

פרשנות שיפוטית של הטבות מס לעידוד השקעות

מאת

גגה בליקשטיין שחורי ואילן בנשלום*

תקציר

חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 נועד לקדם יעדים של פיתוח כלכלי, בין השאר באמצעות הענקת הטבות מס למשקיעים בשווי של מיליארדי ש"ח בשנה. החוק הוא אחד מהחוקים המורכבים והמשמעותיים ביותר מבחינה תקציבית במערכת המס הישראלית, משום שהטבות המס הניתנות במסגרתו סוטות מהכללים הרגילים שדרכם מערכת המס מבקשת לקדם את יעדיה.

הטבות המס הקבועות בחוק ובחוקי עידוד אחרים הן לרוב הוראות מורכבות המציבות תנאים לזכאות הנישום להטבת המס. אולם, לא פעם המציאות מציגה מצבים חדשים שאותם לא חזה המחוקק או לא יכול היה לחזות. כך, רשויות המס ובתי המשפט נדרשים לא פעם להתמודד עם שאלות בדבר הפרשנות הראויה של הטבות המס תוך התחשבות בלשון החוק, בתכליתו, בהלכות קודמות ובעקרונות משפט כלליים, בפרט אלו של דיני המס הכלליים. כדי להציג את הקושי שבמורכבות האמורה, ואת השימוש בכלים של פרשנות משפטית כדי לפתור אותה, יתמקד המאמר בניתוח הסוגיה של קיזוז הפסדים.

בראי הקשיים הפרשניים שהחוק מעורר, מאמר זה שואף לקדם שתי טענות. הראשונה היא טענה תיאורית העוסקת במדיניות המשתקפת בפסיקת בתי המשפט באשר לפרשנות של הטבות המס הניתנות מכוח חוק עידוד השקעות הון. לשם כך המאמר סוקר את התפתחות הפסיקה מאז פסק הדין המכונן בעניין לה נסיונל ועד היום. המאמר מראה כיצד פרשנות זהירה של הטבות המס נהפכה עם השנים לפרשנות רחבה, במטרה לקדם את תכלית החקיקה – עידוד השקעה בפעילות כלכלית מסוימת. לפי הנטען במאמר, פסקי דין שניתנו בשנים אחרונות יצרו חוסר בהירות דוקטרינרית, שבגינה נדמה שהפסיקה ניצבת על פרשת דרכים באשר לצורת הפרשנות הראויה של הטבות המס. פרשת דרכים זו היא הזדמנות ייחודית לבחינה מחודשת של המדיניות הפסיקתית הראויה.

הטענה השנייה שהמאמר מבקש לקדם היא טענה נורמטיבית. במובנים רבים טענה זו ממשיכה את הטענה התיאורית, וגורסת כי קריאה מרחיבה של הטבות המס אינה משקפת

* תודה לכרמל בארי על עבודתה כעוזרת מחקר ולקרן הלאומית למדע (מענק 270/13) על תמיכתה במחקר זה. כמו כן רצינו להודות ליוסף ארעזי, לאור אלקון, לגדי בנשלום, לאדם חופרי, לאבי ליכט, לברק מדינה, לקובי ניסים, לקמיל עטילה ולרם שחורי על עזרתם והערותיהם. האחריות לכל האמור במאמר זה היא כמובן שלנו בלבד.

מדיניות שיפוטית מסתתרת. תחת זאת המאמר טוען כי ראוי לאמץ דוקטרינה פרשנית זהירה יותר ומנסה לנסח את הכלל הפרשני הראוי. זאת, בעיקר, בשל הבעייתיות של הטבות המס הניתנות מכוח החוק ובשל המטרות הגבייתיות-חלוקתיות של דיני המס. לקראת סיום המאמר עומד על השלכות המצב המשפטי הקיים על אופן הפעולה של בתי המשפט ושל המחוקק.

הקדמה

- א. חוקי העידוד
- ב. פרשנות הטבות המס מכוח החוק
 1. תיאור כללי
 2. הסוגיה של קיזוז הפסדים ופסק הדין בעניין לה נסיונל
 3. התפתחות הדוקטרינה באשר לפרשנות הראויה של הטבות מס לאחר פסק דין לה נסיונל
 4. על פרשת דרכים: סדקים בדוקטרינת הפרשנות המשפטית המרחיבה של הטבות מס
 - (א) פסקי דין מאוחרים הנסוגים מכלל הפרשנות המרחיב של הלכת עייט
 - (ב) הכרעת בית המשפט העליון בפסק דין מודול בטון: האומנם אשרור הגישה המרחיבה?
 5. אפילו: בחזרה לעתיד – ניצניה של גישה פרשנית חדשה?
 - ג. דין ראוי: נסיגה מכלל הפרשנות המרחיב
 1. הכלל הפרשני המוצע
 2. הטעמים המצדיקים נסיגה מכלל הפרשנות המרחיב
 3. בחינה תוצאתית של הכלל המוצע ביחס לשיקולים של מדיניות מס ראויה
 4. השלכות הנסיגה מכלל הפרשנות המרחיב על מדיניות המס הרצויה

סיכום

הקדמה

החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן: החוק) הוא אחד החוקים המורכבים והמשמעותיים ביותר המסדירים את מערכת המס הישראלית. מדי שנה החוק מעניק למשקיעים הטבות מס בהיקף של כ-6.5 מיליארד ש"ח, מה שהופך אותן להטבות מס מהגבוהות ביותר של מערכת המס הישיר בישראל.¹

1 הטבות המס מכוח החוק ניתנות בדרך של הפחתת מס חברות. מאחר שיש מחלוקת בספרות על מי מוטל נטל מס החברות – על בעלי מניות או על עובדים (בעיקר) – קשה לקבוע מי

הטבות מס הן סובסידיות לכל דבר ועניין, אך בניגוד לסובסידיות ישירות שהממשלה והכנסת מאשרות את עלותן במסגרת חוק התקציב, העלות של הטבות המס במסגרת החוק איננה נקבעת מראש. כך, למשל, מס החברות מוטל על הכנסות של חברות בתקופה שחלפה, כך ששווי ההטבות הניתנות, לדוגמה, באמצעות הפחתה של שיעורי המס תלוי בפרמטרים שמעצם טיבם יתגלו רק בדיעבד (כגון רווחיות החברה בפועל ופעולות של הנישומים לתכנון מס).

בקווים כלליים, חוק עידוד השקעות הון מציע למשקיעים הטבות פיננסיות כדי לקדם ולפתח את כושר הייצור של משק המדינה, לשפר את יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים ולעזור ביצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא (ובפועל גם עידוד השקעה באזורים המוגדרים כאזורי פיתוח).² כיום החוק מציע שני סוגי הטבה עיקריים:³ מסלול מענקים, שמציע הטבה הניתנת בשלב ההשקעה ל"מפעלים מאושרים"; ומסלול הטבות מס, שהתווסף לחוק בשנת 1986, המציע הטבות שניתנות למפעלים "מוטבים" כמו דחיית מס או פטור ממס.⁴ אף שסוגיית הטבות המס מעוררת שאלות רבות, מאמר זה יתמקד רק בסוגיית הפרשנות המשפטית של הטבות המס המעוגנות בחוק.⁵

נהנה מההטבה. ראו: JIM NUNNS, URBAN INST. & URBAN-BROOKINGS TAX POLICY CTR., HOW TPC DISTRIBUTES THE CORPORATE INCOME TAX (2012), www.taxpolicycenter.org/UploadedPDF/412651-Tax-Model-Corporate-Tax-Incidence.pdf. בהתאם לתחזית שפרסם אגף התקציבים במשרד האוצר לשנות הכספים 2013 ו-2014, הטבות המס לשנת 2013 יסתכמו בכ-44.3 מיליארד ש"ח, שמהם יינתנו לפי החוק 6.3 מיליארד ש"ח, והטבות המס לשנת 2014 יסתכמו בכ-44.6 מיליארד ש"ח, שמהם יינתנו לפי החוק 6.7 מיליארד ש"ח. ראו "אומדן הטבות המס לשנות הכספים 2013-2014", זמין בכתובת: www.mof.gov.il/budgetsite/statebudget/budget2013_2014/documents/omdanhatavotmas_20132014.pdf וכן "תחזית הטבות המס לשנות הכספים 2013-2014", זמין בכתובת: www.mof.gov.il/budgetsite/statebudget/budget2013_2014/documents/thachzithatavotmas_20132014.pdf.

2 ראו חוזר מס הכנסה 3/2012 "תיקון מס' 68 לחוק עידוד השקעות הון" 1-10.6.2012 (להלן: חוזר 3/2012). ס' 1 לחוק מגדיר את מטרותיו: פיתוח כושר הייצור של משק המדינה, שיפור יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים ויצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא.

3 התחוקת אחר ההיסטוריה החקיקתית של החוק היא מלאכה מורכבת, באשר החוק זוכה לתיקונים ועדכונים חדשות לבקרים. לכן, סוגי הטבות הנדונים כאן מתוארים רק בקווים כלליים.

4 מסלול הטבות המס צורף לחוק רק בשנת 1986 והוא מוכר בכינוי "המסלול החלופי" (הכינוי בוטל בתיקון החוק משנת 2005). ראו: חוזר 3/2012, לעיל ה"ש 2; יוסף מ' אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" משפטים 437, 494-496 (2011) (להלן: אדרעי); וכן "מיסוי הכנסות מוטבות לפי חוק עידוד השקעות הון התשי"ט-1959" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, 24.9.2012) (להלן: חוות דעת ליכט).

5 הספרות המשפטית עסקה לא פעם בסוגיות קשורות שלא יידונו במאמר זה: ביקורת על עצם הצלחתו של החוק בהגשמת מטרותיו, החיצוניות לדיני המס, וביקורת על עצם השימוש בחקיקת מס לעידוד מטרות חברתיות וכלכליות שהן חיצוניות לעיקרון היכולת לשלם. להרחבה על סוגיות אלה ראו אדרעי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 491-492, 496-500; כן ראו דוד גליקסברג "תכנון המס ועיקרון תום הלב" גבולות תכנון המס 36-39 (1990).

הפרשנות של חקיקת הטבות מס לעידוד השקעות הון היא מלאכה מורכבת וחוסר הוודאות בה גדול. ראשית, כמו בכל חקיקה, החוק אינו מתאר את מכלול הסיטואציות האפשריות שבהן הסוגיות המשפטיות מושא החוק עשויות להתעורר.⁶ שנית, החוק הוא חלק ממארג החקיקה הפיסקלית הנכתבת לא אחת בלשון מעשית ואפילו טכנית, ולכן לא תמיד פשוט להתחקות אחר תכלית החוק.⁷ שלישית, הטבות המס הן הוראות הסוטות מההסדרים הקבועים בדיני המס הכלליים, כך שפרשנותן איננה נוגעת לאופן שבו יש להחיל את ההסדרים הכלליים אלא דווקא לסיטואציות שבהן יש לסטות מהם, ובמילים אחרות: הטבות המס הן חריג לכלל ולא כלל כשלעצמו. רביעית, ריבוי הטבות המס שבחוק, כמו גם הרבגוניות והמורכבות של הסוגיות שהובאו במשך השנים לדיון בפני בית המשפט באופן קוואיסיטי, מקשים על פיתוחה של דוקטרינה משפטית סדורה של כללי הפרשנות ושיקולי המדיניות הרצויים. את הקשיים האמורים היטיב לתאר השופט עציוני:

כנראה שזו דרכם של חוקים פיסקליים שעליהם "להצטיין" באי בהירות, בניסוח מסורבל, כאשר הוראה אחת רודפת שניה, לעתים מתנגשת אתה ולעיתים חופפת אותה [...] בסבך זה של החקיקה לא רק שהאזרח הרגיל יתקשה להתמצא אלא גם האדם המנוסה בחקיקה פיסקלית לא קל יהיה לו לרדת לסוף דעתו של המחוקק ולהבין את משמעות המונחים וההגדרות שבהם הוא משתמש.⁸

מאמר זה מראה כי מעבר לסבך ההגדרות והמונחים, הדוקטרינה המשפטית העולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון כאשר לפרשנות תחולתן של הטבות המס מכוח החוק (וחוקי עידוד נוספים, להלן ביחד: חוקי העידוד)⁹ היא בעייתית. מפאת מורכבות הנושאים שעמדו בפני בית המשפט העליון, חלק ניכר מההלכות שנבעו מהמקרים האלו איננו בהיר ומנומק דיו כדי ליצור כלל משפטי ברור. עמימות זו הביאה לא אחת לקריאה שיפוטית מרחיבה מאוד של הטבות המס – קריאה שמטבע הדברים מגדילה את נפח הסוכסדיה הניתנת מכוח החוק כמו גם את המחיר הגבייתי-חלוקתי שלו.¹⁰ לדעתנו, הקריאה המרחיבה של בית המשפט נותנת משקל חסר לעקרונות הכלליים של מערכת המס, כמו גם למטרות

6 במקרים אלו נדרש בית המשפט לפרש את החוק לפי לשון החוק, לפי תכלית החוק ולפי שיקול דעתו השיפוטי, המושפע למשל מהרקע החברתי, ההיסטורי והמשפטי או מעקרונות יסוד וחזקות משפטיות שונות. ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה כך ב 94-79 (1993).

7 למרות זאת, כללי הפרשנות לחקיקת מס דומים לכללי הפרשנות המוכרים לחקיקה רגילה ומתבססים בעיקר על הלשון והתכלית. ראו אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425 (1997) (להלן: ברק); ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' אלברט אברהם פולטי, פ"ד (סב) 280, פס" 26 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (2008).

8 ע"א 634/73 מיכאל ארנסט נ' פקיד השומה, פ"מ כט(1) 517, 524 (1974) (להלן: עניין ארנסט).

9 למשל, חוק עידוד התעשייה (מסים), התשכ"ט-1969, ס"ח 232 (להלן: חוק עידוד התעשייה).

10 קריאה מרחיבה כזו מגדילה את הסיכוי שנישומים יזכו בהליך הליטיגציה אל מול רשויות המס וייצרו תקדימים, והיא אף עשויה ליצור אפקט מצנן על נכונות המדינה להיכנס להליך של ליטיגציה ולהגביר את נכונותה להתפשר, כפי שקרה בפרשת הרווחים הכלואים, ראו בטקסט ליד ה"ש 174-162 (להלן); ובהקשר של חזון רשויות המס בפרשת קיזון ההפסדים, ראו להלן בטקסט ליד ה"ש 161-158.

הגבייתיות-חלוקתיות של החקיקה הפיסקלית שהחוק הוא חלק ממנה. אי לכך, המאמר שואף לקדם שתי טענות: הראשונה והמרכזית יותר היא טענה תיאורית שבמסגרתה נבקש לטעון כי הקריאה המרחיבה איננה בהכרח מחויבת המציאות, משום שאפשר לקרוא את ההלכות המרכזיות הנוגעות להטבות המס של החוק באופן מצמצם יותר; השנייה היא טענה נורמטיבית, שבמובנים רבים ממשיכה את הטענה התיאורית, וגורסת כי לאור הבעייתיות של הטבות המס הניתנות מכוח החוק ראוי לאמץ דוקטרינה פרשנית זהירה יותר מהדוקטרינה המרחיבה הקיימת, ולפעול באמצעים חקיקתיים לצמצומה של העמימות הטמונה בחוק. עיקר המאמר בניתוח הדילמה הפרשנית המתעוררת בפסיקה כיום בהקשר של הטבות מס בחוק, ובאופן שבו התפתחה הדוקטרינה הפרשנית לאורה של דילמה זו. נדגים, באמצעות הסוגיה של קיזוז הפסדים, כיצד הטבת מס פשוטה יחסית (הטלת שיעור מס נמוך), שנועדה לעודד פעילות כלכלית מסוימת, עשויה ליצור דילמה מורכבת לגבי האופן שבו יש ליישב בין הרציונל של הטבת המס לבין הסדרים כלליים של דיני המס. לדעתנו, סוגיה זו ממחישה כיצד התפתחה בפסיקה דוקטרינה פרשנית העשויה להיות מוצדקת בנסיבותיו של מקרה שהגיע לפתח בית המשפט – ובה בעת לשחוק את ההיבטים האנטי-כנוניים והחלוקתיים של חקיקת המס. הדיון בסוגיה של קיזוז הפסדים ייעשה תוך סקירה של התפתחות הפסיקה בפרספקטיבה רחבה יותר.

התרומה של המאמר נובעת מכמה היבטים. ראשית, המאמר מדגיש כי הפרשנות המשפטית הראויה של חקיקה פיסקלית העוסקת בהטבות מס עשויה להשליך על יכולתה של מערכת המס לקדם את המטרות הגבייתיות והחלוקתיות של דיני המס – לא רק משום שהיא מקטינה את היקף הגבייה אלא גם משום שהיא מצננת את הנחישות של רשויות המס להגיע להישגי גבייה. שנית, כפי שנראה, הפסיקה יצרה דוקטרינה לא קוהרנטית העשויה לגרור חוסר-ודאות. לתפיסתנו, הדוקטרינה המשפטית באשר לפרשנות הטבות מס מכוח חוקי העידוד ניצבת כיום על פרשת דרכים. מאמר זה מבקש להשתתף בדיון המשפטי בדבר האופן שבו יש לקרוא את ההלכות של בית המשפט העליון, ולתרום בכך להבניה של דוקטרינה פרשנית אחידה וזהירה יותר; אנו מקווים שדוקטרינה זו תייחס משקל לא רק לרצון המחוקק לתת הטבת מס אלא גם למחיר החברתי של ההטבות כשכוונת המחוקק איננה ברורה לגמרי. שלישי, המאמר מבקש לפתוח צוהר ראשוני לדיון בהשלכות החלוקתיות של הדוקטרינה הפרשנית העוסקת בחקיקת המס.

החלק הראשון של המאמר מתאר בקצרה את ההקשר הכלכלי-משפטי של החוק. החלק השני סוקר בצורה תיאורית את התפתחות הדוקטרינה הפרשנית באשר להטבות מס מכוח חוקי העידוד, כפי שהיא משתקפת בהלכות בית המשפט העליון ובאופן שבו אומצו הלכות אלו בערכאות הדיוניות. חלק זה מסביר את המורכבות אגב הדגשת הסוגיה של קיזוז הפסדים, כפי שנותחה בשלושה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון, ובהמשך – בחוזר שפרסמו רשויות המס. כפי שנראה, הכללים שנקבעו בבית המשפט העליון יצרו הלכה מסוימת (המרחיבה את הטבות המס), אך הלכה זו נשחקה בשורה של פסקי דין מאוחרים יותר. החלק השלישי מסביר מדוע מדיניות מס שיפוטית ראויה מחייבת נסיגה מכלל הפרשנות המרחיב וכיצד ראוי לנסח כלל פרשני אלטרנטיבי. כמו כן, מוצע כי בשל הקושי הפרשני הכרוך בסוגיית הטבות המס, יגלה המחוקק משנה-זהירות בעת שהוא בוחר באיזו הטבת מס להשתמש. לבסוף, נסכם את המאמר.

א. חוקי העידוד

החוק הוא ניסיון מודע של המחוקק לתמרץ סוגים שונים של מיזמים כלכליים. במשך השנים השתמש החוק במגוון רחב של אמצעים להשגת מטרותיו, ובין היתר נעזר בסובסידיות ישירות (כגון מענקים) או בסובסידיות בדרך של הטבות מס שהן, כאמור, מוקד המאמר. הטבות מס נועדו לעודד את ההשקעה שהמחוקק רוצה לתמרץ באמצעות הכפפת המיזם להוראות מס מקלות כגון הטלת שיעור מס נמוך יותר על רווחי המיזם.¹¹ אף על פי שהשימוש בהטבות מס ככלי לעודד השקעות נפוץ בעולם,¹² הבחירה לקדם באמצעותן את מטרות החוק אינה מובנת מאליה. לא אחת נטען כי השימוש בהטבות מס הוא בעייתי, משום שברוב המקרים הוא בעל אפקט חלוקתי דגרסיבי בהשוואה לסובסידיות ישירות.¹³ נוסף על כך, מאחר שלציבור הרחב קשה יותר להבין ולכמת הטבות מס מסובכות, בהשוואה לסובסידיות ישירות, מערכת המס היא כר נוח לפעילות של קבוצות לחץ פוליטיות המבקשות לקבל פריבילגיות מהשלטון.¹⁴ ספציפית, בישראל, נתוני האוצר מלמדים כי במשך

11 המונח "הטבות מס", שבספרות נקרא פעמים רבות גם "הוצאות מס", איננו פשוט להגדרה משום שאין נקודת בסיס "נכונה" במערכת המס שנחשבת לנקודת המוצא שביחס אליה ניתנת ההטבה. ראו: Thomas D. Griffith, *Theories of Personal Deductions in the Income Tax*, 40 HASTINGS L.J. 343, 345-47 (1989); Daniel N. Shavir o, *Rethinking Tax Expenditures and Fiscal Language*, 57 TAX L. REV. 187, 208-213 (2004). עם זאת, אפשר להגדיר הוצאות מס כאותם חלקים בחקיקת המס שבאמצעותם המחוקק מנסה להשפיע על ההתנהגות או על הרכב הנכסים של משלמי המסים. ראו: Saul Levmore, *Taxes as Ballots*, 65 U. CHI. L. REV. 387, 387-88 (1998) שם, בעמ' 189.

12 SEBASTIAN JAMES, TAX AND NON-TAX INCENTIVES AND INVESTMENTS: EVIDENCE AND POLICY IMPLICATIONS 4 (2013).

13 הרגרסיביות נובעת מכך שעל פי רוב הטבות מס ניתנת באמצעות פטורים וניכויים (שהשווי הכלכלי שלהם נגזר מגובה המס השולי) או באמצעות נקודות זיכוי (שהשווי האפקטיבי שלהן נגזר מגובה חבות המס של נישומים). מכיוון ששיעור המס על אנשים עשירים לרוב גבוה יותר, נטען כי הטבות מס – בניגוד לסובסידיות ישירות – נוטות להטיב עם העשירים. היסוד הרגרסיבי של הטבות המס נכון גם בהקשר של מיסוי חברות, שעליהן (בדרך כלל) מוטל שיעור מס אחיד. בהנחה שלפחות חלק מנטל המס האפקטיבי של מס החברות (incidence) נופל על בעלי המניות בחברה – כלומר: על המשקיעים – אזי כל עוד ההשקעה במניות של חברות איננה מפוזרת באופן הומוגני בחברה (אלא מאפיינת בעיקר אנשים עשירים), הטבת המס לחברות עשויה ליצור אפקט חלוקתי דגרסיבי.

