ, פ"ד מט(3) 209 (1995)).

15. לגבי קבוצת המקרים הראשונה, מקרים בהם קיים חוסר זמני, סבר בית המשפט כי רשות המיסים יכולה "להפגין סלחנות" ולהחיל את הוראת סעיף 126(ב), מפני שההפרש, שאיננו בבחינת הכנסה חייבת במס של החברה המחלקת בתקופה הראשונה, יאוזן בהכרח, וזאת תוך זמן מוגדר. בכל הנוגע למקרים בהם קיים חוסר קבוע, החלה מלאה של סעיף 126(ב) חרף ההפרש בין הרווח החשבונאי לבין ההכנסה החייבת תנצח את שיבוש מודל המיסוי הדו-שלבי. לגבי הקבוצה השנייה, כאשר קיים חוסר מותנה, אירוע המס "המשלים" עלול שלא להתרחש כלל, שכן השלמת המיסוי החסר תתרחש רק אם יימכר הנכס שערכו נמדד לפי שווי הוגן, ובכך נבדלת קבוצה זו מהקבוצה הראשונה, בה החסר במיסוי בהכרח "מתרפא".

את עניינה של אורון אֶבְחָן בית המשפט כמקרה של חוסר מותנה, ודחה את טענתה כי מדובר בחוסר זמני. בית המשפט ציין כי לא עלה בידה של אורון להוכיח מדיניות מקלה של רשות המיסים ביחס למקרים מעין אלה. על כן, נוכח לשון סעיף 126(ב) לפקודה, הפסיקה הקיימת בנושא והשוני האמור בין סוגי ההפרשים בין רווחים חשבונאיים לבין רווחים לצרכי מס, הגיע בית המשפט למסקנה כי יסוד ה"הכנסות" בסעיף 126(ב) משמעו הכנסות שכבר התגבשו בידי החברה המחלקת לצורך מיסוייה, ולא הכנסות פוטנציאליות שעשויות להיווצר בעתיד אם תינקט פעולה מסחרית זו או אחרת.

16. גם מקומו של סעיף 1א100 לפקודה לא נפקד מפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אורון ביקשה כאמור ללמוד מחקיקתו של הסעיף, אשר נחקק לטענתה כמענה לתופעת חלוקת רווחי שיערוך, כי לפני תיקון מס' 197, הדין היה כגישתה. בית המשפט דחה טענה זו, בקבעו כי סעיף 1א100 אינו משנה את הוראות סעיף 126(ב) לפקודה. ראשית, סעיף 1א100 מתייחס אך ורק לחברה המחלקת, ומשכך אין בו כדי להביא למסקנה כי הדין הקודם, לפי סעיף 126(ב), הוציא מבסיס המס של החברה המקבלת דיבידנדים שמקורם ברווחי שיערוך. שנית, לפי סעיף 1א100 חלוקת רווחי שיערוך גורמת ל"מכירה רעיונית" של הנכס המשווער. כפועל יוצא מהמכירה הרעיונית – בגינה חייבת החברה המחלקת במס רווח הון – ממילא לא נותר עוד ספק כי מדובר ב"הכנסה", סעיף 126(ב) חל והדיבידנד לא נכלל בחישוב ההכנסה החייבת של החברה המקבלת. סעיף 1א100 אינו שולל אפוא את החלתו של סעיף 126(ב) לפקודה, כפי שעשה פקיד השומה בעניינה של אורון, אלא אך הכשיר את החלתו של הסעיף על ידי כינון מכירה רעיונית של הנכס, בהיעדר מימוש בפועל. זאת בתנאי שהחברה המחלקת חויבה במס רווח הון עובר לחלוקת הדיבידנד, שלא כמו במקרה זה.

17. בית המשפט דחה גם את טענת אורון כי האפשרות למיסוי כפול – הן של החברה המחלקת והן של החברה המקבלת בגין עליית שווי הנכס – צריכה להביא לקבלת טענתה לגבי פרשנות סעיף 126(ב). אמנם, בית המשפט ציין כי קיים קושי פוטנציאלי של מיסוי כפול בגין עליית ערך הנכס ומן הראוי שלא יוטל מס יותר מפעם אחת על אותה עליית ערך. עוד ציין בית המשפט כי מהוראות סעיף 1א100 אף נלמד כי המחוקק חפץ במניעת כפל המס האמור. לפיכך, אף כי לא היה בכך כדי להשפיע על הפרשנות לעניין סעיף 126(ב), ציווה בית המשפט על פקיד השומה לשום כל מכירה עתידית של הנכס הנדון בגינו התקבלו רווחי השיערוך באופן המביא בחשבון את מיסוי הדיבידנדים שקיבלה אורון.

18. לבסוף דחה בית המשפט פתרון חלופי שהציעה אורון, ככל שעמדתה בקשר לסעיף 126(ב) לפקודה לא תתקבל, להשיב את הדיבידנדים שקיבלה לאסטרל. בית המשפט דחה גם הצעה זו, בציינו כי אורון ואסטרל החליטו לפעול במתווה פעולה מסוים ולא פנו מראש לרשות המיסים בבקשה לקבלת "החלטת מיסוי", כהגדרתה בסעיף 158ב לפקודה. כמו כן, אורון הייתה אמורה לדעת כי קיים סיכון שעמדת פקיד השומה תהיה כי הדיבידנד שחולק מרווחי השיערוך חייב במס. חרף זאת, החליטו אורון ואסטרל לחלק את הדיבידנדים. בנסיבות אלה, לא יהיה זה נכון לאפשר לאורון ולאסטרל לבטל את הדיבידנדים כלא היו. סיכומם של דברים, בית המשפט דחה את ערעור אורון רובו ככולו, למעט בסוגיה שאינה עומדת במרכז הערעור שלפנינו (בעניין החלק הנוגע לסוגיית

המקורות לחלוקת הדיבידנד השני שחילקה אורון בחודש דצמבר 2011) ועל כן אין מקום להאריך בעניינה ולמעט הוראות שניתנו לפקיד השומה בקשר לשומה עתידית של אסטרל. אורון גם חויבה בהוצאות משפט לטובת פקיד השומה בסך של 55,000 ש"ח.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישה אורון ערעור, ופקיד השומה הגיש ערעור שכנגד בקשר לציווי של בית המשפט ביחס לעריכת שומה עתידית לאסטרל.

עיקרי טענות הצדדים בע"א 2515/18 וע"א 2114/19

19. א.ס.י.אל ויאנטרה טוענות בערעוריהן כי הפרשנות המילולית והתכליתית שניתנה על ידי בית המשפט לסעיף 126(ב) לפקודה, שגויה. תחת זאת יש לקבוע כי הדיבידנד המחולק מרווחי השערוך נכנס בגדרו של הסעיף, באופן התואם לכללי החשבונאות המקובלים ולדיני החברות. אין בפקודה הוראה המלמדת אחרת והפרשנות המוצעת מתבקשת על מנת ליצור הרמוניה חקיקתית. הותרת פסק דינו של בית המשפט על כנו עלולה להוביל לעיוותים כלכליים. בית המשפט יצר מנגנון "יש מאין", שאינו מעוגן בפקודה ואין דרך ליישמו באופן המתיישב עם ההיגיון המסחרי והכלכלי. תוצאת פסק הדין אף מובילה לפגיעה קשה בעיקרון הניטרליות המיסויית, מכיוון שהיא תוביל לשקילת שיקולי מס חלף שיקולים תאגידיים ומסחריים גרידא, ולחוסר ודאות פסקלית. המחוקק נדרש לתיקון חקיקה בנושא רווחי שערוך במסגרת סעיף 100א לפקודה, ובתיקון זה בחר למסות את החברה המחלקת ולא את החברה המקבלת. על כן, שגה בית המשפט בקבעו כי סעיף 126(ב) לפקודה אינו חל על רווחי שערוך ויש למסות את החברה המקבלת בגין הדיבידנד.

20. מעבר לכך, טענו א.ס.י.אל ויאנטרה כי נוכח ה"אשם התורם" של רשויות המס, שלא פרסמו את מדיניותן בזמן, אף אם תידחה פרשנותן לסעיף 126(ב) לפקודה, יש לחייבה במס חלקי בלבד, תוך פטור מריבית והצמדה. לחלופי חלופין, ביקשה יאנטרה כי נורה על אי חיוב עתידי של חברת קניון דרורים בעת מכירת הנכס.

21. מנגד, פקיד השומה החרה החזיק אחר בית המשפט המחוזי וחזר על טענתו בתשובתו כי סעיף 126(ב) לפקודה ממעט מה"הכנסה החייבת" של "חבר-בני-אדם", דיבידנד שמקורו בהכנסה, שהופקה או שנצמחה בישראל והייתה נתונה לחיוב במס חברות בידי החברה המחלקת שלא כבמקרה זה.

22. בשולי הדברים, לצד הערעורים הוגשו על ידי א.ס.י.אל ויאנטרה שלוש בקשות להוספת ראיות, תצהיר של עו"ד טלי ירון אלדר, שהייתה נציבת מס הכנסה בעת שתוקן



סעיף 126(ב) לפקודה וחברה בוועדת רבינוביץ – הוועדה שהמליצה על התיקון במסגרת רפורמה במס הכנסה, ופרוטוקול חקירה נגדית על אודות תצהירה, שמקורם בהליך אחר (ע"מ 20613-02-16). אציין כבר עתה כי לאחר עיון בבקשות ושמיעת הצדדים בנושא בדיון, לא מצאנו שיש בראיות האמורות תועלת לשלב הערעור ועל פניו אין בהן כדי לבסס את טענות המערערות. הבקשות להוספת ראיות נדחות אפוא.

