

מיסוי הפחתת הון



שקל ושות' עו"ד

מאת: משה שקל, עו"ד ; ניר נאור, עו"ד

1. מבוא

1.1 לפי הדין הקבוע בפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן - "פקודת החברות"), היתה הפחתת הון כרוכה באישור בית המשפט ולפיכך היתה בגדר פעולה סבוכה שננקטה לעיתים נדירות. ואולם, חוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן - "חוק החברות") אשר החליף את רוב סעיפיה של פקודת החברות, נוקט בגישה ליברלית יותר כלפי נקיטתה של הפחתת הון, אגב צמצום ההזקות לאישורו של בית המשפט לשם ביצועה. אשר על כן, גם אם לא תהפוך הפחתת ההון לחזון נפרץ, סביר שתינקט לעיתים תכופות יותר מבעבר.

1.2 דא עקא, שבכל הנוגע למיסויה של הפחתת הון, רב הנסתר על הגלוי, בהעדרה של התייחסות ישירה לסוגייה זו מצידם של דיני המס הישראלים. להלן תיסקרנה במאמר זה דרכים שונות למיסויה של הפחתת הון, שאינה תוצר של רכישה עצמית של מניות. דרכים אשר ניתן למצוא לגביהן תימוכין, ולו עקיפים, בדין הישראלי, זאת, הן לגבי הדין שהתקיים מכוח פקודת החברות והן לגבי הדין הקיים כיום מכוח חוק החברות. כמו-כן ייסקר הדין הרצוי לגבי הסוגייה, לאור מהותה הכלכלית של הפחתת ההון וכן לאור המצב המשפטי הנוהג לגביה מעבר לים.

2. מסגרת הדין - הפחתת הון כדיבידנד או כמכירה

2.1 שאלת סיווגם של תשלומים המתקבלים עקב הפחתת הון לא נדונה בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן - "פקודת מס הכנסה" או "הפקודה") או בפסיקת בתי המשפט בישראל. גם בדברי מלומדים ההתייחסות לשאלה זו מצומצמת ביותר.

2.2 ואולם, ככלל, ניתן לעמוד על שתי גישות עיקריות בשאלת סיווגם של תשלומים אלה. גישה אחת רואה בסכומים המשולמים עקב הפחתת הון משום דיבידנד. גישות אחרות רואות בתשלומים אלה תשלומים בעלי אופי הוני - בין אם מכירה, ובין אם החזר השקעה. להלן יידונו שתי גישות אלו, תוך מציאת תימוכין לשתיהן בדין הישראלי, ותוך סקירת הדין מעבר לים באשר לסוגייה.

3.1. מבוא

3.1.1. סעיף 2(4) לפקודה קובע הכנסה מדיבידנד כמקור הכנסה פירותי. סעיף 126 לפקודה קובע, כי קבלתו של דיבידנד בידי חבר בני-אדם, מידי חבר בני-אדם אחר החייב במס חברות, לא תחוב במס. סעיף 125ב לפקודה קובע את שיעור מס הדיבידנד בידי יחיד כ-25%.

3.1.2. ואולם, בפקודת מס הכנסה לא קיימת הגדרה למונח "דיבידנד". לפיכך, בשאלה האם יש לסווג תשלום זה או אחר כדיבידנד, יש לנהוג לפי הכלל הקובע, כי באין הגדרה או דין ספציפי בפקודה עצמה למונח כלשהו, יש לנהוג לפי הוראותיו של הדין הכללי[1], אשר בענייננו מגולם בדיני התאגידים.

3.1.3. דיני התאגידים בישראל עברו שינוי רחב היקף עם כניסתו לתוקף, כאמור, של חוק החברות ביום 1.2.2000. ואולם, לעניין בחינתו של המונח "דיבידנד" היפה לגבי הפחתות הון שהתבצעו עובר לכניסתו לתוקף של חוק החברות, יש לפנות לדין שהיה בתוקף באותו הזמן, ואשר נקבע בפקודת החברות. אשר על כן, בנוסף לבחינת הגדרתו של המונח "דיבידנד" לאור הדין הקבוע בחוק החברות, תיבחן זו גם לאור הדין הקבוע בפקודת החברות.

3.2. "דיבידנד" אליבא דפקודת החברות

3.2.1. סעיף 2 לפקודת החברות מגדיר את המונח דיבידנד כלהלן:

" "דיבידנד" על מניות - לרבות ריבית עליהן; "

3.2.2. הגדרה חקוקה זו שבפקודת החברות אינה מסייעת רבות בסיווגו של תשלום כדיבידנד, אם לאו. ואולם, הגישה המקובלת בדיני התאגידים, עובר לכניסתו של חוק החברות לתוקף, קבעה כי דיבידנד היא מחולק מתוך רווחים בלבד.

3.2.3. לעניין זה יפים דבריו של המלומד רפאל:

"כידוע, מורים דיני החברות, כי רק רווחי החברה ניתנים לחלוקה כדיבידנד.

אין לך דיבידנד אלא אם כן הוא נובע מרווחיה של החברה. כאשר חברה מחלקת לבעלי מניותיה כספים או רכוש, שעה שאין לה רווחים כדי סכום החלוקה, אין זו חלוקת דיבידנדים." [2]

3.2.4. לעניין הגדרת הדיבר "רווח" לעיל, קובע המלומד כהן כדלקמן:

"... "רווח" הוא מונח עסקי, הבא לציין תוספת נכסים מסוימת שנצטברה בידי החברה בתוך שנת מס אחת, לאחר ניכוי כל הוצאותיה באותה שנה" [3].

עוד מוסיף וקובע המלומד כהן, כי תשלומים שמקורם בהון מניות נפרע, לרבות פרמיה (להלן - "ההון הנפרע"), לעולם לא ייחשבו לדיבידנדים. [4]

3.2.5. זאת ועוד, מוסיף עוד כהן [5] וקובע, כי על הכלל בדבר חלוקת דיבידנד מרווחים בלבד ואיסור הפחתת הון ניתן ללמוד גם מתקנה 98 לתקנון המצוי, הקובעת כי:

"אין לשלם דיבידנדים אלא מתוך רווחים."

ודוק, למרות שניתן שלא לאמץ את התקנון המצוי על תקנה 98 שבו, לא ניתן להתנות על הכלל האמור, כי דיבידנדים ישולמו אך ורק מתוך רווחים באופן שבו לא תתבצע הפחתת הון להלכה או למעשה. [6]

3.2.6. לעניין זה יצויין, כי אף התייחסותן של רשויות המס לעניין המונח "דיבידנד" משקפת כלל זה:

"אין בפקודה הגדרה למונח זה. לפי דיני החברות, דיבידנד הוא סכום המשתלם מתוך רווחים של חברה לבעל-מניות הזכאי לחלוקת רווחים מכוח מניותיו" [7]. (הדגשת המחברים)

3.2.7. בהערת אגב יצויין, כי למרות ההסכמה לעיל, כי חלוקת דיבידנדים תתבצע מתוך רווחים בלבד, נתגלעו מחלוקות ופולמוסים רבים בכל הנוגע להגדרה המדוייקת של הרווחים שמהם ניתן לחלק דיבידנדים. כך לדוגמה, ניטשה מחלוקת באשר לחלוקת דיבידנדים מתוך רווחים שלא התחייבו לצורך מס, כאשר הגישה המקובלת לעניין זה הינה, כי גם רווחים שכאלו כשירים להיות מחולקים כדיבידנדים [8].

3.2.8. מחלוקת אחרת נוגעת לשאלה, האם ניתן לחלק דיבידנדים מתוך רווחים אינפלציונים, לרבות רווחים משערוך נכסים, או שמא מוגבלת חלוקת הדיבידנדים לרווחים ריאליים בלבד [9]. טיעונים מטיעונים שונים נטענו לצידן של כל אחת מהגישות באין פתרון אחד למחלוקת. למרות זאת, אליבא דרוב הגישות הקיימות באשר לסוגייה, נראה כי יתרת הרווחים, כפי שזו מופיעה בדוחות החברה המותאמים למדד, תיחשב לסכום שממנו ניתן לחלק דיבידנדים [10].

3.2.9. לאור כל האמור לעיל, מבלי להיכנס לעובי הקורה במחלוקות לעיל ובמחלוקות אחרות, ניתן לקבוע כי אליבא דכל הגישות, העמדה עובר לכניסתו לתוקף של חוק החברות היתה, כי חלוקת דיבידנד חייבת להיעשות מתוך רווחים ומהם בלבד, וכל זאת מבלי שהחברה המחלקת תיכנס למצב של חדלות פרעון [11].

3.3. "דיבידנד" אליבא דחוק החברות

3.3.1. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר את המונח "דיבידנד" כלהלן:

"דיבידנד" - כל נכס הניתן על ידי החברה לבעל מניה מכוח

זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה;”

הגדרת המונח “דיבידנד” בחוק החברות רחבה ביותר וכוללת כל חלוקת נכסים לבעל מניות מכוח היותו כזה. כל זאת, ללא התייחסות למקורה של חלוקה זו - האם נובעת מרווחים, אם לאו.

3.3.2. אישור למסקנה זו ניתן למצוא בהגדרות הקובעות אימתי תהא חלוקת דיבידנד בגדר חלוקה מותרת, כל זאת כמפורט להלן. סעיף 301(ב) לחוק החברות קובע כי:

”חלוקה בניגוד להוראות פרק זה היא חלוקה אסורה.”

המונח “חלוקה” מוגדר בסעיף 1 לחוק החברות ומורכב משניים:

3.3.2.1. מתן דיבידנד.

3.3.2.2. רכישה של חברה את מניותיה באופן ישיר או עקיף.

לפי הגדרה זו, מקום בו מבוצעת חלוקה, שלא על ידי רכישה עצמית של מניות, עסקינן בדיבידנד. בכדי להבין דיבידנד מהו, אליבא דהגדרות שבחוק החברות, נפנה אל סעיף 302 לחוק המגדיר את התנאים לביצועה של חלוקה. לפי תנאים אלו, חלוקה, לרבות חלוקת דיבידנד, חובה שתבצע מתוך יתרת העודפים או מתוך העודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים. כל זאת, לפי דוחות כספיים מותאמים למדד הערוכים לפי כללי חשבונאות מקובלים.

ואולם, אליה וקוץ בה, סעיף 302 לעיל, הדן במקורות המותרים לעניין חלוקה, עוסק בדרך אחת לביצועה של חלוקה. סעיף 303(א) לחוק החברות קובע דרך נוספת לביצועה של חלוקה - חלוקה באישור בית המשפט. לשון אחר, ההוראה שבסעיף 302 לחוק החברות מתייחסת לחלוקה אשר אינה מצריכה את אישור בית המשפט. אין בהוראה זו כדי לתחום את כלל האפשרויות לביצועה של חלוקה, כגון מקום בו ניתן אישור בית המשפט[12]. לפיכך, ניתן לכאורה לטעון, כי גם דיבידנד אשר מקורו בהון נפרע, במידה שחולק באישור בית המשפט, נכנס לגדר המונח דיבידנד[13].

לכאורה ניתן למצוא חיזוק לדעה, שאף חלוקה כאמור נכנסת ב-ד' אמותיו של המונח “דיבידנד” במינוח שניתן בחשבונאות לחלוקת נכסים מתוך ההון הנפרע. יפים לעניין זה הם דבריהם של המלומדים האמריקאים Weygandt ו-Kieso, כמובא להלן:

**any dividend not based on earnings ...”
is a reduction of corporate paid-in
capital and, to that extent, it is a
”[liquidating dividend.[14**

(הדגשת המחברים)

דברים דומים ניתן ללמוד מספרם של המלומדים האמריקאים Welsch ו- Zlatkovitch כמובא להלן:

Distributions that are a return of the amount received when stock was issued rather than assets acquired through earnings are called liquidating dividends.[15]

(הדגשת המחברים)

ודוק, המונח "דיבידנד בפירוק" לעיל - האם קובע הוא את מהות התשלום כ"דיבידנד"?

3.3.3. למרות האמור לעיל, נראה כי קביעה זו, כי גם נכסים שחולקו מתוך ההון הנפרע ייחשבו לדיבידנדים לכל דבר ועניין, אינה נקיייה מספקות. שכן, כלל לא ברור, האם המחוקק שנקט בלשון זו בחוק החברות, התכוון לשלל ההשלכות שעשויות להיות לסיווג חלוקה כאמור כדיבידנד, לרבות לעניין דיני המס.

3.3.4. כטענת נגד לטענה, כי נכסים שחולקו אגב הפחתת הון ייחשבו לדיבידנדים, ניתן לרתום את הגישה המקובלת לעניין, חלוקת דיבידנדים, לפיה חלוקה כאמור תיעשה מתוך רווחים בלבד. כאמור, גישה זו שלטה בכיפה עובר לכניסתו לתוקף של חוק החברות. לעניין זה יפים הם דבריו של המלומד גרוס בהתייחסו למשמעות המונח "דיבידנד" כהגדרתו בחוק החברות:

"דיבידנד במשמעותו הרגילה, הוא חלוקת רווחים (במזומן או לפעמים בנכסי החברה) לבעלי המניות של החברה, לפי שיעור אחזקותיהם בהון החברה ובהתחשב בזכויות הצמודות למניות האמורות..."[16]

(הדגשת המחברים)

3.4. "דיבידנד" אליבא דחוק החברות - האומנם "דיבידנד" לצרכי פקודת מס הכנסה?

3.4.1. לכאורה, מנוסחו המרחיב של הדיבר "דיבידנד" שבחוק החברות, נמצאו למדים שכל חלוקה - אפילו היא הונית ואפילו אם אסורה היא - מהווה בגדר "דיבידנד" לצרכי חוק החברות. האם תוצאת הדברים היא, שזה יהא המצב אף לצרכי החלת הוראות הפקודה? מסופקנו.

3.4.2. חלוקת דיבידנד (לא כולל מה שמכונה לא אחת "דיבידנד בפירוק") מסווגת לעניין דיני המס במישור הפירותי, בעוד שחלוקת נכסים מתוך ההון הנפרע, על פניה, נראית כפעולה במישור ההוני. אשר על כן, נראה כי הגישה לעיל, לפיה חלוקת נכסים מתוך ההון הנפרע תיחשב לדיבידנד, אינה עולה בקנה אחד עם מושכלות היסוד של דיני המס.

לעניין זה יפים דברי המלומד רוזמן בספרו :

“פקודת מס הכנסה אינה מגדירה “דיבידנד”. האם תחול ההגדרה שקובע חוק החברות ל”דיבידנד”? לדעתנו, לא מתחייבת התייחסות זהה בדיני המסים לגישה הקבועה לעניין זה בדיני החברות. השיקול של הרמוניה פרשנית בין הדינים השונים הוא שיקול פרשני רלוונטי, אך לא קונקלוסיבי”[17].

