

הנושא: הקצאת מניות כמכירת מניות וחלוקת דיבידנד מלאכותית

בבית המשפט המחוזי בחיפה

מס' תיק: עמ"ה 5105/97

בפני כב' השופט ד"ר ד. ביין - סגן הנשיא

המערערת: ר. חיון בע"מ

המשיב: פקיד שומה חיפה

ניתן ביום: 19.3.02

העובדות:

1. החברה המערערת, חיון בע"מ, החזיקה במניות חברת אוטוקארד.
2. חברת אוטוקארד עוסקת בשיווק והסדרים ממוחשבים לרכישת מוצרי דלק ושירותים בתחנות התדלוק של חברת פז בע"מ.
3. על פי הסכם בין החברה המערערת לבין חברת פז, הוקצו מניות בחברת אוטוקארד לטובת חברת פז, כאשר עסקת ההקצאה לא דווחה כאירוע מס.
4. בהסכם בין המערערת לפז הוקצו גם לחברה המערערת "מניות בכורה", שהקנו רק לה זכות לקבל "דיבידנד בכורה" בסכום של \$650,000 לשנה במשך 4 שנים. בתום התקופה לא תקנה מניית הבכורה כל זכות לדיבידנדים.
5. חברת פז התחייבה לגרום לכך, שבכל מקרה ישולם סכום הדיבידנד מאוטוקארד למערערת, ואם לא יהיו רווחים מספקים לשם כך, תשלם פז בעצמה את אותם תשלומים למערערת. במקביל הוסכם, שמנהל המערערת ימשיך לשמש כמנהל אוטוקארד עד לתום מועד תשלומי דיבידנד הבכורה.
6. לטענת פקיד השומה, העסקה האמתית שביצעה החברה המערערת הייתה מכירת 75% מזכויותיה בחברת אוטוקארד לחברת פז תמורת 2.6 מיליון דולר, ששולמו ב-4 תשלומים. סכומי "דיבידנד הבכורה" מהווים הכנסה הונית ממכירת זכויותיה של המערערת באוטוקארד (יתרת 25% המניות נמכרו ע"י המערערת לפז בהסכם נפרד מאוחר יותר).
7. לטענת המערערת, המדובר בעסקה אמתית של הקצאת 75% ממניות אוטוקארד לחברת פז, כהשקעה אסטרטגית, ואין לראות בהקצאת מניות בחברה כאירוע מס. הטעם הכלכלי של העסקה היה, שללא הסכם זה ממילא היה בכוחה של חברת פז לרוקן את חברת אוטוקארד מכל זכויותיה, וכך המערערת הייתה נותרת עם מניות חסרות מהות ושוי ממש.
8. לעמדת פקיד השומה, מניית בכורה מטרתה הבטחת תשואה קבועה על ההשקעה והבטחת מייסדי החברה בפני דילול החזקתם בחברה. ואילו במקרה זה, הקניית מניית הבכורה באה בתמורה לדילול כוח השליטה. לטענתו, מכניזם התשלום

הקשיח למערערת נוטל ממנה כל אלמנט של סיכון, שהוא מרכיב אינהרנטי בכל הקצאת מניות.

9. פרט לעדותו של מנהל המערערת לא הובאו כלל עדויות מצד הקונה, חברת פז.
10. לעמדת המערערת, ויתור על שליטה בחברה המתבטא בזכויות הצבעה אינו מהווה "ויתור על נכס", שכן רק המניה כולה מהווה לעניין רווחי הון "זכות ראויה" ולא חלק מתוך מצבור הזכויות המגולמות במניה. לעמדת המערערת, אין כל עקרון שלפיו לא ניתן להקצות זכות לדיבידנדים.

נפסק:

1. השאלה המרכזית היא, האם בפנינו שתי עסקאות פטורות ממס: ההקצאה באוטוקארד לפז וחלוקת הדיבידנד למערערת, או שמא מדובר בעסקה אחת של מכירה הונית של מניות מהמערערת לחברת פז?
2. המונח "נכס" מוגדר לעניין רווחי הון בצורה רחבה ביותר. יש להדגיש, שההגדרה בסעיף 88 עוסקת גם ב"טובת הנאה ראויה" המהווה מושג רחב יותר מ"זכות ראויה".
3. הגדרת "נכס" בסעיף 88 היא כל כך רחבה עד כי קשה לחזות העברה כלשהי שהמועבר בה לא יהיה בגדר "נכס", למעט ארבעת היוצאים מן הכלל. גם הפסיקה הלכה בכיוון של הרחבה מרבית להגדרת "נכס" (ראה הלכות אברך, שנקר, רו).
4. באמצעות חלוקת הרווחים הפטורה ביצעה המערערת מהלך פטור ממס, שניתן היה לבצעו בדרך של מכירה רגילה של מניות מהמערערת לחברת פז, אלא שאז הייתה המכירה מתחייבת במס.
5. "הנכס" שנמכר במקרה הנדון הוא זכותה של המערערת כבעלת שליטה באוטוקארד לגרום להקצאת מניות לעצמה ולאחרים. התחייבותה כלפי פז משמעותה מכירת אגד של זכויות המגולמות במניות שיוקצו לפז ואשר נותנות למחזיק המניה את הכוח לשלוט בחברה, לקבל החלטות כרצונה ולהחליף דירקטוריון.
6. במקרה הנדון, בניגוד למצב העובדתי במאמרו של פרופ' ירון בנדון, ערכן של המניות שבידי המערערת לאחר השלמת העסקה לא נותר על כנו, אלא איבד מערכו, ובכך שונה מצב ההקצאה ממצב המכירה.

7. בית המשפט מאמץ את עמדתו של ד"ר גדעון קריב במאמרו "הקצאת מניות כאירוע מס" הקובעת, כי בעקבות הקצאת מניות עשוי לחול שינוי בזכויותיהם של בעלי המניות הקיימים כאשר חלק מהזכויות המגולמות במניות עברו לבעלי המניות החדשים. כלומר, לדעת ד"ר קריב, אין קושי לראות כל אחת מהזכויות המגולמות במסגרת המניה כזכות "עצמאית" הניתנת להעברה לעניין מס רווחי הון.
8. בית המשפט דוחה את הטענה העובדתית, שהדרך היחידה להקצות מניות לפז ולהבטיח את הדיבידנד למערערת היא כפי שבוצעה כאן. ניתן היה לבצע זאת ע"י הקצאה רגילה ולא הקצאת מניות בכורה, וכך גם פז הייתה זוכה לדיבידנד.
9. בית המשפט דוחה טענת המערערת, כי עקב מיסוי הדיבידנד כעסקה הונית עשוי לחול כפל מס, בשל חלוקת דיבידנד לבעלי המניות היחידים מאוחר יותר. אין קשר בין המכירה הנוכחית לחלוקת דיבידנד לבעלי המניות של המערערת.
10. טענת המערערת, כי יש לחשב לחילופין את הרווח לפי מחיר שוק ולא לפי ההסכם שנקבע בשל היותו מושתת על יחסים מיוחדים, נדחתה ע"י בית המשפט. אין זה נכון שיש להעדיף תמיד יחסים מסחריים על פני יחסים מיוחדים (ראה מאמרם של רויטל אבירם ויאיר רבינוביץ).
11. צודקת המערערת, שאין לייחס חלק מהתמורה בעסקת מכירת המניות הנוספת לעסקה הנדונה.
12. לא הוכח במקרה הנדון, שהמדובר בחלוקת רווחים הראויים לחלוקה, ששיעור המס בגינם אינו עולה על 10%. מכל מקום, גם במכירה מסוג זו יש להחיל את אותו עקרון, במידה שיוברר כי היו רווחים ראויים לחלוקה.
13. היוון התמורה שהתקבלה במרוצת ארבע שנים, כפי שחושבה ע"י פקיד השומה, לפי שער הדולר ליום ביצוע העסקה, הוא היוון נכון.
14. אין לקבל את הטענה החילופית שתקבול דיבידנד הבכורה מהווה חלף לתשלום דמי ניהול. אין לכך ביסוס עובדתי או משפטי.
15. יש לאפשר למערערת לתקן את הדו"חות הכספיים לעניין חוק התיאומים בשל אינפלציה באופן שמכירת המניות תקבל את ביטוייה כשינוי בהון.

הערעור נדחה ברובו.

הערת המערכת: בית המשפט מאמץ גישה לפיה הקצאת מניות עלולה להיחשב לאירוע מס. לפי שיטה זו, במקרה של הקצאה, יש לבחון, אם בעלי המניות הקיימים זכו לטובת הנאה כלשהי בדרך של ויתור על זכות כלשהי מזכויותיהם.

עם כתיבת שורות אלה (1.4.02) נודע לנו על פטירתו בטרם עת של חברנו ומורנו ד"ר גדעון קריב. הלכה עקרונית זו, בה התבסס בית המשפט על דבריו, משקפת אל נכון את תרומתו הרבה לעולם המשפט בכלל ולתחום המיסים בפרט. בשפתו הבהירה, פרשנותו המעמיקה וכתיבתו היוצרת, הפגישנו ד"ר קריב במורכבות שבסוגיות, והאיר לנו את המציאות. יחסר הוא לנו כידיד, כאיש נעים הליכות, שדרכו ענווה, אמת וצדק. יהי זכרו ברוך!

צוות "מיסים"

כפני: כב' השופט ד"ר ד. ביין - סגן הנשיא

המערערת: ר. חיון בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד משה שקל ואח'

נגד

המשיב: פקיד שומה חיפה
ע"י ב"כ עו"ד י. ספיר
מהפרקליטות הפיסקלית - מחוז חיפה

פסק דין

א. ההליך

זהו ערעור מס הכנסה המתייחס לשנת המס 1995.

המערערת הינה חברה פרטית אשר עוסקת בעיבוד נתונים, בפיתוח ואחזקת תוכנה.

המערערת הינה בשליטתו המלאה של מר רפי חיון.

המערערת הצהירה על הפסד מעסק בסך של 396,236 ש"ח.

המשיב לעומת זאת, ייחס למערערת בנוסף גם ריווח ריאלי בסך של 12,530,460 ש"ח בצירוף הפרשי הצמדה מהרווח הנ"ל בסך 14,500 ש"ח.

ב. העובדות

ביום 26.7.95 נחתם הסכם בין המערערת, לבין פז חברת נפט בע"מ (להלן: "פז"), לבין מר רפי חיון ואוטוקארד ישראל בע"מ (להלן: "אוטוקארד"), (להלן: "ההסכם").

עד לעריכת ההסכם החזיקה המערערת ברוב המכריע (99%) ממניות אוטוקארד. רפי חיון אישית החזיק באחוז הנוסף.

חברת אוטוקארד עסקה ועדיין עוסקת בשיווק ובהסדרים ממוחשבים לרכישת מוצרי דלק ושירותים בתחנות התדלוק של פז באמצעות כרטיסים מגנטיים, התקנים מיוחדים ברכב וכיוצא באלו, ובאמצעות תוכנה של המערערת.

