

הנושא: מה בין סיווג שונה של עסקה לבין עסקה מלאכותית? מתי רשאי נישום להגיש דו"ח מתקן? חישוב הרווחים הראויים לחלוקה

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
מס' תיק: ע"מ 1130-07
בפני: כב' השופט מגן אלטוביה
המערערות: תהודה השקעות וניהול בע"מ
המשיב: פקיד שומה דן
ניתן ביום: 21.3.13

העובדות:

1. המחלוקת בערעור זה נסובה על מסלול העסקאות והפעולות שביצעה המערערות ואשר מהווים מכירת מניות שהיו בבעלותה, בתמורה כוללת של כ-17.5 מיליון ש"ח.
2. מאחר שהמשיב לא הפעיל בתיק זה את סעיף 86 לפקודה ולא הכריז על העסקה כעסקה מלאכותית, טענה המערערות, כי בסיווגו **השונה** של העסקה, פסע המשיב במסלול הדין הכללי, אך דין זה אינו מכיר בשינוי הסיווג.

נפסק:

1. לעומת טענת המלאכותיות, הסיווג מחדש פועל בעולם המעשה. כלי זה מסווג את העסקה הקיימת בעולם המעשה, פי תפיסתו של המשיב את מהותה המשפטית. לא אחת, סיווג זה נשען גם על הבנת המשיב את המהות הכלכלית האמיתית של אותה עסקה. תיתכן חפיפה מסוימת בין כלי הסיווג מחדש לבין איתור המהות הכלכלית האמיתית.
2. כלי העסקה המלאכותית פועל ב"עולם המס", דהיינו, לצורכי מס - ניתן להתעלם ממה שקרה בעולם המעשה בכלל, או להתעלם ולבנות לצורכי מס "עסקה" אחרת.
3. יש לראות מבחינה מהותית את מניות הבכורה, בשילוב עם הסכם האופציות, כהלוואה מטעם המערערות לרוכש המניות. המשיב פעל כדין בכך שבחר למסות את המערערות עפ"י המהות הכלכלית של פעולותיה ולא עפ"י הצורה המשפטית הלכאורית, בה הלבשה אותן. נפסק, על כן, כי מניות הבכורה שקיבלה המערערות מהוות תמורה בגין מכירת המניות ע"י המערערות.
4. בית המשפט התחשב בהתפתחות מאוחרת, שאירעה בקשר לפרשנות חוזה המכר, והוא הקטין 50% מהתמורה שיוחסה למניות הבכורה. באשר לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה - כששני הצדדים הסכימו, כי תחול החלופה המיסויית - קיבל בית המשפט את עמדת המשיב לפיה יש להפחית מהרווחים גם דיבידנד שחולק בשנת המכירה עצמה, כשהדיבידנד נצבר עד תום שנת המס שקדמה למכירה. בית המשפט אף ציין, שחישוב המשיב היטיב יתר על המידה עם המערערות. בית המשפט אף דחה

את דרישות המערערת להתיר לה הוצאות משפט בקשר לעסקה וכן בקשר לערעור זה.

5. בעניין חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, צודק המשיב, הן מבחינת לשון הסעיף והן מבחינת תכליתו (בחלופה המיסויית). בחלופה זו נקבע, כי יש לנכות מחישוב הרווחים הראויים לחלוקה את **הדיבידנד שחולק מהם**, קרי מהרווחים שנצברו עד תום שנת המס שקדמה לבחירה, אף אם דיבידנד זה חולק בשנת המכירה עצמה. פרשנות זו מתיישבת היטב גם עם תכלית הסעיף לאיין את ההטיה של בעל המניות, לאלץ את החברה לחלק דיבידנדים, עובר למכירה.
6. המחוקק קבע, שיש לחשב את הרווחים הללו על סמך דוחות תום שנת המס שקדמה למכירה. מאחר שממילא לא תוכל החברה לחלק דיבידנד בגין הרווחים שצברה בשנת המכירה, שכן טרם קיים דו"ח מבוקר (כמצוות חוק החברות) לאותה שנה, ממילא דיבידנדים שחולקו בשנת המכירה, מחולקים כולם רק מרווחים של שנים קודמות.
7. בית משפט זה אינו מהווה ערכאה אלטרנטיבית לפקיד שומה, והנישום אינו רשאי לערוך מקצה שיפורים לטענות שלא שטח בפני המשיב בשלב ההשגה ובדיוני השומה.
8. המערערת אינה זכאית למכות הוצאותיה בגין הליך ערעור זה מכיוון שהיא הוציאה אותן לפני המועד שבו נחקק סעיף 39(11א) לחוק מיסוי מקרקעין, שאיפשר ניכוי הוצאות כאלה, לפי סעיף 17(11) לפקודה, גם לגבי דיני מיסוי מקרקעין.

פסק דין

לפני ערעור על שומה שקבע המשיב למערערת בצו לשנת המס 2003. בשומה קבע המשיב כי מכלול העסקאות והפעולות שביצעה המערערת, אשר יפורטו להלן, מהווים מכירת מניות שהיו בבעלותה בתמורה כוללת של כ-17.5 מיליון ש"ח. זאת בשונה מהמוצהר על ידי המערערת אשר טענה כי תמורת המכירה קיבלה כ-5 מיליון ש"ח בלבד וכי יתרת הסכום יתקבל כדיבידנד. הצדדים חלוקים בשתי סוגיות נוספות - אופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה בגין המניות שנמכרו, כמשמעות המונח בסעיף 39 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "**הפקודה**"), והאפשרות להכיר בהוצאות משפטיות שהוציאה המערערת בחישוב רווח ההון.

רקע עובדתי

1. המערערת הוקמה והחלה פעילותה העסקית בשנת 1999. בעל המניות היחיד במערערת הינו מר מוני פלר (להלן: "**פלר**"). פלר החזיק ב-34.3% מהון המניות של חברות תמורה סוכנות לביטוח (1987) בע"מ ותמורה יעוץ פנסיוני בע"מ (להלן: "**תמורה סוכנות**" ו-"**תמורה פנסיוני**" בהתאמה, וביחד: "**חברות תמורה**"). בשנת 1999 העביר פלר, בהתאם לסעיף 104א לפקודה, את מלוא זכויותיו בחברות תמורה, למערערת.

2. ביום 23.11.2003 כרתה המערערת חוזה (להלן: "**חוזה המכירה**") למכירת מניותיה בחברות תמורה לחברת בטח בע"מ (להלן: "**חברת בטח**"), סוכנות ביטוח בבעלות חברת כלל ביטוח, אשר עובר לרכישה החזיקה ב-57% מהון המניות של חברות תמורה. על ראש החוזה התנוסס התאריך 9.11.2003. המערערת דיווחה כי התמורה בגין מכירת המניות הינה 5,030,000 ש"ח. המערערת חישבה תמורה, עלות, רווח הון ורווחים ראויים לחלוקה במאוחד לחברות תמורה. המערערת דיווחה על רווח הון אינפלציוני החייב במס בשיעור 10% בגין רווחים ראויים לחלוקה בגובה 4,088,993 ש"ח. חישוב הרווחים הראויים לחלוקה התבצע על פי דוחות מתואמים.
3. כפי שעוד יוזכר להלן, בתחילה הצדדים לערעור היו חלוקים בנוגע למועד חתימת חוזה המכירה, אך מאוחר יותר הוסכם בין הצדדים כי חוזה המכירה השתכלל ביום 23.11.2003 וכי זהו התאריך בו מכרה המערערת את מניותיה.
4. עוד ביום 23.11.2003 הוחלט באסיפה כללית מיוחדת של חברת תמורה סוכנות על הקצאת 1,000 מניות בכורה בנות 1 ש"ח ערך נקוב כל אחת (להלן: "**מניות הבכורה**"), אשר יוקצו כמניות הטבה על פי חלקו של כל בעל מניות בחברה. למערערת הוקצו 343 מניות בכורה, המבטאות את שיעור החזקתה של 34.3% במניות תמורה סוכנות.
5. בנוסף, הוחלט באותה האסיפה להתקין סעיף חדש בתקנון החברה, הוא סעיף 5א, אשר נקבע בו כי מניות הבכורה יקנו למחזיקים בהן זכות לקבלת דיבידנד בכורה בסך מצטבר של 37,172 ש"ח בגין כל מניה, צמוד למדד ונושא ריבית שנתית בשיעור 6% (בסך הכל, המערערת הייתה זכאית ביום 23.11.2003 לסכום דיבידנד בגובה של 12,749,996 ש"ח בגין 343 מניות הבכורה שבידיה). דיבידנד הבכורה ישולם למחזיקים במניות הבכורה לפני כל דיבידנד אחר. עוד נקבע שם כי אחת לשנה תחלק החברה לבעלי מניות הבכורה את מירב הרווחים הניתנים לחלוקה כדיבידנד, בכפוף למבחני החלוקה וחדלות הפירעון שבחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**"), ובכפוף לכך שבקופת החברה יהיו די מזומנים לצורכי החברה השוטפים. בסעיף נקבע עוד כי מניות הבכורה לא תהיינה עבירות לצדדים שלישיים, אלא בהסכמת כל בעלי מניות הבכורה. כמו כן הותנה כי זכות הבעלים של מניות הבכורה לקבלת דיבידנד בכורה תכנס לתוקף אם - ורק אם - תעביר המערערת את כל מניותיה, פרט למניות הבכורה, לחברת בטח.
6. ביום 23.11.2003 נחתם הסכם נוסף בין המערערת לבין חברת בטח, אשר קבע מנגנון הדדי של אופציות (להלן: "**הסכם האופציות**"). לפי הסכם האופציות, חברת בטח הקנתה למערערת אופציה לפיה המערערת תוכל לחייב את חברת בטח לרכוש ממנה את מניות הבכורה (אופציית PUT, ולהלן: "**פוט**"). בהסכם האופציות הוגדר המונח "יתרת הסך המצטבר", שהינו 12,750,000 ש"ח, סך הזכאות של המערערת לדיבידנדים בגין מניות הבכורה ביום הנפקתן, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית של 6% לשנה, בהפחתת כל סכומי דיבידנד ודיבידנד בכורה ששולמו למערערת, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית, מיום תשלום הדיבידנדים ועד למועד מימוש האופציה (להלן: "**הסכום המצטבר**").

7. מחיר המימוש של האופציה נקבע כדלקמן :

- אם מועד המימוש יהיה בין שנה לשנתיים ממועד החתימה על הסכם האופציות - יעמוד מחיר המימוש על 80% מיתרת הסכום המצטבר.
- אם מועד המימוש יהיה בין שנתיים לשלוש שנים ממועד החתימה על הסכם האופציות - יעמוד מחיר המימוש על 85% מיתרת הסכום המצטבר.
- אם מועד המימוש יהיה לאחר חלוף שלוש שנים ממועד החתימה על הסכם האופציות - יעמוד מחיר המימוש על 90% מיתרת הסכום המצטבר.

8. מנגד, המערערת הקנתה לחברת בטח אופציה לפיה תוכל חברת בטח לחייב את המערערת למכור לה את מניות הבכורה (אופציית CALL, ולהלן: "קול"). מחיר מימוש אופציית הקול יהיה 110% מיתרת הסכום המצטבר.

9. עוד הוחלט באותו היום בדירקטוריון תמורה סוכנות על חלוקת דיבידנד לבעלי המניות בסך של 10.7 מיליון ש"ח, מתוכו קיבלה המערערת סך של 3,673,729 ש"ח ביום 1.12.2003 (להלן: "הדיבידנד ערב המכירה").

שומת המשיב וגדר המחלוקת

10. המשיב טען בנימוקי השומה כי יש לפצל את התמורה שהתקבלה בגין מניות תמורה סוכנות ובגין מניות תמורה ייעוץ, ולבצע חישוב רווח הון בנפרד לכל אחד מהנכסים. יצוין כי המשיב לא חזר על טענה זו בסיכומיו ולא הובררה ההשלכה המיסויית של החישוב הנפרד בענייננו.

11. המשיב טען עוד כי יש להוסיף לתמורת מכירת מניות תמורה סוכנות סך של 12,749,996 ש"ח, סכום זכאות המערערת לדיבידנד מכוח מניות הבכורה שהוקצו לה ביום 23.11.2003. יצוין כי אחד מנימוקיו של המשיב לטענה זו היה כי חוזה המכירה נכרת ביום 9.11.2003, כלומר המערערת לא הייתה בעלת מניות בתמורה סוכנות ביום 23.11.2003, ולפיכך לא ניתן היה להקצות לה מניות הטבה באותו מועד. מאותו הטעם קבע המשיב כי הדיבידנד ערב המכירה שחולק למערערת ניתן לה כתמורה בגין מכירת מניות תמורה סוכנות.

12. עוד היו הצדדים חלוקים בנוגע לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה במכירת המניות. המשיב טען בנימוקי השומה כי יש לחשב את הרווחים הראויים לחלוקה, בהתאם להוראות סעיף 94ב לפקודה, לפי דוחות נומינליים ולא לפי דוחות מתואמים. לפי סיכומי המשיב, נראה כי שאלת הדוחות המשמשים לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה כלל אינה רלוונטית למחלוקת שבין הצדדים (סעיפים 13 ו-63 לסיכומי המשיב). סעיף 94ב קובע שתי חלופות לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, האחת החלופה החשבונאית והשנייה החלופה המיסויית. הצדדים מסכימים כי במקרה דנן יש לחשב את הרווחים הראויים לחלוקה לפי החלופה המיסויית, שהחישוב על פיה ממילא אינו נעשה לפי דוחותיה הכספיים של החברה. עם זאת, הצדדים חלוקים בנוגע לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה בחלופה המיסויית, ובפרט בשאלה האם יש להפחית מהרווחים הראויים לחלוקה דיבידנד שחולק בשנת 2003, לכאורה בגין רווחי שנת 2002, השנה שקדמה לשנת המכירה.

13. המשיב טען עוד כי הוצאות יעוץ שהוציאה המערערת בסך 73,636 ש"ח הוצאו בגין יעוץ בעסקת מכירת מניות חברות תמורה, ולכן יש לייחס אותן לעסקת המכירה.

צמצום גדר המחלוקת וההליכים של המערערת מול חברת בטח

14. ביום 15.12.2009 הגישה המערערת את תצהירו של עו"ד רועי פוליאק, אשר ייצג את המערערת ואת פלר בהתקשרויות שתוארו לעיל, מול חברת בטח. מהתצהיר עולה כי פלר חתם על חוזה המכירה ועל הסכם האופציות ביום 9.11.2003, בעוד נציגי חברת בטח חתמו על החוזה רק ביום 23.11.2003, מבלי שעדכנו את תאריך החתימה שעל גבי החוזה. לאור התצהיר, הסכים המשיב כי החוזים בין הצדדים השתכללו רק ביום 23.11.2003.

15. המשיב הסכים כי המערערת הייתה בעלת מניות בתמורה סוכנות במועד קבלת ההחלטות על הקצאת מניות הבכורה בדרך של מניות ההטבה ועל חלוקת הדיבידנד ערב המכירה. לפיכך, ויתר המשיב על טענותיו בנוגע לדיבידנד ערב המכירה וקיבל את עמדת המערערת בעניין זה, ולכן התייטר הצורך לדון בכך. בנוגע למניות הבכורה, עומד המשיב על עמדתו כי יש לצרף לתמורת מכירת המניות את הסכום המצטבר, התשלום המגיע למערערת בגין דיבידנד הבכורה, מטעמים אחרים שיפורטו להלן.

16. יצוין עוד כי בין המערערת לבין חברת בטח נתגלע סכסוך בנוגע לפרשנות ההסכמים שנכרתו בין הצדדים. המחלוקת הראשונה בין הצדדים שם, אשר רלוונטית לערעור דנן, הייתה בנוגע לדיבידנד שחולק ערב המכירה, ולשאלה האם חלוקת הדיבידנד הקטינה את יתרת הסכום המצטבר בגין מניות הבכורה. ביום 6.12.2010 הגישה המערערת, לאחר אישור בית המשפט, פרוטוקול דיון מיום 24.11.2010 מההליך המשפטי שניהלה המערערת מול חברת בטח. בדיון הני"ל ניתן תוקף של פסק דין (להלן: "פסק הדין מיום 24.11.2010") להסכמת הצדדים, כלהלן: האופציה תמומש מיידית, לפי שיעור של 100% מהסכום המצטבר; תמורה סוכנות תחלק דיבידנד בסכום המרבי שתוכל לחלק לפי הדוחות הכספיים שפורסמו ביום 30.9.2010; המניות שבבעלות המערערת תועברנה לידי חברת בטח; כן הוסכם כי סך של 50% מהדיבידנד שחולק ערב המכירה בסך כ-3.7 מיליון ש"ח, צמוד למדד ונושא ריבית, יופחת מסכום מימוש האופציה.

17. לאחר פסק דין זה נותרה מחלוקת בין הצדדים שם בנוגע לדרך חישוב הריבית - האם הריבית השנתית של 6% תחושב בדרך של ריבית דריבית, אם לא. המחלוקת בנושא הועברה להכרעת בורר. ביום 5.9.2011, לאחר אישור בית המשפט, הגישה המערערת ראייה נוספת - החלטת הבורר בסוגיה זו מיום 11.8.2011. נראה כי החלטה זו מיצתה את המחלוקת שבין המערערת לבין חברת בטח.

טענות הצדדים

האם מניות הבכורה מהוות תמורה בגין מכירת המניות על ידי המערערת?

18. המשיב טוען כי בבחינת מכלול ההסכמים והפעולות שבוצעו, יש לראות את דיבידנד הבכורה, שהמערערת זכאית לו מתוקף מניות הבכורה שהוקצו לה, כחלק מן התמורה בגין מכירת מניות חברות תמורה. המשיב מצביע על כך כי באמצעות מנגנון אופציות הפוט והקול, למערערת אין כל סיכון כי לא יתקבל בידיה תשלום בסכום המצטבר בסך כ-12.5 מיליון ש"ח. המשיב טוען עוד כי בהקצאת מניות אמיתית החברה המקצה מתעשרת, בעוד שבמקרה דנן המערערת, בעלת המניות בחברה, היא שהתעשרה כתוצאה מההקצאה ולא החברה. המשיב טוען כי מניות הבכורה במקרה זה מקנות סכום קבוע למערערת, וזאת בניגוד למניות בכורה "רגילות" אשר מזכות את בעל המניה באחוז קבוע מערך הנקוב ולא בסכום קבוע. המשיב רואה בהגבלת העבירות של המניות ובעובדה שערך המקסימאלי של מניות הבכורה נקבע טרם ההקצאה כטעמים נוספים לכך שמדובר בתמורה בגין מכירת המניות הרגילות. לאור כל האמור, הסיק המשיב כי מניות הבכורה בענייננו כלל אינן מניות, אלא מבחינה מהותית יש לראות בהן כאג"ח או כהלוואה אחרת, אשר ניתנה עד תום תשלום מלוא התמורה בגין רווח ההון.

19. מנגד, טוענת המערערת כי מתווה העסקה שנבחר התחייב עקב האינטרסים השונים של הצדדים לעסקה. לפי המערערת, בשנים שקדמו למכירה צמצם פלר, ששימש בעבר כמנכ"ל חברות תמורה מטעם המערערת, את מעורבותו בניהול החברות. עקב כך, ביקשה חברת בטח לצמצם את דמי הייעוץ שמשולמים למערערת, ובמקביל רצתה לשלב את פעילות תמורה סוכנות עם פעילות חברה אחרת שבשליטת קבוצת כלל, מבלי שלמערערת יהיה חלק ברווחי אותה פעילות נפרדת. בנוסף, חברת בטח ביקשה לצמצם את תשלום המזומן שישולם למערערת בגין חלקה במניות חברות תמורה. לנוכח זאת, הוחלט בין הצדדים כי המערערת תמכור לחברת בטח את חלקה בהון המניות של חברות תמורה, אך תשמור על חלקה ברווחי תמורה סוכנות כפי שיעור החזקתה בחברה עובר למכירה. בתמורה לכך, המערערת התחייבה להימנע מתחרות בתמורה סוכנות. הנפקת מניות הבכורה למערערת, במקביל למכירת מלוא הון המניות המקנה שליטה שבידי המערערת לחברת בטח, השיגה מטרה זו. המערערת טוענת כי הסכם האופציות נועד לתכלית כפולה: מחד, למערערת ניתן כלי לפיקוח על ניהול תמורה סוכנות בידי חברת בטח, בכדי שתוכל להבטיח את האינטרס הכלכלי שלה בהצלחת החברה; מאידך, לחברת בטח ניתנה האפשרות להגביל את חלקה של המערערת ברווחי תמורה סוכנות. לגישת המערערת, את האופציות ניתן למסות רק במועד מימושן בפועל, זאת על פי הוראות תקנות מס הכנסה (חישוב רווח הון בעסקה עתידית), התשס"ג-2002.