14 לדיון כללי על ההשפעות הפוטנציאליות של קבוצות אינטרס ראו: ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: מדינה). האסכולה המקובלת במשפט הישראלי סבורה כי יש לשאוף שהכרעות חברתיות יהיו מנותקות מאינטרסים אישיים של המשתתפים בהכרעה; ראו שם, בעמ' 566-570; יוסף מ' ארעי מבוא לתורת המיסים – על מקורותיה, עקרונותיה, תכליתה והגיונה 41, 195-198 (2008) (להלן: מבוא לתורת המיסים). לביקורת כללית על העלויות החברתיות הכרוכות בשימוש בתמריצי מס ראו: Edward Kleinbard, *The Congress Within a Congress: How Tax Expenditures Distort Our Budget and Our Political Process*, 36 OHIO NORTH. U. L. REV. 1 (2010); Stanley

שנים נהנו מספר קטן של קבוצות עסקיות מרכזיות במשק מרוב הטבות המס שניתנו במסגרת החוק.¹⁵ כמו כן, מחקרים שונים העלו חששות משמעותיים שהטבות המס שניתנו במסגרת לא השיגו את מטרתן.¹⁶ לבסוף, הטבות המס מסבכות את מערכת המס.¹⁷ למרות האמור לעיל, חשוב להדגיש שיש גם טיעונים התומכים במתן הטבות מס. ראשית, במשך השנים הצטברה ביקורת רבה נגד הספרות המתנגדת קטגורית לשימוש בהטבות מס. ביקורת זו טענה באופן משכנע כי הקביעה שהטבות מס קלות יותר לניצול לרעה על ידי קבוצות אינטרס, רגרסיביות יותר ויעילות פחות היא תלויה הקשר, וכי למערכת המס יש כמה יתרונות בחלוקת הטבות שלסובסידיות ישירות אין.¹⁸ שנית, בהחלט ייתכן כי הטבות מס להשקעות הן מוצדקות, לפחות בחלקן, בשל הדינמיקה של תחרות מס בין מדינות, כשהטבות מס ושיעורי מס נמוכים מסייעים לנתב השקעות הון לתחומן של המדינות.¹⁹ לאור האמור לעיל, מאמר זה איננו מבקש לערער על הנחיצות של הטבות מס הניתנות במסגרת החוק.

- S. Surrey, *Federal Income Tax Reform: The Varied Approaches Necessary to Replace Tax Expenditures with Direct Governmental Assistance*, 84 HARV. L. REV. 352 (1970) ראו גם סקירת ספרות קצרה: דפנה שורץ סקירת ספרות – חוק עידוד השקעות הון ותמריצי מיקום 17-21 (נייר עבודה מס' 20, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 2002) (להלן: שורץ).
- 15 מנהל הכנסות המדינה דו"ח שנתי 2011-2012 198 (2013). לדיון על אודות שכיחות הפרקטיקה של מתן הטבות לקבוצות עסקיות מרכזיות והשלכותיה ראו שורץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 5.
- 16 ראו מבקר המדינה "הטבות המס הניתנות מכוח החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959" דוח שנתי 64 א 175-182 (2013) (להלן: דו"ח מבקר המדינה); ארעי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 496-499; עמי צדיק חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 – תיאור וניתוח 4-6 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2007) (להלן: צדיק); עומר מואב ויניב ריינגוורץ חוק עידוד השקעות הון בישראל: התעסוקה באזורי הפיתוח בשנים 2004-1984, 4-8, 12-16 (2006); שורץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9-11. מחקר נוסף מצא כי החוק אמנם איננו מעוות את פירון ההון במפעלים מאושרים אך גם אינו מעודד בהכרח השקעה או תעסוקה; ראו גיא נבון ורוני פריש השפעת החוק לעידוד השקעות הון בתעשייה על התוצר, התעסוקה וההשקעה: ניתוח אמפירי בנתוני מיקרו (בנק ישראל, חטיבת המחקר, 2009). ראו גם בנק ישראל דין וחשבון 2013 180-181 (2014), זמין בכתובת: www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/DocLib3/BankI_sraelAnnualReport/%D7%93%D7%95%D7%97%D7%91%D7%A0%D7%A7%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C%202013/all-2013.pdf
- 17 Michael J. Graetz, *100 Million Unnecessary Returns: A Fresh start for the U.S. Tax System*, 112 YALE L.J. 261, 273-76 (2002).
- 18 ראו: Shaviro, לעיל ה"ש 11, בעמ' 187-188. כן ראו: David A. Weisbach & Jacob Nussim, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 YALE L.J. 955 (2004); Edward A. Zelinsky, *Efficiency and Income Taxes: The Rehabilitation of Tax Incentives*, 64 TEX. L. REV. 973, 975-77 (1986).
- 19 ראו: Michael P. Devereux, Rachel Griffith & Alexander Klemm, *Corporate Income Tax Reforms and International Tax Competition*, 17 ECON. POL'Y 451, 451-54 (2002); Michael P. Devereux, Ben Lockwood & Michela Redoano, *Do Countries Compete over Corporate Tax Rates?*, 92 J. PUB. ECON. 1210, 1212-13, 1231 (2007); KEVIN S. MARKLE & DOUGLAS A. SHACKELFORD, *WORLDWIDE CORPORATE INCOME TAXES* 7 (2009),

גם אם נקבל כהנחת מוצא שהשימוש של החוק בהטבת המס מוצדק, מרגע שנקבעה ההטבה בחוק יש לשאול כיצד לפרש אותה. אמנם, כאמור, הבחירה בהטבת מס עשויה להיות שנויה במחלוקת, אולם היא בכל מקרה מבטאת "בחירה" של המחוקק. זו הסיבה שרשויות המס, הנישומים ובתי המשפט צריכים להתמודד עמה, גם כשהמחוקק לא הסדיר עד הסוף את מכלול הסוגיות העשויות להתעורר עקב האינטראקציה בין הטבת המס לבין דיני המס הכלליים. במקרים אלו אין מנוס מליישב בין האפשרויות השונות של קריאת הוראות החוק בכלים של פרשנות משפטית.

ייתכנו גישות רבות לפרשנות של חקיקת המס.²⁰ בלי לקבוע עמדה ביחס לגישה זו או אחרת, הניתוח שלהלן יתרכז בגישת הפרשנות התכליתית שאומצה בישראל על ידי בית המשפט העליון ושלפיה בית המשפט צריך לבחור מבין הפרשנויות המתיישבות עם לשון החוק את האפשרות הפרשנית המגשימה באופן הטוב ביותר את תכליתו.²¹

www.ifs.org.uk/conferences/etpf09_shackelford_paper.pdf. לגבי הקשר הפוטנציאלי בין הטבות מס לעירוד השקעות זרות ראו: Alexander Klemm, *Causes, Benefits, and Risks of Business Tax Incentives* (Int'l Monetary Fund, Working Paper 21, 2009), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2009/wp0921.pdf>; Alexander Klemm & Stefan Van Parys, *Empirical Evidence on the Effects of Tax Incentives* (Int'l Monetary Fund, Working Paper 136, 2009).

20 בולטת במיוחד בחדותה הגישה שהציג דיויד ויסבך, המתבססת על הספרות הכלכלית של commodity taxation. לגישתו, בכל פעם שיש עמימות באשר להסדר המס שצריך לחול על עסקה מסוימת יש לבחור את ההסדר שמוחל על התחליף הקרוב ביותר לעסקה. ראו: David A. Weisbach, *Line-drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law*, 84 CORNELL L. REV. 1627 (1999).

21 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה*, לעיל ה"ש 6, וכן ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985); ע"א 8269/02 פקיד שומה נ' כרמל אולפנינים, פ"ד נט(1) 499, 505 (2004) (להלן: עניין כרמל אולפנינים בעליון). לתפיסה שלפיה הפרשנות התכליתית היא הפרשנות המקובלת בחוק הישראלי שותפים גם מלומדים החוקרים את המשפט. גישה זו התקבלה גם באקדמיה המשפטית בישראל כאמת-המידה לניתוח הפסיקה. ראו: דוד גליסקברג "המשפטיזציה של המסים: על זיקתו של השיח המסי לשיח המשפטי הכללי" *ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק* 595, 603-610 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: המשפטיזציה של המסים); יורם מרגליות "בשבחה של פרשנות מהותית: בג"ץ כהן כהחמצה של הזדמנות להסדר משפטי כולל" *עיוני משפט* לה 231 (2012); רפעאת עזאם "פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקה בית-המשפט העליון" *משפט ועסקים* יח 401 (2014). לגישה אחרת ראו: אבי נוב "פרשנות חקיקת מס: בחזרה ללשון החוק" *המשפט* טו(2) 767 (2010). לרחיית העמדה שלפיה פרשנות דיני המס הופכת למילולית יותר מאשר תכליתית ראו ע"מ (חי') 15918-09-09 *צילומעתיק החזקות* (1993) בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פס' 30-31 לפסק דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 24.11.2013) (להלן: עניין צילומעתיק).

ב. פרשנות הטבות המס מכוח החוק

1. תיאור כללי

מאמר זה ינתח את האופן שבו פירשו בתי המשפט בישראל את היקף הטבות המס שניתנו מכוח חוקי העידוד הבאים באינטראקציה עם חקיקת המס הכללית. דיני המס הם מורכבים מאוד וכוללים הסדרים המתייחסים לנושאים רבים. גם המיזמים הכלכליים שזכאים להטבות מכוח החוק כפופים לדיני המס הכלליים, למעט המקרים שהוחרגו מפורשות לפי חוק. לדוגמה, אם החוק מטיל שיעור מס שונה (ונמוך) על רווחים ממיזם מסוים אך לא משנה את סיווג ההכנסה, אמנם יוטל עליה שיעור מס נמוך – אך ההסדרים שבאמצעותם יחושב גובה ההכנסה יהיו זהים לאלו שחלים על הכנסות אחרות מאותו סוג (ואינן זכאיות בהכרח להטבת מס מכוח החוק). הקושי הפרשני יתעורר במקרים שבהם הטבת המס הגלומה בחוק לא מתייחסת ישירות להוראה מסוימת בדיני המס הכלליים, אף על פי שאופן ההחלה של ההוראה הכללית על המיזם נשוא הטבת המס עשוי להשפיע על שווי הטבת המס. לדעתנו, כמה גורמים הופכים את האינטראקציה בין החוק להסדרים הכלליים של דיני המס למשימה פרשנית קשה במיוחד. ראשית, הפרשנות התכליתית מורכבת יותר ככל שהחוק נועד לקדם תכליות רבות ומגוונות יותר. במשך השנים הכירה הפסיקה כי מטרת החוק היא לעודד השקעות הון (חיצוני ומקומי) בישראל לשם עידוד יוזמה כלכלית, פיתוח כושר הייצור של המדינה, עידוד ייצוא ועידוד השקעה או תעסוקה בפריפריה.²² זהו מגוון מטרות נרחב מאוד היכול לכלול חלק ניכר מהפעילות הכלכלית במשק. כאשר יש עמימות בחוק המצריכה פרשנות שיפוטית, סל המטרות הנרחב הזה איננו יכול לספק הנחיה טובה. כך, משום שלא ברור כיצד שופטים יכולים לקבוע עד כמה פעילות כלכלית מסוימת מקדמת כל אחת ממטרות אלו, ועד כמה ההטבה נחוצה כדי לעודד את המטרות הללו – שהרי ההשפעה על כל מטרה עשויה להיות שונה. בהקשר זה יש לציין כי נוסף על ריבוי המטרות, במשך השנים השתנו מטרות החוק, דבר שהפך למורכבת מאוד את ההתחקות אחר המטרות של כל סעיף וסעיף, תוך התחשבות בתקדימי הפסיקה.²³ כמו כן, לא אחת חייב סעיף שמירת הדינים בחוק את בית המשפט להתמודד עם סוגיות שנים רבות

22 ראו לעיל ה"ש 2. על אודות מטרות החוק הרבות והמגוונות ראו: צדיק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1; ע"א 745/80 סברניה, מפעלי טקסטיל בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לה(4) 430, 432 (1983) (להלן: עניין סברניה); ע"מ (ת"א) 56410-11-10 כ.צ.ט. נוביס בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פס' 35 לפסק דינו של השופט אלטוביה (פורסם בנבו, 5.6.2013) (להלן: עניין נוביס).

23 למטרות החוק כיום ראו לעיל בה"ש 2. בנוסחו הקודם כלל הסעיף במטרותיו: "(1) פיתוח כושר הייצור של משק המדינה, ניצול יעיל של אוצרותיה ויכולתה הכלכלית, וניצול מלא של כושר ייצורם של מפעלים קיימים; (2) שיפור מאזן התשלומים של המדינה, הקטנת הייבוא והגדלת הייצוא; (3) קליטת עליה, חלוקה מתוכננת של האוכלוסיה על פני שטח המדינה ויצירת מקורות עבודה חדשים".

אחרי שהחוק שונה, כך ששופטים ובעלי דין מצאו את עצמם מתדיינים על פרשנות סעיף שהמחוקק כבר חזר בו ממנו.²⁴

שנית, העובדה שבמשך שנים העניק החוק לגורמים שונים סמכות לאשר ולהתנות את הטבת המס הביאה לכך ששלל פרשנויות ניתנו להוראות חוק, לתקנות ולאישורים, ולעתים נדמה כי קשה ליישב ביניהן באופן קוהרנטי.²⁵

שלישית, בניגוד לסובסידיות ישירות, הבחירה לקדם את מטרות החוק באמצעות הטבת מס יוצרת עמימות לגבי עלותה החברתית. על פי רוב, לסובסידיות (בין שהן ניתנות ישירות ובין שהן ניתנות כהטבות מס) יש עלויות חברתיות הנובעות מהעלות הכספית או מההצנות פוטנציאליות אחרות שלהן (כגון האפקט החלוקתי שנלווה להן), והעמימות לגבי נפח הסובסידיה של הטבות המס גדולה יותר כי סובסידיה כזו מהווה התחייבות בהווה לשלם עלות חברתית בטווח הארוך. העלויות החברתיות של הטבות מס נגזרות ממשנתנים (כמו הכנסת הנישום) שעדיין אינם ידועים כשההטבה מובטחת. בפועל, המשמעות של חוסר הוודאות הזו היא שכאשר מתעוררת שאלה לגבי היישום הראוי של החוק, בתי המשפט ורשויות המס צריכים לשקול לא רק את המטרה של הטבת המס אלא גם את המחיר החברתי הכרוך בה. נדגיש, כי שאלת המחיר החברתי אינה עולה כשאלה של פרשנות משפטית כשלשון החוק ברורה, למשל כשקבוע בחוק שפעילות מסוימת תהיה פטורה ממס. יזם שעסק באותה פעילות יהיה זכאי לפטור מהמס על הרווחים בגינה, לא משנה כמה הרוויח. יתרה מזו: במצב עניינים זה, פקיד השומה או השופט אינם מוסמכים לשאול אם הרווח נבע מפעילות כלכלית שמקיימת את מטרות החוק אם לאו.²⁶ עם זאת, השאלה הפרשנית עשויה להתעורר במקרים שבהם הטבת המס איננה מתייחסת ישירות לאופן שבו יש לפרש כלל מסוים בחקיקת המס הכללית, וכשפרשנותו עשויה להגדיל או להקטין את היקף ההטבה. במקרים אלו צפויה להתעורר מחלוקת בין הנישום (שהקטנת ההטבה תפגע בכדאיות המיזם שלו) לבין רשויות המס (שהקטנת ההטבה תשפר את הישגי הגבייה שלהן). כאשר סובסידיה מסוימת ניתנת בצורה של הטבת מס, העלות החברתית תלויה בין השאר גם באופן שבו יפורשו הוראות החוק המקנות את הסובסידיה בהתאמה עם הוראות אחרות של דיני המס. למערכת המס הכללית יש מטרות רבות,²⁷ והשתיים המרכזיות ביותר (והרלוונטיות ביותר לענייננו) הן מימון של הוצאות הממשלה ומיסוי נישומים על פי יכולתם הכלכלית.

24 כך, למשל, בעניין מודול בטון, שינוחת בפרק 4.ב. (ב). בשנות המס הרלוונטיות (1999-2002) הייתה חברת מודול בטון זכאית להטבה שבוטלה מאוחר יותר בתיקון מס' 60 (בשנת 2005). עניין מודול בטון נדון בבית המשפט המחוזי בשנים 2005-2008 ובבית המשפט העליון בשנים 2008-2010, כלומר: פסקי הדין ניתנו לאחר שהחוק כבר שונה.

25 לדוגמה, בעמ"ה 1030/05 ענבי ציון משקאות קלים (1981) בעמ"נ 'נ' פקיד שומה חולון, (פורסם בנבו, 1.5.2012). קבעה מנהלת מרכז ההשקעות כי הנישומה זכאית להטבות, אולם פקיד השומה שלל את ההטבה. בית המשפט המחוזי (השופט אלטוביה) קבע כי קביעתה של המנהלת לפי החוק היא המכריעה בעניין.

26 לדוגמה, אין זה משנה אם לאותו יזם יש רווחיות רגילה (ביחס לגודל ההשקעה והסיכון) או חריגה, ואם הרווח נובע מהצלחה של השקעה במחקר ופיתוח חדשניים או מעליית ביקושים (למשל, כתוצאה משרפה במפעל מתחרה).

27 מבוא לתורת המיסים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11-14, 17-22.

אי לכך, כשיש התנגשות בין תכלית החוק לבין פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה), המאגדת את רוב חקיקת המס הישיר בישראל (במסגרת מס הכנסה על יחידים ומס חברות), יש להביא בחשבון כי פרשנות שמרחיבה את הטבת המס תעלה לרוב גם את מחירה החברתי (במונחים חלוקתיים ובאבדן הכנסות). פרשנות מרחיבה כזו של הטבת המס תעמוד לרוב במתח עם המטרות הגבייתיות והחלוקתיות של דיני המס. לכן, כאשר מלכתחילה יש יותר מאפשרות אחת לפרש את הכלל – לא ברור כיצד יש לאזן בין מטרת המחוקק לעודד פעילות מסוימת לבין המטרה הכללית יותר של מערכת המס, להנהיג כללי מיסוי היוצרים קורלציה בין יכולת כלכלית לבין חבות המס.

נביא להלן דוגמה המחדדת את האופן שבו דיני המס הכלליים ואופן פרשנותם עשויים להשפיע על שווי הטבת המס ועל האפקטיביות של המחוקק המבקש לתמרץ באמצעותה פעילות כלכלית מסוימת. נניח כי חברה השקיעה במיזם לפיתוח נגמ"שים לאור תמריץ (פטור ממס) שנתן המחוקק לרווחים של התעשייה הביטחונית. אם לאותה חברה יש מיזמים נוספים, יעלה הצורך להבדיל בין רווחיה מייצור נגמ"שים לרווחיה מפעילויות אחרות. כך, לדוגמה, החברה לקחה הלוואה שנועדה בחלקה למימון של ייצור הנגמ"שים, והיא רוצה לנכות את תשלומי הריבית מהכנסתה – יש להבחין בין תשלומי הריבית הרלוונטיים המותרים בניכוי לאלו שאינם רלוונטיים ואינם מותרים בניכוי. השיוך של הוצאות הריבית לסוגי ההכנסות ייעשה באמצעות דיני המס הכלליים לגבי הוצאות מימון. ככל שנאפשר לחברה להגדיל את החלק היחסי של רווחיה הפטורים ממס, נגדיל גם את שווי ההטבה והתמריץ של חברות לעסוק בפעילות הכלכלית שהמחוקק ראה לנכון לתמרץ. עם זאת, ככל שנאפשר לחברה לשייך יותר הוצאות כנגד הכנסותיה החייבות במס, נפגע במטרות הגבייתיות והחלוקתיות של מערכת המס. אם חוקי המס הכלליים לגבי שיוך הוצאות ריבית אינם חד-משמעיים, ולחלופין אם ההטבה מנוסחת באופן שיוצר ספק לגבי השאלה אם יש להחיל את דיני המס הכלליים על הוצאות הריבית הנובעות מן ההלוואה – נדרש לאזן בין מטרות ההטבה לבין המטרות הכלליות של דיני המס. במילים אחרות, במקרים כאלו רשויות המס והשופטים אינם צריכים לקבוע אם המחוקק התכוון לעודד פעילות כלכלית מסוימת אלא באיזה מחיר חברתי הוא התכוון לעודד אותה.

2. הסוגיה של קיזוז הפסדים ופסק הדין בעניין לה נסיונל

במשך השנים נאלץ בית המשפט להתמודד לא אחת עם שאלת הפרשנות הראויה של החוק ביחס לדיני המס הכלליים, על פי רוב בסוגיות מורכבות מהסוגיה של קיזוז הפסדים. בין הנושאים שנדונו בפני בית המשפט (ורלבנטיים בעיקר למבנה מס החברות) בעבר אפשר למנות שיוך דיבידנד הנתון למס מופחת להשקעה מאושרת ופעילות מאושרת,²⁸ שאלת גובה ההכנסה החייבת שממנה אפשר למשוך דיבידנד הזכאי להטבה של שיעור מס מופחת,²⁹ והמועד החל שממנו נמנית שנה של הטבת מס.³⁰ חלק מהסוגיות הפרשניות

28 עניין ארנסט, לעיל ה"ש 8.

29 ע"א 5264/91 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' עיט ציוד ליבוא בע"מ, פ"ד מט(3) 209, 211 (1995) (להלן: הלכת עיט).

30 עמ"ה (ח"י) 540/03 סטרלינג סופטוור (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה עכו (פורסם כנבו,

שנדונו בפסיקה רלוונטיות גם כיום, למשל: הפרשנות של הטבת המס לאור האפשרות להסיט הכנסה בין חברות קשורות החשופות לשיעורי מס שונים (כתוצאה מן החוק),³¹ כיצד לסווג הוצאות בגין הנפקה – כהוניות או כפירותיות,³² הגדרת חברה כזכאית להטבות מס מכוח היותה חברה מייצאת³³ ושאלות הכרוכות באינטראקציה בין החוק לסוגיות של מס ערך מוסף ומיסוי מקרקעין.³⁴

מכיוון שהרבגוניות והמורכבות של קשת המקרים הזו אינן מאפשרות לדון בכלל הסוגיות הפרשניות שעלו במשך השנים, נבקש להציג את ההתפתחות הכרונולוגית של הדוקטרינה באמצעות כמה פסקי דין מרכזיים, שבחלקם מתייחסים לקיזוז ההפסדים ובחלקם מתייחסים לסוגיות אחרות. מפאת קוצר היריעה לא יוכל המאמר להיכנס לעובי הקורה של כל פסקי הדין העוסקים בהטבות מס ושל המחלוקת המשפטית-פרשנית שעמדה בבסיסם, ולכן נסתפק בתיאור תמציתי של הסוגיות שעמדו במחלוקת ובכלל הפרשני ששימש להכרעתן. כדי להבהיר את הדילמה ניעזר בסוגיה של קיזוז הפסדים כמקרה מבחן שילמד, על דרך הכלל, את הקושי הפסיקטי הכרוך בפרשנות הראויה של הטבות לפי החוק. לדעתנו, די בדיון מעמיק בסוגיה מרכזית זו ובתיאור כרונולוגי של התפתחות הדוקטרינה ביחס אליה כדי לשפוך אור על הסוגיה הכללית של הטבות המס ועל הדילמה הנוגעת לדוקטרינת הפרשנות שהתפתחה סביבן.

הסוגיה של קיזוז הפסדים, המעוגנת בס' 28 לפקודה, היא סוגיה מרכזית בדיני המס הישראליים משום שהיא משקפת איזון עדין בין הצורך להטיל מס על הכנסת הנישום (כאינדיקציה ליכולתו הכלכלית) לבין הצורך למנוע תכנוני מס. הסוגיה של קיזוז הפסדים מעלה מתחים רבים, אך המרכזי והרלוונטי שבהם נוגע לשאלה השנויה במחלוקת: האם נישום יכול (ואולי במקרים מסוימים חייב) לקזז הפסדים ממקור אחד כנגד רווחים ממקור אחר, כשמקורות אלו חשופים לשיעורי מס שונים?

נסביר את הסוגיה בקצרה. המונח "הפסד" הוא מונח תוצאתי. אם לאחר הפחתת ההוצאות מההכנסות מתקבל מספר שלילי – התוצאה היא הפסד, כלומר: הכנסה חייבת שלילית.

-
- 10.9.2007 (להלן: עניין סטרלינג סופטוור במחוזי), ע"א 9096/07 סטרלינג סופטוור (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה עכו (פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: עניין סטרלינג סופטוור בעליון).
 31 ע"א 192/77 כרמיאל תעשיות אלומיניום בע"מ נ' פקיד השומה עכו, פ"ד לב(3) 14, 15-16 (1978).
 32 ראו עמ"ה (ת"א) 1059/98 צינומנטל בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (פורסם בנבו, 27.2.2005) (להלן: עניין צינומנטל), שדן בפרשנות הראויה של הטבת מס שחוק עידוד התעשייה נותן להוצאות בגין הנפקת מניות.
 33 עניין נוביס, לעיל ה"ש 22.
 34 ע"ש (י-ם) 5081-06 קיבוץ רמת רחל נ' מנהל המכס והמע"מ ירושלים (פורסם בנבו, 24.12.2012) (להלן: עניין קיבוץ רמת רחל); ע"ש (ת"א) 1750/99 רקח כחלון בניית שותפות רשומה נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים רחובות (פורסם בנבו, 30.10.2001); ו"ע (ת"א) 1346-08 תל-און אחזקות ופיתוח 1990 בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור מרכז (פורסם בנבו, 24.1.2013); ו"ע (חי') 9069-08 פייביש בן ציון נ' מנהל מס שבח חיפה (פורסם בנבו, 13.8.2009); ו"ע (ת"א) 1094/01 רורברג קבלנות והנדסה בע"מ נ' מס שבח מקרקעין תל-אביב (פורסם בנבו, 15.11.2005).

כאשר נישום מקזז הפסדים הוא מפחית אותם מהכנסותיו ומקטין בכך את הכנסתו החייבת במס. כלומר, אם שיעור המס של נישום הוא 50%, ויש לו הכנסה בסך 300 אלף ש"ח מפעילות עסקית אחת והפסד של 100 אלף ש"ח מפעילות עסקית אחרת, האפשרות לקזז את ההפסד כנגד ההכנסה מאפשרת לנישום להפחית את חבות המס באותה שנה (במקום לחשב את המס מתוך הכנסה חייבת של 300 אלף ש"ח, שאז תעמוד החבות על 150 אלף ש"ח, תחושב החבות מתוך הכנסה חייבת של 200 אלף ש"ח, שמתוכה יצטרך הנישום לשלם את המס בשיעור 50%, כלומר 100 אלף ש"ח). בדוגמה הזו, הפסדים (לצורכי מס) הם סוג של נכס, משום שאם הנישום יכול לקזז אותם כנגד הכנסות אחרות יש בכך כדי להפחית את חבות המס שלו באותה שנה.

נקל להבחין כי שווי ההטבה (כלומר: כמות המס שהקיצוץ מאפשר לנישום לחסוך) נגזר מגודל הקיצוץ ומשיעור המס (השולי) שהנישום חשוף אליו.³⁵ אי לכך, נישומים יעדיפו לקזז הפסדים כנגד הכנסה החשופה לשיעור מס גבוה, וייתכן מאוד שאם אין להם הכנסה ממוסה בשיעור גבוה בשנה מסוימת – הם יעדיפו "לשמור" את הפסדים שיש להם כדי שיוכלו לקזז אותם בשנים הבאות, כשתהיה להם הכנסה כזו. סעיף 28 לפקודה, המסדיר את הסוגיה של קיצוץ הפסדים, קובע כמה כללים שנועדו למנוע מנישומים לקזז הפסדים שמקורם בפעילויות פסיביות (כלומר: לא עסקיות), שאפשר לעשות בהן מניפולציה של יצירת הפסדים מלאכותיים בקלות יחסית, או שמקורם בהכנסות שנהנות ממיסוי בשיעור מס נמוך יותר, כנגד הכנסות עסקיות החשופות לשיעור מס גבוה.³⁶ מאפיין חשוב של קיצוץ הפסדים בדין הישראלי הוא האפשרות לקזז הפסדים משנה לשנה, אם אי־אפשר לקזז אותם בשנה שבה נוצרו. כלומר, אם היה לנישום בשנה א' הפסד בסך 100 אלף ש"ח ולא היו לו רווחים, ובשנה ב' היה לו רווח בסך 200 אלף ש"ח ולא היו לו הפסדים, בנסיבות מסוימות (כשגם הפסדים וגם הרווחים נבעו מפעילות עסקית) הדין מתיר לו לקזז את הפסדים של שנה א' מהרווחים של שנה ב'.³⁷

35 אם הנישום בדוגמה לעיל היה נכה ולכן הכנסתו הייתה פטורה ממס מכוח ס' 9(5) בפקודה, המס השולי שהיה מוטל על הכנסתו החייבת היה 0% ולכן הקיצוץ לא היה מקטין את חבות המס שלו. אם המס השולי על הנישום היה 10%, קיצוץ של 100 אלף ש"ח מתוך 300 אלף ש"ח היה מוריד את חבות המס שלו מ-30 אלף ש"ח ל-20 אלף ש"ח.

36 ראוי להדגיש כי ס' 28(א) מאפשר מצב הפוך, כלומר: קיצוץ של הפסדים עסקיים כנגד הכנסות לא עסקיות שהופקו באותה שנה. להסבר על ס' 28 לפקודה ולדין באופיו האנטי־כנוני ראו מבוא לתורת המיסים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 238, 240–241, 243. לעמדה נוספת המסבירה (אם כי לא בהכרח תומכת) את הרציונלים האנטי־כנוניים של ס' 28 ראו דוד גליקסברג "דיני קיצוץ הפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כא 531, 545–549 (1992).

37 נוכח קוצר היריעה נקבל כנתון שהפסדים לא מנוצלים נשמרים ואפשר להשתמש בהם כנגד הכנסות מפעילות עסקית בשנים עתידיות. קביעה (פשטנית) זו קרובה דיה לתיאור המצב המשפטי בישראל ביחס לקיצוץ של הפסדים מפעילות עסקית כנגד הכנסות מפעילות עסקית (ס' 28(ב) לפקודה).

פסק הדין של השופט ויתקון בעניין לה נסיונל³⁸ משנת 1969 הוא פסק הדין המוקדם ביותר שבו עסק בית המשפט העליון בסוגיה של קיזוז הפסדים בין הכנסות שחלקן נהנות מהטבות מס. מדובר היה בחברת ביטוח שבמשך ארבע שנים היו לה הכנסות פטורות ממס חברות (מכוח הטבת מס שניתנה שלא במסגרת החוק),³⁹ רווחים מפעילות עסקית "רגילה" (שלא ניתנה לגביהם הטבת מס ולכן היו חשופים למס חברות) והפסדים מפעילות עסקית רגילה.⁴⁰

אז, כמו היום, יכלה החברה לשמור הפסדים לא מנוצלים (שנבעו מפעילות עסקית) ולהשתמש בהם כנגד רווחים עתידיים (כל עוד גם הרווחים הם מפעילות עסקית). פקיד השומה טען כי לה נסיונל איננה יכולה לבחור לדחות את ניצול הפסדיה (שנבעו מפעילות עסקית שלא הייתה זכאית להטבת מס) וכי היא מחויבת לקזז אותם כנגד הכנסותיה שמקורן בפעילות עסקית פטורה ממס. לטענתו, לה נסיונל הייתה חייבת לקזז את הפסדיה אף שהקיזוז לא היה מניב לה כל חיסכון במס (שכן בחלק מהשנים היו לה רק הכנסות פטורות ממס) ואף שהייתה נמנעת ממנה האפשרות להקטין את חבות המס שלה בשנים עתידיות (כשעשויים להיות לה רווחים מפעילות עסקית חייבת במס) באמצעות קיזוז ההפסדים.

בפסק דין תקדימי קבע בית המשפט העליון כי ההוראות העוסקות בהטבות מס יוצרות "דין מיוחד" הרוחה את הדין הכללי בדבר קיזוז, שאחרת יהיה בכך משום חיוב בעקיפין של ההכנסה הנהנית מהטבת מס בשיעור מס חברות "רגיל". מצב כזה יפגע בכוונת המחוקק, כפי שהבהיר בית המשפט:

נראה לי שאם נלך לשיטתו של פקיד השומה, נעשה את כוונת המחוקק לפטור הכנסות אלו ממס חברות פלסטר [...] השאלה היא, כיצד אפשר לשמור על ההכנסה המועדפת מהסכנה שתתחייב, בעקיפין, במס חברות [...] מציאותה של הכנסה מועדפת (בשנה שבה יש הרבה הפסדים מפעילות עסקית רגילה...) אינה יכולה לסכל את רשות הקיזוז ולהפוך על ידי כך בעקיפין, הכנסה מועדפת להכנסה רגילה ובכך שתמנע מהנישום את הבחירה שלא להשתמש בהפסדיו, ותחייב אותו לקזז את ההפסדים כנגד הכנסה הפטורה ממס.⁴¹

למיטב ידיעתנו, קביעתו של בית המשפט העליון בעניין לה נסיונל הייתה הפעם הראשונה שבה התיר בית המשפט לנישום להבחין ולהפריד בין הכנסה רגילה להכנסה הזכאית

38 ע"א 2/69 לה נסיונל, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה, תל-אביב 7, פ"ד כג(1) 673 (1969) (להלן: הלכת לה נסיונל).

39 יוער כי השופט ויתקון הסביר שההכנסה המועדפת יכולה להיות לפי חוק המילוה (ביטוח חיים), התשכ"ה-1965 או לפי הוראות ס' 126(ב) לפקודה, שקבעו פטור מלא ממס חברות (ראו שם, בעמ' 674); השופט לובנברג, שדן בתיק בבית המשפט המחוזי, הסביר שההכנסה המועדפת היא לפי ס' 128 לפקודת מס הכנסה, הקובע שיעור מס מיוחד של 12.5 אגורות ללירה. ראו עמ"ה 471/68 לה-נסיונל, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"מ סה 89, 90 (1968).

40 באותם ימים הייתה הכנסתה של חברה מחויבת הן במס חברות לפי ס' 126(א) לפקודת המס והן במס הכנסה לפי ס' 127 בפקודת המס.

41 הלכת לה נסיונל, לעיל ה"ש 38, בעמ' 677.

להטבת מס לצורך קיזוז הפסדים. בכך אפשר בית המשפט לחברה לקזז את הפסדיה רק כנגד הכנסתה הרגילה. הלכה זו, העומדת על כנה עד היום, היא דוגמה לפרשנות תכליתית. בית המשפט קבע כי מטרת המחוקק הייתה לתת לנישום ליהנות מהטבת מס אם יבחר בפעילות כלכלית מסוימת, וכי הניסיון של פקיד השומה לחייב אותו לקזז הפסדים מפעילות אחרת כנגד רווחיו הפטורים שקולה לביטול ההטבה שלשמה ניתן הפטור. בהנחה שלפחות לחלק מהנישומים שהיו זכאים להטבות מס היו גם הפסדים מפעילויות שלא זכו להטבת מס, קביעה זו של בית המשפט נראית מחויבת המציאות. אימוץ של עמדת פקיד השומה – שיש חובה לקזז הפסדים מפעילות רגילה כנגד הכנסה פטורה ממס – הייתה מקטינה במידה ניכרת את הטבת המס של נישומים רבים ויוצרת תמריצים לתכנוני מס לא יעילים.⁴² עם זאת, קריאת נימוקיו של בית המשפט אינה מעידה כי בית המשפט נתן את דעתו למחיר החברתי העשוי לנבוע מהקביעה שהטבת המס מחייבת פרשנות מרחיבה. ראוי להדגיש כי עמדת בית המשפט בעניין לה נסיונל התקבלה בפסיקה ונהפכה לאחת ההלכות המובילות בנוגע לפרשנות הראויה של הטבות מס.⁴³

3. התפתחות הדוקטרינה באשר לפרשנות הראויה של הטבות מס לאחר פסק דין לה נסיונל

למיטב ידיעתנו, פסק הדין בעניין לה נסיונל היה הראשון שנקט פרשנות תכליתית כדי לקבוע את גדרן של הטבות מס. במעט פסקי הדין שניתנו לפניו נטה בית המשפט לפרש את הטבות המס מכוח החוק באופן מילולי ודווקני; כמו בפרשנות של יתר הוראות הפקודה,⁴⁴

42 בהקשר של לה נסיונל סביר להניח שאם הייתה מתקבלת עמדת פקיד השומה, חברות היו מגדרות פעילות פטורה ממס בחברות בנות או אחיות כדי למנוע מצב שיחייבו אותן "לבזבז" את הפסדיהן מהפעילות הרגילה.

43 לקבלה גורפת זו היה חריג יחיד, שהפסיקה שאחריו קבעה כי אינו מסייג את פסק הדין: ע"א 3574/92 פקיד שומה גוש דן נ' צבי פרג, פ"ד נ(3) 690 (1996). מדובר בפסק דין קצר ולאקונוי, הקובע כי בחברה משפחתית יש לקזז תחילה את ההפסד שנוצר בחברה המשפחתית כנגד ההכנסות שנוצרו במסגרת החברה, גם אם מדובר בהכנסות בעלות שיעור מס נמוך, ועל היתרה שתיוותר בידי הנישום היחיד יוטל המס המלא. ראוי להדגיש כי פסק דין זה הפך את החלטת בית המשפט המחוזי שנתן השופט פלפל (שנודע כבעל מומחיות בדיני מסים). ההחלטה של בית המשפט המחוזי הבהירה מפורשות כי היא נשענת על הלכת לה נסיונל (ראו עמ"ה ת"א) 27/91 צבי פרג נ' פקיד שומה – גוש דן, פ"מ תשנ"ב(3) 309, פס' 2-3 (1992) (להלן: עניין פרג). פסקי דין שהתייחסו לעניין פרג בהמשך הבהירו כי החלטתו של בית המשפט העליון מתייחסת לנושא מצומצם יחסית של קיזוז הפסדים במסגרת חברה משפחתית (ראו במיוחד את פסק דינו של השופט ביין בעמ"ה (חי') 182/99 כרמל אולפינים בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פ"מ תשס"א(2) 790, 810-812 (2002) (להלן: עניין כרמל אולפינים במחוזי); ע"מ (חי') 09-09-22951 אלי שור נ' פקיד שומה חיפה, פס' 51 לפסק דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 7.4.2013); עמ"ה (חי') 403/03 פישלר מנחם נ' פקיד שומה חדרה, פס' 12-14 לפסק דינה של השופטת וסרקרוג (פורסם בנבו, 3.3.2005). שלושת שופטי בית המשפט המחוזי האמורים נודעו כבעלי מומחיות בדיני מסים).

44 המשפטיוציה של המסים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 603.

ברירת המחדל הייתה שיש לפרש את ההוראה לטובת הנישום מתוך הכרה בזכותו לתכנון מס.⁴⁵ על רקע זה יש לקרוא את הלכת לה נסיונל, הנתפסת לרוב כהלכה מרחיבה, קריאה מורכבת יותר. למעשה, אף שבית המשפט קיבל את טענת החברה שיש לפרש את דיני קיזוז ההפסדים באופן שיאפשר לה לנצל את הטבת המס שהייתה זכאית לה, הפרשנות התכליתית שהופעלה בפסק הדין השתמשה בהנמקה תקדימית, שלפיה אם תחויב לה נסיונל לקזז את הפסדיה מפעילות עסקית כנגד רווחיה הפטורים ממס – תישלל ממנה הלכה למעשה הטבת המס שרצה לתת לה המחוקק. מכאן, שתכלית החוק מחייבת לאפשר לחברה להימנע מקיזוז הפסדיה כנגד הכנסתה הפטורה – בשונה מהנמקה המבוססת על כלל ברירת המחדל, שקבע שעמימות מחייבת פרשנות לטובת הנישום. למעשה, ההפעלה של הפרשנות התכליתית הביאה להרחבת ההטבה במקרה הספציפי של לה נסיונל, אך צמצמה את כלל ברירת המחדל שהכיר בזכות רחבה של הנישום לתכנון מס.⁴⁶

קריאה כזו של הלכת לה נסיונל – כהלכה שאיננה מחייבת בהכרח פרשנות מרחיבה של הטבות מס – קיבלה משנה־תוקף בפסק הדין של בית המשפט העליון בשנת 1974 בעניין אליאנס.⁴⁷ בפסק דין זה תיקן השופט ויתקון (שכתב גם את הלכת לה נסיונל) פרשנות מרחיבה מדי שנתן בית המשפט המחוזי לזכותה של המערערת לבחור כנגד אלו הכנסות ינוכו הוצאות הדיבידנד שלה.⁴⁸ ויתקון אף הוסיף והבהיר כי הוא שולל את ניסיונה של אליאנס לקרוא את הלכת לה נסיונל כחובה להרחיב את הפרשנות של הטבות המס:

(בלה נסיונל) תולדות החוק והשוני שבין מס חברות ומס הכנסה לא השאירו ספק בכוונה זו. השאלה לא הייתה, כיצד להבטיח לנישום את ניצול הפסדיו לפי שיעורי מס אופטימליים [...] אלא כיצד למנוע את הדבר שהכנסה שאינה חייבת במס חברות כלל ועיקר לא תחויב במס זה בעקיפין.⁴⁹

אם כן, השופט ויתקון היה ער לאפשרות שנישומים ינסו לפרש את הלכת לה נסיונל כאילו עצם מתן הטבת המס צריך לאפשר להם למקסם את השווי האפשרי של הטבת המס. השופט ויתקון, שנודע כבולט בתחום המסים, קבע שפרשנות זו איננה ראויה משום שהיא תרחיב יתר על המידה את הטבת המס. על כן הוא בחר להדגיש כי קריאה תכליתית של החוק לא מחייבת קריאה מרחיבה של כוונת המחוקק שלפיה יש לתת הטבת מס כך שהנישומים יקבלו את השומה האופטימלית מבחינתם.

45 ראו: עמ"ה (ת"א) 876/65 בנק למשכנתאות וחסכוניות בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 7, פ"מ נב 51, 54-55 (1966); ע"ש חי' 76/65 מולר טכסטיל (ישראל) 1961 בע"מ נ' המנהל לפי חוק מס רכוש וקניין פיצויים, תשכ"א-1961, פ"מ נב 414, 407 (1966).

46 המשפטיזציה של המסים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 616-617.

47 ע"א 210/74 פקיד השומה חיפה נ' אליאנס מפעלי צמיגים וגומי בע"מ, פ"ד כח(2) 593 (1974) (להלן: עניין אליאנס).

48 לעובדות המקרה ראו עמ"ה 92+98/73 אליאנס מפעלי צמיגים וגומי בע"מ נ' פקיד השומה חיפה, פ"מ התשל"ד(3) 78, 79-80 (1974). לעניין הפרשנות הראויה ראו שם, בעמ' 83-84. מבנה המס על חברות באותה תקופה היה שונה מהותית מהמקובל היום.

49 ראו עניין אליאנס, לעיל ה"ש 47, בעמ' 598 (ההדגשה הוספה).

עם זאת, קריאה מצמצמת זו של הלכת לה נסיונל לא שרדה את מבחן הזמן, ופסק דין אליאנס לא נטמע כהלכה דומיננטית בפסיקה של בית המשפט העליון או של הערכאות הדיוניות. ההלכה המשמעותית ביותר בהקשר זה היא הלכת עיט משנת 1995. מדובר בפסק דין מרכזי (ושנוי במחלוקת)⁵⁰ במיסוי חברות, שבמסגרתו נדונה שאלת כימות הדיבידנד שחברה יכולה לחלק. פרטי המקרה עצמו, וגם ההלכה שנקבעה בו באשר לגובה הדיבידנד שחברה יכולה לחלק, אינם חשובים כל כך לעניינו.⁵¹ לעניינו חשוב שהדיבידנד שעמד במקד המחלוקת היה זכאי לשיעור מס מופחת מכוח החוק, ושבהכרעת הדין בחרו שופטי הרוב (והמיעוט) שלא להסתפק רק בהכרעת המחלוקת בין הצדדים – והוסיפו הלכה שרונה באופן כללי יותר בפרשנות הראויה של הטבות מס מכוח החוק.⁵² מאחר שהלכת עיט באשר לפרשנות הראויה של הטבות מס נוסחה בצורה כללית מאוד היא רלוונטית גם כיום, אף שהכללים בעניין מיסוי חברות, בעניין הטבות מס מכוח החוק ובעניין מיסוי בתנאי אינפלציה (כמו גם רמת האינפלציה עצמה) השתנו ללא הכר מאז ניתן פסק הדין.

בעניין עיט הסכים השופט ד' לוי, שהיה בדעת מיעוט, כי לשון החוק איננה חד-משמעית וכי היא "יכולה" לסבול' הן את פרשנותה של המשיבה [עיט] (שאותה אימץ בית המשפט המחוזי) והן את פרשנותו של המערער [פקיד השומה] – מה שהפך את המחלוקת לעניין של פרשנות שיפוטית.⁵³ בבואו לקבוע את הכלל הפרשני בחר השופט ד' לוי לאמץ כלל המצמצם את גודלי הטבת המס, שלפיו "אין לבחור בהכרח בפרשנות אשר מגדילה את ההטבה, אלא מקום בו ההטבה המוגדלת אכן תשרת את התכלית הכוללת: השגת היעדים הלאומיים הרצויים [מכוח החוק]".⁵⁴ מנגד, עמדת הרוב – שנכתבה על ידי השופטת שטרסברג-כהן והתקבלה על דעת השופט זמיר – בחרה עמדה מרחיבה בהרבה:

אין ספק ושהטבות המס הן אמצעי ו[שהאמצעי נועד לשרת את המטרה, אלא שאין בכך כדי להמעיט מחשיבות ההטבות כאמצעי, ומכאן מתבקשת פרשנות על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום].⁵⁵

ראוי להדגיש כי אפילו העמדה הפרשנית המצמצמת של שופט המיעוט היא מרחיבה יותר מההלכות לה נסיונל ואליאנס.⁵⁶ עם זאת, אין ספק שהכלל שאומץ בדעת הרוב הוא מרחיב

-
- 50 ראו דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן (יוסף מ' ארדעי עורך, 2009).
- 51 הלכת עיט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 211-212, היא פסק דין מורכב הנוגע למיסוי בתנאי אינפלציה ולאופן שבו יש לפרש את המונח "הכנסה חייבת" שממנה אפשר למשוך דיבידנד הזכאי להטבת מס של שיעור מס מופחת מכוח החוק.
- 52 יוער כי ביחס להכרעת הדין בהחלט ייתכן כי הכרעת הרוב (שדחתה את הערעור של פקיד השומה) נכונה יותר, במובן זה שהיא מתיישבת טוב יותר עם הדין הראוי בנוגע למיסוי בתנאי אינפלציה. ראו ע"א 4030/03 מפעלי גרנות – אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה – פקיד השומה למפעלים גדולים, מיסים כא(6) ה-74 (2007).
- 53 הלכת עיט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 215.
- 54 שם, בעמ' 216.
- 55 שם, בעמ' 219.
- 56 בניגוד לשופט ויתקון, השופט ד' לוי לא גרס כי יש לפרש את הטבת המס באופן רחב רק כשהדבר חיוני למתן ההטבה, אלא כי יש לפרשה באופן רחב בכל פעם שנראה כי ההרחבה

בהרבה, וכי זה האופן שבו הובנה והוטמעה הלכת עיט כדין נוהג בפסקי דין מאוחרים ממנה,⁵⁷ בהם פסקי דין מובילים של בית המשפט העליון.⁵⁸ ברורה במיוחד אמירתה של השופטת אופיר-תום בפסק הדין המחוזי בעניין נירית זרעים שלפיה "כל דיון חוזר בהבהרת תכליתו של חוק העידוד, נראה מיותר בעיני לאור קביעותיו הברורות של בית המשפט בעניין עיט".⁵⁹ דוגמה טובה להטמעת הגישה המרחיבה בערכאות הדינויות, שמראה את עומק התחולה של פסק הדין בעניין עיט, היא הפסיקה משנת 2005 בעניין צינומנטל.⁶⁰ באותו עניין נדונה הוראה לפי סעיף 5 לחוק עידוד התעשייה, שנתנה הטבה להוצאות של חברה מסחרית הקשורות בהנפקת מניות לציבור. באותה הנפקה הוגדרה החברה כזכאית להטבה והנפיקה מניות ואופציות לציבור. מאחר שלשון החוק הייתה ברורה ונקבה רק במניות (ולא במכשיר מימוני אחר) כנשוא ההטבה, שלל פקיד השומה מהחברה את ההטבה ביחס להוצאות הקשורות בהנפקת האופציות.⁶¹ לעומתו, צינומנטל סברה כי ההוצאות להנפקת האופציות צריכות לקבל את אותן הטבות שקיבלו ההוצאות לצורך הנפקת המניות.⁶² השופטת אופיר-תום, שנודעה כבעלת מומחיות בדיני מסים, העדיפה פרשנות מרחיבה מפני "שצריך לפירוש רחב של המונח 'מניות' העומד במרכזו [...] כך, במישור הלשוני, וכך אף יותר, במישור התכליתי".⁶³

בפרשה את סעיף החוק ציינה השופטת אופיר-תום כי למרות ההבדלים בין מניות לאופציות, לשני המכשירים האלו יש מאפיינים משותפים ולכן יש להחיל את סעיף 5 גם

תשרת את המטרה הכוללת של השגת יעדים כלכליים ברמה הלאומית. ברמה מסוימת אפשר לומר כי תנאי זה יתקיים תמיד, משום שכלל שההטבה תוגדר בצורה רחבה יותר, ההרחבה הזו תופנם על ידי משקיעים עתידיים פוטנציאליים, מה שעשוי לגרום להם להשקיע יותר באפקים הזכאים להטבת מס. דינמיקה זו, שעליה נשען הרציונל של מתן הטבות מס מכוח החוק, אמורה להביא להגשמת יעדיו הלאומיים-כלכליים.

57 ראו עניין צינומנטל, לעיל ה"ש 32, פס' 40-48 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום; עניין כרמל אולפנינים במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 808. לעמדה דומה ראו: משה מזרחי ועמית קריגל "מסך הערפל על סעיף 51(ח) לחוק עידוד השקעות הון" מיסים כז(3) א-1, א-20 (2013) (להלן: מסך הערפל).

58 דנ"א 2948/95 יצלף, חברה למפעלי בנייה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד נא(4) 424, 439-440 (1997), שם נערך דיון נוסף בנושא ע"א 4683/90 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יצלף חברה למפעלי בניה בע"מ, (פורסם בנבו, 11.4.1995). קריאה זו של הלכת עיט קיבלה חיווק בשורה של אמירות בפסקי דין שניתנו בשנים האחרונות כגון פסק הדין בעניין מודול ביטון. ראו דיון להלן בה"ש 115.

59 עמ"ה (ת"א) 81018/9 חברת נירית זרעים נ' פקיד שומה תל אביב 4, פס' י"א לפסק דינה של השופטת אופיר-תום (פורסם בנבו, 8.9.1999) (להלן: עניין נירית זרעים).

60 עניין צינומנטל, לעיל ה"ש 32, דן בסוגיות נוספות שלא יידונו במאמר זה.

61 עמדת פקיד השומה נסמכה על הלשון המפורשת של ס' 5 לחוק עידוד התעשייה: "חברה תעשייתית שהוכיחה [...] כי בשנת המס היו לה הוצאות להנפקת מניות הנרשמות למסחר בבורסה תהא זכאית לנכות [...]". שם, פס' 3-4 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

62 שם, פס' 5-6 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

63 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

על אופציות.⁶⁴ השופטת הוסיפה כי (אף ששיטת התמחור של אופציות ידועה זה עשרות שנים) השימוש באופציות לא היה נפוץ בישראל, מה שגרם לכך שהמחוקק הישראלי לא הכיר אותן במועד שבו נחקק הסעיף.⁶⁵ לשיטתה, גישת המחוקק הייתה להעניק הטבה רחבה בכל המקרים העולים בקנה אחד עם תכלית ההטבה – להקל על חברה תעשייתית לגייס הון בדרך של הנפקה.⁶⁶ כדי להגשים תכלית זו צריך להעדיף גישה פרשנית רחבה, כזו המאפשרת טווח פרשנות שיכלול גם אופציות, המשמשות – כמו מניות – לגיוס הון מהציבור בעת הנפקה.⁶⁷

פסק הדין חשוב בעיקר משום שהוא דוגמה (קיצונית) לאימוץ של התפיסה המרחיבה בפסיקה. בשם הצורך בקריאה רחבה של הטבות המס קראה השופטת אופיר-תום לתוך החוק משהו שלא נכלל בו במפורש, בלי לתחום את גבולות הפרשנות המרחיבה הראויה לשיטתה. נניח שבמסגרת ההנפקה היה נעשה שימוש במכשירים מימוניים אחרים (כגון נגזרים מסוגים שונים) לצורך גיוס הון – האם גם אז, לשיטתה, היה מקום לכלול אותם בהטבת המס? לא ברור.

לדעתנו, למגמת האימוץ של הלכת עיט בפסיקה עשויות להיות השלכות משמעותיות. לא יהיה מופרך להניח כי פרשנות זו ממלאת תפקיד בהחלטות רבות של רשות המיסים בענייני שומה וליטיגציה. מכאן החשש שמקרים של קיזוז הפסדים הם רק קצה הקרחון, ושכפועל האפקט המצנן של הלכת עיט הוא משמעותי יותר והופך את החוק לנדיב יותר כלפי נישומים וליקר יותר מבחינה חברתית.⁶⁸

4. על פרשת דרכים: סדקים בדוקטרינת הפרשנות המשפטית המרחיבה של הטבות מס

עד כאן ראינו כי הלכת עיט התפרשה בבית המשפט העליון ובערכאות הדינויות כהלכה מרחיבה. נפתח פרק זה ונאמר כי לא מצאנו אף קביעה – לא בבית המשפט העליון ולא בבית המשפט המחוזי – המסייגת מפורשות את הלכת עיט.⁶⁹ אולם, עיון בפסקי דין שניתנו בתקופה האחרונה מרמז כי המציאות חזקה מהתקדים המחייב, ודה־פקטו הלכת עיט מתערערת באמצעות פסיקות המסייגות אותה אד־הוק. כדי להוכיח זאת יבקש חלק זה להציע קריאה אחרת של הדוקטרינה המשפטית בנוגע לפרשנות התכליתית, ובכך לקדם את הטענה התיאורית שלפיה הדוקטרינה המרחיבה הנובעת מהלכת עיט הולכת ונסדקת. נבקש לטעון כי סקירת פסקי הדין האחרונים של בית המשפט העליון, ובראשם פסקי הדין בעניין כרמל אולפנינס, סטרלינג סופטוור ומודול בטון, ופסקי דין בבית המשפט המחוזי (שנתנו שופטים בעלי מומחיות במסים), מציגה מצב משפטי עמום. לדעתנו, כעניין של

64 שם, פס' 33-34 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

65 שם, פס' 38-40 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

66 שם, פס' 44 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

67 שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום.

68 עוד על אודות האפקט המצנן יפורט בפרק ג.4.

69 אכן, בעניין סטרלינג סופטוור שנדון בבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 30, הבחין השופט רובינשטיין בין הכרעתו לבין הכרעה בהלכת עיט אך בלי להפוך אותה; ראו להלן בה"ש 96.

דוקטרינה משפטית, אין לקבל את העמדה המרחיבה כפי שנוסחה בהלכת עיט כנקודת מוצא, ויש לקרוא מהתפתחות הפסיקה דוקטרינה זהירה יותר המייחסת משקל גבוה יותר לעלות החברתית של הטבות המס ולא רק למטרות עידוד ההשקעה שבגינן ניתנו הטבות אלו. טענה תיאורית זו נסמכת על שני נדבכים: הראשון הוא שורה של פסקי דין של בית המשפט העליון, ושל שופטים בעלי מומחיות בדיני מסים בבית המשפט המחוזי, שניתנו ב-15 השנים האחרונות וכלי להפוך את הלכת עיט אימצו מדיניות פרשנית מצמצמת. הנדבך השני הוא קריאה מצמצמת של פסקי הדין שלכאורה נתפסים כמרחיבים ולכאורה הולכים בדרך שהתוותה הלכת עיט, ובראשם פסק הדין בעניין מודול בטון. חלק זה מהווה רקע לדיון בפרק הבא, שמסקנתו היא שמבחינה נורמטיבית ראוי לאמץ דוקטרינה פרשנית מצמצמת יותר.

(א) פסקי דין מאוחרים הנסוגים מכלל הפרשנות המרחיב של הלכת עיט

מאז תחילת שנות האלפיים הולכת המדיניות המרחיבה שתוארה בפרק הקודם ונסדקת. הסוגיה של קיזוז הפסדים מהכנסה הנהנית מהטבה התעוררה מחדש בתחילת שנות האלפיים בעניין כרמל אולפינים. פסק דין זה עסק בקיזוז הפסדים כנגד הכנסות של מפעל מעורב (מפעל שיש לו הכנסות שנהנות מהטבות מס וגם הכנסות שאינן נהנות מהטבות מס). החוק קובע כי "הכנסתו החייבת" של מפעל מעורב הזכאי להטבות תיהנה מהטבות לפי השיעור היחסי של נכסי המפעל הזכאים להטבות (מבחן שכונה "יחס הנכסים").⁷⁰ במקור העניין עמדה חברת כרמל אולפינים, שהיו לה שלושה סוגי הכנסות שמקורן באותו מפעל: שתי הכנסות הזכאיות להטבה מכוח החוק של שיעור מס מופחת על רווחים (כל הטבה בשיעור שונה), והכנסה אחת החייבת במס חברות בשיעור רגיל.⁷¹ בשנת המס 1996 נוצרה לכרמל אולפינים לראשונה הכנסה (חיובית) שהייתה הכנסה מעורבת (כלומר: המורכבת משתי ההכנסות שהיו זכאיות להטבה מכוח החוק ומההכנסה שהייתה חשופה לשיעור מס רגיל). לחברה היו גם הפסדים צבורים משנים קודמות,⁷² מה שהעלה את השאלה כנגד איזה סוג של הכנסה היא תוכל לקזז אותם. המחלוקת בין פקיד השומה לחברה נגעה לסדר של פעולות הקיזוז והיחס. כרמל אולפינים סברה שתחילה יש לייחס את ההכנסה מ-1996 לסוגיה השונים, ואז לקזז את הפסדים הצבורים שנשמרו לה משנים קודמות רק כנגד ההכנסה הרגילה. אימוץ גישה זו היה מאפשר לה ניצול אופטימלי של הפסדים, משום שהיא הייתה זוכה לקזז את הפסדיה רק כנגד הכנסתה החייבת במס חברות מלא ולא כנגד כל סוגי הכנסותיה (מה שהיה מקטין את סך ההכנסה החייבת שלה במס חברות מלא, ומגדיל את החלק היחסי של ההכנסות שהיו זכאיות לשיעור מס מופחת). לעומתה סבר פקיד השומה כי יש לקזז את הפסד מ-1995 מההכנסה ב-1996, ורק אז לייחס את מה שנותר מההכנסה

70 ראו סעיף 74 לחוק. כן ראו עניין כרמל אולפינים במחוזי, לעיל ה"ש 43.

71 כך, וכמפורט שם. היפותטית, אם התכנית הראשונה, התכנית השנייה וההכנסה הרגילה הן בעלות שיעור שווה, שליש הכנסה ייהנה מהטבה בהתאם לתכנית הראשונה, שליש ההכנסה ייהנה מהטבה בהתאם לתכנית השנייה, והיתרה תיחשב להכנסה רגילה ולא תיהנה מכל הטבה שהיא.

72 עניין כרמל אולפינים במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 793-794.

לפי השיעורים המתאימים לשתי הפעילויות שהיו זכאיות להטבת מס ולהכנסה רגילה (כך שבפועל יקוּזו ההפסד גם כנגד החלק היחסי של ההכנסות שהיו זכאיות להטבת המס).⁷³ כרמל אולפינים ופקיד השומה ניסו, כל אחד, לשכנע את בית המשפט כי עמדתם עולה בקנה אחד עם תכלית החוק. כרמל אולפינים טענה כי תכלית החוק מחייבת לפרש את המונח "הכנסה חייבת" לפי גישתה כדי לא לשחוק את השווי הכלכלי של ההפסדים.⁷⁴ פקיד השומה טען כי אם תינתן לנישומים יכולת לקזז את ההפסדים שנוצרו ממפעל מעורב רק כנגד הכנסה חייבת במס, יהיה בכך סבסוד יתר לא יעיל ולא הוגן (באשר נישום מקביל – שאין לו מפעל מעורב אלא שני מפעלים שונים, מוטב ושאינו מוטב – לא ייהנה מהאפשרות לקזז הפסדים מהכנסה רגילה).⁷⁵

בבית המשפט המחוזי קבע סגן הנשיא ד' ביין (שופט שנודע כבעל מומחיות בדיני מסים) כי כוונת המחוקק הייתה להעניק הטבות מס לחלקים המאושרים בלבד.⁷⁶ השופט ביין הדגיש כי הטבות מס הן חריג שיש לפרשו בצמצום⁷⁷ – למרות זאת קבע כי "במקרה הגדון [...] יש הצדקה לסטות מהנוסח המילולי של הגדרת 'הכנסה חייבת' שבפקודה",⁷⁸ בין היתר מן הטעם שלפיו –

קיוּזו ההפסדים בשלב קביעת "העוגה" העומדת לחלוקה, יכול להביא לכך שההטבה המתבטאת בהקטנת שיעורי המס תישחק (בבחינת "ימין מקרבת ושמאל מרחיקה") והנטייה בפסיקה היא להימנע מפרשנות המונעת מהנישום ליהנות ממלוא הטבות המס הניתנות לו.⁷⁹

- 73 כדי לפשט את הסיטואציה נניח שהכנסתה של כרמל אולפינים עומדת על 99 ש"ח, והכנסה זו מורכבת משלושת סוגי ההכנסות שחלקיהן היחסי שווה, ונוסף על כך יש לה הפסד בגובה 21 ש"ח. שאיפתה תהא לחלק את אותם 99 ש"ח הכנסה כוללת ל-33 ש"ח, 33 ש"ח ו-33 ש"ח, ולהפחית הפסד של 21 ש"ח מה-33 ש"ח של הכנסה רגילה (שבה שיעור המס הוא הגבוה ביותר) בלבד; לעומת זאת, פקיד השומה יטען כי מתוך אותם 99 ש"ח יש להוריד תחילה 21 ש"ח, ואת ה-78 ש"ח שנתרו לחלק לשלושה סכומים של 26 ש"ח, שכל אחד מהם יחויב במס לפי השיעור המוטל על כל אחד מסוגי ההכנסות. כלומר, לפי שיטת פקיד השומה, חלק גדול יותר מההכנסה יוגדר כהכנסה לא מוטבת ולכן יחויב במס בשיעור רגיל.
- 74 כלומר: לא לייחס הפסדים שהיו למעוררת לפני שנהנתה מההטבה לפי החוק לרווחים שיש לה לאחר שהחלה ליהנות מההטבה, שאחרת תפחת ההטבה מכוונת המחוקק. ראו עניין כרמל אולפינים במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 794-795.
- 75 שם, בעמ' 800-801. לשיטת פקיד השומה, פרשנותו הולמת את תכלית החוק כי על פי רוב ההפסד המועבר נוצר מכל חלקי המפעל המעורב, ולכן קיוּזו ההפסד המועבר לפני הייחוס יביא לכך שכל אחד מחלקי המפעל המעורב "סופג" את ההפסד.
- 76 שם, בעמ' 804.
- 77 "אין ספק, שהטבות במס מעצם טיבן מניחות קיומו של משטר מס נתון וההטבות הן בבחינת חריגים מיטיבים למשטר מס זה". שם, בעמ' 806.
- 78 שם, בעמ' 807.
- 79 שם, בעמ' 808 (ההדגשה הוספה). בעמ' 808-810 הוסיף השופט ביין כי החלטתו במקרה זה עולה בקנה אחד עם רוח הדברים בעניין לה נסיונול, לעיל ה"ש 38. יש להוסיף כי בעמ' 808

לכסוף הכריע השופט ביין לטובת כרמל אולפינים, וקבע שקיזוז הפסד מועבר משנים קודמות ייעשה לאחר פעולת הייחוס לפי סעיף 74(ב) לחוק.⁸⁰

בערעור לפני בית המשפט העליון⁸¹ חזר פקיד השומה על טענותיו. הוא שב והדגיש כי תכליתו של סעיף 74 לחוק היא הפרדת הפעילות העסקית המאושרת מהפעילות הבלתי-מאושרת, כדי שההטבות יינתנו לחלק המאושר בלבד.⁸² לטענתו, הפסדי העבר נוצרו ברובם מהנכסים שעזרו לייצר את ההכנסה החייבת בשיעור מס מופחת, ולכן אם (כפי שאישר בית המשפט המחוזי) יקוזזו הפסדים אלו רק כנגד ההכנסה החייבת בשיעור מס חברות רגיל, תמוסה כרמל אולפינים בחסר.⁸³ גם כרמל אולפינים חזרה על טענותיה, והוסיפה כי הפסדי העבר הם הפסדים עקב פעילות רגילה ולא עקב פעילות מאושרת, שהרי ההטבות לפי החוק החלו בשנת 1996 בלבד, שהיא השנה הראשונה שבה צמחה לה הכנסה חייבת חיובית. מכאן, ועל פי תכלית סעיף 74 לחוק, אין הצדקה לקזז הפסדי עבר מההכנסה המוטבת.⁸⁴

בית המשפט העליון, בפסק הדין המרכזי שכתב השופט ג'ובראן, קבע כי "מבחינת לשון הסעיף, המונח 'הכנסה חייבת' סובל הן את פרשנות פקיד השומה כי הוא כולל קיזוז הפסדים מן העבר, הן את פרשנות החברה כי אין הוא כולל קיזוז כאמור".⁸⁵ בבואו לפרש את דבר החקיקה לפי תכליתו אימץ בית המשפט העליון את התפיסה של בית המשפט המחוזי, שלפיה מטרת הסעיף היא לתת הטבות רק לחלק המאושר במפעל.⁸⁶ אולם השופט ג'ובראן, בניגוד לבית המשפט המחוזי,⁸⁷ לא קיבל את עמדת כרמל אולפינים במלואה אלא חילק את הכרעתו לשני חלקים: באחד דחה את הערעור ובאחר קיבל אותו. לעניין הפסדים שנוצרו בטרם נהפך המפעל למעורב קבע השופט ג'ובראן, בהתאם להלכת לה נסינגל, כי יש לקזז אותם מההכנסה הרגילה בלבד (כדי למנוע מצב שבו החובה לקזז הפסדים מפעילות רגילה כנגד הכנסה מוטבת שוחקת את הטבת המס). לעומת זאת, לגבי הפסדים שנוצרו לאחר שנהפך המפעל למעורב, הוא קבע כי יש לקזז אותם מהכנסות המפעל המעורב בהתאם לשיטת הייחוס הקבועה בסעיף 74. בלשונו:

לטעמי [...] הפסדים מן העבר שנוצרו ב"המפעל המעורב" הם הפסדים של "המפעל המעורב", ויש לייחסם לכל פעילות של "המפעל המעורב", בהתאם לשיטת הייחוס הקבועה בסעיף 74 לחוק. כשמדובר בהפסדים מן העבר שנוצרו בתקופת "המפעל המעורב", אינני רואה כל הצדקה תכליתית מדוע לא להחיל עליהם את סעיף 74 לחוק. הפסדים כאלה נבעו מכל פעילות של "המפעל המעורב", ולכן

-
- אף הפנה השופט ביין להלכת ע"ט, לעיל ה"ש 29, בציינו "כי את ההטבות נשוא חוק העידוד יש לפרש על דרך ההרחבה ולפחות לא על דרך הצמצום".
- 80 עניין כרמל אולפינים במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 812.
- 81 עניין כרמל אולפינים בעליון, לעיל ה"ש 21.
- 82 שם, בעמ' 503.
- 83 שם, בעמ' 503.
- 84 שם, בעמ' 504.
- 85 שם, בעמ' 505.
- 86 שם, בעמ' 506.
- 87 עמדת השופט ביין הייתה שאין משמעות למקור ההפסדים. ראו עניין כרמל אולפינים במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 802.

אין הצדקה לקזום רק כנגד ההכנסה הרגילה ולהיטיב עם הנישום, כשם שאין הצדקה לקזום רק כנגד ההכנסה המוטבת ולהרע עם הנישום. תכלית החוק מובילה למסקנה כי יש לקזום גם כנגד ההכנסה הרגילה וגם כנגד ההכנסה המוטבת, ושיטת הייחוס שתחול לעניין זה היא שיטת הייחוס הקבועה בסעיף 74 לחוק. כך תוגשם תכליתו של סעיף 74 לחוק.⁸⁸

אם כן, השופט ג'ובראן קיבל את עמדת כרמל אולפינים רק לגבי הפסדים שנוצרו לפני שהמפעל נהפך למעורב (בנסיבות העניין נקבע כי המפעל הוא מפעל מאושר החל ביום מתן כתב האישור),⁸⁹ וכך הערעור התקבל חלקית בהסכמת השופטת (כתוארה אז) נאור והשופט (כתוארו אז) ריבלין.⁹⁰ במישור העקרוני אימץ פסק הדין את הלכת לה נסיונל, שקבעה כי אסור לשחוק את הטבת המס שנתן המחוקק באמצעות החובה לקזו – אך גם ביטא את החשש שהנישום ירוויח מעבר למה שכיוון המחוקק. בהתאם לקו מחשבה זה סירב בית המשפט העליון להתיר לחברה לקזו את מלוא ההפסד מהמפעל המעורב רק כנגד הכנסתה הרגילה, וחייב אותה לקזו חלק מההפסדים (שנוצרו מפעילות המפעל אחרי שהוכר כמעורב) כנגד הכנסתה החייבת בשיעור מס מופחת. בכך, למעשה, קבע בית המשפט העליון כי הזכאות של כרמל אולפינים להטבת המס לא נותנת לה זכות למקסם את השווי של הפסדי המס הצבורים שלה.

כשנה לאחר מכן, בעניין סטרלינג סופטוור, נדרשו בתי המשפט להכרעה בין פרשנות צרה לפרשנות מרחיבה בקביעת תקופת ההטבה.⁹¹ באותו עניין קיבלה הנישומה במאי 1986 אישור להטבה בת 14 שנים, והשאלה שבמחלוקת הייתה אם יש לפרש את האישור כך שיפוג ב־1 בינואר 2000 (כגישת פקיד השומה) או ב־31 בדצמבר 2000 (כגישת סטרלינג סופטוור). שופטת בית המשפט המחוזי (כתוארה דאז), שולמית וסרקרוג, בחרה בדרך אמצע שלפיה יפוג האישור במאי 2000,⁹² אך בשנת 2010 בית המשפט העליון הפך את ההחלטה ואימץ

88 עניין כרמל אולפינים בעליון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 506 (ההדגשות הוספו).

89 הצדדים נחלקו גם בשאלה המועד הרלוונטי לתחילת סיווגו של המפעל כמעורב, ראו שם, בעמ' 506–508.

90 שם, בעמ' 508. השופטת נאור העירה כי נוסחת הייחוס הקבועה בס' 74 חלה רק בהיעדר קביעה אחרת של המנהלה, וכי לשיטתה מוטב יהיה כי המנהלה תפעיל סמכותה בין ביומחה היא ובין בעקבות פנייה של המפעל המעורב, כך שההכנסה החייבת תיקבע באופן קונקרטי ולא לפי מבחן יחס הנכסים. השופט ריבלין הצטרף להערת השופטת נאור.

91 עניין סטרלינג סופטוור במחוזי, לעיל ה"ש 30.

92 סגנית הנשיאה וסרקרוג ניתחה את לשון הסעיף ואת תכליתו וקבעה: "הפרשנות המוצעת על-ידי, לפיה תקופת ההטבה תתחיל להימנות בשנים קלנדאריות, החל מיום מתן האישור, מאפשרת איפוא מניין מלא של תקופת הטבה, תוך התייחסות לחישובי המס, על-פי היחסיות של ההכנסה בשנת המס הראשונה ובשנת המס המסיימת של תקופת ההטבה". שם, פס' 18 לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג.

את עמדת פקיד השומה.⁹³ השופט רובינשטיין, שכתב את פסק הדין, הדגיש את הצורך לאזן בין שתי התכליות הסותרות בחוק – הרצון לעודד השקעות והרצון לגבות מס:⁹⁴

העובדה, שתפקידו הנקודתי של הסעיף הוא הגבלת ההטבות – אינה מחייבת לפרש את הוראותיו באופן הפועל לרעת הנישום; [ובאותו אופן, העובדה שתכליתו של חוק העידוד כולו היא מתן הטבות – אינה מחייבת לפרש את הסעיף לטובת הנישום].⁹⁵

אף על פי שפסק הדין רק הבריל את הלכת עיט מנסיבות המקרה הספציפי ולא סייג את היותה הכלל הפרשני המנחה,⁹⁶ נדמה שהלכה למעשה הפעיל השופט רובינשטיין כלל פרשני יותר ניטרלי מזה שהתקבל בפסיקה עד כה – כלל שאינו נותן עדיפות מלכתחילה לפרשנות המרחיבה ביחס להטבות המס. לתפיסה הפרשנית שמאחורי כלל זה ניתן ביטוי גם בכמה פסקי דין של בית המשפט המחוזי. השופט אלטוביה קבע בשני פסקי דין (שאחד מהם אושרר בקצרה בבית המשפט העליון) כי אין לקרוא את כתב האישור להטבת המס באופן מרחיב וכי התנאים בו (שהם בעצם התנאים למתן הטבת המס) הם תנאים קשיחים,⁹⁷ ולכן "לא ניתן לקרא לתוך כתב אישור המגדיר את הפעילות הייצורית ואת המוצר, את שלא כתוב בו".⁹⁸ בפסק דין אחר דחתה השופטת מזרחי את הפרשנות המרחיבה שהציע הנישום לסעיף בחוק המע"מ שנתן פטור לדירות מושכרות שנבנו בפרויקט שאושר על פי החוק.⁹⁹ בדומה, בפסק דין נוביס שעוד יידון בהמשך, בחר השופט אלטוביה לקרוא בצמצום את הגדרת החוק בשאלה מהי חברה מייצאת. הוא קבע כי חברה מייצאת היא רק כזו שמייצאת

93 עניין סטרלינג סופטוור בעליון, לעיל ה"ש 30. מאחר שלא הוגש ערעור שכנגד על ידי פקיד השומה, חלק מהקביעות שנקבעו לטובתו נעשו למעלה מן הצורך.

94 שם, פס' ל"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

95 שם (ההדגשות הוספו).

96 בהתייחסו לסתירה שבין הכרעתו במקרה זה לבין הלכת עיט הסביר השופט רובינשטיין כי הלכת עיט אינה חלה במקרה דנן, משום שבמקרה זה לשון החוק אינה סובלת את הפרשנות המרחיבה (טענה שאפשר כמוכן לחלוק עליה, בהתחשב בעמדתו של בית המשפט המחוזי). יתרה מזו: השופט רובינשטיין חידר כי אין דינה של הוראת חוק המיטיבה עם הנישום כדינה של הוראת חוק המאזנת בין ההטבה לבין דיני המס הכלליים: "במקרה האחרון חייב היה המחוקק לקבוע נקודות הכרעה בין הרצון לעודד השקעות לבין הרצון לגבות מס – ובכגון זאת אין מקום להציב, באמצעות פרשנות תכליתית, נקודת איזון שונה". שם, פס' ל"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

97 ע"מ (ת"א) 1020/05 מתן דיגיטל פרינטינג בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקוה (פורסם בנבו, 13.9.2010) (להלן: עניין מתן דיגיטל); וכן ע"מ 1359/08 תופאפ תעשיות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (פורסם בנבו, 31.12.2008). קביעה זו אושררה בבית המשפט העליון בע"א 3721/12 תופאפ תעשיות נ' פקיד שומה, פס' 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 27.4.2014).

98 עניין מתן דיגיטל, לעיל ה"ש 97, פס' 9.

99 עניין קיבוץ רמת רחל, לעיל ה"ש 34, פס' 57-58 לפסק דינה של השופטת מזרחי.

יותר מ-25% מתוצרתה לחו"ל ישירות, וכי חברה המייצאת יותר מאחוז זה – אבל עושה זאת באמצעות מתווכים ומשווקים מקומיים – לא יכולה להיחשב חברה מייצאת.¹⁰⁰

(ב) הכרעת בית המשפט העליון בפסק דין מודול בטון: האומנם אשרור הגישה המרחיבה?

ההתייחסות האחרונה והעדכנית למדיניות הנוגעת לקיוזו הפסדים, בהקשר של הכנסה שנהנית מהטבה, נעשתה בשנת 2010 בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מודול בטון. לחברת מודול בטון הייתה פעילות שהייתה חשופה לשיעור מס חברות רגיל, מפעל מאושר שהכנסותיו היו זכאיות להטבה¹⁰¹ ובעלות מלאה בחברת-בת שהייתה לה פעילות רגילה. לחברת-הבת לא היו רווחים אלא רק הפסדים לצורכי מס, ונוסף על כך הותר לה לקזז את הפסדיה כנגד הכנסות של חברת-האם (מכוח הטבת מס נוספת שניתנה למודול בטון לפי חוק עידוד התעשייה).¹⁰²

העניין עורר שתי פלוגות שנדונו בפני השופט מגן אלטוביה, שופט בעל מומחיות דיני מסים, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.¹⁰³ תחילה נעסוק בפלוגתה הראשונה ונפתח בתיאור הרקע העובדתי. מכיוון שלחברת-הבת נצברו הפסדים בשלוש השנים הרלוונטיות, היא קיזזה אותם (בהתאם להטבת המס שניתנה לה מכוח חוק עידוד התעשייה) כנגד הכנסות חברת-האם. חברת-האם קיזזה את הפסדים שקיבלה מחברת-הבת רק כנגד הכנסותיה שהיו חשופות לשיעור מס רגיל, בהתאם להלכת לה נסיונל שאושרה מחדש בעניין כרמל אולפנינים. מכיוון שההפסדים (לצורכי מס) של חברת-הבת עלו על הכנסות חברת-האם שהיו חשופות לשיעור מס רגיל, העבירה חברת-האם את יתרת ההפסדים הצבורים לשנות המס הבאות. השאלה המשפטית הייתה אם מודול בטון חייבת, במסגרת דוחותיה המאוחדים, לקזז את הפסדי חברת-הבת מהכנסותיה הפטורות ממס (כעמדת פקיד השומה) או שהיא רשאית לקזזם רק כנגד הכנסתה מפעילות רגילה, ולהעביר את יתרת ההפסדים לשנות המס הבאות (כעמדת מודול בטון).¹⁰⁴

100 עניין נוביס, לעיל ה"ש 22.

101 מכוח הוראות ס' 51 לחוק.

102 ס' 23 לחוק עידוד התעשייה קובע: "(א) חברת אם כמשמעותה בפסקה (1) להגדרת חברת אם בסעיף 22 וכן חברת אם כמשמעותה בפסקה (2) להגדרה האמורה, שהמפעלים התעשייתיים של כל חברות הבת שבשליטתה הם בני קו ייצור אחד, רשאית להגיש את הדו"ח לפי סעיף 131(א) (3) לפקודה במאחד [...] (ב) לא היו כל המפעלים התעשייתיים של חברות הבת של חברת אם כמשמעותה בפסקה (2) להגדרת חברת אם, בני קו ייצור אחד, תהיה חברת האם רשאית להגיש דו"ח מאוחד רק עם חברת בת שבה מושקע הסכום הגדול ביותר מסך כל השקעותיה בחברות בת. לענין זה יראו מספר חברות בת שמפעליהם התעשייתיים הם בני קו ייצור אחד, כחברת בת אחת."

103 עמ"ה (ת"א) 1053/05 חב' מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, 1-2 (פורסם בנבו, 19.3.2007) (להלן: עניין מודול בטון במחוזי).

104 הפלוגתה השנייה עסקה בשאלה אם מודול בטון יכולה לקזז את ההפסדים האלו מרווח הון שנוצר בעת מכירת חברת-הבת, וראו להלן בתת-פרק זה.

השופט אלטוביה דחה את ניסיונותיו של פקיד השומה לטעון כי הפטור שניתן למודול בטון הוא כלי משפטי שונה מהטבות המס האחרות ולכן אינו כפוף לדין החל על הטבות המס, כפי שנקבע בפסקי הדין הקודמים,¹⁰⁵ וקבע כי אין לחייב את מודול בטון לקזז את הפסדיה הרגילים מהכנסתה המועדפת. לעמדתו, "קיוזו הפסד רגיל (שאיילו היה הכנסה חייבת היה חב במס מלא) כנגד הכנסה פטורה או כנגד הכנסה בשיעור מס מופחת או כנגד הכנסה שמועד החיוב במס בה נדחה, מהווה כרסום בכוחו הממצע של קיוזו ההפסדים המועברים".¹⁰⁶ עוד הקדיש השופט אלטוביה מילים מספר לאפשרויות הקיוזו הקיימות ולמדיניות הנוגעת להן. לדבריו יש ארבע אפשרויות: קיוזו הפסד רגיל כנגד הכנסה רגילה, קיוזו הפסד מועדף כנגד הכנסה מועדפת, קיוזו הפסד רגיל כנגד הכנסה מועדפת וקיוזו הפסד מועדף כנגד הכנסה רגילה. השופט אלטוביה ציין שככלל יש לקזז "מין במינו" – הפסד מועדף (שאיילו היה הכנסה היה נהנה משיעור מס מועדף) יקוזז אך ורק כנגד הכנסה מועדפת, והפסד רגיל (שאיילו היה הכנסה היה חייב בשיעור מס רגיל) יקוזז אך ורק כנגד הכנסה רגילה.¹⁰⁷ על הכרעתו של השופט אלטוביה (בשתי הפלוגות, שרק אחת מהן הוצגה עד עתה) הגיש פקיד השומה ערעור לבית המשפט העליון.¹⁰⁸ את פסק הדין העיקרי בערעור כתב השופט עמית, שבהתאם להלכות שנסקרו לעיל קבע כי יש לאפשר למודול בטון לקזז את ההפסדים שנוצרו כתוצאה מפעילותה של חברת־הבת כנגד הכנסתה הרגילה בלבד. בהקשר זה קבע השופט עמית, בניגוד לטענת פקיד השומה, שבית המשפט המחוזי לא התיימר לאמץ הסדר משפטי כולל של "שיטת סלים", המחייב לקזז "מין במינו בלבד", וכי פקיד השומה קרא בפסק הדין של בית המשפט המחוזי מה שאין בו. השופט עמית בחר שלא להכריע בשאלה אם יש לאפשר לקזז הפסד מועדף על פי החוק רק כנגד הכנסה מועדפת והשאיר את העניין בצריך עיון. ראוי לציין כי עמדתו של השופט עמית בסוגיה זו התקבלה פה אחד ונראה כי היא תואמת את ההלכות הקודמות.

לעומת הפלוגתה הראשונה, שלדעתנו אין בה משום פרשנות מרחיבה, הרי בפלוגתה השנייה – בניגוד לפסקי הדין המאוחרים שהוצגו בתת־הפרק הקודם – התקבלה לכאורה דווקא גישה מרחיבה. לכן הפלוגתה השנייה היא המכשול העיקרי לפני טענתנו (התיאורית)

105 עניין מודול בטון במחוזי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 5. באי־כוח פקיד השומה, שהיו ערים להלכות לה נסינו ולכרמל אולפינים, טענו כי יש להבדיל את סעיפים 47, 51 ו־74 לחוק מהמקורות שהובאו לעיל משום שלא דובר בפטור מוחלט במס אלא בפטור זמני, ונעזרו לשם כך בקביעות בעניין נירית זרעים, לעיל ה"ש 59.

106 עניין מודול בטון במחוזי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 5-7. יצוין כי לטובת הדין, וכדי להקל על נקודת המוצא, הצהיר פקיד השומה "כי הפסדים שיקוזו בכל שנה במסלול החלופי (עד גובה ההכנסות מהמסלול החלופי) (מסלול הטבות המס לפי חוק עידוד השקעות הון, במובחן ממסלול המענקים) לא ימוסו במס חברות בעת חלוקת דיבידנד, ולפיכך לא תתעורר בעיה של כפל מס". שם, בעמ' 2. אולם, השופט אלטוביה הבהיר כי "הצהרת המשיב כי לא יגבה מס חברות על אותו חלק מן הכנסה המועדפת אשר יחולק כדיבידנד אין בה כדי לרפא את הכרסום בתמריץ העידוד". שם, בעמ' 8.

107 שם, בעמ' 5-7.

108 ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ (פורסם בנבו, 21.2.2010) (להלן: עניין מודול בטון בעליון).

שלפיה גישת הפרשנות המרחיבה, כפי שהתבטאה בפסק דין עיט, כבר איננה מובנת מאליה גם אם לא נהפכה באופן רשמי.¹⁰⁹ אלה עובדות המקרה: בשנת 2002 מכרה מודול בטון את מניות חברת־הבת. ממכירה זו הופק לה רווח הון ריאלי בסך של 1,255,843 ש"ח. כתוצאה מקביעת בית המשפט בפלוגתה הראשונה – שמודול בטון (חברת־האם) יכולה שלא לקזז הפסדים (מפעילותה החייבת במס כנגד רווחיה הפטורים ממס) – נותרו לה הפסדים עסקיים שאותם יכלה להעביר לשנים הבאות. מכיוון שרווח ההון היה חייב במס, ביקשה החברה לקזז אותו כנגד ההפסד העסקי שנצבר לה מהפסדי העבר של חברת־הבת. בית המשפט נדרש לשאלה אם להתיר למודול בטון לקזז את אותם הפסדים כנגד רווח ההון (1,255,843 ש"ח) שהפיקה ממכירת חברת־הבת (שמפעילותה במקור נבעו הפסדי המס שרצתה לקזז). ראוי להדגיש כי בניגוד לפלוגתה הראשונה, שבה ביקשה מודול בטון מבית המשפט שלא להבדיל את המקרה שלה מההלכה (המקובלת והיציבה) בעניין לה נסיונל, הפלוגתה השנייה מהווה בקשה לקריאה מרחיבה מאוד של הטבות המס שניתנו מכוח חוק עידוד התעשייה. הקושי נעוץ בכך שסעיף 28(ב) לפקודה מתיר לחברה לקזז הפסדים צבורים משנים עברו רק כנגד רווחים (פירותיים או הוניים) מעסק וממשלח־יד. כפי שטען פקיד השומה, חברת־הבת היא נכס הוני של מודול בטון, ולמודול בטון אין עסק ומשלח־יד של מכירת חברות.¹¹⁰ אל מול עמדה זו טענה מודול בטון כי ראוי לפרש את המונח "ריווח הון בעסק" בסעיף 28(ב) לפקודה בתוך הקשר רחב של המונח "עסק", באופן שיאפשר לה לקזז את ההכנסות ממכירת המניות של חברת־הבת כנגד הפסדיה הצבורים (שבמקור הועברו לה מהפסדי המס של חברת־הבת). טענה זו התחזקה, בין היתר, בגלל שחוק עידוד התעשייה אפשר לחברת־האם ולחברת־הבת להגיש דו"ח מאוחד המאפשר לראות בהן יחידה כלכלית אחת של מפעל תעשייתי המפעיל קו ייצור אחד.¹¹¹ לכן, לתפיסתה של מודול בטון, לא היה מקום להבדיל בין מכירת קו הייצור (כלומר: המכונות ששימשו את חברת־הבת) לבין מכירת המניות של החברה בעלת קו הייצור: מבחינה מהותית דובר באותה עסקה ולפיכך ברווח הון בעסק.¹¹²

כאמור, התיק נדון בפני השופט אלטוביה בבית המשפט המחוזי. השופט אלטוביה, בניגוד למקרים אחרים שבהם הציג עמדה מצמצמת, החליט במקרה זה לקבל את עמדת מודול בטון וקבע כי מכירת מניות חברת־הבת כמוה כמכירת נכס הון בעסק, ולכן יש להתיר את קיזוז הפסדים כנגד רווח ההון הריאלי שהופק מהמכירה.¹¹³ למסקנה דומה הגיע גם בית המשפט העליון. השופט עמית, בפרשו את תכלית החוק לעידוד תעשייה, הסביר כי הטבת המס של הגשת דוח מאוחד נועדה למנוע מיסוי של יחידה כלכלית אחת הנתונה כולה בהפסד.¹¹⁴ כרי להגשים תכלית זו החליט השופט עמית לקבל את עמדת מודול בטון ולאפשר לה לקזז את הרווחים ממכירת חברת־הבת כנגד הפסדיה הצבורים, וזאת אף שהוא

109 ש.ם.

110 עניין מודול בטון במחוזי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1.

111 ש.ם, בעמ' 9-10.

112 עניין מודול בטון בעליון, לעיל ה"ש 108, פס' 8 ו-33 לפסק דינו של השופט עמית.

113 עניין מודול בטון במחוזי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 9-11.

114 עניין מודול בטון בעליון, לעיל ה"ש 108, פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית.

מצא לנכון לקבל את עמדת פקיד השומה, שלפיה למודול בטון לא היה עסק של קנייה ומכירה של חברות. השופט עמית הבהיר כי קביעתו משקפת גישה מרחיבה שמפרשת את דין המס לטובת הנישום, באופן שעולה בקנה אחד עם הלכת עיט.¹¹⁵ המסקנה שאליה הגיע השופט עמית נתמכה על ידי השופט דנציגר ונדחתה בדעת מיעוט על ידי השופטת חיות. לאחר שניתן, נתפס פסק הדין בעניין מודול בטון כמאמץ גישה פרשנית רחבה, שכן השופטים עצמם הבהירו שהיא עולה בקנה אחד עם תפיסת הרוב בעניין עיט, וזאת בניגוד לפסקי הדין שצוינו לעיל בתת-הפרק הקודם. נסביר תפיסה זו. שופט המתמחה בדיני מסים בבית המשפט המחוזי, ושני שופטי עליון בכירים ומנוסים במשפט כלכלי, בחרו שלושתם לקרוא הטבת מס באופן מרחיב עד כדי כך שהיא מאפשרת לפרום את הלשון המפורשת של סעיף 28(ב) לפקודה. מדובר בסעיף מרכזי המטיל על קיזוז הפסדים עסקיים כנגד הכנסות הוניות הגבלות בעלות יסוד אנטי-תכנוני מובהק, שבין השאר נועד למנוע קיזוז של הפסדים עסקיים כנגד רווחי הון הניתנים למימוש סלקטיבי. אם כן, אפילו אם הצדיקו נסיבות המקרה פריצה של המסגרת הלשונית של סעיף 28(ב), הכרעת הדין ביחס לפלוגתה השנייה גרמה לכך שפסק הדין בעניין מודול בטון נתפס כמרחיב.

למרות האמור לעיל, לדעתנו אין לקרוא את הכרעת בית המשפט בפסק דין זה כתמיכה נחרצת בגישה המרחיבה, אלא כמסקנה הגיונית שהתחייבה בנסיבות העובדתיות המיוחדות שאפיינו את הפלוגתה השנייה. נזכיר, כי הרושם המתקבל מקריאת פסק הדין הוא שאין מדובר בתכנון מס אגרסיבי שבית המשפט העליון אישר את קיומו, אלא בתמהיל של שתי הטבות מס: הגשת דוח מאוחד מכוח החוק לעידוד התעשייה וקיזוז הפסדים משום שרוב ההכנסה של חברת-האם הייתה מועדפת. אכן, ייתכן כי הכרעת פסק הדין הייתה מחויבת המציאות, אבל בהחלט אפשר לסבור שבית המשפט בסך הכול ניסה להימנע מהמצב ההפוך, שבו הייתה נמנעת (או נדחית) מהחברה הטבה שהייתה זכאית לה. אלמלא התיר בית המשפט למודול בטון לקזז את רווח ההון כנגד הפסדים הצבורים (כפי שהציע פקיד השומה), העובדה שמודול בטון בחרה לנצל את הטבת המס מכוח חוק עידוד השקעות הון ולהגיש דוח מאוחד הייתה מרעה את מצבה. ללא ההטבה היו הפסדים נשארים אצל חברת-הבת, שלא הייתה זכאית לפטור ממס מכוח חוק עידוד השקעות הון, ולכן סביר להניח שבמוקדם או במאוחר היו לה רווחים חייבים במס. מכיוון שהפסדים צבורים לצורכי מס הם סוג של נכס, הייתה מודול בטון יכולה לדרוש מחיר גבוה יותר עבור מניות חברת-הבת. אולם, החברה העבירה את הפסדיה לחברת-האם, שהיו לה בעיקר הכנסות פטורות ממס – כך שהאפשרות לקזז הפסדים לא היוותה עבורה נכס. כלומר, אם היה נמנע הקיזוז, היה עובר זמן רב עד שהיה שימוש בהפסדים שנוצרו, והיה מתייתר היתרון שניתן באמצעות הגשת הדוחות במאוחד. במובן זה, הלכת מודול בטון – גם בפלוגתה השנייה – היא המשך ישיר להלכת לה נסיונל ולא הרחבה שלה.

עמדתנו, שלפיה הפרשנות שניתנה נבעה מהחלת הרציונלים של הלכת לה נסיונל בנסיבות המקרה המיוחדות, מקבלת חיזוק בדברי השופטים עצמם. כך, בערכאה המחוזית, הציג השופט אלטוביה שלל שאלות נוספות שעשויות להתעורר כתוצאה מהכרעתו בפלוגתה

115 שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט עמית.

השנייה, וקבע כי אין בהכרעתו להשיב עליהן.¹¹⁶ בדומה, גם השופט עמית היה מודע להשלכות הרחב שיכולות להיות לפסק הדין והגביל מאוד את התחולה האפשרית של פסק דינו:

התוצאה אליה הגענו מצומצמת לחברת אם וחברת בת שהן יחידה כלכלית אחת, שתיהן מפעלים תעשייתיים בני קו ייצור אחד והן מגישות דו"ח מאוחד, וזאת על רקע תכליתו המיוחדת של חוק עידוד התעשייה לראות את חברת האם וחברת הבת כיחידה משקית אחת.¹¹⁷

עמדתו המצמצמת של השופט עמית נתמכה על ידי השופט דנציגר, שהבהיר כי אין בהלכת מודול בטון כדי לצור הלכה מרחיבה במקרים אחרים.¹¹⁸ לא למותר לציין כי גם השופטים שתמכו בבקשתה של מודול בטון¹¹⁹ וגם זו שהתנגדה לה¹²⁰ הסתפקו באמירות עמומות בשאלה אם יש לאמץ או לדחות את הפרשנות במקרה הספציפי הזה. לדעתנו, חידוד העובדות וההנמקה במקרה זה עשוי היה להקל על בעלי דין עתידיים לדעת באלו נסיבות מיוחדות יופעל כלל הפרשנות המרחיב ביחס להטבות מס.

5. אפילו: בחזרה לעתיד – ניצניה של גישה פרשנית חדשה?

אם כן, הלכה למעשה החלו פסקי דין מתחילת המילניום – בין בבית המשפט העליון ובין בבית המשפט המחוזי – לסגת מהלכת עיט גם אם לא במפורש, ולהבהיר כי לא תמיד תינהג הטבת מס מפרשנות מרחיבה. פסקי הדין החדשים שתוארו בפרק ב.4.א הבהירו כי

116 עניין מודול בטון במחוזי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 10: "למעלה מן הנדרש יוער כי בראייה חשבונאית והן על פי תפיסת העולם התאגידים כמו גם באספקלריה של דיני ניירות ערך, חברת בת מפיקת רווחים (או הפסדים), תהא היא חלק מן 'העסק' של חברת האם. תפיסה זו מעוררת שאלות למכביר בהיבט הפיסקאלי בהקשר של קיוזו הפסדים: האם תפיסה זו תתקבל אל עולם המס אף אם המדובר ברווחים פסיביים של חברת הבת למשל מדמי שכירות? האם ככל מקרה אשר גלום בו פוטנציאל מעשי לחלוקת דיבידנד אל חברת האם ניתן יהא לראות במכירת מניותיה בבחינת 'רווח הון בעסק'? הניתן לגזור גזירה שווה בין אחזקה באמצעות חברה בחברת בת לאחזקה של יחיד באמצעות חברה שאז תבחן שאלת עסקו של היחיד בנפרד מעסקה של החברה. יחיד העוסק בעסק מסוים המוכר נכס הון שאינו משמש אותו בעסקו אולם השיא הכנסות שאינן עולות כדי 'עסק' ספק אם ניתן יהא לקזז את הפסדיו כנגד אותו רווח. עד כמה תפיסה זו תואמת את כוונת ס' 28(ב) לפקודה ושאר השאלות האמורות אינן צריכות הכרעה במקרה זה."

117 עניין מודול בטון בעליון, לעיל ה"ש 108, פס' 38 לפסק דינו של השופט עמית.

118 שם, פסק דינו של השופט דנציגר.

119 השופט עמית נימק את קביעתו אך בלי להתייחס לאופי המקרים שבהם תוחל הלכת מודול בטון בפלוגתה השנייה. הדגש ניתן לגישה הפרשנית שאימץ השופט. שם, פס' 34-37 לפסק דינו של השופט עמית.

120 השופטת חיות קבעה בקצרה: "אילו נשמעה דעתי היינו מקבלים את הערעור בסוגיה השנייה וקובעים כי רווח הון ריאלי שנצמח ממכירת מניות חברת הבת של המשיבה אינו מהווה 'רווח הון בעסק' לעניין סעיף 28(ב) לפקודה אלא מימוש השקעה ומשכך, אין המשיבה רשאית לקזז את הפסדיה העסקיים מן השנים שקדמו לשנת 2002 כנגד רווח זה". ראו שם, פסק דינה של השופטת חיות.

שיקולים של גביית מס הם שיקולים חשובים ולגיטימיים בקביעות השיפוטיות הנוגעות בפירוש הראוי של הטבות מס במארג דיני המס.¹²¹ בהתאמה, ההלכה המרחיבה האחרונה שניתנה, בעניין **מודול בטון**, הלכה בעקבות עניין **עיש** אך עשתה זאת בזהירות רבה, תוך הדגשת הערך התקדימי המוגבל של ההלכה לעובדות המקרה הספציפי. כפי שנראה בהמשך, רשות המסים, מצידה, גילתה הססנות בחתירתה אחר הגשמה של יעדי הגבייה,¹²² דבר שעשוי להצביע על החשש שלה שהלכת **עיש** עורה הדין הנוהג והבלתי-מעורער בכל הנוגע להטבות מס. אכן, חשש זה מתיישב עם פסיקות עדכניות החוזרות ומדגישות את הלכת **עיש** כמו, למשל, עניין **צינומנטל שתואר לעיל**.

לדעתנו, כאמור, אף שהלכת **עיש** הולכת ונסדקת היא טרם חלפה מן הפסיקה הישראלית, ונראה כי הפסיקה באשר להטבות מס עומדת על פרשת דרכים. דומה כי תשתית פסיקתית זו היא קרקע פורייה לניצנים של דוקטרינה פרשנית חדשה. אכן, עיון בפסיקת הערכאות הדיוניות מלמד כי הן מוכנות ומזומנות להסתייגות מכלל הפרשנות המרחיב. כך, ביוני 2013 התפרסם פסק דין בולט המסייג את ההלכות המרחיבות – פסק הדין בעניין **כ.צ.ט. נוביס**.¹²³ חברת **כ.צ.ט. נוביס בע"מ** (להלן: **נוביס**) הייתה זכאית להטבת מס אם תוכיח כי לפחות 25% מהכנסות המפעל המוטב שבבעלותה, בשנות המס מושא הערעור, הופקו ישירות ממכירות בשוק המונה 12 מיליון תושבים לפחות (הלכה למעשה היה עליה להראות כי לפחות 25% ממכירותיה יוצאו מישראל). אכן, נוביס מכרה את המוצר שיוצר במפעלה למערב אירופה. דא עקא, שהיא לא הייתה אחראית בעצמה להפצתו ליעד זה: היא ייצרה את המוצר ואז שווקה אותו אל מחוץ לישראל באמצעות מתווך שמכר את המוצר בפועל.¹²⁴ אם כן, המחלוקת המשפטית הייתה אם, כגישתה של נוביס, יש לראות בה חברה בעלת מפעל המוכר את תוצרתו בעקיפין למדינות מערב אירופה; או שמא יש לראות בה, כגישת פקיד השומה, בעלת מפעל שמוכר את תוצרתו לחברה המתווכת בישראל.¹²⁵

השופט אלטוביה, שהתיק הובא בפניו, דן בפרשנות הראויה להטבת המס לפי החוק. לשיטתו, החוק נועד לתמרץ חברות שמסתכנות בייצור וגם בייצוא, והכול כדי לשפר את כלכלת ישראל ולהוביל לצמיחה.¹²⁶ לכן, ואף שברור שהפעילות היצרנית של נוביס השיאה תרומה כלכלית למשק, הוא מיאן לזכותה בהטבת מס הניתנת רק למפעלים שמייצרים וגם מייצאים, וקבע כי בהתאם ללשון החוק היא לא תהנה מההטבה.¹²⁷

121 כך, למשל, צוין כי יש חשש שהנישום ירוויח מעבר למה שכיוון המחוקק; ראו עניין **כרמל אולפינים** במחוזי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 801; כן ראו לעיל בטקסט שאחרי ה"ש 91. ראו גם עניין **כרמל אולפינים בעליון**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 506. בעניין **סטרלינג סופטוור** הדגיש השופט רובינשטיין את הצורך לאזן בין שתי התכליות הסותרות בחוק; ראו עניין **סטרלינג סופטוור בעליון**, לעיל ה"ש 30, פס' ל"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

122 ראו להלן בטקסט שליר ה"ש 155-173.

123 עניין **נוביס**, לעיל ה"ש 22.

124 שם, פס' 2-5, 8-10, 18-25.

125 שם, פס' 6.

126 שם, פס' 35.

127 שם, פס' 36.

השופט אלטוביה היה מודע לקושי הטמון בכך שאי־מתן ההטבה עשוי לשלול תמריץ רצוי לפעילות יצרנית שאינה קשורה בייצוא, אולם לשיטתו לא די בכך כדי להצדיק סטייה מלשון החוק ולהרחיב את ההטבה. אלה דבריו המפורשים בהקשר זה:

כל עוד זהו נוסח חוק העידוד עניין הוא למחוקק לקבוע את אשר ברצונו לתמרץ ולעודד לפי הבנתו את צרכי המשק. תמריצי עידוד שהם הקלות מס, מהווים חריג לעקרון השוויון (האנכי והאופקי) בקרב הציבור החב במס. בבסיס דרכו הפרשנית של בית המשפט בצד החתירה אל מס האמת ואולי אף קודם לכך, מצוי עקרון זה. הוא דרך המלך בפרשנות פיסקאלית בדרך אל "מס טוב".

הלכה היא כי על הטוען לפטור ממס או להקלה מוטל הנטל לשכנע כי הוא זכאי לאילו. הלכה זו אחוזה בהיות הפטור או ההקלה חריג לעקרון השוויון. מי שמבקש לבוא בגדר החריג, עליו הנטל, שהוא לעיתים אף מוגבר, לשכנע מדוע יש להחריגו מכלל ציבור משלמי המס. כך במשור העיוני. במשור המעשי, הרציונל לפרשנות 'קפוצה' בקשר עם הענקת הטבות ופטורים מצוי גם בהיות אותם פטורים והקלות מצריכי תקצוב, כאשר הם 'גריעה' מן הקופה הציבורית. בדומה, בית משפט דעתו תהא נוחה יותר לפרש את לשון החוק לטובת הנישום עת יתקל במצב בו נוצרת בשל פרשנות הרשות, פגיעה בעקרון השוויון, שעה שאותו נישום או ציבור נישומים, מוחרגים לרעה בלא עיגון חזק דיו בדין.¹²⁸

אף שלדעתנו התוצאה של פסק דין נוביס והכלל הפרשני שאימץ בו בית המשפט הם נכונים, חשוב להבין כי זו אינה התוצאה היחידה שאליה יכול היה בית המשפט להגיע. אינדיקציות שונות בלשון החוק¹²⁹ ובנסיבות המקרה הספציפי¹³⁰ יכלו להטות את הכף לטובת פרשנות שהייתה תומכת בעמדת הנישום. דווקא משום שלא מדובר במקרה מובהק שבו טענות הנישום אינן מתיישבות עם לשון החוק או עם הנסיבות, קביעתו של בית המשפט המחוזי בולטת. השופט אלטוביה – בניגוד להלכת מודול בטון – בחר לדחות את עקרון

128 שם, פס' 37 (ההדגשות הוספו).

129 ס' 18(ג)2 לחוק מאפשר ליתן הטבה גם לקבלני־משנה. על דרך ההיקש אפשר היה, לכאורה, להראות כי המחוקק התכוון לתת את ההטבה גם ליצרנים שאינם משווקים את תוצרתם לחוץ לארץ ישירות (וזאת, בין השאר, כדי למנוע מצב שבו הטבת המס יוצרת תמריץ לעסקאות לא יעילות). בהקשר של הלכת נוביס, ברור כי ההלכה יוצרת תמריץ למיזוג אנכי של פעולת הייצור והשיווק, משום שהיא מתנה את הטבת המס (המשמעותית) בכך שאותה חברה תעסוק גם בפעילות הייצור וגם בפעילות השיווק (ולחלופין יוצרת לחברה המייצרת תמריץ למכור את מוצריה למשווק שהוא תושב־חוץ).

130 בהקשר הספציפי של המקרה הנדון נראה כי הסיכון שבפעולת הייצוא אכן נפל בחלקו הגדול על כתפי נוביס, שכן היא העבירה את המוצר שייצרה לידי חברת אונרכין בע"מ, בבעלות אורנה לויץ. אונרכין, שהחזיקה בזכויות הקניין הרוחני של המוצר, העבירה אותו הלאה לקונים במערב. פסק הדין אמנם לא מספק לנו פרטים רבים על חברת אונרכין ועל פרטי ההתקשרות שלה עם נוביס, אך נראה כי מדובר בחברה פרטית בבעלות מרוכזת של יזם שפיתח תכשיר. נובע מכך שלא מדובר בחברה המתמחה בהכרח בשיווק, אלא בחברה שפיתחה ומוכרת מוצר מסוים כשנובים משמשת לה תשתית יצרנית. אם כן, בהחלט ייתכן כי הסיכון של ירידה במכירות לצורכי ייצוא היה נופל בחלקו על נוביס. עניין נוביס, לעיל ה"ש 22, פס' 1-5.

הפרשנות המרחיבה באופן גורף, ובמקום זאת הציע כלל פרשנות זהיר יותר, תוך שהוא מעגן את הקביעה שהטבות מס פוגעות ביעדי הגבייה והחלוקה מחדש שבבסיס מערכת המס. השופט אלטוביה אף הרחיב וקבע כי במקום שיש עמימות לגבי אופן ההחלה של החוק, ברירת המחדל היא שהשיקולים הכלליים צריכים לגבור כך שחובת ההוכחה היא על הנישום הטוען כי יש להחריגו מעקרונות אלו.

לדעתנו, פסק דין ערכני זה מצטרף להלכות בית המשפט העליון בעניין כרמל אולפינים וסטרלינג סופטוור ולקביעות אחרות של שופטי בתי המשפט המחוזיים שהם בעלי מומחיות בדיני מיסים, כפי שתוארו בפרק ב.4. פסקי דין אלו מצביעים על נכונות (דה פקטו) של בתי המשפט בישראל לשקול מחדש את הלכת עיט ולקבוע כללי פרשנות זהירים יותר – כאלו הרואים בעקרונות הכלליים של מערכת המס תכליות שבשמן אפשר לקרוא בצמצום את תחולתן של הטבות מס. את תמיכתנו בניצני הגישה האמורה נבסס בפרק הבא.

ג. דין ראוי: נסיגה מכלל הפרשנות המרחיב

חלק זה מבקש להוסיף היבט נורמטיבי לטענה התיאורית שהוצגה בפרק הקודם. מאמר זה מניח כי בישראל, כמו במדינות אחרות, הטבות מס במסגרת חוקי העידוד ימשיכו לשמש אמצעי מרכזי לעודד השקעות מסוגים שונים, וכי הטבות מס אלו עומדות לרוב במתח אינהרנטי עם המטרות המרכזיות של מערכת המס ובראשן מטרות של גבייה וחלוקה מחדש. לאור הנחות אלו המאמר נמנע מלדון בשאלות אם ראוי להשתמש בחוקי עידוד ולאילו מטרות (שני נושאים הנתונים לבחירת המחוקק, ולכן הניתוח של המאמר מתייחס אליהם כאקסוגניים). במקום זאת נתמקד בשאלה כיצד המערכת המשפטית צריכה להתמודד עם הקונפליקט המובנה בין חוקי העידוד לחקיקת המס הכללית במקרים של עמימות ביחס להסדר שהתכוון המחוקק להחיל. לעמדתנו יש מקום לעיין מחדש בגישה הפרשנית המרחיבה של הלכת עיט ולהחליפה בגישה פרשנית אלטרנטיבית ומצמצמת יותר. לדעתנו, גישה פרשנית מעין זו צריכה להנחות את בתי המשפט ואת רשויות המס בכואם לפרש את גדר הטבות המס הניתנות במסגרת החוק או חוקי העידוד. המטרה העיקרית של חלק זה היא לקשור בין הקצוות של המצב הדוקטרינרי הקיים לבין שיקולים ביחס למדיניות מס ראויה. בהתאם לכך, פרק זה מחולק לארבעה חלקים: החלק הראשון מחדד את האופן שבו בתי המשפט צריכים להחיל את הכלל הפרשני המוצע, החלק השני מסביר מדוע גישה פרשנית כאמור היא ראויה, החלק השלישי מנסה לבחון בבחינה תוצאתית את הכלל המוצע בהשוואה למדיניות מס ראויה, והחלק הרביעי דן בקצרה באופן שבו פעולות רשויות המס והמחוקק עשויות להיות מושפעות מגישתם הפרשנית של בתי המשפט.

1. הכלל הפרשני המוצע

הגישה הפרשנית שבה אנו תומכים מבוססת על עיקרון של זהירות במתן הטבות במקומות שבהם החוק עמום (כפי שהובהר בפרק הקודם, הזרעים לגישה זו כבר טמונים בפסיקה). מבחינה מעשית, כפי ששבה וקבעה הפסיקה, נקודת המוצא לפרשנות של חוק היא לשונו, וכאשר הלשון ניתנת לכמה פירושים יש לבחור בפירוש המגשים באופן הטוב ביותר את

תכלית החוק.¹³¹ אי לכך, לדעתנו, בכל הנוגע ללשון החוק, הנחת המוצא צריכה להיות שהמחוקק התכוון לנסח את התנאים להטבת המס בדיוקנות, ולא להוסיף לחוק או לכתב האישור שמכוחם ניתנה ההטבה דברים שאינם כתובים בהם מפורשות.¹³² ככל שהלשון סובלת כמה פירושים ונדרש לגשת גם לתכלית החוק, אנו תומכים במדיניות פרשנית הבוחנת את ההוראה החוקית ככזו שאינה נותנת עדיפות לתכלית ה"עידוד" שבשמה ניתנה הטבת המס, אלא מדגישה גם את התכליות הכלליות של מערכת המס, שלעתים אינן עולות עם ההטבה בקנה אחד ולעתים הן מחייבות לפרש את ההטבה ביתר זהירות.¹³³ כפי שציינו, הטעם לכך הוא שמטרות החוק (כיום ובעבר) נוסחו בצורה כללית כך שהן תקפות לגבי מגוון רחב מאוד של פעילויות עסקיות.¹³⁴ לדעתנו, רוחב היריעה של מטרות החוק מחייב הסתמכות על הכללים הפורמליים כדי למנוע הרחבת יתר של הטבת המס. נדגיש כי כלל זה איננו סותר את כללי הפרשנות המקובלים, הקובעים כי במקרה של קונפליקט תגבר חקיקה פרטיקולרית – וזאת משום שהכלל המוצע עוסק רק במקרים שבהם (בגלל עמימות החוק) עולה השאלה אם וכיצד התכוון המחוקק להחילו.¹³⁵

נוסיף ונדגיש, כי הכלל הפרשני שבו אנו תומכים נקבע בעניין לה נסיונל (והובהר בעניין אליאנס). כלל זה אינו גורס כי יש לדחות את עמדת הנישומים בכל מקרה של עמימות לגבי האופן שבו יש ליישב בין הטבת המס לדיני המס הכלליים. כלל זה גורס כי יש להשתמש בפרשנות תכליתית מרחיבה רק במקרים שבהם ההרחבה נדרשת כדי לאפשר מתן הטבת מס לנישום שעסק בפעילות כלכלית שקידמה את תכלית ההטבה, ועמד בתנאים הפורמליים המנויים בחוק. אם כן, כשיש עמימות באשר לאופן שבו יש להחיל את החוק, והפרשנות הדרווקנית מוחקת הלכה למעשה את השווי הכלכלי של הטבת המס שהנישום נכנס בגדרה – יש לפרש את העמימות לטובת הנישום.

מכך נגזר כי הפרשנות המרחיבה איננה מוצדקת במקרים שבהם, לדוגמה, הנישום מבקש כי רשות המסים תגמיש את התנאים של הטבת המס, (גם) אם עסק בפעילות שהייתה עשויה להיות זכאית להטבת מס אילו עמדה בתנאים המפורטים בחוק.¹³⁶ כמו כן, לתפיסתנו, אימוץ

131 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79-94, וכן ראו, למשל, עניין צילומעתיק, לעיל ה"ש 22, פס' 30-31 לפסק דינו של השופט סוקול.

132 כך, למשל, נקבע בעניין נוביס, לעיל ה"ש 22, פס' 37 לפסק דינו של השופט אלטוביה.

133 גישה זו קיבלה ביטוי בפסיקה. ראו, למשל, בעניין סטרלינג סופטוור בעליון, לעיל ה"ש 30, פס' ל"ב-ל"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לשיטתנו גישה זו יפה תמיד, והיא יפה במיוחד כשביטוי המשפט נדרש לדרון בהטבה שניתנה מכוח חוק שסעיף המטרות שלו כבר שונה. ראו לעיל ה"ש 24 ו-25.

134 למטרות החוק ראו לעיל ה"ש 2 ו-23.

135 כך אף הובהר בעניין סטרלינג סופטוור בעליון, לעיל ה"ש 30, פס' כ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "לא תמיד תוכל מערכת היחסים העדינה שבין התכלית לגבולותיה להביא לידי ביטוי מלא את התכלית [ההטבה]; אך, כאמור, הצבת גבולות ברורים אף היא תכלית ראויה כשלעצמה, וראוי לחתור להשיגה" (ההדגשות הוסרו). הדברים נכונים במיוחד כשבוחנים הוראה שאינה רק מיטיבה אלא מאזנת בין ההטבה לבין דיני המס הכלליים; ראו שם, פס' ל"ב-ל"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

136 כך, למשל, בעניין נוביס, לעיל ה"ש 22, וכן בעניין צינומנטל, לעיל ה"ש 32.

הכלל הפרשני המוצע יגרום לכך שבתי המשפט יימנעו מפרשנות מרחיבה במקרים שבהם הנישום ממילא נהנה מהטבת מס (בהתאם לכוונה מפורשת של המחוקק), והוא מבקש להגדיל את שווי ההטבה על ידי הרחבת גדריה באופן שלא ברור אם המחוקק התכוון לו.¹³⁷ נוסף על כך, אימוץ של כלל פרשנות זהיר יותר יאפשר לבתי המשפט להיות קשובים לטענות שלפיהן ניצלו נישומים את העמימות בחוק כדי לבצע תכנון מס לא לגיטימי המצדיק סיווג מחדש.¹³⁸ כמו כן, כאשר נפסקת הלכה המרחיבה לכאורה הטבת מס מסוימת מכוח חוקי העידוד, לדעתנו חשוב שבית המשפט יפרט את עובדות המקרה ויבאר מדוע ההרחבה הייתה נחוצה כדי לאפשר לנישום לממש את ההטבה שהיה זכאי לה. פירוט כזה, עם סיוג ההלכה לעובדות המקרה (כפי שעשו שופטי הרוב ביחס לפלוגתה השנייה בעניין **מודול בטון**), עשויים למנוע שחיקה של האופן שבו אנו מפרשים את הלכת לה נסיונל לטובת כלל פרשני מרחיב.

2. הטעמים המצדיקים נסיגה מכלל הפרשנות המרחיב

עתה נפנה לרון בשני טעמים שבגינם אנו רואים את ההסתייגות מכלל הפרשנות המרחיב כגישה פרשנית ראויה, המתיישבת עם הדוקטרינה המשפטית ועם כללי הפרשנות שאימצו בתי המשפט בישראל.

הטעם הראשון להצדקת הגישה הפרשנית לעיל הוא הרצון להגן על מטרות היסוד שבשמן פועלת מערכת המס. מטרות אלו כוללות מטרות גבייתיות-חלוקתיות (המשתמשות בהכנסה כמדד ליכולת כלכלית שעל בסיסה הגבייה מתבצעת) וכן שיקולים של אדמיניסטרציית מס יעילה והגיונית.¹³⁹ לדעתנו יש להתחשב במטרות אלו מכמה טעמים מרכזיים. ראשית, הבחירה של המחוקק לתת הטבה מסוימת בדרך של הטבת מס ולא כסובסידיה מסוג אחר, טומנת בחובה גם את הבחירה לכפוף את אותה הטבה לעקרונות הכלליים ולאילוץ האדמיניסטרטיביים של מערכת המס. שנית, הצורך להתחשב במטרות היסוד של מערכת המס נובע גם מהכלל הפסיקתי בדבר הרמוניה חקיקתית, שלפיו חזקה על חוק מס כי "הוא משתלב עם חוקים אחרים המטילים מס דומה, ועם כלל חקיקת המס בישראל".¹⁴⁰

נזכיר כי מטרותיהם הכלכליות של חוקי העידוד לא עוצבו בחלל ריק, אלא כחלק ממארג החקיקה הפיסקלית על שלל מטרותיה. כך, למשל, כאשר מבקשים למשוך הון זר, מבקשים לעשות זאת "שלא בכל מחיר", כלומר: לא על חשבון יעדי גבייה מסוימים ולא על חשבון פעילות שאינה נהנית מהעידוד. זאת ועוד: הרחבת-יתר של הטבה עשויה לעקר אותה מתוכן. לדוגמה, כאשר המחוקק מבקש לקדם את פעילותו של מפעל בפריפריה באמצעות הטבה,

137 כך, למשל, בעניין **כרמל אולפינים** במחוזי, לעיל ה"ש 43.

138 אף על פי שהנושא של עסקאות מלאכותיות לפי ס' 86 לפקודה איננו נדון ישירות במאמר, נראה כי אימוץ של גישה פרשנית מצמצמת תומך בעמדה שהוצגה בחוות דעת ליכט, לעיל ה"ש 4, בעניין הרווחים הכלואים, הגורסת כי רשויות המס ובתי המשפט אינם צריכים להירתע מסיווג מחדש של עסקאות העומדות בתנאים הפורמליים של הטבות המס, כשנראה שהפעולות שביצעו הנישומים לא עלו בקנה אחד עם התכלית שבשמה ניתנה ההטבה.

139 ראו לעיל בהקדמה.

140 ברק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 435; ע"א 526/87 מנהל מס שבח חיפה נ' מועצת פועלי חיפה, פ"ד מג(3) 519, 524 (1989); ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 609-610 (2005).

ברי כי הוא מתכוון לתת את ההטבה לאותו מפעל באותה נשימה שבה הוא גובה מס ללא אותה ההטבה ממפעלים אחרים, שאחרת לא היה המפעל זוכה ליתרון על מתחריו. מסיבה זו, פרשנות רחבה מדי של ההטבה, המפזרת אותה בין שלל מפעלים שספק אם אליהם התכוון המחוקק, מעקרת את ההטבה מתוכן.

הטעם השני לאימוץ של כלל הפרשנות המוצע נוגע בעמדה הדוקטרינרית שאימץ בית המשפט העליון בנוגע למעמד של עקרון השוויון ביחס לדיני מסים. בתמצית, נקבע בפסיקה כי עקרון השוויון הוא אחת מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלית וניתן לו מעמד של עיקרון כללי, לעתים אף בעל מעמד חוקתי.¹⁴¹ עוד נקבע כי הטבות מס המקנות זכויות יתר לנישומים מסוימים עשויות לפגוע בעקרון השוויון.¹⁴² הטבות המס עשויות להיות בלתי-שוויוניות לא רק משום שהן ניתנות בצורה בלתי-שווה פורמלית, אלא גם בשל האפקט הרגרסיבי שלהן, הפוגע במטרות החלוקתיות של דיני המס.¹⁴³

דיון מקיף בשאלה עד כמה צריך עקרון השוויון להנחות פרשנות משפטית, והאם התחולה החוקתית שלו על הטבות המס נעשתה באופן ראוי וקוהרנטי, חורג מגבולות המאמר. לפיכך, המאמר מבקש לקדם טיעון צנוע יותר: ככל שלפי הדוקטרינה המשפטית הנוהגת השוויון הוא אכן ערך פרשני מרכזי שמנחה את בית המשפט בכואו לבחון ולפרש את דיני המס, אזי הסוגיה של הטבות המס מהווה אבן בוחן למחויבות זו. דיני המס הם אחד הכלים המשמעותיים לחלוקה מחדש של הכנסות בחברה, וקידום מטרות חלוקתיות היא אחת מהתכליות העיקריות של מערכת המס הישיר. אמנם, הטבות המס מכוח חוקי העידוד הן בדרך כלל ביטוי לכך שהמחוקק בחר להעדיף יעדים אחרים על פני עקרון השוויון, אך במצב של עמימות נראה כי יש לנקוט משנה-זהירות במתן הטבות שביסודן נחשבות לפוגעות בשוויון. במילים אחרות, אם בתי המשפט מבקשים לצקת תוכן ממשי לקביעה שערך השוויון הוא אכן נדבך מרכזי של שיטת המשפט הישראלי, אזי האופן שבו הם מפרשים את החקיקה המתייחסת להטבות מס במקרה של עמימות מהווה אבן בוחן המשקפת את מידת המחויבות שלהם לערך השוויון.

3. בחינה ביקורתית של כלל הפרשנות המוצע

חלק זה יבקש לבחון שתי טענות תוצאתיות מרכזיות שאפשר להעלות כנגד ההצעה לעיל, שלפיהן אימוץ הכלל המוצע יביא להשלכות שליליות שיעמידו בספק את כדאיותו. לפי טענה אפשרית אחת, אימוץ של כלל הפרשנות המוצע במאמר יביא לשרירותיות

141 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" (צפוי להתפרסם ב-2016); עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 40 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

142 ראו בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס (1) 277 (2005).

143 ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט שלידה.

בהקצאת הסובסידיה; לפי הטענה האפשרית האחרת, אימוץ הכלל יביא להפחתת הסובסידיה למשקיעים, בניגוד למטרות החוק. נתייחס לשתי הטענות הללו כסדרן.

לעניין הטענה הראשונה, אנו מודעים לכך שאימוץ כלל פרשנות כאמור בסעיף ד.1 עשוי ליצור תחושה שהטבת המס ניתנת באופן שרירותי ולא לפי מהות העסקה.¹⁴⁴ עם זאת, לתפיסתנו, השרירותיות אינהרנטית לאופי של הטבות המס במסגרת חוקי העידוד, והיא פועל יוצא של שניים: העמימות המובנית בפרשנות תכליתית התלויה בפרשנות של בית המשפט באשר לתכלית החוק;¹⁴⁵ והצורך לתחום את הנישומים והפעילויות הזכאיות להטבת המס דרך רשימת תנאים, כדי לאפשר למערכת המס הכללית להשיג את כלל מטרותיה. הדיון במידת השרירותיות של הפרשנות התכליתית חורג מגדר מאמר זה, ולכן נסתפק בכך שנציין כי אנו מסכימים עם הספרות המסבירה כי הפרשנות התכליתית עדיפה על האלטרנטיבה של "כלל הפרשנות לטובת הנישום".¹⁴⁶ בהקשר זה נזכיר כי עצם מתן ההטבה מחייב קביעה של תנאים העשויים להיתפס כשרירותיים. כך, לדוגמה, החוק מקנה הטבות לחברות המייצאות 25% מתוצרתן ולא לאלו שמייצאות 24%, ולא להנמצאות ביישובים המוגדרים כאזורי פיתוח א' ולא לכאלו הנמצאות ביישובים שכנים. בדומה, חוקי עידוד אחרים מציבים שלל הגדרות של פעילויות כלכליות שיש לבדל מפעילויות כלכליות אחרות ולתת להן הטבת מס.¹⁴⁷ כשיש עמימות, לא ברור מה נקודת היחס שאליה יש להשוות את העסקה – זו הזכאית להטבה או זו שאיננה זכאית לה. במצב זה, הכלל המוצע גורס שיש לאפשר פרשנות תכליתית כשהיא הכרחית למתן ההטבה. לדעתנו, דווקא כלל פרשני רחב יותר עשוי במקרים רבים להביא לתוצאה שרירותית.¹⁴⁸

144 כדי להמחיש זאת נחזור לעניין צינומנטל, לעיל ה"ש 32: עמדתה המרחיבה של השופטת אופיר-תום נראית על פניה נכונה ואינטואיטיבית, שכן לא ברור מאי נפקא מינא אם חברה הזכאית מכוח חוק עידוד התעשייה להטבת מס בגין הוצאות ההנפקה שלה בחרה להנפיק אופציות ולא רק מניות.

145 העמימות אינהרנטית לגישה הפרשנית במוכן זה שהן גישה פרשנית מרחיבה והן גישה פרשנית מצמצמת מביאות שתיהן לחוסר-ודאות. ראו, למשל, אבי גורמן "פרשנות כנה" – בעקבות פסק דין מלכיאל" מיסים כו/2 (2012) (להלן: גורמן).

146 המשפטיזציה של המסים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 616-617. מנגד נשמעו עמדות הפוכות: ראו, למשל, ע"א 1617/10 מנהל מיסוי מקרקעין נ' נח"אש, פסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 3.5.2012). לגישת השופט עמית, שנותרה באוביטר, כאשר כפות המאזניים מעוינות לא נס לחו של כלל הפרשנות לטובת הנישום.

147 למשל, תמרון חברות העוסקות בייצור וגם בייצוא; ראו עניין נוביס, לעיל ה"ש 22, פס' 35.

148 ראו דיון להלן, בחלק ג.4, למשל לגבי הכלל הקבוע בחוזר מס הכנסה 11/2011, להלן ה"ש 156, המאפשר לנישומים לקזז הפסדים מפעילות עסקית פטורה ממס כנגד רווחים עסקיים חייבים במס. עשויה להישמע טענה שהכלל האמור משקף פרשנות ראויה, משום שהוא מעמיק את שווי הסובסידיה לפעילות שהמחוקק שאף לקדם באמצעות החוק. לדעתנו גישה זו מחמיצה את העיקר – שמרגע שמתאפשר קיזוז כאמור, שווי ההטבה לנישום נהפך (בין השאר) לתלוי בשאלות כגון כמה רווחים חייבים במס ניתנים לקיזוז יש לנישום – רכיב שעל פניו נראה כי אינו רלוונטי לחוק שנועד לקדם פעילות כלכלית מועדפת. במצב עניינים זה, הטבת המס מכוח החוק הופכת לכדאית יותר עבור נישומים שיש להם גם רווחים ניתנים לקיזוז, כך שהטבת המס ממנת באופן עקיף את הפעילות שלהם שלא זכתה להטבה מכוח החוק.

הטענה השנייה שאליה נבקש להתייחס היא שאימוץ הכלל המוצע יביא להפחתת הסובסידיות הניתנות מכוח החוק. הסקירה בפרק א' העלתה כמה ספקות לגבי היעילות של הטבות מס הניתנות במסגרת חוקי העידוד כדי לקדם את מטרת החוק בצורה אופטימלית. ספקות אלו נובעים מהאופי המיוחד של הטבות המס מכוח חוקי העידוד, המתבטא בשני מאפיינים עיקריים. המאפיין האחד הוא שיש ספרות משפטית ומחקר כלכלי המבקרים את האפקטיביות של השימוש בהטבות מס, או טוענים להשפעות שליליות של קבוצות אינטרס על עצם קביעתן, במיוחד לגבי האפקטיביות של השימוש בהן ולגבי אופן קביעתן במסגרת החוק בישראל.¹⁴⁹ המאפיין השני הוא שכאשר סובסידיה מסוימת ניתנת כהטבת מס, העלות החברתית לרוב איננה ידועה מראש בגלל שהיא תלויה בנתונים שיתבררו בעתיד, כמו רווחיות המיזם והתנהגות הנישום. לעומת זאת, כשהמדינה מחליטה לחלק סובסידיה באמצעות מענק כספי, המחיר החברתי של המענק נבחן בזמן הענקתו, כך שמעצבי המדיניות יכולים לבחון את היתרון שבמתן המענק ולהכריע אם התועלת החברתית הצפויה ממנו מצדיקה את העלות הישירה (והעקיפה) שלו.¹⁵⁰

ראוי לציין כי ההבחנה שלעיל איננה קטגורית אלא מעשית, שהרי כאמור אפשר להעלות על הדעת סובסידיות ישירות כמו מענק, המתוכננות כך שעלותן תתברר רק בדיעבד.¹⁵¹ לענייננו די בהבחנה זו, בין השאר מפני שהטלת מס בשיעור מס מופחת – שהיא הטבת המס המרכזית שהחוק מעניק כיום (וגם עשה בה שימוש נרחב בעבר) – יוצרת עלויות חברתיות שיתבררו רק בדיעבד.¹⁵²

שני הרכיבים הללו – אפקטיביות נמוכה ועלות חברתית פוטנציאלית גבוהה – מציבים סימן שאלה באשר לכדאיות של השימוש בהטבת מס. עם זאת, כפי שהאמר איננו מתייחס ישירות לשאלה "אם" יש להעניק סובסידיות בדרך של הטבות מס, כך אין הוא מתייחס לשאלה "כמה" הטבות מס צריכות לעלות. המאמר עוסק רק בשאלה "איך" צריך להקצות הטבות מס במקרה של עמימות בחוק. כפי שנאמר בסוף פרק א', נקודת המוצא של המאמר היא שמרגע שהמחוקק בחר לחלק סובסידיה מסוימת בדרך של הטבת מס, מוטלת על רשויות המס ובתי המשפט חובה ליישמה באופן המקדם את המטרה שלשמה נחקקה (גם אם המחיר החברתי של הסובסידיה הזו גבוה מאוד ולכן, לכאורה, לא בהכרח מוצדק). עם זאת, לדעתנו, ההבנה שההגשמה של מטרת החוק היא מוגבלת מצדיקה דחייה של כלל הפרשנות המרחיב של הלכת עיט בכל המקרים שבהם תחולת החוק איננה ברורה. אימוץ של כלל פרשנות זהיר יותר יאפשר לבתי המשפט ולרשויות המס לווסת את הגידול בהיקף העלויות החברתיות של הטבות המס, ולמנוע מצב שבו ניסוח עמום או לקוי של החוק מנוצל

149 על אודות הגישות התומכות בהגבלת ההשפעה של קבוצות אינטרסים באמצעות פרשנות שיפוטית של החקיקה, ועל אודות התועלת של בתי המשפט ביעדים אלו ראו מדינה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 609-614, 630-633.

150 לדיון בשרירותיות של הטבות מס מכוח החוק ראו: דפנה שורץ "התמריץ האפקטיבי הגלום בחוק עידוד השקעות הון" רבעון לכלכלה ל"ב (124) 12, 17-18 (1985).

151 מבחינה טכנית בהחלט אפשר לעצב סובסידיה ישירה (בדרך של מענק) שתהיה תלויה במשתנים עתידיים (ולכן עם עלות חברתית לא צפויה), ואפשר גם לעצב הטבת מס שחוסר הוודאות בה קטן יחסית.

152 ראו חוזר 3/2012, לעיל ה"ש 2.

על ידי נישומים כדי להשיג הטבות מס ניכרות תוך קידום שולי, אם בכלל, של מטרות החוק (שלשמך ניתנה הטבת המס).

הכלל המוצע בחלק ג.1 עולה בקנה אחד עם נקודת מוצא זו, שכן הוא מתמקד אך ורק במקרים שבהם יש עמימות, כלומר: כשהמחוקק לא התייחס במפורש להיקף של הטבת המס, ומכאן שלא נתן את דעתו לכלל הסוגיות העשויות להשפיע על עלותה החברתית. לפיכך, הטענה כאילו הכלל המוצע יביא להפחתת הסובסידיה הניתנת מכוח הטבות המס בחוקי העידוד היא מוטעית, משום שכלל הפרשנות לא בהכרח מתייב את שווי הטבת המס, ובעיקר הוא מתייחס לאופן שבו היא תוקצה לנישומים הפוטנציאליים.

במילים אחרות: בטווח הקצר, אימוץ של כלל פרשנות מרחיב אכן מהווה הגדלה של השווי הכספי של הטבת המס שניתנה מכוח חוקי העידוד לנישום ספציפי שעניינו נדון בבית המשפט. עם זאת, לאורך זמן, בהינתן כלל פרשנות מרחיב, סביר להניח שהמחוקק יבחר לצמצם את העלות של הטבת המס – למשל על ידי הפחתת ההנחה בשיעור המס הניתנת לכלל הנישומים המוטבים.¹⁵³ שתי האופציות לעיל שקולות מבחינת העלות שלהן, כך שהשאלה איננה כמה כסף יש להקצות להטבות המס אלא איך יש לחלק את הסיכון שבעמימות בין הנישום לבין המדינה, וזאת מתוך תפיסה שבמצב של עמימות בחקיקת המס, בית המשפט הוא הגורם האמון על יישוב המחלוקות הצומחות ממנה. אימוץ של כלל פרשנות מרחיב מטיל את הסיכון של העמימות על רשויות המס, והופך את פסיקת בתי המשפט לבעלת השלכות רחב גודלות על הוראות המס ועל עלויותיהן החברתיות. המגוון הרחב של שאלות הפרשנות העולות מהאינטראקציה שבין חוקי העידוד לדיני המס הכלליים, כמו גם המורכבות של הוראות המס, גורמים לכך שאימוץ כלל פרשני מרחיב עשוי ליצור עלויות חברתיות ניכרות שגם בתי המשפט וגם רשויות המס יתקשו לצפות.

נסוגה מכלל זה לטובת הכלל המוצע תטיל חלק גדול יותר מהסיכון שבעמימות על נישומים. כלל זה נראה לנו ראוי משום שהנישום בוחר להכניס את עצמו לגדר הטבות המס בחוקי העידוד, והוא יכול להתאים את פעולותיו (כך שלא יהיו בטווח העמימות) כדי להשיג את מטרת החיסכון במס. במילים אחרות, אם מקבלים את הטענה שהאינטראקציה בין דיני המס הכלליים להטבות המס יוצרת עמימות (כמעט) בלתי-נמנעת, אזי הנישום – היכול לכלכל את מעשיו כדי להימנע מהעמימות או לפנות לרשויות המס כדי לקבל החלטה מקדמית (pre ruling) שתצמצם את העמימות – הוא "המונע הזול" שיכול להתמודד עם הסיכון הגלום בעמימות באופן היעיל ביותר.¹⁵⁴

יתרה מזו: אימוץ של הכלל הפרשני המוצע ימקם את מרכז הכובד של מלאכת התיאום בין הוראות המס הכלליות ואלו המתייחסות להטבות מס מכוח חוקי העידוד, לבין העלויות החברתיות שלהן, בידי הגופים האמונים על ניהול התקציב ועל חקיקת דיני המס (המחוקק הראשי ומשרד האוצר כמחוקק-משנה). לאור המטרות המגוונות של חוקי העידוד והמורכבות של הוראות המס הנוגעות בהטבות המס הניתנות מכוחן, נראה כי לגורמים אלו יש יותר כלים מאשר לבתי המשפט לבצע שקלול מקיף וקוהרנטי של העלויות והתועלות הגלומות

153 יש גם אופציות אחרות כמו, למשל, צמצום מספר הקטגוריות של פעילויות כלכליות הזכאות לסובסידיה.

154 ראו ס' 158 ב-1158 לפקודה.

בהטבות מכוח חוקי העידוד. מטבע הדברים, למחוקק הראשי יש ראייה רחבה מאוד, והיתרון של משרד האוצר ורשויות המס נובע בעיקר מיכולתם לשקול שיקולי עלות-תועלת של הטבת מס מסוימת בהקשר מסוים, ועל בסיס זה לקבוע אם ההטבה משיגה ביעילות את מטרתה החברתית. שקלול זה ייעשה מתוך ראייה כלל-חברתית של גובה הטבת המס הנחון כדי לעודד רמה אופטימלית של הפעילות הכלכלית שהחוק שואף לעודד. בהקשר זה, החיסרון של אימוץ כלל פרשני מרחיב על ידי בתי המשפט, כדי לטפל בנסיבות של נישום ספציפי, הוא החשש שהכלל ייהפך למחייב גם לגבי הטבות מס אחרות שיש עמימות לגבי יישומן. מאחר שהכלל הפרשני המרחיב פועל רוחבית על שורה ארוכה של מקרים, אימוצו מקשה לצפות את העלויות החברתיות של הטבות המס ולכן גם מקשה על רשויות המס ועל בתי המשפט להקצות את הסובסידיה מכוחן באופן המקדם אופטימלית את מטרות החוק.

4. השלכות הנסיגה מכלל הפרשנות המרחיב על מדיניות המס הרצויה

יש לדיוננו שתי השלכות חשובות נוספות לגבי מדיניות המס הראויה, הנובעות מכך שפעולות הרשות השופטת אינן מתבצעות בחלל ריק אלא גם משפיעות על פעולת הרשות המבצעת ומושפעות מפעולת הרשות המחוקקת. **ההשלכה הראשונה** נוגעת להשפעה הפוטנציאלית של כלל הפרשנות המרחיב על פעילותן של רשויות המס. כפי שנכתב בחלק הקודם, מטרות החוק מנוסחות באופן רחב המקשה על הפרשנות התכליתית, כך שכלל פרשני רחב הנותן דגש מרכזי רק למטרת עידוד ההשקעה עלול להגדיל במידה ניכרת ולא מבוקרת את העלויות החברתיות הכרוכות בהטבות המס. בהקשר זה, חשוב שבתי משפט יביאו בחשבון את האפקט המצנן הפוטנציאלי של כלל פרשני רחב על הנכונות של רשות המסים להתעמת עם נישומים.

אפשר לראות אינדיקציות לאפקט מצנן כזה בשני מקרים. הדוגמה הראשונה מתעוררת בהקשר של האינטראקציה בין דיני קיזוז הפסדים לפרשנות התכליתית של החוק, כפי שנתפרשה על ידי רשויות המס.¹⁵⁵ רשות המסים פרסמה בשנת 2011 חוזר מס בנושא קיזוז הפסדים במפעל מעורב, שבמסגרתו הסבירה כיצד לדעתה יש לקרוא את הטבות המס בחוק עם ס' 28 לפקודה לאור הלכות **כרמל אולפינים ומודול בטון**.¹⁵⁶ באופן מפתיע, אותה רשות מסים שפעלה להקשחת החוק לאחר פרשת **כרמל אולפינים**,¹⁵⁷ ושכמסגרת הערעור

155 על אודות אחריותן המוסרית של רשויות המס כשחקניות דומיננטיות בעיצוב הדין הנוהג ראו גורמן, לעיל ה"ש 145, בעמ' 53-54.

156 חוזר מס הכנסה 11/2011 "קיזוז הפסדים במפעל מעורב" 1 (23.10.2011) (להלן: החוזר).

157 ביום 22 במרץ 2005, כחצי שנה לאחר שניתן פסק הדין בעניין **כרמל אולפינים** בעליון, לעיל ה"ש 21, תיקן המחוקק את ס' 74 לחוק. במסגרת תיקון החוק בוטלה בס' 74 החדש ההגדרה למונח "הכנסה חייבת", כפי שהייתה בס' 74 הישן, ותחת זאת נקבע כי כל מונח שאין לו הגדרה – תהא ההגדרה זו שנקבעה בפקודה. כלומר, הגדרת המושג "הכנסה חייבת" נהפכה להיות "הכנסה לאחר הניכויים, הקיזוזים והפטורים שהותרו ממנה לפי כל דין", לפי ס' 1 לפקודה. רשות המסים הבהירה כי משמעות הדבר היא ש"הכנסה חייבת אותה יש לייחס לכל אחד מחלקי המפעל המעורב היא הכנסה חייבת כמשמעותה בפקודה, דהיינו, גם לאחר קיזוז הפסדים. משכך, אין ליישם את הלכת **כרמל אולפינים** לגבי מפעלים מוטבים אשר יש להחיל לגביהם

שהגישה על פסק הדין המחוזי בעניין **מודול בטון** קבלה נגד הקביעה שיש לאפשר לקזז רק מין במינו – בחרה בחוזר זה לפרש את הלכת **מודול בטון** באופן מרחיב ומעורר פליאה. בסעיף 6.3 לחוזר נכתב:

כעמדה מקלה (מעבר למה שמתחייב לפי הפסיקה) [...] יתרת הפסד אשר נוצרה מחלק המפעל שאילו היה רווח היה פטור ממס מכוח הוראת החוק, תהא חייבת בקיזוז כנגד הכנסה החייבת במס חברות כלשהו, אולם לא תחול חובת קיזוז כנגד הכנסה פטורה.

במילים אחרות, רשות המסים קבעה כי במקרים שהחוק חל עליהם¹⁵⁸ יש לקזז הפסד מפעילות מאושרת כנגד הכנסות מפעילות רגילה. מצב זה נותן לנישומים הנהנים מהטבות לפי החוק ליהנות משני העולמות: כשיש הפסד מפעילות רגילה אין צורך לקזז אותו כנגד רווחים פטורים על פי החוק; וכשיש הפסד מפעילות שניתן לה פטור על פי החוק, יש לקזז אותו כנגד הכנסה החייבת במס גם אם היא חייבת בשיעור מס רגיל, אבל אין חובה לקזז אותו כנגד הכנסה הזכאית לפטור מכוח החוק.

הקלה זו מעלה תמיהה, בין השאר משום שהיא מהווה הרחבה משמעותית של הטבת המס שאיננה מתחייבת מאף אחד מפסקי הדין שנסקרו לעיל,¹⁵⁹ ומאפשרת לנישומים להשתמש בהפסדים שנוצרו להם מפעילות שאיננה חייבת במס כנגד הכנסות חייבות במס.¹⁶⁰

את הוראות סעיף 74 החדש, ראו ס' 2.6 ג. לחוזר מס הכנסה 2/2006 – חטיבה מקצועית / משפטית "תיקון מספר 60 לחוק לעידוד השקעות הון" (12.7.2006). מדובר בהקשחה, משום שמעתה והלאה לא יוכל מפעל ליהנות מקיזוז הפסדים שנוצרו לפני שנהפך למעורב כנגד ההכנסה רגילה בלבד, ויאלץ לקזז גם כנגד כספי הכנסה מוטבת. רק לאחר קיזוז ההפסדים כאמור יבוצע ייחוס של ההכנסות במפעל המעורב. יוער, כי במסגרת הוראות המעבר לתיקון מס' 60, ימשיכו הוראות ס' 74 הישן לחול על תכניות שאישרה המנהלה עד ליום 31 במרץ 2005. כפועל יוצא מהוראת מעבר זו הייתה גם ההלכה בעניין **מודול בטון** נתונה לס' 74 הישן ולא לס' 74 החדש.

158 ראו שם; וכן החוזר, לעיל ה"ש 156, בעמ' 6.

159 אפילו השופט עמית, בעניין **מודול בטון** בעליון, לעיל ה"ש 108, השאיר בצריך עיון את השאלה אם יש לקזז מין רק במינו, ודאי שלא הכריע כי אפשר לקזז גם מין בשאינו מינו. קביעה זו אף עומדת בניגוד לפסק הדין בעניין **כרמל אולפינים** בעליון, לעיל ה"ש 21.

160 הרחבה זו עומדת בסתירה לעקרונות האנטי-כנוניים של ההסדרים בס' 28 לפקודה, המסדירים את סוגיית קיזוז ההפסדים. ס' 28(א) לפקודה קובע: "הפסד שהיה לאדם בעסק או במשלח-יד בשנת המס ושאלו היה ריווח היה נישום לפי פקודה זו, ניתן לקיזוז כנגד סך כל הכנסתו החייבת של אותו אדם ממקורות אחרים באותה שנת מס" (ההדגשה הוספה). כפי שנאמר לעיל, ס' 28(א) נותן יחס מועדף להפסדים שנוצרו כתוצאה מפעילויות עסקיות (בכך שהוא מאפשר לקזז אותם כנגד הכנסות אחרות, אף על פי שהוא לא מאפשר לקזז הפסדים ממקורות אחרים כנגד הכנסות מפעילות עסקית), וזאת משום שהללו חשופות לשיעור מס פרוגרסיבי גבוה. להסבר מפורט יותר ראו דיון בה"ש 36. החוזר אמנם מתייחס רק למפעלים שאושרו לפני התיקון לס' 74 לחוק לגבי מפעל מעורב (כלומר, לפני 31 למרץ 2005), אך הוא מהווה הרחבה משמעותית של הטבת המס ועשוי להיות לו מחיר חברתי ניכר כל עוד יש מפעלים עם אישור מלפני התיקון לחוק. ראו ע"מ (חי') 4005-10-11 פרופאל בע"מ נ' פקיד שומה עכו, פס' 28

דוגמה נוספת לפרשה – שייטכן כי לפחות בחלקה היא תולדה של האפקט הגבייתי המצנן הטמון בקריאה מרחיבה של הטבות המס – היא פרשת מיסוי הרווחים הכלואים שעלתה לא מכבר לדיון ציבורי. נזכיר בתמצית כי בעקבות תיקון החוק בשנות השמונים נקבע כי חברות שונות ייהנו מפטור ממס נוסף על מענקים,¹⁶¹ וכי הפטור המדובר יפקע במקרים מסוימים (כמו חלוקת דיבידנד) שלכאורה מלמדים כי מטרת ההטבה הושגה וההטבה חורגת ממנה.¹⁶² החוק הוליד מערכת ענפה של תכנוני מס, וחלק מהחברות שנהנו מההטבות נמנעו מחלוקת דיבידנדים או מפעולות אחרות שהיו מביאות לפגיעת הפטור (מה שלימים כונה "רווחים כלואים").¹⁶³ הרווחים הכלואים נהפכו לסוגיה בעלת משקל תקציבי ניכר,¹⁶⁴ ואז הוחלט לשנות את החוק¹⁶⁵ – אולם השינוי בחוק לא פתר את הבעיה,¹⁶⁶ משום שסעיף שמירת הדינים שבחוק הבטיח כי ההכנסה שהרוויחה חברה בשנים שבהן היה הפטור בתוקף תישאר פטורה ממס גם לאחר שינוי החוק.¹⁶⁷

המדינה בחנה אפשרות לפתוח בהליך ליטיגציה נגד חלק מהחברות, בטענה ששימוש ברווחים הכלואים למטרות אחרות (כגון רכישה של חברות בחו"ל) הוא תכנון מס לא לגיטימי המצריך סיווג מחדש. אף על פי שדובר בסכומים ניכרים מאוד לא הגיעה הפרשה לכיורור בפני בתי המשפט, אלא הסתיימה בתיקון חקיקה שאפשר לחברות לשחרר את רווחיהן הכלואים

לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג (פורסם בנבו, 8.12.2013). אפשר אף לטעון כי חוזר המס עומד בסתירה לס' 18(ג) לפקודה. קצרה היריעה מלהרחיב בטענה זו, ואנו מודים ליוסף אררעי על שהביא נקודה זו לתשומת לבנו.

161 לעיל בטקסט שליד ה"ש 4.

162 חוות דעת ליכט, לעיל ה"ש 4, פס' 53-54, 56-64.

163 הרווחים כונו "כלואים" כי החברות לא יכלו למשוך אותם החוצה כדיבידנדים בלי לשלם מס גם ברמת החברה. שם, פס' 6-8.

164 בשנת 2012 העריכה רשות המסים את הרווחים הכלואים שטרם מוסו כ-122 מיליארד ש"ח ואת המס שאפשר לגבות מהם כ-21 מיליארד ש"ח. דו"ח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 183. לשם המחשה, מנתוני מנהל הכנסות המדינה עלה כי בשנים 2003-2010 היו כ-55% מהרווחים הכלואים (כ-52 מיליארד ש"ח) מרוכזים בארבע חברות גדולות בלבד; ראו שם, בעמ' 183-184. ראו גם אורה קורן, מוטי בסוק וצבי זרחיה "הנה הכסף // לראות את הטבות המס ולבכות – אנחנו רבים על קצת הטבות והאוצר שופך עשרות מיליארדים" **TheMarker** 16.7.2013 www.themarker.com/news/1.2072974 (להלן: הנה הכסף), שם צוין כי בשנים 2006-2011 נהנתה טבע מהטבות בשווי 11 מיליארד ש"ח. החברה שנהנתה אחריה מההטבה בהיקף הגדול ביותר היא כ"ל, שנהנתה מהטבה בשווי 2.2 מיליארד ש"ח.

165 זאת בעקבות המלצות ועדה בראשותו של מנכ"ל האוצר דאז חיים שני; ראו מירב ארלוזורוב "לא תמיד צריך את מבקר המדינה" **TheMarker** 17.10.2013 www.themarker.com/news/1.2142503. ארלוזורוב מסבירה את דרך היווצרותם של רווחים כלואים שדרכם גרפו כמה חברות ענק מיליארדי שקלים בהטבות מס. ראו גם מירב ארלוזורוב "התשובות העקומות של חוק עידוד השקעות הון" **TheMarker** 17.7.2013 www.themarker.com/news/1.2073798 (להלן: ארלוזורוב).

166 חוות דעת ליכט, לעיל ה"ש 4, פס' 3.

167 שם, וכן ראו ס' 72 לחוק ("יציבות ההטבות").

בכך שישלמו שיעור מס מופחת.¹⁶⁸ במסגרת הפשרה ויתרה המדינה על זכותה לנסות לגבות כ-21 מיליארד ש"ח בתמורה לגבייה של 4.387 מיליארד ש"ח.¹⁶⁹ בניגוד לדוגמת החוזר, שבה קשרה רשות המסים בין החלטותיה המרחיבות לבין שינוי בחקיקה ומדיניות בית המשפט,¹⁷⁰ אי-אפשר לקבוע כי החלטת המדינה לסגת מהליך הליטיגציה בעניין הרווחים הכלואים נבעה מהחשש של רשויות המס שלאור כלל הפרשנות המרחיבה הנובע מהלכת עיט ידחה בית המשפט את עמדתה לגבי פרשנות הפטור.¹⁷¹ עם זאת, סביר להניח כי ההחלטה נבעה בין השאר מהערכות המדינה באשר לסכום הגבייה שהייתה יכולה לזכות בו אילו בחרה בהליך ליטיגציה.¹⁷²

168 התנאי לכך היה שבתוך שנה מיום כניסתו לתוקף יוכלו החברות שבחרו להיכנס תחת כנפי החוק לשלם מס בשיעור מופחת על רווחיהן הכלואים. חקיקת החוק הביאה 214 חברות לשחרר את רווחיהן הכלואים. ראו חוק לעידוד השקעות הון (תיקון מס' 69 והוראת שעה), התשע"ג-2012, ס"ח 2385 (להלן: חוק הרווחים הכלואים). חוק הרווחים הכלואים הציע הטבות במס לחברות תעשייתיות שבחרו להפשיר את אותם רווחים, ובהן מס חברות מופחת לכרי שיעורים של 6% עד 10%, בהתאם למס החברות החל על החברה ובהנחה שהחברה בחרה להפשיר את כל רווחיה הפטורים, כשהמס על חברות שבחרו להפשיר רק חלק מרווחיהן הפטורים יכול היה להגיע עד 17.5%. ראו רשות המסים בישראל "הודעת מנהל רשות המסים בדבר בחירה בתשלום מס חברות בהתאם לתיקון לחוק לעידוד השקעות הון (הוראות שעה)" 15.11.2012 http://taxes.gov.il/About/PublicAnnouncements/Pages/Ann_151112_2.aspx; רשות המסים בישראל "חוק הרווחים הכלואים" 12.11.2013 http://taxes.gov.il/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_121113_3.aspx.

169 ראו מירב ארלוזורוב "התבוסה של רשות המיסים" *TheMarker* 12.11.2013 www.themarker.com/news/1.2163902. לביקורת נוקבת נוספת ראו דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 172.

170 החוזר, לעיל ה"ש 156, בעמ' 3-7.

171 למעשה, אפשר לייחס את החלטת המדינה לוותר על הליך ליטיגציה ולא לתבוע את חלק הארי של תקבולי המס לאלמנטים רבים שהיו ייחודיים למקרה הזה. למשל, שיקולים פוליטיים ותקציביים-תזרימיים, משום שהחוק נחקק על רקע של צורך דחוף לצמצם גירעון תקציבי גדול, ונוכח החשש שגם אם הייתה המדינה מנצחת בהליך, הסכום שהיה מתקבל היה מתקבל רק לאחר שנים רבות. ראו, למשל, דוד רפאלי "נולדו כתמריץ ומוציאים לרשות המיסים את המיץ" *כלכליסט* 11.11.2013 www.calcalist.co.il/local/articles/1,7340,L-3616598,00.html. לחלופין ניתן לייחס זאת לכך שהטענות המשפטיות שהמדינה יכולה הייתה להעלות בהליך כזה לא היו נקיות מקשיים, כמו גם לחשש שניצחון בהליך זה היה מזיק ליכולתה של ישראל למשוך השקעות הון מתאגידים בין-לאומיים. חשוב להדגיש כי היו מומחי מס שהתנגדו לעמדה שלפיה יש למדינה זכות למסות את הרווחים הכלואים כל עוד לא חולק דיבידנד בפועל. לעמדה כזו, המתבססת על ניתוח טקסטואלי, ראו מסך הערפל, לעיל ה"ש 57, בעמ' א-9-15.

172 בדומה, סביר להניח שהסיוע ההצלחה בליטיגציה נגד טבע וחברות אחרות שהיו להן רווחים כלואים גם גרמו לכך ששיעור המס שהוצע להן אם יסכימו לחלק דיבידנד היה חלקי, במקום שיעור המס המלא שהיו חייבות בו אילו הייתה המדינה ממצה את מסלול הליטיגציה האפשרי.

האופן שבו הסתיימו פרשיות החוזר והרווחים הכלואים ממחיש את האפקט הגבייתי והחלוקתי שיכול להיות לכלל פרשנות של חוקי העידוד על ההחלטה של רשויות המס. החלטות המדינה לוותר על הניסיון לגבות את חלק הארי של גביית המסים אמנם שנויות במחלוקת עזה, אך במובן מסוים הן צפויות במציאות משפטית שבה הכלל הדוקטרינרי לגבי הטבות מס הוא שיש לפרש אותן בהרחבה.¹⁷³ בפרשת הרווחים הכלואים הגדילה פרשנות מרחיבה זו את הסיכוי של החברות שהחזיקו ברווחים כלואים לזכות בהליך, והקשתה על החלטה של רשות המסים להקצות למקרה את משאבי הליטיגציה (המוגבלים מאוד) שלה. לכן, בהחלט ייתכן שאימוץ כלל הפרשנות המרחיב ביחס להטבות מס מכוח חוקי העידוד על ידי בתי המשפט בישראל גרם לאפקט מצנן, שעשוי היה לתרום לנכונות המדינה להתפשר ולהסכים להטלת מס בשיעור נמוך יותר על הרווחים הכלואים.

לדעתנו, אם ימשיך בית המשפט לאמץ את כלל הפרשנות המרחיב, ראוי כי ראשי מערכת המס והאוצר יתייחסו ביתר תשומת לב לאפקט המצנן הפוטנציאלי הטמון בכך, ויתמודדו אתו בכלים אדמיניסטרטיביים פנימיים, כדי למנוע מצב שבו הימנעות רשויות המס מפעולה תגדיל במידה ניכרת את העלות החברתית של הטבות המס מכוח חוקי העידוד.

ההשלכה המשמעותית השנייה של הדיון במאמר נוגעת למחוקק ולאופן שבו הוא מעצב את הטבות המס. כפי שצוין, יש מחלוקת (שהמאמר לא דן בה ישירות) לגבי השאלה אם הטבות מס הן אמצעי ראוי ויעיל לקדם מדיניות של עידוד השקעה.¹⁷⁴ הניתוח במאמר מבליט שיקול חשוב נוסף שמעצבי חקיקת המס צריכים להביא בחשבון כשהם בוחנים את כדאיות השימוש בהטבות מס במסגרת חוקי העידוד – אינטראקציה בין הטבות המס לחקיקת המס הכללית. המאמר מסביר מדוע האינטראקציה הזו עשויה ליצור עמימות באשר להיקף ההטבה ומדוע אימוץ של כלל פרשני מרחיב עלול להשפיע באופן לא צפוי על היקף ההטבה, על אופן הקצאתה ועל העלות החברתית שלה – ולהעמיד בסימן שאלה את יעילות השימוש בה.

סביר כי חלק מהעמימות האמורה הוא בלתי-נמנע לאור המתח האינהרנטי בין המטרות של חקיקת המס הכללית למטרות של חוקי העידוד, לאור העובדה שהמחוקק לא יכול לצפות את כל הסוגיות העשויות להתעורר עקב הצורך ליישב בין הסדר הפקודה להטבות המס שבחוקי העידוד, ולאור העובדה שבתי המשפט מפרשים את חקיקת המס (בדיעבד) באופן עצמאי שאיננו נתון לשליטת המחוקק. עם זאת, מחוקק השואף להקטין את העלויות החברתיות הלא רצויות הנובעות מעמימות החוק¹⁷⁵ צריך להביא בחשבון את סוגיית העמימות כבר בשלב חקיקת המס. אמנם אין תרופת קסם היכולה למנוע עמימות, אך המחוקק יכול לבחור באמצעים שיפחיתו אותה. לדוגמה, עיון במקרים שנדרונו במאמר מלמד כי בחלק (לא מבוטל) נבעה העמימות מכך שהטבות המס במסגרת חוקי העידוד ניתנו באופן שחייב

173 הטענה שהפרשנות המרחיבה הנובעת מהלכת עיט צריכה למנוע מהמדינה לנצח בהליך ליטיגציה עתידי ביחס לרווחים הכלואים עלתה בספרות; ראו מסך הערפל, לעיל ה"ש 57, בעמ' א-20.

174 ראו דיון לעיל, בטקסט שליד ה"ש 19-12.

175 הנחה זו איננה מובנת מאליה. הספרות מציינת כי הפופולריות של הטבות המס נובעת, בין השאר, מכך שהיא מאפשרת למחוקקים לסבסד קבוצות אינטרס בלי שהמשמעותיות התקציביות של הסובסידיות תהיינה נהירות לציבור הרחב. ראו דיון לעיל ליד ה"ש 14.

חישוב מיוחד של ההכנסה החייבת במס (הזכאית להטבת מס); למשל, כשההטבה הייתה בצורה של הטלת שיעור מס מופחת על פעילות מסוימת, חייב מתן ההטבה מארג מסובך של כללים שיקבע כיצד יש להבחין בין הכנסות והוצאות מותרות לכאלו שלא זכאיות להטבה. מטבע הדברים, מארג כזה של כללים לא יכול להיות מנוסח באופן מושלם לאור המורכבות של חקיקת המס, וחלק מפסקי הדין שנדונו לעיל אכן עסקו בשאלה כיצד חקיקת המס הכללית צריכה להשפיע על האופן שבו חושבה ההכנסה החייבת של פעילות שהוכרה כזכאית להטבת מס.¹⁷⁶

אם כן, נראה כי לפחות חלק מהעמימות הייתה נפתרת אם הטבות המס מכוח חוקי העידוד היו ניתנות כנקודות זיכוי (המורידות את חבות המס אבל לא משפיעות על חישוב ההכנסה החייבת).¹⁷⁷ מתן הטבת מס באופן זה לא היה פותר את כל הקשיים שבמתן הטבות המס (עדיין היה צורך לקבוע מערך של כללים המשייכים ומקצים נקודות זיכוי לנישומים), אך בהחלט היה מקטין את טווח העמימות מהאינטראקציה שבין חוקי העידוד לדיני המס הכלליים. השימוש בנקודות זיכוי לצורך מתן הטבות המס לא היה בהכרח משפיע על גובה הסובסידיה, אבל יש להניח שהיה חוסך מרשויות המס את הצורך לחשב במיוחד את ההכנסה החייבת לפעילות המוטבת, ומאפשר תיאום פשוט יותר בין חוקי העידוד לפקודה. יש כמובן מנעד רחב של שיקולים הנוגעים לאופן שבו יש לעצב הטבות מס לעידוד השקעה. מאמר זה איננו מתיימר לפרט את כולם ואף איננו מבקש לטעון כי השימוש בנקודות זיכוי בהכרח יהיה עדיף על פני אמצעים אחרים למתן ההטבה. סוגיית השימוש בנקודות זיכוי (לעומת פטורים ממס או שימוש בשיעור מס מופחת) משמשת רק דוגמה לאופן שבו מעצבי מדיניות המס בישראל יכולים להתמודד עם בעיית העמימות. עיקר המאמר אמנם התייחס לתגובה של מערכת המשפט לכלל הפרשני המרחיב, אך חשוב להבין שהתמודדות עם סוגיית העמימות ועם הבעייתיות הנובעת מהקושי ליישב בין חוקי העידוד לדיני המס הכלליים באמצעות פרשנות משפטית, יכולה – לפחות חלקית – להתבצע כבר בשלב החקיקה. ככל שהמחוקק חושש יותר מהעלויות החברתיות הכרוכות בעמימות של חוקי העידוד, כך עליו להקצות חלק ניכר יותר מהטבות המס הקבועות בהם באמצעים המקטינים את הפוטנציאל לקונפליקט בינן לבין ההסדרים בפקודה.

סיכום

ההלכות שנקבעו בפרשות לה נסיונל, כרמל אולפינים ומודול בטון הן דוגמאות טובות לפסיקה שהגיעה לתוצאות נכונות בנסיבות המקרה, אך היו עשויות להתפרש כאימוץ של כלל פרשני מרחיב ביחס להטבות מס. עיון בפסיקה מן העבר ובהוראות שהוציאה תחת ידה רשות המסים מלמד, ככלל, כי ביחס להוראות חוק המקנות הטבות מס אומץ כלל פרשנות מרחיב וזאת כדי לקדם את תכלית החקיקה – עידוד פעילות כלכלית מסוימת.

176 לדוגמה המתמקדת בקיזוז הפסדים ראו חלק ב.2; לדוגמה שעניינה כימות הדיבידנד שזכאי להטבה ראו הלכת עיט, לעיל ה"ש 29.

177 בשיטה כזו, חברה שנמצאה זכאית להטבות מס הייתה מחשבת את חבות המס שלה כמו כל חברה אחרת (כללים רגילים לחישוב חבות המס והטלת שיעור מס חברות רגיל) ואחר כך מפחיתה ממנה את סך נקודות הזיכוי שניתנו לה.

אולם, להרחבה של הטבות המס יש השלכות רחב ניכרות על היכולת של מערכת המס לקדם יעדים גבייתיים וחלוקתיים. השלכות אלו מחייבות בחינה ביקורתית מחודשת לגבי ההצדקות לאימוץ של כלל הפרשנות המרחיב כאמור. אכן, נדמה כי בשנים האחרונות החלה הפסיקה, במשתמע, לסגת מקביעותיה הקודמות, תוך שהיא נזהרת ממתן הטבות נוספות ותוך שהיא מנסה לתחום ולהגביל את ההטבות שהחליטה בכל זאת לתת.

לדעתנו, הנסיגה מכלל הפרשנות המרחיב משקפת לא רק דין מצוי אלא גם דין רצוי. בפרק הקודם הצגנו כמה שיקולים מרכזיים המצדיקים את עמדתנו זו. אנחנו סבורים כי פרשנות החוק, בראי שיקולים אלו, היא נושא שראוי להמשיך לדון בו ולשקול אותו, והכול כדי להביא לפרשנות מדויקת וזהירה ככל האפשר של חקיקה משמעותית זו. כאמור, מאחר שהפסיקה ניצבת כיום על פרשת דרכים בכל הנוגע לפרשנות של הטבות מס לפי חוקי העידוד, אנו מקווים כי מערך השיקולים שהוצג במאמר יוכל לשמש את רשויות המס ואת בתי המשפט בבואם לפרש את חוקי העידוד, ושהמאמר יוכל לסייע להם לחתור לגישה פרשנית ראויה. עוד אנו מקווים כי המחוקק יתחשב בהשלכות המדיניות הפסיקתית בעת שהוא בוחר להעניק הטבות באמצעות חוקי העידוד.

