

מס הכנסה ומס רווח הון על מכירת עסק חי וארגון מחדש של עסק – בחינה מחודשת

יוסף מ' אדרעי*

תופעת הארגון המשפטי של עסק קיים לתאגיד משפטי מעוררת שאלות מס מעניינות. התפתחויות בדין הישראלי – הן הסטטוטורי הן ההלכתי – מחייבות עיון מחדש בשאלות של מס הכנסה ומס רווח הון הנוגעות בארגון עסק בבעלות של יחיד לשותפות ובאיגוד שותפות עסקית לחברה בע"מ.

ההתפתחות האחת נובעת מפסק־דין שנוי במחלוקת בעניין שדות, שם נקבע ברוב דעות כי כאשר שותפים מארגנים מחדש את עסקם והופכים אותו לחברה בע"מ, הם נחשבים כמוכרים נכס הון אחד – חלקם בשותפות – ולא כמי שמוכרים את חלקם היחסי בכל אחד מנכסי השותפות לרבות מלאי והתחייבות. המאמר מבקש להראות כי ההלכה העולה מפסק־דין זה היא מרחיקת־לכת ופותחת אפשרויות לתכנוני מס, לרבות "כיבוס" רווחים שוטפים והפיכתם לרווחי הון, והקטנה ניכרת של סכומי רווח הון שנוצרו בפועל לנישומים. ספק אם תוצאות אלה הולמות את תכלית החקיקה של פקודת מס הכנסה בכלל, ובפרט את סעיף 63, העוסק במיסוי שותפויות בעיקר.

ההתפתחות האחרת נובעת מהורדת שיעורי המס על רווחי הון שנקבעה בשנת המס 2003 ואילך. שיעורי מס נמוכים אלה מחייבים בחינה מחודשת של כדאיות ההסדר המצוי בסעיפים 104-104ח לפקודה. הֶסדר זה, שנקבע כבר בשנת 1993, מאפשר דחיית מס לנישומים המבקשים לארגן מחדש את עסקם ולהופכו לחברה בע"מ. ניתוח מדויק של ההסדר מגלה כי הוא טומן בחובו פוטנציאל של כפל מס על רווח הון שנובע מהעברת הנכסים לחברה. זאת, מכיוון שהמחיר המקורי של הנכס שקיבלה החברה נחשב בידיה כמחיר המקורי כפי שהיה בידי המעביר, ואותו מחיר נקבע גם למניות שקיבל המעביר. מכיוון שכך, כדאיות

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לראמי חזאן, לאריה פונדק וכן לקוראים ולמעירים שהעמידה מערכת כתב־העת משפט ועסקים – צ"ה אגדי, נועה קברטן־אברהם ויואב פויזנר – על הערותיהם המועילות ועל עבודתם המדויקת והמסורה. האחראיות לכל הטעויות היא שלי, כמוכן.

ההסדר ייקבע בהתאם לרווח ההון, לשיעורי הפחת הקבועים לנכס שהועבר, לריבית המקובלת במשק ולתקופת ההחזקה המתוכננת של בעל המניות במניות שקיבל.

מבוא

פרק א:

פסק־הדין בעניין שדות

1. עיקרי פסק־הדין

2. עניין שדות: העובדות והמחלוקת

3. התהיות

פרק ב:

הפיכת עסק של יחיד לשותפות – צירוף שותפה

1. הפיכת עסק לשותפות: הגישה המצרפית

(א) מכירת נכסי הון

(1) הפסד הון ושיבוב שלילי

(2) דחיית מס במקרה של שחלוף

(ב) מכירת נכסים שוטפים

(1) מכירת מלאי עסקי

(2) מכירת חובות של לקוחות

(ג) העברת התחייבויות

2. הפיכת עסק של יחיד לשותפות בהתאם לתכליתה של הלכת שדות

(א) ההנמקה בעניין שדות ועסק של יחיד

(ב) שותפות סטטוטורית בין בני־זוג

(ג) הפיכת עסק של יחיד לשותפות בשלבים

פרק ג:

הפיכת שותפות לחברה באמצעות סעיף 104ב לפקודה

1. סעיפים 104–104ח לפקודה: הכדאיות של דחיית מס בהעברת נכסים

תמורת מניות

(א) הרקע והמטרות

(ב) המתווה

(ג) כדאיותו של המתווה

(ד) אי־כדאיותו של המתווה: המחשה

(ה) כדאיותו של ההסדר במקרים מסוימים

2. יישום הלכת שדות ו"כיבוס" נכסים שוטפים

פרק ד: סיכום

מבוא

התפתחויות אחרונות בדיני מס הכנסה בישראל מחייבות דיון מחדש בסוגיה של תוצאות המס על ארגון מחדש של עסק. כמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון נגעו בנושא במישורין ובעקיפין. העיקרי מביניהם הוא פסקי-הדין השנוי במחלוקת של בית-המשפט העליון בפרשת שדות, שם קבעה דעת הרוב שכאשר שותפים מאגדים את עסקם לחברה בע"מ, הם מוכרים לחברה נכס אחד - את חלקם בשותפות - ולא את חלקם בכל אחד מנכסי השותפות. בתחילת הדיון אעמוד על הבעייתיות שבהחלטה זו. בקצרה, היא מאפשרת שינוי מהותן של הכנסות שוטפות (הכפופות לשיעורי מס גבוהים) לרווח הון (הנהנה משיעורי מס נמוכים) והקטנה של סכומי רווח ההון (באמצעות אי הפחתת המחיר המקורי של נכסי העסק בסכומי הפחת שנוכו בתקופת ההחזקה בנכסים המועברים). בהמשך אנסה לאמוד את היקף תחולתה של ההחלטה: האם היא חלה גם כאשר העסק שייך לבני-זוג? האם היא חלה גם כאשר השותפות מצרפת אליה שותף נוסף? האם ניתן להחיל את הגיון ההחלטה גם על מקרה שבו עסק של יחיד מתאגד לחברה בע"מ? האם יחיד יכול להפוך את עסקו לשותפות - בין באמצעות הכנסת שותף סמלי ובין באמצעות הנחת השיתוף בין בני-זוג - ומייד לאחר-מכן להפוך את העסק ה"משותף" לחברה בע"מ וליהנות מהיתרונות שהלכת שדות מציעה?

התפתחות נוספת, סטטוטורית, ניתן למצוא בשינויים שהוכנסו לפקודת מס הכנסה¹ (להלן: הפקודה) החל בשנת המס 2003, בעיקר בכל הנוגע לשיעורי המס הנמוכים על רווחי הון, ריבית ודיבידנדים. שינויים אלה מחייבים שינוי בשיקוליהם של מתכנני המס ובדיקה מדוקדקת וקפדנית של כדאיות דחיית המס שהמחוקק מציע בסעיפים 104-104ח לארגון מחדש של עסק כחברה בע"מ.

לצורך המחשה אשתמש לעיתים בדוגמות מספריות פשוטות. בכולן אניח כי שיעור האינפלציה הוא אפס (ועל-כן לא אדון כלל בשאלות של רווחים וסכומים אינפלציוניים, אלא ברווחים ריאליים בלבד), כי שיעור הריבית במשק הוא 5% וכי הפחת השנתי הוא 20%.

1 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"ג-1962, דיני מדינת ישראל 6, 120.

פרק א: פסק־הדין בעניין שדות²

1. עיקרי פסק־הדין

שאלה מרכזית בנוגע למיסוי שותפות במס הכנסה היא כיצד ממסים את ההכנסות של השותפות או של השותפים. משאלה זו נגזרות שאלות־משנה רבות ומגוונות. למשל: מי נחשב הבעלים של נכסי השותפות לצורכי מס הכנסה? כיצד יש לחשב את רווחיו של שותף כאשר הוא מוכר את חלקו בשותפות? האם יש לראותו כמוכר את חלקו בכל אחד מנכסי השותפות או שמא יש לראותו כמוכר נכס אחד כולל – חלקו בשותפות.

סעיף 63 לפקודה עוסק בשאלה המרכזית. הסעיף נוסח בלשון מתומצתת, והוא אינו נותן במישרין תשובות חד־משמעיות למכלול השאלות המתעוררות בנושא. הוא קובע שתי הוראות עיקריות: הראשונה, כי יראו את החלק שכל שותף זכאי לו מהכנסת השותפות כהכנסתו של אותו שותף³; השנייה, שיש לברר את הכנסת השותפות על־פי הוראות הפקודה⁴. נוסף על כך, הסעיף כולל הנחיות מנהליות לגבי דרך הדיווח של עסקי השותפות לרשויות המס.

בתי־המשפט ראו בהוראה הראשונה – בדבר ייחוס הכנסתה של השותפות לשותפים – את ההסדר המהותי. ההלכה שנקבעה זה כבר היא ברורה:

”על־פי הכללים שהתוו, יהא אשר יהא מעמדה של השותפות על־פי הוראות הדין הכללי, יש לראות בהוראת סעיף 63 לפקודה הוראה ספציפית לצורכי מס הכנסה, על פיה השותפות איננה נישומה ואיננה בת חיוב עצמאי במס הכנסה... אין לדבר על הכנסות השותפות כמושג נפרד מהכנסות השותפים. החיוב במס מוטל על השותפים במישרין בשל חלקו של כל אחד מהם בהכנסת השותפות. במובן זה, אין להפריד איפוא בין התעסקותו של אדם באופן אינדיבידואלי לבין התעסקותו (באותו עסק) בתור שותף.”⁵

נקבע כי יש לראות את הכנסותיהם של השותפים כנובעות ישירות ממקורם הראשון, מבלי שתחצוץ בין מקור זה לבין השותף הזכאי אישיותה המשפטית הנפרדת של השותפות.⁶

2 ע"א 2026/92 פ"ש פתח תקוה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ ואח', פ"ד נה(4) 89 (2001).

3 ס' 63(א)(1) לפקודה.

4 ס' 63(א)(2) לפקודה.

5 ע"א 536/88 עץ לבוד תעשיות והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 738, 742–743 (1992).

6 ראו, בין היתר, עניין עץ לבוד, שם; ע"א 82/60 גבריאל פויכטונגר נ' פ"ש ת"א 4 (מרכז), פ"ד יד 1366 (1960); ע"א 477/71 אברהם שטטנר נ' פ"ש, חיפה, פ"ד כו(2) 513 (1972);

כך גם באשר לחישוב "ההכנסה החייבת". בהתאם לכך נקבע כי הוצאות שהוציאה השותפות הן למעשה הוצאות שהוציאו כל שותף ושותפה בהתאם לחלקם היחסי בשותפות.⁷ לאמור, בכל הנוגע לפרשנות של סעיף 63 לפקודה, אימצה הפסיקה באופן עקבי את הגישה המצרפית.⁸ היא ראתה בשותפות אוסף של נישומים – בין שהם יחידים ובין שהם חברות – המנהלים יחד קבוצה של עסקים.

באשר להוראה השנייה, הנוגעת בבירורה של הכנסת השותפות, בתי המשפט פירשו כקובעת רק "שלב מנגנוני כדי להגיע להכנסת השותף מן העסק", ולא הוראה המחייבת חישוב של ההכנסה ברמת השותפות.⁹

הלכות אלה הובילו למסקנה כי ביחס למיסוי שותפויות ביצע המחוקק "הרמת מסך סטטוטורית".¹⁰

- ע"א 231/58 פ"ש רחובות נ' כמוס בוחניק, פ"ד יג 1948 (1959); ע"א 20/63 חיים בן-צבי נ' פ"ש, בית הדר, ת"א-יפו 1, פ"ד יז 1963, 1968 (1963); ע"א 425/79 שלמה אנג'ל בע"מ נ' פ"ש, מס הכנסה, ירושלים וערעור שכנגד, פ"ד לו(3) 829 (1982). כן ראו את דבריו של כב' השופט אנג'ל בעניין שדות, לעיל ה"ש 2, ס' 23 לפסק-הדין: "סיכומה של נקודה זו, הכנסות השותפות מיוחסות לכל שותף ושותף על פי חלקו. למונח 'הכנסת השותפות' ככוה, אין נפקות מבחינת דיני מס הכנסה, אלא ככלי חשבונאי לבירור הכנסתו של השותף, הנישום הסופי על פי הוראות הפקודה. הוא הדין בשאלת ניכוי הוצאות, השאלה שלפנינו."
- 7 בעניין שטטר, לעיל ה"ש 6, נידונה שאלת ניכוי של הוצאות ביטוח חיים שנשאה בהן שותפות לשם ביטוח חיי השותפים. בית-המשפט העליון בחן שם אם הוצאה זו היא הוצאה בייצור הכנסתו של השותף, ולא של השותפות. זאת, משום שההכנסה החייבת היא הכנסת השותף, ולא הכנסת השותפות. מכיוון שכך, הותרה לכל שותף רק מחצית ממחצית ההוצאות לביטוח חיים שהוציאה השותפות. לאמור, ייחסו לכל שותף מחצית מהוצאות הביטוח, והתירו לכל אחד מהם את ההוצאות לביטוח השותף האחר – אך לא לביטוח חיי שלו – כהוצאות לשמירה על הקיים.
- 8 "התיאוריה המצרפית" (Aggregate Theory) גורסת כי לצורך דיני המס אין לשותפות קיום עצמאי משלה ואין היא יחידת מס. השותפות היא ישות שקופה, ואין מסך של התאגדות המפריד בינה לבין השותפים. עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112 והאסמכתות שם.
- 9 עניין פויכטונגר, לעיל ה"ש 6. הלכה זו אושרה בעניין עץ לבוד, לעיל ה"ש 5.
- 10 עניין עץ לבוד, לעיל ה"ש 5; "מ' אדרעי וי' עדן" "על בעיית עודף נטל מס, הרמת מסך סטטוטורית ומיסוי שותפות, אגודה שיתופית חקלאית, חברה-בית וחברה משפחתית בפקודת מס-הכנסה" עיוני משפט יג 307 (תשמ"ח-תשמ"ט); עמ"ה (ת"א) 1093/00 ר"ח בבלי דן נ' פ"ש תל-אביביפו 1 (לא פורסם, 9.9.2002). ניתן להורדה ב- www.mof.gov.il/ITC/piske_2.htm. לגישה שונה ראו י' נאמן "שיטת חישוב רווח הון במכירת זכויותיו של שותף בשותפות" רואה החשבון כא 195 (תשל"א-תשל"ב); א' אלטר "אישיותה המשפטית הנפרדת של השותפות לצורך דיני המס בישראל" רואה החשבון לד 336 (תשמ"ה-תשמ"ו).

2. עניין שדות: העובדות והמחלוקת

העובדות בעניין שדות¹¹ היו כדלהלן: שני שותפים¹² יחידים בשותפות "שדות"¹³ החליטו להקים חברה – "שדות חברה להובלה (1982) בע"מ" (להלן: החברה) – והעבירו אליה את כל נכסי השותפות והתחייבויותיה. החברה נרשמה והתאגדה ביום 26.5.1982, ומייד לאחר מכן החלה לפעול. כפי שעלה ממאזנה, פרטי השותפות ערב העברתם לחברה החדשה היו מורכבים מרכוש קבוע (שכלל משאיות, טנדר, ציוד קשר ואינוונטר) ומרכוש שוטף (שכלל לקוחות וחייבים שונים). נוסף על כך היו לשותפות התחייבויות לזמן ארוך והתחייבויות שוטפות.

הסוגיה שנידונה הייתה כיצד יש למסות את השותפים כאשר הם מקימים חברה בע"מ ומוכרים לה את העסק החי שלהם.¹⁴ לנוכח הכלל הקובע כי השותפות אינה יחידת מס וכי יש לראות בשותפים את הנישומים המעבירים את הנכסים לחברה, עלתה השאלה אם מדובר במכירה הוגנת של חלקו של כל שותף בעסק חי או שמא במכירת כל אחד מנכסי השותפות, השוטפים וההונויים. חשיבותה של השאלה ברורה. אם העסק כולל גם נכסים שוטפים עתירי-רווח – למשל מלאי עסקי, לקוחות וחייבים אחרים – וכן נכסי הון שיתרת המחיר המקורי שלהם נמוכה מאוד, אזי מכירה של כל פריט ופריט מנכסי השותפות תוביל

11 עניין שדות, לעיל ה"ש 2. לדיון מפורט ולביקורת על ההלכה שקבעה שם דעת הרוב ראו יוסף מ' אדרעי אירועי מס: עלייתם (ואיבונם?) של דיני המסים בישראל 181 (נבו, 2007).

12 המשיבים 2 (60%) ו-3 (40%), עניין שדות, שם.

13 גם בשלב הערעור בבית המשפט העליון לא היה ברור אם הייתה זו שותפות רשומה אם לאו.

