

מסד הערפל על סעיף 51(ח) לחוק עידוד השקעות הון

חלוקת רווחים שהופטרו ממס ממפעל מאושר או ממפעל מוטב
- בעקבות הוראת ביצוע 6/2013

מאת

עו"ד (רו"ח) משה מזרחי¹ • עו"ד עמית קריגל²

פתח דבר

1. מסלול הטבות המס בחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן - החוק), אשר כונה בעבר "המסלול החלופי", והחל מתיקון 60 עוצב במסגרת הסדר "המפעל המוטב", השלים למעלה מחצי יובל שנים. עקרונות היסוד של הסעיף לא השתנו במשך השנים, והם צפויים להמשיך ללוות את מפעלי התעשייה בעשור הקרוב.
2. ביסוד ההסדר ניצבת הוראת פטור מותנה ממס חברות. הפטור ניתן לרווחים השוטפים אולם פוקע בעת הוצאת הרווחים שהופטרו ממס מהחברה. זו לשון סעיף 51 לחוק,³ הקובעת את עקרונות היסוד של ההסדר:

"(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב), חברה המחלקת דיבידנד מתוך הכנסה של מפעל שהושגה בתקופה שבה היתה החברה פטורה ממס לפי סעיף קטן (ב), תהא חייבת, בשנת המס שבה חולק הדיבידנד, במס חברות על סכום הדיבידנד המחולק בשיעור מס החברות שהיתה חייבת בו על הכנסתה בשנה שבה הופקה ההכנסה אילולא בחרה במסלול ההטבות החלופי; המס האמור ישולם לפקיד השומה יחד עם מס ההכנסה שיש לנכותו במקור ממקבל הדיבידנד, ויחולו לגביו כל ההוראות המתייחסות לניכוי במקור; ..."

(ח) לענין סעיף קטן (ג), כל סכום שנתן בעל מפעל לקרובו, לבעל שליטה בו או לתאגיד בשליטתם, או שזקף אותו לחובתם, בין במישרין ובין בעקיפין, יראוהו כדיבידנד שחילק בעל המפעל, זולת אם הוא הכנסה חייבת בידי המקבל והמס עליו שולם".⁴

1. בעבר היועץ המשפטי לרשות המיסים.
2. בעבר מנהל מחלקה בכיר (עידוד השקעות הון) בחטיבה המשפטית ברשות המיסים.
3. כנוסחו עובר לתיקון 60 לחוק.
4. סעיף 51(ג) לחוק נחקק בעת יצירת המסלול החלופי, בעוד שסעיף 51(ח) לחוק נחקק מספר שנים מאוחר יותר, בשנת 1992, במסגרת תיקון 41 לחוק, ס"ח 1391 התשנ"ב, מיום 25.3.92, עמ' 155.

3. תכלית סעיף 51(ח) לחוק היתה להגביל הוצאת רווחים שהופקו בידי מפעל מאושר במסלול החלופי, גם כאשר העברת הרווחים איננה מתבצעת בדרך של חלוקת דיבידנד (מצב שהוסדר מפורשות בסעיף 51(ג) לחוק), אלא באופנים אחרים. הוראת הסעיף קבעה, כי הוצאת הרווחים תטיל חבות מס חברות על החברה בעלת המפעל, בגובה המס ממנו הופטרה. לימים, בשנת 2005, במסגרת תיקון 60 לחוק,⁵ הוחלף המסלול החלופי במפעל המוטב, וסעיף 51(ח) לחוק עודכן בסעיף 51ב לחוק - תוך שימור עקרונות של המסגרת הלשונית והתכליתית של ההוראה.
5. בסמוך לאחר חקיקת סעיף 51(ח) לחוק, פרסמה רשות המיסים את עמדתה הפרשנית להוראת החוק החדשה, במסגרת תוספת מס' 1 להוראת ביצוע 32/92 (להלן - הו"ב 32/92), ובה קבעה את עמדתה ביחס לעקרונות הפרשנות של הסעיף ותחמה את המצבים בהם יחולו הוראותיו.
6. מאז פרסמה הו"ב 32/92, במשך שנים רבות אימצה רשות המיסים מדיניות מקצועית שלווה בפרשנות משפטית, לפיה, השקעה שמבצעת חברה בחברה-בת, לרבות חברה-בת בחו"ל, מכספים שמקורם ברווחים שהופטרו ממס, איננה הוצאת רווחים לעניין סעיף 51(ח) לחוק. עמדת רשות המיסים בעניין זה היתה עקבית וברורה לאורך כל השנים, והיא נתמכה בידי מנהלי הרשות, היועצים המשפטיים ובכירי המחלקה המקצועית בעבר ובהווה.
7. בשנת 2011, במסגרת תיקון 68 לחוק,⁶ בוטלו המסלול החלופי והמסלול המוטב. במקומם נוצרו הסדרים חדשים למתן הטבות מס למפעלים, תחת הכינוי "מפעל מועדף". תיקון 68 לא שינה את ההסדר החל על רווחים פטורים ממס שנצברו בעבר (וייצברו בעתיד) בידי מפעלים מאושרים שפעלו וממשיכים לפעול תחת הוראות הדין שקדם לתיקון 68 - כמפעלים מאושרים במסלול החלופי או כמפעלים מוטבים.⁷
8. עם זאת, במסגרת תיקון 69 לחוק,⁸ יזם המחוקק הסדר מעבר וולונטרי⁹ לעידוד מעבר חברות לדין החדש ולצמצום היקף העודפים הפטורים שנצברו בידי החברות מכוח הסדרי הדין הישן. במסגרת הסדר המעבר הציע המחוקק לחברות שצברו רווחים שהופטרו ממס ולא חילקו אותם כדיבידנד (וממילא גם לא מוסו במס החברות החל עקב חלוקת דיבידנד), לשלם מס חברות מופחת בגין רווחים אלו.¹⁰

5. חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, ס"ח תשס"ה-1997, 11.4.05, עמ' 346.

6. חוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011-2012, התשע"א-2011, ס"ח תשע"א 2271, עמ' 138.

7. רווחים אלו זכו בעת האחרונה לכינוי התקשורתי "רווחים כלואים". אנו ניצמד למונח השמרני - רווחים ממסלול חלופי שהופטרו ממס.

8. חוק לעידוד השקעות הון (תיקון מס' 69 והוראת שעה), התשע"ג-2012, ס"ח תשע"ג 2385, עמ' 12.

9. למשך שנה ממועד פרסום החוק - עד ליום 12.11.13.

10. ההסדר כלל תנאים נוספים הנוגעים לחובת השקעה בנכסים בישראל. תשלום המס לא הותנה בחלוקת הרווחים בפועל, כי אם בתנאים אחרים שנקבעו בחוק.

הוראה זו, שזכתה לכינוי "חוק הרווחים הכלואים", ספגה קיתונות של ביקורת ונבחנה במסגרת דיון ציבורי ופרלמנטרי יסודי,¹¹ אך לא הגשימה, כך נראה בשלב זה, את התקוות הגדולות שתלו בה.¹² רוב החברות שבידיהן רווחים שהופטרו ממס מכוח החוק (שסכומם הכולל נאמד¹³ בכ-125 מיליארד ש"ח), בחרו, לעת עתה, שלא להתחייב במס חברות בגין רווחים אלו, חרף ההוראות המיטיבות שנקבעו בתיקון 69 לחוק.

9. אגב הדיון הציבורי בתיקון 69 לחוק, נמתחה ביקורת חריפה על רשות המיסים בטענה, כי הפרשנות המשפטית שהעניקה רשות המיסים לסעיף 51(ח) לחוק, באשר לרכישה ולהשקעה בחברות בנות שמומנה ברווחים שהופטרו ממס, איננה נכונה. הביקורת גרסה, כי מדיניות זו של רשות המיסים איפשרה לחברות להימנע לאורך שנים מחלוקת דיבידנד בפועל (ובכך להימנע מחבות מס החברות הנוצרת בגין החלוקה), ואף איפשרה לחברות גמישות מספקת לעשות שימוש ברווחים שהופטרו ממס, למימון רכישה ו/או להשקעה בחברות בנות (ובדרכים נוספות), לרבות השקעות בחו"ל במסגרתן הוצאו הכספים מחוץ לישראל.

10. השיח הציבורי והפרלמנטרי הביא את הנושא לשולחנו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אשר ערך חוות דעת משפטית בעניין פרשנות סעיף 51(ח) לחוק (ובגרסתו החדשה, סעיף 51(ב)(1) לחוק), בקשר עם מימון השקעה או רכישה של חברות בנות בישראל ובחו"ל באמצעות רווחים שהופטרו ממס מכוח החוק (להלן - **חוות דעת משרד המשפטים**). חוות הדעת, שרמזים לתוכנה פוזרו בעיתונות הכלכלית¹⁴ ובדיון בוועדת הכספים של הכנסת,¹⁵ לא פורסמה בציבור באופן שניתן יהיה לבחון באופן יסודי ובקריאה ביקורתית את העמדה המשפטית שנקבעה בה, ובעיקר את נימוקיה.

11. את המסקנה האופרטיבית העולה מחוות הדעת הציגה רשות המיסים בהוראת ביצוע 6/2013 שפורסמה לאחרונה (להלן - **הוראת הביצוע**).¹⁶ הוראת הביצוע קובעת, בעקבות חוות דעת משרד המשפטים, כי הפטור ממס מכוח החוק הינו פטור מותנה, ותכליתו הפניית הרווחים הפטורים לצורך פיתוחו של המפעל המאושר או המוטב. על כן, הוצאת כספים מהחברה בעלת המפעל לצד קשור מפקיעה את הפטור המותנה. על בסיס הנחת מוצא זו קובעת חוות הדעת, כי השקעת כספים או רכישה של חברה מרווחים שהופטרו ממס, מפקיעה את הפטור ומביאה לחיוב הרווחים במס. יצוין, כי מאופן הצגת חוות הדעת במסגרת הוראת הביצוע משתמע, כי עורכי חוות הדעת אינם מבחינים בהקשר זה בין השקעה או רכישה של חברה ישראלית ובין השקעה או רכישה של חברה זרה. בהוראת הביצוע סייגה רשות המיסים את קביעתה וציינה, כי ההוראה לא תחול "במקרים חריגים ובהנחיית המחלקה המקצועית".

11. ראו דיון ועדת הכספים של הכנסת מיום 23.9.12.

