בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"מ 38294-02-19 סיידה נ' פקיד שומה באר שבע
תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטת יעל ייטב

המערער **מאיר סיידה**
ע"י ב"כ עוה"ד יניב שקל ולינור בוני

נגד

המשיב **פקיד שומה באר שבע**
ע"י ב"כ עו"ד אמנון שילה, פרקליטות מחוז דרום - אזרחי

כתבי עת:

דוד אלקינס, "מיסוי מניות הטבה", מאזני משפט, כרך ג (תשס"ה) 55

תמיר שאנן ;רועי כהן, "מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד", הפרקליט, נג (דצמבר 2014) 453

ספרות:

מוטי ימין ואמיר וסרמן **תאגידים וניירות ערך**

אמנון רפאל ושלומי לזר **מס הכנסה**

חקיקה שאוזכרה:

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] - לא מרובד: סע' 2, 2(4), 2(6), 89, 125ב, 126(א), 152(ב), 191(ב)

חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973

חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 1, 302, 308(א)

פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983

חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963: סע' 1

מיני-רציו:

* מיסוי רכישה עצמית של מניות חברה פרטית על ידי אחד האחים בעל מניות. במרכז הדיון עומדת השאלה: האם יש לסווג את תמורת המניות ששילמה החברה לאחיו של המערער כדיבידנד שהתקבל בידו, כפי שטען פקיד השומה?

* מסים – מס הכנסה – סיווג ההכנסה

* מסים – מס הכנסה – דיבידנד

.

---

nevo.co.il

המערער הגיש ערעור על שומה שקבע המשיב, בצו לפי סעיף 152(ב) בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], שבגדרו חויב המערער במס על דיבידנד בסך 13,500,000 ₪. במרכז הדיון עומדת השאלה: האם ברכישה עצמית של מניות חברה פרטית מאת אחד מבעלי מניותיה, מתרחש אירוע מס בידי בעל המניות שלא מכר את מניותיו, קרי בעל המניות הנותר, והאם יש לראותו כמקבל דיבידנד רעיוני באותו מועד?

.

בית המשפט דחה את הערעור ופסק כלהלן:

בחינת המהות הכלכלית של העסקה בעניינו מלמדת על כך שיש לקבל את עמדת פקיד השומה שלפיה רכש המערער את זכויותיו של אחיו באמצעות דיבידנד שקיבל מהחברה.

מבחן משולב בן שלושה פרמטרים מצביע על כך שמדובר בדיבידנד שקיבל המערער: הראשון, השימוש שנעשה בנכסי החברה לצורך מימון רכישת הזכויות, חלף שימוש במימון עצמי או מימון חיצוני לחברה, שימוש המהווה מימוש של הנכסים. בעת השימוש בנכסי החברה יש כאמור לחייב את הרווחים המועברים לבעלי המניות במס בידי היחיד, על פי השלב השני במודל הדו- שלבי, ובעניינו, בידי המערער שעשה שימוש בנכסים לרכישת הזכויות; השני, היתרון הכלכלי שהפיק המערער מהרכישה העצמית של המניות, המעיד על כך שהשימוש ברווחים נעשה על ידו, ולא רק על ידי בעל המניות המוכר. היתרון הכלכלי שהפיק המערער נלמד מהתוצאה שלפיה, בעקבות הרכישה העצמית, הוקנו למערער זכויות נוספות בחברה שלא היו לו קודם לכן, לרבות שליטה מלאה. השלישי, העדר כל טעם כלכלי או עסקי מבחינת החברה לרכישת מניותיה, והעובדה שהרכישה העצמית נעשתה לצרכיו של המערער בלבד.

יש לקבל את טענתו החילופית של המערער, שלפיה יש לחייבו בדיבידנד בגובה מחצית בלבד מתמורת המניות. שכן יש לראות את החברה כמחלקת דיבידנד לכלל בעלי המניות, ואת בעל המניות הנותר כרוכש את מניותיו של בעל המניות המוכר באמצעות כספי הדיבידנד שקיבל לידיו.

המהות הכלכלית בעניינו היא חלוקת דיבידנד לשני בעלי המניות עובר למכירה, ותוך כדי כך רכישת זכויותיו של האח על ידי המערער, בכספי הדיבידנד שקיבל מהחברה. בהתאם לגישה האמורה יש לראות בחברה כמחלקת 13.5 מיליון ₪ דיבידנד לשני בעלי מניותיה, למערער ולאחיו, ואת המערער כרוכש את מניותיו של אחיו בכספי הדיבידנד שקיבל. כפועל יוצא יחויב המערער במס על דיבידנד שסכומו 6,750,000 ₪.

פסק דין

מבוא

1. **האם ברכישה עצמית של מניות חברה פרטית מאת אחד מבעלי מניותיה, מתרחש אירוע מס בידי בעל המניות שלא מכר את מניותיו (להלן- "בעל המניות הנותר"), והאם יש לראותו כמקבל דיבידנד רעיוני באותו מועד, זוהי המחלוקת שלפני.**

2. ערעור על שומה שקבע המשיב (להלן- "**פקיד השומה**"), בצו לפי סעיף 152(ב) ב**פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א- 1961** (להלן- "**פקודת מס הכנסה**"), שבגדרו חויב המערער במס על דיבידנד בסך 13,500,000 ₪.

3. אקדים ואציין כי לאחר שמיעת ראיות הצדדים מצאתי שיש לדחות את עיקרו של הערעור, אך לקבל את הטענה החילופית שלפיה ככל שאכן מדובר בדיבידנד, יש לחייב את המערער במס על דיבידנד שסכומו מחצית בלבד מתמורת המניות.

<u>העובדות</u>

4. בשנות ה- 80 הקימו המערער ואחיו (להלן- "**האח**") עסק לגידול וייצור שתילים, אשר פעל במשק הוריהם במושב תדהר. ברבות השנים התרחבה פעילותם העסקית של האחים, ובשלב מסוים החלה להתנהל במסגרת חברת **השתיל (תדהר) בע"מ** (להלן- "**השתיל תדהר**"), שבמניותיה החזיקו האחים בחלקים שווים.
5. בשנת 2003 הקימו המערער ואחיו חברה בשם חברת **השתיל ניהול והחזקות בע"מ** (להלן- "**החברה**"), שבמניותיה החזיקו בשיעורים שווים, 50% כול אחד. במועד הקמתה רכשה החברה את מניותיהם של המערער ואחיו בשתיל תדהר.
6. פעילותם העסקית של האחים באמצעות החברה המשיכה והתרחבה, עד כי בשנת המס 2015, שנת המס נושא הערעור, פעל העסק בכ- 80 דונם חממות, והעסיק כ- 100 עובדים. באותה שנה נפרדה דרכם העסקית של האחים. בתצהיר עדותו הראשית הצהיר המערער כי בעקבות סכסוכים בין האחים וויכוחים באשר לחברה ולפעילותה, אשר פגעו בפעילותה העסקית של החברה, החליטו האחים להיפרד. הודגש בתצהיר, וכן בחקירתו הנגדית של המערער, כי מטרתם של הצדדים הייתה לפרק את השותפות ביניהם, מבלי לפגוע בפעילות העסק.
7. מהראיות שהוגשו ניתן ללמוד כי בתחילה שקלו האחים לצרף שותף, או למכור את כלל מניותיהם בחברה לצד שלישי, ואולם לאחר שכשל ניסיונם זה, בחרו באפשרות שאחד מהם ירכוש את חלקו של משנהו. במהלך השנים נערכו מספר הערכות שווי עבור האחים. מהערכת השווי הראשונה, אשר נערכה באוקטובר 2008, ניתן ללמוד כי האחים שקלו הכנסת שותף לחברה, כפי שנכתב בהערכת השווי. בהערכת השווי השנייה, מדצמבר 2014 (ליום 31.12.2013), נרשם כי "**הערכת שווי זו מיועדת על מנת לשמש במסגרת רכישת חלקו של אחיך מר יוחנן סיידה או רכישת חלקך על ידיו..**". ובהערכת השווי השלישית, מינואר 2015, נכתב "**הוסבר לנו כי הערכת השווי נועדה לצורך תהליך היפרדות והתמחרות בין בעלי הקבוצה**...". בעמ' 12 בחוות הדעת הודגש כי העסקה שלצרכיה מבוצעת הערכת השווי היא מכירה של מניות בין שני בעלי השליטה. על פי הערכת השווי האמורה, עומד שוויה של החברה על **27,649 מיליון** ₪. עוד נכתב בחוות הדעת האמורה, באשר להתאמות שיש לערוך על פי זהות הרוכש לאור הסכם קודם בין האחים בדבר חלוקת השכר, כי ככל שהאח ירכוש את חלקו של המערער, יתווסף לשווי החברה סכום של 1,524 מיליון ₪ (סה"כ **29,173 מיליון**

₪), בעוד שככל שהמערער ירכוש את חלקו של האח, ייגרע הסכום האמור משווי החברה (סה"כ **26,125 מיליון** ₪).

8. בסופו של יום רכשה כאמור החברה את מניותיו של האח בחברה, רכישה עצמית, תמורת 13.5 מיליון ₪. בחקירתו הנגדית השיב המערער כי ההחלטה על הרכישה העצמית התקבלה על ידו ועל ידי אחיו כאחד (עמ' 11 בפרוטוקול הדיון, שורה 29; עמ' 12 שורה 5). כמו כן השיב כי לא היה באפשרותו לעמוד בסכום התמורה שדרש האח עבור מניותיו בחברה (עמ' 12 בפרוטוקול הדיון, שורה 23). בשל כך הוחלט שהחברה היא זו שתרכוש את מניותיה.

9. חרף העובדה שהחברה היא זו שרכשה את מניותיה, נערך בין הצדדים הסכם משולש, מיום 14.7.2015 (להלן- "**ההסכם**"), שהצדדים לו הם **האח**, מצד אחד, **המערער** מצד שני, **והחברה** מצד שלישי. בהסכם פורט כי החברה רוכשת מהאח את מניותיו בחברה, וכי בד בבד עם מכר המניות מסיים האח את תפקידו כמנהל או עובד בחברה ובכול החברות הקשורות (סה"כ 3 חברות שצוינו בסעיף 1.1. בהסכם). ככל שמתקיימים יחסי עובד מעביד בין האח לבין מי מהחברות הם חדלים באופן מוחלט (ראו סעיפים 3.1 עד 3.1 בהסכם המפרטים את מטרת ההסכם, וסעיף 4.1 בהסכם).

10. בסעיף 3.1 המבאר את מטרת ההסכם פורט כי "**מטרת ההסכם היא להביא לידי גמר ולסיים סיום מלא את כל המחלוקות מכול מין וסוג שהוא בן הצדדים ולסיים את השותפויות מכול מין וסוג שהם, בלא כל שיור...**". בסיומו של ההסכם חתמה אשתו של האח על הצהרה והתחייבות, שלפיה מכר המניות וכל התחייבויותיו של האח בגדרו של ההסכם נעשים על דעתה ובהסכמתה, וכי ידוע לה שהמערער מסתמך על הצהרה זו, וכי ככל שיש לה זכויות במניות, מכוח חוק יחסי ממון או מכוח כל חוק אחר, היא מוותרת על זכויותיה.

11. תמורתן של המניות, נקבעה בהתאמה לשווי החברה בהערכת השווי האחרונה, בחלופה של רכישת המניות על ידי המערער מאחיו. התמורה שולמה לאח מעודפי החברה, לאחר ששתיל תדהר נטלה הלוואה בת 8 מיליון ₪, והעבירה אותם לחברה כדיבידנד. האח שילם מס על רווח ההון החל במכירת מניותיו.

12. בעקבות מכירת מניותיו של האח מחזיק המערער ב- 100% ממניות החברה, המקנות לו שליטה מלאה, חלף 50% שבהן החזיק קודם למכירה.

<u>תמצית טענות הצדדים</u>

13. על פי האמור בנימוקי הצו, לאור הקביעות שנקבעו בפסקי הדין ע"א 3637/14 **ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן**, [פורסם בנבו], ועע"מ 1100/06 **בר ניר נ' פקיד שומה גוש דן**, [פורסם בנבו] ולאור חוזר מס הכנסה 02/2018 בנושא "**רכישה עצמית של מניות בהתאם לחוק החברות**", קבע פקיד השומה כי "**... במסגרת**

הרכישה העצמית שבוצעה, תחילה רכש הנישום את מלוא מניותיו של ... [האח] (50%) בסך של 13,500,000 ₪. בשלב שני, העביר הנישום את המניות הנרכשות לחברה בתמורה לסך של 13,500,000 ₪ ואז למעשה מדובר ברכישה פרו-רטה בידי הנישום, ולפיכך מדובר בדיבידנד בידיו בסך של 13,500,000 ₪...".

14. תמצית טענתו של המערער בערעור שלפני היא כי בעת שהחברה רכשה מאחיו את מניותיו, לא נוצר אירוע מס בידיו, שכן המערער, הוא בעל המניות הנותר, לא רכש את המניות שנמכרו, לא קיבל דיבידנד לידיו, אף לא מכר את מניותיו. המערער הוסיף וטען כי לא נגרע מס מקופת המדינה, ותמורת המניות חויבה במס במנגנון המיסוי הדו -שלבי: **ברמת החברה**, שכן העודפים שמהם שולמה התמורה בעד המניות חויבו במס חברות כדין; **וברמת בעל המניות** שמכר את מניותיו, שכן מוכר המניות שילם מס על רווח ההון במכירת המניות. לפיכך, כך נטען, תוצאת עמדתו של פקיד השומה היא בגדר הטלת **כפל מס** על אותן הכנסות.

15. לחילופי חילופין טען המערער בסיכומיו, כי לכול היותר יש לקבוע שמחצית בלבד מתמורת הרכישה מהווה דיבידנד בידי המערער.

16. פקיד השומה טען מנגד, בהודעה המפרשת את נימוקי השומה, כי יש לסווג את רכישת המניות העצמית באופן אחר מזה שהוצג על ידי המערער ועל ידי החברה. להשקפת פקיד השומה, רכש המערער את זכויותיו של אחיו בחברה, תוך שימוש בעודפי החברה לשם מימון רכישת המניות, ובעקבות הרכישה הוא מחזיק ב-100% מהשליטה בחברה. המהות הכלכלית של העסקה היא אפוא רכישת המניות על ידי המערער מאחיו, תוך שימוש בכספי החברה המהווה חלוקת דיבידנד מהחברה למערער. על פי חלופה זו יש לחייב את המערער במס על דיבידנד בסכום של **13,500,000** ₪.

17. לחילופין טען פקיד השומה כי ככל שלא תתקבל טענתו, שלפיה מלוא תמורת המניות ששילמה החברה לאח בעד מניותיו היא דיבידנד בידי המערער, יש לראות את התמורה כדיבידנד שחולק לשני בעלי המניות: האח והמערער, ואת המערער כרוכש את מניות אחיו בסכום הדיבידנד שקיבל. על פי חלופה זו יש לחייב את המערער במס על דיבידנד שסכומו **6,750,000** ₪ בלבד (והיא עולה בקנה אחד עם המס ששילם האח על 13,500,000 שקיבל בתמורה למניות).

<u>רכישה עצמית של מניות</u>

18. **ברכישה עצמית של מניות רוכשת החברה מבעלי מניותיה, כולם או חלקם, מניות אשר הוציאה בעבר שהם חלק מההון המונפק שלה, באמצעות העודפים העומדים לרשותה**.

19. הרכישה העצמית של מניות החברה הוכרה במשפטינו לראשונה ב**חוק החברות, התשנ"ט-1999** (להלן – "**חוק החברות**"). סעיף 302 בחוק החברות, אשר כותרתו "**חלוקה מותרת**", קובע כדלקמן-

> **"(א) חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה (להלן - מבחן הרווח), ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחבויותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן (להלן - מבחן יכולת הפירעון)".**

20. ה"**חלוקה**" המותרת שאותה רשאית החברה לבצע מתוך עודפיה, כאמור בסעיף 302 בחוק החברות, הוגדרה בסעיף 1 בחוק החברות כך-

> **""חלוקה" - מתן דיבידנד או התחייבות לתיתו, במישרין או בעקיפין, וכן רכישה; ולענין זה, "רכישה" - רכישה או מתן מימון לרכישה, במישרין או בעקיפין, בידי חברה או בידי חברה בת שלה או בידי תאגיד אחר בשליטתה, של מניות החברה או של ניירות ערך שניתן להמירם למניות החברה או שניתן לממשם במניות החברה, או פדיון של ניירות ערך בני פדיון שהם חלק מהונה העצמי של החברה בהתאם לסעיף 312(ד), ולרבות התחייבות לעשיית כל אחד מאלה, והכל, ובלבד שהמוכר אינו החברה עצמה או תאגיד אחר בבעלותה המלאה של החברה;"**

21. ה"**דיבידנד**" הוגדר בסעיף 1 בחוק החברות 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."**

22. עולה מהמקובץ כי חברה רשאית לבצע 'חלוקה' של עודפיה לבעלי מניותיה, בראש ובראשונה בדרך של חלוקת דיבידנד, בכסף או בעין, אך גם בדרך של רכישה

עצמית של מניותיה, (הכול עוד היא עומדת בשני מבחנים שנקבעו בהוראות סעיף 302 בחוק החברות: **מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון של החברה**).

23. סעיף 308 (א) בחוק החברות, אשר כותרתו היא "**תוצאות רכישה**", מבהיר מה דינן של המניות שרכשה החברה ברכישה העצמית, וקובע כי-

> **"רכשה חברה מניה ממניותיה רשאית היא לבטלה; לא ביטלה החברה את המניה האמורה, לא תקנה המניה זכויות כלשהן (להלן - מניה רדומה), כל עוד המניה הרדומה היא בבעלות החברה."**

24. בע"א 3136/14 **יעל כבירי שמיע ואח' נ' אי. די. בי חברה לפיתוח בע"מ** [פורסם בנבו] (מיום 28.1.2016), הדגיש כב' השופט י' עמית, כי מניות שרכשה החברה מעצמה ברכישה עצמית, ונמצאות בבעלותה, הן **מניות רדומות**, שהחברה רשאית לבטלן, ואולם גם אם לא ביטלה החברה את המניות, לא יקנו המניות שרכשה זכויות כלשהן (בניגוד ליתר המניות, המקנות לבעליהם זכויות כגון זכויות הצבעה, זכות לדיבידנד ועוד). הרציונל שבבסיס ההוראה צוטט בפסק הדין מספרם של המלומדים מוטי ימין ואמיר וסרמן תאגידים וניירות ערך_(2006), עמ' 423, אשר ביארו כי -

> **"כאשר חברה רוכשת את מניותיה שלה מידי בעלי המניות, היא משלמת עבור אותן מניות כסף או שווה כסף לבעלי המניות המוכרים, ומקבלת בתמורה ניירות ערך המייצגים אגד זכויות כלפי החברה (הזכות להצביע באסיפה הכללית; הזכות לקבל דיבידנד; הזכות להשתתף בחלוקת נכסי החברה העודפים בפירוק וכדומה). מזכויות אלה נגזר ערכה הכלכלי של המניה. אין חולק כי עבור צדדים שלישיים המניה היא נכס בעל ערך כלכלי, אולם אם החברה מקבלת לידיה את המניה שהיא עצמה הנפיקה, אין למניה זו שווי כלכלי אמיתי עבור החברה ונושיה. החברה אינה יכולה להיות בעלת זכויות משפטיות כלפי עצמה מכוח המניה שבה היא מחזיקה.**
>
> **מאחר שאין משמעות כלכלית או משפטית למצב שבו החייב והנושה מתמזגים לאישיות אחת, נקבע בסעיף 308(א) לחוק החברות כי אם רכשה חברה מניה ממניותיה, רשאית היא לבטלה. אם לא ביטלה החברה את המניה האמורה תהיה המניה 'רדומה' ולא תקנה זכויות כלשהן, כל עוד היא בבעלות החברה. במילים אחרות, החוק מותיר את המניה במצב ביניים שבו הזכויות הצמודות לה מושעות אך לא מתבטלות"**

25. הטעם אפוא לקביעה שלפיה הופכות המניות שנרכשו ברכישה עצמית למניות רדומות, הינו כי מבחינה מהותית החברה אינה יכולה להיות בעלת זכויות משפטיות כלפי עצמה. המניות הופכות למניות "רדומות", ואף שהחברה ביכרה שלא לבטלן, הן אינן מקנות זכויות כלשהן. כפועל יוצא שיעור האחזקה של כל אחד מבעלי המניות הנותרים בזכויות בחברה עולה.

26. אזכיר גם את תיאורו "הציורי" של ד"ר גדעון קריב, במאמרו "**רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס**" מיסים טו/4 (אוגוסט 2001) א-72 (להלן – "**קריב במאמרו**"), מאמר אשר עסק בחבות המס של בעל המניות הנותר, ואשר יוזכר גם בהמשך, שלפיו, מבחינה מהותית, המניה שנרכשה ברכישה עצמית היא חסרת כל ערך, והרכישה העצמית של המניות מכלל בעלי המניות היא רכישה ללא תמורה-

> **"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" 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".**

27. קודם לחקיקתו של חוק החברות, אסרה **פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983** על רכישה עצמית של מניות החברה, אשר נתפסה כהפחתת הון אסורה, הפוגעת ביכולתה הכלכלית של החברה. התרת רכישה עצמית של מניות החברה בסעיף 302 בחוק החברות נועדה להסיר מגבלות וחסמים בתפקוד החברה ובעלי מניותיה. ואכן, מאז עיגונה של האפשרות לרכישה עצמית של מניות החברה, נעשו פעולות רבות של רכישה עצמית של מניות, בין היתר בשל שיקולים

עסקיים, כגון: לשם שינוי במבנה ההון של החברה; הדיפת השתלטות עוינת על החברה; העברת מסר מרגיע לציבור המשקיעים לפיו תמחור השוק את מניות החברה נעשה בחסר; הגדלת הרווח למניה והגדלת התשואה להון. לצד רכישות עצמיות משיקולים עסקיים נעשו גם רכישות עצמיות בשל שיקולי מס, כפי שניתן ללמוד מהפסיקה.

<u>השלכות המס</u>

28. בעקבות עיגונה בחקיקה של האפשרות לרכישת מניות החברה על ידי החברה עצמה, לא הוכנסו שינויים בפקודת מס הכנסה, ולא שולבה בה הוראה ספציפית הקובעת מהן השלכות המס של רכישה עצמית של המניות, ולפיכך חלות על רכישת המניות העצמית הוראת הפקודה הכלליות העוסקות במיסוי דיבידנד ובמיסוי רווח הון.

29. ברבות השנים עסקו בתי המשפט, כמו גם המלומדים בסוגיה, ונכתבו בנושא מאמרים שונים. רשות המסים נתנה דעתה לסוגיה וקבעה הוראות ביצוע שונות.

<u>פסקי דין שעסקו בסוגיה</u>

30. בתי המשפט עסקו באירועי המס הכרוכים ברכישה עצמית של מניות במספר הקשרים.

31. בע"מ (ת"א) 1110/06 **ד"ר נטע גולן נ' פקיד שומה כפר סבא** [פורסם בנבו] (להלן- "**פרשת גולן**") דן כב' השופט מ' אלטוביה בשלושה אחים שהחזיקו במניות חברה שאותן ירשו מאביהן, חברת חאלבין תעשיות בע"מ. בעקבות סכסוכים בין בעלי המניות ביקשה המערערת למכור את אחזקתה בחברה, כך ששני אחיה יוותרו עם אחזקה בשיעור של 50% כל אחד (במקום 33.3% כל אחד שבהם החזיקו לפני המכירה). האחים הסכימו כי לפני רכישת המניות העצמית על ידי החברה תחלק החברה למערערת דיבידנד בסכום השווה להכפלת שיעור אחזקתה בחברה ברווחי החברה, ולשם כך תוקן תקנון החברה ומניותיה של המערערת סווגו באופן שונה. לאחר הרכישה עצמית של המניות דיווחה המערערת על הכנסה מדיבידנד בגובה הרווחים שחולקו לה, ויתרת התמורה דווחה כרווח הון. פקיד השומה דחה את הדיווח האמור, וסיווג את מלוא התמורה כרווח הון, גם את ההכנסה שדווחה כדיבידנד. בית המשפט קיבל את גישתו של פקיד השומה ודחה את הערעור.

32. פסק דין שני אשר עסק בסוגיה של רכישה עצמית של מניות, עמ"ה 21268-06-11 **ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן** [פורסם בנבו] (מיום 21.1.2014) (להלן – "**פרשת ברנובסקי**"), בחן את השאלה האם יש לראות את בעל המניות הנותר כמי שקיבל דיבידנד. באותה פרשה הייתה הרכישה העצמית חלק מהסכם פשרה כולל בין ברנובסקי לבין אחותו, אשר סיים סכסוך רחב היקף בקשר לנכסי המשפחה. כבוד השופט מ' אלטוביה קבע בפרשת ברנובסקי (פסקה 5 בפסק הדין) כי-

> **"רכישת מניות עצמית מחלק מבעלי המניות בחברה משנה את השיעור היחסי של המניות שבידי בעלי המניות הנותרים. במקביל שוויה של החברה מתמעט בשיעור הסכום שהוציאה לרכישת המניות. במצב כזה השווי הכלכלי של המניות שבידי בעלי המניות הנותרים לא משתנה, ועל כן, בדרך כלל מבחינת בעלי המניות הנותרים אין כל התעשרות במקרה של רכישת מניות עצמית מחלק מבעלי המניות. בענייננו, מצב הדברים שונה באופן מהותי. לחברה לא היה צורך ברכישה עצמית של המניות, ורכישה זו של המניות נעשתה במסגרת חלוקת נכסי משפחת ברנובסקי בין המערער ויהודית, דהיינו רכישה במישור בעלי המניות, ועל כן יש לראות רכישה כזו כחלוקת דיבידנד גם למערער."**

33. בית המשפט הזכיר בפרשת ברנובסקי, את מאמרו של קריב, שבו הוצע לראות בבעלי המניות הנותרים, שלא מכרו את מניותיהם לחברה, כאילו קיבלו מהחברה דיבידנד רעיוני, ובכספי הדיבידנד "רכשו" את מניותיו של בעל המניות המוכר. כפי שצוטט בפרשת ברנובסקי מהמאמר-

> **"... רכישת המניות היא, על פי הוראות חוק החברות, חלוקה של דיבידנד. בעל המניות המוכר... לא קיבל דיבידנד, מאחר שהתשלום שקיבל הוא... רווח הון. מכאן, שבעלי המניות הנותרים הם שקיבלו את הדיבידנד באופן "רעיוני": החברה חילקה להם דיבידנד ושילמה אותו בעבורם לבעל המניות המוכר תמורת מניותיו. אם לא תאמר כן, נעמוד בפני מצב בו יצאו רווחים מידי החברה מבלי שישולם עליהם כלל מס הכנסה. אמנם, במבט ראשון, תוצאה זו אולי אינה מתיישבת עם הגיון הדברים, שהרי בעלי המניות שלא מכרו את מניותיהם, לא עשו כל עסקה ולא קיבלו כל תשלום ואפילו, אולי, לא התעשרו (כזכור, שיעור אחזקתם אמנם גדל, אך שווי החברה פחת בסכום שהוצא**

לרכישה העצמית). אולם, אין בנימוקים אלו כדי להכריע את הכף, שהרי בכל חלוקת דיבידנד בעלי המניות אינם "מתעשרים", משום ששווי מניותיהם פוחת בסכום שיצא מידי החברה וחולק כדיבידנד. בדוגמה שלפנינו, שלא רק ללמד על עצמה יצאה אלא ללמד על הכלל כולו יצאה, בעלי המניות שלא מכרו את המניות הם-הם שהחליטו על הרכישה העצמית, הם שהפנו את יתרת העודפים של החברה לרכישת המניות העצמית, והם בעלי האינטרס שעמד מאחורי מהלך זה. אין אפוא כל קושי לראות בהם את מקבלי הדיבידנד (הרעיוני) ולחייב אותם בתשלום המס המתחייב מקבלת הדיבידנד".

34. בית המשפט סבר בפרשת ברנובסקי שאין צורך לקבוע עמדה עקרונית באשר למסקנתו של ד"ר גדעון קריב, ואולם בנסיבות העניין, שבהן הייתה הרכישה העצמית של המניות רכיב בחלוקת נכסים כוללת, ראה לנכון לאמץ את הגישה שלפיה בעקבות הרכישה העצמית של המניות, יש לראות במערער שהיה בעל המניות הנותר, כמי שקיבל דיבידנד מהחברה.

35. לצד דברים אלה קיבל בית המשפט בפרשת ברנובסקי גם את טענתו של פקיד השומה שלפיה לא היה כל טעם מסחרי ברכישת המניות העצמית על ידי החברה ועל כן נקבע כי מדובר ב"עסקה מלאכותית"-

"לכך יש להוסיף, כי ברכישת המניות הטיבה החברה עם המערער אשר הפך לבעל המניות היחידי בחברה, על כל המשתמע מכך. זאת, בנוסף להטבות או התמורות שקיבל המערער על פי הסכם הפשרה. בכך קודם האינטרס של המערער, באמצעות כספים שהוצאו מהחברה שלא לטובתה, תוך ניסיון להתחמק מתשלום מס על כספים אלה.
באלה יש כדי להצדיק את קביעת המשיב לפיה הרכישה עצמית של המניות, אשר בחלקן הועברו רגע קודם לידי יהודית בשיעור ארביטררי שהוסכם בהסכם הפשרה, הינה בגדר עסקה מלאכותית שנועדה להפחית את חיוב המס שהיה מוטל על המערער אילו חלקה החברה דיבידנד לבעלי מניותיה."

36. על פסק הדין בפרשת ברנובסקי הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בפסק הדין (ע"א 3637/14 **דן ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן** [פורסם בנבו] (מיום 14.12.2017)), צוין כי בית המשפט (כב' השופטים י' עמית, ד' ברק- ארז ומ' מזוז) הביע דעתו במהלך הדיון כי בנסיבות המקרה המהות הכלכלית של העסקה היא חלוקת דיבידנד, ולאור עמדה זו חזר בו המערער מערעורו, וערעורו נדחה.

37. עמדה דומה באשר לדיבידנד רעיוני שחולק לבעל המניות הנותר הובעה בע"מ (ת"א) 1100-06 **תמר בר ניר נ' פקיד שומה גוש דן** [פורסם בנבו] (מיום 16.11.2014) (להלן – "**פרשת בר ניר**"), שבו עסק בית המשפט בהסכם לרכישת מניותיו של בעל המניות המוכר לשלושת בעלי המניות הנותרים, בהתאם לחלקם היחסי באחזקות במניות, וברכישה עצמית של המניות שנמכרו על ידי החברה, משלושת בעלי המניות שרכשו את המניות, והפיכתן לרדומות. פקיד השומה קבע בפרשת בר ניר כי מלוא התשלום ששולם לבעל המניות המוכר ייחשב כדיבידנד בידי בעלי המניות הנותרים, בהתאם לחלקו של כל אחד מהם באחזקות מניות החברה, ולחילופין, נטען כי מדובר בעסקה מלאכותית.

38. כב' השופט מ' אלטוביה קיבל בפרשת בר ניר את עמדת פקיד השומה, ומצא, על יסוד ההסכמים בין בעלי המניות, כי הייתה ביניהם הסכמה נפרדת ומפורשת על רכישת מניותיו של המוכר על ידי בעלי המניות הנותרים. בין היתר צוין בפרשת בר ניר כי-

> **"...מהות הסכם המכירה שנכרת בין בעלי המניות הנותרים לבין אורי לפיו בעלי המניות הנותרים רכשו את מניותיו של אורי ולא החברה. כפי שיובהר בהמשך, בעלי המניות הנותרים "לא הביאו כסף מהבית" אלא משכו את המימון הדרוש לרכישת מניותיו של אורי מקופת החברה תוך יצירת מערכת הסכמים שלא היה לה דבר עם טובת החברה".**

39. כמו כן קיבל בית המשפט את טענתו של פקיד השומה שלפיה מדובר בעסקה מלאכותית, וקבע כי-

> **"בעסקת רכישת המניות העצמית לא הייתה חבות במס כפי שאף הצהירה המערערת בדוח המס שהגישה. מנגד, אין חולק שאילו העבירה החברה לבעלי המניות הנותרים דיבידנד בגובה התמורה שנקבעה למניותיו של אורי, היו בעלי המניות הנותרים חייבים במס בשיעור 25% על הדיבידנד המחולק. בהתחשב בנסיבות עניינו נמצא כי בבחירת החלופה של רכישה עצמית על פני חלוקת דיבידנד גלומה הפחתת מס."**

40. בית המשפט התייחס להגדרת דיבידנד בחוק החברות, הקובעת כאמור כי דיבידנד הוא- "**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", וקבע כי הזכויות הנוספות בחברה, שקיבלו בעלי המניות הנותרים, כמוהן כחלוקת דיבידנד בעין, אף אם נעשו בדרך של רכישה עצמית של המניות-

> **"הזכויות הנוספות הן נכס שניתן למערערת על ידי החברה (גם אם בעקיפין בדרך של רכישת מניות והפיכתן למניות רדומות) מכוח הסכם החלוקה והסכם הרכישה שנכרתו בין בעלי המניות הנותרים לבין החברה. על כן, לטעמי יש לראות את הזכויות הנוספות כנכס שניתן למערערת על ידי החברה מכוח זכותה כבעלת מניות ובהתאם יש לראות זאת כחלוקת דיבידנד. הוא הדין, אם נאמר שהחברה העבירה למערערת סכום כספי כדי שווין של הזכויות הנוספות אותן רכשה המערערת מאורי".**

41. פסק דין רביעי שעסק בסוגיה הוא ע"מ (חי') 71455-12-18 **בית חוסן בע"מ ואח' נ' פקיד שומה עכו** [פורסם בנבו] (מיום 1.11.2020) (להלן- "**פרשת בית חוסן**"), שבו הביעה כב' השופטת א' וינשטיין עמדה שונה מעמדתו של כב' השופט מ' אלטוביה, שלפיה אין לראות ברכישה עצמית של המניות, שאינה פרו-רטה כחלוקת דיבידנד רעיוני לבעלי המניות הנותרים. בפרשת חוסן נדונה רכישה עצמית של כלל מניותיה של אחת מתוך 4 בעלי המניות, אשר החזיקה ב- 18.75% ממניות החברה. הרכישה העצמית של המניות נעשתה על רקע סכסוך שבעטיו הגישה מוכרת המניות תביעה נגד החברה, נגד אחד מבעלי מניותיה ונגד דירקטורית בחברה. החברה בפרשת בית חוסן, אשר רכשה את מניותיה רכישה עצמית, הייתה "איגוד מקרקעין", כהגדרתו בסעיף 1 **בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג- 1963**, (להלן- "**חוק מיסוי מקרקעין**") והכנסותיה היו הכנסות פאסיביות, לפי סעיף 2(6) בפקודת מס הכנסה, מהשכרת מבנה שבבעלותה.

42. בית המשפט קבע בפרשת בית חוסן כי אין מקום לקבוע קיומו של דיבידנד רעיוני בידי בעלי המניות הנותרים, בהעדר הוראה מפורשת בפקודת מס הכנסה, בהעדר עליית שווי כלכלית ברת כימות של נכס בידי בעלי המניות הנותרים, ובשעה שלא היה מימוש כלשהו של הרווח. הודגש כי בבסיסו של עקרון המימוש עומדת התפיסה שלפיה אין לחייב נישום במס **אלא כאשר** יש בידו רווח שמומש על ידו, כזה שקיבל ביטוי מוחשי כלכלי. עליית ערכו של נכס המצוי בבעלותו של אדם, **מבלי** שביצע פעולה של מימוש של הנכס, אינה מייצרת "אירוע מס". הודגש כי אין לומר כי נוצרה "התעשרות" בידיהם של בעלי המניות הנותרים, שהרי הגידול באחזקותיהם במניות החברה מתאזן אל מול הירידה בשווין של אותן אחזקות.

43. כב' השופטת וינשטיין התייחסה לשני מאמרים, אשר צידדו בעמדה שלפיה יש לראות בשינוי בשיעור האחזקות בחברה משום מימוש, ודחתה את העמדה

האמורה. כך למשל צוטטה העמדה שהובעה במאמרם של תמיר שאנן ורועי כהן, "מיסוי רכישה עצמית של **מניות בידי תאגיד**", הפרקליט נג (2) תשע"ה 453 (להלן – "שאנן וכהן"), בעמוד 489, הגורסים כי:

> **"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."**

44. כמו כן צוטט האמור במאמרו של עמרי דהן, "**רכישה עצמית של מניות כדיבידנד לצרכי מס - עשיית סדר במה שלא בסדר**", מיסים כח/3 (יוני 2014) א-31 (להלן – "דהן"), שלפיו-

> **"כמו כן, נכון יהיה להוסיף מבחנים אובייקטיביים מעולם המעשה, שיאפשרו לברר, האם לעלייה באחוזי השליטה יש השלכות אחרות במבנה החברה, שאותן ניתן לכמת כלכלית, היוצרות אצל מי שלא מכר ערך מוסף דוגמת פרמיית שליטה, כוח מוגבר באסיפה כללית להעברת החלטות וכיוצ"ב."**

45. כב' השופטת וינשטיין שללה כאמור את העמדות האמורות, מהטעם שאת קיומה של "התעשרות" יש לטעמה לבחון על פי השאלה האם נוצר בידיהם של בעלי המניות הנותרים **יתרון כלכלי** כלשהו, שלא היה בידיהם קודם לביצוע עסקת הרכישה העצמית. הודגש כי במקרה הרגיל, לא ניתן להצביע על יתרון כלכלי שכזה, שהרי במקביל לגידול בשיעור האחזקה, פחתו עודפיה של החברה. משמע, כי בעלי המניות הנותרים מחזיקים אמנם עכשיו בשיעור גדול יותר של מניות מתוך ההון המונפק, אבל אחזקתם היא בחברה ש"שווה פחות" בשל הקטנת העודפים.

46. בית המשפט התייחס בפרשת בית חוסן ה גם לאפשרות לראות בגידול האחזקות של בעלי המניות הנותרים "התעשרות" בידיהם, בעקבות הגידול בכוח ההצבעה שלהם, שאפשר שייתן בידיהם את השליטה בחברה, ואולם נקבע כי לא ניתן לומר ש"התעשרות" זו היא התעשרות "ממומשת", **בעיקר**, מהטעם שיש להשוות את הרכישה העצמית להקצאת מניות בחברה, אשר אינה נחשבת כאירוע מס במישור

בעלי המניות הקיימים, וזאת על אף שלאחר ההקצאה חל שינוי באחזקותיהם של בעלי המניות בחברה. כאשר מוקצות מניות בחברה לבעל מניות חדש, שהזרים כספים לחברה, הרי שסך כל ההון המונפק גדל, ובהתאמה מדוללים בעלי המניות הקיימים ושיעור אחזקתם במניות החברה - קטן. בנסיבות אלו, אף שלכאורה יצא "נכס" מידי בעלי המניות הקיימים, בדמות ההפחתה בשיעור אחזקותיהם, ועל אף שעלה שווין של האחזקות שנותרו בידם, לא מחויבים בעלי המניות הקיימים ברווח הון ואף לא בחלוקת דיבידנד.

<u>חוזרי מס הכנסה</u>

47. רשות המסים התייחסה להיבטי המס של רכישת מניות עצמית בהוראותיה המקצועיות. בחוזר מס הכנסה 10/2001 מקצועית משפטית "**השפעת <u>חוק החברות</u> החדש על דיני המס**" (להלן- "**חוזר 10/2001**"), הובעה הדעה כי רכישה עצמית של המניות אינה מהווה אירוע מס בידי החברה, וגם מכירת המניות הרדומות על ידי החברה, לא תהווה אירוע מס (אלא אם כן מדובר במקרים חריגים בעלי אופי מסחרי).

48. אשר לבעלי המניות המוכרים את מניותיהם לחברה, נקבע בחוזר 10/2001 כי ככלל יש לסווג את העסקה כמכירת מניות החייבת במס רווחי הון. יחד עם זאת, הבחין חוזר 10/2001 בין רכישה עצמית מכלל בעלי המניות, בהתאם לשיעורי אחזקתם במניות החברה, לבין רכישת מניות מחלק מבעלי המניות בלבד. לעניין רכישת מניות מכלל בעלי המניות בחברה, פרו- רטה, נקבע כי יש לראות בבעלי המניות המוכרים כמי שקיבלו דיבידנד מהחברה, שכן שיעורי האחזקה שלהם במניות החברה לא השתנו בעקבות הרכישה העצמית של המניות, ואולם בעלי המניות המוכרים קיבלו לידם תשלום כספי מהחברה שכמוהו כחלוקת דיבידנד.

49. חוזר 10/2001 לא התייחס לאירועי המס בידי בעל המניות הנותר, שהוא לכאורה פסיבי, ואינו מעורב ברכישה מחלק מבעלי המניות. התייחסות לעניין חיוביו של בעל המניות הנותר במס הכנסה או במס רווח הון נעשתה לראשונה **בחוזר מס הכנסה מספר 2/2018 - רשות המיסים, בנושא: רכישה עצמית של מניות בהתאם ל<u>חוק החברות</u>** (להלן – "**חוזר 2/2018**"), חוזר שאת הוראתו יישם פקיד השומה בענייננו.

50. בחוזר 2/2018 (פסקה 3.2.2) הביעה רשות המיסים את עמדתה שלפיה יש לראות ברכישה עצמית של מניות, שאינה פרו-רטה (בנסיבות שבהן לא מדובר ברכישה עצמית של מניות חברה **נסחרת בבורסה** בשיעור **שאינו מהותי**), כעסקה הנעשית בשני שלבים:

על פי **הגישה הראשונה**, יש לראות את העסקה כאילו **בשלב ראשון**, חולק דיבידנד בסכום השווה לסכום הרכישה, לכל אחד מבעלי המניות, לפי חלקו היחסי של כל בעל מניות במניות החברה לפני המכירה, הן למוכרי המניות והן לבעלי המניות הנותרים. **בשלב שני**, יש לראות בבעלי המניות הנותרים כמי שרכשו מבעלי המניות היוצאים את מניותיהם בסכום הדיבידנד שקיבלו (ברוטו).
על פי **הגישה השנייה**, יש לראות את העסקה כאילו **בשלב הראשון** רכשו בעלי המניות הנותרים את מניותיו של בעל המניות המוכר, בסכום הרכישה, לפי חלקם היחסי בחברה, **ובשלב שני**, העבירו בעלי המניות הרוכשים את המניות לחברה בתמורה לסכום הרכישה, כך שמדובר ברכישה פרו-רטה בידי בעלי המניות הנותרים, ולפיכך מדובר בחלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות בחברה, שכמוה כקבלת דיבידנד בידם.

51. אשר לבחירה בין שתי החלופות, צוין בסעיף 3.2.3 בחוזר 2/2018 כי –

> **" במקרים בהם בעל המניות מוכר את כל המניות בהן הוא מחזיק, כך שלאחר המכירה אינו מחזיק עוד בזכויות בחברה, ניטה לסווג את העסקה בהתאם לחלופה השניה, כך שבידי בעל המניות המוכר יקבע רק אירוע של מכירה. במקרים בהם בעל המניות המוכר, מוכר חלק ממניותיו, כך שלאחר מכן הוא נותר בעל מניות בחברה, או במקרים בהם ניתן לזהות מעורבות של בעל המניות המוכר באופן ביצוע העסקה בדומה למקרה ברונובסקי, ניטה לסווג את העסקה לפי הגישה הראשונה."**

52. בחוזר 2/2018 הוזכרו בהקשר זה פסקי הדין שניתנו בפרשת ברנובסקי ובפרשת בר ניר, וכן מאמרו של קריב.

<u>דיון והכרעה</u>
<u>המהות האמתית של העסקה</u>

53. בעקבות עיגונה בחקיקה של האפשרות לרכישת מניות החברה על ידי החברה עצמה, לא הוכנסו כאמור שינויים בפקודת מס הכנסה, ולפיכך חלות על רכישת המניות העצמית הוראת הפקודה הכלליות העוסקות במיסוי דיבידנד ובמיסוי רווח הון.

54. מטרת השומה, כמו גם מטרתו של ההליך המשפטי הבוחן אותה במסגרת ערעור הנישום המוגש עליה, היא להבטיח גבייתו של מס אמת (ראו למשל ע"א 1527/97 **אינטרבילדינג חברה לבניין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א**, פ"ד נג (1) 699 (1999); ע"א 3568/16 **תיעוש אחזקה ותפעול בע"מ ואח' נ' פקיד שומה כפר סבא** [פורסם

בנבו] (מיום 16.8.18)). לשם כך מוטל על פקיד השומה להתחקות אחר מהותן האמתית של הפעולות העסקיות.

55. כפי שסיכמה כב' השופטת א' חיות (כתוארה אז) את העיקרון האמור בע"א 5025/03 **מנהל מיסוי מקרקעין אזור ת"א נ' אורלי חברה לבניין ופיתוח** [פורסם בנבו] (מיום 16.8.06) (לעניין חוק מיסוי מקרקעין, דברים הרלוונטיים לכלל חקיקת המס, ולפיכך גם לענייננו)-

> **"אחד מעקרונות היסוד בדיני המס הוא כי עיסקה יש למסות על פי תוכנה הכלכלי ועל פי מהותה האמיתית (ראו ע"א 614/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת ש.א.פ. בע"מ, פ"ד מא (3) 735, 738 (1987)). על מנת להתחקות אחר טיבה של העיסקה מבחינה כלכלית אין לראות בכותרת שהכתירו אותה הצדדים חזות הכול והוא הדין באשר לאופן שבו כינו אותה, למתכונת שבה ערכו אותה וללבוש שהעטו עליה (ראו: ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד (1) 802, 804 (1979); ע"א 6722/99 מנהל מס ערך מוסף תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, פ"ד נח (3) 341, 347 (2004)). כך למשל ייתכן כי על פי התוכן הכלכלי, עיסקה שנערכה על ידי הצדדים בשני חוזים נפרדים היא לאמיתו של דבר עיסקה אחת לצרכי מס שאין לפצלה (ראו ע"א 2330/04 מנהל מס שבח אזור ירושלים נ' מלונות צרפת ירושלים בע"מ (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 21.5.06)), ואילו עיסקה שהצדדים ערכו בחוזה אחד היא מבחינת מהותה הכלכלית עיסקה שיש לפצלה לשניים לצרכי מס... "**

56. בית המשפט העליון חזר על הלכה זו בהקשר של פקודת מס הכנסה למשל בע"א 750/16 **סעדטמנד ואח' נ' פקיד שומה רחובות**, [פורסם בנבו] (מיום 28.2.19)(להלן- "**פרשת סעדטמנד**"), והדגיש כי על פי עקרונות היסוד של דיני המס, נקבע "מס אמת", בהתאם **למהות הכלכלית האמתית של העסקה-**

> **"על מנת להתחקות אחר טיבה של העסקה מבחינה כלכלית אין לראות בכותרת שהכתירו אותה הצדדים חזות הכל והוא הדין באשר לאופן שבו כינו אותה, למתכונת שבה ערכו אותה וללבוש שהעטו עליה" (ע"א 5025/03 [פורסם בנבו] (מיום 16.8.2006); ע"א 5118/13 נסים נ' פקיד שומה גוש דן, [פורסם בנבו] (מיום 24.12.2015); ע"א 6340/08 וילאר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה, [פורסם בנבו] (מיום 10.6.2010))".**

57. כב' השופטת ע' ברון הדגישה בפרשת סעדטמנד כי –

"לא פעם נדרשות אפוא רשויות המס להאיר עסקה באור שונה מזה שבו היא הוצגה על ידי הצדדים לה, שאז פתוחים בפני פקיד השומה שני מסלולים אפשריים: מסלול הדין הכללי ומסלול דיני המס. בתמצית, מטרתו של המסלול הראשון היא לחשוף את המהות האמיתית של העסקה באמצעות עקרונות וכלים מן הדין הכללי הרלוונטי;... במסלול השני עושה פקיד השומה שימוש בדיני המס, וגם בהקשר זה עומדות לו שתי אפשרויות: "סיווג שונה" ו"סיווג מחדש".

במסגרת "סיווג שונה" נדרש מפקיד השומה לפנות להוראות מס "רגילות" על מנת להגדיר באופן שונה את בסיס המס; קרי: את התקבול שאותו ממסים. כך, למשל, "מכירה" זכתה להגדרה רחבה בסעיף 88 לפקודה, שמכוחה ניתן לקבוע כי עסקת מתנה לפי הדין הכללי מהווה מכירה במישור המס (עניין ויז'ניץ, פסקה 14; ע"א 7493/98 שרון נ' פקיד שומה – יחידה ארצית לשומה, [פורסם בנבו] פסקה 17 (15.12.2003) ... "סיווג מחדש", לעומת זאת, נסמך על "נורמה אנטי-תכנונית" כללית – קרי: הוראה שמטרתה לקבוע את קו הגבול בין תכנון מס לגיטימי לכזה שאינו לגיטימי; ולענייננו רלוונטית ההוראה שבסעיף 86(א) לפקודה"

58. בענייננו מצא כאמור פקיד השומה כי מהותה האמתית של רכישת המניות העצמית היא חלוקת דיבידנד למערער, בהתאם להוראות פקודת מס הכנסה ולשם הגשמת תכליותיה.

59. מבחינת המהות הכלכלית משלבת רכישת המניות העצמית מאפיינים של חלוקת דיבידנד ושל רווח הון כאחד. העברת עודפים לידי בעלי המניות הינה בראש ובראשונה חלוקת דיבידנד, כמשמעותו בפקודה, בעוד שמכירת הזכויות בחברה: זכות ההצבעה, הזכות למינוי מנהל, הזכות לקבלת רווחים והזכות לקבלת נכסים בעת הפירוק, באמצעות מכירת המניות, היא בעלת מאפיינים הוניים. לפיכך חלות ברכישה עצמית של מניות הוראות פקודת מס הכנסה העוסקות בחלוקת דיבידנד וברווח הון, הקבועות בעיקר בסעיפים 2(4) ו- 89 בפקודת מס הכנסה. לעניין חבות המס של בעל המניות הנותר רלוונטית חבות המס החלה על דיבידנד בלבד, בעוד שלעניין בעל המניות המוכר רלוונטיות שתי ההוראות כאחד.

60. המחלוקת בענייננו נסובה כאמור על אירוע המס בידי בעל המניות הנותר, ואולם לשם השלמת התמונה, אזכיר בקצרה, כי לעניין מוכר המניות רלוונטית הוראות

סעיף 89 בפקודת מס הכנסה, הקובע כי ההפרש בין התמורה לבין יתרת המחיר המקורי יחויב במס רווח הון. לגבי מוכר המניות רלוונטית השאלה האם יש לראות בתמורה שקיבל במכירת המניות לחברה כרווח הון, החייב במס רווחי הון, או כדיבידנד, החייב במס הכנסה על פי סעיף 2(4) בפקודת מס הכנסה. לסיווג ההכנסה לעניין מוכר המניות נפקויות שונות, אף ששיעורי המס על רווח הון ועל דיבידנד זהים. ככל שהאירוע יסווג כרווח הון יוטל מס רווחי הון על הסכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי, בעוד שבסיווג כדיבידנד יחויב הדיבידנד במלואו במס; בסיווג של הסכום כדיבידנד תחויב החברה בניכוי מס במקור (אף שהרכישה העצמית אינה כרוכה בחבות מס במישור החברה); סיווג כדיבידנד לא יאפשר קיזוז הפסדי הון; ועוד.

61. המחלוקת בעניינו מתמקדת כאמור בבעל המניות הנותר ובשאלה האם יש לסווג את תמורת המניות ששילמה החברה לאחיו כדיבידנד שהתקבל בידו, כפי שטען פקיד השומה.

<u>מודל המיסוי הדו- שלבי</u>

62. בבסיס עמדתו של פקיד השומה באשר למהות הכלכלית האמתית של העסקה, עומד המודל הדו -שלבי למיסוי רווחים שמפיק אדם באמצעות חברות, אשר אומץ בפקודת מס הכנסה.

63. מבחינה משפטית החברה היא אישיות משפטית נפרדת מזו של בעלי מניותיה, הכשרה לכל זכות, חובה ופעולה, מסוגלת לתבוע ולהיתבע. מצד שני, החברה היא ידם הארוכה של בעלי מניותיה, הפועלת למען רווחתם והגברת עוצמת הכלכלית, והם רשאים להקימה ולפרקה בכול עת (ראו אמנון רפאל ושלומי לזר, מס הכנסה, כרך שני, מהדורה שניה 2014 (להלן- "**רפאל ולזר**") עמ' 183; דוד אלקינס, <u>מיסוי חברות ובעלי מניותיהן</u>, כרך א1, בורסי הוצאה לאור, התש"ע- 2009, עמ' 45). לא למותר לציין כי אף שמדובר באישיות משפטית נפרדת, והחברה מוגדרת בפקודת מס הכנסה כ"אדם", החברה היא ישות מלאכותית, וההחלטות בה, במיוחד שעה שמדובר בחברה פרטית, ניתנות על ידי בעלי מניותיה, ולא באופן עצמאי ומנותק מהם.

64. פקודת מס הכנסה מביאה בחשבון מאפיינים אלו בקביעת חבות המס של הכנסות שמפיק אדם באמצעות חברה. כאמור אימצה פקודת מס הכנסה את המודל הדו-שלבי, שלפיו, **בשלב ראשון** מחויבת הכנסתה החייבת של החברה במס חברות, בשיעור המס הקבוע בסעיף 126(א) בפקודת מס הכנסה (23% כיום); **ובשלב השני**, מחויבים בעלי מניותיה (היחידים) של החברה, בעת חלוקת רווחי החברה

כדיבידנד, במס הכנסה על פי סעיף 2(4) בפקודת מס הכנסה, בשיעור מס הקבוע בסעיף 125ב בפקודת מס הכנסה, (כיום 25%). שיעור המס הכולל הקבוע היום במודל הדו- שלבי משווה (בקירוב) את שיעור המס המשתלם על רווחים שהפיק יחיד באמצעות חברה לשיעור המס השולי המשתלם על ידי יחיד על הכנסות שהפיק במישרין, במטרה לשמור על "אדישות מיסויית" בבחירת דרך הפקת ההכנסות (ראו: עע"א 3277/19 **פקיד שומה ירושלים נ' אפרים סקמסקי**, [פורסם בנבו] פסקה 10 (מיום 16.8.21) (להלן- "**פרשת סקמסקי**"); עע"א 2515/18 **חברת אם. סי. אל קניון דרורים בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקוה**, [פורסם בנבו] פסקה 27 (מיום 17.6.2020); עע"א 8511/18 **פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה**, [פורסם בנבו] פסקה 3 (מיום 26.1.2020) (להלן- "**פרשת דלק הונגריה**"); עע"א 8783/14 **צ.א.ג תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב**, [פורסם בנבו] פסקה 9 (מיום 23.8.2016); **רפאל ולזר**, עמ' 187); (וראו גם הערת רפאל ולזר בעמ' 201 באשר לחבות המס המדויקת בשתי החלופות)).

65. בהתאם למודל הדו- שלבי, כל עוד לא חולקו רווחיה של החברה לבעלי המניות, משולם על ידי החברה מס חלקי, בשיעור מס החברות החל על הכנסותיה של החברה, ואולם בעת שעודפי החברה מחולקים לבעלי מניותיה, **בכסף או בתשלום בעין**, מחויבים כאמור הסכומים במס הכנסה בידי בעלי המניות.

66. מודל המיסוי הדו –שלבי כרוך בדחיית מס ממושכת, ואין להוציא מכלל אפשרות כי שנים יחלפו ממועד הפקת ההכנסה בידי החברה עד מועד חלוקת הרווחים לידי בעלי המניות, וכפועל יוצא עד מועד חיובם במס המשלים לשיעור המס השולי על פי השלב השני של המיסוי. (אין להוציא מכלל אפשרות שרווחים אלו יוותרו בחברה, וישמשו לפעילותה העסקית, מבלי שיועברו לבעלי המניות, וככל שלא יועברו לידי בעלי המניות כלל לא יחויבו במס בשלב השני).

67. דחיית המס המוענקת במודל המיסוי הדו- שלבי, נועדה לעודד את הותרת הרווחים בידי החברה, לשם השימוש העסקי בהם. יחד עם זאת, ברגע שהחברה מחלקת את רווחיה לבעלי מניותיה, או ברגע שבעלי המניות עושים ברווחיה שימוש במישור האישי, כבעלי מניות, אין עוד הצדקה לדחיית המס, ויש לחייב את הרווחים במס כאמור בשלב השני של מודל המס הדו שלבי.

68. לא למותר לציין כי מבחינת יישום המודל הדו- שלבי, לא "מתעשר" בעל המניות בעת קבלת הדיבידנד, שכן לצד העברת הדיבידנד לידיו פוחת בהתאמה שווין של מניותיו, בעקבות חלוקת עודפיה של החברה, ואולם המס מוטל בשל עצם העברת רווחיה של החברה לידי בעל המניות, לשם השלמת שיעור המס החל על הכנסותיו של היחיד.

69. על רקע מבנה מודל המס הדו- שלבי יש לבחון את השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים בענייננו, האם יש לראות במערער, שהוא כאמור בעל המניות הנותר, כמי שקיבל דיבידנד מהחברה בעת רכישת המניות העצמית.

<u>המהות הכלכלית של רכישת מניות עצמית</u>

70. סעיף 2(4) בפקודת מס הכנסה קובע כי מס הכנסה יוטל על הכנסה מ-

(4) דיבידנד, לרבות דיבידנד המשתלם מתוך רווחי הון של חברה, ריבית, הפרשי הצמדה או דמי נכיון;

71. המונח דיבידנד אינו מוגדר בפקודת מס הכנסה, אף לא בדרך של הפניה להגדרת המונח בחוק החברות, והשאלה הראשונה הנשאלת בהקשר זה היא כיצד יש לפרש את המונח האמור. לחוקי המס אין כידוע כללי פרשנות ייחודיים, והם יפורשו בהתאם לתורת הפרשנות הלשונית והתכליתית כבכול ענפי המשפט האחרים (ראו למשל: ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט (2) 70, 75 (1985); דנ"א 2308/15 **פקיד שומה רחובות נ' דמארי**, [פורסם בנבו] פסקה 20 בפסק דינה של כב' הנשיאה מ' נאור (מיום 12.9.2017)). כפי שבואר בהלכה הפסוקה (ראו למשל פסק דינו של כב' השופט ד' מינץ בפרשת דלק הונגריה), הליך הפרשנות הוא הליך דו-שלבי, הבוחן בשלב הראשון, את כל המשמעויות שלשון הטקסט יכולה לאצור, המשמעויות שיש להן נקודת אחיזה, ולו מינימלית, בלשון החקיקה. "**... יתכן שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק**" (דנ"א 40/80 **קינג נ' כהן**, פ"ד לו (3) 701, 716 (1982)); ככל שישנה יותר מפרשנות לשונית אפשרית אחת, נדרש בית המשפט לאתר את תכליותיו של דבר החקיקה, ולבחון מבין כל האפשרויות הפרשניות שאותרו את הפרשנות המגשימה תכליות אלה באופן המיטבי ביותר.

72. אשר לפרשנות המונח "**דיבידנד**", אשר אינו מוגדר כאמור בפקודת מס הכנסה, אינני סבורה שיש להגדירו בהתאם להגדרתו בחוק החברות. המונחים שנקבעו בפקודת מס הכנסה נועדו להגשים את תכליתה המיסוית הפיסקאלית, שאינה זהה בהכרח לתכליתו של חוק החברות. המונח דיבידנד, כמו גם מונחים אחרים הקבועים בפקודה, אינו כפוף לשינויים הנערכים מעת לעת במונחים שבהם נעשה שימוש בדיני תאגידים, ויש לפרש את המונח בהתאם למשמעות הנודעת לו בפקודת מס הכנסה, בהרמוניה לכלל הוראותיה ותכליותיה (וראו לעניין זה גם ד' אלקינס "מיסוי מניות הטבה", <u>מאזני משפט ג'</u>, תשס"ה, עמ' 55, 57).

73. מעבר לכך שלא קיימת כאמור הפנייה מפורשת בפקודת מס הכנסה להגדרת דיבידנד בחוק החברות, סעיף 2 בפקודת מס הכנסה מחייב במס את ההכנסה שהופקה או שנצמחה בישראל או **מחוץ לה**, ועל כן המונח דיבידנד בפקודה אינו

חל על דיבידנד המחולק על פי חוק החברות בלבד, אלא על דיבידנד המחולק גם לפי דין זר, ואין להוציא מכלל אפשרות שהדין הזר נוקט במונחים שונים ועורך הבחנות שונות באשר לחלוקת דיבידנד. מבחינת לשונו של המונח, ניתן לפרש את המונח "דיבידנד" ככול תשלום או חלוקה שמעבירה חברה לבעלי מניותיה, מתוך רווחיה או עודפיה, בין אם כונה התשלום בשם **דיבידנד** ובין אם כונה בשם אחר. מעניין להזכיר בעניין זה כי מקור המילה דיבידנד הוא בשפה הלטינית, (dividendum)ופירושה "**מה שיש לחלק**."

74. אשר לתכליתה של פקודת מס הכנסה, תכלית ההוראה בדבר חיוב במס של דיבידנד היא בראש ובראשונה לתפוס ברשת המס כל חלוקה או תשלום ששולם לבעל מניות, בין שנעשתה על פי הדין בישראל בין שנעשתה על פי דין זר, לשם יישום מודל המיסוי הדו- שלבי. נוכח תכלית זו, יש לפרש את המונח "דיבידנד" בצורה מרחיבה, כמתייחס לכל חלוקה של רווחים של החברה לבעלי מניותיה, יהיה שמה אשר יהיה.

75. נוכח ההסדר השלם והסגור הקבוע בפקודת מס הכנסה, ונוכח תכליתה, העובדה שבחוק החברות קיימת הבחנה בין המונח "דיבידנד" לבין המונח "חלוקה", ושרכישת המניות העצמית מסווגת כחלוקה דווקא ולא כדיבידנד, אינה מונעת את האפשרות לסווג את הרכישה העצמית, לצורך פרשנות הפקודה, כחלוקת דיבידנד, כמשמעותו בפקודה. ככל שבאמצעות הרכישה העצמית מועברים עודפי החברה ורווחיה לידי בעלי מניותיה, מדובר בדיבידנד כמשמעותו בפקודת מס הכנסה, גם אם מבחינה סמנטית מכונה התשלום על פי חוק החברות בשם אחר. לפרשנות זו, המגשימה את תכליתה של פקודת מס הכנסה, קיים עיגון בסעיף 2(4) בפקודה, ואינני רואה מניעה מלפרש את המונח דיבידנד בדרך זו.

76. מעבר לדרוש אזכיר פעם נוספת את הבחנתו של כב' השופט מ' אלטוביה בפרשת בר- ניר, שלפיה הזכויות הנוספות בחברה, המוקנות לבעלי המניות הנותרים בעקבות רכישה עצמית של מניות, כמוהן כחלוקת דיבידנד **בעין**, גם על פי הגדרת המונח דיבידנד בחוק החברות, אף אם נעשו בדרך של רכישה עצמית של המניות. נוכח הגדרת חוק החברות עצמו, גם "אם נאמר **שהחברה העבירה למערערת סכום כספי כדי שווין של הזכויות הנוספות אותן רכשה המערערת מאורי**" (ראו, שם).

<u>מן הכלל אל הפרט</u>
<u>המהות הכלכלית של העסקה</u>

77. **בחינת המהות הכלכלית של העסקה בעניינו מלמדת על כך שיש לקבל את עמדת פקיד השומה שלפיה רכש המערער את זכויותיו של אחיו באמצעות דיבידנד שקיבל מהחברה.**

78. מבחן משולב בן שלושה פרמטרים מצביע על כך שמדובר בדיבידנד שקיבל המערער: **הראשון**, **השימוש** שנעשה בנכסי החברה לצורך מימון רכישת הזכויות, חלף שימוש במימון עצמי או מימון חיצוני לחברה, שימוש המהווה **מימוש** של הנכסים. בעת השימוש בנכסי החברה יש כאמור לחייב את הרווחים המועברים לבעלי המניות במס בידי היחיד, על פי השלב השני במודל הדו- שלבי, ובענייננו, בידי המערער שעשה שימוש בנכסים לרכישת הזכויות; **השני, היתרון הכלכלי** שהפיק המערער מהרכישה העצמית של המניות, המעיד על כך שהשימוש ברווחים נעשה על ידו, ולא רק על ידי בעל המניות המוכר. היתרון הכלכלי שהפיק המערער נלמד מהתוצאה שלפיה, בעקבות הרכישה העצמית, הוקנו למערער זכויות נוספות בחברה שלא היו לו קודם לכן, לרבות שליטה מלאה. **השלישי**, **העדר כל טעם כלכלי או עסקי מבחינת החברה** לרכישת מניותיה, והעובדה שהרכישה העצמית נעשתה לצרכיו של המערער בלבד.

79. הטעם הראשון לסיווג תמורת המניות כדיבידנד בידי המערער הוא העובדה שבאמצעות הרכישה העצמית של המניות **נעשה שימוש בנכסי החברה**. עודפי החברה **הועברו לבעלי המניות**, לצורך רכישת השליטה בחברה והזכויות האחרות בה, ועל כן מדובר ב**מימוש**, המהווה אירוע מס.

80. העודפים שימשו למימון רכישת הזכויות בחברה, חלף מימון עצמי של הרכישה על ידי המערער, באמצעות הון עצמי או באמצעות מימון חיצוני כגון הלוואה בנקאית אישית. אילו היה מימון העסקה נעשה בדרך אחרת, ולא באמצעות רכישה עצמית של המניות, ואילו תמורת המניות הייתה משולמת מכספו הפרטי של המערער, או מהלוואה שנטל במישרין, היה האח משלם מס על רווח הון במכירת המניות, כפי ששילם בפועל, ואולם העודפים היו נותרים בחברה, ובעתיד, כאשר היו מחולקים למערער כדיבידנד, היה המערער משלם בגינם מס הכנסה להשלמת שיעור המס השולי. ואולם שעה שנעשה כאמור שימוש בעודפים למימון רכישת המניות, ולאחר הרכישה העצמית לא קיימים עוד עודפים בידי החברה, לא ניתן יהיה לחלקם בעתיד כדיבידנד ולחייבם במס במועד עתידי כלשהו. לא מדובר אפוא בהקדמת עיתוי אירוע המס, אלא בעקיפת אירוע המס החל בחלוקת הדיבידנד. הואיל והעודפים חולקו במסגרת הרכישה העצמית, לא ניתן יהיה לחלקם בעתיד כדיבידנד וכפועל יוצא לא יחויבו עודפים אלו במס לעולם.

81. מבחינת מהותית, ומבחינת יישום מודל המיסוי הדו- שלבי, רכישה עצמית של המניות היא כאמור חלוקת רווחי החברה, שיש לחייבה במס על פי השלב השני במודל הדו- שלבי, גם כאשר העברת הרווחים נעשתה בעין, כמו בענייננו, תוך הצגתה באופן אחר.

82. לטענת המערער רווח ההון ששילם האח הוא בגדר תשלום המס החל בשלב השני, בידי בעלי המניות. אינני מקבלת טענה זו. רווח ההון אינו בגדר השלב השני

המשלים את מלוא המס למדרגת המס השולי. מדובר בשני אירועי מס נפרדים, ומס רווחי הון במישור מכירת המניה אינו בא על חשבון מס הכנסה החל בשלב השני של המודל הדו- שלבי, בעת העברת העודפים לידי בעלי המניות.

83. לייתר דיוק, התמורה שקיבל האח תמורת מניותיו משלבת כאמור מבחינת פקודת מס הכנסה מאפיינים של דיבידנד ושל רווח הון כאחר. תמורת המניות משקפת בחלקה את העודפים שהיו בחברה, ולכל היותר ניתן לראות בחלק זה של התמורה כחלק שעבר את השלב השני במנגנון המיסוי הדו- שלבית.

84. בהערכת השווי של החברה הובאו בחשבון, בין היתר, גם העודפים שהיו באותה עת בחברה (במסגרת השווי הנכסי), וזאת לצד ערך הפעילות של החברה, אשר הייתה עסק חי במכירת המניות. אילו הייתה החברה מחלקת לבעלי המניות את העודפים לפני המכירה העצמית של המניות, היה שוויה של החברה פוחת, ובהתאמה הייתה פוחתת התמורה שהייתה משולמת לאח בעד מניותיו, כך שהאח היה משלם מס הכנסה בגין הדיבידנד על חלקו בעודפים, ומס רווח הון על הרווח המחושב על תמורת המניות המעודכנת. בד בבד הייתה החברה מחלקת דיבידנד גם למערער, על מחצית העודפים, ואף הוא היה מחויב במס על דיבידנד שקיבל. לא זו אף זו. חברת הבת, השתיל תדהר, נטלה הלוואה לשם מימון הרכישה העצמית של המניות, בסך של 8,000,000 ₪, אשר שולמו לחברה כדיבידנד לצורך מימון הרכישה. סכום זה כלל לא הובא בחשבון בהערכת השווי של החברה, ובוודאי שלא "עבר" בשלב המיסוי השני. מס על דיבידנד שולם אפוא על ידי האח לכול היותר על מחצית מהעודפים שהיו בידי החברה עובר לרכישה העצמית של המניות, אך לא על המחצית השנייה, שלה זכאי המערער, אף לא על 8,000,000 ₪ ששולמו לחברה כדיבידנד לצורך מימון הרכישה.

85. לסיכום נקודה זו, עודפי החברה שימשו את בעלי המניות למימון רכישת המניות. אילו היה המערער מושך את העודפים כדיבידנד, ורוכש לאחר מכן את המניות מאחיו, היה משלם מס בגין קבלת הדיבידנד, ועל כן, מבחינה מהותית מדובר בדיבידנד שקיבל המערער מהחברה לשם מימון הרכישה. השימוש בעודפים על ידי בעלי המניות הוא בגדר שימוש, החייב במס על פי סעיף 2(4) בפקודת מס הכנסה, שבגדרו מחויבים במס עודפי החברה על פי השלב השני במנגנון המיסוי הדו- שלבי. מבחינת עודפי החברה, ויישום מנגנון המיסוי הדו שלבי, העודפים הועברו רעיונית מהחברה לבעלי מניותיה, למערער שעשה בהם שימוש לשם רכישת מלוא הזכויות בחברה, ועל כן יש לחייבם במס הכנסה החל על הדיבידנד בידו.

86. **מבחן שני** לכך שמדובר בחלוקת דיבידנד למערער הוא **היתרון הכלכלי**, נוכח העובדה שבעקבות הרכישה העצמית קיבל המערער זכויות נוספות בחברה, ולמעשה רכש שליטה מלאה בחברה, שלא הייתה לו קודם לכן.

87. מבחינת המהות האמתית של העסקה, המערער הוא שרכש את זכויותיו של האח בחברה, אף שעשה זאת באמצעות החברה. המערער העיד במפורש שלא היו לו אמצעים לרכוש את זכויותיו של אחיו במישרין, ועל כן החליטו המערער ואחיו כאחד, שהחברה היא זו שתרכוש את המניות. חרף החלטתם זו היה המערער צד להסכם, עובדה המעידה על כך שלדעתם של האחים לא היה די בהתקשרות בין האח לבין החברה בלבד. מבנה ההסכם מלמד על קיומה של התקשרות במישור האישי להעברת הזכויות, התומכת בכך שמהותית המערער הוא שרכש את הזכויות, אף שעשה זאת באמצעות החברה. הצהרתה והתחייבותה של גיסתו של המערער, מעידה על כך שוויתורה על זכויותיה היה מהותי מבחינתו של המערער באופן אישי.

88. בין אם המערער היה צד להסכם, בין אם לאו, בעקבות הרכישה העצמית של המניות, אשר הפכו למניות רדומות, שאינן מקנות עוד זכויות בחברה לאיש, זכה המערער בשליטה בחברה, ולמלוא הזכויות בה. אמנם במקביל לגידול בזכויותיו בחברה פחת שוויה של החברה שעודפיה שימשו לרכישת המניות, ואולם כך קורה גם בחלוקת דיבידנד. כפי שציינתי קודם לכן, בהעברת הרווחים לבעלי המניות לא נוצרת לכאורה התעשרות לבעלי המניות, שכן שוויה של החברה פוחת בהקבלה לערכם של הרווחים המחולקים, ואולם המהלך חייב במס לשם השלמת השלב השני במודל הדו-שלבי. לא זו אף זו. הזכויות בחברה אינן באות לידי ביטוי ברווחים בלבד, אלא גם בשליטה, שהיא בעלת ערך כלכלי, ובענייננו מדובר בשליטה מלאה בחברה, המקנה יתרון כלכלי מובהק.

89. אשר לטענה שיש להשוות את רכישת הזכויות להקצאת מניות, הפטורה ממס, הקצאת המניות אינה נוגעת לעודפי החברה, ואינה מלווה בהעברת נכסי החברה לבעלי מניותיה, אלא בדרך כלל מלווה בפעולה הפוכה, של השקעה בחברה, או העברת נכסים מהמישור הפרטי לידי החברה. בכך נבדלת הרכישה העצמית מהקצאת מניות, שאינה מהווה אירוע מס, שכן הרכישה העצמית היא בגדר חלוקה של העודפים לבעלי המניות גם על פי חוק החברות, בעוד שבהקצאת מניות אין כל שימוש בעודפים הנותרים בידי החברה.

90. **המבחן השלישי** לכך שמדובר בחלוקת דיבידנד למערער הוא העדר כל טעם כלכלי או מסחרי לרכישת המניות העצמית על ידי החברה, זולת טעמיו של המערער, מימון רכישת המניות והפחתת מס. הראיות מלמדות כאמור כי האחים ביקשו להפסיק את פעילותם המשותפת, ובעקבות משא ומתן מצאו כי על אחד מהצדדים למכור את זכויותיו. רק בשל קשיי מימון לא רכש המערער את מניותיו של אחיו במישור האישי. מבחינת המהות הכלכלית רכש המערער את זכויותיו של אחיו באמצעות החברה, תוך שימוש בעודפיה.

91. איננו מוצאת שיש לקבל את טענת המערער שלפיה נרכשו המניות לשם טובתה של החברה, בשל הקושי לנהל את החברה על ידי שני האחים. מבחינה עובדתית, הטעם היחיד שבגינו רכשה החברה כאמור את המניות ברכישה עצמית הוא מימון הרכישה, שכן למערער לא היו אמצעים לשם כך. לחברה עצמה לא היה כל אינטרס ברכישת המניות, כגון לשם שינוי במבנה ההון של החברה; הדיפת השתלטות עוינת על החברה; העברת מסר מרגיע לציבור המשקיעים לפיו תמחור השוק את מניות החברה נעשה בחסר; הגדלת הרווח למניה והגדלת התשואה להון; וכיוצ"ב. הטענה שלפיה נעשה הדבר לטובת החברה, בשל קשיי הניהול, משקפת למעשה את אינטרס בעלי המניות הנותר, ולא אינטרס עצמאי של החברה.

92. **לסיכום, מבחינת המהות הכלכלית רכש המערער את מניותיו של אחיו בחברה, באמצעות דיבידנד שקיבל מהחברה, ועל כן יש לחייבו במס על קבלת הדיבידנד.**

<u>האם כלל תמורת המניות הינה דיבידנד בידי המערער</u>

93. פקיד השומה קבע כאמור בצו כי כלל התמורה ששולמה בעד המניות שנרכשו ברכישה עצמית על ידי החברה היא בגדר דיבידנד שקיבל המערער, ובכך אימץ את הגישה השנייה שפורטה בחוזר 2/2018. בחוזר האמור צוין אמנם כי בנסיבות של מכירת כלל הזכויות של אחד מבעלי המניות "הנטייה" תהיה לבחור בגישה השנייה, ואולם לא בואר מדוע יש לבכר את הגישה השנייה על פני הגישה הראשונה, ומדוע הגישה השנייה מתאימה יותר לענייננו מבחינת המהות הכלכלית.

94. כזכור טען המערער בסיכומיו, לחילופי חילופין, כי יש לאמץ את הגישה הראשונה שהובעה בחוזר 2/2018, ולקבוע שמחצית תמורת הרכישה בלבד מהווה דיבידנד בידי המערער. בהודעה המתוקנת של נימוקי השומה טען פקיד השומה כי לחילופין יש לאמץ את הגישה הראשונה שהובעה בחוזר 2/2018. פקיד השומה לא ביאר במהלך ההליך שלפני מדוע יש לטעמו לבכר את הגישה השנייה שהוצגה בחוזר, על פני הגישה הראשונה, ומדוע היא תואמת יותר את הנסיבות (יתכן שגישה זו נבחרה בהקבלה לאופן חיובו במס של האח על רווח ההון).

95. בפרשת ברנובסקי אימץ כזכור בית המשפט את הגישה הראשונה, וקבע כי יש לראות את החברה כמחלקת דיבידנד לכלל בעלי המניות, ואת בעל המניות הנותר כרוכש את מניותיו של בעל המניות המוכר באמצעות כספי הדיבידנד שקיבל לידיו.

96. לטעמי אין סיבה לבכר את הגישה השנייה על פני הראשונה. לא זו אף זו. כדי להימנע מכפל מס בעקבות תשלום מס על אותם העודפים, הן במסגרת רווח ההון המחושב בידי האח, הן במסגרת דיבידנד שבו מחויב המערער, ראוי לטעמי לאמץ את הגישה הראשונה, ולקבוע כי המהות הכלכלית בענייננו היא חלוקת דיבידנד לשני בעלי המניות עובר למכירה, ותוך כדי כך רכישת זכויותיו של האח על ידי המערער, בכספי הדיבידנד שקיבל מהחברה. בהתאם לגישה האמורה יש לראות בחברה כמחלקת 13.5 מיליון ₪ דיבידנד לשני בעלי מניותיה, למערער ולאחיו, ואת המערער כרוכש את מניותיו של אחיו בכספי הדיבידנד שקיבל. כפועל יוצא יחויב המערער במס על דיבידנד שסכומו 6,750,000 ₪.

<u>סיכום</u>

97. אשר על כן, אני דוחה את הערעור. יחד עם זאת, אני מקבלת את טענתו החילופית של המערער, שלפיה יש לחייבו בדיבידנד בגובה מחצית בלבד מתמורת המניות. השומה שערך פקיד השומה תתוקן כך שהמערער יחויב במס על דיבידנד בסכום של מחצית התמורה ששולמה בעד מניותיו של האח בחברה, 6,750,000 ₪.
98. בצו השומה נקבע קנס גירעון, לפי סעיף 191(ב) בפקודת מס הכנסה, ואולם פקיד השומה הסכים בסיכומיו, בהגינותו, לקבלת הערעור בנקודה זו, לאור הקביעות שנקבעו בפרשת בית חוסן, ועל כן מתקבל הערעור בנקודה זו.
99. בנסיבות העניין, טיבה של המחלוקת, ודחיית עמדתו של פקיד השומה, לא מצאתי שיש לחייב את המערער בתשלום הוצאותיו של המשיב, ולפיכך יישא כל צד בהוצאותיו.

ניתן היום, כ' תשרי תשפ"ב, 26 ספטמבר 2021, בהעדר הצדדים.

יעל ייטב 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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