

## חישוב הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע במקרה של הפסד או חלוקת

### דיבידנד לאחר המועד הקובע

עו"ד עמית קריגל<sup>1</sup> עו"ד אלדד נח<sup>2</sup>

#### מבוא

1. בעת מכירת מניות או פירוק חברה מורה המחוקק על חישוב רווחים ראויים לחלוקה (להלן – רר"ל). משמעות החישוב מתן משקל לעובדה שחלק מהתמורה במכירת המניות או בפירוק החברה מתייחסת לתשלום עבור רווחים שהפיקה החברה וחוייבו במס בעבר, ועל כן יש לשאוף לסימטריה ולזהות בחבות המס, בין מצב בו היו הרווחים הללו מחולקים לבעלי המניות ערב המכירה, למצב בו מתבצעת מכירה מבלי שקדם למכירה ריקון הרווחים הראויים לחלוקה בדרך של חלוקת דיבידנד.<sup>3</sup>
2. הטיפול המיסוי ברר"ל עבר שינויים מעת לעת, תוך ניסיון להתאימו להוראות המיסוי הרחבות יותר הנוגעות לרווח הון ולמיסוי חברות, אולם החל מתיקון 132 לפקודה (להלן – המועד הקובע)<sup>4</sup>, נקבע, כי רר"ל בידי יחיד ימוסה כאילו חולק דיבידנד ליחיד ושיעור המס יהיה זהה לשיעור המס החל על הדיבידנד, בעוד שרר"ל בידי חברה יחוייב אף הוא בהתאם לשיעור המס החל על דיבידנד בין חברתי, במקרה של חלוקה לחברה ישראלית – אפס. עד המועד הקובע חבות המס על הרר"ל עמדה על 10%, בין לרר"ל בידי יחיד ובין לרר"ל בידי חברה. המשמעות הפשוטה הינה, כי כאשר מדובר בחברה הרי ששיעור המס על הרר"ל ירד, בעוד שביחס ליחיד שיעור המס על הרר"ל – עלה.
3. דרך חישוב הרר"ל נקבעה אף היא בפקודה, במסגרת של חישוב כפול חשבונאי ומיסוי (לפי הנמוך מביניהם). חישוב הרר"ל נאלץ להתחשב בעובדה ששיעור המס עד תיקון 132 עמד על 10% ליחיד ולחברה. לשם כך קבעה הפקודה שתי נקודות חתך לחישוב הרר"ל. נקודת חתך אחת הינה תום שנת המס שקדמה למועד המכירה (או הפירוק) בפועל. במועד זה יודעת החברה כמה רר"ל נצברו לה במועד אירוע המס. נקודת חתך שניה נקבעה על ידי המחוקק כרר"ל "עד למועד הקובע", היינו הרר"ל שנצבר עד לתום שנת 2002. פיצול התקופות מבקש להביא לתוצאה, כי הרר"ל שנצבר עד למועד הקובע ימוסה ב- 10% בהתאם לדין המס שהיה עד לאותו מועד, בעוד שרר"ל שנצבר לאחר המועד הקובע ועד לתום השנה שקדמה למכירה ימוסה לפי דין המס החל; בשיעור המס על דיבידנד בידי יחיד ובשיעור אפס בידי חברה.

<sup>1</sup> שותף במשרד עוה"ד משה מזרחי, נח, קריגל ובעבר מנהל מחלקת בכיר, חטיבה משפטית רשות המיסים.

<sup>2</sup> שותף במשרד עוה"ד משה מזרחי, נח, קריגל ובעבר מנהל המחלקה המקצועית ברשות המיסים.

<sup>3</sup> חישוב הרר"ל עד המועד הקובע חשוב גם לצורך הזכאות לתשלום מס בשיעור של 12% על חלוקת דיבידנד מכח הוראת השעה שנקבעה במסגרת תיקון 171 לפקודה.

<sup>4</sup> ס"ח 1863 עמוד 530 מיום 4.8.02.

4. במאמר זה נבקש להתמקד בסוגיה אחת בחישוב הרר"ל, והיא חישוב הרר"ל עד המועד הקובע. לכאורה הדברים פשוטים למדי, הפקודה קובעת, כי הרר"ל עד המועד הקובע הוא הרר"ל שהיה מחושב אילו נמכרו המניות במועד הקובע. בנקודה זו מתעוררת שאלה פרשנית מעניינת. כיצד יחושב הרר"ל מקום בו לאחר המועד הקובע בחרה החברה לחלק דיבידנד לבעלי מניותיה. שאלה זהה לתעורר במצב אופטימי פחות, כאשר לאחר המועד הקובע הפסידה החברה את הרווחים שנצברו בידיה עד המועד הקובע. בשני המקרים יתרת העודפים לחלוקה פחתה. אין גם ספק שאילו נמכרה החברה כעת, הרי שחישוב הרר"ל למועד המכירה, ישקף ירידה זו בהיקף הרר"ל. השאלה שיש לבחון הינה, האם יש בחלוקת הדיבידנד המאוחרת, או בהפסדים המאוחרים להשפיע גם על חישוב הרר"ל עד המועד הקובע, והאם ניתן לתמוך בטענה, לפיה, גם אם היה לחברה רר"ל שנצבר עד המועד הקובע, הרי שהעובדה שהחברה הפסידה את הרר"ל או שחילקה אותו כדיבידנד צריכה להקטין את הרר"ל עד המועד הקובע.

