

אדוניים נכבדים,

**הנדון: קיזוז הפסדים – רכישת חברה בעלת הפסדים צבורים – ביהמ"ש העליון
בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ נ' פקיד שומה 1 ירושלים**

עובדות המקרה

המערערת, שפעלה כמוסד לתיקון כלי רכב, חתמה בשנת 94 על הסכם עם חברת אסי-אור למכירת נכסים וזכויות שונות. מר בן ארי היה מנהל ובעל מניות בחברת אסי-אור. לאחר חתימת ההסכם, החזיק בן ארי בעקיפין ב-32% ממניות המערערת. בשנתיים העוקבות ספגה המערערת הפסדים ובתחילת 97 הפסיקה את פעילותה כמוסד, נכסיה נמכרו ועובדיה פוטרו. בשנת 98 רכש בן ארי את יתרת מניות המערערת (68%) מבעלי המניות האחרים. בשנת 99 העביר בן ארי למערערת פעילות בתחום הביטוח מחברה אחרת שבניהולו ובשליטתו (להלן: החברה המעבירה) וגם שינה את שמה של המערערת.

החברה המעבירה היתה רווחית טרם העברת הפעילות ופורקה מאוחר יותר. פעילות המערערת בתחום הביטוח היתה רווחית והיא ביקשה לקזז מהכנסות חייבות אלו את הפסדיה הצבורים מהפעילות כמוסד. המשיב קבע כי לא ניתן לקזז הפסדים אלה, כיוון שלשיתתו, העברת הפעילות של סוכנות הביטוח למערערת היא בבחינת "עסקה מלאכותית".

בית המשפט המחוזי

בית המשפט המחוזי קבע כי רכישת יתרת המניות והעברת הפעילות בתחום הביטוח מהוות שתיהן מהלך אחד, והוא העומד למבחן אם יש מאחוריו מטרה מסחרית מלבד הרצון להפחית מס. בית המשפט המחוזי פסק כי לא נמצא טעם מסחרי העומד בבסיס הבחירה לבצע את העסקה בדרך של רכישת מניות המערערת והעברת הפעילות הרווחית בתחום הביטוח אליה דווקא. נקבע כי מטרת העסקה היתה הפחתת מס והצורה שבה נעשתה אינה מוסברת על ידי הטעם המסחרי הנטען, והערעור נדחה.

ביהמ"ש העליון

בפרשת רובינשטיין נדרש ביהמ"ש להכריע במצב שבו הרוכש המאוחר רכש חברה נטולת נכסים ופעילות עם הפסדים צבורים מבלי שהוא נשא בהפסדים (באופן עקיף, שכן החברה היא שנושאת בהפסדים).

במקרה הנדון השאלה – מהו הדין כאשר בעל מניות מיעוט, שנשא בחלק מההפסדים קודם להתרוקנות החברה מפעילותה הקודמת, רוכש את השליטה בחברה ללא כל טעם מסחרי ומעביר אליה פעילות רווחית. לאור ההבדלים בין המקרים, נקבע כי העקרונות שנקבעו בפרשת רובינשטיין מהווים נקודת מוצא בלבד.

לגישת ביהמ"ש, כאשר מתקיים טעם מסחרי לעסקה והמטרה הדומיננטית אינה קיזוז ההפסדים הצבורים, יותרו הפסדים אלה בקיזוז, כפי שנקבע בעניין רובינשטיין. הדיון דן עוסק בזכות לקיזוז הפסדים כאשר אין לעסקה טעם מסחרי והמטרה הדומיננטית בעסקה היא לנצל זכות זו.

ביהמ"ש קבע כי **שני עקרונות** עומדים בבסיס ניתוח הסוגיה הנדונה.

העיקרון הראשון נוגע לאי התרת רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים כאשר אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס. עיקרון זה נקבע בפרשת רובינשטיין מכוח ההוראה בדבר התעלמות מ"עסקה מלאכותית" שמטרתה היא הפחתת מס לא נאותה. עיקרון זה תקף ועומד על כנו.

העיקרון השני – שמירה על זכותו של בעל המניות "ליהנות" מהפסדיו הכלכליים האמיתיים, בדרך של קיזוזם ולא בדרך של מכירתם לגורם אחר. הנאה מהפסד בדרך זו אינה "מלאכותית" אלא עסקית-כלכלית.

נקבע כי קו פרשת המים ביישום עקרונות אלה הוא **השינוי או היעדר השינוי ב"שליטה" בחברה**. בעל השליטה הוא גם בעל היכולת לכוון את פעילותה של החברה ולהובילה לרווחיות. על פי רוב הוא בעל האינטרס הכלכלי העיקרי בחברה.

