

המבחן של רשימת תכנוני המס

מאת

איריס שמואלי, עו"ד*

ראשי הפרקים

הקדמה

א. מבוא

- א.1. מעמד נורמטיבי לתכנון המס
- א.2. תקופת מבחן

ב. החידוש הנורמטיבי ביחס לתכנון המס

ג. חובת הדיווח על תכנון המס – היקפה ומאפייניה

- ג.1. נושאי חובת הדיווח
- ג.2. מושאי חובת הדיווח

ד. התקנות במבחן

- ד.1. נושאי החובה ויכולת ההרתעה
- ד.2. רשימה מפורטת ונטל הפירוט
- ד.3. רשימה סגורה וההיבט החוקתי
- ד.4. ספי המינימום ותכנון המס הריבועי
- ד.5. גילום המלאכותיות ונטל ההוכחה

סיכום

הקדמה

עומדים אנו על סיפה של תקופת המבחן לרשימת תכנוני המס החייבים דיווח.

רשימת תכנוני המס חבי הדיווח הותקנה בתקנות לתקופה של מבחן, בת שלוש שנים, שראשיתה עם תחילת חובת הדיווח על הכנסות שנת המס 2007.

תקנות תכנון המס הותקנו מכוח החוק שהסמיכן, הוא התיקון משנת 2005 לפקודת מס הכנסה, שהנהיג חובה של דיווח על תכנוני מס. מטרת היסוד של החוק היתה לוחמה בתכנון המס האגרסיבי.

* פרקליטה בכירה, ממונה על ענייני מסוי, פרקליטות מחוז תל-אביב (מסוי וכלכלה). המאמר מבטא השקפה אישית.

היעד המייד, עם זאת, שקידם את התקנת התקנות, היה יעד פיסקאלי, של תיקון הגרעון, והעלאה משמעותית של הכנסות האוצר ממס. עובר להתקנת התקנות, היתה הערכת רשות המסים, כי התקנות יובילו להעלאת הכנסות האוצר ממס בכחצי מיליארד שקלים בשנה.

יש להעמיד את תקנות תכנון המס במבחן. גורמים שונים ישמשו לבחינה ולהערכה של התקנות. המבחן הסופי יהא מבחן הצלחתן, הוא מבחן השגתן את יעד התקנתן, דהיינו, העלאה משמעותית, בת מאות מיליוני שקלים, של ההכנסות השנתיות ממס.

א. מבוא

א.1. מעמד נורמטיבי לתכנון המס

תכנון מס הוא פרקטיקה אזרחית ראשונה במעלה, בסיסית ועקרונית למוסד המס. תכנון המס נוהג מימים ימימה, מוכר ומוגן על ידי עקרונות חוקתיים ומהווה ביטוי ישיר לחירותו של הפרט לכלכל עסקיו ולשמירה על זכויותיו הרכושיות¹. תכנון המס חיוני ביחסי הגומלין בין הנישום, האזרח, לבין האוצר.

משך שנים לא קיבל תכנון המס מעמד חוקי והתייחסות נורמטיבית. אמנם, בחוקי המס שזורות הוראות אנטי-תכנוניות, ספציפיות וכלליות. ההוראות הספציפיות מצרות את צעדי המתכנן ונוטלות חלק בעיצוב ובהגדרה של בסיס המס. נוסף עליהן, קיימת ההוראה האנטי-תכנונית הכללית, זו המקנה לפקיד השומה סמכות להתעלם מעיסקות שהינן מלאכותיות, בדויות, או שאחת ממטרותיהן היא הימנעות או הפחתת מס בלתי רצויה, ולשומן מחדש². הוראה זו, המקנה סמכות מינהלית, זכתה במשפטנו למעמד הגמוני על תכנון המס. על בסיסה נבנתה האבחנה הידועה, שבין עסקה מלאכותית לעסקה בדויה, שיוחס לה מעמד קרדינלי באבחנה בין תכנון מס לגיטימי לאסור³. אבחנה זו הושתתה על תפיסה, לפיה סמכות הסיווג מחדש, בהיותה קונסטטטיבית, לא יכול שתעלה אחריות בפלילים, ולפיכך עיסקה הנגועה בעילה של סיווג מחדש אינה מעלה אחריות פלילית. מכאן נלמדה המסקנה, כי עיסקה מלאכותית, הנתונה לסמכות הסיווג מחדש, אינה נושאת אחריות בפלילים⁴.

1. להכרה החוקתית בתכנון המס ראו: ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון ואח', פ"ד (מח) 156 (1994).
2. סעיף 86 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: "פקודת מס הכנסה"/"הפקודה").
3. ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1 (2000) (להלן: ענין פרומדיקו), 77, 95.
4. דוד גליקסברג גבולות תכנון המס (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 1990), 71. תיאוריה זו נשענת, בין השאר, על לימוד דקדקני של לשון הוראת סעיף 86 לפקודה, לפיו פקיד השומה רשאי להתעלם מעיסקה. מלשון זו ביקשו ללמד על התחולה הפרוספקטיבית של הסיווג מחדש, ועל כך שעיסקה הנתונה לסיווג מחדש אינה בטלה (void), כי אם ניתנת לביטול. ומכאן, מכוח עקרון החוקיות, כי לא ניתן להחיל אחריות בפלילים על עיסקה הנתונה לסיווג מחדש. גליקסברג, שם, עמ' 75. ראו גם פרומדיקו, שם, בעמ' 82.

יש להשיג על תיאוריה זו. העיסקה הבדויה, אשר אין חולק על היותה בטלה, מהווה אף היא עילה לסיווג מחדש ונתונה, ממש כעיסקה המלאכותית, תחת אותה קורת הגג של סמכות הסיווג מחדש. הימצאותן יחד של שתי העסקות, המלאכותית והבדויה, תחת אותה קורת גג, בלא כל הבדל לשוני החל עליהן, שומטת בעיני את הבסיס לאבחנה, שנבנתה תלי תלים, עלי הוראה זו.⁵

בשנת 2005 הובא שינוי נורמטיבי ביחס לתכנון המס, עם חקיקתו של החוק לתיקון פקודת מס הכנסה, המתייחס לראשונה באופן ישיר לתכנון המס.⁶ החוק קבע הסדר, לפיו יחוב נישום בחובת דיווח על תכנון מס שערך במהלך השנה שחלפה. החובה תישוב על תכנוני מס שיפורטו ברשימה. רשימת תכנוני המס שיחייבו דיווח תגובש על ידי פורום לקביעת מדיניות לטיפול בתכנוני המס האגרסיביים, שיורכב מראשי החטיבות של רשות המיסים, הרשימה תובא לאישור מנהל רשות המיסים לשם קביעתה בחקיקה, ותפורסם על ידי הרשות לקראת המועד להגשת דו"ח הנישום על הכנסותיו השנתיות.⁷

על בסיס החוק הותקנה בתקנות, לקראת סוף שנת 2006, רשימת תכנוני המס החבים דיווח.⁸ הרשימה מונה חמישה- עשר תכנונים נפוצים, אותם ניתן לאגד לחמש משפחות, בהתאם למאפייניהם: תכנוני מס המבוססים על קירבה בין צדדים קשורים,⁹ תכנונים המבוצעים אגב רכישת שליטה בחברות,¹⁰ פעילות במדינות זרות ובמדינות מקלט,¹¹ תכנון מס בחברה משפחתית¹² ושני תכנוני מס בעסקאות מקרקעין - פיצול עיסקה במקרקעין לרכישת זכויות המקרקעין ושירותי הבנייה לחוד, ובנייה באמצעות קבוצת רכישה.¹³ שני תכנוני מס - רכישת זכויות במקרקעין באמצעות קבוצת רכישה, והחזקת שליטה בעוסק על ידי מלכ"ר, לשם ניכוי מס תשומות, הוגדרו בתקנות מס ערך מוסף, כתכנוני מס החבים דיווח על פי חוק מס ערך מוסף.¹⁴

5. המצא עילת העיסקה הבדויה תחת הוראת הסיווג מחדש, הוסברה על ידי מחברי התיאוריה, כטעות שנפלה מלפני המחוקק. גליקסברג, שם, ע' 77. בעיני כושל הסבר זה. מחד מבקש הוא להקים את התיאוריה על לשון ההוראה, ומנגד להסביר את האיפכא מסתברא כטעות בלשון ההוראה. דברים קודמים שהשגתי על תיאוריה זו ראה איריס שמואלי "המנעות או השתמטות - תכנון מס בין הדינים" **הפרקליט** מח 137, 148 (2004).
6. חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, ס"ח 2023 (להלן בכינויו השגור: "**תיקון 147**").
7. "דו"ח הוועדה לטיפול בתכנוני המס אגרסיביים", 23 ביוני 2005, 07- taxes/taxesplan www.mof.gov.il..pdf 2005 (להלן: "**דו"ח הוועדה**"). עיקרי המלצות הדו"ח פורסמו ב"**מיסים**" יט/א-96 (2005).
8. תקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח) (הוראת שעה), התשס"ז-2006, תקנות מס ערך מוסף (תכנון מס החייב בדיווח) (הוראת שעה), התשס"ז-2006, ק"ת 6545, ע' 394 (להלן יחד: "**תקנות תכנון המס**").
9. העברה של דמי ניהול לחברה קשורה, מכירה לקרוב או מקרוב היוצרת הפסד, מחילת חוב לקרוב, פרעון חוב לחברה, ברבעון האחרון של שנת המס תקנות (1)2 - (6)2 לתקנות תכנוני המס.
10. תקנות (7)2 - (8)2 לתקנות תכנון המס.
11. תקנות (9)2 - (10)2 לתקנות תכנון המס.
12. תקנה (11)2 לתקנות תכנון המס.
13. תקנות (12)2 ו-(13)2 לתקנות תכנון המס.
14. תקנות תכנון המס, מס ערך מוסף, תקנה 2.

רשימת תכנוני המס החבים דיווח היא חקיקת משנה, שהואצלה מן החוק שהנהיג את חובת הדיווח על תכנוני מס. בהיותה כזו, נושאת היא על גבה את המשימה לקדם את המטרות שעמדו בבסיס החוק שהסמיכה, הן המטרות של חשיפה של תכנוני המס והרתעה מפני ביצועם. היעד המידי של הרשימה, זה שהוצהר עובר להתקנתה, הוא תיקון הגרעון הכספי הנגרם להכנסות האוצר מתכנוני המס האגרסיביים, והעלאת ההכנסות במאות מיליוני שקלים לשנה.¹⁵ להלן בגוף הרשימה אטען לכך, שיעד זה מעיד על אופיה האזרחי של רשימת תכנוני המס.

2.א. תקופת מבחן

תקנות תכנון המס הותקנו לתקופה של מבחן. למרות שהחוק לא סייג את תחולתה של חובת הדיווח על תכנוני המס, בוועדת הכספים של הכנסת הוחלט על התקנתן לתקופה של שלוש שנים בלבד, שתחול על דוחות שנות המס 2007-2009.¹⁶ לקראת הנעילה של ישיבת ועדת הכספים, שהתכנסה ביום 27 בנובמבר 2006 לשם אישור התקנות, הציע יו"ר הוועדה, חה"כ יעקב ליצמן, להגביל את התקנות לתקופה בת שלוש שנים. ההצבעה על הצעת יושב הראש לאישור התקנות, התקבלה פה אחד.¹⁷ את הגבלת התקופה הסביר יו"ר הוועדה בצורך בקיומה של תקופת נסיון, על מנת "לבחון איך זה עובד". הקדים אותו בכך חבר הוועדה, חה"כ ראובן ריבלין, שהעלה הסתייגות, לפיה יש לבחון את התקנות "בפעולתן ובתפועולן", לבחון כיצד הן עומדות "בתנאי החיים" ולהעמידן לתקופה של מבחן.¹⁸ כך הותקנה רשימת תכנוני המס החבים דיווח, לתקופה של נסיון.

הדיון בוועדת הכספים של הכנסת נשא אופי כללי, והתייחס לרשימת תכנוני המס, על עיקריה ועקרונותיה. דיון זה לא העמיד לבחינה פריט זה או אחר, מרשימת חמישה עשר תכנוני המס החייבים דיווח. למעט בשולי הדברים, נסב הדיון אך על היבטיה העקרוניים של הרשימה. מכאן עולה, כי העמדת תקנות תכנון המס לתקופה של נסיון, לא כוונה להעמיד בנסיון, אלא את המנגנון אשר על פיו הותקנו התקנות. כך גם עולה מהוראות החוק המסמך, שעל פיו הותקנה הרשימה. בין המלצות הוועדה נקבע, כי רשימת תכנוני המס תעמוד לניסוח חוזר ולשינויים מעת לעת.¹⁹ פרטי רשימת תכנוני המס עומדים, אם כך ממילא, על פי החוק, לשינוי ולניסוח מחודש על פי צרכי השעה. גם מכך יש להסיק כי תקופת הנסיון והמבחן, בה הועמדה רשימת תכנוני המס, היא ביחס למתכונת ולהסדר שעל פיה הותקנה. בהתאם לכך, גם הבחינה שאערוך להלן אינה מתייחסת לפריט זה או אחר, אלא היא מתמקדת באותה הנוסחה, המחייבת דיווח על תכנון המס, שאומצה כפתרון לנושא תכנון המס האגרסיבי, ושעל בסיסה הושתתו התקנות ורשימת תכנוני המס.

15. ראה להלן פרק ב, סמוך לה"ש 26.

16. פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-17 (27.11.2006), עמ' 17 (להלן: "ועדת הכספים").

17. שם.

18. שם, וכן בעמ' 12.

19. לשון ההמלצה באשר לעדכון הרשימה - "רשימת תכנוני המס תהא דינאמית ותתעדכן מעת לעת לקראת מועד הגשת הדו"ח הכספי לאותה שנת מס. דו"ח הוועדה, פרק ההמלצות, לעיל ה"ש 7.

יש להעריך לתקופת המבחן של תקנות תכנון המס. בתקופת המבחן יש לבחון את התקנות "בפעולתן ובתפועולן". מאמר זה עניינו בהיערכות לקראת תקופת המבחן הקרבה של תקנות תכנון המס. במסגרתו אשאף לצקת תוכן לתקופת המבחן, ואציע גורמים לבחינת הצלחתן של התקנות. בגוף הרשימה ייערך דיון בטיבה המשפטי של רשימת תכנוני המס ובאמות המידה שעל פיהן עליה להיבחן. בהיותה חקיקת משנה, חלות על רשימת תכנוני המס אמות המידה החלות על הוראות בעלות פועל תחיקתי. אמות מידה אלה מעמידות את רשימת תכנוני המס במבחנה המשפטית, הוא מבחן הלימותן והשתלבותן בדין הכללי. אמות מידה אלה תתרומנה גם להערכת ההצלחה של הרשימה. המבחן הסופי להצלחת התקנות יהא יכולתן להשיג את יעד התקנתן, להגשים את השאיפה שהובילה להתקנתן, היא העלאה משמעותית של ההכנסות ממס.

ב. החידוש הנורמטיבי ביחס לתכנון המס

תיקון 147, החוק שהורה על חובת הדיווח על תכנוני מס, חל על תכנוני מס שכונו 'אגרסיביים'. הורתו של החוק במהלך שננקט על ידי רשות המיסים, שמכוחו הוקמה ועדה, שהורכבה מראשי האגפים של רשות המיסים ונציג משרד המשפטים. בידי הועדה ניתן כתב מינוי ל"מאבק בתכנוני המס האגרסיביים"²⁰. תכנון המס ה"אגרסיבי" הוגדר כ"תכנון מס הנושק אל התחום הפלילי, נעדר בסיס כלכלי איתן, נאחז בפרשנות מילולית טכנית קלושה, מטרתו העיקרית היא הפחתת נטל המס בצורה קיצונית ואין עליו גילוי נאות בדוחות הכספיים". תוצר גיוס זה היה העבודה המקפת שיצאה תחת ידיה של הועדה, שהמלצותיה אומצו אל החוק דרך תיקון 147. מטרת היסוד של החוק, כפי שהוגדרה עוד בכתב המינוי, היתה מיגור ולוחמה בתופעה, והיא הוסברה בשאיפה ליצור הרתעה ציבורית רחבה מפני תכנון המס האגרסיבי.²¹

בעבודת הועדה, לקראת ניסוחו של החוק, הוארו שתי מטרות: המטרה הראשונה היא הרתעה, המטרה השנייה חשיפה. המטרה של הרתעה מפני ביצועם של תכנוני המס האגרסיביים הועמדה בעבודת הועדה כמטרה הראשונה והיסודית של התיקון.²² המשימה להרתעה היא הביטוי הקרוב ביותר למטרה, שהוכתבה בכתב המינוי, של לוחמה בתכנון המס האגרסיבי, והיא מצאה לכאורה את ביטוייה בסנקציות שנקבעו בחוק: סנקציה בגין אי דיווח על תכנון מס שננקט, וסנקציה של הטלת קנס גרעון לתכנון מס, שלא התקבל על דעת פקיד השומה.

20. "כתב מינוי בנושא: המאבק בתכנוני המס האגרסיביים" (מנהל רשות המיסים בישראל, 20.12.2004), www.mof.gov.il/taxes/taxesplan_07-2005.pdf, בעמ' 5 (להלן: "כתב המינוי").

21. כתב המינוי, שם.

22. "הועדה קבעה המלצותיה בכל הקשור לטיפול בתכנוני המס האגרסיביים ... כך שיושגו המטרות הבאות: הרתעה מפני ביצועם של תכנוני מס אגרסיביים, ... "דו"ח הועדה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 10.

המטרה השניה היא חשיפה. החוק מעוניין בחשיפה של תכנוני המס האגרסיביים. המטרה לחשיפה הוסברה בכך שתכנון המס האגרסיבי מוסווה דרך כלל במסגרת הדוחות הכספיים והדיווח למס, והגילוי שניתן לגביו מתחכם, כך שלא ניתן לעלות על עקבותיו בביקורת ובעבודת שומה שגרתית.²³ השאיפה לחשיפה הועמדה הן כאמצעי לקידום המטרה הראשונית, של הרתעה מפני ביצועם של תכנוני המס האגרסיביים,²⁴ והן כמטרה בפני עצמה, המבוססת על תפיסה עקרונית של שקיפות וגילוי נאות.²⁵

בשם המטרות הללו: החשיפה של תכנוני המס וההרתעה מפני ביצוען, הוחק תיקון 147. במרכז התיקון נקבע המנגנון של חובת הדיווח. התיקון מטיל על נישום חובה ליתן דיווח על תכנון מס שערך במהלך השנה שחלפה. בכך מהווה התיקון הרחבה של חובת הדיווח השנתית, החלה על הנישום. הפרה של חובת הדיווח מהווה עבירה של אי דיווח, הקבועה בסעיף 216 לפקודת מס הכנסה. נוסף על מנגנון הדיווח, הנהיג התיקון כלים נוספים: סמכות לפקיד השומה לערוך שומה חלקית ביחס לפעולת תכנון המס, וסמכות להטיל קנס על גרעון המס שנוצר בשל תכנון, שפקיד השומה קבע שיש להתעלם הימנו. על ההסדר שנקט בתיקון 147 לא נמנית סנקציה פלילית. תיקון 147 לא כלל סנקציה מהותית של פלילים, ואף לא הנהיג קו לאבחון של אותו תכנון המס האגרסיבי הנושק לפלילים. את מלוא ההרתעה בקש התיקון לחוק להשיג, באמצעות הכלי האזרחי של חובת הדיווח.

בדיון שנערך בפני ועדת הכספים של הכנסת, לשם אימוץ רשימת תכנוני המס בתקנות, בבקשו לשכנע את הוועדה לאשר את הרשימה, הביע ראש רשות המיסים את ההערכה, כי התקנות תובלנה להעלאה של הכנסות האוצר ממיסים, במאות מליוני שקלים לשנה.²⁶ הצגה זו של רשימת תכנוני המס, שנועדה לשם קידום התקנתה בתקנות, משקפת אף היא את אופיו האזרחי של תיקון 147. ואכן, עקרון הדיווח, עליו מושתת התיקון, הוא עקרון אזרחי. הדיווח מעוניין בהסדרת היחסים בין הנישום לבין פקיד השומה, הוא מרחיב את ערוץ ההידברות ויש בו כדי להסדיר את יחסי הכוחות בין הנישום לבין רשות המס. התיקון מרחיב למעשה את מסדר הכלים שיש בידי פקיד השומה, להתמודדות עם תכנון המס. לעומת יכולתו המצומצמת להתעלם מתוצאת מס ולשום עיסקה במצבה המיסוי אלמלא התכנון, לעומת כוחו המוגבל לבטל תוצאת מס ולהעמידה על תוצאה שונה, שיכלל התיקון לחוק ונתן בידי פקיד השומה כלים נוספים: סמכות לערוך שומה חלקית, וסמכות להטיל קנס גרעון, על תכנון מס שקבע שיש להתעלם הימנו.

-
23. "בחלק מן המקרים מבוסס תכנון המס לא על סיכויי המשפטיים להתקבל על ידי רשויות המס או על ידי בית המשפט כי אם על ידי הסתרתו, אי גילוי והסיכוי שיתיישן במסגרת ההתיישנות הכללית של השומה"; "חלק מתכנוני המס מבוססים על הסתרת התכנון ואי גילוי - בדוחות הכספיים או בדוח ההתאמה לצרכי מס...תכנונים אלה נשענים על ההנחה כי רשויות המס אינם מבצעים ביקורת מלאה בכל תיקי הנישומים..." דו"ח הוועדה, שם, בעמ' 3 ובעמ' 10, בהתאמה.
24. דו"ח הוועדה, שם, בעמ' 10: "מטרת ההרתעה תושג, בין היתר, באמצעות חשיפה של אותם תכנוני מס אגרסיביים".
25. "אנו מבקשים את אותו סוג של שקיפות שאנחנו מצפים מעצמנו" דברי ראש רשות המיסים, ועדת הכספים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2. כן ראו דברי חה"כ אורית נוקד, שם, בעמ' 12.
26. ועדת הכספים, שם, בעמ' 2: "אנחנו רואים בהצעה שלנו עליית מדרגה משמעותית במאבק במתכנני המס. זהו נדבך נוסף לכל מיני פרצות שטפלו בהן בעבר, כמו הנאמנויות. אנחנו מעריכים ששינוי התקנה הזאת יביא למאות מליוני ש"ח בשנה". ראו גם: "מצא מעריך כי התיקון יביא לתוספת הכנסות של כחצי מיליארד ש"ח לשנה", הודעה לעיתונות, 27.11.2006, **מיסים און-ליין**.

סמוך לאחר חקיקתו של תיקון 147, הבעתי דעתי באשר לאופיו האזרחי של ההסדר הננקט בחוק. עמדתי על הפער בין הרטוריקה, שליוותה את הטלת המשימה, למיגור ולמאבק בתכנון המס האגרסיבי, לבין החוק, שיש בו, לתפישתי, כדי להסכין עם התופעה. במיוחד עמדתי על כך, שהתיקון נעדר סנקציה מהותית של פלילים.²⁷

על עמדתי זו נרשמו רשימות ביקורת נחרצות. מחבריהן ביקשו לבסס את הטענה, כי אין תוצאתו של התיקון בפגיעה ביכולת האכיפה, ואין בחוק פגיעה באפשרות של הטלת הדין העונשי המהותי על תכנון המס.

אלא, שלשם ביסוס אותן טענות, ייחסו דברי הביקורת לרשימתי קביעות והנחות, אשר לא בא זכרן בה: יש שקראו בה אכזבה מאי הטלת המרות הפלילית,²⁸ ויש שקראו אל תוכה דברים מפליגים אף מאלה, כאלה שביקשו לייחס לה הנחות יסוד עליהן כלל אינה מבוססת, כהנחה לפיה "פעולה תכנונית, כשלעצמה, אינה לגיטימית, ויש להחיל עליה את משטר פלילי", הנחת יסוד לפיה "פעולת תכנון מס אגרסיבית עשויה לגרור אחריות פלילית גם אם דווחה", "אפילו אם מבנה העסקה דווח לפקיד השומה וניתן עליו גילוי מלא ונאות", ואף חזו אל תוכה אימוצו של מודל: "מודל התכנון הפלילי", אשר על פיו "עצם פעולה של תכנון מס עשויה להוות עבירה פלילית".²⁹

אין זה רק שדברי הביקורת מייחסים לרשימתי דברים שכלל לא באו בה, אלא שהדברים מבוססים על תפיסה שגויה כשלעצמה, כזו המבוססת על התייחסות קטיגורית לפרקטיקה של תכנון המס, כאילו תכנון מס כשלעצמו הוא פעולה פלילית, וכאילו פעילות של תכנון מס מהווה, באופן קטיגורי, פעילות בפלילים. קונספט זה, בדמות של "מודל התכנון הפלילי", אשר יוחס אל דבריי, לוקה בשגיאה פנימית: ההתייחסות אל תופעה, אם פלילית היא אם לאו, אינה יכולה להיות מושתתת על מודל כל שהוא. מודלים אלה מהווים התייחסות אכסיומטית לתכנון המס ולהטלת האחריות בפלילים. הטלה של אחריות בפלילים היא לעולם שאלה שבעובדה, של התגבשות יסודות העבירה, והיא אינה נשלטת על ידי מודל אכסיומטי, זה או אחר.

עד כמה רחוקים דברי הביקורת שיוחסו אל דבריי, מתפישתי את הנושא, ניתן ללמד מרשימה קודמת שרשמתי בנושא, העוסקת בקו הגבול בין תכנון מס שאין להטיל בגינו אחריות בפלילים, לבין זה המעלה אחריות בפלילים,³⁰ בה התייחסתי אל מודלים אכסיומטיים אחרים השולטים בסוגיה, דוגמת האכסיומה לפיה הטלת אחריות בפלילים על תכנון מס נעוצה בשאלה, אם "תכנון המס מהווה הפרה של ההוראות האנטי תכנוניות מן המעלה הראשונה, או נכנס אל גדר ההוראות האנטי תכנוניות מן המעלה השנייה".³¹

27. איריס שמואלי "הרגולציה של תכנון המס" **מיסים** כ/א 56-א (2006).

28. גיורא עמיר "גם בדיני המס יש מקום למתינות (על הרגולציה של תכנון המס)" **מיסים** כ/א 4-א 11-א (2006).

29. שרון פרידמן ואלעד פנחס "חובת הדיווח על תכנון מס לפי תיקון 147 לפקודה, פגיעה משמעותית ביכולת האכיפה - האומנם?" **מיסים** כ/א 5-א 25-א (2007).

30. שמואלי "תכנון מס בין הדינים", לעיל ה"ש 5.

31. לעיל פרק א', הטקסט הסמוך לה"ש 4.

