

12.4.6 טבלה מסכמת

להלן טבלה המסכמת את שיעורי המס שיחולו על בעל יחידה בקרן נאמנות אחרי תיקון 187 לפקודה (השיעורים מתייחסים לרווח ממכירת/פדיון היחידה ולהכנסות מחלוקת רווחים):

מחזיק היחידה	קרן נאמנות חייבת	קרן נאמנות מעורבת	קרן נאמנות פטורה
יחיד	פטור	בוטל	25% ⁽¹⁾⁽²⁾
חברה	רווח הון - מס חברות חלוקת רווחים - מס חברות		רווח הון - מס חברות ⁽³⁾ חלוקת רווחים - מס חברות ⁽³⁾

- (1) בכפוף לכך שאינו "בעל מניות מהותי".
 (2) אם לא תבע ניכוי הוצאות ריבית והפרשי הצמדה בשל היחידה.
 (3) שיעור מס החברות נכון לשנת המס 2016 הינו 25%.

12.5 רווחים ראויים לחלוקה - סעיף 94 לפקודה

א. הגדרת רווחים ראויים לחלוקה

סעיף 94 לפקודה קובע כי במכירת מניה, יוקטן סכום רווח ההון הריאלי הנובע מהמכירה, בסכום השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה שבחברה שמניותיה נמכרות, כחלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה.

טרם תיקון 147 לפקודה (ולאחר הרפורמה) הוגדרו "רווחים ראויים לחלוקה" (להלן: "רר"ל") כ- "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק - עד ליום התחלת הפירוק, ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכול לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי העניין לרבות רווחים שהווננו;

אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53 לא חוק עידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53 לחוק האמור, או רווחים כאמור באגודה שיתופית באותן שנים שבהן חלו בחישוב הכנסתה סעיפים 56, 57, 61 ו-62 ואותם רווחים נכללו ביתרת המחיר המקורי, לא יהיו בגדר רווחים הראויים לחלוקה, וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוּזו, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו".

תיקון 147 שינה את הגדרת רווחים ראויים לחלוקה ונקבע כי לעניין פירוק המועד ייחשב כמועד - "עד ליום סיום הליכי הפירוק" מכאן שלעניין פירוק, מועד צבירת הר"ל, הורחב בעטיו של תיקון 147 לפקודה.

ב. שיעור המס החל על הר"ל

על סכום הר"ל כפי שחושב לעיל יחולו, חלף שיעורי המס החלים על הרווח הריאלי, שיעורי המס הבאים:

1. רר"ל שנצמח החל מיום 1 בינואר 2003

שיעור המס שיוטל על הר"ל יהא אותו שיעור המס שהיה מוטל על המוכר אילו הר"ל חולקו לו כדיבידנד בסמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב (למשל, 25%/30% בידי יחיד) או 126ב לפקודה (למשל, 0% בגין דיבידנד שמקורו ברווחים שהופקו בישראל, המתקבל בידי חברה החבה במס חברות), לפי העניין. יודגש כי בשונה מחישוב החבות במס בגין מכירת ניירות ערך שאינם נסחרים בבורסה לאחר תיקון 187, כלומר חלוקה לינארית של רווח ההון לתקופה שעד ליום 31.12.2011, הרי ששיעור המס שיחול על הרווחים הראויים לחלוקה בגין התקופה עד ליום 31.12.2011 (והחל מיום 1 בינואר 2003) יהיה 25% או 30% כתלות בזוהות המוכר.

2. ר"ל שנצמח עד ליום 31 בדצמבר 2002

רווחים ראויים לחלוקה שנצטברו עד ליום 1 בינואר 2003 (קרי, הסכום שהיה נחשב כר"ל אילו נמכרה המניה במועד האמור בהפחתת סכום ההכנסה מדיבידנד שחויבה בשיעור מס מופחת של 12% על פי הוראת השעה שבסעיף 125ב לפקודה (ראה סעיף ט' להלן)), בכפוף לקיום ר"ל, יתחייבו במס בשיעור של 10%.

3. חישוב רווחים ראויים לחלוקה בהתקיים הפסדים – פס"ד צילומעתיק

בע"מ 15918-09-09 צילומעתיק החזקות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה חיפה נדונת סוגיית חישוב רווחים ראויים לחלוקה בהתקיים הפסדים. חברת צילומעתיק בע"מ, הינה חברה תושבת ישראל, שעיסוקה במסחר מדפסות, מיכון משרדי, מכונות צילום ומכשירי פקסימיליה (להלן: "החברה"). ביום 5 ביוני 2007 התקשרו כל בעלי מניותיה של החברה (להלן: "המעוררים") בעסקה למכירת מניותיהם בחברה לחברת ד.ר.מ החזקות 3000 בע"מ (להלן: "הקונה"), תמורת 10,369,000 ש"ח. נכון ליום 1.1.2003, היו צבורים בחברה רווחים ראויים לחלוקה בסך של 11,675,592 ש"ח אותם ייחסו המערערים לכל אחד מהם על פי חלקו היחסי בחברה, ועל כן חישוב את המס המתחייב בגין תמורת המכירה על פי שיעור מס של 10%. יצוין כי נכון תקופה שבין 1.1.2003 ועד ליום 31.12.2006 נצטברו בחברה הפסדים בסך של 11,514,990 ש"ח. לפיכך, טען פקיד השומה כי סך הרווחים הראויים לחלוקה לאחר הפחתת הפסדים לצרכי מס הינם בסך של 158,046 ש"ח. בית המשפט המחוזי קבע כי "חישוב הרווחים הראויים לחלוקה צריך להיעשות ביחס לכל תקופת ההטבות מיום 1.1.1996 ועד תום שנת המס שלפני שנת המכירה (בעניינו 31.12.2006). אם בתקופה זו היו שנים בהן לחברה הפסדים מתואמים לצרכי מס, אין להתעלם מהם. אם החברה חילקה דיבידנדים מרווחים אלו, אסור להתעלם מחלוקה זו. רק לאחר שסיימנו את חישוב סך הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה, ניתן לעבור לשלב השני של קביעת שיעור המס שיחול על רווחים אלו. בשלב זה של קביעת שיעור המס, עלינו לפעול על פי הוראות סעיף 94ב(א), כאשר לכל תקופת הטבה יקבע שיעור מס מתאים".

הביטוי שבסיפא לסעיף 94ב(א) (2) "הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע" לא נועד לשנות את החישוב האמור, כלומר להגדיל את הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בכל התקופה. כל שנאמר הנו כי מתוך הרווחים הראויים לחלוקה שחושבו על פני כל תקופות ההטבה, ייחנה משיעור המס של 10% החלק שהיה נחשב כרווח ראוי לחלוקה במועד הקובע. אם חלק זה עולה על סך הרווחים הראויים לחלוקה במועד המכירה (או מדויק יותר, בתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה), תחול ההטבה רק עד סכום הרווחים הראויים לחלוקה שחושבו בשלב הראשון על פי מגבלות ההגדרה. לא ניתן להפוך את הוראות סעיף 94ב(א) (2) כבסיס למתן הטבת מס לרווחים שנצברו בתקופה הקודמת, כלומר לפני 1.1.1996.

על החלטת בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון אשר פרסם את החלטתו ביום 21 בינואר 2016 (ע"א 181/14, ע"א 227/14). בית המשפט העליון דחה את החלטת בית המשפט המחוזי.

הערעור כלל את הסוגיה באם החלק בתיקון 132 לפקודה, העוסק בניכוי "הפסד שלא קוזז" לפי סעיף 94ב(ב) (1) חל רטרואקטיבית.

כבוד השופט י' דנציגר ענה על שאלה זו בשלילה תוך שהוא קובע, בין היתר, אמירות חשובות ביותר לגבי חזקת התכלית הקובעת אי רטרואקטיביות של הוראת חיקוק המטילה מס. יצוין כי בהתאם לדבריו של כבוד השופט י' דנציגר, האפשרות לניכוי הפסד שטרם קוזז נוספה רק לאחר תיקון 132 ועל כן אין כל סיבה לכך שהפסד זה יקטין את הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע. בנוסף לכך, ראה לנכון להבהיר כי מצב הדברים שונה כאשר מדובר בניכוי דיבידנד שחולק. לפני כניסתו לתוקף של תיקון 132 היה ניתן לעשות כד לטענתו וממילא אין מדובר בתחולה רטרואקטיבית של התיקון האמור.

בהתאם לאמור בדבריו של השופט התייתר הדיון באם ניכוי הפסד האמור, הינו בשיטת ליפו או פיפו וכי בהעדר הוראה מפורשת לכך, יש לבחור בכלל המחדל החוקתי ולאמץ את השיטה המטיבה עם הנישום.

לדעתו של השופט דנציגר, אילו סוגיה זו הייתה עומדת בפני עצמה מההתחלה בפני בית המשפט העליון, היה ממליץ לדחות את הערעורים, אך במקרה האמור ובהתאם לנסיבות הנדונות, השופט קיבל את הערעור.

ג. ר"ל במכירת מניות של חברה שהכנסותיה הינן בעלות שיעורי מס מוטבים מכח הוראות החוק לעידוד השקעות הון התשי"ט-1959

כאמור, הוראות סעיף 94 לפקודה כנוסחן לאחר תיקון 132 קובעות כי שיעור המס שיחול על הרווחים הראויים לחלוקה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד בסמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126ב לפקודה.

בחוזר מס הכנסה 23/02 הובהר לעניין זה כי מאחר וקביעת שיעורי המס המופחתים החלים על דיבידנד המחולק בידי מפעל מאושר, אינם מכח הוראות סעיפים 125ב או 126 לפקודה, שיעור המס שיחול על חלק הר"ל במכירת חברה שחל עליה החוק לעידוד השקעות הון התשי"ט-1959 (להלן: "החוק לעידוד"), יוותר שיעורי המס כמפורט בסעיף ב'1 לעיל (דהיינו, חברה 0% ויחיד 25%/30% החל משנת 2012).

על אף האמור, על פי **חוזר מס הכנסה מס' 3/2012** (שפורסם בעקבות תיקון 68 לחוק לעידוד), שיעור המס שיוטל על הר"ל במכירת מניותיה של חברה, שחלו עליה הוראות החוק לעידוד יהא כמפורט להלן-

▪ **במידה והמוכר הינו חבר-בני-אדם**- קביעת שיעור המס ייקבע בהתאם להוראות החוק לעידוד, קרי 15% ביישום הוראות החוק לעידוד עובר לתיקון 68 ו-0% על פי נוסח החוק לעידוד בהתאם לתיקון 68 לחוק לעידוד.

▪ **במידה והמוכר הינו יחיד**- קביעת שיעור המס ייקבע בהתאם להוראות סעיף 125ב לפקודה (25% או 30%, החל משנת 2012, כתלות זהות בעל המניות).

יצויין כי האמור הינו פרשנות של רשות המיסים לסעיף 94ב(א)(1) לפקודה. עוד נבקש לציין בהקשר זה כי בהתאם לתיקון 197 לפקודת מס הכנסה שונה שיעור המס בגין דיבידנדים המחולקים מאת מפעלים שונים אשר הוראות החוק לעידוד חלים עליהם לכדי שיעור של 20%, וזאת החל מיום 1 בינואר 2014. להרחבה בהקשר זה ראה פרק 18 למדריך מס זה.

ד. תחולת ר"ל – סוגי מניות

עד לתיקון 147 לפקודה, נקבע כי הוראות הסעיף יחולו רק במכירת מניה של חברה, אשר מניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה או במכירת מניה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה על ידי מוכר שהוראות פרק ב' לחוק התיאומים או הוראות התקנות הדולריות אינן חלות בקביעת הכנסתו ושיעור המס החל על רווח הון במכירתה הוא 25% או יותר. בתיקון 147 לפקודה נקבע כי הוראות הסעיף יחולו:

1. במכירת מניה של חברה אשר מניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע (1 בינואר 2003);
2. במכירת מניה של חברה אשר מניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה על ידי חבר-בני-אדם;
3. במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה על ידי חבר בני אדם ובלבד שחבר-בני-אדם היה "בעל מניות מהותי" בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למכירה. הוראות הסעיף יחולו רק ביחס לרווחים ראויים לחלוקה שנצברו החל מ-1 בינואר 2006.
4. במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה על ידי יחיד בלבד שהיחיד היה "בעל מניות מהותי" בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למכירה ובלבד כי המניות נרכשו על ידי היחיד לפני 1.1.2003. הוראות הסעיף יחולו רק ביחס לרווחים ראויים לחלוקה שנצברו החל מ-1 בינואר 2006. לעניין הגדרת "בעל מניות מהותי", ראה סעיף 12.1 לעיל.

ה. הוראות שונות

1. בחישוב הר"ל לא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה שנצברו לפני יום 1 בינואר 1996.
2. הפסדים שנוצרו בחברה שמניותיה נמכרות ואשר לא קוזזו בתקופה שבה חושב הר"ל ינוכו בחישוב הר"ל. קביעה זו יוצרת הקבלה בין החלופה החשבונאית וחלופת המס במישור הפחתת הפסדים שטרם קוזזו.
3. במכירת מניות באגודה שיתופית לא יובאו בחשבון בחישוב סכום הר"ל, רווחים באגודה השיתופית, באותן השנים שבהן חלו בחישוב הכנסתה סעיפים 56, 57, 61 ו-62 לפקודה, ואותם רווחים נכללו בתמורה בגין מכירת המניה. הסכום שיופחת מהר"ל כאמור, יופחת אף מהתמורה, הן לגבי המוכר והן לגבי הקונה.
4. בחוזר מס הכנסה הובהר כי חישוב הר"ל יהיה לאחר השפעת חוק התיאומים.
5. הגדלת חלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה בתוך שנתיים שלפני המכירה לא תובא בחשבון.
6. לצורך קבלת ההטבה האמורה נדרש המוכר להמציא לפקיד השומה חישוב המראה את הרווחים הראויים לחלוקה כאמור.
7. כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון בע"א 10800/06 אמנון סלמן נגד פקיד שומה טבריה דיבידנד אשר הוכרז בחברה לא ייחשב כחלק מהר"ל החל מיום האקס. לדידו של בית המשפט בעניין זה, מהותו של המושג רווחים ראויים לחלוקה מוביל לתוצאה על פיה דיבידנד

שהוכרז לא יימנה על הרר"ל של החברה לעניין סעיף 94 לפקודה (החל מיום האקס), שבו התגבשה זכאותם של בעלי המניות לקבלת הדיבידנד וזאת בין בחלופת החישוב ה"חשבונאית", ובין בחלופת החישוב ה"מיסויית".

בהקשר זה מן הראוי להזכיר אף פסק דין שפורסם על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב ביום 21 במרץ 2013 בעניין ע"מ 1130-07 תהודה השקעות וניהול בע"מ נגד פקיד שומה גוש דן, ואשר במסגרתו נקבע על ידי כבוד השופט מגן אלטוביה כי עת חישובם של הרר"לים יש אף לנכות דיבידנדים אשר חולקו בשנת המכירה ככל שמקורם ברווחים משנים קודמות.

1. רווח חשבונאי נומינלי או מתואם

סעיף 94 לפקודה מגדיר כיצד יחושבו הרווחים הראויים לחלוקה. יחד עם זאת, לא נקבעה הגדרה למונח "המאזן של החברה" ועל כן לא ברור האם מדובר במאזן נומינלי או במאזן מתואם לצורך חישוב רווח לחלוקה חשבונאי. אשר על כן, מומלץ במקרה הצורך לבחון שימוש במאזן אשר יביא לרווחים הגבוהים ביותר.

בהקשר זה יצוין, כי שימוש ברווחים מתואמים הינו בעל הגיון כלכלי, זאת לאור העובדה שהדוחות לצורך מס הינם דוחות מותאמים לאינפלציה (בתקופת החלתו של חוק התיאומים) ובהתחשב בכך שיש לבחור בנמוך מבין הרווח החשבונאי לרווח לצורכי מס.

2. רווחי אקוויטי

ככלל במכירת מניות של חברת אם (חברת השקעות או החזקות) שיש לה רווחי אקוויטי מחברת בת עשוי המוכר להימצא במצב נחות, שכן רווחי האקוויטי אינם נחשבים כהכנסה חייבת לצורך מס. במקרה בו כל הרווחים בחברת האם מהווים רווחי אקוויטי, עשוי הרווח הריאלי, לצורך מס, בעת מכירת המניה להיות גבוה במיוחד כיוון שאין לחברת האם רווחים הראויים לחלוקה לפי הגדרתם בסעיף 94 לפקודה. במילים אחרות, אין להחשיב כרר"ל רווחים שהמס בגינם כבר שולם על ידי חברת הבת. ברם, נציין כי יש הטוענים שראוי להכליל את רווחי האקוויטי כחלק מהרווחים הראויים לחלוקה אף לעניין מס הכנסה (חלק מההכנסה החייבת) (לעניין זה ראה ע"מ 906/07 ד"ר עלי ברנע נגד פקיד שומה חיפה).

גישה כאמור אשר רווחה במחוזותינו עד לא מזמן הביא לכדי סיטואציות שבהן בכדי לנצל את ההקלות לפי סעיף 94 לפקודה, בוצעה חלוקת דיבידנד מחברת הבת לחברת האם בשנת המס שלפני שנת המכירה (בהמקרים בהם היה קיים צפי למכירת המניות בשנה העוקבת). העברת הדיבידנד כאמור יצרה רווחים ראויים לחלוקה אצל חברת האם ובעת מכירת המניות והפכה את הרווח האמור לרר"ל, החייב במס בשיעור של 0% או 25%/30%, לפי העניין.

בעניין זה נדגיש כי עם החלת הרפורמה בוטלה מגבלת 7 השנים לעניין חישוב הרר"ל והחל משנת המס 2003 יובאו בחשבון רווחים שנצברו החל ביום 1 בינואר 1996 ואילך.

בהתאם לכך יצא פסק דין מהפכני בנושא בבית המשפט המחוזי בתל-אביב - ע"מ 29069-06-12 אורן ז'ורבין נגד פקיד שומה למפעלים גדולים אשר ככלל דן בהוראת השעה של משיכת רר"ל בשיעור מס מופחת של 12% (ראה סעיף י' להלן), העלה לדיון מול כבוד השופט מגן אלטוביה מחלוקת עיקרית אשר נתגלעה בין הצדדים והיא האם יש לכלול בחישוב הרר"ל את רווחי האקוויטי של חברת דחף מפעלי ארגון פרסום והפצה בע"מ (להלן: "חברת דחף").

במסגרת פסק הדין קבע כבוד השופט מ' אלטוביה כי להוראות סעיף 94 לפקודה קיימת תכלית כפולה: מחד מניעת מצב שבו במכירת מניות חברה יוטל מס על רווחי החברה שכבר מוסו בעבר ומאידך מניעת הטיה בלתי רצויה אצל בעל המניות ביחס להחלטה האם לחלק את רווחי החברה כדיבידנד טרם מכירת המניות. תוך בחינת פרשנות לשון החוק בדבר "רווחים שנתחייבו במס" כאמור בחלופה המיסוית נקבע על ידי בית המשפט כי רווחים כאמור כוללים את הרווחים שנכללו בדו"חותיה של חברת דחף, כל עוד רווחים אלו התחייבו במס סופי וזאת אף אם מס כאמור שולם על ידי אחר. במקרה הנידון היות וחלוקתם של אותם רווחים מאת חברה מוחזקת לידי חברת דחף אינה צפויה ליצור חבות נוספת במס, הרי שבחירה בפרשנות על פיה ניתן להכליל את רווחי האקוויטי עת חישוב הרר"ל הייתה קיימת עמידה בתכלית של סעיף 94 לפקודה ומשכך נכלול רווחי אקוויטי כאמור עת חישובם של הרר"ל וזאת כאמור אף לעניין החלופה המיסוית.

פקיד השומה למפעלים גדולים ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון ובפסיקת בית המשפט העליון (ע"א 7566/13) נדחה הערעור וחודדו מסקנות פסק הדין במחוזי בנושא מפי כבוד השופט א' שהם, אשר בו ציין כי אכן יש לכלול במסגרת חישוב הרווחים הראויים לחלוקה את רווחי האקוויטי ואף הוכח כי רווחי האקוויטי מהווים רווחים שנתחייבו במס מתוקף כך כי רווחי אקוויטי עונים לפרשנות למונח "רווחים שנתחייבו במס" לפי הפקודה, בכך שעסקינן ברווחים שנכללו בדוחותיה של החברה, נתחייבו במס סופי שניתן היה לחייבם (אף אם חיוב זה נעשה אצל אחר) וכן פעולה זו עונה לתכלית הכלכלית למניעת תכנוני מס אסורים.

3. חישוב רר"ל על מניות שהוחזקו על ידי המוכר טרם רישומן למסחר בבורסה

ככלל, בהתאם לתיקון 147 לפקודה, ניתן להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה ביחס לרווחים ראויים לחלוקה שנצברו החל מ- 1 בינואר 2006 במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה ובלבד שמוכר המניה היה "בעל מניות מהותי" בחברה שמניותיה נמכרות, במועד המכירה או ביום כלשהו ב- 12 החודשים שקדמו למכירה.

עם זאת, על פי הוראות סעיף 101(ה) לפקודה, הוראות סעיף 94 לפקודה יחולו אף במכירת מניות נסחרות אשר נרכשו טרם רישומן למסחר בבורסה (מניות עליהן חלו הוראות סעיף 101 לפקודה), כמפורט להלן:

1. במידה והמוכר ביקש שלא לראות ברישום כ"מכירה" ולא חזר בו מבקשתו במועד מכירת המניות בפועל, הרי שבעת המכירה יהא זכאי לחישוב ר"ל עד לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה.

2. במידה והמוכר ביקש לראות ברישום כ"מכירה", יהא זכאי לחישוב של ר"ל עד לתום שנת המס שקדמה לשנת הרישום.

בהתאם להוראת השעה, כאמור בסעיף 12.5ט' להלן, ניתן לחלק דיבידנד, שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד ליום 31 בדצמבר 2002, בשיעור מס מופחת, בין היתר, במידה ומקבל הדיבידנד זכאי להחיל על רווחיו את הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה. אולם, ביחס לבעל מניות, אשר רכש את מניותיו טרם רישומן למסחר בבורסה וביקש שלא לראות ברישום כ"מכירה", נוצר הקושי לצפות במועד חלוקת הדיבידנד המוטב האם יחזור בו מבקשתו במועד מכירת המניות בפועל שלא לראות ברישום כ"מכירה", שכן במידה ויחזור בו, הרי שאינו זכאי לשיעור המס המוטב בגין רווחים כאמור.

עניין זה נדון עם המחלקה המקצועית ברשות המסים, ולאחריו נקבע במסגרת החלטת מיסוי כי בעל המניות יהא זכאי להחלת הוראות סעיף 94 לפקודה במועד חלוקת הדיבידנד המוטב (ביחס לר"ל שנצברו עד ליום 31 בדצמבר 2002 ובמידה והעניין רלוונטי) אף ביחס למניות נסחרות אשר נרכשו טרם רישומן למסחר בבורסה ובלבד שיצהיר כבר במועד חלוקת הדיבידנד כי במועד מכירת המניות בפועל לא יחזור בו מבקשתו שלא לראות ברישום כ"מכירה".

לעניין זה נציין את פסק הדין ע"א 3266/08 אמנון סדן ובנימין הניגאל נגד פקיד שומה תל-אביב 1, שניתן ביום 1 ביוני 2011 מפי כבוד השופט נ' הנדל. פסק הדין דן בשאלת הצורך ביישום הוראות סעיף 94 לפקודה לעניין הר"ל במקרים בהם המדובר במימושה של מניה העונה להגדרת נייר ערך זר כהגדרתו בצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992 (להלן: "צו הקביעה"). מר סדן ומר הניגאל (להלן: "המעוררים") היו בעלי מניות בחברת לנט תקשורת מחשבים בע"מ (להלן: "לנט"), חברה ישראלית, טרם רישומה למסחר של לנט בבורסה בניו יורק, וטרם מיזוגה של לנט עם חברה זרה. במסגרת עסקת המיזוג קיבלו המעוררים מניות של החברה הזרה בתמורה להעברת מניותיהם בלנט (להלן: "המניות הזרות").

עובר לביצוע העברה כאמור פנו המעוררים לנציבות מס הכנסה בבקשה לקבל אישור מקדים לגבי היבטי המיסוי הכרוכים בביצוע העברה האמורה. לאחר תקופה מסוימת של התכתבויות וחילופי דברים קיבלו המעוררים ביום 15.11.1995 אישור מקדים אשר קבע כי יראו את אירוע המס כחל במועד מכירתן של המניות הזרות.

עם מכירתן של המניות הזרות דגלו המעוררים בעמדה על פיה הם זכאים ליהנות משיעורי המס המופחתים הנקובים במסגרת הוראות סעיף 94 לפקודה (0%/10%) בגין חלקם בר"ל של לנט עד למיזוגה עם החברה הזרה. מאידך, עמדת פקיד השומה תל-אביב 1 (להלן: "המשיב") הייתה כי לאור עמידה בהגדרת "נייר ערך זר" כהגדרתו בצו האמור הרי שיש להחיל על מכירתן של המניות הזרות את הוראות צו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב-1992 (להלן: "הצו") ובהתאם לחייב את הנישומים בגין רווח ההון הנצמח מן המכירה בשיעור של 35% (ואילו בגין החלק האינפלציוני לתת פטור מלא).

עמדתו של בית המשפט העליון בפלוגתא כאמור, אשר נקבעה פה אחד הינה כי לשון הוראות הצו הקובעות שיעור מס של 35% על רווח ההון הצומח ממכירתן של מניות זרות חלות "אל אף האמור בחלק ה' לפקודה". לדידו של בית המשפט נקיטה בלשון האמורה יש בה כדי להוות הוכחה מספקת לעמדתו של המחוקק כי הוראות הצו מוחרגות מהוראות חלק ה' לפקודה, ובהתאם לא ייתכן יישום של הוראות אלו זו לצד זו.

ביום 23 ביולי 2012 פורסם פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בהמרת פתיחה שהוגשה על ידי האחים זהר ויהודה זיספאל וכן על ידי בנימין הנגאל (ה"פ 871-08 זוהר זיספאל, יהודה זיספאל ובנימין הנגאל נגד פקיד שומה תל אביב 1) בטענה כי הנישומים זכאים לבחור בין החלת הוראות הצו לבין הוראות סעיף 94 לפקודה (המבקשים כאמור הינם אף הם בעלי מניות שביצעו מכירה בדומה למר הנגאל).

בקשר עם בקשתו של מר הנגאל דחה בית המשפט, מפי כבוד השופט מ' אלטוביה, את הבקשה וזאת לאור קיומו של פסק דין חלוט של בית המשפט העליון בהקשר זה. יחד עם זאת בקשר עם האחים זיספאל מבחין כבוד השופט בטענה הנמצאת על הפרק לבין זו שנידונה בעבר על ידי בית המשפט העליון - בעוד שבמסגרת הדיון הקודם במקרה זה קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה בשילוב בהוראות הצו על רווח הנצמח במכירת נייר ערך זר הרי שמקרה העומד על הפרק השאלה הינה האם ניתן להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה חלף הוראות הצו.

כבוד השופט אלטוביה קובע כי יש לפרש את הוראות הצו באופן שאינו חורג מההסמכה שבפקודת מס הכנסה אלא מהווה מסלול מס חלופי שאין להחילו שעה שהוא יוצר חבות במס גבוהה יותר. עוד מוסיף כבוד השופט כי לא נטען כי החילוף במניות כאמור או מכירתן לעצם העניין בוצעו ללא

טעם מסחרי ואשר על כן ניצול ההטבה הגלומה בסעיף 94 לפקודה על ידי המבקשים הינו ניצול לגיטימי.

ט. טבלה מסכמת

להלן טבלה המסכמת את תחולת סעיף 94 לפקודה במכירה מיום 1.1.2006 ושיעורי המס שיחולו על הר"ל במועדים השונים, לאור הוראות תיקון 147 ו-187 לפקודה:

סוג המניות	יחיד - המניה נרכשה לפני ה- 1.1.2003	יחיד - המניה נרכשה לאחר 1.1.2003	חברה
מניות לא נסחרות	הסעיף לא חל	הסעיף חל	הסעיף חל
		שיעור המס 10%-30%	שיעור המס 0%-10%
מניות נסחרות ורק ביחס לרווחים שנצברו החל מ-1.1.2006	הסעיף חל על בעל מניות מהותי בלבד	הסעיף לא חל אולם תיתכן פרשנות שונה לפיה הסעיף חל.	הסעיף חל על בעל מניות מהותי בלבד
	שיעור המס - 30%	שיעור המס - 0%	שיעור המס - 0%

יושם אל לב כי שיעורי המס כאמור עשויים להשתנות במידה ועל החברה הרלוונטית חלות הוראות החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959.

עוד יוער בהקשר זה כי קיימת מחלוקת לעניין שיעור המס אשר יחול על הרווחים שנצברו עד ליום 31.12.2011 הינו 20%/25% או לחילופין 25%/30%.

י. משיכת "רווחים ראויים לחלוקה" בשיעור מס מופחת של 12% - הוראת שעה

ביום 23 ביולי 2009 פורסם חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009 אשר קבע, בין היתר, כהוראת שעה, כי שיעור המס שיחול על הכנסה מדיבידנד בידי יחיד או בידי חברה משפחתית, שמקורו ברווחים ראויים לחלוקה כהגדרתם בסעיף 94ב(א)(2) לפקודה, אשר נצברו בידי החברה מחלקת הדיבידנד עד ליום 31.12.2002 יהא 12% (להלן: "שיעור המס המוטב") בכפוף לתנאים המפורטים להלן:

1. ההכנסה מדיבידנד שולמה על ידי החברה המחלקת והתקבלה בידי יחיד או חברה משפחתית בתקופה שמיום 1 באוקטובר 2009 ועד ליום 30 בספטמבר 2010.

לעניין זה יובהר כי במסגרת חוזר מס הכנסה מס' 4/2009 (להלן: "החוזר") נקבע כי על מנת להיות זכאי לדיבידנד המוטב על מקבלו להיות יחיד או חברה משפחתית (לרבות חברה שתחשב משפחתית החל משנת 2010, בהתאם להוראות סעיף 64 לפקודה).

לעניין זה מובהר כי יחיד או חברה משפחתית המחזיקים בחברה מחלקת הדיבידנד באמצעות חברת החזקות לא יהיו זכאים לשיעור המס המוטב, שכן אילו נמכרו מניות חברת החזקות בתקופת ההטבה לא היו חלות הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה.

עוד נדרש כי הדיבידנד ישולם במזומן על ידי החברה מחלקת הדיבידנד ויתקבל במהלך התקופה האמורה. במקרים בהם קיימות יתרות חובה לבעל המניות בחברה המחלקת אשר נוצרו לאחר 1 בינואר 2006 וההכנסות מהדיבידנד קוזזו, במישרין או בעקיפין כנגד יתרות חובה אלו, לא יראו בקיזוז האמור כהפרה של תנאי זה להוראת השעה.

2. יום רכישת המניות בגינן התקבל הדיבידנד היה לפני 1 בינואר 2003;

3. בכל אחת משנות המס 2009 עד 2012, הסכום הכולל של הכנסת עבודה, דמי ניהול, הפרשי הצמדה או ריבית ותשלומים אחרים ששולמו למקבל ההכנסה מהדיבידנד מאת החברה מחלקת הדיבידנד, במישרין או בעקיפין, בהפחתת ההכנסה מדיבידנד שחויבה במס על פי הוראה זו, לא פחת מממוצע סכום התשלומים כאמור ששולמו לו על ידי החברה האמורה, במישרין או בעקיפין, בשנות המס 2007 ו-2008.

מכוח החוזר נקבע כי גובה ההכנסות האמורות נבחן בעבור כל אחת מן השנים 2009 עד 2012 בנפרד, כאשר ממוצע ההכנסות הנבדק בכל אחת משנות הבדיקה הינו בהפחתת ההכנסה מדיבידנד עליה הוחל שיעור המס המוטב.

יודגש כי שנות הבדיקה לא יכללו שנים בהם החברה מצויה בהליכי פירוק או שנים בהם מקבל הדיבידנד המוטב חדל להיות בעל מניות, לרבות עקב פטירתו.

כמו כן, לעניין תנאי זה "תשלומים אחרים" אינם כוללים הכנסה מדיבידנד. עמידה בתנאי זה תיבדק על ידי פקיד השומה לגבי כל אחת משנות הבדיקה. היה ולא התקיים התנאי האמור באחת משנות הבדיקה הדבר יבוא לידי ביטוי בעת עריכת שומה לדוח שיוגש לשנת המס בה חולק הדיבידנד המוטב (קרי, 2009 או 2010 בהתאם למועד חלוקת הדיבידנד המוטב).

במסגרת החוזר מובהר כי הפרת תנאי זה על ידי אחד מבעלי המניות בחברה מחלקת הדיבידנד לא תשלול את הזכאות לדיבידנד המוטב משאר בעלי המניות בחברה, כל עוד הם עצמם עומדים בתנאי זה ובשאר התנאים כאמור.

4. אילו מקבל הדיבידנד היה מוכר את מניותיו בתקופת ההטבה, היו חלות עליו הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה, לגבי אותם רווחים שנצברו עד ליום 31 בדצמבר 2002. משמעות דרישה זו הינה כי מקבל הדיבידנד היה זכאי לשיעור מס של 10% לפי הוראות סעיף 94ב(א)(2) לפקודה אילו היה מוכר את המניות בתקופת ההטבה. בהקשר זה מן הראוי להדגיש כי סכומים מוטבים כאמור יופחתו לצורך חישובם של הרווחים הראויים לחלוקה בעת ביצוע מכירה עתידית של מניות החברה בהתאם להוראות סעיף 94 לפקודה.

12.6 הפחתת דיבידנד מסכום הפסד הון במכירת מניה

אחד מתכנוני המס המוכרים אשר נפוצו במהלך השנים בהקשר זה הינו יצירת עסקאות מסוג Dividend-Stripping, קרי עסקאות במהלכן חברה רוכשת מניות של חברות ישראליות הנסחרות בבורסה לאחר שאלו הכריזו על חלוקת דיבידנד. רכישה כאמור מזכה את החברה הרוכשת כבעלת מניות בזכות לקבלת דיבידנד אשר המס עליו הינו 0% מכוח הוראות סעיף 126(א) לפקודה. עם קבלת הדיבידנד האמור נמכרות המניות של החברה מחלקת הדיבידנד בהפסד וזאת לאור הירידה בערך המניה לאחר חלוקת הדיבידנד ("הפשטת הדיבידנד"). מכוח האמור נוצר בידי החברה הרוכשת/מוכרת הפסד הון בשיעור ערך הדיבידנד וכן הכנסה מדיבידנד אשר בגינה שולם מס בשיעור 0%.

תכנון המס האמור נחסם על ידי הוראות סעיף 94 לפקודה אשר הוספו במסגרת תיקון 132 הקובעות כי במכירת מניה (נסחרת או פרטית) על ידי חבר-בני-אדם, יופחת מסכום הפסד ההון (הנומינלי) בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל **חבר-בני-האדם** בשל המניה **במשך 24 החודשים שקדמו למכירה** אך לא יותר מסכום הפסד.

הוראה זו לא תחול אם שולם מס בישראל על הדיבידנד בשיעור של 15% לפחות. יודגש, כי למס ששולם בחו"ל לא תהיה נפקות בעניין זה.

חיזוק לחסימת תכנון המס האמור באופן מוחלט התקבל מפי בית המשפט העליון במסגרת ע"א 2965/08 **סגנון שירותי תקשוב בע"מ נגד פקיד שומה פתח-תקווה** אשר בו נקבעה החלת עקרונות סעיף 94 לפקודה גם בשומות של שנים בהן ההוראות האמורות טרם נכנסו לתוקף (קרי טרם 2003). כבוד השופט א' ריבלין, בפסק דין מנומק, מבחין בין "תכנון מס חיובי" אשר ממלא אחר כוונת המחוקק לבין "תכנון מס שלילי" שהוא תכנון המנצל "פרצות" הקיימות בחוק שהמחוקק אינו מודע אליהן, אף שגם תכנון זה נעשה "בהתאם לחוק". בהתאם קובע כבוד השופט כי ביצועה של עסקה מסוג Dividend-Stripping הינה דה-יורה חוקית מבחינת מייצג החוק לשנת השומה אשר בדיון, אולם דה-פקטו היא מהווה עסקה מלאכותית כהגדרתה בסעיף 86 לפקודה. בהקשר יש לציין כי בעניין זה דחה בית המשפט העליון במהלך מאי 2012 בקשה לדיון נוסף בקובעו כי אף אם נקבעה במסגרת פסק הדין הלכה חדשה עדיין אין בכך כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף וזאת במיוחד לאור קיומן של הוראות ספציפיות הקיימות בהקשר זה החל משנת המס 2003 לתכנון המס הנידון.

12.7 רווח הון בחבר-בני-אדם שהתפרק

סעיף 93 לפקודה קובע כי על הרווח העשוי להיווצר בעת פירוק חבר-בני-אדם יש להטיל מס הן על חבר-בני-האדם עצמו והן על החברים בו.

חבר-בני-האדם יתחייב במס בגין מכירת נכסיו על ידי המפרק או בגין העברת הנכסים "בעין" לידי החברים, שאף היא נחשבת כמכירה. מנגד, החברים יתחייבו במס רווח הון מאחר שרואים את המניות או הזכויות האחרות בחבר-בני-האדם שבפירוק כאילו נמכרו על ידי החברים.

12.7.1 הוראות הסעיף לאור תיקון 147 - החל מיום 1 בינואר 2006

במסגרת תיקון 147 לפקודה, שונו הוראות סעיף 93 כמפורט להלן:

1. **קביעת "התמורה" לעניין חישוב רווח ההון בידי בעלי המניות**
בהתאם לתיקון 147 לפקודה "התמורה" כוללת את שווי הנכסים שהועברו לבעלי המניות במסגרת הליכי הפירוק ולמעט סכום המס ששילמה החברה במהלך הליכי הפירוק.

2. **אי מתן זיכוי לבעלי המניות בגין מס ששולם על ידי החברה**
בהתאם להוראות תיקון 147 לפקודה, לבעלי המניות לא יוענק זיכוי כנגד מס ששולם על ידי החברה בעת חישוב חבות המס בגין "מכירת" מניותיהם בפירוק האיגוד (כאמור לעיל "התמורה" איננה כוללת את סכום המס ששולם על ידי החברה).

3. **חישוב "הרווחים הראויים לחלוקה" בהתאם להוראות סעיף 94 לפקודה בפירוק**
מאחר וכאמור לעיל, המס ששולם במסגרת הליכי פירוק החברה אינו נכלל במסגרת "התמורה" המיוחסת לבעלי המניות ומנגד לא ניתן זיכוי לבעלי המניות בשל מס ששולם ברמת החברה, ובמטרה להשוות את הליך הפירוק להליך "חישוב סטנדרטי" בעת מכירת מניות חברה, נקבע כי חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, להם זכאים בעלי המניות, יעשה עד ליום סיום הליכי הפירוק, כך שרווחים שנצברו בחברה כתוצאה מהליך פירוק יגדילו את הרווחים הראויים לחלוקה.

4. טבלה מרכזת

פירוק שיבוצע החל מ- 1.1.2006	
נכסים שהועברו במסגרת הפירוק למעט המס ששולם על ידי חבר בני-האדם ⁽¹⁾	"התמורה" המיוחסת לבעלי המניות
לא יינתן	זיכוי ברמת בעלי המניות כנגד מס ברמת החברה
עד יום סיום הליכי הפירוק	חישוב רווחים ראויים לחלוקה

(1) "הנכסים" שלעיל לא יכללו זכות במקרקעין וזכות באיגוד מקרקעין שהועברו בפטור ממס לבעלי המניות על פי הוראות סעיף 71(א) לחוק מיסוי מקרקעין.

12.7.2 הוראות נוספות

א. הוראות בדבר ניכוי מס במקור

במסגרת תיקון 147 לפקודה נכללו הוראות בדבר החבות לניכוי מס במקור בעת העברת נכסי החברה לבעלי המניות כמפורט להלן:
בהעברת נכס של חבר-בני-אדם בפירוק, ינוכה מס על ידי המפרק במועד ההעברה לחבר כאמור לעיל -

- (1) לגבי חבר שהינו חבר-בני-אדם - בשיעור הקבוע בסעיף 91(א) לפקודה;
 - (2) לגבי חבר שהינו יחיד בעל מניות מהותי בחבר-בני-האדם במועד שבו הוחל בפירוקו או ביום כלשהו ב-12 החודשים שקדמו למועד האמור - בשיעור של 30%;
 - (3) לגבי יחיד אחר - בשיעור של 25%.
- אלא אם כן, התקבל אישור בכתב מפקיד השומה, שלא ינוכה מס או שינוכה מס בשיעור נמוך מהאמור לעיל.

ב. פירוק איגודי מקרקעין

במסגרת תיקונים 145 ו-147 לפקודה וכן במסגרת תיקון 55 לחוק מיסוי מקרקעין, שולבו תיקונים לסעיף 93, אשר מטרתם הכללת הוראות סעיף 93 לפקודה גם על פירוק איגודי מקרקעין. בהקשר זה יש לציין כי העברת מקרקעין לבעלי מניות הפטורה ממס לפי סעיף 71(א) לחוק מיסוי מקרקעין, איננה נכללת במסגרת "התמורה" בעת חישוב רווח ההון בידי בעלי המניות, אך עם זאת נקבעו הוראות שונות במסגרת סעיף 71(א) לחוק מיסוי מקרקעין וסעיף 93 לפקודה אשר מטרתם הסדרת הבטי מס בעת פירוק איגודי מקרקעין.

12.7.3 פרשנות המונחים "פירוק" ו"תחילת הפירוק" בפקודת מס הכנסה - פס"ד סיון יצחק בעמ"ה 79/97 סיון יצחק נ' פ"ש ת"א 1

מר סיון יצחק ורעייתו (להלן: "המעורר") חתמו בשם חברתם, חברת סיון מחשבים ב-27 באוקטובר 1994 על הסכם עם חברה אחרת, לפיו תרכוש האחרונה את כל נכסי חברת סיון מחשבים, למעט נכס מקרקעין, ותיטול עליה את התחייבויות החברה. במסגרת הסכם זה נקבע כי חברת סיון מחשבים, תתפרק פירוק מרצון.

בתאריך 6 בדצמבר 1994 קיבלה חברת סיון מחשבים, החלטה מיוחדת על פירוקה מרצון ועל מינוי מפרק.

במרכזה של המחלוקת בערעור זה עומדת שאלה משפטית, פרשנית, בעלת השלכות בתחום דיני המס ודיני תאגידים, והיא מתייחסת למיסויה של חברה הנמצאת בשלבי פירוק מרצון. המחלוקת נסובה על המונחים "פירוק" ו"תחילת פירוק".

לדעת המערער, יש לפרש את המונחים "פירוק" ו"תחילת פירוק" בפקודת מס הכנסה בהתאם לפירוש שניתן להם בסעיפים 319 ו-320 לפקודת החברות, הקובעים את יום תחילת הפירוק ביום קבלת החלטה המיוחדת של החברה להתפרק כהגדרתה של החלטה זו בפקודת החברות. לטענתו, אין מדובר בהגדרה פורמאלית, כזו הנעדרת נפקות מעשית בשטח, אלא בכזו הפותחת שלב שבו מתרחש מהפך בזכויות ובחובות של החברה ושל בעלי מניותיה, שהשלכות לו מדרך הטבע בתחומים שונים, כולל תחום המס.

מכל מקום, לטענת המערער, אין לראות בחסכון המס שנגרם למערער בעקבות אימוצה של דרך פרשנית זו, אלא תוצאה של תכנון מס לגיטימי.

מנגד, לדעת רשויות המס, יום התחלת הפירוק לצורך דיני המס, איננו מהווה נגזרת של ההגדרה הפורמאלית שניתנה למונח זה בפקודת החברות. משמעותו אמורה להיחתיך מתוך התבוננות בעובדות העומדות בבסיס החלטת הפירוק, לפי מהותן, כאשר התחלת הפירוק אמורה להיקבע על פי קבלת החלטה להתפרק דה פקטו. משמע, יום הפירוק הוא במועד כריתת ההסכם.

עוד טענו רשויות המס, כי גם אילו אכן היה צורך בקבלת החלטה מיוחדת לפירוק, גם אז היה מקום לראות בהחלטת המערער ורעייתו להתחייב על הפירוק במסגרת ההסכם, אקט של קבלת "החלטה מיוחדת".

בית המשפט המחוזי קבע כדלקמן:

1. עקרונות כלליים בסוגיה של קיומה או אי קיומה של זיקה פרשנית בין דין המס לדין הכללי
החתימה "להרמוניה נורמטיבית כוללת", היא הכלל; כשהיוצא מן הכלל הוא, הסטייה הלגיטימית הבלתי נמנעת ממושגי הדין הכללי, "מקום שהדבר נדרש לפירושה הנכון של הוראת חוק בתחום דיני המס".

2. חתימה על ההסכם אינו אקט של החלטה מיוחדת

אין בהליך חתימת ההסכם על ידי השניים, תחליף לאותו הליך שנקבע בפקודת החברות, לצורך קבלת החלטה מיוחדת לפירוק מרצון, שרק עם קבלתה ייקבע שלב התחלת הפירוק במסגרת פקודה זו.

הקביעה שהמערער ורעייתו החליטו על פירוקה של החברה במועד שונה מזה שהם עצמם בחרו בו כמועד לפירוק, עומדת לדעת בית המשפט, בהכרח בסתירה מהותית לרעיון המרכזי המגולם במוסד הפירוק מרצון, שהותלה בפקודת החברות בקבלת החלטה מיוחדת על ידי בעלי המניות בחברה, בבקשם לפרקה.

3. ההיבט הלשוני

כלל הפרשנות הלשונית מהווה חיזוק משמעותי לעמדת המערער.

בסעיף 93 לפקודה חזר המחוקק והתייחס בעקביות לא רק אל המונח "פירוק" על הטיותיו השונות, אלא גם אל המונח "מפרק" שהוצב במרכז העשייה הכרוכה בפירוק.

בית המשפט קבע, כי לא היה מקום לשימוש במונח מפרק ולדון בעשייתו בסעיף זה, אילולא דובר בפירוק מרצון, שתחילתו בקבלת אותה החלטה מיוחדת פורמלית שרק לאחריה בא שלב מינויו של המפרק.

4. ההיבט התכליתי

מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לנורמה המשפטית את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתה. בפסיקה הובהר כבר לא אחת, כי כלל הפרשנות התכליתית הינו כלל פרשני מרכזי במלאכת הפרשנות וכי בכל מקרה אמורים גם הפירוש הלשוני, גם הפירוש הפרגמטי - המהותי, וגם זה החותר להרמוניה הנורמטיבית, לשאוף להתאמה עמו. בבסיסם של הסעיפים 93 ו-94 לפקודת מס הכנסה ניצבת תכלית אחת ברורה ושני פנים לה. האחד, שעיקרו מניעת הטלת "עודף נטל מס על הכנסה אחת", כמתחייב מהוראות הפקודה אילולא ההסדרים המיסויים שקבע המחוקק בסעיפים אלה; השני, מניעת בריחת רווחיהן של החברות הפועלות במשק, החוצה, בעקבות ניסיונותיהן להימנע מנשיאה באותו נטל מס עודף כאמור, בכל דרך אפשרית.

מהפן האחד, על פי סעיף 93 לפקודה יכול חבר בחברה לקזז מהמס שהוא חייב בו את חלקו במס ששילמה החברה וכך גם סעיף 94 לפקודה שמטרתו לבודד את חלק התמורה בעד המניות שמייצג את הרווחים שנצברו בידי החברה, כדי שלא ישולם מס נוסף על אותו חלק מהתמורה. מהפן השני, נועדה ההוראה בסעיף 94 לפקודה למנוע את התופעה של בריחת רווחים מן החברות במשק, בנסותן להימלט מן החיוב במיסוי כפול. נראה, כי עצם קביעתו של שלב התחלת הפירוק במועד וודאי, כהגדרתו בפקודת החברות, מאפשר לחברה ולבעלי השליטה בה, לנתב דרכם אל המס הראוי; להבדיל מחיובם במס כפול או יתר מס, אותם כאמור ביקש המחוקק למנוע.

5. התייחסות להלכת רז

בית המשפט הבהיר, כי קביעתו כאמור אין בה כדי לסתור את המסר העולה מהלכת רז (ע"א 571/84 פ"ש חיפה נ' יצחק רז).

באותו עניין דובר בחברה שנמחקה על ידי רשם החברות, עקב חוסר פעילות. כתוצאה מהליך המחיקה והעברת הנכסים לידי בעל המניות בה, נוצר לו רווח הון, אלא שלטענתו של זה לא חל

סעיף 93 לפקודה במקרה זה, בהיות ההליך בו חוסלה החברה, הליך של מחיקה, שסעיף זה אינו דן בו.

בית המשפט דחה שם טענה זו, תוך קביעה, כי אין מקום להבחנה בין הליך המחיקה והליך הפירוק, כאשר שניהם כאחד מובילים בסופו של דבר לתוצאה אחת, היא, חיסול החברה על כל הנגזר מכך.

12.7.4 פירוק חברה כעסקה מלאכותית - פס"ד סילבאן שיטריט (ע"א 10666/03), פס"ד דורפברגר (ע"א 3365/06), פס"ד ארנון הראל (עמ"ה 1283/03) ופס"ד מאיר אליהו ויהודית (ע"מ 1225/07), פס"ד מנשה בכור (ע"א 6539/12)

בשנת 2006 ניתנו על ידי בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי בחיפה שני פסקי דין אשר עניינם פירוק חברה על ידי בעלי מניותיה, והקמת חברה חדשה על ידם תוך ניצול הוראות החוק שהיו בתוקף עובר לתיקון 132 לפקודה, אשר קבעו שיעור מס של 10% על הרווחים הראויים לחלוקה שנוצרו עד ליום התחלת הפירוק (לגבי חברות אשר פירוקן החל עד לתום שנת המס 2002). השאלה העיקרית אשר עמדה בפני בתי המשפט הייתה האם יש בפירוק החברות "עסקה מלאכותית" כמשמעה בסעיף 86 לפקודה. יודגש, כי שני פסקי הדין עוסקים בהוראות הסעיף בנוסחו עובר לתיקון 132 לפקודה, קרי, עד ליום 31 בדצמבר 2002.

פס"ד סילבאן שיטריט (ע"א 10666/03)

המערער, סילבאן שיטריט, אדריכל במקצועו, היה הבעלים והמנהל של חברה (להלן: "החברה המקורית"), אשר עסקה באדריכלות, וצברה רווחים נאים. בשלב כלשהו הקים המערער חברה חדשה (להלן: "החברה החדשה"), אשר עסקה אף היא באדריכלות. בין החברות הייתה זהות כמעט מוחלטת, אשר התבטאה בתקנונים זהים, אותם העובדים, אותם המשרדים ואף אותם חוזי עבודה. המערער חתם על הסכם עם משרד הבינוי והשיכון להסבת חוזי עבודה פעילים מן החברה המקורית לחברה החדשה. זמן קצר לאחר הקמת החברה החדשה פירק המערער במסגרת פירוק מרצון את החברה המקורית. בעניין זה, דיווח המערער במסגרת שומתו העצמית על הרווחים הראויים לחלוקה (רווחים אשר נצברו בחברה המקורית עד ליום התחלת הפירוק), אשר נצברו בחברה המקורית, והחייבים בשיעור מס של 10%.

פקיד השומה לא קיבל את שומתו העצמית של המערער, וטען כי פירוק החברה המקורית הוא "עסקה מלאכותית" כהגדרתה בסעיף 86 לפקודה. לטענת פקיד השומה, לפירוק הייתה מטרה אחת ויחידה, והיא הפחתת מס בלתי נאותה, על ידי ניצול שיעור המס המופחת בגין הרווחים הראויים לחלוקה, על פי סעיף 94 לפקודה. על כן, קבע המשיב כי הרווחים הראויים לחלוקה ייחשבו כהכנסה מדיבידנד ועל כן יחויבו במס בשיעור של 25%.

המערער חלק על קביעת פקיד השומה. לטענתו, פירוק החברה נעשה מטעמים מסחריים, במטרה להתגבר על נהלי משרד הבינוי והשיכון, אשר קבעו תקרת חוזים מקסימאלית לכל אדריכל. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער, ומכאן הערעור לבית המשפט העליון.

בבית המשפט העליון טען המערער כי כל ניצול של הטבת מס הוא פעולה לגיטימית. בית המשפט העליון, מפי כב' הנשיא א' ברק, לא קיבל טענה זו וקבע כי אמנם עצם ניצולה של הטבה הקבועה בחוק הוא פעולה לגיטימית שאין בה כל פסול ואין מקום להתערב בה, אך לעתים, לאור הנסיבות הסובבות את ניצול ההטבה, עלול להפוך ניצול ההטבה לבלתי לגיטימי. מבחן העל המבדיל בין "ניצול לגיטימי" ל"ניצול בלתי לגיטימי" הוא מבחן האיזון המהותי בין זכות הנישום לתכנון מס ובין האינטרס הציבורי בקיום מערכת מס שוויונית וצודקת. מבחן העזר לכך הוא מבחן "הטעם המסחרי". בית המשפט העליון קבע כי מאחורי פירוק החברה לא עמד כל טעם מסחרי מלבד הרצון להפחית את המס.

בעניין פירוק החברה המקורית קבע בית המשפט כי מדובר באותם בעלים, אותם מנהלים, אותם תקנוני התאגדות, אותם משרדים, אותה פעילות ואותם חוזי עבודה. אין לומר כי לגיטימי להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה על פירוק החברה המקורית, ולנצל את שיעור המס המופחת, בשעה שהחברה המקורית התפרקה משפטית אך ורק לצורך קבלת ההטבה, והמשיכה מהותית את כל פעילותה הכלכלית בחברה החדשה, עם אותם בעלים, מנהלים, עובדים, משרדים וחוזי פיתוח. על כן, קבע בית המשפט העליון כי מדובר ב"עסקה מלאכותית", ודחה את הערעור, בקובעו כי בצדק חייב פקיד השומה את המערער בשיעור המס החל על דיבידנדים בגין הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה עד ליום התחלת הפירוק.

פס"ד דורפברגר (ע"א 3365/06)

המערער החזיק ב-99% ממניות חברת שלמה דורפברגר בע"מ (להלן: "החברה המקורית"), אשר עסקה בעבודות אחזקה, שיפוצים, פיקוח ותכנון, וצברה רווחים נאים. ביתרת המניות החזיקה אשתו של המערער. בשלב כלשהו יוסדה חברה חדשה, אשר עסקה באותו תחום פעילות (להלן: "החברה החדשה") ובעל המניות היחיד שלה היה המערער. בין החברה המקורית לחברה החדשה נערך הסכם, אשר במסגרתו העבירה החברה המקורית לחברה החדשה את כל פעילותה, וכן נמכר הציוד וכלי הרכב של החברה המקורית לחברה החדשה. החברה החדשה קלטה את עובדי החברה המקורית, וכן לקחה על עצמה את התחייבויותיה של החברה המקורית ללקוחותיה. בנוסף, העבירה החברה המקורית את הרישיון בו החזיקה מטעם רשם הקבלנים לידי החברה החדשה. זמן קצר לאחר מכן פורקה החברה המקורית במסגרת פירוק מרצון. גם במקרה

זה, נוכח בגין הרווחים הראויים לחלוקה שהצטברו עד לתום הליכי הפירוק בשנת 2000, ואשר חולקו כרווחים ראויים לחלוקה לבעלי המניות, מס בשיעור של 10%, לאור הוראות סעיף 94 לפקודה.

פקיד השומה טען כי מדובר ב"עסקה מלאכותית" וכי העילה לעסקה הנה הפחתת מס בלתי נאותה. המערער טען כי פירוק החברה המקורית והקמת החברה החדשה היו פעולות עם טעם מסחרי, כיוון שנועדו לאפשר את השתלבותו של אחד מבניו בחברה מחד, ומאידך, כיוון שלא רצה לחלוק עם בנו את הרווחים שנצברו בחברה, אלא רצה כי יוותרו לו, לאשתו ולילדיו האחרים, הוחלט על פירוקה והקמת החברה החדשה. המערער הציג תוכנית לפיה בנו ישתלב בחברה, בדרך של קבלת אחוזים מהמניות, בצורה מדורגת ובשלבם, עם התקדמותו המקצועית של הבן, היינו, ככל שבנו יתמקצע יותר, יגדלו שיעורי החזקתו בחברה החדשה.

בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופטת ש' וסרקרוג, קבע כי עובדות המקרה דגן דומות לעובדות בפס"ד שטרית: גם כאן קיימת זהות מוחלטת בין הפעילות של החברה החדשה לזו שהייתה בחברה המקורית, אותם עובדים, אותה הנהלה, אותם חוזים ולקוחות, אותו משרד, אותו מספר טלפון, אותו סניף בנק ומספר חשבון וכיו"ב.

מוסיף וקובע בית המשפט כי גם אם החברה החדשה הרחיבה את פעילותה, הרי שאין לראות בהרחבה של פעילות משום פעילות חדשה, שהרי גם בחברה קיימת יכולים להצטרף לקוחות חדשים, ולהרחיב את היקף הפעילות. בית המשפט לא קיבל את גרסת המערער אודות רצונו לשלב את בנו בעסקי החברה, וקבע כי ניתן היה להגיע לאותה מטרה ללא צורך בפירוק החברה. לא הוצגו בפני בית המשפט ראיות אובייקטיביות המעידות על קיומה של תוכנית השלבים לשילובו של הבן בחברה. בית המשפט קבע כי אם היה ברצונו של המערער להקים חברה חדשה אשר אין לה כל קשר לחברה הקודמת, הרי שההיגיון המסחרי מחייב הקמת חברה חדשה במנותק מהחברה הקיימת. בפועל, החברה החדשה היא העתק כמעט מלא של החברה המקורית.

עוד הוסיף וקבע בית המשפט כי רק בפירוק אמיתי, ולא בפירוק שאין בו כדי להביא לחיסול סופי של פעילות החברה המקורית, יש מקום ליתן הטבה במס. כמו כן קבע בית המשפט כי יש לעתים להבחין בין האינטרס של בעל המניה לבין אינטרס החברה. כאשר שינוי סטאטוס של חברות נעשה לא מטעמים כלכליים של החברה אלא מטעמים אישיים של בעלי המניה, יידרש הנישום למידת ראייה מוגברת כדי לשכנע שהמטרה הדומיננטית העומדת מאחורי פעולות אלה היא מסחרית.

בית המשפט העליון דחה את ערעורו של המערער וקבע כי ניצול הטבת מס המעוגנת בחוק, כשלעצמו, אינו פסול. אלא שלעתים, "לאור הנסיבות הסובבות את ניצול ההטבה, הופך הניצול לניצול בלתי לגיטימי". השאלה אם מדובר בניצול לגיטימי של ההטבה, אם לאו, נבחנת לאור שני העקרונות העומדים בבסיס הסוגיה: העיקרון האחד, הוא זכותו של הנישום לתכנן את המס המשולם על-ידו, כחלק מזכות הקניין שלו. הנישום רשאי לנווט את דרכו העסקית באופן שחבותו במס תצומצם במידת האפשר, כל עוד האמצעים שינקוט יהיו חוקיים. זאת לרבות ניצול הטבות מס המעוגנות בחקיקה. העיקרון השני, הוא מניעת ההטבה הגלומה בחוק מקום בו אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס.

בית המשפט העליון קבע כי התנהלותו העסקית של המערער, שבמסגרתה פורקה החברה בשליטתו, חולקו רווחיה הראויים לחלוקה, והוקמה תחתיה חברה חדשה אשר המשיכה את הפעילות של החברה המקורית – התנהלות זו עולה כדי עסקה מלאכותית. משכך נקבע כי יישלל יתרון המס שהנישום ביקש להשיג, והרווחים שחולקו ימוסו בשיעור של 25% חלף שיעור מס של 10%.

פס"ד ארנון הראל (עמ"ה 1283/03)

ב-30 בדצמבר 2008 ניתן פסק דין מפי כבוד השופט אלטוביה אשר דן בשאלה האם ניתן לראות במשיכות בעלים כדיבידנד פירוק וליהנות מהוראות סעיף 94 לפקודה.

ארנון הראל (להלן: "המערער") ואשתו החזיקו במשותף בחברת "נזר מערכות מידע בע"מ" (להלן: "החברה"). המערער ששימש כמנהל בפועל, החזיק 99% ממניות החברה, ואשתו באחוז הנוטר.

במהלך השנים 1997 - 1999 משך המערער את משכורותיו מהחברה הישנה ובנוסף נמשכו על ידו כספים נוספים כהלוואה כאשר סכומים אלו עולים באופן ניכר על משיכות השכר. בגין יתרות החובה של המערער יושמו הוראות סעיף 3(ט) לפקודה.

ביום 25 בדצמבר 2000 החליטו בני הזוג על פירוק החברה מרצון ועל כן כונסו נכסי החברה ובכללם יתרת החובה של כספי ההלוואה ואלו חולקו למערער ולאשתו.

בגין יתרת הרווחים הראויים לחלוקה שילם המערער מס מופחת בגובה של 10% בהתאם להוראותיו של סעיף 94 לפקודה, בעוד יתרות שחולקו שימשו למעשה, לדידו של המערער, לסילוק חוב הלוואתו. משמעות הדבר הינה כי סכומי ההלוואה שנטל המערער במהלך השנים מאת החברה ולא שולם בגינם מס, בין כשכר או כחלוקת דיבידנד, ואשר היו רשומים בספרי החברה הישנה כנכס חיובי, נותרו בידי המערער כדיבידנד פירוק לאחר חבות של 10% בלבד.

ביום 7 בינואר 2001 הקים המערער חברה חדשה בה הוא מחזיק במלוא המניות.

פקיד השומה (להלן: "המשיב") סירב להכיר בהכנסה עד גובה יתרות החוב של המערער כדיבידנד פירוק, בטענה כי פירוק החברה והקמת חברה חדשה, במיוחד לאור סמיכות הזמנים ביניהם והפעילות העסקית הדומה, הן פעולות מלאכותיות שמטרתן הפחתת מס. כנגד טען המערער כי פירוקה של החברה נבע גם לאור פירוקו של התא המשפחתי ומאיוס לתביעה, וכן כי תחום עיסוקה של החברה החדשה הוא שונה. בנוסף טען כי משיכות הבעלים הוחזרו לחברה במהלך "הפירוק", ועל כן זכאי הוא ליהנות מהוראות סעיף 94 לפקודה. כבוד השופט אלטוביה קבע כי במקרה דנא, פירוק החברה והקמת חברה חדשה אינה מהווה עסקה מלאכותית כהגדרתה בסעיף 86 לפקודה, שכן המערער הצביע על שינוי אופי פעילותו כנציגו של לקוח מרכזי אחד בחברה למייצג חברה מסחרית הפועל במסגרת החברה החדשה בתחומים אחרים כנגד לקוחות רבים ומגוונים.

יחד עם זאת, סיווג המשיכה כהלוואה, כאשר במשך השנים הלכה היתרה וגדלה הוא בעייתי שכן הוא מביא להטיה בנטל המס, לפיה נדחה תשלום המס על ידי היחיד עד לפירעון ההלוואה על דרך של חלוקת שכר או דיבידנד, כאשר אם יסווג כשכר, יחוייב במס כבר במועד קבלת התשלום. בהתאם לאמור יש מקום להתעלם מההלוואה ולקבוע כי היא בגדר הכנסה משכר או מדיבידנד. בבחירה בין השניים יש להעדיף את סיווג ההכנסה כדיבידנד, שכן אף כי תכיפות המשיכות מעניקות להן צביון שכר, הרי שתקיפת המשיב את המשיכות רק בשנת פירוק החברה, וכן עמדתו של המערער לפיהן משך את "רווחי החברה", מצביעות על כך שיש לסווגן כהכנסות מדיבידנד החייבות בשיעורי מס כאמור בסעיף 125 לפקודה ולא כדיבידנד פירוק.

פס"ד מאיר אליהו ויהודית (ע"מ 1225/07)

המערערת, הגב' יהודית מאיר, החזיקה ב-100% ממניות חברת אנרקה הנדסת תעשייה אנרגיה ומיזוג אוויר בע"מ (להלן: "החברה הישנה"). החברה הישנה הוקמה בשנת 1986 ועסקה בייצור מזגני אוויר בתחום הצבאי ובתחום האזרחי. בתאריך 26 במאי 1999 נמכרה פעילותה של החברה הישנה, בתחום הצבאי, לחברת תאט טכנולוגיות בע"מ (להלן: "תאט") בתמורה לסכום מוסכם ולתמלוגים תקופתיים. במסגרת ההסכם התחייבה החברה הישנה להפסיק את עיסוקה בתחום הצבאי ולחדול מלעשות שימוש בשמה.

ביום 2 במרץ 2000, הוקמה חברת אנרקה 2000 בע"מ (להלן: "החברה החדשה") אשר הוחזקה על ידי המערערת בשיעור של 97%, ובשלושת האחוזים הנוספים על ידי המערער (בעלה של המערערת), בנה ובתה, בחלקים שווים. ביום 7 במרץ 2000 העבירה המערערת את מניותיה בחברה הישנה לחברה החדשה, ודיווחה על העברה זו במסגרת הוראת סעיף 104 לפקודה. בהמשך אותה השנה העבירה החברה הישנה את עודפיה הצבורים בסך של 1,540,000 ש"ח כדיבידנד לחברה החדשה.

ביום 24 במרץ 2002, החליטו בעלי המניות בחברה החדשה על פירוקה מרצון. בדו"ח השנתי שהגישה, דיווחה החברה החדשה על חלוקת דיבידנד פירוק בסך של 1,677,706 ש"ח. על פי דיווחי החברה החדשה, הסכום שחולק מהווה "דיבידנד פירוק", ולכן יש למסותה בהתאם לסעיף 94 לפקודה - שיעור מס של 10%. המשיב קבע בשומתו, כי כל הפעולות האמורות הינן מלאכותיות ובוצעו אך ורק מתוך מטרה להפחית את המס בדרך בלתי נאותה. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור וקבע כי התנהלותם העסקית של המערערים, שבמסגרתה הוקמה חברת אם, הועבר אליה דיבידנד מהחברה הבת, אשר לטענת המערערת זכאי לשיעור מס של 10% כ"רווחים ראויים לחולקה" - התנהלות זו עולה כדי עסקה מלאכותית, שעה שלא התקיים טעם מסחרי מספק לשרשרת הפעולות הנ"ל.

פס"ד מנשה בכור (ע"א 6539/12)

מר מנשה בכור יחד עם בעלי מניות נוספים (להלן - "המערערים") הקימו בשנת 1987 חברה שעיסוקה מתן שירותי תברואה (להלן - "החברה"). בשנת 1993 העבירו המערערים את מניותיהם בחברה החזקות (להלן - "חברת החזקות") שבבעלותם המלאה לחברה, בפטור ממס. בחודש נובמבר 2000 חילקה חברת החזקות דיבידנד לחברה, מעט מחודש לאחר מכן הקצתה החברה מניות למערערים, כך ששיעור ההחזקה של חברת החזקות בחברה התדלדל ל-1% ובנוסף, בסוף חודש דצמבר 2000, הוחלט על פירוק מרצון של חברת החזקות וחלוקת נכסיה לבעלי מניותיה אשר המערערים הינם חלק מהם.

פקיד שומה כפר סבא (להלן - "המשיב") סתר את דבר המערערים כי הינם זכאים בחיוב במס בשיעור 10% בלבד על חלק מרווח ההון בפירוק בהיותו רווחים ראויים לחלוקה לפי הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, וטען כי עסקת הפירוק הינה עסקה מלאכותית ולפיכך קמה למערערים חבות במס בשיעור 25%, שכן חולק למערערים דיבידנד ויש למסותם בהתאם לכך.

בערעור לבית המשפט העליון כבוד השופטים י' דניצגר, ע' פוגלמן ונ' סולברג חיזקו את דבריו של כבוד השופט מ' אלטוביה וקבעו כי, העברת השליטה לחברה בחברת החזקות, חלוקת הדיבידנד לחברה, דילול אחזקותיה של החברה לכדי 1% בחברת החזקות סמוך לאחר חלוקת הדיבידנד ופירוקה של החברה, תוך חלוקת הכספים בחברה (שרובו מקורו בחלוקת הדיבידנד) למערערים - נעשו במטרה חד משמעית לשם הפחתת חבות המס. ולפיכך עסקינן בעסקה מלאכותית שבמסגרתה נעשה שימוש ברצף פעולות משפטיות לצורך תכנון מס בלתי לגיטימי שנועד רק לשם הפחתת החיוב במס ולא לתכלית כלכלית ועסקית גרידא.

הקצאת מניות באיגוד מקרקעין המביאה לדילול מלא ושאינה הקצאה פטורה – ו"ע -03-37199
10 גוב גיא בע"מ ואח' נגד מנהל מיסוי מקרקעין רחובות
חברת לוגת יזמות ובניה בע"מ (להלן: "החברה") הוקמה בשנת 1996 לרכישת מקרקעין לבניית דירות מגורים. בעלי המניות היחידים בחברה היו גוב גיא בע"מ וג.ג מהנדסים בע"מ (להלן: "המערערים").

בשנת 2002 לאחר שלא צלחו מאמצי בניית דירות המגורים על המקרקעין הוקצו מניות בחברה לחברת חן והדר קום בע"מ (להלן: "חן והדר") בתמורה להשקעת חן עצמי בגובה השקעתן הקודמת של המערערים בחברה.

בשנת 2007 נחתם הסכם במסגרתו חן והדר תעניק הלוואת בעלים לחברה אשר תשמש לפירעון הלוואת בעלים למערערים, סיום מעורבות המערערים בניהול החברה, התפטרות נציגי המערערים בדירקטוריון, סיום המערערים מכל ערבויות והתחייבויות החברה וכן ביצוע הקצאת מניות לחן והדר, נשוא העירעור, אשר בגינה שיעור האחזקה של חן והדר עלה מ-50% ממניות החברה ערב ההקצאה ל-99.5% וזאת על חשבון המערערים אשר החזקתם ירדה מ-50% ל-0.5% (להלן: "ההסכם").

לשיטת מנהל מיסוי מקרקעין רחובות (להלן: "המשיב"), במסגרת ההסכם בוצע דילול מלא של מניות המערערים בטכניקת הקצאת מניות, כך שמתוקף ה"הקצאה" רוקנו מניותיהן של המערערים מכל תוכן כלכלי-מסחרי ממשי. מכאן עולה כי, מבחינת מהות תוכנה הכלכלי של העסקה מדובר ב- "פעולה באיגוד" בהתאם להוראות חוק מיסוי מקרקעין ויש, בין היתר, לחייב את המערערים במס שבח בגין פעולה זו.

ביהמ"ש המחוזי בת"א-יפו מפי כבוד השופט מ' אלטוביה קבע כי מכלול הנסיבות במקרה דנן: השקעת כספים בחברה אשר העלו את אחוזי האחזקה של חן והדר תוך דילול המערערים, שימוש באותם כספי השקעה לפירעון הלוואת הבעלים של המערערים, הסרת מחויבויות המערערים לחברה, מעוררות חשד כי לא קם טעם כלכלי להסכם. שכן אם החברה הייתה זקוקה לגיוס חן להמשך פעילותה, לא הייתה מתבצעת "התנועה הסיבובית" של החזרת השקעת הבעלים למערערים מיד לאחר השקעתם של חן והדר בחברה, תוך הימנעות מתשלום מס כחוק. העירעור נדחה.

12.8 מניות שהוחזקו לפני רישומן למסחר בבורסה בישראל ומחוץ לישראל - סעיף 101 לפקודה

12.8.1 כללי

לאור ביטול ההבחנה בין שיעורי המס החלים על ניירות ערך נסחרים ובלתי נסחרים, נקבע במסגרת תיקון 147 לפקודה כי הוראות סעיף 101 לפקודה, הקובעות כי רישום מניות של חברה למסחר בבורסה ייחשב כמכירת מניות החברה ביום הרישום, **יחול רק לגבי רישום כאמור שנעשה לפני שנת המס 2006.**

מכוח האמור רישומן של מניות למסחר לאחר יום 1 בינואר 2006 לא תהווה מכירה לצרכי מס ועל כן חישוב חבות המס תעשה על פי הכללים ה"רגילים" כפי שמפורט בסעיף 12.3 לעיל, דהיינו שיעורי המס החלים בעת מכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה.

12.8.2 המסלולים הקבועים בסעיף 101 לפקודה

סעיף 101 לפקודה קבע שלושה מסלולים אפשריים לחישוב המס החל על מחזיק המניות:

- (1) חיוב במס רווח חן ביום הרישום למסחר בבורסה בישראל או בבורסה מחוץ לישראל של מניה וזכויות למניה וכך ביום מכירת המניות יחול פטור ממס על פי סעיף 97(ג) לפקודה (כפי שחל עד הרפורמה).
 - (2) חיוב במס רווח חן ביום מכירת המניות בפועל על פי התמורה שהתקבלה בידי המוכר ביום המכירה בגין כל הרווח שנצמח ממועד רכישת המניה ולא יחולו הוראות סעיף 97(ב) לפקודה.
 - (3) חיוב במס רווח חן ביום המכירה בפועל כאשר חישוב המס ייעשה לפי מחיר נייר הערך ביום הרישום בתוספת ריבית והפרשי הצמדה בהתאם לסעיף 159א(א) לפקודה.
- בכדי שהחיוב במס יחול לפי סעיפים 2 ו-3 כאמור לעיל על בעל המניות לבקש שהרישום לא ייחשב כמכירה בדוח העוקב שיגיש לפי סעיף 131 לפקודה לאחר הרישום.**
שיעור המס שחל בשלושת המסלולים בגין רווח החן עד יום הרישום הינו שיעור המס השולי לגבי יחיד ושיעור מס חברות לגבי חברה שלא חלו עליה הוראות חוק התיאומים.

12.8.3 שיעורי המס על רווח חן בידי יחידים

כאמור לעיל קובע סעיף 101 לפקודה שלושה מסלולים לחיוב במס בגין רישום מניות למסחר בבורסה הניתנים לבחירת בעל המניות:

א. יום הרישום = יום המכירה

מניות שנרשמו למסחר עד ליום 31 בדצמבר 2002:

יחול חיוב במס ביום הרישום בגין רווח החן הריאלי שנצמח ממועד רכישת המניה ועד ליום הרישום בשיעור המס השולי. רווח החן שנצבר מיום הרישום ועד ליום 31 בדצמבר 2002 יהיה פטור ממס, ואילו רווח החן הריאלי שנצבר מיום 1 בינואר 2003 ועד למועד המכירה, ככל שקיים כזה, יתחייב במס בשיעור של 25%/30% (לאור הוראות תיקון 187 לפקודה).

מניות שנרשמו למסחר החל מיום 1 בינואר 2003 ועד ליום 31 בדצמבר 2005 :

רווח ההון הריאלי שנצמח ממועד רכישת המניה ועד ליום 31 בדצמבר 2002 (במידה וקיים) יחויב במס על פי שיעור המס השולי. רווח הון הריאלי בגין התקופה שבין 1 בינואר 2003 ועד לרישום המניות למסחר יחויב במס בשיעור של 20%/25%. רווח ההון הריאלי ממועד הרישום ועד למועד המכירה, ככל שזו תתבצע לאחר יום 1 בינואר 2012, יתחייב במס בשיעור של 25% או 30%, בהתאם לזהותו של המוכר.

ב. דחיית החבות במס ליום מכירת המניות

הנישום יכול לבחור לדחות את החיוב במס בגין רווח ההון עד למועד מכירת המניות. במקרה זה במועד מכירת המניות יראו את המניות הנמכרות כמניות בלתי נסחרות, ויחולו שיעורי המס כפי שפורטו בסעיף 12.2.1 לעיל.

ג. במועד המימוש בוחר הנישום לחזור למועד הרישום

במועד מכירת המניה יכול הנישום לבחור לחזור למועד הרישום ולהתחייב במס בגין רווח ההון הריאלי שנצמח עד ליום הרישום בשיעורים המפורטים בחלופה א', בתוספת הפרשי הצמדה וריבית ממועד הרישום ועד למועד מכירת המניות.

12.8.4 הוראות מעבר שנקבעו במסגרת תיקון 132 לפקודה

במסגרת תיקון 132 נקבעו הוראות מעבר לגבי תחולת סעיף 101 לפקודה על בעלי מניות שהחזיקו בניירות הערך ערב רישומן למסחר ואשר נרשמו למסחר לפני היום הקובע (1 בינואר 2003) או לאחריו.

12.8.5 מכירת מניות נסחרות אשר נרכשו טרם רישומן למסחר בבורסה ורישומן למסחר

נעשה מיום 1.1.2006 ואילך

כפי שכבר פורט לעיל, הוראות סעיף 101 לפקודה אינן חלות לגבי מקרים בהם רישום המניות למסחר בבורסה בוצע לאחר יום 1 בינואר 2006.

מכוח האמור, מלוא רווח הון ריאלי הנצמח ממכירה של מניות נסחרות בבורסה אשר נרכשו טרם הרישום למסחר כאשר הרישום למסחר בגינן בוצע לאחר ה-1.1.2006 ימוסה בשיעורי המס הקבועים בסעיף 91(ב) לפקודה (החל משנת 2012 25%/30% בהתאם לזהות המוכר). נציין בהקשר זה כי לאור העובדה שלא קיימת סימטריה בין המקרים כפי שנותחו לעיל לבין סיטואציה בה הרישום של המניה בוצע לאחר ה-1 בינואר 2006 ספק אם התוצאה בשטח משקפת נאמנה את כוונתו של המחוקק בעניין זה.

12.8.6 טבלה מרכזת

להלן תובא טבלה המרכזת את המסלולים העומדים בפני היחיד שחלות עליו הוראות סעיף 101 לפקודה ואת חבות המס בהתאם למסלולים אלה לגבי מכירות שנעשו החל מ-1 בינואר 2006 ואילך:

חלופה ג'	חלופה ב'	חלופה א'	רישום המניות לפני 1.1.2003	
חיוב בעל המניות ביום המכירה בפועל	חיוב בעל המניות ביום המכירה בפועל לפי המחיר ביום הרישום	חיוב בעל המניות ביום הרישום		
התמורה תקבע על פי השווי ביום המכירה. חישוב לינארי: עד 31.12.02 – שיעורי מס שולי. מ-1.1.03 ועד ליום 1.1.2011 – 20% ⁽¹⁾ . מיום 1 בינואר 2012 ועד יום המכירה – 25% ⁽²⁾ .	התמורה תקבע על פי השווי ביום הרישום.	התמורה תקבע על פי השווי ביום הרישום.	רווח הון מיום הרכישה ועד ליום הרישום	
	חיוב לפי שיעור המס השולי – עד 50% בתוספת ריבית והפרשי הצמדה.	פטור ממס	פטור ממס	רווח ההון מיום הרישום ועד ליום הקובע (1.1.03)
	חיוב במס בשיעור של 25% ⁽²⁾ מחיר מקורי – יקבע לפי ממוצע ערכה של המניה בבורסה בשלושת ימי המסחר האחרונים בחודש דצמבר 2002.	פטור ממס	חיוב במס בשיעור של 25% ⁽²⁾ מחיר מקורי – יקבע לפי ממוצע ערכה של המניה בבורסה בשלושת ימי המסחר האחרונים בחודש דצמבר 2002.	רווח ההון מהיום הקובע ועד ליום המכירה בפועל (בהנחה כי זו מתבצעת לאחר יום 1.1.12)

- (1) במידה ונדרש הוצאות מימון או שהמוכר הינו "בעל מניות מהותי" – יחול שיעור מס של 25%.
 (2) במידה ונדרשו הוצאות מימון או שהמוכר הינו "בעל מניות מהותי" – יחול שיעור מס של 30%.

חלופה ג'	חלופה ב'	חלופה א'	רישום המניות לאחר 1.1.2003 ועד ליום 31.12.2005
חיוב בעל המניות ביום המכירה בפועל	חיוב בעל המניות ביום המכירה בפועל לפי המחיר ביום הרישום	חיוב בעל המניות ביום הרישום	
התמורה תקבע על פי השווי ביום המכירה. חישוב לינארי: עד 31.12.02 – שיעורי מס שולי. מ-1.1.03 ועד ליום הרישום – 20% ⁽¹⁾ . בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.	התמורה תקבע על פי השווי ביום הרישום. חישוב לינארי: עד 31.12.02 – שיעורי מס שולי. מ-1.1.03 ועד ליום הרישום – 20% ⁽¹⁾ .	התמורה תקבע על פי השווי ביום הרישום. חישוב לינארי: עד 31.12.02 – שיעורי מס שולי. מ-1.1.03 ועד ליום הרישום – 20% ⁽¹⁾ .	רווח ההון מיום הרכישה ועד לרישום
	שיעור מס של 25% ⁽²⁾ . המחיר המקורי – השווי שנקבע ביום הרישום.	שיעור מס של 25% ⁽²⁾ . המחיר המקורי – השווי שנקבע ביום הרישום.	שיעור מס של 25% ⁽²⁾ . המחיר המקורי – השווי שנקבע ביום הרישום.

- (1) במידה ונדרש הוצאות מימון או שהמוכר הינו "בעל מניות מהותי" – יחול שיעור מס של 25%.
 (2) במידה ונדרשו הוצאות מימון או שהמוכר הינו "בעל מניות מהותי" – יחול שיעור מס של 30%.

12.9 פטור ממס רווח הון לתושב חוץ בגין השקעתו בחברת מו"פ (שלא באמצעות קרן הון סיכון)

במסגרת תיקון 132 לפקודה הוסף סעיף 97(ב1) לפקודה אשר המעניק לתושב חוץ פטור ממס רווח הון בגין מכירת מניה, שהוקצתה לו בשנת 2003 ואילך, בחברה אשר במועד ההקצאה הייתה חברה עתירת מחקר ופיתוח, תמורת השקעתו הכספית בה. **בחוזר מס הכנסה 23/2002** הודגש כי הפטור ממס יינתן בתנאי שהקצאת המניות לתושב החוץ, תהא תמורת השקעתו הכספית בחברה, משמע, תושב החוץ השקיע בחברה מזומן בתמורה לקבלת המניות.

כמו כן הובהר באותו חוזר, כי הפטור יינתן במקרים בהם בכל התקופה, ממועד ההקצאה ועד מועד המכירה, החברה אכן הייתה חברה עתירת מחקר ופיתוח. לעניין זה, חברה עתירת מחקר ופיתוח הינה כהגדרתה בתקנות מס הכנסה (שינוי מבנה של חברות עתירות מחקר ופיתוח), התשנ"ד-1994, שהינה תושבת ישראל. בעניין זה ראוי להוסיף שהפטור חל בין אם מדובר במשקיע חוץ ממדינת אמנה, ובין אם לאו וללא מגבלת שיעורי החזקה בחברה. בעקבות תיקון 169 לפקודה בוטלו הוראות סעיף 97(ב1) לפקודה על מכירת ניירות ערך או זכות שיום רכישתם הינו מיום 1.1.2009 ואילך.

12.10 רכישה עצמית של אגרות חוב

חוזר מס הכנסה מס' 2/2010 - רכישה עצמית של אגרות חוב והסדרי חוב

1. רכישה עצמית של אגרות חוב - היבטי המיסוי של החברה הרוכשת

1.1 רכישה עצמית של אגרות חוב על ידי החברה המנפיקה

1.1.1 כללי

רכישה עצמית של אגרות חוב, שאינן ניתנות להמרה למניות, על ידי החברה המנפיקה תביא לסילוק ההתחייבות החברה כלפי מחזיקי אגרת החוב. ההתחייבות זו תסולק בתמורה לסכום נמוך מסכום ההתחייבות, בהתאם לשווי השוק של אגרת החוב בבורסה במועד רכישתה. במקרים אלה, תימחק אגרת החוב מן המסחר בבורסה.

משמעות הרכישה הינה, אפוא, התעשרות של החברה המנפיקה בגובה ההפרש שבין סכום ההתחייבות למחזיקי אגרות החוב כפי שרשומה בספרי החברה לבין המחיר ששילמה החברה בפועל תמורת רכישת אגרות החוב. התעשרות זו חייבת במס בישראל.

יוער, כי אף בהתאם לכללי חשבונאות מקובלים בישראל, ברכישה עצמית של אגרות חוב על ידי החברה המנפיקה, מסולקת ההתחייבות הפיננסית הקיימת בגינן במאזן החברה, ויש להכיר ברווח או בהפסד (בדרך כלל בסעיף המימון) בגובה ההפרש בין ערכה של ההתחייבות הפיננסית שסולקה בספרי החברה (או חלק ממנה) לבין התמורה ששולמה במזומן, בשווה מזומן או באמצעות מכשירים הוניים אחרים.

1.1.2 מקור ההכנסה

הטיפול, לצרכי מס, בחברה המנפיקה אגרות חוב, החל ממועד הנפקתן וכלה בפדיון, מבוצע רובו ככולו דרך סעיף המימון. בין אם בעת ההנפקה (ניכיון או פרמיה) ובין אם במהלך חיי אגרות החוב, בדמות דרישת הוצאות המימון (ריבית והפחתת ניכיון) או הכרה בהכנסות מימון (פרמיה). כמו כן, פדיון המוקדם של אגרות החוב, במידה ויהיה כזה, יגרור רישום הוצאת או הכנסת מימון לצרכי מס, הן בשל יתרת הפחתת הניכיון או הפרמיה (בהתאמה), והן בשל יתרת החוב שנמחקה, במידה והייתה כזו. לאור האמור, מקור ההכנסה אצל החברה בשל רכישה עצמית של ההתחייבות מהווה, בראש ובראשונה, הכנסת מימון בהתאם לסעיף 2(4) לפקודה.

למעשה, דומה הרכישה העצמית להנפקת אגרות חוב בפרמיה, כאשר בפדיון יש להכיר ביתרת הפרמיה למועד זה כהכנסה לצרכי מס.

לחלופין ולבקשת החברה, תסווג הכנסה זו כהכנסה ממחילת חוב לפי סעיף 3(ב)(1) או 3(ב)(3) לפקודה, לפי העניין. יצוין, כי הוראות סעיפים 3(ב)(3) ו-3(ב)(3)(ג) לפקודה לעניין קיזוז הפסדים יחולו בהתאם.

לעניין זה יובהר, כי סעיף 3(ב)(5) לפקודה קובע, כי גם מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו ומי ששומט חובו, ייחשב לצורך סעיף 3(ב) לפקודה, כמי שנמחל לו חוב. אין ספק כי חברה שביצעה רכישה עצמית של אגרות החוב שהנפיקה ממחזיקי אגרות חוב אלו, מתייחסת להפרש בין מחיר הרכישה לבין גובה ההתחייבות כאילו מדובר בחוב שאינו קיים, ובהתאם יש לראותה, לצרכי מס, כמי שחובה נמחל.

יצוין, כי במידה וחלק מההתחייבות הנרכשת על ידי החברה המנפיקה כולל חוב הנובע מהוצאה שניכויה הותר בבירור הכנסתה החייבת של החברה המנפיקה, קרי הוצאה בגין ריבית או ניכיון, הרי שחלק זה יהיה חייב במס לפי סעיף 3(ב)(1) לפקודה.

במידה וההתחייבות שנרכשה על ידי החברה המנפיקה נובעת מסכומים שקיבלה החברה המנפיקה ואשר שימשו לייצור הכנסתה מעסק או משלח יד, הרי שחלק זה יהיה חייב במס לפי סעיף 3(ב)(3) לפקודה.

1.1.3 עיתוי ההכרה בהכנסה

כיוון שבמועד רכישת אגרות החוב על ידי החברה המנפיקה, ההתחייבות של החברה כלפי מחזיקי אגרות החוב נמחקת/מסולקת, הרי שיראו את ההכנסה הנובעת מהרכישה כאמור לעיל, כהכנסה שנצמחה במועד הרכישה העצמית. יצוין, כי במועד פירעון מוקדם של אגרות חוב כמו גם במועד רכישה עצמית של אגרות החוב, אשר בעקבותיהן נמחקת ההתחייבות החברה כלפי מחזיקי אגרות החוב, תוכר כל יתרת ההכנסה שטרם הוכרה. זאת, על אף שככלל, בהנפקת אגרות חוב בפרמיה, הכנסות המימון מוכרות לאורך שנות "חיי" אגרות החוב. עוד יצוין, שככל שהדבר נוגע למחילת חוב, קובע סעיף 3(ב)(3)(א) לפקודה, כי יראו את החוב כהכנסה בשנה שבה נמחל או שומט.

1.2 רכישה עצמית של אגרות חוב על ידי חברה בת או חברה קשורה

1.2.1 היבטי המיסוי

במקרים בהם אגרות החוב נרכשות על ידי חברה בת של החברה המנפיקה ו/או על ידי חברה קשורה (להלן: "החברה הקשורה"), אגרות החוב אינן נמחקות מהמסחר בבורסה ולמעשה החברה הקשורה יכולה לשוב ולמכור בחזרה את אגרות החוב בבורסה ו/או בעסקה מחוץ לבורסה. לפיכך, ככלל, רכישת אגרות החוב של החברה המנפיקה על ידי החברה הקשורה לא תהווה אירוע מס במועד הרכישה, ואירוע המס ידחה למועד פירעון אגרות החוב או למועד מכירתן לצדדים שלישיים. יצוין, כי רכישת אגרות החוב לא תהווה אירוע מס במועד הרכישה, בין אם מימון הרכישה נעשה באמצעות הון עצמי קיים של החברה הקשורה ו/או באמצעות מימון זר מצדדים שלישיים ו/או באמצעות מימון מהחברה המנפיקה בין על ידי מתן הלוואה ובין על ידי השקעה במניות החברה הקשורה על ידי המנפיקה.

על אף האמור לעיל וכפי שיפורט בסעיף 1.2.2 להלן, במקרים בהם אחת ממטרותיה העיקריות של הרכישה באמצעות החברה הקשורה הינה הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה בחברה המנפיקה, תסווג מחדש, לצרכי מס, רכישת אגרות החוב על ידי החברה הקשורה כרכישה עצמית של אגרות החוב ע"י החברה המנפיקה. בנסיבות אלה, יחולו הכללים שפורטו בסעיף 1.1 לעיל, הן לגבי סיווג ההכנסה והן לגבי עיתויה.

1.2.2 סיווג מחדש של רכישה על ידי חברה קשורה כרכישה על ידי החברה המנפיקה

רכישת אגרות חוב על ידי חברה קשורה תיחשב, לצרכי מס, כרכישה על ידי החברה המנפיקה עצמה בהתקיים כל התנאים המפורטים להלן:

- א. החברה הקשורה הינה חברה חדשה שהוקמה לצורך הרכישה או שהינה חברה קיימת ללא פעילות ממשית.
- ב. החברה הקשורה מוחזקת, במישרין או בעקיפין, לפחות ב-90% בידי החברה המנפיקה או בידי קרובה ("קרוב" - כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה).
- ג. החברה הקשורה רוכשת את אגרות החוב באמצעות מימון מהחברה המנפיקה או מקרובה או בערבותם.
- ד. תנאי הלוואה שניתנו על ידי החברה המנפיקה או על ידי קרובה לחברה הרוכשת, לצורך רכישת אגרות החוב, מושפעים מהיחסים המיוחדים ביניהם. לעניין זה, יראו הלוואה לחברה הרוכשת, אשר הריבית בגינה גבוהה מהריבית המשולמת לחברה הרוכשת בגין האג"ח המוחזקות על ידה לאחר הרכישה, באופן שהחברה הרוכשת אינה מכירה בהכנסת ריבית בשל החזקתה באגרות החוב, כהלוואה המושפעת מיחסים מיוחדים.

1.3 רכישה עצמית של אגרות חוב באמצעות שותפות

רכישת אגרות חוב באמצעות שותפות תיחשב, לצרכי מס, כרכישה עצמית על ידי החברה המנפיקה עצמה ולפיכך יחול האמור בסעיף 1.1 לעיל.

2. רכישה עצמית של אגרות חוב - היבטי המיסוי של מחזיקי אגרות החוב

ההכנסה שנוצרת למחזיקי אגרות החוב בשל מכירתן לחברה הרוכשת תסווג באותו אופן בו היתה מסווגת הכנסה זו אילו נמכרו אגרות החוב על ידי אותו מחזיק לצד ג' בלתי קשור. העובדה שאגרות החוב נמכרו לחברה עצמה או לחברה קשורה במסגרת הרכישה העצמית אינה משנה את סיווג ההכנסה או את עיתויה ביחס למוכר.

3. הסדרי חוב

3.1 כללי

מקרים בהם בוצע פירעון מלא או חלקי של אגרות החוב במסגרת הסדרי חוב, המערבים חברות לא סולבנטיות, אשר פנו לבית המשפט לאישור הסדר החוב במסגרת סעיף 350 לחוק החברות התשנ"ט-1999 והתקנות מכוחו (להלן: "חוק החברות" ו"הסדר חוב", בהתאמה), יטופלו בהתאם לכללים שיפורטו להלן.

3.2 הסדרי חוב - היבטי המיסוי של החברה המנפיקה

ככלל, פירעון חלקי או מלא של אגרות חוב במסגרת הסדר חוב, בנסיבות בהן המחיר המשולם בגין איגרת החוב נמוך מגובה ההתחייבות, מצמיח לחברה המנפיקה הכנסה בגין מחיקת ההתחייבות לנושים, הכול בהתאם ובדומה לאמור בסעיף 1 לעיל, בשינויים המחויבים. כלל זה יחול גם במקרים בהם פירעון החוב נעשה תמורת מניות ו/או אופציות ו/או מכשיר התחייבותי אחר. תשלום זה ייחשב כתשלום יחסי או מלא, לפי העניין, על חשבון החוב, בהתאם לשווי השוק של הנכסים הפיננסיים שניתנו כתמורה.

יחד עם זאת, משיקולי מדיניות ועל מנת להקל על חברות המצויות בקשיים ובכדי לאפשר את קיום הסדרי החוב, במקרים בהם מדובר בחברה המוכיחה כי איננה סולבנטית ואשר בידה הסדר נושים מאושר על ידי בית משפט במסגרת סעיף 350 לחוק החברות, ניתן לפנות לחטיבה המקצועית ברשות המסים על מנת לבחון הסדר מס לאופן קיזוז ההפסדים הקיימים בחברה כנגד ההכנסה שנוצרה כתוצאה מהסדר החוב, לאופן הפחתת מחירם המקורי של נכסי החברה ולאופן חיוב יתרת ההכנסה ככול שתהיה. זאת, בהתאם לתנאי הסדר החוב הספציפי והתמורה המשולמת.

3.3 הסדרי חוב - היבטי המיסוי של מחזיקי אגרות החוב

המיסוי שיחול על מחזיקי אגרות החוב במסגרת הסדרי חוב יהיה בהתאם למהות הסדר החוב, כמפורט להלן:

3.3.1 דחיית תשלומי ריבית/קרן ללא פירעון אגרות החוב

במקרים בהם נדחים תשלומי הקרן ו/או הריבית ללא פירעון של אגרות החוב במסגרת הסדר חוב, ובתמורה ניתנו למחזיקי אגרות החוב תשלום מזומן או כל תמורה אחרת (כגון מכשיר התחייבותי או אופציות/מניות), תיחשב התמורה כהכנסת ריבית.

3.3.2 פירעון חלקי או מלא של אגרות החוב

במקרים בהם בוצע פירעון חלקי או מלא של אגרות החוב במסגרת הסדר חוב, ובתמורה ניתנו למחזיקי אגרות החוב תשלום מזומן או כל תמורה אחרת (כגון מכשיר התחייבותי או אופציות/מניות) תיחשב התמורה שניתנה תחילה כהחזר על חשבון הריבית הצבורה ודמי הניכיון ולאחר מכן כהחזר על חשבון הקרן. יצוין, כי במקרים חריגים ניתן לפנות לחטיבה המקצועית ברשות המסים לשם בחינת ייחוס התמורה לקרן בלבד וסיווג אירוע המס כולו כאירוע הוני ולשם בחינת האפשרות של רצף מס במקרים בהם מוחלף מכשיר התחייבותי אחד במכשיר התחייבותי אחר ללא שינוי מהותי בתנאים.

3.3.3 שינוי תנאי אגרות חוב להמרה, המרה כפויה למניות

ככלל, המרת אגרות חוב ניתנות להמרה למניות אינה מהווה אירוע מס בעת ההמרה אלא רק במועד מכירת המניות, בהתאם לתקנה 2 לתקנות מס הכנסה (חישוב רווח הון במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה, מילווה מדינה או יחידה בקרן נאמנות), התשס"ג-2002. יחד עם זאת, במקרים בהם במסגרת הסדר חוב שונה יחס ההמרה באופן מהותי כך שחל, למעשה, ניתוק מתנאי איגרת החוב המקורית, יראו את איגרת החוב המקורית כאילו נמכרה בתמורה לאיגרת החוב החדשה.

12.11 פסיקה – מיסוי תשלום אשר ניתן בעבור ויתור על אופציה במקרקעין

ע"מ 621-02-14 פיננסיטק בע"מ נגד פקיד שומה פתח תקווה

ביום 27.4.2007 נחתם הסכם אופציה (להלן: "ההסכם") בין חברת פיננסיטק בע"מ (להלן: "המערערת") לחברת ליקווד בע"מ (להלן: "ליקווד") לרכישת חלק מזכויות ליקווד במתחם הולילנד, במסגרתה העניקה המערערת לליקווד הלוואה ונרשמה הערת אזהרה לטובת המערערת בגין האופציה. בנוסף במסגרת ההסכם היה קיים סעיף המאזכר הסכם קומבינציה בין ליקווד לבין חברת נידר בע"מ (להלן: "נידר").

בין חברת ליקווד לבין חברת נידר התגלעו חילוקי דעות, בסופם הגיעו הצדדים להסכם פשרה אשר ניתן לו תוקף של פסק דין (להלן: "הסכם הפשרה"). במסגרת הסכם הפשרה בוטל הסכם הקומבינציה, ליקווד מכרה לנידר את כל זכויותיה במתחם הולילנד. המערערת ויתרה על זכות האופציה שניתנה לה על ידי ליקווד והסכימה למחיקת הערת האזהרה לטובתה, כל זאת בתמורה לסך של 17,100,000 ש"ח שתשלם נידר למערערת, שמתוכם 4,700,000 ש"ח במזומן והיתרה – 12,400,000 ש"ח, תשולם באג"ח של נידר בעלות הגבלות שונות בעת מכירתן.

בסמוך לצאת הסכם הפשרה לפועל, הורע מצבה של נידר וקיבלה נידר מבית המשפט צו להקפאת הליכים, הופסק המסחר באגרות החוב שלה וצפוי היה בהתאם להסכם הנושים כי המערערת תהא זכאית לקבל רק סך של 5,400,000 ש"ח בגין אגרות החוב.

המערערת טענה כי התמורה בגין הויתור על האופציה מהווה הכנסה פירותית שכנגדה היא זכאית לקזז הפסדים עסקיים מועברים, ללא הבהרה מה הבסיס המשפטי לטענה. מנגד, פקיד שומה פתח תקווה (להלן: "המשיב") טען כי התמורה אינה נובעת מעסק ולפיכך הינה מהווה הכנסה הונית.

ביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד מפי כבוד השופט ש' בורנשטיין דחתה את העירעור בשל מכלול הנסיבות כדלקמן: המערערת טענה מלכתחילה על "עסק" בתחום הנדל"ן אך לא הוכיחה לבית המשפט בדבר התקיימות של עסק, עובדיה ויועציה לא העידו, המסמכים שהוצגו לבית המשפט אין בהם כדי ללמד כי מתקיימות פעילות עסקית. משלא הוכיחה המערערת כי יש בידה "עסק" או "עסקת אקראי" ואף לא הכנסה שהיא בגדר "רווח הון בעסק" ולפיכך ניתן לקזז כנגדה הפסד עסקי מועבר לפי סעיף 28(ב) לפקודה, בשל העובדה כי רווח הון בעסק משמעו רווח שנוצר בעקבות מימוש נכס וממילא המערערת לא הוכיחה כי הנכס הנמכר, האופציה, שימש אותה להפקת איזו הכנסה עסקית וכי הוא היווה חלק מגורמי היצור בעסק שלה ולפיכך התוצאה היא כי מדובר בשבח מקרקעין, דהיינו בהכנסה הונית שלא ניתן לקזז כנגדה הפסדים עסקיים מועברים