

הנושא: הטבת המס הגלומה בסעיף 94 לפקודה נועדה לחברות ישראליות הכפופות למשטר המס בישראל, ואינה חלה מקום שנמכרות מניות של חברה זרה המוחזקות בידי חברה ישראלית

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים
מס' תיק: ע"א 8511/18
בפני כב' השופטים: ח. מלצר, המשנה לנשיאה, ע. ברון וד. מינץ
המערער: פקיד שומה נתניה
המשיבה: דלק הונגריה בע"מ
ניתן ביום: 26.1.20

[התמצית תשולב בקרוב]

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8511/18

בפני: כב' השופט ח. מלצר, המשנה לנשיאה
כב' השופט ע. ברון
כב' השופט ד. מינץ

המערער: פקיד שומה נתניה
ע"י ב"כ עו"ד חן אבידוב

נגד

המשיבה: דלק הונגריה בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד דניאל פסרמן, שלמה אביעד
זידר ודליה קרצברון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופט ש' בורנשטיין) מיום
9.7.2018 בע"מ 28212-11-15 וע"מ 14745-07-16

פסק דין

השופט ד' מינץ:

השאלה העומדת להכרעה בערעור לפנינו היא האם ההסדר המיסויי החל בעת מכירת מניות חברה כאשר ישנם "רווחים ראויים לחלוקה" אשר לא חולקו כדיבידנד לפי סעיף 94 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה), חל גם כאשר נמכרות מניותיה של חברה זרה המוחזקות בידי חברה ישראלית.

הרקע לערעור

1. המשיבה, חברת דלק הונגריה בע"מ, התאגדה בשנת 2000 בהונגריה והחל משנת 2011 הפכה לתושבת ישראל לצרכי מס. הנכס העיקרי של המשיבה היה מניות חברת Delek US Holdings Inc. (להלן: דלק ארה"ב), חברה אמריקנית תושבת ארה"ב לצרכי מס, אשר הוקמה על ידה בשנת 2001.

2. בשנת 2006 הונפקו מניות דלק ארה"ב בבורסה לניירות ערך בניו-יורק. בעקבות ההנפקה ועד לשנת 2012 החזיקה המשיבה בכ-68% מהון מניותיה של דלק ארה"ב. בשנים 2012-2013 מכרה המשיבה חלק מהחזקות אלה בתמורה לסכום כולל של כ-2,560,000,000 ש"ח. כאשר דיווחה המשיבה במסגרת דוחותיה הכספיים על מכירת מניות דלק ארה"ב, הפחיתה במסגרת חישוב מס רווח ההון הנובע מהמכירה סך של 91,623,702 ש"ח בשנת 2012, וסך של 282,802,605 ש"ח בשנת 2013. המשיבה הפחיתה סכומים אלה בנימוק כי מדובר בחלקה היחסי ב"רווחים הראויים לחלוקה" (להלן גם: ר"ל) של דלק ארה"ב, ועל פי הוראת סעיף 94 לפקודה יש למסותם בשיעור המס שהיה חל אילו היו הרווחים מתקבלים בידיה כדיבידנד. המערער (להלן: פקיד השומה) דחה את טענת המשיבה כי יש תחולה לסעיף 94 לפקודה בנסיבות העניין. לפיכך, פקיד השומה הוסיף את הסכומים שהופחתו על ידי המשיבה במסגרת צווי המס שהוציא. לאחר שנדחתה השגה שהגישה המשיבה, היא הגישה שני ערעורי מס לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, שהדיון בהם אוחד.

כדי להקל על הקורא, עובר לתיאור ההליך הקונקרטי שהתנהל בבית המשפט המחוזי, נביא את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לעניין.

המסגרת הנורמטיבית

3. כידוע, שיטת המס הנהוגה בישראל בנוגע למיסוי חברות היא המודל הדו-שלבי. לפי מודל זה, בשלב הראשון מוטל מס חברות על הכנסותיה החייבות של החברה בשיעור הקבוע בסעיף 126(א) לפקודה (העומד כיום על 23% כאשר בשנים הרלוונטיות לערעור זה הוא עמד על 25%). בשלב השני, מוטל מס הכנסה בעת חלוקת רווחיה של החברה לבעלי המניות כדיבידנד בשיעור הקבוע בסעיף 125 לפקודה (ראו: ע"א 181/14 פגי נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 1 (13.3.2016) (להלן: עניין פגי); ע"א 7566/13 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' ז'ורבין, פסקאות 14-15 (22.6.2015) (להלן: עניין ז'ורבין); דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן 69 (2009) (להלן: אלקינס); אהרן נמדר מס הכנסה 487-486 (מהדורה ד, 2013) (להלן: נמדר)). שיטת מיסוי דו-שלבית זו נועדה להשוות, בקירוב, את שיעור המס המשתלם על ידי חברות לשיעור המס השולי המשתלם על ידי יחידים. בדרך זו מבקש המחוקק לשמור על "אדישות מיסויית" של הנישום ביחס להחלטה האם לפעול בעצמו או באמצעות תאגיד.

4. סעיף 94 לפקודה הוא תולדה של שיטת המיסוי הדו-שלבית והוא יוצר הסדר מיסוי ייחודי למצב של מכירת מניות כאשר קיימים בעודפי החברה רווחים ראויים לחלוקה שטרם חולקו. התפיסה בבסיס הסעיף היא כי כאשר בעל מניות מוכר את מניותיו, רווח ההון שהוא מפיק מהמכירה כולל גם רווחים שניתן היה לחלקם כדיבידנד בסמוך למכירה ולכן ראוי להחיל עליהם שיעור מס זהה לשיעור שהיה חל אילו חולקו

כדיבידנד (ראו: מאיר קפוטה "רפורמת המס 2003" רפורמות מס 319-393, 349 (דוד גליקסברג עורך, 2005)). בגדר ההסדר ניתנת הטבת מס בעת מכירת מניות החברה, ביחס לחלק ברווח ההון המשקף את הרווחים הראויים לחלוקה שלא חולקו כדיבידנד. שיעור המס המוטל על חלק זה אינו שיעור מס רווח הון רגיל, אלא שיעור מס מופחת. הפסיקה שעסקה בהסדר זה זיהתה שתי תכליות אותן ביקש המחוקק להגשים: האחת, מניעת מיסוי בִּיְתֵר. קרי, מניעת מצב שבו במכירת מניות החברה יוטל מס נוסף על רווחי החברה שמוסו בעבר; השנייה, יצירת "אדישות מיסויית" ביחס להחלטת הנישום האם לחלק את רווחי החברה כדיבידנד טרם מכירת המניות, אם לאו (ראו: עניין ז'ורבין, פסקה 17; עניין פגי, פסקה 4; ע"א 10800/06 סלמן נ' פקיד שומה טבריה, פסקה 30 (13.7.2011) (להלן: עניין סלמן); ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 606-607 (2005) (להלן: עניין סיוון); ע"א 8500/10 פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים, פסקה 23 (10.9.2012)).

לשונו של הסעיף לאחר תיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132), התשס"ב-2002 (להלן: תיקון מס' 132) היא כדלקמן:

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

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

[...]

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

(ב) לענין סעיף קטן (א) -

(1) "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק - עד ליום סיום הליכי הפירוק, ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי

הענין, לרבות רווחים שהווננו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53 לא לחוק לעידוד השקעות הון תשי"ט-1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53 לז' לחוק האמור או רווחים כאמור באגודה שיתופית באותן שנים שבהן חלו בחישוב הכנסתה סעיפים 56, 57, 61 ו-62 ואותם רווחים נכללו ביתרת המחיר המקורי, לא יהיו בגדר רווחים הראויים לחלוקה, וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזזו ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

[...]

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

5. מטבע הדברים, סעיפי הפקודה אליהם מפנה סעיף 94ב(א)(1) עוסקים בשיעור מיסוי דיבידנד: סעיף 125ב עוסק בשיעור המס המוטל על דיבידנד המתקבל על ידי יחיד (סעיפים 125ב(1) ו-125ב(2)); על ידי חברה משפחתית (סעיף 125ב(3)); על ידי מוסד ציבורי או קופת גמל (סעיף 125ב(4)); או על ידי חבר-בני-אדם שהוא תושב חוץ (סעיף 125ב(5)). סעיף 125ב הנ"ל אינו מענייננו.

6. לעומת סעיף 125ב, סעיף 126 עומד במרכז הדיון ועל כן נתעכב בו. סעיף זה, בכללותו, עוסק בשיעור מס חברות. בנוסחו הרלוונטי לענייננו (לפני החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 216), התשע"ו-2016), קבע הסעיף כדלקמן:

"(א) על הכנסתו החייבת של חבר-בני-אדם יוטל מס שייקרא "מס חברות" בשיעור של 25%.

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

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (א), על הכנסתו החייבת של חבר בני אדם מזיבידנד שמקורו בהכנסות שהופקו או שנצמחו מחוץ לישראל, וכן מזיבידנד שמקורו מחוץ לישראל, יוטל מס חברות בשיעור של 25%; 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 ויוטל עליה מס חברות בשיעור הקבוע בסעיף קטן (א); בסעיף זה -

"הדיבידנד המגולם" - סכום ההכנסה מדיבידנד בתוספת מס ששולם על ההכנסה שממנה חולק הדיבידנד;

"החברה הנישומה" - חברה שקיבלה דיבידנד מחברה אחרת שבה היא מחזיקה ב-25% או יותר מאמצעי השליטה (להלן בסעיף זה - החברה האחרת);

"הכנסה שממנה חולק הדיבידנד" - לרבות הכנסה שמקורה בחברה המוחזקת במישרין בידי החברה האחרת בשיעור של 50% לפחות;

"אמצעי שליטה - כהגדרתם בסעיף 88.

(ד) בחישוב המס החל על פי סעיף קטן (ג), יינתן זיכוי מהמס בגובה מס החברות שבו חויב חבר בני האדם מחלק הדיבידנד על ההכנסה שממנה שולמו הרווחים או הדיבידנד כאמור בסעיף קטן (א), ושיעור המס הכולל שיחול על פי סעיף קטן (ג), לא יעלה על השיעור הקבוע בסעיף קטן (א) (ההדגשות הוספו - ד.מ.).

סעיף 126(ב) לפקודה, אליו מפנה סעיף 94 קובע אפוא 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 הסדר זה, לפיו לא מוטל מס חברות על החברה שקיבלה את הדיבידנד, הוא שוב, מניעת כפל מס. זאת כאשר בהתאם לשיטה הדו-שלבית למיסוי חברות כאמור, החיוב במס בגין קבלת דיבידנד מוטל רק על בעלי המניות שיקבלו את הדיבידנד, כאשר הוא יחולק. לאור החיוב במס של בעלי המניות ב"קצה השרשרת", הרי שבשלב העברת הדיבידנד בין חברות, הפקודה פוטרת את החברות המקבלות מתשלום מס בגין הדיבידנד (ראו: ע"א 8783/14 ז.א.ג. תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה 9 (23.8.2016); ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פסקה 17 (8.6.2015); עניין ז'ורבין, פסקאות 14-15; אלקינס, 265; אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215, 235 (2008) (להלן: חמדני ודגן); אהרן נמדר "המס על הכנסות שוטפות של משקיע פרטי מניירות ערך הנסחרים בבורסה" מיסים ט(2) (1995); נדב שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל - האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" מיסים יז(4) (2003); דורון לוי ואיתן אסנפי מיסוי בינלאומי, 296 (2008) (להלן: מיסוי בינלאומי)). יצוין, כי לפני תיקון מס' 132 נקבע בסעיף 126(ב), כי דיבידנד "בין-חברתי" לא ייכלל בהכנסתה החייבת של חברה, אם הוא התקבל מחברה החייבת במס חברות בישראל. במסגרת התיקון נוסף התנאי, לפיו מקור הדיבידנד שאינו נכלל בהכנסה החייבת של חברה חייב להיות ברווחים שהופקו או שנצמחו בישראל.

סעיף 94 לפקודה מפנה אמנם לסעיף 126(ב) בלבד - ועוד על כך בהמשך - אולם לענייננו רלוונטיים גם סעיפים 126(ג) ו-126(ד). סעיף 126(ג) הוא תולדה של השינוי בסעיף

126(ב) במסגרת תיקון מס' 132, אשר הוליד את הצורך בחקיקת הסדר משלים, המסדיר את מיסוי של "דיבידנד זר". במובן זה, סעיפים 126(ב) ו-126(ג) לפקודה מסווגים את הדיבידנדים שחברה יכולה לקבל לשתי קטגוריות: סעיף 126(ב) לפקודה עניינו דיבידנד מחברות החייבות במס חברות ישראלי אשר חולק מתוך רווחים שהופקו בישראל; וסעיף 126(ג) אשר נועד להסדיר את החיוב במס בגין חלוקת דיבידנד בשני המקרים הבאים: המקרה הראשון, שבו הדיבידנד מחולק בידי חברה ישראלית מהכנסות שהפיקה מחוץ לישראל; והמקרה השני, שבו הדיבידנד מחולק על ידי חברה זרה מהכנסות שהפיקה מחוץ לישראל (אלקניס, 271; מיסוי בינלאומי, 300). סעיף 126(ג) קובע, כי הכנסה מדיבידנד בכל אחד משני מקרים אלו, תהיה חייבת במס חברות בשיעור הקבוע בסעיף קטן (א). היינו, הדיבידנד מחברות הבת ייכלל בהכנסתה החייבת של החברה האם. סעיף 126(ד) קובע מסלול זיכוי מובנה (או ישיר, כפי שהוא נקרא לעיתים), אשר אינו רלוונטי לדיבידנד המתקבל מחברה זרה.