ההסכם הוא מורכב וכדי לעמוד על טיבו ראוי לצטט את המבוא הקובע:

"הואיל ופז עוסקת, בין היתר, בשיווק מוצרי נפט, בנזין, סולר ושמונים לכלי רכב ובמתן שירותים אחרים לכלי רכב בתחנות תדלוק;

והואיל ואוטוקארד עוסקת בשיווק ובהסדרים ממוחשבים לרכישת מוצרי דלק ושירותים בתחנות התדלוק של פז על ידי ציי רכב של גופים שונים, באמצעות כרטיסים מגנטיים, התקנים מיוחדים ברכב וכיוצא באלו ובאמצעות תוכנה של חיון בע"מ;

והואיל וההסדרים האמורים מתבצעים מאז שנת 1986 על פי הסכמים שהושגו בין פז לבין אוטוקארד וחיון בע"מ, ובכללם הסכם ממאי 1990, שהתחדש מידי פעם לתקופה נוספת, והוא ממשיך ותקף בין הצדדים עד היום;

והואיל וחיון הינו בעל המניות ובעל השליטה בחיון בע"מ, וחיון בע"מ הינה בעלת המניות ובעלת השליטה באוטוקארד, וכן משמש חיון כמנהלן הכללי של כל אחת מהחברות הנ"ל;

והואיל והוסכם בין הצדדים כי חיון יגרום לכך כי אוטוקארד תקצה לפז 75% מהון המניות הנפרע שלה ופז תקבל את השליטה באוטוקארד, שחיון ימשיך לשמש כמנהלה הכללי, וזאת כנגד התחייבותיה של פז המפורטות להלן בחוזה זה;

והואיל וברצון הצדדים לשתף פעולה בכל הנוגע לאספקת המחירים לצי רכב בתחנות התדלוק של פז, באמצעות ההסדרים הממוחשבים של אוטוקארד, לשם קידומן של אוטוקארד ופז;"

ואכן עיקרו של ההסכם הוא כדלקמן:

למערכת תוקצה "מניית בכורה" שתקנה לה זכות לקבל "דיבידנד בכורה" בסכום של \$650,000 לשנה במשך 4 שנים, (סה"כ \$2,600,000) מיום 1.7.95 ועד ליום 30.6.99 (סעיף 7.2.2. להסכם).

בתום התקופה כאמור לא תקנה מניית הבכורה כל זכות לדיבידנדים.

מניית בכורה זו מוקצית למערכת תמורת ערכה הנקוב בלבד (סעיף 7.2.3 להסכם).

פז התחייבה לגרום לכך שאוטוקארד אכן תשלם למערכת את דיבידנד הבכורה האמור בסך הנ"ל (\$650,000 לשנה במשך 4 שנים) ובתשלומים חודשיים, כמו כן התחייבה פז לדאוג לכך שלחברת אוטוקארד יהיו רווחים מספיקים לחלוקת הדיבידנד כאמור ויתרה מכך, נקבע בהסכם כי אם לא יהיו מספיק רווחים תשלם פז תשלומים כאמור **בעצמה** למערכת (סעיף 6, 7.5 להסכם).

עוד נקבע בהסכם, כי מר רפי חיון ימשיך לשמש מנהל המערכת ולא יהיה ניתן לפטרו, אלא, רק לאחר גמר תקופת תשלומי "הדיבידנדים" קרי, עד יום 30.6.99 (סעיף 7.7 ו-8.3.6 להסכם).

לבסוף, הוסכם כי יוחלף הדירקטוריון של אוטוקארד באופן שרוב חברי הדירקטוריון, 3 מתוך 5 ימונו על ידי פז.

בהסכם נוסף שנחתם בין הצדדים ביום 16.3.97 נקבע, כי סכומי הדיבידנד כאמור המתקבלים לידי המערערת הינם סכומי נטו, קרי שסכום המס בשלהם ישולם על ידי פז ו/או אוטוקארד (סעיף 10.2, 10.5 להסכם הנוסף).

בהסכם הנוסף משנת 1997 נמכרו כל יתרת המניות הרגילות של המערערת למעט "מניית הבכורה" שהוקצתה כפי שנקבע בהסכם משנת 95.

ג. תמצית המחלוקת

1. עמדת המשיב היא, כי העסקה האמיתית אותה בצעה המערערת הינה עסקה של מכירת 75% מזכויותיה באוטוקארד לפז, וזאת בתמורה לסכומי הדיבידנדים נטו, שצריכים להתקבל לפי ההסכם בגין "מניית הבכורה" שהוקצתה למערערת "בחינם" (בערכה הנקוב).

לדעת המשיב, נתקיימה בין הצדדים עסקה במישור ההוני (ביום 26.7.95) ועל כן מן הדין לקבוע כי למערערת נצמחה הכנסה הונית בשנת מס זו וכי ביצוע העסקה בדרך זו נועד להפחית את חבות המס אצל המערערת.

לפיכך, סיווג המשיב את העסקה באופן שונה לפי מה שנראה לו להיות מהותה הכלכלית האמיתית ולחילופין, ראה בדרך עריכת ההסכם עסקה מלאכותית במובן סעיף 86 לפקודה.

מוסיף המשיב וטוען, כי מאחר והתשלומים שהתקבלו בידי המערערת ע"פ ההסכם נתקבלו במשך 4 שנים, ומאחר ותשלומים אלו נושאים "הפרשי הצמדה" (לשער החליפין של הדולר) כמשמעותם בסעיף 1 לפקודה, יש לראות ב"הפרשי הצמדה" אלו שנצברו בשנת 1995 ושולמו למערערת כהכנסה חייבת לפי סעיף 42(4) לפקודה כדלקמן:

$$\begin{array}{rcl} 1,943,500 & = & 2.99 \times 650,000\$ \text{ (שע"ח הדולר ביום העסקה)} \\ \underline{1,958,000} & & \text{סכום שנתקבל בפועל בשנת 1995, נומינלי} \\ 14,500 \text{ ש"ח} & & \text{הכנסה מהפרשי הצמדה} \end{array}$$

2. מאחר והתשלומים בגין מניות הבכורה שולמו למערערת על פני תקופה של 4 שנים בתשלומים חודשיים, יש להביא בחשבון את סך הסכומים שנתקבלו אצל המערערת, לערכים נכונים ליום ביצוע העסקה, תוך התייחסות להיות הסכומים המשתלמים משולמים "נטו" למערערת.

לפיכך קבע המשיב כי למערערת נבע רווח הון ריאלי המסתכם בסך של 12,530,460 ש"ח.

$$\text{להלן פירוט החישוב: התשלומים נטו} \quad 600,000\$ = 650,000 \times 4$$

4,193,548\$	ה"גילום מלא"
12,530,460 ש"ח.	ובשקלים חדשים

3. המשיב נקט לדבריו בשיטת ה"גילום המלא" בחישוב התמורה, משום ששיטה זו היא השיטה הנכונה בחישוב הסכם הנטו, וכי היא זו המתיישבת טוב יותר עם הערכת שווי הזכויות שנמכרו.

4. לחילופין, אם יקבע שיש להוון את התשלומים ליום העסקה, כטענת המערערת, הרי שהמשיב יטען שיש להוון את התשלומים בריבית המקובלת בהלוואות דולריות וכן, שהפרשי היוון כאמור ייחשבו בידי המערערת בכל שנה ושנה משנות ההיוון כהכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה.

5. מכוח עמדה זו נקבעה השומה כדלקמן:

1995	
(784,242)	הפסד מוצהר
נוסף	
24,000	תאום הוצאות עודפות (בהסכם)
2,158	תאום הוצאות ריבית ראליות (בהסכם)
361,698	תאום הוצאות חברת כללי פלוס (בהסכם)
12,530,460	רווח הון ראלי ממכירת הזכויות בחברת אוטוקרד
<u>14,500</u>	הכנסה מ"הפרשי הצמדה"
12,148,124	סה"כ הכנסה חייבת

6. לעומת זאת, עמדת המערער היא, כי הקצאת מניות בחברה, אינה ברגיל "אירוע מס", למעט חריגים הקבועים בחוק.

המשיב תמך את השומה בהזדמנויות שונות בנימוקים שונים שאינם עולים בקנה אחד. בכל מקרה, אין מדובר בעסקה של מכירת מניות, אלא בעסקה של הקצאת מניות גרידא. המערערת לא מכרה לפז דבר, פז לא שילמה למערערת דבר, אוטוקארד הקצתה מניות לפז ואוטוקארד העבירה למערערת דיבידנדים.

העסקה אינה מלאכותית. היא מעוגנת בטעמים כלכליים ומסחריים.

7. התחייבות פז כלפי המערערת כי בהעדר די רווחים באוטוקארד היא תשלם למערערת את סך הדיבידנד, אינה אירוע מס. התחייבותה של פז משולה להתחייבות הערב פלמוני לקיום התחייבותו של פלמוני שהוא צד להתקשרות לשלם סכום כסף לאלמוני, הצד האחר להסכם. אין לראות הנערב את אלמוני, כאילו כבר קיבל תשלום מהערב פלמוני, מה גם שבמקרה הנדון ברור היה לחלוטין מלכתחילה (וכך גם הווה בדיעבד) שערבות פז לא תגיע לכלל מימוש.

גם אם נניח שמדובר במכירת מניות מהמערערות לפז, עדיין רווח ההון שיוחס למערערות לצרכי מיסוי חסר כל יסוד, מנימוקים אלה:

על סכומי הדיבידנדים שחולקו לה (היא "התמורה" לדעת המשיב) שולם כבר מס מלא וזאת על-ידי אוטוקארד. כמו כן, ישולם מס נוסף בחלוקת הרווחים הנ"ל לבעלי המניות (היחידים) של המערערות, ועל כן אין לחייב את המערערות בכל מס נוסף.

קבלת עמדת המשיב תביא ל"שילוש" המס. בראשונה, במישור של אוטוקארד (אשר שילמה מס מלא על הכנסותיה מהן חולקו הדיבידנדים שאותם מבקש המשיב לייחס כ"תמורה" הוגית בעבור המניות המוקצות). בשניה, במישור של המערערות בגין הדיבידנדים שחולקו לה (היא "התמורה" לשיטת המשיב). ובשלישית במישור של בעלי המניות של המערערות, היחידים/שיתחייבו/ במס עת יחולקו להם הדיבידנדים, שמקורם ברווחי אוטוקארד.

8. לחילופין, גם אם נניח שבמכירת מניות עסקינן, צריך היה הוא לקבוע כי שיעור המס בגין "רווח ההון" שנצמח למערערות מ"מכירת" המניות יעמוד על 10% וזאת על פי הוראת סעיף 94ב' לפקודה.

המשיב אשר "גזר" את התמורה בגין המניות (וממילא את שוויין ליום הקצאתן) לפי רווחיותה הצפויה של אוטוקארד בעתיד, התעלם מאותם "רווחים" לעניין סעיף 94ב' לפקודה.

לשון אחרת - המשיב מבקש לאחוז בחבל בשתי קצותיו - ב"קצהו" האחד - ככל שנוח לו, לטעון לרווחיות באוטוקארד לעניין חישוב התמורה ושווי המניות. וב"קצהו" האחר - כשהדבר אינו משרתו, להתעלם מאותם "רווחים" לעניין סעיף 94ב' לפקודה ולהתעלם מהעובדה, שבמקורם של הסכומים, שחולקו כדיבידנד (המהווים את "התמורה" לדעת המשיב), הנו ברווחים שעליהם שולם על-ידי אוטוקארד מס מלא.

9. התמורה שקבע המשיב ל"מכירה" היא מופרזת. בין המערערות ובין פז לא נקבע כל מחיר בקשר ל"מכירת המניות" ועל כן על פי סעיף 88 לפקודה, דין התמורה להיקבע כמחיר "בין מוכר מרצון לקונה מרצון", קרי - שווי שוק של המניות. המערערות טענו, כי שווי שוק זה נמוך לאין שיעור מהתמורה אותה קבע המשיב.

10. בנוסף, חייב היה המשיב להפחית מ"רווח ההון" לפחות 25% מהתמורה שנקבעה על ידו, שכן הדיבידנדים שולמו על ידי אוטוקארד, שהמערערות החזיקה ב-25% ממניותיה גם לאחר ההקצאה ומובן שהמערערות לא מכרה לעצמה את מניות אוטוקארד שבעלותה ולא שילמה לעצמה תמורתן.

גם אם לא הייתה מוקצית למערערות מניית בכורה, הרי עדיין מעצם החזקתה ב-25% ממניות אוטוקארד, הייתה המערערות זכאית לדיבידנד בשיעור של 25% מרווחי אוטוקארד ועל כן מניית הבכורה העניקה לה, לכל היותר, את הזכות לדיבידנד מעבר למגיע לה על פי אחזקתה ה"רגילה" (25%) ורק תוספת זו יכולה להוות את התמורה (לגישת המשיב).

11. כמו כן, המשיב לא צריך היה לגלם את המס, לא לפי שיטת "הגילום החלקי" ולא לפי שיטת "הגילום המלא", שכן בהסכם משנת 95 כלל לא נקבע שפז חייבת במס שיושת על המערערת ולא נקבע בו שמדובר בסכומי "נטו". טענה זו נסמכת על לשון סעיף 12 להסכם הקובע:

"כל אחד מהצדדים להסכם ישא במיסים ובהיטלי החובה המוטלים עליו (אם בכלל) על פי כל דין בקשר לחוזה זה. כן ישא כל צד בהוצאותיו בקשר לחוזה זה. מס בולים החל על הסכם זה ועל כל מסמך שיחתם בעקבותיו, יחול על הצדדים בחלקים שווים".

לחילופין, ובכל מקרה, צריך היה המשיב לגלם את המס לפי שיטת "הגילום החלקי" ולא לפי שיטת "הגילום המלא".

12. המשיב לא קיים את הנטען על ידו בסעיף 12 לנימוקי השומה, כי לצורך חישוב התמורה "נדרש המשיב להביא בחשבון את סך הסכומים שנתקבלו אצל המערערת לערכים נכונים ליום ביצוע העסקה".

כל שעשה המשיב, היה רק את הפעולה של הכפלת סך של \$650,000 ב-4 (שנים). משום מה, לא מצא המשיב לנכון "להוון" את הסכומים החודשיים וקבע את ה"תמורה" כאילו שולמה כל כולה במזומן, כתשלום אחד, ביום ההסכם.

המערערת מעריכה, כי נכון יהיה להוון סכומים אלו (48 תשלומים חודשיים של כ-54 אלפי דולר) לפי ריבית של כ-12%.

בכל מקרה, אין לחייבה במס על "הפרשי היוון" המשולמים לאחר "יום המכירה". לחילופין, יש להתיר לאוטוקארד ואו לפז סכומים אלו בניכוי, כהוצאה שוטפת, בכל שנה שבה הוצאו, ולאפשר להן לתקן את הדו"חות אשר הגישו.

13. המשיב טעה בכך שאת הסכום הדולרי (שחישב באופן שגוי, כאמור לעיל) כפל בשער יציג של 3.0362 ש"ח ל-\$1 (ארה"ב), שער שלא ברור מתי הוא חל, אם בכלל, ומה גם ששער זה סותר את עמדת המשיב גופא בסעיף 11 לנימוקי השומה, שם הוא התייחס לשער יציג של 2.99 ש"ח ל-\$1 ארה"ב (שער שגם מקורו נעלם).

14. אין לחייב את המערערת במס על הפרשי הצמדה. מחד, מחייב המשיב את המערערת במס על כל "התמורה" כאילו שולמה כולה מראש, ללא היוון כלשהו, ובד בבד, מוסיף המשיב ומחייב את המערערת במס על הפרשי הצמדה שנוספו כביכול על הקרן הבלתי מהוונת, דבר המהווה מיסוי כפול ומכופל.

15. המשיב, נאמן לשיטתו, חייב היה לאפשר למערערת לתקן את דו"חותיה לצורך חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: "חוק התיאומים") ולהתיר לה, בין השאר, "ניכוי בשל אינפלציה" בגין מכירת "נכס קבוע" - מכירת מניותיה באוטוקארד.

16. לחילופין, היה על המשיב לראות את תקבול דיבידנד הבכורה על-ידי המערערת כתשלומים של פז למערערת, חלף דמי תפעול ששולמו למערערת בשנים שלפני כן, וממילא - כהכנסה פרוטית חייבת במס אצל המערערת ומותרת בניכוי כהוצאה אצל פז - או - לחילופין - כתשלומים של אוטוקארד למערערת חלף דמי התפעול ובבחינת הכנסה פרוטית חייבת במס אצל המערערת ומנגד הוצאה מותרת בניכוי אצל אוטוקארד ובהתאם לאפשר למערערת (ולפז ו/או אוטוקארד) לתקן את הדו"חות שהגישו.

ד. הראיות

הצדדים הגישו תצהירים. בתצהירו של המפקח הבכיר, מר אליאס שאער, הוא למעשה חוזר על האמור בנימוקי השומה המתוקנים.

בתצהירו של רפי חיון, מטעם המערערת, הוא מתאר את הרקע העובדתי שקדם לחתימתו של ההסכם כדלקמן:

עד מרץ 97 הוא כיהן כמנכ"ל אוטוקארד. בתקופת כהונתו, אוטוקארד עסקה בשיווק ותפעול הסדרים ממוחשבים לרכישת מוצרי דלק עבור ציי רכב של גופים שונים באמצעות כרטיסים מגנטיים, התקנים מיוחד ברכב וכו'.

עד לחתימת ההסכם בשנת 95 שלטה המערערת (99%) באוטוקארד. עד לאותו מועד, הוסדרה מערכת היחסים שבין אוטוקארד, פז והמערערת, בהסכם מחודש מאי 1990 (להלן: "ההסכם הראשון") אשר לפיו נעשה הסדר לרכישת דלקים על ידי לקוחות אוטוקארד בתחנות התדלוק של פז.

תקופת ההסכם הראשון נקבעה לשנתיים מיום חתימתו והיא מתחדשת אוטומטית לתקופות זהות, אך ההסכם גם איפשר לצדדים, שלא לחדש התקשרותם, וזאת בהודעת צד למשנהו, לפני תום כל תקופה. בהסכם הראשון נקבע, כי מקום בו יבוטל ההסכם, תהא אוטוקארד זכאית להמשיך לפעול באופן עצמאי בהסדר דומה להסדר הנ"ל, אך ללא כל התחייבות מצידה של פז. דהיינו, מחד גיסא, שעה שיבוטל ההסכם הראשון יכולה הייתה אוטוקארד להמשיך לפעול, ברם מאידך גיסא, דבר לא מנע מפז להקים חברה חדשה מתחרה, אשר יכלה לשרת את תחנותיה, וליתן הנחות לציבור לקוחות פוטנציאלי, באופן שאוטוקארד לא תוכל להתמודד עמה מההיבט עסקי. והחשוב מכך - מקץ שנתיים ימים מביטול ההסכם על יד פז, יכלה פז למנוע את פעילותה של אוטוקארד בתחנות פז ובכך הייתה אוטוקארד מאבדת פלח שוק נרחב.

הכנסות המערערת מדמי תפעול שקיבלה מאוטוקארד בשנים 1993 ו-1994 (במונחי 31.12.1994) היו 1,934,248 ש"ח ו-2,827,499 ש"ח, בהתאמה.

בתקופה בה כיהן חיון כמנהל אוטוקארד מלוא הדיבידנדים שחילקה אוטוקארד למערערת, בגין מניית הבכורה, חולקו, בפועל, מתוך רווחיה של אוטוקארד עצמה.

ביום 26.1.94, הודיעה פז במכתב על אי חידוש ההסכם הראשון שהיה אמור להסתיים בחודש מאי 1994, אלא אם יוסכם לכך שהחידוש לא יהיה לשנתיים ימים כאמור בסעיף 15 ב' להסכם הראשון ושההסכם יהיה ניתן לביטול בכל עת על פי הודעה מוקדמת של כל צד שתינתן 6 חודשים מראש.

מאז קבלת אותו מכתב פעלה אוטוקארד בתנאי אי ודאות, תוך חשש מתמיד שפז תודיע על ביטול ההסכם. ביטול ההסכם כאמור היה עלול להשפיע בצורה מהותית על פעילות אוטוקארד, היקף עסקיה ורווחיותה.

אי לכך, צירופה של פז כשותף אסטרטגי באוטוקארד הניבה למערערת ולאוטוקארד מספר יתרונות כלכליים:

ראשית, הביא לכך שהמערערת לא תיאלץ לשאת בעלויות מימון הן מהיבט הפעילות השוטפת והן מהיבט מימון ההנחות ללקוחות ובעלויות נוספות. כמו כן, מנע הקמת חברה מתחרה לאוטוקארד, ע"י פז, דבר שעלול היה לפגוע באופן משמעותי בעתידה של אוטוקארד וברווחיותה.

שנית, כניסתה של פז כשותף אסטרטגי באוטוקארד, הבטיחה למערערת החזקה של 25% מהון מניות של חברה מתפתחת, חזקה שעתידה מובטח במקום 100% מהון המניות בחברה שמרחפת מעליה סכנה תמידית של הפסקת החוזה עם פז.

למותר לציין, לעניין זה, כי חלק מההבנה שהייתה בין המערערת לפז במהלך ניהול העסקים יחד, כללה כוונות להתפתחות של אוטוקארד בכיוונים שונים וביניהן - עסקאות ליסינג, הסדר מול מוסכים, תוכנית שיווק מיוחדות ועוד, אשר היוו שיקול נוסף מבחינת המערערת להסכים לכניסתה של פז כשותף אסטרטגי באוטוקארד.

באשר להסכם הנוסף שנחתם ביום 16.3.97 בין המערערת, פז, אוטוקארד וחיון אישית, הוא הביא לסיומה של מערכת היחסים בין הצדדים ולפיו, בין השאר, נמכרו המניות הרגילות של המערערת, באוטוקארד, לפז.

בחקירתו של חיון (ישיבה 11.7.00) הוא אמר, כי התשלום בגין דיבידנד בכורה בשיעור 2.6 מליון דולר (על פני 4 שנים) נקבעו לפי גובה הדיבידנד שחיון היה יכול לקבל לו נשאר כבעל מניות יחיד באוטוקארד. הערכה זו מתבססת על היקף פעילותה בעבר ועל זה הצפוי של אוטוקארד בהתאם להסכם שבינה לבין פז ובשים לב להוצאות ההפעלה (ע' 7). הוא ציפה שיהיו רווחים.

אוטוקארד שהיא חברת בת של המערערת, שימשה למעשה רק "שם מסחרי" של המערערת וההכנסות וההוצאות היו כלולים בדו"ח של המערערת.

להלן נשאל אם היתרונות הכלכליים מצירוף פז כשותף אסטרטגי באוטוקארד שהוא מנה בתצהירו (ואשר הובאו לעיל) לא היו יכולים להיות מושגים אם היה מוכר את המניות ישירות. על כך ענה :

“אבל זה לא אותו דבר, כי אני הבטחתי לעצמי רווחים, כי אם פז היו נכנסים ושולטים בחברה ולא היה מובטח לי הרווחים לדוגמא אז הם יכלו לגרום לזה שהחברה לא תרוויח ולא היה יוצא לי כלום” (ע' 3-12).

לדבריו, בדרך של מכירה רגילה, לא היה יכול להבטיח לעצמו רווחים ל-4 שנים (ע' 13).

להלן הונחה בפניו האפשרות שהיו קובעים שתשולם לו תמורה בסך \$2,600,000 בתשלומים והוא נשאל, האם התוצאה מבחינתו לא הייתה זהה ועל כך ענה, כי כדי לשכנע את פז אמר להם שאם ימשיך לנהל את אוטוקארד עם הידע שלו הוא יצליח להפיק את הסכום של הדיבידנד מפעילות אוטוקארד עצמה מבלי שפז תאלץ להוציא כסף מכיסה (ע' 13).

להלן חזר ונשאל, האם אותו מצב לא היה מתקיים לו מכרה המערערת לפז 75% מהון המניות. על כך ענה :

“הסברתי את זה כבר, מה שווה חברה יותר. חברה שיש לה 25% שיכולה לשלם 650,000 לשנה דיבידנד לאחר תשלום מיסים או חברה שלא מרוויחה כסף ויש לה את אותם 25% משמונה מקומות בדירקטוריון” (ע' 4-12).

בהתאם להסכם משנת 90, פז יכולה הייתה לבטל את ההסכם בכל שנתיים בחצי שנה עם הודעה מראש. הדבר לא השתנה לאחר ההסכם נשוא הדיון (ע' 15).

מעבר לדיבידנד נשוא ההסכם (650,000 דולר לשנה) לא הוחלט על חלוקת דיבידנדים נוספים (ע' 16).

