

עמ' 1

סעיף 94 לפקודת מס הכנסה

מאת

אלכס שפירא, עו"ד (רו"ח)

תיקון 132 לפקודת מס הכנסה הביא בכנפיו שינויים מהותיים בכללי המיסוי. בכללם של אלה לא נפקד מקומן של הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה.

במאמר זה, מנתח עו"ד (רו"ח) אלכס שפירא את השינויים שחלו בהוראות אלו ואת הסוגיות המתעוררות בעקבותיהם.

מאמר זה מבוסס על ספרו של המחבר **מיסוי ניירות-ערך ושוק ההון** שמהדורתו השנייה והמורחבת יוצאת לאור בימים אלה.

1. מבוא

1.1 הדין עד לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה

עד לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה^[1], קבע סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, כי במכירת מניות, סכום השווה ל"רווחים הראויים לחלוקה" על-פי חלקו של מוכר המניות בזכויות לרווחים בחברה ייחשב ל"סכום אינפלציוני חייב". זאת, בנוסף להגדרה הרגילה של "סכום אינפלציוני חייב" המנויה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה.

כלומר, חלק מרווח ההון הריאלי (ככל שהיה כזה) בגובה "הרווחים הראויים לחלוקה" הפך מרווח ריאלי לסכום אינפלציוני "חייב", הכפוף למס בשיעור 10%.

כל זאת למה? הטלת מס על רווח ההון במכירת מניות טומנת בחובה הטלת מס על הכנסותיה של החברה שכבר התחייבו במס חברות. אין זאת אלא, כי הטלת מס בשיעור 10% בלבד נועדה למנוע מיסוי כפול על אותם רווחים שהחברה שילמה בגינם מס, ואשר היוו את אחד הגורמים לעליית ערכה של המניה.

עמ' 2

אשר על-כן, נקבע, כי בחישוב רווח ההון במכירת מניה המזכה בהקלת המס האמורה בסעיף 94, יהפוך חלק מרווח ההון הריאלי לסכום אינפלציוני חייב, כך שחבות המס הכוללת באותה מכירה תקטן בהתאם^[2].

מקורה של ההוראה המנויה בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה בתקופה בה שיעור המס שחל על חברה עמד על 35% (מס הכנסה) ו-40% (מס חברות), ואילו שיעור המס על חלוקת דיבידנד היה 45%. שיעורי המס האמורים הביאו לכך, שהטלת מס בשיעור 10% על "הרווחים הראויים לחלוקה" הביאה לתוצאות מס זהות בין מכירת מניות לפני משיכת דיבידנד לבין מכירת מניות לאחר משיכת דיבידנד.

אלא מאי, לאור השינוי שחל למן התקופה האמורה בשיעורי המס הן לגבי החברה והן לגבי היחיד, הצעתי^[3] לשנות גם את הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה ולקבוע, כי במכירת מניות, יחויב המוכר במס בגין חלקו ברווחים הראויים לחלוקה בשיעור שהיה חל עליו אילו הרווחים כאמור היו מחולקים לו כדיבידנד בסמוך ליום המכירה. כך, במכירת מניה על-ידי חברה, היה ראוי לפטור ממס את "הרווחים הראויים לחלוקה"^[4], ובמכירת מניה על-ידי יחיד היה ראוי לחייב את "הרווחים הראויים לחלוקה" במס בשיעור 25%^[5]. בכך היה מושג איזון בין מכירת מניות לפני חלוקת דיבידנד לבין מכירת מניות לאחר חלוקת דיבידנד^[6]. בנוסף, הצעתי^[7] לקבוע הוראות מיוחדות לגבי שיעור המס החל על הרווחים הראויים לחלוקה במכירת מניות של חברה בעלת מפעל מאושר, המקנה לה הטבות מס לפי חוק עידוד השקעות הון.

סעיף 94 לפקודת מס הכנסה נוסח בצורה בעייתית, שכן הוא נקט במילים "כחלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה". ודוק: על הנסח היה לקבוע, כי חלקו היחסי של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה ייקבע בהתאם לחלקן של המניות הנמכרות בזכות לרווחים בחברה ולא בהתאם לחלקו של המוכר.

עמ' 3

מכל מקום, נראה כי מדובר היה בטעות שבהיסח-הדעת, שכן קשה להניח שכוונת המחוקק הייתה לחלקו של מוכר המניות ברווחי החברה וזאת בהתעלם מהמניות הנמכרות.

1.2 הדין לאחר תיקון 132 לפקודת מס הכנסה

סעיף 94 לפקודת מס הכנסה תוקן במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה^[8]. וכך הוא קובע לאחר התיקון האמור:

"(א) במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה, או במכירת מניה על ידי מי שהוראות סעיף 6 לחוק תיאומים בשל אינפלציה או הוראות לפי סעיף 130א אינן חלות בקביעת הכנסתו ושיעור המס החל על רווח ההון במכירתה הוא 25% או יותר, יחולו הוראות אלה:

(1) שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לכלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב(2) או 126ב(ב), לפי הענין.

(2) על אף הוראות פסקה (1), שיעור המס על רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה כאמור בפסקה (1) עד המועד הקובע, יהיה 10%; לענין סעיף זה, 'הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע' - הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע.

(ב) לענין סעיף קטן (א) -

(1) '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), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהווננו;

אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53יא לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53ז 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 הסכומים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזז, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

(2) הגדלת חלקו של מוכר המניה בזכות לרווחים בחברה בתוך שנתיים שלפני המכירה לא תובא בחשבון.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) יחולו אם המוכר המציא לפקיד השומה חישוב המראה את הרווחים הראויים לחלוקה כאמור בסעיף קטן (ב).

אם כן, מה נשתנה בהוראות סעיף 94ב למן תיקון 132 לפקודת מס הכנסה? ככלל, ניתן להצביע על ארבעה שינויים עיקריים.

ראשית, נקבע, כי הוראות סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה תחולנה במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה. עם זאת, הוראות הסעיף תחולנה גם במכירת מניה של חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה ובתנאי שהתקיימו שני אלה: האחד - הוראות סעיף 6 לחוק התיאומים או הוראות לפי סעיף 130א לפקודת מס הכנסה^[9] אינן חלות בקביעת הכנסתו של המוכר; והשני - שיעור המס החל על רווח ההון במכירת המניה כאמור הוא 25% או יותר.

שנית, שונו הכללים לחישוב ה"רווחים הראויים לחלוקה"^[10] (להלן: "הרווחים הראויים לחלוקה").

