

סמכות הסיווג מחדש והנורמות האנטי-תכנוניות: העדפת התפיסה הפונקציונלית על פני התפיסה הקונספטואלית

מאת

דוד גליקסברג*

לנורמות האנטי תכנוניות, השיפוטיות או הסטטוטוריות, הכלליות או המיוחדות, יש תפקיד מרכזי במשטרי המיסוי השונים. תוכנן של נורמות אלה יוצר את האיזון בין זכותו של הנישום לתכנן את חבותו במס לבין זכותה של החברה למנוע שימוש לרעה בזכויות או במוסדות משפטיים. הנורמות הללו מונעות את השגתם של יתרונות מס באמצעות שימוש לרעה בזכויות. מטרה זו תושג באמצעות תפיסה פונקציונלית, תוך רחייתה של תפיסה קונספטואלית המביאה לכישלון הנורמות ולעיוותים מבחינת הצדק החברתי והיעילות הכלכלית. הגישה הרווחת בישראל אימצה את התפיסה הקונספטואלית תוך התעלמות מוחלטת משורשן היוריספרודנטלי של הנורמות האנטי תכנוניות, המצוי בעיקרון תום הלב. לאחריה הביאה הפסיקה בישראל את התפיסה הרווחת לתוצאות קשות, החורגות למרחק רב מהשאלה הקונקרטית שנדונה בפני בית המשפט. המאמר דן בהלכה שיפוטית זו ובצעדים הסטטוטוריים – שהוצעו בעבר – המסוגלים לאיין את תוצאותיה המזיקות של תפיסה זו; בצד דיון זה נמתחת ביקורת נוקבת הן על התפיסה השיפוטית והן על הצעדים הסטטוטוריים המתוכננים. לבסוף, המאמר מציע אלטרנטיבה מהותית לתפיסה השגויה המקובלת. מורכבותן של הנורמות האנטי תכנוניות וחשיבותן מביאות לכך שממדין של מרחב תכנון המס טרם גובשו באופן סופי, על אף שלכאורה קיימת הסכמה חברתית על עקרונות היסוד שבו, ויש במאמר כדי לתרום באופן מהותי לעיצובו של מרחב זה.

א. מבוא. ב. הנורמות האנטי תכנוניות – מהות, מבנה ואיזון פנימי. ג. פרשת רובינשטיין. 1. רקע עובדתי; 2. הכרעת בית המשפט. ד. הביקורת על הלכת רובינשטיין. 1. כללי; 2. למהותה של ה"התעלמות"; 3. הפרה של הצדק האופקי; 4. פגיעה ביעילות הכלכלית; 5. נפקדות נוספות להבחנה בין מודל שלילת יתרון המס

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. תודתי נתונה לעוזר המחקר, מר רפצאת עזאם, על סיועו בהכנת מאמר זה. תודה מיוחדת נתונה לשלומית ולרשטיין ולדורית רובינשטיין, עורכות משפטים, ולחברי המערכת על הערותיהם המצוינות למאמר זה.

לבין מודל ההתעלמות; 6. הפרשנות הפונקציונלית; 7. משמעות פסק הדין: מעגל פנימי ומעגל חיצוני – היבטי טווח קצר וטווח ארוך. ה. מדיניות האיזון והמודלים השונים של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת. ו. מודל הנורמה האנטי תכנונית השגוי שבהצעת תיקון 97. 1. המודל המוצע ורקעו העיוני; 2. הביקורת על ההצדקה הסמכותית ועל ההצדקה הראייתית; 3. עיוותים בתנאי התחולה; 4. מבחן השינוי בבעלות. ז. הלכת רוכינשטיין והפרת האיזון הפנימי של דיני קיזוז ההפסדים. ח. סיכום.

א. מבוא

על ממדיו של מרחב תכנון המס מתחולל קרב עזיק יומין בין ציבור משלמי המסים לבין מנהל המס. על אף גילו המופלג, קרב זה אינו מגלה סימני לאות, אלא איפכא מסתברא – הוא חרשף מעת לעת סטנדרטים חדשים של התחדשות, התרענונות והשתכללות, המשתקפים היטב באמצעי הלחימה שכל יריב מזרים לזירת הקרב. נדמה היה שקיומן של הנורמות האנטי תכנוניות, הסטטוטוריות או השיפוטיות, הכלליות או המיוחדות, במשטרי המס השונים במדינות רבות בעולם, יביא קרב זה לידי הכרעה סופית או לכל הפחות להפסקת אש זמנית. אולם, ציפיות אלה התבררו כמוזמות. הגורמים לכך הם רבים, והבולט שבהם הוא הקושי המהותי של השפה הקסית הנורמטיבית להגיב, להתבטא ולהתנסח ברמה הפוזיטיביסטית בסביבה כלכלית, חברתית ופוליטית מתוחכמת וחדשנית. קשיים אלה אף מונעים יצירת מכשירים או מוסדות נורמטיביים בעלי גמישות רבה ויכולת הסתגלות גבוהה לשינויים מהירים בדפוסי הפעילות הכלכלית.

המאפיין המרכזי של תופעת תכנון המס הוא שימוש לרעה במוסדות וביחסים משפטיים כדי להקטין את החבות במס. תוכנן של הנורמות האנטי תכנוניות משקף אפוא את תפיסתה של החברה בכל הנוגע לסיווגם של שימושים כאמור כ"שימוש לרעה בזכויות" (Abuse of Rights) בלתי לגיטימי במישור דיני המסים¹. העילות המצויות בנורמות האנטי תכנוניות קובעות הלכה למעשה מתי פעולה פלוגית מהווה שימוש לרעה בזכויות, לצורך דיני המסים. כוחם של דברים אלה יפה הן ביחס לנורמות האנטי תכנוניות הכלליות, המעוגנות בנורמות יוריספרודנטליות בסיסיות (להלן: "הנורמות

1 זוהי, למשל, התפיסה הקונטיננטלית הקלאסית, לפיה הנורמות האנטי תכנוניות שואכות את כוחן היוריספרודנטלי מעיקרון העל של איסור השימוש לרעה בזכויות או מעיקרון תום הלב. ראו להלן, הערות 10 ו-11.

האנטי תכנוניות" או "הנורמות האנטי תכנוניות הכלליות"), והן ביחס לנורמות אנטי תכנוניות מיוחדות שנושא תחולתן הוא אירועי מס מוגדרים מבחינה עובדתית.²

על אף שכלליותן הנורמטיבית של הנורמות האנטי תכנוניות מעניקה להן עוצמה לא מבוטלת, מטבע הדברים עוצמה זו עשויה להישחק אם תחולתן של הנורמות הללו על אירועים קונקרטיים תהא שגויה. לכך יהיו תוצאות מהותיות כבדות משקל, משום שכלליותן של הנורמות מהווה את המכשיר המרכזי להתמודדות עם מצבים עתידיים בלתי צפויים הנובעים מתמורות כלכליות בלתי נחזות. שחיקה זו עלולה לערער את תפקודה, את הגינותה, את גמישותה ואת יעילותה של הנורמה האנטי תכנונית. נזקן של תוצאות אלה מתחלק לשתיים: תוצאות לטווח קצר ותוצאות לטווח ארוך. הטווח הקצר הוא התקופה שממועד הגדלת מרחב תכנון המס (באמצעות אי סיווג מחדש של תכנון המס) ועד לחקיקתה של נורמה אנטי תכנונית השוללת את תכנון המס; והטווח הארוך מתחיל ממועד חקיקתה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת. בדרך כלל, התוצאות לטווח קצר פועלות לטובת משלמי המסים, במובן זה שהפגיעה ביכולתן של הנורמות האנטי תכנוניות מגדילה ומרחיבה את מרחב תכנון המס. לעומת זאת, התוצאות לטווח ארוך פועלות לרעת משלמי המסים, במובן זה שבעקבות הגדלת מרחב תכנון המס מתרחשת הגדלה סטטוטורית של תחולת הנורמות האנטי תכנוניות – באמצעות נורמות אנטי תכנוניות מיוחדות – שנועדה לעקר את הגידול במרחב תכנון המס.

ראוי להדגיש הדגש היטב, כי קבוצת הנישומים הנהנים מהתוצאות לטווח הקצר אינה זהה לקבוצת הנישומים שנפגעים מהתוצאות לטווח הארוך. זאת, בעיקר עקב הגורמים הבאים: ראשית, הצמצום של מרחב תכנון המס עקב הרחבת התחולה של הנורמות האנטי תכנוניות עולה בהיקפו על ההגדלה הראשונית של מרחב תכנון המס הפועל לטובת הנישומים. לשון אחר: הרחבה זו אינה רק מבטלת את התוספת למרחב תכנון המס, אלא אף מצמצמת את היקפו של מרחב תכנון המס בהשוואה לממדיו עובר להגדלה הנדונה. למותר לציין שלתוצאה זו אין כל הצדקה עניינית. שנית, קבוצת הנהנים מההטבה של הטווח הקצר אינה בהכרח זהה לקבוצת הנפגעים בטווח הארוך. כך שגם אם היקפה הכלכלי של ה"הטבה" זהה להיקפה הכלכלי של ה"פגיעה", הנמנים בין המוטבים אינם בהכרח נמנים בין הנפגעים³. לאלה יש להוסיף, כי טווחי הזמן האמורים אינם חופפים, כמובן, ובכך נשלל האיון כאמור, במובן זה שגם אם מתייחסים לסוגיה זו

2 בנקטנו את המונח "נורמות אנטי תכנוניות" כוונתנו לנורמות האנטי תכנוניות הכלליות, סטטוטוריות או שיפוטיות, המצויות במשטרי המס השונים, שנועדו להתמודד עם כל סוגי תכנון המס, כך שתחולתן אינה מוגדרת מבחינה עובדתית. זאת, בניגוד לנורמות אנטי תכנוניות שתחולתן אינה כללית והן תחומות להשתיות עובדתיות מסוימות.

3 עניין זה יובהר בהרחבה להלן, בטקסט הסמוך להערה 57 ואילך.

ברמה התועלתנית של משלמי המסים אזי ה"הטבה" הצומחת מהטווח הקצר קטנה בהיקפה מה"פגיעה" הנוצרת בטווח הארוך.⁴

יש לציין, כי זירות הקרב בין הנישומים לבין מנהל המס אינן בהכרח "סטטיות", במובן זה שהן מתבצעות באותם אתרים "סטטוטוריים", אלא הן משנות מיקום, פרשנות ולבשוש צורה בהתאם לשינויי העתים. על אף זאת קיימים מוקדי מתיחות קלסיים, שעל אף היותם מוכרים לנו מהעבר טרם נס ליחס, וניתן למצוא בהם התמודדויות שונות ומשונות בין רשויות המס לבין ציבור הנישומים. דוגמא בולטת לכך היא סוגיית קיזוז ההפסדים⁵, הזוכה במשטר מיסוי ההכנסה בישראל ל"התעניינות" מוגברת מבחינת תכנון המס ואף עולה תדיר בהתדיינות משפטיות.⁶

קשייה של השפה הנורמטיבית המסית משתקפים מעצם טיבם גם במשטרי המיסוי השונים בישראל. אולם לאלה מצטרפים קשיים נוספים הנובעים מאימוץ גישות מסורתיות הנושאות אופי פורמלי בכל הנוגע למהותן של הנורמות האנטי תכנוניות ולדרך פעולתן. תופעה זו, על שני רבדיה, "מבטיחה" כי המאבק הנדון יימשך – ובעוצמה גדולה יותר – לא רק ביחס לסוגיות חדשות העולות על סדר היום המסי בעקבות תמורות כלכליות⁷, אלא גם לגבי סוגיות מס "פשוטות" יחסית. אימוץ התפיסות

4 לכאורה ניתן להתעלם במצבים אלה מההשפעות לטווח הקצר, זאת באמצעות השימוש בחקיקה רטרואקטיבית ש"תמחק" את התוצאות הרטרואקטיביות. תחולה רטרואקטיבית היא בדרך כלל פסולה בהיותה נוגדת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח התשנ"ב, 150) ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק (ס"ח התשנ"ב, 114). לדיון בדיקה הקיימת בין דיני המסים לבין חוקי היסוד, ראו, למשל, א' יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקנין וההתערבות השיפוטית בחקיקה הכלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 443; י' מ' אדרעי "מכשולים קונסטיטוציוניים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" מיסים 6/ (1994) א-20. על דינה של חקיקה רטרואקטיבית בתקופה שקדמה לחקיקת חוקי היסוד האמורים ראו, למשל, בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793.

5 ראו להלן, בטקסט הסמוך להערה 22.

6 כך, למשל, ניתנו לאחרונה שתי החלטות שיפוטיות מרכזיות העוסקות במפגש בין דיני קיזוז ההפסדים לבין דיני גבולות תכנון המס ראו עמ"ה 29/94 יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ נ' פש"מ"ג, מיסים יא/3, ה-117 (להלן: "פרשת רובינשטיין"); עמ"ה 82/94 בייגוד מיכל בע"מ ואח' נ' פש"מ"ג, מיסים יא/6, ה-105.

7 כך, למשל, בכל הנוגע למיסוי המכשירים הפיננסיים החדשים, היוצרים מרחבים חדשים לתכנון מס, ראו A.C. Warren, Jr. "Financial Contract Innovation and Income Tax Policy" 107 Harv. L. Rev. (1993) 460; D.P. Hariton "The Taxation of Complex Financial Instruments" 43 Tax L. Rev. (1988) 731; J.P. Simon "Selected Federal Income Tax Aspects of Securitizing Debt Obligations" 66 Taxes (1988) 897; R.H. Shuldiner "A General Approach to the Taxation of Financial Instruments" 71 Tex. L. Rev. (1992) 243; E.D. Kleinbard "Equity Derivative Products: Financial Innovation's Newest Challenge to the Tax System" 69 Tex. L. Rev.

המסורתיות מביא לשחיקה בעוצמתן של הנורמות האנטי תכנוניות הכלליות – שחיקה הטומנת בחובה, כאמור, תוצאות בלתי רצויות⁸.

מאמר זה עוסק במורכבותן של הנורמות האנטי תכנוניות. במאמר תוצג הלכה שיפוטית כאירוע שבמסגרתו מוצגת מדיניות המס הרצויה לגבי הנורמות הנדונות. בחרתי לעסוק בהלכה שיפוטית תמוהה שנקבעה לאחרונה בפרשת רובינשטיין⁹, המערערת באופן יסודי את מיקומן הפונקציונלי של הנורמות האנטי תכנוניות בתוך משטר המס ואת האיוון הפנימי הרגיש המצוי בהן. כפי שיפורט להלן, ההלכה העולה מפרשה זו (להלן: "הלכת רובינשטיין") היא הלכה שגויה, המביאה לתוצאות קשות ביותר ולהסלמה מזיקה ומיותרת בקרב המתנהל בין מנהל המס לבין ציבור הנישומים. הלכה זו אינה מאפשרת למנהל המס להותיר על כנו את המצב הסטטוטורי כפי שעוצב ופורש על ידי ההכרעה השיפוטית, ותידרש מלאכת חקיקה – בדמותה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת – שתקבע את ההסדר המסי שיחול בעת המפגש בין דיני קיזוז ההפסדים לדיני גבולות תכנון המס. מפרשה זו עולים היסודות המרכזיים של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת שהמתקן מתכוון לחוקק, ואלה מאופיינים בשרירות רבה, המפירה את האיוון הדק והרגיש הטמון בגבולות תכנון המס ובכך פוגעת פגיעה חמורה בציבור. ברצוני לציין כי תוכנו של דיון זה ומסקנותיו חורגים מד' אמותיה של הלכת רובינשטיין, וכוחם יפה גם לסוגיות אחרות הרלבנטיות לסדר היום המסי בהקשר למידותיו של מרחב תכנון המס.

בתחילת המאמר יוצגו מהותן היוריספרודנטלית של הנורמות האנטי תכנוניות, מבנה הנורמות והאיוון המורכב והעדין הטמון בהן. על רקע נורמטיבי זה תוצג פרשת רובינשטיין, על נדבכיה התאגידיים והאנטי תכנוניים, והביקורת עליה. ביקורת זו מושתתת על חשיפת מהותן הפונקציונלית של הנורמות האנטי תכנוניות, כאשר מתלווה לכך דיון במישור הצדק והיעילות הכלכלית. המאמר יציג את הנפקות במישור האנטי תכנוני בין התפיסה הפונקציונלית לבין התפיסה הקונספטואלית בקשת רחבה של סוגיות מס. המפגש בין דיני גבולות תכנון המס לבין דיני קיזוז ההפסדים מחייב לבחון בגיש

(1991) 1319; R.H. Shuldiner "Consistency and the Taxation of Financial Products" 70 *Taxes* (1992) 781; J. Strand "Taxing New Financial Products: A Conceptual Framework" 46 *Stan. L. Rev.* (1994) 569; G.C. Howell, III & C. N. Cosby "Exotic Coupon Stripped: A Voyage to the Frontier Between Debt and Options" 12 *Va. L. Rev.* (1993) 531. אופציות סחירות – אתגר לדין הנוהג משפטים כז (תשנ"ז) 451.

8 התוצאות אינן עולות בקנה אחד עם שיקולי מדיניות מס רצויה הן מבחינת הנישומים והן מבחינת מנהל המס. ראו להלן, בטקסט שאחרי הערה 43.

9 פסק הדין ניתן בבית המשפט המחוזי והוא מצוי עתה בערעור בפני בית המשפט העליון.

ביקורתית את ההסדר הסטטוטורי שהוצע בהקשר לכך ואת יחסי הגומלין של הלכת רובינשטיין לדיני קיזוז ההפסדים ולהסדר הסטטוטורי האמור.

ב. הנורמות האנטי תכנוניות – מהות, מבנה ואיזון פנימי

הנורמות האנטי תכנוניות נועדו לקבוע את גבולות המלחמה בין ציבור הנישומים לבין רשויות המס. גבולות אלה קובעים הלכה למעשה את המותר והאסור בתכנון המס. לשון אחר: הנורמות האנטי תכנוניות מציבות את נקודת האיזון בין חופש הקניין והזכות לתכנון המס, מחד גיסא, לבין הפגיעה החברתית הנוצרת בעקבות תכנון המס – הן במישור הצדק, ובמיוחד הצדק האופקי, והן במישור היעילות הכלכלית, מאידך גיסא. מבחינה יוריספרודנטלית, ובמיוחד על פי התפיסה הקונטיננטלית¹⁰, נורמות אלה מהוות את השתקפותו של עיקרון תום הלב או האיסור השימוש לרעה בזכויות בתחום דיני המסים¹¹. הנורמות האנטי תכנוניות מציבות את אבני הגבול של גבולות תכנון המס. הן קובעות, אפוא, את יחסיות הזכויות והמוסדות המשפטיים, במובן זה שהנישום אינו רשאי להפעיל את הזכויות והמוסדות המשפטיים בתחום דיני המסים ללא כל הגבלה, אלא עליו להימצא במגבלות המוטלות עליו במסגרת הנורמות האנטי תכנוניות.

נקודת האיזון האמורה קובעת, אפוא, כיצד לסווג שימוש במוסדות וביחסים משפטיים לצורך תחולת הנורמה האוסרת שימוש לרעה בזכויות ובמוסדות משפטיים. סיווג זה מציין את היקף יחסיותם של הזכויות והמוסדות המשפטיים. הגדרת מרחב השימושים המסווגים כשימושים לרעה, פירושה העמקת היחסיות האמורה במובן זה שאין בידי הנישום זכויות או מוסדות משפטיים מוחלטים, משום שהיקף השימוש בזכויות או במוסדות הללו נקבע תוך התחשבות בסביבה הנורמטיבית שבה נעשה השימוש האמור. ייתכנו נסיבות שבהן זכויות הנישום ייסוגו עקב קיומם של ערכים

10 לעיקרון תום הלב ואיסור השימוש לרעה בזכויות ראו, למשל, H.C. Gutteridge "Abuse of Rights" 5 *Camb.L.J.* (1935) 22; J. Cueto-Rua "Abuse of Rights" 35 *La. L. Rev.* (1975) 965; D.J. Devine "Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights" *Acta Juridica* 148; R. O'sullivan "Abuse of Rights" *Current Leg. Prob.* (1965) 22; "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד (תשל"ה-תשל"ו) 651; "ויסמן" שימוש לרעה בזכות" משפטים כז (תשנ"ז) 71; ד' צלטנר "שימוש לרעה בזכות" משפטים ב (תש"ל) 465; מ' דויטש "תום לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים" לתחולת העקרון? עיוני משפט יח (תשנ"ד) 261; א' גולרנברג "הסגת גבול בחלל האוויר" עיוני משפט ב (תשל"ב) 218.

