



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9308/20

ע"א 8116/21

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ר' רונן

המערער בע"א 9308/20 : פקיד שומה עכו

המערער בע"א 8116/21 : מאיר סיידה

נ ג ד

המשיבים בע"א 9308/20 :

1. בית חוסן בע"מ
2. אבירם נחום ורסנוב
3. רוי עמנואל שרון
4. ענת רחל שרון
5. אורלי שרון

המשיב בע"א 8116/20/20 :

פקיד שומה באר שבע

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי חיפה
(השופטת א' וינשטיין) שניתן ביום 1.11.2020 בע"מ
71445-12-18 ; ערעור על פסק הדין של בית המשפט
המחוזי באר שבע (השופטת י' ייטב) שניתן ביום
26.9.2021 בע"מ 38294-02-19

תאריך הישיבה :

ט"ז באלול התשפ"ב (12.9.2022)

בשם המערער בע"א 9308/20 עו"ד יורם הירשברג
והמשיב בע"א 8116/20 :

בשם המערער בע"א 8116/21 : עו"ד יניב שקל ; עו"ד לינור בוני

בשם המשיבה 1 בע"א עו"ד אורן אוזן ; עו"ד אוהד איציק
: 9308/20

בשם המשיבים 2-5 בע"א עו"ד יהושע גבעון
: 9308/20

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. הערעורים שלפנינו נסובים על תוצאות המס של רכישה עצמית דיספרופורציונית: עסקה שבמסגרתה חברה רוכשת את מניותיה שלה מבעליהן, שלא בהתאם לחלקם היחסי בהון המניות הכולל. ובפרט – האם רכישה עצמית דיספרופורציונית, אשר מתבצעת בגדרו של סעיף 308 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), מחוללת אירוע מס אצל בעלי המניות אשר נמנעו ממכירת מניותיהם – או מכרו פחות מניות בהשוואה למוכרים אחרים – בשל העלייה בחלקם היחסי בהון המניות של החברה, בהשוואה למצב הקודם?

בשאלה חשובה זו נעסוק כאן.

2. במסגרתו של ע"א 9308/20 נידון ערעורו של פקיד שומה עכו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה (השופטת א' וינשטיין) (להלן: בית משפט קמא-חיפה) אשר ניתן ביום 1.11.2020 בע"מ 71455-12-18. בפסק דין זה דחה בית משפט קמא-חיפה את עמדתו של פקיד השומה וקבע כי אין לייחס לבעלי המניות אשר נמנעו ממכירת מניותיהם, במסגרת הרכישה העצמית דשם, הפקת הכנסה בדמות דיבידנד רעיוני. עמדה זו שנדחתה נסמכה על סיווגה מחדש של עסקת הרכישה העצמית כעסקה דו-שלבית עם קיזוז תמורה – דהיינו: רכישת מלוא מניותיה של בעלת המניות המוכרת על ידי יתר בעלי המניות בחברה, בהתאם לשיעור החזקותיהם בחברה, ומכירתן הסימולטנית לידי החברה בעבור דמי-הרכישה המשולמים על ידי החברה ישירות למוכרת (להלן: עניין בית חוסן).

3. במסגרתו של ע"א 8116/21 נידון ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר-שבע (השופטת י' ייטב) (להלן: בית משפט קמא-ב"ש) אשר ניתן ביום 26.9.2021 בע"מ 38294-02-19. בפסק דין זה דחה בית משפט קמא-ב"ש את ערעורו של המערער הניצב לפנינו, מר מאיר סיידה (להלן: מאיר או סיידה, לפי העניין) בקבעו כי מהותה הכלכלית של עסקת הרכישה העצמית דשם לא היתה אלא זאת: מאיר סיידה – ולא החברה – הוא זה שרכש את מניותיו של אחיו, בעל המניות הפורש, תוך עשיית שימוש בכספי החברה. בהתבסס על קביעה זו, אשר תאמה את עמדתו של פקיד השומה, חייב

בית המשפט את סיידה בתשלום מס בגין דיבידנד רעיוני בסך של 6,750,000 ש"ח – מחצית התמורה ששולמה לבעל המניות הפורש בעד מניותיו (להלן: עניין סיידה).
הערעורים

ע"א 9308/20 – עניין בית חוסן

4. חברת בית חוסן (להלן: בית חוסן) היא איגוד מקרקעין, כמשמעו בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. בית חוסן מחזיקה בנכס מקרקעין בנהריה המשמש בית אבות. לחברה הכנסות שמקורן בהשכרת הנכס לחברה שמפעילה את בית האבות וכן הכנסות שמקורן במכירת דירות בחלק מהמקרקעין שבבעלותה.

5. בשנת 2013 נטלה בית חוסן הלוואה לצורך ביצוע רכישה עצמית דיספרופורציונית, במסגרתה נרכשו מלוא מניותיה (18.75% ממניות החברה) של גב' ציפורה נוישטאט (להלן: ציפורה) – אשתו לשעבר של מייסד בית חוסן, מר משה שרון (להלן: משה) – תמורת 2,486,000 ש"ח. רכישה זו בוצעה במסגרת הסכם הפשרה ליישוב תביעתה של ציפורה להסרת קיפוחה כבעלת מניות, אשר הוגשה נגד בית חוסן ונושאי המשרה בחברה – גב' אורלי שרון, דירקטורית בחברה ואשתו הנוכחית של משה (להלן: אורלי), ומר אבירם ורסנוב, בעל מניות בחברה ומנהלה על-פי הרישומים. בין בעלי המניות בחברה מצויים גם ילדיו של משה מנישואיו לאורלי – המשיבים 3-4 בערעור דכאן, אשר לא נתבעו באופן ישיר על ידי ציפורה. במסגרת תביעתה, העלתה ציפורה טענות בדבר ליקויים בהתנהלות החברה, כאשר היא מביעה את רצונה למכור את חלקה בחברה. לשם כך, דרשה ציפורה, במסגרת התביעה, לקבל לעיונה מסמכים ופרוטוקולים שונים הקשורים לפועלה של בית חוסן. דרישה זו הוסרה בעקבות הגעת הצדדים להסכם הפשרה שמכוחו בוצעה הרכישה העצמית הדיספרופורציונית נושא דיוננו.

6. ביום 10.12.2018 קבע פקיד שומה עכו שומות באמצעות צווים לבית חוסן וליתר המשיבים. במסגרת זו, קבע פקיד השומה כי עסקת הרכישה העצמית של מניותיה של ציפורה הצמיחה תקבול בידיהם של בעלי המניות הנותרים בחברה, אותו יש לסווג כדיבידנד ולמסותו בהתאם. בד-בבד, דחה פקיד השומה את בקשותיהם של בית חוסן ויתר המשיבים להתיר בניכוי, כהוצאה מוכרת, ריבית אשר שולמה בגין ההלוואה ששימשה לרכישה העצמית, לצד הוצאות נוספות שניכויין נתבקש. המשיבים הגישו ערעור על שומות אלה לבית משפט קמא-חיפה.

7. בית משפט קמא-חיפה דחה את עמדתו של פקיד השומה לפיה רכישה עצמית דיספרופורציונית – עסקה שבמסגרתה רוכשת החברה את מניותיה שלה מבעליהן באופן שאינו תואם את החזקותיהם היחסיות (pro-rata) – מהווה בהכרח עסקה מלאכותית (ראו: סעיף 3.2 לחוזר מס הכנסה 2/2018 "רכישה עצמית של מניות בהתאם לחוק החברות" (11.1.2018) (להלן: חוזר המס 2/2018)). קביעתו זו של בית המשפט התבססה על עקרון המימוש – עקרון יסודי של דיני המס אשר קובע כי התעשרות תמוסה רק בהתקיים ודאות לגבי שוויה, מועדה ונזילותה. בהקשר זה, הוסיף בית המשפט וקבע כי קיים ספק של ממש באשר להתעשרות שניתן לייחס לבעלי המניות הנותרים בבית חוסן: אלה אשר נמנעו ממכירת מניותיהם. במצב דברים זה, ובהעדר הסדרה מפורשת בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה) באשר לאופן מיסויה של רכישה עצמית, קבע בית המשפט כי לא התקיים אירוע מס אצל בעלי המניות הנותרים בחברה, וקיבל את ערעורם.

8. בשולי הדברים, הביע בית משפט קמא-חיפה את עמדתו לפיה אין כל פסול בבחירתו של מתווה עסקה חוקי שתכליתו חסכון במס – זאת, במיוחד כאשר קיים טעם עסקי-מסחרי לביצוע הרכישה העצמית בידי החברה, כדוגמת היפרדות מבעל מניות שמשבש את פועלה. בהקשר זה פירט בית המשפט וקבע כי הוכח בפניו שלבית חוסן – כישות עצמאית ונפרדת מבעלי מניותיה – היה אינטרס לגיטימי מובן בפתרון הסכסוך בין ציפורה לבין יתר מקבלי ההחלטות בחברה. קביעתו זו של בית המשפט התבססה על ראיות שהוכיחו כי עקב סכסוך אשר נתגלע בין ציפורה לבין החברה ולמנהליה בלמה ציפורה את קידום ענייני החברה, סירבה לחתום על מסמכים שהיו נחוצים לפעילותה העסקית של החברה ואף נמנעה מהשקעת כספים בחברה – באופן שחשף את החברה לסיכון של חדלות פירעון. נקבע, כי כל אלו יצרו אצל בית חוסן אינטרס עסקי ייחודי – המנותק והמובחן מהאינטרסים האישיים אשר יכול שהיו לבעלי מניותיה – לביצועה של הרכישה העצמית. בהקשר זה, הסביר בית המשפט כי די בקיומו של סכסוך ממשי בין החברה ככזאת לבין בעל המניות המוכר, אשר נפתר באמצעות הרכישה העצמית, על-מנת לקבוע כי לחברה היה אינטרס תאגידי משל עצמה בדבר, וכי קיומו של אינטרס משותף לחברה ולבעלי מניותיה בביצוע הרכישה העצמית אין בו, כשלעצמו, כדי להצדיק את סיווג העסקה כתשלום דיבידנד לבעלי המניות הנותרים.

9. לאור האמור, קיבל בית משפט קמא-חיפה את עמדת המשיבים וביטל את השומות שהוצאו להם.

10. חברת השתיל (תדהר) בע"מ (להלן: חברת השתיל) ניהלה עסק מצליח לגידול ולייצור שתילים מאז הקמתה בשנות ה-80 של המאה הקודמת על ידי המערער, מר מאיר סיידה, ואחיו, מר יוחנן סיידה. בזמנים הרלבנטיים לענייננו-שלנו, הוחזקו מניותיה של חברת השתיל בחלקים שווים על ידי כל אחד משני האחים – וזאת, באופן הבא: כל אח החזיק במחצית ממניותיה של חברת "השתיל ניהול והחזקות בע"מ" (להלן: החברה) אשר החזיקה במלוא מניותיה של חברת השתיל. במרוצת השנים, גדלה פעילותה העסקית של חברת השתיל, כך שבשנת 2015 – שנת המס מושא הערעור – ניהלה החברה כ-80 חממות והעסיקה כ-100 עובדים.

11. בחלוף הזמן, החלו להתעורר בין האחים מחלוקות באשר לניהול החברה ופעילותה. בשל מחלוקות אלו, החליטו האחים כי מוטב יהיה אם יפעלו לפירוק שותפותם העסקית – וזאת, כפי שעולה מפסק הדין קמא – מבלי לפגוע בעסק או בפעילותו. לצורך כך בחנו האחים מספר חלופות פירוד אפשרויות, ובהן: (1) צירוף שותף נוסף; (2) מכירת כלל מניותיהם בחברה לצד ג' המרבה במחיר; וכן (3) רכישת מניותיו של אחד האחים על ידי משנהו. שתי החלופות הראשונות לא יצאו אל הפועל מסיבות שונות, והאחים החליטו כי היפרדותם תבוצע בהתאם לחלופה השלישית. לצורך כך ביצעו האחים מספר הערכות שווי של החברה כאשר באחרונה מביניהן נקבע שוויה: 26,125,000 ש"ח – וזאת באם יהא זה מאיר סיידה שירכוש את מניותיו של אחיו. אולם, בסופו של יום, בניגוד לכוונתם המקורית של שני האחים, היתה זו החברה אשר רכשה את מניותיו של האח הפורש תמורת 13,500,000 ש"ח, בדרך של רכישה עצמית. תמורה כאמור שולמה לאח הפורש מעודפי החברה – זאת, אחרי שחברת השתיל נטלה הלוואה בסך של 8,000,000 ש"ח והעבירה סכום זה לחברה כדיבידנד.

12. כעולה מחקירתו הנגדית של מאיר סיידה בפני בית משפט קמא-ב"ש, ההחלטה בדבר רכישה עצמית כאמור התקבלה פה-אחד – על ידי שני האחים יחדיו – זאת, לנוכח העובדה כי לא היה באפשרותו של מאיר לשלם מכספו את התמורה שדרש אחיו הפורש בעד מניותיו. לצורך ביצוע הרכישה העצמית ערכו מאיר, אחיו והחברה הסכם משולש. לצד תשלום התמורה לאח הפורש בעד מניותיו בחברה, הסדיר ההסכם את סיום תפקידיו של האח בחברה ובחברות קשורות; פתר והוריד מסדר היום את כל המחלוקות שהיו בין האחים; ושם קץ ליחסי השותפות שהתקיימו ביניהם. במסגרת זו, רעייתו של האח הפורש חתמה על הצהרה ועל התחייבות אשר אישרו כי מכירת מניות בעלה לחברה נעשתה בידעיה ובהסכמתה המלאה.

13. לאור כל המתואר, קבע פקיד שומה באר שבע כי מאיר סיידה הוא זה שרכש את מניותיו של אחיו הפורש תוך עשיית שימוש בעודפי החברה. פקיד השומה סבר כי רכישה זו של אח-מאח היא המהות הכלכלית האמיתית של העסקה מושא ההסכם המשולש. ממהות זו הסיק פקיד השומה כי מן הדין לסווג את מלוא תמורת הרכישה העצמית כדיבידנד רעיוני ששולם למאיר סיידה, ולמסותו בהתאם. לחלופין, טען פקיד השומה כי יש למסות את מאיר סיידה בגין מחצית מן התמורה. טענה חלופית זו ראתה בתמורת הרכישה העצמית דיבידנד שהחברה חילקה לשני האחים בחלקים שווים על-מנת לאפשר למאיר סיידה להשתמש בחלקו-שלו כתשלום כסף המשולם לאחיו הפורש בעד מניותיו.

14. במסגרת פסק דינו סקר בית משפט קמא-ב"ש את פסקי הדין שניתנו בנושא על ידי הערכאות המקבילות, את האמור בחוזרי המס ואת הדין הרלבנטי. בהישען על כל אלה, קבע בית המשפט כי בהעדרה של הוראת חוק מפורשת באשר לאופן המיסוי של רכישה עצמית תחולנה ההוראות הכלליות של פקודת מס הכנסה אשר עוסקות במיסוי דיבידנד ובמיסוי רווחי הון. כמו כן קבע בית המשפט, כי עסקת הרכישה העצמית נושא דיונו משלבת בתוכה מאפיינים של דיבידנד ורווח הון אשר מגדירים את מהותה הכלכלית. בעניין זה, הסביר בית המשפט כי אין כל סיבה להניח שקיימת חפיפה מוחלטת ומלאה בין משמעות המונח "דיבידנד" שבפקודת מס הכנסה לבין משמעותו לפי חוק החברות. עוד נקבע כי מיסוי התעשרותם של בעלי מניות אשר נמנעו ממכירת מניותיהם לחברה – והחזקותיהם בחברה עלו בעקבות הרכישה העצמית – צריך להיקבע בהתאמה למודל המיסוי הדו-שלבי אשר חל על הכנסותיהם של פרטים מחברות שבשליטתם. בהתחשב בכל אלה, קבע בית המשפט כי סיווג הרכישה העצמית כדיבידנד לצרכי מס הוא סיווג נכון.

15. על יסוד האמור, קיבל בית משפט קמא-ב"ש את עמדתו של פקיד השומה וקבע כי מאיר סיידה עשה שימוש בכספי החברה תוך הפקת יתרון כלכלי בדמות רכישת זכויות נוספות בחברה – והכל בהעדר טעם כלכלי עצמאי של החברה לביצועה של הרכישה העצמית. לצורך סיווג התמורה אשר התקבלה בידיו של מאיר סיידה, קבע בית המשפט כי בפניו עסקה דו-שלבית שבמסגרתה נעשו הפעולות הבאות: (1) תחילה, דמי הרכישה העצמית חולקו על ידי החברה כדיבידנד רעיוני למאיר סיידה ולאחיו; (2) לאחר מכן, סיידה עשה שימוש בחלקו בדמי הרכישה – 50% – בקניית המניות מאחיו הפורש. בית המשפט חייב אפוא את מאיר סיידה במס ביחס למחצית מתמורת הרכישה העצמית הכוללת.

16. מכאן הערעורים המונחים לפנינו.

טענות הצדדים בערעורים

17. עמדתה החד-משמעית של רשות המיסים, כפי שהוצגה לפנינו על ידי פקידי השומה – זה של עכו וזה של באר שבע – הינה זו: ככלל, מן הדין הוא שנראה ברכישה עצמית דיספרופורציונית עסקה שמחוללת אירוע מס אצל בעלי המניות אשר בוחרים להישאר בחברה ולאחוז במניותיהם. עמדה כאמור נסמכת על תפישת הרשות כי רכישה עצמית דיספרופורציונית, באשר היא, כמוה כהתעשרות ממומשת של בעלי המניות אשר נותרים בחברה והחזקותיהם עולות – לצד רווח ההון, אשר יכול שנצמח אצל מוכרי המניות הפורשים מהחברה באופן מלא. התעשרות זו גוררת אחריה הטלת מס. תוצאה כאמור מתחייבת לנוכח מהותה הכלכלית של רכישה עצמית דיספרופורציונית; ובכדי לחשוף מהות כלכלית זו, עלינו להתעלם מהלבוש המשפטי הפורמלי של עסקת הרכישה אשר מציג את החברה כרוכשת את מניות הפורשים ומרחיק את התעשרותם של בעלי המניות הנותרים מן העין. טענות אלה של רשות המיסים מושתתות על העיקרון הכללי של דיני המס אשר מבכר את מהותה הכלכלית של עסקה על פני דפוסה הפורמלי (substance over form).

18. רשות המיסים מפרטת וטוענת כי מהותה הכלכלית האמיתית של רכישה עצמית דיספרופורציונית היא עשיית שימוש בעודפי החברה על ידי בעלי מניותיה לטובתם הם – זאת, גם כאשר בעלי מניות אלו אינם מזרימים לכיסם כסף מקופת החברה. הרשות סבורה כי ראייה אחרת של הדברים, אשר הולכת אחר הדפוס הפורמלי של העסקה, תסכל את תכליותיו של מנגנון המיסוי הדו-שלבי אשר ממסה הכנסות של פרטים מחברות. בשלב ראשון, מנגנון זה מטיל על הכנסות של חברה מס אחיד בשיעור נמוך יחסית, אשר עומד כעת על 23% (ראו: סעיף 126(א) לפקודת מס הכנסה), ואילו בשלב השני – השלב של חלוקת עודפים בחברה לבעלי מניותיה, באמצעות תשלום דיבידנד או בדרך אחרת – כל בעל מניות ממוסה על הכנסתו מהחברה בהתאם למדרגות המס הרגילות אשר חלות על נישום בשר-ודם (ראו: ע"א 3012/18 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' טוונטי האנדרד נהריה בע"מ, פסקאות 24-27 לפסק דיני והאסמכתאות שם (4.7.2019) (להלן: עניין טוונטי האנדרד)). לטענת הרשות, דילול העודפים העתידיים על ידי רכישה עצמית דיספרופורציונית מקטין באופן מלאכותי את המס אשר אמור להשתלם לאוצר המדינה בשלב של חלוקת העודפים. בכדי למנוע תוצאה אנומאלית זאת, מן הראוי לחייב את בעלי המניות הנותרים בחברה, בגין עלייה בהחזקותיהם, במס אשר חל בחלוקת דיבידנד. במילים אחרות: יש לראות את כל אחד מבעלי המניות הנותרים בחברה כמי שמשך כסף

מקופת החברה והשתמש בו כדי לקנות את פרישתם של בעלי המניות הפורשים ועל ידי כך להעצים את כוחו בחברה. בהקשר זה, מוסיפה הרשות וטוענת כי אין שום נפקות לשאלה האם היא גבתה מס רווח הון ממוכרי המניות שבחרו לפרוש מהחברה באופן מלא או חלקי. לדידה, מס זה אינו בגדר תחליף למס נוסף ונפרד אשר אמור להיות משולם לקופת המדינה על ידי בעלי המניות הנותרים בחברה בגין משיכת העודפים.

19. בהתייחס לטענותיהם של בעלי המניות הנותרים בדבר העדר התעשרות, שבה רשות המיסים ומדגישה כי במקרים כדוגמת אלו שלפנינו מדובר בשימוש בכספי החברה אשר מגדיל את החזקותיהם של בעלי המניות הנותרים – ומכאן ההתעשרות. זאת ועוד: הרשות סבורה כי עצם הגידול בשיעור ההחזקה של בעלי המניות שנמנעו ממכירתן – וכפועל יוצא מכך, בזכויות ההצבעה של אלו – מהווה התעשרות טעונת מס. לטענת הרשות, מסקנה זו חלה ביתר שאת במקרים כדוגמת בית חוסן, בהם מדובר ברכישה עצמית אשר נעשתה על ידי איגוד מקרקעין ואשר הגדילה את חלקם של בעלי המניות הנותרים במקרקעין שבבעלות החברה.

20. רשות המיסים מוסיפה וטוענת כי רכישה עצמית דיספרופורציונית מקיימת את כל דרישותיו ותנאיו של עיקרון המימוש: (1) ודאות לגבי מועד מימוש ההתעשרות; (2) כימות ברור ומובהק של ההתעשרות; ו- (3) נזילות. במקרים כדוגמת אלו שלפנינו, מועד מימוש ההתעשרות חופף את זמן ביצועה של הרכישה העצמית, כאשר שווי הרכישה העצמית הוא נתון ברור שלא יכולה להיות לגביו כל מחלוקת. באשר לנזילות, רכיב זה של "מימוש" מתקיים אף הוא מאחר שהנישומים, בעלי המניות אשר נשארים בחברה, הם אלו שהכתיבו את הוצאת כספי החברה אשר נועדה "לקנות החוצה" (to buy out) את שותפיהם.

21. בטענתה כי לפנינו התעשרות ממומשת החייבת במס, הסתמכה רשות המיסים על עמדתו של ד"ר ג' קריב המובאת במאמרו "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס" מיסים טו(4) א-72 (2001) (להלן: קריב). לטענת הרשות, מן הדין לקבוע כי קיימת זהות כלכלית בין חלוקת דיבידנד מעודפי החברה לבין רכישה עצמית. זאת, נוכח הגדרתם של מונחים אלו בחוק החברות והזהות בתוצאותיהם הכלכליות.

22. בהתייחסה לשני המקרים הפרטניים שלפנינו, טוענת הרשות כי עסקאות הרכישה העצמית דשם נעשו על-מנת לקדם אינטרסים אישיים של בעלי המניות – מבלי שעמד בבסיסן טעם מסחרי עצמאי אשר מזוהה עם טובת החברה כחברה. בשולי הדברים,

מבהירה הרשות וטוענת כי עסקינן ב"סיווג שונה" של עסקאות הרכישה העצמית נושא דיוננו – מהלך שבבסיסו ניתוח כלכלי של העסקה כפי שדווחה. זאת, להבדיל מסיווגה מחדש של עסקה מלאכותית אשר בא בגדרי סעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה – מהלך שמגדיר מחדש את מהות העסקה, ושמור למקרי קצה בהם אין אפשרות לקבוע מס אמת מבלי להסיר מהעסקה את התחפוש שמעוותת את המציאות ומאפשרת לנישום לחמוק מתשלומו של המס.

23. מנגד, טוענים הנישומים בשני הערעורים כי לא היה מקום לחייבם במס בגין דיבידנד רעיוני. לטענת הנישומים, הם לא הפיקו מעסקת הרכישה העצמית שום יתרון אישי-כלכלי אשר מגיע כדי התעשרות; וככל שהיתה בידם התעשרות כזאת או אחרת, מדובר בהתעשרות רעיונית שממילא לא מומשה. בהקשר זה, ביקשו הנישומים להדגיש את הפערים בין ענייניהם שלהם לבין אלו אשר נדונו בפסיקות קודמות של בתי המשפט המחוזיים שנסובו על היבטי מס של רכישה עצמית: עמ"ה (מחוזי ת"א) 21268-06-11 ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן (21.1.2014) (להלן: עניין ברנובסקי); וע"מ (מחוזי ת"א) 1100/06 בר ניר נ' פקיד שומה גוש דן (16.11.2014) (להלן: עניין בר ניר)). הנישומים מסבירים כי פערים אלה נובעים מכך שבעלי המניות שלא נמכרו בעניין ברנובסקי ובעניין בר ניר קיבלו לידיהם תמורה ממשית.

24. לאור האמור, ובניגוד לעמדתה של רשות המיסים, סבורים הנישומים כי בעלי המניות שלא מכרו ממניותיהם אינם זוקפים לזכותם – ולחובתם – התעשרות טעונת-מס בעקבות רכישה עצמית דיספרופורציונית. כמו כן סבורים הנישומים כי עצם השימוש בעודפי החברה לשם רכישה עצמית, אין בו – כשלעצמו – כדי להצדיק את הטלת המס. לטענת הנישומים, הטלת מס כאמור מפרה את כלליו של מודל המיסוי הדו-שלבי ומובילה למיסוי יתר, בשים לב לחבות במיסי שבח ורכישה שהוטלו על המשיבים בעניין בית חוטן, ולחלופין, ביחס למס רווח ההון ששולם על ידי בעל המניות הפורש בעניין טיידה. עוד נטען כי השימוש בעודפי החברה ממילא אינו בגדר שיקול רלבנטי כאשר החברה מגייסת מימון ממקור חיצוני על-מנת לבצע רכישה עצמית.

25. לבסוף, טוענים הנישומים כי הסרתו של סכסוך בין בעלי מניות בחברה פרטית מהווה, מבחינת החברה כחברה, טעם מסחרי המצדיק רכישה עצמית. כמו כן טוענים הנישומים כי אין כל פסול בבחירתו של מתווה-עסקה בהתחשב בחיסכון במס; כי לא היה זה בסמכותו של פקיד השומה לבחון את כדאיותה הכלכלית של העסקה במסגרתו של "סיווג שונה", להבדיל מ"סיווג מחדש" אשר נעשה במסגרת סעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה; וכי אין זה נכון שהעסקה נושא דיונו קבעה – בניגוד ללשונה – מתווה דו-

שלבי שכלל (1) חלוקת דיבידנד ו-(2) רכישת מניותיו של בעל המניות הפורש מכספי הדיבידנד אשר חולק לבעלי המניות הנותרים בחברה.

דיון והכרעה

26. לאחר שקילת טענותיהם של בעלי הדין – אלו שבכתובים ואלו שנטענו לפנינו בעל-פה – הגעתי למסקנה כי עלינו לדחות את שני הערעורים. בטרם אפרט את נימוקיי, אומר אך זאת: רשות המיסים והנישומים שהתייצבו לפנינו הציגו לנו עמדות-קצה שאינן מקובלות עלי. לטעמי, מהותה הכלכלית של רכישה עצמית דיספרופורציונית יכולה לכרוך בתוכה תשלום דיבידנד לבעלי המניות הנותרים בחברה ויכולה גם שלא להיות בגדר מימוש זכויות בחברה או משיכת כספיה על ידי בעלי מניות אלה. מהותה הכלכלית של עסקה כאמור תלויה בנסיבותיה שעיקרן מצוי במענה לשאלה הבאה: מה היתה מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית? אם הרכישה נועדה לשרת בעיקר אינטרסים אישיים של בעלי המניות הנותרים – ובראשם קבלת שליטה בחברה או העצמת כוחם על ידי קניית עזיבתם של בעלי המניות שבחרו למכרן – יהא על פקיד השומה, ועלינו, לסווג את העסקה כמשיכת כספי החברה על ידי בעלי המניות הנותרים אשר מגיעה כדי דיבידנד. מאידך, אם הרכישה העצמית נועדה לשרת את האינטרסים של החברה כחברה ולקדם את עסקיה, מן הדין יהיה לסווגה כהוצאת כספים שאינה בגדר אירוע מס אצל בעלי המניות שלא מכרו את מניותיהם.

המסגרת הנורמטיבית

רכישה עצמית בראי של דיני חברות

27. אפשרותה של חברה לרכוש את מניותיה שלה מבעל המניות הוסדרה לראשונה במסגרתו של חוק החברות הקיים – בניגוד לדין ששרר ערב כניסתו של החוק הקיים לתוקף, אשר הכיל בתוכו איסור מפורש על הפחתת הון (ראו: סעיף 139 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983). סעיף 1 לחוק החברות יוצר קשר רעיוני בין חלוקת דיבידנד לבין ביצועה של רכישה עצמית, בהגדירו את המונח חלוקה ככולל:

“מתן דיבידנד או התחייבות לתיתו, במישרין או בעקיפין, וכן רכישה [...]” (ההדגשות הוספו – א.ש.).

לעניין זה, מוגדרת “רכישה” בסעיף 1 לחוק החברות כאוסף פעולות שעניינן רכישת ניירות ערך של החברה המנפיקה, במישרין או בעקיפין, בידי החברה עצמה:

"[ל]ענין זה, "רכישה" – רכישה או מתן מימון לרכישה, במישרין או בעקיפין, בידי חברה או בידי חברת 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".

סעיף 308 לחוק החברות מוסיף ומפרט את תוצאותיה של רכישה עצמית ביחס למניות שנרכשו על ידי החברה, בהגדרין כמניות רדומות המשוללות כל זכות. מצב דברים זה נמשך כל אימת שהמניות הרדומות מוחזקות בידי החברה, אשר רשאית גם לבטלן ולמחקן מספר הזכויות.

28. חלוקת דיבידנד ורכישה עצמית של מניות כפופות לכללי השמירה על ההון אשר מפורטים בפרק השני לחלק השביעי של חוק החברות, ובהם: מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון. הכפפה זו נובעת מחשש כי חלוקת דיבידנד ורכישה עצמית תשמשנה כמתווה להעברת עושר מהחברה לבעלי מניותיה – בניגוד לטובתם של נושי החברה ותוך פגיעה בכרית הביטחון הכלכלית של החברה אשר מיועדת להגנת הנושים (ראו: סעיפים 301-303 לחוק החברות; אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל: דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה 478, 480-481 (1989) (להלן: פרוקצ'יה); יוסף גרוס חוק החברות 899 (מהדורה חמישית, 2016) (להלן: גרוס)).

29. לרכישה עצמית של מניות החברה יכול שתהיינה הצדקות מסחריות שונות. רוב ההצדקות הללו קשורות לחברות ציבוריות שמניותיהן נסחרות בבורסה ומוחזקות בידי משקיעים פרטיים רבים, שאינם קשורים אלו באלו. במסגרת זו, רכישה עצמית משמשת לעתים כאיתות אמין באשר לאופן בו רואה החברה את מחיר מניותיה. כאשר מחירי המניות של החברה יורדים ללא הצדקה כלכלית מבחינתה, יכולה החברה לשדר לשוק את אמונה ביחס לפעילותה העסקית באמצעות רכישה עצמית של מניותיה – רכישה שלעיתים תכופות מעלה את מחיר המניות. רכישה עצמית יכולה לשמש גם כאמצעי לניהול מבנה ההון הפנימי של החברה; ובמקרים אחרים, היא יכולה אף ליצור הגנה מפני השתלטות עויינת (ראו: אירית חביב-סגל דיני חברות: לאחר חוק החברות החדש ב 115 (2004); יצחק סוארי, אלון רווה ודניאל פסרמן רכישה עצמית של מניות: לאור חוק החברות החדש 5-7, 33-67 (2001) (להלן: סוארי, רווה ופסרמן); גרוס, עמ' 905; תמיר שאנן ורועי כהן "מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד" הפרקליט נג(2) 453, 460-

459 (תשע"ה) (להלן: שאנן וכהן); *Uncoal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d ; Marvin A. Chirelstein, *Optional Redemptions and Optional Dividends: Taxing the Repurchase of Common Shares*, 78 YALE L.J. 739 (1969) (להלן: Chirelstein); 38 ; Daniel J. Hemel & Gregg D. Polsky, *Taxing Buybacks*, 254-257 (2021) (YALE J. ON REGULATION 246).

30. רכישה עצמית יכולה להתבצע בשני אופנים:

(א) רכישה עצמית פרופורציונלית: רכישה מכלל בעלי המניות בחברה בהתאם להחזקותיהם היחסיות (pro rata); או –

(ב) רכישה עצמית דיספרופורציונית: רכישה שלא מכלל בעלי המניות בחברה או רכישה מכלל בעלי המניות שלא לפי חלקם היחסי בהחזקות. דוגמת קצה לרכישה עצמית דיספרופורציונית מסופקת על ידי הרכישות נושא דיוננו: במסגרתה של כל אחת מהרכישות הללו, רכשה החברה את כל מניותיו של אחד מבעלי מניותיה – המוכר שאותו כיניתי, ואמשיך לכנות, בשם בעל המניות הפורש – מבלי לרכוש ולו מניה אחת מיתר בעלי המניות בחברה, שאותם כבר זיהיתי, ואמשיך לזהות, כבעלי המניות הנותרים.

31. השלכותיה התאגידיות של רכישה עצמית פרופורציונלית אינן משמעותיות במיוחד. רכישה כאמור מעבירה כסף מקופתה של החברה לכיסם של בעלי המניות באופן יחסי להחזקותיהם, ועל כן היא אינה מביאה להתעשרותם או לשינוי ביחסי הכוחות בחברה, בהשוואה למצב שקדם לרכישה (ראו, למשל: שאנן וכהן, עמ' 463). במקרה הרגיל, יזכו בעלי המניות לקבל בעד מניותיהם תמורה בדמותו של נכס חלופי – כסף מזומן – כאשר ערכה הכולל של יתרת המניות המוחזקות בידיו, או בידיה, של כל אחד ואחת מהם יורד בהתאמה (ראו: דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן א 207 (2003) (להלן: אלקינס); שאנן וכהן, עמ' 463-464). רכישה פרופורציונלית תשמר גם את יחסי הכוחות בין בעלי המניות בחברה – שכן הירידה הכמותית במספר המניות המוחזקות בידי בעלי המניות בחברה מבוצעת באופן שתואם לחלוטין את יחסי הכוחות אשר שררו בחברה עובר לרכישה.

32. מנגד, רכישה עצמית דיספרופורציונית מחוללת שינוי מהותי במבנה ההחזקות בחברה – זאת, מאחר שרק חלק מבעלי המניות מוכרים את מניותיהם לחברה – מכירה שהופכת את מניותיהם למורדמות או למבוטלות – בשעה שיתר בעלי המניות ממשיכים

להחזיק במניות אשר היו בידיהם עובר לרכישה. במצב דברים זה, חלקם של בעלי המניות הנוותרים בחברה עולה בהשוואה לחלק שהיה בידם לפני הרכישה העצמית שביצעה החברה (ראו: Chirelstein, עמ' 742-743). תוצאה זו, על פניה, נראית כהתעשרות שגורת אחריה חיוב במס: לכאורה, מדובר בחלוקת דיבידנד לבעלי המניות הנוותרים בחברה, ודיבידנד הינו בגדר הכנסה החייבת במס (ראו: סעיף 4(2) לפקודת מס הכנסה). ראוי הוא אפוא שנעמיק תִּקְר ונבדוק אם אכן מדובר בהתעשרות העולה כדי אירוע מס, ואם לאו.

בעניין זה אעסוק כעת.

מיסוי רכישה עצמית

33. בהיבט המיסוי, יכולה רכישה עצמית דיספרופורציונית להשפיע על שלושה גורמים. גורמים אלו כוללים: (1) את בעלי המניות הפורשים, אשר מוכרים את מניותיהם לחברה; (2) את החברה עצמה; וכן (3) את בעלי המניות הנוותרים, אשר נמנעו מלמכור את מניותיהם לחברה. במקרי קצה כדוגמת אלו שהובאו לפתחנו במסגרת הערעורים דכאן, בעלי המניות הפורשים מוכרים לחברה את כל החזקותיהם ופורשים מהחברה לחלוטין מבלי שתישאר אצלם כל זכאות לעודפים, כאשר יתר בעלי המניות נמנעים ממכירת מניותיהם כליל. במצב דברים זה, בעלי המניות הפורשים שמוכרים את מניותיהם ברווח ריאלי יהיו חייבים במס רווחי הון. באשר לבעלי המניות הנוותרים, מצבם בהיבט המיסוי יהא תלוי בסיווגה של עסקת הרכישה העצמית ובפרט במענה לשאלה האם הגדלת חלקם של בעלי המניות הנוותרים בחברה כמוה כהכנסה.

34. פקודת מס הכנסה אינה מספקת מענה ישיר לשאלה זו.

35. שתיקת הפקודה, לצד פסקי הדין אשר ניתנו בנושא על ידי בתי המשפט המחוזיים, הובילו את רשות המיסים להוציא מספר חוזרי מס בעניינה של רכישה עצמית; ואלה הם:

א. חוזר מס הכנסה 10/2001 "השפעת חוק החברות החדש על דיני המס" (26.12.2001) (להלן: חוזר המס 10/2001). חוזר זה נסוב על סיווגה של רכישה עצמית ביחס לבעלי המניות שמכרו את מניותיהם וכן ביחס לחברה הרוכשת. השלכות המס על שני גורמים אלו אינן מעניינם של הערעורים הנידונים כאן

לפנינו. חרף זאת, אציין בקיצור נמרץ כי חוזר המס 10/2001 קבע כי כל תמורה המתקבלת אצל בעל מניות אשר מכר את מניותיו במסגרת רכישה עצמית תסווג כדיבידנד או כרווח הון – בהתאם לאופייה של חלוקת הרווח שבוצעה. החוזר קובע כי על-פי רוב תסווג תמורה כאמור כמכירת מניות החייבת במס רווחי הון, כל אימת שהיא מותירה רווח ריאלי בידי המוכר, אולם במקרים בהם בוצעה הרכישה העצמית מכלל בעלי המניות באופן יחסי (pro rata) תסווג היא כדיבידנד. בשולי הדברים מציין החוזר כי ראוי לשקול את סיווג העסקה כחלוקת דיבידנד גם במקרים בהם רוכשת החברה את מניותיו של בעל השליטה באופן שאינו מביא לשינוי מהותי בהיקף החזקותיו. ביחס להשלכות המס שרכישה עצמית מטילה על החברה הרוכשת קבע החוזר כי רכישת המניות בידי החברה אינה מהווה אירוע מס – ככל שאין מדובר באיגוד מקרקעין.

ב. חוזר המס 2/2018. חוזר זה עוסק בהיבטי המיסוי של חלוקה המסווגת כרכישה, כאשר הוא מחליף, בכל הקשור לכך, את האמור בחוזר המס 10/2001 הנזכר לעיל. חוזר המס 2/2018 מבהיר כי מטרתו היא הסדרת מלוא היבטי המס של רכישה עצמית – זאת, בין אם מדובר ברכישה עצמית פרופורציונלית ובין אם לאו. במסגרת זו, קובע החוזר כי ככלל ביצועה של רכישה עצמית פרופורציונלית תוביל לסיווג התמורה כדיבידנד. באשר לרכישה עצמית דיספרופורציונית – לפי האמור בחוזר, רכישה כאמור תסווג כעסקה דו-שלבית בהתאם לאחת הגישות הבאות:

(1) הגישה הראשונה. לפי גישה זו, רכישה עצמית היא בגדר עסקה דו-שלבית אשר כוללת – בשלב הראשון: חלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות בחברה, בסכום כולל הזהה לתמורת הרכישה העצמית; ובשלב השני: רכישת מניותיו של בעל המניות המוכר – מעבר לכמות שהחברה רכשה מכלל בעלי מניותיה – על ידי בעלי המניות הנותרים, כאשר אלה עושים שימוש בכספי הדיבידנד (ברוטו) שקיבלו לידיהם בשלב הראשון.

(2) הגישה השנייה. לחלופין, מציעה רשות המיסים לראות ברכישה עצמית עסקה דו-שלבית אשר כוללת – בשלב הראשון: רכישת מניותיו של בעל המניות המוכר תמורת סכום המשולם על ידי בעלי המניות הנותרים בהתאם לחלקם היחסי בחברה; ובשלב השני: העברת המניות שנרכשו כאמור לידי החברה בתמורה לתשלום סכום הרכישה לבעלי המניות הנותרים בהתאם לחלקם

היחסי בחברה. מהלך זה כולל רכישה עצמית פרופורציונלית של מניות מידיהם של בעלי המניות הנותרים – שאותה יש למסות כדיבדנד.

36. רשות המיסים מסבירה את עמדתה באופן הבא:

”במקרים בהם נעשתה רכישה שאינה פרו-רטה, כך שחלק מבעלי המניות מוכרים את מניותיהם בתמורה למזומן או נכס אחר [...] וחלק אחר אינו מוכר כלל (או מוכר מניות אך בשיעור אחר) [...] חל שינוי בשיעורי ההחזקה בחברה כך ששיעור ההחזקה בזכויות החברה בידי בעלי המניות המוכרים פוחת (וזאת באמצעות יציאת נכס מרשותם), ומנגד שיעור ההחזקה של בעלי המניות הנותרים עולה, וזאת על אף שהם לא רכשו מניות בפועל (הרי החברה היא זו שרכשה את המניות מבעלי המניות המוכרים). מאחר והמניות הנרכשות הופכות למניות רדומות (שלולות זכויות) בידי החברה הרוכשת, שיעור ההחזקה האפקטיבי שלהם עולה. למעשה בעלי המניות הנותרים עושים שימוש ברווחי החברה על מנת לרכוש את מניות בעלי המניות המוכרים ובכך להעלות את שיעור החזקתם בחברה” (ראו: חוזר המס 2/2018, עמ’ 4).

באשר לבחירה בין שתי הגישות המוצעות – מציין החוזר, ללא הנמקה, כי יש להעדיף את הגישה השנייה כאשר עסקינן במצב בו בעל מניות מוכר את כלל מניותיו בחברה ואינו עוד בעל עניין בה; וכאשר בעל המניות המוכר מוכר רק חלק ממניותיו – כך שלאחר המכירה הוא עודנו מחזיק במניות החברה – מן הראוי ללכת לפי הגישה הראשונה.

בשולי הדברים, מציין החוזר כי כאשר מדובר בחברה ציבורית הרוכשת את מניותיה שלה בבורסה לניירות ערך בשיעור שאינו מהותי – כל אימת שהדבר נעשה מפעם לפעם, בהתאם להחלטת החברה, האמור לעיל לא יחול. במקרה כזה, תוצאת המס תהא רווח או הפסד הון אשר נשאר בידי המוכר ממכירת נייר ערך – ככל שמדובר בנישום שמכירה כאמור מסווגת אצלו במישור ההוני, ובהתאם לתקנות מס הכנסה (ניכוי מתמורה, מתשלום או מרווח הון ממכירת נייר ערך, במכירת יחידה בקרן נאמנות או בעסקה עתידית), התשס”ג-2002.

37. עמדות הרשות המובאות בחוזר המס 2/2018 מבוססות, בין היתר, על האמור בפסקי הדין אשר ניתנו על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט מ’ אלטוביה) בעניין ברנובסקי ובעניין בר ניר. פסקי דין אלה נסובו על מיסויים של בעלי המניות הנותרים בעקבות עסקת רכישה עצמית דיספרופורציונית. במסגרתם, נמנע בית המשפט המחוזי

מקביעתו של כלל גורף וקבע קביעה פרטנית-עובדתית ביחס לכל אחד מהמקרים. בהתבסס על העובדות והנסיבות שהוכחו לפניו ביחס לכל אחד מהמקרים, קבע בית המשפט כי עסקאות הרכישה העצמית דשם נעדרות הצדקה מסחרית מבחינת החברה כחברה, וכי מטרתן היתה לקדם אינטרסים אישיים של בעלי המניות בחברה. בהתאם לכך, קבע בית המשפט כי יש לראות בכל אחת מהעסקאות הללו עסקה מלאכותית, כמשמעה בסעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה; ועל כן יש לסווגה מחדש כתשלום דיבידנד לבעלי המניות הנוותרים בחברה. להשלמת התמונה, אציין כי על פסק הדין בעניין ברנובסקי הוגש ערעור לבית משפט זה, אשר נמשך על ידי המערער בהתאם להמלצת בית המשפט (ראו: ע"א 3637/14 ברנובסקי נ' רשות המסים פקיד שומה גוש דן (14.12.2017)). בפסק הדין אשר דחה את הערעור נאמר כך:

1. "בית המשפט הביע דעתו כי בנסיבות המקרה דנן יש לראות את המהות הכלכלית של העסקה כחלוקת דיבידנד.

2. לאור עמדה זו ובהמלצת בית המשפט, חזר בו המערער מערעורו והוא נדחה בזה ללא צו להוצאות".

38. במסגרתם של פסקי הדין המחוזיים אשר נזכרים לעיל ובפסקי הדין מושאי הערעורים דכאן, נסקרו, בין היתר, עמדותיו של ד"ר ג' קריב, המפורטות במאמרו הנ"ל. בתי המשפט המחוזיים נמנעו מלאמץ עמדות אלו באופן כוללני, אך רשות המיסים מביאתן לתמיכה בעמדתה העקרונית ורואה בהן בסיס רעיוני לאמור בחוזר המס 2/2018. לעמדות אלו אתייחס כעת. אקדים ואומר שעמדות אלו מבוססות על ראייה גורפת מדי של הדברים, אשר מתאימה למקרים רבים, אך לא לכולם.

עמדתה של רשות המיסים בראי מאמרו של ד"ר ג' קריב

39. ד"ר ג' קריב סבור כי רכישה עצמית היא בגדר אירוע מס מן הסוג של חלוקת דיבידנד. בהתאם לכך, במקרים בהם בוצעה הרכישה העצמית שלא באופן פרופורציונלי ואירוע המס אצל בעל המניות המוכר מסווג כרווח הון, מחייבנו הדין להכיר בקיומו של אירוע מס נוסף: חלוקת דיבידנד לבעלי המניות הנוותרים כאשר כספיו מוסבים לטובת רכישת מניותיו של בעל המניות המוכר, אשר מקבל את הכספים ישירות מהחברה.

ואלה הם הדברים מפי אומרם:

"רכישת המניות היא, על פי הוראות חוק החברות, חלוקה של דיבידנד. בעל המניות המוכר, כפי שהוכח לעיל, לא

קיבל דיבידנד, מאחר שהתשלום שקיבל הוא, כפי שראינו, 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.

[...]

רכישה עצמית תיחשב תמיד לחלוקת דיבידנד. השאלה היא, מי הוא מקבל הדיבידנד. ברכישה פרופורציונלית, כל בעלי המניות מקבלים דיבידנד, ואף לא אחד מהם מקבל רווח הון. ברכישה בלתי פרופורציונלית, בעל מניות המוכר מניות העודפות על חלקו הפרופורציונלי במכירה, התמורה בעד החלק העודף, ובעד חלק זה בלבד, תיחשב רווח הון ויחולו עליה הוראות המיסוי המתייחסות לרווח הון. בעלי המניות שמכרו לחברה מניות בשיעור הנופל מחלקם היחסי בהון החברה ייחשבו כמקבלי דיבידנד ויחויבו בגינו במס הכנסה בהתאם לשיעורי המס החלים עליהם. מיסוי החברה אינו מושפע מהרכישה העצמית, זולת חובתה לנכות מס במקור מן התשלום הניתן לבעל המניות תמורת המכירה.

[...]

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" (ראו: קריב, עמ' 88-87; ההדגשות הוספו – א.ש.).

40. דברים אלה, בנוסחם הגורף, אינם מקובלים עלי. ראשית, אציין כי בהיבט של לשון החוק, חוק החברות מבדיל בין חלוקת דיבידנד לבין רכישה עצמית בהגדירו את המונח "חלוקה" כאחד משניים: דיבידנד ^א רכישה עצמית (ראו: סעיף 1 לחוק החברות; כמו כן ראו, למשל: גרוס, עמ' 899). הבחנה סטטוטורית זו אינה רק עניין טכני-פורמלי: היא מלמדת על כך שבעיניי המחוקק, מהותו הכלכלית של דיבידנד אינה זהה למהותה הכלכלית של רכישה עצמית. למצער, הבחנה זו מלמדת על כך שמהותה הכלכלית של רכישה עצמית לא תמיד תהא חופפת את מהותה הכלכלית של חלוקת דיבידנד.

41. המחוקק אכן ראה את הדברים נכון: לא כל עסקאות הרכישה העצמית נולדו שוות. חלק מעסקאות אלה אכן שוות-ערך לחלוקת דיבידנד ומקימות חבות במס, כטענתה של

רשות המיסים. אולם, לחלקן האחר של העסקאות יש מהות כלכלית שונה, כפי שיוסבר להלן.

42. אדגים את הדברים באמצעות דוגמא פשוטה, שתיקרא דוגמא א'. ראובן וספיר הקימו עסק מצליח, המאוגד כחברה פרטית, שמניותיה, מאה במספר, מחולקות ביניהם שווה-בשווה. בידיו של ראובן 50 מניות מתוך 100, ואילו ספיר מחזיקה ב-50 המניות הנותרות. לימים, מחליט ראובן לשנות את מסלול חייו ולפרוש מהחברה, ששוויה הגיע לכדי 10,000,000 ש"ח. ספיר וראובן מכנסים אסיפת מנהלים; מחליטים פה-אחד, בכובעם כמנהלי החברה, כי החברה תמשיך לנהל את עסקיה כרגיל, אולם היא תרכוש את מניותיו של ראובן תמורת 5,000,000 ש"ח ותרדים אותן – וכך נעשה אחרי שראובן וספיר אישרו את החלטת המנהלים בכושרם כאסיפת בעלי המניות של החברה. כתוצאה מעסקה זו, הון המניות של החברה ירד ל-50 כשכולו מרוכז בידיה של ספיר; שווי החברה פחת בעקבות התשלום בסך של 5,000,000 ש"ח ששולם לראובן, והינו עומד כעת על 5,000,000 ש"ח; ושווי המניות של ספיר נשאר כמות שהוא: כל אחת מ-50 מניותיה שווה 100,000 ש"ח. במקרה זה, העסקה המשולשת שנעשתה – לפי מהותה הכלכלית – כמוה כמשיכת דיבידנד מקופת החברה על ידי כל אחד ואחת מבעלי המניות, כשסכום הדיבידנד, 5,000,000 ש"ח, מתחלק ביניהם שווה-בשווה בהתאם להחזקותיהם. ראובן מושך דיבידנד בסך של 2,500,000 ש"ח, וספיר עושה כמותו. אחרי חלוקת הדיבידנד, שוויה של כל מניה בחברה יורד לכדי 50,000 ש"ח; ואז ספיר רוכשת את מניותיו של ראובן לפי ערכן הכולל – 2,500,000 ש"ח – באופן אשר מקנה לה שליטה מלאה בחברה וברכוש. במקרה זה, ספיר תהא חייבת לשלם מס בגין הדיבידנד בסך של 2,500,000 ש"ח שמשכה מקופת החברה כדי לרכוש את מניותיו של ראובן. ראובן, מצדו, יהא חייב במס בגין דיבידנד בסך של 2,500,000 ש"ח, וכן במס רווחי הון בגין הרווח הריאלי שהפיק ממכירת מניותיו לספיר תמורת 2,500,000 ש"ח.

43. תוצאה זו תואמת את עמדתה החלופית של רשות המיסים בערעורים שלפנינו. תוצאה כאמור גם תואמת את עמדתו העקרונית של קריב, שכאמור רואה ברכישה עצמית דיספרופורציונית רכישת מניותיו של בעל המניות הפורש על ידי בעלי המניות הנותרים, כשאלו עושים שימוש בכספי החברה. ברם, השימוש בכספי החברה אשר נעשה על ידי בעלי המניות הנותרים הינו פחות מזה שנזקף לחובתם על ידי קריב. זאת, מאחר שהדיבידנד אשר נמשך מקופת החברה שולם, הלכה למעשה, לבעל המניות הפורש ולבעלי המניות הנותרים כאחד – בהתאם להחזקותיהם. בעלי המניות הנותרים רכשו את מניותיו של הפורש רק אחרי חלוקת הדיבידנד כאמור.

44. מדוע זה כך? מענה לשאלה זו קשור למשאלתו של ראובן לפרוש מהחברה. אילולא הועלתה משאלה זו, ראובן ושותפתו ספיר היו ממשיכים לנהל את החברה ואת עסקיה כמקודם, שכן ספיר לא היתה מעוניינת בפרישתו של ראובן שלמעשה נכפתה עליה. בנסיבות אלו, ואחרי שידענו כי ספיר אינה יכולה – או, למצער, אינה רוצה – להביא 5,000,000 ש"ח מכספה כדי לשלם לראובן בעד מניותיו, שאף בהן לא היה לה עניין – על כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי מבחינתה של ספיר חלוקת הדיבידנד מהחברה מהווה תנאי מוקדם לביצוע העסקה המשולשת עם ראובן, וכי לראובן לא היתה כל סיבה לגיטימית להתנגד לחלוקת הדיבידנד כאמור – בהיותו אדיש לאופן ביצוע העסקה לכתחילה. מטעמים אלו, אין כל סיבה מתקבלת על הדעת שבעטייה יש להחמיר עם ספיר ולסווג את הרכישה העצמית שבה עסקינן כדיבידנד רעיוני שמשולם במלואו לה ורק לה. אם החלטת החברה בדבר הרכישה העצמית כמוה כהחלטה בדבר חלוקת דיבידנד, החלטה זו צריכה לחול, בזמן אמת, על כל בעלי המניות, ולא רק על ספיר – שכן דרכו של דיבידנד להיות מחולק בין כלל בעלי המניות בהתאם להחזקותיהם. ודוק: העובדה שספיר נהנית מכך שראובן קיבל דיבידנד בסך של 2,500,000 ש"ח אינה בגדר הטבה טעונת מס. זאת, מאחר שראובן היה זכאי מלכתחילה לקבל סכום זה כבעל מניות שווה-זכויות בחברה, כל אימת שהחברה מחליטה לחלק דיבידנד.

45. ומכאן לדוגמא נוספת – דוגמא ב' – שעובדותיה זהות לאלה של דוגמא א', למעט פרט אחד: ראובן וספיר אינם עוד מסתדרים ביניהם כי יש ביניהם קרע שאינו ניתן לגישור. אחרי דין ודברים, מתברר כי ספיר מעוניינת להמשיך ולנהל את החברה בלעדי ראובן; היא אינה חפצה במכירת מניותיה בחברה; בשעה שראובן מצדו מוכן להמשיך בניהול החברה עם ספיר או בלעדיה, וכן מוכן גם לפרוש מהחברה – אולם זאת, רק אם יקבל את שווי מניותיו, 5,000,000 ש"ח. בנסיבות אלו, רכישת מניותיו של ראובן על ידי החברה תמורת 5,000,000 ש"ח כמוה כמתן מימון לספיר כדי שזו תוכל לקנות את שליטתה המלאה בחברה. בנסיבות אלה, מן הדין לראות בספיר כמי שמשכה 5,000,000 ש"ח מקופת החברה כדי לקנות את פרישתו המלאה של ראובן מהחברה ואת הרדמת מניותיו באופן שמעלה את החזקותיה של ספיר בחברה מ-50% ל-100% – כטענתה העיקרית של רשות המיסים וכדברי קריב. ספיר תהא אפוא חייבת לשלם מס על קבלת דיבידנד בסך של 5,000,000 ש"ח, זולת אם תחזיר סכום זה, בתוספת ריבית מקובלת, לקופת החברה כדרכם של החזרי הלוואות-בעלים. ראובן מצדו יהא חייב במס רווחי הון בגין הרווח הריאלי שמניותיו הצמיחו לו. בנסיבות אלה, אין סיבה להניח כי ספיר וראובן הסכימו במאוחד על חלוקת הדיבידנד כתנאי לרכישת המניות. זאת, מאחר שראובן אינו

כופה דבר או חצי-דבר על ספיר. מבחינתו של ראובן, ספיר יכולה למכור את כל מניותיה לו או לאדם אחר שיהא מוכן לשתף עמו פעולה.

46. בדוגמאות א' ו-ב', מטרתה הדומיננטית, אם לא הבלעדית, של עסקת הרכישה העצמית שעשתה החברה היא הגשמת מטרותיהם האישיות של שני בעלי המניות, ספיר וראובן. בדוגמא א' הרכישה נועדה לשרת אינטרס משותף הן של בעלת המניות הנותרת בחברה והן של בעל המניות הפורש; ואילו בדוגמא ב' הרכישה נועדה לשרת, בראש ובראשונה, את האינטרס של בעלת המניות הנותרת בחברה. מכאן ההבדל באשר להחלטה האם משיכת הדיבידנד תכלול או לא תכלול את חלוקתו גם לבעל המניות הפורש. אולם, בשתי הדוגמאות, מבחינת עסקי החברה כחברה, העברת השליטה מהשותפות בין השניים לידיה של ספיר משנה מעט מאד, אם בכלל.

47. כעת, נשנה את שתי הדוגמאות הללו באופן הבא, אשר ייקרא דוגמא ג'. בין ראובן לספיר נתגלעו חילוקי דעות רציניים באשר לאופן שבו החברה צריכה להתנהל בעתיד. ספיר מבקשת להרחיב את עסקי החברה באמצעות הפיכתה לחברה ציבורית וגיוס הון בבורסה לניירות ערך, אולם ראובן מתנגד לכך נמרצות. לשיטתו, החברה צריכה להמשיך להתנהל במתכונת הקיימת. מטעם זה, ראובן דוחה גם את הצעתה החלופית של ספיר כי השניים יגדילו את השקעותיהם בחברה. ספיר וראובן מקיימים דיון נוקב שבסופו מסכים ראובן לפרוש מהחברה בתנאי שזו תרכוש ממנו את מניותיו תמורת 5,000,000 ש"ח. ספיר וראובן פועלים לפי מתווה זה אחרי שקיבלו את כל ההחלטות הנדרשות בכושרם כמנהלי החברה וכבעלי מניותיה. לאחר מכן, החברה מחייה את מניותיו הרדומות של ראובן ויוצאת בהנפקת מניות לציבור.

האם במקרה זה נראה את ספיר כמי שקיבלה מהחברה דיבידנד בסך של 2,500,000 ש"ח, כמו בדוגמא א', או אף בסך של 5,000,000 ש"ח, כמו בדוגמא ב'?

48. סבורני כי לשאלה זו אין להשיב אלא בשלילה. זאת, מאחר שמטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית היא להיטיב עם החברה כחברה על ידי קידום עסקיה. ספיר אמנם נהנית מהעסקה גם ברמה האישית: היא אווזת בבלוק מניות אשר מאפשר לה לקדם את עסקי החברה כראות עיניה – בלוק אשר מקנה לה שליטה בחברה לא רק לפני ההנפקה המתוכננת, אלא גם אחריה, כאשר מולה יתייצבו משקיעים פרטיים מפוזרים שאין בידם לגבש כוח הצבעה מונוליטי המגיע כדי 50%. ואולם, הנאה כאמור אינה משנה את היותה של טובת החברה מטרתה הדומיננטית של עסקת הרכישה העצמית.

אם נאמר אחרת, נמצא את עצמנו מתעלמים מישותה המשפטית הנפרדת של החברה. לא זו אף זו: המסקנה אליה הגעתי לא תשתנה כהוא זה אפילו במקרה של כישלון ההנפקה. במקרה זה, החברה היתה אמנם מפסידה חלק מכספה – עד כדי 5,000,000 ש"ח – אולם הפסד כאמור הוא בגדר התממשותו של סיכון עסקי רגיל אשר נלווה מלכתחילה לסיכויי רווח. ודוק: עסקים כושלים שמדללים את קופת החברה אינם מסכלים את מנגנון המיסוי הדו-שלבי אפילו במקצת. חברה, כמכשיר משפטי, נועדה מעיקרה לגדר את הסיכון האישי של בעלי מניותיה בגבולות השקעותיהם במניותיה, ולא מעבר לכך (ראו, למשל: שרון חנס "עיון מחודש באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי" עיוני משפט כח(ז) 5, 15-17 (2004)). בתחום המיסוי, אין להם, לבעלי המניות, דבר או חצי-דבר הקשור לחברה זולת העודפים שקיבלו ממנה באמצעות חלוקת דיבידנד, מכירת מניות או בדרך אחרת.

49. בדוגמא ג', לא ניתן לראות בעסקת הרכישה העצמית משום דיבידנד שמשולם לספיר, מאחר שהצלחת ההנפקה מחזירה לחברה כחברה את אשר היא שילמה לראובן בעד מניותיו, אם לא למעלה מכך. לא זו אף זו: מהלך הרכישה בוצע מלכתחילה לצורך קידום ההנפקה – כלומר, לטובת קידום ענייניה של החברה, ולא של ספיר עצמה. אם נעביר את זקורנו מהחברה לספיר, נראה את עצמנו מחוייבים לראות בהנפקה מהלך אשר אמור להביא לכך שכספי המשקיעים הפרטיים צריכים היו להיות משולמים לספיר, ולא לחברה, מאחר שספיר, ולא החברה, היא זאת שרכשה מראובן את מניותיו. תוצאה זו תהא, כמובן, שגויה על-פניה ואין לקבלה, באשר היא מנוגדת למהותו וללשונו של מערך העסקאות שנפרש לפנינו. ברי הוא, על כן, כי החברה היא זאת שרכשה מראובן את מניותיו במטרה לקדם את עסקיה ולא כדי להעשיר את ספיר.

50. כפועל יוצא מניתוח זה, כישלונה המוחלט של ההנפקה, שמשאיר את החברה ללא החזר של 5,000,000 ש"ח – סכום אשר שולם על ידה לראובן בעד מניותיו – אין בו כדי לשנות את מהותה הכלכלית של עסקת הרכישה העצמית כעסקה שמטרתה הדומיננטית היא טובת החברה. זאת, מאחר שמהותה הכלכלית של עסקה נקבעת במבט פרוספקטיבי, הצופה את פני העתיד – זה שלפני הוצאת העסקה מן הכוח אל הפועל – ולא במבט רטרוספקטיבי אשר ניזון ברובו מחוכמה שלאחר המעשה. ודוק: האירועים שהתרחשו בדוגמא ג', במקרה של כישלון ההנפקה, אינם מסכלים את פועלו של מנגנון המיסוי הדו-שלבי אשר חל על חברות ובעלי מניותיהן, למרות דילול העודפים של החברה. כפי שכבר ציינתי, מיסוי בעקבות דילול העודפים יחול רק כאשר דילול זה ניתן לסיווג כחלוקה לידי בעלי המניות; אך הוא אינו חל במקרים בהם הדילול הוא תוצאה

של התממשותם של סיכונים עסקיים אשר נלקחו על ידי החברה במטרה להפיק רווחים ולקדם את פעילותה העסקית. מצב דברים זה שונה בתכלית מזה שבדוגמאות א' ו-ב': בכל אחת מהדוגמאות הללו נעשה שימוש בכספי החברה שמטרתו הדומיננטית היתה מתן הטבה לבעל מניות, להבדיל מקידום עסקי החברה. דילול עודפים זה כמוהו כדיבידנד, זולת אם בעל המניות שהשתמש בכספי החברה לטובתו-שלו רואה בשימוש שעשה הלוואה נושאת ריבית שאותה הוא מחוייב להחזיר לחברה בהתאם למקובלות (ראו, למשל: סעיפים 3(ט)-(ט1) לפקודת מס הכנסה; וכן, חוזר מס הכנסה מספר 07/2017 "סעיף 3(ט1) לפקודת מס הכנסה – מיסוי בעל מניות מהותי בשל משיכה מחברה" (22.8.2017); רחלי גוז לביא "מברנובסקי ועד בית חוסן: קביעת היבטי המס ברכישה עצמית של מניות בהתאם לנסיבות העסקה" מיסים לד(4) א-67, 84-87 (2020) (להלן: גוז-לביא)). זאת ועוד: בדוגמא ג', ספיר, בעלת המניות שנשארת בחברה, אינה מפיקה בעבור עצמה שום התעשרות. זאת, מאחר שהיא לא קיבלה לידיה, במישרין או בעקיפין, שום כסף מכספי החברה; מאחר שאינה הופכת את מניות השליטה שבידה למזומנים על ידי מכירתם; ומאחר שהיא ממשיכה ליטול על עצמה סיכונים עסקיים בקשרה את גורל השקעתה בחברה עם גורל החברה. בהקשר זה, אין לי אלא להזכיר את המובן מאליו: ההצדקה למיסוי דיבידנד אינה נובעת מ"התעשרות" ערטילאית, אלא מהפיכת נכס לא נזיל מסוג מניה לכסף מזומן אצל בעל המניה (ראו: ע"א 217/65 כהן נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד כ(2) 421, 442-443 (1966) (להלן: עניין כהן); Charles I. Kingson, *The Deep Structure of Taxation: Dividend Distributions*, 85 YALE L.J. 861, 863-864 (1976)). הצדקה כאמור הינה חלק מעיקרון רחב יותר, ששמו "עיקרון המימוש". עיקרון זה קובע כי המדינה אינה מטילה מס אלא על הכנסה ממומשת, ודאית ובעלת אומדן ברור אשר התקבלה בידי הנישום או שיש בכוחו לקבלה (ראו: עניין כהן, עמ' 428; ע"א 2515/18 חברת אס.טי.אל קניון דרורים בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, עמ' 16-18 (17.6.2020) (להלן: עניין קניון דרורים); אהרן נמדר מס הכנסה 74 (מהדורה רביעית, 2013); יוסף אדרעי "דוקטרינת המקור – סוף הדרך: על הגדרת המונח "הכנסה" בדין הישראלי הנוהג" משפטים 25, 44-51 (תשמ"ז)).

51. המסקנה אליה הגעתי באמצעות ניתוח של דוגמא ג' – כמושווית לדוגמאות א' ו-ב' – מעמידה את רשות המיסים בפני קושי מעשי. מבחן המטרה הדומיננטית שבעזרתו ניתן, ולדידי, גם ראוי, להבחין בין רכישות עצמיות שונות – אלה שעושות שימוש בכספי החברה כדי להיטיב עם בעלי המניות הנוטרים, שממשיכים לאחוז במניותיהם, ואלה שבאות לקדם את מטרותיה העסקיות של החברה הרוכשת את מניותיה – איננו קל ליישום. יתרה מכך: מבחן זה פותח פתח לניצולו של יתרון המידע על ידי הנישום במצב של מידע אסימטרי, שבו רשות המיסים יודעת על עסקיו הרבה פחות ממה שהוא יודע

עליהם. במצב דברים זה, נישומים לא מעטים עלולים לנצל לרעה את תלותה של הגדרת "דיבידנד" בר-מיסוי במבחן האמורפי אשר נסוב על מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית. אם הדבר יעלה בידם, יוכלו נישומים אלה לדלל את קופת החברה לטובת עצמם תוך סיכול המנגנון הדו-שלבי, אשר חל על מיסוי רווחי החברה, ועל ידי כך לחמוק מתשלום מיסים.

52. קושי זה הוא קושי אמיתי שאין להקל בו ראש. חרף היותו אמיתי, קושי זה אינו מהווה הצדקה לסיווגה הגורף של כל רכישה עצמית דיספרופורציונית כחלוקת דיבידנד לבעלי המניות הנותרים בחברה. במקרים המיוצגים על ידי דוגמא ג' – בהם מדובר ברכישה עצמית שבאה לשרת את טובת החברה כחברה – לסיווג כזה לא תהא הצדקה. לדידי, הקושי שבו עסקינן הוא קושי רגיל שמעוררים תכנוני מס. ההבחנה בין תכנון מס לגיטימי לבין תכנון מס שאינו לגיטימי – אשר מכונה לעתים כ"תחמון מס" – אכן איננה תמיד קלה, אך איני רואה מנוס מעשייתה (ראו והשוו: דוד גליקסברג, גבולות תכנון המס 67-71 (1990) (להלן: גליקסברג); ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבניין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נז(5) 915, 924 (2003) (להלן: עניין רובינשטיין)).

53. דיני המס העמידו לרשותם של פקידי שומה ושל בתי המשפט, לצדם של כמה כללים פרטניים, שאינם נוגעים לעניינינו-שלנו, שני כללים משפטיים עוצמתיים אשר נועדו להקל על התמודדותם עם תכנוני מס בלתי לגיטימיים במצב של מידע אסימטרי. באומרי "תכנוני מס בלתי לגיטימיים", כוונתי לתכנוני מס שעיקרם ניסוח עסקה באופן ש"עובר ליד" הגדרתה של הכנסה טעונה מס, כאשר הוא חומק ממילותיה ומרחיק מן העין את מהותו הכלכלית האמיתית של הרווח המופק מהעסקה, ולעתים אף את זהותו של מפיק הרווח (ראו: Steven A. Dean & Lawrence M. Solan, *Tax Shelters and the Code: Text and Intent*, 26 VA. TAX REV. 879, 882 (2007) ("[T]ax Navigating Between shelters are generally characterized as transactions that appear to comply in a literal manner with the Code, but which are designed to reach a tax result that Congress would not have intended."); כמו כן ראו והשוו: גליקסברג, עמ' 19-2). הכללים שמאפשרים התמודדות מוצלחת עם תכנוני מס כאלה כוללים, בראש ובראשונה, את עיקרון המהות הכלכלית של העסקה, שכאמור מבכר את מהות העסקה על פני לבושה המשפטי הפורמלי (substance over form). בהמשך הדברים, עיקרון חשוב זה ייקרא על ידי "עיקרון המהות הכלכלית". כלים אלה כוללים בתוכם גם את הכלל הקבוע בסעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה, אשר קובע כך:

"היה פקיד השומה סבור, כי עסקה פלונית המפחיתה, או העלולה להפחית, את סכום המס המשתלם על ידי אדם פלוני היא מלאכותית או בדויה [...] או כי אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה פלונית היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות, רשאי הוא להתעלם מן העסקה [...], והאדם הנוגע בדבר יהא נישום לפי זה. הימנעות ממס או הפחתת מס ניתן לראותן כבלתי נאותות אפילו אינן נוגדות את החוק".

כלל זה ייקרא על ידי "כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית".

54. כאן המקום לעבור לדיון בשני הכלים המשפטיים הללו בהקשרה של רכישה עצמית דיספרופורציונית לסוגיה.

רכישה עצמית דיספרופורציונית בראי של עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית

א. עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית כ"כללי תיקון"

55. עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית קשורים קשר הדוק וייחודי לרמת הפירוט והדיוק הגבוהה אשר מאפיינת את דיני המס בכללותם. לרמת הפירוט והדיוק של דינים אלה אין אח ורע זולת הכללים של דיני העונשין אשר מגדירים עבירות פליליות על ידי פירוט מדויק של רכיביהן.

56. כללי משפט מורכבים מ"כללים", מ"סטנדרטים" ומ"קטלוגים" (ראו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Catalogs*, 115 COLUM. L. REV. 165, 165-171 (2015) (להלן: פרחומובסקי ושטיין)); ומבין שלוש קבוצות אלו, דיני המס שלנו בחרו כמעט תמיד בדפוס של "כללים", לצד "קטלוגים" שניסוחם דומה לזה של "כללים" (ראו: פרחומובסקי ושטיין, עמ' 205-208). "כללים" מנוסחים בפירוט רב וברמת רזולוציה גבוהה, כדוגמת האיסור התעבורתי "לנהוג בכלי רכב בשטח עירוני במהירות שאינה עולה על 50 קמ"ש". במובחן מ"כללים", "סטנדרטים" מנוסחים ברמת הפשטה גבוהה תוך שהם מזהים את התכלית החברתית שאותה הם באים להגשים. דוגמתם המובהקת של "סטנדרטים" היא חובתם של נהגים לנהוג בכלי רכבם "בזהירות סבירה בהתחשב בתנאי הדרך" ולהימנע מ"נהיגה מסוכנת". בציר אשר מחבר בין פירוט להפשטה – בין "כללים" ל"סטנדרטים" – ממוקמים "קטלוגים" בנקודת האמצע. "קטלוג" משפטי מנוסח ככלל אשר מפרט מצבים טיפוסיים ומורה כיצד יש לנהוג בהם,

תוך שהוא מבהיר כי מדובר ברשימה שאינה סגורה ושיש לכלול בתוכה מצבים נוספים
הזהים במהותם למצבים הטיפוסיים שפורטו. דוגמא פשוטה של "קטלוג" היא האיסור
על הכנסתם של "כלבים, חתולים, וכיוצא באלה" למקום המסומן באיסור, כדוגמת
מעלית נוסעים בבניין ציבורי (ראו: פרחומובסקי ושטיין, עמ' 172-190, והאסמכתאות
שם).

57. יתרונם של "כללים" משפטיים הוא פירוט ודיוק ניסוחי, אשר מאפשר לכל
הנוגעים בדבר לצפות מראש את אופן החלתו של הכלל על ידי רשויות המדינה ובתי
המשפט. רמת הפירוט ודיוקם של "כללים" גם מביאים לחיסכון משמעותי בעלויות
התדיינות. ברם, יתרון זה נקנה במחיר של חוסר שלמות אשר נובע משני אלה: מגבלות
השפה והעדר יכולת לחזות ולהגדיר מראש את כל המצבים העתידיים בהם ראוי יהיה
להחיל את הכלל על-מנת להשיג את מטרתו החברתית. כפועל יוצא מכך, "כללים" אינם
יכולים לקלוע למטרתם בכל מקרה ומקרה: הם סובלים מהכללת יתר (over-
inclusiveness), כאשר הם מנוסחים באופן רחב מדי ביחס למטרתם; או, לחלופין,
מהכללת חסר (under-inclusiveness), כאשר הם מנוסחים באופן צר מדי ביחס למטרתם
(ראו: פרחומובסקי ושטיין, עמ' 171-172, 175, והאסמכתאות שם). "כללים" ניתנים אפוא
לניצול לרעה כאשר ניסוחם מתיר התנהגות אשר מסכלת את מטרתם – וזוהי בעייתם
המובנית.

58. "קטלוגים" מטפלים בבעיה מובנית זו כל אימת שהדבר מתאפשר. ברם, הדבר
אינו מתאפשר בכל מקרה ומקרה, מה גם ש"קטלוגים" אינם תמיד זמינים למנסחיהם של
חוקים (ראו: פרחומובסקי ושטיין, עמ' 181-190). העדר כל סטייה ניסוחית ממטרתה של
נורמה משפטית מתאפשר אך ורק בעולםם של "סטנדרטים" – דפוס ניסוחי אשר יוצר
זיקה ישירה בין תכלית הנורמה לשפתה על ידי מתן שיקול-דעת רחב-ידיים לרשויות
המדינה – ובפרט, לבתי המשפט – באומרו, במילים אלה או אחרות: "קבלו החלטות
שתגשמה בדרך ראויה את התכלית החברתית הנקובה" (ראו: פרחומובסקי ושטיין, עמ'
174). התוצאה אליה חותרים "סטנדרטים", אף היא נקנית במחיר חברתי לא מבוטל.
במקרים לא מעטים, מחיר זה כולל העדר יכולת לצפות מראש את אופן החלתו של
"סטנדרט" – דבר אשר פוגע ביכולתם של אנשים לתכנן את צעדיהם. אנשים מכלכלים
את פועלם ואת עסקאותיהם בצלו של הדין (ראו, מני רבים: Robert Cooter, et al.,
Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior,
11 J. LEGAL STUD. 225 (1982)) – דבר שקשה לעשותו כאשר הדין הוא עמום. מחיר
חברתי נוסף שנגבה על ידי הבחירה ב"סטנדרטים" על-פני "כללים" ו"קטלוגים" הוא
העדר אחידות ביישום הנורמה המשפטית – דבר אשר עלול להביא לחוסר שוויון בפני

החוק. כדי למנוע תוצאה זו של איפה-ואיפה במידה מרבית, ועל-מנת לאפשר לאזרחים לצפות מראש את אופן החלתן של נורמות משפטיות ולתכנן את צעדיהם בהתאם, מערכת המשפט חייבת לפעול על בסיסם של "כללים" ו"קטלוגים".

59. על רקע זה, ניתן להבין מדוע דיני המס מורכבים ברובם מ"כללים". אחדות במיסוי היא מעיקרי הצדק האופקי והצדק האנכי שדיני המס החלים במדינתנו באים לכונן (ראו: יוסף מ' אדרעי מבוא לתורת המסים 21-22, 34-36 (2008) (להלן: אדרעי)). צדק אופקי דורש שבעלי רווחים זהים ישלמו למדינה מס זהה בגין רווחיהם; כאשר לפי מידת הצדק האנכי, אדם שרווחיו עולים על אלו של רעהו צריך לשלם מס אשר עולה, בהתאמה, על המס המשולם על ידי רעהו (ראו: אדרעי, עמ' 99-101; גליקסברג, עמ' 33-39). מידות צדק אלו לא תבואנה לידי מימוש מיטבי בעולמם של "סטנדרטים". הדפוס של "סטנדרטים" גם אינו יכול להבטיח שהמס שהנישום עתיד לשלם למדינה יהא ניתן לצפייה מראש באופן אשר יאפשר לנישום להעריך את כדאיות הפעילות המתוכננת על ידו ולתמחר נכונה את עבודתו, את מוצריו ואת נכסיו (ראו: עניין טוונטי האנדרד, פסקה 36 לפסק דיני). כפי שכבר ציינתי, מטרה חשובה זו מושגת באופן מיטבי על ידי "כללים", ובמידה לא מבוטלת גם על ידי "קטלוגים". "כללים" ו"קטלוגים" מקדמים מטרה חשובה נוספת: תיחום סמכויותיהן של רשויות המס באופן שמגן כיאות על קניינו של הפרט (ראו: עניין טוונטי האנדרד, פסקה 36 לפסק דיני והאסמכתאות שם; ע"א 1839/19 פקיד שומה כפר סבא נ' ריזמן, פסקה 37 לפסק דיני (14.6.2021) (להלן: עניין ריזמן); אדרעי, עמ' 326-327).

60. כתוצאה מהבחירה ב"כללים", דיני המס שלנו סובלים מהכללת יתר ומהכללת חסר כאחד. דוגמא בולטת וחשובה להכללת יתר מצויה בהגדרתו הרחבה של "הפסד בעסק או במשלח יד" שהיה לנישום בשנת מס מסויימת – שנה לא טובה מהבחינה העסקית – ושאותו זכאי הנישום לקזז כנגד הכנסותיו בשנים שאחריה, שהיו טובות יותר מבחינת עסקיו (ראו: סעיף 28 לפקודת מס הכנסה). הגדרה רחבה זו פתחה פתח לרכישת עסקים כושלים, אשר צברו הפסדים, כאשר מטרותיה אינן כוללות הבראת העסק הכושל אלא קניית הפסדים לשם הפחתת החבות במס, ותו לא (ראו, למשל: ע"א 265/67 מפי בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד כא(2) 593 (1967) (להלן: עניין מפי); וכן עניין רובינשטיין). דוגמא להכללת חסר, הקרובה לענייננו-שלנו, מצויה בגבולותיהם הצרים של המושגים "דיבידנד" ו"דיבידנד רעיוני" אשר משמשים בהגדרת החבות במס של מקבלי "דיבידנד" (ראו, בין היתר: סעיפים 77, 78 וכן פרק רביעי 1 לפקודת מס הכנסה). התייחסות הפקודה ל"דיבידנד" אינה כוללת בתוכה את יתרון השליטה אשר מופק על ידי בעלי המניות בחברה שהחזקותיהם עולות בעקבות רכישה עצמית

דיספרופורציונית. כללי הפקודה שעניינם מיסוי דיבידנד סובלים, אפוא, מהכללת חסר. ממסקנה זו לא ניתן להימלט אחרי שידענו כי מהותה הכלכלית של רכישה עצמית דיספרופורציונית, אשר מתבצעת במתווה אשר תואר לעיל בדוגמאות א' ו-ב', אינה אלא חלוקת דיבידנד לבעלי המניות הנותרים בחברה.

61. מעצביהם של דיני המס מודעים היטב לבעיה המובנית של הכללת יתר והכללת חסר, אשר נובעת מבחירתם ב"כללים" ומקיומם של "סטנדרטים" – דוגמת זה שעניינו "הוצאות למטרת הכנסה" אשר מותרות בניכוי (ראו: סעיף 17 לפקודת מס הכנסה) – נורמה מיסוית נדירה. מעצביהם של דיני המס מודעים היטב גם לאפשרות הנישומים לנצל בעיה זו לרעה על ידי בחירה במילים ובמשפטים מתאימים בכתיבתם של הסכמים ומסמכי עסקה אחרים. מתוך מודעות זו, ביקשו מעצביהם של דיני המס לפתור את הבעיה על ידי הצבת כללים אשר נועדו למנוע את ניצולן לרעה של הכללת היתר ושל הכללת החסר על ידי נישומים. כללים אלה – שניתן וראוי להתייחס אליהם כאל "כללי תיקון", כפי שאקרא להם בהמשך דבריי – כוללים, בראש ובראשונה, את עיקרון המהות הכלכלית ואת כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית. עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית הם בגדר כללי תיקון באשר הם באים לסגור את הפער בין "כללים" ל"סטנדרטים" בדיני מיסים ולהתמודד עם המצבים בהם הנישום מנצל לרעה את היותם של כללים צרים מדי או רחבים מדי בהתחשב בתכליתם הפיסקלית. אוסיף ואציין כי כללי תיקון אלה פועלים לצדו של כלל הפרשנות התכליתית אשר חל בדיני המיסים בהתאם להלכת קיבוץ חצור, שאף הוא בא לגשר על הפער בין "כללים" ל"סטנדרטים" (ראו: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985); וכן עניין טוונטי האנדרד, פסקה 31 לפסק דיני והאסמכתאות שם).

62. כך למשל, הפעלתם של עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית סיכלה את ניסיון הנישומים להפחית את חבותם במס על ידי קניית הפסדים לשם קיזוזם מהכנסותיהם החייבות במס (ראו, למשל: עניין מפי ועניין רובינשטיין). הפעלתם של כללי תיקון אלה שללה גם מנישומים ביצועה של הפחתת מס בלתי ראויה באמצעות "הפשטת דיבידנד" (dividend stripping), עסקה שמתנהלת באופן הבא: בשלב הראשון, חברה קונה מניות מוכרזות-דיבידנד במחיר $V+D$; לאחר קניית המניות מחולק דיבידנד בשיעור D , שביחס אליו, בהיותה חברה, נהנית הקונה מפטור ממס (ראו: סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה); בשלב השני, מוכרת החברה את המניות במחיר V , שאחרי הפשטת הדיבידנד D ; ואחר-כך מקזזת את ההפסד ($-D$) מהכנסותיה – תוך שהיא מנצלת את הגדרתו הרחבה של "הפסד" בפקודת מס הכנסה לפני תיקונה בהקשרן של

עסקאות כאלה בסעיף 94 לפקודה (ראו: ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקווה (21.6.2011) (להלן: עניין סגנון)). בכל אחד מהמקרים הללו, בית משפט זה התבסס על תכליתם הפיסקלית של כללים אשר מתירים קיזוז הפסדים מן ההכנסה החייבת במס כטעם להגבלת פועלם, למרות הגדרתו הרחבה של "הפסד". כללים אלה הופעלו כדרכם של "סטנדרטים" מכוחם של עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית. במסגרת זו של כללי תיקון, בית המשפט קבע כי הפסד בר-קיזוז אשר מקטין את חבות הנישום במס צריך להיות אמיתי במובן הכלכלי וקשור קשר אורגני לפעילותו המסחרית של הנישום שאינה מונעת במידה מכרעת – ואף לא במידה משמעותית – על ידי רצונו לחמוק מתשלום מס אמת (ראו: עניין סגנון, פסקה 27). על בסיסו של עיקרון זה, נקבע כי חברת נדל"ן אינה יכולה להקטין את הכנסותיה על ידי קיזוז הפסדים אשר נקנו על ידה במסגרת רכישת חברה כושלת למכירת דגי נוי (ראו: עניין רובינשטיין); כי חברת רהיטים מצליחה לא תוכל לקזז הפסדים בעקבות מיזוגה עם חברת רהיטים חסרת מלאי, חסרת ציוד, חסרת מוניטין, ורבת-הפסדים (ראו: עניין מפי); וכי ביחסיהם שבין תאגיד שמוכר מכשירים רפואיים לבין זכיינו הבלעדי, רכישת-חזרה של זכויות הזכייין על ידי התאגיד כמוה כפיצוי הזכייין בגין אובדן עמלותיו, אשר חייב במס פירותי ולא במס על רווחי הון (ראו: ע"א 5369/18 כץ וצמל מדיקל בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה (27.6.2021)).

63. לצד הלכות אלה, נקבע כלל חשוב נוסף אשר מקטין את יכולתו של הנישום לנצל לרעה את יתרון המידע שבידו בעמדו מול פקיד שומה. כלל זה קובע, כי בכפוף למקרים חריגים ונדירים, קביעת מהותה של העסקה הממוסה בהתאם לעיקרון המהות הכלכלית היא פררוגטיבה של פקיד השומה, ולא של הנישום. פקיד השומה אינו כפוף לאופן שבו נוסחו מסמכי העסקה, אך הנישום עצמו כפוף, ככלל, להסכם שעשה ולאמור במסמכים שיצאו מתחת לידי (ראו: עניין ריזמן, פסקאות 86-90 לפסק דיני; וכן ע"א 7610/19 מנהל מס שבח תל אביב 1 נ' גליס, פסקה 74 (30.6.2022)).

64. עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית פועלים באופנים שונים ונבדלים זה מזה. עיקרון המהות הכלכלית מסמך – ולדידי, גם מחייב – את פקיד השומה לבחון את העסקה שלפניו לאור מהותה הכלכלית מבלי להתחשב בלבושה המשפטי הפורמלי (ראו, למשל: ע"א 6722/99 מנהל מס ערך מוסף תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, פ"ד נח(3) 341, 347 והאסמכתאות שם (2004) (להלן: עניין מגדלי הים התיכון); ע"א 3815/99 טובי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נז(6) 108, 126 (2003) (להלן: עניין טובי); ע"א 750/16 סעדטמנד נ' פקיד שומה רחובות, פסקה 5

והאסמכתאות שם (28.2.2019) (להלן: עניין סעדטמנד); ע"א 5025/03 מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב נ' אורלי חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פסקה 7 והאסמכתאות שם (16.8.2006) (להלן: עניין אורלי); עניין ריזמן, פסקה 84 לפסק דיני). בהפעילו סמכות זו, נהנה פקיד השומה, ככל רשויות המדינה, מחזקת התקינות המינהלית (omnia praesumuntur rite esse acta) אשר משימה על כתפי הנישום המתנגד להחלטת פקיד השומה את הנטל להוכיח שהפקיד טעה או הפעיל את סמכותו שלא כהלכה (ראו: רע"א 1436/90 ארד נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 107-108 (1992); ע"א 11125/08 קווי נדל"ן גינדי – ירון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין רחובות, פסקה 9 (21.7.2011); ע"א 8500/10 פרל נ' פקיד שומה 1 ירושלים, פסקה 55 (10.9.2012) (להלן: עניין פרל); ע"א 4378/11 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' תפוח פז פיתוח נדל"ן, פסקה 5 (2.4.2013)). עיקרה של סמכות כאמור הוא ניתוח כלכלי של העסקה כהגדרתה על ידי הנישום ועל ידי אלה שעמם הוא נמצא בקשר חוזי (ראו: ע"א 7493/98 אינווסט אימפקט בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד נח(2) 241, 259-260 (2003); אהרן יורן "סיווג שונה" של עסקה לצורך מס ומיקומה הנכון של "העסקה המלאכותית" משפטים כ 43, 47-48 (תש"ן) (להלן: יורן); גליקסברג, עמ' 13-14; יצחק הדרי "הנורמה האנטי-תכנוני בדיני מיסים" מיסים יט(4) א-1, 6-7 (2005) (להלן: הדרי)).

65. בשונה מעיקרון זה, כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית מסמיך את פקיד השומה לעשות פעולה הדומה לזאת של "הרמת מסך" בדיני תאגידיים: החלטה חריגה שמחייבת את מי שעומד מאחורי פועלו של תאגיד בתוצאות פועלו הגורמות להפסד או לנזק לזולת (ראו, למשל: פרוקצ'יה, עמ' 46). בפועלו בגדרו של כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית, פקיד השומה רשאי לקבוע – בנסיבות מתאימות, הנחשבות לחריגות – כי הגדרת העסקה מושא השומה איננה אמיתית ונבחרה כדי לשמש מסך להסתרת מהותה הכלכלית, מסך שאותו יש להרים (ראו: עניין סעדטמנד, פסקה 6; עניין רובינשטיין, פסקאות 8-9, 19; יורן, עמ' 67). בנסיבות אלו, ולנוכח ייחוס האשם לנישום כמי שמנסה לחמוק מתשלומו של מס אמת בדרכים-לא-דרכים, נקבעה הלכה כי פקיד השומה הוא זה שנושא בנטל השכנוע באשר להיותה של העסקה מושא השומה "עסקה מלאכותית או בדויה [...]" המפחיתה, או העלולה להפחית, את סכום המס [...] או כי אחת ממטרותיה העיקריות [...] היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות", כאמור בסעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה (ראו: ע"א 102/59 פקיד השומה ירושלים נ' "איסמר" חברה למסחר ולהשקעות בע"מ, פ"ד יד 2165, 2170 (1960); ע"א 34/70 בנין נ' פקיד שומה תל אביב יפו 4, פ"ד כד(2) 425, 428 (1970); ע"א 10666/03 שטרית נ' פקיד שומה תל אביב יפו 4, פסקה 18 (30.1.2006); עניין סגנון, פסקה 23; ע"א 6107/20 מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב נ' מעין, פסקאות 5-6 לפסק דינו של השופט ד' מין (19.7.2022)).

ב. רכישה עצמית דיספרופורציונית: תכנון מס לגיטימי או דיבידנד מוטווה?

66. מן המקובץ עד כה עולה בבירור כי עסקאות של רכישה עצמית דיספרופורציונית מן הסוג שהודגם לעיל בדוגמאות א' ו-ב' מכילות בתוכן תשלום של דיבידנד בסכומים שונים לבעלי המניות הנותרים בחברה.

67. במובחן מדוגמאות אלה וממקרים דומים, מקרה טיפוסי של רכישה עצמית פרופורציונלית אינו מעורר קשיים מיוחדים באשר לסיווג העסקה כחלוקת דיבידנד בין בעלי המניות. בכל מקרה כזה, זוכה בעל מניות בחברה לתקבול ממשי אשר ניתן וראוי לאומדו ולהטיל בגינו מס. על-פי רוב, ובהעדר נסיבות מיוחדות, סיווגו של תקבול ממשי כזה ראוי שיהא כמו הכנסה מסוג דיבידנד (ראו גם: סעיף 3.1 לחוזר המס 2/2018; שאנן וכהן, עמ' 458) – זאת, לנוכח תוצאותיה הכלכליות של רכישה עצמית פרופורציונלית. תוצאות אלה אינן נבדלות מחלוקת דיבידנד מאחר שכל בעל מניות בחברה מקבל ממנה תשלום שתואם את החזקותיו מבלי להקטין כהוא זה את כוח השליטה שלו בחברה (ראו: אלקינס, עמ' 207-208; שאנן וכהן, עמ' 463, 474).

68. סיווג תמורתו של בעל מניות המוכר את מלוא מניותיו בחברה במסגרת רכישה עצמית דיספרופורציונית, אף הוא אינו מעורר כל קושי בדיני מיסים. ברי הוא, כי בהעדר נסיבות מיוחדות תקבול כזה ימוסה כרווח הון, בהיותו תשלום בגין מכירת נכס הוני מסוג מניה (ראו, למשל: סעיף 3.2.3 לחוזר המס 2/2018; חוזר המס 10/2001; שאנן וכהן, עמ' 463-464; אלקינס, עמ' 208).

69. סיווגה של רכישה עצמית דיספרופורציונית לצרכי המיסוי של בעלי המניות הנותרים – אלה שלא מכרו את מניותיהם ולא קיבלו לידיהם שום כסף מכספי החברה – אינו עניין כה פשוט. מקרים כאלה מעוררים שאלה לגבי עצם קיומו של תקבול בר-מיסוי. יחד עם כך, הן בדוגמא א' והן בדוגמא ב' שלעיל רכישה עצמית דיספרופורציונית משאירה בידי בעלי המניות הנותרים בחברה תקבול רעיוני שאותו נכון וראוי למסות כדרכו של כסף חי שמקורו בדיבידנד – וזאת, מכמה סיבות. ראשית, כפי שכבר צויין על ידי, רכישה כאמור מגדילה את שיעור החזקותיהם של בעלי המניות הנותרים על חשבון חלקיהם של בעלי המניות המוכרים, מבלי להוריד את ערכן של המניות שבידיהם (ראו: אלקינס, עמ' 208-209; שאנן וכהן, עמ' 463). בחברה פרטית אשר נשלטת על ידי בעלי מניות מעטים, מהלך כזה יטיב ברוב המקרים עם בעלי המניות הנותרים מבלי להביא כל תועלת ממשית

לחברה ולעסקיה. אשר על כן, מבחינת מהותו הכלכלית, מהלך כאמור כמוהו כמשיכת כספי החברה על ידי בעלי המניות הנותרים בחברה, שמטרתה – תשלום דמי פרישה לבעלי המניות המעוניינים למכור את מניותיהם כדי לפרוש מהחברה; או, לחלופין, לשרת את בעלי המניות הנותרים ולהגדיל את החזקותיהם על חשבון בעל המניות הפורש (ראו: סוארי, רווח ופטרמן, עמ' 71). כל אימת שמשיכת כספים זו אינה בגדר הלוואת בעלים, שאותה יש להחזיר לחברה בתוספת תשואה מקובלת, היא בגדר דיבידנד שבגיננו חייבים בעלי המניות הנותרים לשלם מס – כל אחד לפי מדרגת המס שלו. אם נסבור אחרת, נמצא את עצמנו מתירים לבעלי המניות הנותרים לדלל את כספי החברה על ידי שימוש עצמי בכספיה – מהלך שמסכל את תכליותיו של מודל המיסוי הדו-שלבי (ראו והשוו: ע"א 8847/13 שפירא נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 3 והאסמכתאות שם (5.9.2016); עניין קניון דרורים, פסקה 27).

70. בנסיבות כאלה, יהא זה צודק מצד פקיד השומה לסווג את ההטבה שבידי בעלי המניות הנותרים כדיבידנד החייב במס על בסיסו של עיקרון המהות הכלכלית (ראו והשוו: עניין מגדלי הים התיכון, עמ' 347 והאסמכתאות שם; עניין טובי, עמ' 126; עניין טעדטמנד, פסקה 5 והאסמכתאות שם; עניין אורלי, פסקה 7 והאסמכתאות שם; אלקינס, עמ' 208; סוארי, רווח ופטרמן, עמ' 185-191, 208-209; 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, 87 (1999); אמנון רפאל ודן ריטר "רכישה עצמית של מניות בראי דיני המס: החוק וחזור המס – סיבוב ראשון מיסים יז(2) א-144, 152 (2003)). במקרים כדוגמת אלה, פקיד השומה לא יידרש, על-פי רוב, להפעיל את כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית, אך הכלל הזה יישאר שמור בארגז כליו למקרים המתאימים לכך – ובפרט, לנסיבות בהן ייעשה ניסיון להסוות את משיכת כספי החברה על ידי בעלי המניות הנותרים. ודוק: במקרים כאלה, פקיד השומה לא יהא מחוייב לקבוע כי משיכת הכספים האמורה מהווה דיבידנד. בנסיבות המתאימות לכך, משיכה רעיונית של כספי החברה יכול שתסווג כ"משיכה" כפשוטה לעניינו של סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה – אשר מורה כי אי-החזרת הכספים תוביל למיסוי המשיכה כדיבידנד – או בכל אופן אחר הנלמד מן הנסיבות (ראו והשוו: סעיף 86(א) לפקודה; יורן, עמ' 47-48; הדרי, עמ' 3, 6-11; גוז-לביא, עמ' 80-91).

71. אשר על כן, במקרים של רכישה עצמית דיספרופורציונית אשר מבוצעת על ידי חברת מעטים – אם לא על ידי כל חברה פרטית – קמה חזקה עובדתית כי בעלי המניות הנותרים אשר הגדילו את החזקותיהם בחברה חילקו לעצמם דיבידנד או משכו מהחברה כספים במובנו של סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה (ראו והשוו: Chirelstein, עמ' 739,

750). משיכת דיבידנד כאמור יכולה לכלול או לא לכלול את חלוקתו גם לבעלי המניות הפורשים מהחברה, כפי שתואר בדוגמאות א' ו-ב דלעיל; ובהקשר זה, כל מקרה פרטי ראוי שייבדק ויוכרע לגופו בהתאם לנסיבותיו. חזקה עובדתית זו תעביר אל מי שמבקש להפריכה את נטל הבאת הראיות בלבד, להבדיל מנטל השכנוע אשר חל על המקרה. בדרך זו, תהא החזקה ניתנת לסתירה, כפי שקרה בדוגמא ג' – מקרה שבו רכישה עצמית, הגם שבוצעה על ידי חברה פרטית, נועדה בעיקרה לקדם את עסקי החברה כחברה. במקרים כמו זה של דוגמא ג' – בהם השינוי במבנה ההון של חברה, אשר מתחולל בעקבות רכישה עצמית דיספרופורציונית, משרת בעיקר את טובת החברה כחברה – ההטבה שצומחת ממנו לבעלי המניות הנותרים לא תהא בת-מיסוי. הטבה אינצידנטלית זו תהא בבחינת "זה נהנה, וזה לא חסר" (בבא קמא, כ, ע"א).

72. במקרה של רכישה עצמית דיספרופורציונית המתבצעת על ידי חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך, הדברים יהיו שונים בתכלית. אצל חברה בורסאית בעלת מבנה החזקות מבוזר, רכישה עצמית לא תשרת, על-פי רוב, את ענייניהם של בעלי המניות הנותרים שהשפעתם על ניהול החברה הינה מועטה (ראו, למשל: שאנן וכהן, עמ' 489). רכישה כאמור – כשהיא לעצמה – אינו עולה כדי משיכה רעיונית של כספי החברה ואינה מקיימת את התנאים בהם ראוי למסותה על-פי עיקרון המימוש (ראו, למשל: Chirelstein, עמ' 739). בהקשר זה אדגיש כי השינוי אשר חל ברכיבי השליטה בחברה במקרים כאלה הינו נעדר אומדן כלכלי-עצמאי במועד הרכישה העצמית. בנסיבות כאלה, נכון יהיה לתמחר את השינוי כרכיב במקור הוני אשר, כלל, נאמד וממוסה במועד המימוש בפועל: מועד מכירתה של דבוקת המניות על ידי בעליהן.

73. במקרים של רכישה עצמית דיספרופורציונית אשר מבוצעת על ידי חברה ציבורית תקום אפוא חזקה עובדתית כי בעלי המניות הנותרים אינם זוכים לשום הטבה אישית בת-מיסוי. חזקה זו אף היא תהא ניתנת לסתירה. כמו כל החזקות העובדתיות, היא תעביר אל מי שביקש להפריכה אך ורק את נטל הבאת ראיות, מבלי לשנות כהוא זה את נטל השכנוע. למשל: פקיד השומה יוכל להפריך את החזקה על ידי הבאת ראיות אשר מצביעות על כך שקבוצה גדולה של בעלי מניות בחברה ציבורית היא זאת שעומדת מאחורי הרכישה העצמית, כאשר מטרת פועלם של חברה היא להנציח את שליטתם בחברה. דוגמא נוספת להפרכת החזקה האמורה מצויה במקרה בו חברה ציבורית קונה חלק קטן ממניותיו של בעל השליטה, באופן שאינו משנה את מצבו כבעל השליטה בחברה. בדרך זו משתמש בעל השליטה – שביכולתו להכווין את פעילות החברה בהתאם לרצונותיו – בכספי החברה על-מנת למשוך לעצמו דיבידנד, תוך שהוא מתחמק מתשלום מס אמת. רכישה

כאמור מובילה להתעשרותו של בעל השליטה: היא הופכת נכס לא נזיל מסוג מניה לכסף מזומן שהחברה מעבירה לכיסו; ואבהיר כי דוגמאות אלו הן אחדות מני רבות.

74. חזקות עובדתיות אלה תהיינה, כמובן, קשורות לנטלי ההוכחה הנלווים לעיקרון המהות הכלכלית ולכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית. במקרה של רכישה עצמית דיספרופורציונית המבוצעת על ידי חברת מעטים, נישום שראיותיו מהוות משקל-נגד לחזקה ומנטרלות אותה ימנע את הוכחת קיומה של עסקה מלאכותית על ידי פקיד השומה. זאת, מאחר שפקיד השומה נדרש להוכיח את מלאכותיות העסקה ואת ניסיון הנישום להתחמק מתשלום מס אמת לפי מאזן ההסתברויות (ראו והשוו: עניין פרל, פסקה 4; גליקסברג, עמ' 113-115; דוד גליקסברג "סמכות הסיווג מחדש והנורמות האנטי-תכנוניות: העדפת התפיסה הפונקציונלית על פני התפיסה הקונספטואלית" משפטים ל 545, 567-571, 574-577 (תש"ס)). לפיכך, ידו של הנישום תהא על העליונה במצב של "תיקו ראייתי" כאשר כפות המאזניים בשאלה "דיבידנד או לא?" תהיינה מעויינות; וכך הוא גם, כמובן, כאשר הראיות שמביא הנישום מפריכות את חזקת הדיבידנד מניה וביה. במקרה שבו פקיד השומה בוחר להפעיל את עיקרון המהות הכלכלית, רק הפרכת החזקה במאזן ההסתברויות תוכיח את צדקת עמדתו של הנישום כי אין מדובר בדיבידנד. זאת, בשל חזקת התקינות אשר נזקפת לזכותו של פקיד השומה, שגם אותה הנישום נדרש להפריך לפי מאזן ההסתברויות (ראו והשוו: שם; ע"א 7909/16 סוף מתכות בע"מ נ' הממונה האזורי – אגף המכס ומע"מ, פסקה 25 (26.4.2018); ע"א 562/08 בן חיים נ' פקיד שומה אשקלון, פסקה 25 (16.11.2011)).

75. במקרה של רכישה עצמית דיספרופורציונית המבוצעת על ידי חברה ציבורית, הפרכת החזקה בדבר העדר מימוש על ידי פקיד השומה תוביל, ברגיל, לקבלת עמדתו בגדרו של כל אחד מכללי התיקון האמורים. בפועלו לפי עיקרון המהות הכלכלית, פקיד השומה יהנה מחזקת התקינות, שאותה הנישום לא יוכל לסתור. בפועלו במסגרתו של סעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית, הפרכת החזקה כאמור תשמש, ברגיל, הוכחה כי עסקינן בעסקה מלאכותית ובהימנעות בלתי נאותה מתשלום מס אמת מצד הנישום.

מן הכלל אל הפרט

76. אקדים ואומר כי אם תתקבל דעתי, נדחה את שני הערעורים ונותיר על כנן את הכרעותיהם של בית משפט קמא-חיפה בעניין בית חוסן ושל בית משפט קמא-ב"ש בעניין טיידה. בכל אחד מהמקרים הללו, בית המשפט הפעיל את עיקרון המהות הכלכלית

בהתייחס לנסיבותיו הפרטניות של המקרה. עיקרון זה הופעל בדרך של קביעת ממצאים עובדתיים, ובממצאים אלו אין כל סיבה שנתערב: כך מורה לנו הלכת אי-ההתערבות אשר נקוטה בידינו מקדמת דנא (ראו, למשל: ע"א 6907/16 אקדמן נ' כפיר קבלנות בניין בע"מ, פסקה 21 (20.12.2017); ע"א 4814/09 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (22.12.2010)).

הכרעה בעניין בית חוסן

77. בית משפט קמא-חיפה קבע, כאמור, כי אין מקום לראות בעסקת הרכישה העצמית שבוצעה בעניין בית חוסן אירוע מס אצל בעלי המניות הנותרים בחברה. קביעה זו מקובלת עלי לחלוטין.

78. עסקת הרכישה העצמית דשם היתה תוצר של הסכם הפשרה אשר נחתם בין ציפורה לחברה במטרה לשים קץ לסכסוך שהיה קיים בתוך החברה ואיים לשתק את פועלה. סכסוך זה הגיע לשיאו במסגרת התביעה שהגישה ציפורה נגד החברה ומנהליה. במסגרתו של הסכם הפשרה, הוחלט כי החברה תרכוש את מלוא מניותיה של ציפורה בבית חוסן ובתמורה תמשיך ציפורה את תביעתה. טענותיה של ציפורה במסגרת תביעתה, שסולקה כאמור, נסובו על אופן ניהולה של החברה בראי הכללים שעניינם ממשל תאגידי. על בסיסן של טענות אלו, ביקשה ציפורה סעדים להסרת קיפוח המיעוט. כמו כן ביקשה היא לקבל לידיה מהחברה פרוטוקולים, דו"חות ודיווחים אשר אמורים היו לקדם את מכירת מניותיה לצדדים שלישיים. זאת ועוד: בית משפט קמא-חיפה עמד בפסק דינו על הצורך של בית חוסן לעמוד בתנאי פרוגרמה 2016 – אסופת דרישות שמשרד הבריאות הציב לחברה כתנאי להמשך הפעלתו של המוסד הגריאטרי שבשטחה. עמידה בדרישות אלה חייבה את בעלי המניות לגייס כספים לנוכח מצבה הכלכלי הרעוע של החברה באותה העת. אולם ציפורה סירבה להשקיע כספים נוספים בחברה ואף סירבה לחתום על ערבויות ועל מסמכים אחרים שהחברה היתה זקוקה להם כדי לקבל הלוואות שהיו נחוצות לפעילותה התקינה. התנהלותה של ציפורה – כך נקבע – העמידה את החברה בפני סכנה ממשית של חדלות פירעון וחיסול עסקיה. בית המשפט העריך כי סכנה כאמור הצדיקה – ואף חייבה – את המהלך של קניית פרישתה של ציפורה מהחברה על ידי החברה.

79. לאור האמור, אין לי אלא להסכים עם בית משפט קמא-חיפה כי הרכישה העצמית שבוצעה כאמור נועדה לפתור סכסוך שהיה ונותר במישור היחסים התאגידי, להבדיל

מאי-ההסכמות ששררו בין בעלי המניות בכובעם הפרטי. מבין שלוש הדוגמאות שבאמצעותן ביקשתי לבאר את הסוגיה הלא פשוטה אשר הונחה על שולחנו, רכישה עצמית זו קרובה יותר לדוגמא ג' מאשר לדוגמאות א' ו-ב'. זאת, מאחר שלבית חוסן – כישות עצמאית ונפרדת – היה אינטרס כלכלי לגיטימי משל עצמה לפתרון הסכסוך באמצעות רכישת מניותיה של ציפורה. קידומו של אינטרס זה היה בגדר המטרה הדומיננטית של הרכישה העצמית. אשר על כן, העובדה שהרכישה שבוצעה כדי "לקנות את ציפורה החוצה" הטיבה גם עם בעלי המניות הנותרים בחברה אינה מעלה ואינה מורידה.

80. לאור האמור, סבורני כי עלינו לדחות את הערעור בעניין בית חוסן ולהותיר את פסק דינו של בית משפט קמא-חיפה על כנו.

81. בשולי הדברים, מוצא אני לנכון להוסיף ולהעיר כי השלכות הרכישה העצמית, אשר בוצעה בעניין בית חוסן, על מיסי מקרקעין לא הובאו לפנינו ולא נדונו על ידינו. השלכות אלו, ככל שישנן, אינן מהוות אפוא חלק מפסק דינו.

הכרעה בעניין סיידה

82. הכרעתו של בית משפט קמא-ב"ש באשר למהותה הכלכלית של הרכישה העצמית שבוצעה בעניין סיידה, אף היא מקובלת עלי.

83. בעניין זה קבע בית המשפט כי מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית דשם היתה שינוי במבנה ההחזקות בחברה – זאת, מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה כחברה. מהות כלכלית זו נלמדה מהסכם המכר המשולש אשר נחתם בין הצדדים: מאיר סיידה – אחיו יוחנן – והחברה. הסכם זה הוא בבחינת דבר שמעיד על עצמו: ממנו עולה כי תכליתה העיקרית, עד-כדי-בלעדית, של הרכישה העצמית היתה העברת השליטה בחברה לידי מאיר סיידה – דבר שנעשה תוך שימוש בכספי החברה. כאמור, הסכם זה נוסח כהסכם משולש בין מאיר סיידה, אחיו יוחנן, והחברה – זאת, חרף החלטת האחים שתהא זו החברה לבדה אשר תרכוש את מניותיו של יוחנן. הסכם זה מכיל בתוכו, בין היתר, את הצהרתה של רעייתו של יוחנן סיידה בדבר ויתור על מלוא זכויותיה במניות בעלה, לצד האישור בדבר מודעותה להסתמכותו של מאיר סיידה על הצהרתה האמורה (ראו: עמ' 40 למוצגי המערער). אלה הם סממנים מובהקים לכך שמבחינת מהותה הכלכלית של עסקת הרכישה העצמית, הרוכש האמיתי של מניות יוחנן היה מאיר סיידה, ולא החברה.

84. שימוש זה בכספי החברה כמוהו כמשיכת כספי החברה על ידי מאיר סיידה למטרותיו שלו. מכאן עולה המסקנה הברורה כי מאיר סיידה רכש את מניותיו של אחיו באמצעות כספי החברה – במתווה שהודגם לעיל באמצעות דוגמא ב' או, למצער, על ידי דוגמא א'.

85. מסקנה זו נתמכת על ידי ראיות נוספות, כדלקמן:

א. עדותו של מאיר סיידה לפני בית משפט קמא-ב"ש. סיידה העיד כי הבחירה במתווה הרכישה העצמית נבעה מכך שלא היו לו כספים אשר נדרשו לרכישת מניותיו של אחיו. סיידה בחר שלא להיעזר במימון חיצוני לצורך רכישת המניות. חלף זאת, הוא ביצע את עסקת הרכישה בדרך המשתלמת ביותר מבחינתו. מהלך זה העשיר את מאיר סיידה בשני מישורים. הראשון מביניהם הוא החיסכון בעלויות הריבית בגין ההלוואה שסיידה היה נדרש לקחת אילו היה בוחר לממן בעצמו את רכישת המניות; ובתוך כך, עצם הצורך בהחזרת כספי ההלוואה למלווה. בעלויות אלו נשאה במקומו חברת השת"ל, אשר נדרשה ליטול הלוואה לצורך רכישת המניות. המימון השני הוא ההטבה בדמות החיסכון במס שמאיר סיידה היה נדרש לשלם אילו היה בוחר לממן את הרכישה באמצעות דיבידנד שהיה נמשך על ידו מהחברה.

ב. התמורה ששולמה ליוחנן סיידה בעד מניותיו. קביעתה של תמורה כאמור התבססה על הערכת שווי החברה, שנעשתה כאשר שני האחים שקלו את היפרדותם בדרך של התמחרות בינם לבין עצמם מבלי להשתמש בכספי החברה.

ג. העובדה כי ההחלטה בדבר ביצוע הרכישה העצמית התקבלה על ידי שני האחים בצוותא-חדא. כך עולה מהעדויות שנשמעו בפני בית משפט קמא ומהמוצהר בהסכם הרכישה גופו: "מאיר [סיידה – א.ש.] ויוחנן [האח – א.ש.] הסכימו כי החברה תרכוש את המניות בתמורה הנקובה בהסכם". כל זאת, מבלי לציין את תכליות הרכישה (ראו: עמ' 32 למוצגי המערער).

86. אשר על כן, הנני מצטרף לקביעותיו של בית משפט קמא-ב"ש באשר לממצאים כדלקמן:

"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 רכישת 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" (ראו: פסק הדין קמא-ב"ש, פסקה 80).

87. בשולי הדברים, אציין כי אני קובע דבר בנוגע לאומדן התקבול שהתקבל על ידי מאיר סיידה, אשר נעשה על ידי בית המשפט. אומדן זה נסמך על טענותיהם החלופיות של סיידה ושל פקיד השומה (ראו: שם, פסקאות 15, 17, 94 ו-97), וביחס אליו לא הוגש ערעור. אומדן זה יישאר אפוא על כנו מטעמים פרוצדורליים, למרות שלטעמי-שלי עסקת הרכישה העצמית אשר נעשתה, כפי שנעשתה, בעניין סיידה קרובה יותר לסוג העסקאות המיוצג לעיל על ידי דוגמא ב'. בדוגמא זו, כזכור, מדובר כדיבידנד שהתקבל במלואו על ידי בעלת המניות שנשארה בחברה – זאת, במובחן מדוגמא א' בה חולק הדיבידנד לכלל בעלי המניות עובר לרכישה העצמית הדיספרופורציונית.

סוף דבר

88. אם דעתי תישמע אפוא, שני הערעורים אשר מונחים לפנינו יידחו ופסקי הדין קמא יוותרו על כנם.

89. תוצאה זו מחייבת כי כל אחד מן המערערים יישא בהוצאות המשיבים בערעורו-שלו. אשר על כן, המערער בע"א 9308/20 יישא בהוצאות המשיבים בסך כולל של

50,000 ש"ח; והמערער בע"א 8116/21 יישא בהוצאות המשיב בסך כולל של 50,000 ש"ח.

התייחסות לחוות דעתה של השופטת ר' רונן

90. לאחר כתיבת שורות אלה, הגיעה אליי חוות דעתה של חברתי השופטת ר' רונן. שקלתי את דבריה בכובד ראש ונשאיתי איתן בדעתי.

91. חברתי מבקשת לקבוע כלל אפריורי בגדרם של דיני המס, אשר יפעל כאקסיומה חובקת-כל שאינה ניתנת לסתירה. כלל גורף זה קובע כי כל רכישה עצמית דיספרופורציונית שמתבצעת במסגרתה של חברת מעטים – אשר רוכשת, מכספה-שלה, את מניותיו של בעל המניות הפורש – מהווה תשלום דיבידנד אשר מחולק פרו-רטה בין בעל המניות הפורש לבין בעל המניות שנשאר בחברה עם החזקותיו, חלוקה שאחריה רוכש בעל המניות שנשאר החברה, מכספי הדיבידנד שקיבל, את מניותיו של הפורש. הווה אומר: one size fits all.

92. עם תוצאה זו אין בידי להסכים. מושכלת יסוד בדיני המס היא שמס הכנסה, כמו יתר מיסי המדינה, מוטל על אירוע מס אמיתי: באין אירוע מס, לא ניתן לחייב את הנישום במס. לעניין זה, אירוע מס הוא פעילות כלכלית אמיתית אשר התרחשה במציאות ואשר יצרה אצל הנישום רווח ודאי, מממש בר-כימות.

93. הבה נניח – כפי שהנחתי אני בדוגמא ג' לעיל, וכפי שקבע בית משפט קמא-חיפה בעניין בית חוסן – כי בידינו ממצאים עובדתיים כדלקמן:

א. חברת מעטים רכשה את מניותיו של בעל המניות הפורש במטרה לקדם את עסקיה.

ב. לפני הרכישה האמורה, בעל המניות שנשאר בחברה היה מעוניין בקידום עסקי החברה עם או בלי שיתופו של בעל המניות הפורש. מבחינתו של בעל המניות שנשאר בחברה, בעל המניות הפורש יכול היה להישאר בחברה עם כל החזקותיו, ובלבד שלא יפריע לחברה לנהל את עסקיה. לחלופין, וככל שבעל המניות הפורש אינו מעוניין להישאר בחברה, בעל המניות שנשאר בחברה מעוניין היה בכך שהחברה תרכוש את מניותיו של בעל המניות הפורש על-מנת שתוכל לקדם את

עסקיה ללא הפרעה. בעל המניות שנשאר בחברה היה אדיש לחלוטין באשר לבחירה בין שתי חלופות אלו. כל שרצה הוא שבעל המניות הפורש לא יפריע לחברה לקדם את עסקיה.

ברי הוא, כי בנסיבות אלה אין מקום לסברה כי בעל המניות שנשאר בחברה קיבל ממנה דיבידנד כלשהו. אירוע מס של "חלוקת דיבידנד" לא התרחש במציאות כי שום דיבידנד לא חולק. החברה פעלה, כפי שפעלה, למען קידום עסקיה, ורק (או בעיקר) למטרה זו. בעל המניות שנשאר בחברה נשאר בה עם כל החזקותיו ועם כל הסיכונים הכלכליים אשר כרוכים בהשקעתו בחברה. שוויין הכספי של החזקות אלה לא עלה ונשאר כמות שהיה. חלקו של בעל המניות שנשאר בחברה עלה אמנם מ-50% ל-100%, אך דמי הרכישה שהחברה שילמה לבעל המניות הפורש הקטינו את שווי נכסיה ב-50%. בעל המניות שנשאר בחברה קיבל אמנם לידיו שליטה מלאה בעסקיה, אולם כעת הוא גם נושא לבדו בסיכונים הקשורים לעסקי החברה, שבהתממשותם הוא עלול לאבד את השקעתו. על שום מה נחייב את בעל המניות שנשאר בחברה במס הכנסה שייגזר מדמי הרכישה? היכן היא אותה הכנסה ממומשת שבגינה ניתן וראוי לחייבו במס?

94. דומה, כי גישתה של חברתי אינה מספקת תשובות לשאלות אלה. פשיטא הוא שבאין הכנסה ובאין רווח – אין משלמים מס. למרות זאת, חברתי סבורה כי יש לקבוע כלל גורף לפיו כל רכישה עצמית דיספרופורציונית, אשר מתבצעת במסגרתה של חברת מעטים, כמוה כדיבידנד בגובה דמי-הרכישה שהחברה מחלקת לבעלי המניות: זה שפורש מהחברה וזה שנשאר בה. חברתי תומכת כלל זה בשלושה טעמים: (1) אחדות בכללי המיסוי; (2) חוסר ודאות ויתרון המידע של הנישום אשר אופפים את נסיבותיהן של עסקאות הרכישה העצמית; וכן (3) היותה של חברת מעטים מעין-שותפות.

95. עם כל הכבוד, על כל אחד מהטעמים הללו אבקש לחלוק.

96. באשר לטעם הראשון – אחדות אינה חזות הכל. כפי שכבר צויין על ידי והודגם באמצעות שלוש הדוגמאות דלעיל, לא כל עסקאות הרכישה העצמית נולדו שוות. עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת אשר חל ביחס לחברות וכספיהן מחייבנו לקבוע כי רכישה עצמית שמשרתת בעיקר את טובת החברה איננה דיבידנד שמשולם לבעל המניות שנשאר בחברה.

97. באשר לטעם השני – כפי שצויין על ידי, רכישה עצמית שמתבצעת בחברת מעטים מכוננת חזקה עובדתית, הניתנת לסתירה, כי מדובר בחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנשאר בחברה. באומרי "חזקה עובדתית", כוונתי לברירת מחדל, ותו לא – ולא לאקסיומה גורפת שאין אחריה ולא כלום. חזקה זו מהווה משקל-נגד משמעותי ליתרון המידע שבידי הנישום: היא מחייבת את הנישום להציג ראיות בנוגע למהות הרכישה העצמית ונסיבותיה; וראיות אלו צריכות להצביע על כך שמדובר ברכישה עצמית שבעיקרה נועדה לשרת את טובת החברה, להבדיל מטובתו האישית של בעל המניות שנשאר בחברה. כפי שמוסבר לעיל, לצדה של חזקה זו פועלים שני כללים חשובים ועוצמתיים אשר מאדירים את כוחה של רשות המיסים בעמדה מול הנישום: עיקרון המהות הכלכלית וכלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית. החזקה האמורה ושני הכללים הללו מאזנים את כוחותיהם של פקיד השומה והנישום אשר ניצבים – זה מול זה – בהליך משפטי אשר נועד לברר את מהותה האמיתית של עסקת הרכישה העצמית. בניגוד לחברתי, סבורני כי בעזרת הכללים האמורים ניתן בהחלט לברר את מהותה האמיתית של רכישה עצמית ברמת הוודאות הדרושה בהתדיינות אזרחית ("מאזן ההסתברויות"). הדבר עלה בידו של בית משפט קמא-חיפה בעניין בית חוסן, שקבע את אשר קבע באופן משכנע; ובניגוד לחברתי, איני רואה כל סיבה להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידו. איני רואה על-כן מקום לקביעת חזקה חלוטה בדבר חלוקת דיבידנד בין בעלי המניות בחברת מעטים – הנשאר והפורש – כמוצע על ידי חברתי. חזקה זו תגרום להטלת מס על לא-הכנסה במקרים לא מעטים, ועם תוצאה זו לא אוכל להסכים.

98. באשר לטעם השלישי – דיני התאגידים אכן רואים בחברת מעטים מעין-שותפות, דבר שנעשה לעניינם של צרכים, כללים והליכים מוגדרים, כדוגמת "קיפוח המיעוט" והליכי פירוק (ראו: ע"א 4588/19 קרדוש-סאלם נ' חברת קרדוש ושות' בע"מ, פסקה 16 לפסק דיני (20.4.2021)). לא כך הוא בגדרם של דיני המס. כמוסבר לעיל, דינים אלה פועלים באמצעות מנגנון המיסוי הדו-שלבי אשר משהה את חיובם של בעלי מניות במס עד לאירוע של חלוקת רווחים או עודפים – וזאת, ביחס לכל חברה באשר היא חברה, לרבות חברת מעטים. קביעתה הגורפת של חברתי כי חברת מעטים כמוה כשותפות לצרכי מיסוי הרכישה העצמית בכל מקרה ומקרה נעדרת כל עיגון סטטוטורי, מבטלת את מנגנון המיסוי הדו-שלבי, ומוחקת את זכותו של בעל המניות שנשאר בחברה למיסוי מושהה אשר יוטל עליו לכשיחולקו העודפים – ולא לפני כן.

100. דינם של שני הערעורים להידחות אפוא, כאמור לעיל.

1. קראתי את פסק דינו המקיף והיסודי של חברי, השופט שטיין. לעמדתו, המבחן העיקרי שלפיו יש להכריע בשאלה האם רכישה עצמית דיספרופורציונית תהיה כרוכה בתשלום דיבידנד לבעלי המניות הנותרים בחברה, מבוסס על השאלה מה הייתה מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית. חברי התייחס למספר תשובות אפשריות לשאלה זו הנובעות מהאינטרס של החברה בעסקה והאינטרס של בעלי המניות שלה – הן בעל המניות שמכר את מניותיו לחברה (אותו נכנה להלן גם: בעל המניות היוצא); והן בעל המניות שנותר לאחר העסקה הבעלים של כלל מניות החברה (אותו נכנה להלן גם: בעל המניות הנותר).

בתוך כך הציג חברי שלוש דוגמאות לעסקאות אפשריות בחברה פרטית שבה שני בעלי מניות: הראשונה (המכונה על-ידי: דוגמא א') – היא עסקה שמטרתה שינוי במבנה האחזקות של החברה מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה כחברה, וכאשר לבעל המניות הנותר לא היה עניין מלכתחילה לרכוש את מניותיו של בעל המניות היוצא; השנייה (דוגמא ב'), שגם בה מטרת העסקה היא שינוי במבנה האחזקות של החברה מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה, אלא שהפעם קיים סכסוך בין בעלי המניות, ובעל המניות הנותר מעוניין להוסיף לנהל את החברה ללא בעל המניות היוצא; והשלישית (דוגמא ג'), נוגעת למצב בו העסקה נועדה בעיקרה להיטיב עם החברה כחברה על ידי קידום עסקיה.

לכאורה, וכך עולה מפסק דינו של חברי, מצדיקה כל אחת מהעסקאות התייחסות אחרת מבחינת דיני המס, והטלת מס שונה על בעלי המניות (בדוגמא א' – מס דיבידנד על 50% משווי העסקה שיוטל על בעל המניות הנותר; בדוגמא ב' – מס דיבידנד על 100% משווי העסקה שיוטל על בעל המניות הנותר; ובדוגמא ג' רשויות המס לא יתייחסו לעסקה כאל עסקה לחלוקת דיבידנד).

באשר לשני המקרים נושא הערעורים דנן – חברי קבע כי המטרה הדומיננטית של הרכישה העצמית בעניין בית חוסן הייתה קידום אינטרס כלכלי לגיטימי של החברה. לכן רכישה עצמית זו קרובה לשיטתו לדוגמא ג' ומשכך אין לראות בבעלי המניות הנותרים כמי שקיבלו דיבידנד. מנגד, חברי קיבל את קביעת בית משפט קמא לפיה מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית בעניין סידה הייתה שינוי במבנה ההחזקות

בחברה מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה כחברה, ולכן קבע כי יש לראות בה משום חלוקת דיבידנד.

2. חברי מודע להשלכה של קביעת כלל משפטי כזה, מסוג "סטנדרט" המחייב את רשויות המס להתחקות אחר הכוונה האמתית של הצדדים בכל עסקה ועסקה של רכישה עצמית דיספרופורציונית. בין היתר יהיה קושי משמעותי של הצדדים לעסקה לצפות מראש את האופן בו יסווג פקיד השומה את העסקה; קביעת פקיד השומה במקרים השונים עשויה לא להיות אחידה; ואף ייפתח פתח להתנהלות תכסיסנית שייעודה יהיה לשוות לעסקאות חזות שתדמה אותם לדוגמא ג', רק כדי לפטור את בעל המניות הנותר מתשלום מס ותוך ניצול לרעה של יתרון המידע שבידי הנישום מול פקיד השומה (ראו: פסקאות 51-52 לפסק דינו של השופט א' שטיין).

לגישתו של חברי, מדובר בקושי שאינו שונה מקשיים אחרים הנוגעים לתכנוני מס, קושי שיש לפתור אותו באמצעות החלת חזקות עובדתיות ונטלי הוכחה בעסקאות כאלה. כך, כאשר הרכישה העצמית הדיספרופורציונית תבוצע בחברות פרטיות בכלל ובחברות מעטים בפרט – תקום חזקה עובדתית, הניתנת לסתירה, לפיה בעלי המניות הנותרים חילקו לעצמם דיבידנד; ומנגד, כאשר רכישה כאמור תבוצע בחברות ציבוריות – תקום חזקה עובדתית, הניתנת גם היא לסתירה, לפיה בעלי המניות הנותרים אינם זוכים להטבה אישית בת-מיסוי.

כפי שיפורט להלן, אני סבורה ראשית, כי יש להחיל דין אחד על כל שלוש הדוגמאות שהציג חברי (הנוגעות כאמור לחברה פרטית בה ישנם שני בעלי מניות); ושנית, כי בחברות פרטיות כאלה, שהן "מעין שותפויות", יש לחייב את בעלי המניות הנותרים במס דיבידנד בשווי המכפלה של שיעור אחזקותיהם בחברה ערב העסקה בסכום שבו נרכשו מניותיו של בעל המניות היוצא. כפי שאבהיר, אינני רואה הכרח להתייחס במסגרת פסק הדין הנוכחי לשאלת סיווגה של רכישה עצמית דיספרופורציונית בחברות שאינן מעין שותפויות. להלן אפרט את נימוקיי.

יש להחיל דין אחד על כל שלוש הדוגמאות

3. כאשר מדובר בדיני מס ישנה חשיבות רבה ביותר ליציבות, לאחידות ולוודאות (ע"א 2515/18 חברת א.ס.י. אל קניון דרורים בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה (17.6.2020) (להלן: עניין קניון דרורים)). כפי שציין חברי, רציונל זה הוא שהוביל לכך שדיני המס מורכבים ברובם מ"כללים" משפטיים. הכללים המשפטיים, בשונה מ"סטנדרטים",

מאופיינים לרוב ברמת פירוט ודיוק גבוהה המבטיחה יציבות וודאות בגביית המס כמו גם שוויון בין הנישומים. כדי להגשים תכליות אלה, צריכים הכללים המשפטיים להיות ברורים ופשוטים ככל האפשר, באופן שיאפשר לצדדים להבינם, לתכנן מראש את ענייניהם תוך צפייה ברמה גבוהה ככל האפשר של ודאות ביחס לתוצאת המס של העסקה שהם מבצעים. יתרה מכך, כללים בהירים מצמצמים גם את האפשרות של נישומים לפעול בצורה "תכססנית" כדי להימנע מתשלום מס.

ככל שהקושי לסווג עסקאות הוא גדול יותר, ככל שיש לפקיד השומה שיקול דעת רחב יותר, וככל שנדרש ממנו להתחקות אחרי מטרות העסקה (ועל אחת כמה וכמה כאשר המטרות הן מטרות מעורבות), כך יגבר החשש של הצדדים כי העסקה שביצעו תסווג על ידי פקיד השומה באופן שונה מזה לו הם טענו; וכך תגבר המוטיבציה שלהם לאפיין את העסקה ואת הנסיבות שהובילו לביצועה בדרך שתתאים ל"מודל" הפטור ממס ולא לזה המחייב תשלום מס.

4. אכן, הקושי בסיווג עסקאות והניסיון להתחקות אחרי מטרות הצדדים והכוונות שלהם אינו מאפיין רק מקרים של רכישת מניות דיספרפורציונית. אולם אני סבורה כי בהתייחס לרכישות כאלה בחברות שהן "מעין שותפות" כדוגמת החברות שלפנינו וכדוגמת החברות שאליהן מתייחס חברי בפסק דינו, הקושי בהתחקות אחר המטרה הדומיננטית של העסקה ובהבחנה בין המטרות האפשרויות השונות, מצדיק קביעה אחידה שתביא לתוצאת מס אחידה בכל המקרים אליהם התייחס חברי.

חברות המאופיינות כ"מעין-שותפויות" הן חברות פרטיות עם מספר קטן של בעלי מניות שיש ביניהם יחסים אישיים הכרוכים באמון הדדי, ואשר מתנהלות ככלל מתוך הבנה אודות ניהול משותף של עסקי החברה (צפורה כהן בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותורפות - כך א', עמוד 322 (2006) (להלן: צפורה כהן); ראו גם: ע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת, פסקה 77 (19.9.2015) (להלן: עניין אדלר) שם עמד בית משפט זה על מספר מבחני עזר שניתן לעשות בהם שימוש לצורך הקביעה האם מדובר בחברה שהיא מעין-שותפות).

למעשה, מעין-שותפויות הן מבחינות מסוימות "יצירי ביניים" בין חברות לבין שותפויות (צפורה כהן, שם; עניין אדלר, פסקה 74). ככאלה, ישנם מקרים שבהם קיימת הצדקה שלא להתייחס אל החברה כאל יחידה עצמאית הנפרדת מהשותפים המרכיבים אותה, אלא כאוסף של יחידים המנהלים יחד עסק משותף, תוך זהות ביניהם לבין החברה. כך, למשל, הכיר בית המשפט בחברות כאלה ביחסי אמון החלים בין בעלי המניות לבין

עצמם ולא רק כלפי החברה באופן שעשוי להקים חובות שונות בין בעלי המניות; כמו כן, נקבע כי מכוח יחסי האמון בין בעלי המניות בחברות שהן מעין-שותפויות ישנם מקרים בהם ניתן לראות בעילת תביעה של החברה כעילת תביעה אישית של בעל מניה; וכן נקבע כי אובדן האמון בין בעלי המניות עשוי להוות עילה להפרדת כוחות בין השותפים בחברה (ראו: עניין אדלר; רע"א 5337/17 כ"נ נ' כ"ן, פסקאות 21-22 וההפניות שם (31.7.2017)).

5. לאור המאפיינים הייחודיים של חברות שהן מעין-שותפויות אני סבורה כי ישנו קושי משמעותי ביישום המבחן אותו קבע חברי בפסק דינו, ואימוצו עשוי להחטיא את המטרה של גביית מס אמת כמו גם את התכלית של ודאות ואחידות בגביית המס.

כאשר מדובר בחברות שהן מעין-שותפות, ההבדלים בין שלוש הדוגמאות אליהן התייחס חברי, הנבדלות ביניהן לכאורה במניע העיקרי בבסיס העסקה, הם דקים מיני דקים. בשים לב למאפייניה הייחודיים של חברה שהיא מעין-שותפות, ברי כי ההבחנה בין סכסוך בחברה שהיא מעין-שותפות שהיה ונותר במישור היחסים התאגידי; לבין סכסוך בין בעלי המניות בחברה כזו ב"כובעם הפרטי" של בעלי המניות מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה כחברה, היא הבחנה שלא זו בלבד שלפקיד השומה יהיה קושי גדול מאוד לערוך, אלא שספק אם הצדדים עצמם יוכלו לבצע.

בהתאם לכך, גם ההבחנה בין החלטה המקדמת את "טובת החברה" כאישיות משפטית שהיא נפרדת מזו של בעלי המניות, היא קביעה מובהקת פחות ומלאכותית יותר כאשר מדובר בחברות כאלה. טובת החברה וטובתם של בעלי המניות מעורבות זו בזו במידה רבה יותר ככל שמדובר בחברה שהיא "מעין שותפות", באופן המקשה מאוד על הבחנה בינארית בין רכישת המניות שהיא "לטובת החברה" לבין רכישת מניות שנועדה לשרת רק את האינטרסים של בעלי מניותיה.

לא זו אף זו; חברה שהיא מעין-שותפות מאופיינת כאמור במספר מצומצם של בעלי מניות ובכך שלכל אחד מהם יש על-פי רוב ציפייה לגיטימית לניהול משותף (רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה לייזומות בע"מ, פ"ד נט(3) 380, 383 (2005); עניין אדלר, שם). בחברה כזו, רכישת מניותיו של אחד מבעלי המניות משנה אפוא כמעט בכל מקרה את מבנה ההון של החברה, ומגדילה את כוח ההשפעה של בעלי המניות הנותרים. לכן, אף לו ניתן להצביע על אינטרס נפרד של החברה ברכישת המניות, הרי שבעסקה גלומה באופן אינהרנטי כמעט, הטבה לבעלי המניות הנותרים בדמות הגידול בכוח הניהולי שלהם.

למעשה, נראה כי במקרים רבים ההחלטה על רכישה עצמית דיספרופורציונית נובעת ממכלול טעמים. שיקולים אלה עשויים לכלול הן שיקולים של "טובת החברה" – קרי פתרון מחלוקת בין בעלי המניות שעלולה להכביד על ניהול החברה ועל קידום מטרותיה ולהביאה ל"מבוי סתום"; והן שיקולים של טובת בעלי המניות – קרי מתן אפשרות לאחד מהם לרכוש את חלקו של האחר (בין אם מטעמים של מחלוקת בין בעלי המניות ובין אם מצורכי נזילות של בעל המניות היוצא) ללא תשלום מס שייקר את עלות העסקה ויביא לידי כך שבעל המניות הנותר ישלם סכום גבוה יותר או לחילופין שבעל המניות היוצא יקבל סכום נמוך יותר עבור מניותיו.

ניתן לראות כי בעלי המניות יכולים בקלות יחסית לאפיין את העסקה כעסקה "לטובת החברה" בהתאם לגישתו של חברי (למשל על ידי יצירת חילוקי דעות מלאכותיים בטרם ביצוע העסקה או אף הגשת תביעה זה האחד כנגד האחר). במקרים רבים עיצוב עסקה באופן כזה אף לא יחטא לאמת – שכן הוצאתו של בעל המניות הנותר, אכן עשויה לא אחת לקדם את ענייני החברה שתנוהל מעתה על ידי פחות בעלי מניות. לכן, התמריץ לעצב את העסקה באופן כזה שימנע מהצדדים לשלם מס דיבידנד בגינה הוא תמריץ משמעותי. לאור החפיפה בין טובת החברה לבין טובת בעלי המניות בחברה שהיא מעין-שותפות – לפקיד השומה יהיה קושי ניכר להבחין בין מקרה בו מדובר בעיצוב "אותנטי" לבין מקרה בו עיצוב העסקה נועד רק כדי להתחמק מתשלום מס.

6. בהתייחס למקרים שלפנינו, חברי סבור כי הם נבדלים זה מזה בשאלה האם הרכישה נוגעת לקידום האינטרס של החברה או לזה של בעלי המניות בה (בדומה להבדלים שיש לשיטתו בין דוגמאות א' ו-ב' לבין דוגמא ג'). אולם, לדעתי המקרים שלפנינו דווקא מדגימים את הקושי להבחין בין המקרים השונים ולהגדיר מהי המטרה הדומיננטית של העסקה, קושי שקיים כאמור הן לפקיד השומה והן לבעלי המניות עצמם.

באשר לעניין בית חוסן – מדובר בחברה שהיו בה ארבעה בעלי מניות: המשיבים 4-2 אשר החזיקו ב-25%, 37.5% ו-18.75% מהון מניות החברה בהתאמה; וציפורה – אשתו לשעבר של משה, מייסד ומנכ"ל החברה, ואביהם של המשיבים 4-3 – שהחזיקה בכ-18.75% ממניות החברה. בשנת 2012 הגישה ציפורה תביעה כנגד החברה, כנגד המשיב 2 (כמי שרשום כמנהלה ברישומים), וכנגד אורלי (דירקטורית בחברה, רעייתו לשעבר של משה ואמם של המשיבים 4-3). עוד יצוין כי מכתבי הטענות שהוגשו בתביעתה של ציפורה עולה כי בעלי המניות המקוריים בחברה היו בניהם המשותפים של

ציפורה ומשה שמניותיהם הועברו בהמשך לידי ילדיהם של משה ואורלי (הם כאמור המשיבים 3-4) – כאשר כל האמור מעיד על המורכבות האישית והמשפחתית במערכת היחסים הכוללת בין בעלי המניות בחברה.

התביעה הוגשה בעילה של קיפוח ונטען בה לקיומם של ליקויים בהתנהלות החברה, בעיקר בקשר עם הלוואות שנתנה החברה למשה ולחברות בשליטתו. במסגרת התביעה הביעה ציפורה את רצונה למכור את מניותיה. מנגד טענו המשיבים באותו עניין כי ציפורה הגישה את התביעה מתוך תחושת מירמור כלפי משה, וכדי לגרום לטרדה מיותרת ליתר בעלי המניות בחברה. בסופו של דבר הגיעו כאמור הצדדים לתביעה להסכם פשרה במסגרתו הוסכם כי החברה תרכוש את 18.75% המניות של ציפורה.

7. האם מכלל האמור מתבקשת המסקנה כי רכישת מניותיה של ציפורה הייתה בעיקרה לטובת החברה או לטובת בעלי המניות בה? חברי השופט שטיין קיבל את קביעת בית משפט קמא לפיה הרכישה העצמית שבוצעה נועדה לפתור סכסוך שהיה ונותר במישור היחסים התאגידי, להבדיל מאי-ההסכמות ששררו בין בעלי המניות בכובעם הפרטי. ואכן, לכאורה, הרכישה העצמית בוצעה מכוח הסכם פשרה בתביעת קיפוח שניהלה ציפורה כנגד החברה ומנהליה ולא כנגד כל בעלי המניות בה. כמו כן, בהתאם לקביעתו העובדתית של בית משפט קמא, הרכישה אף הסירה מהחברה איום של חדלות פירעון וחיסול עסקיה בעקבות התנהלותה של ציפורה שסירבה להשקיע כספים בחברה, להשקיע בקידום ענייניה, או לחתום על מסמכים וערבויות שהחברה נדרשה להם לצורך המשך פעילותה.

יחד עם זאת, הסכסוך בין הצדדים לא נגע לחברה בלבד, כאשר קשה לטעמי לקבוע מהו האינטרס הדומיננטי יותר (זה של בעלי המניות או זה של החברה). מתיאור הדברים לעיל עולה כי בסכסוך היה מעורב גם פן אישי ומשפחתי, בין היתר לאור הסכסוך בין ציפורה ומשה, שילדיו הם בעלי מניות בחברה. יתרה מכך, עם הוצאתה של ציפורה מהחברה, התחזק כוחם של יתר בעלי המניות אשר זכויות ההצבעה שלהם גדלו. יוער כי אף בית משפט קמא לא שלל את האפשרות שגם לבעלי המניות היה אינטרס בביצוע הרכישה העצמית, וקבע כי הייתה "התלכדות" בין האינטרסים של החברה ובעלי המניות (ראו פסקה 69 לפסק הדין). אלא שלשיטתו של בית המשפט, משהוכח כי היה סכסוך, בין היתר בין החברה לבין בעלת המניות המוכרת; וכאשר סכסוך זה נפתר באמצעות הרכישה העצמית – אין רלוונטיות לשאלה אם גם לבעלי המניות היה אינטרס בביצוע הרכישה העצמית.

8. באשר לעניין סידה – דובר בו כזכור בחברה שהוחזקה בשרשור בחלקים שווים על-ידי שני אחים: מאיר ויוחנן. במהלך השנים התגלעו ביניהם מחלוקות באשר לניהול החברה ופעילותה, ועקב כך הם החליטו כי מוטב יהיה אם יפעלו לפירוק שותפותם העסקית מבלי לפגוע בפעילות החברה. תחילה בחנו האחים את האפשרות שמאיר ירכוש את מניותיו של אחיו. אולם בסופו של דבר, מאחר שלמאיר לא הייתה אפשרות לשלם מכספו את התמורה, החברה היא שרכשה את מניותיו של יוחנן. חברי השופט שטיין קיבל את קביעתו של בית משפט קמא לפיה מטרתה הדומיננטית של הרכישה העצמית הייתה שינוי במבנה ההחזקות בחברה ומימון רכישת הזכויות. זאת מבלי שיתלווה לכך אינטרס של החברה כחברה.

תמיכה למסקנה זו מצא חברי בין היתר בעדותו של מאיר, כי הבחירה במתווה הרכישה העצמית נבעה מכך שלא היו לו הכספים שנדרשו לרכישת המניות; בכך שהתמורה התבססה על הערכת שווי החברה שנעשתה לצורך רכישת המניות על-ידי מאיר; וכי ההחלטה בדבר ביצוע הרכישה העצמית התקבלה על-ידי שני האחים יחדיו.

אכן, בעניין סידה היה לבעלי המניות אינטרס בביצוע העסקה, כפי שעולה מהעובדה שמאיר התכוון מלכתחילה לרכוש את מניותיו של יוחנן בעצמו. יחד עם זאת, גם במקרה זה לא ניתן לשלול את המסקנה לפיה גם לחברה כחברה היה אינטרס בהיפרדותם של האחים ולכן ברכישת המניות של יוחנן, לאחר שכפי שעולה מהאמור לעיל, בין האחים התגלעו מחלוקות ביחס לניהול החברה.

בחברות שהן מעין-שותפויות, ועל אחת כמה וכמה בחברות שלהן רק שני בעלי מניות המחזיקים בחלקים שווים במניות החברה, ניתן לקבל החלטות רק בהסכמה של כל בעלי המניות. לכן, כאשר ישנן מחלוקות בין בעלי המניות – וכך היה כאמור בעניין סידה, הדבר משפיע בהכרח גם על פעילות החברה ועל טובתה. פתרון הסכסוך במקרים כאלה הוא אינטרס משותף של בעלי המניות ושל החברה, ולא ניתן להפריד בין טובת החברה לבין בעלי מניותיה ולקבוע איזה מבין האינטרסים הללו הוא הדומיננטי.

9. אם כן, ההבחנה בין טובת החברה לבין טובת בעלי מניותיה במעין-שותפויות (דוגמאות א' ו-ב' אל מול דוגמא ג') היא קשה ומורכבת. יתרה מכך, אני סבורה כי גם ההבחנה בין דוגמאות א' ל-ב', כפי שהגדיר אותן חברי בפסק דינו, היא קשה ליישום. דוגמאות אלה נבדלות זו מזו לשיטתו של חברי בשאלה האם מלכתחילה היה לבעל המניות הנותר עניין ברכישת מניותיו של בעל המניות היוצא ובבעלות בכל מניות החברה; או שמא לא היה לו מלכתחילה עניין בכך, אלא שהיוזמה לעסקה הייתה של בעל

המניות היוצא. גם אבחנה זו אינה תמיד ברורה לחלוטין לפקיד השומה ויתכן שאף לבעלי המניות עצמם. זאת בין היתר לאור האינטרס המשותף של בעלי המניות לשלם עבור העסקה מס מינימלי (כך שהסכום שישולם לבעל המניות היוצא יגדל), באופן שיטה את הכף לעיצוב העסקה המדמה את דוגמא א' ולא את דוגמא ב'.

10. סיכומה של נקודה זו; כאשר מדובר בחברה פרטית שהיא "מעין שותפות" בה רוכשת החברה את מניותיו של אחד מבעלי המניות, קיים קושי לקבוע מהי המטרה הדומיננטית של עסקת הרכישה: האם היא מקדמת את טובתה של החברה כ"אישיות משפטית נפרדת" או שהיא מקדמת את האינטרסים הפרטיים של בעלי המניות בה; האם היה טעם כלכלי עצמאי של החברה לביצוע הרכישה העצמית או שהיא נועדה לשרת רק את בעלי המניות ועוצבה כך כדי להתחמק מתשלום מס; האם המניע לעסקה הוא סכסוך בין בעלי המניות בחברה המעוניינים להפריד את העסקים שלהם, או שמא מדובר בסכסוך המשפיע גם על החברה ולכן גם לה יש אינטרס ברכישת מניותיו של אחד מבעלי המניות. קושי זה אינו רק קושי יישומי אלא קושי מהותי שכאמור מקשה על הסיווג גם על ידי בעלי המניות עצמם.

יתרה מכך, בחברה שהיא מעין-שותפות, בכל מקרה בו אחד מבעלי המניות מוכר את מניותיו לחברה, גדלה ההשפעה הניהולית של בעלי המניות הנותרים באופן המקשה גם הוא להבחין בין רכישה עצמית שהיטיבה רק עם החברה, לבין כזו שהיטיבה גם או בעיקר עם בעלי המניות בה. כל אלה מצדיקים לטעמי להחיל דין זהה ביחס למעין-שותפויות, חלף החיל דין שונה על כל עסקה בהתאם למטרתה הדומיננטית.

איך יש לסווג עסקה של רכישה דיספרופורציונית בחברה שהיא מעין שותפות?

11. משהגעתי לכלל מסקנה שיש להחיל דין אחיד על חברות שהן מעין-שותפויות כמו החברות שלפנינו, יש להוסיף ולבחון האם יש לסווג את העסקאות הללו ככאלה בהן חולק דיבידנד לבעל המניות הנותר (כפי שטוענת רשות המס); או כרכישה עצמית של המניות כפי שהגדירו אותה הצדדים לעסקה. מבין שתי האפשרויות, אני סבורה שיש להעדיף את הראשונה.

בטרם אפנה לבחון את האופן בו יש לסווג את העסקאות, אקדים ואעמוד בקצרה על הכלים העיקריים המאפשרים לרשויות המס, ובהמשך לערכאות השיפוטיות הבוחנות את העסקאות, להתייחס לעסקה באופן שונה מכפי שהיא הוצגה על-ידי הצדדים.

12. מטרה מרכזית בדיני המס היא השאיפה להגיע לגביית "מס אמת", היינו גביית מס בהתאם למהות הכלכלית האמתית של העסקה (ע"א 5025/03 מנהל מיסוי מקרקעין אזור ת"א נ' אורלי חברה לבניין ופיתוח (16.8.2006); ע"א 750/16 סעדטמנד נ' פקיד שומה רחובות (28.2.2019)). כדי להגשים את העיקרון של גביית "מס אמת" בהתאם למהות הכלכלית האמתית של העסקה, אין רשויות המס כבולות לאופן שבו הציגו הצדדים את העסקה (ראו למשל: ע"א 5025/03 מנהל מיסוי מקרקעין איזור תל אביב נ' אורלי חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פסקה 7 (16.8.2006)).

בהתאם לכך, כאשר פקיד השומה סבור כי טיבה הכלכלי של העסקה הוא אחר מהאופן בו היא הוצגה על ידי הצדדים לה, הוא יכול להשתמש בכלי של "סיווג שונה" אשר כונה על-ידי חברי "עקרון המהות הכלכלית"; או בכלי של "סיווג מחדש" שכונה על-ידי חברי "כלל ההתעלמות מעסקה מלאכותית". הסיווג השונה נועד לאותם מקרים בהם מקבל פקיד השומה את העובדות כפי שהוצגו על-ידי הצדדים אך סבור שיש להאיר את העסקה באור שונה לאור המהות המשפטית-כלכלית האמתית שלה.

הסיווג השונה בוחן את המהות הכלכלית של העסקה והוא יכול להיעשות בשני מסלולים: האחד, מסלול הדין הכללי בגדרו יש לבחון האם הכינוי שנתנו הצדדים לעסקה מושתת על סיווגים התואמים את הדין הכללי; השני, מסלול דיני המס הבוחן את הסיווג לאור הוראות המס ופרשנותם. רק אם לא ניתן לסווג את העסקה באופן שונה באחד מהמסלולים האמורים, יש לפנות לכלי של "סיווג מחדש" המאפשר לפקיד השומה להתעלם מהעסקה כפי שעוצבה (ראו: עניין סעדטמנד, פסקאות 5-6).

פקידי השומה בענייננו לא עשו שימוש בסמכותם לסווג מחדש את העסקאות. לכן יש לבחון את עמדתם בראי הכלי המשפטי של "סיווג שונה", קרי האם ניתן היה לקבוע כי יש לראות בבעלי המניות הנוותרים כמי שקיבלו דיבידנד מהחברה בהתאם לפרשנות המונח "דיבידנד" – בין בדין הכללי או בדיני המס.

13. פרשנות המונח דיבידנד בדין הכללי – חוק החברות מתייחס לדיבידנד ולרכישה עצמית של מניות החברה כשתי פעולות משפטיות שונות, אך רואה בשתייהן משום "חלוקה" שחייבת לעמוד בתנאים הקבועים בחוק. כפי שציין חברי בפסק דינו, ההבחנה בין השניים מלמדת על כך שמהותה הכלכלית (והמשפטית) של רכישה עצמית אינה חופפת תמיד לזו של חלוקת דיבידנד. יחד עם זאת, עשויים להיות מקרים בהם תהיה חפיפה.

דיבידנד מוגדר בסעיף 1 לחוק החברות כ"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". כאשר הרכישה העצמית מבוצעת "פרו-רטה", מדובר בפעולה משפטית העונה גם להגדרת חוק החברות ל"דיבידנד". זאת מאחר שבעלי המניות מקבלים לידיהם מהחברה כסף מזומן מכוח היותם בעלי מניות בה, ומבלי שחל שינוי בהון המניות היחסי המוחזק על-ידיהם.

לכאורה, רכישה עצמית דיספרופורציונית אינה נכנסת תחת ההגדרה של "דיבידנד". ואולם, לנוכח הטעמים עליהם עמדתי לעיל, נראה כי כאשר מדובר בחברות שהן מעין-שותפויות, נלווית לרכישה העצמית גם פעולה נוספת של חלוקת דיבידנד בעין. כאמור, סילוקו של אחד מבעלי המניות בחברה כזו, משמעה למעשה חלוקה בעין של זכויות ניהול והצבעה נוספות ליתר בעלי המניות בחברה. זכויות אלה הן נכס שניתן לבעלי המניות הנוותרים על-ידי החברה באמצעות הרכישה העצמית של מניות והפיכתן לרדומות (ראו פסק דינו של כב' השופט מ' אלטוביה בעניין בר ניר).

14. פרשנות המונח דיבידנד בדיני המס – סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה קובע כי הכנסה מדיבידנד היא הכנסה החייבת במס. ברכישה עצמית דיספרופורציונית, בעלי המניות הנוותרים אינם מקבלים לידיהם את כספי התמורה (כפי שקורה ברכישה עצמית פרו-רטה למשל) ואף לא את המניות של בעל המניות היוצא. לכן לכאורה אין סכום שאותו ניתן למסות. יחד עם זאת וכפי שהובהר, חלקם היחסי של בעלי המניות הנוותרים בהון המניות של החברה גדל והשאלה היא האם הגידול הזה הוא תקבול המהווה דיבידנד בהתאם לאופן בו יש לפרש את המונח בדיני המס. אני סבורה כי יש לענות על שאלה זו בחיוב.

פרשנות המונח "דיבידנד" בדיני המס, צריכה להתחיל – כמו כל הליך פרשנות – בלשון החוק. ככל שישנה יותר מפרשנות לשונית אחת, יש לאתר את תכליות החקיקה ולבחור איזו מהפרשנויות האפשריות מגשימה באופן המיטבי את התכלית (ראו למשל: דנ"א 2308/15 פקיד שומה רחובות נ' דמארי, פסקה 20 לפסק דינה של מ' נאור (12.9.2017); ע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה בע"מ (26.1.2020)).

באשר ללשון החוק – הרי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה אינו מגדיר את המונח "דיבידנד", אף לא בדרך של הפניה לחוק החברות. מאחר שאין מענה בלשון החוק, יש להמשיך ולפנות לתכליות של פקודת ההכנסה. בהקשר זה יובהר כי על אף שיש לשאוף להרמוניה בפרשנות מונחים זהים בדין, יש להביא בחשבון כי התכליות של חוק החברות

ושל פקודת מס הכנסה הן שונות. לכן אין הכרח כי תינתן להן פרשנות זהה. כך, פרשנות המונח דיבידנד בחוק החברות צריכה להביא בחשבון בעיקר את תכלית ההגנה על הנושים מול בעלי המניות; בעוד שפרשנות המונח בדיני המס צריכה להביא בחשבון בעיקר את התכלית של מיסוי מלא בהתאם למודל הדו-שלבי של מיסוי חברות ובהתאם לעקרונות של דיני המס.

השאלה נושא פסק הדין דנן - האם מדובר בהטבה בת-מיסוי - צריכה להיבחן בהתאם לעקרונות דיני מס הכנסה. כלל יסוד בשיטת מס ההכנסה בישראל הוא שאין לאדם "הכנסה" אם היא אינה משקפת תוספת לעושרו או גידול ביכולתו הכלכלית (ד"ר תמיר שאנן ועו"ד רועי כהן, "מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד" הפרקליט נג(2), (התשע"ה). עיקרון יסוד נוסף בדיני המס הוא עיקרון המימוש, שלפיו אדם יהיה חייב במס הכנסה רק על רווח שמומש. הרציונל העומד בבסיס עיקרון המימוש הוא הוודאות שיש בהתעשרות כאשר היא ממומשת; היכולת להעריך את שווי ההתעשרות בעת המימוש; והנזילות של הנישום בעת המימוש המאפשרת לו לשלם את המס בגין ההתעשרות (ראו: עניין קניון דדורים, פסקאות 34 ו-38). מכאן כי רק "התעשרות ממומשת" היא התעשרות בת-מיסוי.

עוד יש לציין כי דרישת ההתעשרות לשם חיוב במס היא דרישה מהותית, בעוד שעיקרון המימוש הוא פרקטי בעיקרו. לכן ניתן לסטות ממנו במקרים חריגים ולהימנע מאימוץ דווקני שעלול לגרום לעיוותי מס (ראו למשל: ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המכרז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589 (1982)); ע"א 6952/15 פקיד שומה גוש דן, נ' קרן, פסקה כא (19.1.2017)).

15. האם דרישת ההתעשרות הממומשת מתקיימת ביחס לבעלי המניות הנותרים בחברה לאחר שבוצעה רכישה עצמית? כזכור, הנישומים בשני הערעורים טענו כי הם לא הפיקו יתרון אישי-כלכלי המגיע כדי התעשרות וממילא לא כזו שמומשה. אינני מקבלת את עמדתם בהקשר זה. בעלי המניות הנותרים אמנם לא קיבלו מניות נוספות, ולכאורה ערך המניות שהיה להם נותר כשהיה, שכן שווי החברה פחת בסכום שהיא שילמה לבעלי המניות שמכרו את מניותיה.

יחד עם זאת, שיעור האחזקות היחסי של בעלי המניות הנותרים בחברה – עלה. השינוי הזה בשיעור האחזקות היחסי מגלם בחובו תועלת משמעותית לבעלי המניות הנותרים, בדמות העלייה ביכולת ההשפעה של כל אחד מהם על ניהול החברה והגידול

בזכויות ההצבעה בה. השינוי בשיעור האחזקות הוא שינוי אמיתי שהתרחש בפועל, בניגוד למקרים בהם, למשל, שווי השוק של המניות עולה רק "על הנייר".

במאמרם של שאנן וכהן מביעים הכותבים את עמדתם כי ככל שמדובר בבעל מניות מהותי בחברה, יש למסות כדיבדנד את הגדלת זכויות ההצבעה המשיאה לו תועלת ממשית (למשל – אם כתוצאה ממנה בעל המניות קיבל את השליטה בהחלטות או את האפשרות להעביר החלטות ברוב מיוחס). שאנן וכהן מודעים לכך כי לא כל התכליות של עקרון המימוש (למשל הנזילות) מתקיימים במקרה שכזה, אולם הם סבורים כי יישום דווקני של עיקרון המימוש בעסקה של רכישה עצמית, עלול לאפשר לנישומים לעשות שימוש בפעולה זו כדי לעקוף את כללי הסיווג הרגילים ולהימנע מתשלום מס.

עמדה זו מקובלת עליי. מבלי לטעת מסמרות ביחס לסוגים שונים של חברות למעט חברות שהן "מעין שותפויות" ולאפשרות שרכישה עצמית של מניות תביא בהן לשינוי במבנה ההון של החברה, הרי שכפי שהובהר לעיל, ב"מעין שותפויות", רכישה עצמית של מניות משנה בהגדרה את מבנה ההון בחברה ומקנה לבעלי המניות הנותרים תועלת ממשית. יתרה מכך, כאמור לעיל, כלל יש בחברות שהן מעין שותפויות לכל בעלי המניות ציפייה לגיטימית להיות שותפים בניהול החברה (ראו סעיף 5 לעיל). לכן, בחברות כאלה (וכפי שציין גם חברי), סילוקו של אחד מבעלי המניות ישנה את מערך הכוחות בחברה וייתב עם בעלי המניות הנותרים, זאת בין היתר בכך שהוא יקנה להם השפעה גדולה יותר בניהולה. הטבה כזו היא הטבה שבעלי המניות הנותרים מקבלים באופן מידי כאשר מתבצעת הרכישה, ולכן ישנה הצדקה למסות אותם בגינה.

16. אכן, לנוכח זהות האינטרסים בין בעלי המניות לחברה בחברות שהן מעין-שותפות, ולאור הקשיים בניהולה השוטף של החברה במצב בו קיימות מחלוקות בין בעלי המניות החברה, הרי שגם לחברה עצמה יש כמעט בכל המקרים אינטרס ב"רכישה החוצה" של אחד מבעלי המניות באופן שיביא לסיום המחלוקות העסקיות ביניהם.

ואולם אני סבורה כאמור כי בחברות שהן מעין שותפויות, יש לראות רכישה עצמית כהטבה ממומשת לבעלי המניות הנותרים שעליהם לשלם לכן מס בגינה. זאת בשל האינטרס הברור של בעלי המניות; לאור העובדה שמרבית התכליות העומדות בבסיס רכישה עצמית בחברה ציבורית (איתות לשוק אודות תמחור המניה בחסר, התנגדות להצעות רכש עוינות, הגדלת התשואה להון ועוד) אינן מתקיימות במקרה של חברה שהיא מעין-שותפות; מאחר שבמעין שותפויות ההבחנה בין טובת החברה לבין טובתם של בעלי המניות היא הבחנה ברורה פחות מאשר בחברה ציבורית או בחברה

פרטית שיש בה בעלי מניות רבים; ולאור הרציונל של קביעת כלל שיביא לאחידות וודאות בגביית המס.

ודוקו; הקרבה בין חברות שהן מעין-שותפויות לבין שותפויות וזהות האינטרסים ביניהן לבין בעלי המניות שלהן, הייתה אחד הנימוקים ביסוד המסקנה לגבי הקושי בקביעת ה"מטרה הדומיננטית" והצורך בקביעת דין אחיד לגבי חברות כאלה. ואולם, דווקא הצורך לשמור על אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה גם בחברות שהן מעין-שותפויות, והעובדה שגם חברה כזו היא יחידת מס נפרדת מבעלי מניותיה, מחייבים לטעמי לקבוע כי המהות הכלכלית של רכישת המניות העצמית של מניות בחברות שהן מעין-שותפויות היא דיבידנד שחולק לבעלי המניות. אם להשתמש בטרמינולוגיה של מבחן "המטרה הדומיננטית", אני סבורה כי בחברות שהן מעין-שותפות יש לראות תמיד בהיפרדות הצדדים ובהגדלת כוחם של בעלי המניות הנותרים כמטרה הדומיננטית של העסקה. זאת כדי למנוע מצב דברים שבו בעלי המניות משתמשים באישיות הנפרדת של החברה כדי ליהנות מהטבות מס על-ידי שימוש בכלי של רכישה עצמית מבלי שהוא מקיים את מרבית התכליות העומדות בבסיסו של כלי זה.

17. לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי יש לסווג את ההטבה שקיבלו בעלי המניות הנותרים כתוצאה מהרכישה העצמית כדיבידנד החייב במס, וזאת הן על-פי הפרשנות הראויה למונח דיבידנד בדין הכללי והן בהתאם לפרשנותו הראויה בדיני המס. משכך, יש לקבל את עמדת פקיד השומה ביחס לסיווגן של שתי העסקאות נושא הערעור דנן, ולקבוע כי בשני המקרים חייבים בעלי המניות הנותרים בתשלום מס בגין הדיבידנד שקיבלו.

במאמר מוסגר אציין כי עשויים להיות מקרים של רכישה עצמית בהם יוכל פקיד השומה לעשות שימוש בכלי של "סיווג מחדש" תוך מיסוי השימוש שנעשה בעודפי החברה להגדלת חלקם של בעלי המניות הנותרים בהון המניות של החברה. השאלה מתי יהיה סיווג מחדש כזה מוצדק, חורגת מענייננו.

18. השאלה הבאה בה יש להכריע היא מה הוא שיעור המס שיוטל על בעלי המניות הנותרים. כפי שהובהר לעיל, ה"דיבידנד" בגינו משולם המס הוא אותה עליה בשיעור האחזקות בהון המניות של החברה שכתוצאה ממנה מקבלים בעלי המניות הנותרים זכויות נוספות בניהול החברה ובשליטה בה. לכאורה, שוויה של אותה הטבה הוא כשווי התמורה ששולמה לבעל המניות היוצא בתמורה למניותיו, שכן שיעור האחזקות הכולל של בעלי המניות הנותרים עלה בשיעור האחזקות שמכר בעל המניות היוצא. יחד עם

זאת, כפי שהבהרתי לעיל, האינטרס ברכישת המניות של בעל המניות המוכר הוא אינטרס המשותף הן לבעלי המניות הנותרים והן לבעל המניות היוצא: היפרדות הצדדים תוך תשלום מס מינימאלי. לכן, גם בעל המניות היוצא נהנה מהשימוש שנעשה בכספי החברה.

משכך, ועל מנת שבעלי המניות הנותרים לא יישאו לבדם בתשלום המס בגין מלוא השימוש בעודפי החברה – ששירתו גם את בעל המניות המוכר, יש לחשב את שווי ההתעשרות של בעלי המניות הנותרים בהתאם לשיעור אחזקותיהם בחברה ערב העסקה. במילים אחרות, ערך הדיבידנד בגינו ישולם מס הוא כשווי המכפלה של כספי החברה ששימשו לרכישה העצמית, בשיעור אחזקותיהם של בעלי המניות הנותרים ערב העסקה.

יועזר למעלה מן הצורך כי תוצאה זו עולה בקנה אחד גם עם ההשקפה שבאה לידי ביטוי בחלופה הראשונה שנקבעה בחוזר המס 2/2018 לפיה הרכישה העצמית הדיספרופורציונית דומה לעסקה דו-שלבית של חלוקת דיבידנד על ידי החברה לכל בעלי מניותיה ולאחר מכן רכישת מניותיו של בעל המניות היוצא על ידי בעלי המניות הנותרים באמצעות כספי הדיבידנד שהם קיבלו בשלב הראשון.

19. בשולי הדברים אשוב ואבהיר כי ההתייחסות בפסק דין זה היא למקרים נושא הערעורים שבפנינו – בהם דובר בחברות שהן "מעין שותפות". מה יהיה דינן של חברות אחרות: חברות פרטיות שאינן "מעין שותפות" וחברות ציבוריות? אינני סבורה כי יש לקבוע מסמרות ביחס לחברות כאלה שעה שאין בפנינו חברה כזו שלגביה נדרשת הכרעה. לכן, אינני סבורה כי יש מקום לקבוע לגבי חברות כאלה, האם ניתן לקבוע "כלל אצבע" כמו ביחס למעין-שותפויות, או שמא יש לפעול בהתאם להצעתו של חברי בפסק דינו ולהחיל לגביהן חזקות ונטלי הוכחה שונים. אציין רק כי בבחינת הסיווג של עסקאות רכישה עצמית לא פרופורציונית בחברות כאלה, יהיה מקום לבחון את הנושאים שאליהם התייחסתי לעיל – קרי את השאלה האם קיבלו בעלי המניות הנותרים טובת הנאה בת-מיסוי כתוצאה מהעסקה.

20. לאור כל האמור לעיל, אם דעתי תישמע, נקבל את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, כך שהמשיבים 2-4 יחויבו, במס על דיבידנד בסך של 621,500 ₪; 932,250 ₪; ו-466,125 ₪ בהתאמה; ונדחה את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, כך שהמערער יחויב במס על דיבידנד שסכומו 6,750,000 ₪.

בנסיבות העניין ומאחר שמדובר בהכרעה בשאלה שלא הייתה לגביה הכרעה ברורה של בתי המשפט המחוזיים, הייתי מציעה לחבריי שלא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

1. חברה מבצעת "רכישה עצמית" של מניותיה מחלק מבעלי המניות (להלן: בעלי המניות המוכרים) באופן שאינו שווה לחלקם היחסי, וכתוצאה מכך גדל אחוז האחזקה של יתר בעלי המניות בחברה (להלן: בעלי המניות הנותרים). כיצד יש לסווג, לצרכי מס, את העסקה בכל הנוגע לבעלי המניות הנותרים? סוגיה זו טרם זכתה לליבון בפסיקת בית משפט זה, והיא הסוגיה שלפנינו (לשם הפשטות והנוחות, אתייחס בחוות דעתי לרכישה עצמית דיספרופורציונית המתוארת לעיל גם כ"רכישה עצמית").

2. פסיקת בתי המשפט המחוזיים קבעה בעבר שיש לראות בעסקת הרכישה העצמית כעסקה מלאכותית (סעיף 86 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]) ולסווגה מחדש כך שתיוקף לבעלי המניות הכנסה מדיבידנד (ע"מ (מחוזי ת"א) 1100/06 בר ניר נ' פקיד שומה גוש דן (16.11.2014); ועמ"ה (מחוזי ת"א) 21268-06-11 ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן (21.1.2014) (להלן: עניין ברנובסקי); יוער כי ערעור שהוגש בעניין ברנובסקי נמשך בהמלצת בית המשפט, ע"א 3637/14 ברנובסקי נ' רשות המסים פקיד שומה גוש דן (14.12.2017)). מספר שנים לאחר פסקי הדין האמורים, הוציאה רשות המסים את חוזר מס הכנסה 2/2018 "רכישה עצמית של מניות בהתאם לחוק החברות" (2018) (להלן: חוזר רשות המסים או החוזר) שעוסק במישרין בסוגיה זו ובמסגרתו ביקשה הרשות לקבוע את היבטי המס לגבי רכישה עצמית. ביחס לרכישה עצמית של מניות שאינה פרו רטה, ציינה הרשות כי למעשה בעלי המניות הנותרים עושים שימוש ברווחי החברה על מנת לרכוש את מניות בעלי המניות המוכרים ולהעלות את שיעור החזקתם בחברה (יוער כי האמור בחוזר בהקשר זה אינו מתייחס לחברה ציבורית שמבצעת רכישה עצמית של מניותיה בשיעור שאינו מהותי, ראו סעיף 3.2.4 לחוזר). משכך, ביקשה הרשות לראות במהלך עסקה דו שלבית שכוללת חלוקת דיבידנד, בשתי חלופות:

א. חלופה ראשונה – בשלב הראשון חולק דיבידנד לכל אחד מבעלי המניות לפי חלקו היחסי בסכום כולל של סכום הרכישה (סכום הרכישה הוא שוויה המלא של

הרכישה העצמית; להלן: סכום הרכישה); ובשלב השני בעלי המניות הנותרים רכשו מבעלי המניות המוכרים את מניותיהם בסכום הדיבידנד שקיבלו (להלן: החלופה הראשונה).

ב. חלופה שנייה – בשלב הראשון בעלי המניות הנותרים רכשו מבעלי המניות המוכרים את מניותיהם בסכום הרכישה (לפי חלקם היחסי); ובשלב השני העבירו בעלי המניות הרוכשים את המניות לחברה בתמורה לסכום הרכישה (להלן: החלופה השנייה).

הגם ששתי החלופות קובעות כי ישנן השלכות מיסוייות לרכישה העצמית, הן נבדלות זו מזו בהשלכות אלו (וזאת מבלי להתייחס לסוגיות מס אחרות שעשויות להתעורר דוגמת מס רווח הון ומיסוי מקרקעין). בחלופה הראשונה, בעלי המניות הנותרים כמו גם בעלי המניות המוכרים יהיו חייבים במס על דיבידנד בגובה חלקם היחסי בסכום הרכישה; ואילו בחלופה השנייה, בעלי המניות הנותרים בלבד יהיו חייבים במס על דיבידנד בגובה סכום הרכישה כולו. חוזר הרשות קובע כי במקרים שבהם בעלי המניות המוכרים מוכרים את כל המניות שבהן הם מחזיקים, "ניטה לסווג את העסקה בהתאם לחלופה השנייה", וזאת מבלי לפרט את הטעמים שעומדים ביסוד קביעה זו.

3. שני פסקי הדין נושא הערעורים שלפנינו שבו והעלו סוגיה זו. בתי המשפט המחוזיים צעדו בנתיבים שונים: בפסק הדין נושא ע"א 9308/20 (להלן: עניין בית חוסן) קבע בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת א' וינשטיין) כי אין לראות ברכישה העצמית של המניות כחלוקת דיבידנד רעיוני לבעלי המניות הנותרים. בפסק הדין, התבסס בית המשפט בעיקר על עקרון המימוש (וראו להרחבה בעניין זה פסקה 50 לחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין) וציין כי בידי בעלי המניות הנותרים אין עליית שווי כלכלית ברת כימות וכי הם לא מימשו רווח כלשהו. לעומת זאת, בפסק הדין נושא ע"א 8116/21 (להלן: עניין טיידה) קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת י' ייטב) כי יש לראות את הרכישה העצמית של המניות כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנותר, מאיר סיידה. לצד זאת, בית המשפט התערב בהחלטת פקיד השומה וקבע כי חלף מיסוי הרכישה העצמית לפי החלופה השנייה בחוזר, יש למסותה לפי החלופה הראשונה. המערערים לפנינו הם אפוא פקיד השומה (בערעור בעניין בית חוסן) מזה והנישום (בערעור בעניין טיידה) מזה. יוער כי פקיד השומה לא השיג על ההכרעה בעניין טיידה, וזאת הגם שכאמור בית המשפט המחוזי בבאר שבע לא קיבל את העמדה שנקבעה בחוזר ביחס לגובה הדיבידנד.

4. קיבלתי לידי את חוות דעתם של חברי השופטים א' שטיין ור' דונן. חברי השופט שטיין מציע בחוות דעתו המקיפה והמנומקת את מבחן "המטרה הדומיננטית" להבחנה

בין סוגים שונים של רכישות עצמיות. להמחשת סוגים שונים אלה מציג חברי שלוש דוגמאות של רכישות עצמיות של חברה שלה שני בעלי מניות (ספיר וראובן) ושתוצאותיהן שונות במישור המיסוי:

א. בדוגמה הראשונה, שני בעלי המניות מחליטים יחדיו על צאתו של אחד מהם (ראובן) מהחברה, נוכח רצונו של האחרון (פרישתו נכפתה על ספיר), ולפיכך מדובר לשיטת חברי במקרה שבא בגדר החלופה הראשונה בחוזר רשות המסים. היינו, שני השותפים משכו דיבידנד לפי חלקם היחסי בחברה כשכסום הדיבידנד הכולל הוא שווי מניותיו של ראובן; ורק לאחר מכן רכשה ספיר מראובן את מניותיו בסכום הדיבידנד שקיבלה.

ב. בדוגמה השנייה, שני בעלי המניות אינם מסתדרים וספיר מבקשת להמשיך לנהל את החברה בלעדי ראובן. בדוגמה זו סבור חברי כי יש לראות בספיר כמי שמשכה את מלוא שווי מניותיו של ראובן מהחברה וזאת על מנת שתקנה את מניותיו. בנסיבות אלו, קובע חברי כי יש למסות את ספיר על דיבידנד בגובה הרכישה כולה (וזאת, בדומה לחלופה השנייה בחוזר רשות המסים, אף אם תיאורו של חברי אינו חופף במלואו לעסקה הדו שלבית שמתוארת בחוזר).

ג. בדוגמה השלישית, מתאר חברי אי הסכמה בין ספיר וראובן ביחס להתנהלות החברה בעתיד, וזו מסתיימת בהסכמתו של ראובן לפרוש ככל שהחברה תרכוש את מניותיו. לדברי חברי, בשונה משתי הדוגמאות הקודמות, "מטרתה הדומיננטית" של הרכישה העצמית במקרה זה היא להיטיב עם החברה. בנסיבות אלו, סבור חברי שאין לראות בספיר כמי שקיבלה דיבידנד מהחברה.

לשיטת חברי, במקרה של רכישה עצמית דיספרופורציונית בחברת מעטים, קמה חזקה עובדתית כי מדובר בדוגמאות א' או ב', ועל הנישום יהא הנטל להראות (ככל שרצונו בכך) שהרכישה העצמית היא דווקא מסוג ג'. אעיר, במאמר מוסגר, כי מנקודת מבטה של החברה הרוכשת אין "על הנייר" כל הבדל בין שלוש הדוגמאות שהציג חברי. בכולן, מעבירה החברה מחצית מהונה לידי בעלי המניות, ומערך השליטה בה משתנה, כך שבעל המניות הנותר מחזיק ב-100% ממניותיה (גדעון קריב "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס" מייטס טו(4) א-72, 76 (2001)).

5. ביישום מבחן המטרה הדומיננטית, מוצא חברי שיש לדחות את שני הערעורים גם יחד. את הערעור בעניין בית חוסן דוחה חברי כי לשיטתו המטרה הדומיננטית של הרכישה העצמית שם נועדה לפתור סכסוך שהיה במישור היחסים התאגידי (להבדיל מאי הסכמה בין בעלי המניות בכובעם הפרטי) ולכן מדובר ברכישה עצמית שדומה לדוגמה

ג'. את הערעור בעניין סידה דוחה חברי מאחר שהמטרה הדומיננטית של הרכישה העצמית הייתה העברת השליטה בחברה לידי אחד מבעלי המניות. עוד העיר חברי כי משלא הוגש ערעור על ידי פקיד השומה, אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי שיש לחייב את הנישום בעניין סידה בתשלום מחצית משווי הרכישה בלבד, הגם שלטעמו מדובר בעניין שדומה לדוגמה השנייה שהביא בחוות דעתו (ולכן, על פי המודל שמוצע על ידו, היה נכון לזקוף לנישום דיבידנד בגובה מלוא שווי הרכישה).

6. חברתי השופטת ר' רונן סבורה לעומת זאת שיש להחיל דין אחד על כל שלוש הדוגמאות שהציג השופט א' שטיין. לשיטתה, יש להגביל את ההכרעה במקרים שלפנינו לחברות פרטיות "מעין שותפויות" ולגביהן יש לחייב את בעלי המניות הנותרים במס דיבידנד בגובה חלקם היחסי (ערב הרכישה) מסכום הרכישה (היינו, לפי החלופה הראשונה בחוזר רשות המסים). עמדתה זו של חברתי נשענת על החשיבות ביציבות ובוודאות בדיני המס ועל הקושי שנובע מיישומו של מבחן המטרה הדומיננטית בנסיבות מעין אלו שלפנינו. לדבריה, בעלי המניות הנותרים מקבלים טובת הנאה ברורה בדמות הגדלת השפעתם על ניהול החברה. אשר לגובה הדיבידנד, מצינת חברתי כי מאחר שהאינטרס בביצוע הרכישה העצמית הוא משותף לשני בעלי המניות (הן המוכרים, הן הנותרים), יש לחשב את שווי ההתעשרות שלהם בהתאם לשיעור אחזקתם בחברה ערב העסקה.

7. לאחר שקראתי את חוות דעתם של חבריי, מצאתי לצרף דעתי לדעתה של חברתי השופטת ר' רונן. בפתח הדברים אציין כי ברמה הבסיסית, דומה ששני חבריי אינם חולקים על קיומם של מקרים לא מעטים שבהם יש לראות ברכישה עצמית הכנסה מדיבידנד של בעלי המניות הנותרים. כפי שראינו לעיל, תוצאותיה של רכישה עצמית הן אנלוגיות לאלו שבחלוקת דיבידנד (כמתואר בחלופות שהציגה רשות המסים בחוזר), והבחירה במסלול הרכישה העצמית עשויה לשמש את בעלי המניות כ"קיצור דרך" ומתוך ניסיון לחמוק מתשלום מס (ראו באופן כללי: Marvin A. Chirelstein, *Optional Redemptions and Optional Dividends: Taxing the Repurchase of Common Shares*, 78 YALE L.J. 739, 749 (1969)). זאת ועוד, ביחס לרכישה עצמית בחברות "מעין שותפויות" הפער בין חבריי קטן אף יותר (ראו פסקה 71 לחוות דעתו של חברי ופסקאות 15-17 לחוות דעתה של חברתי). המחלוקת בין חבריי נעוצה אפוא בשתי שאלות: הראשונה, אם יש לקבוע כלל גורף ביחס לכל עסקאות הרכישה העצמית; והשנייה, מהו גובה הדיבידנד שיש לייחס לבעלי המניות הנותרים.

8. תחילה אבהיר שאף אני בדעה שראוי להגביל את ההכרעה בתיקים שלפנינו לרכישה עצמית בחברות שהן "מעין שותפויות" כהגדרתה של חברתי. אשר לקביעת הכלל הגורף, דומני כי מבחן המטרה הדומיננטית שמציע חברי השופט שטיין הוא מבחן שברמה העיונית הגיוני בצדו, אך יישומו בנסיבות של חברות שבהן עסקינן מוקשה ביותר. בחברות שכאלו, לא רק שקשה לזהות את המטרה הדומיננטית, אלא שקיים ספק אם יש מטרה דומיננטית, בהינתן שהיפרדות בעלי מניות שאינם מסתדרים עוד זה עם זה משרתת אותם, כמו גם את החברה. המקרים שלפנינו ממחישים קושי זה: אף לאחר הבאת ראיות לפני בית המשפט המחוזי, מתעורר קושי ממשי בסיווג הרכישות העצמיות הן בעניין סידה, הן בעניין בית חוסן. בהקשר זה אעיר כי הקושי אינו מתמצה רק בקביעה אם יש לראות ברכישה העצמית כדיבידנד (היינו, הבחנה בין דוגמאות א' וב' לבין דוגמה ג') אלא גם בשאלה למי ניתן הדיבידנד ומה גובהו (הבחנה בין דוגמה א' לבין דוגמה ב'). התשובה לשאלה אחרונה זו נמצאת – אף לשיטתו של חברי – בקרביה של מערכת היחסים שבין בעלי המניות וחברי קבע כי ההכרעה ביניהן צריכה להיעשות בהתאם לנסיבות (פסקה 71 לחוות דעתו). בעיני טיבה של מערכת יחסים זו מקימה ספק של ממש בישימות הכלל המשפטי המוצע.

9. זאת ועוד, מבחן המטרה הדומיננטית בנסיבות של חברות "מעין שותפויות" עשוי להיות נתון למניפולציה של בעלי המניות. זאת, בשים לב להשפעתם על החברה ובאפשרות שנתונה להם "לתקוע מקלות" בגלגליה – והכל על מנת שמבחן המטרה הדומיננטית יוביל בסופו של דבר את פקיד השומה לקבוע כי מדובר במקרה שנופל בגדרי דוגמה ג' שהציע חברי. למעשה, אף מבלי להתכוון, סכסוך אישי בין בעלי המניות בחברות מהסוג שבהן עסקינן זולג, כמעט באופן מובנה, לספירה העסקית ומקשה על יישום המבחן המוצע (ראו והשוו לאמור במאמרם של עלי בוקשפן ואילון ידין "משפחה ועסקים – החברה כאישיות משפחתית": על המפגש בין דיני החברות לחברות המשפחתיות" משפטים מח 127, 174 (2018); כן ראו פסקה 5 לחוות דעתה של חברתי).

10. בהקשר זה עיינתי גם בתגובתו של השופט שטיין לחוות הדעת של השופטת רונן, ואבקש להעיר שתי הערות. ראשית, הקושי שעליו מצביע חברי בכלל המיסוי המוצע בחוות דעתה של חברתי ("באין הכנסה ובאין רווח – אין משלמים מס"; פסקה 94 לחוות דעתו), הוא זה שמרחף למעשה מעל כל הסוגיה של מיסוי בעלי המניות הנותרים בנסיבות של רכישה עצמית. בעיני, קושי זה מתעורר (למצער רעיונית) גם בכל אחת מהדוגמאות שהביא בחוות דעתו (וזו גם טענת הנישומים בערעורים שלפנינו), אך אף לשיטת חברי

יש למסות את בעלי המניות הנותרים בדוגמאות א' ו-ב'. כפי שמציינת חברתי בחוות דעתה, למורכבות זו יש פתרון והוא מגולם בתועלת הממשית שצומחת לבעלי המניות (שם, פסקאות 15 ו-18).

11. הערה שניה נוגעת לדוגמה הנוספת שמציע חברי בתוספת לחוות דעתו, שבנסיבותיה, לדבריו, הכלל של חברתי יוביל למיסוי בעל המניות שנותר – שלא בצדק (פסקה 93 לחוות דעתו). ואולם בעיני, גם נסיבותיה ממחישות את הקושי בהבחנה בין הדוגמאות בחברות "מעין שותפויות". גם בדוגמה זו, בעל המניות שנותר זוכה להטבה משמעותית בעקבות הרכישה העצמית (באופן שמקרב את הדוגמה לדוגמאות א' וב'). וזאת מדוע? כי אף לשיטתו של חברי, כל שרצה בעל המניות הנותר בדוגמה זו הוא "שבעל המניות הפורש לא יפריע לחברה לקדם את עסקיה". היינו – בבסיס "הפרדת הכוחות" בין בעלי המניות ניצבה מחלוקת על המשך פעילותה של החברה, והזוכה הוא בעל המניות הנותר, שנהנה (בדומה לדוגמאות האחרות של חברי) מהאפשרות לשלוט ולנווט את החברה בכיוון שבו בחר (שעומד בניגוד לכיוון שבו החזיק בעל המניות המוכר). הנה כי כן, הקושי שעליו אני מצביע לאבחן בין הדוגמאות השונות שהציע חברי בחוות דעתו, ובפרט ב"תנאי מעבדה" של דוגמאות "סטירליות", רק ממחיש את מידת ישימותו הנמוכה בעיני של כלל זה בחיי המעשה.

12. לסיכום ביחס לשאלה הראשונה, אבהיר כי בעיני בחברות "מעין שותפויות" שיקולי בעלי המניות ושיקולי טובת החברה שלובים זה בזה, ולפיכך, היא מצדיקה את הכלל שמוצע בחוות דעתה של חברתי, שבמסגרת רכישה עצמית בחברות כאמור בעלי המניות הנותרים ימוסו כמי שקיבלו דיבידנד. הוודאות בדיני המס, כמו גם הפשטות ביישום הכלל המשפטי הם בעיני אך תוצר נלווה של הכרעתי זו.

13. השאלה השנייה בה חלוקים חבריי היא אם יש לזקוף את סכום הרכישה במלואו כדיבידנד לבעלי המניות הנותרים (לפי החלופה השנייה בחוזר רשות המסים) או שמא לזקוף אותו לבעלי המניות כולם לפי שיעור אחזקותיהם בחברה ערב העסקה (לפי החלופה הראשונה בחוזר). גם בנקודה זו מקובלת עליי עמדתה של השופטת רונן שלפיה האינטרס המשותף בהיפרדות, כמו גם ההנאה המשותפת ממנה מצדיקה למסות את בעלי המניות לפי החלופה הראשונה בחוזר רשות המסים: כלומר, לראות את בעלי המניות כולם (ערב המכירה) ככאלו שקיבלו דיבידנד בגובה שווי המכירה (לפי חלקם היחסי ערב המכירה). תוצאה אחרת שלפיה הכלל המשפטי יחייב את בעל המניות הנותר במס על דיבידנד בגובה שווי הרכישה כולו, עשויה להטיל עליו חבות שאינה מוצדקת.

14. סוף דבר: אני מצטרף אפוא לחוות דעתה של חברתי השופטת ר' רונן, ואף לשיטתי יש לקבל את ערעור פקיד השומה בעניין בית חוסן ולדחות את הערעור בעניין טיידה. מצטרף אני גם למסקנת חברתי שאין מקום לעשות צו להוצאות בערכאה זו.

המשנה לנשיאה

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור בע"א 8116/21; כמו כן הוחלט לקבל את ערעורו של פקיד השומה עכו בע"א 9308/20, כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן, אליו הצטרף המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, כנגד דעתו החולקת של השופט א' שטיין – והכל, ללא צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ב בשבט התשפ"ג (13.2.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה