

רכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים ו(או) שינוי תחום פעילותה כ"עסקה מלאכותית" - אימתי?*

מאת

עו"ד (רו"ח) נועה לב גולדשטיין ; עו"ד אדם קדש¹

הקדמה

ביולי 2003 פורסם פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **יואב רובינשטיין**², בו התווה בית המשפט קווים מנחים לעניין סיווגה של עסקת רכישת חברה בהפסדים לצורך קיזוזם כנגד הכנסות מתחום פעילות חדש, כ"עסקה מלאכותית", לפי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "**הפקודה**"). בינואר 2020 ניתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כ"י השופטת סרוסי) בעניין **קבוצת האחים נאו**³ - שם נדונה פעם נוספת שאלת סיווגה של רכישת חברה בהפסדים כ"עסקה מלאכותית" לצורכי מס. ביני לביני, סוגיה זו - של ניצול הפסדיו הצבורים של תאגיד לצורכי מס וסיווג פעולה זו כ"מלאכותית" - העסיקה וממשיכה להעסיק את מערכת היחסים בין נישומים לבין רשות המיסים ואת בתי המשפט של מיסים.

ועדיין, חרף הפסיקה הענפה בנושא, דומה שיש אי בהירות וחוסר אחידות בקשר לסוגיה זו, בעיקר באשר לדרך בה יש לבצע את בדיקת היסודות הנדרשים לצורך קביעה כי עסקה של רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים ו/או שינוי תחום פעילותה, מהווה "עסקה מלאכותית" לעניין סעיף 86 לפקודה. בין היתר, מתעוררת השאלה, באלו נסיבות יש ליישם את דוקטרינת "**הסיווג השונה**", ובאלו נסיבות יש ליישם את דוקטרינת "**הסיווג מחדש**" (שהיא העסקה המלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה); כיצד יש ליישם בהקשר של עסקאות מסוג זה את "**המבחן הדו-שלבי**" באשר למלאכותיותה של עסקה; אלו סיטואציות של רכישת חברה בהפסדים, או שימוש בחברה הפסדית, יהיו "**תכנון מס לגיטימי**" שכלל אינו נכלל בקטגוריה של עסקאות "החשודות" כמלאכותיות; כיצד יש ליישם את "**היפוך נטל ההוכחה**" בכל הקשור לטענת העסקה המלאכותית; והאם בכלל, לאור הפסיקה האחרונה, תיתכנה סיטואציות בהן יוכל נישום (או התאגיד שבבעלותו) לצלוח את מבחן "**ייסודיות הטעם המסחרי**" - בכל הנוגע לרכישת חברה עם הפסדים צבורים וקיזוזם כנגד הכנסות עתידיות של אותה חברה, מתחום פעילות אחר.

• המאמר פורסם בגיליון מיסים לד/1 (מרץ 2020) א-39

1. עו"ד (רו"ח) נועה לב גולדשטיין שותפה ומנהלת מחלקת המיסים במשרד איתן, מהולל, שדות; עו"ד אדם קדש הוא שותף במשרד.
2. ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, מיסים" יז/4 (אוגוסט 2003) ה-59 (להלן: "רובינשטיין").
3. ע"מ 17-09-46365 פקיד שומה תל אביב 4 (20.1.20), ראו מיסים לד/1 (מרץ 2020) ה-27 (להלן: "האחים נאו").

במאמר זה נסקור את דרך הבדיקה הנדרשת בכל הקשור לטענות של "עסקה מלאכותית", בעיקר בהקשר של עסקאות לרכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים, ונבחן כיצד דרך זו מיושמת, הלכה למעשה, בעסקאות מסוג זה.

סעיף 86 לפקודה - סמכות להתעלם מעסקאות מסוימות

תפיסת היסוד העוברת כחוט השני בדיני המס בישראל היא, כי יש לשאוף למס אמת, דהיינו, רשות המיסים ובתי המשפט נדרשים למסות את הנישום, ככל הניתן, על-פי מהותה הכלכלית האמיתית של העסקה. לצד תפיסה זו, מתקיימת ההכרה בכך שהאופן בו בוחר נישום לערוך את עסקאותיו יכול להוביל לתוצאות מס שונות. כך, בחירה במבנה משפטי מסוים לביצוע טרנסאקציה עשויה לגרום להפחתת נטל המס, בעוד שבחירה במבנה משפטי אחר תביא אולי להגברת נטל המס. בחירה בין החלופות השונות האפשריות לביצוע אותה עסקה, בשל שיקולי מס - ידועה כ"תכנון מס". באופן טבעי, נישומים שואפים לתכנן את אופן ביצוע עסקאותיהם כך שתוצאת המס בעקבותיהן תוביל לחבות מס מינימלית. יובהר כבר עתה: הלכה פסוקה היא, כי תכנון מס, כשלעצמו, איננו פעולה שאינה לגיטימית, אדרבא, תכנון מס הוא כלי חוקי להפחתת חבות המס ואף מהווה אחת מזכויותיו הבסיסיות של נישום:

"על דרך העיקרון, לא זו בלבד שתכנון המס, כשלעצמו, הוא בגדר פעולה חוקית, אלא שאף מדובר בפעולה רצויה, אשר יש לתמרץ את הנישום לעשותה (ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון, פ"ד מח(3) 156 (1994)). קונסטרוקציה משפטית המביאה להקטנה או אף לביטול חבות המס אינה פסולה, מיניה וביה. אדרבא, "זכותם - ואף חובתם - של מומחים בענייני מיסים לתכנן עסקאות משפטיות כך שלא תהיינה עתירות מס" (שם, בעמ' 167). זאת שכן, הזכות לתכנון המס נתפסת כחלק מזכויותיו הבסיסיות של הנישום, על רקע ההגנה על הקניין הפרטי (ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד נט(5) 538 (2005); דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 28-30 (1990) (להלן: גליקסברג גבולות תכנון המס)). בשל כך, ככלל, רשאי הנישום לנצל לטובתו הוראות בדין הפוטרות אותו או מקלות עליו בחבות במס."⁴

יחד עם זאת, לא כל תכנוני המס נבראו שווים. לעיתים, נישומים בוחרים לבצע עסקאות שתכליתן העיקרית, ולעתים היחידה, היא הפחתת חבות המס שלהם, ללא כל מהות או תוכן מסחרי. תכנוני מס שכאלו, כאשר הם מבוצעים אגב ניצול לרעה של חקיקת המס (ובעיקר "פרצות" בחקיקת המס), הם תכנוני מס שאינם לגיטימיים - תכנוני מס שליליים.

4. ע"א 1211/14 יחזקאל גוטשל ואח' נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" כט/6 (דצמבר 2015) ה-73 (להלן: "גוטשל"), פסקה 10 לפסק הדין של כב' השופט שוהם.

בקצרה, ניתן לומר כי כאשר נישום מבצע תכנון מס שלילי, בלא שיש לפעולה טעם מסחרי, הוא מתחמק מחובתו המוסרית לחברה, וחמור מכך, מטיל את נטל תשלום המס על רעהו⁵. נוכח הסכנה הטמונה בתכנון המס השלילי, המחוקק הקנה לפקיד השומה כלים ייעודיים להתמודדות עם תופעות מעין אלו; העיקרי שבהם היא ההוראה בסעיף 86 לפקודה:

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

סעיף 86 לפקודה הינו "כלי אנטי תכנוני" המקנה לפקיד השומה סמכות להתעלם מעסקה או מפעולה, מקום שלטעמו הן עלולות או שיש בהן להפחית את חבות המס, וזאת בתנאי שהפעולה או העסקה מפחיתות המס הן בגדר אחת החלופות שלהלן: (א) עסקה מלאכותית; (ב) עסקה בדויה; (ג) הסבה שאינה מופעלת למעשה; (ד) אחת ממטרותיה העיקריות של העסקה היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה. ודוק: פקיד השומה רשאי לעשות שימוש בסמכות מכוח סעיף 86 על חלופותיו השונות גם שעה שכל הפעולות והעסקאות שביצע הנישום חוקיות ומותרות בדין הכללי.

בבחינת יישום סמכות פקיד השומה בעולם המעשה, ועל אף שהמחוקק פרס את סמכותו של פקיד השומה לכל ארבעת החלופות האמורות, פקידי השומה ובתי המשפט נוהגים לעשות שימוש בחלופה הראשונה באופן כמעט אקסקלוסיבי⁶. משכך, על פי הדין הנוהג, נאותות הפעולות הסמכות של פקיד השומה במסגרת סעיף 86 לפקודה נבחנת על פי רוב לאור אמות המידה לעניין עסקה מלאכותית.

מבחן דו-שלבי לסיווג עסקה כמלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה

כפי שיורחב בהמשך, הלכה היא שלצורך סיווג עסקה כ"מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה, הכרח הוא לצלוח מבחן דו-שלבי: בשלב ראשון יש להראות שמדובר בתכנון מס בלתי לגיטימי (תכנון מס שלילי); ובשלב שני, ורק אם אכן מדובר בתכנון מס שלילי, יש לבחון את מבחן יסודיות הטעם המסחרי.

5. להרחבה בנוגע להשלכות של תכנון מס שלילי ראו ד. גליקסברג, **גבולות תכנון המס**, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית ירושלים, תש"ן-1990 (להלן: "גליקסברג"), שם בעמ' 30 ואילך.

6. ראו לעניין ההבדל בין החלופה הראשונה המנויה בסעיף 86 לפקודה (עילת העסקה המלאכותית), לזו האחרונה (עסקה שאחת ממטרותיה היא הימנעות ממס בלתי נאותה) - גם בפסק הדין בעניין **סגנון**, כהגדרתו להלן, פסקאות 15-16 לחוות דעתו של כב' השופט המשנה לנשיאה ריבלין; לעומת דעתו של כב' השופט הנדל, בסעיפים 1-4 לחוות דעתו. כמו כן, ראו בהקשר זה את דעתו של גליקסברג, אשר סבור כי שתי החלופות המנויות בסעיף 86 - עסקה בדויה והסבה שאינה מופעלת למעשה - הן מיותרות, וכי ניתן להגיע לאותה תוצאה מיסויות גם בלעדיו, **גליקסברג**, בעמ' 139-158; וכן דבריו של גליקסברג בנוגע לעילת הפחתת המס הבלתי נאותה, שגם אותה הוא סבור שיש לבטל, ולהסתפק בעילת העסקה המלאכותית, שם בעמ' 258-266.

אולם בבחינת עשרות פסקי הדין שפורסמו סביב סעיף זה, נראה שעל פי רוב, ההתמקדות היא בשלב השני של המבחן הדו-שלבי; ולעתים, **שלא בצדק**, נזנחת ההתייחסות הנדרשת וההכרחית לשלב הראשון. להלן נתייחס תחילה **לשלב השני** (מבחן יסודיות הטעם המסחרי); ולאחר מכן **לשלב הראשון** (הבחנה בין תכנון מס לגיטימי לתכנון מס שאינו לגיטימי).

שלב שני של המבחן הדו-שלבי - מבחן יסודיות הטעם המסחרי

אין לכתוד, כי הסמכות המוקנית לפקיד השומה בסעיף 86 לפקודה, בכוחה לאיין את כל היתרונות המיסויים הכרוכים בעסקה פלונית, ומכאן שהפעלת סמכות זו עלולה לפגוע בעיקרון הוודאות, ואף להסב לנישום נזקים כלכליים בלתי מבוטלים. לכן, על פקיד השומה להפעיל סמכות זו בזהירות רבה⁷. בהתאם, נשאלת השאלה היסודית, איזו עסקה תיחשב העסקה מלאכותית: אימתי יחצה הקו המפריד בין פעולה המהווה תכנון מס לגיטימי לבין פעולה שתסווג כעסקה מלאכותית, אשר פקיד השומה רשאי להתעלם ממנה לפי הוראות סעיף 86 לפקודה? בפרט, מהן אמות המידה המתוות את שיקול דעתו של פקיד השומה ואשר לאורך עליו לבחון את טיבן של עסקאות החשודות כ"מלאכותיות"?

שאלה זו העסיקה את בתי המשפט בישראל לא אחת, ולאורך השנים פותחו תילי תילים של מבחני עזר לסיווג עסקה כמלאכותית. בקצרה יצוין כי בשנותיה המוקדמות של המדינה, בפסק הדין בעניין **איסמר**⁸, נקבע מבחן "הדפוסים המקובלים" ולפיו עסקה מלאכותית היא עסקה שיש לה אחיזה במציאות העובדתית-משפטית, אולם היא "מנוגדת לדפוסים המקובלים בחיי הכלכלה וסוטה מן הדרכים שבני-אדם נוהגים בהם, כדי להשיג תוצאה כלכלית מסויימת..."⁹. בהמשך לכך פותח מבחן נוסף ע"י כבי' השופט ויתקון בפסק הדין בעניין **אולפני הסרטה בישראל**¹⁰, לפיו עסקה הנעדרת טעם מסחרי כלשהו, זולת הכוונה להפחתת מס, היא עסקה הניחנת במלאכותיות. גם בהלכת **רובינשטיין** הנ"ל חזר בית המשפט העליון, מפי כבי' הנשיא אהרון ברק, על מבחן המטרה המסחרית כמבחן העיקרי לבדיקת המלאכותיות, או היעדר המלאכותיות, של עסקה: לפי מבחן זה, עסקה הנעדרת כל טעם מסחרי, זולת הרצון להפחית את חבות המס של הנישום - תסווג כעסקה "מלאכותית" אשר פקיד השומה רשאי להתעלם ממנה לצורכי מס, לפי הוראות סעיף 86 לפקודה. בהלכת **רובינשטיין** הובהר גם, כי לצורך בחינת הסיווג של עסקה כ"מלאכותית" - ניתן להתייחס לרצף פעולות או עסקאות שביצע הנישום כאל "עסקה" שניתן להתעלם מיתרון המס שלה. כך, אפשר שבאופן נפרד, כל אחת מהפעולות שבוצעו על ידי הנישום היא לגיטימית ואינה בגדר "עסקה מלאכותית", אבל ביצוען של כל הפעולות גם יחד הוא התכנון הלא לגיטימי, והוא זה המקנה לפקיד השומה את הסמכות לסווג את העסקה כ"מלאכותית" ולהתעלם מיתרון המס הלא הוגן שנוצר.

7. עניין **גוטשל**, הי"ש 4 לעיל, פסקה 12 לפסק דינו של כבי' השופט שוהם.

8. ע"א 102/59 פקיד השומה ירושלים נ' "איסמר" חברה למסחר ולהשקעות בע"מ, פ"ד יד, 2165 (1960).

9. שם, בעמ' 2168.

10. ע"א 11/74 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' **אולפני הסרטה בישראל בע"מ**, פד"א ז, בעמ' 95 ו"מיסים אונליין" (7.11.74).

התפתחות נוספת בפסיקה בכל הקשור לקביעת המבחנים לסיווגה של עסקה כ"מלאכותית", הוצגה בפסק הדין בעניין **סגנון שירותי תקשוב**¹¹; שם, פותח (או "הוקשח") מבחן "המטרה המסחרית", ותחתיו נקבע מבחן "יסודיות הטעם המסחרי":

"עסקה אינה מלאכותית אם לולא המטרה המסחרית - לא היה מבצע הנישום את העסקה. המבחן אינו בודק רק אם קיימת מטרה מסחרית, ואין ספק בדבר שקיומה של זו הוא תנאי הכרחי, אך אין זה תנאי מספיק.

לצורך סיפוקו של המבחן נדרש גם כי המטרה המסחרית תהיה סיבה 'יסודית', כך שלולא ציפיותו של הנישום כי זו תתממש, לא היה נכנס לעסקה מלכתחילה. לאור הרציונאלים החולשים על הסוגיה, תישלל מלאכותיותה של העסקה, אף אם נלווה לטעם המסחרי היסודי, טעם פיסקלי במידת יסודיות שווה."

עינינו הרואות, מבחן יסודיות הטעם המסחרי מבקש להבחין בין מקרים בהם לטעם המסחרי היה משקל של ממש בשאיפתו של הנישום לבצע את העסקה, למקרים בהם הטעם המסחרי היה זניח, והסיבה העיקרית לביצוע העסקה היא הנאה מיתרון מס לא הוגן. ודוק: לפי הלכת **סגנון**, כאשר מדובר בפעולה שהיא "תכנון מס שלילי", כפי שיורחב להלן, לא די להצביע על טעם מסחרי כלאחר יד כדי להכשיר את העסקה ולשלול את מלאכותיותה, אלא על הנישום להוכיח, כי הטעם המסחרי היה מרכיב יסודי אשר הניע אותו לבצע את העסקה כפי שבוצעה, וכי אלמלא הטעם המסחרי הגלום בעסקה, לא היה מבצע אותה. בפרשת **סגנון**, הציע בית המשפט העליון ארבעה מבחני עזר, שיש בהם כדי לסייע להשיב על השאלה, האם מאחורי העסקה קיים "טעם מסחרי יסודי" דיו, זולת הרצון להפחית את חבות המס:

(א) **מבחן אמינות הטעם המסחרי** - מדובר במעין מבחן מקדמי, שתכליתו לבדוק האם מבחינה סובייקטיבית, טעם מסחרי הוא זה שהניע את הנישום לבצע את העסקה, וכי אלמלא טעם מסחרי זה לא היה מבצעה. ודוק, על אף שמדובר בבחינה סובייקטיבית - על הנישום להוכיח את אמינות הטעם המסחרי בראיות ממשיות ואובייקטיביות, קרי, ראיות המעידות שמנקודת מבטו - אכן עמד מאחורי העסקה טעם מסחרי ממשי. יודגש כי מבחן זה אינו בוחן את "התועלת" הכלכלית בטעם המסחרי לעומת היתרון המיסוי העשויים לנבוע מהעסקה, אלא רק את נקודת המבט הסובייקטיבית של הנישום. אולם אם לא עולה בידי הנישום להוכיח מבחן זה, יש לעבור למבחני העזר הבאים, שהם אובייקטיבים במהותם.

(ב) **שקילותם הכלכלית של הטעמים שביסוד העסקה** - יש לבחון את טעמי העסקה מבחינה **תוצאתית**, כלומר מהי **ההשלכה** הכלכלית של אותם הטעמים שבבסיס העסקה - המסחרי מחד והמיסוי מאידך. פער כלכלי ניכר לטובת הטעם המיסויי (כזה המראה שערכו הכלכלי של הטעם המיסויי עולה בהרבה על ערכו הכלכלי של הטעם המסחרי) יהווה ראיה ל"מלאכותיות" העסקה, וההיפך (קרי פער כלכלי לטובת הטעם "המסחרי" יעיד על האותנטיות שלה, או היעדר "מלאכותיות").

(ג) **מבחן התוכן הכלכלי** - האם לנישום הייתה ציפייה סבירה להשיג רווח כלכלי (לבר מיסויי) מהעסקה. בגדרי מבחן זה ניתן אף לבחון בדיעבד, האם הציפייה לרווח התממשה הלכה למעשה.

(ד) **מבחן הסיכון** - ביישום מבחן זה יש לבדוק האם בביצוע העסקה כפי שנעשתה היו כרוכים סיכונים כלשהם, וזאת לעומת ודאות מימוש המטרה המיסויית. ככל שתוחלת חיסכון המס מביצוע העסקה גבוהה יותר לעומת קיומם של סיכונים כלכליים בדרך להשגת הטעם המסחרי הנטען - הדבר יצביע על מלאכותיות העסקה (וההיפך).

הנה כי כן, לפי מבחן יסודיות הטעם המסחרי, מלאכותיותה של עסקה תישלל, אם בנוסף לטעם הפיסקאלי העומד מאחוריה, קיים גם טעם מסחרי מהותי דיו, אשר די היה בו לבדו בכדי להוביל את הנישום לביצוע העסקה. כאשר סוגיה זו, האם עמד טעם מסחרי מהותי דיו מאחורי העסקה, יכול שתיבחן בהתאם לארבעת מבחני העזר הנ"ל.

ככל שהטעם העיקרי לביצוע העסקה הוא טעם פיסקאלי, ומבלי שעמד מאחוריה טעם מסחרי מהותי, העסקה עשויה להיות מסווגת כ"מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה, אולם כפי שיוסבר להלן, מבחן יסודיות הטעם המסחרי הוא רק השלב השני לצורך סיווגה כ"מלאכותית"; וטרם בדיקתו, הכרח הוא לצלוח את השלב הראשון.

השלב הראשון של המבחן הדו-שלבי - הבחנה בין תכנון מס לגיטימי לתכנון מס שלילי

כאמור, מעת שנפסקה הלכת סגנון, המבחן הנוהג לצורך סיווגה של עסקה כ"מלאכותית" בגדרי סעיף 86 לפקודה, הוא מבחן יסודיות הטעם המסחרי. ואולם, כפי שציין בית המשפט העליון כבר בפסק הדין בעניין סגנון, וכפי שהובהר בהמשך בהלכת גוטשל¹² - מבחן יסודיות הטעם המסחרי הוא רק השלב השני של בדיקת "מלאכותיות" העסקה, וניתן להגיע אליו רק מקום בו מתקיים השלב הראשון, קרי רק אם אין מדובר ב"תכנון מס לגיטימי". בפרשת גוטשל, בית המשפט העליון הותיר על כנה את הכרעת בית המשפט המחוזי אשר סיווג את העסקה שבוצעה על ידי הנישום כ"מלאכותית", אך זאת תוך כדי שביקש להבהיר את הדרך בה יש לילך עת פקיד השומה מבקש להפעיל את סמכותו מכוח סעיף 86 לפקודה:

"לנוכח טענת המערערים, סבורני כי יש מקום להבהיר את ההלכה בעניין זה. לטעמי, יש לבחון את סיווג העסקה באמצעות מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, יש לבחון את השאלה, האם בבסיס העסקה עמד תכנון מס לגיטימי. רק בהינתן תשובה שלילית לשאלה זו, יש לבחון, בשלב השני, את מלאכותיות העסקה, בהתאם לסעיף 86 לפקודת מס הכנסה..."¹³

12. הי"ש 4 לעיל.

13. שם, פסקה 12 לפסק הדין.

יש להעיר בהקשר זה, כי פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **גוטשל** לא חידש או פיתח את ההלכה בעניין "עסקה מלאכותית", ולמעשה חזר על שנקבע בעניין **סגנון**; אולם פסק הדין נכתב, בדרך בה נכתב - גם ובעיקר על מנת לשמש "מורה דרך" לפקדי השומה ולערכאות הדיוניות בבואם לדון בסוגיה זו של הפעלת סמכות פקיד השומה מכוח סעיף 86 לפקודה וסיווג עסקה כ"מלאכותית"¹⁴. ודוק, לפי הלכת **גוטשל**, לצורך סיווג עסקה כ"מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה, יש לבצע **בדיקה דו-שלבית**: **בשלב ראשון** יש לבדוק האם מדובר בתכנון מס חיובי, או נייטרלי (שניהם נחשבים כ"תכנון מס לגיטימי"), או שמא מדובר ב"תכנון מס שלילי". אם מדובר ב"תכנון מס לגיטימי" - הרי שאין כל נפקות לשאלה, האם טעמים מסחריים עמדו מאחורי העסקה או לאו, ופקיד השומה לא יוכל להתעלם ממנה - גם אם הטעם העיקרי, ואף היחיד, לביצוע העסקה ולאופן בו בוצעה, הוא ניצול יתרון המס הנובע ממנה. רק אם מדובר ב"תכנון מס שלילי" - הרי שאז ורק אז, יש לעבור **לשלב השני** במבחן הדו-שלבי, ולבדוק את "יסודיות הטעם המסחרי":

"נישום שביצע תכנון מס לגיטימי ניצל, הלכה למעשה, הטבת מס שהוקנתה לו במפורש בחקיקה. במצב דברים זה, כלל אין זה משנה האם המניע היסודי לפעולתו של הנישום היה האפשרות להפחית את חבות המס, או שמא, הוא הונע על-ידי טעם מסחרי כלשהו. נישום אשר ניצל, באופן לגיטימי, הטבת מס המעוגנת בחקיקה, ראוי ליהנות מהטבת המס, גם אם טעמיו היו, בכללותם, מיסויים, קרי שכל רצונו היה להשיג הפחתה של נטל המס החל עליו. לפיכך, ככל שייקבע כי תכנון המס שביצע הנישום היה תכנון מס לגיטימי, אין עוד צורך להמשיך ולבחון את השאלה בדבר אופייה המלאכותי של העסקה. עניינו של הנישום ייבחן, אפוא, בגדרי סעיף 86 לפקודת מס הכנסה, אך ורק באותם מקרים, בהם תכנון המס הניצב בבסיס פעולתו, היה בלתי לגיטימי."¹⁵

בית המשפט העליון בעניין **גוטשל** גם עמד על האופן בו ניתן להבחין בין "תכנון מס לגיטימי" (חיובי או נייטרלי), שלא ניתן להפעיל את הוראות סעיף 86 לגביו, לבין "תכנון מס שלילי":

"תכנון מס חיובי, מתרחש כאשר הנישום פועל על בסיס מדיניות מכוונת ומוצהרת של המחוקק, שעניינה מתן פטור או הקלה במס (גליקסברג גבולות תכנון המס, בעמ' 172-171). כך למשל, כאשר הנישום שוקל באיזה אופן להקים את עסקיו, הרי שבחירה, מטעמים מיסויים בלבד, בין פעילות עסקית המבוצעת באמצעות חברה בע"מ לבין פעילות עסקית המבוצעת שלא באמצעות חברה, מהווה תכנון מס רצוי בעיני המחוקק (ראו לדוגמה, את פסק דיני בע"מ א' 7566/13 פקיד שומה למפעלים נוספים נ' ז'ורבין (22.6.2015))."

14. יוער כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **גוטשל**: עמ"ה 1094/08 יחזקאל גוטשל השקעות בע"מ ואח' נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" כז/4 (אוגוסט 2013) ה-124, עסק כל כולו רק בשלב הבדיקה השני הנ"ל, קרי - בדיקת מבחן יסודיות הטעם המסחרי, ולא נערך כל דיון בשאלה האם מדובר ב"תכנון מס לגיטימי" או לאו. כאמור, בית המשפט העליון הותיר על כנה את הכרעת בית המשפט המחוזי, אולם ביקש להבהיר את ההלכה בעניין סיווגה של "עסקה מלאכותית" ובעיקר את ההכרח לבצע את אותו מבחן דו-שלבי. שם, פסקה 12 לפסק הדין.

15.

תכנון מס שלילי, מנגד, מתרחש במקרה בו הנישום מתכנן את פעילותו באופן המנוגד לתכלית החקיקה, ועל דרך של ניצול פְּרָצָה שהתגלתה בה (גליקסברג גבולות תכנון המס, בעמ' 174). הדרך לאתר תכנון מס שלילי, היא על-ידי מתן תשובה חיובית לשאלה ההיפותטטית, האם המחוקק היה משנה את דבר החקיקה, לנוכח תכנון המס שביצע הנישום. תכנון מס שלילי הוא, אפוא, תכנון מס שלא זו בלבד שהמחוקק לא שאף להגשים, אלא שהוא אף היה מתנגד לו, לו היה מובא לבחינתו. תכנון מס נייטרלי, עניינו במצבים בהם המחוקק אדיש לאפשרותם של הנישומים להביא לשינוי של נטלי המס, בהם הם חבים. כלומר, המחוקק אינו מעוניין לעודד את הנישומים לבחור בדרך זו או אחרת, אך גם איננו שואף למנוע מהם לפעול בכל אחת מהדרכים הללו (שם, בעמ' 174-172)...¹⁶

הנה כי כן, נישום המבצע פעולה שלא עומד מאחוריה כל טעם, זולת רצון לנצל הטבת מס - אינו צריך לחשוש שמא העסקה תסווג כמלאכותית, אם הוא פועל בהתאם למדיניות מוצהרת ומכוונת של המחוקק (תכנון מס חיובי), או כאשר הוא מבצע פעולה אשר המחוקק "אדיש" באשר לאופן ביצועה (תכנון מס נייטרלי). רק אם הפעולה שביצע הנישום היא "תכנון מס שלילי" - יש לעבור לשלב הבדיקה השני במבחן הדו-שלבי, שאז תיבחן השאלה, האם עמד מאחוריה "טעם מסחרי יסודי" דיו או לאו (ואם לאו, העסקה תסווג כמלאכותית).

נציין בקצרה שניתן למצוא דוגמאות רבות לפעולות שהן בגדר תכנון מס חיובי. כך לדוגמה, חברה הבוחרת להקים את מפעלה התעשייתי ב"אזור פיתוח א"י" (כמשמעות המונח בחוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959) רק כדי להפחית את שיעור המס החל על הכנסותיה - מבצעת תכנון מס חיובי לכל הדעות. כך לדוגמה, אדם הבוחר לרכוש בכספו הפנוי דירת מגורים כנכס השקעתי, על מנת ליהנות משיעור המס המופחת על הכנסות שכר דירה (וזאת לעומת שיעור המס החל על השקעות פסיביות אחרות) - מבצע אף הוא תכנון מס חיובי. באופן דומה, וכמוסבר ע"י כבי' השופט שוהם בפסק הדין בעניין **גוטשל** - אדם הבוחר לבצע את פעילותו העסקית באמצעות חברה בע"מ, ולא באופן אישי (ובאמצעות כך, כל עוד הרווחים אינם מחולקים כדיבידנד, לשלם על הכנסותיו רק מס חברות) - גם הוא מבצע תכנון מס שהוא רצוי בעיני המחוקק.

ניתן לציין גם מספר לא מבוטל של פעולות המהוות תכנון מס נייטרלי. כך לדוגמה, האפשרויות העומדות בפני אדם יחיד המעוניין להעביר נכס לרשות חברה שבעלותו; במצב דברים זה, עומדות בפניו מספר אפשרויות - אשר המחוקק "אדיש" לגבי בחירת הנישום ביניהן: האחת, למכור את הנכס לחברה בתמורה למחיר השוק של אותו נכס; השנייה - להעביר את הנכס בהתאם להוראות סעיף 104א לפקודה (כהעברה פטורה ממס, כך שתשלום המס יידחה למועד המימוש בפועל של הנכס או של מניות החברה מקבלת הנכס).

מאידך, מקום בו הנישום מנצל "פירצה" בחקיקת המס - בניגוד לכוונת המחוקק - הדבר יהווה "תכנון מס שלילי". בפסיקה ישנן עשרות דוגמאות למקרים המהווים "תכנון מס שלילי". לענייננו, וכפי שיורחב גם בהמשך, רלוונטיות הדוגמה של רכישת חברה עם הפסדים צבורים, ולאחר מכן שינוי תחום פעילותה, אגב קיזוז הרווחים מתחום הפעילות החדש כנגד ההפסדים הצבורים: פעולה זו, כפי שנפסק בעניין **רובינשטיין** - מהווה תכנון מס שאינו לגיטימי בעיני המחוקק. ודוק: אין משמעות הדבר שכל פעולה של רכישת חברה הפסדית אגב שינוי תחום פעילותה, מהווה עסקה מלאכותית אשר פקיד השומה רשאי להתעלם ממנה. רק אם לא עומד מאחורי העסקה טעם מסחרי מהותי דיו - רק אז תסווג העסקה כ"מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה. ככל שמדובר בעסקה אשר טעם מסחרי מהותי כן עמד מאחוריה, קרי שיקול מסחרי אשר די היה בו כדי להוביל את הנישום לביצוע העסקה (גם ללא היתרון המיסוי) - אזי תישלל מלאכותיותה של העסקה.

כאמור, לגבי המקרה של רכישת חברה בהפסדים ושינוי תחום פעילותה, כבר נפסק שמדובר בפעולה המהווה משום "תכנון מס שלילי". יחד עם זאת, במקרים אחרים מתעוררת השאלה, כיצד ניתן לזהות אם אכן מדובר ב"תכנון מס שלילי" המצדיק מעבר לשלב הבדיקה הבא (של מבחן יסודיות הטעם המסחרי). בפרשת **גוטשל**, ציין כב' השופט שוהם בהקשר זה, כי "**הדרך לאתר תכנון מס שלילי, היא על-ידי מתן תשובה חיובית לשאלה ההיפותטית, האם המחוקק היה משנה את דבר החקיקה, לנוכח תכנון המס שביצע הנישום**"¹⁷ (לצורך הדיון, דרך בדיקה זו תיקרא להלן: "**המבחן ההיפותטי**").

נבקש לציין בהקשר זה, כי במקרים רבים **המבחן ההיפותטי** אכן עשוי לסייע בקביעה, האם פעולה מסוימת היא אמנם תכנון מס שלילי או לאו. יחד עם זאת, במקרים אחרים, יישום מבחן זה עשוי לעורר קשיים לא מבוטלים:

ראשית, לא תמיד אנו ניצבים בפני סיטואציה (כפי שהייתה לדוגמה בעניין **סגנון** או בעניין **גוטשל**) בה החוק שונה; במצב דברים זה, איתור הכוונה התיאורטית של המחוקק - גם הוא משימה הנתונה לפרשנויות ולעמדות שונות; שנית - גם כאשר המחוקק החליט על שינוי החוק, לא תמיד ברור האם כוונתו הייתה לבצע תיקון חקיקה מבהיר (קרי, המעיד על כך שלדעתו גם טרם התיקון, הפעולה הייתה בלתי לגיטימית), או שמא הוא התכוון לשנות את מצב הדברים החוקי באופן פרוספקטיבי. ניתן להדגים קושי זה ביחס ליישום המבחן ההיפותטי במקרה של אדם יחיד המשתמש בתאגיד לצורך הענקת שירותי ניהול. במשך תקופה ארוכה, הפסיקה התייחסה לפעולה זו כאל פעולה לגיטימית לחלוטין, שאין בה רבב של מלאכותיות. כבר בפסק הדין בעניין **אבנעל**¹⁸, הבהיר השופט ויתקון כדלקמן:

"כאן יש להדגיש, קודם כל, דבר המקובל גם על השופט המלומד, והוא שאדם ראשי להקים חברה - service company - ולתת את שירותיו באמצעותה. הסדר כזה מקובל בעולם, ואם אין בו משום פגיעה בכללים או דפוסים הנהוגים במקצוע מיוחד (כמו לגבי רואי חשבון) אין בו שמץ מלאכותיות."

בעניין **עלי בייגל**¹⁹, קבע בית המשפט המחוזי, בקשר לטענת פקיד השומה בדבר מלאכותיותה של עסקה למתן שירותי ניהול באמצעות תאגיד, כדלקמן:

”מתן שירותי הניהול באמצעות חברה, בענייננו ”לירז שיווק”, מהווה דרך מקובלת בעולם העסקי, ויש בכך טעם מספק להעברת דמי הניהול מ”לירז החדשה” ל”לירז שיווק”, ולא לידי המערער עצמו.”

גם בפסק הדין בעניין **גוטשל**, הבהיר כב' השופט שוהם כי:

”כאשר הנישום שוקל באיזה אופן להקים את עסקיו, הרי שבחירה, מטעמים מיסויים בלבד, בין פעילות עסקית המבוצעת באמצעות חברה בע”מ לבין פעילות עסקית המבוצעת שלא באמצעות חברה, מהווה תכנון מס רצוי בעיני המחוקק.”²⁰

לפי דברים נכוחים אלו, ברור כי פעילות עסקית של יחיד, המבוצעת באמצעות חברה - **גם אם הדבר נעשה משיקולי מס בלבד** - נחשבת כתכנון מס חיובי (או לכל הפחות, תכנון מס נייטרלי - אך בוודאי שלא תכנון מס שלילי). אולם כידוע, בשנת 2017 נכנס לתוקף תיקון 235 לפקודה, במסגרתו נתווסף לנוסח הפקודה סעיף 62א. לפי הוראות סעיף זה, מקום בו יחיד מעניק לתאגיד שירותי ניהול, באמצעות ”חברת מעטים” שבבעלותו, אזי היחיד ייחשב כאילו הפיק את הכנסת דמי הניהול במישרין, למעט אם מדובר בסיטואציה בה היחיד הוא בגדר ”בעל מניות מהותי”, במישרין או בעקיפין, בתאגיד המקבל את שירותי הניהול. לאמור, החל משנת 2017, יחיד שאינו בעל מניות מהותי בתאגיד, המבקש להעניק את שירותי הניהול שלו לתאגיד באמצעות חברה שבבעלותו - ייחשב באופן אוטומטי כמי שהפיק באופן אישי את דמי הניהול - קרי מבוצעת ”השקפה” לצורכי מס של החברה המעניקה את שירותי הניהול.

לכאורה, יישום ”המבחן ההיפותטי” בנוגע לתיקון חקיקה זה עשוי ללמד שפעולה של מתן שירותי ניהול לתאגיד, באמצעות חברה שבבעלות יחיד, היא בגדר ”תכנון מס שלילי”; שכן יטען הטוען, ראיה לכך היא תיקון 235 לפקודה, במסגרתו ביקש המחוקק ”לאסור” התנהלות מעין זו, באמצעות השקפת התאגיד שמפיק בפועל את ההכנסות. אולם לדעתנו, מדובר במסקנה שגויה - ודוגמה זו דווקא מעידה על הקושי העשוי להתעורר בשימוש ב”מבחן ההיפותטי” לצורך זיהוי תכנון מס שלילי. שהרי אין זה סביר, שמתווה פעולה עסקי, שאושרר כמתווה לגיטימי (ואף ”חיובי”) במשך עשרות שנים על ידי ערכאות משפטיות שונות, יהפוך בהינף יד, גם באופן רטרואקטיבי, למתווה פעולה הנחשב כ”תכנון מס שלילי”. זאת ועוד: יישום המבחן ההיפותטי ביחס לתיקון חקיקה זה, יוביל לתוצאה לפיה יחיד פלוני שהחזיק ב-11% ממניותיו של תאגיד, והחליט להעניק לו שירותי ניהול שלא באופן אישי, אלא באמצעות ”חברת מעטים” שבבעלותו - ייחשב כמי שביצע תכנון מס לגיטימי; ומאידך, יחיד אלמוני, שהחזיק רק ב-9% ממניותיו של תאגיד (ולא נחשב כ”בעל מניות מהותי” באותו תאגיד), והחליט להעניק לו שירותי ניהול באמצעות ”חברת מעטים” שבבעלותו - ייחשב כמי שביצע ”תכנון מס שלילי”. ברי כי מדובר בתוצאה לא סבירה, שכן טרם כניסתו לתוקף של תיקון 235 לפקודה, ההלכה הפסוקה התייחסה אל שני המקרים הנ”ל כאל פעולות לגיטימיות שאינן עולות כדי תכנון מס שלילי.

19. ע”מ 1065-09 **עלי בייגל נ’ פקיד שומה פתח תקווה**, ”מיסיים” כט/3 (יוני 2015) ה-148.

20. עניין **גוטשל**, ה”ש 4 לעיל, פסקה 13.

בכל הקשור לסוגיית רכישת מניותיה של חברה עם הפסדים צבורים, ולאחר מכן שינוי תחום הפעילות העסקי שלה - הפסיקה מתייחסת כאמור אל פעולה זו כאל "תכנון מס שלילי". נציין בקצרה, כי ישנם טיעונים רבים נגד עמדה זו ובין היתר נטען, כי ההלכה האמורה מהווה פגיעה כלכלית בחברות, בסיכוייהן להשתקם, וכן בנושיהן הבלתי מובטחים²¹. אולם הואיל ומזה קרוב לשני עשורים, זו הגישה הברורה של הפסיקה, לא נרחיב ביחס לטענות הללו ולא נהרהר אחר ההתייחסות אל רצף פעולות זה, כעסקה שהיא על פניה, בגדר תכנון מס שלילי. אולם כן נבקש לציין, כי אילו אותו "מבחן תיאורטי" היה מיושם ביחס לסוגיה זו - הרי שיייתכן שהיה צורך להגיע למסקנה אחרת, קרי למסקנה כי אין עסקינן ב"תכנון מס שלילי", שהרי הסוגיה של תיקון סעיף 28 לפקודה, המאפשר קיזוז הפסדי עבר צבורים לצורך הגבלת האפשרות לבצע את הקיזוז בעת שינוי שליטה בתאגיד - הגיעה לפתחו של המחוקק: במסגרת הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה, הוצע לשנות את נוסח סעיף 28 ולהגביל את הזכות לקיזוז הפסדיה הצבורים של חברה מקום בו בוצע שינוי בשליטה בחברה (קרי שינוי ביותר מ-50% מההחזקות בחברה)²². בסופו של יום, הצעה זו לתיקון סעיף 28 לפקודה לא התגבשה לכדי חקיקה סופית ומחייבת. יישום של "המבחן התיאורטי" כפשוטו, עשוי היה להוביל למסקנה (שאינה מקובלת על בתי המשפט) כי לא מדובר ב"תכנון מס שלילי", שכן המחוקק, על אף שהסוגיה התגלגלה לפתחו, החליט שלא לשלול באופן גורף את הזכות לקיזוז הפסדים בסיטואציות של שינוי שליטה בתאגיד. כל זאת לומר, כי לדעתנו, השאלה האם פעולה מסוימת נחשבת "תכנון מס שלילי", צריכה להיבחן כל מקרה לגופו, כאשר "המבחן ההיפותטי" הנ"ל הוא, כמובן, אחד המבחנים האפשריים לצורך זיהוי תכנון מס כאמור, אך יש להכיר בכך שמבחן זה אינו ישים בכל מקרה ומקרה.

בטרם נתייחס ביתר פירוט למקרים בפסיקה בהם נדונה הסוגיה העומדת בלבו של מאמר זה - רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים ושינוי תחום פעילותה, כעסקה מלאכותית - נבקש להעיר שתי הערות נוספות בקשר להפעלת סמכות פקיד השומה מכוח סעיף 86 לפקודה, ויישומן בקשר לסוגיה זו.

עסקה מלאכותית (סיווג מחדש) לעומת סיווג שונה של העסקה

כאשר פקיד השומה מבקש למסות עסקה בניגוד לאופן בו הוצהר עליה על ידי הנישום, עומדים בפניו שני מסלולים אפשריים: הראשון, סיווג שונה של העסקה, בהתאם למהותה הכלכלית האמיתית; השני, סיווג העסקה מחדש, באמצעות קביעה כי העסקה היא מלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה. בעניין זה ראו דברי כב' השופט ריבלין בפסק הדין בעניין שלמה שרון²³:

21. לביקורת על הלכת רובינשטיין ובעיקר על הקביעה לפיה פעולה של רכישת חברה עם הפסדים צבורים ושינוי תחום פעילותה, אינה מהווה עסקה בעלת טעם מסחרי - ראו לדוגמה משה אהרוני, איתן שוומנטל, "פסק-דין יואב רובינשטיין - האם אכן המערכה האחרונה בתיאטרון האבסורד?!" "מיסיים" יח/3 (יוני 2004) א-98 (להלן: "אהרוני ושוומנטל").

22. ראו בהצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97), התשנ"ד-1994.

23. ע"א 7493/98 שלמה שרון ואח' נ' פקיד שומה - יחידה ארצית לשומה, "מיסיים" יח/1 (פברואר 2004) ה-55 (להלן: "שלמה שרון"); וראו גם ע"א 750/16 בן ציון סעדטמנד ואח' נ' פקיד שומה רחובות, "מיסיים" לג/2 (יוני 2019) ה-96, פסקה 5 לפסק הדין; רע"א 2454/19 ברודקום ברודבנד אקסס בע"מ נ' פקיד שומה גוש דן, "מיסיים אונליין", פסקאות 12-13 (28.8.19).

"יש להבחין בין טענות בדבר סיווג העסקה לבין הטענה בדבר היותה של עסקה - מלאכותית. בשלב ראשון עלינו לקבוע, כקביעה עובדתית, אם הכינוי בו כינו הצדדים את העסקה נשוא המחלוקת עם פקיד- השומה ראוי הוא; ברי, כי המציאות העובדתית המתגבשת ממכלול הראיות היא הקובעת, בסופו של דבר, את סיווגה של העסקה, ולא הלבוש שניתן לה בהסכם שנעשה בין הצדדים..."

... אם בית המשפט מגיע לכלל דעה כי העסקה שנערכה בין הצדדים שונה היא מן הכינוי החיצוני שהעניקו לה, הרי שהיא תמוסה לפי המציאות העובדתית והמשפטית שלה. בשלב ראשוני זה, המכונה שלב "הסיווג השונה", אין אנו נזקקים לבחינת מלאכותיותה של עסקה ולהוראת סעיף 86 לפקודה. רק אם לפי העובדות הרלבנטיות לא ניתן לסווג את העסקה באופן שונה מכפי שסיווגה הנישום, מותר לרשויות המס לטעון כי מדובר בעסקה מלאכותית..."

ודוק, מקום בו פקיד השומה סבור שהאופן בו הצדדים הציגו את העסקה אינו תואם את המציאות העובדתית כהווייתה, או שאינו תואם את הוראות הדין הכללי - הרי שאז עליו לילך לפי המסלול הראשון, הוא מסלול הסיווג השונה. כך לדוגמה, מקום בו שני צדדים חותמים על חוזה הנושא כותרת "מכר מוניטין", אך פקיד השומה סבור שמבחינת מהותה הכלכלית האמיתית, נשוא העסקה כלל אינו מכר מוניטין אלא מכר נכס אחר (לדוגמה מניות) - עליו לפעול במסלול הסיווג השונה. באופן דומה, מקום בו נישום מדווח על הכנסות שכר מחברה שבבעלותו (החייבות במס לפי סעיף 22) לפקודה, אולם בפועל אותו נישום כלל לא עבד עבור החברה - פקיד השומה אינו צריך לטעון שהעסקה היא "מלאכותית", אלא לפעול לסיווג שונה של העסקה: לדוגמה, לטעון שמבחינה מהותית, התקבולים מהווים הכנסת דיבידנד²⁴.

24. ציון כי לעתים גם ההתייחסות אל מסלול הסיווג השונה מחולקת לשניים: סיווג שונה המבוסס על הוראות הדין הכללי, לעומת סיווג שונה המבוסס על הוראות דיני המס. סיווג שונה המבוסס על הוראות הדין הכללי תכליתו לחשוף את המהות הכלכלית האמיתית של העסקה, כפי שיש לפרשה לצורך הדין הכללי (לדוגמה: עסקה המכונה לצורכי מס עסקת תמלוגים, אולם מבחינת הדין הכללי, מדובר בתשלום רווחי עסקים רגילים; עסקה המכונה עסקת שכירות לצורכי מס, אולם מבחינה מהותית, מאחר שברור שיש העברה סופית ומוחלטת של הזכויות בנכס, יש לסווגה כעסקת מכר; וכן הדוגמה הנ"ל הנזכרת בפסק הדין בעניין שלמה שרון, לעסקה המכונה מכר מוניטין אולם בפועל מדובר בעסקה למכר מניות). מאידך, בסיווג שונה המבוסס על הוראות דיני המס, הכוונה הינה שניתן לעשות שימוש בהוראות דיני המס הכלליות (ולא בהוראות האנטי-תכנוניות) כדי לסווג את העסקה באופן שונה מהאופן בו סווגה על ידי הצדדים. דוגמה קלאסית לסיווג שונה המבוסס על דיני המס, הנזכרת בפסיקה ובספרות המקצועית, היא מתן נכס במתנה: לצורך הדין הכללי פעולה זו נחשבת כעסקת מתנה, אולם לפי ההגדרות בחלק ה' לפקודה (או לחלופין בחוק מיסוי מקרקעין (שבת ורכישה), התשכ"ג-1963), היא נחשבת כ"עסקת מכר". דוגמה נוספת היא עסקה להשכרת מקרקעין לטווח ארוך של 30 שנים. גם אם מבחינת הדין הכללי עסקה זו עשויה להיחשב כעסקת שכירות (או חכירה), לצורך חוק מיסוי מקרקעין היא תסווג כעסקת מכר.

לעומת זאת, מסלול הסיווג מחדש - הוא מסלול "העסקה המלאכותית" המבוסס על הנורמה האנטי-תכנונית הקבועה בסעיף 86 לפקודה - עניינו בסיטואציות בהן טענת פקיד השומה היא שמבחינה עובדתית, העסקה בוצעה באופן בו היא בוצעה, רק על מנת להפחית באופן לא ראוי את נטל המס²⁵. לשון אחר, עסקה מלאכותית היא עסקה שאין מחלוקת באשר לאופן ביצועה, או באשר ל"התאמה" או ל"חוסר התאמה" בין האופן בו דווחה העסקה ובין המהות הכלכלית האמיתית שלה. אלא, שכאשר פקיד השומה טוען ל"סיווג מחדש" של העסקה (קרי לסיווגה כ"עסקה מלאכותית"), המשמעות היא שהאופן בו בוצעה העסקה בפועל נובע מתכנון מס לא לגיטימי ובלא שעומדת מאחוריה מטרה מסחרית, זולת הרצון להפחית את נטל המס.

לגבי הסיטואציה העיקרית בה עוסק מאמר זה - רכישת חברה עם הפסדים צבורים ולאחר מכן שינוי תחום פעילותה - המסלול הרלוונטי יהא **על פי רוב** מסלול "הסיווג מחדש". שכן בסיטואציה כזו, על פי רוב אין מחלוקת עובדתית בנוגע לכך שגם מבחינה מהותית-כלכלית, הבעלות במניות החברה החליפה ידיים, וכי החברה, בשליטת בעל המניות החדש, מפיקה הכנסות מתחום פעילות חדש (וכמובן שמבחינת הדין הכללי, אין כל פסול בעסקה למכירת מניות של חברה הפסדית, או לשינוי תחום הפעילות של חברה, המהווה אישיות משפטית נפרדת). אולם חרף העובדה שאין חולקים שהעסקה התרחשה בעולם המעשה, פקיד השומה מבקש לסווגה מחדש לצורכי מס.

על אף האמור, יש לציין כי גם מסלול "הסיווג השונה" עשוי להיות רלוונטי בקשר לסיטואציה של רכישת חברה בהפסדים וקיצוץ הפסדי עבר כנגד רווחים מתחום פעילות חדש - וזאת מקום בו טענת פקיד השומה הינה שמי שבפועל, בעולם המעשה, הפיק את ההכנסות מתחום הפעילות החדש אינו התאגיד שמניותיו נרכשו. לדוגמה, תאגיד X, העוסק בייצור תעשייתי, מחליט לרכוש את מלוא הון המניות של תאגיד Y, בו יש הפסדים צבורים (הנובעים מפעילות בתחום עסקי אחר). לאחר הרכישה, ההכנסות מתחום הייצור התעשייתי מתחילות להיות מדווחות בספרי תאגיד Y כנגד קיצוץ ההפסדים הצבורים, בעוד שכל הנכסים היצרניים, כל העובדים, כל המשרדים והמפעל מצויים עדיין בבעלות החברה-האם (היא תאגיד X), והחברה-האם היא זו שממשיכה לבצע בפועל את הפעילות מניבת ההכנסות.

במצב דברים זה, נראה כי המסלול הרלוונטי הוא מסלול "הסיווג השונה" (וכלל אין צורך להיכנס לדלת אמותיו של סעיף 86 לפקודה): שהרי טענת פקיד השומה תהא שמבחינת המהות האמיתית של העסקה, הגורם שביצע את הפעולות שהניבו את ההכנסות הוא עדיין תאגיד X. לשון אחר, במצב דברים היפותטי זה - אין צורך (וספק גם אם יש אפשרות) לטעון כי העסקה, כפי שבוצעה, היא "מלאכותית" ולכן יש להתעלם ממנה (סיווג מחדש), אלא, על פקיד השומה לטעון כי העסקה, כפי שדווחה לרשויות המס, אינה משקפת את מהותה הכלכלית האמיתית.

25. כאמור לעיל, סעיף 86 לפקודה כולל גם סמכות להתעלם מעסקה שהיא "בדויה". להבדיל מעסקה מלאכותית, "עסקה בדויה" היא עסקה שלא התרחשה בפועל - בין אם מדובר ב"עסקה למראית עין", בין אם המהות המשפטית של העסקה אינה כפי שדווחה, ובין אם המהות הכלכלית שלה אינה כפי שדווחה. מכל מקום, הפסיקה מיעטה להתייחס לחלופה זו המנויה בסעיף 86 לפקודה; ולגישתו של פרופ' גליקסברג - מדובר בעילה אשר כמעט אין בה צורך, בעיקר משום שכאשר אמנם מדובר ב"עסקה בדויה" - ניתן להתעלם מתוצאות המס שלה גם ללא שימוש בהוראה אנטי תכנונית ספציפית (קרי ללא סעיף 86 לפקודה), אלא באמצעות הנורמות הכלליות בדיני המס (ובין היתר סיווג שונה של עסקה לפי מהותה הכלכלית/משפטית אמיתית). להרחבה ראו **גליקסברג**, ה"ש 5 לעיל, עמ' 139-158.



כן יוער כי אין מניעה, שפקיד השומה יטען את שתי הטענות - קרי טענת הסיווג השונה וטענת הסיווג מחדש (עסקה מלאכותית), כטענות חלופיות. למעשה, בפסיקה מובהר כי טרם הליכה במתווה של "עסקה מלאכותית" (סיווג מחדש) - על פקיד השומה לבדוק האם ניתן למסות את העסקה מבלי לעשות שימוש בנורמה האנטי-תכנונית הקבועה בסעיף 86 לפקודה, קרי באמצעות דוקטרינת הסיווג השונה. כך לדוגמה, ייתכנו מקרים בהם פקיד השומה סבור שהעסקה, כפי שדווחה, אינה משקפת את המהות הכלכלית האמיתית שלה - ואז יטען, כטענה ראשית בשומה, ל"סיווג שונה" של העסקה. אולם במקביל, פקיד השומה סבור כי גם אילו טעות בידיו בנוגע לטענת "הסיווג השונה", וכי האופן בו העסקה דווחה אכן משקף את מצב הדברים כפי שהתרחש בפועל, הרי שביצוע העסקה באופן זה נובע מהרצון להפחית את נטל המס, ולא מטעם מסחרי - ולכן מדובר ב"עסקה מלאכותית" (סיווג מחדש).

עוד נבקש לציין, כי בעולם המעשה, וכפי שניתן לראות גם מפסקי דין רבים שפורסמו, פעמים רבות אין זה ברור אם טענת פקיד השומה ביחס לעסקה שביצע הנישום, היא לסיווג מחדש של העסקה, בשל היותה "מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה, או שמא לסיווג שונה של העסקה, לפי מהותה הכלכלית/משפטית האמיתית. מעבר לעובדה שאי בהירות זו בשומה היא פתח לסרבול משפטי ולהארכת ההליכים שלא לצורך (לדוגמה, בשל מחלוקות האם נטל ההוכחה הוא על כתפי פקיד השומה או לאו - ראו להלן), הרי שהיא גם פוגעת בוודאות וביכולת של הנישום "להתגונן" בפני טענותיו של פקיד השומה. לכן ראוי לדעתנו, הן מטעמים של תקינות מנהלית והגנה על זכויות הנישום, והן מטעמים של התנהלות הוגנת של בעל דין (ובמיוחד רשות מנהלית) בהליך משפטי, שטענותיהם של פקיד השומה בהקשר זה יהיו ברורות: במסגרת השומה ונימוקיה, יציין פקיד השומה במפורש אם טענתו היא לסיווג שונה של העסקה או לסיווג מחדש של העסקה (כמלאכותית) לפי סעיף 86 לפקודה, או שמא שתי הטענות נטענות כטענות חלופיות.

זאת ועוד: להבחנה בין סיווג שונה לסיווג מחדש עשויות, במצבים מסוימים, להיות גם השלכות פרקטיות, ככל שמתקבלת עמדת פקיד השומה. כך לדוגמה, נניח שמתקבלת טענת פקיד השומה בדבר סיווג שונה של עסקה פלונית. כלומר, המשמעות איננה שמדובר בעסקה לא לגיטימית, אלא שבפועל, בעולם המעשה, העסקה לא בוצעה, או שהכינוי שלה אינו תואם את המהות הכלכלית האמיתית שלה. לכן, בהינתן שטענת פקיד השומה היא לסיווג שונה - ייתכנו מצבים בהם הנישום יהא רשאי לבצע בעתיד את אותה עסקה מדווחת (בתנאי כמובן שאז המהות הכלכלית האמיתית שלה אכן תהא תואמת לכינוי הפורמלי שלה). לעומת זאת, אילו מתקבלת טענת פקיד השומה בדבר סיווג של עסקה מחדש (כעסקה מלאכותית), המשמעות היא שמדובר בעסקה שאינה לגיטימית, שאז (כל עוד אין שינוי בנסיבות) הנישום אינו רשאי "לבצע מחדש" את אותה עסקה. גם מסיבה זו, ראוי שפקיד השומה יקפידו לדייק בטענותיהם במסגרת השומה ולהגדיר במפורש, האם טענתם היא לסיווג שונה או לסיווג מחדש של העסקה.

נטל ההוכחה בטענת "עסקה מלאכותית"

הגישה הרווחת בפסיקה היא, שמקום בו נטענת על ידי פקיד השומה טענה כי עסקה היא "עסקה מלאכותית" אשר יש להתעלם ממנה, או מיתרון המס שלה, לפי סעיף 86 לפקודה - הרי שנטל ההוכחה מוטל על פקיד השומה. יודגש כי נטל ההוכחה מוטל על כתפי פקיד השומה רק כאשר טענתו היא **לסיווג מחדש** של העסקה, קרי כי העסקה שבוצעה היא "עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה. כאשר הטענה היא **לסיווג שונה** - אין העברה של נטל ההוכחה לכתפי פקיד השומה. מכל מקום, השאלה הרלוונטית לענייננו הינה, מהי המשמעות הפרקטית של חובת ההוכחה המוטלת על פקיד השומה וכיצד זו תיושם במקרה של רכישת חברה עם הפסדים צבורים.

בפסק הדין בעניין **סילבאן שיטרית**²⁶ נאמר בקשר לסוגיית נטל ההוכחה בטענת "עסקה מלאכותית" כדלקמן:

"ההלכה היא כי "נטל ההוכחה" שעיסקה נעדרת טעם מסחרי ומהווה "עיסקה מלאכותית" מוטל על פקיד השומה."

לכאורה, מדברים אלו ניתן לסבור כי נטל ההוכחה כולו, לרבות בעניין הוכחת הטעם המסחרי העומד מאחורי העסקה, מוטל על כתפי פקיד השומה. יחד עם זאת, וכפי שגם מובהר בפסיקה מאוחרת יותר - משמעות העברת נטל ההוכחה לפקיד השומה הינה, כי עליו להראות **שמבחינה אובייקטיבית** מדובר בעסקה "מלאכותית"; ככל שפקיד השומה אכן מוכיח אובייקטיבית שהעסקה היא "מלאכותית", על הנישום מוטל הנטל להוכיח, שלפחות מבחינה סובייקטיבית, עמד מאחורי ביצוע העסקה טעם מסחרי יסודי. ראו לדוגמה בעניין **סגנון**²⁷:

"... פקיד השומה ירים את הנטל המוטל עליו בעת הוכיחו מבחינה אובייקטיבית, כי העסקה אותה ביצע הנישום היא מלאכותית. או אז, יוכל הנישום, שבידו הראיות הטובות ביותר לעניין, לבוא ולהצביע על השיקולים המסחריים הסובייקטיביים שעמדו בבסיס עסקאותיו."

כאשר ישנו טעם פיסקלי יסודי (ועל כך להלן) בבסיס עסקה העומדת לבחינה, יוכל הנישום להוכיח בראיות חותכות וממשיות כי בבסיס העסקה עמד גם טעם מסחרי יסודי סובייקטיבי."

כן ראו בפסק הדין בעניין **אביעד פרל**²⁸, לעניין נטל ההוכחה בטענת עסקה מלאכותית:

"לא היתה מחלוקת באשר למתווה המשפטי לבחינת הסוגיה, אשר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, במסגרתו יש לבחון את טיב העסקה על פי מבחן "הטעם המסחרי הממשי" של העסקה, וכן כי הנטל להוכחת היות העסקה עסקה מלאכותית מוטל על פקיד השומה, והנטל להוכחת קיומו של טעם מסחרי ממשי מוטל על הנישום."

26. ע"א 10666/03 סילבאן שיטרית נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" כ/2 (אפריל 2006) ה-79.

27. עניין סגנון, ח"ש 11 לעיל בפסקה 26.

28. ע"א 8500/10 אביעד פרל ואח' נ' פקיד שומה 1 ירושלים, "מיסים" כ/5 (אוקטובר 2012) ה-176.

יודגש כי שאלת הנטלים רלוונטית לשלב השני במבחן הדו-שלבי שתיארנו לעיל, ומשמעות הטלת הנטל על פקיד השומה, בשלב בדיקה זה, היא כדלקמן: על פקיד השומה מוטל הנטל להראות שהאדם הסביר לא היה מתקשר בעסקה זו, אלמלא היה כרוך בה יתרון מס. הצליח פקיד השומה לעמוד בנטל זה - הרי שאז עובר הנטל אל הנישום, שביצע את העסקה, להוכיח שמנקודת מבטו הסובייקטיבית, היו שיקולים מסחריים (או לבר מיסויים) מהותיים דיים, שהם אלו שהניעו אותו לבצע את העסקה (וכי היה מבצעה גם אלמלא יתרון המס כאמור).

הדרך להרים את נטל ההוכחה המוטל על פקיד השומה משתנה, כמובן, ממקרה למקרה. בפרשת **סגנון** - שם דובר בעסקאות מורכבות בשוק ההון של רכישת מניות של חברות בורסאיות לאחר שאלו הכריזו על חלוקת דיבידנד, ומכירתן מיד לאחר החלוקה (עסקאות הידועות בכינוי dividend stripping) - פקיד השומה הרים את הנטל להראות שמדובר מבחינה אובייקטיבית ב"עסקה מלאכותית", וזאת באמצעות מומחה שהעיד כי במצב דברים רגיל, האפשרות להניב רווחים מעסקאות מסוג זה (שאינם נובעים מיתרון המס), אינה סבירה. כפי שנראה להלן, ככל שמדובר בסיטואציה הנדונה במאמר זה, לצורך הרמת הנטל המוטל על פקיד השומה - הפסיקה על **פי רוב** מסתפקת בכך שפקיד השומה יוכיח שבעת שנרכשו מניות החברה, היו בה הפסדים צבורים, ולאחר הרכישה, שונה תחום הפעילות שלה, כך שהרווחים מהפעילות החדשה קוּזְזו כנגד ההפסדים הצבורים. רצף פעולות זה - די בו כדי להוכיח **שמבחינה אובייקטיבית**, מדובר בעסקה מלאכותית המבוצעת בשל שיקול פיסקאלי. אין משמעות הדבר שהעסקה תסווג, מניה וביה, כ"עסקה מלאכותית", אלא, שעל הנישום הרוכש חברה עם הפסדים צבורים ולאחר מכן משנה את תחום פעילותה, מוטל הנטל להוכיח את מבחן יסודיות הטעם המסחרי.

סיכום ביניים

מכל האמור לעיל עולה, שכאשר פקיד השומה מבקש להתעלם, לצורכי מס, מתוצאותיה של עסקה כפי שהיא דווחה על ידי הנישום, דרך הפעולה הנדרשת היא כדלקמן:

במידה שפקיד השומה סבור שהאופן בו הוצגה העסקה, אינו משקף את המציאות הכלכלית האמיתית, קרי אינו תואם את העובדות שהתרחשו בפועל, על פקיד השומה לטעון ל"סיווג שונה" של העסקה. במסלול זה אין רלוונטיות להוראות סעיף 86 לפקודה, והוא מבוסס על עקרון העל בדיני המס, לפיו עסקה ממוסה לפי מהותה הכלכלית האמיתית, ולא על סמך הכינוי הפורמלי שהוענק לה על ידי הצדדים.

במידה שמדובר בעסקה שהתרחשה בעולם המעשה, אולם פקיד השומה סבור שהטעם היחיד, או העיקרי, העומד מאחורי ביצועה הוא טעם פיסקאלי, עליו לילך במסלול "הסיווג מחדש", קרי לסווג את העסקה כ"עסקה מלאכותית" באמצעות סעיף 86 לפקודה, המאפשר לו להתעלם ממנה או מיתרון המס הנובע ממנה. במצב דברים זה, דרך הפעולה תהיה בהתאם למבחן הדו-שלבי שנפסק בעניין **סגנון** ובהמשך בעניין **גוטשל**:

ראשית, יש להראות שמדובר ב"תכנון מס שלילי", להבדיל מ"תכנון מס חיובי" או "תכנון מס נייטרלי". אם מדובר ב"תכנון מס חיובי" או "נייטרלי" - אין כל חשיבות לשאלה, האם עמד טעם מסחרי יסודי מאחורי העסקה או לאו, ואין אפשרות לסווג את העסקה כ"מלאכותית" - גם אם הסיבה העיקרית (ואף היחידה) לביצועה ו/או לאופן בו היא בוצעה - היא סיבה פיסקאלית. אם מדובר ב"תכנון מס שלילי" - על פקיד השומה להראות, שמבחינה אובייקטיבית, אכן מדובר ב"עסקה מלאכותית", קרי בעסקה שמבחינת האדם הסביר אין היגיון עסקי לביצועה, זולת הפחתת מס.

עמד פקיד השומה בנטל זה, אזי עובר לנישום הנטל, להוכיח את מבחן "יסודיות הטעם המסחרי", קרי שמאחורי העסקה עמד טעם מסחרי יסודי דיו, וכי העסקה הייתה מבוצעת על ידו גם אלמלא יתרון המס הנובע ממנה. ככל שהנישום לא מצליח להוכיח זאת, העסקה תסווג כ"מלאכותית" ופקיד השומה יהא רשאי להתעלם ממנה לצורכי מס.

יישום מבחני העסקה המלאכותית בפסיקה בעניין עסקאות של רכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים ו/או שינוי תחום הפעילות שלה

בהמשך לאמור, להלן נסקור בקצרה את פסקי הדין העיקריים שפורסמו בשנים האחרונות ואשר עסקו ברכישת חברות עם הפסדים צבורים ו/או שינוי תחום פעילותן, ונבחן כיצד, והאם, בכל אחד מהמקרים, יושמו הקריטריונים הנ"ל לשם סיווגה של "עסקה מלאכותית".

פסק דין יואב רובינשטיין

כאמור, פסק הדין בעניין **רובינשטיין**²⁹ הוא פסק הדין המנחה בעניין זה. באותו מקרה, דובר בחברה בשם אקווריום פיש בע"מ, שעסקה בתחום פעילות של גידול דגי נוי, וצברה הפסדים עסקיים בסכומים ניכרים. יחיד בשם יואב רובינשטיין רכש את החברה, ולאחר מכן שינה את שמה ל"יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ" (להלן: "**חברת יואב רובינשטיין**") והחל לבצע באמצעות חברה זו פעילות שונה לחלוטין - בתחום הנדל"ן. הרווחים מתחום הפעילות החדש קוּזְזו כנגד ההפסדים הצבורים.

בשלב ראשון, בחן בית המשפט את שני המסלולים האפשריים - מסלול הסיווג השונה ומסלול הסיווג מחדש. בית המשפט קבע, כי מסלול הסיווג השונה אינו רלוונטי בנסיבות אלו, שכן אין מחלוקת עובדתית בנוגע לכך שחברת יואב רובינשטיין היא אותה אישיות משפטית בה נצברו ההפסדים העסקיים (חברת אקווריום פיש = חברת יואב רובינשטיין), וכי אותה חברה היא זו שהפיקה את הרווחים מתחום הנדל"ן. לשון אחר, מבחינת המהות הכלכלית והמשפטית של העסקה, התאגיד בו נצברו ההפסדים הוא אותו תאגיד בו נצברו גם הרווחים בהמשך, ולכן אין מקום ל"סיווג שונה" של העסקה לצורכי מס.

בשלב שני, התייחס בית המשפט לתחולת סעיף 86 לפקודה בנסיבות אלו. ראשית, בית המשפט חזר על מבחן "המטרה המסחרית" כמבחן לבדיקת מלאכותיותה או היעדר מלאכותיותה של עסקה: עסקה הנעדרת טעם מסחרי אמין או סביר, למעט רצון להפחית את חבות המס - תסווג כעסקה מלאכותית לפי סעיף 86. כמו כן, בית המשפט הבהיר כי "עסקה" יכולה להיות מורכבת מרצף של פעולות, אשר ביצוען יחד הוא המלאכותי. ביישום לנסיבות המקרה, נקבע בפסק הדין כדלקמן:

"בחינת העסקה כמכלול מלמדת כי לא עמדה מאחוריה מטרה מסחרית. המטרה הדומיננטית בביצוע העסקה היא אחת, והיא הרצון להפחית את המס על ידי קיזוז ההפסדים שנצברו בעסקי גידול דגי הנוי של חברת אקוריום פיש. על כך מלמדות בבירור נסיבות העסקה השונות.

כך, רכישת חברת אקוריום פיש על ידי יואב רובינשטיין נעשתה כאשר החברה ריקה מכל נכסים ופעילות עסקית, למעט הפסדים צבורים. לא מצאתי טעם מסחרי בפעולה זו, למעט הרצון לנצל את ההפסדים ולקזזם ובכך להפחית את המס. אכן, ייתכן כי תעמוד מאחורי רכישה כאמור מטרה מסחרית, למשל, ניצול שלד בורסאי של חברה קיימת. ברם, במקרה דנן לא נטענה כל טענה בכיוון זה ואין כל אינדיקציה למטרה כזו כעומדת ביסוד הרכישה. נסיבה חזקה נוספת שמלמדת על העדר טעם מסחרי בעסקה, למעט הרצון להפחית את המס, היא שינוי תחום הפעילות מתחום דגי הנוי לתחום הבנייה... יתר הנסיבות, כגון שינוי השם, מלמדות אף הן כי אין מאחוריהן מטרה מסחרית, וכי הן חוליה בשרשרת הפעולות שמעצבות את העסקה, שנועדו כולן לשמור על אישיות משפטית אחת עם הפסדים צבורים, שתשנה כליל את פעילותה העסקית, אך תוכל לקזז את ההפסדים מן הפעילות העסקית החדשה. על המטרה שעומדת מאחורי העסקה מצביעים גם סכומי ההפסד הצבורים בחברה והסכומים ששולמו על ידי רוכש החברה, מר יואב רובינשטיין.³⁰

בהקשר לניתוח שבוצע על ידינו לעיל, נבקש להעיר מספר הערות בקשר להלכת רובינשטיין:

(א) בפסק הדין בעניין רובינשטיין לא הייתה התייחסות "ישירה" למבחן הדו-שלבי הנ"ל. ודוק, מעבר לעובדה שמבחן דו-שלבי זה פותח בפסיקה, לכל הפחות באופן מפורש, רק במועד מאוחר יותר, נראה שבפועל, מבחן זה כן יושם על ידי בית המשפט, וזאת באמצעות קביעה לפיה, בנסיבות בהן מי שנהנה מקיזוז ההפסדים הצבורים של החברה "איננו אותו נישום כלכלי שספג את ההפסדים"³¹ - אין הצדקה לתכנון המס. לאמור, נראה כי נקודת המוצא בפסק הדין הינה, שהאלמנט "השילי" בפעולה מתקיים מעצם העובדה שמי שמבקש לקזז את ההפסדים הוא לא מי שנשא בהם בפועל.

(ב) בפסק הדין בעניין **רובינשטיין** לא נדונה שאלת נטל ההוכחה. יחד עם זאת, ואף שהדברים לא נאמרים במפורש, נראה כי הדרך בה הלך בית המשפט היא כדלקמן: ראשית נקבע כי הנסיבות בהן נרכשות מניות של חברה עם הפסדים צבורים, כאשר החברה ריקה מנכסים ופעילות עסקית - הן כשלעצמן ראייה לכך שמדובר בעסקה "מלאכותית", קרי עסקה שמאחוריה עומד שיקול פיסקאלי ולא מסחרי (ובהתאם, די להצביע על נסיבות מעין אלו, כדי שפקיד השומה יעמוד בנטל המוטל עליו להוכיח כי מבחינה אובייקטיבית, העסקה נעדרת טעם מסחרי). בהמשך מובהר, כי הנישומה יכולה הייתה להוכיח אחרת - קרי להוכיח שדווקא כן עמד טעם מסחרי בבסיס העסקה. שיקולים מסחריים "לדוגמה" הנזכרים בפסק הדין (שעשויים לשלול את המלאכותיות) הם: **ניצול שלד בורסאי** של חברה קיימת, **ניסיונות להבריא** ולשקם את החברה שמניותיה נרכשו, רצון **לחסל חברה מתחרה**, **המשך שימוש בשמה** של החברה, כפי שהיה טרם רכישת מניותיה. אילו הנישומה הייתה מצליחה להוכיח את קיומה של אחת או יותר מהנסיבות האלו - הרי שאז (ייתכן) הייתה עומדת בנטל המוטל עליה, להוכיח שמבחינה סובייקטיבית היה טעם מסחרי בבסיס העסקה ואין לראות בה עסקה מלאכותית.

ויוזכר: בפסק הדין בעניין **רובינשטיין**, המבחן שננקט הוא מבחן "המטרה המסחרית", ולא נערך דיון בשאלת מידת "המהותיות" של אותה מטרה מסחרית, הנדרשת כדי לשלול את מלאכותיות העסקה.

סיכומו של דבר, מפסק הדין בעניין **רובינשטיין** עולה, כי רכישת מניותיה של חברה שאין לה נכסים ופעילות למעט הפסדים צבורים, ולאחר מכן קיזוז ההפסדים הצבורים כנגד רווחים מתחום פעילות חדש - היא עסקה **החשודה** במלאכותיות. הנישום יכול לשלול מלאכותיות זאת באמצעות הצבעה על טעם מסחרי שגם עמד בבסיס העסקה. היה והנישום לא עשה זאת - העסקה תסווג כ"מלאכותית" ופקיד השומה יהיה רשאי להתעלם מיתרון המס שנוצר.

פסק דין בן ארי

מספר שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין **יואב רובינשטיין**, נדונה סוגיה דומה פעם נוספת על ידי בית המשפט העליון. המדובר בפסק דין **בן ארי**³², שנסיבותיו מעט שונות: חברה בשם אסי-אור בע"מ פעלה במשך מספר שנים כמוסד לתיקון כלי רכב, ו-32% ממניותיה הוחזקו על ידי יחיד בשם שאול בן ארי. החברה צברה הפסדים, ובשלב מסוים הפסיקה את פעילותה, מכרה את כל נכסיה ופיטרה את כל העובדים. לאחר מכן, אותו יחיד בעל מניות מיעוט, רכש את יתרת המניות של אסי-אור (68%) מאת בעלי המניות האחרים, ושינה את תחום הפעילות של החברה באמצעות הזרמה של פעילות חדשה בתחום הביטוח. כמו כן, שמה של החברה שונה לחברת בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ.

נקודת המוצא בפסק הדין הייתה, שהעסקה כולה בוצעה על ידי מר בן ארי אך ורק בשל טעם מיסוי, וכי לא עמד כל טעם מסחרי מאחורי ביצועה³³:

“בענייננו, לא נמצא טעם מסחרי לכך שמר בן ארי רכש 68% מהמניות במערכת - במועד בו בוצעה הרכישה ובהתחשב בפועלה של החברה באותה עת - ולכך שהעביר את הפעילות בתחום הביטוח לחברה זו דווקא, זולת הטעם המיסוי והוא ניצול זכות קיזוז ההפסדים של המערכת. יחד עם זאת, לא בכל מקרה תביא העברת פעילות בשל טעם מיסוי לשלילת הזכות לקיזוז ההפסדים. השאלה תמיד היא אם הטעם המיסוי בענייננו מביא להפחתת מס שאינה נאותה, כפי שמורה לנו הוראת סעיף 86.” (ההדגשות אינן במקור - הח"מ)

הנה כי כן, בפסק הדין נקבע, כממצא עובדתי, שהן רכישת יתרת המניות והן העברת הפעילות בתחום הביטוח לתוך החברה - נעשו רק בשל טעם פיסקאלי, שהוא קיזוז ההפסדים הצבורים. לאמור, פסק הדין עסק בסיטואציה של **“הזכות לקיזוז הפסדים כאשר לעסקה אין טעם מסחרי והמטרה הדומיננטית בעסקה היא לנצל זכות זו”**³⁴. ודוק, בעניין בן ארי נפסק שגם במצב דברים זה, בו הטעם העיקרי העומד בבסיס העסקה הוא מיסוי, ולא מסחרי - אין הכרח להתייחס אל כל העסקה כאל עסקה מלאכותית. קביעה זו התבססה על שני העקרונות הבאים³⁵: העיקרון הראשון הוא זה שנקבע בעניין רובינשטיין, לפיו רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים, וקיזוזם כנגד רווחים מפעילות חדשה, שעה שההפסדים נצברו בתקופה בה החברה הוחזקה על ידי בעלי מניות אחרים - היא עסקה **“מלאכותית”** אלא אם עומד מאחוריה טעם מסחרי (זולת הרצון ליהנות מיתרון המס הנובע מקיזוז ההפסדים). העיקרון השני הוא **“שמירה על זכותו של בעל המניות 'ליהנות' מהפסדיו הכלכליים האמיתיים בדרך של קיזוזם כנגד הכנסות ולא בדרך של מכירתם לגורם אחר. הנאה מהפסד בדרך זו אינה 'מלאכותית' אלא עסקית-כלכלית”**. בהמשך פסק הדין מובהר כי **“קו פרשת המים”** ביישום העקרונות הנ”ל הוא שינוי/היעדר שינוי בשליטה בחברה. בפסק הדין נזכרות שתי דוגמאות לעסקאות, שאינן יכולות להיחשב כ**“עסקאות מלאכותיות”**, שכן הרצון לנצל את יתרון המס (ההפסדים הצבורים) הוא לגיטימי בהן.

בדוגמה הראשונה, פלוני, שמחזיק בשליטה בחברה מסוימת (לצורך העניין, נניח ששליטה היא החזקה של 51% מהמניות), רוכש את יתרת המניות של החברה. במצב דברים זה, יותר לחברה להמשיך ליהנות מכל הפסדיה הצבורים ולקזזם כנגד רווחים מפעילות עתידית (מבלי שנדרש להוכיח **“טעם מסחרי”** לפעולה).

33. כמובן, שאם בעל המניות מבצע פעילות בתחום חדש באמצעות התאגיד שבבעלותו המלאה - פעילות זו אכן צריכה להיות מבוצעת בפועל על ידי התאגיד (שאחרת, לדוגמה, אם הנכסים וכוח האדם המאפשרים הפקת ההכנסות עדיין מצויים בבעלות תאגיד אחר - פקיד השומה עשוי לטעון לסיווג שונה של העסקה). כמו כן, יש לקחת בחשבון שעצם הפעולה של העברת נכסים/פעילות לתוך התאגיד, עשויה להיחשב כאירוע החייב במס.

34. הלכת בן ארי, ה”ש 32 לעיל פסקה 6 לפסק הדין.

35. שם, פסקה 7 לפסק הדין.

כבר כאן יוער, שאם סיטואציה בה בעל מניות המחזיק 51% ממניות תאגיד, מחליט לרכוש את כל יתר המניות ולאחר מכן לשנות את תחום פעילותו, כדי לנצל את ההפסדים הצבורים - איננה "מלאכותית" (גם אם הטעם היחיד העומד מאחורי המהלך הוא פיסקאלי), קל וחומר שקביעה זו נכונה גם לסיטואציה בה בעל המניות מחזיק ב-100% ממניות התאגיד, שאז יכול הוא להחליט, בכל שלב, לשנות את תחום הפעילות של התאגיד ולבצע באמצעותו פעילות עסקית בתחום חדש לחלוטין - גם אם הסיבה היחידה לביצוע תחום הפעילות החדש באמצעות התאגיד היא רצון לקזז את הפסדיו הצבורים.³⁶

הדוגמה השנייה היא של בעל מניות מיעוט המוכר לצד ג' את מניותיו. גם במצב דברים זה, החברה (שחלק ממניותיה החליפו ידיים) תוכל להמשיך לקזז את כל הפסדיה הצבורים כנגד הכנסות מפעילות עתידית, שכן גם במקרה זה, בעל השליטה הוא זה ש"ספג" את מרבית ההפסדים, ולמעשה מימן, או היה אחראי, בדרך זו או אחרת, על פעילות החברה בזמן היותה הפסדית, ולכן אין מקום למנוע ממנו (ובהשאלה - גם מהחברה) את הזכות לקזז את ההפסדים, וזאת ללא קשר לשאלה, אם קיים טעם מסחרי מאחורי העסקה או לאו.

מאידך, כאשר השליטה בחברה נמכרת לבעל מניות חיצוני - שלא נשא בהפסדים - או אז חל העיקרון הראשון דלעיל, קרי שמדובר בפעולה שמבחינה אובייקטיבית היא מלאכותית, אלא אם מוכח על ידי הנישום שעמדו מאחוריה טעמים מסחריים.

כאמור, בפסק דין **בן ארי** נדונה סיטואציה אחרת מאלו המתוארות בדוגמאות הנ"ל: בעל מניות מיעוט רוכש את יתרת המניות ולאחר מכן משנה את תחום הפעילות של החברה, שמצדה מבקשת לקזז את ההפסדים הצבורים כנגד הרווחים מהפעילות בתחום החדש. **זאת, בנסיבות בהן אין מחלוקת בדבר היעדרו של כל טעם מסחרי לביצוע פעולות אלו, למעט הרצון (של בעל מניות המיעוט, ובהמשך החברה) - ליהנות מההפסדים הצבורים לצורכי מס.** ביחס לפעולה כזו קבע בית המשפט העליון, כי "העסקה המלאכותית" הגלומה במצב זה, היא רק "ניצול הפסדיו של בעל השליטה הקודם"; מאידך, הניצול של החלק היחסי של ההפסדים, בהתאם לשיעור חלקו היחסי של בעל מניות המיעוט (שהפך לאחר הרכישה לבעל השליטה בחברה) - **איננו מלאכותי כלל ועיקר**, ולא ניתן לסווג פעולה זו כ"מלאכותית" אשר ניתן להתעלם ממנה לצורכי מס. בהתאם, נפסק כי חברת בן ארי, לאחר שינוי השליטה, תוכל לקזז עד 32% מהפסדיה הצבורים, שהתגבשו עד למכירת יתרת המניות לבעל השליטה החדש.

הנה כי כן, ניתן לראות כי בעניין **בן ארי**, העקרונות בדבר הפעלת סמכות פקיד השומה מכוח סעיף 86 לפקודה, יושמו באופן הבא:

³⁶ ראו הערתנו לעיל, בה"ש 33, לגבי העברת הפעילות לתוך החברה החדשה: העברה כאמור צריכה להיות מבוצעת בפועל; ואף היא עשויה להיחשב כאירוע החייב במס (או פטור ממנו, אם לדוגמה מועברים נכסים בהתאם להוראות חלק ה2 לפקודה).

(א) לעניין סיווג שונה לעומת סיווג מחדש: סוגיה זו כלל לא התעוררה ולא נדונה בפסק הדין, שכן ברור היה שמבחינה כלכלית/תאגידית - הישות שהפיקה את ההכנסות מתחום הפעילות החדש היא אותה ישות משפטית בה נצברו ההפסדים.

(ב) לעניין המבחן הדו-שלבי: בעניין **בן ארי** בית המשפט העליון אמנם לא "**קרא לילד בשמו**", ולא השתמש במינוח "**מבחן דו-שלבי**"; יחד עם זאת, ברי כי מדובר במקרה מובהק בו נעשה שימוש במבחן זה, שכן בית המשפט בחן, **בשלב ראשון** - האם מדובר בניצול לגיטימי של הטבת מס או לאו. בהקשר זה נקבע, לגבי הניצול של 32% מההפסדים (כשיעור אחזקתו של בעל המניות בחברה טרם השינוי), כי פעולה זו, **גם אם לא עומד מאחוריה כל טעם מסחרי** - איננה מלאכותית כלל ועיקר, ולכן החברה רשאית לקזז את רווחיה מהפעילות החדשה, כנגד ההפסדים הצבורים עד לשיעור זה. לשון אחר, ההתייחסות לקיזוז הפסדים צבורים של תאגיד שבוצע שינוי בהחזקות במניותיו, עד לגובה שיעור ההחזקות של בעל המניות הקודם, היא כאל "תכנון מס לגיטימי" (ולא "תכנון מס שלילי"), ולכן אין להפעיל לגביה את הוראות סעיף 86 לפקודה (גם אם שונה תחום הפעילות של התאגיד, וגם אם לא עמד כל טעם מסחרי מאחורי שינוי תחום הפעילות כאמור). רק ניצול "יתרת ההפסדים" (קרי החלק היחסי של ההפסדים שאינו משתקף באחזקותיו של בעל מניות המיעוט) יכול להיחשב כפעולה מלאכותית (או כ"תכנון מס שלילי"). רק ביחס לחלק זה של הפעולה, היה צורך לבצע את שלב הבדיקה השני במבחן הדו-שלבי, קרי לבחון האם עמד שיקול מסחרי בבסיס העסקה או לאו. הואיל וכממצא עובדתי נקבע שהטעם היחיד לביצוע העסקה היה מיסויי, ולא מסחרי - אזי חלק זה של הפעולה/עסקה (קרי קיזוז 68% מההפסדים) סווג כ"עסקה מלאכותית" לצורכי סעיף 86 לפקודה.

פסק דין רנדה ו.ד.א. בע"מ

פסק הדין בעניין **רנדה ו.ד.א.**³⁷ עסק בחברה שפעלה במשך מספר שנים בתחום של יבוא ושיוק בגדי נשים. לאחר מספר שנות פעילות, במהלכן צברה הפסדים של קרוב ל-2 מיליון ש"ח, הפסיקה החברה את פעילותה ומכרה את כל הציוד ששימש אותה בעסקה, והחלה לפעול בתחום הקוסמטיקה. בשלב זה, שבו אין בחברה נכסים או ציוד, מניותיה נרכשו ע"י בעל מניות חדש. לאחר שינוי הבעלות, החלה לקבל הכנסות דמי ניהול - ששולמו לה ע"י חברות קשורות (קרי חברות המצויות בבעלות מלאה של בעל המניות החדש), וביקשה לקזז הכנסות אלו כנגד ההפסדים הצבורים.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כבי' השופט אלטוביה) קיבל את טענת פקיד השומה לפיה רצף הפעולות - רכישת מניות חברת רנדה בידי בעל המניות החדש, וקיזוז ההכנסות מדמי הניהול כנגד ההפסדים העסקיים, שנצברו עת החברה הייתה מצויה בבעלות בעלת המניות הקודמת - מהווה עסקה מלאכותית שניתן להתעלם ממנה לפי סעיף 86 לפקודה.

37. ע"מ 1352/08 רנדה ו.ד.א. בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 3, "מיסים אונליין" (18.10.12) (להלן: "פסק דין רנדה").

בית המשפט המחוזי הסתמך בעניין זה על הלכת רובינשטיין, תוך שקבע כי לפי הלכת רובינשטיין, "חזקה כי רכישת חברה שבידיה הפסדים צבורים, ולאחר מכן שינוי תחום הפעילות של החברה הנרכשת, היא עסקה מלאכותית שכל תכליתה הפחתת מס בלתי נאותה. בהינתן אלו, עובר נטל כבד לשכמי הנישום להוכיח כי טעם מסחרי נמצא ביסוד פעולותיו". במקרה דנן נפסק, כי החברה הנישומה לא עמדה בנטל שמוטל עליה - להוכיח כי טעם מסחרי מהותי (או טעם מסחרי בכלל) עמד מאחורי העסקה. זאת, בין היתר, מכיוון שרכישת המניות בוצעה בשלב בו בחברה לא היה כל נכס, מוחשי או בלתי מוחשי, מלבד ההפסדים הצבורים ומכיוון שהחברה עסקה בתחום פעילות שונה לחלוטין טרם רכישתה ע"י בעל המניות החדש.

ודוק: בפסק הדין בעניין רנדה אמנם לא יושם בפועל המבחן הדו-שלבי, חרף העובדה שפסק הדין ניתן לאחר פרסום הלכת סגנון, אולם ברי כי אילו היה מיושם מבחן זה - לא היה בכך כדי לסייע לחברה הנישומה, שכן הן לפי הלכת רובינשטיין והן לפי הלכת בן ארי, רכישת מניות חברה בהפסדים (בידי צד ג') אינה מהווה תכנון מס חיובי או לגיטימי.

כמו כן, בפסק הדין לא נערך דיון בשאלת נטלי ההוכחה; בהתבסס על הלכת רובינשטיין מובהר, כי העובדה שנרכשה חברה עם הפסדים צבורים ומיד לאחר מכן שונה תחום הפעילות שלה, מקימה למעשה "חזקה" כי מדובר, מבחינה אובייקטיבית, בעסקה מלאכותית. לשון אחר, לפי גישת בית המשפט, די אם פקיד השומה יצביע על עובדות בסיסיות אלו - של רכישת חברה עם הפסדים צבורים בידי צד ג', שלאחר מכן משנה את תחום הפעילות שלה - כדי להרים את הנטל המוטל עליו ולהוכיח שמבחינה אובייקטיבית העסקה היא מלאכותית, קרי מבוצעת בשל שיקול פיסקאלי. ואז, המלאכותיות תישלל רק אם הנישום יוכיח שטעם מסחרי, ולא הטעם הפיסקאלי, הוביל אותו לביצוע של העסקה.

פסק דין ג'ולקס

פסק הדין בעניין ג'ולקס³⁸ עסק בנסיבות שונות מאלו שנדונו בעניין רובינשטיין, בן ארי ו-רנדה. באותו מקרה דובר בחברה שבעבר מניותיה נסחרו בבורסה, והחזיקה בבעלות מלאה בחברה-בת (להלן: "החברה-האם" ו"החברה-הבת"). שתי החברות פעלו בתחום התכשיטים במשך תקופה ארוכה, עד שבסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת חדלו מפעילותן, כאשר בכל אחת מהן הפסדים צבורים (בחברה-האם כ-13 מיליון ש"ח; ובחברה-הבת כ-1.6 מיליון ש"ח). בסמוך לאחר מכן, החברה-האם החלה לפעול בעיקר בתחום שוק ההון - וקיזזה את כל הפסדיה הצבורים כנגד ההכנסות מתחום הפעילות החדש, במשך פרק זמן של כשנתיים. בשלב זה, החברה-הבת לא ביצעה כל פעילות, וזאת עד לשנת 2002 (כ-4 שנים לאחר שחדלה מפעילותה הקודמת), שאז החברה-הבת דיווחה על ביצוע 16 עסקאות בשוק ההון, שהניבו לה רווחים כנגדם קוזזו כל הפסדיה הצבורים. פרט לעסקאות מדווחות אלו, החברה-הבת לא ביצעה פעילות נוספת (גם לא בשנים הבאות). בית המשפט העליון קיבל את טענות פקיד השומה וקבע כי פעולה זו מהווה "עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה:

"רצף הפעילויות והנסיבות בהתנהלות העסקית המדוברת, קרי ייחוס 16 הפעולות שבוצעו בשוק ההון - לחברה הבת במקום לחברה-האם, שזה תחום עיסוקה - נעדר למעשה כל טעם מסחרי ממשי, בלתי אם הימנעות ממס. לחברה הבת לא היו כאמור עובדים, משרדים, וממילא גם לא ידע או ניסיון כלשהו בתחום העסקאות המסוימות בשוק ההון. למעשה, מזה שנים שהיא לא היתה פעילה. ה"יועץ" של החברה הבת לא היה אלא היועץ של החברה האם, אשר קיבל ממנה את שכרו, והיה מעורב בביצוע מאות עסקאות דומות עבורה. הערבויות, הסיכון המסחרי, וכל יתר הנתונים הקשורים בעסקאות - היו של החברה האם, וכל זאת תמורת "דמי ניהול" שהתקבלו מחברת הבת (שלא ברור מה היה מקורם הראשוני). דומה איפוא כי ה"ניתוב" של העסקאות לחברה הבת לא היה אלא ניתוב לשעה. ואמנם כשם שלאחר שנים של "תרדמה" התעוררה לפתע החברה הבת ועלתה מן האפר כעוף החול על מנת לבצע את אותן עסקאות בודדות עד שנתקזזו הפסדיה ההיסטוריים, כך חיש מהר היא "דוממה" שוב לאחר מכן, וכמו לא נודע כי כל הפעולות האמורות באו אל קרבה. המדובר איפוא בעסקה מלאכותית במובן סעיף 86 לפקודה, ולפיכך אין אנו מוצאים לנכון להתערב בהחלטת המשיב שלא להכיר בה."

על אף שנראה שתוצאת פסק הדין בעניין ג'ולקס מוצדקת, לדעתנו, בכל הכבוד, דרך הילוכו של בית המשפט העליון בעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם האופן בו יש, לדעתנו, ליישם את הוראות סעיף 86 וגם לא עם כל יתר הפסיקה שהובאה לעיל בכל הנוגע לסיווגה של עסקה כ"עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה. ובמה דברים אמורים:

- ראשית - לפי המתואר בפסק הדין של בית המשפט העליון, נראה שהנסיבות הרלוונטיות אינן מצדיקות "סיווג מחדש" של העסקה לפי סעיף 86 לפקודה, אלא מדובר בטענה ל"סיווג שונה" של העסקה: כמוסבר לעיל, טענה שעסקה מסוימת היא "מלאכותית", מבוססת על פי רוב על הנחה שהפעולות שמדווחות על ידי הנישום אכן בוצעו, אם כי הסיבות והטעמים מאחורי ביצוען הם מלאכותיים ונובעים אך ורק, או בעיקר, משיקולי מס. אולם לפי התיאור בפסק הדין, פקיד השומה ובית המשפט כלל לא מסכימים למצג העובדתי שהוצג על ידי החברה-האם והחברה-הבת: בפסק הדין מובהר כי לחברה-הבת לא היו עובדים, לא היו משרדים, ולא היה לה ניסיון או יכולת להפיק הכנסות בשוק ההון. כמו כן, מדברים אלו עולה נוצר הרושם שהצדדים (החברת-האם והחברה-הבת) החליטו לדווח אך ורק על מספר מועט של עסקאות, כאילו הן מבוצעות על ידי החברה-הבת, על אף שבפועל אלו בוצעו על ידי החברה-האם. ודוק, לא מדובר בסיטואציה בה פקיד השומה טוען שהחברה-הבת ביצעה את הפעולות בשוק ההון אך ורק בשל "שיקולי מס" - קרי קיזוז הפסדיה הצבורים, אלא שטענת פקיד השומה הינה, שאופן הדיווח של החברה-הבת (כמו גם החברה-האם) על העסקאות אינו תואם את המציאות הכלכלית האמיתית. לכן, נראה שבנסיבות אלו ראוי היה להפעיל את הדוקטרינה של "סיווג שונה" של העסקאות, מבלי להידרש להוראותיו של סעיף 86 לפקודה.

- בפסק דין בעניין ג'ולקס (שניתן אמנם לאחר הלכת סגנון אך טרם הלכת גוטשל) לא יושם המבחן הדו-שלבי לצורך סיווגה של עסקה כ"מלאכותית". לנו נראה, שאילו מבחן זה היה מיושם, לא היה מנוס מלקבוע שאין מדובר ב"תכנון מס שלילי", שכן לפי הלכת בן ארי, העיקרון המנחה הוא "שמירה על זכותו של בעל המניות ליהנות מהפסדיו הכלכליים האמיתיים".

לכן, בסיטואציה בה אין שינוי שליטה בחברה, היא אינה מנועה מלשנות את תחום פעילותה ולקזז הפסדי עבר כנגד רווחים מתחום פעילות חדש, גם אם התכלית היחידה לביצוע תחום הפעילות החדש, היא תכלית פיסקאלית. גם מטעם זה, לדעתנו, הדוקטרינה שהיה צריך ליישם בפרשת ג'ולקס היא של סיווג שונה, ולא של עסקה מלאכותית.

- ועוד: על פניו נראה שהלכת ג'ולקס אינה עולה בקנה אחד עם הלכת בן ארי: יוער כי בפסק הדין, התייחס בית המשפט לטענות החברות הנישומות בעניין יישומה של הלכת בן ארי - ודחה טענות אלו:

"במיוחד שבעניין בן ארי המלאכותיות נמצאה בעצם רכישת יתרת המניות בידי בעל מניות המיעוט לצורכי קיזוז הפסדים, ולא נקבע שם כי ההזרמה (האמיתית לכאורה) של הפעילות הרווחית - לחברה בעלת ההפסדים הצבורים היתה מלאכותית כשלעצמה. לעומת זאת בענייננו המלאכותיות נעוצה בעצם ההזרמה של הפעילות - מהמערערת 1 אל המערערת 2. כפי שהודגם לעיל פעילותה של המערערת 2 לא שונתה באופן אותנטי, אלא "תועלו" אליה באופן מבוקר מספר עסקאות, וזאת רק משיקולי מס."

כפי שניתן לראות, הנימוק של בית המשפט לעניין היעדר הצורך להקיש מפרשת בן ארי לפרשת ג'ולקס, הוא ההסבר לפיו בעניין בן ארי לא נקבע כי ההזרמה של הפעילות הרווחית לחברה בעלת ההפסדים הייתה מלאכותית (אלא שהמלאכותיות, לכאורה, הייתה רק בפעולה של רכישת המניות). אולם נראה כי כאן שגה, בכל הכבוד, בית המשפט העליון, באופן בו קרא את פסק הדין בעניין בן ארי, שכן שם הובהר, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי **"לא נמצא טעם מסחרי לכך שמר בן ארי רכש 68% מהמניות במערערת... ולכך שהעביר את הפעילות בתחום הביטוח לחברה זו דווקא, זולת הטעם המיסויי והוא ניצול זכות קיזוז ההפסדים..."**³⁹. לאמור, בניגוד להסבר שניתן בפסק דין ג'ולקס, נקודת המוצא בעניין בן ארי כן הייתה שגם הפעולה של הזרמת הפעילות החדשה לחברה שמניותיה נרכשו היא מלאכותיות, במובן שהיא נעדרת טעם מסחרי למעט הרצון לקזז הפסדים.

ודוק: בפסק דין ג'ולקס נקבע, כי **"עצם ההזרמה של הפעילות"** מאת החברה-האם לחברה-הבת מהווה עסקה מלאכותית. על כן נשאלת השאלה, כיצד קביעה זו יכולה לעלות בקנה אחד עם הלכת בן ארי, שהרי שם הובהר שבעל מניות של תאגיד, אשר החזיק במניות בתקופה בה נצברו ההפסדים, רשאי להעביר לאותו תאגיד פעילות גם בתחום אחר וחדש לחלוטין וגם אם מטרת העברת הפעילות הינה ליהנות מ"יתרון המס" (קרי מהאפשרות לקזז הפסדי העבר כנגד הרווחים מהפעילות החדשה), וגם אם אין לפעולה זו כל תכלית אחרת זולת הרצון ליהנות מיתרון המס⁴⁰.

39. עניין בן ארי, ה"ש 32 לעיל, בפסקה 5 לפסק הדין.

40. כמוסבר לעיל, במצבים מסוימים, עצם הפעולה של העברת פעילות ונכסים מתאגיד אחד למשנהו מהווה "עסקה" החייבת בעצמה במס (שיכול שתיעשה כ"עסקה חייבת" או כ"עסקה פטורה", לדוגמה לפי חלק ה-2 לפקודה). אולם שאלה זו - האם ההעברה דווחה לרשויות המס כדיון, בין אם כמכירה לפי שווי שוק של הנכסים המועברים, ובין אם כהעברה פטורה ממס לפי הוראות חלק ה-2 לפקודה - אינה קשורה לשאלה, האם העסקה מלאכותית או לאו.

לכן, פעולה של העברת פעילות מחברה-אם לחברה-בת בבעלות מלאה - שעה שאין שינוי ב"שליטה" בחברה - לא יכולה להיחשב כ"מלאכותית" לפי הלכת **בן ארי**. בהנחה, שבפסק דין **ג'ולקס** לא התכוון בית המשפט העליון לסטות ו/או לשנות מהלכת **בן ארי**, שניתנה זה מקרוב, אזי לדעתנו, סתירה זו בין הניתוחים בשני פסקי הדין של בית המשפט העליון, ניתנת ליישוב באחד משני האופנים הבאים:

הראשון - ניתן לסבור כי חרף הטרמינולוגיה הנקוטה בעניין **ג'ולקס** וההישענות על סעיף 86 לפקודה, הלכה למעשה, ההתעלמות מהעסקה ומדיווחיה של החברה-הבת על הרווחים - נובעת מ"סיווג שונה" של העסקה (ולא מ"סיווג מחדש"): שכן כאמור ההנחה בעניין **ג'ולקס** הינה שבפועל, לא החברה-הבת ביצעה את הפעולות שהניבו את הרווחים, כי אם החברה-האם⁴¹.

השני - ייתכן שניתן היה ליישב את הסתירה בין עניין **ג'ולקס** לעניין **בן ארי**, אילו בעניין **ג'ולקס** השימוש בסעיף 86 לפקודה נובע מעילת "העסקה הבדויה" (ולא מעילת העסקה המלאכותית) - קרי עסקה שבוצעה למראית עין בלבד, אולם אין לה תוכן משפטי או כלכלי של ממש. לדעתנו, אפשרות זו פחות סבירה וגם פחות רצויה - הן מאחר שהפסיקה ממעטת לעשות שימוש בחלופה זו, ובעיקר מהטעם שניתן היה לשנות את תוצאות המס של העסקה טרם פנייה לנורמה האנטי-תכנונית הקבועה בסעיף 86 לפקודה, קרי באמצעות דוקטרינת הסיווג השונה, כאמור.

מכל מקום, נציין כי הנסיבות המתוארות בפסק דין **ג'ולקס** - בהן הכנסות מדווחות ברמת החברה-הבת, אולם בפועל, כל הפעולות מניבות ההכנסה והנכסים המאפשרים את הליך הפקת ההכנסה (לרבות העובדים, הידע הניסיון וכו') מבוצעים על ידי החברה-האם ושייכים לה - אכן מצדיקות, לדעתנו, "התעלמות" מהדיווח כפי שבוצע בפועל, קרי מקיזוז ההפסדים ע"י החברה-הבת. אולם, לדעתנו, הדרך לעשות זאת, אינה באמצעות טענה כי העסקה "מלאכותית", אלא באמצעות טענה לסיווג השונה של העסקה, בהתאם למהותה הכלכלית האמיתית.

41. לביקורת על השימוש הנרחב, לעתים יתר על המידה, של פקידי השומה ובתי המשפט בנורמות האנטי-תכנוניות, גם במקום שניתן לעשות שימוש בדוקטרינת הסיווג השונה, ראו לדוגמה **גליקסברג**, ה"ש 5 לעיל בעמ' 18.

פסק דין איי-און ליין קפיטל

פסק הדין בעניין חברת איי-און ליין קפיטל⁴², שניתן ע"י בית המשפט המחוזי בתל-אביב בשנת 2016 (כב' השופט אלטוביה) עסק בחברה בשם איי-און ליין קפיטל (אי.או.סי) בע"מ (להלן: "איי-און ליין קפיטל"), שהוקמה בשנת 1999, ועסקה במשך כ-3 שנים במתן שירותי מידע ופרסום באינטרנט, עד שבשנת 2003 חדלה מפעילותה, כך שהפכה למעשה ל"שלד בורסאי". באותה עת נצברו בה הפסדים בגובה עשרות מיליוני ש"ח. בשנת 2003, 85% ממניות החברה נרכשו על ידי בעלת מניות חדשה - קבוצת גולן (שהחזיקה קודם לכן בכ-13% ממניות איי-און ליין קפיטל, שבהמשך דוללו לכ-2% בעקבות הסדר נושים). לאחר הרכישה, שינתה קבוצת גולן את תחום הפעילות של איי-און ליין קפיטל, כך שהחל ממועד זה בוצעה בחברה זו פעילות בתחום של שיווק תוכנות. ההכנסות מהפעילות החדשה קוזזו כנגד ההפסדים הצבורים של איי-און ליין קפיטל - ופקיד השומה טען כי פעולה זו מהווה "עסקה מלאכותית" שיש להתעלם ממנה לפי הוראות סעיף 86 לפקודה.

בית המשפט קבע כי לאור הנסיבות המתוארות, "סביר להניח שקבוצת גולן רכשה את השליטה במערכת לצורך ניצול ההפסדים הצבורים וקיצוץ מהרווחים שנצמחו מפעילות שיווק התוכנה"; ולכן קבע כי בכך עמד פקיד השומה "בנטל להוכיח כי מבחינה אובייקטיבית העסקה שביצעה קבוצת גולן בדרך של רכישת השליטה במערכת, העברת פעילות שיווק התוכנה למערכת וקיצוץ ההפסדים הצבורים מרווחי פעילות שיווק התוכנה, נועדה להפחתת מס". בהתאם, נקבע שעל החברה הנישומה להוכיח שמבחינה סובייקטיבית, טעמים מסחריים מהותיים דיים הם אלו שהובילו אותה לביצוע העסקה. בית המשפט בחן את הטעמים השונים שהועלו על ידי החברה הנישומה וקבע, כי אין בהם כדי להרים את הנטל המוטל על החברה בשלב זה:

(א) שיקול של "נראות ציבורית" בהעברת הפעילות של בעלת המניות החדשה, בתחום שיווק התוכנה, תחת חברה ציבורית: בית המשפט דחה טיעון זה, בעיקר מן הטעם שהמסמכים שהוצגו, לא העידו כי בעלת המניות החדשה אכן סברה בזמן אמת כי הפיכתה ל"חברה ציבורית" הינה מוצדקת מבחינה כלכלית.

(ב) שיקול של רכישת שלד בורסאי: בית המשפט הכיר בכך שמדובר בשיקול מסחרי, אולם קבע כי לא הוכח שהיה יסודי דיו בנסיבות הרלוונטיות - בין היתר מכיוון ש"השימוש" בשלד הבורסאי (לצורך גיוס הון) נעשה זמן רב לאחר רכישת המניות.

(ג) ניצול המותג ושם המתחם (domain) של החברה: בית המשפט קבע כי לא הוכח שהיה לשם המותג או לשם המתחם ערך ממשי, בוודאי שלא יסודי דיו כנדרש לאור הלכת סגנון.

בהתאם, קבע בית המשפט כי על אף שייתכן שמאחורי רכישת מניות חברת איי-און ליין קפיטל, עמדו מספר שיקולים, חלקם מסחריים - הנישומה לא הצליחה להוכיח כי שיקולים אלו היו מהותיים ויסודיים דיים, בפרט בהשוואה ליתרון הכלכלי המידי, והוודאי שהיה גלום בניצול ההפסדים הצבורים. ובלשון פסק הדין:

“הריווח הכספי הגדול שהיה גלום בקיזוז ההפסדים הצבורים של המערערת מאפיל על כל אחד מהטעמים המסחריים עליהם מצביעה המערערת ואף על כולם יחד”.

עוד יצוין כי בית המשפט העליון דחה את הערעור שהוגש על פסק הדין הנ”ל ואשרר את מסקנותיו של בית המשפט המחוזי, מכוח תקנה 460 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ”ד-1984.⁴³

מספר הערות בקשר לפסק הדין בעניין **איי-און ליין קפיטל**:

ראשית, בדומה ליתר פסקי הדין העוסקים בסיטואציה של רכישת מניות חברה בהפסדים - כאן לא נעשה בפועל שימוש ב”מבחן הדו-שלבי”. ייתכן שהדבר נובע מנקודת המוצא, לפיה פעולה כאמור, המלווה בשינוי תחום הפעילות של החברה הנרכשת - אינה בגדר תכנון מס לגיטימי. לכאורה, ניתן לסבור שהיה מקום לילך בדרך בה הלך בית המשפט העליון בפרשת **בן ארי** - ולהתיר קיזוז הפסדים בהתאם לשיעור ההחזקה של בעלת המניות החדשה (קבוצת גולן) בחברה ערב רכישת המניות (בין אם תאמר ששיעור זה הוא כ-13% ובין אם כ-2%). יחד עם זאת, נראה שדרך זו איננה רלוונטית לנסיבות פסק דין זה, שכן לפי המתואר בפסק הדין, לאחר שינוי הבעלות, ובמשך כשתי שנות מס החברה כבר הספיקה לקזז חלק ניכר מהפסדיה, ושנים אלו “התיישנו” והפכו לסופיות לפי הוראות הפקודה. כך שנראה כי בנסיבות אלו, החלק היחסי של הפעולה שעשוי היה להיתפס כ”תכנון מס לגיטימי” - ממילא כבר נוצל.

שנית, הדרך בה הלך בית המשפט היא הדרך שהותוותה בהלכות **רובינשטיין** ובהמשך **בסגנון**: לאמור, תחילה נקבע שמבחינה אובייקטיבית, הפעולות שבוצעו הן על פניהן מלאכותיות, באשר טעם פיסקאלי מהותי עומד מאחוריהן (קיזוז הפסדים) - ובכך עמד פקיד השומה בנטל ההוכחה האובייקטיבי המוטל עליו; לאחר מכן נבדק, האם החברה הנישומה מצליחה לסתור את המלאכותיות האובייקטיבית ולהוכיח ששיקולים מסחריים הם אלו שהניעו אותה לבצע את העסקה. אולם זאת יש לציין: בפסק דין **רובינשטיין**, עסקה של רכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים, כאשר החברה היא בגדר שלד בורסאי, הוזכרה ע”י כבי הנשיא ברק כדוגמה למקרה של עסקה שעשויה להיות בעלת טעם מסחרי; ולכאורה, מפסק דין **רובינשטיין** עולה כי רכישת שלד בורסאי עשויה “להכשיר” עסקה החשודה במלאכותיות - קרי להוות טעם מסחרי סובייקטיבי, שדי בו כדי לשלול את

מלאכותיותה של העסקה⁴⁴. חרף האמור, בעניין **איי-און ליין קפיטל** נקבע אחרת, קרי שלא די בעובדה שנרכש שלד בורסאי כדי לשלול את המלאכותיות האובייקטיבית של העסקה. ייתכן שגישת בית המשפט בעניין **איי-און ליין קפיטל** נבעה מפרשנות מחמירה של אמרת כב' הנשיא ברק בעניין **רובינשטיין**, שהייתה אמרת אגב; וייתכן שהכרעה זו מקורה ב"החמרת" גישת בתי המשפט בקשר לבחינת המטרה המסחרית (והמעבר ממבחן המטרה המסחרית למבחן יסודיות הטעם המסחרי). מכל מקום, לאור פסק דין **איי-און ליין קפיטל**, וכן פסק הדין בעניין **האחים נאוי**, שנציג בהמשך - ברור כיום שגישת בתי המשפט הינה שבסיטואציה הרלוונטית לענייננו, היותה של החברה הנרכשת, בה ישנם הפסדים צבורים, שלד בורסאי - אינה מהווה טעם מסחרי יסודי דיו, אשר די בו לבדו כדי לשלול את מלאכותיות העסקה.

פסק דין חברת זאב שטיינר

פסק הדין בעניין חברת **זאב שטיינר רואי חשבון בע"מ**⁴⁵ עסק בחברה בשם "מתפרת רמון בע"מ", שהוחזקה ע"י יעל שטיינר (51%) ובעל מניות נוסף, והפעילה מתפרה. בסוף שנת 2008, הפכה הגבי' יעל שטיינר לבעלת 100% ממניות החברה, ומספר חודשים לאחר מכן העבירה, במתנה, את מלוא הון המניות של החברה לידי בעלה, זאב שטיינר. לאחר מכן, החברה החלה לפעול בתחום ראיית החשבון, באופן כזה שהחברה החלה להפיק הכנסות משותפות רואה חשבון בה מר שטיינר היה שותף.

בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט גדעון) קיבל את טענת פקיד השומה לפיה רצף הפעולות הנ"ל מהווה "עסקה מלאכותית" שניתן להתעלם מהן לפי סעיף 86 לפקודה⁴⁶. בית המשפט התבסס על הלכות **רובינשטיין וסגנון**, וקבע כי "לא נראה טעם כלכלי מסחרי בהעברת הבעלות במניות החברה, מגב' שטיינר אל המערער, בשנת 2008, זולת קיזוז הפסדים". מסקנה זו התבססה על כך שבמועד העברת המניות, לא הייתה בחברה כל פעילות (או לכל היותר פעילות זניחה ביותר), ועל השינוי בתחום הפעילות של החברה, כמו גם בשמה - לאחר העברת המניות. בית המשפט התייחס ל"שיקולים המסחריים" שהציגו הנישומים ודחה אותם כלא אמינים וממילא כשיקולים שאינם יכולים להיתפס כמהותיים דיים, כנדרש לאור הלכת **סגנון**.

44. כך לדוגמה, אליעזר צוקרמן מציינ במאמרו שנכתב בעקבות הלכת **רובינשטיין**, כי מהלכה זו עולה כי "... בהתקיים "טעם מסחרי" לעסקת רכישת מניות החברה המפסידה (כמו רכישת שלד בורסאי, או רכישת למטרת חיסול מתחרה; או שאיפה לשקם את החברה הנרכשת) - תהא זו עסקה כשרה". אליעזר צוקרמן, "אנטומיה של פסק-דין או: חייו ומותו של סעיף 86 לפקודה - בעקבות ע"א 3415/97, פשמ"ג נ' יואב רובינשטיין חברה לבנין, פיתוח ומימון בע"מ", "מיסים" 5/ז' (אוקטובר 2003) א-54. גם אהרוני ושוומנטל מציינים במאמרם: "בנוסף, אין אנו מצליחים להבין, משום מה עושה בית המשפט הבחנה בין מכירת שלד בורסאי של חברה בעלת הפסדים צבורים לצורך מס (שאותה הוא רואה כמטרה מסחרית) לבין מכירת חברה פרטית בעלת הפסדים צבורים לצורך מס, שמטרתה להשיב לנושים את נשייתם (וגם אם זה נושה אחד, שהוא בעל מניות החברה)". כלומר, נקודת המוצא של הכותבים הינה שהלכת **רובינשטיין** מכירה, ככלל, בנימוק של רכישת שלד בורסאי כטעם מסחרי השולל את מלאכותיות העסקה.

45. ע"מ 15-01-15 44369-01 חברת זאב שטיינר רואי חשבון ואח' נ' פקיד שומה באר שבע, "מיסים" לא/1 (פברואר 2017) ה-174 (להלן: "זאב שטיינר").

46. יצוין כי על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון - ע"א 1547/17 חברת זאב שטיינר רואי חשבון ואח' נ' פקיד שומה באר שבע, "מיסים אונליין" (29.1.18), אשר נמחק בהמלצת בית המשפט; לכן הכרעת בית המשפט המחוזי בעניין זה נותרה על כנה.

בנוסף, בית המשפט קיבל את עמדת פקיד השומה, לפיה יש לחייב במס רווח הון הן את העברת המניות בחברה מאת הגבי שטיינר אל מר שטיינר (וזאת על אף שמדובר במתנה בין קרובים), וכן את העברת זכותו של מר שטיינר בשותפות רואי החשבון, לחברה שבבעלותו.

נבקש להעיר מספר הערות בקשר לפסק דין **זאב שטיינר** :

- ראשית, גם בפסק דין זה, וחרף הלכת **גוטשל**, לא בוצעה בדיקה "פורמלית" לפי המבחן הדו-שלבי. יחד עם זאת, במסגרת פסק הדין התייחס בית המשפט לטענות בדבר השוואת מקרה זה להלכת **בן ארי** (בעיקר לנוכח העובדה שמניות החברה הוחזקו גם טרם העברתן למר שטיינר, בידי בת זוגו - הגבי שטיינר, ולכן, כך נטען, אין "מלאכותיות" בפעולה של קיזוז ההפסדים); בכך, הלכה למעשה, כן נבדק השלב הראשון במבחן הדו-שלבי - האם מדובר בתכנון מס לגיטימי או לאו. מכל מקום, בהקשר לטענות אלו, קבע בית המשפט שאין להקיש מהלכת **בן ארי** למקרה זה, מאחר שכאן מניות החברה הוחזקו על ידי נישומה אחרת עת נצברו בה ההפסדים (היא הגבי שטיינר), ולכן, אין לראות במר שטיינר, בעל המניות החדש, כמי שהיה בעל המניות בתקופה בה נצברו ההפסדים בחברה (חרף קשר הנישואים בין השניים). לשון אחר, בית המשפט אמנם מכיר בכך שלפי הלכת **בן ארי**, הנישום שהיה בעל מניות בחברה, רשאי להוביל לשינוי תחום פעילותה כדי ליהנות מיתרון המס הכרוך באפשרות לקזז את ההפסדים הצבורים בחברה (ואז אין מדובר ב"תכנון מס שלילי"), אולם הוא מפרש הלכה זו באופן דווקני - **באופן כזה שהיא חלה רק על בעל המניות עצמו ואינה חלה אף על בן/בת הזוג שלו**. מכאן עולה שלפי פסק דין **זאב שטיינר**, העברה רצונית של מניות בחברה הפסדית, גם בין קרובי משפחה, לא תאפשר לקרוב המשפחה מקבל המניות, לעשות שימוש ב"יתרון המס" הנובע מההפסדים הצבורים באותה חברה, אלא אם קיים טעם מסחרי לפעולה זו⁴⁷. נשאלת השאלה, האם זו הייתה מסקנת בית המשפט גם אילו היה מדובר בהעברה לא רצונית של מניות החברה הפסדית, לדוגמה כתוצאה מהורשה. לדעתנו, התשובה לשאלה זו צריכה להיות שלילית, שכן במצב דברים זה לא מתקיים האלמנט של "התכנון", קרי אין כוונה לבצע הפחתת מס, כנדרש בסעיף 86 לפקודה⁴⁸.

47. לדעה שונה - ראו **אהרוני ושוונטל**, שמציינים במאמרם לגבי סיטואציה של העברה במתנה בין קרובים של מניות של חברה עם הפסדים צבורים: "**הלכות ממשדך (ושואל את הכותבים - הח"מ)**", שבכוונתו להעביר את המניות ללא תמורה לבנו שהשתחרר לא מכבר משירותו הצבאי, ולשנות את אופי פעילות החברה כאמור. גם אז תשובתנו היתה חיובית ולא מסוייגת בדבר התרת ההפסדים לצורך מס". לאמור, לשיטת המלומדים הנ"ל, מהלכת **רובינשטיין** עולה דווקא כי בסיטואציה כזו, יש להתייחס אל בנו של בעל המניות (=קרוב) כמי שנשא מבחינה כלכלית בהפסדי החברה, ולכן הוא זכאי לקבל את מניותיה במתנה ולשנות את תחום הפעילות שלה, לצורך ניצול ההפסדים.

48. יצוין כי בפסק דין ע"מ 12837-06-17 **פביו יחזקאל מלכסון אנגל ואח' נ' פקיד שומה תל אביב 3 ואח'**, שפורסם לאחרונה (ראו מדור פסיקה בדרך זה), נקבע כי לא ניתן לבצע הורשה של הפסדים, וכי לאחר מותו של אדם, ליורשיו לא עומדת הזכות לקזזם. יחד עם זאת, הסוגיה שהעלינו אינה נוגעת להורשת הפסדים, אלא להורשת מניות, על כל הזכויות והחובות הכרוכים בכך - ובתוך כך גם ההפסדים הצבורים בחברה.

- ההערה השנייה בקשר לפסק הדין נוגעת להכרעת בית המשפט בשתי הסוגיות האחרות: כאמור, בפסק הדין נקבע כי יש לחייב במס הן את העברת המניות בחברה מאת הגב' שטיינר אל מר שטיינר, והן את העברת הזכות בשותפות רואי החשבון, מאת מר שטיינר אל החברה שכעת הפכה להיות בבעלותו. ההכרעה בסוגייה השנייה הנ"ל (העברת הזכות בשותפות) נראית לנו מוצדקת, שכן יצאה זכות מרשותו של אדם, ועברה לרשות ישות משפטית אחרת (היא החברה), וניתן להסתכל אל פעולה זו כנפרדת מיתר הפעולות שבוצעו, ולחייבה במס כפעולה עצמאית. אולם, לדעתנו, ההכרעה בסוגיה הראשונה הנ"ל, בכל הכבוד, מעוררת ספק. הרציונל העומד מאחורי טענת העסקה המלאכותית הוא, שכל המהלך בוצע כדי להפחית באופן לא נאות את המס החל על הכנסות החברה, והסיבה לכך שהכנסות מתחום ראיית החשבון נרשמו בחברה, הולדתה בכך שמר שטיינר קיבל לבעלותו את כל המניות בחברה, שהועברו אליו במתנה מאת הגב' שטיינר. לכן, אם תרצה לומר - כדעת בית המשפט - פעולה זו היא "מלאכותית", באשר היא (א) נובעת מתכנון מס שלילי ו-(ב) לא עומד מאחוריה טעם מסחרי מהותי, והתוצאה המתבקשת, לדעתנו, צריכה להיות התעלמות מהעסקה כולה - קרי הן מקיזוז ההפסדים, והן מהעברת המניות במתנה. אולם טענות פקיד השומה, ופסק הדין שאימץ אותן - כמוהן כאכילת העוגה (ביטול קיזוז ההפסדים), ובה בעת רצון להותיר אותה שלמה (חיוב במס של העברת המניות במתנה). האמור נכון ביתר שאת לנוכח קריאת טענות פקיד השומה בקשר לסיווג "עסקה מלאכותית" (סעיף 2.ח.נ.) לפסק הדין, שם מוסבר כי "התעלם פקיד השומה מרצף הפעולות של בני הזוג". רצף הפעולות כולל גם את העברת המניות במתנה - ואם מתעלמים מפעולה זו, הכיצד ניתן לחייבה במס?

פסק דין תיעוש אחזקה ותפעול מערכות

פסק דין תיעוש אחזקה ותפעול מערכות בע"מ⁴⁹, שניתן ע"י בית המשפט העליון באוגוסט 2018, עסק במספר סוגיות, ובין היתר בקיזוז הפסדיה של חברה שנצברו ברובם תחת בעלי מניות קודמים. בקצרה, דובר בחברת עמירס סיון בע"מ, שהחזקה בידי שני בעלי מניות יחידים, וכן החזיקה ב-24% ממניות של חברת אחיאב פיתוח והשקעות בע"מ, שבתורה החזיקה בחברת תיעוש אחזקה ותפעול מערכות בע"מ (להלן: "תיעוש"). בשלב מסוים, חברת תיעוש, אשר נקלעה לקשיים כלכליים וצברה הפסדים, העבירה את כל מניותיה לידי בעלי המניות היחידים, שלאחר מכן החלו לדווח על חברה זו כעל "חברה משפחתית" לפי סעיף 64א לפקודה. חברת סיון, מצדה, הייתה חברה קבלנית שנוקקה לעובדים זרים בתחום הבנייה. בשנת 2001 נחתם הסכם בין חברת סיון ובין חברת תיעוש, לפיו תיעוש תספק עובדים זרים לחברת סיון, שמצדה תשלם לתיעוש תמורת שירות זה. חברת תיעוש קיזזה את הפסדיה הצבורים כנגד ההכנסות שנצמחו בידה (וששולמו לה ע"י חברת סיון), וכן חילקה דיבידנד לבעל המניות שלה, שדווח כדיבידנד שאינו חייב במס בשל היותה חברה משפחתית, כאמור.

במסגרת פסק הדין נדונו מספר סוגיות, חלקן אינן קשורות לענייננו. בין היתר, נדונה טענת פקיד השומה לפיה רצף הפעולות שבוצעו בין חברת תיעוש, חברת סיון ובעלי המניות - מהווה עסקה מלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה. בית המשפט העליון חזר על הלכות **רובינשטיין ו-בן ארי**, לפיהן ככלל, עסקה של רכישת הפסדים או רכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים, מהווה תכנון מס שאינו לגיטימי, שכן מדובר בפעולה החותרת תחת הכלל הבסיסי, לפיו הנישום שספג את ההפסדים הוא מי שעומדת לו הזכות לקזזם כנגד הכנסותיו בעתיד. מאידך, בהתאם לאותו כלל, מקום בו מניות החברה ההפסדית נרכשו ע"י בעל מניות מיעוט - יש להתיר את קיזוז החלק היחסי של ההפסדים, כשיעור אחזקתו של בעל מניות המיעוט בחברה עת נצברו בה ההפסדים. ביישום לנסיבות מקרה זה, נקבע שרצף הפעולות שבוצעו אמנם מהווה, כעמדת פקיד השומה, תכנון מס שלילי, שבא לידי ביטוי בשני מובנים: הראשון, חלוקת דיבידנד מחברת תיעוש לבעלי המניות היחידים, שדווח כדיבידנד מחברה משפחתית, על אף שמקור הרווחים שנצברו הוא בפעילות של חברה אחרת; השני, ההפסדים נצברו בחברת תיעוש בתקופה בה הוחזקה ע"י בעלי מניות אחרים, ולכן נקבע כי **"תכנון מס, המאפשר לבעל מניות חדש לקזז הפסדים שמקורם בבעל מניות קודם, חוטא לתכליות החוק..."**

בשלב שני, נבחן בפסק הדין מבחן יסודיות הטעם המסחרי. בדומה לפסקי הדין האחרים הנ"ל, גם כאן, נקודת המוצא הייתה כי מבחינה אובייקטיבית מדובר בפעולה "מלאכותית", קרי כזו הנובעת רק מרצון לנצל הטבה פיסקאלית, ואילו המלאכותיות יכול שתישלל, אם הנישומים יצביעו על טעמים מסחריים יסודיים דיים העומדים בבסיס העסקה. מאחר שמהראיות שהוצגו עלה, כי מי שביצע בפועל את העבודות בתחום גיוס העובדים הזרים היו אותם גורמים שביצעו את העבודות בחברת סיון; והואיל ונראה היה שחברת תיעוש לא ביצעה כל תפקיד בשרשרת הפעילות העסקית (גם הרישיונות, ההסכמים השונים והעובדים - היו כולם תחת חברת סיון) - נדחו טענות הנישומים בדבר "הטעם המסחרי" העומד מאחורי העסקה.

שאלה המתעוררת למקרא פסק הדין בעניין **תיעוש** היא, מדוע, לכל הפחות, לא הותר קיזוז 24% מההפסדים - בהתאם להלכת **בן ארי**. התשובה שנתן בית המשפט לשאלה זו, הינה כי **"הכספים שהועברו לחברת תיעוש הם מבחינת הכנסה מוסבת, ולפיכך אינם זכאים כלל בקיזוז כנגד הפסדים מועברים..."**⁵⁰. ניתן להבין כי לשיטת בית המשפט - כל ההכנסות שדווחו כהכנסותיה של חברת תיעוש, כלל אינן הכנסותיה, אלא הן הכנסות השייכות לחברת סיון, שכן הן נובעות מפעילות כלכלית שביצעה חברת סיון. לשון אחר, גם כאן, הלכה למעשה, מיושמת דוקטרינה של "סיווג שונה" של העסקה, לפחות באופן חלקי. נציין כי במקרה זה (ובשונה מפרשת **ג'ולקס** הנ"ל), ייתכן כי לאור העובדה שדובר ברצף פעולות מורכבות, הכולל העברת מניות שלא דווחה, הפיכת החברה לחברה משפחתית, חלוקת דיבידנד מרווחים השייכים מהותית לחברה אחרת - לא היה מנוס משימוש (גם) בסעיף 86 לפקודה.

פסק דין שווארמה א.ש. בע"מ

פסק דין נוסף בו נדונה, כמעט בדרך אגב, שאלה דומה של קיזוז הפסדים כ"עסקה מלאכותית", ניתן באפריל 2019 בעניין חברת שווארמה א.ש.⁵¹, ע"י בית המשפט המחוזי בחיפה. פסק הדין עסק במספר רב של מחלוקות בין הנישומים לבין פקיד השומה. לענייננו, רלוונטית טענת פקיד השומה ביחס לאחד הנישומים היחידים, מר מרדכי חן, שהיה גם בעל מניות ומנהל בחברות הנישומות, ואשר חברות פרטיות בבעלותו (בשם אחוזות אמיר וסי לנד), קיבלו דמי ניהול מחברות אחרות, שהיו בבעלות משותפת עם עוד שני יחידים. טענת פקיד השומה הייתה, כי "לא קיים טעם כלכלי כלשהו בתשלום דמי ניהול לחברות שבשליטת מרדכי חן ועל כן קבע כי את ההכנסות מדמי ניהול שקיבלו החברות שבשליטת מרדכי חן יש לייחס כהכנסותיו האישיות"⁵². בית המשפט קיבל את טענות פקיד השומה וקבע, כי:

"לא ניתן כל הסבר מדוע התשלומים למרדכי חן שולמו גדמי ניהול לחברות שבשליטתו, ולא כשכר עבור עבודתו של מרדכי חן. בהעדר כל ראיה ובהעדר על טעם מסחרי ממשי, פרט להימנעות מתשלום מס, אין להתערב בקביעת המשיב (השו"ע"א 8285/10 גולקס שוקי הון בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים..."

מקריאת החלקים הרלוונטיים בפסק הדין, דומה כי רב הנסתר על הגלוי בכל הקשור למחלוקת זו ולקבלת עמדת פקיד השומה⁵³; אולם לדעתנו, גם אם נצא מתוך נקודת הנחה לפיה העובדות הנזכרות בפסק הדין הן העובדות היחידות הרלוונטיות שעמדו בפני פקיד השומה ובפני בית המשפט - עדיין המסקנה אליה הגיע בית המשפט היא, בכל הכבוד, שגויה, לדעתנו, באשר היא לא עולה בקנה אחד עם ההלכות דלעיל באשר לסיווג עסקה כמלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה (גם אין מדובר בסיטואציה שניתן להחיל לגביה את דוקטרינת "הסיווג השונה").

ראשית נציין, כי ממקרא פסק הדין, לא ברור האם טענת פקיד השומה היא ל"עסקה מלאכותית" (סיווג חדש) או ל"סיווג שונה" של העסקה. אולם כפי שעולה מהעקרונות דלעיל, וכפי שיוסבר להלן - בנסיבות המתוארות, לדעתנו אף לא אחת מהדרכים מצדיקה התעלמות מהעסקה כפי שדווחה לצורכי מס.

אם אמנם מדובר בטענה ל"עסקה מלאכותית" (כפי שמשמע מהטרמינולוגיה הנקוטה בפסק הדין), הרי שהשיאה בפסק הדין בנקודה זו הינה באי ביצוע המבחן הדו-שלבי כנדרש לפי ההלכה הפסוקה. כאמור, השלב הראשון במבחן הדו-שלבי, תכליתו לבדוק האם מדובר בתכנון מס שלילי או בתכנון מס לגיטימי.

51. ע"מ 30567-02-16 שווארמה א.ש. בע"מ ואח' נ' פקיד שומה חדרה (21.4.19), מיסים לד/1 (מרץ 2020), ה-19. גילוי נאות: הח"מ מייצגים את כל הנישומים בפסק הדין הנ"ל בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, שהוגש בחודש יולי 2019, וממתין להכרעה.

52. שם, פסקה 14 לפסק הדין.

53. יצוין כי לח"מ, מתוקף ייצוגם את הנישום בערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון, ידועים פרטים נוספים אודות המחלוקת וטענות כל אחד מהצדדים הקשורות לסיווג הפעולה המתוארת כ"מלאכותית". אולם לצורכי מאמר זה, תובא התייחסות אך ורק לפרטים ולעובדות הנזכרים בפסק הדין שפורסם בפומבי.

לפי הלכת בן ארי, בעל מניות בתאגיד, רשאי להוביל לשינוי תחום הפעילות של התאגיד בבעלותו, ולבצע באמצעות התאגיד פעילות בתחום חדש - גם אם הסיבה היחידה לפעולה זו הינה ניצול יתרון המס הנובע מההפסדים. לכן, גם לפי הנסיבות המתוארות בפסק הדין, נראה שאין כל אפשרות לסווג את הפעולה של מתן שירותי ניהול באמצעות חברות בבעלות הנישום היחיד, כעסקה מלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה.

לכאורה ניתן לסבור שהדרך בה הלך בית המשפט בעניין זה היא "סיווג שונה" של העסקה. ואולם לדעתנו, נקל לראות, שגם דרך פעולה זו אינה רלוונטית לנסיבות המתוארות בפסק הדין: שהרי ניתן ליישם סיווג שונה של העסקה במקום שבו מצב הדברים כפי שדווח לפקיד השומה אינו תואם את המציאות הכלכלית (או המשפטית). אולם כאן, בשונה מעניין ג'ולקס לדוגמה, אין עסקינן במבנה עסקי מורכב, שיכול להתבצע רק על ידי בעל המניות (או החברה-האם בעניין ג'ולקס), ואשר אינו ניתן לביצוע ע"י החברה (שאז היה ניתן לסווג את ההכנסות בהתאם לגורם שבפועל מבצע את הפעולות). אלא, עסקינן ביחיד שנתן שירותי ניהול לחברות שבבעלותו החלקית (החזקה של 33%), באמצעות חברות אחרות שבשליטתו המלאה. כאמור לעיל, פעולה של מתן שירותי ניהול על ידי יחיד, באמצעות חברת ניהול - היא נוהג עסקי מקובל; אך משמעותו בחיי המעשה היא טכנית בעיקרה, קרי: הגורם אשר פורמלית מספק את השירותים ומפיק את ההכנסות, הוא התאגיד, ומי שמעניק את השירותים, הלכה למעשה, הוא היחיד. לשון אחר, השימוש בקליפה תאגידית בכדי להעניק שירותי ניהול הוא, באופן אינהרנטי, שימוש טכני, שכן אך מובן הוא שהגורם שבפועל מעניק את שירותי הניהול הוא היחיד בעל התאגיד; וחרף האמור, ההלכה הפסוקה מכירה במבנה פעולה זה כלגיטימי. לפיכך, בנסיבות אלו, אין כל אפשרות גם ל"סיווג שונה" של העסקה, ואין אפשרות לראות את החברות כמי שהפיקו "בפועל" את הכנסות דמי הניהול - שהרי כל שבוצע על ידי הנישום, הוא מתן שירותי ניהול באמצעות החברות שבבעלותו (יש לציין בהקשר זה, כי מקריאת פסק הדין, לדוגמה מסעיף 14, עולה שגם פקיד השומה לא חלק על כך כי ניתנו בפועל שירותי ניהול על ידי הנישום היחיד, אלא כל טענתו הייתה שלא הוצג טעם מסחרי במתן שירותי הניהול באמצעות החברות שבבעלותו, לכן ביקש פקיד השומה לראות את דמי הניהול כהכנסה אישית של היחיד).

פסק דין קפלאוי

פסק הדין בעניין יוסף קפלאוי⁵⁴, שניתן ע"י בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופטת סרוסי) עסק בערעור מס שהוגש ע"י יחיד בשם קפלאוי, וחברה בשם מרכז רפואי בן גוריון 2 בע"מ (להלן בחלק זה: "החברה"), שהייתה בבעלות אביו של היחיד. החברה עסקה במשך תקופה ארוכה (למן שנות ה-80 של המאה הקודמת) בפעילות של יבוא ושיווק כלי בית ומתנות, תחת שם אחר (שי נוי לי כלי בית ומתנות). עד לשנת 1998 צברה החברה הפסדים ניכרים, ובין השנים 1998 ל-2006 החברה לא הייתה פעילה.

בשנת 2006, היחיד החל לבצע באמצעות החברה פעילות של מרפאות שיניים. מספר סוגיות עמדו להכרעת בית המשפט - לענייננו רלוונטית טענת פקיד השומה, לפיה העברת הפעילות בתחום מרפאת השיניים, מאת היחיד אל החברה, וקיצוץ ההפסדים הצבורים של החברה כנגד ההכנסות מתחום הפעילות החדש - מהווה "עסקה מלאכותית" לעניין סעיף 86 לפקודה, ולכן ראוי פקיד השומה להתעלם מיתרון המס שנוצר, קרי לא לאפשר את קיצוץ ההפסדים כאמור. יצוין כי בנסיבות מקרה זה - בפועל לא הועברו מניות החברה מאת האב אל בנו; לכל אורך הדרך, הבעלים הרשום של מניות החברה היה האב. יחד עם זאת, נקבע כממצא עובדתי, כי החל משנת 2006, הבן הוא זה שהיה בעל השליטה בחברה, והחל ממועד זה, כל האינטרסים הכלכליים הקשורים בחברה, היו של הבן, ולא של האב, ולכן יש לראות אותו, ולא את האב, כבעל המניות.

בית המשפט בחן ראשית את השאלה, האם ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת "הסיווג השונה" של העסקה, בהתאם לדיני התאגידים, לצורך מניעת קיצוץ ההפסדים - והשיב על שאלה זו בשלילה, שכן הישות המשפטית שצברה את ההפסדים, היא אותה ישות משפטית בה נצמחו הרווחים מתחום מרפאות השיניים. יחד עם זאת, נקבע כי רצף הפעילות שבוצעו אכן עולה בגדר "עסקה מלאכותית" כמשמעות המונח בסעיף 86 לפקודה. בית המשפט אמנם מבהיר כי "בשינוי הפעילות כשלעצמו אין שום מלאכותיות", קרי - עצם העובדה שחברה בוחרת לשנות את תחום הפעילות שלה, רק כדי לקזז את הפסדיה הצבורים כנגד הכנסות מתחום פעילות חדש, איננה מלאכותית לעניין סעיף 86 לפקודה. כמו כן, הובהר כי "גם שינוי בשליטה בחברה בעקבות העברת הפעילות החדשה לתוכה, אינו מבסס כשלעצמו טענה של מלאכותיות כנגד קיצוץ הפסדיה הצבורים". אולם מאחר שבנסיבות אלו לא הוכח טעם מסחרי לפעולות - העסקה כן סווגה כמלאכותית.

לצורך קביעה שהעסקה היא מלאכותית, התבסס בית המשפט, בין היתר, על העובדה שהחברה הייתה חדלת פירעון בעת העברת השליטה בה מאת האב לבן - ונטולת כל נכסים או פעילות מכל סוג שהוא. מנגד, הנישום לא הציג כל הסבר מניח את הדעת לכך שהפעילות בתחום מרפאת השיניים הועברה דווקא לחברה עם ההפסדים הצבורים, ולא לאחת מהחברות האחרות שהיו מצויות בבעלותו.

בית המשפט התייחס גם לטענות הנישומים, לפיהן לא מדובר בסיטואציה של שינוי שליטה בחברה: בית המשפט קבע, כי העברת השליטה בחברה מאת האב לבנו, כמוה כשינוי בזהות בעל המניות בחברה. לכן, אין לראות את הבן, בעל המניות החדש - כמי ש"ספג" את הפסדי העבר הצבורים. בפסק הדין מובהר כי אילו הבן היה מחזיק במשותף במניות החברה עם האב, בתקופה בה נצברו בה ההפסדים, הרי שאז ניתן היה לאפשר לו לקזז את הפסדי החברה באופן יחסי לשיעור החזקתו (בדומה להלכת בן ארי). אולם הואיל ונקבע עובדתית כי לא זהו מצב הדברים - נפסק כי העסקה היא מלאכותית.

יש לציין כי גישת בית המשפט בעניין קפלאוי דומה לגישה בה נקט בית המשפט בעניין זאב שטיינר: בשני המקרים, בית המשפט הכיר בכך שלפי הלכת בן ארי, בעל שליטה בחברה ראוי בכל עת להוביל לשינוי בתחום הפעילות של החברה, גם אם הטעם העומד מאחורי מהלך זה הוא ניצול ההפסדים הצבורים בחברה - ואין לראות פעולה זו כמלאכותית. כמו כן, גם כאן חזר בית המשפט על ההלכה שעצם שינוי השליטה בחברה אינו יכול לבסס לבדו את טענת המלאכותיות, שכן כאשר קיים טעם מסחרי לפעולה - העסקה לא תהא מלאכותית.

כמו כן, גם אם לא קיים טעם מסחרי לפעולה - עדיין בעל מניות המיעוט זכאי ליהנות מ"חלקו היחסי" בהפסדי החברה, באופן של קיזוז חלקו היחסי בהפסדי החברה כנגד הכנסות מתחום פעילות חדש. יחד עם זאת, ושוב בדומה לעניין **זאב שטיינר** - נפסק כי "השליטה" בחברה תיבחן על פי זהות בעל המניות עצמו שהחזיק במניות החברה ושלט בה, ואין לאפשר סיטואציה של העברת המניות, אפילו ל"קרוב" של בעל המניות, לצורך ניצול ההפסדים באותה חברה (אלא אם עומד טעם מסחרי יסודי מאחורי פעולה זו).

פסק דין קבוצת האחים נאוי

כאמור לעיל, פסק דין זה, שגם הוא ניתן ע"י כב' השופטת סרוסי, מהווה, נכון למועד כתיבת שורות אלו, את החוליה האחרונה בשרשרת פסקי הדין שעסקו בסוגיה של רכישת מניות חברה הפסדית ו/או שינוי תחום פעילותה. במקרה זה, דובר בחברה שמניותיה היו רשומות למסחר בבורסה, החל משנת 1987, ושעסקה בשלב הראשון של חייה במתן שירותי ייעוץ בתחומים שונים. לאחר מספר שנים, החברה התרוקנה מנכסים ופעילות, ובשנת 2004 נמכרה כ"שלד בורסאי" לקבוצת רוכשים, ששינו את שמה והחלו לבצע בחברה פעילות בתחום הפקטורינג. בשנת 2009, החברה רוקנה מכל נכסיה ופעילותה פעם נוספת, קרי הפכה שוב ל"שלד בורסאי", ואז שונה שמה לחברת "גולדן אקוויטי החזקות בע"מ". בשנת 2011, עת בחברה היו הפסדים צבורים בגובה עשרות מיליוני ש"ח (הפסדים עסקיים והפסדי הון) - שלד בורסאי זה נרכש ע"י האחים נאוי בע"מ, שקבלו תמורת השקעתם כ-85.5% ממניות החברה. לאחר מהלך זה, שונה שמה של החברה לזה הנוכחי - "קבוצת האחים נאוי בע"מ", והיא החלה לפעול בתחום חדש - מסחר בממסרים דחויים. פקיד השומה טען כי עסקה זו - רכישת השליטה בחברה וקיזוז הפסדי העבר הצבורים שלה כנגד הכנסות מתחום הפעילות החדש - היא עסקה מלאכותית שניתן להתעלם ממנה לצורכי מס לפי סעיף 86 לפקודה.

דרך הילוכו של בית המשפט, אשר קיבל את טענות פקיד השומה בדבר מלאכותיות העסקה, הייתה כדלקמן: ראשית נקבע, כדין לדעתנו, כי מדובר בסיטואציה בה הסוגייה הרלוונטית איננה "סיווג שונה" של העסקה, כי אם "סיווג מחדש" (וזאת מאחר שאין מחלוקת לגבי המצב העובדתי - לפיו הבעלות בחברה אכן החליפה ידיים, וכי קיימים בה הפסדים צבורים לצורכי מס). כמו כן, בית המשפט חזר על הלכות **רובינשטיין**, **בן ארי וגוטשל** לעניין סיווג עסקה מסוג זה כ"מלאכותית": בין היתר הובהר, כי חברה רשאית לקזז את הפסדיה, לרבות מעסקים שונים המבוצעים על ידה, וכי "קו פרשת המים" הוא שינוי שליטה בחברה - קרי, כל עוד לא חל שינוי שליטה בהחזקות בחברה, נקודת המוצא היא, שקיזוז הפסדים, גם מתחום פעילות שונה, איננו מלאכותי. מאידך, הובהר כי לפי ההלכה הפסוקה, אין להכיר לצורכי מס בעסקה של רכישת הפסדים שספגו (בעקיפין) בעלי מניות אחרים בחברה, אלא אם עומד מאחורי עסקה זו "טעם מסחרי יסודי". בנוסף, בית המשפט חזר על הצורך לבצע מבחן דו-שלבי לצורך קביעה כי עסקה היא מלאכותית. יצוין כי המבחן הדו-שלבי לא יושם בפועל ע"י בית המשפט בפסק הדין, אם כי לאור ההלכות הקודמות שנסקרו, ברור שבנסיבות דנן - של רכישת חברה עם הפסדים צבורים - התשובה לשאלה זו הייתה, כי אכן מדובר ב"תכנון מס שלילי" אשר לגביו יש לעבור לשלב הבא, ולבחון את מבחן יסודיות הטעם המסחרי.

בבחינת יישום הלכות אלו לנסיבות המקרה, קבע בית המשפט כי פקיד השומה עמד בנטל הראשוני המוטל עליו - להוכיח כי מבחינה אובייקטיבית מדובר בעסקה מלאכותית, במובן זה ש"עמד טעם פיסקאלי יסודי בבסיס העסקה". לצורך בחינת עמידת פקיד השומה בנטל ההוכחה האובייקטיבי המוטל עליו, בדק בית המשפט מחד את הטענות בדבר היתרון הפיסקאלי, שעמד לנגד עיני הנישומים עת התקשרו בעסקה לרכישת מניות החברה (שהוא מכפלה של סך ההפסדים הצבורים בשיעור מס החברות), לעומת הסיכון הכלכלי הכרוך בהשקעה זו, שהוא "שיתוף הציבור" בהשקעתם בסך 50 מיליון ש"ח (שהוא כחלקו היחסי של הציבור באחזקות החברה - כ-11%). יש לציין כי לפי כל הפסיקה שהובאה לעיל, בתי המשפט הסתפקו בהוכחה שמדובר ברכישת חברה עם הפסדים צבורים ולאחר מכן שינוי תחום פעילותה - כדי לקבוע שפקיד השומה עומד בנטל ההוכחה האובייקטיבי המוטל עליו. חרף האמור, בפסק דין **האחים נאוי** לא הסתפק בית המשפט בהנחת מוצא זו. לצורך הבדיקה, האם עמד פקיד השומה ב"נטל ההוכחה האובייקטיבי", שקל בית המשפט, מבחינה מספרית-כמותית, את יתרון המס הגלום בעסקה (קרי ברצף הפעולות) אל מול סך העלויות שהושקעו על ידי החברה/בעלי המניות. לכאורה, ניתן לסבור כי בית המשפט הלך בנקודה זו כברת דרך לטובת החברה הנישומה, שכן "היקשה" על פקיד השומה ובדק אם מבחינה "מספרית", אכן יתרון המס גבוה מהעלויות של העסקה. אולם לדעתנו, מהלכת **סגנון** ומכל יתר פסקי הדין שהובאו לעיל, עולה כי בדיקות אלו - וביניהן השוואה כלכלית בין היתרון המסחרי לעומת זה הפיסקאלי - צריכות להתבצע בשלב הבא, קרי בעת בדיקת יסודיות הטעם המסחרי (ואי ביצוען בשלב הבא, דווקא עלול לפגוע ביכולת הנישום להוכיח טעם מסחרי סובייקטיבי).

מכל מקום, לאחר שבחן אריתמטית סוגיות אלו, קבע בית המשפט כי מבחינה אובייקטיבית, מאחורי ביצוע העסקה עמד טעם מיסוי יסודי, ולכן על מנת לשלול את מלאכותיות העסקה על החברה להוכיח כי עמדו מאחוריה גם טעמים מסחריים יסודיים דיים. בית המשפט קיבל את הסברי החברה לפיהם עמדו גם טעמים מסחריים מאחורי העסקה: בין היתר, "נראות ציבורית" - באמצעות העברת הפעילות בתחום הממסרים הדחויים לידי חברה ציבורית; הגדלת האפשרויות לגיוס הון מהציבור ומתאגידים בנקאיים, כאשר נעשה שימוש בחברה ציבורית; הסרת ערבויות פרטיות של בעלי המניות, אשר נדרשות כאשר מדובר בחברה פרטית ואינן נדרשות בחברה ציבורית. חרף האמור, נקבע ששיקולים אלו אינם עולים כדי "טעם מסחרי יסודי" כנדרש לפי הלכת **סגנון**. הסיבה לכך, לשיטת בית המשפט, היא שעל החברה (ובעלי מניותיה) היה להוכיח שהיה טעם מסחרי יסודי בביצוע העסקה כפי שהיא בוצעה, וזאת "בהשוואה לחלופות כניסה אחרות לבורסה שהיו זמינות באותה עת ונשאו הפסדים פחותים". בין היתר, גורס בית המשפט המחוזי כי היה על הנישומים להוכיח שבזמן אמת ננקטו על ידם "מאמצים סבירים לנסות לאתר שלדים נוספים, שאין להם הפסדים או שהפסדיהם פחותים, ושניתן היה לרכוש אותם באותו מנבנה עסקה ייחודי". לפיכך, נקבע שהחברה לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי עמד טעם מסחרי יסודי בבסיס העסקה, ולכן ניתן לסווגה כ"מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה.

לדעתנו, בכל הכבוד, חלק מקביעותיו של בית המשפט בעניין זה הן מרחיקות לכת. האמור נכון בעיקר לגבי הדרישה להצגת הוכחות וראיות לכך שבזמן אמת נבדקו "חלופות" אחרות של השקעה בשלדים בורסאיים אחרים, ובעיקר כאלו עם "הפסדים פחותים".

שכן מדובר בדרישה, שברוב המקרים היא לא מעשית ואינה תואמת את המציאות העסקית המתרחשת יום יום; אין זה סביר לצפות שכל נישום הרוכש חברה ובה הפסדים צבורים - אשר מתאימה לו מבחינת הדרישות הבסיסיות (כאן - היותה שלד בורסאי), יערוך סקר שוק על מנת למצוא חברה אחרת, שמתאימה לו באותה מידה בדיוק כמו זו הראשונה - רק על מנת לוודא שההפסדים הצבורים בה הינם בסכום נמוך יותר. זאת ועוד: לפי הלכת סגנון, לצורך הוכחת טעם מסחרי יסודי, על הנישום להראות, כי מנקודת מבטו הסובייקטיבית, עמד טעם מסחרי מהותי ואמין מאחורי ביצוע העסקה. אולם דרך הילוכו של בית המשפט בעניין **האחים נאוי**, לפחות בהיבט זה - כלל אינה נותנת משקל להיבט הסובייקטיבי בהוכחת הטעם המסחרי.

סיכום, מסקנות וסוגיות פתוחות

מכל האמור לעיל, בכל הקשור לעסקאות של רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים ו/או שינוי תחום פעילותה, עולה התמונה הבאה:

(א) מקום בו פקיד השומה סבור שיש להתעלם לצורכי מס מעסקה של רכישת חברה עם הפסדים צבורים ולאחר מכן שינוי תחום פעילותה - ברוב המקרים הדרך לעשות זאת היא באמצעות טענה ל"סיווג מחדש", קרי סיווג העסקה, או רצף הפעולות, כ"עסקה מלאכותית" לפי סעיף 86 לפקודה.

(ב) דוקטרינת "הסיווג השונה" של העסקה עשויה להתאים כאשר העסקה המדווחת לפקיד השומה אינה תואמת את המציאות. לדוגמה, מקום בו פלוני רוכש את מניותיה של חברה (או מחזיק בהן מלכתחילה) ומתחיל לדווח על פעילות חדשה כאילו היא מבוצעת על ידי החברה, על אף שבפועל, כל הנכסים, העובדים והאמצעים השונים המאפשרים את תהליך הפקת ההכנסה - מצויים ברשותה של חברה אחרת. במצב דברים זה, לא מדובר ב"עסקה מלאכותית", אלא, ככל שפקיד השומה סבור שיש להתעלם מהעסקה - עליו לטעון ל"סיווג שונה".

(ג) בנסיבות המתאימות, פקיד השומה רשאי לטעון את הטענות בדבר סיווג שונה וסיווג מחדש של העסקה כטענות חלופיות; דהיינו לטעון כטענה ראשית, שהאופן בו מדווחת העסקה אינו משקף את המהות הכלכלית האמיתית שלה, ולחלופין כי העסקה, כפי שבוצעה בפועל, היא "מלאכותית" במובן שתכליתה העיקרית היא הפחתת מס. יחד עם זאת, נדגיש כי לא כל סיטואציה מתאימה לטענה של סיווג שונה. בנוסף, על פקיד השומה להגדיר בצורה ברורה במסגרת השומה, האם טענתו היא לסיווג שונה של העסקה, לסיווגה מחדש, או גם וגם כטענות חלופיות.

(ד) לצורך קביעה כי עסקה היא "מלאכותית" לצורכי סעיף 86 לפקודה, יש לבצע בדיקה דו-שלבית: בשלב הראשון - יש לבחון האם מדובר בתכנון מס חיובי או נייטרלי (קרי - תכנון מס לגיטימי), או שמא מדובר בתכנון מס שלילי. רק אם מדובר בתכנון מס שלילי - יש לעבור לשלב הבא ולבחון את מבחן יסודיות הטעם המסחרי.

(ה) יישום השלב הראשון במבחן הדו-שלבי ביחס לעסקה של רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים ושינוי תחום הפעילות: ככל שמדובר ברכישת חברה עם הפסדים צבורים, שלאחר מכן משתנה תחום פעילותה, נקודת המוצא היא שמדובר בתכנון מס שלילי.

ככל שלא מבוצע שינוי שליטה בחברה, אולם לאחר מכן בעל השליטה מחליט על שינוי תחום הפעילות בחברה, לצורך קיזוז ההפסדים הצבורים - אין מדובר בתכנון מס שלילי, אלא בתכנון מס לגיטימי, כך שלא ניתן לסווג את הפעולה כ"עסקה מלאכותית". זאת גם אם הטעם העיקרי ואף היחיד העומד מאחורי המהלך, הוא הרצון לנצל את יתרון המס. ככל שבעל מניות מיעוט בחברה עם הפסדים רוכש את יתרת מניות החברה - אזי פעולה של קיזוז החלק היחסי של הפסדי החברה, כשיעור אחזקתו של בעל המניות בחברה טרם הרכישה, לא תסווג כ"מלאכותית" גם אם אין כל טעם מסחרי מאחוריה.

(ו) בהמשך לאמור לעיל, בעל מניות, בין אם יחיד ובין אם תאגיד, המחזיק ב-100% מהזכויות בחברה בה נצברו הפסדים, רשאי בכל עת להחליט על שינוי תחום פעילותה - גם אם הסיבה היחידה העומדת מאחורי רצונו לבצע את תחום הפעילות העסקי החדש באותה חברה, הינה לצורך הפקת תועלת מהיתרון הפיסקאלי הכרוך באפשרות לקזז את ההפסדים הצבורים. יחד עם זאת, במידה שהפעילות מניבת ההכנסות לא מבוצעת בפועל על ידי החברה "ההפסדית" (לדוגמה, כאשר היא מבוצעת על ידי חברה קשורה אחרת), פקיד השומה רשאי לטעון לסיווג שונה של העסקה.

(ז) כמו כן, ובהתאם לפסקי הדין בעניין **זאב שטיינר וקפלאוי**, הזכות הבלתי מוגבלת לשנות את תחום הפעילות של החברה, ללא טעם מסחרי זולת הרצון לקזז את ההפסדים הצבורים לצורכי מס - מוקנית רק לבעל המניות עצמו; העברה במתנה של המניות, גם אם ל"קרוב" (דוגמת בעל/אישה, בן/בת), אשר משנה את תחום הפעילות של החברה - הופכת את הפעולה ל"תכנון מס שלילי". אין התייחסות מפורשת בפסיקה לסיטואציה של העברה לא רצונית של מניות חברה הפסדית לקרוב (לדוגמה בהורשה) ולשאלה, האם במצב דברים זה היורש "נכנס לנעליו" של בעל המניות המקורי (במובן זה שגם היורש רשאי לנצל את ההפסדים שנצברו בתאגיד, בלא שיהא טעם מסחרי מאחורי הפעולה). לדעתנו, התשובה לשאלה זו צריכה להיות חיובית.

(ח) יצוין כי הפסיקה התייחסה אל מקרה של רכישת חברה עם הפסדים צבורים אשר לאחר מכן משונה תחום הפעילות שלה, כאל "תכנון מס שלילי". ואולם, כאשר מדובר ברכישת חברה עם הפסדים צבורים על ידי רוכש העוסק באותו תחום פעילות, אשר מבקש להעביר אליה פעילות באותו תחום - לדעתנו לא מתקיים התנאי המקדמי של "תכנון מס שלילי" (על כך ניתן ללמוד לדוגמה מהוראות חלק ה-2 לפקודה, המאפשר העברת נכסים/מיזוג חברות קשורות, הפועלות באותו תחום עסקי - ואינו שולל את האפשרות לקזז הפסדים בעת ביצוע מהלך כאמור, אלא לכל היותר, בנסיבות מסוימות מגביל את שיעור ההפסדים שיקוזז מדי שנה).

(ט) מקום בו אכן מדובר בתכנון מס שלילי, קרי רכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים ולאחר מכן שינוי תחום פעילותה - יש לבחון אם העסקה היא מלאכותית בהתאם למבחן יסודיות הטעם המסחרי.

(י) על פקיד השומה להראות כי מבחינה אובייקטיבית, מדובר בעסקה שטעם פיסקאלי, ולא מסחרי, עומד מאחוריה. ככלל, עצם העובדה שמדובר ברכישת מניות של חברה עם הפסדים צבורים, ולאחר מכן משתנה תחום הפעילות של החברה הנרכשת - נתפסת על פי רוב, כעמידה בנטל ההוכחה האובייקטיבי המוטל על פקיד השומה.

(יא) עמד פקיד השומה בנטל המוטל עליו, אזי על הנישום להראות כי בנוסף לשיקול הפיסקאלי, עמדו מאחורי העסקה גם טעמים מסחריים יסודיים דיים. לצורך זה, ניתן לעשות שימוש במבחני העזר שהוזכרו בהלכת סגנון: (א) הצגת ראיות לכך שמבחינת נקודת המבט הסובייקטיבית של הנישום, הוא היה מבצע את העסקה גם אלמלא היה כרוך בה יתרון פיסקאלי; (ב) בחינת השקילות הכלכלית של היתרון המסחרי לעומת היתרון הפיסקאלי; (ג) בחינת התוכן הכלכלי של העסקה והציפייה לרווח; (ד) השוואת הסיכונים המסחריים לעומת מידת ודאות מימוש היתרון הפיסקאלי.

(יב) לאור המעבר ממבחן המטרה המסחרית למבחן יסודיות המטרה המסחרית, נראה כי כיום, גישת הפסיקה היא ששיקולים של רכישת שלד בורסאי יחד עם נראות ציבורית - אינם מספיקים כדי לשלול את המלאכותיות האובייקטיבית של עסקה לרכישת מניות של חברה מפסידה ושינוי תחום פעילותה. מפסיקה זו עולה, כי הנישום יוכל לשלול את אותה מלאכותיות אובייקטיבית, אם אכן יצליח להוכיח שמבחינה מסחרית זו הדרך היחידה בה יכול היה ללכת (לרבות הוכחות בדבר ביצוע בדיקות השוואתיות), או אם יוכיח שקיימת שקילות כלכלית בין התועלת הפיסקאלית לזו הכלכלית. כמו כן, אם לצד השיקולים של רכישת שלד בורסאי ונראות ציבורית, יוצגו שיקולים מסחריים נוספים מהותיים - גם אז המלאכותיות עשויה להישלל, כאשר יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו הספציפיות.

אלו אם כן, העקרונות הכלליים הנוגעים לסיווגה של עסקה לרכישת מניות חברה עם הפסדים צבורים, כעסקה מלאכותית; אולם כפי שראינו, עקרונות אלו לא תמיד מיושמים בצורה זהה על ידי פקידי השומה ובתי המשפט. כמו כן, לאור פסקי הדין שפורסמו בשני העשורים האחרונים והדרך בה התפתחה ההלכה הפסוקה בהקשר זה, ברור כי גישת בתי המשפט בכל הקשור לתכנוני מס בכלל ולעסקאות מעין אלו בפרט - הפכה למחמירה יותר. עסקאות אשר ייתכן שהיו "מאוסרות" בעבר הלא רחוק כעסקאות לגיטימיות, מסווגות כיום כעסקאות מלאכותיות באשר הטעם המסחרי המוצג בהן, אינו מספק. למותר לציין כי החמרת הגישה כאמור כלפי עסקאות מסוג זה, עשויה להוות תמריץ שלילי לרכישת חברות הפסדיות - וזאת גם אם מבחינה סובייקטיבית, מבחינת הרוכש הפוטנציאלי, ישנם טעמים מסחריים מהותיים לביצוע העסקה, שכן אין בידיו ודאות באשר לאופן בו רשות המיסים ו/או בית המשפט יתייחסו לפעולה זו; וכפועל יוצא - החמרת הגישה עלולה להוות גם תמריץ שלילי לנטילת סיכונים כלכליים ועשויה להוביל לפגיעה אפשרית בחיי המסחר.

מכל מקום, לדעתנו, חשוב והכרחי שפקידי השומה (ובתי המשפט בתורם) יקפידו על סיווגן של עסקאות מלאכותיות בהתאם לכל העקרונות דלעיל: החל מהבחנה ברורה בין סיווג שונה לסיווג מחדש; המשך בבדיקת המבחן הדו-שלבי; ועד בבדיקה, האם (בהנחה שמדובר בתכנון מס שלילי) הנישום הציג טעם מסחרי סובייקטיבי אמין דיו לביצוע העסקה.