שלישית, נקבע, כי חלקו היחסי של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה אינו נחשב עוד לסכום אינפלציוני חייב הכפוף למס בשיעור 10%, אלא מהווה חלק מרווח ההון הריאלי^[11].

עמ' 5

רביעית, נקבעו כללים חדשים לגבי שיעור המס החל על הרווחים הראויים לחלוקה^[12].

2. חישוב הרווחים הראויים לחלוקה

2.1 הכלל

המונח "רווחים ראויים לחלוקה" מוגדר בסעיף 94ב(1) לפקודת מס הכנסה כדלקמן:
"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), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהונו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53יא לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53ז 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 הסכומים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוזז, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

העולה מן ההגדרה הוא, שקיימות שתי חלופות לחישוב ה"רווחים הראויים לחלוקה", כאשר הסכום שנלקח בחשבון הוא הנמוך שביניהן. חלופה אחת קובעת חישוב "חשבונאי"; ואילו החלופה השנייה קובעת חישוב "לצורכי מס".

עמ' 6

תקופת החישוב שנקבעה לגבי שתי החלופות היא מתום שנת-המס שקדמה לשנת-המס בה נרכשו המניות הנמכרות ^[13] ועד לתום שנת-המס שקדמה לשנת המכירה ^[14] (להלן: "תקופת החישוב") **ובלבד** שלא יובאו בחשבון הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו לפני יום 1.1.1996 ^[15]. אין זאת אלא, כי הרווחים שצברה החברה בשנת מכירת המניות אינם מובאים בחשבון בקביעת הרווחים הראויים לחלוקה. מאידך, רווחים אלה ייחשבו ל"רווחים ראויים לחלוקה" אצל רוכש המניות בהיותם רווחים שנצברו בחברה "מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה". יש לזכור, כי הדין שונה במכירת מניות חברה שבפירוק ^[16].

הוראות סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה חלות, מטבע הדברים, גם בחישוב רווח הון במכירת מניות שמקורן במימוש אופציות. במקום אחר הבעתי דעתי ^[17], כי יום מימושו של האופציות למניות נחשב ליום הרכישה של המניות. שעה שכך, יש לזכור, כי דחיית מימוש האופציות למניות למועד מאוחר מתום שנת-המס גורמת לאובדן ה"רווחים הראויים לחלוקה" בגין אותה שנה ^[18].

לפי החלופה "החשבונאית", יש לקחת בחשבון את הרווחים שנצברו בחברה במהלך תקופת החישוב (כמשמעותה לעיל) ואשר ראויים לחלוקה כדיבידנד, וזאת "לפי המאזן" של החברה לתום שנת-המס שקדמה לשנת המכירה ^[19].

לרווחים אלה יש להוסיף רווחים שהווננו, היינו רווחים שהועברו לקרנות הון ורווחים שחולקו כמניות הטבה. בחישוב האמור, אין לקחת בחשבון סכומים שהצטברו בקרן לייצוב הון כאמור בסעיף 53יא לחוק לעידוד השקעות הון, או סכומים שהותרו בניכוי על-פי סעיף 53ז לאותו חוק.

עמ' 7

לפי החלופה "המיסויית", יש לחשב את הרווחים "לצורכי מס" שנבעו לחברה במהלך תקופת החישוב (כמשמעותה לעיל).

בגדרם של אלה נכללים הרווחים שנתחייבו "במס" או במס שבח בתקופת החישוב בניכוי המס ששולם בגינם. המונח "מס הכנסה" או "מס" מוגדר בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה כמס הכנסה או מס חברות, המוטלים על-פי פקודה זו. למד מכך, שרווחים שהתחייבו במס בחוץ-לארץ אך לא היו חייבים במס בישראל לא יכללו בחלופה "המיסויית", וכנגזר מכך, הם לא ייחשבו ל"רווחים ראויים לחלוקה" לעניין סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה. לעומת זאת, סבורני, כי לעניין סעיף 94ב, מן הראוי לפרש את המונח "מס" - המנוי בהגדרת "רווחים ראויים לחלוקה" - ככולל גם מס רווחי הון (ובכלל זה מס על רווחים ראויים לחלוקה כאמור בסעיף 94 ב לפקודת מס הכנסה) ומס בשיעור 10% על סכום אינפלציוני חייב שהוטלו על החברה בתקופת החישוב ^[20].

הרווחים "לצורכי מס" כוללים לא רק את הרווחים שנתחייבו במס בתקופת החישוב, אלא גם את רווחי החברה בתקופת החישוב שהיו פטורים ממס^[21]. במסגרת זו נכלל, למשל, דיבידנד שקיבלה החברה מחברה מוחזקת החייבת במס בישראל ואשר מקורו בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל, בגינו פטורה ממס החברה המקבלת לפי סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה^[22].

עמ' 8

מהרווחים "לצורכי מס" יש לנכות דיבידנד שחולק מתוכם. מהו הדין כאשר הרווחים שהובאו בחשבון לצורך הרווחים הראויים לחלוקה חולקו כדיבידנד בשנת-המס בה אירע יום המכירה אך לפני יום המכירה כאמור? לכאורה, הרווחים כאמור ייחשבו לרווחים ראויים לחלוקה שהרי מדובר ב"רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה... לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה..." כאמור בסעיף 94ב(1) לפקודת מס הכנסה. קשה להניח שזו אכן הייתה כוונת המחוקק. נראה אפוא, שרשויות המס תטענה, כי רווחים כאמור ייחשבו ל"דיבידנד שחולק מהם" כאמור באותו סעיף ועל-כן יש לנכותם מהרווחים הראויים לחלוקה^[23].

במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה נקבע, כי יש לנכות מהרווחים "לצורכי מס" גם את ההפסדים שנוצרו בחברה שמניויתיה נמכרות ואשר לא קוזזו על-ידיה^[24], הוראה זו מעוררת מספר קשיים.

ראשית, אין זה ברור מהם הפסדים שנוצרו בחברה ואשר "לא קוזזו"? האם הפסדים שטרם קוזזו על-ידי החברה מכל סיבה שהיא לרבות הפסדים שאינם מותרים עוד בקיזוז^[25], או שמא מדובר בהפסדים שטרם קוזזו כתוצאה מהקצת הכנסה שכנגדה ניתן היה לקזזם את אותם הפסדים ואשר ביום מכירת המניות החברה עדיין זכאית לקזזם כנגד הכנסה אחרת.