ההסכם נשוא הדיון לא נעשה לשם הפחתת מס. הוא הבין שהוא מקבל את הדיבידנד לאחר תשלום כל המיסים (ע' 17).

להלן הוא נשאל על הרקע לעריכת ההסכם הנוסף (משנת 97) שבו העבירה המערערת לפז את ה-25% מהמניות של אוטוקארד שנותרו בידיה תמורת הסכום של \$250,000 (סעיף 6.2 להסכם השלישי) ועל כך ענה, כי :

“מה שקרה שבפועל היחסים עם חברת פז במשך השנים האלה הלכו והשתבשו, והיה חשש יותר מסביר שפז תבטל את ההסכם ואז יצא כל הריפורמה של הדלק וגרמה לזה שיהיה תחרות לא רק בשרות אלא גם במחיר ותנאי האשראי ואת זה פז סיפקה והיא בקלות יכלה לסגור את הברז של הכסף. ובאותם הימים הסכומים של האשראי שפז מימנה את הפעולות של אוטוקארד היו עשרות מליונים של שקלים עם אחריות ולגביית כל הכסף. פז פשוט יכלה והיה לה מותר לפי ההסכם להקים חברה חדשה ואת כל הלקוחות לאט לאט להעביר לחברה החדשה” (ע' 14).

ובהמשך הוא מתאר כיצד נוצרו ניגודי אינטרסים לגבי מכירות הדלקים ומכירת שירותי אוטוקארד. ובהקשר לכך, פז החלה ללחוץ שאוטוקארד תיתן כל מיני פטורים מעמלות ללקוחות על חשבון רווחי אוטוקארד, כדי שפז תוכל לזכות במכרזים לאספקת דלק (ע' 15).

החקירה של מר שעאר הייתה חקירה על השקפותיו ודעותיו. אין לה ערך סגולי משל עצמה. עם השקפות ודעות אלה יש מקום להתמודד במסגרת טיעוני הצדדים.

ה. השאלה המרכזית:

1. כאמור, שאלת המחלוקת המרכזית היא, האם לפנינו שתי עסקאות פטורות ממס. האחת, הקצאת מניות בחברת אוטוקארד לחברת פז ומניית בכורה למערערת, והשנייה חלוקת דיבידנד בכורה למערערת, או שלמעשה מדובר בעסקה אחת של מכירה הונית של מניות.

2. כידוע, המס מוטל על פעולות שעשו נישומים למעשה ולא על פעולות אותן יכולים היו הנישומים לבצע. ועם זאת, עולה השאלה, מהי העסקה האמתית שבוצעה.

במקרה הנדון, כידוע, יש לבדוק את העסקה המוצגת על ידי הנישום, לא רק על פי "קליפתה" החיצונית, קרי המבנה המשפטי והסמנטיקה שנבחרה במסמכים הרלבנטיים, אלא מותר לו לפקיד השומה לבחון, אם תוכנה הכלכלי האמתי של העסקה תואם את החזות החיצונית העולה מקריאה פשטנית של המסמכים.

3. ואלה הסימנים שמונה המשיב בהסכם אשר מצביעים על כך שבעסקת מכר מדובר:

(א) הקצאת 75% מהון המניות נעשתה לפי ערכן הנקוב ולא לפי שוויון בשוק. הנה כי כן, קובע סעיף 7.2.4 להסכם, כי:

"יוקצו לפז 300 ע.ג. מניות רגילות באוטוקארד תמורת ערכן הנקוב באופן שלאחר ההקצאה יחזיק חיון 25% מהון המניות, 25% מהון המניות הרגילות המונפק ומכוח ההצבעה בחברה ופז תחזיק 75% מהון המניות הרגילות המונפק ומכוח ההצבעה בחברה".

בדו"ח השנתי של אוטוקארד ליום 31.12.95 בביאור 4 נאמר שב-1995 הון המניות המונפק והנפרע מגיע ל-440 מניות רגילות בנות 1 ש"ח, בעוד שבשנת 1994 הון המניות המונפק והנפרע הגיע ל-110 בלבד. משמע, שלפז הונפקו 330 מניות.

(ב) במקרה של הקצאה אמתית, מתעשרת החברה שמניותיה הוקצו ולא בעלי המניות בחברה המקצה. ההתעשרות של החברה כאמור, היא על בסיס שווי החברה ולא על בסיס שווי המניות בערכן הנקוב. במקרה הנדון, מי ש"התעשר" זו המערערת ולא אוטוקארד שמניותיה הוקצו.

(ג) הקצאת מניות אמתית נעשית רק בין החברה המקצה ומשקיע הרוכש את המניות המוקצות ומעשיר את קופת החברה המקצה.

בהסכם נשוא הדיון, קיימים שלושה צדדים: החברה שמניותיה מוקצים (אוטוקארד), החברה המשקיעה שרכשה את המניות שהוקצו לטובתה (פז) ובעלת המניות באוטוקארד שהיא המערערת שקיבלה את כל התמורה בגין המניות המוקצות.

(ד) ההסכם כרוך בויתור מצד המערערת (ומצד מר חיון שהוא בעל השליטה במערערת), על כוח השליטה באוטוקארד ועל ניהול עסקיה. לעניין זה, מפנה ב"כ המשיב לסעיף 7.25 להסכם, לפיו מתחייבת המערערת לגרום לכך, כי ה"ה רפאל ושמעון חיון שניהנו בעת עריכת ההסכם כדיקרקטורים באוטוקארד, יחתמו על מכתב התפטרות מדירקטוריון החברה וימונה דירקטוריון חדש בהתאם להוראות ההסכם שבו יהיה לפז רוב.

בסעיף 8.2 הוסכם שתקנות ההתאגדות של אוטוקארד ישקפו את יחסי השליטה בחברה, את הזכויות הנלוות למניית הבכורה ואת ההוראות המיוחדות הבאות להגן על חיון בהפכו למיעוט באוטוקארד. הוראות אלה המצויות בסעיף 8.3 קובעות שורה של החלטות שאותן יש לקבל פה אחד. זכויות השליטה הן בגדר נכס והויתור עליהן מהווה מכירה.

(ה) אין לקבל את התיוזה כאילו למערערת משולם דיבידנד בכורה, באשר מדובר בסכום קבוע מראש המשולם על פני תקופה של 4 שנים בתשלומים חודשיים.

בדרך כלל מניית בכורה מקנה לבעליה טיפול עדיף, שעה שמתקבלת בחברה החלטה על חלוקת דיבידנדים.

היא מזכה בדרך כלל את בעליה באחוז קבוע מהרווח ולא בסכום קבוע, שכן לא ניתן לחזות מראש מה יהיו רווחי החברה, אם בכלל. והנה, במקרה הנדון, נקבע דיבידנד בסכום קבוע שאינו מתחשב בכלל בכך אם ינבעו לאוטוקארד רווחים ובשיעורם של רווחים כאלה.

(ו) עקרון יסודי ביני חברות קובע, שאין חלוקת דיבידנדים אלא מתוך רווחים. לכאורה, אין המערערת יכולה לקבל דיבידנדים בלי החלטת דירקטוריון.

בסעיף 7.3 להסכם נאמר, כי המערערת תקבל ע"ח דיבידנד הבכורה דיבידנד ביניים בסכום של \$54,166 לחודש, וזאת ללא צורך בהחלטת הדירקטוריון.

לאחר תום תקופת 4 השנים לאחר שישולמו למערערת כל תשלומי הדיבידנד לפי ההסכם, תיפדה מניית הבכורה בערכה הנקוב.

(ז) מטרתה של מניית בכורה בדרך כלל היא כפולה: ראשית, הבטחת תשואה קבועה על ההשקעה. ושנית, הבטחת מייסדי החברה בפני דילול החזקתם בחברה. במקרה הנדון, הקניית מניית הבכורה למערערת באה בתמורה לדילול כוח שליטתה של המערערת באוטוקארד.

(ח) ניתן ללמוד על מהותה של העסקה גם מההסכם השלישי משנת 97 שבמסגרתו העבירה המערערת לפז את כל הזכויות שנותרו בידה (למעט מניית הבכורה) ועל אף זאת נשמרה זכות המערערת להמשיך ולקבל את יתרת דיבידנד הבכורה שנקבע בהסכם משנת 95 ונשמר ההסדר של תשלומי הביניים. פז נטלה על עצמה להבטיח את התשלומים הנ"ל ולשם כך נמסרה ע"י פז גם ערבות בנקאית צמודת דולר על יתרת סכום דיבידנד הבכורה לאותו מועד בסך \$1,625,000 (סעיף 10(א) להסכם משנת 97).

בהסכם משנת 97, גם נקבע שגם אם תמכור פז את מניותיה באוטוקארד, יהיה עליה לדאוג לתשלום מלוא יתרת סכום דיבידנד הבכורה, כפי שנקבע בהסכם משנת 95 (סעיף 4.7 להסכם 1997).

(ט) העובדה שפז נטלה על עצמה התחייבות לגרום לתשלום "דיבידנד הבכורה" אם מכוח התחייבותה לדאוג לכך שלאוטוקארד יהיו רווחים מספיקים ותזרים מזומנים והקביעה שאם תכשל בכך, יהיה עליה לשלם בעצמה מכוח "התחייבות עצמאית ואוטונומית" (סעיף 6 ; ו-7.5 להסכם).

(י) מכניזם התשלום הקשיח, נוטל מהמערערת כל אלמנט של סיכון, שהינו מרכיב כמעט אינהרנטי בהקצאת מניות.

(יא) דיבידנד משולם על ידי התאגיד ובמקרה הנדון ההתחייבות של פז שרכשה מניות באוטוקארד לתשלום הדיבידנד יכולה להיות מוסברת רק אם נראה את העסקה כעסקה של מכר מניות.

(יב) לפי סעיף 7.6 להסכם, הן המערערת והן חיון אישית זכאים "להמחות, להעביר או לשעבד את זכויותיהם לקבל תשלומים כספיים על פי הסכם זה או כל חלק מהם לאחרים ופז ואוטוקארד ונתנות בזה את הסכמתן לכך".

לטענת המשיב, לא ברור כיצד ניתן להמחות או לשעבד זכויות שטרם נוצרו למערערת, שכן עצם הבעלות במניית בכורה אינה מקנה זכות קנויה לחלוקת דיבידנד והחלוקה נעשית רק לאחר הכרזת החברה על כך ובכפוף לקיום רווחים הניתנים לחלוקה.

(יג) אין בהסכמים כל קביעה בדבר זכותה של פז להשבה מאוטוקארד אם תידרש פז לשלם את דיבידנד הבכורה במקומה של אוטוקארד.

(יד) אין כל יחס בין הסכומים שהמערערת הייתה אמורה לקבל לפי ההסכם עבור 75% מהמניות (\$2,600,000) לבין הסכום שנקבע לפי ההסכם מ-1997 בגין 25% מהון המניות שהוא \$250,000. מזה מסיק המשיב שכבר בהסכם משנת 95, נמכרה שליטת המערערת באוטוקארד.

(טו) לבסוף, מצביע המשיב על כך שהמערערת לא הביאה עדים היכולים לשפוך אור על אופי העסקה, פרט למר חיון, ובעיקר לא את אנשי פז שהיא צד מרכזי של ההסכם ו"הנפגעת" מהשתת המס לפי השומה נשוא הדיון, שכן בהסכם משנת 97 בסעיף 10.2 שבו נקבע, כי התשלום של יתרת הדיבידנד למערערת יהיה "סכום נטו" לאחר תשלום כל המיסים.

(טז) המשיב דוחה את הטענות, כי קבלת עמדתו יביא לחיוב מס כפול או משולש. החיוב על אוטוקארד הוא חיוב רגיל במס חברות בשיעור 36% לפי סעיף 126(א) לפקודה. החיוב על מר חיון אישית בשיעור של 25% יחול עם משיכת הדיבידנדים לידי פז לפי סעיף 125(ב) לפקודה. המשיב לא חייב ולא יחייב את המערערת בגין הדיבידנדים שיחולקו לה, שכן דיבידנד בין חברות פטור ממש לפי סעיף 126(ב) לפקודה.

