

מיזוג חברות: כרחוק שוויון מניטרליות

לימור ריזה*

הוראת המיזוג שבפקודת מס הכנסה היא נקודת מוצא להרהור בעקרונות המס - השוויון והניטרליות. המאמר מציג שתי שאלות השזורות זו בזו. הראשונה - מהו עקרון המס שהוראת המיזוג שבפקודת מס הכנסה מקדמת? המאמר מציב על כך שאף-על-פי שהמטרה המוצהרת הייתה לקדם את הניטרליות, יד השוויון היא שעל העליונה. הדיון בשאלה זו מניח את התשתית העיונית לדיון בשאלה השנייה - כיצד עלינו להבין את הניטרליות בפעולת המיזוג? בבסיס הדיון בשאלה השנייה נבחנת האנלוגיה שבין נישואים מסחריים (קרי, מיזוג עסקי) לבין נישואים פרטיים. אנלוגיה זו מסייעת באבחון הניטרליות. הניטרליות מקוטלגת במאמר על-פי מטרותיהם של דיני המס ועל-פי נקודת השקתה לערכי השוויון. הואיל ושוויון (על-פי התפיסות הרווחות) וניטרליות (במובנה המסורתי) אינם עולים בקנה אחד, קטלוג הניטרליות עשוי לסייע במציאת האיזונים שבין העקרונות הסותרים.

פתח-דבר

פרק א: סעיף 103 לפקודת מס הכנסה

1. מטרת סעיף 103

2. יסודות סעיף 103

פרק ב: עקרונות המס במיזוג

1. כללי

2. עקרון השוויון

3. עקרון הניטרליות והיעילות

4. דוקטרינת ההמשכיות

5. המתח בין העקרונות

6. עקרונות המס אשר מקודמים ומשתקפים בהוראת המיזוג

* דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לתברי מערכת משפט ועסקים - צ'יה אגדי, אבנר בן-אהרון ואורון אפק - על הערותיהם התורמות.

- פרק ג: ניטרליות, נישואים ומיזוגים
1. הקבלת מיזוגים לנישואים
 2. הגבלת ההשוואה: בדיקת הניטרליות בנישואים רגילים ומסחריים
 3. אבחון הניטרליות
- פרק ד: סוף-דבר
- נספח א: נתונים על הפנייה לפרה-רולינג

פתח-דבר

חברות אשר מבקשות להתמוזג ועומדות בשורת התנאים שמציב סעיף 103ג לפקודת מס הכנסה¹ נהנות מדחיית מס. אלמלא הסעיף, היה מיזוג בין שתי חברות נתפס כאירוע מס החייב בדרך-כלל במס. דחיית המס (למשל, עד למימוש נכסיהן של החברות הממוזגות) נועדה לעודד פעילות עסקית שבלעדיה היה השוק הורה חשש ויולד קש. לכן זכתה הוראה זו באהדה רבה וקודמה בברכה על-ידי אקדמאים, על-ידי פרקטיקאים ועל-ידי הקהילה העסקית.

ההחלטה של גוף עסקי אם להתמוזג עם גוף אחר אם לא היא שאלה כלכלית בדרך-כלל, אולם בדומה להחלטות רציונליות אחרות, שיקולים נוספים – וביניהם שיקולי הדין – מובאים בחשבון. לכן גופים המעוניינים להתמוזג צריכים להביא בחשבון שלושה דינים מרכזיים אשר רלוונטיים למיזוג: דיני החברות; דיני ההגבלים העסקיים; ודיני המס בכלל, ומס ההכנסה בפרט. המעייץ בדינים אלה מגלה מייד כי אפילו הגדרת "מיזוג" בדיני החברות² אינה מקבילה להגדרת "מיזוג" שבפקודת מס הכנסה.³ בדיקה מדוקדקת מעט יותר מעלה כי

- 1 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, דמ"י 120.
- 2 מיזוג סטטוטורי על-פי חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189, יכול להיות באישור בית-משפט (מכוח ס' 350-351 לחוק החברות) או לפי ס' 314-327 לחוק החברות. להרחבה ראו, למשל, ישראל שטראוס וערן רוזמן מיסוי חברות 360 (2001).
- 3 להלן הגדרת "מיזוג" בפקודת מס הכנסה (בלי לכלול את תנאי-הסף – ראו להלן ה"ש 6):
 "(1) העברת כל הנכסים וההתחייבויות של חברה או של מספר חברות (להלן – חברה מעבירה) לחברה אחרת (להלן – חברה קולטת), והיסול החברה המעבירה ללא פירוק, בהתאם לצו מיזוג או בהתאם לפרק הראשון בחלק השמיני בחוק החברות;
 (2) לענין סעיף 103כ, העברה של 80% לפחות מן הזכויות בחברה או בכל אחת מהחברות (להלן – חברה נעברת) לחברה אחרת בתמורה למניות שיוקצו בחברה האחרת, ובלבד שבעלי הזכויות והצדדים הקשורים להם, שהעבירו זכויותיהם בחברה הנעברת, העבירו את כל זכויותיהם בהעברה כאמור, לחברה האחרת (להלן – תיקרא גם החברה האחרת 'חברה קולטת');
 (3) ביצוע שרשרת מיזוגים;

בלא פרה-רולינג⁴ גם אין חפיפה בין מועדי המיזוג – המועד של מיזוג החברות על-פי חוק החברות אינו זהה למועד על-פי פקודת מס הכנסה.⁵ השוני רלוונטי בעיקר במקרים שבהם המיזוג אינו מוכר לצורכי מס.⁶ במצב-דברים זה ייתכן שחברה אשר החלה ואף סיימה את הליכי המיזוג במישור התאגידי (למשל, על-ידי מחיקת חברה ויצירת חברה חדשה) לא תוכר כחברה אחת ממוזגת במישור המיסוי. אין ספק שמדובר באנומליה, והשאלה שמתעוררת מייד היא מהן השלכותיה של אנומליה זו. ההשלכה המיידית היא שכדי ליהנות מהמיזוג, ינסו הצדדים למיזוג להימנע ככל האפשר מקביעה שונה בדין התאגידי ובדין המיסוי. מכאן שלא בנקל ניתן לדבר על מיזוג "ניטרלי" במובן המסורתי והמקובל של המילה,⁷ שכן שיקולי המס עלולים להוות שיקול – אולי אף מרכזי – בהחלטה העסקית אם להתמוג או לאו.

טלו, למשל, את המקרה הבא. חברה א וחברה ב מעוניינות להתאחד כדי ליהנות מיתרונות לגודל. החברות שוקלות מתווי מיזוג אפשריים. על-פי המתווה הראשון, חברה א מעבירה את נכסיה ואת התחייבויותיה לחברה ב (החברה הקולטת), ובתמורה חברה ב מקצה מניות לבעלי המניות של חברה א. בסופו של הליך חברה א נמחקת בלא הליך של פירוק, וחברה ב מוחזקת על-ידי בעלי מניותיה ובעלי המניות לשעבר של חברה א. המתווה השני דומה לראשון, אלא שהוא אינו מסתיים בפירוקה של חברה א.⁸ המתווה הראשון עונה על דרישת המיזוג שבסעיף 103, אולם המתווה השני אינו ממלא אחר דרישת המיזוג, שכן חברה ב – החברה המעבירה – אינה מתחסלת. הנפקות המיסויית של שוני טכני זה רבה. אם המתווה השני אינו נתפס כמיזוג על-פי הפקודה, אזי יישומו כרוך בתשלום מס הן ברמת החברה הן ברמת היחיד. הדעת נותנת שהצדדים למיזוג יכרו או כן את החלופה הראשונה, דלת המיסים. אם דיני המס משפיעים על הצדדים בבואם להחליט כיצד לבצע את המיזוג, אזי אי-אפשר להתייחס להוראת המיזוג שבפקודה כאל הוראת מס ניטרלית. כשלונו של הוראות הדין ביצירת ניטרליות בנושא המיזוג הינו מפתיע מעט, שכן המטרה המרכזית של המחוקק הייתה לנטרל את השפעת המס ולאפשר לכוחות השוק לפעול בלי יד מכוונת. מכאן שהדיון המרכזי בהוראה זו בספרות נסב בעיקר סביב השאלה אם יש בהוראה זו כדי לקדם יעילות כלכלית או לאו.

4 נישום המעוניין לבדוק כיצד רשות המיסים תמסה עסקה מסוימת (בטרם הוצאתה לפועל) רשאי לפנות לרשות המיסים בבקשה לפרה-רולינג (המכונה גם "החלטה מקדמית", "החלטה מיסוי" ו"אישור מראש"). פרה-רולינג מוסדר כיום בס' 158 ב לפקודת מס הכנסה. הוראה ספציפית המתירה פנייה לפרה-רולינג בעסקות מיזוג מופיעה בס' 103 לפקודת מס הכנסה, וראו להלן גם הסיפא של ה"ש 86.

5 בנוגע לשוני במועד המיזוג ראו להלן ה"ש 85 והדיון סביבה.

6 כדי שמיוזג ייהנה מדחיית המס, הוא צריך לעמוד בשורה ארוכה של תנאים, כמפורט להלן בתת-פרק 2א למאמר. מיזוג שאינו ממלא אחר כל הדרישות המצרפיות הללו אינו מוכר לצורכי מס.

7 שיטת מס נתפסת כניטרלית אם שיקולי המס אינם משפיעים על הנישומים בבחירתם בין חלופות שונות. להרחבה על הניטרליות ראו להלן תת-פרק 3ב למאמר.

8 דוגמה זו היא לצורך דיני מס הכנסה בלבד ואינה מביאה בחשבון את הגדרות המיזוג על-פי דינים אחרים.

במאמר מוסגר יוער כי נקודת המוצא של המאמר היא שהמיוזגים יעילים. צדדים למיזוג (כל עוד מדובר במיזוג מרצון) לא היו מתמזגים אילולא צפו כי המיזוג ייטיב את מצבם. על-כן ההנחה שבבסיס מאמר זה היא שהמיזוג יעיל ושהוראות המס המיטיבות עם המיזוג מקדמות את היעילות. לא פעם הושמעה ביקורת כי הוראות המס אינן מקדמות עיקרון זה,⁹ אולם הביקורת מופנית בעיקרה לכך שדיני המס מפלים בין מיזוגים אשר זוכים בהגנת המס לבין מיזוגים אשר נתפסים כאירועי מס וממוסים. לכאורה, דחיית המס שבבסיס הוראת המיזוג נובעת מהתפיסה שאין למסות שינוי ארגוני גרידא.¹⁰ עם זאת, לעתים הועלתה הביקורת שלא כל המיזוגים הזוכים בדחיית מס הם רק שינויים צורניים.¹¹ כמו-כן נשמעה הביקורת ההפוכה שלעיתים עסקות המאחדות פעילויות ארגוניות בעלות מהות זהה ממוסות באופן שונה – יש הנהגות מדחיות מס ויש הממוסות באופן מלא (אף שמהות העסקה זהה, כאמור).¹² אולם ביקורות מעין אלה אינן מעניינו של מאמר זה. המטרה כאן, כאמור, אינה לפקפק ולערער על יעילותם של המיזוגים או על ההגדרה הצרה של המיזוגים הזוכים בדחיית מס על-פי הפקודה. מטרת המאמר היא לעיין בהוראת המיזוג מזווית שונה – לבחון את המיזוג על רקע עקרונות המס המקובלים. לשם כך ידון המאמר בשתי שאלות, הקשורות זו לזו:

השאלה הראשונה היא מהו עקרון המס המרכזי שהוראת המיזוג שבפקודת מס הכנסה מקדמת – האם הדגש הוא בשוויון, בניטרליות או שמא בשילוב כלשהו של העקרונות? השאלה השנייה היא כיצד עלינו להבין את הניטרליות בפעולת המיזוג, שהיא למעשה פעולה מתמשכת שמביאה בסופה לידי שינוי סטטוס. השאלה השנייה נגזרת מן התשובה לשאלה הראשונה ומן האנלוגיה שמקובל לעשות בין מיזוג עסקי לבין מיזוג משפחתי. במסגרת שאלה זו תועלה שאלת-משנה – האם ראוי להבחין בין סוגים שונים של ניטרליות? התשובה לשאלה זו קשורה למעשה לאופן שבו אנו תופסים את מטרת המס ואת המטרות שאנו רוצים לקדם – יעילות או צדק חלוקתי. במסגרת זו נבחין בין ניטרליות מלכתחילה (ex ante) לבין ניטרליות בדיעבד (ex post) או בין ניטרליות כפויה, ניטרליות מותאמת וניטרליות מוחלטת.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: פרק א יסקור את הוראת המיזוג, את יסודותיה ואת תכלית חקיקתה. פרק ב ישיב על השאלה הראשונה. במסגרת פרק זה נסקור את עקרונות המס הרלוונטיים ואת המתח שביניהם, ונחתום בבדיקת עקרון המס המרכזי שהוראת המיזוג מקדמת. דיון זה יהווה את הבסיס לפרק ג. על רקע הוראת המיזוג, נברר בפרק ג אם יש לאבחן את עקרון הניטרליות ולצמצם את הגדרתו. פרק ד ינצל בקצרה את הדיון.

- 9 בעניין זה ראו, למשל: Yariv Brauner, *A Good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations*, 2004 B.Y.U. L. REV. 1, 17.
- 10 בעניין זה ראו להלן את הפתיח לדיון בתת-פרק א1 למאמר.
- 11 למשל: Joshua D. Blank, *Confronting Continuity: A Tradition of Fiction in Corporate Reorganizations*, 2006 COLUM. BUS. L. REV. 1.
- 12 למשל: Herwig J. Schlunk, *Rationalizing the Taxation of Reorganizations and Other Corporate Acquisitions*, 27 VA. TAX REV. 23 (2007).

פרק א: סעיף 103 לפקודת מס הכנסה

1. מטרת סעיף 103

בטרם נפנה להשיב על השאלות שהוצגו בפתיח, נברר בפרק זה מהי תכלית החקיקה של סעיף 103 ומהם יסודותיו.

סעיף 103 מאפשר לצדדים למיזוג ליהנות מדחיית מס. דחיית המס אינה מיידית ומוחלטת, והיא מותנית בקיום שורת התנאים לשינוי מבנה המנויה בסעיף. אם מולאו כל התנאים, המס נדחה מרגע המיזוג עד למועד מימוש של הנכסים והמניות. המטרה המרכזית של דחיית המס במקרה של שינוי מבנה היא למנוע פגיעה בפעילות הכלכלה, על-ידי שמירה שדיני המס יהיו ניטרליים.

צדדים למיזוג עסקי מעוניינים במיזוג כדי להשיג יתרונות לגודל ונגישות קלה ומהירה לשווקים חדשים. שינוי מבנה כרוך ברוב המקרים בהחלפת נכסים בין החברות המתמזגות. על-פי דיני המס, החלפת נכסים היא בגדר אירוע מס, שכן היא שקולה לעסקת מכירה – מכירת נכסים וקבלת מזומנים תמורתה – ולרכישה של נכס חלופי. במילים אחרות, החלפת נכסים נתפסת כמימוש נכסים אשר מניב רווח.¹³ לעיתים, מחשש לחבות מס גבוהה, הצדדים נמנעים מלהחליף נכסים ולשנות את מבנה ארגונם. הימנעות זו עלולה לגרום לסטגנציה בפעילות הכלכלית, ומכאן חשיבותה של הוראת שינוי המבנה.

הוראות שינוי המבנה הוספו בראשונה כפרק 2 לפקודת מס הכנסה במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94), התשנ"ג-1993, שכונה "חוק המיזוגים והפיצולים". המטרה המוצהרת של החוק מובאת בדברי הכנסת ובהצעות החוק. על תכלית החקיקה אפשר ללמוד, למשל, מהדיון בקריאות השנייה והשלישית בכנסת על הצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94). בין היתר נאמר שם כי –

"...כניסת החוק [חוק המיזוגים והפיצולים – ל' ר'] לתוקף תעודד פעילויות כלכליות שלא בוצעו עד כה בשל תשלום המס הכרוך בהן."¹⁴

13 בעניין זה ראו, למשל, שטראוס ורוזמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350, וכן דברי הכנסת, להלן ה"ש 14. ראו גם הגדרת "מכירה" בס' 88 לפקודת מס הכנסה.

14 ד"כ 131, 7486 (התשנ"ג). דברים דומים נאמרו בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (תיקון מס' 86), התשנ"ב-1991, ה"ח 43: "מטרת ההטבות המוצעות היא ליצור תנאים נוחים לביצוע שינויים מבניים בגופים עסקיים שיביאו להתייעלות אותם גופים ויתרמו למאמץ הכולל להביא לצמיחה כלכלית במשק." וכן בדברי המבוא להצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (תיקון מס' 124) (הקלות במתן הטבות לשינויי מבנה), התש"ס-2000, ה"ח 530, שתיקנה כמה הוראות בפרק הדין בשינוי המבנה בפקודת מס הכנסה (הצעה נגישה ב: www.knesset.gov.il/laws/heb/; (FileD.asp?Type=2&LawNum=2911&SubNum=2

נראה, אם כן, כי הנחת המחוקק הייתה כפולה: ראשית, שמיזוגים מיטיבים עם הכלכלה (שאם לא כן לא היה טעם לעודדם);¹⁵ ושנית, שדחיית המס במיזוגים (ובשינויי מבנה אחרים) תמנע מן הצדדים את הצורך לשקול את שיקולי המס – שיקולים שהיו רלוונטיים ערב כניסת החוק לתוקפו.

2. יסודות סעיף 103ג

המטרה המוצהרת של חקיקת הוראת שינוי המבנה, לרבות סעיף 103ג, היא אם כן לקדם את היעילות הכלכלית והניטרליות. מעיון ביסודות סעיף 103ג נראה כי אף שעקרון-הגג הוא קידום היעילות והניטרליות, הסעיף אינו מקפח את עקרון הצדק והשוויון. להלן נסקור את התנאים המצטברים למתן ההטבה – דחיית המס¹⁶ – לפי סעיף 103ג לפקודה:¹⁷ ראשית, מטרת המיזוג¹⁸ – החברות מבקשות להתמזג לתכלית עסקית וכלכלית, והימנעות ממס (או התועלת המיסוית) אינה מטרה עיקרית של המיזוג.

15 "בשנת 1993 נתקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94), התשנ"ג-1993... במסגרתו נוסף לפקודה חלק חדש שנקרא חלק ה: שינויי מבנה ומיזוג. לאור הניסיון שנצבר בהפעלת החלק האמור, לאור חקיקת חוק החברות, התשנ"ט-1999... ולאור השינויים שחלו במשק הישראלי בשנים האחרונות, מוצעים תיקונים בהצעת חוק זו שעיקרם הרחבת אפשרויות המיזוג והקלה על ביצוע שינויים מבניים שהם לטובת המשק."

16 דברי החקיקה ההיסטוריים בארצות-הברית ערב חקיקתן של הוראות שינויי המבנה לא ציינו באופן רשמי, להבדיל מהמחוקק הישראלי, את היעילות כגורם התומך באי-מיסוי של שינויי מבנה. הרעיון שם היה לא למסות עסקות שהן למעשה רק "עסקות על הנייר". ראו, למשל, Schlunk, לעיל ה"ש 12, בעמ' 54-55. עם זאת, בדיונים האמריקאיים לאחר חקיקת החוק הוצדקה דחיית המס גם על בסיס שיקולי יעילות. ראו, למשל, Brauner, לעיל ה"ש 9. בראונר טוען אומנם כי אין מקום להצדיק את דחיית המס על בסיס יעילות (שם), אולם נראה כי ביקורתו מופנית בעיקרה לכך שלא כל המיזוגים הדומים במהותם זוכים ביחס מיסוי זהה.

16 "שינוי מבנה" – reorganization – מוגדר בארצות-הברית בס' I.R.C. §368(a)(1). השלכות המס של שינוי מבנה, לרבות מיזוג, מוסדרות בארצות-הברית בשורה של סעיפים, ביניהם I.R.C. §361, שלפיו יש דחיית מס בעת המיזוג. השלכות דומות על מיסוי רווח הון יש לשינויי מבנה של חברות באיחוד האירופי. ראו: ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/mergers_directive/index_en.htm.

17 התנאים רלוונטיים הן למיזוג מסוג merger והן למיזוג מסוג consolidation.

18 ס' 103ג(1) לפקודת מס הכנסה מורה כי "א) החברות מבקשות להתמזג לתכלית עסקית וכלכלית כאשר המטרה העיקרית של המיזוג הינה לאפשר ניהול ותפעול מאוחד של עסקיהן; (ב) הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות אינן מהמטרות העיקריות של המיזוג."

שנית, המשכיות הנכסים¹⁹ – תנאי נוסף הוא שרוב הנכסים²⁰ שהועברו מהחברות המבקשות להתמזג אל החברה הקולטת לא נמכרו במהלך תקופה של כשנתיים ימים, וכי בתקופה זו נעשה בהם שימוש רגיל ומקובל במהלך העסקים של החברה.

שלישית, המשכיות הפעילות הכלכלית²¹ – החברה הקולטת נדרשת להמשיך את הפעילות הכלכלית העיקרית של כל אחת מהחברות המתמזגות ערב המיזוג.

רביעית, המשכיות האינטרסים²² על-ידי הקצאת מניות בלבד – דרישה נוספת היא שהחברה הקולטת תקצה מניות שוות זכויות²³ לכל בעלי המניות בחברה המעבירה בהתאם לחלקם היחסי בחברה המעבירה, מבלי ליתן להם תמורה נוספת כלשהי במהלך המיזוג.²⁴

חמישית, הקצאת מניות בהתאם לשווי השוק של החברות²⁵ – נוסף על כך, כלל בעלי המניות בכל חברה מתמזגת יקבלו זכויות בחברה הקולטת בהתאם ליחס שבין שווי השוק במועד המיזוג של החברה המתמזגת לבין שווי השוק במועד המיזוג של כלל החברות המשתתפות במיזוג.

שישית, יחסי הגודל²⁶ – שווי השוק של כל חברה מתמזגת צריך להיות 10% לפחות משווי השוק של הזכויות בחברה הקולטת. במילים אחרות, תנאי זה מגביל את מספר החברות שיכולות להשתתף במיזוג לעשר. כן נדרש כי שווי השוק של כל אחת מן החברות המתמזגות לא יעלה על פי ארבעה משווי השוק של כל חברה מתמזגת אחרת.

שביעית, תושבות ישראלית של החברה הקולטת²⁷ – החברה הקולטת צריכה להיות

- 19 ס' 103ג(2) לפקודת מס הכנסה קובע כי "רוב הנכסים שהועברו אל החברה הקולטת במסגרת המיזוג מכל אחת מהחברות המעבירות ורוב הנכסים שהיו ברשותה ערב המיזוג, לא נמכרו בתקופה שתחילתה במועד המיזוג וסופה שנתיים לאחר תום שנת המס שבה ניתן צו המיזוג, ונעשה בהם בתקופה האמורה שימוש מקובל, בנסיבות העניין...".
- 20 "רוב הנכסים" מוגדר בס' 103ג(2) על-פי מבחן שווי השוק במועד המיזוג.
- 21 ס' 103ג(3) לפקודת מס הכנסה דורש כי "בחברה הקולטת נמשכת, בתקופה הנדרשת, הפעילות הכלכלית העיקרית שהיתה בכל אחת מהחברות המתמזגות ערב המיזוג".
- 22 ס' 103ג(4) לפקודת מס הכנסה קובע כי "במהלך המיזוג הקצתה החברה הקולטת מניות שוות זכויות לכל בעלי הזכויות בחברה המעבירה בהתאם לחלקם היחסי בכלל הזכויות בחברה המעבירה, ולא ניתנה תמורה נוספת כלשהי במהלך המיזוג מאת החברה הקולטת או מאת כל אדם אחר, בין במישרין ובין בעקיפין".
- 23 לעניין מניות "שוות זכויות" ראו, למשל, שטראוס ורוזמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 352.
- 24 סייג לדרישה זו מופיע בס' 103ד, למשל, בנוגע לבעלי מניות מיעוט.
- 25 ס' 103ג(5) לפקודת מס הכנסה מורה כי "הזכויות שיש בחברה הקולטת אחרי המיזוג, לכלל בעלי הזכויות בכל אחת מהחברות המשתתפות במיזוג, הן בהתאם ליחס שבין שווי השוק במועד המיזוג של החברה שהם היו בעלי מניותיה ערב המיזוג, לבין שווי השוק במועד המיזוג של כלל החברות המשתתפות במיזוג...".
- 26 ס' 103ג(6) לפקודת מס הכנסה קובע כי "(א) סך הזכויות של כלל בעלי הזכויות בכל אחת מהחברות המשתתפות במיזוג, בתקופה הנדרשת, יהיו לפחות 10% משווי השוק של הזכויות בחברה הקולטת במועד המיזוג; (ב) שווי השוק של כל אחת מהחברות המשתתפות במיזוג לא יעלה על פי ארבעה משווי השוק של חברה אחרת המשתתפת במיזוג, והכל במועד המיזוג".
- 27 ס' 103ג(7) לפקודת מס הכנסה קובע כי "החברה הקולטת היא אחת מאלה: (א) תושבת ישראל

חברה ישראלית שהתאגדה על פי חוק החברות הישראלי או חברה תושבת חוץ אשר עומדת בתנאים מסוימים.

שמיינית, תקופת ההחזקה בזכויות בחברה הקולטת²⁸ – תנאי נוסף הוא כי כל אחד מבעלי הזכויות בחברות המשתתפות במיזוג מחזיק בתקופה הנדרשת (קרי, במשך יותר משנתיים) בכל הזכויות שהיו לו בחברה הקולטת סמוך לאחר המיזוג. תשיעית, סייגים – קיימת הכרה בכמה חריגים, כגון מכירה שאינה מרצון (דוגמת הורשה).²⁹

שהתאגדה בישראל לפי פקודת החברות, חוק החברות או אגודה שיתופית שהתאגדה בישראל לפי פקודת האגודות השיתופיות; (ב) חברה שאושרה בידי המנהל לענין זה והיא חברה תושבת חוץ או תושבת ישראל שהיא חברת חוץ כהגדרתה בפקודת החברות או בחוק החברות; אישור כאמור יכול שיהיה מותנה במתן ערבות ובתנאים אחרים, כפי שיקבע המנהל".

28 ס' 103ג(8) לפקודת מס הכנסה קובע כי "א) כל אחד מבעלי הזכויות בחברות המשתתפות במיזוג מחזיק בתקופה הנדרשת בכל הזכויות שהיו לו מיד לאחר המיזוג בחברה הקולטת".

29 ראו, למשל, ס' 103ג(9):

"על אף האמור בפסקה (8), אם התקיים אירוע מהאירועים המפורטים בפסקאות משנה (א) עד (ג) לא יראו בכך שינוי בזכויות לאחר המיזוג, ובלבד שבשום מועד במהלך התקופה הנדרשת לא יפחתו זכויותיהם של מי שהיו בעלי זכויות בחברות המשתתפות במיזוג מ" 51% מכל אחת מהזכויות בחברה הקולטת:

(א) אחד או יותר מבעלי הזכויות בחברות המתמזגות מכר במכירה מרצון, בתקופה הנדרשת, פחות מ" 10% מהזכויות שהיו לו בחברה הקולטת מיד לאחר מועד המיזוג, או – אם הסכימו בעלי הזכויות האחרים – אחוז גבוה יותר, ובלבד שסך הזכויות הנמכרות מאת כלל בעלי הזכויות לא יעלה על 10% מכלל הזכויות בחברה, לפני ההקצאה למי שלא היה בעל זכויות לפני המיזוג;

(ב) הוקצו מניות חדשות למי שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה בשיעור שאינו עולה על 25% מהון המניות לפני ההקצאה;

(ג) הוצעו לציבור בבורסה מניות כהגדרתן בסעיף 102 עלפי תשקיף שבו צויין שהבורסה הסכימה לרישום המניות למסחר בה."

כן ראו ס' 103ג(9א) שלפיו:

"על אף האמור בפסקה (8), ונוסף על הוראות פסקה (9), לא יראו שינוי בזכויות לאחר המיזוג אם אחד או יותר מבעלי הזכויות בחברות המשתתפות במיזוג –

(1) מכר זכויות שלא מרצון;

(2) מכר בתקופה שתחילתה שנה ממועד המיזוג, את כל הזכויות שהיו לו בחברה הקולטת לרבות זכויות שהיו למי שהוא צד קשור לו, בתמורה למזומן בלבד; על רוכש הזכות יחולו התנאים כאמור בסעיף זה כאילו היה בעל הזכות בחברה המשתתפת במיזוג במועד המיזוג; שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאי לקבוע תנאים נוספים לענין זה."

פרק ב: עקרונות המס במיזוג

1. כללי

כבר במאה השמונה-עשרה התווה אדם סמית ארבעה עקרונות מנחים לעיצוב מדיניות מיסים ראויה. עקרונות אלה מחייבים, ראשית, שמערכת המס תהיה שוויונית, כך שהמס שיוטל על הנישום יהיה בהתאם ליכולתו הכלכלית לשלם;³⁰ שנית, שהטלת המס תהיה ודאית;³¹ שלישית, שתשלום המס יוטל במועד נוח לנישום;³² ורביעית, שמערכת הגבייה תהיה יעילה.³³ עקרונות אלה הנחו את מקבלי ההחלטות ואומצו בדיון האקדמי במשך השנים. אותם ארבעה עקרונות לא נזנחו, אלא שעם השנים הוספו לרשימה זו עקרונות נוספים.³⁴ למשל, בשנת 2001 פרסמה המחלקה המיסויית של לשכת רואי-החשבון האמריקאית (AICPA)³⁵ עשרה עקרונות, המבססים לגישה מדיניות מיסים טובה.³⁶ העקרונות הם: שוויון והגינות, ודאות, נוחות בתשלום, גבייה כלכלית, פשטות, ניטרליות,³⁷ יעילות וגידול כלכלי,³⁸ שקיפות, פערי מס מינימליים, ולבסוף, הכנסה ממשלתית ראויה.³⁹

- "I. The subjects of every state ought to contribute towards the support of the 30
government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities..."
ADAM SMITH, AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS 825
(R.H. Campbell & A.S. Skinner eds., 1979).
- "II. The tax which each individual is bound to pay ought to be certain, and not 31
arbitrary." שם, בעמ' 825.
- "III. Every tax ought to be levied at the time, or in the manner in which it is most 32
likely to be convenient for the contributor to pay it" שם, בעמ' 826.
- "IV. Every tax ought to be so contrived as both to take out and to keep out of the 33
pockets of the people as little as possible, over and above what it brings into the public
treasury of the state" שם, בעמ' 826.
- כך הוספו, למשל, העקרונות הבאים: ישימות מנהלית, יציבות וגמישות בהכנסות המדינה. ראו: 34
RICHARD A. MUSGRAVE, HAROLD M. GROVES, TAX PHILOSOPHERS 18-19 (2002)
& PEGGY B. MUSGRAVE, PUBLIC FINANCE IN THEORY AND PRACTICE 235 (1980).
- AICPA — American Institute of Certified Public Accountants 35
AICPA, Tax Policy Concept Statement — Guiding Principles of Good Tax Policy: 36
A Framework for Evaluating Tax Proposals (2001), available at tax.aicpa.org/NR/
rdonlyres/AC230E51-D650-4D65-B160-C7450A9381F4/0/2I_08a.pdf
- על-פי ההגדרה של AICPA, עקרון ה"ניטרליות" מחייב שהשפעת המס על החלטות הנישום 37
לגבי אופן ביצועה של עסקה מסוימת תהיה מינימלית. שם, בעמ' 10, וראו להלן ה"ש" 51.
- על-פי ההגדרה של AICPA, העיקרון של "יעילות וגידול כלכלי" מחייב ששיטת המס לא 38
תכשיל או תקטין את הפעילות היצרנית של הכלכלה. שם, בעמ' 10.
- לדיון רחב יותר בעקרונות ראו שם, בעמ' 11 ואילך. 39

אין ספק שהעקרונות אינם עולים בקנה אחד זה עם זה, ויש להניח כי אי-אפשר למקסם את יישומם של כל העקרונות בד בבד. אולם מטרת הפרק אינה לדון בניגוד ובורות שבין העקרונות, אלא להשיב על השאלה הראשונה שהוצגה בפתיה - איזה עקרון מס חולש בהוראת המיזוג? כדי להשיב על שאלה זו נקיים תחילה דיון קצר בשני העקרונות הרלוונטיים - עקרון השוויון ועקרון הניטרליות - ולאחר-מכן נדון בדוקטרינת ההמשכיות וביקתה לעקרונות הנידונים, נצביע על המתח הקיים בין העקרונות, ונסיים בתשובה שלפיה עקרון השוויון דוחק את עקרון הניטרליות.

2. עקרון השוויון

עקרון ה־equity, המורכב מצדק ומשוויון, מכונה ברשימה זו "עקרון השוויון".⁴⁰ עקרון השוויון אינו עיקרון קל להגדרה, שכן הוא תלוי בתפיסות פילוסופיות-פוליטיות-חברתיות. תלות זו מלמדת כי אין תמימות-דעים אוניורסלית ביחס לשוויון. יש אומנם הסכמה גורפת שמערכת המס צריכה להיות שוויונית וצודקת,⁴¹ אולם במשך הדורות נחלקו מלומדים לגבי התוכן שיש לצקת לאותו שוויון. כך, שוויון במובן התועלתני אינו שקול, למשל, לשוויון אגליטרי⁴² או לשוויון ליברטני. זה האחרון דוגל בחירות הפרט ביחס לקניינו, ולכן נתפס כאנטייתזה של הצדק ה"חלוקתי".⁴³

תפיסות השוויון השונות הצמיחו עקרונות שונים, שהמקובלים מביניהם הם עקרון ההנאה ועקרון היכולת לשלם.⁴⁴ עקרון ההנאה מכיר בכוחות השוק ובכך שלכל שירות יש מחיר. לכן, אם פרט מעוניין ליהנות מהשירותים שהמדינה מספקת לו, הוא צריך לשלם

40 יש שמבחינים בין "צודק" (fair) לבין "שווה" (equitable), ויש שמערבבים בין המונחים. אולם יש הטוענים כי אם פרט מעדיף סל אחד על סל אחר, אזי החלוקה שוויונית. אם חלוקה זו היא שוויונית וגם יעילה על-פי קריטריון פרטו, אזי היא גם צודקת. בעניין זה ראו: Amarty Sen, *Social Choice Theory*, in HANDBOOK OF MATHEMATICAL ECONOMICS 1073, 1108 (Kenneth J. Arrow & Michael D. Intriligator eds., 1986).

41 בעניין זה ראו, למשל: LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *THE MYTH OF OWNERSHIP* 12 (2002).

42 דוגמת רולס: JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (1999).

43 פילוסופים ליברטניים סבורים כי מס המוטל על קניינו של אדם פוגע בחופש הפרט ובקניינו, ולכן אינו לגיטימי. השוויון על-פי נוזיק (Nozick), למשל, אינו נקבע על-פי התוצאה - אין מעניינו אם השוק כולל עשירים ועניים, שכן אם אדם ירד מנכסיו, למשל, בשל טעות כלכלית ונטילת סיכונים מיותרים, אין זה מתפקידו של העשיר לפצותו. על-פי תפיסה זו, מעבר משאבים הוא צודק רק אם הוא נעשה מרצון, ולא מתוך כפייה (כמו מס). ראו, למשל: Leslie Green, *Concepts of Equity in Taxation*, in *FAIRNESS IN TAXATION* 87, 95-96 (Allan M. Maslove ed., 1993).

44 ראו, למשל: JOEL SLEMROD & JON BAKIJA, *TAXING OURSELVES* 59-64 (3rd ed., 2004); John G. Head, *Tax-Fairness Principles: A Conceptual, Historical, and Practical Review*, in *FAIRNESS IN TAXATION* 7 (Allan M. Maslove ed., 1993).

בהתאם להנאתו מהשירותים.⁴⁵ ומזווית הראייה של המדינה, אם המדינה מעוניינת למסות, היא צריכה למסות את הפרטים הנהנים משירותיה הציבוריים על-פי מידת הנאתם. הביקורת המרכזית שהושמעה נגד עיקרון זה היא שהוא אינו מדיד ולכן אינו בר-יישום, וכן שהוא מתעלם משיקולים של צדק חלוקתי.⁴⁶ העיקרון השני לקביעת השוויון, שהוא העיקרון השכיח כיום,⁴⁷ הוא עקרון היכולת לשלם. עיקרון זה קובע כי יש למסות את הפרט בהתאם לעושרו, שכן ההנחה היא שאדם בעל אמצעים רבים יותר יכול לעמוד בנטל מס גבוה יותר מאדם מבוסס פחות. שוויון/צדק אופקי מושג כאשר אנשים בעלי הכנסה זהה משלמים מס זהה, ושוויון/צדק אנכי מושג כאשר אנשים בעלי יכולת כלכלית שונה משלמים מס שונה – בעל הכנסה גבוהה משלם מס גדול יותר מבעל הכנסה נמוכה.

ההנחה שלנו ברשימה זו היא שדיני המס מיישמים את עקרון השוויון מבלי להתחקות אחר תפיסת השוויון המסוימת (מבין התפיסות שהוצגו לעיל) שהנחתה את המחוקק. מכאן שהבדיקה אם החוק – או בענייננו הוראת המיוזג – שוויוני אם לאו היא טכנית בעיקרה. כדי לשמר את השוויוניות בחוק פותחו דוקטרינות שונות שיקלו על הרשויות באכיפת החוק. דוגמה לכך היא סמכותן של הרשויות לא להכיר בתכנוני מס, ולמסות עסקה על-פי מהותה, ולא על-פי צורתה. רק אם העסקה תמוסה על-פי מהותה, ולא על-פי צורתה, ייגבה מס-אמת.⁴⁸ אומנם סמכות זו של רשויות המס להתעלם מתכנוני מס מוענקת בדרך-כלל בחוק,⁴⁹ אולם בפסיקה נקבע לא-פעם כי גם בלא הוראה חקוקה יש לרשויות סמכות טבועה להתעלם מצורת העסקה ולמסותה על-פי מהותה.⁵⁰ מניעת תכנוני מס נועדה אם כן לקדם את עקרון השוויון, כפי שנרחיב להלן בתת-פרק 6.

- 45 על התפתחותו של עקרון ההנאה מעיקרון "חוזי" (A Contractarian Principle) לעיקרון המבוסס על "מעין חליפין" (A Quasi-Exchange Principle) ראו: Joseph M. Dodge, *Theories of Tax Justice: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability-to-Pay Principles*, 58 TAX L. REV. 399, 401–403 (2005).
- 46 באחרונה הוצע קריטריון חדש המכונה The New Benefit Principle, שנועד לענות על כשלים אלה. לפי עיקרון זה, מידת ההנאה של אדם היא בהתאם למידת עושרו. על עיקרון זה ועל הביקורת שהועלתה גם נגדו ראו, למשל, שם, בעמ' 399–444.
- 47 ראו, למשל, MURPHY & NAGEL, לעיל ה"ש 41, בעמ' 20.
- 48 אף שהנישום רשאי לכאורה לכלכל את מעשיו "במבנה משפטי דל מיסים" – ע"א 9412/03 חזון נ' מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון, פ"ד מח(3) 156, 167 (1994). ראו גם ע"א 9412/03 חזון נ' פקיד שומה נתניה, מיסים יט/2, ה"ח 104, ה"ח 118 (אפריל 2005). בעניין גביית מס-אמת ראו, למשל, ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה, פ"ד נו(3) 750, 765 (2003); ע"א 390/80 תעש מור נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לו(1) 449 (1983).
- 49 בעניין זה ראו, למשל, ס' 86 לפקודת מס הכנסה; ס' 84 לחוק מסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 156 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין); ס' 138 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח 52; וס' 53 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים (תיקון מס' 8), התשל"ב-1972, ס"ח 158.
- 50 ראו, למשל, ע"א 734/74 שפאר נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לו(1) 271, 275 (1975).

3. עקרון הניטרליות והיעילות

אחד העקרונות המקובלים של דיני המס הוא שמש צריך להיות ניטרלי,⁵¹ קרי, שהמשקיע יבחר את סוג ההשקעה במנותק משיקולי מס. ככל שהמס יהיה ניטרלי יותר, הוא ישפיע פחות על ההחלטות הכלכליות של מקבלי ההחלטות. בדרך-כלל הכלכלה נהנית מכך שאנשים מונעים על-ידי שיקולים כלכליים, ולא על-ידי שיקולי מס⁵² (ומטעם זה הניטרליות קשורה ליעילות).⁵³ אומנם, נראה שאין שיטת מס ניטרלית לחלוטין,⁵⁴ אולם השאיפה היא לחוקק הוראות מס שיהיו ניטרליות עד כמה שניתן, קרי, ששיעורי המס בהחלטות שונות יהיו דומים.

המונח "ניטרליות" ברשימה זו כולל יעילות וניטרליות כאחד, הואיל ועקרון הניטרליות ועקרון היעילות קשורים זה לזה.⁵⁵ החלטה המונעת משיקולי מס (קרי, החלטה לא-ניטרלית) עלולה לפגוע ביעילות הכלכלית.⁵⁶ יתרה מזו, אנו עושים שימוש רחב במונח זה, שכן הניטרליות של המס נתפסת לא רק ערב ההחלטה העסקית, אלא גם לאחריה.⁵⁷

4. דוקטרינת ההמשכיות

פרק זה עניינו, כאמור, בבחינת העקרונות השולטים בהוראת המיזוג. אולם לאחר שדנו

51 לשכת רואי-החשבון האמריקאית מגדירה את עקרון הניטרליות כך (AICPA), לעיל ה"ש 37, בעמ' 12): "The effect of the tax law on a taxpayer's decisions as to how to carry out a particular transaction or whether to engage in a transaction should be kept to a minimum". לשכת רואי-החשבון האמריקאית מצביעה אף היא על קשר מסוים בין עקרון הניטרליות לבין עקרון היעילות (AICPA), לעיל ה"ש 37, בעמ' 13): "The principle of economic growth and efficiency is related to the principle of neutrality in that tax rules that distort taxpayer behavior may hinder economic efficiency".

52 ראו SLEMROD & BAKIJA, לעיל ה"ש 44, בעמ' 131. "אפקט הנעילה" הוא דוגמה לכך שבחירה מתוך שיקולי מס עלולה לפגוע בכלכלה. אפקט הנעילה נוצר כאשר נישומים ממשכים להחזיק בנכסים לא לצרכים כלכליים, אלא במטרה להימנע מתשלום מס. ההחזקה לא-לצורך מעוותת את חלוקת הנכסים היעילה בשוק. בעניין זה ראו, למשל: Alan J. Auerbach, *Retrospective Capital Gains Taxation*, 81 AM. ECON. REV. 167 (1991).

53 ראו, למשל, את החלטתה של מחלקת המס בקהילייה האירופית: ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/CCCTBWP057_en.pdf.

54 שכן שיטת מס ניטרלית לחלוטין היא רק זו המטילה סכום קבוע על הנישום. ראו SLEMROD & BAKIJA, לעיל ה"ש 44, בעמ' 131.

55 עם זאת, ייתכנו כמובן מקרים שבהם עקרון הניטרליות ועקרון היעילות אינם הולכים יד ביד, שכן מס לא-ניטרלי יכול עדיין להיחשב כיעיל אם יש בכוחו לתקן כשלי שוק.

56 ראו, למשל, AICPA, לעיל ה"ש 37, בעמ' 13.

57 ראו את הדיון בסוגיה זו להלן בתת-פרק 3ג למאמר.

בשני העקרונות הרלוונטיים, ובטרם נעסוק במישרין בסוגיה זו, עלינו להבין מהי אותה דוקטרינת המשכיות שבאה לידי ביטוי בהוראת המיזוג.

כפי שראינו בתת-פרק א' 2 לעיל, אחד התנאים למיזוג הוא המשכיות הפעילות והחזקת הנכסים בחברה המתמזגת. כמה מבין התנאים ההכרחיים למיזוג על-פי סעיף 103 לפקודה קשורים כאמור להמשכיות מבחינת סוג הפעילות הכלכלית ומבחינת החזקת המניות, ולכן ראוי שנדון בדוקטרינת המשכיות.

דוקטרינת המשכיות נועדה לשמר את צביון פעילותן של החברות במסגרת שינוי המבנה.⁵⁸ היא מתייחסת הן להמשכיות האינטרסים⁵⁹ והן להמשכיותה של הפעילות העסקית. הדוקטרינה של המשכיות האינטרסים דורשת שבעלי החברה ימשיכו ליטול חלק במבנה החדש. מטרתה של דוקטרינה זו כפולה:⁶⁰ ברמת החברה נדרש כי התכלית ההיסטורית של החברה המתמזגת תמשיך להתקיים בחברה הקולטת-החדשה; וברמת בעל המניות מטרת הדוקטרינה היא למנוע פעולות מכירה במסווה של שינוי מבנה. בהקשר זה דוקטרינת המשכיות מבוססת על כך שבעלי המניות רק העתיקו את צורת החזקתם, ולא מימשו את נכסיהם במסגרת הארגון-החדש.

כיצד ניתן להבין את דוקטרינת המשכיות, או במילים אחרות, אילו עקרונות מס היא נועדה לקדם?

במידה מסוימת ניתן לראות את דוקטרינת המשכיות כמשלבת בין עקרון השוויון לבין עקרון הניטרליות. הדרישה הראשונה – זו המופיעה ברמת החברה (ובפרט זו המופיעה במסגרת ה-Continuity of Business Enterprise) – משרתת את הניטרליות (אם כי לא רק), בתובעה כי יש לאפשר (או ליתר דיוק, אין להפריע) לצדדים העסקיים לקיים אותה פעילות כלכלית במבנה החדש. במילים אחרות, אם החברות אכן מעוניינות רק לשנות את מבנה הארגון, קרי את הצורה, אזי אל לשיקולי המס לעמוד בדרכן. ברם, הדגש המרכזי של העיקרון הוא זה שבא לידי ביטוי ברמת החברה אך גם ברמת היחיד: ברמת החברה – שמירה על המשכיות עסקית מונעת תכנוני מס, שבהם הרעיון אינו המשך הפעילות במבנה ארגוני שונה, אלא שינוי הן במהות והן בצורה; וברמת היחיד – הכוונה היא לבלום מכירה במסווה של ארגון-מחדש, ובכך

58 דוקטרינה זו פותחה עם השנים בארצות-הברית, ונזכרה בראשונה ב: Cortland Specialty Co. v. CIR, 60 F.2d 937 (2d Cir.), cert. denied, 288 US 599 (1933), כפי שאזכר, למשל, אצל: Calvin H. Johnson, *A Full and Faithful Marriage: The Substantially-All-the-Properties Requirement in a Corporate Reorganization*, 50 Tax Law 319, 323 (1997); BORIS I. BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, *FEDERAL TAXATION OF INCOME, ESTATES AND GIFTS* §94.1.4 fn 31 (2006). לעניין הפיתוח הפסיקתי של הדוקטרינה ראו שם, בפס' 94.1.7, סמוך לה"ש 113.

59 Continuity of Interests Doctrine. על הדוקטרינה של המשכיות האינטרסים נמתחה ביקורת בארצות-הברית. הביקורת המסורתית כנגד דוקטרינה זו היא שאינה ברורה, גורמת לאי יעילות ומביאה לתוצאה לא-הוגנת. יתרה מזו, נטען שדוקטרינה זו אינה מקדמת את המטרה שלשמה נועדה, קרי אינה מבחינה בין שינוי מבנה שהם למעשה רק שינוי צורה לבין שינויים מהותיים, דוגמת מכירה. בעניין זה ראו Blank, לעיל ה"ש 11.

60 ראו: BITTKER & LOKKEN, לעיל ה"ש 58.

הדוקטרינה מקדמת את עקרון השוויון. כאשר בעל המניות נדרש להמשיך להחזיק במניות כדי לסכל פעולת מכירה המוצגת כשינוי מבנה, נמנע למעשה מבעל המניות תכנון מס. תכנון מס נועד להקטין את חבות המס. הרציונל באי-ההכרה בתכנון מס הוא למסות את הפרט – בעל המניות – על-פי המהות האמיתית של העסקה, על-פי יכולתו הכלכלית הריאלית. עקרון היכולת לשלם, כפי שצוין לעיל, הוא העיקרון המנחה להשגת השוויון בדיני המס.

5. המתח בין העקרונות

לאחר הבנת העקרונות המנחים בעיצוב מס טוב, קל להבחין שעקרונות אלה אינם יכולים לדור תמיד בשכנות.

המתח בין עקרונות המס השונים אינו נחלתם של עקרונות הניטרליות והשוויון דווקא. הואיל וקיימת שורה ארוכה של עקרונות לקיום מערכת מס טובה, עלול להיווצר מתח בין רבים מביניהם. עד היום לא ניתנו כמעט קווים מנחים שיסייעו לקובעי המדיניות לברור מבין העקרונות. למשל, צדק וודאות אינם עולים תמיד בקנה אחד. בעניין זה נראה שזליגמן, למשל, מעדיף חוסר ודאות וקידום שוויון על ודאות ופגיעה בשוויון, בניגוד לאדם סמית.⁶¹ השוויון הוא אמורפי, להבדיל מהודאות, גם אם הוא מתבסס על סטנדרטים אובייקטיביים (הבודקים את יכולתו הכלכלית של הנישום), ולא על סטנדרטים סובייקטיביים (כגון מידת ההקרבה).⁶² הוראת חוק מס המטילה מס פרוגרסיבי מקדמת במלואה את עקרון הודאות, שכן ברור לנישום מראש כמה הוא נדרש לשלם, אך אינה מקדמת בהכרח ובשלמות את עקרון השוויון, שכן יישומו של השוויון (גם אם אין מחלוקת בנוגע לעיקרו) מצריך גמישות מסוימת. סעיף 86 לפקודת מס הכנסה עשוי להמחיש אף הוא את המתח שבין שוויון לבין ודאות. סעיף זה הינו הוראה אנטי-תכנונית כללית שנועדה לסייע לרשות המיסים להתמודד עם תכנוני מס. מטרתם של תכנוני המס היא להשיג יתרון מס, וסעיף 86 מאפשר לרשות המיסים להתעלם מתכנוני מס מסוימים ולמסות עסקות על-פי תוכנן האמיתי, כדי לגבות מס-אמת. תכנון מס הנתפס כלא-לגיטימי הוא זה שהחוק רואה בו עסקה אחרת, שיש למסותה לפי מהותה, ולא לפי צורתה. הרעיון הוא שתכנוני מס עלולים להפלות בין נישומים אם עסקות שמהותן זהה ממוסות באופן שונה רק בגלל הבדלי צורה. המיסוי השונה יפלה בין עסקות עם מהות כלכלית זהה, ומכאן הפגיעה בעקרון השוויון.⁶³ אשר על-כן, סעיף 86 נתפס כמקדם את עקרון השוויון. עם זאת, נוסחו הכללי של סעיף זה והגמישות שבהפעלתו עלולים לפגוע בוודאות, שכן לא כל תכנון מס נופל לגדר הסעיף.⁶⁴ כאמור,

61 ראו, למשל, Groves, לעיל ה"ש 34, בעמ' 45.

62 לדיון בסטנדרטים האובייקטיביים והסובייקטיביים ראו, למשל: JOSEPH SHIELD NICHOLSON, ELEMENTS OF POLITICAL ECONOMY 437–438 (1911).

63 על הקשר שבין תכנוני מס לבין עקרון השוויון ראו את הדיון לעיל בתת-פרק 4 למאמר.

64 על היתרונות והחסרונות שבהוראה אנטי-תכנונית כללית מול פרטנית ראו, למשל, לימור ריזה 'האם 'חברת משלח-יד זרה' שולחת יד בעקרונות המס? סעיף 5(5) לפקודת מס הכנסה' משפט ועסקים ז 249, 278–279 (תשס"ז).

ניתן להצביע על מתח גם בין עקרונות נוספים. למשל, הדרישה שהמס יאפשר גמישות בהכנסות המדינה⁶⁵ עלולה לא לעלות בקנה אחד עם יציבות ועם ודאות. מכל מקום, רשימה זו מתמקדת כאמור רק בשני עקרונות – עקרון הניטרליות ועקרון השוויון. נפתח דווקא בהצגה מופשטת של העקרונות הללו ונציג את הסתירה הפוטנציאלית שביניהם.

ניטרליות היא למעשה יכולת הבחירה בין חלופה א לבין חלופה ב (בהנחה שבכוחה של הבחירה להגביר את היעילות הכלכלית), ואילו שוויון הוא הזהות שבין חלופה א לבין חלופה ב. אם חלופה א שקולה ל-ב, אזי שני העקרונות – השוויון והניטרליות – באים לידי מימוש. דא עקא, הדעת נותנת שברוב המקרים לא תהא זהות בין החלופות, ומכאן שעקרון הניטרליות, בהגדרתו המקובלת, לא יעלה בקנה אחד עם עקרון השוויון. הדיון לעיל בתפיסות השונות של השוויון לא נועד למפות את השוויון, אלא להצביע על המתח שבין העקרונות. לא קשה להראות שקיים מתח בין העקרונות, אולם מעניין לראות דווקא את נקודת ההשקה. נראה שרק אם נאמץ תפיסה מצומצמת מאוד ביחס לשוויון, נוכל להשיג מתאם בין ניטרליות לבין שוויון.

אפשר להשיג חפיפה קונספטואלית מסוימת בין ניטרליות לבין שוויון אם השוויון נתפס כשוויון ליברטני, למשל, אולם תפיסה זו אינה התפיסה השגורה במדיניות המיסים במדינות המערב. איזון נוסף בין ניטרליות לבין שוויון קיים אם תפיסת המוסר שלנו מבוססת על מוסר תועלתני.⁶⁶ כך, ניתן להצביע על מצבים שבהם חלוקה-מחדש היא יעילה אם וכאשר הפרטים מפקים מחלוקה זו תועלת, גם אם הם אינם מרוויחים ממנה כספית.⁶⁷ תפיסה זו מבוססת על קריטריון הרווחה של פרטו.⁶⁸ הואיל וזווית-הראייה לבחינת היעילות בקריטריון פרטו היא סובייקטיבית, ניתן אף להניח שרק הגשמת שוויון "סובייקטיבי" תקדם את היעילות. בלא שוויון לא תושג יעילות ("סובייקטיבית").⁶⁹ יתרה מזו, הכוונה אינה לדרג בין העקרונות – דירוג זה תלוי אף הוא בתפיסות שונות ובדרישות-השעה של קובעי המדיניות. עם זאת, נראה שהמטרה המקובלת יותר של דיני

65 על עקרונות המס שהוספו על ארבעת העקרונות של אדם סמית ראו לעיל ה"ש 34.

66 למשל, ניתן להצביע על דמיון בין שוויון לבין ניטרליות אם קריטריון הרווחה החברתית המנחה הוא מקסום הרווחה החברתית, ואם מניחים שהתועלת השולית הולכת ופוחתת.

67 בעניין זה ראו: Lily L. Batchelder, Fred T. Goldberg, Jr., & Peter R. Orszag, *Efficiency and Tax Incentives: The Case for Refundable Tax Credits*, 59 STAN. L. REV. 23, 42, fn (2006) 79 (המאמר עוסק בסוגיה שאינה קשורה לענייננו, אולם נציין רק כי לדעת הכותבים, תמריצי מס הניתנים באמצעות החזרי זיכוי אחידים הם היעילים ביותר).

68 שינוי חלוקתי בחברה נתפס כשיפור-פרטו אם מצבו של האחד משתפר בעוד המצב של האחרים) אינו מורע. קריטריון זה אינו דורש השוויה של רמות התועלת של הפרטים השונים בחברה, אלא רק בחינה של רמות התועלת של הפרטים ובדיקה אם תועלתם השתפרה אם לאו.

69 על הקשר שבין ניטרליות לבין פרטו ראו, למשל: James M. Buchanan, *Efficiency in the Government Sector: Fiscal Institutions and Efficiency in Collective Outlay*, 54 AM. ECON. REV. 227, 228 (1964).

המס היא להשיג שוויון – במובן של חלוקה-מחדש של משאבים – והרי דיני המס, מעצם טיבם, מתערבים בפעילות הכלכלית ובהתנהלות החופשית של השוק. בכך עקרון השוויון דוחק למעשה את עקרון הניטרליות בסדר העדיפויות.

מעניין שלמרות מתח זה, עקרונות אלה (ועקרונות אחרים) נזכרים תדירות יחדיו כיצדים של רפורמות המס. למשל, בכתב-המינוי של הוועדה לרפורמה במס, שהולידה בסופו של הליך את תיקון מס' 132 לפקודה, התבקשה הוועדה בנשימה אחת להתחשב "בין השאר, בהשלכות שיהיו להמלצות על התחומים הבאים: ... • השלכות על אי השוויון בחלוקת ההכנסות והעושר... • שיקולי צדק, יעילות ופשטות במערכת המס...".⁷⁰ בהתאם לכך הדגישה הוועדה, בדברי המבוא לדוח שלה, כי מטרותיה הן לקדם יעילות כלכלית⁷¹ וכן לצמצם חוסר שוויון במשק.⁷² עם זאת, הודתה הוועדה כי "השיקולים פועלים לעיתים בכיוונים שונים ואף מנוגדים".⁷³

הנטייה להציג שורה ארוכה של עקרונות סותרים כמגמת הרפורמה אינה רק נחלתו של המחוקק הישראלי. דוגמות להמחשה אפשר להביא גם ממחוזות רחוקים. למשל, בכתב-המינוי של הצוות המייעץ לנשיא ארצות-הברית בנוגע לרפורמת המס, התבקש הצוות בשנת 2005 להציע רפורמות שיעלו בקנה אחד עם מדיניות מס ניטרלית ופשטה אשר מחלקת כראוי את נטל המס ומקדמת את הצמיחה. כלשון כתב-המינוי:

"Sec. 3. Purpose. The purpose of the Advisory Panel shall be to submit to the Secretary of the Treasury in accordance with this order a report with revenue neutral policy options for reforming the Federal Internal Revenue Code. These options should:

(a) simplify Federal tax laws to reduce the costs and administrative burdens of compliance with such laws; (b) share the burdens and benefits of the Federal tax structure in an appropriately progressive manner while recognizing the importance of homeownership and charity in American society; and (c) promote long-run economic growth and job creation, and better encourage work effort, saving, and investment, so as to strengthen the competitiveness of the United States in the global marketplace.

70 רפורמה במס הכנסה – המלצות הוועדה לרפורמה במס – מוגש לסגן ראש הממשלה ושר

האוצר סילבן שלום, 2002, ניתן לאתר ב: www.mof.gov.il/reform2002/minui.htm.

71 למשל, הוועדה ציינה בדברי המבוא כי מטרתה להפוך את המשק הישראלי לאטרקטיבי יותר בתחרות העולמית, וכי מטרת ההסדר לשמור על ניטרליות. ראו עמ' 11-12 לדברי

המבוא לנוסח הצעת החוק לרפורמה במס הכנסה, 2002, ניתן לאתר ב: www.mof.gov.il/reform2002/docs/mavo.doc.

72 שם, בעמ' 11-13.

73 שם, בעמ' 12.

At least one option submitted by the Advisory Panel should use the Federal income tax as the base for its recommended reforms."⁷⁴

כפי שנראה להלן, המתח שבין העקרונות קיים גם בהוראת המיזוג שבפקודת מס הכנסה.

6. עקרונות המס אשר מקודמים ומשתקפים בהוראת המיזוג

כפי שראינו לעיל, הוראת המיזוג שבסעיף 103ג כוללת תשעה תנאים.⁷⁵ בתת-פרק זה נבחן אילו מבין עקרונות המס – השוויון ו/או הניטרליות – מקודמים בהוראות הסעיף. לצורך נוחיות הדין נכנה את שני העקרונות האלה "עקרון הניטרליות" ו"עקרון השוויון", גם אם הראשון מקפל לתוכו קריטריונים של יעילות, והשני – של צדק. התנאים הראשון, השישי והשביעי⁷⁶ קשורים במישרין למניעת תכנוני מס: התנאי הראשון מורה זאת בלשונו; התנאי השישי מונע, למשל, רכישות של חברות בהפסדים;⁷⁷ והתנאי השביעי מונע מיזוג לתוך חברה זרה, שתהיה נטולת מס ישראלי. מיסוי תכנוני מס נועד לקדם את השוויון,⁷⁸ שכן המחוקק מנסה למסות את תכנון המס על-פי המבנה האמיתי שלו, כך שעסקת תכנון מס ועסקה זהה במהותה בלא תכנון מס ימוסו באופן שווה. מכאן שהתנאים הראשון, השישי והשביעי נועדו לקדם את עקרון השוויון.

74 לקוח מ: Executive Order: President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, נגיש ב: www.taxreformpanel.gov/executive-order.shtml (ההדגשות הוספו).

75 בעניין זה ראו לעיל תת-פרק 2 למאמר.

76 בהתאמה, ההוראות בדבר מטרת המיזוג, יחסי הגודל לאחר המיזוג ודרישת התשובות הישראלית של החברה הקולטת.

77 הן הרשות השופטת והן הרשות המחוקקת מתייחסות בחשדנות לעסקות רכישה של חברה בהפסדים. בעניין זה ראו, למשל, ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נו(5) 915 (2003) (שאושר בדנ"א 8349/03 יואב רובינשטיין נגד פקיד שומה מפעלים גדולים (2004)). באותו מקרה רכש יואב רובינשטיין (כאדם), שעסק בנדל"ן, את כל מניותיה של חברת אקווריום פיש בע"מ. חברת אקווריום פיש עסקה בגידול דגי-נוי וצברה הפסדים. בעת רכישה לא קיימה החברה כל פעילות ולא היו בה נכסים. לאחר הרכישה שונה שם החברה, והיא החלה לעסוק באופן בלעדי בתחום הנדל"ן. החברה ביקשה לקזז את ההפסדים שנצברו בעבר כנגד רווחיה מתחום הנדל"ן. בית-המשפט ראה ברכישת החברה בהפסדים עסקה מלאכותית, ולא התיר את הקיזוז.

על החשדנות כלפי רכישת חברה בהפסדים ראו גם תקנה 8 לתקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ק"ת 6545.

78 פרופ' גליקסברג סבור כי תוכן הנורמה האנטי-תכנונית המופיעה בתנאי 1 שונה מהנורמה האנטי-תכנונית הכללית המופיעה בס' 86 לפקודת מס הכנסה. ראו דוד גליקסברג גבולות תכנון המס פס' 3.2 (1990).

יתר התנאים קשורים בטבורם לדוקטרינת ההמשכיות. כפי שראינו לעיל, דוקטרינה זו נועדה אף היא למנוע תכנוני מס⁷⁹ שבהם מבנה ההון משתנה בעסקה נטולת מס.⁸⁰ מכאן שגם תנאים אלה מתיישבים למעשה עם עקרון השוויון.⁸¹

מטרת-הגג של הסעיף הייתה, כאמור, לקדם את הניטרליות.⁸² דחיית המס בשינויי המבנה מאפשרת לכאורה לנישומים לשקול את המבנה העסקי הרצוי להם בהתעלם משיקולי מס. דחיית המס מקנה אם כן את הצביון הניטרלי להוראת המיזוג. יתרה מזו, בשנת 2000 הורחבה הגדרת המיזוג כך שמיוזג מקיף כיום שינויי מבנה נוספים, כגון מיוזג סטוטורי, שקודם לכן לא חסו בצילו.⁸³

אולם, כפי שראינו, בניגוד לתכלית המוצהרת של סעיף 103ג, כל הסעיפים הקטנים של הוראת המיזוג משמרים את עקרון השוויון ומגינים עליו. אין תמה, אם כן, שמרוב תנאים המצדדים בשוויון, עקרון הניטרליות אינו יכול לבוא לידי מימוש באופן מלא. נהפוך הוא, היעילות (אשר נושקת כאמור לניטרליות – ראו את הדיון לעיל בתת-פרק 33) עלולה להיפגע.⁸⁴ המיזוג נדרש, כאמור, למלא אחר דוקטרינת ההמשכיות, ומשמעותה של דרישה זו היא קיבוע הפעילות העסקית של הפירמה הקולטת למשך תקופה של כשנתיים ימים – קיפאון שעלול לחבל ביעילות הכלכלית. לא בכדי מכונה דוקטרינת ההמשכיות גם "דוקטרינת ההמשכיות והסטטיות".

בדיקה פרטנית זו של תנאי הסעיף ביחס למטרת-הגג מיותרת במידה מסוימת, שכן כפי שנזכר בפתיח, אף אם נסתכל רק על עיתוי המיזוג (ולא על דרישותיו), ניווכח שמועד המיזוג לצורך דיני המס שונה מהמועד לצורך דיני חברות.⁸⁵ הואיל ושיקולי מס

79 שטראוס ורוזמן סבורים, למשל, שהתנאי החמישי בדבר שווי השוק הוא מיותר, שכן אם אין בין הצדדים קשרים מיוחדים, אזי אין חשש שהעסקה תהיה בגדר תכנון מס, שכן כל הצדדים מעוניינים למקסם את תועלתם. שטראוס ורוזמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 356.

80 פרופ' גליקסברג מסביר כי לעקרון ההמשכיות יש תפקיד כפול: האחד, להצדיק את דחיית המס; והאחר, למנוע תכנוני מס "על ידי ביצוע שינויי מבנה ומיד לאחר מכן לשנות את מבנה ההון של הנישומים הרלבנטיים או לממש את הנכסים". גליקסברג, לעיל ה"ש 78, פס' 2.

81 דרישת ההמשכיות נובעת, כפי שהצבענו, מעקרון השוויון. עם זאת, היא עלולה לגרום לקיפאון עסקי ולפגיעה בהתקדמות הכלכלית של החברה הממוזגת. מכאן שהשוויון מונע במקרה זה את היעילות. בעניין זה ראו גם Brauner, לעיל ה"ש 9, בעמ' 47-48.

82 בעניין זה ראו הדיון סביב ה"ש 14-17 שלעיל.

83 בעניין זה ראו, למשל, שטראוס ורוזמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 347.

84 ראו, למשל, את עמדתו של גליקסברג, לעיל ה"ש 78, פס' 2: "אולם הקפאת מבנה ההון והנכסים המועברים למשך שנתיים מהווה דרישה העומדת בניגוד גמור לשיקולי יעילות כלכלית".

85 באופן כללי, מועד המיזוג על-פי פקודת מס הכנסה הוא תום שנת המס שבה אירע המיזוג, ואילו מועד המיזוג על-פי חוק החברות הוא כשלושים ימים לאחר קבלת כל האישורים מאת החברות המתמוזגות.

ס' 323 לחוק החברות, שכותרתו "תוצאות המיזוג", מורה כלהלן: "נתקבלו ברשם החברות כל האישורים הדרושים לפי פרק זה למיזוג בכל אחת מן החברות

הם שיקולים שאנשי עסקים נוטים לשקול כשיקול אחד כבד־משקל במכלול השיקולים העסקיים, ניתן להניח שהם יתאימו את פעילותם להוראת המיזוג, לפחות בנוגע לתנאים הטכניים, דוגמת עיתוי המיזוג. הנחה זו מקבלת תמיכה מסוימת אם נבחן את כמות הפניות של הנישומים לפרה־רולינג. היחס בין מספר הפניות בשאלת המיזוג לבין מספר הפניות בשאלות מיסוייות אחרות עשוי להצביע על חששם הגדול של הנישומים שרשויות המס לא יאשרו את עסקת המיזוג (ראו, למשל, נספח א.)⁸⁶ גם חשש זה מלמד כי דיני המס, לרבות הוראת המיזוג, אינם ניטרליים ומובאים בחשבון על־ידי הנישומים.

המתמזגות, וחלפו שלושים ימים ממועד קבלת החלטת האסיפה הכללית בכל אחת מן החברות המתמזגות וחמישים ימים מהמועד שבו הומצאו הצעות המיזוג לרשם החברות, יבוצע המיזוג כלהלן:

- (1) כל הנכסים והחייבים של חברת היעד, לרבות חיובים מותנים, עתידיים, ידועים ובלתי ידועים, יועברו ויוקנו לחברה הקולטת;
 - (2) יראו את החברה הקולטת כאילו היתה חברת היעד בכל הליך משפטי, לרבות בהליכי הוצאה לפועל;
 - (3) הרשם יעביר את פנקס השעבודים, כמשמעותו בסעיף 181 לפקודת החברות, של חברת היעד, לפנקס השעבודים של החברה הקולטת;
 - (4) חברת היעד תחוסל והרשם ימחק אותה מרשמי;
 - (5) הרשם ימסור לחברה הקולטת תעודה המעידה על ביצוע המיזוג וירשום את דבר המיזוג במרשמי החברה הקולטת.
- הגדרת מועד המיזוג על־פי פקודת מס הכנסה מופיעה בס' 103; בהגדרה זו קיימים שלושה מועדים חלופיים בהתאם לסוג המיזוג:
- "(1) לענין מיזוג על פי צו מיזוג – תום שנת המס שבה ניתן צו המיזוג או תום שנת המס שקדמה לה, ובלבד שלא יקדם למועד הגשת הבקשה למתן צו המיזוג;
 - (2) לענין מיזוג לפי הפרק הראשון בחלק השמיני לחוק החברות – תום שנת המס שבה חל המיזוג, ובלבד שלא יקדם למועד החלטת האסיפה הכללית של כל אחת מהחברות המתמזגות לפי סעיף 320(א) לחוק החברות;
 - (3) לענין מיזוג לפי סעיף 103 כ – מועד החלפת המניות".