11 לדין מקיף בתפיסה זו ראה ד' גליקסברג גבולות תכנון המס (תש"ן) 26 ואילך (להלן: "גבולות תכנון המס"); עמ"ה 97/91 סורוקין נ' פ"ש חיפה, מיסים 2/1-ה-162.

נוגדים. הסביבה הנורמטיבית המסית מציבה מול השימוש האמור את הפגיעה החברתית, המצדיקה את הצרת השימוש בזכויות ובמוסדות משפטיים והפיכתם ליחסיים. כך, למשל, אימוץ גישה אקטיביסטית, המביאה להגדלת מספרם של תכנוני המס המשתמשים בהקמת תאגידים חדשים המסווגים כשימושים לרעה בזכויות ("הזכות להתאגדות"), יביא לשחיקה גדולה יותר של הזכות (החופש) להתאגדות או להעמקת יחסיותה של זכות זו, והכל לצורך דיני המסים בלבד¹².

תשתיתן היוריספרודנטלית של הנורמות האנטי תכנוניות מחייבת ליישם את עיקרון תום הלב או איסור השימוש לרעה בזכויות בתחום הפיסקלי, באופן התואם את יישומן של עיקרון זה בענפי משפט אחרים, תוך ביצוע התאמות – אם נדרשות כאלה – למישור המסי. לקביעה זו תוצאות רבות. כך, למשל, אחת הסוגיות המרכזיות הקשורות למהותה של הנורמה האנטי תכנונית היא, האם יש להפעילה על פי תפיסה אובייקטיבית או שמא על פי תפיסה סובייקטיבית¹³. המתח בין התפיסה האובייקטיבית לבין התפיסה הסובייקטיבית נגזר ממהותה של הדרישה המוסרית שעיקרון תום הלב טעון בה. אשר על כן, אם לצורך הדין הכללי אומצה התפיסה האובייקטיבית¹⁴, אזי אין כל הצדקה לאימוץ תפיסה שונה – קרי: תפיסה סובייקטיבית – בתחום דיני המסים. המעבר מתפיסה אובייקטיבית לתפיסה סובייקטיבית אינו נדרש כהתאמה לצורך דיני המסים, משום שמבחינה נורמטיבית אין במהותם של דיני המסים כדי להצדיק מעבר כאמור. אולם, עיון בפסיקה המסית מעלה את המסקנה החד משמעית, לפיה בתי המשפט בישראל לא עסקו בסוגיה זו מעולם, והלכה למעשה, הפסיקה מאופיינת באימוץ מוחלט של התפיסה הסובייקטיבית¹⁵.

12 להחלת הנורמה התכנונית על חופש ההתאגדות ראו, למשל, ע"א 495/88 ברוך גרינברג בע"מ נ' פ"ש ת"א 5, פד"א כ 171.

13 דהיינו: האם בית המשפט בוחן את מטרות העסקה (על פי מבחן המטרה) של הנישום הסביר בנסיבותיה של העסקה הקונקרטית (תפיסה אובייקטיבית), או שמא את מטרותיו של הנישום ששומתו מצריח בדין (תפיסה סובייקטיבית). לניתוח השוואתי של משטרי המיסוי בסוגיה זו ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 236, הערה 90.

14 ראו, למשל, בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828; א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו, כרך א) 100-105.

15 אין בנמצא ולו גם פסק דין אחד שבו בית המשפט הפעיל תפיסה אובייקטיבית כאשר הוא בוחן אם העסקה נגועה בעילת הסיווג מחדש של העסקה המלאכותית על פי מבחן המטרה. בכל פסקי הדין אומצה תפיסה סובייקטיבית.

הנורמות האנטי תכנוניות בישראל¹⁶ כוללות, בדרך כלל, את המרכיבים הבאים: (1) תנאי מקדמי להפעלת הסיווג מחדש: קיומה של הפחתת מס או חשש להפחתת מס¹⁷; (2) שיקול דעת מנהלי¹⁸; (3) עילות הסיווג מחדש (עסקה מלאכותית או עסקה שאחת ממטרותיה העיקריות היא הפחתת מס בלתי נאותה)¹⁹; (4) סמכותו של פקיד השומה לסווג מחדש את העסקה של הנישום. עיון בארבעת המרכיבים האמורים מעלה כי לכל אחד מהם מיועד תפקיד במערכת האיונים שנקבעה ביחס לאופן מימוש הזכות לתכנון המס. הפסיקה בישראל מאופיינת

16 ראה סעיף 86 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א-1961 (להלן: "פקודת מס הכנסה"), הקובע לאמור:

"(א) היה פקיד השומה סבור, כי עסקה פלונית המפחיתה, או העלולה להפחית, את סכום המס המשולם על ידי פלוני היא מלאכותית או בדויה, או שהסבה פלונית אינה מופעלת למעשה, או כי אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה פלונית היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה, רשאי הוא להתעלם מן העסקה או מן ההסבה, והאדם הנוגע בדבר יהא נישום לפי זה. הימנעות ממס או הפחתת מס ניתן לראותן כבלתי נאותות אפילו אינן נוגדות את החוק. לענין זה "עסקה" – לרבות פעולה;

(ב) שום דבר האמור בסעיף זה אינו נוגע מהשיג בערעור, בהתאם לסעיפים 153-158 על החלטתו של פקיד השומה בהשתמשו בשיקול הדעת שניתן לו בסעיף קטן (א)."

ראו גם סעיף 84 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963 (להלן: "חוק מס שבח מקרקעין"); סעיף 138 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "חוק מס ערך מוסף") וסעיף 53א לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961. ראו גם סעיף 15 לחוק מס עזבוני, התש"ט-1949, שבוטל.

17 התנאי המקדמי מופיע בכל הנורמות האנטי תכנוניות, למעט זו המופיעה במשטר מיסוי הערך המוסף (סעיף 138 לחוק מס ערך מוסף). אין במשטר מיסוי הערך המוסף כשלעצמו כדי להצדיק חוסר אחידות זו. אם המחוקק גרס שאין חשיבות לחנאי מקדמי זה, ראוי לבטלו בכל הנורמות האנטי תכנוניות. אם לתנאי מקדמי זה חשיבות, אזי להשמטה האמורה אין כל הצדקה.

18 הנורמות האנטי תכנוניות אינן קובעות כי עסקאות הנגזרות בעילות הסיווג מחדש בטלות, אלא הן מעניקות לפקיד השומה סמכות שבשיקול הדעת ("רשאי") לסווג מחדש ("להתעלם") את העסקה.

19 עילת הסיווג מחדש שבמשטר מיסוי ההכנסה כוללת, על פי לשונה הפורמלית, שתי עילות נוספות: העסקה הברדיה והסבה שאינה מופעלת למעשה. עילות אלה אינן עילות סיווג מחדש והן לחלוטין אינן שייכות לסוגיית ההגבלות המוטלות על תכנון המס. עילות אלה פירושן, כי העסקאות אינן מתקיימות במציאות וכי דיווחי הנישום על עסקאות אלה הם דיווחים שקריים. לשון אחר: עסקאות הנגזרות בעילות אלה הן אינן עסקאות שיש לסווג מחדש על פי הנורמה האנטי תכנונית, אלא מנהל המס מתעלם מהן בהיותן שקריות, וכבאלה הן מטופלות על ידי הדין הפלילי. יש לציין, כי ההבחנה בין עסקה ברדיה לבין עסקה מלאכותית אינה פשוטה כלל ועיקר, וניתן לומר שככלל הפסיקה אינה נותנת רעתה להבחנה זו במידה מספקת. לסוגיה זו ראו, למשל, גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 155. לקשיים בהבחנה בין העסקאות הללו ראו לאחרונה ע"א 4015/95 פקיד שומה ירושלים ג' ברזני, מיסים יב/3, ה-70 (יוני 1998).

בהתמקדות טוטלית במרכיב השלישי – קרי: עילות הסיווג מחדש – והדעת לא ניתנה לשלושת המרכיבים האחרים. אכן, במרכז הנורמות האנטי תכנוניות ניצבות עילות הסיווג מחדש, המהוות את הבריח התיכון של הנורמות האמורות, אולם אין בכך כדי להפחית מחשיבותם הרבה של שלושת המרכיבים האחרים, הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית. חשיבותם של אלה נובעת מכך שהם בעלי זיקה הדוקה ביותר לעילות הסיווג מחדש, ולא ניתן לבחון את מהותן של עילות הסיווג מחדש ללא דיון מקיף במרכיבים האחרים של הנורמות האנטי תכנוניות. זיקה זו בין המרכיבים השונים אינה נושאת אופי פרוידיביסטי גרידא, אלא היא משקפת את תפיסתה הנורמטיבית של החברה בכל הנוגע להגבלות שהיא מטילה על תכנוני מס. הנורמות האנטי תכנוניות הכלליות מכילות מנגנוני איזון חיוניים, ואלה משתקפים במרכיבים השונים של הנורמות הנדונות וביחסי הגומלין של המרכיבים ביניהם. דוגמא בולטת לכך היא סוגיית "תכנון המס החיובי"²⁰ שהמחוקק חפץ בקיומו. זה מהווה מבחינה קונספטואלית "עסקה מלאכותית", אולם לית מאן דפליג כי עסקה זו לא תסווג מחדש – על אף שמתקיימת עילת הסיווג מחדש של העסקה המלאכותית – וזאת באמצעות השימוש במרכיב הנורמטיבי של שיקול הדעת המנהלי המאפיין את הנורמות האנטי תכנוניות הכלליות. לשון אחר: מנהל המס ישתמש בשיקול הדעת המוענק לו על פי הנורמות האנטי תכנוניות, ולא יסווג מחדש עסקה הנגועה בעילת הסיווג מחדש של ה"עסקה המלאכותית" כאשר העסקה מהווה "תכנון מס חיובי"²¹.

התמקדותה של הפסיקה בעילות הסיווג מחדש תוך התעלמות מהמרכיבים האחרים הביאה לניוונם של אלה, ולכך יש השפעה כבדת משקל על הפעלתן של נורמות אלה. הדגשת יתר של מרכיב אחד מתוך המכלול של הנורמות האנטי תכנוניות, תוך הזנחה של מרכיבים אחרים, מפירה את האיזון הבסיסי והרצוי הגלום בנורמות האנטי תכנוניות. הפרה זו של האיזון הפנימי עשויה להשתקף בהיבטים רבים, ולפעול באירועים מסוימים לטובת משלמי המסים, ואילו באירועים אחרים – לטובתן של רשויות המס. פירוטיה של הפרה זו, על שני צדדיה, אינם עולים בקנה אחד עם מדיניות מיסוי רצויה, והדיון העומד במרכזו של מאמר זה מהווה דוגמא נאותה לכך.

20 תכנון מס חיובי הוא תכנון מס שהמחוקק חפץ שהנישום יבצע. לתכנון המס החיובי ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 171.

21 כך, למשל, בע"א 87/66 גלובל צלולוז פילם נ' פ"ש ת"א 1, פד"א א 151. בפרשה זו קבע בית המשפט כי העסקה אינה מלאכותית משום שהנישום פעל באופן שאינו נוגד את כוונת המחוקק ואולי אף באופן שהביא להגשמתה. מבחינה מושגית אין בהנמקה האמורה כדי להוציא את העסקה מתחולת עילת הסיווג של העסקה המלאכותית. אם בית המשפט אינו מסווג מחדש את העסקה משיקולי מדיניות, אזי בנסיבות אלה, המכשיר היחיד להשגת תוצאה זו הוא המרכיב הנורמטיבי של שיקול הדעת המצוי בנורמות האנטי תכנוניות הכלליות.

כאמור²², המפגש של הסדר קיזוז ההפסדים עם הנורמות האנטי תכנוניות היווה זירה מרכזית שבה עוצבו וגובשו נורמות אלה. עד לאחרונה נסב הדיון הבלעדי בנורמות האנטי תכנוניות אודות המרכיב של עילות הסיווג מחדש, וליתר דיוק: עילת העסקה המלאכותית בלבד. תוכנה של עילה זו, המצויה בכל הנורמות האנטי תכנוניות הכלליות בדין המס בישראל ובמשטרי מיסוי דומים במדינות רבות²³, זכתה להתייחסות ראשונה ומקיפה לפני כשלושה עשורים בפרשת מפ"י²⁴. שם נדונה שאלת מלאכותיותה של עסקה שבמרכזה ניצב תכנון מס שיערו קיזוז הפסדים. אבני הפינה של עילת סיווג מחדש זו עוצבו באופן מכריע בפרשה זו. מכאן ואילך יישמה הפסיקה את הלכת מפ"י, תוך ביצוע שינויים ביחס בדוקטרינה של מטרת העסקה²⁵. דיני קיזוז ההפסדים חזרו שוב למרכז הזירה בפרשת רובינשטיין, ופתחו דיון חדש במרכיב נוסף של הנורמות האנטי תכנוניות והוא סמכות הסיווג מחדש.

ג. פרשת רובינשטיין

1. רקע עובדתי

מעשה בחברה (להלן: "הנישומה") שעסקה שנים אחדות בגידול דגי נוי וצברה הפסדים שוטפים מפעילותה זו. בעלי מניותיה מכרו את כל אחזקותיהם בנישומה, כאשר בעת מכירת המניות לא כלל רכושיה של הנישומה מאומה, למעט הפסדיה העסקיים השוטפים מגידול דגי נוי. לאחר רכישת מניותיה שינתה הנישומה את פניה לחלוטין, כולל את שמה, כך שלמעט מספרה הרשום אצל רשם החברות, כל נתון אחר הקשור בה השתנה. בהמשך לכך הנישומה החלה בפעילות קבלנית בתחום הבנייה וראתה ברכה בעמלה. הנישומה תבעה לקזז את הפסדיה השוטפים מגידול דגי נוי, שהצטברו בשנים שקדמו למועד רכישת המניות, כנגד רווחיה מעסקי הקבלנות²⁶. פקיד השומה לא חלק על עמדת

22 ראו גם להלן, בטקסט הסמוך להערה 69.

23 לדיון השוואתי ראו, למשל, גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 122 ואילך.

24 ראו ע"א 265/67 מפי בע"מ נ' פש"מ, ג, פד"א א 48 (להלן: "פרשת מפ"י").

25 לשינויים אלה ראו, למשל, גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 217 ואילך.

26 הנישומה תמכה יתרותיה בהוראת קיזוז ההפסדים האנכי המצויה בסעיף 28(ב) לפקודת מס הכנסה, הקובע לאמור: "מקום שלא ניתן לקזז את כל ההפסד בשנת מס כאמור, יועבר סכום ההפסד שלא קוזז לשנים הבאות בזו אחר ויקוזז כנגד סך כל הכנסתו החייבת באותן השנים מעסק או ממשלח יד, לרבות ריווח הון בעסק או משלח יד, ובלבד שאם ניתן לקזז את ההפסד באחת השנים, לא יותר לקזז בשנה שלאחריה". לדיני קיזוז ההפסדים ראו גם ד' גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים וכוונת המחוקק"

הנישומה בכל הנוגע למעמד של ההפסדים הנדונים כהפסדים עסקיים, אולם טענתו היתה כי על אף זאת אין להתיר את קיזוזם משום שהמטרה היחידה של רכישת מניות הנישומה היתה קיזוז ההפסדים האמורים, שהיו באמתחתה של הנישומה עובר לרכישת מניותיה.

2. הכרעת בית המשפט

בית המשפט פסק כי הדין עם הנישומה וכי היא זכאית לקזז את ההפסד משנים עברו כנגד רווחיה השוטפים. ההנמקה של בית המשפט התבססה על שני נדבכים: הנדבך התאגידי והנדבך האנטי תכנוני.

(א) הנדבך התאגידי

הנדבך הראשון²⁷, הנדבך התאגידי, מאמץ לצורך דיני המיסוי את עיקרון האישיות המשפטית העצמאית של התאגיד שממנו מתבקשת רציפות קיומו של התאגיד על אף השינויים בבעלותו. לפיכך, על אף השינויים בבעלות על מניותיה של הנישומה אין לראותה כ"חברה חדשה" – על פי לשונו של בית המשפט²⁸ – ויש לראות את קיומה באופן רציף, במובן זה שהיא בעלת הפסדים משנים עברו שניתן לקזזם כנגד הכנסות ההווה. לפיכך, לא ניתן לטעון כי הכנסות ההווה הן הכנסות של "חברה חדשה" השונה מהחברה שבמסגרתה נוצרו הפסדי העבר, שאז אין להתיר את קיזוזם של ההפסדים בעבר מהכנסות ההווה.

(ב) הנדבך האנטי תכנוני

בית המשפט פסק²⁹, כי הנורמה האנטי תכנונית מעניקה לפקיד השומה סמכות "להתעלם" מהעסקה. לפיכך בחן בית המשפט מהו נשוא ההתעלמות באירוע הנדון, שבאמצעותה ניתן לשלול מהנישומה את הזכאות לקיזוז ההפסדים. בית המשפט קבע³⁰,

משפטים כא (תשנ"ב) 531 (להלן: "דיני קיזוז ההפסדים"). כן ראו R.H. Scarborough "Risk, Diversification, and the Design of Loss Limitations Under a Realization-Based Income Tax" 48 *Tax L.Rev.* (1993) 677; A.C. Warren, Jr. "The Deductibility by Individuals of Capital Losses Under the Federal Income Tax" 40 *U. Chi. L. Rev.* (1973) 291.

27 ראו פרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' 120 לפסק הדין.

28 שם, שם.

29 שם, שם.

30 שם, שם.

כי באירוע הנדון התרחשו שתי פעולות או עסקאות העשויות להיכלל בד' אמותיה של הנורמה האנטי תכנונית: העסקה הראשונה היא רכישת המניות (להלן: "עסקת רכישת המניות"), והעסקה (הפעולה) השנייה היא ביצוע עסקי הבנייה (להלן: "פעולת הבנייה")³¹.