כלומר, למרות הנטייה הבסיסית במשפט הישראלי לשאוף להרמוניה פרשנית בין הדינים השונים, כגון בין דיני התאגידים לדיני המס, כבענייננו, עדיין אין שיקול זה בגדר שיקול מכריע. לשון אחר, יכולה ותהא פרשנות שונה למונח “דיבידנד” בדיני התאגידים, מחד, ובדיני המס, מאידך.

3.4.3

ואם בפרשנות דברי חקיקה ובמושכלות היסוד של דיני המס עסקינן, נראה כי הגישה לפיה הפחתת הון תיחשב בגדר חלוקת דיבידנד עלולה לעמוד בסתירה לשניהם. ובמה דברים אמורים? פרשנות כלכלית-תכליתית מהווה בגדר פרשנות מובילה בדיני המס[18]. כמו-כן, מהווה העיקרון הנוגע למניעת כפל מס, בגדר דרך פרשנית לעניין דיני המס וממושכלות יסודם גם יחד. ודוק, אף במצב בו לשון החוק ברורה אך מביאה לתוצאה אבסורדית, יש ליתן לה משמעות שונה, הגם שאיננה טבעית ואיננה רגילה, ובלבד שתוגשם מטרת החוק[19], זאת אף במחיר של סטייה ברורה מלשונו[20]. זאת ועוד, כללים אלו מהווים בגדר נחלתם של כלל ענפי המשפט הישראלי, ולא רק של דיני המיסים[21]. לעניין דיני המיסים, פועל יוצא של דרך הפרשנות לעיל הינו העיקרון הנוגע למניעת כפל מס אשר עלה לגדר חזקה פרשנית[22], שקיבלה משנה תוקף לאחר חקיקתם של חוקי היסוד[23]. ואם בזאת לא סגי, יצויין כי אף רשויות המס עצמן אימצו כלל זה מקום בו לשון החוק לקתה בעמימות[24].

3.4.4

ומן הכלל אל הפרט. למרות לשון חוק החברות, כאמור, אשר תומכת לכאורה בעיקרון לפיו הפחתת הון תיחשב לחלוקת דיבידנד, מתנגשת גישה זו בפרשנות הכלכלית-תכליתית הנהוגה לעניין דיני המס ובעיקרון לפיו יש לפרש דבר חקיקה באופן שבו יימנע כפל מס. טול דוגמה לעניין זה, בה יחיד משקיע סכום כסף בהון מניותיה של חברה שבעלותו, כדי להביאה לרמת הון עצמי מינימלי המאפשרת, לפי כללי הבורסה לניירות ערך, את הנפקתה לציבור. זמן מה לאחר מכן מחליט אותו יחיד לוותר על תכניותיו אלו, ולפיכך להפחית את הונה של החברה אגב משיכת הכספים שהושקעו על-ידו קודם לכן. לית מאן דפליג, כי כספים אלו, שנמשכו חזרה על-ידו, אינם רווחים שנצמחו לחברה או ליחיד, ולפיכך נראה, כי אין מקום לחיובם במס בתורת דיבידנד. ודוק, מס על דיבידנד מהווה בגדר מס ישיר, וככזה אמור להיות מוטל על רווחים ועליהם בלבד. כל זאת, בניגוד למתקיים בסוגייה קא עסקינן.

3.4.5. היקש לסוגייתנו ניתן למצוא גם בסוגיית מיסויים של בעלי מניות בזמן פירוקה של החברה שבבעלותם. במצב כאמור, ישולם מס לפי סעיף 94ב לפקודה, אך בגין יתרת רווחיה של אותה חברה, ולא בגין יתרת הונה הנפרע.

3.4.6. זאת ועוד, עיקרון זה של בחינת עסקה לאור מהותה הכלכלית ולא לאור צורתה הפורמלית קיבל התייחסות מצידן של רשויות המס אף לעניין הספציפי של חלוקת דיבידנד, כדלקמן:

”קביעה, כי תשלום מאת חברה הוא דיבידנד, יש לבחון גם לפי התנאים הנ”ל ולא לפי הכינוי שנתנו החברה או בעלי-מניותיה לתשלום”[25].

3.4.7. לפיכך, גורסים אנו כי יש לפרש את פקודת מס הכנסה באופן כלכלי-תכליתי, בהתאם לרציונאל העומד בבסיסה של שיטת המיסוי הישיר - הטלת מס על רווחים בלבד. כל זאת, למרות לשונו, כאמור, של חוק החברות אשר לפיה תעלה חלוקת נכסים שמקורם בהפחתת הון לידי דיבידנד.

4. מיסוי הפחתת הון בדין הזר

לאור הלאקונה והמחלוקות הקיימות בדין הישראלי בנוגע לסוגיית הפחתת ההון, נראה כי בטרם ייבחנו תימוכין בדין הישראלי לגבי דרכים נוספות למיסויה של הפחתת הון, מן הראוי לבחון גישות שונות המתקיימות בדין הזר בנוגע לסוגייה.

4.1. הדין בארצות הברית

4.1.1. לפי סעיף 301 לקוד המיסים האמריקאי (ה-Internal Revenue Code), חלוקת נכסים שמקורם אינו ברווחים, לא תהווה בגדר אירוע מס. חלף זאת תופחת יתרת עלות ההשקעה המתואמת בסכום שחולק. כל חלוקה מעבר לאיפוסה של יתרת עלות ההשקעה תיחשב לרווח הון.

4.1.2. ראה לעניין זה אף את דברי המלומדים האמריקאים Welsch ו-Zlatkovitch המתייחסים לטיפול החשבונאי בהפחתת הון:

“Stockholders should be informed of the portion of any dividend that represents a return of capital. Such dividends are not investor-income and usually are not taxable to stockholders as income. Rather, they reduce the cost basis of the stock investment.”[2]

דהיינו, חלוקת נכסים שמקורם בהפחתת הון תגרום להפחתת ערכה של עלות ההשקעה בסכום שחולק, ובדרך-כלל אינה נתונה לחבות מס.

4.2. הדין בבריטניה

4.2.1. סעיף 254(9) ל-Tax Act 1988 קובע, כי חלוקה חייבת במס לבעל מניות, משמעותה - כל תמורה שמקבל בעל מניות עקב היותו כזה. לעיקרון זה קיימים מספר חריגים בדין האנגלי וביניהם החריג הקבוע בסעיף 209(2)(b) לחוק האמור הקובע, כי חלק התמורה המיוחס להפחתת הון או להחזר הון לא ייחשב כחלוקה. סעיף 211(5) לחוק זה מרחיב כלל זה גם לגבי חלק הפרמיה ששולמה עבור המניות[27].

4.3. הדין בקנדה

4.3.1. סעיף 84(4) ל-Income Tax Act (Canada) קובע כי החזר השקעתו של בעל מניות אינו חייב במס. הסעיף קובע, כי חלק הסכום המשולם לבעל מניות כפיצוי על הפחתת ההון, העולה על סכום ההון הראשוני ששולם עבור סוג המניות שלגביהן מתבצעת הפחתת ההון, או על סך כל ההון העצמי של החברה, כנמוך מביניהם, ייחשב כדיבידנד. לגבי יתרת הסכום לא נוצרת חבות במס[28]. הדיבידנד נחשב כמתקבל פרו-ראטה על ידי כל בעלי המניות של סוג המניות שלגביהן נעשתה הפחתת ההון, והוא כפוף למשטר המס הרגיל החל על דיבידנדים בקנדה.