1. פירוט טענות המערערת

הרקע לטענות המערערת כבר הובא בתצהירו של חיון שהובא לעיל, ונסכם את הדברים בקצרה:

1. הרקע לעריכת ההסכם נשוא הדיון היה התלות המוחלטת של אוטוקארד בפז שיכולה הייתה בכל עת למצוא לעצמה מסגרת אחרת למתן שירותי דלק ממוחשבים.

2. על רקע זה העסקה היחידה שיכולה הייתה לבוא בחשבון הייתה עסקה של הקצאת מניות. לפז לא היה כל עניין בעסקה של מכירת מניות, נוכח ידיעתה על עמדת הכוח שבידה שהתבטאה בכך שהייתה לה אפשרות חילופית בדמות הקמת עסק עצמאי.

3. לפיכך, פז לא הייתה מעוניינת בהשקעה כספית תמורת מניות אוטוקארד וכן לא הייתה מעוניינת בניהול היום-יומי באוטוקארד לאחר הקצאת המניות.

לפיכך, המערערת הצליחה לשכנע את פז להכנס לעסקה רק על סמך השארותה בניהול אוטוקארד ועל סמך הרווחיות הצפויה של אוטוקארד, באופן שפז לא הייתה צריכה להוציא כסף מ"הכיס". וכן, בפועל, שולם הדיבידנד מרווחי אוטוקארד ולא על ידי פז.

4. בתנאים הנתונים האפשרות שהמערערת תבטיח את רווחיה במהלך ארבע השנים הקרובות ובלו לשאת לבדה בעלויות שפז עמדה בהן בתקופת ההסכם הראשון (1990) ויוותרו בידיה עוד כ-25% ממניות אוטוקארד, הייתה האפשרות האופטימלית שאליה יכולה הייתה המערערת להגיע ביחסיה עם פז.

5. לו היה מתבצע מכר, פז הייתה שולטת בחברה והייתה יכולה לגרום לכך שאוטוקארד לא תרוויח. או אז, השווי של 25% מהמניות שהיו בידי המערערת היה יורד. לעומת זאת, בעסקה כפי שנעשתה הובטח שאוטוקארד תהיה חברה רווחית המסוגלת לשלם דיבידנד.

6. הקצאת המניות אמנם הקטינה את חלקה של המערערת באוטוקארד, אך מאידך הגדילה את שווייה של אוטוקארד. התוצאה היא שהמערערת לא נפרדה "מנכס" או מערך כלכלי כלשהו.

7. אין חולק על כך שהקצאת מניות (בכפוף לסייגים ספציפיים) אינה בגדר אירוע מס. זהו המצב כאשר ההקצאה מעבירה את השליטה מבעל מניות קיים (שמניותיו "דוללו") לבעל המניות שלו הוקצו המניות, שהרי זוהי התוצאה של כמעט כל הקצאה.

8. אין לראות בהקצאת מניית הבכורה כ"תמורה" עבור המניות שהוקצו לפז.

הטעם לפעולת הקצאת מניית הבכורה, הוא הרצון להגן על האינטרסים הכלכליים של המערערת באוטוקארד לאור העברת השליטה באוטוקארד. הקצאה זו ותשלום הדיבידנד הבטיחה שפז לא תעשה פעולות שיקטינו את רווחיותה של אוטוקארד.

9. ההסמכה לחלוקת דיבידנד בסכום קבוע מכוח מניית הבכורה, אינה מנוגדת להוראות הקוגנטיות בדיני החברות, באשר בסעיף 7.2.2 להסכם נקבע שהסכום הכולל של הדיבידנד משולם "מתוך רווחי החברה" והתשלום החודשי משולם "מידי חודש בחודשו, אם רווחי החברה יאפשרו זאת". בעת עריכת ההסכם, הייתה ודאות גבוהה שיהיו מספיק רווחים באוטוקארד כדי לעמוד בהתחייבות האמורות.

גם בפועל שולם הדיבידנד על-ידי אוטוקארד מתוך רווחיה.

מהדו"חות הכספיים של אוטוקארד לשנים 95 עד 98 ניתן ללמוד, כי אכן היו לאוטוקארד רווחים ראויים לחלוקה (וגם מר שעאר בחקירתו, לא חלק על עובדה זו).

בסעיף 7.2.2 להסכם התחיבו הצדדים לכינוס אסיפה כללית שלא מן המניין שתקבל החלטה המשנה את תקנות החברה באופן שתיווצר מניית בכורה ותעוגן הזכות לבעליה לקבל דיבידנד כפי שנקבע בהסכם מתוך רווחיה.

10. הלכה פסוקה היא, שבהעדר טעמים מיוחדים הולכים דיני המס לפי הדין הכללי ואם הדין הכללי רואה בפעולות שנעשו הקצאת מניות לפז והקצאת מניית בכורה למערערת, על דיני המס לענות אמן אחרי תוצאה זו.

11. אין ללמוד על פרשנותו של ההסכם נשוא הדיון, מהוראות ההסכם המאוחר (מ-1997) שבו נמכרו המניות שבידי המערערת לפז (סעיף 6 להסכם האמור) על כך שגם ההסכם נשוא הדיון הוא הסכם מכר מניות.

אין להסיק כל מסקנות מ"העדר הפרופורציה" בין התמורה בהסכם השלישי לתמורה הקבועה בהסכם נשוא הדיון, שכן הנסיבות ששררו עובר לכריתת כל אחד מההסכמים הנדונים, הן שונות לחלוטין.

12. ויתור על שליטה בחברה המתבטא בזכויות הצבעה אינו ויתור על נכס, בעוד שהמניה עצמה היא כנראה "זכות ראויה". אין חלק מתוך מצבור הזכויות המגולמות במניה בגדר "זכות ראויה". תנאי להגדרת זכות שטרם הגיע מועד מימושה כ"זכות ראויה" היא קיומה של זכות תביעה. רק תעודת המניה היא זו המקנה זכויות הניתנות לתביעה בביהמ"ש. מי שאינו מוכר את תעודת המניה שבידו ורק נשללת ממנו אחת הזכויות הפוטנציאליות שזו ביטאה, אין כאן יציאה של "נכס", שהרי זכות השליטה אין לה קיום עצמאי ללא "הגיבוי" של תעודת המניה.

13. המשיב לא עמד בנטל הראיה והשכנוע המוטלים עליו. הוא לא הוכיח את טענתו, כי הקצאת מניות אוטוקארד תמורת ערכן הנקוב, אינה על פי שווין בשוק ולכן סכומי הדיבידנד מהווים את תמורת המניות. ממאזן אוטוקארד ליום 31.12.94 עולה, כי שווי מניות אוטוקארד המחושב על פי נכסיה פחות התחיבויות והפסדיה זהה לערכן הנקוב.

המשיב מנסה "לאחוז את החבל בשתי קצותיו". מחד, הוא טוען כי אוטוקארד יש לה ערך ומן הצד השני, הוא טוען, שאין מדובר בחלוקת דיבידנד אמיתי. המשיב לא הוכיח כי תשלומי הדיבידנד היו או כי יש לראותם כתשלום עבור רכישה הונית של 75% ממניות אוטוקארד, באשר לא הוכח שהמקור לתשלום הוא בפז ולא באוטוקארד.

לא הוכחה הטענה שהקצאה העשירה את המערערת ולא את אוטוקארד.

לטענת המערערת ההקצאה אכן העשירה את אוטוקארד, בכך שאיפשרה לאוטוקארד את המשך היחסים העסקיים עם פז והכנסתה כשותף אסטרטגי באוטוקארד. הקצאת מניות יכולה, ולרוב מעשירה, את בעל המניות הקיים. היא לא הוכיחה שהשליטה עברה לפז, שעה שהניהול השוטף נשאר בידי המערערת, שכן מר חיון נותר המנהל הכללי של אוטוקארד.

14. אשר לטענות המשיב ביחס למניית הבכורה, טוענת המערערת, כי הזכויות שהוענקו למערערת במסגרת מניה זו עולה בקנה אחד עם אופיה של מניית בכורה.

(א) האורגנים של אוטוקארד היו רשאים להתחייב בשם החברה לדיבידנד, בשים לב למידת הוודאות בהשגת הרווחים העתידיים.

(ב) מניית הבכורה הקנתה למערערת מניית בכורה בחלוקת דיבידנדים לפני חלוקת הדיבידנדים הרגילה של החברה (סעיף 7.22 להסכם). מה גם שמדיניות אוטוקארד כפי שנקבעה בהסכם היא שכל רווחיה יחולקו כדיבידנד (סעיף 7.3 להסכם).

(ג) אין מניעה שדיבידנד לפי מניית בכורה יקבע בסכום ולאו דוקא כאחוז. מקורן של זכויות המאוגדות במניה הוא בעיקרו של דבר הסכמי (הסכם המצוי בד' האמות של התזכיר והתקנות) ולכן עיקרון חופש החוזים מאפשר לעצב את הזכויות כרצונם, כפוף למגבלות סטטוטוריות.

(ד) אין לקבל את הטענה, כי כל עוד לא הוקצתה מניית הבכורה מתוך רצון להבטיח את מייסדי החברה מפני דילול החזקתם בחברה באופן שגם לאחר הדילול יזכו לדיבידנדים אין המנייה בגדר מניית בכורה. אין ענינה של מניית בכורה בשימור השליטה בחברה.

15. אין כל עקרון שלפיו לא ניתן להמחות זכות לדיבידנדים (כפי שנקבע בסעיף 7.6 להסכם), כאשר זכות זו מבוססת על הסכם קיים וכאשר הזכות אינה מוטלת בספק.

16. אלמנט "הסיכון" אינו מרכיב חיוני לפעולה של הקצאת מניות.

2. דיון ומסקנות

1. מעיון בטענות המשיב, ניתן ללמוד שבמרכזן עומדת הגישה שההסכם אינו מה שהוא נחזה להיות. כלומר, יש פער בין חזותו החיצונית, לבין מהותו האמתית (מבחן "עליונות המהות"). הטענה שבעסקה מלאכותית מדובר, מופיעה בשורה שניה ובחצי פה. עם זאת, יוער כבר עתה, כי בנסיבות המקרה הנוכחי במידה ותדחה הטענה כי לעסקה **כפי חזותה** יש טעם כלכלי ועסקי, ממילא תידחה גם הטענה בדבר היותה של העסקה מלאכותית.

יצוין, כי הקצאת מניות והקצאת מניית בכורה, כשהן לכשעצמן אינן חורגות מ"דפוסים מקובלים" ואם יש טעם כלכלי ועסקי להסכם כפי שנערך, ממילא לא יהיה ניתן לאמר עליו שהוא נעשה כ"שאחת ממטרותיו העיקריות היא הפחתת מס בלתי נאותה" במובן סעיף 86 לפקודה.

2. אין ספק שהנטל לשכנע את בית-המשפט, כי למעשה בפנינו הסכם למכירת 75% מזכויות המערערת באוטוקארד לפז - הוא על המשיב. הנטל הוא בעיקרו נטל "פרשני", בשים לב לכך שדוקטרינת עליונות המהות היא דוקטרינה פרשנית (גליקסברג, **גבולות תכנון המס**, ע' 123) וכן מאחר שהרוב המכריע של העובדות אינו במחלוקת.