12. ראו "המו"מ נכשל ורשות המיסים דורשת מישקר לשלם 2 מיליארד ש"ח" **דה מרקר**, 19.2.13, "מנכ"ל טבע: אני דוחה מכל וכל את המונח רווחים כלואים", **גלובס** 22.2.13; "הרווחים הכלואים של צק פוינט 3.7 מיליארד ש"ח", **כלכליסט** 19.2.13. צוין, כי עד למועד הכתבה על פי נתוני רשות המיסים שוחררו 600 מיליון מתוך כ-120 מיליארד ש"ח רווחים כלואים (0.5%).

13. פרוטוקול דיון ועדת הכספים של הכנסת מיום 23.9.12, עמ' 8.

14. מירב ארלוזורוב "התבוסתנות של רשות המיסים", **דה מרקר** מיום 17.10.12.

15. לעיל, הערה 14.

16. הוראת ביצוע 6/2013 מיום 25.4.13 "דגשים לעניין הוצאת כספים מחברה מאושרת/מוטבת", מדור חוזרים להלן בחוברת זו.

12. זאת ועוד, בהוראת הביצוע הוסיפה רשות המיסים ופירטה מגוון רחב של מצבים אליהם, כך נאמר, לא התייחס משרד המשפטים בחוות דעתו - שלושה-עשר במניין, שאינם רשימה סגורה, בהם, על פי הוראת הביצוע, "יש לבחון" את הוצאת הכספים מהחברה. בהוראת הביצוע לא פורטו המצבים החריגים בהם ניתן יהיה לסטות מעמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ולא העקרונות שינחו את המחלקה המקצועית בעניין זה. יתר על כן, בהוראת ביצוע, שהינה הפרסום הרשמי של רשות המיסים, לא הובהר מהם, לדעת רשות המיסים, הקריטריונים ל"בחינת" הוצאת הכספים מהחברה בשלל המצבים שנמנו בהוראת הביצוע. ערפל זה מגביר את חוסר הוודאות המשפטית ביחס למצבים בהם סבורה רשות המיסים, כי אין לעשות שימוש ברווחים, לעומת מצבים בהם סבורה רשות המיסים, כי אין מניעה לשימוש המבוקש.
13. ברשימה זו נבקש להתמודד עם העמדה הבסיסית, שהוצגה בהוראת הביצוע כעמדת משרד המשפטים. כאמור, נימוקיה לא פורסמו, אולם מבין השיטין בהוראת הביצוע ובפרסומים בעיתונות, ניתן לעמוד על העקרונות המנחים. עמדה זו סותרת את עמדתה המשפטית והמקצועית העקבית של רשות המיסים בסוגיה זו במשך שנים רבות. למרבה הצער, העמדה המקורית של רשות המיסים לא נשמעה במסגרת הדיון הציבורי בנושא, אף לא הובהר מדוע נסוגה עמדתה בפני עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. את קולה של רשות המיסים בעבר ואת עמדתנו בהווה, נבקש להשמיע ברשימה זו.

רקע, מונחי יסוד ותכלית החקיקה

14. מטרות חוק עידוד השקעות הון קבועות באופן מפורש בסעיף 1 לחוק. עד תיקון 68 לחוק, הוצגו מטרות החוק כדלקמן:

"מטרת חוק זה היא משיכת הון לישראל ועידוד יוזמה כלכלית והשקעות הון-חוץ והון מקומי לשם -

- (1) **פיתוח כושר הייצור של משק המדינה, ניצול יעיל של אוצרותיה ויכלתה הכלכלית וניצול מלא של כושר ייצורם של מפעלים קיימים;**
- (2) **שיפור מאזן התשלומים של המדינה, הקטנת היבוא והגדלת היצוא;**
- (3) **קליטת עליה, חלוקה מתוכננת של האוכלוסיה על פני שטח המדינה ויצירת מקורות עבודה חדשים."**

15. בתיקון 68 לחוק תוקן סעיף מטרות החוק, מתוך תפיסה כי נדרשת התאמה בין מטרות החוק למציאות הכלכלית העכשווית, לאתגרים החדשים וליעדים הנוכחים של קידום התעשייה:¹⁷

17. ראו דברי ההסבר להצעת חוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2010, ה"ח 541, עמ' 107-108.

”מטרת חוק זה היא עידוד השקעות הון ויוזמה כלכלית, באופן שבו תינתן עדיפות לחדשנות ולפעילות באזורי פיתוח, לשם -

(1) פיתוח כושר הייצור של משק המדינה;

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

(3) יצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא.”

16. השוואה בין שני הסעיפים חושפת, כי הנוסח החדש איננו מדבר עוד על משיכת הון לישראל ועל ניצול מלא של כושר הייצור של מפעלים קיימים. בתיקון 68 החוק מפנה את מבטו לכיוונים חדשים: חדשנות, קידום הפריפריה ותחרות בשווקים הבינלאומיים. מכל מקום, מכיוון שהדיון שלפנינו עוסק הן באירועי חלוקה (או "מעין חלוקה") שהתרחשו לפני תיקון 68 לחוק והן באירועי חלוקה שהתרחשו לאחריו, ובכאלה שעוד צפויים להתרחש בעתיד, הרי שלנגד עינינו יעמדו מטרות החוק הן בנוסחן הישן עד תיקון 68 והן בנוסחן המאוחר.¹⁸

17. מתוך מטרותיו הכלליות של החוק באים אנו אל האמצעים והכלים המשפטיים שנקבעו על ידי המחוקק, על מנת להגשים מטרות אלו. במסגרת המסלול החלופי, עיצב המחוקק הסדר משפטי, שנועד להגשים את תכלית החוק, במסגרתו יינתן למפעלי תעשייה פטור ממס חברות על ריווחיהן, כל עוד החברה לא תחלק את הרווחים שהופטרו ממס לבעלי מניותיה. מוקד הדיון שלפנינו יהיה איפוא, במידת הזיקה שבין מטרות החוק ותכליות ההסדר לבין ההסדר המשפטי שנקבע כאמצעי להגשמת תכליות אלו, ובהשפעה הפרשנית שיש לייחס למטרות החוק על תוכן ההסדר המשפטי שנקבע.

18. כך נוסח סעיף 51(ג) במקורו:¹⁹

”קיבל אדם דיבידנד ששולם מתוך הכנסה של מפעל שהושגה בתקופה שבה בעל המפעל פטור ממס לפי סעיף קטן (ב), יהא חייב עליו, על אף האמור בסעיף 47(ב)(2), במס הכנסה בשיעור של 40%, והוא הזין לגבי פירות השקעה המשתלמים על ידי חברה מתוך דיבידנד כאמור.”

19. בדברי ההסבר שנילוו להצעת החוק²⁰ נאמר, כי המסלול החלופי נוסד על מנת להרחיב את האפשרות ליתן תמריצים למפעלים מעבר לתקציב הקבוע של מרכז ההשקעות, ולאפשר הטבות גם לחברות טכנולוגיה שאינן מבצעות השקעה בנכסים מוחשיים.

18. יצוין, כי התיקון בסעיף המטרות חל על אירועי חלוקה שיתבצעו לאחר התיקון. ראו בעניין זה הוראות המעבר לתיקון 68, שאינן מחריגות מתחולה את הוראות סעיף 1 בנוסחו לאחר התיקון.

19. ס"ח תשמ"ו 1174, 1.4.86, עמ' 136. במשך השנים חלו שינויים בלשון החוק, לחלקם נתייחס, אולם העיקרון שנקבע בו לא השתנה.

20. ה"ח התשמ"ו 1765, עמ' 73-74.

דברי ההסבר לא התייחסו כלל לנושא פקיעת הפטור עקב חלוקת דיבידנד, מכיוון שהפטור ממס חברות מעולם לא פקע לפי הסדר מקורי זה. במקום מס חברות עליו ניתן פטור (תמיד), הוטל מס מוגדל על הדיבידנד המחולק. חבות המס בשיעור 40% הוטלה בעת החלוקה על בעל המניות מקבל הדיבידנד (על אף ההוראה המגבילה את שיעור המס על דיבידנד ל-15% שבסעיף 47(ב)(2)), ולא על החברה.

20. בתיקון מס' 30 לחוק הוחלף הנוסח המקורי בנוסח המוכר של הסדר המסלול החלופי. במסגרת התיקון הומרה החבות במס על הדיבידנד בהטלת חבות מס על החברה בגין חלוקת הדיבידנד.²¹ בדברי ההסבר להצעת החוק הבהיר המחוקק כדלקמן:

“אחת המטרות בחקיקתו של תיקון מס' 27 לחוק [היינו: המסלול החלופי - ע.ק.] שלא מצאה את ביטויה הנכון בנוסחו, היתה לעודד את השארית הרווחים במפעל, משום כך נקבע...”

21. בחלוף שש שנים מחקיקת המסלול החלופי, ולאחר שנצבר ניסיון מסוים בהפעלתו, התברר, כי במקרים רבים, חברות להן מפעלים במסלול חלופי בוחרות להימנע מחלוקת דיבידנד, על מנת שלא להתחייב במס חברות, אולם הדבר איננו מונע מהן להעביר את הרווחים שהופטרו ממס לבעלי המניות בדרכים אחרות.²² על כן, שינס המחוקק מותניים, במטרה לסגור את הפירצה, והוסיף במסגרת תיקון 41 לחוק את סעיף 51(ח), בזו הלשון:

“לענין סעיף קטן (ג), כל סכום שנתן בעל מפעל לקרובו, לבעל שליטה בו או לתאגיד בשליטתם, או שזקף אותו לחובתם, בין במישרין ובין בעקיפין, יראוהו כדיבידנד שחילק בעל המפעל, זולת אם הוא הכנסה חייבת בידי המקבל והמס עליו שולם.”²³

לימים, במסגרת תיקון 60 לחוק, נערך שינוי מסוים בנוסח ההסדר שנקבע בסעיף 51(ח) לחוק (במסגרת סעיף 51(ב)(1) לחוק), אולם ליבת ההסדר לא השתנתה.²⁴ על כן, לצורך פשטות הדיון נתייחס להוראת החוק כנוסחה בסעיף 51(ח).

22. בסמוך לאחר חקיקת סעיף 51(ח) לחוק ועל רקע החדשנות במודל המיסוי שעוצב בו, וההגדרה הלשונית הרחבה, שהתייחסה “לסכום שנתן בעל מפעל לקרובו...”, נדרשה רשות המיסים להוראת פרשנות בנושא - במסגרת תוספת להו"ב 32/92 - שביקשה לתחום את גבולות הגיזרה בסוגיה.

