

מיסוי דיבידנדים והפחתת הון*

אסף חמדני, ** צילי דגן***

המאמר עוסק בדרך הראויה למיסוי דיבידנד המחולק על-ידי חברה לא מתוך "רווחים". העמדה המקובלת הן בישראל והן מחוץ לה היא אחידה: "דיבידנד" חייב להיות מתוך רווחים של החברה. לפי רשויות המס בישראל, את רווחי החברה יש למדוד בהתאם למבחנים שנקבעו לצורך חלוקת דיבידנד בחוק החברות. המאמר מזהה את ההצדקות האפשריות לעמדה המקובלת, מנתח אותן ומראה כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות המיסוי הדו-שלבי של חברות. אנו טוענים, בכפוף לכמה חריגים נקודתיים, כי כל תשלום מטעם החברה לבעלי מניותיה בכשירותם ככאלה – לרבות תשלום שאינו מתוך רווחים – יש לסווג כדיבידנד, ולדחות את בחינת התעשרותו (או הפסדיו) של הנישום למועד מכירת הזכויות בחברה. בכל מקרה, אין הצדקה להסתמך דווקא על המבחנים הקבועים בחוק החברות לבחינת רווחיות החברה לצורך טיפול המס בחלוקה לבעלי מניותיה.

מבוא

פרק א: העמדה המקובלת

1. עמדתם של שלטונות המס
2. הבסיס הפוזיטיבי
3. הבסיס העיוני

פרק ב: הזיקה שבין התעשרות לבין מיסוי חלוקה

1. הון, פירות ומיסוי חלוקה
2. מיסוי חלוקה ודרישת המימוש
3. עלויות אדמיניסטרטיביות

פרק ג: רווחיות כמנגנון הכרחי בשיטת מיסוי דו-שלבי

* המחברים מבקשים להודות לעו"ד (רו"ח) אהו פרנק, לרו"ח (עו"ד) מוטי תגר ולקורא האנונימי על הערותיהם למאמר, וכן לגל מדובר, לכרמית סולימן וללאה גילקופף על עזרתם במחקר.
** פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
*** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1. בעל מניות שהוא חברה
 2. בעל מניות יחיד
- פרק ד: מדד הרווחיות הראוי
1. האם יש לבחון את רווחיות החברה?
 2. האם מבחני החלוקה של חוק החברות ראויים?
- פרק ה: סיכום – הדין המוצע

מבוא

שוק ההון הישראלי מתאפיין בשליטה ריכוזית בחברות ציבוריות.¹ על רקע זה, עסקות שבהן נרכשת שליטה מלאה בחברה ציבורית, בין בדרך של מיזוג ובין בדרך אחרת, אינן שכיחות בנוף הישראלי.² חלק ניכר מן העסקות המשמעותיות בשוק ההון בישראל הן עסקות לרכישת שליטה חלקית בחברה ציבורית,³ דהיינו, בעל השליטה בחברה מוכר את גרעין השליטה שלו לבעל שליטה חדש. במקרים רבים המשתלט מממן את רכישת השליטה באמצעות נטילת הלוואות שהוא מתכנן להחזיר, בין היתר, באמצעות חלוקת דיבידנד נדיב מקופת החברה לאחר השלמת העסקה.⁴ הפסיקה הישראלית דנה לאחרונה בהשלכותיהן של עסקות אלה על היקפה של חובת הגילוי בדבר תוכניותיו של בעל השליטה החדש ועל חובות האמונים של הדירקטורים המחליטים על חלוקת הדיבידנד לשם מימון רכישת השליטה.⁵ רשימה זו תעסוק

- 1 ראו ענת פייער "ריכוזיות הבעלות על החברות הציבוריות – השוואה בין לאומית" משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון (17.1.2006) www.mof.gov.il/hon/2001/hon_dep/memos/skira2005-12a.pdf
- 2 דוגמה בולטת לעסקה לרכישת שליטה מלאה בחברה ציבורית היא ההסכם שלפיו חברה הודית תרכוש 100% ממניותיה של חברת תרו. ראו גתית פנקס "חצי מיליארד דולר לתרו זה יפה. אבל כמה מזה יראו בעלי המניות?" *Globes* 21.5.2007 www.globes.co.il/serve/globes/docview.asp?QUID=1055,U1196056302367&ID=&did=1000214184
- 3 לניתוח כמותי של עסקות לרכישת שליטה חלקית בשוק ההון בישראל ראו: Beni Lauterbach & Ronen Barak, *Estimating the Private Benefits of Control from Block Trades: Methodology and Evidence* (Bar Ilan University Working Paper, 2007), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965668
- 4 לדוגמה, חברת בזק חילקה דיבידנדים בהיקף ניכר לאחר מכירת השליטה על-ידי המדינה. על-אודות הרכישה הממונפת ראו אירית חביבי-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 645-641 (אל"טק הפקות בע"מ, 2005).
- 5 ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1207/03 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"מ התשס"ג(2) 673, 712-718 (2004), אשר עסק בשאלת חובת הגילוי של בעלי השליטה בחברה בנוגע לתוכניתם העסקית למכור נכסים של החברה על-מנת לאפשר תשלום דיבידנד אשר ישמש

בשאלת המיסוי הראוי של הדיבידנד המחולק על ידי החברה, תוך התמקדות בנסיבות שבהן החלוקה אינה מתוך "רווחים".

ההבחנה בין מיסוי הכנסה ממכירת מניות לבין מיסוי הכנסה מדיבידנד הינה הבחנה בסיסית בשיטת מיסוי החברות בישראל. בעת מכירת המניות יחויב בעל המניות במס רווחי הון אם התמורה בעבור המניות עולה על ההשקעה הראשונית.⁶ לעומת זאת, בעל מניות יחיד המקבל דיבידנד מהחברה יחויב במס על מלוא סכום החלוקה.⁷ בעוד ההבחנה העקרונית ברורה, יישומה במישור המעשי נתקל בקשיים, במיוחד לנוכח העובדה שנישומים יכולים במקרים רבים לבחור בין מכירת מניות לבין חלוקת דיבידנד כאמצעי למימוש התשואה מהשקעתם בחברה. במילים אחרות, קיומה של שקילות כלכלית בין חלוקת דיבידנד לבין מכירת מניות שאינה מהווה חיסול ההשקעה בחברה הופכת את ההבחנה הבסיסית של שיטת המיסוי הדו-שלבי לסבוכה ומורכבת.

מאמר זה עוסק בהבחנה בין מכירת מניות לבין חלוקת דיבידנד במה שנחשבת נקודת הקצה שלה, קרי, בנסיבות שבהן חברה משלמת "דיבידנד" לבעלי מניותיה מבלי שיש לה רווחים.⁸ על פי הגישה המקובלת בישראל ומחוץ לה בקרב רשויות המס,⁹ בספרות¹⁰

להחזיר ההלוואה אשר שימשה למימון רכישת השליטה. בית המשפט קבע כי במקרה דנן לא היו בעלי השליטה חייבים לגלות את תוכניתם, לנוכח הנזק שהיה עלול להיגרם לחברה כתוצאה מחשיפת התוכנית. בת"א (מחוזי חי') 474/04 ירדן נ' ליפשיץ, פס' 88-91 (טרם פורסם, 20.8.2007), נקבע כי בנסיבות המקרה חלוקת דיבידנד סמוך להלוואה ממונפת מהווה הפרת חובת האמונים של נושאי המשרה לחברה ולבעלי מניותיה.

6 ס' 24 לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, ס"ח 766 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, ס"ח 120 (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה)) (להלן: תיקון 147), קובע הסדר שונה במקצת ביחס לרווח ההון הריאלי, המשקף את חלקו של בעל המניות ברווחי החברה הראויים לחלוקה.

7 ככלל, שיעור המס על דיבידנד המתקבל בידי יחיד הוא 20%. לגבי יחיד שהיגו בעל מניות מהותי, כהגדרתו בס' 19 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 88 לפקודה) – דהיינו, יחיד המחזיק לפחות ב-10% מאמצעי השליטה בתאגיד – שיעור המס על דיבידנד הוא 25% (ראו ס' 40 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 125 לפקודה)). בעל מניות שהוא חֶבֶר בני-אדם לא ישלם מס על דיבידנד (ראו ס' 54 לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, ס"ח 530 (להלן: תיקון 132) (תיקון עקיף לס' 126 (ב) לפקודה)).

8 סיטואציות נוספות שבהן נדרשת הבחנה כזו הן רכישה עצמית של מניות, חלוקת מניות הטבה וחלוקת דיבידנד במסגרת עסקה לרכישת חברה.

9 ראו ס' 42 (4) ל"קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה" נציבות מס הכנסה א (2006): "דיבידנד הוא סכום המשתלם מתוך רווחים של חברה לבעל-מניות הזכאי לחלוקת רווחים מכוח מניותיו."

10 ראו, לדוגמה, אמנון רפאל מס הכנסה כרך א 103 (מהדורה שלישית, 1995): "אין לך דיבידנד אלא אם כן הוא נובע מרווחיה של החברה... חברה המחלקת לחבריה רכוש שנרכש מתוך הון המניות שלה, ואשר שוויו נמוך מעלותו לחברה, כאשר אין לה כל רווחים אחרים, לא תהא החלוקה בגדר חלוקת דיבידנדים: חלוקה זו הנה למעשה חלוקת הון החברה..."; משה שקל וניר נאור "מיסוי הפחתת הון" מיסים טו(5) א-28, א-35 (2001): "מס על דיבידנד

ובפסיקה,¹¹ במקרה שבו אין לחברה רווחים פשיטא שאין מדובר בחלוקת דיבידנד. הגישה המקובלת יוצרת אם כן זיקה בין רווחיות החברה לבין סיווג החלוקה מקופת החברה לצורך דיני המס. "דיבידנד" חייב להיות מתוך רווחים של החברה, ואילו תשלום לבעלי המניות מקופת החברה שאינו מתוך רווחיה יסווג בדרך כלל כהפחתת הון. על פי הגישה המקובלת בקרב שלטונות המס בישראל, את רווחי החברה יש למדוד בהתאם למבחנים שנקבעו לצורך חלוקת דיבידנד בחוק החברות.¹²

המאמר יבקר את הגישה המקובלת, ויטען, בכפוף לכמה חריגים נקודתיים, כי יש לסווג כל תשלום מטעם החברה לבעלי מניותיה בכשירותם ככאלה כדיבידנד. יתר על כן, אפילו סברנו כי יש לאמץ מבחני רווחיות לצורך סיווג חלוקה כדיבידנד, אין כל הצדקה להסתמך דווקא על המבחנים הקבועים בחוק החברות. כן נראה כי עמדתנו זו עולה בקנה אחד לא רק עם עקרונות היסוד של מיסוי התאגידיים, אלא גם עם החקיקה הקיימת בישראל.

לכאורה, לעיסוק בהבחנה הראויה בין דיבידנד לבין רווחי הון אין חשיבות של ממש לנוכח הנטייה להשוות את שיעורי המס על דיבידנד ועל רווחי הון. אולם לסיווג זה יש חשיבות ניכרת גם בהנחה ששיעורי המס על דיבידנד ועל רווחי הון זהים, וזאת מכמה סיבות: ראשית, מלוא סכום הדיבידנד חייב במס במועד החלוקה, בעוד המס במכירת מניות חל רק על רווח ההון (קרי, על ההפרש - אם קיים כזה - בין הסכום המחולק לבין יתרת המחיר המקורי במניות); שנית, כאשר בעל המניות הוא חברה, דיבידנד אינו חייב במס בדרך כלל, בעוד רווח הון חייב במס בשיעור 25%;¹³ לבסוף, להבחנה תהיה חשיבות בכל מקום שבו יש משמעות לסיווג ההכנסה כדיבידנד (כך, למשל, בסעיפים 94 ו-94ג, בסיווגים לצורך מיסוי בין לאומי, לצורך קיוזו הפסדים, בעניין עיתוי החבות במס ובשאלה אם על החברה המשלמת לנכות מס במקור).

יתר על כן, השאלה שהמאמר עוסק בה מספקת הזדמנות מצוינת לליבון סוגיות יסוד באשר למיסוי הדו-שלבי של חברות. סוגיית המיסוי הראוי של תאגידיים הינה אחת הסוגיות הסבוכות בתחום מדיניות המס. הספרות האקדמית נוטה להתמקד בשאלת ההצדקה להכבדת

מהווה מס ישיר, וככזה אמור להיות מוטל על רווחים ועליהם בלבד"; פו הלפרין "חלוקת מס חברות כדיבידנד - האם סתירה? (בעקבות הלכת עיט, עמ"ה 54/89)" מיסים ה(6) א-36, א-37 (1991): "חלוקת דיבידנד מתוך רווחים בלבד היא פועל יוצא מכלל שימור ההון, דרך אי התרת תשלום של דיבידנד מסכומים שאינם רווחים."

11 ראו עמ"ה (מחוזי חי') 221/00 פריצקר נ' פקיד שומה חיפה (מחלקת המדגם), מיסים יז(1) ה'105, ה'122 (2002): "על פני הדברים, תשלום שנעשה על ידי חברה מתוך רווחיה לבעלי מניות, הוא דיבידנד"; עמ"ה (מחוזי חי') 14/91 לבנה נ' פקיד שומה חדרה, מיסים ז(1) ה'130, ה'142 (1992): "גם אם נניח שאין צורך לקיים את הדרישות הפורמאליות והצורניות של פקודת החברות בנוגע לחלוקת דיבידנדים... הרי מבחינה מהותית הרי אין לך חלוקת דיבידנד אלא מתוך רווחים."

12 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189. מבין המבחנים שבחוק החברות, רשויות המס מתמקדות במבחן הרווח, ומסתמכות לצורך חישובו על הכללים החשבונאיים הנוהגים.

13 ראו ס' 21 ו-45 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 91) ו-126 (א) לפקודה בהתאמה.

נטל המס ("מיסוי כפול") על הפקת הכנסה באמצעות השקעה בתאגיד.¹⁴ מאמר זה לא יתמקד בהצדקה הנורמטיבית למיסוי הכפול של תאגידיים – שאלה אשר ממילא מאבדת מחשיבותה כיום לנוכח הנטייה להפחית את נטל המס האפקטיבי על תאגידיים ולהשוותו לנטל המס המוטל על יחידים. במקום זאת, יתמקד המאמר בטיפול המיסויי ההולם בהינתן בחירתה של מערכת המס להסתמך על המיסוי הדו-שלבי.

סדר הדיון יהיה כלהלן. פרק א יציג את העמדה המקובלת, שדוגלת במיסוי דיבידנד רק מתוך רווחים (ואשר רואה חלוקה שאינה מתוך רווחים כהחזר השקעה), ואת הטענות החזקים ביותר התומכים בה. כפי שנראה, גישה זו נסמכת על שני טעמים, אשר אינם עולים בהכרח בקנה אחד. הטעם הרווח יותר מתבסס על המהות הכלכלית של התשלום לבעלי המניות, מתוך מטרה למסות רק את התשואה על ההשקעה, אם הייתה כזו. טעם אפשרי אחר מצדיק את הגישה הרווחת כחלק בלתי-נפרד משיטת המיסוי הדו-שלבי, הבאה להבטיח כי הכנסות החברה ימוסו הן ברמת החברה והן ברמת בעל המניות.

פרק ב יתמקד בטעם הראשון לעמדה המקובלת. נטען כי התעשרות ודאית אינה תנאי לסיווג תשלום לבעל מניות כדיבידנד לצורך מס במועד החלוקה, וכי אין מניעה למסות את מלוא סכום החלוקה ולדחות את בחינת התעשרותו (או הפסדיו) של הנישום למועד מכירת הזכויות בחברה. פרק ג יעסוק בטעם השני לעיל, ויטען כי ספק אם ניתן להצדיק את עמדתם של שלטונות המס כחלק בלתי-נפרד משיטת המיסוי הדו-שלבי של הכנסות החברה. פרק ד יבהיר כי גם בהנחה שמן הראוי ליצור זיקה בדיני המס בין רווחיות החברה לבין סיווג החלוקה לבעלי המניות, אין כל הצדקה להפנות לצורך זה דווקא למבחני חוק החברות. פרק ה יסכם ויסביר כי למרות עמדתן של רשויות המס והפסיקה הרלוונטית, אין מניעה לאמץ את הגישה המוצעת במאמר זה במסגרת הדיון הקיים.

פרק א: העמדה המקובלת

פקודת מס הכנסה אינה מגדירה מהו "דיבידנד",¹⁵ ומכוח קל וחומר אינה מתייחסת לזיקה

14 יצחק סוארי, משה ברקת ודן גבעולי היבטים בחלוקת דיבידנד לאור חוק החברות החדש 178 (תל-אביב, 1999). ראו, למשל: Steven A. Bank, *A Capital Lock-In Theory of the Corporate Income Tax*, 94 GEO. L.J. 889 (2006); S. Avi-Yonah, *Corporations, Society, and the State: A Defence of the Corporate Tax*, 90 VA. L. REV. 1193 (2004).

15 הפקודה מתייחסת בנקודות מסוימות לרווח הראוי לחלוקה בחברה, וזאת בעיקר על-מנת לייחס לבעלי המניות רווחים רעיוניים, הגם שאלה לא חולקו על-ידי החברה. כך, למשל, ס' 14 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 167 לפקודה) קובע כי תושב ישראל המחזיק מניות בחברת החזקות ישראלית יראו אותו כאילו קיבל כדיבידנד "את חלקו היחסי ברווחים שלא חולקו",

שבין רווחיות החברה לבין מיסוי החלוקה לבעלי המניות. על רקע זה יציג פרק זה את העמדה המקובלת על שלטונות המס בישראל, את הבסיס המשפטי שלה בדין הישראלי ואת ההצדקות לה.

1. עמדתם של שלטונות המס

העמדה המוצהרת של שלטונות המס משכבר הימים היא כי "דיבידנד הוא סכום המשתלם מתוך רווחים של חברה לבעל-מניות הזכאי לחלוקת רווחים מכוח מניותיו".¹⁶ עמדה זו מצאה לאחורונה ביטוי מפורט בחוזר מס הכנסה שפורסם בעקבות החידושים בחוק החברות משנת 1999 בעניין חלוקת דיבידנדים ורכישה עצמית של מניות.¹⁷ בחוזר זה רשויות המס מביעות את עמדתן כי קיומם של "רווחים" לצורך סיווג תשלום כדיבידנד לצורך מס ייקבע בהתאם למבחנים שחוק החברות מחיל באשר לנסיבות שבהן חברה רשאית לחלק דיבידנד לבעלי מניותיה.

לשם הבנת ההשלכות המעשיות של גישת רשויות המס, יש לעמוד על ההסדר הקבוע בחוק החברות לעניין חלוקת דיבידנדים. המונח הבסיסי שחוק החברות משתמש בו הוא "חלוקה". לפי סעיף 1 לחוק, המונח "חלוקה" כולל הן דיבידנד והן רכישה עצמית של מניות החברה. החוק מבחין בין חלוקה אסורה לחלוקה מותרת. חלוקה מותרת חייבת לעמוד בשני מבחנים מצטברים הקבועים בסעיף 302 לחוק: לפי מבחן הרווח, החלוקה חייבת להיות מתוך רווחים של החברה; ולפי מבחן כושר הפירעון, החלוקה מותרת רק אם אין חשש סביר כי היא תמנע את החברה מלעמוד בהתחייבויותיה הקיימות או הצפויות, בהגיע מועד קיומן. חלוקה הנעשית בניגוד להוראות החוק מהווה "חלוקה אסורה".¹⁸ מבחן הרווחים מתבסס על כללי החשבונאות המקובלים. סעיף 302(ב) לחוק החברות מגדיר את המונח "רווחים" כעודפים או יתרת עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים. המונח "עודפים" מוגדר בסעיף 302(ב) כדלקמן:

"עודפים" – סכומים הכלולים בהון העצמי של חברה ושמקורם ברווח הנקי שלה כפי שנקבע לפי כללי חשבונאות מקובלים, וכן סכומים אחרים הכלולים בהון

ואלה מוגדרים כסכום ההכנסה החייבת, השבח וההכנסה הפטורה ממס, בניכוי המיסים ששילמה החברה ובניכוי הרווחים שחולקו; ס' 24 לתיקון 132 (תיקון עקיף לס' 75(ב)(1) לפקודה) קובע כי "בעל שליטה בחברה נשלטת זרה שיש לה רווחים שלא שולמו, יראו אותו כאילו קבל כדיבידנד את חלקו היחסי באותם רווחים", והרווחים שלא שולמו מוגדרים כ"רווחים שמקורם בהכנסה פסיבית... למעט רווחים שמקורם כדיבידנד שהתקבל מחבר בני אדם תושב חוץ...".

ראו גם ס' 24 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודה).

16 ראו "קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה", לעיל ה"ש 9.

17 ראו "השפעת חוק החברות החדש על דיני המס" חוזר מס הכנסה 10/2001 www.mof.gov.il/itc/horaot/h10-2001.pdf (להלן: חוזר מס הכנסה).

18 ס' 301(א) לחוק החברות.

העצמי לפי כללי חשבונאות מקובלים ושאינם הון מניות או פרמיה שהשר קבע שיראו אותם כעודפים."

אינן בכוונתנו לערוך דיון מקיף בכללי החשבונאות באשר לחישוב הרווח הנקי של חברה.¹⁹ לצורך רשימה זו די אם נציין כי אין חפיפה מלאה בין מבחני הרווחיות לפי כללי החשבונאות לבין מבחני המס לצורך קביעת ההכנסה החייבת.²⁰

חברה המעוניינת לחלק דיבידנד אף שהיא אינה מקיימת את מבחן הרווחים יכולה לעשות כן באישור בית המשפט. סעיף 303 לחוק החברות מסמיך את בית המשפט להתיר לחברה לחלק דיבידנד לא מתוך רווחים, ובלבד שמתקיים מבחן כושר הפירעון. חוזר מס הכנסה קובע כי חלוקה אשר אינה מקיימת את מבחן הרווח אך זכתה באישור בית המשפט לפי סעיף 303 תיחשב להפחתת הון ברמת החברה, ותחייב מיסוי של בעלי המניות על מכירת חלק יחסי מהשקעתם בחברה.²¹

לפי חוק החברות קיימים שני מצבים אפשריים של "חלוקה אסורה": ראשית, חברה ללא רווחים עשויה לחלק דיבידנד ללא אישור בית המשפט; שנית, חברה עם רווחים עשויה לחלק דיבידנד אף שהיא אינה מקיימת את מבחן כושר הפירעון. חוזר מס הכנסה אינו מבחין בין שני המצבים של חלוקה אסורה, אלא קובע כי יש לחייב את בעל המניות "במס על ההכנסה שנצמחה לו לפי עקרונות חוזר זה".²² במקרה של חלוקה (אסורה) שאינה מתוך רווחים וללא אישור בית המשפט, דומה כי הפעלה של עקרונות החוזר תוביל

19 מכל מקום, כללי החשבונאות עומדים להשתנות בקרוב, עם המעבר לדיווח לפי התקן הבין-לאומי. ראו שלומי שוב חשבונאות פיננסית חדשה: IFRS כרך א 60-61 (2007). לשינוי כללי החשבונאות צפוי שתהיה השלכה גם על הנסיבות שבהן יוכלו חברות לחלק דיבידנד לפי מבחני החלוקה בחוק החברות. ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש 518-525 (מהדורה רביעית, 2007); יובל זילברשטיין, סבינה פודבל ואשר שקלר "אחד העם מחכה ל-IFRS" רואה החשבון 6, 102-107 (2007); אבי נוב "לחלק בלי להחליק" רואה החשבון 4, 82-89 (2007).

20 ראו סוארי, ברקת וגבעולי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 189-190; ישראל שטראוס וערן רוזמן מיסוי חברות 140-142 (תל-אביב, 2001). התקן החשבונאי החדש עתיד להגביר את חוסר ההתאמה. בהקשרנו עשוי להיות עניין מיוחד בהוראות שיאפשרו יצירת רווחים חשבונאיים בשל עליית ערך נכסים בטרם מימושם - ולפיכך בטרם חויבו במס חברות.

21 ראו חוזר מס הכנסה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 6: "בית המשפט רשאי, לבקשת חברה... לאשר לה חלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח, ובלבד ששוכנע כי אין חשש שלא תוכל לעמוד בפרעון חבוייתה. מקרים בהם בוצעה חלוקה כאמור יסווגו כהפחתת הון ברמת החברה (ולא כחלוקה דיבידנד) ואילו ברמת בעלי המניות יראו כאילו נמכר חלק יחסי מהשקעתם בחברה." החוזר אינו מפרט כיצד יש למסות בפועל אירוע של הפחתת הון ברמת בעלי המניות, דהיינו, אם יש להפחית את סכום הדיבידנד מן המחיר המקורי או לנקוט שיטה אחרת.

22 ס' 310 לחוק החברות מחייב בעל מניות, בתנאים מסוימים, להשיב לחברה כספים שקיבל במסגרת חלוקה אסורה. החוזר קובע כי במקרים שבהם השיב בעל המניות לחברה סכומים שקיבל - יראו בכך ביטול של העסקה.

למיסוי החלוקה כהפחתת הון. לעומת זאת, במקרה שבו החברה המחלקת מקיימת את מבחן הרווחים, אך לא את מבחן כושר הפירעון, קשה לקבוע מה תהיה עמדתם של שלטונות המס לפי עקרונות החוור.

הפסיקה הישראלית טרם עסקה ישירות בסוגיה של מיסוי חלוקה לבעלי המניות כאשר לחברה אין רווחים, אך ניתן למצוא בה הדים לעמדתן של רשויות המס. קיימת אומנם פסיקה הקובעת כי אין הכרח שחלוקה תעמוד בכל המבחנים הקבועים בחוק החברות על-מנת שתסווג כדיבידנד לצורך מס. כך, בעניין עיט, אשר עסק בהגדרת "דיבידנד" לצורך חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, פסק בית-המשפט המחוזי כי "אין קשר ישיר והכרחי בין דרך קביעת ה'הכנסה החייבת' לצורך דיני המס ובין דרך קביעת הרווח הראוי לחלוקה כדיבידנד על פי דיני החברות."²³ עם זאת, מכמה פסקי-דין עולה כי תשלום לבעל מניות יסווג כדיבידנד רק אם לסכום המשולם יש זיקה כלשהי לרווחיות החברה. לדוגמה, בעניין לבנה נידונה שאלת סיווגם של תשלומים שהועברו לבעלי שליטה בחברה כ"דמי שכירות". בית-המשפט המחוזי קבע כי מבחינה עובדתית אי-אפשר לסווג את התשלומים כדמי שכירות. עם זאת, דחה בית-המשפט את הטענה כי יש לסווג את התשלום כדיבידנד, מכיוון שלא הוכח קיומם של רווחים ברמת החברה.²⁴ בתי-המשפט חזרו על הנמקה אקסיומטית זו בהקשרים שונים.²⁵

2. הבסיס הפוזיטיבי

כאמור, פקודת מס הכנסה אינה מספקת הגדרה למונח "דיבידנד". אם כן, מהו הבסיס המשפטי לעמדתן של רשויות המס? דומה כי רשויות המס הניחו – מתוך תפיסה שלפיה בהעדר הוראה ספציפית יש להסתמך על הוראות הדין הכללי – כי העדר ההגדרה בחקיקת המס מחייב התאמה של המונח "דיבידנד" להגדרתו בחוק החברות.²⁶ הספרות בישראל

23 עמ"ה (מחוזי ת"א) 54/89 עיט ציוד צבאי ליצוא בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, מיסים (6) ה'71 (1991). השאלה שעלתה בעניין זה הייתה אם הטבת מס הניתנת ל"דיבידנד" לפי חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, ס"ח 234, מחייבת שהדיבידנד יחולק מתוך ההכנסה החייבת במס. מקור הפער בין ההכנסה החייבת לבין ההכנסה החשבונית באותו עניין היה חוק מיסוי בתנאי אינפלציה.

24 ראו עניין לבנה, לעיל ה"ש 11, בעמ' ה'142: "מבחינה מהותית הרי אין לך חלוקת דיבידנד אלא מתוך רווחים."

25 ראו עניין פריצקר, לעיל ה"ש 11, בעמ' ה'122: "תשלום שנעשה על-ידי חברה מתוך רווחיה לבעלי מניות, הוא דיבידנד"; עמ"ה (מחוזי חי') 192/99 קבוצת חול בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, מיסים יז(5) ה'223, ה'230 (2003) (התייחסות לדיבידנד כאל "תשלום הנעשה על-ידי החברה מתוך רווחיה"); ע"א 416/65 ורוק נ' פקיד השומה תל-אביב 7, פ"מ כ(2) 351, 354 (1996): "... אין אני מוכן להסיק – בלי עיון נוסף – כי כל תשלום הנעשה לבעלי מניות על-ידי חברה (שאינה בפירוק ושאינה עושה את התשלום בקשר להקטנת ההון), ממילא שהוא חלוקת ריווח."

26 ראו "קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה", לעיל ה"ש 9, בעמ' ב-27: "לפי דיני החברות, דיבידנד

נסמכת אף היא על הנחת-מוצא זו שלפיה ההרמוניה החקיקתית מחייבת שהגדרת המונח "דיבידנד" לצורך דיני המס תהא זהה להגדרת המונח לפי דיני החברות.²⁷ הנמקה פוזיטיבית זו הינה שגויה בשני מישורים. ראשית, הגדרת המונח "דיבידנד" בחוק החברות אינה מתייחסת כלל לרווחיות החברה. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר "דיבידנד" ככל נכס הניתן לבעל מניה מכוח זכותו כבעל מניה. מכאן עולה כי דיבידנד כמשמעו בחוק החברות כולל גם תשלום לבעל מניות שאינו מתוך רווחים. חוק החברות מחיל את מבחני הרווחיות רק לצורך הקביעה אם חלוקה (ובכלל זה דיבידנד) הינה אסורה או מותרת. לפיכך שיקולי הרמוניה בין חוק החברות לפקודת מס הכנסה אינם תומכים בעמדתן של רשויות המס.

שנית, בית-המשפט העליון קבע זה כבר כי אין זיקה הכרחית בין הגדרת מונחים בחוק החברות לבין הגדרתם לצורך דיני המס. יש לשאוף אומנם להרמוניה חקיקתית בהגדרת מונחים בדיני המס ובדיני החברות, אך זאת רק בנסיבות שבהן הרמוניה זו מתיישבת עם תכלית החקיקה.²⁸ בהקשר שלנו אין כל הצדקה עניינית להתעקשות על אחידות בהגדרות בין שני החיקוקים, אשר תכליתם שונה. תכליתם של הסדרי החלוקה בחוק החברות היא להעניק כרית-ביטחון לנושי החברה,²⁹ ואילו תכליתם של דיני המס היא למסות חברות

הוא סכום המשתלם מתוך רווחים של חברה לבעל-מניות הזכאי לחלוקת רווחים מכוח מניותיו. הנחה זו מתיישבת במידת-מה עם הפסיקה. ראו עניין פריצקר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 122: "אין אמנם הגדרה של 'דיבידנד' לענין פקודת מס הכנסה. בנסיבות אלה, ניתן להזקק לפחות כאינדיקציה ראשונית לדין הכללי כפי שהוא מוצא ביטוי בחוק החברות התשנ"ט 1999..."; יצחק הדרי ואבי אלטר "החקיקה האזרחית בראי דיני המיסים" עיוני משפט י 429, 447 (התשמ"ד): "... כעקרון יתפרש כל חוק מס... על פי הדינים הכלליים..." אך כפי שנסביר להלן, גישתה העקרונית של הפסיקה היא "פרשנות תכליתית". ההרמוניה בשיטה היא במפורש אחת התכליות, אך אין היא היחידה, ובוודאי לא העיקרית.

27 ראו, לדוגמה, אמנון רפאל ודן ריטר "רכישה עצמית של מניות בראי דיני המס: החוק וחוזר המס – סיבוב ראשון" מיסים יז(2) א-144, א-149 (2003): "דיבידנד הוא נכס שהועבר מן החברה בתנאים המתאימים להגדרתו בדיני החברות (חוק החברות כיום). מכאן, שעל דיני המס להתאים את הגדרותיהם למערכת ההגדרות החדשה לחלוטין, שנקבעה בחוק החברות"; צבי פרידמן ושלמה זרחיה "דיבידנדים, הפחתת הון ורכישה עצמית של מניות – השלכות המס לפי פקודת החברות הישנה ולפי חוק החברות החדש" מיסים יג(4) א-74, א-77 (1999): "בהעדר דין ספציפי בפקודת מס הכנסה, מהווים דיני החברות, בנושא זה, דין כללי לפיו יש לנהוג."

28 ראו ע"א 1240/00 פקיד שומה ת"א 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 609-610 (2005) (הגם שבאותו מקרה קבע בית-המשפט כי אין מקום לסטות ממושגי הדין הכללי); וכן ע"א 526/87 מנהל מס שבח חיפה נ' מועצת פועלי חיפה, פ"ד מג(3) 519, 524: "סטייה ממושגי הדין הכללי, מקום שהדבר נדרש לפירושה הנכון של הוראת חוק בתחום דיני המס, ראויה להכרה כחריג לגיטימי לעקרון ההרמוניה התחיקתית."

29 ראו יוסף גרוס "מהו רווח הניתן לחלוקה? על-פי חוק החברות?" קרית המשפט ב 67, 69-70 (2002); יוסף גרוס "מקורות לחלוקת דיווידנד במזומנים וחלוקת מניות-הטבה בעיתות אינפלציה" עיוני משפט יג 241, 242 (1988).

ובעלי מניות באופן יעיל וצודק ככל האפשר.³⁰

3. הבסיס העיוני

הספרות האקדמית מצביעה על שתי הצדקות אפשריות לעמדה המקובלת, המתנה את הסיווג כדיבידנד בקיומם של רווחים ברמת החברה.³¹ ההצדקה הראשונה מתבססת על המהות הכלכלית של התשלום לבעלי המניות. לפי גישה זו, מטרת הכלל שלפיו דיבידנד מותנה בקיומם של רווחים היא למסות רק את הרווחים מן ההשקעה (להבדיל מקרן ההשקעה גופא). במילים אחרות, יש למסות חלוקה כדיבידנד רק אם היא משקפת התעשרות של בעל המניות.³² כלל אשר ימסה כל חלוקה לבעלי המניות כדיבידנד יוביל לתוצאות לא-צודקות, שכן גם בעלי מניות שלא התעשרו כלל בגין השקעתם בחברה יידרשו לשלם מס.³³

30 לניתוח עקרוני של ההבדלים בין המטרות של חישוב ההכנסה לצורכי מס לבין מטרות חישובה לצורכי חשבונאות פיננסית ראו: Daniel Shaviro, *The Optimal Relationship Between Taxable Income and Financial Accounting Income: Analysis and a Proposal*, N.Y.U. Law and Economics Research Paper 07–38, available at ssrn.com/abstract=1017073.

31 לבחינת הטעמים אשר הובילו מבחינה היסטורית לאימוץ דרישת הרווחיות, ראו: William D. Andrews, *Out of its Earnings and Profits: Some Reflections on the Taxation of Dividends*, 69 HARV. L. REV. 1403, 1415–1416 (1956) (הדרישה נועדה להבחין בין רווחים שנצברו בתקופה שבה הם לא היו חייבים במס לבין רווחים מתקופה מאוחרת יותר).

32 ראו: CHERYL D. BLOCK, CORPORATE TAXATION: EXAMPLES AND EXPLANATIONS 121 (3rd ed., 2004): "In a tax regime that taxes only net income, shareholders must be entitled, at some point, to receive a tax-free return of their original investment. When the corporation makes a distribution before it has a profit, the shareholders arguably are recovering the capital they have invested in the corporation"; Daniel N. Shaviro, *An Efficiency Analysis of Recognition Rules Under the Federal Income Tax*, 48 TAX L. REV. 1, 22 (1992): "the theory is that, absent earnings and profits, the shareholder can only be receiving back the capital she originally invested, rather than receiving her share of any accretion".

33 כידוע, מקורה של הגישה בישראל בתורת המקור הבריטית, אשר דרשה, על פניה, כי הסכומים הממוסים יהיו פרי שוטף ומחזורי ממקור מוגדר. ראו אלפרד ויתקון ויעקב נאמן דיני מיסים 58 (מהדורה רביעית, התשכ"ט): "שום תקבול-כסף, שבה או התעשרות, לא ייחשב ל'הכנסה', אלא אם יש מקור שממנו מופק התקבול כפרי מן העץ"; ע"א 282/73 פקיד השומה חיפה נ' אריסון, פד"א ו 325, 328 (1974): "כמו החוק האנגלי, כן גם הפקודה שלנו מושתתת על שיטת 'המקורות', היינו שהמס מוטל רק על הכנסה שיש לה מקור." בשנים האחרונות ניכרת במשפט הישראלי מגמה של התרחקות מתורת המקור הבריטית והתקרבות לגישה האמריקאית, המעמידה את ההתעשרות במקד. ראו ע"א 533/89 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' זילברשטיין, פ"ד מו(3) 376, 382 (1993): "סעיף העוללות מקרב את שיטת המיסוי

להמחשת הצורך בבחינת רווחיות החברה לשם מדידת התעשרותם של בעלי המניות, נבחן את הדוגמה הבאה: הניחו כי ראובן השקיע 1,000 ש"ח בחברה חדשה תמורת מאה מניות. לאחר כשנה החברה מחליטה על חלוקה בסך 200 ש"ח לראובן, וזאת אף שלחברה מעולם לא היו רווחים כלשהם.³⁴ ראובן לא מכר את מניותיו בחברה מיום הקמתה, ולא חל כל שינוי בערך מניותיו. בנסיבות אלה, סיווג התשלום כדיבידנד לצורך מס יוביל לחיוב ראובן במס בשיעור 20% מסכום החלוקה (בהנחה שהוא אינו בעל מניות מהותי כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה), דהיינו, 40 ש"ח.

מנקודת הראות הכלכלית, התשלום לראובן במקרה זה אינו משקף תשואה על ההשקעה, שכן לחברה לא היו רווחים (לצורך הדוגמה, אנו מניחים כי ערך ההשקעה לא עלה מכל סיבה אחרת).³⁵ במילים אחרות, סיווג התשלום כדיבידנד יוביל למיסוי של ראובן אף שהחלוקה אינה משקפת התעשרות כלשהי. מכיוון שדיני המס מייחסים חשיבות להיקף ההשקעה הראשונית לצורך קביעת מחיר המקורי של המניות, יש להתייחס לכאורה אל החלוקה במקרה זה כאל החזר השקעה, דהיינו: להפחית את המחיר המקורי של ההשקעה בחברה ל-800 ש"ח, ולא למסות את העסקה כדיבידנד.

גישה אפשרית אחרת מתייחסת לדרישת הרווחיות כאל אמצעי להבטיח כי המס על דיבידנד יוטל רק על הכנסה אשר מוסתה ברמת החברה.³⁶ לפי גישה זו, בחינת רווחיות החברה הינה מרכיב חיוני בשיטה של מיסוי דו-שלבי של חברות. החלת מדדי רווחיות אינה מתבקשת משיקולי התעשרות גרידא, אלא נחוצה על-מנת להבטיח כי טיפול המס המוענק לדיבידנד יוגבל רק להכנסה שלגביה שולם מס חברות.³⁷ גישה אחרונה זו לא זכתה בפיתוח מעמיק בספרות האקדמית. עם זאת, ניתן למצוא לה הדים בעמדתן של רשויות המס בישראל.³⁸

בישראל, שנקלטה מתורת המקור במשפט האנגלי, לשיטת המיסוי האמריקנית, שבה שולט הכלל הרחב כי כל התעשרות נחשבת להכנסה החייבת במס. עם זאת, בשיטה הישראלית ניתן לזהות עדיין מקרים שבהם המקור ממוסה גם בהעדר התעשרות. ראו ע"א 423/82 נוסילביץ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פד"א יג 37, 38 (1985). לטעמנו אין סיבה למסות אדם שלא התעשר. השאלה המתעוררת במאמר זה היא שאלה של עיתוי בלבד, דהיינו, אם יש למסות את בעל המניות על התעשרותו במועד קבלת המזומנים או במועד מאוחר יותר.

34 בשלב זה הניחו כי לחברה אין נושים ולכן היא מקבלת אישור לחלוקת דיבידנד לפי ס' 70 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, ס"ח 238 (תיקון עקיף לס' 303 לחוק החברות) (להלן: תיקון 3).

35 כפי שנראה בהמשך, הניתוח בטקסט מניח כי רווחים ברמת החברה שקולים להתעשרות.

36 ראו Andrews, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1419: "a shareholder tax is a delayed tax on corporate earnings". יש הטוענים כי הכלל מבקש למסות רווחים כלכליים של החברה. ראו: George K. Yin, *A Different Approach to the Taxation of Corporate Distributions: Theory and Implementation of a Uniform Corporate-Level Distributions Tax*, 78 Geo. L.J. 1837, 1842 (1990).

37 William M. Colby, Boyd A. Blackburn & Dana L. Trier, *Elimination of "Earnings and Profits" from the Internal Revenue Code*, 39(2) TAX LAW 285, 288 (1985).

38 ראו את עמדתן של רשויות המס בעניין עיט, לעיל ה"ש 23. יצוין כי בית-המשפט באותו

פרק ב: הזיקה שבין התעשרות לבין מיסוי חלוקה

פרק זה יבקר את הטענה הרווחת כי התליית הסיווג כדיבידנד בקיומם של רווחים ברמת החברה הינה הכרחית על-מנת למסות רק חלוקה המשקפת התעשרות של הנישום. דיני המס שואפים אומנם למסות רק נישומים שערכם הכולל (המורכב מהכנסות שוטפות ומשינויים בערך הרכוש) עלה בשנת המס. עם זאת, מגוון טעמים מעשיים מוליכים בנסיבות מסוימות לטטייה של דיני המס מאידיאל המיסוי בגין התעשרות גרידא. פרק זה יראה כי גם חלוקת הדיבידנד נמנית עם הנסיבות שבהן אין להתלות את תוצאות המס בקיומה של התעשרות.

1. הון, פירות ומיסוי חלוקה

בחינת התעשרות הנישום עולה לכאורה בקנה אחד עם סיווג ההכנסה מדיבידנד כהכנסה פירותית.³⁹ ביטוי לסיווג זה ניתן למצוא בעובדה שהגדרת תקבול כדיבידנד מביאה לידי מיסוי מלוא התקבול "מהשקל הראשון". הכנסה פירותית – התשואה על העץ – היא על פניה התעשרות (שהרי הקרן, בסיס ההשקעה, לא נגרעה), ואילו לגבי הכנסה הונית, שבה נגרע מן העץ, יש לבחון אם עלה ערך ההשקעה ערב המימוש.

אלא שבמקרים רבים אין להבחנה בין סיווג ההכנסה כהונית או כפירותית משמעות כלכלית אינהרנטית.⁴⁰ בהקשר של מיסוי חברות ניתן ליישם את מטפורת העץ והפירות בשלוש דרכים שונות לפחות. ראשית, ניתן לטעון כי העץ הוא תעודות המניה עצמן. לפי גישה פורמליסטית זו, כל עוד הנישום לא הוציא מידי את מניות החברה, כולן או מקצתן,

עניין לא אימץ גישה זו של רשויות המס, וקבע כי החלוקה הזכאית ליהנות משיעור המס המופחת על-פי חוק עידוד השקעות הון היא חלוקה בגובה ההכנסה החייבת, ולא חלוקה בגובה ההכנסה החייבת בניכוי המס ששילמה החברה. נראה כי עמדתן של רשויות המס בעבר הייתה כי הכנסה מחלוקה שאינה מהווה דיבידנד תהווה הכנסה "ממקור אחר", ולפיכך תהיה חייבת במס בהתאם לשיעור המס השולי של הנישום. ראו סוארי, ברקת וגבעולי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 189. עמדה זו מעידה על תפיסה שלפיה על דיני המס לשמר את נטל המס האפקטיבי של פעילות במסגרת חברה.

39 להתייחסות לדיבידנד כאל פירות ההשקעה במניות ראו עמ"ה (מחוזי ת"א) 1228/03 סגנון שירותי תקשוב נ' פקיד שומה פתח תקווה (טרם פורסם, 14.11.2007); Lynch v. Hornby, 247 U.S. 339, 344 (1918): "Dividends are the appropriate fruit of stock ownership"

40 הבחנה זו הינה במקרים רבים ריקה מתוכן בעולם המימון המודרני, שבו נישומים יכולים בקלות יחסית להמיר השקעות לתזרים מזומנים וחוזר חלילה. כך, באמצעות שימוש במכשירים פיננסיים הנישום יכול לערוך תכנוני מס אשר ישנו את סיווג הכנסתו בהתאם לצרכיו. לדוגמה, בהתקיים התנאים של נוסחת ה-putt-call parity, לנוכח יכולת ההמרה בין הנכסים, יוכל הנישום לתכנן את סיווג הכנסתו כהונית או כפירותית באופן שייטיב עימו ביותר. ראו ישי בר "מיסוי אופציות סחירות – אתגר לדין המס הנוהג" משפטים כז 451, 473 (1996).

כל תקבול מן החברה בגין המניות ייחשב כפירות ההשקעה. שנית, ניתן לטעון כי העץ אינו תעודת המניה גופה, כי אם הזכויות הכלכליות המוחזקות בידי בעל המניה ביחס לחברה. לפיכך, גם אם הנישום ממשיך להחזיק במניות עצמן אך הזכויות הצמודות להן ביחס לחברה משתנות (עקב שינוי של כוח ההצבעה היחסי או של החלק בהון החברה), מדובר בפגיעה בעץ.⁴¹ שלישית, ניתן לטעון כי העץ הוא ההשקעה הראשונית בנכס, וכי תקבול יסווג כפירותי רק אם הוא משקף התעשרות כלכלית של בעל המניות ביחס להשקעתו הראשונית.

כשלעצמה, ההבחנה בין הון לבין פירות אינה מסייעת לנו בבחירה בין האפשרויות הללו. על-מנת להכריע ביניהן, נדרשת אמת-מידה חיצונית, אשר תקבע אם מן הראוי לסווג תקבול פלוני כפירותי או כהוני לנוכח ההשלכות הנגזרות מכך.⁴² הדיון מחזיר אותנו אפוא לנקודת המוצא: האם יש לסווג חלוקה כדיבידנד פירותי רק אם היא משקפת התעשרות כלכלית של בעל המניות ביחס להשקעתו הראשונית?

כפי שנסביר בהמשך, אנו סבורים שהתשובה לשאלה זו שלילית. אך בטרם ננמק את עמדתנו, נציין כי כוחה של הטענה שלפיה אין למסות תקבולים שוטפים במקרה שבו נגרע מערכו הכלכלי של הנכס יפה לא רק לבעלי מניות בחברה, כי אם לכל המחזיקים בנכס הוני המניב תשואה שוטפת, כגון אגרות-חוב או נכס מקרקעין המניב דמי שכירות.⁴³ כפי שנסביר להלן, יש היגיון בעובדה שדיני המס אינם פוטרים ממס בעלי נכסי הון מניבים שערכם ירד (ואף אינם מקילים את נטל המס השוטף הרובץ עליהם), אלא ממסים את התקבולים באופן שוטף ומתחשבים בירידת ערך הנכס רק במועד המימוש. היגיון דומה צריך לחול גם במקרה של דיבידנדים.

41 גישה זו רלוונטית לסוגיה של מיסוי רכישה עצמית יחסית, דהיינו, למצב שבו החברה רוכשת מקצת המניות מבעלי מניותיה אך באופן שאינו משנה מהותית את זכויותיהם היחסיות של בעלי המניות בהצבעה או בהון. ראו גדעון קריב "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס" מיסים טו(4) א-72, א-76, א-84 (2001).

42 חוסר האונים הזה של ההבחנה בין הון לבין פירות אינו ייחודי להקשר של מיסוי חברות (הגם שההקשר הנוכחי מדגים אותו בצורה יפה במיוחד). למרות הכוח ההיסטורי המרשים שצברה, אין בהבחנה זו בין הון לבין פירות הרבה משל עצמה. לעצם סיווגה של הכנסה כהונית או כפירותית אין חשיבות "ערכית", אך יכולה להיות לו חשיבות אינסטרומנטלית. בצמתיים מסוימים בדיני המס יש אכן משמעות להבחנה בין הון לבין פירות, אך המשמעות אינה מתחייבת מתוך ההבחנה לגופה. כך, למשל, אין ככל הנראה סיבה של יעילות או של צדק בחלוקת המשאבים בהבחנה בין קיזוז הפסד עסקי או פסיבי, הוני או פירותי. אך השיקול – המיוחד לסוגיה הספציפית – של הפיכת מנגנון המס לפגיע פחות לתכנוני מס מצדיק הבחנה בין הפסד אקטיבי להפסד פסיבי. שם, אם כן, המטרה היא למנוע תכנוני מס, והאמצעי הוא הגבלת קיזוז ההפסדים ההוניים והפסיביים. הסיווג משמש שם אמצעי, ולא מטרה, וזו הדרך הנכונה להשתמש בו.

43 אם נתרגם את הגישה המקובלת באשר למיסוי דיבידנדים להשקעות שאינן מתחום החברות, נישום ששווי רכושו פחת אך קיבל בכל-זאת תשואה על רכושו ייחשב לא כמי שקיבל הכנסה, אלא כמי שקיבל "החזר השקעה".

2. מיסוי חלוקה ודרישת המימוש

העמדה הבוחנת את התעשרותו של הנישום במועד החלוקה מתיישבת אומנם עם שאיפתם של דיני המס למסות התעשרות, אך מתעלמת ממרכזיותה של דרישת המימוש בשיטת המס. דיני המס אינם ממסים התעשרות גרידא, כי אם התעשרות ממומשת. דרישת המימוש מנתקת את הקשר בין מועד המיסוי לבין מועד ההתעשרות, וזאת מנימוקים מעשיים בעיקרם. בדרך כלל דרישת המימוש משמשת מגן לנישום, אשר מביא לידי מיסוי בעיתוי מאוחר להתעשרות. אך במקרה שלנו יישום עקבי של הנימוקים העומדים ביסודה של דרישת המימוש מחייב למסות את הנישום במועד החלוקה מבלי לברר את שאלת קיומה של התעשרות באותו מועד.

אילו עמד לנגד עינינו הרצון למסות התעשרות גרידא, לא היה צורך במיסוי דיבידנדים, ושאלת סיווג החלוקה לבעלי המניות לא הייתה מתעוררת כלל. בעל המניות היה משלם מס באופן תקופתי בהתאם לעליית ערך מניותיו (או מכיר בהפסד בהתאם לירידת ערך מניותיו) בתקופה הרלוונטית, וזאת בין שעליית ערך המניות הייתה תוצאה ישירה של ההכנסה שהפיקה החברה במהלך התקופה או של כל סיבה אחרת (כגון שינוי כללי בתנאי השוק או בציפיותיו לגבי הכנסותיה העתידיות של החברה). פעולת החלוקה לא הייתה מעלה או מורידה לעניין זה, שכן היא אינה מעשירה את בעל המניות, אלא רק משנה את מתכונת החזקותיו (חלק מן העושר המגולם בחברה נהפך לעושר המגולם במזומנים).⁴⁴ יתר על כן, המיסוי היה נעשה על בסיס תקופתי קבוע ומוגדר מראש, ועיתוי הטלת המס לא היה קשור בהכרח למועד חלוקת הדיבידנד.

בספרות האקדמית אכן ניתן למצוא תמיכה רחבה במיסוי תאגידיים ובעלי מניותיהם בהתאם להתעשרות גרידא (Mark to Market), וזאת במיוחד ביחס לבעלי מניות בחברות ציבוריות. אולם על-פי הדין הנוהג בשיטת המס הישראלית, כמו גם בשיטות משפט אחרות, אין די בעליית ערך הנכסים גרידא – ברווח "על הנייר" – להביא לידי מיסוי הנישום. דיני המס דורשים "אירוע מימוש" (realization) כתנאי מקדמי למיסוי הנישום.⁴⁵

44 הניחו כי ראובן מחזיק 100% ממניותיה של חברה ששווייה 1,000 ש"ח. החברה מחלקת לראובן 200 ש"ח כדיבידנד. עובר לחלוקה החזיק ראובן במניות השוות 1,000 ש"ח, ולאחר החלוקה הוא מחזיק במזומנים בסך 200 ש"ח ובמניות השוות 800 ש"ח. ראובן Yin, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1841 (חלוקה אינה משקפת התעשרות).

יש לציין, עם זאת, כי על-פי תיאוריית האיתות (signaling), חלוקת דיבידנדים עשויה לאותת על רווחיותה של החברה, ובכך להביא לידי עליית ערך מניותיה. ראו: John Lintner, *Distribution of Incomes of Corporations Among Dividends, Retained Earnings and Taxes*, 46 AM. ECON. REV. 97 (1956) שחלה עלייה תמידית ברווחים); Eugene F. Fama & Harvey Babiak, *Dividend Policy: An Empirical Analysis*, 63 J. AM. STAT. ASSOC. 1132 (1968). לניתוח מקיף ראו סוארי, ברקת וגבעולי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 27-35.

45 ראו ויתקון ונאמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 26, וכן ע"א 217/65 כהן נ' פקיד השומה גוש דן, רמת גן, פ"ד כ(2) 421, 443 (1966): "ההגיון שבדבר [בדרישת המימוש] בולט לעין עד כדי

על-פי דרישת המימוש, יוטל מס על התעשרותו של נישום רק כאשר המיר את החזקתו בנכסים במזומנים או בנכס אחר.

בשיטה הדו-שלבית למיסוי תאגידים מקובל להבחין בין אירוע מימוש ברמת התאגיד לבין אירוע מימוש ברמת בעל המניות. ברמת בעל המניות, אירוע המימוש ה"קלסי" הוא מכירת המניות והיסול ההשקעה בחברה. אולם דחיית המס למועד המימוש מחייבת את דיני המס לנקוט עמדה גם לגבי מיסוי דיבידנדים המחולקים במהלך החזקת המניות.⁴⁶

דרישת המימוש, כמו גם הבחירה למסות חלוקה שוטפת בעת החלוקה, נגזרות משיקולים מעשיים, אשר מקצתם יפים ביחס לכל נכס באשר הוא ומקצתם ייחודיים לבעלי מניות בחברה. להלן נציג בקצרה טעמים אלה. כפי שנראה, טעמים מעשיים אלה שוללים את העמדה שלפיה יש למסות תשלום כדיבידנד רק אם הוא משקף התעשרות של בעל המניות.

טעמים כלליים: בפסיקה ובספרות הועלו שלוש סיבות עיקריות באשר להגיון העומד ביסודה של דרישת המימוש: קשיי נזילות; קשיי הערכה; וחוסר ודאות לגבי גורלה הסופי של העסקה, דהיינו, אם היא תסתיים בסופו של דבר ברווח או בהפסד לנישום. פרופ' ישי בר מסכם את הדברים כך:

"הגיונו של הכלל מוסבר בראש ובראשונה בהיעדר ודאות מלכתחילה ביום ביצוע העסקה, כמו גם במהלך חייה, בדבר רווח או הפסד שיופקו ממנה קודם מימושה. זאת ועוד: נוסף על חוסר הודאות – המצדיק, כאמור, דחייה של מיסוי עליית ערך בלתי ממומשת של נכס – יש גם קושי מעשי: כימות הרווח (או ההפסד) במהלך חיי העסקה (בתקופת החזקת הנכס), כל זמן שזו לא מומשה, מחייב עשיית שומה לנכס מידי שנה. הדרישה לשמאות תקופתית של כל הנכסים המוחזקים על-ידי כל ציבור הנישומים אינה מעשית. לא זו אף זו: גם אם עליית

כך, שהמחוקק אפילו לא טרח להעלותו על ספר החוקים." לסקירת עקרון המימוש והחריגים לו (ולהדגמת האפשרות לניצולם המניפולטיבי באמצעות שימוש במכשירים פיננסיים) ראו בר, לעיל ה"ש 40.

46 יישום דרישת המימוש כאשר מדובר במיסוי של בעלי מניות בחברה הינו עניין מורכב לנוכח העובדה שמדובר בשתי ישויות משפטיות נפרדות – החברה ובעל מניותיה. בדרך-כלל אנו רואים מימוש כסיטואציה שבה הנישום מוכר נכס ומקבל בעדו תמורה. אך העברות מהחברה לבעלי מניותיה מעוררות קושי, הואיל ומדובר אומנם בהעברה בין ישויות משפטיות נפרדות, אך בהעברה שכל-כולה מכיס לכיס בתוך אותה התארגנות כלכלית. שיטת מיסוי החברות בארץ מייחסת נפקות לאישיות המשפטית הנפרדת של החברה. במילים אחרות, שיטת המיסוי הדו-שלבי מקפידה על הפרדה בין "מימוש" (או אירוע מס אחר) ברמת החברה לבין "מימוש" ברמת בעלי המניות. אירוע מימוש ברמת החברה – מכירת נכס, למשל – יביא לידי הטלת מס חברות או מס רווחי הון על החברה, אך לא על בעלי מניותיה. לשם מיסוי בעלי המניות, שיטת המיסוי הדו-שלבי דורשת אירוע מס ברמת בעלי המניות – אירוע שבו יממשו בעלי המניות (ולא רק החברה שבבעלותם) את רווחיהם. אירוע זה יכול להיות מכירת המניות או קבלת כספים מן החברה בגין ההחזקה במניות.

ערכו של הנכס ניתנת לכימות, מיסוי בהיעדר מימוש עלול ליצור אצל הנישום קשיי נזילות בשל הצורך לממן את תשלום המס, ולעיתים, אם הנישום ימכור את הנכס לצורך תשלום המס – לגרום לו נזק בשל המימוש הכפוי ב'תנאי לחץ'.⁴⁷

Deborah Schenk גורסת כי ההסבר לקיומה של דרישת המימוש במתכונתה המוכרת לנו נעוץ בסיבות פוליטיות, שהמרכזית מביניהן היא הסברה הרווחת בקרב הציבור הרחב שלפיה רווחים "על הנייר" אינם מהווים "הכנסה" שצריך וניתן למסותה. לפי תפיסה זו, רק קבלת מזומנים או נכסים המשמשים לצריכה מיידית, או שעשויים לפחות לשמש לצריכה כזו, מהווה הכנסה שבגינה ניתן לחייב את הנישום במס.⁴⁸

טעמים ייחודיים לבעלי מניות בחברה: מעבר לטעמים שהוצגו לעיל, אשר כוחם יפה לנכסים מסוגים שונים, קיימים טעמים ייחודיים לבעלי מניות בחברה, אשר מסבירים מדוע אין למסות את בעלי המניות כאשר החברה שבבעלותם מפיקה הכנסה. ראשית, במקרים שבהם יש לחברה מניות מסוגים שונים קיים קושי בחישוב חלקו היחסי של כל בעל מניות בהכנסות החברה. שנית, מיסוי בעלי המניות בגין עליית ערך מניותיהם גרידא – מבלי שיש להם בהכרח מקור זמין לצורך ביצוע התשלום – עלול ליצור לחץ על חברות לחלק דיבידנדים לבעלי מניותיהם רק לצורך מימון תשלומי המס. תוצאה זו עלולה לפגוע ביכולת הצמיחה של חברות, ואינה עולה בקנה אחד עם העיקרון שלפיו לבעלי המניות אין זכות קנויה למשוך את השקעתם הראשונית בחברה.⁴⁹ לבסוף, קיים חשש כי מיסוי שוטף של בעלי המניות בגין הפקת הכנסה על-ידי החברה יביא לידי פגיעה באיכות קבלת ההחלטות על-ידי הנהלת החברה. במקרים רבים לבעלי המניות בחברה יש מאפייני מס שונים. בשיטת מס שבה בעלי המניות היו נדרשים לשלם מס בגין הכנסה שהופקה על-ידי החברה, השוני במאפייני המס של בעלי מניות שונים היה עלול ליצור העדפות שונות ולהוליד מצב של ניגודי עניינים בין בעלי מניות בכל מקרה שבו החלטה מסוימת תשפיע במישור המס באופן שונה על בעלי מניות שונים.⁵⁰

47 ראו בר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 457. עם זאת, גם במקרים שבהם לא התקיימו הטעמים לדרישת המימוש, דרישת המימוש עצמה חלה. ראו, למשל, ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589 (1982).

48 ראו: Deborah H. Schenk, *A Positive Account of the Realization Rule*, 57 TAX L. REV. 355, 377–380 (2004): "While economists may view paper profits as income, people do not. In fixing what is available to contribute to the common pool, people have a much more limited view of the appropriate base than the Haig–Simons view of income. Simply put, paper gains are not income... The popular conception of income includes only the receipt of items such as cash or property that either are used for consumption or could be"

49 ראו Bank, לעיל ה"ש 14.

50 Hideki Kanda & Saul Levmore, *Taxes, Agency Costs, and the Price of Incorporation*, 77 VA. L. REV. 211, 232 (1991): "In large publicly-held corporations, in particular, it is surely the case that shareholders are in dissimilar tax brackets — so that there will be conflicts among the shareholders as to how to control M — and that contractual

הנימוקים הללו, יש להדגיש, הם נימוקים מעשיים. בניגוד למקרים אחרים שבהם אנו בוחרים לא למסות מטעמים נורמטיביים,⁵¹ הנימוקים העומדים בבסיסה של דרישת המימוש מבטאים בעיקר קושי אדמיניסטרטיבי או פוליטי למסות (או להכיר בהפסד) במועד אחר. טעמים אלה ממש, כפי שנראה, תומכים בסיווג חלוקה לבעלי המניות כדיבידנד לצורך מס גם בהעדר רווחים ברמת החברה.

על רקע ההיגיון של דרישת המימוש, אין חולק כי חיסול ההשקעה בחברה (או מקצתה) על-ידי מכירת מניות הוא אירוע מימוש. בעת מכירת מניות, המחיר המוסכם בין הצדדים לעסקה פותר את הקושי בהערכת שוויין של המניות, ואין כל ספק באשר לגורלה הסופי של ההשקעה מבחינת בעל המניות הנפרד לצמיתות ממניותיו. כמו-כן, לבעל המניות יש מקורות נזילים לתשלום המס, ומיסוי המכירה לא יחייב את החברה לחלק כספים לבעלי המניות לשם מימון תשלומי המס. נוסף על כך, ספק אם מיסוי בעל המניות בעת מכירת המניות ישפיע באופן מהותי על קבלת החלטותיה העסקיות של החברה.

חלוקה מהחברה לבעלי מניותיה, לעומת זאת, היא אירוע ברור פחות. בניגוד למכירת מניות בחברה, תשלום לבעלי המניות אינו מהווה אירוע מימוש קלסי, שכן בעלי המניות ממשיכים להחזיק באותו מערך זכויות ביחס לחברה שבו החזיקו לפני החלוקה. לנוכח דרישת המימוש היה אפשר לכאורה להתעלם ממעשה החלוקה, ולהמתין – לצורך חישוב רווחיו או הפסדיו של בעל המניות – עד למועד מימוש החזקותיו בחברה בעת מכירת מניותיו. גישה זו אינה מופרכת מן הבחינה התיאורטית, שכן מעשה החלוקה כשלעצמו אינו מעשיר את בעלי המניות.⁵² אולם העברת הכספים מידי החברה לבעלי מניותיה מהווה

arrangements will fail to completely anticipate and fully control self-interested decisions by M. In public corporations, as well as in some closely-held corporations, there is therefore an agency problem when management decisions, such as those involved in the sale of assets, affect the tax liabilities of shareholders in individualized fashion. A rather remarkable feature of the separate tax on corporate income is that it solves this agency problem. The corporate tax rate can be thought of as a great equalizer that offers M and all M's principals a common goal. By rejecting single, pass-through tax treatment, and taxing a corporation as a distinct entity, tax law causes all shareholders to agree (at least in tax terms) on timing questions"

51 כך, למשל, במקרה של הכנסה זקופה משירותים שנישום מספק לעצמו או משירותים של עקר/ת-בית, או הבחירה למסות הון בשיעורים נמוכים יותר משיעורי המס על עבודה. ראו צילי דגן "ההשלכות החלוקתיות הנסותרות בדיני המיסים" צדק חלוקתי בישראל 261 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

52 השיטה הנוהגת למיסוי שותפויות, למשל, אינה ממסה שותפים בגין משיכת רווחים מן השותפות. ראו ע"א 536/88 עץ לבורד תעשיות והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 738 (1992); זלמן יהודאי דיני שותפויות בישראל – תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקאי 372-375 (1988); יוסף מ' אדרעי ויורם עדן "על בעיית עודף נטל מס, הרמת מסך סטטוטורית ומיסוי שותפות, אגודה שיתופית חקלאית, חברה-בית וחברה משפחתית בפקודת מס-הכנסה" עיוני משפט יג 307 (התשמ"ח-התשמ"ט).

מועד נוח למיסוי בעל המניות.⁵³ בהינתן העברת הכספים לידי בעל המניות, אי-אפשר להתנגד למיסוי בעיתוי זה בטענה של הכבדה על בעלי מניות הנעדרים מקורות כספיים זמינים לתשלום המס,⁵⁴ או בטענה כי הטלת המס תעמוד בסתירה לתפיסה הרווחת באשר לנסיבות שבהן מוצדק לחייב נישומים בתשלום מס. גם הטעמים הנוגעים במבנה ובמשטר של החברה אינם חלים בנסיבות שבהן בעלי המניות מקבלים כספים מקופת החברה. מיסוי בנסיבות אלה לא יחייב חברות לחלק רווחים לבעלי מניותיהן רק על-מנת שיוכלו לעמוד בתשלומי המס. יתר על כן, החלוקה כשלעצמה מקילה את חישוב חלקו היחסי של כל בעל מניות בהכנסות החברה.

גביית המס במועד התשלום לבעלי המניות מתבקשת אף משיקולים מעשיים נוספים. תשלום הדיבידנד מספק הזדמנות לרשויות המס להשתמש בחברה המשלמת כמנגנון גבייה, וזאת באמצעות דרישת הניכוי במקור.⁵⁵ מנגנון גבייה זמין זה הינו חיוני במיוחד בישראל, שבה אין חובת דיווח כללית על נישומים. יתר על כן, מתן אפשרות לחברות לחלק כספים לבעלי המניות מבלי שיהיו לכך השלכות מס מיידיות יגביר את החשש להתחמקת מתשלום מס בעתיד, במועד מכירת המניות.

בהנחה שחלוקה לבעלי המניות מהווה הזדמנות נאותה למיסוי, חוזרת השאלה אם יש להתנות את סיווג החלוקה כדיבידנד בבחינת התעשרות הנישום. במילים אחרות, האם יש לברר במועד החלוקה אם הנישום התעשר, ולמסות את החלוקה כדיבידנד (להבדיל מהחזר השקעה) רק אם התברר כי היא מבטאת תוספת לעושר? לכאורה התשובה חיובית, שהרי מיסוי נישום שלא התעשר נוגד את האינטואיציות הבסיסיות שלנו. איננו חולקים על אמיתה בסיסית זו. גם לדעתנו יש למסות את הנישום רק אם נגרמה לו תוספת לעושר. אך אנו חולקים על הצורך בבידור שאלת ההתעשרות במועד החלוקה מהחברה לבעלי מניותיה. לדעתנו, במציאות שבה דרישת המימוש שולטת, נכון יותר למסות את החלוקה עם ביצועה, ולדחות את "ההתחשבות הסופית" לגבי קיומה של התעשרות או קיומו של הפסד לשלב מימוש ההחזקות במניות. הנימוק לכך, בתמצית, הוא שאף-על-פי שהחלוקה מהווה הזדמנות נוחה למיסוי, אין היא מהווה הזדמנות נאותה לבחינת התעשרותו של הנישום. זאת ועוד, החלוקה לבעלי המניות אינה מסירה את חוסר הוודאות בעניין התעשרותו של הנישום. בניגוד למכירת מניות, חלוקה אינה מהווה הזדמנות נוחה במיוחד להערכת שווי ההשקעה של בעל המניות. הערכה מעודכנת של שווי המניות הינה הליך יקר, במיוחד

53 ככלל, הטקסט מניח כי החברה מחלקת דיבידנד במזומנים. שאלת הנזילות נהפכת למורכבת יותר במקרה של דיבידנד בעין, דהיינו, חלוקת נכסים על-ידי החברה לבעלי מניותיה. עם זאת, אין בכך כדי לשנות את מסקנות הדיון.

54 עם זאת, יש הטוענים כי מיסוי בעת חלוקת דיבידנד מחרף את בעיית הנציג בחברות ציבוריות, שכן הוא מספק להנהלה סיבה משכנעת לכאורה לא לחלק דיבידנד לנוכח עלות המס המיידית לבעלי המניות. ראו: Jennifer Arlen & Deborah M. Weiss, *A Political Theory of Corporate Taxation*, 105 YALE L.J. 325 (1995).

55 ראו תקנות מס הכנסה (ניכוי מריבית, מדיבידנד ומרווחים מסוימים), התשס"ו-2005, ק"ת 287. תק' 2 (א) קובעת כי "חבר-בני-אדם תושב ישראל המשלם ליחיד תושב ישראל דיבידנד על מניות, ינכה ממנו מס בשיעורים אלה לפי הענין".

לנוכח העובדה שאין בנמצא מדד כלכלי פשוט ומוסכם לבחינת שווי החברה. כפי שיוסבר בהמשך, המבחנים לרווחיות החברה הקבועים בחוק החברות אינם מהווים אמת-מידה טובה לעליית ערך מניותיה. במילים אחרות, הקשיים שבעטיים איננו ממסים את עליית ערך המניות באורח תקופתי גם ללא מכירה או חלוקה – אותם קשיי הערכה וקשיי ודאות שתמכו בדרישת המימוש באופן כללי – יפים גם לצורך הערכת התעשרותו או העדר התעשרותו של הנישום במועד החלוקה. מכל מקום, טיעון המתבסס על האפשרות לביצוע הערכה – כמו במקרה של חברות ציבוריות, למשל – חייב להסביר מדוע אין לבצע הערכה תקופתית של התעשרות בעלי המניות במנותק משאלת החלוקה.

אולם גם בהנחה (השנויה במחלוקת) כי ניתן להעריך את שווי החברה בעלות זניחה יחסית אין כדי לשנות את המסקנה שלפיה יש למסות את החלוקה בלי קשר להתעשרותו של בעל המניות. אין בהערכת השווי כדי להפיג את החשש שערך המניות ישתנה לאחר החלוקה. לדוגמה, גם אם במועד החלוקה אין ספק שערך המניות ירד ביחס לשוויין במועד ההשקעה (קרי, שבמניות היה גלום הפסד), ייתכן שערך המניות יעלה בעתיד. במצב-דברים זה בעל המניות לא ישלם מס בעת החלוקה (שכן במועד זה הוא לא התעשר), אך הוא לא ישלם מס גם במועד עליית הערך העתידית, כל עוד לא מימש את השקעתו בחברה. חיסול ההשקעה (או מקצתה) מהווה נקודת-זמן שבה ניתן לקבוע בוודאות אם המשקיע התעשר. חלוקת כספים מקופת החברה, לעומת זאת, מהווה נקודת-זמן שרירותית לבחינת התעשרות הנישום.

בהינתן דרישת המימוש, קביעת תוצאות המס של חלוקה לבעלי המניות בהתבסס על מידת ההתעשרות עלולה ליצור עיוותים בנוגע לעיתוי חלוקת הדיבידנדים. ראשית, במקרים שבהם אין לחברה עודפים, אך הנהלת החברה צופה כי עודפים כאלה ייווצרו בשנות המס הבאות, יהיה תמריץ לבעלי המניות (לפחות לגבי יחידים) לנצל את הטבת המס באמצעות חלוקת דיבידנד, אשר לא תמוסה באופן מיידי. עיוות זה מוחרף לנוכח העובדה שאין בנמצא כל מנגנון להתחשבות עם בעל המניות במקרה שבו ערך החברה (או רווחיותה) עלו מיידי לאחר חלוקת הדיבידנד (מבלי שהיה אירוע מימוש נוסף). במילים אחרות, הגישה המקובלת יוצרת תמריץ לקבוע את עיתוי הדיבידנד בהתאם למידת (איי-) הרווחיות של החברה.⁵⁶ עיוות זה מצטרף לעיוות הקיים כתוצאה מדרישת המימוש בכל הנוגע להחלטות של נישומים לגבי עיתוי מכירת נכסים וחלוקת דיבידנד. כידוע, במקרים שבהם עלה ערך המניות, דרישת המימוש מהווה הטבה לנישום, אשר אינו נדרש לשלם מס בגין התעשרותו, ויוצרת תמריץ לדחות את מכירת המניות.

החלוקה מהווה אם כן אירוע שבו כסף נויל מגיע לידי בעל המניות מבלי שקיימת ודאות לגבי השאלה אם שווי מניותיה של החברה עלה או ירד ערב החלוקה, או מה יהיה שווי המניות בעתיד. מועד החלוקה הוא מועד נוח אם כן (מבחינת נוילות) למיסוי בעלי המניות, אך אינו מועד חשוב או נוח במיוחד להערכת שווי ההשקעה של בעלי המניות.

56 עיוות זה מוחרף לנוכח האפשרות המוקנית לחברות מפסידות לחלק דיבידנד מתוך רווחים של השנתיים האחרונות. ראו רפאל וריטר, לעיל ה"ש 27, בעמ' א-146: "חשוב לשים לב, כי מבחן הרווח אינו עוסק בהכרח ברווח המצרפי, שכן על-פי הגדרת הרווחים גם יתרת עודפים בת שנתיים, ללא קשר למצב החברה לפני תקופה זו, הינה 'רווחים' לצורך חלוקה."

