

רכישת שלד בורסאי עם הפסדים משמעותיים עשויה להיחשב מלאכותית

הכותב: רו"ח רונית בר - ארצי, חיבה, אלמקייס, כהן פתרונות מיסוי בע"מ

ביום 22.9.2022 ניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים פסק דינו של כבוד השופט א. דורות בעניין מלון ריג'נסי ירושלים בע"מ (להלן: "המערערת") נ' פ"ש ירושלים 1 (ע"מ 17-12-52353). פסק הדין בוחן את העסקה לרכישת מניות המערערת, שהייתה במועד רכישתה בבחינת "שלד בורסאי" ללא פעילות עסקית, עם הפסדים עסקיים צבורים משמעותיים בסך כ- 233 מיליון ₪. פקיד השומה טען לעסקה מלאכותית בהתאם לסעיף 86(א) לפקודת מס הכנסה, כיוון שהטעם המרכזי ברכישת החברה היה טעם פיסקאלי של קיזוז הפסדים, ללא טעם מסחרי משמעותי. לפיכך, לא התיר כלל את קיזוז ההפסדים ואף הטיל קנס גרעון.

המערערת, חברה שנסחרה בבורסה משנת 1993, החזיקה בבעלותה את מלון ריג'נסי בירושלים. בשנת 2010 מכרה המערערת את המלון, פיטרה את מרבית עובדיה ונתרה ללא פעילות עסקית. למערערת נותר נכס מקרקעין בטבריה ששווי הוערך בכ- 2.5 מיליון ₪, והפסדים צבורים לצרכי מס בסך 233 מיליון ₪. המערערת נכנסה להליכי כינוס, נרכשה ונמכרה שוב לקבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ, שהחזיקה לאחר ההקצאה ב- 90% מהמניות. העלות ששילמה קב' חג'ג': 8.5 מיליון ₪ ברכישה מהרוכשים הקודמים וכן סך של כ- 18.6 מיליון ₪, כנגד הקצאת מניות. יתרת ה- 10% נותרו בידי הציבור.

קבוצת חג'ג' הזרימה לחברה החל מ- 2012 פעילות של ארגון קבוצת רכישה, שהניבה הכנסות החל מ- 2013. בשנת 2014 פרסמה המערערת תשקיף להנפקת אג"ח ובינואר 2014 הרחיבה את סדרת האג"ח בדרך של הקצאה פרטית, בערבות בעלים מלאה של חברות מקבוצת חג'ג'.

בינואר 2014 ביצעה החברה הצעת רכש מלאה, נמחקה מהמסחר בבורסה והפכה לחברה פרטית. פקיד השומה טען תחילה ל"השתק שיפוטי" כלפי המערערת והציג ראיות לכך שבמסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד החברה בקשר להצעת הרכש של מניותיה על ידי קבוצת חג'ג', ניטען כנגדה לקיפוח הציבור בשל כך שלא התחשבה בהפסדים הצבורים בהערכת שווייה. המערערת טענה בתגובה במסגרת חוות דעת שהגישה, כי קיים קושי בניצול ההפסדים וכי היא מעריכה שיותר לה קיזוז הפסדים של כ- 18 מיליון ₪ בלבד. עוד טען פקיד השומה כי גם בדוחותיה הכספיים החשבונאיים לא רשמה המערערת נכס מס ולא מצאה לנכון לקזז את ההפסדים הצבורים. וכן כי, בהתאם לפסק דין נאוי (ראו מבזק מס מס' 817 מיום 6.2.2020) המערערת לא הציגה כל ראיות להסביר מדוע לא בחנה "שלדים בורסאיים" אחרים שעמדו למכירה באותה תקופה והיו רלבנטיים.

המערערת טענה מנגד כי מטרת הרכישה הייתה לגייס הון בבורסה ובפועל גויסו כ- 100 מיליון ₪, כי אין כל פסול בקיזוז הפסדים, המהווים נכס לכל דבר, ברכישת חברה, וכי קיים קשר ישיר בין הפעילות המלונאית של החברה הנרכשת לפעילות מלונאית מתוכננת של החברה. כמו כן טענה כי עמדתו השגויה של פקיד השומה בעניין רכישת חברה בהפסדים ידועה וכי רכישת החברה לא הייתה למטרה זו. עוד טענה כי הדיווח בדוחות החברה נעשה מטעמי שמרנות.

בית המשפט מקבל את טענות פקיד השומה, דוחה את הערעור וקובע, כדלקמן:

1. בית המשפט מקבל את טענת "ההשתק השיפוטי" שטוען פקיד השומה. השתק שיפוטי קובע כי מי שהעלה טענה מסוימת בהליך שיפוטי אחד, מושתק מלטעון טענה סותרת בהליך שיפוטי אחר. התכלית שעומדת בבסיס טענה זו הינה הגנה על טוהר ההליך השיפוטי והחובה המוטלת על בעלי

הדין לנהל הליכים בתום לב. כיוון שבמסגרת התובענה הייצוגית טענה המערערת כי יש לה זכות לקזז רק כ- 18 מיליון ₪ מתוך סך הפסדיה, אין לאפשר לה לטעון טענות לקיזוז הפסדים בסכומים גבוהים יותר.