21. ס"ח תשמ"ז 1214, עמ' 116. וראו גם בדברי ההסבר ה"ח 1803, עמ' 61. מטרת התיקון היתה להתגבר על המגבלות על הטלת מס בשיעור גבוה על דיבידנד במצב של משקייעי חוץ כאשר קיימת מגבלה על שיעור המס באמנות למניעת כפל מס.

22. בהצעת החוק לתיקון 39 ביקש המחוקק לראות מתן **הלוואות לבעל שליטה בריבית נמוכה** מריבית השוק כחלוקת דיבידנד. הצעה זו לא עברה בהליכי החקיקה. ה"ח תש"ן, 2015 עמ' 301.

23. בהצעת החוק לא הוסיף המחוקק כל דברי הסבר לעניין זה.

24. אולם נוספה התייחסות מפורשת למצבים של רכישה עצמית ופירוק.

25. יצוין, כי הסדרים מקבילים קיימים מכוח סעיף 47(א)(5) לחוק, במסלול המענקים למפעלים באיזור פיתוח א' הזכאים לפטור מותנה במשך שנתיים.

בתוספת קבעה רשות המיסים מגוון מצבים בהם אין להפעיל את הוראת הסעיף, כדלקמן:²⁶

- 1.3.1" לחברה אין רווח ממסלול חלופי כאשר לחברה אין רווח ממסלול חלופי ואין היא מנצלת את ההטבות על פי סעיף 51 לחוק, אין להפעיל את הוראות סעיף 51(ח) שמטרתן סיכול חלוקת דבידנד בלא לשלם את המס שהחברה הופטרה ממנו.
- 1.3.2 החזר הלוואה ...
- 1.3.3 תשלום עבור שירותים או נכסים
- 1.3.4 אין להחיל את סעיף 51(ח) על תשלום ריאלי בגין שירותים או נכסים אם סכום התשלום מהווה הכנסה בידי המקבל, ואפילו אם המקבל מצוי בהפסדים וסכום ההכנסה קוזז כנגד ההפסד, וגם אם המקבל הוא תושב חוץ. האמור לעיל יחול רק כאשר מדובר בהעברות במהלך העסקים הרגיל.
- 1.3.4 העברות כספים מחברה בעלת מסלול חלופי לחברה אחרת בעלת מסלול חלופי...
- 1.3.5 מתן הלוואות קצרות מועד... " (ההדגשות אינן במקור - ע.ק.)

23. עיון בהו"ב 32/92 חושף גישה פרגמטית של רשות המיסים, והבנה, כי קיימים מצבים בהם נכון לאפשר לחברה להוציא כספים ממעגל הפעילות של המפעל, מבלי להטיל חבות מס על החברה. כל עוד תשלומים אלו אינם מהווים תחליף דיבידנד וניתן לראות בהם חלק מעסקה כלכלית אמיתית - ולא חלוקת רווח לבעלי המניות, במישרין או בעקיפין - אין להטיל על החברה חבות במס.

24. הוראת הביצוע 32/92 לא התייחסה במישרין להשקעה או לרכישה של חברות בנות, אולם המדיניות המוצהרת של רשות המיסים בעניין זה היתה ברורה ומפורסמת. כך, במסגרת הליכי החקיקה של תיקון 60 לחוק הציג מר אוסקר אבו ראזק,²⁷ שהיה באותה עת המשנה למנהל רשות המיסים, את עמדת רשות המיסים בהתייחס למצבים של השקעה בחברה-בת בפני ועדת הכספים:

"...לא כתוב "רכש", כתוב "נתן". עכשיו הדבר השני בדרך כלל, השקעה בחברה אחרת ... זה לא ייכנס, זו לא חלוקת דיבידנד" (ההדגשה אינה במקור).

ובהמשך, גם אם הלשון סובלת מחוסר בהירות, ציין גם ביחס להלוואת בעלים לחברה-בת, כי:

26. ה"ב 1)32/92 "טיפול במפעלים מאושרים במסלול חלופי משיכת רווחים המתחייבת במס", "מיסים" 1/ז ג-100.

27. דיון בוועדת הכספים מיום 6.3.05, עמ' 76-78.

”נותנים דיבידנד למי? נותנים דיבידנד רק לבעלי השליטה. בעלי השליטה מלמעלה או מלמטה. כלכלית, לא משפטית.”

25. עיון בפסיקת בתי המשפט מעלה, כי עד כה, כעשרים שנה לאחר שנחקק סעיף 51(ח) לחוק, טרם ניתן פסק דין בנושא השימוש ברווחים שהופטרו ממס לצורך השקעה או רכישה של חברה-בת. מציאות זו נגזרה מעמדתה המקצועית והמשפטית העקבית של רשות המיסים, שסברה, כי אין להטיל על חברות מס בגין שימוש ברווחים להשקעה או לרכישת חברה-בת.²⁸

26. בהמשך הדברים נבקש להציג את עקרונות היסוד שעמדו בבסיס עמדת רשות המיסים בסוגיה. מכל מקום, כאשר מדובר במדיניות עקבית ארוכת שנים, ראוי היה לנקוט משנה-זהירות בשינוי רטרואקטיבי של עמדה משפטית ומקצועית מושרשת. כפי שנבחר כעת, לעמדה זו גם שורשים עמוקים והיגיון משפטי וכלכלי.

27. ניתוח הוראת סעיף 51(ח) לחוק מחייב התייחסות לתוכנו הלשוני של הסעיף, וגבולות ההסדרה שנקבעה בו, ולהיבטי תכלית החקיקה. לצורך הדיון בפרשנות התכליתית יש לעמוד על שלושה מישורי ייחוס לדיון הפרשני - המהותי:

ראשית, מהי הזיקה הקיימת בחוק בין הוראת הבסיס של חבות המס בעת חלוקת דיבידנד מרווחי המסלול החלופי, כפי שנקבעה בסעיף 51(ג) לחוק, להוראת ההשלמה שנקבעה בסעיף 51(ח) לחוק. מכאן יחל הדיון, האם תשלום לפי סעיף 51(ח) נדרש לאיפיונים מסויימים של דיבידנד (ואם כן, באיזו מידה) או שמא אין להצביע על זיקה כלשהי בין שתי ההוראות, שיהא בה להעניק מימד בפרשנות סעיף 51(ח) לחוק;

שנית, באיזו מידה ניתן לעגן אל תוך ההסדרים שנקבעו בסעיף 51 ואשר אינם מבחינים בין השקעה בישראל להשקעה בחו"ל, את מטרותיו הכלליות של החוק אשר ביקשו לקדם את פעילות התעשייה והשקעות ההון בישראל דווקא;

ושלישית, מהי מהות החסימה שקבע החוק להוצאת רווחים - האם הוצאת רווחים מהמפעל עצמו או מהחברה בעלת המפעל. הדיון בשלושה מישורים אלו ישמש הקדמה ראויה להתמודדות עם עמדת משרד המשפטים באשר להשקעה או לרכישה של חברה-בת מרווחים שהופטרו ממס.

28. אמנם בהחלטות מיסוי שנתנו בשנים האחרונות נקטה מדיניות זהירה ומחושבת. כך למשל, בהחלטות מיסוי 1313/11 "העברת יתרות כספיות ממפעל מוטב - סעיף 51(ב) לחוק - החלטת מיסוי בהסכם", "מיסים" כה/ג-14, שהגבילה אמנם את השימוש ברווחים שהופטרו ממס למתן הלוואה או לרכישה של חברות בישראל שהן בעלות מפעל מוטב, וכן החלטת מיסוי 13/08 "העברת עודפים פטורים לחברה בת", מתוך החלטות מיסוי ינואר-דצמבר 2008, "מיסים" כג/ג-1.

הוצאת רווחים ל"מעלה" או ל"מטה" - הזיקה הפרשנית בין סעיף 51(ג) לסעיף 51(ח)

28. סעיף 51(ג) לחוק עוסק "בחברה המחלקת דיבידנד", היינו, במצבים בהם מתבצעת **חלוקת דיבידנד בפועל** מתוך רווחים שקיבלו פטור ממס. התוכן המהותי של הוראה זו מתייחס להוצאת כספים מהמפעל לבעלי מניותיו. בעלי המניות הם הזכאים למשוך את רווחי המפעל בהיותם בעלי מניות, ובגין ההחלטה למשוך את הרווחים שקיבלו פטור, ולא להותירם בחברה - מטיל המחוקק חבות מס.

29. הפתיח להוראת סעיף 51(ח) לחוק הינו: "לענין סעיף קטן (ג), כל סכום ..., **יראוהו כדיבידנד שחילק בעל המפעל**, ...". הלשון הפשוטה יוצרת זיקה בין מצב של העברת ה"סכום" למצב של חלוקת דיבידנד. את הזיקה הזו ניתן לפרש בהקשר התוצאתי הצר - היינו, אירוע מתן הסכום, חרף העובדה שהוא משולל כל דימיון לחלוקת דיבידנד, ייחשב כחלוקת דיבידנד לענין תוצאותיו בלבד - הטלת חבות במס חברות. גישה פרשנית אחרת תבקש לכרוך בין שתי ההוראות, ותשאב מהאלמנטים האופייניים לחלוקת דיבידנד גם ל"מתן סכום" לפי סעיף 51(ח) לחוק.

30. האיפיון המרכזי בעניין זה נוגע ל"כיוון התשלום". תשלום דיבידנד הינו לכיוון אחד בלבד - חברה מחלקת דיבידנד לבעלי מניותיה. לעומת זאת, הלוואה בתוך קבוצת חברות יכולה להינתן ל"כל הכיוונים", לחברה-אם, לחברה-אחות או לחברה-בת. הזיקה הלשונית והמהותית שבין סעיף 51(ג) לחוק לסעיף 51(ח) לחוק נוטה באופן מובהק לפרשנות לפיה, יש להחיל אירוע מס על חברה שנותנת לקרוב סכום בעל דימיון מסויים או זיקה כלשהי לחלוקת דיבידנד - היינו, דווקא חלוקה כלפי מעלה, כאשר חברה מעניקה הלוואה לחברה-אם.

31. אנו נוטים לעמדה המייחסת זיקה פרשנית בין שתי הוראות החוק. טענת הזיקה בין הסעיפים נתמכת הן בלשונו המפורשת של הסעיף: "יראוהו כדיבידנד שחילק בעל המפעל", והן בהיסטוריה החקיקתית. אשר ללשון, אילו חפץ המחוקק בהיבט התוצאתי גרידא, מדוע לא קבע לעניין זה הוראה אוטונומית ומנותקת מסעיף קטן (ג), או ציין בפשטות, כי הוראות סעיף 51(ג) לחוק יחולו על "סכום שנתן בעל מפעל ..."? מה רבותא מצא המחוקק לדקדק, כי ענייננו בתוספת לסעיף קטן (ג), וכי "יראוהו **כדיבידנד** שחולק". איננו טוענים, כי מדובר כדיבידנד ממש, אולם מדוע הקפיד המחוקק לכרוך את הוראת סעיף קטן (ח) כהשלמה לסעיף קטן (ג), ולהדגיש את תיאור התשלום "כדיבידנד".

גם ההיסטוריה החקיקתית מלמדת, כי ניסיונות חקיקה קודמים²⁹ התייחסו להטלת חבות מס על הלוואות מוטבות לבעלי שליטה. בהסדר זה, יש לראות את הגרעין הרעיוני להוראת סעיף 51(ח) לחוק, ואת זיהוי ההסדרה עם חסימת העברת רווחים לבעלי השליטה.

29. ראו הצעת חוק לתיקון 39, בה"ש 21 לעיל.

32. עמדה פרשנית זו איננה שוללת את הפעלת סעיף 51(ח) לחוק על העברת סכומים לחברה-אחות, משום שעל הלוואה לחברה-אחות ניתן להתבונן כאילו ניתנה לחברה-האם וממנה הועברה לחברה-האחות, משום שהזיקה בין החברה בעלת המפעל לחברה-אחות הינה דרך בעלת השליטה, החברה-האם.

33. מנגד, מתן סכום לחברה-בת הינו **בכיוון ההפוך** לחלוקת דיבידנד. אין מדובר בהעברת סכומים לבעלי מניות במישרין או בעקיפין, אלא בהשקעה שמבצעת החברה בעלת המפעל בעצמה - בחברה-בת שלה. ככל שנבקש לראות את סעיף 51(ח) לחוק כבעל זיקה ל"סעיף האם" שלו - סעיף 51(ג) לחוק - תתיישב יותר המסקנה לפיה, אין לראות העברת כספים "כלפי מטה" כמקיימת דמיון ראשוני לדיבידנד וכיוצא בתשתית לאירוע החיוב במס בגין העברת כספים דמויי דיבידנד.

השקעה בישראל או השקעה בחו"ל

34. עיון בלשון סעיף 51(ח) לחוק חושף מישור נוסף ביחס בין מטרות החוק הנזכרות בסעיף 1 לחוק ובין ההסדר שיצר המחוקק. בעוד שמטרות החוק עוסקות בקידום השקעות במשק הישראלי, הוראות סעיף 51(ח) לחוק אינן מבחינות, אף לא ברמז, בין השקעה בישראל להשקעה בחו"ל. אין חולק בהקשר זה, כי רכישת מפעל או פס ייצור בחו"ל על ידי חברה ישראלית, כאשר המימון הינו ברווחים שהופטרו ממס, אינו יוצר חבות מס. רכישה זו אמנם מעבירה את הפעילות העתידית לחו"ל, אולם היא "משאירה" את הכספים בחברה הישראלית, ועל כן אין מדובר בסכום שנתן בעל מפעל לאחר.³⁰ דומה שגם משרד המשפטים, כפי שמשקפת עמדתו מהוראת הביצוע, לא מצא עוגן להבחנה בין השקעה בישראל לבין השקעה בחו"ל. על כן גם לדידו, חרף מטרות החוק שנקבעו בסעיף 1 והתייחסותו לקידום פעילות בישראל, רכישת נכסים או פעילות בידי החברה הישראלית לא תקים חבות מס בין אם הנכסים או הפעילות הנרכשת הינם בישראל ובין אם הם בחו"ל. מנגד, לשיטתו, רכישה או השקעה בחברה-בת תקים חבות מס לפי סעיף 51(ח) לחוק, בין אם הרכישה הינה של חברה ישראלית הפועלת בישראל ובין אם הרכישה היא של חברה זרה הפועלת בחו"ל.³¹

35. נראה, כי ניסיון להיצמד לתכלית החקיקה בדבר גידול בהשקעות ההון בישראל, איננו משתלב עם גישה זו (ועוד על כך להלן). מכל מקום, גם בנקודה זו בולט הפער המהותי בין המטרות הכלליות של החוק, ככל שאלו מתפרשות כמכוונות לקידום פעילות תעשייה בישראל דווקא, ובין ה"אמצעים", הוראות החוק עצמן, אשר לא הבחינו בין רכישת נכסים או פעילות בישראל או בחו"ל.

30. במנותק מהשאלה, האם הפעילות בחו"ל זכאית להטבות מס.

31. וכמובן גם במצבים ההופכיים, חברה ישראלית הפועלת בחו"ל או חברה זרה הפועלת בישראל.

הוצאת רווחים מ"החברה" או מ"המפעל"

36. קריאה ביקורתית של הוראות החוק מחייבת לבחון את היחס בין התכליות אותן ביקש המחוקק להשיג ובין ההסדרה החוקית שיצר, במישור נוסף, הנוגע למקום בו על הרווחים להישמר: במסגרת ה"מפעל" או בחברה "בעלת המפעל".³²
37. המפתח בעניין זה נוגע לפער טרמינולוגי ומהותי בין ה"מפעל" לבין ה"חברה". לכאורה, המחוקק ביקש לעצב הסדר שיביא לקידום השקעות הון בישראל (ולשאלה המהותית, כיצד מקדמים השקעות בישראל נידרש בהמשך), בדרך של העברת רווחי המפעלים שקיבלו פטור, להשקעה נוספת של המפעל בנכסים יצרניים חדשים.³³ **אלא שהמחוקק, בעת יצירת ההסדר, התעלם מהפער המהותי הקיים בין הוצאת הכספים ממעגל הייצור של המפעל להוצאתם מהחברה.** בעוד שתכלית החוק ביקשה, לכאורה, לשמר את הכספים **במפעל** לצורך ביצוע השקעות נוספות בעתיד, הוראת החוק שימרה את הכספים **בחברה.** שהרי האירוע היוצר³⁴ את חבות המס הינו דיבידנד, כפי שקבע סעיף 51(ג) לחוק,³⁵ עניינו בהוצאת כספים מהחברה לישות משפטית אחרת, ולא במצבים בהם נותרים הרווחים בחברה אך אינם משמשים לצורכי הייצור.
38. ניסיון לטעון, כי סעיף 51(ח) שינה את ההסדר המהותי והתייחס להוצאת כספים **מהמפעל** בלשון: "סכום שנתן בעל מפעל...", איננו משתלב עם לשון הוראת החוק בקריאה שלמה שלה. שהרי הוראת החוק עוסקת בבעל המפעל שנתן סכום **ליישות משפטית אחרת** (גם אם קשורה), "קרובו", "בעל שליטה בו" או "תאגיד בשליטתם". הווי אומר, בעל המפעל (היינו, החברה המחזיקה במפעל)³⁶ הוציא את הכספים מרשות התאגיד והעבירם ליישות משפטית אחרת.
39. יתר על כן, עיון בסיפא של סעיף 51(ח) לחוק מבהיר, כי כאשר התשלום הינו "הכנסה חייבת בידי המקבל", לא תחול הוראת ביטול הפטור. גם כאן בהירים הדברים - היישות המשפטית של המקבל איננה של הנותן, אלא גורם אחר. גם בהקשר זה הזיקה לסעיף 51(ג) לחוק העוסק בהעברת כספים בין יישויות משפטיות שונות, מהווה ביטוי לעיקרון בדבר הוצאת כספים מהחברה ולא מהמפעל.
40. משקבענו, כי המגבלה שהטיל החוק הינה על הוצאת הכספים מהחברה בעלת המפעל, ואין מגבלה על הוצאת כספים מהמפעל עצמו, כל עוד נשמר הכסף בידי החברה בעלת המפעל, מתעצם הקושי לנסח תפיסה תכליתית קוהרנטית להוראת החוק במישור זה.

32. בדברי ההסבר לתיקון מס' 30 לחוק, המחוקק כבר הודה כי קיים פער בין התכלית אותה ביקש להשיג בהסדרת המסלול החלופי ובין הוראת החוק יציר כפיו.

33. כך בדברי ההסבר לתיקון 27 לחוק. עיקרון זה משתלב עם סעיף 1 לחוק, כנוסחו עד תיקון 68.

34. וכמטבע הלשון שטבע השופט אלטוביה בעמ"ה 1053/05 חב' **מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים**, "מיסים" כא/2 (אפריל 2007) ה-23: האירוע ה"משפעל".

35. טענה זו אף מתעצמת על רקע ההסדר המקורי של סעיף 51(ג) לחוק, שקבע חבות מס על אירוע הדיבידנד בלבד, ללא חבות מס חברות על החברה המחלקת את הדיבידנד.

36. ראו הגדרת "חברה מוטבת" בסעיף 51 לחוק שהיא בין היתר, "בעלת מפעל מוטב".

הניסיון להביא להתאמה בין הפרשנות המשפטית למדיניות הכלכלית הרצויה, אותה מבקשת המדינה לקדם, כמתייחסת לפעילות תעשייה בישראל בלבד, מתברר כמורכב וכבעייתי לגיבוש משנה סדורה.

41. לצורך הדיון אנו מוכנים לקבל את ההנחה, כי תכלית החקיקה נועדה לקדם השקעה בנכסים יצרניים בידי המפעל עצמו. ברם, אין חולק, כי במסגרת הוראות החוק, בחירה של המפעל שלא להשקיע בנכסים יצרניים, אלא בפעילות אחרת שלו, איננה גוררת כל סנקציה. במצב זה בעל המפעל משאיר את הכספים בבעלותו ואיננו נותן סכום לאחר. על כן, חברה בעלת מפעל במסלול החלופי המבקשת, במסגרת החברה, לממן פעילות מסחרית (לרבות פעילות מסחרית בחו"ל), איננה מוגבלת בשימוש ברווחי המפעל שהופטרו ממס. אין מניעה בחוק, כי החברה תפתח חנות נעליים, תשקיע בנדלין או תחזיק תחנת מוניות. יתר על כן, אין כל מניעה, שהחברה תקנה מהרווחים אוסף תמונות ותתלה אותן במסדרונות קומת ההנהלה. כל עוד הכספים לא יצאו מהחברה, הרי שלא נוצרה עילה לחייב את החברה במס שהופטרה ממנו. גם הוראת הביצוע 6/2013, בשלל המצבים להם התייחסה, לא העלתה על הדעת בחינה של סעיף 51(ח) לחוק במצבים אלו, שהצד השווה בהם הוא, שהרווחים שהופטרו ממס נותרו בחברה בעלת המפעל.