8. מסלול הזיכוי הרלוונטי במקרה זה הוא "מסלול הזיכוי העקיף" הקבוע בסעיף 203(ב) לפקודה, המצוי בפרק השלישי לחלק י' לפקודה, המסדיר את הדרכים למניעת כפל מס במישור הבינלאומי. על פי סעיף 126(ג), חברה יכולה לעשות שימוש במסלול זיכוי זה בהתקיים אחד משני תנאים: הראשון, אם החברה מקבלת דיבידנד מוגדרת כ"חברה נישומה", קרי "חברה שקיבלה דיבידנד מחברה אחרת שבה היא מחזיקה ב-25% או יותר מאמצעי השליטה"; השני, אם אמנה למניעת כפל מס מחייבת להעניק לנישום זיכוי, הן בגין מיסי החוץ שהוטלו על הדיבידנד והן בגין מיסי החוץ ששולמו על ההכנסה שהדיבידנד חולק ממנה. בתמצית, מסלול הזיכוי העקיף הוא כדלקמן: על החברה הישראלית מקבלת דיבידנד יוטל מס לפי סעיף 126(ג) לפקודה. כנגד מס זה תוכל החברה להפחית זיכוי לפי סעיף 203(ב) לפקודה. הזיכוי מורכב מסכום מיסי החוץ ששילמה החברה שהעניקה את הדיבידנד, בהתאם לשיעור החזקתה של החברה מקבלת הדיבידנד בחברה המשלמת, ומס החוץ שנוכה במקור, בגין עצם חלוקת הדיבידנד על ידי החברה הזרה, לפי שיעור החזקתה של החברה מקבלת הדיבידנד בחברה המשלמת (ראו: ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 48642-02-14 **אמות השקעות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים**, פסקה 31 (25.6.2017); צילי דגן מיסוי בינלאומי 124-125 (2004); מיסוי בינלאומי, 308-311; אלקניס, 280-286).

זוהי אם כן המסגרת הנורמטיבית לדיוננו. ומכאן להליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי.

ההליך בבית המשפט המחוזי

9. טענתה העיקרית של המשיבה בהליך לפני בית המשפט המחוזי הייתה כי לשונו של החוק, תכליתו, כמו גם ההיגיון והשכל הישר, מחייבים פרשנות המחילה את עקרונות המיסוי הקבועים בסעיף 94 לפקודה גם כאשר מדובר ברווחיה הצבורים של חברה זרה המפיקה הכנסות מחוץ לישראל, כבעניינה. התכלית המרכזית העומדת בבסיסו של סעיף 94 לפקודה - יצירת "שקילות מיסויית" בין מצב שבו רווחי החברה, שמניותיה נמכרות, מחולקים טרם מכירת המניות לבין מצב שבו רווחים אלה נותרים בחברה ומשתקפים בתמורה עבור המניות - שרירה וקיימת גם כאשר מדובר במכירת מניות של חברה זרה. סעיף 94 במתכונתו לאחר תיקון מס' 132 נועד ליצור ניטרליות

גורפת בין דרכי המימוש האפשריות, בין אם מדובר בהשקעה בחברה ישראלית ובין אם מדובר בהשקעה בחברה זרה, מבלי ליצור חבות מס נוספת. סעיף 94ב קובע כי סכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים אשר נתחייבו במס, וסעיף 126ג) קובע כי על סכום הדיבידנד המתקבל מחברה זרה יוטל מס חברות. על כן, מכיוון שעל הכנסה מדיבידנד מחברה זרה מוטל מס חברות ישראלי, הכנסה או רווחים אלו הם בגדר רווחים שנתחייבו במס ואין בהיעדר תשלום מס בפועל בישראל כדי להוציא הכנסה שנתחייבה במס זר.

10. מנגד, פקיד השומה עמד על כך שאת התיבה "נתחייבו במס" הנזכרת בחלופה המיסויית בסעיף 94ב) יש לפרש בהתאם לפקודה, כאשר המונח "מס" המוגדר בסעיף 1 לפקודה ("בין מס הכנסה ובין מס חברות המוטלים על פי פקודה זו"), אינו כולל מס זר. מכאן שלפי החלופה המיסויית בסעיף 94ב, בעת מכירת מניות בחברה זרה, סכום הרווחים הראויים לחלוקה ש"נתחייבו במס" יהא לעולם אפס. מאחר שרווחים ראויים לחלוקה נקבעים בהתאם לחלופה הנמוכה, המסקנה היא כי לא היו למשיבה רווחים ראויים לחלוקה במכירת מניות דלק ארה"ב. עוד טען פקיד השומה, בניגוד לטענת המשיבה, כי מטרתו של סעיף 94ב היא השגת ניטרליות בין מכירת מניות לבין משיכת דיבידנד, ולא ניטרליות במובן זה שרווחים שהופקו ומוסו מחוץ לישראל, דינם לכל דבר ועניין כדין רווחים שהופקו ומוסו בישראל.

11. בפסק דין מפורט ומנומק קיבל בית המשפט את ערעור המשיבה. תחילה עמד בית המשפט על כך שמטרת סעיף 94ב היא להביא ל"אדישות מיסויית" של הנישום בין מצב שבו ימשוך את הרווחים מהחברה המוחזקת לבין מצב שבו ימכור את מניות החברה בטרם חלוקת הרווחים, ועל ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף. לאחר מכן סקר בית המשפט את משמעות הרפורמה בשיטת המס הישראלית במסגרת תיקון מס' 132 ואת השלכותיה על מיסוי דיבידנד שמקורו מחוץ לישראל. במסגרת הרפורמה, הפכה שיטת המיסוי משיטה טריטוריאלית גרידא, לשיטה טריטוריאלית ופרסונלית גם יחד, כמקובל במדינות רבות. משמעות הדבר הייתה כי לאחר הרפורמה חויבה במס לפי הפקודה הן הכנסה שהופקה בישראל והן הכנסה שהופקה מחוץ לישראל על ידי תושב ישראל. חיובו של תושב ישראל בהכנסה שהופקה מחוץ לישראל הצריכה הסדרת מנגנון זיכוי, אשר ימנע הטלת כפל מס על ההכנסה, הן במדינה שבה הופקה ההכנסה והן בישראל. מנגנון זיכוי זה מוסדר באמנות המס הביטורליות עליהן חתומה ישראל ובהוראות הפקודה. כך, סעיף 200א) לפקודה קובע כי מסי החוץ יותרו לזיכוי כנגד המס המשולם על ידי תושב ישראל בגין אותה הכנסה ("זיכוי ישיר"). לצד מנגנון הזיכוי הישיר, כאשר חברה זרה מחלקת דיבידנד לחברה ישראלית, חלות הוראות סעיפים 126ג) ו-203ב) לפקודה, וכפועל יוצא מכך זכאית החברה הישראלית ל"זיכוי עקיף" בשל המס ששולם על ידי החברה הזרה. ביסוד "הזיכוי העקיף" עומדת התפיסה הרואה בחברה מעין "צינור" או "מכשיר" שבאמצעותו בעל המניות מפיק את הכנסתו. לפיכך, ככל שרווחי החברה, שהגיעו בסופו של יום לידי בעל המניות, התחייבו במס זר, גם בידי ישות משפטית אחרת, מן הראוי לראות כאילו המס הזר שולם על ידי אותו נישום.

12. בית המשפט דחה את גישת פקיד השומה, לפיה מאחר שדלק ארה"ב היא חברה זרה שרווחיה לא "נתחייבו במס" ומאחר שסעיף 94ב אינו מפנה לסעיף 126ג), אין מקום להכיר ב"רווחים ראויים לחלוקה" לפי החלופה המיסויית, ועל המשיבה לשלם מס

מלא על התמורה ממכירת מניותיה בחברת דלק ארה"ב. בית המשפט סבר כי קיים חֶסֶךְ הניתן להשלמה בסעיף 94 ויש להחיל את ההסדר הקבוע בו גם על מכירת מניותיה של חברה זרה.

13. ראשית, בית המשפט ציין כי את המונחים "רווחים ראויים לחלוקה" ו"נתחייבו במס" בסעיף 94 לפקודה יש לפרש באופן ההולם את התכלית שביסוד ההסדרים הקיימים בסעיפים 94, 126 ו-203(ב) לפקודה, מיסוי חברות בכלל ומיסוי חברות במישור הבינלאומי בפרט. בהתאם לכך, את המונח "נתחייבו במס" יש לפרש ככולל בתוכו "כל מס המובא בחשבון במסגרת שיטת המיסוי הכוללת החלה לפי הפקודה על החברה ובעלי מניותיה". לפיכך, גם מס זר, אף שאינו "מוטל" על פי הפקודה, אך "מיובא" לתוך שיטת המיסוי הישראלית בדרך של מתן זיכוי בעת חלוקת דיבידנד, הוא בבחינת "מס" לעניין זה ויש לראותו ככזה. כמו כן, יש לפרש את הגדרת המונח "מס" באופן תכליתי. עוד ציין בית המשפט כי אין "להחזיק את המחוקק כמי שעושה מלאכת מחשבת בכל הנוגע לניסוחן של הוראות דין בתחום המס, ובמיוחד בתחום המיסוי הבינלאומי" (פסקה 71 לפסק הדין). בסופו של יום, יש לבחון את השאלה מהם רווחים "שנתחייבו במס" באופן מהותי ולא באופן טכני, כאשר השאלה העומדת על הפרק היא האם, בהתאם לשיטה הדו-שלבית, צפוי להיות מוטל מס נוסף ברמת החברה או שמא המס הצפוי הנוסף הוא ברמת בעלי המניות היחידים בלבד. חיזוק לפרשנות תכליתית זו מצא בית המשפט בפסק הדין בעניין ז'ורבין.

14. שנית, בית המשפט סבר כי אין מקום להבחין בין מצב שבו חברה ישראלית פועלת מחוץ לישראל באמצעות סניף שלה (או באמצעות חברת בת ישראלית), לבין מצב שבו היא פועלת מחוץ לישראל באמצעות חברת בת זרה. הכל מסכימים כי יש להכיר ב"רווחים ראויים לחלוקה" במקרה שבו חברה ישראלית מוכרת מניותיה של חברת בת ישראלית המפיקה הכנסות מחוץ לישראל, גם כאשר בשל הזיכוי הישיר והזיכוי העקיף לא משולם בפועל כל מס בישראל. לעומת זאת, פקיד השומה לא הציג כל טעם מדוע ראוי שתוצאת המס תהא שונה כאשר החברה הישראלית פועלת מחוץ לישראל באמצעות חברת בת זרה.

15. שלישית, בית המשפט שב וציין כי אחת מתכליות סעיף 94 היא להביא ל"אדישות מיסויית". הווה אומר, כי החבות במס לא תשתנה בין מצב שבו חברת האם מכרה את מניותיה בחברת הבת כאשר הרווחים נותרים באותה חברה, לבין מצב שבו משכה חברת האם דיבידנד ולאחר מכן מכרה את מניותיה. אי החלת ההסדר הקבוע בסעיף 94 לגבי רר"ל במקרה של מכירת מניות בחברת בת זרה תביא לתוצאה שונה ותחטא לתכלית הסעיף.

16. בית המשפט לא התעלם מכך שסעיף 94 מפנה לסעיף 126(ב) בלבד ולא לסעיף 126(ג), העוסק כאמור במיסוי דיבידנד שמקורו מחוץ לישראל. אלא שעובדה זו, גרס בית המשפט, אינה מצדיקה התעלמות מההסדרים הכוללים הקיימים בהוראות הפקודה בכל הנוגע למיסוי רווחיה של חברה, לרבות חברה זרה הפועלת מחוץ לישראל ולמיסוי הדיבידנד המחולק על ידה. הסדרים אלה מביאים בחשבון כי מיסוי חברות מתבצע בשיטה דו-שלבית (ולא בשיטה חד-שלבית או תלת-שלבית). יתר על כן, בית המשפט ציין כי, כפי שעולה מחוזר מס הכנסה מס' 23/2002 "הרפורמה במס הכנסה- שינויים

בחלק ה' לפקודה" (31.12.2002), אף פקיד השומה עצמו מחיל את הוראת סעיף 94ב בנסיבות שבהן חלוקת הדיבידנד אינה כפופה להוראת סעיף 126(ב), תוך מתן פרשנות תכליתית לסעיף ולא פרשנות דווקנית ופורמלית.

פקיד השומה לא השלים עם תוצאת פסק הדין ומכאן נולד הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

17. פקיד השומה טוען בערעורו כי פרשנותו של בית המשפט המחוזי של סעיף 94 לפקודה שגויה. לשיטתו, הפרשנות מבוססת על הנחה מנוגדת לדין בדבר זהות, סימטריה ושקילות בין רווח הון לבין דיבידנד. ברם, דין רווח הון אינו כדין דיבידנד. סעיף 94 לפקודה מבקש ליצור שקילות חלקית בלבד, במקרים מסוימים ומצומצמים, לעניין שיעור המס שיוטל על חלק מרווח ההון. לשונו ותכליתו של סעיף 94 מעידות באופן מובהק על כך שהוא חל בעת מכירת מניותיה של חברה הכפופה למיסוי בישראל, ועליה בלבד.

