

השותף החסר: המוגבלות של חקיקה שיפוטית בדיני מסים

מאת

אילן בנשלוס*

מאמר זה עוסק בשאלת האפקטיביות של בית המשפט העליון בקידום הסדרי מס ראויים באמצעות חקיקה שיפוטית. המאמר בוחן סוגיה זו באמצעות מקרה הבוחן של מיסוי שותפויות. מדובר בסוגיה מורכבת, חשובה, לא מאוד מוכרת, ומעל לכל ייחודית בכך שהדין בה הותווה בדרך של חקיקה שיפוטית. פסה"ד המנחה הוא שדות אשר במסגרתו קבע בית המשפט העליון בדעת רוב כי מבחינה עקרונית יש לשנות את האופן שבו שותפויות מוסו עד כה בישראל. הטענה המרכזית של המאמר היא כי לאור הניסיון שנצבר אחרי פס"ד שדות, שופטים צריכים להתחשב בעובדה כי עשוי לעבור זמן רב מאוד עד שהכלל השיפוטי שהתוו יושלם במארג של חקיקה ראשית או חקיקת משנה. במצב עניינים זה, שופטים הדנים במקרים מורכבים, אשר מחייבים ידע ומומחיות על מנת לייצר הסדרה ראויה, צריכים להביא בחשבון את העלויות החברתיות הניכרות אשר צפויות לנבוע מכך שחקיקה שיפוטית מסוגלת להפיק רק כללים עקרוניים ולא מאוד מפורטים. המאמר גם מבקש לחשוף בפני הקורא את תחום מיסוי השותפויות. זהו תחום מרתק אשר יש לו השלכות גבייתיות-חלוקתיות ניכרות לאור פוטנציאל תכנון המס בדרך של הסטת ההכנסה אשר השימוש בשותפויות טומן בחובו.

מבוא. א. השפעת מגמות הפרשנות התכליתית על דיני המס. ב. מיסוי שותפויות בישראל. 1. רקע כללי; 2. המצב בישראל לפי פסק הדין בעניין שדות; 3. עניין שדות; 4. המצב אחרי עניין שדות; 5. הערות מסכמות. ג. הרפורמה שבוששה לבוא. 1. סוגיות במיסוי שותפויות אשר קיבלו מענה לאחר פסק הדין בעניין שדות; 2. הסדרים שלא ניתן להם מענה ברור לאחר פסק הדין בעניין שדות; 3. חוסר התמודדות עם הפוטנציאל התכנוני של שותפויות בכל הנוגע להסטת הכנסה; 4. הערות לסיכום. ד. מה ניתן ללמוד מעניין שדות: ניתוח השיקול המוסדי ויישומו. ה. סיכום.

מבוא

בתוך סעיף 63 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א–1961 (להלן: הפקודה) מסתתר העולם הנעלם של מיסוי שותפויות. המורכבות של דיני המס, ובפרט אלו המסדירים את

* פרופסור למשפטים. הקתדרה ע"ש פרידה וסלומון רוזנצויג, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לקרן הלאומית למדע (מענק 270/13) על תמיכתה הנדיבה שאפשרה את כתיבתו של מחקר זה. כמו כן ברצוני להודות לגדי בנשלוס, לקובי ניסים וליוסי אדרעי על הערותיהם המועילות ולעוזרי המחקר יעקב בקר, שיר ויסבורד, ישי פרלמן, אמיר רון ועדי שם טוב על עזרתם הרבה באיסוף החומר וניתוחו. האחריות לכל האמור במאמר זה היא כמובן שלי בלבד.

המיסוי של תאגידים והמשקיעים בהם, גורמת לכך שהדיון האקדמי והמקצועי במיקרוקוסמוס הזה שמור ליודעי ח"ן בלבד. למרות זאת, מאמר זה טוען כי האופן שבו התעצבו הסדרי מיסוי השותפויות בישראל הוא משמעותי ביותר, וכי הדיון בו עשוי לשפוך אור על האופן שבו בתי המשפט מפתחים את דיני המס בישראל.

שלא כבמדינות אחרות, דיני המס הנוגעים למיסוי שותפויות בישראל התפתחו כמעט כולם על ידי בית המשפט. ההכרעה השיפוטית החשובה ביותר בנושא ניתנה בפסק הדין בעניין שדות משנת 2001,¹ בו נקט בית המשפט העליון פרשנות תכליתית אקטיביסטית כדי לקבוע כי יש להטיל מס על שותפויות לפי גישת הישות, הרואה בשותפים נישומים המחזיקים רק בשותפות כנכס תאגידי עצמאי, ולא לפי הגישה המצרפית, הרואה בשותפות הסכם בין שותפים להחזקה בנכסים באופן שכל שותף מחזיק בכל נכסי השותפות בהתאם לחלקו היחסי בשותפות, גישה שהייתה נהוגה עד אז (ואשר הייתה מקובלת על רשויות המס). הכתיבה האקדמית שנכתבה בסמוך לפסק הדין, אמנם ניתחה אותו לעומקו (וביקרה אותו קשות), אך עד כה טרם נדונה השאלה הרחבה יותר הנוגעת להשפעה של פסק הדין ולמה שניתן ללמוד ממנה על יכולתו של בית המשפט להשפיע על אופן עיצובם של דיני מס חדשים.

על רקע זה, המאמר חפץ להשלים שלושה חסרים. הוא מבקש להסביר את המשמעות של אימוץ מנגנון גישת הישות המשפטית בכל הנוגע למיסוי שותפויות. למיטב ידיעתי, נושא זה טרם נחקר והוסבר לעומקו בספרות האקדמית והמקצועית במסים בעברית; המאמר מבקש להסביר לקהל קוראים משפטי כללי יותר את ההשלכות הגבייתיות-חלוקתיות רבות המשמעות שעשויות להיות להכרעה שיפוטית בנושא (שלכאורה נתפס שלא בצדק כבלתי מרכזי או לא חשוב במיוחד) כמו מיסוי שותפויות; והוא מבקש לקשור את המקרה של מיסוי שותפויות ופסק הדין בעניין שדות לשאלה כללית יותר באשר ליכולת המוסדית של בית המשפט ליזום שינויים בדיני המס. כפי שהמאמר יראה, לא ברור עד כמה בית המשפט היה מודע לעלויות הפוטנציאליות של פסק הדין. המאמר מבקש לנתח את מה שניתן ללמוד מהמקרה של שדות ומיסוי שותפויות בנוגע לפסקי דין ידועים של בית המשפט העליון בנושאי מסים שבהם יצר בית המשפט (או ניסה ליצור) דין חדש (לרוב באמצעות פרשנות תכליתית). השאלה שבמוקד הדיון ברובד זה היא באילו מקרים שופטים צריכים לאמץ עמדה מרסנת כאשר הם שוקלים ליזום כלל מסי חדש (גם אם לדעתם הוא צודק וראוי מבחינה מהותית) בגלל שיקולים מוסדיים, הנוגעים ליכולת המוגבלת של פסק דין תקדימי ליצור מערכת דינים מקיפה ובת יישום.

טענה מרכזית אחת אשר המאמר מבקש להציג היא כי עניין שדות חושף פער מטריד בין הרטוריקה של בית המשפט, המשתמשת בשפה עקרונית מאוד, ובין היכולת המוסדית המוגבלת שלו ליצור דיני מס הוגנים, יעילים וישימים. המתח הזה נובע מכך שדיני המס נוגעים פעמים רבות בהיבטים מורכבים, אשר לא תמיד עולים בגדר המחלוקת הספציפית המובאת לפני בית המשפט. לכן, כדי ליצור משטר מס המתייחס לכל הנקודות הללו, כדי שפסיקת המס תיצור הסדרי מס אפקטיביים, יש לרוב צורך במהלך חקיקתי או רגולטורי

1 ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89 (2001).

שישלים את הפסיקה התקדימית של בית המשפט. בתי המשפט מודעים לצורך הזה ואף מציינים לא אחת שהם היו מעדיפים שהמחוקק יטפל בבעיות שמגיעות לפתחם. הבעיה היא, שבחלק ניכר מהמקרים המהלך המשלים הזה מבושש לבוא, ופעמים רבות התוצאה היא שנישומים ורשויות המס נאלצים להתמודד עם כלל חלקי ועמום הנגזר מהלכה ספציפית של בית המשפט. הטענה המרכזית השנייה אשר המאמר מבקש לקדם היא שהדין הראוי בכל הנוגע למיסוי שותפויות בישראל הוא חסר ועמום בצורה מטרידה. המאמר מנתח לעומק את דיני מיסוי השותפויות ובכך מאיר פינה חשוכה בדיני המס בישראל, פינה אשר אם לשפוט לפי הניסיון בעולם, פוטנציאל העלויות הגבייתיות-החלוקתיות שלה בישראל עשוי להיות ניכר משום שותפויות הן כלי חשוב בתכנוני מס רבים.

חלק מהתרומה של המאמר נובעת מכך שהוא משלב את שתי הטענות – כאשר הדיון המפורט בלקויות של הסדרי המס בנוגע לשותפויות יוצר קישור מוחשי לדיון המוסדי הביקורתי הכללי יותר אשר עלה בעניין שדות – ושואל אם בית המשפט יכול וצריך לזווג שינויים בדיני המס בישראל. אף שהמאמר הוא חלק מפרויקט מחקרי גדול יותר העוסק בכללי המס הראויים בנוגע לתאגידים ולשותפויות, הוא מתמקד באופן שבו בית המשפט צריך להביא בחשבון את התגובה הצפויה (או היעדר התגובה הצפויה) של המחוקק לשינוי שהוא מנסה לזווג בדין הנוהג. ככל שבית המשפט ירחיב את תכולת הפרשנות התכליתית אשר מאפשרת לו לחרוג מהפירוש המילולי הטכני של חקיקת המס ולבחון את דיני המס מפרספקטיבה עקרונית יותר המתייחסת לעקרונות השיטה המשפטית, כך נצפה שהמתח המוסדי יעלה לעיתים תכופות יותר. כלל הפרשנות התכליתית מאפשר לנישומים לערער על הסדרים קיימים שנראים להם בלתי צודקים, ולבית המשפט – להפוך כללים שהיו מקובלים זמן רב באופן שלשינוי החוק בהם עשויות להיות השלכות אדמיניסטרטיביות וגבייתיות-חלוקתיות ניכרות. סוגיה זו עלתה לאחרונה בהקשר של פסק הדין בעניין דמארי-הירשזון (אשר נהפך לאחרונה במסגרת דיון נוסף).² שם נדונה בין השאר שאלת יכולתם של נישומים לקזז הפסדים רטרואקטיבית (כלומר כנגד הכנסתם בעבר),³ ולצורך המחשה, המאמר ינסה ליישם את מסקנותיו בנוגע לסוגיה זו.

פרק א יסקור בקצרה את התפתחות מגמת הפרשנות התכליתית בדיני מסים בשנים האחרונות ואת השפעותיה. פרק ב יסקור את האופן שבו התפתחו דיני השותפויות בישראל ובפרט את השינוי שחולל פסק הדין בעניין שדות. פרק ג יבחן מפרספקטיבה של זמן, מי צדק בעניין שדות: שופטי הרוב שהעריכו שפסק הדין התקדימי יביא ליצירה של מערכת דינים צודקת וקוהרנטית יותר, או שופטי המיעוט אשר טענו כי מן הראוי ששינויים מבניים מהותיים בדיני המס ייעשו רק על ידי המחוקק. פרק ד ינסה לגזור מסקנות אופרטיביות

2 ראו ע"א 4157/13 דמארי נ' פקיד שומה רחובות (פורסם בנבו, 3.2.2015) (להלן: עניין דמארי-הירשזון); דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי (פורסם בנבו, 18.6.2015); דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי (פורסם בנבו, 12.9.17) (להלן: עניין דמארי בדיון נוסף).

3 באותו מקרה, אף שפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה) מאפשרת רק קיוונו כנגד רווחים עתידיים, בחר בית המשפט העליון באמצעות פרשנות גמישה (מאוד) של לשון החוק, לאפשר לנישומים לקזז חלק מההפסדים שלהם באופן רטרואקטיבי בשם העיקרון של מס אמת, ובכך יצר כלל משפטי חדש.

מהניסיון של פסק הדין בעניין שדות, ולהדגים זאת באמצעות דיון בנוגע לאופן שבו שיקולים מוסדיים היו צריכים לבוא לידי ביטוי בדילמה אשר עלתה בעניין דמארי-הירשזון. פרק ה יסכם את המאמר.

א. השפעת מגמות הפרשנות התכליתית על דיני המס

גישת הפרשנות התכליתית קוראת את לשון החוק תוך התחשבות במטרות החקיקה, בעקרונות חוקתיים,⁴ ובעקרונות העל של השיטה המשפטית.⁵ שנים רבות נרצה שגישת הפרשנות התכליתית, אשר הרחיבה את מסגרת שיקול הדעת השיפוטי, פסחה על דיני המסים. למעשה, בעבר יש אף שראו בו ענף ייחודי במובן זה שבדיני מסים המשקל של החלטות בית המשפט בהתוויית הדין נמוך יחסית לתחומים אחרים.⁶ גם אם מצב עניינים זה היה נכון בעבר, כיום הדוקטרינה המשפטית מבהירה כי דיני המסים אינם שונים מתחומי משפט אחרים וכללי הפרשנות התכליתית חלים גם עליהם.⁷

להחלת הפרשנות התכליתית על דיני המס בידי בית המשפט העליון היו השפעות מספר על דיני המס בישראל. ראשית, אימוץ כלל הפרשנות התכליתית הפך, הלכה למעשה, את "כלל המחדל החוקתי" אשר גרס כי במקרה של עמימות בדיני המס יש לקבל את הפרשנות המיטיבה עם הנישום.⁸ אף שאין פסק דין אשר הפך באופן רשמי את כלל המחדל החוקתי, אימוץ כלל הפרשנות התכליתית ייתר אותו באופן ששופטים עושים בו שימוש מוגבל, אם בכלל.⁹

שנית, הפסיקה שאימצה את גישת הפרשנות התכליתית העניקה חופש רב יותר לבתי המשפט בסיווג עסקאות. הכלל שאימצה הפרשנות התכליתית הוא שיש להטיל מס על עסקה לפי מהותה הכלכלית ולא בהכרח לפי הסיווג המשפטי (הפורמלי) שלה. לעמדה זו

4 רפעתא עזאם "פרשנות דיני המסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים יח 401, 411–415 (2014).

5 גישה זו מזוהה עם הנשיא (בדימ) ברק, אשר קידם אותה בפסיקותיו בבית המשפט העליון. בהקשר של דיני מסים, ציון הדרך החשוב ביותר מבחינת נקיטת גישת הפרשנות התכליתית בדיני המס היה פסק הדין בעניין בע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985). ראו גם דוד גליקסברג "המשפטיזציה של המסים: על זיקתו של השיח המסי לשיח המשפטי הכללי" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 595, 603–607 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: גליקסברג "המשפטיזציה של המסים"); יוסף גרוס דיני המס החדשים 38–40 (מהדורה שלישית, 2003); עזאם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 416–424.

6 לתיאור עמדה זאת ראו גליקסברג "המשפטיזציה של המסים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 598–601. על רקע השמרנות של דיני המסים נכתבו מאמרים שקראו לבית המשפט לאמץ עמדות אקטיביסטיות יותר גם בדיני מסים. ראו גם יוסף אדרעי "חוק יסודות המשפט כמקור סטטוטורי לאקטיביזם שיפוטי ולרפורמת מס שיפוטית" עיוני משפט יז 597, 634–636 (1993).

7 עזאם, לעיל ה"ש 4.

8 גליקסברג "המשפטיזציה של המסים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 616.

9 כלל הפרשנות התכליתית נתן לשופטים אפשרות נרחבת לפרש את דיני המס השונים לפי הבנתם את מטרות החוק, באופן שצמצם את המקומות שבהם יש עמימות המחייבת להפעיל את כלל המחדל החוקתי. להרחבה ראו שם, בעמ' 617.

משמעות מכרעת בדיני מסים, משום שחלק ניכר מתכנוני המס מושגת על הניסיון לנצל פערים בין המהות הכלכלית של עסקה מסוימת ובין האופן שבו היא מוגדרת ומסווגת מבחינה משפטית. הפרשנות התכליתית פועלת לרוב לטובת רשות המסים משום שהקביעה כי הסיווג המסי של עסקאות צריך להיעשות לפי מהות העסקה הפחיתה את המשקל שיש לתת לאפיון החוזי הפורמלי בקביעת תוצאות המס של העסקה. מכיוון שלנישומים (ולמתכנני מס) יש יותר שליטה על האפיון החוזי, הפרשנות התכליתית למעשה הפקיעה חלק מהיכולת שלהם לתכנן מס, בכך שהגדילה את שיקול הדעת של בית המשפט (ופקיד השומה) לקבוע מה המהות הכלכלית האמיתית של העסקה.¹⁰

שלישית, הפרשנות התכליתית אפשרה לבתי משפט לפרש את חקיקת דיני המס בפרספקטיבה רחבה יותר. כללי הפרשנות התכליתית הם גמישים יותר ולכן האימוץ הדוקטרינרי שלהם אפשר לשופטים לחרוג מפרשנות דוקטרינרית של לשון החוק ולפרש את חקיקת המס לפי עקרונות כלליים, ובהם עקרונות-על של מערכת המס וזכויות חוקתיות.¹¹ חלק ניכר מפסקי הדין במסים שהגיעו לתודעה הציבורית, אכן נגעו בשורה של נושאים שבהם בית המשפט נשען על עקרונות חוקתיים רחבים כדי להצדיק את פסיקתו.

רביעית, אימוץ גישה ליברלית יותר בכל הנוגע לפרשנות כללי מסים אפשר לבית המשפט לגבש עקרונות-על המחייבים את מערכת המס ובהם העיקרון המנחה של "מס אמת" – כלומר, שחובת מערכת מס ההכנסה היא לברוק שהיא מודדת במדויק את הכנסות הנישום ומטילה את המס רק על ההכנסה שלו בפועל. עקרון מס האמת מחייב את רשויות המס לבצע מדידה מדויקת של ההכנסות החייבות במס של הנישום ושל (כל) ההוצאות הנדרשות לשם הפקתן.¹² אף שיש עמימות מסוימת בנוגע למהות העיקרון של מס אמת, חלק מהשופטים ומהפרשנים רואים בסטנדרט של מס אמת עיקרון אשר אמור לקדם עקרונות של צדק ויעילות תוך התחשבות במצבו הקונקרטי של הנישום.¹³ בעוד החלת הפרשנות התכליתית העניקה לבתי המשפט ולפקיד השומה חופש פעולה רב יותר מול מתכנני מס, פיתוח הקריטריון של מס אמת הקשה על רשות המסים. האופן שבו פורש העיקרון חייב את רשויות המס לבחון כל מקרה לגופו ולהימנע, ככל הניתן, משימוש באומדנים.¹⁴

10 כדוגמה לפסק דין אשר באמצעות פרשנות תכליתית הרחיב את גבולות שיקול הדעת השיפוטי בנוגע לס' 86 לפקודה (המתייחס ליכולת של פקיד שומה שלא להכיר בעסקה מלאכותית) ראו ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נז(5) 915 (2003).

11 ראו בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2005).

12 ראו ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 17–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 30.4.2009).

13 עזאם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 409–410. ראו גם ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750, פס' 20 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2003); ע"א 6726/05 הירדולה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פס' כ"ב(3) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.6.2008).

14 ראו בג"ץ 1878/09 ארז נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 13.7.2011) (שם דובר בהחלטה שלא להכיר באומדנים של הוצאות אש"ל לעצמאים משום שהאומדנים הללו לא שיקפו הוצאות אמיתיות).

אין ספק שהפרשנות התכליתית שינתה את הרטוריקה והדוקטרינה המשפטית של בית המשפט העליון ביחס לדיני מסים. היא סללה את הדרך לכך שנושאי מסים, מסובכים וטעונים ככל שיהיו, יהפכו לחלק מהשיח המשפטי ולהרחבה והגמשה של סוג השיקולים שעל פיהם בתי המשפט מפרשים את דיני המס.¹⁵ עם זאת, למרות האימוץ הגורף של כלל הפרשנות התכליתית, קשה להצביע על דוקטרינת מס סדורה שהתפתחה בעקבות פסיקותיו של בית המשפט העליון.¹⁶ כמו כן, ניכרת שונות רבה באופן שבו שופטים שונים בחרו להפעיל את כלל הפרשנות התכליתית.¹⁷

מטבע הדברים, השופטים מפעילים את מבחני הפרשנות באופן שונה זה מזה, ולא זו בלבד אלא שגם מלומדי המשפט המובילים בישראל הביעו עמדות שונות בעניין ההשפעה הפוזיטיבית של החלת הפרשנות התכליתית ובעניין מידת ההתערבות הראויה של בית המשפט בענייני מסים. למשל, דויד גליקסברג טוען כי למרות הרטוריקה של בית המשפט העליון, אשר גורסת כי היא מחילה על דיני המס את הכללים הפרשניים שהיא מחילה על דינים אחרים, בפועל בית המשפט הפעיל סטנדרט שמרני מאוד כאשר הוא בא לבחון את דיני המס בענייני חוקתיות.¹⁸ מבחינה פוזיטיבית קשה לערער על כך שאבחנה זו נכונה,¹⁹

15 גליקסברג "המשפטיזציה של המסים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 607–608. לדיון בהיבט המגדרי של ניכוי הוצאות טיפול בילדים ראו עניין פרי, לעיל ה"ש 12, פס' ב-ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

16 לדיון דומה בנוגע לקושי לפתח דוקטרינת מס סדורה בנושאי מסים בכל הנוגע להטבות מס ראו נגה בליקשטיין-שחורי ואילן בנשלו "פרשנות שיפוטית של הטבות מס לעידוד השקעות" עיוני משפט לח 315 (2016).

17 לדוגמה, פסק הדין המרכזי של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין פרי ניתח את הסוגיה באופן כמעט טכני והתמקד בניתוח לשוני של ס' 17 לפקודה (העוסק בניכוי הוצאות). לעומת זאת, השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בחר באותו פסק דין לנמק את התוצאה בהשלכות החברתיות של פסק הדין (ראו עניין פרי, לעיל ה"ש 12). בפסקי דין בעניין קלס פירש בית המשפט העליון את חקיקת המס באופן שיאפשר לבני זוג להגיש שומה נפרדת בשם העיקרון של שוויון פיסקלי בין המינים (ראו עניין קלס, לעיל ה"ש 13), ואילו בעניין מלכיאלי הוא נמנע מלהפעיל סמכות של פרשנות תכליתית מרחיבה באופן דומה (ע"א 8114/09 מלכיאלי נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 1.2.2012)).

18 גליקסברג "המשפטיזציה של המסים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 618–620.

19 בעניין קניאל נמנע בית המשפט מלקבוע כי מיסוי הכנסות מהון ומיסוי רווחי הון בשיעורי מס נמוכים פוגעים בעקרון השוויון (ראו עניין קניאל, לעיל ה"ש 11, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק). יתרה מזו, בית המשפט נמנע אף מלקבוע קריטריונים שעל פיהם ניתן לקבוע אם דיני המס פוגעים בעקרון השוויון. בפסק הדין בעניין פרי קבע בית המשפט כי הנישומה רשאית לנכות את הוצאות הטיפול בילדים כנגד הכנסתה החייבת, אך נמנע מלאפשר לנישומים אחרים לעשות כן. יתר על כן, במהלך פסק הדין אמר בית המשפט פעמים מספר כי על המחוקק להסדיר את הסוגיה ואף נמנע מלהחיל את הפסיקה שלו באופן פרספקטיבי אלא נתן למחוקק שהות להפוך אותה. בפועל נראה כי יותר משבית המשפט שאף לשנות את ההסדר, הוא שאף לשנות את הסטטוס קוו באופן שיחייב את המחוקק לפעול ולהקצות משאבים לטובת משפחות עובדות שיש להן הוצאות טיפול בילדים (עניין פרי, לעיל ה"ש 12, פס' 35 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). בפסק הדין בעניין גרבאן, דחה בית המשפט את פסק דינו שניתן כעשר שנים לאחר העתירה הראשונה בנושא, שנים לפני שקבע שכמה (יחסית מעט) מהטבות המס אינן חוקתיות ופסל אותן (ראו בג"ץ 8300/02 גרבאן נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 62 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') בייניש (פורסם בנבו, 22.5.2012)).

ולדעת גליקסברג שמרנות יתר זו בדיני מסים איננה מוצדקת לאור הגישה האקטיביסטית יותר שבית המשפט מפעיל בתחומים אחרים.

רפעאת עזאם גורס כי על בית המשפט להפעיל את כלל הפרשנות התכליתית באופן אקטיביסטי ולפרש את דיני המס לפי קריטריון של "מס־אמת" (שלדעתו צריך לקדם שיקולי יעילות, הוגנות ושיקולים אדמיניסטרטיביים).²⁰ עזאם מזהה, בדאגה, נסיגה הדרגתית בדומיננטיות של הפרשנות התכליתית האקטיביסטית של בית המשפט העליון לטובת גישה שמרנית המייחסת חשיבות גבוהה יותר לפרשנות לשונית דווקנית של חקיקת המס.²¹ לעומת עזאם, צילי דגן מפקפקת ביכולת של בית המשפט העליון לצקת תוכן פרשני עקיב לתוך המונח "מס־אמת".²² במאמר שנכתב בנוגע לפסק הדין בעניין פרי, קבעה דגן כי השיקולים שהיו צריכים להנחות את בית המשפט בפסק הדין היו שיקולים נורמטיביים מגדריים וחלוקתיים בנוגע לאופן שבו ראוי כי מערכת המשפט והמס יתייחסו להוצאות גידול ילדים.²³

הדיון בסוגיית גבולות ההתערבות הראויים של בית המשפט העליון בחקיקת המס באמצעות הכלי של פרשנות תכליתית הוא עשיר ומרתק. המאמר הנוכחי איננו מבקש להוסיף עליו, אלא לבחון אותו מזווית אחרת – המוסדית. נקודת המוצא של הדיון היא שהאחריות לפעולת החקיקה מתחלקת בין בית המשפט ובין המחוקק וכי הדין הנוהג הוא תוצר של אינטראקציה דינמית בין הרשות המחוקקת לשופטת.²⁴ באופן ממוקד יותר, המאמר מבקש לבחון מה קורה כאשר בית המשפט מנצל את סמכותו לשנות הסדר מסוים, אשר היה מקובל על רשות המסים, תוך שהוא ממליץ לרשויות המס לאמץ הסדר חלופי.²⁵ כאשר בית המשפט דחה הסדר שהחיל פקיד השומה וקיבל את טענת הנישומים כי מצבם הספציפי מצדיק התייחסות אחרת, עולה לפעמים השאלה איזה הסדר כללי יחליף את ההסדר שנדחה. בעיה זו משותפת לחלק ניכר מפסקי הדין שצוינו לעיל בין שמדובר בשאלה אם יש להכיר בהוצאות שמירה על ילדים לבני זוג עובדים, בהכרה בהוצאות אש"ל של עצמאיים, או בזכות לקזז הפסדים כנגד הכנסות עבר בשל שיקולים מן הצדק. לדוגמה, בפסק הדין בעניין פרי נקבע שעלויות הטיפול בילדים מותרות לניכוי, קרי יאפשרו הפחתת שיעור המס הנגבה על ההכנסה, משום שנקבע על ידי בית המשפט כי הוצאתן הייתה חיונית לצורך ייצור אותה הכנסה. הקביעה העקרונית כי יש להתיר ניכוי של הוצאות שמירה על ילדים העלתה את השאלה כיצד יש להפריד בין תשלומי הורים שהוצאו לצורך שמירה על ילדים בעת שהיו עסוקים בייצור הכנסה (ולכן מותרים בניכוי) ובין תשלומי הורים לטיפול

20 עזאם, לעיל ה"ש 4.

21 שם, בעמ' 433–450.

22 צילי דגן "הוצאות הטיפול בילדים בעקבות תיקון מס' 170 לפקודת מס הכנסה" מחקרי משפט כה, 889, 901–902, 905–907 (2009).

23 שם, בעמ' 900–903.

24 ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437, 440 (2011).

25 אורגד ולביא כינו הנחיה שיפוטית כזו בשם "מפת דרכים חוקתית", שבה המחוקק פוסל את הפרשנות של המדינה, מזמין אותה לתקן את החוק ומסביר לה מה גדרי הפרשנות הראויים של החוק הקיים (שם, בעמ' 444–445).

בילדים אשר נועדו להעשיר את הילדים (ולכן אינם מותרים בניכוי, כיוון שלא נצרכו באופן הכרחי לשם ייצור ההכנסה).²⁶ במסגרת הערעור על פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין דמארי-הירשזון קבע בית המשפט העליון שבשם עקרון מס האמת, יש לאפשר בנסיבות מסוימות קיזוז הפסדים חלקי באופן רטרואקטיבי, באופן המיטיב עם הנישום.²⁷ דעת הרוב בפסק הדין (אשר נהפכה לבסוף בדיון הנוסף) לא פירטה בצורה קוהרנטית את טווח הנסיבות והטעמים אשר מצדיקים קיזוז לאחור, וכמה מההפסדים יש לאפשר לקזז,²⁸ ולא התייחסה לשאלה אם יש לאפשר קיזוז לאחור גם משיקולים אחרים (לדוגמה יעילות). בדומה, הקביעה כי יש להטיל מס בנפרד בני זוג העובדים יחד בעסק משותף, מעלה את הסוגיה הקשה של האופן שבו יש לפצל את הכנסתם.²⁹

ראוי להדגיש כי הקושי בהתוויית הסדר חלופי איננו מוגבל למקרים שבהם עמדתו של פקיד השומה נדחית, וכמובן שלא בכל פעם שעמדת הרשות נדחית (מסיבות עוברתיות או משפטיות) עולה קושי מהותי במציאת הסדרים חלופיים.³⁰ עם זאת, מכנה משותף בולט לחלק ניכר מהמקרים המוזכרים לעיל, הוא שמקור הקושי האדמיניסטרטיבי שעלה מהם הוא החלטת בית המשפט לפרש את החקיקה באופן תכליתי כדי לפסול הסדר שהיה מקובל על רשות המסים. מעניינת לא פחות העובדה שברוב המקרים הללו בית המשפט היה מודע לכך שהכרעת הדין שלו מעלה שאלות נורמטיביות ואדמיניסטרטיביות רחבות שאין ביכולתו לתת להן מענה מלא למרות הכוח התקדימי של החלטות שיפוטיות.³¹ חוסר היכולת נובע מכך שהכרעות שיפוטיות מתייחסות לאופן שבו יש להחיל את הדין הקיים על מקרה ספציפי השנוי במחלוקת. מלבד ההכרעה במקרה הקונקרטי, השופטים אינם יכולים לקבוע איזה הסדר יש לקבל כדי להתמודד עם ההשלכות של פסיקתם, אלא רק לנקוט שני צעדים: להכריע במקרה שלפניהם לפי הנסיבות, באופן שלפעמים נראה שרירותי למדי;³² ולהמליץ

- 26 ראו עניין פרי, לעיל ה"ש 12, פס' 25–27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 27 עניין דמארי-הירשזון, לעיל ה"ש 2, פס' קז–קיב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. לפירוט של סוגיית קיזוז הפסדים ראו הסבר בה"ש 48 להלן. קביעה זו נהפכה כאמור בדיון הנוסף (אשר יפורט בהמשך). ראו גם עניין דמארי בדיון נוסף, לעיל ה"ש 2.
 28 בקביעה לקונית בפסק הדין נאמר כי יש לאפשר לקצץ חצי מהם, לאור נסיבות המקרה (שם דובר בקיזוזים שנבעו מהשבה שמקורה בגניבה). ראו עניין דמארי-הירשזון, לעיל ה"ש 2, פס' קיג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
 29 ראו דיון בנושא זה בפרק ג.1. להלן.
 30 למשל, בעניין דמארי-הירשזון נקבע, מתוך ניגוד להלכה בעבר, כי השבה של גניבה צריכה להיחשב להוצאה מותרת בניכוי, וזו דוגמה לכלל פשוט יחסית ליישום (ראו עניין דמארי-הירשזון, לעיל ה"ש 2, פס' ק–קג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).
 31 כאשר בית משפט דן במקרה, ההכרעות שלו מהוות תקדים, והן אף מהוות תקדים מחייב כאשר מדובר בבית המשפט העליון.
 32 בעניין פרי, לעיל ה"ש 11, הוחלט לאפשר לנישומה לנכות שני שלישים מהוצאות הילדים שלה (וזאת מתוך תפיסה ששליש מהן היו להעשרת הילדים ולא לשמירה עליהם). פסק הדין לא בחן את נסיבות המקרה כדי לקבוע כמה מההוצאות היו לצורך שמירה על ילדים. בהקשר של פסק הדין בעניין דמארי-הירשזון נקבע כי נסיבות המקרה מצדיקות ניכוי של מחצית, ולא נקבע כלל ברור למקרים אחרים שבהם יש להכיר בקיזוז הפסדים רטרואקטיבי, או לחלופין לא נאמר בכמה מן ההפסדים יש להכיר (ראו עניין דמארי-הירשזון, לעיל ה"ש 2, פס' קז–קי"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

למחוקק לאמץ חקיקה אשר תסדיר את הנושא. ואכן, בלא מעט מפסקי הדין הללו, השופטים קוראים למחוקק להסדיר את הנושא בדרך של חקיקה ראשית.³³ במקרים מסוימים, בתגובה על פסק הדין, משרד האוצר ורשות המסים יוזמים מהלכי חקיקה בכנסת, חקיקת משנה וחוזרים, כדי לקדם את עמדתם. פסק הדין בעניין פרי נותן ביטוי לדינמיקה הזו, כאשר בתגובה על החלטת בית המשפט לאפשר ניכוי של הוצאות טיפול בילדים, נקבע במסגרת תיקון 170 לפקודת מס הכנסה הסדר שהפך את תוצאת פסק הדין.³⁴

עם זאת, ובפרט כאשר אין מדובר בפסיקות שיש להן משמעויות דרמטיות ומיידיות בהיבטים של גבייה, קשה לבית המשפט לצפות אם, מתי ובאיזה אופן תיענה קריאתו להסדרת נושא מסוים. מכאן עולה המתח המוסדי הנמצא במרכז המאמר. התפיסה המוסדית רואה בהליך יצירת הדין מעין דיאלוג בין הרשות השופטת למחוקקת שבו (באמצעות פסקי דין ותקוני חקיקה) שופטים ומחוקקים מאותתים זה לזה את עמדותיהם בנוגע לדין הראוי. התפיסה המוסדית הזאת נתקלת בבעיה כאשר הדיאלוג איננו מתרחש, מפני שהרשות המחוקקת איננה מגיבה על קריאת בית המשפט לתיקון החקיקה.

במקרה שבו בית המשפט פוסל הסדר ספציפי, המתח הזה בעיית פחות, משום שאז מוחל עליו הדין הכללי. ניתן לראות בפסק הדין בעניין פרי סוג כזה של קביעה: בית המשפט דחה את עמדת רשות המסים כי קיים הסדר ספציפי בנוגע להוצאות הטיפול בילדים, מה שגרם לבית המשפט לפנות לסעיף 17 לפקודה כדי לבחון אם יש להתיר את ניכויין אם לאו. עם זאת, במקרה כמו ערכאת הערעור הראשונה בעניין דמארי-הירשון, אשר בה פסל בית המשפט את ההסדר הכללי שביקשה רשות המסים להחיל, נשאלה במלוא עוזה השאלה: אם המחוקק לא יגיב על פסיקת בית המשפט, כיצד ייקבע הדין?

מאמר זה מבקש לבדוק את ההשלכות המעשיות של חוסר תגובה של המחוקק על פסיקה של בית המשפט דרך ניתוח עניין שדות, אשר נגע למיסוי שותפויות. זה פסק דין חשוב מפני שלשאלה המהותית שעלתה בו, היו השלכות רבות משמעות בנוגע לסוגיות עקרוניות במיסוי תאגידים, ובעקיפין גם באשר לשאלות רחבות של תכנון מס, כפי שנראה בהמשך. המאמר מבקש למנף את הדיון בסוגיית המס הספציפית שהתבררה בפסק הדין, כדי לבחון דילמה מוסדית שהוא העלה משום שעיקר המחלוקת בפסק הדין לא נגעה לדין הראוי, אלא דווקא לשאלה העקרונית אם במקרה הנדון היה ראוי שבית המשפט ישנה את דיני המס.

כמו בתחומים אחרים בדיני מסים, "אלוהים נמצא בפרטים הקטנים" ואלו נוטים להיות מורכבים בייחוד בכל הנוגע למיסוי תאגידים בכלל ומיסוי שותפויות בפרט. כדי להבין לעומק את הדילמה שעמדה לפני בית המשפט והמחוקק, הפרק הבא ייתן רקע מפורט לפסק הדין ולהשלכותיו.

33 ראו עניין פרי, לעיל ה"ש 12, פס' 19, 30 ו-33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

34 ראו להדגיש כי אף שהחקיקה הפכה את פסק הדין, למעשה פסק הדין העלה את הנושא למודעות ציבורית ושינה את הסטטוס קוו באופן שחייב פעולה של המחוקק. ראו דגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 918-999.

ב. מיסוי שותפויות בישראל

1. רקע כללי

שותפות היא התאגדות למטרות רווח והיא קיימת כמסגרת עסקית־משפטית כבר מאות שנים.³⁵ כמו ישויות תאגידיות אחרות, אנשים בוחרים להיכנס להסכמי שותפות כדי לשלב משאבים שונים שבבעלותם (קרקע, הון פיננסי, נכסים בלתי מוחשיים, הון אנושי וכולי) בתקווה שהאינטגרציה והסינרגיה ביניהם ייצרו ערך כלכלי מוסף.³⁶

כמו סוגי התאגדות אחרים (לדוגמה חברה בע"מ), גם השותפות מספקת מסגרת משפטית המאפשרת שיתוף וניהול ריכוזי של נכסים, והפרדה בין המשקיעים לשותפות כגוף תאגידי המבצע את ההשקעה (ובתנאים מסוימים גם אחריות מוגבלת).³⁷ הבחירה אם להתאגד כשותפות או כחברה עשויה להיות מושפעת ממספר רב של שיקולים. ככלל, רוב העסקים יכולים לבחור את צורת ההתאגדות המועדפת עליהם. יתר על כן, מכיוון שרוב החוקים שמסדירים את אופן פעולתם של תאגידי הם דיספוזיטיביים ונתונים למשא ומתן בין הצדדים, יכול להיווצר מצב שבו מבחינה עסקית ההבדל בין צורת התאגדות אחת לאחרת הוא שולי.³⁸

היכולת לגשר באמצעות משא ומתן וכלים חוזיים על השוני המהותי בין שתי צורות ההתאגדות יגרום לכך שהרבה פעמים צורת ההתאגדות תושפע מאוד משיקולי מס.³⁹ אף שהשוני בין עסק המאוגד כחברה ובין עסק המאוגד כשותפות עשוי בפועל להיות קטן מאוד, כללי המס אשר יחולו על עסק שבחר להתאגד כשותפות יהיו שונים לחלוטין מאלה שיחולו על עסק שבחר להתאגד כחברה, ותלויים לחלוטין בתיוג הפורמלי של צורת

35 למקורות דיני השותפויות במשפט המקובל ראו GEOFFREY MORSE, PARTNERSHIP LAW 10–13, 28–33 (7th ed. 2010).

36 ראו Bradley T. Borden, *Aggregate-Plus Theory of Partnership Taxation*, 43 GA. L. REV. 717, 725–735, 743 (2009).

37 דוגמה לאחריות מוגבלת שכזו עלתה לאחרונה בפסיקה ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 53269-12-11 פרי אור בע"מ נ' מדינת ישראל – פקיד השומה למפעלים גדולים, פס" 1 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.7.2015) (להלן: עניין פרי אור). שם שלוש חברות בע"מ החזיקו בשותפות מוגבלת. שתיים מהן היו שותפויות מוגבלות שכל אחת מהן החזיקה 49% מהזכות להכנסות השותפות. השותפה השלישית הייתה גם היא חברה בע"מ שהחזיקה בזכות ל-2% מהרווחים, והייתה גם השותף הכללי. שתי החברות הראשונות החזיקו בבעלות משותפת במניות השותף הכללי. לדיון מדוע סוגיית האחריות המוגבלת איננה כה חשובה ראו Judith Freedman, *Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms?*, 26 J. CORP. L. 897, 905–906 (2001).

38 לדוגמה, רבים חושבים שההבדל המרכזי בין שותפות לחברה הוא נושא האחריות המוגבלת. עם זאת, הבעלים והמנהלים של חברות קטנות נדרשים פעמים רבות להעמיד ערבות אישית לנושי החברה בתמורה לאשראי. שותפויות, לעומת זאת, עשויות להיות שותפויות מוגבלות שבהן רק השותף הכללי נושא באחריות בלתי מוגבלת, והשותפים המוגבלים נהנים מאחריות מוגבלת. כאשר השותף הכללי הוא חברה בע"מ, מושגת דה פקטו אחריות מוגבלת. לחלופין, שותפויות עתירות נכסים עשויות לקחת מחויבויות חוזיות ללא ערבות אישית, ולשעבד כנגדן נכסים.

39 Deborah H. Schenk, *Reforming Entity Taxation: A Role for Subchapter S?*, 146 TAX NOTES 1237, 1243 (2015).

ההתאגדות.⁴⁰ ישנו שוני מהותי בין האופן שבו מערכות מס ההכנסה בישראל ובעולם ממסות תאגידים המוגדרים (מבחינת המס) כשותפות, ובין האופן שבו מערכות מס ההכנסה בישראל ובעולם ממסות חברות. ההבדל העיקרי נוגע לשאלה אם מערכת מס ההכנסה צריכה להתייחס לישות התאגידית כנישומה עצמאית מבחינה מסית.

החברה נתפסת כנישומה עצמאית, אשר חבות המס שלה נקבעת בנפרד מחבות המס של בעלי המניות בה. לכן המס המוטל על רווחי החברה נקבע במנותק מחבות המס של בעלי המניות בה, ואלה עשויים להיות חשופים למס נפרד כאשר החברה מחלקת רווחים.⁴¹ מנגד, השותפות נתפסת כתאגיד "שקוף" מבחינה מסית, כלומר איננה נישומה עצמאית. היא איננה חייבת במס חברות או במס אחר, וכך הכנסות השותפות מיוחסות לשותפים והם אחראים לדווח על ההכנסה ולשלם את המס בגינה.

אף שהשותפות מנהלת את ספרי המס ומחשבת את ההכנסה שלה כמו כל נישום אחר, השותפים ולא השותפות חייבים במס. השותפות רק מחשבת אם יש לה הכנסה (או הפסד) ואחר כך היא מייחסת את ההכנסה שלה לשותפים לפי חלקם בשותפות באופן ששיעור המס המוטל בפועל הוא שיעור המס המוטל על כל אחד מהשותפים ולא שיעור מס חברות או מס אחר שמוטל (בשיעור אחיד) על התאגיד.

ביקורת רבה מופנית כלפי מס החברות, בין השאר משום שלא ברור מיהם הנישומים הנושאים בנטל המס האפקטיבי שלו בסופו של דבר.⁴² לכן יש הטוענים כי מיסוי "שקוף" של תאגיד, אשר מטיל את חובת המס על המשקיעים-שותפים עצמם, נחשב, מבחינה תיאורטית, לנכון, צודק ויעיל יותר.⁴³ למרות זאת, מיסוי שקוף של התאגיד יוצר קושי בנוגע לאופן שבו ראוי כי דיני המס יקשרו בין השותפים לנכסי השותפות. השקיפות של השותפות

Claire Crawford & Judith Freedman, *Small Business Taxation*, in DIMENSIONS OF TAX DESIGN: THE MIRRLEES REVIEW 1028, 1032 (Stuart Adam et al. eds., 2010); George K. Yin, *The Future Taxation of Private Business Firms*, 4 FLA. TAX REV. 141, 149–150 (1999); William A. Klein & Eric M. Zolt, *Business Form, Limited Liability, and Tax Regimes: Lurching Toward a Coherent Outcome?*, 66 U. COLO. L. REV. 1001, 1002 (1995)

ראו ס' 2(4), 88, 91 ו-125 בפקודה.

Arnold C. Harberger, *The Incidence of the Corporation Income Tax*, 70 J. POL. ECON. 215 (1962); Jim Nunns, *How TPC Distributes the Corporate Income Tax*, TAX POLICY CTR., URBAN INST. & BROOKINGS INST. (Sept. 13, 2012) <https://tpc.io/2MnD2nA>; Kimberly A. Clausing, *In Search of Corporate Tax Incidence*, 65 TAX L. REV. 433 (2012); Jennifer Gravelle, *Corporate Tax Incidence: A Review of General Equilibrium Estimates and Analysis*, 66 NAT'L TAX J. 185 (2013); DANIEL N. SHAVIRO, *DECODING THE U.S. CORPORATE TAX* 57–71 (2009)

DANIEL N. SHAVIRO, *DECODING THE U.S. CORPORATE TAX* 10 (2009); David A. Weisbach, *The Irreducible Complexity of Firm-Level Income Taxes: Theory and Doctrine in Weisbach, The Irreducible* : (להלן: *the Corporate Tax*, 60 TAX L. REV. 215, 241–242 (2007) Brett Freudenberg, *Fact or Fiction? A Sustainable* ;(*Complexity of Firm-Level Income Taxes Tax Transparent form for Closely Held Businesses in Australia*, 24 AUSTL. TAX F. 373, 404 (2009) : (להלן: *Freudenberg, Fact or Fiction?*).

מחייבת קיומם של קשרי גומלין מורכבים (גם ברמה התיאורטית וגם ברמת האכיפה) בין חישוב המס ברמת השותפות ובין חישוב המס ברמת השותפים.⁴⁴

המתח העיקרי הוא בין הגישה המצרפית, הרואה בשותפות הסכם בין שותפים להחזקה בנכסים באופן שכל שותף מחזיק בכל נכסי השותפות לפי חלקו היחסי בשותפות, ובין גישת הישות אשר רואה בשותפים נישומים המחזיקים רק בנכס אחד – זכויותיהם בשותפות.⁴⁵ נדגיש: בהקשר של שותפויות,⁴⁶ גם לפי גישת הישות וגם לפי הגישה המצרפית, השותפות איננה חייבת במס. חבות המס שפעילות השותפות יוצרת, משויכת בכל מקרה לשותפים. ההבדל בין הגישות מתמצא אפוא בשאלה עד כמה מערכת המס צריכה לקשור בין מה שקורה באחזקותיו של השותף ובין ההתנהלות העסקית והחזקה הנכסים בתוך השותפות.⁴⁷ כדי להמחיש מדוע הבחנה זו חשובה, דמיינו מצב שבו אחד השותפים מכר חלק מזכויותיו בשותפות. לפי הגישה המצרפית, מערכת המס צריכה לראות במכירה זו כאילו השותף מכר את חלקו בכל אחד מנכסי השותפות. הדבר מחייב הליך חישוב מורכב שכולל מכירה רעיונית של החלק היחסי של השותף בכל נכסי השותפות (אשר עשויים להיות רבים מאוד). לעומת זאת, לפי גישת הישות המשפטית, יש לבחון רק את המכירה של הזכות בשותפות, כמו מכירה של מניה בחברה, מכירה של נכס אחד.

הגישה המצרפית מטילה מס על הנישום כאילו יש חפיפה מלאה בין זכויותיו בשותפות לזכויותיו בנכסי השותפות. לפיכך היא מחייבת את הנישום ואת רשויות המס לקשור באופן הדוק בין מיסוי השותפות למיסוי השותפים, והדבר מקשה ניהול דינמי של נכסי השותפות. לעומת זאת, גישת הישות מאפשרת הפרדה בין כללי המס החלים על השותפות ובין אלו החלים על השותפים. גישת הישות מאפשרת ניהול ריכוזי של נכסי השותפות כיחידה כלכלית עצמאית ומקטינה את החיכוך של השותפים עם רשויות המס. המגרעת העיקרית שלה היא שהיא פותחת פתח לתכנון מס הנובע מכך שניתן למכור את הזכות בשותפות בנפרד מנכסיה. כך למעשה ניתן למכור את תכונות המס של הנכסים.

44 Brett Freudenberg, *A Model Idea: Is the ICAA Proposal for a Tax Transparent Company* 44 Freudenberg, *Fact or Fiction? the Ideal Model for Australia?*, 38 AUSTL. TAX REV. 161, 161 (2009) Weisbach, *The Irreducible Complexity of Firm-Level Income Taxes*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 422-421.

45 ראו אהרן נמדר *מס הכנסה [יסודות ועיקרים]* 508 (מהדורה רביעית, 2013); LAURA E. CUNNINGHAM & NOEL B. CUNNINGHAM, *THE LOGIC OF SUBCHAPTER K: A CONCEPTUAL GUIDE TO TAXATION OF PARTNERSHIP* 7-8 (3rd ed. 2006); ALAN GUNN & JAMES R. REPETTI, *PARTNERSHIP INCOME TAXATION (Concepts and Insights Series)* 1-3 (4th ed. 2005).

46 גישת הישות חלה על חברות אשר מוטל עליהן מס חברות. עם זאת, אף שהטלתו של מס חברות מחייבת אימוץ של גישת הישות, אימוץ גישת הישות איננה מחייבת הטלת מס חברות. בישראל ובעולם יש חברות שפועלות לפי עקרון גישת הישות ומוטל עליהן מיסוי שקוף (כלומר אין מוטל על הכנסתן מס חברות, וההכנסה מיוחסת לבעלי המניות). ראו דוד אלקינס *מיסוי חברות ובעלי מניותיהן* כרך ב HOWARD E. ABRAMS & RICHARD L. DOERNBERG, *FEDERAL CORPORATE TAXATION* 318-357 (6th ed. 2007).

47 יש לציין כי חוזר מס הכנסה בנושא מיסוי שותפויות משתמש בגישת הישות ובגישה המצרפית באופן קצת שונה מהמקובל בעולם (ראו חוזר מס הכנסה 14/2003 "מיסוי שותפויות" (10.8.2003), זמין בכתובת <http://bit.ly/2MDjCue> (להלן: חוזר מיסוי שותפויות).