42. הסדר משפטי זה הינו ברור ומפורש. גם אם מקורותיו בהנחה, כי קיים קושי מינהלי לבדוק את ההשקעות שמבצעת החברה,³⁷ אין לפרשו אלא כמאפשר - בשורה התחתונה - שימוש בלתי מוגבל ברווחים לרכישת נכסים לא יצרניים.

לא ניתן להתעלם מהערה, לפיה, מחשבה או הנחה, כי אם הרווחים יישארו בחברה, הם ישמשו, בסופו של יום, את הפעילות הייצורית, הינה הנחה תמימה, אשר נסתרה מעצם קיומם של רווחים שנצברו ולא שימשו לפעילות יצרנית בהיקפים של למעלה ממאה מיליארד ש"ח. קשה להתעלם באופן כה בוטה מהמציאות הכלכלית ולטעון, כי אמנם מפעלים אינם משתמשים ברווחים לפעילות הכלכלית, אך קיימת הנחה סמויה, כי יעשו כן בעתיד. מכל מקום, גם אם התקיימה הנחה מעין זו בעבר, היא איננה סבירה עוד, מזה שנים רבות.

קעת נפנה לצד השני של המטבע.

43. חברה בעלת מפעל מעוניינת להשקיע את הרווחים שהופטרו ממס בנכסים יצרניים ולהגדיל את הפעילות התעשייתית שלה בישראל. בכך, אין חולק, תקדם החברה את מטרות החוק. לכאורה, יכולה החברה לנקוט בשתי דרכים אלטרנטיביות שיובילו לתוצאה זהה.

37. ולמי שמכיר את האתגרים החשובים ואת רמת הפירוט ביחס לנכסים, שהציב החוק בנוסחו עד תיקון 68, ספק רב אם ניתן להניח, כי זהו קושי ממשי המצדיק סטייה כה ניכרת מתכלית החוק.

היא יכולה לרכוש מכוונות ולשכור עובדים חדשים, כך שהפעילות החדשה תתבצע בתוך החברה ללא הוצאת הרווחים, אולם היא גם יכולה לקנות, לשם הדוגמה, חברה בקשיים לפני סגירה, בעלת מכוונות זהות, ולקלוט את העובדים העומדים בפני פיטורים.³⁸

ככל שתכלית החוק הינה קידום פעילות תעשייתית בישראל, קשה להצביע על הבדל כלשהו בין שני המצבים. מדוע השקעה בנכסים יצרניים הינה ראויה ומקיימת את תכלית החוק בעוד שרכישת אותם נכסים בדיוק באמצעות חברה סותרת את תכליתו של החוק ויוצרת חבות מס³⁹? להעצמת חוסר ההיגיון הפרשני נניח, כי לחברה הרוכשת יש מפעל באיזור המרכז והיא מבקשת לרכוש חברה בעלת מפעל תעשייתי כושל בפריפריה.⁴⁰ האם קיימת הצדקה להימנע משימוש ברווחים שהופטרו ממס, רק משום שהרכישה היא של חברה ולא של מכוונות?

44. אילו יכול היה המחוקק לבחור בין שתי האפשרויות לשימוש ברווחי המפעל שהופטרו ממס - רכישת נכסים לא יצרניים בידי החברה או רכישת חברה יצרנית אחרת בישראל, אין ספק בעינינו, כי היה מעדיף במפגיע מצב בו החברה תשתמש ברווחים שהופטרו ממס לרכישת חברה תעשייתית כושלת - ולא לרכישת תמונות או למימון פעילות מסחרית.

45. הפרשנות שנתן איפוא משרד המשפטים להוראות החוק איננה הולמת את לשון החוק, ובעיקר, איננה מקדמת את תכלית החוק. להיפך, הפרשנות המוצעת מביאה לתוצאות הסותרות את תכלית החוק, בכך שהיא מעודדת השקעה בנכסים לא יצרניים על פני השקעה בנכסים יצרניים, ומצירה את צעדיהן של חברות בעלות מפעלי תעשייה בניסיון להתרחב, תוך עיוות שיקול הדעת הכלכלי ופגיעה בניטרליות המיסויית. בהתאם לגישה שבחוות הדעת, מצבים שיש בהם להביא לתוצאה כלכלית זרה (ולקידום תכלית זרה), מקבלים באופן מפתיע טיפול מיסויי שונה.

46. להשלמת התמונה ראוי לציין, כי שאלת היחס בין הוצאת כספים מהחברה להוצאת כספים מהמפעל עומדת במוקד הדיון גם בהקשרים של ביצוע שינויי מבנה לפי חלק 2 לפקודה, כאשר מדובר בחברות בעלות מפעל מאושר או מפעל מוטב. נושא זה מוסדר בחקיקה באופן חלקי ביותר.⁴¹ שאלת ניתוק הרווחים שהופטרו ממס מהמפעל או מהחברה אגב שינוי מבנה, מתעוררת במגוון מצבים, בחלקם ניתן להצביע על ניתוק מהחברה, בחלקם על ניתוק מהמפעל ובחלקם הינם מצבים שקולים לחלוטין בהקשר הכלכלי לחלוקת דיבידנד.

38. הדיון שלפנינו עוסק בשאלת התמריצים לשימוש "נכון" ברווחים שהופטרו ממס. איננו עוסקים בשאלה, האם יש לראות ברכישת פעילות קיימת (אם בדרך של מניות ואם בדרך של רכישת נכסים) השקעה מזערית מוזכה לצורך קיום מטרת החוק. הדיון על הסבת פעילות הינו דיון מהותי העומד בפני עצמו.

39. לא למותר לציין, כי במצבים אופייניים רבים, קו ייצור אחד - מחומר הגלם עד למוצר הסופי - מפוצל בין שרשרת חברות, שכל אחת מהן מבצעת חלק מההליך ומוכרת את המוצר לחברה "הבאה בתור". החוק איננו מציב כל מגבלה על פעילות באופן זה, ואף מסדיר בהקשר זה באופן מפורש, את נושא קבלני המשנה (ראו סעיף 18א(ג)(2) לחוק ותקנות לעידוד השקעות הון (תנאים שבהתקיים יראו במפעל המוכר רכיב למפעל אחר, מפעל זכאי להטבה), התשס"ז-2007.

40. מובן שהטבות המס לכל מפעל ייגזרו על פי הנתונים של המפעל. הדברים אינם כרוכים בשאלת המקור הכספי למימון רכישת המפעל.

41. ראו סעיפים 104ג(ב) לפקודה בנוגע ל"הנפת חברה", וסעיף 105ד(ו) לפקודה בנוגע לפיצול.

בנושא זה, המצריך דיון וליבון נרחב ונפרד, נעסוק במאמר המשך. מכל מקום, במצבים שונים קובעות הוראות החוק במפורש, כי חרף הניתוק בין רווחי המפעל לבין המפעל, אין בכך אירוע היוצר חבות במס חברות על הרווחים שהופטרו ממס. הוראות מפורשות אלו, המאפשרות בחלק מהמצבים ניתוק בין הרווחים לבין החברה בעלת המפעל, מבליטות את הנוקשות והדוגמטיות בעמדה המובאת בשם משרד המשפטים.

רכישה, השקעה או הלוואה - "והחוט המשולש לא במהרה יינתק"

רכישה

47. חוות דעת משרד המשפטים, כפי ששמתמע מהוראת הביצוע, התייחסה הן למצבים של השקעה בחברה והן למצבים של רכישת חברה, באופן שהופך את החברה הנרכשת ל"קרוב" לחברה הרוכשת. מנגד, כפי שנראה, היא איננה נדרשת למצב המורכב יותר של הלוואה.⁴²
48. בהקשר זה נחזור ונעיין בסעיף 51(ח) לחוק, תחילה ברישא ולאחר מכן בסיפא. שתי הוראות המשנה של הסעיף אוזרות בגישה זהה וברורה, לפיה, לא ניתן לראות רכישת מניות של חברה (שאיננה קשורה לחברה הרוכשת עובר לרכישה) כיוצרת אירוע מס. כפי שנראה, פרשנות אחרת הינה בלתי אפשרית.
49. הרישא קובעת, כי הוראת הסעיף תחול על "...כל סכום שנתן בעל מפעל לקרוב, לבעל שליטה בו או לתאגיד בשליטתם". הוראה זו מעלה כמה קשיים מהותיים ביחס לעמדת משרד המשפטים.
50. ראשית, הסעיף פורס את רשימת ה"מקבלים" של הסכום: "קרוב" של בעל המפעל, "בעל שליטה" בבעל המפעל או "תאגיד בשליטתם". במצב של רכישת חברה מצד שלישי,⁴³ אף לא אחד מהמנויים קיבל תשלום. מי שקיבל את התשלום הינו צד שלישי, שאיננו קרוב של בעל המפעל ואיננו בעל שליטה בו או תאגיד בשליטתם - אלא צד שלישי, ישראלי או זר, שמכר מניות בשווי השוק שלהן, ומעולם לא קיים זיקה כלשהי עם בעל המפעל הרוכש. הצד השלישי גם לא יהפוך "קרוב" לאחר הרכישה; הוא מכר את מניותיו, קיבל את כספו ופנה לדרכו, ללא כל זיקה עתידית עם החברה שנמכרה.

42. על הגמישות המתקיימת בין הלוואה, רכישה והשקעה ומידת התחליפות ביניהם ראו ישי בר, "מיסוי אופציות סחירות אתגר לדין המס הנוהג", משפטים כז 452, משה מזרחי ועמית קריגל, "העדר תמורה" בהעברת מקרקעין מחברה לבעלי מניותיה אגב פירוק", משולחנו של היועץ המשפטי לרשות המיסים. מיסים כ/6 (דצמבר 2006) א-99; ד"ר תמיר שאנן, "מיסוי פעילויות הממומנות באמצעות מימון המונים (Crowd funding)", מיסים כז/2 א-39.

43. במצב האופייני, כאשר הרכישה איננה ממי שהוא צד קשור לחברה המשלמת עובר לרכישה.

ודוק, במצב של רכישת מניות, הכסף איננו נכנס באופן כלשהו לחברה הנרכשת,⁴⁴ בשונה ממצב של השקעה בחברה-בת (בו נעסוק להלן). על כן, לא ברור כיצד מקיימת עמדת משרד המשפטים את הוראתו הפשוטה של החוק בדבר סכום שמשולם לקרוב ולא לאחר.