אי בהירות נוספת קיימת באשר להכללתם של הפסדים שמקורם לפני תקופת החישוב (כמשמעותה לעיל). ודוק: הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה" כוללת בגדר הרווחים "לצורכי מס" את הרווחים שהצטברו בחברה במהלך תקופת החישוב (כמשמעותה לעיל), אך אין היא מחילה את תקופת החישוב לגבי הפסדים. כתוצאה מכך, נפתח פתח לפרשנות לא סבירה, לפיה הפסדים שנוצרו בחברה ואשר לא קוזזו על-ידיה ינוכו מהרווחים "לצורכי מס" אף אם אותם הפסדים נוצרו לפני תקופת חישוב הרווחים כאמור. טול כאן, למשל, מקרה בו פלוני רוכש מניות בחברה שלה הפסדים מועברים לצורכי מס. לפי אותה פרשנות, בעת מכירת המניות, הרווחים "לצורכי מס" יוקטנו בסכום הפסדים כאמור, וזאת למרות שמקורם בתקופה שקדמה למועד רכישת המניות.

עמ' 9

עוד יצוין, כי בהעדר הוראת תחולה ספציפית הקובעת אחרת (בתיקון 132 לפקודת מס הכנסה), יובאו בחשבון, בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, הפסדים שמקורם לפני 1.1.2003. כתוצאה מכך, נוצרת חקיקה רטרואקטיבית שאינה מוצדקת בדיני מיסים.

2.2 החריגים לכלל

2.2.1 מכירת מניות של חברה משפחתית^[26]

סעיף 64א(א)(7) לפקודת מס הכנסה קובע:

"במכירת מניה של חברה משפחתית יופחת מהתמורה, לעניין סעיף 88 הן לגבי המוכר והן לגבי הקונה, סכום השווה לחלק מסכום הרווחים שהצטברו בחברה בתקופת ההטבה והיא לא חילקה אותם, כחלקה של המניה בזכויות רווחי החברה; סכומים שהופחתו כאמור, לא יראו אותם כרווחים הראויים לחלוקה לענין סעיף 94ב."

לפי הוראה זו, בחישוב רווח ההון במכירת מניות של חברה משפחתית^[27], יש להפחית מהתמורה חלק מהרווחים שהצטברו בחברה המשפחתית בתקופת ההטבה^[28], שהוא כחלקן של המניות הנמכרות בזכויות לרווחי החברה. זאת, מהטעם שרווחים אלה ניתנים לחלוקה בין בעלי המניות כדיבידנד שאינו חייב במס^[29]. עוד נקבע, כי סכום הרווחים שהופחת מהתמורה כאמור לא ייחשב לרווחים ראויים לחלוקה לענין סעיף 94 ב לפקודת מס הכנסה.

יושם אל לב, כי עניין של הוראות סעיף 64א(א)(7) לפקודת מס הכנסה ב"מכירת מניה של חברה משפחתית". כלומר, הוראות אלו אינן חלות, לכאורה, במכירת מניות של חברה "רגילה" שהייתה בעבר חברה משפחתית. דהיינו, במכירת המניות כאמור, הרווחים שהצטברו בחברה בתקופת ההטבה ייחשבו לרווחים ראויים לחלוקה לענין סעיף 94 לפקודת מס הכנסה. פרשנות דווקנית זו נוגדת את תכלית החוק ולמיטב ידיעתי אף רשויות המס אינן פועלות על פיה.

עמ' 10

הנה כי כן, יישומה של פרשנות זו יביא לכך שבמכירת מניה של חברה שהייתה בעבר חברה משפחתית אך ביום המכירה היא אינה נחשבת עוד לחברה כאמור, לא תחולנה גם אותן הוראות שלפיהן יש להפחית מהתמורה חלק מהרווחים שהצטברו בחברה בתקופת ההטבה^[30], למרות שאֵלה ניתנים לחלוקה בין בעלי המניות כדיבידנד שאינו חייב במס^[31].

2.2.2 מכירת מניות של חברה שקופה^[32]

סעיף 64א(ב)(8) לפקודת מס הכנסה קובע, כי במכירת מניות של חברה שקופה, לא תחולנה הוראות סעיף 94 לפקודה בשל שנות ההטבה^[33]. ניתן לפרש את הוראת סעיף 64א(ב)(8) לפקודת מס הכנסה - שעניינה "במכירת מניה של חברה שקופה" - כאילו תחולתה מותנית בכך שהחברה נשוא המניות הנמכרות תיחשב לחברה שקופה ביום המכירה. כאמור, פירוש זה נוגד את תכלית החוק, שכן הנובע ממנו הוא, שבמכירת מניה של חברה שהייתה בעבר חברה שקופה אך ביום המכירה היא אינה נחשבת עוד לחברה כאמור, יִכללו הרווחים הראויים לחלוקה (כמשמעותם בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה) גם את הרווחים שהצטברו בחברה בשנות ההטבה^[34], למרות שאֵלה ניתנים לחלוקה בין בעלי המניות כדיבידנד שאינו חייב במס.

עמ' 11

2.2.3 מכירת מניות פרטיות שהוקצו במיזוג, בפיצול או בהחלפת מניות

סעיף 103(5) לפקודת מס הכנסה קובע, כי נציב מס הכנסה יקבע כללים לעניין קביעת רווחים ראויים לחלוקה כמשמעותם בסעיף 94ב, שנצברו בחברה הקולטת או בחברה המעבירה (כמשמעותן בסעיף 103 לפקודת מס הכנסה) עד למועד המיזוג, שיחושבו

בחברה הקולטת^[35]. מכוח סעיף זה, נקבעו כללי מס הכנסה (קביעת רווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד למועד המיזוג), התשנ"ה-1995^[36]. בדומה, נקבעו בסעיפים 104ח(ג) ו-105ד(ג) לפקודת מס הכנסה הוראות בדבר חישוב הרווחים הראויים לחלוקה כמשמעותם בסעיף 94ב לגבי המניות המוקצות בהחלפת מניות^[37] ובפיצול. דיון בהוראות אלו חורג מתחום מאמר זה.

3. חישוב חלקו של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה

3.1 כללי

סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה קובע כדלהלן:

"(א) במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה, או במכירת מניה על ידי מי שהוראות סעיף 6 לחוק תיאומים בשל אינפלציה או הוראות לפי סעיף 130א אינן חלות בקביעת הכנסתו ושיעור המס החל על רווח ההון במכירתה הוא 25% או יותר, יחולו הוראות אלה:

(1) שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לכלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב(2) או 126(ב), לפי הענין.

