

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7387/06

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל

המערערת: בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ

נגד

המשיב: פקיד שומה 1 ירושלים

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 5.6.06 בעמ"ה 7074/03 שניתן על-ידי כבוד השופטת
מ' מזרחי

תאריך הישיבה: ז' באדר א התשס"ח (13.2.08)

בשם המערערת: עו"ד יוסף ברק

בשם המשיב: עו"ד עמנואל לינדר

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת מ' מזרחי) אשר דחה את הערעור שהגישה המערערת כנגד השומות שקבע לה המשיב לשנות המס 1998 – 2000, וקבע כי לא ניתן לקזז את הפסדיה הצבורים של המערערת כנגד הכנסתה החייבת שהתהוותה לאחר שינוי בעל השליטה בה ושינוי תחום פעילותה.

העובדות

1. המערערת נוסדה בשנת 1968 בשם "מוסך הירשמץ בע"מ" ופעלה כמוסך לתיקון כלי רכב. ביום 30.12.1994 חתמה המערערת על הסכם עם חברת אסי-אור נכסים והשקעות בע"מ (להלן: חברת אסי-אור) למכירת נכסים וזכויות שונות תמורת סך

של 3,650,000 ש"ח. מר שאול בן ארי היה מנהל ובעל מניות בחברת אסי-אור. לאחר חתימת ההסכם, החזיק בן ארי בעקיפין ב-32% ממניות המערערת. בשנתיים העוקבות, ספגה המערערת הפסדים ובתחילת שנת 1997 הפסיקה המערערת את פעילותה כמוסך, נכסיה נמכרו ועובדיה פוטרו.

בתאריך 12.5.1998, למעלה משנה לאחר הפסקת פעילותה של המערערת, רכש מר בן ארי את יתרת מניותיה של המערערת (68%) מבעלי המניות האחרים תמורת סך של 75,000 ש"ח והפך לבעל מניות יחיד בה. בשנת 1999 העביר מר בן ארי למערערת פעילות בתחום הביטוח מחברה אחרת שבניהולו ובשליטתו (בן ארי שאול – סוכנות לביטוח (1992) בע"מ) (להלן: החברה המעבירה). הוא גם שינה את שמה של המערערת לשמה הנוכחי – בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ. יצוין כי החברה המעבירה היתה חברה רווחית טרם העברת הפעילות למערערת והיא פורקה מאוחר יותר, בשנת 2003. הפעילות של המערערת בתחום הביטוח היתה רווחית והיא ביקשה לקזז את הפסדיה הצבורים משנות הפעילות כמוסך כנגד ההכנסות החייבות מפעילות זו. המשיב קבע כי לא ניתן לקזז הפסדים אלה, כיוון שלשיתו, העברת הפעילות של סוכנות הביטוח למערערת היא בבחינת "עסקה מלאכותית". המערערת הביאה את המחלוקת לבית המשפט המחוזי, שנתן את פסק הדין נשוא ערעור זה.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום להפריד בין רכישת יתרת מניותיה של המערערת על ידי מר בן ארי בשנת 1998 לבין העברת הפעילות בתחום הביטוח למערערת בשנת 1999. רכישת יתרת המניות והעברת הפעילות בתחום הביטוח מהוות שתיהן, כך נקבע, מהלך אחד, והוא העומד למבחן אם יש מאחוריו מטרה מסחרית מלבד הרצון להפחית מס. בית המשפט דן בטעם המסחרי שהציג מר בן ארי להעברת הפעילות בתחום הביטוח מהחברה המעבירה, והוא רצונו להפריד את הפעילות בתחום הביטוח מנכסי הנדל"ן שבחברה המעבירה. אף שטענתו של מר בן ארי בדבר מטרה עסקית זו לא נשללה על ידי בית המשפט, נקבע שלא די בקיומו של טעם מסחרי המסביר את הרצון לביצוע העסקה, אלא נדרש טעם מסחרי לאופן ביצוע העסקה בדרך שבה היא נעשתה. בית המשפט המחוזי קבע:

אני סבורה, כי הטעם המסחרי שאינו מיסי הנדרש על מנת שהעסקה לא תחשב כעסקה מלאכותית צריך להוות טעם עצמאי לכך שהעסקה נעשתה דווקא בצורה שבה היא נעשתה...

כלומר, בענייננו, יש צורך בטעם מסחרי שאינו מיסי לכך שדווקא המערערת היא זו שנרכשה ושאליה הועברה הפעילות הביטוחית. לא די בטעם המסביר רצון להעביר את הפעילות הביטוחית לחברה כלשהי ורצון לרכוש חברה כלשהי, אלא נדרש כי הטעם המסחרי יסביר מדוע נרכשה דווקא אותה חברה שנרכשה.

