בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 אוקטובר 2018

ע"מ 1742-09-13 חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

לפני כב' השופט ה' קירש

המערערת **חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד דניאל פסרמן, שלמה אביעד זידר ואהוד כצנלסון

נגד

המשיב **פקיד שומה למפעלים גדולים**
ע"י ב"כ עוה"ד מאיר פורת ורועי רותם
מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

<u>פסק דין</u>

א. <u>מבוא</u>

1. לפני עשור, בסתיו 2008, משבר כלכלי פקד את העולם וטלטל את השווקים הפיננסיים. בין היתר המשבר העולמי גרם לירידה מהירה ותלולה במחיריהם של ניירות ערך רבים. המשבר השפיע גם על שוק ההון הישראלי.

2. המערערת נמנית עם קבוצת "כלכלית ירושלים". אשכול חברות זה עוסק בענף הנדל"ן והבנייה. בראש הקבוצה ניצבת חברת כלכלית ירושלים בע"מ, שמניותיה ואגרות חוב שהונפקו על ידיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב ("**כלכלית ירושלים**"). גם שערי האג"ח של כלכלית ירושלים הושפעו מהמשבר הכלכלי העולמי והחלו לרדת.

3. באותה תקופה תאגידים רבים זיהו הזדמנות עסקית בירידה הממשית שאירעה במחירי ניירות הערך שהונפקו על ידם, והם פעלו לרכוש בשוק ב"רכישה עצמית" חלק מאותם ניירות ערך וזאת במחירים מוזלים.

http://www.CapiTax.co.il/Attachments/1742-09-13.pdf

4. כמפורט בהמשך, כך גם עשתה כלכלית ירושלים ובחודש נובמבר 2008 היא התחילה, בעצמה ובאמצעות ישויות אחרות שבשליטתה, לגרום לרכישה של אגרות חוב מסדרות שונות אשר הונפקו קודם לכן על ידיה ("**הרכישות**" או "**רכישות האג"ח**").

5. בתחילה רבות מרכישות האג"ח בוצעו על ידי המערערת דנן, שהיא חברת בת של כלכלית ירושלים, בשליטה ישירה של 100%. לימים, אותן אגרות חוב אשר נרכשו על ידי המערערת גם נמכרו על ידיה לצדדים שלישיים באמצעות הבורסה, והופקו רווחים נאים. ערעור זה נסוב סביב תוצאות מס החברות של אותן מכירות שאירעו בשנים 2010 ו-2011.

6. בקליפת האגוז, טוענת המערערת כי הרווח מרכישת האג"ח בזול ומכירתן בהמשך במחיר גבוה יותר צריך להיות מיוחס, לצרכי מס, לכלכלית ירושלים, דהיינו לחברת האם המנפיקה, ולא לה.

המשיב, פקיד השומה למפעלים גדולים, חולק על כך ועומד על שיוך הרווחים למערערת עצמה, אשר מבחינה קניינית רכשה את אגרות החוב ומכרה אותן בחלוף זמן, ואף רשמה את אגרות החוב במאזניה, כפי שיפורט בהמשך.

נפקות השוני בין גישות הצדדים נועצה, כמצופה, במצבה הפיסקאלי של המערערת לעומת מצבה של כלכלית ירושלים באותם ימים: תוספת ההכנסה לשתי שנות המס מגיעה לכדי 67.9 מיליון ש"ח. נמצא כי בשל ההפסדים הצבורים הניכרים שהיו בידי כלכלית ירושלים, ייחוס הרווחים לה לא היה צפוי להביא לתשלום מס חברות לא בעת הרכישה ולא בעת המכירה של אגרות החוב. מאידך, ייחוס הרווחים למערערת, כפי שנהג המשיב בשומות שערך, יביא לתשלום מס חברות – בהיקף של כ-17 מיליון ש"ח, במונחי קרן.

זאת, אפוא המחלוקת הנטושה בין הצדדים, לאחר שהשגתה של המערערת נדחתה על ידי המשיב.

ב. עובדות רקע

7. כאמור, כלכלית ירושלים עמדה בראשה של קבוצה ענפה של תאגידים ובין היתר החזיקה, בשיעורי שליטה שונים, בחברת מבני תעשיה בע"מ ובחברת דרבן השקעות בע"מ, שתי חברות אשר יוזכרו שוב בהמשך. גם ניירות ערך של מבני תעשייה ושל דרבן נסחרו בבורסה.

8. המערערת הוקמה בשנות השישים למאה הקודמת ולאחר מכן נרכשה על ידי כלכלית ירושלים והייתה בבעלותה המלאה.

הנכס העיקרי של המערערת היה מרכז מסחרי בכפר סבא אשר נבנה בייזומה. המערערת השכירה לצדדים שלישיים כשלושים חנויות באותו קניון וכן הפעילה בעצמה תחנת דלק הממוקמת לידו. בשנת 2007 מחזור דמי השכירות שהופק על ידי המערערת מהשכרת השטח המסחרי בקניון הגיע לכדי 6.5 מיליון ש"ח, ואילו מחזור המכירות בתחנת הדלק היה כ-28.1 מיליון ש"ח. שווים של נכסי המקרקעין שבידי המערערת לסוף שנת 2007 היה כ-100.3 מיליון ☜ (מוצג **מש\2**).

9. כמפורט בהמשך, למערערת לא היה סגל עובדים משלה, והיא נשענה, לצורך ביצוע פעילותה, על הצוותים והמשאבים השונים של חברת האם, כלכלית ירושלים. מנכ"ל המערערת היה מר עודד שמיר וסמנכ"ל הכספים היה מר אוהד שפירא.

10. כאמור, בחודש נובמבר 2008 החלה המערערת לרכוש באמצעות הבורסה כמויות ניכרות של אגרות חוב של כלכלית ירושלים, מסדרות שונות. המערערת החזיקה אותן לפרקי זמן שונים ומכרה אותן לאחר התאוששות מחיריהן.

רכישת האג"ח הראשונה בעקבות המשבר העולמי בוצעה על ידי המערערת ביום 25.11.2008 והרכישה האחרונה נערכה ביום 30.9.2010. מכירות האג"ח על ידי המערערת החלו ביום 3.3.2010 והסתיימו בתאריך 31.5.2011 (התקופה מחודש נובמבר 2008 ועד חודש מאי 2011 תכונה להלן **"התקופה הנדונה"**, ואילו שנות המס שבערעור - שנת 2010 ושנת 2011 – בהן בוצעו המכירות יכונו **"שנות המס שבערעור"**). מבחינה כמותית – במונחי ערך נקוב (**"ע.נ."**) - כ-79% מכלל אגרות החוב שנרכשו על ידי המערערת בתקופה הנדונה נקנו כבר בשלהי שנת 2008, בין יום 25.11.2008 לבין יום 9.12.2008, דהיינו במהלך פרק זמן של כשבועיים ימים

בלבד (92,968,493 ש"ח ערך נקוב מתוך 117,347,908 ש"ח ערך נקוב בכלל הרכישות על ידי המערערת).[1]

11. כאמור, רכישות האג"ח נערכו, רובן ככולן, כאשר שערי האג"ח היו במגמת ירידה או בשפל. והנה הרכישות בשנת 2008 התבצעו במחירים שהיו בטווח שבין 32.5% לבין 47.5% מן הערך הנקוב של אגרות החוב, והרכישות בשנת 2009 התבצעו בטווח בין 66.0% לבין 99% מהערך הנקוב, כאשר הרכישות האחרונות, בשנת 2010, נעשו בטווח בין 94.3% לבין 116.1% מהערך הנקוב.

מכירת אגרות החוב על ידי המערערת בוצעו בשנות המס שבערעור. להמחשה, בתאריך 30.9.2010, בחלוף המשבר בשוקי העולם, מכרה המערערת חבילת אג"ח (מסדרה ה') בתמורה ל-18,779,290 ש"ח. אותן אגרות חוב נרכשו על ידי המערערת ביום 3.12.2008 במחיר של 7,139,325 ש"ח כאשר ערכן הנקוב היה 16,153,197 ש"ח. כלומר, הן נרכשו בכ-44.2% מהערך הנקוב, ונמכרו בכ-116.3% והופק רווח כולל של 11,639,965 ש"ח מאותן אגרות חוב. הרווח המצרפי (הנומינאלי) בידי המערערת ממכירת כל אגרות החוב האמורות היה 70,118,900 ש"ח.

12. נמצא כי פעילות כלכלית ירושלים באותה עת הייתה גרעונית ואילו זו של המערערת הייתה רווחית יותר. עולה מדו"ח ההתאמה המתוקן של כלכלית ירושלים לשנת 2008 כי בדו"חות הכספיים שלה לאותה שנה (לאחר התאמה ל"תקני דיווח כספי ישראליים") נרשם הפסד בהיקף של כ-248.6 מיליון ש"ח (**מע/8**). באותה שנה למערערת היה רווח חשבונאי לפני מס בסך כ-27.7 מיליון ש"ח. לכלכלית ירושלים היה הפסד עסקי מועבר לצרכי מס מתום שנת 2007 בסך 236.8 מיליון ש"ח ואילו למערערת היה הפסד עסקי מועבר מתום שנת 2007 בהיקף של 12.3 מיליון ש"ח.

מכל מקום, על פי השומות שנערכו למערערת לשנות המס 2010 ו-2011 (מושא ערעור זה) הרווחים ממכירת אגרות החוב הנדונות אינם מקוזזים כנגד הפסדים כלשהם, ואילו דיווח על הרכישות והמכירות במסגרת תיק המס של כלכלית ירושלים, בהתאם לעמדת המערערת, לא היה מביא לתשלום תוספת מס בפועל על ידי כלכלית ירושלים בשל הפסדיה

---

[1] הנתונים כאן, בסעיף 11 ובמקומות נוספים להלן נלקחים ונדלים בעיקר ממוצג **מש/3** אשר הוגש על ידי המשיב: נספח ג(1) לדו"ח המס השנתי של המערערת לשנת 2010.

(רק בעקבות הסכם שומה שנערך בין כללית ירושלים לבין פקיד שומה ירושלים 1 כמתואר בהמשך, שולם סכום מס נמוך מאד בקשר לעסקאות האג"ח).

13. רו"ח רון אריאב, אז שותף במחלקת המסים במשרד רואי החשבון קוסט פורר גבאי את קסירר ("**משרד קוסט**"), העיד מטעם המערערת והסביר:

> **"... אם הרכישה עצמה הייתה מתבצעת על ידי החברה הכללית, הגענו למסקנה שבעצם הרווחים מתקזזים כנגד ההפסדים, ולמעשה, לא תיווצר חבות מס."**
>
> (פרוטוקול הדיון, עמוד 47, שורה 16 עד שורה 18)

ובהמשך:

> **"... לחברה הבת לא היה מגן מס או שהוא היה שולי, ובחברה האם היה מגן מס מאוד ניכר לאורך שנים, לא משהו נקודתי. והיה ברור שהם רוצים לעשות את המהלך הזה מבלי להתחייב במס... ואנחנו דיווחנו להם שהפעולה הזאת, מבחינתנו, היא צודקת."**
>
> (עמוד 53, שורה 3 עד שורה 7)

וכן ראו חקירתו של מר נמרוד ירון, עד מטעם המשיב:

> **"ש.: לכללית ירושלים, החברה שנישומה אצלך, היו הפסדים משמעותיים לצורכי מס?**
>
> **ת.: נכון."**
>
> (עמוד 389, שורה 16 עד שורה 18)

14. כפי שצוין, כללית ירושלים גרמה לרכישת אגרות החוב לא רק באמצעות המערערת: בסופו של דבר כחלק מאותו מהלך נרכשו על ידי קבוצת כללית ירושלים אג"ח בהיקף של כ-537 מיליון ש"ח (סכום הרכישה הכולל), רובן המכריע (כ-88%) על ידי שותפות בשם כללית מימון (ר.מ.) שותפות כללית, שכללית ירושלים הקימה במיוחד לשם כך. חלק נוסף נרכש על ידי כללית ירושלים במישרין. רכישת האג"ח באמצעות השותפות החלה לקראת סוף שנת

2009 (עמוד 257, שורה 13 עד שורה 15), דהיינו **לאחר** ביצוע מרבית הרכישות על ידי המערערת.

ג. רכישת אגרות חוב שלא באמצעות החברה המנפיקה

15. בבסיס התופעה של "רכישה עצמית" של אגרות חוב עומדת **הזדמנות עסקית**: חברה שלוותה כספים מן הציבור באמצעות הנפקת אגרות חוב חייבת להחזיר את סכום הקרן וכן לפרוע סכומי ריבית והצמדה שהצטברו בנוסף לכך. ירידת שער האג"ח במסחר בבורסה מביאה כאמור הזדמנות: לרכוש את האג"ח במחיר הנמוך מסכום ההתחייבות העדכני ולחסוך את ההפרש, שהחברה לא תידרש לפרוע. דהיינו, כאשר חברה רוכשת אגרות חוב **של עצמה** במחיר שוק שהוא מתחת לערך הנקוב שלהן, היא חוסכת לא רק את ההפרש הכספי עד לגובה הערך הנקוב (מפני שהיא לא תצטרך לפרוע לאחר מכן את קרן החוב) אלא גם כל סכום נוסף של ריבית והפרשי הצמדה שהצטברו על אגרות החוב לזכות המחזיק וטרם שולמו בפועל.

כמו כן, כך נאמר, ביצוע רכישה עצמית בעת ירידת מחירים עשוי אף לאותת לשוק כי נמצאים בידי החברה הרוכשת משאבים כלכליים ומצבה הפיננסי שפיר, חרף המגמה השלילית המסתמנת בבורסה (עדות מר זבידה, שותף לשעבר במשרד קוסט, ולימים מנכ"ל כלכלית ירושלים, עמוד 245, שורות 17-18; עמוד 246, שורה 10 עד שורה 12).

16. אלא מאי? אגרות חוב סחירות שנרכשות על ידי החברה המנפיקה דינן להימחק מן המסחר בבורסה ועל כך, אין חולק. משמעות הדבר היא שאם בעתיד אותה חברה תרצה לשוב ולגייס כספים מן הציבור, היא תידרש להנפיק אגרות חוב חדשות על כל הכרוך בכך, הן מבחינת עלויות (שכר טרחתם של יועצים, חתמים, רואי חשבון, עורכי דין ומעריכי שווי) והן מבחינת משך זמן ההיערכות (להלן, **"בעיית המחיקה מן המסחר"**).

17. פתרון לקושי זה נמצא ברכישה באמצעות תאגיד קשור (כגון המערערת במקרה דנן). הוסבר כי רכישה כאמור, על אף שהיא נעשית על ידי גוף הנשלט בידי החברה המנפיקה, **איננה** מביאה למחיקת האג"ח מן המסחר. בעקבות רכישה כזו ניתן בהמשך למכור את האג"ח ברווח, אם וכאשר מחירי האג"ח בבורסה ישובו ויעלו.

18. בנייר מחקר שנערך מטעם הבורסה לניירות ערך (**מע/1**) בנושא "רכישה עצמית של אג"ח חברות בשנת 2008" מציגו הסברים ונתונים אלה:

> **"מהנתונים עולה, כי במהלך שנת 2008 כ-200 חברות ביצעו רכישה עצמית של איגרות חוב, בהיקף כולל של כ-3 מיליארד שקל, כאשר עיקר הרכישות בוצע בחודשיים האחרונים של השנה... סך הרכישות העצמיות בשנת 2008 הסתכם... בכ-3.1 מיליארד שקל, כאשר כ-43% מהסכום נרכשו ע"י החברה המנפיקה עצמה ואיגרות החוב נמחקו מהרישום למסחר... מתוך הרכישות כ-57% בוצעו באמצעות חברות בנות, כך שניתן יהיה בעתיד למכור את איגרות החוב במסגרת המסחר בבורסה או בעסקות מחוץ לבורסה, ואכן כשהחלו עליות השערים בשנת 2009 מכרו חברות הבנות חלק מהמלאי שרכשו... הרכישות העצמיות של איגרות החוב זינקו מרגע פרוץ המשבר בספטמבר 2008... כ-56% מרכישות האג"ח (במונחים כספיים) בוצעו ע"י חברות נדל"ן...**
> **רכישה עצמית של איגרות חוב קונצרניות אינה מוסדרת בדין. כאשר איגרות חוב אלו נרכשות ע"י החברה המנפיקה, הן נמחקות מהמסחר לצמיתות. לעומת זאת, חברה בת הרוכשת אותן יכולה למכור אותן לציבור בעתיד, ללא צורך בתשקיף (או להחזיקן עד לפדיון)."**

19. כל העדים מטעם המערערת הדגישו כי השימוש במערערת לשם ביצוע רכישת אגרות החוב של כלכלית ירושלים לא היה אלא **פתרון טכני לבעיית המחיקה מן המסחר**. אילולי בעיה זו, כך הוטעם, כלכלית ירושלים הייתה מבצעת את הרכישה בעצמה. הוסבר כי מבין כל תאגידי הקבוצה, המערערת נבחרה לבצע את הרכישות כי היה לה כבר חשבון ניירות ערך פתוח אצל חברת הבורסה אקסלנס נשואה, חשבון אשר דרכו ניתן היה לעשות את העסקאות.

אף נאמר כי לא מדובר ב"תכנון מס", כי הרי אם כלכלית ירושלים, בעלת ההפסדים הרבים, יכלה לרכוש את האג"ח בעצמה ללא מחיקתן מן המסחר, המהלך יכול היה להתבצע ללא חבות במס בפועל, בשל הפסדיה האמורים. דהיינו, כך נטען, השימוש במערערת לצורך ביצוע הרכישה בגלל בעיית המחיקה מן המסחר, **הקיימת במישור כללי הבורסה**, הוא שיצר למעשה **בעיה נוספת**, וזאת **במישור המיסוי** – בעיה שלא הייתה קיימת לו כלכלית ירושלים יכלה לרכוש את האג"ח בעצמה. אכן ניתן לומר כי אילו כלכלית ירושלים הייתה משלימה עם מחיקת האג"ח מהמסחר ורוכשת אותן בעצמה, השימוש שלה (בכפוף לדין) בהפסדים כדי

לקזז את הרווח הנצמח מן הרכישה לא היה נגוע בכל תכנון מס פסול (וראה עמוד 505, שורה 4 עד שורה 20).

20. ואמנם, כאשר בהמשך אומצה שיטת הרכישה באמצעות **השותפות** שכלכלית ירושלים הקימה במיוחד לשם כך, שתי הבעיות נפתרו "במכה אחת": מצד אחד, כללי הבורסה לא חייבו את מחיקתן של אגרות החוב מפני שבהקשר זה השותפות נחשבה ישות נפרדת מן החברה המנפיקה, ומאידך, במישור המיסוי השותפות הייתה כמובן שקופה (מכוח הוראות סעיף 63 לפקודת מס הכנסה) וכל רווח מביצוע המהלך יכול היה להתקזז כנגד הפסדיה של כלכלית ירושלים, כאילו היא רכשה ומכרה את האג"ח בעצמה.

כאמור בערעור זה נדון אך חלק קטן (כ-11.5%) מתופעת ה"רכישה עצמית" של אג"ח כלכלית ירושלים בתקופת המשבר העולמי. נמצא אפוא כי לגבי חלק הארי, אשר נרכש באמצעות השותפות או בידי כלכלית ירושלים עצמה, תוצאת המס הייתה לשביעות רצון הקבוצה.

ד. על תוצאות המס של "רכישה עצמית"

21. כאשר חברה רוכשת בשוק אגרות חוב שהיא עצמה הנפיקה בעבר, התחייבות החברה לפרוע את החוב מתבטלת ואגרות החוב נמחקות מן המסחר (וראו סעיף 70 ואילך להלן לדיון מן ההיבט של הדין הכללי). אירוע זה הוא סופי ואין לו המשך. במישור המס, בין אם נביט על התוצאה דרך הוראות סעיף 3(ב) לפקודה, הדן במחילה ובשמיטה של חובות, ובין אם לאו, ברי כי קמה לחברה האמורה הכנסה בגובה ההתחייבות הנחסכת (שעשויה לכלול לא רק מרכיב קרן אלא גם ריבית והפרשי הצמדה צבורים) (וראו ע"מ 12009-03-12 **רוזבאד נכסים (אירופה) ואח' נ' פקיד שומה למפעלים גדולים**, ניתן על ידי כבוד השופט אלטוביה ביום 15.8.2017). רווח עשוי להיווצר גם על פי כללי החשבונאות.

לדוגמה, אם בעבר חברה הנפיקה אג"ח כנגד הלוואה על סך 100 ש"ח, והיום מתאפשר לה לרכוש את האג"ח בבורסה מהמחזיק הנוכחי כנגד תשלום של 60 ש"ח, אזי החברה מתעשרת באופן מיידי בסכום של 40 ש"ח. לדעתי חוזר מס הכנסה 2/2010, אליו נשוב בהמשך, לא חידש דבר בנקודה זו אלא תיאר את הדין הקיים.

22. לעומת זאת, כאשר אגרות החוב נרכשות על ידי תאגיד קשור, שאיננו החברה המנפיקה ואיננו שותפות, תוצאות המס שונות בהכרח. במקרה זה, במועד הרכישה כלל לא מתרחש אירוע מס מבחינתו של הרוכש. התאגיד הרוכש הופך למחזיק האג"ח ולנושה בחברה המנפיקה. להבא התאגיד הרוכש יהיה גם זכאי לתשלומי ריבית והצמדה בהתאם לתנאי האג"ח. אם בעתיד התאגיד הרוכש ימכור את האג"ח (לפני מועד פדיונן), אזי עשוי לצמוח רווח (או הפסד) במועד המכירה. לדוגמה, בשנה הראשונה תאגיד רוכש בשוק אג"ח של בעלת השליטה בו בערך נקוב 100 ש"ח בתמורה לתשלום של 60 ש"ח. מבחינת התאגיד הרוכש, אין אירוע מס בשלב זה. בשנה השנייה מוכר התאגיד את האג"ח בתמורה ל-90 ש"ח. נצמח רווח – בשנה השנייה – בסך 30 ש"ח.

23. נקדים ונסביר כי במקרה דנן טוענת המערערת ליישום **תוצאה משולבת** או מורכבת של שתי התוצאות השונות המתוארות לעיל: על פי הנטען יש לייחס את רכישת האג"ח לכלכלית ירושלים באופן שמביא (א) לאירוע מס מיידי בשנת הרכישה בגובה ההתחייבות הנחסכת (ראו סעיף 21 לעיל), ו-(ב) לאירוע נוסף בשנת המכירה כאשר לצורך חישוב הרווח במועד זה יש להביא בחשבון **את הערך הנקוב של האג"ח** כעלות. לדוגמה, אגרות חוב שהונפקו ב-100 ש"ח ערך נקוב נרכשות בשנה הראשונה בתמורה ל-60 ש"ח. כבר באותה שנה החברה המנפיקה תרשום הכנסה בגובה 40 ש"ח. אם אגרות החוב יימכרו בשנה השנייה כנגד 70 ש"ח, אזי בשנה זו תרשום החברה המנפיקה הפסד בסך 30 ש"ח (100-70). אם לעומת זאת, אגרות החוב יימכרו תמורת 120 ש"ח בשנה השנייה, יירשם רווח (נוסף) של 20 ש"ח (120-100). נשוב ונזכיר כי **במציאות** לא ייתכן מקרה בו חברה מנפיקה רוכשת אגרות חוב של עצמה ומוכרת אותן לאחר מכן; התוצאה המורכבת המוצעת על ידי המערערת יכולה להתקיים רק "לצרכי מס" ולפי טענתה עיגון לתוצאה זו מצוי בחוזר מס הכנסה 2/2010 הנ"ל אשר פורסם על ידי רשות המסים.

ה. טענת המערערת

24. ביסוד עמדתה של המערערת עומד טיעון זה: המערערת רכשה את אגרות החוב **עבור** כלכלית ירושלים ומן הצדק, לנוכח עקרון העדפת המהות הכלכלית על פני הצורה המשפטית, לגזור את תוצאות המס של המהלך כאילו כלכלית ירושלים עצמה רכשה את אגרות החוב, ולא נזקקה להשתמש בשירותיה של המערערת כדי להתגבר על אילוץ רגולטורי (בעיית מחיקת האג"ח מן המסחר). המערערת מצביעה על שורה של נסיבות אשר לדעתה מובילות בהכרח

למסקנה כי יש לשייך את אירועי המס לכלכלית ירושלים ולא לה. היא טוענת, בין היתר, כי כלכלית ירושלים – לבדה – קיבלה את החלטות הרכישה והמכירה; כלכלית ירושלים דאגה לביצוע העסקאות מול חבר הבורסה; כלכלית ירושלים מימנה את הרכישות, כאשר המערערת עצמה לא הייתה מסוגלת לממנן; ומעל לכל, מלוא הסיכויים והסיכונים שנבעו מרכישת האג"ח, החזקתן ומכירתן היו של כלכלית ירושלים ולא של המערערת. כל ההיבטים האמורים ייבחנו בהמשך.

25. כך נוסחו הדברים על ידי המערערת:

> **"בעסקה הזאת החברה, חכ"ל בניה, החברה הבת, כל מה שהיא עשתה, היא ביצעה את הרכישה במימון של האם, על ידי עובדים של האם, החלטות של האם, כל ההחלטות, כל הפעילות, הכל נעשה על ידי האם. האם לקחה, הצהירה שכל ההנאות והסיכונים עליה, ולכן החלק שאמור להיות מיוחס כלכלית, עניינית, לחברה הבת הוא זניח, אם לא אפס."**
>
> (רו"ח אריאב, עמוד 56, שורה 9 עד שורה 14)

> **"... ברגע שיש לי חברה שהיא זאת שמימנה את חברת הבת לקנות את האג"ח, היא זאת שקיבלה את ההחלטה לקנות, היא זאת שלקחה את הסיכון, כי במידה ועל אותן איגרות חוב חברת הבת הייתה מפסידה בסוף הדרך היא לא הייתה מחזירה את הכסף לחברת האם. הסיכון הוא על חברת האם, ההחלטה לקנות ולמכור היא של חברת האם, המימון הוא על ידי חברת האם. אני לא רואה פה תצורה כלכלית לקבל, להבין שהרווח הוא לא של חברת האם כשכל מכלול העובדות זה שחברת האם קיבלה את ההחלטה, היא מימנה והיא לקחה את הסיכון."**
>
> (רו"ח יוסי שמואלי ממשרד קוסט, עמוד 117, שורה 19 עד שורה 27)

26. אמת נכון הדבר כי טיעונה **המדוייק** של המערערת לבש צורות שונות ואף השתנה (או חודד) במהלך שמיעת הערעור. כך התפתח קו הטיעון:

> **"בהתאם לחוק השליחות הרווח שייך לחברת האם."**

...

"... אין לראות ברווח ההון ממכירת אגרות החוב כרווח של החברה
[המערערת]."

(מתוך ההשגה אשר הוגשה מטעם המערערת)

"... מבחינה מהותית, עסקית, כלכלית, חשבונאית ומיסויית – יש לראות בחברת האם כאילו רכשה את אגרות החוב בעצמה, תוך שהיא נושאת במלוא הסיכונים והסיכויים הכלכליים הנובעים מהרכישות העצמיות."

(מתוך סעיף 3.1 להודעה המפרשת את נימוקי הערעור)

"... כלכלית רואה את רכישות האג"ח כרכישות שלה, ביוזמתה.
<u>אין ספק שכלכלית היא רוכשת האג"ח; וכך סברו בזמן אמת כל הנוגעים בדבר (לרבות מס הכנסה)</u>
נוכח המציאות כהווייתה, בזמן אמת לא היה כל ספק כי כלכלית מהותית, היא רוכשת האג"ח (במתווה של העמדת הלוואה משתתפת ברווחים למערערת)."

...

"... את תוצאותיהן של הרכישות העצמיות יש לייחס לכלכלית (ולה בלבד)... אין ספק שיש לייחס את תוצאות הרכישה העצמית של האג"ח לכלכלית."

(מתוך סעיפים 79, 80 ו-88 לסיכומי המערערת)

"איש לא העלה טענה לפיה יש להתעלם מאישיותה המשפטית הנפרדת של המערערת; ואיש גם לא ביקש סעד על בסיס 'התעלמות' שכזו. לא היה ולא נברא.
טענת המערערת – שהובאה בבהירות ובצלילות מהלך פרשת הערעור – היא שתפקידה התמצה במתן שירותי ברוקראז' עבור חברת האם שלה... המערערת רכשה אגרות חוב של כלכלית – עבור כלכלית – לפי הנחיית כלכלית ובמימונה המלאה; החזיקה את אותן אגרות חוב עבור כלכלית ולפי הנחיית כלכלית; ומייד לאחר שמכרה אותן (לפי הנחיית כלכלית, כמובן) העבירה את תמורתן לכלכלית. בעבור שירותיה אלה שולמה למערערת עמלה צנועה (שנועדה לשקף את התפקיד ה'ברוקרי' ונטול הסיכונים שמילאה בתהליך)...

> ...
>
> **... אין כל צורך לייחס את הכנסותיה של המערערת לכלכלית, שהרי ההכנסות שבמחלוקת מלכתחילה היו של כלכלית (והמערערת שימשה עבורה אך כברוקר לרכישה ולמכירה של אג"ח)."**
>
> (מתוך סעיפים 2, 3 ו-10 לסיכומי התגובה מטעם המערערת)

27. דומה אפוא כי לטיעוני המערערת שני פנים עיקריים: עתירה לשיוך ההכנסה, למצער לצרכי מס, לכלכלית ירושלים, וטענה אחרת, המכירה אמנם בעובדה שאגרות החוב נמכרו על ידי המערערת, אך המצדיקה הוצאת סכומים גבוהים מידי המערערת (כרוכשת האג"ח) ותשלומם לידי כלכלית ירושלים באופן המפקיע למעשה את ההכנסה מידי המערערת פרט לסכום "עמלה" זניח. ניתן לומר כי הטיעון השני שוכן בתחום הידוע כ"מחירי העברה" ואשתמש בביטוי זה בהמשך לתאר את קו הטיעון האמור.

28. ודוק: יש שוני בין שני צדי הטיעון: האחד גורס כי בשל המהות הכלכלית של היחסים המסחריים שהתקיימו בין המערערת לבין כלכלית ירושלים – בייחוד לאור זהות הגורם הנושא בסיכונים והצופה לרווחים – קיימת הצדקה לצרכי מס, **לשייך לאותו גורם** את ההכנסה או את ההפסד הנובע מן הפעילות האמורה **על אף** הצורה הפורמלית של אותם הסדרים מסחריים. לעומת זאת הטיעון השני איננו מבקש לייחס את התוצאות הישירות של הפעילות המסחרית באופן הסוטה מהצורה הפורמלית, אלא הוא עוסק **בתמחור** העסקאות בין הצדדים וקובע להן תמורה המשקפת באופן נאות את הנשיאה בסיכונים, השימוש במשאבים וביצוע התפקידים.

29. עלינו לבחון אפוא את עובדות המקרה דנן ולשקול את צדקת טענות המערערת לאור נסיבות אלו.

ו. <u>השתלשלות האירועים בשלהי שנת 2008</u>

30. שני הצדדים להליך זה הקדישו תשומת לב רבה לבחינה מדוקדקת של סדר ותוכן ההתרחשויות בקבוצת כלכלית ירושלים בחודשים נובמבר ודצמבר 2008 בכל הנוגע לרכישת אגרות החוב.

לגישתי, כפי שאבאר בהמשך, לניתוח זה לא נודעת חשיבות מכרעת. עם זאת, בשל הדגש שהושם על האירועים משני צדי המתרס, אתאר כאן את השתלשלותם.

31. כאמור, הרכישה הראשונה בוצעה על ידי המערערת בתאריך 25.11.2008. נרכשו בבורסה אג"ח (מסדרה ו') בערך נקוב 15,950,000 ש"ח כנגד תשלום תמורה בסך 5,191,420 ש"ח (שיעור ההנחה הגדול ביותר שהושג בכל רכישות המערערת).

רק כעבור יומיים, בתאריך 27.11.2008, התכנס דירקטוריון כלכלית ירושלים ודן, בין היתר, בנושא "רכישה עצמית של אגרות חוב של החברה באמצעות חברה בת" **(מע/14)**. לפי פרוטוקול הישיבה, מר אליעזר פישמן, יושב ראש מועצת המנהלים של כלכלית ירושלים, הסביר לנוכחים כי:

> **"לאור מחירי אגרות החוב שהונפקו על ידי החברה, ולאור התשואות הגבוהות של האג"ח כתוצאה ממחירים אלו, מציע שחברה בת של החברה תרכוש, אגרות חוב של החברה בסכום של עד 50 מיליון ש"ח."**

הוחלט באותה ישיבה:

> **"לאשר תוכנית רכישה עצמית של אגרות חוב של החברה מכל הסדרות הנסחרות כיום בבורסה (סדרות ד'-ח') על ידי חברה בת בבעלות מלאה של החברה, בהיקף כספי של עד 50 מיליון ש"ח.**
> **הרכישה העצמית תבוצע במסגרת המסחר בבורסה ו/או מחוצה לה, במחירים שיקבעו מעת לעת על פי שיקול דעתה של הנהלת החברה."**

דהיינו, תוכנית הרכישה המקורית התבססה על ביצוע העסקאות באמצעות "חברה בת בבעלות מלאה".

32. לאחר מכן (החל מיום 15.11.2009) היקף תוכנית הרכישה העצמית הוגדל מדי פעם בפעם על ידי דירקטוריון כלכלית ירושלים.

בהחלטת דירקטוריון ממחצית נובמבר 2009 נאמר בין השאר:

"הנהלת החברה רואה ברכישת האג"ח הזדמנות להפקת רווחים כתוצאה מהפער בין גובה ההתחייבות בגין אגרות החוב לבין שווי השוק שלהן."
(מע/19)

בדו"ח מיידי לרשות ניירות הערך ולבורסה בעקבות החלטת הדירקטוריון הנ"ל ממחצית נובמבר 2009 נכתבו דברים דומים והוסף:

"תוכנית הרכישה העצמית מאפשרת רכישה עצמית של אגרות חוב של החברה מכל הסדרות הנסחרות כיום בבורסה (סדרות ד'-ח'), במסגרת המסחר בבורסה ו/או מחוצה לה, על ידי החברה או חברה בת בבעלות מלאה של החברה."

ציון האפשרות של רכישת אג"ח על ידי **כלכלית ירושלים עצמה** היה מכוון לאותן אגרות חוב שמועד פירעונן ממילא קרב, כך שלא היה טעם ברכישתן והחזקתן בידי תאגיד אחר כגון המערערת. ואכן, ככלל, זאת הייתה "חלוקת העבודה": אגרות החוב "הקצרות" נרכשו על ידי כלכלית ירושלים ונמחקו מן המסחר, ואילו אגרות החוב "הארוכות" יותר נרכשו על ידי המערערת, ולאחר מכן על ידי השותפות, והועמדו למכירה חוזרת בבורסה כעבור זמן.

33. בחזרה לסוף שנת 2008: על פי חומר הראיות, ביום 7.12.2008, כעשרה ימים לאחר קבלת החלטת הדירקטוריון הראשונה בנושא "רכישה עצמית" של אג"ח, התקיימה במשרדי כלכלית ירושלים ישיבת התייעצות בהשתתפות בכירי הקבוצה, נציגים ממשרד קוסט (משרד רואי חשבון השייך לרשת הבינלאומית EY), ואחרים. על פי העדויות, לישיבה זו קדמה ישיבת הכנה פנימית במשרדי קוסט ביום 4.12.2008. משרד קוסט, יש להסביר, נתן הן שירותי ביקורת והן שירותי ייעוץ מס לקבוצת כלכלית ירושלים על פני שנים רבות. ישיבת ההתייעצות ביום 7.12.2008 התקיימה, כך מתברר, מבלי שנרשם פרוטוקול על ידי מי מן הנוכחים. והנה רק **ביום 14.11.2010**, כשנתיים לאחר קיום הישיבה, נרשם בידי מר אוהד שפירא, סמנכ"ל הכספים בקבוצה, "**פרוטוקול ישיבה מיום 7.12.2008 שעה 14:00**". נסיבות רישום פרוטוקול זה יתוארו בהמשך, אך איש איננו מתכחש לכך כי הרישום נעשה לאחר חלוף שנתיים ותאריך הרישום (14.11.2010) לא הוסתר והוא מופיע על גבי המסמך.