86

אינדיקציה לגבי חשיבות המיזוג בקרב הנישומים ניתן לקבל ממספר הפניות שלהם בנושא זה לשם קבלת פרה־רולינג. באחרונה החלו לפרסם החלטות מקדמיות באתר של רשות המיסים.

ראו: www.mof.gov.il/taxes מידע מקצועי – החלטות מיסוי.

מן הקבצים של החלטות המיסוי לתקופה שבין ינואר ליוני 2006 עולה כי בנושא של שינוי מבנה התקבל מספר החלטות הגדול ביותר (באופן מוחלט). מובן שאי־אפשר לבדוק כאן מגמה סטטיסטית, בשל היקף הנתונים המצומצם, אולם ראוי לשים לב לכך שכמה מבין הקטגוריות האחרות רחבות יותר משאלת שינוי המבנה (דוגמת מיסוי בין־לאומי או מיסוי מקרקעין) ובכל־זאת מספר השאלות שהופנו בעניינן קטן יותר.

עם זאת, יש לזכור כי במשך שנים הסדיר החוק את הפנייה לפרה־רולינג בנוגע למיזוג בס' 103ט, ואילו החלטות מראש בעניינים אחרים היו אומנם עניין שבפרקטיקה אך לא זכו בהסדרה חקיקתית אלא במסגרת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (תיקון מס' 147), התשס"ה־2005, ס"ח 766, שנכנס לתוקפו ביום 1.1.2006.

שורת התנאים הקפדניים שבסעיף 103g מכרסמת אם כן בניטרליות. לכן, אף שהחקיקה נועדה לקדם את הניטרליות ולאפשר לצדדים לפעול כראות עיניהם בלא ששיקולי המס ישפיעו עליהם ויכוונו את התנהגותם, התוצאה בפועל היא הכוונת התנהגות. נישומים המעוניינים ליהנות מדחיית המס בשינוי המבנה נדרשים לכלכל מראש את צעדיהם, לשקול את השלכות המס, ובמידת הצורך להתאים את פעילותם לדרישות הסעיף כדי לא להחמיץ את הקלת המס, שכן במונחים כספיים הפער בין שינוי מבנה במסגרת סעיף 103g לבין שינוי מבנה היוצא מגדרו עלול להיות משמעותי.

תכנוני מס רלוונטיים במקרים רבים כאשר המס אינו ניטרלי וכאשר הנישומים מעוניינים להקטין את נטל המס. מכאן ששינויי מבנה כרוכים לא פעם בתכנוני מס. תכנון מס פשוט הוא, למשל, הבחירה מי מבין החברות תהא החברה הקולטת ומי תהא החברה המעבירה. בהמשך לדוגמה שהובאה בפתח-דבר, ייתכן שהחברות יעדיפו להחליף כובעים, כך שחברה א תהא החברה הקולטת ואילו חברה ב תהא החברה המעבירה.

אם העיקרון המרכזי בשינוי מבנה הוא עקרון השוויון, ולא עקרון הניטרליות, אזי האם אפשר למחוק במחייב את הניטרליות במונח המסורתי? היש לסווג עיקרון זה כלא-רלוונטי או שמא יש להציג דרישה צנועה במעט? היש לאבחן את עקרון הניטרליות ולקטלג אותו בכל הנוגע להליכי המיזוג? בשאלות אלה יעסוק הפרק הבא.

פרק ג: ניטרליות, נישואים ומיזוגים

1. הקבלת מיזוגים לנישואים

הדיון בדחיקת הניטרליות הצידה מביא אותנו לדיון בשאלה השנייה – האם יש לזנוח את עקרון הניטרליות או שמא מומלץ למתנו ולאבחנו? אולם בטרם נפנה לשאלה זו נבקש לסטות ממנה קמעה ולבחון את ההקבלה שבין מיזוג לבין נישואים.

קיימת נטייה להקביל את המיזוג לנישואים ולכנותו "נישואים מסחריים"⁸⁷. אף שהמיזוג המסחרי והנישואים הם לכאורה שני מוסדות שונים הנוגעים במעגלים שונים בחיי הפרט, ניתן להצביע על קו דמיון מרכזי. הן בנישואים מסחריים והן בנישואים בין בני-זוג מדובר במיזוג של שתי יחידות לכלל יחידה אחת – בנישואים המסחריים שתי חברות⁸⁸ מתאחדות לחברה אחת,⁸⁹ ובנישואים רגילים שני אנשים מתאחדים לתא משפחתי אחד.

87 ראו, למשל, Johnson, לעיל ה"ש 58.

88 החוק מאפשר אומנם מיזוג גם בין גופים שאינם חברות – דוגמת אגודות שיתופיות ועמותות – מכוח ס' 103א לפקודת מס הכנסה, אולם רשימה זו מתמקדת בחברות בלבד.

89 חברה זו יכולה להיות חברה חדשה שהוקמה לצורך המיזוג או אחת מבין החברות הקיימות. להרחבה על סוגי המיזוג ראו, למשל, יחזקאל פלומין תכנון מס בעסק 67-68 (2007).

ניתן לייחד את המיזוג בשני מאפיינים: האחד מתייחס להליך המיזוג, והאחר מתייחס לתוצאתו. באשר למאפיין הראשון, מדובר בתהליך דינמי של שינוי שבו נעשית, למשל, החלפה של נכסים והתחייבויות (תהליך זה מתרחש גם בנישואים רגילים, אף אם לא באופן רשמי). נשוב וניזכר בתרחיש שהוצג בפתח-דבר: כדי שיתבצע המיזוג, חברה א (החברה המעבירה) מעבירה לחברה ב (החברה הקולטת) את כל הנכסים שברשותה ואת כל התחייבויותיה. באשר למאפיין השני, המיזוג גורם לשינוי סטטוס – בתום המיזוג אין מדובר עוד בשתי חברות, למשל, אלא בחברה אחת (ייתכן שמדובר בחברה חדשה ובמחיקת החברות הישנות, או בחברה קיימת ובמחיקת רק אחת מן החברות). בדוגמה שבפתח-דבר, חברה א אינה שורדת לאחר המיזוג, ותוצאת המיזוג היא קיומה הבלעדי של חברה ב, אשר קלטה לתוכה את נכסיה והתחייבויותיה של חברה א. כך גם בנישואים רגילים: אין מדובר עוד בשני יחידים, אלא לצורך המס מדובר בתא משפחתי, שיש לו זכויות וחובות שונים מאלה של היחיד. הברית התיכון כאן הוא דיני המס – כיצד דיני המס תופסים את המיזוג? נישואים מסחריים ונישואים פרטיים דומים במובן זה, שכן כאשר יש מיזוג מסחרי או מיזוג פרטי (קרי, חתונה), יחידת המיסוי משתנה. לאחר המיזוג דיני המס ממסים יחידת מס אחת (הממוזגת), ולא שתי יחידות נפרדות: במיזוג המסחרי – לא עוד מיסוי של שתי חברות נפרדות, למשל, אלא מיסוי של חברה אחת; ובמיזוג הפרטי – לא עוד מיסוי של שני פרטים, אלא מיסוי אחד של התא המשפחתי. בכך הדמיון מנקודת-ראותם של דיני המס.

2. הגבלת ההשוואה: בדיקת הניטרליות בנישואים רגילים ומסחריים

אתנחתה זו, שבה הקבלנו את המיזוג לנישואים רגילים, מעוררת את השאלות שהצגנו בפתיח לגבי הניטרליות. הניטרליות צריכה להיבדק בשלבים השונים של המיזוג. אם המיזוג הוא הליך המסתיים בשינוי סטטוס, אזי ניתן לפרקו לשני שלבים – ההליך והתוצאה – ולבחון כיצד הניטרליות באה לידי ביטוי מתחילת ההליך ועד סופו. הטבלה שלהלן מייצגת את השפעות המס על המיזוג המסחרי ועל הנישואים הרגילים בשני השלבים (הליך המיזוג ותוצאתו, קרי, שינוי הסטטוס שלאחריו):

השפעות המס בשלבי המיזוג השונים		
תוצאת המיזוג	הליך המיזוג	
+ ②	① -	נישואים רגילים
④ -	+ ③	נישואים מסחריים

להלן נבחן את השפעות המס – או במילים אחרות את הניטרליות במקרה זה – בכל אחד משלבי המיזוג, הן במיזוג של יחידים (נישואים רגילים) והן במיזוג של חברות (נישואים מסחריים). נפתח בשדה הראשון – ① – ונבחן את השפעת המס על הליך המיזוג בנישואים רגילים. כמסומן בטבלה (סימן המינוס), שיקולי המס אינם משפיעים על הליך המיזוג בנישואים

רגילים. קביעה זו אינה קביעה נורמטיבית, כמוכן, כי אם אמפירית. באחרונה פורסמו נתוני סקר שערך "ארגון משפחה חדשה", שלפיו רוב הציבור נישא ורק 5% מהציבור הישראלי בוחרים לא להינשא.⁹⁰ נראה שלפחות בארץ שיקולי מס אינם בגדר מרכיב בהחלטה אם להינשא אם לאו, אף שדיני המס נוטים להכביד יותר על הזוג הנשוי מאשר על היחיד –⁹¹ אִי־השפעת המס על בחירתם של בני־הזוג אם להינשא אם לאו היא לבר־מיסויית, וקשורה להיבטים תרבותיים וחברתיים. האם במצב־דברים זה ניתן לומר שהמס ניטרלי? דיני המס לא השפיעו אומנם על החלטת הנישואים, אך בפועל הם משפיעים על הנישואים עצמם. השדה השלישי – ③ – מלמד אותנו שהצדדים מושפעים משיקולי מס בהליך המיזוג. בדינונו לעיל הצבענו על טעם כפול לכך: ראשית, הואיל ועקרון השוויון גובר במיזוג על הניטרליות; שנית, בגלל הפערים הניכרים בין שינוי מבנה במסגרת סעיף 103 לבין שינוי מבנה שאינו נופל לגדרו. עם זאת, תוצאת המיזוג – ④ – היא דחיית מס, כלומר, דיני המס אינם משפיעים לרעה על החברות המתמזגות.

3. אבחון הניטרליות

היוצא מהאמור לעיל הוא שהשפעת המס במיזוג אינה אחידה, והיא מותנית בשלבי המיזוג הן במיזוג המסחרי והן בנישואים הרגילים. מכאן שלא יהא זה מדויק להתייחס לניטרליות במיזוגים כאל יחידה אחת, אלא יש לפרקה לשני גורמים לפחות: ניטרליות מלכתחילה וניטרליות בדיעבד, כאשר הדגש הוא בהשפעת המס על אופי המיזוג (ולא על עצם ההחלטה לבצעו). במקרה זה מיזוג בדרך של נישואים הוא ניטרלי מלכתחילה, ואילו מיזוג בדיני תאגידים הוא ניטרלי בדיעבד. אולם ניטרליות במובן המסורתי מושגת רק אם המיזוג הוא ניטרלי הן מלכתחילה והן בדיעבד – למשל, אם כל הליך המיזוג, המונע משיקולים כלכליים, יוכר לצורכי מס. לא למותר לציין כי אין אלה פני הפקודה דהיום. אילו הכירה הפקודה בכל הליכי המיזוג, אזי שיקולי המס לא היו משפיעים על החלטתן של חברה א וחברה ב, בדוגמה שהוצגה בפתח, אם לבחור במתווה הראשון או בשני. במקום לדבר על ניטרליות מלכתחילה וניטרליות בדיעבד, אפשר להציע מינוח שונה במעט, המבוסס לא על פירוק המיזוג לפי ציר הזמן, אלא על הכוח המניע שבסיסו. חלוקה קטגורית זו יוצקת תוכן שונה מעט לניטרליות. טלו, למשל, את המיזוג על־דרך נישואים, שבו בני־הזוג מוכנים לספוג את "ענישת המס" משיקולים לבר־מיסויים ולבר־כלכליים. בני־הזוג מוכנים למעשה להתעלם משיקולי המס, שכן הם מייחסים משקל רב יותר לשיקולים חברתיים, תרבותיים וכיוצא בהם. במקרה זה דיני המס לא השפיעו על ההחלטה

90 ארנון בן־יאיר "ידועים זה לזה" הארץ ניתן לאתר ב: <http://new.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=853322&contrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0>.

91 למשל, ס' 66 לפקודת מס הכנסה מגביל בנסיבות מסוימות חישוב נפרד לבני־זוג שמקור הכנסתם תלוי זה בזה, וס' 49–49 לחוק מיסוי מקרקעין רואים את בני־הזוג כמוכר אחד (במקום כשני יחידים) לצורך הזכאות לפטור ממס שבח על מכירת דירת מגורים מוכה.

משום שבני-הזוג היו אדישים לשיקולי המס ונתנו משנה תוקף לשיקולים לבר-מיסויים. מקרה זה יכולה על-ידינו "ניטרליות כפויה". קרי, הניטרליות אומנם הושגה, אולם רק מפני שדיני המס, שיש בכוחם להכביד את נטל המס, הצליחו "לכפות" את עצמם על בני-הזוג. זוהי הניטרליות מן הסוג האחד. הניטרליות מן הסוג האחר מכונה על-ידינו "ניטרליות מותאמת". ניטרליות זו מושגת כאשר הנישומים מלמשים מעט את עסקת המיזוג המתוכננת כדי להתאימה לדרישות הסעיף וליהנות מהקלת המס. כל עוד אין מדובר בהיפוך התכנון העסקי, אלא בהתאמות יחידות, ניתן לומר שלכאורה הושגה ניטרליות (לפחות במובן של יעילות כלכלית), אך אין זו אלא ניטרליות מותאמת. הדוגמה הבאה תמחיש מהי התאמה יחידה. אחד מתנאי המיזוג הוא המשכיות הנכסים.⁹² חברה ב - החברה הקולטת בדוגמה המלווה אותנו במאמר זה - נדרשת לא למכור את נכסיה (לרבות נכסיה של חברה א שנקלטו לתוכה) במשך תקופה של כשנתיים ימים. כזכור, חברה א וחברה ב היו מעוניינות להתמוג משיקולים כלכליים. אם חברה ב אינה זקוקה לרוב נכסיה לשם המשך פעילותה⁹³ - למשל, בשל פיתוח טכנולוגי בלתי-צפוי - והיא מעוניינת למוכרם, קיים חשש שהיא תאבד את זכאותה ליהנות מדחיית המס. הבחירה נתונה בידי חברה ב: היא יכולה למכור את הנכסים ולאבד את הטבות המס הגלומות במיזוג, או להימנע ממכירתם ולהמשיך ליהנות מדחיית המס. על פניו נראה שההפסד הכלכלי מאי-מכירת הנכסים זניח לעומת התועלת הכספית מעצם המיזוג ומדחיית המס. לכן נראה שחברה ב תכלכל את צעדיה בהתאם, כדי לקיים את דרישות-הסף של המיזוג וליהנות מדחיית המס.

ניטרליות מותאמת מכירה בקידום ערכים אחרים, דוגמת השוויון, תוך דחיקת הניטרליות המסורתית. עם זאת, אין כאן זניחה מוחלטת של עקרון הניטרליות, אלא מדובר ב"הצלה פורתא"; מקסום הניטרליות אך תחת אילוצים - קידום עקרונות מס אחרים. ניטרליות "מותאמת" מנסה להתקרב ככל האפשר לניטרליות "הטהורה", אך תוך מתן זכות קדימה לעקרונות מס שונים.

הדיון לעיל הציג כמה מונחים המקטלגים את הניטרליות על-פי קריטריון הזמן או על-פי קריטריון המניע. השאלה העולה כעת היא אם ראוי שנכיר בסוגים שונים של ניטרליות. שאלה זו קשורה, ראשית, לתפיסתנו ביחס למטרות המס, ושנית, לתפיסתנו ביחס למטרות שאנו רוצים לקדם בדין (אם כי קיימת חפיפה מסוימת בין התפיסות). התפיסה הראשונה עוסקת במטרות המס - האם המס נועד להגדיל את אוצר המדינה, לחלק מחדש משאבים או לכוון התנהגות?⁹⁴ התפיסה השנייה מתמקדת במטרות הכלכליות ו/או החברתיות שאנו רוצים לקדם - האם המטרה המרכזית היא יעילות או צדק חברתי?

92 ראו ס' 103ג(2) לפקודת מס הכנסה ואת הדיון לעיל סביב ה"ש 19.

93 ראו ס' 103ג(2)ב לפקודת מס הכנסה ולעיל ה"ש 20.

94 ניתן להצביע על מטרות אחרות, אולם נראה שאלה המטרות המרכזיות. פרופ' אבי-יונה העלה באחרונה מחדש את הדיון בשאלת מטרות המס במסגרת הוויכוח בארצות-הברית איזה מס עדיף - מס הכנסה ו/או מס צריכה. אבי-יונה סבור, על-סמך ניתוח של מטרות המס, כי יש להחיל את שני המיסים בד בבד. ראו: Reuven S. Avi-Yonah, *The Three Goals of Taxation*, 60 TAX L. REV. 1 (2006).

באחרונה העלה פרופ' אבי־יונה מחדש את הדיון בשאלת מטרות המס. אין ספק שהמטרה המרכזית של דיני המס הייתה ועודנה להעשיר את קופת המדינה. המטרות הנוספות, הרואות במס מנגנון חלוקתי או כלי רגולטורי,⁹⁵ שנויות במחלוקת.⁹⁶

בדיונו לעיל הצענו לסווג את הניטרליות על־פי שני קריטריונים שונים – האחד, על־פי זמן; והאחר, על־פי מניע. החלופה הראשונה אינה מעלה קשיים נורמטיביים, שכן החלוקה היא טכנית בעיקרה – באיזה רובד או שלב אנו מכילים את עקרון הניטרליות? האם הניטרליות נבדקת רק בשלב שלפני שינוי הסטטוס (שלב ה"הליך") או בשלב שלאחריו (שלב ה"תוצאה")? ברם, הקטגוריה השנייה – אשר מסווגת את הניטרליות על־פי המניע לניטרליות כפויה או לניטרליות מותאמת – אינה טכנית. אם אנו מכירים במינוח החדש שהוצע כאן, אזי כל אחד מעקרונות המס הנידונים ברשימה זו מתיישב עם מטרה אחרת של דיני המס. עקרון הניטרליות המותאמת⁹⁷ עולה בקנה אחד עם הכוונת התנהגות (בהנחה שהתיאום שהנישומים גאלצים לעשות הוא אכן ההתנהגות הרצויה שאליה כיוון המחוקק). לעומת זאת, עקרון הניטרליות המסורתי ("הניטרליות המוחלטת") שולל כל התערבות שהיא בפעילות הנישומים, כך שאין בכוחו לכוון התנהגות או להשפיע על שינוי בצדק החלוקתי. נראה שהמטרה היחידה שהוא עשוי לקדם היא הגדלת אוצר המדינה.

יתרה מזו, קיים גם קשר הדוק בין עקרונות השוויון והניטרליות לבין היעילות והצדק החברתי. יעילות "טהורה" מחייבת אי־התערבות, בניגוד לצדק חלוקתי. הניטרליות במובנה המוחלט/המסורתי אמורה לקיים את היעילות, כאשר לנגד עיניה עומדת יעילותה של הפעילות הכלכלית. התפיסה היא שהתערבות פוגעת בפעילות המשק, וניטרליות של דיני המס תאפשר לצדדים לשקול רק שיקולים כלכליים נחוצים. השוויון (בהנחה שהוא אינו מבוסס על תפיסה ליברטנית, למשל) אמור להשיג את המטרה האחרת – הצדק החלוקתי. "הניטרליות המותאמת" היא במידה מסוימת פשרה בין העקרונות, הניטרליות הטהורה מקדמת כאמור את היעילות, ולגבי הניטרליות הכפויה אי־אפשר לקבוע מסמרות.

פרק ד: סוף־דבר

הוראת המיזוג שבפקודת מס הכנסה היא נקודת מוצא מעניינת לעיון חוזר בעקרונות המס.

95 בנוגע לכוחם הרגולטוריים של דיני המס ביחס לדינים אחרים ראו: Reuven S. Avi-Yonah, *Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax*, 90 VA. L. REV. 1193, 1244 (2004).

96 למטרות הנוספות ראו Avi-Yonah, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

97 עם זאת, השימוש במונח "ניטרליות מותאמת" בהקשר של מיזוג הוא טאוטולוגי במידה מסוימת, שכן הוספת הוראת המיזוג לפקודת מס הכנסה ניסתה – לפחות על־פי הצהרתה – לעודד פעילות כלכלית. הצורך להתאים את הפעולה כדי ליפול למסגרת הסעיף פוגע בתמריצים הכלכליים.

בפתיח של רשימה זו הוצגו שתי שאלות השזורות זו בזו. הראשונה הייתה אם הוראת המיוזג אכן מקדמת את המטרה המוצהרת – הניטרליות – שלשמה נחקקה. הדיון בעקרונות המס וביסודות סעיף 103ג הוביל למסקנה שעקרון השוויון דוחק את הניטרליות הצידה. ברם, די היה בעיון ראשוני ברשימת העקרונות להבין שעקרונות אלה אינם יכולים תמיד לדור בכפיפה אחת.

הדיון בשאלה זו סיפק את התשתית העיונית לדיון בשאלה השנייה, שבה קטלגנו את הניטרליות לתת-קטגוריות על-פי מטרותיהם של דיני המס ועל-פי נקודת השקחה לערכי השוויון. ראינו שבמקרים אחדים – אם נאמץ הגדרה דווקנית לניטרליות ולשוויון – יעלו שני העקרונות בקנה אחד. מטרת הרשימה לא הייתה לדרג את העקרונות מבחינה ערכית, אולם מרגע שנבחר עקרון השוויון, בדקנו כיצד ניתן ליישם באופן מלא ככל האפשר את העיקרון האחר. הואיל ועקרון הניטרליות שקול למגדל הפורח באוויר, נדרשה רשימה זו להוציא את סיווגי הניטרליות לאוויר העולם. דיון זה נעשה, כאמור, על רקע הוראת המיוזג שבפקודת מס הכנסה.

נספח א: נתונים על הפנייה לפרה־רולינג

הנתונים על הפנייה לפרה־רולינג בין ינואר 2006 ליוני 2006 מרוכזים בטבלה שלהלן:⁸

סה"כ	אופציות	מיסוי מקרקעין	מיסוי בינ"ל	שוק ההון	חוקי עידוד	שינוי מבנה	
34	5	7	5	5	5	7	ינואר-מרס 2006
100%	15%	20%	15%	15%	15%	20%	
44	2	9	7	3	8	15	אפריל-יוני 2006
100%	5%	20%	16%	7%	18%	34%	
78	7	16	12	8	13	22	סה"כ ינואר-יוני 2006
100%	9%	21%	15%	10%	17%	28%	

התרשים הבא מאגד את נתוני הטבלה:



98 הנתונים לקוחים מאתר רשות המיסים: www.mof.gov.il/taxes