

מיסים לג/2 (יוני 2019) א-29

אוביטר הרסני: 'פסיקת המחטף' שהשתרבה להלכה בעניין רוזבאד

מאת

מוטי ארניה, עו"ד (רו"ח)* ; דניאלה גבאי, עו"ד (רו"ח)**

נטייתן הגוברת של רשויות המס בשנים האחרונות, היא לטעון לגבי חברות הפועלות באמצעות חברות בנות (גם כאשר מדובר בתאגיד ענק בעלי פעילות נרחבת), כי הן חברות אחזקה **לביצוע השקעות פסיביות בלבד**, וכי למעשה הפעילות העסקית יצאה תחת ידיהן כך שהן עברו מכיסא הנהג בהקשר זה, לעמדת משקיע פסיבי בלבד. כל זאת, בניגוד גמור לדעתן בעניינים אחרים בהם, לשיטתן, יש "לראות את התמונה בכללותה". [1] לעמדה זו עשויות להיות נפקויות נרחבות לעניין מיסויים של תאגידים אלה, לרבות התרת קיזוז מס תשומות, קיזוז הפסדים, שיעורי המס ותחולתם של משטרי מס שונים.

מבחינתן של חברות רבות בשוק הישראלי, לטענה זו אין כל אחיזה במציאות. בעולם העסקי כיום, קיימים שיקולים עסקיים רבים ומגוונים לצורך (ולפעמים להכרח) בניתוב פעילות עסקית אל ובאמצעות חברות בנות כשליחות של יוזמת הפעילות, [2] כאשר מחד, אין ניתוב זה מבטל את מעורבותה העסקית של היוזמת (והוא משמש אך כמנגנון להוצאתו אל הפועל), ואף אין הוא מבטל את עצמאותן העסקית של החברות הבנות, לפי חלקן בפעילות זו מאידך. במקרים רבים, יוזמת הפעילות הייתה ונשארה הרוח העסקית החיה, המכוונית את פעילות החברות הבנות והמניעה אותה, וזאת מבלי לפגוע בחומת ההתאגדות הנפרדת ומבלי לגרוע ממנה. לשון אחרת, אף שחברת האם (שאין עיסוקה סחר במניות) פועלת באמצעות חברות בנות, בראייה עסקית כוללת, כלל האחזקות המצויות בשליטתה האפקטיבית מהוות **מיזם עסקי אחד** אצל חברת-האם, שהיא "המוציאה והמביאה", ומטרתה השאת הערך העסקי בשלמותו. במצבים אלה, פעילותן של החברות הבנות היא, אפוא, מטרתה ותכליתה העסקית של חברת האם הפועלת באמצעותן, כאשר על-פיה יישק דבר בכל הקשור להתנהלות העסקית של החברות הבנות והקבוצה בכללותה.

עמ' 30

ביום 25.2.19 פורסמה החלטת בית המשפט העליון בעניין **רוזבאד**. [3] החלטה זו ניתנה בעקבות ערעור של רשויות המס על החלטת בית המשפט המחוזי אשר ניתנה בשנת 2017 בעניין של שתי המערערות, רוזבאד נכסים (אירופה) בע"מ ורוזבאד נדל"ן. פסק הדין דן במספר מחלוקות, ובראשן - האם יש לסווג את ההכנסות שנצמחו לחברה בת הולנדית של רוזבאד נכסים ולחברות בנות זרות של חברה זו מפעילות נדל"ן בחו"ל כ"הכנסה פסיבית", שעליה צריך לחול משטר "החברה הנשלטת הזרה" לפי **פקודת מס ההכנסה**.

המפתח לסוגיה זו היה נעוץ בשאלה: האם ההכנסות המשולמות למערערות מפעילותן של החברות הבנות הזרות, הינן הכנסות פסיביות כטענת פקיד השומה, או שמא הינן הכנסות מפעילות עסקית, שאותה הן מבצעות, בין היתר, באמצעות החברות הבנות.

בפסק-דין מנומק, קבע כב' השופט אלטוביה בבית המשפט המחוזי, כי בסוגיה האמורה, הראיות שהוצגו בפניו מצביעות על כך כי השקעות המערערות בנכסי נדל"ן בחו"ל באמצעות החברות הזרות, מהוות **מיזם עסקי אחד**, ובהתאם יש לראות בהכנסות שנצמחו מהשקעות אלו בגדר הכנסות מעסק ולא הכנסות פסיביות כטענת פקיד השומה. בתום ניתוח כלכלי מעמיק ותוך ציטוט נרחב של עדויות (בהן עדויות מנהליה הבכירים של רוזבאד, המתייחסות לעבודתם היום-יומית), קבע כב' השופט אלטוביה כי עמדת פקיד השומה "אינה משקפת נכונה את הפעילות הכלכלית המהותית".

פקיד השומה ערער על פסק-הדין בכל האמור לגבי מחלוקת זו לבית המשפט העליון, תוך שהוא מלין על "השלכות הרוחבי" העלולות לנבוע מפסיקת המחוזי האמורה. מאידך, נמצאו החברות בחדלות פירעון, אך שעה קלה בטרם מונה להן מפרק, כאשר ברור לכל כי החלטה כזו או אחרת אינה מעניינת, שכן ממילא לא תוכלנה לעמוד בנטל תשלום המס, אם

וכאשר תידרשנה. בפסק-דין קצרצר הנושא שני עמודים בלבד, ביטל בית המשפט העליון את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, מאחר שקבע כי אין תוחלת פיסקאלית אמתית, כאשר המערערות רוזבאד ממילא חדלות פירעון בהווה.

שורה תחתונה זו כמו אומרת, כי אין טעם לדון בעקרונו של דברים, כאשר המישור הפרקטי מכריע בעניין. אם כן, לא ברור מדוע בחר בית המשפט העליון, במה שנראה כאמרת אגב שממילא לא הייתה דרושה להכרעה, לציין שתי "טעויות" בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי: הראשונה, קביעתו של בית המשפט המחוזי שמדובר ב"מיזם עסקי אחד" שנוהל על-ידי קבוצה שבראשה רוזבאד; השנייה, שיש לבחון את סיווג ההכנסה "בראייה רחבה" של הקבוצה כולה. בטעויות אלה, קבע העליון כי בית המשפט המחוזי "סטה בפסיקתו מעיקרון יסוד שבדין", שלפיו חברה היא יחידת מס נפרדת.

עמ' 31

אמר כב' השופט חשין ז"ל: **"הדג במים לא יראה אלא את אשר סביבותיו ואילו הנשר בשמים ידע מניין יבוא הנהר ולא ילך"**.^[4] הראייה הרחבה שעליה דיבר כב' השופט אלטוביה, אין היא אלא יישום מוצלח של גישת השפיטה הנאורה הזו.

אף אילו נמצא היה כי מסקנותיו שגויות, ראוי היה לעשות כן רק מקום שבו נערך דיון מעמיק לגופו של עניין. אם בדימויי חיות עסקינן, נראה אפוא, כי אמרות האגב של בית המשפט העליון, הן **הפיל שנכנס לחנות החרסינה של השלכות הרוחב**.

לדעתנו, בכל הכבוד, שגה בית המשפט העליון באמרותיו, כאשר בהיעדר דיון ממצה, שיקף את יישומו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת כעניין טכני צר, המוחק עקרונות-על אחרים בשיטת המס. זאת, חלף שילובו החיוני בבחינה מהותית המנסה להתחקות אחר התמונה בכללותה, וחרף מדיניותו החשובה בדבר העדפת התוכן הכלכלי על פני הצורה החיצונית. ניתוח משולב כאמור היה מוביל, לדעתנו, לאיתורה של 'יחידת המיסוי החדשה' במישור העסקי-אקטיבי, ולקבלת הפעפוע **ההדדי** של האוריינטציה העסקית-מסחרית בין חברות הקבוצה, לא בשל הרמת המסך התאגידי בין החברות, כי אם בשל התגבשות פעילותה האקטיבית של חברת האם בגוון אחר, כוללני, בין קירותיהן הברורים של ההתאגדויות. זאת מאחר שמבחינה מסחרית, בנסיבות שבהן מתקיימת הקבוצה כולה כמיזם עסקי אחד, מוביל המעבר לפעולה באמצעות חברות בנות (אשר לכל אחת מהן מערך תאגידי ועסקי עצמאי ונפרד), ולשינוי-מה באופי פעילותה העסקית של חברת האם, כך שזו מאבדת מאופייה העסקי הפרטני המסוים, **ומתגבשת, למעשה, כפעילות מסחרית הנוגעת למערך נרחב של חברות ומיזמים עסקיים, המוחזקים בידיה כמיזם עסקי אחד**. בכך הופכת פעילותה לפעילות עסקית להשבת פעילות החברות הבנות ולהשאת רווחיהן, כמו גם לניהול הקבוצה כמכלול סינרגטי (שמעבר לשירותי ניהול פרטניים שהיא עשויה להעניק לחברה זו או אחרת שבבעלותה).

באופן זה, למעשה, מאפשרת העברת הפעילות העסקית לידי חברות בנות מחברת האם לארגן ולנהל את פעילותה העסקית באופן 'אחר', כך שפעילותה שלה, הקבועה, הרצופה והנמשכת, הופכת לפעילות עסקית אקטיבית של טיפוח, פיתוח, ניהול אסטרטגי והכוונה של חברות הקבוצה, תוך השפעה אקטיבית על פעילותן במטרה להשיא את ערכה של הקבוצה כולה (ובהתאמה את ערכה שלה). פעילות כאמור, בחברת האם ובחברות הבנות, בגוונה הכולל, **הינה פעילות עסקית אקטיבית לכל דבר ועניין**.

כמעט מתבקשת בהקשר זה ההשוואה לפסק-דינו של בית המשפט העליון, אשר ניתן אך כשנה קודם לכן בעניין **דפנה לשם**,^[5] הגם שניתן בנסיבות אחרות. באותו עניין, עסק הדיון בשני מקרים אשר בשניהם החזיקו המערערים, בעצמם, במספר רב של נכסי מקרקעין, אשר הושכרו בעיקרם למגורים. בתי המשפט המחוזיים קיבלו את עמדתם של הנישומים בתיקים אלה, וקבעו כי המדובר בהכנסה פסיבית (המזכה בשיעור מס מוקטן), לגבי כלל דירות המגורים. על כך הגיש פקיד השומה ערעור בכל אחד משני התיקים, בטענה כי השכרת למעלה מ-20 נכסי מקרקעין, אשר מרביתם הם דירות למגורים, לא יכולה להוות פעולה פסיבית, ויש לראות בהכנסות ממנה כהכנסות מעסק לפי סעיף (1)2 לפקודה (ולא כהכנסה פסיבית על הון לפי סעיף (6)2 לפקודה).

עמ' 32

בית המשפט העליון קיבל את שני הערעורים, ומפסק-דינו עולה הקביעה העקרונית, לפיה העיסוק בהשכרת נכסי המקרקעין בהיקף המתואר בידי הנישום, מצביע על זיקה ברורה בין הפקת ההכנסה לבין תשומות ההון האנושי השלובות בה. על בסיס זה קבע, כי בנסיבות כאלה קיימת **פעילות שיטתית ונמשכת**, שבמקרה האמורבוצעה באמצעות גורמים שעבדו בתמורה לשכר, התמצאו בפעילות לנוכח ניסיונם המצטבר, והיו אחראים על התפעול בפועל של הפעילות. מכך **זרו, כי המערערים עצמם נהגו בנכסים כבעסק של השכרה**, והפיקו מהם הכנסות אקטיביות-עסקיות.