34. בפרוטוקול הישיבה הוגדר הנושא כ"**שיקולים ברכישה עצמית של אגרות חוב – האם ישירות ע"י החברה או באמצעות חב' בת או במסגרת שותפות.**"

11 אוקטובר 2018

ע"מ 13-09-1742 חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים

לפי הרשום הוחלט על ידי הנוכחים בישיבה כדלקמן :

"1. <u>אגרות חוב קצרות</u>
לרכוש בחברה עצמה, וזאת מאחר שקיים סיכוי נמוך למכור חזרה לציבור בתשואה לפדיון סבירה. כתוצאה, בהתאם לתשקיף, אג"ח אלו מתבטלות מייד עם רכישתן.

2. <u>אגרות חוב ארוכות</u>
לרכוש באמצעות חב' בת או שותפות, כשמקור המימון יהיה מחברת האם (כלכלית או מבני תעשיה). לפי התשקיף בעת רכישה בחב' בת או שותפות האג"ח אינן נמחקות. כתוצאה, ניתן יהיה בעתיד למכור את האג"ח לציבור במסגרת המסחר בבורסה, ובכך למעשה כלכלית ו/או מבני תעשיה יוכלו להנפיק מחדש את האג"ח בתשואה לפדיון נמוכה."

על פי העדים מטעם המערערת, היבט המיסוי **לא** עמד במוקד הדיון באותה ישיבה (עמוד 172, שורה 21 עד שורה 23 ; עמוד 222, שורה 17 עד שורה 20 ; עמוד 256, שורה 13 עד שורה 19).

35. על אף הרישום המאוחר, אין לי סיבה לפקפק בעדויותיהם של שלושת העדים אשר העידו על עצם קיום הישיבה בתאריך 7.12.2008 (ה"ה זבידה, שפירא ואריאב).

אולם נשוב ונזכיר כי המערערת כבר הקדימה ורכשה כמויות מהותיות של אג"ח כלכלית ירושלים בסוף חודש נובמבר ובתחילת חודש דצמבר 2008. והנה **עוד לפני** קיום ישיבת ההתייעצות הנ"ל הספיקה המערערת לרכוש כ-67% (במונחי ערך נקוב) מכלל אגרות החוב שהיא תרכוש (79,101,032 ש"ח מתוך 117,347,908 ש"ח).

מכל מקום, לטעמי תוכן התייעצויות אלו וכוונותיהם של המשתתפים בהן אינם מספקים תשובה לסוגיה הנדונה בערעור זה.

ז. <u>הצגת אגרות החוב בדו"חות הכספיים ובדו"חות המס של המערערת לשנת 2008</u>

36. הדו"חות הכספיים של המערערת לשנת הכספים 2008 נחתמו ביום 31.3.2009. אגרות החוב של כלכלית ירושלים אשר נרכשו על ידי המערערת (מסדרות ה', ו', ז' ו-ח') כלולות במאזן בחלק הרכוש השוטף, תחת הכותרת "**נכסים פיננסיים זמינים למכירה**". בביאור 1 לדו"חות הכספיים נאמר, בין היתר, כי "**החברה מחזיקה בנכס נדל"ן בכפר סבא ובניירות ערך של החברה האם** [כלכלית ירושלים] ".

ביאור 3 מתייחס לנכסים פיננסיים זמינים למכירה. כך נאמר בו :

> "**במהלך שנת 2008 רכשה החברה אגרות חוב (סדרות ה-ח) של חברת האם.**
> **ליום 31 בדצמבר 2008 מחזיקה החברה 92,968,493 ע.נ (סדרות ה-ח).**
> **אגרות החוב מוצגות במאזן עפ"י שווין בבורסה כאשר שינויים נזקפים לדוח רווח והפסד.**" (וראו גם ביאור 2.ו.2).

כמו כן יש לציין כי המערערת רשמה **הכנסות ריבית** בקשר לאגרות החוב שהיא רכשה : הרי רכישת האג"ח על ידיה לא הביאה לביטול התחייבויות כלכלית ירושלים לפי תנאי האג"ח והמערערת הייתה זכאית לקבל ריבית והפרשי הצמדה ככל מחזיק אג"ח אחר.

באור 11 מפרט "**יתרות ועסקאות עם בעלי עניין וצדדים קשורים**" ובין היתר רשומות שם "הכנסות ריבית מאגרות חוב של חברת האם".

37. עולה אפוא כי על פי הדו"חות הכספיים לשנת 2008, כפי שנחתמו במרץ 2009, המערערת התייחסה אל אגרות החוב שנרכשו בחודשים נובמבר ודצמבר 2008 **כנכסים שלה**, ולא נרשם כל סייג בנושא זה. יצויין כי דו"ח המס של המערערת לשנת המס 2008 הוגש ביום 27.12.2009 וגם שם אין הערה מיוחדת לגבי האג"ח הנדונות.

38. המערערת סיימה את שנת 2008 עם רווח חשבונאי נקי בסך של כ-25.7 מיליון ש"ח. לצרכי מס הכנסה, נוצר באותה שנה "הפסד עסקי שוטף" על סך כ-5.3 מיליון ש"ח ורווח הון נטו

מניירות ערך (שאיננו קשור לאגרות החוב שנרכשו בשנת 2008 , כמפורט בסעיף 66 להלן) בסך כ-9.5 מיליון ש"ח (לאחר קיזוז הפסדים).

39. כלכלית ירושלים לא כללה רווח מרכישת אגרות החוב בדו"ח המס המקורי שלה לשנת 2008. אמנם רו"ח אריאב הסביר כי: "**כאשר החברה רוכשת את איגרות החוב שלה, איגרות החוב נמחקות ואין יותר התחייבות, והפער בין הערך הנקוב לבין עלות הרכישה של איגרת החוב נרשם כהכנסה, הן בחשבונאות והן לצרכי מס**"; (ויוער כי הסבר זה תואם את עמדת הרשות המסים כפי שננקטה בחוזר מ"ה 2/2010 אשר יידון בחלק י"ב להלן).

אולם רו"ח אריאב המשיך והעיד כי בפועל: "**... בדו"ח סולו** [של כלכלית ירושלים] **בוודאות לא נרשם רווח** [בשנת 2008 לפי הדיווח המקורי], **לא חשבונאי ולא לצרכי מס, וגם בחברה הבת לא נרשם רווח. רק בדו"חות המאוחדים כנראה שהפעולה הזאת הניבה רווח חשבונאי.**" (עמוד 65, שורה 12 עד שורה 15)

ח. <u>השינויים באופן הצגת ההסדרים בין החברות ובאופן הדיווח</u>

40. המערערת הציגה הסכם שנערך ונחתם לדבריה ביום 20.10.2010 בינה לבין כלכלית ירושלים (**מע/5**). מועד זה הוא כשלושה חודשים לאחר פרסום חוזר מס הכנסה 2/2010 הנ"ל. אין בפניי ראייה המלמדת שההסכם האמור נערך במועד מאוחר יותר, ועל פי העדויות, שלא נסתרות בעניין זה, הוא אכן נחתם באוקטובר 2010.

41. ואלה עיקרי ההסכם, שאורכו שני עמודים (בהסכם **כלכלית ירושלים** מכונה "החברה"):

> "3. **<u>השירותים</u>**
>
> 3.1 **חכ"ל בנייה ופיקוח תבצע בעבור החברה רכישות ומכירות של ניירות ערך של החברה, הנסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ('ניירות הערך') במחירים, מועדים וכמויות כפי שייקבעו בהוראות שיימסרו לה על ידי החברה ('השירותים');**
>
> 3.2 **המימון לביצוע הרכישות על ידי חכ"ל בנייה ופיקוח יועמד לחכ"ל בנייה ופיקוח על ידי החברה והחברה**

תהיה זכאית לכל התמורה שתתקבל ממכירת אגרות חוב אלה בתנאי non recourse.

4. <u>תמורה</u>

בגין מתן שירותי הטיפול ברכישות/מכירות האמורות תהיה חכ"ל בנייה ופיקוח זכאית לתמורה בסך של 0.5% מעלות הרכישות של ניירות הערך."

42. נמצא אפוא כי המסמך האמור מציג את מערכת היחסים בין המערערת לבין כלכלית ירושלים כהסדר מסחרי **למתן שירותים** (שירותי רכישה, החזקה ומכירה של אג"ח) (ובשל כך ההסכם יכונה להלן "**הסכם השירותים**"). לפי סעיף 5.1 להסכם השירותים, הוא "**בא לעגן את אופן התנהלות הצדדים החל מ**[נובמבר 2008]".

43. בהמשך, ביום 30.12.2010, הוגש דו"ח המס השנתי של המערערת לשנת 2009, אליו צורפו הדו"חות הכספיים שלה ליום 31.12.2009 (**מש/4**).

בדומה לדו"חות הכספיים לשנת 2008, אגרות החוב שנרכשו על ידי המערערת בתקופה הנדונה נכללו במאזן לשנת 2009 במסגרת "**נכסים שוטפים – השקעה בניירות ערך סחירים של החברה האם**" (לשנת 2008 נרשם: "**רכוש שוטף – נכסים פיננסיים זמינים למכירה**"). מצויין בביאור 1 כי "**החברה מחזיקה בנכס נדל"ן בכפר-סבא ובניירות ערך שהחברה האם הנפיקה**", וזאת שוב בדומה לדו"חות 2008. עם זאת, במאזן לסוף שנת 2009 מצויין כי "**השקעות בניירות ערך של החברה האם הוצגו לפי עלות ולא לפי שווי הוגן כנדרש בהתאם לתקני דיווח כספי בינלאומיים**" (דו"ח רואה החשבון המבקר, פסקה שלישית). בביאור 2ב נכתב, ללא הסבר נוסף לסיבת השינוי, כדלקמן:

"הצגה מחדש – החברה הציגה מחדש את ההשקעות באגרות חוב סחירות של החברה האם, בהתאם לעלותן, ולא בהתאם לשווין, כפי הוצג בעבר".

44. שינוי נוסף שנעשה בדו"חות הכספיים לשנת 2009 נגע לאופן הצגת הלוואות שקיבלה המערערת מכלכלית ירושלים. במאזן לסוף שנת 2008 מופיעה בצד ההתחייבויות "**הלוואה מהחברה האם**" וזאת בסך 115,345,000 ש"ח (ולסוף שנת 2007, במספרי השוואה, 113,869,000 ש"ח). בביאור 7 לשנת 2008 נאמר "**הלוואה מחברת האם – ההלוואה צמודה למדד המחירים לצרכן ונושאת ריבית שנתית בשיעור של 5%. טרם נקבע זמן פרעון**".

והנה במאזן לסוף **שנת 2009**, תחת "התחייבויות לא שוטפות" מפוצלים הסכומים כך שבשורה אחת רשומה **"הלוואה מהחברה האם לצורך רכישת אגרות חוב סחירות"** – בסכום של 51,336,000 ש"ח, ואילו בשורה הבאה "הלוואה מהחברה האם" בסכום של 55,914,000 ש"ח. כתוצאה מהשינוי באופן הצגת ההלוואות כאמור במאזן לסוף שנת 2009 נרשם בטור ההשוואה לשנת 2008 סכום **"הלוואה מהחברה האם לצורך רכישת אגרות חוב סחירות"** על סך 38,882,000 ש"ח, סכום התואם במדוייק את עלות רכישת האג"ח בידי המערערת בחודשים נובמבר ודצמבר 2008. יש ברישום זה (למפרע) כדי להצביע לכאורה על זיקה הדוקה בין קבלת הכספים מכלכלית ירושלים לבין רכישת האג"ח על ידי המערערת.

הסך הכולל של שתי ההלוואות הנ"ל הוא 107,250,000 ש"ח - בדומה להיקף החוב לכלכלית ירושלים בשתי השנים הקודמות.

45. בביאור 3 למאזן 2009 נכלל מלל חדש לגמרי, שיצוטט בשלמותו:

> **"במהלך שנת 2009 רכשה החברה אגרות חוב (סדרות ה-ז) של החברה האם.**
> **ליום 31 בדצמבר, 2009 מחזיקה החברה ב-100,643,113 ע.נ אגרות חוב (סדרות ה-ח). אגרות החוב מוצגות במאזן על פי עלות רכישתן.**
> **ההשקעה בניירות הערך מומנה באמצעות קבלת הלוואה מהחברה האם הנושאת ריבית שנתית בגובה הכנסות הריבית מניירות ערך (BACK TO BACK).**
> **יתרת ההלוואה הינה בסך עלות רכישת אגרות החוב, בתוספת הוצאות ריבית שנצברו על ההלוואה (BACK TO BACK) ובניכוי דמי הטיפול כאמור להלן.**
> **בהתאם להסכם שנחתם בין החברה לחברה האם, החברה זכאית להכנסה מדמי טיפול בסך 0.5% מעלות רכישתן. הכנסה זו נכללת בהוצאות מימון, נטו בדוח על הרווח הכולל."**

לבסוף נציין כי ביאור 7, המצוטט לעיל, נותר ללא שינוי בדו"חות הכספיים לשנת 2009 אולם במאזן עצמו ביאור 7 מתייחס אך ורק ל"הלוואה מהחברה האם" (כ-55.9 מיליון ש"ח) **ולא**

ל"הלוואה מהחברה האם לצורך רכישת אגרות חוב סחירות" (כ-51.3 מיליון ש"ח) וזאת בניגוד להצגה בדו"חות הכספיים לשנת 2008.

46. דהיינו, כתוצאה מן השינוי שנערך באופן הצגת אג"ח כלכלית ירושלים וההלוואות ממנה במאזן המערערת לשנת 2009, הובלטה ההתאמה המספרית בין סכום ההלוואה שנתקבלה מכלכלית ירושלים **בשביל רכישת אג"ח** (לפי הרישום במאזן) לבין סכום האג"ח שנרכשו.

47. כפי שצוין, **דו"ח המס של המערערת לשנת 2009 הוגש ביום 30.12.2010** ובדו"חות הכספיים הנלווים לו הופיעו השינויים שפורטו לעיל, לעומת דו"ח 2008. יוער כי עד לתאריך 30.12.2010 הספיקה המערערת **למכור** למעלה מ-89%, במונחי ערך נקוב, מכלל אג"ח שהיא רכשה בתקופה הנדונה (104,774,176 ש"ח ע.נ. מתוך 117,347,908 ש"ח ע.נ.).

48. ביום 22.2.2011 הגישה כלכלית ירושלים לפקיד שומה ירושלים 1 תיקון דו"ח לשנת המס 2008. עד לאותו מועד כלכלית ירושלים לא דיווחה דבר לרשות המסים על אודות רכישת האג"ח או מכירתן.

תיקון הדו"ח של כלכלית ירושלים לשנת המס 2008 לווה במכתב מאת משרד רואי החשבון קוסט ובו פירוט התיקונים והשינויים לעומת הדו"ח המקורי. בין השאר צויינו "**התאמות בעקבות רכישה עצמית של אגרות חוב של החברה** [כלכלית ירושלים] **באמצעות חברה בת, חכ"ל בנייה ופיקוח בע"מ בהתאם להוראות חוזר מס הכנסה 2/2010 מיום 18 ביולי, 2010**". בדו"ח ההתאמה המתוקן שצורף מופיעה שורה של "**הכנסות מרכישה עצמית של אגרות חוב כלכלית ירושלים באמצעות חכ"ל בנייה ופיקוח בע"מ(*) – 62,289,204** [ש"ח]". סכום ההכנסה האמור קוזז במלואו כנגד הפסדיה של כלכלית ירושלים. בתחתית העמוד מופיעה הערה זו:

> **"החברה רכשה באמצעות חברת הבת, חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ, אגרות חוב של החברה.**
> **בהתאם להוראות חוזר מס הכנסה מספר 2/2010 מיום 18 ביולי, 2010 ובהתאם לתנאי ההסכם בין החברה לחברת הבת, החברה מתייחסת לרכישת אגרות החוב כרכישה עצמית של החברה.**
> **בהתאם לאמור לעיל, כללה החברה את הרווח בדוחותיה במועד רכישת אגרות החוב באמצעות החברה הבת."**

49. ביום 15.5.2011 הוגש לפקיד שומה ירושלים 1 דו"ח המס של כלכלית ירושלים לשנת המס 2009. שוב, בדו"ח ההתאמה לצרכי מס הכנסה מופיעה שורה (הפעם ללא הסבר נוסף) של **"הכנסות מרכישה עצמית של אגרות חוב כלכלית ירושלים באמצעות חכ"ל בנייה ופיקוח בע"מ ובאמצעות שותפות כלכלית מימון... 18,960,703** [ש"ח]". גם בשנת מס 2009 דיווחה כלכלית ירושלים על יתרת הפסד לצרכי מס.

50. אמנם לא הוגשו לבית המשפט דו"חות המס של כלכלית ירושלים לשנות המס 2010 ו-2011, בהן נמכרו אגרות החוב לצדדים שלישיים בשערים הגבוהים משערי הרכישה, אולם מדברי העד רו"ח שמואלי ניתן להבין כי הרווחים מכך נכללו בחישובים העומדים בבסיס הסכם שומה לשנות המס 2006 עד 2009 שנערך בין כלכלית ירושלים לבין פקיד שומה ירושלים 1 בדצמבר 2011 והרווחים קוזזו שם, רובם ככולם, כנגד הפסדי העבר (עמוד 126, שורה 3 עד שורה 8 ; עמוד 144, שורה 24 עד שורה 33 ; וראו גם חלק י"ג להלן בעניין הסכם השומה הנ"ל).