14 שאלה זו נידונה בבית המשפט המחוזי כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת. בעמ"ה (ת"א) 367/70 שטרנזיס נ' פקיד השומה תל-אביב 4, פד"א ג(22) 327 (1970), קבע בית המשפט המחוזי בתל-אביב כי כאשר שותפות מוכרת נכסי הון, יש לראות זאת כאילו כל אחד מהשותפים מוכר את חלקו היחסי בנכסים: "במקרה הנדון נושא המכירה הוא מחצית בעסק השייך, לכאורה, לשותפות ואפשר היה לטעון, שלא נמכר כאן כל נכס – כי הרי השותפות היא בעלת הנכסים השונים המהווים את העסק והיא לא מכרה דבר. אך למעשה, התייחסו ב"כ שני הצדדים למכירתו של המערער כאל מכירה של הנכסים השונים הכלולים בעסק – כנראה מתוך הנחה שהשותפות לא היתה רשומה והשותפים הם בעלי הרכוש; ויש גם תמיכה לגישה זו בחוזה המכירה נ/1. בסעיף 2 של אותו חוזה נאמר – שהמערער מוכר לקונה – את כל זכויותיו בשכירות העסק, המוניטין, הציוד והסחורה – משמע שהוא מוכר את מחציתו בנכסים מוגדרים כאמור, והתמורה ששולמה לו היא תמורת נכסים אלו; אתיחס איפוא למכירתו של המערער כאל מכירת נכסים כהגדרת סעיף 88 ה"ל. שם, בעמ' 328. החלטה זו עוררה תגובות מגוונות: יש שראו בה גישה אשר משמרת את הלכידות בפירושו של ס' 63 לפקודה ומבטאת נכון את התפיסה של הרמת המסך הסטטוטורית (אדרעי ועדן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 321-325); ויש שביקרו את החלטה והעדיפו את הגישה ההפוכה, לאמור, שיש לראות את הנכסים כנכסי השותפות, וכי כאשר שותף מוכר את חלקו בשותפות, יש לראותו כמוכר נכס אחד – זכות בשותפות – ולא כמוכר את חלקו בכל אחד בנכסי השותפות (נאמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 195; אלתר, לעיל ה"ש 10 בעמ' 336).

לחבות מס גבוהה: מכירת נכסי ההון עלולה להניב רווחי הון גבוהים (אם מדובר בנכסי הון בני-פחת שהופחתו¹⁵ או בנכסים שמחירם המקורי נמוך), ומכירת הרכוש השוטף וכן העברת התחייבויות¹⁶ יניבו הכנסה שוטפת החייבת במס בשיעור גבוה. לעומת זאת, אם מדובר במכירת חלקו של כל שותף בשותפות, אזי הרווח, אם בכלל, מתחייב במס רווח הון, תקופת ההחזקה היא ארוכה, וכל ניכוי הפחת שנוכו בעבר על נכסי השותפות (ואשר הקטינו את הכנסתם החייבת ואת חבותם במס הכנסה) אינם משפיעים על המחיר המקורי של עלות חלקו של כל שותף בשותפות.¹⁷ יתרה מזו, לא רק שסכום ההתחייבויות של השותפות עלול לא להתחייב במס, אלא שהשותפים עלולים להתפתות ולנסות להפחית את סכום התמורה המתקבלת בעבור מכירת חלקם בשותפות,¹⁸ ולהקטין בכך את חבותם במס רווח הון באופן משמעותי ביותר.

כבי' השופט אנגלרד הגיע למסקנה מפתיעה: למרות הכרתו בכלל בדבר הרמת מסך סטטוטורית ביחס למיסוי שותפים, קבע כבי' השופט בדעת הרוב¹⁹ כי מהותה האמיתית ותוכנה הכלכלי של עסקה שבה שותף מעביר את חלקו בשותפות היא למעשה העברת זכות ב"עסק פעיל", על מכלול נכסיו והתחייבויותיו (להלן: גישת הישות).²⁰ זכות ב"עסק פעיל" של שותפות, כך לדעת הרוב, קרובה ביסודה למושג המניה בחברה עסקית – הן במכירת חלק בשותפות הן במכירת מניה מדובר בישות כלכלית ייחודית ומופרדת מן המחזיקים בה.²¹

3. התהיות

ניתן להיווכח במשמעותה של התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב באמצעות עיון בדוגמה

15 במיוחד אם ישוב המחוקק הישראלי ויחזיר על כנה את הוראת השיבוב, שעל-פיה רווח הון הנובע ממכירת נכס בר-פחת במחיר שנמוך מהמחיר המקורי צריך להיות מסווג כהכנסה שוטפת. ראו, בין היתר, אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91.

16 ראו להלן ס' ב1(ג) למאמר.

17 יש לזכור כי חישוב המחיר המקורי של השותפים בשותפות אינו פשוט. על פניו יש לחשב את סכום ההשקעה המקורי שכל שותף השקיע, ולהוסיף על כך רווחים שחויבו במס אך לא נמשכו כמשיכות פרטיות. מאידך גיסא, כל משיכה פרטית שלא חויבה במס כ"החזר השקעה" מפחיתה את סכום המחיר המקורי. שאלה לא-פשוטה היא מה גורלה של הלוואה שהלוו השותפים לשותפות. הניתן לראות בה חלק מהשקעה? יש לזכור כי הוראתו של ס' 94א לפקודה לא חלה כנראה על שותפות. המקור העיקרי לקביעת המחיר המקורי של כל שותף בשותפות הוא מאזן השותפות, שאינו מבוקר בהכרח על-ידי רואה-חשבון.

18 אף שהדבר לא נאמר במפורש, נראה שגם מטרה זו של השותפים בעניין שדות הושגה עקב פסק-הדין. ראו אדרעי, לעיל ה"ש 11.

19 ואליו הצטרפו כבי' השופטים לוין ושטרסברג-כהן, כנגד דעתם החולקת של כבי' השופטים ברק ואור.

20 "תיאוריית הישות" (The Entity Theory) רואה בשותפות יחידה עצמאית הנפרדת מן השותפים המרכיבים אותה. ראו עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112, 116 והאסמכתות שם.

21 שם, בעמ' 113.

פשוטה: נניח כי שותף א ושותף ב השקיעו כל אחד 100,000 ש"ח בשותפות. נוסף על כך נטלה השותפות התחייבות בסך 100,000 ש"ח ורכשה משאית ב-300,000 ש"ח. השותפות החזיקה במשאית במשך שנתיים, ועל-כן הפחיתה אותה בסכום של 120,000 ש"ח (20% פחת שנתי). בתום השנתיים יתרת המחיר המקורי של המשאית שווה ל-180,000 ש"ח, ואילו שווי השוק שלה הוא 240,000 ש"ח. במהלך השנתיים הסתכמה הכנסתה של השותפות ב-200,000 ש"ח, אשר חולקה כמשכורות לשני השותפים ביחס זהה להשקעותיהם. הריבית השנתית (5%) על ההתחייבות לא שולמה, אלא היא נצברה על קרן ההתחייבות. על-כן, בתום השנתיים יתרת ההתחייבות עומדת על 110,250 ש"ח ($100,000 * 1.05^2$). לשותפות, המדווחת על בסיס מזומנים, חייבים בסכום של 60,000 ש"ח. סיכום-ביניים: שווי השותפות - סך כל הנכסים והרכוש השותף ($240,000 + 60,000 = 300,000$ ש"ח) בניכוי ההתחייבות (110,250 ש"ח) - הוא 189,750 ש"ח (להלן: שווי השותפות).

השותפים שוקלים לאגד את עסקם לחברה בע"מ. מטעמים שונים הם מוותרים על האפשרות של דחיית מס מכוח סעיף 104 לפקודה.²² במקרה כזה התוצאה הכלכלית הנכונה של הרמת מסך סטטוטורית הייתה צריכה להיות כמפורט: כל שותף מקבל מניות בחברה החדשה בסכום השווה ל-94,875 ש"ח (דהיינו, מחצית משווי החברה). מבחינה כלכלית, ובהתאם לגישה המצרפית, יש לראות בשותף כמי שמוכר 50% מהמשאית תמורת 120,000 ש"ח ($240,000 / 2$). חלקו ביתרת המחיר המקורי של המשאית הוא 90,000 ש"ח ($180,000 / 2$), ומכאן שרווח ההון שלו הוא 30,000 ש"ח. כמו-כן הוא מוכר רכוש שותף - חשבון חייבים שטרם חויב במס - בסכום של 30,000 ש"ח, החייב במס הכנסה רגיל.²³ עוד יש לחייבו במס על ביטול ההתחייבות שלו²⁴ בסכום של 55,125 ש"ח. בסיכום כולל נקבל רווח הון בסכום של 30,000 ש"ח, החייב כיום במס בשיעור 20%,²⁵ וכן הכנסה שוטפת בסכום של 85,125 ש"ח, החייבת במס בשיעורים רגילים. אם נלך לפי גישת הישות של החלטת הרוב בעניין שדות, נגלה כי השותף יתפתה

22 ראו להלן פרק ג למאמר.

23 שאלה מעניינת היא כיצד ימוסה הסכום שתקבל החברה מהחייבים בעתיד. לדעתנו, בעת רכישת החייבים, החברה תרשום את הסכום ששילמה לשותפים בעבור פריט זה כהוצאה שוטפת, וכאשר יתקבל הסכום, היא תדווח עליו כהכנסה שוטפת. אם היא לא תוכל לרשום את הסכום ששילמה (במניות) כהוצאה, אזי יש חשש לחיוב כפול של הסכום האמור. לפיכך חשבון הון המניות במקרה זה לא יהיה כל הסכום של 160,000 ש"ח, אלא רק 100,000 ש"ח. ראו גם להלן ס' ב(ב)2 למאמר.

24 ראו את הדיון להלן בס' ב(ג) למאמר, וכן אצל אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 181.

25 ראוי לציין כי האנלוגיה שדעת הרוב עורכת בפרשת שדות בין שותפות לבין חברה, לעניין מכירת חלק השותפות, הייתה צריכה להניע את המחוקק לשקול קביעה סטטוטורית שעל-פיה מכירת חלק מהשותפות על-ידי שותף ששיעור השותפות שלו הוא 10% ומעלה ("שותף מהותי") תתחייב במס רווח הון בשיעור 25%, ולא 20%, כפי שנקבע בס' 91(ב)2 לפקודה ביחס למכירת מניות על-ידי בעל מניות מהותי (כמשמעותו בס' 88 לפקודה). ראו גם להלן ה"ש 101.

לדווח באופן הבא: התמורה שהוא מקבל בעבור מכירת חלקו בשותפות היא 94,875 ש"ח (השווה לחלקו בשווי השותפות). יתרת המחיר המקורי שלו בשותפות היא כאמור 100,000 ש"ח, ולפיכך התוצאה המפתיעה היא שאין לו כל רווח או הכנסה חייבים במס, כי אם הפסד הון בסכום של 5,195 ש"ח!

הפער בין שתי הגישות נובע כמובן מכך שהחישוב על-פי הגישה הראשונה ("הגישה המצרפית", המושתתת כאמור על "הרמת מסך סטטוטורית") מביא בחשבון את סכומי הפחת על המשאית שמהם נהגו השותפים בחישוב הכנסתם השנתית בשנתיים שחלפו, וכן את מכירת חובותיהם של הלקוחות²⁶ ואת ביטול ההתחייבות,²⁷ בעוד הגישה של דעת הרוב בעניין שדות מתעלמת מפרטים אלה.

פסק-הדין של דעת הרוב בעניין שדות עורר ביקורת רבה,²⁸ ולא אעמוד על דברים שנאמרו כבר. אסתפק ואומר כי אם מדובר כאן בהלכה, אזי היקפה וגבולותיה אינם ברורים. האם היא תחול גם כאשר יחיד מוכר את עסקו לחברה שהקים או מצרף אליו שותף חדש? אם – בהתאם להלכת הרוב בעניין שדות – שני שותפים המוכרים את עסקם המשותף מתחייבים במס רווח הון על מכירת זכותם בעסק, אזי מה דינו של בעל עסק יחיד המוכר את עסקו כעסק חי? האם יוכל לטעון כי בהתאם למהותה של הלכת שדות גם הוא זכאי להתחייב במס רווח הון על מכירת זכותו בעסק בהתעלם ממרכיבי העסק ונכסיו?

על פניו התשובה נראית שלילית. זאת, הן מכיוון שבפרשת שדות הדגיש כב' השופט אנגלרד את השוני שבין שותפות לבין עסק של יחיד, שלגביו קשה להפריד בין פעילויותיו, נכסיו והתחייבויותיו האישיות לבין אלה של עסקו; הן לנוכח קביעתו של כב' השופט אנגלרד כי שותפות קרובה ביסודה לחברה עסקית, וכי בשניהם מדובר בישות כלכלית ייחודית ומופרדת מן המחזיקים בה.²⁹ יתרה מזו, החלת הלכת שדות על עסק של יחיד תייתר כמה הוראות סטטוטוריות בפקודה, כגון הוראות סעיף 85 לפקודה וכן הוראות סעיפים 104-104 לפקודה.

אף-על-פי-כן יש לבחון אפשרות זו, מפני שאם נבקש לנהוג בעקביות, נגלה שקשה למצוא טיעונים טובים להבחנה בין מכירת עסק חי של שותפות לבין מכירת עסק חי בבעלות של יחיד. לא זו אף זו, אם הלכת שדות תכה שורשים (ויש להדגיש – אנו סבורים כי דעת הרוב שגויה ומקווים שרשויות המס יפעלו לביטולה, בין בחקיקה בין בהבאת סוגיה דומה לדיון משפטי מחודש), אזי הדרך לתכנוני מס של מכירת עסק של יחיד בשלבים תוליך

26 ראו להלן ס' ב(ב)2 למאמר.

27 ראו ע"א 9715/03 הורוביץ נ' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נט(4) 354 (2005), וכן דיון קצר בו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 62.

28 ראו אדרעי, לעיל ה"ש 11 והאסמכתות שם. בעיקר ראו את המחלוקת העזה שנוצרה בעקבות מאמרם של ר' ארויו, מ' נחמני וא' פישביין "ביקורת על הלכת שדות ובחינת הדרך הראויה למיסוי מכירתו של עסק, בין עסק של יחיד ובין עסק המנוהל כשותפות" מיסים 1/א-29 (2002). לריכוז חלקי של הביקורות על פסק-הדין ושל דברי צידוד בו ראו www.altertax.co.il/articles/showArticles.asp?catId=47.

29 עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 116.

למצב שבו יחידים שעסקם כולל נכסים שוטפים עתירי רווחים ימצאו דרכים למכור את עסקם בשלבים, ובתוך כך "לכבס" את הרווחים השוטפים ולהופכם לרווחי הון נמוכים. יתרה מזו, האם יחיד נשוי המוכר את עסקו הבלתי-מאוגד יכול לטעון כי עקב דיני שיתוף נכסים בין בני-זוג,³⁰ עסקו מצוי ממילא בבעלות משותפת שלו ושל בן/בת-זוגו, ועל-כן מדובר בשותפות ויש לראות במכירת העסק כאילו כל אחד מבני-הזוג מכר נכס הון – מחצית מהעסק? ומה אם לפני מכירת העסק ימכור הנישום אחוזים ספורים מעסקו לצד ג, ובכך ייצור שותפות, ולאחר-מכן ימכור את יתרת חלקו בעסק כמי שמוכר את חלקו בשותפות?³¹ כפי שנראה בהמשך, הדיון בשאלות אלה עלול להניב תוצאות מפתיעות.³²

פרק ב: הפיכת עסק של יחיד לשותפות – צירוף שותפה

כאשר אדם מחליט לצרף לעסקו שותף או שותפה, המשמעות הכלכלית והמשפטית של הצירוף היא פשוטה. אותו בעל עסק (להלן: "השותף המקורי") מוותר על חלק מזכויותיו בעסק.³³ למעשה, הוא מוכר חלק מעסקו. המכירה יכול שתיעשה בתמורה למזומנים שהוא מקבל מהשותפה החדשה, או למוניטין שהיא מביאה, או לעבודתה – הכל בהתאם להסכם שכיניהם. נניח שמוסכם כי חלקו של השותף המקורי בשותפות החדשה יהיה 60%, וחלקה של השותפה החדשה – 40%.

קיימות שתי אפשרויות לבחון את משמעות המכירה. האחת, המקובלת, המכונה כאמור "הגישה המצרפית", גורסת כי מכיוון שמדובר בעסק לא-מאוגד, המכירה האמורה מהווה למעשה מכירה של 40% מכל אחד מהפריטים המהווים את העסק: נכסי הון, נכסים שוטפים, מלאי, חובות מלקוחות והתחייבויות. על-פי האפשרות האחרת, השותף המקורי מוכר 40% מעסק חי, לאמור, את חלקו בהשקעה המקורית. במילים אחרות, הוא מוכר 40% של נכס הון. דרך זו, המכונה כאמור "גישת הישות", נסמכת על גישתה של דעת הרוב בעניין שדות.

30 ראו להלן ה"ש 82.

31 אולם יש לזכור כי בע"א 4374/05 דורון ראובני ודורון ראובני אחזקות בע"מ נ' פ"ש ת"א 4 (טרם פורסם, 19.7.2007) אישר בית-המשפט העליון את גישתו של פקיד השומה, וקבע כי במכירה בשלבים פקיד השומה יכול להפעיל את סמכותו על-פי ס' 86 לפקודה ולמסות את הנישום בהתאם לתוצאה העסקית הסופית של המכירה, ולהתעלם משלבי-הביניים שלה.

32 ראו להלן פרק ג למאמר, בעיקר ס' 2.

33 דיון במתווה זה ראו גם אצל ארויו, נחמני ופישיבין, לעיל ה"ש 28.

1. הפיכת עסק לשותפות: הגישה המצרפית

הליך הפיכתו של עסק בבעלות של נישום יחיד לשותפות כולל כמה פעולות משפטיות שיכול שייחשבו אירועי מס. כאמור, צירוף שותפה לעסק מהווה, למעשה ולהלכה, מכירת חלקים מכלל הרכוש השייך לבעל עסק: מכירת חלק מנכסי ההון, מכירת חלק מהנכסים השוטפים ומכירת חלק מההתחייבויות. נפרט את תוצאות המס בכל אחת מן המכירות.

(א) מכירת נכסי הון

אם לעסק יש נכסי הון – נניח נכס בר־פחת ומוניטין – אזי צירוף השותפה, בנסיבות שהנחנו, פירושו שבעל העסק מוכר לשותפה החדשה 40% מהנכס בר־פחת ו־40% מהמוניטין במחירי השוק שלהם. כך מבחינה כלכלית ומשפטית וכך לצורך דיני מיסים, וזאת לנוכח ההגדרה הרחבה בסעיף 88 בפקודה למונח "מכירה"³⁴ ולמונח "תמורה"³⁵. לדוגמה, בעסק המקורי קיימת משאית שמחירה המקורי היה 200,000 ש"ח, תקופת ההחזקה בה היא שנתיים, היא הופחתה כל שנה בפחת של 20%, ושווי השוק שלה הוא 160,000 ש"ח. נוסף על כך יש לעסק מוניטין שטופח על־ידי השותף המקורי, ושווי בעת הקמת השותפות הוא 100,000 ש"ח. על פניו נראה כי השותף המקורי מוכר 40% מהמשאית תמורת 64,000 ש"ח ($0.4 \cdot 160,000$) ו־40% מהמוניטין תמורת 40,000 ש"ח. תוצאות המס על שתי מכירות אלה יהיו כמפורט להלן.

יתרת המחיר המקורי של חלק המשאית שנמכר היא 48,000 ש"ח $(200,000 - (200,000 \cdot 0.2 \cdot 2)) \cdot 0.4$, ורווח ההון על המשאית במקרה כזה יהיה 16,000 ש"ח $(64,000 - 48,000)$. מכאן ואילך יהיה השותף המקורי זכאי להמשיך להפחית את יתרת חלקו (60%) במשאית $(200,000 \cdot 0.6 = 120,000$ ש"ח) במשך שלוש שנים נוספות – כל שנה 60% מהפחת המקורי (או 20% מהמחיר המקורי שלו בחלקו במשאית – 120,000 ש"ח), קרי, פחת שנתי בסכום של 24,000 ש"ח. בתום השנה השלישית מיום צירופה של השותפה החדשה (חמש שנים מיום רכישת המשאית על־ידי השותף המקורי) יפחית השותף המקורי את שארית יתרת המחיר המקורי בחלקו במשאית – 24,000 ש"ח. בסך־הכל יפחית השותף מיום צירוף השותפה 72,000 ש"ח $(24,000 \cdot 3)$. בשנה הרביעית להקמת השותפות, יתרת המחיר המקורי של חלקו של השותף המקורי במשאית תהיה אם כן אפס, והוא לא יהיה זכאי עוד לניכויי פחת בעבור אותה משאית.

34 "לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, הענקה, מתנה, פדיון, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט הורשה".

35 "המחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון כשהנכס נקי מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה, או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום; אולם אם פקיד השומה שוכנע, כי המחיר בעד הנכס נקבע בתום לב ובלי שהושפע במישרין או בעקיפין מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה – ובמקרקעין גם בתנאי שהמכירה נעשתה בכתב – תהא התמורה המחיר שנקבע".

השותפה החדשה רוכשת 40% מהמשאית תמורת 64,000 ש"ח. היא תהא זכאית לניכוי פחת שנתי של 20% (12,800 ש"ח) במשך חמש שנים. לאחר שלוש שנים מיום הקמת השותפות נימצא במצב שנראה על פניו קשה: השותף המקורי לא יהיה זכאי עוד לניכוי פחת על חלקו במשאית, ואילו השותפה תהא זכאית, במשך שנתיים נוספות, לנכות כל שנה סכום של 12,800 ש"ח כפחת על אותה משאית.

באשר למוניטין – השותף המקורי ייחשב כמוכר מוניטין בסכום של 40,000 ש"ח, החייב במס רווחי הון. השותפה רוכשת מוניטין בסכום זה. חישוב נוסף יוביל גם הוא לתוצאה מעניינת. נראה כי רק השותפה החדשה תהא זכאית להפחית כל שנה, במשך עשר שנים מיום הקמת השותפות, 4,000 ש"ח, שהם פחת בשיעור 10% מהסכום ששילמה לשותף המקורי בעבור המוניטין.³⁶

(1) הפסד הון ושיבוב שלילי

שאלה מעניינת תתעורר אם יתברר כי ביום הקמת השותפות נמצא ששווי השוק של המשאית נמוך מהסכום שהנחנו מקודם (נניח 100,000 ש"ח), לאמור, נמוך מיתרת המחיר המקורי שלה (כאמור, 120,000 ש"ח). במקרה כזה יהיה לשותף המקורי הפסד של 12,000 ש"ח $(120,000 - 100,000) * 0.6$). הפסד כזה ממכירת נכס הון בר־פחת ניתן לניכוי שוטף, בהתאם לסעיף 27 לפקודה, אם הנישום רוכש נכס חילופי באותה שנת מס שבה נמכר הנכס המפסיד. במקרה דנן נראה על פניו כי השותף המקורי אינו עומד בתנאי אחרון זה – הוא לא רכש נכס חילופי. הדבר נראה לא־הוגן, שהרי הרעיון המסתתר מאחורי סעיף 27 הוא רעיון השיבוב השלילי: אם שווי השוק של הנכס נמוך מיתרת המחיר המקורי, פשיטא שהפחת שהנישום ניכה במהלך שנות החזקתו היה נמוך מהחזר ההון הכלכלי ה"אמיתי", שההכנסה החייבת שדווחה הייתה גבוהה מדי ושהנישום שילם מס הכנסה גבוה מדי בתקופה זו. מכירת הנכס בהפסד מהווה הזדמנות לתקן את הטעות שבחישוב הפחת השנתי הנמוך מדי, ו"להשיב" לו את אובדן הפחת באמצעות הכרה בהפסד כהפסד שוטף.³⁷ אם זו אכן תכליתו של הסעיף, אין כל סיבה לשלול מהשותף המקורי את ניכוי ההפסד כהפסד שוטף. ניתן לדעתנו להגיע לפרשנות שעל־פיה השותף המקורי יהיה זכאי לניכוי ההפסד כהפסד שוטף בשתי דרכים: (1) באמצעות השלמת לקונה;³⁸ (2) באמצעות ניתוח עסקת

36 תק' 1 לתקנות מס הכנסה (שיעור פחת למוניטין), התשס"ג-2003, ק"ת 6259, מאפשרת לנכות פחת רק על מוניטין "ששולם בעדם". עמדתן של רשויות המס היא כי הפחת האמור מותר רק כאשר מדובר במוניטין שנרכשו מגוף אחר שאינו קשור לנישום. ראו חוזר מס הכנסה – הוראות מקצועיות 16/2004 מיום 30.6.2004.

37 זאת, כשם שמכירת נכס הון ברווח מעידה כי בתקופת החזקה בנכס ניכה הנישום פחת גבוה מירידת הערך הכלכלית של הנכס, ועל־כן בעת מכירת הנכס הוא צריך "להשיב" (recapture) את עודף סכומי הפחת שנוכו, על־ידי סיווג רווח ההון כהכנסה שוטפת. הסבר מפורט יותר על רעיון השיבוב (recapture) והשיבוב השלילי, על חקיקתו בישראל של שיבוב חיובי ועל ביטולו המפתיע, ראו אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91 ואילך.

38 דיון מפורט בטענה כגון זו ראו, בין היתר, שם, בעמ' 181, 198.

חליפין שעל-פיה רואים את השותף המקורי כמי שמוכר את כל הנכס ואז חוזר ורוכש 60% ממנו.³⁹

(2) דחיית מס במקרה של שחלוף

קיימת טענה כי מס על רווחי הון מביא לידי איכון בפעילות העסקית ופוגע בצמיחה הכלכלית, מכיוון שהוא מהווה תמריץ שלילי להחלפת נכס ישן, שיעילותו נפגמה והתשואה ממנו נמוכה, בנכס חדש שהתשואה ממנו גדולה יותר. זאת, מכיוון שהמס המוטל על מכירתו של הנכס הישן מיתוסף על עלות הנכס החדש, ועל-כן שיעור התשואה על הנכס החדש קטן. טענה זו מכונה "השפעת הנעילה" (lock-in effect).⁴⁰ אף שאין הוכחה חד-משמעית כי השפעה זו אכן קיימת,⁴¹ המחוקקים נוטים להתחשב בה ולהעניק הקלות מס לעסקים המבקשים לחדש את נכסיהם המוחשיים. בישראל נמצא את סעיף 96 לפקודה, הקובע כלל פשוט: בהתקיים התנאים המפורטים בו⁴² –

"רשאי הנישום לתבוע שייחשב כרווח הון רק הסכום שבו עודפת התמורה שנתקבלה בעד הנכס שמכר על מחיר הנכס שרכש ורשאי הוא לעשות כן לגבי רווח ההון כולו או לגבי רווח ההון הריאלי בלבד..."

למעשה, אין מדובר בפטור ממס, אלא בדחיית מס. במקרה כזה יופחת המחיר המקורי של הנכס החדש – הן לצורך חישוב הפחת השנתי עליו, הן לצורך חישוב רווח ההון בעת מכירתו בעתיד – בכל סכום של רווח הון שהיה לו במכירה הקודמת ולא התחייב במס בגלל בחירתו של הנישום בדחיית המס האמורה. לדוגמה, אם נניח שבעל עסק להובלות רכש משאית תמורת סכום של 200,000 ש"ח, הפחית אותה במשך שנתיים ב-80,000 ש"ח, וכעת הוא מוכר אותה ב-140,000 ש"ח, אזי נוצר לו רווח הון בסכום של 20,000 ש"ח. נניח שהוא רוכש משאית חדשה בסכום של 230,000 ש"ח. במקרה כזה התמורה שקיבל נמוכה ממחיר עלותה של המשאית החדשה, ועל-כן אין הוא חייב במס רווח הון על מכירת המשאית הישנה.⁴³ עם זאת, ממחיר המשאית החדשה יופחת סכום רווח ההון (20,000 ש"ח)

39 לניתוח עסקה כזאת ראו שם, בעמ' 105–132 והאסמכתות שם.

40 ראו, בין היתר, י' מ' אדרעי "על ניכוי הוצאות הון, היוון הוצאות שוטפות ושימוש נאות בשיטות דיווח" הפרקליט לט 136 (תש"ן); Joseph M. Edrey, *What are Capital Gains and Losses Anyway*, 24 VIR. TAX REV. 141 (2004) והאסמכתות שם.

41 Edrey, שם, בעיקר פס' 5.

42 נציין את ארבעת התנאים העיקריים: (1) מדובר ברווח הון הנובע ממכירת נכס בר-פחת; (2) הנישום רכש נכס לחילוף הנכס שמכר; (3) רכישת הנכס החדש התרחשה בתקופת זמן מפורשת – תוך שנשים-עשר חודשים לאחר יום המכירה או בתקופה של ארבעה חודשים לפניו; (4) מחירו של הנכס החדש עולה על יתרת המחיר המקורי של הנכס שמכר.

43 לשם המחשה נוספת נשנה קצת את העובדות ונניח שמחיר המשאית החדשה שנרכשה עומד על 135,000 ש"ח, כלומר, התמורה בעד הנכס שנמכר (140,000 ש"ח) עולה ב-5,000 ש"ח על מחיר הנכס שנרכש. במקרה כזה, מתוך רווח ההון שנוצר (20,000 ש"ח), רק 15,000 ש"ח

שלא התחייב במס, ומחירה המקורי של המשאית החדשה לצורכי מס יעמוד אם כן על 210,000 ש"ח. ייאמר מייד – עקב ביטול הוראת השיבוב⁴⁴ וקביעת שיעור מס נמוך על רווח ההון, הטבת המס המצויה בסעיף 96 איבדה מחשיבותה, ובמקרים רבים שכרה עלול לצאת בהפסדה, במיוחד כאשר מדובר בנישום יחיד.⁴⁵ עם זאת, ייתכן שיש לה עדיין חשיבות מעשית, ועל-כן יש לבחון את שאלת תחולתו של סעיף 96 במקרה של הקמת שותפות. כאשר שותף מוכר את חלקו בנכס הון בר-פחת לשותפה החדשה, נראה כי לא מתקיים בו התנאי העיקרי בסעיף 96 דורש: השותף המקורי לא רכש לכאורה נכס לחילוף הנכס שמכר. מכיוון שכך, אין הוא זכאי לכאורה להקלה המוצעת למי שמוכר נכס שלם ורוכש נכס חילופי. שוב, התוצאה אינה משביעת-רצון. על-פי תכלית החקיקה – הן זו של סעיף 96 לפקודה, הן זו של סעיפים 104-104 לפקודה – נראה כי יש מקום להעניק את ההטבה גם במקרה הנידון בדוגמה שלנו. גם כאן נחזור ונציע אותן שתי דרכים להגשים את תכלית החקיקה: האחת, באמצעות קביעה כי שתיקת המחוקק מהווה לקונה הניתנת להשלמה;⁴⁶ האחרת, באמצעות ניתוח עסקת חליפין של רכישה ומכירה רעיונית.⁴⁷

(ב) מכירת נכסים שוטפים

נראה שאם מאמצים את הגישה המצרפית, יש להחיל את הגיונם של הכללים החלים על מכירת נכסי הון⁴⁸ גם על דרך הטיפול בנכסים שוטפים.

(1) מכירת מלאי עסקי

אם השותף המקורי מוכר 40% מעסקו הכולל גם מלאי עסקי, יש לראות בו כאילו מכר לשותפה החדשה 40% מהמלאי. הכלל הסטטוטורי המפורט בסעיף 85 לפקודה קובע, כידוע, כי בחישוב ההשתכרויות או הרווחים מעסק לעניין הפקודה, יראו מלאי עסקי, שהיה שייך לאותו עסק בעת שהופסק או הועבר, כאילו נמכר בסכום השווי. המונח "סכום השווי" מוגדר בסעיף בלשון מקיפה וכוללת:

"הסכום שאפשר היה לקבל תמורת המלאי העסקי ממוכר מרצון לקונה מרצון כשהוא נקי מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה, או זכות אחרת הבאה

יתחייבו במס רווח הון, ו-5,000 ש"ח לא יחויבו ויופחתו ממחיר הנכס שנרכש. מחירו המקורי של הנכס שנרכש יהיה אם כן, בדוגמה זו, 130,000 ש"ח. אם המחיר המקורי של הנכס החדש נמוך מ-120,000 ש"ח, אזי התנאי הרביעי שפורט לעיל (בה"ש 42) אינו מתקיים, ולנישום לא קמה הזכות לבחור את ההקלה שבסעיף.

44 לפירוט הנושא ראו אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91 ואילך.

45 שם. הנישום חוסך אומנם מס מייד בשיעור 20%, אך מפסיד ניכרי פחת המייצרים לו חסכון מס בשיעורים גבוהים, בהתאם לשיעור המס השולי שלו, שעשוי להיות קרוב ל-49%.

46 לעיל ה"ש 38.

47 לעיל ה"ש 39.

48 כידוע, הגדרת המונח "נכס" בס' 88 לפקודה מוציאה מתחולתו במפורש מלאי עסקי לצורך פרק ה לפקודה, העוסק ברווחי הון.

להבטיח תשלום; אולם אם פקיד השומה שוכנע, כי המחיר בעד המלאי נקבע בתום לב בלי שהושפע במישרין או בעקיפין מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה – ובמקרקעין גם בתנאי שהמכירה נעשתה בכתב – יהא סכום השווי המחיר שנקבע.”

נראה כי צירוף שותפה חדשה לעסק קיים מקיים את דרישת “בעסק שהועבר”. זאת, בין שמדובר בחלק מהעסק שהועבר לשותפה החדשה ובין שמדובר בחלק מהמלאי שהועבר לה; וכן בין שיש לראות בעסק המקורי עסק “שהופסק” ובמקומו מוקם עסק חדש בשותפות, ובין שנגיע למסקנה כי העסק המקורי ממשיך להתקיים ורק חלק יחסי מהמלאי הועבר לשותפה החדשה. גדר הספקות היא ביחס לקביעת סכום השווי.

נראה לנו כי סכום השווי ייקבע, לצורך סעיף 85 לפקודה, בהתאם למי שמקבל את המלאי: אם המקבל הוא צרכן,⁴⁹ אזי סכום השווי הוא שווי שוק קמעונאי; אם מקבל המלאי הוא סוחר בעצמו, דוגמת השותפה החדש, אזי סכום השווי הוא שווי סיטונאי. גישה כזו מבטלת כמעט תמיד את הצורך להכריע בשאלה אם צירוף שותף חדש לעסק אכן מקיים את דרישת הסעיף “שהופסק או הועבר”. כל עוד המחיר הסיטונאי של המלאי לא השתנה, אין מקום לחייב את המעביר במס על רווח רעיוני.⁵⁰ אם המחיר הסיטונאי השתנה ממועד רכישתו על-ידי השותף המקורי ועד לתאריך צירופה של השותפה החדשה, או-אז יש להחיל על מכירת המלאי לשותפה את הוראותיו של סעיף 85 לפקודה. אם נניח, למשל, שהשותף רכש מלאי עסקי תמורת 300,000 ש”ח, ומסיבות שונות (אינפלציה, שינויים בשוק וכדומה) עלה שווי המלאי במחירים סיטונאיים ל-360,000 ש”ח ואז צורפה השותפה ב-40%, אזי יראו את השותף המקורי כאילו מכר 40% מהמלאי (עלות 120,000 ש”ח) תמורת 144,000 ש”ח (360,000*0.4), והכנסתו מהמלאי תהיה 24,000 ש”ח. אם נניח כי המלאי נמכר מאוחר יותר על-ידי השותפות תמורת 500,000 ש”ח, אזי יראו כאילו השותף המקורי מכר 60% מהמלאי (עלות 180,000 ש”ח) תמורת 300,000 ש”ח (500,000*0.6), והרווח שלו יהיה 120,000 ש”ח. השותפה, לעומת זאת, תיחשב כמי שמכרה 40% מהמלאי (עלות 144,000 ש”ח) תמורת 200,000 ש”ח (500,000*0.4), והכנסתה ממכירת מלאי השותפות תהיה אם כן 66,000 ש”ח.

49 מטרת הסעיף היא למסות את הרווח הרעיוני כאשר מלאי עסקי נצרך, בין על-ידי בעל העסק ובין על-ידי מי שהמלאי מועבר אליו בעסקת חליפין או בעסקת מתנה. אם בעלת העסק מוציאה מוצר מהמלאי העסקי שלה ומעניקה אותו לבנה, אזי תכליתו של ס’ 85 היא למסות את הצריכה של מקבל המלאי, כאילו מכרה האם את המלאי בשווי השוק והעבירה לבנה מזומנים, והוא רכש מלאי זהה במחיר השוק. על תכליתו של הסעיף כמהווה למעשה ביטוי לחיוב במס של עסקות חליפין, ועל-כן כל עוד לא הגיע המלאי לצרכן אין מקום לחייב במס את המעביר, ראו אצל אדרעי, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 57.

50 שם. שהרי העברה לשותף הנכנס והשארת המלאי בעסק המשותף לא יצרה צריכה.

(2) מכירת חובות של לקוחות

כך גם באשר להעברת נכסים שוטפים אחרים, כגון לקוחות. אם חובות הלקוחות טרם התחייבו במס בידי בעל העסק המקורי - למשל, כאשר מדובר בעסק למתן שירותים המדווח על הכנסתו על בסיס מזומנים - אזי כאשר הוא מעביר את חוב הלקוחות לשותפה החדשה, יש לראות זאת כאילו רכשה השותפה החדשה חלק מהזכות. אם היא משלמת במזומן בעבור חלקה בשותפות, אזי היא משלמת למעשה לשותף המקורי חלק מחוב הלקוחות (ואם השותפה רכשה 40% מהעסק, יש לראות אותה כאילו שילמה במזומן 40% מסכום החוב, ואת השותף המקורי כאילו קיבל 40% מסכום החוב). לדוגמה, נניח שמדובר בעסק שיש בו שני נכסים: מוניטין בסכום של 200,000 ש"ח וחוב לקוחות מובטח ללא כל סיכון שערכו הנוכחי הוא 100,000 ש"ח. נניח שהשותפה מבקשת להצטרף לעסק כשחלקה יהיה 40%. בהתאם לעובדות פשוטות אלה, היא תשלם לבעל העסק (להלן: "השותף המקורי") סכום של 120,000 ש"ח: 80,000 ש"ח בעבור המוניטין ו-40,000 ש"ח בעבור חוב הלקוחות. אם השותף המקורי לא דיווח על החוב האמור מכיוון ששיטת הדיווח שלו היא מזומנים, הוא חייב לדווח על הכנסה שוטפת של 40,000 ש"ח מייד עם קבלת הסכום מהשותפה. כאשר ייפרע החוב בסך 100,000 ש"ח על-ידי הלקוחות (בין בסכום אחד ובין טיפין-טיפין), דיווח השותף המקורי על 60,000 ש"ח שיגיעו לידי (או על החלק היחסי בסכום שיתקבל), ואילו השותפה, שתקבל את יתרת הסכום - 40,000 ש"ח, תדווח על הכנסה שוטפת. ברור שכדי למנוע כפל מס יש לאפשר לשותפה לנכות את הסכום ששילמה לשותף בעבור הלקוחות (40,000 ש"ח) - אם על-ידי ניכוי כהוצאה שוטפת עם תשלום המזומנים לשותף בעת הקמת השותפות ואם על-ידי ניכוי כנגד סכום החוב בעת קבלתו.

אם, לעומת זאת, מדובר בחוב לקוחות שכבר דווח על-ידי השותף המקורי על-פי שיטת דיווח מצטבר/מסחרי, אזי קבלת המזומנים - בין מידי הלקוחות ובין מידי השותפה - אינה אירוע מס, כי אם רישום חשבונאי גרידא. אם נבקש להיות מדויקים מאוד, נדרוש מהשותף המקורי, כאשר הוא מעביר 40,000 ש"ח מחוב הלקוחות לשותפה החדשה, לרשום כהוצאה סכום של 40,000 ש"ח, שהרי הוא כבר דיווח על הכנסה של 100,000 ש"ח. כאשר ייפרע החוב, יזכה השותף המקורי לקבל רק 60,000 ש"ח, לאמור, בשלב זה נוצר לשותף המקורי חוב רע המותר בניכוי על-פי סעיף 17(4) לפקודה. עם זאת, השותף המקורי יידרש גם לרשום הכנסה בסכום זהה - התמורה שקיבל עקב מכירת החוב לשותפה. ההוצאה מתקזזת כנגד ההכנסה, ולא ייווצר מצב של כפל מס על הסכום של 40,000 ש"ח. השותפה תרשום רישום הפוך: את סכום החוב שרכשה תרשום כהכנסה, ואת הסכום ששילמה בעבור רכישתו תרשום כהוצאה.

(ג) העברת התחייבויות

כאמור לעיל, מהלכת הרוב בעניין שדות עולה (בעקיפין ובמשתמע) כי כאשר מאזנו של העסק כולל נכסים שונים והתחייבויות, המחיר שהמוכר מקבל בעבור השווי הנקי של עסקו הוא התמורה הנכונה לצורך חיובו במס רווח הון על מכירה זו. אם לכך התכוונה דעת הרוב בעניין שדות, אזי עם כל הכבוד, זו מסקנה שגויה לחלוטין. אחזור לדוגמה פשוטה. נניח שהנישום בעל העסק המקורי השקיע בעסקו סכום של

100,000 ש"ח. במהלך פעילותו הפיק העסק הכנסות נאות, אשר נמשכו על-ידי הנישום ודווחו כהכנסה. סכום ההשקעה ההתחלתי לא נמשך.⁵¹ בעל העסק מחליט לאגד את העסק לחברה בע"מ. מאזן העסק כולל נכסים ששווי השוק שלהם הוא 250,000 ש"ח, על-פי ההרכב הבא: נכס בר-פחת אשר יתרת מחירו המקורי היא 125,000 ש"ח ושווי השוק שלו הוא 150,000 ש"ח; מוניטין שצבר העסק בשווי 25,000 ש"ח; ומלאי אשר עלותו היא 60,000 ש"ח ושווי השוק הסיטונאי שלו עלה ל-75,000 ש"ח. עוד נניח שסך כל ההתחייבויות העסקיות של העסק עומד על 225,000 ש"ח - חלקן חובות לספקים של מלאי, וחלקן בעבור משכורות, בנקים וכלליות. במקרה כזה השווי הנקי של העסק עומד על 25,000 ש"ח - שווי הנכסים (250,000) בניכוי ההתחייבויות (225,000). אם נחיל את הלכת שדות וגישת הישות גם במקרה כזה, אזי לנישום לא נוצר כל רווח הון, אלא הפסד, שהרי התמורה שקיבל היא 25,000 ש"ח ואילו המחיר המקורי של השקעה היה 100,000 ש"ח, לאמור, הפסד הון המותר בקיוויו כנגד רווח הון, ריבית ודיבידנדים בלבד.⁵² לדעתי, ברור שתוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת מבחינה כלכלית, חשובונאית ומשפטית. מכל מקום, כאן⁵³ אני מבקש לחדד רק את הביקורת הנובעת מהתעלמותו של בית-המשפט משאלת המיסוי של ביטול התחייבויות.

אין צריך להכביר מילים כדי לראות מדוע ביטול התחייבות מוסיף ליכולתו הכלכלית של אדם ויוצר לו הכנסה, ולכן אסתפק בהסבר קצר. כידוע, נטילת הלוואה ומתן הלוואה אינם כשלעצמם אירועי מס. לאחר ביצוע ההלוואה גם הלווה וגם המלווה נמצאים באותו מצב שבו היו לפני ביצועה. לפני ההלוואה "מאזנו" של המלווה כלל מזומנים ולא כלל חובות מלקוחות, ואילו מאזנו של הלווה כלל אפס מזומנים ואפס התחייבויות. עם ביצוע ההלוואה - 1,000 ש"ח - הרישום החשבונאי משתנה, אך לא המצב הכלכלי: למלווה אין מזומנים, אך יש לו זכות לקבלת הקרן בתוספת ריבית, ואם הריבית היא בשיעור המקובל, אזי הערך הנוכחי של החוב שווה לקרן ההלוואה ביום נתינתה. ללווה יש מזומנים עם התחייבות להשיב את ההלוואה, כשהערך הנוכחי של הקרן והריבית שווים לסכום ההלוואה ביום קבלתה. כאשר ההלוואה נפרעת, השבת הקרן אינה אירוע מס. הריבית חייבת במס.⁵⁴

51 הביטוי החשבונאי לכך צריך להימצא כרישום במאזן העסק; הביטוי מבחינת דיני מיסים מצוי בשאלה אם הנישום ביקש לפטור חלק מרווחיו כאשר משך אותם מהעסק בטענת "החזר הון". אם לא דרש זאת וחויב במס על כל הכנסות העסק, משמע שלא משך את ההון ההתחלתי. ברור שאם לעסק אין מאזן ואין מעקב ישיר על משיכת הכספים הפרטית מהעסק, ייתכן שסכום המשיכות הפרטיות שחק את ההון ההתחלתי, או שההון הושקע בנכסים בני-פחת ויתרת מחירם המקורי מהווה את יתרת ההשקעה של הנישום בעסק.

52 ס' 92(א)(4) לפקודה. כידוע, החל בשנת המס 2003 הסעיף מאפשר לקזז הפסד הון גם כנגד הכנסות מריבית ומדיבידנדים. האפשרות לנכות את הפסד כנגד הכנסה שוטפת בהתאם להוראות ס' 27 אינה אפשרית במקרה דנן, מכיוון שתנאיו של סעיף זה אינם מתקיימים כאן.

53 לעיקרי הביקורת על פסק-דין שדות ראו לעיל ההפניות בה"ש 28.

54 ס' 2(4) לפקודה; ע"א 230/72 ברוך צימרמן נ' פקיד השומה תל-אביב 5, פ"ד כז(1) 802 (1973).

אם ההלוואה הייתה ללא ריבית או בריבית נמוכה משיעורה המקובל, הפרש הריבית יכול שיהיה הכנסה והוצאה בשווה-כסף.⁵⁵

ברור מאליו שבכל מצב שבו פירמה-לווה מצליחה להשתחרר מהתחייבותה להשבת קרן ההלוואה, היא זוכה בגידול בנכסי מאזנה. למשל, אם הלווה קיבל הלוואה בסכום של 1,000 ש"ח והוא חייב להשיב את ההלוואה בתום שנה בתוספת ריבית מקובלת (5%), אזי מאזנו ביום קבלת ההלוואה (בתחילת שנה 1) יהיה כדלקמן: מזומנים - 1,000 ש"ח; התחייבות - 1,050 ש"ח (שווי ההתחייבות בערך נוכחי: $1000 = 1.05 / 1.05$); שווי המאזן ליום תחילת השנה - 56.0 בעקבות ביטול ההתחייבות יהיה מאזנו: מזומנים - 1,000; התחייבות - 0; שווי המאזן - 1,000 ש"ח! משמע, ביטול ההתחייבות הביא לידי גידול בעושרו של הלווה בגובה ההתחייבות שבוטלה/נמחלה.⁵⁷

בשיטה המושתתת על תפיסת בסיס המס הכולל, כל ביטול התחייבות מהווה הכנסה חייבת במס.⁵⁸ בשיטת המס הישראלית, המושתתת עדיין על תורת המקור,⁵⁹ עצם ביטולה של התחייבות אינו מהווה בהכרח אירוע מס. כך, למשל, לגבי ביטול חוב אישי שאדם חייב לקרוב-משפחה או לגבי כל התחייבות אישית דומה. אם ההלוואה הייתה במסגרת פעילות עסקית, אזי ההתעשרות מהווה הכנסה לצורכי מס הכנסה. כך קבע גם המחוקק הישראלי בסעיף 3(ב)(3)(א) לפקודה:

"אדם שבשנת מס פלונית נמחל או שומט לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלה יד... יראו את החוב

55 ראו, למשל, ס' 3(ט) לפקודה. דיון רחב יותר ראו אצל אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 105, 147.

56 ייתכן שבסוף השנה ישלם המלווה ריבית של 5%, אך יש לזכור כי גם המזומנים שבדיו יפיקו לו הכנסה. אם יזכה בהכנסה גבוהה מ-5%, אזי יזכה בגידול בעושרו, קרי, בהכנסה חייבת.

57 ואם ההלוואה הייתה ללא ריבית, אזי הערך הנוכחי של ההתחייבות היה $100 / 1.05 = 95.23$, וההפרש בין הערך הנוכחי של המזומנים לבין הערך הנוכחי של ההתחייבות - כ-50 ש"ח - מהווה הכנסה רעיונית, כקבוע בס' 3(ט) לפקודה.

58 על הכלל הבסיסי בארצות-הברית שעל-פיו כל ביטול התחייבות מהווה הכנסה ראו, בין היתר: U.S. v. Kirby Lumber, 284 U.S. 1 (1961); Commissioner v. Jacobson, 336 U.S. 28 (1949), שם נקבע כי רכישה חוזרת של אגרות-חוב על-ידי המנפיק במחיר הנמוך מערכן הנקוב מחייבת במס את ההפרש שבין הערך הנקוב לבין מחיר הרכישה של האגרות. ראו גם ניתוחו של: MARVIN A. CHIRELSTEIN, FEDERAL INCOME TAXATION: A LAW STUDENT'S GUIDE TO THE LEADING CASES AND CONCEPTS 51-56 par. 3.02 (9th ed., 2002). ראוי לציין כי בעניין Zarin v. commissioner, 916 F.2d 110 (3rd cir. 1990) נקבע כי גם ביטול חוב שנבע מפעילות הימורים מחויב במס.

59 לאמור, שרק הכנסה שיש לה מקור חייבת במס, והתעשרות כשלעצמה אינה חייבת במס הכנסה - ראו, בין היתר, אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 57.

כהכנסה בשנה⁶⁰ שבה נמחל או שומט... ואותו אדם יהיה חייב עליהם במס בשיעור שלא יעלה על 50%."

ובסעיף 3(ב)(5) לפקודה הובהר⁶¹ כי –

"לעניין סעיף קטן זה, מי שנמחל לו חוב – לרבות מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו או מי ששומט חובו."

סעיף 3(ב)(3)(א) לפקודה נידון לאחרונה בעניין הורוביץ.⁶² השאלה שנידונה שם הייתה אם הלוואה שנמחלה לחברה שנכנסה למצב של חדלות-פירעון⁶³ מהווה הכנסה בידיה. בית-המשפט העליון קבע כי אם נמצא שהצדדים לחוב עסקי גמרו בדעתם לא לפורעו, וכי החוב אינו רובץ על החייב, אזי די בכך לחייב את החברה החייבת במס. על-פי סעיף 3(ב)(5) לפקודה, מחילה יכולה להיות מוסקת מן הנסיבות ומהתנהגות הצדדים. בהמשך בית-המשפט פורש יריעה רחבה:

"נמצא, כי סעיף 3(ב)(3) קובע כי במצב בו נמחל לנישום חוב הנובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסה מעסק או משלח יד, יראו את החוב כהכנסה שלו בשנה שבה נמחל. זאת, ללא קיומו של מקור במובן סעיף 2 לפקודה, ובלבד שמדובר בחוב הנובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד. אך מובן כי אם מתקיים מקור למחילה, הרי שההכנסה מהמחילה היא הכנסה על פי סעיף 2 לפקודה ולא על פי סעיף 3(ב) לפקודה. כך, למשל, עובד שנמחל לו חוב על ידי מעבידו בגלל עבודתו, מפיק הכנסת עבודה על פי סעיף 2(2) לפקודה בגובה מחילת

60 יש לזכור כי אם מחילת ההלוואה או החוב התרחשו מאוחר יותר, סכום החוב שנמחל יתחייב במס מכוח ס' 3(ב)(3) לפקודה.

61 הרקע לסעיף זה ידוע. בעניין קבוצת שילר, שנפסק בסוף שנות השישים של המאה הקודמת (עמ"ה (ת"א) 1151/66 קבוצת שילר בע"מ נ' פקיד שומה רחובות, פד"א א(18) 309 (1968)), התבסס בית-המשפט המחוזי על תורת המקור הבריטית בביטוייה השמרני ביותר, וקיבל את עמדת הנישומה כי חלק שנמחל לה מהחוב שהייתה חייבת למוסד פיננסי אינו חלק מהכנסתה העסקית. בעקבות פסק-דין זה התערב המחוקק והוסיף את הסעיף האמור. ראו את הדיון אצל אמנון רפאל מס הכנסה כרך ראשון 160–161 (מהדורה שלישית, 1995).

62 עניין הורוביץ, לעיל ה"ש 27.

63 כפי שהניתוח שנציג כאן מלמד, אין ספק שביטול חוב מהווה התעשרות, ואם הוא במסגרת עסק, הוא בבחינת הכנסה. שאלה אחרת היא אם ראוי לחייב במס נישום הנכנס להליכי פשיטת-רגל או כינוס נכסים. זו שאלה מובהקת של מדיניות. כך, למשל, קבע המחוקק האמריקאי – כי חוב שבוטל כתוצאה מהליכי פשיטת-רגל או מכיוון שהנישום חדל-פירעון אינו נכלל בהכנסתו החייבת של הנישום.

החוב. אולם במקרה שבפנינו אין חולק כי אין 'מקור' למחילה, והיא נשלטת על ידי הוראות סעיף 3(ב) לפקודה.⁶⁴

ולענייננו – כאשר אדם מוכר את עסקו כעסק חי ובמסגרת זו מעביר לקונה (בין צד ג בין חברה חדשה שהקים לצורך זה) התחייבות, והרוכש מקבל על עצמו לפרוע את ההתחייבות,⁶⁵ אזי סכום ההתחייבות שנמחלה מהווה הכנסה אצל המעביר.

2. הפיכת עסק של יחיד לשותפות בהתאם לתכליתה של הלכת שדות

ראינו כבר⁶⁶ כי על-פי הלכת שדות יש יתרון רב לאיגודה של שותפות עסקית כחברה בע"מ. זאת, לא רק עקב היתרונות (אם בכלל⁶⁷) שמעניק ההסדר שבסעיפים 104-104 לפקודה, כי אם בגלל התעלמות הגישה מהכנסות שוטפות המצטברות בידי השותפות והפיכתן לרווח הון הנהנה משיעורי מס נמוכים, בגלל חישוב נדיב של רווח ההון על מכירת הזכות בשותפות (הנובע, בין היתר, מהתעלמות מסכומי הפחת שהעסק ניכה בעבר על נכסיו) ובגלל ההתעלמות (השגויה) מביטול ההתחייבות. ככלל, עם כל הכבוד, אנו סבורים שמסקנתם של שופטי הרוב בפסק-דין שדות בטעות יסודה. אולם, לנוכח העובדה שמדובר בהלכה פסוקה המחייבת את כולנו בהתאם לחוק יסודות המשפט ולחוק-יסוד: השפיטה,⁶⁸ נמשיך את דיוננו לאור הלכה זו. נבחן את השאלה אם ניתן לנצל את ההלכה גם כאשר מדובר באיגודו של עסק חי המצוי בבעלות של יחיד, ולא של שותפות.

(א) ההנמקה בעניין שדות ועסק של יחיד

כאמור, פסק-הדין של דעת הרוב בעניין שדות רחוק, עם כל הכבוד, מלהיות ברור ועקבי. ההלכה שנקבעה שם – שעל-פיה מכירת חלקו של שותף בשותפות חייבת במס רווח הון על הזכות הכוללת בשותפות, ללא הבחנה בין המרכיבים השונים של פרטי הנכסים וההתחייבויות של השותפות – לא רק שעומדת בניגוד גמור לכלל ההלכות שנקבעו עד אז בנושא הרמת המסך הסטוטורית במיסוי שותפויות, אלא גם עצם הנמקתה אינו ברור כל צורכו. כב' השופט אנגלרד, שכתב את עיקר דעת הרוב, מבהיר תחילה את נקודת המוצא המקובלת. על-פיה, העיקרון העולה מסעיף 63 לפקודה הוא כי לצורך מס הכנסה קיימת

64 עניין הורוביץ, לעיל הערה 27, פס' 8 לפסק-הדין.

65 בעניין ע"א 97/3515 פקיד שומה, באר-שבע נ' בית מרקחת "אילן" בע"מ, פ"ד נו(5) 311 (2002), העביר בעל עסק יחיד את עסקו לחברה שהקים, והעביר לה את כל נכסיו והתחייבויותיו. מכיוון שסכום ההתחייבות היה גבוה משווי הנכסים, הסכים בית-המשפט עם טענת רשויות המס כי יש לראות בסכום ההפרש בבחינת הלוואה פרטית שהעניקה החברה החדשה לבעל מניותיה.

66 לעיל בפרק ב למאמר.

67 על הספקות בדבר כדאיות ההסדר ראו להלן פרק ג למאמר.

68 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163; חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

הוראה כללית של "הרמת מסך ההתאגדות", וכי כל אחד מהשותפים (ולא השותפות) הם בבחינת הנישום לצורכי מס הכנסה. אולם, כך לדעת כב' השופט, קיימת שורה של הוראות אחרות בפקודה, התופסות את השותפות, במפורש או במשתמע, כיחידה עסקית נפרדת. עם זאת, כב' השופט אנגלרד אינו מספק תימוכין לקביעה זו:

"קודם כל, בסעיף 63(א)2 לפקודת מס הכנסה נקבע כי ראש השותפים יערוך וימסור, לפי דרישת פקיד השומה, דוח על הכנסת השותפות. נמצא, כי לפחות מבחינה חשבונאית, השותפות נחשבת כעסק נפרד. בסעיפים 63(ב), 131(א)5 בשילוב עם 131(ג) ו-131(ד), ו-224 לפקודה משתמע, לכאורה, כי השותפות היא 'חבר בני אדם' במובן סעיף 1 לפקודה."⁶⁹

אולם כב' השופט אנגלרד ממחר לצייין עובדה חשובה החותרת תחת מסקנתו:

"רוב ההוראות האלה ממעט את השותפות, לצורכי מיסוי מסוימים, מכללים החלים על חבר בני-אדם."⁷⁰

למען האמת, קשה לדעת מהי העובדה המכרעת שהובילה את דעת הרוב למסקנתה. בהנמקתו מציין כב' השופט אנגלרד שני נימוקים עיקריים. האחד הוא המציאות הכלכלית והדרישות החשבונאיות (ולא המבנה המשפטי⁷¹), שמתייחסות אל ישותה של השותפות כאל ישות כלכלית נפרדת מהשותפים. הנימוק האחר הוא שהעסק נמכר כ"עסק פעיל"/ עסק חי:

"העברת חלק בשותפות היא במהותה העברת זכות ב'עסק פעיל', על מכלול נכסיו והתחייבויותיו. זכות ב'עסק פעיל' של שותפות קרובה ביסודה למושג המניה בחברה עסקית. גם כאן מדובר בישות כלכלית ייחודית ומופרדת מן המחזיקים בה..."⁷²

ובהמשך:

"שהרי, המציאות הכלכלית מתייחסת אל ישותה של השותפות כאל 'עסק פעיל',

69 עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 116.

70 שם.

71 כך אומר כב' השופט אנגלרד בעמ' 121: "השקפתנו על השותפות אינה כעל אישיות משפטית, אלא כעל 'עסק פעיל'. לכן העובדה כי השותפות בתור מושג משפטי נעלמה מן האופק הנורמטיבי, אינה גורעת מן המציאות הכלכלית, שלפיה העסק ממשיך להתקיים במסגרת החברה שרכשה אותו." שם, בעמ' 121.

72 שם, בעמ' 116 א (ההדגשה הוספה).

על מכלול היבטיו, ויש להניח שגם אומדן השווי הכלכלי, המכתיב את התמורה בגין מכירת זכות בשותפות, מתבצע בהתאם לגישה זו...⁷³

הנמקות אלה מצביעות על כך שאם מבחינה כלכלית וחשבונאית יש הבחנה בין העסק לבין בעליו והעסק התי נמכר, אזי מכירת העסק תיחשב כמכירת נכס הון, ויש להחיל את גישת הישות (בהתאם למונח שנידון בעניין שדות), ולא את הגישה המצרפית. התעלמותו של כב' השופט אנגלרד מההבדלים המשפטיים שבין חברה לשותפות, והדגש שהוא שם במציאות הכלכלית, העסקית והחשבונאית המשותפת לחברה ולשותפות, משאיר פתח לטעון – כך נראה לי – כי אם המסקנה שאליה הגיעה דעת הרוב נכונה ביחס לעסק חי של שותפות, אזי היא טובה ומתאימה גם לעסק חי של יחיד. אפשרות זו לא נעלמה מעיניו של כב' השופט אנגלרד:

“ואם ישאל השואל מדוע לא נתייחס לעסקו של יחיד, המועבר לאדם אחר, כאל ישות כלכלית נפרדת, תשובתי תהיה כי, כאמור לעיל, אצל היחיד קשה מאוד להבחין בין נכסים אישיים לבין נכסים עסקיים.”⁷⁴

אולם מכיוון ששאלת איגודו של עסק של יחיד לא נידונה בפרשת שדות, ברור שהבחנה זו אינה אלא הערת-אגב לא-מחייבת.⁷⁵ יתרה מזו, על פניו נראה שהתשובה הנ"ל אינה מספקת, עם כל הכבוד. כפי שנראה, קיימות שלוש דרכים להסביר מדוע התשובה אכן אינה מספקת. נציג את הראשונה כאן, ואת השתיים הנוספות בסעיפים הבאים. ראשית, יש לזכור כי מבחינה כלכלית וחשבונאית יש הפרדה ברורה בין פעילויותיו, נכסיו והתחייבויותיו הפרטיים של יחיד (“משק בית”) לבין אלה של עסקו (“פירמה”): כללי החשבונאות והדרישות הסטטוטוריות בדבר ניהול פנקסים⁷⁶ מחייבים בוודאי את בעלי העסקים להבחין בין פעילויותיהם, נכסיהם והתחייבויותיהם הפרטיים לבין אלה העסקיים.⁷⁷

73 שם, מול ג (ההדגשה הוספה).

74 שם, בעמ' 121.

75 על טשטוש ההבחנה בין הערת-אגב (obiter dictum) לבין טעם ההלכה (ratio decidendi) ראו אצל ח' כהן “אוביטר ז”ל והגינות לאי”ט” משפטים לא 415 (תשס”א).

76 הוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), תשל”ג-1973, ק”ת 2958. הוראות אלה אינן מבחינות בין עסקים של יחידים לבין עסקים של שותפים – ראו ס’ 4 להוראות. ס’ 34 להוראות מחייב נישום בעל עסק שבחר לנהל את פנקסי חשבונותיו בהתאם לפרק ד1 להוראות אלה לנהל יומן עסק שיכלול, בין היתר, מאזן פתיחה ליום תחילת שנת המס או ליום פתיחת עסקו לגבי כל נכסיו, התחייבויותיו והונן העצמי. יש לומר כי על-פירוב יחידים ושותפים אינם חייבים לנהל מאזן, ואף לא חשבון בעלים.

77 ראו התוספות להוראות ניהול ספרים, שם.

יתרה מזו, גם הדין ההלכתי⁷⁸ וגם הדין הסטטוטורי⁷⁹ – אשר מכירים, לצורכי מס הכנסה, בכך שבעל עסק מבצע עסקות עם עצמו גם כאשר העסק אינו מאוגד – מצביעים על כך שהדין מבחין בין האישיות הכלכלית של העסק לבין זו של בעליו היחיד. אם כך הדבר, אזי קביעתה של דעת הרוב בעניין שדות – שעל-פיה "המציאות הכלכלית מתייחסת אל ישותה של השותפות כאל "עסק פעיל", על מכלול היבטיו, ויש להניח שגם אומדן השווי הכלכלי, המכתיב את התמורה בגין מכירת זכות בשותפות, מתבצע בהתאם לגישה זו"⁸⁰ – ישימה במלואה גם על עסק של יחיד.

על-כן נראה כי אם עסק מנהל פנקסי חשבונות כנדרש, אזי מתקיימות בו הדרישות שמנה כב' השופט אנגלרד לעניין המציאות הכלכלית והחשבונאית, וטעם ההלכה שנקבעה בעניין שדות חל גם על מכירת עסק פעיל של יחיד – בין לצד ג ובין לחברה שבעל העסק הקים לצורך העברת העסק אליה.

(ב) שותפות סטטוטורית בין בני-זוג

דרך שנייה להשיג את התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב בעניין שדות וליישמה על עסק של יחיד קיימת כאשר לאותו יחיד יש בן/בת-זוג. הדרך פשוטה בתכלית. בעל העסק ידווח לרשויות המס על כך שעסקו מצוי בשותפות עם בן/בת-הזוג. אם השותפות היא אמיתית ובני-הזוג אכן פועלים במשותף בעסק, אזי מדובר בשותפות לכל דבר ועניין, אף אם לא מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 66 לפקודה המאפשרים לבני-הזוג לדווח על הכנסתם בחישוב נפרד.⁸¹ שהרי שאלת קיומה של השותפות לצורך החלת הלכת שדות וכללי החישוב המאוחד והנפרד אינם קשורים זה לזה. יתרה מזו, הדין הישראלי הגיע זה מכבר למסקנה כי בהעדר הסכם מפורש אחר בין בני-זוג, ההכנסות שהם מייצרים והרכוש שהם צוברים מיום נישואיהם נחשבים כשותפים לשניהם.⁸² עוד יש לזכור כי נישומים נשואים זכאים

78 ראו עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 6, וכן ע"א 217/65 שלמה כהן נ' פקיד שומה גוש דן, רמת-גן, פ"ד (2) 421 (1966), אשר אימצו את גישתו של בית-המשפט באנגליה: Sharkey (H.M. Inspector of Taxes) v. Wernher, (1953) 36 T.C. 275.

79 ס' 85 ו-100 לפקודה.

80 עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 116.

81 על ההתפתחויות המרתקות בנושא הזכאות לחישוב מאוחד ראו, בין היתר, ע"א 900/01 רון קלס ואסתר קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נו(3) 750 (2003); רפעתא עזאם מיסוי בני זוג (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2001).

82 ס' 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267, קובע כידוע את חוקת האיזון בין בני-זוג שלא טרחו להתקשר בהסכם המסדיר את יחסי הממון ביניהם. חוקה זו מופעלת אומנם רק עם פקיעת הנישואים עקב גירושם או עקב מותו של בן-זוג (ראו, למשל, ע"א 1915/91 אסתר יעקובי נ' עזרא יעקובי ואח', פ"ד מט(3) 529 (1995)), וייתכן אף שס' 4 לחוק מעמיד בספק את הניתוח שאנו מציעים כאן. אך ראו בג"ץ 771/05 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 27.8.2007), אשר קבע כי בהעדר נסיבות מיוחדות, יש לראות בפיצויי הפיטורים נכס ברחוקה ביחסים הרכושיים בין בני-הזוג, גם כאשר הפיטורים והזכות לפיטורים התרחשו

לדוות על שותפות ביניהם – גם כאשר היא אינה מזכה אותם לצורכי מס הכנסה בחישוב נפרד – לצורך תשלום דמי ביטוח לאומי.⁸³

(ג) הפיכת עסק של יחיד לשותפות בשלבים

דרך שלישית להשגת היתרונות שהלכת שדות מציעה גם לעסק של יחיד היא ללכת בדרך דו-שלבית, לאמור, תחילה תצרף בעלת העסק שותף – אפילו בשיעור קטן ואולי אף לא-משמעותי⁸⁴ – ומרגע שנהפך העסק לשותפות, פתוחה הדרך לפני השותפים להחיל את הלכת שדות על השותפות החדשה.

ייתכן כי דרך זו עלולה להיתקל בסמכותו של פקיד השומה להתעלם מהשותפות בהתאם לסעיף 86 לפקודה. ההלכה המתגבשת היא שיש בסמכותו של פקיד השומה להתעלם מעסקת שלבים שנועדה להשיג יתרונות מס. כך בעניין ראובני⁸⁵ וכך בעניין סילבאן שיטריט.⁸⁶ פקיד השומה רשאי להתעלם מעסקות משפטיות ולמסות את הנישום בהתאם לתוצאה הכלכלית הסופית של פעילותו, אלא אם כן המבנה המשפטי שנבחר כוון להשיג טעם עסקי/מסחרי/כלכלי אמיתי.⁸⁷ בהתאם לכך, יוכל פקיד השומה לטעון כי הקמת השותפות, כצעד-ביניים להעברת העסק לחברה בע"מ, הינה עסקה מלאכותית, וכי מבחינה כלכלית יש לראות בהעברת העסק לחברה כהעברת עסק של יחיד. אין בכוונתנו להיכנס

אחרי הגירוש. זאת, מכיוון שפיצויי הפיטורים מהווים חלק מפירות ההשתכרות הכוללת הנובעים מתקופת עבודתו של בן-הזוג. מכל מקום, אנו נשאיר את הדיון בשאלה זו להודמנת אחרת.

83 ראו, למשל, ס' 371(5)(ח) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 210.
84 כאשר כב' השופט אנגלרד שוקל את הטענות נגד גישתו ומתמקד בשאלה אם השותפות אינה מתפרקת מייד עם העברת הנכסים לחברה, וכתוצאה מכך לשותפים אין כל נכס להעביר ועל-כן כל הקונסטרוקציה שהוא מציע אינה מחזיקה מעמד, הוא מציע את התשובה (המפתיעה) הבאה: "נמחיש את השאלה באמצעות האפשרויות של תכנון מס. נתאר לעצמנו כי בנסיבות המקרה שלנו השותף האחד העביר את כל חלקו בשותפות (50%) לחברה, אך השותף האחר שמר לעצמו חלק זעיר בשותפות (כגון פרומיל אחד). בנסיבות אלה השותפות אינה מתפרקת, משום שעדיין יש שני שותפים בעסק, החברה והשותף הזעיר. (אפשרות אחרת היא להעביר את עסק השותפות לחברה ולחברת בת שלה). השאלה המהותית היא אם יש הבדל ממשי-כלכלי בין שני המצבים המצדיק מיסוי שונה. כוונתי איננה לבעיה של עיסקה מלאכותית לשם השתמטות ממס, אלא לגישה העקרונית לגבי מיסוי העיסקה המקורית. לדעתי, אין כל טעם להבחין בין שני המצבים האמורים."

85 ראו לעיל ה"ש 31.

86 ע"א 10666/03 סילבאן שיטריט נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (טרם פורסם, 30.1.2006), שם אישר בית-המשפט העליון את סמכותו של פקיד השומה להתעלם מהטבות המס שהוענקו בזמנו לחברה מתפרקת, כאשר התברר כי מייד עם פירוק החברה חזר בעליה והקים חברה זהה שהמשיכה את פעילות החברה שפורקה.

87 ע"א 390/80 תעש מור מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אזור תל-אביב, פ"ד לו(1) 449 (1983).

כאן לעובדי הקורה של הדיון בהיקפו ובתחולתו של סעיף 86, ובעיקר לא ננסה לפרש את משמעות הביטוי "או כי אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה פלונית היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות". די אם נאמר כי אם בעל העסק יוכל להראות טעם כלכלי לצירוף שותף לעסקו (כגון הצורך בהגדלת ההון העצמי, אשראי טוב, מוניטין ואולי אפילו שלום-בית, אם מדובר בצירוף בן/בת-זוג כשותפה), אזי האפשרות להתעלמות מהקמתה הולכת ופוחתת.

אולם אין לטעות – אנו סבורים כי הדין חייב להיות שונה, כי כל שלוש הדרכים שפירטנו כאן להחלתה של הלכת שדות גם על מכירת עסק חי של יחיד אינן ראויות, וכי ההלכה עצמה, שעסקה במכירת עסק של שותפות, שגויה. כל שאמרנו אמרנו לאור הלכתו של בית-המשפט העליון, המחייבת את כולנו.

פרק ג: הפיכת שותפות לחברה באמצעות סעיף 104ב לפקודה

כפי שנראה בהמשך, קיים ספק גדול אם השימוש במתווה שנקבע בסעיפים 104-104ח לפקודה הוא פדאי לבעלי עסקים, בין יחידים ובין שותפויות. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם יבקשו נישומים ליהנות מהמתווה האמור.⁸⁸ על-כן נבחן תחילה את המתווה ואת שאלת הכדאיות של ההליכה בו, ובהמשך נבחן את משמעותו לנוכח התוצאה שאליה הגיעו שופטי הרוב בעניין שדות.

1. סעיפים 104-104ח לפקודה: הכדאיות של זחיית מס בהעברת נכסים תמורת מניות

(א) הרקע והמטרות

במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94),⁸⁹ הידוע גם כ"חוק המיוזגים והפיצולים", חוקקו בין היתר סעיפים 104-104ח לפקודה. מטרתו הברורה של החוק הייתה להסיר מכשולים מדרכה של קהיליית העסקים, ולעודדה, באמצעות הקלות מס,⁹⁰ לערוך שינויים

88 למשל, כאשר יש בידיהם נכסים שוטפים עתירי-מס ורווחי הון גבוהים, ויש בכוונתם להחזיק תקופה ממושכת במניות שקיבלו בתמורה להעברת הנכסים לחברה החדשה.

89 החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94), התשנ"ג-1993, ס"ח 190.

90 בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק נאמר כי "הוראות הפרק השני המעניקות הקלות מס לגבי העברת נכסים, יחולו על העברת כל נכס למעט מלאי עסקי". (הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 86), התשנ"ב-1991, ה"ח 43). כך גם בעת הצגת הצעת החוק בכנסת – בדיון לקראת ההצבעה על תיקון מס' 94 לפקודת מס הכנסה, שבמסגרתו תוקן ס' 104 – אמר חבר-הכנסת קאופמן, בשם ועדת הכספים: "העברת נכסים תמורת מניות.

ארגוניים ומשפטיים במבני העסקים (אך לא שינויי בעלות כלכלית) ללא התחייבות במס.⁹¹ בהתאם לכך, הסעיפים האמורים נועדו גם לעודד הפיכת עסקים לעסקים מאוגדים. הרעיון הבסיסי פשוט. נניח כי לאדם יש עסק, וכי בעסק קיים נכס הון אשר יתרת מחירו המקורי היא אפס (דהיינו, הנכס הופחת במלואו בתקופת החזקתו בידי הנישום)⁹² או שמדובר בנכס מוניטין שפותח על-ידי בעל העסק) ושווי השוק שלו הוא 500,000 ש"ח. נניח שהאדם החליט לאגד את עסקו לחברה בע"מ, שהיא כידוע אישיות משפטית נפרדת ממנו. בשלב הראשון, ללא קיומם של הסדרים מיוחדים, ימכור הנישום את הנכס תמורת שווי השוק – 500,000 ש"ח – וישלם מס רווח הון על 500,000 ש"ח ממקורותיו.⁹³ בשלב השני הוא יקים חברה, יזרים להונה העצמי את הסכום שקיבל ממכירת הנכס – סך של 500,000 ש"ח – ובתמורה יקבל מניות. בשלב השלישי תרכוש החברה את הנכס בסכום זה. המחיר המקורי של הנכס בידי החברה יהיה 500,000 ש"ח, והיא תהא זכאית להפחיתו בהתאם לשיעורי הפחת הקבועים. המחיר המקורי של המניות בידי אותו אדם יהיה 500,000 ש"ח. ברור שבנסיבות אלה עדיף לחסוך את כל עלויות העסקה, ולפיכך סביר להניח כי אותו אדם יחליט לוותר על שני שלבי העסקה הראשונים, ויעביר את הנכס לחברה תמורת המניות. בהעדר הוראה מיוחדת, תוצאת המס לא צריכה להשתנות: המעביר יתחייב במס רווח הון על העברת הנכס לחברה;⁹⁴ המחיר המקורי של המניות יהיה, שוב, 500,000 ש"ח; והמחיר המקורי של הנכס בידי החברה הוא כאמור 500,000 ש"ח.⁹⁵ חששו של המחוקק מבוסס כמובן על "השפעת הנעילה",⁹⁶ לאמור, שהנישום יירתע מלנקוט הליכים לאיגוד העסק רק בשל החיוב במס רווח הון על מכירת הנכס. על-כן נקבע כי אם הנישום יעביר את הנכס לחברה שהקים בתמורה למניות בה, פעולת ההעברה לא תיחשב כמכירה, והנישום לא יתחייב במס רווח הון. אולם יש לשים לב כי אין מדובר בפטור ממס, אלא – כפי שנראה בהמשך – רק בפטור מדומה, שאינו אלא דחיית מס.

(ב) המתווה

סעיף 104א(א) רישא קובע:

"אדם המעביר את מלוא זכויותיו בנכס לחברה, תמורת קבלת הזכויות הקיימות

הוראות פרק זה מעניקות הקלות מס לגבי העברת נכסים, למעט מלאי, לחברה, תוך דחיית תשלום המס עד למועד מכירת הנכס בידי החברה המקבלת." ד"כ 131, 7486 (התשנ"ג).

91 ש.ם.

92 ראו את הגדרת המונח "יתרת מחיר מקורי" בס' 88 לפקודה.

93 או ייטול הלוואה למימון תשלום המס. בכל מקרה, בין שישתמש במקורות עצמיים ובין שייטול הלוואה, יש להביא בחשבון את הריבית שהוא מפסיד.

94 ראו את הגדרת המונחים "מכירה" ו"תמורה" בס' 88 לפקודה.

95 ראו את הגדרת המונחים "מחיר מקורי" ו"יתרת המחיר המקורי", ש.ם.

96 על "השפעת הנעילה" והשלכותיה ראו לעיל ה"ש 40 והטקסט הסמוך לה.

באותה חברה, לא יחוייב במס לפי פקודה זו, לפי חוק מס שבח מקרקעין, או לפי חוק התיאומים בשל אינפלציה,⁹⁷ לפי העניין..."

לכאורה, הסעיף אינו פוטר את המעביר רק ממס רווח הון, שכן לא נאמר "ממס לפי חלק זה", אלא מכל מס, לרבות מס שבח מקרקעין ומס הכנסה ("לפי פקודה זו"). אולם הגדרת המונח "נכס" בסעיף 104א לפקודה, המפנה להגדרה בתוספת ב לחוק התיאומים ("נכס כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, לרבות הוצאות נידחות שאינן מותרות בניכוי ושייכות מסים, אך למעט... מזומנים, חייבים והלוואות"⁹⁸), חוסמת לכאורה מצב שבו המעביר מעביר גם נכסים שוטפים. עוד יש לזכור כי למרות השימוש בלשון יחיד ("נכס"), ולא בלשון רבים ("נכסים"), אין כיום ספק שהמתווה פתוח לכל פעולת איגוד, אף אם מועברים לחברה החדשה כמה נכסים.⁹⁹

באשר ל"פטור המדומה" שהמתווה מציע¹⁰⁰ – המתווה מאפשר לא לחייב את המעביר במס בעת ההעברה: החברה נכנסת לנעליו של המעביר הן לעניין מחירו המקורי של הנכס בידיה והן לעניין יום רכישתו. אם נחזור לדוגמה שהצבנו בראשית הפרק, המחיר המקורי של הנכס המועבר בידי החברה יהיה שווה ליתרת מחירו המקורי בידי המעביר – בדוגמה שלנו אפס. כאשר הנכס המועבר הוא נכס בר־פחת ויתרת המחיר המקורי שלו היא אפס (או נמוכה), החברה מאבדת את זכותה לפחת (או לחלקו). נוסף על כך נקבע כי גם המחיר המקורי של המניות שהמעביר מקבל בחברה יהיה שווה ליתרת המחיר המקורי של הנכס, לאמור אפס, וכך גם לעניין יום רכישתו, שייחשב כיום רכישת הנכס על־ידי הנישום. אם המעביר – בעל המניות החדש – ימכור את המניות, נניח במחיר שמייצג את שווי השוק של נכסי החברה (500,000 ש"ח), אזי רווח ההון שלו יחושב בהתאם למחיר המקורי האמור (אפס), לאמור, הרווח יהיה 500,000 ש"ח ושיעור המס על מכירת המניות יהיה 25% (ולא 120%).¹⁰¹

97 חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985, ס"ח 172 (להלן: חוק התיאומים).

98 ראו את הגדרת המונח "נכסים מוגנים" בס' 1 לחוק התיאומים. אכן, המתווה המצוי בסעיפים מכון כולו למצב שבו הנכסים המועברים הם נכסי הון בלבד. כך, למשל, ס' 104 לפקודה קובע כי "נכס שהועבר כאמור בסעיפים 104א ו-104ב, המחיר המקורי שלו, יתרת המחיר המקורי, יום הרכישה ושוי הרכישה, לענין פקודה זו, חוק התיאומים וחוק מס שבח מקרקעין, יהיו כפי שהיו בידי המעביר". כל המושגים המודגשים לקוחים מעולם המושגים של חלקה לפקודה, העוסק בנכסי הון.

99 ס' 5 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302; עמ"ה 193/89 צ'רני ישראל נ פ"ש עכו, פד"א יט 209.

100 כך גם, בין היתר, הוראת הפטור המדומה של מתן מתנה לקרוב. פעולה זו פטורה לכאורה ממס רווח הון, לפי ס' 97(ג) לפקודה, אלא שמדובר למעשה בהוראה לדחיית מס, מכיוון שיתרת המחיר המקורי של המתנה בידי מקבל המתנה תהיה כיתרת המחיר המקורי של הנותן. ראו את הגדרת המונח "מחיר מקורי" בס' 88 לפקודה.

101 זאת, עקב היות המעביר "בעל מניות מהותי", כמשמעות המונח בס' 88 לפקודה. ראו ס' 91(ב)(2) לפקודה.

המחוקק הציב כמה דרישות כתנאי לשימוש במנגנון דחיית המס האמור. נזכיר את העיקריות שביניהן: החברה שבה מדובר ("החברה הקולטת") היא חברה תושבת ישראל שהתאגדה בישראל, אולם למנהל המס יש סמכות לאשר גם חברה שלא התאגדה בישראל;¹⁰² הנכסים המועברים הם נכסי הון, ולא נכסים שוטפים ומלאי;¹⁰³ יש להעביר את כל הזכויות של המעביר/ים בנכס; התמורה שהמעביר/ים מקבל/ים היא כל הזכויות הקיימות בחברה הקולטת; המעביר/ים מחזיק/ים במשך שנתיים לפחות מיום ההעברה בזכויות המקנות לו/להם לפחות 90% מכל אחת מהזכויות בחברה הקולטת; החברה הקולטת מחזיקה בנכס שהועבר אליה במשך שנתיים לפחות מיום ההעברה; היחס בין שווי השוק של הזכויות שהוקצו למעביר לבין שווי השוק של כלל הזכויות בחברה הקולטת מייד לאחר ההקצאה הוא כיוחס שבין שווי השוק של הנכס המועבר לשווי השוק של החברה הקולטת מייד לאחר ההעברה – לדוגמה, אם שווי הנכס שהועבר לחברה הוא 500,000 ש"ח ושווי כלל נכסי החברה הוא 750,000 ש"ח (יחס של 0.667), אזי שווי הזכויות שיוקצו למעביר (שווי המניות וזכויות אחרות) חייב אף הוא להיות 500,000 ש"ח.

כללים ותנאים דומים חלים גם במקרה שבו חברים בשותפות או מחזיקים בבעלות משותפת בנכס מעבירים את נכסי השותפות או את הנכס המשותף לחברה הקולטת תמורת מניות. במקרה כזה, חלקם היחסי בחברה יהיה זהה לחלקים היחסיים שהיו להם קודם להעברה בשותפות או בבעלות המשותפת,¹⁰⁴ ואותו יחס יישאר, ללא שינוי בהרכבם של בעלי המניות, במשך שנתיים מיום ההעברה. תנאי חשוב נוסף הוא שמטרת ההעברה היא ניהול ותפעול מאוחדים של הנכסים המועברים.¹⁰⁵ נוסף על כך קיימת דרישה כי הנכסים המועברים ישמשו בחברה הקולטת לשימוש מקובל בנסיבות העניין ובמהלך העסקים שלה, ויישארו בה במשך שנתיים לפחות מיום ההעברה.¹⁰⁶

אם כל התנאים הללו מתקיימים, אזי העברת הנכס לחברה לא תתחייב במס ("לא יחוייב במס לפי פקודה זו, לפי חוק מס שבה מקרקעין, או לפי חוק התיאומים בשל אינפלציה, לפי העניין"¹⁰⁷) בידי המעביר¹⁰⁸ או המעבירים.¹⁰⁹

(ג) כדאיותו של המתווה

אמרנו כבר שההסדר אינו מעניק פטור אמיתי, אלא רק דחיית מס. על-כן הפקודה קובעת כי נכס/ים שהועבר/ו כאמור על-ידי יחיד או על-ידי שותפות – מחירם המקורי, יתרת מחירם המקורי, יום רכישתם ושווי הרכישה יהיו, לצורכי חוקי המס, כפי שהיו בידי

102 ס' 104 לפקודה, ס' (2) להגדרת "חברה".

103 לעיל ה"ש 98.

104 ס' 104ב לפקודה.

105 ס' 104ב(ד)(1) לפקודה.

106 ס' 104ב(ד)(4) לפקודה.

107 ס' 104א(א) ו-104ב(א) לפקודה.

108 ס' 104א(א) לפקודה.

109 ס' 104ב(א) לפקודה.

המעביר.¹¹⁰ ניכויים שהיו מותרים למעביר/ים אילו מכרו/ את הנכס/ים יותרו בניכוי לחברה הקולטת כאשר זו תמכור אותו/ם. במילים אחרות, אם המעביר/ים סיים/ו להפחית את הנכס, החברה הקולטת לא תהא זכאית לניכוי פחת, ואם נותרה רק שנת פחת אחת בידי המעביר/ים לפני ההעברה, תהא החברה הקולטת זכאית לנכות רק את יתרת הפחת שנותרה, קרי, שנה אחת בלבד.

יתרה מזו, אם המעביר/ים מוכר/ים את המניות שקיבלו בתמורה להעברה בחלוף התקופה שבמהלכה הם נדרש/ים להחזיק בהן, שהיא בדרך-כלל שנתיים, אזי לצורך חישוב הרווח ממכירת המניות יראו כמחיר המקורי של המניות את יתרת המחיר המקורי של הנכס שהועבר לחברה הקולטת ("כשהוא מתואם מיום רכישת הנכס בידי המעביר ועד למועד ההעברה, ובניכוי הפסד ריאלי שהיה אילו נמכר הנכס במועד העברתו, ובלבד שלא יפחת מיתרת המחיר המקורי של הנכס שהועבר").¹¹¹ במילים אחרות, אם יתרת המחיר המקורי של הנכס ביום ההעברה היא אפס, כך גם המחיר המקורי של המניות.

הקושי המתעורר כאן בולט: נניח כי אכן הנכס היחיד שהועבר לחברה הקולטת הוא נכס בר-פחת (פחת שנתי של 20%) ששווי השוק שלו הוא 500,000 ש"ח ואשר יתרת מחירו המקורי בידי המעביר היא אפס. נמשיך ונניח כי אין לחברה נכסים אחרים ועל-כן שווייה הוא 500,000 ש"ח. בגלל השימוש במתווה האמור, המחיר המקורי של הנכס בידי החברה הוא אפס. לפיכך החברה הקולטת אינה זכאית לנכות סכומי פחת על הנכס ש"רכשה" בתמורה למניות שהקצתה למעביר. ניתן לחשב את אובדן הפחת ואת תוספת מס החברות שייגרמו לחברה הקולטת בהשוואה למצב שבו זו הייתה מוקמת על-ידי בעל המניות לא באמצעות סעיף 104 והחברה הייתה מגייסת הון ורוכשת את הנכס במחיר השוק שלו (500,000 ש"ח). בהנחה שלא חלו כל שינויים בנתונים האמורים,¹¹² אובדן הפחת השנתי לחברה הקולטת יהיה 100,000 ש"ח ($500,000 * 0.2$). אם תקופת ההחזקה של החברה הקולטת בנכס היא שנתיים, היא "מפסידה" פחת בסכום מצטבר של 200,000 ש"ח, ואם חמש שנים – 500,000 ש"ח. בהנחות אלה החברה מפסידה פחת שסך-המס השנתי שלו (בהנחה ששיעור מס החברות הוא 27%) שווה לסכום של 27,000 ש"ח. נניח כי בתום השנתיים החברה מחליטה למכור את הנכס בשווי השוק שלו – לדוגמה, ב-300,000 ש"ח. מכיוון שיתרת המחיר המקורי שלו היא אפס, תדוות החברה על רווח הון – בהנחה שלא תנצל את הוראת השחלוף שבפקודה¹¹³ – בסכום של 300,000 ש"ח ותשלם מס (25%)¹¹⁴ בסכום של 75,000 ש"ח. על סכום זה יש להוסיף את גובה אובדן המס כתוצאה מאובדן ניכוי הפחת השנתי במשך השנתיים ($27,000 * 2 = 54,000$ ש"ח), ומכאן שעלות המס הכוללת לחברה היא 129,000 ש"ח. בכך לא תם העניין. נמשיך ונניח כי שווי המניות שקיבל המעביר לא השתנה במהלך השנתיים, והוא מחליט למכורם בתום תקופה זו תמורת 500,000 ש"ח.

110 ס' 104 לפקודה.

111 ס' 104 לפקודה.

112 למשל, האינפלציה אפס, והחברה אינה מוציאה הוצאות השבחה על הנכס.

113 ס' 96 לפקודה.

114 ס' 91(א) לפקודה.

במקרה כזה המחיר המקורי של המניות יהיה אפס, סכום הרווח שלו יהיה 500,000 ש"ח, והמס – בשיעור 25%,¹¹⁵ בהנחה שאכן מדובר ברווח הון – יהיה בסכום של 125,000 ש"ח. סך כל המס המצרפי (של המעביר ושל החברה) במקרה שתיארנו כאן יהיה אם כן 254,000 ש"ח. אין צריך לומר שאם הנכס המועבר זכאי לפחת מואץ,¹¹⁶ אי-כדאיותו של המתווה עולה באופן ניכר.

לעומת זאת, אם יחליט המעביר לא ליהנות מההסדר האמור, הוא ימכור את הנכס בשוק תמורת 500,000 ש"ח, ישלם ממקורותיו העצמאיים מס של 20%,¹¹⁷ יקים חברה בהון עצמי של 500,000 ש"ח, החברה תרכוש את הנכס האמור תמורת 500,000 ש"ח, ובמשך שנתיים תנכה פחת של 200,000 ש"ח. באמצעות ניכוי זה תחסוך החברה מס מצטבר של 54,000 ש"ח (2*27,000). כאשר תמכור החברה את הנכס תמורת 300,000 ש"ח, לא ייווצר לה רווח, שכן יתרת המחיר המקורי שווה לתמורה, והיא לא תשלם כל מס נוסף. כך גם אם יחליט בעל המניות למכור את מניותיו באותו סכום וללא רווח הון. עינינו הרואות – הוראותיו של המתווה לא רק שאינן מעניקות יתרון מס, אלא אף יוצרות נטל מס עודף! ללא ספק זו מסקנה מפתיעה.

(ד) אי-כדאיותו של המתווה: המחשה

חלק מההסבר למסקנה האמורה מצוי בעובדה ששיעורי מס רווח ההון ירדו בצורה ניכרת החל בשנת המס 2003. אך זהו הסבר לא-מספק, גם אילו היו שיעורי המס זהים לשיעורי המס על הכנסה שוטפת, עדיין הייתה הכדאיות של דחיית המס מוטלת בספק. בסופו של דבר, מקור אי-הכדאיות מצוי בכך שהמחוקק החליט לייחס את יתרת המחיר המקורי של הנכס המועבר פעמיים: פעם אחת לשווי הנכס בידי החברה הקולטת, ופעם אחרת לשווי המניות שקיבל המעביר. במילים אחרות, תמורת פטור אחד ממס רווח הון (של המעביר על העברת הנכס לחברה הקולטת) יצר המחוקק חבות מס פוטנציאלית כפולה בעתיד: ראשית, על הרווח שיווצר לחברה הקולטת (בין עקב אובדן הפחת במהלך תקופת השימוש בנכס, בין בעת מכירת הנכס בעתיד) עקב המחיר המקורי המיוחס לנכס שקיבלה; ושנית, על הרווח העתידי שיווצר למעביר על המניות כאשר ימכור אותן בעתיד. נמחיש את טענת "פטור אחד בתמורה לשתי חבויות בעתיד" באמצעות דוגמה פשוטה, המבוססת על שיעורי המס הנוהגים כיום (אם כי היינו מגיעים לאותה תוצאה גם אילו בחנו את הסוגיה בהתאם לשיעורי המס שנהגו לפני תיקונים מס' 132 ו-147).

העובדות: נישום רוכש משאית במחיר מקורי של 2,000 ש"ח. הוא מפחית אותה במלואה כך שיתרת המחיר המקורי שלה היא אפס. עם זאת, שווי השוק שלה הוא 1,000 ש"ח. הוא

115 עקב היותו בעל מניות מהותי – ראו לעיל ה"ש 101.

116 כך, למשל, החליט המחוקק להעניק פחת מואץ בשיעור 100% בשנים 2005 ו-2006. ראו תקנות מס הכנסה (פחת מואץ לציוד שנרכש בתקופה הקובעת), התשס"ו-2006, ק"ת 6433, עמ' 60. על משמעותו של פחת כזה ועל ביטולה של הוראת השיבוב ראו אצל אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91-104.

117 מכיוון שהוא אינו בעל מניות מהותי, שיעור המס על מכירת נכס הון הוא כקבוע בס' 91(א) לפקודה, וראו לעיל ה"ש 25.

שוקל אפשרות להעביר את פעילותו לחברה בע"מ.

מצב א: הנישום מוכר את המשאית תמורת 1,000 ש"ח, משלם מס רווח הון של 200 ש"ח,¹¹⁸ נוטל הלוואה בסך 200 ש"ח בריבית של 5%, ומשקיע בחברה 1,000 ש"ח. החברה רוכשת משאית משומשת ב־1,000 ש"ח.

בחלוף זמן מסוים החברה מחליטה לערוך שינויים אחדים. החברה מוכרת את המשאית במחיר השוק שלה – 1,000 ש"ח.¹¹⁹ מכיוון שיתרת המחיר המקורי של המשאית שווה לשווי התמורה שהחברה מקבלת, אין לה רווח הון. בהמשך, הנישום מחליט למכור את מניותיו במחיר השווה לערך החברה, קרי, ב־1,000 ש"ח.¹²⁰ גם כאן המחיר המקורי של המניות שווה לתמורה, אין לנישום רווח הון ואין כל חבות במס. הנישום מחזיר את הלוואה בתוספת ריבית בסכום של 10 ש"ח (5% מ־200). בסוף התהליך הוא נמצא עם 790 ש"ח, לאמור, לאחר תשלום מס וריבית בסכום כולל של 210 ש"ח (כ־21%).

מצב ב: הנישום מפעיל את המתווה שבסעיף 104א. הוא מעביר את המשאית לחברה. ההעברה אינה מתחייבת במס. המחיר המקורי של המניות נקבע בסכום של אפס,¹²¹ והמחיר המקורי של המשאית בידי החברה ייקבע גם הוא כאפס.¹²² העסק אינו "מתרומם", והחברה מוכרת את המשאית ב־1,000 ש"ח. לחברה נוצרו רווח הון של 1,000 ש"ח ומס בסכום של 250 ש"ח (25%).¹²³ הנישום מבקש למכור את המניות. המחיר שיקבל מבטא את המזומנים שיש בחברה, ולכן התמורה תהיה 750 ש"ח. במילים אחרות, בעל המניות כבר ממוסה פעם אחת בעקיפין, שכן שווי מניותיו ירד מ־1,000 ש"ח ל־750 ש"ח עקב תשלום מס רווחי הון על מכירת המשאית. מכירת המניות תניב לו רווח הון של 750 ש"ח (התמורה 750 פחות יתרת המחיר המקורי, העומדת על אפס) ומס בסכום של 187.5 ש"ח (25%).¹²⁴ הסכום הסופי שיוותר בידו יהיה 562.5 ש"ח (750 – 187.5)! במילים אחרות, התהווה מס מצטבר (עקיף של החברה וישר שלו) בשיעור 43.75%, לעומת מס של קצת יותר מ־20% אילו ויתר הנישום על ההסדר שבסעיף 104א.

ראוי לציין כי גם אם בעל המניות היה מחליט לא למכור את מניותיו והחברה הייתה מעבירה לו דיבידנד שמקורו בתמורה לאחר מס שהתקבלה ממכירת המשאית, התוצאה הייתה דומה. זאת, מכיוון שהדיבידנד חייב אף הוא במס של 25%, גם אם מקורו ברווח הון של החברה.¹²⁵

עוד ראוי להדגיש כי היינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם החברה הייתה מחזיקה את

118 כל עוד הוראת השיבוב מבוטלת, ראו לעיל ה"ש 15 ו־37.

119 לצורך הפשטות ההנחות פשוטות ומתעלמות גם מירידת ערך אפשרית של המשאית.

120 גם כאן הכוונה להציג את הדברים בפשטות. ייתכן ששווי נכסי החברה גבוה בהרבה, אולם לצורך המחשת המצב והטענות, אנו מתייחסים רק למרכיבים הרלוונטיים בהרכב התמורה שיקבל בעל המניות.

121 כאמור בס' 104(1) לפקודה.

122 לפי ס' 104ה(1) לפקודה.

123 לפי ס' 91(א) לפקודה.

124 כוכור, הוא בעל מניות מהותי ועל־כן יחול עליו ס' 91(ב)(2) לפקודה.

125 ראו ס' 4(2) לפקודה: "דיבידנד, לרבות דיבידנד המשתלם מתוך רווחי הון של חברה".

המשאית במשך חמש שנים ומצליחה להוציא ממנה רווח שנתי בגובה הפחת השנתי, כפי שמצב ג מראה.

מצב ג: כמו במקרה א, החברה רוכשת משאית תמורת 1,000 ש"ח, שאותם השקיע הנישום לאחר שמכר את המשאית, שילם מס רווח הון ונטל הלוואה. החברה אינה רואה ברכה רבה בעסקיה. היא זוכה בהכנסה בסכום השווה לפחת השנתי. במקרה כזה, כנגד הכנסתה בסכום 200 ש"ח יש לה ניכוי פחת של 200 ש"ח ועל-כן הכנסתה החייבת היא אפס. אין תשלום מס חברות. בתום חמש שנים יש לחברה 1,000 ש"ח במזומן,¹²⁶ ובעל המניות מוכר את המניות בשווי החברה, דהיינו 1,000 ש"ח, כסכום השקעתו המקורית, ללא רווח וללא מס רווח הון. ושוב נאמר כי היינו מגיעים לאותה תוצאה גם אילו הייתה החברה צוברת את רווחיה ומחלקת דיבידנד לבעל מניות, כפי שמצב ד מלמד.

מצב ד: שוב, תנאי הפתיחה הם כמו במצב א. החברה מרוויחה 200 ש"ח בשנה, מנכה פחת שנתי על המשאית של 200 ש"ח, ואינה משלמת מס חברות. היא מחלקת את הרווחים (200 ש"ח כל שנה או 1,000 ש"ח בתום חמש שנים) כדיבידנד שוטף לנישום (נתעלם מהשאלה אם הדבר מותר לה). הדיבידנד שהנישום מקבל חייב במס (25%). הון החברה פוחת בהתאם לתשלום הדיבידנד האמור. בתום השנה החמישית תעמוד השקעתו של בעל המניות בחברה על אפס. הנישום ימכור את המניה באפס, וייווצר לו הפסד הון בגובה של 1,000 ש"ח (מחיר מקורי 1,000 ותמורה אפס). הפסד זה מותר לו בקיוויו כנגד הכנסות מדיבידנד.¹²⁷ אם נתעלם משאלות של עיתוי וערך נוכחי, נמצא כי הפסד זה יקזו את כל הכנסות הנישום מהדיבידנד, ושוב נמצא כי הוא ישלם מס רק על מכירת המשאית לפני הקמת החברה בשיעור 20%¹²⁸ (ולא 25%). לעומת זאת, אם הנישום יעביר את הנכס בהתאם למתווה שבסעיף 104א לפקודה, נמצא כי עלות המס המצרפי שלו ושל החברה גבוהה גם כאשר החברה מחלקת דיבידנד, כפי שמצב ה מלמד.

מצב ה: בדומה למצב ב, ההעברה נעשית בהתאם לסעיף 104א ולתוצאותיו. החברה מרוויחה כל שנה 200 ש"ח, אולם מכיוון שהמחיר המקורי של המשאית הוא אפס, אין היא זכאית לניכוי פחת, ועל-כן הכנסתה החייבת השנתית היא 200 ש"ח והיא משלמת מס של 54 ש"ח (27%). החברה מחלקת את יתרת הרווחים (146 ש"ח) כדיבידנד. בעל המניות משלם על הדיבידנד (146 ש"ח) מס בסכום של 36.5 ש"ח (25%). בסך-הכל ישולם מס (עקיף של החברה בתוספת מס על הדיבידנד) בסכום כולל של 90.5 ש"ח. בחלוף חמש שנים בעל המניות מוכר את המניות בסכום השווה לשוויים של נכסי החברה (משאית - אפס; מזומנים - אפס), דהיינו, באפס. אין לו הפסד מכיוון שהמחיר המקורי של

126 ואילו הפקידה את הכנסותיה השנתיות בהשקעה כלשהי, הייתה זוכה בתוספת ריבית מסוימת.

127 לפי ס' 92(א)(4) לפקודה.

128 מכיוון שהמכירה נעשתה לא בכשרותו כבעל מניות מהותי, חל עליו שיעור מס רווח הון כאמור בס' 91(ב)(1) רישא לפקודה.

המניות, בהתאם לסעיף 104ה, הוא אפס. המס המצטבר של החברה ושל בעל המניות מגיע אם כן לסכום כולל של 452.5 ש"ח (5*90.5) כעבור חמש שנים (45.25%)¹²⁹. אילו ויתר על המתווה, היה הנישום מוכר את המשאית ב-1,000 ש"ח, משלם מס בשיעור 20% ומשקיע 1,000 ש"ח בחברה (בהנחה שאת ההפרש - 200 ש"ח - הוא היה מממן ממקורות פרטיים או בהלוואה (ולצורכי חישוב נניח ריבית של 5%). החברה מייצרת זרם הכנסות שנתי של 200 ש"ח, כסכום הפחת השנתי. לפיכך הכנסתה החייבת מהמשאית היא אפס. נניח כי לחברה יש מקורות הכנסה אחרים, וכי היא מצליחה לחלק לבעל המניות דיבידנד שנתי בסכום של 200 ש"ח. בעל המניות משלם מס בשיעור 25%, דהיינו, 50 ש"ח. כחלוף חמש שנים הוא מוכר את מניותיו בחברה. המחיר שיקבל משקף את העובדה שהחברה לא הרוויחה על הפעלת המשאית אך חילקה דיבידנדים. על-כן, אם נתרכזו רק במשאית ודיבידנדים, נוכל להניח שעל מכירת המניות ייווצר לנישום הפסד הון של 1,000 ש"ח. הפסד זה מותר לו בניכוי כנגד הכנסות דיבידנד. במילים אחרות, אם נתעלם מהבדלי עיתוי, כל הרווח שנוצר לו מקבלת הדיבידנדים יקוּזו כנגד ההפסד. בסך-הכל נמצא כי הנישום שילם על כל העסקה מס רווח הון על המשאית בשיעור 20%.

נחזור ונדגיש - מקור הבעיה הוא בעובדה שיתרת המחיר המקורי הנמוכה מיוחסת פעמיים במקום פעם אחת. ברור ששיוך המחיר המקורי של המניות שבידי בעל המניות ושל הנכס שבידי החברה ליתרת המחיר המקורי של הנכס המועבר במקרים כגון הדוגמה שהוצגה כאן פירושו רווח הון טעון מס שנדחה. אם אנו מייחסים את המחיר המקורי פעמיים - פעם למשאית שבידי החברה ופעם למניות שבידי בעל המניות - ברור שהרווח הדחוי "יתפרץ" בעתיד פעמיים: ראשית, בידי החברה; ושנית, בידי בעל המניות.

המפתח להבנת כדאיותו של המתווה שבסעיפים 104-104ה הוא בהכרה כי החקיקה נועדה רק לנישום אשר עורך ארגון מחדש של עסקו ויש בכוונתו להמשיך להחזיק במניות תקופה ארוכה,¹³⁰ כך שעלות מימון המס (בדוגמה שלנו - 200 ש"ח) תהיה נמוכה מעורף המס שנוצר מהעובדה שהמחיר המקורי של הנכס מיוחס כאמור פעמיים - גם למניות וגם לנכס שבידי החברה. אם בכוונתו של הנישום להחזיק במניות תקופה קצרה, עדיף לו לוותר על הפעלת המתווה.

(ה) כדאיותו של ההסדר במקרים מסוימים

"קו פרשת-המים" המפריד בין מקרים שבהם כדאי לבחור במתווה לבין מקרים שבהם כדאי לוותר עליו ולשלם מס רווח הון נמוך של 20% אינו ברור מאליו, ומציאתו מחייבת כמובן חישובים החורגים מתחומו של חיבור זה. במסגרת זו אוכל רק להצביע על השיקולים להעדפת המתווה על מכירת הנכס והזרמת מזומנים לחברה החדשה: אורכה של התקופה שבה הנישום מתכוון להמשיך להחזיק במניות, שיעור הריבית במשק ושיעורי הפחת של הנכס המועבר. ככל שהתקופה ארוכה יותר, ככל ששיעור הריבית גבוה יותר וככל ששיעורי

129 הדוגמה מתעלמת כמובן משאלות בדבר ריבית ורווחים נוספים ובדבר מס נוסף המוטל על הנישום בגין הדיבידנד השנתי שקיבל.

130 ראו ס' 104א(א)1 ו-104א(א)2 לפקודה.

הפחת על הנכס המועבר נמוכים יותר כן תיטה הכף לטובת המתווה שבסעיפים 104-104ח, ולהפך. כך, למשל, אם הנכס המועבר זכאי לפחת מואץ של 100%, ספק אם הנישום יאמץ את המתווה שנקבע בסעיפים 104-104ח.¹³¹ עם זאת, ניתן לראות כי שילובה של הלכת הרוב בעניין שדות עם סעיף 104א יכול להעניק יתרונות מס מעניינים.

2. יישום הלכת שדות ו"כיבוס" נכסים שוטפים

לנוכח הגדרת המונח "נכס" בסעיף 104א, נראה שהלכת שדות עלולה לפתוח פתח רחב מאוד לשימוש בהסדר באופן שהמחוקק לא התכוון אליו. נניח כי מדובר בשותפות עסקית¹³² שכלל נכסיה הם רכוש שוטף טעון רווחים – למשל, מלאי עסקי ששווי עלה באופן משמעותי, וכן חובות של לקוחות בסכומים משמעותיים אשר טרם דווחו ולא התחייבו עדיין במס עקב שיטת הדיווח של הנישום. כנגד זה יש לעסק התחייבויות לספקים, אשר נוכו כבר על-ידי הנישומים השותפים¹³³ כנגד הכנסתם החייבת בעסק. אם תחליט השותפות ליהפך לחברה בע"מ, אזי העברת הנכסים וההתחייבויות הללו תהווה בדרך-כלל אירוע מס. ההסדר בסעיף 104 לא יחול על נכסים אלה. העברת מלאי שערכו עלה תתחייב במס מכוח סעיף 85 לפקודה;¹³⁴ העברת חובותיהם של הלקוחות תמורת מניות תתחייב אף היא במס הכנסה, שהרי החוב נפרע בעצם קבלת המניות; והעברת ההתחייבות לספקים חייבת כאמור במס מכוח סעיף 3(ב) לפקודה.¹³⁵ אלא שדעת הרוב בהלכת שדות פתחה, הלכה למעשה, פתח המאפשר את "כיבוסם" של רווחים אלה, שהרי על-פי ההלכה שנקבעה שם, השותפים לא העבירו את כלל הנכסים האמורים, כי אם נכס הון אחד – חלקם בשותפות.¹³⁶ אם כך, נכס זה נכלל בהגדרת המונח

131 ראו לעיל ה"ש 116. על אפשרויות נוספות שיצר המחוקק ראו אצל אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91-104.

132 או בעסק של יחיד המחליט לטעון את הטענות שפירטנו לעיל בס' 22 למאמר.

133 מובן שדוגמה זו היא קיצונית במיוחד. על-פי-רוב, עסק שיש בו מלאי משמעותי חייב בדיווח על בסיס מסחרי/מצטבר, ובמקרה כזה חובות הלקוחות כבר חויבו במס קרוב לוודאי, במיוחד אם החובות לספקים כבר נוכו.

134 ראו לעיל ה"ש 49.

135 ראו לעיל ס' ב(ג) למאמר וה"ש 60.

136 ובכך הם מקיימים את דרישת ס' 104ב לפקודה: "שותפים בשותפות או בעלים משותפים הגורמים להעברת מלוא זכויותיהם בנכס שבבעלות השותפות או המעבירים את מלוא זכויותיהם בנכס שבבעלותם המשותפת, לפי הענין, לחברה שהוקמה במיוחד לצורך כך ולא היה לאותה חברה נכס אחר או פעילות אחרת באותו מועד או לפניו, והכל תמורת הקצאת מניות בלבד באותה חברה, לא יחויבו במס לפי פקודה זו, לפי חוק תיאומים בשל אינפלציה או לפי חוק מס שבח מקרקעין, לפי הענין..." אין ספק שהעברת הזכות בשותפות לחברה על-ידי השותפים מקיימת את העברת "מלוא זכויותיהם בנכס שבבעלותם המשותפת", כפי שנקבע על-ידי דעת הרוב בעניין שדות: "בסיכומו של דבר, יש לקבל את עמדתו של בית-

"נכס" בסעיף 104א, ואם יתקיימו שאר התנאים בסעיף, או-אז העברתם של המלאי, חשבונות הלקוחות וההתחייבויות לא תתחייב במס הכנסה בשיעורים הגבוהים כמפורט בסעיף 121 לפקודה, כי אם במס רווח הון גדחה ובשיעורים גמורים! יתרה מזו, כאשר תממש החברה את ההכנסות שמקורן בנכסים השוטפים שהועברו אליה (תמכור את המלאי ברווח גבוה ותקבל את חוב הלקוחות¹³⁷), תתחייב החברה במס חברות (27%) ששיעורו נמוך משיעור המס השולי המרבי המוטל על שותפים יחידים. לא זו בלבד, פירעון ההתחייבויות העסקיות שהחברה נטלה על עצמה יוכר לה קרוב לוודאי בניכוי, בין במועד שבו קיבלה על עצמה לשלם ובין במועד שבו שילמה אותם בפועל! אם נביא בחשבון את האפשרות שהזכרנו לעיל כי ההתחייבויות כבר נוכו בעבר על-ידי השותפות וחסכו לשותפים מס בשיעור המס השולי המרבי שלהם, ואם נניח - אם כי אנו סבורים שהנחה זו אינה נכונה - כי יישום מלא של הלכת שדות לא יוביל ליישומה של הוראת סעיף 3(ב)(1) לפקודה, אזי נוכל לראות את מלוא היקפן של הטבות המס שהשותפים עלולים ליהנות מהן במקרה כזה, הטבות שנראה כי לא הייתה כל כוונה להעניק להם. הנה כי כן, הלכת שדות מאפשרת למעשה לאיין את דרישת סעיף 104א שלפיה הנכסים המועברים לחברה יהיו רק נכסי הון. יש לפנינו גם דחיית מס משמעותית, גם שינוי מהותה של הכנסה שוטפת והפיכתה לרווח הון, וגם המרת שיעורי מס שולי מרבי של כ-50% (המוטל על הכנסה חייבת של שותפים יחידים) בשיעור מס מרבי של 27% המוטל על הכנסת החברה.

אפשר להמחיש את משמעות הדברים באמצעות דוגמה פשוטה: בעל ואישה מקימים עסק עצמאי. העסק נרשם כשותפות. נניח שלשותפות יש משאית שנקנתה ב-200,000 ש"ח לפני חמש שנים. יתרת המחיר המקורי של המשאית היא אפס (בהנחה פחת שנתי של 20%), ושווי השוק שלה 50,000 ש"ח. לשותפות יש התחייבות לבנק בסכום של 50,000 ש"ח (אפשר להניח כי הסכום לא נוכה כהוצאה שוטפת בידי השותפות¹³⁸). כמו-כן נניח שהשותפות מדווחת על בסיס מזומנים, וכי יש לה יתרת חוב לקוחות של 100,000 ש"ח. לנוכח הנחות אלה ניתן לקבוע ששווי השוק של השותפות הוא 100,000 ש"ח.

במקרה של העברה רגילה של נכסי השותפות לחברה, קרי לא בהתאם להלכת שדות, ההעברה אינה זכאית להטבה בהתאם לסעיף 104ב, מכיוון שהועברו פריטים שאינם בבחינת "נכס" לצורכי הסעיף,¹³⁹ ותוצאות המס של השותפים יהיו כדלקמן:

- לשותפים יש רווח הון ממכירת המשאית של 50,000 ש"ח. חלקו של כל אחד מן השותפים הוא 25,000 ש"ח, וכל אחד מהם משלם מס בסכום של 5,000 ש"ח.
- באשר למכירה של יתרת החוב של הלקוחות - התמורה בעבור מכירה של חשבון

משפט קמא כי לצורך מיסוי יש לראות בהעברה הנדונה של עסק השותפות מידי השותפים לידי החברה כהעברת זכותו של כל שותף בשותפות ולא כהעברת כל נכס ונכס בנפרד. עניין שדות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 122.

137 ראו לעיל ה"ש 23 וכן ס' 11(ב)(2) למאמר.

138 ואם נוכה, אזי קל וחומר, שכן ס' 3(ב)(1) לפקודה קובע במפורש כי "אדם שבשנת מס פלונית נמחל לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מהוצאה שניכויה הותר בכירור הכנסתו החייבת, יראו את החוב כחלק מהכנסתו באותה שנה".

139 ראו לעיל ה"ש 98.

לקוחות שטרם חויב במס נחשבת כהכנסה שוטפת בסך 100,000 ש"ח. חלקו של כל שותף הוא 50,000 ש"ח.

- ההשתחררות מהתחייבות לבנק בסכום של 50,000 ש"ח היא הכנסה שוטפת.¹⁴⁰ חלקו של כל שותף בהכנסה הוא 25,000 ש"ח.

לסיכום, סך ההכנסות השוטפות של כל שותף הוא 75,000: הכנסה מהשתחררות מהתחייבות - 25,000 ש"ח; והכנסה ממכירת יתרת החוב של הלקוחות - 50,000 ש"ח. אם נניח ששיעור המס השולי החל על ההכנסה השוטפת הוא השיעור המרבי על הכנסות של יחיד (49%), אזי סכום המס יהיה 36,750 ש"ח. נוסף על כך מוטל על כל שותף מס רווח הון ממכירת המשאית בסכום של 5,000 ש"ח. בסך-הכול מוטל על כל שותף מס בסכום של 41,750 ש"ח, והמס הכולל המוטל על שני בני-הזוג השותפים הוא 83,500 ש"ח. כאשר מיישמים את הלכת שדות, נטל המס על השותפים ועל החברה החדשה מצטמצם באופן משמעותי, כמתואר להלן.

סך שווי השותפות הוא כאמור 100,000 ש"ח. נניח את ההנחה המחמירה ביותר עם השותפים, שלפיה המחיר המקורי של השותפים בשותפות הוא אפס. במקרה כזה לכל שותף יש רווח הון של 50,000 ש"ח, והמס (20%) של כל אחד מהם יהיה 10,000 ש"ח.

נחשב כעת את המס שיוטל על החברה בגין אירועים אלה. החברה תזכה ברווחים שוטפים מקבלת חובות הלקוחות בסכום של 100,000 ש"ח, ובאובדן פחת (במשך חמש שנים) בסכום כולל של 50,000 ש"ח; בסך-הכול - 150,000 ש"ח. כנגד זה סביר להניח כי פירעון החוב העסקי (50,000 ש"ח) ינוכה לחברה כהוצאה מותרת. סך כל ההכנסה החייבת של החברה במהלך חמש השנים כתוצאה מהקמת החברה והשימוש במתווה של סעיף 104 ביהיה 100,000 ש"ח, וסכום מס החברות (27%)¹⁴¹ יהיה 27,000 ש"ח.¹⁴² סך כל המס על השותפים (20,000 ש"ח) ועל החברה (27,000 ש"ח) יהיה אם כן 47,000 ש"ח - סכום הנמוך באופן משמעותי מסכום המס שהיה מוטל על הצדדים (83,500 ש"ח) אילו לא הותר להם להפעיל את סעיף 104 בהתאם לטעם ההחלטה של הלכת שדות. גם אם מביאים בחשבון את המס שיוטל על השותפים במקרה שהחברה תחלק את רווחיה לאחר מס (73,000 ש"ח) כדיבידנד, המס הנוסף (25%)¹⁴³ יהיה 18,250 ש"ח, ובסך-הכול 65,250 ש"ח (20,000 ש"ח (מס רווח הון על השותפים) + 27,000 ש"ח (מס חברות) + 18,250 ש"ח (מס על הדיבידנד).

ראוי גם לציין שלנוכח לשונו של סעיף 104 לפקודה, החברה יכולה לטעון כי אין מקום לרשום את המחיר המקורי של המשאית בסכום השווה ליתרת המחיר המקורי שלה בידי השותפים, מכיוון שהנכס המועבר הוא השותפות, ולא המשאית. לדעתנו, יש לדחות

140 ראו את הדיון לעיל בס' ב(ג) למאמר, וכן אצל אדרעי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 181.

141 ס' 126(א) לפקודה.

142 אם תמכור החברה את המשאית לאחר שנתיים, ישתנו החישובים במקצת - החברה עלולה להתחייב במס רווח הון, אך תוכל לדחות אותו בהתאם לס' 96 לפקודה. אם המשאית תימכר בהפסד, תוכל החברה לקזז את ההפסד כהפסד שוטף על-פי ס' 27 לפקודה.

143 ס' 125(ב) לפקודה.

טענה זו גם לנוכח תכלית החקיקה של המתווה האמור וגם לנוכח הגדרת המונח "מחיר מקורי" בסעיף 88 לפקודה, חלופה (6): "בנכס שהגיע אל הנישום בכל דרך אחרת – הסכום שהוציא הנישום לרכישתו של אותו נכס". מכיוון שכך, יתרת המחיר המקורי של המשאית בידי החברה תהיה אפס, ולא שווי השוק שלה ביום שהועברה לחברה. כל פירוש אחר מחזק את הביקורת נגד דעת הרוב בפרשת שדות כעומדת בניגוד גמור לתכלית החקיקה של סעיפים 63 ו-104-104 לפקודה.

פרק ד: סיכום

הנה כי כן, הסתיים דיונו. בתחילת הדיון הוצגה ההלכה השנויה במחלוקת שקבעה דעת הרוב בעניין שדות, שעל-פיה מכירת עסק חי של שותפות לחברה שהוקמה על-ידי השותפים מחייבת במס רווח הון על מכירת נכס אחד – החלק היחסי בשותפות – ולא על מכירת נכסי השותפות. הלכה זו, המבוססת על גישת הישות, עלולה להוביל לתכנוני מס שונים ומרחיקי-לכת העומדים להערכת בניגוד לתכלית חקיקתה של פקודת מס הכנסה. בהמשך עמדנו על אפשרויות שונות להרחבת ההלכה האמורה – חלקן מעשיות, חלקן תיאורטיות ומרחיקות-לכת.

בהמשך פירטנו את "השפעת הנעילה" של מס רווחי הון על מכירת נכסי העסק החי, העלולה למנוע או לעכב ארגון משפטי מחדש של עסקים ואיגודם לחברה בע"מ. כתגובה הציע המחוקק את ההסדר בסעיפים 104-104 לפקודה, המציע דחיית מס רווח הון על העברת נכסים לחברה בע"מ בתמורה למניות שלה ובתנאים מסוימים. עמדנו על כך שההסדר עלול ליהפך למלכודת מס עקב העובדה שדחיית המס כרוכה גם בקביעה שהמחיר המקורי הן של הנכס המועבר בידי החברה והן של המניות שהמעביר מקבל בתמורה לנכס יהיה שווה ליתרת המחיר המקורי של הנכס בידי המעביר. בכך יצר המחוקק מתווה שיש בו פוטנציאל לכפל מס בעתיד. מצב זה מחייב בדיקות וחישובים מדויקים כדי להחליט מתי ההסדר האמור משתלם לנישום וחוסך לו ולחברתו החדשה מס, ומתי שכרם עלול לצאת בהפסדם.

עוד עמדנו על כך שהורדת שיעורי המס על רווח הון ברפורמה של 2003 חידדה עוד יותר את הצורך בעריכת החישובים המדויקים. המשכנו והמחשנו את עיקרי החישוב באמצעות ניתוח של מצבים שונים והשוואתם עם מצב שבו הנישום מוותר על ההסדר, משלם מס רווחי הון על מכירת הנכס ומשקיע בהון העצמי של החברה. לא נכנסנו לחישובים מפורטים, אך הזכרנו את השיקולים המנחים: אורכה של התקופה שבה הנישום מתכוון להמשיך להחזיק במניות, שיעור הריבית במשק ושיעורי הפחת של הנכס המועבר. ככל שהתקופה ארוכה יותר, ככל ששיעור הריבית גבוה יותר וככל ששיעורי הפחת על הנכס המועבר נמוכים יותר כן תיטה הכף לטובת הליכה במתווה שבסעיפים 104-104, ולהפך.

לבסוף, חזרנו והמחשנו את נואלותה של הלכת שדות לנוכח הרציונל שקבעה. אם שותפים המוכרים את נכסיהם לחברה שהקימו נחשבים כמוכרים נכס הון אחד – ולא את

משפט ועסקים ח, התשס"ח

יוסף מ' אדרי

שלל הרכוש, הנכסים וההתחייבויות של השותפות - אזי הלכת שדות מאפשרת לשותפים
"לכבס" רווחים שוטפים ולהקטין את רווח ההון שלהם.