שתי דוגמאות פשוטות עשויות להסביר את פוטנציאל תכנון המס הבעייתי הגלום בשותפויות שמוטל עליהן מס לפי גישת הישות. דוגמה ראשונה: לעסק מסוים, אשר איננו מאוגד כחברה או כשותפות, יש הפסדים לצורכי מס הנובעים מכך שיש לו הוצאות מוכרות לצורכי מס יותר מהכנסות חייבות. ההפסדים הללו נחשבים להפסדים עסקיים ולכן לפי סעיף 28 לפקודה ניתן לקזז אותם כנגד הכנסות מסוימות, והדבר עשוי להוריד את חבות המס של הנישום.⁴⁸ אך מה קורה אם לנישום מסוים (חברה או אדם פרטי) אין הכנסות אשר כנגדן הוא יכול לקזז את הפסדי העסק? במקרה כזה השווי הכלכלי של הפסדי המס מבחינת אותו נישום, קטן או נעלם. לעומת זאת בשותפות, אם הנישום מוכר את זכותו בשותפות, והזכות הזאת נתפסת כנכס עצמאי, הוא מוכר איתה את הזכות לקיזוז הפסדי השותפות אשר (לאחר הקנייה) ייוחסו למי שקנה את הזכות. השותף החדש יהיה זכאי להפסדי המס של השותפות ואותם הוא יוכל לקזז מהכנסות עסקיות אחרות שלו כדי להקטין את חבות המס הכוללת שלו.⁴⁹ דוגמה שנייה: שותפות מסוימת עושה חיל בעסקיה והכנסותיה הגבוהות מיוחסות לשותפים בה. אחד הנישומים, החשוף לשיעור מס שולי גבוה, יכול להפחית את שיעור המס שלו על ידי כך שימכור (או יעביר במתנה) חלקים מזכויותיו בשותפות לנישומים החשופים לשיעור מס נמוך יותר אשר יתפקדו כשותפים פסיביים. מכירת זכויות בשותפות בדרך כלל תיחשב לצורכי מס לעסקה הונית ולכן תהיה חשופה לשיעורי מס מופחתים על רווח הון. אם הזכות בשותפות תינתן לקרוב משפחה במתנה, העברת הזכות תהיה (בדרך כלל) פטורה ממס. כך, באמצעות העברת הנכסים לנישומים ששיעור המס השולי המוטל עליהם נמוך, יוכל השותף החשוף לשיעור מס שולי גבוה, להפחית את חבות המס שלו בגין הכנסות השותפות. שתי הדוגמאות לעיל הן כמובן פשטניות, אבל הן ממחישות את הקושי שבמיסוי שקוף על פי גישת הישות ואת תכנוני המס המתאפשרים כאשר הזכויות בשותפות נעשות נכס עצמאי וניתן למכור אותן עם תכונות המס של הנכסים בתוך השותפות.

48 אסביר את הסוגיה בקצרה. המונח "הפסד" הוא מונח תוצאתי – לאחר הפחתת ההוצאות מההכנסות, אם מתקבל מספר שלילי, התוצאה היא הפסד – כלומר, הכנסה חייבת שלילית. כאשר נישום מקזז הפסדים, הוא מפחית אותם מהכנסותיו ומקטין בכך את ההכנסה החייבת שלו במס. למשל, אם שיעור המס של נישום הוא 50%, ויש לו הכנסה בסך 300 אלף ש"ח מפעילות עסקית אחת והפסד של 100 אלף ש"ח מפעילות עסקית אחרת, היכולת לקזז את הפסד כנגד ההכנסה מאפשרת לנישום להפחית את חבות המס באותה שנה (במקום לחשב את המס מתוך הכנסה חייבת של 300 אלף ש"ח, שאז תעמוד החבות על 150 אלף ש"ח, החבות תחושב מתוך הכנסה חייבת של 200 אלף ש"ח, מתוכה יצטרך הנישום לשלם את המס בשיעור 50% – כלומר 100 אלף ש"ח). במילים אחרות, בדוגמה הזאת, הפסדים (לצורכי מס) הם סוג של נכס, משום שאם הוא יכול לקזז אותם כנגד הכנסות אחרות, הוא יכול להפחית את חבות המס שלו באותה שנה.

49 פעמים רבות יהיה שוני בין הפסד (או הרווח) הכלכלי ובין הפסד (הממומש) לצורכי מס. הפער הזה יכול לגרום למצב שבו אף על פי שיש הפסד כלכלי מבחינה מסית, בכל זאת אי־אפשר לממש אותו. בדרך כלל דחיית מימוש של הוצאה מותרת בניכוי או של הפסד שניתן לקזז אותו, פועלת נגד נישומים, אבל בהקשר של שותפויות, אם ניתן להעביר את הזכות בשותפות, אז ניתן גם להעביר יחד איתה את "הזכות" להוצאות וקיזוז הפסדים עתידי. מצב עניינים זה הוא תוצר בלתי נמנע של עקרון המימוש. עקרון המימוש הוא עיקרון יסודי (גם אם בעייתי) בדיני מס הכנסה בישראל ובעולם המהווה את המקור לתכנוני מס רבים. לפרטים נוספים על עקרון המימוש ראו הפניות בה"ש 110 להלן.

2. המצב בישראל לפני פסק הדין בעניין שדות

בישראל, סוגיית מיסוי התאגידים נתפסה, ובמובנים רבים נתפסת אף כיום, כסוגיה שמרכז הכובד שלה הוא מיסוי חברות.⁵⁰ החברה היא ישות משפטית-מסית עצמאית החשופה למס חברות ולמס על דיבידנדים.⁵¹ מעט שיקול דעת חקיקתי, שיפוטי, אקדמי או מקצועי הוקדש לסוגיית מיסוי תאגידים שקופים לצורכי מס, ובכללו לאופן שבו ראוי למסות שותפויות.⁵² כפי שנראה בהמשך, ההסדרים בעניין מיסוי שותפויות נקבעו אד-הוק, ולא כמארג סדור של החלטות בנוגע לאופן שבו ראוי למסות תאגידים שקופים. קשה לקבוע אם הסיבה לחוסר התייחסות זה היא המקום השולי יחסית של שותפויות (ותאגידים שקופים) בכלכלה הישראלית, או חוסר הפנמה מצד השחקנים המשתתפים בעיצוב מדיניות המס, לשיקולים הכרוכים בסוגיית המיסוי השקוף של תאגידים ולפוטנציאל תכנון המס הגלום בשותפויות. מיסוי השותפויות מעוגן בסעיף 63 לפקודה. סעיף לקוני זה, העוסק ברובו בסוגיות פרוצדורליות הנוגעות לחובות דיווח, קובע כי אם הוכח שבעסק אחד פועלים שני שותפים, אזי יש לייחס את הכנסות השותפות לכל שותף לפי חלקו היחסי בשותפות. כלומר, מספיקים שני שותפים אקטיביים (יחידים או חברות) כדי לאפשר מיסוי שקוף של העסק. לפי לשון הסעיף, אין מגיעה כי ההכנסות וההפסדים של העסק ייוחסו למספר רב של שותפים (לרבות שותפים אשר אין להם חלק פעיל בניהול העסק ובכללם שותפים מוגבלים אשר אינם חשופים באופן אישי לחובות השותפות).⁵³ כלומר הפקודה מתייחסת רק לשאלה כיצד יש לזהות שותפות. היא מציבה כמה תנאים לקביעה כי התאגיד זכאי ליהנות ממיסוי שקוף,⁵⁴ אך נמנעת (לחלוטין) מלהתייחס לדרך שבה יש להחיל את המיסוי השקוף. למעשה, לעומת מקרים אחרים, שבהם המחוקק הוא שקבע את מדיניות המס הראויה בנוגע לפעילות מסחרית, רוב הדין בנוגע למיסוי שותפויות הותווה על ידי בתי המשפט באופן אינקרמנטלי כחלק מדיון בנסיבות המקרה.⁵⁵ אפילו השאלה המהותית ביותר – האם יש לאמץ את הגישה המצרפית או את גישת הישות המשפטית? – נקבעה (ולאחר מכן שונתה) בפסיקה. פסקי הדין הראשונים אשר התייחסו לנושא, קבעו כי השותפות איננה

50 ראו דוד גליקסברג "ה'מיני רפורמה", מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידים בישראל" משפטים כ 185, 198 (1990).

51 הרפורמה החקיקתית החשובה האחרונה שנעשתה בשנת 1991 במיסוי תאגידים (ס' 103–105 לפקודה, הידוע גם כחוק המיזוגים והפיצולים) מתייחסת אך ורק לחברות בע"מ. ראו חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94), התשנ"ג–1993, ס"ח 193.

52 לניתוח סוגיות במיסוי תאגידים שקופים ראו אלקינס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1018–1031.

53 ראו ס' 63(א) לפקודה. ס' 63(ה) לפקודה מאפשר למנהל להתייחס באופן אחר לשותפים מוגבלים.

54 ס' 64(ב) לפקודה, מקנה לפקיד השומה סמכות לפסול את השותפות אם לא הוכח כי העסק אכן פועל כשותפות. ס' 63(ד) לפקודה, מאפשר לשר האוצר לקבוע אילו סוגי שותפויות ימוסו כחברות בע"מ (בעיקר שותפויות הנסחרות בבורסה).

55 כך לדוגמה, בתי המשפט הם שקבעו שהרישום של שותפות במרשם השותפויות איננו תנאי קונסטטוטיווי, וניתן למסות עסק כשותפות גם אם לא נרשם כשותפות (וגם אם הצדדים לא הגדירו את יחסיהם החוזיים כשותפות) בתנאי שמבחינה מהותית העסק פעל כשותפות. ריכוז הפסיקה בעניין זה ראו עמ"ה 1238-05 (מחוזי ת"א) דלאל נ' פקיד שומה רחובות, פס' 1–7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.7.2013); ע"מ 12322-02-09 (מחוזי חי') צ'רשניה נ' פקיד שומה עכו, פס' 21–29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.7.2013).

ישות עצמאית מבחינת דיני המס וכי אין לדבר על ההכנסות ועל נכסי השותפות בנפרד מההכנסות והנכסי השותפים.⁵⁶ האימוץ העמום,⁵⁷ אך הגורף למדי, של הגישה המצרפית על ידי בתי המשפט הביא לידי כך שבתי המשפט אימצו לרוב את עמדת רשויות המס.⁵⁸ חוסר הנכונות של בית המשפט להכיר בשותפות כישות שהחבות שלה במס נקבעת באופן עצמאי ונפרד מחבות המס של השותפים נבע מן הסתם מהתפיסה כי מדובר בעסקים קטנים בבעלות ריכוזית שהיקף הפעילות שלהם קטן יחסית.⁵⁹ לפיכך מיסוי על פי הגישה המצרפית נראה ראוי בין השאר משום שהשותפויות לא נתפסו כיחידה תאגידית נפרדת מבעליהן והמנהלת את נכסיה ועסקיה באופן ריכוזי ובמנותק מהשותפים, אלא יותר כהסכם חוזי בין נישומים שבחרו להפעיל עסק יחד.⁶⁰

אימוץ הגישה המצרפית פגע ביכולת של נישומים להשתמש בשותפויות למטרות עסקיות, בעיקר ככל שאלו חייבו תיאום בין מספר רב של משקיעים. לפי הגישה המצרפית כל מכירה או שינוי בזכויות בשותפות חייבו מכירה רעיונית (חלקית) של כל נכסי השותפות. לכן סביר שאימוץ הגישה המצרפית הקשה על ניהול ריכוזי של עסקי שותפויות המחזיקות בכמה נכסים ועל יכולתן לגדול מבלי להחליף את מבנה ההתאגדות שלהן. במילים אחרות, הגישה המצרפית לא רק הגיבה על כך שרוב השותפויות היו עסקים קטנים, אלא גם גרמה לכך שעסקים שרצו להתפתח, נאלצו לעזוב את מבנה השותפות.

מצד שני אימוץ הגישה המצרפית קרוב לוודאי גם הגביל את היכולת של נישומים מתוחכמים להשתמש בשותפויות כדי לקדם מטרות של תכנון מס, מה שכנראה גם מסביר

56 לריכוז ההלכות בעניין זה ראו יוסף מ' ארדעי אירועי מס: עלייתם (ואיכונם?) של דיני מיסים בישראל 230–226 (2007) (להלן: ארדעי אירועי מס); יאיר נידורף "מיסוי השותפות – האם נאמרה המילה האחרונה?" מיסים כב/85 (2008). עם פסקי הדין הבולטים אשר קבעו נקודה זו נמנים ע"א 425/79 אנג'ל נ' פקיד שומה, מס הכנסה, ירושלים, פ"ד לו(3) 829 (1982) (בפסק הדין נקבע כי ההכנסה שיוחסה לשותף תהיה זכאית להטבת מס מכוח הגדרתו של השותף כחברה תעשייתית, וזאת אף שהשותפות עצמה ושאר השותפים בה לא היו מוגדרים כחברות תעשייתיות, ולכן אינם זכאים להטבות המס). ראו גם ע"א 536/88 עץ לבוד תעשיות והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 738, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר (1992). בפסק הדין זה, קבע הנשיא שמגר כי לשותף מותר לנכות הוצאות ריבית בגין הלוואות שנלקחו ברמת השותפות, רק אם הוא היה יכול לנכות אותן כנישום יחיד.

57 פסקי הדין לרוב דנו בשאלות שעלו מהמקרים עצמם ונמנעו מלתת תשובות עקרוניות בנוגע למיסוי שותפויות.

58 פסק הדין בעניין אנג'ל הוא חריג. באותו מקרה (אשר נגע לשותפות שהייתה לה פעילות עסקית משמעותית, ושגם היה מעורב בו סכום לא מבוטל יחסית) ניצח דווקא הנישום (ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 56).

59 מומחים רבים טוענים שזה גם היה המצב במערכת המס האמריקנית בתחילת המאה העשרים כאשר שותפויות מוסו לפי הגישה המצרפית. ראו למשל Curtis J. Berger, *W(H)ither Partnership Taxation?*, 47 TAX L. REV. 105, 110 (1991); Philip Postlewaite, *The Omnipresence of Subchapter K in the International Arena?*, SSRN Electronic Journal (2015), <http://bit.ly/2nUTGMy>.

60 לתיאור דומה של המצב בארצות הברית ראו Bradley T. Borden, *Aggregate-Plus Theory of Partnership Taxation*, 43 GA. L. REV. 717, 722 (2009).

מדוע רשויות המס תמכו באימוץ הגישה.⁶¹ שלא במפתיע, למרות הגישה השיפוטית האחידה שתמכה בגישה המצרפית, עורכי דין בכירים מהסקטור הפרטי הביעו תמיכה דווקא באימוץ גישת הישות המשפטית, וזאת תוך הפניה לעקרונות הדין הכללי (אשר רואה בשותפות אישיות משפטית נפרדת) ודיני המס האמריקניים אשר אימצו את גישת הישות המשפטית.⁶²

לסיכום, לפני פסק הדין בעניין שדות, אימצו בתי המשפט את הגישה המצרפית למיסוי שותפויות, ועל פיה אין להכיר בשותפות כנכס תאגידי העומד בפני עצמו. לכן השימוש בשותפויות היה מוגבל יחסית והטיפול של מערכת המס בהן לא תרם לאטרקטיביות שלהן ככלי תאגידי המרכז פעילות עסקית או השקעות. התחום נחשב זניח למדי וסוגיות המס שעלו בו עירבו לרוב עסקים קטנים ומחלוקות על סכומי כסף קטנים. יתרה מזו, העובדה שהיה קשה לנהל פעילות מורכבת באמצעות שותפויות קרוב לוודאי תרמה לכך שרוב מומחי המס (שופטים ועורכי דין מהסקטור הפרטי והציבורי כאחד) לא היו מודעים לאתגרים הקשים הכרוכים במיסוי שלהן.

3. עניין שדות

פסק הדין בעניין שדות מהווה את קו פרשת המים בכל הנוגע למיסוי שותפויות בישראל. לכאורה מדובר בפסק דין פשוט הנוגע לשני שותפים בעסק קטן, שרצו להמיר את מבנה ההתאגדות משותפות לחברה בע"מ. מבחינת הגבייה, דובר בסכומים נמוכים, והמסכת העובדתית שהוצגה בפסק הדין היא לקונית, חלקית ובמובן מסוים אף תמוהה.⁶³ במילים אחרות, קשה לראות מה היה במארג העובדתי של עניין שדות שהביא לידי המשמעויות מרחיקות הלכת שהתקדים בעניינו יצמיח בנוגע לסוגיות עקרוניות של מיסוי שותפויות (ותאגידיים) בישראל.

עובדות המקרה שהתבררו בבית המשפט המחוזי, היו כדלקמן:⁶⁴ שדות הייתה שותפות בבעלותם של חאג' יחיא ודיויד ברנדייס. היא פעלה בעסקי ההובלות ונכסיה העיקריים היו משאיות. בשנת 1982 העבירה השותפות את כל נכסיה והתחייבויותיה לחברה בבעלותם של השותפים וזאת תוך שמירה על חלקם היחסי (כך שאחוזי המניות בחברה החדשה היו זהים לחלקו של כל אחד מהשותפים בשותפות). באותה תקופה טרם נחקק סעיף 104ב לפקודה

61 לדיון בשאלה מדוע גישת הישות מאפשרת תכנוני מס של הסטת הכנסה ראו פרק 3.ג להלן.

62 אהרון אלטר "אישיותה המשפטית הנפרדת של השותפות לצורך דיני המס בישראל" רואה החשבון לד 346, 336 (1985); 'נאמן' שיטת חישוב רווח הון במכירת זכויותיו של שותף בשותפות" רואה החשבון כא 195, 199 (1971). להסבר מפורט מדוע גישת הישות מקלה את תכנון המס ראו פרק 2.ג. להלן (הגישה האמריקנית החלה באימוץ הגישה המצרפית, אך לקראת אמצע המאה העשרים אימצה גישה היברידיית אשר קרובה יותר לגישת הישות, אף שיש בה גם אלמנטים אנטי-תכנוניים המזכירים את הגישה המצרפית). ראו Mark P. Gergen, *The End of the Revolution in Partnership Tax?*, 56 SMU L. REV. 343, 343-345 (2003).

63 חלקים בה מעוררים חשש כי אף שנראה שהנישומה לא קיימה כללים בסיסיים ביותר של מיסוי שותפויות, לא פקיד השומה ולא בית המשפט היו ערים לנקודה זו (ראו פירוט בה"ש 68 להלן).

64 עמ"ה (מחוזי ת"א) 83/89 שדות חברה להובלה (1982) בע"מ נ' פקיד השומה פתח תקווה, פ"מ התשנ"ב(2) 171, פס' 1-2 לפסק הדין (1992) (להלן: עניין שדות במחוזי).

המסדיר את הנושא כיום, וכך העברת הנכסים נחשבה למכירה שלהם.⁶⁵ נוצר אפוא מצב שבו לצורכי מס ראו בהעברת הנכסים מכירה לחברה שהייתה אישיות משפטית-מסית נפרדת, וזאת למרות הזהות המוחלטת שהייתה בין השותפים לבעלי המניות.

אם כן, ארגון מחדש של הפעילות העסקית מפעילות במסגרת של שותפות לפעילות במסגרת חברה נחשב למכירה לכל דבר ועניין והיה צפוי לגרור הכרה ברווח או בהפסד לפי שווי השוק של הנכסים אל מול יתרת המחיר המקורי (להלן ימ"מ) שלהם. הימ"מ מגודר כסכום שהשקיע נישום בנכס פחות השווי של ניכויי הפחת שהופחתו בחלוף הזמן). השותפים היו צריכים לשלם מס בגין הרווח שלהם במכירה.⁶⁶

השאלה המשפטית העיקרית שעמדה במרכז המחלוקת בין הצדדים הייתה באשר למהות הנכס שנמכר. המערערים טענו כי הם מכרו את השותפות לחברה, ואילו פקיד השומה טען כי לחברה הועברו הנכסים עצמם – כלומר, בעיקר המשאיות. פקיד השומה ביקש אפוא למסות את השותפות לפי הגישה המצרפית, ואילו הנישומים ביקשו למסות את השותפות לפי גישת הישות. השווי של השותפות נגזר בעיקר מהשווי של המשאיות (שהשווי הכלכלי שלהן לא היה שנוי במחלוקת).⁶⁷ מסיבה שלא לגמרי הובהרה, היה פער בין הימ"מ בשותפות ובין המשאיות.⁶⁸ מכיוון ששווי השוק של המשאיות היה גבוה מהימ"מ שלהן, ביקש פקיד השומה להטיל מס רווחי הון בגין העברת-מכירת המשאיות לחברה, ואילו הנישומים טענו כי אין לחייב אותם ברווח הון (או לפחות יש לחייב אותם בסכום נמוך יותר) משום שהנכס אשר לתפסתם הועבר לחברה היה השותפות עצמה, וכי הימ"מ של השותפים בזכויותיהם בשותפות היה גבוה יותר.

בשנת 1992 קבע השופט פלפל, אשר נחשב למומחה בדיני מסים, כי הדין עם הנישומים תוך שהוא נסמך מבחינה רעיונית על הטיעונים שהועלו בשני מאמרים מקצועיים-אקדמיים אשר נכתבו על ידי עורכי דין.⁶⁹ הקביעה של פסק הדין, שהייתה תמציתית ביותר,⁷⁰ הבחינה

65 ראו הגדרת מכירה, ס' 88 לפקודה.

66 שם.

67 הערכות שווי הן הרבה פעמים סיבה לחוסר הסכמה בין נישומים ובין רשויות המס. עם זאת כאן הערכת השווי של פקיד השומה לא הייתה שנויה במחלוקת משום שהיה מדובר בנכסים מוחשיים (שקל יחסית להעריך אותם) ומפני שהיא התבססה על הערכות חברת הביטוח. ראו עניין שדות במחוזי, לעיל ה"ש 64, פס' 3 לפסק הדין.

68 הימ"מ מייצג את הסכום שהושקע בנכס פחות ניכויי הפחת שהוצאו בגינו. מכיוון שמשאיות הן נכס בר פחת, נראה שהימ"מ שלהן היה נמוך מהימ"מ שהשותפים טענו שיש להם בשותפות. יכולות להיות סיבות רבות לפער בין הימ"מ של השותפות לימ"מ של הנכסים ואין בפסקי הדין מספיק נתונים כדי לקבוע אם הפער הזה היה מוצדק אם לאו. עם זאת, הטענה המופיעה בפסקי הדין כי המקור לפער הוא ניכויי הפחת, איננה נכונה משום שכמו שיוסבר בפרק ב.4. להלן, מיסוי שקוף של שותפויות מחייב כי ניכויי פחת בגין נכסים בתוך השותפות יפחיתו (בהתאמה) את הימ"מ של השותף בשותפות. במילים אחרות, ברור כי הפחת על המשאיות לא יכול להיות הסיבה לפער בין הימ"מ של השותפות בנכסיה לימ"מ השותפים בזכויות שלהם בשותפות. עוד ברור, כי אף אחד מהשופטים אשר כתבו את פסקי הדין בבית המשפט המחוזי או בבית המשפט העליון לא הבחין בטעות, או בחר לתקן אותה.

69 ראו את המאמרים שהוזכרו לעיל בה"ש 62.

70 ראו עניין שדות במחוזי, לעיל ה"ש 64, פס' 3 לפסק הדין.

בין עובדות המקרה ובין התקדים (הלא מחייב) שניתן בנושא זה בבית המשפט המחוזי,⁷¹ ונמנעה מלהתייחס במפורש לפסקי הדין קודמים של בית המשפט העליון אשר אימצו (אם כי בהקשרים אחרים) את הגישה המצרפית. חשוב להדגיש כי כמו בפסקי דין קודמים, גם השופט פלפל נמנע מלקבוע כי הוא מאמץ את גישת הישות המשפטית, והוא הסתפק בקביעה כי העובדות מעידות כי מה שהועבר לחברה במקרה זה היה השותפות כמכלול עסקי ולא נכסים אלו או אחרים שהיו שייכים לשותפות.

פקיד השומה ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון. שלא כפסק הדין בבית המשפט המחוזי, דרג הייצוג בבית המשפט העליון כלל את בכירי המייצגים בסקטור הציבורי.⁷² התיק נדון לפני הרכב של חמישה שופטים וההכרעה בו כללה דיון עקרוני באופן שבו ראוי למסות שותפויות. בשנת 2001, בפסק דין ארוך ומנומק של השופט אנגלרד (שבו תמכו השופטים לויין ושטרסברג-כהן), וכנגד דעת המיעוט של השופט אור (שבה תמך גם הנשיא ברק), נקבע כי הדין הוא עם הנישומים וכי יש להשאיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי. יתר על כן, אף שבזמן מתן פסק הדין, סעיף 104ב לפקודה כבר הסדיר (באופן אחר) את הסוגיה שעמדה לדיון,⁷³ דעת הרוב של השופט אנגלרד לא הסתפקה במתן מענה למקרה הקונקרטי, אלא פתחה בדיון עקרוני מקיף על האופן שבו יש להמשיג שותפויות ולמסותן. ההלכה העקרונית שנבעה מפסק הדין של שופטי הרוב הייתה כי בכל הנוגע למכירת זכויות של שותף בשותפות, על רשויות המס למסות שותפויות לפי גישת הישות המשפטית.⁷⁴

עמדת שופטי הרוב נשענה על שלושה טיעונים מרכזיים שהעלה השופט אנגלרד.⁷⁵ הראשון היה טיעון פוזיטיבי, כי אמנם בעבר נטו בתי משפט לאמץ את הגישה המצרפית, אולם הדין איננו חד-משמעי ולפיכך ניתן לתת לחקיקת המס גם פרשנות אחרת אשר תראה בשותפות ישות משפטית.⁷⁶ הטיעון השני היה כי ישנם טיעונים כבדי משקל בעד העדפת גישת הישות, ובראשם הצורך לבחון את המהות הכלכלית-עסקית של השותפות, אשר

71 עמ"ה (מחוזי ת"א) 367/70 שטרנויס נ' פקיד שומה ת"א, פ"מ עב 353, פס' 2 לפסק הדין (1970). שם קבע השופט אשר כי מכירת חלקו של שותף בשותפות תחושב כאילו מכר אותו שותף בכל אחד מנכסי השותפות.

72 באי כוח פקיד השומה בערעור לבית המשפט העליון היו: לאה מרגלית, מנהלת המחלקה הפיסקלית בפרקליטות המדינה; יהודה ליבליין, סגן פרקליטת המדינה.

73 ראו ס' 104ב לפקודה, אשר הסדיר את תוצאות המס של השינוי המבני משותפות לחברה בע"מ בכך שקבע מנגנון של דחיית מימוש בעת העברת נכסים משותפות לחברה כל עוד יחס החזקת המניות זהה ליחס ההחזקות בשותפות.

74 ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח-תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד (נה) 89 (2001) (להלן: עניין שדות בעליון).

75 המשנה לנשיא לויין הוסיף טיעון קצר אשר קבע כי בית המשפט צריך לתת תוקף לרצון הצדדים (חופש החוזים) להגדיר את היחסים ביניהם כמכירת עסק ולא כמכירת נכסים (ראו שם, בעמ' 120).

76 שם, פס' 26–29 לפסק דינו של השופט אנגלרד. לכאורה נראה כי השופט אנגלרד צדק לפחות באופן חלקי בנקודה זו. אף שהפסיקה אימצה אמירות שיכלו ללמד כי הדוקטרינה המשפטית הנהוגה בישראל קרובה יותר לגישה המצרפית, האמירות היו בחלקן המכריע ספורדיות ולא עקרוניות משום שהפסיקה לפני עניין שדות הסתפקה לרוב במתן מענה פרגמטי לבעיות שנדונו לפנייה ונמנעה מלנסח כללים גורפים בסוגיה זו.

מתפקדת כעסק מונוליטי ריכוזי ולא כאסופה של אנשים המחזיקים יחד נכסים, והשאיפה להרמוניה חקיקתית עם דיני החברות (שלגישתו, רואים בשותפות ישות עצמאית).⁷⁷ הטיעון השלישי, והחשוב מכול לענייננו, הוא שקביעת ההסדר הראוי למיסוי שותפויות נתונה בתחום סמכותו ואחריותו של בית המשפט, וזאת מתוך תפיסה כי המחוקק והרשות המבצעת ידעו ליישם את ההסדר שהתווה בית המשפט.⁷⁸ כדי לבסס את הטענה השנייה והשלישית, נסמך השופט אנגלרד על סקירה נרחבת של משפט משווה (בעיקר משפט אמריקני).⁷⁹

מנגד, דעת המיעוט, אשר נכתבה בידי השופט אור, עוררה ספק בנוגע לכל אחת מהקביעות.⁸⁰ הביקורת העיקרית של שופטי המיעוט הייתה כי לא ראוי שבית המשפט, ולא המחוקק, יוביל שינוי כה רדיקלי בשיטת המס.⁸¹ כדי להמחיש טענה זו הציג השופט אור מספר (קטן) של קשיים שאימוץ גישת הישות עשוי לעורר.⁸² לתפיסתו, הגישה המצרפית, גם אם איננה נקייה מספקות ומקשיים, נותנת מענה סביר לחלק ניכר מהשאלות ועל כן לא ראוי שבית המשפט יסטה ממנה.⁸³

4. המצב אחרי עניין שדות

פסק הדין בעניין שדות עורר מחלוקת רבה בקהילה המקצועית והאקדמית.⁸⁴ אף שלא הייתה פסיקה ברורה קודמת של בית המשפט העליון באשר לאופן הסיווג הראוי של מכירת זכויות בשותפות (וסעיף 63 לפקודה גם הוא לא התייחס במישרין לנושא), שותפויות היו מכשיר תאגידי אשר שימש כעניין שבשגרה לא מעט עסקים. כפי שנאמר, לפני פסק הדין

- 77 ראו שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט אנגלרד.
 78 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט אנגלרד.
 79 שם, פס' 30–32 לפסק דינו של השופט אנגלרד.
 80 לעניין הקביעה כי הגישה הישראלית מאמצת את הגישה המצרפית ראו שם, פס' 6–9 לפסק דינו של השופט אור.
 81 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור.
 82 שם, פס' 29–31 לפסק דינו של השופט אור. ראוי להדגיש כי השופט אנגלרד הגיב על טענה זו ואמר כי גם בגישה המצרפית טמונים סיבוכים אדמיניסטרטיביים רבים (שם, פס' 38–42 לפסק דינו של השופט אנגלרד).
 83 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור.
 84 ראו רונן ארויו, מיקי נחמני ואייל פשבין "ביקורת על הלכת שדות ובחינת הדרך הראויה למיסוי מכירתו של עסק, בין עסק של יחיד ובין עסק המנוהל כשותפות" מיסים טז/א-29 (2002). המחברים טענו כי פסק הדין בעניין שדות יוצר הבחנה לא מוצדקת בין מכירת עסקים שמאורגנים כשותפות (או כחברה) ובין עסקים המוחזקים על ידי יחיד. בתגובה כתב גיורא אמיר כי פסק הדין בעניין שדות הוא נכון בשל המחויבות לחופש החוזים, אשר מחייב כי רשות המסים תחשב באופן שבו הצדדים בחרו להגדיר את יחסיהם. ראו גיורא אמיר "הערות מספר לדברי הביקורת על הלכת שדות" מיסים טז/א-52, 53 (2002). ראוי להדגיש כי אמיר, אשר ייצג את הנישומים בעניין שדות, לא דייק באבחנתו. חופש החוזים מגדיר את היחסים הוולונטריים בין הצדדים, אך איננו מחייב כי מערכת המס תקבל את מבנה העסקה שהצדדים מבקשים לקדם. לעמדה זו ראו רונן ארויו "מספר הערות על כתיבת דברי ביקורת – ושוב בעקבות פרשת שדות" מיסים טז/א-79, 85 (2002).

בעניין שדות נראה כי שופטים, רשויות המס ועורכי דין קיבלו את התפיסה כי הדין הנוהג אימץ את הגישה המצרפית.⁸⁵

הביקורת הנוקבת והמקיפה ביותר על דעת הרוב ניתנה מפי פרופ' יוסף אדרעי אשר סבר כי דעת הרוב בפסק הדין שינתה באופן מהותי את המצב המשפטי שהיה קיים קודם לכן. יתרה מזו, אדרעי טען בתוקף כי הניתוח הדוקטרינרי של החלטת הרוב בעייתית,⁸⁶ וכי הסטייה מהדין הקודם הייתה בלתי מוצדקת.⁸⁷ במאמרו הדגיש אדרעי את ההבדלים בין החזקת זכות בשותפות ובין החזקת מניות בחברה והדגיש שכעניין של מדיניות מס היה ראוי לשמר את ההפרדה בין השתיים.⁸⁸ עם זאת, למרות הביקורת האקדמית, ולמרות התרעומת הרבה שפסק הדין עורר בנציבות מס הכנסה, הבקשה לדיון נוסף נדחתה.⁸⁹

כדי להתמודד עם הלכת שדות, הוציאה נציבות מס הכנסה חוזר באוגוסט 2003 (להלן: החוזר) אשר נועד להסדיר את הכללים שיחולו על מיסוי שותפויות לאחר פסק הדין.⁹⁰ מתוך ניגוד למה שצייפה בית המשפט,⁹¹ המחוקק לא התפנה לחקיקה חדשה שתבהיר כיצד יש למסות שותפויות. במקום זאת השלימה נציבות מס הכנסה (כזרוע של הרשות המבצעת) חלק מהחסר בהליך מזורז ולקוני.⁹²

החוזר שם לעצמו מטרה מצומצמת: להגדיר כיצד יש לחשב את הימ"מ של השותף בשותפות, כלומר כאשר שותף מבקש למכור את חלקו בשותפות, כיצד ניתן לדעת כמה רווח והפסד צריך לייחס לו לצורך מיסוי אותה מכירה. אמנם בפועל החוזר קבע עוד כמה קביעות (חשובות) הנוגעות להכנסת נכסים לשותפות והוצאתם ממנה, אך קביעות אלו נעשו בצורה לקונית, נטולת הסבר, ולא ברור כמה תשומת לב, מחקר מקדים או שיקול דעת הוקדשו להן.⁹³

85 ראו עניין שדות בעליון, לעיל ה"ש 74, פס' 6-9 לפסק דינו של השופט אור.

86 ראו אדרעי אירועי מס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 226-230.

87 שם, בעמ' 237-241.

88 שם, בעמ' 242-250.

89 דנ"א 5504/01 פקיד השומה פתח תקוה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2002).

90 ראו חוזר מיסוי שותפויות, לעיל ה"ש 47.

91 ראו עניין שדות בעליון, לעיל ה"ש 74, פס' 40 ו-42 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

92 אינדיקציה לכך שהחוזר גובש בחופזה ולא כחלק ממהלך מקיף של בחינת הנושא היא העובדה שבחוזר עצמו נפלו טעויות המלמדות על חוסר הניסיון של הנציבות באותם ימים בכל הנוגע למיסוי שותפויות. ראו חוזר מיסוי שותפויות, לעיל ה"ש 47, בס' 2 ו-4. בסעיפים אלו החוזר מגדיר את גישת הישות כגורסת שהכנסה נובעת מפעילות הישות ותמוסה באמצעותה (כמו בחברה) ואילו הגישה המצרפית מחייבת מיסוי שקוף. אולם הגישה המקובלת בעולם היא שגישת הישות איננה קשורה למיסוי השקוף. כלומר, בכל הנוגע למיסוי שותפויות שהוא שקוף, גם המצדדים בגישת הישות אינם טוענים שההכנסה צריכה להיות ממוסה ברמת השותפות (כמו בחברה) אלא צריכה להיות מיוחסת לשותפים. בהמשך לכך החוזר קובע כי לאור פסק הדין בעניין שדות, יש ליישם את הגישה המעורבת. בפועל החוזר מיישם את גישת הישות בצורה כמעט מוחלטת.

93 ראו חוזר מיסוי שותפויות, שם, בס' 5.1 ו-5.2. ראוי להדגיש כי החוזר נוקט טרמינולוגיה שונה במקצת מזו המקובלת בעולם בנוגע לשותפויות. החוזר קובע כי גישת הישות מאפיינת את גישת החברה בע"מ, שמוטל עליה מס חברות, ומכאן מסיק כי הגישה בישראל של מיסוי שותפויות לאחר עניין שדות היא

אשר למנגנון חישוב הימ"מ, קבע החוזר מנגנון כמעט זהה לזה שנקבע בארצות הברית.⁹⁴ אזכיר כי בעוד בעל מניות בחברה רושם הכנסה רק כאשר החברה מחלקת דיבידנד, השותף בשותפות משלם מס כאשר השותפות רושמת הכנסה. לפי המנגנון שאימץ החוזר, השותף משלם מס בגלל שהכנסת השותפות מיוחסת לו, ובלי שום קשר לשאלה אם הוא מקבל כסף או כל נכס אחר מהשותפות. עם זאת, כאשר שותף מקבל מהשותפות כסף (או נכס אחר) בגין אחזקותיו בשותפות, הוא אינו אמור להיות חייב במס.

המנגנון שאימץ החוזר נותן ביטוי לכך שהכנסה שיוחסה לשותף כבר הייתה חייבת במס וכי חלוקה איננה חייבת במס. העיקרון המנחה את המנגנון קובע כי הימ"מ (של השותף בשותפות) שווה לכל ההשקעות של השותף בשותפות פחות שווי השוק של הנכסים שהשותף קיבל בתמורה להשקעתו בשותפות. נוסף על כך, מכיוון שהמס של השותפות מיוחס לשותפים, כדי למנוע עיוותים של כפל מס (או כפל הפסדים), המנגנון מביא בחשבון את ההכנסה וההפסדים לצורכי מס שיוחסו לשותפים השונים.⁹⁵

כדי למנוע בעיה זו של כפל מס, ובעיה הפוכה במקרה של הפסד,⁹⁶ קבע החוזר מנגנון שבו הימ"מ מעודכן למעלה בגין הכנסה אשר יוחסה לשותף.⁹⁷

- גישה משולבת אשר בחרה את דרך האמצע בין גישת הישות לגישה המצרפית. בפועל, הספרות בנושא שותפויות איננה קושרת בין גישת הישות ובין קיומו של מס ברמת התאגיד.
- 94 ש"ס 5.4. ראו גם ס' 705 ל-IRC (ראו I.R.C. § 61 (2006) (להלן: "IRC"). למעשה, בגלל שהכללים הנוגעים להוצאה ולהכנסה של נכסים שונים מאלו החלים על שותפויות בארצות הברית (ראו פירוט להלן בפרק 1.1), בפועל הכללים בחוזר דומים לאלו של חברות שקופות (ראו ס' 1367 ל-IRC).
- 95 לדוגמה, שותף השקיע בשותפות 100 ש"ח, ולאחר שנה נצמחה לה הכנסה שמתוכה יוחסו 100 ש"ח לשותף, אך לא נעשתה כל חלוקה. השותף שילם על הכנסה זו מס, באופן אישי, לפי שיעור המס החל עליו. בסוף השנה מכר השותף את חלקו בשותפות ב-200 ש"ח. אם הימ"מ של זכויות השותף בשותפות לא היה מתעדכן בעקבות ההכנסה שיוחסה לשותף, נמצא שהשותף היה חשוף לכפל מס משום שהוא מוסה על 100 ש"ח פעמיים: פעם אחת כאשר השותפות הרוויחה אותם (והם יוחסו לו) ופעם שנייה כאשר מכר את חלקו בשותפות ברווח של 100 ש"ח. אם המנגנון לא היה מעדכן את הימ"מ, הימ"מ היה נשאר 100 ש"ח וכאשר השותף היה מוכר את החזקותיו ב-200 ש"ח, היה נרשם לו 100 ש"ח רווח הון.
- 96 לדוגמה, שותף השקיע בשותפות 100 ש"ח ובשנה הראשונה לקיומה היא צברה הפסדים של 100 ש"ח. הפסדים אלו שויכו לשותף אשר היה יכול לקזז אותם כנגד הכנסות אחרות שיש לו (בכפוף למגבלות ס' 28 לפקודה). בסוף השנה מכר השותף את חלקו בשותפות ב-0. אם הימ"מ לא יתעדכן, נמצא שהשותף ייהנה פעמיים מן ההפסדים לצורכי מס, משום שהוא קיבל הפסדים שאותם הוא יכול לקזז כנגד רווחים אחרים בסך של 100 ש"ח פעמיים: פעם אחת כאשר השותפות הפסידה אותם (והם יוחסו לו), ופעם שנייה כאשר מכר את השותפות שלו בהפסד של 100 ש"ח.
- 97 כך בדוגמה לעיל, כשהכנסה של 100 ש"ח הייתה משויכת לשותף, היה הימ"מ שלו בשותפות עולה מ-100 ש"ח ל-200 ש"ח. לכן, כאשר היה מוכר את הנכס ב-200 ש"ח, לא היה רושם כל רווח או הפסד. בדומה, המנגנון גם מפחית את הימ"מ בגין הפסדים שיוחסו לנישום. כך בדוגמה המוזכרת בה"ש 96, כאשר ייוחסו 100 ש"ח הפסד לשותף, הימ"מ שלו בשותפות ירד ל-0. כך, כאשר ימכור את הכנסה ב-0 ש"ח הוא לא יממש כל רווח או הפסד.

מאז יצא החוזר בעקבות פסק הדין בעניין שדות ועד העת האחרונה,⁹⁸ לא ניתן כל פסק דין חשוב בנושא, לא הותקנו תקנות חדשות בנוגע לו, וגם לא יצא חוזר נוסף בעניין. זאת ועוד, לא נראה כי ניתנו החלטות מס (pre ruling) בנושא, ולא יצא שום פרסום רשמי של ועדה ברשות המסים או במשרד האוצר המעיד על האופן שבו מתכוונים להסדיר את סוגיית מיסוי השותפויות. מלבד תיקון חקיקה חשוב אחד (אשר המאמר ידון בו בהמשך), אשר נראה שנעשה מבלי שניתנה תשומת לב ראוייה להשלכותיו הגבייתיות-חלוקתיות, לא נעשה דבר. בזמן כתיבת שורות אלו לא ידוע על כל ועדה או יוזמה אופרטיבית השואפת להסדיר סוגיה זו.

5. הערות מסכמות

הדיון בעניין שדות חושף שאלה מרתקת מבחינה מושגית הנוגעת להסדרי המס שצריכים לחול על תאגידים ויחידים כאשר בתוכם עומדת השותפות כסוג של ישות ביניים. למרות הטיעונים כבדי המשקל שהועלו על ידי פרופ' ארעזי ואחרים כנגד הכרעת הרוב, ניתן להבין את המוטיבציה לעמדתו של השופט אנגלרד אשר ביקשה לראות בזכויות השותפים בשותפות נכס בפני עצמו. כאשר שותפויות מתנהלות כעסק עם ניהול ריכוזי, וכאשר רוצים לאפשר להן להפריד בין ניהול לבעלות, גדלה ההצדקה לראות בהעברה של זכות בשותפות העברה של נכס.⁹⁹

עם זאת, מלבד השאלה לגבי הדין המהותי הרצוי, עניין שדות מעלה שאלה מעניינת בדבר הקשר בין אופן יצירת דיני המס ובין אופן החלתם בפועל. לדוגמה, עולה השאלה איך ייתכן שעד שנות השמונים השאלה כיצד יש למסות מכירה של חלק בשותפות עלתה רק פעמיים בפסיקה. גם אם שותפויות לא היו נפוצות כמו חברות בע"מ, הן היו מסגרת משפטית שכיחה למדי בארצות המשפט המקובל עוד לפני קום המדינה. מכירת זכויות בשותפות לא היוותה פעילות מיוחדת, והעברת פעילות עסקית משותפות לחברה בע"מ הייתה תכנון מס (חוקי) סטנדרטי.¹⁰⁰ מספר המקרים הכמעט אפסי שבהם עלה הנושא,

98 עניין פרי אור, לעיל ה"ש 37. מוקד הדיון נגע יותר ליכולת של נישומים להפריד מוניטין (כנכס בר פחת) מזכויות בתאגיד. עיקר המחלוקת שם הייתה האם ביכולתם של נישומים, שהודו שקנו זכויות בשותפות ולא נכס מוניטין לטעון כנגד שפרשנות מהותית של תנאי העסקה מחייבת את פקיד השומה ל בעסקה עסקת רכישת נכס מוניטין ולא עסקה לרכישת זכויות בתאגיד. במובן זה, פסק הדין הנדון מזכיר את ע"מ (מחוזי ת"א) 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.2.2013).

99 ראו עניין שדות בעליון, לעיל ה"ש 74, פס' 33 לפסק דינו של השופט אנגלרד ופס' 18 לפסק דינו של השופט אור.

100 שנים נתן מבנה מס החברות תמריץ להכניס פעילות עסקית אקטיביות לתוך חברה בע"מ כדי להימנע ממס פרוגרסיבי גבוה המוטל על יחידים, לדחות מס (על דיבידנד) ולהימנע ממסי ביטוח לאומי ומס בריאות. תכנון המס גרס שבשנים הראשונות, שבהן בדרך כלל יש בעיקר הפסדים, כדאי להתחיל את הפעילות כשותפות או כשותפות מוגבלת (אם יש צורך עסקי בהגבלת אחריות), ולאפשר ייחוס של הפסדים למשקיעים. לאחר מכן, כאשר העסק התחיל להיות רווחי, היה כדאי להפוך אותו לחברה בע"מ.

מעורר תמיהה בעיקר משום שהדין בעניין לא היה חד-משמעי,¹⁰¹ כל שכן שנקיטת הגישה המצרפית במקרי מכירה של זכויות בשותפות מחייבת שערוך מסובך של נכסים שצפוי לעורר מחלוקת בין רשויות המס לנישומים.¹⁰²

אימוץ גישת הישות הסיר חסם מס של ממש שהכביד על השימוש בשותפויות, והיה אמור להפוך את הזכות בשותפות לנכס שפשוט יותר למכור אותו.¹⁰³ בעוד הגישה המצרפית חייבה את הנישומים לעקוב אחרי הימ"מ ואחרי שווי השוק של כל הנכסים כדי לבצע מכירה רעיונית, גישת הישות חייבה לעקוב רק אחרי הימ"מ של הזכות בשותפות ולחשב את הרווח וההפסד (ההוניים) שהתקבלו בגין מכירה שלו. התפתחות זו הייתה אמורה להפוך את השותפות כנכס לנזילה יותר, להקל על הניהול הריכוזי של שותפויות ולהנגיש את השימוש בהן גם לעסקים ומיזמים בהיקף גדול יחסית. יתר על כן, אימוץ גישת הישות בפסק הדין ובחזור הפך את השותפות לכלי אטרקטיבי הרבה יותר לתכנון מס. שני המרכיבים הללו היו צפויים להגדיל את מספר השותפויות ואת פוטנציאל החיכוך שלהן עם רשויות המס.

כפי שנראה בהמשך, החלת גישת הישות המשפטית מעלה שאלות רבות אשר לא ניתנה עליהן תשובה בפסק הדין או בחזור. העובדה שבכל השנים מאז ניתן פסק הדין והוצא החזור, הגיעה רק מחלוקת אחת (בעניין פרי-אור¹⁰⁴) בקשר לסוגיות אלו, לדיון ולהכרעה בבית המשפט היא מטרידה, בעיקר לנוכח החשש שנישומים עסקיים מתוחכמים משתמשים בשותפויות כדי להשיג מטרות של תכנון מס.

ג. הרפורמה שבוששה לבוא

המאמר מתמקד בסוגיה המוסדית שעלתה בעניין שדות: האם ראוי שבית המשפט ישתמש בכלים של פרשנות תכליתית כדי לעצב את דיני המס? על מה הוא יכול להשפיע ומהן המגבלות של חקיקה שיפוטית בתחום המסים? סוגיה זו, ולא השאלה המהותית אם יש למסות שותפויות לפי הגישה המצרפית או לפי גישת הישות, היא שעמדה בלב המחלוקת בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט בבית המשפט העליון.

לכאורה נקודת המוצא של שופטי הרוב ושופטי המיעוט בעניין שדות הייתה דומה משום שאלה גם אלה גרסו כי עדיף שסוגיה מסית מורכבת כמו מיסוי שותפויות תוסדר על ידי המחוקק.¹⁰⁵ המחלוקת בין השופטים עלתה משום שהשופט אנגלרד טען כי יש לאמץ

101 למעשה עד שנת 2001, כאשר ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין שדות, לא היה שום דיון עקרוני בנושא. שני פסקי הדין שניתנו בבית המשפט המחוזי (עניין שדות במחוזי, לעיל ה"ש 64, ועניין שטרנזיס, לעיל ה"ש 71) נמנעו מאמירות עקרוניות והכריעו במחלוקת שלפניהם לפי "עובדות המקרה" (ראו דיון לעיל הטקסט ליד ה"ש 64-71).

102 ראו דיון לעיל בפרק ב.1.

103 כשהזכות בשותפות נחשבת לנכס עצמאי (כמו מניה) ומכירתה איננה כרוכה בעלויות ציות מיוחדות מבחינת דיני המס (ראו דיון לעיל בפרק ב.1).

104 עניין פרי אור, לעיל ה"ש 37.

105 עניין שדות בעליון, לעיל ה"ש 74, פס' 42 לפסק דינו של השופט אנגלרד ופס' 20 לפסק דינו של השופט אור.

