



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2965/08

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת : סגנון שרותי תקשוב בע"מ

נגד

המשיב : פקיד שומה פתח-תקווה

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-
יפו מיום 14.11.07 בעמ"ה 1228/02 שניתן על-ידי כבוד
השופט מ' אלטוביה

תאריך הישיבה : ג' בשבט התש"ע (18.1.10)

בשם המערערת : עו"ד יניב שקל ; עו"ד עופר אלבוים ;
עו"ד טלי יהושע

בשם המשיב : עו"ד יהודה ליבליין

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

הרקע העובדתי

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט מ' אלטוביה) במסגרתו נדחה ערעור על שומה לשנות המס 1998-1999 שהוצאה לחברת סגנון שירותי תקשוב בע"מ (להלן: המערערת) על ידי פקיד שומה פ"ת (להלן: המשיב).

המערערת היא חברה בע"מ שפעילותה העסקית בשנים הרלוונטיות התמקדה בתחום שירותי התקשורת, השיווק והניהול למחשבים. לאחר שהצטברו אצל המערערת

עודפי מזומנים בשנות המס הרלוונטיות, היא החליטה לפנות לאפיקי השקעה בשוק ההון. בשנת 1998 ביצעה המערערת מספר עסקאות המכונות בשם Dividend-Stripping. זהו אופייה של עסקת ה-Dividend-Stripping: החברה קונה מניות של חברות ישראליות הנסחרות בבורסה בתל-אביב, לאחר שאלה הכריזו על חלוקת דיבידנד ("מחיר קום-דיבידנד"). רכישה זו, מזכה את החברה הרוכשת – כבעלת מניות – בזכות לקבלת הדיבידנד ביום חלוקתו ("יום האקס"). דיבידנד המתקבל בין חברות ישראליות פטור ממס על-פי סעיף 126(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: הפקודה). לאחר קבלת הדיבידנד מוכרת החברה בחזרה (לציבור בלתי מזהה) את המניות "המופשטות" מהדיבידנד. ערך המנייה לאחר "הפשטת" הדיבידנד יורד בערכו של הדיבידנד ("מחיר אקס-דיבידנד"). לפיכך נוצר לחברה הפסד הון בשיעור ערך הדיבידנד. את הפסד ההון הזה ביקשה המערערת לקזז מעודפי המזומנים בקופתה (עסקת ה-Dividend-Stripping תכונה להלן: העסקה).

2. בענייננו, סכום הרכישה הכולל של מניות-תלויות-דיבידנד היה בסך של 7,722,008 ש"ח. סכום המכירה הכולל של המניות עמד על סך של 5,182,849 ש"ח, וסכום הדיבידנד הכולל שהתקבל אצל המערערת הגיע לסך של 2,042,329. במסגרת הצהרתה לשנת המס 1998 ביקשה המערערת לקזז את הפסד ההון מניירות ערך לפי סעיף 6(ג) לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ד-1985 (להלן: חוק התיאומים) בסך של 2,539,159 ש"ח מסך הרווחים שנצברו לה באותה השנה וכן להעביר את הפסדים לשנות המס הבאות. להשלמת התמונה יצוין, כי במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132), התשס"ב-2002 (שנכנס לתוקף ביום 1.1.2003) (להלן: תיקון 132), תוקן סעיף 94(ג) לפקודה וכיום הוראתו היא כדלקמן:

הפחתת הדיבידנד
 94.ג. במכירת מניה על ידי חבר בני אדם, יופחת מסכום הפסד ההון בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים שקדמו למכירה אך לא יותר מסכום הפסד; לענין זה - "דיבידנד" - למעט דיבידנד ששולם עליו מס בשיעור של 15% או יותר; "מס" - למעט מס ששולם מחוץ לישראל;

על נפקותו של תיקון זה לענייננו עוד נעמוד.

3. המשיב לא התיר את קיזוז הפסדים הנטען על ידי המערערת והסכים להכיר אך בהפסד "אמיתי" בסך של 496,830 ש"ח בלבד. בנימוקי השומה קבע המשיב, כי מכיוון

שלמערערע לא נוצר "חסרון כיס" אמיתי עקב השקעותיה במניות, וכל ההפסד הנטען על-ידה הוא הפסד "יש מאין", אין להתיר את קיזוזו. עוד קבע המשיב כי בבחינת מהות העסקה, יש להקטין את המחיר המקורי של המניות בגובה הדיבידנד שהתקבל בסמוך לאחר הרכישה. לשיטתו, משנקנתה המנייה לאחר ההכרזה על חלוקת הדיבידנד ועל סכומו של הדיבידנד, הרי שהמערערע ידעה בוודאות, כבר בעת קניית המנייה, כי סכום השווה לערך הדיבידנד עתיד להיכנס לקופתה, ולפיכך אין לומר שמחירה המוצהר של המנייה שיקף את עלותה מבחינת המערערע. פעולה זו, היא לא אחרת מאשר "החלפת מזומן במזומן". עוד סבר המשיב כי העסקה היא מלאכותית או נועדה להביא להימנעות מתשלום מס או להפחתתו הבלתי נאותה. לפיכך, כאמור, לא התיר המשיב את קיזוז הרווחים בהפסד ההון ולמערערע הוצאה שומה בהתאם לכך.

פסק דינו של בית משפט קמא

4. המערערע ערערה על השומה לבית המשפט המחוזי. המערערע יצאה כנגד קביעת המשיב לפיה הפסדיה אינם מהווים חסרון כיס אמיתי. לטענתה, שיטת המיסוי הישראלית אינה פועלת בשיטה התזרימית, הבוחנת את הפסדיו הממשיים של הנישום, אלא היא פועלת בשיטת "המקור". משכך, חסרון כיס אינו תנאי מוקדם לצורך קיזוז הפסד. המערערע הפנתה למקרה שבו יחיד מקבל דיבידנד וערך המנייה יורד בהתאם לערכו של הדיבידנד; במקרה זה, כך טענה, היחיד ימוסה על הדיבידנד שהתקבל אצלו, אף-על-פי שלא נוצר לו רווח "אמיתי". המערערע הוסיפה וטענה כי אין לבחון את מהותה האמיתית של העסקה ולהפחית מהמחיר המקורי את שווי הדיבידנד. לשיטת המערערע בחינה כזו מנוגדת לחוקים הרלוונטים: הן משום שסעיף 6 לחוק התיאומים מתיר במפורש קיזוז שכזה, והן משום שהדבר יסכל הלכה למעשה את כוונת המחוקק שלא למסות דיבידנד המתקבל בין חברות, כאמור בסעיף 126(א) לפקודה. באשר לקביעה בדבר מלאכותיות העסקה, טענה המערערע שאין המדובר בעסקה שכל מטרתה הפחתת מס, שכן המטרה העיקרית של העסקה הייתה השאת רווחיה של המערערע. רווחים אלה אמורים היו להתקבל, לטענתה, באופן הבא: בפתחת יום המסחר שלאחר "יום-האקס" מתקנת הבורסה של תל-אביב את שער המנייה בו חולק הדיבידנד "תיקון טכני" אשר אמור לשקף את ירידת הערך של המנייה. תיקון זה מפחית מערך המנייה "קום-דיבידנד" את שיעור הדיבידנד שחולק, בניכוי 25% (אשר אמורים לשקף את שווי המס ששולם על ידי יחידים בעת קבלת הדיבידנד). אם, למשל, שווייה של המנייה "קום-דיבידנד" היה 100 והדיבידנד שחולק הוא 10, ערך המנייה לאחר התיקון יהיה 92.5. מכיוון שדיבידנד בין חברות אינו ממוסה, מכירתה של המנייה בשווי שוק של 92.5-90 תהווה רווח לחברה. לאור האמור טענה המערערע כי קיזוז ההפסדים היווה

אמנם מטרה בעת עשיית העסקה, אך לעסקה היה גם טעם כלכלי אמיתי ומטרה עסקית (השאת רווחים) אשר טמנו בחובם סיכון כלכלי אמיתי.

5. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור. בפסק דינו נקבע כי "מקום שנכס מניב תשואה נמכר לאחר שפירותיו מומשו באופן ודאי, כפי שיובהר, הרי שמחיר המכירה, מחיר הרכישה בידי הקונה (המחיר המקורי), משקף מכירת-רכישת שני נכסים, האחד העץ המופשט (stripped) מפירותיו שהבשילו והאחר, הפירות עצמם". בחינת מימוש של פירות הנכס מניב התשואה, כך נקבע, תיערך על ידי שני מבחנים חלופיים: המבחן המשפטי והמבחן הכלכלי. אם על-ידי מבחן משפטי ניתן להיווכח כי התשואה הופרדה מהנכס או שמבחינה כלכלית ניתן לראות בתשואה כנכס נפרד (אף אם משפטית קיימת בעלות בתשואה, אך מבחינה משפטית וכלכלית ניתן לראות את הזכות לקבלתה כזכות ודאית שניתן לסחור בה ושניתן לראותה כנכס נפרד), אזי מחיר הנכס יהיה שוויו, בהפחתת שווי הפירות הנתלשים ממנו. יישומו של מבחן זה על המקרה דנן, הוביל את בית המשפט המחוזי למסקנה שיש צורך להפחית ממחיר הקנייה של המנייה (הנכס) את סכום הדיבידנד (הפירות שהופרדו מבחינה כלכלית אך לא מבחינה משפטית). נקבע, כי על-אף שמבחינה משפטית הדיבידנד מהווה חלק מאגד הזכויות של המנייה ואינו בגדר "נכס נפרד", הרי שמרגע ההכרזה על חלוקת הדיבידנד, קיימת וודאות כלכלית, אשר נסמכת על הוודאות המשפטית בהתחייבות החברה לבעלי מניותיה, כי הדיבידנד אכן יחולק. לפיכך, קבע בית המשפט, כי יש לראות בדיבידנד כנכס שהופשט מן המנייה כבר בעת ההכרזה עליו, כך שבעת קניית המנייה, לאחר ההכרזה, נקנו שני נכסים נפרדים – המנייה והדיבידנד. משכך, המחיר שמיוחס למנייה עצמה הוא מחירה, בניכוי הדיבידנד שחולק מתוקף האחזקה בה, וכתוצאה מכך "ירידת ערכה" של המנייה, המשקפת את ערך הדיבידנד, איננה הפסד הון.

הערעור

6. טענותיה של המערערת נסבות בראש ובראשונה אודות סוגיית מלאכותיות העסקאות (וזאת אף שבית משפט קמא לא נדרש לסוגיה זו ואף הניח, לצורך הדיון, כי לא מדובר בעסקאות מלאכותיות). המערערת טוענת כי אין לראות בעסקת ה-Dividend Stripping עסקה מלאכותית, מכיוון שישנו טעם מסחרי בבסיסה. טעם זה בא על סיפוקו, לטענתה, ברצונה להשיא את רווחיה על-ידי ניצול הפער הקיים שבין מיסוי חברות לבין מיסויים של יחידים. טענותיה הנוספות של המערערת מופנות כנגד הכלל אותו קבע בית המשפט, ואשר על בסיסו נדחה ערעורה. בעניין זה טוענת המערערת, כי אין ליצור "הפרדה מלאכותית" בין זכות הבעלות במנייה – והזכויות

הנלוות לבעלות זו – לבין זכות הבעלות בדיבידנד לצורך מיסויו. המערערת סבורה כי יצירת הפרדה שכזו מנוגדת לדיני החברות, אשר מתייחסים לאגד הזכויות שבמנייה כזכויות אישיות ובלתי ניתנות להפרדה. כמו כן, כך טוענת המערערת, תפגע הפרדה זו בוודאות המשפטית והכלכלית בחיי המסחר, הן במישור יישומו של הכלל והן במישור השלכותיו על דיני החברות ועל דיני המס. בנוסף טוענת המערערת, כי אף לפי שיטת בית משפט קמא נוצר לחברה הפסד הון. זאת מכיוון ש"הזכות לקבלת דיבידנד", המוגדרת ככנס נפרד משהופשטה מהנכס משפטית וכלכלית, היא זכות הונית. לאחר חלוקת הדיבידנד, שוויה של זכות זו מתאפס וכתוצאה מכך נוצר הפסד הון. לבסוף, עומדת המערערת על השלכות רוחב שליליות שיווצרו כתוצאה מייחוס הדיבידנד כתמורה הונית, ואף מדגישה שייחוס שכזה מנוגד להוראות חוק מפורשות.

7. המשיב, מנגד, סומך ידיו על פסק דינו של בית המשפט קמא. לטענתו, ההפסד לו טוענת המערערת אינו אלא "הפסד וירטואלי" אשר בפועל לא גרם לכל חסרון כיס אצל המערערת. המשיב נסמך על העיקרון השזור בפסיקה בדבר חיוב ב"מס אמת" שלפיו יש לחייב במס את הרווח הכלכלי האמיתי הנוצר לנישום ולא רווח שלא קיים המציאות. עקרון זה משליך בצורה דומה גם על צידה השני של המשוואה – קיזוז ההפסדים. לשיטתו של המשיב, ניתן להגיע למסקנה זו בין אם בוחנים את "מהותה הכלכלית האמיתית של העסקה" כפי שנעשה על-ידי בית המשפט קמא, ובין על-ידי מתן פרשנות תכליתית להוראות החוק. לחילופין שב המשיב וטוען כי השקעותיה של המערערת במניות-תלויות-דיבידנד נעשו "מטעם של הפחתת מס בלתי נאותה". לטענתו, לא היה כל טעם כלכלי אמיתי בהשקעותיה של המערערת, מלבד הטעם של הפחתת המס.

גדר הדיון

8. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להידחות, מן הטעם שפעולותיה של המערערת בשוק ההון היו בגדר "עסקה מלאכותית" במובן סעיף 86 לפקודה, המחייב התעלמות מיתרון המס שביקשה המערערת להשיג לעצמה. ודוק: פסק דינו של בית המשפט קמא נסמך אמנם על הנמקה שונה, אולם מאחר שרוב הדיון בבית המשפט קמא נסב אודות שאלת מלאכותיות העסקה, הייתה למערערת הזדמנות להתמודד עם טענת המלאכותיות; יתרה מכך, היא אף טענה בעניין זה גם בפנינו. בית המשפט קמא אמנם הציב פרשנות אנליטית מקורית לבחינתן של סוגי עסקאות, אשר העסקה שבפנינו נמנית עליהן. יתרונה של פרשנות זו בכך שהיא שואפת ליתן מענה אחיד לכל סוגי העסקאות עליהם היא חלה, ואולם חסרונה בכך שהיא

עלולה להביא לחוסר ודאות מסוים בבחינת עסקאות עתידיות. זאת, שכן הפרשנות, אשר מתבססת על הפעלתם של כללים משפטיים וכלכליים, אינה פשוטה ואין היא מספקת לנישום כלים ברורים עת שהוא פועל במסגרת עסקה פלונית. זאת ועוד, מדובר בפרשנות מרחיבה של הוראות הפקודה, המרחיבה גם את מידת ההתאמה הנדרשת בין הוראות המס להוראות הדין הכללי (ראו: ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון (טרם פורסם, 4.1.2005)). האיזון העדין בין הגנה על מטרות מערכת המס לבין שמירה על זכותו של הנישום לתכנון המס, מחייב יצירתם של כללים בעלי אופי ברור. מאחר שניתן להכריע בסוגיה זו על בסיס ההלכות המוכרות בעניין עסקה מלאכותית, ניתן להשאיר את פרשנותו זו של בית משפט קמא בצריך עיון. לפיכך, ייוחד המשך הדיון לבחינת מלאכותיות העסקה. קודם לכך, נצטרך להסיר מהדרך את טענתה של המערערת, שנטענה בפני בית המשפט קמא, כי אין אנו באים כלל בשעריו של סעיף 86 לפקודה, וזאת מהטעם שפעולותיה של המערערת נעשו בהתאם להוראותיו המפורשות של המחוקק.

תכנון מס לגיטימי וכוונת המחוקק

9. המערערת טוענת כי פעילותה היא בבחינת ניצול לגיטימי של הטבת המס שעוגנה בחוק, בדמות הפטור שניתן לדיבידנד המועבר בין חברות, מחד גיסא, והאפשרות שעוגנה בחוק התיאומים, לקזז את ההפסדים ההוניים הנוצרים, מאידך גיסא. עוד היא טוענת כי אי התרת הקיזוז מאיינת הלכה למעשה את הטבת שניתנה באמצעות אי-מיסויו של הדיבידנד.

בע"א 10666/03 שיטרית נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (טרם פורסם, 30.1.2006)

ציין הנשיא ברק לעניין זה את הדברים הבאים:

עצם ניצולה של הטבתה הוא פעולה לגיטימית שאין בה כל פסול ואין כל מקום להתערב בה. אלא, שלעתים, לאור הנסיבות הסובבות את ניצול הטבתה, הופך הניצול לניצול בלתי לגיטימי. כך שאין לומר, כפי שהמערער ביקש לטעון, כי כל ניצול של הטבת מס הוא פעולה לגיטימית. עמדה כזו מעניקה משקל מכריע לזכותו של הנישום לתכנן את המס ואין היא מאזנת אותה כראוי עם האינטרס הציבורי בגביית מס אמיתי ושוויוני. עמדה כזו איננה העמדה המקובלת בשיטתנו לאיזון בין זכות הנישום לתכנן את המס ובין האינטרס הציבורי בגביית מס אמת. על פי שיטתנו, יש ניצולים לגיטימיים ויש ניצולים בלתי לגיטימיים. יש ניצולים של זכויות ויש ניצולים "לרעה" של זכויות.

בע"א 3365/06 דורפברגר נ' פקיד שומה חיפה, (טרם פורסם, 8.8.2010) עמד בית המשפט על העקרונות לבחינת השאלה אם מדובר בניצול לגיטימי של הטבה, אם לאו. נקבע שם כי השאלה האמורה:

...נבחנת לאור שני העקרונות העומדים בבסיס הסוגיה: העיקרון האחד, הוא זכותו של הנישום לתכנן את המס המשולם על-ידו, כחלק מזכות הקניין שלו. הנישום רשאי לנווט את דרכו העסקית באופן שחבותו במס תצומצם במידת האפשר, כל עוד האמצעים שניקוט יהיו חוקיים. זאת לרבות ניצול הטבות מס המעוגנות בחקיקה. העיקרון השני, הוא מניעת ההטבה הגלומה בחוק מקום בו אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס. הימנעות ממס על ידי נישום מסוים, גוררת את הגדלת נטל המס המוטל של שכמם של יתר הנישומים. במקרה כזה, תכנון המס פוגע הן בשוויון בין הנישומים הן ביעילות הכלכלית. לכן התפיסה היא שבמקום בו ניצול ההטבה הגלומה בחוק נעשה באופן בלתי ראוי, קיימת הצדקה, לעיתים, להתערב במעשיו של הנישום – וזאת גם אם פעל הנישום בהתאם לחוק. (ראו: ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבניין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נז(5) 915, 925-924 (2003) (להלן: פרשת רובינשטיין); דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 66-29 (1990) (להלן: גליקסברג); יצחק הדרי "הנורמה האנטי-תכנונית בדיני מיסים" מיסים יט/4, א-1, 3 (2005) (להלן: הדרי); יוסף גרוס "הימנעות ממס ועסקאות מלאכותיות" מיסים טו/4, א-7, 7 (2001) (להלן: גרוס).

10. בהקשר זה יש לעמוד על ההבחנה בין "תכנון מס חיובי" לבין "תכנון מס שלילי". לעיתים יתכן מצב בו ניצולה של הטבה יהיה כולו במישור הפיסקאלי, ללא שהתקיימה מטרה מסחרית. תכנון מס אשר נוצר על-ידי ניצול תמריץ מס שניתן על ידי המחוקק צריך שיחשב כתכנון מס לגיטימי. תכנון מס מסוג זה יכול שייחשב כ"מלאכותי" מבחינה מושגית, אך אין זה סביר כי פקיד השומה יתעלם מיתרונות המס הנובעים ממנו או יסווגו מחדש, שכן הוא ממלא אחר כוונת המחוקק, ובטרמינולוגיה בה משתמש פרופ' גליקסברג בספרו הנ"ל, מדובר ב"תכנון מס חיובי" (ראו גם: עמ"ה (ת"א) 1125/00 טילבאן נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (טרם פורסם, 9.1.2003), פסקאות 12-16). המחוקק מעודד במפורש בחוק סוג זה של תכנון, והטבת המס מהווה מעין תמריץ לנישום. "תכנון מס שלילי", לעומת זאת, הוא תכנון שמנצל "פרצות" הקיימות

בחוק, שהמחוקק אינו מודע אליהן, אף שגם תכנון זה נעשה "בהתאם לחוק". אכן, לא כל עסקה המבוססת על תכנון מס שלילי תיחשב ל"עסקה מלאכותית". עסקה שכזו תיבחן על-פי הנורמות האנטי-תכנוניות, והמבחנים שהותוו בפסיקה להפעלתן, במטרה לבדוק אם ניצול היתרון המיסויי לגיטימי הוא, אם לאו.

המערערת טוענת בעניין זה כי אי התרת קיזוז ההפסד כמוה כמיסוי הדיבידנד וזאת בניגוד ל"פטור" שניתן לחברה מתשלום מס על דיבידנד המועבר בין חברות וקיזוז ההפסדים ההוניים הנובעים ממנו. תימוכין לטענה זו מוצאת המערערת בתיקון 132 לחוק שנועד, לטענתה, לשנות את המצב שהיה קיים עד אותה העת. נשאלת השאלה לפיכך, אם בחוקקו את סעיף 126 לפקודת מס הכנסה, ביחד עם סעיף 6(ג) לחוק התיאומים כנוסחו אז, ביקש המחוקק לעודד חברות לפעול בדרך דומה לזו שבה נקטה המערערת במקרה דנן, או שמא מדובר ב"פרצה"? אם מדובר בתכנון מס "חיובי" – כי אז עלינו להותיר את העסקה על כנה, שכן המערערת פעלה בהתאם לרצונו של המחוקק; אם פעלה היא על-דרך תכנון המס "השלילי", כי אז עלינו לבחון אם ישנה עילה מכח סעיף 86 לפקודה, להתערב בעסקאותיה.

11. על-מנת לזהות "תכנון מס שלילי", מציע פרופ' גליקסברג לבחון את התשובה לשאלה ההיפותטית הבאה: "האם היה [המחוקק] משנה את החוק לאור תכנון המס" (גליקסברג, עמ' 174). במקרה דנן, השאלה אינה היפותטית כלל, שכן תשובה לה ניתנה על-ידי המחוקק עצמו, עת תיקן את סעיף 94(ג) לפקודה במסגרת תיקון 132 וקבע כי הפסד ההון שנוצר עקב חלוקת דיבידנד יתקזז כנגד דיבידנד שחולק בשנתיים שקדמו ליום המכירה. אולם, במקרה זה עולה השאלה אם הידרשותו של המחוקק לשינוי החוק בפועל, מלמדת היא כי המצב החוקי הקודם התיר את תכנון המס. לעניין זה יפים דבריה של חברתי השופטת פרוקצ'יה בע"א 1194/03 פקיד שומה חיפה נ' מנו (טרם פורסם, 9.5.2010): "עצם תיקונו של החוק אינו מעיד בהכרח על כי מטרת התיקון נועדה לשנות פני מצב קיים. לעיתים, בא תיקון חוק כדי להבהיר מצב משפטי קיים (ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד מו(1) 573, 587 (1992); ענין קיבוץ חצור, בעמ' 79; ענין אקסלברד, בעמ' 408-406; ע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דיקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד נו(1) 1 (2001); ע"א 5434/98 מנהל מס שבח מקרקעין נ' ללזרי, פ"ד נד(5) 537, 546 (2000); דנ"א 4757/03 מנהל מס שבח מקרקעין נ' מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ (טרם פורסם, 7.7.2003))."

בענייננו, בחינת הליכי החקיקה שקדמו לתיקון 132 מעלה כי התיקון נועד להבהיר מצב קיים ולא לשנותו; לאמור: להבהיר כי קיזוז ההפסדים בדרך בה נקטה המערערת הוא מלאכותי. תיקון 132 התקבל לאחר ששתי ועדות שישבו על המדוכה המליצו להתקינו. הראשונה היתה הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה בראשותו של פרופ' בן-בסט ("ועדת בן-בסט") שהמלצותיה פורסמו בחודש מאי 2000; השנייה היתה הוועדה לרפורמה במס בראשותו של רו"ח רבינוביץ' ("ועדת רבינוביץ'") שהמלצותיה פורסמו בחודש יוני 2002.

12. בדו"ח ועדת בן בסט תוארה הפרצה שהייתה קיימת בחוק כך:

חלוקת דיבידנד בין חברות עלולה ליצור הפסדים "מלאכותיים" ברכישת מניות שליטה בחברות, כאשר ביום הרכישה קיימים רווחים צבורים בלתי מחולקים. סמוך לאחר הרכישה מושכים דיבידנדים פטורים ממס (בד"כ ע"י חברות החזקה) וגורמים לירידת שווי המניות וכך יוצרים הפסד הון, הניתן לקיזוז כנגד רווח הון, במועד מכירת המניות. לאור זאת הוועדה ממליצה כי: בחישוב רווח ההון יילקחו בחשבון הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו, עד ליום רכישת המניות וחולקו לאחר יום הרכישה לחברות. (עמ' 145)

גם ועדת רבינוביץ' עמדה על "מלאכותיות" ביצוע העסקאות הנדונות:

חלוקת דיבידנד יש בה כדי להוריד את שווי החברה שחילקה את הדיבידנד. במקרה שבו, בסמוך לחלוקת הדיבידנד, נמכרות מניות החברה שחילקה את הדיבידנד, עשוי להיווצר הפסד הון לחברה המוכרת כתוצאה מחלוקת הדיבידנד. הדבר גורם לאובדן מס לאוצר המדינה מאחר [ש]קבלת הדיבידנד לא חייבת במס בשל הפטור הקיים לגבי דיבידנד המחולק בין חברות. התוצאה היא יצירת הפסד יש מאין, תוך כדי העברת דיבידנד מחברה אחת לשנייה. (עמ' 111)

ההצעה לתיקון החוק שניתנה על ידי ועדת רבינוביץ' שונה מזו שניתנה על-ידי ועדת בן-בסט ודומה במהותה לזו שנקבעה לבסוף בחוק. דברים ברוח דומה נאמרו גם בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, ה"ח 3156, בסעיף 33:

בסעיף 94 לפקודה, מוצע לקבוע כי במכירת ניירות ערך לא יותר בקיזוז הפסד הון, עד גובה סכום הדיבידנד שחולק למוכר על ידי החברה שמניותיה נמכרו, במשך 24 החודשים שקדמו למכירה, זאת כדי למנוע יצירת הפסדים מלאכותיים במכירת ניירות ערך.

13. הנה-כי-כן, התייחסות הגורמים השונים לסוגיה מבהירה כי המצב המשפטי ששרר קודם לתיקון לא היה פועל יוצא של תמריץ שניתן על ידי המחוקק. הובהר כי אף שהיה צורך בכל אחת מהוראות החוק כשלעצמן – סעיף 126(ב) לפקודה, המוציא את הדיבידנד מההכנסה החייבת כאשר הוא מועבר בין חברות, וסעיף 6 לחוק התיאומים, המתיר את קיזוז הדיבידנד – שילובן של ההוראות בהקשר הנדון יצר מצב לא ראוי שעמד בסתירה חזיתית לתכלית החקיקה. בהתייחסו לעסקאות דומות שנערכו בארצות הברית, ושידונו להלן, קבע פרופ' הדרי כי "...התרת עסקת ארביטראז' כגון זו מאיימת על האינטגרטיבי והשוויון של שיטת המס בכללה" (הדרי, בעמ' 18) [ההדגשות אינן במקור – א"ר]. בדברים אלה יש כדי ללמד על כך שבתיקון 132 התכוון המחוקק אך להבהיר את המצב המשפטי הקיים, ולא לשנותו. יתכן שהפתרונות השונים שהוצעו על-ידי שתי הועדות מסבירים את פרק הזמן שחלף עד לתיקון החוק. סיבה אפשרית נוספת לתיקונו המאוחר של החוק יכולה להיות כזו שהוצעה בפרשת רובינשטיין (עמ' 929):

אין לומר, כפי שטענה המשיבה, כי תיקון זה היה הכרחי על מנת להגיע לתוצאה הנזכרת, ובלעדיו, בתי המשפט לא היו פוסלים קיזוז הפסד שנעשה עקב רכישת חברה מפסידה. ההיסטוריה החקיקתית של התיקון מלמדת, ואף הפסיקה שקדמה לו, כי אין כך הם פני הדברים, וכי התיקון בא למען הזהירות בלבד לאחר תחילת התפתחות שוק נרחב של סחר בהפסדים לצורך מס (ראו: H. J. Rudick, "Acquisitions to Avoid Taxes" 58 Harv. L. Rev. 196, 199 (1944)).

מכל מקום, לא ניתן ללמוד מעצם הצורך בתיקון החוק, על כך שבמצב הקודם – לא מדובר היה בעסקה מלאכותית. היפוכם של דברים הוא הנכון: מן האמור לעיל עולה כי המחוקק לא התכוון להתיר עסקאות מן הסוג הנדון, ובוודאי שלא לתמרץ נושים לפעול להשגת היתרון המיסויי הנובע מהן. משמצאנו כי העסקה שביצעה המערערת היא בבחינת "תכנון מס שלילי" יש להמשיך ולבדוק אם קיימת למשיב עילה להתערב בה.

14. המשיב טען בפנינו כי השקעותיה של המערערת במניות תלויות דיבידנד היו בבחינת "עסקה מלאכותית שתכליתה הפחתת מס בלתי נאותה". השימוש המעורב בשתי העילות השונות המצויות בסעיף 86 לפקודה, נעשה באופן תדיר על ידי מתדיינים ואף על ידי בית המשפט. ואולם, דומה כי יש להפריד באופן ברור בין שתי עילות אלה.

סעיף 86 לפקודה מעגן את הנורמה האנטי-תכנונית הכללית העומדת לרשות המשיב כאמצעי לסיכול תכנון מס לא לגיטמי (פרשת שטרית). על פי הוראות סעיף זה:

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

לפי האמור, פקיד השומה רשאי להתעלם מעסקה כאשר נתמלא התנאי הראשוני של הפחתת המס, וכאשר בנוסף לכך מתקיימת אחת מארבע עילות חלופיות: העסקה מלאכותית, העסקה בדויה, נעשתה הסבה שאינה מופעלת למעשה, או כאשר אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה פלונית היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה.

15. למקרא סעיף 86(א) עולה כי עילת "ההפחתה הבלתי נאותה" היא עילה נפרדת מעילת "העסקה המלאכותית". עוד עולה לכאורה כי רק במסגרת עילת 'ההפחתה הבלתי נאותה' ניתן לבטל עסקה מרובת מטרות מהטעם שמטרת הפחתת המס הייתה מטרה עיקרית מבין אותן מטרות. גם אם הוכח כי מטרת העסקה היא הפחתת מס, וכי מטרה זו היא עיקרית בין שלל המטרות, עדיין יש להוכיח כי הפחתה זו היא "בלתי נאותה".

החוק והפסיקה לא העניקו משמעות ברורה לדרישת "חוסר הנאותות" שבעילה זו. בע"א 461/84 לוי נ' מנהל מס רכוש חיפה, פ"ד מב(4), 78, 86 (1986), נקבע כי: "השאלה, מתי עסקה או פעולה ייחשבו כהימנעות בלתי נאותה ממס או כהפחתת מס בלתי נאותה, תוכרע בנסיבות כל מקרה ומקרה, ואין לקבוע מסמרות בעניין זה".

לעומת זאת, במסגרת עילת "העסקה המלאכותית" יש להוכיח שהעסקה כולה מלאכותית, קרי, שהמטרה להפחתת מס היא העילה היחידה בבסיס העסקה. זאת ניתן ללמוד הן מניסוח העילה ("היה פקיד השומה סבור, כי עסקה פלונית המפחיתה את סכום המס המשתלם על ידי אדם פלוני היא מלאכותית"), והן מכך שבעילת "ההפחתה הבלתי נאותה" דן המחוקק במפורש במצב של ריבוי מטרות, אך לא כך בעילת "העסקה המלאכותית". מכך יוצא, שעסקה רבת מטרות, שאחת מהן היא מטרה פיסקלית, מוצאת מתחולתה של עילת "העסקה המלאכותית" מיניה וביה.

16. דומה, כי הטעם לשילובן של שתי עילות אלה מקורו בקושי הלכאורי שבהחלתה של עילת "העסקה המלאכותית" על עסקה רבת מטרות מחד גיסא, ומהיעדר פרשנות ברורה לדרישת "חוסר הנאותות" שבעילת "ההפחתה הבלתי נאותה", מאידך גיסא. בקובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק) שמפרסמת נציבות מס הכנסה, מפורטות העילות השונות העומדות לרשות פקיד השומה על-פי סעיף 86 לפקודה. לגבי עילת "ההפחתה הבלתי נאותה" נכתב שם, בקצרה, כך: "הקטיגוריה השלישית היא עסקה או פעולה שאחת ממטרותיה העיקריות היא הימנעות ממס. נראה שגם לעניין זה [כמו לעניין "עסקה מלאכותית" - א"ר] המבחן הוא אם יש לעסקה טעם כלכלי ממשי, זולת הטעם של הפחתת המס" (עמ' ד' 77). פרופ' גליקסברג סבור כי הקשיים ביציקת תוכן קונקרטי לתיבות "חוסר נאותות" היוו את הגורם המרכזי לכך שעילת ההפחתה הבלתי נאותה לא קנתה לה שבת בחיים הפיסקליים, "והשפעתה על גבולות תכנון המס היא שולית ביותר ואולי אפסית. קשיים אלה הביאו אף לטשטוש בפסיקה ובמינהל המס, של הקו המרכזי המבחין בין עילה זו לעילת המלאכותיות" (גליקסברג, בעמ' 261 וההפניות שם). פרופ' הדרי ופרופ' יורן מחזיקים בדעה כי עילת "ההפחתה הבלתי נאותה" אינה ראויה משום שהיא מהווה מעין מבחן "מוסרי", "שאינו הולם נורמה משפטית על-פי כללי היסוד המקובלים בסוגייה זו בישראל, באנגליה או בארצות-הברית" (הדרי, בעמ' 13; אהרון יורן "סיווג שונה של עסקה לצורך מס ומיקומה הנכון של עסקה מלאכותית" משפטים כ 43, 45). גליקסברג טוען כי אין אלה העקרונות המוסריים אשר שוללים את השימוש בעילה זו, שהרי שביסודן של הנורמות האנטי-תכנוניות עומד עיקרון תום הלב המושתת אף הוא על תפיסה מוסרית (גליקסברג, בעמ' 266). בין כך ובין כך, עילה זו אינה מספקת קריטריונים ברורים לשם החלטה, והיא נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. היו שטענו כי שיקול דעת זה משמש גורם מרתיע למוטיבציה של חברות לנסות ולאתר פרצות בדיני המס. כך, הושמעה הדעה כי עילת "ההפחתה הבלתי נאותה", בהיותה חסרת תוכן סובסטנטיבי, מיועדת להשיג את אותו אפקט של "הרתעת נישומים מתכנוני מס הרפתקניים בצורה יוצאת-דופן, מעין משקל *"in terrorem"* (הדרי, בעמ' 14). ואולם, עקרון החוקיות מחייב את שלילתה של אי-

בהירות זו בחוק, בייחוד כאשר היא עומדת מול זכות חוקתית. כבר נאמר על-ידי בית משפט זה, בהקשר אחר, בע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 456, 441 (1993) כי:

"עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה, בהתאם לכללים ידועים וקבועים מראש, ללא שרירות וללא מקריות. הפעלת החוק באורח מקרי - שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש - משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק" (וראו גם: ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, 80-84 (2000)).

מכל מקום, אין לכרוך את עילת "ההפחתה הבלתי נאותה" עם עילת "העסקה המלאכותית". כפי שנראה להלן, ההתפתחות הפסיקתית בעניין תוכן מבחני "העסקה המלאכותית", מייתרת את הצורך בשימוש בעילת ה"הפחתה הבלתי נאותה" במקרה הנדון.

עסקה מלאכותית – קווים לדמותה

17. הזכות לתכנון מס היא, כאמור, זכות חוקתית אשר באה לממש את ההגנה על הזכות לקניין הפרטי (שס, בעמ' 80; גרוס, בעמ' 13-16). כנגד הזכות לתכנון מס ניצבים נימוקים כבדי משקל, השוללים מתן היתר לתכנוני מס מן הטעם שהם מנוגדים לעקרונות שבבסיס דיני המס. בין נימוקים אלה ניתן למנות את הפגיעה החברתית שנוצרת מהתחמקותם של פרטים מהחברה מתשלום מס, כך שסך המשאבים בה קטן; הפגיעה בשוויון הנוצרת מכך; פגיעה בעקרון ההדדיות שבין משלם המס לרשות המס; וכן היבטים פוליטיים הקשורים לניהול מערכת המס ואכיפתה (ראו: פרשת רובינשטיין, עמ' 7; גליקסברג, עמ' 30-66; גרוס, עמ' 15-16).

כדי לשמר עקרונות וערכים אלה, הועמדה לרשותו של פקיד השומה האפשרות להתעלם מיתרון המס שהוקנה לנישום דרך פעולת תכנון המס על ידי הסעיף האנטי-תכנוני הכללי המצוי בסעיף 86 לפקודה. המבחן המשמש לבחינת קיומה של עסקה מלאכותית עבר מספר תהפוכות במהלך השנים, ואלה תוארו בפסקי דין רבים. המבחן הראשון שאומץ בפסיקה הוא מבחן "הדפוסים המקובלים" ולפיו כדי להגדיר עסקה כמלאכותית "די בכך שעסקה לובשת צורה המנוגדת לטפסים [כך במקור] המקובלים בחיי הכלכלה וסוטה מן הדרכים שבני אדם נוהגים בהן כדי להשיג תוצאה כלכלית

מסוימת" (ע"א 102/59 פקיד שומה ירושלים נ' 'איסמר' חברה למסחר והשקעות בע"מ, פ"ד יד 2165, 2168 (1960)). בפרשת מפ"י, אשר עסקה גם היא בנושא קיזוז הפסדים (ע"א 265/67 מפ"י בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד כא (2) 593 (1967)), המבחן שונה למבחן "מטרת העסקה" ובהמשך – למבחן "הטעם המסחרי" (ע"א 11/74 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' אולפני הסרטה בישראל בע"מ, פ"ד כט (1) 297, 302 (1974)). יש הרואים במבחן "הדפוסים המקובלים" ובמבחן "הטעם המסחרי" מבחנים מצטברים (ע"א 252/87 גחלת חברה להשקעות בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד מה (1) 245, 249 (1990)).

18. מבחן "הטעם המסחרי" נועד לבדוק אם קיים לעסקה טעם מסחרי מלבד היתרון הפיסקלי אותו ניסה הנישום להשיג. משמעותו של מבחן זה, במילים אחרות, היא כי נישום יכול לבצע עסקה אשר מטרתה היא ניצול היתרון הפיסקלי, אם עמדה בבסיס עסקה זו גם מטרה (עסקית) אחרת. כך למשל קבע השופט ויתקון כי עסקה לא תיחשב כעסקה מלאכותית, גם אם מדובר בעסקה יוצאת דופן, אם יש לה טעם מלבד הטעם להפחית את נטל המס (ע"א 761/77 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לב (2) 494 (1978)). השופט שמגר [כתוארו אז] הדגיש כי הפסיקה הכירה בכך שעסקה תיחשב מלאכותית לפי מבחן הטעם המסחרי רק אם הטעם הפיסקלי הוא הטעם היחיד שעמד בבסיסה: "פסיקתו של בית-משפט זה אכן מצביעה על כך, כי המונח "מלאכותי" לעניין דיני המסים פורש, בדרך כלל, תוך התייחסות לנסיבות, בהן לא היה לעסקה או לפעולה תוכן כלשהו זולת ההימנעות מתשלום מס" (ע"א 390/80 תעש מור מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור תל-אביב, פ"ד לז (1) 449, 453 (1983)). קושי מסוג אחד הנובע ממבחן זה, עליו עמד השופט שמגר באותה פרשה, הוא כי "החייב במס יסתיר כוונתו האמיתית ויעלה טעמים כוזבים כדי לא לגלות, כי פניו, למעשה, לאי-תשלום מס, ובכך יש בעקיפין כדי לחנך את האזרח לצביעות" (שם). לפיכך הוא קבע כי הטעם המובא על-ידי הנישום צריך להיות "אמין" ו"סביר". קושי מסוג אחר, עליו עמדה השופטת בן-פורת באותה פרשה, הוא כי מבחן "הטעם המסחרי" אינו נותן מענה לכך שבנוסף למטרה הפיסקלית, קיימת גם מטרה מסחרית. לפיכך, קבעה היא שם, בדעת יחיד כי:

קיומה של מטרה כלכלית או מסחרית אינו הופך תמיד ובהכרח כל עסקה לבלתי מלאכותית. אין זה מבחן יחיד, שעל פיו נופלת תמיד ההכרעה בשאלה הקובעת באמת, והיא: אם מותר למנהל לסבור, כי עסקה פלונית מלאכותית היא, ללא קשר הכרחי עם המטרה שהתלוותה לה. לשון אחר, במקרים רבים עסקה, הנראית מלאכותית, שוב אינה כזאת, אם נתלוותה לה מטרה

מסחרית סבירה (שאינה, כמובן, השתמטות מתשלום מס). באותם מקרים, לאור המטרה הלגיטימית, הופך מה שנחזה כמלאכותי לסביר ואמיתי. אולם, קורה - וכזה הוא המקרה שלפנינו - שמותר למנהל, מכוח סעיף 84 לחוק, להמשיך לדאות עסקה כמלאכותית חרף קיומה של מטרה כלכלית [ההדגשות הוספו- א"ר].

בפרשת רובינשטיין התקבלה, לכאורה, עמדתה האמורה של השופטת בן-פורת,

וכך נקבע שם מפי הנשיא ברק:

מקובל עליי מבחן הטעם המסחרי כמבחן לבחינת מלאכותיותה של עסקה. כן מקובלים עליי דבריה של השופטת בן פורת כי מבחן זה איננו מבחן יחיד ומכריע. אכן, מבחן זה יש לבחון באספקלריה רחבה שבוחנת את כלל נסיבות העסקה. יש לזכור כי זה מבחן עזר והשאיפה המהותית היא לאזן בין זכות הנישום לתכנן את המס ובין האינטרס הציבורי בגביית מס ובקיום מערכת מס צודקת ושוויונית.

19. יחד-עם-זאת, בחינה כוללת זו של נסיבות העסקה, פורשה בפסקי-דין מאוחרים כחולשת על בחינת עצם קיומו של "טעם מסחרי" לעסקה. משנמצא טעם כזה – סופקה דרישתו של המבחן, ונשלל ניצולו הבלתי-לגיטימי של יתרון המס. כך למשל נקבע על-ידי הנשיא ברק בפרשת שטרית: "השאלה היא, איפוא, אם מתקיים "טעם מסחרי" מאחורי פירוק החברה המקורית והקמת החברה החדשה בנסיבות המקרה שבפנינו" (פרשת שטרית, פס' 17). כך גם נקבע על ידי הנשיאה ביניש בדיון הנוסף על פרשה זו: "מבחן העזר שפותח בפסיקה לבחינת המלאכותיות של עסקה מסוימת והלגיטימיות של ניצול הטבת המס הוא מבחן "הטעם המסחרי", שלפיו יש לבחון האם לעסקה הנדונה היה טעם מסחרי כלשהו מלבד רצונו של הנישום להפחית את המס המוטל עליו. עסקה שאין לה טעם מסחרי, לבד מהטעם להימנע ממס, היא עסקה מלאכותית (ראו, פרשת רובינשטיין, עמ' 925)" (דנ"א 1408/06 שטרית נ' פקיד שומה תל-אביב י' 19, 4, (טרם פורסם, 3.10.2006)). יצויין כי בפרשת רובינשטיין עצמה נמצא כי הטעם היחיד שעמד בבסיס העסקה היה הטעם של "הפחתת מס". לפיכך לא נדרש בית המשפט באותה פרשה לבחון מצב בו באותה עסקה דרות בכפיפה אחת מטרה פיסקלית ומטרה מסחרית (להלן: עסקה מעורבת מטרות), והיא הושארה בצריך-עיון:

ודוק: אינני גורס שכל רכישת מניות חברה מפסידה היא עסקה מלאכותית. ייתכן, שביסוד הרכישה עומד הרצון לרכוש את השלד הבורסאי של החברה. ייתכן שביסוד

הרכישה עומד הרצון לחסל מתחרה. ייתכן שביסוד הרכישה עומד הרצון לשקם את החברה המפסידה ולהפיק מכך רווח מוסף. ייתכן שטעמים אלה או חלקם או טעמים אחרים יכשירו את העסקה ואינני מביע בעניין זה כל עמדה.

המקרה שלפנינו שונה: המערערת לא התכחשה לכך שבביצוע העסקה ביקשה היא לנצל את יתרון המס וכי טעם זה עמד בבסיס העסקה; עם זאת טענה היא כי בבסיס העסקה עמדה גם מטרה מסחרית לגיטימית – השאת רווחיה כתוצאה מניצול פערי המיסוי. מהו הדין, אפוא, מקום בו מצביע הנישום על מספר מטרות בבסיס העסקה, ובהן גם מטרות מסחריות לגיטימיות? כיצד נבחן את משקלן היחסי של מטרות אלה? טרם ניגש לגיבוש כלים אלה, נעמוד בקצרה על האינטרסים והרציונלים שינחו אותנו בבחירתם.

הרציונלים החולשים על הסוגיה

20. גלגוליו השונים של מבחן "הטעם המסחרי" הוכיחו את הצורך בגמישותה של הנורמה האנטי-תכנונית על-מנת שזו תיטיב להתמודד עם מציאות החיים המשתנה. התפתחותה של ההלכה נמצאת בזיקה לתחום קיזוז ההפסדים, אשר מִזְמַן אליו תכנוני מס שהולכים והופכים מורכבים יותר. עוד יש ליתן את הדעת לכך שההלכה מתעדכנת שנים רבות לאחר קרות האירועים הספציפיים העומדים בפני בית המשפט (פסק דין זה דן בעסקאות שנערכו בשנת 1998; פסק הדין בפרשת רובינשטיין שניתן בשנת 2003, דן בעסקאות שנערכו בשנת 1990). המציאות הכלכלית לא קופאת על שמריה, ויכול שהכלל שנקבע בהלכה קודמת לא מספק עוד את הצרכים בהתמודדות עם תכנוני המס שנהגו במשך אותה תקופה. אם בעבר ניתן היה להסתפק במבחן של חריגה מדפוסי מסחר מקובלים כדי לקבל אינדיקציה לכך שביסודה של העסקה עומדת מטרה פיסקלית ולא מטרה מסחרית, הרי שהתפתחות השווקים הובילה לכך שבזמן הביקורת השיפוטית, לרבות מן העסקאות אין עדיין "דפוס" בר השוואה. כמו כן, בעסקאות שונות, החריגה מן הדפוסים המקובלים נדרשת לצורך השגת המטרה המסחרית של העסקה. המבחן לקיומה של עסקה מלאכותית, כאמור, הלך והתפתח עד שקיבל את תצורתו הנוכחית והיא דרישה ל"טעם מסחרי" בבסיס העסקה. מבחן זה מכוון לאזן נכונה בין זכותו של הנישום לתכנון המס לבין הצורך להטיל מס אמת על אלה המבקשים להתחמק ממנו. הובהר גם, כי זהו רק מבחן עזר על-מנת להגיע לאיזון האמור.

21. יש לשוב ולהזכיר כי זכותו של פקיד השומה להתעלם מתוצאות העסקאות של נישום, עומדת מול זכותו החוקתית של האחרון לתכנן את פעולותיו ולהקטיין, באופן לגיטימי, את גובה המס אשר עליו לשלם. לפיכך, ישנו צורך, מצד אחד, לנסח כלל שיהיה ברור ובהיר כך שנישומים יוכלו לכלכל את צעדיהם לאורו, ומצד שני, דרוש שהכלל יוכל להכיל בתוכו שינויים משפטיים ותמורות כלכליות כפי שיתעוררו במהלך השנים. אין ספק כי לשאר נסיבות העסקה, כמו גם מטרותיה האחרות, ישנה חשיבות מכרעת לצורך ההחלטה בסוגיית המלאכותיות. אך ההרחבה שנעשתה במבחן "הטעם המסחרי" שתחילה בפרשת תעש מור וסופה בפרשת רובינשטיין, נתנה מענה רק לצדה האחד של המשוואה – הצורך בנורמה אנטי-תכנונית גמישה, שתוכל להתמודד עם המציאות הכלכלית המשתנה ועם מורכבותן ההולכת וגוברת של העסקאות, ואשר תוכל "ללכוד ברשתה" עסקאות שמטרתן הפחתת מס בלתי לגיטימית. צדה השני של המשוואה – הצורך ליצור כלל ודאי וברור אשר מחד גיסא, יקנה לנישום את האפשרות לממש את זכותו לתכנון מס, ומאידך גיסא, יתן כלים ברורים בידיו של בית המשפט להכרעה בעניין המלאכותיות – עומעם דווקא בשל הרחבה זו.

22. ואכן, קריאות שונות נשמעות לצמצום מתחם שיקול הדעת בדיני המס ולמיעוט בשימושן של הנורמות האנטי-תכנוניות הכלליות, דוגמת סעיף 86 לפקודה (יחזקאל פלומין תכנון מס בעסק 16-17 (2007); גרוס, בעמ' 40). בעולם אוטופי אכן היינו מעדיפים לבסס את מערכת המס שלנו על "כללים" ברורים שיביאו לודאות ולשקיפות מירבית בהטלת המס. אלא שמציאות החיים המוכרת לנו, מחייבת את הכללתם של "סטנדרטים" מסוימים אשר יאפשרו מתחם של שיקול דעת לפקיד השומה ולבית המשפט. ראוי עם-זאת כי את שיקול הדעת ינחה מבחן ברור ואחיד. מבחן זה לעולם לא יתן נוסחה אריתמטית בה ניתן יהיה לשבץ משתנים ולקבל תוצאה חד משמעית. מהותו של מבחן זה הוא ביצירת מתווה חשיבה לשקלול המטרות העומדות בבסיס העסקה המודרנית ולהערכתן באופן שישקף את הרציונלים המדוברים לעיל.

מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי?

23. עסקה מעורבת מטרות מחייבת, כאמור, מבחן שיביא בחשבון את משקלן היחסי של המטרות, מקום בו בחר הנישום לבצע עסקה שמקנה לו גם יתרון מס. אחד הקשיים שבמבחן "הטעם המסחרי" הקיים (ושבגיננו, כאמור, נעשה עירוב בין עילת המלאכותיות לעילת ההפחתה הבלתי נאותה) הוא חוסר האפשרות להעריך את הטעם המסחרי שנטען על ידי הנישום על רקע תוצאות העסקה. קושי זה אף מועצם שכן הנטל להוכיח כי עסקה פלונית היא מלאכותית, מוטל על כתפי פקיד השומה (ראו למשל:

פרשת שיטריט, פס' 18, וההפניות שם). לאלה יצורף הקושי הספציפי שעולה בעת עריכת עסקאות בניירות ערך, כמו במקרה שבפנינו. בעסקאות אלה, לקניית נייר הערך תהא כמעט תמיד מטרה מסחרית – קניית נייר הערך עצמו, וכך יקשה יותר על פקיד השומה לפעול למען האינטרס הציבורי האמור.

24. מבקריה של הפסיקה הנוכחית טוענים כי בחינתו של "הטעם המסחרי" של הנישום צריכה להיעשות באופן אובייקטיבי ולא באופן סובייקטיבי (גליקסברג, בעמ' 236-233, גרס, בעמ' 40; אבי נוב "תכנון מס בינלאומי ונורמות אנטי-תכנוניות: ניתוח משפטי-כלכלי" מיסים יט/א-88 (2005); לסקירה משווה בנושא ראו גליקסברג, עמ' 236, ה"ש 90). בחינה סובייקטיבית של מטרות העסקה, כך טוענים המבקרים, עלולה ליצור אפליה בין נישומים באופן שבו עסקה זהה תיחשב אצל נישום אחד כעסקה מלאכותית, ואילו אצל אחר לא, וזאת משום שנישום אחד "המציא" טעם מסחרי שהתקבל על-ידי פקיד השומה או בית המשפט – והאחר לא. פרופ' גליקסברג סבור כי "אימוץ המבחן הסובייקטיבי משמעותו היא הטלת העלות של דמיונות עסקיים או לבר פיסקליים אחרים על כתפי החברה על ידי הכרה בלגיטימיות תכנוני המס על רקע סובייקטיבי. מבחן אובייקטיבי מצמצם, אמנם, את הדמיון והיוזמה העסקיים אולם העמדתו בגבולות הנסיבות הקונקרטיות יוצר איזון בין שלילת העלות של שגינות חריגים לבין ההכרה בדמיון העסקי כגורם רצוי" (גליקסברג, עמ' 234).

ביקורת זו יש בה חסרון משלה. אמנם, ישום מבחן סובייקטיבי עלול להביא לתוצאות בהן עסקאות בעלי מאפיינים דומים יסווגו באופן שונה מכח החוק, ובכך יאפשר לחלק מן הנישומים ליהנות מהטבות מס ולאחרים לא. עם זאת, בתי המשפט הכירו בכך שפעילות עסקית אמיתית מקדמת את השוק הכלכלי, בעוד שפיתוחם של מקלטי מס במטרה להפחית את החבות במס, גורעת מפיתוחו של השוק הכלכלי. לאור האמור, תהיה זו תוצאה ראויה, תחת נסיבות מתאימות, שינתן יחס שונה לעסקאות דומות. במישור המהותי, אם נישום פעל באמת ובתמים לקידום מטרה מסחרית שעמדה לנגד עיניו, יש טעם שלא לסווג את עסקתו כמלאכותית, גם אם כיוון הוא לעבר השגתה של מטרה פיסקלית, וגם אם בדיעבד התברר כי פעולה זו אכן הקנתה לו יתרון פיסקלי. טעם זה נובע ישירות מהרציונלים האמורים לעיל, ומשתלב עם רצונה של מערכת המס להישאר אדישה לפעולותיו הלב-פיסקאליות של הנישום (ראו ע"א 34899/99 מנהל מס שבח מקרקעין חיפה נ' עברי, פ"ד נז(5) 589, 601 (2003); י' מ' אדרעי "מכשולים קונסטרוקטיביים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" מיסים ח/א-20, א-25 (1994)). טעמים אלה מובילים למסקנה כי על אף הביקורת, אין להתעלם מן היסוד הסובייקטיבי שעמד בבסיס העסקה עת אנו בוחנים את מלאכותיותה.

25. למרות האמור, מקומו של היסוד האובייקטיבי אינו נפקד מבחינת הטעם המסחרי המועלה על-ידי הנישום: אמנם הנישום יצטרך להוכיח כי הטעם המסחרי הנתען אכן עמד בבסיס העסקה מבחינתו, אך על בית המשפט יהיה להעריך אם טעם זה הוא סביר (ראו פרשת תעש מור). יסוד הסבירות, כידוע, מבוסס על אדנים אובייקטיביים, ופועלו בעניין זה הוא לגדר את מתחם הטיעונים הסובייקטיביים. בנוסף, הקושי שבהערכת המטרות הסובייקטיביות של הנישום, מוביל פעמים רבות לשימוש באמצעים אובייקטיביים ("האדם הסביר") ככלי ראיתי לגילוי אותן מטרות. מטוטלת זו שנעה בין היסוד האובייקטיבי לבין היסוד הסובייקטיבי מוכרת לנו היטב מדיני הנזיקין אשר בהם עולה לעיתים השאלה אימתי יש לבצע קונקרטיזציה של מאפייני האדם הסביר למזיק הספציפי. בעוד שנקודת המוצא בדיני הנזיקין היא אובייקטיבית – התנהגותו של האדם הסביר – בהיות דיני הנזיקין כלי המשקף סטנדרט חברתי מסוים, הרי שבתחומי העסקה המלאכותית ראוי, כי נקודת המוצא תהיה סובייקטיבית. זאת כיוון שדיני המס שואפים להטיל "מס אמת" על נישום בהתאם ל"יכולת לשלם" שלו, וזאת תוך בחינה פרטנית של פעולותיו הכלכליות.

26. יש לאזן בין שני היסודות הנוגדים באופן הבא: פקיד השומה ירים את הנטל המוטל עליו בעת הוכיחו מבחינה אובייקטיבית, כי העסקה אותה ביצע הנישום היא מלאכותית. או אז, יוכל הנישום, שבידו הראיות הטובות ביותר לעניין, לבוא ולהצביע על השיקולים המסחריים הסובייקטיביים שעמדו בבסיס עסקאותיו. כאשר ישנו טעם פיסקלי יסודי (ועל כך להלן) בבסיס עסקה העומדת לבחינה, יוכל הנישום להוכיח בראיות חותכות וממשיות כי בבסיס העסקה עמד גם טעם מסחרי יסודי סובייקטיבי. זהו האיזון הראוי בין מכלול האינטרסים: חוסר רצונו של בית המשפט להתערב בחיים הכלכליים האמיתיים, כיבוד חופש החוזים ועקרון שלטון החוק מזה, לבין ההגנה על אינטרס הציבור, ומניעת הטלתם של תוצאות שיגיונותיהם העסקיים של בודדים על כתפי החברה, מזה.

המבחן הראוי - מבחן יסודיות הטעם המסחרי

27. מקום בו בית המשפט שוכנע שלצד מטרה פיסקלית, עמד גם טעם מסחרי לגיטימי בבסיס פעולתו של הנישום, יש לבחון את משקלו של הטעם המסחרי, כדי שזה יוציא את העסקה מכלל היותה מלאכותית. פרופ' גליקסברג מציע בהקשר זה את מבחן "יסודיות המטרה הלב-פיסקלית" (גליקסברג, בעמ' 230-233). יצויין כי פרופ' גליקסברג משתמש במונח "לב-פיסקלית" ולא "טעם מסחרי" כיוון שלטענתו יש

להכיר במטרות שאינן פיסקליות – אך גם אינן מסחריות – כגון מטרות אישיות (בפסיקה הועלתה האפשרות להכיר במטרות לבר-פיסקליות שאינן מסחריות כמטרות אשר ישללו את בלעדיות הטעם הפיסקלי (ראו: עמ"ה (חיפה) 140/89 דר נ' פקיד שומה חיפה (טרם פורסם, 27.6.1990)), אך משסוגיה זו אינה מתעוררת בענייננו, לא אדרש לה). בהתאם לטרמינולוגיה הקיימת היום לשלילת מלאכותיות העסקה – קיומו של "טעם מסחרי" – המבחן הראוי לשיטתי הוא מבחן "יסודיות הטעם המסחרי". המבחן הנהוג היום, אשר ניתן לכנותו מבחן "בלעדיות המטרה הפיסקלית", בוחן אם מטרתו של הנישום בעת ביצוע העסקה נתמצתה בהשגת היתרון הצפוי מהטבת המס. כזכור, ניתן לצלוח מבחן זה גם אם הוצג "טעם מסחרי כלשהו" (לעיל, דנ"א שטרית). מבחן "יסודיות הטעם המסחרי", לעומת זאת, קובע כי עסקה אינה מלאכותית אם לולא המטרה המסחרית – לא היה מבצע הנישום את העסקה. המבחן אינו בודק רק אם קיימת מטרה מסחרית, ואין ספק בדבר שקיומה של זו הוא תנאי הכרחי, אך אין זה תנאי מספיק. לצורך סיפוקו של המבחן נדרש גם כי המטרה המסחרית תהיה סיבה "יסודית", כך שלולא ציפייתו של הנישום כי זו תתממש, לא היה נכנס לעסקה מלכתחילה. לאור הרציונאלים החולשים על הסוגיה, תישלל מלאכותיותה של העסקה, אף אם נלווה לטעם המסחרי היסודי, טעם פיסקלי במידת יסודיות שווה.

28. בחינת יסודיותו של הטעם המסחרי תיבדק על פי מכלול נסיבות העסקה ומטרותיה, ובעזרת מספר מבחני-עזר, ובהם:

בחינת אמינותו של הטעם שהועלה על ידי הנישום (ראו לעיל: דבריו של השופט שמגר בפרשת תעש 1007). במסגרת מבחן-עזר זה, הנושא אופי מקדמי במהותו, ייבדק אם הובאו הראיות החותכות והממשיות הנדרשות לצורך הוכחת הטעם המסחרי הסובייקטיבי, שבלעדיו לא הייתה מתבצעת העסקה. אם עלה בידי הנישום להוכיח כי עמד טעם מסחרי יסודי בבסיס העסקה, כי אז לא תסווג העסקה כמלאכותית. אם בתום הבדיקה נותרות כפות המאזניים מעוינות, כי אז ניתן לפנות למבחני עזר נוספים (שהם במהותם אובייקטיביים) לצורך המשך הבחינה;

מבחן-עזר נוסף הוא שקילותן הכלכלית של המטרות שעמדו בבסיס העסקה. מבחן זה מבקש לכמת בכסף את התוצאה הכלכלית שתתקבל אם תמומש כל אחת מהמטרות, והשוואתם זו לזו. פערים כלכליים בין הטעם הפיסקלי לבין הטעם המסחרי יכולים שיהוו אינדיקציה לגבי יסודיותם (גליקסברג, עמ' 230);

בעסקאות מסוימות בחינת קיומו של תוכן כלכלי לעסקה, ותוצאותיה של העסקה בפועל, יכול שישמשו אף הם לצורך בחינת מלאכותיות העסקה. מבחן "התוכן הכלכלי" משמש במשפט האמריקאי, כחלק אינטגרלי מהמבחנים המשמשים לבחינת מלאכותיות עסקה, ובשמו שם: דוקטרינת ה-*economic substance test*. במסגרתו נבחנת השאלה אם בעת עריכת העסקאות הייתה לנישום ציפייה סבירה לרווח (Rice's (Toyota World, Inc. v. Comm'r, 752 F.2d 89 (1985)). מבחן זה לא נהוג במשפט הישראלי במסגרת סעיף 86 לפקודה, אך בהקשרים מסוימים (כגון ההקשר הנוכחי) – שבהם טענת הציפייה לרווח היא זו אשר מהווה את עיקרו של הטעם המסחרי – יש לו רלוונטיות רבה.

מבחן-עזר נוסף בוחן את קיומו של סיכון במסגרת העסקה, וזאת לאור "רשת הביטחון" של המטרה הפיסקלית. אכן, השימוש במבחן הסיכון לצורך בחינת מלאכותיות של עסקאות, ובעיקר אלה שנערכות במסגרת שוק ההון, מעלה קשיים לא מבוטלים. אין חולק כי גידור סיכונים הינו מכשיר לגיטימי במסגרת עריכת עסקאות, אך כאשר גידור הסיכון מתבצע באמצעות מרכיב מס, צפוי הנישום לביקורת דקדקנית יותר במסגרת בחינת עסקאותיו. מורכבותו של השוק הכלכלי מעמידה בספק רב את האפשרות להעמיד סטנדרט אחיד לגבי מידת הסיכון הנדרש לשם הוצאת העסקה מכלל מלאכותיות (אלון קפלן "עסקאות dividend stripping – האם הן מלאכותיות מבחינה מיסויית?" מיסים כב/1 א-62, א-78-79 (2008) (להלן: קפלן)). יחד עם זאת, אין מניעה כי בסל "מבחני העזר" העומדים לרשות בית המשפט יעמוד גם כלי זה, אשר בהחלט יכול, במקרים המתאימים, להוות אינדיקציה משמעותית לקיומה של מלאכותיות.

מבחני עזר אלה, כשלעצמם, אינם מלמדים באופן חד-משמעי אם עסקה מסוימת מלאכותית היא אם לאו; אך יש בהם כדי ליתן אינדיקציה לכך שבעסקה מלאכותית עסקינן.

מן הכלל אל הפרט

האם הוצג טעם מסחרי "אמין"?

29. כפי שהובהר, יש לבחון בראש ובראשונה אם המערערת הציגה טעם מסחרי אמין לקיום העסקה. המערערת טענה לעניין זה, כי שיקולים כלכליים הם שהניעו אותה לסחור במניות תלויות הדיבידנד. לטענתה, היא התבססה על שני אלמנטים אשר יצרו אצלה את הציפייה ליצירת רווח מהפעילות האמורה. האחד, הוא אי-מיסויה של חברה

בגין דיבידנד המועבר בין חברות שמקורו בישראל כאמור בסעיף 126(ב) לפקודה. השני, הוא "התיקון הטכני" שמבצעת הבורסה במחיר המנייה לאחר "יום האקס". צירופם של אלה, כך נטען, הובילו לציפייה שהמערערת תצליח למכור את המנייה בערך שבין מחיר המנייה בהפחתת מלוא הדיבידנד, לבין מחיר המנייה לאחר התיקון הטכני. נדגיש כי הנימוק הרגיל לקניית המנייה – התקווה כי ערכה יעלה, ללא הציפייה למכירתה ברווח עקב התיקון הטכני – לא היה בו כדי לסייע למערערת, שהרי אין חולק כי הכרזת הדיבידנד משמעותה היא דווקא ירידה צפויה בערך המנייה. ירידה זו אינה יוצרת הפסדים ממשיים אצל בעל המנייה שכן הפרש הירידה מגולם בדיבידנד שחולק לו. מכיוון שהמניות שנקנו, נמכרו מיד בסמוך לקבלת הדיבידנד, אין ספק כי עצם ההחזקה במנייה הספציפית לא מספקת את דרישת הטעם המסחרי. בבית משפט קמא העיד רואה-חשבון חיים דביר, אשר שימש כיועצה הפיננסי של המערערת בעת עריכת העסקאות, כי מטרת המערערת הייתה "לנטרל את הסיכון שבמנייה". בלא הגדרת מטרה מסחרית אחרת הרי שאין כל הבדל בין מצב הנתונים הקיים בתיק זה לבין פרשת רובינשטיין שעניינה רכישת הפסדים. לפיכך, צריכה הייתה המערערת להראות כי למרות "ההפסד" הצפוי לה, ובהתקיים הטבת המס הגדולה הגלומה בעסקה זו – הפוטנציאל העסקי של השאת רווחיה היווה מטרה שבלעדיה לא הייתה המערערת מבצעת את העסקאות.

30. רואה-חשבון דביר, שהציע את מתווה העסקה לחברה, לא שימש כלל כיועץ פיננסי, עד לעבודתו אצל המערערת. על-פי תצהירו שהוגש לבית המשפט קמא, תחום מומחיותו העיקרי בו התמחה במשך כ-15 שנים היה מיסוי שוק ההון. עבודתו אצל המערערת הייתה השנה הראשונה בה החל לתת "יעוץ פיננסי". המערערת טוענת כי פנייתה לעריכת העסקאות נבעה "ממחקרים אמפיריים, אשר הוצגו למערערת ע"י יועציה הפיננסיים, ואשר צוינו ע"י המערערת בפני בית המשפט קמא, [ומהם] עולה... דבר המגלם בחובו פוטנציאל לרווח רב" (ההדגשות במקור). תצהירו של רואה-חשבון דביר לא לווה באותם מחקרים אמפיריים שעשויים לתמוך בתיאוריה שהוצגה על ידו. במהלך עדותו הוא הזכיר שמות של מחברי מאמרים שלטענתו תומכים בתיאוריה, הא ותו לא. עוד הוא העיד כי אינו מכיר עבודת מחקר שנעשתה בנושא זה על השוק הישראלי, למעט "עבודה סמינריונית", אך גם זו לא הוצגה ואף לא ביקשו לזמן לעדות את מחברה. טענתה של המערערת, לפיה הסתמכה על "מחקרים אמפיריים" אשר מצביעים על פוטנציאל לעשיית רווח לא הוכחה.

המערערת צירפה לסיכומי תשובתה בערעור לפנינו תיק מוצגים נוסף ובו ארבעה מחקרים אשר תומכים לטענתה בתיאוריה אשר עליה התבססה. בכך אין כדי

לרפא את אי-צירופן של ראיות אלה בערכאה דלמטה. הימנעותה של המערערת מביסוס טענתה המרכזית לשלילת מלאכותיותה של העסקה "בזמן אמת", עומדת בעוכריה. "לעיתים, הדרך שבה מנהל בעל דין את עניינו בבית המשפט הינה בעלת משמעות ראייתית, באופן דומה לראיה נסיבתית, וניתן להעניק משמעות ראייתית לאי הגשת ראיה. התנהגות כגון דא, בהעדר הסבר אמין וסביר - פועלת לחובתו של הנוקט בה, שכן היא מקימה למעשה חזקה שבעובדה, הנעוצה בהיגיון ובניסיון חיים, לפיה דין ההימנעות כדין הודאה בכך שלו הובאה אותה ראיה, היא הייתה פועלת לחובת הנמנע ותומכת בגרסת היריב" (ע"א 9656/05 שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציוד בניה בע"מ, פס' 26 (טרם פורסם, 27.7.2008)). על המערערת היה להוכיח כי היא התבססה על המידע בזמן עריכת העסקאות, ולא די בכך שהתוודעה אליו בדיעבד. הצגתם של המאמרים בסיכומי תשובתה של המערערת, אף לא אפשרה למשיב הזדמנות לטעון כנגדם. זאת ועוד. עיון במאמרים שצורפו, למעלה מן הצורך, מעלה כי ספק אם יש בהם כדי לתמוך בגישתה. זאת בראש ובראשונה מכיוון שהמאמרים שהוצגו אינם עדכניים ופורסמו קודם לרפורמות שונות שנערכו בתחום המס באותן המדינות אליהן הן מתייחסים, ולרפורמות במס שנערכו בישראל. בנוסף, לא ברור כלל אם ניתן להשוות בין הדין הנוהג במדינות אלה לבין זה הנוהג בישראל. אך כאמור, דברים אלה נאמרו מעבר לדרוש. בסיכום: המערערת לא ביססה את התיאוריה שעליה סמכה את "הטעם המסחרי" לו טענה, וממילא לא עלה בידה להוכיח כי הסתמכה על-כך בעת עשיית העסקאות.

31. מנגד, במסגרת הראיות שהוצגו לפני בית משפט קמא על ידי המשיב, הובאה עדות מומחה שנערכה על ידי מר יוסי בהיר, שהינו כלכלן במקצועו, ואשר עבד שנים רבות בבנקים שונים ובשוק ההון. מר בהיר קבע באופן חד משמעי כי עמדת המערערת "אינה עומדת במבחן כלכלי" וכי ההנחה לפיה שווי המניה ירד בשווי הדיבידנד ברוטו "כמוה כהנחה שכל הפעילים בשוק הם יחידים והמערערת הינה החברה היחידה המשתתפת במסחר עימם". עוד ציין מר בהיר כי כוחות השוק הם אלה שקובעים את מחיר המנייה ביום המסחר שלאחר חלוקת הדיבידנד וכי "המחיר שנקבע על ידי הבורסה אינו מהווה שיקול כלכלי בבחירת ההשקעה במניה לאחר חלוקת דיבידנד". בחקירתו הנגדית, הודגשה מסקנתו כי אין כל טעם כלכלי ממשי בעסקאות שערכה המערערת, באשר היא שחקנית קטנה בשוק, אך לא נשללה הטענה כי השגת רווח שכזה היא אפשרית (אם כי זאת לטענתו, רק בידי חברות גדולות במשק).

32. הנטל להוכיח כי העסקה היא מלאכותית הורם, אפוא, על ידי המשיב באמצעות העד המומחה מטעמו, שהעיד כי השאת רווחים כתוצאה מפעילותה של המערערת אינה

סבירה. המערערת לא הצליחה לסתור עדות זו. אמנם, האפשרות של השאת רווח כתוצאה מהעסקה לא נשללה לחלוטין – אך בכך, כאמור, אין בכדי לספק את דרישות מבחן "יסודיות המטרה המסחרית", שכן נדרש כי "הטעם המסחרי" יהיה כזה, שבלעדי הציפייה להתגשמותו לא היה הנישום מבצע את העסקה. פקיד השומה הרים את הנטל המוטל עליו, בהוכיחו מבחינה אובייקטיבית, כי לא טעם מסחרי הוא שעמד בבסיס העסקה, ולחילופין כי טעם זה לא היה יסודי. המערערת לא עמדה בנטל להוכיח כי מבחינה סובייקטיבית מתקיימת דרישת היסודיות של המטרה המסחרית. נמצא כי אמינותו של הטעם המסחרי שהועלה על ידי המערערת מוטלת בספק. המערערת הצליחה להוכיח כי ישנו סיכוי תיאורטי להשאת רווחים, אך כשלה בניסיונה להוכיח כי לולא ציפייתה להשאת רווחיה לא הייתה עורכת את העסקאות. למצער, ניתן לומר כי הראיות הדלות שהובאו על-ידה מהוות אינדיקציה לכך שהטעם המסחרי אינו "טעם בלעדיו אין" לעריכת העסקה. מבחני העזר הנוספים תומכים גם הם במסקנה זו.

שקילותן הכלכלית של המטרות

33. במסגרת מבחן זה מכומתות שווין הכלכלי הצפוי של כל אחת מהמטרות העומדות בבסיס העסקה. מניתוח מערכת הציפיות של המערערת בעת עריכת העסקאות, עולה כי היא צפתה באופן וודאי כי בעקבות קניית המניות שבהן הוכרו על חלוקת דיבידנד, היא תהנה, באופן מקסימלי, מקיזוז המס בשיעור שבו היתה ממוסה על רווחיה הצבורים באותה תקופה (36% X מלוא סכום הדיבידנד שיחולק (מעבר לכך מדובר בהפסד ממש), ובאופן מינימלי בשיעור של 27% (ירידת ערך המנייה בשיעור של 75% מסכום הדיבידנד X 36%). מנגד, עמדה הציפייה – שלקיומה הייתה הסתברות נמוכה מאוד – כי יוצר לה רווח הון בשיעור שבין 0%-25% מסכום הדיבידנד שיחולק (בהתאם לטענה כי ניתן למכור את המנייה בשוויה לאחר ההפחתה הטכנית שעורכת הבורסה). חשוב להזכיר, כי הציפייה להשאת הרווח לא הייתה קשורה למנייה ספציפית. קניית המניות לא התבססה על תקוותה של המערערת כי ערכה של מנייה זו או אחרת יעלה, בהתבסס על היכרות עם המנייה. להיפך, כפי שהעיד רואה-חשבון דביר: "איננו מעוניינים בעצם להשקיע במניה לטובת הסיכון שבמניה. אנו מנסים לצאת מהפוזיציה הזו". הציפייה לרווח התבססה על סיכויי הצלחת יישום "התיאוריה", אשר גם אם עמדה לנגד עיניה של המערערת, לא הייתה בת סיכוי משמעותי.

עינינו הרואות כי גם במצב האופטימלי לפי התיאוריה שהציגה המערערת, ולפיה היה עולה בידה למכור את המניות במחיר התיקון הטכני שנקבע על ידי הבורסה,

שקילותה הכלכלית של המטרה הפיסקלית גדולה ב-2%, לאמור, ההפרש שבין הרווח הפיסקלי לרווח הממשי במצב אופטימלי, מערכה של המטרה המסחרית. בנוסף, בעוד שהמטרה הפיסקלית בעסקה ודאית, הרי שסיכויי השגתה של המטרה המסחרית הם ספקולטיביים במידה גבוהה, ובכך יש עוד כדי להעלות את שקילותה של המטרה הפיסקלית. העובדה כי מלכתחילה ערכה הפיסקלי של העסקה היה גבוה מערכה המסחרית, יש בה גם כדי ללמד על מידת יסודיותן של כל אחת ממטרות אלה בעיני המערערות.

ציפייה לרווח ותוצאות העסקה

34. בפועל, לא הצליחה המערערת להשיא את רווחיה, ואף נגרמו לה הפסדים ממשיים בסך של כחצי מיליון ש"ח. הובהר, כי ציפייתה של המערערת לרווח מהעסקה הייתה בלתי סבירה, בין היתר מכיוון שגודל השוק של המערערת והשפעתה עליו, היו מינימליים. המערערת טענה כי העובדה שבפועל נגרמו לה הפסדים ממשיים מעידה על-כך כי בבסיס העסקה עמדה ציפייה לרווח. בעוד שהוכחת קיומו של רווח מעסקה, עשויה להוות אינדיקציה לאי-מלאכותיותה של העסקה ולקיומו של טעם מסחרי העומד בבסיסה (וראו: *Tiffany E. Carr, Compaq, IES, And the Economic Substance Test: The Courts Turn Dividend-Stripping Into an Economically Significant Transaction*, 51 Emory L.J. 1645 (להלן): *carr*), אין הדבר כך, אם בסופו של יום הוסב לחברה הפסד כלכלי דווקא. תוצאה שכזו לא יכולה להעיד באופן חד-משמעי על מטרותיה של העסקה, שכן כישלונה יכול שינבע ממשנתנים רבים, בייחוד כאשר מדובר בעסקאות הנערכות בשוק ההון. אין בעובדה כי תכנון המס נעשה באופן רשלני, או השתבש הלכה למעשה, כדי להצביע דווקא על קיומו של טעם מסחרי. זהו פשוט תכנון מס שהשתבש. בהשאלה, יפים דבריו של הלורד דנינג מעסקה דומה בהקשר אחר: *"I decline to elevate dividend-stripping into a trade. It is dividend-stripping and nothing else."* *Lupton (Inspector of Taxes) v. F.A. & A.B., LTD.*, (1969) 3 All E.R. 1034 (C.A., Civil Div.) (Eng.).

בדיקת קיומה של ציפייה סבירה לרווח, בייחוד כאשר מדובר בעסקאות אשר זו מטרותן המוצהרות, והבדיקה אם ציפייה זו התגשמה, היא כלי יעיל לבחינת יסודיותו של טעם מסחרי הנטען על-ידי הנישום. בנסיבות המקרה דנן, גם מבחן-עזר זה מטה את

הכף לכך שהמטרה המסחרית – השאת הרווחים – לא הייתה מטרה שבלעדיה הייתה נמנעת המערערת מביצוע העסקה.

היעדר סיכון

35. המערערת ביקשה שנכיר בעסקה שביצעה כעסקה לא מלאכותית, בין היתר מכיוון שעסקאות דומות נקבעו כך על-ידי בתי המשפט הפדראליים לערעורים בארצות-הברית. בתי משפט אלה, מצאו, לטענתה, "כי מדובר בניצול עסקי לגיטימי של המחירים השונים שנקבעו בתום לב ע"י השוק, הכרוך בנטילת סיכון". המערערת הפנתה לפסקי הדין בעניין *Compaq Computer Corp. v. Comm'r*, 271 F.3d (2001) 778, 779 (להלן: פרשת *Compaq*) ו- *IES Industries v. United States*, 253 F.3d 350, 355 (2001) (להלן: פרשת *IES*). בשתי פרשות אלה נדונו עסקאות *dividend-stripping* שנהגו ובוצעו על-ידי אותה חברת ברוקרים. בשני המקרים מצאו בתי המשפט המדינתיים לענייני מיסים את העסקאות מלאכותיות, זאת בין היתר, מהסיבה כי הסיכונים שבבסיסן היו מינימליים. בשני המקרים ערכאות הערעור (ה-5th circuit וה-8th circuit) הפכו את ההחלטה וקבעו כי העסקאות אינן מלאכותיות. הרקע העובדתי וניתוחם של פסקי דין אלה, נדונו במספר מאמרים בארץ ומחוצה לה (ראו: צבי אלטמן, זיו שרון, אברהם אלתר "רכישת מניות לצורך קבלת דיבידנד ומכירתן לאחר מכן בהפסד הון אינה עסקה מלאכותית" מיסים טז/א-5 (2002); ליאור פיק ושי לוי "עסקאות *dividend stripping* והרפורמה במס" מיסים יז/א-61 (2003); קפלן; *carr*).

36. גישתם המצמצמת של בתי המשפט הפדראליים ביחס למרכיב הסיכון ש"בדוקטרינת המטרה המסחרית" (*business purpose doctrine*), זכתה לביקורת חריפה בספרות האמריקאית (ראו לדוגמא: Daniel N. Shaviro & David A. Weisbach, *The Fifth Circuit Gets It Wrong in Compaq v. Commissioner*, Chi. Working Papers in Law and Econ., Jan. 2002, at 513 (להלן: *shaviro & weisbach*; *carr*). הקושי בפסיקותיהם של בתי המשפט הפדראליים, טמון בכך שיש בהן "דיבור בשני קולות" באשר לצורך בקיומו של סיכון במסגרת דוקטרינה זו ולאופן זיהויו. באופן פורמלי, במסגרת "דוקטרינת המטרה המסחרית" האמריקאית, תנאי לאי-מלאכותיותן של עסקאות הוא חשיפתן לסיכון של תנאי השוק (*Yoshua v. Comm'r*, 861 F.2d 494, 500 (1988)). בתי המשפט

לא ביקשו לסטות מתנאי זה אך קבעו כי מזעורו של סיכון בעריכת עסקה הוא דווקא "disinclination to accept any more risk than necessary... strikes us with an exercise of good business judgment consistent with a subjective intent to treat the ADR trades as money-making transactions" (פרשת IES, עמ' 355). תוצאה מתבקשת מקביעה זו היא, שישומה המלא, מאיין לכאורה את הדרישה לחשיפתה של העסקה לסיכון, שהרי שלילתו המוחלטת של סיכון, לפי קביעת בית המשפט, היא התגשמותו של שיקול דעת מסחרי ראוי.

בתי המשפט הפדראליים ראו, אפוא, באופן חיובי את הפעולות שננקטו להקטנת הסיכון, קבעו כי בפועל העסקאות היו חשופות לסיכון מינימלי, ומצאו כי רמה זו של סיכון מספקת את דרישתו של המבחן. הביקורת שנשמעה כנגד קביעה זו הייתה שבתי המשפט התעלמו לחלוטין מהמציאות הכלכלית שחלשה על העסקאות. העסקאות בפרשת IES ובפרשת Compaq תוכננו בקפידה מירבית – שערי הקניה והמכירה נקבעו מראש, הן בוצעו במהירות ולא נחשפו לתנודתיות במחיר המניה, הן נעשו "בבלוקים" גדולים – עובדה שהפחיתה את הסיכוי להתערבותם של צדדים שלישיים, ועוד. אף שהעסקאות "נאטמו" כמעט לחלוטין מפני סיכונים, עדיין היה קיים סיכוי "טכני" להתערבות השוק שהייתה עלולה לגרום לכישלונן. *Shaviro & weisbach* טוענים כי באותה מידה "an asteroid might have struck the Earth in mid-transaction, making the transaction by no means risk-free" (עמ' 516). עוד הם טוענים כי במסגרת מבחן הסיכון, צריך לבחון את הסיכונים שנותרו לנישום ולא את אלה שמהם הצליח להימנע: "The...business purpose requiremen[t] focus[es] on economic risk—those the taxpayer bears, not those she manages to avoid—as a filter and to deter pure paper-shuffling that serves solely to generate tax benefits" (שם). בכך בעצם, נטען, איינו בתי המשפט לחלוטין את הדרישה לקיומה של חשיפת העסקה לסיכון כלכלי. כמו כן, בתי המשפט לא התייחסו לעובדה שקיזוז המס שימש "רשת ביטחון" רחבה להפסדים ריאליים, אם "חלילה" יתממשו.

37. בנוסף לביקורת שהושמעה בקשר ליישומו של מבחן הסיכון, הושמעו ביקורות נוספות בקשר לפסקי דין אלה. כך למשל נטען כי בחינתו של בית המשפט את "הרווח" שנוצר מהעסקה אינה נותנת מענה ראוי לשאלה אם היא נעשתה לשם השגתה של מטרה

מסחרית. עוד נטען, כי דרך הניתוח של בתי המשפט מובילה לכך שיקל על נישומים ליצור "מקלטי מס" ובכך לפגוע בשיטת המס (להרחבה ראו: קפלן). קשיים אלה ואחרים, מעמידים בספק את האפשרות להיזקק לפסקי-דין אלה בהקשר הנוכחי; מה עוד שאין כאמור חפיפה מלאה בין מבחני המלאכותיות שבפסיקה האמריקאית לאלה הנהוגים בשיטה הישראלית. עמד על כך פרופ' הדרי המציין כי על-פי "דוקטרינת המטרה העסקית" האמריקאית, יפסלו עסקאות אפילו כאשר הנישום "חשוף לסיכון כלכלי, ויש פוטנציאל מסוים להפקת רווחים, אבל הם חסרי חשיבות בהשוואה להטבות המס" (הדרי, עמ' 17). לפיכך, הוא סבור, כי פסקי הדין בעניין Compaq ובעניין IES, הם נוף חריג אף במסגרת פסיקות בתי המשפט הפדראליים לערעורים:

"המסקנה היא, שאין בפסיקה האמריקאית של השנים האחרונות משום חידוש נורמטיבי, אלא מדובר ביישום ההלכות הוותיקות לתכנוני מס שונים, כאשר בדרך כלל, בית המשפט לערעורים הרלוונטי מאשר אותן רק כאשר יש להן תוכן כלכלי, ובמילים אחרות – רק כאשר מוצג סיכוי ממשי לרווח בלא הקלות המס... במכלול פסקי דין אלה, נראה שנפלו החלטות מוטעות במקרה של IES ו-Compaq, ואם אכן נוצרו פה אפשרויות בלתי מוגבלות לתכנוני מס אשר בתי המשפט לא מסוגלים להתמודד איתם, יש מקום להתערבות חקיקתית, כאמור לעיל (הדרי, עמ' 20).

יצויין, כי אפילו היינו הולכים את כברת הדרך בה הלכו בתי המשפט הפדראליים לעניין ישום מבחן הסיכון, הרי שלא היה בכך כדי להועיל למערערת. בתי המשפט ראו את פעולות גידור הסיכון שנעשו בעסקאות בפרשת IES ובפרשת Compaq כמצביעות על כך שהופעל שיקול דעת מסחרי אשר הביא לכך שלעסקה אכן היה פוטנציאל אמיתי לרווח. בענייננו, לעומת זאת, כנראה משום שהדבר לא היה בבחינת מטרה יסודית של המערערת, לא נעשו פעולות דומות על מנת להבטיח השגתו של רווח. הסיכונים שהתממשו בפועל, היו כאלה שכלל לא נצפו על-ידי המערערת ולחילופין הובאו בחשבון כך שבשקלול הסופי (לאחר קיזוז ההפסדים) הם היו משתלמים לה. בפועל כפי שעולה מהראיות, העסקאות נעשו אך ורק על מנת להשיג את יתרון המס, כאשר האפשרות (הרחוקה) כי לחברה יוצרו אף רווחים מהעסקאות, הייתה לא יותר מאשר "הדובדבן שבקצפת" קיזוז ההפסדים. הסיכונים שנשקלו על ידי המערערת יוחסו לסיכוייה לקזז את מירב שווי רווחיה הצבורים, ולא לגבי סיכויי השאת רווחיה מביצוע העסקאות.

37. ודוק: אין בשימוש במחירי שוק אשר נקבעים כתוצאה משיקולים מיסויים, כדי להצביע על מלאכותיותה של העסקה. עצם ניצול העובדה כי גורמים בשוק מעריכים את הדיבידנד שמתקבל אצלם, בגילום המס, בחסר, היא פעולה לגיטימית. אלא שבכך המערערת לא הסתפקה, וכאמור לעיל, לא בכדי. זו לא הייתה "העסקה". העסקה הסתיימה בכך שהמערערת ביקשה לקזז את רווחיה הצבורים הממשיים, כנגד הפסדים ההוניים שנוצרו "על הנייר" כתוצאה מעסקאות הדיבידנדים. כאמור, לא דנתי בשאלה אם "חסרון כיס" הוא תנאי לקיזוז הפסדים, אך פעילות מובהקת כזאת, של עריכת עסקה במטרה "למחוק" רווחים החייבים במס, מחייבת הוכחתו של טעם מסחרי יסודי משמעותי אשר "יכשיר" עסקה שכזאת. כפי שכבר נאמר בפרשות קודמות שדנו בנושא קיזוז הפסדים, פעילות שכזאת חותרת כנגד תכלית החקיקה ויש בה מאפיינים מובהקים של אי-שוויוניות.

סוף דבר

39. אכן, הטענה כי טעם מסחרי, בדמות השאת רווחיה של המערערת, עמד בבסיס עריכת העסקה, אינה יכולה להישלל. מוכן אני אף להניח כי מטרה זו עמדה לנגד עיניה של המערערת בעת עריכת העסקאות. פקיד השומה נדרש להוכיח מבחינה אובייקטיבית כי העסקה היא מלאכותית, ובנטל זה הוא עמד. המערערת לא הצליחה להוכיח כי המטרה של השאת רווחיה הייתה מטרה שבלעדיה לא הייתה מבצעת את העסקאות האמורות. זוהי עסקה אשר נשענת רובה ככולה על הידיעה הברורה כי המערערת תצליח להימנע מתשלום המס. במילותיהם של *Shaviro & weisbach* זוהי עסקה אשר: "...no sane person would have done absent taxes" (*Shaviro & weisbach*, עמ' 517). המערערת אף לא הצליחה להוכיח כי "התאוריה" אשר עמדה לכאורה בבסיס העסקה עומדת במבחן כלכלי בשוק הישראלי, במבחן המציאות, או כי היא הסתמכה עליה בזמן אמת. המסקנה כי מדובר בעסקה מלאכותית נתמכת גם במבחני העזר "האובייקטיביים" שנסקרו לעיל.

38. מבחן "יסודיות המטרה המסחרית" הוא פרי פיתוחם של מבחני "העסקה המלאכותית" אשר הותוו בפסיקה לאורך השנים. מבחן זה יחד עם מבחני העזר אינם מתיימרים להגיע לדיוק לוגי ואף אינם מבקשים להשיג פוריטניות מוסרית; הם נועדו להקל בזיהוין של עסקאות אשר להן פוטנציאל הרסני למערכת המס (*George K. Yin, The Problem of Corporate Tax Shelters: Uncertain Dimensions, Unwise Approaches*, 55 TAX L. REV. מטרת העל, היא איזון

בין צורכיה של החברה במערכת מס שיוויונית והוגנת לבין זכותו של הנישום להפחית את המס שעליו לשלם בדרכים לגיטימיות. שיקול הדעת של פקיד השומה ושל בית המשפט הוא עדיין מרכיב מרכזי בעריכת איזון זה. אך בעוד ששיקול הדעת המופעל בעת יישום המבחנים הוא הכרחי ואף רצוי, אין מקום לקיומו של שיקול דעת בכל הנוגע ל"כללי המשחק", ולשינויים ממקרה למקרה. תפקידו של בית המשפט הוא, ברגיל, להמשיך ולמצוא את האיזון העדין שבין מגמות אלה.

אשר על כן, הערעור נדחה. המערערת תישא בשכר טרחת עורך הדין של המשיב בסך של 30,000 ש"ח.

המשנה-לנשיאה

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

שופטת (בדימ')

השופט נ' הנדל:

1. אני מצטרף לפסק דינו המאלף של חברי המשנה לנשיאה. דווקא בשל היקף הראייה ועומקה, רצוני להוסיף שתי הערות. הגם שאין בהערות אלו להסתייג ממסקנותיו בתיק זה, הן בעלי נפקות למקרים אחרים.

פסק הדין עורך מעבר ממבחן "בלעדיות המטרה הפיסקלית", שמביא לכך שדי בקיומו של "טעם מסחרי כלשהו", למבחן "יסודיות הטעם המסחרי", שדורש שהטעם המסחרי יהיה יסודי דיו כך שלולא הוא, לא היה הנישום מבצע את העסקה. במסגרת בחינת היסודיות הוצבו מספר מבחני-עזר: א. אמינות הטעם המסחרי. ב. השוואה כמותית בין הרווח שצפוי להיות מופק מהמטרה המסחרית לזה שצפוי להיות מופק מזו הפיסקלית. ג. עד כמה הציפייה לרווח סבירה, וכן לעתים: מה תוצאות העסקה. ד. מידת הסיכון שבעסקה לאור "רשת הביטחון" של המטרה הפיסקלית.

חברי ניתח באופן מקיף ביותר את סעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: סעיף 86) על רכיביו השונים. במסגרת ניתוחו, הוא עמד על

היחס שבין החלופות השונות שמעמיד סעיף זה בידי פקיד השומה החפץ שלא להכיר בעסקה פלונית, ובהן חלופת הרישא – "עסקה מלאכותית", וחלופת הסיפא – עסקה שאחת ממטרותיה העיקריות היא "הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי-נאותות". לשיטתו, חלופת הסיפא היא גמישה במובן זה שדי בכך שאחת ממטרותיה תהא הפחתה בלתי-נאותה, אך היא קשה לשימוש בשל קשיים שקיימים בהגדרתה של בלתי-נאותות זו. חלופת הרישא עוסקת אף היא בעסקה שנועדה להשיג יתרון בלתי-ראוי בתחום המס, אך איננה מצומצמת למונח הבעייתי "בלתי-נאותה", ועל כן היא מהווה את הכלי המרכזי מבחינה מעשית שנמצא בידי פקיד השומה. במסגרת ניתוחה של חלופה זו העלה פסק דינו של חברי תרומה בעלת משקל רב לפיתוחה ולביצורה, תוך ביסוס מבחן יסודיות המטרה המסחרית והבניית מבחני-עזר חשובים להכרעתו כאמור. הערת הראשונה נסובה סביב הרישא – מקומה מבחינה פרשנית ומבחינת ההיסטוריה הפסיקתית. בקליפת אגוז, אינני סבור כי רצוי או ראוי הוא "לוותר" על אותו חלק מסעיף 86.

2. לשונו של סעיף 86 הוא כדלקמן:

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

למקרא הדברים, מזדקרת השאלה: האומנם השחית המחוקק את מילותיו לריק, והוסיף סיפא שאין בו בכדי לתרום בכהוא זה מעבר לרישא? האם לא הייתה כל מטרה בכתיבת חלופת המטרה שבסיפא?

כמדומני, שניתן לפרש סעיף זה באופן שהולם את מילותיו ומעניק לכל חלופה את מקומה הראוי. על פי פירוש זה, חלופת הסיפא היא חלופה עצמאית, שייחודה מאבק בתכנוני מס בלתי-ראויים. אין הכרח להגמיש אותה עד כדי כך שדי במטרה אחת מני-רבות שמכוונת להשגת יתרון מס. התיבות "אחת ממטרותיה העיקריות" מתפרשות בנקל כמעלות דרישה למטרה יסודית, בדומה לזו שמציע חברי במסגרת חלופת הרישא.

לעומת זאת, חלופת הרישא עוסקת בנושא אחר, ועל כן ראה המחוקק לעצבה כחלופה נפרדת. נושא זה מהו?

המילה "מלאכותי" זכתה לשתי הגדרות במילון, הראשונה מילולית והשנייה מושאלת:

"מלאכותי: 1) עשוי בידי אדם ולא בידי הטבע. 2) מעושה, לא ספונטני או לא טבעי". (מילון ספיר, עורך ראשי: איתן אבניאון, 1997)

אין כל ספק שלענייננו רלוונטית ההגדרה השנייה, דהיינו המשמעות המושאלת – עסקה שאיננה טבעית. בנקודה זו דומה הקריאה שאני מציע בסעיף לזו שמציע חברי. אולם, מה טיבו של חוסר טבעיות זה? על פי קריאתו של חברי, הנשענת על מסורת ענפה בפסיקה ובספרות המשפטית, חוסר טבעיות זה הוא עסקה שססתה מדרך הטבע בשל רצון להשיג יתרון מס. כאמור, דעתי אינה נוחה מכך, שכן למטרה זו נועדה חלופת הסיפא. על כן, אפשר שיש לשקול פרשנות שונה לחוסר הטבעיות המדובר. על פי פרשנות זו, חלופת הסיפא עוסקת בחוסר טבעיות הנובע ממניעים אחרים מהקטנת עול המס שעניינו ברישא. העסקה אינה מלאכותית אך ורק בשל המטרה להימנע במידה זו אחרת מתשלום מס. המלאכותיות שבעסקה מצויה ברובד אחר. המחוקק העניק לפקיד השומה סמכות שלא להכיר בעסקה מלאכותית שלא במובן הפיסקלי.

כאן המקום להדגיש, שההבדל ביני לבין חברי בשאלת מיקומה המדויק של הוראת סעיף 86 המאפשרת לפקיד השומה להתעלם מעסקה שנועדה להשגת יתרון מס – רישא או סיפא – אינו מהווה בעיניי סלע מחלוקת כבד משקל. מה לו לפקיד השומה אם הוא מבטל את העסקה בשל היותה מלאכותית או בשל היותה מונעת ממטרה להפחית באופן בלתי-נאות את חיוב המס? בכל זאת, נדמה שההבדל הוא בשנים: האחד, הסתמכות על הרישא, כעמדת חברי, אינה דורשת מפקיד השומה או מבית המשפט לקבוע את מידת חוסר נאותותה של ההפחתה כדי לפסול את העסקה. לגישתי, הצבת המיקום של פסילת עסקה לתכנוני מס בסיפא מחייבת הגדרת התיבה "הפחתת מס בלתי-נאותה". חברי אף הזכיר כי היתרון ברישא הוא שאין צורך להגדיר את המונח האמור. להשקפתי, עם כל הקושי בכימות המונח, הרי מלאכה זו נדרשת על פי צו המחוקק בסיפא. האחד, הגדרת הרישא באופן שאין היא נבלעת על ידי הסיפא. אבהיר את דבריי.

גם אם נצא מתוך הנחה שמוטת כנפיה של חלופת המלאכותיות כוללת בחובה עסקאות שנועדו להשגת יתרון מס, עדיין עלינו לשאול: האם בכך חזות הכול? לאור הקריאה המוצעת בסעיף, מתבקשת תשובה שלילית לשאלה זו. עניינה הבסיסי של חלופה זו אינו במאבק בהערמות בתחום המס, אלא בסמכותו של פקיד השומה לראות נכוחה את העסקה כפי שהיא. במה דברים אמורים? בשאלה חשוכה הנוגעת להיקף סמכותו של פקיד השומה לפי סעיף 86 הנ"ל. חברי הזכיר שאלה זו כבדרך אגב בסעיף 27 לפסק דינו, תוך שהוא מציין שמשסוגיה זו אינה מתעוררת בענייננו, אין הוא רואה לנכון להידרש לה. כיוון שלשיטתי מדובר בשאלה יסודית בניתוחו של הסעיף המדובר, ולאור הניתוח המקיף לו זכה סעיף זה במסגרת פסק דינו של חברי, סבורני שהבהרתה של סוגיה זו עשויה לתרום לשלמות התמונה.

3. השאלה היא זו: האם מלאכותיותה של עסקה מוגבלת להטיות מדרך הטבע הנובעות משיקולי מס? ובמילים אחרות: מהו דינה של עסקה שנעשתה באופן "לא טבעי", דהיינו שלא על פי ההיגיון המסחרי המתבקש, אך לא משיקולי מס (ולמצער, השיקול הדומיננטי לא היה שיקול מס), אלא משיקולים אחרים?

שאלה זו זכתה להתייחסויות שונות בפסיקת בית המשפט העליון. בע"א 11/74 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' אולפני הסרטה פ"ד כט(1), 297 נידונה טענה שאף שעסקה מסוימת נעשתה שלא לתועלתה המסחרית של החברה הנישומה, היא איננה מלאכותית, משום שיש לה טעם שאיננו פיסקלי – הטבה עם בעלת מניותיה של החברה. השופט ויתקון מיאן לקבל טענה זו, וקבע:

"נכון אמנם שאמרתי בענין מפ"י "טעם כל שהוא", במקום לפרש "טעם מסחרי כל שהוא", אך ברור שרק לטעם כזה התכוונתי בדברי. את המונח "טעם מסחרי" מוכן אני לפרש ביד רחבה, אך המבחן הוא תמיד, מה התועלת ומה היתרון מבחינת עסקו של הנישום. עסקה או פעולה שכל טעמה הוא להיטיב עם אדם אחר, בלי שיהיו צפויים מכך גם תועלת ויתרון כלכלי מבחינת הנישום, אין לראות בה טעם במשמעות ההגדרה שניסינו לתת בענין מפ"י".

השופט ויתקון הציג עמדה המרחיבה את מוטת כנפיה של ה"מלאכותיות", באופן שכולל עסקאות שאינן "טבעיות" בראייה מסחרית, על אף שמטרתן העיקרית איננה פיסקלית.

בפסיקה מאוחרת יותר, ע"א 390/80 תעש מור מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבח פ"ד לז(1), 449, נתגלעה מחלוקת בשאלה דומה בין הנשיא שמגר לשופטת בן-פורת. הנושא היה הגדרת מלאכותיותה של עסקה כהוראת המונח בסעיף 84 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 (המקביל בעניין זה לסעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961). היישום המדובר נגע לפיצולה של עסקת רכישה בניין לעסקה אחת של רכישה מגרש ועסקה שנייה של חוזה בנייה עם קבלן. הנישומה טענה שהטעם לפיצול זה לא היה היתרון הפיסקלי הגלום בו, אלא העובדה ששלטונות דרום אפריקה לא התירו באותה עת העברת כספים לישראל להשקעה בבנין מוכן אלא רק להשקעה בפרויקט של פיתוח. על כן, הסבירה, אין לפנינו עסקה מלאכותית, שכן יש לה טעם שאיננו נעוץ בשיקולי מס. השופטים קיבלו פה אחד את עמדתן של רשויות המס, אך מטעמים שונים, ואף מנוגדים.

השופטת בן-פורת קיבלה את טענתה העובדתית של הנישומה, שמטרתו העיקרית של הפיצול הייתה לאפשר את העברת הכספים מדרום אפריקה. ואולם, היא סברה שאין בכך בכדי להוציא את העסקה מכלל מלאכותיות:

"קיומה של מטרה כלכלית או מסחרית אינו הופך תמיד ובהכרח כל עסקה לבלתי-מלאכותית. אין זה מבחן יחיד, שעל פיו נופלת תמיד ההכרעה בשאלה הקובעת באמת, והיא: אם מותר למנהל לסבור, כי עסקה פלונית מלאכותית היא (או בדויה), ללא קשר הכרחי עם המטרה שהתלוותה לה. לשון אחר, במקרים רבים עסקה, הנראית מלאכותית, שוב אינה כזאת, אם נתלוותה לה מטרה מסחרית סבירה (שאינה, כמובן, השתמטות מתשלום מס). באותם מקרים, לאור המטרה הלגיטימית, הופך מה שנחזה כמלאכותי לסביר ואמיתי. אולם, קורה - וכזה הוא המקרה שלפנינו - שמותר למנהל, מכוח סעיף 84 לחוק, להמשיך לראות עסקה כמלאכותית חרף קיומה של מטרה כלכלית. כאשר הקרקע "נרכשת" רק על-פני הנייר, ולו גם כצעד ראשון, במסגרת עסקה כוללת מוסכמת מראש להקמת בניין עליה על-ידי הקבלן- המוכר, כי אז אין לומר, שהשקפת המנהל, שרכישה הקרקע תחילה "עסקה מלאכותית" היא, אינה עומדת במבחן הסבירות, גם כאשר מודעים למטרת המערערת להשיג משלטונות דרום-אפריקה אישור למימון. להפך, בהיות העסקה השלמה מיקשה אחת, יש ויש יסוד סביר לראות כמלאכותית את "העסקה" של רכישה הקרקע תחילה".

בכך אימצה השופטת בן-פורת את תפיסתו העקרונית של השופט ויתקון, שעסקה הסוטה מן המתווה המסחרי הטבעי עשויה להיחשב למלאכותית גם כאשר מטרתה העיקרית איננה פיסקלית, ופקיד השומה רשאי לנהוג בה בהתאם לכך, ולמסות על פי המתווה הטבעי.

מנגד, הנשיא שמגר הביע תפיסה שונה. לדבריו, "לא כל מלאכותיות היא בגדר אלה, אשר סעיף 84 חל עליהם. הוראת החוק האמורה יוחדה אך ורק למקרים, שבהם נועדה המלאכותיות להשגת מטרה אחת ומוגדרת, והיא הפטור ממס; הווה אומר, מלאכותיות, אשר יש לה מטרה אחרת, אין בה כדי להעניק למנהל את הסמכות להתעלם מן הפיצול... אם הובא טעם אמין לעריכת העסקה בדרך מסוימת, וטעם זה איננו הרצון להתחמק מתשלום מס, אין הרשות נתונה, היינו רשויות המס אינן רשאיות אז להתעלם מן הצורה (המפוצלת) בה הולבשו העסקה או העסקאות, לגביהן נבחנת החבות במס, כדי לשום את המס לפי שיקוליהן". במקרה הנידון, הנשיא שמגר אימץ בפועל את עמדתן של רשויות המס, אך זאת אך ורק עקב דחייתה של הטענה העובדתית, לפיה הטעם לפיצול העסקה נגע להעברת הכספים מדרום אפריקה.

אפשר שניתן לזהות התלבטות מסוימת בין שתי עמדות אלו בדבריו הבאים של הנשיא ברק בע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' פ"ד נז(5), 915:

"ודוק: אינני גורס שכל רכישת מניות חברה מפסידה היא עסקה מלאכותית... ייתכן שביסוד הרכישה עומד הרצון לחסל מתחרה... ייתכן שטעמים אלה או חלקם או טעמים אחרים יכשירו את העסקה ואינני מביע בעניין זה כל עמדה".

לסיום, ניתן לראות גם התייחסות לטעמים שאינם עסקיים כלל ועיקר, בפסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים, שבחר לצעוד בדרך המצמצמת את היקפו של מושג המלאכותיות, בשינוי מודגש מהכלל שהציב השופט ויתקון:

"העובדה שביסודם של השיקולים שהביאו להסדר מונחים שיקולים "משפחתיים" אינה מונעת את ההכרה בהם כמניעים רלבנטיים ראויים. מבחן הטעם המסחרי, על-פי עצם טיבו, הוא רחב דיו כדי להכיל כל טעם שאינו מיסוי, ומכל מקום, כאן, הטעמים המשפחתיים היו משולבים בטעמים מסחריים כלכליים, שהרי עניינם היה העברת רכוש מדור לדור בדרך העונה על דרישות

כלכליות ספציפיות". (עמ"ה (ירושלים) 8047/04 יהושע
טוטנאור נ' פקיד שומה ירושלים 1, תק-מח 2008(2),
11166, מפי השופטת מ' מזרחי)

4. כמובן, אין כל הכרח לגזור גזירה שווה בין המקרים הנזכרים של חוסר טבעיות. לא הרי שיקולים משפחתיים כהרי שיקולי מימון, כדוגמת העברת הכספים מדרום אפריקה, שאותם ניתן לראות כשיקולים עסקיים אינהרנטיים. אך על אף הסתייגות זו, אין להתעלם מקיומם של שני זרמים שונים בפסיקה בשאלה זו.

כאמור, שאלה זו קשורה ראש וראשית לניתוחו הטקסטואלי של סעיף 86(א). אם אכן מקבלים את ההנחה שסעיף זה עוסק בחלופות שונות בתכלית, קשה עד מאוד לצמצם את חלופת המלאכותיות לחוסר טבעיות הנובע מטעמי מס בלבד.

לצד זאת, ההבדל בין זרמים אלו מבוסס, כמדומה, על הבנות שונות של הרציונל הבסיסי של הנורמה האנטי-תכנונית. המלומד דוד גליקסברג, גבולות תכנון החס 223 (1990), שמצדד בעמדה המצמצמת את היקף מושג המלאכותיות, נימק את עמדתו בכך ש"הגבלת תכנון המס נעוצה בצורך למנוע שימוש במוסדות וביחסים המשפטיים לצרכים שליליים של השגת יתרונות מס. מנקודת מבט זאת, כל יעד שאינו פיסקלי מסיר את התווית השלילית לשימוש, ואין כל הבדל בין מטרה מסחרית למטרה שאינה מסחרית, כמו מטרה פרטית, אישית או ציבורית". מסתבר, שהעמדה המרחיבה, שביטוי לה ראינו בדבריהם של השופטים ויתקון ובן-פורת, סבורה שההצדקה להגבלת התכנון איננה נעוצה אך ורק בשאיפה למנוע הערמות בתחום המס. לגישה זו, סמכותו של פקיד השומה למסות את העסקה בהתאם לאופייה הטבעי ולא בהתאם ללבושה החיצוני נובעת מכך שדיני המס שואפים לחלק את הנטל בין אזרחי המדינה בהתאם לנתונים הכלכליים הריאליים, ואלו מבוססים על מהלכם הטבעי של החיים העסקיים ולא על שיקולים לבר-עסקיים – לגיטימיים או שאינם לגיטימיים.

במסגרת הדיון שלפנינו, אין הכרח להכריע במחלוקת האמורה. בשל כך, הנושא לא עמד לדיון בהליך. אך נוכח התייחסותו הנרחבת של חברי לסעיף 86 על רכיביו השונים, והחלופה הפרשנית שהצעתי לקריאתו, ארשה לעצמי להוסיף כי בשל לשון החוק והנימוקים שהובאו לעיל דעתי נוטה לכיוון המרחיב את מושג המלאכותיות גם למחוזות שאינם קשורים בתכנוני מס כמטרה יסודית או עיקרית.

5. הערה שנייה קשורה לגישת הפסיקה האמריקאית. המערערת ביקשה להסתמך על פסקי הדין בעניין *Compaq Computer Corp. v. Comm'r*, 271 F.3d 778

(2001) ו- IES Industries v. United States, 253 F. 3d 350 (2001), אשר ראו בעסקאות של dividend-stripping, דוגמת העסקאות נשוא הערעור דנא, עסקאות שאינן מלאכותיות. כמענה לכך הצביע חברי, המשנה לנשיאה, על כשלים שונים הקיימים בפסקי דין אלו, שבוקרו חריפות בספרות המשפטית. כשל אחד נגע למבחן הסיכון, שסוכל מיניה וביה, שכן בתי המשפט ראו דווקא במזעורו של הסיכון ביטוי להפעלת שיקול דעת מסחרי אמיתי. כשל נוסף הוא העדר הבדיקה הראויה של מטרתה היסודית של העסקה; וכן ההקלה על יצירת "מקלטי מס". עוד ציין חברי את חריגותם של פסקי דין אלו בנוף פסיקת בתי המשפט הפדראליים בארצות הברית; ולצד זאת הזכיר את הפערים הקיימים בין מבחני המלאכותיות בארצות הברית ובישראל. לסיום, העלה חברי, אף אם היינו מאמצים את ההלכות שנקבעו בפסקי הדין הנ"ל, לא היה בכך בכדי להושיע את המערערת, שכן בנדון דנא לא נעשו פעולות גידור סיכום בדומה למקרים שנידונו שם.

הבחנות חברי מקובלות עליי. אכן, ישנו שוני בגישת שתי השיטות המשפטיות בענייני מס. שוני זה מומחש דרך אמרתו משנת 1934 של השופט האמריקאי Learned Hand: "Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; there is not even a patriotic duty to increase taxes." *Helvering v. Gregory*, 69 F.2d 809, 810-11 (2d Cir.) (1934); עד לפסיקה פדראלית בבית המשפט העליון כשבעים וחמש שנה לאחר מכן, בתיק משנת 2008: "the legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted." (*Boulware v. U.S.*, 128 S. Ct. 1168, 1176 n.7).

הגישה היא שהתמרור "אין כניסה" מונח במקום בו הציבוהו הוראות הדין, והמוצא כביש העוקף אותו רשאי לנסוע בו לאור יום. נגזר מכך, כי האיסור בתכנון מס הוגדר בפסיקה על פי אמת המידה הנוקשה והמצומצמת של "sham transaction" (ראו למשל: *Frank Lyon v. U.S.*, 435 U.S. 561, 583-84 (1978)). מעניין כי אף מונח זה מופיע בסעיף 86, בחלופה של "עסקה בדויה", שנדמה שזכתה לפחות תשומת לב מחברתה, "העסקה המלאכותית".

נגזר נוסף הוא שניתן לראות במצב בו מבחן התוכן הכלכלי (economic substance doctrine) לאיתור עסקאות מלאכותיות נוצר על ידי הפסיקה האמריקאית ולא על ידי המחוקק במצב שבמובנים רבים הינו בגדר חריג. גם על רקע הביקורת כלפי פסקי הדין הנזכרים בעניין dividend-stripping, החליט המחוקק שלא להשאיר את המלאכה בידי בתי המשפט, אך החל להתייחס למבחן התוכן הכלכלי בדמות סעיף 7710 של Internal Revenue Code (תיקון משנת 2010). נקבע שם כי " a transaction has economic substance only if: "(A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal tax effects) the taxpayer's economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (other than a Federal tax purpose) for entering into such transaction." המבחן הוא קיומו של תוכן כלכלי לעסקה. החידוש הוא שהמבחן הינו עלי ספר החוקים ולא פרי הפסיקה. נדמה כי מצב זה יאה לשיטה המשפטית האמריקאית. יהא זה מעניין לראות את התייחסות הפסיקה האמריקאית לתיקון החדש. בשיטתנו, לעומת זאת, סעיף 86 מופיע בספר החוקים מזה עשרות שנים.

באשר לתיק הנדון, מצטרף אני לדעתו של חברי המשנה לנשיאה, תוך הדגשת ההערה הראשונה שהובאה לעיל.

ש ו פ ט

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

ניתן היום, י"ט בסיוון התשע"א (21.6.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')

המשנה-לנשיאה