20. המערערת טוענת כי למשיב כלל אין סמכות לבצע סיווג שונה במקרה זה. אליבא דמערערת, בפני המשיב קיימות שתי אפשרויות: האחת, קביעת חבות המס של הנישום במסלול הדין הכללי; השנייה, שימוש בנורמה האנטי תכנונית הקבועה בסעיף 86 לעסקה, לשם סיווג העסקה כעסקה מלאכותית. בענייננו, המשיב אינו טוען כי העסקה הינה עסקה מלאכותית, ולפיכך נפתח בפניו רק מסלול הדין הכללי, כלומר, לגישת המערערת, הסיווג השונה יכול להיעשות רק מקום שבו הדין הכללי אינו מכיר בפעולות שנעשו. במקרה דנן, הקצאת מניות הבכורה, חלוקת דיבידנד וכריתת הסכם האופציות נעשו כולן בהתאם להוראות הדין הכללי. על כך השיב המשיב כי גם במישור דיני החברות יש לראות את מניות הבכורה כהלוואה ולא

כמניות, וכי בחינת המהות הכלכלית של העסקה במישור דיני המס מחייבת את הסיווג השונה.

21. גם לגופו של עניין, טוענת המערערת כי המשיב שגה בסיווג השונה שקבע. המערערת טוענת כי המשיב הסיק שלא קיים סיכון בעסקה מאחר שניתן בכל רגע נתון לממש את האופציה, אך הדבר נכון לגבי כל אופציה לטענתה, ואינו מהווה עילה לסיווג שונה. כמו כן, המערערת טוענת כי טענת המשיב כי בהקצאת מניות מתעשרת החברה המקצה אינה נכונה במקרה של הקצאת מניות הטבה, כפי שאירע כאן. המערערת מוסיפה עוד כי שגה המשיב במסקנתו כי מניית הבכורה מקנה למערערת זכות לסכום קבוע של דיבידנד, מאחר שמצוין בתקנון החברה כי חלוקת דיבידנד הבכורה תהיה כפופה למבחני חוק החברות בדבר קיומם של רווחים ראויים לחלוקה ולכך שיוותרו די מזומנים בקופת החברה לניהול ענייניה השוטפים. המערערת טוענת כי שלילת עבירות מניות הבכורה אינה מעידה אלא על כך שחברת בטח ביקשה לאכוף על פלר את התחייבותו לאי-תחרות בתקופת החזקת המניות. זאת ועוד, מגבלת עבירות דומה קיימת בתקנון תמורה סוכנות גם ביחס למניות הרגילות של החברה.

22. לחילופין, טוענת המערערת כי אף אם יש לראות במניות הבכורה כתמורה בגין מכירת המניות, שגה המשיב בחישוב "הסכום המצטבר" אותו הייתה צריכה המערערת לקבל בגין מניות הבכורה. אמנם, מניות הבכורה מזכות את המערערת בזכות לדיבידנד עד לגובה של 12,749,996 ש"ח, צמוד מדד ובתוספת ריבית של 6%, אך סכום זה אינו מבטא את הזכויות ה"אמיתיות" של המערערת. ראשית, טוענת המערערת כי מאחר שעל פי פסק הדין מיום 24.11.2010, 50% מהדיבידנד שחולק ערב הרכישה, בסך 3,673,729 ש"ח, יופחת מסכום מימוש האופציה, הרי שהסכום המצטבר הינו לכל היותר 10,913,132 ש"ח (זאת בחישוב כלהלן: 10,913,132 ש"ח = 3,673,729 ש"ח * 50% - 12,749,996 ש"ח).

23. שנית, טוענת המערערת כי על פי הסכם האופציות, במועד מכירת המניות הייתה זכאית המערערת רק ל-80% מהסכום המצטבר. לפיכך חישבה המערערת כי הסכום המצטבר לו הייתה זכאית לכאורה במועד מכירת המניות היה 8,730,506 ש"ח בלבד (80% מהסכום המצטבר המירבי, לשיטתה, של 10,913,132 ש"ח).

24. מנגד, המשיב עומד על עמדתו כי מלוא הסכום המצטבר, הוא 12,749,996 ש"ח לגישתו, מהווה את התמורה שניתנה. המשיב מצביע על כך שהאופציה ממילא אינה ניתנת למימוש אלא בחלוף שנה, כלומר לאחר שהסכום המצטבר צבר הפרשי הצמדה וריבית בגובה 6%, ולכן אין לקבל את טענת המערערת כי יש לראות רק ב-80% מהסכום המצטבר כתמורה. בנוסף, המשיב מצביע על כך שבפועל לא נוצלה האופציה מאחר שהמערערת האמינה שתזכה לקבל 100% מהסכום המצטבר. בפועל, טוען המשיב, בשל מרכיב הריבית קיבלה המערערת סכום הגדול מהסכום המצטבר שנקבע במועד מכירת המניות, ואשר המשיב רואה בו כתמורה.

25. באשר להפחתת 50% מהדיבידנד ערב הרכישה, טוען המשיב כי ההחלטה נתקבלה במסגרת פשרה, מבלי שהוברר עד תום מה היו הוויתורים ההדדיים של הצדדים. לטענת המשיב, הפשרה הנ"ל התקבלה, בין היתר, לאור שיקולי המיסוי של

המערערת, וכן כי אין להפחית את התמורה שהוסכמה במקור בין הצדדים לאור התפתחויות מאוחרות.

26. המשיב טוען לחילופין כי אם יש להתחשב בהתפתחויות מאוחרות, יש למסות את המערערת בגין מלוא התמורה שקיבלה בעבור העסקה, שכאמור לעמדתו הינה גדולה מהסכום המצטבר שהוסכם במקור בין הצדדים.

הרווחים הראויים לחלוקה

27. כאמור, הצדדים נותרו חלוקים בנוגע לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה לפי החלופה המיטוית, המופיעה בסיפא של סעיף 94 לפקודה. המערערת טוענת כי לפי לשון הסעיף יש לבחון את הרווחים הראויים לחלוקה עד לתום שנת המס שקדמה למכירה, ולכן אין להפחית מהרווחים הראויים לחלוקה את הדיבידנדים שחולקו בשנת המכירה עצמה. לעומתה, טוען המשיב כי יש להפחית מהרווחים הראויים לחלוקה דיבידנדים שחולקו בגין רווחים שצמחו עד לתום שנת המס הקודמת לשנת המכירה, אף אם דיבידנדים אלו חולקו בשנת המכירה עצמה.

28. המערערת דיווחה על הכנסות מדיבידנדים מתמורה סוכנות בסך 5,651,644 ש"ח בשנת 2003. לפי חישובי המשיב, חלקה של המערערת (34.3%) ברווחים השוטפים של תמורה סוכנות בגין שנת 2003 הינו רק 1,273,362 ש"ח. בהתאם לגישתו, המשיב סיווג את הדיבידנד ה"עודף" מעבר לרווחים השוטפים כדיבידנד שחולק בגין רווחי שנים קודמות, אשר יש להפחיתו מהרווחים הראויים לחלוקה. יצוין כי בנימוקי השומה קבע המשיב כי הדיבידנד ה"עודף" הוא בסך 704,553 ש"ח, זאת מאחר שמסך הדיבידנד שנתקבל אצל המערערת הפחית המשיב את הדיבידנד ערב המכירה, אשר סווג תחילה בידיו כתמורה בגין המכירה (כלומר, המשיב החסיר סך של 3,673,729 ש"ח, הוא הדיבידנד ערב המכירה, מסך הדיבידנד שדווח על ידי המערערת, בגובה 5,651,644 ש"ח, ובסכום זה ראה כדיבידנד שחולק לה בשנת המס 2003. מיתרה זו הפחית סך של 1,273,362 ש"ח בגין חלקה של המערערת ברווחים השוטפים, ואת היתרה בסך 704,553 ש"ח ראה כדיבידנד "עודף" מרווחי שנים קודמות). למרות שזנח המשיב טענותיו ביחס לדיבידנד ערב המכירה במהלך ההליכים בערעור, וקיבל את עמדת המערערת כי הדיבידנד הנ"ל יסווג כדיבידנד ולא כתמורה בגין מכירת מניות, לא תיקן המשיב בסיכומיו את סכום הדיבידנד שחולק בגין רווחי העבר לגישתו.

הוצאות משפטיות

29. בנימוקי השומה טוען המשיב כי סך של 73,636 ש"ח שהוציאה המערערת בגין הוצאות ייעוץ ייוחסו לעסקת מכירת המניות. על פי סיכומי הצדדים, נראה כי אין כלל מחלוקת בסוגיה זו והמערערת מקבלת את שומת המשיב.

30. עם זאת, המערערת טוענת כעת כי יש להפחית מסכום רווח ההון את ההוצאות המשפטיות שהוציאה במסגרת ההליכים מול חברת בטח ובמסגרת הליכי ערעור זה.

המערערת טוענת כי הוצאות משפטיות אלו קשורות בטבורן לעסקה שביצעה ועל פי הדין יש להתיר לה לנכותן. המערערת מציינת עוד כי הוצאות אלו לא נוכו על ידה כהוצאות שוטפות, ואי התרתן בניכוי מרווח ההון תוביל להטלת מס על רווח מדומה. המשיב טוען כי מדובר בטענות חדשות, אשר אינן נתמכות בבסיס עובדתי מינימלי, והן לא נבחנו על ידי המשיב בעת הוצאת השומה. המשיב מוסיף כי אין מקום להכיר בהוצאות במסגרת הליך זה, אשר כלל לא נדרשו על ידי המערערת במסגרת דוחותיה. המשיב טוען כי יש לדחות את טענות המערערת גם לגופו של עניין.

דיון והכרעה

סיווג שונה או עסקה מלאכותית

31. המערערת טוענת כי למשיב שני מסלולים שבסמכותו לצעוד בהם - מסלול הסיווג השונה לפי הדין הכללי או מסלול העסקה המלאכותית. המשיב בחר לפסוע במסלול הדין הכללי, ולטענת המערערת, סיווג שונה ייעשה רק במקום בו הדין הכללי לא מכיר בפעולות שנעשו על ידי הנישום. המערערת טוענת כי על פי הדין הכללי, אין מקום לסווג את מניות הבכורה והסכם האופציות כתמורה בגין מכירת המניות הרגילות, ועל כן שומת המשיב נעשתה בחוסר סמכות.

32. איני מקבל את עמדת המערערת בעניין זה. טענת המשיב היא כי גם על פי חוק החברות יש לראות במקרה דנא את מניות הבכורה כאגרת חוב ולא כמניות, ולא רק לעניין דיני המס. כלי הסיווג מחדש נוטל את העסקה שבוצעה בעולם המעשה ומקבל את התקיימותה. זאת במובדל מהכוח המתעלם או הבונה מחדש של טענת המלאכותיות. כלי הסיווג מחדש מעביר את העסקה מהתבנית המשפטית שבחרו הצדדים לכנותה או להניח אותה בתוכה, אל תבנית משפטית שבעיני פקיד השומה נכונה יותר, תבנית שמגדירה נכון יותר את מהותה האמיתית בכלל ולצרכי מס בפרט. הכלי התכנוני של המלאכותיות פועל בעולם לצרכי מס "עולם המס". בעולם זה העסקה יכולה לשנות את צורתה. בעולם המס יכול פקיד השומה להתעלם מעסקה בעוד שבעולם המעשה היא תקפה קיימת ושרירה. בעולם המס יכול פקיד השומה לקבוע כי רצף עסקאות הן עסקה אחת לצרכי מס בעוד שבעולם המעשה לכל עסקה ועסקה יש תוקף משפטי וקיום עצמאי.

33. לעומת טענת המלאכותיות, הסיווג מחדש פועל כאמור, בעולם המעשה. כלי זה מסווג את העסקה הקיימת בעולם המעשה לפי תפיסתו של המשיב את מהותה המשפטית. לא אחת סיווג זה נשען גם על הבנת המשיב את המהות הכלכלית האמיתית של אותה עסקה. תתכן חפיפה מסוימת אם כך, בין כלי הסיווג מחדש לבין איתור המהות הכלכלית האמיתית.

כלי המהות הכלכלית האמיתית או העדפת המהות על הצורה, אינו נשען בהכרח על איתור תבנית משפטית נכונה יותר אלא על איתור התוכן הכלכלי האמיתי של העסקה.

מדובר אם כן ברצף כלים אנטי תכנוניים : כלי בחינת המהות הכלכלית והעדפת מהות על צורה עיקרו בחינה כלכלית. כלי הסיווג מחדש מאפשר העברת הסיווג מתבנית משפטית אחת לתבנית משפטית אחרת כשהוא נשען לעיתים אחר התחקות אחר התוכן הכלכלי. שני כלים אילו פועלים במה שכיניתי "עולם המעשה".

כלי העסקה המלאכותית פועל במה שכונה "עולם המס". דהיינו לצרכי מס מה שקרה או קורה בעולם המעשה ניתן להתעלם ממנו בכלל או להתעלם ולבנות לצרכי מס "עסקה" אחרת.

בהפעלת הכלי של העסקה המלאכותית הנטל על המשיב לשכנע כי מדובר בעסקה שהטעם הראשי והעיקרי שלה הוא הימנעות או הפחתת מס בלתי נאותה. משזו לא נטענת, המשיב מקבל כי העסקה בוצעה לא מטעמים שעיקרם פיסקאליים, אך אין הדבר מייתר את הצורך לבחון את מהותה הכלכלית או התבנית המשפטית הראויה בעיניו לסיווגה ולמסות אותה בהתאם.

האם מניות הבכורה מהוות תמורה בגין מכירת המניות הרגילות?

34. המהות הכלכלית שעליה מצביע המשיב היא כי מבחינת מכלול ההסכמים והפעולות שנעשו במקרה דנא, המערערת נפרדה ממניות חברת תמורה סוכנות, בתמורה לסך של כ-17.75 מיליון ש"ח. המשיב טוען כי כ-5 מיליון ש"ח שולמו במועד העסקה, בעוד יתרת הסכום, כ-12.5 מיליון ש"ח, ניתנה כהלוואת מוכר מהמערערת לידי תמורה סוכנות, אשר תוחזר לה לאורך השנים. מניות הבכורה שהוקצו למערערת מקנות לה זכות לקבלת 12.5 מיליון ש"ח, והסכם האופציות הנלווה לעסקה מאפשר למערערת לדרוש את פירעון מניות הבכורה על פי דרישתה. כך, לא גלום כל סיכון במניות הבכורה כי התמורה לא תשולם, ויש לראות מבחינה מהותית את מניות הבכורה, בשילוב עם הסכם האופציות כהלוואה מטעם המערערת אל תמורה סוכנות.

35. מניות הבכורה שבידי המערערת מקנות לה זכות לקבל דיבידנד בסך כ-12.5 מיליון ש"ח, צמוד למדד ונושא ריבית. זכות זו, בפני עצמה, אינה יכולה להוות תמורה בגין מכירת המניות הרגילות. החיוב לחלק רווחים שנקבע בסעיף 5א לתקנון תמורה סוכנות יכול להיות, לכל היותר, חיוב השתדלות. חלוקת רווחים כפופה תמיד, לפי חוק החברות, לשיקול הדעת העצמאי של הדירקטוריון אשר בוחן את מבחני החלוקה הקבועים בחוק. הדירקטוריון מחויב בחובת אמונים וזהירות בקבלת החלטה על חלוקה ואינו רשאי להפר חובה זו בכדי לשרת טובתו של בעל מניות זה או אחר. ברי כי אף אדם לא יסכים למכור נכס כאשר תשלום התמורה המוסכמת מותנה בפועל בשיקול הדעת הבלעדי של המשלם. לו נעצור כאן, כפי שמבקשת המערערת, לא נותר אלא לקבל את עמדתה כי מניות הבכורה לא מהוות תמורה נוספת בגין מכירת המניות על ידי המערערת. אך תיאור זה של המצב לוקה בחסר, שכן כלל ההסכמים והפעולות שנעשו במקרה דנן שלובים זה בזה ומהווים מקשה אחת.

36. הסכם האופציות שנחתם בין המערערת לבין חברת בטח מאפשר למערערת לחייב את חברת בטח לרכוש את מניות הבכורה מידיה, ומאפשר לחברת בטח לחייב את המערערת למכור לה את מניות הבכורה. הסכם האופציות ההדדי מבטיח את פירעון

הסכום המצטבר, ומשנה למעשה את אופי החיוב מחיוב השתדלות לחיוב תוצאה.
כלומר, המערערת אינה נוטלת סיכון כי התשלום לא יתקבל בפועל, אלא מובטחת לה הזכאות לסכום המצטבר, אף אם לא יחולקו דיבידנדים. המערערת נפרדה ממניותיה וקיבלה בתמורה מניות בכורה, אשר תוכל לדרוש את פירעון על דעת עצמה בהתאם לשיקוליה בלבד.

37. ברגיל, מניית בכורה, אשר מקנה למחזיק בה את הזכות לקבל דיבידנדים מהחברה, טומנת בחובה סיכון מסוים כי מחזיק המניה לא יזכה לתשואה שוטפת על השקעתו. התשואה תתקבל רק בכפוף לקיומם של רווחים הניתנים לחלוקה בחברה ולשיקול דעת הדירקטוריון בהחלטת החלוקה. מניה היא מכשיר שמטיבו מחייב את המשקיע בו "להמר" על כך שהחברה תנחל הצלחה עסקית וכך תצמח לו תשואה על השקעתו. במקרה דנן, הסכם האופציות אינן סיכון זה בכך שאפשר למערערת לקבל את מלוא הסכום המצטבר ישירות מחברת בטח, גם מבלי שתמורה סוכנות תצליח לחלק רווחיה. השקעה המניבה תשואה היא מטיבה השקעה אשר גלום בה סיכון מסוים, וקיים יחס ישיר בין הסיכון לבין התשואה. מניות הבכורה המוחזקות על ידי המערערת אינן נושאות סיכון, בדומה להשקעה רגילה במניות, אלא מהוות הבטחה לקבלת סכום מוגדר מראש, היינו תמורה ולא תשואה על השקעה.

38. המערערת מכרה מניותיה לחברת בטח וקיבלה מניות בכורה המבטיחות לה בוודאות סכום קבוע מראש, אשר ישולם בחלוף הזמן צמוד למדד ולריבית. מבחינה כלכלית, המקרה דנן זהה למצב של מכירה באשראי - המערערת מוכרת נכס בבעלותה היום, והתשלום בגינו מתקבל במועד מאוחר יותר. הריבית שנקבעה לאשראי מגלמת את הסיכון בפירעון האשראי ולא את התשואה להשקעה בהון החברה. המשיב פעל כדין בכך שבחר למסות את המערערת על פי המהות הכלכלית של פעולותיה ולא על פי הצורה המשפטית הלכאורית בה היא הלישה אותן.

39. ודוק, הסכם האופציות מאפשר למערערת להפעיל את אופציית הפוט ולחייב את חברת בטח לרכוש את מניות הבכורה בתמורה לחלק, הנע בין 80% ל-90%, מהסכום המצטבר, ולא בתמורה למלוא הסכום המצטבר. בכך קיים אלמנט מסוים של סיכון. הצדדים הסכימו על תמורה בגובה מלוא הסכום המצטבר, אך רק חלק מתמורה זו מובטחת למערערת. אין בכך בכדי לשנות ממהותו של ההסכם לטעמי. החלק הארי של התמורה מובטח למערערת באמצעות הסכם האופציות באופן אשר מקרין על מכלול ההסכמים. מכלול זה מוביל למסקנה החד משמעית כי מניות הבכורה מהוות תמורה בגין מכירת המניות על ידי המערערת. לכל היותר, אלמנט הסיכון, הקיים בכך שרק חלק מהתמורה מובטח למערערת, משפיע על גובה התמורה שיש לקבוע במקרה זה. בסוגיית הסיכון הקיים בקבלת חלק מהתמורה בלבד אדון בהמשך, במסגרת הדיון בטענתה החלופית של המערערת לעניין גובה התמורה.

40. בעמ"ה 5105/97 ר. חיון בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, מיסים ט/2-ה-126 (אפריל 2002) נידון מקרה דומה לענייננו. שם נקבע בין הצדדים כי למוכרת המניות יוקצו מניות בכורה המקנות לה זכות בדיבידנד עד לסך של \$650,000 למשך 4 שנים, כאשר רוכשת המניות מתחייבת לפעול לחלוקת דיבידנדים, ומתחייבת עוד כי במידה שהדיבידנדים לא יחולקו תשלם היא עצמה את התשלומים למערערת. לאור זאת,

ולאור מאפיינים אחרים שחלקם מתקיימים בענייננו, קבע שם בית המשפט כי הקצאת מניות הבכורה מהווה תמורה בגין מכירת המניות הרגילות של המערערת. מאי נפקא מינא אם התחייבה הרוכשת לפרוע את ההתחייבות שנקבעה בגין מניות הבכורה או העניקה אופציה למוכרת לחייב אותה לפרוע התחייבות זו?