3. לאחר עיון ושיקול, נראה לי, כי המשיב עמד בנטל המוטל עליו. נראה, כי למרות שעל פני הדברים נעשו כאן שתי פעולות של הקצאת מניות (מניות רגילות לפז ומניית בכורה למערערת) - פעולות שלכשעצמן אינן חבות במס רווח הון (ראה ערן, **מיסוי ניירות ערך**, ע' 18) - הרי לאמיתו של דבר לפנינו **עסקה אחת** של מכירת כוח השליטה בחברה בדרך של הקצאת מניות לפז והחלפת הדירקטוריון באופן שלפז יהיה בו רוב, תמורת סכום המוצג כדיבידנד בגין מניית הבכורה, ואלה נימוקי:

(א) התחייבויות בהסכם של שני הצדדים הן **התחייבויות שלובות**. עוד במבוא להסכם נאמר, כי התחייבות רפי חיון לגרום לכך שיוקצו לפז 75% מהון המניות של אוטוקארד ותועבר לפז השליטה בחברה זו הוא בתמורה להתחייבויות פז בחוזה. והנה, בסעיף 6 להסכם המבטא את "הלב" של העסקה נאמר **מחד ש"חיון יגרום לכך כי יוקצו לפז מניות באוטוקארד בשיעור שיהיה 75% מהון המניות הנפרע של החברה ופז תהפוך לבעלת השליטה באוטוקארד"**.

ומאידך, פז (מכוח השליטה שהוקנתה לה בחברת אוטוקארד כאמור לעיל) **"תגרום לכך כי אוטוקארד תשלם לחיון בע"מ דיבידנד בכורה בשיעור של \$650,000 לשנה"**.

אין לפנינו אפוא פעולות נפרדות של הקצאת 75% מהון מניות לפז ותיקון תקנות החברה באופן שתיווצר אפשרות להקצות מניית בכורה נושאת זכות לדיבידנד והקצאת אותה מנייה למערערת, אלא ברור לחלוטין שהתחייבויות פז כלפי המערערת באות **בתמורה** להתחייבויות מר חיון כבעל השליטה במערערת.

אין כל חשיבות לשאלה, אם "הערך הנקוב" של 300 המניות המוקצות לפז מבטא את שווי השוק של מניות אלה. מה שחשוב הוא **שבעיני הצדדים** התמורה הנקובה בסעיף 7.2.4 להסכם, דהיינו מחיר ערכן הנקוב, נראתה כבלתי מספקת. הם קבעו בסעיף 6 שהתמורה היא בהקצאת מניית הבכורה והדיבידנד שהיא נושאת בכניפה.

מבחינה כלכלית אין כל חשיבות לכך ש"התמורה" לכאורה משולמת על ידי אוטוקארד ולא על-ידי פז, שכן הצדדים הסכימו שאוטוקארד תחלק את כל רווחיה כדיבידנד (סעיף 7.3 להסכם), אך זאת לאחר תשלום הדיבידנד למערערת לפי מניית הבכורה (סעיף 7.2.2א') ודווקא אם נקבל את הטענה שאוטוקארד הייתה צפויה להפיק רווחים, הרי פז כבעלת 75% ממניות החברה נושאת בחלק הארי של "חסרון הכיס", במובן זה שהדיבידנד שהיא הייתה אמורה להפיק בשיעור 75% מהרווחים יקטן או אף ימנע תשלומו כליל בשל תשלום דיבידנד הבכורה. המצב לפי ההסכם הוא אפוא כזה: אם תישא אוטוקארד רווחים, הרי יקטן חלקה של פז ברווחים אלה בשל הדיבידנד בסכום קבוע המשולם למערערת. מאידך, אם אין לאוטוקארד רווחים, חייבת פז לשלם את הסכום האמור מכיסה. כמובן שאם נושאת אוטוקארד רווחים, נושאת פז רק ב-75% מדיבידנד הבכורה לה זכאית המערערת ובמקרה שאין רווחים או הרווחים אין די בהם כדי לשאת במלוא דיבידנד הבכורה, הרי פז נושאת במלוא "המחיר" של אותו שיעור שאינו מתכסה על-ידי רווחיה של אוטוקארד.

(ב) השאלה, האם נשוא ההתחייבויות של המערערת כלפי פז לפי ההסכם, הוא בבחינת "נכס" שנמכר לפז.

המושג "נכס" מוגדר לענין רווחי הון בצורה רחבה ביותר כדלקמן:

"נכס" - כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ לישראל, למעט...".

ראוי להדגיש, כי מדובר לא רק על זכות ראויה אלא גם על טובת הנאה ראויה, מושג שהוא רחב מזכות ראויה.

המחבר ד"ר א. רפאל (בהשתתפות מהולל) קובע בספרו **מס הכנסה** (1990) כרך שלישי ע' 17, כי ההגדרה היא כה רחבה עד כי קשה לחזות העברה בה לא יהא המועבר בבחינת "נכס", אלא אם הוצא מכלל ההגדרה על-ידי אחד מארבעת סעיפים המשנה של ההגדרה. במיוחד נכונים הדברים לאור השימוש במושגים המופשטים של "זכות או טובת הנאה ראויות" המלמדים על כוונתו של המחוקק לתפוס בגדר המושג "נכס" גם זכויות אשר מימושן עשוי להיות מותנה "בשיתוף פעולה של גורם אשר אינו צד להעברה עצמה".

ואכן, בכיוון זה הלכה הפסיקה. כך למשל, נפסק, כי זכותו של בעל מניות בחברה להגיש תביעת פירוק מהווה "זכות ראויה" שהיא נכס ותשלום עבור ויתור על זכות זו "תמורה בעד מכירת נכס" (בע"א 182/72 **אוברבך צבי נ' פ"ש ת"א 3** פד"א ו' 241). בעמ"ה (ת"א) 169/87 **שנקר נ' פ"ש כפר-סבא** מיסים ג' 4/ ע' ה-139 נקבע, כי תשלום עבור השתקת עובד בבחינת "דמי לא יחרץ" הוא תשלום עבור נכס. לדעת בית-המשפט כל דבר שזכותך לעשותו או שלא לעשותו והוא בעל ערך כספי, הרי הוא "נכס" בידי אותו בעל זכות.

כעיקרון, שליטה בפועל של חברה על מקרקעין, הגם שאינה עולה כדי "זכות במקרקעין כמשמעותה בחוק המקרקעין", מהווה טובת הנאה לצורך הגדרת נכס (עמ"ה (חי) 26/82 **רז נ' פ"ש חיפה** פד"א י"ב 406). פסק דין זה אמנם בוטל בערעור, אך לא בשל השגה על הגישה העקרונית, אלא בשל העדר תשתית עובדתית ראויה (ע"א 571/84 **פ"ש חיפה נ' רז** פד"א ט"ו, 67).

(ג) בשים לב לאמור, אני סבור ש"הנכס" שמכרה המערערת הוא זכותה כבעלת שליטה באוטוקארד לגרום להקצאת מניות אם לעצמה ואם לאחרים. המערערת יכולה הייתה להקצות 300 מניות רגילות לעצמה ולאחר מכן למכור את אותן המניות לאחרים, או לגרום להקצאת מניות לגוף אחר לפי רצונה. היא בחרה באופציה השנייה וכך השיגה אותה תוצאה בדרך מקוצרת. היא התחייבה להעמיד את כוחה לגרום להקצאת מניות לרשות פז, בכך שהתחייבה לגרום לכך שאוטוקארד תקבל החלטה על הקצאה כאמור.

(ד) יתר על כן, התחייבותה כלפי פז משמעותה היא מכירת אגד של זכויות המגולמות במניות שיוקצו לפז ואשר נותנות למחזיק המניה את הכוח לשלוט בחברה, לקבל החלטות כרצונה (כמובן בכפוף להגבלות שבהסכם שבאו לשמור על זכויות מסוימות של המערערת).

(ה) יצוין, שהמערערת גם התחייבה שחברי הדירקטוריון הקיים (שמעון ורפאל חיון) יתפטרו (סעיף 7.25 להסכם) ובמקום זה יתמנה דירקטוריון חדש בן 5 חברים שמתוכם תמנה פז 3 חברים וחיון ימנה רק 2 חברים.

אינני מקבל את הטענה, כי כוחה של המערערת לגרום להקצאת מניות או לגרום לשינוי בחבר הדירקטורים אינה זכות או טובת הנאה "ראויה" באשר אינה ניתנת לתביעה.

אני סבור, כי אם קיים גורם בחברה המפריע לרוב בעלי המניות לקבל החלטה הנוגעת להקצאת מניות לצד שלישי, כגון על-ידי עשיית מעשים המונעים כינוס אספות של בעלי מניות או דירקטורים, קיימת בידי רוב בעלי המניות זכות לפנות לביהמ"ש ולאכוף את זכותם לקיים את כינוס המוסדות הרלבנטיים לשם קבלת החלטה על הקצאת מניות או החלפת דירקטורים.

(ו) ענייננו שונה מהמסכת העובדתית אליה התייחס יורן במאמרו, **תוצאות המס של השוואת זכויות הצבעה במניות**, מיסים 5/20. העובדות אליהן התייחס יורן היו אלה: מייסדים בעלי שליטה בחברה, החזיקו ברשותם מניות בנות 0.1 ע"נ, הנותנות להם עדיפות ניכרת בזכויות ההצבעה ביחס של 10 : 1 למניות אחרות.

בעלי המניות העדיפות הסכימו לאיחוד הון המניות. בעלי המניות העדיפות קיבלו פיצוי בגין הוויתור על זכויות ההצבעה (Voting) על-ידי הגדלת חלקם בהון בשווי זהה לשווי הפחתת זכויות ההצבעה. הגדלת ההון של בעלי המניות העדיפות נעשת על-ידי הקצאת מניות הטבה. סדר הפעולות היה כזה: ראשית, הוקצו מניות הטבה עדיפות לבעלי המניות העדיפות ואח"כ החברה באסיפה ובעלי המניות העדיפות (באסיפת סוג) מקבלים החלטה מיוחדת בדבר הפיכת המניות בנות 0.1 שקל ע"נ למניות בנות 1 שקל ע"נ.

פרופ' יורן סבר, שאין הפעולות האמורות חבות במס רווחי הון משני טעמים: לעניין הגדרת "נכס" יש לראות את המניה כולה כזכות ראויה ולא ניתן לראותה כנכס נפרד כל אחד מצרור הזכויות המהווה מניה. שינוי בהרכב הזכויות שמקנה המניה תוך שמירה על שווי זהה של סך הזכויות בה, אין בו משום מכירה של המניה.

מאחר שאין לראות כ"א מהזכויות הגלומות במניה נכס נפרד, לא התקיימה כאן פעולת חליפין של Voting לעומת Equity.

בנוסף, הפעולה של החברה שעל פיה משתנה הרכב הזכויות של בעלי המניות בחברה, אינה בגדר מכירה על-ידי בעלי המניות.

בענייננו, בהבדל מהמקרה המתואר במאמר, הערך של המניות שנותרו בידי המערערת לא נותר בעינו. לאחר העסקה הוא ירד. לפני ההקצאה של המניות לפז נתנו אותן המניות בידי המערערת שליטה בחברה. לאחר ההקצאה לפז, לא הקנו המניות שנותרו בידי המערערת את כוח השליטה בחברה. מה שמכרה המערערת היא הכוח שבידה לגרום לחברה לקבל החלטות שישללו ממנה את מעמד השליטה בחברה ויעבירו כוח זה לפז.

מעבר לצורך אעיר, שאינני בטוח שאני יכול לקבל את התיזה של יורן, לפיה לא ניתן לראות בכל אחת מהזכויות המהוות מניה, נכס בפני עצמו לעניין מס רווחי הון. הזכויות העיקריות הכלולות במניה הן זכות ההצבעה באסיפה הכללית של בעלי המניות, הזכות לקבל דיבידנד לכשיוחלט בחברה על חלוקתו והזכות להשתתף בעודפי הפירוק של החברה (ראה דברי הנשיא שמגר בברדיגו נ' ד.ג.ב טקסטיל בע"מ פד"י ל"ה (4) 197 בע' 208).

מדוע לא יראו למשל כמכירה של "נכס" בהמחאה לצד שלישי של הזכות לקבל דיבידנד מכוח מניה, תוך שמירת המניה עצמה בידי המעביר?