עיקרי טענות הצדדים בע"א 9131/18

23. אורון טוענת אף היא כי פרשנותו של בית המשפט המחוזי לסעיף 126(ב) לפקודה עומדת בסתירה לתכליתו של הסעיף, שהיא הבטחת תחולתו של מודל המיסוי הדו-שלבי במיסוי חברות. לשיטתה, סעיף 126(ב) לפקודה אינו דורש כי הרווח שחולק כדיבידנד חויב בפועל במס חברות. כל שדורש הסעיף הוא כי חולק דיבידנד על ידי חברה החייבת במס חברות, כאשר החברה מחלקת הדיבידנד חייבת באופן עקרוני במס כאמור. עוד תוקפת אורון את ההבחנה שערך בית המשפט בין "חוסר מותנה" לבין "חוסר זמני". לטענתה, הבחנה כזו לא נעשתה בחקיקה, בפסיקה או על ידי רשות המיסים ואין כל מקום לערוך אותה. מעבר לכך, לשיטתה, קביעת בית המשפט לפיה רשות המיסים נוהגת "בסלחנות" במקרים של "חוסר זמני" לעומת מקרים של "חוסר מותנה" אינה עומדת במבחן המציאות. כך, טוענת אורון, בהתאם לעמדת רשות המיסים, בחלוקת דיבידנד שמקורו ברווחי "אקוויטי", היינו רווחים הנרשמים בספריה של חברה כתוצאה מיישום שיטת השווי המאזני (Equity Method) (אותם רואה בית המשפט כ"חוסר מותנה" בדומה לרווחי שערור), חל סעיף 126(ב). אדרבה, עמדת רשות המיסים היא כי על חלוקה מתוך רווחי אקוויטי, על אף שהם אינם בגדר "הכנסה" כהגדרתה בפקודה, חל סעיף 126(ב) לפקודה, והיא אינה חייבת במס. אורון ציינה כי קיימים מקרים נוספים של "הפרשים מותנים", מעבר לרווחי אקוויטי, בהם אין חולק כי במקרה של חלוקת דיבידנד, החברה המקבלת אינה חייבת במס. באשר לסעיף 100א לפקודה, אורון סבורה כי מתיקון מס' 197 ניתן ללמוד שעובר לחקיקתו, התקופה הרלוונטית לענייננו, הפרשנות הנכונה של סעיף 126(ב) לפקודה היא שאין לחייב במס חלוקת דיבידנד מרווחי שערור. לשיטתה, כאשר ביקש המחוקק לקבוע שחלוקת דיבידנד שמקורו ברווחי שערור גוררת חיוב במס, הוא עשה כן באופן מפורש וברור באמצעות חקיקת סעיף 100א לפקודה.

24. פקיד השומה, ככלל, סמך ידיו גם בערעור זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לעמדתו, סעיף 126(ב) לפקודה מוציא מגדר ההכנסה החייבת במס חברות רק דיבידנד שמקורו בהכנסה, שהופקה או נצמחה בישראל והייתה נתונה לחיוב במס חברות בידי החברה המחלקת. רווחי שערור, שהם הרווחים מהם חולקו הדיבידנדים בעניינה של אורון, הם רווחים חשבונאיים בלבד. רווחים חשבונאיים הנובעים משערור של נכסים

אינם נמנים על מקורות ההכנסה המפורשים בסעיפים 2 ו-3 לפקודה. פקיד השומה דחה גם את טענת אורון כי הוא מכיר בתחולת סעיף 126(ב) לפקודה כאשר מדובר ברווחים חשבונאיים מסוג אחר. לעמדתו, למעט מצבים של "חוסר זמני", לגביהם ניתן לקבל פרשנות מרחיבה של הוראות הסעיף, מקום שלא שולם מס חברות בגין ההכנסה, אין תחולה לסעיף.

25. בערעורו שכנגד טוען פקיד השומה כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר דן במיסוי עתידי אפשרי של אסטרל, החברה מחלקת הדיבידנד, במסגרת דיון בערעור מס בגין שומה שהוצאה לאורון, החברה המקבלת. לטענת פקיד השומה, שגה בית המשפט בקבעו כי אי החלת סעיף 126(ב) בעניינה של החברה המקבלת עלול להביא למצב של כפל מיסוי עתידי. לשיטתו, כפל מיסוי הוא "מצב שבו מוטל נטל מס כפול על נישום בגין אירוע מס שמחייב כי יוטל מס פעם אחת". אולם, תשלום המס בגין הדיבידנד על ידי אורון ואי ייחוס הדיבידנד לשווי הנדל"ן להשקעה של אסטרל אינו בבחינת כפל מס. אורון ואסטרל הן ישויות משפטיות נפרדות זו מזו ולכן אין לייחס כפל מס בגין תשלום מס על ידי חברה אחת לחברה השנייה.

26. בתגובה לערעור שכנגד טענה אורון כי פקיד השומה "מוסיף חטא על פשע" ומבקש לשלול ממנה את האיזון שקבע בית המשפט המחוזי על מנת למנוע את כפל המס והפגיעה בעיקרון המיסוי הדו-שלבי. כן דחתה אורון את טענת פקיד השומה כי החלטת בית המשפט עקפה את הליכי השומה המקובלים וטענה כי האיזון שערך בית המשפט נועד למנוע פגיעה בה כבר במועד המיסוי. מדובר בקביעה שיפוטית עקרונית שאין לה השפעה על הליך שומה פרטני ונקודתי.

#### דיון והכרעה

26. בחודש יולי 2006 פרסם המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות את תקן חשבונאות מס' 29 – אימוץ תקני דיווח כספי בינלאומיים (IFRS). בכך, אימץ המוסד לתקינה בחשבונאות, הלכה למעשה, את תקני הדיווח הבינלאומיים לתוך התקינה הישראלית. זאת, בנוסף לפרסום תקנים ישראלים המתבססים על התקנים הבינלאומיים (ראו: אלי גילבאי "הפרשות בראי החשבונאות ובדיני המס" משפטים מ"ו 167, 168-169 (2018) (להלן: גילבאי)). אחד מהתקנים הישראלים הוא תקן חשבונאות מס' 16 – נדל"ן להשקעה (להלן: התקן), המבוסס על תקן בינלאומי מס' 40. התקן מאפשר לחברות לבחור בעת הערכת שווי נכס בין מודל העלות לבין מודל השווי ההוגן, שהוא "הסכום שבו ניתן להחליף נכס בעסקה בין קונה מרצון לבין מוכר מרצון שאינם קשורים, הפועלים בצורה מושכלת". בעקבות אימוצו של התקן, שערכו חברות רבות את נכסיהן

הרלוונטיים. בחלק מהמקרים, כתוצאה מעליית שוויים של הנכסים, נוצרו לחברות רווחים "חשבונאיים", אשר טרם מומשו. רווחים חשבונאיים אלה חולקו בתורם כדיבידנדים לבעלי המניות, ובענייננו לחברות האם של החברות המחלקות (לסקירה המראה כי תשלומי הדיבידנדים בישראל גדלו לאחר אימוץ התקינה החשבונאית החדשה, ראו: Ester Chen & Ilanit Gavius, *Unrealized Earnings, Dividends and Reporting Aggressiveness: An Examination of Firms Behaviour in The Era of Fair Value Accounting*, Accounting & Finance 217 (2016) 56). השאלה הניצבת לפנינו היא האם דיבידנדים שמקורם ברווחי השערוך נכנסים בגדר הכנסתן החייבת במס של החברות מקבלות הדיבידנד.

סעיף 126(ב) לפקודה – "שמקורם בהכנסה"

27. כידוע, מודל מיסוי החברות בישראל הוא מודל דו-שלבי. בהתאם למודל זה, בשלב הראשון, החברה חייבת במס חברות בגין הכנסתה החייבת. בשלב השני, בעלי המניות היחידים של החברה מחויבים בשיעור מס משלים לשיעור המס המלא, כאשר רווחי החברה מחולקים כדיבידנד (ראו: ע"א 8783/14 צ.א.ג. תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה, פסקה 3 (26.1.2020); ע"א 8783/14 צ.א.ג. תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה 9 (23.8.2016) (להלן: עניין צ.א.ג.); דוד גליקסברג "ה'מיני-רפורמה', מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידים בישראל" משפטים כ 185, 197 (תש"ן); דוד גליקסברג "מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו והטיה שיפוטית" משפטים מד 731, 752-754 (2015)). סעיף 126(ב) לפקודה קובע כלל לפיו בחישוב ההכנסה החייבת של חברה לא תיכלל "הכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל שנתקבלו במישרין או בעקיפין" מחברה אחרת החייבת במס חברות. טעמו של ההסדר האמור הוא בכך שהחייב במס יוטל, כאמור, ממילא על בעלי המניות שיקבלו את הדיבידנד בסופה של שרשרת החברות ועל כן אין מקום להטיל חיוב במס על החברה המהווה אך את החוליה המקשרת בין החברה המחלקת לבין בעל המניות. על כן, ככלל, דיבידנד בין-חברתי לא ייכלל בגדרי "ההכנסה החייבת" של החברה המקבלת (ע"א 7566/13 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' ז'ורבין, פסקאות 14-15 (22.6.2015) (להלן: עניין ז'ורבין); ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פסקה 17 (8.6.2015); אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215-245 (2008) (להלן: חמדני ודגן)). אולם, לכלל זה ישנם יוצאים מהכלל. למען הנוחות ומפאת חשיבותו, אביא את סעיף 126 לפקודה בנוסחו הרלוונטי:

126 (א) על הכנסתו החייבת של חבר-בני-אדם יוטל מס שייקרא "מס חברות", בשיעור של 26.5%.

(ב) בחישוב ההכנסה החייבת לפי סעיף קטן (א) לא תיכלל הכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל שנתקבלו במישרין או בעקיפין מחבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות וכן לא תיכלל הכנסה שנקבע לגבי שיעור מס מיוחד.

