

## החלת מנגנון הרווחים הראויים לחלוקה במכירת מניות של חברה הזכאית להטבות מס שנרכשו לאחר המועד הקובע

מאת

טל בן משה, עו"ד<sup>1</sup>

### הקדמה

מאמר זה עוסק ביחס שבין הוראות סעיף 94 לפקודה<sup>2</sup> לבין הוראות החוק לעידוד השקעות הון<sup>3</sup>. המאמר יבקש להראות כי הוראות סעיף 94 לפקודה, לפיה מנגנון הרווחים הראויים לחלוקה (הר"ל) חל, לגבי יחיד, רק במקרה שנרכשו המניות על ידו לאחר המועד הקובע (1.1.2003), אינה תקפה במקרה של מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות מס בהתאם לחוק לעידוד השקעות הון. לפיכך, וכפי שנראה להלן, בעת מכירת מניות של חברה כאמור, יש להחיל את מנגנון הר"ל בין אם נרכשו המניות לפני המועד הקובע ובין אם נרכשו אחריו.

### הצגת הבעיה

אדם מחזיק במניות של חברה הזכאית להטבות מס<sup>4</sup> לפי החוק לעידוד השקעות הון. אילו הייתה החברה מחלקת את רווחיה כדיבידנד לבעל המניות היה זה חייב במס על הדיבידנד בשיעור של 20% בלבד בהתאם להוראות החוק לעידוד השקעות הון.

תחת חלוקת רווחי החברה כדיבידנד אדם רשאי לממש את רווחיה הגלומים במניותיו באמצעות מכירת המניות. במקרה זה חל על רווח ההון מנגנון הר"ל הקבוע בסעיף 94 לפקודה. מנגנון הר"ל קובע, כי בעת מכירת המניות שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה ל"רווחים הראויים לחלוקה" בחברה יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם אילו התקבלו כדיבידנד. באמצעות השוואת שיעור המס בין חלק מרווח ההון השווה לרווחים הראויים לחלוקה לבין המס על דיבידנד, ביקש המחוקק ליצור "אדישות מיסויית" בין מימוש רווחי החברה באמצעות חלוקתם כדיבידנד ובין מימושם באמצעות מכירת המניות. בפסיקה אף

1. טל בן משה הוא עורך דין לענייני מיסים ובעלים של משרד עורכי דין בתחום דיני המס. תודתי נתונה לרו"ח יעקב דוד על תרומתו לכתיבת המאמר.  
2. פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.  
3. החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן גם: "חוק העידוד").  
4. למשל "חברה מועדפת" בהתאם להוראות סימן 11 או חברה שהיא בעלים של "בניין לשכירות מוסדית" לפי פרק שביעי 1.

נקבע, כפי שידון בהרחבה בהמשך, כי מנגנון הר"ל חל גם בעת מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי החוק לעידוד השקעות הון.

אלא שלשון סעיף 94 לפקודה כפשוטה קובעת לכאורה, באשר ליחיד, כי מנגנון הר"ל חל רק ביחס למניות שרכש היחיד לפני המועד הקובע. ולכן תיתכן העמדה, וזו גם העמדה בה מחזיקה רשות המסים, כי במכירת מניות של חברה הזכאית להטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון בידי יחיד, שנרכשו לאחר המועד הקובע, אין תחולה למנגנון הר"ל. לפיכך, ביחס למכירת מניות כאמור בידי יחיד, אם הן נרכשו לפני המועד הקובע, יתחייב חלק מרווח ההון השווה לרווחים הראויים לחלוקה במס בשיעור של 20%, בהתאם למנגנון הר"ל הקבוע בסעיף 94 לפקודה. אולם לפי עמדת רשות המסים, אם המניות נרכשו לאחר המועד הקובע, יתחייב רווח ההון האמור בשיעור מס של עד 30% (כתלות במועד הרכישה ובשיעור ההחזקה של בעל המניות). כל זאת מבלי שיש לכך טעם כלכלי או מיסוי.

ניתן להמחיש את הבעייתיות שבעמדה זו באמצעות הדוגמה הבאה: נניח שני בעלי מניות המחזיקים בחלקים שווים ב"חברה מועדפת", שהיא בעלת רווחים שמקורם ב"הכנסה חייבת מועדפת". בעל מניות אחד רכש את מניותיו בחברה ביום 31.12.2002, ואילו השני רכש את מניותיו ביום 1.1.2003. אילו הייתה החברה מחלקת את עודפיה באמצעות חלוקת דיבידנד היו שניהם מתחייבים במס בשיעור זהה של 20%. אולם אם במקום לחלק דיבידנד היו מחליטים השניים למכור את מניותיהם בהן גלומים רווחי החברה, אזי בעת מכירתן יתחייב האחד על חלק מרווח ההון השווה לרווחים הראויים לחלוקה במס בשיעור של 20%, בדומה לשיעור המס שהיה חל אילו היו מחולקים כדיבידנד, ואילו השני יתחייב על אותו חלק של רווח ההון במס רווחי הון באופן לינארי בשיעורי מס של 25%-30%.

### המסגרת הנורמטיבית - מיסוי רווחי הון ומיסוי הדיבידנד

חלק ה' לפקודה עוסק בהטלת מס על רווחי הון בגין מכירת נכס. סעיף 91(ב) לפקודה קובע את שיעור המס החל על רווח הון ריאלי בידי יחיד. שיעורי מס רווחי הון נקבעים בהתאם ליום רכישת הנכס, וכתלות בשאלה האם הנכס הוא נייר ערך בחברה שהמוכר הוא "בעל מניות מהותי" בה (דהיינו מחזיק במישרין או בעקיפין לפחות 10% מאמצעי השליטה בחברה).

ואלה שיעורי מס רווח הון החלים על יחיד:

- על רווח ההון הריאלי שעד ל"מועד הקובע" (1.1.2003) - שיעור המס לפי סעיף 121 לפקודה.
- על רווח ההון הריאלי שלאחר המועד הקובע ועד ל"מועד השינוי" (1.1.2012) - שיעור המס לפי סעיף 121 לפקודה, אך בשיעור שלא יעלה של 20%; אולם במכירת נייר ערך בחברה שהיחיד הוא בעל מניות מהותי בה - בשיעור שלא יעלה על 25%.
- על רווח ההון הריאלי שלאחר מועד השינוי ועד ליום המכירה - שיעור המס לפי סעיף 121 לפקודה, אך בשיעור שלא יעלה של 25%; אולם במכירת נייר ערך בחברה שהיחיד הוא בעל מניות מהותי בה - בשיעור שלא יעלה על 30%.

סעיף 125ב לפקודה עניינו בשיעור המס החל על הכנסה מדיבידנד. הסעיף קובע, כי שיעור המס על דיבידנד בידי יחיד הוא 25%, ואם היחיד הוא בעל מניות מהותי בחברה מחלקת הדיבידנד, אז יחול עליו מס בשיעור של 30%.

בתיקון 132 לפקודה, שתחילתו היא מהמועד הקובע, הושווה שיעור מס רווח הון שלאחר המועד הקובע לשיעור המס החל על דיבידנד. כך שנכון להיום נישום, אשר רכש את מנייתו בחברה לאחר המועד הקובע, ומבקש לממש את רווחי החברה הגלומים במניה, אדיש מבחינת שיקולי המס בין האפשרות של חלוקת הרווחים כדיבידנד לבין מכירת המניה, שהרי שיעורי המס זהים בשתי האפשרויות.

לא כך הם הדברים ביחס ליחיד שרכש את מניותיו בחברה לפני המועד הקובע. ביחס לנישום שכזה, בעת חלוקת דיבידנד יחול מס אחיד בשיעור של 25% או 30% (כתלות בשיעור החזקתו בחברה) בהתאם לסעיף 125ב לפקודה. לעומת זאת במכירת המניה, על חלק רווח ההון שעד למועד הקובע (המחושב באופן לינארי) אמור לחול לפי סעיף 91(ב) מס בשיעור מקסימלי של 47%. ברי כי במצב זה הנישום אינו אדיש בין מימוש הרווח באמצעות חלוקת הדיבידנד לבין מימושו באמצעות מכירת המניות, והוא יעדיף לחלק את הדיבידנד טרם מכירת המניות.

מצב דומה חל גם באשר לחברה המחזיקה במניות חברה אחרת. בהתאם לסעיף 91(א) לפקודה, בעת מכירת מניות של חברת בת, חייבת חברת האם במס בשיעור הקבוע בסעיף 126(א) לפקודה (מס חברות ששיעורו נכון להיום 23%).

אולם, סעיף 126(ב) לפקודה קובע כי בהכנסותיה של חברה לא תיכלל הכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל, שנתקבלו מחבר בני אדם אחר החייב במס חברות. דהיינו דיבידנד בין-חברתי שמחלקת חברת בת ישראלית פטור ממס בידי החברה האם<sup>5</sup>.

כך יוצא, שבדומה ליחיד שרכש את מניותיו לפני המועד הקובע, אם לחברה בת קיימים עודפים לחלוקה, גם חברת אם אינה אדישה בין אפשרות מימוש הרווח הגלום במניות חברת הבת באמצעות חלוקת הדיבידנד (אשר פטור ממס לפי הוראות סעיף 126(ב) לפקודה) לבין מימושו באמצעות מכירת המניות (מכירה החייבת במס חברות).

על מנת לפתור את הכשל הזה, ולאפשר לנישום אדישות מיסויית בין שתי אפשרויות מימוש הרווח, קיים סעיף 94 לפקודה, עליו נרחיב את הדיבור כעת.

---

5. סעיף 126(ב) לפקודה נועד למנוע הטלת כפל מס בגין אותה פעילות עסקית בשרשרת ההחזקות עד לחלוקת הרווח לבעל המניות בקצה השרשרת. ר' ע"א 8783/14 צ.א.ג. תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב, "מיסים" 5/ (אוקטובר 2016) ה-83.

## סעיף 94 לפקודה - רווחים ראויים לחלוקה

כפי שהזכרנו בראשית הדברים, מטרת הוראת סעיף 94 לפקודה היא ליצור אדישות מיסויית בין שתי אפשרויות מימוש רווחי החברה הגלומים במניה, בין אם באמצעות חלוקתם כדיבידנד ובין אם באמצעות מכירת המניה.

לצורך כך קובע סעיף 94, כי בעת מכירת המניה, כאשר קיימים בחברה עודפים שניתן לחלקם כדיבידנד, חלק מרווח ההון המיוחס ל"רווחים הראויים לחלוקה" יחויב במס לפי שיעור המס שהיה חל עליו אילו היה מחולק כדיבידנד.

על התכלית של הסעיף עמד בית המשפט העליון בפרשת פגי<sup>6</sup>:

"על רקע זה קבע המחוקק - במסגרת סעיף 94 לפקודה - הסדר מיסוי המיוחד למצב של מכירת מניות כאשר קיימים בעודפי החברה רווחים ראויים לחלוקה. בגדר ההסדר ניתנת הטבת מס בעת מכירת מניות החברה, ביחס לחלק ברווח ההון המשקף את הרווחים הראויים לחלוקה שלא חולקו כדיבידנד. שיעור המס המוטל על חלק זה אינו שיעור מס רווח הון רגיל, אלא שיעור מס מופחת. בכך, מבקש הסעיף להגשים שתי תכליות: האחת, מניעת מיסוי בִּיְתֵר; והשנייה, יצירת אדישות מיסויית ביחס להחלטת הנישום האם לחלק דיבידנד טרם מכירת המניות או לא."

בשל חשיבותו לענייננו, נביא כאן כלשונו את עיקרי ההסדר הקבוע בסעיף 94(א)(1) לפקודה:

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

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

על פי הוראות הסעיף, באשר לחברה המוכרת מניות של חברה בת ישראלית, חלק מרווח ההון שנוצר ממכירת מניות הבת, השווה לרווחים הראויים לחלוקה הצבורים אצל החברה הבת, יהיה פטור ממס, בדומה לתוצאת המס של הדיבידנד הבין-חברתי, אילו היה מחולק לחברה האם לפי סעיף 126(ב) לפקודה.

ביחס ליחיד, נקבע בסעיף מנגנון דומה לפיו, חלק מרווח ההון השווה לרווחים הראויים לחלוקה יתחייב במס לפי שיעור המס החל על דיבידנד לפי סעיף 125ב לפקודה.

6. ע"א 181/14 אברהם פגי ואח' נ' פקיד שומה חיפה ואח', "מיסים" 2/ל (אפריל 2016) ה-57, 59.

ראינו לעיל, כי בתיקון 132 הושוו שיעורי המס על דיבידנד ושיעורי מס רווח הון. אלא שביחס ליחיד אשר רכש את מניותיו לפני המועד הקובע חלק מרווח ההון שעד למועד הקובע (המחושב באופן לינארי) חייב במס לפי סעיף 121 לפקודה ועד לשיעור המס המקסימלי הקבוע בסעיף (47% נכון להיום), לכן ברי כי ביחס לנישום יחיד, החשיבות הגדולה של סעיף 94 לפקודה היא אצל נישום אשר רכש את מניותיו לפני המועד הקובע, שאז במקום להתחייב במס בשיעור המקסימלי הקבוע בסעיף 121 לפקודה (47%) הוא יתחייב במס בשיעור החל על דיבידנד בלבד (30%/25%).

ואכן סעיף 94 קובע כך ביחס למועד רכישת המניות:

**"במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע, או על ידי חבר בני אדם, יחולו הוראות אלה..."**

כפי שהוזכר בראשית הדברים, בהסתמך על הנוסח הזה של הסעיף מחזיקה רשות המסים בעמדה, כי מנגנון הרר"ל חל ביחס ליחיד, רק אם רכש את מניותיו לפני המועד הקובע, וגם במקרה שנמכרו מניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד.

נוסח זה של סעיף 94, בו נוסף הצירוף "על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע", התקבל במסגרת תיקון 147 לפקודה<sup>7</sup>. בדברי ההסבר לתיקון האמור נוסחו הדברים כך<sup>8</sup>:

**"סעיף 94 לפקודה קובע כי במכירת מניה, חלק רווח ההון בגובה הרווחים הראויים לחלוקה יחוייב במס בשיעור החל על דיבידנד. הוראה זו נועדה למנוע פער בין המס החל בחלוקת דיבידנד לפני מכירת המניה לבין המס החל במכירת מניה כשלא חולק דיבידנד קודם למכירה. מאחר שבעקבות התיקונים שנקבעו בתיקון מס' 132 לפקודה, שיעור המס החל על דיבידנד בידי יחיד ושיעור המס החל על רווח הון בידי הו"א זהה, החל מהמועד הקובע - 1 בינואר 2003, אין צורך בהוראה ומוצע לבטלה לגבי יחיד אם יום הרכישה של המניות היה לפני המועד הקובע (צ"ל: לאחר המועד הקובע, הח"מ)."**

כפי שניתן להבין מדברי ההסבר, הוספת הצירוף האמור מקורה בהשוואת שיעורי מס רווח הון ומס על דיבידנד על יחידים לאחר תיקון 132. הנחת המוצא של המחוקק הייתה, שהואיל והחל מהמועד הקובע שיעורי המס על דיבידנד ועל רווח הון אצל יחיד זהים, אזי אין עוד צורך בהסדר הרר"ל לגבי יחיד שרכש את המניות לאחר המועד הקובע, הואיל וממילא תוצאת המס אצלו זהה בין אם ימומש הרווח באמצעות חלוקת דיבידנד ובין אם באמצעות מכירת המניה. זוהי הסיבה, כך לפי דברי ההסבר, שלאחר התיקון יוחל מנגנון הרר"ל על יחיד, רק כאשר רכש את מניותיו לפני המועד הקובע. בדברי ההסבר אין כל התייחסות למקרים בהם ייתכן כי חל שיעור מס שונה על דיבידנד, שלא לפי הוראות הפקודה, אלא לפי

7. ס"ח 2023, מיום 10.8.2005.

8. ה"ח הממשלה 186, עמ' 950.

הוראות החוק לעידוד השקעות הון, ודומה כי נושא זה כלל לא עמד לנגד עיני יוזמי תיקון 147 לפקודה. על פניו ניתן היה לסבור, בהיעדר התייחסות לנושא, כי מנגנון הרר"ל כלל אינו חל במקרה של מניות של חברה הזכאית להטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון. זו העמדה בה החזיקה בתחילה רשות המסים, אך היא נדחתה בפסיקת בית המשפט העליון. אולם בטרם נרחיב את הדיבור על כך, נדון בהוראות החוק לעידוד השקעות הון.

## החוק לעידוד השקעות הון

החוק לעידוד השקעות הון כשמו כן הוא, נועד לעודד השקעות ויוזמה כלכלית לצורך קידום תכליות כלכליות וחברתיות. כך נקבע בסעיף 1 לחוק, שכותרתו "מטרה":

**"מטרת חוק זה היא עידוד השקעות הון ויוזמה כלכלית, באופן שבו תינתן עדיפות לחדשנות ולפעילות אזורי פיתוח, לשם -**

(א) פיתוח כושר הייצור של משק המדינה;

(ב) שיפור יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים;

(ג) יצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא."

לשם השגת מטרות אלה נקבעו בחוק, בין היתר, הטבות מס לפעילויות כלכליות שהמחוקק מבקש לקדם, המצויות בפרק שביעי לחוק. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת עיט<sup>9</sup>:

**"תכלית החוק ומטרתו, כפי שבוטאה בסעיף 1 לו, היא משיכת הון לישראל ועידוד יוזמה כלכלית והשקעות הון חוץ והון מקומי. האמצעים להגשמת התכלית הם - לפי סעיף 2 לחוק העידוד - בין השאר, הענקת מענקים, פטורים, הנחות, הקלות והיתרים."**

בין יתר ההטבות שמוענקות על פי החוק לעידוד השקעות הון ניתן למנות גם הטבות בשיעורי המס החלים על דיבידנד המחולק ליחיד, מחברות בעלות פעילות שהמחוקק חפץ לקדם. כך למשל, דיבידנד שמחלקת חברה שהיא בעלת מפעל מאושר שהוא "מפעל תיירותי" חייב במס בשיעור של 20%<sup>10</sup>; דיבידנד שמחולק מתוך הכנסה שהיא "הכנסה מוטבת" חייב במס בשיעור של 20%<sup>11</sup>; דיבידנד שמקורו ב"הכנסה חייבת מועדפת" חייב במס בשיעור של 20%<sup>12</sup>; דיבידנד שמקורו ב"הכנסה טכנולוגית מועדפת חייבת" חייב במס בשיעור של 20%<sup>13</sup>; ודיבידנד שמקורו בהכנסה חייבת שהופקה ממכירה או מהשכרה של דירות ב"בניין לשכירות

9. ע"א 5264/91 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ, "מיסים" 1/ (פברואר 1996) ה-62, 70.

10. ראו סעיף 47(ב)2.

11. ראו סעיף 51(ג)1.

12. ראו סעיף 51ח.

13. ראו סעיף 51כו.

מוסדית" חייב במס בשיעור של 20%.<sup>14</sup> לצורכי נוחות נקרא לחברות שכאלה "חברות הזכאיות להטבות מס לפי חוק העידוד".

בכל המקרים הללו, דיבידנד שמחולק ליחיד יחויב במס בשיעור של 20% בלבד, לעומת מס בשיעור של 25% או 30% (כתלות בשיעור ההחזקה של בעל המניות), שחל על דיבידנד שמקורו בהכנסה חייבת של חברה שאינה זכאית להטבות מס לפי חוק העידוד (חברה "רגילה").

כאן נשאלת השאלה - מהו היחס שבין סעיף 94 לפקודה לבין החוק לעידוד השקעות הון, וביתר פירוט, האם מנגנון הרר"ל חל גם בעת מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד? שאלה זו נדונה בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **סקמסקי**.<sup>15</sup>

### היחס בין סעיף 94 לבין החוק לעידוד השקעות הון - פרשת סקמסקי

בפרשת **סקמסקי** נדונה מכירת מניות של מייסדי חברה שהוקמה בשנת 1976, והייתה בעלת "מפעל מאושר", המקנה זכות להטבות מס לפי חוק העידוד, כך שהמס החל על הדיבידנד שמקורו בהכנסתה, בהתאם למועדים הרלוונטיים באותו מקרה, הוא בשיעור של 15% בלבד.

בעלי המניות המוכרים טענו, כי חלק מרווח ההון הריאלי בגובה חלקם ברווחים הראויים לחלוקה, חייב במס בשיעור 15%. זאת, תוך שילוב של הוראות סעיף 94(א) (1) לפקודה והוראות חוק העידוד. לעומת זאת פקיד השומה טען, בין היתר, כי אין תחולה בנסיבות אלה לסעיף 94 לפקודה, הואיל והסעיף מפנה לעניין שיעור המס ביחס ליחיד לסעיף 125 לפקודה בלבד, להבדיל משיעור המס הקבוע בחוק העידוד. נטען כי אף אם חל מנגנון הרר"ל, הרי ששיעור המס החל על חלקם של בעלי המניות ברווחים הראויים לחלוקה הוא זה הקבוע בסעיף 125 לפקודה (25% נכון למועד הרלוונטי באותה פרשה), ולא זה הקבוע בחוק לעידוד השקעות הון. עוד טען פקיד השומה, כי יש לראות את יום רכישת המניות בידי בעלי המניות ביום 1.1.2003, בעוד ההסדר הקבוע בסעיף 94 לפקודה חל על מניות שנרכשו לפני המועד הקבוע בלבד, ולכן ממילא לא ניתן להחיל על בעלי המניות את סעיף 94 לפקודה.

בפסק הדין נדחו טענות פקיד השומה והתקבלה עמדת בעלי המניות ביחס להחלת שיעור המס לפי חוק העידוד על הרווחים הראויים לחלוקה הגלומים במניותיהם. ראשית, דחה בית המשפט את עמדת פקיד השומה כי יש לראות את מועד רכישת המניות ביום 1.1.2003, וקבע, כממצא עובדתי, כי המניות נרכשו זמן רב לפני המועד הקובע.

אך החשיבות הגדולה של פסק הדין היא דווקא בדחיית עמדתו האחרת של פקיד השומה, לפיה לא ניתן להחיל על הרר"ל את שיעורי המס הקבועים בחוק העידוד, בהינתן - כך טען פקיד השומה - שסעיף 94 לפקודה קובע במפורש כי שיעור המס שיחול הוא זה הקבוע בסעיף 125 לפקודה. בית המשפט קבע, כי משעה שנקבע בחוק העידוד, שהוא דין ספציפי, שיעור מס אחר החל על דיבידנד שמקורו בהכנסה הזכאית להטבות מס, הרי ששיעור מס זה

14. ראו סעיף 53(ד2).

15. ע"א 3277/19 פקיד שומה ירושלים נ' אפרים סקמסקי ואח', פורסם במיסים אונליין (16.8.21).

גובר על שיעור המס על דיבידנד הקבוע בפקודת מס הכנסה, גם לעניין סעיף 94ב. וזאת מהטעם, שהוראות חוק ספציפי גוברות על הוראות הדין הכללי<sup>16</sup>:

**"כפי שהוסבר לעיל, בעניין צ.א.ג נקבע כי סעיף 126(ב) לפקודה ניגף בפני סעיף 47(ב)(2) לחוק העידוד, בהיות האחרון דין ספציפי. מדוע יגרע אפוא כוחו של חוק העידוד מקום שבו ניצב מולו סעיף 125ב? נזכיר כי סעיפים 125ב ו-126(ב) נכרכו יחדיו בסעיף 94ב(א)(1) לפקודה; ומשעה שנקבע כי סעיף 126(ב) הוא בגדר דין כללי הניגף בפני חוק העידוד, דין זהה צריך לחול לכאורה גם על סעיף 125ב."**

כמו כן נקבע, כי בחוקקו את סעיף 94ב לפקודה ביקש המחוקק למנוע מצב שבו משטר המס הוא שיוביל את הנישום להחליט אם למשוך דיבידנד בסמוך למכירה או להימנע מכך, ולכן ביקש ליצור "אדישות מיסויית" בין שתי אפשרויות אלה. נקבע כי מצב, בו המס על דיבידנד הוא בשיעור של 15% בעוד ששיעור המס שחל על רכיב הרר"ל הוא 25%, חותר תחת תכלית זו. עוד הוסף כי תכליתו של סעיף 94ב מובילה למסקנה, שיש להעדיף את שיעור מס הדיבידנד שנקבע בחוק העידוד על פני שיעור המס הקובע בהוראות הפקודה<sup>17</sup>:

**"כפי שהוסבר, הסוגיות של מיסוי דיבידנד ומיסוי רווחים ראויים לחלוקה הן שתי סוגיות הכרוכות זו בזו."**

מסקנתנו לעיל נתמכת גם בהגיונם ותכליתם של דברים. כפי שהוסבר בעניין עיט, בחוקקו את חוק העידוד, המחוקק ראה לנכון להעניק הטבה בנוגע לשיעור המס החל על דיבידנד; ואין חולק כי אילו היתה החברה במקרה דנן מחלקת דיבידנד לפני מכירת המניות, שיעורו היה 15%. מדוע אפוא שיעור המס על דיבידנד - שממנו נגזר שיעור המס בגין רכיב הרר"ל - מאבד מהרלוונטיות שלו מקום שבו מדובר בחברה בעלת מפעל מאושר הזכאית להטבות לפי חוק העידוד?

זאת ועוד. כפי שהוסבר באריכות לעיל, בחוקקו את סעיף 94ב ביקש המחוקק למנוע מצב שבו משטר המס הוא שיוביל את הנישום להחליט אם למשוך דיבידנד או להימנע מכך. ברי כי לדידו של מקבל הדיבידנד, מצב שבו שיעור המס החל על דיבידנד עומד על 15% בעוד ששיעור המס שחל על רכיב הרר"ל הוא 25%, חותר תחת תכלית זו (וזאת גם בהנחה ששיעורי המס לפי חוק העידוד אינם מבטיחים אדישות מיסויית מוחלטת של הנישום, שהרי לחוק העידוד תכליות ואיזונים משלו). ספק אפוא עד כמה גישת המערער מגשימה את תכליתו של הסעיף."

בהינתן הקביעה העובדתית של בית המשפט, כי יום רכישת המניות חל לאחר המועד הקובע, לא נערך דיון מעמיק בפסק הדין בשאלה שהוצבה במאמר זה - האם סעיף 94ב לפקודה חל גם במקרה של מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, שנרכשו לאחר המועד הקובע. אמנם במקום אחד בפסק הדין קבע בית המשפט כך<sup>18</sup>:

16. שם, בפסקה 37.

17. שם, בפסקאות 37-39.

18. שם, בפסקה 20.



**"כפי שפורט לעיל, סעיף 94ב(א) חל על מכירת מניות שנרכשו על ידי יחיד" לפני המועד הקובע, קרי לפני ה-1.1.2003.**

אולם אמירה זו יש לבחון על רקע הממצא העובדתי שקבע בית המשפט ביחס למועד רכישת המניות, ועל כן ממילא הוא לא נדרש לשאלה, האם יש להחיל את סעיף 94ב לפקודה במקרה של מניה שנרכשה לאחר המועד הקובע ושהדיבידנד בגינה נתון לשיעור מס מופחת לפי חוק העידוד. דומה כי בדבריו האמורים הסתמך בית המשפט על לשונו הפשוטה של סעיף 94ב(א) לפקודה, ועל הצירוף המופיע בו ביחס למכירת מניות על ידי יחיד, "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע", אך כפי שיפורט להלן, אין הכרח כי זו הפרשנות שיש לתת לסעיף בעת יישום הוראותיו. מכל מקום אין לראות את אמירתו זו של בית המשפט בפרשת **סקמסקי** כאילו הכריעה בעניין זה, הואיל ובית המשפט כלל לא נדרש לכך לאור קביעתו העובדתית. למעשה קריאה של פסק הדין בפרשת **סקמסקי** דווקא מובילה למסקנה כי אילו היה נדרש לכך בית המשפט היה ככל הנראה קובע אחרת, כפי שידון מיד.

אם לסכם את משמעות פסק הדין בפרשת **סקמסקי**, הרי שחשיבותו הרבה היא בכך, שלמרות שסעיף 94ב לפקודה כלל אינו מזכיר את שיעורי המס הקבועים בחוק העידוד, ואף קובע במפורש כי שיעור המס החל על הר"ל הוא זה הקבוע בסעיף 125ב לפקודה (ביחס ליחיד), קבע בית המשפט העליון, כי גם במקרה של מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד יחול מנגנון הר"ל, תוך שיש לקרוא אל תוך הסעיף את שיעורי המס החלים לפי חוק העידוד על חלוקת דיבידנד ליחיד, הואיל וחוק העידוד הוא דין ספציפי הגובר על הדין הכללי.

**החלת שיעור המס לפי חוק העידוד על ר"ל במכירת מניה שנרכשה לאחר המועד הקובע**

משהגענו עד כאן, נעבור אפוא לשאלה בה עוסק המאמר: האם מנגנון הר"ל שבסעיף 94ב לפקודה חל גם בעת מכירת מניות בידי יחיד של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, ואשר נרכשו לאחר המועד הקובע.

כפי שראינו קודם, סעיף 94ב(א) לפקודה קובע כך:

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

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

מקריאה ראשונה של סעיף 94ב ניתן אולי לפרשו באופן כזה שיש להחילו, בכל מקרה של מכירה בידי יחיד, רק כאשר נרכשו המניות לפני המועד הקובע.

כך טוענת רשות המסים, אשר לדידה הוראות סעיף 94 לפקודה אינן חלות אם המניות הנמכרות נרכשו לאחר המועד הקובע תמיד ובכל מקרה, וגם אם המניות הן של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד. עמדת רשות המסים הובעה, בין היתר, במסגרת עמדה חייבת בדיווח מס' 92/2021, בה נקבע כך:

**"הוראות סעיף 94 לפקודה אינן חלות בעת מכירה על ידי יחיד של מניות שיום רכישתן הוא במועד הקובע (1.1.2003) או לאחריו, לרבות בעת מכירת מניות של חברה הזכאית להטבות במס מכוח חוק עידוד."**

אולם עמדה זו אף שהיא אמנם אפשרית מבחינה לשונית, אין בה כל היגיון כלכלי או מיסוי, במקרה של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, ודומה שהיא אף משיגה מטרה הפוכה מהתכלית של סעיף 94 לפקודה ואף מתכליתו של החוק לעידוד השקעות הון והטבות המס שניתנות על פיו. שהרי בהינתן שסעיף 94 לפקודה נועד ליצור אדישות מיסויית בין חלוקת הדיבידנד לבין מכירת המניה, אזי במקרה של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, יישום מנגנון הרר"ל יוביל לתוצאה זו במנותק ממועד רכישת המניות. זאת בשונה מחברה "רגילה", שאינה זכאית להטבות לפי חוק העידוד, אשר מנגנון הרר"ל ביחס אליה ישים רק כאשר נרכשו מניותיה לפני המועד הקובע.

כפי שראינו לעיל, במסגרת תיקון 147 לפקודה, בו תוקן נוסח סעיף 94 לפקודה, ונוסף לו הצירוף - ביחס ליחיד, "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע", אין כל התייחסות למצב של מכירת מניות שהדיבידנד בגין בידי יחיד נתון למס מופחת לפי חוק העידוד. דומה כי כל שעמד לנגד עיני המחוקק במסגרת תיקון הסעיף, כפי שעולה מדברי ההסבר, הוא החלת מנגנון הרר"ל על חברה "רגילה", שהדיבידנד על מניותיה בידי יחיד חייב בשיעור המס לפי הדין הכללי, הקבוע בסעיף 125ב לפקודה. ביחס לחברה כזו, ישנו פער בין שיעור המס החל על רווח ההון לפני המועד הקובע לבין שיעור המס החל על דיבידנד, ומכאן הצורך בהוראות סעיף 94ב, המייצר אדישות מיסויית בין שתי האפשרויות, אך במקרה שמניות אותה חברה נרכשו לאחר המועד הקובע, האדישות המיסויית הושגה ממילא באמצעות השוואת שיעורי המס על דיבידנד ועל רווח הון בתיקון 132, ואין כל צורך בהוראותיו של סעיף 94ב.

עמד על כך בית המשפט המחוזי בפרשת **טולדנו**<sup>19</sup>, עליו עוד נרחיב את הדיבור בהמשך:

**"אומנם, לשון סעיף 94 לפקודה קובעת כי הוא יחול ביחס ליחידים אך בקשר למניות שנרכשו לפני "המועד הקובע", יום 1.1.2003, כך שהוא לא חל בנסיבות המקרה דנן (נעמה נאות הוקמה בשנת 2006). אלא שאני סבורה שהסיבה לכך היא לא משום שהמחוקק התכוון להבחין בין יחיד שרכש מניות לפני המועד הקובע ליחיד שרכש מניות לאחריו, אלא משום שלכאורה לא היה עוד צורך ב"פיקציה" לאחר מועד זה לאור איחוד והשוואת שיעורי המס שחלים על היחיד, הן בגין רווחי הון והן בגין דיבידנדים. אולם, הוראת הסעיף לא הביאה בחשבון כי במקרים מיוחדים, דוגמת המקרה דנן, אין התאמה בין שיעורי המס."**<sup>20</sup>

19. ע"מ 1758-01-21 אבי טולדנו ואח' נ' פקיד שומה תל אביב 1, ראו מדור פסיקה בכרך זה (7.9.23).

20. שם, בפסקה 50.

ברור אפוא, כי שאלת מועד רכישת המניות - אם לפני או אחרי המועד הקובע - רלוונטית באופן בלעדי לסיטואציה של חברה "רגילה", שאינה זכאית להטבות לפי חוק העידוד. אולם ביחס לחברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד אין זה משנה כלל מתי נרכשו מניותיה, כיוון שבכל מקרה שיעור המס החל על משיכת הרווחים באמצעות חלוקת דיבידנד (לפי חוק העידוד) יהיה נמוך משיעור מס רווח ההון (לפי הפקודה) שיחול במכירת המניה. אם נצרך את הקביעה הזו אל ההלכה העולה מפרשת **סקמסקי**, לפיה סעיף 94 לפקודה חל גם במקרה של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, המסקנה היא שביחס לחברה כאמור, נכון להחיל את מנגנון הר"ל בין אם נרכשו מניותיה לפני המועד הקובע ובין אם נרכשו לאחריו. התכלית שבסעיף 94 לפקודה, המבקשת ליצור ניטרליות מיסויית בין חלוקת דיבידנד ובין מכירת המניה, מתקיימת במנותק משאלת מועד רכישת המניות. ואם כך הדבר - שומה עלינו למצוא פרשנות ללשון החוק אשר מקיימת גם את תכליתו.

למעשה, העמדה המבקשת לקבוע כי אין להחיל את סעיף 94 לפקודה ביחס למניות שנרכשו לאחר המועד הקובע, גם במקרה של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד, מסתמכת על טענה אחת פורמלית - הטענה כי ברישא של סעיף 94(א) לפקודה נמצא, ביחס ליחיד, הצירוף "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע". לפיכך, כך נטען, לא יחול ההסדר לגבי מכירת מניות שרכש יחיד לאחר המועד הקובע. הגם שמקריאה ראשונה של הסעיף ניתן לצדד בעמדה זו, סבור אני כי קריאה מדוקדקת שלו, על רקע ההלכה שנקבעה בפרשת **סקמסקי**, מלמדת כי לשון הסעיף לא ביקשה לאסור באופן קטגורי את החלת סעיף 94 לפקודה בכל מקרה של מניות שנרכשו לפני המועד הקובע.

זהו המקום להזכיר את פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **קיבוץ חצור**<sup>21</sup>, בו נדון אופן פרשנותה של חקיקת מס, וכך קבע שם בית המשפט<sup>22</sup>:

**"כמו כל חוק אחר, גם לעניין חוק מס נקודת המוצא היא לשון החוק, והשאלה היא, אם לאפשרויות השונות יש עיגון, ולו מינימאלי, בלשון ההוראה. מבין האפשרויות הלשוניות השונות יש לבחור אותה אפשרות, המגשימה את מטרתה של חקיקת המס. לעתים מטרת החקיקה היא הטלת מס, ולעתים מטרתה היא פטור ממס. בזו כבזו על הפרשן ליתן אותו פירוש, המביא להגשמת תכלית החקיקה."**

ובהמשך<sup>23</sup>:

**"על תכליתה של חקיקת המס ילמד השופט מכל מקור אמין. כך, למשל, בחוק מס, כמו גם בכל חוק אחר, יש חשיבות רבה לשאלה, מה היתה התקלה שביקש המחוקק לרפא ומה הרקע לחקיקתו של חוק המס."**

21. ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד (לט) 70 ו"מיסים אונליין".

22. שם, בעמ' 75.

23. שם, בעמ' 77.

פסק הדין בפרשת **קיבוץ חצור**, שהוא פסק הדין המנחה בעניין פרשנותו של חוק מס, מורה כי יש לאתר מתוך לשון החוק את אותה פרשנות המקיימת את תכליתו. לפי ההלכה, על מנת להגשים את תכלית החוק יש להעדיף מבין האפשרויות הלשוניות השונות את אותה אפשרות המקיימת את תכליתו, ובלבד שיהיה לה עיגון מינימלי בלשונו.

כפי שנדון לעיל, תכליתו של סעיף 94ב לפקודה היא ליצור אדישות מיסויית בין מימוש הרווחים הגלומים במניה באמצעות חלוקתם כדיבידנד ובין מימושם באמצעות מכירת המניות. תכלית זו רלוונטית כמובן גם ביחס למניות חברה "רגילה" וגם ביחס למניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד. אולם, בענייננו, יש להביא בחשבון תכלית נוספת והיא תכליתו של החוק לעידוד השקעות הון, אשר כאמור לעיל, מושגת בין היתר באמצעות מתן הטבות מס. אין ספק כי אי-החלת הסדר הרר"ל על חברה הזכאית להטבת מס לפי חוק העידוד שוחק את הטבת המס, אם לא מבטל אותה כליל. התייחס לכך בית המשפט העליון בפרשת **סקמסקי**:

**"מסקנתנו לעיל נתמכת גם בהגיונם ותכליתם של דברים. כפי שהוסבר בעניין עיט, בחוקקו את חוק העידוד, המחוקק ראה לנכון להעניק הטבה בנוגע לשיעור המס החל על דיבידנד; ואין חולק כי אילו היתה החברה במקרה דנן מחלקת דיבידנד לפני מכירת המניות, שיעורו היה 15%. מדוע אפוא שיעור המס על דיבידנד - שממנו נגזר שיעור המס בגין רכיב הרר"ל - מאבד מהרלוונטיות שלו מקום שבו מדובר בחברה בעלת מפעל מאושר הזכאית להטבות לפי חוק העידוד?"<sup>24</sup>**

זאת ועוד. בפרשת **סקמסקי** אף צוין, תוך הפניה לפסק הדין בפרשת **צ.א.ג.**<sup>25</sup>, כי החלת הסדר הרר"ל על חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד משיגה יתרון נוסף העולה בקנה אחד עם החוק לעידוד השקעות הון, והוא הותרת ההון בחברה תחת משיכתו על ידי הבעלים, על מנת שישמש להשקעות נוספות ולפעילות נוספת שהמדינה מבקשת לקדם<sup>26</sup>:

**"בסיכום הדברים, נקבע בעניין צ.א.ג. כי "הוראות סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק עידוד השקעות גוברות על הדין הכללי הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה. בהתאם, דיבידנד המחולק לחברה-אם, שמקורו בהכנסה ממפעל מאושר, יוביל לחבות במס בשיעור 15%". עוד הוסבר כי תוצאה זו עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 47(ב)(2)(א) לחוק העידוד, שנועד לספק תמריץ שלא להעביר רווחים שמקורם בהטבות שבחוק לבעל השליטה בחברה, וזאת מתוך כוונה שאלו יושקעו בפיתוח החברה עצמה (שם בפסקאות 24-25, ההדגשה הוספה - י"ע)."**

ברי כי אי-החלת הסדר הרר"ל על חברה הזכאית להטבות מס, במקרה של רכישת המניות לאחר המועד הקובע, תיצור תמריץ לבעליה למשוך את הדיבידנד לפני מכירתה, תוך החלת

24. פרשת **סקמסקי**, בפסקה 38.

25. הי"ש 5 לעיל.

26. פרשת **סקמסקי**, בפסקה 35.

שיעור המס המופחת לפי חוק העידוד, על פני מכירת המניה ותשלום מס רווח הון בשיעורים גבוהים יותר.

לפיכך יש אפוא להעדיף פרשנות אשר תקיים הן את התכלית של סעיף 94(ב) לפקודה והן את תכלית החוק לעידוד השקעות הון והטבות המס שניתנות מטעמו. אין ספק כי במקרה של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד אין כל טעם בהגבלת הסדר הרר"ל, כך שלא יחול על יחיד שרכש את המניות לאחר המועד הקובע. עמדה זו של רשות המסים, אף שהיא עשויה להיות אפשרית מבחינה לשונית, אינה מקיימת אף תכלית, מלבד פירוש דווקני של הוראות הסעיף.

וכך התייחס בית המשפט העליון בפרשת **קיבוץ חצור** לפרשנות שכזו<sup>27</sup>:

**"וכאשר נתקל השופט בהוראה, הנראית לו לכאורה סתומה, אין עליו להתייחס אלא עליו לעשות מאמץ אינטלקטואלי לבחון את הרקע לחקיקתה ואת המטרה, שביקש המחוקק להשיג, ועד כמה מטרה זו מעוגנת באותה לשון סתומה. לא פעם קיים בלבי החשש, כי הדבקות בפרשנות דווקנית של חוקי מס אינה אלא מפלט לחוסר רצון להתמודד עם הוראה קשה. כמובן, אם לאחר מיצוי תהליך הפרשנות נשארת ההוראה סתומה, כי אז יש ליתן אותו פירוש, שאין בו חיוב האזרח להיפרד מהחופש האישי שלו או מרכושו ונכסיו. כך תושג אותה מזיגה ראויה בין הצורך לקיים את צורכי המדינה לבין הצורך לשמור על זכויות הפרט."**

מצוידים בדברים הללו, יש לפנות לפרשנות של סעיף 94 לפקודה. על מנת להגשים את תכלית החקיקה, סבור אני כי את הצירוף "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע" יש לקרוא יחד ובכריכה אחת עם ההפניה שקיימת בהמשך לסעיף 125ב לפקודה, ואליו בלבד. כלומר יש לראות בצירוף הנ"ל כמתייחס למכירת מניה בידי יחיד של חברה "רגילה" בלבד, אשר על הדיבידנד שהיא מחלקת חל שיעור המס הקבוע בסעיף 125ב לפקודה, שהוא הדין הכללי. זאת מאחר שהנפקות הבלעדית של החלת מנגנון הרר"ל על חברה כזו, שאינה זכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, היא רק כאשר נרכשו מניותיה לפני המועד הקובע, בהינתן הפער בין שיעור המס על דיבידנד ושיעור המס על רווח הון ביחס לתקופה שלפני המועד הקובע. אין ספק כי זהו תפקידו של הצירוף האמור בנוסח הסעיף, ואין כל תכלית אחרת בהתניית תחולתו של הסדר הרר"ל על יחיד שרכש את מניותיו לפני המועד הקובע, אלא אם חל עליו שיעור המס על דיבידנד לפי סעיף 125ב לפקודה.

לפיכך במכירת מניה בידי יחיד של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, אשר שיעור המס על הדיבידנד שלה נקבע לפי הוראות חוק העידוד, ולא לפי סעיף 125ב לפקודה, אין כלל מקום לכרוך את הצירוף הנ"ל בעת החלת מנגנון הרר"ל. בית המשפט העליון בפרשת **סקמסקי** קרא אל תוך סעיף 94 לפקודה גם את שיעורי המס על דיבידנד לפי חוק העידוד, בנימוק שהדין הספציפי הקבוע בחוק העידוד גובר על הדין הכללי. לפיכך וכפועל יוצא, במקרה של החלת שיעור המס לפי הדין הספציפי (חוק העידוד) ממילא גם מתייטר הצירוף הנ"ל, שמלכתחילה התייחסותו היא לדין הכללי שבסעיף 125ב לפקודה, ואליו בלבד.

27. פרשת **קיבוץ חצור**, בעמ' 78.

למעשה פרשנות זו של הסעיף היא המשך ישיר לדרך שבה פירשו בית העליון בפרשת **סקמסקי**. בית המשפט העליון קבע שם, כי לשון סעיף 94 לפקודה מתייחסת לדין הכללי בלבד, אך אין בה כדי לשלול את תחולתו של הדין הספציפי שבחוק העידוד על שיעור המס החל על הרר"ל<sup>28</sup>:

**"לסיכום נקודה זו: ההפניה בסעיף 94(א) (1) לסעיפים 125ב ו-126(ב) לפקודה, מבטאת הפניה לדין הכללי והיא משקפת את ההבחנה היסודית לגבי מיהותו של מקבל הדיבידנד, ובפרט ההבחנה בין יחיד לבין חברה. אין ללמוד מהפניה זו על כוונה של המחוקק לשלול מדעיקרא את תחולתו של חוק העידוד, שהוא בגדר דין ספציפי, לגבי שיעור המס הרלוונטי. כך עולה מפסיקתו של בית משפט זה, והדברים אף מתיישבים עם תכליתו של חוק העידוד ושל ההסדר המעוגן בסעיף 94, כמפורט לעיל."**

אשר על כן יש להמשיך ולומר כי גם הצירוף "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע", המופיע בסעיף, יחול אך ורק בעת שחל הדין הכללי (במקרה זה מיסוי הרר"ל לפי סעיף 125 לפקודה), שאז אכן ישנה רלוונטיות למועד רכישת המניות בהינתן הפער בין המס על הדיבידנד לבין המס על רווחי הון לפני המועד הקובע. לאחר שקבע בית המשפט העליון כי יש להעדיף את הדין הספציפי (חוק העידוד), באופן שלא יחול הדין הכללי בסעיף 125 לפקודה במקרה של חברה הזכאית להטבות מס, אזי הפועל היוצא הוא שגם הצירוף האמור מתייטר בנסיבות אלה, בהיותו מתייחס לדין הכללי בלבד.

במילים אחרות, מקום ששיעור המס החל על הדיבידנד הוא לפי הדין הכללי הקבוע בסעיף 125 לפקודה, נפקותו ותחולתו של סעיף 94(א) לפקודה הן ביחס למניות שנרכשו לפני המועד הקובע בלבד, ולכן יש לקרוא את הצירוף האמור יחד עם ההפניה לסעיף 125 לפקודה. אולם מקום ששיעור המס על הדיבידנד הוא לא זה הקבוע בסעיף 125 לפקודה, אלא דין ספציפי, הקבוע למשל בחוק העידוד, אין להידרש כלל לצירוף האמור הואיל והוא אינו מתייחס אליו.

כאמור לעיל, הוספת הצירוף הנ"ל נעשתה במסגרת תיקון 147 לפקודה. ראינו כי בדברי ההסבר של הנוסח החדש לסעיף 94 במסגרת תיקון 147 לפקודה, צוין כי הצורך בביטולו של סעיף 94 לגבי יחידים שרכשו את המניות לאחר המועד הקובע נובע מהשוואת שיעורי המס על דיבידנד ועל רווח הון החל מהמועד הקובע. בדברי ההסבר אין כלל התייחסות למקרים בהם יחול על הדיבידנד שיעור מס מופחת לפי חוק העידוד, שהוא נמוך בכל מקרה משיעור מס רווחי הון, ובמנותק משאלת מועד רכישת המניות.

הואיל ודברי ההסבר מנמקים את תיקון סעיף 94 והוספת הצירוף המדובר בהשוואת שיעורי המס על דיבידנד ועל רווח הון לאחר תיקון 132 לפקודה, ועליה בלבד, פרשנות אפשרית אחת היא שמנסחי הצעת החוק סברו כי הסדר הרר"ל אינו מחיל בכל מקרה את שיעורי המס המופחתים על הדיבידנד לפי החוק לעידוד השקעות הון. למעשה זו הייתה העמדה של רשות המסים בפרשת **סקמסקי**. אולם כידוע בית המשפט העליון דחה עמדה זו

<sup>28</sup>. פרשת **סקמסקי**, בפסקה 41.

בפרשת **סקמסקי**, שם נקבע במפורש כי הוראות סעיף 94 לפקודה ושיעורי המס לפי החוק לעידוד השקעות הון חלים במשולב. כך שיחיד רשאי להתחייב במס על הרווחים הראויים לחלוקה הגלומים במניה לפי שיעור המס הקבוע בחוק העידוד, להבדיל משיעור המס לפי סעיף 125 לפקודה.

מאחר שנשללה הפרשנות שהציעה רשות המסים, ובהינתן שדברי ההסבר מנמקים את ניסוחו מחדש של סעיף 94, אך ורק בהשוואת שיעורי המס על דיבידנד ועל רווח הון בתיקון 132, הפרשנות האפשרית האחרת היא, כי ביטולו של סעיף 94 ביחס ליחידים שרכשו את המניות לאחר המועד הקובע, חלה רק במקרה שבו אותם יחידים חייבים במס על הדיבידנד לפי הוראות סעיף 125 לפקודה, ששיעור המס על פיו ושיעור מס רווח הון לאחר המועד הקובע הם זהים. ולגבי יחידים, שחייבים במס על הדיבידנד בשיעור מס מופחת, למשל לפי החוק לעידוד השקעות הון, שהוא נמוך משיעור המס על רווח ההון, הרי שסעיף 94 לפקודה יחול בעניינם בין אם רכשו את המניות לפני המועד הקובע ובין אם לאחר המועד הקובע. זוהי בלי ספק פרשנות הרמונית של סעיף 94 לפקודה, המקיימת הן את תכליתו והן את תכלית חוק העידוד. היא תואמת את ההלכה שנקבעה בפרשת **סקמסקי** ואף מתיישבת עם דברי ההסבר של תיקון 147 לפקודה.

דומה כי ניתן למצוא עיגון לפרשנות המוצעת כאן, גם בלשון הסעיף עצמו ובמילים בהן בחר המחוקק להשתמש. אילו אכן ביקש המחוקק להגביל באופן קטגורי את תחולתו של סעיף 94 לפקודה ביחס לכלל סוגי החברות אשר מניותיהן נרכשו לפני המועד הקובע, סביר שהיה בוחר להשתמש בצירוף: "**ובלבד** שיום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע". אולם נוסח הסעיף הינו כידוע: "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע". נוסח זה מלמד כי המחוקק לא ביקש לשלול את תחולת סעיף 94 לפקודה בכל מקרה שבו נרכשו המניות לאחר המועד הקובע, אלא להקביל בין התנאי של מועד רכישת המניות להפניה הקיימת בהמשך הסעיף לשיעור המס הקבוע בסעיף 125 לפקודה. לפיכך קריאה נכונה של הוראות הסעיף, ביחס ליחיד, תהיה כך: "אם יום רכישת המניות היה לפני המועד הקובע, (אז) יהיה שיעור המס החל על הר"ל לפי סעיף 125". מכאן גם משתמע כי אותה התניה באשר למועד רכישת המניות אינה קיימת כאשר על הדיבידנד חל דין ספציפי (חוק העידוד), כפי שנקבע בפרשת **סקמסקי**, ולא חל שיעור המס הקבוע בסעיף 125 לפקודה. במצב כזה ההתניה "אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד" מתייתרת באותו אופן שמתיתרת ההפניה לסעיף 125 לפקודה.

אכן, כפי שהוזכר לעיל, ניתן לראות בפסק הדין בפרשת **סקמסקי** כאילו הכריע לטובת עמדת רשות המסים בשאלה הנדונה, לאור הדברים הבאים<sup>29</sup>:

**"כפי שפורט לעיל, סעיף 94(א) חל על מכירת מניות שנרכשו על ידי יחיד לפני המועד הקובע", קרי לפני ה-1.1.2003. במקרה דנן, אין חולק כי בפועל, המשיבים רכשו את מניותיהם שנים רבות לפני מועד זה.**

אך כפי שהודגש לעיל, סוגיה זו כלל לא הייתה במחלוקת בפרשת **סקמסקי**, נוכח הממצא העובדתי לפיו המניות נרכשו לפני המועד הקובע, ולכן אפשר שהדברים נאמרו בצורה אגבית תוך קריאה פשוטה של נוסח הסעיף. והרי אין מחלוקת, כפי שנטען לעיל, כי קריאה ראשונה של נוסח סעיף 94ב(א) לפקודה עשויה להביא למסקנה כי ביחס ליחיד, מנגנון הר"ל יחול בכל מקרה, רק אם נרכשו המניות לפני המועד הקובע. אלא שניתן להציג, וזו מטרת מאמר זה, פרשנות אחרת לנוסח הסעיף, שיש לה גם אחיזה בלשון החוק, ובוודאי שהיא הולמת את תכליתו ואת תכלית חוק העידוד, וזאת בשונה מעמדת רשות המסים, שאף אם יש לה אחיזה בלשון החוק, הרי שהיא אינה מקדמת אף תכלית. לכן את הדברים הללו של בית המשפט בפרשת **סקמסקי** יש לתחום לנסיבות העובדתיות של אותו מקרה. בפרשת **סקמסקי** לא התחדדה השאלה המשפטית שנדונה כאן, ולמעשה בית המשפט כלל לא נדרש לה. סבור אני, נוכח קביעותיו בפרשת **סקמסקי** והרציונל העולה מפסק הדין, כי אילו היה נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלה, הרי שהיה מאמץ את הפרשנות המוצעת כאן, המקיימת את מנגנון הר"ל על יחיד שרכש את מניותיו לאחר המועד הקובע, במקרה של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, על פני שלילתו.

פרשנות זו של לשון הסעיף מתבקשת גם על בסיס הכלל, לפיו את הוראות החוק לעידוד השקעות הון יש לפרש על דרך ההרחבה ולא על דרך הצמצום, כפי שקבע בית המשפט בעליון בפרשת **עיט**<sup>30</sup>:

**"תכלית החוק ומטרתו, כפי שבוטאה בסעיף 1 לו, היא משיכת הון לישראל ועידוד יוזמה כלכלית והשקעות הון חוץ והון מקומי. האמצעים להגשמת התכלית הם - לפי סעיף 2 לחוק העידוד - בין השאר, הענקת מענקים, פטורים, הנחות, הקלות והיתרים.**

**אין ספק שהאמצעי נועד לשרת את המטרה, אלא שאין בכך כדי להמעיט מחשיבות ההטבות כאמצעי ומכאן מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום."**

אמנם עיסוקנו כאן הוא בפרשנות של סעיף 94ב לפקודה, להבדיל מפרשנותו של חוק העידוד. אלא שליבת העניין היא בהחלת שיעור המס המופחת על דיבידנד לפי חוק העידוד על הר"ל, ולכן יש בו השלכה מובהקת על הטבות המס הניתנות לפי חוק העידוד. גם בית המשפט העליון בפרשת **סקמסקי** קבע כי קיים קשר הדוק בין שני הסדרים אלה<sup>31</sup>:

**"כפי שהוסבר, הסוגיות של מיסוי דיבידנד ומיסוי רווחים ראויים לחלוקה הן שתי סוגיות הכרוכות זו בזו."**

למעשה בפרשת **סקמסקי**, בה נקבע כי יש להחיל את שיעורי המס המוטבים לפי חוק העידוד על סעיף 94 לפקודה, נסמך בית המשפט העליון בהחלטתו, בין היתר, על הפרשנות המרחיבה שיש להעניק להוראות חוק העידוד<sup>32</sup>:

30. פרשת **עיט**, עמ' 70.

31. פרשת **סקמסקי**, בפסקה 37.

32. שם, בפסקה 39.



"עם זאת, אין בטענה זו כדי לשלול את תחולתו של חוק העידוד, ואיני סבור כי היא מחייבת להטיל על כלל הנישומים, הן אלו שרכשו מניות לפני 2003 והן אלו שרכשו מניות משנת 2003 ואילך, את שיעור המס הגבוה לפי סעיף 125ב לפקודה. לטעמי, גישה פרשנית זו מצד המערער כלפי כלל הנישומים, בבחינת "גם לי גם לך לא יהיה", אינה עולה בקנה אחד עם הדרך שבה יש לפרש את הוראות חוק העידוד ואת ההטבות הניתנות מכוחו, שלגביהן "מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום" (עניין עיט, עמ' 219).

אשר על כן, גם מתוך ההלכה שיש להעניק להוראות חוק העידוד פרשנות מרחיבה, יש להעדיף את העמדה, לפיה סעיף 94ב לפקודה יחול בנסיבות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד אף כאשר המניות נרכשו לאחר המועד הקובע.

זאת ועוד, אם יש ליישם את סעיף 94ב לפקודה, באופן שיחולו שיעורי המס לפי חוק העידוד רק במקרה של מניות שנרכשו לפני המועד הקובע, דומה כי המקרים בהם ניתן יהיה ליישמו יהיו ספורים אם לא אפסיים, שהרי כל החברות שנרכשו או שהוקמו לאחר המועד הקובע, וזכאיות להטבות המס לפי חוק העידוד, כלל לא יהיו נתונות להסדר המס הקבוע בסעיף 94ב לפקודה ולתכלית שביקש המחוקק לקדם באמצעותו. בעלי המניות בחברות הללו ייאלצו להחליט אם לממש את רווחי החברה באמצעות חלוקת דיבידנד הזכאי לשיעור מס מוטב (20% בחברה מועדפת), או באמצעות מכירת המניה הכפופה לשיעור מס רווח הון בשיעור של עד 30% (כתלות בשיעור החזקתם בחברה ובמועד רכישת המניות).

במיוחד נכונים הדברים ביחס לחברה הזכאית להטבות מס במסלול של "מפעל מועדף", שהוא מסלול ההטבות המרכזי הקיים נכון להיום בחוק העידוד. מסלול זה הוסף לחוק העידוד רק במסגרת תיקון 3368 לחוק, שתחולתו מיום 6.1.2011. כך שבפועל סביר כי מרבית (אם לא כל) החברות הזכאיות להטבות במסלול זה הוקמו או נרכשו דווקא לאחר תיקון 68 לחוק, שהרי מטרת התיקון הייתה לעודד הקמת חברה תוך יציקה אליה של פעילות המייצרת הכנסה מועדפת המזכה בהטבות מס, או של רכישת חברה כאמור. אשר על כן הואיל וההסדר המרכזי להטבות המס, הניתן נכון להיום לפי חוק העידוד, נקבע רק בשנת 2011, אפשר שהעמדה השוללת באופן גורף את תחולת סעיף 94ב על כל מניה שנרכשה לאחר המועד הקובע, תסכל הלכה למעשה את תחולת סעיף 94ב לפקודה על רוב מוחץ של החברות הזכאיות להטבות לפי חוק העידוד נכון להיום.

טיעון נוסף לטובת אימוץ הפרשנות המוצעת לעיל, נעוץ במניעת הפליה בין הנישומים, ונסביר במה דברים אמורים. לאור פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **סקמסקי**, הרי שסעיף 94ב לפקודה מחיל גם את שיעורי מס הדיבידנד המופחתים לפי חוק העידוד על יחיד שרכש את המניות לפני המועד הקובע. כאן נשאלת השאלה - מהו השוני הרלוונטי בין יחיד שכזה לבין יחיד שרכש מניות מאותו סוג לאחר המועד הקובע?

בחברה "רגילה", שאינה זכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, המתח בין שני המקרים הללו כלל אינו קיים, והואיל וסעיף 94ב נועד ממילא להשיג, ביחס למי שרכש את המניות לפני

המועד הקובע, את אותה תוצאת מס שחלה, אחרי תיקון 132 לפקודה, על מי שרכש את המניות לאחר המועד הקובע.

אולם באשר לחברה שהדיבידנד שלה חייב במס בשיעור מס מופחת לפי חוק העידוד, אין כל שוני רלוונטי בין בעל מניה שרכש את מנייתה לפני המועד הקובע לבין אחד אחר שרכש את המניה לאחר המועד הקובע, המצדיק החלת דין שונה על שניהם. ניתן אף לראות דוגמה מוחשית לכך בתחילת מאמר זה. למעשה, זה היה אחד מנימוקיו של פקיד השומה בפרשת **סקמסקי** לעמדתו השוללת לחלוטין את החלתם במשולב של סעיף 94 לפקודה ושל חוק העידוד<sup>34</sup>:

**"טענה נוספת של המערער עניינה בהבחנה בין נישומים. המערער מצביע על כך שתחולתו של סעיף 94(א) לפקודה מוגבלת למקרים שבהם המניות נרכשו לפני שנת 2003. אלא שלטענת המערער, אין הצדקה לכך שמי שרכש מניה נסחרת לפני 2003 יזכה לשיעור מס מופחת בגין הר"ל מכוח חוק העידוד, בעוד שמי שרכש מניה משנת 2003 ואילך לא יזכה לכך. המערער מלין על כך שקושי זה לא זכה להתייחסות בפסק דינו של בית משפט קמא. לגישת המערער, יש להסיק מ"הפליה" זו בין נישומים כי שיעור המס שצריך לחול על כלל הנישומים בגין רכיב הר"ל הוא זה הקבוע בסעיפים שאליהם מפנה סעיף 94(א)(1), ולא שיעור המס הקבוע בחוק העידוד."**

אין ספק כי אם מקבלים את הנחת המוצא של פקיד השומה, לפיה סעיף 94 חל תמיד לגבי יחיד רק במקרה שהמניות נרכשו על ידו לפני המועד הקובע, הרי שטענת ההפליה מעוררת קושי רב, כפי שטען פקיד השומה בפרשת **סקמסקי**. בפועל גם בית המשפט העליון הסכים עם הקושי הטמון בכך, אך בחר בכל זאת להעדיף את העמדה כי אין בכך כדי למנוע את החלת שיעור המס על דיבידנד לפי חוק העידוד על הסדר הר"ל שבסעיף 94 לפקודה, לפחות לגבי יחיד שרכש מניותיו לפני המועד הקובע<sup>35</sup>:

**"לעצם הטענה, על פני הדברים אמנם מדובר בהבחנה המעוררת קושי. עם זאת, אין בטענה זו כדי לשלול את תחולתו של חוק העידוד, ואיני סבור כי היא מחייבת להטיל על כלל הנישומים, הן אלו שרכשו מניות לפני 2003 והן אלו שרכשו מניות משנת 2003 ואילך, את שיעור המס הגבוה לפי סעיף 125 לפקודה. לטעמי, גישה פרשנית זו מצד המערער כלפי כלל הנישומים, בבחינת "גם לי גם לך לא יהיה", אינה עולה בקנה אחד עם הדרך שבה יש לפרש את הוראות חוק העידוד ואת ההטבות הניתנות מכוחו, שלגביהן "מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום" (עניין עיט, עמ' 219). מכל מקום, אין בכוחה של הבחנה זו כדי לגרום לחוק העידוד להפוך את עורו ולהפשיטו ממעמדו כדין ספציפי כמוסבר לעיל."**

34. פרשת **סקמסקי**, בפסקה 39.

35. שם, שם.

טענת ההפליה באותה פרשה לא התחדדה במלוא עוזה, לאור הקביעה העובדתית של בית המשפט כי המניות שם נרכשו ממילא לפני המועד הקובע. אפשר שזוהי גם הסיבה שביטא אותה המשפט לא הקדיש לכך יותר מהציטוט המובא לעיל. אולם בעיית ההפליה, כפי שביטא אותה פקיד השומה באותה פרשה, אכן שרירה וקיימת, שהרי אין מקום להבחין, בנסיבות של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד, בין יחיד שרכש את מניותיו לפני המועד הקובע לבין אחר שרכש אותן לאחריו. בניגוד לפקיד השומה באותו מקרה, אשר הציע לפתור את בעיית ההפליה באמצעות שלילה מוחלטת של החלה במשולב של הוראות סעיף 94 והוראות חוק העידוד, עמדה שנדחתה כאמור על ידי בית המשפט, הפרשנות המוצעת כאן, לפיה סעיף 94 לפקודה יחול על כל מקרה של מכירה על ידי יחיד של מניות שהדיבידנד בגינן נתון למס מופחת לפי החוק לעידוד השקעות הון, בין אם נרכשו לפני המועד הקובע ובין אם לאחריו, יש בה גם לפתור את בעיית ההפליה שהועלתה בפרשת סקמסקי.

לפני סיום חשוב גם להזכיר את פסקי הדין של בית המשפט המחוזי (השופטת סרוסי) בפרשת ספקטור<sup>36</sup> ובפרשת טולדנו.

בפרשת ספקטור נדונה, בין היתר, השאלה הניצבת במאמר זה, האם יש להחיל את סעיף 94 לפקודה במכירת מניות של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד, אשר יום רכישת המניות חל לאחר המועד הקובע. בית המשפט המחוזי באותה פרשה השיב על כך בשלילה<sup>37</sup>:

**”מהמקובץ עולה, כי הוראות סעיף 94 יחולו במכירה על ידי יחיד של מניות חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה, רק אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע, קרי, לפני יום 1.1.2003.”**

בית המשפט המחוזי אף ציטט מתוך דבריו של בית המשפט העליון בפרשת סקמסקי, שהובאו גם לעיל, לפיהם **”סעיף 94(א) חל על מכירת מניות שנרכשו על ידי יחיד לפני המועד הקובע, קרי לפני ה-1.1.2003.”**

דומה כי בית המשפט המחוזי ראה עצמו כבול ללשונו הפשוטה של הסעיף, אשר כאמור ניתן אולי מקריאה ראשונה להבינו באופן זה, וגם ראה עצמו כנראה מחויב לפסיקתו של בית המשפט העליון. אלא שבית המשפט המחוזי לא הסתפק בכך, ועל אף החלטתו, ומאחר שהתוצאה המתקבלת מפרשנות כזו של לשון הסעיף אינה מתיישבת עם השכל הישר, בחר להוסיף את הדברים הבאים<sup>38</sup>:

**”על אף הכרעתי בעניין, מצאתי לנכון לציין, כי ההבחנה האמורה בין המועדים מעוררת קושי מסוים. כידוע, הטעם לקביעת המועד הקובע לרכישת המניות ביום 1.1.2003 הוא משום שלאחר מועד זה הושו שיעורי המס על דיבידנד ועל רווחי הון, כך שלכאורה, לאחר מועד זה הנישומים ממילא אדישים לשאלה, האם לחלק דיבידנד עובר למועד מכירת המניות. אולם, באותם מקרים ששיעורי המס אינם**

36. ע"מ 5366-05-20 יחיאל ואילנה ספקטור ואח' נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" ל/4 (דצמבר 2022) ה-183.

37. שם, בעמ' 202.

38. שם, שם.

שוים, כך למשל כאשר מדובר בדיבידנד שכפוף לשיעורי המס שבחוק העידוד, במה חטא אדם אשר רכש את מניותיו לאחר המועד הקובע? בית המשפט העליון גם הוא עמד על הקושי האמור בפס' 39 בעניין סקמסקי. אומנם, אין בכך לשנות מהכרעתי לאור לשונו הברורה של החוק, אולם אני סבורה כי זהו נושא שראוי שהמחוקק ידון בו וינקוט בצעדים הנדרשים להשוואה בין נישומים.

בית המשפט בפרשת ספקטור ער היה היטב לקושי העולה מהתוצאה של פסק הדין, אך בחר להיצמד ללשונו הפשוטה של סעיף 94 לפקודה. על אף דבריו של בית המשפט המחוזי ועם כל הכבוד, סבור אני, שלא כעמדתו, כי לשון החוק כלל אינה ברורה וחד-משמעית כדבריו, ובוודאי כאשר אין היא משרתת אף תכלית. לעניות דעתי, בית המשפט רשאי היה לעשות את הצעד הפרשני המתבקש הנוסף, כפי שמוצע במאמר זה, תחת קריאה למחוקק לתקן את החוק. פרשנות זו מבוססת על ההלכה שנקבעה בפרשת סקמסקי, הגם שהיא לכאורה אינה מתיישבת עם אמירה מסוימת של בית המשפט העליון שם, שאפשר אף לכנותה אמירה אגבית נוכח הממצא העובדתי שבאותה פרשה. ממילא, כפי שהוסבר לעיל, היא אינה אמורה להכריע בסוגיה שכלל לא נדונה בבית המשפט העליון.

הגם שפסק הדין בפרשת ספקטור לא קיבל את העמדה המוצגת במאמר זה, דומה כי יש בו להוסיף על ענייננו, שהרי הוא מאיר בצורה ברורה את הכשל הקיים בעמדת רשות המסים באשר לפרשנות סעיף 94 לפקודה. כך או כך פסק הדין בפרשת ספקטור אינו מהווה הלכה מחייבת, ולא מן הנמנע כי בבוא העת יעדיף בית המשפט העליון להמשיך לפסוע בדרך בה צעד בפרשת סקמסקי ולפרש את סעיף 94 באופן המוצע כאן, תוך העדפת תכלית הסעיף ותכלית חוק העידוד.

בפסק דין נוסף של אותו מותב בבית המשפט המחוזי, בפרשת טולדנו, נדונה מחלוקת אשר עסקה, אמנם באופן עקיף, בפרשנות סעיף 94 לפקודה, אך אמירותיו של בית המשפט רלוונטיות גם לענייננו, ומכאן חשיבותו. בפסק הדין דובר בחברה הזכאית להטבות מס של "מפעל מועדף" לפי החוק לעידוד השקעות הון, אשר הוקמה בשנת 2006. בסמוך לפני מכירתה הוחלט לחלק את רווחיה הצבורים כדיבידנד. פקיד השומה טען, בין היתר, כי חלוקת הדיבידנד לפני מכירת החברה היא בגדר עסקה מלאכותית שנועדה להפחתת מס, הואיל וחלוקת הדיבידנד כפופה לשיעורי המס המופחתים של החוק לעידוד השקעות הון, הגבוהים משיעור מס רווח הון שהיה חל על אותם רווחים במכירת המניה אלמלא חלוקתם. הנישום טען כי אף אם מדובר בתכנון מס, הרי שזהו תכנון מס לגיטימי, הואיל וזכותו של בעל מניות לממש את הרווח הגלום במניה באמצעות חלוקת דיבידנד בשיעור מס מופחת. נטען כי סעיף 94 לפקודה חוקק בדיוק על רקע זה, ומתוך מטרה ליצור אדישות מיסויית בין שתי אפשרויות מימוש הרווח הגלום במניה.

בקבלו את עמדת הנישום קבע בית המשפט כך<sup>39</sup>:

**"שעה שסעיף 94 לפקודה מתיר "פיקציה" מיסויית מסוימת לפיה מתייחסים לרווחים שלא חולקו כאל דיבידנד, על אחת כמה וכמה שהדבר אפשרי כאשר אותו דיבידנד מחולק בפועל, ואותה "פיקציה" אינה נדרשת."**

39. פרשת טולדנו, בפסקה 49.

אולם חשיבות פסק הדין לענייננו היא בדברים הבאים של בית המשפט, שצוטטו גם לעיל, ביחס לתחולתו של סעיף 94ב על מניות שרכש יחיד לאחר המועד הקובע<sup>40</sup>:

**"אומנם, לשון סעיף 94ב לפקודה קובעת כי הוא יחול ביחס ליחידים אך בקשר למניות שנרכשו לפני "המועד הקובע", יום 1.1.2003, כך שהוא לא חל בנסיבות המקרה דנן (נעמה נאות הוקמה בשנת 2006). אלא שאני סבורה שהסיבה לכך היא לא משום שהמחוקק התכוון להבחין בין יחיד שרכש מניות לפני המועד הקובע ליחיד שרכש מניות לאחריו, אלא משום שלכאורה לא היה עוד צורך ב"פיקציה" לאחר מועד זה לאור איחוד והשוואת שיעורי המס שחלים על היחיד, הן בגין רווחי הון והן בגין דיבידנדים. אולם, הוראת הסעיף לא הביאה בחשבון כי במקרים מיוחדים, דוגמת המקרה דנן, אין התאמה בין שיעורי המס."**

בית המשפט הניח גם כאן, לאור לשונו הפשוטה של סעיף 94ב לפקודה, ובדומה לפסק הדין בפרשת **ספקטור**, כי הסדר הרר"ל לא חל במקרה של יחיד שרכש המניות לאחר המועד הקובע. בית המשפט ציין כי הסיבה שכך נוסח החוק היא, ככל הנראה, בשל העובדה שלאחר המועד הקובע הושו שיעורי מס רווח הון והמס על דיבידנד, ולכן לכאורה ביחס ליחיד כזה אין עוד צורך בהסדר הרר"ל שבסעיף. זו כאמור גם עמדת הח"מ כפי שהובאה בהרחבה לעיל. בית המשפט הדגיש כי נוסח הסעיף לא מביא בחשבון כי עדיין ישנם מקרים בהם אין התאמה בין שיעורי המס של היחיד, גם אם נרכשו המניות לאחר המועד הקובע, כדוגמת המקרה שנדון לפניו וזה הנדון במסגרת מאמר זה.

הואיל ולעמדת בית המשפט, במקרה הנדון לשון הסעיף אינה תואמת את תכליתו, הוא שב וקרא למחוקק, כפי שעשה אותו מותב בפרשת **ספקטור**, לתקן את העיוות, כך שסעיף 94ב לפקודה יחול גם במקרים של יחידים שרכשו את המניות לאחר המועד הקובע<sup>41</sup>:

**"למותר לציין שמדובר במצב "עקום", שאינו רצוי, שמבחין בין נישומים-יחידים באופן שרירותי אך לפי מועד רכישת המניות על ידם ושיש בו להשפיע על ההתנהלות העסקית שלא לצורך. לפיכך, אני שבה וקוראת למחוקק להתייחס לעניין ולתקן את העיוות שנוצר, כך שניתן יהיה להחיל במקרים המתאימים את הוראות סעיף 94ב לפקודה גם על יחידים שרכשו את מניותיהם לאחר המועד הקובע (ראו גם בעניין ספקטור, פס' 93)."**

תיקון שכזה אכן יבהיר באופן חד-משמעי כי הסדר הרר"ל חל גם במקרים כאלה, אך כאמור, לפי העמדה המוצגת כאן הוא אינו הכרחי. שכן, כפי שראינו לעיל, ניתן על ידי מתן פרשנות שיש לה גם אחיזה בלשון החוק, ובוודאי בתכליתו, לקבוע כי ההתניה בסעיף 94ב של מנגנון הרר"ל ליחיד שרכש את מניותיו לפני המועד הקובע חלה רק ביחד עם ההפניה הקיימת בו לסעיף 125ב לפקודה, בהתייחס לשיעור המס החל על דיבידנד, אך אינה חלה כאשר חל שיעור מס מופחת על הדיבידנד לפי החוק לעידוד השקעות הון.

40. שם, בפסקה 50.

41. שם, בפסקה 53.

בנוסף חשוב גם להדגיש כי פסק הדין בפרשת **טולדנו** הצביע על האבסורד שבעמדת רשות המסים, כי אין להחיל את סעיף 94 לפקודה על יחיד בכל מקרה שנרכשו המניות על ידו לאחר המועד הקובע, וגם במקרה שהמניות הן של חברה הזכאית להטבות לפי חוק העידוד. שהרי אילו רשות המסים הייתה מסכימה להחילו גם במקרה כזה, אפשר שבנסיבות העסקה שנדונה בפרשת **טולדנו** כלל לא היה מחולק דיבידנד טרם המכירה, מאחר שהר"ל ממילא היה מתחייב בשיעור המס המופחת החל על דיבידנד. והנה בשל עמדתה של רשות המסים "אולץ" המוכר לחלק דיבידנד טרם המכירה, אך גם אז פקיד השומה לא אמר נואש וסיווג פעולה לגיטימית זו כעסקה מלאכותית, הואיל ולפי עמדתו אלמלא חולק הדיבידנד חבות המס בגין הר"ל הייתה גבוהה יותר. זהו כפי שניתן להיווכח טיעון מעגלי שהוא אבסורד של ממש. הנה כי כן לא רק שעמדת רשות המסים גרמה לפעולה לא יעילה, שכן עודפי החברה יכולים היו להישאר בחברה ולהמשיך לשמש לפעילות שהמדינה חפצה לקדם, חלוקתו כדיבידנד אף הביאה לריבוי מחלוקות והתדיינויות שלא לצורך.

## סיכום

אין ספק כי המחוקק לא עשה מלאכה טובה בעת חקיקת סעיף 94 לפקודה, והיה עליו להבהיר כי המנגנון הקבוע בו יחול גם במקרה שנמכרות מניות בידי יחיד של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, וגם כאשר נרכשו המניות על ידו לאחר המועד הקובע. תכליתו של סעיף 94 אינה מצטמצמת רק למקרה שבו המניות הנמכרות הן של חברה "רגילה", ששיעור המס החל על הדיבידנד בידי יחיד המחזיק במניותיה קבוע בסעיף 125ב לפקודה. תכלית הסעיף ממשיכה להתקיים, ואולי אף ביתר שאת, גם כאשר שיעור המס על הדיבידנד בידי היחיד הוא שיעור מופחת לפי חוק העידוד.

אך למרות ניסוחו הלא מיטבי של סעיף 94 האמור, אין מקום להיאחזות דווקנית של רשות המסים בלשונו הפשוטה, בניסיון לצמצם את תחולתו של מנגנון הר"ל, גם לאחר פסק הדין בפרשת **סקמסקי**, אך ורק למקרים שבהם נרכשו המניות לפני המועד הקובע. כאשר המדובר במניות של חברה הזכאית להטבות מס לפי חוק העידוד, אין בעמדה זו כל הלימה עם תכלית הסעיף ועם תכליותיו של חוק העידוד, וטוב תעשה רשות המסים אם תבחן בשנית את עמדתה. עמדה זו אף הובילה אותה להתבצר בטענות אבסורדיות ומעגליות, כפי שניתן היה להיווכח בפרשת **טולדנו**.

קריאתו של בית המשפט המחוזי בפרשות **ספקטור וטולדנו** למחוקק לתקן את המעוות, ייתכן שהיא במקומה, אך כפי שהציע מאמר זה היא גם אינה הכרחית. פרשנות תכליתית ואפשרית של הסעיף, כפי שהוצע כאן, יכולה להביא לתוצאה הרצויה שתעשה צדק עם ציבור הנישומים, ועם התכליות שביקש המחוקק לקדם.