18. סעיף 94 מבטא לדעת פקיד השומה הסדר "שלם, מקיף וסדור" בנוגע להטבת המס הניתנת במסגרתו בעת מכירת מניות חברה, ביחס לחלק ברווח ההון המשקף את הרווחים הראויים לחלוקה שלא חולקו. כך, מבחינת עיתוי צמיחת הרווחים, רק רווחים שנצטברו בחברה "מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה" מובאים בחשבון; מבחינת אופן חישוב הרווחים, הטבת המס תחול על סכום הרווחים הנמוך מבין שתי חלופות, היינו החלופה החשבונאית או החלופה המיסויית; וכיוצא באלה. הטבה זו מוסדרת כאמור באופן שלם וסדור, והיא חלה במקרים מסוימים בלבד, ולא על מכירת מניות של חברה זרה שאינה כפופה למשטר המס בישראל. על כן, שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי קיים חֶסֶר בהסדר החקיקתי הניתן להשלמה שיפוטית.

19. המונח "נתחייבו במס" בסעיף הוא ברור. "נתחייבו" משמעו חיוב במס שאירע בעבר. לעומת זאת, הפרשנות שאימץ בית המשפט צופה פני עתיד - ככולל מס שבו היו צפויים הרווחים להתחייב או לא להתחייב בעתיד, אילו היו מחולקים כדיבידנד. לפי ההגדרה שבסעיף 1 לפקודה, "מס" הוא "מס הכנסה" או "מס חברות", לפי הפקודה. בעתיד, ככל שיחולקו הרווחים, הם עשויים להתחייב במס לפי סעיף 126(ג) לפקודה וליהנות מזיכוי בשל מיסי חוץ לפי סעיף 203(א) לפקודה - ואף ייתכן שעקב כך לא יצטרך בעל המניות לשלם מס כלל. אולם, אין באפשרות עתידית ותיאורטית זו כדי להפוך רווחים אלה לכאלה שנתחייבו (לשון עבר) במס בישראל. כאשר מדובר בדיבידנד המתקבל מחברה זרה או מהכנסות שהופקו מחוץ ישראל, לא התרחש חיוב במס הכנסה או מס חברות על הרווחים הראויים לחלוקה. בענייננו, לא היה כל אירוע מס שבמסגרתו נתחייבו הרווחים במס; החיוב במס הוא קונסטרוקציה ספקולטיבית עתידית, של מה ש"עשוי" להתרחש, ולא בהתבסס על חיוב פוזיטיבי של פקיד השומה. על כן, טען פקיד השומה, שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי סעיף 94ב חל גם ביחס לדיבידנד של חברת בת זרה.

20. פקיד השומה גרס עוד כי הסיבה העיקרית שהובילה את בית המשפט המחוזי לתוצאה האמורה היא סוגיית המיסוי הבינלאומי והנשיאה במסי חוץ. אולם, עניינו של סעיף 94 לפקודה הוא במיסוי פנימי, במדינת ישראל. אכן, החלתו של סעיף 94 רק אם הרווחים "נתחייבו במס" בישראל מושתתת על השאיפה להגשים אדישות מיסויית, כך שחברות לא תחלקנה דיבידנדים רק משיקולי מס ותוכלנה להותיר רווחיהן בחברה ולהשקיעם. ברם, תכלית זו מכוונת למשק הישראלי ולחברות ישראליות. לעומת זאת, אין כל סיבה או הצדקה להגשים את התכלית של אדישות מיסויית בקרב חברות זרות המנהלות עסקים מעבר לים ואינן כפופות למשטר המס בישראל. הטבת המס הקבועה בסעיף נועדה לנישומים המשלמים מס בישראל, ולא לנישומים זרים שאינם עושים כן.
21. המשיבה מנגד סמכה ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לעמדתה, במסגרת תיקון מס' 132 האמור, אשר תיקן ועיצב מחדש את סעיף 94 לפקודה, הוחלף משטר המס הטריטוריאלי שנהג בישראל במשטר מס פרסונאלי. הרפורמה ביקשה לקדם הסרת חסמי מס, ניטרליות מיסויית, יעילות כלכלית, הגינות ושוויון. בהקשר זה, מודל המיסוי הדו-שלבי נועד לשמר "אדישות מיסויית" באמצעות קירוב נטל המס המצרפי בפעילות באמצעות חברה למס השולי המוטל על הכנסתו של יחיד מפעילות שאינה מאוגדת. משטר מיסוי זה תקף גם כששרשרת החברות כוללת תאגיד הפועל מחוץ לישראל.
22. מטרתו של סעיף 94 לפקודה היא להשוות את הסדר המס במכירה או בפירוק להסדר שהיה חל בחלוקת דיבידנד. בהליך בבית המשפט המחוזי הוכח שהוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה ("וועדת רבינוביץ"), שעל בסיס המלצותיה חוקק תיקון מס' 132, ביקשה ליצור ניטרליות בין שתי הדרכים למימוש רווחים צבורים - הן ביחס לחברה ישראלית והן ביחס לחברה זרה. לטענת המשיבה, ההפניה המדויקת לסעיפים 125 ו-126(ב) לפקודה "נשתרבה" אליה ברגע האחרון במהלך דיונים בוועדת הכספים של הכנסת, מבלי שהמשתתפים בדיונים נתנו את דעתם לשינוי, ואין בה כדי למנוע בנסיבות העניין החלת ההסדר הקבוע בסעיף 94 גם על רווחיה הראויים לחלוקה של חברה זרה.

דיון והכרעה

23. כאמור, השאלה העומדת להכרעה היא, האם ההסדר הקבוע בסעיף 94 חל גם בעת מכירת מניותיה של חברה זרה על ידי חברה ישראלית.
24. המשיבה סברה כי סעיף 94 לפקודה אינו מפנה לסעיף 126(ג) לפקודה בשל "טעות" שנפלה בידי המחוקק ועל כן מדובר בְּחֶסֶר הניתן להשלמה. אולם, לעמדתי, פרשנות זו אינה אפשרית מבחינה לשונית. "פשוטו של מקרא" (בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 61 (1999)) מורה כי סעיף 94 יוצר הסדר שלילי, ולא מבטא חֶסֶר בחקיקה הדורש השלמה.
25. בדנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי (12.9.2017) (להלן: עניין דמארי) היטיבה הנשיאה מ' נאור להגדיר משמעותו של חֶסֶר בחקיקה הדורש השלמה שיפוטית, כדלקמן:

"השאלה אם הסדר חקיקתי מהווה הסדר שלילי היא שאלה פרשנית. היא ממוקדת במשמעותה של בחירתו הנורמטיבית של המחוקק להתייחס לעניינים מסוימים ולהימנע מלהתייחס לעניינים אחרים. הפרשנות שלפיה הסדר נורמטיבי מהווה הסדר שלילי תאומץ במקרים שבהם מסיק בית המשפט כי שתיקתו של המחוקק הייתה מכוונת ותכליתית לשלול את העניינים שאליהם נמנע מלהתייחס (ראו והשוו: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 323, 265 (1995)). זו היא 'שתיקה מדעת' (ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545, 1549 (1960); עניין אבן זוהר, פס' 56). במילים אחרות, הסדר נורמטיבי יפורש כהסדר שלילי מקום שפרשנות זו מגשימה את תכליתו של ההסדר, קרי את רצון המחוקק ואת כוונתו (ע"א 73/50 דעואל נ' פטרוזילקה, פ"ד ו 599, 605 (1952); והשוו: על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993)). מנגד, ישנם מקרים שבהם המחוקק לא התכוון ליצור הסדר נורמטיבי שהוא הסדר שלילי. אם ההסדר אינו שלם באופן הסותר את תכליתו, הרי שמדובר בחקיקה (ברק, בעמ' 461). 'חסר קיים רק אם הסדר משפטי נועד להיות שלם, אך הוא חסר פיתרון לבעיה מסוימת' (שם, בעמ' 466). במילים אחרות, בסיטואציה של חסר חקיקתי כוונתו המקורית של המחוקק אינה תואמת את התוצאה החקיקתית שיצאה תחת ידו: בעוד שהמחוקק התכוון לחוקק הסדר שלם שיגשים את תכליתו, בפועל דבר החקיקה שנחקק אינו שלם וקיימת בעיה מסוימת שלא זכתה לפתרון. החקיקה, אפוא, היא העדר הפתרון לבעיה שנוצרה, באופן המנוגד לתכליתו של ההסדר החקיקתי. בית-המשפט רשאי להשלים את החקיקה במטרה להגשים את תכליתו של ההסדר" (שם, בעמ' 457 ו-460). (עניין דמארי, פסקה 22 לפסק דינה; ראו גם: בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקאות 30-32 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (27.12.2018); אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית 443-483 (1992)).

בענייננו, אין מדובר בדבר חקיקה בו חסר פתרון לבעיה מסוימת, מיסוי רווחים ראויים לחלוקה המתקבלים מחברה זרה, כי אם בדבר חקיקה שבו פתרון לבעיה שאינו נושא חן בעיני המשיבה. מדובר ב"הסדר שלם, מקיף וסדור" (עניין דמארי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור), המוציא מגדרו, בין היתר, גם מקרים בהם המניות הנמכרות הן של חברה זרה שאינה חייבת במס חברות. פשיטא, כי בכגון דא בית המשפט אינו רשאי "להשלים" את דבר החקיקה על מנת להביא לתוצאה אחרת הרצויה בעיניו. אבהיר.

26. כידוע, לחוקי המס אין כללי פרשנות ייחודיים והם יפורשו בהתאם לתורת הפרשנות הלשונית והתכליתית בדומה לענפי המשפט האחרים (ראו למשל: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985) (להלן: עניין קיבוץ חצור); ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 302, 280 (2008) (להלן: עניין פוליטי); עניין דמארי, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425 (1997) (להלן: ברק "פרשנות דיני המסים")).

27. בהתאם לתורת הפרשנות המקובלת, הליך הפרשנות הוא הליך דו-שלבי. בשלב הראשון, יש לאתר את כל המשמעויות שלשון הטקסט יכולה לאצור. הווה אומר, אלה שיש להן נקודת אחיזה, ולו מינימלית, בלשון החקיקה (עניין קיבוץ חצור, עמ' 75). שכן, "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" (ע"א 1900/96 טלמצי'ו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג' 817, 827 (1999); עניין דמארי, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה נאור). ובניסוח אחר, "מלאכת הפרשנות אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש ... ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק" (ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו' 716, 701 (3) (1982); ראו גם: ע"א 450/17 אס.בי.אן הלבשה בע"מ נ' מדינת ישראל רשות המיסים, פסקה 7 לחוות דעתי (29.10.2019) (להלן: עניין אס.בי.אן)).

28. בשלב השני, ככל שישנה יותר מפרשנות לשונית אחת אפשרית, נדרש בית המשפט לאתר את תכליותיו של דבר החקיקה שפרשנותו מונחת לפניו ולבחון מבין כל האפשרויות הפרשניות שאותרו את הפרשנות המגשימה תכליות אלה באופן המיטבי ביותר (ראו: עניין קיבוץ חצור, עמ' 75). זוהי אפוא שיטת פרשנות החקיקה בתמצית (להרחבה, ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה (1993) (להלן: פרשנות במשפט)). היא נכונה כאמור לסוגיות פרשניות בכלל, ובתוכן גם לפרשנות דיני מיסים בפרט.

29. לעמדתו, במקרה שלפנינו ניתן לעצור בשלב בחינת הלשון, שכן לשונו של סעיף 194 ברוח לגמרי. בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי ולטענות המשיבה, להשקפתי, לא ניתן לקרוא לתוך הסעיף אפשרות לפיה הוא חל גם על מכירת מניותיהן של חברות זרות שאינן כפופות למס בישראל. לשם הנוחות, אביא בשנית את לשון הסעיף:

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

בפסיקה נקבע זה מכבר כי דרך החישוב של הרווחים הראויים לחלוקה לפי סעיף 194 כוללת שני שלבים: בשלב הראשון, יש להגדיר את סך כל הרווחים הראויים לחלוקה; ובשלב השני, רק אם נמצאו רווחים ראויים לחלוקה, יש לפעול לפי הוראות סעיפים 194ב(א) (1) ו-194ב(א) (2) (עניין פגי, פסקה 29). סעיף 194ב(ב) (1) מגדיר מהם "רווחים ראויים לחלוקה":

"רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה ... הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי העניין, לרבות רווחים שהווו ... וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות,

אשר לא קוזז ובצירוף רווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו
(ההדגשה הוספה - ד.מ.).

ההגדרה של "רווחים ראויים לחלוקה" קובעת אפוא שתי חלופות: "החלופה החשבונאית" ("לפי המאזן של החברה") ו"החלופה המיסויית" ("סכום הרווחים שנתחייבו במס"). לפי החלופה החשבונאית, יש לקחת בחשבון את הרווחים שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לרכישת המניה ועד תום שנת המס שקדמה לשנת מכירת המניה, הראויים לחלוקה כדיבידנד על פי מאזן החברה. על פי החלופה המיסויית, יש לחשב את סכום הרווחים שנתחייבו במס (בניכוי המס ששולם, דיבידנד שחולק והפסדים שטרם קוזזו ובצירוף רווחים פטורים ממס) (עניין זורבין, פסקה 19; אלכסנדר שפירא מיסוי שוק ההון 485-486 (מהדורה שלישית, 2019); אלקנס, 387). מבין שתי החלופות, הסכום שיילקח בחשבון הוא הסכום הנמוך מביניהן.

30. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי בתוך התיבה "רווחים שנתחייבו במס" נכנסים גם מסי חוץ. ברם, לקביעה זו אין אחיזה בלשון החוק. סעיף 1 לפקודה, סעיף ההגדרות, קובע כי מס או מס הכנסה הוא "בין מס הכנסה ובין מס חברות המוטלים על פי פקודה זו". הגדרת מס בסעיף 1 מובחנת ממסי חוץ, המוגדרים בסעיף 199 לפקודה כ"מסים המשתלמים על ידי תושב ישראל לרשויות המס של מדינה מחוץ לישראל, על הכנסה שהופקה או שנצמחה באותה המדינה, לרבות מסים המשתלמים למדינות שהן חלק ממדינה פדרלית או לרשויות אזוריות שהן חלק מאותה המדינה, המחושבים כאחוז מההכנסה, ולמעט מסים עירוניים". מהגדרות אלה אנו למדים כי התיבה "נתחייבו במס" מוציאה מתוך הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה" רווחים צבורים של חברה זרה, שלא נתחייבה במס בישראל.

31. חיזוק לפרשנות זו ניתן למצוא בעובדה שבכל הנוגע לשיעור המס החל על רווחים ראויים לחלוקה, בחר המחוקק להפנות בסעיף 94ב לסעיף 125ב, העוסק במיסוי יחיד ומיסוי מקרים "מיוחדים" כדוגמת חברה משפחתית, וסעיף 126ב(ב), הקובע את שיעור המס המוטל על דיבידנד המתקבל מחבר-בני-אדם "החייב במס חברות", קרי חברה המפיקה הכנסותיה בישראל. לעומת זאת, הסעיף אינו מפנה, להשקפתי בכוונת מכוון, לסעיפים 126ג(ג) ו-203ב(ב), העוסקים במיסוי דיבידנד המתקבל מחברה זרה או שמקורו בהכנסות שהופקו או שנצמחו מחוץ לישראל. אין המדובר אפוא בחֶסֶר, כי אם בהשמטה מכוונת ובהכרעה של המחוקק, שאינה עומדת בסתירה לתכלית החקיקה.

לשלמות התמונה אציין, כי בהצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132), התשס"ב-2002 הוגדר שיעור המס בסעיף 94ב אשר יוטל על חברה בגין הרווחים הראויים לחלוקה כ"גובה שיעור המס שהיה חל עליהם אם היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה", ללא הפניה לסעיפים ספציפיים. בית המשפט המחוזי מצא בכך תימוכין לעמדתו כי לא היה בכוונת המחוקק להבחין בין חברה ישראלית לחברה זרה לעניין זה. עם זאת, בצדק טען המערער כי בכך שלבסוף הפנה המחוקק באופן מפורש לסעיף 126ב(ב) לפקודה ניתן ללמוד כי הדבר נעשה בכוונת מכוון, ואין מקום לפרש את החוק בהתאם להצעת החוק המקורית, אשר נערכו בה שינויים על ידי המחוקק (ראו גם, למשל: עניין אס.בי.אן, פסקה 8 לחוות דעתי).

32. לשיטתי, ניתן לעצור בנקודה זו. מלשונו של הסעיף וקיבוצן של ההגדרות הרלוונטיות, ברור ונהיר כי המחוקק החריג מכירת מניות של חברה שהכנסותיה לא התקבלו בישראל מגדרו של סעיף 94 והטבת המס הכלולה בו. כפי שציין השופט (כתארו אז) א' גרוניס בעניין פוליטי, "דיני המס סבוכים דיים בלא שביט המשפט יסבכם יותר על ידי מתן פרשנות הסוטה באורח בוטה מלשון החוק ומכוונתם של יוצריו" (עניין פוליטי, עמ' 327). הדברים נכונים ביתר שאת בסוגיית המיסוי הראוי של תאגידים, אחת הסוגיות הסבוכות בתחום מדיניות המס. בכל מקרה, העמדה לפיה המחוקק "אינו עושה מלאכת מחשבת" בחקיקת דיני המס לעומת דינים אחרים, תוך פסיחה על לשון החוק, איננה מקובלת עלי (עניין חצור, עמ' 77-78). כפי שנכתב מלפני דורי דורות מפי מ"מ הנשיא מ' זילברג:

"מחוקק, אף-על-פי ששגה - מחוקק הוא, ואין בית-המשפט יכול לשוות למונחיו מובן שאין הלשון סובלתו" (המ' 560/67 זילבר שלג נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 801, 797 (1967)).

דברים אלה נכונים ביתר שאת בענייננו, שעה שעולה כי אין מדובר כלל בשגגה שיצאה תחת ידו של המחוקק.

33. במידה רבה למעלה מן הצורך, אתייחס בקצרה למספר נקודות אותן העלה בית המשפט המחוזי בפסק דינו.

אחת ההנמקות לתוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי הייתה העובדה שאין כל הצדקה להבחין בין פעילות של חברה ישראלית באמצעות סניף במדינה זרה לבין הקמתה של חברת בת באותה מדינה. סוג טיעון זה אמנם שובה את הלב, אולם אין בידי להסכים עם עמדה עקרונית זו. אכן, מבחינה כלכלית ניתן לטעון כי אין הבדל משמעותי בין פעולה באמצעות חברת בת זרה לבין הקמת סניף באותה מדינה מחוץ לישראל. אולם, מבחינה מיסויית ישנו הבדל בין שתי צורות התאגדות אלה. בעוד שבמצב הראשון החברה הישראלית או חברת הבת הישראלית חייבות במס בישראל בהיותן תושבות ישראל, כאשר חברה ישראלית פועלת באמצעות חברת בת זרה, החברה הזרה אינה חייבת ככלל במס בישראל, זולת אם השליטה והניהול של החברה בישראל או אם הפיקה הכנסות בישראל. כאמור, סעיף 94 עוסק במהותו במיסוי בישראל ומתנה את הזכאות להטבת המס הקבועה בו בכך שהרווחים הראויים לחלוקה, לפי החלופה המיסויית, נתחייבו במס חברות או במס הכנסה בישראל. לפיכך, הסעיף יכול לחול במכירת מניות של חברת בת ישראלית, אך אינו רלוונטי במכירת מניות של חברת בת זרה, שהכנסותיה לא נתחייבו במס בישראל.

34. בית המשפט המחוזי הקדיש חלק ניכר מפסק דינו לתכליתו של סעיף 94 ובפרט לניטרליות בייצוא ההון ול"אדישות המיסויית" אותה ביקש המחוקק להשיג באמצעות הסעיף. מכיוון שלעמדתו ניתן לעצור בשלב הפרשני הראשון - במשמעות הלשון, כאמור, לא אכנס בהרחבה לתכליותיו של סעיף 94. כפי שצינתי לעיל, הטבת המס הקבועה בסעיף 94 לפקודה נועדה להגשים שתי תכליות עיקריות. ראשית, הסעיף מבקש למנוע הטלת נטל מס עודף על רווחי החברה הראויים לחלוקה, בהתחשב בעובדה כי החברה כבר שילמה מס על רווחים אלה קודם לכן. שכן אלמלא ההוראה,

היה מוכר המניות חב במס רווחי הון, בשיעור גבוה יחסית, בגין רווחי החברה שכבר מוסו, במסגרת מיסוי תמורת המניות ששולמה לו, המשקפת בין השאר את הרווחים הצבורים בחברה. שנית, כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, הסעיף מבקש ליצור "אדישות מיסויית" ולמנוע הטייה בלתי רצויה אצל בעלי המניות ביחס להחלטה האם לחלק את רווחי החברה כדיבידנד, טרם מכירת המניות, אם לאו (עניין סלמן, פסקה 30; עניין סיוון, 605-606; עניין ז'ורבין, פסקה 17).

על פניו אפוא, הבאה לניטרליות מס בין-מדינתית אינה אחת מתכליותיו של הסעיף. מעבר לכך, רצונו של המחוקק להביא לאדישות מיסויית של הנישום אינו חזית הכל, ותכלית זו לא יכולה להוביל לקריאה לתוך הסעיף את מה שלא נכלל בו. אדישות מיסויית נועדה כאמור להביא למצב שבו שיקולי מס לא יהיו מעורבים בהחלטה על חלוקת דיבידנדים, אלא רק שיקוליים עסקיים כך שחברות תוכלנה להותיר רווחיהן בחברה ולהשקיעם. אולם, שעה שהסעיף עוסק במיסוי מדינתי, תכלית זו מכוונת למשק הישראלי ולא למשק שמחוצה לו. מבחינת מדיניות מיסויית, ישנו היגיון במתן הטבת המס האמורה לחברות ישראליות המתחייבות במס בישראל. על אף שישנה פגיעה זמנית באוצר המדינה, שכן מערכת המס "תפגוש" את הכסף בשלב מאוחר יותר, ישנם יתרונות כלכליים-משקיים אחרים בהשקעה חוזרת של רווחי החברה בחברה על פני חלוקתם לבעלי מניותיה. ברם, יתרונות אלה אינם קיימים ככל שמדובר בחברה זרה שאינה כפופה למשטר המס הישראלי.

35. ולבסוף, בפרשנות הסעיף נתן בית המשפט המחוזי משקל גם לכך שבחוזר מס הכנסה מס' 23/2002 "הרפורמה במס הכנסה - שינויים בחלק ה' לפקודה" צוין בסעיף 6.1.6, כי שיעור המס שיחולו על חלק הרווחים הראויים לחלוקה לגבי מוכר שהוא חבר בני אדם יהיו "בהתאם להוראות סעיפים 126(ב) או 126(ג) לפקודה, לפי העניין...". אולם, במסגרת אותו חוזר, בסעיף 6.2.3, הבהירה רשות המיסים "ברחל בתך הקטנה" כי "למען הסר ספק, סעיף 94 לא חל על מכירה של ניירות ערך זרים". מעבר לכך, שעה שמצאתי כי רווחיה של חברה זרה אינם בגדר "רווחים ראויים לחלוקה" כהגדרתם בסעיף 94 לפקודה, גם הפניה של רשות המיסים לחישוב שיעור המס באמצעות סעיף 126(ג) אין בה כדי לסייע למשיבה.

סוף דבר, אציע לחבריי כי הערעור יתקבל וכי המשיבה תישא בהוצאות פקיד השומה בסך של 40,000 ש"ח.

(-) שופט

השופטת ע' ברון:

אני שותפה לדעת חברי, השופט ד' מינץ, כי הסדר המיסוי הקבוע בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה עניינו במיסוי מדינתי ונועד למשק הישראלי ולא למשק חוץ-ישראלי. כך על פי לשון הסעיף והוראת סעיף 126 לפקודה, ומשעה שסעיף 94 מפנה במפורש לסעיף 126(ב) ואינו מפנה לסעיף 126(ג); ואין זאת אלא שהטבת המס הגלומה בסעיף 94 נועדה לחברות ישראליות הכפופות למשטר המס בישראל, ואינה חלה מקום שנמכרות מניות של חברה זרה המוחזקות בידי חברה ישראלית, כבמקרה דנן. עמדת המשיבה, שנתקבלה על דעת בית

המשפט המחוזי, גם אם היא משקפת את הדין הרצוי-ואינני קובעת כך - הרי שבכל מקרה איננה הדין המצוי. והתוצאה היא, שדין הערעור להתקבל.

(-) שופטת

המשנה לנשיאה ח' מלצר :

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המפורטת והמנומקת של חברי, השופט ד' מינץ, וכן לאמור בתגובתה של חברתי, השופטת ע' ברון.
2. הנני מרשה לעצמי להוסיף רק שלוש הערות - כולן בסוגיות של פרשנות :

(א) הדרך שבה יש לנקוט בפרשנות מיסויית בעקבות הלכת חצור (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985) פורטה על ידי ועל ידי חברתי, הנשיאה א' חיות ב-ע"א 3012/18 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' טוונטי האנדרד נהריה בע"מ (04.07.2019).

(ב) שתיקת המחוקק יכולה להתפרש בכמה לשונות :

- (1) לעיתים היא מעידה על חוסר (לקונה).
- (2) לעיתים היא מהווה אי-נקיטת עמדה בסוגיה המשפטית הרלבנטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש (או לפרק מסוים בו).
- (3) לעיתים השתיקה מהווה הסדר משתמע. סוג זה של השתמעות שני היבטים אפשריים לו :
 - א) השתמעות שלילית (שמכונה לרוב הסדר שלילי).
 - ב) השתמעות חיובית.

בבג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016) ובדנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיז המים והביוב האזורי בע"מ (17.12.2019) הצגתי והדגמתי את האבחנות הנ"ל, תוך הפנייה לפסיקה ישראלית ולמקורות זרים בהקשרים אלה.

במקרה שלפנינו המשיבה ובית המשפט המחוזי הנכבד כיוונו, למעשה, לחלופה ב(2) הנ"ל, ואולם אני מסכים עם חברי וחברתי שמדובר פה בהסדר שלילי.

- (ג) העובדה שהמשיבה מבקשת להסתמך על האמור בחוזר מס בהכנסה מס' 23/2002, בו בזמן שהמערער מצביע על כך כי בחוזר הנ"ל מופיעה גם הוראה נוגדת (בסעיף 6.2.3 לחוזר, שם מבהירה רשות המיסים כי : "למען הסר ספק - סעיף 94(ב) לא חל על מכירה של ניירות ערך זרים") - מלמדת כי לעיתים חוזרים שכאלה אינם מנוסחים בדקדקנות מספקת, ומעוררים קשיים, ככל שאנו נדרשים לפרשנות החיקוקים הרלבנטיים.

(-) המשנה לנשיאה

איסיט לד/1 (מרץ 2020) • ה-17

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, כ"ט בטבת התש"ף (26.1.2020).

(-) שופט

(-) שופטת

(-) המשנה לנשיאה