4.4. הדין בדרום אפריקה

4.4.1. תת-סעיפים C ו-F להגדרת דיבידנד המצויה בסעיף 1 ל-Income Tax Act of 1968 עוסקים במצב בו חברה מבצעת הפחתת הון. בהתאם לסעיפים אלו, החזר השקעתו של בעל מניות, הכולל את ערכן הנקוב של מניותיו ואת הפרמיה ששולמה בעדן, אינו ממוסה כלל[29].

4.5. הדין באוסטרליה

4.5.1. העולה מסעיף 16(e) ל-Income Tax Assessment הינו, כי הפחתת הון לא תיחשב בגדר חלוקת דיבידנד[30].

5. מיסוי הפחתת הון כמכירה או כהחזר השקעה

5.1. הגדרת המונח "מכירה"

5.1.1. בסעיף 88 לפקודה מוגדר המונח "מכירה" כלהלן:

"מכירה" - לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, העניקה, מתנה, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט הורשה;

המונח "נכס" מוגדר באותו הסעיף כלהלן:

"נכס" - כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם

בישראל ובין שהם מחוץ לישראל..."

5.1.2. עינינו הרואות, כי הגדרת המונח "מכירה" רחבה ביותר.

5.2. פרשנות המונח "מכירה"

5.2.1. ההגדרה לעיל פורשה בידי בתי המשפט באופן הכולל במסגרתה אירועים רבים החורגים מהמשמעות המקובלת של מונח זה. כך לדוגמה, בעניין אברך[31] קבע בית-המשפט, כי זכותו של אדם לתבוע פירוק חברה, שבה היה בעל מניות, מהווה נכס לעניין סעיף 88 לפקודה, ובהתאם, ויתור עליה עולה לידי מכירה.

5.2.2. בעניין שנקר נדון מקרה של תשלום סכום לעובד מאת מעבידו, למען יאות זה להתפטר. העובד טען, כי הסכום ששולם לו הינו בגדר "מתת שמיים", ובהתאם - הסכמתו להתפטר לא היתה בגדר ויתור על זכות משפטית אלא, לכל היותר, מימוש יכולת או מימוש זכות לפנים משורת הדין. ואולם, בית-המשפט קבע לעניין זה, כי בסעיף 88 לפקודה מדובר בזכות כלשהי[32] וכן כי:

"למר שנקר היה מידע שהוא צבר ואסף. הוא היה בן חורין ובעל זכות מלאה לעשות שימוש במידע זה כראות עיניו. הבנק מטעמיו רצה למנוע שימוש שכזה ולשם כך שילם לו דמים, למען ימנע מר שנקר משימוש שכזה. זכות וחירות זו הינם הנכס שלו. ויתור עליהם הינו מכירת הנכס. לא אומר כי כל מה שאדם רשאי לעשות ומקבל על עצמו להימנע מעשותו הינו נכס. אולם ברור כי כאשר לזכות כזו יש שווי כספי, לו ולאחר המוכן לשלם, הרי זכות זו הינה נכס."[33](הדגשת המחברים).

אמנם, קבע בסופו של דבר בית-המשפט, כי הסכומים ששולמו היו בגדר מענק פרישה, שכן כך כונו בפי הבנק וזו המסגרת המיסויית המתאימה ביותר להם. ואולם, בית המשפט גם קבע, כי אלמלא קיומו של דין ספציפי זה, היו מסווגים סכומים אלו כרווח הון.

5.2.3. אף המלומד רפאל עמד בספרו על ההגדרה הרחבה של המונח "מכירה":

"...ואולם לא במכירה כמובנה בקרב הבריות מדברת הפקודה. המחוקק הרחיב את יריעת הפעולה הידועה בדרך כלל כמכירה..."

מתוך ההגדרה אנו למדים, כי "מכירה", לצורך חלק ה' לפקודה, קיימת כאשר נכס יוצא בדרך כלשהי מרשותו של אדם. ההגדרה אינה דורשת כי אותו נכס יגיע לידי של אחר...[34].

5.2.4. הגדרת המונח "נכס" אף נדונה בהוראות המקצועיות של מס הכנסה הקובעות, כי לזכות ראויה תיחשב זכות לנכסים שאדם מצפה להם ובכדי לממשם נזקק הוא לשיתוף-פעולה מצד הזולת או בית-המשפט[35]. זכות

מוחזקת הינה זכות בנכסים המצויים מכבר בידי אדם או שאין אותו אדם נזקק לשיתוף-פעולה מצד הזולת או מצד בית-המשפט בכדי לממשם[36].

5.2.5. עינינו הרואות, כי הגדרות המונחים "מכירה" ו-"נכס" פורשו הן בפסיקה והן בידי רשויות המס באופן מרחיב למדי, באופן שבו כל יציאה של זכות, אשר יש בה שווי כספי, מידיו של אדם, אף אם לא הגיעה לידיו של אחר, תיחשב למכירה. הוא הדין אף לגבי זכויות שעדיין אינן ברשותו של אותו אדם ואשר בכדי לממשן נזקק הוא לשיתוף-פעולה מצד הזולת או מצד בית-המשפט.

5.3 הפחתת הון כמכירה - האמנם?

5.3.1. כאמור, הגישה המקובלת בדין הזר רואה בהפחתת הון החזר השקעה, ואינה ממסה את אותו חלק מהפחתת ההון המהווה החזר השקעה. נראה, כי ניתן למצוא בסיס לגישה זו בהוראות החיוב במס רווחי הון בפקודה, מאחר שקשה להצביע על נכס או על זכות אשר יוצאים מרשותו של בעל מניה בעת הפחתת הון. שהרי, אם נאמר כי ה"נכס" הינו המניה שבבעלותו של בעל המניה, ייאמר מייד כי "נכס" זה נשאר ברשותו של בעל המניה כבימים ימימה, גם לאחר חלוקת ההון המופחת לבעלי המניות[37].

5.3.2. זאת ועוד, נראה כי אם תפורש מכירה כאמור כיציאתה של כל זכות שיש בה שווי כספי, אזי אירועים רבים, שלפי הדין הקיים אינם נחשבים למכירה, ייחשבו גם ייחשבו לכאלה. טול דוגמה בה מונפקות מניות בחברה לצד ג' במחיר הנמוך משווייה הנוכחי של אותה חברה. האם עסקינן ביציאה של זכות בעלת שווי כספי מידיהם של בעלי המניות בחברה ערב ההנפקה, וזאת עקב העובדה כי מדובר בירידת ערכן הכספי של מניותיהם או כי בעלי מניות אלו נפרדו מחלק משיעורי אחזקתם בחברה? ברי, שאם היינו עונים בחיוב לשאלה זו, אזי בנסיבות כגון דא - כל אימת שהיו מונפקות מניות "מוזלות" או אופציות "מוזלות" למי שחלות לגביו הוראות סעיף 3(ט) לפקודה - היה אותו אירוע גורר שני אירועי מס מקבילים: האחד אצל הנהנה (מקבל המניות או האופציות דנו) והשני - אצל בעלי המניות האחרים (המדוללים).

5.3.3. דומה, כי המשותף לדוגמה לעיל ולענייננו הינו, כי בשניהם אין מדובר ביציאתה של זכות שלמה מידיהם של המחזיקים בה, כי אם בשינוי בשווייה של זכות קיימת או במאפיינים אחרים בה. כך לדוגמה, בעניין ההנפקה לצד ג', נראה כי ישנם טעמים לטענה, כי זכויותיהם בחברה של בעלי המניות ערב ההנפקה לא השתנו, וכי השינוי היחיד נגע לשוויין הכספי של זכויות אלו. לא זו אף זו, שלמרות שהמדובר בירידה בשיעורי אחזקותיהם בחברה של בעלי המניות, עדיין אין הדין הקיים רואה בפעולה זו משום "מכירה" כהגדרתה בסעיף 88 לפקודה.

5.3.4. מכנה משותף נוסף העובר כחוט השני בדוגמה לעיל ובענייננו נוגע לכך, שאין לבעלי הזכויות, בשני המקרים, זכות מוקנית לבל תשונינה באופן

האמור זכויותיהם בחברות שבבעלותם. לשון אחר, זכותה של חברה, לפי מסמכי התאגדותה, לבצע הנפקה לצד ג'. הוא הדין לעניין זכותה של חברה לבצע הפחתת הון.

5.3.5. זאת ועוד, ניתן לטעון לקיומו של "הסדר שלילי" במקרה של הפחתת הון, מהוראות סעיף 3(ג)1 לפקודה המחייבות במס בשיעור של 35% סכומים המתקבלים מפדיון של מניות הניתנות לפדיון. דהיינו, מכלל ההון המחייב במס פדיון מניות הניתנות לפדיון, ניתן ללמוד על הלאו - העדר חיוב במס מקום בו עסקינן בהחזר השקעה רגיל, שאינו פרי פדיון של מניות.

5.3.6. תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא במאמרם של המלומדים יורן ופלומין הקובעים לעניין הפחתת הון את הדברים הבאים:

"... כאשר המחוקק רצה לחייב במפורש החזר הון במס רגיל, הוא עשה כן בחקיקה מפורשת לגבי פדיון מניות הניתנות לפדיון שהוצאו כמניות-הטבה או לגבי פרמיה על מניות שנפדו מעל לתמורה ששולמה בגינן"[38].

5.3.7. תימוכין נוספים ניתן למצוא בדבריו של המלומד רפאל[39] הקובע, כי אף שיש בסיס לטענה, כי הפחתת הון מהווה בגדר מכירה, ייקשה על רשויות המס להצדיק עמדה זו. זאת, לאור העובדה שבאותם מקרים שבהם הוטל מס בגין פעולה המהווה החזר הון, נעשה הדבר מכוח הוראת חוק מפורשת (סעיף 3(ג) לפקודה), בעוד שלעניין הפחתת הון, כבענייננו, אין הוראת חוק מקבילה.

6. קביעת המחיר המקורי לצורך חישוב רווח ההון הנוצר בהפחתת ההון

6.1. מבוא

6.1.1. כאמור לעיל, ספק בעינינו, אם יש לראות בהפחתת הון משום "מכירה" לעניין חלק ה' לפקודה, ואם אין עסקינן ב"מכירה", ממילא מתייטר הדיון בשאלת קביעת רווח ההון בנסיבות של הפחתת הון.

6.1.2. ברם, אם תמצא לומר שהפחתת הון - "מכירה" היא, אזי על כורחך נדרש אתה לשאלה, כיצד יש לחשב את "רווח ההון" הנוצר בעטיה של אותה מכירה.

6.1.3. ברי, שסוגיית ה"תמורה" אינה מעוררת קושי מיוחד בהפחתת הון לעומת כל מקרה אחר של "מכירה". ברם, הואיל וסכום רווח ההון נגזר מההפרש שבין ה"תמורה" ובין "יתרת המחיר המקורי" של הנכס הנמכר, מתעוררת בסוגייה דנן השאלה, כיצד יש לקבוע את "יתרת המחיר המקורי" של "הנכס הנמכר" בעת הפחתת ההון, הלא הוא החלק שהופחת מהונה הנפרע של החברה (להלן - "הנכס הנמכר").

6.1.4. נדמה שלשאלה זו ישנן שתי תשובות חלופיות שונות -

6.1.4.1. החלופה הראשונה גורסת, כי "יתרת המחיר המקורי" תהא שווה לנמוך מבין השניים: סכומו של הנכס הנמכר כשהוא מתואם ליום רכישת המניות, או יתרת ההשקעה במניות.

6.1.4.2. החלופה השנייה גורסת, כי "יתרת המחיר המקורי" של הנכס הנמכר תהא שווה לחלקו היחסי של בעל המניות מהונה הנפרע של החברה בעת רכישת מניותיה, כשזה מוכפל בשיעור הפחתת ההון. לעניין זה, הונה הנפרע של החברה ייחשב כהון המניות הנפרע בתוספת פרמיה.

להלן תיבחנה שתי חלופות אלו לקביעת "יתרת המחיר המקורי" של הנכס הנמכר לצורך חישוב רווח ההון.

6.2. החלופה הראשונה

6.2.1. לפי חלופה זו, יתרת מחירן המקורי של מניותיה של חברה בידי בעל מניות בה תופחת בסך חלקו היחסי של אותו בעל מניות בסכום בו בוצעה הפחתת הונה של אותה חברה, כשזה מתואם ליום רכישת מניותיה בידי אותו בעל מניות. מס רווח הון יוטל רק לאחר הפחתת מלוא יתרת המחיר המקורי. כאמור בפרק 4 לעיל, זוהי אף הגישה אשר ננקטה במדינות שונות בעולם.

6.2.2. לפי חלופה זו, אף אם נראה בהפחתת הון וחלוקתו לבעלי מניותיה של חברה בגדר מכירה, כהגדרתה בסעיף 88 לפקודה, לא ראוי שבעלי מניות אלו יחובו בגין מכירה זו במס רווח הון ריאלי, כל עוד לא הוחזרה להם מלוא השקעתם במניה, כשזו מתואמת ליום הפחתת ההון.

6.3. החלופה השנייה

6.3.1. חלופה זו קובעת את ייחוסו של חלק ממחירה המקורי של המניה שבנדון כמחירו המקורי של הנכס הנמכר, באופן דו-שלבי. השלב הראשון קובע את חלוקתו של הסכום אשר שולם בגין רכישת המניה לסכומים אשר שולמו בגין הזכויות השונות מאגד הזכויות הכלולות באותה מניה. דוגמאות לזכויות אלו ניתן למצוא בזכויות השליטה וההצבעה בחברה, בזכות לקבלת דיבידנדים, הן מתוך יתרת העודפים הקיימת והן מתוך רווחים עתידיים אשר עשויים לצמוח לחברה וכד'. לפיכך נראה, כי ברוב המקרים ניתן יהא לומר, כי הסכום אשר שולם במקור בעבור הונה הנפרע של חברה מהווה אך חלק מהסכום ששולם עבור מניותיה.