ברשימה זו חשפתי את אותן קביעות אכסיומטיות, והעליתי ביקורת דווקא על אותה התייחסות קטיגורית לשאלת האחריות בפלילים של תכנון המס. בנוסף, הוספתי שם את דעתי, כי גילוי מלא על התכנון, במסגרת שאילתת מס, עשוי ליטול את יסודותיו הפליליים של המעשה.³²

תיקון 147 לפקודת מס הכנסה הוא אכן חוק אזורי. אין הוא חוק פלילי. תיקון 147 אינו חוק פלילי, לפי שאין בין הוראותיו הבעת עמדה עקרונית ביחס לתכנון המס, ואין בו קביעה של גבולות המותר והאסור, בתכנון המס האגרסיבי. אין עניינו של התיקון בקביעת מסגרת של איסורים, והוא כלל אינו מחווה עמדה עקרונית או ערכית על תכנון המס האגרסיבי, או על תכנון הכולל מרכיבים אגרסיביים. אין בין מרכיביו יסודות ערכיים, ואין בין מטרותיו יסודות חינוכיים, של חינוך נגד תכנון המס האגרסיבי. תיקון 147 אינו מעוניין בשינוי התופעה, הוא אינו פועל לאיסור הפרקטיקה, שהוגדרה כפרקטיקה אגרסיבית, ואינו פועל להגבלתה. התיקון אינו מטיל סנקציות פליליות על תכנון מס שננקט, מן הסוג האמור ברשימה. לחקיקתו לא קדם דיון בפגיעה שפוגע תכנון המס האגרסיבי במערכת המס, בעקרון השוויון, במרקם החברתי ובאינטרס החברתי של מערכת מס שוויונית. עניינו של התיקון הוא אך ביצירת האפשרות לסיכולם של תכנוני מס וגביית המס שהיה חל אלמלא התכנון. פועלו, על עקרון הדיווח והכלים הנוספים שבו, הוא במישור האזורי של השומה. עניינו בהסדרת היחסים בין המתכנן לבין רשות המס, תוך מתן כלים נוספים בידי רשות המס והגברת יכולתה לגבות המס אלמלא התכנון שננקט. השאיפה, שליוותה את החוק, לתיקון הגריעה של הכנסות האוצר, משקפת את אופיו האזורי.³³ עניינו של התיקון בהסדר ובפתרון שומתי, ופועלו בהענקת ובשכלול הכלים הניתנים בידיה של רשות המס להתמודדות, במסגרת השומה, עם תכנון המס.

עומדת אם כך בעינה הקביעה, כי תיקון 147 ויתר על הסנקציה הפלילית, ומיקד את מלוא ההרתעה, אותה ביקש להשיג נגד תכנון המס האגרסיבי, למישור האזורי. אמצעי הרתעה אזורי זה, הוא העומד למבחן.

ג. חובת הדיווח על תכנון המס - היקפה ומאפייניה

חובת הדיווח, זו העומדת במרכז החוק, היא פרי מחקר משווה, אימוץ משיטות משפט מערביות, על בסיס מחקר מקיף אותו קיימה הוועדה. הוועדה ערכה סקירה השוואתית של שיטות משפט מתקדמות, כאלה שהרימו את הנטל של התמודדות עם התופעה של תכנון המס האגרסיבי, מן השיטה האמריקאית במערב ועד לאוסטרליה במזרח.

32. שמואלי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 162.

33. גרעון ההכנסות, הנגרם מתכנוני המס האגרסיביים, עמד בראש העניין כבר עם גיוס הוועדה. בכתב המינוי הובעה ההערכה, כי הגרעון הנגרם עולה כדי מאות מליוני שקלים לשנה - "קיימת הערכה כללית כי אובדן ההכנסות למדינה, כתוצאה מתכנוני מס אלה, מגיע למאות מליוני ש"ח בשנה, ואף למעלה מכך". כתב המינוי, לעיל ה"ש 20.

למעשה, מחקר משווה נמנה על מצע עבודתה של הועדה, שהתבקשה לעשות כן עוד בכתב מינויה³⁴, ועליו ביססה את המלצותיה ומסקנותיה.

בכל שיטות המשפט אותן סקרה הועדה, במסגרת המחקר ההשוואתי שערכה, היתה חובת הדיווח המנגנון המרכזי שננקט, על מנת להתמודד עם תופעת תכנון המס האגרסיבי.

מנגנון חובת הדיווח הינו בלא ספק פתרון מעודן ואלגנטי, כזה ההולם את אופיו האזרחי של התיקון לחוק. לחובת הדיווח יתרונות ברורים. לדיווח יתרון מן ההיבט החברתי, ורבותא מבחינה ציבורית: הדיווח קושר את האזרח הנישום למערכת המס, הוא עשוי לרתום את הנישום, לחזק את מחויבותו למערכת ולהגביר את שיתוף הפעולה הננקט מצדו עם מוסד המס. חובת הדיווח עשויה להיטיב את ההידברות בין הנישום לבין מוסד המס, וכתוצאה מכל אלה, לבנות ולחזק את אמון הציבור במוסד המס. כמו כן, כוחו העיקרי של מנגנון הדיווח, בהתמודדות עם תכנון המס האגרסיבי, הוא בסלילת הדרך לסיכול תכנון מס אגרסיבי, במקרה פרטי, מושא הדיווח.

עם זאת, על אף היתרונות הגלויים של חובת הדיווח, יש לבחון את יכולתו של ההסדר לקדם את מימוש המטרות. יש לבחון את יכולת המנגנון של חובת הדיווח להגשים את היעדים העיקריים, הם היעד של חשיפה של תכנוני המס והרתעה מפני ביצועם, ומכאן את יכולתו של ההסדר שננקט, לממש את ההבטחה להעלאה משמעותית של ההכנסות ממס. לצורך בחינה זו, וטרם אפנה להעריך את פועלה של חובת הדיווח בהתמודדות עם תכנון המס האגרסיבי, אעמוד על היקפה של החובה, כפי שנחקקה בחוק ועוצבה בתקנות. שני מאפיינים עיקריים לחובת הדיווח, שניהם גורמים להצר את החובה. האחד הוא במישור הנושאים בחובה, השני הוא מושאי החובה, על כך להלן.

1.1. נושאי חובת הדיווח

הנושא בחובת הדיווח הוא הנישום, החב במס. במסגרת ההמלצה להטיל את חובת הדיווח, ראתה הועדה לנכון להמליץ גם על מי לא תוטל החובה. כך המליצה הועדה לפטור מחובת הדיווח מעגל של מעורבים בתכנון המס, הם רואי חשבון, עורכי דין ויועצי מס, אותם כינתה הועדה "מתכננים". בה בהוראה בה המליצה על הטלת חובת הדיווח, כך המליצה לפטור מן החובה את היועצים.³⁵

34. בכתב המינוי התבקשו חברי הועדה "לבחון כיצד מתמודדות רשויות המס בחו"ל עם התופעה". כתב המינוי, שם.

35. בפתח פרק ההמלצות בדו"ח הועדה נקבע, כי "חברי הועדה ממליצים על הרחבת חובת הגילוי והדיווח בקשר עם תכנוני המס, אך תוך אימוץ גישה מתונה יותר, כדלקמן: חובת הגילוי והדיווח תחול על הנישומים ולא על מתכנני המס שהם, בדרך כלל, רואי חשבון, עורכי דין ויועצי המס." דו"ח הועדה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24.

בהתאם להמלצה זו, המליצה הועדה גם כי נישום לא יחויב למסור, עם הדיווח אודות תכנון המס, את חוות הדעת המקצועית שניתנה לו עבור תכנון המס שנקט.³⁶

בכל שיטות המשפט אותן סקרה הועדה, בסקירה שקדמה להמלצותיה, ואשר הימנה אימצה את חובת הדיווח, הוטלה החובה על יועציו של הנישום ועל מעגל רחב של נוטלי תפקיד בתכנון המס, הם יזמים, יועצים ומייצגים. כך, באנגליה, באוסטרליה ובארה"ב, הוטלה חובת הדיווח על מעגל אנשי מקצוע, הכולל את ה-"promoters", היזמים, מתכנני המס. בכל אותן שיטות חייבים אלה בגילוי על תכנון מס שהפיקו. למעשה, אותן שיטות מיקדו את התעניינותן באנשי המקצוע (ה-"promoters" וה-"associates") ובתכנוני המס כשלעצמם, בבחינת שיטות התכנון, או ה-"schemes", בעוד שהנישום עצמו, ה-"taxpayer", זכה להתעניינות משנית בהקשר של חובת הדיווח. מגדילה לעשות בעניין זה השיטה האמריקאית, המטילה חובות דיווח עצמאיות על אנשי המקצוע העוסקים בתכנון מס. השיטה האמריקאית מחייבת יזם של תכנון מס ליתן דו"ח על תכנון מס שהפיק, קודם שיווקו בציבור וטרם מסירתו ללקוחותיו. כן מטילה השיטה האמריקאית חובה על יועץ מס, או על מסייע בעריכת תכנון מס, למסור לרשות המס רשימה של משתמשים בתכנוני מס שערך.

ההמלצה שלא להטיל את חובת הדיווח על יועצו או מייצגו של הנישום, התקבלה תוך סטייה חדה מן המצע ההשוואתי עליו התבססה. ההחלטה לסטות מחובת הדיווח, כפי שהינה בשיטות המשפט אותן סקרה הועדה, לוותה בהסבר, לפיו מעדיפה הועדה לנקוט גישה מתונה, על פני גישה המחילה את חובת הדיווח על מעגל רחב.³⁷ מעבר לאמירה זו, לא הועלו נימוקים נוספים להחלטה. ההחלטה לפטור מחובת הדיווח את אנשי המקצוע ומייצגיו של הנישום, גם לא לוותה בשקלא וטריא, היא אינה מונה שיקולים לאי ההחלטה, ולמעשה להפטר אנשי המקצוע מחובת הדיווח.³⁸

הטלת חובת הדיווח אך על הנישום, תוך החלטה לפטור הימנה את יועציו ומייצגיו, לאו עולה בקנה אחד עם ההכרה בדבר מקומם המרכזי של המייצגים בתכנון המס, שמצאה את ביטוייה בעבודת הועדה. ראיה לתפישה של הועדה את מרכזיותם ותפקידם העיקרי של היועצים בתכנון המס, היא כינויים על ידיה "מתכננים". קרי, על פי לשון הועדה, היועצים והמייצגים הם מתכנני המס בפועל, אלה אשר במעשיהם מגלמים את פעולת תכנון המס.³⁹

36. שם.

37. שם.

38. שיקולים נגד הפטר היועצים מחובת הדיווח, הועלו רק בחוות דעת המיעוט, של נציג משרד המשפטים בוועדה. שם, בעמ' 25.

39. בה בהוראה בה המליצה לפטרם, כינתה הוועדה את מעגל היועצים והמייצגים בלשון "מתכננים", לעיל ה"ש 35.

ג.2. מושאי חובות הדיווח

חובת הדיווח חלה על תכנוני המס המנויים ברשימה מפורטת. המונה חמישה-עשר תכנוני מס, שהותקנו בתקנות.

לעומת חובה מפורטת, הדורשת דיווח על תכנוני מס שעל פי רשימה, תיתכנה חובות דיווח אחרות, כלליות, שלא על פי פירוט. בארה"ב למשל, נדרש אמנם דיווח על פי רשימה מפורטת של תכנוני מס (Listed Transactions), בדומה לזה הנדרש בשיטתנו, אך מעבר לדרישה זו, הוחקו חובות דיווח כלליות, הדורשות מן הנישום לחשוף תכנוני מס על פי קטיגוריות כלליות. כך למשל, נדרש דיווח על "עיסקות הפסד" - קטיגוריה כללית הדורשת דיווח על עיסקה שכרוכה בה יצירה של הפסד יש מאין, כך נדרש דיווח על עיסקות שיש בהן פער משמעותי בין ההכנסה החייבת לצרכי מס לבין הרווח החשבונאי בספרים, כך קיימת דרישה כללית לדיווח על עיסקה, שכרוכה בה החזקה של נכסים לפרק זמן קצר, ועוד.

טיבו של תכנון מס שהוא מעשה יצירה. דרישה המפרטת את תכנוני המס הנדרשים בדיווח, כמו נוגדת מאפיין זה של תכנון המס. דרישה מפורטת כמו מבטיחה, כי תמיד ייוולדו תכנוני מס שימצאו עצמם אל מחוץ לרשימה. יש לפיכך מקום לחשש, כי דרישת הדיווח שעל פי פירוט, לאו בהכרח תקדם את המטרה של חשיפה של תכנוני מס, כפי שגם יש מקום להנחה, כי צמצום חובת הדיווח והטלתה על הנישום, תוך הסרתה מעל המתכנן, לאו בהכרח תקדם את אינטרס ההרתעה מפני תכנוני המס האגרסיביים. על אלה בפרק המבחן, הוא הפרק הבא.

ד. התקנות במבחן

עמדתי לעיל על אופיו של ההסדר שנקט על פי תיקון 147, ועל כך שמשימת ההרתעה הוגבלה על פיו לאמצעי האזרחי של חובת הדיווח. כן עמדתי על היקפה וגדרותיה של חובת הדיווח: גבולות חובת הדיווח הם הנישום החב במס, והיא מתגדרת בין רשימת תכנוני המס המפורטים בה.

בנוסף, קיימים אלמנטים המצמצמים צמצום נוסף את התחולה של חובת הדיווח. אלה הם מנגנונים מגבילים, ספי מינימום, שהוצמדו אל פרטי הרשימה ומעמידים תנאי סף לחובת הדיווח - סכומים אשר תחת להם אין החובה חלה.

רשימת תכנוני המס החייבים דיווח היא חקיקת משנה שהותקנה בתקנות. ככזו, תיבחן הרשימה על פי אמות המידה הנדרשות מנורמה בעלת פועל תחקיתי. סטנדרטים אלה יאתגרו את הפעלת התקנות, ויעמידו למבחן ערכי את השימוש בחובת הדיווח.

חובת הדיווח, על מאפייניה וגבולותיה, ועל סד הסטנדרטים והכללים בהם עליה לעמוד, מעלה את השאלה בדבר יכולתה להגשים את היעדים, ולממש את השאיפות שבבסיס ההסדר שננקט בחוק, הם חשיפה של תכנוני מס אגרסיביים והרתעה מפני ביצועם.

ד.1. נושאי החובה ויכולת ההרתעה

ההחלטה שלא להחיל על היועצים את חובת הדיווח על תכנון המס, עשויה, בשל ההקשר והאופן בו התקבלה,⁴⁰ להתפש כהפטר היועצים. הפטר היועץ מחובת הדיווח, ספק אם הולם הוא את תחום תכנון המס, הנשלט כולו בידי אנשי מקצוע. תכנון מס הוא עניין לאיש מקצוע, הנוטל על עצמו את החלק הארי של המעשה, הן בשלב ההגיייה והן בשלב העשייה. אנשי המקצוע עורכי הדין, רואי החשבון ויועצי המס, הם ההוגים והיוצרים, המעצבים והמבצעים של תכנון המס.

מהיות תכנון המס עניין לאנשי מקצוע, מהיותו מקור של עיסוק, קיים מאליו עידוד לקיום הפרקטיקה. בשל היות תכנון המס עניין לאנשי מקצוע, יש בהוצאת איש המקצוע אל מחוץ למעגל חייבי הדיווח, כדי להפחית מרמת ההרתעה נגד תכנון המס האגרסיבי. בלא הטלתן של חובות עצמאיות על אנשי מקצוע, ביחס לפרקטיקה שפרנסתם ורווחתם עליה, ספק אם תצלח ההרתעה, שבהטלת חובת הדיווח על הנישום, לגבור על האתגר הקיים בהמשך העיסוק המקצועי בתכנון המס.

הותרת איש המקצוע מחוץ למעגל חייבי הדיווח, תוך הפחתת מידת ההרתעה נגד תכנון המס האגרסיבי, עלולה להותיר חלל במערך ההגנה על הערך המוגן של מערכת המס. בעידן בו נמסרות המושכות לידי של איש המקצוע, תוך הכרה מתפתחת באינטרס ההסתמכות, ניתן להצדיק פניה ישירה לאנשי המקצוע והטלה של חובות עצמאיות עליהם בהקשר לעיסוקם.⁴¹

ההצדקה להרחבה של מערך החובות שיש להטיל על איש המקצוע, עשויה להיות מבוססת על ההכרה באינטרס ההסתמכות, ועל התפתחותה של טענת ההגנה של הסתמכות על היועץ.⁴² ככל שמתפתחת ההכרה בהגנה של הסתמכות, כך גם כמו מתבקשת העלאה של רף האחריות המשפטית של היועץ.

40. ראו לעיל פרק ג.1, סמוך לה"ש 37-39.

41. חובת דיווח עצמאית עשויה לחול על רואה החשבון המבקר, על מתן חוות דעת לתכנון מס, מכוח הכללים המסדירים את פעילות רואי החשבון: תקנות רואי חשבון (ניגוד עניינים ופגיעה באי תלות כתוצאה מעיסוק אחר), התשס"ח-2008, ק"ת 6654, ראה תקנה 4.

42. טענת ההסתמכות מוכרת כטענת הגנה בפלילים, ולפיה הנישום, בהסתמכו על היועץ, לא גיבש את היסוד הנפשי הדרוש להיווצרות יסודות העבירה. ההגנה התפתחה בעיקר בפרשת **פרומדיקו**, לעיל ה"ש 3, ולאחרונה עוצבו כלליה בשני פסקי דין - ע"פ 845/02 **מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ**, דינים עליון פה, 374 (2007); ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל**, דינים עליון פה, 492 (2007).

הגברה של מערך החובות על היועצים ועל אנשי המקצוע אמורה לעלות בקנה אחד עם ההכרה באינטרס ההסתמכות. הטלת אחריות על המייצג הינה האידך גיסא של הכרה בטענת ההסתמכות. מן ההכרה בטענת ההסתמכות עולה, כמו בכלים שלובים, המקנים הגנה לאינטרס המוגן, חובתו ואחריותו של היועץ.

2.ד. רשימה מפורטת ונטל הפירוט

בהיות רשימת תכנוני המס חקיקת משנה, שהותקנה בתקנות, עליה לעמוד באמות המידה של בהירות וודאות, שעל נורמה בעלת פועל תחיקתי לעמוד בהן. כלומר, על רשימת תכנוני המס המחייבת את הנישום בדיווח, להיות בהירה, ברורה, ודאית ונכונה לציות של הנישום.

רשימה מפורטת מעלה על עצמה נטל של פירוט, הפירוט מעלה נטל של בהירות. על כל פרט בתיאור תכנון המס הנדרש בדיווח להיות מדויק, ברור וודאי. אי דיוק עלול לסכל את דרישת הדיווח, סדק בתיאור החובה עלול להפוך לפתח להצדקה של אי קיומה, כל אי בהירות עלולה להוביל להחטאה של החובה לדיווח.

לשם הבנה של דרישת הבהירות, ראוי להתבונן, למשל, בהוראה החמישית לרשימה, המחייבת דיווח על תכנון מס שכרוכה בו מחילת חוב.⁴³ מחילת החוב הדרושה בדיווח היא מחילת חוב לקרוב. תנאי מחילת החוב מנויים בתקנה, ולפיהם על המוחל להיות חברה, הקרוב אף הוא חברה, באחזקה של החברה המוחלת, לקרוב הנמחל הפסד הניתן לקיזוז על פי הוראות פקודת מס הכנסה, ועוד. מהיות מחילת החוב הנדרשת בדיווח מפורטת, מתבקשת השוואתה עם מובנה של מחילת חוב על פי החוק. על מחילת חוב חולש סעיף 3(ב) לפקודת מס הכנסה. הבחינה של פירוט תכנון המס הנדרש בדיווח מעוררת שאלה, כיצד מתיישבת הדרישה שבתקנה עם הוראות הפקודה. בידוע, כי על פי הפקודה מחילת החוב אינה חייבת להיות מפורשת, אין עליה להירשם בספרי המוחל, ועל פי הפרשנות המקובלת, אין היא צריכה לקבל ביטוי בכתב.⁴⁴ השוואה של נוסח התקנה עם ההוראה בפקודה מעלה שאלה כיצד יש ליישב בין ההוראות. במיוחד עולה השאלה, כיצד מתיישבת הדרישה, כי המוחל שמט את החוב או מחל עליו לצרכי מס, עם הגדרתה של מחילת החוב בפקודה, לפיה די למחילה שהיא נלמדת, משתמעת, או עולה מהתנהגותו של הנמחל, ודי בכך שהנמחל נהג בחוב כאילו נמחל לו.^{45 46}

43. תקנה 52(5) לתקנות תכנון המס, לעיל ה"ש 8.

44. ראו "סעיף 3(ב) מחילת חובות ומענקים", קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה, עמ' ב-38 (הוצאת רונן): "לפי סעיף 3(ב)5) מחילת חוב יכולה להתבטא בדרכים רבות, לרבות : מחיקת החוב על ידי הנושה, שמיטתו מסיבה כלשהי, יתרה לזכות הספק שנתברר לגביה כי הספק ויתר על גביית החוב, או כי החייב נוהג ביתרה זו כאילו אינו חב אותה. אין צורך שהחוב יימחק מן הספרים או שהמחילה תהיה סופית; די אם הצדדים נוהגים בחוב כאילו נמחל". ראו גם אמנון רפאל ודוד אפרתי **דיני מס הכנסה** כרך ראשון (מהדורה שלישית), עמ' 115. כן ראו רמי יולוס ושלוש עברון "תחולתו של סעיף 3(ב) לפקודת מס הכנסה בפירוק חברה", **מיסים** טו(4) א-90, 91-2001.

45. ס"ק (5) לסעיף 3(ב) לפקודה קובע : "מי שנמחל לו חוב - לרבות מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו או מי ששומט חובו". לעומת הוראה זו, קובעת תקנה 52(5) בהגדרת המחילה, תנאי לפיו "המוחל שמט את החוב או מחל עליו לצרכי מס".

הדרישה לוודאות עשויה לקבל ביטוי גם ביחס לתכנון המס הקשור בחברה המשפחתית. פריט אחד- עשר ברשימת תכנוני המס מחייב דיווח על יצירת הפסד בחברה משפחתית, על דרך של העברת כספים מן החברה המשפחתית לנישום.⁴⁷ תקנה זו טעונה הבהרה, כיצד היא מתיישבת עם ביטולה, עוד קודם, של החברה המשפחתית, והחלפתה בהסדר החברה השקופה.⁴⁸

דרישת דיווח על פי רשימה מפורטת, כמו מעבירה את נטל הפירוט, ממי שעליו לשאת בו, הוא הנישום, אל מי שכמו נוטלה על עצמו, היא רשות המס. דרישת דיווח מפורטת כמו גורמת להסיט את נטל הפירוט ממי שעליו, באופן טבעי, היא חלה, ולהעתיקו אל מי שנטל אותה על עצמו. בהיותה שכזו, עלולה הרשימה המפורטת לפעור פערים של פרשנויות, אודות פרטי חובת הדיווח, היא עלולה להרבות התדיינות בין הנישומים לבין רשות המס, על גודל התחולה של ההוראות ועלולה לאתגר התנצחות בין הנישום לבין רשות המס, על היקפה של חובת הדיווח, ועל תחולתה במקרה נדון. יוצא, כי רשימה מפורטת עלולה להעלות על רשות המס נטל של התדיינות. נטל התדיינות נוסף זה עלול להכביד על הרשות, וסופו שהוא עלול להסתכם בפגיעה בהגשמת המטרה הבסיסית, היא ההרתעה מפני תכנון המס האגרסיבי.

ספק נוסף עולה באשר ליכולתה של חובת הדיווח המפורטת לקדם את השאיפה שבבסיס התיקון לחוק, השאיפה לחשיפה של תכנוני מס. כאמור, שאיפתו של התיקון הוא חשיפה של תכנוני מס. כזכור, קושי עליו ביקשה רשות המס לגבור, הוא הצפנתם של תכנוני מס ואיתורם של תכנוני מס מוצפנים. בדרישה לגילוי על פי רשימה מפורטת, אין כדי להשיג את שמשיגה חובת הדיווח האמריקאית, למשל, המחייבת יזם של תכנוני מס לחשוף את קודי התכנון, בבחינת נוסחאות חדשות, קודם שיווקם לציבור. בדיווח על פי רשימה אין כדי לקדם את חשיפתם של תכנוני מס בעלי צופן נסתר. בדיווח העונה על תנאי רשימה, הצופנת בחובה את נוסחאות התכנון, ספק אם יהיה די כדי להגשים את השאיפה לחשיפה של תכנוני מס מוצפנים.

46. ואכן, בדיון בפני ועדת הכספים, לעיל ה"ש 16, הועלו טענות באשר לבהירות התקנות. ראו דברי פרופ' יצחק הדרי מאת לשכת עורכי הדין, שם, בעמ' 5. בהקשר המיוחד של הגדרת מחילת חוב, הושמעו דברי ביקורת מאת נציג לשכת יועצי המס, עו"ד איתן צחור, שם, בעמ' 13-14.

47. תקנה 11(2) לתקנות תכנון המס, לעיל ה"ש 8.

48. החברה המשפחתית בוטלה עוד קודם, בתיקון 132 לפקודה, והוחלפה בחברה השקופה: החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, ס"ח 1892, עמ' 428. התיקון קבע, בסעיף 90(ד), הוראות מעבר לענין סעיף 64א, שיחולו עד לביטולו, שייכנס לתוקף לאחר שיותקנו תקנות מכח סעיף 164א.

3.ד. רשימה סגורה וההיבט החוקתי

הבחינה של רשימת תכנוני המס החייבים בדיווח, עשויה להיות מטעמים ערכיים. הבחינה הערכית של רשימת תכנוני המס לאו בהכרח תצטמצם לאשר נמצא ברשימה, כמו שהיא עשויה להתמקד דווקא על אשר אין בה. הבחינה הערכית עשויה להתמקד לאו דווקא בתכנוני המס הנמנים ברשימה, אלא על אלה החסרים בה. העובדה כי רשימת תכנוני המס החייבים בדיווח היא רשימה סגורה, מעלה שאלה באשר להצדקה של גבולות הרשימה. הרשימה הסגורה מעלה נטל של הנמקת הפריטים המנויים בה, דורשת הסבר להכללת תכנוני המס הנמנים עליה ותובעת הצדקה להכללתם של הפריטים שהובאו בה, לעומת אלה שלא הובאו בה.

הבחינה של הצדקה של פרטי תכנוני המס המנויים ברשימה היא בחינה ערכית. זו תעוגן בעילות ובעקרונות חוקתיים, ותהא מבוססת על נימוקים עקרוניים, של אחידות ושל שוויון.

ההסבר הקיים לגבולות הרשימה אינו נוגע לטיב הרשימה או לערכה. ההסבר שניתן ידי רשות המיסים להכללה של אותם שלושה- עשר פרטי תכנוני מס הכנסה, מבוסס על נימוקים הקשורים במשאבי אנוש, והוסבר במגבלות כח האדם העומד לרשות רשות המס.⁴⁹

ספק אם נימוק שלטוני זה עשוי לחסן את הרשימה לעד. הביקורת על צמצום הרשימה, ועל העדפה של תכנוני מס מסוימים, על פני אחרים, עליהם לא הוטלה החובה של הדיווח, עשויה לדרוש הסבר רציונלי וענייני לבחירתם של תכנוני המס המסוימים הנדרשים בדיווח. ביקורת עקרונית חוקתית זו עלולה לפגוע בכוח ההרתעה שיהיה להסדר הננקט על פי החוק.

4.ד. ספי המינימום ותכנון המס הריבועי

הרשימה המפורטת של תכנוני מס החייבים בדיווח הוגבלה בסכומי סף, גבולות כספיים, שהוצמדו להגדרות תכנוני המס הנדרשים בדיווח, ומהווים תנאי סף לחובת הדיווח.

תכנון מס העונה על כל פרטי ההגדרה של תכנון מס החייב בדיווח, אך אינו עומד בסף הכספי המינימלי, אינו חב בדיווח.

49. מנהל רשות המיסים, בוועדת הכספים : "אין לנו כח אדם כדי לבדוק 100% מהדוחות הכספיים. לפיכך, כללנו ברשימה מספר מצומצם של תכנוני מס. יכולנו לכלול 100 תכנוני מס, וכללנו 13 תכנוני מס - בדיוק לטובת הדבר הזה" ועדת הכספים, לעיל ה"ש 16, עמ' 2, 3.

כך למשל, תכנון המס של העברת דמי ניהול לקרוב, יחוב בדיווח אם דמי הניהול הם בגובה 2 מליון שקלים ומעלה; תכנון מס של מכירת נכס לקרוב, יחוב בדיווח כאשר ההפסד שנוצר עולה על 2 מליון שקלים; מחילת חוב לקרוב תחוב בדיווח רק בגובה של מליון שקלים ומעלה, וכך גם רכישה של חברה לשם קיזוז הפסדים, שתחוב בדיווח כאשר הפסדיה הניתנים לקיזוז עולים על 3 מליון שקלים, ועוד.⁵⁰

ספי המינימום שהוצמדו לפרטי רשימת תכנוני המס, מגדירים מרחב חדש לתכנון המס. הם יוצרים מרחב של תכנון, המיועד לגבור על דרישת הדיווח. מתכנן המס עשוי להמנע מחובת הדיווח, על ידי פעולה בגדר ספי המינימום שברשימה. כך למשל, יכול מתכנן המס להעביר, מדי שנה, לחברה קשורה, דמי ניהול בסך של מליון וחצי שקלים, בלא שיהיה חייב על תכנון מס זה בדיווח, וכך יכול מתכנן מס לרכוש שליטה בחברה עם הפסדים לקיזוז, בסך של שניים וחצי מליון שקלים, בלא שפעולות אלה יהיו חבות בדיווח כפעולות תכנון מס.

ספי המינימום בוראים עולם חדש, עשיר באפשרויות תכנון. הגבולות הכספיים יוצרים אפיקי תכנון חדשים, המתחשבים במגבלות המינימום, שעל פיהם לא חלה חובת הדיווח. ספי המינימום פועלים להרחיב את מרחב תכנון המס, על גבי המרחב הקיים, וגורמים ליצירה של מרחב תכנוני נוסף, המאפשר לתכנן מס אל מחוץ לגדר חובת הדיווח. תכנון מס ריבועי.

תחת ספי המינימום קיים עולם שלם של תכנון מס אגרסיבי. תחת רצפות הסף, של 2 מליון שקלים, רוחשת פעילות ענפה ומשמעותית של תכנוני מס, של יחידים וחברות, אשר אינן חברות ענק. ייתכן שההסבר לספי המינימום נעוץ אף הוא במגבלות כח אדם ובמגבלות כוחה של הרשות בקריאה של הדוחות הכספיים.⁵¹ סופו של צמצום וחיסכון זה, שהוא עלול להעיב על השגת המטרות שעל פי החוק.

5.4. גילום המלאכותיות ונטל ההוכחה

רשימת תכנוני המס מונה שורה של מבני מס, שיש בהם להביא להקלה או להפחתה של מס. עצם הכללתו של מבנה מס ברשימה, אין בו הבעת עמדה ביחס ללגיטימיות של תכנון המס. טענה נגד הלגיטימיות של תכנון המס אמורה להעלות במסגרת ההוראה האנטי-תכנונית, דוגמת סעיף 86 לפקודת מס הכנסה, והיא טענה להיות התכנון מלאכותי, מהווה הפחתת מס בלתי נאותה, או אף בדוי, טענה שעל פקיד השומה להוכיחה והוא נושא בנטל הוכחתה.

עם זאת, מבני המס שהובאו ברשימה הינם בבחינת תכנוני מס ידועים, המוכרים לרשות המס, כאלה שהיוו אתגר עבור רשות המיסים, שלא אחת הטילה ספק בדבר הלגיטימיות של התכנון, והעלתה טענה להיותו מלאכותי.

50. תקנות (1)2, (2)2, (5)2, (8)2 לתקנות תכנון המס, לעיל ה"ש 8.

51. ראה ועדת הכספים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 9.

אלה הם נוסחאות של תכנוני מס, שראש רשות המיסים הציגם כתכנוני מס "מעוררי חשד".⁵²

כך למשל, הפריט הששי ברשימת תכנוני המס, הדורש דיווח על פרעון חוב של בעל מניות לחברה, ברבעון האחרון של שנת המס, ומשיכתו שוב בראשית שנת המס העוקבת, תכנון הפועל להסתיר את יתרת החוב של בעל מניה לחברה, ומוכר כגלגול של משיכת בעלים.⁵³ תכנון זה נבחן בעיניים קפדניות וביקורתיות של פקידי השומה, שלרוב ראו בו שימוש לרעה, מלאכותי ובלתי לגיטימי, ביתרות החובה של בעל מניה בחברה שבשליטתו, תכנון מס אגרסיבי, שהיווה מושא לחקירות שנוהלו על ידי פקיד השומה חקירות.⁵⁴

כך הוא אף הפריט השני ברשימה, הדורש דיווח על תכנון המס של העברה של דמי ניהול בין חברות קשורות, תכנון מס שלפיו התשלום בגין שירותי הניהול אינו ניתן למנהל המקצועי, נותן השירותים, אלא לחברה קשורה, שהמנהל חוסה תחתיה. תכנון מס זה הוכר אמנם כפעולה וכתכנון מס לגיטימי,⁵⁵ אך שבית המשפט הביע עמדתו לגביו, להיותו פעולה בלתי רגילה, בבחינת "הסדר יוצא דופן", שיש להוכיחו במידת שכנוע גבוהה מן הרגיל.⁵⁶

עולה, כי אל רשימת תכנוני המס גולמו הנוסחאות המהוות תשתית לבנייה מלאכותית של מבנה מס. על רשימת תכנוני המס נמנים תכנוני מס מועדים, כאלה העומדים לבחינה זהירה, קפדנית וחשדנית של רשות המיסים, מבני מס מעוררי חשד, המועדים להלבשה מלאכותית.

אין זה רק שנוסחת התכנון, הנושאת אפשרות לבניית מבנה מס מלאכותי, גולמה אל רשימת תכנוני המס, אלא שגם הקריטריונים, אותם גורמים ששימשו כסממנים לאבחון של מלאכותיות תכנון המס, גולמו אף הם אל הגדרות תכנון המס הנדרש בדיווח. כך יש לראות את ההגדרה הרחבה של תכנון המס, המבוסס על העברה של דמי ניהול, הכולל גם פעילות אחרת, הדומה לניהול או יעוץ, בלא קשר לכינויה על ידי הצדדים, והכולל גם העברה של דמי הניהול, אף בלא תשלום בפועל.⁵⁷

נטל ההוכחה בכל הנוגע לתכנון מס הוא על הרשות. הכלל הוא, כי הנטל להוכיח, כי עיסקה היא מלאכותית ונעדרת טעם מסחרי, הוא על פקיד השומה.⁵⁸

52. "אלה הם תכנוני המס שאנו חושדים בהם", שם, בעמ' 15, 16.
53. תקנה 2(6) לתקנון תכנון המס, לעיל ה"ש 8.
54. ראה גיק בלנגה "איך למשוך כספים מהחברה שלך" הארץ - The Marker, 21.4.2008, 13.
55. ע"א 761/77 אבנעל, חברה להפצה בע"מ נ' פשמ"ג, פ"ד לב(2) 494 (1978).
56. ע"א 414/78 רכב ישראלי בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 2, פ"ד לג(3) 337 (1979).
57. תקנה 2(2) לתקנות תכנון המס, לעיל ה"ש 8.
58. ראו ע"א 10666/03 סילבאן שטרית נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" כ/2 ה-79 (2006), ע"א 34/70 מוריס בנין נ' פקיד שומה תל אביב 4, פ"ד כד(2) 425 (1970), ע"א 102/59 פקיד שומה ירושלים נ' איסמר חברה למסחר והשקעות בע"מ, פ"ד יד 2165 (1960).

אמנם, הדרישה להוכחת העדר טעם מסחרי, כמוה כדרישה להוכחתה של עובדה שלילית, ועל כן ניתן להבין את פסיקת בתי המשפט, שלרוב הובילה לבחינה של הוכחת קיומו של הטעם המסחרי, ולא של העדרו. ואכן, ניתן למצוא פנים שונות ליישום הכלל של נטל ההוכחה על ידי בתי המשפט ולראות, כי לעתים לא רחוקות מוטל הנטל, באופן מעשי, על הנישום. כך בדרישה להצגה של טעם מסחרי, כך בדרישה להסבר הטעם המסחרי וכך בבחינה שעורך בית המשפט אם הראה הנישום טעם מסחרי משכנע.⁵⁹ לאחרונה אף ניתן להצביע על הטיה מסוימת נוספת של הכלל, עם התפתחות הפסיקה, לפיה על הטעם המסחרי להסביר לא רק רכיב בעיסקה, אלא ליתן הסבר לדרך עשיית העיסקה ולצורה המיוחדת בה נעשתה, וכי אין די בקיומו של טעם מסחרי לאחד או לחלק מהיבטי העיסקה.⁶⁰

עם זאת הלכת בית המשפט העליון מורה כי הנטל להוכחה כי עיסקה היא מלאכותית ונעדרת טעם מסחרי, הוא על פקיד השומה.⁶¹ משגילמו תקנות תכנון המס המפורטות את הפלטפורמות של תכנוני המס המלאכותיים, ומשגולמו אל חובת הדיווח נוסחאות תכנון המס המלאכותיות, ואף הקריטריונים ששימשו את פקיד השומה להוכיח כי תכנון מס הינו מלאכותי, דומה כי הועלה רף נטל ההוכחה, הנדרש מאת פקיד השומה, על מנת להוכיח כי תכנון מס הוא מלאכותי, ודומה כי הועלתה רמת הדרישה המספקת לשם הוכחה כי תכנון מס הוא בלתי לגיטימי וניתן לסווגו מחדש.

תכנון המס המבוסס על תשלום דמי ניהול לחברה קשורה, נדון עד כה על ידי בתי המשפט מן ההיבט של דרישת ההוצאה, על פי סעיף 17 לפקודה. בהתאם לכך, גם נטל ההוכחה שהוטל בדיונים אלה היה על פי הוראת סעיף 17 לפקודה, דהיינו על הנישום, הדורש הכרה בדמי הניהול כהוצאה. בתי המשפט אף החמירו בדרישה של נטל ההוכחה, וקבעו כי הנטל המוטל על הנישום, לשם הוכחת אמיתותה של ההוצאה, בנסיבות אשר כאלה, הוא גבוה.⁶²

59. ע"א 4374/05 ראובני נ' פקיד שומה ת"א 4, "מיסים" כא/ה-11 (2007), עמ"ה 1198/01 דורון ראובני אחזקות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 4, "מיסים" יט/ה-18 (2004), וראו ע"א 7387/06 בן ארי ש. סוכנות לביטוח בע"מ נ' פ"ש ירושלים 1, "מיסים" כב/ה-2 (2008).

60. ראו עמ"ה 8047/04 טוטנאור נ' פ"ש ירושלים 1, "מיסים" כב/ה-18 (2008), עמ"ה 9012/05 אמזלג נ' פ"ש ירושלים, "מיסים" כא/ה-25 (2007), עמ"ה 7074/03 בן ארי ש. (1968) בע"מ נ' פ"ש ירושלים 1, "מיסים" כ/ה-22 (2006).

61. לעיל הי"ש 58. בית המשפט אישר לאחרונה את פסק הדין, ב-דנ"א 1408/06 סילבאן שטרית נ' פ"ש ת"א 4, דינים עליון עט, 666.

62. "מידת שכנוע הגבוהה מן הרגיל" ראו רכב ישראלי, לעיל הי"ש 56 ; ע"א 3638/97 דובינסקי את דיאמנט בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, "מיסים" ט/ה-4 (2002) ; ע"א 6743/03 תחנת שירותי רכב רוממה בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, "מיסים" יט/ה-4 (2005) ; עמ"ה 1118/99 ארגון ניהול בע"מ נ' פקיד שומה גוש דן, "מיסים" ט/ה-20 (2001).

והנה, עם תקנות תכנון המס, נראה כי נטל ההוכחה, בעיסקה בה נדון תכנון המס של דמי ניהול, יוסב ויוטל על פקיד השומה. הדיון באשר לתכנון מס, שבמסגרתו העברה של דמי ניהול לחברה קשורה, שעד כה נדון על פי סעיף 17 לפקודה, יידון כעת בהתאם לתקנות תכנון המס החולשות עליו, ועל פי הטענה של מלאכותיות תכנון המס. נטל ההוכחה במקרה זה לא יוטל עוד על הנישום, כי אם על פקיד השומה, אשר יתבקש להוכיח את הטענה כי העסקה היא מלאכותית וכרוכה בתכנון מס בלתי לגיטימי.

מכל האמור עולה, כי עם תקנות תכנון המס הועלתה רמת נטל ההוכחה שנדרש בה פקיד השומה, על מנת להוכיח כי תכנון מס, שנעשה במתכונת האמורה ברשימה ונדרש בדיווח על פי התקנות, הוא מלאכותי, וכי קיימת עילה כלשהי לסיווגו מחדש.

משהוכבד הנטל על פקיד השומה להוכיח את מלאכותיות תכנון מס שנערך על פי התקנות, משהועלתה רמת ההוכחה הנדרשת מאת פקיד השומה להוכיח דבר קיומה של עילה לסיווג מחדש של עיסקה, שדווחה כתכנון מס חייב בדיווח, כך גם גדל הספק באשר ליכולת הצלחתו של המנגנון המפורט של חובת הדיווח שעל פי החוק, להעלות את רמת ההרתעה מפני ביצועו של תכנון המס האגרסיבי.

סיכום

עם התקרב מועד תחילת חובת הדיווח על הכנסות שנת המס 2007, כך גם נפרשת תקופת המבחן של תקנות תכנון המס, שהותקנו לתקופה של ניסיון בת שלש שנים. זה הוא הזמן להתוויית דרכים לבחינתו של הסדר הדיווח על תכנון המס.

במסגרת המאמר ביקשתי להציע גורמים להערכתו ולבחינתו של ההסדר. הנחתי היא, כי את רשימת תכנוני המס החייבים בדיווח יש לבחון, כתקנות משנה, בהתאם להלימותן לדין הכללי. מעבר לכך, מבחנה של רשימת תכנוני המס הוא מבחן הצלחתה להגשים את יעדיה: חשיפה מוגברת של תכנוני מס מוצפנים, ויצירת הרתעה גוברת מפני תכנון המס האגרסיבי.

במסגרת המבחן, הצבעתי על גורמים אשר יהיה בהם כדי להשפיע על הצלחת התקנות. ראשית, עמדתי על כך שההסדר הנוגע לתכנון המס, שהונהג עם תיקון 147 לפקודת מס הכנסה, הוא הסדר אזורי, וכי החוק ביקש להשיג את מטרת ההרתעה, מפני תכנון המס האגרסיבי, באמצעי האזורי של חובת הדיווח; עמדתי על מאפייניה של חובת הדיווח, כפי שעוצבו בחוק ובתקנות על פיו: על העובדה של הסרת חובת הדיווח מעל אנשי המקצוע, היועצים, שהינם בעלי עניין בעיסוק בתכנון המס, והערכת כי יהיה בה לפגוע בהרתעה נגד תכנון המס האגרסיבי. ההצדקה להטלת חובת הדיווח על אנשי מקצוע, הצעתי, מבוססת על ההכרה באינטרס ההסתמכות; עמדתי על החשש, כי רשימה מפורטת של תכנונים תסב את נטל הפירוט על פקיד השומה, ותעלה את רמת ההתדיינות בין הנישום לבין פקיד השומה; עמדתי על כך, שהרשימה הסגורה של תכנוני מס מקימה על הרשימה עילות ביקורת עקרוניות וחוקתיות;

ביקשתי להראות, כי בהגדרת הרשימה באמצעות ספי המינימום המשמשים בהגדרה של תכנוני המס, הורחב מרחב תכנון המס. לבסוף, ביקשתי להראות, כי רשימת תכנוני המס מגלמת את הפלטפורמות של תכנוני המס המלאכותיים ומעלה, לפיכך, את רמת ההוכחה הנדרשת מאת פקיד השומה, לשם הרמת הנטל להוכיח כי עיסקה שנכללה בדיווח על פי התקנות נדרשת לסיווג מחדש.

בכל הגורמים הללו, הערכתי, יהיה כדי לפגוע בהגשמות השאיפה לחשיפה של תכנוני מס, ובעוצמת ההרתעה מפני תכנון המס האגרסיבי.

עם זאת, מעבר לכל גורמי הבחינה שהצעתי, מבחנה הסופי של רשימת תכנוני המס יהא מבחן ההצלחה: הוא המבחן אם תצליח חובת הדיווח שעל פי הרשימה להשיג את היעד אשר הושם לפתחה, הוא העלאה של ההכנסות ממיסים, הנובעת מסיכולם של תכנוני המס האגרסיביים, במאות מליוני שקלים לשנה.