יודגש כי הגישה המוצעת אינה סותרת את השאיפה למיסוי בהתאם להתעשרות (בהנחה ששיעור המס על רווחי הון זהה לשיעור המס על דיבידנד), אלא רק חותרת לשינוי העיתוי של בחינת ההתעשרות. העובדה שחברה חילקה כספים לבעלי מניותיה תבוא לידי ביטוי בשווי המניות במועד המימוש. לפיכך, גם ללא מנגנון חקיקתי להתחשבות בגין חלוקת הדיבידנד, סביר להניח שרווח ההון שיופק על ידי בעל מניות יהיה נמוך יותר אם החברה חילקה דיבידנדים לאורך תקופת החזקה במניות. שאלת העיתוי נעשית כמובן חשובה יותר ככל שלבעל המניות יש אופק השקעה ארוך יותר.

3. עלויות אדמיניסטרטיביות

לסיום הדיון בפרק זה, נבקש להצביע על עלויות היישום של גישה הקושרת בין מיסוי חלוקה לבין התעשרות. גישה המתבססת על מדידת התעשרות לשם מיסוי התשלומים של חברה לבעלי מניותיה כרוכה בעלויות יישום נכבדות, וזאת גם בהנחה שקיים מדד אמין להתעשרותם של בעלי המניות. ראשית, הפעלתם של מבחני רווחיות או מדדי התעשרות אחרים בכל מקרה של חלוקה לבעלי המניות כרוכה בעלויות, ותחייב חברות לקבוע מנגנון לצורך יישום, מעקב ודיווח. יתר על כן, החלת מבחני התעשרות תיצור מן הסתם חוסר ודאות באשר לאופן יישומם של המבחנים, תהפוך את כללי המיסוי של חברות למורכבים יותר, ובכך אף תחייב חברות להיזקק באופן תכוף יותר לשירותיהם המקצועיים של עורכי דין ורואי חשבון. לעומת זאת, הכלל המוצע במאמר זה מתאפיין בפשטות, ואינו מחייב בחינה מורכבת של התעשרות בעלי המניות בכל מקרה של חלוקה לבעלי המניות במעמדם ככאלה.

כשלעצמן, אין בעלויות יישום גבוהות כדי להכריע נגד אימוצה של הגישה הנוהגת. כמו בהקשרים אחרים, גם כאן יש לבחון את עלויות היישום כנגד התועלת הטמונה בכלל. אולם בהינתן הספקות המהותיים בדבר התועלת הכרוכה ביצירת זיקה בין רווחיות החברה לבין סיווג המס של חלוקה לבעלי המניות, העלויות הגבוהות נהפכות לשיקול מרכזי לדחייתה של הגישה הנוהגת.⁵⁷

פרק ג: רווחיות כמנגנון הכרחי בשיטת מיסוי דו-שלבי

הפרק הקודם דחה את הטענה כי סיווג תשלום כדיבידנד לצורך מס מחייב התעשרות של

57 הגישה המקובלת יוצרת תמריץ לחלק דיבידנדים בחברות מפסידות, לנוכח הפחתת נטל המס על חלוקה שאינה מתוך רווחים. הענקת תמריץ לחלוקת דיבידנד דווקא בחברות מפסידות הינה בעייתית, ואינה עולה בקנה אחד עם שאיפתו של חוק החברות למנוע מחברות ללא רווחים את האפשרות לחלק דיבידנדים.

בעל המניות. הצדקה נוספת לגישה המקובלת היא כי בחינת רווחיות החברה הינה מרכיב הכרחי בשיטה של מיסוי דו-שלבי של חברות. לפי גישה זו, החלת מדדי רווחיות מתבקשת לא רק משיקולי התעשרות, אלא גם על-מנת להבטיח כי טיפול המס המוענק לדיבידנד יוגבל רק להכנסה שלגביה שולם מס חברות.⁵⁸ בפרק זה נסביר מדוע גם הסבר אפשרי זה לגישה המקובלת אינו משכנע. ראשית, נדון בתקפות הטענות לגבי בעלי מניות שהם חברות. לאחר-מכן נדון בקצרה במצב לגבי יחידים.

1. בעל מניות שהוא חברה

הדוגמה של בעל מניות שהוא חברה החייבת בתשלום מס חברות ממחישה היטב את היתרונות בהתניית הסיווג כדיבידנד בקיומם של רווחים ברמת החברה. ככלל, חברות אינן משלמות מס על הכנסה מדיבידנד. סעיף 126 לפקודה קובע כי בחישוב ההכנסה החייבת לצורך תשלום מס חברות לא תובא בחשבון הכנסה מדיבידנד שמקורו בהכנסות שהופקו בישראל ואשר התקבל מידי תָּבֵר בני-אדם אחר החייב במס חברות. ההצדקה הרווחת להסדר זה היא הרצון למנוע את הכבדת נטל המס האפקטיבי הכולל על בעלי מניות יחידים אשר החברה שבבעלותם בוחרת להשקיע בחברות-בנות.⁵⁹ במילים אחרות, תכלית ההסדר היא להבטיח כי על אותה הכנסה "כלכלית" ישולם מס חברות על-ידי החברה שהפיקה את ההכנסה ומס על דיבידנד בעת חלוקת הרווחים לבעל מניות יחיד.⁶⁰

הבעיה מתעוררת במקרה שבו חברה-בת מחלקת לחברה-אם כספים שמקורם בהכנסה שעליה לא שולם בפועל מס חברות. לדוגמה, הניחו כי חברה אשר מיום הקמתה לא הפיקה הכנסה חייבת-במס מחלקת "דיבידנד" לבעלי מניותיה. במקרה זה סיווג החלוקה כדיבידנד לצורך מס יוביל למצב שבו הן החברה-האם (מקבלת הדיבידנד) והן החברה-הבת (אשר ביצעה את החלוקה) אינן משלמות מס, וזאת בניגוד להנחת-המוצא שלפיה ההצדקה לטיפול המס המועדף המוענק לחלוקה לחברה-האם היא מס החברות המוטל על הכנסתה של החברה-הבת. לכאורה, על-מנת למנוע תוצאה בעייתית זו, יש לוודא כי המונח "דיבידנד" יתייחס אך ורק לסכום אשר מקורו ברווחי החברה, דהיינו, הכנסה שעליה שילמה החברה המחלקת מס חברות.

לגישתנו, הצדקה זו לדרישת הרווחיות הינה בעייתית. גישה זו אינה מבחינה כראוי בין המדיניות העקרונית העומדת ביסוד הקביעה של שיעורי המס על דיבידנד בשיטת המיסוי

58 ראו Colby, Blackburn & Trier, לעיל ה"ש 37.

59 ראו גם עמ"ה (מחוזי ת"א) 179/97 שחם נ' פקיד שומה ת"א 1, מיסים יד(4) ה'105 (2000). להשפעת הסדר זה על ריכוזיות השליטה בחברות ציבוריות ראו: Randall Morck & Bernard Yeung, *Dividend Taxation and Corporate Governance*, 19(3) J. ECON. PERSP. 163, 177 (2005).

60 חוסר עקביות מסוים טמון בכך שלא ניתנת כל הקלה לחברה-אם המוכרת את מניותיה של חברה-בת. להתייחסות לדיבידנד בין חברות לצורך ס' 94 לפקודה ראו פרידמן וזרחיה, לעיל ה"ש 27, בעמ' א-87, א-89.

הדו־שלבי לבין הכלל המעשי שראוי לאמץ על־מנת ליישם מדיניות זו. עקרונית, קביעת שיעורי המס ביחס לדיבידנדים – הן אלה המתקבלים על־ידי חברות והן אלה המתקבלים על־ידי בעלי מניות יחידים – נגזרת מהנחת־מוצא בדבר שיעור המס האפקטיבי הכולל על פעילות במסגרת תאגידית. אולם במישור המעשי ספק אם יש ליישם תכלית זו באופן דווקני ביחס לכל שקל מההכנסה המופקת על־ידי חברות.

כל עוד קיים פער בין מבחני הרווחיות לצורך חוק החברות לבין מדידת ההכנסה החייבת במס,⁶¹ סביר להניח כי יהיו מצבים שבהם חברות יוכלו לחלק דיבידנדים גם מהכנסה (או ממקורות אחרים) שאינה חייבת במס חברות.⁶² לכאורה, הפתרון לבעיה זו הוא יצירת מנגנון חישוב עצמאי במסגרת דיני המס לצורך הקביעה אם ההכנסה שממנה חולקו כספים לבעלי המניות הינה אכן הכנסה ששולם עליה מס חברות. מנגנונים דומים קיימים כיום בפקודה.⁶³ אולם ספק אם עריכת חישוב פרטני על־מנת לקבוע את מקורה של כל חלוקה לצורך קביעת שיעור המס שיחול עליה הינו משטר רצוי.⁶⁴

משטר כזה יהיה כרוך מן הסתם בעלויות יישום נכבדות, לרבות יצירת כר פורה לתכנוני מס.⁶⁵ כשלעצמן, אין בעלויות יישום גבוהות כדי להכריע נגד אימוצה של גישה כזו. כמו בהקשרים אחרים, גם כאן יש לבחון את עלויות היישום כנגד התועלת הטמונה בכלל. לכאורה, הכלל המוצע על־ידינו – המסווג כל חלוקה באשר היא כדיבידנד – יעודד חברות־אימהות למשוך כספים מחברות־בנות על־מנת להפחית את חבות המס הכוללת שלהן. זאת, מכיוון שכל חלוקה לבעל מניות תסווג כדיבידנד, אף אם לא הייתה לחברה המחלקת הכנסה חייבת במס חברות. בסיווג זה כשלעצמו אין בהכרח יתרון מבחינת החברה

61 פערים אלה צפויים להתרחב עם המעבר לדיווח לפי התקינה החשבונאית הבין־לאומית. ראו לעיל ה"ש 19 וכן יורם עדן וחיים אסיאג "המרוץ לקראת אגרון השניה" רואה החשבון 3, 84 (2007).

62 ראו דוגמות במאמרו של גדעון קריב "חלוקת דיבידנד שלא מתוך 'הכנסה חייבת' – גישת דיני המס" מיסים ג(1) א-52 (1989).

63 ראו, למשל, ס' 24 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודה) לעניין "רווחים ראויים לחלוקה"; ס' 24 לתיקון 132 (תיקון עקיף לס' 75 לפקודה) לעניין רווחים שלא שולמו אצל חברה נשלטת זרה; ס' 18 לתיקון 132 (תיקון עקיף לס' 1א64 לפקודה) לעניין חברה שקופה; ס' 14 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 67 לפקודה) לעניין פטור השתתפות לרווחים שלא חולקו של חברת החזקות ישראלית.

64 דוגמה למשטר העוקב אחר מקור ההכנסה שמתוכה חולק הדיבידנד ניתן למצוא בס' 74 לחוק עידוד השקעות הון, הקובע בס"ק (ד)(4)א) כי "שיעור הדיבידנד המשולם על ידי המפעל מהכנסתו החייבת בשנת מס מסוימת והזכאי להטבות... יהיה כיחס שבין ההכנסה החייבת בניכוי מס החברות החל עליה של חלקי המפעל השונים, לפי החישוב כאמור...", ובס"ק (ד)(4)ב) כי "האמור בפסקת משנה (א) לא יחול לגבי דיבידנד המחולק מהכנסה של חלק מאושר שניתן לגביה פטור...".

65 אכן, גם הדין בארצות־הברית, אשר מבסס את החישוב לצורך Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 316 (1954) על ההכנסה החייבת במס, מחיל שורה של התאמות שמטרתן להתייחס להכנסה פטורה ממס. ראו Block, לעיל ה"ש 32, בעמ' 127-129.

המקבלת, שכן גם סיווג החלוקה כהחזר השקעה לא היה מניב לה רווחים חייבים במס, לפחות כל עוד לא החזירה לעצמה את מלוא ההשקעה בחברה. אך סיווג החלוקה כדיבידנד יוכל להסב לחברה תועלת בעתיד, בעת מכירת המניות. זאת, מכיוון שחלוקת הרווחים המסווגת כדיבידנד לא תקטין את המחיר המקורי של המניות המוחזקות בידי החברה האם. כתוצאה מכך יהיה תמריץ ברור לחברות למשוך את השקעתן הראשונית מן החברה כדיבידנד, תוך שימור המחיר המקורי.

כעניין תיאורטי, אי אפשר לשלול חשש זה. עם זאת, אנו סבורים כי אין בו כדי להצדיק את הגישה הרווחת כיום, אשר חלה הן על בעלי מניות שהם חברות והן על בעלי מניות שהם יחידים. במקום לאמץ גישה כללית המשנה באופן גורף את סיווג המס של חלוקה מקופת החברה לבעלי מניותיה, ניתן לחשוב על מנגנונים אחרים אשר יתמקדו ספציפית בבעייתיות הנוצרת במקרה של בעלי מניות שהם חברות.

לדוגמה, סעיף 94 לפקודה מרכז את החשש מפני ניצול לרעה של יכולתן של חברות אימהות למשוך דיבידנדים בפטור ממס באמצעות הטלת הגבלות על יכולתה של החברה האם להכיר בהפסד הון לאחר משיכת דיבידנדים.⁶⁶ סעיף זה אינו מהווה אומנם פתרון הרמטי, שכן הוא אינו חל במקרה שבו החברה האם מושכת דיבידנדים אך אינה מכירה בהפסד בגין המכירה. לדוגמה, הניחו כי המחיר המקורי של המניות הוא 100 ש"ח, החברה מחלקת 20 ש"ח כדיבידנד לחברה האם לא מתוך הכנסה חייבת, ומייד לאחר מכן החברה האם מוכרת את מניותיה בעבור 100 ש"ח. במקרה זה, כאמור, סעיף 94 אינו רלוונטי. אולם הסדר רלוונטי נוסף קבוע בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה. סעיף זה מאפשר לחברה המוכרת מניות ברווח הון ליהנות משיעור המס מופחת על דיבידנד בגין חלקה היחסי ב"רווחים הראויים לחלוקה" של החברה הבת. גם סעיף זה אינו יכול למנוע לחלוטין תכנוני מס,⁶⁷ אך הוא מפחית באופן משמעותי את התמריץ של חברות למשוך דיבידנדים מהחברות הבנות סמוך לפני מכירת המניות. נוסף על כך, במקרים ברורים של שימוש מכוון לרעה כדיבידנד לצורך החזר השקעה ראשונית ניתן להעניק את טיפול המס הנאות באמצעות מנגנונים לטיפול בעסקה מלאכותית.

לבסוף, גם דיני החברות מגבילים את יכולתה של החברה האם לאמץ אסטרטגיה המבוססת על משיכת דיבידנדים במתווה המתואר לעיל. לפי כללי החלוקה בחוק החברות, חברה המבקשת לבצע חלוקה לבעלי מניותיה לא מתוך רווחים חייבת לקבל אישור לכך מבית המשפט. גם בהנחה שאישור כזה יינתן כעניין שבשגרה לחברות אשר אין חשש כי חלוקת הדיבידנד תפגע ביכולת הפירעון שלהן, יש לזכור כי הליך הפנייה לבית המשפט

66 הסעיף אינו מונע את השימוש בטקטיקה זו לשם הפחתת רווח הון בגין מכירת המניות, אך רווח הון שהיה מיוחד לרווח ראוי לחלוקה היה ממוסה בלאו הכי בשיעור המס החל על דיבידנדים, מכוח ס' 24 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודה).

67 לדוגמה, הסעיף אינו מספק מענה למצב שבו המקור לתשלום הדיבידנד לחברה האם לא היה "רווחים ראויים לחלוקה", כהגדרתם בס' 24 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודה).

מייקר בצורה משמעותית את הפעולה באפיק זה בעבור חברות-אימהות.⁶⁸ לעומת זאת, חלוקת דיבידנד לא מתוך רווחים וללא אישור בית-המשפט מטילה אחריות אישית על הדירקטורים של החברה המחלקת.⁶⁹

לנוכח האמור לעיל קשה להניח כי הגישה שאנו מציעים תביא לידי התחמקות גורפת של חברות מתשלום מס על רווחים שהופקו במסגרת חברות-בנות. מכל מקום, ספק אם החשש לתכנון מס מסוג זה הינו מהותי במידה המצדיקה אימוץ מנגנון מורכב, אשר יטיל עלויות ציות נכבדות על כל החברות באשר הן.

עמדתנו זו עולה בקנה אחד הן עם הפסיקה והן עם נוסח הפקודה. אין חולק כי הרציונל העומד ביסוד הטיפול המועדף המוענק לדיבידנד במסגרת סעיף 126 לפקודה מתבסס על ההנחה כי החברה המחלקת כבר שילמה מס חברות.⁷⁰ עם זאת, הסעיף אינו מתנה את שיעור המס החל על דיבידנד המשולם לבעל מניות שהוא חברה בחיובה במס של ההכנסה שממנה חולק הדיבידנד. כל שהסעיף דורש הוא שהחברה המחלקת חייבת עקרונית במס חברות.⁷¹

הלכה ברורה דומה נקבעה אף על-ידי בית-המשפט המחוזי בעניין עיט. בסכסוך שנסב על היקף הטבת המס לדיבידנד לפי חוק עידוד השקעות הון, טענו רשויות המס כי רק סכום המחולק מתוך ההכנסה שעליה שילמה החברה מס חברות יהווה "דיבידנד" כהגדרתו בחוק. בית-המשפט דחה טענה זו, וקבע כי אין כל זיקה הכרחית בין הכללים החלים על חלוקת דיבידנד לפי דיני החברות לבין הגדרת המונח בדיני המס.⁷²

68 ראו גם: David M. Schizer, *Frictions as a Constraint on Tax Planning*, 101 COLUM. L. REV. 1312 (2001).

69 ס' 74 לתיקון 3 (תיקון עקיף לס' 311 לחוק החברות). לא זו אף זו, חברה אינה רשאית לפטור דירקטורים מאחריות כלפיה עקב הפרת חובת הזהירות בחלוקה. ראו ס' 59 לתיקון 3 (תיקון עקיף לס' 259(ב) לחוק החברות). במאמר זה איננו בוחנים את השאלה ההפוכה, דהיינו, אם ראוי להשתמש בכללי המס על-מנת לסייע באכיפת דיני החברות לעניין חלוקה. סביר אומנם להניח כי לכללי המס ולדרך אכיפתם יש השפעה גם על מבנה החברות במשק ומשטרן - ראו: Mihir A. Desai, Alexander Dyck & Luigi Zingales, *Theft and Taxes*, 84 J. FIN. ECON. (2007) - 591 - אולם לא ברור אם יש ביחסים גומלין אלה משום הצדקה נורמטיבית לשימוש בכללי המס לשם פתירת בעיות הכרוכות במבנה ובמשטר של החברה. מכל מקום, לא ברור אם הגישה הרווחת כיום מעודדת חלוקות אסורות או מרתיעה מפניהן.

70 ראו אהרון נמדר "המס על הכנסות שוטפות של משקיע פרטי מניירות ערך הנסחרים בבורסה" מיסים (ט) 1-א, 8-א (1995): "חיובה של חברה המקבלת דיבידנד מחברה אחרת היה עשוי לגרום להטלת כפל מס, שהרי הכנסה זו תחוייב במס גם כאשר החברה המקבלת תחלק בעצמה את רווחיה לבעלי מניותיה. כדי למנוע כפל מס שכזה, סעיף 126 לפקודה [ס' 54 לתיקון 132] קובע את העקרון, כי חבר-בני-אדם החייב במס חברות פטור ממס בשל דיבידנד שהוא מקבל מחבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות"; נדב שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל - האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" מיסים (ז) 4-א, 131-א, 134-א (2003): "באמצעות ניטרול הכנסת החברה מדיבידנד שנתקבל מחבר-בני-אדם, נמנע כפל מס על הרווחים הבלתי מחולקים ליחיד."

71 ראו גם קריב, לעיל ה"ש 62.

72 עניין עיט, לעיל ה"ש 23.

2. בעל מניות יחיד

בעוד החשש מפני ניצול הגישה המוצעת לרעה על-ידי נישומים ברור – ולו במישור התיאורטי – במקרה של בעל מניות שהינו חברה, ספק אם קיים חשש מקביל במקרה של בעל מניות יחיד. מבחינתו של בעל מניות יחיד, הגישה המוצעת תביא בדרך-כלל לידי הכבדת נטל המס. לפי העמדה המקובלת, תשלומים שאינם מתוך רווחים יסווגו כהפחתת הון ולכן כהחזר השקעה (אשר יהיה פטור ממס כל עוד הוא אינו גבוה מהמחיר המקורי). לעומת זאת, הגישה המוצעת תסווג כמעט כל תשלום מקופת החברה כדיבידנד, אשר יהיה חייב במס בשיעור 20% או 25% "מהשקל הראשון". לפיכך קשה להניח כי הגישה המוצעת תעודד שימוש בחלוקה מקופת החברה כמכשיר לתכנוני מס מצידם של בעלי מניות יחידים. נהפוך הוא, הגישה המוצעת קובעת קו ברור להבחנה בין דיבידנד לבין הפחתת הון, ובכך מונעת עסקות שמטרתן היחידה היא משיכת כספים מהחברה בפטור ממס בתקופה שבה לחברה אין רווחים.⁷³

פרק ד: מדד הרווחיות הראוי

הדיון עד עתה עסק בהצדקה העקרונית לקיום זיקה בין טיפול המס בחלוקה לבעלי מניות לבין רווחיותה של החברה המחלקת. פרק זה יניח כי זיקה כאמור הינה ראויה, ויתמקד בשאלה מהו המדד הראוי לבחינת רווחיות החברה. כפי שנראה, כל אחת מן ההצדקות – התעשרות ושמירת נטל המס – מובילה לאימוץ מנגנון שונה לקביעת רווחיות חברה. לא זו אף זו, המנגנון שאותו אימצו רשויות המס בישראל – מבחני הרווחיות לפי חוק החברות – אינו מתיישב אף עם אחת מן ההצדקות האפשריות לעמדה המקובלת.

73 נראה כי החשש במקרה של בעל מניות יחיד אינו מתייחס לסיטואציה של הפחתת הון, כי אם למצב שבו ברקע הדברים עומדת הכנסה שהיינו רוצים למסות בשיעור מלא אילו הופקה ישירות על-ידי בעל המניות, אך משום-מה התאגיד אינו משלם עליה מס. אכן, עמדתם של שלטונות המס בעבר הייתה כי "הטבת המס" המוענקה לדיבידנד מחייבת שהחלוקה תהיה מתוך רווחים. לכאורה, ניתן להגיע לתוצאה זו על-ידי העברת פעילות עסקית רווחית לחברה עם הפסדים צבורים. לדוגמה, הניחו כי בעל המניות מחליט להעביר פעילות של ייעוץ כלכלי לחברה שבבעלותו המלאה. החברה מפיקה הכנסה משירותי ייעוץ, אך מקזזת אותה כנגד ההפסדים הצבורים. במקביל, החברה מחלקת דיבידנד שוטף לבעל המניות, אשר יהיה חייב במס בשיעור 25% בלבד. גם בהנחה שהדבר אפשרי לפי חוק החברות, יש לזכור כי ההכנסה של החברה מפעילות הייעוץ אומנם אינה חייבת במס בסופו של דבר, אך פוגעת בכנס המס של החברה, דהיינו, בהפסדים הצבורים. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא עד כמה חשש זה מבוסס, דהיינו, אם אכן קיים חשש ממשי לשימוש בחברה כמנגנון להפחתת מס, מחד גיסא, תוך חלוקת כספים לבעלי המניות, מאידך גיסא.

1. האם יש לבחון את רווחיות החברה?

הגישה הנוהגת מסווגת את התשלום לבעלי המניות בהתבסס על השאלה אם החברה רווחית. מבחן זה עשוי לעלות בקנה אחד עם הרציונל שלפיו העמדה המקובלת הינה הכרחית להבטחת נטל המס האפקטיבי בשיטת מיסוי דו-שלבי (במקרים שבהם רווחיות החברה קשורה לחבות המס שלה). אולם מבחן זה אינו מתיישב עם רציונל ההתעשרות, מכיוון שרווחיות החברה אינה מעידה בהכרח על התעשרותם של בעלי המניות. לצורך המחשה ניתן להשוות בין שני משקיעים, ראובן ושמעון, אשר כל אחד מהם רוכש מניות בחברה אחרת תמורת 1,000 ש"ח. ראובן רוכש מניות בחברה א שיש לה רווחים צבורים, בעוד שמעון רוכש מניות בחברה ב שאין לה רווחים צבורים. סמוך לאחר רכישת המניות, חברה א מחלקת דיבידנד של 200 ש"ח לראובן, וחברה ב מחלקת דיבידנד זהה לשמעון. לצורך פשטות הדיון נניח כי שווי החברות לא השתנה בין מועד רכישת המניות לבין מועד החלוקה.

הגישה המקובלת על שלטונות המס מתבססת על רווחיות החברה, בהתאם למבחנים הקבועים בחוק החברות. גישה זו תקבע לפיכך כי ראובן קיבל דיבידנד, בעוד התשלום לשמעון מהווה חזר השקעה.⁷⁴ אולם אם בוחנים את התעשרותם של ראובן ושמעון, אין שום הבחנה בין המקרים. בשני המקרים לא הייתה כל התעשרות של בעלי המניות, כי אם שינוי של צורת הבעלות. לפני החלוקה החזיק כל משקיע מניות בשווי 1,000 ש"ח, ואילו לאחר החלוקה כל משקיע מחזיק מניות בשווי 800 ש"ח בתוספת מזומנים בסך 200 ש"ח. מנקודת מבטם של המשקיעים, ניתן להתייחס אל שני המקרים כאל החזר של מקצת מן ההשקעה הראשונית. לפיכך רציונל ההתעשרות יתקשה להצדיק את ההבחנה בהתייחסותם של דיני המס לבעלי המניות של שתי החברות.⁷⁵

במילים אחרות, יישום עקבי של רציונל ההתעשרות מחייב את בחינת התעשרותו של כל בעל מניות בנפרד, ביחס להשקעתו הראשונית במניות החברה. קיומם של רווחים לפי מבחני החשבונאות ברמת החברה אינו מספק מענה לשאלה זו. לכל-הפחות, אם מתעקשים להתבסס על מבחני הרווחיות לפי דיני החברות, יש להתאים את מדד הרווחיות לבעל

74 ראו: United States v. Phellis, 257 U.S. 156, 171–172 (1921).

75 סביר להניח כי נטל המס השונה כבר שוקלל אל תוך מחיר הרכישה של המניות. לפיכך ספק אם יש מקום לטענה אפשרית כי טיפול המס השונה אינו הוגן מבחינת ראובן. ראו: Michael S. Knoll, *Compaq Redux: Implicit Taxes and the Question of Pre-Tax Profit*, 26 VA. TAX REV. 821 (2007). לכאורה היה אפשר לטעון כי דרישת הרווחיות ברמת החברה מבטיחה את אינטרס המדינה במיסוי בעלי המניות בעבור רווחים ברמת החברה (בעוד גישה המחילה את מבחני הרווחיות ביחס לכל בעל מניות בנפרד עלולה להוליד את התוצאות הבעייתיות שבהן נדון בהמשך), ומשאירה לצדדים לעסקה לחלק ביניהם את נטל המס באמצעות מחיר הרכישה של המניה. אולם טענה זו מתעלמת מהאפשרות שרוכש המניות הינו חברה. במקרה זה לא תוכל המדינה לגבות את המס על הדיבידנד מרוכש המניות (אם כי מחיר המניה יהיה גבוה יותר). ראו גם עמ"ה 1231/01 דוברובסקי נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, מיסים יח(4) ה"ה 14 (2004).

המניות באמצעות בחינת קיומם של רווחים על-פני תקופת ההחזקה במניות של כל משקיע בנפרד. מנגנון דומה קיים כיום לעניין רווחים ראויים לחלוקה בסעיף 94 לפקודה. אילו הוחל מנגנון מסוג זה על הדוגמה שלנו, היה אף ראובן נתפס כמי שקיבל החזר השקעה, מכיוון שהחברה שבה השקיע לא צברה כל רווחים בין מועד רכישת המניות לבין מועד החלוקה.

קביעת מנגנון לחישוב רווחיות החברה ביחס לכל בעל מניות בהתאם לתקופת ההחזקה הינה ללא ספק מסורבלת ויקרה. אך מעבר לכך, קביעה מסוג זה אף אינה עולה בקנה אחד עם התכלית של הבטחת נטל המס האפקטיבי על פעולה במסגרת חברה. מנגנון חישוב פרטני עלול להוביל למצב שבו חברות מחלקות רווחים מבלי שהחלוקה תחויב במס במועד החלוקה.

לשם המחשה ניתן לבחון את המקרה של ראובן מן הדוגמה לעיל בהנחה שהחוק היה מחיל את מבחני הרווחיות ביחס לתקופת ההחזקה של כל בעל מניות. במקרה זה לא היה התשלום לראובן מסווג כדיבידנד מכיוון שהחברה לא צברה רווחים בתקופת ההחזקה של ראובן. אולם במקביל, המשקיע שמכר לראובן את מניותיו לא קיבל חלוקה מקופת החברה ולכן לא ימוסה על הדיבידנד (אלא ישלם מס רווחי הון על הרווח שהפיק ממכירת המניות).⁷⁶ לפיכך התייחסות לדיבידנד כאל תשלום במישור ההון עלולה להוביל במקרה של ראובן למצב שבו החברה מחלקת רווחים מבלי שיהיה מיסוי על הדיבידנד. מנגנון התאמה מושלם יצטרך להביא בחשבון, אם כן, גם את חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה בעת מכירת מניותיו.

2. האם מבחני החלוקה של חוק החברות ראויים?

כאמור, עמדת השלטונות מסתמכת על מבחני החלוקה הקבועים בחוק החברות על-מנת להכריע אם חלוקה לבעלי המניות מהווה דיבידנד או החזר השקעה.⁷⁷ הדיון בחלק זה יראה כי אין כל הצדקה מהותית להפניה למבחני הרווחיות של חוק החברות דווקא. כאמור, לגישה המקובלת יש שתי מטרות אפשריות: מיסוי בהתאם להתעשרות או שימור נטל המס האפקטיבי על השקעה בחברה. שתי מטרות אלה שונות מתכליתם של המבחנים הקבועים בחוק החברות – הגנה על הנושים באמצעות שימור ההון העצמי של

76 ראו Andrews, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1427. למען הפשטות, הדיון בטקסט מתעלם מס' 24 לתיקון 147 (תיקון עקיף לס' 94 לפקודה). עם זאת נציין כי ספק אם ס' 94 לפקודה פותר את הבעיה. לדוגמה, המנגנון הקבוע בסעיף מופעל רק אם המוכר מפיק רווח הון במכירה, אך לא במקרה שבו צבר, למשל, הפסדים. לדיון במורכבות הבלתי-נמנעת של עיצוב כללי המס בשיטה של מיסוי דו-שלבי ראו: David A. Weisbach, *The Irreducible Complexity of Firm-Level Income Taxes: Theory and Doctrine in the Corporate Tax* (2007), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957358.

77 ראו דיונונו בפרק א לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 16-19.

החברה.⁷⁸ שוני זה בא לידי ביטוי בולט במבחנים הספציפיים לפי חוק החברות. החוק משלב מבחנים חשבונאיים המתייחסים לרווחי העבר עם דרישה של כושר פירעון הצופה פני עתיד. הן על-פי רציונל ההתעשרות והן על-פי הרציונל של שמירת נטל המס, דרישת כושר הפירעון פשוט אינה רלוונטית. מבחן זה צופה פני עתיד, ומטרתו המוצהרת היא הגנה על הנושים מפני ריקונה של קופת החברה תוך פגיעה בזכויותיהם העתידיות. העובדה שהמחוקק בחר לאמץ מבחן זה על-מנת לבסס נדבך נוסף בהגנת עניינם של נושים אינה צריכה להשליך על ההתייחסות במישור המס. מבחינת דיני המס, ייתכן כי בעל המניות התעשר אף במקרה שבו החלוקה עלולה לפגוע ביכולת החברה לעמוד בהתחייבויותיה העתידיות.

עמדתם של שלטונות המס מתיישבת עם גישה זו בכל הנוגע לדיבידנד המחולק לפי סעיף 303 לחוק החברות. רשויות המס קובעות כי דיבידנד שחולק לא מתוך רווחים, אך באישור בית-המשפט, ימוסה כהחזר השקעה. אולם עמדתן של רשויות המס המשתמעת מהחזר היא כי חלוקה מתוך רווחים תמוסה כהפחתת הון אם היא עלולה לפגוע ביכולתה של החברה לפרוע את חובותיה. לעמדה זו אין כמובן הצדקה.⁷⁹ לפיכך יש להתעלם ממבחן כושר הפירעון גם לפי גישה המבקשת ליצור זיקה בין רווחיות החברה לבין סיווג תשלומים לבעלי מניותיה.⁸⁰

יתר על כן, גם מבחן הרווחים אינו מתיישב עם הטעמים האפשריים לגישה המקובלת. רציונל ההתעשרות מחייב אימוצו של מדד אשר ישמש אמת-מידה טובה להתעשרות הכלכלית של בעל המניות. מבחן הרווחים – המתבסס על כללי החשבונאות המקובלים – מנותק מהמציאות הכלכלית.⁸¹ זאת ועוד, חוק החברות עצמו אינו מקפיד על מדידת רווחיותה של החברה באופן עקבי מיום הקמתה. החוק מאפשר לחברה אשר היו לה רווחים בשנתיים שקדמו למועד החלוקה לחלק דיבידנד "מזורו", אף אם החברה הינה חברה מפסידה.⁸² כלל זה, אשר נועד להקל במידה מסוימת על חברות ש"שינו מגמה", תורם לניתוק הזיקה בין המציאות הכלכלית לבין מבחני הרווחיות. ייתכן שניתן להצדיק מבחן

78 ראו גם ד"ר 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה (4) 197, 221–223 (1981).
79 לדוגמה, הניחו כי ראובן משקיע 1,000 ש"ח בחברה תמורת 100% ממניותיה. לאחר שנה יש לחברה רווחים צבורים בסך 200 ש"ח, והחברה מחלקת אותם לראובן אף שיש בחלוקה כדי לפגוע בכושר הפירעון שלה. מהחזר עולה לכאורה כי חלוקה זו תהווה הפחתת הון לצורך מס.

80 השוו פרידמן וורחיה, לעיל ה"ש 27, בעמ' א-86: "...על-פי הגדרת 'דיבידנד' שבחוק החדש מדובר בחלוקת 'דיבידנד' וההכנסה חייבת בשיעורי המס המועדפים החלים על דיבידנד לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה, על אף שהמהות הכלכלית של חלוקה זו היא הפחתת הון הצריכה להיות ממוסה במישור ההוני..."

81 כיום, לפי מבחן הרווחים, חלוקה תבצע רק מתוך רווחיה של החברה, אולם על-פי כללי ה-IFRS, ייתכן שיהיה אפשר לראות גם את רווחי השיערוך מהמעבר לכללים אלה כרווחים הניתנים לחלוקה. להרחבה ראו לעיל ה"ש 19.

82 המונח "רווחים" לפי ס' 69 לתיקון 3 (תיקון עקיף לס' 302 לחוק החברות) כולל גם יתרת עודפים של השנתיים האחרונות.

זה בחוק החברות, לנוכח קיומו של המבחן העוסק בכושר הפירעון, אולם ברור כי אין לו הצדקה במערכת המס.

לסיכום, רציונל ההתעשרות מחייב אימוצו של מבחן כלכלי אשר יכמת את ההתעשרות בפועל של בעלי המניות. אולם ספק אם יש בנמצא מבחן מעשי אשר יאפשר לכמת את הרווח הכלכלי של בעלי המניות במקרים שונים.⁸³ מכל מקום, יש להביא בחשבון שהדיוק הכלכלי בא בדרך-כלל על-חשבון פשטות היישום. לפיכך יש לשקול את העלויות הכרוכות ביישומו של מבחן מדויק אל מול התועלת ממבחן כזה.

בהנחה החלופית, שלפיה ההצדקה לגישה המקובלת טמונה ברצון להבטיח מיסוי דו-שלבי של הכנסה מחברות, מהו מדד הרווחיות הראוי? גם בהקשר זה אין הצדקה לשימוש במבחני החלוקה של דיני החברות. גישה המבקשת לשמר את מנגנון המיסוי הדו-שלבי תסווג כדיבידנד חלוקה מתוך ההכנסה החייבת.

שיטת המיסוי הדו-שלבי מבוססת על מיסוי ברמת החברה ועל מיסוי ברמת בעלי המניות. לפיכך, אילו הייתה השיטה שלנו מעוניינת לסווג כדיבידנד רק אותם סכומים שכבר מוסו ברמת החברה, היה עלינו לאמץ שיטת חישוב רווח שתבטיח כי חלוקה תהווה דיבידנד רק אם היא משקפת הכנסה לצורך מס של החברה, בכפוף לכמה התאמות.⁸⁴ לשם המחשה, המבחן המקביל בארצות-הברית – מנגנון ה" Earning and Profits – מתבסס על הכנסה חייבת לצורך מס בצירוף התאמות אחדות (לדוגמה, הכנסה פטורה).⁸⁵ מבחן זה מנתק בין סיווג העסקה למטרות מס לבין אישור בית-המשפט לחלוקת דיבידנד ושאלות אחרות הנוגעות בהשלכות של חלוקה אסורה על חובתם של בעלי המניות להשיב את הכספים שקיבלו כדיבידנד.

הרווחים החשבונאיים אינם מתאימים גם במקרה כזה, שכן קיימים כאמור פערים משמעותיים בין הרווחים החשבונאיים לבין הרווחים לצורך מס.⁸⁶ פערים אלה עתידיים

83 ראו סוארי, ברקת וגבעולי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 109-116; Yin, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1842.

84 ראו פרידמן וזרחיה, לעיל ה"ש 27, בעמ' א-77: "לאור שיטת המיסוי הדו-שלבית, כאמור לעיל, נראה שההגיון מחייב דווקא שדיבידנד לצרכי מס יהיה לפי כללי המדידה של דיני המס."

85 ראו Internal Revenue Code, לעיל ה"ש 65. לפרשנות המונח "דיבידנד" בדיון האמריקאי ראו: Charles I. Kingson, *The Deep Structure of Taxation: Dividend Distributions*, 85 YALE L.J. 861 (1976).

86 להדגמת חלק מן הפערים (הגם שעל-פי הגדרות הרווח שקדמו לחוק החברות) ראו קריב, לעיל ה"ש 62, בעמ' א-53: "השוני בין הגדרות הרווח בדיני החברות ובדיני המס מוליד ניגודים במקרים בהם חלות שתי ההגדרות זו בצד זו. חברה המחלקת דיבידנד המותר לחלוקה על פי דיני החברות, אך הוא מחולק מתוך 'רווח' שאינו קיים בעיני דיני המס. האם חייבים דיני המס 'לעכל' את הוראת דיני החברות ולהכיר בתשלום כחלוקת דיבידנד למרות שאין על פי השקפת דיני המס, מקור לחלוקת דיבידנד זה, או שמא יכולים דיני המס להתעלם מחלוקת הדיבידנד ככל שהדבר נוגע לדיני המס, הואיל והדיבידנד חולק ממקור שאינו קיים בעיניהם."

להתרחב אם יתקבלו – במסגרת תקני החשבונאות החדשים – מנגנונים נוספים המתירים חלוקת רווחים מתוך עודפים שהוכרו מהתאמת ערך של נכסים.⁸⁷ לסיכום, לדעתנו אי-אפשר להסתמך על מבחני הרווחיות של דיני החברות לשם סיווג חלוקה כדיבידנד או כרווח הון, שכן מבחנים אלה אינם מתאימים אף לא לאחד מהרציונלים האפשריים לסיווג תשלום כדיבידנד לצורך מס.⁸⁸ מבחני הרווח בחוק החברות מיועדים להגן על נושי החברה, ואינם מכוונים לחשב את התעשרותם של בעלי המניות או לעמוד על חבות המס של החברה. לפיכך, לטעמנו, למרות הנטייה המקובלת להרמוניה חקיקתית, אין להשתמש במבחני הרווחיות של דיני החברות לצורך הקביעה אם חילקה החברה דיבידנד או שמא מדובר בהפחתת הון. עמדה זו מקבלת משנה תוקף לאחר בחינה פרטנית של המבחנים הקבועים בחוק החברות.

פרק ה: סיכום – הדין המוצע

מאמר זה הסביר בהרחבה כי אין הצדקה עניינית לבחינת רווחיות החברה לשם סיווג חלוקה לבעלי המניות לצורך מס. מכל מקום, אין מקום להשתמש במבחני הרווחיות הקבועים בחוק החברות, אשר תכליתם היא הגנה על נושי החברה. לפיכך אנו סבורים כי "דיבידנד" לצורך מס הינו כל תשלום שמשולם על-ידי החברה לבעלי המניות בכשירותם ככאלה ואשר אינו מהווה תשלום במסגרת פירוק החברה, וזאת במנותק ממעמדו של התשלום לפי דיני החברות.

נשאלת השאלה אם גישתנו זו מחייבת שינויי חקיקה. אנו סבורים כי התשובה שלילית, דהיינו: הגישה המוצעת ברשימה זו עולה בקנה אחד עם החקיקה הקיימת, ולכן די בשינוי הגישה הפרשנית על-מנת לאמצה.

מכיוון שפקודת מס הכנסה אינה מגדירה את המונח "דיבידנד", איננו רואים מניעה לאמץ פרשנות תכליתית שלפיה דיבידנד הינו כל תשלום שמשולם על-ידי החברה לבעלי המניות בכשירותם ככאלה ואשר אינו מהווה תשלום במסגרת פירוק החברה, וזאת במנותק מהשאלה אם החלוקה לבעלי המניות עומדת בדרישות המהותיות והפרוצדורליות הקבועות בחוק החברות.⁸⁹ פרשנות זו אף אינה מחייבת שינוי של ההלכה, שכן הפסיקה, כאמור, טרם עסקה בנושא במפורש.

87 "תקציר תקן חשבונאות מספר 16 – גדל"ן להשקעה" המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות 22.2.2007 (www.iasb.org.il/pub/standards/item.asp?id=39). כן ראו לעיל ה"ש 19.

88 כך, למשל, הדין בארצות-הברית קובע מפורשות כי אין זיקה הכרחית בין מעמדו של דיבידנד לצורכי מס לבין המבחנים השונים הקבועים בדיני החברות. ראו: DOUGLAS A. KAHN & JEFFREY S. LEHMAN, CORPORATE INCOME TAXATION 65 (5th ed., 2005).

89 ראו גם שמואל בורנשטיין המיסוי בפירוק החברה 267-269 (1997).

פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם הגישה הגורסת כי יש לשאוף להרמוניה חקיקתית בפרשנויות של מונחים בפקודה ובחוק החברות, וזאת במיוחד לנוכח העובדה שפירוש הרמוני בהקשר שלנו תואם גם את התכלית החקיקתית הרלוונטית. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר את המונח "דיבידנד" כדלקמן: "כל נכס הניתן על ידי החברה לבעל מניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה." במילים אחרות, גם חוק החברות אינו מתנה את מעמדו של תשלום לבעלי מניות כדיבידנד בקיומם של רווחים.

במקביל יהיה אפשר להתייחס למקרים נקודתיים שבהם החלוקה לבעלי מניות אכן מהווה החזר השקעה באמצעות הנורמות האנטי-תכנוניות הכלליות. התייחסות כזו יכול שתהיה באמצעות הפעלת מבחני המהות הכלכלית, העסקה המלאכותית או העסקה הבדויה.⁹⁰ ייתכן אף שעדיף להתמודד עם מקרה נקודתי כזה על-ידי חקיקה אשר תגביר את הוודאות תוך התוויית פרוצדורה ברורה שבה יבחרו נישומים על-מנת שחלוקה תסווג כהחזר השקעה.

90 דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 139-141, 209-252 (1990).