כאשר בעל שליטה בחברה שצברה הפסדים מביא לשינוי תחום פעילותה, ולחברה יש הכנסות חייבות במס לאחר השינוי, אין חולק כי החברה תוכל לקזז את הפסדיה בעבר כנגד הכנסתה החייבת במס, על פי דיני קיזוז ההפסדים. במצב בו נמכרת ה"שליטה" בחברה ללא טעם מסחרי זולת ניצול הזכות לקיזוז ההפסדים, נוטה האיזון לכיוון העיקרון האוסר רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים.

כאשר השליטה בחברה נמכרת לגורם חיצוני שלא נשא בהפסדים. במצב זה, ככלל, העיקרון הגובר הוא איסור רכישת הפסדים שספגו בעלי מניות אחרים כאשר אין טעם כלכלי לעסקה מלבד הפחתת מס. שלילת הזכות לקיזוז הפסדים במצב זה תביא לכך שעסקאות אלה לא תבוצענה במקום שבו אין לעסקה טעם מסחרי-עסקי ממשי.

נקבע כי מקום בו נדרשים להכרעה ביחס לקיזוז הפסדים בחברה בעקבות עסקה במניותיה שאין לה טעם מסחרי, יחולו העקרונות הבאים:

- כאשר יש שינוי שליטה בחברה ובעל השליטה החדש לא היה בעל מניות בחברה בעת התהוות ההפסדים – אין להתיר לחברה לקזז את ההפסדים שנתהוו טרם שינוי השליטה. זה הכלל שנפסק בעניין רובינשטיין. כלל זה חל גם כאשר בעל השליטה החדש לא רוכש את מלוא הזכויות בחברה, ובחלק מהמניות מחזיק בעל מניות מיעוט אשר ספג הפסדים טרם שינוי השליטה.
- כאשר בעל השליטה החדש היה בעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים – יש להתיר קיזוז יחסי של הפסדים. ההפסד שיותר לחברה בקיזוז ישקף את ההפסד הכלכלי שספג הרוכש בהיותו בעל מניות מיעוט, קרי: מכפלת ההפסדים בשיעור ההחזקה שלו כבעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים.
- כאשר לא מתקיים שינוי שליטה בחברה, אין ב"החלפת ידיים" במניות החברה (בעסקאות בין המיעוט לרוב ובעסקאות של המיעוט והרוב עם גורמים חיצוניים) כדי לפגוע בזכות קיזוז ההפסדים של החברה ויש להתיר את קיזוז ההפסדים במלואו.
- כאשר בעל שליטה מוכר חלק ממניותיו והשליטה נותרת בידו לאחר המכירה עשוי להתעורר קושי מסויים. במצב זה, בעל השליטה הוא עדיין הנהנה העיקרי מקיזוז הפסדי החברה כנגד הכנסותיה. אחת האפשרויות היא שיש להתיר קיזוז מלא כאשר הסכם השליטה המשותפת נעשה עם בעל מניות המיעוט שספג אף הוא את ההפסדים, ויש להתיר קיזוז חלקי או לא להתיר קיזוז כלל כאשר ההסכם נעשה עם גורם חיצוני. ביהמ"ש אינו נדרש לסוגיות אלה במקרה הנדון, והן יוכרעו אם וכאשר הן יובאו להכרעה שיפוטית או להסדרה חקיקתית.

במקרה דנן, מכירת השליטה הינה למי שהיה בעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים והשקעתו כבעל מניות מיעוט נבעה מטעמים עסקיים ולא מטעמי הפחתת מס. במצב זה, נדרש איזון עדין יותר בין שני העקרונות. מחד, בעל מניות המיעוט לא נשא מבחינה כלכלית בהפסדיו של בעל השליטה, ומאידך, בעל מניות המיעוט ספג הפסד כלכלי ממשי שנבע מהשקעתו העסקית בחברה, ומעוניין לרכוש את השליטה בחברה ולהביא אותה לפסים של רווחיות במטרה לקזז אגב כך את ההפסדים שספג.

נפסק כי יש להתיר לחברה לקזז אך את ההפסד המתקבל מהכפלת ההפסדים שנצברו בשיעור ההחזקה של מר בן ארי כבעל מניות מיעוט בעת התהוות ההפסדים, קרי: 32% מההפסדים.

בכבוד רב

קרלמן – רואי חשבון