41. בדומה, גם החשבוונאות המבקשת להתחקות אחר המהות הכלכלית ולא אחר הצורה המשפטית מכירה במקרים מסוימים במניות בכורה כהתחייבות ולא כפריט הון. "תקן חשבוונאות בינלאומי 32 מכשירים פיננסיים: הצגה" (אומץ בישראל במסגרת "תקן חשבוונאות 22 - מכשירים פיננסיים: גילוי והצגה" ביום 1.7.2005) קובע בסעיף א25 בנספח הנחיות היישום כדלקמן:

"מניות בכורה עשויות להיות מונפקות עם זכויות שונות. לצורך הקביעה אם מניית בכורה היא התחייבות פיננסית או מכשיר הוני, המנפיק מעריך את הזכויות המיוחדות (particular) הנלוות למניה כדי לקבוע אם היא בעלת המאפיין היסודי של התחייבות פיננסית. לדוגמה, מניית בכורה העומדת לפדיון במועד מסוים או ניתנת לפדיון על פי בחירתו של המחזיק, כוללת התחייבות פיננסית, מאחר שלמנפיק יש מחויבות להעביר נכסים פיננסיים למחזיק במניה."

אמנם, במקרה דנן הזכות לדרוש את פירעון המניה נתונה למחזיק במניה כנגד חברת בטח, בעלת המניות במנפיק, ולא כנגד המנפיק עצמו, הוא תמורה סוכנות, אך אין בכך בכדי לשנות מהמהות הכלכלית של הנכס המוחזק בידי המערערת. המערערת מחזיקה במניה הניתנת לפדיון על פי בחירתה, ולפיכך קיימת כלפיה התחייבות לפירעון הסכום המצטבר הנקוב במניות הבכורה. מבחינת המהות הכלכלית, ברי אין מדובר בהשקעה במכשיר הוני אלא בהתחייבות.

42. האמור לעיל מתעצם לנוכח העובדה שכל ההסכמים והפעולות שבוצעו נעשו במקביל במסגרת **עסקה אחת**. חוזה המכירה, הסכם האופציות, הקצאת מניות הבכורה ותיקון תקנון תמורה סוכנות נעשו כולם באותו היום. סעיף 5א בתקנון תמורה סוכנות אף קובע כי הקצאת מניות הבכורה מותנית בהעברת המניות מהמערערת לידי חברת בטח. המערערת לא מכחישה כי הסכם האופציות והקצאת מניות הבכורה הם חלק בלתי נפרד מהעסקה בכללותה. בתצהיר של פלר, שהוגש בתמיכה במערערת, מובהר כי מתווה העסקה שנבחר כולל את הסכם האופציות ואת הקצאת מניות הבכורה (סעיפים 15-22 לתצהיר). פלר ציין בסעיף 18 בתצהירו כי: **"עוד אציין כי במהלך המו"מ בעסקה נשוא ערעור זה, הצעתי אני כי ישולם לתהודה סכום במזומן חלקי הבטחת זכויות תהודה להמשיך ולקבל את חלקה ברווחי תמורה, אך הצעתי נדחתה ע"י כלל, משיקולים כספיים וכלכליים שלה",** כלומר הצדדים סיכמו את התמורה שתשולם למערערת בגין מניות תמורה סוכנות, אך כלל העדיפה מטעמיה כי התשלום ישולם מכיסה של תמורה סוכנות ולא מכיסה שלה. התמורה הוסכמה בין הצדדים, ואין באופן תשלום שנקבע בכדי להשפיע על גובה התמורה.

43. פלר טען בסעיף 16 בתצהירו כי מתווה העסקה נועד להבטיח כי התמורה בגין המניות תהא מותנית ברווחי חברת תמורה סוכנות. הסבר זה אינו מניח את הדעת. משניתנה

למערכת אופציה לחייב את חברת בטח לפדות את מניות הבכורה שבידיה גם בהיעדר רווחים מתאימים לחלוקה, ברי כי התמורה אינה מותנית ברווחי תמורה סוכנות.

44. המערכת טוענת כי לא ניתן לטעון לקיומה של הלוואה במקרה דנן, שכן העסקה נעדרת הסכם הלוואה. לדעתי, מכלול ההסכמים יחדיו יוצר הלוואה בין הצדדים, בין אם הלוואה זו כונתה בשמה ובין אם כונתה כמניית בכורה עם אופציה למימוש. יצוין כי השימוש במנגנון של אופציית פוט ואופציית קול על נכס בסיס במטרה להסוות הלוואה, הוא מנגנון מוכר ושכיח בענף המימון, אשר מכונה Call Parity-Put. כך למשל, מתואר בספרות תרחיש שבו רחל מעוניינת להעניק הלוואה בסך 200 ש"ח לשמעון, בתמורה להחזר של 300 ש"ח בעוד שנה מהיום, אך מטעמים רגולטוריים הלוואה מסוג זה אינה אפשרית. לשם עקיפת האיסור הרגולטורי מוכר שמעון לרחל נכס בסיס בעבור 200 ש"ח, כאשר הצדדים כותבים אופציות פוט וקול הדדיות על נכס הבסיס שימומשו שנה מיום מכירת הנכס, על סך 300 ש"ח. כך מובטח לצדדים כי בעוד שנה יימכר נכס הבסיס בחזרה, דרך השימוש במנגנון האופציות ההדדיות, בתמורה של 300 ש"ח. למעשה, רחל משלמת היום 200 ש"ח וזוכה להחזר של 300 ש"ח בעוד שנה, וכך מנגנון האופציות ההדדיות יוצר הלוואה אף מבלי שנכרת הסכם שכותרתו "הלוואה" (דוגמה דומה ניתן למצוא בעמודים 75-76 במאמר Michael Knoll, **Put-Call Parity and the Law**, Cardozo L. Rev. 76 (2002-2003). כן מפורטות שם דוגמאות נוספות לשימוש במנגנון האופציות ההדדיות, בין היתר השימוש במנגנון במסגרת דיני המס).

45. לאור כל האמור, צדק המשיב שעה שקבע כי דיבידנד הבכורה מהווה תמורה שקיבלה המערכת בגין מכירת המניות לידי חברת בטח. מבחינה מהותית, המערכת וחברת בטח סיכמו על תמורה, בגובה כ-17.5 מיליון ש"ח, בגין מניות המערכת. לאחר מכירת המניות בעבור התמורה, העניקה המערכת הלוואה לחברת תמורה סוכנות בגובה 12.5 מיליון ש"ח. סעיף 5א בתקנון תמורה סוכנות, אשר מגדיר את תנאי מניות הבכורה, והסכם האופציות מהווים במשותף את תנאי ההלוואה שניתנה. אין מקום להתערב בשקול דעת המשיב בקביעתו זו.

גובה התמורה ששולמה בגין מניות הבכורה

46. המערכת העלתה טענות חלופיות בנוגע לשווי הסכום המצטבר שנקבע בגין מניות הבכורה. בפסק הדין מיום 24.11.2010 נקבע כאמור כי 50% מהדיבידנד שחולק ערב הרכישה, בסך כ-3.7 מיליון ש"ח, יופחת מסכום מימוש האופציה על מניות הבכורה. לגישת המערכת, יש לקבוע לפיכך כי מהתמורה בגין המניות יופחת סכום זה. בעניין זה, דעתי כדעת המערכת. לאור הפשרה שבין הצדדים, אין ספק כי המערכת ויתרה על זכותה לקבל חלק מהתמורה בגין המניות שמכרה, כפי שתמורה זו דווחה למשיב. לו יתעלם המשיב מוויתור זה, הרי שבפועל יטיל מס על ריווח שלא באמת צמח או יצמח למערכת.

47. המשיב טוען כי לא הוברר מה היו הוויתורים ההדדיים של הצדדים במסגרת הסכם הפשרה. איני מסכים לטענה זו. פסק הדין מיום 24.11.2010 מתאר את הפשרה בין

הצדדים, על מכלול הוויתורים וההתפשרויות שביצעו. לבד מסוגיית הריבית שהובררה מאוחר יותר, פסק דין זה חתם את המחלוקת בין הצדדים שם וקבע את התמורה הסופית שתתקבל בגין עסקת מכירת המניות.

48. עוד טען המשיב כי בפרוטוקול פסק הדין מיום 24.11.2010 ציין ב"כ התובעים שם, המערערת כאן ובעל המניות בה פלר, כי הפשרה התקבלה בשל שיקולי מיסוי של התובעים. איני שותף לדעתו של המשיב בעניין זה. ב"כ התובעים שם מצוטט בפרוטוקול כלהלן: **"אני לא רוצה ולא יכול, מטעמים שלי, גם טעמי מיסוי, לעשות את ההסדר שהם רוצים לעשות, שזה לסכם על 100 (אחוז, מ.א.) ואז לתת לי הודעת מימוש (של האופציה, מ.א.)."**

49. להבנתי, הטעמים שמדובר עליהם שם הם רצון המערערת כי התשלום בגין המניות ייעשה בדרך של חלוקת דיבידנד ולא בדרך של מימוש האופציה, אשר יחייב אותה ברווח הון, לשיטתה כאן. ממילא עמדתו של המשיב כאן, אשר התקבלה, היא כי הדיבידנד ממניות הבכורה מהווה חלק מן התמורה בגין המניות שמכרה המערערת. אין לטעמים אלו כל נגיעה לשאלת הדיבידנד ערב המכירה והפחתת הסכום המצטבר של מניות הבכורה בגין דיבידנד זה. במסגרת הפשרה בנוגע לדיבידנד ערב המכירה נאותה המערערת להפחית את סכום התמורה הכולל המגיע לה לשיטתה. בעוד אכן קיימים טעמים מיסויים לסווג הכנסה מסוימת באופן מסוים, קשה לדמיין טעם מיסויי המצדיק ויתור כליל על הכנסה כלשהי או חלקה. בלאו הכי מאחר שלא יכול להיות ספק שהתמורה שתשולם למערערת הוקטנה בעקבות פסק הדין, קשה לדמיין מצב שבו המשיב רשאי למסות רווח שלא צמח למערערת בפועל.

