

כרך נג(2), טבת התשע"ה, דצמבר 2014

דבר העורכים

259

פרופ' יורם רבין, ד"ר יניב ואקי, גיא אזולאי, רועי הררי ונירית יונתן

מאמרים

261

החופש להסכים: "כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?"

פרופ' אמנון רובינשטיין

295

הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף

בהליכים פליליים

השופטת אפרת פינק ועו"ד רתם רוזנברג רובינס

347

המרוץ לעברת ההריגה - משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי

ד"ר רוני רוזנברג

393

התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית - אליה וקוץ בה

ד"ר ערן טאוסגי

453

מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד

ד"ר תמיר שאנן ועו"ד רועי כהן

501

העוזר המשפטי לשופט - בין הפן החוקי לפן התעסוקתי

עו"ד אילנית הלל

525

עיון הנאשם ב"רשומות אישיות" של קרבנות עברת מין

עו"ד תומר אורינב

ביקורת ספרים

559

החופש האקדמי - בין אתיקה למשפט: ספרם של אמנון רובינשטיין ויצחק פשה "סדקים באקדמיה"

פרופ' ברק מדינה

571

האם ישיב "המשפט החקלאי" עטרה ליושנה? על הספר "המשפט החקלאי בישראל" מאת ורד דשא

פרופ' חיים זנדברג



Editorial Note

259

Prof. Yoram Rabin, Dr. Yaniv Vaki, Guy Azulay, Roy Harary & Nirit Yonatan

Articles

261

The Right to Consent

Prof. Amnon Rubinstein

295

The Polygraph as a Lie Detector or Scientific Evidence: Rethinking Polygraph Admissibility in Criminal Procedures

Judge Efrat Fink & Adv. Rottem Rosenberg Rubins

347

The Meaning of Assumption of Risk in Criminal Law

Dr. Rony Rosenberg

393

Objection to a Class Action Settlement - A Fly in the Ointment

Dr. Eran Taussig

453

Taxation of Distribution in Redemption of Shareholder's Stock

Dr. Tamir Shanan & Adv. Roy Cohen

501

Law Clerks: Legal and Employment Aspects

Adv. Ilanit Hilel

525

Disclosure of Private Filed of Sexual Offence Victims

Adv. Tomer Urinov

Book Review

559

Academic Freedom: Between Ethics and Law: On Amnon Rubinstein and Yizhak Pasha's Book "Academic Flaws"

Prof. Barak Medina

571

Will "Agricultural Law" Regain its Former Glory? on Vered Deshe's Book "The Agricultural Law in Israel"

Prof. Haim Sandberg



מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד

תמיר שאנן* ורועי כהן**

- א. הקדמה
- ב. מבוא
- ג. רכישה עצמית של מניות – מהותה והצדקותיה
- ד. רכישה עצמית של מניות בדיני התאגידים
- ה. רכישה עצמית של מניות בדיני המס – הדין המצוי
 1. סיווגים אפשריים של רכישה עצמית של מניות לצורכי מס
 2. מהו אפוא דיבידנד לצורכי מס הכנסה?
 3. נפקות הסיווג כדיבידנד או כרווח הון בדיני המס
 4. עמדת רשות המסים כפי שפורסמה בחוזר מס הכנסה 10/2001
 5. פסקי הדין בעניין גולן, ברנובסקי ובר ניר
- ו. משפט משווה
 1. מיסוי רכישה עצמית של מניות בארצות הברית
 2. מיסוי רכישה עצמית של מניות בבריטניה, בקנדה, באוסטרליה ובניו זילנד
 3. סיכום ביניים
- ז. רכישה עצמית של מניות בדיני המס – פרשנות הדין הראוי
 1. סקירת ספרות
 2. העמדה שלנו באשר לחוזר מס הכנסה 10/2001
 3. פרשנות הדין הראוי למיסוי רכישה עצמית של מניות
- ח. הערות משלימות בנוגע לסוגיות נוספות שהתעוררו בעניין גולן, ברנובסקי ובר ניר

* מרצה בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

** עורך דין (חשבונאי), עוזר משפטי בלשכת השופט סלים ג'ובראן, בית המשפט העליון. המחברים מודים לפרופ' דוד גליקסברג, לפרופ' יורם עדן, לד"ר עידו באום, לד"ר אילן בן-שלום, לרועי פלד ולעומר לוי על הערותיהם המועילות לטיטת הרשימה. המחקר נערך בסיוע מענק שניתן על ידי קרן המחקר של בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

1. רכישה עצמית של מניות כ"עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה
2. מעמדו של חוזר מס הכנסה והאפשרות לסטות מהנחיה פנימית של רשות המסים
- ט. סיכום

כיצד יש לסווג לצורכי מס עסקת רכישה עצמית של מניות בידי החברה המנפיקה? האם מדובר בעסקת מכר בין בעלי המניות המוכרים מניותיהם לבין החברה; בחלוקת רווחי החברה לבעלי מניותיה; או שמא בעסקה משולבת הכוללת חלוקת רווחי החברה לבעלי מניותיה ועסקת מכר בין בעלי המניות. עסקת רכישה עצמית של מניות עוטה מאפיינים אחדים של עסקה הונית ומאפיינים אחרים של עסקה פירונית, שעניינה חלוקת רווחי החברה. בעבר דיני התאגידים בישראל אסרו על רכישה עצמית של מניות. עם ביטול איסור זה תופעת הרכישות העצמיות הפכה לחזון נפרץ. אולם החידוש התאגידי לא לווה בהסדרה תואמת בחקיקת המס. וכך, היעדר כללי סיווג ברורים לעסקת הרכישה העצמית היווה כר פורה למחלוקת בספרות המשפטית ובסיס איתן לתכנוני מס. רשות המסים ביקשה להסדיר את הנושא בחוזר מס הכנסה 10/2001 (להלן גם: חוזר מס הכנסה), אשר הפריד בין מקרים שבהם יש לסווג את עסקת הרכישה העצמית של המניות כעסקה הונית, לבין מקרים שבהם יש לסווגה כחלוקת דיבידנד. חוזר מס הכנסה אמנם הסדיר חלק מהיבטי המס של רכישה עצמית של מניות אך התיר היבטים אחרים ללא מענה. דרכי הסיווג שהוצעו בחוזר מס הכנסה לקו במידה מסוימת בהיותם טכניים ובינאריים, ולא הצליחו להתחקות אחר מנעד משמעותיות הכלכליות של עסקת הרכישה העצמית של מניות החברה, ולהתאים להן טיפול הולם לצורכי מס. אותם "מקרים קשים" של סיווג עסקת הרכישה העצמית של מניות לצורכי מס הגיעו לאחרונה לפתחם של בתי המשפט, וליתר דיוק לפתחו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. בבית המשפט, סיווגה של עסקת הרכישה העצמית זכה להכרעות סותרות לכאורה בחלקן. הכרעות אלה הושתתו בעיקרן על נסיבות כל מקרה ולא התיימרו להסדיר את השאלה באופן ממצה. במקרה אחד נקבע כי עסקת הרכישה העצמית היא עסקה הונית. בשני מקרים אחרים נקבע כי הכספים שיצאו מן החברה לבעלי מניותיה במסגרת העסקה הם חלוקת דיבידנד. אך גם בשני מקרים אלה – ההכרעות השיפוטיות קבעו מסקנות שונות באשר לזהות מקבלי הדיבידנד ולאופן בו תכומת הכנסתם לצרכי מס.

רשימה זו מבקשת להניח את התשתית העיונית לשאלת סיווג רכישה עצמית של מניות לצורכי מס. הרשימה תתמקד בשני מקרים טיפוסיים של רכישה עצמית של מניות. מקרה אחד הוא כאשר בעלי המניות מוכרים את מניותיהם לחברה באופן יחסי

לשיעורי אחזקתם בה. מקרה שני הוא של בעלי המניות המזכירים את אחזקותיהם לחברה באופן החורג מיחסי האחזקה שלהם. אנו סוברים, כי ככלל בעסקת רכישה עצמית יש לסווג כספים שחילקה החברה כחלוקת דיבידנד לכל בעלי מניותיה על פי שיעור אחזקתם. כאשר העסקה מלווה בשינוי מהותי בשיעורי האחזקה של בעלי המניות נציע לראות את השינוי כעסקת מכר להעברת המניות בין בעלי המניות. אנו ממליצים שלא להחיל כלל זה על בעלי מניות ששיעור אחזקתם בחברה אינו מהותי. עמדתנו מבוססת על בחינת התעשרותו הממומשת של הנישום ועל ההצדקה למסותה במלואה כבר במועד ביצוע עסקת הרכישה העצמית.

א. הקדמה

לאחרונה ניתנו שלושה פסקי דין בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (מפי השופט מ' אלטוביה) שעסקו במקרים שבהם נעשו שינויים בבעלות חברה פרטית בעקבות עזיבתו של אחד מבעלי המניות. בעניין **גולן**¹ ובעניין **ברנובסקי**² בעלת המניות העוזבת מכרה את מניותיה בחזרה לחברה המנפיקה וקיבלה בעדן תמורה מן החברה. בעניין **בר ניר**³ מכר בעל המניות העוזב את מניותיו לבעלי המניות הנותרים (שלא על פי שיעורי אחזקותיהם בחברה) והתמורה שקיבל מבעלי המניות הנותרים מקורה במזומן שחילקה החברה לבעלי המניות הנותרים. מקרים אלה העלו את השאלה אם את עסקת מכירת המניות לחברה שהנפיקה אותן, או לחברה הקשורה לה, יש לסווג לצורכי מס כעסקת מכר, שההכנסה בגינה "הונית" כרווח הון, או כחלוקת רווחי החברה לבעלי המניות, החייבת במס "פירוטי" כהכנסת דיבידנד. כן העלו המקרים את השאלה מיהו מקבל הדיבידנד – בעל המניות העוזב, בעלי המניות הנותרים או אולי כלל בעלי המניות. בעניין **גולן** סבר בית המשפט כי יש לראות את העסקה כעסקת מכירה אחת שיש לסווג במישור ההוני; בעוד שבעניין **ברנובסקי** ובעניין **בר ניר** סיווג בית המשפט את הכספים שחילקה החברה ושהועברו לידי בעלי המניות במסגרת הרכישה העצמית כחלוקת רווחים החייבת במס פירוטי כהכנסת דיבידנד. בעסקת **ברנובסקי** מוסה כל בעל מניות בגובה המכפלה של שיעור אחזקותיו בחברה והנכסים שחילקה החברה, בעוד שבעניין **בר ניר** מוסה בעל המניות באופן יחסי לגידול בשיעור אחזקותיו.

השוני בין תוצאות המס בשלושת המקרים אינו מפתיע. ניתן אמנם לייחסו בחלקו להבדלים שבנסיבות כל מקרה. אך במידה לא מבוטלת, יש לייחס שוני זה להיעדר ההסדרה בדין. חקיקת המס בישראל אינה קובעת במישרין את אופן מיסויה של

1 ע"מ (מחוזי ת"א) 1110-06 גולן נ' פקיד שומה כפר-סבא (פורסם בנבו, 31.1.2012).

2 עמ"ה (מחוזי ת"א) 21268-06-11 ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו, 21.1.2014).

3 ע"מ (מחוזי ת"א) 1100/06 בר ניר נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו, 16.11.2014).

עסקת רכישה עצמית של מניות. הסיבה לכך היא ככל הנראה היסטורית. עובר לכניסתו לתוקף של חוק החברות, רכישה עצמית של מניות בידי החברה המנפיקה הייתה אסורה, ולפיכך לא נדרשה הוראת חוק שתסדיר את אופן מיסויה. חוק החברות ביטל את איסור הרכישה העצמית של מניות, והתירה בכפוף למבחני ה"חלוקה" החלים גם על חלוקת דיבידנד. התרת הרכישה העצמית כאמצעי לגיטימי להעברת עושר מן החברה לבעלי מניותיה קירב את מאפייניה של עסקה זו למאפייניה של חלוקת דיבידנד. שינוי זה הפך את שאלת סיווגה לצורכי מס של עסקת הרכישה העצמית למורכבת. בעוד שמאפיינים מסוימים בעסקת הרכישה העצמית מצדיקים את סיווגה כעסקה הונית, מאפיינים אחרים מצדיקים את סיווגה כעסקת מתן דיבידנד. מאז השינוי שחולל חוק החברות, לא נעשה שינוי תואם בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961⁴ והדבר יצר אי-בהירות באשר לאופן סיווגה של עסקת הרכישה העצמית. היעדר כללי סיווג ברורים לעסקת הרכישה העצמית היווה בשנים האחרונות כר פורה למחלוקות משפטיות ועיוניות ולתכנוני מס.

הגישה המקובלת בפסיקה ואצל שלטונות המס, שיסודה בדין שקדם לחוק החברות, היא שרכישה עצמית של מניות מסווגת כעסקה במישור ההוני החייבת במס על רווח הון, ולא כעסקה במישור הפירותי החייבת במס בגין חלוקת דיבידנד.⁵ עם זאת, כאמור, הגישה שיושמה בעניין **ברנובסקי**, ועליה חזר בית המשפט בעניין **בר ניר**, הייתה סיווג כספים שיצאו מהחברה תמורת רכישת מניות כהכנסה מדיבידנד. אנו סוברים כי הגישה שננקטה בעניין **ברנובסקי** היא ככלל נכונה ומשקפת התפתחות ראויה של דיני המס בעקבות השינוי שחולל חוק החברות בהתירו רכישה עצמית של מניות בידי חברה. רשימה זו מבקשת להניח את היסודות העיוניים לגישה זו, ולהבחין בין מקרים שראוי כי תחול עליהם לבין מקרים שתחולתה עליהם אינה רצויה.

ב. מבוא

תופעת מכירת מניות לחברה שהנפיקה אותן בעבר או לחברה קשורה לה (להלן: רכישה עצמית של מניות) הפכה לחזון נפרץ במשק הישראלי מאז כניסתו לתוקף של חוק החברות. מחקר מתחילת שנת 2003 העלה, כי בקרב כחצי מהחברות הנסחרות בבורסה בתל אביב-יפו בוצעו רכישות עצמיות על ידי החברות עצמן, או על ידי תאגידים קשורים, בשווי של כ-3.65 מיליארד ש"ח (מניות אשר נרכשו על ידי החברות מכונות "מניות רדומות" או "מניות באוצר").⁶ עיון בהודעות לעיתונות

⁴ פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה).

⁵ חוזר מס הכנסה 10/2001 "השפעת חוק החברות החדש על דיני המס" **מיסים און ליין** (26.12.2001) (להלן: חוזר מס הכנסה 10/2001 או חוזר מס הכנסה).

⁶ קובי אברמוב ויובל זוק "מניות רדומות בחברות ציבוריות", זמין ב-www.tase.co.il/resources/pdf/statistics/2003/research_200304_75619.pdf (נבדק לאחרונה ב-

שפרסמו חברות ציבוריות ישראליות בשנתיים האחרונות מעלה כי היקף הרכישות העצמיות של מניות שביצעו חברות אלו בפרק זמן זה מסתכם במאות מיליוני דולרים,⁷ מלבד רשימה מכובדת זו, ניתן לראות חברות ישראליות ציבוריות נוספות שביצעו מהלכים דומים בהיקפים צנועים יותר.⁸ בדומה לכך, ניתן ללמוד כי שכחותה של התופעה בקרב חברות פרטיות ניכרת אף היא לאור היקף הפניות הרב לקבלת אישורים לביצוע רכישות עצמיות של מניות במקרים שבהם החוק חייב אותן לקבלם.⁹

(25.1.2015).

7 כן, למשל, חברת צ'ק פוינט בע"מ הודיעה על כוונתה להמשיך לרכוש את מניותיה בשווי של כמיליארד דולר במהלך 2014 ו-2015, בהמשך להפחתות הון שביצעה בהיקף של כ-538 מיליון דולרים במהלך 2013. חברות רבות אחרות כגון כימיקלים לישראל בע"מ, אפריקה ישראל בע"מ, נובה מכשירי מדידה בע"מ, פוטומדקס בע"מ, קרדן רכב בע"מ, אלביט מערכות בע"מ, נייס בע"מ, ריבוע כחול נדל"ר בע"מ, מבני תעשייה בע"מ וזלנכל בע"מ ביצעו מהלכים דומים, אך בהיקפים צנועים יותר בחמש השנים האחרונות. לדיון בתופעת הפחתת ההון (buy back) בקרב חברות ישראליות ראו: שירי חביב-ולדהורן "צ'ק פוינט היכתה התחזיות; תרכוש מניותיה בעד מיליארד דולר" **גלובס** 28.1.2014, זמין ב- www.globes.co.il/news/article.aspx?did= 1000912702 (נבדק לאחריה ב-25.1.2015); דוגמה נוספת היא של חברת טבע, שביצעה לאחריה רכישה עצמית של מניותיה בכ-497 מיליון דולרים, לאחר שמתחילת שנת 2012 ביצעה החברה רכישה עצמית של מניותיה בהיקף של כ-1.7 מיליארד דולרים, ראו: "טבע מדווחת על תוצאות הרבעון לשי לשנת 2013" **טבע – תעשיית פרמצבטיית בע"מ** 31.10.2013, זמין ב- www.teva.co.il/Media/NewsRoom/Pages/Q3_2013_reports.aspx (נבדק לאחריה ב-25.1.2015); הדוגמה האחרונה שנציג היא של חברת תרו שהודיעה על רכישת מניותיה בהיקף של כמאתיים מיליון דולרים.

8 באשר לרכישות עצמיות שבוצעו על ידי החברות הפרטיות, היקפן נותר עלום משום שמידע אודות פעילויות אלו אינו גלוי.

9 ס' 303(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1711 (להלן: חוק החברות), קובע כי במקרים שבהם חברה אינה עומדת במבחן הרווח, באפשרותה לבצע רכישה עצמית של מניות באישור בית המשפט. כך, למשל: פר"ק (מחוזי מר') 28130-02-13 **אופטיקס נ' רשות המיסים** (פורסם בנבו, 21.3.2013); פר"ק (מחוזי חי') 26028-11-11 **אולטראספקט נ' ד"ר אוהנה** (פורסם בנבו, 25.4.2012); ת"א (מחוזי מר') 3488-06-08 **מעיינות עדן** (פורסם בנבו, 24.7.2008); ת"א (מחוזי מר') 10446-03-09 **ואלור מערכות ממוחשבות נ' רשם החברות** (פורסם בנבו, 12.5.2009); ת"א (מחוזי מר') 16943-12-11 **לוקיישנט סיסטמז נ' רשם החברות** (פורסם בנבו, 26.12.2011); ה"פ (מחוזי י-ם) 40099-04-10 **מיניקום שילוט דיגיטלי נ' פרקליטות מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 14.7.2010); ת"א (מחוזי ת"א) 49352-05-11 **קיינדס דזיין (ישראל) II בע"מ נ' משרד המשפטים** (פורסם בנבו, 14.7.2011); ה"פ (מחוזי י-ם) 3676-09 **מלונות שלום נ' רשם החברות** (פורסם בנבו, 5.11.2010); ת"א (מחוזי ת"א) 12862-06-11 **ביומדיקס אינקובטור נ' משרד המשפטים** (פורסם בנבו, 3.11.2011); ה"פ (מחוזי חי') 40744-12-09 **רוח גבית נ' רשם החברות** (פורסם בנבו, 14.3.2010); פר"ק (מחוזי חי') 6756-06-10 **דיון מדיקל דיווייס נ' משרד המשפטים** (פורסם בנבו, 16.8.2010); פר"ק (מחוזי חי') 14779-01-10 **מאינד ס.טי.אי. נ' כונס הנכסים רשמי מחוז חיפה** (פורסם בנבו, 15.2.2010).

רשימה זו תתמקד בשני מקרים טיפוסיים שבהם חברה רוכשת את מניותיה מבעלי המניות. מקרה אחד הוא כאשר בעלי המניות מוכרים את מניותיהם לחברה באופן יחסי לשיעורי אחזקתם בה. מצב זה נכנה "רכישה עצמית פרופורציונלית". מקרה שני הוא של בעלי המניות המוכרים את אחזקותיהם לחברה באופן החורג מיחסי האחזקה שלהם. מצב זה נכנה "רכישה עצמית דיספרופורציונלית". אנו סוברים כי עסקאות רכישה עצמית פרופורציונלית יש לסווג לצורכי מס כחלוקת דיבידנד. כפועל יוצא, אצל החברה חלוקה זו אינה מהווה אירוע מס (למעט במקרים של חלוקה "בעין" של נכסים שאינם מזומנים),¹⁰ ואילו אצל בעל המניות יש לסווג את התמורה שהתקבלה בידי כהכנסה מדיבידנד.

בשונה מכך, כאשר לעסקאות מסוג של רכישה עצמית דיספרופורציונלית, יש לדעתנו לאמץ את המבחן שקבע בית המשפט המחוזי בעניין **ברנובסקי**, המפצל את העסקה לשתי עסקאות משנה: העסקה הראשונה עניינה חלוקת דיבידנד (דיבידנד ממשי לבעל המניות המוכר מניותיו ודיבידנד קונסטרוקטיבי לבעל המניות שנותר) כאמור בפרק ב' לפקודת מס הכנסה; והעסקה השנייה עניינה מכירה הוגית כאמור בפרק ה' לפקודת מס הכנסה, כפי שנרחיב בפרק השישי לרשימה זו. בצד הכלל האמור אנו מציעים לאמץ חריג. אנו סוברים כי ראוי שלא להחיל הסדר זה על בעלי מניות שאינם מהותיים, אף שעקב עסקת הרכישה העצמית, עלה שיעור אחזקתם בחברה. עמדתנו מבוססת על בחינת התעשרותו הממומשת של הנישום ועל ההצדקה למסותה במלואה כבר במועד ביצוע עסקת הרכישה העצמית.

מכל מקום דומה כי הגיעה העת שייחקק הסדר מקיף שיגדיר את המונח "דיבידנד" לצורכי מס, ושבתיקון חקיקה זה אף יוסדרו היבטי המס של רכישה עצמית פרופורציונלית ורכישה עצמית דיספרופורציונלית הן כאשר לבעלי המניות המוכרים מניותיהם, הן כאשר לחברה והן כאשר לבעלי המניות שעקב הרכישה העצמית גדל שיעור אחזקתם בחברה.

¹⁰ כאשר חברה מחלקת לבעל המניות נכסים, שאינם מזומן, (חלוקה המכונה "דיבידנד בעין") – עשויה חלוקה זו להוות אירוע מס אצל החברה הואיל ולצורך דיני המס רואים את החברה כאילו מכרה את הנכס המחולק, ואילו אצל בעל המניות שווי הנכס המחולק מסווג כהכנסה מדיבידנד. ראו: אלי גילבאי וגיא כץ "היבטי מס בחלוקת דיבידנד בעין" **מיסים** יד(6) א-15 (2000).

ג. רכישה עצמית של מניות – מהותה והצדקותיה

רכישה עצמית של מניות היא אירוע שבו חברה רוכשת מבעלי מניותיה מניות אשר הנפיקה בעבר. רכישה עצמית של מניות יכולה להיעשות במישרין או באמצעות חברת בת או חברה קשורה. ספרות המימון מצביעה על כמה סיבות לביצוע רכישה עצמית של מניות שאינן דווקא שיקולי מס.¹¹ כך, למשל, רכישה עצמית של מניות יכולה לשמש לשם איתות לשוק כי החברה ומנהליה סבורים שהשוק מתמחר את מניות החברה בחסר.¹² רכישה עצמית של מניות היא דרך לביצוע שינוי במבנה ההון של החברה, אשר עשוי להאיר את פעילות החברה באופן טוב יותר (למשל, העלאת מדדי התשואה על ההון העצמי – Earnings Per Share).¹³ תכלית נוספת לביצוע רכישה עצמית של מניות היא הפחתת הון בניסיון החברה להתנגד להצעות רכש עוינות.¹⁴

סיבה נוספת וחשובה לביצוע רכישה עצמית של מניות היא הגמישות שהיא מאפשרת בשינוי הרכב הבעלות של החברה. ישנם מקרים שבהם חלק מבעלי המניות מעוניינים להקטין או לחסל את שיעורי אחזקותיהם בחברה, ואילו בעלי מניות אחרים מעוניינים להגדיל את אחזקותיהם. במקרים אלה לעתים העברת המניות בדרך של מכירה בין בעלי המניות לבין עצמם אינה אפשרית או אינה רצויה. במצב זה, רכישת המניות על ידי החברה (או על ידי חברה קשורה) יכולה להביא לשינוי יחסי האחזקות מבלי לבצע עסקאות מכר בין בעלי המניות.

מלבד ארבע הצדקות אלו, ביצוע רכישה עצמית של מניות עשוי לנבוע משיקולי מס,¹⁵ במקרים שבהם דיני המס מעניקים הסדר מס מיטיב בכל הנוגע למכירת מניות

¹¹ יצחק סוארי, משה ברקת ודן גבעולי היבטים בחלוקת דיבידנד: לאור חוק החברות החדש 15–35 (1999); יצחק סוארי, אלון רווח ודניאל פסרמן רכישה עצמית של מניות: לאור חוק החברות החדש 56 (2001).

¹² James Wansley, William Lane & Sarkar Salil, *Managements' View on Share Repurchase and Tender Offer Premiums*, 18(3) FINANCIAL MANAGEMENT 97 (1989)

¹³ חברה הרוכשת את מניותיה מקטינה את יתרת ההון העצמי שלה, והקטנה זו של יתרת ההון העצמי עשויה לשנות את היחס שבין ההון העצמי לחוב החיצוני של החברה. השפעה זו על מדד הרווח החשבונאי למניה משמעותית מאוד בכל הנוגע לתגמול המנהלים ובאשר להערכת השווי של החברה על ידי השוק.

¹⁴ במחקרים אמפיריים אמריקניים שנערכו בשנות השמונים של המאה הקודמת נטען כי רכישה עצמית של מניות היוותה אמצעי הגנה להדיפת הצעות רכש עוינות. אולם ניכר שהדיפת הצעות רכש עוינות אינה הסיבה העיקרית לביצוע הפחתות הון, בין היתר משום שגם לאחר שפחתו במידה ניכרת הצעות הרכש העוינות בשוקי ההון האמריקניים, תופעת הפחתת ההון נותרה בעינה ובשנים האחרונות אף התגברה.

¹⁵ נמצא כי במדינות שבהן יש הבדל בנטל המס בין חלוקת דיבידנד לרווח הון, הבדל זה היווה שיקול נוסף לשימוש ברכישה עצמית של מניות (המסווגת על פי רוב כרווח הון) בהחלטה על ביצוע חלוקה/רכישת מניות. ראו דיון להלן בפרק הרביעי לרשימה זו.

לחברה לעומת חלוקת נכסי החברה בין בעלי המניות. כפי שנפרט להלן בפרק הרביעי לרשימה זו, ניתן להיווכח כי במדינות שבהן רכישה עצמית של מניות לא הניבה יתרונות מס של ממש, היקפה היה נמוך במידה ניכרת מהיקפה במדינות שבהן רכישה עצמית של מניות זכתה להסדר מס מיטיב.¹⁶

ד. רכישה עצמית של מניות בדיני התאגידים

חرف היתרונות הגלומים בעסקת רכישה עצמית של מניות, דיני התאגידים נקטו בעבר יחס חשדני כלפיה. בבסיס יחס זה עמדה השקפה שרכישה עצמית של מניות היא מקרה פרטי של פעולה המכונה "הפחתת הון", פעולה המקטינה את הונה המונפק של החברה ופוגעת בחוסנה הכלכלי. פקודת החברות אסרה על חברה לרכוש את מניות עצמה (אם כי חברות רבות התגברו על מגבלה זו בכך שחברות קשורות רכשו את מניות החברה מבעלי מניותיה).¹⁷ האיסור בדין "הישן" נועד להגן על נושי החברה, אשר נתנו לה הלוואות, ולמנוע מצב שבו בעלי המניות ידללו את מצבת נכסי החברה באופן שעלול לסכן את החזר ההלוואה. כחלק מאיסור זה הוגבלה העברת נכסים ומזומנים מן החברה לידיהם של בעלי המניות כאשר היא הקטינה את הונה המונפק של החברה.¹⁸

איסור הפחתת ההון המסורתי והקטגורי לקה בבעיות של תחולת יתר או חסר על סוגים אחדים של הפחתת הון. הוא הגביל את בעלי המניות ומנע מהם לבצע פעולות מסוימות של חלוקה, אף שאלו לא פגעו בנושים מזה, והתיר לבעלי המניות לבצע חלוקות אחרות הפוגעות בנושים מזה.¹⁹ הבעיות שעלו מן האיסור המסורתי נבעו מכך שהוא התמקד בשמירת ההון המונפק, ולא בבחינה מהותית אם עקב פעולה

16 Warwick Anderson & Samuel McLaughlin, *Bubback Versus Ordinary Dividends: Marginal Investor Reactions to Cash Return Announcements* (WORKING PAPER No. 3, 2013), זמין ב- www.econ.canterbury.ac.nz/RePEc/cbt/econwp/1303.pdf (נבדק לאחרונה ב-25.1.2015).

17 ס' 1, 47, 141, 151-160 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, דמ"י 37 (להלן: פקודת החברות); וכן אברמוב וצוק, לעיל ה"ש 6.

18 אירית חביב סגל **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** כרך ב 81-119 (2004).
19 שם; ראו גם: ד"נ 39/80 **ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל**, פ"ד לה(4) 197 (1981). בעניין זה דן בית המשפט העליון בשאלה אם ביטולן של מניות הצבעה כרוך בהפחתת הון אסורה. בנסיבות המקרה, הפתרון הצודק היחיד היה אישור ביטולן של מניות ההצבעה, אשר ערכן ההוני היה ממילא זניח. אלא שתוצאה זו לא יכלה לעלות בקנה אחד עם האיסור המסורתי להפחית הון, עם ביטולן של מניות ההצבעה הופחת הונה המונפק של החברה. לכן בית המשפט שינה את הגדרתו של המושג "הפחתת הון" כדי להכשיר את ביטול המניות. בית המשפט העביר את מוקדו של ההסדר מן המושג הטכני של ההון המונפק, למבחנים מהותיים המגנים על הנושים מפני דילול הנכסים.

מסוימת נפגעו הנושים. ולכן, האיסור לא מנע חלוקות של נכסי החברה לבעלי המניות אשר הביאו בעקפין להפחתתה של הפרמיה.²⁰ חוק החברות ביקש לפתור בעיות אלה, שנבעו מן האיסור המסורתי על הפחתת הון. חידוש מרכזי בחוק בא לידי ביטוי בהסדר החל על רכישה עצמית של מניות. את האיסור המוחלט שבפקודת החברות על חברה לרכוש את מניות עצמה החליפו כללי החלוקה החדשים בחוק החברות. כללים אלה הכפיפו את רכישת המניות העצמית להסדר החל על חלוקת דיבידנדים. הם התירו רכישה עצמית של מניות ובלבד שהיא נעשית מתוך רווחיה החשבונאיים של החברה, ואינה פוגעת ביכולת הפירעון שלה.²¹ משמעותו העיקרית של ביטול איסור הרכישה העצמית של מניות בהקשר הנדון היא מתן לגיטימציה להעברת נכסים מן החברה לבעלי המניות באמצעות פעולה זו. חידוש תאגידי זה הציב בפני מערכת המס בישראל אתגר חדש שעניינו סיווג פעולה זו והשלכות המס שיחולו בעקבותיה על בעלי המניות ועל החברה.

ה. רכישה עצמית של מניות בדיני המס – הדין המצוי

בטרם נחקק חוק החברות, אימצה מערכת המס הישראלית מערכת כללים החלים על עסקאות שביצעו נישומים עם חברות שבבעלותם בכשירותם כבעלי מניות כדלקמן: הכלל הראשון הוא סיווג תקבולים שחילקה החברה לבעלי מניותיה (מתוך רווחי התאגיד לנוכח מגבלות החלוקה שבפקודת החברות), בכשירותם כבעלי המניות, כהכנסה פירוטית מדיבידנד לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה.²² הכלל השני סיווג את התמורה שקיבל בעל המניות ממכירת מניותיו (כולן או

²⁰ אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה 497 (מהדורה שנייה, 1993).

²¹ ראו בהקשר זה את דבריה של חביב-סגל שלדבריה "אכן, מאז כניסת החוק לתוקף, חברות רבות ביצעו רכישה עצמית של מניות. הדילמות המשפטיות המרכזיות המתעוררות ביחס לרכישות אלו אינן מתמקדות עוד באיסור על הפחתת הון, אלא בשוויה של התמורה הניתנת לבעלי המניות במסגרת הרכישה, וכן, במידת השוויוניות של הרכישה העצמית". חביב סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 103.

²² יובהר כי רשות המס ובתי המשפט ניסו להתחקות אחר תשלומים שסווגו כדיבידנד, אולם בפועל היוו תשלומים אחרים (כגון משכורת), ולהפך. ראו למשל: ע"מ (מחוזי חי') 906-07 ברנע נ' פקיד שומה חיפה, (פורסם בנוב, 23.10.2010); עמ"ה (מחוזי י-ם) 414/10 שריג נ' פקיד השומה, מסים כז(1) ה-1 (2013); ע"מ (מחוזי ת"א) 1130/07 תהודה השקעות וניהול נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנוב, 21.3.2013); עמ"ה (מחוזי חי') 221/00 פריצקר נ' פקיד שומה חיפה, מסים יז(1) ה-105 (2002); ד"נ 3962/93 מינץ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד (4) 817 (1996); עמ"ה (מחוזי חי') 101/99 עבאס נ' פקיד שומה עכו, מסים טו(5) ה-183 (2001); עמ"ה (מחוזי חי') 140/89 דר נ' פקיד שומה חיפה, מסים ד(4) ה-116 (1990); עמ"ה (מחוזי חי') 5105/97 ר. חיון נ' פקיד שומה חיפה, מסים טז(2) ה-126 (2002); אמנון רפאל ושלומי לזר מס הכנסה כרך א 184-187 (מהדורה רביעית, 2009).

חלקן למשקיע אחר שאינו תאגיד קשור לתאגיד שהנפיק מניות אלו) כהכנסה לפי פרק ה' לפקודת מס הכנסה (אלא אם כן מכירה זו היוותה חלק ממשלח ידו של בעל המניות המוכר). כפועל יוצא, במקרים שבהם עלתה התמורה על יתרת המחיר המקורי של המניות הנמכרות, חויב בעל המניות המוכר במס רווחי הון, ובמקרים שבהם פחתה התמורה מיתרת המחיר המקורי של המניות, סווג ההפסד כהפסד הון.²³ כן נקבע כלל שלישי שחל על מקרים שבהם "מכר" בעל המניות את מניותיו לחברה בעקבות פירוקה. במקרים אלו התמורה שהתקבלה סווגה כהכנסה/הפסד הון לפי פרק ה' לפקודת מס הכנסה, ועד תיקון 147 לפקודת מס הכנסה זכה רווח ההון שנוצר עקב פירוק חברה, להסדר מס מיטיב.²⁴

זה יותר מעשור חברות רשאיות לרכוש מניות מבעלי מניותיהן. רכישה עצמית של מניות, שהייתה קודם לכן אסורה לפי פקודת החברות, הפכה מותרת לפי חוק החברות והיא מסווגת בו כחלופה נוספת לביצוע "חלוקה". הרפורמה התאגידית האמורה לא הביאה עד עתה לתיקון והתאמה של פקודת מס הכנסה ולהבהרה של תוצאות המס במקרים שבהם תאגיד רוכש את מניותיו. כפועל יוצא, נשאלת השאלה אם בקביעת תוצאות המס של רכישה עצמית של מניות יש לאמץ את הכללים שנקבעו בדיני התאגידים, או שמא לאמץ כללים הסוטים מהעקרונות שאימצו דיני התאגידים, כדי למלא את התכליות הייחודיות של דיני המס.²⁵ היטיבו לבטא קושי זה המלומדים רפאל ולזר:

"פקודת מס הכנסה לא הותאמה למציאות הנורמטיבית לאחר חקיקת חוק החברות, ושאלות רבות מנסרות בחלל מבלי מענה סטטוטורי. מה בין 'דיבידנד' שבפקודה למונח 'חלוקה' שבחוק החברות, התשנ"ט-

²³ עמ"ה (מחוזי י-ם) 35/82 מזרחי נ' פקיד שומה ירושלים, פ"מ תשמ"ד(2) 338 (1984); ע"מ 1166/04 קרלוס בגס נ' פקיד שומה ת"א 1, מסים כה(2) ה-17 (2011); ע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח תקווה, מסים כג(2) ה-8 (2009); עמ"ה (מחוזי ת"א) 155/97 ברנר נ' פקיד שומה גוש דן, מסים יג(2) ה-21 (1999); יצחק הדרי "השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים – הערות בשולי פסק דין מזרחי" הפרקליט לו(2) 282 (1985); רפאל ולזר, שם, בעמ' 83-84.

²⁴ חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, ס"ח 766. שמואל בורנשטיין המיסוי בפירוק חברה 269-267 (1997); שמואל בורנשטיין וחוה אברמזון "למהותו והיקפו של 'דיבידנד' הפירוק' מבחינת דיני המס" מיסים ב(3) א-51 (1988).

²⁵ כלל פרשני ידוע הוא שראוי לפרש את דיני המס לפי הדין הכללי. במילים אחרות, בהכרעה בשאלות מס, על הפרשן המשפטי לבחון כיצד סווגה העסקה על פי הדין הכללי הרלוונטי, ובענייננו על פי דיני התאגידים. עם זאת, לכלל זה חריג באותם מקרים שבהם סיווג על פי ההגדרות המקובלות בענפי המשפט האחרים ימנע את הגשמת התכליות הייחודיות של דיני המס. ראו: יצחק הדרי ואברהם אלתר "החקיקה האזרחית בראי דיני המיסים" עיוני משפט (2) 429 (1984); אהרן ברק "פרשנות דיני המיסים" מיסים יא(4) א-1 (1997).

1999, ובפרט להסדר בדבר 'רכישה עצמית של מניות' שנקבע שם? [...] הפקודה אינה מסדירה את היבטי המס הכרוכים ברכישה עצמית של מניות ואין זה מובן מאליו, כי לתקבול הנצמח לנישום שמכר מניותיו במסגרת רכישה עצמית של מניות, ייקרא 'דיבידנד לצורך סעיף 2(4), אף אם ראוי כי ייחשב כך'.²⁶

במילים אחרות, ולמרות הזיקה שבין דיני התאגידים לדיני המס נשאלת השאלה כיצד על דיני המס לסווג את התקבול שהחברה מעבירה לבעל המניות במסגרת הרכישה העצמית.

1. סיווגים אפשריים של רכישה עצמית של מניות לצורכי מס

1.1. רכישה עצמית של מניות כעסקה הונית

כאמור, לעסקת רכישה עצמית של מניות מאפיינים מסוימים אשר מאפשרים לראות בה עסקה הונית. "רווח הון" הוא הסכום שבו עולה התמורה על יתרת מחירו המקורי של נכס שנמכר. לשם קיומו של אירוע מס במישור ההוני נדרשת "מכירה" של אותו "נכס".²⁷ על פי הגדרות אלה, מכירה של מניות מבעל מניות לחברה שהנפיקה אותן היא מכירה של נכס, הואיל ובעל המניות מוכר את מניותיו לחברה ומקבל בעדן תמורה.²⁸

מה קורה מבחינת בעל המניות שנותר בחברה? כאשר רואים בעסקת הרכישה העצמית עסקה הונית, בעל המניות הנשאר אינו מעורב לכאורה בפעולת המכירה ההונית. הוא אינו מוכר את מניותיו אלא ממשיך להחזיק בהן. במצב זה מצבת נכסיו לא השתנתה. בעקבות הרכישה העצמית, ירד ערך מניותיו בסכום התמורה ששולמה לבעל המניות העוזב. שיעור אחזקותיו עלה במידה השווה למכפלת שיעור אחזקותיו החדש בשיעור אחזקותיו של העוזב. באופן זה, בהנחה שהרכישה העצמית נעשתה בשווי הוגן, לא השתנתה מצבת נכסיו הכלכליים – המורכבת מהכפלת שיעור אחזקותיו בשווייה של החברה. התשלומים אשר יצאו מהחברה בעד רכישת המניות הקטינו את שווי מניותיו, ומנגד שיעור אחזקותיו עלה באופן פרופורציונלי. מה חבות המס באירוע זה? הכספים שיצאו מן החברה בתמורה לרכישת המניות מוסו רק בגין

²⁶ רפאל ולזר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 161–162 (ההדגשה הוספה). הסתייגות דומה בעניין המשיק לסוגיה הנדונה ברשימה זו הוצגה על ידי גילבאי וכץ, לעיל ה"ש 10.

²⁷ ס' 88 לפקודת מס הכנסה; יוסף גרוס דיני המס החדשים 365 (מהדורה שלישית, 2003).

²⁸ על פי גישה זו, הגדרת המכירה אינה דורשת שהנכס יגיע לידי של אחר. לגישה זו: משה שקל וניר נאור "מיסוי הפחת הון" מיסים טו(5) א-28, א-38 (2001); אמנון רפאל וירון מהולל מס הכנסה כרך ג 22 (1991).

רווח ההון הגלום בהם, כלומר רק בגין עליית ערכן של המניות מיום רכישתן. אם ערכן לא עלה, חבות המס בגין הפעולה כולה הוא אפס. אין פירוש הדבר שלפעולת הרכישה העצמית אין כל השפעה על בעלי המניות הנותרים. אולם ההתחשבנות בגין התעשרות בעלי המניות הנותרים נדחית למועד שבו הם ימכרו את מניותיהם או למועד פירוקה של החברה.

1.2. רכישה עצמית של מניות כדיבידנד

כאמור, רכישה עצמית של מניות היא אחת הדרכים של בעלי המניות להעביר אליהם עושר מן החברה שבבעלותם. כאשר הרכישה העצמית משמשת למטרה זו, היא אינה שונה מדיבידנד המתקבל בידי בעלי המניות. כאשר העברת עושר מן החברה לבעלי המניות היא מטרתה של פעולת הרכישה העצמית, דיני החברות מתנים אותה באותם מבחנים שחלוקת דיבידנד מותנית בהם. בדומה, העברת העושר באמצעות העברת נכסים מהחברה לבעלי מניותיה עשויה להצדיק, במקרים מסוימים, את סיווגה לצורכי מס כ"הכנסה", ואילו את מקור ההכנסה כ"דיבידנד", לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה. לפני שנעמוד על מקרים אלה, נסביר את הדרך שבאמצעותה ניתן לסווג רכישה עצמית של מניות כדיבידנד מבחינת דיני המס.

2. מהו אפוא דיבידנד לצורכי מס הכנסה?

פקודת מס הכנסה קובעת בסעיף 2(4) כי דיבידנד הוא מקור הכנסה, אך אינה מגדירה את תוכנו.²⁹ הגדרת הדיבידנד כמקור הכנסה קובעת אפוא את אופיו הפיזי, אך אינה מסייעת בקביעת טיבו הייחודי כמקור. ייתכן שהיעדר הגדרה למונח "דיבידנד" בפקודת מס הכנסה נעוצה דווקא בשכיחותו הרבה ובהנחה שבשל שכיחותו מונח זה אינו טעון הגדרה.³⁰ היעדר הגדרה מחייבת בפקודת מס הכנסה מאפשר גמישות בקביעת תוכנו של המונח דיבידנד ויכולת להתאימו למשמעויותיו השונות בחיי העסקים ובדינים שמסדירים אותם. פנייתם של דיני המס לדין הכללי לשם פרשנות מונחים היא נפוצה, ומבין הדינים השונים ידועה זיקתם של דיני המס לדיני התאגידים. בהקשר של הגדרת המונח דיבידנד, זיקה זו מצאה ביטוי בקובץ הפרשנות

²⁹ יוסף גרוס "מהו רווח הניתן לחלוקה" על פי חוק החברות? "קריית המשפט" ב 67, 69-70 (2002); יוסף גרוס "מקורות לחלוקת דיבידנד במזומנים וחלוקת מניות הטבה בעיתות אינפלציה" עיוני משפט יג 241, 242 (1988); יוסף רוטנשטרייך ואמנון גולדנברג "חלוקת רווחים בעיתות אינפלציה" רואה החשבון לד 227 (1976); פנחס רובין "הבסיס לקביעת רווחים הניתנים לחלוקה כדיבידנד – נתונים נומינליים או מותאמים?" רואה החשבון לה 39 (1977); רפאל ולזר, לעיל ה"ש 22.

³⁰ בשונה, למשל, מהפרשי הצמדה, המהווים גם הם מקור הכנסה לפי ס' 2(4) לפקודת מס הכנסה.

של פקודת מס הכנסה אשר שואבת את הגדרת המונח דיבידנד מ"דיני החברות". לפיכך אף נקבע בקובץ הפרשנות:

"אין בפקודה [פקודת מס הכנסה] הגדרה למונח זה [דיבידנד]. לפי דיני החברות, דיבידנד הוא סכום המשתלם מתוך רווחים של חברה לבעל-מניות הזכאי לחלוקת רווחים מכוח מניותיו".³¹

ואולם את הגדרת הדיבידנד בפקודת החברות (שקבעה, במשתמע, כי דיבידנד הוא סכום המשתלם מתוך רווחי החברה) החליפה הגדרה חדשה ורחבה יותר בחוק החברות. חוק החברות מגדיר דיבידנד כך: "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".³² במילים אחרות המחוקק זנח את הדרישה כי דיבידנד יחולק מרווחי החברה. על כן לא ברור מה דינה של ההגדרה בקובץ הפרשנות המתייחסת לדיבידנד לפי הדין הקודם שבוטל כאמור.³³

3. נפקות הסיווג כדיבידנד או כרווח הון בדיני המס

לכאורה לעיסוק בהבחנה בין מיסוי רווחי הון לבין מיסוי דיבידנדים חשיבות מועטה לנוכח "השוואת" שיעורי המס על דיבידנדים ועל רווחי הון. אולם לסיווג זה חשיבות רבה, אף בהנחה ששיעורי המס זהים (אף שבמקרים רבים אין הם זהים)³⁴ מהסיבות

³¹ קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה "סעיף 2(4): דיבידנד ריבית והפרשי-הצמדה", ב-27 **מיסים און ליין** (1993) (ההדגשה הוספה).

³² ס' 1 לחוק החברות.

³³ לחיזוק חוסר ודאות זה ניתן לראות את הערת האגב של השופט ג'ובראן בעניין **פרל**, אשר כהן את תוצאות המס של כמה פעולות שביצעו בעלי מניות במהלך השנים 1997-1999 (שכללו בין היתר מכירת מניות, חלוקת דיבידנד ואף רכישה עצמית של מניות) בטרם נכנס לתוקף חוק החברות. ראו: ע"א 8500/10 **פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים**, פס' 34 ו-53 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 10.9.2012): "סכום ששולם לבעל מניות במזומן מהחברה כפוף למס, כתלות באופיו. אם מדובר בסכום שחולק מתוך **רווח של החברה**, אף אם מכל טעם שהוא לא מוסה סכום זה במס חברות, ואף אם הוא חולק שלא כדין, יש למסותו **כדיבידנד**. אם הסכום שחולק מקורו **בהון העצמי של החברה**, יש למסותו **כרווח הון**, בדומה לרכישה חוזרת של מניות" (ההדגשות הוספה). יובהר כי הנמקת השופט ג'ובראן בעניין **פרל** נוגעת לדין ערב כניסת חוק החברות לתוקף, אך ניתן להסיק ממנה כיצד לדעתו יש לפרש את הדין כיום.

³⁴ יובהר כי אף ששיעורי המס כיום דומים בכל הנוגע לנכסים שנרכשו בשנים האחרונות, אין הדבר כך באשר לנכסים שנרכשו לפני 2003. ראשית, הרווח מפוצל בין המרכיב הריאלי למרכיב האינפלציוני, והאחרון ממוסה באופן חלקי ביותר; שנית, הואיל ושיעור המס החל על רווח ההון שנצמח הוא לינארי ביחס לתקופה. לפיכך חלק מהרווח ימוסה על פי שיעורי מס שוליים שבין 31% ל-50%, חלק מהרווח ימוסה בשיעור 20%-25% ויתרת הרווח תמוסה בשיעור 25%-30%;

האלה:

- * **ההכנסה החייבת במס** – מלוא סכום הדיבידנד חייב במס במועד החלוקה, ואילו במכירת מניות המס חל רק על רווח ההון (שהוא הסכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי המתואם של הנכס).³⁵
- * **פטור מדיבידנד בין-חברתי** – דיבידנד בין חברות ישראליות על פי רוב אינו חייב במס, ואילו רווח הון שהפיקה חברה ממכירת נכסיה חייב במס חברות.³⁶
- * **היכולת לקזז הפסדים** – הפסד הון מועבר הוא בר קיזוז אך ורק כנגד רווחי הון ואינו בר קיזוז כנגד הכנסה מדיבידנד.³⁷
- * **הטבות הניתנות לתושבי חוץ** – רווח הון שהפיק תושב חוץ ממכירת מניות חברה ישראלית עשוי שלא להתחייב במס רווחי הון, ואילו דיבידנד שקיבל תושב חוץ מחברה ישראלית חייב במס.³⁸
- * **הטבות הניתנות במסגרת חוקי עידוד** – דיבידנד שחילקה חברה ישראלית הזכאית להטבות מס מכוח חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, עשוי להתחייב בשיעורי מס מופחתים, ואילו רווח הון אינו נהנה מהטבת המס האמורה.
- * **ניכוי מס במקור** – חברה המחלקת דיבידנד, מחויבת לנכות מס במקור בעת חלוקת הדיבידנד, אך חובה כזו אינה מוטלת על החברה כאשר בעל המניות מוכר מניותיו. במקרה כזה חובת הדיווח ותשלום המקדמה/המס חלה במישרין על בעל המניות שמכר את מניותיו.³⁹
- * **שיעורי מס שונים** – שיעור המס על מלוא ההכנסה מהדיבידנד קבוע ואילו שיעור המס על רווח ההון מחושב על פי חישוב לינארי הנוגע לתקופת ההחזקה בנכס.⁴⁰
- לצורך רשימה זו די שנכיר בכך שאין חפיפה מלאה בין השלכות המס החלות על דיבידנד לבין השלכות המס החלות על רווח הון, בכך שמבחני הרווח שבכללי החשבונאות המקובלים לבין מבחני הרווח שבפקודת מס הכנסה; ובכך שכיום לאור

לבסוף, בחישוב המס החל על רווח הון (להבדיל מחישוב המס החל על דיבידנד) רשאי הנישום לפרוס את רווח ההון בחלקים שווים על פני תקופת החזקה (שאינה עולה על ארבע שנים).

³⁵ ס' 2(4) ו-125ב לפקודת מס הכנסה לעומת ס' 91 לפקודת מס הכנסה.

³⁶ ס' 91 ו-126 לפקודת מס הכנסה.

³⁷ ס' 92(ב) לפקודת מס הכנסה.

³⁸ ס' 4א, 89, 97(2ב), 97(3ב) ו-125ב לפקודת מס הכנסה הקובעים פטור ממס על רווחי הון שהפיק תושב חוץ ממכירת נכס בישראל בנסיבות מסוימות, בעוד הכנסה מדיבידנד בידי תושב החוץ תמוסה על פי שיעורי המס הרלוונטיים בפקודת מס הכנסה או על פי שיעורי מס מופחתים באמנה למניעת כפל מס, אם ישראל כרתה אמנה למניעת כפל מס עם המדינה.

³⁹ ס' 91(ד) לפקודת מס הכנסה לעומת תקנות מס הכנסה (ניכוי מריבית, מדיבידנד ומרווחים מסוימים), התשס"ו-2006.

⁴⁰ לעיל ה"ש 34.

הוראות סעיף 303 לחוק החברות, חברה רשאית באישור בית המשפט לחלק נכסים/מזומן לבעלי מניותיה אף בלא רווחים, ובלבד שהחלוקה מקיימת את מבחן כושר הפירעון. זאת ועוד, לצורך הדיון ברשימה זו נניח כי הסדרי המס שנקבעו בחוזר מס הכנסה 10/2001 בנוגע לחברות הרוכשות את מניותיהן, במישרין או בעקיפין (על אף הקשיים הכרוכים בהחלתם, ובהם נרחיב מיד), אומצו בפרקטיקה ובפסיקה.⁴¹

4. עמדת רשות המסים כפי שפורסמה בחוזר מס הכנסה 10/2001

כשנה לאחר חקיקת חוק החברות, ובהיעדר הוראות מפורטות בפקודת מס הכנסה, פרסמה רשות המסים חוזר הסוקר את חיובי המס הצפויים לחול, לגישת רשות המסים, בעקבות ה"חידושים בדיני החברות". החוזר קבע כי יש להבחין לצורכי מס בין מקרים שבהם רווחי התאגיד מחולקים "באופן שווה או באופן קורלטיבי לערך הנקוב של המניות לכל בעלי המניות" לבין מקרים שבהם רווחי התאגיד מחולקים רק לחלק מבעלי המניות.⁴²

4.1. חלוקה 'באופן שווה או באופן קורלטיבי'

עמדת רשות המס בחוזר המס הייתה שכאשר חברה רוכשת מניות מבעלי מניותיה באופן יחסי לשיעורי אחזקתם בחברה (רכישה עצמית פרופורציונלית), יש להתעלם ממאפייניה הצורניים של העסקה (עסקת מכר), ולסווגה כהכנסה מדיבינדנד לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה. עוד ציין החוזר, כי מוצע לשקול סיווג הכנסה כדיבינדנד ברכישה עצמית דיספרופורציונלית במקרים שבהם החברה רוכשת מניות מבעל השליטה בה, אולם גם לאחר הרכישה היקף אחזקותיו בתאגיד אינו משתנה שינוי מהותי (גם לאחר מכירת המניות שומר בעל המניות על שליטה).

4.2. חלוקה המתבצעת שלא 'באופן שווה או באופן קורלטיבי'

חוזר מס הכנסה 10/2001 קבע עוד כי יש לאמץ את הצורה הפורמלית של עסקת המכר ולסווג רכישה עצמית דיספרופורציונלית כמכירה שבהון, אלא אם כן מכירה זו מהווה חלק ממשלח ידו של הנישום. מפאת חשיבות עיקרון זה תוצג ההנחיה בלשונה:

⁴¹ סוארי, רווח ופטרמן, לעיל ה"ש 11; רפאל ולזר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 183-186; דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן כרך א 126-131 (יוסף אדרעי עורך, 2009).

⁴² חוזר מס הכנסה 10/2001, לעיל ה"ש 5.

"ככלל, יש לסווג את העסקה כמכירת מניות החייבת במס רווחי הון לפי פקודת מס הכנסה בידי בעלי המניות או רווח ממכירת ניירות ערך הממוסה לפי סעיף 6 לחוק התיאומים, לפי הענין, וזאת לאור הגדרת 'מכירה' שבסעיף 88 לפקודת מס הכנסה הכוללת גם 'כל פעולה או ארוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם [...]'"⁴³.

חוזר מס הכנסה 10/2001 שותק באשר לתוצאות המס שיחולו ברכישה עצמית דיספרופורציונלית על בעלי המניות ששיעור אחזקותיהם בחברה גדל בעקבות הרכישה העצמית.⁴⁴

4.3. תוצאות המס מבחינת החברה

חוזר מס הכנסה 10/2001 מוסיף וקובע כי רכישת המניות על ידי החברה אינה מהווה אירוע מס אצל החברה, ובדומה לכך מכירה חוזרת של המניות שנרכשו (מכירת המניות הרדומות) תסווג על פי רוב כהנפקת הון שאינה מהווה גם היא אירוע מס. עם זאת, החוזר מציין כי במקרים חריגים שבהם מכירת המניות הרדומות תישא אופי מסחרי, יהיה ניתן לסווג הכנסה ממכירת מניות אלו כהכנסה פירותית.⁴⁵

חוזר מס הכנסה 10/2001 עורר ביקורת ומחלוקות בהקשרים שונים. אחת המחלוקות נגעה לעמדתו של החוזר, שלפיה יש למסות עסקת רכישה עצמית של מניות כדיבידנד רק אם מומנה מרווחיה של החברה/נעשתה לפי מבחן הרווח. הטעם לגישה זו הוא הרצון למסות התעשרות בלבד, להבדיל מהחזר השקעה של בעלי המניות. נגד גישה זו יצאו פרופ' אסף חמדני ופרופ' צילי דגן, אשר לשיטתם יש לסווג כדיבידנד כל תשלום מטעם החברה לבעלי מניותיה בכשירותם כבעלי מניות.⁴⁶ זאת ועוד, החוזר בחר שלא לפרט במפורש את היבטי המס שיחולו על בעלי המניות, ששיעור אחזקתם בחברה עלה בעקבות הרכישה העצמית הדיספרופורציונלית.

⁴³ ס' 4.1 לחוזר מס הכנסה 10/2001, לעיל ה"ש 5 (ההדגשות הוספו).

⁴⁴ סיווג העסקה כמכירה הונית סויג במקרים שבהם בעל המניות הוא מוסד כספי או נישום שמשלח ידו/עיסוקו הוא קנייה ומכירה של ניירות ערך. במקרים אלה תסווג העסקה כעסקה פירותית ותמוסה בהתאם.

⁴⁵ החוזר מציין דוגמאות למאפיינים פירותיים שבהתקייםם תסווג המכירה החוזרת של המניות הרדומות כעסקה פירותית ובהם: תקופת החזקה קצרה במניות הרדומות; שינויים מהותיים (מבניים או עסקיים) בחברה אשר עשויים להשפיע על שוויה; שווי ההשקעה במניות החברה קטן יחסית. עוד ראו: החלטת מיסוי 103/06 "מכירה מחדש של מניות באוצר" מיסים און ליין (31.5.2006).

⁴⁶ אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215 (2008), זמין ב- idclawreview.org/2008/01/01/volume08_hamdani_dagan (נבדק לאחרונה ב-25.1.2015).

לכאורה, בעלי מניות אלו היו פסיביים ולא קיבלו תמורה פיזית בעד הרכישה העצמית החורגת מהגידול בשיעורי האחזקה בחברה.

5. פסקי הדין בעניין גולן, ברנובסקי ובר ניר

מאז נחקק חוק החברות, עשרות חברות רכשו מניות מבעלי מניותיהן, חלקן ברכישות עצמיות פרופורציונליות וחלקן ברכישות עצמיות דיספרופורציוניות.⁴⁷ במקרים שבהם הרכישות העצמיות בוצעו כאשר החברות לא עמדו במבחן הרווח הסטטוטורי, נדרשו החברות לפנות לקבלת אישור בית המשפט, ובמקרים שבהם עמדו החברות במבחני החלוקה, לא נדרש אישורו. לאחרונה ניתנו שלושה פסקי דין שעסקו במקרים שבהם חברות שביצעו רכישה עצמית דיספרופורציונלית. להלן נציג את עיקרי העובדות וההחלטות שהתקבלו בעניינן.

5.1. פסק הדין בעניין גולן

המערערת ושני אחיה היו שלושה בעלי מניות בחברת "חלאבין תעשיות בע"מ" (להלן: חברת חלאבין). את המניות קיבלו האחים בירושה מאביהם המנוח בשיעור שווה של 33.3% לכל אחד מהם. לימים התגלע סכסוך בין המערערת לבין שני אחיה. בעקבות הסכסוך הוחלט שחברת חלאבין תרכוש מהמערערת את כל מניותיה בחברת חלאבין באופן שלאחר המכירה יחזיק כל אחד מהאחים 50% מחברת חלאבין.

כחלק מעסקת המכר החליטו שלושת בעלי המניות כי בטרם תמכור בעלת המניות את מניותיה לחברת חלאבין, תחלק חברת חלאבין לבעלת המניות דיבידנד בסכום השווה להכפלת שיעור אחזקתה בחברה ברווחי החברה, ולשם כך שונה תקנון החברה וסווגו מניותיה של בעלת המניות בצורה שונה. לפי מתווה זה, הצהירה בעלת המניות על הכנסה מדיבידנד בגובה הרווחים שחילקה לה חברת חלאבין, ויתרת התמורה דיוחה כרווח הון.

פקיד השומה דחה את סיווג הכנסותיה של בעלת המניות בשומתה העצמית וערך שומה חלופית. השומה החלופית שערך פקיד השומה סיווגה מחדש את הכנסת המערערת מהדיבידנד, באופן שמלוא התמורה שהתקבלה מהחברה סווגה כתמורה ממכירה שבהון. לחלופין טען פקיד השומה כי רצף הפעולות הקשורות בחלוקת הדיבידנד חסרות טעם מסחרי ויש לראות בהן עסקה מלאכותית כאמור בסעיף 86 לפקודת מס הכנסה.

⁴⁷ בדיקה מהירה במאגר המידע "נבו" העלתה יותר מתריסר מקרים שבהם התבקשו בתי המשפט המחוזיים לאשר רכישה עצמית של מניות אף בהיעדר מבחן הרווח או במקרי אי-עמידה בו. ראו: לעיל ה"ש 9.

בית המשפט דחה את טענת פקיד השומה כי יש לסווג מחדש את ההכנסה מהדיבידנד מכוח הדין הכללי וציין כי רשות המסים לא הצביעה על עילה שבדיני התאגידים המצדיקה התערבות בסיווג ההכנסה כדיבידנד. עם זאת, קבע בית המשפט כי בחירתה של המערערת למכור את אחזקתה בחברה תוך יצירת מעקף המצריך את שינוי תקנון החברה, סיווג מחדש של המניות במקום המניות שהיו בבעלותה והכרזה על הדיבידנד, מהוות למעשה פעולות חסרות כל טעם כלכלי למעט הרצון להפחית את המס החל על התמורה ממכירת המניות. לפיכך החיל בית המשפט את הוראות סעיף 86 לפקודת מס הכנסה ושלל את הטבת המס. עם זאת, פסק הדין לא עסק בתוצאות המס שחלו (אם בכלל) על שני בעלי המניות שנותרו בחברה, ששיעורי האחזקה של כל אחד מהם בחברה עלה מ-33.3% ל-50% מהזכויות בחברה (בעקבות הרכישה העצמית).

5.2. פסק הדין בעניין ברנובסקי

עניין ברנובסקי, בדומה לעניין גולן, עוסק במידה רבה בהעברה בין דורית של נכסי משפחה מההורים לילדיהם. בעקבות ההחלטה להעביר את נכסי משפחת ברנובסקי מההורים לילדיהם, הועברו מלוא אחזקות ההורים בחברה, שהייתה בבעלות משפחת ברנובסקי באופן לא שוויוני בין האחים ועקב כך נתגלע סכסוך ביניהם. על רקע הסכסוך שנתגלע החלו הליכים משפטיים בבית המשפט לענייני משפחה, ובעידודו של בית המשפט הושג הסכם פשרה בין האחים, שבמסגרתו חולקו מחדש נכסי עיזבון ההורים. הסכם הפשרה קיבל תוקף של פסק דין. אחת מההסכמות שהושגה בהסכם הפשרה נגעה לחלוקת נכסי האחים בחברה. ההסכם קבע במפורש כי האחות תמכור את מניותיה הישר לחברה, וכי מניות אלו לא תימכרנה לאח. לפי הסכם הפשרה החברה רכשה את מניותיה מידי האחות. האחות דיווחה על הרכישה העצמית כעסקת מכירה הונית, ובגין רווח ההון שנוצר עקב המכירה שילמה מס רווחי הון. פקיד השומה דחה את שומתה העצמית של האחות ובנימוקיו קבע כך:

"משמעות עסקת הרכישה העצמית בה נפרדה האחות מאחזקותיה בחברה והעברת מלוא הבעלות בחברה לידי המערער, בדרך של מימון העסקה באמצעות העודפים של החברה, כרוכה על פי מהותה הכלכלית בחלוקת דיבידנד מהחברה לבעלי מניותיה [...]. ניתוח הרכישה העצמית מעלה, כי יש להקביל את העסקה כפי שהתבצעה (רכישה עצמית של חלק ממניות החברה בידי החברה), לשתי עסקאות חלופיות [...] העסקה מורכבת מביצוע חלוקת דיבידנד לשני בעלי המניות בחברה עובר לרכישה. בכספי הדיבידנד שקיבל, השתמש המערער למימון רכישת המניות של אחותו, כאשר חלוקת

**הדיבידנד שקדמה לרכישה, הביאה לירידה בשווי מניות החברה בעת
ביצוע רכישת מניותיה של האחות בידי המערער.⁴⁸**

דהיינו, גם בעניין **ברנובסקי** פקיד השומה דחה את הצהרת בעלת המניות שחיסלה את אחזקותיה בחברה. עם זאת להבדיל מעניין **גולן** ומחוזר מס הכנסה 10/2001, החליט הפעם פקיד השומה כי יש לפצל את התמורה ממכירת המניות לשתיים: הכנסה מדיבידנד בסכום השווה למכפלת שיעור אחזקתה בחברה במלוא התמורה שחילקה החברה לאחות, ויתרת התמורה סווגה כהכנסה הונית. בין האחות לבין פקיד השומה נכרת הסכם שומה ברוח המתווה שהציע פקיד השומה בנימוקי הערעור.

יובהר כי פסק הדין בעניין **ברנובסקי** אינו דן בחיובי המס החלים על האחות, בעלת המניות שחיסלה אחזקותיה בחברה בעקבות מכירת מניותיה לחברה אלא בחיובי המס החלים על האח, ששיעורי אחזקותיו בחברה עלו עקב הרכישה העצמית הדיספרופורציונית ל-100%. חרף האמור, הוא לא דיווח על כל הכנסה שהיא בעקבות הרכישה העצמית. עיון בפסק הדין מעלה כי האח טען בבית המשפט שלא הפיק כל הכנסה עקב הרכישה העצמית, בין היתר, משום ש"לא קיבל כספים כל(ש)הם מהחברה" ומשום ש"בסופה של פעולת הרכישה העצמית, המערער [האח] אינו מוצא עצמו עשיר יותר", וכי לא הגיע אליו כל נכס כסף או מניות".⁴⁹ פקיד השומה דחה את טענותיו של האח וביקש לייחס לו הכנסת דיבידנד לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה בסכום השווה למכפלת שיעורי אחזקותיו בחברה ערב הרכישה העצמית בסכום התמורה הכולל ששילמה החברה לאחות. לחלופין טען פקיד השומה כי הרכישה העצמית היא עסקה מלאכותית שנועדה להפחית את נטל המס של האח עקב שינוי האחזקות בחברה. לטענת פקיד השומה, הואיל ובעל השליטה היחיד בחברה היה האח, רכישת חלקה של אחותו היוותה לא יותר מ"חלוקת נכסי משפחת ברנובסקי", ולא הפרדת השליטה והניהול בחברה, או במילים אחרות נקבע כי לא היה טעם מסחרי ממשי בביצוע הרכישה העצמית למעט הרצון להפחית את נטל המס של בעל השליטה בחברה, שזכה ממילא להטבות מס מופלגות מכוח הסכם הפשרה שקיבל תוקף של פסק דין על ידי בית המשפט לענייני משפחה.

בית המשפט קיבל את שתי טענותיו של פקיד השומה. ראשית קבע בית המשפט כי לצורכי מס יש לפצל את עסקת המכירה לשתיים: העסקה הראשונה עניינה חלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות בחברה בסכום השווה למכפלת התשלום ששילמה החברה המשפחתית לאחות שחיסלה אחזקתה בחברה, בשיעור האחזקה של האח ערב הרכישה העצמית; והעסקה השנייה עניינה עסקה שבהון שלפיה בעל המניות שנתר הגדיל את אחזקתו בחברה ועלות זכויותיו הנוספות בחברה (יתרת המחיר

⁴⁸ עניין **ברנובסקי**, לעיל ה"ש 2, פס' ג' לפסק דינו של השופט אלטוביה. (ההדגשות הוספו).

⁴⁹ שם, פס' 3.

(המקורי) שווה לסכום המס ששילם האח.⁵⁰

זאת ועוד, בית המשפט דחה את טענת האח שפיצול הרכישה העצמית לשתי עסקאות – חלוקת דיבינדנד ומכר – סוטה מהוראות חוזר מס הכנסה 10/2001. בית המשפט התעלם מהסכום השומה שכרת פקיד השומה עם האחות (שהכנסתה מהמכירה פוצלה במתווה האמור בניגוד לחוזר מס הכנסה 10/2001) וקבע כי הואיל והחוזר אינו מתייחס לבעל מניות שאינו מוכר מניותיו, אין בסיווג זה משום סטייה מהחוזר שפרסמה רשות המסים. לבסוף קבע בית המשפט כי בנסיבות העניין ניתן לראות ברכישה העצמית משום עסקה מלאכותית.

5.3. פסק הדין בעניין בר ניר

חודשים אחדים לאחר שניתן פסק הדין בעניין ברנובסקי, ניתן פסק הדין בעניין בר ניר⁵¹ העוסק ברכישה עצמית של מניות. פסק הדין בעניין בר ניר דן בעסקת רכישה עצמית של מניות בין צדדים לא קשורים, להבדיל מפסקי הדין בעניין ברנובסקי ובעניין גולן שבהם הרכישה העצמית נעשתה בין אחים ונגעה לחלוקת נכסים משפחתיים שהתקבלו בירושה. יתרה מזו, להבדיל מפסקי הדין בעניין גולן ובעניין ברנובסקי, בעניין בר ניר בעל המניות שחיסל את אחזקותיו בחברה, מכר את מניותיו לשלושת בעלי המניות האחרים שנותרו בחברה שלא על פי שיעור אחזקותיהם ערב מכירת המניות (להלן: בעלי המניות הנותרים). בשלב השני, לאחר שהשתנה שיעור האחזקות בחברה בקרב בעלי המניות הנותרים, מכרו בעלי המניות הנותרים את המניות לחברה המנפיקה בשווי התמורה שהשתלמה לבעל המניות העוזב, תוך שימור יחס האחזקות החדש. יצוין כי בפועל, התמורה שקיבלו בעלי המניות הנותרים מהחברה בעקבות הרכישה העצמית הפרופורציונלית הועברה מהחברה הישר לבעל המניות שחיסל אחזקותיו בחברה. כלומר אף שבעלי המניות הנותרים ביקשו לראות בעסקה שני מהלכים נפרדים, בפועל – כך על פי ממצאי בית המשפט – מדובר היה בעסקה חד-שלבית.

הנישומה תמר בר ניר, ששיעור אחזקותיה בחברה עלה בעקבות הרכישה העצמית (משיעור של 33% לשיעור של 38.75%) דיווחה על מכירת חלק מהמניות שרכשה לחברה. ואולם הואיל ולגישתה התמורה שקיבלה מהחברה הייתה זהה ליתרת המחיר המקורי של המניות שרכשה, החליטה בעלת המניות שלא לדווח על רווח הון ואף לא שילמה מס הכנסה. עוד טענה הנישומה כי ביצוע העסקה במתכונתה נעשה שלא

⁵⁰ יצוין כי אף שפסק הדין אינו קובע במפורש כי יש להגדיל את יתרת המחיר המקורי של בעל המניות ששיעורי אחזקותיו בחברה גדלו בעקבות הרכישה העצמית של המניות, ניתן להניח זאת לאור הקביעה הבאה: "גם אם באופן פורמאלי לא רכש דן את המניות באופן מעשי תוצאת העסקה מבחינת דן זהה לרכישת מניות". שם, פס' 5.

⁵¹ עניין בר ניר, לעיל ה"ש 3.

משיקולי מס אלא מטעמים כלכליים ומסחריים מובהקים שהעיקרי שבהם נגע ברצון בעלי המניות לשנות את שיעורי האחזקות בחברה (חיסול אחזקותיו של בעל המניות המוכר ושינוי שיעורי האחזקות בחברה ביחס לבעלי המניות הנותרים).

פקיד השומה דחה את סיווג הכנסת הנישומה מהעסקה וקבע כי את כספי התמורה שקיבל בעל המניות העוזב יש לסווג כהכנסת דיבידנד ולייחסו לבעלי המניות הנותרים לפי שיעור אחזקתם בחברה ערב הרכישה העצמית. לחלופין טענה רשות המסים שעסקת הרכישה העצמית של המניות היא בעצם עסקה מלאכותית ולפיכך יש לסווג את התמורה שהתקבלה מהחברה וששולמה לבעל המניות שחיסל

אחזקותיו בחברה כהכנסה מדיבידנד מכוח הוראות סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה.⁵² בית המשפט קיבל את עמדת רשות המסים וקבע כי ניתן לראות בעסקה עסקה מלאכותית כיוון שפעולה זו חסרה מטרה מסחרית שאינה מסית ככל שהיא נוגעת לחברה. עוד קבע בית המשפט כי רכישת המניות על ידי בעלי המניות הנותרים מבעל המניות שחיסל אחזקותיו בחברה מהווה עסקת מכר הוגנת של בעל המניות שחיסל אחזקותיו בחברה. ואולם באשר לבעלי המניות הנותרים קבע בית המשפט שיש לראות בכסף שחילקה החברה בתמורה למניות שנמכרו לחברה על ידי בעלי המניות הנותרים משום הכנסה מדיבידנד. עם זאת, בית המשפט דחה את טענת פקיד השומה וקבע כי יש לייחס לכל אחד מבעלי המניות הנותרים הכנסה מדיבידנד בשווי הכספי של תוספת המניות שקיבל על פי הסכם החלוקה מחדש של האחזקות בחברה.⁵³

יובהר כי התיאור העובדתי שבפסק הדין בעניין **בר ניר** מעלה שאלות ותהיות רבות המקשות על ניתוח המקרה לצורכי מס. זאת ועוד, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **בר ניר** דן אך ורק בחיובי המס של אחת משלושת בעלי המניות הנותרים ואינו כולל התייחסות לחיובי המס של יתר בעלי המניות הנותרים ושל בעל המניות שחיסל אחזקותיו בחברה. עם זאת, על פניו נראה כי בית המשפט סטה מהמבחן שהתווה בעניין **ברנובסקי** וראה בשתי העסקאות – מכירת מניות לבעלי המניות הנותרים בשיעור דיספרופורציונלי לשיעור אחזקותיהם ערב המכירה ורכישה עצמית פרופורציונלית של בעלי המניות הנותרים על פי שיעור אחזקותיהם החדש – משום עסקה אחת.

נראה כי בית המשפט סיווג לצורכי מס את המזומנים שחילקה החברה לשלושת בעלי המניות הנותרים כהכנסה מדיבידנד לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה, ובחר למסות כל אחד מהם לפי העלייה בשיעור אחזקותיו במידה רבה בדומה לתוצאות המס הנובעות מחלוקת מניות הטבה דיספרופורציונלית אף שבית המשפט לא ציין זאת במפורש.⁵⁴ אנו סוברים, כי ייתכן שהיה ניתן ואולי אף היה ראוי לסווג עסקה זו

52 שם, בעמ' ה-3.

53 שם, בעמ' ה-10-ה-11.

54 דוד אלקינס "מיסוי מניות הטבה" **מאזני משפט** ג 55, 59-67 (2005). בהקשר זה יובהר כי אף

בדרך אחרת, אולם בהיעדר תיאור עובדתי מפורט של נסיבות המקרה, אנו מתקשים לתת חוות דעת חד-משמעית בנושא. בשל כך אנו מתקשים להסיק כי בית המשפט זנח את המבחן המשפטי שאומץ בעניין **ברנובסקי** באשר לתוצאות המס של רכישה עצמית של מניות דיספרופורציונלית, ולדעתנו יש לאמצו בכפוף להבהרות שהצענו ברשימה זו.

5.4. סיכום ביניים

ניתן לומר כי ישנה תמימות דעים שתקבולים המשתלמים עקב רכישה עצמית פרופורציונלית מסווגים לצורכי מס כהכנסה מדיבידנד כאמור בסעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה (בהתעלם מהשאלה אם סיווג תשלום כדיבידנד לצורכי מס תלוי בקיומם של רווחים בחברה המחלקת). חלוקת הנכסים אינה מהווה אירוע מס בכל הנוגע לחברה, אם כי עליה לנכות מס במקור בשביל בעלי המניות.

להבדיל, באשר לתקבולים המשתלמים עקב רכישה עצמית דיספרופורציונלית, לא ניתן להצביע על קונצנזוס באשר לדין המצוי והרצוי. ככלל, על פי חוזר מס הכנסה 10/2001, בעל מניות המוכר את מניותיו ויורד בשיעור אחזקותיו בחברה במידה ניכרת נדרש לכאורה לסווג עסקה זו כמכירה שבהן.⁵⁵ חוזר מס הכנסה קובע במפורש כי מלוא התמורה ממכירת המניות תסווג כהכנסה, ובמקרים שבהם התמורה עולה על יתרת המחיר המקורי של המניות, ההפרש החיובי יסווג כרווח הון וימוסה בהתאם. עם זאת, כפי שהיה אפשר להיווכח בעניין **ברנובסקי**, ניתן לציין לפחות מקרה אחד שבו רשות המסים אימצה כלל אחר בנוגע לבעל מניות שחיסל את כל אחזקותיו בחברה. הדין שאומץ במקרה זה היה פיצול העסקה לשתי עסקאות משנה: הראשונה חלוקת דיבידנד המצמיחה הכנסה מדיבידנד בשווי הכפלת התמורה שקיבל בעל המניות שמכר מניותיו מהחברה בשיעור אחזקותיו בחברה ערב הרכישה העצמית; והשנייה מכירה שבהן שלפיה רואים את בעל המניות כאילו מכר מניותיו לבעלי המניות שנתרו בחברה לאחר הרכישה העצמית, ובמקרה שבו יתרת התמורה

בהקצאת מניות הטבה דיספרופורציונלית שיעור אחזקותיהם של בעלי המניות בתאגיד משתנה. הכנסה זו מהקצאת מניות הטבה תמוסה כהכנסה מדיבידנד כאמור בס' 2(4) לפקודת מס הכנסה לפי הוראות ס' 3(ט)(1)(ג) לפקודת מס הכנסה. באשר להכנסה מהקצאת מניות הטבה ישנן, למיטב ידיעתנו, כמה גישות, אולם באשר לכימות ההכנסה מהקצאה זו (בין לפי שוויין של המניות שהתקבלו, בין לפי סכום הרווחים אשר הונו לצורך הקצאת מניות ההטבה ובין לפי שווי העלייה בשיעור האחזקה בתאגיד) בענייננו נראה כי יש למסות את ההטבה כשווי הנכסים שחילקה החברה לבעלי מניותיה.

⁵⁵ חוזר מס הכנסה 10/2001, לעיל ה"ש 5, קובע כי במקרים שבהם הירידה בשיעור האחזקה אינה ניכרת, "יש לשקול את סיווג העסקה כחלוקת דיבידנד גם במקרה בו רוכשת חברה שצברה רווחים את מניותיו של בעל השליטה". החוזר מציע לפנות למחלקה המקצועית ברשות המס שתבחן כל מקרה לגופו.

עולה על העלות המופחתת של המניות, הפרש זה מסווג כרווח הון. לפיכך יש להוסיף לעלות המופחתת של המניות שבעל המניות ששיעור אחזקותיו גדל מחזיק, את שווי ההכנסה מהדיבידנד שקיבל ושעליה שילם מס. זאת ועוד, לאור פסק הדין בעניין **ברנובסקי**, נראה כי עמדת רשות המסים כיום היא שיש למסות את התעשרות בעל המניות ששיעור אחזקותיו בחברה גדל עקב רכישה עצמית דיספרופורציונלית. ההכנסה שיש לייחס לבעל מניות זה היא בשווי הכפלת התמורה המשתלמת לבעלי המניות שפחת שיעור אחזקתם בחברה בשיעור אחזקתם ערב הגידול בשיעור אחזקותיהם בחברה. בהקשר זה אף לא ברור אם אופן מיסוי בעלי המניות בעקבות ביצוע רכישה עצמית של מניות מותנה בכך שלחברה רווחים צבורים אם לאו.

1. משפט משווה

בפרק זה נבחן את הסדרי המס שאימצו מדינות המשתייכות למשפחת שיטת המשפט המקובל. הראשונה שנבחן תהיה ארצות הברית אשר נמנית עם המדינות הראשונות שהטילו מס על בסיס הכנסה.⁵⁶ ההשוואה לשיטה האמריקנית חשובה במיוחד בעניינינו בשל הדמיון הרב בין שיטת מיסוי החברות הישראלית לבין מקבילתה האמריקנית. לאחר מכן נבחן בקצירת האומר את הסדרי המס שאימצו מדינות נוספות המשתייכות לשיטת המשפט המקובל (בריטניה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד). ההשוואה להסדרי המס שאימצו מדינות אלו חשובה פחות לדעתנו, בין היתר משום שמיסוי החברות באותן המדינות שונה במידה רבה ממיסוי החברות בישראל. כך, למשל, בישראל אומצה שיטת מיסוי אינטגרטיבית המחילה שיעור מס מופחת על התאגיד ושיעור מס מופחת על בעל המניות, ואילו בבריטניה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד השילוב בין מיסוי התאגיד ומיסוי בעל המניות מושג בדרכים אחרות.⁵⁷

1.1 מיסוי רכישה עצמית של מניות בארצות הברית

בארצות הברית שיטת מיסוי החברות כיום היא במידה רבה אינטגרטיבית (בהקנותה שיעור מס מופחת במישור בעלי המניות)⁵⁸ ודומה במידת מה לשיטת מיסוי החברות

⁵⁶ בדומה לכך, מסיבות היסטוריות דיני התאגידים בארצות הברית אומצו במישור המדינתי, וכחלק מניסיון של המדינות לאמץ משטרים תאגידיים אטרקטיביים שיעודדו התאגדות בתחומן, התירו דיני התאגידים במדינות רבות לחברות לרכוש מניות הישר מבעלי מניותיהן.

⁵⁷ דוד גליקסברג "המיני-פרומה" מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידים בישראל" **משפטים** כ 185, 193-206 (1990).

⁵⁸ ראו: Douglas A. Kahn & Jeffrey S. Lehman, *Corporate Income Taxation* (5th ed. 2001). במקור שיטת מיסוי החברות האמריקנית הטילה מס חברות שולי בשיעור דומה לשיעור המס הפדרלי השולי החל על יחידים, ובדומה לכך סיווגה הכנסה מדיבידנד כהכנסה

הישראלית. אולם להבדיל מדיני המס בישראל, שיטת המס האמריקנית מפורטת וכוללת הסדר ארוך וממצה של חיובי המס החלים על ביצוע רכישה עצמית של מניות. לכן הבנת משטר המס החל בארצות הברית בסוגיה שבה עסקינן תועיל מאוד להבהרת סוגייתנו.

קוד המס האמריקני הבחין בין רכישה עצמית של מניות המשנה באופן מהותי את שיעורי האחזקה בתאגיד לבין חלוקה שאינה משנה באופן מהותי את יחסי האחזקה בתאגיד. לפיכך רכישה עצמית של מניות שאינה משנה באופן מהותי את יחסי האחזקה בתאגיד סווגה כדיבידנד לכל דבר ועניין (בין שהמניות נרכשו על ידי התאגיד שהנפיק מניות אלו ובין שהמניות נרכשו על ידי תאגיד קשור). יובהר בהקשר זה כי להבדיל מדיני המס בישראל, כאשר בוחנים אם שונה שיעור האחזקה של בעל המניות בתאגיד, מיוחסת לבעל המניות אחזקה במניות שהחזיק בפועל וכן במניות שהחזיק קרובי משפחתו או תאגידיים שבשליטתו.⁵⁹

זאת ועוד, כאשר בעל מניות מחסל לחלוטין את אחזקותיו בתאגיד או כשיעור אחזקותיו בתאגיד נפגע ממש (לדוגמה, כאשר בעל שליטה בתאגיד נפרד מהשליטה ומחזיק לאחר הרכישה העצמית פחות ממחצית הזכויות בתאגיד, או כאשר לאחר המכירה יהיו בידי בעל המניות פחות מ-80% מזכויות ההצבעה שהיו לו לפני שמכר

מניותיו), אז המכירה מסווגת כעסקה שבהון (Substantially Disproportionate Redemption of Stock).⁶⁰

בהקשר זה יודגש כי בעל מניות ששיעור אחזקותיו בתאגיד עולה בעקבות ביצוע רכישה עצמית דיספרופורציונלית, בדרך כלל אינו ממוסה אלא אם כן ניתן לראות שהוטלה על בעל המניות חובה שבדין לרכוש את מניותיו והוא בחר לבצע רכישה זו באמצעות התאגיד שבבעלותו. דרישה זו מרוקנת במידה רבה עיקרון זה מתוכן.⁶¹ הבדל נוסף בין שיטת המס בארצות הברית, לשיטת המס בישראל הוא שבארצות הברית כאשר הרכישה העצמית מסווגת כחלוקת דיבידנד, הכנסת בעל המניות תסווג כהכנסה מדיבידנד עד לשווי הכפלת שיעור האחזקה של בעל המניות ברווחי התאגיד, ואילו יתרת החלוקה תסווג תחילה כהחזר השקעה, ובהנחה שהחלוקה עולה על

פירותית הממוסה על פי שיעורי המס השוליים החלים על היחיד, אולם זה שנים מספר שיעור המס על דיבידנדים השווה לשיעור מס רווחי הון לטווח ארוך. נכון למועד כתיבת רשימה זו, שיעור מס החברות השולי עומד על 35%, שיעור המס השולי ליחידים עומד על 39.6% ושיעור המס החל על דיבידנד "מאושר" הוא 20%.

⁵⁹ Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 302(a).

⁶⁰ Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 302(b)(1).

⁶¹ Berger V. Commissioner of Internal Revenue, 33 T.C.M 737 (1974); Arnes V. United States, 981 F.2d 456 (9th Cir. 1992); Edler V. Commissioner of Internal Revenue, 727 F.2d 857 (9th Cir. 1984).

יתרת המחיר המקורי של בעל המניות במניות התאגיד, תסווג ההכנסה כרווח הון.⁶² כמו כן, בדומה לכלל שאומץ בישראל, רכישת המניות על ידי החברה ומכירתן מחדש אינה מהווה אירוע מס אצל החברה. מכירת המניות הרדומות על ידי החברה מסווגת לצורכי מס כהנפקה ראשונה של המניות.⁶³

2. מיסוי רכישה עצמית של מניות בבריטניה, בקנדה, באוסטרליה ובניו זילנד

במהלך המחקר המשפטי המשווה הופתענו לגלות כי בכל המדינות שבדקנו למעט ארצות הברית (כלומר בבריטניה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד) עד שנות השמונים או התשעים של המאה העשרים אסרו דיני התאגידים על ביצוע רכישות עצמיות של מניות, בדומה לאיסור שהיה בפקודת החברות בישראל. במהלך שני העשורים האחרונים של המאה העשרים תוקנו דיני התאגידים בכל אחת מהמדינות הללו והוסרו מגבלות הרכישה העצמית.⁶⁴ במקביל, אימצו מחוקקי מדינות אלו הוראות ספציפיות הנוגעות להיבטי המס של ביצוע רכישות עצמיות. בהקשר זה יש לציין כי בחינת הסדרי המס שאימצו מדינות אלו בנוגע לרכישה עצמית של מניות לא תהיה שלמה אם לא נדון במודל השילוב שאימצו מדינות אלו באשר למס המוטל על התאגיד והמס המוטל על בעל המניות. במילים אחרות, משום שבריטניה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד אימצו שיטת מיסוי חברות אחרת (הממסה את בעל המניות על הכנסתו מהדיבידנד והמעניקה לבעל המניות זיכוי בגין מס החברות ששילמה החברה בגין אותה הכנסה), ספק בעינינו עד כמה ההשוואה לשיטות אלו רלוונטית לענייננו. אולם לשם השלמת התמונה נסקור את הסדרי המס במדינות אלו בתמציתיות רבה. בבריטניה,⁶⁵ באוסטרליה⁶⁶ ובניו זילנד,⁶⁷ להבדיל ממודל מיסוי החברות בישראל

⁶² Internal Revenue Code, 26 U.S.C. §302(b)(2).

⁶³ Internal Revenue Code, 26 U.S.C. §1032.

⁶⁴ כך, למשל, בבריטניה בוטל האיסור לבצע רכישה עצמית של מניות בשנת 1981 כחלק מהרפורמה ל-Companies Act of 1981, בקנדה בוטל האיסור בשנת 1985 ב-Canada Business Corporation Act, באוסטרליה בוטל איסור זה בשנת 1989, ובניו זילנד בוטל האיסור בשנת 1994 במסגרת ה-Companies Act.

⁶⁵ P. Raghavendra Rau & Theo Vermaelen, *Regulation, Taxes and Share Repurchases in the United Kingdom*, 75(2) JOURNAL OF BUSINESS 245 (2002).

⁶⁶ Christine A. Brown & James William O'Day, *The Dividend Substitution Hypothesis: Australian Evidence* (2006), זמין ב- papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=911 ב-508 (נבדק לאחרונה ב-25.1.2015).

⁶⁷ Warwick Anderson & Samuel McLaughlin, *Buyback versus Ordinary Dividends: Marginal Investor Reactions to Cash return Announcements*, (WORKING PAPER No. 3, 2013), זמין ב- www.econ.canterbury.ac.nz/RePEc/cbt/econwp/1303.pdf (נבדק לאחרונה ב-20.1.2015); Hardjo Koerniadi, Ming-Hua Liu & Alireza Tourani-Rad, *Share*;

או בארצות הברית, אומץ "מודל שילוב חלקי" (המכונה שיטת ייחוס – Imputation System) ולפיו מס מוטל על החברה, ובעת חלוקת רווחי החברה לבעלי מניותיה מגולמת הכנסת היחיד ולצורך קביעת חבותו האישית במס מקבל היחיד זיכוי מלא או חלקי בגין מס החברות ששילמה החברה. בדומה לכך בקנדה, אומץ מודל מיסוי המעניק זיכוי חלקי ממס חברות (המכונה Dividend Tax Credit), ולפיו בעת חלוקת רווחי החברה לבעלי מניותיה, הכנסת היחיד מדיבידנד מגולמת ולצורך חישוב חבותו האישית במס מקבל היחיד זיכוי חלקי בגין מס החברות ששילמה החברה.

הבדל נוסף במדינות אלו משיטת המס בישראל הוא באשר לשיעורי המס שבהם ממוסים רווחי ההון באותן שיטות. כך, למשל, בבריטניה רווחי הון ממוסים בשני שיעורים אחידים הנקבעים על פי הכנסותיו של בעל המניות (מלבד פטור שנתי של אלפי ליש"ט בשנה); באוסטרליה מחצית מרווחי ההון אינם חייבים במס והמחצית הנוספת ממוסה על פי שיעורי המס הפרוגרסיביים החלים על שאר הכנסותיו של היחיד; בניו זילנד רווחי הון על פי רוב אינם ממוסים ולקנדה, הסדר מיטיב באשר לרווחי הון באופן שמחצית מרווחי ההון אינם חייבים במס והמחצית הנוספת ממוסה על פי שיעורי המס הפרוגרסיביים החלים על הכנסות היחיד.⁶⁸

בענייננו רכישה עצמית של מניות בריטניה⁶⁹ ובקנדה⁷⁰ מסווגת ככלל כחלוקת דיבידנד למעט מרכיב יתרת המחיר המקורי של בעל המניות ביחס למניות הנמכרות. ניו זילנד⁷¹ אף היא מסווגת תמורה המתקבלת אגב רכישה עצמית של מניות כדיבידנד אלא אם כן השיעור האחזקה של בעל המניות אגב הרכישה העצמית של המניות ניכר, במקרים אלו התמורה מסווגת כרווח הון; ובאוסטרליה מפוצלת התמורה מהרכישה העצמית לצורכי מס כרווח הון או כדיבידנד לפי המקורות

Repurchase in New Zealand, in 12 ADVANCES IN FINANCIAL ECONOMICS- ISSUES IN CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCE 481 (Mark Hirschey, Kose John & Anil K. Makhija eds., 2007).

Charles P. Marquette, *Selected Income Tax Issues of Particular Relevance to Shareholders' Agreements*, 49(2) CANADIAN TAX JOURNAL 407–442 (2001); Douglas A. Cannon, Mario Abrioux & McCarthy Tétrault, *Purchase and Sale of a Business – Share Transactions*, (2010), זמין ב- [www.cba.org/cba/cle/PDF/Tax10_Cannon_](http://www.cba.org/cba/cle/PDF/Tax10_Cannon_paper.pdf) paper.pdf (נבדק לאחרונה ב-25.1.2015).

בבריטניה, הכלל הוא שבהצעה פרטית מלוא התקבול שבעל המניות מקבל מהחברה בעקבות הרכישה העצמית מסווג כדיבידנד והעלות המופחתת מסווגת כהפסד הון. להבדיל, בהצעה לרכישה עצמית המופנית לציבור, שבה בעל המניות לא בהכרח יודע מי רכש את מניותיו, ההכנסה מסווגת כרווח-הון.

CA Income Tax Act, § 84 (1985).

הכלל בניו זילנד הוא שמלוא התקבול שבעל המניות מקבל מהחברה מסווג כדיבידנד למעט העלות המופחתת של בעל המניות שמסווגת כהחזר השקעה, אם כי כאשר שיעור האחזקה של בעל המניות קטן במידה מהותית, מלוא התמורה מסווגת כרווח הון. ראו: NZ Income Tax Act, § CF3 (1994).

שהחברה משלמת מהם דיבידנד זה.⁷²

3. סיכום ביניים

למרות ההבדלים המהותיים בין שיטות המס בבריטניה, בקנדה, באוסטרליה ובניו זילנד, ניתן לראות כי על פי רוב תקבולים שבעלי מניות מקבלים בעקבות רכישה עצמית של מניות מסווגים כדיבידנדים. יש לציין כי סיווג הכנסה זו כהכנסה מדיבידנד במרבית המקרים אינו מביא להכבדה בנטל המס בשל שיטת הייחוס שאומצה על ידי המדינות הללו. זאת ועוד, בחינת ההסדר האמריקני בסוגיה זו מעלה כי תקבולים שחברה מחלקת לבעל מניות בעקבות רכישה עצמית של מניות שאינה כרוכה בירידה של ממש בשיעורי ההחזקה (לדוגמה אבדן שליטה) מסווגת אף היא כהכנסה מדיבידנד. אולם תמורה זה ממוסה בידי בעל המניות כהכנסה מדיבידנד (בשווי הכפלת רווחי החברה, Earnings and Profits, בשיעור האחזקה של בעל המניות), אם עלתה התמורה על חלקו של בעל המניות ברווחי החברה ממוסה התמורה העודפת כהכנסה שבהון. יתרה מזו, שיטת המס האמריקנית בדרך כלל אינה מייחסת הכנסה רעיונית (דיבידנד קונסטרוקטיבי) לבעל מניות שעקב הרכישה העצמית הגדיל את שיעור אחזקותיו בחברה למעט במקרים שבהם ניתן להוכיח מחויבות אישית של בעל המניות לרכוש את מניותיהם של שאר בעלי המניות ורכישה זו נעשתה באמצעות החברה.

ז. רכישה עצמית של מניות בדיני המס – פרשנות הדין הראויה

פרק זה יבחן את הדעות השונות שהציגו מלומדים שונים ואנשי פרקטיקה ביחס להיבטי המס הנובעים מעסקאות רכישה עצמית של מניות, ויצג את הסדר המס שיש לדעתנו לאמץ בסוגיה זו.

1. סקירת ספרות

כניסתו לתוקף של חוק החברות, ופרסומו של חוזר מס הכנסה 10/2001, זכו לדיון בספרות המקצועית והאקדמית. בשאלה כיצד יש לסווג עסקה של רכישה עצמית של מניות מבחינת חבות המס של בעלי המניות ניתן להצביע על כמה גישות. גישות אלה נגעו בעיקר לבעלי מניות המוכרים את מניותיהם, להבדיל מבעלי מניות שאינם מוכרים את מניותיהם.

גישה ראשונה, שמרנית, ביקשה לקבוע את סיווג הרכישה העצמית לפי ההגדרות

⁷² AU Income Tax Assessment Act, §§ 159GZZP, 159GZZQ (1936).

שבחוק החברות, בשאיפה נטענת להרמוניה חקיקתית.⁷³ על פי גישה זו, יש לשמר את ההבחנה שחוק החברות מבחין בין חלוקה שהיא "דיבידנד" לבין חלוקה שהיא "רכישה". אף ששניהם מאפשרים העברת נכסים מן החברה אל בעלי מניותיה, "דיבידנד", על פי גישה זו, נבדל מ"רכישה" בכך שחלוקת הנכסים של החברה לבעלי מניותיה נעשית בכשירותם כבעלי מניות; ואילו "רכישה" היא העברת נכסים "בתמורה" למניות.⁷⁴ משמעותה של גישה זו היא שבדרך כלל אין לסווג עסקה של מכירת מניות עצמית כדיבידנד, אלא אם כן מתקיימת העברת נכסים לבעל מניות, שלא בתמורה מלאה, ומכוח היותו בעל מניות בחברה. במקרים אלה ורק בהם, ניתן לסווג את העסקה לצורכי מס כחלוקת דיבידנד באמצעות הדוקטרינה של "עסקה מלאכותית" הקבועה בסעיף 86 לפקודת מס הכנסה. מלאכותיותה של העסקה, על פי גישה זו, מתבטאת בחריגתה מן ההבחנה של חוק החברות בין "דיבידנד" ל"רכישה".⁷⁵ אנו מסתייגים מגישה זו. חוק החברות אינו מבחין בין דיבידנד "רגיל" לבין דיבידנד שניתן עקב רכישה עצמית של מניות. חוק החברות רואה בשתי הפעולות "חלוקה" ולכן שתיהן כפופות למבחני החלוקה שבחוק. לפיכך הבחנה כזו ביניהן מכוח דיני החברות אינה מסייעת בסיווג עסקת רכישה עצמית. ממילא דיני המס יכולים לסטות מאימוץ הסיווג שעורכים דיני החברות מקום שהוא אינו מגשים את התכליות שבבסיס דיני המס.

גישה אחרת התמקדה בשאלה אם בעל המניות שינה את זכויותיו בחברה בעקבות הרכישה העצמית של המניות, כלומר בעקבות מכירת מניותיו לחברה. על פי גישה זו, כאשר זכויותיו של בעל המניות נותרות כשהיו, יש לסווג את העסקה כדיבידנד; בכל מצב אחר יש לסווגה כעסקה הונית. גישה זו בוחנת את השינוי בשיעור אחזקותיהם של בעלי המניות בעקבות הרכישה העצמית. כאשר בעלי המניות מוכרים חלק ממניותיהם לחברה המנפיקה, והם עושים זאת באופן יחסי לשיעור אחזקתם, למעשה הם נותרים עם אותו יחס אחזקות בינם לבין עצמם.⁷⁶ על פי גישה זו, מכיוון שאין שינוי מהותי בזכויות בעלי המניות בעקבות הרכישה העצמית (אף שכמות המניות השתנתה), אין לראות בפעולה פעולה הונית אלא

⁷³ אמנון רפאל ודן ריטר "רכישה עצמית של מניות בראי דיני המס: החוק וחוזר המס – סיכוב ראשון" **מיסים** יז(2) א-144, א-161 (2003).

⁷⁴ ש.ם.

⁷⁵ ש.ם.

⁷⁶ בגישה זו מצדדים: צבי פרידמן ושלמה זרחיה "דיבידנדים, הפחתת הון ורכישה עצמית של מניות – השלכות המס לפי פקודת החברות הישנה ולפי חוק החברות החדש" **מיסים** יג(4) א-74 (1999); אלי גילבאי "היבטים בהון העצמי לאור חוק החברות החדש" **מיסים** יד(3) א-80 (2000); שקל ונאור, לעיל ה"ש 28. לסקירה של כל המלומדים שמצדדים בגישה זו ראו: יפתח שמחוני "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה – עיון מחדש" **מיסים** כג(3) א-102, א-104 (2009).

חלוקת דיבידנד. בבסיסה של גישה זו מונחת ההנחה שמטרתה של רכישה עצמית של מניות במקרים אלה היא לקבל נכסים מן החברה, ולפיכך היא מצדיקה סיווג כדיבידנד. יישומה של גישה זו מחייב שתי הבחנות: האם כל בעלי המניות מוכרים את מניותיהם לחברה או רק חלקם? והאם הם מכרו את מניותיהם באופן יחסי לשיעורי אחזקתם? כאשר חברה רוכשת מניות רק מחלק מבעלי המניות, בעקבות המכירה משתנים שיעורי האחזקה של בעלי המניות ולכן מדובר במכירה הונית. כאשר חברה רוכשת את מניותיה מכל בעלי המניות, לפי חלקם היחסי, ולא השתנו שיעורי ההחזקה של בעלי המניות, יש לסווגה כדיבידנד.⁷⁷

גישה שלישית שעוררה ביקורת מצד אנשי הפרקטיקה, אינה מתמקדת באחידות ההגדרות בין החוקים (כמו בגישה הראשונה) או בשינויי האחזקות עקב העסקה (כמו הגישה השנייה), אלא בעצם כוחם של בעלי המניות להוציאה לפועל כאמצעי לקבלת נכסים מן החברה.⁷⁸ על פי גישה זו, רכישה עצמית של מניות תיחשב תמיד לחלוקת דיבידנד, והשאלה היא מי הוא מקבל הדיבידנד. גישה זו תוארה על ידי גדעון קריב המנוח כך:

"רכישה עצמית של מניות נראית, לכאורה, כרכישת נכס מידי בעלי המניות, אלא שלא כך הם פני הדברים. רכישה עצמית של מניות היא עסקה ללא תמורה, מאחר ששיעורי האחזקה של בעלי המניות אינם משתנים (אם הרכישה מכל אחד מבעלי המניות פרופורציונלית לשיעורי אחזקתו), והחברה מעבירה לידיהם עושר מבלי שתקבל כל תמורה. החברה אינה מקבלת כל תמורה, משום שהמניות אשר החברה רכשה מאת בעלי מניותיה אינם 'נכס' [כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה] אלא פיסת נייר חסרת כל ערך בידי החברה. מניה היא 'אגד של זכויות' של בעל המניות כלפי החברה ו'אגד של התחייבויות' של החברה כלפי בעלי מניותיה. כאשר מניה מועברת לבעלות החברה המנפיקה, 'הזכאי' (דהיינו – המחזיק במניה) 'והחייב' (דהיינו – החברה המנפיקה) מתמזגים לאחד. הואיל ואדם אינו יכול לחוב לטובת עצמו או לתבוע זכויות מעצמו, פוקע מאליו אגד הזכויות המהווה את המניה. כשם שמניה קודם להנפקתה (דהיינו – מניות המהוות חלק מן ההון הרשום שטרם הונפק) היא דבר חסר ערך, כך גם מניה שחזרה לבעלות המנפיקה בעקבות רכישתה העצמית היא חסרת כל ערך. המסקנה המתבקשת היא, שרכישה עצמית זהה בתוצאותיה לחלוקת דיבידנד ולכן קובע חוק החברות, כי דיני חלוקת דיבידנד

⁷⁷ גילבאי, שם, בעמ' א-80-81; פרידמן וזרחיה, שם, בעמ' א-88.

⁷⁸ גדעון קריב "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס" מיסים טו(4) א-72 (2001).

יחולו גם על רכישה עצמית.⁷⁹

כאשר החברה רוכשת מכל בעלי המניות מניות באופן יחסי לשיעור אחזקותיהם, יראו אפוא את כולם כמקבלי דיבידנד, ואף לא אחד מהם ייחשב למקבל רווח הון. כאשר הרכישה אינה יחסית לשיעורי האחזקה, התמורה בעד החלק העודף שיקבל בעל המניות המוכר מניות העולות על חלקו היחסי במכירה, והיא בלבד, תיחשב לרווח הון. בעלי מניות שמכרו לחברה מניות בשיעור קטן מחלקם היחסי בהון החברה, ייחשבו למקבלי דיבידנד.⁸⁰ גישה זו אף הוצעה על ידי המלומדים פרופ' אסף חמדני ופרופ' צילי דגן בהקשר רחב יותר מתחום עסקאות רכישה עצמית של מניות, ולפיה כל הנכסים המחולקים על ידי החברה לבעלי מניותיה יסווגו כהכנסה מדיבידנד, אלא במקרים שבהם חלוקת הנכסים מתבצעת עקב פירוק החברה.⁸¹ עמדה זו עשויה לעורר קשיים לא מבוטלים במקרים שבהם הידלדל הונה של החברה וירד מתחת לשווי ההשקעה המקורית של בעלי המניות. במקרים כגון זה סיווגה של הרכישה העצמית כדיבידנד או כרווח הון חורג לדעתנו מעיקרון בסיסי בדיני המס ולפיו אין ממסים אלא בהתעשרות.

2. העמדה שלנו בעניין חוזר מס הכנסה 10/2001

אנו סוברים כי הכלל שנקבע בחוזר מס הכנסה 10/2001 מעורר כמה קשיים ועל העיקריים שבהם נעמוד עתה. איננו מבקשים לערער כליל על הגישה שהוא נוקט. עם זאת, אנו סוברים כי היחס שבין הכלל המסווג רכישה עצמית של מניות כפעולה הונית, לבין החרגי שאומץ בחוזר, המסווג תמורה המתקבלת ברכישה עצמית של מניות המשמרת את יחסי האחזקה בין בעלי המניות כהכנסה פירותית, מחייב איזון שונה מזה שמצא ביטוי בחוזר מס הכנסה 10/2001. דומה כי האיזון שהוצע בחוזר ייחס לרכישה עצמית דיספרופורציונלית אינו מתיישב עם חוק החברות.

ראשית, בשונה מן החרגי שהוצע בחוזר, אנו סוברים כי הכלל אינו מתיישב עם השינוי שחולל חוק החברות, אף שזו הייתה מטרתו המוצהרת.⁸² כפי שנסקרו בהרחבה, השינוי שחולל חוק החברות בכל הנוגע לרכישה עצמית של מניות נעשה, בין היתר, כדי לאפשר לבעלי מניות לקבל נכסים מן החברה.⁸³ סיווג העסקה לצורכי

79 שם, בעמ' א-76.

80 שם, בעמ' א-88.

81 חמדני ודגן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 244-245.

82 חוזר מס הכנסה 10/2001, לעיל ה"ש 5, הוכתר בכותרת "השפעת חוק החברות החדש על דיני המס" והוא סוקר את השינויים המרכזיים שנעשו בחוק החברות, ולאחר מכן מפרט את היבטי המס של שינויים אלה.

83 יוסף גרוס חוק החברות החדש 491 (מהדורה רביעית, 2007).

מס כעסקה הונית בנסיבות אלה מביא לשוני בין האופי שחוק החברות מייחס לפעולה לבין האופי שפקודת מס הכנסה מייחסת לה. חוק החברות רואה בפעולה זו דרך לגיטימית להעברת נכסים ללא תמורה מהחברה לבעלי מניותיה, ובשל כך מכפיף אותה לאותם כללים ותנאים החלים בעת חלוקת דיבידנד, ואילו סיווג העסקה כהונית רואה בה עסקת מכירת נכסים שאינה חייבת במס, אלא אם כן התמורה שנתקבלה בה עלתה על עלותה המקורית המופחתת ("יתרת המחיר המקורי").

שנית, סיווג עסקת הרכישה הדיספרופורציונלית באופן נחרץ כעסקה הונית אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק החברות ועלול במצבים מסוימים לסתור את ההלכה המורשת בשיטת המס הישראלית שלפיה סיווג פעולה לצורכי מס ייעשה על פי מהותה הכלכלית. בחוזר מס ההכנסה הוסבר כי סיווג זה נעשה "לאור הגדרת 'מכירה' שבסעיף 88 לפקודת מס הכנסה הכוללת גם 'כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותיהם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם'". הנחת מוצא של עמדה זו קובעת מראש את אופייה של עסקת הרכישה, אף שפקודת מס הכנסה עצמה אינה עושה כן, ובכך ההנחה אינה מאפשרת לבחון את מהותה הכלכלית של העסקה.

לכאורה, טענה זו עלולה להתברר כחרב פיפיות, שכן כוחה יפה גם כלפי עמדה המבכרת את סיווג העסקה כחלוקת דיבידנד; אולם שיטת המס הישראלית קובעת בִּרְתִּי מחדל ברורה המבכרת מיסוי במישור הפירותי על פני מיסוי במישור ההוני. סדר עדיפויות זה בא לידי ביטוי בדברי חקיקה שונים ובפסיקה. פקודת מס הכנסה קובעת כי "ריווח ממכירת נכס העשוי להתחייב במס, הן לפי הפרק הראשון לחלק ב' והן לפי חלק זה [ה'] או חלק ה1, יראוהו כחייב במס לפי הפרק הראשון לחלק ב' בלבד".⁸⁴

שלישית, סיווג העסקה כמכירה הונית מאפשר דחייה לא מוצדקת של אירוע המס ותכנוני מס בלתי לגיטימיים. כיום, פעילות באמצעות חברה מקנה הטבה שלפיה הכנסות החברה ממוסות בשיעור מס מופחת ביחס לשיעור המס השולי שבו יחיד עשוי להיות ממוסה. שיעור מס נוסף משתלם בגין הכנסות אלו רק כאשר בעל המניות מממש את זכויותיו ליהנות מהכנסה זו בצורה של חלוקת דיבידנד, מכירת מניותיו או פירוק החברה.

דחיית אירוע המס באמצעות שימוש במעטפת התאגידית עוררה ביקורת ציבורית נוקבת. זה יותר משנה ועדה ציבורית, בראשות מנהל רשות המסים משה אשר, יושבת על המדוכה ובוחנת דרכים שבהן יהיה ניתן להגביל את התקופה שבה בעל המניות יוכל להימנע מלשלם מס בגין הכנסות התאגיד שבבעלותו. הטענות הנשמעות כנגד קיצור התקופה נוגעות במוסכמות בסיסיות שעליהן מושתתת שיטת המס בישראל

⁸⁴ ס' 89(ג) לפקודת מס הכנסה קובע כי "ריווח ממכירת נכס העשוי להתחייב במס, הן לפי הפרק הראשון לחלק ב' והן לפי חלק זה או חלק ה1, יראוהו כחייב במס לפי הפרק הראשון לחלק ב' בלבד".

ועניינן עקרון מימוש ההכנסה ועקרון האישיות המשפטית הנפרדת.⁸⁵

3. פרשנות הדין הראויה למיסוי רכישה עצמית של מניות

הבחנה בין עסקת רכישה עצמית של מניות שתוצאות המס שלה הן במישור ההוני לבין עסקת רכישה עצמית של מניות הנחשבת לחלוקת דיבידנד צריכה להיקבע לאור מהותה הכלכלית ולא על פי צורתה הפורמלית.⁸⁶ אנו סוברים כי כאשר תכליתה של עסקת הרכישה העצמית היא העברת נכסי החברה לבעלי מניותיה, תוך שימור בקירוב של מאזן הזכויות בין בעלי המניות, יש לסווגה כחלוקת דיבידנד. לעומת זאת, כאשר אחת מתכליות העסקה היא שינוי מאזן הזכויות בין בעלי המניות בחברה, יש לדעתנו לראות בעסקה זו כעסקה מעורבת הכוללת חלוקת דיבידנד על ידי החברה לכלל בעלי מניותיה, ועסקה הונית בין בעלי המניות שהגדילו והקטינו את שיעורי אחזקותיהם בחברה שתמוסה על ידם כרכישה/מכירה הונית, כמפורט להלן.

3.1. סיווג התקבול ממכירת המניות: רווח הון או הכנסה מדיבידנד

ראינו כי עסקת רכישה עצמית של מניות יכולה ללבוש שתי צורות פורמליות ושתי מהויות כלכליות. צורה ומהות אחת היא של חלוקת דיבידנד; צורה ומהות שנייה היא של מכירת נכסים או זכויות הוניות. שניות זו היא אחד הביטויים להבדל בין "הכנסה שוטפת" לבין "רווח הון". השוני הקטגורי בין מיסוי רווח הון ממכירת נכסים בתמורה, לבין מיסוי הכנסה שוטפת, הוא מן ההבחנות הבסיסיות ביותר בשיטת המס

⁸⁵ צוות "חברות הארנק" בראשות מנהל רשות המסים, משה אשר, פרסם את המלצותיו להערוות הציבור ב-28 באוקטובר 2013. המלצותיו העיקריות הן סיווג מחדש של הכנסה מדיבידנד שהפיק יחיד באמצעות תאגיד שדרכו בעל השליטה מספק שירותים; סיווג מחדש של הלוואות שמשכו בעלי שליטה בתאגידים כהכנסה מדיבידנד או מעבודה; וכן תיקון הוראות ס' 77 לפקודת מס הכנסה המאפשר מיסוי רווחי התאגיד כהכנסה בידי בעלי המניות אף שרווחים אלו לא חולקו לבעלי המניות בפועל (דיבידנד קונסטרוקטיבי), זמין ב- taxes.gov.il/About/Documents/DochotVaadot/20%מסמך20%המלצות20%חברות20%ארנק20%להערוות20%הציבור.pdf (נבדק לאחרונה ב-25.1.2015).

⁸⁶ ע"א 2330/04 מנהל מס שבח אזור ירושלים נ' מלונות צרפת ירושלים, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק (פורסם בנבו, 21.5.2006); ע"א 6722/99 מנהל מע"מ תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון, פ"ד נח(3) 347, 341 (2004); ד"נ 16/82 פקיד השומה, תל-אביב נ' לידור, פ"ד לט(2) 757, פסק דינו של הנשיא שמגר והערתו של השופט ברק (1985); ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית, פ"ד לד(1) 802, 804, פסק דינו של השופט בכור (1979). ראו גם: יוסף אדרעי מבוא לתורת המסים: על מקורותיה, עקרונותיה, תכליתה והגיונה (1979). 97-96 (2008).

בישראל.⁸⁷ הבחנה חדה זו נעשית לשם התאמת תוצאות המס של עסקה למהותה הכלכלית.

בבסיס ההבחנה האמורה עומד שוני מושגי, אשר מצא ביטוי במטפורת ה"עץ" וה"פירות". מכירת נכס ההון – ה"עץ" – יוצרת רווח (או הפסד) הון בתמורה לאבדן מקור הפירות; לעומתה מכירת ההכנסות הנובעות משימוש באותו נכס הן "פירות העץ" – יוצרת הכנסה שוטפת. אולם השימוש במטפורת העץ והפירות לוקה במקרים רבים באותו קושי שהוא מבקש לפתור, בין היתר, כאשר עצם סיווג התקבול כ"עץ" או כ"פירות" הוא ששנוי במחלוקת.⁸⁸ סיווגה של עסקת הרכישה העצמית נתקלת גם היא בקושי האמור.

ניתן לכאורה לסווג מניה שנמכרת במסגרת רכישה עצמית של מניות כ"עץ", בהיותה מקור להכנסה שוטפת בצורת דיבידנד. אולם סיווג צורני זה אינו ממצה את מנעד המהויות הכלכליות שעשויות להיות לעסקת רכישה עצמית. שאלות כגון אם כל המניות שמחזיק בעל המניות יחדיו הן ה"עץ"; אם מכירת חלק מהן עולה כדי מכירת ה"עץ"; אם ה"עץ" הוא המניות עצמן, או עצם הזכויות שמקנה ההחזקה בהן וכיוצא באלה – אינן מקבלות מענה באמצעות מטפורה זו. לנוכח קשיים אלה, סיווגה של עסקת רכישה עצמית של מניות צריכה להיעשות תוך זניחת המטפורה האמורה, התעלמות מהמבנה הפורמלי שבחרו הצדדים לעסקה לאמץ, והתחקות אחר המהויות הכלכליות שבעסקה. משזוקקה אותה מהות כלכלית "אמיתית" יש להשוותה למאפיינים של מְטָרְיָה המס הרלבנטית – "הכנסה" מזה, ו"הון" מזה.⁸⁹

במילים אחרות, משמצאנו כי הנכסים שחילקה החברה מהווים תמורה עבור מכירת המניות, ונוכח ההלכה הקובעת כי "דין הפיצוי כדין הפרצה" נותר אפוא לקבוע את מהותה של התמורה שהשתלמה לבעלי המניות כתוצאה מהרכישה העצמית: אם "הכנסה" היא, אם "הון". כידוע, הפסיקה הצביעה על מבחני עזר לצורך ההבחנה בין הכנסה שב"הון" להכנסה שב"פירות" אך בשאלה שבנדון נראה כי אין בהם כדי לסייע (לפחות ביחס לחברות פרטיות אין לראות ב"מניות" הנמכרות, כנכס עצמאי ויש לבחון את הזכויות שמניות אלו מעניקות לבעל המניות).⁹⁰ כפועל יוצא,

⁸⁷ חמדני ודגן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 217.

⁸⁸ ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נ' ניסים (פורסם בנבו, 2.2.2014) (להלן: עניין ניסים). שם נדונה השאלה מהו סיווגם, לצורכי מס, של "מענק פיצול" ושל "מענק הפרטה" שקיבלו עובדי חברה ממעבידם עם פיצול החברה לשתי חברות והעברת החברות לידיים פרטיות. המענקים ניתנו בתמורה לויתור העובדים על זכותם להתנגד לשינויים הארגוניים. האם מדובר במכירת העץ או שמא במכירת פירותיו? לביקורת נוספת על השימוש במטפורת העץ והפירות ראו: חמדני ודגן, שם, בעמ' 226–227. ראו גם: ארדעי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 131–132. לטענה שמטפורת העץ והפירות משמשת כר פורה לתכנוני מס ראו: ישי בר "מיסוי אופציית סחירות – אתגר לדין-המס הנוהג" משפטים כז 451, 468–474 (1996).

⁸⁹ ארדעי, שם, בעמ' 132.

⁹⁰ עניין ניסים, לעיל ה"ש 88, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות; לדיון במבחני המשנה

יש לדעתנו לסווג הכנסה ממכירת מניות שאינה משנה באופן מהותי את שיעור האחזקות בחברה כהכנסה מדיבידנד;⁹¹ לעומת זאת הכנסה ממכירת מניות שמשנה את שיעור האחזקות בחברה יש לסווג כעסקה מעורבת הכוללת "הכנסה משותפת" ו"הון":

העסקה הראשונה עניינה חלוקת דיבידנד בין כלל בעלי המניות. התמורה שתתקבל במסגרת עסקה זו תסווג בידי בעלי המניות כהכנסה מדיבידנד, הכנסה מדיבידנד "ממשי" ביחס לבעלי המניות שמכרו מניותיהם והכנסה מדיבידנד "קונסטרוקטיבי" ביחס לבעלי המניות שלא קיבלו תמורה מהחברה למעט הגידול בשיעור אחזקתם בחברה.

העסקה השנייה שעניינה שינוי מאזן האחזקות בחברה תסווג אפוא כעסקת מכר בין בעלי המניות. היינו, יש לראות את בעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה ירד כמי שמכרו מניותיהם לבעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה עלה בתמורה לדיבידנד הקונסטרוקטיבי שמוסו האחרונים. להשלמת ניתוח עסקה זו יש להוסיף ליתרת המחיר המקורי של בעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה עלה את ההכנסה מהדיבידנד הקונסטרוקטיבי שמוסו שהועברה לבעלי המניות שמכרו מניותיהם. הניתוח המוצע כפוף לעמידה בשתי דרישות נוספות: דרישת ההתעשרות כתנאי להטלת מס ודרישת מימוש ההכנסה בידי הנישום, כמפורט להלן.

3.2. "התעשרות" או גידול ביכולת כלכלית כתנאי להטלת מס

דרישת ה"התעשרות", שעניינה הדרישה ל"גידול ביכולתו הכלכלית של הנישום" כתנאי להטלת מס הכנסה, היא אחד המאפיינים המרכזיים ביותר בבסיס מיסוי "הכנסה". כלל יסוד בשיטת המס בישראל הוא שאין לאדם "הכנסה" אם היא אינה משקפת תוספת לעושרו או גידול ביכולתו הכלכלית.⁹² הכנסה אינה חייבת להיות בכסף, שכן היא יכולה להיות גם "בעין", כלומר בנכסים אחרים שווי כסף. להבדיל, קבלת נכסים בידי אדם שאינה כרוכה בהתעשרותו, דינה אינו כדין הכנסה. כך, למשל, קבלת הלוואה בתנאי שוק כוללת אמנם קבלת כספים, אך כנגד כספים אלה עומדת

שאימצה הפסיקה ביחס להבחנה בין סוגי ההכנסות ראו: ע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח תקווה, פס' 19-20 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.3.2009); לעניין היבטי המס בחברות נסחרות ראו: דיון בסעיף ד.3.

⁹¹ בשולי הדברים, אנו ממליצים לשקול בעסקאות רכישה עצמית של מניות (בין בנוגע לרכישה עצמית פרופורציונלית ובין בנוגע לרכישה עצמית דיספרופורציונלית) שלא למסות חלק מהתמורה שמקבל בעל המניות בגין החלק היחסי של סכום ההשקעה המקורי שהשקיע בעל המניות בחברה. תמורה זו תופחת מיתרת המחיר המקורי של בעל המניות. לחלופין, מוצע להבהיר כי מרכיב זה ייחס ליתרת המחיר המקורי של בעל המניות ביתר אחזקותיו בחברה.

⁹² רפאל ולזר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 39-46.

התחייבות להשיבם, ולכן הם אינם בגדר הכנסה.⁹³ אנו סוברים כי במרבית עסקאות הרכישה העצמיות של המניות, בעלי המניות אשר מכרו מניותיהם בתמורה לנכסים או למזומן – התעשרו. התעשרות זו מותנית בכך שהתמורה שקיבלו עולה על יתרת המחיר המקורי של המניות שמכרו לחברה. הוא הדין באשר לבעלי המניות שלא מכרו את מניותיהם ואשר שיעור אחזקתם בחברה עלה בעקבות הרכישה העצמית. לכאורה בעלי מניות אלה לא התעשרו. אמנם שיעור אחזקתם בחברה גדל, אך אין בכך התעשרות משום ששווי החברה פחת בסכום ששילמה החברה לבעלי המניות שמכרו מניותיהם. משכך לכאורה, ערך מניותיהם ירד ו"התקזז" עם הגידול בשיעור אחזקותיהם. גם באשר לבעלי מניות אלה, כפי שיובהר להלן, אנו סוברים כי דרישת ההתעשרות מתקיימת.

נבהיר, בעלי המניות לא מוסו על עליית ערך המניות שבבעלותם באופן שוטף (עליית ערך שנובעת, בין היתר, מפעילותה הרווחית של החברה בתקופה בה החזיקו במניות החברה).⁹⁴ לכן, בחינת התעשרות בעל המניות בנקודת הזמן של הרכישה העצמית של המניות עשויה להיות מטעה בענייננו. אנו סוברים כי יש לבחון אם התעשר בעל המניות ביחס לתקופה בה החזיק במניות החברה ולא ביחס לנקודת הזמן בה בוצעה הרכישה העצמית.

עם זאת, לא כל התעשרות נחשבת ל"הכנסה" המצדיקה חיוב במס. כאשר יש לנישום פוטנציאל התעשרות שטרם מומש, ישנם שיקולים המצדיקים לדחות את החיוב במס.⁹⁵ על פי שיקולים אלה, התעשרות כשלעצמה אינה מצדיקה חיוב במס, אלא אם כן היא התעשרות ממומשת ובמקרים מסוימים רק כאשר באפשרות הנישום לממשה.⁹⁶ משכך, השאלה אינה מי הם אלה אשר "התעשרו" במסגרת עסקת הרכישה העצמית, אלא מי הם אלה אשר יש לראות בהתעשרותם כ"ממומשת".

3.3. עקרון המימוש

לפי שיטת המס בישראל, בדרך כלל אין אדם חייב במס הכנסה על רווח שטרם

⁹³ אדרעי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 114.

⁹⁴ נמחיש עיקרון זה באמצעות הדוגמה הבאה: שני בעלי מניות א' ו-ב' הקימו חברה בהשקעת בעלים של 100,000 ש"ח. החברה עשתה חיל בעסקיה והרוויחה מיליוני שקלים מידי שנה. בעלי המניות בחברה, ששווי אחזקותיהם בחברה האמיר, לא מוסו על התעשרותם זו. ברם, אין לקבל לדעתנו את הטענה כי בעלי המניות לא התעשרו מהשקעתם בחברה.

⁹⁵ אדרעי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 120.

⁹⁶ רפאל ולזר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 804-809; תמיר שאנן "עשרים שנה להלכת קבוצת השומרים: עיון מחודש בכללים לדיווח על בסיס מזומן/מצטבר" **מיסים** כו(5) א-1 (2012); עמ"ה (מחוזי ב"ש) 530/04 דגן נ' פקיד שומה אילת, מסים כ(3) ה-182 (2006). מנגד, ראו את גישת בית המשפט בעמ"ה (מחוזי ב"ש) 16/89 לוי נ' פקיד שומה אשקלון, מסים ח(1) ה-106 (1993).

מומש.⁹⁷ במילים אחרות, בשיטתנו המשפטית מס יוטל על התעשרותו של הנישום רק כאשר המיר את אחזקותיו במזומנים או בנכסים אחרים. שלוש הצדקות עומדות בבסיס עקרון המימוש: ראשית, כל עוד לא נמכר נכס מסוים, ההתעשרות ממנו אינה ודאית. לכן, כל עוד לא מומשה ההשקעה, ואי-אפשר לקבוע אם התעשר הנישום, אין מקום לחיבו בתשלום מס.⁹⁸ ואכן, תשלום מס על דיבידנד מותנה בדין הנוהג בקיומה של התעשרות "מוכחת", באמצעות מבחן הרווח שבחוק החברות.⁹⁹ שנית, גם בהנחה שיש רווח (או הפסד) מן ההשקעה, עשוי להתעורר קושי להעריך את שווי כל עוד לא נמכר הנכס לצד שלישי. שלישית, גם אם יש ודאות ואפשר להעריך את שווי הרווח (או ההפסד), לא מן הנמנע שהחיוב בתשלום המס לאלתר ידחק את הנישום למצב של קשיי נזילות בשל הצורך לשלם את המס בגין התעשרות ספקולטיבית שספק אם תמומש בעתיד.¹⁰⁰

על רקע שני עקרונות אלה ניתן אפוא לשוב לדיון בעסקת הרכישה העצמית של מניות על ידי חברה מבעלי מניותיה. האם עסקה זו היא עסקה שיש בה התעשרות ממומשת?

אשר לבעל המניות המוכר את מניותיו לחברה ומקבל מהחברה תמורה, אין ספק לדעתנו שהמכירה מהווה התעשרות ממומשת לצורכי מס. בעל המניות מקבל מן החברה כספים (או נכסים אחרים) בתמורה למניותיו. בנסיבות מסוימות, מנקודת מבטה של החברה עסקה זו אינה שונה מחלוקת דיבידנד לבעלי המניות. בשני סוגי חלוקה אלה החברה מעבירה מעושרה לידי בעלי המניות ואינה מקבלת תמורה בעלת ערך כלשהו בגינו, שכן עבור החברה למניותיה שלה אין ערך ממשי. לכן, בנסיבות שבהן העסקה לא נעשתה משיקולים של צרכי החברה,¹⁰¹ אלא לצרכיהם של בעלי המניות, הכספים שחילקה החברה לבעל המניות המוכר בלא תמורה ממשית מבחינתה, אינם אלא "דיבידנד" לצרכי מס.

ומה דינו של בעל מניות שלא מכר את מניותיו או שמכר שיעור קטן ממניותיו בחברה בהשוואה לבעלי המניות האחרים ובעקבות הרכישה העצמית עלה שיעור אחזקותיו בחברה? בעל מניות זה לכאורה אינו מעורב בפעולת הרכישה העצמית. הוא אף אינו מוכר את מניותיו אלא ממשיך להחזיק בהן. בעקבות הרכישה העצמית,

⁹⁷ בר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 454.

⁹⁸ דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" **משפטים** כא 531 (1991).

⁹⁹ שאלת תנאי ההתעשרות לשם חיוב במס על דיבידנד שנויה במחלוקת, אך הפרקטיקה המקובלת כיום היא שאין למסות בהיעדר התעשרות. לעמדה המבקשת למסות גם בהיעדר התעשרות ראו: חמדני ורגן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 217-218; עניין פרל, לעיל ה"ש 32, פס' 33-55 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

¹⁰⁰ בר, לעיל ה"ש 88; ע"א 510/80 פקיד שומה י-ם נ' דפוס המרכז, פד"א יב 6, 10 (1982).

¹⁰¹ להרחבה באשר לשיקולים אלה ראו: הדיון שלעיל תחת הכותרת "3. רכישה עצמית של מניות – מהותה והצדקותיה".

ירד לכאורה ערך מניותיו בשווי התמורה ששולמה לבעלי המניות שמכרו את מניותיהם; אולם כנגד ירידת ערך זו, עלה שיעור אחזקותיו בשווי ההכפלה של שיעור אחזקותיו החדש בשיעור אחזקותיהם של ה"מוכרים". נשאלת אפוא השאלה אם יש לראות בגידול בשיעור אחזקותיו משום אירוע "מימוש" לצורכי מס.¹⁰²

לדעתנו, התבוננות בשינוי בערך מניותיו של בעל המניות אינה ממצה את בחינת כל התועלות שהוא עשוי להפיק מעסקת הרכישה העצמית. השינוי בערך מניותיו רלוונטי לבחינת השינוי בזכותו לקבל את רווחי החברה העתידיים. אולם פרט לזכות לקבלת רווחים – שהיא אחת משתי זכויותו העיקריות – בעל המניות מחזיק בזכות הצבעה באספה הכללית של בעלי המניות.¹⁰³ עצם הגדלת זכויות ההצבעה עשוי להביא במקרים מסוימים תועלת ממשית לבעל המניות. עלייה בשיעור אחזקתו עשויה במקרים מסוימים להעביר לו את השליטה בהחלטות החברה או את האפשרות למנוע פעולות שונות במקרים שבהם נדרש רוב מיוחס של בעלי המניות. במקרים אלה עלייה בשיעור האחזקה עשויה להוות התעשרות ממומשת. לפיכך, לדעתנו ניתן ואף רצוי לראות בגידול אחזקותיו של בעל מניות שנותר בתאגיד, בעקבות רכישה עצמית של מניות, כממלא את דרישת המימוש שבבסיס שיטת המס בישראל.¹⁰⁴

אמת, הקביעה שגידול באחזקות התאגיד ממלא את דרישת המימוש לצורכי מס עלולה ליצור קשיי נזילות לבעל המניות לשלם את המס הנובע מאירוע זה. כזכור, קשיים אלה הם אחד מן הטעמים לעקרון המימוש, כלומר שלא להטיל חבות מס על נישום שהתעשר אך התעשרותו טרם מומשה. גם המחוקק הכיר בקשיים אלה ובנסיונות מסוימות מצא שלא לחייב במס נישומים שהתעשרותם ודאית אך טרם מומשה.¹⁰⁵ אך דומה כי קושי זה אינו מצדיק שלילה גורפת של הטלת מס בעסקה של רכישה עצמית של מניות.

יישום דווקני של עקרון המימוש בעסקה של רכישה עצמית עלול לאפשר לנישומים לעשות שימוש בפעולה זו כדי לעקוף את כללי הסיווג הרגילים המבחינים בין "הון" ל"הכנסה שוטפת" ובכך לבחור בתוצאות מס רצויות כגון בחירות עיתוי תשלום המס, בחירת שיעורו או קבלת פטור ממנו. שימוש במניפולציות אלה אינו ייחודי להבחנה בין דיבידנד לבין רכישה והוא נעשה בהקשרים שונים.

צביעתה של עסקת רכישה עצמית, במקרים מסוימים, במאפיינים של מכירה

¹⁰² קריב, לעיל ה"ש 78.

¹⁰³ זכויות בעלי המניות כוללות את זכות ההצבעה באספת בעלי המניות (שכוללת בין היתר את הזכות למנות מנהלים), הזכות לקבל דיבידנד, זכות לתבוע פיזוק או הקפאת הליכים בחברה, הזכות לעיין במסמכי החברה ועוד. ראו: חביב סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 201–342; פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 423–424.

¹⁰⁴ בר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 454–455 ו-459; חמדני ודגן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 244–245.

¹⁰⁵ לדוגמה, על פי הדין המצוי, עליית ערך של מניה נסחרת (שלגביה שווי שוק ידוע) אינה מהווה אירוע מס ואינה ממוסה. אירוע המס נדחה עד למועד מכירת המניה.

הונת, מאפשרת לנישום לדחות את אירוע המס, בהתאם לעקרון המימוש החל על עסקאות הונות, עד למועד חיסול ההשקעה. השימוש בהקטנת ערך הבסיס של נכס ההון כהחזר השקעה לשם קבלת נכסים מן החברה שבבעלותו מאפשרת להימנע מתשלום מס על דיבידנד במועד החלוקה, ולהותירו למועד חיסול החברה או חיסול מוחלט של השקעתו.

נזכיר כי עקרון המימוש, בשונה מדרישת ההתעשרות המהותית, נועד לגשר על מגבלות פרקטיות שעניינן החובה של הנישום לשלם מס בגין התעשרות לכאורה הודות לנכס שאי-אפשר לממשו בהיעדר שוק או בשל עלויות עסקה יקרות שבעטיין עשוי מחיר המכירה להיות נמוך במידה ניכרת משווי השוק של אותו נכס. כאמור, עקרון המימוש לא אומץ במלואו בשיטת המס הישראלית, עורר ביקורת מצד חוקרים באקדמיה,¹⁰⁶ וגם הפסיקה הביעה הסתייגות ממנו במקרים שאימוץ דווקני של עיקרון זה גרם לעיוותי מס.¹⁰⁷

בענייננו, וזה העיקר, כאשר ההחלטה על רכישה עצמית של מניות התקבלה בידי בעלי השליטה בחברה, קשה לקבל טענה של קשיי נזילות. בעלי השליטה בחברה יכולים להביא לחלוקת רווחי החברה בין בעלי המניות לצורך תשלום המס שהוטל עליהם והם אלה שהחליטו על ביצועה של עסקת הרכישה העצמית. בנסיבות אלה פוחת הטעם לדחות את אירוע המס עבורם מן הטעם של "היעדר מימוש" ויש למסותם עם השלמתה של עסקת הרכישה העצמית. שונה הדין באשר לנישום שהוא בעל מניות מיעוט שאין לו יכולת להשפיע על חלוקת רווחי החברה. לגבי נישום זה, דומה כי יש טעם ממשי בדחיית אירוע המס. דחייה זו מוצדקת לדעתנו אף ביחס לציבור בעלי מניות בחברות שמניותיהן נסחרות, שאינם יכולים לכוון את מדיניות חלוקת הרווחים.

3.4. סיכום ביניים ודוגמאות להמחשה

לסיכום, אנו סוברים כי יש להבחין בין עסקת רכישה עצמית פרופורציונלית המהווה דוגמה לחלוקת רווחי החברה לבעלי מניותיה לבין עסקת רכישה עצמית דיספרופורציונלית המהווה בעצם עסקה מעורבת הכוללת חלוקת רווחי החברה ועסקת מכר בין בעלי המניות. נדגים עקרונות אלו במספר דוגמאות שתמחשנה את הדין הרצוי אותו יש לאמץ בענייננו.

¹⁰⁶ בר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 481.

¹⁰⁷ ראו דברי השופט זוסמן בע"א 217/65 כהן נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד כ(2), 421, 440-446 (1966); על מגמת הפסיקה בעניין זה ראו: בר, שם.

3.4.1. רכישה עצמית פרופורציונלית

בהתאם לעיקרון שהצענו ברשימה זו, הואיל וברכישה עצמית פרופורציונלית אין לראות במכירת המניות משום מכירה משום שלא נפרדו בעלי המניות מזכויות מהותיות בחברה, יש לראות את התמורה המתקבלת מהחברה כהכנסה מדיבידנד. נדגים עיקרון זה באמצעות הדוגמה הבאה: שני בעלי מניות א' ו-ב' הקימו חברה, וכל אחד מהם השקיע סך של חמישה מיליון ש"ח. כל אחד משני בעלי המניות מחזיק במחצית הזכויות בחברה. החברה רכשה נכסים ומכרה נכסים אלו תמורת 16 מיליון ש"ח. החברה רכשה מניותיה בשווי 2 מיליון ש"ח באופן פרופורציונלי מכלל בעלי מניותיה.

במצב זה יתרת המחיר המקורי של מניותיו של כל אחד מבעלי המניות היא חמישה מיליון ש"ח אולם שווי אחזקותיהם הוא 8 מיליון ש"ח (לפני מס). אנו סוברים כי במצב זה יש לסווג את התקבול בסך מיליון השקלים, שכל אחד מבעלי המניות יקבל, כהכנסה מדיבידנד (או לחלופין לשקול פיצול התמורה לשני מרכיבים: האחד ייחשב להפחתת יתרת המחיר המקורי של המניות שנמכרו לחברה והאחר – יתרת התמורה – תיחשב להכנסה מדיבידנד).

3.4.2. רכישה עצמית דיספרופורציונלית

אנו סוברים, כי ברכישה עצמית דיספרופורציונלית, יש לסווג את הכספים שחילקה החברה כחלוקת רווחים לכל בעלי מניותיה על פי שיעור אחזקתם (ערב עסקת הרכישה העצמית). מעבר לכך, יש לראות בשינוי בשיעורי האחזקה בחברה כעסקת מכר בין בעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה גדל לבין בעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה פחת, שהתמורה בה תהיה בגובה ההכנסה מהדיבידנד הקונסטרוקטיבי, שיוחס לבעלי המניות אשר שיעור אחזקתם בחברה גדל. נדגים עיקרון זה באמצעות הדוגמה שבסעיף ג.4.1. לעיל, אך בהבדל אחד והוא שאחד משני בעלי המניות מחסל את אחזקותיו בחברה תמורת תשעה מיליון ש"ח.

אנו סוברים כי כאשר שיעור האחזקות משתנה עקב ביצוע רכישה עצמית דיספרופורציונלית של מניות, יש לפצל את התקבול שתחלק החברה לבעל המניות שמכר מניותיו, להכנסה מדיבידנד בשווי המכפלה של שיעור אחזקותיו בחברה ברווחי החברה, ואת יתרת התמורה שקיבל בעל המניות המוכר יש לסווג כהכנסה שב"הון". כלומר, בנתוני דוגמה זו, את התקבול בסך תשעה מיליון ש"ח יש לפצל כך: שלושה מיליון ש"ח יש לסווג כהכנסה מדיבידנד; שישה מיליון ש"ח יש לסווג כתמורה הונית שבגינה נצמח רווח הון בגובה 1 מיליון ש"ח.

זאת ועוד, אנו סוברים כי אין מניעה להטיל מס גם על בעל המניות ששיעור אחזקותיו בחברה עלה עקב הרכישה העצמית. לדעתנו, הגידול בשיעור האחזקה

בחברה מהווה הטבה שניתן ואף רצוי למסותה כהכנסה מדיבידנד בשווי המכפלה של סך התשלום ששילמה החברה לבעלי המניות שמכרו מניותיהם בשיעור אחזקותיהם של בעל המניות ששיעור אחזקותיהם בחברה עלה, אך לא יותר ממכפלת רווחי החברה בשיעור אחזקותיהם של בעלי המניות אלה. מיותר לציין כי הכנסה זו תיווסף ליתרת המחיר המקורי של בעלי המניות במניות החברה שבבעלותם.

כלומר בנתוני דוגמה זו, יש לייחס לבעל המניות שהגדיל אחזקתו בחברה, הכנסה מדיבידנד בסך שלושה מיליון ש"ח (לכאורה היה ניתן לייחס לבעל המניות הכנסה בסכום גבוה יותר של 4.5 מיליון ש"ח, אולם בשל מגבלת תקרת רווחי החברה יש לייחס לבעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברה עלה הכנסה בשווי הכפלת רווחי החברה בשיעור אחזקותיהם ערב הרכישה העצמית).

3.5. חריגים שאינם מקיימים את דרישת ההתעשרות/המימוש

3.5.1. דחיית אירוע המס לבעלי מניות שאינם מהותיים

כאמור, כאשר ההחלטה על רכישה עצמית של מניות התקבלה בידי בעלי השליטה בחברה, פוחת הטעם בדחיית אירוע המס מטעמים של היעדר מימוש. לעומת בעלי מניות אלה, לנישום שהוא בעל מניות מיעוט אין לו יכולת להשפיע על חלוקת רווחי החברה ולא היה בכוחו להשפיע על ביצוע הרכישה העצמית. שיעור הגידול באחזקותיו בחברה בעקבות הרכישה העצמית הוא זניח, ולכן גובר הטעם לדחות את אירוע המס עבורו עד לחיסול אחזקותיו בחברה (או מכירת חלקן). לפיכך אנו מציעים שלא לייחס הכנסה מדיבידנד קונסטרוקטיבי לבעל מניות שאינם בעל מניות מהותיים.¹⁰⁸ מנגד, מוצע לייחס הכנסה מדיבידנד עקב רכישה עצמית דיספרופורציונלית של מניות לא רק לבעל המניות שמוכר מניותיו בתאגיד אלא גם לבעל מניות מהותי שהגדיל אחזקותיו בחברה.

3.5.2. רכישה עצמית הנדרשת לאישור בית המשפט (בהיעדר רווחים)

אנו סוברים כי אין למסות בעלי מניות שמכרו מניות לחברה שהקצתה מניות אלו, אם השקעתם בחברה לא נשאה פרי. במקרים אלו לא מתקיים מרכיב ההתעשרות שהינו תנאי להטלת מס בשיטתנו המשפטית.

נדגים עיקרון זה באמצעות הדוגמה הבאה: שני בעלי מניות א' ו-ב' הקימו חברה וכל אחד מהם השקיע סך של חמישה מיליון ש"ח. כל אחד משני בעלי המניות מחזיק במחצית הזכויות בחברה. החברה רכשה נכסים בהון הראשוני שהושקע בה ומכרה

¹⁰⁸ כהגדרתו בס' 88 לפקודת מס הכנסה.

נכסים אלו תמורת 6 מיליון ש"ח (כלומר החברה צברה הפסד בסך 4 מיליון ש"ח). החברה רכשה מניותיה בשווי 2 מיליון ש"ח תוך שמירת יחסי האחזקה בחברה. במצב זה יתרת המחיר המקורי של כל אחד מבעלי המניות היא חמישה מיליון ש"ח אולם שווי אחזקותיהם הוא 3 מיליון ש"ח. אנו סוברים כי במצב זה אין לסווג את התמורה שקיבל כל אחד מבעלי המניות בסך מיליון השקלים כהכנסה מדיבידנד, הואיל ולא התקיימה דרישת ההתעשרות עליה עמדנו לעיל. עם זאת, איננו סוברים כי יש להתיר לבעלי המניות להכיר בהפסד ממכירת מניות אלו עד למועד המוקדם מבין מכירת המניות לצד שלישי או לפירוק החברה.

בדומה לכך, גם כאשר רק אחד מבעלי המניות בחברה יבקש למכור את מניותיו (כולן או חלקן), אין לסווג את התקבול שתחלק החברה לבעל המניות שמכר מניותיו, או את הזכויות הנוספות שקיבל בעל המניות ששיעור אחזקותיו בחברה עלה עקב הרכישה העצמית, כהכנסה חייבת. בנוסף, גם במקרה זה אנו מציעים שלא לאפשר למי מבעלי המניות להכיר בהפסד שנוצר.

נשאלת אפוא השאלה, כיצד נדע אם חברה המחלקת נכסיה לבעלי מניותיה בעקבות רכישה עצמית של מניות, מחלקת נכסים אלו מתוך "רווחי החברה" או שמא מתוך הונה הראשוני. דומה כי התשובה על כך מצויה בחוק החברות הקובע כי דירקטוריון חברה ראוי לחלק את נכסי החברה לבעלי המניות כאשר לחברה רווחים, ובלבד שלאחר החלוקה תוכל החברה לפרוע את התחייבויותיה. חוק החברות כאמור מתיר לדירקטוריון החברה לחלק את נכסי החברה לבעלי מניותיה גם כאשר לחברה אין רווחים, אולם חלוקה זו מותנית באישור בית משפט (אישור על כך שעצם החלוקה לא יביא את החברה לחדלות פירעון).

לפיכך, אנו מציעים להניח (או לקבוע חזקה הניתנת לסתירה) כי חברה המחלקת נכסיה בלא אישור בית המשפט נעשית מתוך רווחי החברה, ואילו חלוקה באישור בית המשפט נעשית מתוך הונה המקורי של החברה.¹⁰⁹

¹⁰⁹ כך, למשל, מקרה שבו חברה רכשה נכסים, ערכם עלה, אולם החברה טרם מכרה נכסים אלו. במקרה זה החברה ובעלי מניותיה התעשרו, אולם החברה טרם רשמה הכנסה/רווחים אלו כיוון שלא מימשה את השקעתה). על כן אנו סוברים כי יש לאמץ חזקה הניתנת לסתירה (הן על ידי הנישום והן על ידי רשות המס) שרכישה עצמית של מניות המתבצעת בלא באישור בית המשפט, נעשית בין היתר ואולי בעיקר מתוך רווחי החברה, ואילו רכישה עצמית של מניות המתבצעת באישור בית המשפט, נעשית בלא מתוך רווחי החברה. ראו: רפאל ולור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 186; כן ראו: ע"א 9670/05 גיל חברה לפיתוח ותעשיות נ' פקיד השומה תל אביב, פס' 51-29 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.6.2008). שם הוצא צו לפירוק חברה ציבורית וערב הוצאת הצו חילקה החברה דיבידנד לבעלי מניותיה. מהדיבידנד שחילקה החברה נוכה מס במקור והמפרק תבע מרשות המס להשיב את המס שנוכה במקור. בית המשפט חייב את פקיד השומה להשיב את הסכום שנוכה במקור.

ט. הערות משלימות בנוגע לסוגיות נוספות שהתעוררו בעניין גולן, ברנובסקי ובר ניר

נבקש לייחד מספר מלים לשתי סוגיות נוספות העולות במשתמע מקריאת פסקי הדין בפרשות גולן, ברנובסקי ובר ניר.

1. רכישה עצמית של מניות כ"עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה

המשותף לשלושת פסקי הדין שברשימה זו היה שבית המשפט קיבל את הטענה החלופית שהציגו פקידי השומה ולפיה הרכישה העצמית של המניות היא "עסקה מלאכותית", ובשל כך אפשר לסווג את ההכנסה מחדש.

תכנון מס, כידוע, אינו מגונה מיסודו (mala per se), אך בנסיבות מסוימות יראה בו הדין בלתי לגיטימי.¹¹⁰ סעיף 86 לפקודת מס הכנסה מסמיך את פקיד השומה להתעלם מעסקה המפחיתה, או העלולה להפחית את סכום המס המשתלם על ידי אדם פלוני, אם הוא סבור כי מדובר בעסקה מלאכותית או בדויה, או שהסבה פלונית אינה מופעלת למעשה, או כי אחת ממטרותיה העיקריות של העסקה היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות.¹¹¹ בחינת מלאכותיותה של העסקה נעשית באמצעות הערכה ערכית של מטרת העסקה והאמצעים להגשמתה, ובכללם מידת השימוש לרעה בכללי הדין ובמוסדותיו.¹¹²

בספרות הוצע סיווג של תכנוני המס לשלושה סוגים.¹¹³ הראשון הוא תכנון מס "חיובי". תכנון זה מתאפשר מניצול תמריצי מס שנתן המחוקק.¹¹⁴ תכנון נוסף הוא תכנון מס "ניטרלי". תכנון זה מתבסס על נטלי מס הנגזרים מאופציות מס הנתונות לנישום, ואשר אינן נובעות ממדיניות תמריצים דווקא. תכנון זה מניח שהמחוקק אדיש לאפשרויות השונות לקביעת חבות המס, חרף השוני בנטלי המס.¹¹⁵ הסיווג השלישי מכונה תכנון מס "שלילי". אלה הם תכנוני מס שמתאפשרים בשל פְּרָצות בחקיקה שאינן מדעתו של המחוקק. הפרצות בחוק מאפשרות לנישום לתכנן את פעילותו באופן שיסכל את כוונת המחוקק באמצעות יצירת אירוע מס דומה במהותו

¹¹⁰ ע"א 10666/03 שיטריט נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.1.2006).

¹¹¹ ס' 86 לפקודת מס הכנסה.

¹¹² ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' רובינשטיין חברה לבנין פיתוח ומימון, פ"ד נז(5) 915, 926 (2003) (להלן: עניין רובינשטיין).

¹¹³ דוד גליקסברג גבולות תכנון המס: סיווג חדש של עסקאות לצורך מס (1990).

¹¹⁴ שם, בעמ' 171-172.

¹¹⁵ שם, בעמ' 172-174.

לאירוע מס מוכר ומוגדר בחקיקה, אך המאופיין בנטל מס קטן (או נוח יותר) מזה שנקבע בחוק לאותו אירוע מס מוכר.¹¹⁶ המלומד גליקסברג, אשר הציע סיווג משולש זה לתכנוני המס, סובר כי אל לו לפקיד השומה להשתמש בשיקול הדעת הנתון לו מכוח סעיף 86 לפקודת מס הכנסה כדי לצאת נגד תכנוני מס שהם "חיוביים" או "ניטרליים".¹¹⁷ הפסיקה אימצה סיווג משולש זה בעיקר לשם "בהירות ניתוח ודיוק המחשבה"¹¹⁸ בעת ניתוח עסקאות החשודות כמלאכותיות; אולם לא אומצה עמדה שרק תכנוני מס שליליים הם בלתי לגיטימיים, או כי הם בהכרח בלתי לגיטימיים.¹¹⁹ המבחן המרכזי לעסקה מלאכותית הוא מבחן הטעם המסחרי.¹²⁰ מבחן זה בוחן אם לעסקה יש טעם כלכלי ממשי מלבד המטרה של חיסכון במס, ולפיו עסקה שאין לה טעם מסחרי מלבד הטעם להימנע ממס היא עסקה מלאכותית.

על רקע סקירה זו נקל להבין כי רכישה עצמית של מניות אינה כשלעצמה עסקה מלאכותית מבחינת דיני המס. הבחירה במתווה של רכישה עצמית דיספרופורציונלית עשויה במקרים מסוימים להיות "דלה במס" ובמקרים אחרים "עתירה במס".¹²¹ במילים אחרות, הבחירה לבצע רכישה עצמית של מניות אינה מהווה כשלעצמה עסקה מלאכותית. אמת, רכישה עצמית דיספרופורציונלית עשויה להיכנס לגדרי תחולת הנורמה האנטי-תכנונית. אלא שבמקרים רבים, כפי שנסקר בפרק השני, לרכישה עצמית דיספרופורציונלית עשויים להיות טעמים מסחריים לגיטימיים. בין היתר, הרכישה העצמית עשויה לשרת תכלית של חלוקה מחדש של שיעורי האחזקה בחברה פרטית, ובחברות ציבוריות הרכישה העצמית עשויה לשרד מסר לשוק ששווי המניה הנסחר נמוך משוויה הכלכלי או לצמצם אפשרויות של השתלטות עוינת על החברה.¹²²

כדי שעסקת רכישה עצמית של מניות תסווג כעסקה מלאכותית נדרש שהטעם

¹¹⁶ שם, בעמ' 174.

¹¹⁷ שם, בעמ' 179–180.

¹¹⁸ בלשונו של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 450/97 **תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 440, 427 (1998).

¹¹⁹ ע"א 2965/08 **סגנון שרותי תקשוב נ' פקיד שומה פתח-תקווה**, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.6.2011): "אכן, לא כל עסקה המבוססת על תכנון מס שלילי תיחשב לעסקה מלאכותית". עסקה שכזו תיבחן על-פי הנורמות האנטי-תכנוניות, והמבחנים שהותוו בפסיקה להפעלתן, במטרה לבדוק אם ניצול היתרון המיסוי לגיטימי הוא, אם לאו".

¹²⁰ עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 112, בעמ' 925.

¹²¹ כך, למשל, רכישה עצמית דיספרופורציונלית של מניות עשויה שלא להתחייב במס כלל במקרים שבהם בעל המניות בחברה הינו חברה (הרכישה העצמית של המניות מבוצעת על בין חברת בת וחברת האם) וזאת משום שדיבידנד בין חברות תושבות ישראל אינו חייב במס. ראו: ס' 126(ב) לפקודת מס הכנסה.

¹²² ראו הדיון שלעיל תחת הכותרת "3. רכישה עצמית של מניות – מהותה והצדקותיה".

העיקרי לעריכתה יהיה הפחתת מס. במילים אחרות, ובלשון המבחן בפסיקה, נדרש שלא יהיה לעסקה טעם מסחרי ממשי. למסקנה דומה ניתן להגיע גם על פי סיווג העסקה כ"תכנון מס שלילי". כזכור, תכנון מס שלילי מתאפיין בסיכול כוונת המחוקק באמצעות יצירת אירוע מס הדומה במהותו לאירוע מס מוכר ומוגדר בחקיקה, אך המאופיין בנטל מס קטן (או נוח יותר) מזה שנקבע בחוק לאותו אירוע מס מוכר. משמעות הדבר היא שאם עסקת הרכישה העצמית דומה במהותה לאירוע שהדין הכללי מגדיר באופן אחד, אך ניתן לכאורה לסווג הכנסה מעסקה זו לצורכי מס באופן אחר, ובכך להפחית את נטל המס (או להקל את תנאיו), יש לסווג את הדיווח בעסקה

זו מחדש מכוח סמכות פקיד השומה לפי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה.¹²³

כזכור, רכישה עצמית של מניות היא מקרה פרטי של מכירת נכס המתחייבת על פי רוב מכוח חלק ה' לפקודת מס הכנסה.¹²⁴ לשם קיומו של אירוע מס במישור ההוני נדרשת "מכירה" של אותו "נכס", ונדרש שהתמורה בעסקת המכר תעלה על יתרת מחירו המקורי של הנכס שנמכר. על פי הגדרות אלה, מכירה של מניות מבעל מניות לחברה שהנפיקה אותן היא מכירה של נכס, הואיל ובעל המניות מוכר את מניותיו לחברה ומקבל בעדן תמורה. לכן, בצורתה הפורמלית, רכישה עצמית של מניות נחזית לכאורה לעסקת מכר הונית. ואולם, במהותה, ייתכן כי אין היא אלא עסקה פירותית, שיש לסווגה כקבלת דיבידנד או כעסקה מעורבת, הכוללת מרכיב פירותי של חלוקת דיבידנד ומרכיב הוני של מכירת נכס.

כפי שטענו ברשימה זו, כאשר מטרת הרכישה העצמית של המניות היא "מימוש" התעשרות בעל מניות, בעין או בכסף, באמצעות חלוקת נכסי החברה לבעלי המניות או באמצעות גידול בשיעורי האחזקות של בעל המניות בחברה, יש לדעתנו להכיר בהכנסה ולסווגה כ"דיבידנד" לבעל המניות ששיעור אחזקותיו בחברה גדל, וכהכנסה מעורבת הכוללת דיבידנד, ובמקרים מסוימים אף רווח הון, לבעל המניות שמכר מניותיו בחברה ושיעור אחזקותיו בחברה ירד. ואולם, אם בנסיבות המקרה בחר הנישום להתעלם מדיני התאגידים ולא סיווג הכנסה זו כחלוקת דיבידנד, ואי-הסיווג הביא להפחתה (או הקלה) בנטל המס של הנישום, יש לאפשר לפקיד השומה לסווג מחדש הכנסות אלו בידי הנישום לא מכוח היותה של העסקה מלאכותית, אלא מכוח סמכותו הטבועה של פקיד השומה לסווג מחדש הכנסה מעסקה שדווחה שלא כדין.¹²⁵

¹²³ ס' 86 לפקודת מס הכנסה.

¹²⁴ ס' 88-105 לפקודת מס הכנסה.

¹²⁵ להבדיל מפסק דינו של בית המשפט, אנו סוברים כי סיווגה של רכישה עצמית של מניות כעסקה מלאכותית אינו נוגע לשאלה אם החברה "נוזקה" לרכישה העצמית של המניות או שמא בוצעה העסקה במסגרת פירוק החזקה משותפת של בני משפחה בחברה שהייתה בבעלות משפחתית (בעניין גולן, לעיל ה"ש 1; בעניין ברנובסקי, לעיל ה"ש 2) או לצורך שינוי שיעורי אחזקות בעלי המניות (בעניין בר ניר, לעיל ה"ש 3).

על רקע זה נבחן את שאלת היותה של רכישה עצמית של מניות בגדר עסקה מלאכותית לאור פסקי הדין בעניין **גולן, ברנובסקי ובר ניר**. בכל אחד משלושת פסקי הדין חילקה החברה לבעלי מניותיה נכסים עקב רכישת מניותיהם באופן דיספרופורציונלי ביחס ליתר בעלי המניות, בטרם בוצע השינוי בתמהיל בעלי המניות באותם תאגידים. המחוקק בחר שלא להגדיר כיצד לסווג עסקת רכישה עצמית של מניות במפורש בפקודת מס הכנסה, וספק רב עד כמה חוזר מס ההכנסה שפרסמה רשות המסים¹²⁶ עולה בקנה אחד עם הוראות דיני התאגידים. כאמור, הוראות חוק החברות מציינות במפורש כי חלוקת נכסי החברה לבעלי המניות בכשירותם כבעלי מניות מהווה חלוקת דיבידנד,¹²⁷ וככל הנראה בהיעדר הנחיה אחרת בפקודת מס הכנסה, יש לסווג לצורכי מס רכישות עצמיות של מניות כהכנסה מדיבידנד (למרות הוראותיו של חוזר מס הכנסה, שעניינו הוראות שהלכה למעשה אף רשות המסים מתנערת ממנו).¹²⁸

אין חולק שבכל אחד משלושת פסקי הדין ההחלטה לבצע רכישה עצמית של מניות נבעה לא רק משיקולי מס, אלא גם מרצון בעלי המניות לשנות את הרכב בעלי המניות בתאגידים אלו. ואולם החלטה זו אינה נוגעת לפעילות החברה או לעסקיה, ומנקודת מבטה של כל אחת מהחברות (שענייניהן נדונו בפסקי הדין הללו) היה ניתן לבצע שינוי בהרכב בעלי המניות באופן אחר. למרות כל זאת יובהר, כי עצם ביצוע הרכישה העצמית כשלעצמה אינו מהווה עסקה מלאכותית.

ה"מלאכותיות" לצורכי מס של עסקאות אלה נבעה מבחירתם של הנישומים הרלוונטיים בפסקי הדין שנבחנו ברשימה זו שלא לסווג את ההכנסה מחלוקת נכסי החברה כהכנסה מדיבידנד או כהכנסה מעורבת מדיבידנד ומרווח הון, בהתעלם מהוראות חוק החברות בהיעדר התייחסות מפורשת בדיני המס ובהסתמך לכאורה על חוזר מס הכנסה שלא ברור עד כמה הוא עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הכללי (בהיעדר הסדר ספציפי אחר בפקודת מס הכנסה או בתקנות שהותקנו מכוחה). ואולם, למותר לציין שבנסיבות אחרות, שתוארו בפרק החמישי לרשימה זו, היה ניתן להגיע למסקנה אחרת ולפיה עסקאות אלו, אף שהן מסוג רכישה עצמית של מניות, אינן מלאכותיות.

2. מעמדו של חוזר מס הכנסה והאפשרות לסטות מהנחיה פנימית של רשות המסים

קריאת פסק הדין בעניין **ברנובסקי** מעלה על סדר היום, לדעתנו, סוגיה נוספת

¹²⁶ חוזר מס הכנסה, לעיל ה"ש 5.

¹²⁷ ס' 302–311 לחוק החברות וכן הגדיר את המונח דיבידנד באופן מפורש בס' 1 לחוק החברות.

¹²⁸ חוזר מס הכנסה, לעיל ה"ש 5.

הטעונה אף היא דיון – מעמדו של חוזר מס הכנסה בנוגע לפעולתה של רשות המסים. נפתח ונאמר כי הקביעה השיפוטית שלפיה חוזר מס הכנסה שנדון ברשימה זו שותק ואינו מסדיר את היבטי המס המוטל על בעלי מניות הנותרים בעקבות הרכישה העצמית של המניות, אינה נקייה מספקות.¹²⁹

בענייננו, חוזר מס הכנסה 10/2001 מתייחס לחיובי המס שיחולו על בעלי מניות המוכרים מניותיהם לחברה. כפי שציינו לעיל, החוזר קובע שרכישה עצמית פרופורציונלית (באופן שווה או קורלטיבי לערך הנקוב של מניות כלל בעלי המניות) תסווג לצורכי מס כחלוקת דיבידנד, ואילו רכישה עצמית דיספרופורציונלית (שאינה מבוצעת באופן שווה או קורלטיבי לערך הנקוב של מניות כלל בעלי המניות) תסווג "כמכירת מניות החייבת במס רווחי הון".¹³⁰

קריאת התיאור העובדתי בעניין **ברנובסקי** מעלה כי בדיוני השומה של רשות המסים עם בעלת המניות שחיסלה אחזקתה בחברה, סטתה הרשות מהנחיותיה הפנימיות כאמור בחוזר מס הכנסה 10/2001. סטייה זו נעשתה ככל הנראה ביוזמת פקיד השומה, הואיל ובעלת המניות דיווחה על מלוא הכנסתה כרווח הון, ופקיד השומה דחה סיווג זה ואימץ סיווג אחר. הסטייה מהוראות חוזר מס הכנסה נעשתה בהסכמה שקיבלה ביטוי בהסכם שומה מחייב. אמת, הדיון המשפטי בפסק הדין בעניין **ברנובסקי** אינו עוסק במישרין בחיובי המס החלים על בעלת המניות שחיסלה אחזקותיה בחברה, אלא מתמקד בבעל המניות שאחזקותיו בחברה גדלו עקב הרכישה העצמית של המניות. בענייננו קבע השופט אלטוביה כך:

"בחוזר [מס הכנסה 10/2001] התייחסו רשויות מס הכנסה לבעל מניות המוכר את מניותיו לחברה וכלל לא התייחסו לבעל מניות שאינו מוכר את מניותיו לחברה. המערער לא מכר את מניותיו לחברה ועל כן, אין באמור בחוזר כדי להוסיף או לגרוע בענייננו".¹³¹

אנו מתקשים לקבל קביעה זו שלפיה חוזר מס הכנסה 10/2001 שותק בעניין בעל המניות שהגדיל את שיעור אחזקותיו. יודגש, כי חוק החברות אימץ את עקרון השוויון בין בעלי המניות, ולפיו "כל בעל מניות זכאי להשתתף בחלוקה, שווה בשווה בהתאם למספר מניותיו".¹³² הקונסטרוקציה המשפטית שאימץ בית המשפט, שלפיה

¹²⁹ עניין **ברנובסקי**, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלטוביה; ראו להצדקה לכאורה לחוסר הבהירות שבחוזר: חייג אסיא ויורם עדן "חלוקת רווחים בדרך של רכישה עצמית של מניות" **רואה החשבון** מח 592 (1999).

¹³⁰ ס' 4.1 לחוזר מס הכנסה 10/2001, לעיל ה"ש 5.

¹³¹ עניין **ברנובסקי**, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלטוביה.

¹³² ס' 306(ב) לחוק החברות הקובע: "היו בהון החברה מניות שלהן ערכים נקובים שונים, יחולק דיבידנד או מניות הטבה באופן יחסי לערך הנקוב של כל מניה, אלא אם כן נקבע אחרת

בעל המניות המוכר את נכסיו אינו מקבל דיבידנד, ואילו בעל המניות ששיעור אחזקותיו בחברה גדל מקבל דיבידנד, מהווה לדעתנו סטייה מכלל תאגידי זה, שממנו ככל הנראה ניתן לסטות רק כאשר תקנון החברה מאפשר זאת, ובהסכמת כל בעלי המניות, שכאמור לא הייתה בענייננו. כל שכן, שקביעת בית המשפט התעלמה מהסכם השומה שחתמה רשות המס עם בעלת המניות האחרת, הסוטה במפורש מהוראות חוזר מס הכנסה 10/2001.¹³³

עם זאת, נבקש לייחד מילים מספר לסוגיה העקרונית של האפשרות לסטות מהוראותיהן של הנחיות פנימיות שפרסמה רשות המסים. כלל ידוע הוא כי הרשות עצמה מחויבת לפעול לפי הפרשנות שנקבעה בהנחיות הפנימיות, והיא מנועה מלהתבסס על פרשנות אחרת (להבדיל מהנישום).¹³⁴ לעניין זה יפים לדעתנו דבריו של השופט דנציגר שנאמרו זה לא כבר בעניין **מחלב**:¹³⁵

"סבורני כי הרשות עצמה מחויבת לפעול בהתאם לפרשנות שנקבעה בהנחיות הפנימיות והינה מנועה מלטעון לפרשנות אחרת (להבדיל מהפרט). כל עוד לא שונו ההנחיות הפנימיות מחויבת הרשות לפעול בהתאם להן. לכל הפחות, בבואה לסטות מההנחיות הפנימיות, על הרשות לנמק מהם הטעמים לסטייה זו. למותר לציין כי הרשות אינה יכולה להתעלם מההנחיות הפנימיות כליל ולטעון בבית המשפט [...] טענות המנוגדות לחלוטין להנחיות הפנימיות".¹³⁶

בענייננו, ובהנחה שהשומה שקבעה הרשות לשני בעלי המניות בעניין **ברנובסקי** אכן סוטה מחוזר מס הכנסה 10/2001, נשאלת אפוא השאלה מדוע לא השכילה הרשות לבטל את ההנחיות הפנימיות שפרסמה ולפרסם הנחיות פנימיות חדשות במקומן.¹³⁷

בתקנון; וכן חביב סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 329.

¹³³ שם.

¹³⁴ למעמדן של ההנחיות הפנימיות ראו, בין היתר: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 327–422 (2010); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 773–793 (1996); יואב דותן **הנחיות מינהליות** 136–161 (1996); יואב דותן "פרסום הנחיות מינהליות" **משפט וממשל** ג 475 (1996); ע"ם 9187/07 **לזון נ' משרד הפנים**, פס' 37–39 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.7.2008).

¹³⁵ ע"א 7726/10 **מדינת ישראל נ' מחלב** (פורסם בנבו, 16.10.2012).

¹³⁶ שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹³⁷ באפשרותה של רשות המסים היה לפרסם הנחיות אלו במועד שבו החליטה על שינוי המדיניות; במועד שבו הודיעה הרשות לנישומים על עמדתה במהלך דיוני השומה; במועד שבו החליטה הרשות לשלוח לנישום צו; במועד שבו החלה ההתדיינות המשפטית בבית המשפט; או לכל המאוחר במועד שבו ניתן פסק הדין. עוד יובהר בהקשר זה כי ספק בעניינינו אם בחברות הציבוריות הישראליות אשר ביצעו במהלך השנים האחרונות רכישה עצמית דיספורוציונלית של מניות, הוטל מס על בעלי המניות ששיעור אחזקתם בחברות אלו גדל, בשווי הדיבידנד

י. סיכום

אנו מציעים לאמץ את המדיניות החדשה שהציעה רשות המסים, ושאותה אף אימץ לראשונה בית המשפט המחוזי בעניין **ברנובסקי**. לטעמנו, ברובם של המקרים שבהם חברות מבצעות רכישה עצמית של מניות (פרופורציונלית או דיספרופורציונלית), יש לסווג את ההכנסה מפעולה זו כהכנסה מדיבידנד או כהכנסה משולבת הכוללת הכנסה מדיבידנד, והכנסה שבהון ככל שהתמורה נטו עולה על יתרת המחיר המקורי של בעל המניות. יובהר, כי לדעתנו אין כל מניעה לייחס הכנסה (דיבידנד קונסטרוקטיבי) לבעל מניות, ששיעור אחזקותיו בחברה גדל בעקבות רכישה עצמית דיספרופורציונלית.

כן אנו מציעים לאמץ שני חריגים לכללים אלו: החריג הראשון יחול על אותם מקרים שבהם לא "התעשר" בעל המניות (ביחס להשקעתו המקורית בחברה ולא ביחס לשווי אחזקותיו ערב הרכישה העצמית). במקרים אלו מוצע שלא למסות את התקבול שחילקה החברה לבעל מניות, ובמקביל נדרש להקטין את יתרת המחיר המקורי של בעל המניות בשווי התקבול שחולק ולא מוסה. יצוין עם זאת, כי מוצע שלא לאפשר לנישום להכיר בהפסד מהשקעתו עד למכירת מניותיו לצד שלישי, למכירת כל אחזקותיו לחברה, או לפירוק החברה). החריג השני רלוונטי רק לרכישה עצמית דיספרופורציונלית. אנו מציעים שלא לייחס הכנסה מדיבידנד קונסטרוקטיבי לבעל מניות שאינו מהותי, בתאגיד ציבורי שמניותיו נסחרות, או בתאגיד פרטי, ובלבד שאף לאחר הרכישה העצמית לא הפך בעל המניות לבעל שליטה בעל השפעה מהותית בתאגיד.