6.3.2. ואולם, נראה כי בכל מקרה לא יפחת סכום זה מסך חלקו היחסי של בעל מניות בהונה הנפרע של אותה חברה בעת רכישת מניותיה. שכן, ברכישת מניותיה של חברה עסקינן, בין היתר, בתשלום סכום לקבלת הונה הנפרע של אותה חברה, דהיינו בתשלום סכום של כסף תמורת הזכות לקבלת אותו סכום של כסף, אשר בחברה שאינה גרעונית אמור להימצא בקופתה מרגע רכישת המניה ועד לרגע מכירתה. יתר על כן, נראה גם כי בעת הפחתת ההון לא נפרדים בעלי המניות מזכויות אחרות שיש להם בחברה,

פרט לאותה זכות לקבלת חלק ההון הנפרע שהופחת[40]. לשון אחר, נראה כי בחברה שאינה גרעונית אין מקום לייחס לזכות לקבלת הונה הנפרע של אותה חברה סכום שהינו נמוך יותר מהחלק היחסי בהונה הנפרע במונחי יום רכישת המניות. זאת ועוד, סטייה מכלל זה תביא למצבים רבים בהם ייאלץ בעל מניות לשלם מס רווח הון גבוה בלא מימוש רווח אמיתי. מנגד, ברי גם כי אין מקום לייחס לזכות לקבלת הונה הנפרע של אותה חברה סכום שהינו גבוה יותר מהחלק היחסי בהונה הנפרע במונחי יום רכישת המניות.

6.3.3. בשלב השני, יש ליחס מתוך הסכום לעיל, שיוחס לזכות לקבלת הונה הנפרע של החברה, סכום השקול לזכות לקבלת ההון הנפרע שהופחת, הלכה למעשה, בהפחתת ההון. שיעור ייחוס זה שווה ליחס שבין הונה הנפרע של החברה, שהופחת מכוח הפחתת ההון, לבין סך הונה הנפרע עובר להפחתה.

6.3.4. להמחשת הייחוס הדו-שלבי לעיל, טול דוגמה לפיה הונה הנפרע של חברה הנוקטת בהפחתת הון עומד על סך של 2,000 ש"ח, ואותה חברה מחליטה לבצע הפחתת הון בסך של 1,000 ש"ח. מחירן המקורי של מניותיה של אותה חברה בידי בעל מניות דהוא עומד על סך של 350 ש"ח. מניותיו של אותו בעל מניות הקנו לו 10% מהזכות להונה של החברה במועד רכישתו את המניות, בעוד שבמועד הפחתת ההון הקנו לו אלו 8% מזכות זו. במועד רכישת המניות עמדה יתרת ההון הנפרע של אותה חברה על סך של 1,500 ש"ח. בשלב הראשון, יש ליחס לזכות לקבלת הונה הנפרע של החברה, מתוך הסכום ששילם אותו בעל מניות סך של 150 ש"ח $= 10\% \times 1,500$. בשלב השני יש לקבוע, כי שיעור הפחתת ההון הינו $50\% = 1,000/2,000$; לפיכך מחירו המקורי של הנכס הנמכר הינו 75 ש"ח $= 50\% \times 150$. יתרת ההשקעה של אותו בעל מניות תעמוד על סך של 275 ש"ח $= 350 - 75$. סך רווח ההון שווה

$$\text{ל-} 5 \text{ ש"ח} = 1000 - 75 \times 8\%$$

6.4. בחינת שתי החלופות

6.4.1. ההסדר הקבוע בחלופה השנייה עולה בקנה אחד עם המחיר המקורי אשר נקבע במקרה של ביטול מניות חברה, תוך תשלום לבעלי מניותיה את שווי השוק של המניות המבוטלות[41].

6.4.2. מן המקובץ עולה, כי החלופה השנייה הינה החלופה התואמת באופן הברור ביותר את הוראות הפקודה. ודוק, מקום בו הסכום ששולם בידי מייסד חברה אשר הפחיתה את הונה לא היה נמוך מחלקו היחסי של אותו בעל מניות בהונה הנפרע של אותה חברה, וכמו-כן לא נצמחה תוספת להון זה במהלך תקופת החזקה במניה, תהא תוצאה זהה לקביעת מחירו המקורי של הנכס הנמכר לפי שתי החלופות. שכן, לפי שתי חלופות אלו לא ייווצר כל רווח הון ריאלי.

6.4.3. זאת ועוד, בניגוד לחלופה הראשונה, נראה כי החלופה השנייה גם מטפלת באופן הראוי ביותר במיסויו של רווח הון שעשוי להיווצר אגב הפחתת ההון. רווח כאמור עשוי להיווצר, לדוגמה, במקרה בו התבצעה הנפקה לצד ג' לאחר רכישת מניותיה של חברה בידי בעל מניות פלוני. כל זאת, במצב בו אותה הנפקה בוצעה בשווי גבוה יותר מהשווי המגולם בעלות מניותיו של אותו בעל מניות פלוני. במצב כאמור ימוסה אותו בעל מניות פלוני בדיוק בגין הרווח שנוצר לו כתוצאה מאותה הנפקה לצד ג', כל זאת בשיעור היחסי של הפחתת ההון ובגין חלקו היחסי במניות החברה. יצויין לעניין זה, כי אמנם הנפקה כאמור לצד ג' אינה נחשבת כמכירה, אולם הנחתנו הינה, כי הפחתת הון נחשבת גם נחשבת לכזו. לפיכך, שומה עלינו לקבוע מיסוי נכון העולה בקנה אחד עם רווחים או הפסדים שנוצרו קודם לכן ושטרם מומשו עד להפחתת ההון המהווה, הלכה למעשה, את מימושם החלקי בשיעור הפחתת ההון.

6.4.4. עיוות כלכלי בחלופה השנייה מתקיים עקב הטלתו של מס אינפלציוני בשיעור של 10% לגבי עליית הערך האינפלציוני של הנכס הנמכר מיום רכישת המניות ועד ליום 31.12.1993[42]. טול דוגמה בה אדם ייסד חברה בשנת 1990 ובשנת 2000 החליט להפחית את כל הונה הנפרע. אותו אדם ייאלץ לשלם מס בסך 10% בגין סך הונה הנפרע של אותה חברה במכפלת שיעור עליית המדד מיום היווסדה ועד ליום ה-31.12.1993. לפיכך נראה, כי בהטלת מס זה חורגת חלופה זו מהעיקרון כי מס ישיר, כגון מס רווחי הון, יוטל על רווחים בלבד ולא על החזר השקעה.

6.4.5. וכבר נמשכו קולמוסים רבים על הטלתו של מס בגין רווח אינפלציוני שאינו אלא רווח מדומה, ולא רווח ממשי שעליו מוצדק להטיל מס. למותר לציין, כי אף דעתנו אינה נוחה מהטלתו של מס כאמור. לעניין זה יצויין, כי הביקורות שהושמעו כנגד הטלתו של המס האינפלציוני לא היו בגדר "קול קורא בערבה" ובעקבותן אכן בוטל מס זה לגבי רווחים אינפלציונים שנצמחו לאחר ה-31.12.1993. ודוק, כאמור, מיסוי זה לגבי רווחים אינפלציונים שנצמחו עובר ליום האמור נשאר בתוקף לדראון עולם לגבי כלל סוגי העסקאות המסווגות במישור ההון, זאת, גם לגבי נכסים שמועד מכירתם לאחר יום זה.

6.4.6. לאור האמור לעיל, ניתן לומר, כי החלופה השנייה (חרף היותה כוללת את העיוות לעניין מיסוי רווחים אינפלציונים - עיוות שיש לבטלו בכל מקרה וביחס לכל "מכירה") עדיפה בעינינו על החלופה הראשונה בכל הקשור למיסוי הרווחים הריאליים העשויים להיווצר באירוע של הפחתת הון.

סיכום .7

7.1. מצינו, כי עובר לחקיקת חוק החברות, הגישה המקובלת בדיני התאגידים ובדיני המס היתה, כי כדיבדנד ייחשב סכום אשר מקורו ברווחים בלבד. אשר על כן, חלוקת נכסים שמקורם בהפחתת הון שהתבצעה עובר לכניסתו לתוקף של חוק החברות, לא תיחשב כדיבדנד לעניין דיני המס.

7.2. באשר להפחתות הון שנעשו לאחר כניסת חוק החברות לתוקף - רב הנסתר על הגלוי. תימוכין לגישה הרואה בהפחתת הון כאמור בגדר דיבידנד ניתן למצוא בעיקר בלשונו של חוק החברות, אשר דיני המס מפנים אליו. ואולם, נראה כי אין לשונו של חוק החברות בגדר כסות הכל, בהתקיימן של ביקורות לא מעטות לגישה זו, כגון חוסר ההיגיון הכלכלי בגישה כאמור, אשר מובילה להטלת מס דיבידנד לגבי סכומים שאינם בגדר רווחים. ודוק, מן המפורסמות, כי פרשנות כלכלית-תכליתית והעיקרון בדבר מניעת כפל מס, הינם מעמודי התווך בדיני המס. הצמדות דווקנית ללשון חוק החברות באופן שתמסה הפחתות הון כדיבידנדים, נראה כי לא תעלה בקנה אחד עם עקרונות אלו.

7.3. לטעמנו, ראוי שלא לאמץ את הגדרת הדיבידנד הרחבה הקבועה בחוק החברות לעניין דיני המס, וחלף זאת לאמץ גישה אחרת לעניין הפחתות הון. כל זאת, בדומה לטיפול בהפחתות הון שננקטו עובר להיכנסו לתוקף של חוק החברות, אגב נקיטה בפרשנות כלכלית-תכליתית, ותיעול מיסוי הפחתות ההון למישור ההוני, תוך התייחסות אליה כאל "מכירה" או החזר השקעה, כל זאת בדומה לדין הקיים במדינות רבות מעבר לים.

7.4. לפי לשונה של פקודת מס הכנסה וההגדרה הרחבה של המונח "מכירה" הקבועה בה, ניתן לראות בהפחתות הון בגדר מכירה. פרשנות כלכלית-תכליתית תצביע מנגד על החזר השקעה כצורה הנכונה יותר לבחינת הדברים, באין כל זכות אשר ממנה נפרדים בעלי מניותיה של חברה בעת הפחתת הונה. ואולם, דומה כי להכרעה בין שתי הגישות אין חשיבות, פרט למיסוי רווחים אינפלציוניים, וכי החשיבות האמיתית טמונה בקביעת המחיר המקורי שיוחס ל"נכס הנמכר", הלא הוא הסכום המתקבל בעת הפחתת ההון. שכן, גובהה של חבות המס שתיווצר במועד זה תלויה ישירות בגודלו של רווח ההון הנגזר ממחיר מקורי זה.

7.5. לפי חלופה אחת לקביעת מחירו המקורי של ה"נכס הנמכר" בעת הפחתת ההון, שהינה דומה לגישה הקיימת בדין הזר, תופחת יתרת ההשקעה במניה בסכום שחולק בעת הפחתת ההון, כשזה מתואם למועד רכישת המניה. מס רווח הון ישולם רק לאחר איפוסה של אותה יתרה. לשון אחר, מס רווח הון ישולם רק במועד בו שולמו לבעל המניות סכומים גבוהים יותר מערך ההשקעה המקורי המתואם.

7.6. חלופה אחרת קובעת את ייחוסו של חלק מעלותה של המניה שבנדון ל"נכס הנמכר" בעת הפחתת ההון, באופן דו-שלבי. השלב הראשון קובע את חלוקתו של הסכום אשר שולם בגין רכישת המניה לסכומים אשר שולמו בגין הזכויות השונות מאגד הזכויות הכלולות באותה מניה. נראה, כי בחברה שאינה גרעונית יש לשמור על הכלל הקובע, כי הסכום שיוחס לזכות לקבלת הונה הנפרע של חברה לא יהא נמוך מהחלק היחסי ביתרת הונה הנפרע בעת הרכישה. שכן, עסקינן בתשלום סכום של כסף תמורת הזכות לקבלת אותו סכום של כסף, אשר בחברה שאינה גרעונית אמור להימצא ב"קופתה" מרגע רכישת המניה ועד לרגע מכירתה. יתר על כן, נראה גם כי בעת הפחתת ההון לא נפרדים בעלי המניות מזכויות אחרות שיש להם בחברה, פרט לאותה זכות לקבלת חלק ההון הנפרע שהופחת. זאת ועוד, סטייה מהכלל לעיל תביא למצבים רבים בהם ייאלץ בעל מניות לשלם מס רווח הון גבוה בלא מימוש רווח

אמיתי. בשלב השני ייוחס למחיר המקורי של ה"נכס הנמכר" חלק יחסי מהסכום לעיל כיחס שבין חלק ההון הנפרע שהופחת לבין סך הונה הנפרע של החברה.

7.7 לפי דעתנו, חלופה זו היא החלופה המועדפת למיסויין של הפחתות הון, בעיקר בשל היותה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק ובהיותה מקיימת היגיון וסבירות כלכליים. כך לדוגמה, מחושב שיעור המכירה כשיעור הפחתת ההון, דהיינו, שיעור רווח ההון מחושב לגבי שיעור המימוש ובמועדו. זאת ועוד, ההסדר הקבוע בחלופה זו דומה להסדר לגבי ביטול מניות המתבצע תוך תשלום לבעלי מניותיה של חברה את שווי השוק של המניות המבוטלות. ואמנם, חלופה זו כוללת עיוות כלכלי בנוגע למיסוי רווחים אינפלציוניים שנצמחו עד ל - 31.12.93. אולם, למרות היותו של עיוות זה בגדר עיוות כלכלי, אין הוא בגדר עיוות משפטי, בשל היותו בגדר לחם חוקן של כלל העסקאות ההוניות, לחם אשר נכפה עליהן במצוותו של המחוקק ולפי הוראתו המפורשת. עם זאת יצויין, כי לפי דעתנו, כעניין של דין רצוי, לא אמור מיסויה של הפחתת ההון לכלול מיסוי רווחים אינפלציוניים, כאמור, בשל היותה בגדר החזר השקעה.

הערות שוליים

[1] ראה לעניין זה: א' נמדר, דיני מסים [מסי הכנסה] (מהדורה שניה, תשנ"ג-1993) 162; א' רפאל, מס הכנסה (תשנ"ה, כרך ראשון) 102-103; ר' אבירם וי' רבינוביץ', מיסוי נכסים פיננסיים הלכה ומעשה (1993) 159.

[2] א' רפאל, מס הכנסה (תשנ"ה, כרך ראשון) 103.

[3] י' כהן, דיני חברות (1988, כרך ראשון) 362.

[4] י' כהן, דיני חברות (1988, כרך ראשון) 362. ראה לעניין זה גם: א' נמדר, דיני מסים [מסי הכנסה] (מהדורה שניה, תשנ"ג-1993) 162; צ' פרידמן ושי' זרחיה, "דיבידנדים, הפחתת הון ורכישה עצמית של מניות – השלכות המס לפי פקודת החברות הישנה ולפי חוק החברות החדש", "מיסים" יג/4 א-78.

[5] י' כהן, דיני חברות (1988, כרך ראשון) 360.

[6] שם, שם.

[7] קובץ הפרשנות לפקודת מס-הכנסה (חבק מס הכנסה) בעמ' ב-27.

[8] ראה לעניין זה: א' רפאל, מס הכנסה (תשנ"ה, כרך ראשון) 103; ר' אבירם וי' רבינוביץ', מיסוי נכסים פיננסיים הלכה ומעשה (1993) 159; עמ"ה 54/89 עיט ציוד ליבוא בע"מ נ' פשמ"ג, "מיסים" ה/6

ה-71; ע"א 5264/91 פשמ"ג נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ, פ"ד מט(3) 209.

[9] ראה לעניין זה: י' רוטנשטרייך וא' גולדנברג, "חלוקת רווחים בעיתות אינפלציה", רואה החשבון לד' 227; פ' רובין, "הבסיס לקביעת רווחים הניתנים לחלוקה כדיבידנד - נתונים נומינליים או מותאמים?", רואה החשבון לה' 39; י' גרוס, "מקורות לחלוקת דיבידנד במזומנים וחלוקת מניות-הטבה בעתות אינפלציה" עיוני משפט יג 241.

[10] ראה לעניין זה: ר' אבירם וי' רבינוביץ', מיסוי נכסים פיננסיים הלכה ומעשה (1993) 159.

[11] ראה לעניין זה: י' כהן, דיני חברות (1988, כרך ראשון) 363.

[12] דרך נוספת הנחשבת בגדר חלוקה ושאינה עולה בדי' אמותיו של סעיף 302 לעיל הינה חלוקה אסורה. זאת, כפי שניתן ללמוד מכותרתו של סימן ד' לפרק השני לחוק החברות, שכותרתו "חלוקה אסורה", וסעיפים 310 ו-311 המאזכרים מונח זה.

[13] ראה לעניין זה גם: צ' פרידמן וש' זרחיה, "דיבידנדים, הפחתת הון ורכישה עצמית של מניות - השלכות המס לפי פקודת החברות הישנה ולפי חוק החברות החדש", "מיסים" יג/א-79.

[14] 805 Kieso & Weygandt Intermediate Accounting (New York, 9th ed.)

[15] G.A. Welsch & C.T. Zlatkovitch Intermediate Accounting (Boston, 8th ed., '89) 762.

[16] י' גרוס, חוק החברות החדש (תש"ס - 2000) 337.

[17] ע' רוזמן בעלי מניות בחברה (1999) 332.

[18] ראה לעניין זה למשל: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 74-76 ותקליטור "מיסים ועוד".

[19] ראה לעניין זה: בג"צ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69; ע"א 705/70 שמעוני נ' גרשון, פ"ד כה(2) 717; ע"פ 309/74 גוטוירט נ' מ"י, פ"ד כט(2) 421; ע"פ 231/76 פרידמן נ' מ"י, פ"ד לא(1) 309; ע"א 55/79 אגודת הכורמים הקואופרטיבית בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לד(3) 197; עמ"ה 176/91 סמו נ' פקיד השומה חיפה, "מיסים" ז/א-176; עמ"ה 178/83 מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" ב/א-95; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 74; ע"א 486/85 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' החברה החבשית למסחר בע"מ, פ"ד מא(2) 402; ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מ"י, פ"ד לז(1) 826, 830; ע"א 699/92 נציב מס הכנסה נ' רחמים מיכאל, "מיסים" יא/א-72.

[20] ראה לעניין זה: עמ"ה 176/91 סמו נ' פקיד השומה חיפה, "מיסים" ז/א-176, ה-178; עמ"ה 61/91 א.ר. אלומין תעשיות אלומיניום בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, "מיסים" ז/א-93.

[21] ראה לעניין זה: בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337; ע"א 403/72 המרץ - מרכבי מכוניות ועבודות מתכת בע"מ נ' גרייב, פ"ד כז(1) 423; ע"א 753/77 אשדוד זיקוק מתכת בע"מ נ' מ"י, פ"ד לד(2) 182; ע"א 126/79 ועדת העררים לפי חוק נכי רדיפת נאצים, תשי"ז-1957 נ' פריד, פ"ד לד(2) 24; א' ברק, פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך שני) 282.

[22] ראה לעניין זה: ע"א 32/86 רמון ביטוח נ' פקיד השומה ת"א 1, פ"ד מו(1) 573, 584; ע"א 833/89 ארם משחקים נ' מע"מ גוש דן, פ"ד מו(5) 64, 68.

- [23] ראה לעניין זה : עמ"ה 25/93 מועדון הים הכחול נ' פקיד השומה ב"ש, "מיסים" ח/6 ה-147, ה-151.
- [24] ראה לדוגמא : חוזר מס הכנסה 7/92 - מקצועית, סעיף 4.2.
- [25] קובץ הפרשנות לפקודת מס-הכנסה (חבק מס הכנסה) בעמ' ב-27.
- [26] G.A. Welsch & C.T. Zlatkovitch Intermediate Accounting (Boston, 8th ed., '89) 762.
- ראה גם : 805 Kieso & Weygandt Intermediate Accounting (New York, 9th ed.)
- [27] ראה לעניין זה גם : (Simon's Taxes (London, 3rd ed. Revised, 1994, Vol. D 109 - 107).
- [28] ראה לעניין זה גם : 32-131 Canadian Income Tax Revised, Corporations, Trusts and Partnerships (Toronto, Vol. 4).
- [29] ראה לעניין זה גם : 522 - 518 Silke on South African Income Tax (Capetown, 9th ed., 1978).
- [30] יצויין, עם זאת, כי לפי סעיף 6(4) לחוק האמור, במצב בו הפחתת ההון נעשית לשם הפחתת מס בלבד, ללא סיבות כלכליות מוצדקות, אזי רואים את בעל המניות כאילו קיבל את כל הסכום כדיבידנד.
- ראה לעניין זה גם : 373 European Taxation, official journal of the confederation fiscale (europeenne (Amsterdam, 1998, Vol. 38).
- [31] ע"א 182/77 אברך נ' פקיד השומה ת"א 3, פד"א ו 241.
- [32] עמ"ה 169/87 שנקר נ' פקיד השומה כפר סבא, "מיסים" ג/4 ה-139, ה-144.
- [33] שם, שם.
- [34] א' רפאל, מס הכנסה (תשנ"א, כרך שלישי) 22.
- [35] קובץ הפרשנות לפקודת מס-הכנסה (חבק מס הכנסה) בעמ' ה-1.
- [36] קובץ הפרשנות לפקודת מס-הכנסה (חבק מס הכנסה) בעמ' ה-2.
- [37] ראה לעניין זה : א' יורן ו' פלומין, "תכנון מס במיזוג חברות", רבעון למיסים ז 231 ומנגד : א' רפאל, מס הכנסה (תשמ"ו, כרך שני) 224.
- [38] א' יורן ו' פלומין, "תכנון מס במיזוג חברות", רבעון למיסים ז 231.
- [39] א' רפאל, מס הכנסה (תשמ"ו, כרך שני) 224.
- [40] ראה גם פסקאות 5.3.1-5.3.4 לעיל.
- [41] ראה לעניין זה : א' רפאל, מס הכנסה (תשמ"ו, כרך שני) 223, ה"ש 237.
- [42] ראה לעניין זה : סעיפים 88 ו-91(ג) לפקודת מס הכנסה.