50. זאת ועוד, עצם בחירת אופן הפעילות על ידי נישום לאור טעמי מיסוי אינה פסולה כשלעצמה. לנישום קיימת זכות ואף חובה לכלכל צעדיו באופן מושכל כך שישלם את חבות המס האמיתית שלו, ולא למעלה מכך, ונזכיר את מימרתו הידועה של כבוד הנשיא שמגר כי **"זכותם - ואף חובתם - של מומחים בענייני מיסים לתכנן עסקאות משפטיות כך שלא תהיינה עתירות מס"** (ע"א 4639/91, מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד ואלזה, מיסים ח/3 ה-96 (יוני 1994)). תכנון המס נחשב לתכנון מס שאינו לגיטימי רק שעה שטעמי המיסוי לבדם הם שעמדו בבסיס התנהגותו של הנישום. בחינת הטעמים שעומדים בבסיס התנהגות הנישום נעשית במסגרת טענה לעסקה מלאכותית, שכאמור לא הועלתה במקרה זה. איני רואה פסול בעצם התייחסות המערערת לטעמי מיסוי בקביעת אופן פעולתה.

51. עוד טען המשיב כי אין להפחית את התמורה שהוסכמה במקור בין הצדדים לאור התפתחויות מאוחרות יותר. אין זה המצב במקרה דנן. יש להבדיל בין מקרה בו נתגלע סכסוך אמיתי בין הצדדים אודות תוכן החוזה, לבין מקרה בו הסכמה מאוחרת בין הצדדים שינתה את התמורה שנקבעה בחוזה. כאשר מסכימים הצדדים לחוזה על שינוי בתמורה, לאחר שזו כבר נקבעה בחוזה, בעקבות שינוי מצב עובדתי לאחר מועד כריתת החוזה, מדובר אמנם בהתפתחות מאוחרת אשר בגינה תוגדל או תופחת חבות המס בשנת המס בה נעשתה ההסכמה בין הצדדים. לעומת זאת, כאשר מתברר לאחר כריתת החוזה כי הצדדים מפרשים באופן שונה את האמור בו, ההסכמה המאוחרת מגדילה או מקטינה את התמורה שנקבעה בחוזה מלכתחילה.

דהיינו, אין כל שינוי בתמורה, אלא רק נתברר במועד מאוחר יותר מה הייתה התמורה שנקבעה בעבר. במקרה מעין זה, זכאית המערערת לתקן את דיווחה המקורי בהתאם להסכמת הצדדים המאוחרת בנוגע לתמורה.

52. יצוין כי בפסיקה התעוררו גישות שונות בנוגע לשאלה מתי רשאי נישום להגיש דוח מתקן, מאחר שהפקודה נעדרת מכל הנחיות בנושא זה. עם זאת, קיימת תמימות דעים רחבה כי במקרה של טעות סופר או במקרה שנתגלה בדיעבד מידע השופך אור חדש על המצב העובדתי ששרר במועד ביצוע העסקה נשוא השומה, ותיקון הדיווח לא נעשה מטעמי כדאיות גרידא, הרי שקמה לנישום הזכות לתקן דיווחיו (וראו: סעיף 6 לפסק הדין ע"א 3708/97 הארגון למימוש האמנה על בטחון סוציאלי נ' פקיד שומה ת"א 4, מיסים יד/4-ה-69 (אוגוסט 2000); ע"מ 05-1228 אליהו רג'ואן נ' פקיד שומה תל אביב יפו 1, מיסים כד/2-ה-170 (אפריל 2010); עמ"ה 501/04 מפעלי מתכת קדמאני בע"מ נ' פקיד שומה עכו, מיסים כא/5-ה-115 (אוקטובר 2007); ע"מ 10-413 אלי ראובן, בניה והשקעות בע"מ - בפירוק ואח' נ' אגף מס הכנסה ומיסוי מקרקעין (ניתן ביום 28.11.2011, פורסם במיסים און-ליין)). מקרה שבו בדיעבד התברר לנישום כי דיווח למשיב על תמורה שאינה תואמת להוראות החוזה שהוא צד לו, קמה לו הזכות לתיקון דוחותיו, ואזכיר כי "מזמן קיימת הלכה שאם בשעת ההכרעה נודעו לנו העובדות, עלינו להעדיף על השערות ונבואות" (ע"א 600/75 תל רונן קבלנים ובונים בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פד"א לא(2) 729).

53. מן הכלל אל הפרט. בענייננו, לאחר שכבר דיווחה המערערת למשיב על זכאותה לקבלת הסכום המצטבר, התעורר סכסוך בין הצדדים אודות פרשנות החוזה. מדובר בסכסוך אמיתי שהגיע לסיומו בדרך של פשרה אשר קיבלה תוקף של פסק דין. בכך הסכימו הצדדים אודות התניה המקורית בחוזה, ולא שינו את התמורה המקורית שנקבעה כתוצאה מהתפתחות עובדתית מאוחרת.

54. לחילופין, המשיב טוען כי אם מתחשבים בהתפתחויות מאוחרות, יש למסות את המערערת בגין התמורה שקיבלה בפועל עבור העסקה בחלוף השנים, אשר היא תמורה גבוהה מזו שלה טוען המשיב בערעור זה. גם בטענה זו נפל המשיב לכדי טעות. המשיב עצמו טען בסיכומיו כי משמעות מכלול ההסכמים במקרה דנן היא כי המערערת קיבלה כבר ביום המכירה זכות לקבלת התמורה שסוכמה, ותמורה זו ניתנה לתמורה סוכנות כהלוואה. ההפרש בין התמורה שקיבלה המערערת ביום המכירה לבין התמורה ששולמה לה בפועל בחלוף השנים לאחר סיום ההליכים המשפטיים, נובע מהפרשי ההצמדה והריבית של דיבידנד הבכורה. הפרשים אלו אינם מיוחסים לתמורה בגין המניות, אלא מהווים הכנסה פירותית אצל המערערת, בהתאם להוראות סעיף 2 לפקודה.

55. לאור האמור, יש להפחית מסכום התמורה המיוחסת למניות הבכורה סך של 1,836,864 ש"ח, המהווים 50% מהדיבידנד שחולק ערב המכירה.

56. טוענת עוד המערערת כי התמורה שנתקבלה היא בגובה 80% בלבד מהסכום המצטבר של מניות הבכורה. הסכם האופציות בין הצדדים קובע מנגנון מדורג לאופציית הפוט של המערערת. ההסכם קובע כי בחלוף שנה אחת תוכל המערערת להפעיל את

אופציית הפוט בתמורה ל-80% מהסך המצטבר, בחלוף שנתיים תוכל המערערת להפעיל את אופציית הפוט בתמורה ל-85% מהסך המצטבר ורק בחלוף שלוש שנים תוכל המערערת להפעיל את אופציית הפוט בתמורה ל-90% מהסך המצטבר. לגישת המערערת, יש לקבוע את התמורה בהתאם לשוויה ביום המכירה.

57. המערערת מכרה את מניותיה בתמורה סוכנות לחברת בטח, כאשר התמורה שנתקבלה בגין המניות ניתנת עוד באותו היום כהלוואה נושאת ריבית לתמורה סוכנות. מנגנון הפוט המדורג מעודד את המערערת שלא לדרוש את פירעון מניות הבכורה בטרם יחלפו שלוש שנים. בכך מבטיח המנגנון כי ההלוואה שהעניקה המערערת היא בפועל הלוואה לתקופה של שלוש שנים. עצם העובדה שההלוואה עומדת לפירעון רק בחלוף שלוש שנים אין בה כדי לשנות את גובה התמורה שסוכמה בין הצדדים. הריבית שנקבעה להלוואה משקפת כבר את הסיכון של המערערת בדחיית מועד פירעון ההלוואה. אין לטעמי הבדל מהותי בין הלוואה שניתנת לפירעון בחלוף שלוש שנים בלבד לבין הלוואה שתנאיה גורמים לכך שלנושה יש אינטרס כלכלי חזק שלא לדרוש פירעונה בטרם חלוף שלוש שנים. לאור זאת, אין מקום לקבוע כי התמורה שנתקבלה היא בגובה 80%.

58. עם זאת, יש לשים לב לכך שגם בחלוף שלוש שנים, התמורה המובטחת למערערת היא לכל היותר בגובה 90% מהתמורה שסוכמה בין הצדדים. כפי שכבר ציינתי לעיל, תמורה שמשולמת בדמות התחייבות לחלוקת דיבידנדים היא למעשה תמורה שהרוכש אינו מחויב לשלמה בפועל, והמוכר נושא בסיכון כי לא תשולם לו לעולם. המערערת הבטיחה לעצמה 90% מהסכום המצטבר של הדיבידנדים באמצעות אופציית הפוט, אך נטלה על עצמה סיכון כי 10% הנותרים לא ישולמו לה בפועל. יצוין כי נראה שסיכון זה התממש בענייננו, שהרי בחלוף הזמן פנו המערערת ופלו לבית המשפט בתביעה בטענת קיפוח המיעוט, מאחר שלטענתם בעלת השליטה בתמורה סוכנות ניסתה לרוקן אותה מנכסיה בדרך של עסקאות בעלי עניין (סעיף 23 לתצהירו של פלו). למרות שהצדדים סיכמו על תמורה בגובה הסכום המצטבר של מניות הבכורה, למערערת היה קיים סיכון ממשי כי 10% מהתמורה לא תשולם לה, אלא כתלות בחלוקת דיבידנדים מחברת תמורה סוכנות. לאור זאת, יש לראות רק ב-90% מהסכום המצטבר כתמורה ששולמה למערערת בגין המניות, בעוד יתרת 10% מהווים זכות אמיתית שהייתה למערערת ברווחי חברת תמורה סוכנות. משקבעתי כי חלק מהסכום המצטבר מהווה דיבידנד, הרי שגם הפרשי ההצמדה והריבית בגין אותה יתרת 10% יסווגו כדיבידנד ששולם למערערת.