2. על פקיד השומה מוטל הנטל להוכיח באופן אובייקטיבי, כי קיים טעם פסיקאלי יסודי שהיווה יסוד מהותי ויסודי בעסקה ולפיכך הינה מלאכותית. המשיב הרים את הנטל:

2.1. בית המשפט מקבל את טענת פקיד השומה כי ברכישת חברה ללא פעילות או נכסים, קיזוז הפסדים של כ- 230 מיליון ₪, מהווה טעם פסיקאלי יסודי משמעותי וכי הורם הנטל להוכיח באופן אובייקטיבי כי היה טעם מיוסי יסודי ברכישת החברה, אשר ללא קיומו, לא הייתה נרכשת השליטה בחברה.

2.2. בהתאם להלכת בן ארי (ראו מבזק מס מס' 256 מיום 5.6.2008), במקרה של רכישת שליטה בחברה ולא הוכח טעם מסחרי יסודי, יותר קיזוז הפסדים בהתאם לשיעור בעלי השליטה שנתרו בחברה ממועד צבירת הפסדים.

2.3. בית המשפט קובע, בהתאם להלכת סגנון (ע"א 2965/08, סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה) כי משהוכיח המשיב כי עמד טעם פסיקאלי יסודי ברכישת החברה, נדרש מהמערערת להוכיח כי הטעם המסחרי היה שווה במידת יסודיותו לטעם הפסיקאלי: "לאור הרציונאליים החולשים על הסוגייה, תישלל מלאכותיותה של העסקה, אף אם נלווה לטעם המסחרי היסודי, טעם פסיקלי במידת יסודיות שווה."

משנקבע כי פקיד השומה הוכיח כי בבסיס העסקה עמד שיקול פסיקאלי יסודי, מוטל על החברה להוכיח כי ביסוד העסקה עמדו שיקולים מסחריים יסודיים, במידה שווה לפחות ליסוד השיקולים הפסיקאליים:

1. רכישת שלד בורסאי- בית המשפט קובע כי אין ממש בטענת המערערת כי רכישת השלד הבורסאי עמדה ביסוד העסקה כיוון שכבר ב- 2014 ביצעה החברה הליך של הצעת רכש ומחיקה מהמסחר.

2. גם גיוס האג"ח נעשה בחסותה המלאה של קבוצת חג'ג' ובערבותה. יתרה מכך- גיוס האג"ח נעשה גם לבעלי השליטה בקבוצה.

3. בית המשפט מאמץ את קביעות כב' השופטת י. סרוסי בפסק דין נאו, כי לא נעשתה כל בחינה של "שלדים" אחרים ולא הוסבר מדוע נרכש דווקא שלד בורסאי זה, כנקבע בפסק דין זה.

4. טענות החברה לפיה ביקשה לרכוש חברה בתחום המלונאי וליזום פעילות בתחום זה לא התממשו בפועל, גם בבחינה של שנים רבות לאחר רכישתה.

קנס גרעון: בית המשפט בוחן האם המערערת התרשלה בעריכת דוחותיה וקובע כי בהתבסס על כך שנקבע כי העסקה מהווה עסקה מלאכותית ויתרה מכך, אף המערערת לא מצאה לנכון להתחשב בדוחותיה החשבונאיים בהפסדים, הוא שוכנע כי התנהלות החברה עולה כדי "רשלנות" וקובע כי אינו רואה מקום להתערב בהחלטת פקיד השומה בעניין זה.

לדעתנו, צבר העובדות שהובא בפני ביהמ"ש בפסק דין זה ובעיקר טענותיה הסותרות בהליכים השונים, אי ההתאמה בין הדוחות החשבונאיים והדוחות למס, רכישת שלד בורסאי וביצוע הצעת רכש 3 שנים לאחר רכישתו, ביצוע גיוסי אג"ח מול חברות הקבוצה ועוד, כל אלו סיכלו כל סיכוי של החברה להוכיח טעם מסחרי יסודי, קל וחומר כשמדובר ברכישת השלד בורסאי עם כרבע מיליארד ₪ הפסדים.

בעסקאות מעין אלו הנטל המוטל על הנישום להוכיח כי רכש את החברה מטעם מסחרי יסודי ומהותי הינו נטל כבד ולכן עליו להישמר לנפשו, שמא ישלם את עלות הרכישה, לא יקבל את ההפסדים בקיזוז ואף יחויב בקנסות גרעון.