51. הדו"חות **של המערערת** לשנת 2010 כן נמצאים בפניי : הביאורים בדו"חות הכספיים דומים לאלה שהופיעו לשנת 2009 אולם לדו"ח ההתאמה לצרכי מס הכנסה הוספו משפטים אלה : **"בשנת המס נמכרו חלק מאגרות החוב. התוצאות מהמכירה מדווחות במסגרת דו"ח המס של החברה האם."** יוער כי **בדו"חות הכספיים** של המערערת לשנת 2010, התמורה בגין מכירת אגרות החוב (העולה על 117 מיליון ש"ח) אמנם מקבלת ביטוי בדו"ח על תזרימי המזומנים (תחת "תמורה ממימוש השקעות בניירות ערך") אך הרווח מאותן מכירות איננו כלול בדו"ח הרווח והפסד, וזאת ככל הנראה בהתאם לגישת הקבוצה לפיה הרווח שייך לכלכלית ירושלים (באותו אופן המערערת צירפה לדו"חות המס שלה לשנים 2010 ו-2011 טופסי נספח ג(1) בעניין "רווח הון מניירות ערך סחירים" **(מש/3)** אך הרווחים הרשומים בהם יוחסו לכלכלית ירושלים).

ט. מעורבותה של כלכלית ירושלים ברכישת האג"ח ובמכירתן

52. כמוסבר, טיעונה של המערערת מושתת, במידה רבה, על תפקידה המרכזי של כלכלית ירושלים ברכישת האג"ח ובמכירתן. מעורבות זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בקבלת ההחלטות הדרושות, בביצוע העסקאות ובמימון.

53. לפי כלל העדויות, מי שקיבל את ההחלטות לרכוש אג"ח, מתי, ובאיזו כמות היה מר אליעזר פישמן, יו"ר הדירקטוריון של כלכלית ירושלים (כפי שצויין, באותה עת, מנכ"ל המערערת היה מר עודד שמיר וסמנכ"ל הכספים של המערערת היה מר אוהד שפירא, שהיה גם סמנכ"ל הכספים של כלכלית ירושלים).

אכן באופן כללי מצטיירת תמונה לפיה כל ההחלטות הקשורות לעיסוקיה של המערערת התקבלו הלכה למעשה על ידי אנשי כלכלית ירושלים וכי במערערת לא הייתה קיימת כל הנהלה נפרדת. אני מוכן, אפוא, לצאת מנקודת המוצא כי **החלטות הרכישה והמכירה** הנדונות הוכתבו על ידי כלכלית ירושלים ולא נתקבלו באורח עצמאי על ידי המערערת.

54. כמו כן, לא נסתרו העדויות לפיהן מר פישמן עצמו עמד בקשר ישיר ומתמיד עם חברת אקסלנס נשואה (חברת הבורסה דרכה בוצעו העסקאות) ונתן טלפונית את פקודות הרכישה והמכירה (עמוד 24, שורה 3 עד שורה 5; עמוד 29, שורה 20; עמוד 207, שורות 30-31; עמוד 249, שורה 1 עד שורה 5). דהיינו, לצורך העניין, גם הטיפול **בביצוע העסקאות** היה בידי כלכלית ירושלים ולא נעשה על ידי המערערת בכוחות עצמה.

55. ממשיכה המערערת ומדגישה כי לה לא הייתה כל אפשרות **לממן** את רכישת האג"ח בהיקפים שנקנו. כאן התמונה העובדתית לא הובהרה עד תום. לדברי ה"ה שפירא וזבידה אשר העידו מטעם המערערת, כל פעולת רכישה לוותה בהעברת סכום הכסף הדרוש מקופתה של כלכלית ירושלים וכל סכום פדיון ממכירת האג"ח הועבר אליה:

> **"אני דאגתי או להעברת כספים אל אותה חברה שביצעה את פעולות הרכישה, לחשבון הבנק באקסלנס, מחשבונות בנקים אחרים. או לחשבון של כלכלית ירושלים, חברת האם, באקסלנס או לחשבון של חברת הבת, חכ"ל בניה, באקסלנס.**
>
> **...**
>
> **כנ"ל אותו הדבר בזמן מכירה, העברתי כספים מתוך החשבונות האלה, בדרך כלל הפעילות באקסלנס הסכומים שנותרו באקסלנס אחרי הפעולה שאפנו לאפס. לא החזקתי כספים בתוך החשבונות האלה. אלא מיד העברתי את הכספים לחשבונות אחרים בבנקים אחרים, כאשר כספים שנתקבלו שימשו מידית לפירעון של הלוואות קצרות מועד באותו יום של קבלת התמורה."**

(דברי אהוד שפירא, עמוד 207, שורה 16 עד שורה 27)

"אני אומר, ההיקפים פה, הכסף שהוזרם, הוזרם על ידי כלכלית ירושלים. הוזרם על ידי חברת האם. לחברת בת אין מקורות כספים בהיקפים האלה ובהיקפים דומים.

...

... במסגרת הבדיקה של חשבונות הבנק ודפי הבנק, רואים את התנועות בין החברות ומזהים אותם. זה חלק מניירות העבודה והליך הביקורת."

(דברי דוד זבידה, עמוד 266, שורה 29 עד שורה 31; עמוד 334, שורה 24 עד שורה 26)

56. לא זאת אף זאת, לפי העדויות, בשיא המשבר הכלכלי המתואר, המערערת לא הייתה יכולה לקבל מימון לצורך הרכישות מגורם אחר זולת כלכלית ירושלים, ושום בנק או מוסד פיננסי חיצוני לא היה מסכים להעניק למערערת את הכסף הרב הנדרש ללא קבלת בטחונות, כפי שכן נעשה על ידי כלכלית ירושלים, על פי הנטען. בתוך כך מדגישה המערערת את מידת הסיכון שכלכלית ירושלים נטלה על עצמה בהעמדת הכספים הדרושים לרכישת האג"ח בעיצומו של המשבר הכלכלי – כאשר הייתה הסתברות של ממש כי מימון זה יירד לטמיון ולא יושב לקופתה של כלכלית ירושלים. לנושא הסיכון נחזור בסעיפים 85 עד 87 להלן.

57. לעומת זאת, מקשה המשיב וגורס כי למערערת דווקא כן היו מקורות כספיים משל עצמה. בהקשר זה מצביע המשיב בעיקר על שלוש עובדות:

ראשית, היקף החוב של המערערת כלפי כלכלית ירושלים לא גדל באופן ממשי בפרק הזמן בין סוף 2007 לבין סוף 2008 (כ-115.3 מיליון ש"ח לסוף 2008 לעומת כ-113.9 מיליון ש"ח לסוף 2007), וזאת חרף העובדה שהמערערת רכשה אג"ח בעלות כוללת של כ-38.9 מיליון ש"ח בחודשים נובמבר ודצמבר 2008.

יתרה מזאת, חוב המערערת כלפי כלכלית ירושלים אף קטן בשנת 2009 (לכדי 107.3 מיליון ש"ח) על אף המשך מהלך הרכישות.

שנית, בחודש אוגוסט 2008 (דהיינו עוד לפני מסע רכישות האג"ח) מכרה המערערת חבילת מניות כלכלית ירושלים שהיא החזיקה החל משנת 2001. מכירת המניות האמורות הניבה למערערת תמורה של כ-90.6 מיליון ש"ח.

שלישית, עד לשנת 2008 היה בידי כלכלית ירושלים שטר הון שהונפק על ידי המערערת כנגד הזרמת כספים קודם לכן על ידי כלכלית ירושלים. יתרת שטר ההון הייתה כ-59 מיליון ש"ח לסוף שנת 2007. במהלך שנת 2008 המערערת פרעה את שטר ההון כך שיתרתו הייתה אפס בסוף שנת 2008.

כל אלה מראים, לדעת המשיב, כי המערערת לא הייתה זקוקה למימון כפי שהיא היום מציגה את הדברים. וכאשר בדו"חות הכספיים לשנת 2009 הוצגה לראשונה "הלוואה מהחברה האם לצורך רכישת אגרות חוב סחירות", לא מדובר היה בכספים חדשים אלא "סיווג מחדש" (כלשון הדו"חות עצמם) של חלק מן "ההלוואה מהחברה האם" אשר הופיעה (בסכום חד גם בשנים הקודמות.

58. מעבר לתהיות המשיב בעניין המימון ניתן גם להעיר כי הפעילות המסחרית הרגילה של המערערת – השכרת השטחים בקניון ותפעול תחנת הדלק – גם היא יצרה תזרים מזומנים חיובי מסוים בתקופה הרלבנטית (**מש/4**).

59. לא הוגשו מסמכים המאמתים בבירור את המצב לפיו כל המימון הנדרש בא מכלכלית ירושלים או המראים במדוייק תנועות כספים הלוך ושוב; הסברה של המערערת לכך הוא שהדבר כלל לא היה שנוי במחלוקת בינה לבין המשיב במהלך דיוני השומה וכולם הבינו כי מקור הכסף היה בכלכלית ירושלים ותמורת המכירות גם שבה אליה (לדברי ב"כ המערערת, כל המסמכים הדרושים להוכחת הדבר היו מצויים בידי המשיב: עמוד 316, שורה 26 עד שורה 28; עמוד 334, שורה 27 עד שורה 29).

לצורך העניין, שוכנעתי כי באופן כללי **המקור הבסיסי** למימון פעילות המערערת היה בכלכלית ירושלים, כך שאם נמכרו למשל מניות כלכלית ירושלים בשנת 2008, הכסף לרכישתן מלכתחילה בא, ככל הנראה, מכלכלית ירושלים, ואם קודם לכן יכלה המערערת לרכוש את נכס הנדל"ן עליו עמדו הקניון ותחנת הדלק, הרי זאת היה בזכות מימון שנתקבל מכלכלית ירושלים (ויוער כי על פי הדו"חות הכספיים של המערערת, נכס הנדל"ן היה משועבד לטובת מוסדות פיננסיים להבטחת חוב של כלכלית ירושלים כלפי אותם מלווים).

דהיינו אני מוכן אף לצאת מתוך נקודת מוצא כי בבסיס ובאופן כללי מימון פעילות המערערת היה תלוי במשאביה של כלכלית ירושלים, אף אם מבחינה תזרימית בתקופה פלונית המערערת לא בהכרח הייתה זקוקה לכסף נוסף על מנת לנהל את עסקיה או לרכוש נכסים. יתרה מזאת, לנוכח עדותם הנחרצת של ה״ה שפירא וזבידה בנושא זה, יש להבין כי כלכלית ירושלים הייתה מעורבת גם בתזרים הכספים בקשר לביצוע הרכישות והמכירות.

י. <u>מהות וצורה</u>

60. לפי עמדת המערערת, המגמה השלטת בדיני המס לפיה יש להעדיף התבוננות במהותם של פעולות, עסקאות והסדרים איננה הפריבילגיה הבלעדית של פקידי השומה אלא עקרון כללי ודו-סטרי, לפיו גם הנישום רשאי לדרוש כי תוצאות המס של אירוע מסויים ייגזרו מהמהות הכלכלית ולא מצורתם הפורמלית של הדברים. אמנם הצורה נבחרת על ידי הנישום והוא איננו רשאי בדרך כלל להתכחש לה, אולם במקרה הנוכחי – רכישת האג״ח על ידי המערערת ולא על ידי כלכלית ירושלים - התקיימה סיבה רגולטורית, בלתי קשורה לחוקי המס, אשר הכתיבה את הצורה שנבחרה. כך כותבת המערערת בסעיף 52 לסיכומיה:

> **״ויודגש: אלמלא אותו אילוץ רגולטורי, אין ספק שכלכלית היתה רוכשת במישרין את כל אגרות החוב הרלבנטיות, ולא באמצעות חברה בת (או, לימים, שותפות). למעשה, אילו ביקשו אנשי קבוצת כלכלית לתכנן את המהלך בצורה מיטבית מבחינה מיסויית, ברור לגמרי שהיו הם מבכרים לרכוש את אגרות החוב ישירות על ידי כלכלית, ולא על ידי החברה או השותפות...״**

61. אכן מקובלים עלי הדברים שנאמרו בהקשר זה בפסק דינו של כבוד השופט אלטוביה בע״מ 36620 -12-09 **כלל חברה לביטוח בע״מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים** (ניתן ביום 20.2.2013):

> **״עקרון המהות הכלכלית האמיתית כבסיס לשומה הוא עקרון מנחה במשפט המס בישראל. עקרון זה לא יכול שיהא בסיס רק ככלי אנטי תכנוני של רשות המס. ... יש לאפשר לנישום, במידה מבוקרת וזהירה,**

לטעון למהות כלכלית על פני צורה, תוך הטלת נטל שכנוע מוגבר על הנישום הטוען לכך. ברגיל, עת בחר נישום להתקשר בעסקה בדרך מסוימת או להציגה בדרך מסוימת הנטייה תהא שלא לאפשר לו לטעון כנגד זאת. אולם לעיתים אילוצים כאלו ואחרים כגון אילוץ רגולטורי או אף אילוץ עסקי יכול לשמש בסיס לטעון מצד הנישום כי על אף הצורה שבה עוצבה העסקה, הרי שמהותה לצרכי מס היא שונה. כך למשל כאשר יוכיח הנישום כי עקב פערי כוחות בין הצדדים לעסקה 'נכפה' עליו להסכים לניסוח החוזה באופן מסוים, אשר אינו מבטא בהכרה את מהותה האמיתית של ההתקשרות בין הצדדים."

(סעיף 25 לפסק הדין)

המערערת מזכירה גם את האמור בפסק דיני בעניין ע"מ 48488-01-14 **עטיה נכסים והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 1** (ניתן ביום 11.2.2016), שם כתבתי בסעיף 49 כי:

"אולי במקרה אחר, בו יוכח כי אין כל תוכן של ממש בתאגיד מסויים וכי הוא נעדר כל נפקות כלכלית, משפטית ומיסוית, ניתן יהיה 'לדלג' מעליו לבקשת הנישום. לטעמי אין אפשרות לעשות כן במקרה הנוכחי והמערערת תצטרך להשלים עם השלכות מבנה התאגידים ומערך ההסכמים שהיא עצמה בנתה."

יוער כי שני הערעורים הנ"ל, **כלל ועטיה**, נדחו בהיבט זה.

62. לאחר שקילת נסיבות המקרה דנן אינני סבור כי קיימת הצדקה לייחס את תוצאות הרכישות והמכירות לכלכלית ירושלים ולדלג על חלקה של המערערת בתוכנית רכישת האג"ח.

63. נקודת המוצא לבחינת טענת המערערת היא כמובן האישיות המשפטית הנפרדת של המערערת כחברה בערבון מוגבל. אגרות החוב, כמוסבר לעיל, נרשמו בעת רכישתן והחזקתן במאזני המערערת.

יובהר כי המערערת **לא** ניסתה לטעון כי קיימת עילה להפעלת סעיף 6 לחוק החברות התשנ"ט-1999 (שכותרתו **"הרמת מסך"**).

64. המקרה אף איננו נמנה עם הרשימה המצומצמת של מצבים בהם לפי **דיני המס** הכנסתו של תאגיד מיוחסת לאדם אחר (למשל במקרה של שותפות, חברה משפחתית, חברת בית, וחברה תעשייתית באיחוד בדו"חות).

65. גם **בדין הכללי** ישנם כלים שונים המאפשרים רכישת נכס בידי אדם אחד עבור זולתו, כל כלי ומאפייניו והשלכותיו. בין היתר ניתן להזכיר את מוסד הנאמנות ואת מוסד השליחות. אינני מחווה דעה כאן אם שימוש בהסדר זה או אחר על פי הדין הכללי היה או לא היה משיג את התוצאה הרצויה של אי מחיקת אגרות החוב מן המסחר על פי כללי הבורסה. אולם כלכלית ירושלים והמערערת העדיפו שלא לעשות שימוש מפורש ומוסדר בכלים אלה ולכאורה בעלותה של המערערת באגרות החוב הייתה בלתי מסוייגת או מוגבלת (אמנם בהשגה שהוגשה מטעם המערערת בחודש נובמבר 2012 נכתב, בין היתר, כי "**בהתאם לחוק השליחות הרווח שייך לחברת האם**", אולם נראה כי מאז טענת השליחות נזנחה). ובאשר למוסד **השותפות**, הרי פתרון זה אכן יושם בתקופה מאוחרת על ידי כלכלית ירושלים ואכן הביא לתוצאת המס המיוחלת (שאיננה שנויה במחלוקת).

66. המשיב הדגיש מספר עובדות אשר לגישתו מוכיחות שהמערערת פעלה באופן כללי – ואף פעלה במקרה הספציפי של רכישת האג"ח - **בנפרד** מכלכלית ירושלים ולחשבון עצמה:

(א) המערערת **לא** הוקמה כתאגיד ייעודי אך ורק לשם ביצוע רכישת האג"ח (special purpose vehicle) אלא הוקמה עשרות שנים קודם לכן ונרכשה בהמשך על ידי קבוצת כלכלית ירושלים;

(ב) למערערת הייתה פעילות מסחרית ממשית בדמות ההחזקה וההשכרה של שטח מסחרי בקניון בכפר סבא לכשלושים שוכרים שונים וכן ניהול תחנת דלק בסמוך לקניון;

(ג) המערערת רכשה והחזיקה על שמה מניות כלכלית ירושלים. היא מכרה את המניות בשנת 2008 בתמורה העולה על 90 מיליון ש"ח ודיווחה על רווח ההון (בסך 38.2 מיליון ש"ח, נומינלי) **כשייך לה וכחייב במס בידיה**.

(ד) המערערת גם רכשה, בשנת 2003, אגרות חוב מסדרה קודמת של כלכלית ירושלים (סדרה ג') ודיווחה מדי פעם על הפקת רווחי הון ממימושן.[2]

---

[2] בנוסף לכך, המערערת רכשה אג"ח כלכלית ירושלים מסדרה ד' בחודש דצמבר 2008 ומכרה אותן כעבור כשבוע ימים. רווח ההון הזעום מעסקה זו דווח על ידי המערערת כשלה, ולא יוחס לכלכלית ירושלים כמו בשאר המקרים מושא ערעור זה. אני מקבל את ההסבר שניתן לאירוע זה: מדובר היה באג"ח "קצרות" המיועדות לפדיון בקרוב אשר לפי התוכנית היו צריכות להירכש מלכתחילה על ידי כלכלית ירושלים (ראו סעיף 32 לעיל) ולא על ידי המערערת, דהיינו קרתה תקלה ביישום תוכנית הרכישה.

הסבר המערערת לרכישת המניות ואגרות החוב על ידיה כאמור והפקת הרווחים **בידיה** היה כדלקמן:

"... רכישת המניות ואגרות החוב של כלכלית קודם למשבר האשראי לא נועדה לשם הפקת רווח, אלא לתכליות שונות (כדוגמת ביצור השליטה בכלכלית במקרה של רכישת מניות או לשם יצירת 'מחסנית' של אגרות חוב ו'ריקונה' באופן הדרגתי כך שהנפקת החוב תיפרס, כנהוג, על פני פרק זמן שלאחר ההנפקה). אלו ניירות ערך שנרכשו בעבר שלא לשם הפקת ריווח, אלא למילוי תכלית אסטרטגית (ביצור שליטה/ 'פיזור' הנפקה). אפשר אמנם שבסופו של דבר נוצר למערערת רווח מהחזקת ניירות ערך אלה; אך לא זו הייתה כוונת המשורר עם רכישת המניות..."

(מתוך סעיף 140.2 לסיכומי המערערת)

(ה) הריבית שהצטברה על אגרות החוב (מכל הסדרות) דווחה כהכנסה **בידי המערערת** כמחזיקתן, אפילו לגבי אותן סדרות בהן רווח ההון ממכירת אגרות החוב יוחס לכלכלית ירושלים.

(ו) ככלל, אגרות החוב מכל הסדרות נרשמו במאזני המערערת כרכוש שלה והסתייגות מסויימת מהצגה זו מופיעה לראשונה רק בדו"חות לשנת 2009, אשר הוגשו למשיב ביום 30.12.2010, ואף אז אגרות החוב עדיין מופיעות כנכס של המערערת עצמה.

אכן יש משקל מצטבר בלתי מבוטל לסימנים אלה והם המקשים על קבלת הטיעון כי במקרה המסויים של מכירת אגרות החוב יש להביט על המערערת כלא יותר מזרוע הביצוע הטכני של כלכלית ירושלים, וזאת רק בנושא רכישת האג"ח מושא הדיון.

67. לדעתי, מעורבותה של כלכלית ירושלים (הן בקבלת החלטות וביצוען והן במימון הפעילות) איננה מצדיקה, בנסיבות הנתונות, את אי מיסוי ההכנסות בידי המערערת. הרי חברת אם עשויה להחליט על רכישת נכס או ניהול עסק באמצעות חברת בת ואותה חברת אם עשויה אף לדאוג לעריכת עסקת הרכישה או לפעולות הכרוכות בהקמת העסק, וזאת מבלי שפירוש הדבר הוא כי תוצאות ההשקעה בנכס או העיסוק בעסק ייוחסו לחברת האם. לעתים מזומנות כוונת חברת האם היא הפוכה דווקא, ושימוש בתאגיד נפרד, על שמו יירשם הנכס או העסק, נעשה בגלל האישיות המשפטית הנפרדת שלו וכדי לגרום לכך, משיקולים שונים ומגוונים, שהתוצאות **לא** ייוחסו לחברת האם, למרות יוזמתה ומעורבותה. הדוגמאות לכך רבות מאד

והדברים ברורים. למותר להוסיף ולציין כי בחלק מן המקרים רשויות המס רואות בהפרדה כגון זו עסקה מלאכותית ומתעלמות ממנה.

68. ואכן נראה כי הדברים נכונים לגבי **כלל הפעילות המסחרית** של המערערת דנן – היא לא הייתה מסוגלת להוציאה לפועל "בכוחות עצמה" אילולי הגב הניהולי, הארגוני והמימוני של כלכלית ירושלים – ולמרות זאת אך ורק בקשר לרכישת האג"ח מושא דיון זה מתבקש שיוך התוצאות לכלכלית ירושלים:

> **"... למעשה חכ"ל בניה לא היו לה עובדים בכלל. לא היה לה שום שדרת ניהול. לא היה לה שום דבר. ... היחידים שקיבלו החלטות וביצעו פעולות כלשהן בחכ"ל בניה ופיקוח, זה אך ורק עובדי כלכלית ירושלים בע"מ. הם אלה שהחליטו מה עושים בחכ"ל בניה, והם החליטו להקים את הקניון. העובדים של כלכלית ירושלים גם לאחר מכן, המשיכו כחלק מהפעילות הכוללת של כלכלית ירושלים בהשכרת מבנים, השכירו גם את הנכס הזה, את אותו קניון שהוקם, השכירו לשוכרים שונים. ... ניהלו משא ומתן עם שוכרים, חתמו על הסכמי שכירות.**
>
> **...**
>
> **לא היו נושאי משרה. למעשה מי שתפקד כסמנכ"ל כספים דה-פקטו זה אני ומי שתפקד כמנכ"ל זה היה מנכ"ל של כלכלית ירושלים. אותם עובדים של כלכלית ירושלים שעסקו בהשכרת נכסים, עסקו גם בהשכרת נכסים באותו בנין.**
>
> **...**
>
> **כלכלית ירושלים חברת האם, החליטה שהיא בונה קניון. היא בנתה קניון בתוך חכ"ל בניה ופיקוח. העבירה כספים לחכ"ל בניה ופיקוח, וחכ"ל בניה בנתה את אותו קניון."**
>
> (עדות מר שפירא, עמוד 212, שורה 12 עד שורה 21; שורה 25 עד שורה 28; עמוד 232, שורה 27 עד שורה 29)

לפי הרציונל המוצע על ידי המערערת מדוע לא לייחס גם את הכנסות השכירות וכלל רווחיה האחרים, לרבות אלה מתחנת הדלק, לכלכלית ירושלים, אשר עמדה מאחורי כל פעילותה, לפי הטענה?

69. אפילו הממצא לפיו מימון פעילות המערערת היה תלוי באופן כללי במשאביה של כלכלית ירושלים איננו מביא מניה וביה למסקנה כי עלינו לייחס לצרכי מס את תוצאות הפעילות של המערערת לכלכלית ירושלים, כאילו הפעילות נערכה על ידי כלכלית ירושלים. כשם שקבלת החלטות וביצוע בעין של עסקאות (במישור הטכני) על ידי חברת אם עבור חברת בת בשליטתה בדרך כלל אינם מביאים לייחוס תוצאות הפעילות לחברת האם, כך גם, בדרך כלל, לגבי העמדת מימון. רבים המקרים בהם חברת אם מחליטה כי חברת בת תרכוש נכס מסויים, ומספקת לה את המימון הדרוש לכך, או באמצעות הלוואות בעלים או הזרמת הון. האם יש מקום לומר בכל אותם מקרים, בהעדר הוכחת מלאכותיות המהלך, כי הנכס נרכש בידי חברת האם?

גישה גורפת כזו הייתה מסכלת, לעיתים קרובות, תוכניות עסקיות שנקבעו בתום לב ועל בסיס קיום האישיות המשפטית הנפרדת של חברת הבת.

70. לטעמי, אף מהיבט כלכלי נוסף אין מקום להסכים לכך כי ההכנסות ימוסו בידי כלכלית ירושלים. אסביר.

לנוכח ירידת שערי האג"ח בשל המשבר העולמי עמדו בפני כלכלית ירושלים שלוש חלופות: לא לנקוט כל פעולה; לרכוש אגרות חוב בעצמה; לגרום לרכישת אגרות חוב בידי חברה קשורה, כדוגמת המערערת.

דא עקא, מבחינת הקבוצה, "המהות" של שלוש החלופות האמורות **איננה זהה**.

71. **בחלופה הראשונה**, אי נקיטת פעולה, התחייבותה של כלכלית ירושלים לפרוע את קרן החוב וכן ריבית והצמדה, עומדת בעינה. אין אפשרות להפיק רווח ואין גם סיכון להפסיד. בהקשר זה יש להעיר כי חרף הצגת בעיית מחיקת האג"ח מן המסחר כאילוץ רגולטורי, הרי איש לא הכריח את קבוצת כלכלית ירושלים לבצע "רכישה עצמית" כלל, וההחלטה לנצל את ההזדמנות העסקית שנקרתה לדרכה הייתה מרצונה החופשי בלבד (וראו סעיף 48 לסיכומי המשיב).

72. **בחלופה השנייה**, רכישת האג"ח על ידי החברה המנפיקה, הרי ההתחייבות **מתבטלת** - זוהי התוצאה על פי הדין הכללי, דהיינו במישור דיני החיובים (וראו סעיף 101 ואילך לסיכומי המשיב). הכלל הוא כי אדם איננו חייב כסף לעצמו, כך שרכישה עצמית של אגרת חוב מביאה

לפרעון (ביטול) החוב: חביב סגל, **דיני חברות**, כרך ב בעמוד 110; גרוס, **חוק החברות החדש**, מהדורה רביעית, עמוד 501; וכן ויסמן "'חכירה לדורות' למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתא" משפטים ז', עמוד 104. ראו גם, לצורך היקש, את סעיף 61 לפקודת השטרות לפי "**קבל האוחז שטר, או שנעשה אוחזו, בזכות עצמו, בחלותו של השטר או לאחריה – השטר נפקע**". במילון המשפטי Black's (מהדורה שנייה, גרסה מקוונת) מוסבר תחת הערך "merger" כי:

> "...where the qualities of debtor and creditor become united in the same individual, there arises a confusion [מזיגה] of rights which extinguishes both qualities; whence, also, merger is often called 'extinguishment'..."

דהיינו חוב מתבטל כתוצאה מ"מזיגה" של זכות הנשיה והתחייבות החייב באותו אדם. אמנם קיימת לרכישה עצמית גם השלכה פרקטית, בה התמקדו הצדדים דנן, שהיא מחיקת האג"ח מן המסחר בבורסה, אולם השלכה זו מצויה ברובד המסחרי הנוגע לאפשרויות המכירה בזירה מסויימת. כאמור, **ברובד בסיסי יותר**, הנוגע לעצם קיום החיוב, ממילא רכישה עצמית על ידי חברה מנפיקה מביאה לבטלות החיוב ולא נותר במה לסחור (וראו עניין **רוזבאד** הנ"ל, בסעיף 24 לפסק הדין: "**בעצם הרכישה העצמית של איגרת החוב על ידי החברה המנפיקה יש משום פירעון סכום החוב הנקוב באיגרת החוב**").

כתוצאה מכך, בחלופה השנייה הרווח הוא גם וודאי וגם מקובע, ולא אמור להיווצר הפסד.

אם נחזור לאותה דוגמה ששימשה אותנו לעיל (ראו סעיף 21), הרי אם הערך הנקוב הוא 100 ש"ח ואגרת החוב נרכשת על ידי החברה המנפיקה ב-60 ש"ח, נוצר רווח (סופי) של 40 ש"ח (בהתעלם מהחסכון הנוסף בנושא ריבית והצמדה).

73. **בחלופה השלישית**, רכישת האג"ח על ידי חברה קשורה איננה מביאה לביטול החיוב (ואף לא למחיקה מן המסחר, ברובד אחר). אולם **הרווח מן המהלך איננו ודאי** ואף עלול להיווצר הפסד. אם למשל האג"ח נרכשת בתמורה ל-60 ש"ח ושערה עולה בהמשך ל-70 ש"ח, החברה הרוכשת תרשום רווח של 10 ש"ח אם האג"ח תימכר, ואילו החברה המנפיקה כלל לא תהיה מושפעת מן המהלך. אם שער האג"ח יעלה ל-110 ש"ח, אזי הרווח יגיע לכדי 50 ש"ח (דהיינו יותר ממה שהחברה המנפיקה יכלה להרוויח בחלופה השנייה). ואם לעומת זאת שער האג"ח

יירד ל-40 ש"ח והאג"ח תימכר, אזי החברה הרוכשת תספוג הפסד של 20 ש"ח ושוב החברה המנפיקה עצמה לא תושפע.

74. דהיינו, בפני חברה מנפיקה, **הפועלת לבדה**, עומדות רק שתי אפשרויות: **(א)** אי נקיטת מעשה, והמשך חבות לפי תנאי האג"ח כלפי המחזיק; **(ב)** ביטול ההתחייבות כנגד הוצאת מזומן והפקת רווח (חסכון) בסכום קבוע וידוע. **רק על ידי הכנסת החברה הקשורה לתמונה** בחלופה השלישית נוצר שילוב של סיכוי לרווח (בלתי מוגבל) עם סיכון להפסד (עד גובה הסכום ששולם עבור האג"ח). זהו "תסריט" כלכלי שונה, שאיננו "שקול" לאפשרויות שעמדו בפני החברה המנפיקה לבדה. ויודגש: השוני איננו נובע אך מכללי הבורסה ו"בעיית המחיקה מן המסחר"; השוני הוא יסודי יותר ונובע מן ההבדל המהותי בין רכישה עצמית אמתית שמביאה לביטול ההתחייבות לבין רכישה בידי אדם אחר (קשור או בלתי קשור) שמותירה את ההתחייבות על כנה.[3]

75. אמנם בחלופה השלישית בתקופת הביניים (בין רכישה למכירה) התחייבות החברה המנפיקה היא "רק" כלפי חברה בשליטתה וייתכן כי התחייבות מעין זו איננה מכבידה יתר על המידה. אולם אין חולק כי הכוונה הייתה למכור את האג"ח בהמשך לצדדים שלישיים (לאחר התאוששות בשווקים) ואז, לאחר המכירה, ההתחייבות תשוב למלוא עוצמתה (ויוזכר כי המערערת לא עסקה ברכישת אג"ח "קצרות" העשויות להיפדות לפני שניתן יהיה למוכרן).

76. על כן, גם השוני הכלכלי המתואר בין מתווה רכישה זה ולבין רכישה עצמית "אמתית" בידי החברה המנפיקה מקשה על קבלת עמדת המערערת.

יא. "מחירי העברה"

77. כאמור, הפן השני במכלול טענות המערערת נוגע ל"מחירי העברה", כלומר מתוך נקודת המוצא שהרווחים ממכירת אגרות החוב שייכים לכתחילה למערערת, האם ההסדרים

---

[3] כלל לא ברור במקרה הנוכחי שמהלך הרכישה באמצעות חברה קשורה היה כדאי לקבוצה כולה, לפי התוצאה. הרי נרכשו על ידי המערערת בסך הכל אגרות חוב בכ-117 מיליון ש"ח ערך נקוב. שולם עבורן כ-62 מיליון ש"ח. אם כלכלית ירושלים הייתה מבצעת את הרכישה בעצמה היא הייתה חוסכת כ-55 מיליון ש"ח קרן התחייבות וכן ריבית והפרשי הצמדה צבורים. בפועל, כתוצאה מביצוע הרכישה באמצעות המערערת, הרי המערערת הרוויחה מן המכירות כ-70 מיליון ש"ח, אך כלכלית ירושלים נותרה חייבת למחזיקי האג"ח 117 מיליון ש"ח קרן ועוד ריבית והצמדה. השוואה זו איננה מביאה בחשבון את החסכון האפשרי בעלויות גיוס שהושג מאי מחיקת האג"ח הקיימות.

הכלכליים ששררו בינה לבין כלכלית ירושלים מצדיקים "הפקעת" רובם של הרווחים לטובת כלכלית ירושלים והותרת המערערת עם רווח צנוע בלבד?

נראה כי טענה זו היא מרחיקת לכת פחות מאשר טיעון התומך בייחוס גורף של כלל התוצאות לכלכלית ירושלים בשל מידת מעורבותה כמתואר לעיל (ולא כל שכן מרחיקת לכת פחות מכל טיעון הכרוך בהרמת מסך ממש). כאן הדגש הוא כמותי, דהיינו מדידת הגמול המגיע לכלכלית ירושלים, לפי הטענה, בגין הסיכונים שהיא נטלה, המשאבים שהיא הביאה לעסקה, ותפקידיה בנעשה.

78. לגישת המערערת, היא שימשה למעשה "ברוקר" עבור כלכלית ירושלים ולא הייתה זכאית אלא לעמלת ברוקראז' צנועה בגין מאמציה.

כמו כן נאמר כי המימון לרכישות ניתן כ"הלוואה משתתפת ברווחים", בתנאי non-recourse, ובשל כך כל רווח שיופק ממכירת האג"ח חייב להשתלם לידי כלכלית ירושלים כתשואה על ההלוואה:

> **"... זה כמו מוצר שקוראים לו 'הלוואה משתתפת ברווחים', שאני בא ואומר 'אני נותן לך את ההלוואה, אבל כל הרווחים שינבעו לך הם, בעצם, שייכים אלי'."**
>
> (עדות רו"ח אריאב, עמוד 108, שורה 13 עד שורה 15)

79. העיגון לגישה זו מצויה כמובן בהוראות הסכם השירותים הנ"ל אשר נערך ביום 20.10.2010 (בתחולה מחודש נובמבר 2008 על פי הנאמר בו). בהתאם לסעיף 4 להסכם השירותים, כמצוטט לעיל:

> "... [המערערת] **זכאית לתמורה בסך של 0.5% מעלות הרכישות של ניירות הערך."**

סעיף 3.2 להסכם השירותים מסדיר כביכול את עניין ההלוואה שמשתתפת ברווחים:

> **"המימון לביצוע הרכישות... יועמד... על ידי החברה** [כלכלית ירושלים] **והחברה תהיה זכאית לכל התמורה שתתקבל ממכירת אגרות חוב אלה בתנאי non recourse."**

80. יש להבין את הביטוי "בתנאי non recourse" כמורה על כך כי השבת המימון הניתן למערערת על ידי כלכלית ירושלים תהיה אך ורק מתוך תמורה שתתקבל בידי המערערת ממכירתן של אגרות החוב שנרכשו באמצעות המימון האמור.

אולם יודגש כי הסכם השירותים אמנם קובע כי כלכלית ירושלים תוכל להיפרע רק מן האג"ח אשר יירכשו מתוך כספי ההלוואה (דהיינו אין recourse - גישה - לנכסיה האחרים של המערערת) אולם זכות הפרעון איננה מוגבלת לפי ההסכם **לגובה ההלוואה** אלא נאמר כי **כל תמורה** ממכירת האג"ח – אפילו בסכומים החורגים מיתרת ההלוואה – תשולם לידיה של כלכלית ירושלים.

81. יוער כי ביאור 3 לדו"חות הכספיים של המערערת לשנת 2009, אשר נחתמו ביום 25.3.2010, דהיינו כשבעה חודשים **לפני** עריכת הסכם השירותים, מציג תמונה שונה. שם נאמר:

> **"ההשקעה בניירות הערך מומנה באמצעות קבלת הלוואה מהחברה האם הנושאת ריבית שנתית בגובה הכנסות הריבית מניירות ערך (back to back)...**
> **בהתאם להסכם שנחתם בין החברה לחברה האם, החברה זכאית להכנסה מדמי טיפול בסך 0.5% מעלות רכישתן. הכנסה זו נכללת בהוצאות מימון, נטו בדוח על הרווח הכולל."**

לפי זה, התשואה המגיעה לכלכלית ירושלים עבור העמדת ההלוואה היא **ריבית back-to-back**, דהיינו הריבית לה זכאית כלכלית ירושלים משתווה לריבית שהיא חייבת לשלם, כמנפיקת אגרות החוב, לידי המערערת, שהיא מחזיקה באגרות החוב. אין רמז לכך שכלכלית ירושלים תהיה זכאית "לכל התמורה שתתקבל ממכירת אגרות חוב אלה" כפי שנכתב לאחר מכן בהסכם השירותים, ולכאורה משתמע מן האמור בדו"חות הכספיים, כי המערערת תהיה זכאית, כבעלות אגרות החוב וכמצופה, לתמורה שתתקבל ממכירתן (ונזכיר כי המלל הנ"ל

המופיע בביאור 3 לשנת 2009, לא הופיע בדו"חות הכספיים לשנת 2008). כמו כן, בנוסח הביאור אין התייחסות לתנאי non recourse בקשר להלוואה המתוארת שם.

כלל לא הובהר לאיזה הסכם מכוונות המילים "**בהתאם להסכם שנחתם בין החברה** [המערערת] **לחברה האם** [כלכלית ירושלים]", מילים המופיעות בביאור 3 הנ"ל: הרי הדו"חות הכספיים של המערערת לשנת 2009 נחזים להיות מיום 25.3.2010, ואילו הסכם השירותים נערך רק ביום 20.10.2010 ולא הוצג כל הסכם אחר בפני בית המשפט.

והנה גם בדו"חות הכספיים של המערערת **לשנת 2010** אשר נחתמו ביום 30.3.2011, כלומר כחמישה חודשים **לאחר** עריכת הסכם השירותים, נוסחו של ביאור 3 בהקשר זה לא השתנה, ושוב אין אזכור של זכאותה של כלכלית ירושלים "לכל התמורה שתתקבל".

82. המערערת הדגישה את חשיבותו של מסמך פנימי של משרד רואי החשבון קוסט אשר לפי הטענה ולפי העדויות הוכן בחודש מרץ 2009. מדובר במסמך בין ארבעה עמודים הנושא כותרת "**כלכלית ירושלים בע"מ – הפרשה למס לשנת 2008**". כמו כן, על גבי המסמך רשום "**טיוטה – לשימוש פנימי בלבד**" ולא מצויין עליו תאריך ("**המסמך הפנימי**"). לפי העדויות, המסמך הפנימי הוא פרי התייעצות בין צוות הביקורת במשרד קוסט שטיפל בענייני כלכלית ירושלים לבין אנשי מחלקת המסים במשרד.

83. בפתח המסמך הפנימי נאמר:

> **"ישבנו עם אירנה... , המנג'רית בתיק, וסקרנו את סוגיות המס וחשיפות אפשריות בחברה לצורך בחינת ההפרשה למס לשנת 2008. להלן פירוט הסוגיות כפי שעלו ונבחנו על ידנו..."**

המערערת מוצאת חשיבות רבה בעובדת עריכת המסמך הפנימי עוד בחודש מרץ 2009 וזאת על מנת להמחיש כי הכוונה לייחס את תוצאות הרכישה והמכירה של האג"ח לכלכלית ירושלים ולא למערערת הייתה קיימת מלכתחילה ואותו ייחוס לא היה המצאה מאוחרת וכבושה. נביא כאן את חלק המסמך הפנימי המתייחס לרכישת האג"ח על ידי המערערת:

> **"רכישת אג"ח על ידי החברה הבת – חכ"ל בניה רכשה עבור ובשם החברה אג"ח שלה, back to back.**

החברה האם... נתנה הלוואה לחברה הבת לצורך רכישת האג"ח. תנאי ההלוואה זהים לתנאי האג"ח הן מהיבט סכום הריבית והן מהיבט מועדי הפירעון, כך שלחברה הבת לא נוצרת כל הכנסה/הוצאה כתוצאה מפעילות זו. הרכישה באמצעות החברה הבת נעשתה מטעמים כלכליים – על מנת שהאג"ח לא יימחק מהמסחר בבורסה, ומתוך מטרה למכור את האג"ח בשוק בעתיד, כשמחירה יעלה (נרכש האג"ח בעל המח"מ הארוך יותר – פרק זמן סביר שהשוק יתאושש). מלוא ההנאות והסיכונים מרכישת האג"ח הם על החברה האם ולא על הבת. [לפרט – הסכם הלוואה מהאם לבת] הואיל וכל הפעולה **מבוצעת** ע"י [כלכלית ירושלים] **וכי ההנאות והסיכונים עליה, אך הואיל וטכנית היא אינה יכולה לבצע את הרכישה בעצמה אזי פעולת הרכישה נעשתה באמצעות החברה הבת. בהתאם יש לראות כאילו האם רכשה את האג"ח."**

84. המסר העולה מן המסמך הפנימי איננו לגמרי ברור. מצד אחד שוב נאמר כי "**תנאי ההלוואה** [מכלכלית ירושלים למערערת] **זהים לתנאי האג"ח, הן מהיבט סכום הריבית והן מהיבט מועדי הפירעון, כך שלחברה הבת לא נוצרת כל הכנסה/הוצאה כתוצאה מפעילות זו**". דברים אלה דומים מאד לתוכנו של ביאור 3 אשר הופיע בדו"חות הכספיים של המערערת, כמתואר לעיל. יושם אל לב: משמעות הזהות בין תנאי ההלוואה שלוותה המערערת, מחד, לבין תנאי האג"ח שהמערערת החזיקה מאידך, היא **איפוס הוצאות והכנסות המימון** אצל המערערת, ותו לא. לכן, כך נראה, נכתב בהמשך כי:

"לגישתנו מדובר ברכישה עבור ובשם האם back to back... . באם עמדתנו האמורה לא תתקבל על ידי רשויות המס קיימת חשיפה להכנסת ריבית נטו (הפער בין הכנסת הריבית מהאג"ח לבין הוצאות ריבית השוק על ההלוואה) וקיזוז הפסדים (באם נוצרת הכנסת ריבית נטו בבת עולה שאלת קיזוז הפסד שוטף."

אין אזכור במסמך הפנימי לתנאי non recourse כלשהו.

עד כאן אין סימן לכך כי ההבנה הייתה שגם **רווח הון ממכירת האג"ח** יהיה שייך לכלכלית ירושלים (בניגוד לאיפוס הכנסות המימון בשל הוצאות הריבית back to back), אולם ייתכן שזו המשמעות של המילים "**לבת לא יווצר הכנסות/הוצאות בגין האג"ח האמור**" המופיעות

בהמשך המסמך הפנימי. מכל מקום, כאמור, הן הדו״חות הכספיים של המערערת לסוף שנת 2009 הן הדו״חות הכספיים לסוף שנת 2010 נערכו **לאחר** רישום המסמך הפנימי ואף בוקרו על ידי משרד קוסט, ואין בהם אינדיקציה לכך כי מאן דהוא סבר כי רווחים אשר יופקו ממכירת האג״ח יהיו שייכים לכלכלית ירושלים.

על כן, יש בכוחו של המסמך הפנימי כדי להראות כי כבר במחצית הראשונה של שנת 2009 סברו יועצי הקבוצה כי **״מלוא ההנאות והסיכונים מרכישת האג״ח הם על החברה האם ולא על הבת״**, אולם אין בכוחו כדי להראות כי כבר אז גובש תוכן ההסדר המסחרי השלם בין כלכלית ירושלים לבין המערערת, ואף נכתב כי יש עדיין **״לפרט – הסכם הלוואה מהאם לבת״**, כלומר יש בעתיד לערוך הסכם כאמור.

85. כאמור, לימים – כשנה וחצי לאחר רישום המסמך הפנימי – נערך הסכם השירותים שאכן מפקיע מידי המערערת כל תועלת כלכלית מרכישת האג״ח פרט לעמלה בגובה 0.5% מעלות הרכישה. על פי העדויות, שיעור עמלה זה – חצי אחוז - נקבע לאחר קיום התייעצויות מסויימות עם מתווכים פיננסיים שנוהגים לגבות עמלות בגין ביצוע עסקאות בניירות ערך עבור לקוחות.

לא הובאה חוות דעת כלכלית התומכת בשיעור העמלה, אך מנגד המשיב לא הביא ראייה לסתור או חוות דעת מקצועית המפריכה את האחוז שנבחר.

מר זבידה מטעם המערערת הטעים:

> **״צריך לשקף את הסיכונים ... זה עסקה מאוד פשוטה לתמחור. מי לקח את מרבית הסיכון? כמה שווה מרבית הסיכון? ומה השווי הסיכון הזה. לכן ההבנה באמת הבסיסית הכלכלית גרידא, היא לא משפטית, היא כלכלית עסקית, של מי שלקח את הסיכון ואת מרבית הסיכון, זכאי למרבית התשואה... חכ״ל... או השותפות לצורך העניין או כל גוף אחר, לא לקחה שום סיכון. לא היה לה מקור שלה. ... לא היה לה שקל להעביר לעסקה. לא היה לה מקורות עצמיים שלה. כל הכסף הגיע מהמלווה. הוא העמיד את זה ב-100% אשראי. הבטוחה היתה אותן איגרות חוב של המלווה,**

מזה הוא רק יכל להיפרע. אין מקום אחר להיפרע מהאשראי הזה. לכן כל הריבית וכל הסיכון צריכה לעבור למלווה."
(עמוד 272, שורה 7 עד שורה 18)

"אם היה קורה מקרה חדלות פירעון באיגרות החוב, הסיכון היה שכלכלית ירושלים לא הייתה מצליחה להשיב בחיים את סכומי הכסף שהיא העבירה לחברה הבת."
(עמוד 266, שורה 31, עד עמוד 267, שורה 2)

86. אין בידי כלים כדי לקבוע אם שיעור העמלה שנותרה למערערת לפי הסכם השירותים הוא אכן מספיק, בהינתן ההנחה שכלכלית ירושלים סיפקה את כל המימון הדרוש לצורך הרכישה (וראו את הדיון לעיל, בסעיפים 55 עד 59 לעיל). אולם בהקשר זה יש לזכור כי אילו מדובר היה בצדדים בלתי קשורים - שזו כמובן אמת המידה המשמשת בתחום מחירי העברה – אזי היה בידי המערערת כוח מיקוח בלתי מבוטל מפני שכלכלית ירושלים לא יכלה לרכוש את האג"ח בעצמה מבלי להביא למחיקתן והיא נזקקה ל"שירותיה" של המערערת ולא להיפך. וכן למותר לציין כי העובדה שמלווה פלוני מוכן להעמיד הלוואה בתנאי non recourse, כלומר, כנגד זכות להיפרע רק מן הנכס שנרכש באמצעות כספי ההלוואה, אין פירושה כי המלווה אמור להיות זכאי **לכל** הרווח שיופק ממימוש אותו נכס. אם כך אכן היה, לכאורה לא יהיו ללווה סיבה או תמריץ ליטול את ההלוואה כי ממילא התועלת שעשויה לצמוח מהשימוש בכסף לא תיוותר בידיו.

(כאן יש מקום לתהות האם המצב הנדון הוא אכן שקול למקרה בו חברת אם מעמידה אשראי לחברת בת, בתנאי non-recourse, לצורך רכישת **נכס "חיצוני"**, למשל נכס מקרקעין או אגרות חוב של קונצרן אחר; הרי **כאן** כישלון בפירעון ההלוואה היה נובע מהתרסקות האג"ח של **כלכלית ירושלים עצמה**, ובמצב זה אי השבת ההלוואה על ידי חברת הבת הייתה עבור כלכלית ירושלים אך חלק מהתממשות סיכון רחב הרבה יותר – דהיינו סיכון של קריסת העסקים שלה עצמה - כך שאי החזרת הכסף על ידי המערערת הייתה במקרה זה עבור כלכלית ירושלים בבחינת the least of its worries).

נזכיר כאן כי נטל השכנוע בנושא זה, כמו בערעור כולו, מוטל על כתפי המערערת.

87. אין גם לשכוח כי אף אם מיישמים עקרונות "מחירי ההעברה" במקרה דנן, הרי ההכנסה מן ההחזקה והמכירה של האג"ח אמורה הייתה להיות מופקת בראש ובראשונה **על ידי המערערת** ורק לאחר ההכרה בהכנסה בידיה יהיה מקום להמשיך ולבחון את סבירות ונאותות ההוצאות שהיא נדרשה לשלם, לפי מודל זה, לכלכלית ירושלים וכן את אפשרות התרת ההוצאות בניכוי בהתאם להוראות הפקודה והדין. אין מקום לדלג על שלבים אלה בניתוח ולהצהיר על כך שכל ההכנסה (פרט לחצי אחוז מעלות הרכישה) שייכת לכלכלית ירושלים. דהיינו, על פי הניתוח המלא, קודם כל מופקת בידי המערערת הכנסה מריבית על האג"ח, בהמשך מופקת על ידי המערערת תמורה ממכירת האג"ח וכשלב שלישי ונוסף נבחנת תביעת ניכוייה של הוצאה בגובה כל התשואה הן מריבית והן מרווח הון - למעט חצי אחוז כאמור – כנגד ההכנסה מריבית והתמורה מן המכירה.

88. מעבר לאמור לעיל, קושי מהותי הכרוך בעמדת המערערת בנושא מחירי העברה נוגע להיבט העיתוי: אף אם נקבל את ההסדר הבין-חברתי הגלום בהסכם השירותים כסביר, ואף אם נשתכנע כי שורשי ההסדר הם במסמך הפנימי וכי המסמך הפנימי נרשם במרץ 2009, ואף אם נשלים עם "קיצור הדרך" הכרוך ביישום הסכם השירותים מבלי להכיר ברווחי המכירה קודם כהכנסה בידי המערערת, אזי נותרה בעיה בסיסית של **דיווח לאחר היוודע שינוי המגמה בשערי האג"ח**.

במה הדברים אמורים? כמפורט לעיל, בתחילה, הוצגו אגרות החוב הנדונות כרכושה של המערערת, ללא כל סייג. **הביטוי החיצוני הראשון** להסדר הנטען, לפיו הרווח ממכירת האג"ח ישוייך דווקא לכלכלית ירושלים ולא למערערת, בא אך **בתאריך 30.12.2010**, עם הגשת דו"ח המס של המערערת לשנת 2009.

89. כאמור, המפולת בשוקי ההון החלה בשליש האחרון של שנת 2008. איש לא ידע כמה זמן יימשך המשבר, לאיזו רמה יפלו השערים, ומתי תשתנה המגמה. גם עדי המערערת העידו על חוסר הוודאות ששרר באותה תקופה (עמוד 26, שורה 13 עד שורה 20; עמוד 48, שורה 8 עד שורה 13 ("**... אף אחד לא חזה או לא צפה מתי תהיה התאוששות... כשבהחלט ייתכן שהמצב יחמיר והאיגרת חוב תרד הלאה...**"; עמוד 218, שורה 7 עד שורה 11 (מחירי האג"ח נותרו נמוכים בחודש נובמבר 2009); עמוד 309, שורה 16 עד שורה 18).

והנה אפילו **בחודש ספטמבר 2009**, שנה תמימה לאחר פרוץ המשבר, הצליחה המערערת לרכוש אגרות חוב של כלכלית ירושלים תמורת שני שלישים בלבד מערכן הנקוב, וזאת לאחר

נפילה ממשית במחירן לעומת החודשים הקודמים. נדמה כי רק במחצית הראשונה של שנת 2010 התייצבה המגמה החיובית ועלו שערי האג"ח של כלכלית ירושלים על הערך הנקוב.

המערערת עצמה מגדירה את רכישת האג"ח בתנאי השוק שהתקיימו באותם זמנים כמסוכנת ביותר: "... **רכישה אולטרה-ספקולטיבית של אגרות חוב בתשואת 'זבל'**" (סעיף 4 לסיכומי התגובה מטעם המערערת).

90. נמצא אפוא כי כפי שבסופו של דבר נוצר רווח ממהלך הרכישה והמכירה, **יכול היה להיווצר הפסד** וככל הנראה איש לא היה מופתע מכך. נראה כי הפסד כאמור יכול היה להיות לעזר למערערת, אשר באופן כללי הייתה רווחית ושילמה מסים, יותר מאשר לכלכלית ירושלים, לה היו ממילא הפסדים צבורים בהיקף ניכר ביותר.

גם אם נקבל את גרסת המערערת כי גמלה בלב אנשיה ויועציה ההחלטה לייחס את מלוא תוצאות הרכישה לכלכלית ירושלים כבר מהשלבים המוקדמים ביותר, אזי איש מלבדם לא ידע על כך עד לדצמבר 2010. **בפועל** נותרה בידם **גמישות פעולה**: אם השערים היו ממשיכים ליפול והמערערת הייתה נאלצת למכור בהפסד מסויים כדי למנוע הפסדים גדולים עוד יותר, **הדרך הייתה פתוחה להשאיר את ההפסד בידי המערערת**. אדרבה, השארת הפסד כאמור בידי המערערת הייתה עולה בקנה אחד עם דו"חותיה לשנת 2008, כמוסבר לעיל. וכדברי המשיב בעניין זה:

> **"למעשה, הפעם הראשונה שבה המערערת טוענת בדוחותיה לצורכי מס באופן מפורש כי רכשת את אגרות החוב עבור חברת האם, אירעה רק בדו"ח ההתאמה לשנת 2010 שהוגש בחודש דצמבר 2011, <u>לאחר</u> שכבר בוצעו מכירות האג"ח ונודעו תוצאותיהן העסקיות הכלכליות, ואף הפיסקאליות, של המערערת ושל חברת האם. אולם, ברור שהדבר אינו אפשרי בשלב זה, ובדיעבד, כאשר התוצאות כבר ידועות. המערערת לא הוכיחה כי אילו התוצאה העסקית הייתה שונה (למשל האג"ח היו מפסידות) הייתה גם אז מבקשת לשנות את האמור בדוחותיה ולטעון כי האג"ח שייכות לחברת האם.**
>
> **כעת, בדיעבד, כאשר כלל לא בטוח שאילו היו התוצאות העסקיות של רכישת האג"ח מסתיימות אחרת הייתה המערערת מבקשת לראות**

באג"ח כאלו שנרכשו על ידי חברת האם, לא ניתן להכשיר את מה שנעשה."

(מתוך סעיפים 59 ו-60 לסיכומי המשיב)

91. לדעתי אין להלום מצב כגון זה של השארת מרחב תמרון (במכוון או הלכה למעשה), כאשר שיוך התוצאות לכלכלית ירושלים נעשה **כלפי חוץ** לאחר התייצבות השוק והשערים ובחכמה שלאחר מעשה. ודוק, לא מדובר בפרק זמן קצר וחסר משמעות בין עיצוב ההסדר הפנימי (לפי הנטען) לבין מתן ביטויו כלפי רשויות המדינה – חלפו שנתיים שלמות בין ביצוע עיקר הרכישות (בנובמבר ודצמבר 2008) לבין הגשת דו"ח המס של המערערת לשנת 2009 בחודש דצמבר 2010. אף למותר לציין כי בעיגון תנאי non recourse **בחודש אוקטובר 2010** – לאחר חלוף המשבר – אין כל רבותא; מובן כי לא ניתן ליטול סיכון "למפרע".

92. אינני סבור כי יש מרפא בהודאתם של עדי המערערת כי בתחילה נעשו טעויות בניסוח ובהצגת הדברים, כך שנוסח המסמכים אז לא שיקף נאמנה את ההסדרים האמתיים והכוונה האמתית:

"לטעמי, ... הסיבה היחידה שאנחנו נמצאים פה זה כי הדיווח על המציאות שאני מתאר היה לוקה. זאת אומרת, המציאות הזאת לא קיבלה ביטוי הולם בדו"חות הכספיים של החברה הבת ו/או החברה האם, עד לתיקונה... אני יכול להגיד, לעניות דעתי, אנחנו פה כי הדיווח בדו"חות הכספיים היה לא הולם, לא הלם את המציאות כפי שאני מתאר אותה פה.

...

צוות הביקורת, ישבנו איתם, קיבלנו נתונים, ולתדהמתי התברר במסגרת הפגישה הזאת, שבעצם, ההחלטות שהתקבלו ושיושמו והמצגים שהיו, שבעצם, ההנאות והסיכונים הם על החברה האם, ובחברה הבת לא אמור להיות שום דבר, לא קיבלו ביטוי בדו"חות הכספיים של החברה הבת."

(עדות רו"ח אריאב, עמוד 57, שורה 20 עד שורה 23; שורה 30 עד 32; עמוד 67, שורה 32 עד עמוד 68, שורה 3)

אף אם הרכישות הראשונות נעשו בלחץ המשבר העולמי הגואה, הרי בשבועות ובחודשים לאחר מכן היה די זמן והותר כדי להסדיר בכתובים – ולהציג בפני רשות המסים – את המנגנון לפיו כמעט כל הרווח ממכירת אגרות החוב **בעתיד** יגיע לידיה של כלכלית ירושלים, בשל נשיאתה בסיכונים כנטען.

93. מן ההיבט האמור, ייתכן שאילו הייתה פנייה לרשויות המס **בזמן אמת**, תוך הצהרה על נקיטת עמדה לפיה חלק הארי מן הרווח המופק ממהלך רכישת האג"ח אמור להיות מיוחס לכלכלית ירושלים בשל תמחור תרומתה, היה בכך כדי להוציא מקצת מהעוקץ. אך כך לא נעשה. כאשר נשאלו עדי המערערת מדוע לא פנו בתחילת הדרך לקבלת אישור מרשות המסים לשיוך תוצאות המס לכלכלית ירושלים, תלו הם את הדבר בשיתוק שפקד את רשות המסים (לפי טענתם) באותם ימים:

> **"... באותה תקופה אי אפשר היה לקבל רולינגים ממס הכנסה, כי כל אחד שם פחד לזוז וכל דבר היה צריך לעבור עשרה מדורי גיהנום כדי לקבל רולינג. וכנראה שזה היה פחות או יותר בתקופה הזאת. והרשות הייתה מושבתת, כאילו, בנושא של רולינגים. אי אפשר היה להוציא ממס הכנסה כמעט שום דבר, ... וכל אחד פחד לזוז וכל אחד היה צריך עשר חתימות של, גם המחלקה המקצועית, וגם היועץ המשפטי, וגם פה, וגם שם, וזה מאוד לא היה, לא היה פרקטי.**
>
> **...**
>
> **כב' השופט: עכשיו, הזכרת גשר של ברזל, גשר של פלדה, יש גם גשר של בטון שזה לפנות למס הכנסה ולשאול אותה ולהסיר את כל אי-הודאות ולא לחכות לחוזר. זה דבר שנשקל?**
>
> **ת.: ... אני מאמין שאדוני בתוך עמו הוא חי. אנחנו מדברים על 2008, שזה שנה אחרי ינואר 2007, שהיה פרשת רשות המיסים...**
>
> **עו"ד פורת: שנתיים.**
>
> **...**
>
> **ת.: שנתיים. תשובות לא מקבלים כל יום..."**
>
> (עדות רו"ח אריאב, עמוד 87, שורה 4 עד שורה 11; עדות רו"ח פונדק, שותף בכיר במשרד קוסט, עמוד 157, שורה 18 עד שורה 27).

גם אם יש ממש בהסבר זה (ואינני נדרש להכריע בנקודה), לא הייתה כל מניעה להודיע מראש כי כך בכוונת הקבוצה לעשות, גם אם לא הייתה ציפייה לקבל אישור מאת רשות המסים.

94. מהעבר השני, עולה מדברי אותם עדים כי הייתה להם מידה רבה של בטחון כי גישתם בסוגיה נכונה בהחלט, כך שפנייה לרשותה מסים הייתה מיותרת (**"לא מצאנו לנכון לפנות לרולינג כי, לדעתנו, העמדה המקצועית שלנו היא נכונה וצודקת"** – עדות רו"ח אריאב, עמוד 84, שורות 17-18; וכן עדות רו"ח פונדק, עמוד 155, שורות 22-23).

95. דא עקא, אינני שותף לאותה גישה ובנסיבות המקרה לא היה מקום להניח, כדבר כמעט מובן מאליו, שתוצאות הרכישה והמכירה של האג"ח ניתנות לייחוס, בדרך זו או אחרת, לכלכלית ירושלים. לטעמי בנסיבות העניין אין מקום לכבד את הסדר מחירי ההעברה, הגלום כביכול בהסכם השירותים, כחל למפרע על כל אגרות החוב שנרכשו בשנים 2008 ו-2009, וזאת בייחוד לנוכח המועד המאוחר בו קיבל ההסדר האמור ביטוי חיצוני, כמנומק לעיל.

יב. חוזר מ"ה 2/2010 ויישומו במקרה זה

96. כטענה נפרדת ונוספת, גורסת המערערת שהיא וכלכלית ירושלים עומדות בתנאים שקבעה רשות המסים בחוזר מס הכנסה מספר 2/2010 ("**החוזר**") ובהתאם לכך, ועל פי הוראות החוזר עצמן, יש לייחס את תוצאות הרכישה והמכירה לכלכלית ירושלים ולא למערערת.

97. החוזר פורסם ביום 28.7.2010. הנושא הוא "**רכישה עצמית של אגרות חוב והסדרי חוב**". בחלק הראשון של החוזר נפרש רקע על המשבר הכלכלי העולמי שהחל בשנת 2008 וצויין כי:

> **"... חלק מהחברות נקלעו למצב של חוסר יכולת לפרוע את חובן למחזיקי אגרות החוב, בעוד חברות אחרות ניצלו את הירידות בשערי אגרות החוב שהונפקו על ידן לציבור, לרכישת אגרות החוב במחיר הנמוך מסכום ההתחייבות."**

הוסבר כי:

"רכישות אלה נעשות, בין היתר, בשל התמריץ הכלכלי של רכישת אגרות החוב במחיר שהינו זול משמעותית ממחיר ההנפקה. כמו כן, רכישת החוב על ידי החברה גורמת להסרת שעבודים, ככל שישנם כאלה, מעל הנכסים אשר מגבים את אגרות החוב, וכך מתפנים נכסים אלה לצורך גיוס חוב חדש בתנאים טובים יותר. לבסוף, מעניקה הרכישה איתות חיובי לשוק על מצבה של החברה ועל אמון בעלי השליטה בה."

98. מבנה החוזר, בחלקים הנוגעים לענייננו, הוא כדלקמן:

סעיף 2.1: רכישה עצמית של אגרות חוב על ידי החברה המנפיקה
- כללי
- מקור ההכנסה
- עיתוי ההכרה בהכנסה

סעיף 2.2: רכישה עצמית של אגרות חוב על ידי חברה בת או חברה קשורה
- היבטי המיסוי
- סיווג מחדש של רכישה על ידי חברה קשורה כרכישה על ידי החברה המנפיקה

לגבי חברה מנפיקה אשר רוכשת אגרות חוב של עצמה, מחדד החוזר שלוש נקודות עיקריות: (א) רכישת האג"ח מביאה לסילוק התחייבות החברה; (ב) ההכנסה שנצמחת מהרכישה (בגובה ההפרש בין ההתחייבות המסולקת לבין המחיר ששולם) היא הכנסת מימון הממוסה לפי סעיף 2(4) לפקודה, אולם לבקשת החברה, ניתן לראות את ההכנסה כנובעת ממחילת חוב לצורך סעיף 3(ב) לפקודה (ולכך יש השלכות לעניין אפשרויות קיזוז הפסדים); (ג) ההכנסה נצמחת במועד הרכישה העצמית.

לגבי רכישה בידי חברה קשורה, המסר העיקרי העולה מן החוזר הוא כי "... **רכישת אגרות החוב ... לא תהווה אירוע מס במועד הרכישה, ואירוע המס ידחה למועד פרעון אגרות החוב או למועד מכירתן לצדדים שלישיים**" (סעיף 2.2.1 לחוזר). בהמשך אף מובהר כי:

"... רכישת אגרות החוב לא תהווה אירוע מס במועד הרכישה, בין אם מימון הרכישה נעשה באמצעות הון עצמי קיים של החברה הקשורה ו/או באמצעות מימון זר מצדדים שלישיים ו/או באמצעות מימון מהחברה המנפיקה בין על ידי מתן הלוואה ובין על ידי השקעה במניות החברה הקשורה על ידי המנפיקה."

99. דומה כי רשות המסים סברה כי גישתה המוצהרת לגבי רכישה בידי חברה קשורה מהווה הקלה או הטבה מסויימת **בגלל הדחייה במועד אירוע המס** לעומת מקרה של רכישה בידי חברה מנפיקה (הטבה שעלולה להישלל במקרים מסויימים, כפי שיפורט בהמשך). בשל כך, מצויין שם כי הגישה המקלה תחול גם כאשר הרכישה ממומנת (בעקיפין) בידי החברה המנפיקה.

100. עם זאת, החוזר ממשיך ומסייג את הגישה המוצעת בקשר לחברות קשורות:

"על אף האמור לעיל וכפי שיפורט בסעיף 2.2.2 להלן, במקרים בהם אחת ממטרותיה העיקריות של הרכישה באמצעות החברה הקשורה הינה הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה בחברה המנפיקה, תסווג מחדש, לצרכי מס, רכישת אגרות החוב על ידי החברה הקשורה כרכישה עצמית של אגרות החוב ע"י המנפיקה."

להבנתי הקטע המצוטט בא להשמיע כי **לא תורשה דחיית אירוע המס** אם מטרת השימוש בחברה הקשורה לצורך ביצוע הרכישה היא הפחתת מס בלתי נאותה וכו'. בהמשך (בסעיף 2.2.2 לחוזר) מנויים התנאים ל"**סיווג מחדש של רכישה על ידי חברה קשורה כרכישה על ידי החברה המנפיקה**".

101. יושם אל לב כי מעבר לאמירה שבמקרה של סיווג מחדש כאמור "**יחולו הכללים שפורטו בסעיף 2.1 לעיל** [לגבי רכישה בידי חברה מנפיקה]", החוזר איננו מסביר כיצד תמוסה רכישת אג"ח שבוצעה בפועל על ידי חברה קשורה אולם רואים אותה כאילו בוצעה בידי החברה המנפיקה עצמה. יש להבין כי במקרה זה במועד הרכישה מתרחש אירוע מס וההכנסה היא בגובה ההפרש בין ההתחייבות לבין מחיר הרכישה. אולם לא נאמר מה הדין בעת מכירת האג"ח לאחר מכן (שלב שלא יכול להתקיים ברכישה עצמית אמתית בידי חברה

המחוז
אמן י
2745

מנפיקה). יש רק לשער כי אז מתרחש אירוע מס נוסף (בדומה למוסבר בסעיף 23 לעיל) אך אין לכך רמז בחוזר עצמו.

102. סעיף 2.2.2 לחוזר מונה ארבעה תנאים אשר בהתקיימם רכישה באמצעות חברה קשורה תסווג מחדש. אלה התנאים בתמצית: (א) החברה הקשורה היא חדשה והוקמה לצורך רכישת האג"ח או שהיא חברה קיימת "ללא פעילות ממשית"; (ב) החברה הקשורה נשלטת ב-90% לפחות בידי החברה המנפיקה; (ג) הרכישה נעשתה במימון החברה המנפיקה או בערבותה; (ד) תנאי ההלוואה שניתנה על ידי החברה המנפיקה למימון הרכישה הושפעו מהיחסים המיוחדים בינה לבין החברה הקשורה הרוכשת.
בהתמלא תנאים אלה, שומרת רשות המסים לעצמה את האפשרות לטעון כי הרכישה היא למעשה רכישה ישירה על ידי החברה המנפיקה וכפועל יוצא מכך לא יידחה אירוע המס במועד הרכישה.

הצדדים לערעור דנן היו חלוקים לגבי קיום ארבעת התנאים הנ"ל בנסיבות המקרה.

103. המערערת סבורה כי ציבור הנישומים רשאי לנצל את הוראות החוזר, ובפרט סעיפים 2.2.1 סיפא ו-2.2.2, ולבקש או לתבוע כי רכישת אג"ח שנערכה על ידי חברה קשורה והעומדת בתנאים המנויים שם תיחשב לרכישה על ידי החברה המנפיקה. דהיינו, לפי גישת המערערת. החוזר פתח בפני הציבור נתיב להשגת תוצאה יוצאת דופן (בהעדר עיגון חקיקה מפורש), לפיה רווח שהופק על ידי חברה פלונית תמוסה בידי חברה אלמונית. לדידה, היא אף עמדה בדרישות החוזר על מנת להשתמש בנתיב זה.

ואכן גם המשיב נגרר לדיון בשאלה האם ארבעת תנאי החוזר התקיימו בפועל במקרה הנוכחי (וראו בפרט עדותו של מר עזיאל מטעם המשיב, עמוד 424, שורה 3 עד שורה 17; עמוד 426, שורה 7 עד עמוד 428, שורה 21; וכן סעיפים 90 עד 98 לסיכומי המשיב, אשר נכתבו "למעלה מהצורך", כלשון המשיב).

104. לאחר עיון בחוזר הנדון הגעתי למסקנה כי הוראות סעיף 2.2.2 כלל לא נועדו לאפשר לנישומים להעתיק הכנסה מתאגיד לתאגיד אלא להנחות את פקידי השומה באיזה מקרים יש להשקיף על רכישת אג"ח בידי חברה קשורה כפעולה מלאכותית.

למקו
יוי ת"א
9420

סעיף 2.2.2 לחוזר, בו מצויים התנאים האמורים, הוא ההמשך הישיר של סעיף 2.2.1 סיפא ושתי ההוראות מהוות מקשה אחת. כאמור, בסעיף 2.2.1 סיפא נדונים "**מקרים בהם אחת ממטרותיה העיקריות של הרכישה ... הינה הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה...**". דהיינו מדובר בהנחיה בעלת תכלית אנטי תכנונית מבוהקת. תכלית זו אף משתקפת בתוכנם של ארבעת התנאים, אשר באופן מצרפי מאפיינים מצב של שימוש בתאגיד קש, בתנאים שאינם תנאי שוק, על מנת להשיג יתרון מיסוי. ומהו אותו עוקץ עמו באה ההנחיה להתמודד? להבנתי עמד לנגד עיני מנסחי החוזר בעיקר יתרון עיתוי ההכרה בהכנסה הטמון לכאורה בשימוש בחברה קשורה. הרי, כמוסבר, רכישת אג"ח בידי חברה קשורה, שאיננה המנפיקה, איננה מקימה אירוע מס בעת הרכישה – בניגוד למקרה של רכישה עצמית על ידי חברה מנפיקה. יתרון נוסף עשוי לנבוע מביצוע הרכישה באמצעות חברה קשורה אשר הייתה **בעבר** חברה פעילה אשר צברה הפסדים הניתנים לקיזוז (כדוגמת שלד בורסאי). כאשר השימוש בחברה קשורה נעדר כל תכלית או טעם אחרים, כמוכח באמצעות בבחינת ארבעת התנאים, או אז יש הצדקה לשלול את היתרונות האמורים.

תכליתה האנטי-תכנונית של החוזר איננה ישימה במקרה הנוכחי כאשר **דווקא החלתו של סעיף 2.2.2 לחוזר תוביל להימנעות ממס** (בשל קיזוז הרווחים כנגד הפסדיה של כלכלית ירושלים).

למותר לציין כי המערערת איננה טוענת כי מטרת ביצוע רכישת האג"ח באמצעותה הייתה "הימנעות ממס" או "הפחתת מס בלתי נאותה" כאמור בסעיף 2.2.1 סיפא לחוזר. אדרבה, מדגישה המערערת כי הרכישה באמצעותה נעשתה אך ורק בשל הסיבה הרגולטורית, והפתרון לאילוץ הרגולטורי אף יצר בעיית מס, ולא להיפך, כאמור לעיל.

105. עוד יוער כי לא נקבע בחוזר כל מנגנון המסדיר את אופן הפנייה לרשות המסים בבקשה להחיל את הוראות סעיף 2.2.2, או את אופן הוכחת התנאים הנדרשים, דברים שהיינו מצפים למצוא אילו הייתה כוונה לאפשר תביעת ייחוס הכנסת החברה הקשורה לחברה המנפיקה.

106. לאור מסקנתי כי החוזר הנדון איננו מקנה זכות לנישומים לדרוש ייחוס הכנסת חברה קשורה לחברה המנפיקה, אינני רואה צורך להכריע בשאלת קיום ארבעת תנאים. אומר אך כי באופן כללי רוח התנאים אכן התקיימה במקרה דנן – לפחות בדיעבד, משנערך הסכם השירותים – ובכך צודקת המערערת. עם זאת, התנאי הראשון וודאי לא התקיים כלשונו, כי הרי המערערת כלל לא הייתה בבחינת "חברה חדשה שהוקמה לצורך הרכישה או ... חברה

קיימת ללא פעילות ממשית". נסיון המערערת לצייר את עצמה כחסרת "פעילות ממשית" נדון לכישלון ואין טעם להרחיב בעניין (וראו סעיפים 8, 38 ו- 66 לעיל, בהם מתוארת בקצרה פעילות המערערת והיקפיה).דהיינו גם במישור הטכני, לא "עמדה" המערערת במכלול ארבעת תנאים.

107. מעבר לאמור לעיל, הנסיון להסתייע בהוראות החוזר נתקל בקושי נוסף הטמון בהשתלשלות האירועים.

כמוסבר, החוזר פורסם בסוף חודש יולי 2010. מסיבה זו, ברי כי קבוצת כלכלית ירושלים **לא הסתמכה** על החוזר בשלב רכישת אגרות החוב הנדונות. יתרה מזאת, עד אז ההסדרים בין המערערת לבין כלכלית ירושלים, **כפי שהם מתוארים היום**, לא קיבלו כל ביטוי חיצוני. והנה נראה כי **בעקבות פרסום החוזר**, התעשתו קבוצת כלכלית ירושלים ויועציה והחלו לתעד את ההסדרים הנטענים. בחודשים העוקבים נערכו מסמכי מפתח: בחודש אוקטובר 2010 נערך הסכם השירותים (עם תחולה מחודש נובמבר 2008); בחודש נובמבר 2010 נרשם פרוטוקול ישיבת ההתייעצות אשר התקיימה במשרדי כלכלית ירושלים בחודש דצמבר 2008; ובחודש פברואר 2011 הוגש לפקיד שומה ירושלים תיקון לדו"ח המס של כלכלית ירושלים לשנת 2008 (**"בהתאם להוראות חוזר מס הכנסה 2/2010"**, כאמור במכתב הלוואי לתיקון הדו"ח).

ואכן כך העיד רו"ח אריאב:

> **"... כשבאנו לבחון את ההשלכות של חוזר מס הכנסה שפורסם וביקשנו לבדוק את זה מול מה שהיה בפועל, וראינו שבעצם אין תיעוד ואין מסמכים, אז פנינו לצוות הביקורת ולחברה ואמרנו - היו מצגים א', אנחנו מצפים שיהיו מסמכים שיעגנו את ההסכמים האלה, או כן או לא."**
>
> (עמוד 89, שורה 21 עד שורה 25)

וכן:

> **"כשביקשנו לראות תיעוד לגבי הישיבה שהייתה, אז לא נמצא הפרוטוקול לגבי הישיבה. כשביקשנו לראות הסכם לגבי הכסף שעבר מהחברה הכלכלית לחברה הבת שמימן את הרכישות**

העצמיות, לא מצאנו הסכם של ההלוואה הזאת. ולכן ביקשנו מצוות הביקורת לפנות לחברה ולבדוק אם יש מסמכים כאלה, ואם לא, אז כמובן לייצר אותם בתאריך אמת של מועד היצירה, אבל עם, שיבטאו ויזכרו את העקרונות וההבנות וההסכמות שהיו בזמן אמת ב-2008."
(עמוד 68, שורה 10 עד שורה 17)

באותה רוח, העיד מר שפירא, בין השאר:

"... **אירנה**[רואת חשבון במשרד קוסט] **פנתה אלי, אמרה לי, עד כמה שאני זוכר, שבמסגרת הכנה של שומות המס, רוני** [אריאב] **פנה אליה, שאל אותה אם יש מסמכים. היא אמרה לו שהיא פנתה אלי ואמרתי לה שאין מסמכים, היא דיברה עם רוני וביקשו ממני לרשום... להעלות על הכתב...".**
(עמוד 237, שורה 9 עד שורה 13)

108. ניכר אפוא המאמץ "ליישר קו" עם תוכן החוזר (כפי שהוא הובן על ידי קבוצת כלכלית ירושלים ויועציה). ייתכן שהכוונה לשייך את אגרות החוב הנרכשות לכלכלית ירושלים הייתה קיימת מלכתחילה, כפי שגורסים עדי המערערת. אולם, במצב בו חופש התמרון נשמר עד לסופה של שנת 2010, שנתיים לאחר הרכישות הראשונות וכל העת ניתן היה להחליט להותיר את אגרות החוב בידי המערערת ולא לשייך אותן, כביכול, לכלכלית ירושלים, לא נכון יהיה ולו לפנים משורת הדין לתת למערערת להיכנס לדי' אמותיו של החוזר.

יג. <u>הסכם השומה של כלכלית ירושלים</u>

109. כמוסבר, בדו"ח המס **המתוקן** שלה לשנת 2008, הצהירה כלכלית ירושלים על הכנסה בגובה 62.3 מיליון ש"ח **"מרכישה עצמית של אגרות חוב... באמצעות** [המערערת]". באותו אופן, בדו"ח המס לשנת 2009, הצהירה כלכלית ירושלים על הכנסות מרכישה עצמית, באמצעות המערערת ובאמצעות השותפות הנ"ל, בסכום של כ-19 מיליון ש"ח. הדו"ח לשנת 2009 הוגש ביום 15.5.2011.

110. ביום 28.12.2011 נחתם הסכם שומה בין כלכלית ירושלים לבין פקיד שומה ירושלים 1 (**"הסכם השומה"**). הסכם השומה מתייחס לשנות המס 2006 עד 2009. על פי הסכם השומה, באורך כשני עמודים, נקבעו (ללא הסבר או רקע) סכומי מס מסויימים לתשלום לשנים 2007 ו-2009 (**"לאחר קיזוז של כל ההפסדים הניתנים לקיזוז"**) וכן הוסכם בסעיף 3.1 כי: **"יתרת ההפסדים העסקיים לתום שנת המס 2009 להעברה לשנים הבאות תעמוד על סך של 135,506,219 ש"ח."** הסכם השומה ממשיך ודן בנושאים אחדים אחרים, שאינם נוגעים לענייננו.

והנה טוענת המערערת כי הסכם השומה הוא הוכחה לכך כי פקיד שומה ירושלים 1 **קיבל** את הצהרתה של כלכלית ירושלים לפיה ההכנסות מרכישת האג"ח, אפילו אותן רכישות אשר בוצעו באמצעות המערערת, **שייכות לכלכלית ירושלים**. הרי ייחוס ההכנסות האמורות לכלכלית ירושלים נרשם באופן גלוי בדו"חות המס שלה לשנת 2008 (בדו"ח המתוקן) ולשנת 2009, והסכם השומה איננו מגלה כל הסתייגות מכך מצדו של פקיד השומה.

אם כן, כך גורסת המערערת, המשיב דנן – פקיד שומה למפעלים גדולים - איננו רשאי להתעלם מכך ולמסות את הרווחים ממכירת האג"ח בשנים 2010 ו-2011 **בידי המערערת**. תפיסת פשמ"ג סותרת, כך נטען, את תפיסת פקיד שומה ירושלים 1, המשתקפת בשומות סגורות שנעשו **בהסכם** עם כלכלית ירושלים.

111. יתרה מזאת, נטען כי הוצאת השומות למערערת על ידי המשיב הביאה לכפל מס: הרווחים שהופקו מן רכישה ומן המכירה כבר היו נתונים למס בתיק של כלכלית ירושלים (אמנם אגב קיזוז הפסדים) ועליהם חל הסכם השומה שנכרת עם כלכלית ירושלים, ואין מקום לשום אותם רווחים בשנית אצל המערערת. נטען כי המשיב מנוע אפוא מלהוציא שומה סותרת, אשר תגרום למיסוי כפול.

112. מר נמרוד ירון, רכז חולייה בפקיד שומה ירושלים 1, העיד בפניי כי נושא הרכישה העצמית לא נבחן באופן ממשי על ידי פקיד שומה ירושלים 1, לא בעת הגשת הדו"ח המתקן על ידי כלכלית ירושלים ולא כחלק מהדיון בהסכם השומה המתגבש:

> **"... בכל מקרה, אנחנו מדברים על תוספת שהחברה מכניסה להכנסותיה, תפקיד שלי כמפקח לבדוק את התיק ולראות מבחינת עלות תועלת איפה כדאי לי לחקור ע"מ להוסיף תוספת מס. ברגע**

שבאים משרד רציני כמו EY, אומרים לי תשמע הוספנו לך מה אתה רוצה? אם הם הוסיפו, אני מניח שזה כנראה הם לא עשו את זה בהתנדבות, הם היו צריכים להוסיף.

...

אז אני אסביר, הכנסות שלדעת המפקח והרכז יש עניין שומתי לבדוק אותן, נבדקו וההכנסות שלדעת המפקח והרכז מבחינת עלות תועלת אין סיבה לבדוק אותן, לא נבדקו.

...

באה החברה מראה לי, אומרת לי שמע הכנסנו הכנסה כי מה לעשות היינו צריכים אז הכנסנו, זה בהתאם לחוזר שלכם, הכל בסדר, מה אתה רוצה שאני אוריד את ההכנסה? במקרה כזה לא ראיתי שום הגיון לבדוק את הנושא הזה."

(עמוד 358, שורה 10 עד שורה 15; עמוד 370, שורה 11 עד שורה 13; עמוד 372, שורה 9 עד שורה 13)

יש בהסבר זה מן ההגיון: אצל חברה בעלת הפסדים משמעותיים ביותר הצהרה יזומה מצדה על **תוספת** הכנסה עשויה שלא לזכות לתשומת לב רבה או להזמין בחינה ביקורתית ומדוקדקת.

113. עיון בהסכם השומה של כלכלית ירושלים ובחינת עדותו של מר ירון מביאים אותי למסקנה כי אין בהסכמות בין פקיד שומה ירושלים 1 לבין כלכלית ירושלים כדי להקים השתק או מניעות כלפי המשיב דנן, פשמ"ג, אשר בחן את הנושא לעומק כחלק מן הטיפול בתיק של המערערת והגיע למסקנה כי לא היה בסיס לשיוך תוצאות הרכישה לכלכלית ירושלים בנסיבות העניין. עולה מן הראיות כי בדיקה ממוקדת כזו כלל לא נעשתה אצל פקיד השומה ירושלים 1, אשר לא מצא סיבה, כך נראה, לדקדק בדיווח נישומה שהביא לתוספת הכנסה של עשרות מיליוני שקלים (ואינני מביע דעה אם הימנעות זו מעריכת בדיקה מעמיקה הייתה ראויה אם לאו). נוסיף כי **אין** במקרה זה כל היבט של **הסתמכות**, כי הרי הסכם השומה של כלכלית ירושלים נערך בסוף שנת 2011, לאחר שהמערערת הספיקה להשלים הן את רכישות האג"ח והן את מכירתן.

114. יובהר כי נציגי המשיב הצהירו באופן נחרץ כי אם ערעור המערערת יידחה, אזי תימצא הדרך למנוע כל כפל מס שעלול להיווצר (וראו, בין היתר, עמוד 11, שורה 21 עד עמוד 12,

שורה 14; עמוד 381, שורה 11 עד עמוד 382, שורה 11; עמוד 430, שורה 17 עד שורה 19). המערערת מקשה וטוענת כי לא נותרה דרך חוקית לעשות כן ולכן דחיית הערעור בהכרח תביא לכפל חיוב.

אמנם עקרון יסוד בדיני המסים הוא כי יש להימנע מחיובים כפולים וכאן שומת המערערת חופפת למיסוי עסקאות הרכישה והמכירה אצל כלכלית ירושלים. רשות המסים התחייבה בפני בית המשפט כי אם שומת המערערת תישאר על כנה, תיפתר בעיית הכפל. הסמכות הרחבה המוקנית לבית המשפט המחוזי בדונו בערעור מס הכנסה ("**...או יפסוק בערעור באופן אחר כפי שיראה לנכון**", כלשון סעיף 156 לפקודה) מכילה לטעמי גם אפשרות להורות, כחלק מפסק הדין, כי התחייבות מעין זו מפיה של רשות המסים אכן תכובד ותמומש.

יד. <u>פעולות "הרכישה העצמית" אצל מבני תעשיה ודרבן</u>

115. כאמור, לכלכלית ירושלים היו, בין היתר, שתי חברות בנות ("אחיות" למערערת שניירות הערך שלהן נסחרו בבורסה: מבני תעשייה ודרבן. גם מבני תעשיה ודרבן הנפיקו אגרות חוב ששעריהן הושפעו מהמשבר הכלכלי.

116. לדברי העדים מטעם המערערת, הן מבני תעשייה והן דרבן אימצו את שיטת הרכישה העצמית באמצעות חברת בת: חברת חפ"מ במקרה של מבני תעשייה, וחברת אלי-פי במקרה של דרבן. תיקי המס של חברות אלו מטופלים אצל המשיב, משרד פשמ"ג.

בדומה למערערת, חברות בנות אלו לא היו חברות חדשות אשר הוקמו במיוחד לצורך רכישת האג"ח בלבד, ולכל אחת מהן היה נכס מקרקעין מהותי. וכמו במקרה של המערערת, התוצאות מן הרכישות והמכירות דווחו על ידי חברות האם (מבני תעשייה ודרבן) ולא אצל החברות הבנות. והנה, לדברי המערערת, **במקרים האחרים האמורים** המשיב לא ערך שומה דומה לפיה רווחי המכירה נישומו אצל חברות הבנות.

117. יש לציין כי לא הוגשו מסמכים כלשהם בנושא זה ולפיכך היקף התופעה אצל שתי החברות האחרות לא הובהר ואין בידי כלים לקבוע כי מתכונת הרכישה אצלן אכן הייתה זהה וכי הנסיבות היו דומות (למשל מבחינת מקורות המימון ותוכן ומועד הדיווחים השונים).

נאמן ... 2745

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

יתרה מזו, מר זבידה נשאל אם דרבן ומבני תעשיה "**היו חברות מפסידות וזה היה השיקול? שיקולי מס?**" והוא השיב:

> **"לא. לא היה שום שיקול. זה היה דרך העבודה. היא תמיד היתה. דרך אגב, מבני תעשיה ודרבן, עוד פעם, הן רווחיות בנקודות מסוימות ובנקודות מסוימות הן הפסדיות. זה מאוד תלוי במימון.**
>
> **...**
>
> **דרבן אני יכול להגיד, ומבני תעשיה משלמות מיסים."**
>
> (עמוד 293, שורה 13 עד 15; שורות 28-29)

דהיינו, שלא כמו במקרה דנן, ייתכן שלמשיב לא היה תמריץ, מבחינת גביית מס בפועל, להתערב בשיוך תוצאות הרכישה העצמית לחברות האם שם (וכן ראו עמוד 514, שורה 20 עד עמוד 515, שורה 22).

118. מכל מקום, אף אם אניח כי מצב החברות האחרות היה מקביל בכל היבט רלבנטי, אזי לדעתי הימנעות המשיב מנקיטת עמדה דומה לגביהן איננה חוסמת אותו מעריכת שומה למערערת (וראו בבש"א 5926/04 **עמרם אבנר נ' פקיד שומה נתניה**, מיום 22.8.2004, מפי כבוד השופט אלטוביה; ע"מ 26342-01-16 **ברודקום סמיקונדקטורס ישראל בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא**, מיום 19.11.2017, מפי כבוד השופט בורנשטין; וכן ע"מ 57468-12-17 **פינקלשטיין נ' פקיד שומה חיפה**, מיום 16.7.2018 מפי כבוד השופטת וינשטיין). שוב יודגש כי אין בפנינו טענה של הסתמכות והמערערת לא פעלה, בזמן אמת, על סמך "התקדים" של מבני תעשייה ודרבן. וממה נפשך: אם גישת המשיב לא הייתה צודקת כלל, אזי ערעור זה היה מתקבל, ואם גישתו כן מוצדקת, מן הראוי כי יושת מס כדין על המערערת והעובדה שמבני תעשייה ודרבן "זכו מן ההפקר", אולי בשל מחדל מצד המשיב, איננה מעלה ומורידה וודאי איננה מובילה למסקנה כי יש להגדיל את הפגיעה בקופה הציבורית.

119. על כן, העדר שומות דומות בעניינן של מבני תעשיה ודרבן איננו פוסל את השומה שנערכה במקרה דנן, ולכל היותר ניתן אולי להפנות ביקורת כלפי המשיב כי לא פעל בעקביות ובאחידות, אם כי הנסיבות בהקשר זה כלל לא הוברר במסגרת ערעור זה.

למקור *
*42062

טו. **<u>סיכום</u>**

120. לאור כל האמור, ערעור המערערת נדחה. עם דחיית הערעור מצווה המשיב, יחד עם כל גורם אחר ברשות המסים הנוגע לעניין, לפעול כמובטח לביטולו של כל כפל מיסוי העלול להיגרם בקבוצת כלכלית ירושלים מיישום פסק דין זה.

121. המערערת תשלם למשיב הוצאות משפט בסכום כולל של 50,000 ש"ח תוך 30 ימים ממועד מתן פסק דין זה.

122. מזכירות בית המשפט תמציא פסק הדין לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, ב' חשון תשע"ט, 11 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

הרי קירש, שופט