5. נדגים את דברינו: חברה צברה רר"ל<sup>5</sup> עד ליום 31.12.02 בסך של 3 מיליון ₪. בשנת 2005 חילקה החברה דיבידנד בסך של 3 מיליון ₪ כך שיתרת העודפים לתום שנת 2005 – אפס. בתום שנת 2007 עמד הרר"ל של החברה על 5 מיליון ₪. ביום 1.1.08 נמכרו מניות החברה. אין ספק, כי במועד המכירה עמד הרר"ל על 5 מיליון ₪, השאלה שלפנינו נוגעת לחישוב הרר"ל עד המועד הקובע, האם יש לייחס לו סכום של 3 מיליון ₪, בהתאם למצב הרר"ל ביום 31.12.02 (אילו נמכרו המניות במועד זה), או שמא מכיוון שהחברה חילקה דיבידנד בסך 3 מיליון ₪ בשנת 2005, הרי שהחברה איפסה את הרר"ל שנוצר עד המועד הקובע, וכל הרר"ל שנוצר לאחר מועד זה הינו רר"ל שנוצר לאחר המועד הקובע.<sup>6</sup>

6. דיון זה כרוך במספר שאלות משנה;

**ראשית**, בקשר עם שאלת הגמישות הפרשנית שיש לייחס למונח "רר"ל עד המועד הקובע" שהוגדר בסעיף 94 לפקודה, כמדמה מצב של מכירה במועד הקובע. בעוד שניסיון לשקף מדיניות לפיה הרר"ל עד המועד הקובע עשוי להשתנות בעקבות התפתחויות עתידיות (הפסדים או חלוקת דיבידנד) משמעותה, כי רר"ל עד המועד הקובע, איננו יציב עד לביצוע מכירת המניות או פירוק החברה. רק במועד המכירה ניתן לדעת אלו שינויים חלו ברר"ל בכל תקופת החזקה. חוסר היציבות יכול להיות ארוך טווח – ולהימשך שנים רבות.

יתר על כן, עיון בהוראות סעיף 94 לפקודה, מעלה לכאורה, כי את השינויים שמתרחשים ברר"ל לאחר המועד הקובע, יש לייחס לכאורה לקביעת הרר"ל לתום התקופה ולא לייחס אותם כמשנים את הרר"ל עד המועד הקובע.

<sup>5</sup> לצורך פשטות הדוגמא נניח כי הרר"ל החשבונאי והרר"ל המיסוי – זהים.

<sup>6</sup> שאלה דומה (אך מורכבת יותר), תתעורר במצב בו נוצרו לחברה הפסדים בשנת 2005 בסך 3 מיליון ₪. לכך נידרש בהמשך.

**שנית**, ההכרעה הפרשנית בשאלה שלפנינו הינה דו – כיוונית. פרשנות לפיה, הרר"ל עד המועד הקובע מושפע מתהליכים עתידיים (המונח מושפע, איננו מדויק – הרר"ל לפי גישה זו יכול כמובן אך ורק להצמצם ולא לגדול), תביא להחמרת נטל המס על יחידים, בגין קיטון הרר"ל עד המועד הקובע (גידול ממס בשיעור של 10% לשיעור המס החל על דיבידנד), אך מנגד, תביא להקלה על מכירת מניות בידי חברה (קיטון חבות המס מרר"ל בשיעור מס של 10% לרר"ל בשיעור מס אפס).

**שלישית**, משום ששאלה פרשנית זו כרוכה באופן הדוק עם שאלות קשות של "צביעת" רווחים בדיני המס, ובפרט בשאלה, האם כאשר קבע המחוקק הסדר מס הכולל צביעת רווחים באמצעות נוסחה<sup>7</sup>, רשאי הפרשן (רשות המיסים או הנישום, כל צד לפי האינטרס המכוון אותו), לסטות מהוראות הפרשנות ולנסות לבטל את הצביעה באמצעות ייחוס ספציפי של הרווחים. שאלה זו היא משאלות היסוד הקשות ביותר בפרקטיקה ובתיאוריה של דיני המס, והיא איננה ייחודית להוראות הרר"ל, אך משתקפת גם בדיון זה.

במאמר זה נדון בשאלות אלה כסידרן.

#### חישוב הרר"ל עד המועד הקובע – הוראות הדין

7. סעיף 94ב קובע כדלקמן:

**"(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 הענין.**

**(2) על אף הוראות פסקה (1), שיעור המס על רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה כאמור בפסקה (1) עד המועד הקובע, יהיה 10%; לענין סעיף זה, "הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע" - הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע בהפחתת סכום ההכנסה מדיבידנד שחויבה במס לפי הוראות סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית...**

<sup>7</sup> מלשון סעיף 94ב עולה כי חישוב הרר"ל ייעשה בשני שלבים בהתאם לנוסחה הבאה: שלב 1 - חישוב הרווחים הראויים לחלוקה לכל תקופת ההחזקה במניות. שלב 2 - חישוב הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע.

(ב) לענין סעיף קטן (א) -

(1) "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק - עד ליום סיום הליכי הפירוק ... , ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהונו; ... וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזזו, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

8. נמקד את ההיבט הלשוני של השאלה. סעיף 94ב(א)(2) קובע, כאמור, כי שיעור המס על רווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע יהיה 10%. הסעיף מוסיף ומגדיר כי הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע יהיו:

**"הסכום שהיה נחשב לרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע...".**

רווחים ראויים לחלוקה מוגדרים בסעיף 94ב(ב)(1) לפקודה. בחלופה המיסויית מורה המחוקק, כי מסכום הרווחים הראויים לחלוקה יש לנכות "דיבידנד שחולק מהם" וכן "הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזזו".

המחוקק לא הבהיר מהו המועד בו חולק הדיבידנד אותו יש לנכות; האם רק חלוקה שהתבצעה עד מועד חישוב הרווחים הראויים לחלוקה (בין אם מדובר בר"ל עד המועד הקובע ובין אם בר"ל תום התקופה), או שמא ההתייחסות צריכה לכלול גם ניכוי חלוקת דיבידנד שנעשתה לאחר מועד החישוב.

9. ברקע לדין הלשוני עומד עמ"ה 1130/07 תהודה השקעות וניהול בע"מ נ' פקיד שומה גוש <sup>8</sup> (להלן - **עניין תהודה**). סעיף 94ב לפקודה קובע, כי תקופת חישוב הר"ל תהא מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניות ועד לתום שנת המס שקדמה לשנת מכירת המניות (להלן - **תקופת חישוב הר"ל**). בעניין תהודה דן בית המשפט המחוזי בשאלה, האם דיבידנד שחולק לאחר תקופת חישוב הר"ל אך בטרם נמכרו המניות בפועל (כלומר דיבידנד שחולק בשנת המכירה בפועל) מקטין את סכום הר"ל לתום התקופה. הספק נגע

<sup>8</sup> מיסים און ליין, פורסם ביום 21.3.13.

לשאלה, מהו דיבידנד שחולק "מהם" – מהרווחים המחושבים עד תום השנה שקדמה למכירה; האם צריך להיות דיבידנד שחולק בתקופת חישוב הר"ל, או שמא ניכוי הדיבידנד מהר"ל יתבצע גם כאשר מדובר בדיבידנד המחולק מרווחים שנצברו בתקופת החישוב אולם החלוקה בפועל נעשתה לאחר תום תקופת החישוב.

10. יצוין, כי בעניין זה הציגו רשויות המס עמדה ותיקה ומושרשת שהובאה בקובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה,<sup>9</sup> המתייחס לאופן חישוב הר"ל המיסוי, כדלקמן:

"מסך כולל זה יופחתו המיסים ששולמו בשל אותן ההכנסות (לרבות מס שבח) והדיבידנד שחולק מהן (בכלל זה, דיבידנד שחולק באותה שנה - לפני מכירת המניות מרווחי השנים הנדונות)". (ההדגשה אינה במקור)

11. בית המשפט הכריע, כי יש לנכות מהר"ל המיסוי דיבידנד שחולק לאחר תום השנה שקדמה למכירה (תקופת חישוב הר"ל) ועד למכירה. וכך הובהרו הדברים:

"...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.

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...".

12. בית המשפט קבע, אפוא, כי דיבידנד שחולק בין תום שנת המס שקדמה למכירה למועד המכירה (מתוך רווחים שנצברו בתקופת חישוב הר"ל) יופחת מהר"ל של תום התקופה. נמצא, כי לתפיסת בית המשפט מועד החלוקה יכול להתרחש לאחר המועד בו מתבצע חישוב הר"ל, ובכל זאת להפחית מהר"ל.

<sup>9</sup> חב"ק, לסעיף 294

13. בעוד שפסק הדין (ועמדת רשות המיסים, כאמור) התייחסה לחישוב ר"ל לתום התקופה, השאלה שלפנינו שונה; האם ניתן להחיל פרשנות זהה גם כאשר מדובר בחישוב ר"ל עד המועד הקובע. ובהתייחס לדוגמא שהצגנו לעיל, האם נכון לאמץ עמדה משפטית לפיה, חלוקת דיבידנד שנעשתה מספר שנים לאחר המועד הקובע, תביא להפחתת הר"ל במועד הקובע, על אף שאילו נעשתה מכירה באותו מועד – לא היה מופחת סכום הדיבידנד שחולק כמה שנים מאוחר יותר.

מקריאה ראשונה של עניין תהודה עלול להשתמע, כי הביטוי "דיבידנד שחולק מהם", כולל גם חלוקה שנעשתה לאחר מועד חישוב הר"ל, ובכך תשתית רעיונית לטיעון, כי את אותה קריאה לשונית יש להחיל גם על חישוב הר"ל למועד הקובע. דיבידנד שחולק מרווחים שנצברו עד המועד הקובע יופחת מרווחים אלו.

14. אנו סבורים, כי יש להבחין בין הפרשנות הניתנת לחישוב ר"ל עד המועד הקובע לחישוב הר"ל לתום התקופה, וכי דיבידנד מאוחר, איננו מפחית את הר"ל עד המועד הקובע. טרם התייחסות לנימוקים העומדים בבסיס עמדתנו, יש לחדד כי השאלה איננה נוגעת לדיבידנד כי אם גם להפסדים שנוצרו לאחר המועד הקובע. בשני המקרים מצטמצם באותו אופן הר"ל שבידי החברה ובשני המקרים עולה השאלה האם צמצום מאוחר בר"ל, לאחר מועד המכירה הרעיונית ב"מועד הקובע", ישפיע על הר"ל עד המועד הקובע. עם זאת, בחרנו למקד את הדיון בחלוקת דיבידנד משני טעמים; **ראשית**, משום שעניין תהודה התייחס לסיטואציה של חלוקת דיבידנד ובו נבטה הטענה אותה מבקשים אנו לבחון, **ושנית**, משום ששאלת חישוב הר"ל עד המועד הקובע מתעוררת גם בקשר עם חלוקת דיבידנד המתבצעת מכח הוראת השעה שנקבעה במסגרת תיקון 171 לפקודה בסעיף 125ב לפקודה<sup>10</sup> באשר לחלוקת דיבידנד בשנים 2009 ו-2010, וקובעת, שיעור מס מופחת לחלוקת דיבידנד שמקורה מרווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד המועד הקובע, כדלקמן:

"על אף הוראות סעיף 125ב(1) עד (3) לפקודה, שיעור המס על הכנסה מדיבידנד בידי יחיד או בידי חברה משפחתית, שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע, כהגדרתם בסעיף 94ב(א)(2) לפקודה, שנצברו בידי החברה מחלקת הדיבידנד עד יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002), יהיה 12%, ובלבד שמתקיימים כל אלה:

...

(4) **אילו מקבל הדיבידנד היה מוכר את מניותיו בתקופת ההטבה, היו חלות הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה לגבי הרווחים הראויים**

<sup>10</sup> סעיף 168 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009

## לחלוקה עד המועד הקובע, כהגדרתם בסעיף האמור, שנצברו עד

יום כ"ו בטבת התשס"ג (31 בדצמבר 2002)."

שאלות בדבר הזכאות לחלוקת דיבידנד מוטבת בידי יחידים מתעוררות כעת חיה במסגרת דיוני השומה לשנת 2010 – ועל כן בחרנו להתמקד בכך.

וכעת לגופם של דברים.

### קריאה תכליתית בהוראות סעיף 94 לפקודה

15. יסודה של ההבחנה בין אופן חישוב הרר"ל לתום התקופה לבין חישוב הרר"ל למועד הקובע, בהוראות הפקודה עצמן. הוראות הפקודה קובעות, נוסחה חישובית, שעניינה ביצוע מדידת הרר"ל בנקודת זמן ספציפית. על פי עיקרון זה אין לבחון באופן פרטני את ההתפתחויות שהתרחשו בחברה בין מועדי המדידה, ואין לזהות באופן ספציפי את המועד בו נצברו הרווחים הראויים לחלוקה מכוחם מחולק הדיבידנד בפועל. לפיכך, אירועים שהתרחשו לאחר המועד הקובע אינם אמורים להשפיע על מדידת הרר"ל במועד הקובע, והשפעתם תהיה כמובן בחישוב הרר"ל הכולל בתום התקופה. קביעה לפיה יש להפחית את הרר"ל עד המועד הקובע בגין חלוקת דיבידנד לאחר המועד הקובע משמעותה פגימה כפולה בנוסחה שקבעה הפקודה. לא זו בלבד שמתבצע חישוב המתייחס לתהליכים שהתרחשו לאחר המועד הקובע, אלא שכל הפחתה ביתרת הרר"ל של החברה מיוחסת, דווקא לרר"ל שנצבר עד המועד הקובע – ההיפך הגמור מתוכנו של ההסדר, לפיו אירועים לאחר נקודת החתך ישפיעו על חישוב הרר"ל בתום התקופה ולא על חישוב הרר"ל במועד הקובע.

16. נסביר בהתאם לדוגמא לעיל. חלוקת הדיבידנד בשנת 2005 הפחיתה את הרר"ל במועד המכירה ב- 3 מיליון ₪. אלמלא החלוקה היה סכום הרר"ל במועד המכירה 8 מיליון ₪, והוא צומצם ל- 5 מיליון ₪ בלבד בשל ביצוע חלוקת הדיבידנד, כאמור. הפרשנות הנטענת לפיה חלוקה מאוחרת משפיעה על חישוב הרר"ל עד המועד הקובע, משמעותה כי חלוקת הדיבידנד, שבוצעה לאחר המועד הקובע מיוחסת בשלמותה לרר"ל עד המועד הקובע, כאילו בוצעה חלוקה טרם המועד הקובע. למעשה ההפחתה שמבוצעת בחישוב הרר"ל לתום התקופה מיוחסת במלואה לחישוב הרר"ל למועד הקובע.

17. יתר על כן, קיים פער משמעותי בין ניכוי דיבידנד המחולק בשנת המכירה (כלומר לאחר תום תקופת חישוב הרר"ל אך לפני מועד המכירה בפועל), לבין ניכוי דיבידנד מהרר"ל במהלך תקופת חישוב הרר"ל. במועד המכירה מחליפות המניות בעלות. הימנעות מניכוי דיבידנד שחולק לבעל המניות המוכר משמעותה, כי בעל המניות המוכר יקבל מרכיב רר"ל גבוה יותר, חרף חלוקת הדיבידנד לידיה בפועל, ובכך תמריץ לבצע חלוקה ערב המכירה, בעוד היקף הרר"ל איננו נפגע (ומנגד, בעל המניות הקונה יפגע. הוא לא יקבל רר"ל מכיוון שזה ניתן לבעל המניות המוכר והוא גם לא יוכל לחלק דיבידנד בגין אותם

רווחים שהרי אלו חולקו קודם למכירה). החלפת הבעלות מאלצת ביצוע נקודת חתך הכוללת את כל ההשפעות שניתן ליחס לתקופה שקדמה למכירה.

זאת ועוד, מהותו של הסדר הרר"ל לדמות את חבות המס במכירה למצב בו היתה מתבצעת חלוקת דיבידנד ערב המכירה. מכאן, שכאשר מתבצעת מכירה בפועל יש להשוות בינה לבין חלוקת דיבידנד עד אותו מועד, ולא רק לחלוקת דיבידנד שבוצעה בתקופת חישוב הרר"ל. אמנם, חישוב הרווחים מתבצע בשל אילוצים חשבונאיים על בסיס שנתי, ובשל הקושי לקבוע דוחות כספיים ספציפיים ליום המכירה, אולם ככל שניתן להתייחס לאירועים כלכליים באופן ספציפי עד למועד ביצוע המכירה יש לשאוף לעשות כן.

טעמים אלו עמדו בבסיס הפרשנות התכליתית שקבע בית המשפט בעניין תהודה. אולם הם אינם מתקיימים בהתייחס לחישוב רר"ל עד המועד הקובע.

18. **ראשית**, אין חולק, כי גם בעניין תהודה, אירועים לאחר מועד המכירה אינם משפיעים על חישוב הרר"ל (שהרי בעלי מניות השתנו). בית המשפט בעניין תהודה נדרש לפער הטכני שבין תום תקופת חישוב הרר"ל לבין מועד המכירה בפועל. הוא לא קבע (והדבר מובן מאליו), כי אירועים לאחר המכירה ישפיעו על חישוב הרר"ל, כי אם התייחס לאירועים המתרחשים בתקופת הביניים שבין תום תקופת חישוב הרר"ל (תום שנת המס שקדמה למכירה) לבין המכירה בפועל – אך לעולם לא אירועים המתרחשים לאחר המכירה. בנוגע לרר"ל עד המועד הקובע מורה המחוקק, כי יש לחשב את סכום הרר"ל כאילו בוצעה מכירה במועד הקובע. מכיוון שהמועד הקובע הינו בתום שנת 2002, הרי שלא יכול להיווצר פער בין מועד המכירה לתום השנה שקדמה למכירה (תום שנת 2002). חפיפה זו יוצרת מצב בו מועד המכירה חופף למועד החישוב, ועל כן, אין אפשרות שיתגבשו ניכויים, בהעדר פער זמנים בין תקופת חישוב הרר"ל למועד המכירה (הרעיונית).

הווי אומר, את הביטוי "דיבידנד שחולק מהם" יש הכרח לקרוא כאומר – שחולק מהם לפני המכירה (ברר"ל תום תקופה) או לפני המכירה התיאורטית (ברר"ל עד המועד הקובע).

19. **שנית**, הבסיס הרעיוני עליו הצביע בית המשפט בעניין תהודה בקשר עם חישוב הרר"ל לתום התקופה איננו מתקיים בחישוב הרר"ל עד המועד הקובע. רר"ל עד המועד הקובע איננו בא לדמות מצב בו חולק דיבידנד עד המכירה – שהרי במועד זה לא מתבצעת מכירה בפועל, או החלפת ידים במניות, וגם אין חשש ממניפולציות הנוגעות לחלוקת דיבידנד עובר למכירה – שאינה מתקיימת בפועל. תכלית חישוב הרר"ל במועד הקובע זו שונה לגמרי, ונועדה להבחין בין רווחים שנוצרו בתקופה הראשונה לרווחים שנוצרו בתקופה השנייה. המטרה הינה יצירת נקודת חתך בין תקופות מדידה.



עמד על כך בית המשפט המחוזי בע"מ 15918-09-09 צילומעתיק החזקות (1993) בע"מ ואח' נ' פקיד השומה חיפה,<sup>11</sup> (להלן – ענין צילומעתיק) אגב דיון בשאלה האם חישוב הרר"ל למועד הקובע ניצב כשלעצמו, או שמא הוא מושפע מחישוב הרר"ל לתום התקופה. בית המשפט מבהיר בעניין זה, בין השלב הראשון בחישוב הרר"ל כולו הוא השלב המהותי בחישוב – בו אסור להימנע מהתייחסות לחלוקת דיבידנד או הפסדים שהתגבשו, בעוד שהשלב השני בחישוב נועד ליצור נקודת חתך בין תקופות ההטבה לעניין שיעור המס החל. וזו לשונו:

"...חישוב הרווחים הראויים לחלוקה צריך להיעשות ביחס לכל תקופת ההטבות, מיום 1.1.96 ועד תום שנת המס שלפני שנת המכירה (לענייננו - 31.12.2006). אם בתקופה זו היו שנים בהן לחברה היו הפסדים מתואמים לצרכי מס, אין להתעלם מהם. אם החברה חילקה דיבידנדים מרווחים אלו, אסור להתעלם מחלוקה זו. **רק לאחר שסיימנו את חישוב סך הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה, ניתן לעבור לשלב השני של קביעת שיעור המס שיחול על רווחים אלו. בשלב זה של קביעת שיעור המס, עלינו לפעול על פי הוראתו של סעיף 94ב(א), כאשר לכל תקופת הטבה יקבע שיעור מס מתאים. ... משמע, את סכום הרווחים הראויים לחלוקה שנקבע בשלב הראשון יש לחלק בין תקופות ההטבה השונות ולאחר מכן כל חלק מתוך הרווחים הראויים לחלוקה יחויב במס בשיעור שונה - חלק השווה לרווחים הראויים שנצברו עד 1.1.03 יחויב לפי שיעור של 10%, החלק שנצבר לאחר 1.1.03 - לפי המס על דיבידנד. לא ניתן להקדים ולחשב את סכום הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו עד 1.1.03 ולהחיל עליו את שיעור המס של 10%. לשון סעיף 94ב(א)(2) ברורה. תחילה עלינו לחשב את כלל הרווחים הראויים לחלוקה, כלומר הרווחים שנצברו בתקופות ההטבה ורק לאחר מכן לחלק את הסכום שנמצא בין תקופות ההטבה השונות..." (ההדגשות אינן במקור).**

גם אם הדברים אינם חופפים לעמדתנו (שהרי לא בסוגיה שלפנינו, עסק פסק הדין), נדמה שההד העולה מהם הוא, שיש להימנע מייחוס ספציפי של הפסדים מאוחרים לרר"ל עד המועד הקובע.

20. **שלישית**, חישוב הרר"ל עד המועד הקובע נעשה, בהתאם להוראת החוק, כאילו בוצעה מכירה במועד הקובע. בשלב זה, כלל לא ניתן לדעת מה יהיה בעתיד, האם ומתי יחולק דיבידנד או יוצרו הפסדים. כמובן, שאילו באותו מועד אכן היתה מתבצעת מכירה בפועל חלוקת עתידיות או הפסדים עתידיים לא היו נלקחים בחשבון. רק העובדה שמכירה בפועל איננה מתרחשת מאפשרת במבט רטרואקטיבי "לראות את הנולד". טענה לפיה

<sup>11</sup> מיסים כז/6 (דצמבר 2013) ה-22, עמ' 242

אירועים עתידיים משפיעים על הר"ל ההיסטורי "עד המועד הקובע", משמעותה, כי חישוב הר"ל עד המועד הקובע, חשוף לשינויים תמידיים ואיננו נקבע סופית עד המכירה. מניות שימכרו בעתיד, בשנת 2020, תהיינה חשופות לטענה, כי בוצעה חלוקת דיבידנד בשנת 2018, אשר הפחיתה את הר"ל שנצבר עד המועד הקובע בשנת 2002. זהו מצב בלתי סביר, ושונה באופן מובהק מהתייחסות קצרת מועד לחלוקת דיבידנד בשנת המכירה, המתבצעת במועד בו מחושב רווח ההון בגין אותה מכירה.

21. **ורביעית**, נוסף ראיה לשונית מכרעת, לביסוס הפרשנות התכליתית. כאשר ביקש המחוקק לזהות אירועים עתידיים כמשפיעים על חישוב הר"ל עד המועד הקובע – קבע זאת בחקיקה מפורשת. על כן, בסיפא להגדרת רווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע שבסעיף 94ב(א)(2) לפקודה, נוסף במסגרת תיקון 171, כי מחישוב הר"ל עד המועד הקובע יופחתו סכומי דיבידנד שחולקו בהתאם להוראת השעה. הווי אומר, אלמלא הוראה זו ברור היה למחוקק המס, כי סכומי דיבידנד שחולקו אינם מופחתים מהר"ל עד המועד הקובע (אך כמובן שהם משפיעים על הר"ל בתום התקופה). ואולם מכיוון שחלוקה מכח תיקון 171 לפקודה, הינה חלוקה המתייחסת ישירות לר"ל עד המועד הקובע ונהנית מהטבה המיוחסת לר"ל שנצבר עד המועד הקובע, הורה המחוקק באופן מפורש על הפחתת הר"ל עד המועד הקובע, חרף העובדה שחלוקה זו נעשתה בשנים 2009 – 2010 זמן רב לאחר קביעת הר"ל עד המועד הקובע. אילו היתה כל חלוקה יוצרת הפחתה של הר"ל עד המועד הקובע, מדוע נחוצה תוספת זו בהוראת החוק?!

#### **חישוב ר"ל עד המועד הקובע – עמדת רשויות המס**

22. העמדה לפיה חישוב הר"ל עד המועד הקובע איננו מושפע מאירועים עתידיים, משתלבת עם עמדת רשות המיסים המוצגת בקובץ הפרשנות של הרשות לפקודת מס הכנסה,<sup>12</sup> להגדרה שבסעיף 94 לפקודה:

"סכום הרווחים הראויים לחלוקה שנצטברו עד המועד הקובע הינו הסכום שהיה נחשב כר"ל אילו נמכרה המניה במועד הקובע. בדרך זו נשמר שיעור המס שהיה קיים טרם התיקון על הר"ל שנצטבר עד למועד הקובע; כמובן, שכל זאת כפוף לקיום ר"ל ביום המכירה".<sup>13</sup>

רשות המיסים לא סברה, כי יש לבצע התאמות בחישוב הר"ל על בסיס אירועים עתידיים, כמו התגבשות הפסדים או חלוקת דיבידנד בתקופה שבין המועד הקובע למועד החלוקה בפועל.

<sup>12</sup> חב"ק (הוצאת רונו), לסעיף 94 לפקודה.

<sup>13</sup> וראו גם סעיף 6.1.11 לחוזר 23/02 "הרפורמה במס הכנסה - שינויים בחלק ה' לפקודה", מיסים יז/1 ג-132.

23. עמדה זו השתמרה בקשר עם חלוקת דיבידנד בשיעור מס של 12% על ר"ל שנצבר עד המועד הקובע, מכח הוראת השעה שנקבעה במסגרת תיקון 171 לפקודה. בהוראת ביצוע 4/2009 שעניינה "חלוקת דיבידנד שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד ל-31 בדצמבר 2002",<sup>14</sup> קבעה רשות המיסים, כי חישוב הר"ל עד למועד הקובע יתבצע באופן נקודתי בהתאם ל"צילום המצב" במועד הקובע, כדלקמן:

"חישוב הרווחים הראויים לחלוקה אשר ייחשבו כדיבידנד מוטב יבוצע באופן הבא:

- 5.1 שלב 1 - חישוב הרווחים הראויים לחלוקה לכל תקופת החזקה במניות החברה המחלקת (להלן: "ר"ל לכל התקופה").
- 5.2 שלב 2 - חישוב הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע (להלן: "ר"ל עד המועד הקובע").
- 5.3 שלב 3 - היה הר"ל לכל התקופה גבוה מהר"ל עד המועד הקובע, ייראו בסכום הר"ל עד המועד הקובע, כסכום הזכאי להטבה. היה הר"ל לכל התקופה נמוך מהר"ל עד המועד הקובע, ייראו בסכום הר"ל לכל התקופה, כסכום הזכאי להטבה." (ההדגשה אינה במקור)

ודוק, גם בהקשר זה רשות המיסים לא קבעה, כי במצב בו קטן הר"ל לכל התקופה מהר"ל עד המועד הקובע יש לבצע בדיקה ספציפית בדבר ייחוס הר"ל לתקופות השונות, ובוודאי שלא קבעה, כי יש לייחס את הקיטון לר"ל עד המועד הקובע דווקא. הרשות קבעה נוסחה, אותה יש ליישם. הוראות אלו יישמו גם בטופס שנדרשו הנישומים להגיש לצורך יישום הוראת השעה.<sup>15</sup>

#### **נקודות חתך, נוסחאות וצביעת רווחים בדיני המס**

24. זווית מבט נוספת לדיון, נוגעת למעמדן של נוסחאות שנקבעו בד"ן. כבר פסק בית המשפט העליון בעבר, כי כאשר מדובר בהוראה הנוגעת לשיעורי המס, יש ליתן משקל מכריע לנוסחה שנקבעה, אפילו אם יתברר שהיא סוטה מקביעה "כלכלית" של חבות המס. כך הובהר בע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' אלברט אברהם פוליטי,<sup>16</sup> (להלן – עניין פוליטי) שעסק אף הוא בעיצובה של "נקודת חתך" לצורך קביעת שיעור המס, בדומה לעניין שלפנינו, כדלקמן:

"...בענייננו החזקה בדבר התכלית העולה מ"פשט הלשון" מלמדת שאין לקבל את עמדתו של המשיב. ועוד: בבסיס החלטתו של המחוקק לקבוע נוסחה לינארית שאין לסטות ממנה עמדו תכליות של יציבות,

<sup>14</sup> מיסים כג/6.

<sup>15</sup> טופס 805, סעיפים ג ו-ד.

<sup>16</sup> מיסים כב/3 (יוני 2008) ה-5.

**ודאות ופשטות ועמדתו של המשיב אינה עולה בקנה אחד עם אלן** ...  
בענייננו הפשרה והאיזון הובילו את ועדת רבינוביץ' **ואת המחוקק**  
**בעקבותיה להעדיף תכלית של פשטות ויעילות** והרי "את הנורמה  
החקוקה יש לפרש באופן שיגשים את המטרה הגלומה בה, הצמודה לה  
והעוטפת אותה" ... ועמדת המשיב אינה עולה בקנה אחד עם תכלית  
זו".

25. הדברים שנאמרו בעניין פוליטי – אשר אימצו את עמדת רשות המיסים – התייחסו אף  
הם באופן תואם לחלוטין לקביעת נקודת חתך במסגרת הוראות החוק והעדפת נקודת  
החתך על פני שומה מס ספציפית לפי תקופות, וזאת בשם ההגנה על הוודאות והיציבות  
ומכח הוראות חוק מפורשות.

26. גם בעניין חישוב הר"ל למועד הקובע נקבעה נוסחה. יישום הנוסחה הינו פשוט. רווחים  
ראויים לחלוקה עד המועד הקובע הם רווחים ראויים לחלוקה שנצברו אילו התבצעה  
המכירה במועד הקובע. אירועים מאוחרים יותר לאחר שחלפו שנים מהמועד הקובע ועד  
לחלוקה המאוחרת אינם יכולים להשפיע על חישוב הר"ל אילו נעשתה מכירה במועד  
הקובע. על כן, בדוגמא שהצגנו לעיל, חלוקת דיבידנד שנעשתה בסוף שנת 2005 איננה  
משפיעה על חישוב הר"ל לסוף שנת 2002, אותו יש לחשב כאילו נעשתה מכירה ביום  
31.12.02 – ובאותו מועד דיבידנד טרם חולק.

27. פרשנות לפיה הר"ל עד המועד הקובע משתנה כתוצאה מאירועים מאוחרים חותרת  
תחת הנוסחה שנקבעה ויוצרת חוסר יציבות תמידי בעניין זה. אין מדובר בחלון זמנים צר  
שבין תום השנה לאירוע המכירה – כי אם, כמבואר לעיל, בחוסר ודאות שעשוי להמשך  
במשך שנים רבות. על פי הפרשנות "הדינאמית" לחישוב הר"ל עד המועד הקובע, לעולם  
לא יוכל הנישום לוודא מה היקף הר"ל עד המועד הקובע שבידיו, וזה עשוי להשתנות  
בכל שנה, להיות מושפע ממגוון אירועים שהתרחשו בין המועד הקובע למכירה, חרף פרק  
הזמן הממושך שחלף ביניהם. גישה זו, יוצרת חוסר ודאות אותה מבקשת הנוסחה  
שנקבעה בחוק למנוע.<sup>17</sup> במצבים בהם משתנה הר"ל בגין הפסדים הבעיה קשה במיוחד.  
תנודתיות בגובה הר"ל עד המועד הקובע, תיווצר בכל שנה ושנה, כאשר אין ספק, כי אין  
כל קשר ענייני, בין הר"ל שנצבר עד לתום שנת 2002 לבין ההפסדים שנוצרו בתקופה  
מאוחרת יותר.<sup>18</sup>

28. זאת ועוד, התאמות בחישוב הר"ל למועד הקובע בהתאם לשינויים עתידיים, מבטאת  
תפיסה השוקת את חתכי הזמן, קביעה שהינה מעקרונות היסוד של הפקודה. במובן  
הבסיסי ביותר באה קביעה זו לידי ביטוי בחישוב ההכנסה החייבת על בסיס שנתי

<sup>17</sup> ראו לדוגמא ע"א 380/99 אברהם קימה נ' פקיד שומה גוש דן, מיסים יד/6 (דצמבר 2000) ה-4; עמ"ה 131-08  
עיריית מעלה אדומים נ' פקיד שומה ירושלים 2, מיסים כה/4 (אוגוסט 2011) ה-24.

<sup>18</sup> אמנם לעניין דיבידנד ניתן לכאורה לנסות לייחס את הדיבידנד המחולק לשנים בהן נצבר הרווח – אולם הוראות  
החוק אינן עורכות הבחנה בין הפחתת הר"ל בגין דיבידנד להפחתה בגין הפסד, כאמור לעיל.

ובהגבלת קיזוז הפסדים לאחור. עמדה הגורסת כי חישוב הר"ל למועד הקובע, חשוף להפחתת הפסדים או חלוקת דיבידנד שהתרחשו במועד מאוחר יותר, גורמת לכך שלעניין חישוב הר"ל הפסד שנוצר בשנה מאוחרת יקזז רווח שנוצר בשנה קודמת.

רמז לעניין זה בית המשפט בעניין צילומעתיק:

"... זאת ועוד, קבלת טענת המערערים משמעה - הכרה בקיזוז ההפסדים שנצברו בשנים 2003-2006 מהרווחים שנצברו לפני 1.1.96. כידוע, על פי סעיף 28(ב) לפקודה לא ניתן לקזז הפסדים לאחור וסעיף 94 לא יכול לשמש אכסניה לסטייה מעקרון זה..."

29. גישה הגורסת כי רווחים ש"נצבעו" תחת סיווג דיני המס (כמו אצלנו, צביעה כר"ל עד המועד הקובע), יכולים ל"ישנות צבע", תבוא לידי ביטוי בהקשרים נוספים דיני המס. ככלל, עמדת רשויות המס הינה נוטה לשמר את הצביעה, ולא למחוק אותה.<sup>19</sup> דוגמא בולטת לעניין זה מתייחסת לרווחים פטורים לפי סעיף 51 לחוק לעידוד השקעות הון.

30. חברה בעלת "מפעל מוטב" צברה רווחים פטורים בשנת המס 2010. כידוע, חוק העידוד קובע בסעיף 51, ביחס להכנסות ממפעל מוטב, כי כל עוד לא יחולקו הרווחים כדיבידנד<sup>20</sup> לא תחול חבות מס החברות על החברה בגין הכנסתה המוטבת. בשנת 2011 היו לחברה הפסדים, אשר איפסו את כל הרווח שנוצר בשנת 2010. במקביל, בעקבות תיקון 68 לפקודה, עברה החברה למעמד של מפעל מועדף, המזכה את החברה במס חברות בשיעור מופחת וחלוקת דיבידנד חייבת במס בשיעור של 15% (ודיבידנד בין חברתי פטור). בשנת 2012 שוב הרוויחה החברה, וכעת בשנת 2014 מעוניינת החברה לחלק דיבידנד. החברה עשויה לטעון, כי אין קשר בין רוויחה בשנת 2010 לחלוקה בשנת 2014.

31. פרשנות לפיה, אירוע של הפסד מאוחר מאפס רווחים שנצבעו בעבר כרווחי המפעל המוטב תביא לכך שהחברה תיפטר מחבות מס החברות שהיה עליה לשלם בגין רווחי שנת 2010. יש להניח, כי רשות המיסים תסרב לקבל עמדה כזו היוצרת מצב בו הפסד מאוחר מבטל את הצביעה של רווחים בגינם אמור להיות משולם מס חברות. את עמדתה הברורה בעניין זה הביעה רשות המיסים בסדרת החלטות מיסוי בהן נשמרה הקפדה יתרה על צביעת רווחים חייבים במס לצורך הטלת מס בעת חלוקה עתידית, ובהתעלם מאירועים (הפסדים) שנוצרו לאחר תהליך ה"צביעה".<sup>21 22</sup>

<sup>19</sup> דיון מורכב העוסק ב"צביעה" דיני המס, מתעורר בהקשרים נוספים – ולא רק בקשר לצביעת "רווחים", נשוא הדיון שלפנינו. כך עולה שאלת הצביעה בקשר עם הקבלה בין מקורות ושימושים. ע"א 425/79 שלמה אנגיל בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פד"א יב', מיסים און-ליין - עליון, ע"א 787/86 מוראן הנדסת בנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 3, מיסים ה/5 (אוקטובר 1991) עמ' ה-1 בשאלת ייחוס ספציפי הלוואה בגינה נוצרו הוצאות מימון, למלאי עסקי או לנכס הון (כמו גם לחלוקת דיבידנד), ומנגד ההתפתחויות המאוחרות בסוגיה בקשר עם תיאוריית השקילות הכלכלית, כפי שנידונה בע"א 8301/04 + ע"א 10391/04 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ, מיסים כא/6 (דצמבר 2007) ה-5.

<sup>20</sup> או כתחליף דיבידנד ראו סעיף 51 לחוק העידוד, ובנוסחו הישן סעיף 51(ח) לחוק.

<sup>21</sup> ראו "העברת יתרות כספיות ממפעל מוטב - סעיף 51(ב) לחוק" (החלטת מיסוי 1313/11), מיסים כה/2 ג-14, וכן החלטת מיסוי 13/08, מיסים כג/3 ג-1.

ברוח זו, אין לאמץ טענה לפיה הפסד מאוחר (או חלוקת דיבידנד) משפיעים על צביעת רר"ל עד המועד הקובע, שנעשתה קודם למועד התגבשות ההפסד או אירוע החלוקה.

### סיכום הדברים

32. בחישוב רר"ל מיסויי עד המועד הקובע, אין להפחית מסכום הרר"ל חלוקות דיבידנד עתידיות או הפסדים שנוצרו לאחר המועד הקובע. אירועים אלו ישפיעו על סך הרר"ל במועד המכירה, אך אינם משפיעים סימולטנית גם על הרר"ל עד המועד הקובע. זה ראוי להותיר כסכום "צבוע" וקבוע, בהתאם להוראות הפקודה – על בסיס החישוב אילו נעשתה המכירה במועד הקובע, ובהתעלם מאירועים עתידיים. פסק הדין בעניין תהודה, שעסק בחישוב רר"ל לתום התקופה, ובשינויים שבין שנת המס שקדמה למכירה ועד למועד המכירה איננו משנה מסקנה זו.

33. ככל שתבקש רשות המיסים לאמץ פרשנות שונה, התוצאה תהא, הקלה מהותית למכירת מניות בידי חברות, והמרה של רר"ל בשיעור מס 10% ברר"ל בשיעור מס אפס.

---

<sup>22</sup> שאלה דומה של "צביעת" רווחים וייחוסם לתקופות שונות, ולהסדרי מס שונים מתעוררת גם בקשר עם ייחוס סכום אינפלציוני בחישוב רווח הון או שבח מקרקעין. הוראות הפקודה מפצלות את הסכום האינפלציוני למרכיב חייב (עד 31.12.93) והיתרה למרכיב פטור. כאשר אין אין רווח ריאלי במכירה, הרי שחישוב המס על רווח ההון שכולו סכום אינפלציוני, תלוי למעשה בשאלת ייחוס הרווח האינפלציוני לתקופה החייבת ולתקופה הפטורה.