(ג) בחישוב ההכנסה החייבת לפי סעיף קטן (א) תיכלל הכנסתו החייבת של חבר בני אדם מדיבידנד שמקורו בהכנסות שהופקו או שנצמחו מחוץ לישראל, וכן מדיבידנד שמקורו מחוץ לישראל; ואולם אם לפי בקשת החברה הנישומה או על פי הסכם למניעת כפל מס יש להביא בחשבון את מסי החוץ שהוטלו על אותו דיבידנד ועל ההכנסה שממנה חולק הדיבידנד, יראו את ההכנסה מדיבידנד כהכנסה בגובה הדיבידנד המגולם ...

28. עיון בלשון הסעיף מגלה כי המחוקק קבע מספר תנאים להחרגת הדיבידנד מהכנסתה החייבת במס של החברה המקבלת: (א) מדובר בהכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד; (ב) שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל; (ג) שנתקבלו במישרין או בעקיפין מחבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות. הסעיף גם מחריג מגדרו הכנסה לגביה נקבע שיעור מס מיוחד.

המחלוקת שלפנינו נסובה על השאלה האם הדיבידנד מתוך רווחי שערך הוא דיבידנד "שמקורו בהכנסה" מ"חבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות". המערערות סבורות כי המונח "הכנסה" בסעיף 126 (ב) אינו מתייחס אך ורק להכנסה שחויבה בפועל במס חברות, אלא די בכך שמדובר בדיבידנד שהתקבל מחבר-בני-אדם החייב, באופן עקרוני, במס חברות. אין דעתי כדעתן. אבהיר.

29. בהתאם לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), דיבידנד הוא "כל נכס הניתן על ידי החברה לבעלי מניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה" (סעיף 1 לחוק החברות). בפקודה לעומת זאת אין הגדרה מהותית של המונח "דיבידנד". סעיף 302 לחוק החברות מגדיר אימתי מותרת חלוקה של דיבידנד:

(א) חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה (להלן – מבחן הרווח), ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן (להלן – מבחן יכולת הפרעון).

(ב) בסעיף זה – "רווחים", לענין מבחן הרווח – יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים,

והכל על פי הדוחות הכספיים המותאמים האחרונים, המבוקרים או הסקורים, שערכה החברה, תוך הפחתת חלוקות קודמות אם לא הופחתו כבר מן העודפים, ובלבד שהמועד שלגביו נרכו הדוחות אינו מוקדם ביותר משישה חודשים ממועד החלוקה;

"דוחות כספיים מותאמים" – דוחות כספיים מותאמים למדד או דוחות כספיים הבאים או שיבואו במקומם, והכל לפי כללי חשבונאות מקובלים;

"עודפים" סכומים הכלולים בהון העצמי של חברה ושמקורם ברווח הנקי שלה כפי שנקבע לפי כללי חשבונאות מקובלים, וכן סכומים אחרים הכלולים בהון העצמי לפי כללי חשבונאות מקובלים ושאינם הון מניות או פרמיה, שהשר קבע שיראו אותם כעודפים.

(ג) השר רשאי לקבוע הוראות לענין חזקות בדבר עמידתה של חברה בתנאי מבחן יכולת הפרעון וכן פטורים או הקלות לענין התאמת הדוחות הכספיים.

חוק החברות קובע אפוא כי חלוקה מותרת של דיבידנד חייבת לעמוד בשני מבחנים מצטברים: שהחלוקה תיעשה מתוך רווחי החברה ("מבחן הרווח"); שלא קיים חשש סביר כי החברה תמנע מלעמוד בהתחייבויותיה הקיימות או הצפויות, בהגיע מועד קיומן ("מבחן כושר הפירעון") (יוסף גרוס "מהו רווח הניתן ל'חלוקה' על פי חוק החברות?" קרית המשפט ב 67 (2002); חמדני ודגן, עמ' 220). רווחיה של החברה בהתאם לסעיף 302 לחוק החברות הם, בין היתר, סכומים הכלולים בהון העצמי של החברה ושמקורם ברווח הנקי שלה כפי שנקבע על פי כללי חשבונאות מקובלים הכוללים, בין היתר את תקני ה-IFRS (ראו: עניין צ.א.ג., פסקה 15). תחולת כללי ה-IFRS אפשרה כאמור מצבים שבהם החברה רשאית לחלק דיבידנד שלא מתוך הרווחים הממומשים, אלא למשל מתוך רווחי שערור, כבענייננו.

30. ככלל, יש לשאוף להרמוניה בין כללי החשבונאות לבין דיני המס (ראו: ע"א 8500/10 פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים, פסקה 34 (10.9.2012) (להלן: עניין פרל)). אולם חשוב להדגיש חזור והדגש, כפי שהיטיב בית המשפט המחוזי (השופט א' פלפל) בעניין אחר לומר "אין קשר ישיר והכרחי בין דרך קביעת ה'הכנסה החייבת' לצורך דיני המס ובין דרך קביעת הרווח הראוי לחלוקה כדיבידנד על פי דיני החברות" (עמ"ה (מחוזי ת"א) 54/89 עיט ציוד צבאי ליצוא בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פסקה 2 (10.10.1991); דוד אלקינס "מהותו של דיבידנד: חלוקה מרווחי שערור מנקודת מבטם של דיני המס" מיסים כז(5) 12, 13 (2013)). לשון אחר, הראייה החשבונאית המאפשרת להביט על רווחי שערור ככאלו העומדים במבחן הרווח והמאפשרים בתורם לחברה לחלק דיבידנד, אינה בהכרח המבחן הקובע לעניין הגדרת ההכנסה החייבת כדיני המס.

31. כללי ה-IFRS, ובאופן רחב יותר כללי החשבונאות המודרניים, מיישמים את נקודת מבטם של המשקיעים. במסגרת תפיסה זו, כללי החשבונאות עוסקים בנסיבות אשר יש בהן כדי להשפיע על מצב החברה בעיני בעלי המניות, המשקיעים בחברה. "החשבונאות מכירה בנסיבות בעלות השלכה מוניטרית של הישות (ומכך על בעלי המניות), מקטלגת אותן לפי השלכתן על המשקיעים, מודדת אותן בערכים החשובים למשקיעים ומגלה את המידע בצורה המתאימה לצורכי המשקיעים" (ישראל קליין "עד כמה נורמטיבי מעמדם הנורמטיבי? על כללי חשבונאות מקובלים והמשפט הישראלי" משפטים מ' 271, 274, 300-301 (2019) (להלן: קליין); לאפשרות של פרספקטיבה אחרת של כללי החשבונאות, ראו שם בעמ' 302-303 וההפניות בה"ש 139). אולם רווח בעיני המשקיעים אינו בהכרח רווח בעיני אחרים. כפי שמציין קליין, "השימוש בביטויים חשבונאיים, ובחשבונאות ככלל כפריזמה לתופעות כלכליות, נובע מצורך בגישה אל נתונים כלכליים-פיננסיים אשר אינם נגישים בצורה עצמאית וישירה ... התעשרות פיננסית מופשטת, כמו שמתרחשת בפעילות כלכלית מודרנית, קשה לכמת (ואף לתפוס אפיסטמולוגית)" (שם, 278).

32. האחידות החשבונאית, במסגרתה ביטוי חשבונאי זהה משמש בכל המסגרות, אינה משרתת בהכרח את כל התחומים המשפטיים הנסמכים על תוצרי החשבונאות (שם, 304; גילבאי, 172). אכן ככלל, הפקודה מקבלת את כללי החשבונאות הרגילים המקובלים בעולם המסחר, שרואי החשבון סומכים את ידם עליהם ("הלכת העקיבה" (ראו: ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"מ מו(4), 795, 800 (1992) (להלן: עניין קבוצת השומרים); אמנון רפאל ושלומי לזר מס הכנסה – כרך ראשון 785-786 (2009, מהדורה רביעית)). ברם אלה אינם תמיד עולים בקנה אחד עם מדיניות המס של המחוקק המשתקפת בפקודה. לא פעם אפוא, נפרדות הדרכים. או אז דיני המס "גוברים" על כללי הרישום החשבונאי (עניין קבוצת השומרים, 800; ע"א 6557/01 פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד סא(3) 413, 447 (2006); ע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דיקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד נו(1) 1, 9 (2001)). הטעם לכך הוא ש"כללי החשבונאות של ראיית החשבון מטרתם פנימה – לשקף את פעילות העסק ואת מצבו הפינננסי, למען הנישום עצמו, כדי שיידע היכן הוא עומד ואיך לכלכל את עסקו, מה שדרוש לו ללא קשר עם חובת מס הכנסה. לעומת זאת, חשבונאות לצורך מס מטרתה חוצה כלפי שלטונות המס, על-מנת שיוכלו לקבוע את ההכנסה החייבת" (עניין קבוצת השומרים, 800). ובלשונו של השופט בלקמן (Blackmun) בפסק הדין המכונן בנושא במשפט האמריקני, *Thor Power Tool Co. v. Commissioner of Internal Revenue* 439 U.S. 522, 542 (1979):

"The primary goal of financial accounting is to provide useful information to management, shareholders, creditors, and others properly interested; the major responsibility of the accountant is to protect these parties from being misled. The primary goal of the income tax system, in contrast, is the equitable collection of revenue; the major responsibility of the public fisc".

[במאמר מוסגר יצוין כי בארצות הברית מקובלת התיאוריה הדואליסטית בנוגע ליחס בין החשבונאות הפיננסית לבין חשבונאות המס, אשר מבחינה בין מטרות חשבונאות המס לבין מטרות החשבונאות הפיננסית. להרחבה, ראו למשל: Daniel Shaviro, *The Optimal Relationship Between Taxable Income and Financial Accounting* [Income: Analysis and a Proposal, 97 Geo. L.J. 423 (2008-2009)].

במקרה דנא, ההתנגשות בין עקרונות החשבונאות לדיני המס נובעת מכך שדיני המס אינם ממסים התעשרות גרידא, כי אם התעשרות ממומשת בלבד.

