

## המייצג, היועץ ותכנוני המס - מלחמה אבודה בד.נ.א הישראלי\*

מאת

ד"ר חיים גבאי ; ג'ק בלנגה, עו"ד (רו"ח)

א. מבוא

דרך הטיפול הקזואיסטי בנושא לגיטימיות תכנוני המס והשיח המתלווה אליו לאחרונה, מצביעים למעשה על חוסר בהירות וחוסר רצף מחשבתי במעשה החקיקה, שמעבירים את תנודת המוטלת מצד אל צד בכל הקשור לעצם מעמדם ולדרך פרשנותם של חוקי המס אשר מהם נגזרת שאלת תכנוני המס וחובת הדיווח עליהם.

כבר אמרנו<sup>[1]</sup>, כי על אף הקושי להגדיר את תכנון המס בכלל והתכנון האגרסיבי בפרט, נעשו ונעשים ניסיונות רבים לשרטט ולהגדיר את הגבולות הלגיטימיים והחוקיים של מרחב תכנון המס, אשר מעבר להם יילכד התכנון ויטופל כמעשה פלילי<sup>[2]</sup>. שיטת המשפט הישראלית נקראה לאחרונה לעצב מחדש את הגבולות האמורים באופן מהותי ויסודי. עיצוב והגדרה של גבולות תכנון המס נדרשים בכדי למצוא את נקודת האיזון בהתנגשות שבין החופש לתכנון המס לבין האמצעים שננקטים על-ידי מינהל המס לצמצומו<sup>[3]</sup>.

ענף 48

ניצול הוראות החקיקה או ניצול העדר הוראות כאלה לשם הקטנת נטל המס הביאה את רשויות האכיפה להכריז מלחמת חורמה נגד מתכנני המס ונגד תכנוני המס האגרסיביים, הגורמים לאובדן הכנסות ונזק כבד לקופת המדינה. "זאת מלחמה במכת מדינה הטבועה בד.נ.א הישראלי", הכריז לאחרונה מנהל רשות המיסים בישראל<sup>[4]</sup>. בהכרזה יומרנית ושפתנית זאת יש משום ניסיון לפענח את השפה בה יצר אלוהים את החיים - הבנה ופענוח של מולקולת הד.נ.א (DNA) הארוכה והמפותלת הנמצאת בתוך גרעיני התאים, כשהיא מקופלת ו"ארוזה" בצפיפות, מחייבים טכניקות חשיבה מתוחכמות וידע רב שאמור, וצריך, ללוות את הצופן הגנטי שלה. ללא הכרה, הבנה וידע ייקשה מאוד להתמודד עם תופעה המוגדרת מכת מדינה ושלובה במעשה הבריאה האלוהי.

בפעולות האחרונות שננקטו על-ידי שלטונות המס במטרה למגר את תופעת תכנוני המס האגרסיביים ולסכלה, הטילו רשויות המס חובת גילוי על המתכננים עבורם בוצע תכנון המס, ובאופן פרדוקסלי פטרו מחובת גילוי זו את היועצים - המתכננים בפועל - אלה המוכרים ממרכולתם לכל מאן דכפין ולמרבה במחיר. במילים אחרות, רשויות המס זיהו את מיקומם של הנישומים-המתכננים על-גבי שרשרת הד.נ.א ואילו מיקומם של היועצים - אלה שתכננו בפועל - נפקד. בהקשר לכך חשוב לזכור: העיקרון של הקוד הגנטי הוא אוניברסאלי ותקף לכל היצורים החיים - מחיידק ועד לווייתן, מפרח, עץ ועד לבני אדם. ההבדלים הגדולים בין צורות החיים השונות נובעים אך ורק משינויים - קטנים למדי - בסדר הבסיסים בד.נ.א של כל אחד מהם ובאורך המולקולה.

בשורות הבאות ננסה לעמוד על היקף אחריותם ועל חלקם המשמעותי של היועצים בשאלת תכנון המס. כמו כן, נסקור את המצב הקיים בחלק מהארצות בעולם, נקיים דיון לגבי חלק מהצעדים שננקטו או, ליתר דיוק שלא ננקטו, למיגור ולסיכול תופעת תכנון המס הלא לגיטימי בקרב ציבור היועצים. הרשימה אינה מתיימרת להתייחס לכל ההיבטים של אחריות היועץ אלא, לכל היותר, להיקף האחריות הקיים לגבי תכנון המס שמבצע היועץ ללקוחו, שעליו אינו נדרש לדווח על-פי תיקון 147 לפקודת מס הכנסה. לבסוף נמליץ על חובת דיווח אשר מן הראוי שתחול גם על היועצים-המתכננים.

## ב. הצגת הבעיה

הציות לחוקי המס דורש מהנישום לקיים משטר של התנהגות רצופה ובלתי פוסקת של רישום ושל דיווח על פעולותיו העסקיות בהתאמה עם ההוראות השונות בחוקי המס ובתקנות שהותקנו<sup>[6]</sup>. בצד העזרה וההדרכה המקצועית זכאי אדם לתכנן את מהלכיו כך שימזער את נטל המס החל עליו, וכדברי הנשיא שמגר בפרשת חזון -

עמ' 49

**"אדם רשאי לנצל לטובתו כל הוראה שבדין, הפוטרת ממס או מקלה בו, שהרי לשם כך נוצרה; והוא, כמוכן, כל עוד אינו מנסה לעוות במעשיו את כוונת המחוקק או לעשות מעשה שלא כדין כדי להיכנס לתחומי פטור או הקלה, שלא נועדו לו."**<sup>[6]</sup>

ומוסיף שמגר וקובע:

**"...זכותם - ואף חובתם - של מומחים בענייני מיסים לתכנן עסקאות משפטיות כך שלא תהיינה עתירות מס."**<sup>[7]</sup>

בית המשפט העליון חזר על דברים אלה בפרשת פרומדיקו -

**"...מבחינה משפטית אין פגם בכך, שאדם מתכנן ביצוע עסקה בדרך שתפחית את חבות המס או שלא תחייב אותו בתשלום מס..."**<sup>[8]</sup>

ומוסיף אנגלרד וקובע באותה פרשה:

**"...שאיפתו של בעל תכנון מס הוא למנוע את החבות באמצעות המשפט עצמו. כפי שהתבטא השופט מ' זילברג בדונו בהערמה במשפט העברי, שהיא, כנזכר לעיל, סוגיה הקרובה לתכנון מס; הערמה "ה'שוכנת חכמה' - מכוונת כלפי החוק עצמו, בחינת 'יכה יוסי את יוסי'; מערימים על החוק באמצעות החוק גופו". בתכנון מס המטרה היא אפוא לא לרמות את מס הכנסה אלא "להכותו" באמצעות המערכת המשפטית עצמה..."**<sup>[9]</sup>

דברים אלה נאמרים לא רק אצלנו בישראל, אלא מקובלים אף ברחבי העולם. כך לדוגמה, בארה"ב בפרשת **קומפאק**<sup>[10]</sup> חזר בית-המשפט לערעורים על ההלכה שהיתה ידועה עד אז, לפיה על האזרח לא מוטלת החובה הפטריוטית לשלם יותר מס. מכאן שאין פסול מוסרי או חוקי לפעול בדרך המצמצמת בצורה היעילה ביותר את נטל המס החל על הנישום.

תיקון 147 לפקודת מס הכנסה הוסיף לרשימת החייבים להגיש דוח לפי סעיף 131 לפקודה גם אדם שעשה פעולה שלגביה קבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, כי היא תכנון מס החייב בדיווח. הסעיף ממשיך ומפרט מה יכללו הדוחות שיוגשו כאמור<sup>[11]</sup>.

עמ' 50

חובת הגילוי והדיווח הנכללת בהוראות החוק הנ"ל מתייחסת לרישום דיווח הקשורים, בדרך כלל, לביצוע תכנוני מס אשר לטענת רשות המיסים הינם תכנוני מס אגרסיביים, או לנושאים שעל-פי הניסיון, קיים בהם פוטנציאל לקיום תכנוני מס אגרסיביים<sup>[12]</sup>. רשימת פריטי הדיווח אינה רשימה סגורה - היא תהא דינאמית ותתעדכן מעת לעת, תפורסם לציבור, ולקראת מועד הגשת הדוחות השנתיים תגובש לטופס דיווח לשנת המס שקדמה. בעת הגשת הדוח למס הכנסה יידרשו הנישום, העוסק, המלכ"ר והמוסד הכספי לסמן את הפריט ברשימה ולפרט את עובדות המקרה ואת תכנון המס שנקטו<sup>[13]</sup>. משלא יעשו כן, הם צפויים לסנקציה הפלילית שנקבעה בחוק בגין אי הדיווח<sup>[14]</sup>.

כנגד תיקון זה נטענו שתי טענות עיקריות בדבר חוסר האפשרות להטיל אחריות פלילית מהותית<sup>[15]</sup>.

הראשונה היא טענה כללית, שנשמעה בעבר טרם חיקוקו של תיקון זה והמוזכרת במאמרו של פלומין:

**"פקיד השומה אשר קובע כי מדובר בעסקה מלאכותית איננו מפעיל נורמה קבועה מוצקה, שיסודותיה ברורים וחד משמעיים, אלא מפעיל את שיקול דעתו ובזאת הוא יוצר נורמה חדשה. ונטען, כי שיקול דעתו של איש מס, אשר כתוצאה ממנו נפלה החלטה לראות בעסקה כעסקה מלאכותית, איננו יכול להיות מרכיב של עבירה פלילית"<sup>[16]</sup>.**

השנייה, שאותה הזכרנו, תולה יתדותיה בעיקרון החוקיות להטיל אחריות פלילית על התנהגות - אי דיווח, על מעשה שלא הוגדר כאסור. במילים אחרות, תכנון מס שיופיע ברשימה עם פרסומה אינו יכול להיות בטל מעיקרו (void) אלא לכל היותר הוא רק ניתן לביטול (voidable) לאחר הגילוי והדיווח מכוח החלטת רשויות המס<sup>[17]</sup>.

אם טענותינו יתקבלו, הרי הנישום - מתכנן המס, זה שמורא העבירות המהותיות שבסעיף 220 לפקודת מס הכנסה וסעיפים דומים בחוקים אחרים היו מונחים על ראשו, יהיה פטור לאחר תיקון 147 לפקודת מס הכנסה מכל אותו חשש. ואם לנישום המתכנן הוקל, הרי קל וחומר שגם ליועצו, זה שתיכנן והגה את הרעיון, הווח, מאחר שהוא פטור מכל חשש שמא מעשיו נכללים בין המעשים האסורים הנמצאים בין יסודותיה של העבירה הפלילית.

עמ' 51

כפי שצוין לעיל, המחוקק חייב את הנישום המתכנן לגלות את תכנון המס שביצע ולדווח עליו, אחרת יהיה חשוף לסנקציה הפלילית שנקבעה בחוק, בעוד שהיועץ הוגה הרעיון - המסייע ולעיתים אף המשדל - 'פטור' גם מעבירה זו<sup>[18]</sup>. לא זו גם זו, חובת הדיווח והגילוי - זו החלה על המתכנן-הנישום - אינה מחייבת אותו למסור העתק מחוות הדעת המקצועית או המשפטית שקיבל, אם קיבל, אלא רק לסמן כאמור ליד אותו פריט מרשימת תכנוני המס אשר יפורסמו על-ידי שר האוצר אם נקט בה. רוצים לומר, כי היועץ אינו נחשף, לא במישרין ולא בעקיפין, בעקבות תכנון המס שהגה.

נראה כי מעשה החקיקה אשר מסיר כל אחריות מהיועץ (ולעיתים גם מהמייצג) ומגן עליו מפני כל תביעה פלילית אפשרית הוא חידה, בעיקר על רקע התפיסה של שלטונות האכיפה, ששורש הרע בתכנון המס האגרסיבי הוא מעגל 'משתפי הפעולה' המקיף את הנישום. מן המפורסמות הוא, כי הנישום עבורו בוצע תכנון המס אינו פועל לבדו בשטח שהוא מקצועי, מורכב, יצירתי ומסובך, הדורש מומחיות ובקיאות. אותו נישום מוקף, בדרך-כלל, במעגל של מסייעים ויועצים. ככל שרבו הונו ורבה השפעתו של הנישום מתכנן המס, כך גדל מעגל הסובבים אותו - עורכי דין, ראוי חשבון, יועצים, מייצגים ומסייעים.

השאלה המתעוררת היא, מה היקף אחריותם של אותם היועצים - מתכנני המס במשטרי מס שונים במדינות העולם ומה הן הפעולות שנקטו, אם ננקטו, על-ידי רשויות האכיפה כנגד יועצים אלה. על שאלות אלה ננסה לענות בשורות הבאות.

### ג. הטיפול בתכנוני מס במדינות שונות<sup>[19]</sup>

בשנים האחרונות ניכרת התעוררות בפעילות תכנוני המס ברמה הגלובלית. התופעה הולכת וגוברת עקב התפתחותן של המערכות הכלכליות והסתעפותן, לרבות הרחבת הפעולות הבין-מדיניות. הפסד המס לאוצר במדינות השונות בעולם, בדומה לישראל, הינו ניכר וההשקעה בתכנון ובייעוץ הולכת וגדלה, הן מבחינת עלויות והן מבחינת משאבי כוח אדם. כתוצאה מכך, מדינות העולם השונות החלו לנקוט בשורה של צעדים נגד תכנוני המס המזיקים על-מנת להיאבק ולמגר את התופעה.

עמ' 52

למיטב ידיעתנו, מרבית הצעדים שנקטו בעולם הם צעדים בתחום החקיקה והנחיות מקצועיות. באופן כללי, הצעדים שנקטו מטילים חובות גילוי ודיווח על נישומים ועל מתכננים, כך שתכנוני מס מוגדרים יובאו לידיעת רשויות המס ואלה האחרונות תוכלנה להתמודד עמם ולמגר אותם. יצוין, כי במדינות רבות בעולם קיימות זה מכבר הוראות אנטי-תכנוניות כלליות וספציפיות, שנועדו למנוע תכנוני מס. דרך טיפול חדשה יחסית היא

באמצעות חובת הגילוי, הדיווח והטיפול הממוקד בנישומים ובמתכנני המס, תוך כדי הקצאת משאבים חומריים וכספיים משמעותיים.

להלן סקירת דרכים שונות למאבק ביועצים לתכנוני מס במספר מדינות בעולם.

## ארצות הברית

בצד ההוראות האנטי-תכנוניות הכלליות והספציפיות הקיימות בארצות הברית לגבי תכנוני מס, הוטלו חובות גילוי ודיווח על נישומים ועל מתכנני המס - היועצים, ובכך חל מהפך משמעותי בטיפול בתכנוני מס. מהפך זה אירע בעקבות דו"ח של משרד האוצר האמריקאי אשר ניתח את בעיית תכנוני המס ואת התגברות התופעה של הימנעות ממס תוך הערכה, כי תופעה זו מביאה בטווח הקצר לאובדן הכנסה ממיסים, ובטווח הארוך<sup>[20]</sup>, השפעתה רעה על מערכת המס בכל הנוגע להקטנת בסיס המס, לחוסר כבוד למערכת המס ולניצול משאבים לא כלכלי<sup>[21]</sup>.

בעקבות הדוח הוטלה חובת דיווח וגילוי החל משנת 2003 כמפורט להלן:

1. **חובת גילוי של יועצים/מתכננים** - כאמור, בארצות-הברית נקבעה חובת רישום ודיווח של תכנוני המס. כל המארגן או יוזם תכנון מס חייב לרשום את התכנון ברשויות המס, ביום בו הוא מוכר את התכנון לראשונה. הכוונה היא, שכל תכנון יירשם לפני שיוקו לציבור. הדיווח לרשויות המס כולל תיאור של התכנון ושל יתרונות המס הצפויים למשתמשים בו. כמו כן, על-פי תיקון לתקנות מס הכנסה בארצות הברית שנעשה לאחרונה, החל מ-22 באוקטובר 2004 חובת הדיווח והרישום חלה גם על מי **שמייע**, **נותן יועץ** מהותי או **מייעץ**, וזאת בין אם הוא עורך דין, רואה חשבון, יועץ מס, בית השקעות או כל גוף אחר.
2. **חובה לנהל רשימת משתמשים** - החל מחודש פברואר 2003, על המארגן או המוכר תכנון מס מוטלת חובה להכין ולנהל רשימת "משתמשים" אותה עליו להגיש לרשויות המס ביחס לכל אותן עסקאות החשודות כעסקאות של תכנוני מס מזיקים (Potentially Abusive Tax Shelter).
3. **ענישה ואכיפה מוגברת** - דרכי הענישה הקיימות בארצות הברית בהקשר לתכנוני מס אגרסיביים כוללות קנסות גרוען בגין דיווח בחסר שהוא מהותי או רשלני, לרבות הטלת קנסות אי הצהרה על מי שמכין דוחות לנישומים, מקדם תכנוני מס, מסייע בהכנת מסמכים הקשורים בדיווח בחסר, מי שלא רושם עסקה החייבת ברישום ללא סיבה סבירה, ומי שלא מנהל רשימות כנדרש.
4. **הנחיות לציבור המייצגים** - ה-IRS מתכנן לחדש את ההנחיות לציבור ולמייצגים. הקו המנחה הוא הטלת אחריות על עורכי דין ועל מייצגים אחרים לנהוג ביושר כלפי מערכת המס. המטרה היא להקשות על קידום ושיווק מכשירים של תכנוני מס.

נמ" 53

## אנגליה

בדומה לארה"ב, גם באנגליה נקטו רשויות המס בצעדים משמעותיים בשנת 2004 נגד מייצגים על-מנת להיאבק בתופעת תכנוני המס וזאת על רקע ההכרה, כי המדובר בתופעה משמעותה אובדן מס מהותי לאוצר הבריטי (the penalty amnesty offer).