את גישת הישות הואיל והיא מתארת טוב יותר את אופי העסקה, אף שהמחוקק לא קבע כי יש לאמץ אותה, ולמרות ההתנגדות של רשות המסים. בסוגיה זו באה לידי ביטוי המחלוקת העקרונית בין הצדדים בסוגיית תפקידו של בית המשפט: האם עליו לקבל את שיקול הדעת של רשות המסים או לאכוף את דעתו ולהתוות את הדרך להסדר ראוי. התפיסה המוסדית של שופטי הרוב תמכה בגישה אקטיביסטית:

בהיעדר הוראת חוק מפורשת, בבואנו לקבוע את שיטת המיסוי על-פי מדיניות משפטית ראויה, יש לבחון את מהותה האמתית של העיסקה המקימה חבות מס ואת תוכנה הכלכלי.¹⁰⁶

עמדה זו גורסת כי תפקידו של השופט הוא לקבוע תוצאת מס לפי המהות הכלכלית של העסקה כפי שהיא עולה מחומר הראיות. לפי עמדה זו, בהיעדר חקיקה מפורשת קיימת, תפקיד השופט להתוות את הדרך לפתרון הראוי, ותפקיד המחוקק (והרשות המבצעת) הוא להשלים את שטעון השלמה.¹⁰⁷

עיקר ההנמקה של השופט אור, אשר כתב את דעת המיעוט, אינו נוגע לקביעה של דעת הרוב כי גישת הישות עדיפה, אלא להיבט המוסדי בדבר מקומו של בית המשפט ביצירת דיני המסים. עמדתו של אור תומכת בגישה שיפוטית שמרנית הגורסת כי לא מתפקידה של הרשות השופטת לגרום לשינויים גדולים במשטר המס. עמדה זו, שבאופן מפתיע תמך בה גם הנשיא ברק, שואפת לצמצם את תפקידו של השופט בכל הנוגע לקביעת מדיניות מס ראויה, וזאת מתוך תפיסה כי רק המחוקק יכול ליצור הסדר קוהרנטי ומקיף כדי להתמודד עם סוגיות מס מרוכבות:

יהיה הדין הרצוי אשר יהיה, בנוסחה הנוכחי אין פקודת מס הכנסה ערוכה לשינוי כה רדיקאלי בלי שייפגעו עקרונות בסיסיים שעליהם היא מושתתת. על-כן ראוי כי היוזמה למהפכה בדיני המס החלים על שותפות ועל השותפים בה, כפי שמציע חברי, אם תימצא רצויה, תבוא מידי המחוקק.¹⁰⁸

עניין שדות פותח צוהר מעניין לבחינת שתי הגישות השיפוטיות הללו. מכיוון שעבר זמן רב מאז ניתן פסק הדין, נראה שניתן להעריך עד כמה המחוקק ורשויות המס אכן הגיבו על הפסיקה. כפי שכבר הוזכר, לפסק הדין יכלו להיות השלכות גבייתיות-חלוקתיות מרחיקות לכת מבחינת רשויות המס, בעיקר מפני שהוא הגדיל את יכולות תכנון המס של נישומים גדולים ומתוחכמים. לעומת פסקי דין כמו עניין פרי או עניין דמארי-הירשזון, המערבים סוגיות אשר רבים בציבור ובקהילה המשפטית שאינן מתמחים במסים, מודעים לקיומן, מיסוי שותפויות הוא נושא שמעצם טבעו לא יגיע לדיון ציבורי נרחב. אולם דווקא בגלל שלא נצפה לראות לחץ ציבורי כלשהו בנוגע לשאלה המהותית שנדונה בעניין שדות, הדיון בה מהווה מעבדה טובה כדי לבדוק כיצד המחוקק והדרג המקצועי ברשות המסים ובמשרד

106 שם, פס' 33 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

107 שם, פס' 33 ו-40 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

108 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט אור.

האוצר מגיבים על פסיקה שיש לה השלכות מבניות על מערכת המס. המשך החלק הזה ינסה להעריך עד כמה באמת ניתן מענה לסוגיות שפרשת שדות העלתה.

1. סוגיות במיסוי שותפויות אשר קיבלו מענה לאחר פסק הדין בעניין שדות

כפי שהוזכר, התגובה היחידה של מערכת המס על עניין שדות הייתה הוצאת חוזר בנושא שותפויות אשר הסביר כיצד יש לחשב את הימ"מ בזכות של השותף בשותפות. סוגיה נוספת אשר הסדיר החוזר הייתה תוצאות המס של הכנסת נכסים לשותפויות והוצאתם מהן.¹⁰⁹ אף שלא ברור עד כמה מדובר ביצירת דין חדש (לאור הלכת שדות) או באישוש של הנוהג שהיה קיים לפני עניין שדות, אין ספק כי הקביעה שאומצה בחוזר עולה בקנה אחד עם גישת הישות שאימץ פסק הדין. החוזר קובע בפשטות כי כל העברה של נכס על ידי שותף לשותפות (ולהפך) מהווה מכירה רעיונית שלו. כלומר, רואים את מעביר הנכס (השותף או השותפות) כאילו קיבל בעד הנכס שהעביר, תמורה בסך שווי השוק של הנכס. כמו במכירה, העברת הנכס היא אירוע מס למוכר אשר עלול לגרום לו להכיר ברווחים (או בהפסדים). מצד אחר, רואים את מקבל הנכס כאילו קנה את הנכס באופן שהימ"מ ושווי השוק שלו זהים.¹¹⁰

יש קושי בהסדר שהחוזר מציע משום שלעומת ההסדר שנקבע בחוזר בנוגע לשותפויות, הפקודה מאפשרת הסדר של דחיית מימוש לבעל שליטה, לשותפים או לקבוצת שליטה המבקשים להכניס נכסים מסוימים לחברה בע"מ.¹¹¹ נראה כי התפיסה (האינטואיטיבית) שביסוד חקיקה זו, הייתה כי שיקולים של הוגנות ויעילות מצדיקים מתן דחיית מס לנישומים העומדים בתנאים מסוימים כאשר הם מבקשים להתאגד, או להכניס נכסים למבנה

109 ראו חוזר מיסוי שותפויות, לעיל ה"ש 47, בס' 5.1 ו-5.2.

110 הגישה הזו מתיישבת עם תפיסתו של בית המשפט כי השותפות היא ישות מסית נפרדת. בהיעדר הוראה סטטוטורית שקובעת קביעה אחרת, העברת נכסים בין נישומים יוצרת מימוש שמהווה אירוע מס (ראו ס' 88 לפקודה). הרציונאל שביסוד דרישת המימוש הוא מורכב ושנוי במחלוקת, אבל התפיסה העקרונית היא כי כל עוד נישום ממשיך להחזיק בנכס מסוים, אין מקום לקבוע מהם רווחיו לצורכי מס. לעומת זאת, העברה או החלפה של נכס בנכס אחר מהווה אירוע המשנה באופן מהותי את החזקה בו ומצדיקה אירוע מימוש ומיסוי. לכן שותף המעביר נכס לשותפות, תמורת זכויות באותה שותפות, מבצע שינוי מהותי בנכסיו. אף שלכאורה רק החליף נכסים בעלי שווי כלכלי זהה, השותפות עשויה להחזיק מספר רב ומגוון של נכסים ולהפעיל אותם במסגרת עסק, ולכן מהות החזקה מבוזרת ושונה מאוד מהחזקה בנכס אחד. להרחבה ראו Andrea Monroe, *The New Revolution in Partnership Tax?*, 33 VA. TAX REV. 269, 307 (2013); MICHAEL J. GRAETZ & DEBORAH H. SCHENK, *נושא דרישת המימוש* ראו, FEDERAL INCOME TAXATION: PRINCIPLES AND POLICIES 154 (6th ed. 2009); Mary Louise Fellows, *A Comprehensive Attack on Tax Deferral*, 88 MICH. L. REV. 722, 723-729 (1990); David M. Hasen, *A Realization-Based Approach to the Taxation of Financial Instruments*, 57 TAX L. REV. 397, 400 (2004); David M. Schizer, *Realization as Subsidy*, 73 N.Y.U. L. REV. 1549, 1551 (1998); Daniel N. Shaviro, *An Efficiency Analysis of Realization and Recognition Rules under the Federal Income Tax*, 48 TAX L. REV. 1, 12 (1992); David A. Weisbach, *A Partial Mark-to-Market Tax System*, 53 TAX L. REV. 95, 95 (1999).

111 ראו ס' 104 ו-104ב לפקודה.

תאגידי בשליטתם.¹¹² קצרה היריעה של מאמר זה מלפרט את כל השיקולים המצדיקים הוראות אלו, אבל ברור כי ההסדר בחוזר, אשר גורס כי כל הכנסת נכס לשותפות מהווה אירוע מימוש, אינו מתיישב עימם. גם אם יש למסות את השותפות לפי גישת הישות, לא ברור מדוע יש למנוע משותפים אופציות לדחיית מס שנתונות לבעלי מניות בחברה.¹¹³ ניתן להצדיק את ההסדר בחוזר כמדיניות מס ראויה המקדמת עקרונות אנטי-תכנוניים. שותפויות עשויות להיות כלי תכנוני ככל שהן מאפשרות לנישומים להסיט רווחים והפסדים בין נישומים שונים. על רקע זה ניתן לראות את ההסדר שנקבע בחוזר כהסדר שכופה מימוש בכל העברה של נכס לשותפות ובכך מונע מנישומים להכניס (או להוציא) רווחים או הפסדים לא ממומשים לשותפות או ממנה. הסדר זה למעשה חוסם יכולת של נישומים להשתמש בשותפות כאמצעי להסתת הפסדים ורווחים לא ממומשים שיש להם בנכסים קיימים. בעקבות החוזר, הסתת הכנסה כאמור אפשרית "רק" בנוגע להפסדים ולרווחים אשר נוצרו במהלך חיי השותפות.¹¹⁴

ראוי לציין כי גם אם החשש מתכנוני מס הנחה את הקביעה של רשות המסים בזמן כתיבת החוזר, הרי לא ניתן לכך ביטוי בו. אי לכך, אף שההסדר שנקבע בנושא זה הוא (על פניו) ראוי, קשה להעריך אם מנסחי החוזר עיצבוהו מתוך שאיפה לקוהרנטיות דוקטרינרית, מתוך ראייה שאי-אפשר להחיל הסדרים של דחיית מימוש ללא אישור מפורש בחקיקה ראשית, מתוך הבנת הפוטנציאל התכנוני בשותפויות, או במקרה.

חיזוק לטענה כי לא עמדה מחשבה סדורה ביסוד המדיניות שהותוותה בחוזר ניתן לראות בהתפתחות רבת המשמעות האחרונה בנושא. במסגרת פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 221), התשע"ו–2015 (להלן: "התיקון"), תוקן סעיף 103א באופן שפרק שינויי המבנה בפקודה יחול גם על שותפויות רשומות.¹¹⁵ מדובר בתיקון טכני לכאורה, אך המשמעות שלו הן מרחיקות לכת. בתמצית, פרק שינויי מבנה, אשר מוסדר בסעיפים 103–105 לפקודה, קובע שורה של תנאים מורכבים שלפיהם בעסקאות של מיזוג, פיצול או העברת נכסים הקשורים לתאגידים, ניתן לקיים את העסקה תוך דחיית מימוש (כלומר שהבעלות על הנכס תחליף ידיים תוך שהנכס שומר על יתרת המחיר המקורי שלו מבלי שתוכר מכירה לצורכי מס). במילים אחרות, תיקון החקיקה מאפשר את פרצת המס שהחוזר חסם בכך שהוא מאפשר להכניס לשותפויות נכסים ללא מימוש ובכך להסיט רווחים או הפסדים אשר נוצרו לפני שהנכס הוכנס לשותפות. לעומת החוזר, אשר איננו מסביר מדוע יש לאמץ עמדה של מימוש בעת הכנסת הנכס לשותפות, הצעת החוק לוותה בדברי הסבר. אולם דברי הסבר אלו לקוניים מאוד, ועיון בהם, כמו גם עיון בפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים, מעלה חשש

112 שני סוגים של עסקאות שבהם יש דחיית מס הם הכנסת נכסים לתוך חברות, ומיזוגים. בכל המקרים הללו דחיית המס מתאפשרת רק אם העסקאות עמדו בתנאים מסוימים המפורטים בחוק. ראו אמנון רפאל ואלעד בראונר "העברות פטורות של נכסים לחברה לפי פקודת מס הכנסה" מיסים כא/4-1 (2007); אמנון רפאל וליאור קריסטל "מיזוג חברות" מיסים כד/5-1 א-1 (2010).

113 הקושי הזה מתעצם בגלל שלא ברור אם הפקודה תאפשר גם לחברות שקופות ליהנות מהסדרים של דחיית מס. ס' 1א64 לפקודה שמסדיר את סוגיית החברה השקופה, איננו מתייחס לנקודה זו.

114 ראו דיון להלן בחלק 3 של פרק זה.

115 כלומר שותפויות הרשומות ברשם השותפויות. לעניין רישום שותפויות ראו ס' 4–13 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה–1975.

כי מי שהיה אחראי לתיקון החקיקה, לא היה מודע כלל לתכנוני המס שהתיקון מאפשר ולהשלכות הגבייתיות והחלוקתיות הנובעות מהם.¹¹⁶

עיון מדוקדק בהליך החקיקה מלמד כי מדובר בהצעת חוק ממשלתית, שסביר להניח שהיוזמה לה הגיעה מרשות המסים, הגוף אשר מרכז בידיו מומחיות רבה ואשר אמון בין השאר על גביית מס אמת ומניעת תכנוני מס. תהליך החקיקה הושלם בהליך מזורז של קצת יותר מחודשיים. שבעה ימים לפני שאושר בקריאה שנייה ושלישית, הובא החוק לדיון בוועדת הכספים של הכנסת. בדיון, אשר אך פחות מעשרים דקות, בלטה תמיכתם של נציגי לשכת עורכי הדין ורואי החשבון בתיקון. הדיון התרכז בשאלה אם יש להחיל את התיקון על כל סוגי השותפויות או רק על שותפויות רשומות. הוא כמעט לא עסק בפרטי ההסדר ובמשמעויותיו, ומיותר לציין שבפרק זמן קצר זה לא הובהרה המכניקה המורכבת של מיסוי שותפויות ולא נדונה אף אחת מההשלכות האפשריות של התיקון על הסטת הכנסה ותכנוני מס (לא על ידי גורמים בסקטור הפרטי ולא על ידי נציגי רשות המסים).¹¹⁷

ראייה אופטימית של הליך החקיקה תבחר לאפיין את התיקון כצעד אינקרמנטלי אשר פישרו והיוזמה לחקיקתו לא לגמרי ברורים. ראייה אופטימית פחות תאפיין את התיקון כפעולה המייצרת כר נרחב לתכנוני מס ואשר נעשתה בתמיכת נציגים מהסקטור הפרטי. מעל לכול, התיקון מעלה תהייה מטרידה בכל הנוגע לתפיסת שופטי הרוב בפסק הדין בעניין שדות כי המחוקק ישלים הסדרים חסרים בתגובה לפסיקת הרוב. יותר ממש עשרה שנה לאחר מתן פסק הדין, נראה כי רשות המסים טרם גיבשה מדיניות קוהרנטית בנוגע למיסוי שותפויות וכי עדיין לא נצברו אצלה הניסיון והידע הדרושים כדי להתמודד עם המורכבות של אימוץ שיטת הישות שבעניין שדות.

2. הסדרים שלא ניתן להם מענה ברור לאחר פסק הדין בעניין שדות

אף שהחזור נתן מענה לכמה שאלות הנובעות מאימוץ גישת הישות, ההסדרים בנוגע לשאלות רבות אחרות נותרו עמומים. מכיוון שהדין הקיים בנושא שותפויות היה לקוני ועמום מלכתחילה, אי־אפשר לקבוע כי פסק הדין הפך אותם לעמומים יותר. עם זאת, העלות החברתית הפוטנציאלית של העמימות בנוגע להסדרים אלו גדלה במידה ניכרת משום שפסק הדין בעניין שדות הפך את השותפות לכלי תאגידי ולאמצעי תכנון מס זמינים יותר.

ההגדרה של שותפות, שלא כהגדרה של חברה, נשארה במידה רבה אמורפית. הואיל ושותפות איננה חייבת להיות רשומה במרשם השותפויות כדי להיכנס לגדרו של סעיף 63 לפקודה, עולה השאלה מה מבדיל בין שותפות ובין מיזם משותף (joint venture). התקדים

116 דברי ההסבר נמצאים במלואם בעמ' 391 להצעת החוק: "מוצע לתקן את סעיף 103א(א) לפקודה כך שהוראות חלק ה'2 לפקודה, שעניינו שינוי מבנה ומיזוג, יחולו גם על שותפויות רשומות שאישר המנהל לעניין זה. חלק ה'2 לפקודה בנוסחו הקיים אינו כולל התייחסות לשינויי מבנה הנעשים באמצעות שותפויות. כך למשל, הליכים כגון העברת נכס מחברה לשותפות שבה החברה מחזיקה כמעט במלוא הזכויות, ביצוע הליך הדומה להליך מיזוג חברות או העברת נכס בין שותפויות אשר נמצאות בבעלות זהה וכן הליכים נוספים, אינם אפשריים במסגרת הדין הקיים".

117 לעיון בהצעת החוק ובהליך הצעת החוק ראו <http://bit.ly/2LaNitS>.

של פסק הדין בעניין שדות, והחוזר שיצא בעקבותיו, יצרו הבחנה משמעותית מאוד בין דיני המס החלים על פעילות עסקית ובין אלו החלים על פעילות במסגרת של שותפות.¹¹⁸ מבחינת דיני המס, החופש של נישומים לבחור את המבנה התאגידי שלהם עשוי לעורר קשיים, כפי שהדוגמה של שותפויות מדגימה. מכיוון ששותפות איננה חייבת להיות רשומה, עלול להיות קושי לזהות שותפות. זיהוי בדיעבד של עסק מסוים כשותפות עשוי להטיל קשיים ראייתיים ועלויות על נישומים ורשויות המס בשל הצורך לנתח בדיעבד את תוצאות המס של פעולות מסוימות. יתרה מזו, בגלל החשש לשימוש לרעה בשותפות למטרות של הסתת הכנסה (שיידון להלן), ישנו גם חשש כי נישומים ינסו לנצל את הקשיים הראייתיים הנזכרים לעיל כדי לטעון לקיומה (או לאי-קיומה) של שותפות בדיעבד כדי לקדם מטרות תכנון מס מסוימות. כדי להימנע מתכנון מס שכזה, היה ראוי שהאפשרות להשתמש בשותפות תותנה, לכל הפחות, ברישום קונסטיטטיבי ברשם החברות בדומה לאופן שבו ההכרה בחברה מחייבת רישום ברשם החברות.¹¹⁹

ההגדרה הסטטוטורית של שותפות חשובה גם לצורך מיסוי בין-לאומי. כזכור, שותפויות נתפסו בעבר כהתאגדויות שמתאימות לעסקים קטנים שבהם אין הפרדה בין הניהול לבעלות. פעילותם של גורמי חוץ בישראל, בעיקר קרנות הזנק והון סיכון, מחייבת חשיבה מחדש על ההגדרה של שותפות. חלק ניכר מהקרנות הללו פועלות במסגרות תאגידיות מורכבות (כגון ה-LLC שהיא מסגרת שדומה מאוד לחברה בע"מ)¹²⁰ ומבחינה מסית לרוב יסווגו כשותפויות וימוסו באופן שקוף במדינות שבהן הן פועלות.¹²¹ ככל

118 לדוגמה, במיזם משותף לא נדרשת מכירה רעיונית של נכסים כאשר כשיש רק שיתוף פעולה עסקי. לעומת זאת, החוזר קובע שהעברת נכס לשותפות מחייבת מכירה רעיונית לפי גישת הישות. כפי שנראה בהמשך, גם אפשרויות תכנון המס שפתוחות לפני נישומים בשותפות, שונות לחלוטין מהאפשרויות במצב שבו אין שותפות. לאור זאת, היה מקום להגדיר "שותפות" לצורכי מס, ולהגדיר את הפעילות העסקית הנכנסת בגדרה באופן הדוק יותר ולא להסתפק בהגדרה הלקונית שבדין של ס' 63 לפקודה. לדיון נוסף בהקשר זה ראו Bradley T. Borden, *The Federal Definition of Tax Partnership*, 43 Hous. L. Rev. 925 (2006) (להלן: Borden, *The Federal Definition*).

119 רישום שכזה לא יבטיח כמובן שהשותפות איננה מנוצלת למטרות של תכנון מס אבל יהווה מעין נורת אזהרה לנגד עיני רשויות המס לקיומו של פוטנציאל לתכנון מס, ולמצער ייתר מחלוקת עתידית פוטנציאלית בין הנישומים לרשויות המס כאשר לשאלה אם הנישומים היו מאוגדים בשותפות אם לא.

120 ה-LLC ממוסה בישראל כחברה. עם זאת, חלק ניכר מהתאגידים וקרנות ההשקעה הפועלים בישראל לא בהכרח פועלים מארצות הברית והם עשויים להגיע ממקומות שונות בהן שיטות משפט שונות ומגוונות (והרבה פעמים ממקלט מס). ישנו סיבוך בכל הנוגע לאופן שבו יש להתייחס להכנסות שיוחסו לתושב ישראל המחזיק ב-LLC וחייב במס (כשותף) בגין ההכנסות שיוחסו לו (גם אם בפועל לא התבצעה חלוקה). לפירוט הנוגע ל-LLC ראו מנחם כהן ובני קלדרון "L.L.C. ומיסוי בישראל" עדכוני מסים 111, 65, 66-65, 70 (2015).

121 על רקע הקושי לעצב מערך כללים קוהרנטי שיגדיר שותפויות באופן שיבדיל אותן מתאגידים אחרים (בעיקר חברות), רשות המסים האמריקנית החלה להרחיב את ההגדרה של ישויות תאגידיות שזכאיות למיסוי שקוף. מהלך זה הגיע לשיאו בשנת 1997 כשנקבעו בארצות הברית תקנות מס ה-check the box אשר נתנו לנישומים חופש ניכר לקבוע אם ישות מסוימת צריכה להיות ממוסה כחברה בע"מ או כשותפות שקופה. מהלך זה הקל את יצירתם של תאגידים כגון ה-LLC אשר מבחינה עסקית תפקדו כחברות (מספר משקיעים גדול, ניהול ריכוזי ואחריות משפטית מוגבלת) אך מבחינה מסית הוגדרו לרוב כשותפויות ומוסו באופן שקוף. חלק ניכר מהמשקיעים וממתכנני המס המתוחכמים ביותר (קרנות

שהפעילות של קרנות ומשקיעים מחו"ל במשק הישראלי תהיה עמוקה יותר, כך יגבר הצורך להבהיר מהי שותפות לצורכי מס. לשאלה זאת עשויות להיות השלכות כלכליות וגבייתיות מורכבות.¹²² אימוץ גישת הישות המשפטית מגביר את הצורך לחשוב מחדש על הכללים שיקבעו איזו ישות תאגידית זרה זכאית לקבל מיסוי שקוף, וכיצד דיני המס הכלליים, והכללים הקבועים באמנות המס, צריכים להתייחס לפעילות של ישות כזו בישראל.¹²³ מלבד הגדרת השותפות, גם ההגדרה של זכות בשותפות נותרה עמומה. זכות בשותפות היא בעיקרה זכות חוזית אשר ממנה נגזרות חובותיו וזכויותיו של השותף כלפי השותפים האחרים וכלפי נושי השותפות.

ההסדרה החוקית הקובעת מה הזכות הזו יכולה לכלול גם היא מינימלית.¹²⁴ מבחינת דיני המס, חוסר ההגדרה הזה הוא בעייתי ביותר משום שייחוס ההכנסה לשותפים מתבסס על הגדרת הזכות שלהם בשותפות.¹²⁵ החוסר בהגדרה מדויקת של הזכות בשותפות מבחינת דיני המס מאפשר שני סוגים של תכנוני מס: אלו הנוגעים להסתת הכנסה (סוגיה אשר תידון ביתר פירוט בחלק הבא) ואלו הנוגעים ליכולת של שותפים להמיר את ההכנסות מעבודה בהכנסות הון.¹²⁶ לעניין זה חשיבות בשל ההיתכנות ששיעור המס השולי של הכנסות הון יהא נמוך מזה של הכנסות עבודה. שלא כמו מתן אופציות או מניות,¹²⁷ דיני המס אינם מסדירים מה קורה כאשר שותף מקבל זכויות בשותפות בתמורה לעבודה או להון האנושי (קשרים, מוניטין). מכיוון שפסק הדין בעניין שדות הכיר בזכות בשותפות כנכס עצמאי, תיאורטית יכול להיווצר מצב שבו שותפים אשר קיבלו את הזכות בשותפות

הגידור, הון סיכון, חיפוי נפט וקרנות להשקעות נדל"ן) פועלים באמצעות תאגידים שהם שותפויות לצורכי מס. ראו יובל נבות "זיכוי מס זר על הכנסת LLC" מיסים כה/6, א-24, פס' 1.1 (2011). ראו גם Karen C. Burke, *Passthrough Entities: The Missing Element in Business Tax Reform*, 40 PEPP. L. REV. 1329, 1330-1331 (2013); Gregg D. Polsky, *A Compendium of Private Equity Tax Games* (UNC Legal Studies, Research Paper No. 2524593, 2014), <http://bit.ly/2OV8mqH>

122 למשל, הגדרה צרה של "שותפות" עשויה לגרום לכך שחלק ניכר מהתאגידים הללו יוגדרו כחברות ויהיו חשופים למס חברות. החשיפה למס עשויה להוות שיקול אצל חלק מהתאגידים הללו לפני החלטה בדבר מידת הפעילות העסקית האקטיבית והנוכחות הפיזית שלהם בישראל. לעומת זאת הגדרה רחבה תאפשר לעסקים ישראלים רבים להתאגד כישות תאגידית שקופה בחו"ל, ובכך להימנע מלשלם מס חברות בישראל על ידי כך שייחסו את הכנסתם למשקיעים בחו"ל. הסטת הכנסה לחו"ל איננה עניין פשוט, שכן רשויות המס עשויות להשתמש בכללי המקור (ס' 4 לפקודה) ובכללים הנוגעים למחירי העברה (ס' 85 לפקודה) כדי לקבוע שהכנסה עסקית מסוימת צריכה להיות מיוחסת לישראל. עם זאת, קיימת הסכמה בספרות שכללי המקור והכללים הנוגעים לתשלומי העברה רחוקים מלהיות מושלמים וכי הם מאפשרים מידה לא מבוטלת של הסטת הכנסה. ראו מיכאל בריקר, דורון הרמן ודרור לוי "סיווג ישויות זרות על-פי דיני המס בישראל" מיסים יח/א-54, 55 (2004); נבות, לעיל ה"ש 121, פס' 1.4.

123 לסקירה כיצד מדינות שונות ובכללן ישראל מתייחסות לסיווג של ישויות זרות ראו בריקר, הרמן ולוי, לעיל ה"ש 122, בעמ' 55-72; John F. Avery Jones et al., *Characterion of Other States*; 72-55; *Partnerships for Income Tax*, 56(7) BULLETIN INTERNATIONAL TAXATION (July, 2002).

124 ראו ס' 30 ו-34 לפקודת השותפויות.

125 Bradley T. Borden, *The Allure and Illusion of Partners' Interests in a Partnership*, 79 U. CIN. L. REV. 1077, 1083 (2011). (להלן: Borden, *The Allure*).

126 שם, בעמ' 1077-1078.

127 ראו ס' 102 לפקודה.

בתמורה לעבודתם, ימכרו זכות זו כנכס הוני ובכך ימירו את ההכנסות שלהם מעבודה (אשר עשויות להיות חשופות למס פרוגרסיבי בשיעור מס שולי גבוה) ברווחים הוניים, החשופים לשיעור מס מופחת.¹²⁸

בהקשר של המרת הכנסות פירותיות מעבודה או מעסק בהכנסות הוניות, השימוש בשותפות חושף שתי בעיות בסיסיות יותר במערכת מס ההכנסה: הקושי להבדיל בין הכנסות פירותיות הצומחות מפעילות עסקית לבין רווחי הון;¹²⁹ והקושי להפריד בין הכנסות מעבודה לרווחי הון כאשר נישום פועל בכשירות מעורבת – כמשקיע וכעובד.¹³⁰ הבעיות הללו, והשימוש במבנה בתאגיד כדי להשיג את מטרת תכנון המס, אינן ייחודיות לשותפויות, אלא קיימות גם בהקשרים אחרים. עם זאת, האופן הלקוני שבו החוזר מתייחס לעניין הזכות בשותפות, יוצר קושי מיוחד אשר עלול לעודד תכנוני מס.¹³¹ דבר זה מטריד בעיקר משום שיש אינדיקציות רבות לכך שמעסיקים השתמשו בתכנוני מס מהסוג הזה כדי לתגמל מנהלים שכירים בחו"ל.¹³² מכיוון שהמחוקק יצר הסדרים אשר נועדו לפתור בעיות

128 לדוגמה, שוו בנפשכם שותפות המחזיקה בכמה נכסי נדל"ן ומקצה זכויות ברווחי השותפות לזים בתחום שתורם לטובת השותפות (רק או בעיקר) את העבודה, הניסיון והקשרים שלו. לאחר זמן מה, כשערך הנכסים שניהלה השותפות עולה, אבל לפני שהשותפות מימשה את רווחיה על ידי מכירת הנכסים, הזים מוכר את החזקותיו בשותפות. ניתן בהחלט לטעון כי החזקותיו בשותפות מהוות נכס הוני, ולכן רווחיו ייחשבו לרווח הון. הפיכת הזכות בשותפות לנכס עצמאי אפשרה לזים להפוך רווחים עסקיים (שהיו אמורים להיות ממוסים בשיעור מס פרוגרסיבי) לרווחים הוניים הממוסים בשיעור מס אחיד.

129 הקושי נובע מכך שהשווי של נכסים הוניים הוא במידה רבה פועל יוצא של הערך (המהוון) של תזרים המזומנים שמופק מהם.

130 ראו Edward D. Kleinbard, *An American Dual Income Tax: Nordic Precedents*, 5 NW. J. L. & Soc. POL'Y 41, 41-42 (2010).

131 החוזר מניח כי הזכות בשותפות מוגדרת כזכות להכנסות וכי היא ניתנת אך ורק באופן יחסי להשקעה ההגנית של השותף. לא ברור איך רשויות המס ובתי המשפט יגיבו על זכויות המשקפות מערכת יחסים מורכבת יותר, ובכללה זכות המשקפת תמורה מעורבת להון ולעבודה. לפחות כל עוד לא נקבעה קביעה אחרת בפסיקה, פרשנות סבירה (אם כי לדעתי בלתי מוצדקת) של הדין הקיים יכולה לטעון כי מכירה של זכות בשותפות צריכה להיחשב למכירה של נכס הוני גם אם הזכות ניתנה בתמורה לעבודה. פסק הדין האחרון של בית המשפט העליון בנושא השאיר אותו פתוח (ראו ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נ' ניסים (פורסם בנבו, 2.2.2014)). פסקי דין מהשנים האחרונות צמצמו מאוד את האפשרות שעובדים יקבלו במישרין כספים שיוגדרו כתגמול הוני ממעבידיהם, מה שעשוי לגרום למתכנני מס להשתמש בכלים תאגידיים כדי להשיג מטרה זאת. לדעתי, פרשנות שכזו, שתאפשר את תכנון המס האמור, תהיה שגויה מבחינה דוקטרינרית. אם הנושא יגיע לדיון, בהחלט ייתכן שייקבע שיש לראות את הזכות לרווחים כאילו נמכרה מכירה רעיונית תמורת עבודה (קביעה שאמנם תוריד את המוטיבציה לתכנן תכנון מס, אך תעלה שאלות לא פשוטות של שערורן). לדיון בנושא של הכנסות רעיוניות ראו ע"א 8131/06 אלישע בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פס' 1-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 29.3.2009). אם הנושא יגיע לבית המשפט בתנאים מסוימים ולפי הכללים שנוסחו בידי בית המשפט העליון בעניין אלישע, יראו במתן זכויות בשותפות מכירה של נכס תמורת עבודה.

132 לבעיה בארצות הברית ראו Victor Fleischer, *Two and Twenty: Taxing Partnership Profits in Private Equity Funds*, 83 N.Y.U. L. REV. 1 (2008); Heather M. Field, *The Real Problem with Carried Interests*, 65 HASTINGS L. J. 405 (2014); Mark P. Gergen, *Pooling or Exchange: The Taxation of Joint Ventures Between Labor and Capital*, 44 TAX L. REV. 519, 538 (1989); Mark P. Gergen, *Reforming Subchapter K: Compensating Service Partners*, 48 TAX L. REV.

מהסוג הזה בכל הנוגע להקצאת זכויות לעובדים שכירים בחברות,¹³³ עולה החשש שנישומים מתוחכמים ישתמשו בשותפויות כדי להשיג יתרון מס שנמנע מהם להשיג באמצעות השימוש בחברה.

לאחרונה התקבלה עדות נוספת עד כמה הדין בהקשר של מיסוי שותפויות נותר לא מפותח. בפסק הדין בעניין פרי אור עלתה השאלה אם חברה שרכשה זכויות בשתי שותפויות, יכולה לטעון כי מבחינה מהותית רכשה נכסי מוניטין.¹³⁴ אמנם מוקד הדין בפסק הדין היה היכולת של נישומים להפריד מוניטין מרכישת זכויות בתאגיד,¹³⁵ אולם במסגרת הדין בטענות המערער (שנדחו), דנה השופטת אגמון-גונן בתחולתה של הלכת שדות ובשאלה אם היא מאפשרת לראות ברכישת זכויות בשותפות רכישה של נכסים.¹³⁶ פסק דין זה מדגים עד כמה החוסר בהסדרה של סוגיית מיסוי השותפויות הוא עמוק. אפילו שאלה יסודית אם מכירת זכויות בשותפות כוללת מכירה של נכסים לא מוחשיים הקשורים בפעילותה, עדיין פתוחה יותר מעשור לאחר פסק הדין בעניין שדות.

לכך שמאז פסק הדין בעניין שדות רק המקרה של פרי אור הגיע לדין שיפוטי, למרות העמימות הרבה בדין,¹³⁷ ניתן להציע כמה הסברים. אפשרות אחת היא שיש הבנה בין רשויות המס למייצגים של נישומים אשר איננה מעוגנת בדין הפורמלי. לחלופין, ייתכן שהנישומים ומתכנני המס שלהם לא באמת שינו את התנהגותם בעקבות פסק הדין בעניין שדות והם עדיין נמנעים מלהשתמש בשותפויות למטרות עסקיות ולמטרות תכנון מס.¹³⁸ הסבר אחר אולי טמון באחוזי השומה הנמוכים של שותפויות ובחוסר ניסיון אצל עובדי רשות המסים ואצל חלק מהמייצגים מהסקטור הפרטי בסוגיות מעין אלו. חוסר הניסיון אולי מביא לפשרות ולאכיפה לא שיטתית. בהיעדר מידע, קשה לקבוע איזה תמהיל של ההסברים המובאים לעיל משקף היטב את המציאות של היעדר פסיקה בנושאים אלו.

3. חוסר התמודדות עם הפוטנציאל התכנוני של שותפויות בכל הנוגע להסטת הכנסה

אימוץ גישת הישות המשפטית בפסק הדין בעניין שדות לא רק השאיר על כנו בעיות קיימות במשטר מיסוי השותפויות, אלא גם יצר בעיות חדשות. כפי שהוסבר לעיל, עיקר החשש

HM REVENUE & CUSTOMS, PARTNERSHIPS: A REVIEW (1992) 69. לבעיה דומה בבריטניה ראו OF TWO ASPECTS OF THE TAX RULES: CONSULTATION DOCUMENT (2013).

133 ראו להדגיש שגם בחברות, תכנון המס הזה אפשרי ככל שהוא נוגע למייסדי חברה אשר יכולים להמיר את הכנסתם מעבודה בהכנסה של החברה על ידי כך שיימנעו ממשכת שכר או דיבידנד. עם זאת, חשוב להבין כי תכנון המס הזה מערב בעיקר דחיית מס ולא הימנעות ממס (שכן ההכנסה חשופה למס הן ברמת החברה הן ברמת בעל המניות) והימנעות בעיקר ממסי ביטוח לאומי ומס בריאות.

134 עניין פרי אור, לעיל ה"ש 37.

135 שם, פס' 4 ר-5 לפסק הדין.

136 שם, פס' 3 לפסק הדין.

137 ראו דיון להלן בחלקים 2.ג ו-3.

138 חלק מההסבר עשוי להיות קשור לכך שכיום, בחברות פרטיות בבעלות ריכוזית, תכנון המס האפקטיבי (במקרה של רווחים) הוא עדיין שימוש בחברה בע"מ כדי להימנע ממס הכנסה המוטל בשיעור פרוגרסיבי על יחידים (וממסי ביטוח לאומי ובריאות). ראו Bret Wells, *Pass-Through Entity Taxation: A Tempest in the Tax Reform Teapot*, 14 Hous. Bus. & Tax L.J. 1, 23 (2013).

באימוץ גישת הישות המשפטית נובע מהאופן שבו נישומים יכולים לנצל את הנזילות היחסית של זכויותיהם בשותפות כדי לקדם מטרות של תכנון מס.¹³⁹ היכולת לתכנן מס באמצעות שותפויות אחרי פסק דין שדות נובעת מכמה מרכיבים: חוסר הגדרה ברורה של שותף, היעדר הגדרת תפקידו של הסכם השותפות בקביעת תוצאות המס, היעדר הסדרים בנוגע להפסדים פסיביים וקיצוזם, היכולת של נישומים למכור את הזכות לרווחי/הפסדי השותפות לנישומים אחרים החשופים למס נמוך או גבוה יותר, ועמימות בנוגע לשאלה מה יקרה במצב שבו סך ההפסדים אשר ייוחסו לנישום גדול מהימ"מ שלו בשותפות.

המרכיב הראשון ביכולת להסיט הכנסה באמצעות שותפות נעוץ בכך שהפקודה אינה מגדירה מי יכול להיות שותף. תנאי להקמת השותפות הוא שיהיו שני שותפים פעילים בעסק. קשה לקבוע מה המשמעות של שותף פעיל כאשר אחד מהשותפים הוא תאגיד, ונראה שיש לייחס את ההכנסות (וההפסדים) של השותפות גם לשותפים פסיביים אשר אינם שותפים לניהול עסקי השותפות.¹⁴⁰ מצב זה יוצר פתח נרחב לתכנוני מס. למשל, אם לשותפות מסוימת יש הפסדים לצורכי מס, ולשותפים אין הכנסה חייבת שכנגדה הם יכולים לקזז את ההפסדים, במצב דברים זה ניתן להקצות זכויות לשותפים מוגבלים, שיש להם הכנסות חייבות במס, כדי שינצלו את הפסדי המס. תכנון אחר יהיה למכור חלק בשותפות רווחית המייצרת הכנסות עסקיות החשופות לשיעור מס גבוה, לנישומים מוגבלים החשופים לשיעור מס נמוך (לדוגמה, משקיעי חוץ או קרנות פנסיה). בשני המקרים, העברת הזכויות מאפשרת לשותפים למכור את תכונות המס של העסק שלהם, מבלי לאבד את השליטה בעסק, ומאפשרת לקונים שלא להיחשף (באופן מלא) לסיכונים העסק. כאשר בעבר עלו שאלות, מי ראוי להיחשב לשותף, הפסיקה נקטה עמדה ליברלית אשר הקלה על הסטת הכנסה גם במקרים בוטים יחסית.¹⁴¹ עם זאת, מכיוון שמדובר בפסקי דין ישנים של בתי משפט מחוזיים אשר אינם מהווים תקדים מחייב, קשה לקבוע איזה משקל יהיה להם אם תעלה הסוגיה בעתיד.¹⁴²

המרכיב השני הוא שלא ברור איך רשויות המס ובתי המשפט יתמודדו עם הסכם שותפות מורכב. כפי שהוסבר לעיל, החוזר קבע שהכנסות והפסדים של השותפות אשר מיוחסים לשותפים, צריכים לשנות את הימ"מ שלהם בשותפות. החוזר נמנע מלפרט אילו הכנסות יש לייחס לכל שותף. הסכם השותפות יכול להיות פשוט ולקבוע כי חלקו של כל

139 Brett Freudenberg, *Losing my Losses: Are the Loss Restriction Rules Applying to Australia's Tax Transparent Companies Adequate?*, 23 AUSTR. TAX FORUM 125, 127 (2008)

(להלן: Freudenberg, *Losing my Losses*).

140 ראו פרק ו' לפקודת השותפויות, המתייחס לשותפות מוגבלת, ובפרט ס' 64 לפקודה, המתייחס לכך ששותפים הנהנים מאחריות מוגבלת אינם יכולים לקחת חלק פעיל בניהול השותפות.

141 ראו עמ"ה (מחוזי חי') 149/88 גדבאן נ' פקיד שומה עכו נהריה (פורסם בנבו, 12.3.1991); עמ"ה (מחוזי חי') 140/89 דר נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו, 27.6.1990); עמ"ה 6/90 (מחוזי ב"ש) כדורי נ' פקיד שומה באר שבע (לא פורסם, 1993). בשלושת פסקי הדין הללו הכיר בית המשפט בכך שילדים היו שותפים בעסק למרות המוטיבציה הברורה להסיט הכנסה ואף שמידת פעילותם בעסק לא הייתה לגמרי ברורה.

142 ראוי לציין כי ס' 63(ב) לפקודה מקנה לפקיד השומה יכולת לקבוע שהשותפות איננה קיימת ולמסות רק שותף אחד, אבל קשה לראות כיצד ניתן לעשות זאת בנוגע לשותפות מוגבלת רשומה, שבעניינה אין מחלוקת שקיימת שותפות בין לפחות שני שותפים פעילים כלליים.

שותף בהכנסות, בהוצאות וברוחי השותפות יהיה פרופורציונלי למידת השקעתו הכספית בשותפות. עם זאת, חשוב לזכור כי הסכם השותפות הוא סוג של חוזה אשר נועד להתאים את זכויותיהם וחובותיהם של צדדים שונים לסיכונים ורווחים העולים מפעילות כלכלית במציאות מורכבת. לכן בפועל, הסכמי שותפות יכולים גם להיות שונים מאוד ומורכבים בכל הנוגע לכללי קדימה, לזכות לרווחים ולחשיפה להוצאות.¹⁴³ הבעיה היא שרשות המסים צריכה לייחס את הכנסות השותפות לשותפים עצמם גם בשנים שבהן לא התבצעה בפועל חלוקה של רווחים. לא ברור כיצד רשות המסים תייחס הכנסות והוצאות לצורכי מס כאשר הסכם השותפות קובע כי שותף מסוים, האחראי לתשלום הוצאות מסוימות (לדוגמה, שכירות), או זכאי להכנסות מסוימות (לדוגמה, ריבית מאג"ח), מנוע מליהנות מהכנסות אחרות (לדוגמה, הכנסות ממכירות מחו"ל) או זכאי לקדימה מסוימת בחלוקת הנכסים בפירוק.

הקושי הראשון שהסכם שותפות מורכב מעלה הוא בתחום האכיפה. לא ברור כמה משאבים רשות המסים יכולה להשקיע בבחינת הסכמי השותפות השונים וביכולת להעריך עד כמה הם אכן משקפים נאמנה את מערכת היחסים שבין הצדדים.¹⁴⁴ הקושי הזה מתעצם כאשר הצדדים קשורים זה לזה בקשרים משפחתיים וחברתיים באופן שייתכן כי הסכם השותפות הפורמלי איננו משקף היטב את היחסים ביניהם.¹⁴⁵ בהיעדר יכולת אכיפה כאמור, תצטרך הרשות להסתמך על הדיווח של הנישומים כדי לקבוע כמה הכנסות (והפסדים) יש לייחס לכל אחד מהם, וזאת גם בשנים שבהן הנישומים לא השקיעו נכסים בשותפות ולא קיבלו ממנה נכסים.

הקושי השני הוא מהותי: אם הסכם השותפות יהווה את הבסיס לקביעה מה יש לייחס לכל אחד מהשותפים, הדבר יגדיל את היכולת של נישומים לתכנן מס באמצעות השותפות.¹⁴⁶ שלא כחברה ציבורית, השותפות היא בדרך כלל תאגיד עם מספר מוגבל של שותפים, ולפיכך מנהלי השותפות מודעים להעדפות המס של השותפים ויכולים לתכנן את אסטרטגיית המס של השותפות כדי להשיג יתרונות מס לבעליה.¹⁴⁷ לדוגמה, הניחו מצב שבו שני שותפים מנהלים עסק פעיל במסגרת שותפות, אחד מהשותפים חשוף למס נמוך בגין הכנסותיו מעסק, ואילו האחר חשוף למס שולי גבוה בגין הכנסותיו העסקיות. השותפות איננה מחלקת את רווחיה אלא מחזיקה כמה נכסי השקעה – למשל איגרות חוב ודירה שהיא משכירה למגורים – ואחזקתיה אלו אינן עולות כדי עסק באופן ששיעור המס

143 לדוגמאות נוספות בהקשר האמריקני ראו Borden, *The Allure*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1082; CUNNINGHAM & CUNNINGHAM, לעיל ה"ש 45, בעמ' 31–68; GUNN & REPETTI, לעיל ה"ש 45, בעמ' 43–70.

144 Mark P. Gergen, *The End of the Revolution in Partnership Tax*, 56 SMU. L. REV. 343, 344 (2003).

145 Emily Cauble & Gregg D. Polsky, *The Problem of Abusive Related-Partner Allocations*, 16 FLA. TAX REV. 479 (2014).

146 Borden, *The Allure*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1127–1128.

147 George K. Yin, *Publicly Traded Partnerships, Closely Held Corporations, and Entity Classification for Tax Purposes* (Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, No. 2010-05), <http://bit.ly/2vYpSmQ>.

המוטל עליהן הוא אחיד ונמוך.¹⁴⁸ במצב שבו הסכם השותפות משפיע על תוצאת המס, לשותפים יש תמריץ לנתב הכנסות עסקיות רבות ככל האפשר של השותפות לשותף אשר חשוף למס הנמוך והכנסות מנכסי השקעה רבות ככל האפשר לשותף שחשוף לשיעור מס גבוה. היכולת לשלוט בתוכן הסכם השותפות מקנה לשותפים ולמתכנני המס שלהם אפשרויות רבות לתמרן את התזמון והסיווג של ההכנסות וההוצאות השונות, ובכך להשפיע על תוצאות המס באמצעים חוזיים. אף שאין פסיקה ברורה בנושא,¹⁴⁹ היעדר הגדרה מצד רשות המסים והנטייה של בתי המשפט להתחשב בעסקאות הקונקרטיות שעשו נישומים ולהימנע מכללים קשיחים בנוגע לאופן חלוקת ההכנסה, בהחלט מעצימים את החשש כי נישומים מתוחכמים יוכלו לנצל את הסכמי השותפות כדי להסיט הכנסות והפסדים בין שותפים.¹⁵⁰

המרכיב השלישי בהסטת ההכנסה נוגע לסעיף 28 לפקודה אשר מסדיר את סוגיית קיזוז ההפסדים. הסעיף נותן יחס מועדף להפסדים אשר נוצרו מפעילות עסקית בכך שהוא מאפשר לקזז אותם כנגד הכנסות מכל מקור אחר (שהופקו באותה שנת מס) או מהכנסות עסקיות בשנים עתידיות. מבלי להיכנס לעובי הקורה של סוגיה בסיסית זו, ההבחנה של הסעיף בין הפסדים שנוצרו מפעילות עסקית להפסדים מפעילות אחרת, מהווה סוג של הכרה בכך שפעילות עסקית אקטיבית שונה במהותה מפעילויות אחרת (בעיקר פעילות השקעה המניבה הכנסות פסיביות).¹⁵¹ הבעיה בהקשר של שותפויות היא שלא ברור כיצד יתייחסו רשויות המס להפסדים מעסק וממשלח יד של השותפות אשר ייוחסו לשותפים אשר אינם משתתפים בניהול השותפות. אף שהדבר עוד לא נדון בבית משפט, ניתן לומר כי ישנן כמה אינדיקציות לכך שכל עוד ההפסדים הם תוצר של פעילות עסקית, סעיף 28 יחול עליהם גם אם לשותף אשר לו מיוחסים ההפסדים אין חלק פעיל בייצור ההכנסה האקטיבית.¹⁵² המרכיב הזה הוא חשוב מפני שהוא מאפשר להעביר הפסדים עסקיים

148 ס' 125ג ר-122 לפקודה.

149 ראו עמ"ה (מחוזי חי') 37/95 מנחם נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו, 9.2.1998) (שם נפסק כי יש לקבוע את תוצאת המס לפי מה שקרה בפועל בין השותפים, וכי האינדיקציה הטובה ביותר לכך היא הסכם השותפות).

150 ראו גרוס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 40–41. ראו גם עניין פרי אור לעיל ה"ש 37, פס' 4 לפסק הדין; עניין כלל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 98, פס' 22, 25–26 לפסק הדין.

151 ראו ס' 28 לפקודה, המסדיר את הסוגיה של קיזוז ההפסדים, קובע כמה כללים אנטי-טכנוניים אשר נותנים העדפה להפסדים שנבעו מפעילות עסקית: ראשית, נישומים יכולים לקזז רק הפסדים "עסקיים" כנגד רווחים ממקורות אחרים באותה שנת מס. שנית, בשנים עתידיות ניתן לקזז (רק) הפסדים עסקיים (כנגד הכנסות עסקיות). להסבר על ס' 28 לפקודה ולדיון באופיו האנטי-טכנוני ראו יוסף מ' אדרעי מבוא לתורת המיסים – על מקורותיה, עקרונותיה, תכליתה והגיונה 238, 240–241, 243 (2008). לעמדה נוספת המסבירה את הרציונאלים האנטי-טכנוניים של ס' 28 (אם כי לא בהכרח תומכת בהם) ראו דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כא 531, 545–549 (1992).

152 עם האינדיקציות הללו ניתן למנות את לשון ס' 28, הפסיקה הקיימת בנוגע להגדרה של שותף והעובדה שהמחוקק מאפשר לשותפים פסיביים בשותפויות נפט לקזז את הפסדי השותפות. כל אלו תומכים בהנחה שכל עוד לא נאמר במפורש אחרת, שותף פסיבי יוכל לקזז את הפסדי השותפות כנגד הכנסותיו (בהתחשב במגבלות של ס' 28). ראו ניב רוג, שי ארו וצבי נמט מיטוי רווחי נפט וגז (2014).

שמקורם בשותפות, גם לנישומים אשר אין להם חלק פעיל בניהול העסק, באמצעות מכירת הזכויות בשותפות.

חשוב להבין כי שלושת המרכיבים הראשונים שהוזכרו כמאפשרים לנישומים להשתמש בשותפויות להסטת הכנסה היו קיימים גם לפני פסק הדין בעניין שדות. עם זאת היכולת להשתמש בשותפויות למטרות תכנון מס לפני עניין שדות הייתה מוגבלת בגלל שהעבירות של זכות בשותפות הייתה מוגבלת. הלכת שדות הכניסה את המרכיב הרביעי והמכריע לסיפור הסטת הכנסה: היכולת למכור את הזכות בשותפות ככנס עצמאי. ההגדרה של הזכות בשותפות ככנס עצמאי הפכה את השותפות למכשיר רב עוצמה שניתן למכור הפסדים עסקיים (הניתנים לקיזוז) בעזרתו. מכירת זו של הפסדים עסקיים הניתנים לקיזוז כנגד רווחים של הנישום הקונה אותם, מהווה תכנון מס המאפשר לנישום להפחית את שומתו. מכיוון שההפסדים קשורים לנכסים ולפעילות שבתוך השותפות, העובדה שניתן להפריד בין נכסי השותפות לבעלות בה, מאפשרת מכירה של הפסדים לנישומים שלא ביצעו את ההשקעה שיצרה את ההפסד.¹⁵³

לפני עניין שדות, הגישה המצרפית חייבה לבצע מכירה רעיונית של החלק היחסי בכל נכסי השותפות בכל פעם שנעשתה מכירת זכויות בשותפות. דבר זה היה בו כדי לבטל את האטרקטיביות של רוב תכנוני המס של מכירת הפסדים. למעשה, לפני אימוץ גישת הישות בעניין שדות היה ניתן להשתמש במבנה של שותפות כדי לתכנן מס, אך הגישה המצרפית שהייתה נהוגה אז אפשרה להסיט הכנסה רק בין שותפים קיימים. לדוגמה, במצב שבו שותפות מסוימת אינה רואה ברכה בעסקיה – שווי נכסיה ירד והיא מייצרת בעיקר הפסדים לצורכי מס (משום שתשלומי הריבית וניכויי הפחת עולים על הכנסותיה) – לפני פסק הדין בעניין שדות אם אחד השותפים לא היה יכול לנצל את הפסדי המס כדי להפחית את תשלומי המס בגין הכנסתו החייבת ממקורות אחרים, הוא לא היה יכול להעביר אותם לנישום אחר. לפני עניין שדות, מכירת חלקן בשותפות הייתה יוצרת מכירה רעיונית של החלק היחסי בנכסי השותפות, והדבר היה יוצר הפסד הון לשותף המוכר, אך מפחית את הימ"מ בנכסי השותפות לשווי השוק שלהם, ולא מאפשר לשותף הקונה ליהנות מניכויי הפחת.

אחרי עניין שדות, השותף שאינו יכול לקזז את הפסדים, יכול למכור את חלקו בשותפות לנישום שיש לו הכנסות חייבות במס. המכירה תיצור הפסד הון לשותף המוכר מבלי לשנות את כמות הפסדים שהשותפות מפיקה, משום שמבחינת דיני המס מכירת הזכות בשותפות לא שינתה דבר בתוך השותפות. הפסדי השותפות, שבמקרה זה מורכבים מריבית וניכויי פחת, ייוחסו לשותף החדש, ויקוזזו כנגד הכנסותיו. אם השותפות תוכנה מראש באופן שהסיכון בהשקעה יהיה מוגבל (למשל על ידי יצירת שותפות מוגבלת או על ידי לקיחת הלוואות non-recourse),¹⁵⁴ תכנון המס הזה יהפוך לנטול סיכון (כמעט) לחלוטין לקונה אף שהוא מצריך קניית זכות בשותפות.

153 Freudenberg, *Losing my Losses*, לעיל ה"ש 139, בעמ' 127.

154 הלוואות non-recourse הן כלי מקובל ליצירת הגבלת אחריות כלפי נושים חוזיים. בהלוואות אלו הלווה משעבד נכס לטובת המלווה אך יכולת הפירעון של הלווה מוגבלת לשווי השוק של הנכס. ויתור המלווה על האחריות האישית של הלווה מתבטא בשיעור ריבית גבוה יותר בעד ההלוואה.

המרכיב החמישי והאחרון הוא חוסר הקביעה בחוזר ביחס לשאלה מה קורה כאשר סך ההפסדים גדול מהימ"מ שיש לנישום בזכויותיו בשותפות. נניח מצב שבו שני שותפים משקיעים בשותפות 50 ש"ח כל אחד, והשותפות לוקחת הלוואה של 900 ש"ח (כאשר רק אחד מהשותפים ערב אישית להחזר ההלוואה). השותפות משתמשת במזומן שבידיה (1000 ש"ח) כדי לקנות נכס שיהיה זכאי לפחת מואץ (תוך שנתיים). נניח שבשנה הראשונה ההכנסה החייבת של השותפות היא בגובה דמי הריבית על ההלוואה, באופן שהיא רושמת הפסדים לצורכי מס בסך 500 ש"ח (שווי ניכוי הפחת). בסוף שנת המס, אחד השותפים מוכר את זכויותיו בשותפות תמורת 50 ש"ח. עולה השאלה מה צריך להיות הימ"מ שלו בזכות. על פי החוזר, אם 500 ש"ח של הפסדים יוחסו לאותו שותף, נראה כי הימ"מ שלו בשותפות אמור להיות שלילי (450 ש"ח).¹⁵⁵

מצב זה מעורר שני קשיים. ראשית, לא ברור מהחוזר אם רשות המסים אכן מאפשרת ימ"מ שלילי. אם הרשות איננה מאפשרת ימ"מ שלילי ומורידה את הימ"מ לאפס, אז בהחלט ייתכן כי נישומים יכולים ליהנות מניכוי הפחת באופן לא מוצדק. הנישום בדוגמה לעיל ייהנה מהפסדי מס של 500 ש"ח שאותם יוכל לקזז כנגד הכנסה חייבת אחרת שלו ולהפחית את תשלום המס בגינה. שווי הטבת המס תלוי במס השולי שיוטל עליו. אם המס השולי המוטל על הנישום הוא 50%, קיזוז הפסדים בשווי 500 ש"ח יפחית את חבות המס שלו ב-250 ש"ח. בסוף השנה הראשונה, כאשר השותף ימכור את חלקו בשותפות, הוא ירשום רווח הון של 50 ש"ח בלבד (אשר יהיה נתון למס נמוך יותר על רווחי הון).

הקושי השני נוגע לאפשרות לדחיית המס והוא תקף גם אם רשויות המס מאפשרות לנישומים להחזיק בימ"מ שלילי (וזאת כדי להתחשב בהלוואות שלקחה השותפות). העובדה שהחוזר אינו מתייחס לסוגיה זו, מאפשרת דחיית מס ממושכת אשר יכולה להשתלב היטב בתכנון מס אגרסיבי למכירת הפסדים. נישומים שיש להם הכנסות חייבות במס שולי גבוה, עשויים לקנות במחיר נמוך שותפויות (מוגבלות או עם הלוואות ללא אחריות אישית) אשר מפיקות הפסדים, ששותפיהן אינם יכולים לקזז את ההפסדים הללו כנגד הכנסה חייבת. גם אם רשות המסים תכיר בימ"מ שלילי (כפי שמתחייב מההוראות הפורמליות של החוזר), נישומים בכל זאת ייהנו מדחיית מס של ממש (שכן קיזוז הפסדים התרחש קודם לכן) ואולי אף מהמרה, משום שהרווח ממכירת הזכות עם הימ"מ השלילי יהיה רווח הון (שחשוף למס בשיעור נמוך), ואילו את ההפסדים ניתן לקזז גם כנגד הכנסות החשופות לשיעור מס גבוה.¹⁵⁶

155 החוזר קובע כי יש להפחית מהימ"מ את שווי הפסדים שיוחסו לשותף. בהקשר שלנו מדובר ביתרת מחיר מקורי שלילי של 450 ש"ח (500-50).

156 לדוגמה נניח נישום עשיר אשר יש לו הכנסות עסקיות חשופות למס שולי גבוה של 50%, והקונה זכות מוגבלת בשותפות שמפסידה כסף (או בשותפות שלקחה הלוואות ושעבדה כנגדן נכסים בלי ערבות בעלים). אותו שותף למעשה איננו חשוף לחובות השותפות, ולכן הסיכון העסקי הגלום בקניית הזכות מוגבל לסכום שאותו הוא משקיע בקנייתה. מכיוון שהשותפות מפסידה כסף, הנכס העיקרי שלה הוא הפסדי המס שהיא מייצרת, והנישום יקנה את החלק בשותפות במחיר נמוך, למשל 200 ש"ח. בשלוש השנים שלאחר מכן השותפות ממשיכה לייצר הפסדים לצורכי מס (בשל ניכוי פחת גבוהים על נכסים שקנתה השותפות) ו-3000 ש"ח מן הפסדים הללו מיוחסים לנישום (שמנצל אותם כדי להפחית את הכנסתו החייבת במס ב-3000 ש"ח ומפחית בכך 1500 ש"ח מחבות המס שלו). נניח שאחרי שלוש שנים

הסכנה שנישומים ישתמשו בשותפויות כאמצעי לתכנון מס של הסטת הכנסה ומכירת הפסדים איננה תיאורטית. למעשה, אחרי תיקון 221 לפקודה, הסיכוי שנישומים ישתמשו בשותפויות כדי להסיט הכנסה גדל באופן ממשי בגלל הצעת חוק ממשלתית אשר ספק אם משמעותיה הפיסקלית הובנו או נשקלו כהלכה. המחשבה כאילו שותפויות הן מבנה תאגידי המתאים לעסקים קטנים שהרגישות שלהם למס היא נמוכה בגלל נגישות נמוכה למתכנני מס, היא בעייתית. בארצות הברית, לדוגמה, שותפויות עם נכסים של יותר ממאה מיליון דולר מהוות רק 0.6% מכלל השותפויות אך מחזיקות 72% מכלל הנכסים שבידי שותפויות.¹⁵⁷ למיטב ידעתי אין מידע דומה בישראל אך גם כאן יש אינדיקציות לכך שעסקים משתמשים בשותפויות מוגבלות כאמצעי לתכנון מס.¹⁵⁸

על פי הניסיון שנצבר בעולם, החשש ששותפויות מוגבלות יישמשו כלי להסטת הכנסה הוא חשש ממשי בעל השלכות פיסקליות רבות משמעות. בארצות הברית, לדוגמה, שנים היה שימוש בשותפויות מוגבלות כחלק מתעשייה של תכנוני מס אגרסיביים שכל תכליתם הייתה לייצר הפסדים מלאכותיים לנישומים שהיו חשופים לשיעור מס שולי גבוה בגין הכנסותיהם העסקיות. גם כיום חלק ממתכנני המס האגרסיביים ביותר (בקרנות גידור, לדוגמה), פועלים דרך שותפויות מוגבלות בין השאר משום שהן מאפשרות תכנוני מס שכאלה. יתר על כן, השיקול של מניעת תכנון מס עלה לא פעם בהקשר של מדינות אחרות

הימ"מ שלו בשותפות באמת ירד ל-2800) ש"ח כן שכאשר הוא מוכר את הזכות תמורת 0 ש"ח, הוא רושם רווח של 2800 ש"ח. לכאורה נראה שהתוצאה נכונה אלא שהקיוזים של 3000 ש"ח חסכו לנישום 1500 ש"ח, הרווח של 2800 ש"ח נחשב לרווח הון ולכן ממוסה רק בשיעור של כ-25% ומניב חבות מס של 700 ש"ח. בדוגמה שלפנינו השקעה של 900 ש"ח הניבה חיסכון מס של 1500 ש"ח. חשוב לזכור שהנישום גם נהנה מחיסכון המס הגלום בקיוזים לפני שהוא נדרש לשלם את המס בגין הרווחים, ולכן נוסף על החיסכון הנומינלי, יש גם חיסכון לאור שווי הזמן של הכסף. חשוב מכול, מבחינת תכנון המס, הסיכון העסקי של הנישום שקנה את החלק בשותפות היה אפסי, משום שהאחריות שלו לחיובי השותפות הייתה מוגבלת ובגלל שרוב הניכויים הגיעו מפחת ולכן היו מובטחים. תכנוני מס מהסוג הזה היו נפוצים מאוד בארצות הברית בשנות השבעים והשמונים. ראו GRAETZ & SCHENK, לעיל ה"ש 110, בעמ' 385-409. ראוי להעיר כי לא ברור אם מכירת הפסדים היא פעולה בלתי רצויה (מבחינת מדיניות המס הראויה), אך בישראל, כמו ברוב המדינות האחרות, מוטלות לרוב הגבלות על היכולת למכור הפסדי מס בין נישומים. מצד אחד, היכולת למכור הפסדי מס נותנת לתאגידיים תמריץ להשקיע את כספם בתכנוני מס ולא בפרויקטים יעילים מבחינה חברתית. מצד שני, היכולת למכור הפסדים נותנת לנישומים שהפסידו כסף יכולת לקבל תמורה לפחות על חלק מההשקעה שלהם, ולכן זה סוג של עידוד להשקיע ולהסתכן. רוב מערכות המס אינן מאפשרות מכירה של הפסדים בין נישומים, וזאת בין השאר מפני שישנן סובסידיות יעילות יותר לעידוד השקעה בתחומים שיש להם החצנות חברתיות חיוביות.

157 Burke, לעיל ה"ש 121, בעמ' 1333; Andrew W. Needham *The Problem with Stuffing*; 141 TAX NOTES (2013) *Allocations*. ביטוי מסוים לכך ששותפויות יכולות להיות גם עסקים גדולים מאוד נמצא בנתונים בארצות הברית שמראים כי יש פער גדול בין מספר השותפויות (10% מהדיווחים על הכנסה עסקית) ובין כמות ההכנסה העסקית שהם מדווחים עליה (26%). ראו Christopher H. Hanna, *Some Observations on Corporate or Business Tax Reform* 68 SMU. L. REV. 595, 599-600 (2015).

158 ראו עניין פרי אור, לעיל ה"ש 133.

אשר נרתעו מלהרחיב את הגדרת המס של שותפות באופן שיהיה אפשר לכלול בה גם עסקים גדולים יותר (ובעלי אחריות מוגבלת).¹⁵⁹ חלק מהאמצעים הללו הוכחו כיעילים, וחלקם – לא. אף אחד מהם לא מצא ביטוי בחוזר, ולפיכך התשובה על שאלה כיצד בסופו של דבר רשות המסים והנישומים מתמודדים עם פוטנציאל תכנון המס הגדול הגלום במיסוי שותפויות נותרה לוטה באפילה. גם אם יש הבנות בין רשות המסים ובין נציגיהם של נישומים (לדוגמה בפירמות גדולות לראיית חשבון), עולה השאלה מה תוכנם, עד כמה הם מאפשרים תכנון מס והסטת הכנסות והפסדים, אם הם נאכפים באופן שוויוני, ומה תוקפם במקרה שנישומים יבקשו לערער עליהם בבית משפט.

4. הערות לסיכום

בפסק דינו הסתמך השופט אנגלרד על שיטת המשפט האמריקנית כדי להצדיק את עמדתו כי תפקידו של השופט הוא לקבוע מהו הדין הראוי, וזאת מתוך ציפייה כי המחוקק ישלים את הדין בעקבותיו. השופט אנגלרד הזכיר פסק דין משנת 1954 שבו קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי יש למסות שותפויות לפי גישת הישות. השופט אנגלרד מצא במקרה האמריקני חיזוק לעמדתו משום שלאחר מתן פסק הדין השלים המחוקק האמריקני את החלטתו של בית המשפט בחקיקה ראשית אשר ניסתה להסדיר את המיסוי של שותפויות על פי גישת הישות.

עם זאת בפסק הדין בעניין שדות אין רמז לכך שלעומת הדין הישראלי, דיני המס בארצות הברית מפורטים ביותר וכוללים הסדרים ספציפיים המעוגנים בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה ענפה. בייחד בולט הדבר בנוגע לחקיקת המס בנושא מיסוי שותפויות, המתייחסת שם בפירוט לכל הסוגיות שהועלו ברשימה זו.¹⁶⁰ למעשה, הניסיון (הרע) שנצבר בארצות הברית בנוגע למיסוי שותפויות, והאופן שבו שותפויות נוצלו על ידי יחידים וחברות כדי לקדם תכנוני מס אגרסיביים, לא קיבלו ביטוי כלשהו בדעת הרוב (או המיעוט) בפסק הדין בעניין שדות. אם שופטי הרוב היו בוחנים את המצב המשפטי בארצות הברית בשנת 2001 קצת יותר לעומק, הם היו מגלים כי קשה לראות בפסק הדין שאימץ את גישת הישות בארצות הברית סיפור הצלחה. כפי שציין השופט אנגלרד, פסק הדין אכן הביא לידי חקיקה שאימצה מודל קרוב יותר לגישת הישות. עם זאת, לאחר זמן לא רב התברר כי מהלך חקיקתי זה מאפשר לנישומים להשתמש בשותפויות כדי לקדם תכנוני מס אגרסיביים מאוד. רק לאחר כשלושה עשורים הצליח המחוקק האמריקני לצמצם (באופן חלקי ביותר) את תכנוני המס הקשורים לשותפויות באמצעות חקיקה ראשית שהגבילה את היכולת לקזז הפסדים והיא לוותה בחקיקת משנה מפורטת בנוגע להסטת הכנסות.¹⁶¹ עם זאת, עד היום

¹⁵⁹ Freudenberg, *Losing my Losses*, לעיל ה"ש 139.

¹⁶⁰ בארצות הברית אומצה חקיקת מס בנוגע לשותפויות מיד לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט העליון בנושא (ראו Berger, לעיל ה"ש 59, בעמ' 110).

¹⁶¹ עיקר ההצלחות בהקשר הזה היה הפחתת השימוש בשותפויות מוגבלות כאמצעי לתכנון מס בידי יחידים אשר ביקשו "לקנות" הפסדים לצורכי מס כדי לקזז אותם כנגד הכנסותיהם (אשר היו חשופות לשיעור מס פרוגרסיבי גבוה) אחת מהרפורמות שכן הצליחו נגעה בעיקר להגבלת היכולת של יחידים, שהוגדרו

טרם הצליחו רשויות המס בארצות הברית להפחית במידה ניכרת את השימוש בשותפויות בתכנוני מס המערבים חברות או משקיעים מתוחכמים. גם ההצלחות (החלקיות) שנרשמו, הושגו במחיר של סרבול המערכת והגדלה ניכרת של עלויות הציות והאכיפה שלה.¹⁶² הדעה הרווחת בנוגע למיסוי שותפויות כיום בארצות הברית היא כי מדובר במערכת שיוצרת עיוותים כלכליים רבים, יקרה מבחינת עלויות הציות והאכיפה שלה, ואיננה הוגנת.¹⁶³ למעשה גם במדינות אחרות, רוב ההתמודדות עם תכנוני מס הקשורים לשותפויות הושגו באמצעות מאמץ רגולטורי וחקיקתי ולא בדרך של חקיקה שיפוטית.¹⁶⁴

כל המורכבות של מיסוי שקוף לא באה לידי ביטוי בדיון בעניין שדות, בהסדרים שגובשו בחוזר, או בתיקון 221 לפקודה. יתרה מזו, לא נראה כי בישראל יש למחוקק או לרשות המסים משאבים ורצון לפתח דין קוהרנטי ומורכב בנוגע לסוגיות אלו. השפה הלשונית והפשטנית של החוזר, השאלה המצומצמת שהוא עוסק בה, ובעיקר ההימנעות שלו מכל התייחסות לשאלת הסטת ההכנסה, מעלות חשש כי הנחת המוצא של שופטי הרוב, אשר גרסה כי רשויות המס ישלימו את החסר, הייתה מחוסרת בסיס.

אפשר לטעון כי בהיעדר הסדרה ניתן לפתור את כל אחת מהסוגיות הרבות שמיסוי שותפויות מעלה בעזרת עקרונות המס הכלליים. כמו כן ניתן לומר כי בבואה להגביל תכנוני מס, רשות המסים תמיד יכולה להסתמך על סעיפים 84 ו-86 לפקודה, המקנים לפקיד השומה סמכות להתעלם מעסקאות שנועדו להסב הכנסה, ומעסקאות מלאכותיות (בהתאמה). לדעתי, גישה זו נכונה באופן חלקי ביותר. אין ספק כי אם פקיד השומה יזהה מקרה שבו נישומים השתמשו בשותפויות כדי לתכנן מס (למשל על ידי הסטת הכנסה והפסדים) סעיפי חוק המוזכרים לעיל יאפשרו לו לנסות ולשלול מהנישומים את יתרון המס שביקשו להשיג. למרות זאת, ההסתמכות הכמעט בלבדית על סעיפים אנטי-תכנוניים כלליים היא בעייתית משום שהיא מניחה שניתן לפתור בעיות מבניות באמצעות החלטות שיפוטיות אד-הוק אשר מנסות לנתח כל מקרה לגופו לפי עקרונות שיטת המס.¹⁶⁵ גישה זאת מתעלמת מכך שבחינה קזואיסטית שכזו איננה יכולה ליצור כללים קוהרנטיים מנחים אשר ימנעו הסטת הכנסה מחד גיסא ויאפשרו ודאות מאידך גיסא.¹⁶⁶ כפי שהוסבר, לאימוץ

¹⁶² "שותפים פסיביים" (בגלל שלא השקיעו מספיק זמן או עבודה בשותפות), לקזו הפסדים עסקיים של שותפויות. ראו ס' 469 ל-IRC. ראו גם George K. Yin, *Getting Serious About Corporate Tax Shelters: Taking a Lesson from History*, 54 SMU L. REV. 209 (2001).

¹⁶³ Daniel L. Simmons, *The Tax Consequences of Partnership Break-Ups: A Primer on Partnership Sales and Liquidations*, 66 TAX LAW 653, 731 (2013).

¹⁶⁴ Berger, לעיל ה"ש 59, בעמ' 108; Monroe, לעיל ה"ש 110, בעמ' 269.

¹⁶⁵ Freudenberg, *Losing my Losses*, לעיל ה"ש 139, בעמ' 136–157.

¹⁶⁶ לדיון בחשיבות ובמוגבלות של כללים אנטי-תכנוניים ראו Andrea Monroe, *What's in a Name: Can the Partnership Anti-Abuse Rule Really Stop Partnership Tax Abuse?*, 60 CASE W. RES. L. REV. 401, 409–412 (2010); Christophe Waerzeggers & Cory Hillier, *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose* (Tax Law IMF, Technical Note No. 2016/1, 2016).

¹⁶⁶ החקיקה האמריקנית מאפשרת לפקיד השומה שלא להכיר בהסכמי שותפות המאפשרים הסטת הכנסה שאין לה "substantial economic effect" (ראו ס' 704(b) ל-IRC). עם זאת, התקנות שם בחרו להסתמך על כללים טכניים חשבונאיים לצורכי קביעתה של משמעות כלכלית ושלא לנסות להגדיר "הסתת הכנסה

גישת הישות יש כמה נקודות תורפה במשטר המס של שותפויות בעיקר בכל הנוגע לשימוש בשותפויות כאמצעי להסתת הכנסה. הזמן והידע המוגבלים של רשויות המס אינם מאפשרים להן לבחון את מערכת היחסים העסקית לעומקה לנוכח המספר הרב של השותפויות והשותפים המגישים מסמכים לשומה, ולקבוע אם נסיבות של עסקה ספציפית מלמדות על הפחתת מס לא ראוייה. מכיוון שסעיפים אנטי-תכנוניים הם תמיד תלויי נסיבות, רשויות המס נמצאות בעמדת נחיתות כלפי מתכנני מס מתוחכמים. נישומים מתוחכמים יכולים לנצל את העמימות החוקית ואת קשיי האכיפה כדי לקדם תכנוני מס שהחוק איננו ברור בעניינם ושקשה לזהות אותם. גם כאשר רשויות המס יזהו עסקאות אלו, וינסו לשלול את יתרון המס הגלום בהן, הליך השומה והליטיגציה עשוי להימשך שנים. יתרה מזו, כל ניצחון של רשויות המס יהיה תלוי נסיבות ולכן ספורדי מעצם טבעו, ולכן פעמים רבות לא יהיה פשוט לגזור ממנו כלל אשר ימנע תכנוני מס דומים בנסיבות שונות במקצת. במילים אחרות, שימוש בסעיפים אנטי-תכנוניים יכול להיות קו הגנה אחרון של רשויות המס אשר יאפשר להם למנוע את יתרון המס מתכנוני מס שהם מצליחים לזהות, אבל הוא איננו נותן להן מענה לכשלים המבניים אשר אפשרו את תכנון המס, או כלי אכיפה לזיהוי תכנוני המס ולטיפול בהם במהירות.

באשר להיבט המוסדי, המסקנה הבלתי נמנעת של פרק זה היא שדעת המיעוט בפסק הדין בעניין שדות חזתה את הנולד טוב יותר מדעת הרוב. נכון להיום כמעט כל הסוגיות המהותיות והקשיים העולים מאימוץ גישת הישות לא באו על פתרון, ולא זו בלבד אלא שהם החריפו מבלי שאפילו עלו לדיון. אישור נוסף לצדקתם של שופטי המיעוט ניתן לאחרונה עם פרסום תזכיר הצעת חוק השותפויות החדש.¹⁶⁷ מטרתה של הצעת חוק זו היא להפוך את השותפות לכלי תאגידי גמיש ואטרקטיבי יותר, כמקובל בעולם.¹⁶⁸ לכן, מטבע הדברים היא מתמקדת בדין התאגידי ואינה מתייחסת במישרין לאופן שבו יוחל משטר מס ההכנסה על השותפות והשותפים. עם זאת, עיון בהצעת החוק ובדברי ההסבר לה מעלה את החשש כי הדרג המקצועי אשר אחראי להצעה, לא היה מודע כלל לכך שלקידום מטרות הצעת החוק עשויות להיות תופעות לוואי לא פשוטות בתחום המס. יותר מחמש עשרה שנה לאחר מתן פסק הדין, אין תכנית קונקרטית לקדם פתרון אפילו לחלק מבעיות אלו, ולא ברור אם רשויות המס אכן זיהו שמדובר בבעיה. חשוב להבין כי לעמדה המוסדית של שופטי הרוב עשויות להיות עלויות כבדות במונחים של גבייה, צדק חלוקתי ויעילותה של מערכת המס, וזאת לנוכח הפוטנציאל הרב של תכנון מס שנפתח לנישומים בעקבות פסק הדין בעניין שדות ותיקון 221 לפקודה. עלויות אלו מעוררות ספק כבד בנוגע להכרעת שופטי

בעלת אופי כלכלי" משום שהבינו שאי-אפשר לקבוע מערכת כללים שכזו שיהיו לה עלויות ציות ואכיפה סבירות. ראו Borden, *The Federal Definition*, לעיל ה"ש 118, בעמ' 953-956; Mark P. Gergen, *Business Purpose, Economic Substance, and Corporate Tax Shelters: The Common Knowledge of Tax Abuse*, 54 SMU. L. REV. 131, 131 (2001); Andrea Monroe, *What's in a Name: Can the Partnership Anti-Abuse Rule Really Stop Partnership Tax Abuse?*, 60 CASE W. RES. L. REV. 401, 445-446 (2010); George K. Yin, *Getting Serious About Corporate Tax Shelters: Taking a Lesson from History*, 54 SMU. L. REV. 209, 217, 223-224 (2001).

¹⁶⁷ תזכיר חוק השותפויות, התשע"ז-2016, זמין בכתובת <http://bit.ly/2MAprbV>.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 1-6.

הרוב ולתפיסתם האקטיביסטית שגרסה כי חקיקה שיפוטית בענייני מס מורכבים היא ראויה ונחוצה.

ד. מה ניתן ללמוד מעניין שדות: ניתוח השיקול המוסדי ויישומו

פסק הדין בעניין שדות מהווה דוגמה (קיצונית) להיעדר תגובה חקיקתית על פסק דין של בית המשפט העליון בענייני מסים ולחוסר יכולתו (או רצונו) של המחוקק להקצות את המשאבים הדרושים כדי לגבש הצעת חקיקה אשר תסדיר את הסוגיות שהתעוררו בו.¹⁶⁹ ניסיון של יותר מחמישים שנה שבהן מחוקק המס לא מצא לנכון לפתח או להבהיר היבטים מהותיים הנוגעים לאופן שבו יש למסות שותפויות, היה יכול לפחות לתת לבית המשפט אינדיקציה לכך שקריאתו להסדרת הנושא בחקיקה לא תיענה. יתר על כן, מכיוון שהחלטת הרוב בפסק הדין שאבה השראה מהמצב בארצות הברית ומאופן התפתחות דיני מיסוי שותפויות שם, מפתיע לגלות כי בית המשפט לא היה מודע כלל לאופן שבו הכלל אשר אומץ מאפשר הסטת הכנסה בין נישומים מתוחכמים ולא העריך את ההשלכות הגבייתיות-חלוקתיות של החלטתו.

אף שפסק הדין בעניין שדות דן בתחום ספציפי מאוד של דיני המס, הסוגיה המוסדית העולה ממנו היא עקרונית ומתייחסת לכל אותם מקרים שבהם בית המשפט יוזם שינוי בדיני המס ומסתמך על כך שהמחוקק ישלים ויסדיר את הסוגיות המהותיות והאדמיניסטרטיביות העולות מפסק הדין. כאשר ניתן פסק דין תקדימי שכזה, חשוב להבין מתי ניתן לצפות לתגובה משלימה של המחוקק, ומה יהיו ההשלכות, אם (כמו בעניין שדות) תגובה שכזו תבושש לבוא. שיקולים מעין אלו צריכים להישקל על ידי שופטים כאשר הם עומדים להחליט בפסק דין, כגון עניין דמארי-הירשזון, על יצירת כלל חדש המאפשר קיזוז רטרואקטיבי של הפסדים עסקיים בנסיבות שהצדק מחייב זאת.

חוסר התגובה של המחוקק בעניין שדות איננו חריג; למעשה, חוץ מהמקרה של פרי, שבו הגיב המחוקק על השינוי של בית המשפט בכך שביטל אותו, לא ידוע על מקרים שבהם הגיב המחוקק בתוך זמן קצר על קריאתו של בית המשפט לאמץ הסדר חלופי המתאים לשינוי שיזם בית המשפט.¹⁷⁰ בגלל מיעוט המקרים, ספק אם ניתן לתת הסבר אמפירי לסיבה להיעדר תגובת המחוקק על קריאות בית המשפט לשינוי הדין בתחום המסים. עם זאת, ניתן להציע כמה הסברים הנובעים מהאופי הייחודי של דיני המס ושל מנגנון אכיפת

169 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 472-473 (הכותבים מציינים כי המחוקק כמעט איננו מגיב על קריאתו של בית המשפט לשנות חקיקה מסוימת. במקרים המעטים שהם מזהים בהם פעולה של המחוקק לשינוי חוקים בעקבות פרשנות של בית המשפט, אין אף מקרה בתחום המסים).

170 את ההכרעה שמסכה אי-היכולת של בני זוג העובדים יחדיו לחשב את חבות המס שלהם בנפרד, קבע בית המשפט בעניין קלס, לעיל ה"ש 13, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; עניין מלכיאלי, לעיל ה"ש 17, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. בשנת 2014 תוקן החוק, באופן שבני זוג העובדים יחדיו יכולים לחשב את חבות המס בנפרד. ראו חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 199), התשע"ד-2014. לעומת החקיקה בעקבות עניין פרי, שנעשתה חודשים אחדים בלבד לאחר פסק הדין, החקיקה המתקנת את המצב המשפטי בעניין בני זוג העובדים יחדיו נחקקה שנים מספר לאחר פסקי הדין בנושא.

המס. ההסבר הראשון נעוץ בנראות של העלויות החברתיות שקשורות בשינוי. בעניין שדות, כפי שנסקרה בהרחבה לעיל, קשה לקבוע מה היה האפקט של פסק הדין. גם אם סביר להניח שאימוץ גישת הישות תרם לעלייה במספר המקרים שבהם נעשה שימוש בשותפויות לצורכי תכנון מס, תכנוני מס אלו לרוב אינם נתפסים, מתועדים או מכומתים, ולכן ההשפעה הגבייתית-חלוקתית שלהם איננה ברורה (מן הסתם גם לאנשי רשות המסים ומשרד האוצר). העמימות של השלכות פסק הדין בעניין שדות לא יצרה לחץ תקציבי מיידי על רשויות המס לשנות אותן. מבחינה זו, עניין דמארי-הירשזון, היה מעניין: מחד גיסא הוא עסק בנושא כללי מאוד – קיזוז הפסדים – אשר נוגע לנישומים רבים ולכן עלויות הגבייה הכרוכות בו עשויות להיות ניכרות. מאידך גיסא, פסק הדין של ערכאת הערעור יצר כלל עמום אשר לפני שנהפך בדיון הנוסף אפשר קיזוז רטרואקטיבי חלקי של הפסדים בנסיבות מסוימות ולא לגמרי ברורות. אי לכך, שלא כפסק הדין בעניין פרי (שם עלות הגבייה לאוצר המדינה והעלות החלוקתית היו גדולות, מידיות וודאיות)¹⁷¹ האפקט הגבייתי המלא של עניין דמארי-הירשזון על אוצר המדינה, לפני שנהפך, לא היה ברור מאוד.

ההסבר השני נעוץ במידת ההבנה והמומחיות הנדרשות כדי להסדיר נושא מסוים. אימוץ חקיקה אשר תסדיר את האופן שבו יש למסות שותפויות דרש הקצאת משאבי זמן ולמידה ניכרים מצד המחוקק ומחוקק המשנה. בגלל היעדר הניסיון והמומחיות בנושא, נראה כי הקצאת משאבים לטובת הנושא לא הייתה, ועדיין איננה, בראש סדר העדיפויות של רשות המסים, וזאת בין השאר בגלל ההשקעה הגדולה הנדרשת כדי להניע הליך חקיקה אשר יסדיר את הנושא. מבחינה זו, עניין דמארי-הירשזון מעניין, משום שהסדרת הנושא על דרך השלילה (כלומר, כמו במקרה של פרי, תגובה על פסק הדין בדרך של פסילת התקדים והחזרת המצב לקדמותו)¹⁷² איננה דורשת מאמצי אכיפה או מומחיות מיוחדים מצד המחוקק או רשויות המס. לעומת זאת, אם המחוקק עשוי להימנע מלהפוך את פסק הדין, אזי בית המשפט צריך להביא בחשבון שסוגיית קיזוז ההפסדים היא מורכבת ויש לה חשיבות מיוחדת. הסדרה מחודשת של סוגיית קיזוז ההפסדים היא מורכבת מאוד, משום הפוטנציאל לתכנוני מס, לרבות העברה ומכירה של הפסדים בין נישומים.¹⁷³

רשויות המס פועלות בתוך מערך מורכב של אילוצי גבייה ואילוצים פוליטיים. במציאות של משאבים ציבוריים מוגבלים, קשה לרשויות המס לפנות משאבי זמן והון אנושי לטובת נושאים לא דחופים אשר דורשים השקעה ניכרת. בחינה מערכתית של מערכת מיסוי התאגידים בכלל, ושל מיסוי תאגידים שקופים ושותפויות בפרט, היא אחד מאותם נושאים אשר הסדרתם נדחית במשך שנים בגלל הקושי להקצות את משאבי הזמן והמומחיות הרבים אשר נדרשים להסדרת הנושא.

הדיון שמאמר זה מבקש לקדם גורס כי על בתי המשפט לשקול גם את ההיבט המוסדי כאשר הם בוחנים אם להשתמש בפרשנות התכליתית באופן אקטיביסטי כדי ליזום שינוי

171 ראו דגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 911–912.

172 בעניין פרי המצב הוחזר לקדמותו מבחינה משפטית: בוטלה היכולת של הורים לנכות את הוצאות השמירה על ילדיה. עם זאת, מבחינה פוליטית, החזרת הסטטוס קוו המשפטי לוותה בהגדלת מכסת נקודות הזכות בעבור ילדים להורים עובדים (עניין פרי, לעיל ה"ש 12).

173 ראו בין השאר ס' 382 ל-IRC.

בדיני המס. פסיקה תקדימית אשר יוצרת כלל עמום וקשה ליישום עלולה, כמו בעניין שדות, להטיל עלויות לא מבוטלות על מערכת המס כאשר אין לרשות המסים מערכת חוקית או רגולטורית מספקת כדי לאכוף את הכלל החדש בצורה יעילה וצודקת.

העמימות בדיני המס שונה מעמימות בדינים אחרים בשני מובנים. מבחינה חלוקתית, העמימות בדיני המס צפויה להגדיל את עלויות הציות לחוק של הנישומים אך גם לפתוח לפנייהם אפשרויות לתכנון מס. עם זאת, נישומים גדולים ומתוחכמים, אשר יש להם נגישות טובה יותר ליעוץ משפטי ולמתכנני מס, עשויים לנצל אפשרויות תכנון הגלומות בעמימות בצורה טובה יותר מזו של נישומים קטנים.¹⁷⁴ מכיוון שאפשרויות תכנון המס אינן מתחלקות באופן שוויוני בין נישומים, ניתן להניח כי האפקט החלוקתי של העמימות ייטיב בעיקר עם נישומים עמידים ועם עסקים גדולים אשר יוכלו לנצל אותה לטובתם.¹⁷⁵ נראה כי כאשר בית המשפט פוסל הסדרים של רשות המסים, עליו להביא בחשבון שבמקרי עמימות בדין בעקבות הפסילה, ייתכן שמערכת דיני המס תוכל להכיל את העמימות הזו זמן רב. להבדיל מתחומי משפט אחרים, שבהם ניגוד העניינים בין הצדדים למחלוקת משפטית צפוי להביא לליבון העמימות בדין בבית המשפט, בדיני מסים חלק ניכר מהעמימות לא יגיע לידי ליבון. דיני המס חלים על קהל גדול של יחידים ועסקים, ולרשויות המס יש יכולת לקיים הליך שומה אשר בוחן רק חלק קטן מהעסקאות של נישומים. שלא כרשויות רגולטוריות אשר מפקחות על מספר עסקים קטן יחסית, חלק ניכר מהמקרים לא יגיעו לליבון אצל רשות המסים בגלל הקושי לנטר ולהקצות משאבי ליטיגציה לכל העסקאות השנויות במחלוקת של נישומים. זאת ועוד, גביית מסים היא עסקה כפויה, ולנישומים שונים יש תמריץ לשתף פעולה כדי להפחית את חבות המס הנובעת מפעילות כלכלית מסוימת. לנישומים אין (בהכרח) מטרה להתעמת עם הרשות כדי להבהיר את הדין, בהנחה שההסתברות הנמוכה לכך שהרשות תפעל נגדם תאפשר להם לנצל את העמימות לטובת הפחתת חבות המס שלהם.¹⁷⁶

לכאורה, הכלה זו של עמימות בדיני המס היא לא בהכרח תמיד דבר שלילי, אך נראה כי בית המשפט צריך להביא בחשבון את העלות הגבייתית-חלוקתית של היעדר הסדרה פורמלית כאשר הוא יוזם שינוי בדיני המס. מבחינה זו, הכלל שקבעה ערכאת הערעור הראשונה בעניין דמארי-הירשזון הוא בעייתי מאוד משום שהיא קבעה מבחן קוואיסיטי עמום שנישומים אשר יעמדו בו יקבלו אפשרות לקיזוז רטרואקטיבי (חלקי או מלא). די ברור שכלל כזה עשוי לפעול בעיקר לטובתם של נישומים חזקים אשר באמצעות מתכנני מס ינסו ליצור מצג (באמצעים חוזיים) כי אותם כללים תקפים בעניינם.

J. Clifton Fleming, *Some Cautions Regarding Tax Simplification*, TAX SIMPLIFICATION ch. 14 174
(Chris Evans, Richard Krever & Peter Mellor eds., 2015), <http://bit.ly/2Mrmxa7>

175 הערכות הן שרוב תכנוני המס האגרסיביים נעשים על ידי נישומים אמידים. ראו Andrew Johns & Joel Slemrod, *The Distribution of Income Tax Noncompliance*, 63 NAT'L TAX J. 397, 397, 403-405 (2010).

176 דוגמה נוספת למקרה שבו נישומים צפויים להרוויח מעמימות בדין ראו Yehonatan Givati, *Resolving Legal Uncertainty: The Unfulfilled Promise of Advance Tax Rulings*, 29 VA. TAX. REV. 137 (2009).

הרבה מחקיקת המס בנושאים מורכבים נעשית ביוזמת חקיקה או חקיקת משנה אשר מקורה ברשות המסים ובמשרד האוצר. לרשות המסים (כזרוע של הרשות המבצעת) יש אפוא שליטה רבה בהליך החקיקה שמכוחה היא פועלת. עם זאת, כמו ברשויות ציבוריות אחרות, סך המשאבים שעומד לרשות רשות המסים מוגבל ומשפיע על יכולתה להוביל מספר רב של מהלכים רגולטוריים רחבי היקף בעת ובעונה אחת. הובלת מהלכים רבי משמעות של חקיקת מס בנושאים מסחריים מורכבים כגון מיסוי תאגידיים, עידוד השקעות הון ומיסוי בין-לאומי דורשת משאבי זמן והון אנושי רבים. קביעת סדר העדיפות של המהלכים הללו נעשית לרוב על פי שיקולים של הדרג המקצועי והפוליטי. כאשר בית המשפט משנה את הדין באופן שמחייב את רשות המסים לבטל או להשלים את פסיקתו, הוא למעשה משפיע על סדר העדיפות של הפרויקטים השונים. עם זאת, גם אם בית המשפט יחייב את רשות המסים לאכוף הסדר חדש, אין ערובה לכך שלרשות יהיו המשאבים הדרושים כדי לטפל בכך ולהשלים את מהלך החקיקה. אף שדיני מסים זוהו כתחום שבו בית המשפט נוטה להמליץ למחוקק לשנות את החוק יותר מתחומים אחרים,¹⁷⁷ הקריאות של בית המשפט כמעט לא נענו עד כה על ידי המחוקק.¹⁷⁸

נראה כי ניסיון העבר מלמד שהשליטה של רשות המסים בהליך החקיקה היא סוג של חרב פיפיות. במקומות שבהם היא יכולה להגיב על פסיקתו של בית המשפט באמצעות תיקון חקיקה פשוט אשר אינו דורש מומחיות מיוחדת, היא יכולה לעשות זאת ביעילות ובמהירות. במקומות שבהם אימוץ ההסדר מחייב עבודת הכנה ומומחיות רבה, יש חשש של ממש שקריאה של בית המשפט למחוקק להסדיר נושא מסוים בדיני מסים לא תיענה. היעדר תגובה מצד המחוקק הוא הלכה למעשה תגובה שיש להביא בחשבון, בין אם קריאתו של בית המשפט לשינוי הדין תיעשה כהמלצה, ובין אם, כמו בעניין שדות, היא תיעשה על ידי שינוי ההסדר בהנחה ששינוי זה יחייב את הרשויות להגיב. הניסיון של עניין שדות מלמד כי ככל שהמורכבות של הנושא רבה יותר, והנראות שלו (מבחינה תקציבית ופוליטית) נמוכה יותר, השיקול המוסדי (ככל שהוא יישקל על ידי בתי המשפט בבואם להחליט במקרה מסוים) צריך לגרום לשופטים לנהוג זהירות יתר בבואם לקבוע כללים חדשים.

ראוי להדגיש כי השיקול המוסדי שפורט לעיל איננו חזות הכול. עם זאת, חשוב שבית המשפט יתחשב בו וינסה לאמוד את העלויות הגבייתיות והחלוקתיות במקרה (הסביר) ששינוי הכלל בידי המשפט לא ילווה במהלך חקיקתי. במקרים מסוימים (כמו עניין שדות), ייתכן שהעלויות החברתיות הצפויות משינוי הכלל בדרך של חקיקה שיפוטית עשויות לגבור על התועלת משינוי הכלל, גם אם הכלל כשלעצמו נתפס כלא צודק בעיני בית המשפט.

בעניין דמארי-הירשזון, נראה שהשיקול המוסדי מורה כי בית המשפט היה צריך להימנע משינוי הכלל. אם בית המשפט מניח כי (כמו בעניין שדות) המחוקק יימנע מלהפוך את קביעתו, אזי הוא צריך להיות ער לכך שסוגיית קיזוז ההפסדים באופן רטרואקטיבי היא מורכבת והסדרתה עשויה לדרוש משאבי זמן ומומחיות רבים. מכיוון שהעלות של השינוי

177 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 459–460.

178 שם.

עדיין איננה ברורה, ייתכן שהנושא לא יעלה אל ראש סדר העדיפויות של רשות המסים, וכך העמימות הנובעת מהכלל עשויה להטיל עלויות גבייתיות-חלוקתיות ניכרות זמן רב. כאמור, פסק הדין של ערכאת הערעור בעניין דמארי-הירשזון נהפך בסופו של דבר בדיון הנוסף. בפסק הדין הסופי נדחתה עמדתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין כי במקרים מסוימים יש לאפשר קיזוז רטרואקטיבי של הפסדים. אמנם רוב פסק הדין התייחס לפרשנות התכליתית הראויה של סעיף 28 לפקודה, אך בהחלטת הרוב, אשר נכתבה על ידי הנשיאה מרים נאור, ניתן גם דגש לשיקול המוסדי. בסוף פסק הדין כתבה השופטת נאור כי שינוי מהותי בדיני קיזוז ההפסדים אשר ביקשה ערכאת הערעור לקדם, הוא מתפקידו של המחוקק ולא של בית המשפט.¹⁷⁹

אימוץ השיקול המוסדי כשיקול דוקטרינרי יחייב את בית המשפט לבחון בצורה ריאליסטית וזהירה את העלויות החברתיות והגבייתיות הנובעות משינוי הסדרי מס מורכבים בדרך של חקיקה שיפוטית. ייתכנו מקרים שבהם השיקול המוסדי יטה את הכף לכך שבית המשפט יימנע מלהתערב כלל, או יבחר להתערב באופן שבו העלויות החברתיות שינבעו מהתערבותו צפויות להיות קטנות. במקרים אחרים, כאשר שיקולי "מס אמת", או שיקולים אחרים, יחייבו את שינוי הכלל גם במחיר של חקיקה שיפוטית חלקית ובעייתית, ראוי שבית המשפט יהיה מודע לשיקול המוסדי, ישקיע מאמצים לאמוד את העלויות שינבעו משינוי הכלל וינמק את החלטתו בהתחשב בעלויות הצפויות, ולא ינהג כפי שנהגו שופטי הרוב בעניין שדות.

לא פשוט להסיק מסקנה חד-משמעית בעניין המשקל היחסי של השיקול המוסדי בהשוואה לשיקולים אחרים. הקושי נובע מכך שבית המשפט פועל בתנאים של חוסר ודאות רב באשר לתוצאות של פסיקותיו, ורק בדיעבד ניתן לדעת כיצד התקבלה הלכה זו או אחרת. עם זאת, הטענה שעולה ממאמר זה היא כי כאשר בית המשפט שוקל לבטל הסדר קיים, עליו להביא בחשבון כי במקרים לא מעטים אין בפסיקתו כדי להסדיר פוזיטיבית את הנושא באופן משיביע רצון ויהיה צורך בחקיקה ראשית או חקיקת משנה משלימות. מהסיבות שפורטו לעיל, גורמים האמונים על יצירת דיני המס ברשות המבצעת (רשויות המס, משרד האוצר והיועץ המשפטי לממשלה האמון בין השאר על חקיקה פיסקאלית) וברשות המחוקקת, עשויים להתקשות ולגייס את משאבי הזמן והמומחיות הנחוצים כדי להסדיר את הנושא, וכך עלול להיווצר חלל משפטי ואכיפתי. לכן, במקרים שבהם יש לשופטים חשש ממשי כי הרשות המחוקקת והמבצעת לא יגיבו על החלטת בית המשפט במהירות סבירה כדי לבצע את ההסדרה המתבקשת, עליהם לשקול אם פסילת ההסדר בכל זאת רצויה. כחלק מתהליך הזה, על בית המשפט לשקול אם הטענות המצדיקות את פסילת ההסדר הקיים חזקים מספיק כדי להצדיק את העלויות הגבייתיות-חלוקתיות הצפויות במקרה של עיכוב ממושך בהסדרה. אף שאין מדובר בשיקול שהוא בהכרח מכריע, בסופו של דבר שקילת השיקול המוסדי נועדה לרסן (אבל לא לחסום) אקטיביזם שיפוטי בדיני מסים משום שהיא אמורה לצמצם פסילה של הסדרים קיימים על ידי בית המשפט.

179 ראו עניין דמארי בדיון נוסף, לעיל ה"ש 2, פס' 19, 49 ו-59 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור ופס' 11 ו-18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

השיקול המוסדי אינו אמור להשפיע על אותם מקרים שבהם פסילת ההסדר לא תיצור ואקום (משום שבהלכה של בית המשפט יש כדי ליצור הסדר קוהרנטי ברור),¹⁸⁰ או על מקרים שבהם לדעת בית המשפט הפגיעה בזכויות הנישומים היא מובהקת ובלתי מוצדקת כל כך, שפסילת ההסדר מצדיקה את העלויות הגבייתיות-חלוקתיות שלו. עם זאת, באותם מקרים, כמו עניין שדות וכמו עניין דמארי-הירשזון (בכל הנוגע לקיזוז רטרואקטיבי של הפסדים), שבהם נראה כי הסיכוי לתגובה מהירה של המחוקק הוא נמוך, העלות הגבייתית-חלוקתית של אי-הסדרה עשויה להיות גבוהה מאוד, והפגיעה בזכויות יסוד של נישומים איננה מהותית, נראה כי השיקול המוסדי היה צריך להטות את הכף להימנעות מלבטל את ההסדר הקיים. באותם מקרים, גם אם נראה לבית המשפט כי עדיף לאמץ כלל אחר, ראוי להשאיר אבחנה זו בגדר המלצה, משום שהסדרת נושאים מורכבים ורב ממדיים בחקיקת המס היא בעיקרה בתחום כשירותו של המחוקק.

ה. סיכום

ההלכה שנקבעה בעניין שדות מהווה דוגמה מצוינת לכוח הרב של חקיקה שיפוטית בענייני מסים ולמוגבלותה. בפסק דין מהפכני, שופטי הרוב שינו את דיני המס בנוגע לשותפויות כדי שיתאימו יותר למציאות העסקית שעלתה מהעסקה שהובאה לדיון לפנייהם. עם זאת, העובדה שכיום, יותר מעשור אחרי שניתן פסק הדין של בית המשפט העליון, "רב הנסתר על הגלוי" בנוגע לאופן שבו מערכת המס הישראלית מתמודדת עם סוגיות יסוד במיסוי שותפויות, ובפרט עם פוטנציאל תכנון המס הגלום בהן, מעוררת תהייה אם ברטרופסקטיבה יש לקרוא את דעת הרוב כאמיצה או כתמימה.

הדילמה השיפוטית אשר עניין שדות מעלה איננה נדירה, שכן מיסוי שותפויות, כמו תחומים רבים אחרים בדיני המס, מחייב הסדרים מורכבים אשר לרוב דורשים עיגון מפורט בדרך של חקיקה ראשית וחקיקת משנה. כאשר בית המשפט דוחה הסדר של רשות המסים, שנתפס בעיניו כבלתי מוצדק, עליו להניח כי יכולתו לכפות על רשויות המס או על מחוקק המס לעגן הסדר חלופי היא לרוב מוגבלת (מאוד). על כן בית המשפט צריך להניח כי כאשר חקיקה שיפוטית תיצור הסדר חסר, העלויות החברתיות של הסדר זה עשויות להיות גבוהות מאוד. הניסיון שנצבר בנוגע למיסוי שותפויות, מעורר ספק באשר ליתרונות של אקטיביזם שיפוטי באותם מקרים שבהם בית המשפט מבקש לפסול הסדר של רשות המסים מבלי שקיים הסדר חלופי מספק.

180 ראו דיון לעיל בה"ש 30.