בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

09 ספטמבר 2021

ע"מ 59050-01-20 קרן עזריאלי ישראל נ' מס הכנסה פקיד שומה תל אביב 5

לפני כב' השופטת ירדנה סרוסי

מערערת **קרן עזריאלי (ישראל) ע"ר**
ע"י ב"כ עוה"ד זוהר לנדה, אלדר בן-רובי

נגד

משיב **פקיד שומה תל אביב 5**
ע"י ב"כ עו"ד עדי חן
פמת"א (אזרחי)

חקיקה שאוזכרה:

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] - לא מרובד: סע' 9(2), 9(2)(א), 9(2)(ב), 46, 125ב(4)

חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975

חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 252, 254

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: סע' 1

מיני-רציו:

* בית המשפט קיבל את ערעור המערער – מוסד ציבורי, והורה, כי יש לפטור אותו מתשלום מס, לפי סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה, על דיבידנדים שהוא מקבל תודות למניות שהוריש לו איש העסקים המנוח. בתוך כך נדחתה טענת המשיב לפיה, מדובר בדיבידנד שהתקבל מחברה שבשליטת המערער, ולכן אין תחולה לסעיף 9(2) לפקודה.

* מסים – מס הכנסה – זיכוי ופטור

* מסים – מס הכנסה – פטור ממס

* מסים – מס הכנסה – הטבות

.

המערערת הגישה ערעור על שומות מס הכנסה שהוצאו לה. בשנות המס קיבלה המערערת דיבידנדים בסכום כולל של כ-57 מיליון ש"ח, שלטענתה פטורים ממס בידיה כמוסד ציבורי בהסתמך על סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה. המשיב טוען כי ההכנסות מדיבידנד מקורן בחברה עסקית שבשליטת המערערת ולכן הן אינן פטורות ממס לפי סעיף 9(2) לפקודה, אלא חייבות במס בשיעור של 25%. טענת המשיב היא, אומנם על פי פקודת מס הכנסה, עמותה שמוכרת כ"מוסד ציבורי", כגון קרן עזריאלי, פטורה אמנם ממס על הכנסותיה, אך לא מדיבידנד שהתקבל מחברה שבשליטתה.

.

---

nevo.co.il

בית המשפט קיבל את הערעור ופסק כלהלן:

סעיף 9(2)(ב) לפקודה קובע כי משמעותה של "שליטה" היא "היכולת, בין לבד ובין ביחד עם אחרים, לכוון את פעילותו של חבר בני אדם, במישרין או בעקיפין", כאשר בנוסף, נקבעו בסעיף מבחנים כמותיים אשר בהתקיימותם "יראו כאילו מתקיימת יכולת כאמור". בענייננו, אין מחלוקת כי אף לא אחד מהמבחנים הכמותיים מתקיים, ומחומר הראיות שנפרס עולה ברורות כי למערערת אין כל יכולת, בכוח או בפועל, לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי, בין לבד ובין עם AHI, לא מכוח הסכם התרומה ולא מכוח העברת המניות.

השאלה העומדת בבסיס הערעור היא אם קרן עזריאלי היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי, והתשובה לכך בפשטות היא לא. כבר מראשיתה הטענה כי קרן עזריאלי, עמותה ומלכ"ר ללא זכות הצבעה במניות קבוצת עזריאלי, היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי, חברה ששווייה נאמד במיליארדי שקלים, איננה מתיישבת עם השכל הישר ועם שורת ההיגיון.

הוראות ההסכם כשלעצמן אינן מקימות שליטה למערערת בקבוצת עזריאלי. זאת, אף לשיטת המשיב עצמו, שכרך לכל אורך ההליך את השליטה בקבוצת עזריאלי בעצם קיומם של בעלי התפקידים הכפולים.

אין בעצם קיומם של בעלי התפקידים הכפולים כדי להביא לכך שהמערערת תיחשב כשולטת בקבוצת עזריאלי, וכי יש להבחין בין שליטה של בנות משפחת עזריאלי בקבוצת עזריאלי ובין שליטה של המערערת בקבוצת עזריאלי.

המערערת איננה נחשבת בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי לצורך סעיף 9(2) לפקודה.

פסק דין

1. בפניי ערעור על שומות מס הכנסה שהוצאו למערערת, קרן עזריאלי (ישראל) ע"ר (להלן: "**המערערת**" או "**העמותה**"), לשנים 2014 – 2016 (להלן: "**שנות המס**").

בשנות המס קיבלה המערערת דיבידנדים בסכום כולל של כ-57 מיליון ש"ח, שלטענתה פטורים ממס בידיה כמוסד ציבורי בהסתמך על סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה. המשיב טוען כי ההכנסות מדיבידנד מקורן בחברה עסקית שבשליטת המערערת ולכן הן אינן פטורות ממס לפי סעיף 9(2) לפקודה, אלא חייבות במס בשיעור של 25%. בהתאם, הוציא המשיב למערערת שומות מס הכנסה לשנות המס שבערעור בסך של 14,241,356 ש"ח.

מחלוקת זו, הנוגעת בעיקרה לשאלה, האם יש לראות במערערת כמי שמקיימת את הגדרת המונח "שליטה" לעניין סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה, היא זו שהובאה בפניי במסגרת ערעור זה.

רקע רלוונטי ועיקרי הערעור

2. המערערת היא עמותה שהוקמה בשנת 2008 והיא נחשבת "מוסד ציבורי" בהתאם לסעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: "**הפקודה**"). למערערת ניתן אישור רשות המיסים על היותה מוסד ציבורי לעניין זיכוי בגין תרומות לפי סעיף 46 לפקודה. המערערת גם רשומה כ"מוסד ציבורי ללא כוונת רווח" (מלכ"ר) לעניין חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975.

3. בראש המערערת עומד ועד מנהל אשר כל חבריו פועלים בהתנדבות. הרכב חברי הוועד המנהל שכיהנו בשנות המס הם: דנה עזריאלי, נעמי עזריאלי ושרון עזריאלי (בנותיו של מר דוד עזריאלי ז"ל), מנחם עינן, ועוד ארבעה חברי ועד קבועים. על ניהולה של המערערת בפועל מופקד צוות ניהולי מקצועי שכיר.

4. בחודש מרץ 2014, העניק מר דוד עזריאלי ז"ל למערערת, כתרומה, כ-5.69% מהון המניות המונפק של קבוצת עזריאלי בע"מ (להלן: "**קבוצת עזריאלי**"), אשר הוחזקו על ידו בעקיפין באמצעות Azrieli Holdings Inc., חברה פרטית הרשומה בקנדה (להלן: "**AHI**"). תכליתה של התרומה הייתה לאפשר למערערת ליהנות באופן קבוע מתשלומי דיבידנדים הנובעים ממניות התרומה, לצורך מימון פעולותיה של המערערת. שווי השוק של המניות שהתקבלו במועד קבלת התרומה עמד על סך של 839,283,200 ש"ח.

5. בין המערערת לבין AHI נחתם הסכם תרומה, אשר עיגן את העברת המניות (להלן: "**הסכם התרומה**" או "**ההסכם**").

במסגרת הסכם התרומה, נקבע כי תרומת המניות תיעשה בכפוף למספר תנאים, כאשר התנאי הרלוונטי לענייננו הוא כי כל זכויות ההצבעה מכוח מניות התרומה **תישארנה** בידי AHI, והמערערת תחתום על ייפוי כוח בלתי-חוזרים לצורך כך. במקרה של מכירה עתידית של מניות התרומה על ידי המערערת, תעבורנה זכויות ההצבעות במניות התרומה לרוכש.