להלן הצעדים העיקריים שננקטו באנגליה:

1. **חובת גילוי של יועצים/מתכננים** - במסגרת חוק התקציב לשנת 2004 הוטלו חובות גילוי ודיווח על תכנונים להימנעות ממס: Disclosure of Tax Avoidance Schemes. חובת הגילוי והדיווח הוטלה על "יזם" (Promoter) של תכנוני מס מהסוגים שפורטו בתקנות.
2. **תשתיות ושינויים מערכתיים** - רשות המס הקימה "יחידת מודיעין להימנעות ממס" Tax Avoidance (Intelligence Unit). כמו כן, הופצו טפסים מיוחדים לדיווח על-ידי יזמים ונישומים.

## אוסטרליה

באוסטרליה נערכו רשויות המיסים למאבק אינטנסיבי בתכנוני המס האגרסיביים. עיקר הצעדים שננקטו נגד מייצגים באוסטרליה הינם בתחום התפעול והשינויים המערכתיים במינהל המס, כמפורט להלן:

1. **הקמת צוות היגוי ללוחמה בתכנוני מס אגרסיביים** - צוות זה מתמקד ביזמים (המשרדים המייצגים - Promoters), בשותפים בהם (Associates), בתכנוני המס (Schemes), בנישומים המעורבים (Taxpayers) ובסוגיות נוספות.
2. **כוח משימה מיוחד** - כוח משימה לטיפול ביזמים "בעייתיים", ובמיוחד בטיפול מוקדם בתכנוני מס שיטתיים שיזמים משווקים בתפוצה גדולה. כוח המשימה פועל במישורים הבאים: ניהול מרשם פנימי של יזמים "בעייתיים" שעושים שימוש שיטתי בתכנוני מס אגרסיביים;

עמ' 54

ביצוע ביקורות פתע אצל היזמים ה"בעייתיים", הכוללות רשימות לקוחות ותפיסת מחשבים; ניהול חקירות נגד יזמים בשיתוף פעולה עם רשויות חיצוניות; טיפול בתיקים רגישים שמעורבים בהם תכנונים אגרסיביים במיוחד. הרשות מעודדת מתן יחס מחמיר ליזמים "בעייתיים" וללקוחותיהם. הרשות מפיצה מכתבי אזהרה ללקוחות היזמים ה"בעייתיים", ובו פירוט של תכנוני המס האגרסיביים שאותם יזמים משווקים ושל טיפול הרשות בהם.

## ארגון ה-OECD

ארגון ה-OECD, בדומה לשאר מדינות העולם, הציע מספר צעדים כלליים בכדי למגר את תופעת ההימנעות ממס המסבה נזקים חמורים למדינות החברות בו, כדלקמן:

1. **הגברת שיתוף הפעולה בין המדינות לרבות בנושא האכיפה והגבייה** - נחתמו מסמכי הבנה בין מדינות שונות למיגור תופעת תכנוני המס האגרסיביים. כך לדוגמה: מסמך ההבנות בין ארה"ב, קנדה, אוסטרליה ואנגליה המציג את המטרות ואת דרכי הפעולה של כוח המשימה. בין המטרות המופיעות במסמך ניתן למצוא זיהוי "יזמים" שמתכננים ומשווקים תכנוני מס אגרסיביים, הקמת מאגר משותף באינטרנט לשיתוף פעולה וכו'.
2. **טיפול במשטרי מס מזיקים (Harmful Tax Practices)** - ארגון ה-OECD בוחן משטרי מס מזיקים, הן בקרב מדינות החברות בארגון והן בקרב מדינות שאינן חברות. מדינות שמזוהות כבעלות משטר בעייתי ומזיק, מחויבות לבטל או לשנות את משטרן כך שלא יזוהו כבעלי משטר מזיק.

## דיון וביקורת

חובת הדיווח המופיעה בסעיף 131 והמחייבת את הנישום בגילוי אינה חלה, כאמור, על היועץ או על מתכנן המס בפועל. לא ברור מדוע החליט המחוקק לאמץ את הגישה המתונה יותר, המוכרת במשטרי מס של מדינות אחדות באירופה, ולא חייב את מתכנן המס 'האמיתי' - רואה החשבון, עורך הדין או יועץ המס של הנישום - לדווח על תכנון המס שעשה או שמכר ללקוחו<sup>[22]</sup>.

עמ' 55

גישה זאת אינה ראויה ואינה מוסרית, לדעתנו, מאחר שבמקרים רבים הנישום עצמו איננו מודע ואינו מבין, האם התכנון שבוצע עבורו מצדם של כל אותם מסייעים ויועצים עולה בקנה מידה אחד עם הוראות החוק או שהוא פוסע בצידו האפל של החוק. לית מאן דפליג, כי תכנון המס הוא עניין מורכב השמור לאנשי מקצוע בעלי תעוזה וידע נרחב. אותם בעלי המקצוע לוקחים מידיו של הנישום את המושכות, מעצבים ומבצעים עבורו את תכנון המס וסביר כי יציגו אותו בפני הלקוח כתכנון מס לגיטימי, שבא לחסוך לו כספים רבים<sup>[23]</sup>. מה עוד, שעריכת הדוחות הכספיים של הנישום מתבצעת על-ידי המייצג, המחויב בגילוי במסגרת הביאורים בדוחות

הכספיים ודוחות ההתאמה לצרכי מס החלים עליהם, עפ"י כללי הגילוי הנאות ו/או על-פי התקנים החשבונאיים המקובלים.

בנוסף, הננו סבורים כי 'הפטור' הניתן למתכנן המס ממסירת העתק מחוות הדעת המקצועית או המשפטית שקיבל, אם קיבל, אינו ראוי ופוגם בחובת הגילוי והדיווח שהוטל עליו. 'פטור' זה פוגם בהוראה הבסיסית המצויה בפקודת מס הכנסה והמטילה על הנישום ועל אנשים מסוימים חובות בדבר מסירת ידיעות לפקיד השומה על הכנסתו של נישום<sup>[24]</sup>, ופוגמת בעקרונות האחריות וחובת האמון של מייצג כלפי רשות המס. זאת מעבר לפגיעה בכללי ההתנהגות והדיווח החלים עליהם והמטילים חובת גילוי וביאור של עמדת מיסוי החורגת מן העמדה השכיחה הננקטת בגין אותו עניין (ודומה) על-ידי אותו מייצג<sup>[25]</sup>.

בהקשר לכך הננו סבורים, כי ראוי שתאומץ הגישה האמריקאית, כפי שהובעה ובוטאה באורח ברור בפרשת Arthur Young. בפרשה זו נדונה חובתו של רואה-חשבון למסור את ניירות העבודה שהוא ערך בתהליך עבודת הביקורת. פסק-הדין מדגיש, כי ניירות העבודה מהווים מקור מידע חשוב, שבו ממוקדות הנקודות החלשות שבעמדות הנישום לגבי החיוב במס.

#### ענן 56

כלומר, ניירות עבודה אלה הם מקור מידע גם על תכנוני מס המוטלים בספק. באותו פסק-דין נקבע ללא סייג, כי לגבי רשות המס אין כל חיסיון למידע שבידי רואה-החשבון המבקר, על הנישום המבוקר על-ידו. עוד נקבע, כי תפקידו של עורך-דין שונה מתפקידו של רואה החשבון הבלתי תלוי. עורך הדין, בתפקידו, הוא איש סודו וסנגורו של הלקוח, וחובתו להציג את עניינו של הלקוח באור נוח ביותר ללקוח. לא כן רואה חשבון, שתפקידו הוא ציבורי ואחריותו וחובת האמון הראשונית שלו היא כלפי בעלי המניות והמשנית היא כלפי הנושים<sup>[26]</sup>, בעלי המניות והמשקיעים. התפקיד מחייב, כי רואה חשבון יהיה בכל עת בלתי תלוי לחלוטין בלקוח, וחובת האמון שלו תהיה נתונה לחלוטין לציבור. וכלשון פסק הדין,

**"To insulate from disclosure a certified public accountant's interpretation of the client's financial statement would be to ignore the significance of the accountants role as a disinterested analyst charged with public obligation.., ..the auditor is ethically and professionally obligated to ascertain for himself as far as possible whether the corporation's contingent liabilities have been accurately stated. If the auditor were convinced that the scope of the examination had been limited by management's reluctance to disclose matters relating to the tax accrual reserves the auditor, would be unable to issue an unqualified opinion as to the accuracy of corporation's financial statements. Instead the auditor would be required to issue a qualified opinion, an adverse opinion, or a disclaimer of opinion"**<sup>[27]</sup>.

דעתנו היא, כי ראוי לאמץ את הגישה האמריקאית בשל הטעמים שהובאו לעיל ובשל טעם נוסף הנעוץ בשוני הקיים בין יעוץ הניתן על-ידי עורך דין לבין יעוץ לתכנון מס הניתן על-ידי רואה חשבון או יועץ מס. בעוד תפקידו של עורך דין המייעץ בענייני תכנוני המס מסתיים לאחר מתן הייעוץ, הרי רואה חשבון או יועץ מס המייעצים בתכנון מס הם גם המוציאים לפועל של התכנון שיזמו<sup>[28]</sup>. היינו, תפקידם אינו מסתיים במתן הייעוץ אלא מחובתם לבטא זאת בספריו של המתכנן, להציגם בפני רשויות המס ולהגן עליהם בבוא העת. יתרה מכך, גם אם יועץ לתכנון המס נערך על-ידי עורך דין, בדרך כלל עליו לעבור תחת עינו הפקוחות של רואה החשבון מייצגו של הנישום, בכדי שיממש את הייעוץ בספריו ובדוחותיו של המתכנן. יוצא אפוא, שברוב המקרים רואה החשבון או יועץ המס חשופים לתכנון המס ואף מעורבים בביצועו, גם כאשר לא הם יזמו אותו. טענות נגד גישה זאת הועלו ונדחו בפסק הדין הנ"ל, וגם לדעתנו דינם להידחות.

#### ענן 57

בין היתר נדחתה הטענה נגד חובת גילוי רחבה מצידם של רואי החשבון, ובין היתר, הטענה כי העדר כל בלם לחובת הגילוי של רואה חשבון לרשות המס יפריע לזרימה חופשית של מידע חשוב לבדיקה וביקורת נכונה של פקידי המס על הדוחות הכספיים. כמו כן נדחתה הטענה המוסרית, כביכול, כי ההגיונות מחייבת למנוע מרשות המס גישה לניירות העבודה, שכן חובת גילוי כזו מתירה לרשות המס לחקור בתהליך החשיבה של הנישום, מצב המעניק לה יתרון בלתי מוצדק במשא ומתן ובהתדיינות בענייני מס<sup>[29]</sup>. אנו נוסיף ונדחה טענה נוספת המתייחסת לבעייתיות הקיימת באשר לחיסיון הלקוח הקיימת בחוק לשכת עורכי הדין<sup>[30]</sup> ואינה קיימת

בחוק לשכת רואי-חשבון ובחוק המסדיר את עיסוקם של יועצי המס. הוראה שהיתה כוללת מסירת עותק מחוות הדעת, היתה נתקלת בוודאי בסירוב מצידם של עורכי הדין המתעטפים בטענת החיסיון, בעוד רואה חשבון או יועץ מס אינם יכולים לעטות עליהם טענת הגנה זו. במילים אחרות, ביסוד הטענה קיים קושי וחוסר שוויון בין תכנון מס המתבצע על-ידי עורך דין לבין תכנון מס המתבצע על-ידי בעלי מקצוע אחרים. טענה זו דחינה מהטעם שחיסיון עורך דין - לקוח הוא אומנם חיסיון מוחלט<sup>[31]</sup> - באין הסכמת המוטב לא ניתן להסירו למענו של שום אינטרס מתחרה, אולם הלקוח, ברצותו, יכול לוותר על חסינות הדברים שהוחלפו בינו לבין עורך דינו, אם הוא נדרש לכך על-ידי שלטונות המס<sup>[32]</sup>.