59. יכול ותיטען הטענה כי לא היה קיים למערערת סיכון גם באשר ליתרת 10% מהתמורה, לאור הריבית שנקבעה בין הצדדים. כלומר, הריבית שנקבעה היא חלק מהתמורה ומפצה את המערערת בגין הסכמתה לאופציה בגובה 90% מהסכום המצטבר בלבד. באופן זה, לא ניתן לקבוע כי קיים סיכון ממשי בנוגע לפירעון חלק מהסכום המצטבר ויש לראות את כולו בתור התמורה. אמנם, יתכן מצב שבו הריבית שנקבעת בין הצדדים היא למעשה חלק מהתמורה ואינה ריבית "אמיתית", אך לא מצאתי שזה המצב במקרה דנן. ההסכמים שבין הצדדים קבעו כי לסכום המצטבר יתווספו הפרשי הצמדה וריבית של 6%. מדובר בריבית סבירה להלוואות לפי התנאים ששררו בשוק בעת מכירת המניות. במצב שבו ניתנת הלוואה בריבית סבירה,

יש להניח, בהיעדר כל מידע לסתור, כי הריבית משולמת כחלק ממרכיב האשראי, כלומר בגין הסכמת המלווה להלוות את הכסף. לו הייתה נקבעת ריבית שאינה סבירה, יתכן שהיה מקום לקבוע כי הריבית אינה ריבית "אמיתית" המבטאת את הסיכון שנוטל המלווה במתן הלוואה, אלא ריבית שנועדה לפצות את המוכר על הקטנת התמורה.

60. יצוין כי גם שיטות משפט אחרות התמודדו עם שאלת סיווג מכשיר פיננסי, חוזה המקנה מימון למנפיק ותשואה למחזיק בו, כמרכיב חוב או כמרכיב הון אצל המנפיק. המשפט האמריקאי נדרש לשאלה זו מספר פעמים והוגדרו עקרונות יסוד ואף כללי אצבע, להבחנה בין השקעה בהון או בחוב. מדובר בסוגיה סבוכה שבתי המשפט שם התמודדו אתה בדרך של בחינה סובייקטיבית של כוונות הצדדים, לצד בחינה אובייקטיבית האם תנאי ההשקעה מקימים מערכת יחסים של נושה-חייב:

"A "singular defined set of standards" capable of being uniformly applied in debt-versus-equity inquiries remains elusive. See Segel v. Commissioner, 89 T.C. 816, 826-828 (1987). In differentiating between loans and capital investments, "It is not always easy to tell which are which, for securities can take many forms, and it is hazardous to try to find moulds into which all arrangements can certainly be poured" Jewel Tea Co., Inc. v. United States, 90 F.2d 451, 453 (2d Cir. 1937).

Notwithstanding the difficulty in distinguishing between debt instruments and equity instruments, the focus of a debt-versus-equity inquiry generally narrows to whether there was an intent to create a debt with a reasonable expectation of repayment and, if so, whether that intent comports with the economic reality of creating a debtor-creditor relationship. Fin Hay Realty Co. v. United States, 398 F.2d 694, 697 (3d Cir. 1968); Litton Bus. Sys., Inc. v. Commissioner, 61 T.C. 367, 377 (1973)" (Pepsico Puerto Rico, Inc., v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo. 2012-269).

61. בהמשך הדברים, פירט בית המשפט שם 13 מאפיינים שהועלו בעבר בפסיקה האמריקאית כמסייעים להבחנה בין חוב לבין הון בהתאם לעקרונות הנ"ל:

"(1) Names or labels given to the instruments; (2) presence or absence of a fixed maturity date; (3) source of payments; (4) right to enforce payments; (5) participation in management as a result of the advances; (6) status of the advances in relation to regular corporate creditors; (7) intent of the parties; (8) identity of interest between creditor and stockholder; (9) "thinness" of capital structure in relation to debt; (10) ability of the corporation to obtain credit from outside sources; (11) use to which advances were put; (12) failure of debtor to repay; and (13) risk involving in making advances."

מאפיינים אלו הם בבחינת כלי עזר בלבד לניתוח לפי העיקרון שתואר לעיל - האם המכשיר הפיננסי יוצר מערכת יחסים של יחסי נושה-חייב. חלק מן המאפיינים הנ"ל אינם רלוונטיים כלל לעניינו, שכן הם עוסקים בבחינת יכולת החברה להנפיק הון או חוב ובמעמד המכשיר הפיננסי כנגד הנושים האחרים של המנפיק, בעוד שבמקרה דנא העסקה שנעשתה אינה עסקת הנפקת מכשיר פיננסי פשוטה, אלא עסקה בה התערבות חברת האם של המנפיק - חברת בטח - היא ששינתה את אופי המכשיר שהונפק. מנגד, מאפיינים אחרים, כגון מקור התשלומים (קרי, האם התשלומים תלויים או אינם תלויים ברווחיות החברה) יכולת המחזיק במכשיר הפיננסי לכפות פירעון, האפשרות להשתתף בניהול החברה כתוצאה מקיומו של המכשיר הפיננסי, כוונת הצדדים והסיכון הגלום במכשיר הפיננסי - כולם מצביעים כאמור לעיל על כך שמדובר במקרה זה בהשקעה בחוב ולא בהון.

62. על כך אוסיף שבעוד שבאופן מסורתי הפסיקה האמריקאית נטתה לסווג מכשירים פיננסיים כהשקעה בהון או כהשקעה בחוב על סמך בחינת כלל העובדות והנסיבות, הרי שיש הסבורים כי ניתן לזהות בפסיקה שם גם סימנים לגישה חלופית, אשר מבקשת לסווג את המכשיר הפיננסי בהתאם לפקטורים המשפיעים על גובהם של זרמי התשלומים במכשיר. ככל שזרם תשלומים מסוים קשור באופן אינהרנטי לרווחיות של החברה, יטה בית המשפט לראות בו כהשקעה הונית ולהיפך. גישה מודרנית זו מאפשרת לבית המשפט לפרק מכשירי כלאיים לרכיבים של הון וחוב, ולמסות בנפרד כל רכיב, כאשר הדבר מתבקש, בדומה לענייננו (ראו לעניין זה: אמיר גל, "מכשירים פיננסיים מתקדמים וארביטראז' מיסוי - מהפכה במיסוי?", **מיסים** יא/1-84 (פברואר 1997)).

חישוב הרווחים הראויים לחלוקה

63. מחלוקת נוספת בין הצדדים היא בנושא אופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, כהגדרת המונח בסעיף 94 לפקודה. הסעיף מטפל במקרים בהם התמורה בעד מכירת מניות אינה משקפת רק את ערכה הפנימי של המניה, אלא גם את שווי הרווחים הניתנים לחלוקה בחברה אשר טרם חולקו. הסעיף קובע מנגנון שנועד לצבוע את אותם רווחים ראויים לחלוקה, ולקבוע את שיעור המס שראוי כי יחול עליהם. בעבר הורה הסעיף כי מרכיב הרווחים הראויים לחלוקה יטופל כסכום אינפלציוני פטור, קרי ימוסה בשיעור מס של 10%, בעוד כיום מורה הסעיף כי יוטל על מרכיב הרווחים הראויים לחלוקה שיעור המס החל בגין חלוקת דיבידנד.

64. הטבת המס לרווחים הראויים לחלוקה נועדה להגשים 2 תכליות: ראשית, למנוע הטלת מס עודף על רווחי החברה הראויים לחלוקה, בהתחשב בעובדה שהחברה כבר שילמה מס על רווחים אלו קודם לכן; שנית, למנוע הטיה בשיקולי בעל המניות המוכר, שמא יפעיל לחץ על החברה לחלק את הרווחים טרם המכירה, בשל הפרשים בשיעורי המס החלים על רווחי הון לעומת דיבידנדים (וראו: פסקה 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 10800/06 **אמנון סלמן נ' פקיד שומה טבריה, מיסים** כה/4-64 (אוגוסט 2011); עמ"ה 1346/08 **טל מאיר נ' פקיד שומה רחובות**, ניתן ביום 5.12.2012, פורסם בנבו).

65. הסעיף קובע שתי חלופות לקביעת הרווחים הראויים לחלוקה - החלופה החשבונאית, המפורטת ברישא של הסעיף, והחלופה המיסויית, המפורטת בסיפא של הסעיף. מנגנון חישוב הרווחים הראויים לחלוקה מורה כי יש לבחור את התוצאה הנמוכה יותר מבין שתי החלופות. מטרה זו מושגת על ידי כך שהתוצאה המתקבלת מהפעלת החלופה המיסויית מהווה רף עליון לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, ובלשון הסעיף:

"... 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 הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו."

66. בענייננו, קיימת הסכמה בין הצדדים כי תחול החלופה המיסויית, אך נותרה מחלוקת בנוגע לאופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה לפי חלופה זו. לפי המשיב יש לנכות מהרווחים הראויים לחלוקה את הדיבידנדים שחילקה תמורה סוכנות בשנת 2003, היא שנת המכירה, אשר מקורם ברווחי השנים הקודמות לטענתו. מנגד טוענת המערערת כי יש לבחון את הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד לתום שנת המס שקדמה למכירה, כלומר אין להפחית כלל את הדיבידנדים שחולקו בשנת 2003, יהא מקורם אשר יהא. המערערת נסמכת על הרישא של הגדרת רווחים ראויים לחלוקה בסעיף 94ב והיא:

"רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה."

תקופת חישוב זו מתייחסת לחלופה החשבונאית, אך כאמור גם החלופה המיסויית מתייחסת ל"תקופה האמורה", היא אותה התקופה שמסתיימת בתום שנת המס שקדמה למכירה.

67. דומני כי הצדק עם המשיב בטענתו, הן מבחינת לשון הסעיף והן מבחינת תכליתו. בחלופה המיסויית נקבע כי יש לנכות מחישוב הרווחים הראויים לחלוקה את ה"דיבידנד שחולק מהם", קרי מהרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה. מבחינה לשונית, הסעיף אינו מתייחס לדיבידנד שחולק עד תום שנת המס שקדמה למכירה, אלא לדיבידנד שחולק מהרווחים שנצברו עד תום שנת המס שקדמה למכירה, קרי אף אם דיבידנד זה חולק בשנת המכירה עצמה.

68. פרשנות זו מתיישבת היטב גם עם תכלית הסעיף לאיין את ההטיה של בעל המניות לאלץ את החברה לחלק דיבידנדים עובר למכירה. לו הייתה מתקבלת גישת המערערת, הרי שהייתה נוצרת הטיה דווקא ערב המכירה לחלק את מלוא הרווחים הניתנים לחלוקה, שכן דיבידנדים שחולקו בשנת המכירה לעולם לא ינוכו מהרווחים הראויים לחלוקה. פרשנות זו תוביל לתוצאה הפוכה לחלוטין מהתכלית שאליה כיוון המחוקק - לבטל ההטיה המיסויית לחלוקת דיבידנד ערב המכירה.