נראית לי יותר עמדתו של ד"ר ג. קריב במאמרו "הקצאת מניות כאירוע מס", רואה החשבון 12-9 (308-5) יוני-ספטמבר 1979, הקובעת, כי בעקבות הקצאת מניות חל שינוי בזכויותיהם של בעלי המניות הקיימים, שכן חלק מזכויות הרווחים, השליטה והרכוש הגלומים במניותיהם עברו אל בעלי המניות החדשים ובכך יש "העברה של זכויות או טובת הנאה ראויה או מוחזקת". כלומר, הוא אינו רואה קושי לראות כל אחת מהזכויות המגולמות במסגרת המניה כזכות "עצמאית" לעניין מס רווחי הון.

אך גם אם לא נקבל את דעתו של קריב, ולא נראה את המכירה בעצם העברת השליטה, הרי כאמור ניתן לאמר שמה שנמכר הוא הזכות או הכוח לגרום לקבלת ההחלטה בדבר הקצאת מניות לפז על-ידי החברה והתחייבות להחליף את הדירקטורים.

(ז) גם אם נניח שעריך השוק של המניות שבידי המערערת עלה כתוצאה מהגדלת שוויה של אוטוקארד, אין בכך להעלות או להוריד, שהרי "הנכס" ממנו נפרדה המערערת הוא הכוח לשלוט בחברה ובין היתר הכוח לקבוע למי ובאילו תנאים יוקצו מניות בחברה.

(ח) אינני מקבל את הטענה, כי הדרך היחידה שבה ניתן היה לערוך את העסקה בין הצדדים הייתה הדרך שבה נערכה הלכה למעשה.

אם אכן פז לא הייתה מוכנה להשקיע מכיסה תמורת מניות אוטוקארד, ניתן היה למכור לה את המניות באפס מחיר או במחיר הנקוב בלבד. את המשך העניין של פז ברווחיות אוטוקארד, ניתן היה להבטיח על-ידי התחייבות המערערת לגרום לכך שתקבל החלטה שאוטוקארד תחלק לבעלי המניות את כל הרווחים בצורת דיבידנד וכמובן שאז הייתה פז זוכה ב-75% מהרווחים. לשם כך לא היה צורך בהקצאת מניית הבכורה למערערת.

לאור האמור, אינני נכנס לשאלה, האם יש למניית הבכורה שהוקצתה למערערת איפיונים רגילים של מניית בכורה. אני יוצא מההנחה, שבכל הפעולות שנעשו בהתאם להסכם הן כשירות, אך אני סבור, כי אין לפרקן לגורמים אלא להסתכל אל העסקה כשלמות ומניתוח מהותה של עסקה זו אין מנוס מהמסקנה שלפנינו מכר החייב במס רווחי הון.

4. כפל מס :

לעניין כפל המס נטען מטעם המערערת, כי שיעור המס הכולל החל על יחיד (50%) דומה לרוב לשיעור בו היו ממוסה אילולא התאגד בחבר בני אדם (כ-52%), לאמור - 37% במישור החברה (נכון לשנת 95), ו-25% בגין הדיבידנד המחולק לבעלי המניות.

העברת רווחי אוטוקארד למערערת, לאחר מיסויים במישור אוטוקארד (בשיעור 37%), לא אמור להתחייב במס, שכן אינו אלא חלוקת דיבידנדים ל"חבר בני אדם" (שאינו מתחייב במס) כשבעת חלוקת הדיבידנדים לבעלי מניות המערערת, שהינם יחידים, יוטל מס בשיעור של 25%.

כך, מעת ייצור הרווח באוטוקארד ועד ל"משיכתו" לבעל מניות יחיד, היה אמור להיות מוטל מס בשיעור של כ-52%, הקרוב לשיעור המס המוטל על היחיד לולא היה מתאגד בחברה (50%).

ואולם, לשיטת המשיב, מוטל מס בשיעור של 37% גם בעת העברת רווחי אוטוקארד למערערת, וזאת בנוסף למס המושת (25%) בעד חלוקת הדיבידנד מהמערערת לבעלי מניותיה, ומגיעים אנו לשיעור מס כולל של למעלה מ-70%.

דרך החישוב של המערערת כשהיא מגיעה ל-70% היא כדלקמן: 37% בגין הכנסתה החייבת של אוטוקארד + 63% (הרווח לאחר מס) x 37% (שיעור המס במכירת המניות) + 39.7% (יתרת הרווח שתשאר לחלוקה לאחר המסים) x 25% שיעור המס בחלוקת הדיבידנד ליחיד = 70.2% שיעור המס הכולל.

לשון אחרת: על הדיבידנדים המחולקים מרווחים של אוטוקארד שעליהם כבר שולם מס בשיעור של 37%, מבקש המשיב להשית מס על הדיבידנדים בשיעור 37% ובכך יוטל על בעלי המניות של המערערת שיעור מס של למעלה מ-70%. בפעם שלישית יחול מס של 25% כאשר המערערת תחלק דיבידנד לבעלי מניותיה.

אינני מקבל טיעון זה.

על אוטוקארד הוטל מס חברות לפי סעיף 126(א) לפקודה שהיה בשנת 95 בשיעור של 37%. אין המערערת חבה במס על דיבידנד שהיא מקבלת מאוטוקארד, וזאת מכוח האמור בסעיף 126(ב) לפקודה. אם תחלק המערערת דיבידנד למר חיון, הוא יחויב במס בשיעור 25% לפי סעיף 125ב(2).

עניננו אינו דומה לזה שנידון בע"א 32/86 **רמון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פ"ש ת"א** מיסים ו-1/ה-39. שם ראו "כפל מס" פסול במיסוי על הכנסה המתבטאת בחסכון בריבית ("הכנסה רעיונית") ועל ההכנסה שבהקפת הריבית בפועל, וזאת בגין כספי פרמיות שגבתה סוכנות ביטוח מלקוחותיה ושעוכבו ברשותה בהסכמת חברות הביטוח. המדובר היה בהכנסה המיוחסת לאותו נישום וכפי שהדגיש השופט אור בפסק דינו (שם, ע' ה-51), ששני סוגי המיסוי מוטלים למעשה **בשל מצב דברים אחד**: המצאות הכסף בידי הנישום.

בעניננו, אין קשר בין "המכירה" המיוחסת למערערת וקבלת תמורה בגינה ובין המס המוטל על אוטוקארד. פז הייתה יכולה לשלם תמורה בכל דרך ואין זה מעלה או מוריד בכך שלמעשה היא גורמת לתשלום על-ידי אוטוקארד ומוותרת על חלק יחסי מרווחי אוטוקארד.

(א) טענות המערערת

תשלומי דיבידנד הבכורה אינם משקפים את התמורה עבור העסקה. גם אם תאמר שמדובר במכר מניות, הרי יש לפנות לשווי השוק של המניות, שכן סעיף 88 לפקודה נתן עדיפות לשווי השוק על המחיר המוסכם.

לא ניתן להסתמך על סכום הדיבידנד המוסכם גם משום שקיימים "יחסים מיוחדים" בין הצדדים לעסקה המתבטאים בכך, כי בעת כריתת העסקה הייתה אוטוקארד הספקית היחידה של שירותי תדלוק ממוחשבים לפז. זאת ועוד, במסגרת ההסכם נקבע, כי גם המערערת תספק שירותים בעקיפין לפז. התחייבויות המערערת לפז, להעמיד לרשות אוטוקארד מתכנתים לתחזוק ועדכון התוכנות במחירי עלות ולהמשיך להשכיר לאוטוקארד משרדים לפעילותה, והתחייבותו של מר חיון להמשיך ולנהל את אוטוקארד, מצביעות על מרקם יחסים עסקי בין המערערת לפז, חיצוני ונוסף למרקם היחסים העסקי המושתת על העסקה הנידונה.

המשיב לא הוכיח מהו שווי השוק.

(ב) דיון

לדעתי, אין לקבל טענה זו. אמנם לכאורה ניתנת בהגדרת תמורה לפי ניסוחה בסעיף 88 עדיפות למחיר השוק (וזאת למשל בהבדל מניסוח סעיפים 7 ו-10 לחוק מע"מ) אך ההגדרה מניחה, כי מי שמסתמך על מחיר השוק הוא פקיד השומה המעדיף בדרך כלל קריטריון אובייקטיבי על הקריטריון הסובייקטיבי של הסכמת הצדדים וכן מניח המחוקק שברוב המקרים המחיר המוסכם נמוך ממחיר השוק, ואילו הנישום הוא זה המנסה לשכנע את פקיד השומה להעדיף את הקריטריון הסובייקטיבי, וכדי להצליח במשימתו זו עליו לשכנע את פקיד השומה הן בקיום תום לב והן בהעדר השפעה ישירה או עקיפה של יחסים מיוחדים. יש לזכור, כי חריג בדבר התמורה המוסכמת הוכנס לטובת הנישום שנאלץ למכור את נכסיו במחיר הנמוך ממחיר השוק (ראה דברי השופט קיסטר (דעת רוב) בד.נ. 22/71 דנקנר נ' מנהל מס שבח פד"א ו' 903).

במקרה הנדון, התהפכו היוצרות: דווקא פקיד השומה מקבל את הקריטריון הסובייקטיבי כמבטא את מחיר השוק. גישתו היא הגיונית באשר ספק אם קיים "מחיר שוק" לעסקה המיוחסת למערערת שהיא בבחינת Sui-generis, ואילו המערערת היא זו שטוענת שקיימים יחסים מיוחדים שהשפיעו על המחיר המוסכם, וזאת כדי למנוע השימוש בו באופן שבהעדר הוכחה על מחיר השוק ייווצר "חלל" שבו אין נתונים על המחיר שיש למסותו.

לדעתי, אין ממש בעמדת המערערת. ראשית, אני סבור שיש לפרש את המושג "יחסים מיוחדים" כחריג על דרך הצמצום.

בתנאי שוק רגילים אין שוויון בין הגורמים הפועלים בו ולא כל יתרון כלכלי או אפילו תלות מסוימת של צד במשנהו, די בהם כדי לאפשר (או לחייב) התעלמות מן המחיר המוסכם. המדובר הוא בראש ובראשונה ביחסים משפחתיים ואישיים וביחסים אחרים שאינם יחסים מסחריים רגילים, כגון יחסים בין חברת אם וחברת בת (ראה רפאל (בהשתתפות מהולל) (שם) כרך III ע' 26), ובמקרים קיצוניים של תלות של צד אחד להסכם בצד השני.

ער אני לפסה"ד בעמ"ה 2/84 + 1 כהן עובדיה וכהן נ' פ"ש י-ם מיסים ג'6/ ע' ה-137. במקרה זה, דמי פינוי ששולמו על-ידי המדינה לבעל נגריה, שולמו בחלקם על-ידי קיזוז מעלות השכרה של אולם מלאכה באזור אחר. בית-המשפט אומר שאם כתמורה בגין הפינוי מוכרת רשות נכס אחר במחיר מופחת, מתוך רצון להביא לפינוי במהירות, יש לראות מחיר זה כמושפע מיחסים מיוחדים.

על פסק-דין זה נמתחה ביקורת על-ידי רויטל אבירם ויאיר רבינוביץ, בספרם, מיסוי נכסים פיננסיים הלכה למעשה ע' 25, האומרים: "ההרחבה שנתן השופט להגדרת 'יחסים מיוחדים' עלולה להכניס כל עסקה למסגרת של יחסים מיוחדים והופכת את היוצא מהכלל של קיום יחסים מיוחדים לכלל. נראה, כי לא זו הייתה כוונת המחוקק".

אני מצטרף לביקורת זו.

בכל מקרה, לא דובר באותו מקרה ביחסים מסחריים רגילים. גם בפסה"ד בד.נ. 22/71 דנקנר נ' מנהל מס שבח פד"א ו' 903 בו נקבע, כי המחיר הושפע מיחסים מיוחדים. לא היה מדובר בעסקה מסחרית רגילה, שכן המוכרת פעלה כזרוע מבצעת של המדינה שכוונתה הייתה להבטיח שיכון זול לנזקקים.

לעומת זאת, לכאורה, העסקה שבפנינו היא עסקה מסחרית רגילה.

עם זאת, בענייננו, אין צורך להכריע בנושא זה, שכן אם הייתה לאוטוקארד תלות בפז, היה הדבר עשוי רק להוריד את המחיר בגין העסקה - הורדה שפז הייתה נהנית ממנה. ואם הסתפק פקיד השומה במחיר המוסכם, הרי עשה חסד עם המערערת. יצוין, שאם המחיר המוסכם גבוה ממחיר השוק הרי מותר למשיב להעדיף אותו על מחיר השוק (ראה ע"א 295/88 מנהל מס שבח נ' זנזורי פד"א י"ט 269, 272 פסקה 9).

עוד ראוי לציין, כי ספק הוא, אם המערערת אינה מנועה מלהתנער ממסמך עליו חתמה ואותו הביאה לידיעת המשיב (קרי, ההסכם), רק בשל כך שהמשיב נתן לאמור בו פרשנות שונה מזו שביקשה המערערת לתת לו.

בכל מקרה, אם טוענת המערערת ששווי השוק נמוך מהאמור בהסכם, עליה הנטל להוכיח טענתה זו וזאת לאור העיקרון הכללי הנובע מהלכת ארד.

השכנוע שהשומה מופרזת מוטל בדרך כלל על הנישום אלא אם מדובר בשאלה פנקסית והספרים קבילים (ראה ע"א 1436/90 ארז נ' מנהל מע"מ פד"יי מ"ו (5) 101).

השאלה בפנינו היא במובהק שאלה לבר פנקסית. מה גם שהנישום טוען נגד האמור בדיווחי עצמו.

6. גילום המס

המערערת טוענת בהמשך לטענתה בדבר הצורך להעדיף את מחיר השוק, כי אין מקום לקחת את המחיר המוסכם ולהוסיף עליו את גילום המס. לחילופין, התמורה המוסכמת אינה כוללת שיפוי בגין חיוב במס של המערערת. להיפך. בסעיף 12 להסכם נאמר, כי "כל אחד מהצדדים יישא במיסים ובהיטלי החובה המוטלים עליו (אם בכלל) על פי כל דין בקשר לחוזה זה".

אין להתייחס לסעיף 10.5 להסכם הנוסף (השלישי) מ-1997 הקובע:

"פז ו/או אוטוקארד מתחייבות כי אם מסיבה כלשהי תחויב חיון בע"מ לשלם סכומי מס בגין הסכומים שקיבלה ו/או תקבל מאוטוקארד ו/או מפז על פי סעיפים 6 ו-7 של ההסכם השני וסעיף 10 להסכם זה, מעבר למס שהיא הייתה צריכה לשלם בקבלה את הסכומים כדיבידנד ששולמו עליו כל המיסים המגיעים מהחברה המחלקת אותו, כי אז יוסיפו אוטוקארד ו/או פז לשלם לחיון בע"מ את כל הפרשי המס, כך שבידי חיון בע"מ יישאר לאחר תשלום כל המיסים כאמור סכום של \$650,000 לשנה עד 30.6.1999 בהתאם לאמור בסעיפים 6 ו-7 להסכם השני וסעיף 10 להסכם זה, ופז תהיה ערבה להתחייבותה זו של אוטוקארד.

התחייבותה של פז, כאמור בסעיף 10.3 והערבות הבנקאית האוטונומית שתימסר לחיון בע"מ על פי סעיף 10.4 לעיל, יחולו גם על התחייבויות אוטוקארד ופז לפי סעיף זה".

הסעיף הנ"ל הוא חלק מהתמורה בין ההתחייבויות הכלולות בהסכם 1997 ואינו משליך אחורה על התמורה שנקבעה בהסכם נשוא הדיון.

אני סבור, שבטענה זו צודקת המערערת.

בהסכם השלישי נמכרו מניות המערערת (25% הנותרים) לפז. כפי שטוען המשיב, בצדק, התמורה הכספית הייתה לכשעצמה נמוכה יחסית לתמורה בגין העסקה נשוא ההסכם נשוא הדיון.

ניתן על כן, להניח, כי ההתחייבות המגולמת בסעיף 10.5 להסכם 1997 אינה תוספת לתמורה בגין העסקה המיוחסת למערערת בהסכם נשוא דיוננו, אלא תוספת לתמורה למכירת יתרת המניות שבידי המערערת בהסכם הנוסף.

העובדה שסעיף 10.5 מדבר על שיפוי בגין המס החל על העסקה נשוא הדין, אינה הופכת חובת שיפוי זו לחלק מהתמורה בגין ההסכם.

לפיכך, יש לקבל הערעור בנקודה זו ולבטל את הגילום בכל הנוגע למכירה נשוא ההסכם.

אינני קובע עמדה בשאלה כיצד לחשב את רווח ההון בעסקה נשוא ההסכם השלישי.

7. גובה התמורה האם מדובר במלוא הסכום של \$2,600,000 או רק 75% מסכום זה?

המערערת טוענת, כי גם לשיטתו של המשיב, המערערת החזיקה ב-25% ממניות אוטוקארד גם לאחר העסקה, ולפיכך, ככל בעלת מניות, זכאית היא ל-25% מהדיבידנדים, במידה ואכן יחולקו.

לאמור, לכל היותר יכול אתה לומר כי מניית הבכורה מעניקה בכורה למערערת רק בגין התשלומים שלא הייתה מקבלת אילולא הוקצתה לה. ובמילים אחרות, מניית הבכורה העניקה למערערת את הבכורה לקבל 75% מהסכומים שחולקו מרווחי אוטוקארד בנוסף ל-25% שזכאית להם ממילא. מכאן, שגם לשיטתו של המשיב, הרואה במניית הבכורה כתשלום עבור מניות אוטוקארד, והרואה בכלל תשלומי הדיבידנד כניתנים בשל מניית הבכורה, יש לשים אל לב, כי 25% מתשלומי הדיבידנד אינם יכולים להוות תמורה למניות, מכיוון שהמערערת הייתה זכאית להם ממילא.

טענה זו אינה נראית לי. זכותה של המערערת לקבל דיבידנד בגין המניות שבידה (25%) קיימת בנפרד ובנוסף לזכותה לדיבידנד בכורה (כמובן במידה וישארו רווחים לחלוקה). התמורה **במלואה** היא בעד נשוא העסקה שהיא התחייבות לעשות שימוש בכוחה של המערערת כדי לגרום להעברת השליטה בחברה לידי פז.

8. שיעור המס ותחולת סעיף 94ב' לפקודה

המערערת טוענת, כי שיעור המס בגין רווח ההון המיוחס לה לא יכול לעלות מעל 10% וזאת עפ"י הוראות סעיף 94ב' לפקודה.

סעיף זה נועד להשוות המיסוי של מכירת חברה שלה רווחים ראויים לחלוקה למכירת חברה ללא רווחים משום משיכתם. הפרש המיסוי בשעתו בין רווחים ציבוריים לרווחים מחולקים היה שיעור הזהה לשיעור המס המוטל על הסכום האינפלציוני (ראה רפאל (בהשתתפות מהולל) (שם) ע' 64).

לשון אחרת: מטרתו של הסעיף הנ"ל היא לבודד את חלק התמורה בעד המניות המיצג את הרווחים - לאחר מס - שנצבר בידי החברה (הנקראים רווח אינפלציוני) ולהטיל עליהם מס מרבי של 10%, כך מוטל על הרווח שנצבר מס מרבי בשיעור של 50.5% שהוא נמוך משיעור המס הכולל על רווחי החברה המחולקים העומד על 55% אבל גבוה משיעור המס על רווחים לא מחולקים העומד על 45% (ראה אדרעי ועדן, פירושו של סעיף 94ב' לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] בתקופת אינפלציה, מחקרי משפט ו' 76, 77; וראה גם פסה"ד של כב' השופטת אופיר תום בעמ"ה (ת"א) 79/97 סיון יצחק נ' פ"ש ת"א 1 מיסים יד1/ה-164).

עם זאת, לא כל רווח בלתי מחולק יחשב כרווח אינפלציוני ויקטין את החלק של רווח ההון ממכירת המניות שיכול היה להיחשב לרווח הון ריאלי לפי סעיף 88. בגדר הסכום האינפלציוני יובאו בחשבון רק אותם רווחים שהצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה ובתנאי שלא יתחשבו ביותר משבע שנים אחורה שבתכוף לפני שנת המכירה.

מבחינה פורמאלית מילולית, ניתן לטעון, כי אין להחיל במקרה זה את הוראות סעיף 94ב', שכן לא הייתה פה פעולה של מכירת מניות פשוטה, אלא פעולה של מכירת הכוח של המערערת לגרום להקצאת המניות לפז ולהעברת השליטה באוטוקארד, אך סבורני שמבחינת תכליתו של סעיף 94ב' יש להחילו גם במצב דברים זה.

לא הוכח בפני שניצברו באוטוקארד רווחים הראויים לחלוקה בתקופה הרלבנטית. המאזן של אוטוקארד לשנת 94 (נספח א' לתצהיר המפקח שעאר) אינו מראה רווח, אך אם תראה המערערת שבשנים קודמות אחרות (עד שבע שנים שבתכוף לפני שנת המכירה) היו רווחים שניצברו, יהיה על המשיב לפעול לגבי רווחים אלה לפי הוראות סעיף 94ב' הנ"ל.

9. היוון התמורה

המערערת טוענת כי יש להוון את התמורה בסך \$2,600,000, שכן היא לא התקבלה בסכום אחד ביום עריכת ההסכם.

יאמר מיד, שלהלכה עליה מסתמך המשיב בעניין ע"א 600/75 **תל רונן קבלנים ובונים בע"מ נ' פ"ש ת"א פד"יי ל"א (2) 763**, לפיה אם בשעת ההכרעה נודעו העובדות יש להעדיפן על השערות ונבואות, אין עניין לכאן, שכן הדברים נאמרו בהקשר לסוגיה של הפרשה בגין חוב תלוי שהוא אכן עניין ל"השערות ונבואות".

בענייננו, יש לבחון את התמורה ואת המס עליה לפי מה שהוסכם בפועל בין הצדדים ביום אירוע המס (וזאת עובדה ולא השערה). מאחר והוסכם על כך שהתשלום יעשה בשיעורין, הרי לא ניתן ליחס את מלוא התמורה ליום עריכת ההסכם בלי עריכת היוון מתאים.

לפיכך, התמורה בשלמותה תקבע בשקלים לפי שער הדולר ביום עריכת ההסכם. יש להוון את הסכום של \$2,600,000 לאחר תרגומו לש"ח ביום עריכת ההסכם בהנחה שמבוצעים התשלומים בדיוק במועדים שנקבעו בהסכם לפי שיעור ההיוון המקובל במס הכנסה בשנים הרלבנטיות.

10. חלופות אחרות:

בסיכומיו מציע ב"כ המערערת לחילופין לראות את תקבול דיבידנד הבכורה כתשלומים של פז למערערת חלף דמי תפעול ששולמו למערערת בשנים שלפני כן וממילא כהכנסה פירותית חייבת במס אצל המערערת ומותרת כניכוי כהוצאה על-ידי פז וכיוצא באלה חלופות.

לא מצאתי בסיס, לא עובדתי ולא משפטי, לחלופות המוצעות ואני דוחה אותן.

11. חוק התיאומים:

מוסכם על הצדדים, כי יש לאפשר למערערת לתקן את דו"חותיה לצורך חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה) התשמ"ד-1985 באופן שיותר למערערת ניכוי בשל אינפלציה בגין מכירת מניותיה באוטוקארד בתור "נכס קבוע", הכל כאמור בסעיף 40 לסיכומי המשיב.

מאחר והערעור נדחה בשאלה העקרונית, אך נתקבל בחלקו לגבי דרך חישוב התמורה, יישא כל צד בהוצאותיו.

ניתן היום ו' בניסן תשס"ב, 19 במרץ 2002 בהעדר הצדדים.

(-) סגן נשיא