ענני' 58

## ה. סיכום

תיקון 147 היטיב עם היועצים והמתכננים בפועל בצורה מופרזת. לא זו בלבד שהפך אותם חסינים יותר בפני עבירות פליליות מהותיות, אלא אף לא הטיל עליהם את חובת הגילוי - החובה שהמחוקק מצא לנכון להטיל על הנישום המתכנן, זה אשר במקרים רבים מבין אמנם את תוצאת התכנון, אולם אינו בקי בדיני המס ובפרטי התכנון אשר בוצע עבורו. הגנה מופרזת על היועצים דומה למפרש גדול יתר-על-המידה לספינה - היא מסוכנת: המתניות מתמוטטת, ההגזמה עלולה להוליך מצד אחד להתרבות התנודות (של תכנוני המס) ומן הצד האחר לאי צדק.

בנוסף, חובת הגילוי שנכללה בחוק מהווה מעין מגדלור המזדקר מחוף המס ומסמל אזהרה ותמרור לספינת הנישום באשר לנתיב הבטוח שעליה לשייט בו אל חוף מבטחים. הדעת לא סובלת, כי איתותים אלה מהמגדלור לספינה לא יופנו כלפי קברניט הספינה, זה ששירותיו הושכרו, על סמך כישוריו והידע המקצועי שלו לנווט במסע, ויחייב רק את הנוסע במסעו. מה עוד, שבעת תקלה ובקורות אסון יינזקו הקברניט והנוסע גם יחד. רוצים לומר, שכאשר נתפס הנישום בקלקלתו ותכנון המס מועבר למישור הפלילי, הרי שבעשיית המעשים יואשמו הנישום ומי שסייע לו בעשייתם<sup>[33]</sup>.

אין זה מפתיע, שאת שבירת תקרת הזכוכית הובילו דווקא היועצים עצמם. לפיכך, מלחמה כוללת בתכנוני מס אגרסיביים הנתפסים כ'מכת מדינה הטבועה בד.נ.א הישראלי' מחייבת את רשויות המס לפתוח חזית גם נגד היועצים בתכנוני מס אלה ולא נגד הנישומים לבדם. או אולי, ניטה לחשוב שתכנוני המס אינם מכת מדינה ממש, אלא לכל היותר מוטציה<sup>[34]</sup> - טעות בתהליך השכפול של הד.נ.א - כגון שינוי במיקומו של בסיס וביטול או החלפה של בסיס אחד או יותר בשרשרת - מה שיסביר את הפער הקיים בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה בכל הקשור לתכנוני המס.

לפיכך, אנו ממליצים לרשויות המס לבחון את חובת הדיווח של היועצים - מתכנני המס ולקבוע, כי חובה זו תחול גם עליהם. במילים אחרות, החובה תחול על כל מי שנותן חוות דעת, לפיה סעיף 86 לפקודת מס הכנסה (והסעיפים המקבילים לו ביתר דיני המס) לא חל על הפעולה המתבצעת.

\* האמור במאמר זה מבטא את דעתם הפרטית של הכותבים ואינו משקף בהכרח את עמדת רשות המיסים בישראל. תודתנו נתונה לגב' מירב דדוש ולרו"ח יובל כהן שבמסירות ראויה קראו את טיוטת המאמר והעירו הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לגב' ציפי גבאי (רעייתי - ח.ג.), שתרמה והוסיפה לנו מידיעותיה בתחום התמחותה - המדעים.

1. ח. גבאי וג. בלנגה "רחוקה הדרך למניעת תכנוני מס אגרסיביים", "מיסים" יט/6 (דצמבר 2005), א-1.
2. לאחרונה נעשה ניסיון לאפייין את תכנון המס האגרסיבי (שאינו לגיטימי בהקשר הפיסקאלי) כתכנון מס שמתקיימים בו מרבית המאפיינים הבאים:
  - המטרה העיקרית של הפעולה או של הפעולות נשוא תכנון המס היא הימנעות מתשלום מיסים או הפחתת מיסים משמעותית, כאשר הטעם המסחרי באותה פעולה, אם קיים, הינו שולי.
  - תכנון המס נשען על הצמדות טכנית למלות החוק, אך סוטה מכוונת המחוקק ותכלית החקיקה המהותית.
  - לעיתים, תכנון המס נוגד דפוסי כלכלה מקובלים.
  - על-פי רוב, תכנון המס הינו מורכב ומתוחכם יחסית.
  - סביר להניח כי אם רשויות המס היו מודעות לתכנון המס, הן לא היו מאשרות אותו ומתעלמות ממנו תוך סיווגו מחדש.
3. ד. גליקסברג גבולות תכנון המס, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על-שם הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ן-1990, עמ' 4.
4. במקביל לצעדי ההרתעה והמעצרים המתוקשרים יצא מנהל רשות המיסים היוצא, מר איתן רוב, בהכרזה זו כנגד תכנוני המס האגרסיביים. ראו, ג. לשם "מיסים ונפלאות" The Marker, 23.9.05.
5. ג. עמיר עבירות מס, הוצ' סדן תל-אביב, 1992. עמ' 139.
6. ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד ואלזה, פ"ד מח(3) 156, בעמ' 168.

7. ש. ש. ש.
8. ע"פ 1182/99 אליהו הורביץ נ' מדינת ישראל, תקליטור "מיסים", בסעיף 187 לפסק-הדין.
9. ש. ש. ש. וכן, מ' זילברג כך דרכו של התלמוד, פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, תשכ"א-1961. בעמ' 26.
10. IRS v. Commissioner of the Compaq Computer & Subsidiaries, 277 F. 3d 778 (5<sup>th</sup> Cir. 2001).
11. ראו, חוק לתיקון מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, סעיף 131(א), (ד5), (ב1), (ז).
12. ראו, גבאי ובלנגה לעיל הערה 1, בעמ' א-3.
13. ראו, ביקורת לגבי היבטים שונים של התיקון, גבאי ובלנגה, לעיל הערה 1.
14. פקודת מס הכנסה (נוסח משולב), התשכ"א-1961, סעיף 216(8).
15. הטלת אחריות פלילית בנסיבות המופיעות ביסודות העברות הבאות: פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961, סעיפים 217 ו-220. וכן, חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, סעיף 98(ג1). וכן, חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, סעיף 117.
16. י. פלומין "על תפיסת עולם ותכנון מס", "מיסים" יג/1 (פברואר 1999) א-1.
17. ראו, דיון מפורט בטיעון ובהיבטים אחרים הקשורים לחוסר האפשרות להטיל אחריות פלילית במאמרו של גבאי ובלנגה לעיל, הערה 1.
18. אנו ערים לכך, כי העמדתו לדין של היועץ אפשורית על-פי דיני הסיוע והשידול המצויים בסעיפים 30 ו-31 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. וכן, בעברית הסיוע או שיתוף הפעולה מצדו של המייצג, על-ידי דיווח לא נכון או גילוי לא מלא של עובדות המצויות בגדרו של סעיף 224 לפקודת מס הכנסה. נראה לנו שיש ממש בטענותיו של פלומין הסבור, כי לשון סעיף 224 מתייחסת בעיקר למי שסייע בעריכת דוח או מסמך הנערך לצרכי הפקודה, דהיינו, מי שסייע בידי הנישום בסופה של הדרך, בשלב הקריטי של הדיווח ומתן גילוי נאות, או בלתי נאות של העסקה. זאת הוא לומד הן מכותרת הסעיף "אחריות המסייע לעריכת דוח" והן מהקשרו. יתרה מכך, פלומין מדגיש, שעבריות אלה לא הוחלו לגבי מקרים שבהן סייע המייצג בידי הנישום אך ורק בתכנון הנימוע ממס, כשאינן בתכנון כל מעשה פלילי בפני עצמו. ראו, פלומין לעיל, הערה 16, בעמ' א-11.
19. סקירת הטיפול בתכנוני המס במדינות העולם מובאת בתמצית כפי שהופיעה בדוח הוועדה לטיפול בתכנוני המס האגרסיביים, סיוון, תשס"ה-2005. ועדה זו הגיעה משום מה למסקנה הפוכה מזו המתבקשת מהצעדים שנקטו במדינות השונות שאותם סקרו, לפחות בכל הקשור להיקף האחריות של יועצים בתכנוני מס.
20. חברי הוועדה מציינים על סמך נתונים שפורסמו ב-SENATE Finance Report 11/03, par. 57, כי ממשלת ארצות-הברית מעריכה, כי ניצול לרעה של פעילות תאגידים במסגרת "abusive tax shelters" עלה לממשל בין השנים 1993-1999 סך של כ-15 מיליארד \$ לשנה. ועדת מיסים בין-מדינתית מעריכה, כי הפסד המס בשנת 2001 הוא בין 8 ל-12 מיליארד \$.
21. בדוח הוועדה מצוין, כי הטיפול בתכנוני מס בארצות-הברית החל כבר במהלך שנות ה-80. במסגרת רפורמה שנעשתה בשנת 1986 טופלו תכנוני המס שנעשו על-ידי יחידים, ובעקבותיה השימוש בתכנוני מס על-ידי יחידים פחת באופן משמעותי ביותר - לקוח מתוך דוח משרד האוצר האמריקאי: Discussion, Analysis and Legislative "The Problem of Corporate Tax Shelters Proposals" Department of the Treasury, July 1999.
22. שלטונות המס אימצו את הגישה המתונה ולא חייבו את מתכנני המס עצמו אשר בדרך כלל הוא רואה-חשבון, עורך-דין או יועץ מס, לדווח על תכנון מס שבוצע או שנמכר, כפי שנהוג למשל בארה"ב או באנגליה. בימים אלה ממש התבשרנו, כי חוקרים פדראליים הגישו בבית-משפט במנהטן עשרות אישומים נגד בכירים בענקית החשבונאות KPMG ונגד עורך-דין של החברה ויועץ השקעות נוסף המואשמים בכונה להונאת מס "באמצעות תכנון, שיווק ויישום של מקלטי מס בלתי חוקיים, בהכנה ורישום של דוחות החזרי מס הכנסה מוטעים הכוללים הפסדים שנובעים ממקלטי המס, ובהסתרת מקלטי המס מרשות המס האמריקאית - IRS". עיון מעמיק נוסף מלה, כי האישומים הוגשו כנגד מייצגים החשודים בתכנון מס ואי גילוי לשלטונות המס האמריקאים. ראו, ג'ונתן ד' גלייטר, ניו-יורק טיימס, "הורחבו האישומים נגד בכירים ב-KPMG בגין מקלטי מס בלתי חוקיים", The Marker, 19.10.05.
23. טענת ההסתמכות על חוות-דעת מומחה עולה תדיר בחקירתם של מתכנני מס אגרסיביים המגיעים עד כדי חקירה פלילית בגין התכנון. כך לדוגמה, עם שחרורם למעצר בית טענו צמד הטייסים שהחזיקו במלוא הבעלות על חברת פיקסל העוסקת בפיתוח יישומים לטלוויזיה האינטראקטיבית בערוצי המשחקים של ה"ב' הכבלים HOT, ביחס לחשדות להעלמות מס שהועלו נגדם, כי, "בסך הכול מדובר בוויכוח בין המייצגים שלנו, שהם מהפירמה הגדולה בישראל ובין רשויות המס. הם תכננו עבורנו ואנחנו הסתמכנו על הבנתם. זה לא הוגון". ראו, לשם לעיל, הערה 4. טענה דומה נשמעה מפיו של אלי הורביץ בפרשה שנודעה כפרשת פרומדיקו. בפרשה זו נקבעו כללי המסורת המקדמים, שמכוחם ניתן לבסס את ההגנה של הנישום על טענת ההסתמכות. בערכאת הערעור בבית-המשפט העליון התקבלה טענתו של הורביץ ובית המשפט זיכה אותו מכל האישומים נגדו. ראו, ת"פ (י-ם) 55/96 מדינת ישראל נ' פרומדיקו בע"מ ואח', "מיסים" יג/1, ה-45. וכן, ע"פ 1182/99, 1493/99, 2606/99 אליהו הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד (נד4) 1. וכן, ח' גבאי "אחריות מנהלים בעברות המס" "מיסים" יט/5, א-1.
24. סמכויות נרחבות מצויות בגדרו של סעיף 135 בפקודת מס הכנסה. פקיד השומה רשאי לדרוש מן הנישום למסור כל דוח שיצוין בהודעה, ובכלל זה דוח על הונו ונכסיו של אותו אדם. כן רשאי פקיד השומה לדרוש שיתייצב לפניו...וימסור לו את כל הפרטים הדרושים לפקיד השומה לביור הכנסתו. פקיד השומה רשאים לדרוש מאת הנישום "שיתייצב בעצמו, בין עם נציגו ובין בלעדיו, וימסור לו את כל הפרטים הדרושים לפקיד השומה לעניין ביור הכנסתו ויביא לבדיקה פנקסים, תעודות, חשבוניות ודוחות שפקיד השומה יראה בהם צורך..." ראו, פקודת מס הכנסה לעיל, הערה 14, סעיף 135.
25. ראו, כללי התנהגות מקצועית לרואי חשבון בפרקטיקה במיסים (מתפרסם על-פי החלטת הוועד המרכזי של לשכת רואי חשבון מיום 13 במאי 1991), בתוך פרסומים מקצועיים תקני ונוהלי ביקורת, כרך ב'.
26. יש לזכור, כי שלטונות המס הם נושים לחובותיו של הנישום, ולעיתים, לגבי חובות מסוימות הם בעלי מעמד קודם ביחס לכל הנושים האחרים - נושים בדין קדימה, כמו לדוגמה, חובות ניכויים.
27. 465 U.S. 805 (1984) United States v. Arthur Young & co.
28. לעיתים, עורכי הדין הם המייצגים, המתכננים והמוציאים לפועל של תכנון המס שיזמו והגו. כמו לדוגמה, תכנוני מס לגבי פעולות שונות המתבצעות ואשר עליהן חל חוק מיסוי מקרקעין. במקרה כזה, אין ספק שאופן פעולתם והתנהלותם מול שלטונות המס זהה להתנהלותו של רואה חשבון או יועץ מס המייצג את הנישום כלפי שלטונות המס.
29. דיון מפורט בדבר היקף אחריותו ודרך התנהלותו של רואה חשבון התקיים בוועדת הגין. ועדה זו, בראשותו של השופט אריה הגין, שפעלה בתחילת שנות התשעים, דנה בנושאים רחבים ומקיפים בדבר דרכי פעולתם של רואה החשבון. בין היתר דנה הוועדה גם בדרך פעולתו של רואה החשבון בקשר לתכנוני המס של הנישום ואחריותם לגביהם. המלצות הוועדה לא התקבלו, מאחר שחברי הוועדה נחלקו בדעותיהם לגבי מרבית המלצות. כך לדוגמה, סבר אחד מחברי הוועדה כי בכדי לאזן את המצב הקיים לגבי החשבוניות מהם נהנים עורכי הדין לעומת רואי החשבון, יש לדעתו, להקנות חיסיון לרואה חשבון בדומה לזה של עורך דין ושל בעלי מקצוע אחרים הנהנים מחסיונות. ראו, דוח הוועדה לקביעת כללים בדבר רואי חשבון בפני רשויות מס הכנסה ורשות ניירות ערך, 1990, בעמ' 11.
30. חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, סעיף 90. וכן, פקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971, סעיף 48.
31. כמה מן החסיונות המוכרים במשפטנו הם חסיונות מוחלטים, שבאין הסכמת מוטביהם לא ניתן להסירם למענו של שום אינטרס מתחרה. עם החסיונות האלה נמנים כל החסיונות הקשורים לשירותים משפטיים והגנה לרכיב משפט, לרבות הכנה למשפט קיים או צפוי, ומשא-ומתן לקראת פשרה. בספרות העיונית קיים ניתוח נוסף שמסווג את החסיונות לא רק כ"מוחלטים" וכ"יחסיים" (כפי שנהוג על-פי ההשקפה המסורתית) אלא גם כ"תוכניים", כ"אישיים" וכ"מעורבים". חסיונות תוכניים מוענקים על-מנת להגן על סודיותו של מידע. לעומתם, חסיונות אישיים מיטיבים עם מחזיקיהם, בהשוואה לעדים רגילים ולבעלי דין רגילים. חיסיון עו"ד-לקוח הוא חיסיון המושתת על טעמים תוכניים ואישיים כאחד. לפיכך, חיסיון זה הינו חיסיון מעורב מוחלט, בדומה לחסיונות החלים, בין היתר, על היחסים שבין רופא-חולה, פסיכולוג-מטופל ובין כהן דת למתוודה. יחסים כאלה מושתתים על אמון בין-אישי (loyalty) שהוא ערך בר-טיפוח. ראו, אלכס שטיין, "חיסיון בנק - לקוח בדיני ראיות" משפטים כ"ה תשנ"ה. 45, בעמ' 53.
32. המחוקק הסדיר בפקודת מס הכנסה את אופן הסרת החיסיון שבין עורך דין ללקוחו בנסיבות בהן נדרש עורך דין על-ידי פקיד השומה למסור מסמכים הקשורים ללקוחו. בפרקטיקה, השימוש בסעיפים אלה נעשה בעיקר בהליכים פליליים כאשר עורך הדין נדרש על-ידי פקיד השומה לחקירות להמציא מסמכים מתיק הלקוח. ראו, פקודת מס הכנסה לעיל, הערה 14, סעיפים 232-235.
33. פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961, סעיף 220. וכן, חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, סעיף 98(ג1). פקודת המכס, סעיף 218. חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 31, 32. וכן, ע"פ 6016/93 מאיר צ'רשניה נ' מדינת ישראל, "מיסים" ח/5, ה-6.
34. מוטציה (mutation) היא השינוי בחומר הגנטי, ד.נ.א. (D.N.A.) של התא, או, השינוי שנגרם בתכונה של אדם כתוצאה מכך. המוטציות הן אקראיות ורובן לא גורמות לפנוטיפ (התבטאותן של תכונות היצור כמו לדוגמה, 'אדם בעל עיניים כחולות') כלשהו, אולם המיעוט שמתבטא עשוי להיות בעל השלכות דרמטיות על סיכויי הישרדות של היצור.