51. זאת ועוד, ברובד העמוק יותר של הדיון המשפטי יש לברר, האם אמנם רכישת חברה-בת הינה הוצאת כספים מהחברה, במשמעות של סעיף 51(ח) לחוק. הוראת הסעיף עוסקת "בסכום שנתן בעל מפעל לקרובו...". כבר עמדנו על כך שאין חולק, כי אילו קנתה החברה בעלת המפעל תמונה או נכס לא יצרני אחר, לא היה בכך כל פגם, וכל חבות מס לא היתה נוצרת. מהי איפוא ההבחנה המשפטית המבדילה בין רכישת תמונה או בניין ובין רכישת מניה? האם כאשר החליף בעל המפעל את הרווחים שהיו בידיו כמזומן בתמונה, יצא נכס כלשהו מרשותו? דומה שלא. בעל המפעל החליף את נכס המזומן בתמונה. בעתיד יוכל להחליף את התמונה בבניין, ושוב למזומן וכן הלאה. כיצד איפוא משתנה מצב הדברים המשפטי כאשר מוחלף המזומן במניה? האם מניה איננה נכס תחליפי? כלום ייתכן שיהא הבדל בין מצב בו תרכוש החברה מניה בחברה קבלנית או בבנק (בשיעור ההופך את החברה הרוכשת לקרוב) כהשקעה לגיטימית,⁴⁵ לבין אם תרכוש מניות חברה תעשייתית?⁴⁶ אנו סבורים, כי יש להשיב על כך בשלילה.

52. **שנית**, הסיפא של סעיף 51(ח) לחוק קובעת, כי חבות המס תחול על הסכום שניתן "...זולת אם הוא הכנסה חייבת בידי המקבל והמס עליו שולם". הוראה זו חותרת אף היא תחת הפרשנות המוצעת על ידי משרד המשפטים. רכישת חברה⁴⁷ (אפילו אם מדובר ברכישה מ"קרוב") יוצרת, ככלל, "הכנסה חייבת" בידי המוכר,⁴⁸ ועליו לשלם את המס בגינה.

53. בהקשר עם הדיון בהוראת הסיפא, יש להעיר, כי לצורך החלת החבות, יקשה על רשויות המס להיבנות מהגדרת המונח "מס" בסיפא של סעיף 51(ח) לחוק ("והמס עליו שולם") על מנת להחריג רכישת מניות, בהיותן נכס הוני שהמס במכירתן הינו מס רווחי הון. אמנם, סעיף 41(ב)(2) לחוק מגדיר "מס" לעניין הפרק השביעי לחוק, כ"מס הכנסה, מס רווחי חברות וכל מס אחר המוטל על הכנסה, למעט מס המוטל על רווחי הון". לכאורה ניתן לטעון, כי הגדרה זו תמנע את החלת הסיפא של סעיף 51(ח) לחוק על רכישת מניות, משום שחבות המס של המוכר איננה פירונית כי אם הונית.

44. זיהוי של רכישת מניות מבעל המניות עם השקעה בחברה סותר מושכלות יסוד באשר לאישיות המשפטית הנפרדת של החברה. יש להניח, כי לא לכך מכוונת חוות הדעת של משרד המשפטים.

45. ובנסיבות קיצוניות אולי, גם כהשקעה אינטגרלית לפעילות שתזכה להטבות. ראו ע"מ 1020/05 **מתן דיגיטל פרינטינג בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקוה**, מיסים און-ליין.

46. והאם יש הבדל בין רכישה בהיקף מצומצם או דווקא רכישת שליטה, או אולי רק במצבים של רכישה מלאה?

47. בוודאי חברה ישראלית, וכפי שיבואר להלן, אין להבנתנו לבצע הבחנה בעניין זה ביחס לחברה זרה.

48. סעיף 89(א) לפקודה "דין תמורה כדין הכנסה לפי סעיף 2 ודין ריווח הון כדין הכנסה חייבת והכל בשינויים המחוייבים לפי העניין".

על כן, גם אם אכן המכירה מהווה הכנסה חייבת בידי המוכר, הרי שלא ניתן לומר כי ה"מס" על המכירה שולם.

טענה זו יש לדחות בנקל.

כמה טעמים בדבר; **ראשית**, סעיף 51(ח) לחוק מתייחס בעיקרו למצב של הלוואה. על כן קבע, כי מקום בו מתן התשלום הינו אירוע מס בין הצדדים, אין מדובר בהלוואה ועל כן אין טעם להטיל חבות במס חברות. מזווית מבט זו, אין כל הצדקה להבחנה, מהו אירוע המס שמתקיים בין הצדדים והאם הוא הוני או פירותי. **שנית**, אם ניתן היה לבסס הבחנה מעין זו, בין תשלום אגב עסקה הונית לתשלום אגב עסקה פירותית, הרי שרכישת פס יצור ממפעל בישראל⁴⁹ אף היא היתה מביאה לביטול הפטור, שהרי אם לא חלה הסיפא לסעיף, כאשר המכירה אצל המוכר הינה הונית, אין כל אפשרות להבחנה בין רכישת מניות לרכישת נכסים יצרניים. **שלישית**, במצב ההפוך, רכישת מניות מצד שלישי, שעיסוקו במכירה ורכישה של מניות, תביא לכך שמכירת המניות הינה מלאי עסקי בידיו וההכנסה ממנה הכנסה פירותית. האם ניתן להצדיק, במישור תכלית חוק העידוד, הבחנה בין רכישת מניות ממי שמחזיק בהן כרכוש קבוע לבין רכישת מניות ממי שמחזיק בהן כמלאי? אנו סבורים כי אין בסיס להבחנה זו. **רביעית**, רכישת נכסים יצרניים מחברה זרה, אינה יוצרת "הכנסה חייבת"⁵⁰ בידי המוכר, שהינו חברה זרה ועל כן איננו חייב בישראל במס הכנסה או במס חברות.⁵¹ ברם, רכישה זו של פסי ייצור היא לב ליבה של ההשקעה אותה מבקש המחוקק לקדם במסגרת ההסדר. האם ייתכן שדווקא רכישה של אמצעי ייצור תביא לביטול הפטור? **וחמישית**, הגדרת "מס" שבסעיף 41(ב) לחוק, התייחסה להיבטים שונים לחלוטין העומדים בבסיס הסדר הטבות המס. תכליתה של הוראה זו להבהיר את עקרון היסוד לפיו הטבות המס המוענקות למפעלים⁵² אינן ניתנות על רווחי הון, אלא על הכנסה פירותית שוטפת.

54. נמצא, כי במצב בו בוצעה רכישה של חברה, אין בסיס משפטי להטלת מס על הרוכש, בגין מימון הרכישה ברווחים שהופטרו ממס, כאשר הוראת החוק עצמה קבעה, כי לא יראו את הרכישה כחלוקת דיבידנד. בהקשר זה הוסיפה רשות המיסים וקבעה, כאמור, בתוספת להוראת הביצוע 32/92, כי **אין כל פגם לעניין זה כאשר מתבצעת רכישה של שירותים או נכסים בשווי שוק, אם המוכרת הינה חברה בהפסדים, כך שאיננה משלמת מס בפועל בגין המכירה, או כאשר מקבל התשלום הינו תושב חוץ**.⁵³ גם אם בחר משרד המשפטים בגישה פרשנית שונה, ורשות המיסים אוחזת בשיפולי גלימתו, אין בכך להביא מזור לפרשנות הוראת החוק.

49. כמובן, בהנחה שהרכישה היא מקרוב, שאם לא כן לא מתקיים התנאי בדבר "זיהות" מקבל התשלום.
50. כהגדרתה בסעיף 1 לפקודה. חברה זרה המוכרת מלאי בישראל, בהעדר מוסד קבע, איננה חייבת במס בישראל. מובן גם, שאין כל בסיס משפטי או רעיוני להבחנה בין רכישת נכס יצרני מחברה זרה שיש לה מוסד קבע בישראל ובין רכישת נכס זרה מחברה זרה שאין לה מוסד קבע בישראל.
51. ראו הגדרת "מס הכנסה" בסעיף 1 לפקודה.
52. ראו סעיף 51(ב) בנוסחו עובר לתיקון 60: "תהיה פטורה ממס...".
53. סעיף 1.3.3 לתוספת לה"ב 32/92.

כאשר מקבל הסכום איננו קרוב, או שהוא חייב במס על העסקה בגינה קיבל את התשלום - לא יחולו הוראות סעיף 51(ח) לחוק.⁵⁴

רכישה או השקעה

55. כאמור, חוות דעת משרד המשפטים מחילה דין אחד על רכישה של חברה ועל השקעה במניות חברה-בת. אכן, בעוד שבהקשר המשפטי קיים פער מהותי בין רכישת חברה (בגינה משולם הסכום לצד ג' ולא לחברה) להשקעה בחברה (בגינה משולם הסכום לחברה עצמה), הרי שמבחינת מטרות החוק, אין כל הבדל בין רכישה להשקעה. בשתי הדרכים הופכת חברה אחת לבעלת מניות בחברה אחרת. ההבדל הינו בטכניקה המשפטית לקבלת המניות - האם רכישת מניות קיימות מצד שלישי או שמא קבלת מניות מהחברה עצמה כנגד הון שמושקע בה. מהבדל זה נגזרת זהות מקבל התשלום.

56. באשר להכרח בהשוואה בין התוצאות המשפטיות של רכישה ושל השקעה, אנו תמימי דעים עם עמדת משרד המשפטים. **גם אנו סבורים, כי אין הצדקה רעיונית או אפשרות מעשית להבחין בין השקעה לרכישה.** אלא, שבניגוד לעמדת משרד המשפטים, לפיה, ניתן להטיל מס לפי סעיף 51(ח) לחוק כתוצאה של רכישת חברה מצד שלישי, הרי שלדינו, משהבהרנו כי **לא ניתן** להטיל מס מכוח סעיף 51(ח) לחוק בעקבות רכישת מניות חברה, אין אפשרות להצביע על הצדקה תכליתית למיסוי הרווחים הפטורים במצב של השקעה בחברה-בת. לפיכך, גם במצבים אלו, מתבקשת המסקנה לפיה לא תתגבש חבות מס.