33. כאן המקום להקדיש מספר מילים למסגרת התיאורטית של דיני המס בכלל ומס ההכנסה בפרט.

הגדרת המוצא המקובלת של "הכנסה" בקרב משפטנים וכלכלנים העוסקים בדיני המס מבוססת על "נוסחת הייג-סימונס" (Robert Murray Haig, *The Concept of Income – Economic and Legal Aspects*, in *The Federal Income Tax* 1, 27 (Robert Murray Haig ed., 1921; Henry C. Simons, *Personal Income Taxation: The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy* 50 (1938)). בהתאם לנוסחה, הכנסה משמעה התעשרות, הכוללת צריכה + שינוי בשווי נטו (ע"א 9488/16 קרצמר נ' פקיד שומה ירושלים, פסקה 14 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (9.10.2018) (להלן: עניין קרצמר)). כלומר, בניגוד לשיטת המיסוי המוכרת לנו, המבוססת על מדידת היקף הממון שנכנס לכיסו של הנישום, הנוסחה מתמקדת דווקא בצריכה (הכספים אותם הוציא הנישום דווקא), ולוקחת בחשבון גם שינויים בערכם של נכסים. באשר לשינויים בערכם של נכסים, מסביר המלומד א' גילבאי כי "למעשה, עליית ערך הנכס היא התעשרות שאינה שונה מהתעשרות שנובעת מהכנסה פרוטית במונח זה שבעקבותיה היכולת לצרוך עלתה ... עליית ערך הכנסה עצמה מגדילה את יכולתנו לצרוך במקרים מסוימים, ולכל הפחות היא מספקת את כל שאר 'טובות ההנאה' הנובעות מהתעשרות, כגון סטטוס וביטחון" (גילבאי, 187). נוסחה זו נחשבת בקרב מלומדי מיסים כנוסחה ה"אידיאלית"

למיסוי הכנסה. אולם, בשל קשיים מעשיים שונים, היא אינה מיושמת באף שיטת מס במלואה.

34. ניתן למנות ארבעה קשיים מרכזיים ביישומה של נוסחת הייג-סימונס בחיי המעשה. הראשון, בעיית האומדן. באופן עקרוני, שיטת מס בהתאם למודל זה הייתה מצריכה, בין היתר, הערכת שוויים של כל נכסיו של הנישום ותשלום מס בשל עליית ערכם (או קיזוז הפסדים במקרה של ירידת ערכם) (דוד אלקינס "שיטות הדיווח במס הכנסה: מהותן, נחיצותן והבחירה הנאותה" מחקרי משפט ט"ו 243, 247-250 (2000) (להלן: אלקינס)). ודומה כי אין צורך להכביר מילים על אודות העלויות והקשיים האדמיניסטרטיביים הכרוכים בכך. בעיה נוספת, הנגזרת מבעיית האומדן, היא בעיית המהימנות. הערכות שווי של נכסים, אף במקרים פשוטים לכאורה, תלויות בהשערות בדבר התפתחויות עתידיות, ועל כן גמישות ותלויות בהנחות המוצא של המעריך, השמאי. נוכח זאת, מטבע דברים עולה החשש כי נישומים, ובעיקר נישומים מתוחכמים, ינסו להגדיל את התחייבויותיהם הבלתי ודאיות, על מנת להפחית את חבות המס שלהם, ומנגד רשויות המס ישאפו להעריך את שוויין של ההתחייבויות על הצד הנמוך. שאיפות מנוגדות אלה יובילו בהכרח להתדיינות רבות ויקרות (גילבאי, 190). טיעון מעשי נוסף נגד נוסחת הייג-סימונס הוא אי ודאותם של רווחים (והפסדים) לא ממומשים. לבסוף, הבעיה האחרונה ביישום הנוסחה היא בעיית הנזילות של הנישום. מיסוי אך בשל עליית ערכם של נכסים, כאשר תמורת המימוש של הנכס אינה בידי הנישום, עשוי להקשות עליו בתשלום המס. מיסוי עליית הערך של הנכס אף עלול במקרים קיצוניים לאלץ את הנישום למכור על מנת לעמוד בתשלום המס (יוסף מ' אדרעי "בסיס מס כולל בישראל" משפטים יב 431, 432 (תשמ"ב-תשמ"ג) (להלן: אדרעי); אלקינס, 247-252).

35. כידוע, היעילות והוודאות מהוות תכליות כלליות הניצבות ביסודם של דיני המס (ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 309 (2008) (להלן: עניין פוליטי)). דיני המס חותרים, ככל הניתן, להגביר את הוודאות באשר לנורמות הפיסקאליות ולהגדירן באופן בהיר ופשוט אשר יקל על גביית המס וייעל אותה (ע"א 9922/02 רשות השידור נ' שפ"מ שידורי פרסומות מאוחדים בע"מ, פסקה 10 (22.8.2007)). אחת מתכונותיה של שיטת מס "טובה" וראויה היא כי המס הוא "יעיל, כלומר ניתן לגבייה בקלות, ובהוצאה מזערית, כך שהשלטון יינה ממלוא המס שהאזרח משלם" (אדרעי, 458; בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 541 (1997)). הכלכלן אדם סמית (Adam Smith – 1723-1790) עמד על ארבע דרישות ל"מס טוב": המס צריך שיתחשב בנישום; המס צריך שיהא ודאי וידוע מראש; המס צריך שיהא יעיל;



המס צריך שיהא מושתת על הגינות ועל יושר. ראו: יוסף מ' אדרעי מבוא לתורת המיסים 17 (2008); ע"א 8453/14 ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פסקה ג (5.6.2016).

36. ניתן אפוא להבין מדוע, בדומה לרוב שיטות המס בעולם, הדין בישראל קובע כי יש למסות רווחים רק בשלב מימוש הנכסים וקבלת ההכנסות הנובעות מכך בפועל, בו אומדן יכולתו הכלכלית של הנישום הוא ודאי (ע"א 1804/05 אלוני נ' פקיד שומה כפר טבא, פסקה 31 (31.1.2008); אלקינס, 249). במאמר מוסגר אציין כבר כעת כי הדין בהקשר זה השתנה קמעא לאחר חקיקת סעיף 1א100 לפקודה, עליו ידובר להלן, המבטא חריג מסוים לעיקרון המימוש.

37. ואכן, עיקרון המימוש הוכר במשפט הישראלי עוד מימים ימימה:

"השבחת נכס נותנת אולי לבעל הנכס הרגשה של התעשרות, אך הרגשתו אינה חייבת במס. עקב שינוי תנאי השוק עלול ערכו של הנכס לרדת, והאוצר לא יפצה בעל נכס על הפסד, כדרך שאינו גובה ממנו מס הכנסה על ריווח שלא מימש בפועל. מכאן שאין אדם משלם מס הכנסה אלא על ההפרש בין הכנסתו ובין מחיר העלות, ואין נפקא מינה בכך מה היה שוויו של נכס בשוק בזמן מן הזמנים שבין קנייתו ומכירתו. ההגיון שבדבר בולט לעין עד כדי כך, שהמחוקק אפילו לא טרח להעלותו על ספר החוקים." (ע"א 217/65 כהן נ' פקיד השומה גוש דן, רמת גן, פ"ד כ(2) 421, 443 (1966)).

העיקרון אף הוגדר כעיקרון יסוד בדיני המס בישראל (ע"א 9715/03 הורוביץ נ' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נט(4) 354, 360 (2005); אייל רובין וגיא כץ "מועד המכירה לענין מס רווח הון" מיסים טו(3) 42, 50 (2001)). בהתאם לעיקרון, לא די בכך שיופק רווח, או תוספת לעושר, בהתאם למשטר המס הרלוונטי – אלא שעל מנת שאלו ייחשבו כ"הכנסה" לצרכי מס, נדרש שאותו רווח או התעשרות ימומשו בפועל (סעיף 88 לפקודה; עניין קרצמר, פסקה 16 לפסק דינו של השופט נ' הנדל; ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589, 596 (1982) (להלן: עניין דפוס מרכז)).

38. בבסיסו של עיקרון המימוש עומדים שני טעמים עיקריים, הדומים בעיקרם לקשיים ביישומה של נוסחת הייג-סימונס. הראשון, היעדר ודאות בדבר רווח או הפסד

שיופקו בסופו של יום, בעת המימוש. כפי שהגדיר זאת השופט ד' לוין בעניין דפוס המרכז:

“העיקרון שביסוד כלל המימוש הוא בהיגיון בריא, סביר ואפילו מובן מאליו, שאין להטיל מס על אדם בגין רווח שהפיק, כל עוד אין אנו יודעים, אם בסופו של דבר, ביום הקובע, אכן העיסקה, שבגינה מבקשים להטיל עליו מס, הסתיימה ברווח או בהפסד.” (בעמ' 597).

הטעם השני הוא כאמור החשש מיצירת קשיי נזילות אצל הנישום בשל הצורך לממן את תשלום המס (ע"א 6952/15 פקיד שומה גוש דן נ' קרן, פסקאות כ' (19.1.2017)); ישי בר "מיסוי אופציות סחירות – אתגר לדין-המס הנוהג" משפטים כז 451, 457 (2007)). על שני טעמים אלו ניתן להוסיף את קשיי האומדן, עליהם עמדתי לעיל.

יוער, כי בדרך כלל דרישת המימוש משמשת מגן לנישום, כיוון שהיא דוחה את מועד המיסוי, וכידוע, "מס נדחה הוא מס שנחסך" (לביקורת על עיקרון המימוש, ראו למשל: Noel B. Cunningham & Deborah H. Schenk, *Taxation without Realization: A "Revolutionary" Approach to Ownership*, 47 Tax L. Rev. 725 (1992)).

39. ומהכא להתם. כאמור לעיל, בהתנגשות שנוצרה במקרה דנא בין עקרונות דיני המס, ובראשם עיקרון המימוש, לבין כללי החשבונאות הפיננסית, יש ליתן עדיפות לדיני המס.

סעיף 1 לפקודה מגדיר "הכנסה" כ"סך כל הכנסתו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3 בצירוף סכומים שנקבע לגביהם בכל דין שדינם כהכנסה לעניין פקודה זו". בהמשך לכך, רווח הון מוגדר בסעיף 88 לפקודה כ"סכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי" וסעיף 89(א) לפקודה קובע כי "...דין ריווח הון כדין הכנסה חייבת, והכל בשינויים המחוייבים לפי הענין ובאין פירוש אחר מפורש או משתמע מהוראות חלק זה או חלק ה' 1". עולה אפוא, כי על פי הפקודה, עלייה או ירידה של ערך נכס בלא אירוע מס, בין אם מכוח מימוש ובין אם מכוח הוראת חוק מפורשת הרואה בהתרחשות מסוימת כאירוע מס, לא תהווה "הכנסה" או "הפסד", בהתאמה (ע"א 7481/17 פקיד שומה כפר טבא נ' סגל, פסקה 10 (26.8.2019)); ע"א 6126/98 חברת חלקה 510 במגרש 6043 בע"מ (בפירוק מרצון) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חולון, פ"ד נה(4) 769, 778 (2001); ע"מ (מחוזי ת"א) 1183/05 קליימן נ' פקיד שומה פתח תיקווה, פסקה 18 (5.8.2010); קליין, 306, 324-325; ליאור דוידאי "העת להסדרה חדשה בנושא

עיתוי היווצרותו של אירוע מס ולעיון מחדש בדיווח על בסיס מזומנים" דין ודברים יג 195 (2019); יוסף מ' אדרעי "מיסוי רווחי הון: על הגדרת 'רווח הון', מאפייני רווח (והפסד) הון, הבעיות ופתרון" הפרקליט מ"ב 295, 296 (תשנ"ה-תשנ"ו)).

40. אם כן, ככלל, על פי הוראות הפקודה, דיבידנדים שמקורם ברווחי שערך אינם בגדר רווחים שמקורם ב"הכנסות". כפועל יוצא מכך, גם כאשר הדיבידנד הוא דיבידנד בין-חברתי, הדיבידנד מרווחי שערך אינו מוחרג מהכנסת החייבת במס של החברה מקבלת הדיבידנד, בהתאם לסעיף 126(ב) לפקודה. שעה שעל פי עיקרון המימוש, החברה המחלקת אינה ממוסה בגין עליית ערכם של נכסיה (על אף שחילקה דיבידנדים בגין עליית הערך), אין מקום לפטור את החברה המקבלת מתשלום מס בגין הכנסותיה מדיבידנדים המחולקים לה על ידי החברה המחלקת שמקורם ברווחים שטרם מוסו. לשון אחרת, מכיוון שאין מיסוי ברמת החברה המחלקת, לא חל ההסדר הקבוע בסעיף 126(ב) הנועד כאמור למנוע אפשרות של כפל מס, כמפורט לעיל.

41. בענייננו, המערערות מבקשות הלכה למעשה ליהנות משני העולמות. מצד אחד, ברמת החברות המחלקות, הן מבקשות ליהנות מאפקט דחיית המס הנובע מיישומו של עיקרון המימוש, על פיו אין הן משלמות מס בפועל במועד שערך הנכסים. מצד שני, לצורך סעיף 126(ב) לפקודה, הן מבקשות להתייחס לשערך הנכסים כאילו מדובר היה באירוע המחייב במס, זאת בשל ההטבה הגלומה בכך עבורן כ"חברות מקבלות". זאת אין להלום. דבריו של השופט (כתארו אז) ס' ג'ובראן בעניין פרל, שנאמרו בהקשר דומה אך לא זהה, יפים לענייננו בשינויים המחויבים:

"הפרשנות אותה מציעים המערערים, כי אין מדובר בהכנסה לצורך מס בעת חלוקת דיבידנד [במישור החברה המחלקת – ד.מ.], וכי יש לדחות את מועד המיסוי עד למימוש הרווח, מובילה לתוצאה אבסורדית שבמסגרתה למעשה מממשים הנישומים את הרווח מעליית ערך הנכס מבלי ליצור אירוע מס ומבלי לממש את הנכס בפועל. יתר על כן, פרשנות זו פותחת פתח לשימוש בדיני המס על מנת לדלל את הון החברה, ועל ידי כך לעקר את הכללים בדבר מניעת דילול הון הקבועים בחוק החברות מתוכן. זאת, על ידי שערך נכסיה וחלוקת הרווח לבעלי המניות ללא מס, בעוד שהמס ייגבה מהון החברה עצמו בעת המימוש. ברי, כי באם תגיע החברה לחדלות פירעון מעצם דילול ההון האמור, יוביל הדבר לפגיעה ברשויות המס, כבכלל הנושים של החברה..." (שם, פסקה 49).

42. מעבר לכך, הפרשנות המוצעת על ידי המערערות תחזק את "אפקט הנעילה" (lock-in effect) – שמגלם את אחת מהביקורות העיקריות המופנות כלפי עיקרון המימוש. לפי אפקט זה, נישום יימנע ממימוש נכסיו בשל נטל המס המוטל עליו בעת המכירה אשר עלול להפוך את המימוש לבלתי כדאי עבורו, דבר אשר יוביל לדחיית תשלום המס מעבר לעתיד הנראה לעין (ראו: ע"א 3721/12 תופאפ תעשיות נ' פקיד שומה, פסקה 24 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (27.4.2014); ע"א 5883/14 אלדן תחבורה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פסקה כ"ה (27.11.2016); אלקינט, 253-254). על פי הפרשנות המוצעת, החברות מקבלות הדיבידנדים (ובהמשך בעלי המניות היחידים) יוכלו "לחלץ" את הרווחים שמקורם בעליית שווי הנכסים, בלא שהחברות המחלקות יידרשו לממש את הנכסים בפועל ולשלם מס רווח הון בגין עליית הערך. החברות המקבלות, מנגד, לא יידרשו, לשיטת המערערות, לשלם מס בגין הדיבידנדים בשל תחולת סעיף 126(ב) כאמור. פשיטא כי העובדה שהרווחים (שמקורם בעליית ערכם של נכסים) זמינים לבעלי המניות מבלי ששולם מס בגין אותה עליית הערך, מפחיתה באופן משמעותי את "התמריץ" של החברות המחלקות לממשם. זאת, שכן רק במועד המימוש, לשיטת המערערות, ישולם מס בגין עליית שווי הנכסים. במובן זה, טענתן של המערערות כי מדובר רק ב"הפרשי עיתוי" והמס ברמת החברה המחלקת ישולם במועד מאוחר יותר (מעבר לעובדה שאין כל בטוחה שכך יקרה), אין בה ממש.

43. סיכום ביניים: אין מקום להכיר ב"רווחי שערורך" – המייצגים רווחים על פי כללי החשבונאות מבחינת החברה המחלקת – כ"הכנסה" החייבת במס, לפי סעיף 126(ב) לפקודה. זאת בעיקר בהתחשב בעיקרון המימוש, שהוא מעקרונות היסוד בשיטת המס הישראלית. בהתנגשות זו בין הכללים החשבונאיים לבין דיני המס ועקרונותיהם, דיני המס גוברים.

סעיף 1א100 לפקודה

44. כאמור לעיל, עיקרון המימוש הוא עיקרון המקובל בדיני המיסים בישראל. חריג לעיקרון זה מצוי בסעיף 1א100 לפקודה, שנחקק לאחר התקופה הרלוונטית לענייננו, וממנו ביקשו המערערות להיבנות. לשיטת המערערות, הוספתו של סעיף 1א100 לפקודה, אשר יוצר אירוע מס אצל החברה המחלקת אם חילקה דיבידנד מרווחי שערורך, מלמדת כי לפני התיקון, לעמדת המחוקק, לא חל אירוע מס בעת חלוקת דיבידנד מרווחי שערורך, לא ברמת החברה המחלקת ולא ברמת החברה המקבלת. שכן, חזקה על המחוקק שאין הוא משחית מילותיו לריק. טענה זו טענה שובת לב היא, אולם אין בידי לקבלה.

45. למען הסדר הטוב, אביא להלן את לשון הסעיף:

(א) בסעיף זה –

”חברה” – למעט חברה משפחתית כמשמעותה בסעיף 64א ולמעט קרן להשקעות במקרקעין כמשמעותה בסעיף 3א64;

”חלוקת רווחי שערות” – חלוקת דיבידנד מרווחי שערות; “רווחי שערות” – עודפים שלא התחייבו במס חברות, מהסוג שקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, בסכום העולה על 1,000,000 שקלים חדשים שיחושב באופן מצטבר מיום רכישתו של הנכס; לעניין זה, “עודפים” – סכומים הכלולים בהון העצמי של חברה שאינם הון מניות או פרמיה כהגדרתה בחוק החברות, והכול על פי הדוחות הכספיים המבוקרים או הסקורים שערכה החברה בהתאם לעקרונות חשבונאיים מקובלים.

(ב) ביצעה חברה חלוקה מרווחי שערות, יראו את הנכס שבשלו נרשמו בדוחות הכספים של החברה המחלקת רווחי השערות, כאילו נמכר ביום החלוקה (בסעיף זה – מכירה רעיונית) ונרכש מחדש ביום האמור (בסעיף זה – רכישה רעיונית); על מכירה רעיונית ורכישה רעיונית יחולו הוראות חלק זה בשינויים אלה:

(1) התמורה בשל המכירה הרעיונית תהיה סכום החלוקה המגולמת בתוספת יתרת המחיר המקורי של הנכס הנמכר; לעניין זה, “סכום החלוקה המגולמת” – אחד מאלה:

(א) סכום החלוקה מרווחי שערות כשהוא מחולק באחד פחות שיעור מס החברות לפי סעיף 126(א);

(ב) סכום החלוקה בתוספת סכום המס, שהיה על החברה לשלם כדי שיוותר לה רווח הון השווה לסכום חלוקת רווחי השערות, אם הוכח להנחת דעתו של פקיד השומה כי המס בשל המכירה הרעיונית שונה מהאמור בפסקת משנה (א);

(2) יראו את יום חלוקת רווחי השערות כאמור ברישה כיום רכישה חדש של הנכס ומחירו המקורי יהיה התמורה כאמור בפסקה (1);

על פי הסעיף האמור, ובניגוד למצב שקדם לתיקון מס' 197 לפקודה, כאשר חברה מחלקת רווחי שערות לבעלי מניותיה, יראו את הנכס בגינו נרשמו רווחי השערות בדוחות הכספיים של החברה המחלקת, כאילו נמכר על ידה כאמור ביום החלוקה. בהתאם לכך, יחולו על המכירה הרעיונית ההוראות הרלוונטיות בחלק ה' לפקודה (הדן ברווחי הון), והתמורה בשל המכירה הרעיונית תהא סכום החלוקה המגולם בתוספת המחיר המקורי של הנכס. באמצעות המכירה הרעיונית, “מחולף” רווח ההון, כפי שהיה קורה אילו הייתה החברה המחלקת מממשת את הנכס ומחלקת דיבידנד לבעלי מניותיה לאחר תשלום מס. בנוסף, על מנת למנוע מצב שבו תמוסה החברה המחלקת פעמיים – פעם אחת בעת שערות הנכס ופעם נוספת בעת מימושו בפועל – קובע הסעיף כי במקביל

למכירה הרעיונית, רואים את הנכס כאילו נרכש מחדש על ידי החברה המחלקת ביום החלוקה ("רכישה רעיונית"), ומחירו החדש הוא התמורה שנקבעה לגבי המכירה. כך שונה ההסדר הקבוע בסעיף מההסדר שקדם לו. בעוד שכפי שצוין לעיל, בעבר, לגבי החברה המחלקת, רווחים לא ממומשים לא חויבו במס, לאחר התיקון אותם רווחים מחויבים במס.

46. עולה אפוא כי הסעיף ביקש להתמודד עם המיסוי ברמת החברה מחלקת הדיבידנד, ולא ברמת החברה מקבלת הדיבידנד, כדוגמת המערערת לפנינו, או ברמת בעלי המניות, במקרה שבו אין מדובר בדיבידנד בין-חברתי. המחוקק מכיר היום ברווחי שערך כאירוע מס, מבחינת החברה המחלקת ככל שרווחים אלה מחולקים כדיבידנד. ממילא מהלך זה משליך על חיובה של החברה המקבלת, שכן שעה שהחברה המחלקת משלמת מס על רווחים שנוצרו כתוצאה משערוך נכסיה, אין עוד מקום לחייב את החברה המקבלת במס בגין דיבידנד שמקורו ברווחים אלה, בהתאם לסעיף 126(ב) לפקודה. עם זאת, אין להסיק מכך על הדין שקדם לתיקון מס' 197, בוודאי ככל שהדבר נוגע לחברה המקבלת.

47. חיזוק לפרשנות זו ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת החוק במסגרתה הוסף הסעיף לפקודה (דברי ההסבר לחוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013):

"ההסדר המוצע נועד להתמודד עם הטענה שלפיה לצורכי מס, חלוקת דיבידנד מרווחי שערך זהה לחלוקת דיבידנד מרווחים אחרים, ששולם בגינם מס חברות בשלב הראשון. לפי עמדה זו, יחיד המקבל דיבידנד שמקורו ברווחי שערך חייב במס בשיעור המס הקבוע בסעיף 125 ב לפקודה (קרי 25% או 30%) ואילו חברה פטורה ממס בשל הוראות סעיף 126(ב) לפקודה. כלומר, מדובר בסכומי כסף המתקבלים בידי בעלי המניות בלא מיסוי השלב הראשון – במס חברות – ובנוסף זוכים לשיעורי מס מוגבלים השמורים לדיבידנדים שמקורם ברווחים שמוסו במישור החברה המחלקת. עמדה זו מנוגדת לעקרון המיסוי הדו-שלבי שהוא עיקרון מרכזי בשיטת מיסוי התאגידים הנהוגה בפקודה, ופוגעת בו" (ההדגשה הוספה – ד.מ.).

מדברי ההסבר עולה אפוא, כי גם עובר לתיקון, לא סברה רשות המיסים כי קיימת "פרצה" בפקודה, כשיטת המערערת (חיזוק נוסף לפרשנות זו, מלבד דברי ההסבר להצעת החוק, הוא עמדת הלשכה המשפטית של רשות המיסים מיום 30.9.2009. לעמדה

ולביקורת עליה ראו: שירי כץ "היבטי המס בחלוקת דיבידנד מתוך רווחי שיערוך" מיסים כד(3) 37, 48 (2010)).

48. כאמור, בשנת 2006 אימץ המוסד הישראלי לתקינה את תקני ה-IFRS ואיתם את מודל השווי ההוגן להערכת שוויים של נכסים. עם המעבר למודל, כללו חברות רבות רווחי שיערוך בדוחותיהן הכספיים. האפשרות לחלק את רווחי השיערוך כדיבידנדים יצרה אצל רשות המיסים צורך להתמודד עם הטענה כי דיבידנדים בין-חברתיים שמקורם ברווחים אלה אינם חייבים במס ברמת החברה המקבלת, כטענת המערערות. הסעיף נועד אפוא לסתום את הגולל, מבעוד מועד, על טענות שנישומים עשויים היו להעלות בקשר לתחולת סעיף 126(ב) על דיבידנדים שמקורם ברווחי שיערוך. זאת שעה שבמועד הוספת הסעיף טרם ניתנה פרשנות מחייבת על ידי בית המשפט לסעיף 126(ב) לפקודה בכל הנוגע לרווחי שיערוך.

אם כן, הוספת סעיף 1א100 לפקודה אינה בגדר תיקון שנועד לסתום "פרצת מס" בכל הנוגע לחברה מקבלת הדיבידנד, כטענת המערערות. וכפי שציין השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין קיבוץ חצור הנודע, "אין לומר כי הצורך בתיקון מלמד כי בלעדיו הדין שונה" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 79 (1985)).

49. אמנם, אין חולק כי המימוש הרעיוני הקבוע בסעיף 1א100 פותר בעיה אפשרית שנוצרה במצב החוקי שחל טרם הוספת סעיף 1א100 לפקודה (כבמקרה זה), אשר הביא לכך שבמקרים מסוימים רווחים שמקורם בשיערוך נכסים ימוסו בִּיְתֵר. זאת שעה שהחברה המקבלת מחויבת במס בגין הדיבידנד, ובעת המימוש ייתכן שגם החברה המחלקת תחויב במס רווח הון בגין עליית שווי של הנכס. עם זאת אין הכרח שהחברה המחלקת אכן תחויב במס בגין עליית ערך הנכס במועד מימושו, ועל כן לא ימוסו הרווחים ביתר. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שבכל מועד טרם מימוש הנכס, רווח ההון הוא בגדר נעלם וגם מקורו אינו ידוע. למשל, הרווח שמקורו בנכס שנמכר כעבור מספר שנים ממועד השיערוך אינו בהכרח אותו הרווח בגינו שוערך שווי של הנכס בעת חלוקת הדיבידנד. יתכנו מצבים שונים ונסיבות מגוונות אשר ניתן להניח כי החברה הנישומה ופקיד השומה יצטרכו לתת עליהם את הדעת בבוא העת, כדי להביא לתשלום מס אמת.

50. מכל מקום, כאמור לעיל, המימוש הרעיוני הקבוע בסעיף 1א100 פותר בעיה אפשרית זו, שכן רווחי השיערוך ממוסים ברמת החברה המחלקת במועד חלוקת הדיבידנד, ועל כן לא יחויבו במס פעם נוספת ברמת החברה המקבלת. יחד עם זאת, יש

לציין כי רווחי השערוך הוגדרו בסעיף כ"עודפים שלא התחייבו במס חברות, מהסוג שקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת", וממועד החקיקה ועד היום, כשבע שנים לאחר מכן, טרם הותקנו התקנות והסעיף טרם נכנס לתוקף. על כן אפוא, בעיית המיסוי ביתר טרם באה על פתרונה באופן ממצה.

51. בשולי הדברים, לא מצאתי ממש בטענותיהן החלופיות של א.ס.י.אל ויאנטרה בעניין חיובן במס חלקי, תוך פטור מריבית והצמדה, בשל "האשם התורם" של פקיד השומה, או כי יש להורות על אי חיובה העתידי של חברת קניון דרורים בעת מכירת הנכס. פקיד השומה לא "תרם באשמו" לחבותן במס של א.ס.י.אל ויאנטרה. הן בחרו לפעול בדרך מסויימת, על דעת עצמן, שהובילה בסופו של יום לחיובן במס מעבר לשיעור לו ציפו. בנסיבות אלה, אין כל מקום להכיר ב"אשם" כלשהו של פקיד השומה או לפטור אותן מריבית והצמדה. לגבי טענותיהן בקשר למכירה העתידית על ידי קניון דרורים, הנימוקים להלן בקשר לערעור שכנגד יפים גם לעניין זה. בנוסף אציין כי צדק בית המשפט המחוזי בעניינה של אורון שדחה את הצעתה שתשיב את הדיבידנד שנטלה ובהתאם לכך השומה שנערכה לה תבוטל. פשיטא כי אין לקבל הצעה מעין זו אשר תפתח פתח במסגרתו כל נישום שאינו מרוצה משומת פקיד השומה שנערכה לו יבקש "פסק זמן" כדי להשיב את המצב לקדמותו.

נוכח הדרך בה הילכתי, גם לא מצאתי מקום להידרש לשאלת עיתוי תשלום המס (טיבו של "חוסר המיסוי"), אליה התייחס בהרחבה בית המשפט המחוזי בעניינה של אורון.

הערעור שכנגד בע"א 9131/18

52. כאמור, לצד הערעורים של שלושת המערערות, הגיש פקיד השומה ערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין אורון ואסטרל. פקיד השומה טוען כי שגה בית המשפט המחוזי בצוותו עליו לשום מכירה עתידית של הנדל"ן להשקעה של אסטרל, החברה מחלקת הדיבידנד, באופן המביא בחשבון את מיסוי הדיבידנדים שחולקו מרווחי השערוך. פקיד השומה טוען כי בכך שגה בית המשפט מעיקרא שכלל דן במיסוייה העתידי של אסטרל – החברה המחלקת – במסגרת דיון בערעור מס בגין שומה שהוצאה לאורון – החברה המקבלת. מעבר לכך, ולגופם של דברים, פקיד השומה סבר כי שגה בית המשפט בקבעו כי אי החלת סעיף 126(ב) בעניינה של אסטרל תביא לכפל מיסוי עתידי.



53. דין הערעור שכנגד להתקבל. כידוע, מחלוקת בין נישום לבין רשויות המס יכולה להתברר אך ורק על פי ההליכים הייחודיים שנקבעו בחוקי המס השונים, ובענייננו הפקודה. אין מקום לעקוף הליכים אלה על ידי מתן ציווי כללי, ביחס לנישום שעניינו לא עמד לפני בית המשפט, אשר פרטיו יתבררו רק בעתיד (והשוו: ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים (7.8.2012)). כך גם בענייננו. שומתה העתידית של אסטרל בגין מימוש נכס הנדל"ן לא עמדה לנגד בית המשפט המחוזי וככל שהנכס אכן ימומש ולאסטרל יהיו השגות על השומה, יהיה באפשרותה לעשות כן בדרכים המקובלות בבוא השעה המתאימה. הליכי המס בעניינה של אורון, שהיא כזכור ישות משפטית נפרדת, אינם המקום המתאים לדון בשומה עתידית אפשרית של אסטרל.

54. האמור לעיל נכון גם אם יש טעמים טובים לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, לפיה בעת קביעת השומה של אסטרל פקיד השומה יידרש להתחשב בחיובה במס של אורון בגין הדיבידנד כמפורט לעיל. זאת שכן גם בהנחה שהערעור שכנגד של פקיד השומה יתקבל כהצעתי, חזקה עליו שבבוא העת, מכלול שיקולי המס יילקחו בחשבון. אולם, דיה לצרה זו בשעתה, והמסגרת הנוכחית – קרי, ערעור מס על חיובה של אורון בדיבידנד – אינה האכסניה המתאימה למתן הנחיות או קביעות על אודות המס אשר יוטל בבוא היום על אסטרל, אם יוטל.

טו דבר : אציע לחבריי לדחות את שלושת הערעורים ולקבל את הערעור שכנגד. כן אציע לחייב כל אחת מהמערערות בהוצאות פקיד השומה בסך של 50,000 ש"ח.

ש ו פ ט

#### המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף של חברי, השופט ד' מינץ, ביחס לדחיית ערעוריהן של המערערות. הנני מרשה לעצמי להוסיף עם זאת בנושא זה את הזהירות המתחייבת מפעילות של חלוקת דיבידנדים מרווחים שמקורם בשערוך נכסים (ואשר אינם מעוגנים בפעילות עסקית), ובתהליכים המתבקשים, שעל מעריך השווי לבצע במקרים אלו. עיינו: פרופ' יוסף גרוס, חוק החברות, כרך ב' בעמ' 933-938 (מהדורה חמישית מורחבת – 2016).

בצד האמור לעיל, יש לדחות, לדעתי, גם את הערעור-שכנגד. מאחר שהנימוק הפרוצדורלי שהעלה חברי יש בו ממש – אני מוכן לראות בקביעותיו של בית המשפט

המחוזי הנכבד בע"מ 15-03-38832 אורון אחזקות מלונאות ותיירות בע"מ נ' פקיד שומה יחידה ארצית לשומה (09.12.2018) (להלן: עניין אורון), בנושא הערעור שכנגד, אמירות אגב, שהן נכונות עקרונית למקרה שסוגיה זו תתעורר בהמשך, בעת מכירה עתידית של נכסי הנדל"ן-להשקעה של אסטורל, החברה מחלקת הדיבידנד.

מאחר שנימוקיו של חברי באשר לדחיית הערעורים מקובלים עליי, אדרש להלן, בקצרה, רק לטעמים שבמהות, שבגינם אני סבור כי יש לדחות גם את הערעור-שכנגד, בכפוף להערת הנ"ל.

2. מטרה מרכזית, שאליה דיני המס חותרים, היא השאיפה להגיע לגביית מס-אמת, (עיינו: ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ, פסקה 26 לפסק דיני (26.08.2014)). שאיפה זו היא מנשמת אפה של מערכת דיני המס ומקומה במארג השיקולים ובאיזון בין השיקולים השונים בדיני המס – הוא רב עוצמה. השמירה על השאיפה לגביית מס אמת היא חיונית הן כדי למנוע פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לקניין (המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), והן מאחר שחריגה מעקרון זה מפרה את עקרונות השוויון בין הנישומים והצדק החלוקתי (ראו: ע"א 10691/06 שריג אלקטריק בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים 1, פסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (23.01.2011) (להלן: עניין שריג); ע"א 9333/02 מנהל מס ערך מוסף טבריה נ' חוסין, פסקאות 14-24 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.5.2010) (להלן: עניין חוסין)).

3. לשם הגשמת השאיפה לגביית מס אמת יש לוודא כי על התעשרות הנישום יוטל נטל מס הזהה לזה החל על נישומים אחרים, שהתעשרו בצורה דומה, וזאת על-פי מהותה הכלכלית של העסקה, מבלי ליתן משקל לאדרת שאותה בחר הנישום לעטות (עיינו: ע"א 7204/15 פקיד שומה תל אביב 4 נ' עיזבון לשם, פסקה 40 לפסק דינו של חברי, השופט ד' מינץ (02.01.2018)). לפיכך, באותה מידה שיש לשלול מהנישום את היכולת להתחמק מתשלום מס בגין התעשרותו (לדוגמה באמצעות כפל הטבות בגביית מס), כך יש למנוע גם מצב של החלת כפל מס על אותה התעשרות עצמה (ראו: ע"א 1194/03 פקיד שומה חיפה נ' מנו, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (09.05.2010) (להלן: עניין מנו)).

4. על הבעייתיות שבהשתת כפל מס על נישום, עמדה באחת הפרשות השופטת ש' נתניהו, בקבעה כדלקמן:

“מיסוי כפול הוא בלתי רצוי. תוצאותיו המזיקות ברורות. הוא מביא להעלמת הכנסות ולהשתמטות ממס. הוא מהווה תמריץ שלילי לייצור ולעבודה. הוא אינו מעודד פרוץ. הוא מכשול לצמיחה כלכלית. מכאן המגמה להתיר בידי הנישום את מרבית הכנסתו, מגמה שבאה לביטוי בשיעור המס המירבי המוטל בפקודה. פרשנות המביאה לתוצאה של מיסוי כפול, וכזו היא פרשנותו של המשיב, היא לכן בלתי רצויה. אין מנוס ממנה כשהמחוקק מביע את רצונו הברור להביא לתוצאה כזו. אך המחוקק לא נתן כל ביטוי לכך בלשון הפקודה” (ראו: ע”א 32/86 רמון ביטוח ופיננסים בע”מ נ’ פקיד שומה ת”א 1, פ”ד מו(1) 573, 582 (1992) (להלן: עניין רמון)).

5. לנוכח האמור, נפסק כבר כי יש לפרש את דיני המס באופן שימנע הטלת כפל מס על התעשרותו של הנישום (עיינו: עניין שריג, פס’ 25 לפסק דינה של השופטת ע’ ארבל; עניין חוסין, פס’ 20 לפסק דינה של השופטת א’ פרוקצ’יה; עניין רמון, פס’ 9 לפסק דינה של השופטת ש’ נתניהו).

6. להשקפתי, קבלת עמדתו של המשיב, כפי שזו תוארה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בעניין אורון, מותירה בידי המשיב את האפשרות למסות פעם נוספת אותה עליית ערך שכבר מוסתה בעת חלוקת רווחי השערוך, וזאת בעת מכירת הנכס על ידי חברת הבת. עם זאת בסיכומיו בהליך שבפנינו, המשיב טען כי לעמדתו – מיסוי אותו הרווח פעמיים, הן בידי חברת הבת והן בידי חברת האם, איננו עולה כדי כפל מס, וזאת מפני שיש לראות בכל אחת מהחברות משום נישום נבדל. אין בידי לקבל טענה זו, ולהלן אבאר עמדתי.

7. מיסוי תאגידיים היא אחת מן הסוגיות המורכבות בדיני המיסים, אשר מלומדים ומחוקקים ברחבי העולם התחבטו בה רבות (לעיסוק בסוגיה זו עיינו: Charles E. McLure, *Must Corporate Income Be Taxed Twice* (1989); יוסף מ’ ארדעי מבוא לתורת המסים 272-286 (2008)). שתי גישות הקצה לסוגיה זו מכוונות בספרות: גישת המיסוי הכפול וגישת השילוב, כאשר בתוכם שבין שתי גישות אלו עומדות תפיסות ביניים שונות (לסקירת הגישות השונות וההצדקות להן ראו: פרופ’ דוד גליקסברג “מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו” משפטים מד 731, 744-752 (2015)).

על-פי גישת המיסוי הכפול, יש להתייחס לתאגיד, בהתאם להגדרתו המשפטית, כאישיות משפטית נפרדת, ולפיכך יש לראות אותו כנישום נפרד ולמסותו באופן דומה לאופן שבו ממוסה נישום בשר ודם.

מנגד, על-פי גישת השילוב יש לראות את התאגיד במישור הכלכלי כידו הארוכה של בעליו, ולפיכך להשקיף על מיסויו של תאגיד כעל מיסוי בעקיפין של בעליו. על-פי גישה זו, על אף שהתאגיד הינו אישיות משפטית נפרדת, הרי שלעניין שיעור המס יש לראותו כמתאחד עם בעליו. על מערכת המס להתחשב באיחוד זה ולוודא כי סך המס שישולם על רווחי התאגיד, על-ידי התאגיד ועל-ידי בעליו כאחד, יהיה זהה לשיעורו של המס שישולם היחיד על הכנסה זהה.

8. המחוקק בישראל, צעד בנושא זה בעקבות הגישה אותה התווה המחוקק האנגלי, ובחר לאמץ בדרך כלל את גישת השילוב, וזאת באמצעות החלת המיסוי הדו-שלבי, שעל יסודותיו ופרטיו עמד חברי, השופט ד' מיינן, בפסק דינו. המטרה המרכזית בגישה זו היא להביא לידי מצב שבו שיעור המס המוטל על פעילותו של היחיד הפועל באמצעות תאגיד, או שרשור תאגידים, יהיה זהה למס המוטל על הכנסות יחיד מפעילות שאינה מאוגדת, ובכך תמנע הטלת מיסוי יתר על יחיד הפועל באופן מאוגד (עיינו: ע"א 181/14 פגי נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 1 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (13.03.2016) (להלן: עניין פגי)). מעיקרון זה אף מתבקש כי למרות שמבחינה משפטית, החברה והפרט המחזיק בה הינם שני נישומים שונים – לצרכי תכליות המס יש לראותם כיחידה כלכלית אחת, ובלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה:

”אופן מיסוי רווח ההון בידי בעל המניות צריך להבטיח את שני אלה: לשלול כפל מס מהחברה ומבעל המניות בגין אותו ארוע מס; ולשלול כפל הטבת מס בידי בעל המניות בגין אותו ארוע. [...] באופן זה, מתלכדים החברה ובעל המניות ליחידה כלכלית אחת, והמס המוטל בסופו של יום הוא מס אמת – בלא כפל חבות ובלא כפל הטבה” (עניין מנו, פס' 34 ו-37 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה) (ההדגשות נוספו – ח"מ).

9. עיקרון זה, שאין להטיל כפל מס על אותו הרווח, פעם בידי החברה ופעם בידי בעל המניות, הינו עתיק יומין במשפט האנגלי ונקלט במשפטנו ובמשפטן של מדינות רבות הן במדינות המשפט המקובל והן במדינות המשפט הקונטיננטלי. גם מדינות שבחרו לחרוג מעיקרון זה ולנקוט בגישת המיסוי הכפול, מחילות ברובן גישה זו, בעיקר ביחס לתאגידים ציבוריים, או תאגידי ענק, כאשר יחידים הפועלים באמצעות תאגידים שאינם ציבוריים, יכולים, אם ירצו בכך, ליהנות מגישת השילוב (ראו: א' ויתקון וי' נאמן דיני מסים (1969); פרופ' אילן בנשלום "מיסוי תאגידים בישראל: מה צודק, מה יעיל, מה אפשרי?" משפטים מט 279, 287-289 (2019)).

על פי תפיסה זו – השאלה היא האם מדובר בכפל מס, נמדדת מנקודת מבטו של היחיד, העומד בסוף השרשרת התאגידית, והיא בוחנת את השפעת המס על התעשרותו בפועל, בהשוואה לפעילותו שלא במסגרת תאגיד.

10. עמדתו הנ"ל של המשיב לגבי הערעור שכנגד, מהווה איפוא סטייה מגישת השילוב ומעיקרון המיסוי הדו-שלבי, שמגלם את ביטויה של גישה זו במשפטנו. קבלת עמדה זו, תביא לתוצאה קשה של כפל מס, שכן, מנקודת מבטו של היחיד, העומד בראש שרשרת החברות, הרי שאותה התעשרות עצמה – עליית ערך הנכס – תמוסה למעשה שלוש פעמים: פעם ראשונה ברמת החברה המקבלת בעת חלוקת הדיבידנד בין החברות, פעם שניה ברמת היחיד בעת חלוקת הדיבידנד אליו ופעם שלישית ברמת החברה המחלקת בעת מכירת הנכס נשוא השערוך, וזאת חלף כוונת המחוקק למיסוי ב־TD ברמת החברה.

11. יתר על כן – קבלת עמדת המשיב, תעצים למעשה את "אפקט הנעילה", שעליו עמד חברי בפסק דינו, שכן עתה מימוש הנכס יגרום לחיוב נוסף במס על ידי החברה, מה שיגרום לה ביתר שאת להימנע ממימוש יעיל. כמו כן, תוצאה זו תפגע בשקילות המיסויית שבין פעילות מאוגדת לבין פעילות בלתי מאוגדת, ותפגע בעקרון הניטרליות הכלכלית של דיני המס, אשר מהווה גם הוא אחד מעקרונות היסוד של מדיניות המיסוי הראויה (ראו: עניין שריג, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; עניין פגי, פסקה 1 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

12. זאת ועוד – אחרת. אמנם "עיקרון המימוש" הינו עיקרון מוסד בדיני המס, אולם, כבר נאמר על ידי כב' השופט י' זוסמן (כתוארו אז) ב-ע"א 217/65 כהן נ' פקיד השומה גוש דן, רמת-גן, פ"ד כ(2) 421 (1966) כך:

"העקרון "ריווח שלא מומש אינו ריווח" לא נקבע אלא כמכשיר לשומת הכנסה כיאות. מקום שאותו עקרון משבש את קביעת ההכנסה [...] אין אני מוצא צידוק להשתעבד לעקרון. במקרה כזה מוטב שנבחר בדרך אחרת כדי לקבוע מה מס מגיע באמת מהנישום".

הנה כי כן, גם אם נניח כי "עיקרון המימוש" מחייב את קבלתו של הערעור-שכנגד, הרי שלאור השיקולים עליהם עמדתי לעיל, דעתי היא שבמקרה זה, הוא אכן "משבש את קביעת ההכנסה" ועל כן, שומה עלינו לבחור בדרך אחרת, כדי להגשים את מטרות דיני המס ואת התכלית של גביית מס אמת.

13. בית המשפט המחוזי הנכבד, שעמד בפסק דינו, בעניין אורון, על עיקרי השיקולים שנידונו לעיל, הגיע לתוצאה נאותה של גביית מס מלאה, מבלי לתת לנישומים פתח ליצירת עיוותים ולהתחמק ממס מחד גיסא, ומבלי לחייב בכפל מס את אותה ההתעשרות עצמה מאידך גיסא. בנסיבות אלו ולנוכח הטעמים שסקרתי לעיל, הנני בדעה כי נכון יהיה להשאיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד על כנו גם בסוגיה זו, ואולם נוכח הערתו הפרוצדורלית של חברי – יש לראות בדברים שנאמרו שם בבחינת אמירות אגב, לקראת התדיינות עתידית בנושא זה, ככל שתתקיים כזו.

14. לנוכח האמור לעיל, אם תשמע דעתי, הייתי דוחה את הערעורים כולם, לרבות הערעור-שכנגד (בכפוף להערתי המובאת בפסקאות 1 ו-13 שלעיל), וזאת לשם מניעת הפגיעה בערך חברת אסטורל, לה טענה המערערת. אעיר, כי ייתכן, מבלי לקבוע מסמרות בעניינים חשבונאיים שאין דרכו של בית משפט זה להתערב בהן, שאף אם הערעור-שכנגד יתקבל מטעמים פרוצדורליים, הרי שהבהרת המצב המשפטי בסוגיה, כפי שנעשתה כאן, עשויה ליתן מענה לקושי החשבונאי שהעלתה אסטורל, וזאת על פי התקינה החשבונאית הרלוונטית.

15. המערערות בע"א 2515/18 ובע"א 2114/19 טענו לחילופי חילופין לכך שנחיל, בסוגיה זו שנדונה בערעור שכנגד, את פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בעניין אורון, על עניינם. אולם, מאחר ובית המשפט המחוזי הנכבד בפסקי דינו בעניינם: ע"מ 44118-10-14 א.מ.סי.אל. קניון דרורים בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה (08.01.2018) ו- ע"מ 39717/01/15 יאנטרה בע"מ נ' פקיד שומה נתניה (05.12.2018), לא נדרש לסוגיה זו – לא מצאתי מקום לתת להם סעד כאמור. מאחר והבהרתי את המצב המשפטי הנראה לי בשאלה זו, וכך עשו אף חברי מבלי לדחות את הערעור-שכנגד, הרי רק מובן הוא כי טענות כל הצדדים בעניין זה שמורות להם – והם יוכלו להעלותן בפני הרשויות והערכאות הרלוונטית בבוא העת.

המשנה לנשיאה

השופט י' אלרון:

אני מסכים לחוות דעתו המפורטת של חברי השופט ד' מינץ.

אומנם, כחברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, אף אני סבור כי החשש מפני חיוב בכפל מס הוא שיקול כבד משקל, אשר ראוי כי ייבחן בקביעת השומה העתידית של חברת מלונות אסטרל בע"מ (להלן: אסטרל).

אולם, כפי שציין חברי השופט מינץ, סוגיה זו תיבחן במקרה הצורך במסגרת הליכי המס בעניינה של אסטרל – ואין להכריע בה כבר בהליך דנן.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, כ"ה בסיון התש"פ (17.6.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

18025150\_N19.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333 \*3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>