

מיסוי בעל המניות שמניותיו לא נרכשו ברכישה עצמית

מאת

אמיר קופר, עו"ד ורו"ח ; צבי דרנגר, עו"ד¹

מבוא

פרשת ברנובסקי², שהוכרעה לאחרונה בית המשפט המחוזי בתל אביב, נגעה בסוגיה שטרם נידונה בפסיקה הישראלית - מיסוי בעל המניות שמניותיו לא נרכשו כאשר החברה מבצעת רכישה עצמית מבעלת מניות אחרת.

באותו מקרה קיבל בית המשפט את גישת רשות המיסים והתייחס לרכישה העצמית כהטבה שניתנה לבעל המניות האחר, אשר יש לסווגה כהכנסת דיבידנד, וזאת לנוכח מכלול ההסכמים והתמורות ההדדיות שהועברו בין בעלי המניות. בנוסף, קיבל בית המשפט את הטענה החלופית, כי הרכישה העצמית מהווה עסקה מלאכותית שכשלה במבחן "יסודיות הטעם המסחרי", ומשכך יש להתעלם ממנה ולאפשר לפקיד השומה לבנות מחדש את העסקה כחלוקת דיבידנד שלוותה בעסקה במישור בעלי המניות.

כפי שנראה, העובדות הספציפיות שפורטו בפרשת **ברנובסקי** לא יכלו להוביל לכל הכרעה זולת זו שנתקבלה על ידי בית המשפט. עם זאת, לטעמנו, העניין החדשני שבפרשת **ברנובסקי** אינו נובע אך מן הנסיבות הקונקרטיות של אותו מקרה, אלא מהגישה הכללית המופיעה מפסק הדין שלפיה, כל רכישה עצמית של מניותיו של אחד מבעלי המניות (להלן: "**בעל המניות הנרכשות**"), אשר נובעת מהסכמה ברמת בעלי המניות, עשויה להיות מסווגת כדיבידנד לבעל המניות שמניותיו לא נרכשו (להלן: "**בעל המניות הנותר**"). לעניות דעתנו, גישה זו עשויה להוביל להטלת חיוב במס גם במקרים בהם אין ראוי לעשות כן.

תוצאה זהה לתוצאת פסק הדין ניתן לקבל גם בגישה החלופית בה נקט בית המשפט בפרשת **ברנובסקי** - ניתוח העסקה כעסקה מלאכותית. גם כאן הכריע בצדק בית המשפט, כי בנסיבות הקונקרטיות של פרשת **ברנובסקי** יש לראות את העסקה כמלאכותית. אך גם כאן דומנו כי ראוי שבמקרים אחרים תינתן הגנה מפני הפעלת דוקטרינת העסקה המלאכותית.

1 האמור במאמר מייצג את דעתו האישית בלבד של הכותב ואינו מהווה את עמדתה הרשמית של רשות המיסים.
2 עמ"ה 21268-06-11 דן ברנובסקי נ' פקיד שומה גוש דן, "מיסים" כח/2 (אפריל 2014) ה-95 (להלן: "פרשת ברנובסקי").

בחלק הראשון של המאמר נציג בקצרה את עובדות המקרה בפרשת **ברנובסקי** ואת עיקרי הכרעת הדין. בחלק השני של המאמר נדון בקשיים שעשויים להתעורר עקב ההכרעה בפרשת **ברנובסקי**. בחלק השלישי נדון בשאלה, האם לבעל מניות שמניותיו לא נרכשו כלל אכן צמחה הכנסה החייבת במס. בחלק הרביעי נדון בסוגיית העסקה המלאכותית בהקשר לרכישות עצמיות. בחלק החמישי והאחרון של המאמר נציג את התמודדות המשפט האמריקאי עם סוגיית מיסוי הרכישה העצמית.

עובדות פרשת ברנובסקי ועיקרי ההכרעה

חברת נכסי משפחת ברנובסקי בע"מ ("החברה") הוחזקה בחלקים שווים בידי ארבעה בעלי מניות, בני משפחת ברנובסקי - הנישום דן ("דן"), אחותו יהודית ("יהודית") ושני הוריהם. בשלב מסוים העבירו ההורים את מניותיהם לדן, אשר החזיק כתוצאה מכך ב-75% ממניות החברה. בסמוך לשנת 2000 נתגלע סכסוך בין דן ובין יהודית בנוגע לשלל נכסי המשפחה והשניים הגישו תביעות הדדיות לבית משפט לענייני משפחה. דן ויהודית הגיעו לפשרה, אשר קיבלה תוקף של פסק דין בבית המשפט לענייני משפחה, במסגרתה חילקו ביניהם את הנכסים המשפחתיים (כולל את מניות החברה, אך גם נכסים משפחתיים אחרים) והסתלקו מן התביעות ההדדיות.

באשר לחברה קבע הסכם הפשרה, כי 250 מניות שהועברו מהאם לאב יוחזרו לעזבון האם. לאחר חלוקת עזבון האם בין דן ויהודית, יחזיק דן 62.5% ממניות החברה ויתרת ה-37.5% של המניות תוחזק על ידי יהודית. עוד נקבע כי החברה, שבאותה עת החזיקה רק מזומן ושווי מזומן בשווי הקרוב ל-100,000,000 ש"ח, תרכוש את מניותיה של יהודית בתמורה ל-37,500,000 ש"ח.

פקיד השומה קבע בצו, כי "העסקה מורכבת מביצוע חלוקת דיבידנד לשני בעלי המניות בחברה עובר לרכישה. בכספי הדיבידנד שקיבל, השתמש המערער למימון רכישת המניות של אחותו, כאשר חלוקת הדיבידנד שקדמה לרכישה, הביאה לירידה בשווי המניות החברה בעת ביצוע רכישת מניותיה של האחות בידי המערער". לחלופין, טען פקיד השומה כי מדובר בעסקה מלאכותית.

בית המשפט קיבל את עמדת פקיד השומה וקבע כי:

"אפשר שבאופן פורמאלי לא קיבל המערער כספים ישירות מהחברה במהלך רכישת המניות על ידי חברה, אולם אין ספק שבמסגרת הסכם הפשרה קיבל המערער נכסים וכספים...". 3.

ההכרעה בפסק הדין אינה מהווה חידוש מהותי. דן, בעל השליטה בחברה, מורה לחברה לרכוש את מניותיה של יהודית; בתמורה, יהודית מעבירה לדן תשלום כחלק ממכלול הסכם הפשרה.

על אף שהדברים לא נאמרו במפורש בפסק הדין, יש להניח כי התשלום מיהודית לדן היה פטור ממס בהיותו מתנה בין אחים הפטורה ממס.⁴ במובן המהותי, דן ניסה להמיר הכנסת דיבידנד חייבת, אשר שימשה אותו לשם רכישת מניותיה של אחותו בחברה, בהכנסה פטורה אחרת, על ידי תכנון מס אסור.

בית המשפט נמנע במפורש מלקבוע עמדה עקרונית בשאלה, האם יש לראות כל רכישה עצמית כחלוקת דיבידנד לבעלי המניות שמניותיהם לא נרכשו. עם זאת, בית המשפט מוסיף ומתייחס לשאלה באילו מצבים אחרים ניתן יהיה לסווג רכישה עצמית כחלוקת דיבידנד לבעלי המניות הנותרים:

"אפילו אניח כי מלוא הסכום שולם ליהודית עבור חלקה במניות החברה, נראה כי בנסיבות העניין יש לראות ברכישת מניות החברה שהיו בידי יהודית כחלוקת דיבידנד לכל בעלי המניות בחברה. רכישת מניות עצמית מחלק מבעלי המניות בחברה משנה את השיעור היחסי של המניות שבידי בעלי המניות הנותרים. במקביל שוויה של החברה מתמעט בשיעור הסכום שהוציאה לרכישת המניות. במצב כזה השווי הכלכלי של המניות שבידי בעלי המניות הנותרים לא משתנה, ועל כן, בדרך כלל מבחינת בעלי המניות הנותרים אין כל התעשרות במקרה של רכישת מניות עצמית מחלק מבעלי המניות. בענייננו מצב דברים שונה באופן מהותי. לחברה לא היה צורך ברכישת עצמית של המניות, ורכישה זו של המניות נעשתה במסגרת חלוקת נכסי משפחת ברנבסקי בין המערער ויהודית, דהיינו רכישה במישור בעלי המניות, ועל כן יש לראות רכישה כזו כחלוקת דיבידנד גם למערער".⁵

בית המשפט מציע מבחן דו-שלבי. רכישה עצמית תסווג כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנותר אם: (1) "לחברה לא היה צורך ברכישת העצמית", וכן (2) העסקה היא "במישור בעלי המניות". עסקה שעונה על המבחן הדו-שלבי תסווג כדיבידנד לבעל המניות הנותר, אפילו אם מלוא הסכום של הרכישה העצמית שולם עבור מניות החברה, כלומר מבלי שניתנה תמורה נוספת ברמת בעלי המניות.

לאור דברים אלו, קבע בית המשפט, כי יש לראות את הרכישה העצמית כעסקה רעיונית דו-שלבית בה חילקה החברה דיבידנד בסך 37,500,000 ש"ח לכלל בעלי מניותיה על פי שיעור החזקתם, ולאחר מכן רכש דן את מניותיה של יהודית. על דן הוטל מס בגין הכנסה בסך 67.5% מהדיבידנד הרעיוני (כלומר, 25,312,500 ש"ח), ועל יהודית הוטל מס בגין הכנסת דיבידנד בגובה 32.5% מסך הדיבידנד הרעיוני (כלומר, 12,187,500 ש"ח) ובגין רווח הון על מכירת מניותיה לדן בתמורה לסכום הדיבידנד שקיבל דן (כלומר, דן שילם 25,312,500 ש"ח ליהודית בתמורה למניותיה). יוער כבר כעת, כי אופן המיסוי של יהודית לא נידון כלל במסגרת פסק הדין, אלא נקבע במסגרת הסכם שומה נפרד שנחתם בינה לבין פקיד השומה.

4 סעיף 97(א)(5) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה"); סעיף 62(א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963.
5 שם, פסקה 5.

בנוסף לכך, בית המשפט קיבל גם את טענתה החלופית של רשות המיסים וקבע, כי הרכישה העצמית הינה עסקה מלאכותית. בית המשפט קבע כי לא היה כל טעם מסחרי ברכישה העצמית, מאחר שלחברה לא הייתה כל פעילות עסקית בעת הרכישה ומאחר שמניות המיעוט של יהודית לא איפשרו לה למנוע ניהול תקין של החברה.

הקשיים העולים מפסק הדין בפרשת ברנובסקי

כאמור, הנסיבות הקונקרטיות של פרשת **ברנובסקי** הן נסיבות של תכנון מס אסור. הנישום ניסה להמיר את הכנסתו החייבת בהכנסה פטורה. משכך, בצדק התעלם בית המשפט מהכסות המשפטית שהצדדים הלבישו על העסקה ביניהם וקבע את חבות המס על פי המהות הכלכלית של העסקה. עם זאת, יש לעמוד על מספר קשיים העשויים להתעורר עקב הכרעה זו.

הקושי הראשון שמעורר פסק הדין נוגע דווקא לנושא שלא נידון כלל על ידי בית המשפט - הטיפול המיסויי במניותיו של דן **בעתיד**. בית המשפט קיבל את עמדת פקיד השומה וקבע, כי מדובר בעסקה רעיונית דו-שלבית - חלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות (כאשר דן קיבל דיבידנד של 25,312,500 ש"ח מהסכום הכולל), ולאחריה רכישת מניות יהודית על ידי דן. לשם ההקבלה, אילו היה מדובר באירוע ממשי ולא רעיוני, בתום העסקה הדו-שלבית היו בידי דן 375 מניות נוספות שמחירן המקורי הוא 25,312,500 ש"ח. וממילא, במועד מכירת המניות או פירוק החברה בעתיד, יזכה דן למגן מס בגובה מחיר מקורי זה.

יש להניח כי הצדדים בפרשת **ברנובסקי** לא טענו דבר לעניין המחיר המקורי של המניות של בעל המניות הנותר, וממילא בית המשפט לא נדרש להכריע בסוגיה. אולם ראוי ומתבקש כי רשות המיסים תאפשר להגדיל את המחיר המקורי של מניותיו הקיימות של דן, בכדי להימנע מכפל מס במקרה זה.

אולם, לטעמנו, הקושי העקרוני יותר המתעורר בפרשת **ברנובסקי** אינו נוגע כלל לנסיבות הקונקרטיות של אותה פרשה, אלא למקרה ההיפותטי שמעלה בית המשפט בפסק הדין. בית המשפט מגלה דעתו, כי אפילו במקרה בו הרכישה העצמית נעשתה תמורת שווי המניות בלבד, עדיין ניתן יהיה לראות בעסקה חלוקת דיבידנד לבעל המניות הנותר, אם, כלשונו של בית המשפט: (1) הרכישה היא "רכישה במישור בעלי המניות", כלומר ההחלטה על הרכישה העצמית נתקבלה במסגרת עסקה שבין בעלי המניות, וכן, (2) "לחברה לא היה צורך ברכישה עצמית של המניות", כלומר החברה לא רוכשת את מניותיה מטעמים עסקיים.

לטעמנו, גישה זו חוטאת בתחולה רחבה יתר על המידה.

ראשית, כאשר עוסקים בחברת מעטים, קשה לדמיין עסקה שבמסגרתה תעביר החברה כספים לידי בעל מניות אחד מבלי שהדברים נידונו והוסכמו בין כלל בעלי המניות קודם לכן. עסקה כזו כמעט תמיד תהיה, במידה מסוימת, בגדר "רכישה במישור בעלי המניות". האם סביר כי חברה המוחזקת בידי שני בעלי מניות תרכוש את מלוא מניותיו של בעל מניות אחד, מבלי שמדובר בהחלטה שנתקבלה קודם ברמת בעלי המניות?

שנית, קשה לראות חברת מעטים כלשהי העונה על "דרישת הצורך" של החברה ברכישה עצמית. רכישה עצמית היא, במהותה, חלוקה של נכסי החברה לבעלי מניותיה. הטיפול המיסוי בעסקה יכול שיהיה בקביעה כי לפנינו רווח הון או בקביעה כי מדובר בדיבידנד, אך מבחינה עסקית, וכך גם מבחינת הדין הכללי, רכישה עצמית היא תמיד חלוקת נכסים. רבות נכתב בספרות המקצועית על הטעמים העסקיים העומדים מאחורי ביצוע חלוקה. מדובר בכלי מוצלח להתמודדות עם בעיית הנציג על ידי העברת משאבים מהדירקטוריון לבעלי המניות ומדובר באיתות של הדירקטוריון בנוגע לחוסנה הכלכלי של החברה. רכישה עצמית יכולה גם להיות עסקה מסחרית משתלמת אם הדירקטוריון מאמין כי יוכל להנפיק את המניות בתמורה גבוהה יותר מעלות הרכישה. אין ספק כי טעמים אלו כולם עונים על "דרישת הצורך" ברכישה העצמית, אך הם טעמים הנכונים רק לחברות ציבוריות.

לעומת זאת, חלוקת נכסי החברה הפרטית לבעלי מניותיה, בין אם החלוקה נעשית ברכישה עצמית או בדיבידנד, היא כמעט תמיד חלוקה שלחברה אין צורך בה והיא נועדה לשרת רק את צורכי בעלי המניות. קשה לדמיין מקרים רבים של רכישות עצמיות בחברות מעטים אשר יענו על "דרישת הצורך". אדרבה, בספקטרום הצר של בחינת מישור החברה בלבד, הרי שהצורך של החברה הוא שימור נכסיה ולא חלוקתם מבלי שמתקבלת כל תמורה.

לאור האמור עד כה, הרי שקביעתו העקרונית של בית המשפט עלולה לפתוח פתח רחב מדי שיאפשר לסווג כמעט כל עסקת רכישה עצמית בחברות פרטיות כעסקה דו-שלבית - חלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות על פי שיעור אחזקתם ולאחר מכן רכישת המניות של בעלי המניות הפרושים על ידי בעלי המניות הנותרים. כפי שנראה, תחולת היתר אשר עלולה לנבוע מגישה זו עומדת בסתירה לעקרונות מיסוי בסיסיים המקובלים בדין הישראלי, ותוביל לכך שנישומים רבים ייתפסו ברשת המס שלא לצורך.

האם יש הכנסה לבעל המניות שמניותיו לא נרכשו על ידי החברה?

לטעמנו, החשש מתחולת היתר האפשרית של הלכת **ברנובסקי** יכול להתפוגג בנקל אם ננתח את אירוע הרכישה העצמית באמצעות עקרונות מס בסיסיים. השאלה העיקרית שעמדה לפתחו של בית המשפט הינה, האם הרכישה העצמית היטיבה עם דן, בעל המניות שמניותיו לא נרכשו. רכישה עצמית שמקורה בעסקה ברמת בעלי המניות תמיד מיטיבה עם בעל המניות הנותר, שכן החברה מבצעת את רצונו. עם זאת, לא די בכך שהחברה מיטיבה עם בעל מניותיה בכדי לכלול הטבה זו בהכנסה החייבת של בעל המניות.

הפקודה מטילה מס על הכנסתו של אדם, אך נמנעת מלהגדיר במפורש מהי הכנסה. סעיף 1 לפקודה מסתפק בקביעה, כי הכנסה היא "סך כל הכנסתו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3 בצירוף סכומים שנקבע לגביהם בכל דין שדינם כהכנסה לעניין פקודה זו". הגדרה זו מבהירה על אלו סוגי הכנסה יוטל מס (קרי, סוג ההכנסה שנובעת מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3), אך לא מסייעת במענה על השאלה העקרונית, מהי "הכנסה".

על אף שהפקודה לא מגדירה מהי אותה "הכנסה" חמקמקה, ברור הדבר, מעיון במכלול הוראות דיני המס בישראל, כי לא כל התעשרות של נישום מהווה הכנסה.

מלבד חריגים בודדים,⁶ הכנסה היא אך ורק התעשרות שמומשה. בעוד התעשרות היא עלייה בשווי הכלכלי נטו של אדם, הרי שהכנסה היא **מימוש** העלייה בשווי הכלכלי נטו של האדם. "עקרון המימוש" הוא "מאבני היסוד של דיני המס" הישראליים,⁷ עליו אף נאמר כי "לעניין זה אין היא (הפסיקה בנושא עקרון המימוש - א.ק.ו-צ.ד.) אלא ביטוי לעקרון שאין אדם חייב במס אלא על רווח שמימש... ההיגיון שבדבר בולט לעין, עד כדי כך, שהמחוקק אפילו לא טרח להעלותו על ספר החוקים".⁸ הפסיקה מכירה בשלושה נימוקים העומדים ביסודו של עקרון המימוש: האחד, נזילות הנישום, כלומר דחיית המס עד מועד מימוש הנכס מבטיחה כי לנישום אמצעים כספיים זמינים לתשלום המס; השני, יכולת מדידה, כלומר אירוע המימוש מהווה אמת מידה נוחה למדידת גובה הרווח שהופק; והשלישי, גורם הוודאות, כלומר אירוע המימוש יוצר ודאות כי השקעת הנישום מולידה רווח חייב במס ולא מדובר בעליית ערך העלולה להתהפך בעתיד לירידת ערך.⁹

"עקרון המימוש" אינו נחלת שיטת המס הישראלית בלבד. עוד מימיו הראשונים של משטר מיסוי ההכנסה קבע בית המשפט העליון בארה"ב¹⁰, כי סעיף חוק המטיל מס על חלוקת מניות הטבה אינו חוקתי, בהיותו סותר את המנדט הניתן בחוקה לשלטון הפדרלי למסות "הכנסה". הכרעה זו נתקבלה חרף העובדה שבפסק דינו, הכיר בית המשפט העליון בזהות הכלכלית הקיימת בין חלוקת מניות הטבה לבין חלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות שלאחר מכן רכשו מניות נוספות בחברה. בהיעדר מימוש, נקבע, לא ניתן לדבר על הכנסה.

אם ננתח את העובדות הקונקרטיות שנידונו בפרשת **ברנובסקי** לאור דרישת המימוש, קל להבין את הכרעת בית המשפט. דן גרם לחברה לרכוש את מניותיה של יהודית, ובכך החברה היטיבה עימו. הטבה זו אין די בה בכדי להיכלל בהכנסה החייבת, שכן עדיין לא מדובר בהמרה של התעשרות של החברה לנכס המוענק בפועל לדן. בתמורה לרכישה של מניותיה של יהודית, קיבל דן תשלום מיהודית במסגרת הסדר הפשרה, ובכך מימש את ההתעשרות. כאמור, ההתעשרות עצמה אינה חייבת במס, אלא רק המימוש שלה.

המקרה ההיפותטי שמציע בית המשפט - רכישה עצמית שנובעת מהסכמה ברמת בעלי המניות מבלי שלחברה יש צורך בה - הוא שונה במהותו. אכן, בעל המניות הנותר גורם לחברה לרכוש את מניות בעלת המניות הנרכשות אך ורק בכדי לשרת את רצונו שלו, ואין ספק כי החברה מיטיבה את מצבו של בעל המניות הנותר בכך שהיא מגשימה את רצונו. עם זאת, במקרה ההיפותטי הנ"ל, בעל המניות הנותר לא מקבל תשלום בפועל בגין הרכישה העצמית. ההטבה נותרת לא ממומשת, ולכן לא ניתן לראות את בעל המניות הנותר כמקבל הכנסה.

6 ראו, לדוגמה, את הוראת סעיף 88 לפקודה אשר קובע, כי הכנסות מהפרשי שער ייכללו בהכנסה החייבת על בסיס מצטבר.

7 ע"א 6126/98 **חברת חלקה 510 בגוש 6043 בע"מ (בפירוק מרצון) נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון**, פ"ד נה(4) 769, בפסקה 9 לפסק הדין (להלן: "**פרשת חברת חלקה**").

8 ע"א 221/65 **שלמה כהן נ' פקיד השומה גוש דן**, פ"ד כ(2) 421, 442.

9 פרשת **חברת חלקה**, לעיל ה"ש 6, בפסקה 11.

10 **Eisner v. Macomber**, 252 US 189 (1920)

ניתן להבין עניין זה גם בדרך אחרת - באמצעות בחינת מערך הזכויות של הנישום לפני עסקת הרכישה העצמית ולאחריה. בעל המניות הנותר מוותר על זכותו לקבל דיבידנד בעתיד (שכן עודפי החברה הוקטנו בגובה הרכישה העצמית) בתמורה להגדלת שיעור החזקתו בחברה (בגובה שיעור המניות שנרכשו). שווי החזקה בחברה, מבחינה כלכלית, הוא שווי זרם הדיבידנדים שיתקבל בעתיד מהמניות.¹¹ אך מעבר לכך שהשינוי במערך הזכויות אינו מהווה התעשרות, השינוי במערך הזכויות של בעל המניות אף אינו מהווה המרה של נכס אחד באחר. בעל המניות אינו מחזיק בזכות בעלת אופי אחר או בזכות זהה בחברה אחרת. בעל המניות לא שינה כלל את מערך הזכויות הכלכליות שלו - הוא מחזיק בזכות לדיבידנד בשווי זהה לחלוטין לשווי שהחזיק עובר לעסקה. הזכות לא הומרה למזומן או לכל נכס אחר.

ניתוח עסקת רכישה עצמית באמצעות השאלה הבסיסית, האם מדובר במימוש התעשרות, יאפשר לרשות המיסים לנפות את תכנוני המס האסורים מעסקאות לגיטימיות בשוק. עצם העובדה שהחלטה על ביצוע עסקה התקבלה בפועל ברמת בעלי המניות, אינה רלוונטית לאופן מיסוי העסקה אם בעלי המניות בכל מקרה לא מימשו התעשרותם.

דוקטרינת העסקה המלאכותית

בית המשפט, כאמור, קיבל בפרשת **ברנובסקי** גם את טענתו החלופית של פקיד השומה, כי עסקת הרכישה העצמית היא עסקה מלאכותית, וכי בסמכות פקיד השומה לקבוע שבמקום הרכישה העצמית בוצעה למעשה עסקה דו-שלבית של חלוקת דיבידנד לכל בעלי המניות על פי שיעור החזקתם, שלאחריו רכש דן את מניותיה של יהודית.

הכרעה זו התבססה על מבחן "יסודיות הטעם המסחרי", כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון בהלכת **סגנון שרותי תקשוב**¹² על פי מבחן זה, עסקה מלאכותית היא עסקה שהטעם המסחרי אינו הטעם היסודי לביצועה. הניתוח בפרשת **ברנובסקי** לעניין התקיימות יסודיות הטעם המסחרי הוא קצר וממצה. בית המשפט קבע, כי החברה שימשה בפועל כקופת מזומנים ולא הייתה לה כל פעילות עסקית, ולכן ממילא לא יכול להיות לה טעם מסחרי בביצוע הרכישה העצמית. בנוסף נקבע, כי מאחר שיהודית הייתה בעלת מניות מיעוט אשר לא סביר שהייתה מסוגלת לפגוע בניהול התקין של החברה, לחברה לא היה כל טעם מסחרי ברכישת מניותיה.

ניתן להניח שמסד עובדתי שונה במקצת יכול להוביל לתוצאות אחרות. חברה שהיא קופת מזומנים היום יכולה בקלות להיחפך לחברה עסקית מחר. נישום שיוכיח כי בעת הרכישה העצמית החברה התכוונה (ואפילו אולי רק שקלה) להיכנס לפעילות עסקית חדשה, הרי שיוכל להוכיח כי היה טעם מסחרי בביצוע הרכישה העצמית. רשות המיסים או בתי המשפט לא נועדו להכריע בשאלה, האם השיקול העסקי הוא מוצלח, אלא רק האם היה קיים במציאות שיקול עסקי.

11 כמקובל על פי מודל גורדון, לפיו שוויה של מניה הוא היוון סך זרם הדיבידנדים העתידי הצפוי מהמניה.
12 ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב נ' פקיד שומה פתח תקווה, "מיסים" כה/5 (אוגוסט 2011) ה-182 (להלן: "הלכת סגנון").

אם הרכישה העצמית היא הכרחית בכדי לאפשר תחילתה של פעילות עסקית, הרי שמדובר בטעם מסחרי, אפילו אם הפעילות העסקית טרם החלה או אם בדיעבד החברה לא הצליחה להתחיל בפעילות זו. בנסיבות אלו ניתן יהיה גם לטעון, שאין לשלול את הטעם המסחרי אפילו ברכישת בעל מניות מיעוט. בעל מניות מיעוט אגרסיבי שמקפיד לעמוד על זכויותיו, למשל, באמצעות הגשת תביעות נגזרות, בהחלט יכול להגביל את הפעילות העסקית של החברה ומשכך לחברה יכול להיות טעם מסחרי אמיתי ברכישת מניותיו. לשון אחר - לא רק רכישה עצמית של בעלי מניות שליטה היא מוצדקת מבחינה מסחרית.

עם זאת, לטעמנו, מאחורי שאלת התקיימות יסודיות הטעם המסחרי המנותחת בפרשת **ברנובסקי** מסתתר לו דיון בסוגיה עקרונית יותר - האם בכלל ראוי להפעיל את דוקטרינת העסקה המלאכותית במקרה של רכישה עצמית של מניות. במקרים רבים חברה עשויה לחלק דיבידנד או לרכוש מניותיה אך ורק מתוך רצון לחלק נכסיה לידי בעלי המניות. החלוקה לא מקדמת כל אינטרס מסחרי של החברה המחלקת והיא מבוצעת אך ורק מאחר שבעלי המניות מעוניינים בקבלת דיבידנד על השקעתם. יתרה מכך, החלוקה אף עשויה לסתור במקרים רבים את האינטרס המסחרי של החברה, שכן היא מתפרקת מנכסיה.

ודאי שניתן למצוא טעמים מסחריים לחלוקה, בעיקר עבור חברות ציבוריות, כפי שתואר לעיל, אך במקרים רבים, בעיקר בנוגע לחברות פרטיות - החלוקה נעשית בכדי לשרת את האינטרס הפרטי של בעל המניות ולא מתוך טעם מסחרי כלשהו של החברה. האם נכון להעניק לפקיד השומה את הכוח לפסול כל חלוקה שאינה נעשית מטעמים מסחריים רק משום שהוא יכול לבנות עסקה אחרת המובילה לחבות מס גבוהה יותר?

בית המשפט בפרשת **ברנובסקי** נמנע מלהתייחס כלל לשאלה זו. כפי שנראה בהמשך, התוצאה הסופית אליה הגיע בית המשפט הייתה ראויה מאחר שהעסקה שנדונה שם אכן מלאכותית, לנוכח התמורה שקיבל דן מיהודית. עם זאת, ניתוח אנליטי מדויק יותר של דוקטרינת העסקה המלאכותית עשוי להבטיח כי רכישות עצמיות אחרות לא ייחשבו כעסקאות מלאכותיות.

הלכת **סגנון** עליה מסתמך בית המשפט בפרשת **ברנובסקי** היא חדשנית בשני היבטים. ההיבט הראשון, אשר מרחיב את גדרי העסקה המלאכותית, הוא הקביעה שהמבחן למלאכותיות העסקה הוא מבחן "יסודיות הטעם המסחרי" (במקום מבחן "הטעם המסחרי" גרידא שהיה מיושם עד אותה עת בחלק מהמקרים). מאידך, בהיבט שני, הלכת **סגנון** מצמצמת את גדרי העסקה המלאכותית, בכך שסמכות פקיד השומה להפעיל את דוקטרינת העסקה המלאכותית מוגבלת למצבים מסוימים.

בהלכת **סגנון** נפסק, כי בכדי לקבוע האם עסקה שביצע נישום היא עסקה מלאכותית, ומשכך לאפשר לפקיד השומה להתעלם ממנה ולבנות אותה מחדש, יש לענות בחיוב על שתי שאלות:

1. האם בכוונת המחוקק לשלול את הטבת המס שנתקבלה, כלומר - האם תכנון המס הינו "תכנון מס שלילי"?
2. האם קיימת לפקיד השומה עילה להתערבות בעסקה לפי מבחן "יסודיות הטעם המסחרי"?

כך תיאר בית המשפט העליון בפרשת סגנון את חשיבות השאלה הראשונה - האם תכנון מס הוא שלילי:

"בהקשר זה יש לעמוד על ההבחנה בין 'תכנון מס חיובי' לבין 'תכנון מס שלילי'.
לעיתים יתכן מצב בו ניצולה של הטבה יהיה כולו במישור הפיסקאלי, ללא שהתקיימה מטרה מסחרית. תכנון מס אשר נוצר על-ידי ניצול תמריץ מס שניתן על ידי המחוקק צריך שיחשב כתכנון מס לגיטימי. תכנון מס מסוג זה יכול שייחשב כ"מלאכותי" מבחינה מושגית, אך אין זה סביר כי פקיד השומה יתעלם מיתרונות המס הנובעים ממנו או יסווגו מחדש, שכן הוא ממלא אחר כוונת המחוקק, ובטרמינולוגיה בה משתמש פרופ' גליקסברג בספרו הנ"ל, מדובר ב"תכנון מס חיובי" (ראו גם: עמ"ה (ת"א) 1125/00 סילבאן נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (טרם פורסם, 9.1.2003), פסקאות 12-16). המחוקק מעודד במפורש בחוק סוג זה של תכנון, והטבת המס מהווה מעין תמריץ לנישום. "תכנון מס שלילי", לעומת זאת, הוא תכנון שמנצל "פרצות" הקיימות בחוק, שהמחוקק אינו מודע אליהן, אף שגם תכנון זה נעשה "בהתאם לחוק". אכן, לא כל עסקה המבוססת על תכנון מס שלילי תיחשב ל"עסקה מלאכותית". עסקה שכזו תיבחן על-פי הנורמות האנטי-תכנוניות, והמבחנים שהותוו בפסיקה להפעלתן, במטרה לבדוק אם ניצול היתרון המיסוי לגיטימי הוא, אם לאו."13

בהמשך קבע בית המשפט, כי מבחן כוונת המחוקק הוא שיקבע, האם מדובר בתכנון מס שלילי או לא, וכדבריו: **"על-מנת לזהות 'תכנון מס שלילי', מציע פרופ' גליקסברג לבחון את התשובה לשאלה ההיפותטית הבאה: 'האם היה [המחוקק] משנה את החוק לאור תכנון המס'".**¹⁴ פעולה שאינה נוגדת במפורשת את כוונת המחוקק מהווה תכנון מס חיובי (תכנון מס שהמחוקק התכוון לעודד) או למצער תכנון מס נייטרלי (תכנון מס שהמחוקק לא ביקש לשלול). רק לאחר שנקבע שמדובר בתכנון מס שלילי, **"יש להמשיך ולבדוק אם קיימת למשיב (פקיד השומה - א.ק. ו-צ.ד.) עילה להתערב בה"** על פי דוקטרינת יסודיות הטעם המסחרי.¹⁵

בפרשת **ברנובסקי** ברור כי כוונת המחוקק היא לשלול את הטבת המס של הנישום, מאחר שמדובר בתכנון מס שלילי. דן הפחית את חבות המס שלו על ידי כך שלא כלל את הדיבידנד בהכנסתו, אך קיבל בפועל את כספי הדיבידנד מאחותו יהודית בעסקה פטורה ממש. דן מימש את החזקתו בחברת **ברנובסקי** ולפיכך צמחה לו הכנסה, אך הכנסה זו זכתה לפטור בניגוד לכוונת המחוקק. מאחר שהנישום בפרשת **ברנובסקי** לא צלח את המשוכה הראשונה - כוונת המחוקק, בדיון הפעיל בית המשפט את דוקטרינת יסודיות הטעם המסחרי, קבע כי מדובר בעסקה מלאכותית ושלל את הטבת המס שנתקבלה.

אך מה תהא תוצאת הניתוח הנ"ל במקרה ההיפותטי שמעלה בית המשפט - מקום שבו החברה מבצעת רכישה עצמית של מניות במסגרת הסכם ברמת בעלי המניות מבלי שיש לחברה צורך ברכישה העצמית, אך בעל המניות הנותר לא מקבל תמורה אחרת מבעלת המניות השנייה?

13 שם, פסקה 10.
14 שם, פסקה 11.
15 שם, פסקה 13.

שאלת יסודיות הטעם המסחרי נענית כמעט מאליה. בתרחיש זה ברור שלחברה אין טעם מסחרי בפעולה, שכן מדובר בעסקה ברמת בעלי המניות, שאינה מקדמת כלל את האינטרס המסחרי של החברה. ייתכן שהעסקה, שבמסגרתה מתפרקת החברה מנכסיה, אף מנוגדת לאינטרס המסחרי של החברה. הקושי נעוץ בכך שכמעט כל מקרה של חלוקה (בדיבידנד או ברכישה עצמית) אינו משרת את האינטרס המסחרי של החברה המחלקת. אולם, הפתרון לקושי זה נמצא בבדיקה, האם התמלאה הדרישה לעמוד במשוכה הראשונה במבחן הדו-שלבי שנקבע על ידי בית המשפט העליון - האם מדובר בתכנון מס המנוגד לכוונת המחוקק? ככל שהמחוקק לא התכוון לשלול את תכנון המס, אין לפקיד השומה עילת התערבות בעסקה.

דומנו כי לא ניתן לייחס למחוקק כוונה להטיל מס במקרה ההיפותטי לעיל. בין אם העסקה נרקמה ברמת בעלי המניות או ברמת החברה מול בעלי מניותיה, כוונת המחוקק היא למסות את ההכנסה של הנישום. אין כל כוונה למסות את עצם המעורבות של הנישום בעסקה שלא הניבה כל הכנסה. כך למשל, תוצאת המס תהא זהה עבור נישום שקיבל דיבידנד לאחר שהשפיע על החברה לחלק את הדיבידנד ועבור נישום אחר שקיבל דיבידנד מבלי שעשה דבר לשם כך. המחוקק מבקש להטיל מס על שינויים כלכליים - מימוש של השקעה - ולא על עצם התהליך שהוביל לשינויים הכלכליים (למרות שיש לזכור כי במקרים מסוימים, תהליך זה בהחלט יכול להשפיע על סיווג ההכנסה כהכנסה פסיבית או כהכנסה מעסק אך עדיין, המדובר בכל מקרה על סיווג הכנסה שמומשה בפועל).

נשווה כעת בין שני תרחישים אפשריים. בתרחיש האחד, בעל מניות מיעוט מסכם עם בעל מניות הרוב כי החברה תרכוש את מניותיו של בעל מניות הרוב בעבור שוויין (כלומר ללא תמורה לבעל מניות המיעוט). בתרחיש האחר, בעל מניות הרוב משפיע על החברה לרכוש את מניותיו, מבלי שעירב כלל בעניין את בעל מניות המיעוט. התוצאה הכלכלית היא זהה בשני המקרים, ללא קשר למעורבות של הנישום בעסקה. לא ניתן, לטעמנו, לייחס למחוקק כוונה להפלות בין שני נישומים אשר התוצאה הכלכלית מפעילותם היא זהה.

רכישה עצמית שהיא למעשה עסקה ברמת בעלי המניות, אינה תכנון מס שלילי בהכרח. אמת המידה למיסוי בעלי המניות הנותרים צריכה להיות התמורה שקיבלו בעד הרכישה העצמית, ולא עצם מעורבותם בעסקה. רק לאחר שיראה פקיד השומה, כי הרכישה העצמית הצמיחה הכנסה לבעל המניות הנותר, ניתן לפנות ולבחון את יסודיות הטעמים המסחריים שבבסיס העסקה בכדי להחליט האם מוצדקת התערבות פקיד השומה.

יש שיטענו כי גם לפי הגישה שבמאמר זה, ברוב המקרים רכישה עצמית שהיא עסקה ברמת בעלי המניות צריכה להיות מסווגת כחלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות. ניתן לטעון כי הסיכום העקרוני ברמת בעלי המניות על הרכישה העצמית עולה כדי יצירת התחייבות של בעל המניות הנותר לרכישת המניות של בעל המניות הנרכשות, ולפיכך החברה הנוטלת, בסופו של יום, התחייבות זו על עצמה ורוכשת את מניותיו של בעל המניות הנרכשות משחררת בכך את בעל המניות הנותר מהתחייבותו. שחרור זה מהווה מימוש של התעשרות, שהוא הכנסה החייבת במס. כלומר, עצם העובדה שבעל המניות מורה לחברה לרכוש את מניותיו של אחר חוסכת ממנו הוצאה כספית לבצע את הרכישה בעצמו.

גישה זו היא בעייתית, בלשון המעטה. פקיד השומה כמעט תמיד יוכל לטעון כי החברה היטיבה עם בעל המניות הנותר וסילקה עבורו התחייבות. טענות מעין אלו חותרות תחת עקרונות היסוד של דיני המס בישראל להטיל מס במקרה של מימוש התעשרות וכן מתעלמות לחלוטין מהאישיות המשפטית הנפרדת של החברה, התעלמות שראוי שתיעשה רק במקרה של תכנון מס שלילי ולא בכל מקרה של תכנון מס. בכדי להוכיח כי הרכישה העצמית מהווה מימוש של התעשרות לבעל המניות הנותר, יש צורך להראות כי לבעל המניות הנותר נוצרה התחייבות, שהינה ברת אכיפה מבחינה משפטית, לרכוש את מניותיו של האחר במידה שהחברה לא תבצע את הרכישה העצמית.

משפט משווה - הדין האמריקאי

בכדי להבין את אופן מיסוי בעל המניות הנותר בארה"ב, יש לעמוד תחילה על האופן בו הדין האמריקאי מסווג את הרכישה העצמית עבור בעל המניות הנרכש. כמו בישראל, ניתן לסווג רכישה עצמית כדיבידנד או כעסקה הונית (המצמיחה רווח או הפסד הון) עבור בעל המניות הנרכש.

ברירת המחדל היא, כי תמורת הרכישה תטופל כדיבידנד שחולק לבעל המניות הנרכשות.¹⁶ לכלל זה נקבעו מספר חריגים, אשר רק בהתקיימם ניתן לסווג את הרכישה העצמית כעסקה הונית:

1. רכישה עצמית לא פרופורציונלית באופן מהותי¹⁷ - חריג זה יופעל כאשר (1) בעל המניות הנרכשות מחזיק פחות מ-50% מסך הון המניות של החברה לאחר הרכישה, וכן (2) היחס שבין כמות המניות של בעל המניות הנרכשות לאחר הרכישה לעומת סך המניות של החברה לאחר הרכישה, לעומת כמות המניות של בעל המניות הנרכשות לפני הרכישה לעומת סך המניות של החברה לפני הרכישה, הוא קטן מ-80%.
2. רכישה עצמית של מלוא המניות של בעל המניות הנרכשות¹⁸ - יצוין כי חלות חזקות בנוגע להחזקה קונסטרוקטיבית של מניות אם צד קשור מחזיק במניות לאחר הרכישה העצמית.¹⁹
3. רכישה עצמית בחיסול עסק של החברה²⁰ - החברה הרוכשת חיסלה אחד מעסקיה, ומחלקת את רכוש העסק או את תמורת מכירת רכוש העסק לבעלי המניות, בתמורה למניותיהם.

.26 USCS 302(d) 16

.26 USCS §302(b)(2) 17

.26 USCS §302(b)(3) 18

.26 USCS §§302(c), 318 19

.26 USCS §302(b)(4) 20

4. רכישה עצמית שאינה שוות ערך לדיבידנד²¹ - בניגוד לחריגים האחרים אשר קובעים מבחנים כמותיים ברורים יחסית לסיווג הרכישה העצמית כדיבידנד, חריג זה קובע מבחן מהותי יותר - כל רכישה עצמית שאינה דיבידנד במובן המהותי תסווג כעסקה הונית. הפסיקה האמריקאית קבעה שרכישה עצמית אינה שוות ערך לדיבידנד אם היא מובילה להפחתה ניכרת באינטרס (meaningful reduction of interest) של בעל המניות בחברה.²² הפחתה ניכרת אינה נקבעת על פי כמות המניות שנרכשו, אלא לפי הזכויות שאבדו לבעל המניות הנרכשות כתוצאה מהרכישה העצמית. כך למשל, אם טרם הרכישה העצמית היו בחברה שני בעלי מניות ואחד מהם החזיק ב-57% ממניות החברה, הרי שרכישה עצמית של 7% ממניות בעל השליטה, אשר תוביל לאובדן שליטה בפועל בחברה, תסווג כהפחתה ניכרת באינטרס של בעל המניות.²³ לעומת זאת, אם בעל המניות החזיק ב-90% ממניות החברה טרם הרכישה העצמית, הרי שרכישה עצמית של 30% ממניותיו, אשר לא מובילה לאובדן שליטה בפועל, לא תסווג כהפחתה ניכרת באינטרס של בעל המניות.²⁴

סיווג הרכישה העצמית עבור בעל המניות הנרכש עשוי להשפיע על הטיפול המיסויי בבעלי המניות האחרים בחברה. כאשר הרכישה העצמית מסווגת כעסקה הונית בין החברה ובין בעל המניות הנרכש (ומקרה **ברנובסקי** ההיפותטי עשוי להיחשב כעסקה הונית הן לפי הדין האמריקאי, בהיותו מכירה של מלוא ההחזקה של בעל המניות בחברה, והן לפי הדין הישראלי, בהיותו רכישה עצמית שאינה פרו-ראטה, על פי חוזר מ"ה 10/2001), הדין האמריקאי נוקט בגישה דומה לזו שהוצגה לעיל במאמר זה. הרכישה העצמית לא מסווגת כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנוטר, אלא אם הוא קיבל תמורה בגין הרכישה העצמית אשר מהווה מימוש של ההתעשרות.

כך למשל, נדון בפסיקה האמריקאית²⁵ מקרה שבו בעל מניות החזיק ב-50% ממניות החברה ובאופציה לרכישת 50% הנוטרים. על פי תנאי האופציה, רשאי היה בעל המניות להעביר את האופציה רק לחברה שהוא מחזיק ב-50% לפחות מהון מניותיה. בהתאם לתנאי האופציה, החליט בעל המניות להעביר את האופציה לידי החברה שבהחזקתו, וזו מימשה את האופציה ורכשה את מניותיה מבעל המניות האחר בחברה. רשות המיסים האמריקאית ביקשה לסווג את העסקה כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנוטר, אשר העביר את האופציה לחברה. יוער כי עובדות פרשה זו אף קיצוניות יותר מאלו שהוצגו במקרה ההיפותטי על ידי בית המשפט בפרשת **ברנובסקי**, שכן על פי פסק הדין באותו מקרה, הרכישה העצמית אף הובילה לעלייה בשווי החזקות של בעל המניות הנוטר, מאחר שמימוש האופציה איפשר לחברה לרכוש את מניותיה במחיר הנמוך ממחיר השוק.

26 USCS §302(b)(1)	21
United States v. Davis , 397 U.S. 301	22
.Rev. Rul. 75-502	23
.Rev. Rul. 78-401	24
Holsey v. Commissioner , 258 F. 2d 865	25

בית המשפט דחה את הסיווג שהציעה רשות המיסים האמריקאית וקבע, כי ההתעשרות של בעל המניות אינה מהווה הכנסה על פי הסטנדרט החוקתי המחייב מימוש ההתעשרות. ההכנסה, כך נקבע, תוכר רק כאשר החברה תחלק דיבידנד או כאשר בעל המניות ימכור את מניותיו:

"It is, of course, true that the taxpayer was benefited indirectly by the distribution. The value of his own stock was increased, since the redemption was for less than book value, and he became sole stockholder. But these benefits operated only to increase the value of the taxpayer's stock holdings; they could not give rise to taxable income within the meaning of the Sixteenth Amendment until the corporation makes a distribution to the taxpayer or his stock is sold. Eisner v. Macomber, 1920, 252 U.S. 189, 40 S.Ct. 189, 64 L.Ed. 521; Schmitt v. Commissioner of Internal Revenue, 3 Cir., 1954, 208 F.2d 819."

בית המשפט אף לא ראה בעובדות הייחודיות של העברת האופציה של בעל המניות לידי החברה בכדי לשנות מעמדו, משום שמבחינה משפטית לבעל המניות לא נוצרה מחויבות ברת-אכיפה לרכוש את המניות מבעל המניות האחר. מבלי שחרור ממחויבות, לא קיימת הטבה ישירה המהווה הכנסה:

"But where, as here, the taxpayer was never under any legal obligation to purchase the stock held by the other stockholder, the Greenville Company, having merely an option to purchase which he did not exercise but instead assigned to the Holsey Company, the distribution did not discharge any obligation of his and did not benefit him in any direct sense."

מנגד, במקרים אחרים בהם נקבע כי לבעל המניות קמה מחויבות הניתנת לאכיפה מבחינה משפטית לרכוש את מניותיו של האחר, והחברה פרעה את המחויבות בשמו של בעל המניות - בתי המשפט בארה"ב אכן ראו את הרכישה העצמית כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנותר אשר השתמש בתמורת הדיבידנד לרכוש את מניותיו של האחר.²⁶

כאשר הרכישה העצמית מסווגת כחלוקת דיבידנד לבעל המניות הנרכשות, ייתכן שתתקבל תוצאה שונה והרכישה העצמית תסווג כדיבידנד אף לבעל המניות האחר. קוד המס האמריקאי קובע, כי במידה שרכישה עצמית סווגה כדיבידנד עבור בעל המניות הנרכשות, ומנגד בעלי מניות אחרים הגדילו את אחזקתם בחברה - הרי שהגידול בשיעור החזקה בחברה יטופל כחלוקה של מניות הטבה.²⁷ נקודת המוצא ביחס למניות הטבה היא, כי חלוקתם אינה נכללת בהכנסה החייבת של הנישום.²⁸ עם זאת, לכלל זה נקבעו מספר חריגים.

.Wall v. United States, 164 F. 2d 462; Zipp v. Commissioner, 259 F. 2d 119 26
.26 USCS §305(c) 27
.26 USCS §305(a) 28

הבולט שבהם, והרלוונטי לענייננו, הוא החריג בדבר חלוקה לא פרופורציונלית (disproportionate distribution) לפיו, במידה שתוצאת החלוקה (או מספר חלוקות) היא (1) שבעלי מניות מסוימים קיבלו מניות הטבה שהגדילו את החזקותם בחברה, ומנגד (2) בעלי מניות אחרים קיבלו מזומן או רכוש, הרי שמניות הטבה שחולקו ייכללו בהכנסה החייבת.²⁹

מאחר שמחד נקבע, כי רכישה עצמית שמסווגת כדיבידנד מהווה חלוקת מניות הטבה לאחר, ומאידך נקבע כי חלוקת מניות הטבה לבעל מניות אחד נכללת בהכנסה החייבת אם בעל מניות אחר קיבל מזומן, הרי שלכאורה כל רכישה עצמית שתסווג כדיבידנד לבעל המניות הנרכשות, תסווג כדיבידנד גם ליתר בעלי המניות בחברה.

אולם, התקנות שהותקנו על ידי משרד האוצר האמריקאי מבהירות כי לא לכך הכוונה. במידה שהרכישה העצמית היא אירוע מבודד (isolated redemption), החלוקה הרעיונית של מניות הטבה לא תיכלל בהכנסה החייבת.³⁰ הרכישה העצמית אינה אירוע מבודד אם היא נעשתה במסגרת תוכנית לרכוש לאורך זמן חלק ממניות החברה מבעלי מניותיה.³¹ דוגמה אפשרית היא חברה המחליטה שבמשך חמש השנים הקרובות היא תרכוש מדי שנה 1% ממניותיה מבעלי מניות המוכנים למכור. מטרת התוכנית היא חלוקת דיבידנד לבעלי המניות באמצעות רכישת המניות, מאחר שהחברה מעוניינת להקטין את מספר המניות המונפקות בכדי להגדיל את הרווח למניה. בפועל, מרגע שאימצה החברה את התוכנית, כל בעל מניות יודע כי הרכישה העצמית מהווה תחליף לדיבידנד. אי-השתתפות ברכישה העצמית במצב זה, כמוה כקבלת הדיבידנד והשקעתו מחדש בחברה.

עם זאת, יצוין כי אף במקרים אלו מתירה מערכת המס האמריקאית מפלט לבעל המניות שלא מכר את מניותיו - התקנות קובעות, כי גם תוכנית לרכישת מניות לאורך זמן מבעלי מניות תוכל להיחשב כאירוע מבודד אם עומד מאחוריה אינטרס עסקי, כגון שימוש במניות כתשלום לעובדים, לבעלי חוב או לשם רכישות עתידיות.³² הסיכוי שיוטל מס בארה"ב על בעל מניות שלא קיבל כל תמורה ברכישה העצמית מלבד הגדלת חלקו בהחזקה בחברה, הוא נמוך במיוחד.

סיכום

פסיקת בית המשפט בפרשת **ברנובסקי** היא הזדמנות ראשונה לעצב את גדרי הטיפול המיסויי לבעלי המניות שמניותיהם לא נרכשו במסגרת רכישה עצמית. ההחלטה שניתנה באותו מקרה, אשר מנעה תכנון מס אסור במסגרתו קיבל בעל המניות הנותר תמורה מבעלת המניות שמניותיה נרכשו, היא צעד נכון לכיוון הרצוי.

עם זאת, המקרה ההיפותטי שמעלה בית המשפט באותו המקרה עלול להוביל גם לתוצאות לא רצויות. ככל שרשות המיסים תפרש את פסק הדין כמאפשר למסות בגין דיבידנד בעל

.26 USCS §305(b)(2)	29
.Treas. Reg. §1.305-3(b)(3), -3(e), Ex. 10	30
.Rev. Rul. 78-115; Treas. Reg. §1.305-3(e), Ex. 8	31
.Treas. Reg. §1.305-3(e), Ex. 13	32

מניות שהחברה נטלה את התחייבותו לרכוש מניותיו של אחר, הרי שמדובר יהיה
בפרשנות ראויה ונכונה.

אך אם רשות המיסים תבכר פרשנות מרחיבה יותר העשויה לעלות מפסק הדין, לפיה כל עסקה ברמת בעלי המניות תסווג כחלוקת דיבידנד לכלל בעלי המניות, עלולה להתקבל תוצאה קשה שסותרת את אחת מאבני היסוד של שיטת המס הישראלית - עקרון המימוש.

כאמור, גם שיטת המס האמריקאית בחרה לאמץ סטנדרט דומה לבחינת עסקאות רכישה עצמית. מלבד חריגים בודדים, בעל המניות שלא השתתף ברכישה העצמית ימוסה רק אם ברור כי קיבל תמורה מן החברה או מבעל מניות אחר. ראוי לדעתנו, כי רשות המיסים תצעד במסלול דומה ותנתח עסקאות רכישה עצמית באמצעות אחד העקרונות היסודיים ביותר למיסוי הכנסה, לפיו יש למסות רק הכנסה שמומשה.