(2) על אף הוראות פסקה (1), שיעור המס על רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה כאמור בפסקה (1) עד המועד הקובע, יהיה 10%; לענין סעיף זה, 'הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע' - הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע.

"...

עמ' 12

חלקו היחסי של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה נקבע אפוא, בהתאם לחלק היחסי שמקנות המניות הנמכרות ברווחי החברה. דהיינו, אין נפקא מינה מהן הזכויות האחרות שמקנות המניות הנמכרות, כגון: זכויות הצבעה, הזכות למנות מנהל וכו'. אין זאת אלא, כי אף אם בעל המניות זכאי מכוח מניותיו לחלק הארי של נכסי החברה בעת פירוק אך מניותיו אינן מקנות לו זכויות מקבילות לרווחי החברה, אזי ייגרע חלקו ברווחים הראויים לחלוקה לענין סעיף 94ב.

3.2 הגדלת חלקו של בעל המניות בזכויות לרווחי החברה

סעיף 94ב(ב)(2) לפקודת מס הכנסה קובע, כי הגדלת חלקו של בעל המניות בזכויות לרווחי החברה בתוך שנתיים שלפני המכירה לא תובא בחשבון לצורך קביעת החלק היחסי האמור^[38].

הוראה זו אינה מתייחסת רק למקרים בהם הגדלת הזכות לרווחי החברה בגין המניות הנמכרות נעשתה במטרה לזכות ביתרון מס, אלא לכל מקרה של הגדלה כאמור^[39]. מהיבט של **תכנון המס**, כדאי לבעל מניות המעונין לרכוש מניות נוספות ועתיד לממשן בעתיד הקרוב, לשקול לעשות כן באמצעות חברה בשליטתו.

לחלופין, יכול אותו בעל מניות לדחות את מכירת המניות למועד כלשהו לאחר תום תקופת השנתיים מהיום בו הוגדל חלקו בזכויות לרווחי החברה (להלן: "**מועד המכירה הנדחה**"). דחיית מכירת המניות למועד המכירה הנדחה תקנה לבעל המניות רווחים ראויים לחלוקה בהתחשב בזכותו "המוגדלת" לרווחי החברה. עם זאת, יש לזכור, כי כתוצאה מדחיית מכירת המניות למועד המכירה הנדחה כאמור, תשתנה תקופת החישוב לעניין קביעת הרווחים הראויים לחלוקה. ודוק: אלמלא מוכר המניות היה בוחר לדחות את מועד המכירה המקורי למועד המכירה הנדחה, תקופת החישוב הייתה מתום שנת-המס שקדמה לשנת רכישת המניות (אך לא לפני 1.1.1996) ועד לתום שנת-המס שקדמה למועד המכירה המקורי. ברם, כתוצאה מדחיית מכירת המניות למועד המכירה הנדחה, תקופת החישוב תהא מתום שנת-המס שקדמה לשנת רכישת המניות (אך לא לפני 1.1.1996) ועד לתום שנת-המס שקדמה למועד המכירה הנדחה. אין זאת אלא, כי תקופת החישוב תכלול גם את התקופה למן תחילת שנת-המס שבה אירע מועד המכירה המקורי ועד לתום שנת-המס שקדמה למועד המכירה הנדחה, וזאת אף אם במהלך תקופה נוספת זו יתהוו לחברה הפסדים, אשר יקטינו את הרווחים הראויים לחלוקה.

עמ' 13

3.3 המצאת החישוב לפקיד-השומה

על-מנת להחיל את הוראות סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה, על מוכר המניות להמציא לפקיד-השומה חישוב המראָה את הרווחים הראויים לחלוקה. זאת, בהתאם לסעיף 94ב(ג) לפקודת מס הכנסה.

4. שיעור המס המוטל על הרווחים הראויים לחלוקה

4.1 כללי

כפי שכבר ראינו, עד לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה, קבע סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה, כי במכירת מניות סכום השווה ל"רווחים הראויים לחלוקה" על-פי חלקו של מוכר המניות בזכויות לרווחים בחברה נחשב ל"סכום אינפלציוני חייב". דהיינו, חלק מרווח ההון הריאלי (ככל שקיים) בגובה "הרווחים הראויים לחלוקה" הפך מרווח ריאלי לסכום אינפלציוני "חייב", הכפוף למס בשיעור 10%.

עוד ראינו, כי במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה, ביצע המחוקק מספר שינויים רבי-משמעות בהוראות סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה ובכללם אלה שעניינם בשיעור המס החל על הרווחים הראויים לחלוקה. על-פי התיקון, חלקו היחסי של מוכר המניות ברווחים הראויים לחלוקה אינו נחשב עוד לסכום אינפלציוני חייב הכפוף למס בשיעור 10%, אלא מהווה חלק מרווח ההון הריאלי.

מהו אפוא, שיעור המס החל על הרווחים הראויים לחלוקה? לשם מענה על שאלה זו, אידרש להלן הן לכלל שנקבע לעניין זה והן לשני החריגים לו.

4.2 הכלל

ככלל, נקבע, כי המוכר חייב במס על חלקו ברווחים הראויים לחלוקה במס בשיעור שהיה חל עליו אילו אותם רווחים היו מתקבלים כדיבדנד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב(2) או 126ב(ב) לפקודת מס הכנסה, לפי העניין^[40]. יש להניח, כי באמצעות קביעה זו, שאף המחוקק ליצור סימטריה בין מימוש רווחיה הצבורים של החברה בדרך של חלוקת דיבדנד לבין מימוש

הרווחים כאמור בדרך של מכירת מניות החברה^[41].

עמ' 14

לפיכך, אם מדובר במכירת מניות בידי **חבר-בני-אדם תושב ישראל**, אזי הרווחים הראויים לחלוקה יהיו פטורים ממס בכפוף להוראות סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה. אם, לעומת זאת, מדובר במכירת מניות בידי **יחיד** (בין אם תושב ישראל ובין אם תושב-חוץ) או **חבר-בני-אדם תושב-חוץ**, אזי הרווחים הראויים לחלוקה יחויבו במס רווחי הון בשיעור 25%, כנגזר מהוראות סעיף 125ב(2) לפקודת מס הכנסה.

4.3 החריגים לכלל

4.3.1 כללי

הכלל שצוין בפסקה 4.2 לעיל כפוף לשני **חריגים**: האחד - לגבי מכירת מניות פרטיות שיום רכישתן אירע בשנת-המס 2002 או מוקדם יותר^[42]; השני - לגבי מכירת מניות פרטיות שחלות לגביה הוראות אמנה למניעת מסי-כפל^[43].

זאת, כמבואר להלן.

4.3.2 החריג הראשון - שיעור המס המוטל על הרווחים הראויים לחלוקה במכירת מניות פרטיות שיום רכישתן אירע בשנת-המס 2002 או מוקדם יותר

כאמור, עניינו של **החריג** הראשון במכירת מניות פרטיות שיום רכישתן אירע בשנת-המס 2002 או מוקדם יותר.

במקרה כזה, יש לחלק את הרווחים הראויים לחלוקה לשני מרכיבים: האחד: הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו מתום שנת-המס שקדמה לשנת-המס בה נרכשו המניות (אך לא לפני 1.1.1996) ועד ליום 31.12.2002 (להלן: "**הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע**"); השני - יתרת הרווחים הראויים לחלוקה.

המרכיב האחד חייב במס בשיעור 10%, וזאת בהתעלם ממיהותו של המוכר (יחיד או חברה). ואילו המרכיב האחר חייב במס בשיעורים הרגילים שבוארו לעיל, קרי: בשיעור המס שהיה חל אילו היה מדובר בדיבידנד, לפי סעיפים 125ב(2) או 126(ב) לפקודת מס הכנסה - לפי העניין. כלומר, לגבי הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע (כמשמעותם לעיל) ממשיך לחול, **ללא מגבלת זמן**, שיעור המס של 10% שהיה קבוע עד לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה.

עמ' 15

מכאן עולה אפוא, כי כאשר מדובר במניות שנרכשו לפני שנת-המס 2003 ומכירתן תבוצע בשנת-המס 2003, **מלוא** הרווחים הראויים לחלוקה יחויבו במס בשיעור 10%, באשר מלוא הרווחים כאמור מהווים רווחים ראויים לחלוקה עד המועד הקובע.

4.3.3 החריג השני - שיעור המס המוטל על יתרת הרווחים הראויים לחלוקה במכירת מניות פרטיות שחלות לגביה הוראות אמנה למניעת מסי-כפל

מהו הדין, אם חלות על מכירת המניות הוראות אמנה למניעת מסי-כפל בין ישראל לבין

מדינת מושבו של המוכר (לגבי מכירת מניות "ישראליות" בידי תושב-חוץ) או לבין מדינת המקור (לגבי מכירת מניות "זרות" בידי תושב ישראל)?

כזכור^[44], סעיף 94ב(א)(1) לפקודת מס הכנסה קובע את הכלל, לפיו מוכר המניות חייב במס על חלקו ברווחים הראויים לחלוקה במס בשיעור שהיה חל עליו אילו אותם רווחים היו מתקבלים כדידינד סמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב(2) או 126ב(ב) לפקודה, לפי העניין. כלומר, לפי פרשנות מילולית, אם מדובר במוכר שהוא יחיד (בין אם תושב ישראל ובין אם תושב-חוץ) או חבר-בני-אדם תושב-חוץ, הוא יחויב במס בשיעור 25% בגין חלקו ברווחים הראויים לחלוקה, וזאת בהתאם לסעיף 125ב(2) לפקודת מס הכנסה.

אולם, לדעתי, יש הגיון רב באימוץ פרשנות שונה התרה אחרי תכליתו של הכלל הקבוע בסעיף 94ב(א)(1) לפקודת מס הכנסה. ודוק: כפי שכבר ציינת^[45], בקבעו את הכלל האמור, שָׂאף המחוקק, ליצור סימטריה בין מימוש רווחיה הצבורים של החברה בדרך של חלוקת דיבידנד לבין מימוש הרווחים כאמור בדרך של מכירת מניות החברה. על-כן, סבורני, כי אם חלות על המכירה הוראות אמנה למניעת מסי-כפל, כי אז שיעור המס שיחול על חלקו של המוכר ביתרת הרווחים הראויים לחלוקה^[46] יהיה שיעור המס הקבוע באותה אמנה לגבי חלוקת דיבידנד^[47]. לשון אחר, יש לקרוא את הכלל המפנה לשיעור המס הקבוע לגבי חלוקת דיבידנד בסעיף 125ב(2) לפקודה ככפוף מיכללא לשיעור המס הקבוע לגבי חלוקת דיבידנד בהוראות האמנה.

עמ' 16

5. הקשר בין הרווחים הראויים לחלוקה לבין רווח ההון הריאלי והסכום האינפלציוני

כפי שבואר לעיל, רווח ההון הריאלי במכירת מניות מחושב לפי ההפרש בין רווח ההון הנומינלי לבין הסכום האינפלציוני. ואילו חלק מרווח ההון הריאלי בגובה חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה כאמור בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה מחויב במס בשיעורים הקבועים באותו סעיף.

מתעוררת השאלה: מה דין מכירת מניות שנבע בה רווח הון נומינלי הקטן מהסכום המצרפי של הסכום האינפלציוני והרווחים הראויים לחלוקה (לפי חלקו היחסי של המוכר) כאמור בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה? טול כאן, למשל, יחיד המוכר, ביום 1.10.2003, מניות שנרכשו על-ידו ביום 1.1.1997. תוצאת מכירת המניות הינה רווח הון (נומינלי) בסך 1,000,000 ש"ח, המהווה, במלואו, סכום אינפלציוני שאינו חייב במס. חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה (לפי סעיף 94) הינו בסך 400,000 ש"ח. האם יש לומר, כי המוכר חייב במס בגין חלקו ברווחים הראויים לחלוקה, וזאת למרות שמלוא רווח ההון הוא סכום אינפלציוני?

לגישתי, הפרשנות הראויה היא לחשב תחילה את הסכום האינפלציוני, ורק אם יותר מרכיב ריאלי ברווח ההון יש להמשיך ולחשב את הרווחים הראויים לחלוקה. הנה כי כן, עניינם של סעיפים 94ב(א)(1) - (2) לפקודת מס הכנסה ב"שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה...". כלומר, הטלת המס על הרווחים הראויים לחלוקה מותנית בקיומו של רווח הון ריאלי. על-כן, אם מלוא רווח ההון הינו סכום אינפלציוני, אין לחשב כלל רווחים ראויים לחלוקה לעניין סעיף 94 לפקודת מס הכנסה. בהתאם לכך, אם בנתוני הדוגמה לעיל, הסכום האינפלציוני היה בסך 950,000 ש"ח, אזי 50,000 ש"ח בלבד מתוך חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה היו חייבים במס בשיעור 10%^[48].

הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה מעוררות שאלה נוספת: מה דין הרווחים הראויים לחלוקה (כמשמעותם באותו סעיף) במכירת מניות שיום רכישתן אירע לפני 1.1.2003?

ודוק: סעיף 94 לפקודת מס הכנסה מורה, כי שיעור המס על חלק מרווח ההון הריאלי השווה לחלקו היחסי של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה יחויב במס בהתאם לשיעורים הקבועים באותו סעיף^[49]. אלא מאי, הואיל ומדובר במכירת מניות שנרכשו לפני 1.1.2003, יש לפצל את רווח ההון הריאלי בגין אותה מכירה לשני מרכיבים: האחד - רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע, שהוא חלק יחסי מכלל רווח ההון הריאלי, שהוא כיחס שבין התקופה מיום הרכישה עד ליום 1.1.2003 לבין התקופה מיום הרכישה ועד ליום המכירה (להלן: "רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע"); השני - יתרת רווח ההון הריאלי. המרכיב האחד חייב במס רווחי הון בהתאם לשיעורים המפורטים בסעיף 121 לפקודת מס הכנסה (לגבי מוכר שהוא יחיד) או בשיעור הקבוע בסעיף 126 לפקודה (לגבי מוכר שהוא חבר-בני-אדם); ואילו המרכיב השני חייב במס רווחי הון בשיעור 25%.

השאלה היא אפוא, כיצד יש "להפחית" את הרווחים הראויים לחלוקה מרווח ההון הריאלי, שהרי בעוד שהרווחים כאמור מחושבים באופן מדויק לפי מועד צמיחתם, פיצולו של רווח ההון לשני מרכיביו דלעיל נעשה באופן ליניארי. כך, למשל, ייתכן שהרווחים הראויים לחלוקה נצמחו לאחר 1.1.2003 בעוד שחלק ניכר מרווח ההון הריאלי מהווה רווח הון ריאלי עד המועד הקובע (כמשמעותו לעיל), באשר מניות החברה נרכשו תקופה ארוכה לפני 1.1.2003.

ניתן להצביע על שתי פרשנויות אפשריות שאיני מכריע ביניהן: לפי פרשנות אחת, יש להפחית את הרווחים הראויים לחלוקה מרווח ההון הריאלי, ורק לאחר מכן לפצלו לשני מרכיביו כאמור. בדרך זו, הרווחים הראויים לחלוקה ייוחסו באופן פרופורציונלי לשני מרכיביו של רווח ההון הריאלי. מנגד, תיתכן פרשנות אחרת, לפיה יש להפחית את הרווחים הראויים לחלוקה עד למועד הקובע^[50] מרווח ההון הריאלי עד המועד הקובע (כמשמעותו לעיל); ואילו יתרת הרווחים הראויים לחלוקה יופחתו מיתרת רווח ההון הריאלי. מן הראוי אפוא, שייעשה בהתאם להבהרת סוגיה זו.

* הכותב הינו מחבר הספר "מיסוי ניירות-ערך ושוק ההון" בהפצת הוצאת רונן.

1. חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, ס"ח 530 (להלן: "תיקון 132 לפקודת מס הכנסה").
2. יצוין, כי הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, כנוסחן עובר לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה, חלו גם כאשר מוכר המניות ניהל את פנקסיו לפי תקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של חברות בהשקעת חוץ ושל שותפויות מסויימות וקביעת הכנסתן החייבת), התשמ"ו-1986, ק"ת 963 (להלן: "התקנות הדולריות"). במקרה זה, חלק מרווח ההון הריאלי - כפי שחושב על פי התקנות הדולריות - בגובה חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה, הפך לסכום אינפלציוני חייב הכפוף למס בשיעור 10%.
3. ראה א. שפירא מיסוי ניירות-ערך ושוק ההון (תשס"א-2001) 424.
4. ראה סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה.
5. סעיף 125(2) לפקודת מס הכנסה.
6. בהצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97), התשנ"ד-1994, ה"ח 194, הוצע לתקן את סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, כך ש"הרווחים הראויים לחלוקה" יחויבו במס בשיעור 25%. ואילו בסעיף 41 להצעת חוק לתיקון דיני המסים, התש"ס-2000, ה"ח 560, 594-595, הוצע לתקן את סעיף 94 לפקודת מס הכנסה ולקבוע, כי שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק יחסי מהרווחים הראויים לחלוקה, שהוא כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לבין כלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה בגובה שיעור המס החל על המוכר אילו סכום זה היה מתקבל כדיבדנד מכוח המניה, סמוך לפני יום המכירה.
7. שפירא, לעיל הערה 3, שם.
8. ראה סעיף 32 לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה, לעיל הערה 1, בע' 552.
9. הפיונה לתקנות הדולריות ולתקנות מס הכנסה (כללים בדבר ניהול פנקסי חשבונות של יהלומן וקביעת הכנסתו החייבת), התשמ"א-1980, ק"ת 166.
10. להלן פסקה 2.
11. כתוצאה מכך, הפסד הון שנוצר למוכר המניות (בשל מכירת נכס אחר) מותר בקיזוז כנגד חלקו היחסי של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה ביחס של 1:1 ולא ביחס של 1:3.5. זאת, בהתאם להוראות סעיף 92(א) לפקודת מס הכנסה. לדיון כללי בשיטת הקיזוז הקבועה בסעיף 92 לפקודת מס הכנסה, ראה שפירא, לעיל הערה 3, בע' 85 ואילך.
12. להלן פסקה 4.
13. המחוקק נקט במילים "שנת רכישת המניה" ובכך התכוון, כך נראה, לשנה בה אירע "יום הרכישה" כמשמעותו בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה. עוד יצוין, כי ניתן ללמוד מהמילים "שנת רכישת המניה" שחישוב הרווחים הראויים לחלוקה נעשה לגבי כל מניה בנפרד. הדיון, מכל מקום, יתייחס למכירת מניות שנרכשו במלואן במועד אחד.
14. התיבה "שנת המכירה" אינה מוגדרת בפקודת מס הכנסה. נראה, כי כוונת המחוקק לשנת-המס בה אירע "יום המכירה".
15. עד לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה, הוגבלה תקופת החישוב של הרווחים הראויים לחלוקה לשבע השנים שבתוכן לפני שנת המכירה. בתיקון האמור הוסרה מגבלה זו, אך מנגד נקבע שלא יובאו בחשבון הרווחים שנצברו לפני 1.1.1996.
16. לדיון בחבויות המס בפירוק ובכלל זה בהחלת הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה בפירוק יוקדש מאמר נפרד.
17. שפירא, לעיל הערה 3, בע' 392-393.
18. ראה לעניין זה הסיפא לסעיף 1.4(1) לחוזר מ"ה 22/2002 מיום 30.12.2002, "מיסים" יז/2 ג-6, 10, שם מציינות רשויות המס, אם כי בהקשר לניירות-ערך נסחרים, כי הזכאות לרווחים ראויים לחלוקה, אם בכלל, הינה ממועד מימוש האופציה למניה ואילך.
19. דא עקא, המחוקק לא הבהיר, האם הפיונה למאזן נומינלי או שמה למאזן המתואם לאינפלציה. לדיון מקיף בסוגיה זו, ראה י. אדרעי וי. עדן "פירושו של סעיף 94 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) בתקופת אינפלציה" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 76.

20. נראה, כי לגבי חברה שפרק ב לחוק התיאומים חל בקביעת הכנסתה, "הרווחים שנתחייבו במס" הם הרווחים שנתחייבו במס לאחר יישום הוראות חוק התיאומים. זאת, ניתן להסיק מסעיף 24 לחוק התיאומים הקובע במפורש, כי יראו את חוק התיאומים כאילו היה חלק מפקודת מס הכנסה.
21. יושם אל לב, כי לפי פרשנות מילולית, רווחים אינפלציוניים המהווים סכום אינפלציוני לפי סעיף 88 לפקודת מס הכנסה לא נחשבים לסכומים שנתחייבו במס, שכן רק "סכום אינפלציוני חייב" חייב במס. דא עקא, שהם אף אינם מהווים סכומים הפטורים ממס, שהרי במקרה זה אין מדובר בפטור ממס אלא באי חבות במס. זאת ועוד, לפי פרשנות כאמור, רווחים שלא נתחייבו במס כי נוכח מהם ניכוי בשל אינפלציה לפי סעיף 7 לחוק התיאומים אינם "סכומים שנתחייבו במס" והם אף לא נחשבים לרווחים שהיו פטורים ממס, שהרי ניכוי בשל אינפלציה אינו מהווה פטור ממס. לגישתי, מן הראוי לנקוט בפרשנות לפי תכלית החקיקה ולראות ברווחים האמורים חלק מהרווחים הראויים לחלוקה.
22. ההוראה המנויה בסעיף 126(ב) היא הוראת פטור ולא הוראת אי-חייב. עמד על כך השופט ויתקון בע"א 635/68 פש"מ ג' נ' כלל, חברה להשקעות בישראל בע"מ, פד"א ב 255, 259: "סעיף 126(ב) פוטר הכנסה זו מהחייב במס חברות, ומכיוון שרק חברות חייבות במס זה, הרי זה פטור, פשוטו כמשמעו, המתייחס לאותה הכנסה". ראה גם עמ"ה (י-ם) 22/74 כלל בנין והנדסה בע"מ נ' פ"ש, פד"א ז 278; עמ"ה (ת"א) 392/75 צ'מפיון מוטורס (ישראל) בע"מ נ' פש"מ ג', פד"א ח 226. כן ראה ע"א 2/69 לה נסיונל, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פ"ש, פד"א ב 269, בו סמך השופט ויתקון ידו על העיקרון, כי הוראת סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה הינה הוראת פטור לכל דבר ועניין. רבינוביץ' ד"בידנד ביד מוסד כספי - סוגיית מיסוי במס רווח" "מיסים" ט/ו א-13, 13, הסובר, כי הכנסה מדיבידנד בין-חברתי אינה מהווה הכנסה פטורה מס אלא רישום חשבונאי המנוטרל לצורך חישוב הכנסה החייבת. ראה גם נ. שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל - האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" "מיסים" יז/א-131.
- יצוין, כי רווחי אקוויטי נחשבים לרווחים ראויים לחלוקה לצורך החלופה "החשבונאית", אך הם אינם נחשבים לרווחים "לצורכי מס", שהרי רווחי אקוויטי אינם חייבים במס. כאמור, התוצאה הנמוכה יותר המתקבלת משתי החלופות היא שמובאת בחשבון לצורך קביעת סכום הרווחים הראויים לחלוקה, ועל-כן, רווחי האקוויטי אינם נחשבים לרווחים ראויים לחלוקה. פתרון אפשרי לכך הינו משיכת רווחי האקוויטי כדיבידנד פטור ממס (בהנחה שהדיבידנד אכן פטור) לכל המאוחר עד תום שנת-המס שקדמה לשנת מכירת המניות, פעולה שתפוך את רווחי האקוויטי ל"רווחים ראויים לחלוקה" בהיותם "רווחים שהיו חייבים במס אילו לא פוטרו ממנו". חולשתו העיקרית של מהלך זה נובעת מהוראות סעיף 18(ג) לפקודת מס הכנסה אשר עשויות לחול במקרה זה.
23. לעומת זאת, אם הרווחים המחולקים נצמחו לפני תקופת החישוב, הם לא יהיו חלק מהרווחים הראויים לחלוקה ואף לא ינוכה דיבידנד שחולק מסה הרווחים הראויים לחלוקה כאמור. כך הוא הדין גם באשר לרווחים שנצמחו לפני יום המכירה אך לאחר תקופת החישוב (קרי: לאחר תום שנת-המס שקדמה לשנה שבה אירע יום המכירה) וחולקו כדיבידנד לפני יום המכירה.
24. ראה סעיף 94(ב)1 לפקודת מס הכנסה - הגדרת "רווחים ראויים לחלוקה".
25. כגון: הפסד משנות-מס קודמות של החברה שמקורו בעודף הוצאות על הכנסה לפי סעיף 4(2) לפקודת מס הכנסה.
26. הוראות המס החלות על חברה משפחתית קבועות בסעיף 64 לפקודת מס הכנסה שבוטל במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה. במקום הוראות אלו, נוספו לפקודת מס הכנסה הוראות סעיף 1א64 שעניינן בחברה שקופה. הואיל ותחילתו של סעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה נקבעה ליום כניסתו לתוקף של כל התקנות על-פי אותו סעיף ועל-מנת לצוד רציפות בין הסדר המס הקבוע לגבי חברה משפחתית לבין זה הקבוע לגבי חברה שקופה, נקבע, כי גם ביטולו של סעיף 64 לפקודת מס הכנסה יחול ביום האמור. עד היום, טרם פורסמו תקנות על פי סעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה, ועל-כן סעיף 64 לפקודת מס הכנסה ממשיך לחול, ומנגד טרם נכנסו לתוקף הוראות סעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה.
27. לדיון בחברה משפחתית, ראה שפירא, לעיל הערה 3, בע' 52-50.