בפסק-דינו בעניין **דפנה לשם**, העלה בית המשפט העליון על נס עקרונות יסודיים, לשיטתו, בדיני המס, ולפיהם אין מבחן עזר כזה או אחר העשוי להימצא מספק לכשעצמו כדי להכריע על גורל סיווג ההכנסה, ולאחר הבחינה באמצעות הקריטריונים השונים יש **"לצייר את התמונה בכללותה"** ולדלות מתוכה את המהות האמתית בהתאם לנסיבות המיוחדות האופפות את העסקה. בבחינה כאמור מצא, כי אחזקה ועיסוק בנכסים בהיקף משמעותי מסוים בידי נישום, בתוך התמצאות בנעשה בהם (במישרין ובאמצעות גורמים בשכר), מחייבת, מטיבה ומטבעה, אקטיביזם עסקי אשר לא ניתן להתכחש לו.

אמנם, בעניין **דפנה לשם** דובר באחזקת נכסים במישרין, ולא באמצעות חברות שלהן ישות משפטית נפרדת, אולם, עובדות אלה אינן צריכות לשנות מהרציונל הפסוק באותו עניין, אשר התקבל כעמדה רשמית על-ידי רשויות המס, בהתאם לפרסומיהן.

לצורך הבנת העיוות העולה מההשוואה, טלו מצב דברים שבו מערער כזה או אחר בעניין **דפנה לשם**, היה מעביר את כלל נכסי הנדל"ן שברשותו אל חברה אחת ויחידה. סביר כי מבנה כאמור לא היה משנה את תוצאתו של פסק-הדין, ואילו היה נדון סיווג הכנסותיה של החברה האמורה מהשכרת הנדל"ן שברשותה, היה נמצא שהמדובר בהכנסות עסקיות (כשם שסווגו כן בידי המערער היחיד). מה צריך להיות אפוא ההבדל בין מצב הדברים המתואר, לבין מצב דברים שבו מחזיק הנישום בחברות רבות, ולכל אחת מהן הוא מעניק נכס נדל"ן אחד ויחיד? מבחינה כלכלית אמתית, אין כל הבדל בין מבני הפעילות, וכל אחד מהם נועד 'לארגן' את מערך העסקים באופן שונה. והנה, בניגוד לכך, קבע בית המשפט העליון בעניין **רוזבאד**, כי הכנסותיהן של החברות מהנכסים הינן הכנסות **פסיביות** (החייבות לפי משטר החברה הנשלטת הזרה הישראלית). בחינה מהותית וכוללת של היגיעה העסקית ברמת הקבוצה ולא ברמת כל תאגיד בנפרד, תוך קבלת הגוון העסקי העולה מהמיזם כולו, כפי שעשה בית המשפט המחוזי באותו עניין, הייתה מלמדת כי אין המדובר בסוג ההכנסות שלהן כוונו הוראות הפקודה לעניין משטר החברה הנשלטת הזרה. כשם שעיסוק מקיף בנכסים (במישרין או באמצעות חברה אחת ויחידה) אינו משנה את תשומת ההון האנושי והיגיעה הדרושה לעניין סיווג הפעילות כעסק, הרי שגם עיסוק מקיף בנכסים תוך פיצולם למספר חברות לא צריך לשנות לכשעצמו את השקעת התשומות כאמור, והוא אף צריך להיות מסווג כפעילות עסקית אקטיבית, כאשר הנסיבות מצביעות על כך.

קשה שלא להיזקק, אפוא, להתייחסות מפורטת מצדו של בית המשפט העליון, אשר תסביר ותפרט כיצד ומדוע מתחייבת קריסתו של המסד המשפטי שעליו הושתת פסק-דינו בעניין **דפנה לשם** ומחיקתם במח-יד של העקרונות המתוארים בו (ובפסקי-דין רבים נוספים), לאורו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת; מדוע לא יוכל עיקרון זה לדור בכפיפה אחת עם מבחן הגג התר אחר המהות הכלכלית האמתית, ועם בחינת מצב העובדות העסקי בראייה רחבה.