57. יתר על כן, גם אם היינו מבקשים להגיע למסקנה משפטית המבחינה בין השקעה לרכישה, עיון בלשון הוראת החוק מעלה, כי קיים קושי משפטי בניסיון לאמץ עמדה זו. סעיף 51(ח) לחוק נקב, בלשון ברורה ומפורשת, בשלושה נמענים לקבלת הסכום שנתן "בעל המפעל": "קרוב", "בעל שליטה" או "תאגיד בשליטתם". האם ניתן לקרוא בנמענים אלו גם "חברה-בת"? באופן פשוט נראה, שיש להשיב על כך בשלילה. יש להניח, כי משרד המשפטים נאלץ לנקוט בלוליינות משפטית על מנת לבסס את עמדתו.

נבאר בקצרה.

חברה פלונית צברה רווחים פטורים, אותם היא מבקשת להשקיע כנגד הון מניות שיונפק לה בחברה **שהינה, עובר לרכישה, צד שאיננו קשור.** כלומר, החברה איננה משקיעה ב"קרוב". רק **לאחר העסקה** וביצוע ההשקעה, החברה בה התבצעה ההשקעה תהיה "קרוב", ולא רגע אחד קודם לכן.

54. בהקשר הלשוני של נקודה זו, כשלעצמה (בהתעלם מההקשרים הנוספים), ניתן היה לבסס הבחנה בין רכישת חברה זרה מבעלי מניות ישראלים החייבת במס בישראל לבין רכישת חברה זרה מבעלי מניות זרים, שאינם חייבים במס בישראל. כאמור, פרשנות זו אין בה לבסס טיעון כלכלי או מהותי להבחנה בין המקרים, בפרספקטיבה של מטרות החוק. אף רשות המיסים, בתוספת להו"ב 32/92, לא מצאה לנכון להבחין בין תשלום לתושב ישראל ובין תשלום לתושב חוץ.

בלשון הוראת הביצוע 6/2013, החברה הנרכשת "הופכת" לקרוב בעקבות ההשקעה. אלא שפרשנות זו איננה משתלבת עם יסודות הסעיף; כזכור, סעיף 51(ח) לחוק נועד לתגבר ולהשלים את סעיף 51(ג) לחוק ולסגור את הפירצה שאיפשרה העברת כספים לקרובים ללא חבות מס. דיבידנד מחולק **לקרוב בעת החלוקה**, ולא למי שיהפוך לקרוב לאחר החלוקה.⁵⁵ באופן דומה, הסכומים המשולמים לקרוב מתייחסים, על פי הפרשנות הטבעית של הדברים, למי שהוא כבר קרוב במועד התשלום ולא למי שיהפוך לקרוב בעתיד.

58. יתר על כן, גם אם נתעלם מהזיקה שבין סעיף 51(ח) לחוק לסעיף 51(ג) לחוק, הרי שהתוספת של סעיף 51(ח) לחוק נועדה, בעיקרו של דבר, לסכל מצבים של הלוואה בין צדדים קשורים (כפי שיבואר להלן). גם במצבים של הלוואה לא חל שינוי בזיקות הבעלות בין המלווה והלווה, ואין מדובר במצבים בהם מי שאיננו קרוב "הופך" לקרוב. פרשנות הרמונית איננה מאפשרת להחיל את ההוראה על השקעה בידי מי ש"הופך" לקרוב.

59. זאת ועוד, גם אם היינו מחילים את ההגדרה על מי ש"הפך" לקרוב, הרי שלצורך הגדרת "קרוב" מפנה סעיף 51 לחוק להוראות סעיף 105 לפקודה, שהוראותיו נקלטו⁵⁶ בסעיף 88 לפקודה. הגדרת "קרוב" בסעיף 88 לפקודה (בחלופה השלישית) מתייחסת להחזקה בתאגיד בשיעור של 25% לפחות. נמצא, כי רק השקעה המקנה 25% מאמצעי השליטה בתאגיד הנרכש הופכת את התאגיד הנרכש ל"קרוב". מנגד, השקעה בשיעור נמוך מ-25% מאמצעי השליטה איננה השקעה ב"קרוב", או במי ש"הופך" לקרוב, גם אם סכום ההשקעה הינו בהיקפים גדולים במיוחד ותכליתו רכישת גרעין שליטה בחברה רב-לאומית.⁵⁷ אם כך הוא, דומה, כי דווקא במקרים, אשר לתפיסתו של משרד המשפטים צורמים את העין במיוחד, בדמות השקעות בחברות ענק בחו"ל, ידו המשפטית קצרה מלהושיע.

60. גם חלופת "תאגיד בשליטתם" אינה מתקיימת ביחס לחברה-בת. הלשון הפשוטה, על פי תחביר המשפט, הינה, כי "שליטתם" איננה מתייחסת ל"בעל המפעל", המנוי ברישא של המשפט, כנותן הסכום, אלא בשליטתם של נמעני התשלום - הצמד "קרוב" ו"בעל השליטה". חברה-בת, שבה מתבצעת השקעה, איננה בשליטת הקרוב או בעל השליטה⁵⁸ ועל כן איננה "תאגיד בשליטתם". אילו כיוון המחוקק לכלול את החברה בעלת המפעל, היה עליו לומר "א...או בתאגיד בשליטתו". לא בכדי, לא כך נאמר.

השקעה או הלוואה

61. למעשה, הוראת סעיף 51(ח) לחוק נועדה בעיקרה למצב של הוצאת כספים בדרך של מתן הלוואות לזמן ארוך לצדדים קשורים.

55. ובפרט כאשר ההוראה במקורה (בתיקון 27 לחוק) התייחסה לחבות מס אך ורק בגין קבלת הדיבידנד על ידי בעלי המניות.

56. במסגרת תיקון 147 לפקודה.

57. שאלות מעניינות בדבר מועד התרחשות אירוע המס יעלו כאשר מדובר ברכישה בשלבים.

58. לטעמנו, פרשנות לפיה החברה-הבת הינה בשליטה עקיפה של "בעל השליטה", באשר היא מוחזקת על ידי החברה המשקיעה בעלת המפעל, הינה מאולצת ובלתי טבעית ללשון הסעיף.

לשונו הפשוטה של הסעיף עוסקת ב"סכום שנוקף", במצבים בהם אין חבות מס בגין העברת הסכום, ומכוונת באופן טבעי למצב של הלוואה. במפתיע, דווקא לנקודה זו, כפי שנראה מהוראת הביצוע, בחר משרד המשפטים, לא להתייחס.

62. במצבים של הלוואה לקרוב, שמקורה ברווחים שהופטרו ממס, ראוי לתת סימנים ולקבוע, מתי תיחשב הלוואה כסכום שנתן בעל מפעל לקרובו באופן שמטיל חבות מס לפי סעיף 51(ח) לחוק. התוספת להוראת הביצוע 32/92 עשתה כברת דרך בעניין זה והחריגה הלוואות בין שתי חברות במסלול החלופי, ובתנאים מסויימים הלוואות אחרות, קצרות מועד, שניתנו בתנאי שוק. בנקודה זו לא ברור, האם הוראת הביצוע מסתייגת מהבחנות אלו.

63. מצבים בהם ניתנת הלוואה לצדדים קשורים יכולים לעורר שאלה בדבר הוצאת כספים מהחברה בעלת המפעל - בשונה ממצבים של רכישת חברה או השקעה בחברה.

64. הלוואה, שמקורה ברווחים שהופטרו ממס, שניתנת לחברה-בת, מקיימת לכאורה את ההוראה הלשונית של סעיף 51(ח) לחוק. לפנינו סכום שניתן לקרוב, כאשר למקבל אין אירוע מס בגין התשלום. בנקודה זו ניתן להציב שני מכשולים בפני הטענה לחבות מס חברות בידי החברה בעלת המפעל שנתנה את הלוואה; תחילה יש לחזור לשאלת הזיקה שבין סעיף 51(ג) לחוק לסעיף 51(ח) לחוק, ולבחון, האם כוונת המחוקק למנוע תנועת כספים כלפי מעלה בלבד או גם העברת כספים כלפי מטה. אלא שבדיון זה עלול הפרשן להניח את המבוקש. ברובד השני, נדרשת התמודדות עם אתגרי המציאות. במצבים רבים קיים קושי להבחין בין השקעה להלוואה, אם בקשר עם תכלית המימון ואם בקשר עם התוכן המשפטי של הסדר המימון; כלום שטר הון ללא מועד פירעון, ללא ריבית וללא הצמדה, הנדחה לאחר הנושים הרגילים, יבוא בגדרה של השקעה או הלוואה?⁵⁹ האם אג"ח ניתן להמרה הינו השקעה או הלוואה? ועוד מגוון מצבים אשר יכולים להקשות על זיהוי קו תפר ברור בין השקעה ובין הלוואה.

משהבהרנו, כי אין כל עילה משפטית וכל הצדקה רעיונית למיסוי של השקעה, ראוי כי נקודת המוצא במצבים של הלוואה לחברה-בת, המשיגה, במקרים רבים, תוצאה כלכלית דומה להשקעה, תשאף להביא לתוצאת מס דומה.⁶⁰ מכל מקום, ראוי כי הוראת הביצוע תקבע את גבולות הפרשנות לעמדת רשויות המס, ולא תותיר שאלה מהותית ונפוצה זו ללא נקיטת עמדה פומבית.

59. נפנה גם להוראות סעיף 53 לחוק עידוד, בקשר עם "השקעת חוץ", אשר התייחסו ל"הלוואות בעלים" לתקופה העולה על שלוש שנים כמקבילה לביצוע השקעה בהון מניות.

60. במצבים רבים ניתן להעניק מימון שהינו בעל מאפיינים שבין הלוואה להון. במצבים אלו תהיה משמעות לסיווג מדויק של הכלי הפיננסי, וצפוי קושי בהכרעה, בהעדר הסדרה מפורשת בהוראות החוק.

תכלית החוק והנחות המוצא הכלכליות - פרשנות תכליתית דינמית

65. כבר נאמר, כי הפסיקה ראתה את חוק העידוד כמבקש לקדם מספר מטרות שהוגדרו בדין עצמו. עם זאת, טרם נערך בפסיקת בתי המשפט דיון ממצה בשאלת פרשנות מטרות החוק, הקבועות בסעיף 1, ובשאלת היחס בין מטרות החוק לבין הוראות הדין הספציפיות שנקבעו בו, שהן אבני הבניין והאמצעים למימוש מטרותיו.

66. גם אם אמנם דיון ממצה לא נערך, הדים לדיון ניתן למצוא. בע"א 5264/91 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ,⁶¹ נחלקו שופטי בית המשפט העליון בשאלת היחס שבין מטרות החוק לאמצעים שקבע, וידה של הפרשנות המרחיבה את המטרות - לצורך התאמתן לאמצעים, גברה. בדעת המיעוט נטה השופט לזין לפרשנות מצמצמת של הוראות ההטבה על מנת להיצמד למטרות שנקבעו בסעיף 1 לחוק במובן הצר. מנגד, ביכרה השופטת שטרסברג-כהן (אליה הצטרף השופט זמיר) את הוראות הדין עצמן ("האמצעים"), גם אם לשם כך נדרש לפרש את סעיף המטרה באופן רחב למדי, והכל מתוך "פרספקטיבה כלכלית", באשר לאמצעים לקידום פעילות התעשייה בישראל. וכך כתבה:

"לא רק לשון החוק מביאתני אני למסקנה הנ"ל אלא גם תכליתו עושה כן. תכלית החוק ומטרותו, 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. ההטבה למקבלי דיבידנדים, שהם בעלי המניות בחברה שהיא מפעל מאושר, מעודדת אנשים להשקיע כספים באותה חברה ולקבל מניות בתמורה. בכך מתאפשר גיוס כספים והון לצורך אותו מפעל מאושר שהחוק חפץ ביקרו. מכאן נובע העידוד הניתן לא רק לחברה שהיא מפעל מאושר, אלא גם למקבלי הדיבידנדים. ה"הכנסה החייבת" היא זו שבהיותה מחולקת כדיבידנדים, חל עליה המס המופחת" (עמ' 70, ההדגשה אינה במקור - ע.ק.).^{62, 63}

67. עיון בנוסח הוראות החוק ובדברי ההסבר שנילוו אליהן מעלה, כי שלוש הנחות מוצא עובדתיות עמדו ביסודו של המסלול החלופי:

61. "מיסים" י/1 (פברואר 1996) ה-3.
62. בקשה שהגישה המדינה לדיון נוסף בסוגיה, נדחתה: דנ"א 2713/96 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' עיט-ציוד צבאי ליצוא בע"מ, "מיסים" י/5 (אוקטובר 1996) ה-13.
63. תקצר היריעה מלדון בהקשר הרחב יותר של פרשנות מצמצמת או מרחיבה של הוראות חוק העידוד. ראו לדוגמה, ע"א 9096/07 סטרלינג סופטוור (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה עכו, "מיסים" כד/2 (אפריל 2010) ה-7; עמ"ה 1018/98 חברת נירית זרעים בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" יג/17.
(אוקטובר 1999) ה-17.

הראשונה, כי ניתנת למפעל "דחיית מס" בלבד עד לחלוקת הדיבידנד, ולא פטור מוחלט⁶⁴; **השניה**, כי קיימת סבירות (גבוהה), כי הרווחים שהפיק המפעל, כל עוד לא יחולקו לבעלי המניות, יישמשו את המפעל לצורך ביצוע השקעות חדשות במפעל; **השלישית**, כי ההשקעות יישמשו דווקא בישראל.

68. ברבות השנים התברר, כי הנחות המוצא, שהתאימו למשק הישראלי המקומי והמצומצם בשנות השמונים, הפכו בעייתיות בשנות ה-90 ולבלתי רלוונטיות במילניום החדש, בתנאים של כלכלה גלובלית. במציאות התברר, כי החברות נמנעות, כמעט בכל מחיר, מביצוע חלוקה לבעלי המניות, כדי שלא לאיין את הפטור ממס שקיבלו, גם כאשר מדובר בחברות שאינן מעוניינות להוסיף ולהשקיע במפעל, או שרווחיהן עולים במידה רבה על אפשרויות ההשקעה שלהן בישראל (מצב אופייני לחברות העוסקות בפיתוח תוכנה). עוד התברר, כי בעשור האחרון התעצם הצורך של חברות ישראליות בעלות פעילות גלובלית לרכוש נכסים (וחברות) מחוץ לישראל, כחלק אינטגרלי מפעילותן העסקית.⁶⁵

69. לא זו אף זו, התברר באופן מובהק, כי האינטרס הכלכלי של ישראל, המבקש לשמר פעילות של חברות רב-לאומיות בישראל⁶⁶, איננו עולה בקנה אחד, בוודאי לא באופן פשוט וחד-משמעי, עם ביטול הפטור במצבים בהם מתבצעת השקעה בחו"ל. בעולם המודרני, קיום תכליות החוק במטרה להביא לחוסן כלכלי של התעשייה הישראלית, מחייב פרספקטיבה רחבה יותר של קובעי המדיניות, ובכללם מעצבי הפרשנות המשפטית. פיתוח כושר הייצור של משק המדינה, שהינו מטרת העל של החוק, איננו יכול להיות מנותח בפריזמה צרה של פעילות תעשייתית המתבצעת פיזית בישראל, אלא בהפיכת ישראל למוקד כלכלי בעל עוצמה, אשר מאפשר מצע התפתחות מתאים לחברות ענק אשר מצליחות לפעול ברחבי העולם - ולא חוסם אפשרויות כאלה. גם מטרתו השניה של החוק, שעניינה בשיפור יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים, מחייבת התבוננות גמישה ומרחיבה של היחס לחברות רב-לאומיות אשר פועלות בישראל במטרה להביא לגידול במספר החברות התעשייתיות שרואות בישראל בית גידול מתאים לצמיחה בהיקפים בין-לאומיים, ולא מדינה הפוגעת באפשרויות הצמיחה בשל פרשנות צרה של תכליות החוק.

70. אם בעבר נמדד חוסנו של המפעל המסורתי במספר פסי הייצור, הרי שכיום נמדד חוסנה של חברה רב-לאומית, בין היתר, ביכולתה לפרוס את פעילותה ולהתפתח ברחבי העולם, על מנת לנצל מגוון של יתרונות יחסיים תוך התאמה גמישה ומיטבית לתנאי השוק.

64. לא נדרש כאן לשאלה, האם מדובר בפטור או בדחיית מס. לדיון בעניין זה ראו **נירית זרעים**, הנ"ל, ומנגד ע"א 2895/08 **פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ**, "מיסים" כד/2 (אפריל 2010) ה-10.

65. רשות המיסים הכירה בצורך בשינוי. במצב דברים זה, לא היה מנוס מרפורמה בחוק העידוד (תיקון 68, שתחולתו מיום 1.1.11), שיצרה הסדרי מיסוי חדשים וביטלה מכאן ולהבא, את המסלול החלופי (ואת המפעל המוטב).

66. למאמצים הכבירים שעושה חוק עידוד השקעות הון בעניין זה, ראו הסדר המסלול האסטרטגי בתיקון 60 לחוק והסדר המפעל המועדף המיוחד בתיקון 68 לחוק.

כמוכן, אין הדבר אומר, כי יש להעניק הטבות מכוח החוק על הפעילות בחו"ל, אולם אין לראות השקעה בחו"ל כסותרת את האינטרס הלאומי של ישראל בפיתוח חברות עולמיות בעלות עוצמה בישראל דווקא. הטלת חובה על חברות אלו לשמר את הרווחים בישראל ולא לבצע השקעות כלכליות נכונות רק בשל עלויות המס הכרוכות בביצוע השקעה, משמעותה חסימה מהותית של האפשרויות העסקיות ומתן תמריץ לחברות אלו לחפש מסגרות פעילות גמישות יותר מחוץ לישראל. מהלכים אלו, למרבה הצער, בוודאי שלא יתרמו לחוסנה ולהתפתחותה של תעשיית העילית הרב-לאומית בישראל.

סיכום

71. ההכרח בביטול המסלול החלופי (והמפעל המוטב), ולמעבר מפטור מותנה לחבות מס חברות ודאית אך מופחתת (בבחינת "עדיפה ציפור אחת ביד משתיים על העץ"), נבע, בין היתר, מקוצר היד וחוסר הבהירות של ההסדר המשפטי בנוגע להוצאת רווחים שהופטרו ממס מהחברה בעלת המפעל. ביסוד התיקון עמדה ההבנה, כי הסדרים אלו, שהתאימו למציאות הכלכלית בעבר, אינם הולמים את המציאות הכלכלית בהווה ועל כן, נחוץ להעביר את המפעלים לדין החדש. התובנה הבסיסית בעניין זה היתה, כי שימור המפעלים בדין הישן משיקולי מס, איננו יעיל למפעלים המוגבלים בשימוש ברווחים ואיננו יעיל לרשות המס הנדרשת להתמודד (תוך השקעת משאבים גדולים) עם תוצאותיו של הסדר חקיקה ארכאי, לא רלוונטי, הסובל מחוסר בהירות משפטית.⁶⁷

72. הוראת הביצוע נסמכת על חוות דעת מטעם משרד המשפטים ומשנה מדיניות עקבית וארוכת שנים של רשות המיסים, לפיה, רכישה או השקעה בחברה-בת, שמומנה ברווחי המסלול החלופי שהופטרו ממס, איננה שוללת את הפטור שניתן. לדעתנו, עמדת משרד המשפטים (שלמרבה הצער נימוקיה לא פורסמו) סובלת מליקויים משפטיים מהותיים, הן בהבנת לשון החוק והן בזיהוי תכליתו. בעיקר מעידה חוות הדעת על קוצר ראות באשר לניתוח ההיבטים הכלכליים השונים בעסקאות ובאשר לצורך בפרשנות דינמית ומתחדשת של הוראות החוק, באופן שיהלום את הסביבה התחרותית, בה מתחרה מדינת ישראל על השקעות מהותיות של חברות רב-לאומיות מול מדינות אטרקטיביות אחרות.

73. גם התוספת של רשות המיסים להוראת הביצוע, ברשימת מצבים שייבחנו בעתיד בנוגע לשימוש ברווחים שמקורם במסלול החלופי ואשר הופטרו ממס, תורמת להעצמת חוסר הוודאות בקרב החברות, חוסר ודאות אותו ניסתה רשות המיסים לצמצם במסגרת תיקון 68 לחוק. להערכתנו, חוסר הנכונות ללבן בפומבי את פרטי המצבים ואת הקווים המנחים לקביעת חבות מס במקרים אלו, מכסה על העדר עמדה עקבית ומגובשת של רשויות המס עצמן, והעדפה לדחות את ההכרעה בשאלות אלו לעת מצוא. במידה לא מבוטלת של אירוניה צפויות שאלות אלו להתעורר לראשונה רק לאחר ששונה ההסדר המשפטי בתיקון 68 לחוק ובוטל המסלול החלופי.

67. בעניין זה, לדעתנו, טוב עשה המחוקק בתיקון 69 לחוק, כאשר ביקש להגיע להסדרה של הסוגיה בהסכמה, גם אם הדבר נכרך במתן הקלות משמעותיות לחברות.