28. תקופת ההטבה כוללת את השנים בהן המס בו החברה חייבת חושב לפי הוראות סעיף 64 לפקודת מס הכנסה.
29. ראה שפירא, לעיל הערה 3, בע' 51.
30. כאמור, תקופת ההטבה כוללת את השנים בהן המס בו חייבת החברה חושב לפי הוראות סעיף 64 לפקודת מס הכנסה.
31. אומנם, ניתן לפתור את הבעיה בדרך של משיכת הרווחים שהצטברו בחברה לפני מכירת המניות, שהרי משיכה זו אינה חייבת במס. דא עקא, שעשויה להיווצר בשל כך חבות בדמי ביטוח לאומי ובדמי ביטוח בריאות, חבות שאינה קיימת במכירת המניות.
32. כאמור, הוראות המס החלות על חברה שקופה קבועות בסעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה שהוסף במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה. תחילתו של סעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה נקבעה ליום כניסתו לתוקף של כל התקנות על-פי אותו סעיף. עד היום, לא פורסמו תקנות כאמור, ועל-כן טרם נכנסו לתוקף הוראות סעיף 1א64 לפקודת מס הכנסה.
33. שנות ההטבה כוללות את שנות-המס שבהן הייתה החברה חברה שקופה (סעיף 1א64(א) לפקודת מס הכנסה - הגדרת "שנות ההטבה"). ואולם, לפי הוראת המעבר הקבועה בסעיף 90(ד)6 לתקון 132 לפקודת מס הכנסה, לעיל הערה 1, בע' 583, לעניין חברה שקופה שהייתה חברת בית או חברה משפחתית ערב תחילתו של התיקון האמור (ככלל, תחילתו של תיקון 132 ביום 1.1.2003, וזאת בהתאם להוראות 89(א) לאותו תיקון, שם, בע' 581), יראו גם את שנות-המס שבהן הייתה חברה כאמור כשנות ההטבה. לשון אחר, לגבי חברה שקופה שהייתה חברת בית או חברה משפחתית ביום 31.12.2002, תכלולנה שנות ההטבה הן את שנות-המס שבהן הייתה החברה חברה שקופה והן את שנות-המס שבהן הייתה החברה חברת בית או חברה משפחתית, לפי העניין.
34. כאמור, שנות ההטבה כוללות את שנות-המס שבהן הייתה החברה חברה שקופה (סעיף 1א64(א) לפקודת מס הכנסה - הגדרת "שנות ההטבה").
35. הוראה זו חלה, בשינויים המחויבים, גם על מיזוג על דרך החלפת מניות, כהגדרתו בסעיף 103כ(א) לפקודת מס הכנסה. זאת, בהתאם לסעיף 103כ(ה) לפקודת מס הכנסה.
36. ק"ת 1312.
37. כהגדרתה בסעיף 104ח(א) לפקודת מס הכנסה. ראה כללי מס הכנסה (קביעת רווחים ראויים לחלוקה במכירת מניה מוקצית בחברה תושבת ישראל), התשס"ב-2002, ק"ת 474, הקובעים את הרווחים הראויים לחלוקה לעניין סעיף 94 לפקודת מס הכנסה בעת מכירת מניה מוקצית בחברה קולטת תושבת ישראל.
38. מעניין, שהסעיף קובע התעלמות רק ביחס להגדלת החזקות אך אינו דן כלל בפן האחר של דילול החזקה של בעלי המניות האחרים (כגון בהקצאת מניות) בתוך שנתיים שלפני המכירה, למרות שהא בהא תליא.
39. כך, למשל, תחול הוראה זו במקרה של קבלת מניות נוספות כתוצאה מהורשה, שבקבותיה הוגדלה זכותו של בעל המניות (היורש) לרווחי החברה.
40. ראה לעניין זה, סעיף 6 לחוזר מ"ה 23/2002, "מיסים" יז/א-132, 143.
41. דא עקא, המחוקק נמנע מלקבוע הוראות מפורשות בדבר מכירת מניות של חברה בעלת מפעל מאושר כמשמעותו בחוק עידוד השקעות הון. ראה לעניין זה, סעיף 6.1.9 לחוזר מ"ה 23/2002, שם, 144.
42. להלן פסקה 4.3.2.
43. להלן פסקה 4.3.3.
44. לעיל פסקה 4.2.
45. שם.
46. כמשמעותם בפסקה 4.3.2 לעיל, קרי: חלקו של המוכר ברווחים הראויים לחלוקה בניכוי הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע (כמשמעותם שם).
47. ובלבד שזה לא יהיה גבוה מהשיעור הקבוע בסעיף 125ב(2) לפקודת מס הכנסה, שכן נהוג לפרש אמנה כבאה להקל בלבד.
48. לעיל פסקה 4.3.2. למותר לציין, כי אם הייתה מאומצת פרשנות אחרת במקרה זה, לפיה סכום חלקו של המוכר ברווחים הראויים

לחלוקה (בסך 400,000 ש"ח) חייב במלואו במס, היה מוכר המניות מעדיף שלא להחיל כלל את הוראות סעיף 94 ובמקום זה להתחייב במס רווחי הון בגין רווח הון ריאלי בסך 50,000 ש"ח, המהווה את ההפרש בין רווח ההון הנומינלי (בסך 1,000,000 ש"ח) לבין הסכום האינפלציוני (בסך 950,000 ש"ח). המס על רווח ההון הריאלי היה לכל היותר 25,000 ש"ח, בעוד שהמס על הרווחים הראויים לחלוקה היה מסתכם ב-40,000 ש"ח. כיצד היה בעל המניות נמלט מהוראות סעיף 94? בכך שהיה נמנע מלהמציא לפקיד-השומה חישוב המראָה את הרווחים הראויים לחלוקה, כנדרש בסעיף 94(ג) לפקודת מס הכנסה, לעיל, פסקה 3.3.

49. לעיל פסקה 4.

50. כמשמעותם בפסקה 4.3.2 לעיל, קרי: הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו מתום שנת-המס שקדמה לשנת-המס בה נרכשו המניות (אך לא לפני 1.1.1996) ועד ליום 31.12.2002.