עמ' 33

במישור הבין-לאומי הקמת תאגידים לכל פעילות, במרבית המקרים, אינה צורך אלא כורח. בעולם העסקי, אין זה סביר, אפוא, כי כל אדם, יחיד או חברה, שהיקף פעילותם העסקית או נסיבותיה מובילים לפעילות באמצעות חברות נוספות, ייחשבו כמי שהפסיקו לייצר בעצמם הכנסה מעסק בבעלותם, והפכו - מעצם כך בלבד - למשקיעים פסיביים. כאשר הנסיבות מלמדות על כך כי המיזם העסקי המהותי הינו מיזם אחד כולל, הגם שהינו נטוע במספר ערוצים ומבוצע בפועל באמצעות מספר חברות, לא ניתן לומר, לדעתנו, כי חברת האם הינה חברת אחזקות פסיבית, כאשר אין באישיותן המשפטית הנפרדת של החברות הבנות כדי להעלות או להוריד מבחינת חברת האם, אשר מעורבת באופן עמוק בפעילותן ובפעילות הקבוצה כמכלול.

ממילא מיועדים דיני המס להיוותר "ניטרליים" באשר למבנה המשפטי הנכון מבחינה עסקית, ובוודאי שלא לייצר תמריץ (שאינו עסקי כלכלי) להכללת כלל הפעילות בחברה אחת ויחידה. הצורך בישויות משפטיות נפרדות הינו ברור ומקובל בעולם העסקי, ובלעדיהן לא ניתן לגדר סיכונים עסקיים, להכניס שותפים עסקיים, לגייס מימון, להשיא ערך של פעילות נפרדת ו/או להנפיק זכויות בבורסה לכל פעילות (אלא לכל החברה כמכלול כלל הפעילויות). במקרים רבים, התעלמות מהמהות הכלכלית ומהסממנים העסקיים המובהקים הנשקפים מן המכלול כאמור, ובחינת פעילות חברות הבנות בראייה צרה ודווקנית, עשויה להביא לתוצאת מס מוטעית ובלתי סבירה, ולגביית מס שאינו מס אמת.

נדמה כי הנסיבות המיוחדות אליהן הגיעו החברות בעניין **רוזבאד** (היותן חדלות פירעון) הן שהביאו אותן לחוסר עניין בהחלטה בעניינן, ומאידך ל"הזדמנות" מצד רשויות המס לכפות את דעתן על בית המשפט מבלי שזה יכנס לעובי הקורה.

לא מן הנמנע כי נושא זה יגיע לפתחו של בית המשפט מחדש, והוא יידרש לדון בעניין ביתר שאת.

* עו"ד (רו"ח) מוטי ארניה, משרד ארניה ושות', עורכי-דין, המתמחה במיסוי בין-לאומי.

** עו"ד (רו"ח) דניאלה גבאי, מרצה מן החוץ באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת בר-אילן, וכן עוסקת במיסוי בין-לאומי.

[1]. עמ"ה 1013/01 גוטמן משה ואח' נ' פקיד שומה תל אביב יפו 3, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-162, ע"מ 36620-12-09 + ע"מ 26356-10-10 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פשמ"ג, "מיסים" כז/2 (אפריל 2013) ה-278 שבהם טענו רשויות המס כי יש לסווג את פעילות הקבוצה תוך בחינת מכלול הפעילות בהתאם למהות הכלכלית, ובשים לב לאופן התנהלותה ולחזונה העסקי.

[2]. כך לדוגמה, הקמת חברות רבות לצורך ביצוע הפעילות עשויה לאפשר ארגון וניהול נכון יותר של העסקים, גיוס מימון יעיל יותר לפעילות, אפשרות הנפקה בבורסה ועוד, כאשר בניית המבנה כאמור הינו הגיוני ונכון יותר מבחינה עסקית.

[3]. ע"א 10241/17 פשמ"ג נ' רוזבאד נכסים אירופה בע"מ ואח', "מיסים" לג/1 (מרץ 2019) ה-130.

[4]. לפי בדיקתנו דבריו של חשין נאמרו ברע"א 2853/96 קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' דחפור ג'אמל פרח (3.3.99).

[5]. ע"א 7204/15 + ע"א 8236/16 פקיד שומה תל אביב 4 ואח' נ' עזבון המנוחה דפנה לשם ז"ל ואח', "מיסים" לב/1 (מרץ 2018) ה-82 (להלן: "עניין דפנה לשם").