לאור זאת, אף אם נכונה טענת בן ארי בדבר רצונו להפריד את הפעילות הביטוחית מנכסי הנדל"ן של החברה המעבירה, אין די בכך כדי להוות טעם מסחרי שאינו מיסי לכך שהוא רכש דווקא את המערערת ושכח להעביר את הפעילות הביטוחית דווקא אליה. שהרי, כפי שציין המשיב, היו לו אלטרנטיבות טובות יותר להשגת המטרה של הפרדת הפעילות הביטוחית, והמערערת לא הצליחה להפריך זאת.

לאור קביעות אלה, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי לא נמצא טעם מסחרי העומד בבסיס הבחירה לבצע את העסקה בדרך של רכישת מניות המערערת והעברת הפעילות הרווחית בתחום הביטוח אליה דווקא. יצוין כי גם בחקירתו העיד מר בן ארי שהעברת הפעילות הרווחית למערערת נועדה להחזיר חלק מהשקעתו המופסדת במוסך. לכן, קבע בית המשפט המחוזי כי מטרת העסקה היתה הפחתת מס והצורה שבה נעשתה אינה מוסברת על ידי הטעם המסחרי הנטען, והערעור נדחה.

טענות הצדדים

3. המערערת טוענת, בין יתר טענותיה, כי יש להבחין בין ענייננו לבין המקרה שנדון בע"א 3417/97 פקיד שומה לפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין, פ"ד מז(5) 915 (2003) – שם נקבעה ההלכה בעניין סיווגה של רכישת חברה במטרה לנצל את הפסדיה כעסקה כמלאכותית. בעוד שבעניין רובינשטיין הנהנה הכלכלי מקיזוז ההפסדים (בעל המניות המאוחר) לא היה מי שספג הפסדים אלה (בעל המניות טרם הרכישה), הרי שבענייננו, כך טוענת המערערת, מתקיימת "זהות" בין הגורם שנהנה מקיזוז ההפסדים לבין הגורם שספג את ההפסדים – מר בן ארי. המערערת מדגישה כי מר בן ארי השקיע סכומי כסף גדולים (1.3 מיליון ש"ח בערכי מועד קיזוז ההפסדים) במערערת בעת שפעלה כמוסך. במועד שבו רכש מר בן ארי 32% ממניות המערערת היא היתה חברה רווחית. מר בן ארי – כך נטען – המשיך להפעיל את המערערת במשך כשלוש שנים, ובמקביל השקיע בה סכומים משמעותיים על מנת לייצב את מצבה הכספי. כמו כן, סבורה המערערת כי הטעם המסחרי שהוצג לעסקה – הפרדה בין הפעילות בתחום הביטוח לבין הנדל"ן שבחברה המעבירה – הוא טעם מסחרי מספק לעניין סעיף 86

לפקודת מס הכנסה. לשיטתה, די בקיומו של טעם זה כדי לקבוע שלא מדובר ב"עסקה מלאכותית". המערערת סבורה כי "לא ניתן לשלול" קשר בין הפעילות של המוסך לבין הפעילות בתחום הביטוח, שכן רשימת הלקוחות של המוסך איפשרה למערערת להגדיל את הלקוחות בענף הביטוח. בנוסף, היא טוענת כי לא עמדו בפני מר בן ארי חלופות טובות יותר להעברת הפעילות בתחום הביטוח לחברות אחרות וכי עצם הקביעה מהווה התערבות בניהול עסקיו של הנישום. עוד טוענת המערערת כי גם אם ייקבע שהעברת הפעילות בתחום הביטוח מהווה "עסקה מלאכותית", התוצאה היא שעל המשיב לראות את ההעברה כאילו לא באה לעולם ולחייב במס על רווחי פעילות הביטוח את החברה המעבירה ולא את המערערת. זאת, כיוון שלשיטתה יש להפעיל את הסמכות המשקמת (במסגרת התעלמות לפי סעיף 86 לפקודה) רק במצבים שבהם לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ובמיוחד כאשר אין הדבר אפשרי או כאשר צפויה פגיעה בצדדים שלישיים. מצב זה, לטענתה, לא מתקיים בענייננו. יודגש כי המערערת לא העלתה טענות כנגד ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין הנ"ל, אלא ביקשה לאבחן את עניינה ממצב הדברים שהתקיים באותה פרשה.

4. המשיב מעלה טענות עובדתיות שונות כנגד קביעתו של בית המשפט המחוזי כי מר בן ארי החזיק בעקיפין 32% ממניות המערערת לאחר הסכם הרכישה ב-30.12.1994. המשיב סבור כי החזקתו של מר בן ארי במניות המערערת החלה רק ביום 12.5.1998. לשיטתו, במועד החתימה על ההסכם בשנת 1994 הופקדו בנאמנות עבור חברת אסי-אור שטרי העברת מניות חתומים "על החלק". השימוש בשטרות אלה נעשה רק ב-12.5.1998 לצורך העברת כל מניות המערערת למר בן ארי. לכן, סבור המשיב כי עד למועד זה בשנת 1998 לא היו בן ארי או חברת אסי-אור בעלי מניות במערערת. עוד סבור המשיב כי העברת הפעילות בתחום הביטוח למערערת דווקא נעדרת טעם מסחרי. הוא סומך טענה זו על עדותו של מר בן ארי, שלפיה הפיכת המערערת לתאגיד ביטוח ארכה "בערך שנתיים שלוש" ואילו קבלת רישיון מהמפקח על הביטוח לחברה חדשה היתה אורכת "עד חצי שנה, לכל המאוחר". כמו כן, הצביע המשיב על חלופה נוספת שעמדה בפני מר בן ארי – חברה אחרת שבה היה שותף אשר עסקה בביטוח. המשיב סבור כי טענתה של המערערת כי רשימת לקוחות המוסך איפשרה לה להגדיל את לקוחותיה בענף הביטוח היא טענה שמועלית בסיכומים לראשונה וכי היא ספקולטיבית וחסרת כל בסיס בראיות. המשיב מדגיש כי טעם מסחרי צריך להיבחן באופן קונקרטי בהתייחס לעובדות המקרה. לשיטתו של המשיב, אין לקבל את הטענה כי היה מקום לשום את הרווחים אצל החברה המעבירה – טענה הנטענת לראשונה בסיכומי המערערת. זאת, כיוון שהשימוש בסמכות ייעשה על מנת לשלול את יתרון המס שביקשו המתכננים להגשים – וכך בדיוק נעשה בענייננו. כמו כן, יש עדיפות לשימוש

בסמכות המשקמת כיוון שמדובר בסוכנות ביטוח קיימת שאושרה כדין וביצעה פעילות ביטוחית כלפי מבוטחים.

בחנו את טענות הצדדים והתוצאה שאליה הגענו היא כי יש לקבל את הערעור בחלקו במובן זה שיותר למערערת לקזז הפסדים בגובה 32% מההפסדים הצבורים – כשיעור החזקתו של מר בן ארי במערערת בעת צבירת ההפסדים. הטעמים לתוצאה זו יפורטו להלן.

היעדר טעם מסחרי לעסקה

5. בדין קבע בית המשפט המחוזי כי לא התקיים טעם מסחרי לעסקת רכישת יתרת המניות כפי שבוצעה וכי מטרת העסקה היתה להפחית מס. לא די בכך שמבחינתו של בן ארי היה טעם עסקי להעברת הפעילות הביטוחית מחברה אחת לחברה אחרת. נדרש שיתקיים טעם מסחרי למכלול נסיבות העסקה, כפי שנקבע בעניין רובינשטיין. בענייננו, לא נמצא טעם מסחרי לכך שמר בן ארי רכש 68% מהמניות במערערת – במועד בו בוצעה הרכישה ובהתחשב בפועלה של החברה באותה עת – ולכך שהעביר את הפעילות בתחום הביטוח לחברה זו דווקא, זולת הטעם המיסויי והוא ניצול זכות קיזוז ההפסדים של המערערת. יחד עם זאת, לא בכל מקרה תביא העברת פעילות בשל טעם מיסויי לשלילת הזכות לקיזוז ההפסדים. השאלה תמיד היא אם הטעם המיסויי בענייננו מביא להפחתת מס שאינה נאותה, כפי שמורה לנו הוראת סעיף 86, ואם כן: מהו יתרון המס אשר ממנו יש להתעלם (ראו ביקורתו של יוסף מ' אדרעי עלייתם (ואיבונם?) של דיני מסים בישראל 204 (2007)). לשאלה זו נידרש עתה.

זכות קיזוז הפסדים בחברה לאחר שינוי שליטה בה

6. נציין תחילה כי לא מצאנו מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי כי מר בן ארי החזיק בעקיפין ב-32% ממניותיה של המערערת החל מיום 30.12.1994 ועד ליום 12.5.1998, שאז רכש את יתרת המניות במערערת והפך לבעל מניות יחיד בה.

השאלה המרכזית המונחת לפתחנו היא שאלה מורכבת. בפרשת רובינשטיין נדרשנו להכריע במצב שבו הרוכש המאוחר רכש חברה נטולת נכסים ופעילות עם הפסדים צבורים מבלי שהוא נשא בהפסדים (באופן עקיף, שכן החברה היא שנושאת בהפסדים באופן ישיר). המקרה שבפנינו מעלה שאלה סבוכה יותר: מהו הדין כאשר

בעל מניות מיעוט, שנשא בחלק מההפסדים קודם להתרוקנות החברה מפעילותה הקודמת, רוכש את השליטה בחברה ללא כל טעם מסחרי ומעביר אליה פעילות רווחית. העקרונות אשר נקבעו בפרשת רובינשטיין הם הבסיס לדיון בענייננו, אך לאור ההבדלים בין המקרים, עקרונות אלה מהווים נקודת מוצא בלבד.

יודגש, כי כאשר מתקיים טעם מסחרי לעסקה והמטרה הדומיננטית אינה קיזוז ההפסדים הצבורים, יותרו הפסדים אלה בקיזוז, כפי שנקבע בעניין רובינשטיין. הדיון בענייננו עוסק בזכות לקיזוז הפסדים כאשר אין לעסקה טעם מסחרי והמטרה הדומיננטית בעסקה היא לנצל זכות זו.

7. שניים הם העקרונות העומדים בבסיס ניתוח הסוגיה שבפנינו. העיקרון הראשון נוגע לאי התרת רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים כאשר אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס. עיקרון זה נקבע בפרשת רובינשטיין מכוח ההוראה בדבר התעלמות מ"עסקה מלאכותית" שמטרתה היא הפחתת מס לא נאותה. עיקרון זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים והוא תקף ועומד על כנו. 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. בין שני עקרונות אלה קיים מתח במצבים רבים. לא תמיד ניתן להביא ליישום שני העקרונות באופן מלא והרמוני במישור היחסים שבין בעלי מניות רוב ומיעוט. האיזון הראוי שבין העקרונות משתנה בין המצבים השונים. מטרה נוספת שאליה יש לשאוף היא יצירת ודאות גם במקרים "האפורים", מצבי הביניים אשר לא נדונו בפרשת רובינשטיין והדין החל בעניינם אינו ברור. במיוחד אין די בנסיבות העניין ביצירת סטנדרטים כלליים, אשר ניתנים לפרשנות שונה על ידי הנישומים ועל ידי רשויות המס, ויש לשאוף לפתרון אשר יבהיר את המצב המשפטי וימנע מחלוקות והתדיינות מיותרות.

קו פרשת המים ביישום העקרונות האלה הוא השינוי או היעדר השינוי ב"שליטה" בחברה. בעל השליטה הוא גם בעל היכולת לכוון את פעילותה של החברה ולהובילה לרווחיות. על פי רוב הוא בעל האינטרס הכלכלי העיקרי בחברה. כאשר בעל שליטה בחברה שצברה הפסדים מביא לשינוי תחום פעילותה, ולחברה יש הכנסות חייבות במס לאחר השינוי, אין חולק כי החברה תוכל לקזז את הפסדיה בעבר כנגד הכנסתה החייבת במס, על פי דיני קיזוז ההפסדים. במצב בו נמכרת ה"שליטה" בחברה ללא טעם מסחרי זולת ניצול הזכות לקיזוז ההפסדים, נוטה האיזון לכיוון העיקרון האוסר רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים. הגיון זה קבוע גם בדיני המס

בארה"ב ובאנגליה בהוראות החוק ששוללות זכות קיזוז הפסדים כאשר רכישת החברה נעשית למטרת ניצול הפסדיה (ראו הגדרת המושג control בסעיף 269 בקוד המס האמריקאי והגדרת המושג Change in ownership בסעיף 769 בקוד המס הבריטי; ראו גם הרי קירש "הגבלת קיזוז הפסדים בעקבות רכישת חברה" מיטסיס י/2 א-71 (1996)).

8. נדגים את הדברים בתיאור שני מצבים שבהם מבוצעת עסקה במניות שלא מביאה לשינוי השליטה בחברה. במצב הראשון בעל מניות מיעוט פלוני מוכר את מניותיו לגורם חיצוני שלא נשא בהפסדים. במצב זה אין הצדקה לפגוע בזכות החברה לקיזוז ההפסדים כנגד הכנסות שהיא מפיקה, ובכך לפגוע למעשה בבעל השליטה שספג את רוב ההפסדים והצליח לאחר מכן להביא את החברה לרווחים. במצב האחר בעל השליטה רוכש את המניות המוחזקות על ידי המיעוט. גם במצב זה אין הצדקה לשלול את זכות החברה לקיזוז ההפסדים. בעל השליטה יוכל, ככלל, לטעון להצדקה עסקית למהלך: רצונו להיות בעל מניות יחיד על מנת שלא יצטרך לשתף את המיעוט בקבלת ההחלטות ועל מנת שלא להיזקק להסכמתו כאשר זו נדרשת לפי דיני החברות. הצדקה זו תקפה גם כאשר מדובר בהקטנת חלקו של המיעוט. כאשר בעל השליטה שספג את ההפסדים הוא זה שהביא את החברה שבשליטתו לרווחים – יש ככלל לאפשר את קיזוז מלוא ההפסדים. במצבים אלה האיזון נוטה לעבר העיקרון של שמירה על זכותו של מי שספג הפסדים ליהנות מזכותו לקזזם כנגד הפקת הכנסות. מצב שבו בעל השליטה מוכר חלק מהחזקותיו (בדרך של מכירה או בדרך של הנפקה) אך נותר בשליטה בחברה לאחר המכירה, מעלה קושי מסוים שאין אנו נדרשים להכריע בו היום, אך עוד נשוב אליו בהמשך הדברים.

9. נקודת האיזון משתנה כאשר השליטה בחברה נמכרת לגורם חיצוני שלא נשא בהפסדים. במצב זה, ככלל, העיקרון הגובר הוא איסור רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים כאשר אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס. הדוגמא המובהקת למצב דברים מעין זה ארעה בעניין רובינשטיין, שם נמכרו כל הזכויות בחברה לצד שלישי שלא נשא בהפסד. אין להתיר קיזוז הפסדים במצב של מכירת השליטה לגורם חיצוני גם כאשר לא נרכשו מלוא הזכויות בחברה. תוצאה זו מחויבת על מנת ליצוק תוכן ממשי באיסור המסחר בהפסדים. התרת הקיזוז תביא לכך שהגורם העיקרי שיהנה מקיזוז ההפסדים יהיה גורם שלא נשא בהם – בעל השליטה החדש. שלילת הזכות לקיזוז הפסדים במצב זה תביא לכך שעסקאות אלה לא תבוצענה במקום שבו אין לעסקה טעם מסחרי-עסקי ממשי.

10. בענייננו מתקיים מצב בדברים שבו נמכרת השליטה למי שהיה בעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים והשקעתו כבעל מניות מיעוט נבעה מטעמים עסקיים ולא מטעמי הפחתת מס. במצב זה, נדרש איזון עדין יותר בין שני העקרונות, אשר יאפשר לשניהם לדור בכפיפה אחת. מן העבר האחד, בעל מניות המיעוט לא נשא מבחינה כלכלית בהפסדיו של בעל השליטה. מן העבר השני, בעל מניות המיעוט ספג הפסד כלכלי ממשי שנבע מהשקעתו העסקית בחברה. כעת הוא מעוניין לרכוש את השליטה בחברה ולהביא אותה לפסים של רווחיות במטרה לקזז אגב כך את ההפסדים שספג. כפי שנקבע בעניין רובינשטיין, "יש לפרש את סמכות ההתעלמות של פקיד השומה כסמכות להתעלם מיתרון המס שהנישום ביקש להשיג". יתרון המס הלא נאות אשר עשוי לצמוח מעסקת רכישת השליטה והעברת הפעילות הרווחית הוא ניצול הפסדיו של בעל השליטה הקודם. זו העסקה המלאכותית הגלומה במצב זה – רכישת יתרון המס הגלום בהפסדיו של בעל השליטה הקודם, בדרך של רכישת השליטה וקיזוז כל ההפסדים, לרבות ההפסדים שיש לייחס לבעל השליטה הקודם, כנגד ההכנסה החייבת מהפעילות הרווחית החדשה.

11. כדי לאפשר לבעל השליטה החדש ליהנות מהפסדיו הוא (כבעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים) ובה בעת למנוע ממנו ניצול של הפסדים שספג בעל השליטה הקודם, יש לתחם את הקיזוז באופן שהוא יחול רק לגבי החלק מן ההפסד שיש לייחס לרוכש בשל היותו בעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים – כפי שהיה המצב טרם רכישת השליטה. כך באה לידי ביטוי ה"התעלמות" מהעסקה, בדרך אשר שוללת את יתרון המס הלא נאות, כפי שמורה לנו סעיף 86 לפקודה. בדרך זו, ההפסד שיותר לקיזוז יעמוד על הסכום שמתקבל ממכפלה של ההפסדים שהתהוו טרם שינוי השליטה בשיעור ההחזקה של בעל מניות המיעוט בעת התהוות ההפסדים אלה. חישוב ההפסד המותר בקיזוז ייעשה באותו האופן גם כאשר בעל מניות המיעוט אינו בעל מניות יחיד לאחר רכישת השליטה וכן כאשר בחברה לא היה בעל שליטה לפני שבעל מניות המיעוט רכש זכויות שהביאו אותו לשלוט בה. סכומים והוצאות שהוציא בעל השליטה החדש בפועל – אם לצורך רכישת השליטה ואם בעת שהיה בעל מניות מיעוט – לא מעלים ולא מורידים לעניין חישוב יתרון המס הנובע מהפסדיו של בעל השליטה הקודם, שממנו יש להתעלם. יובהר ויודגש כי תוצאה זו לא תשתנה גם כאשר השליטה נרכשה בתמורה לסכום המשקף את יתרון המס הגלום בהפסדים שספג בעל השליטה הקודם. האיסור על סחירות בהפסדים אינו מושפע מסכום התמורה שסוכם בין הצדדים, המבקשים להפר איסור זה (לסוגיה זו ראו: אדרעי בטרפון הנ"ל, בעמ' 216; משה אהרוני ואיתן שוומנטל "פסק-דין יואב רובינשטיין – האם אכן המערכה האחרונה בתיאטרון האבסורד?" מיטיים יח/3 א-98, א-101 (2004)).

12. אכן, תוצאה זו אינה מושלמת. ראשית, בעל מניות המיעוט נדרש להוציא משאבים נוספים לרכישת השליטה בחברה על מנת שיוכל לנצל את הפסדיו. בעל השליטה הקודם מקבל איפוא תמורה מבעל מניות המיעוט כדי שיאפשר לו לנצל זכות זו, וניתן לראות מצב זה כשקול כלכלית למכירה (ולו חלקית) של הפסדיו של בעל השליטה הקודם. שנית, הנאתו של בעל השליטה החדש מהפסדיו אינה מלאה כאשר הוא אינו בעל מניות יחיד לאחר רכישת השליטה. שלישית, במצב שבו בעל השליטה הישן נותר בעל מניות מיעוט לאחר המכירה, אין התחשבות בהפסדים שהוא ספג בגין המניות שהוא ממשיך להחזיק. יחד עם זאת, החלופות האחרות האפשריות במסגרת הדין הקיים מעוררות קושי רב יותר. כך, למשל, החלופה שבה בחר בית המשפט המחוזי – שלילה גורפת של הזכות לקיזוז ההפסדים – פוגעת פגיעה שאינה ראויה בבעל מניות המיעוט, שספג הפסד כלכלי ומעוניין לקיזוז כנגד הכנסות חייבות. מן הצד האחר, החלופה אשר מבקשת המערערת – התרת קיזוז של ההפסדים במלואם – עומדת בסתירה לעקרון האוסר סחירות בהפסדים ומאפשרת לבעל השליטה החדש ליהנות מהפסדים שספג בעל השליטה הקודם.

13. המחוקק נתן דעתו לקשיים אלה אך מלאכתו טרם שלמה. במסגרת הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 97), התשנ"ד-1994, ה"ח 194, הוצע לעגן בחקיקה מנגנון מורכב יותר, בעל תחולה רחבה יותר, שלפיו אם חל שינוי בזהות בעלי מניות המחזיקים ב-50% או יותר מהזכויות בחברה, לא יותר בקיזוז "חלק מההפסד, שיחסו לכלל ההפסד הוא כיחס שווי הזכויות שהועבר לכלל הזכויות בחבר בני האדם". ההצעה נועדה לחול גם ברכישת חברה שיש טעם מסחרי לביצועה – תחולה רחבה החורגת מענייננו. הצעה זו לא עוגנה בחקיקה. גם אילו היתה מתקבלת הצעה זו, לא ברור היה מהו היחס בינה לבין המצב שבו אנו עוסקים, בו אין טעם מסחרי לרכישת המניות זולת הרצון לנצל את הזכות לקיזוז ההפסדים. מכל מקום, במסגרת החקיקתית הקיימת ובהיעדר מנגנון מיוחד שנקבע בחוק, נדרשים אנו ליישום הוראת סעיף 86, לפי המתווה שנקבע בפרשת רובינשטיין ובהתאם לעקרונות שפורטו לעיל. מטבע הדברים יש יתרון להסדרת הנושא כולו בחקיקה – הסדרה אשר תוכל לקבוע מנגנונים שונים ואיזונים שונים מאלה שניתן לקבוע במסגרת החקיקתית הקיימת.

14. כללם של דברים, מקום בו נדרשים אנו להכרעה ביחס לקיזוז הפסדים בחברה בעקבות עסקה במניותיה שאין לה טעם מסחרי, יחולו העקרונות הבאים: כאשר יש שינוי שליטה בחברה, ובעל השליטה החדש לא היה בעל מניות בחברה בעת התהוות ההפסדים, אין להתיר לחברה לקיזוז את ההפסדים שנתהוו טרם שינוי השליטה. זה הכלל

שנפסק בעניין רובינשטיין. כלל זה חל גם כאשר בעל השליטה החדש לא רוכש את מלוא הזכויות בחברה, ובחלק מהמניות מחזיק בעל מניות מיעוט אשר ספג הפסדים טרם שינוי השליטה. לעומת זאת, כאשר בעל השליטה החדש היה בעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים, יש להתיר קיזוז הפסדים בדרך יחסית ובאופן שמבטל את יתרון המס הלא נאות שעשוי היה לצמוח מרכישת ההפסדים שספג בעל השליטה הקודם. ההפסד שיותר לחברה בקיזוז ישקף את ההפסד הכלכלי שספג הרוכש בהיותו בעל מניות מיעוט, קרי: מכפלת ההפסדים בשיעור החזקה שלו כבעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים. יודגש כי כל עוד לא מתקיים שינוי שליטה בחברה, אין ב"החלפת ידיים" במניות החברה (בעסקאות בין המיעוט לרוב ובעסקאות של המיעוט והרוב עם גורמים חיצוניים) כדי לפגוע בזכות קיזוז ההפסדים של החברה ויש להתיר את קיזוז ההפסדים במלואו. סייג אפשרי, שאליו אין אנו נדרשים, הוא במצב שבו בעל השליטה מוכר שיעור ניכר מהחזקותיו (בדרך של מכירה או הנפקה) אך עדיין נותר בעל השליטה בחברה.

הגדרת המושגים "שליטה" ו"אמצעי שליטה"

15. הדברים שאמרנו מחייבים הגדרה מתאימה של המושגים "שליטה" ו"אמצעי שליטה" בהקשר הנדון כאן. מושג ה"שליטה" מוגדר באופן שונה בהוראות חוק שונות. ההגדרה שמתיישבת עם העקרונות שמנינו היא זו שלפיה מושג השליטה מבטא את עיקר האינטרס הכלכלי בחברה ואת היכולת לכוון את פעילותה. לכן, ככלל, יראו שליטה כמתקיימת כאשר קיים גורם שיש לו החזקה או זכות להחזקה, יחד או לחוד, במישרין או בעקיפין, בשיעור העולה על 50% מאמצעי השליטה בחברה. זהו היקש מהגדרת המושג "שליטה" בסעיף 9(2) לפקודה ושיעור החזקה הנדרש בהגדרת חברה נשלטת זרה לפי סעיף 75 לפקודה. הגדרה זו דומה (אם כי לא זהה) להגדרה המקבילה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, להגדרה החשבונאית למושג שליטה, ולהגדרות change in ownership ו-control בהוראות שפורטו לעיל בקודיפיקציות המס של ארה"ב ואנגליה. "אמצעי השליטה" כוללים כל אחד מאלה (בהיקש מההגדרה שבסעיף 88 לפקודה): זכות לרווחים, זכות להצבעה, זכות למנות מנהלים, זכות ליתרת הנכסים בפירוק חבר בני האדם לאחר סילוק חובותיו וזכות להורות לבעל זכות מזכויות אלה על הדרך להפעלת זכותו. במושג "מניות" בפסק דין זה כוונתנו היא לזכות באחד לפחות מאמצעי שליטה אלה.

יחד עם זאת, ראוי, כך נראה, להותיר מרחב של שיקול דעת מסוים לרשויות המס בעת שהן באות לקבוע אם מתקיימת שליטה במקרים מיוחדים שבהם שימוש בהגדרות אלה עשוי להביא לתוצאה הנגועה בעיוות עסקי-כלכלי.

סוגיות נוספות

16. כאמור, קושי מסוים עשוי להתעורר מקום בו בעל שליטה מוכר חלק ממניותיו והשליטה נותרת בידו לאחר המכירה. במצב זה, בעל השליטה הוא עדיין הנהנה העיקרי מקיזוז הפסדי החברה כנגד הכנסותיה. עשויה, עם זאת, לעלות הטענה כי במצב זה מתקיימת למעשה מכירה חלקית של זכות קיזוז הפסדים. כמו כן, עשוי להתעורר חשש מפני תכנוני מס אשר ינצלו פירצה זו. החשש מתגבר כאשר מתקיימת מכירה של נתח משמעותי ממניותיו של בעל השליטה (הדוגמא הקיצונית היא ירידה מהחזקה של 100% להחזקה של 51%). מבלי להכריע בדבר, יתכן שהתוצאה הראויה במקרה זה היא התרת קיזוז חלקי בלבד. קושי נוסף עלול להתעורר כאשר נערך הסכם שמכוחו עוברת החברה משליטה של בעל שליטה אחד לשליטה משותפת. במצב זה, יתכן שתשתנה ההכרעה בהתאם לנסיבותיו של המקרה. אחת האפשרויות, ואין לנו צורך להכריע בדבר, היא שיש להתיר קיזוז מלא כאשר הסכם השליטה המשותפת נעשה עם בעל מניות המיעוט שספג אף הוא את הפסדים, ויש להתיר קיזוז חלקי או לא להתיר קיזוז כלל כאשר ההסכם נעשה עם גורם חיצוני. בענייננו, אין אנו נדרשים כאמור לסוגיות אלה והן יוכרעו אם וכאשר הן יובאו להכרעה שיפוטית או להסדרה חקיקתית.

17. חשוב להדגיש כי לא באנו לנגוס בהלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין, כי אם ליישם את העקרונות שנקבעו בה. ועוד נדגיש כי אין אנו עוסקים כאן במצבים שבהם העסקאות מבוצעות מטעמים מסחריים. ענייננו במצב שבו המטרה הדומיננטית לעסקה נשוא המחלוקת היא הפחתת מס בדרך של קיזוז הפסדים. גם במצב זה, כך הובהר, ייתכנו מקרים שבהם יותר קיזוז הפסדים (ולו חלקי). השיח הנרחב שהתקיים ועודנו מתקיים בעקבות פסק הדין בעניין רובינשטיין, וכן המחלוקת לגבי ההלכה שנקבעה בו, אך מדגישים את הצורך בגיבוש הסדר חקיקה בנושא, אשר יטפל באופן מקיף בקושי שממנו סובל בעל השליטה בעת התהוות הפסדים (חוסר יכולת לקזז הפסדים מול הכנסות העבר מזה וחוסר יכולת למכור את הפסדיו מזה). (ראו את הפתרונות המוצעים על ידי פרופ' ארזעי בספרו הנ"ל, בעמ' 212, 220; לבעיית האסימטריה בין מיסוי הכנסות לבין היעדר השתתפות מלאה בהפסדים, ראו: רפי אלדור, יצחק זילכה, יורם מרגליות ואייל סולגניק "ההשלכות הכלכליות של שווקים עתידיים בסביבת מיסוי א-סימטרי" רבעון לכלכלה 48 246 (2001); דוד אלקינס "רכישת חברות מפסידות: הערות

בעקבות ע"א 3415/97 פשמ"ג נ' רובינשטיין" מחקרי משפט כג(1) 11 (2006); דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כא 531 (1992); אדרעי, בספרו הנ"ל, בעמ' 182-193).

מן הכלל אל הפרט

18. מר בן ארי היה בעל מניות מיעוט (בשיעור החזקה של 32% במניות החברה) בעת שהתהוו ההפסדים שאותם מבקשת המערערת לקזז. לא הועלתה בפנינו כל טענה כי ההשקעה אז לא נבעה משיקולים עסקיים. כפי שקבענו, יש להתעלם מיתרון המס הנובע מעסקת רכישת השליטה והעברת הפעילות הרווחית – יתרון המס הגלום בקיזוז הפסדיו של בעל השליטה הקודם. לכן, יש להתיר לחברה לקזז אך את ההפסד המתקבל מהכפלת ההפסדים שנצברו בשיעור החזקה של מר בן ארי כבעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים, קרי: 32% מההפסדים.

בא כוחו של המשיב עדכן אותנו כי עוד בטרם החלה התדיינות בבית המשפט המחוזי, הוצעה למערערת פשרה שלפיה יותר קיזוז של 32% מההפסדים. הצעה זו מלמדת כי הגיונה של התוצאה שאליה הגענו לא נעלם מדעתו של המשיב. המערערת סירבה להצעה זו, אשר לו היתה מתקבלת, היתה חוסכת את הצורך בהתדיינות בשתי ערכאות. בשל כך, לא נעשה צו להוצאות בגין הדיון בערכאה זו.

הערעור מתקבל בחלקו. פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי מבוטל. אין צו להוצאות בערכאה זו.

המשנה-לנשיאה

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק-דינו ולהנמקותיו של חברי המשנה-לנשיאה השופט
ריבלין.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, כ"ד באייר התשס"ח (29.5.2008).

שופטת

שופטת

המשנה-לנשיאה