בית המשפט קבע³², כי השימוש בסמכותו של פקיד השומה להתעלם מאחת משתי העסקאות או משתייהן גם יחד אינו מוביל לתוצאה כי הנישומה אינה זכאית לקזז את הפסדיה. ממה נפשך: אם מתעלמים מפעולת רכישת המניות, אין בכך כדי למנוע מהנישומה לקזז את הפסדיה וזאת על שום הנדבך התאגידי. אם מתעלמים מרכישת המניות, אזי התעלמות זו מביאה לשינוי בזהותם של בעלי המניות, אולם היא אינה משפיעה על מישור החבות במס של הנישומה עקב העיקרון בדבר האישיות המשפטית העצמאית של התאגיד. גם אם מסווגים מחדש את בעלי מניותיה של הנישומה, אין בכך כדי למחוק את הפסדיה והיא זכאית לקזזם מהכנסות ההווה על פי דיני קיזוז ההפסדים האנכי. האפשרות האחרת, והיחידה, שנותרה כדי למנוע את קיזוז ההפסדים היא להתעלם מפעולת הבנייה. אולם, אם מנהל המס יתעלם מפעולות הבנייה, שאלת החבות במס של הנישומה מתפוגגת מאליה – שהרי ללא עסקי בנייה אין לנישומה הכנסות ואין היא נצרכת לקיזוז הפסדים אנכי כדי להקטין את חבותה במס. משלא ניתן להגיע

31 בית המשפט, שם, הביע את ספקותיו ביחס להיקף תחולתה של הנורמה האנטי תכנונית בכל הנוגע למיהותם של האירועים הכלולים בתחולתו. בית המשפט הציג את השאלה האם פעולת בנייה היא פעולה לצורך תחולתו של סעיף 86 לפקודת מס הכנסה. לדעתו, החשובה לשאלה זו חיוביות, משום שעסקי הבנייה מהווים פעולה לצורך הוראה זו, שכאמור מעגנת את עיקרון תום הלב בתחום דיני המסים. עיקרון תום הלב חל על שימוש לרעה במוסדות וביחסים משפטיים, ואלה כוללים פעולות משפטיות. ראו, למשל, סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. פעולות הבנייה במקרה הנדון הן פעולות משפטיות. יתרה מזו: גם אם נסווג את פעולות הבנייה כפעולות פיסיות, אזי אין בכך כדי למנוע את תחולת עיקרון תום הלב, משום שהוא חל גם על פעולות פיסיות, משום שהן מהוות את ההשתקפות או את המימוש הריאלי של מוסדות, זכויות וחירויות "משפטיים" הנתונים למרותה של הוראה זו. כך, למשל, פעולות פיסיות שאדם עושה ברכושו כפופות לעיקרון תום הלב משום שהן מהוות שימוש בזכות הקניין שיש לו ברכושו. יש להדגיש, כי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה קובע כי המונח "עסקה" כולל גם "פעולה". הפסיקה החילה את הנורמה האנטי תכנונית גם על פעולות פיסיות מבלי לתת את הדעת על כך מבחינה עיונית. כך, למשל, מע"א 262/65 מנהל מס שבח מקרקעין, תל אביב ג' תמיר, פ"ד כ(1) 695, עולה כי פעולת בנייה מצויה בתחולת הנורמה האנטי תכנונית. לאחר הגשת מאמר זה לרפוס פורסם פסק הדין בע"ש 5072/98 סגילביץ ג' מנהל מס רכוש חיפה, מיסים יג/1 (1999) ה-256, בו קבע בית המשפט כי גם פעולה פיסית מצויה בתחולת הנורמות האנטי תכנוניות.

32 פרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' ה-121.

לתוצאה המקווה של מנהל המס על ידי התעלמות מאחד משני מרכיבי האירוע הנדון, ברור מקל וחומר כי יעד זה לא יושג על ידי התעלמות משני המרכיבים גם יחד.³³ לאישוש עמדתו זו הביא בית המשפט את הצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97)³⁴, לפיה שינוי בבעלות של לפחות מחצית ממניותיה של חברה, מביא לכך שלחברה לא יוכר הפסד בשיעור יחסי לכלל ההפסד הזהה לשיעור יחסי של המניות שבעלותן שונתה לכלל המניות של החברה.³⁵ מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי מטרת התיקון לשלול את ההכרה בהפסדים של חברות כאשר מוזרמת לתוכן פעילות רווחית לאחר השינוי בהרכב בעלי המניות. בית המשפט גרס אפוא, כי מהעובדה שהמחוקק נזקק לתיקון זה ניתן להסיק שבהעדרו של התיקון יכול היה מנהל המס לסווג מחדש את רכישת החברות המפסידות, ובכך למנוע מבעלי מניות של חברות מפסידות את ה"מסחר" בהפסדים לצורך מס.

ד. הביקורת על הלכת רובינשטיין

1. כללי

הלכת רובינשטיין משקפת גישה פורמלית טכנית, המתעלמת לחלוטין ממהותה של הנורמה האנטי תכנונית על מרכיביה השונים. במוקד הלכה זו ניצב היסוד המרכזי של הנורמה האנטי תכנונית, הוא סמכות הסיווג מחדש הנתונה למנהל המס לגבי עסקאות הנגזרות בעילת סיווג מחדש. בטרם אציג את ביקורתי על תפיסתו הטכנית של בית המשפט, ברצוני לציין כי ההלכה הנדונה – הן ביחס לתוכנה הקונקרטי והן ביחס למתודולוגיה ולתבונה הפיסקלית הטמונות בה – מהווה תקדים חמור מבחינה זו, שלא היתה מחלוקת בין הנישום לבין מנהל המס כי העסקה הנדונה נגועה בעילת הסיווג

33 בית המשפט מעלה אפשרות "אקרויטית" לפיה התעלמות מעסקי הבנייה – ונוסף על כך, התעלמות מרכישת מניות – עלולה להביא לכך שיש לייחס את עסקי הבנייה ישירות לבעלי המניות, בעוד שהפסדי העבר ייוותרו בידי הנישומה. בכך תישלל מהנישומה האפשרות לקזז את רווחי פעולות הבנייה מהפסדי העבר. בית המשפט ציין זאת בהערת אגב, משום שההתדיינות המשפטית סבה אודות חיובה של החברה במס על עסקי הבנייה עקב אי ההכרה בהפסדי העבר ולא על חיובם במס של רוכשי המניות. לדעתי, גם אם רשויות המס היו תוקפות את העסקה הנדונה ומייחסים את הרווח מעסקי הבנייה לבעלי המניות ולא לנישומה, אזי סיווג מחדש זה היה "נגוע" באותם מתחים בסיסיים המאפיינים את ההחלטה השיפוטית נשוא ביקורתו של מאמר זה. ראו שם, שם.

34 הצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97), התשנ"ד-1994; ה"ח 194 (להלן: "הצעת תיקון 97").

35 לדין בהצעה זו ראו להלן, בטקסט הסמוך להערה 69.

מחדש של העסקה המלאכותית³⁶ עקב כך שכל מטרתה היתה הקטנת החבות במס, ועל אף זאת הכריע בית המשפט כי יש להכיר כתכנון המס, משום שה"התעלמות" מהפעולות, כולן או חלקן, אינה מובילה לשלילת פירותיו של תכנון המס.

36 כאמור לעיל, בהערה 19, הנורמה האנטי תכנונית במשטר מיסוי ההכנסה, המצויה בסעיף 86 לפקודת מס הכנסה, כוללת שתי עילות סיווג מחדש: הראשונה היא העסקה המלאכותית ואילו השנייה היא עילת ההפחתה הבלתי נאותה. עילת ההפחתה הבלתי נאותה טרם יושמה בפסיקה באופן עצמאי, כמו, למשל, בנסיבות שבהן בית המשפט היה פוסק כי העסקה הנדונה אינה מלאכותית, אולם על אף זאת היא בגדר עסקה ש"אחת ממטרותיה העיקריות... היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה". אולם, ניתן למצוא בפסיקה פסקי דין רבים שבהם שתי העילות שימשו בערבוביה, במובן זה שביט המשפט פסק כי העסקה היא מלאכותית משום שאחת ממטרותיה העיקריות היא הפחתת מס או הימנעות בלתי נאותה ממס. עירוב פרשיות זה בין שתי העילות השונות הוא בין הגורמים המרכזיים לכך שעילת ההפחתה הבלתי נאותה לא פותחה וגובשה בפסיקה כעילה נפרדת ושונה מעילת העסקה המלאכותית - שהרי היא באה לעולם כדי להתגבר על חולשותיה של עילת העסקה המלאכותית נוכח פסיקתו התקדימית של בית המשפט העליון בפרשת מפי (לעיל, הערה 24), שהפכה הלכות קודמות ויצקה תוכן חדש לחלוטין לעילת העסקה המלאכותית. ראו סעיף 15 לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 13), התשכ"ח-1968 (ס"ח 174, ה"ח 188). עירוב זה מופיע גם בפרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' ה-118 לפסק הדין. השימוש בעילת ההפחתה הבלתי נאותה בפרשת רובינשטיין הוא מיותר לחלוטין, משום שהיה מוסכם בין הצדדים כי לעסקה לא היתה כל מטרה מלבד המטרה המסית של קיוויו הפסדי העבר, ולכן העסקה היא מלאכותית לפי מבחן מטרת העסקה. גם אם גורסים כי עילת העסקה המלאכותית כוללת את מבחן הדפוסים המקובלים ורכישת ההפסדים במקרה הנדון עולה בקנה אחד עם הדפוסים המקובלים, אזי אין בתוספת של עילת ההפחתה הבלתי נאותה כדי לסייע למנהל המס, משום שעילה זו נועדה להתמודד עם עסקאות הסוטרות מהדפוסים המקובלים כאשר אין בידי מבחן המטרה כדי לסווג מחדש. עירוב זה הוא חלק מתופעה כללית יותר בפסיקה, שאינה מבחינה בין ההיבטים השונים בהתמודדות על תכנון המס ובעיקר כהבחנה בין עסקאות שקריות ("עסקה בדויה") לבין עסקאות הנגזרות בעילות הסיווג מחדש - הבחנה שיש לה חשיבות רבה מבחינת המשפט הפלילי. ראו, למשל, עמ"ש 2074/96 בידני נ' מנהל מס שכח מקרקעין, מרכז, מיסים יא/3 (1997) ה-304; עמ"ש 1625/95 בר תיאודור ואח' נ' מנהל מס שכח מקרקעין, תל אביב, מיסים יא/1 (1997) ה-266; עמ"ה 110/95 גו נ' פקיד שומה חדרה, מיסים יא/1 (1997) ה-179. ראו גם N. Lee "The Concept of Sham: A Fiction or Reality?" 47 Northern Ireland 179-189. Leg. Quar. (1996) 377; IRC v. Fitzwilliam [1993] 1 WLR 1189. כי לאחרונה ניכרת מגמה ברורה בפסיקה, המבחינה בין שני סוגי העסקאות האמורות. ראו, למשל, ע"א 5340/93 טארה אינוסטמנט אנד דוולופמנט בע"מ נ' מנהל מס שכח מקרקעין, באר שבע, מיסים יא/2 (1997) ה-83; עמ"ה 9/94 י. שרף צנרת בע"מ נ' מס הכנסה, מיסים יא/4 (1997) ה-84; ע"ש 30/95 פרינץ צבי בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, מיסים יא/2 (1997) ה-271; עמ"ה 77/93 איתן בועז נ' פקיד שומה חדרה, מיסים יא/1 (1997) ה-116; עמ"ה 27/93 טלילות נ' פקיד שומה גוש דן, מיסים יא/3 (1996) ה-89.

בית המשפט לא העביר את החלטתו תחת שכבט ביקורתם של כמה מבחנים יסודיים שראוי לשקלם בעת הכרעה שיפוטית כגון דא, למשל: האם תפיסתו של בית המשפט משרתת מדיניות מס רצויה; האם ההחלטה יוצרת חוסר איוון פנימי, במישור שיקולי היעילות הכלכלית ובמישור שיקולי הצדק, הן לגבי המעגל הפנימי של אירועי המס (אירועי המס הקשורים ישירות להחלטה השיפוטית) והן לגבי המעגל ה"כללי" של אירועי המס (הכולל את אירועי המס שאינם קשורים ישירות להחלטה הנדונה). לא זו אף זו: השימוש שעשה בית המשפט בהצעת תיקון 97 מציב סימני שאלה הן ביחס למתודולוגיה של שימוש בהצעת חוק שהוצעה לפני שנים אחדות ולא נתקבלה (ומכאן שדעתו של המחוקק לא היתה נוחה ממנה), והן ביחס לשאלה המהותית המתמקדת בתוכנה של ההצעה – האם היא עולה בקנה אחד עם מדיניות מס רצויה, כך שיש ל"התחשב" בה, ולו גם בדרך שבית המשפט הלך, או שמא הצעה זו אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות מס רצויה ולפיכך נות לה שלא נחקקה משנחקקה. משלא נחקקה בוראי שאין להשתמש בה לצורך עיצוב העמדה השיפוטית בסוגיית מהותה של הסמכות לסיווג מחדש. על היבטים אלה סבה ביקורתי את פסק הדין, ואני בדעה כי הלכה שגויה יצאה מתחת ידו של בית המשפט וכי ראוי לשנותה בדרך שיפוטית ולא להתפתות וללכת שבי אחר תיקון סטטוטורי כדוגמת ההגבלות על קיזוז הפסדים המופיעות בהצעת תיקון מס' 97.

2. למהותה של "ההתעלמות"

במרכז הכרעתו של בית המשפט ניצבת מהותה של סמכות הסיווג מחדש. בית המשפט העניק לסמכות זו תוכן פורמלי טכני, מבלי להתחשב במהותה ובתפקידה. מהי מהותה של סמכות ה"התעלמות" של מנהל המס ולשם מה היא נועדה? לית מאן דפליג, כי מטרתה ה"סופית" של הנורמה האנטי תכנונית אינה ההתעלמות מהעסקה כשלעצמה, אלא למנוע מהנישום את יתרון המס שתכנון המס נועד להשיג. בהקשר הנדון ההתעלמות היא אפוא מונח אינסטרומנטלי, במובן זה שבאמצעותה ניתן לשלול מהנישום את יתרון המס שאליו הוא משתוקק.

מכל האמור עולה כי ניתן לעצב את הנורמה האנטי תכנונית ביחס לסמכות הסיווג מחדש על פי שני מודלים יסודיים: מודל שלילת יתרון המס ומודל הסיווג מחדש, הוא מודל ההתעלמות³⁷. עמדתי על כך במקום אחר³⁸:

37 בחרתי לכנות במאמר זה את מודל הסיווג מחדש כ"מודל ההתעלמות" עקב התמקדותו של בית המשפט בסמכות ההתעלמות והשתתת כל פסק הדין על מגבלותיה. מודל הסיווג מחדש זהה למודל ההתעלמות בכך שהוא מתמקד בעסקה, והלכה למעשה, באמצעות ההתעלמות, הוא מביא לסיווג מחדש של העסקה. לפיכך, בנקיטת המונח "סמכות סיווג מחדש" כיוונתי לסמכות ההתעלמות.

אכן פינה לדיון בשאלת הסיווג מחדש היא הבנת דרך פעולתן של הנורמות האנטי תכנוניות. יעדן של נורמות אלה הוא שלילת יתרון מתכנוני מס מסוימים והוא מושג באמצעות שני מודלים בסיסיים. הראשון תוקף את יתרון המס העומד בבסיס תכנון המס ומבטלו. נורמות בעלות מודל זה אינן עוסקות בהתעלמות או בסיווג מחדש של עסקאות אלא הן קובעות כי יתרונות מס שהושגו על ידי עסקאות מסוימות מבוטלים (להלן – מודל שלילת יתרון המס). המודל השני אינו עוסק ישירות בשלילת יתרון המס אלא הוא מעניק סמכות להתעלם מעסקאות הקובעות את חבות המס – כמו למשל בישראל – ובעקיפין נשללים יתרונות המס (להלן – מודל הסיווג מחדש).

מודל שלילת יתרון המס הוא מודל המטפל ישירות בביטול יתרון המס המופק מתכנון המס, והוא מהווה את המודל הראוי שהנורמה האנטי תכנונית צריכה לאמץ. יתרונו בכך שהוא משיג את יעדה של הנורמה האנטי תכנונית באופן ישיר, ולא בעקיפין באמצעות ההתעלמות מעסקאות. מודל ההתעלמות הוא מודל נחות בהשוואה למודל שלילת יתרון המס, משום שהוא מטפל בשלילת יתרון המס בעקיפין ועקב כך יוצר מתחים רבים, קונספטואליים ופרקטיים, שאחד מהם עמד במרכז של פרשת רובינשטיין. אין חולק, כי אליבא דמודל שלילת יתרון המס, השאלה שהועמדה להכרעה שיפוטית בפרשה זו לא היתה באה לעולם. לפי מודל זה, בהתקיים עילת סיווג מחדש

38 גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 267-268. בהמשך, בעמ' 269, ציינתי כי ההבחנה בין המודלים עשויה להיות מצומצמת ביותר, אם בכלל, זאת אם מאומצת תפיסה פונקציונלית לסמכות ההתעלמות. אולם, כפי שנראה בהמשך, התפיסה שננקטה בהכרעה השיפוטית נשוא מאמר זה היתה פורמלית לחלוטין, ללא כל התייחסות להיבטים פונקציונליים כלשהם. ברצוני לציין כי הסוגיה הנדונה בדבר מהותו של הסיווג מחדש מצויה, עקרונית, גם במשטרי מיסוי שבהם הנורמה האנטי תכנונית הכללית היא שיפוטית. אולם, לנורמה השיפוטית יש גמישות פנימית המעניקה לה יכולת תגובה פונקציונלית. היבט זה מציב את השאלה האם על הנורמה האנטי תכנונית הכללית להיות סטטוטורית או די לה בהיותה שיפוטית. שאלה זו מצויה בדין במשטר המס האנגלי. עד תחילת שנות השמונים, דין המס האנגלי לא כלל כל נורמה אנטי תכנונית כללית. בעקבות תכנוני מס "קשים" שהובאו להכרעתם של בתי המשפט נקטו אלה במחצית הראשונה של שנות השמונים "גישה חדשה" ("The New Approach") שבמסגרתה החדירו לדין המס האנגלי נורמה אנטי תכנונית כללית שיפוטית. לגישה זו ראו, למשל, *W.T. Ramsay Ltd v. C.I.R.* (1981) 54 T.C. 101; *C.I.R. v.* למשל, *Furniss v. Dawson* (1984) 1 A.C. 474; *Burmah Oil Co. Ltd* (1981) 54 T.C. 200. אולם, שיפוטיותה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית העמידה לדיון את השאלה האם ראוי שנורמה זו תהא סטטוטורית ואין די בנורמה שיפוטית. ראו, למשל, C. Masters "Is There A Need for General Anti-Avoidance Legislation in the United Kingdom?" [1994] B. T. R. 647.

מוענקת למנהל המס הסמכות לשלול מהנישום את יתרון המס שאותו חפץ להשיג במסגרת תכנון המס. יישומו של מודל שלילת יתרון המס על התשתית העובדתית של פרשת רובינשטיין פירושו שהנורמה האנטי תכנונית מביאה לביטול יתרון המס – קרי: ביטול ההכרה בהפסדים, ללא כל צורך בדיון בשאלה הפורמלית של ההתעלמות שבית המשפט עסק בה.

ראוי להעמיק בחשיפת המפריד בין שני המודלים האמורים. מודל ההתעלמות נגזר מגישה שמרנית, לפיה הדרך היחידה למנוע מנישום להשיג את יתרון המס היא באמצעות אי הכרה בעסקאותיו, כאשר השינוי בסיווג עסקאותיו ממילא מביא בהכרח לשינוי בתוצאות המס. מודל זה נושא אופי כפול: דוקטרינרי-פורמלי ואינסטרומנטלי. הדוקטרינריות הפורמלית נעוצה בכך שהמודל אינו שולל מהנישום את יתרון המס על ידי קביעה הנושאת אופי פונקציונלי, ולפיה בהתקיים עילת סיווג מחדש יש לשלול מהנישום את יתרון המס שביקש להשיג. מודל זה נוקט תפיסה "עסקתית", במובן זה שהעסקה היא האובייקט של הנורמה האנטי תכנונית ולא יתרון המס. אציין, כי יש בהעמדת העסקה – ולא יתרון המס – במרכז הנורמה האנטי תכנונית כדי לעוות את מהותה ואת תפקידה של הנורמה האנטי תכנונית כמפורט בהמשך. מודל ההתעלמות נושא אופי אינסטרומנטלי בכך שלהתעלמות מעסקאות אין ערך כשלעצמה, וכל כולה נועדה לשמש כ"מתווך" בין הנישום לבין שלילת יתרון המס. לשון אחר: לפי תפיסה זו לא ניתן לשלול ישירות את יתרון המס, אלא זקוקים למתווך בדמותו של ההתעלמות מהעסקאות. ליחסי התלות של הנורמה האנטי תכנונית במתווך ה"עסקתי" אין כל הצדקה.

מנגד, מודל שלילת יתרון המס נושא אופי פונקציונלי ולא אינסטרומנטלי. הוא אינו מתעניין בסיווגן של העסקאות, כך שסיווגה המקורי של העסקה נשאר על מכונן והא זהה לסיווג שאומץ על ידי הנישום; אולם תוצאות המס הנגזרות ממנו נשללות מהנישום באמצעות הנורמה האנטי תכנונית. מודל זה נושא אופי פונקציונלי ומטרתו אחת: שלילת יתרון המס ממי שנקט פעולה הנגועה בעילת סיווג מחדש, שפירושה, הלכה למעשה, הפרת הדרישה לשימוש בתום לב ובדרך מקובלת במוסדות ויחסים משפטיים³⁹. מודל זה מונע אפוא מפעולה שאינה תמת לב להשיג את יעדיה. לשם כך אין צורך במתווך ואף לא בגישות פורמליות, אלא יש לתקוף ישירות את יתרון המס פרי תכנון המס. שימוש במודל ההתעלמות גורם לכך שיישומה של הנורמה האנטי תכנונית יתקל אפוא בקשיים מיותרים בהשוואה ליישומה של נורמה זו על פי מודל שלילת יתרון המס.

מבחינה השוואתית, קיימים משטרי מיסוי שנקטו את מודל שלילת יתרון המס ויש שנקטו את מודל ההתעלמות. כך, למשל, אימץ הדין הקנדי את מודל שלילת יתרון

39 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 10 ואילך.

המס⁴⁰ באופן חד משמעי, והוא הדין לגבי הדין האוסטרלי⁴¹. לעומת זאת, הדין הניו זילנדי⁴² והדין הדרום אפריקאי⁴³ אוחזים במודל ההתעלמות. אשוב עתה לסוגיית קיזוז ההפסדים שבפרשת רובינשטיין. הפעלתה של הנורמה האנטי תכנונית על פי מודל ההתעלמות ולא על פי מודל שלילת יתרון המס יצרה את הקשיים הפורמליים והמלאכותיים שעמם התמודד בית המשפט ולא יכל להם. בית המשפט סבר, כי על אף שנתקיימה עילת העסקה המלאכותית הוא אינו יכול למנוע מהנישום את יתרון המס בדמותו של קיזוז ההפסדים, עקב חוסר יכולתו לזהות פעולה או עסקה שבאמצעות ההתעלמות ממנה ניתן לשלול מהנישום את יתרון המס של קיזוז ההפסדים שאותו בלבד חפצו להשיג באמצעות רכישת מגיות הנישומה. כניעה זו של

40 ראו סעיף 245 ל-*Income Tax Act* הקנדי. לצורך הדגמת מודל שלילת יתרון המס אציג את ההוראה הקנדית. פסקה (2) קובעת את הנורמה האנטי תכנונית, וזו לשונה:

Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from series of transactions that included that transaction.

לגישה הקנדית ראו גם *The Queen v. Friedberg* [1992] 1 C.T.C. 1, F.C.A.; *Kieboom v. The Queen* [1992] 2 C.T.C. 59; *Mark Resources v. The Queen* [1993] 2 C.T.C. 2258, T.C.C.; *Stursberg v. The Queen* [1993] 2 C.T.C. 76, F.C.A.

41 ראו סעיף 177 ל-*Income Tax Assessment Act, 1936*. לנורמה זו ראו, למשל, *FCT v. Spoltess*, 186 CLR 404 (1996) *Services Limited*. ראו גם להלן, הערה 110.

42 ראו סעיף BB9 ל-*Income Tax Act, 1995*. סעיף זה החליף את סעיף 99 ל-*Income Tax Act, 1976*. לנורמה זו ראו, למשל, *Hadlee v. C.I.R.* [1991] 3 NZLR 664; *Miller v. C.I.R.* [1995] 3 NZLR 517.

43 ראו סעיף 103 ל-*Income Tax Act 58 of 1936*. ברצוני לציין כי בדין המס בישראל קיים דבר חקיקה אחר שבו מודל ההתעלמות ומודל שלילת יתרון המס משמשים בערבוביה, וכוונתי לתקנה 10 לכללי הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה) (תיאום ההכנסה והישוב ההטבות בשנת המס 1990), התש"ן-1990 (ק"ת 194), הקובעת כי:

ראה הנציב שפעולות מסוימות או מועדיהן, נעשו או נקבעו במטרה להפחית מסים באופן בלתי נאות, רשאי הוא להתעלם מהם ולקבוע כי תקנות אלה יחולו לגבי הנישום כאילו פעולות ומועדים אלה לא נעשו ולא נקבעו, וכן רשאי הוא לקבוע כי הנישום לא יתאזר להטבות לפי תקנות אלה לגבי הפעולות האמורות.

תקנה זו, שאין הצדקה לקיומה נוכח קיומן של ההוראות בסעיף 86 לפקודת מס הכנסה ובסעיף 84 לחוק מס שבח מקרקעין, מציבה סוגיות נוספות כמו, למשל, מה יחסה של העילה הנקובה בה לעילות הסיווג מחדש המצויות בנורמה האמורה. ראו ד' גליקסברג "כיוונים והתפתחויות חדשים בדיני המיסים - ניתוח ביקורתי" ספר השנה של המשפט בישראל - תשנ"ו (א' רוזן צבי עורך, תשנ"ו) 255, בעמ' 285, הערה 116 (להלן: "כיוונים והתפתחויות חדשים בדיני המיסים - ניתוח ביקורתי").

בית המשפט לתפיסה הפורמלית של סמכות ההתעלמות לא רק שלא היתה הכרחית⁴⁴ אלא גם אינה משרתת מדיניות משפטית מסית רצויה. האם קיימים שיקולי מדיניות המצדיקים בנסיבות אלה את ההכרה ביתרון המס רק משום שלא ניתן לזהות עסקה או פעולה, שבאמצעות התעלמות ממנה ניתן לשלול מהנישום את יתרון המס? התשובה לכך היא, כמובן, שלילית. ראוי להבהיר הבהר היטב, כי ה"עסקה" של רכישת מניות כלולה בסל ה"עסקאות" המצויות בתחולתה של הנורמה האנטי תכנונית, ולא קיימים שיקולים של מדיניות מס התומכים בהוצאתה מחוץ לתחולה האמורה עקב מהותה. מדוע נישום שעשה עסקה מלאכותית (פעל שלא בתום לב) ייהנה מפרי תכנונו עקב חוסר היכולת הפורמלית לאתר פעולה או עסקה שניתן להתעלם ממנה (ובדרך זו לשלול ממנו את יתרון המס)?

אם בית המשפט היה נוקט גישה שונה מזו שנקט, ולפיה סמכות מנהל המס על פי הנורמה האנטי תכנונית אינה נגזרת ומעוצבת על פי מודל ההתעלמות אלא על פי מודל שלילת יתרון המס, אזי ההכרעה השיפוטית היתה חדה וחד משמעית: יש לשלול מהנישום את יתרון המס שהיה ביסוד פעולתו, ואין לקזז את ההפסדים שנוצרו עובר לרכישת המניות.

3. הפרה של הצדק האופקי

על פי החלטת בית המשפט, תכנון המס נשוא מאמר זה מהווה שימוש לרעה בזכויות במובן זה שנתקיימה בו עילת הסיווג מחדש של העסקה המלאכותית. אלא שקצרה ידו של בית המשפט מלהושיע במובן זה שתחולת סמכות הסיווג מחדש אינה מגעת כדי שלילת יתרון המס, וזאת על פי גישת בית המשפט שאימץ את מודל ההתעלמות. בהחלטתו זו הפר בית המשפט את עיקרון הצדק האופקי או עיקרון השוויון כלפי תכנוני המס השונים. קיימות אפוא שתי קבוצות של תכנוני מס: בקבוצה הראשונה נמנים תכנוני מס שניתן לסווגם מחדש ולשלול את יתרון המס הגלום בהם, ובקבוצה השנייה כלולים תכנוני מס שלא ניתן לסווגם מחדש עקב המגבלות העולות ממודל ההתעלמות כדוגמת הלכת רובינשטיין. מבחינה מהותית אין כל הבדל בין שתי קבוצות אלה של מתכנני מס, ובוודאי שאין בנמצא מדיניות מס שלפיה יש לסווג מחדש את העסקאות הכלולות בקבוצה הראשונה, בעוד שאין לעשות כן לגבי עסקאות הכלולות בקבוצה השנייה.

44 ראו להלן, בטקסט הסמוך להערה 54 ואילך.

4. מגיעה ביעילות הכלכלית

הכרעה שיפוטית מהסוג של הלכת רובינשטיין יוצרת כיסי תכנון מס בכך שהיא מצהירה כי קיימים תחומים שבהם המלחמה של מנהל המס בתכנון המס קשה יותר ולעתים בלתי אפשרית, כבפרשת רובינשטיין. תופעה זו יוצרת חוסר איזון פנימי ופוגעת בשיווי המשקל הפנימי של משטר המיסוי ובכך גם ביעילות הכלכלית. זאת, משום שגם אם קיימות "דליפות" במשטר המס שבאמצעותן נוצר מרחב תכנון המס, ראוי שאלה תתפרסנה באופן "צודק" או "שוויוני" על כל הוראות המס ולא רק על חלקן. מן המפורסמות הוא, שככל שבסיס המס רחב יותר ונטל מס זהה חל על כל הנישומים⁴⁵, כך מערכת המס מאופיינת בניטרליות גדולה יותר, המביאה להגדלתה של היעילות הכלכלית. קיומו של מרחב תכנון מס פירושו שקיימת יכולת פוטנציאלית לתכנון מס. יכולת זו שוחקת את שיעור המס האפקטיבי, וראוי ששחיקה אפקטיבית זו תשתרע על פני כל מרכיביה של מערכת המס – כדי לפרוס את ההקטנה האפקטיבית של נטל המס על מספר רב יותר של אירועי מס.

הקטנה "שוויונית"⁴⁶ זו של נטל המס אינה רק תואמת את עיקרון הצדק האופקי, אלא גם את היעילות הכלכלית, משום שהיא ניטרלית יותר בהשוואה למערכת מס שבה פוטנציאל תכנון המס אינו משתרע על כל אורכו ורוחבו של משטר המיסוי. נניח, כי בפני הנישום ניצבות כמה עסקאות עם נטלי מס זהים ועם פוטנציאל לתכנון מס זהה. כנסיבות אלה הנישום יבחר בעסקה שהיא בעלת התשואה הגבוהה ביותר, אחרי מס, ומערכת המס בהקשר זה היא ניטרלית. אולם, אם לאחת העסקאות יש פוטנציאל תכנון מס גבוה יותר, כבפרשת רובינשטיין, אזי הנישום עשוי לאמץ עסקה זו למרות שמבחינה עסקית הוא היה בוחר בעסקה אחרת.

קביעתו של בית המשפט בפרשה נשוא מאמר זה תורמת מהותית לשחיקה סלקטיבית של נטל המס האמור. שחיקה זו נוצרת משיקולים לא ענייניים, כמו חוסר יכולת פורמלית להביא לביטול יתרון המס על ידי "התעלמות" גרידא. היא יוצרת יתרון להשקיע בחברות מפסידות משום שתכנון המס הבלתי ניתן לעצירה, מביא לשחיקה משמעותית של נטל המס האפקטיבי.

45 כמובן, בכפוף לשיקולי מדיניות מס נוספים כמו פרוגרסיביות וכיו"ב, בין אם הם מהווים חלק ממבנה המס הנורמטיבי ובין אם מהווים הוצאת מס (Tax expenditure).

46 אינני מתעלם מכך שהיכולת הפוטנציאלית לתכנון מס עשויה להשתנות מנישום אחד למשנהו ובכך לפגוע ב"שוויוניות" האמורה. אולם, גם אם רואים בכך פגיעה – קביעה המוטלת בספק וחורגת ממסגרתו של מאמר זה – עדיין אין בכך כדי להצדיק פגיעה נוספת באמצעות יצירת אתרי מס שבהם סיכויי ההצלחה של תכנון המס גבוהים יותר.

5. נפקויות נוספות להבחנה בין מודל שלילת יתרון המס לבין מודל ההתעלמות

עד כה דנו בנפקות אחת מתוך כמה נפקויות העולות מיישומם של מודל ההתעלמות ומודל שלילת יתרון המס. ברצוני להתמקד בקצרה בשתי סוגיות נוספות, שגם ביחס אליהן ניתן לקבוע שקיימת עדיפות בולטת למודל שלילת יתרון המס על פני מודל ההתעלמות.

הסוגיה הראשונה היא תחולתו של הסיווג מחדש על הצד השני לעסקה: האם סיווגה מחדש של עסקה אצל נישום פלוני מחייב כי סיווג זהה יחול גם על הצד השני לעסקה? הנטייה הראשונה היא כי יש ליתן תשובה חיובית לשאלה זו⁴⁷, אולם תפיסה זו נסמכת על תפיסה "עסקתית", הרואה במרכז הנורמה האנטי תכנונית את העסקה ולא את יתרון המס⁴⁸. לפיכך, תפיסה זו גורסת, כי אם העסקה היא מלאכותית, אזי כעסקה היא חלה על כל המשתתפים בעסקה. אני בדעה כי תפיסה זו לקויה ביסודה, משום שהיא מתעלמת לחלוטין מההשתתפות היוזם/פרודנטלית של הנורמות האנטי תכנוניות – היא השימוש לרעה בזכויות⁴⁹. כדי לבדוק אם אכן נעשה שימוש לרעה בזכויות יש לבחון בנפרד את שימושו של כל צד. מבחן זה עשוי להוביל לתוצאה כי צד אחד לעסקה השתמש לרעה בזכויות, בעוד שהצד השני לעסקה לא השתמש לרעה בזכויות⁵⁰ – ואז יש לסווג את העסקה מחדש רק לגבי הצד הראשון ולא לגבי הצד השני. בהקשר זה יש לציין, כי מאחר שמבחן המטרה הוא המבחן המרכזי לצורך סיווגה מחדש של עסקה⁵¹, הוא שולל מבחינה מהותית תחולה טוטלית על כל משתתפי העסקה, משום שלעסקה כעסקה אין מטרות – למשתתפים בה יש מטרות, ולא הרי מטרותיו של צד אחד לעסקה כמטרותיו של הצד השני לעסקה. לעומת זאת, על פי מודל שלילת יתרון המס, שאלה זו אינה עולה על סדר היום, משום שמודל זה מציב במרכזה של הנורמה האנטי תכנונית את שלילת יתרון המס למי שהשתמש לרעה בזכויות. שלילה זו, מעצם טיבה, נושאת אופי פרטני

47 שאלת תחולתו של הסיווג מחדש על הצד השני לעסקה עמדה לדין בפסיקה פעם אחת בלבד, במסגרת אמרת אגב שבה נקבע כי הסיווג מחדש חל על שני הצדדים. ראו ע"א 390/80 תעש מוד מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור חל אביב, פ"ד (1) 449.

48 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 38 ואילך.

49 ראו לעיל, בהערה 10 ובטקסט הסמוך לה ואילך.

50 תפיסה זו משתרעת לא רק על שני צדדים לעסקה הניצבים משני צדי המתנס אלא גם על שני צדדים לעסקה הניצבים באותו צד של המתנס, כאשר רק אחד מהם השתמש לרעה בזכויות.

51 כך, למשל, מבחן המטרה שימש לבחינת מלאכותיות העסקה בפרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' ה-120.

ואינה נושאת אופי "עסקתי", במובן זה שסיווגה מחדש של עסקה אינו חל על כל משתתפיה⁵².

הסוגייה השנייה מתמקדת במהותה של סמכות הסיווג מחדש: האם היא נועדה רק להתעלם – קרי: להשמיר את העסקה, או שמא היא גם סמכות משקמת – במובן זה שהיא מעמידה עסקה או פעולה חדשה תחת זו שהתעלמו ממנה⁵³. גם סוגיה זו מתמקדת בעסקה ולא ביתרון המס, והיא עולה לדיון משום שנקודת מוצאה היא מודל ההתעלמות. אולם, אם היו מאמצים את מודל יתרון המס, אזי אין לנו חפץ בעסקה אלא בשלילת יתרון המס – ואז סוגיה זו, בדבר אפיונה של הסמכות הנדונה כסמכות משמידה או כסמכות משקמת, מאבדת רבות מחשיבותה, אם זו קיימת.

בשתי הסוגיות גם יחד מפיג מודל שלילת יתרון המס את המתחים השונים הכרוכים ביישומה של הנורמה האנטי תכנונית. אימרו מודל יתרון המס מפיג מתחים אלה משום שההתמקדות היא בשלילת פירותיו של תכנון המס באופן ישיר, ולא בדרך עקיפה על ידי טיפול בעסקאותיו של הנישום.

6. הפרשנות הפונקציונלית

ההכרעה השיפוטית נשוא מאמר זה נסמכת על אימוץ פרשנות פורמלית-דווקנית לסמכותו של מנהל המס, על פי הנורמות האנטי תכנוניות. בית המשפט פירש את המונח "להתעלם" באופן טכני לחלוטין, תוך הזנחת הרקע העיוני של הנורמה וייעודה הפונקציונלי במכלול הנורמטיבי של משטר המס⁵⁴. לשון אחר: הסמכות הנדונה פורשה באופן טכני ולא באופן פונקציונלי. פרשנות זו אינה תואמת את הפרשנות הרצויה לדיני המסים, הן לגבי הסטנדרטים הפרשניים שיש להחיל על הדיסציפלינה המסית בכלל והן לגבי הסטנדרטים הפרשניים שיש לאמץ בסוגיית ההגבלות על תכנון המס בפרט. ככלל, דיני המסים אינם שונים מכל תחום משפטי אחר, במובן זה שכללי הפרשנות הפונקציונלית החלים על ענפי המשפט השונים חלים גם על דיני המסים⁵⁵. כלל זה כולל גם הוראה פרשנית שיודית, לפיה אם אין ביכולתה של הפרשנות הפונקציונלית כדי

52 לדיון מקיף בשאלת תחולתו של הסיווג מחדש והצד השני לעסקה ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 284 ואילך.

53 שם, בעמוד 269 ואילך.

54 והשוו' ר' רוזנצוויג ור' אבירם "לא תוכל להתעלם" – רכישת חברה בהפסדים – סמכותו של פקיד השומה" מיסים יא/4, א-35. לסוגיה זו ראו גם א' אלטר וא' הילמן "סעיף 86 לפקודת מס הכנסה: הצבת אלטרנטיבות המיסוי בעקבות התעלמות מעסקה מלאכותית" מיסים יב/4, א-27.

55 ראו, למשל, ע"א 364/80 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, חיפה נ' פרוסקאואר, פ"ד לר (3) 579, 581; ע"א 2/89 אוניברסיטת בר אילן נ' מנהל מס שכר, פ"ד א כ 149, 151-152; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה וחובות, פ"ד לט (2) 70; גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 17-9.

להסיר את הספק הפרשני ולהצביע על הפרשנות הראויה, אזי יש לאמץ פרשנות המקלה את נטל המס על הנישום. תפיסה זו נוסחה על ידי הנשיא ברק בוו הלשון⁵⁶:

מבין מגוון המשמעויות הלשוניות (הרגילות או המיוחדות) של חוק מס, תקבע המשמעות המשפטית על פי התכלית המונחת ביסוד חוק המס. תכלית זו תיקבע על פי לשון החוק, ההיסטוריה שלו, וערכי היסוד של השיטה. כאשר מקורות אלה אינם מאפשרים גיבוש תכלית סופית, יתפרש החוק באופן המקל עם מי שאמור לשאת בו.

על פי תפיסה זו, ראוי היה שבית המשפט יבחן מהו התוכן שיש לצקת לסמכות ההתעלמות, וזאת על פי הפרשנות הפונקציונלית – ורק אם אין ביכולתה של זו האחרונה כדי לסייע במלאכת הפרשנות, יעניק בית המשפט משמעות מצמצמת לסמכות ההתעלמות, הפועלת לטובת הנישום בהיותה מצמצמת את תחולת הנורמות האנטי-תכנוניות. בית המשפט לא הלך בדרך זו אלא העניק משמעות מצומצמת לסמכות ההתעלמות. אם בית המשפט היה בוחן את הסוגיה שעמדה לפניו על פי תפיסה זו, אזי הוא לא היה פוסח על הדיון המרכזי – החסר בו – והוא שאלת תפקידה של סמכות ההתעלמות. כוחם של דברים אלה יפה לא רק לגבי תפיסת הפרשנות של דיני המסים בכלל, אלא גם לגבי תפיסת הפרשנות של הנורמות האנטי-תכנוניות בפרט. גם אם קיימים שיקולי מדיניות העשויים לתמוך בגישה שונה, שאינה ממלאת אחר כללי הפרשנות הכללית של דיני המסים ביחס לסוגיות אחדות הקשורות לנורמות האנטי-תכנוניות, הרי שבהקשר הנדון תפיסת הפרשנות הפונקציונלית תחול על הנורמות אלה באופן שתפרש את סמכות הסיווג מחדש על פי מודל שלילת יתרון המס.

7. משמעות פסק הדין: מעגל פנימי ומעגל חיצוני – היבטי טווח קצר וטווח ארוך

לפסק הדין משמעויות רבות ומגוונות. חלקן מצוי במעגל הפנימי, העוסק בהסדר קיזוז ההפסדים, וחלקן האחר מצוי במעגל החיצוני, הדן בהגבלות על מרחב תכנון המס. משמעויות אלה, הן במעגל הפנימי והן במעגל החיצוני, מצויות בטווח הקצר ובטווח הארוך. חלקן עולה במפורש מההכרעה השיפוטית, ויתרתן משתמעות בעליל, בעיקר לטווח הארוך. על אף שדיון זה חורג במעט ממסגרתה הגלויה של פרשת רובינשטיין, הרי שחשיבותה הרבה, המשתרעת הרחק מעבר לסוגיה הקונקרטית, מצדיקה דיון במשמעויותיה ובהשפעותיה הצפויות.

56 א' ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח (תשנ"ז) 425, 441.

תוכנה הקונקרטי של הלכת רובינשטיין בסוגיה של רכישת הפסדים, והתוצאות העולות ממנה⁵⁷, מציבים בפני מנהל המס שתי אלטרנטיבות לפעולה. האלטרנטיבה הראשונה היא מיצוי ההליך השיפוטי, שבנסיבות דנן פירושו ערעור לבית המשפט העליון. מנהל המס אכן בחר באלטרנטיבה זו. האלטרנטיבה השנייה היא זניחת ההליך השיפוטי ופנייה להליך חקיקתי, שבמסגרתו תחוקק נורמה אנטי תכנונית מיוחדת לסיכול הצלחתו של תכנון מס ברכישת חברות מפסידות, כדוגמת פרשת רובינשטיין. ניתן להניח, כי אם השימוש באלטרנטיבה הראשונה, השיפוטית, לא יצלח, אזי יפנו רשויות המס – ובצדק רב – לאלטרנטיבה השנייה, החקיקתית, כדי למנוע תכנוני מס כאמור. המתנה לשימוש באלטרנטיבה החקיקתית רק לאחר כשלון האלטרנטיבה השיפוטית עלולה להביא לכך שנישומים שיבצעו תכנוני מס באמצעות רכישת חברות מפסידות יצליחו במשימתם, משום שאם בית המשפט ידחה את ערעורו של מנהל המס, אזי גם אם האלטרנטיבה החקיקתית תצלח, הנורמה אנטי תכנונית המיוחדת שתתקבל לא תתול רטרואקטיבית⁵⁸ על תכנוני מס שכבר בוצעו⁵⁹. בנסיבות אלה עומדים בפני רשויות המס שיקולים סותרים: נוכח ההלכה הקשה העולה מהלכת רובינשטיין הסיכויים שביט המשפט העליון יהפוך את הלכת רובינשטיין הם גבוהים, ואז לא יהיה צורך בחקיקה. מנגד, האטרקטיביות הרבה של תכנוני המס המצויים ברכישת חברות בעלות הפסדים מן הסתם גורמת לכך שמתבצעות עסקאות מלאכותיות רבות של רכישת חברות כאמור; אם ההלכה השיפוטית לא תשתנה, אזי החקיקה המאוחרת כאמור לא תוכל לתכנוני מס אלה. בנסיבות הנדונות אין לפעול על פי האלטרנטיבה השנייה ויש למצות את ההליך השיפוטי. נקודת המוצא לדיון היא כי מדיניות מס רצויה גורסת שהשימוש המרכזי בהתמודדות של מנהל המס עם תכנוני המס הוא השימוש בנורמה האנטי תכנונית הכללית. שימוש כזה יוצר הסדר צודק ויעיל: צודק במובן זה שעל כל תכנוני המס חלה נורמה אנטי תכנונית זהה, ויעיל משום שבהעדר "משוא פנים" לתכנוני מס מסוימים, משטר המיסוי אינו מעניק "תמריץ" לנישום לבכר תכנון מס פלוני על פני תכנון מס אלמוני. בדרך כלל, הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת נועדה להכביד על מתכנן המס בהשוואה לנורמה האנטי תכנונית הכללית. בצד הכבדה זו טמונה הקלה מסוימת לנישומים, משום שקיומה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת מביא לכך שמי שהצליח

57 ראו לעיל, הערה 44 ואילך.

58 הוראת מס שתחולתה היא רטרואקטיבית אינה עולה, בדרך כלל, בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

59 דילמה זו אינה אופיינית רק לסוגיה הנדונה, אלא לכל מצב שבו מנהל המס מפסיד בבית משפט נמוך. הדילמה היא האם להמתין לתוצאות הערעור או שמא יש לגשת מיד לחקיקה שתמנע את תוצאותיו של פסק הדין.

לגבור עליה אינו חשוף לתחולתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית⁶⁰. קיומה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת גורם אפוא להכבדה, ולעתים – להקלה. בכך נוצרות עלויות מס שונות לתכנוני המס, ולרוב יקשה להצדיקן.

ה. מדיניות האיזון והמודלים השונים של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת

נוכח הקשיים הגלומים בקיומה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת⁶¹ בצד הנורמה האנטי תכנונית הכללית, חקיקתה של זו הראשונה תהיה, כאמור, רק במשורה. היא תתרחש רק כאשר יכלו כל הקצין במובן זה שידה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית תקצר מלהושיע בהתמודדות עם תכנון מס פלוני, וייווצר צורך בנורמה אנטי תכנונית מיוחדת. אולם בכך לא סגי, שהרי יש לבחור את המודל הרצוי של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת. כשלונה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית בהתמודדות עם תכנון מס פלוני אינה סוללת את הדרך לחקיקה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת ללא כל הגבלה על תוכנה, כאשר יעדה הוא אחד ויחיד – סיכול תכנון המס נשוא אותה נורמה. יש לשלול מכל וכל תפיסה גורפת זו. מן ההכרח הוא לעצב מדיניות מס גמישה ורגישה, לפיה כשלונה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית מצדיק את חקיקתה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת, אולם חקיקה זו חייבת להיות מבוקרת והדרגתית מבחינת עוצמת האיזון בין הצורך בחימושו של מנהל המס בכלי תקיפה יעיל כנגד תכנון המס, לבין הפגיעה בנישומים הטמונה בייעילותו של כלי התקיפה האמור. אשר על כן, יש לחוקק נורמה אנטי תכנונית מיוחדת רק בנסיבות יוצאות דופן, וגם זאת באופן מדורג מבחינת עוצמת ההכבדה על הנישומים הטמונה בה, מהקל אל הכבד. רק אם אין מענה בנורמה אנטי תכנונית מיוחדת שהכבדה אינה גבוהה, יחסית, רק אז יש לפנות לנורמה כאמור שעוצמת הכבדה גבוהה יותר.

60 ראו גם להלן, בהערה 80.

61 נורמות אנטי תכנוניות מיוחדות מצויות במשטרי המיסוי במדינות רבות בעולם. לנורמות אנטי תכנוניות מיוחדות בישראל ראו, למשל, סעיפים 83-84 לפקודת מס הכנסה. בדין האמריקני ראו, למשל, הוראת סעיף 704(b) ל- Internal Revenue Code, המונעת הקצאה (Allocation) של פריטי ההכנסה בין השותפים משיקולי מס. הוראה מסוג זה אינה מצויה במשטר המיסוי בישראל, ואירועי הקצאה כאמור כפופים לנורמה האנטי תכנונית הכללית.

ניתן לסווג⁶² את הנורמות האנטי תכנוניות המיוחדות לשלושה מודלים⁶³, מה"קל" אל ה"כבד". משקלו של כל מודל נקבע מנקודת מבטו של מתכנן המס: מודל מושגי התיאום, מודל היפוך נטל הראיה ומודל הפרזומציה החלוטה. מודל מושגי התיאום, כמו, למשל, המושג "במישרין או בעקיפין", מצוי בעדיפות ראשונה, משום שהוא מביא לסגירת הפער בין המהות הכלכלית לבין תיאור האירוע הפוזיטיביסטי. המודל השני הראוי הוא מודל היפוך נטל הראיה. מודל זה אינו משנה את ה"סטנדרט" המצוי בנורמה האנטי תכנונית אלא הוא מצוי בתחום הראייתי גרידא. מודל זה נועד לשנות את נטל הראיה בלבד, באופן שאם על פי הנורמה האנטי תכנונית הכללית נטל הראיה להוכחת קיומה של עילת סיווג מחדש מוטל על שכמי מנהל המס⁶⁴, אזי על פי מודל זה הנטל עובר לנישום, והוא שיצטרך להוכיח כי עסקתו אינה נגועה בעילת סיווג מחדש. המודל השלישי, והמכביד מכל, הוא מודל הפרזומציה החלוטה. לפי מודל זה, בהתקיים מערכת נסיבות פלונית קמה חזקה חלוטה שהיא נגועה בעילת סיווג מחדש ואז יש לשלול ממנה את יתרון המס שבה. מודל זה יוצר את ההכבדה הגדולה ביותר משום שאינו מותיר לנישום כל פתח תקוה להוכיח שעסקאותיו כשרות למהדרין. ככל שהתשתית העובדתית נשוא נורמות מסוג זה היא רחבה יותר, הפגיעה הטמונה ב"חפים ממס" הולכת וגדלה. יש אפוא הכרח להצר ככל האפשר את המסכת העובדתית המצויה בבסיס נורמות מסוג זה. אולם, ככל שנצר את יריעתה של המסכת העובדתית, יעילותה של הנורמה נשחקת – משום שבכך מצטמצמת תחולתה⁶⁵. יש לציין, כי נוכח הכבדה זו על הנישומים יש לנקוט מדיניות מאוזנת לגבי הנורמות האנטי תכנוניות המיוחדות, היינו: לצד הכבדה זו צריכה להתקיים הקלה מבחינת הנישום, לפיה הנורמה האנטי תכנונית הכללית אינה חלה לצידה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת. באופן זה, אם עסקה פלונית יצאה

62 לרפוסים השונים של הנורמות האנטי תכנוניות המיוחדות ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 111 ואילך.

63 במודלים אלה אינני כולל נורמות אנטי תכנוניות מיוחדות השונות מהנורמה האנטי תכנונית הכללית בסטנדרט המצוין בהם. אני בדעה כי נורמות מיוחדות מסוג זה אינן תואמות מדיניות מס רצויה, משום שהסטנדרט הנקוב בנורמה האנטי תכנונית הכללית משקף את תפיסתה של החברה לגבי אופן השימוש בזכויות. עילות הסיווג מחדש, כמו העסקה המלאכותית, קובעת מתי שימוש פלוני הוא בגדר שימוש לרעה בזכויות השולל את העסקה לצורכי מס. עילות הסיווג מחדש משקפות אפוא תפיסה ערכית לגבי יחסיותן של זכויות הנישום. אשר על כן, שינוי הסטנדרט הכללי באמצעות חקיקת נורמה אנטי תכנונית מיוחדת, שתאמץ סטנדרט שונה מהסטנדרט הרגיל, ייעשה רק בנסיבות מאוד חריגות, אם בכלל. לפיכך, הריון הנוכחי מתעלם ממודל זה של נורמות אנטי תכנוניות מיוחדות.

64 ראו, למשל, ע"א 34/70 בגין נ' פ"ש ת"א 4, פ"ד כד(2) 425; ע"א 102/59 פ"ש ירושלים נ' איסמר, חברה למסחר והשקעות, פ"ד יד(3) 425; ע"מ"ה 96/97 חברה ויליגר בע"מ נ' פ"ש היחידה הארצית לשומה (טרם פורסם).

65 ראו גם לעיל, בטקסט הסמוך להערה 60.

ממלצותיה של הנורמה המיוחדת, אזי לא ניתן יהיה ללכדה באמצעות הנורמה הכללית. יש לראות את הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת כהסדר ממצה וכנורמה מיוחדת בתחום ההגבלות על תכנוני המס, כך שלא ניתן יהיה לפנות לנורמה האנטי תכנונית הכללית. מובן, שתפיסה זו חייבת להתמודד עם סוגיית ההבחנה בין אירועי מס המצויים בתחולת ההסדר השלילי, כך שהנורמה הכללית לא חלה עליהם, לבין אירועי מס שהנורמה המיוחדת לא חלה עליהם באופן שלא נוצר הסדר שלילי – כך שהנורמה האנטי תכנונית הכללית חלה עליהם.

הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת בעלת הפרוזומציה החלוטה הופכת אפוא את הסטנדרט של הנורמה האנטי תכנונית הכללית לכלל (rule), ובכך יוצרת שוני מהותי בין הנורמה הכללית, הנסמכת על מהותו של הסטנדרט, לבין הכלל המגולם בנורמה האנטי תכנונית המיוחדת הנושאת אופי פורמלי וטכני⁶⁶. על אף נחיתותו הברורה של מודל הפרוזומציה החלוטה, ייתכנו מצבים שבהם מודל היפוך נטל הראיה אינו יוצר את האיזון הנכון בין הנישום לבין מנהל המס, וזאת עקב נחיתותו של מנהל המס בהשוואה לנישום. בנסיבות אלה אין מנוס מאימוצו של מודל הפרוזומציה החלוטה.

נוכח קווי מדיניות אלה אבחן עתה את הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת שהוצעה לחקיקה כדי להתמודד עם תכנוני המס של רכישת חברות בעלות הפסדים. הצעה זו, הצעת תיקון 97, הוצגה על ידי בית המשפט בפרשת רובינשטיין ונעשה בה שימוש כדי לאשש⁶⁷ את ההלכה שנפסקה שם⁶⁸.

ו. מודל הנורמה האנטי תכנונית השגוי שבהצעת תיקון 97

1. המודל המוצע ורקעו העיוני

עיון בהצעת תיקון 97 מעלה כי יש בה עיוותים רבים, והמרכזי שבהם נגזר ממודל הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת שאומץ בה. עיוותים אלה מחייבים את הסרתה

66 למתח בין הסטנדרט לבין הכלל ראו, למשל, L. Kaplow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L.J.* (1992) 557; D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv.L.Rev.* (1976) 1685; P. Schlag "Rules and Standards" 33 *UCLA L. Rev.* (1985) 379.

67 יש להדגיש, כי בית המשפט משתמש בתיקון המוצע כ"תנא דמסייע" – ולא כהוכחה מכריעה – לתפיסתו ביחס לתוצאות המפגש בין הנורמה האנטי תכנונית הכללית לבין דיני קיזוז ההפסדים.

68 ניתן אולי לגרוס כי בית המשפט קבע את הלכת רובינשטיין בהעדיפו את ההיבט הפורמלי-לשוני על פני ההיבט המהותי, מתוך הנחה שגם אם גישה זו מכיאה לתוצאה בלתי רצויה היא תאומך באמצעות תיקון 97. למותר לציין, כי איון זה הוא חלקי בלבד, משום שתחולתה של ההצעה האמורה אינה רטרואקטיבית, כלומר: היא לא תחול על רכישת חברות בעלות הפסדים שקדמה לה.

המיידית מסדר היום הציבורי; למותר לציין, כי עמדתו זו שוללת מתוכה, מניה וביה, את גישתו של בית המשפט, הרואה בהצעה תמיכה להכרעתו ביחס למהות הסיווג מחדש. אציג תחילה את הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת המוצעת⁶⁹:

היה לחבר בני אדם הפסד, ובתקופה של שנים עשר חודשים חל שינוי בזהות בעלי מניות המחזיקים ב-50% או יותר מהון המניות שהוצא בו, או מכוח ההצבעה בו, או בזכות לקבל 50% או יותר מהרווחים בו, או בזכויות להחזיק בזכויות אלה, לא יותר לניכוי אותו חלק מההפסד, שיחסו לכלל ההפסד הוא כיחס שווי הזכויות שהועברו לכלל הזכויות בחבר בני האדם והכל במועד העברה; לענין זה –

“בעל מניות” – בעל שליטה בהגדרתו בסעיף 3(ט)(1);

“שינוי בזהות בעלי מניות” למעט שינוי שמקורו בהעברה מכוח דין, ולמעט שינוי כאמור שמקורו בהקצאת הון על ידי חבר בני האדם.

כאמור, הוראה זו סובלת מעיוותים רבים, הן ביחס לעצם קיומה והן ביחס למרכיבים שונים הכלולים בה. מטרתו של ההסדר המוצע היא למנוע רכישת חברות מפסידות לשם קיזוז הפסדיהן בלבד⁷⁰. נקודת המוצא של הוראה זו היא כי אין ביכולתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית שבמשטר מיסוי ההכנסה⁷¹ כדי לסווג מחדש את העסקה האמורה⁷² – שאם לא כן מדוע נזקק משטר המיסוי לקבוע נורמה אנטי תכנונית מיוחדת ולא הסתפק בנורמה הכללית? אשר על כן, יש לאתר את חולשתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית בכל הנוגע לרכישת חברות מפסידות, המצדיקה את החקיקה המוצעת. ניתן להצביע על שתי הצדקות אפשריות⁷³:

69 הצעת תיקון 97 (לעיל, הערה 34).

70 ראה דברי ההסבר להצעת תיקון 97 (לעיל, הערה 34); פרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' 122-ה.

71 סעיף 86 לפקודת מס הכנסה.

72 בית המשפט בפרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' 121-ה, 122-ה, ציין במפורש כי הורתה וליתתה של הצעה זו הן בכך שלא ניתן להפעיל את הנורמה האנטי תכנונית הכללית שבסעיף 86 לפקודת מס הכנסה על רכישת חברות בהפסדים.

73 אציין, כי בדברי ההסבר להצעת תיקון 97 (לעיל, הערה 34), לא זוהתה בבירור חולשתה של הנורמה האנטי תכנונית המצדיקה את חקיקתה. יתרה מזו: בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת באה להוסיף על סמכותו של פקיד השומה. ללמדך, כי ההצעה מניחה שעל

(א) סמכות ההתעלמות אינה מאפשרת למנהל המס למנוע את הצלחתו של תכנון המס, כפי שהתרחש בפרשת רובינשטיין (להלן: "ההצדקה הסמכותית")⁷⁴;

(ב) המחוקק קבע חזקה חלוטה לפיה בהתקיים הנסיבות הנקובות בהצעת החיקון, אזי מתקיימים היסודות של עילת סיווג מחדש. חזקה חלוטה זו נדרשת משום שהנטל להוכחת קיומה של עילת הסיווג מחדש מוטל על מנהל המס⁷⁵, ובאירועי רכישה של חברות בעלות הפסדים יתקשה מנהל המס להרים נטל זה. החזקה החלוטה משחררת את מנהל המס מכבלי נטל זה. נטל זה כרוך בחשיפת התשתית העובדתית לגבי מטרותיו של הנישום ברכישת החברה המפסידה⁷⁶, כאשר במסגרת זו יש גם לקבוע את משקלה של כל קבוצת מטרות – קרי: המטרות הפיסקליות והמטרות הלבד פיסקליות⁷⁷ – בתוך הסל הכולל של המטרות (להלן: "ההצדקה הראייתית").

2. הביקורת על ההצדקה הסמכותית ועל ההצדקה הראייתית

בחנינה מעמיקה של שתי האלטרנטיבות מעלה כי אין בהן כדי להצדיק את החקיקה המוצעת. בביקורת⁷⁸ על הלכת רובינשטיין ציינתי כי יש להעניק לסמכות ההתעלמות תוכן פונקציונלי-מהותי ולא תוכן טכני-פורמלי. לפיכך, להצדקה הסמכותית אין בסיס, ואין כל צורך בחקיקתה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת. יתרה מזו: על פי תפיסה זו, עיוותיה של הגישה הפורמלית קיימים רק לגבי רכישת חברות בעלות הפסדים, והראיה לכך היא שהנורמה האנטי תכנונית המיוחדת מוצעת רק לגבי רכישת חברות בהפסדים. שורת ההיגיון מחייבת כי פירותיה של התפיסה הפורמלית, המבכרת את מודל ההתעלמות על פני מודל שלילת יתרון המס, אינם מצויים רק בתחום רכישת חברות בעלות הפסדים אלא גם לגבי אירועי מס נוספים. אין ברכישת חברות בעלות הפסדים מאפיינים מיוחדים מבחינת המתח בין מודל ההתעלמות לבין מודל שלילת יתרון המס.

אירועי מס של רכישת חברות בהפסדים עשויות לחול הן הנורמה האנטי תכנונית הכללית והן הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת.

74 אפשרות זו תואמת את תפיסת בית המשפט בפרשת רובינשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' 121-ה, 122-ה, הרואה בהצעה זו תמיכה בהכרעתו לפיה סמכות ההתעלמות שבנורמה האנטי תכנונית הכללית אינה מאפשרת לשלול את קיומו ההפסדים של החברה הנרכשת.

75 למיקומו של נטל ההוכחה להוכחת יסודותיה של הנורמה האנטי תכנונית על כתפי המנהל ראו לעיל, הערה 64.

76 לצורך דיון זה אני מניח כי מבחן המטרה הוא המבחן הניצב ביסודן של עילות הסיווג מחדש של העסקה המלאכותית ושל עילת העסקה שאחת ממטרותיה העיקריות היא הפחתת מס בלתי נאותה.

77 לדיון בתחולתה של הנורמה האנטי תכנונית בסביבה רבת מטרות ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 217 ואילך.

78 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 44.

לא זו אף זו: אם ההצעה נועדה לענות על חולשותיה של סמכות ההתעלמות בלבד, ראוי היה כי המחוקק יתקן את סמכות הסיווג מחדש הנקובה בהוראה האנטי תכנונית הכללית ויעגן באופן סטטוטורי את מודל שלילת יתרון המס, למשל בקבעו חד משמעית כי סמכותו של מנהל המס היא לשלול את יתרון המס ולא להתעלם מהעסקה. מודל החקיקה האנטי תכנונית המיוחדת המצוי בהצעה אינו תואם אפוא את ההצדקה הסמכותית בבחינת "טענו בחיטים והודה לו בשעורים". כמו כן, ההצדקה הסמכותית מחייבת כאמור את תיקון הנורמה האנטי תכנונית הכללית. בכך יתוקן העיוות לא רק לגבי רכישת חברות בעלות הפסדים אלא גם לגבי כל תכנוני המס שביחס אליהם קצרה ידו של מודל ההתעלמות מליתן מענה למנהל המס.

ומה לגבי ההצדקה הראייתית? גם בהצדקה זו אין הגיון; להלן ארחיב בסוגיה זו, משום שלניתוח זה יש משמעויות החורגות מהאירוע הנדון, המשתרעות על כל אירועי המס שבהם מזוהה חולשה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית בבואה להתמודד עם תכנוני מס מסוימים. ציינתי לעיל⁷⁹, כי קיים מדרג בין המודלים השונים של הנורמות האנטי תכנוניות המיוחדות, ובסוגיה זו יש להתקדם מהקל אל הכבד, כך שמודל הפרוזומציה החלוטה יהיה המודל בעדיפות אחרונה. העדיפות הראשונה היא למודל מושגי התיאום, שאינו רלבנטי לסוגיה כגון זו הנדונה. לפיכך, יש לעבור למודל היפוך נטל הראייה, ורק אם זה יימצא בלתי כשיר למשימתו יש לפנות למודל הפרוזומציה החלוטה.

על פי ההצדקה הראייתית⁸⁰, מנהל המס מתקשה להרים את נטל המס הנדרש ממנו על פי הנורמה האנטי תכנונית הכללית, ולפיכך בוצעה הפנייה לנורמה האנטי תכנונית של חזקה חלוטה. אולם, מעבר זה הוא מהיר וחריף, בהיותו פוסח על אלטרנטיבה המצויה בין שתי הנורמות בדמותה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת הקובעת את היפוך נטל הראייה. היפוך נטל זה מטיל על הנישום לשכנע את מנהל המס כי נסיבותיה של העסקה מורות שהיא אינה נוגעת בעילת סיווג מחדש. כך, למשל, על פי מבחן המטרה, מטרותיו של הנישום ברכישת חברה בעלת הפסדים הן לגיטימיות במובן זה שאינן נגועות בהכרח בעילת סיווג מחדש, כמו, למשל, עילת העסקה המלאכותית. האם אירוע של רכישת חברה בעלת הפסדים הוא קשה מבחינה ראייתית עד כדי כך שהוא מצדיק לא רק את נטישת הנורמה האנטי תכנונית הכללית אלא גם את נטישת מודל היפוך הראייה, ואימוץ מודל הפרוזומציה החלוטה?

אירועים של רכישת חברות בעלות הפסדים אינם מתאפיינים בקשיים ראייתיים בולטים, המצדיקים את הוצאתם מתחולתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית

79 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להצעה 61 ואילך.

80 שם.

וכפיפתם לנורמה אנטי תכנונית מיוחדת. גם אם נאמר שתפיסה זו שוגה בהערכת הקשיים האמורים, ראוי לאמץ, בשלב הראשון, את מודל היפוך נטל הראיה – ורק אם הוא לא ייתן מענה הולם לקשיים הראייתיים יש לפנות למודל הפרוזומציה החלוטה.

הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת המוצעת חושפת, כאירוע מבחן, את העיוותים הרבים הטמונים בנורמה אנטי תכנונית מיוחדת, בעלת מודל הפרוזומציה החלוטה, ואת התשובה לשאלה מדוע יש לפנות אליה רק בנסיבות קיצוניות. הנורמה המוצעת אינה כוללת בתוכה כל אזכור הקשור ליסוד היווריספרודנטלי הניצב בבסיס ההגבלות על תכנון מס. עיון ביסודותיה של נורמה זו מגלה כי אין בהם כל אזכור או רמז להתנהגות שניתן לסווגה כשימוש לרעה בזכויות. מאחורי יסודות אלה ניצבת החזקה כי טמון בהם שימוש לרעה בזכויות. אם נשתמש במונחיה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית, ניתן לומר כי בהתקיים היסודות האמורים העסקה נגועה באחת מעילות הסיווג מחדש, ובמרכזן עילת העסקה המלאכותית.

מודל זה של הפרוזומציה החלוטה לגבי רכישת חברות בעלות הפסדים מביא לכך שגם מי שרכש חברה כאמור וכל מטרותיו היו לבר פיסקליות – קרי: מטרות עסקיות או אישיות⁸¹ – גם במקרה כזה החברה לא תוכל לקזז את ההפסד שבאמתחתה. כיוון שבפרוזומציה חלוטה עסקינן, הנישום אינו רשאי להציג ראיות לפיהן העסקה אינה נגועה בעילת סיווג מחדש כלשהי. נניח, למשל, כי חברה פלונית היא בעלת נכסים רבים, כולל מוניטין שנצבר במשך שנים רבות, ופעילותה ענפה ביותר. דא עקא, שעקב משבר כלכלי החברה צברה הפסדים. כחלק מתהליך הבראתה גורסים בעלי המניות שיש הכרח להעביר את השליטה לגוף כלכלי שיש לו יכולת מוכחת לחלץ את עגלתה של החברה מהכבד. על פי מודל החזקה החלוטה שבהצעה הנדונה, ההפסד של החברה לא יוכר, והיקפה של אי ההכרה ייגזר מהיקפן של הזכויות הנעברות. היקף ההפסד שלא יוכר ילך ויגדל ככל שייגדל היקפן של הזכויות הנעברות. התוצאה הכלכלית העולה מתפיסה זו היא בלתי סבירה במובן זה, שככל שמצבה הכלכלי של החברה קשה יותר, אזי הנטייה היא להגדיל את היקפן של הזכויות הנעברות. אולם, מערכת המס אינה ניטרלית, במובן זה שככל שגדל היקף הזכויות הנעברות, קנס המס הגלום בחליטותיה של החזקה הולך וגדל. מערכת המס יוצרת אפוא תמריץ מס להקטין עד למינימום את היקף הזכויות הנעברות, על אף ששיקולים כלכליים עשויים לתמוך בהעברת זכויות גדולה יותר.

81 על אף שהמתח במבחן המטרה סב בפסיקה סביב שני מונחים – מטרה עסקית כנגד מטרה של השגת יתרון מס – הצגה זו אינה מדויקת. המונחים הראויים הם מטרה של השגת יתרון מס כנגד כל מטרה אחרת. במקום אחר כינינו מטרות אלה כמטרה פיסקלית ומטרה לבר פיסקלית, ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 217 ואילך.

התפיסה הניצבת מאחורי המודל המוצע מעוררת תהיות לא רק ביחס לקפיצתה הגדולה מהנורמה האנטי תכנונית הכללית הישר לזרועותיו של מודל הפרוזומציה החלוטה, תוך פסיחה על מודל היפוך נטל הראיה, אלא גם ביחס לאופייה של הפרוזומציה החלוטה שנבחרה. קיימת קשת רחבה של פרזומציות חלוטות אפשריות בתחום זה, החל ממבחן נכסי החברה הנרכשת (דהיינו: מהו היקף נכסיה של חברה זו בהשוואה להיקף ההפסדים הצבורים בה), עבור דרך הזיקה של פעילותה של החברה הנרכשת עם פעילותו של הרוכש, וכלה במבחן של היקף השינוי בבעלות. האם מבחן זהות הבעלות הוא המבחן הרצוי לצורך קביעת הפרוזומציה החלוטה? התשובה לכך היא שלילית. עמדתי זו נובעת מתפיסה רחבה יותר, לפיה עיצובה של פרזומציה חלוטה הטמונה בנורמה אנטי תכנונית נגזרת מהרקע לקיומה של נורמה אנטי תכנונית זו. כאמור, נורמה אנטי תכנונית מיוחדת נולדת כאשר אין ביכולתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית ליתן מענה הולם לתכנון מס פסול. מהו תכנון המס הפסול בסוגייה הנדונה?

על פי הגישה הקלסית⁸², כאשר חברה בעלת הפסדים נרכשת לצורך מס, מתוך מטרה יחידה של שימוש בהפסדים, העסקה כולה נגועה במטרה הפסולה ומקימה את עילת הסיווג מחדש של העסקה המלאכותית. לפיכך, שימוש בנורמה האנטי תכנונית הכללית היה מביא לבדיקת מטרותיה של רכישת מניותיה של חברה בעלת הפסדים לצורך מס – האם היו אלה מטרות פיסקליות או לבר פיסקליות, ומה משקלן בסל המטרות הכללי שעמד לנגד עיני הרוכש בעת רכישת המניות האמורות. ההצעה הנדונה מניחה כי עלולים להיות קשיים בחשיפת הפסיפס של מטרות העסקה, משום שהנישום יכול להציג סל מטרות שמנהל המס יתקשה להפריכן או לקעקע את אמינותן. רמתם של קשיים אלה היא גבוהה עד כדי כך שההצעה הנדונה דילגה על מודל היפוך נטל הראיה ודרשה סף גבוה יותר לצורך שלילת האפשרות כי בבסיסה של רכישת המניות ניצבת מטרה פיסקלית, באופן המאפשר לסווג מחדש את העסקה על פי הנורמה האנטי תכנונית הכללית. לצורך זאת בחרה ההצעה במבחן היקף הבעלות. הזיקה בין המשתנה של היקף הבעלות הנעברת לבין מטרות העסקה היא חלשה מאד בהשוואה למשתנים אחרים, כמו, למשל, היקף נכסי החברה הנרכשת. לית מאן דפליג, כי ככל שהיקף נכסיה של החברה שמניותיה נרכשות הוא גדול יותר בהשוואה להיקפו של ההפסד שבידי החברה, אזי הנטייה לראות את העסקה כנגועה בעילת סיווג מחדש קטנה יותר. הוא הדין ביחס למבחן זיקת הפעילות: ככל שהזיקה בין הפעילות של הרוכש לבין הפעילות של החברה הנרכשת הוא רב יותר, אזי הנטייה לראות בעסקה שימוש לרעה בזכויות הולכת וקטנה.

82 ראו, למשל, פרשת מפי (לעיל, הערה 24).

יש אפוא לאתר פרזומציה שתהיה קשורה בקשר מהותי עם עולמן של עילות הסיווג מחדש. הדוגמאות של פרזומציות חלוטות שהבאתי לעיל יוצרות קשר איכותי רב יותר עם הנורמה האנטי תכנונית הכללית, בהשוואה לקשר כאמור שיוצרת ההצעה המאמצת את מבחן השינוי בבעלות. לשון אחר: אימוץ נורמה אנטי תכנונית מיוחדת על פי מודל הפרזומציה החלוטה מחייב לאתר את הפרזומציה המתאימה ביותר, מבחינה פונקציונלית, להתמודדות עם הקשיים הראייתיים העומדים בבסיס ההצדקה לקיומה של הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת. הפרזומציה המוצעת לגבי רכישת חברות מפסידות אינה תואמת מדיניות מס זו. אשר על כן, גם אם המחוקק בחר לילך בדרכה של הפרזומציה החלוטה, ראוי כי תיבחר פרזומציה חלוטה ראויה יותר, כמו, למשל, מבחן היקף הנכסים⁸³ או מבחן זהות הפעילות⁸⁴.

3. עיוותים בתנאי התחולה

מעבר לעיוותים העקרוניים שהוצגו עד כה קיימים בהסדר המוצע גם עיוותים "פנימיים". קביעה זו פירושה, כי גם אם מאמצים את מודל הפרזומציה החלוטה שקבע המחוקק בדמות המבחן של השינוי בבעלות, הרי תוכנו הקונקרטי טעון שינוי יסודי. אבחן עתה

83 מבחן היקף הנכסים עשוי להציב סוגיות בתחום זיהוי הנכסים שיש להתחשב בהם, כמו, למשל, שאלת המוניטין וכן בעיות מדידה הכרוכות בקביעת שוויים של נכסי החברה בעלת ההפסדים. לגבי קשיי המדידה, אני בדעה, כי ניתן להתגבר עליהם תוך שימוש במידע החשבונאי או בכל מנגנון שמאי אחר. ככלל, מדיניות מס רצויה גורסת כי קשיי מדידה ימנעו את קיומו של משטר מיסוי רצוי רק בנסיבות יוצאות דופן. ואכן, המחוקק בישראל לא נרתע מקשיים אלה, במישורים מורכבים יותר, והשתית עליהם הסדרי מיסוי רצויים. הדוגמא הבולטת ביותר לכך היא משטר המיסוי החל ברה-ארגון (סעיפים 103-105 לפקודת מס הכנסה), המבוסס, בין היתר, על הערכת שוויים של הנכסים או של החברות המשתתפות בתהליכי הרה-ארגון.

סוגיה קשה יותר היא הסוגיה של קביעת הנכסים שיש להכליל במבחן זה. בסוגיה זו יש לנקוט גישה מתמירה, לפיה אין לכלול ברשימת נכסים אלה נכסים שהשימוש בהם עשוי להביא לעיוותים; למשל, המוניטין, ובמיוחד מוניטין שלא שולם בעדו. הוא הדין ביחס לנכסים שנרכשו תקופה קצרה ביותר לפני מועד רכישת המניות.

84 מבחן זה עשוי להותיר אי ודאות משום שהמשתנה של זהות בפעילות עשוי להציב קשיים בדבר מהותה של זהות זו. על אף קשיים אלה, מבחן זה עדיף על מבחן הזהות בבעלות שבהצעה הנדונה משום שזיקתו הפונקציונלית להגבלות על תכנון המס היא הדוקה יותר. יש לציין, שמשטר המיסוי אינו נרתע מלאמץ הסדרי מיסוי המושתתים על מבחני זהות על אף הקשיים הטמונים בכך. ראו, למשל, את התחולה הבינלאומית של משטר מיסוי ההכנסה על הכנסות מהון אנושי שבהוראת סעיף 15(1) לפקודת מס הכנסה. לקשיי קביעת זיהוי בסוגיה זו ראו עמ"ה (ת"א) 114/89 ברנפמן נ' פ"ש נתניה, פד"א כ 41; עמ"ה (ת"א) 301/85 אחיטוב נ' פ"ש גוש דן, פד"א טז 238; ד' גליקסברג "מיסוי הכנסות עבודה שהופקו מחוץ לישראל" מיסים 2/ (1991) א-46.

את המבנה הפנימי של הנורמה המוצעת. היא כוללת שני תנאים לתחולתה: (א) קיומו של הפסד לצורך מס; (ב) שינוי בזהות בעלי מניות המחזיקים ב-50% מהזכויות בחברה בתקופה של 12 חודשים.

אם שני תנאים אלה מתקיימים לא יזכר הפסד על פי מבחן יחסי, התואם את השינוי היחסי בהרכב בעלי המניות. עיקר ביקורתי תתמקד בתנאי השני של השינוי בהרכב בעלי המניות, אולם גם התנאי הראשון ראוי לעיון, והקושי המרכזי המצוי בו הוא תחולתו המצומצמת. כאמור, ההסדר המוצע נועד למנוע תכנוני מס של רכישת חברות בעלות הפסדים. מבחינה עיונית ומעשית, ההפסדים שבהם עסקינן אינם מצטמצמים רק להפסדים עסקיים הניתנים לקיזוז⁸⁵ אלא גם להפסדי הון הניתנים לקיזוז⁸⁶. עיון בהצעה מעלה כי היא אמורה להוות חלק מהסדר קיזוז ההפסדים השוטפים⁸⁷ ותחולתה אינה מגעת כדי הפסדי ההון. מבחינת מטרתה של הנורמה האנטי תכנונית המוצעת הרי, כאמור, אין כל הצדקה להצרתה של התחולה רק על הפסדים שוטפים. אכן, ערכם הכלכלי של הפסדי ההון אינו גבוה משום שניתן לקזזם, בדרך כלל, רק כנגד רווחי הון⁸⁸, אולם אין בכך כדי להצדיק את הוצאתם מחוץ להסדר המוצע. ראשית, עשויים להיות הפסדי הון גבוהים שערכם הכלכלי הוא רב, על אף ההגבלות על אופן קיזוז ההפסדים. שנית, גם כאשר ערכם הכלכלי של הפסדי ההון אינו גבוה, אזי לגורם זה תהיה השפעה על מחיר העברת הזכויות הנרכשות, אולם אין בכך כדי להצדיק את התחולה הצרה של

85 על פי משטר מיסוי ההכנסה רק הפסדים עסקיים מותרים בקיזוז; ראו סעיף 28 לפקודת מס הכנסה. לכלל קיימים חריגים, למשל, סעיף 28(ח) לפקודת מס הכנסה.

86 ראו סעיף 92 לפקודת מס הכנסה.

87 על פי ההצעה, הנורמה האנטי תכנונית אמורה להוות חלק מסעיף 28 לפקודת מס הכנסה, ומכיוון שסעיף זה חל רק על הפסדים שוטפים, אזי לכאורה גם היא חלה רק על ההפסדים השוטפים. אולם, הנורמה המוצעת משתמשת במונח "הפסד" – ומונח זה במשטר מיסוי ההכנסה בישראל כולל את כל סוגי ההפסדים, כולל הפסדי הון. ראו, למשל, סעיף 9(א) לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985, העוסק בהתאמה לאינפלציה של דיני קיזוז ההפסדים.

88 למדיניות המס הניצבת מאחורי השוני בין הסדר המיסוי החל על הפסדים שוטפים לבין הסדר המיסוי החל על הפסדי הון, ראו "דיני קיזוז ההפסדים" (לעיל, הערה 26), בעמ' 547-549. יש לציין, כי מעבר להיקף ההבנסות שמהן ניתן לקזז את ההפסד קיים הבדל נוסף בין שני הסדרים אלה, והוא משך התקופה שבה ניתן לבצע את קיזוז ההפסדים האנכיים. הסדר המיסוי החל על ההפסדים השוטפים מחיר לקזז הפסדים אלה ללא כל הגבלת זמן, בעוד שהסדר המיסוי החל על הפסדי הון מוגבל לתקופה של שבע שנים בלבד. אולם, מבחינה כלכלית אין לשוני זה חשיבות כלכלית רבה, משום שהערך הנוכחי של הפסד לאחר שבע שנים הוא נמוך יחסית. קביעה זו נכונה בוודאי לגבי נישומים שאינם מצויים בתחולת חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985, שלפיו ההפסדים עוברים לשנים הבאות כאשר הם מתואמים לאינפלציה; אולם היא נכונה גם לגבי נישומים שהפסדיהם מתואמים לאינפלציה וזאת עקב מרכיב הריבית הריאלית.

ההסדר המוצע. הגבלת ההפסד רק להפסדי הון יוצרת עיוותים מבחינת הצדק ומבחינת היעילות. אין כל הנמקה לפגיעה ברוכשי זכויות בחברה בעלת הפסדים שוטפים בהשוואה לרוכשי זכויות בחברה בעלת הפסדי הון.

היעילות הכלכלית אף היא יוצאת נפסדת, משום שהסדר זה יוצר תמריץ להעדרת הפסד הוני על פני הפסד שוטף, כאשר לכך יש להוסיף את עלויות הציות והאכיפה הכרוכות בסיווג הפסד כהפסד שוטף או כהפסד הוני. ברצוני להדגיש, כי ביקורתי זו איננה מתעלמת ממדיניות המס הניצבת מאחורי ההבחנה בין הפסד שוטף לבין הפסד הוני, אולם מדיניות זו אין לה כל השלכה לענייננו. ככלל, נקודת המוצא במשטר המיסוי החל על הפסדים הוא כי דין אחד לכל ההפסדים, הן הפסדים שוטפים והן הפסדי הון. אחידות זו תופר אם קיימים שיקולי מדיניות התומכים בכך. שיקולי מדיניות אלה אינם בנמצא בסוגיה הנדונה, ולפיכך ראוי כי לא תיווצר הפליה בין ההפסדים השוטפים לבין הפסדי ההון.

4. מבחן השינוי בבעלות

הנורמה האנטי תכנונית המוצעת מאמצת את מבחן השינוי בבעלות, כאשר המבחן מושתת על שיעור סף של שינוי בבעלות בשיעור של 50%. הוראה זו מציבה כמה סוגיות בסיסיות שההכרעה מורכבת ביותר. כבר באפיון פורמלי זה כשלעצמו יש כדי להוות נימוק נוסף לצורך ביטולה של הצעה זו. לשון אחר: ניתן להצדיק קיומו של הסדר מיסוי הדורש הכרעות קשות אם הוא מאמץ הוראת מס מהותית שאינן פורמלית. אולם, אם הוא נוקט מבחן פורמלי, משיקולי יעילות, אזי קיומן של סוגיות מורכבות שולל את ההצדקה לקיומו. כוחה של הקביעה האחרונה יפה לענייננו.

ברצוני להתמקד בשלוש סוגיות אלה: ראשית, מהי משמעות הדרישה לסף של שינוי בבעלות; שנית, כיצד נקבע השינוי האמור מבחינת בעלי המניות והזכויות בחברה; ולבסוף: מהי התקופה שבה נמדד השינוי בבעלות.

(א) הדרישה לסף של שינוי בבעלות

מבחן השינוי בבעלות דורש שיעור סף של 50% מהזכויות בחברה. מה הדין אם השינוי הוא פחות משיעור זה? האם יש לראות את הדרישה לשיעור סף ככוללת הסדר "שלילי", בהקשר של ההגבלות על תכנון מס, לגבי שינויים בשיעורים נמוכים יותר – כך שההוראה המוצעת לא חלה וההפסד יוכר במלואו – או שמא יש לאמץ עמדה שונה, לפיה שינויים בשיעורים הנמוכים משיעור הסף מצויים בתחולת הנורמה האנטי תכנונית הכללית? כל עמדה שתניקט בסוגיה זו סובלת מקשיים פנימיים הנובעים, מבחינה עיונית, מכך שמבחן השינוי בבעלות אינו עולה בקנה אחד עם מטרתה של הנורמה האנטי תכנונית. אני בדעה, כי השימוש בשיעור הסף מביא לכך ששינוי בבעלות בשיעור

הנמוך משיעור הסף אינו מצוי בתחולת הנורמה האנטי תכנונית הכללית. הנורמה האנטי תכנונית המיוחדת, היוצרת פרזומציה חלוטה, משיגה ודאות ויציבות תוך פגיעה מסוימת בעשיית הצדק. פגיעה זו משתרעת של שני השחקנים בזירה: ציבור הנישומים ומנהל המס⁸⁹. חלוקת הפגיעה בין שניהם הופכת במידה מסוימת את הפגיעה האמורה לשוויונית וצודקת יותר, והכל בהינתן הפרזומציה החלוטה.

הפגיעה בציבור הנישומים בנסיבות הנדונות מתבטאת בכך שבהתקיים השינוי בבעלות ההפסד אינו מוכר, ללא תלות כלשהי בקיומה של עילת סיווג מחדש על פי הנורמה האנטי תכנונית הכללית⁹⁰. הפגיעה במנהל המס היא בכך ששינוי בבעלות בשיעור הנמוך משיעור המס אינו מצוי בתחולת הנורמה האנטי תכנונית הכללית. לתוצאה זו אין הצדקה רבה, משום שאם המעבר מהנורמה האנטי תכנונית הכללית לנורמה האנטי תכנונית נשען על ההצדקה הסמכותית⁹¹ או על ההצדקה הראייתית⁹², אזי אין כל נפקות לשיעור הסף, דהיינו: האם השינוי הוא מעל ל-50% או מתחתיו, והכל על פי האמור בנורמה האנטי תכנונית המוצעת, לפיה שיעורו של ההפסד הבלתי מוכר הוא יחסי להיקף הזכויות הנעברות מכלל הזכויות בחברה. אם ההצעה הנדונה היתה קובעת כי שינוי בשיעור העולה על שיעור הסף שולל לחלוטין את כל ההפסד, כי אז ניתן היה, אולי, להצדיק אימוצה של נורמה שבבסיסה מצוי מבחן השינוי בבעלות בשיעור הסף של 50% ומעלה, במובן זה שאם רוב בעלי המניות השתנו אזי אין להכיר בהפסד לחלוטין. אולם, אם המבחן הוא יחסי – מדוע שלא להחיל את הנורמה האנטי תכנונית המוצעת על כל שינוי בבעלות, על פי מבחן יחסי? נמצאנו למדים מכל האמור, כי שימוש במבחן השינוי בבעלות, השולל את ההכרה בהפסד על פי מבחן יחסי, אינו מצדיק את צמצומה של הנורמה המוצעת רק לשינוי בשיעור הסף ומעלה, אלא לכל שינוי בזכויות. השימוש במבחן השינוי בבעלות אינו תואם אפוא את אחד המרכיבים המהותיים של הנורמה המוצעת, והוא שיעור הסף של השינוי בבעלות.

(ב) הגדרת השינוי בבעלות

אלמנט מרכזי בנורמה המוצעת הוא הגדרת השינוי בזכויות היוצר את הפרזומציה החלוטה. פרזומציה זו מכילה שני רכיבים: זכויות ושינוי, ואלה מציבים תהיות רבות. אציין את העיקריות שבהן:

89 ראו גם "כיוונים והתפתחויות חדשים בדיני המיסים - ניתוח ביקורתי" (לעיל, הערה 43).

90 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 81.

91 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 74.

92 ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 77.

1. מבחן זה בוחן האם התקיים שינוי בזכויות בשיעור העולה על 50% מהזכויות בחברה, כך שיש לשלול את ההכרה בהפסדי החברה בהתאם לשיעור היחסי של הזכויות הנעברות. הנורמה האנטי תכנונית המוצעת אינה מגבילה את השינוי לאקט חד פעמי, אלא הוא יכול להתרחש בכמה אקטים. גישה מצרפית זו יוצרת קושי לגבי האקט שבאמצעותו השינוי בזכויות עובר את שיעור הסף. אקט זה יוצר פגיעה בשוויה של החברה עקב אי ההכרה בהפסד, כאשר אקט של שינוי לפניו אינו גורם לכך. שוויה של החברה לצורך חישוב התמורה עבור הזכויות הנעברות יהיה גבוה יותר בכל האקטים שאינם מביאים את השינוי השיעור לשיעור הסף. אולם, שוויה של החברה יקטן באופן חד פעמי, ודבר זה יתבטא בתמורה שתשתלם במסגרת האקט המשלים את השינוי בזכויות לשיעור הסף. אכן, שוויה של החברה הולך וקטן לצורך חישוב בתמורה בגין העברת הזכויות כל אימת שמדובר בהעברות המתבצעות לאחר שהושג שינוי שיעור הסף. אולם, שינויים אלה נושאים אופי יחסי והם פונקציה של שיעור השינוי, ולפיכך גם אם גורסים כי יש בכך תוצאה לא צודקת, הרי אין להשוותה למצב שבו עובר להעברה כל ההפסד מוכר, ולאחר העברה נוצרת אי הכרה בהפסד ששיעורו גדל משיעורן היחסי של הזכויות הנעברות. תוצאה זו נובעת באופן ישיר מאימון מודל המורכב מ"מדרגה" המתבטאת בשיעור הסף שעד אליו אין כל פגיעה בהפסדי החברה לצורך מס ומשיעור זה ואילך אי ההכרה היא יחסית על פי השינוי היחסי בזכויות הנעברות.

2. שיעור הסף המינימלי נבחן רק על ידי צירוף של בעלי מניות שכל אחד מחזיק לפחות ב-5% מהון המניות או מכוח ההצעה, או מרווחי החברה או מנכסי החברה בעת פירוקה או בזכות למנות מנהל⁹³. לצורך חישוב השינוי בזכויות אין כוללים בעלי מניות שאינם מגיעים לרמת החזקה זו. אינני רואה כל הצדקה להתמקדות רק בבעלי מניות בעלי שיעור החזקה כאמור, וזאת נוכח הגישה המצרפית של הפרוזומציה החלוטה. אם ההצעה מונה כל שינוי בזכויות הנעברות, מדוע שלא תמנה גם שינוי בזכויות של בעלי מניות שהחזקתם פחותה מ-5%?

3. הזכויות הנעברות כוללות לא רק מניות אלא גם זכויות הצבעה, זכויות לרווחים וזכויות לקבל זכויות אלה. ההצעה אינה קובעת באופן חד משמעי כי שיעור הסף חייב להיות באחת מהזכויות האמורות, ולכאורה ניתן לגרוס כי די אם סך כל ההחזקה בזכויות הללו מגיעה לשיעור הסף, אזי ההפסד לא יוכר על אף ששיעור הסף מורכב מכמה סוגים של זכויות. אין לקבל תפיסה זו משום שאם שיעור הסף מורכב מכמה סוגי זכויות, אזי אימוצה יוצר עיוותים בלתי נסבלים. הנח, למשל, כי בעל מניות פלוני מחזיק ב-25% מזכויות ההצבעה (מניות הצבעה) וב-25% מהזכויות לרווחים ולנכסי החברה בעת

93 ראו הגדרת "בעל מניות" בהצעה הנדונה, המפנה להגדרת "בעל שליטה" בסעיף 3(ט) (1) לפקודת מס הכנסה.

פירוקה (מניות הון), כאשר הונה של החברה מורכב ממניות הצבעה ומניות רווח. האם מכירת זכויותיו של פלוני בחברה היא מכירה של 50% מהזכויות? מבחינה פורמלית המכירה היא של 50%; אולם אין לאמץ תפיסה טכנית זו, משום שמבחינה כלכלית נדרשת העברת 50% מהבעלות על החברה, ולכך נדרש, בדרך כלל, שינוי ב-50% בכל אחת מכל הזכויות האמורות. אימץ תפיסה שונה מביא לתוצאות שונות, כאשר מבנה ההון של החברה שונה מבחינה פורמלית אך זהה מבחינה מהותית. הנה, כי לתאגיד א' הון מניות שאינו מגוון, כך שכל מניה זהה לחלוטין לחברתה, על כל היבטיה, לרבות אגד הזכויות הדבוק בה. מנגד, לתאגיד ב' הון מניות המורכב משני סוגי מניות: מניות הצבעה ומניות הון. לאלמוני 25% ממניות תאגיד א' ו-25% מכל אחד משני הסוגים של תאגיד ב'. אין כל הצדקה לתוצאת מס לפיה העברת מניותיו של אלמוני בתאגיד א' אינה מהווה שינוי בזכויות כך שהפרזומציה החלוטה לא חלה, בעוד שהעברת מניותיו של אלמוני בתאגיד ב' מהווה שינוי בזכויות הגורם לתחולתה של הפרזומציה האמורה. כלל יסוד במדיניות מס ראויה הוא ששוני פורמלי אינו מצדיק תוצאות מס שונות. לפיכך, אל לו לשוני פורמלי במבנה ההון, כמו זה בהקשר הנדון⁹⁴, להביא לתוצאות מס שונות. הענקת תוצאות מס שונות למבני הון אלה אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק משום שהיא פוגעת בצדק האופקי⁹⁵ וכן בשיקולי יעילות כלכלית, בהיותה מעניקה עדיפות למבנה הון אחד על פני משנהו, וכל זאת משיקולי מיסוי חסרי משמעות כלכלית.

אשר על כן, יש לבחון את קיומו של שינוי בזכויות על פי גישה "פרטנית", הבוחנת את הזכויות באופן נפרד אחת מרעותה ולא בגישה "כוללנית". אולם, גם אם מאמצים גישה פרטנית, אזי גם זו יוצרת קשיים לגבי התייחסות לזכויות הכוללת לא רק את הזכויות הקלסיות המצויות באגד הזכויות הדבוק במניה, אלא גם אופציה לזכויות אלה (להלן: "האופציות"). הפעלת הגישה הפרטנית גם על זכויות מסוג זה מולידה תוצאה קשה. כאשר בזכויות קלסיות עסקינן, ההנחה היא כי 50% מאחת מהזכויות הקלאסיות מהווה כמות זכויות משמעותית המצדיקה את תחולת הנורמה האנטי תכנונית המיוזרת המוצעת, וניתן לראות בעל מניות שבבעלותו כמות זו כמחזיק ב-50% מהזכויות בתאגיד. אולם כוחם של דברים אלה אינו יפה לגבי האופציות. שינוי של 50% באופציות אינו מוביל בהכרח לשינוי בשיעור של 50% מהזכויות הקלסיות. כאשר באופציות עסקינן, אין לראותן כקבוצת זכויות אוטונומית שיש לבחון האם היה בזכויות שבה שינוי של 50%, אלא יש לראותן במצורף עם אותן זכויות שניתן לרכוש באמצעות מימוש

94 קיימים יתרונות למניות מגוונות על פני מניות שאינן מגוונות, אולם אין בכך כדי להצדיק תוצאות מס שונות למניות מגוונות ולמניות שאינן מגוונות בסוגיה הנדונה של אי ההכרה בהפסדים.

95 לצורך הדיון המסי הגיוון בזכויות אינו ממקם את הסוגיה במסגרת הדין בצדק האנכי, אלא מותיר אותה במסגרת הדין בצדק האופקי.

האופציות. כך, למשל, אם הוקצו אופציות למניות הצבעה, יש לחשב את השינוי הנדרש במניות ההצבעה במשותף עם האופציות האמורות. למותר לציין, כי תפיסה זו נועדה לסכל תכנוני מס שבמסגרתם ייבנו מבני הון הכוללים אופציות שלא נלקחות בחשבון לצורך החישוב הנדון, כאשר אופציות אלה משקפות החזקה כלכלית אפקטיבית בזכויות נשוא האופציה⁹⁶. מכל האמור לעיל עולה, כי את השינוי בזכויות הקלסיות יש לבחון בגישה פרטנית, אולם את האופציות להן יש לבחון יחד עם הזכויות נשוא האופציות ולא בנפרד להן.

4. כאמור, המודל המוצע למלחמה בתכנוני המס מושתת אף על המונח שינוי. ככלל, משטרי המיסוי נוהגים להתמודד עם התפיסה הפורמלית של קיומו של התאגיד כאישיות משפטית עצמאית באמצעות השימוש במונח "במישרין או בעקיפין". מונח זה – שנועד לגשר, במישור דיני המסים, על פני התהום הפעורה בין התפיסה התאגידית הפורמלית לבין ההיבטים המהותיים – קובע את הבעלות המהותית, האפקטיבית, לאור ההחזקה העקיפה⁹⁷. הנורמה הנדונה אינה מתייחסת⁹⁸ להיבט זה, ויש בכך כדי להוביל לתוצאות מס בלתי ראויות הן מבחינת ציבור הנישומים והן מבחינת מנהל המס. הכיצד? כאשר השינוי בבעלות אינו מתבצע באמצעות שינוי בזכויות התאגיד בעל ההפסדים, אלא בתאגידים המחזיקים בעקיפין בזכויות אלה, שינוי זה אינו משתקף בהיקפו של השינוי בזכויות בקביעת שינוי השיעור ויש בכך כדי למנוע את תחולת הנורמה האנטי תכנונית על רכישה "בעקיפין" של חברה בעלת הפסדים. מנגד, רכישה ישירה של זכויות בתאגיד בעל ההפסדים כאשר קיימת זהות כלכלית בין המוכר לקונה אינה מוציאה עצמה מתחולת ההסדר המוצע ותישלל הזכות לקיזוז הפסדים, על אף שמבחינה כלכלית מהותית לא חל כל שינוי בבעלות הכלכלית על התאגיד בעל ההפסדים.

96 ראו להדגיש, כי לעתים האופציות אינן ראויות להיכלל בחישוב האמור, וזאת בניסבות שבהן מימושן תלוי בניסבות חיצוניות ובצדדים שלישיים.

97 השימוש במונח "במישרין או בעקיפין" מציב סוגיות מורכבות. למשל, כיצד יש לחשב את היקף ההחזקה בתאגיד כאשר ההחזקה היא בעקיפין. לסוגיה זו ראו, למשל, ע"א 200/73 גרינבום נ' פ"ש ת"א, פד"א 315.

98 הביטוי "או בזכויות להחזיק בזכויות אלה", המופיע בנורמה המוצעת, מתייחס לאופציות ולא להחזקה עקיפה. ראו, למשל, סעיף 89(ב)(2) לפקודת מס הכנסה, הקובע את התחולה הטריטוריאלית של משטר מיסוי רווחי ההון, המטיל חבות במס רווחי הון כאשר: "המוכר הוא תושב חוץ והנכס נמצא בישראל, או שהנכס נמצא מחוץ לישראל והוא זכות, במישרין או בעקיפין, לנכס הנמצא בישראל". יש לציין, כי אימוץ עמדה שונה, לפיה שינוי בזכויות בתאגידים המחזיקים בעקיפין בזכויות התאגיד בעל ההפסדים נחשב אף הוא שינוי בזכויות, מוביל לתוצאות מרחיקות לכת ומגדיל את תחולת הפרוזמיה החלוטה שפגיעתה בעושי עסקאות תמימים גדלה באופן משמעותי ביותר.

5. "שינוי בזהות בעלי המניות" מחריג העברת זכויות מכוח דין וכן שינוי באמצעות הקצאה⁹⁹. העברה של זכויות מכוח דין כוונתה להעברה כפויה הבאה מכוח דין. חריג זה קשור בטבורו לסוגיה רחבה יותר, החורגת מתחומו של מאמר זה ועוסקת בשאלה האם יש להעניק תוצאות מס שונות לעסקאות הגעשות בכפייה¹⁰⁰; אם התשובה לכך היא חיובית – כיצד משרטטים את הקו המבחין בין עסקאות רצוניות לבין עסקאות בלתי רצוניות¹⁰¹.

החריג השני קובע, כי שינוי בזכויות באמצעות הקצאת מניות אינו בגדר שינוי בזכויות. מבחינה כלכלית אפקטיבית אין נפקות, בהקשר הנדון, בין שינוי בדרך של העברת זכויות בין בעלי המניות לבין שינוי בדרך של הקצאה. למרות זאת קבע המחוקק כי הקצאה אינה בגדר שינוי בזכויות. קשה למצוא הצדקה להבחנה האמורה, ואין ספק כי היא תוביל לכך שרכישת תאגידים בעלי הפסדים תבוא בדרך של הקצאת מניות. ניתן להציע כי עמדתו זו של המחוקק נסמכת על כך שבהקצאת מניות מתקבלת תמורה עבור המניות המוקצות ויש בכך כדי ליתן מהות כלכלית לעסקה, ולכך יש להוסיף כי בעלי הזכויות הנוכחיים אינם מקבלים מאומה בתמורה להקצאה. טיעון זה אין בו ממש, כי גם העברת זכויות נעשית בתמורה. אם נבחר דוגמא קיצונית של תאגיד אשר באמתחתו רק הפסדים, אזי ערכן של תמורת ההקצאה וכן של התמורה בגין העברת הזכויות תהיה ערכו הכלכלי של ההפסד. עוד יצוין, שגם בדרך של הקצאת מניות בעלי הזכויות הנוכחיים מקבלים תמורה, למשל, פירעון חובות התאגיד להם. לשון אחר: גם אם תמורת ההנפקה מגיעה אך ורק לחברה, אינני רואה כל הצדקה להבחנה האמורה בין שינוי בזכויות בדרך של העברת זכויות בין בעלי המניות לבין שינוי בזכויות בדרך של הקצאה. למעלה מן העניין אוסיף, כי בדרך של הקצאה בעלי המניות ייהנו מקיזוז ההפסד על ידי התאגיד, כאשר הם עשויים למשוך את השקעתם מהתאגיד ללא מגבלת זמן וזאת בדרך של הקצאת מניות הניתנות לפדיון ופדיון.

99 הנורמה האנטי תכנונית המוצעת מגדירה "שינוי בזהות בעלי המניות" כדלקמן: "למעט שינוי שמקורו בהעברה מכוח דין, ולמעט שינוי כאמור שמקורו בהקצאת הון על ידי חבר בני אדם".
100 כך, למשל, משטר מיסוי רווחי ההון ומשטר מיסוי שבח המקרקעין כולל הסדרי מס המחילים שיעורי מס מופחתים על הפקעות. ראו סעיף 91(ז) לפקודת מס הכנסה וסעיף 148 לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963.

101 ראו, למשל, את המורכבות הרבה הטמונה בהסדר המס החל על עסקאות נדל"ן "בשל צו של רשות מוסמכת", המצוי בהוראת סעיף 65 לחוק מס שבח מקרקעין, הקובע הסדר מס שונה לעסקאות חליפין של נדל"ן שנעשו באופן רצוני לבין עסקאות חליפין שנעשו על פי "צו רשות מוסמכת". לקשיים הטמונים בהבחנה בין שני מצבים אלה, ראו, למשל, ע"א 154/76 בן-צבי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לב (1) 785.

(ג) תקופת המדידה של השינוי בבעלות

הסדר המס המוצע כולל בתוכו אלמנט של זמן¹⁰². השינוי בבעלות מוגבל לתקופה של 12 חודש (להלן: תקופת השינוי)¹⁰³. כיצד נקבעת תקופה זו? האם ממועד יצירתו של ההפסד? האם יצירתו של ההפסד חייבת להימצא בתוך תקופת השינוי, או שמא אין כל זיקה בין מועד התרחשותו של ההפסד לבין השינוי בבעלות? לשונה של ההוראה סתומה במובן זה שהיא אינה יוצרת כל תלות בין מועד היווצרות ההפסד לבין השינוי בזהותם של בעלי המניות. ללמדך, כי שינוי של 50% מבעלי הזכויות מונע את קיזוז ההפסד גם אם השינוי התבצע הרחק ממועד היווצרות ההפסד. גם שינוי סמוך ותכוף להיווצרות ההפסד אינו שולל את קיזוז ההפסדים אם השינוי התרחש במשך תקופה ממושכת יותר מ-12 חודש. קביעתה של תקופת השינוי על פי שנה רגילה ולא על פי שנת מס מעוררת את השאלה כיצד לתאם בין יחידת הזמן של משטר מיסוי ההכנסה שהיא שנת המס לבין תקופת שינוי המורכת מחודשי השנה בלבד. לדוגמא, נניח כי בשנה מס פלונית בוצע שינוי בזכויות התאגיד שאינו מגיע לשיעור הסף ולפיכך התאגיד רשאי לקזז את הפסדיו. בשנה שלאחר מכן מבוצע שינוי נוסף בזכויות התאגיד, באופן ששיעורו של השינוי הכולל בשתי שונות המס מגיע לשיעור הסף הנדרש, והכל תוך תקופת השינוי. האם בנסיבות אלה ההגבלה על קיזוז הפסדים חלה רק בשנת מס המאוחרת, או שמא אין להתיר את קיזוז ההפסדים גם בשנה המס שקדמה לה – על אף שבשנה זו טרם התרחש שינוי בהיקפו של שיעור הסף, השולל את קיזוז ההפסדים?

(ד) עיוות על עיוות

בחקיקה המוצעת יש כדי ללמדנו, כי עיוות במשטר המיסוי אינו מהווה אתגר לתיקונו אלא הוא יוצר דינמיקה המובילה להחרפתו, באמצעות הוספת עיוות נוסף, אף שהיא באה במסווה של תיקון הכרחי ורצוי. תופעת רכישתם של תאגידים בעלי הפסדים היא משמעותית במשק הישראלי, ואין לתלות את הקולר אך ורק במנהגם האגרסיבי של בני המקום לכלכל את פעילותם בתבונה ובחוכמה ולהקטין את נטל מסיהם בדרך של התנהגות המהווה שימוש לרעה בזכויות, המצדיקה סיווג מחדש של עסקאותיהם. אדרבא: חלק נכבד מהאחריות לקיומה האינטנסיבי של פעילות זו נוקף לחובת משטר

102 הנורמה האנטי תכנונית המוצעת קובעת כתנאי לתחולתה כי: "היה לחבר בני אדם הפסד, ובתקופה של שנים עשר חודשים חל שינוי בזהות בעלי מניות המחזיקים".

103 תחיתתן של עסקאות לסד של זמן, כדוגמת תקופת השינוי באירוע הנדון, כרוכה בסוגיה של קביעת מועד העסקה במישור דיני המסים. לסוגיה זו פנים רבות, ביניהן, למשל, השאלה כיצד קובעים מהו עיתוי של החוזה המותלה. ראו, למשל, ע"א 489/89 אלדר שרון נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מו(3) 366.

מיסוי ההכנסה, בכל הנוגע להתייחסותו לקיזוז ההפסדים האנכי. הסדר קיזוז ההפסדים גורם עוול לציבור הנישומים בכך שהוא תותם את יכולת קיזוז ההפסדים האנכי רק קדימה (Carryforward), כך שניתן לקזז את הפסדי הנישום כנגד הכנסות משנות המס שלאחר שנת המס שבה נוצר ההפסד¹⁰⁴. אולם, הוא אינו מתיר לנישום לקזז את הפסדיו אחורה (Carryback), דהיינו: כנגד הכנסות שהופקו בשנות המס שקדמו לשנת המס שבה נוצר ההפסד¹⁰⁵. מבחינה עיונית ומעשית אין הבדל ממשי בין קיזוז הפסדים משנים הבאות לבין קיזוז הפסדים משנים עברו. שני רכיבים אלה של קיזוז הפסדים אנכי מהווים חלק מתפיסה רב שנתית, שנועדה ליתן מענה לאחר מתחלואיו הקשים והשורשיים של משטר מיסוי ההכנסה, הקובע את בסיס המס בפרספקטיבה חד שנתית. זו אינה הפרספקטיבה הרצויה; הפרספקטיבה הרב שנתית היא הרצויה, משום שהיא משקפת באופן ראוי יותר את עיקרון היסוד של היכולת לשלם, שהוא הוא היסוד המרכזי של משטר מיסוי ההכנסה¹⁰⁶. עוצמתן ותדירותן של עסקאות שבהן נרכשים תאגידים בעלי הפסדים תקטן באופן משמעותי אם יותר קיזוז הפסדים אחורה. זאת, משום שפוטנציאל ההפסדים העומד למכירה והמצוי בתאגידים אלה יקטן באופן משמעותי – שהרי התאגיד יקזז את הפסדיו מהכנסותיו משנים שעברו. בהקשר זה, הנורמה האנטי תכנונית המוצעת היא בבחינת הוספת "חטא על פשע". העיוות הראשון הוא שלילת קיזוז הפסדים אחורה. שלילה זו מותירה תאגידים שהרוויחו בעבר, אך הפסידו בהווה, עם הפסדים באמתחתם, ללא כל יכולת שימוש בהפסדיהם, כאשר הסדר זה מעוות לחלוטין את יכולתם הכלכלית. הלכה למעשה, נושאים תאגידים אלה בנטל מס גבוה יותר מזה שמתבקש מעיקרון היכולת לשלם. לעיוות זה נוסף עתה עיוות חדש: הנורמה האנטי תכנונית המוצעת מונעת מהם ל"השיב" חזרה חלק מהפסדים אלה בדרך של מימוש זכויותיהם בתאגיד, כאשר ערכו של התאגיד מגלם גם את ערכו הכלכלי של ההפסד. ממדיה של פגיעה זו מחריפים עקב כך שהנורמה האנטי תכנונית המוצעת אימצה את מודל הפרזומציה החלוטה¹⁰⁷. קיומם של שני עיוותים אלה יוצר פגיעה כפולה בציבור הנישומים. גם אם קיים צורך ברור לקיומה של נורמה אנטי תכנונית לגבי רכישת תאגידים בעלי הפסדים, ראוי שעיצובה יושגת על תפיסה מאוזנת, הבוחנת את התנאים

104 ראו סעיף 28 לפקודת מס הכנסה.

105 שלילת קיזוז הפסדים אחורה מצויה גם בהסדר קיזוז הפסדי ההון, וראו סעיף 92 לפקודת מס הכנסה.

106 סוגיה זו נדונה על ידי ברשימה נפרדת העומדת להתפרסם בקרוב.

107 אציין, כי גם ללא הנורמה המוצעת ניתן להציב סימן שאלה סביב תחולתה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית על קיזוז הפסדים, כאשר ההפסדים צבורים בתאגיד עקב האיסור על קיזוז הפסדים אחורה. זאת, נוכח כפיפתה של הנורמה האנטי תכנונית לשיקול דעת מנהלי, שאחד ממרכיביו הוא אי הפעלת הנורמה האנטי תכנונית כאשר תכנון המס נועד להתגבר על עיוות חקיקתי. לסוגיה זו ראו גליקסברג (לעיל, הערה 11), בעמ' 184-185.

הסביבתיים של רכישת תאגידים בעלי הפסד. המדיניות המשתקפת מאי ההכרה בקיוז הפסדים אחורה, והפרזומציה החלוטה המוצעת היא בלתי מאוזנת לחלוטין. תפיסה מאוזנת יותר, על רקע הנסיבות הנדונות, היתה נוקטת מדיניות מאוזנת יותר, שהיתה משתקפת – כסף מינימלי¹⁰⁸ – באחת משתי החלופות הבאות: החלופה הראשונה, המועדפת, מבטלת את הפרזומציה החלוטה ומתמודדת עם רכישת תאגידים בעלי הפסדים באמצעות נורמה אנטי תכנונית מיוחדת, ההופכת את נטל הראיה; החלופה השנייה מותירה על מכונה את הפרזומציה החלוטה ומכירה באופן מלא בקיוז הפסדים אנכי, כולל קיוז הפסדים "אחורה".

ז. הלכת רובינשטיין והפרת האיזון הפנימי של דיני קיוז ההפסדים

הלכת רובינשטיין גורמת לכך שהסדר קיוז ההפסדים בדין המס בישראל מאופיין בחוסר איזון פנימי בולט. מצד אחד, הסדר זה נוקט תפיסה מחמירה כלפי הפסדים שנוצרו מפעילות כלכלית ממשית שאינה נגועה בקורטוב של תכנוני מס, ושברכזה – בענייננו – ניצבת שלילת קיוז ההפסדים אחורה, שאינה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק חברתי או שיקולי יעילות וכן עיוותים נוספים¹⁰⁹. מצד שני, הלכת רובינשטיין מהווה הלכה ליברלית ביותר לגבי מימוש ערכם של הפסדים לצורכי מס, וזאת בדרך של העברת זכויות בתאגידים בעלי הפסדים. אין כל זיקה מהותית בין שני היבטים אלה של הסדר קיוז ההפסדים במובן זה שהתפיסה המקלה של הלכת רובינשטיין מרככת את התומרה הנעוצה בהגבלות על קיוז ההפסדים, ולהפך. לשון אחר: יקשה ליישב בין שתי מגמות סותרות אלה הן מבחינת מדיניות מס רצויה והן מבחינת פרגמטיות.

108 הסף הוא מינימלי משום שלדעתי יש לנקוט חלופה "קיצונית" יותר, לפיה יש להתיר קיוז הפסדים אנכי ובנוסף להמיר את הנורמה האנטי תכנונית המוצעת מנורמה בעלת פרזומציה חלוטה לנורמה המאמצת את מודל היפוך נטל הראיה.

109 התייחסתי כאן להגבלה על קיוז הפסדים אחורה, אולם כוונתם של רברים אלה יפה גם לגבי הגבלות אחרות, כמו, למשל, שלילת קיוזם של הפסדים מפעילות פסיבית מהכנסות פסיביות. על פי משטר קיוז ההפסדים בישראל, ניתן לקזז הפסדים מפעילות פסיבית תחת הגבלות קשות ביותר, כאשר הגבלות אלה אינן תואמות שיקולי מדיניות מס רצויה. לסוגיה זו ראו "דיני קיוז ההפסדים" (לעיל, הערה 26), בעמ' 545-547.

ח. סיכום

על אף הדרך הארוכה והמתישה שעשו דיני המסים בעיצוב מרחב תכנון המס, עדיין נותרו לדין סוגיות רבות ומגוונות. ההכרעה בהן חייבת לבוא מתוך תפיסה מהותית רחבה, הבוחנת את תפקידן של הנורמות האנטי תכנוניות, הכלליות או המיוחדות, על רקע עקרונותיו הכלליים של משטר המס ותפקידן הפונקציונלי של הנורמות הללו. בצד תפיסה רחבה זו יש להתמקד גם בהסדר המס הקונקרטי שתכנון המס כרוך בו. יש לנטוש מכל וכל תפיסה פורמלית המתעלמת לחלוטין מההיבטים הללו. תפיסתו של בית המשפט בפרשת רובינשטיין את הנורמה האנטי תכנונית משקפת גישה פורמלית וצרה, המובילה בהכרח לתוצאות קשות הן בעצם תוכנה של ההלכה גופא שנפסקה והן בהיותה מאיץ רב עוצמה לחקיקתה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת שטמונים בה עיוותים רבים. ראוי שבתי המשפט יזנחו את התפיסה המבצבצת מהלכת רובינשטיין. אין להמיר גישה שיפוטית ראויה לנורמה האנטי תכנונית הכללית בנורמה אנטי תכנונית מיוחדת, ובוודאי לא מהסוג המוצע בפסק הדין.

הנורמה התכנונית המיוחדת המוצעת שהובאה כתמיכה להלכת רובינשטיין טומנת בחובה שתי תוצאות קשות: ראשית, ההצעה גופה; שנית, קיומה "מאפשר" לנקוט פרשנויות כגון זו שבהלכת רובינשטיין, מתוך הנחה שנוקיה של האחרונה יתוקנו על ידי חקיקת נורמות מיוחדות כדוגמת זו המוצעת. למותר לציין כי הלכה זו מאיצה ומדרבנת את רשויות המס לחקוק את ההצעה הנדונה, משום שנוצר צורך אמיתי למנוע את תכנוני המס – והדרך היחידה שנותרה היא רק זו הסטטוטורית.

ההלכה העולה מפרשת רובינשטיין אינה מצמצמת רק לסוגיית קיזוז ההפסדים אלא גם לסוגיות נוספות שבהן מנהל המס לא יוכל לסכל את תכנון המס עקב כך שסמכות ההתעלמות – על פי מאפייניה הפורמליים שנקבעו בהלכת רובינשטיין – היא בעלת ממדים מצומצמים. העיוותים שצוינו לעיל לגבי ההכרה בתכנוני מס של רכישת חבורת מפסידות יבואו לעולם גם בסוגיות אלה, ובנסיבות אלה חקיקה של נורמה אנטי תכנונית מיוחדת בתחום דיני קיזוז ההפסדים לא תוכל לסייע. לשון אחר: אם הלכת רובינשטיין לא תשתנה בבית המשפט העליון, אזי יש צורך לבצע שינוי חקיקתי בנורמה האנטי תכנונית, ומלאכה זו אינה מן הקלות¹¹⁰.

110 דוגמא בולטת לכך היא אוסטרליה, שבה בוצעה בשנת 1981 רפורמה חקיקתית מקיפה ביחס לנורמה האנטי תכנונית הכללית. במסגרת זו בוטלה הנורמה האנטי תכנונית שנחקקה שם בשנת 1936. החלתה השיפוטית של הנורמה החדשה בפרשת Peabody הציבה סימן שאלה גדול ביחס להגשמת

כדי שהנורמה האנטי תכנונית הכללית תמלא את ייעודה, המתמצה במטרה אחת בלבד – מניעת שימוש לרעה במוסדות וביחסים משפטיים כדי להשיג יתרונות מס, על הנורמה לפעול במלוא עוצמתה. שחיקה בעוצמתה תניב פגיעה בהשגת מטרותיה. יש, אפוא, לצקת לנורמה זו תכנים שיעניקו לה יכולות לתפקד בסביבה מתוחכמת של עסקאות, שלא נעדרים ממנה שימושים לרעה בזכויות בהקשר המסי. אין לשלול את קיומן של נורמות אנטי תכנוניות מיוחדות לצד הנורמה האנטי תכנונית הכללית¹¹¹, אולם זאת רק ייעשה רק כאשר תקצר ידה של הנורמה האנטי תכנונית מהושיע, וזאת עקב התוצאות של הדפוסים השונים של הנורמות המיוחדות, ובמיוחד אלה המאמצות את מודל הפרוזומציה החלוטה. יש לבכר אפוא שימוש בנורמה האנטי תכנונית הכללית, תוך כדי התאמתה, גם באמצעים שיפוטיים, לסביבה עסקית משתנה ואגרסיבית; רק אם כלו כל הקצין יש לפנות לנורמה המיוחדת, ויש להצדיף שימוש בנורמה המיוחדת של מושגי התיאום¹¹², עבור דרך שינוי נטל הראיה וכלה כחוקה החלוטה. שימוש מושכל במלוא כוחה של הנורמה האנטי תכנונית הכללית מייתר בנסיבות רבות שימוש בנורמות מיוחדות, ובכך מונע את תוצאות הלוואי השליליות הנובעות מהפעלתן של הנורמות הללו לצורך צמצום ממדיו של מרחב תכנון המס.

הרפורמה במובן זה שהמתחים שאפיינו את הנורמה הקודמת מצויים גם בנורמה החדשה. לסוגיה זו ראו B. Nolan & T. Reid "Rewriting *FCT v. Peabody* (1994) Aust. Tax. Cax. 4663; כן ראו "The Tax Act" 22 *Fl. L. Rev* (1994) 448; J. Passant "Tax Avoidance in Australia: Results and Prospects" 22 *Fl. L. Rev* (1994) 493.
 111 לחשיבותה של הנורמה הכללית ולהעדפתה על פני שימוש בנורמות מיוחדות ראו, למשל, Report of the Royal Commission on Taxation (Canada, Ottawa, Queen's Printer) Vol. 3, 554 et seq.
 112 ראו לעיל, בטקסט אחרי הערה 63.