בשל חשיבות העניין, יובא סעיף 5.2 להסכם התרומה כלשונו:

"... AHI shall retain the exclusive right to exercise all of the Voting Rights in all of the Gifted Shares, including without limitation, the right to use the rights attached to the Gifted Shares for the purpose of convening ordinary and extraordinary general meetings of the shareholders of Azrieli Group and participating therein, and such similar rights as may applicable to the

Gifted Shares pursuant to the Articles of Association of Azrieli Group and/or applicable law" (ההדגשה אינה במקור – י"ס).

6. יצוין כי דנה עזריאלי, שרון עזריאלי, נעמי עזריאלי ומנחם עינן שימשו בשנות המס כדירקטורים בקבוצת עזריאלי, כאשר הגב' דנה עזריאלי כיהנה גם כיו"ר הדירקטוריון לאחר פטירת אביה, מר דוד עזריאלי ז"ל. כלומר, נשות משפחת עזריאלי ומר עינן כיהנו גם כחברי הוועד המנהל של המערערת וגם כדירקטורים בקבוצת עזריאלי (להלן: "**בעלי התפקידים הכפולים**"). הצוות הניהולי של המערערת אינו קשור לקבוצת עזריאלי כלל.

7. בהתאם להסכם התרומה, קיבלה המערערת בשנות המס דיבידנדים מקבוצת עזריאלי בסכום כולל של כ-57 מיליון ש"ח (להלן: "**ההכנסות מדיבידנד**"). המערערת דיווחה על ההכנסות מדיבידנד כהכנסות פטורות ממס, בהתבסס על תחולת סעיף 9(2) לפקודה.

8. המשיב טוען כי ההכנסות מדיבידנד מקורן בחברה העוסקת בעסק שבשליטת המערערת ולכן הן אינן פטורות ממס לפי סעיף 9(2) לפקודה, אלא חייבות במס בשיעור של 25% (לפי סעיף 125ב(4) לפקודה). בהתאם, המשיב הוציא למערערת שומות מס הכנסה לשנות המס שבערעור בסך של 14,241,356 ש"ח.

טענות המערערת בתמצית

9. המערערת טוענת כי הסכם התרומה נועד להגשים את חזונו של מר דוד עזריאלי ז"ל ואת התכלית הברורה אותה התווה כתורם: הענקת הערך הכלכלי הגלום במניות קבוצת עזריאלי למערערת על מנת שישמש אותה למימון פעילותה ויאפשר לה עצמאות כלכלית, תוך שלילה והדרה מוחלטת של המערערת מהניהול ומפוטנציאל השליטה בקבוצת עזריאלי. בהתאם, AHI שימרה בידיה כל העת את מלוא זכויות ההצבעה הגלומות במניות התרומה, ואלו נשללו מלכתחילה מן המערערת ולא הועברו לה כלל. המשיב אף הודה כי הסכם התרומה שולל את יכולתה של המערערת לשלוט בקבוצת עזריאלי.

10. המערערת דוחה את טענת המשיב כי לא ניתן להפריד בין זכויות ההצבעה הכרוכות במניות לבין הזכויות הכלכליות הגלומות בהן. מניות התרומה הוענקו למערערת תוך שברמה ההסכמית זכויות ההצבעה הכרוכות בהן נותרו בידי AHI. כמו כן, הואיל ומניות התרומה נרשמו בפועל על שמה של המערערת והוחזקו בחשבון ניירות הערך שלה בבנק, נקבע בהסכם כי המערערת תספק ל-AHI כל מסמך על מנת לתקף את דבר

שימור זכויות ההצבעה במניות התרומה בידי AHI. ייפויי הכוח להצבעה נדרשו אפוא לצורך טכני-פורמלי בלבד, אשר שוקף והוצג לציבור ולרשות ניירות ערך בזמן אמת. המערערת מדגישה בהקשר זה, כי AHI מצביעה במניות התרומה עבור עצמה, לטובת עצמה, ולפי שיקול דעתה הבלעדי. למערערת אין כל יכולת השפעה בעניין ההצבעה במניות התרומה.

11. תכלית החריג לפטור ממס למוסדות ציבוריים על הכנסותיהם מעסק, או מדיבידנד מתאגיד שבשליטתם, היא למנוע תחרות עסקית בלתי הוגנת. שלילת הפטור ממס נועדה למנוע מצב בו קיימים גופים שפעילותם עסקית ומתחייבת במס מלא, ולצדם גוף צדקה פילנטרופי הפועל שלא למטרות רווח, אך יוזם פעילות עסקית תוך ניצול מעמדו כגוף פטור ממס. בשים לב לתכלית זו, המערערת אינה צריכה להיחשב כמי ששולטת בקבוצת עזריאלי, וכל קביעה מעין זו תחטא לכוונת המחוקק. קבוצת עזריאלי קמה ופועלת תוך תשלום מס מלא לפני הקניית מניות התרומה על-ידי AHI ולאחריה, וללא כל מעורבות של העמותה בניהול עסקיה. למערערת אין משאלה להפיק רווחים מעסק, וכל "חטאה" הוא קבלת דיבידנדים מן המניות המעוקרות אשר נתרמו לה. בנסיבות אלה לא נוצרת תחרות בלתי הוגנת בשל הענקת פטור ממס על דיבידנד לגוף צדקה פילנטרופי.

12. סעיף 9(2) לפקודה מגדיר את המונח "שליטה", וקובע מבחני עזר מהותיים וכמותיים לקיומה. בענייננו אין חולק שאף לא אחד מהמבחנים הכמותיים מתקיים אצל המערערת. כאשר הטענה היא להתקיימותה של שליטה על פי תנאי המבחן המהותי, נטל ההוכחה מוטל על הטוען לקיומה של שליטה. המשיב לא הרים את הנטל להוכיח שליטה של המערערת בקבוצת עזריאלי.

13. טענתו של המשיב כי הסכם התרומה מקים שיתוף פעולה בין המערערת לבין AHI, לא פורטה בנימוקי השומה ולא נתמכה בבדל ראיה. יתרה מזאת, כאמור, למערערת אין ולא היו מעולם זכויות הצבעה במניות קבוצת עזריאלי, כך שלא ניתן לטעון לשיתוף פעולה בהיבט זה. AHI אינה מצביעה בשם המערערת, ואין בין השתיים שיתוף פעולה ביחס למניות קבוצת עזריאלי. זאת, מן הטעם הפשוט שלמערערת אין מה "להציע" בשיתוף פעולה שכזה, מניותיה נטולות זכויות הצבעה בלא כל יכולת לשנות זאת.

14. בחינת נסיבות המקרה בראי האמור שוללת גם את הטענה בדבר שליטת המערערת "יחד עם אחר". המערערת אינה "קרובה" של AHI, והיא אינה מקיימת עימה שיתוף פעולה, ובטח שלא בדרך קבע. למערערת אין הסכם שיתוף פעולה ביחס לעניינים כלשהם של קבוצת עזריאלי, והסכם התרומה שולל כל יכולת של המערערת להתערב בניהול ובשליטה של הקבוצה.

nevo.co.il

15. המערערת דוחה גם את טענת המשיב כי חברי ועד המערערת מעורבים בענייני קבוצת עזריאלי ומשקפים את עמדת המערערת. המשיב אפילו לא ניסה להוכיח את ההאשמה העובדתית החמורה שהעלה לפיה בעלי התפקידים הכפולים "מביעים" או "משקפים" את עמדת המערערת בעת קבלת החלטות בכובעם כחברי דירקטוריון קבוצת עזריאלי. מנגד, עדי המערערת העידו באופן פוזיטיבי כי ענייני המערערת מעולם לא "הובעו" או "השתקפו" בעת קבלת ההחלטות בקבוצת עזריאלי. עדי המשיב נמנעו מלהתייחס בתצהיריהם לאמור בתצהירי עדי המערערת, ובחרו שלא להציג גרסה נגדית.

