

## 4. ההתמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

### תוכן עניינים מקוצר

83.....	התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם	4.4
83.....	מבוא	4.1
84.....	סדר הדיון	4.2
84.....	דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה	4.3
85.....	דוקטרינת מניעת ניצול לרעה של זכויות	4.4
86.....	השתלבותן של שתי הדוקטרינות במדינות העולם	4.5
86.....	הבעיה הנובעת מיישומן של הדוקטרינות - פגיעה בוודאות הנישום	4.6
87.....	התפתחות הדוקטרינה של העדפת המהות על-פני הצורה	4.7
89.....	במשפט המקובל - ארצות הברית, אנגליה ואוסטרליה	4.8

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

## 4. ההתמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

### תוכן עניינים מפורט

83	התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם	4.4
83	מבוא	4.1
84	סדר הדין	4.2
84	דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה	4.3
85	דוקטרינת מניעת ניצול לרעה של זכויות	4.4
86	השתלבותן של שתי הדוקטרינות במדינות העולם	4.5
86	הבעיה הנובעת מיישומן של הדוקטרינות - פגיעה בוודאות הנישום	4.6
87	התפתחות הדוקטרינה של העדפת המהות על-פני הצורה במשפט המקובל - ארצות הברית, אנגליה ואוסטרליה	4.7
89	ארצות הברית	4.7.1
89	עניין Gregory	4.7.1.1
89	אימוץ הלכת Gregory בפסקי דין	4.7.1.2
90	נוספים	
93	עניין Black & Decker	4.7.1.3
93	עניין Coltec	4.7.1.4
94	עניין Castle Harbour	4.7.1.5
94	סעיף 269 לקוד המס האמריקאי - שלילת קיזוז הפסדים	4.7.1.6
94	פרשות תכנון המס של Merrill Lynch	4.7.1.7
97	עניין ACM	4.7.1.8
98	עניין ASA	4.7.1.9
99	עניין SABA	4.7.1.10
100	עניין UPS	4.7.1.11
103	סיכום ביניים	4.7.1.12
104	אנגליה	4.7.2
104	הגישה המסורתית	4.7.2.1

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

	עניין Ramsay ודוקטרינת הבטלות	4.7.2.2
105.....	הפיסקלית - Fiscal Nullity Doctrine	
107.....	עניין Macniven	4.7.2.3
109.....	סיכום ביניים	4.7.2.4
109.....	אוסטרליה	4.7.3

## 4. ההתמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

### 4.1 מבוא

דיני המס במרבית מדינות העולם אוצרים בחובם הוראות או עקרונות המתירים התעלמות מעסקה שנעשתה לצורכי מס. העסקאות עליהן מיושמים עקרונות או הוראות אלו הינן בעלי אפיון מיוחד. במקרים אלו מדובר, בדרך כלל, בעסקאות בהם השתמשו הצדדים באמצעים ש"אינם רגילים" או "מלאכותיים". הוראות אלו ידועות בשם הוראות אנטי תכנוניות. משמם קל גם להבין את מהותן: הן מונעות מהנישום דרכים מסוימות הנוגעות לתכנון ענייניו הכלכליים.

בדין הפנימי מבוססות הוראות אלו פעמים רבות על תפיסות רחבות יותר המכונות "דוקטרינות". אלו שימשו בבתי המשפט לשם הבחנה בין המותר לאסור בתכנון מסיו של הנישום, אף בטרם חוקקו הוראות אנטי תכנוניות כלליות.

שתי הדוקטרינות העיקריות והידועות ביותר הן אלו:

דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה - *Substance over Form Doctrine*, אשר יש והיא מכונה גם - *Substance v. Form Doctrine*;

דוקטרינת מניעת הניצול לרעה של זכויות - *Abuse of Rights Doctrine*, אשר ידועה גם בכינויה בצרפת - "*Abuse de Droit*", או בהולנד - "*Fraus Legis*".

כמו כן, קיימות עוד דוקטרינות נוספות רבות, דוגמת: "*Step Transaction Doctrine*"<sup>93</sup> - "דוקטרינת העסקה הרב שלבית" (דוקטרינה זו מכונה גם "מבנה דילוג")<sup>94</sup>; "*Business Purpose Doctrine*" - "דוקטרינת המטרה העסקית"<sup>95</sup>; "*Shem Transaction Doctrine*" - "דוקטרינת החוזה למראית עין"<sup>96</sup>, ו-"*Conduit Companies Doctrine*" - "דוקטרינת חברות הצינור"<sup>97</sup>.

יש המתארים דוקטרינות אלו כדוקטרינות אחיות, המשמשות במקביל לשתיים העיקריות אותן הצגנו לעיל<sup>98</sup>. סבורנו כי יותר נכון יהיה להגדיר דוקטרינות אלו כדוקטרינות בנות של דוקטרינת המהות על-פני צורה. זאת, על-אף שחלקן התפתחו בטרם הוגדרה דוקטרינת

<sup>93</sup> ראו את הדיון להלן בעניין **DEL**, פסקה 10.8.

<sup>94</sup> ראו אצל: *Streng & Yoder*, כנס IFA (2002), 596-598 וכן דיונו להלן בפרק 10.

<sup>95</sup> שם, 607.

<sup>96</sup> שם, 596.

<sup>97</sup> ראו את הדיון להלן בעניין **Aiken**, פסקה 9.6.2.

<sup>98</sup> ראו:

H.H. Fuller, "Business Purpose Transaction and the Relation of Private Law to the Law of Taxation", 37 *Tul.L.Rev.* (1963) 355.

האם. למעשה, בדומה למבנה הפירמידה, שמשו דוקטרינות הבנות כאבני בניין לדוקטרינת האם<sup>99</sup>.

## 4.2 סדר הדיון

סדר הדברים שנבקש להציג בפרק זה הינו כדלקמן:

1. הצגת שתי הדוקטרינות העיקריות: דוקטרינת העדפת מהות על-פני צורה ודוקטרינת מניעת ניצול לרעה של זכויות;
2. תיאור חתך השתלבותן של שתי הדוקטרינות במדינות השונות באופן כללי;
3. הפגיעה בודאות הנישום עם יישומן של שתי הדוקטרינות בדיני המס;
4. סקירת התפתחותה של דוקטרינת העדפת מהות על-פני צורה בארצות הברית ובאנגליה.

## 4.3 דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה

תוצאות המס של עסקה ניכרות, בדרך כלל, ישירות ממראה פניה של העסקה כלפי חוץ. משמע מהצורה, בה בחר הנישום להציג את העסקה. עם זאת, יש ומהותה האמיתית של העסקה אינה תואמת לצורתה החיצונית. כתוצאה מכך, גם תוצאות המס של העסקה על-פי מהותה עשויות לא להיות זהות לתוצאות המס של העסקה על-פי צורתה<sup>100</sup>.

תחת דוקטרינה זו רשאים רשויות המס ובתי המשפט לסווג את העסקה מחדש. ומשום שכך, תוצאות המס שיחולו על הנישום יתאמו למהותה של העסקה ולא לצורתה.

הדוקטרינה של העדפת מהות על-פני צורה משמשת את בתי המשפט ורשויות המס לצורך סיווג מחדש. מטרת דוקטרינה זו הוא לקבוע אפוא את תוצאות המס של העסקה בהתאם למהותה, תוך התעלמות מהאופן בו הוצגה העסקה על ידי הצדדים המתקשרים.

דוקטרינה זו מהווה כלי יעיל ביותר בהתמודדות עם הימנעות ממס. ביכולתה לצמצם את הפער הנוצר בין העסקה האמיתית לעסקה הנחזית. בתי משפט ורשויות המס העושים שימוש בדוקטרינה זו, יחפשו את המטרות הכלכליות האמיתיות של הצדדים. כך לא יושפעו הרשויות מן התבנית החיצונית בה בחרו הצדדים לצורך יישום העסקה.

<sup>99</sup> השוו גליקסברג, 122.

<sup>100</sup> השוו: Streng & Yoder, כנס IFA (2002), 608; ניתוח זה של פני הדברים הוצג על-ידי השופט Brown עוד בשנת 1966. ראו:

*Blueberry Land Company, Inc. and Richmond Hill Land Company, Inc. v. Commissioner*, 631 F.2d 93 (5<sup>th</sup> Cir. 1966).

עמד על כך השופט Blackmun בעניין **Frank Lyon**<sup>101</sup>:

"In applying this doctrine of substance over form, the court has looked to the objective economic realities of a transaction rather than for the particular form the parties employed. The court has never regarded the simple expedient of drawing up papers. As controlling for tax purposes when the objective economic realities are to the contrary. In the field of taxation administrators of the laws and the courts, are concerned with substance and realities, and formal written documents are not rigidly binding."

#### 4.4 דוקטרינת מניעת ניצול לרעה של זכויות

דוקטרינה זו שימשה במדינות רבות בכל תחומי המשפט<sup>102</sup> ולא הוגבלה לדיני המס בלבד<sup>103</sup>. תחת דוקטרינה זו בודק בית המשפט האם שימוש אותו עושה אזרח בזכות כלשהי, נעשה מתוך כוונת היזק בלבד, או בניגוד למטרתה החברתית של הזכות<sup>104</sup>.

כמו בדיני הקניין, הנזיקין, או החוזים, כך שימשה דוקטרינה זו אף בדיני המס. בדיני המס בדקו הרשויות האם השימוש שעושה נישום בזכותו לתכנון מס, אינו מוביל לפגיעה חברתית.

תחת דוקטרינה זו רשאי בית המשפט לסווג מחדש את העסקה.

<sup>101</sup> עניין **Lyon**, (לעיל, הערה 19).

<sup>102</sup> ראו, בין היתר, סעיפים 226, 242 ו-826 ל-B.G.B. (חוק החוזים הגרמני); סעיף 2 בקודקס האזרחי השוויצרי. כמו כן, ראו:

G. W. Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence* (2<sup>nd</sup> ed., London, 1949), 395.

<sup>103</sup> ראו:

N. Okma, *Misbruik Van Recht* (N.V. Gebrs, Zomer en Keunings Uitgevers-maatschappij Wageningen, 1945), 48.

שניים מפסקי הדין הראשונים ביישומה של דוקטרינה זו בתחום הלב-מיסויי הינם פסק-הדין שנדון בצרפת בעניין **Colmar**: Cour de Colmar, 2 May 1855, D.P. 56.2.9

ופסק-הדין בעניין **Watertoren Breg en Dal**:

Hoge Raad, 13 March 1936, NJ 1936, 415 and Hoge Raad, 2 April 1937, NJ 1937, 639.

אשר נדון בהולנד. בעניין **Colmar** נדון עניינו של פלוני, אשר בנה ארובה בביתו שכל מטרתה ותכליתה הייתה מניעת אור יום משכנו. בעניין **Watertoren Breg en Dal** נסב הדיון באשר לאמת מים, אשר נבנתה ללא כל חיבור למערכת המים (וכפועל יוצא מכך נותרה נטולת שימוש). בשני המקרים קבעו בתי המשפט כי בעל הנכס ניצל לרעה את זכות הבעלות וכך פגע בשכנו. חלקם המרכזי של שתי ההחלטות נגע לעובדה, כי בשני המקרים הבנייה נעשתה בכוונה לפגוע בשכן, ובהיעדר כל סיבה מוצדקת מלבד המטרה של פגיעה בשכן. ראו במקור: Weeghel, 98.

<sup>104</sup> שם, שם.

## 4.5 השתלבותן של שתי הדוקטרינות במדינות העולם

שתי הדוקטרינות אומצו במדינות השונות בהתאם למשפחה המשפטית שכל מדינה שייכת לה. משפחה ראשונה הינה משפחת המשפט האנגלו-אמריקאי, הידוע גם בשם ה-"Common Law". בין המדינות השייכות למשפחה זו ניתן למנות מדינות דוגמת ארצות הברית<sup>105</sup> ואנגליה<sup>106</sup>. במדינות אלו השתרשה בדיני המס דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה. משפחה שנייה הינה משפחת המשפט הקונטיננטלי, הידוע גם בשם ה-"Civil Law". בין המדינות השייכות למשפחה זו ניתן למנות מדינות דוגמת, אוסטריה<sup>107</sup>, בלגיה<sup>108</sup>, גרמניה<sup>109</sup>, צרפת<sup>110</sup>, הולנד<sup>111</sup> וספרד<sup>112</sup>. במדינות אלו השתרשה בדיני המס הדוקטרינה של מניעת ניצול לרעה<sup>113</sup>.

עם זאת, ועל-אף אימוצה של דוקטרינה דומה במדינות השייכות לאותה משפחת משפט, לא קיימת זהות באשר לאופן יישומה בכל אחת מאותן המדינות השונות. התנאים הנדרשים על מנת להיחשב כ"מנצל לרעה" או לשם העדפת "מהות העסקה על-פני צורתה" שונים בין מדינה לרעותה<sup>114</sup>.

החלוקה המקובלת בין משפחות משפט ובין השתרשות הדוקטרינות, כפי שהוצגה לעיל, מקובלת מאוד בדברי המלומדים<sup>115</sup>. עם זאת, הצגת הדברים באופן האמור אינה נאמנה דיה

<sup>105</sup> לדיון, ראו להלן, פסקה 4.7.1.

<sup>106</sup> לדיון, ראו להלן, פסקה 4.7.2.

<sup>107</sup> סעיף 22 לקוד המס הפדרלי (Bundesabgabenordnung).

<sup>108</sup> ראו סעיף 344(1) ל-CIR. במקור ראו: Vogel, 118, פסקה 80.

<sup>109</sup> ראו סעיף 42 ל-AO.

<sup>110</sup> ראו:

Art. L 64 Livre de Procédure Fiscale.

<sup>111</sup> במקור ראו אצל: Vogel, 118, פסקה 80.

ראו:

Art. 31 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.

<sup>112</sup> במקור ראו: שם, שם.

ראו:

Art 24(2) Ley General Tributaria.

<sup>113</sup> במקור ראו: שם, שם; ביולי 2004 הוחלפה הוראה זו בחוק ה-Conflict of Tax Law שנועד להרחיב את פרישת העיקרון של מניעת הניצול לרעה. ראו היחידה למיסוי בין לאומי, **מיסוי עולמי** 7 (2004), 13. בחלק מן המדינות, כגון הולנד וצרפת, התפתחה הדוקטרינה באופן המאפשר את החלטה רק במקרי קיצון. במדינות אלו קיים ויכוח עד כמה ניתן להחיל את הדוקטרינה (באופייה הנוכחי) לשם קביעת "ניצול לרעה" בענייני מיסים. לדיון בעניין זה, ראו: Weeghel, 98-99; לדיון באשר להתפתחות הדוקטרינה בארצות המשפט הקונטיננטלי, ראו:

David A. Ward, John F. Avery Jones, Henri-Robert Depret, Maarten J. Ellis, Pierre Fontaneau and others, "The Business Purpose Test and Abuse of Rights", 2 *B.T.R.* (1985) 70-76.

<sup>114</sup> ראו: Vogel, 118, פסקה 80.

<sup>115</sup> שם, 117-119, פסקאות 78-82; גליקסברג, 33-49.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

לתמונת המצב האמיתית כיום. שכן, דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה הסתננה במידה כזו או אחרת<sup>116</sup> גם לרבות מן המדינות השייכות לשיטת המשפט הקונטיננטלי, דוגמת: צרפת<sup>117</sup>, גרמניה<sup>118</sup> ועוד. אלא, שמשקלה ואופן השתלבותה, מטבע הדברים, שונה ממדינה לרעותה<sup>119</sup>.

## 4.6 הבעיה הנובעת מיישומן של הדוקטרינות - פגיעה בוודאות הנישום

על-אף השוני בין הדוקטרינות וההבדלים הרעיוניים בין שתי שיטות המשפט<sup>120</sup>, קיים דמיון בתוצאות אליהן מגיעים השופטים בשתי שיטות המשפט.

הסיבה העיקרית לכך, היא שבשתי הדוקטרינות לא מדובר בהחלה מסודרת של עקרונות חקיקתיים. אלא בשתי הדוקטרינות מדובר למעשה בהחלת חקיקה שיפוטית. משמע פרשנות עצמאית, בעלת תחולה רחבה, הניתנת לדין ולתשתית העובדתית הניצבת בפני השופט.

יוצא אפוא, שהגורם המשפיע ביותר, הגורם אשר מביא בסופו של דבר לתוצאה המתקבלת, אינו יישום שיטה פלונית הבוחנת את "המהות אל מול הצורה", או שיטה אלמונית הבוחנת "ניצול לרעה של זכויות". הגורם העיקרי הינו דווקא נטיית ליבו של שופט פלוני, ומסורות שפיטה במדינה אלמונית<sup>121</sup>.

מצב זה עורר ביקורות והסתייגויות רבות. בראש ובראשונה נטען לפגיעה בוודאות הנישום והפיכת החוק לבלתי צפוי. עמדו על כך המלומדים Jones, Ward ואחרים<sup>122</sup>:

"The principle problem in permitting the tax law to be resolved and applied by judicial legislation is that the law becomes unpredictable, varying from time to time and often dependent on

<sup>116</sup> לדין, ראו: Zimmer, כנס IFA (2002), 63.

<sup>117</sup> לדין, ראו: Lehérissel, כנס IFA (2002), 263-285.

<sup>118</sup> לדין, ראו: Schiessl, כנס IFA (2002), 287-312.

<sup>119</sup> יש מדינות בהן התקבלה הדוקטרינה רק במסגרת חוקי מס ספציפיים, ובאחרות היא השתרשה כעיקרון נרחב וכללי יותר.

<sup>120</sup> שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית רואה בדוקטרינת ה"ניצול לרעה של זכויות" סתירה מינייה וביה. שהרי אם זו זכות מדוע נאסר זאת, ואם זה אסור הרי שאין זו זכות. לכן בוחנת שיטת המשפט האנגלו אמריקאית את זכויותיו של האזרח - נישום, בפרספקטיבה חוקית בלבד, הווה אומר הפעלת זכות חוקית, תהיה לגיטימית תמיד. והגדרת "זכות" כאסורה, כפי שנעשה במשפט הקונטיננטלי, הינה דבר והיפוכו. מנגד, שיטת המשפט הקונטיננטלי בוחנת את הזכויות החוקיות גם בפרספקטיבה חברתית, ובהשפעת השימוש בזכויות אלו על הזולת. יוצא אפוא, כי שיטת המשפט הקונטיננטלי, רואה בזכויות החוקיות דבר המוגבל מעצם טבעו רק לשימוש "שאינו שימוש לרעה", לכן אין היא רואה בדוקטרינה זו סתירה מינייה וביה; השוו גליקסברג, 46.

<sup>121</sup> ראו: Vogel, 119, פסקה 82.

<sup>122</sup> ראו לעיל, הערה 113, עמ' 119-121.

the individual intuition of judges, with the result that taxpayers do not know what the law is and cannot determine the extent of their liability until the judiciary has finally decided the issues in their particular case...one may question the capacity of the court, in applying intuition to frustrate what it perceives to be a tax avoidance transaction, to identify correctly the intention of the legislature, particularly in those jurisdictions where tax legislation frequently involves economic incentives, tax benefits and intended tax expenditures."

לאמור, פתרון בעיות על ידי חקיקה שיפוטית הופך את החוק לבלתי צפוי<sup>123</sup>. כתוצאה מכך, הנישום אינו יודע את חבותו עד אשר ייתן בית המשפט החלטה בעניינו. בנוסף, מעירים Jones, Ward ואחרים<sup>124</sup>, כי יש לתהות באשר לאינטואיציה האישית של בית המשפט בבואו לסכל מה שנראית בעיניו כפעולת הימנעות ממס. כמו כן, יש עוד לתהות באשר ליכולתו של בית המשפט לזהות נכונה את כוונת המחוקק, במקרים בהם חוק המס כולל תמריצים כלכליים והטבות מס<sup>125</sup>.

ביקורתם זו של Jones, Ward ואחרים<sup>126</sup> מקבלת משנה תוקף עת באים אנו לדון בתכנוני מס במישור הבינלאומי של אמנות מס<sup>127</sup>. הסיבה לכך נובעת מהעובדה שאמנות מס הינן נגזרת של משא ומתן בין שתי ממשלות. המעמד של האמנות מוסדר, בדרך כלל, בחקיקה הפנימית של שתיהן. ולא פעם ייתכן ותכלית החקיקה של האחת אינה מתיישבת עם תכלית החקיקה של רעותה. לכן, במקרים בהם קיימת הימנעות ממס תוך שימוש באמנות מס, ראוי, שהמחוקק ולא בית המשפט, הוא זה שיתערב במצב. וזאת בדרך של חקיקה או ניסוח מתאים באמנה הרלוונטית.

<sup>123</sup> ראו גם: Steng & Yoder, כנס IFA (2002), 608-609. וראו גם לאחרונה בישראל את פסק הדין בעניין **סיוון ע"א 1240/00 פ"ש ת"א נ' יצחק סיוון**, מיסים, יט/ה-1 (להלן: עניין **סיוון-עליון**). לדיון, ראו להלן, פסקה 9.5.

<sup>124</sup> ראו לעיל הערה 113, 119-121.

<sup>125</sup> בניגוד לביקורת זו, ישנם הטוענים כי לפחות בכל הקשור למקלטי מס, רצוי כי דוקטרינת המהות על פני הצורה תיושם רק בפסיקה ולא על-ידי עיגונה בחוק. לטענת המחזיקים בדעה זו, הניסיונות עד כה לעגן את הדוקטרינה לא עלו יפה ותמיד נתגלו פרצות בחוק, שמצד אחד אפשרו למפרי החוק לחמוק ממיסוי ומצד שני כבלו את בתי המשפט למלותיו הנוקשות של החוק. ראו:

S.A. Bank "Business Purpose, Economic Substance, and Corporate Tax Shelters: 'Codifying Judicial Doctrines: No Cure for Rules But More Rules?' " 54 *SMU L. Rev.* 37.

<sup>126</sup> שם, שם.

<sup>127</sup> לדיון בבעיות הצפויות לצוץ מיישומן של עקרונות פרשניים והוראות מהדין הפנימי על הוראות האמנה, ראו להלן, במיוחד פסקאות 24.5 - 24.6.

## 4.7 התפתחות הדוקטרינה של העדפת המהות על-פני הצורה במשפט המקובל - ארצות הברית, אנגליה ואוסטרליה

### 4.7.1 ארצות הברית

הסנוגית המשמעותית הראשונה שבעקבותיה החל פיתוחה של דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה, הופיעה בארצות הברית בשנת 1935 עם פרסום פסק-הדין בעניין **Gregory v. Helvering**<sup>128</sup>. בפסק דין זה בחן בית המשפט מה הייתה המטרה העסקית האמיתית של הנישומה בעסקה שנדונה בפניו ("Business Purpose Doctrine"). דוקטרינה זו של "המטרה העסקית", היוותה שלב ראשוני בהתגבשותה של ה"דוקטרינת האם", קרי, דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה.

#### 4.7.1.1 עניין Gregory

בנסיבות אותו עניין דובר בחברה בשם **United Mortgage** (להלן: חברת UM), אשר במהלך שנת 1928 הייתה כולה בבעלותה של הנישומה, הגב' גרגורי. בין נכסיה של חברה זו, היו גם 1000 מניות בחברת **Monitor Securities** (להלן: חברת MS).

מטרת הנישומה הייתה למכור את מניות חברת MS ולהעביר את הרווחים לכיסה הפרטי תוך מזעור נטל המס. לצורך כך, פעלה הנישומה כדלקמן: ב-18 בספטמבר 1928 הקימה הנישומה חברה חדשה, בשם **Averill**. שלושה ימים לאחר מכן העבירה אליה חברת UM את 1000 מניותיה של חברת MS. תמורת העברה זו הקצתה חברת **Averill** את כל המניות בה לנישומה. ב-24 בספטמבר פורקה חברת **Averill** וכל נכסיה - קרי: 1000 מניות חברת MS הועברו לנישומה אשר מכרה אותם מיד ברווח ניכר לפטור ממס.

הנישומה טענה לפטור ממס מכוח ההקלות הניתנות לשינוי מבנה של חברות על-פי הוראת סעיף 112(g) ל-**Revenue Act** משנת 1928. מהלכיה של הנישומה אכן תאמו ללשון הוראה זו במדויק. אולם רשויות המס של ארצות הברית טענו מנגד כי שינוי מבנה זה היה חסר כל טעם מוצדק ולפיכך יש להתעלם הימנו. ודוק: המשמעות של התעלמות זו אינה אלא מיסוי הנישומה כאילו קבלה מחברת UM דיבידנד בשווי ההכנסה שנתקבלה ממכירת המניות.

בית המשפט קיבל את טענת רשויות המס וקבע כי להקמת החברה החדשה - חברת **Averill**, לא הייתה "מטרה עסקית סבירה" - "Reasonable Business Purpose", וכי כל עניינה היה להביא לפטור ממס על ידי פירוקה מיד לאחר הקמתה.

<sup>128</sup> עניין **Gregory**, (לעיל, הערה 13).

עמד על כך השופט Sutherland<sup>129</sup>:

"...What actually occurred ... **simply an operation having no business or corporate purpose** - a mere device which put on the term of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object ... of which was the consummation of a preconceived plan not to recognize a business ... but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner ... that corporation was nothing more than a contrivance to the end last describe. It was brought into existence for no other purpose, it performed, as it was intended from the beginning ... no other function. When that limited function had been exercised, it immediately was put to death." (ההדגשה הוספה)

בהכניסו שיקול זה של "מטרה עסקית", העדיף בית המשפט לבחון את תוכן העסקה ואת מהותה הכלכלית. העדפת המהות נעשתה איפוא על-אף היות העסקה תואמת בצורה מדויקת את הוראות דיני המס.

#### 4.7.1.2 אימוץ הלכת Gregory בפסקי דין נוספים

לאחר פסק דין זה דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה וה"מטרה עסקית" קנתה לה מיד שביתה בפסקי דין רבים נוספים שנפסקו בשנים שלאחר מכן<sup>130</sup>; בין הבולטים שבהם, ניתן במיוחד להזכיר את אלה<sup>131</sup>: עניין **Moline Properties**<sup>132</sup>, עניין **National Carbide**<sup>133</sup>,

<sup>129</sup> שם, 468-470.

<sup>130</sup> עם זאת, כפי שכבר אמרנו לעיל, יש מי שמתארים את התפתחות "דוקטרינת האם" במקביל להתפתחותן של הדוקטרינות האחרות, במובן זה שדוקטרינות משנה אלו כביכול אינן דוקטרינות בנות, אלא דוקטרינות מקבילות. דוגמה לכך מצויה בפסק הדין בעניין **Knetch**:  
(להלן: עניין **Knetch**) *Knetch v. U.S.*, 364 U.D. (1960) 361.

המתייחס ל-Transaction Doctrine Sham; וכן ראו:

*Minnesota Tea Co. v. Helvering* 302 US (1938) 609;

*American Bantam Car Co. v. Commissioner* 11 T.C. (1948) 397; 177 F.2d 513 (3<sup>rd</sup> Cir. 1949); 339 US (1950) 920;

*Commissioner v. Gordon* 391 US (1968) 83.

פסקי דין אלה מיוחסים כולם ל-Step Transaction Doctrine. להרחבה, ראו: Steng & Yoder, כנס IFA (2002), 595-610; בנוסף ראו גם אצל Fuller (לעיל, הערה 98) וכן בדיונונו להלן, פסקה 24.5.

<sup>131</sup> לסקירת התפתחות דוקטרינת העדפת מהות על-פני צורה בדיני המס בארצות הברית, בהתאם ל"דוקטרינות הבנות" השונות, ראו Steng & Yoder, כנס IFA (2002), 595-624.

<sup>132</sup> ראו:

*Moline Properties Inc. v. Commissioner*, 319 U.S. (1943) 436.

<sup>133</sup> ראו:

*National Carbide Corp. v. Commissioner*, 336 U.S. (1949) 422.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

עניין **National Investors**,<sup>134</sup> עניין **Miles**,<sup>135</sup> עניין **Lynch**,<sup>136</sup> עניין **Aldon Homes**,<sup>137</sup> עניין **Knetch**,<sup>138</sup> עניין **Goldstein**<sup>139</sup> ועניין **Long Term Capital Holding**.<sup>140</sup>

בפסקי דין אלה בתי המשפט האמריקאיים חזרו ומתחו את קו הגבול בין תכנון המס הלגיטימי ובין תכנון המס הבלתי לגיטימי בהתאם למטרה המסחרית של העסקה.

עמד על כך המלומד R. Rice, באומרו<sup>141</sup>:

"A leading Principle in this area is expressed in the view that a transaction which formally complies with statutory requirements will be unavailing to reduce taxes unless undertaken with a business purpose ... The sentiment expressed in this doctrine is appealing: if a transaction is arranged for business purposes, tax consequences should be recognized; when it is established for tax saving purposes, it should be ignored."

ברם, בד בבד לפסקי הדין שהוזכרו לעיל, ניכרת בשנים האחרונות מגמה הפוכה, לפיה ניתן תוקף לצורה המשפטית על-פני המהות הכלכלית ונפסק לטובת הנישום. ניתן למנות את פסקי הדין הבאים כדוגמה למגמה זו: עניין **SDI**,<sup>142</sup> עניין **Northern Indiana**,<sup>143</sup> עניין **Compaq**,<sup>144</sup> עניין **IES**<sup>145</sup> ועניין **Rice's Toyota World, Inc**.<sup>146</sup>

- 
- 134 ראו: *National Investors Corp. v. Hoey*, 144 F.2d 466 (C.A. 2, 1944).
- 135 ראו: *Miles v. Commissioner*, 31 T.C. (1959) 1001.
- 136 ראו: *Lynch v. Commissioner* 31 T.C. (1959) 990.
- 137 ראו: *Aldon Homes Inc. v. Commissioner* 33 T.C. (1959) 582, pp. 595-597.
- 138 עניין **Knetch**, (לעיל, הערה 130).
- 139 ראו: *Goldstein v. Commissioner* 364 F2d 734 (2d Cir. 1966).
- 140 ראו: *Long Term Capital Holdings v. United States*, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004).
- 141 ראו: R. Rice, "Judicial Techniques in Combating Tax Avoidance", 51 *Mich. L. Rev.* (1953) 1021, pp. 1041, 1043.
- 142 ראו: *SDI Netherlands B.V., f.k.a. v. Commissioner of Internal Revenue*, 107 T.C. (1996) 161.  
כן ראו דיונוו להלן בפרק 9, פסקה 9.6.3.
- 143 ראו: *Northern Indiana Public Service Company v. Commissioner of Internal Revenue* 105 T.C. (1995) 341;  
*Northern Indiana Public Service Company v. Commissioner of Internal Revenue* 115 F. 3d (1997) 506.

מגמה זו קיבלה חיזוק משמעותי לאחרונה. בחודשים אוקטובר - נובמבר 2004 פורסמו, זה אחר זה ובטווח זמן של שלושה שבועות, שלושה פסקי דין שונים בהם בפועל הועדפה הצורה על-פני המהות הכלכלית<sup>147</sup>. בשניים מפסקי הדין נקבע כי מבחן עליונות המהות על-פני הצורה התקיים, על אף שבפועל דובר היה בתכנוני מס אגרסיביים למדי שמטרתם היחידה הייתה הימנעות ממס. באחד משני פסקי דין אלו הנישומה אף הצהירה בבית המשפט שהמניע היחידי לעסקה היה הימנעות מחבות המס. אף-על-פי-כן, אישר בית המשפט את תכנוני המס. בפסק הדין השלישי קבע בית המשפט מפורשות כי הדרישות הצורניות של החוק גוברות על מבחן עליונות המהות על-פני הצורה שהוא יציר הפסיקה. בעקבות פסקי הדין נמתחה ביקורת רחבה במאמרים מקצועיים על רשויות המס<sup>148</sup>. ההערכה בקרב מומחי מס בארצות הברית היא כי רשויות המס יפנו למחוקק על מנת להסדיר את הסוגיה.

---

בעניין זה פסק בית משפט קמא כי יש לפסול תכנון מס לאור דוקטרינת העדפת המהות על פני הצורה ואילו בית המשפט שלערעור הפך את פסק הדין בקובעו כי לאור העובדה שהחברה הנישומה הפיקה רווח, מזערי ככל שיהיה, הרי שבכך התקיים מבחן המהות הכלכלית ואישר את תכנון המס.

144

ראו: *Compaq Computer Corp. v. Commissioner* 113 T.C. (1999) 214. (להלן: עניין **Compaq**)  
*Compaq Computer Corp. and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, 2d Par. 566;  
No. 00-60648 (2001) 88 *A.F.T.R.* (2001) (עניין **Compaq ערעור**).

כן ראו דיונו להלן בפרק 6, פסקה 6.1.3.

145

ראו: *Alliant Energy Corp. Successor in interest to IES Industries, Inc. v. USA*, 253 F.3d (8th Cir 2001) 350 (IES). (להלן: עניין **IES**).

פסק דין זה וכן פסק הדין בעניין **Compaq** הינם בעלי משנה חשיבות לעניין זה ולזכות לתכנון מס באופן כללי הואיל ובשני פסקי הדין דובר בתכנוני מס אגרסיבי למראה.

146

ראו: *Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner*, 752 F.2d 89 (4<sup>th</sup> Cir. 1985) (להלן: עניין **Rice's**).

147 בשלושת פסקי הדין שלהלן הורה בית המשפט לרשויות המס, אשר פסלו את תכנון המס שבנדון וגבו מס עקב כך, להחזיר מס ששולם ביתר לנישום. בשלושת פסקי הדין נדונו תכנוני מס באמצעות מקלטי מס. יצוין כי שלושת פסקי הדין נפסקו על-ידי בתי משפט שונים. ראו:

*Black & Decker Corp. v. United States*, No. WDQ-02-2070 (D. MD. Oct. 20, 2004).

(להלן: עניין **Black & Decker**).

*Coltec Industries, Inc. v. United States*, Fed. Ct. No. 01-072 T (D. MD. Oct. 29, 2004)

(להלן: עניין **Coltec**).

*Castle Harbour-1 LLC v. United States*.

פסק הדין ניתן ביום 1 לנובמבר 2004 אך טרם פורסם ברשומות, ניתן לצפות בפסק הדין ב:  
(להלן: עניין **Castle Harbour**) <http://www.ctd.uscourts.gov/Opinions/110104.SRU.TIFD.pdf>

148

ראו לדוגמה מקבץ מאמרים מקצועיים שפורסמו באינטרנט על פסקי הדין:

[http://taxprof.typepad.com/taxprof\\_blog/2004/10/district\\_court\\_1.html](http://taxprof.typepad.com/taxprof_blog/2004/10/district_court_1.html).

[http://taxprof.typepad.com/taxprof\\_blog/2005/02/burke\\_on\\_emblac.html](http://taxprof.typepad.com/taxprof_blog/2005/02/burke_on_emblac.html).

<http://www.deweyballantine.com/docs/highlights/134.pdf>.

<http://www.deweyballantine.com/docs/publications/1892.pdf>.

[http://taxprof.typepad.com/taxprof\\_blog/2004/11/irs\\_loses\\_ge\\_an.html](http://taxprof.typepad.com/taxprof_blog/2004/11/irs_loses_ge_an.html).

### 4.7.1.3 עניין Black & Decker

בפסק הדין הראשון, בעניין **Black & Decker**<sup>149</sup> פסק בית המשפט המחוזי הפדרלי של מרילנד כי הנישומה הייתה זכאית להחזר מס ששולם ביתר בסך 57 מיליון דולר. בית המשפט קבע תכנון המס שבנדון עמד במבחן "עליונות המהות על-פני הצורה", על אף העובדה שהנישומה הצהירה כי המניע מאחורי תכנון המס היה להימנע מתשלום מס. הוזהר אומר: בית המשפט פסק כי למרות שהעסקה תוכננה אך ורק במטרה להימנע ממס, הרי שאין לפסול אותה בהתאם למבחן עליונות המהות על-פני הצורה. באותו עניין העבירה הנישומה תשלום במזומן בסך 561 מיליון דולר וכן פוליסות ביטוח בריאות של עובדיה בשווי 560 מיליון דולר לחברת בת בבעלותה המלאה שהוקמה אך ורק לצורך העברת המזומן והפוליסות. הנישומה מכרה את חברת הבת לצד ג' בעבור 1 מיליון דולר. בעקבות המכירה רשמה הנישומה הפסד הון בשווי 560 מיליון דולר. הנישומה ביקשה לקזז את ההפסד שנוצר כנגד מס ששילמה בגין רווח הון שנבע מעסקאות אחרות בשנות המס הקודמות. בית המשפט פסק כי רשויות המס יחזירו לנישומה 57 מיליון דולר. קרי בית המשפט נתן תוקף לתכנון המס והתיר לנישומה לקזז את הפסד ההון. בית המשפט קבע כי העסקה היתה עסקה כלכלית שבוצעה בתום לב. במילותיו של בית המשפט: "bona fide economically based transaction" ולפיכך העסקה הינה הגיונית מבחינה אובייקטיבית. בית המשפט קבע כן למרות שהכיר בכך שהנישומה ביצעה את העסקה אך ורק מתוך מטרה להימנע מתשלום מס.

### 4.7.1.4 עניין Coltec

במקרה השני, בעניין **Coltec**<sup>150</sup> הנישומה כפתה על חברת בת שלה לקחת על עצמה התחייבויות מותנות. לאחר מכן מכרה הנישומה את הון המניות של חברת הבת באופן שנוצר הפסד הון. בית המשפט המחוזי לתביעות פדרליות דחה את טענת רשויות המס של ארצות הברית כי יש לבטל את הטבת המס שנוצרה בעקבות העסקה (קרי, את הפסד ההון) הואיל ולעסקה לא הייתה כל מטרה עסקית והיא חסרה תוכן כלכלי. בית המשפט פסק כי לעסקה הייתה משמעות כלכלית והסביר כי בית המשפט מחויב לפסוק בהתאם לדרישות הקבועות בחוק להכרה בהפסד הון. בית המשפט נימק את הסברו בכך שהקונגרס האמריקאי נמנע מלהכניס את דוקטרינת עליונות המהות על-פני הצורה ל-IRC. בתחרות בין דוקטרינה משפטית פרי הפסיקה לדרישות הצורניות הקבועות בחוק - פסק בית המשפט לטובת הדרישות הצורניות. מומחי מס רבים העריכו כי בעקבות פסק הדין ישאפו רשויות המס לעגן את דוקטרינת עליונות המהות על-פני הצורה מפורשות ב-IRC<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> לעיל, הערה 147.

<sup>150</sup> לעיל, הערה 147.

<sup>151</sup> לעיל, הערה 148.

### 4.7.1.5 עניין Castle Harbour

במקרה השלישי, עניין Castle Harbour<sup>152</sup>, בית המשפט המחוזי הפדרלי של קונטיקט קבע כי תכנון המס הבא הינו לגיטימי: חברה תושבת ארצות הברית ובנק תושב הולנד הקימו שותפות שעסקה בהחזרת מטוס שבבעלותה. רוב הכנסות השותפות יוחסו לבנק תושב הולנד. רשויות המס של ארצות הברית טענו שיש לסווג את ההשקעה של הבנק תושב הולנד בשותפות כהלוואה ושייח לייחס את כל ההכנסה מהחזרת המטוס לתאגיד תושב ארצות הברית. עוד טענו רשויות המס כי לשותפות שהוקמה לא היה כל תוכן כלכלי. בית המשפט דחה את טענת רשויות המס ופסק כי הקמת השותפות נבעה ממניע עסקי כשר.

מניחות פסקי הדין בהם פסלו תכנון מס לאור דוקטרינת עליונות המהות על-פני הצורה ופסקי הדין בהם לא נפסל תכנון זה על אף טענת רשויות המס עולה כי לא ניתן לנבא אימתי יפסל תכנון מס לאור דוקטרינת עליונות המהות על-פני הצורה ואימתי תועדף הצורה המשפטית. דומה כי אמרתו הידועה של בית המשפט העליון של ארצות הברית בנוגע לפורנוגרפיה ישימה גם לגבי מהות כלכלית - איננו יכולים להגדירה, אך אנו מזהים אותה כאשר אנו רואים אותה<sup>153</sup>. עם זאת, בדיוננו בשער השני נעמוד על מספר קווים מנחים ומבחנים אותם ניתן לגזור מפסקי הדין לעיל, אשר עמידה בהם תסייע לנישום כמו גם למתכנן המס להתגונן בפני טענה לפיה יש לפסול את תכנון המס לאור דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה.

### 4.7.1.6 סעיף 269 לקוד המס האמריקאי - שלילת קיזוז הפסדים

קו הגבול האמור אף אומץ על ידי המחוקק האמריקאי בשנת 1943 ביחס לקיזוז הפסדים של חברה שנרכשה, עת נחקק סעיף 269 לקוד המס האמריקאי (Internal Revenue Code). סעיף זה שולל קיזוז הפסדים מחברה אשר רכשה חברה מפסידה אם, בין היתר, המטרה המרכזית (Principal Purpose) של הרכישה היא קיזוז הפסדים. התיקון מאמץ את האיזון שקבענו בין תכנון מס לגיטימי ותכנון מס בלתי לגיטימי בהקשר של רכישת חברה מפסידה, לשם קיזוז הפסדיה. אם כן, תיקון זה לא היה הכרחי על מנת להגיע לתוצאה האמורה, ונראה שגם בלעדיו, בתי המשפט עשויים היו לפסול קיזוז הפסד שנעשה עקב רכישת חברה מפסידה.

כפי שהצביע על כך הנשיא ברק בפסק הדין בעניין **יואב רובינשטיין**<sup>154</sup>, ההיסטוריה החקיקתית של התיקון ואף הפסיקה שקדמה לו, מלמדת, כי התיקון בא למען הזהירות בלבד לאחר תחילת התפתחות שוק נרחב של סחר בהפסדים לצורך מס<sup>155</sup>. על רקע זה, אף בתי

<sup>152</sup> לעיל, הערה 147.

<sup>153</sup> ראו :

*Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. (1964) 184, p. 197.

<sup>154</sup> עניין **יואב רובינשטיין** (לעיל, הערה 65), עמ' ה-68.

<sup>155</sup> ראו :

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

המשפט בארצות הברית, הן לפני חקיקת סעיף 269 והן אחריו, בחנו כל מקרה לגופו ונסיבותיו, בהתחקותם אחרי מטרת הרכישה<sup>156</sup>. הם ייחסו משקל חשוב לעובדת אי המשך פעילותה העסקית של החברה המפסידה על ידי הרוכשים, כאינדיקציה להעדרה של מטרה מסחרית<sup>157</sup>. על בסיס בחינת נסיבות כל מקרה ומקרה, ובהעדד מטרה מסחרית, לא התירו בתי המשפט קיזוז הפסדים, גם בנסיבות פחות ברורות מהמקרה שהובא בעניין **יואב רובינשטיין**<sup>158</sup>.

ולעניין זה יפים הם דבריו של השופט קרדוזו בעניין **Woolford Realty** שקדם לחקיקת סעיף 269 האמור, בקובעו כי<sup>159</sup>:

"A different ruling would mean that a prosperous corporation could buy the shares of one that had suffered heavy losses and wipe out thereby its own liability for taxes. The mind rebels against the notion that Congress in permitting a consolidated return was willing to foster an opportunity for juggling so facile and so obvious ... To such an attempt the reaction of an impartial mind is little short of instinctive that the deduction is unreasonable and cannot have been intended by the framers of the statute."

#### 4.7.1.7 פרשות תכנון המס של Merrill Lynch

בהקשר זה מעניין לציין שלושה פסקי דין אמריקאים שמקורם בתכנון מס של חברת הברוקרים וההשקעות Merrill Lynch<sup>160</sup>. מטרתה העיקרית של התוכנית הייתה יצירת הפסדי הון ענקיים אשר יתקזזו עם רווחי הון צפויים או קיימים. ראשית, על-פי מתווה

H. J. Rudick, "Acquisitions to Avoid Taxes" 58 *Harv. L. Rev.* (1944) 196, p.199.

<sup>156</sup> ראו:

B. I. Bittker, *Federal Taxation of Income, Estates, and Gifts* (Boston, 1981), section 95.5.3.

<sup>157</sup> ראו:

*U.S. Shelter Corp. v. United States*, 13 Cl. Ct. 606 (1987);

*J. T. Slocumb Co. v. C. I. R.*, 334 F.2d 269 (2s Cir. 1964).

<sup>158</sup> ראו והשוו:

*American Pipe & Steel Corp. v. Commissioner*, 243 F. 2d 125 (9th Cir. 1957);

*Mill Ridge Coal Co. v. Patterson*, 264 F.2d 713 (1959);

*Luke v. Commissioner*, 351 F.2d 568 7th Cir. (1965);

"State of Mind Analysis in Corporate Taxation", 69 *Colum. L. Rev.* (1969) 1224, p. 1238;

Loken, "Loss Carryovers and Corporate Alterations: Toward a Uniform Approach" 52 *Minn. L.Rev.* (1968) 571.

<sup>159</sup> ראו:

*Woolford Realty Corp. V. Rose*, 286 U.S. (1923) 319, p. 329-330.

<sup>160</sup> למעשה בעקבות אותו תכנון מס הובאו לערכאות שמונה מקרים. אנו בחרנו להתמקד בשלושה מהם.

ראו: "II.C. Case Analysis". IRS, אותו ניתן למצוא ב:

[http://www.irs.gov/pub/irs-utl/ii.c\\_-\\_case\\_analysis.pdf](http://www.irs.gov/pub/irs-utl/ii.c_-_case_analysis.pdf).

פעולה זה, נדרש כי חברה אמריקאית תיצור שותפות (שתוקם מחוץ לארצות הברית) עם גוף זר שלא משלם מס הכנסה בארצות הברית. גוף זר זה יחזיק ברוב המוחלט של הזכויות בשותפות, כאשר החברה האמריקאית תחזיק במיעוט שולי בלבד. על ידי ביצוע עסקאות במספר שלבים והסתמכות על כללים חשבונאיים הנוגעים לטיפול במכירה בתשלומים ומכירה מותנית, הביא מתווה פעולה זה לכדי יצירת הפסדי הון בסכומים עצומים.

ואלו היו שלבי התכנון המלאים<sup>161</sup>:

1. The U.S. company would enter into a foreign-based partnership with a foreign entity that was not subject to U.S. income tax.
2. The foreign entity would have the overwhelming majority partnership interest while the U.S. company would own a distinct minority interest.
3. The partnership would purchase short-term private placement notes ("PPNs") eligible for the installment method of accounting. It then would sell them for a large cash down payment with the balance made up of a comparatively small amount of debt instruments (five-year Libor notes) whose yield over a fixed period of time was not ascertainable. One-sixth of the basis would be applied to the down payment. The gain from the down payment would be allocated according to the partnership interests. Therefore, the foreign partner would receive the majority of the gain.
4. The partnership would claim a large basis (five-sixths of the basis of the PPNs) in the Libor notes.
5. After the close of the first tax year, the partnership interests would become substantially reversed. (The U.S. Company would acquire a majority interest by purchasing part of the foreign entity's interest.)
6. The partnership would distribute cash to the foreign entity and the Libor notes to the U.S. partner in partial redemption of their partnership interests.
7. The U.S. company then would sell the Libor notes to a third party, accelerating the loss. Since the basis of the instruments would greatly exceed their value, the sale would result in a large

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

"paper" loss the U.S. Company would use to offset existing capital gains."

להלן נסקור שלושה פסקי דין - עניין ACM, עניין ASA ועניין SABA - ונראה כיצד תכנון המס שתואר לעיל יושם בפועל ונפסל על ידי בית המשפט.<sup>162</sup>

#### 4.7.1.8 עניין ACM

פסק הדין הראשון בסדרת פרשות אלו הינו עניין ACM<sup>163</sup>. בנסיבות עניין זה ביקשה הנישומה, קולגייט-פלמוליב, לקזז רווחי הון בסך 105 מליון דולר. בשנת 1989 (ABN (שהינו בנק הולנדי גדול שהיה מעורב בכל אחד משלושת המקרים האמורים), קולגייט-פלמוליב ו-מריל לינץ' יצרו כל אחד חברה חדשה (חברות A, C, ו-M, בהתאמה). שלושת החברות האמורות יצרו שותפות בשם ACM. השותפות נועדה ליצור הפסדי הון שימשו את קולגייט-פלמוליב למטרת קיזוז חלק מרווחי הון שלה משנת 1988.

ACM השתמשה בסדרה מעגלית של עסקאות בניירות ערך. זאת, במטרה ליצור הפסד הון גדול "על הנייר". בעקבות זאת, קולגייט-פלמוליב דיווחה על הפסדי הון כוללים של יותר מ-98 מיליון דולר במסגרת שותפותה ב-ACM. או אז, הפסדים אלו הועברו על-ידה אחורה לצורך קיזוז עם רווחיה משנת '88. ב-1993 רשויות המס יצאו כנגד הצגה זו של העסקאות על ידי ACM ופסלו את השימוש בכללי החשבונאות של מכירה בתשלומים, תוך שהן קוראות לכך עסקה מלאכותית (sham transaction) היוצרת "הפסדים מדומים" ("phantom losses").

בית המשפט למסים מצא כי הנישומה ביקשה לנצל הפסד שלא היה טבעי כלכלית לנושא המכירה, אלא נוצר באופן מלאכותי על ידי הנישומה באמצעות מניפולציה וניצול של כללי החשבונאות וחוקי המס<sup>164</sup>.

בית המשפט הוסיף וקבע כי חוקי המס דורשים שהעסקה שבה עסקינן תהיה בעלת תוכן כלכלי נפרד ומובחן מההטבות הפיסקליות שהושגו על ידי הפחתת המס בלבד. בהתאם לכך קבע בית המשפט כי העסקאות חסרות מהות כלכלית ולכן הנישומה אינה זכאית להפחתות המס שתבעה<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> שלושת פסקי הדין מהווים לדעתנו חריג למגמה, שהורגשה ביתר שאת בחודשים ספטמבר-אוקטובר בשנת 2004 לפיה בתי המשפט למיסים פסקי במקרים דומים לטובת הנישום והכריעו כי די שהצורה המשפטית של העסקה חוקית, אפילו אם המהות הכלכלית הינה קבלת יתרון מס.

<sup>163</sup> ראו:

(להלן: עניין ACM) 115 (T.C. Memo. (1997) *ACM Partnership v. Commissioner*).

(להלן: עניין ACM ערעור) 231 (3d Cir. 1998) *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d.

<sup>164</sup> עניין ACM (לעיל, הערה 163).

<sup>165</sup> שם.

בערכאת הערעור<sup>166</sup> הסתמך בית המשפט על עניין **Gregory** לעיל<sup>167</sup> ביישום דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה<sup>168</sup>. בית המשפט התייחס לעסקה בכללותה, כמו גם לכל שלביה, על מנת לקבוע אם יש לה מספיק תוכן כלכלי כדי לכבדה לצורכי מיסוי. בסופו של דבר, מצא בית המשפט כי לעסקאות של ACM הייתה בפועל רק השפעה משנית וסמלית על המצב הכלכלי של השותפות. ובלשונו<sup>169</sup>:

"Gregory requires us to determine the tax consequences of a series of transactions based on what actually occurred."

לפיכך, אישרה ערכאת הערעור את החלטת בית המשפט למסים ופסקה כי עסקאות ACM היו חסרות מהות כלכלית.

#### 4.7.1.9 עניין **ASA**

פסק הדין השני בסדרה זו הוא עניין **ASA**<sup>170</sup>. במקרה זה דובר בעסקאות הדומות לעסקאות בעניין **ACM**, אך בית המשפט התמקד בשאלת תקפות השותפות. במקרה זה חברת אלייד-סיגנל<sup>171</sup> ביקשה ליצור הפסדים לקיזוז רווח הון של 400 מליון דולר משנת 1990. אלייד-סיגנל וחברת הבת **ASIC**, שבבעלותה המלאה, הקימו שותפות עם שני תאגידים מהאיים האנטיליים ההולנדים, אשר נשלטו על ידי הבנק ההולנדי **ABN**.

בית המשפט למסים בחן את המטרות העסקיות של אלייד-סיגנל ו-**ABN**. נקודת המוצא העובדתית של בית המשפט הייתה כי אלייד-סיגנל נכנסה לשותפות אך ורק לשם יצירת הפסדי הון, וכי היא נשאה בכל ההוצאות ואילו **ABN** נכנס לשותפות אך ורק על מנת לקבל את החזר המס הצפוי ולא התכוון לשאת בהפסדי **ASA** ואכן לא עשה זאת בפועל. בית המשפט למסים פסק כי בין **ABN** לאלייד-סיגנל לא התקיימו יחסי שותפות אלא יחסי חייב-נושה חוזיים בלבד. בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה אישר קביעה זו<sup>172</sup>. למרות שלשיטת בית המשפט לערעורים אין מניעה כי צדדים עם מטרות עסקיות שונות יהיו בעלי הכוונה הנדרשת להקמת שותפות, נפסק כי ההסדר בין הצדדים לא היה שותפות תקפה. זאת, בין היתר, מאחר ששותף שכל סיכוניו מבוטחים על חשבון השותף האחר אינו שותף על-פי המושג המסורתי של שותפות, ובלשונו של בית המשפט<sup>173</sup>:

<sup>166</sup> עניין **ACM ערעור** (לעיל, הערה 163).

<sup>167</sup> עניין **Gregory** (לעיל, הערה 13).

<sup>168</sup> עניין **ACM** (לעיל, הערה 163).

<sup>169</sup> שם, שם.

<sup>170</sup> ראו:

*ASA Investorings Partnership v. Commissioner*, T.C. Memo (1998) 305 (ASA) (להלן: עניין **ASA**).

<sup>171</sup> שהינו תאגיד ענק אמריקאי (יצרן של רכיבים למטוסים ולמכוניות, מוצרי פלסטיק וכימיקלים).

<sup>172</sup> ראו:

*ASA Investorings Partnership v. Commissioner*, 201 F.3d 505 (D.C. Cir. 2000).

<sup>173</sup> שם, 515.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

"[A]partner whose risks are all insured at the expense of another partner hardly fits within the traditional notion of partnership."

בית המשפט לערעורים אף הוא דחה את טיעון הנישומה כי המבחן לשאלה האם שותפות היא ברת תוקף שונה מהמבחן של צורת העסקאות שיש לכבד, בקובעו כי בין אם המלאכותיות היא בשותפות ובין אם בעסקה, היעדר תכלית עסקית הינה גורם מכריע. ובלשונו<sup>174</sup>:

"[W]hether the 'sham' be in the entity or the transaction ... the absence of a nontax business purpose is fatal."

#### 4.7.1.10 עניין SABA

פסק הדין השלישי בסדרה הוא עניין SABA<sup>175</sup>. באותו עניין עסק בית המשפט בתכנון מס הנוגע לפיצול חלק מעסקיה של חברת ברונסוויק ("Brunswick"). החברה ציפתה ל-125 מליון דולר רווח וביקשה למזער את תשלום המס. לפיכך, ברונסוויק והבנק הזר ABN הקימו שתי שותפויות (SABA ו-Otrabande) על מנת ליצור הפסדי הון שיקוזזו כנגד הרווחים. לאחר מכן דיווחה ברונסוויק על הפסדי הון של 175 מליון דולר בדוחות המס של 1990-1991. ברונסוויק טענה כי אין זה מוצדק לבדוק את המהות הכלכלית. לטענתה יש לדרוש רק כי תוצאת העסקה תהיה מכירה אפשרית של PPNs או תעודות פיקדון על-פי סעיפים 1001(a) ו-453(a) ל-IRC.

בית המשפט למסים חזר על הלכת Gregory<sup>176</sup> והחיל את העיקרון לפיו למרות שפעולה עסקית עלולה להיות מבוצעת בהתאמה הדוקה לחוק, בית המשפט אינו מחויב לכבד את צורתה. זאת, כאשר נראה כי העסקה תוכננה לצורך קבלת הטבות מס שלא היה בכוחות הקונגרס להעניק בעת חקיקת החוק. מטרת הקמת השותפות הייתה יצירת הפסדים לברונסוויק. העסקאות לא שינו את המצב הכלכלי של החברה והן חסרו מהות כלכלית. לכן

<sup>174</sup> שם, 512. יצוין כי לאחר עניין ASA דן אותו בית משפט בשאלה דומה של תקפות שותפות גם בעניין Boca. בעניין Boca דובר בתכנון מס דומה מאוד לזה שנידון בעניין ASA. בית המשפט של הערכאה הראשונה פסק כי השותפות תקפה ואישר את תכנון המס. רשויות המס ערערו לבית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה (אותו בית משפט שדן בעניין SABA). בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה הסתמך על עניין ASA ויישם את שני המבחנים שתוארו לעיל. לאחר שקבע שלא הייתה לשותפות שהוקמה בעניין Boca כל מטרה אחרת שאינה הימנעות ממס, פסק בית המשפט כי השותפות אינה תקפה. על פסק הדין בעניין Boca הוגש ערעור לבית המשפט העליון של ארצות הברית אשר דחה את הערעור.  
ראו:

*Boca Investorings Partnership v. United States*, 314 F. 3d 625 (D.C. Cir. 2003).

<sup>175</sup> ראו:

*SABA Partnership v. Commissioner*, T.C. Memo (1999) 359.

<sup>176</sup> עניין Gregory (לעיל, הערה 13).

לא נוצרו לחברה רווחים או הפסדים. בית המשפט דחה את הטענה כי לעסקאות הייתה מטרה עסקית לא-מיסויית<sup>177</sup>.

בית המשפט המחוזי של קולומביה ביטל את ההחלטה והחזיר את הערעור אל בית המשפט למסים, לאור ההחלטה שהתקבלה בסמוך לכן בעניין ASA<sup>178</sup>. בית המשפט דחה את הטענה כי לעסקאות הייתה מהות כלכלית וקבע כי הובהר בפרשה האמורה שבהיעדר מטרה עסקית לא מיסויית אין על רשויות המס להכיר בגוף למטרות מס. נקבע כי הרשומות מעידות באופן מובהק שהשותפויות היו מלאכותיות ונועדו ליצור הפסדי מס לברונסוויק, וההגינות מחייבת כי בית המשפט לא יאשרן על בסיס זה.

#### 4.7.1.11 עניין UPS

פרשה קצת שונה, הקשורה גם במקלטי מס, היא עניין UPS<sup>179</sup>. במקרה זה חברת המשלוחים UPS הגבילה את אחריותה באופן כללי לנזקים שנגרמו לטובין שהופקדו בידיה למשלוח עד לסכום של 100 דולר. עם זאת, החברה הציעה ללקוחותיה את האפשרות לשלם סכום נוסף (חיובי ערך נוסף) לביטוח החבילות בסכומים גדולים יותר מהסכום האמור. עובר לשנת 1984 חברת UPS ביטחה בעצמה את הסיכונים לנזקים למשלוחים. החל מ-1984 UPS לא שינתה את אופן פעילותה לגבי לקוחות בטיפול בקבלות ובתביעות, אך החלה להעביר את חיובי הערך הנוסף לחברת ביטוח לא קשורה בשם NUF. NUF בתורה, לאחר ניכוי עמלות מסוימות, החזירה אותם כפרמיית ביטוח משנה לחברת OPL. OPL היא חברת ביטוח תושבת איי ברמודה, שהוקמה על ידי UPS ו-97.33% ממניותיה היו בבעלות UPS.

לאחר קביעת הסדר זה, UPS לא דיווחה עוד על חיובי הערך הנוסף שנגבו והועברו ל-NUF כהכנסה. חיובים אלו הגיעו כמעט לכדי 100 מליון דולר בשנת 1984 בלבד. עם זאת, UPS המשיכה לבצע את אותן פונקציות ופעילויות לגבי חיובי הערך הנוסף, ונשארה אחראית לחובות רעים או פריטים בלתי ניתנים לגבייה, בגלל של-NUF וכן ל-OPL לא הייתה בקרה על תשלומי פרמיות הלקוחות.

בית המשפט למסים אישר את קביעת רשויות המס כי תחת דוקטרינת העברת הבעלות בזכויות ההכנסה (assignment of income doctrine) - UPS חייבת במס על כמעט 100 מליון דולר בגין חיובי הערך הנוספים ששולמו ל-OPL ב-1984, ללא קשר לקיום העצמאי של OPL, שהתקבל לצורך הוויכוח<sup>180</sup>. בית המשפט מצא כי כל ההסדר משנת 1984 חסר מטרה עסקית ותוכן כלכלי. בית המשפט דחה את המטרה העסקית שהציגה UPS - להימנע מהקבלה המתמשכת של חיובי הערך הנוסף, אשר הייתה לא חוקית בכוח תחת חוקי ביטוח

<sup>177</sup> לעיל, הערה 175.

<sup>178</sup> עניין ASA (לעיל, הערה 170).

<sup>179</sup> ראו:

*United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1014 (11<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>180</sup> ראו:

*United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo (1999) 268.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

של מספר מדינות. בית המשפט אף לא השתכנע כי מטרת ההסדר הייתה להפחית את תעריפי UPS. הוא גם לא קיבל את טענתה של UPS כי המטרה עסקית הייתה למנף (leverage) את חיובי הערך הנוסף לחברת ביטוח משנה חדשה. בפסיקתו מציין בית המשפט כי כל השקעה כספית במבטח משנה שהינו חברת בת הייתה יכולה להשיג מטרה זו:<sup>181</sup>

"[A]ny investment of money into [the subsidiary reinsurer] could accomplish this purpose."

לבסוף, בית המשפט מצא כי ישנם תימוכין מספיקים לכך שהעסקאות היו מונעות משיקולי מס גרידא וסיכם כי ההסדר נעשה למטרת הימנעות ממס ולא היה בעל שום תוכן כלכלי או מטרה עסקית:<sup>182</sup>

"[D]one for the purpose of avoiding taxes" and "had no economic substance or business purpose."

בית המשפט בערכאת הערעור בחן את השאלה האם למבנה תוכנית הביטוח החדשה קיים מספיק תוכן ומטרה עסקית על מנת לענות על דרישות דוקטרינת המהות הכלכלית<sup>183</sup>. בית המשפט הגדיר את דוקטרינת המהות הכלכלית כמורכבת משתי שאלות - השאלה הראשונה הייתה האם לעסקה לא היו השפעות כלכליות מלבד יצירת הטבות מס. אם עסקה עברה את המכשלה הראשונה ונמצאה בעלת השפעות כלכליות, אזי הניתוח ממשיך לשאלה השנייה. בשאלה השנייה, למרות קיומן של השפעות כלכליות, אין להכיר בעסקה אם לא הייתה לה כל מטרה עסקית והמניע לה היה התחמקות ממס. בית המשפט ציין כי גישה זו שונה מהגישה שנקטה בעניין Rice's<sup>184</sup>, בה נדרשו גם מטרת התחמקות ממס וגם חוסר בהשפעה כלכלית.

בהמשיכו במסגרת הניתוח האמורה, מצא בית המשפט כי לארגון מחדש של ביטוח UPS היו השפעות כלכליות. בית המשפט הסתמך על עניין Lyon<sup>185</sup>, וקבע כי למרות הסיכון הקלוש של NUF להפסיד בעסקה, לעסקה עדיין היו השפעות כלכליות מכיוון שהיא כללה חילופים אמיתיים של התחייבויות הדדיות הניתנות לאכיפה על ידי צדדים לא קשורים, וכן מאחר ו-UPS לא יכלה עוד להשתמש בתזרים הכנסת דמי הביטוח כפי שהיה כשביטחה את הסיכונים בעצמה<sup>186</sup>.

בית המשפט גם התחשב במניעים של מטרה עסקית והתחמקות ממס, בהסתמכו על עניין ACM<sup>187</sup>. בית המשפט הסביר כי העסקה היא בעלת מטרה עסקית כל עוד היא מתקיימת

<sup>181</sup> ש.ס.

<sup>182</sup> ש.ס.

<sup>183</sup> ראו לעיל, הערה 180.

<sup>184</sup> עניין Rice's (לעיל, הערה 146)

*Rice's Toyota World, Inc.*, 752 F2d 89.

<sup>185</sup> עניין Lyon (לעיל, הערה 19).

<sup>186</sup> לעיל, הערה 181.

<sup>187</sup> עניין ACM ערעור (לעיל, הערה 163).

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

בעסק למטרות רווח ובתום לב, בהדגישו כי על מנת להכיר במטרה עסקית תקפה לא נדרש כי הסיבות לעסקה יהיו מנותקות משיקולי מס<sup>188</sup>.

בסכמו כי לארגון מחדש של הביטוח הייתה מהות כלכלית ומטרה עסקית, הפך בית המשפט את ההחלטה והחזיר את הערעור לערכאה הראשונה על מנת לבחון מחדש טיעונים אליהם בית המשפט למסים לא התייחס<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> שם, 1019.

<sup>189</sup> שם, 1019-1020.

#### 4.7.1.12 סיכום ביניים

הפסיקה האמריקאית התייחסה עוד רבות לדוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה בפסקי דין רבים נוספים, כדוגמת: עניין *Minnesota Tea*,<sup>190</sup> עניין *Higgins*,<sup>191</sup> עניין *Court Holding*,<sup>192</sup> עניין *American Bantam Car*,<sup>193</sup> עניין *Blueberry Land*,<sup>194</sup> עניין *Gordon*,<sup>195</sup> עניין *Waterman Steamship*,<sup>196</sup> עניין *Frank Lyon*,<sup>197</sup> עניין *Litton Industries*,<sup>198</sup> עניין *Esmark*,<sup>199</sup> עניין *Kirchman*,<sup>200</sup> עניין *Sheldon*,<sup>201</sup> עניין *Alumax*,<sup>202</sup> עניין *Compaq*,<sup>203</sup> עניין *Winn-Dixie Stores*<sup>204</sup> ועוד<sup>205</sup>.

מעיון בפסיקה האמריקאית, ניתן לסכם ולאמר כי יישום דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה הביא בארצות הברית לזניחת האמצעים המשפטיים הקלאסיים. האמצעים הקלאסיים נוגעים כאמור לעיצובה של העסקה דרך הוראות החוק והמבנה הצורני אשר נתנו לה הצדדים. מעתה מתעניין הפרשן-השופט בתוצאות הכלכליות של העסקה ולא בצורתה. בהתאם לתוצאות אלו ייקבעו בדרך כלל גם תוצאות המס של הנישום.

מאידך, בשנים האחרונות ישנה פסיקה ענפה בארצות הברית בה הועדפה הצורה על-פני המהות, ותכנון מס לא נפסל למרות שהמטרה היחידה בארגון עסקאות מסוימות בדרך

<sup>190</sup> עניין *Minnesota Tea* (לעיל, הערה 130).

<sup>191</sup> *Higgins v. Smith* 308 U.S. (1940) 473, דברי השופט Reed:

"Title, we shall assume, passed to innisfail but the taxpayer retained the control. Through the corporate forms he might manipulate as he chose the exercise of shareholder's rights in the various corporations, issues of the securities, and command the disposition of the securities themselves. **There is not enough of substance in such a sale finally to determine a loss.**"

(ההדגשה הוספה)

<sup>192</sup> ראו:

*Commissioner v. Court Holding Co.* 324 US (1945) 331.

<sup>193</sup> לעיל, הערה 130.

<sup>194</sup> לעיל, הערה 100.

<sup>195</sup> לעיל, הערה 130.

<sup>196</sup> ראו:

*Waterman Steamship Corp. v. Commissioner* 430 F.2d 1185 (5<sup>th</sup> Cir. 1970); 401 US (1971) 939.

<sup>197</sup> לעיל, הערה 19, 583-584.

*Litton Industries Inc. v. Commissioner* 89 T.C. (1987) 1086.

*Esmark v. Commissioner* 90 T.C. 171 (1988), aff'd, 886 F. 2d 1318 (7<sup>th</sup> Cir. 1989).

*Kirchman v. Commissioner* 862 F.2d 1486 (11<sup>th</sup> Cir. 1989).

*Sheldon v. Commissioner* 94 T.C. (1990) 738.

*Alumax Inc. v. Commissioner* 165 F.3d 822 (11<sup>th</sup> Cir. 1999); 109 T.C. 133 (1997).

<sup>203</sup> עניין *Compaq* (לעיל, הערה 144). בעניין זה בית משפט קמא פסל תכנון מס לאור דוקטרינת עליונות המהות על פני הצורה. ברם, בערעור (עניין *Compaq ערעור*, לעיל, הערה 144) הפך בית המשפט את פסק הדין.

*Winn-Dixie Stores Inc. v. Commissioner* 254 F.3d 1313 (11<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>205</sup> לסקירה, ראו כנס IFA (2000), 595-624.

שנעשו הייתה הפחתת מס<sup>206</sup>. בין הבולטים שבפסקי דין אלו ניתן למנות את עניין **Compaq**<sup>207</sup> ועניין **IES**<sup>208</sup>, כמו גם את שלושת פסקי הדין שניתנו בשלהי 2004 ואשר התירו תכנון מס שעירב מקלטי מס<sup>209</sup>.

## 4.7.2 אנגליה

### 4.7.2.1 הגישה המסורתית

בשונה מארצות הברית, הרי שבאנגליה עד שנות השמונים יישם בית המשפט את דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה באופן צר מאוד ולאור ההלכה שנפסקה בעניין **Duke**<sup>210</sup>. בפסק דין זה נקבע, כי מהות העסקה צריכה להיבחן בהתאם להוראות ועקרונות הדין הכללי - "The Ordinary Legal Principles". בהתאם לכך, בית המשפט דחה באותו מקרה את דוקטרינת העדפת המהות ה"כלכלית" וקבע שיש לסווג את העסקה לפי המהות המשפטית שלה בלבד.

ובלשונו של בית המשפט<sup>211</sup>:

"... It is said that in revenue cases there is a doctrine that the court may ignore the legal position and regard what is called 'The substance of the matter' and that here the substance of the matter is that annuitant was serving the Duke for something equal to his former salary or wages, and that therefore, while he is so serving, the annuity must be treated as a salary or wages ... **This so called 'doctrine of the Substance' seems to me to be nothing more than an attempt to make a man pay notwithstanding that he has ordered his affairs that legally claimable** ... If all that is meant by the doctrine is that having once ascertained the legal rights of all parties you may disregard mere nomenclature and decide the question of taxability or non taxability in accordance with the legal rights, well and good ... If, on the other hand, the doctrine means that you may brush aside deeds, disregard the legal rights and liabilities arising under a contract between parties, and decide the question of taxability or non taxability upon the footing of the rights

<sup>206</sup> ראו, בין היתר, הערות 142, 143, 144, 145, 146 לעיל, וכן ראו דיונו להלן, פסקה 9.6

<sup>207</sup> עניין **Compaq ערעור** (לעיל, הערה 144). לדיון, ראו להלן, פסקה 9.6.

<sup>208</sup> עניין **IES**, (לעיל, הערה 145). לדיון, ראו להלן, פסקה 9.6.

<sup>209</sup> לעיל, הערה 147.

<sup>210</sup> עניין **Duke** (לעיל, הערה 12).

<sup>211</sup> שם, 520.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

and liabilities of the parties being different from what in law they are, then I entirely dissent such a doctrine." (ההדגשה הוספה)

בית המשפט קבע כי "מהותה המשפטית" של עסקה קרובה פעמים רבות לצורתה, כך שמצב דברים זה בו המהות אותה מחויב בית המשפט ליישם הינה משפטית, אינו מאפשר התמודדות יעילה עם תכנוני מס בהם פעמים רבות זהות המהות המשפטית והצורה המשפטית.<sup>212</sup>

אכן, גישתם המסורתית של בתי המשפט באנגליה בלטה במשך שנים רבות בהתרת מרחב רחב של תכנון מס בידי הנישומים. גישה זו של הדין האנגלי השאירה אותו ללא מענה ראוי לתופעת תכנוני המס המתרחבת ומשתכללת. כך, תכנוני מס אשר לא היו נשוא לנורמה אנטי תכנונית ספציפית החלו לפרוח באין מפריע.

על כן, בכיוון דומה למשפט האמריקאי, התפתח המשפט האנגלי. הנורמות האנטי תכנוניות באנגליה, כמו במדינות אחרות, שמו את הדגש על מטרת העיסקה. עמד על כך פרופ' א. לפידות, באומרו<sup>213</sup>:

"התחיקה המודרנית נגד התחמקות באנגליה ניסתה להבהיר את הביטוי המעורפל 'בדוי או מלאכותי', שמקורו בתחיקה בדבר 'מס רווחי יתר'. הוטל דגש ב'מטרה' שלשמה ביצע הנישום עיסקה מסויימת. בדרך זו הפכה כוונתו של הנישום להיות שיקול חשוב."

#### 4.7.2.2 עניין Ramsay ודוקטרינת הבטלות הפיסקלית - Fiscal Nullity Doctrine

השינוי המהותי החל בשנות השמונים, עת פיתחו בתי המשפט באנגליה את ה-Fiscal Nullity Doctrine. על-פי דוקטרינה זו, עסקה רב שלבית שמטרתה היחידה הקטנת החבות במס לא תוכר לצורכי מס<sup>214</sup>. כך, בעניין Ramsay<sup>215</sup> שנפסק בשנת 1981 קבע הלורד Wilberforce כי עם השתכללות הדרכים המשמשות לתכנוני מס, חלה על בתי המשפט מחויבות להשתכלל גם כן. הלורד Wilberforce קבע כי בתי המשפט מחויבים שלא לשקוט על שמריהם ולשכלל את הכלים בהם ניתן להתמודד עם התופעה המתרחבת.

<sup>212</sup> השוו גם: Ballard & Davison, כנס IFA (2002), 569-590.

<sup>213</sup> אריה לפידות, התחמקות והשתמטות ממס הכנסה (ירושלים, 1966), 134. ראו גם הדיון שם, 98-91, 109-112.

<sup>214</sup> ראו:

*W. T. Ramsay Ltd. v. I.R.C. A.C.* (1982) 300 (Ramsay); (להלן: עניין Ramsay);

*I.R.C. v. Burmah Oil Company Ltd.* 54 T.C. (1981) 200 (Burmah); (להלן: עניין Burmah);

*Furniss v. Dawson*, 1 A.C. (1984) 474;

R. Bramwell & others, *Taxation of Companies and Company Reconstructions* (7th ed. London, 1999), 247-262.

<sup>215</sup> עניין Ramsay (לעיל, הערה 214).

ובלשונו<sup>216</sup>:

**"While the techniques of tax avoidance progress and are technically improved, the courts are not obliged to stand still.**  
Such immobility must result either in loss of tax, to the prejudice of other taxpayers, or to Parliamentary congestion or most likely to both."  
(ההדגשה הוספה)

בנסיבות אותו עניין, התעלם בית הלורדים מעסקת שלבים וקבע שיש לראות את העסקה כולה כמקשה אחת. ואכן, פסק דין זה היווה אבן דרך חשובה בשינוי הגישה המסורתית בדין האנגלי באשר לאופן בדיקת העסקה הנדונה. יצוין, עם זאת, כי הלורדים אשר ישבו במוטב של פסק הדין בעניין **Ramsay** לא הציגו זאת כד. הרטוריקה של אלו הייתה כביכול שאין בפסק הדין כל מהפך, וכי פסק הדין משקף נאמנה את התפיסה המסורתית שנהגה מאז ומעולם<sup>217</sup>. למעשה, על החשיבות של הלכת **Ramsay** עמד בית הלורדים עצמו רק מאוחר יותר בעניין **Burmah**<sup>218</sup>.

ובלשונו של הלורד Scarman<sup>219</sup>:

"It is of the utmost importance that the business community ... should appreciate ... that **Ramsay's case marks "a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role"** towards tax avoidance schemas."  
(ההדגשה הוספה)

שינוי זה, שהחל על ידי בית הלורדים בעניין **Ramsay**<sup>220</sup> ואימוץ גישה לוחמנית יותר כלפי מתכנני המס, השתרש באנגליה בפסקי דין נוספים, דוגמת: עניין **Burmah**<sup>221</sup>, עניין **Furniss**<sup>222</sup>, עניין **Moodie**<sup>223</sup> ועניין **Pigott**<sup>224</sup>.

לפיכך, גם בתי המשפט באנגליה בחנו את מטרת העסקה, ובהתאם לקריטריון זה נקבע גם קו הגבול בין תכנון המס הלגיטימי ותכנון המס הבלתי לגיטימי<sup>225</sup>. יצוין, כי הן בעניין **Ramsay** והן בעניין **Burmah** דובר על קיזוז הפסד, ובתי המשפט פסלו את העסקה שמטרתה היחידה הייתה קיזוז ההפסד ולא התירו את הקיזוז. בתכנון המס הספציפי המתייחס לרכישת חברות לשם קיזוז הפסדיהן, קבע המחוקק בסעיף 768 לקוד המס

<sup>216</sup> שם, 181-182.

<sup>217</sup> טקטיקה זו בה נקט בית הלורדים אינה חדשה אפוא כלל וכלל. פעמים רבות מציין מותב בית משפט כי דבריו ואופן פעולתו נעוצים בפסיקה ובמסורת רבת שנים. רטוריקה זו של פסק הדין, כאילו אין בו כל חידוש, נועדה כמובן לרכז את מהפכניותו ולהתמודד עם ביקורת עליו.

<sup>218</sup> עניין **Burmah** (לעיל, הערה 214).

<sup>219</sup> שם, 211.

<sup>220</sup> עניין **Ramsay** (לעיל, הערה 214).

<sup>221</sup> עניין **Burmah** (לעיל, הערה 214).

<sup>222</sup> *Furniss v. Dawson*, 55 Tax Cases (1980-84) 324.

<sup>223</sup> (להלן: עניין **Moodie**) 188 (1993) *STC*, *I.R.C.*, *Moodie v. I.R.C.*

<sup>224</sup> (להלן: עניין **Staines**) 114 (1995) *STC*, *Pigott v. Staines Investment Co. Ltd.*

<sup>225</sup> ראו גם גליקסברג, 127-135.

התמודדות עם הימנעות ממס בדין הפנימי במדינות העולם

האנגלי, בדומה לסעיף 382 לקוד המס האמריקאי שנחקק בשנת 1954, כי במקרה כזה לא יותר קיזוז ההפסד אם חל שינוי בבעלות בחברה ובאופי פעילותה העסקית.

עם זאת, דוקטרינה זו, כפי שגובשה לאחר הלכת **Ramsay**<sup>226</sup>, לא הפכה באנגליה לשליט יחיד בכיפה. בפועל, בית המשפט הקפיד לאזן את הפעלתה של הדוקטרינה עם דאגתו לודאות הנישום והימנעות מפגיעה בו ובקניינו<sup>227</sup>.

החשש האמיתי מפגיעה בודאות הנישום הביא אפוא את בתי המשפט באנגליה לנסות לצמצם ולתחום את נפקותה של הלכת **Ramsay**<sup>228</sup>. כלומר, תחמת נפקותה של הלכה זו נוועדה אפוא להגביר את וודאות הנישומים. מגמה זו ניכרת בפסקי דין רבים, וביניהם ניתן להזכיר בעיקר את אלה: עניין **Baylis**<sup>229</sup>, עניין **Craven**<sup>230</sup>, עניין **Shepard**<sup>231</sup>, עניין **Fitzmilluan**<sup>232</sup>, עניין **Moodie**<sup>233</sup>, עניין **Staines Investment Co**<sup>234</sup>, וכן לאחרונה בוטאה מגמה זו ביתר שאת בפסק-הדין בעניין **Macniven**<sup>235</sup>.

### 4.7.2.3 עניין Macniven

פסק-הדין בעניין **Macniven** הנ"ל נפסק ביום 8.2.2001. בעניין זה נדונה עסקה סיבובית של העברת כספים בין חברת **Westmoreland Investments Ltd** (להלן: חברת **Westmoreland**) ובין קרן הפנסיה **Electricity Supply Pension Scheme** (להלן: **ESPS**). חברת **Westmoreland** הייתה בבעלותה המלאה של **ESPS**. רשויות המס טענו, כי לעסקה לא הייתה מטרה עסקית ובשל כך יש להתעלם הימנה.

בית המשפט דחה את טענת רשויות המס וקבע שהלכת **Ramsay**<sup>236</sup> אינה חלה במקרה זה. בית המשפט פסק שהלכת **Ramsay**<sup>237</sup> אינה הלכה מחייבת אלא כלי פרשני בלבד; כלי זה הינו אחד מני רבים הנתונים בידי בית המשפט. יכול והוא ישמש את בית המשפט, אך אין בית המשפט מחוייב לעשות בו שימוש.

<sup>226</sup> עניין **Ramsay** (לעיל, הערה 214).

<sup>227</sup> לדיון באשר לפגיעה בוודאות הנישום עם יישומן של הדוקטרינות, ראו לעיל, פסקה 4.6; באשר לפגיעה בקניין, ראו אלטר וכליף, אמנות מס (כרך א'), פסקה 23.14.

<sup>228</sup> עניין **Ramsay** (לעיל, הערה 214).

<sup>229</sup> *Baylis v. Gregory & Wear* STC (1987) 297.

<sup>230</sup> *Craven v. White*, IRC STC (1988) 476.

<sup>231</sup> *Shepard v. Lyntress Ltd*. STC (1989) 617.

<sup>232</sup> *Fitzmilluan v. IRC* STC (1993) 502.

<sup>233</sup> לעיל, הערה 223.

<sup>234</sup> לעיל, הערה 224.

<sup>235</sup> *Macniven v. Westmoreland Investments Ltd*, UKHL (2001) 6.

פסק הדין פורסם באינטרנט ואפשר לעיין בו גם ב:

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010208/macniv-1.htm> (להלן: עניין **Macniven**).

<sup>236</sup> עניין **Ramsay** (לעיל, הערה 214).

<sup>237</sup> לעיל, הערה 235.

לכל אורך פסק-הדין ומדברי כל הלורדים ניכר רצונם לצמצם ולגדור את השפעתה של הלכה זו. בין השאר, ניתן לראות את דבריו של הלורד Nicholls, הקובע כדלקמן<sup>238</sup>:

"But, as I am sure Lord Brightman would be the first to acknowledge, the Ramsay approach is no more than a useful aid. This is not an area for absolutes. The paramount question always is one of interpretation of the particular statutory provision and its application to the facts of the case. Further, as I have sought to explain, Ramsay did not introduce a new legal principle. It would be wrong, therefore, to set bounds to the circumstances in which the Ramsay approach may be appropriate and helpful."

וכן את דבריו של הלורד Hoffmann בהמשך פסק-הדין<sup>239</sup>:

"The speeches in the **Ramsay** case [1982] AC 300 and subsequent cases contain numerous references to the "real" nature of the transaction and to what happens in "the real world". **These expressions are illuminating in their context, but you have to be careful about the sense in which they are being used.**"<sup>240</sup>

(ההדגשה הוספה)

נטייה זו של בתי המשפט לחיזוק וודאות הנישום תואמת להלך המחשבה המסורתית באנגליה. הלך מחשבה זה רואה במסים המוטלים על האזרח פגיעה בו ובקניינו<sup>241</sup>. יישום הדוקטרינה באופן רחב עלול לפגוע בנישום ובקניינו מעבר לרצוי ובשל כך יש לרסן את אופן החלתה. ריסון זה נעשה תוך יצירת איזונים. איזונים אלו מאפיינים אפוא מגמה פרשנית של מזעור "הפגיעה"<sup>242</sup>.

<sup>238</sup> עניין **Macniven** (לעיל, הערה 235), פסקה 8 לפסק-הדין.

<sup>239</sup> שם, פסקה 40 לפסק-הדין.

<sup>240</sup> בנוסף, ראו גם את דבריו של הלורד Hutton בעניין **Macniven** (לעיל, הערה 235), פסקה 93 לפסק-הדין.

<sup>241</sup> אהרון ברק, "פרשנות דיני המסים", **מיסים** יא/4 (תשנ"ז) א-1.

<sup>242</sup> הנטייה למזעור הפגיעה בנישום נבעה מסיבות נוספות, כגון: אהדה טבעית לנישום החלש בעומדו כנגד גוף גדול וחזק כמו מדינה, וכן חששו הטבעי של כל שופט מפני טעות, כאשר ברור שמבחינת שיקולים של פיזור הנזק - טעות לרעת הנישום תוצאתה קשה מאשר טעות לרעת המדינה; להרחבה, ראו אלפרד ויתקון, "דרכי הפרשנות בתחום דיני המסים", **ספר לונברג** (בורסי, תשמ"ח) 9, עמ' 14.

#### 4.7.2.4 סיכום ביניים

דוקטרינת העדפת המהות על-פני הצורה, אשר יש והיא מכונה בהקשר האנגלי גם "Ramsay Doctrine", או "Fairness Doctrine" עדיין לא הבשילה באופן מלא באנגליה ודומה כי טבעה, מרחב כוחה ותחולתה עדיין אינם ברורים כלל ועיקר<sup>243</sup>.

לא ברור אם לאור מצב הדברים בעולם המודרני והשימוש הנפוץ בתכנוני מס, בהם שותפים גם תושבי מדינות זרות - דוגמת 'ברירת אמנות' 'Treaty Shopping', יגיעו בעתיד בתי המשפט באנגליה להכרעות ברורות יותר באשר לתחולתה של דוקטרינה זו.

#### 4.7.3 אוסטרליה

בעניין **Hart**<sup>244</sup>, עסק בית המשפט הגבוה של אוסטרליה בשאלה האם מטרת עסקת הלוואה מורכבת המניבה הטבות מס מפליגות היא התחמקות ממס, על-פי הכללים בדין האוסטרלי בדבר התחמקות ממס - (GAAR) General Anti Avoidance Rule.

בנסיבות המקרה דובר בתכנית הלוואה מפוצלת (Split Loan Scheme) אשר באמצעותה הנישום מימן רכישת בית חדש (תוך שהוא שומר על ביתו הישן ומשכיר אותו). מבנה זה אפשר לו לייחס את מלוא התשלום החודשי הקבוע להחזר ההלוואה לנכס הפרטי החדש, ואת הריבית לנכס העסקי המושכר (אותו רכש באמצעות הלוואה פרטית) כך שתותר בניכוי.

השאלה הייתה אם מטרת העסקה היא אכן התחמקות בלתי נאותה ממס. הנישומים טענו, וכך אף נקבע בערכאה הקודמת, כי מטרת העסקה בכללותה הייתה קניית הבית החדש תחת התחמקות ממס גרידא.

בית המשפט הגבוה הבחין בין הלוואה עצמה למבנה הלוואה המיוחד. בית המשפט קבע כי בעוד שמטרתה הלגיטימית של הלוואה אכן הייתה רכישת הבית, הרי שהמטרה הלא לגיטימית של מבנה הלוואה הייתה התחמקות ממס, ובלשונו של בית המשפט<sup>245</sup>:

"While the fact of the borrowing cannot be left out of consideration, it was what the ... "wealth optimizer structure" of the loan arrangements that secured the tax benefit.

<sup>243</sup> כך עדיין לא ברור האם מהווה הדוקטרינה כלי פרשני ליברלי בלבד, או שמא יש בכוחה גם לסווג מחדש את העסקה. חוסר בהירות דומה קיים בדיני המס בישראל בעקבות פסק-הדין בעניין **שפאר** - ע"א 734/74 **שפאר ואח' נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים**, פד"א ח', 6 (להלן: **עניין שפאר**). באותו מקרה נקבע כי בישראל קיימת נורמה אנטי תכנונית המרחפת על השיטה כולה. כך לכאורה יכול פקיד השומה לסווג מחדש עסקה ללא היזקקות לסעיף סטטוטורי מסמך. על גישה זו כמובן יש חולקים. לדיון על כך, ראו להלן, פסקה 5.4. בנוסף, ראו גליקסברג, 50-55; וכן אהרון יורן, "סיווג שונה של עסקה לצורך מס ומיקומה הנכון של העסקה המלאכותית", **משפטים** כ (תש"ן), 43.

<sup>244</sup> *Hart v. Commissioner of Taxation* 55 ATR (2004), 712 HCA 26.

<sup>245</sup> שם, פסקאות 10-12 לפסק-הדין.

It was the tax benefit so obtained, and applied in reduction of the home loan, that was the wealth optimizing aspect of the structure. It was the wealth optimizing aspect of the structure, not divorced from the borrowing, but giving the borrowing its distinctive character, that constituted the scheme."

בית המשפט הצהיר כי הוא מסתכל על מהותה המסחרית האמיתית של העסקה וכי גם אם היא מונעת על ידי שיקולים נוספים מעבר לשיקולי המס, אין בכך להכשירה על-פי כללי ההתחמקות ממס, גם בהתקיים שיקולים נוספים או מטרה עסקית נרחבת יותר. מכל הסיבות האמורות קיבל בית המשפט את ערעור רשויות המס.