

דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק

מאת

דוד גליקסברג*

א. מבוא; ב. פסק-הדין; 1. תשתית עובדתית; 2. השאלה המשפטית והכרעתה. ג. ניתוח הנמקה בית-המשפט; 1. כללי; (א) קיזוז הפסדים אופקי; (ב) קיזוז הפסדים אנכי; (ג) קיזוז הפסדי הון; 2. כוונת המחוקק ודיני קיזוז ההפסדים; 3. הסדר קיזוז ההפסדים האנכי על-פי סעיף 28(ב) לפקודה; 4. כלל ההרדיות; 5. איסור הכלאיים. ד. שיקולי מדיניות-מס ומגבלות ההנמקה של בית-המשפט; 1. כללי; 2. שיקולי מדיניות — עיקר חסר מן הספר; (א) כללי; (ב) המבנה הנורמטיבי של דיני קיזוז ההפסדים — היבטי צדק והיבטי יעילות; (ג) ההבחנה בין הפסדים פסיביים לבין הפסדים אקטיביים; (ד) הגבלת קיזוז ההפסדים עקב עיקרון המימוש (Realization); (ה) דיני קיזוז ההפסדים ומיטת החשואה להון — היבטים נורמטיביים והיבטים תמריצים. ה. קיזוז פנים מקורותי. ו. השפעות פסק-הדין — היבטים נוספים; 1. משולש המושגים וחוסר-הוודאות; 2. דוגמאות; 3. הצורך בהסרת חוסר הוודאות. ז. העמדה הרצויה. ח. סיכום.

א. מבוא

במאמר זה ברצוננו לבחון הלכה חשובה בתחום דיני קיזוז ההפסדים, שנפסקה לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת א.ח.א. גולדשטיין בע"מ¹ (להלן: פרשת א.ח.א. גולדשטיין). בחלקו הראשון והעיקרי של המאמר נדון בהנמקה בית-המשפט ונתמקד בשלושה היבטים: ראשית, ננסה להראות כי במרכז של הנמקה זו ניצבת מערכת טיעונים הנושאת אופי טאוטולוגי. שנית, נציג את עמדתנו שלפיה גם אם ההנמקה אינה טאוטולוגית, הריהי מושתתת על הערכה לא נכונה של עקרונות דיני קיזוז ההפסדים בדין הישראלי. לבסוף, והחשוב מכול: ההנמקה האמורה אינה כוללת דיון בשיקולי מדיניות מס נורמטיביים האמורים לעצב את דיני קיזוז ההפסדים. דיני קיזוז ההפסדים משקפים מתחים שונים ובעיות-יסוד מבחינת מבנה המס הנורמטיבי. בפסק-הדין לא מצוי דיון בשיקולי מדיניות המס הרצויה המעצבת את דיני קיזוז ההפסדים. לעומת זאת, בית-המשפט התמקד בשיקולים שלדעתנו אינם מרכזיים מבחינת מדיניות מס ראויה. בחלקו הנותר של המאמר נעסוק בתוצאות הנובעות מפסק-הדין והמצויות בשני מגזרים: המגזר הצר — להלכה הגדונה השפעה בתחום של דיני קיזוז ההפסדים; המגזר הרחב — פסק-הדין יוצר מעגלי השפעה נוספים מחוץ להלכה המקומית של קיזוז ההפסדים.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
1 ע"א 615/85 סקיד השומה חיפה נ' א.ח.א. גולדשטיין בע"מ, פד"א יח 424.

ב. פסק-הדין**1. תשתית עובדתית**

חברת א.ח.א. גולדשטיין בע"מ (להלן: הנישומה) קיזזה הפסד עסקי שנתהווה כשנת-המס 1980 כנגד הכנסות מדמי-ניהול שהפיקה בשנת-המס 1981. הנישומה טענה לקיזוז זה מכוח סעיף 28(ב) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה), בהיות הכנסה זו הכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה. מנהל-המס טען, כי יש לסווג את ההכנסה כהכנסה לפי סעיף 2(10) לפקודה – הכנסה מכל מקור אחר – ולא כהכנסה מעסק, ולכן לא ניתן לקזז את ההפסד כנגד הכנסה זו. לחלופין – המשיך וטען מנהל-המס – אף אם מסווגים את שירותי הניהול כפעילות הנושאת אופי עסקי, הרי שיש לראותה כהכנסה מעסק אקראי בעל אופי מסחרי, וסעיף 28(ב) לפקודה מתיר לקזז הפסד עסקי רק מהכנסות מעסק ולא מהכנסות מעסק אקראי בעל אופי מסחרי.

2. השאלה המשפטית והכרעה

בית-המשפט נדרש להכריע בשאלה כפולה: הראשונה נשאה אופי-משפטי-עובדתי: מהו הסיווג הנכון של מקור ההכנסות מדמי-הניהול? השנייה – בהנחה שההכנסה האמורה מהווה הכנסה מעסק אקראי בעל אופי מסחרי – האם המונח "עסק" המופיע בסעיף 28(ב) לפקודה, בכל הנוגע לאפיון ההכנסות המקווצות, כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי"?

בית-המשפט השיב לשאלה הראשונה בחיוב: יש לראות את הפעילות שבגינה שולמו דמי-הניהול כפעילות עסקית מובהקת ולפיכך ניתן לקזז מההכנסות של דמי-הניהול את ההפסד העסקי. בית-המשפט המשיך וציין, שגם אם מאמצים את טענת מנהל-המס, שלפיה ההכנסות מדמי-הניהול מהוות הכנסה מעסק אקראי בעל אופי מסחרי, הרי שסעיף 28(ב) לפקודה מאפשר קיזוז הפסד עסקי גם מהכנסות אלה.

מבחינה פורמלית אין בהכרעה זו הלכה חדשה², משום שהיא מושחתת בעיקר על הקביעה העובדתית באשר לשאלה הראשונה: הכנסתה של הנישומה היא הכנסה מעסק. ההלכה העולה מתוך התשובה לשאלה השנייה נושאת אפוא אופי של אמרת-אגב. על-אף זאת, חשיבות פסק-הדין נעוצה בחלק זה – המהווה את מרכזו של פסק-הדין – ובו נקבע לראשונה על ידי בית-המשפט העליון³, כי גם אם ההכנסות מסווגות כהכנסות מעסק אקראי בעל אופי מסחרי, הרי שניתן לקזז את ההפסד משנים קודמות כנגד הכנסות אלה. לשון אחר: המונח "עסק" בסעיף 28(ב) לפקודה כולל גם עסק אקראי בעל אופי מסחרי.

2 ראה גם לוי וגורפיין, "עסקת אקראי וקזוז הפסדים: פס"ד א.ח.א. גולדשטיין" מיסים ד' (דצמבר 1990), א' 17.

3 בבית-המשפט המחוזי נפסקו הלכות סותרות בשאלה זו, ראה, למשל, עמ"ה (ת"א) 245/73 אורן אריה נ' פקיד שומה תל-אביב, פד"א ר' 247; עמ"ה 448/69, 413 גולדברג משה נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פד"א ג' 180; עמ"ה 59/62 סופר ועיתונאי נ' פקיד שומה כפר סבא, קפ"ד ד' (6) 80.

ג. ניתוח הנמקתו של בית-המשפט**1. כללי**

בטרם נבחן את הנמקת בית-המשפט על כל מרכיביה, אחת לאחת, מן הראוי להציג תחילה את שלוש ההסדרים הבסיסיים העוסקים בקיזוז הפסדים בדין המס בישראל.

(א) קיזוז הפסדים אופקי

לפי הדין בישראל, מותר לנכות הפסדים מעסק או ממשלח יד באותה שנת-מס כנגד כל הכנסה מכל מקור אחר. אנו מכנים הסדר זה קיזוז הפסדים אופקי, דהיינו: קיזוז הפסדים כנגד הכנסות מאותה שנת-מס.

קיזוז ההפסדים האופקי נקבע בסעיף 28(א) לפקודה, ולפיו:

הפסד שהיה לאדם בעסק או במשלח יד בשנת המס ושאלו היה ריווח היה נישום לפי פקודה זו, ניתן לקיזוז כנגד סך כל הכנסותו החייבת של אותו אדם ממקורות אחרים באותה שנת מס.

(ב) קיזוז הפסדים אנכי

קיזוז הפסדים אנכי פירושו קיזוז הפסדים שלא כנגד הכנסות באותה שנת-מס, אלא כנגד הכנסות משנים אחרות, קרי: שנים קודמות (carryback) או שנים עתידיות (carryforward). דין המס בישראל מתיר לנכות הפסדים מעסק או ממשלח-יד באופן אנכי רק כנגד הכנסות מעסק או ממשלח-יד משנים עתידיות ולא משנים קודמות.

פן זה של דיני קיזוז ההפסדים מצוי בסעיף 28(ב) לפקודה הקובע, כי:

מקום שלא ניתן לקזז את כל ההפסד בשנת-מס כאמור, יועבר סכום ההפסד שלא קוזז לשנים הבאות בזו אחר זו ויקוזז כנגד סך כל הכנסותו החייבת באותן השנים מעסק או משלח-יד, לרבות רווח הון בעסק או משלח יד, ובלבד שאם ניתן לקזז את ההפסד באחת השנים, לא יותר לקזזו בשנה שלאחריה.

(ג) קיזוז הפסדי הון

הפסדי הון מותרים לקיזוז רק כנגד רווחי הון בלבד באותה שנת-מס או כנגד רווחי הון בשנים עתידיות, אולם לא יותר משבע שנים. הסדר זה מצוי בסעיף 92(ב) לפקודה:

סכום שלא ניתן לקזזו, כולו או מקצתו, כאמור בסעיף קטן (א), בשנת מס מסוימת, יקוזז כנגד ריווח הון בלבד כאמור בסעיף קטן

(א) בשבע שנות מס הבאות בזו אחר זו לאחר השנה שבה היה ההפסד.

בפרשת א. ח. א. גולדשטיין קבע אפוא בית-המשפט, כי לצורך קיזוז ההפסדים האנכי המונח "עסק" המצוי לגבי ההכנסות המקוזזות כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי". החלטה זו באה הגם שבית-המשפט קובע בתחילת החלטתו, כי קיימת הבחנה חד-משמעית בסעיף (1)2 לפקודה בין המונח "עסק" לבין המונח "עסק אקראי בעל אופי מסחרי"; ובלשונו של בית-המשפט:

... המונח "עסק" בסעיף 28 לפקודה, להבדיל מסעיף (1)2 הנ"ל, אינו מזכיר את המונח "עסק אקראי בעל אופי מסחרי", ולכאורה התוצאה המתקבלת היא שהמונח "עסק" מתפרש בשני אופנים שונים במסגרת אותו חוק, או בענייננו באותה פקודה... אמנם בדרך-כלל יפורשו ביטויים והים המופיעים בחוק אחד באופן דומה, אולם כאשר משתמעת כוונתו של המחוקק מרוח החוק ומטרתו, יש להוציא לפועל כוונה זו גם אם מוביל הדבר למתן שני פירושים שונים לאותה המילה באותו החוק, וכבר היו דברים מעולם, ואף כשמדובר במילה שהופיעה פעמיים באותו הסעיף...⁴

לאחר הצגתה של תפישה זו, ציין בית-המשפט מהם הנימוקים שהביאוהו לקביעת פירוש שונה למונח עסק. נימוקים אלה שייכים למסכת רחבה יותר, המכונה על-ידי בית-המשפט "כוונת המחוקק". ברצוננו לבחון, האם מרכיבי "כוונת מחוקק", כפי שנקבעו על-ידי בית-המשפט, אכן תומכים בהחלטת בית-המשפט. במלים אחרות: האם נכונה עמדת בית-המשפט שלפיה קיימים כללי-יסוד, המשקפים את כוונת המחוקק והמעצבים את דיני קיזוז ההפסדים באופן שיש בכוחם כדי לענות על השאלה שעמדה בפני בית-המשפט?

2. כוונת המחוקק ודיני קיזוז ההפסדים

ברצוננו להדגיש, כי בית-המשפט העליון הרחיב את תחולת דיני קיזוז ההפסדים האנכי באמצעות פרשנות שונה למונח "עסק", וזאת בהשוואה לפרשנות של אותו מונח המופיע בסעיף (1)2 לפקודה; ובהתבסס על כוונת המחוקק, כפי שזוהתה על-ידי בית-המשפט, והמשתקפת מדיני קיזוז ההפסדים. לדעת בית-המשפט, כוונה זו מחייבת את הרחבת המונח "עסק" גם ל"עסק אקראי בעל אופי מסחרי". בית-המשפט דלה את כוונת המחוקק משלושה רכיבים של דיני קיזוז ההפסדים. נבחן רכיבים אלה אחד לאחד:

3. הסדר קיזוז ההפסדים האנכי על-פי סעיף 28 (ב) לפקודה

בית-המשפט הסיק מהסדר קיזוז ההפסדים האנכי, כי

4 עמ' 428 לפסק-הדין. לפרשנות דיפרנציאלית של מושגים והים בחקיקה הפיסקלית ראה גם ד' גליקסברג "גבולות חבנת המס" (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הרי סאקר, חש"ן-1990) 9.

על פי סעיפים 28 ו-2 לפקודה, אין כל דרישה כי קיזוז ההפסדים יעשה כנגד הכנסה מאותו "עסק" או "משלח יד". לפיכך, אין כל מניעה שנישום שבבעלותו שני עסקים יקזז הפסדים משנים עברו מעסק אחד כנגד הכנסה מעסק אחר. מסיבה זו נראה לי כי אין גם מניעה לקזז הפסדים משנים עברו מעסק אחד מול הכנסה מעסק אחר כאשר העסק האחר הוא "אקראי ובעל אופי מסחרי". (הדגשה שלי – ד' ג').⁵

עם כל הכבוד, איננו רואים כל זיקה בין קביעת המחוקק – שלפיה ניתן לקזז הפסדים משנים עברו כנגד הכנסות מעסק בשנים עתידיות, ולו גם מעסק אחר – לבין השאלה האם המונח "עסק" כולל "עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי". העדר הזיקה מתבטא בכך, שהסדר קיזוז ההפסדים האנכי היה ממשיך לעמוד על תלו ולא היה נפגע במלוא הנימה אילו בית-המשפט היה מאמץ החלטה הפוכה ולפיה המונח "עסק" לא כולל "עסק אקראי בעל אופי מסחרי". האם החלטה שכזו היתה עומדת בסתירה כלשהי ליכולת קיזוז ההפסדים משנים עברו? האם היא היתה עומדת בסתירה כלשהי לדברי בית-המשפט שצוטטו זה עתה? התשובה לכל אחת מהשאלות הללו היא שלילית. ללמדך שאין קשר בין תוכנו של הסדר קיזוז ההפסדים האנכי לבין הסוגיא שבה בית-המשפט נדרש להכריע. ניתן לנסח ביקורתנו זו באופן שונה: "הנמקת" בית-המשפט מניחה את המבוקש ואינה מהווה הנמקה.

4. כלל ההדדיות

המקור הסטטוטורי השני, שמתוכו שאב בית-המשפט את רוח החוק, הוא מה שכונה על-ידו כמאפיין ההדדיות של דיני קיזוז ההפסדים (להלן: כלל ההדדיות). בית-המשפט קבע, כי

מתן אפשרות קיזוז הפסדים מול הכנסות מ"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" משתלב עם המגמה הרצויה של הדדיות בהטלת המס, שאחרת מגיעים לתוצאה לפיה הכנסה מ"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" תחוייב במס לפי סעיף 12(1) לפקודה, ואילו הפסד מ"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" לא יותר לקיזוז. למותר לציין שתוצאה זו אינה הוגנת ואינה ראויה.⁶

טעון זה גורס, כי כוונת המחוקק היא יצירת הדדיות בכל הנוגע למיסוי ההכנסות ודיני-קיזוז ההפסדים. אם על הכנסות ממקור כלשהו מוטל מס, הרי מן הראוי, מפאת ההדדיות, להתיר קיזוז הפסדים ממקור זה. ייתכן שכלל הדדיות זה נכון ורצוי מבחינה נורמטיבית, אך האם זהו המצב מבחינה פחיטיבית? האומנם קיימת

5 עמ' 428 לפסק-הדין.

6 עמ' 429 לפסק-הדין.

הדדיות בדיני קיזוז ההפסדים? לית מאן דפליג, כי דין המס בישראל לא אימץ את כלל ההדדיות, וזאת בשני מובנים:

1. עצם ההדדיות. השוואת רשימת המקורות בסעיף 2 לפקודה עם דיני קיזוז ההפסדים מגלה, כי נפקד מקומה של ההדדיות בתחום קיזוז ההפסדים. ממשטר קיזוז ההפסדים, האנכי והאופקי, יש להסיק באופן חד-משמעי כי ניתן לקזז הפסדים רק מעסק או ממשלח-יד. יהא אשר יהא היקפו של המונח "עסק" – הרי שלגבי המקורות האחרים אין כל הדדיות⁷ לחלוטין. כל ההכנסות מהמקורות האחרים ממוסות, בעוד שההפסדים הצומחים מהם אינם מותרים, בדרך-כלל⁸, בקיזוז.

2. היקף ההדדיות. ההדדיות נבחנת לא רק בעצם קיומה של הזכות לקיזוז ההפסדים, אלא גם בהיקפה של זכות זו. כך, למשל, על-אף שרווח הון חייב כמס, הפסד הון מותר בקיזוז רק כנגד רווח הון ולא ניתן לקזזו כנגד כל הכנסה⁹. הגבלה כלשהי של קיזוז רווח ההון מתפרשת – לדעתנו – כפגיעה בכלל ההדדיות. כשם שמיסוי של רווח ההון אינו מותלה בתנאי כלשהו מהסוג שבו מוגבל קיזוז הפסד ההון, הוא הדין באשר לקיזוז ההפסדים. מדוע דיני קיזוז ההפסדים לא יאפשרו לנישום "לשתף" את רשויות-המס בהפסדו, וזאת בדרך היעילה ביותר. כך, למשל, יש להתיר לנישום, על-פי ההדדיות, לקזז את הפסד ההון גם כנגד הכנסות רגילות. מגבלה דומה שאינה תואמת את כלל ההדדיות קיימת בדיני קיזוז ההפסדים האנכי: הגבלת ניכוי ההפסד המותר בניכוי רק מהכנסות מעסק או ממשלח-יד.

יתירה מזו: בפסק-הדין קיימת סתירה פנימית, שהרי בית-המשפט שולל, בהקשר אחר, את רעיון ההדדיות. הוא מבחין¹⁰ בין עסק אקראי בעל אופי מסחרי לבין עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי; ודין האחרונה, לעניין קיזוז הפסדים, האנכי והאופקי, אינו כדין עסק או עסק אקראי בעל אופי מסחרי. מקביעה זו עולות שתי מסקנות לענייננו: הראשונה, במסגרת קיזוז ההפסדים האנכי לא ניתן לקזז הפסד מעסק או מעסק אקראי בעל אופי מסחרי מהכנסות מעסקת-אקראי בעלת

7 הדדיות פטריטת קיימת באשר לתחולה הבינלאומית של קיזוז הפסדים. סעיף 29 לפקודה קובע, כי "שום דבר האמור בסעיף זה לא יתפרש כבא להתיר קיזוז הפסד שהיה לאדם בתוך לארץ, שאילו היה רווח ונשאר בתוך לארץ לא היה חייב כמס לפי פקודה זו". הדדיות זו אינה מלאה משום שאם הכנסות מפעילות פלוגית חייבות כמס רק מכוח זה שנתקבלו בישראל, הרי הפסדים מפעילות זו לא יותרו בקיזוז לפי סעיף 29 האמור. הדדיות מלאה בהקשר זה קיימת באשר לתחולה של קיזוז הפסד הון, משום שרווחי הון שלא נצמחו או הופקו בישראל אלא רק נחקבלו בה אינם חייבים כמס רווח הון. ראה לעניין זה ד' גליקסברג "זיקת הקבלה והתחולה הבינלאומית של מיסוי רווחי הון" מייסם ה (פברואר 1991) א 29.

8 קיימים חריגים לקביעה זו, שהיקפם וחשיבותם המעשית זעומה ביותר. כך, למשל, הפסד מתקלאות בתנאים מסוימים ביותר (סעיפים 28 (ד), (ה), (ו) ר"ו) לפקודה) וכן הפסד מהשכרת בניין (סעיף 28 (ח) לפקודה). בהקשר לקיזוז הפסד מהשכרת בניין יש לציין, שרשויות-המס הרחיבו את תחולת הסדר קיזוז ההפסדים בכך שקבעו, כי מותר לנכות הפסד מהשכרת בניין כנגד הרווח במכירת הבניין, ראה הוראות ביצוע 21/90 מיום 24.12.90. רשויות-המס גורסות, כי הביטוי "הכנסתו מאותו בניין" כולל גם "שבח מקרקעין" שהופק ממימוש אותו בניין. מנהל-המס אימץ פרשנות זו לפי פסקה (י) לסעיף האמור הקובעת, שהמונח "הכנסה חייבת" כולל גם שבח-מקרקעין. בהקשר זה יש להדגיש, כי המונח "הכנסה מנכס" שבסעיף 121(ב) לפקודה, הצוטט במבנה שיעורי המס הפרוגרסיביים של מיסוי ההכנסה, אינו כולל שבח מקרקעין, ראה ע"א 288/84 מנהל מס שבח מקרקעין נ' רחובאום, פד"א יז 59, 64-65.

9 סעיף 92 לפקודה.

10 עמ' 429 לפסק-הדין.

אופי מסחרי. והשנייה, במסגרת קיזוז ההפסדים, האנכי והאופקי, אין להתיר קיזוז הפסד מעסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי. תוצאות אלה אינן תואמות לחלוטין את כלל ההדדיות, שלפי גישת בית-המשפט משתקף בדין הפוזיטיבי ומבטא את כוונת המחוקק. אליבא דכלל ההדדיות, יש להתיר את קיזוז ההפסדים מעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי ללא כל הגבלות, כשם שההכנסות ממקור זה ממוסות ללא כל סייגים.

5. איסור הכלאיים

בית המשפט מחזק את עמדתו בטיעון נוסף, המכונה על-ידנו "איסור הכלאיים", ולפיו:

הגבלת אפשרות הקיזוז משנים עברו בסעיף 28 (ב), באופן שהקיזוז ייעשה כנגד הכנסה חייבת מעסק או משלח יד (לעומת סעיף 28 (א) המאפשר קיזוז גם כנגד מקורות אחרים), באה מתוך הכוונה שלא לאפשר קיזוז "מין בשאינו מינו" ועל ידי כך להקטין את האפשרות למניפולציות. קיזוז הפסדים והכנסות מ"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" עולה בקנה אחד עם מגמה זו. אין המדובר בקיזוז "מין בשאינו מינו" שכן גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי" הוא עסק. העובדה שמדובר בעסק, שהוא פעילות מתוכננת ונמשכת (להבדיל מעסקה) מקטינים גם את האפשרויות המניפולטיביות.¹¹

עם כל הכבוד, גם טיעון זה אין לו אחיזה בדיני קיזוז ההפסדים. תחולתו של טיעון ה"כלאיים" כעיקרון מנחה בדיני קיזוז ההפסדים מצומצם ביותר. בית-המשפט העליון מציין מיומנותו, כי טיעון הכלאיים אינו תקף באשר להסדר קיזוז ההפסדים האופקי – הסדר המהווה חלק מהותי ביותר מהסדר קיזוז ההפסדים. לפיכך, איסור הכלאיים אמור לחול רק לגבי קיזוז ההפסדים האנכי, שתחולתו ממילא מצומצמת ביותר על-פי דין המס בישראל. נוסף ונציין בהקשר זה, כי איננו רואים כל הצדקה מבחינת מדיניות-מס רצויה להחלת איסור הכלאיים על קיזוז ההפסדים האנכי ולא על קיזוז ההפסדים האופקי. אם איסור הכלאיים מושתת על החשש כי תתבצענה מניפולציות לצורך קיזוז ההפסדים, אזי איננו רואים מדוע החשש לגבי קיזוז ההפסדים האנכי גדול יותר בהשוואה לחשש המקביל לגבי קיזוז ההפסדים האופקי. אם המחוקק חושש מתכנוני מס בכל הנוגע לקיזוז ההפסדים האנכי, עומדת לרשותו הנורמה האנטי-תכנונית הכללית שבסעיף 86 לפקודה, על עילותיה השונות.¹² אם ההגבלות על קיזוז ההפסדים האנכי נגזר מרגישות-יתר לתכנוני מס, אזי איסור הכלאיים מהווה למעשה נורמה אנטי-תכנונית מיוחדת המושתתת על

11 עמ' 429 לפסק-הדין.

12 לעילות אלה ראה גבולות תכנון המס (לעיל, הערה 4), 209 ואלך. יש לציין, שדיני קיזוז ההפסדים כשלעצמם יוצרים מרחב לתכנון מס בכל הנוגע לעסקאות שמטרתם היא רכישת הפסדים לצורך מס. פסק-הדין המנחה בעניין עילת הטיוב-מחדש של העסקה המלאכותית על-פי סעיף 86 לפקודה עוסק בקיזוז הפסדים, ראה ע"א 256/67 מפי נ' פש"מ"ג, פד"א א 48.

מודל הפרזומציה החלוטה¹³, שלפיה בנסיבות אלה קיזוז ההפסדים האנכי נגוע בעילת סיווג מחדש על-פי סעיף 86 לפקודה והנישום לא יכול להוכיח כי פעילותו אינה נגועה כאמור. אין לתוצאה זו כל הצדקה, ויש להשאיר תכנוני מס אלה לטיפול של הנורמה האנטי-תכנונית הכללית.

יתירה מזו: אם אנו בוחנים היטב את הנמקתו של בית-המשפט, נגלה כי, שוב היא התבססה על מה שהיה צריך להוכיח. גם אם מקבלים את טיעון הכלאיים, הרי שמתעוררת השאלה מהי הגדרת ה"מינים" לצורך איסור הכלאיים. בית-המשפט מניח ולא מוכיח, כי ה"מין" לצורך הגדרת ההפסד משנים עברו הוא לא רק "עסק" במשמעות הצרה אלא גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי". אולם זו הנחה בלבד והיא זו שעמדה להכרעה בבית-המשפט.

אכן, לו נאמר בהסדר קיזוז ההפסדים האנכי כי ניתן לקזז הפסדים משנים קודמות גם אם נוצרו במהלך עסק אקראי בעל אופי מסחרי, הרי טיעון הכלאיים היה הופך לרלבנטי ומביא לתוצאה שניתן לקזז הפסדים אלה גם כנגד הכנסות מעסק אקראי בעל אופי מסחרי. אולם, כאמור, הסדר קיזוז ההפסדים משנים קודמות אינו קובע זאת, אלא הוא מציין שניתן לקזז הפסדים משנים קודמות מ"עסק או ממשלח-יד", ואם כן מתעוררת שוב השאלה האם "עסק" לצורך זה כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי"? בית-המשפט הניח שהתשובה לשאלה זו חיובית, הגם שהיא עמדה להכרעתו, ולאחר-מכן הפעיל את טיעון הכלאיים. כאמור, אנו מסכימים שאם הרישא להסדר קיזוז ההפסדים האנכי כוללת גם הכנסות מעסק אקראי בעל אופי מסחרי¹⁴ כי אז השימוש שעושה בית-המשפט בטיעון הכלאיים הוא נכון. אולם, כאמור, זה אינו המצב, ועמדת בית-המשפט, עם כל הכבוד, נושאת אופי טאוטולוגי גם באשר להנמקה זו.

כפי שציינו, בית-המשפט קבע שהמונח "עסק" לצורך הגדרת ההפסדים המותרים לקיזוז כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי":

לגבי דידי המונח "עסק" שבסעיף 28 (א) ו-(ב) הנ"ל כולל בחובו גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי" שהוא, על-פי הגדרתו, סוג מסויים של "עסק"¹⁴.

בית-המשפט קבע בדברים אלה, ש"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" הוא סוג מסוים של "עסק", וזאת ללא כל הנמקה. קביעה זו הופכת את כל ההתדיינות בפני בית-המשפט למיותרת. בית-המשפט יכול היה לקבוע עמדה דומה גם ביחס לאופי ההכנסות נשוא הקיזוז האנכי. מדוע אפוא נזקק בית-המשפט לכל אותם טיעונים שהובאו לעיל? אם הטיעונים הללו מהווים הנמקה גם לקביעה האחרונה, כי אז בפנינו שוב טאוטולוגיה משום שהטיעונים האמורים, לפחות בחלקם, מושתתים על הקביעה כי לצורך קביעת היקף ההפסדים הניתנים לקיזוז המונח "עסק" כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי".

13. לגורמות האנטי-תכנוניות המיוחדות ראה גבולות תכנון המס (לעיל, הערה 4), 98. למודלים השונים של הגורמות האנטי-תכנוניות המיוחדות ראה שם, עמ' 111.

14. בעמ' 428 לפסק-הדין.

הדברים מוקשים שבעתיים משום שכית-המשפט מציין במפורש, כי מונח פלוני עשוי לקבל פרשנות לא אחידה גם אם המדובר באותו סעיף¹⁵. אם כך הוא הדבר, הרי ניתן לפרש את המונח "עסק" המופיע בסעיף 28 (ב) לפקודה כאופן לא אחיד, ובכך נשמת הבסיס של טיעון הכלליים.

ד. שיקולי מדיניות-מס ומגבלות ההנמקה של בית-המשפט

1. כללי

מעבר לביקורתנו לעיל על הנמקתו של פסק-הדין, הרי אנו בדעה כי פסק-דינו של בית-המשפט לא עסק באופן מקיף בשיקולי מדיניות-המס המהותיים המפורטים להלן והמעצבים את משטר-המס בשאלת דיני קיזוז ההפסדים. שיקולי המדיניות שהוצגו על-ידי בית-המשפט מציגים תמונה מצומצמת של עקרונות דיני קיזוז ההפסדים.

2. שיקולי מדיניות – העיקר חסר מן הספר

(א) כללי

לכאורה, השאלה שעמדה להכרעה נשאה אופי לשוני-פורמלי: מהו היקף המונח "עסק"? אולם לצורך התשובה לשאלה זו היה על בית-המשפט לפתוח דיון מקיף בשאלת דיני קיזוז ההפסדים. נקודת-המוצא לדיון זה היא, שדין המס בישראל מגביל את יכולת קיזוז ההפסדים באמצעות ארבע הגבלות מרכזיות:
(1) בדרך-כלל ניתן לקזז רק הפסד מעסק או ממשלח-יד.
(2) הגבלת קיזוז ההפסדים משנים קודמות בהשוואה ליכולת קיזוז ההפסדים באותה שנת-מס.

(3) היכולת לקזז הפסדים כנגד הכנסות משנים עברו ולא רק מהכנסות שוטפות או מהכנסות עתידיות. הדין הישראלי, הן באשר להכנסות פירותיות הן לגבי רווחי הון¹⁶, מאפשר קיזוז הפסדים כנגד הכנסות או רווחי הון שבעתיד.
(4) אי-היכולת לקזז הפסדי הון כנגד הכנסות פירותיות.

אין בדעתנו לדון באופן מקיף ביותר בסוגיית קיזוז ההפסדים על-פי הדין בישראל. היא מצדיקה מסגרת רחבה ביותר התורגת מגבולותיו של מאמר זה. אנו נשתדל להצביע על שיקולי מדיניות-המס העיקריים בסוגיא שלפנינו.

(ב) המבנה הנורמטיבי של דיני קיזוז הפסדים: שיקולי צדק ושיקולי יעילות

הדיון במדיניות-המס הרצויה שיש לנקוט בדיני קיזוז ההפסדים כולל שתי שאלות מרכזיות:

15 בעמ' 428 לפסק-הדין קובע בית-המשפט: "אמנם בדרך-כלל יפורשו ביטויים זהים המופיעים בחוק אחר באופן דומה, אולם כאשר משתמעת כוונתו של המחוקק מרוח החוק ומטרתו, יש להוציא לפועל כוונה זו גם אם מוביל הדבר למתן שני פירושים שונים לאותה המילה באותו חוק, וכבר היו דברים מעולם, כשמדובר במילה שהופיעה פעמיים באותו הסעיף..." (הרגשה שלי – ד"ג).

16 ראה סעיפים 28 (ב) ו-92 לפקודה.

(1) האם מבחינה נורמטיבית יש לאפשר קיזוז הפסדים באופן הרחב ביותר?
 (2) אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית – האם קיימים שיקולים "חוץ-נורמטיביים" כמו, למשל, חשש מתכנוני מס, המצדיקים את הגבלת יכולת הקיזוז?

כפי שיובהר להלן, מבחינה נורמטיבית נקודת המוצא היא שיש לקבוע מערכת דיני קיזוז הפסדים באופן שתאפשר יכולת קיזוז הפסדים רחבה ככל האפשר. על-אף זאת, וכמפורט להלן, יש להבחין בין קיזוז ההפסדים האופקי לבין קיזוז ההפסדים האנכי. נחל את דיונונו בקיזוז ההפסדים האופקי. נבהיר את דברינו: על-פי מודל המס הרצוי של Schanz-Haig-Simons (להלן: מודל S. H. S.)¹⁷, יש להכיר בקיזוז הפסדים אופקי רחב ככל האפשר. כללי הצדק (Equity) המסי, ובמרכוזם עיקרון היכולת לשלם (The ability to pay), תומכים בקיזוז האופקי משום שהיכולת לשלם חייבת להימדד במסגרת מודל S. H. S. על-סמך היכולת הכלכלית הכוללת (צריכה שנתית בתוספת לגידול השנתי בעושר). הקיזוז האופקי נגזר באופן אינהרנטי ממודל זה, שהרי ההפסד מצמצם את העושר או את הצריכה. עקרונות הצדק האופקי שלפיהם בעלי יכולות כלכליות זהות ישאו בנטל מס זהה תומכים בקיזוז הפסדים אופקי משום ששלילת הקיזוז גורמת לכך שהנישומים בעלי יכולות כלכליות זהות ישאו בנטל מס שונה. הוא-הדין גם באשר לצדק האנכי העוסק בבעלי יכולות כלכליות שונות: אי-הכרה בקיזוז האופקי עשויה להביא לתוצאות בלתי-רצויות לפי כל התפישות האפשריות של הצדק האנכי. פלוני, שיכולתו הכלכלית נמוכה מיכולתו הכלכלית של אלמוני, ישא בנטל מס גדול יותר מפלוני, וזאת ללא כל הצדקה.

גם אם מאמצים משטר מיסוי הכנסה המושתת על התפישה השמרנית של דוקטרינת המקור, הרי אין בכך כדי להביא, אוטומטית, לתוצאה שלא ניתן לקזז הפסד ממקור פלוני מהכנסות שהופקו ממקור אלמוני. בסיס המס והיקף קיזוז ההפסדים האופקי הם שני נושאים נפרדים שאין בהכרח קשר ביניהם. ניתן אפוא לקיים משטר-מס המושתת על תפישת המקור ולפיו אין למסות הכנסות הנטולות מקור סטטוטורי, אולם לאפשר בינתיים את תופעת ה"כלאיים" של קיזוז ההפסדים האופקי¹⁸.

מרכיב קיזוז ההפסדים האנכי בדיני קיזוז ההפסדים מהווה סוגיא מורכבת יותר בהשוואה לקיזוז ההפסדים האופקי. במישור העיוני מן הראוי היה לבנות שיטת-מס שתבחן את המשתנים המשפיעים על החבות במס לא במונחי שנת-מס אחת אלא במונחים רב-שנתיים, דהיינו: בניית מנגנון מדידה רב-שנתי המביא למדידת ההכנסה השנתית תוך התחשבות ברמת ההכנסות על-פני תקופה ארוכה

17 לנוסחה זו ראה, למשל, ד' גליקסברג, "ייחסי הגומלין בין מיסוי רווחי ההון לבין ניכוי הפחת כמשטר מיסוי נומינלי – חלק א: השפעת ניכוי הפחת על היקף רווח ההון" עיוני משפט טו (תשנ"ז) 285, 291-292, הערה 11.

18 למיסוי המקיף של ההכנסה ראה The Brookings Institution, ed., *Comprehensive Income Taxation* (Pechman, ed., 1977). אדרעי, "בסיס מס כולל בישראל" משפטים יב (תשמ"ב), 431. לדוקטרינת המקור ולהשלכותיה ההיסטוריות השונות, ולעיתים המחורות, ראה, למשל, ד' גליקסברג, "דוקטרינת המקור המיסוי לאחר הפסקת המקור" – פיתרון חלקי לבעיה מדומה" משפטים יח (תשמ"ט) 367.

יותר. מטבע הדברים קיים צורך למדוד את ההכנסה ביחידת-זמן כלשהי. במשטר מיסוי ההכנסה יחידת הזמן היא שנת-מס¹⁹. הדרישה למיצוע ההכנסה על בסיס הכנסות רב-שנתי קיימת הן במשטר-מס המטיל מס יחסי הן במשטר-מס המטיל מס פרוגרסיבי הן במשטר-מס המטיל מס רגרסיבי. במשטר-מס יחסי מתעוררת בעיית נטל המס הרב-שנתי כאשר לפחות באחת משנות-המס קיים הפסד. לא כן הדבר כאשר למשטר מיסוי פרוגרסיבי: כאן פערים ברמת ההכנסה השנתית, ואפילו בהעדר הפסד לפחות באחת משנות-המס, יוצרים צורך בהתאמה רב-שנתית. הוא-הדין לגבי משטר-מס רגרסיבי.

אִי-ההתאמה הרב-שנתית יוצרת עיוותים מבחינת עקרונות הצדק, האופקי והאנכי, כאשר יכולות כלכליות לשלם זהות (צדק אופקי) או שונות (צדק אנכי) נושאות בנטלי מס שאינם תואמים עקרונות אלה. הוא-הדין מבחינת היעילות הכלכלית. יש להטיל מס על התשואה להון ללא שימוש במנגנוני-מדירה המושתתים על בסיס שנתי. התפלגויות שונות של תשואה רב-שנתית זהה על-פני שנות-מס אחדות עשויה להביא במקרים רבים ביותר לנטלי מס שונים, באופן שהתשואות לאחר מס תהיינה שונות לחלוטין מהתשואות שהיו מתקבלות בעולם ללא מס. תופעה זו פוגעת ביעילות הכלכלית משום שהיא מביאה להקצאה לא-יעילה של המקורות במשק עקב גורם המס. במלים אחרות: המס אינו שומר על המגמה הרצויה של ניטרליות הנדרשת לצורך השגת יעילות ההקצאה. למותר לציין, שדברינו אלה לגבי הפגיעה בצדק וביעילות מושתתים על מדידת התשואות השונות והשוואתן על בסיס הערך הנוכחי (Present value). בסיס זה הוא תנאי הכרחי להשוואה בין תשואות אלה עקב פריסתן על-פני שנים אחדות, הכוללת גם פריסת תשלומי המס על תשואות אלה. מכיוון שאנו עוסקים בזרמי תשלומים על-פני תקופה, לא ניתן להשוות ביניהם אלא רק אם נביא אותם למכנה משותף על ציר-הזמן. קביעת ערכיהן של חביות המס על בסיס הערך הנוכחי מאפשרת את השוואת נטלי המס העתידיים במונחים נוכחיים²⁰.

נדגים עתה את הפגיעה בעקרונות הצדק והיעילות בדוגמא הבאה: נניח, כי מפעילות כלכלית פלונית שבוצעה במשך שתי שנות-מס נתקבלה הכנסה חייבת של 1,000 שקלים. בשנה הראשונה נוצר הפסד של 500, ואילו בשנה השנייה נוצר רווח של 1,500 שקלים, כך שהרווח הכולל מהפעילות הוא 1,000 שקלים; שיעור המס הוא 50%. מבחינה כלכלית, בנתוני דוגמא זו חבות המס הראויה היא בסך 500 ש"ח. אולם אם לא נקזז את ההפסד באופן אנכי, הרי נגיע לתוצאה שיוטל

19 ראה, למשל, סעיף 6 לפקודה; עמ"ה 340/86 מאירסון אהרון נ' פקיד שומה גוש דן, פד"א טו 75; גבולות תכנון המס (לעיל, הערה 4), 200. ראה גם סעיף 441 ל-Internal Revenue Code, 1986 (להלן: I.R.C., 1986); ופסק-הדין המפורסם 282 U.S. 359 (1931) *Burnet v. Sanford & Brook Co.*

20 יש להדגיש, כי שאלת הערך הנוכחי אינה מושפעת משיעור האינפלציה. הערך הנוכחי הוא שווי הנוכחי של זרם חקבולים עתידי, גם אם זרמים אלה צמודים במלואם למדד. בהקשר זה שיעור ההיוון (Discount) הוא שיעור היוון ריאלי. הערך הנוכחי נובע מערך הזמן של הכסף (The Value of Money). הגישה הקלאסית להטבת תופעה זו בניה על הנחה אמפירית בדבר העדפת הזמן של הצרכנים ולפיה הצרכנים מעדיפים צריכה בהווה על-פני צריכה בעתיד של אותה כמות צריכה. לצורך פישוט הדיון בדוגמא התעלמנו משאלת האינפלציה ומהערך הנוכחי. ניתן להציג דוגמאות מקבילות הלוקחות בחשבון את שיעור האינפלציה ואת הערך הנוכחי.

מס של 750 שקלים²¹, כך ששיעור המס האפקטיבי על רווחי הפעילות הנדונה יהיה 75%²².

מן הראוי להדגיש כי קיזוז ההפסדים האנכי אינו מובנה אינהרנטית במודל S.H.S. לגבי קיזוז ההפסדים האופקי, הרי כפי שצינו לעיל אין כל צורך בהוראה מפורשת משום שקיזוז זה מושג "אוטומטית". לא כן באשר לקיזוז האנכי. ככלל, הבסיס הרעיוני למודל זה הוא עיקרון היכולת לשלם הנכחת בפרספקטיבה כלכלית. היכולת הכלכלית של הנישום נמדדת על מדידה רב-שנתית, ולא רק על-פי התוצאות הכלכליות של שנת-מס אחת. אולם קביעת ההכנסה על-פי מודל S. H. S. אין בה כשלעצמה מכניזם פנימי, אוטומטי, היוצר קיזוז הפסדים אנכי, כפי שקיים לגבי הקיזוז האופקי. לכן אם קיימים שיקולי מדיניות-מס המצדיקים הטלת הגבלות על קיזוז הפסדים אנכי, הרי שניתן להשאיר את המודל האמור על כנו ובמקביל להטיל הגבלות אלה. נדגים זאת: נניח, כי בשנת-מס פלונית שווי צריכתו של הנישום היא 100 שקלים ורכושו עלה בערכו מ-100 שקלים ל-150 שקלים. על-פי מודל S. H. S. הכנסתו היא בסך 150 שקלים. תוצאה זו כוללת בתוכה גם הפסדים שנתהו באותה שנה משום שההפסדים צמצמו את צריכתו או את עליית ערך רכושו של הנישום באותה שנה. לא כן הדבר באשר לקיזוז האנכי: כך, למשל, נניח כי בשנת-מס אלמונית צריכת הנישום נשארה ברמה שהה של 100 שקלים, אולם ערכו של רכושו בסוף שנת המס צנח מ-150 ל-0 שקלים עקב הפסד.

בנסיבות אלה נוצר הפסד של 50 שקלים²³. מה דינו של ההפסד? מודל S. H. S. אינו קובע מה ייעשה עם הפסד זה, וזאת משום שמקורה העיוני של בעיית קיזוז ההפסדים האנכי טמון בכך שההכנסה נמדדת באופן שנתי ללא התחשבות במבנה ההכנסות הרב-שנתי. מודל S. H. S. אף הוא "נגוע" בקושי של מדידה שנתית, ללא מערכת התאמה רב-שנתית. מבחינת קיזוז ההפסדים האנכי מודל S. H. S. אינו שונה מבסיס מס-הכנסה הבנוי על שיטת המקור.

קיזוז ההפסדים האנכי עשוי להתבצע כנגד הכנסות עתידיות (carryforward) וכן כנגד הכנסות משנים שבעבר (carryback). קיזוז אנכי כנגד הכנסות בעתיד יוצר בעיות התאמה מבחינת האינפלציה, קרי: שיערוך ההפסד²⁴. כאמור לעיל, בעיה זו, קיימת גם במשטר מס-הכנסה יחסי, אולם במשטר מיסוי פרוגרסיבי היא מקבלת ביטוי חריף יותר עקב הצורך בהתאמת המדרג הפרוגרסיבי לאינפלציה הכוללת, בין היתר, את היקף התאמת מדרגות-המס — האם הן מותאמות לאינפלציה, בחלקן או במלואן. קיזוז ההפסד מול הכנסות משנים עברו מעורר אף הוא את בעיית ההתאמה לאינפלציה אם כי ב"כיוון ההפוך": יש לחלץ מתוך סכום ההפסד את ההפסד במונחי שנת-המס שבה נוצרה ההכנסה המתקזזת עם ההפסד.

$$1500 \times 50\% = 750 \quad 21$$

$$\frac{750}{1000} = 75\% \quad 22$$

$$100 + (-150) = -50 \quad 23$$

$$\text{לשיערוך הפסדים בדין ההתאמה הישראלי ראה סעיף 9 לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985.} \quad 24$$

על-כל-פנים, הבעיות השונות הכרוכות בקיזוז ההפסדים האנכי נגזרות, כאמור, מבעיה רחבה יותר של מיסוי ההכנסה על בסיס מיצוע רב-שנתי. מבחינה זו, ותחת משטר מס פרוגרסיבי, אין כל אפיון מיוחד למערכת דיני קיזוז ההפסדים. היא מהווה פריט אחד בלבד במכלול רחב יותר העוסק בהתאמה הרב-שנתית של החבות במס עקב מדידת ההכנסה בכל שנת-מס. התרת קיזוז ההפסדים האנכי מהווה למעשה יצירת מערכת התאמה רב-שנתית במגזר אחד בלבד – כאשר נוצר הפסד לפחות באחת משנות-המס – תוך התעלמות מבעיות דומות, והיא מביאה לאפליה ולחוסר שווי-משקל בתוך מערכת דיני-המס. לשון אחר: שאלת ההתאמה הרב-שנתית מתעוררת, בעוצמה שאינה פחותה משאלת קיזוז ההפסדים האנכי, גם כאשר יש רווחים בכל שנות-המס הרלבנטיות עקב אי-מיצוע שיעורי המס.

נדגים עתה את הקביעה האחרונה: נניח, כי משטר מיסוי ההכנסה כולל את מדרגות המס ושיעורי המס הבאים: 500 שקל הראשונים – 10%; 500 שקלים נוספים – 25%, על כל שקל נוסף – 50%. נישום פלוני מדווח בשנת-מס פלונית 500 שקלים, ובשנת-המס שלאחריה – 1,500 שקלים. בשנה הראשונה ישלם הנישום מס-הכנסה בסך של 50 שקלים, ואילו בשנה השנייה ישלם 425 שקלים. סך הכול ישלם הנישום 475 שקלים (להלן: החישוב הרגיל). לעומת זאת, ההכנסה הכוללת האמורה (2,000 שקלים) תחויב במס על-פי חישוב רב-שנתי ולפי המדרגות האמורות בסכום של 675 שקלים²⁵. ההבדל בסכום של 200 שקל בין חבות המס לפי החישוב הרגיל המבוסס על-פי צירוף חבויות המס החד-שנתיות לבין החישוב הרב-שנתי נובע מכך שהסכום של 500 השקלים הראשונים של הרווח זוכה לפי שיטת החישוב הרגיל פעמיים – פעם בכל שנת-מס – לשיעור מס מופחת של 10%; בעוד שעל-פי החישוב הרב-שנתי סכום זה זוכה לשיעור מס זה רק פעם אחת²⁶.

קיים אפוא הבדל בין דיני קיזוז ההפסדים האנכי לבין דיני קיזוז ההפסדים האופקי – הבדל השייך לסוגיא הרחבה של ההתאמה הרב-שנתית. השאלה הקשה שבפניה ניצבים מעצביהם של דיני קיזוז ההפסדים האנכי היא, האם בהיעדרה של מערכת התאמה רב-שנתית יש להתעלם לחלוטין מקיזוז ההפסדים האנכי? אם נאפשר קיזוז הפסדים אנכי, תיווצר אפליה הגורמת לעיוותים, שהרי משטר-המס לא מכיל מערכת התאמה רב-שנתית כוללת. בכך תיגרם פגיעה בעקרונות הצדק האופקי והצדק האנכי וכן ביעילות הכלכלית. הפגיעה בעקרונות הצדק מתבטאת בהשוואה בין קבוצת הנישומים בעלי ההפסד לבין קבוצת הנישומים עם רמות-הכנסה שונות על-פני שנים. הפגיעה ביעילות מתרחשת משום שחלוקת הרווח על-פני השנים תתבצע משיקולי מס ולא משיקולים כלכליים. חלוקה-מחדש זו יוצרת הקצאה חדשה של המקורות במשק השונה מההקצאה שהיתה מתרחשת בהיעדרו של משטר-המס האמור.

כנגד טיעון זה ניצבים טיעונים התומכים במערכת קיזוז הפסדים אנכי, רחבה ככל האפשר, ובמרכזם שניים אלה:

25 $500 \times 10\% + 500 \times 25\% + 1000 \times 50\% = 675$
 26 הסכום האמור מחקבל באופן הבא: $200 = 500 \times (50\% - 10\%)$

(1) צמצום תחולתו של קיזוז ההפסדים האנכי בהשוואה לקיזוז ההפסדים האופקי עשוי להביא לעיוותים אחרים: תיווצר כאן פגיעה בעקרונות הצדק, האופקי והאנכי, בין קבוצת הנישומים שיש לה הכנסות בשנה השוטפת באופן שהיא יכולה לבצע קיזוז הפסדים אופקי לבין קבוצת הנישומים שאינה יכולה לבצע קיזוז הפסדים אופקי והנוקקת לקיזוז הפסדים אנכי.

(2) השוני בין קיזוז ההפסדים האנכי לבין קיזוז ההפסדים האופקי פוגע גם ביעילות, משום שהוא עלול לשנות את גודל התשואות לאחר מס בהשוואה לגודלן לפני מס. השוני האמור עלול להשפיע גם על קבלת החלטות כלכליות, שהרי אינו דומה מי שיש לו הכנסות בנות קיזוז אופקי לבין מי שנוקק לקיזוז האנכי.

לפיכך, אם מקבלים את הטיעון שלפיו אין לאמץ מערכת התאמה רבי-שנתית רק בתחום דיני קיזוז ההפסדים האנכי, הרי שניתן לעצב הסדר מס שבו יהיה קיים הבדל מהותי בין היקף הוראות קיזוז ההפסדים האנכי לבין הוראות קיזוז ההפסדים האופקי, כאשר ההוראות הראשונות תהיינה מצומצמות יותר בהשוואה להוראות האחרות. הצמצום עשוי להתבטא בשלושה הקשרים:

(1) שוני בהיקף ההפסדים הניתנים לקיזוז.

(2) שוני בהיקף ההכנסות שניתן לקזז מהם את ההפסד.

(3) אי-הכרה בקיזוז כנגד הכנסות העבר או העתיד.

ההבדל בין קיזוז ההפסדים האופקי לבין קיזוז ההפסדים האנכי מצא, כאמור, את ביטויו בדין הישראלי²⁷. אולם בית-המשפט לא עסק בהיבט זה לחלוטין וקבע שפרשנות המונח "עסק" לצורך קיזוז ההפסדים האופקי וזה לפרשנות המונח "עסק" לצורך סעיף קיזוז ההפסדים האנכי²⁸. איננו שוללים על הסף את האפשרות, כי למרות השוני האפשרי בין שני הסדרי הקיזוזים יש לאמץ פרשנות אחידה למונח "עסק", אולם על בית-המשפט היה לדרוש בכך ולפרוס את כל יריעת השיקולים בנדרש. דרישה זו מקבלת חיזוק בשל העובדה שבית-המשפט עצמו מציין²⁹, כי מונחים זהים עשויים לקבל פרשנות שונה גם אם הם מופיעים באותו סעיף, וזאת אם כוונת המחוקק חומכת בכך. מדוע, למשל, לא ניתן לגרוס, שצמצום ההיקף של קיזוז ההפסדים האנכי מגלה את כוונת המחוקק שיש לצמצם את תחולת דיני קיזוז ההפסדים האנכי ולפיכך יש לפרש את המונח "עסק" בסעיף 28 (ב) לפקודה באופן מצומצם יותר בהשוואה לפרשנות של אותו מונח בסעיף 28 (א) לפקודה? לסיום הדיון בסוגיא זו מן הראוי לציין את השיטה האמריקנית של מיסוי ההכנסה האמריקנית. הפסדים ממסחר בעסק (trade or business), מפעילות שברצעה לצורך רווח (transaction entered into for profit) וכן הפסדים פרטיים מסוימים ניתנים לקיזוז³⁰. כדי לפתור את בעיית המיצוע בכל הנוגע לסוגיית ההפסדים קבע דין

27 הוועה פסקאות (א) ו-(ב) לסעיף 28 לפקודה (לעיל, פסקה ג, 1).

28 עמ' 429 לפסק-הדין.

29 שם.

30 סעיף 165(C) ל-I.R.C, 1986, כי קבע, Limitation of Losses of Individuals – In the case of Individual, the deduction under subsection (a) shall be limited to: 1. losses incurred in a trade of business. 2. losses incurred in any transaction entered into for profit, though not connected with a trade of business; and 3. losses of property not connected with a trade or

המס האמריקני, כי הפסדים מעסק או ממשלחיד ניתנים לקיזוז, בחלקם הגדול³¹ במשך תקופה של 19 שנה, באופן שניתן ללכת אחורה במשך שלוש שנים, וקרימה – במשך חמש-עשרה שנים. השוואת דין המס הישראלי לדין המס האמריקני בהקשר זה מעלה שני היבטים מרכזיים: ראשית, קיזוז משנות-המס שבעבר, שהוא נכון בעיקרו, לא מצוי בדין הישראלי. שנית, באי-הגבלת תקופת-הקיזוז מהכנסות שבעתיד אין לראות משום יתרון לדין המס הישראלי על-פני עמיתו, משום שלאחר חמש-עשרה שנים אין ערך משמעותי להפסד המועבר גם ללא אינפלציה עקב שיעור הריבית הריאלי³². ערכו הנוכחי של הפסד המתקזז בתקופות ארוכות הוא נמוך ביותר.

(ג) ההבחנה בין הפסדים אקטיביים לבין הפסדים פסיביים

אף אם גורסים כי מבחינה נורמטיבית יש לאפשר קיזוז הפסדים, אופקי ואנכי, באופן הרחב ביותר, הרי שקיימים שיקולים חרף-נורמטיביים, שמטרתם להילחם בתכנוני מס, המביאים להצרתו של מרחב קיזוז ההפסדים. קיים חשש שלגבי הפסדים פסיביים – הפסדים מהשכרת נדל"ן, מיטלטלין, זכויות קניין רוחני והפסדים מהשקעות פיננסיות – מדידת ההכנסה לצורך מס תהא שונה ממדידת ההכנסה הכלכלית, וזאת עקב שני משתנים: ניכוי הפחת וניכוי הוצאות המימון. ניכוי הפחת מעורר את שאלת ההתאמה של הפחת המסי-משפטי לפחת הכלכלי. ניכוי לצורך מס של הוצאות המימון מציב את השאלה, האם הן תואמות את העלות הכלכלית של המימון. שני משתנים אלה יביאו לכך שההכנסה הפסיבית לצורך מס, קרי: התשואה להון שאינו אנושי, תהא נמוכה מההכנסה האמיתית-כלכלית. אי-ההכרה בהפסד מפעילות פסיבית מסכלת תכנוני מס שנועדו לצמצם את חבות המס באופן בלתי-צודק. תפישה זו של הגבלת קיזוז ההפסדים מפעילות פסיבית מהווה את אחד מעקרונות-היסוד של דיני קיזוז ההפסדים בדין המס האמריקני לאחר רפורמת-המס³³ המקיפה שהתרחשה ב-1986 ולפיה יש להבחין בין קיזוז הפסדים

business or a transaction entered into profit, if such losses, arise from fire, storm, shipwreck
of other casualty, or from theft

31 מותר לקזז במסגרת מיצוע ההפסדים רק Net Operating Loss, ראה סעיף 172 ל-1986, I.R.C., כן ראה Yerkie v. Commissioner 67 T.C. 388 (1976); Reese v. Commissioner 35 T.C.M. 1228 (1976); Gervitz v. Commissioner 123 F. 2d 707 (1941); Weir v. Commissioner 109 F. 2d 996 (1940)

32 יתרונה של השיטה הישראלית על-פני השיטה האמריקנית בהקשר זה הוא בהתאמה לאינפלציה של ההפסדים, ראה לעיל, הערה 24. גם כהולנד הקיזוז האנכי הוא carryforward (8 שנים) ו- carryback (3 שנים), ראה: Spenke & Lier "Taxation in the Netherlands" (Kluwer, Deventer, Boston, 1992), 47.

33 ראה, למשל, M.A. Oberst, "The Passive Activity Provisions — A Tax Policy Blooper" 40 U. F. L. Rev. (1988) 641, 643

ממסחר או מעסק (Trade or Business)³⁴ לבין היכולת לקזז הפסדים מפעילות פסיבית (Passive Activity)³⁵. זו האחרונה מוגבלת ביותר בהשוואה לראשונה³⁶. בהקשר זה יש להבהיר, שההבחנה בין הכנסות פסיביות לבין הכנסות אקטיביות לא נועדה למנוע ניכוי הפסדים מתחביבים (Hobby Losses), אלא למנוע יצירת מקלט-מס הנוצרים בכך שההכנסה הפסיבית יוצרת תשואה שלילית, קרי: הפסד, לצורך מס הכנסה; בעוד שמבחינה כלכלית קיימת תשואה חיובית או תשואה שלילית נמוכה יותר. איננו רואים כל הצדקה להטיל הגבלות על קיזוז הפסדים מפעילות פסיבית רק בגלל החשש להפסדי התחביב. חשש זה, בכלכלות מודרניות מפותחות, שולי ביותר ואין הוא מהווה הצדקה³⁷ להגבלת קיזוז ההפסדים³⁸. בית-המשפט לא התייחס להבחנה האמורה בפסק-דינו. יש להדגיש, כי ההבחנה בין הפסדים מפעילות אקטיביות, המכונה בדין המס הישראלי פעילות של "גניעה אישית"³⁹, לבין הפסדים מפעילות פסיביות, אינה שוללת בהכרח את הכרעת בית-המשפט. אדרבא: היא עשויה אף לתמוך בשיטתו.

כאמור, קביעת קר-התייחסות בין סוגי הכנסות אלה לצורך קיזוז ההפסדים מושפע מהחשש ליצירת הפסדים לצורך מס מפעילויות פסיביות – הפסדים שאינם תואמים את המציאות הכלכלית. לצורך שרטוט קו זה היה על בית-המשפט לבחון בעיקר את ההסדרים השונים בנושא ניכוי הפחת והוצאות המימון. אנו בדעה, כי הדין בישראל אינו "נדיב" באופן המצדיק גישה מחמירה במיקום הקו האמור. לכן, כאשר אנו משקיפים על בעיית קיזוז ההפסדים במשקפי ההבחנה בין פעילות פסיבית לבין פעילות אקטיבית, הרי שיש להגדיל את מרחב קיזוז ההפסדים. אנו סבורים, כי יש לאפשר קיזוז הפסדים לא רק מעסק אקראי בעל אופי מסחרי, אלא גם מעסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי. לדעתנו, יש לראות הכנסה מעסקת-אקראי

34 ראה סעיף 165 ל-I.R.C., 1986.

35 סעיף 469 ל-I.R.C., 1986. סעיף זה קובע, בקורס כלליים, שניתן לקזז את ההפסד המצרפי מכל הפעילות הפסיבית מההכנסה המצרפית הפסיבית, למעט הכנסות פסיביות מ-Portfolio. יתרת ההפסדים מהפעילות הפסיבית שלא קוזזו מועברת רק לשנים הבאות (carry forward) כלבד ומותרת בקיזוז רק כנגד הכנסות פסיביות. כן ראה "The Tax Reform Act of 1986" Eustice, Kuntz, Lewis & Deering, 33-3 et seq; Obsert (supra, note 33); Rock & Shaviro, "Passive Losses and the Improvement of Net Income Measurement" 7 Va. Tax Rev. (1987) 1; R.J. Peroni, "A Policy Critique of the Section 469 Passive Loss Rules" 62 S. Cal. L. Rev. (1988) 1.

36 זאת נוסף על ההגבלות הנוספות הקיימות. ראה, למשל, לעיל, הערה 31 בכל הנוגע ל-Net Operating Loss.

37 כמשפט האמריקני קיימת הפרדה גמורה בין הגבלת קיזוז ההפסדים מהכנסות פסיביות (סעיף 469 ל-I.R.C., 1986) לבין קיזוז הפסדים מתחביבים (סעיף 183 ל-I.R.C., 1986). לאיסור על קיזוז הפסדי תחביב, ראה, למשל "Notes: Attacking Tax Shelters — Section 183 Leaves the Farm and Goes to Movies" 61 N.Y.U.L. Rev. (1986) 89; Farrell v. Commissioner (1983) 46 T.C.M. 1290; Driecer v. Commissioner 78 T.C. 642 (1982); Feistman v. Commissioner 44 T.C.M. 30 (1982), 718 F.2d 1110 (1983); Brannen v. Commissioner 78 T.C. 471 (1982), 722 F. 2d 695 (1984); Remuzzi v. Commissioner T.C. Memo 1988-8.

38 לגישה המתמקדת בקשר בין ההגבלות על קיזוז ההפסדים לבין הפסדים הנובעים מתחביב ראה, למשל, ד' ניגר, "כעקבות הלכת א.ח.א. גולדשטיין בע"מ" מיסים ד (6) א 11, א 12, א 15.

39 ראה, למשל, סעיף 1 לפקודה.

בעלת אופי מסחרי כהכנסה אקטיבית, קרי: הכנסה מיגיעה אישית⁴⁰. עמדה זו מושתתת בעיקרה על כך שקיימות הגבלות חמורות על ניכוי הוצאות המימון (כמו, למשל, Arbitrage בכל הנוגע למרכיב הוצאות המימון האינפלציוניות) ועל ניכוי הפחת עקב קיומו של חוק התיאומים בשל אינפלציה. למותר לציין, שעמדה זו מחייבת התייחסות מקיפה יותר לחוק התיאומים החורגת ממאמר זה, ולפסק-הדין הנדון השלכות חשובות וישירות גם על חוק זה⁴¹.

(ד) הגבלת קיזוז ההפסדים עקב עיקרון המימוש (Realisation)

שיקול נוסף הקשור להגבלת דיני קיזוז ההפסדים מצוי בדרישת המימוש⁴². זו מביאה לכך, שהנישום יכול לממש את הפסדיו בעוד שרווח בלתי-ממומש באותה עת אינו ממושה⁴³. תוצאה זו עומדת בניגוד גמור לתוצאת המס הרצויה, הנגזרת מעקרון היכולת לשלם ובמיוחד לתוצאת המס העולה מנוסחת S. H. S.⁴⁴ מול טיעון זה המתמקד באי-הסימטריה הנוצרת על-ידי דרישת המימוש (להלן: טיעון הא-סימטריה), ניצב טיעון נגדי הגורס כי תוצאה זו אינה שלילית מבחינת מדיניות-מס, ויש לראות בה חיוביות רבה; שהרי היא מהווה בפועל הסדר מיצוע של ההכנסה על בסיס תקופה רב-שנתית (להלן: טיעון המיצוע):

... because a taxpayer frequently can decide when to realize an accrued capital gains or losses, he can reduce his taxes by realizing

40 להלן, לאחר הערה 60.

41 עשויות להיות לכך השפעות נוספות כמו, למשל, האם הכנסה מעסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי מהווה הכנסה מיגיעה אישית לצורך התלת שיעורי מס מתונים יותר לפי סעיף 121 (ב) לפקודה. על גישה המעניקה חחולה רחבה לשיעורי המס המופחתים על הכנסה מיגיעה אישית ראה, למשל, ע"א 833/87 יורשי המנחם טבר רגא עזרה ז"ל נ' פקיד שומה נצרת פ"ד מר 579(3); עמ"ה 39/89 הלוי יהושע נ. פקיד השומה חיפה פד"א יח 72.

42 אנו עומדים על משמעותה של דרישה זו במאמרו, "יחסי הגומלין בין מיסוי רווח ההון לבין ניכוי הפחת כמשטר מיסוי נומינלי – הסדר הלכירה מחדש (Recapture)" מחקר משפט ט (תשנ"ב) 61. כן ראה: J.A. Pechman, *Tax Reform, The Rich and The Poor* (Brookings Institution, 2nd ed., 1989) 100; A.C. Warren, *The Individual Income Tax in: Pechman (ed.) The Promise of Tax Reform* (Columbia University, 1985) 55; Klein, Bankman, Bittker & Stone, *Federal Income Taxation* (Little, Brown & Company, 8th ed., 1990) 851-852. לבעיית המימוש של הפסד ראה גם 47 C.B. 115, 1984-2 Revenue Ruling 84-115, נוסף ונציין, שלירי ההפסדים השפעות נוספות, כמו, למשל, בתחום המבנה הרצוי של מיסוי התאגיד. ראה, למשל: Bradford, *Untangling the Income Tax* (Harvard University Press, 1985) 112-113.

43 היו שהתייחסו להגבלות הקיזוז המוטלות על הפסדי ההון באופן ציני לפיו הן קיימות משיקולי גבייה, קרי: אין להן כל הצדקה והן נועדו להגדיל גבייה, ראה קליין ואחרים (לעיל, הערה 42) 853: "... more cynical explanation for the capital loss limitations is that the unrestricted allowance of deductions for capital losses would decrease tax revenue and these days members of Congress are more concerned about revenue than they are about fairness of economic rationality

44 ראה לעיל, הערה 15.

losses when his marginal tax rate is high. This option provides a form of income averaging that is unavailable for ordinary income⁴⁵.

טיעון זה זכה לחיזוק אמפירי:

"The second new Feature of this analysis is the identification of the use of realizations of offsetting capital gains and losses in a single year as a tax minimization device. The data indicate that higher income taxpayers are likely to realize offsetting gains and losses; such taxpayers have diversified portfolios and may thus realize accrued gains without incurring any tax liability. This tendency is not restricted to relatively liquid assets like stock; rather, other assets were traded in offsetting transactions, and there was a striking tendency for stock losses to be used to offset gains"⁴⁶.

טיעון האי-סימטריה תומך בהכבדת נטל המס על רווחי ההון באמצעות הטלת הגבלות על קיזוז ההפסדים. הוא עשוי להוות טיעון כבד-משקל כנגד טיעון המיצוץ, הרואה בקיזוז הפסדים מכניזם של Averaging. אולם יש לזכור, שאין בטיעון האחרון כדי לשלול את האפקט של דרישת המימוש, המתבטא בכך שהיכולת לשלם עשויה להימדד באופן מעוות עקב הקדמתו של קיזוז ההפסדים⁴⁷. טיעון האי-סימטריה, התומך בהטלת הגבלות על קיזוז ההפסדים, אינו מוגבל רק לרווחי ההון, אלא יפה גם לגבי ההכנסות הפירותיות. אין להתעלם מכך, כי כאשר להכנסות הפירותיות היקף "השימוש לרעה" של דרישת המימוש באופן שרווח בלתי-ממומש אינו ממושה, בעוד שהפסדים ימומשו הוא מצומצם יותר בהשוואה להכנסות הונויות, אולם גם בממדים אלה יש הצדקה להטלת הגבלות על קיזוז ההפסדים. דחיית החבות במס עקב אי-מסו תתבצע בעיקר כאשר עיתוי ההכנסה הוא על בסיס מזומן (Cash Basis), משום שאם ההכנסה מדווחת על בסיס מסחרי (Commercial Basis), הרי הגמישות בדחיית החבות במס היא קטנה. הקביעה, שלפיה עשוייה להיות אי-סימטריה בכל הנוגע להכנסות המדווחות לפי בסיס מזומן, מחזקת במידה רבה את ההבחנה שצוינה לעיל בין הכנסות

45 Wetzler, "Capital Gains and Losses", in Pechman (ed.), *Comprehensive Income Taxation* 115, 118 (Brookings Institution, 1977). לביקורת על טיעון זה ראה גם R. Goode *The Individual*

Income Tax (Brookings Institution, Revised edition, 1976) 188-189.

46 Minark "Capital Gains" in *How Taxes Affect Economic Behavior* (Aaron & Pechman (eds.), The Brookings Institution, 1981), 241, 267.

47 יש לציין, שהיו שהציעו מתן זיכוי ממס (Tax Credit) למקזזים של הפסדי הון בתנאים מסוימים, זאת כדי למנוע מימוש מוקדם ו"שימוש לרעה" בעקרון המימוש. ראה, למשל, Brinner & Munnell, "Taxation of Capital Gains — Inflation and other Problems" *New England Economic Review* 152-153 (1974) 3; Wetzler, (*supra*, note 42), at 152-153; יש לציין, שלגבי מימוש נכסי הון, עיתוי המימוש נקבע על-פי יום המכירה. ראה, למשל, עמ"ה 343/67 קליין נ' פקיד השומה, פד"א א 362; ד' גליקסברג, "היבטי מיסוי במכירת פטנטים וזכויות יוצרים" מחקר משפטי 151, 158-159 (תשמ"ט) 151; "הדרי, "הערה למיטור מכירת פטנטים וזכויות יוצרים על-פי טעין (2) לפקודה" מחקר משפטי 151, 158-159 (תשמ"ט) 331.

אקטיביות לבין הכנסות פסיביות. דיווח על בסיס מזומן מצוי יותר אצל ההכנסות הפסיביות בהשוואה להכנסות האקטיביות⁴⁸. לבסוף נציין, כי עיקרון המימוש עשוי ליצור עיוות בהקשר שלפנינו גם לפי הבסיס המסחרי. לפי בסיס זה, עיתוי המימוש הוא בעת אספקת הסחורה או מתן השירות⁴⁹. ניתן לעכב את המימוש על-ידי עיכוב הסחורה או מתן השירות, הגם שמבחינה כלכלית נוצר כבר ההפסד. על-אף זאת נראה, כי שכיחות האסימטריה לגבי בסיס המזומן היא גבוהה יותר בהשוואה לבסיס המסחרי.

"השימוש לרעה" בעקרון המימוש בכל הנוגע לדיני ההפסדים שוחק במידה רבה את חשיבתם של העקרונות שצוינו על-ידי בית-המשפט – עקרון ההדדיות וטיעון הכלאיים. כך, למשל, באשר לעקרון ההדדיות, הרי אסימטריה תותרת תחת ההדדיות הן בעצם מהותה הן בכך שהחשש לאסימטריה מטיל הגבלות על קיזוז הפסדי ההון. הוא הדין לגבי טיעון הכלאיים. בית-המשפט העליון התעלם בפסק-דינו מדרישת המימוש ומאפקט האסימטריה, על-אף שחשיבותן רבה ביותר בתחום דיני קיזוז ההפסדים.

(ה) דיני קיזוז ההפסדים ומיסוי התשואה להון – היבטים נורמטיביים ותמריציים

יצירת אסימטריה בין מיסוי רווחי ההון לבין אי-קיזוז "מלא" הפסדי ההון, המתבטאת, כאמור, בהגבלות על קיזוז הפסדי ההון, גורמת לפגיעה ביעילות הכלכלית ובמיוחד בכל הנוגע להון סיכון, וזאת בשני מישורים:

1. המישור הנורמטיבי. גם אם איננו רוצים לתמרץ באמצעות מערכת-המס את הפעילויות הכלכליות בנות-הסיכון, ויעדנו הוא להשאיר את מערכת-המס נייטרלית בהקשר זה – הרי שאי-הכרה מלאה בקיזוז הפסדים הופכת את דיני המס לחסרי-נייטרליות. זו גורמת להעדפת פעילויות כלכליות מסוימות, כאשר ההעדפה נגזרת מההסתברות של הרווח וההפסד הצפויים מאותה פעילות. אם בעולם ללא מס הגישום היה נוקט השקעה פלונית משום שצפויה לו תשואה אלמונית המחושבת על בסיס הסתברות הרווח וההפסד, הרי שבעולם עם דיני מס המטילים הגבלות על קיזוז ההפסדים יש צורך בהסתברות גדולה יותר לרווח כדי לגרום לכך שהתשואה לאחר מס תישאר בשיעור המושגת בעולם ללא מס.

48 קביעה זו בוודאי נכונה אם מאמצים את מבחן המלאי כגורם המכריע את הבסיס החשבונאי, שלפיו נקבע עיתוי ההכנסה. לדעתנו, היבט זה לא ישחנה גם לפי עמדת הפסיקה בעמ"ה 88/83, 76/83, 146/82, 223/82 חברת קברוצת השומרים שמירה ובטחון ואח' נ' פש"ג, פד"א יד 4. עמדה זו גורסת כי הבסיס החשבונאי שלפיו נקבעת ההכנסה מושתת על שיטת ניהול הספרים באופן שמי שחייב בשיטת החשבונאות הכפולה עיתוי הכנסתו נקבע לפי בסיס מצטבר. ראה לאחרונה עמ"ה 92, 93/90, 92 מנשס דוד נ' פקיד שומה חיפה, פד"א יט 359. למבחן המלאי כקובע את הבסיס החשבונאי לצורך חשבונאות המס ראה, למשל, עמ"ה 201/83 יוסף דיטמן נ' פקיד השומה, פתח – תקוה פד"א יב 475; עמ"ה 171/81 אריה רוניצקי נ' פקיד שומה תל-אביב, פד"א יב 455.

49 ראה, למשל, ע"פ 83/73 הנדסת חימום בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י (1) 657.

נדגים זאת בדוגמא הבאה (להלן: דוגמא I):
 נניח, כי מהשקעה פלוגית צפוי רווח של 40% בהסתברות של 60% והפסד של 30% בהסתברות של 40%. שיעור התשואה מהפרייקט הוא תוחלת הרווח בניכוי תוחלת ההפסד⁵⁰. לצורך דיוגנו נבחין בין שלושה מצבים:
 (א) עולם ללא מס.
 (ב) עולם עם מס ללא הגבלות על קיזוז הפסדים.
 (ג) עולם עם מס עם הגבלות על קיזוז הפסדים.
 נדון במצבים אלה אחד לאחד:

מצב א: עולם ללא מס
 התשואה מהפרייקט היא:

$$R_1 = 40\% \times 0.6 - 30\% \times 0.4 = 12\% \quad (\text{התשואה לפני מס})$$

מצב ב: עולם עם מס ללא הגבלות על קיזוז הפסדים⁵¹
 נתון: שיעור מס של 50%

$$R_2 = 40\% \times 0.6 \times 50\% - 30\% \times 0.4 \times 50\% = 6\% \quad (\text{התשואה לאחר מס})$$

בהנחה שכל התשואות של הפרייקטים השונים כפופות לאותו משטר מס, הרי שבדרך-כלל, ולצורך פישוט הדיון, הנישום לא ישנה את החלטתו שהיתה מתקבלת בעולם ללא מס. במובן זה מערכת-המס היא אפוא נייטרלית.

מצב ג: עולם עם מס הכולל הגבלות על קיזוז הפסדים
 נתון: חסכון המס האפקטיבי המושג באמצעות דיני קיזוז ההפסדים הכוללים הגבלות על קיזוזים אלה זהה לקיזוז הפסדים מלא במשטר מס של 20%⁵².

$$R_3 = 40\% \times 0.6 \times 50\% - 30\% \times 0.4 \times 80\% = 2.4\% \quad (\text{התשואה לאחר מס})$$

בניגוד למצב ב, שבו אין כל שוני בהקצאת המקורות בהשוואה למצב א, הרי שבמצב ג הקצאת המקורות תהא שונה מהקצאת המקורות שבמצב א, וזאת בהתאם להיקפם הצפוי של ההפסד או הרווח וההסתברות להתרחשותם.

50 תוחלת הרווח היא מכפלת אחוז הרווח בהסתברות התרחשותו. תוחלת ההפסד היא מכפלת אחוז ההפסד בהסתברות התרחשותו.

51 אנו מניחים, שהנישום יכול לקזז את ההפסד באותה שנה ובכך לשובב חלק מההפסד בגובה שיעור המס השולי.

52 ההגבלות עשויות ללכוש צורות מצורות שונות. לשם הצגת הדברים אנו מניחים, כי הגבלות אלה מביאות לכך שקיזוז ההפסדים החלקי, במנחים אפקטיביים, משובב רק חלק מההפסד בגובה 20%, וזאת בהשוואה לשיעור של 50% — אם לא היו מוטלות כל הגבלות על קיזוז ההפסדים.

את קביעתנו האחרונה נציג בדוגמא II שלהלן, באמצעות טבלת ההשוואה: הנח כי נוסף על הפרוייקט המוצג בדוגמא I (להלן: פרוייקט I) קיים פרוייקט שני(להלן: פרוייקט II) שנתוניו הם כדלקמן:

הסתברות של 60% לרווח של 50% והסתברות של 40% להפסד של 40%.

טבלת השוואה של התשואה משני הפרוייקטים בשלושת המצבים

תשואה (%)

	מצב א	מצב ב	מצב ג
פרוייקט I	12	6	2.4
פרוייקט II	14	7	2.2 ⁵³

מה ניתן ללמוד מטבלה זו? השוואת התשואות בשני הפרוייקטים בכל שלושת המצבים מביאה למסקנה, כי בעולם עם מס (מצב א) ובעולם עם מס, כאשר אין כל הגבלה על קיזוז הפסדי ההון (מצב ב), הקצאת המקורות תהיה זהה ובאופן הבא: ראשית, נבחר את פרוייקט II, ורק לאחר-מכן – את פרוייקט I. מערכת-המס במצב ב היא נייטרלית בהקשר שבו עסקינן. מנגד, במצב ג, כאשר מוטלות הגבלות על קיזוז ההפסדים, נבחר את פרוייקט I על-פני פרוייקט II משום שהתשואה בו גבוהה יותר ב-0.2%, על-אף שבעולם ללא מס התשואה בפרוייקט II גבוהה מהתשואה בפרוייקט I. נמצינו למדים, כי הגבלות של דיני קיזוז ההפסדים הופכות את מערכת-המס לחסרת-נייטרליות בכך שהיא גורמת להקצאת מקורות השונה מההקצאה שהיתה מתרחשת בעולם ללא מס (מצב א) או בעולם עם מס ללא הגבלות על קיזוז ההפסדים (מצב ב).

2. המישור התמריצי. בגלל ההנחה האמפירית של "שנאת הסיכון"⁵⁴ (Risk Aversion), התשואה של הפרוייקט אינה נקבעת לפי סיכום אריתמטי פשוט, כמובא לעיל, של תוחלת הרווח ותוחלת ההפסד, אלא יש צורך לשקללם יחד בהתאם לגוסיסה התואמת את היקפה של שנאת הסיכון. ככל שנאת הסיכון תהא גדולה יותר, אזי תידרש תוחלת רווח גבוהה יותר. ניתן להקטין את האפקט של תופעה זו על-ידי כך שמסבסדים את ההשקעה, אם באמצעות מענקים ממשלתיים או באמצעות תמריצי מס (Tax Incentives), שאינם נגזרים מהמבנה הנורמטיבי של

⁵³ $50\% \times 0.6 \times 50\% - 40\% \times 0.4 \times 80\% = 2.2\%$

⁵⁴ לסוגיא זו ראה, למשל, Polinsky, *An Introduction to Law & Economics* (Little, Brown & Company, 1983) 51; R. Posner, *Economic Analysis of Law* (Little, Brown & Company, 3rd ed., 1986) 11. אנו מציגים כאן עקרונות כלליים בלבד של הדיון בכל הנוגע להשפעות דיני קיזוז ההפסדים על ההשקעות. למותר לציין, שסוגיא זו קשורה בטבורה לנושא רחב יותר העוסק בויקה שבין משטר המס לבין נטילת סיכון.

דיני המס. הצורך בסבסוד נגזר מכך שההשקעות במשק, ובמיוחד השקעות עם סיכון גבוה, הן גורם חיוני בהתפתחות הצמיחה הכלכלית ומגדילות את הרווחה והיעילות. סובסידיית-המס גורמת למעשה להקטנת הסיכון. אחת הטכניקות להענקת סובסידיה זו היא הפרת הסימטריה בין מיסוי על הרווחים לבין המיסוי על ההפסדים. ההפרה מתבטאת בצורת אפליה לטובת ההפסדים על-ידי הגדלת היקף קיזוז ההפסדים. לשון אחר: יש להגדיל את מרחב ההפסדים, מעבר למה שנדרש מהמבנה הנורמטיבי של דיני קיזוז ההפסדים באופן שיעניק סובסידיית-מס. כך, למשל, ניתן לגרוס שכל סכום הפסד יוכפל במכפיל פלוני לצורך קיזוזו⁵⁵, או, למשל, שניתן לקזז הפסד הוני באופן שוטף כנגד הכנסות רגילות – אם גורסים שקיזוז כאמור, אינו תואם את המבנה הנורמטיבי. יש אפוא היגיון רב בסבסוד השקעות, כאמור. ההגבלות על דיני קיזוז ההפסדים לא רק שאינן יוצרות נייטרליות, אלא מהוות תמריץ מס שלילי שלא לעסוק בפעילות עם סיכון.

ה. קיזוז פנים מקורותי

דיני קיזוז ההפסדים שנדונו בפרשת א. ח. א. גולדשטיין ובמאמר זה, והגזרים משיטת המקור, כמו, למשל, איסור הכלאיים, אינם תקפים כאשר לקיזוז הפסדים "תוך מקורותי". נבחר את דברינו: אם מפעילות כלכלית פלונית נוצר הפסד ומפעילות כלכלית אלמונית נוצר רווח, הרי שניתן לקזז את ההפסד מהרווח האמור, ללא שימוש בדיני קיזוז ההפסדים, אם שתי הפעילויות משתייכות לאותו מקור במובן הרחב, קרי: על-פי החלוקה למקורות שבסעיף 2 לפקודה. כך, למשל, ניתן לקזז הפסד מהלוואה פלונית⁵⁶ מול הכנסות אחרות מריבית, גם אם ההכנסות מריבית אינן מהוות הכנסה מעסק. עמדה זו נובעת מהתפישה הפונקציונלית של דוקטרינת המקור, שלפיה יש ליתן משמעות להיבט המסגרי של דוקטרינת המקור, אולם יש לנהוג בגמישות פונקציונלית רבה ככל האפשר בהקשר לדיני המס הקשורים לתוכן הפנימי של דוקטרינת המקור. עמדנו על כך במקום אחר בהרחבה ואין להאריך בזאת עתה⁵⁷.

55 המחוקק קבע הסדרי מס אחדים שנועדו להעניק תמריצי מס לפעילויות מסוג זה, ראה, למשל סעיף 220 לפקודה. טכניקה של הכפלת ההפסד במכפיל של 3.5 מצויה בסעיף 92(א) לפקודה, אולם היא משמשת תגובה למערכת ההתאמה לאינפלציה של מיסוי רווחי ההון, שנועדה לפתור סוגיה אחרת הקשורה לקיזוז הפסד הון כנגד מרכיב "סכום אינפלציוני" שכרווח ההון החייב במס רווח הון בשיעור של 10% בלבד. הוא הדין כאשר למיסוי רווחי ההון בשיעור של 10% על מרכיב רווח ההון הזהה לרווחים הבלתי-מחולקים על-פי סעיף 94 לפקודה. שיעור זה מהווה את אחד המכשירים המרכזיים את התוצאות של המיסוי הכפול החלקי המוטל בישראל על רווחי התאגיד המחולקים לבעלי המניות. בשני המקרים הללו גרם המחוקק, שקיזוז הפסד כנגד הכנסה החייבת בשיעור מס מופחת פוגעת בנישום ולפיכך נקבע שיעור מס מופחת. גם הפסיקה העניקה הסיבות רבה לכך שיש לאפשר קיזוז הפסד באופן שימקסם את יתרון המס שבקיזוז ההפסד. ראה צ"א 2/69 לה נסיונל, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה תל-אביב 7 פד"א ב 279.

56 כך, למשל, אם הוצאו הוצאות משפטיות לגביית ריבית באופן שהן עלו על הריבית שנגבתה בפועל.

57 ראה גליקסברג (לעיל, הערה 18), 383-384.

1. השפעות פסק-הדין

1. משולש המושגים וחוסר הודאות

לכאורה, לפסק-הדין תוצאה חיובית בכך שהוא מכליל את המונח "עסק אקראי בעל אופי מסחרי" במסגרת המונח "עסק". לעומת זאת, פסק-הדין קובע כי סעיף 2(1) לפקודה מכיל שלושה מושגים: "עסק", "עסק אקראי בעל אופי מסחרי" ו"עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי". אם בעבר ההתמקדות⁵⁸ היתה בשני מושגים – "עסק" או "עסק או עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי" – כאשר ההבחנה ביניהם אינה קלה כלל ועיקר, הרי שעתה לפנינו שלושה מושגים. על קו-הרצף המחבר את ה"עסק" עם "עסקת-האקראי בעלת האופי המסחרי", מצוי מושג נוסף של "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי". ההבחנה בין שני מושגי ה"קצה" – "עסק" ו"עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי" – לא תמיד נהירה. אם בין מושגי ה"קצה" מלאכת ההבחנה קשה, הרי שמלאכת ההבחנה ביניהם לבין עסק-אקראי בעל אופי מסחרי תהא קשה שבעתיים.

לפסק-הדין השפעות רבות ומגוונות ביותר והוא מרחיב או מעמיק את חוסר-ההודאות שבגדון. הסדרי מס רבים ויסודיים במסגרת מיסוי ההכנסה מכילים את האלמנט של "עסק". בית-המשפט בפסק-דינו קבע, כי מושג זה עשוי לכלול גם "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי", וזאת בהתאם לכוונת המחוקק בכל הסדר ספציפי. אם אנו בוחנים היטב הסדרים שונים בפקודה, המכילים את האלמנט האמור, הרי ניווכח לדעת שכלי הפרשנות של כוונת המחוקק ומטרת החקיקה אין בכוחם בדרך-כלל כדי לסייע במלאכת הפרשנות של אותם הסדרים. נדגים דברינו אלה בדוגמאות הבאות⁵⁹.

2. דוגמאות

הדוגמא הראשונה היא כללי התחולה הבינלאומית של מיסוי ההכנסה. מהו מעמדו של "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי" לעניין כללי התחולה הבינלאומית הטריטוריאלית והפרסונלית? בעניין זה קיימות שתי שאלות: (1) האם לעסק או לעסקת-אקראי בעלי אופי מסחרי יש מבחן מקום מקור שונה לעניין התחולה הטריטוריאלית?

58 אמנם, מבחינה לשונית הסעיף כולל את שלושת המושגים, אולם הפסיקה התמקדה, כאמור, רק ב"עסק" או ב"עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי". ראה, למשל, לוי וגורפיין (לעיל, הערה 2). למכאנים המכדילים בין שני מושבים אלה ראה, למשל, "הדרי", "השאלה החוזרת על עצמה" – היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך סחירים; הערות בשולי פס"ד מזרחי" הפרקליט לו (תשמ"ה) 282; כ"צ צורקמן וע' לביא, "האבחנה בין סוחר בניירות ערך ובין משקיע שאינו סוחר" משפטים ח (תשל"ז) 47.

59 קיימים דברי חקיקה נוספים העוסקים בתחום המיסוי הבינלאומי המעוררים שאלה זהה. כך, למשל, צו מס הכנסה (פטור ממס לריבית שמשלם תושב ישראל בשל הלוואה מתושב חוץ), התשמ"ח-1988. צו זה מעניק פטור ממס על ריבית שמשלם חבר בני-אדם תושבי ישראל לתושב-חוץ שאינו מנהל עסק או משלח-יד בישראל. האם המתח "עסק" בצו זה כולל גם "עסק-אקראי או עסק בעלת אופי מסחרי"?

(2) מהו היקפו של המונח "עסק" המצוי בסעיף 5(1) לפקודה⁶⁰?

הדוגמא השנייה היא מיסוי המוסדות ללא כוונת רווח. אלה מהווים "מוסד ציבורי" על-פי סעיף 9 (2) לפקודה והם פטורים ממס על הכנסתם, וזאת "... במידה שלא הושגה מעסק שהם עוסקים בו, או מדיבינד או מריבית או מהפרשי הצמדה ששולמו על-ידי חבר בני אדם שבשליטתם העוסק בעסק" (הדגשה שלי – ר' ג'). שומה עלינו לקבוע אפוא, האם המונח "עסק" לצורך מיסוי המלכ"רים כולל גם "עסק אקראי בעל אופי מסחרי", ואולי גם "עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי". לשאלה זו חשיבות מרובה לאור הקשיים הרבים הטמונים ממילא בסיווג הכנסותיהם של המלכ"רים⁶¹. גם כאן ספק רב אם התחנות אחר כוונת המחוקק ומטרת החקיקה מקדמת את התשובה לשאלה זו.

דוגמא שלישית קשורה למערכת ההתאמה לאינפלציה של מיסוי ההכנסה. חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן חוק התיאומים), קובע שתי מערכות התאמה לאינפלציה. הראשונה היא מערכת-ההתאמה מלאה, ואילו השנייה היא מערכת-ההתאמה חלקית. תחולת שתי מערכות אלה נגזרת מהיקף החובה לניהול הוראות הספרים על-פי הוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות, מס' 2), התשל"ג-1973. נציב מס-הכנסה התקין הוראות אלה על-פי סעיף 130 לפקודה, המעניק לו סמכות התקנה אולם רק לגבי הכנסה הנובעת מעסק או ממשלח-יד. מהו אפוא דינו של "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי" בעקבות פרשת א. ת. א. גולדשטיין? בהקשר שלפנינו פרשנות המונח "עסק" קובעת לא רק את היקף חובת ניהול הספרים, אלא גם את מהותו של הסדר ההתאמה לאינפלציה.

הדוגמא הרביעית והאחרונה עוסקת בשותפות הממוסית על-פי משטר המס הקבוע בסעיף 63 לפקודה, כאשר התנאי המקדמי לתחולת הסעיף הוא אם שני בני-אדם או יותר עוסקים "בעסק פלוני או במשלח-יד פלוני". האם הסדר מיסוי השותפות, לרבות ההסדר המצוי בחוק התיאומים, חל גם על "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי"? מה דינה של "עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי" לעניין זה?

3. הצורך בהסרת חוסר-הוודאות

הצירוף של עקרונות הפרשנות הפונקציונלית עם הלכת א. ח. א. גולדשטיין גורם, כאמור, לחוסר-ודאות. אנו בדעה, שמן הראוי שהמחוקק יביא להסרתה, ויפה שעה אחת קודם. עיון בחקיקה ובחקיקת-המשנה של מיסוי ההכנסה מגלה, כאמור, כי המונח "עסק" מופיע שם בתדירות רבה ביותר ובאשר להסדרים הבסיסיים ביותר

60 לוחק בן כללי המקור (Source Rules), קרי: מבחני מקום המקור, לבין סעיף 5 לפקודה, ראה, למשל, ד' גליקסברג, "מבחן מקום המקור של ריבית לאור הסעיף 5 (4) (א) לפקודת מס הכנסה" הרבעון הישראלי למיסים יג (תשמ"ד) 294.

61 לקשיי סיווג ההכנסה של מלכ"רים ראה, למשל, ע"א 767/87 עמותת בשערוך ירושלים נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד מד (4) 800; עמ"ה 520/81 בית הכנסת הגדול בתל-אביב נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד א יב 367; ע"א 576/66 פקיד שומה פתח תקוה נ' "למען מכבי אבשלום" בע"מ, פ"ד כ (4) 809; ע"א 335/79 פקיד שומה כפר סבא נ' אגודת ידידי האוניברסיטה העברית פד"א יא 44; ע"ש 23/85 המועצה האזורית עמק יזרעאל נ' מנהל המכס ומע"מ ואח', מיסים ה/2 (1991), ה-126; ע"ש 75/90 עמותת ידידי בית החולים האזורי לגליל המערבי – נהריה נ' מנהל מס ערך מוסף, מיסים ה/4 (1991) ה-150; ע"ש 185/89 פירג הקמה וניהול בע"מ נ' סגן מנהל המכס ומע"מ, מיסים ה/6 (1991) ה-213.

של משטר מיסוי ההכנסה. לא ייתכן כי לגבי מושגייסוד ישרור חוסר-ודאות כה רב. ליציבות ולוודאות חשיבות מרובה ביותר בתחום הפיסקלי, לפיכך קיימת חשיבות עליונה כי המחוקק יבהיר זאת באופן נהיר ביותר ואל-לו לבית-המשפט לתרום להגברת המכונה בנדון.

ז. העמדה הרצויה

לדעתנו, מן הראוי היה כי בית-המשפט יביע את עמדתו בשאלה שעמדה לדיון לפניו תוך התייחסות לשיקולים האמורים. היה עליו להחליט באיזו מידה השיקולים שצוינו לעיל כנגד הגבלת הזכות לקיזוז הפסדים שוחקים את נקודת-המוצא שלפיה יש להכיר בקיזוז מלא של כל ההפסדים. החלטה זו אינה משימה קלה ומצריכה גישה מקיפה המאזנת בין השיקולים הללו. לשם כך יש להביא בחשבון, כי בחקיקה הפיסקלית הישראלית קיימות הגבלות סטטוטוריות רבות באשר לקיזוז ההפסדים וכשלעצמן יש בהן כדי לענות על הצורך בצמצום המרחב של קיזוז ההפסדים לפי השיקולים שציינו, אף אם נעניק להגבלות אלה פרשנות צרה. אני בדעה, שהמחוקק הישראלי גילה את דעתו בהסדר קיזוז ההפסדים, כי יש להבחין בין רווחים והפסדים פסיביים לבין רווחים והפסדים אקטיביים. עמדה זו עולה מההסדר הנוכחי של קיזוז ההפסדים, האופקי והאנכי, שלפיו מותר לקזז, בהגבלות מסוימות, הפסדים מעסק או ממשלח יד בלבד. הלכה למעשה הבחנה זו היא הגורם הדומיננטי המעצב את הסדר קיזוז ההפסדים האנכי והאופקי שבישראל. אשר על-כן, על בית-המשפט היה בראש-ובראשונה לסווג את המושג "עסק-אקראי בעל אופי מסחרי". האם הוא בגדר הכנסה אקטיבית או שמא הכנסה פסיבית לענין דיני קיזוז ההפסדים. סיווג זה נגזר משיקולי מדיניות, הבוחנים בפרספקטיבה רחבה את דיני קיזוז ההפסדים על רקע משטר-המס בכללותו, ולפיהם יש להציב את קו-הגבול בין ההכנסות הפסיביות לבין ההכנסות האקטיביות. לדעתי, יש לראות את ההכנסות האמורות כהכנסות אקטיביות, וזאת משני טעמים עקרוניים:

(1) מיקומן של ההכנסות במבנה המס. מבחינה סטטוטורית הכנסות אלה מסווגות כהכנסות פירותיות, ולא כרווחי הון או כהכנסות ממקורות אחרים המופיעים בסעיף 2 לפקודה והמהוות הכנסות פסיביות. ייחודו של סעיף (1)2 לפקודה, על כל רכיביו, בכך שהוא כולל הכנסות אקטיביות אשר יצאו מכלל רווחי ההון או ההכנסות הפסיביות. אשר על-כן, הכנסה מ"עסק-אקראי בעל אופי מסחרי" מהווה אף היא הכנסה אקטיבית. הוא הדין גם באשר ל"עסקת-האקראי בעלת אופי מסחרי". המבחנים השונים⁶² שהפסיקה פיתחה לצורך סיווג רווחי הון כעסק-אקראי או כעסקת-אקראי בעלי אופי מסחרי או סיווג הכנסה פירותית פסיבית כהכנסה על-פי סעיף (1)2 לפקודה, משקפים יסודות של הכנסות אקטיביות⁶³.

62 לעיל, הצרה 57.

63 יש להדגיש, כי הגם שהכנסת עבודה מהווה הכנסה אקטיבית, הרי שלא ניתן לקזז ממנה הפסדים לפי הדין בישראל, אולם זאת משיקולים אחרים ובעיקר שיקולים מנהליים-גבייתיים. לשיקולים אלה השפעה גם על דיני קיזוז ההוצאות ועל הגדרת ההכנסה. לענין זה ראה, למשל, חקנה 4 לתקנות מס הכנסה (ניכוי הוצאות מסוימות), התשל"ב-1972; א' רפאל וד' אפרתי, דיני מס הכנסה (תל-אביב, מהדורה שנייה, תשמ"ה-1985), כרך א 54-55.

(2) שיקולי מדיניות-מס המעצבים את דיני קיזוז ההפסדים. מבחינה מהותית, גם אם נגרוס שרק הכנסות מעסק "ממש" מהוות הכנסות אקטיביות לצורך הסדרי מס אחרים⁶⁴, הרי שלצורך קיזוז ההפסדים יש לראות גם את ההכנסות מ"עסק אקראי בעל אופי מסחרי" וכן מ"עסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי" כהכנסות מעסק. ראינו לעיל, שההבחנה בין הכנסות פסיביות לבין הכנסות אקטיביות נובעת מהחשש שמדידת ההכנסה הפסיבית לצורך מס תהא שונה ממדידתה הכלכלית, וזאת עקב ניכויי הפחת והוצאות המימון שאינם תואמים את המציאות הכלכלית. הצרת האפשרויות של קיזוז ההפסדים מונעת שימוש-לרעה בפער שנוצר בין המדידה הכלכלית לבין המדידה לצורך מס. ככל שגדל החשש האמור, כן גדלה הנטייה להצר את הגדרתה של ההכנסה האקטיבית ולהרחיב את הגדרתה של ההכנסה הפסיבית לצורך האיסור של קיזוז ההפסדים הפסיביים. ההגבלות הקיימות בישראל על ניכוי הפחת והוצאות המימון הופכות ניכויים אלה לניכויים שאינם כה נדיבים, כלשון המעטה, כך שהחשש לשימוש-לרעה אינו גדול ביותר. קביעה זו נכונה שבעתים הן לאור קיומן של ההגבלות הקיימות על קיזוז ההפסדים והן לאור קיומו של הסדר ההתאמה לאינפלציה על-פי חוק התיאומים. החשש למניפולטיביות אין בו כדי להכריע את השיקולים האמורים משום שהמלחמה בתופעה זו היא באמצעות נורמות אנטי-תכנוניות שנועדו להחמיר עם מניפולטיביות מסוג זה. לפיכך יש להכליל את עסקת-האקראי ואת עסקת-האקראי בעלי האופי המסחרי במסגרת המונח "עסק" ובהתאם לכך להחיל עליהם את קיזוז ההפסדים האנכי והאופקי.

יתירה מזו: אנו בדעה, שניתוחנו לעיל מביא למסקנה כי כל-אימת שקיים ספק בדבר היקף תחולתם של דיני קיזוז ההפסדים, יש להעדיף, בדרך-כלל, פרשנות המרחיבה את יכולת הקיזוז.

ח. סיכום

עם כל הכבוד, אנו בדעה, כי מן הראוי היה שהתשובה לשאלה שעמדה לפני בית-המשפט בפרשה הנדונה תינתן מתוך התייחסות לשיקולי מדיניות-המס, שהובאו לעיל. אמנם, החלטת בית-המשפט מאופיינת בגישה פרשנית פונקציונלית מסוימת, ולא בגישה פורמלית המתמקדת בצר המילולי של הסוגיא. אולם היא התמקדה בשיקולי מדיניות חלקיים ביותר, שאינם משקפים את עמדתם של דיני קיזוז ההפסדים בישראל, כמו, למשל, עיקרון ההדדיות ואיסור הכלאיים, תוך התעלמות מוחלטת מהשיקולים המרכזיים שהצבענו עליהם. ההגבלות הקיימות בדין הישראלי על קיזוז ההפסדים, ניכויי הפחת והוצאות המימון מחייבות למקם את נקודת-האיזון בין השיקולים הרבים האמורים באופן שיש לאמץ "עמדת-על" רחבה, שלפיה כאשר אנו ניצבים בפני חוסר-בהירות בדבר היקף תחולת דיני קיזוז

64 כמו, למשל, שיעור המס המופחת על הכנסות מיגיעה אישית לפי סעיף 121(א) לפקודה, או לצורך הפטור ממס לעיוור או נכה לפי סעיף 9(5)(א) לפקודה.

דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק

משפטים כ"א תשנ"ב

יש לבכר, בדרך-כלל, גישה המביאה להרחבת התחולה האמורה על-פני גישה המביאה לצמצומה⁶⁵.

65 לעיל, סמוך להערה 12 ואילך.