16. בנוסף, הוכח בהליך כי בניגוד לטענת המשיב, לא אחת קיבלה קבוצת עזריאלי החלטות אשר עומדות בניגוד מוחלט לאינטרס המערערת. כך, בחודש מרץ 2020 החליט דירקטוריון קבוצת עזריאלי על הפחתה ניכרת בהיקף הדיבידנד שיחולק לבעלי המניות, ובהם המערערת, בשל התפרצות נגיף קורונה. כמו כן, בשנת 2020 הגיע לסיומו, ולא חודש, הסדר תרומות שעמד בתוקפו בין קבוצת עזריאלי ובין המערערת במשך עשר שנים, לפיו תרמה קבוצת עזריאלי לעמותה כספים במישרין וללא קשר למניות התרומה (להלן: "**הסדר התרומות**"). אם טענת המשיב הייתה נכונה – הרי שהעמותה הייתה מנסה לשנות החלטות אלו. המשיב כלל לא טרח לבדוק אם אכן כך נעשה.

17. טענת המשיב גם אינה דקה פורתא בדיני התאגידים, בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, בתורת הכובעים ובמושכלות יסוד משפטיות. המשיב לא טרח לבצע את ההבחנה המתחייבת בין "הכובעים" השונים של בעלי התפקידים הכפולים, הבחנה שהם עצמם מחויבים לעשות מכוח הדין. טענה זו גם אינה עומדת במבחן ההיגיון הבריא והשכל הישר. הטענה כי גורמים כלשהם משקפים אף את עמדתה של העמותה בביצוע תפקידם בקבוצת עזריאלי, היא הטלת דופי מקוממת במי שכל "חטאם" הוא שבנוסף לפונקציה שהם ממלאים בקבוצת עזריאלי, גם עוסקים בפעילות פילנטרופית.

18. המערערת דוחה את ניסיון המשיב להיבנות מאופן דיווחיה של קבוצת עזריאלי לרשות ניירות ערך. קבוצת עזריאלי לא ראתה במערערת כבעלת שליטה בה – בדיוק להיפך, היא סברה שאין לראות במערערת כבעלת שליטה בקבוצה. גם רשות ניירות ערך לא ראתה מקום להתערב בעמדת קבוצת עזריאלי לפיה המערערת אינה בעלת שליטה בה. ההגבלות שנטלה על עצמה קבוצת עזריאלי התייחסו לחובות החלות על בעלי שליטה על פי חוק החברות. אותן הגבלות ניטלו על-ידי קבוצת עזריאלי באופן וולונטרי ובלתי מחייב ("**כאילו היא בעלת שליטה בחברה**", דיווח מיום 13.1.2015, נספח 2 לתצהיר עו"ד קמיר) ואף ניתנה לה אפשרות לחרוג מהן, בכפוף לגילוי מתאים. הן קבוצת עזריאלי והן רשות ניירות ערך התייחסו לסוגיה אך ורק בראי דיני החברות.

19. המערערת מפנה לפגמים ואי-דיוקים בתצהיר המשיב. כמו כן, לדידה, בחינת סוגית השליטה בהתאם לדיני העמותות ולכללי החשבונאות תומכת בקבלת הערעור. עוד טוענת המערערת, כי אף אם יידחה הערעור, לא תצמח לה חבות במס שכן היא זכאית לנכות את הוצאותיה ולקבל זיכוי בגין תרומותיה.

<u>טענות המשיב בתמצית</u>

20. המשיב סבור כי דין הערעור להידחות. לדידו, המערערת מוצגת ומתנהגת כלפי כולי עלמא כבעלת שליטה בקבוצת עזריאלי. בסמוך לאחר חתימת הסכם התרומה, ביום 16.3.2014, הגישה קבוצת עזריאלי לרשות ניירות ערך ולבורסה לניירות ערך דיווח מיידי על מי שנעשה בעל עניין בתאגיד. במסגרת הדיווח הודיעה קבוצת עזריאלי כי "**בעקבות קבלת מניות התרומה תהפוך הקרן** [המערערת] **לבעלת עניין, כהגדרת מונח זה ב**חוק ניירות ערך**, תשכ"ח – 1968 ('חוק ניירות ערך'), בחברה** [קבוצת עזריאלי]. **בעקבות הוראות הסכם התרומה נחשבים עזריאלי החזקות** [AHI] **והקרן ל'מחזיקים יחד', כהגדרת מונח זה ב**חוק ניירות ערך". בדיווח זה הודיעה קבוצת עזריאלי לציבור הרחב כי AHI מקיימת שיתוף פעולה עם המערערת, בקשר עם מניות קבוצת עזריאלי. משמעות הדבר היא כי מניות המערערת בקבוצת עזריאלי הן חלק מקבוצת השליטה בקבוצת עזריאלי.

21. אומנם, באותה הודעה צוין גם כי "**כפי שנמסר לחברה** [קבוצת עזריאלי], **מר דוד עזריאלי או מי מקרוביו אינם בעלי שליטה בקרן** [המערערת], **ועל כן הקרן לא תיחשב כבעלת שליטה בחברה**". אלא, שלאחר התערבות רשות ניירות ערך, ובעקבות שיג ושיח בשאלה, האם ניתן לראות במערערת כמחזיקה יחד עם בעלת השליטה מבלי לראות בה כבעלת שליטה בעצמה, דרשה רשות ניירות ערך שקבוצת עזריאלי תראה במערערת כבעלת שליטה, ובהתאם הוציאה קבוצת עזריאלי דיווח משלים ביום 13.1.2015, בו הובהר כי "**לעניין חובות החלות או המתייחסות על פי** חוק החברות **לבעלי שליטה בחברה, החברה** [קבוצת עזריאלי] **תתייחס לקרן** [המערערת] **כאילו היא בעלת שליטה בחברה, יחד עם עזריאלי החזקות** [AHI]**, וזאת אף אם הדבר אינו מתחייב בהתאם להוראות הדין וכל עוד לא ניתנה הודעה אחרת על ידי החברה, בדיווח מיידי**". מאותה העת ועד היום, קבוצת עזריאלי ממשיכה לכלול בהודעותיה הפומביות דיווח על אודות התייחסותה למערערת כאילו היא בעלת שליטה בה, וכך היא גם מתנהלת בפועל.

22. הגדרת המונח "שליטה" היא הגדרה רחבה ביותר, והמבחן המהותי-איכותי, הוא המבחן אשר יכריע את הכף בשאלת השליטה. משעה שהמערערת נמנית על קבוצת השליטה בקבוצת עזריאלי, קיימת חזקה לפיה היא מקיימת את הגדרת המונח

שליטה. ההגדרה של המונח שליטה לא מחייבת שליטה בפועל של המערערת בקבוצת עזריאלי, אלא די בעובדה שקיימת לה יכולת לשלוט בקבוצת עזריאלי ביחד עם אחר.

23. עיון בלשון הסכם התרומה מלמד, כי למערערת הועברו מניות קבוצת עזריאלי, וזאת להבדיל מזכויות לקבלת רווחים. בהתאם לדין הישראלי ולפי תקנון קבוצת עזריאלי, לקבוצת עזריאלי יש רק סוג אחד של מניות, אשר מגלם בתוכו גם זכויות הצבעה וגם זכויות לדיבידנדים. לפי דיני החברות וניירות ערך, לא ניתן להפריד מבחינה קניינית בין הזכויות הגלומות במניות, והן כוללות הן את זכויות ההצבעה והן את הזכויות לרווחים. זו גם הסיבה שבשלה נדרשה המערערת להסכים, באופן פוזיטיבי, כי AHI היא שתצביע במניות, ולשם כך גם סופק לה ייפוי כוח מאת המערערת. לפיכך, אין ממש בטענת המערערת לפיה היא קיבלה לידה מניות מעוקרות. המערערת קיבלה לידיה מניות רגילות, והיא הסכימה, באופן חוזי, לתת ל-AHI ייפויי כוח המאפשרים לה לייצג את המערערת לגבי זכויות ההצבעה, וזאת משיקוליה שלה.

24. המערערת הסכימה במסגרת הסכם התרומה לשתף פעולה יחד עם AHI, כך ש-AHI היא שתצביע עבורה ובשמה באסיפות בעלי המניות של קבוצת עזריאלי, וזאת כל עוד המניות יהיו בבעלותה של המערערת. כלומר, המערערת הסכימה כי כך ינהגו הצדדים בדרך קבע, ולשם כך אף העניקה ל-AHI ייפויי כוח בלתי חוזרים. כך גם עולה מההגדרה בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, "**החזקת ניירות ערך או רכישתם ביחד עם אחרים**", שאליה כלל לא התייחסה המערערת.

25. כפועל יוצא מכך, ומאחר שאין מחלוקת ש-AHI היא בעלת השליטה בקבוצת עזריאלי, הרי שלמערערת יש את היכולת לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי ביחד עם AHI, ועל כן היא מקיימת את הגדרת המונח "שליטה" בסעיף 9(2) לפקודה.

26. עוד טוען המשיב, כי למערערת היכולת לכוון את פעילות קבוצת עזריאלי גם באמצעות בעלי התפקידים בה, ובייחוד באמצעות הגב' דנה עזריאלי, שהיא הרוח החיה בשני הגופים. בשל התחייבויותיהם של בעלי התפקידים הכפולים כלפי שני הגופים, מצופה מהם כי שעה שהם מקבלים החלטה בקבוצת עזריאלי, הם ייקחו בחשבון גם כיצד עשויה החלטה זו להשפיע על המערערת. אין משמעות הדבר כי בעלי התפקידים הכפולים יקבלו דווקא את ההחלטה אשר נכונה בעבור המערערת, אלא עצם העובדה כי קיימת להם האפשרות לקבל החלטה לטובתה, עת הם ממלאים את תפקידם בקבוצת עזריאלי, מלמדת על יכולתה של המערערת לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי.

27. אין בטענות המערערת, בקשר עם החלטות שהתקבלו בקבוצת עזריאלי בניגוד לאינטרסים שלה, כדי להועיל לה. זאת, בהתחשב בעובדה שדירקטוריון קבוצת עזריאלי קיבל החלטות אלו לטובתם של כלל בעלי המניות בקבוצת עזריאלי, וביניהם המערערת.

28. אשר לטענת המערערת לפיה יש לזכותה בגין תרומות שביצעה וכן לנכות את הוצאותיה, המערערת לא הציגה בפני המשיב מסמכים וראיות בקשר עם טענתה זו, והיא ויתרה על זכותה להציגם בפני בית המשפט. המשיב גם דוחה את טענות המערערת בנוגע לדיני העמותות וכללי החשבונאות.

<u>טענות המערערת בתשובה</u>

29. המערערת הגישה סיכומים קצרים בתשובה, במסגרתם חזרה על מרבית טענותיה. כן הוסיפה המערערת כי טענת המשיב כי "מצופה" ממי שמשמש בתפקיד בשני תאגידים שונים לשקול את שיקולי התאגיד האחד בבצעו את תפקידו בתאגיד האחר, היא טענה שגויה ואף מקוממת. החוק וחובות הנאמנות קובעים מפורשות איסור לשקול שיקולים זרים. משיטת המשיב עולה כי כל הליך ההוכחות בתיק היה מיותר, שכן עצם כהונת הגב' דנה עזריאלי הן כיו"ר דירקטוריון הקבוצה והן כמי שמתמנה כיו"ר ועד העמותה מספיקה לשם קביעת שליטה. כמו כן, המשיב אינו מסביר מדוע "השליטה" הנטענת אינה דווקא בכיוון ההפוך, קרי, כי דווקא קבוצת עזריאלי היא השולטת במערערת.

30. בנוסף, טענת המשיב, כי כל החלטה שמתקבלת בדירקטוריון קבוצת עזריאלי, גם אם היא פוגעת בעמותה, משרתת בעקיפין את טובת העמותה כבעלת מניות בקבוצה, לוקה בלוליינות מעגלית.

<u>דיון והכרעה</u>

31. לאחר שעיינתי בכלל חומר הראיות ולאחר ששמעתי את הצדדים בדיונים שנערכו בפניי, דעתי היא כי דין הערעור להתקבל.

32. השאלה העומדת בבסיס הערעור היא, האם המערערת היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי. התשובה לכך בפשטות היא - לא.

עוד קודם שאפרט את הטעמים למסקנתי, אציין כי כבר מראשיתה, הטענה כי המערערת, עמותה ומלכ"ר ללא זכות הצבעה במניות קבוצת עזריאלי, היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי, חברה ששוויה נאמד במיליארדי שקלים, איננה מתיישבת

עם השכל הישר ועם שורת ההיגיון ואני תמהה על המשיב על התעקשותו לנהל הליך שלם בסוגיה זו.

33. במקרה דנן עולה באופן ברור כי נעשה ניסיון מבורך להעניק עצמאות כלכלית למערערת, עמותה שתורמת רבות במגוון תחומים, מבלי שתהיה לכך כל השפעה על התנהלותה העסקית של קבוצת עזריאלי. הדרך שנבחרה לכך היא תרומת מניות שמבטיחות זכות לקבלת דיבידנדים, מבלי שמועברת זכות ההצבעה שנובעת מאותן מניות. הא ותו לא. העניין הוא פשוט ואין כל צורך בפלפולים כאלה ואחרים מצד המשיב על מנת לנסות ולצייר תמונה שאיננה כזו. לא רק זאת, אלא שהערמת הקשיים מצד המשיב במקרה דנן והניסיון לקעקע מתווה זה, עלולים לגרום לאפקט מצנן ביחס לניסיונות דומים לחיזוק עמותות פילנטרופיות.

34. לגופו של עניין, המשיב העלה שלוש טענות מרכזיות שעל בסיסן הוא סבור כי המערערת שולטת בקבוצת עזריאלי: **הראשונה**, כי הסכם התרומה הביא לשיתוף פעולה בין AHI ובין המערערת, באופן שהופך את המערערת לבעלת שליטה יחד עם AHI; **השנייה**, כי בעלי התפקידים הכפולים מכוונים, או יכולים לכוון, את פעילותה של קבוצת עזריאלי בהתאם לאינטרסים של המערערת באופן המקנה לה שליטה בקבוצת עזריאלי; **והשלישית**, כי בהתאם לדיווחיה של קבוצת עזריאלי לרשות ניירות ערך יש לראות את המערערת כבעלת שליטה בקבוצת עזריאלי.

אדון בטענות אלו כסדרן.

<u>הסכם התרומה</u>

35. המשיב טוען כאמור כי הסכם התרומה הביא לשיתוף פעולה שהפך את המערערת לבעלת שליטה בקבוצת עזריאלי. המערערת טוענת מנגד, כי הוראות הסכם התרומה, ובעיקרן עיקור המניות מזכות ההצבעה, שוללות את יכולתה לשלוט בקבוצת עזריאלי.

36. במחלוקת זו, דעתי כדעת המערערת.

<u>סעיף 9(2)(ב)</u> לפקודה קובע כי משמעותה של "**שליטה**" היא "**היכולת, בין לבד ובין ביחד עם אחרים, לכוון את פעילותו של חבר בני אדם, במישרין או בעקיפין**", כאשר בנוסף, נקבעו בסעיף מבחנים כמותיים אשר בהתקיימותם "**יראו כאילו מתקיימת יכולת כאמור**". בענייננו, אין מחלוקת כי אף לא אחד מהמבחנים הכמותיים מתקיים, ומחומר הראיות שנפרס בפניי עולה ברורות כי למערערת אין כל יכולת, בכוח או בפועל, לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי, בין לבד ובין עם AHI, לא מכוח הסכם התרומה ולא מכוח העברת המניות.

37. נראה, כי גם דעת המשיב כדעת המערערת, שהרי הוא עצמו טען כי הסכם התרומה שולל את יכולת השליטה של המערערת בקבוצת עזריאלי. בסעיף 18 להודעה המפרשת את נימוקי השומה, ציין המשיב במפורש כי: "**למותר לציין כי על אף שהסכם התרומה שולל את יכולתה של המערערת להשפיע על השליטה ועל הניהול בקבוצת עזריאלי, אותם חברי המערערת מעורבים גם בענייני קבוצת עזריאלי <u>ומשקפים אף את עמדתה</u> בקבלת החלטות מהותיות כזו או אחרת**" (ההדגשה והטעויות במקור – י"ס].

38. כאשר עומתה נציגת המשיב בחקירתה עם האמור לעיל, היא לא הצליחה להסביר כיצד האמור מתיישב עם טענותיה כי הסכם התרומה הביא לשליטת המערערת בקבוצת עזריאלי (עמ' 80, ש' 30 – עמ' 81, ש' 31 לפרוטוקול), והיא אף הודתה כי לא ההסכם הוא שמקים את השליטה הנטענת:

"**כב' הש' סרוסי:**	**לא, בהודעה המפרשת כתוב בסעיף 18 שהסכם התרומה שולל את יכולת הניהול של הקרן בקבוצת עזריאלי, אז אם אין לה יכולת ניהול איך היא יכולה לכוון פעילות?**
העדה, גב' סגאוקר:	**בזה שיש לה את אותם מנהל גם בקבוצת עזריאלי וגם בקרן עזריאלי.**
כב' הש' סרוסי:	**לא, זה כבר הסיפא, אני ברישא עדיין, הסיפא זה נימוק שבאמצעותו מנסים להסביר פה בסעיף 18 למה יש שליטה על אף שאין שליטה בניהול פורמלי כביכול אבל אני עדיין ברישא, הבנתי שלגבי השליטה גברתי אומרת 5.69 זו לא שליטה.**
העדה, גב' סגאוקר:	**נכון**" (עמ' 82, ש' 13 – 21 לפרוטוקול).

39. כלומר, לאמיתו של דבר, המשיב לא סבור כי הסכם התרומה כשלעצמו הוא זה שהקים את השליטה המיומרת, אלא כהונתם של בעלי התפקידים הכפולים. על אף זאת, המשיב המשיך להתבצר בעמדתו לפיה הסכם התרומה והעברת המניות מקימים שליטה משותפת של המערערת, יחד עם AHI. אולם, גם טענה זו אינה יכולה לעמוד למשיב.

40. אף אם המערערת ו-AHI נחשבות כמחזיקות יחד במניות לצורך דיני החברות, אין משמעות הדבר כי המערערת גם שולטת יחד עם AHI בקבוצת עזריאלי. למערערת אין כל זכות הצבעה במניות התרומה, אין כל הסכם שיתוף פעולה בין המערערת לבין AHI ביחס להצבעה במניות, ו-AHI חופשית להצביע במניות כפי רצונה, ללא כל התחייבות או התחשבות במערערת.

41. ודוקו, יש להבחין בין הצבעה **בשמה** של המערערת, ובין הצבעה **עבור** המערערת, באופן המייצג את האינטרסים שלה. בענייננו, כאמור, ההצבעה נעשית בשמה של המערערת אך בהתאם לאינטרסים של AHI, ולא של המערערת, כך שלמערערת אין כל יכולת להביע עמדתה ולכוון את פעילות קבוצת עזריאלי. חיזוק לאמור ניתן למצוא בטענות המשיב עצמו, בסעיף 39 לסיכומיו: "**לא רק שבפועל עזריאלי החזקות** [AHI – י"ס] **מממשת את זכות ההצבעה של המערערת במניות, אלא שהיא עושה זאת באופן זהה לאופן שבו היא מצביעה במניותיה שלה**". הוא הנותן – AHI היא זאת שמחליטה כיצד ברצונה להצביע, וכפועל יוצא, היא השולטת בקבוצת עזריאלי, ולא המערערת. יצוין בהקשר זה, כי AHI היא בעלת השליטה המובהקת בקבוצת עזריאלי, עם החזקה של למעלה מ-55% מהון המניות, אף ללא החזקותיה של המערערת (וראו סעיף 11 לתצהיר עו"ד הלמר מטעם המשיב).

42. למעשה, אף אם המערערת הייתה מעוניינת להשפיע על קבלת ההחלטות ולהביע את עמדתה, לא הייתה לה כל אפשרות לעשות זאת, וזאת אף במקרים בהם ההחלטה נוגדת באופן חזיתי את האינטרס שלה. ההצבעה במניות התרומה נעשית בהתאם לאינטרסים של AHI בלבד, ול-AHI גם אין כל עניין להתחשב באינטרסים של המערערת במסגרת הצבעתה, שכן אין ביכולתה של המערערת להשפיע על עסקיה. AHI היא בעלת השליטה בקבוצת עזריאלי, ואין בהסכם התרומה לשנות מכך. הסכם התרומה לא גרע ולא הוסיף לעניין השליטה של AHI, שאוחזת באותו כוח הצבעה בדיוק, הן לפני ההסכם והן לאחריו.

43. המשיב טוען כי לא ניתן לפצל מבחינה קניינית בין הזכות הכלכלית במניות לבין זכות ההצבעה במניות, ולפיכך, זכות ההצבעה נשארה למעשה אצל המערערת. אין בטענה זו ממש. לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית שהמערערת איננה בעלת זכות הצבעה באסיפות קבוצת עזריאלי, בין אם מכוח זכות קניינית ובין אם מכוח התחייבות חוזית. גם אם עיקור המניות מזכויות ההצבעה נעשה אך מכוח הסכם, אין בכך כדי לשנות ממהותו – כי לצד קבלת הדיבידנד, המערערת לא תוכל להשפיע על עסקי קבוצת עזריאלי. ואזכיר שנית, כאשר AHI מצביעה מתוקף ייפויי הכוח שניתנו לה, היא מצביעה על בסיס עמדתה הבלעדית, ללא התחשבות במערערת. בכך באה לידי ביטוי תכלית ההסכם – הזכויות הכלכליות במניות התרומה עברו למערערת, אולם זכויות ההצבעה **נשארו** אצל AHI, שמצביעה כפי רצונה (ראו נוסח סעיף 5.2 להסכם התרומה, בסעיף 5 לעיל).

44. בכלל, נראה כי המשיב נתפס בטענותיו לעניינים טכניים הנוגעים להליך ההצבעה במניות התרומה על ידי AHI, אשר אינם משליכים על מהות המקרה דנן. המשיב עצמו

עמד על כך שעקב אילוצים כאלו ואחרים הדרך המעשית לשמר את כוח ההצבעה בידי AHI, היא באמצעות ייפויי כוח, כאשר באופן רשמי ההצבעה רשומה על שמה של המערערת (עמ' 101 – 102 לפרוטוקול), באופן שעולה בקנה אחד עם מהות ההסכם.

45. לסיכום חלק זה, הוראות ההסכם כשלעצמן אינן מקימות שליטה למערערת בקבוצת עזריאלי. זאת, אף לשיטת המשיב עצמו, שכרך לכל אורך ההליך את השליטה בקבוצת עזריאלי בעצם קיומם של בעלי התפקידים הכפולים, ועל כך להלן.

<u>בעלי התפקידים הכפולים</u>

46. הגענו אפוא ללב ליבן של טענות המשיב, טענתו כי היכולת לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי קיימת עקב הזהות בגורמים המנהלים את שני הגופים – בעלי התפקידים הכפולים (וראו למשל עמ' 82, ש' 28 – 33 ועמ' 83, ש' 9 – 11 לפרוטוקול).

לא ניתן לקבל טענה זו.

47. **ראשית**, היגיון זה של המשיב פועל לשני הכיוונים, ובאותה מידה ניתן גם היה להגיע למסקנה שקבוצת עזריאלי היא בעלת השליטה במערערת. זו אף המסקנה ההגיונית יותר מבין שתי האפשרויות. מסקנתו של המשיב כאילו בנות משפחת עזריאלי יביעו דווקא את עמדתה של המערערת ולא את עמדתן האישית או את עמדת קבוצת עזריאלי או את עמדת AHI, היא בכל הכבוד, משונה (וראו עמ' 84, ש' 24 – 27 לפרוטוקול).

הדעת נותנת, כי אם בעלי התפקידים הכפולים ישקלו שיקולים זרים, הרי שאלו יהיו שיקולים אישיים שלהם, ולא שיקולים של העמותה, שמלבד פעילותה הפילנטרופית, לא מועילה לבעלי התפקידים הכפולים ולו במעט. השפעת עסקי קבוצת עזריאלי ו-AHI על חייהן של בנות המשפחה משמעותית עשרות מונים מהשפעתה של המערערת, ובמדרג השיקולים שיישקלו על ידן, העמותה תהיה מדורגת בסדר עדיפות נמוך יותר. זאת, כפי שניתן להיווכח מעדותה של הגב' דנה עזריאלי, ממנה עלה כי הסדר התרומות למערערת הופסק, משום שקבוצת עזריאלי הייתה מעוניינת להרחיב ולפתח את האחריות התאגידית שלה באופן עצמאי, על מנת להעלות את קרנה בפני משקיעים זרים (עמ' 45 לפרוטוקול). המערערת היא שיונקת את חיותה מקבוצת עזריאלי, ואם ישנו דירוג כלשהו בין חשיבות הגופים השונים, הרי שקבוצת עזריאלי היא זו שמכוונת את התנהלות המערערת, ולא להיפך.

48. **שנית**, לפי ההיגיון של המשיב, כל גוף שיש בו בעל תפקיד שמכהן גם בגוף אחר, הגוף האחר הוא למעשה בעל שליטה בו. יתרה מזו, משיטת המשיב עולה כי אף אין צורך כי

אותם גורמים יכהנו ממש בתפקידים השונים, ודי בכך שהם יתחשבו באינטרסים שלהם. ברור שאין הדבר כך, שאם כן, נמצאנו בעולם שבו כל גוף שניתן להתחשב באינטרסים שלו, מהווה בעל שליטה. כך למשל, אם נניח כי בנות משפחת עזריאלי הולכות באופן קבוע למסעדה מסוימת שאהובה עליהן, הרי לשיטת המשיב, גם אותה מסעדה היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי, שכן הן יכולות להתחשב באינטרסים שלה בקביעת מדיניות הקבוצה. ברי כי אין במעורבותם של חברי דירקטוריון בגופים נוספים, כדי להפוך את אותם גופים לבעלי שליטה.

49. לא בכדי, חל כרסום מסוים בעמדת המשיב בהקשר זה. בעוד שבסעיף 18 לצווי השומה (נספח 5 להודעה המפרשת את נימוקי הערעור) טען המשיב כי בעלי התפקידים הכפולים "**מביעים את עמדתה**" של המערערת, בסעיף 18 לנימוקי השומה הוא כבר טען כי הם "**משקפים אף את עמדתה**", ואילו בסיכומים, כל שנטען הוא כי המערערת היא חלק מהמארג הכולל של "קבוצת משפחת עזריאלי" ובאופן "טבעי" בעלי התפקידים הכפולים יביאו בחשבון כיצד עשויה ההחלטה להשפיע על המערערת.

50. אמת הדבר, ישנו חשש כי נושאי משרה יתחשבו גם באינטרסים חיצוניים ויכוונו את פעילות החברה בהתאם. עם זאת, הדבר אסור, ובמטרה להתמודד עם בעיה זו, נושא משרה אשר מכוון את התנהגות החברה על בסיס שיקולים זרים ושלא בהתאם לאינטרסים שלה, מועל בחובות המוטלות עליו והוא חשוף להליכים ייעודיים כנגדו במסגרת דיני החברות (וראו למשל סעיפים 252 ו-254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999). לפיכך, לא ניתן לצאת מתוך נקודת הנחה כי בעלי התפקידים הכפולים מכוונים את פעילות קבוצת עזריאלי בהתאם לאינטרס המערערת, שכן אז נמצאנו מפקפקים בכשרות כהונתם. ממילא, כאמור, מגוון האינטרסים בהם בעלי התפקידים הכפולים יכולים להתחשב איננו מתמצה באינטרסים של המערערת דווקא, והם רחבים בהרבה, לרבות אינטרסים אישיים, ואין הדבר הופך את כלל הגופים השונים לבעלי שליטה.

51. ככלל, המשיב התעלם ממושכלות יסוד, בדמות ההפרדה התאגידית ועקרון האישיות המשפטית הנפרדת, כאשר התייחס למערערת, לקבוצת עזריאלי, ל-AHI ולבנות משפחת עזריאלי כגורם אחד. ניתן להיווכח בשגגה שנפלה בעמדת המשיב, בסעיף 10 לסיכומיו, שם טוען המשיב כי המערערת שולטת בקבוצת עזריאלי, בין היתר, "**נוכח יכולתם של גורמים במערערת לכוון את פעילותה של קבוצת עזריאלי**". דא עקא, שנוכח הכלל הבסיסי של האישיות המשפטית הנפרדת, שליטה לא באה לידי ביטוי ביכולתם של **גורמים במערערת** לכוון את הפעילות, אלא היא באה לידי ביטוי ביכולתה של **המערערת עצמה**, באמצעות נציגים מטעמה, לכוון את הפעילות, וזאת, לא הוכח ולו במעט. הוא הדין ביחס לאמור בסעיף 58 לסיכומי המשיב, שם נטען בקשר להשפעת נציגי AHI על החלטות דירקטוריון קבוצת עזריאלי כי "**השפעה זו**

קיימת גם כאשר המדובר בנציגים של המערערת". ברם, בדירקטוריון קבוצת עזריאלי כלל לא מכהנים נציגים של המערערת, כי אם חברות דירקטוריון שמכהנות גם בוועד המנהל של המערערת, וההבדל ברור.