69. זאת ועוד, הרווחים הראויים לחלוקה הם הרווחים שניתן לחלק על פי חוק החברות, כאשר רווחים אלו נקבעים כידוע על סמך הדוחות הכספיים המבוקרים או הסקורים האחרונים של החברה. המחוקק קבע שיש לחשב את הרווחים הראויים לחלוקה על סמך דוחות תום שנת המס שקדמה למכירה, מאחר שממילא לא תוכל החברה לחלק לבעל המניות המוכר דיבידנדים בגין הרווחים שצברה בשנת המכירה, שכן טרם קיימים דוחות מבוקרים לאותה שנה. דיבידנדים שחולקו בשנת המכירה מחולקים כולם בהכרח רק מהרווחים של שנים קודמות. דומני כי גישת המשיב, אשר מוכן להכיר בדיבידנד שחולק בשנת המכירה עד גובה חלקה של המערערת ברווחים השוטפים **באותה השנה** כדיבידנד שלא ינוכה מהרווחים הראויים לחלוקה, אף מטיבה יתר על המידה עם המערערת במקרה זה. למעשה, הרווחים שנצברו במהלך השנה לא ניתנים כלל לחלוקה לבעל המניות המוכר לפני שקיימים דוחות כספיים מבוקרים, ולכן לא ניתן לייחס אף חלק מהדיבידנד שחולק במהלך השנה לרווח שוטף שאינו חלק מהרווחים הראויים לחלוקה. גישת המשיב תיצור גם היא תמריץ לחלוקת רווחים ערב הרכישה, הפעם בגובה הרווחים השוטפים. דיבידנד בגין חלוקה זו לא ינוכה מהרווחים הראויים לחלוקה, בעוד הרווחים השוטפים לא מתווספים לרווחים הראויים לחלוקה.

70. המשיב קבע בנימוקי השומה כי יש להפחית מהרווחים הראויים לחלוקה סך של 704,553 ש"ח בגין דיבידנדים שחולקו מרווחי השנים הקודמות. המשיב הגיע לתוצאה זו על ידי כך שהפחית מסך הדיבידנד שקיבלה המערערת בשנת 2003 את הדיבידנד ערב המכירה, שייחס תחילה לתמורה בגין המניות, וכן את חלקה של המערערת ברווחים השוטפים של תמורה סוכנות בשנת 2003, אשר הוא רואה בהם כאמור רווחים שניתן לחלק מבלי שהדיבידנד בגינם ינוכה מהרווחים הראויים לחלוקה. כאמור, המשיב קיבל בערעור זה את עמדת המערערת כי הדיבידנד ערב המכירה אינו חלק מהתמורה בגין המניות ומשך טענותיו בעניין זה. משנקבע כי הדיבידנד ערב המכירה הוא אכן דיבידנד, הרי שיש להביאו בחשבון בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה. נראה כי נפלה טעות קולמוס בסיכומי המשיב, אשר נמנע מלתקן בהתאם את חישוב הרווחים הראויים לחלוקה. חישוב הדיבידנדים שיש לנכות מהרווחים הראויים לחלוקה לשיטת המשיב, שכאמור לדעתי אף מטיבה עם המערערת מעבר ללשון הפקודה, יוביל לתוצאה כי יש להפחית סך של 4,378,408 ש"ח מהרווחים הראויים לחלוקה לפי החלופה המיסויית. מאחר שהמערערת דיווחה למשיב על רווחים ראויים לחלוקה בסך 4,088,993 ש"ח (בסיכומיה חישבה כי היא זכאית לרווחים ראויים לחלוקה בסך 4,100,914 ש"ח), הפחתה זו תעמיד את הרווחים הראויים לחלוקה בענייננו על סך של 0 ש"ח.

הוצאות יעוץ והוצאות משפטיות

71. בנימוקי השומה קבע המשיב כי יש לייחס הוצאות ייעוץ שהוציאה המערערת בסך 73,636 ש"ח לעסקת מכירת המניות. הצדדים לא הוסיפו לדון בסוגיה בהליך זה, ונראה כי לא נותרה מחלוקת כי הוצאות הייעוץ ייוחסו לעסקת מכירת המניות.

72. המערערת טוענת בסיכומיה כי יש להתיר בניכוי מרווח ההון בגין עסקת מכירת המניות את ההוצאות המשפטיות הנוספות שהוציאה בקשר לאותה עסקה. ההוצאות

המשפטיות הנטענות הן בגין ההליכים שניהלו המערערת ופלר מול חברת בטח לסיום המחלוקת באשר לחלוקת הדיבידנדים ומימוש האופציה, ובגין ההליכים נשוא ערעור זה. המשיב מנגד טוען כי טענות אלו לא הועלו מעולם על ידי המערערת ולא נבחנו על ידי המשיב בעת הוצאת השומה, ולכן דינן להידחות על הסף.

73. בית משפט זה אינו מהווה ערכאה אלטרנטיבית לפקיד השומה, והנישום אינו רשאי לערוך מקצה שיפורים לטענות שלא פְּטַח בפני המשיב בשלב ההשגה ובדיוני השומה. נפסק כבר לא אחת כי הדיון בבית המשפט בערעור מס הכנסה אינו דיון "דה נובו", אלא מהווה המשכו של ההליכים שנערכו לפני פקיד השומה (וראו: עמ"ה 94/96 **בנאסולי ליאון נ' פקיד שומה נתניה, מיסים** יא/1-ה-216 (פברואר 1997), עמ"ה 68/93 **מיקרוקול נ' פקיד שומה, מיסים** ח/2-ה-79 (אפריל 1996), בש"א 12572/03 + עמ"ה 1171/01 **שטרנליכט מרדכי נ' פקיד שומה נתניה, מיסים** יז/4-ה-188 (אוגוסט 2003)). במקרה דנא מבקשת למעשה המערערת להעלות במסגרת הערעור סוגיה חדשה, אשר כלל לא נידונה בהליכי ההשגה, והעובדות הרלוונטיות לעניין לא הוצגו בפני פקיד השומה. דין בקשה זו להידחות.

74. גם לגופו של עניין, נראה כי אין מקום לקבל את טענת המערערת. סעיף 88 לפקודה קובע כי בקביעת התמורה ששולמה בגין מכירת נכס יש לנכות את "**הוצאות המכירה שהוציא הנישום באותה מכירה**". בענייננו מבקשת המערערת להכיר בהוצאות שהוציאה לתשלום שכר טרחת עו"ד לאחר מכירת הנכס, לשם פתרון סכסוך בנושא גביית התמורה בגין המכירה. לא מדובר בהוצאות שהוצאו לשם מכירת הנכס במסגרת עסקת המכירה, ולכן אין מקום לנכות אותן מהתמורה בגין המכירה. המערערת רשאית לנכות מהתמורה הוצאות שצמחו עד למועד המכירה, ולא הוצאות שצמחו במועד מאוחר יותר. ככל שהוצאות אלו עומדות בתנאי סעיף 17 לפקודה לעניין ההכרה בהוצאות שוטפות, היה על המערערת לתבוע אותן בניכוי בשנת המס השוטפת בה הן הוצאו.

75. לעניין ההוצאות בגין הליכי ערעור זה, מבקשת המערערת להקיש מסעיף 39(א11) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: "**חוק מיסוי מקרקעין**"), אשר קובע כי ניתן לנכות מן השבח הוצאות כאמור בסעיף 17(א11) לפקודה, אשר עוסק בניכוי הוצאות שכר טרחת עו"ד בגין הליכי השגה וערעור. אף בעניין זה אין לקבל את עמדת המערערת. ההוצאות המשפטיות שהוציאה בגין הערעור על השומה שהוצאה לה הן הוצאות מאוחרות למועד המכירה, ולא הוצאות שהוציאה במסגרת מכירת המניות. לא ניתן להקיש בענייננו מהוראות סעיף 39(א11) לחוק מיסוי מקרקעין, שכן הותרת ניכוי הוצאות כאמור בסעיף 17(א11) מותרת רק מהמועד בו נחקק הסעיף (חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) (תיקון מס' 55), התשס"ה-2005 - ס"ח 2000 מיום 12.4.2005), שהינו מאוחר למועד עסקת מכירת המניות נשוא ערעור זה. לפני מועד זה, נהגה ההלכה לפיה אין להחיל את הוראות סעיף 17(א11) לפקודה על דיני מיסוי שבח מקרקעין (וראו: פסקאות 14-17 לע"מ 06-1110 ד"ר נטע גולן נ' פקיד שומה כפר-סבא, **מיסים** כו/2 (אפריל 2012) ה-17, ה-146 (אפריל 2012)).

אחרית דבר

הערעור מתקבל בחלקו.

עמדת המשיב ביחס לסיווג הסכום המצטבר בגין מניות הבכורה כתמורה בגין המניות שמכרה המערערת מתקבלת. ביחס לגובה התמורה שנתקבלה, עמדת המערערת מתקבלת באופן חלקי, כך שיש להפחית מהסכום המצטבר של מניות הבכורה 50% מהדיבידנד ערב הרכישה, וכמו כן יש לראות רק ב-90% מהסכום המצטבר כתמורה בגין המניות. ערעור המערערת ביחס לרווחים הראויים לחלוקה ולהוצאות המשפטיות נדחה.

הוצאות

במסגרת סיכומיהם, העלו שני הצדדים טרזוניות בנוגע לאופן התנהלות הצד שמנגד בהליכי הערעור דנא. דיון ההוכחות האחרון בתיק זה התקיים ביום 22.6.2010, כאשר מלאכת הגשת סיכומי הצדדים הושלמה רק בחלוף יותר משנתיים וחצי, ביום 17.1.2013. עיכוב חריג זה נבע ממספר בקשות אורכה חוזרות ונשנות שהגישו באי כוח הצדדים. עם זאת, בעוד המערערת עמדה במועדים שהוצבו לה על ידי בית משפט זה בהחלטות שניתנו בדבר בקשות הארכת המועדים, המשיב איחר במספר מקרים בהגשת סיכומיו, זאת חרף אזהרות בית המשפט כי התיק יועבר להכרעה ללא סיכומי המשיב. מדובר בהתנהלות שאינה הולמת בעל דין, קל וחומר את המשיב שהינו זרוע מזרועותיה של המדינה. לאור האמור, ולאור העובדה שהערעור נתקבל בחלקו בקשר לטענתה החלופית של המערערת ביחס לגובה התמורה שנתקבלה בגין המניות, אני קובע כי המשיב יישא בהוצאות המערערת ובשכר טרחת עורך דינה בסכום כולל של 42,000 ש"ח.

ניתן היום, י' בניסן תשע"ג (21 במרץ 2013), בהעדר הצדדים.

(-) שופט