52. על זאת יש להוסיף, כי גם מבחינה מעשית לא הוכח כי המערערת מכוונת את פעילותה של קבוצת עזריאלי. דווקא ההיפך הוא הנכון. המערערת הדגימה כיצד התקבלה בקבוצת עזריאלי החלטה הנוגעת לה ישירות שיש בה כדי לפגוע בה – אי-חידושו של הסדר התרומות מקבוצת עזריאלי למערערת – ואילו מהצד השני, המשיב הודה כי הוא לא מצא ולו מסמך אחד ממנו עולה כי קבוצת עזריאלי שקלה את השיקולים של המערערת בהחלטותיה (עמ' 83, ש' 30 – עמ' 84, ש' 9 לפרוטוקול). בהקשר זה אציין, כי לא הענקתי משקל להחלטה לצמצום הדיבידנד בשנת 2020, שכן ההחלטה נוגדת לכאורה באופן שווה גם את עמדתה של AHI, בעלת השליטה בקבוצת עזריאלי, ולמרות זאת היא התקבלה.

53. גם עדי המערערת העידו כי אין ולא הייתה כל השפעה של המערערת על ההחלטות המתקבלות בדירקטוריון קבוצת עזריאלי, ועדותם לא נסתרה ולו במעט. ככלל, התרשמתי לטובה מעדויות עדי המערערת, ומצאתי אותן אמינות וקוהרנטיות.

54. זאת ועוד, טענתו האמורה של המשיב איננה נובעת מחתימת הסכם התרומה והעברת המניות דווקא. לכאורה, אף אם ההסכם לא היה נחתם, היה מקום לשיטתו של המשיב לראות את המערערת כבעלת השליטה בקבוצת עזריאלי, לאור כפל התפקידים. ואולם, מעולם לא עלתה כל טענה מצד גורם כלשהו לשליטה של המערערת בקבוצת עזריאלי עובר לחתימת הסכם התרומה, על אף שהמערערת הוקמה שנים רבות קודם לכן.

55. לאור כל האמור, אני סבורה כי אין בעצם קיומם של בעלי התפקידים הכפולים כדי להביא לכך שהמערערת תיחשב כשולטת בקבוצת עזריאלי, וכי יש להבחין בין שליטה של בנות משפחת עזריאלי בקבוצת עזריאלי ובין שליטה של המערערת בקבוצת עזריאלי.

<u>דיווחיה של קבוצת עזריאלי</u>

56. עוד טוען המשיב, כי קבוצת עזריאלי עצמה דיווחה כי המערערת היא בעלת שליטה בה. מנגד טוענת המערערת כי מדובר בעשיית סייג וקבלת חובות וולונטרית מעבר לנדרש ("שלייקס"), שנעשתה אך ורק ביחס לדיני החברות, וללא כל השפעה ביחס לדיני המס.

גם בסוגיה זו אני מקבלת את טענות המערערת.

57. דיווח המערערת, שהתקבל על דעת רשות ניירות ערך, הוא כדלקמן (דיווח מיום 13.1.2015, נספח 2 לתצהיר עו"ד קמיר):

> "**בעקבות קבלת מניות התרומה הפכה הקרן** [המערערת] **לבעלת עניין בחברה** [קבוצת עזריאלי], **כהגדרת מונח זה ב**חוק ניירות ערך, **תשכ"ח-1968** ("**חוק ניירות ערך**"), **ובעקבות הוראות הסכם התרומה עזריאלי החזקות** [AHI] **והקרן נחשבים ל'מחזיקים יחד', כהגדרת מונח זה בחוק ניירות ערך;**
> **לעניין חובות החלות או המתייחסות על פי** חוק החברות **לבעלי שליטה בחברה, החברה תתייחס לקרן כאילו היא בעלת שליטה בחברה, יחד עם עזריאלי החזקות, וזאת אף אם הדבר אינו מתחייב בהתאם להוראות הדין וכל עוד לא ניתנה הודעה אחרת על ידי החברה, בדיווח מיידי**".

58. כפי שניתן להיווכח כבר על פני הדברים, קבוצת עזריאלי לא דיווחה כי המערערת היא בעלת שליטה בה, אלא היא דיווחה כי היא תתייחס אליה "**כאילו**" היא בעלת שליטה בה, ורק "**לעניין חובות החלות או המתייחסות על פי** חוק החברות **לבעלי שליטה בחברה**". כלומר, המערערת הייתה מוכנה להחמיר ולקבל על עצמה סייגים מעבר לנדרש, בכל הנוגע לחובות על פי חוק החברות. גם העד מטעם המשיב, עו"ד אמיר הלמר, חזר והדגיש כי הדיווח וההתנהלות בין הצדדים נעשתה אך ורק בנוגע לדיני החברות, ללא השלכה על דינים אחרים, לרבות דיני המס (וראו למשל, סעיפים 2, 9 ו-12 לתצהיר עו"ד הלמר וכן עמ' 62, ש' 32 – עמ' 63, ש' 16 לפרוטוקול).

59. אכן, החמרה זו הגיונה בצידה, אך אין בקבלת החובות הנוספות על פי חוק החברות כדי ללמד כי, גם לצורך דיני המס, המערערת תיחשב כבעלת שליטה. זאת, בראש ובראשונה לאור התכליות השונות העומדות בבסיס דיני המס ודיני החברות.

60. סעיף 9(2)(א) לפקודה קובע, בין היתר, כי פטורים ממס "**הכנסתם של רשות מקומית, מפעל הפיס ומוסד ציבורי, במידה שלא הושגה מעסק שהם עוסקים בו, או מדיבידנד או מריבית או מהפרשי הצמדה ששולמו על ידי חבר-בני-אדם שבשליטתם העוסק בעסק...**".

מקובל כי תכלית ההחרגה של הכנסה מעסק שבשליטת המוסד הציבורי היא מניעת יתרון בלתי הוגן למוסד הציבורי על פני עסק "רגיל". בעוד שעסק סטנדרטי משלם מס על הכנסותיו, כך שאמצעיו מוגבלים במידה מסוימת, המוסד הציבורי יכול לכאורה להשתמש במלוא הכנסותיו לשם שיפור העסק, באופן שפוגע בתחרות בין הגופים (וראו למשל ע"א 8817/04 **עירית רמת גן נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב**, [פורסם בנבו] פס' 11 (8.3.2006)).

61. מנגד, התכלית שניצבת בבסיס ההוראות הנוגעות לחברות ציבוריות בכלל, ולחובות בעלי שליטה בפרט, לרבות הדיווחים הרלוונטיים לענייננו, היא הגנה על המשקיעים מפני כוחם העודף של נושאי המשרה ובעלי השליטה, שעלולים לנהוג בכספי המשקיעים בהתאם לאינטרסים הפרטיים שלהם ("בעיית הנציג", וראו למשל, דברי ההסבר ל"עקרונות יסוד בהצעת החוק" ולסימן ב': "האישיות המשפטית", בהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2, 6 ו-13 וכן סעיף 12 לתצהיר עו"ד הלמר מטעם המשיב).

62. בשים לב לתכליות האמורות, ניתן להבין אפוא מדוע קבוצת עזריאלי דיווחה כי המערערת תיחשב בעלת שליטה לצורך דיני החברות וניירות ערך, לרבות לצרכי עסקאות בעלי עניין וסיווג המניות בהצבעות בהן הדבר רלוונטי, ומדוע אין בהסכמה זו כדי להוות ראיה כי המערערת היא בעלת שליטה לצורך דיני המס. בעוד שהמערערת מעוניינת לעמוד בשורה הראשונה בכל הנוגע לממשל התאגידי שלה ולהגנה על ציבור המשקיעים, כך שלא יעלה אפילו צל צלו של חשש לפגיעה בבעלי המניות; בכל הנוגע לדיני המס, אין כל צורך כזה, ואין שום יתרון לקבוצת עזריאלי לנהוג לפנים משורת הדין.

בכלל, התרשמתי שקבוצת עזריאלי והגופים הקשורים אליה זהירים מאוד בכל הנוגע לחובות החלות עליהם, ואני סבורה כי הדיווח נעשה מתוקף כך.

63. מנגד, כאמור, תכלית סעיף 9(2) לפקודה היא מניעת יתרון עסקי בלתי הוגן לגורם שפטור מתשלום מס מול גורם שחייב בו. תכלית זו כלל איננה מתקיימת בענייננו. אין בעובדת היותה של המערערת פטורה מתשלום מס כדי לקדם את עסקיה של קבוצת עזריאלי כלל, והמשיב אף לא ההין לטעון כך.

64. המשיב עצמו טוען בסעיפים 23 ו-26 לסיכומיו כי משמעותו של מושג השליטה משתנה בהתאם להקשר ולנסיבות, וכי יש לפרש אותו בהתאם לתכלית החקיקה. בענייננו, לאור התכליות השונות מהותית בין דיני המס לדיני החברות, לא ניתן להשליך מדיווח על שליטה לצורך הגנה על משקיעים, לשליטה שעניינה יתרון עסקי בלתי הוגן.

65. מעדויותיהם של עו"ד אמיר הלמר מטעם המשיב ושל עו"ד מיכל קמיר מטעם המערערת, עולה אותה התמונה, לפיה חילופי הדברים בין הצדדים נעשו אך ורק בראי דיני החברות וניירות הערך, וכי המערערת דיווחה "כאילו" היא בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי, בצל החשש שעלה מצד רשות ניירות ערך מפני פגיעה בציבור המשקיעים (עמ' 63, ש' 3 – 11 לפרוטוקול). משעה שחשש זה אינו מתקיים בענייננו, אין כל צורך להחמיר עם המערערת ולקבוע כי היא בעלת שליטה גם בנוגע לדיני המס, בייחוד

כאשר אין מחלוקת כי המערערת איננה שולטת בקבוצת עזריאלי באופן שעולה כדי יתרון עסקי בלתי הוגן.

66. כאשר מדובר בהגנה על ציבור המשקיעים, ראוי לשבח את דרך הילוכה של קבוצת עזריאלי, שמעוניינת למנוע כל לזות שפתיים בקשר לכשרות פעולותיה ומניעיה. לצד זאת, מלבד החובה לבצע פעולות פרוצדורליות ובירוקרטיות נוספות המגבירות את השקיפות ואת יכולת קבלת ההחלטות של המיעוט, דוגמת האישור המשולש וכדומה, לא נגרמת לקבוצת עזריאלי כל פגיעה משמעותית מההחמרה שלקחה על עצמה. מנגד, בכל הנוגע לדיני המס, אין כל טעם לקבוצת עזריאלי לקבל עליה החמרות שלא לצורך, וכל החמרה שתיקח על עצמה קבוצת עזריאלי, תהווה פגיעה משמעותית בה, ובעניינו גם במערערת, ואין להורות על כך אלא בהתאם לדין, ולא בהתבסס על דיווחים עצמיים.

67. קבלת טענת המשיב, תגרום למעשה לכך שגופים יחששו לקבל על עצמם חובות נוספות לפנים משורת הדין ולשם הזהירות, מחשש שמעשה "חיובי" זה, יתפרש וישמש כנגדם. ראוי לעודד גופים לנהל ממשל תאגידי שנזהר בחובותיו כלפי בעלי מניותיו, מבלי שהדבר יהיה להם לרועץ בהקשרים אחרים.

68. יצוין, כי גם אין במתווה שנבחר כדי להביא ליתרון מיסויי, לא למערערת ולא לקבוצת עזריאלי. כך, במקרה שבו קבוצת עזריאלי הייתה מחליטה להמשיך לתרום באופן קבוע למערערת, כפי שעשתה במסגרת הסדר התרומות, עדיין הייתה המערערת פטורה מתשלום מס על התרומה (יצוין כי המשיב מעולם לא טען כי הכנסת המערערת על פי הסדר התרומות הושגה מעסק בשליטתה וראו סעיף 54 לעיל). הסכם התרומה שואף מבחינה מהותית להגיע לתוצאה זהה תוך שמירת עצמאותה של המערערת בקבלת התרומה ולאורך זמן.

69. נוכח המקובץ לעיל, אני סבורה כי המערערת איננה נחשבת בעלת שליטה בקבוצת עזריאלי לצורך סעיף 9(2) לפקודה.

כאמור, מלכתחילה טענה זו של המשיב נשמעה תמוהה על פניה, וחבל כי הצדדים, לרבות בית המשפט, נדרשו לנהל הליך זה עד תומו. עמידתו של המשיב על הליך חסר בסיס זה, גם הביאה אותו לכדי טעויות ואי-דיוקים רבים בניסיון לבסס את עמדתו, דוגמת האמור בסעיף 12 לתצהיר סגאוקר, שכלל אינו מתייחס למערערת (וראו עמ' 67 – 71 לפרוטוקול); צירופו של נספח 15 לתצהיר סגאוקר, שגם הוא איננו עוסק במערערת (עמ' 72 – 75 לפרוטוקול); השיבוש שחל בנספח 21 וההתייחסות אליו בסעיף 16 לתצהיר סגאוקר (עמ' 78 – 80 לפרוטוקול); והסתירה בין האמור בסעיף 18 להודעה המפרשת את נימוקי השומה לבין תצהיר סגאוקר (עמ' 80 – 83 לפרוטוקול).

ברם, אף לאחר שהמשיב הועמד על כלל טעויותיו באותם מקרים, הוא התעקש שלא להסיק את המסקנה המתבקשת, באופן שהשליך על כלל התנהלותו בהליך.

בשולי הדברים אציין, כי לא מצאתי כי יש ב-עע"מ 50189-02-17 **קרן בוקסנבאום נטע בע"מ (חל"צ) נ' פקיד שומה ירושלים 3** [פורסם בנבו] (29.2.2020) כדי לשנות ממסקנתי. נסיבות אותו מקרה היו שונות, ובעיקרן העובדה כי באותה פרשה חלה חזקת השליטה הכמותית, בשונה מעניינו. ממילא, אין באותו מקרה כדי לכבול את דעתי ביחס לקביעת השליטה המהותית, אשר נקבעת בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה.

70. **סיכומם של דברים, הערעור מתקבל במלואו**.

המשיב יישא בהוצאות המערערת בסך של 70,000 ש"ח, כאשר בשיעור זה הבאתי בחשבון גם את התנהלות המשיב בהליך, לרבות המחדל שבאי-התייצבותו לדיון הראשון, חקירת עדים באריכות שלא לצורך, התעקשותו על ניהול ההליך למרות שיקוף הסיכויים על ידי בית המשפט והגשת הסיכומים באיחור באופן ששיבש את עבודת בית המשפט.

כפי שחזרתי והצגתי לא אחת בפני המשיב, עסקינן בתיק שלו אדנים רעועים, וטוב היה לו שעה לאמירותיי באופן שהיה נמנע מניהול ההליך, שנוהל על חשבון הליכים אחרים הראויים להתברר.

ניתן היום, ג' תשרי תשפ"ב, 09 ספטמבר 2021, בהעדר הצדדים.

ירדנה סרוסי 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן