



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 388/17

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פקיד שומה תל אביב 3

נגד

המשיב: ז'אן יעקב בר טל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
ב-ע"מ 38207-12-12 (כב' השופט י' אטדג'י) מתאריך  
28.11.2016

בשם המערער: עו"ד עודד טאובר

בשם המשיב: עו"ד יצחק דרור

### פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט י' אטדג'י), ב-ע"מ 38207-12-12 (להלן: פסק הדין), בגדרו התקבל ערעור המשיב, ובוטלה שומת מס-הכנסה אותה הוציא המערער, פקיד שומה תל אביב 3, למשיב לפי סעיף 152(ב) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה, או הפקודה). כתוצאה מפסק הדין, הותר למשיב לקזז הפסד הון מהשקעה במניות, עליו הצהיר בשנת המס 2008 מהכנסת דיבידנד, שהתקבלה בידי מחברה שבשליטתו באותה שנת מס.

להלן יובאו הנתונים הנדרשים להכרעה בערעור.

רקע עובדתי

2. בשנת 2004 רואי החשבון דרור תמרי ורוני דביר (להלן: רואי החשבון, או תמרי-דביר) הציעו למשיב, מהנדס תחבורה בעיסוקו, לרכוש מניות של חברה הנסחרת בבורסה מחוץ לישראל בהתאם להמלצה ("טיפ") שקיבלו "מידיד יקר" (בנקאי היושב בשוויץ).

3. המשיב ורואי החשבון סיכמו כי ישקיעו במשותף סכום של 300,739 דולר ארה"ב ברכישת מניות של החברה אודותיה התקבלה ההמלצה בבורסה. הצדדים גם סיכמו כי ההשקעה תחולק ביניהם כך: שני שלישים – המשיב, ושליש אחד – רואי החשבון, כאשר חלקם של רואי החשבון בהשקעה ימומן על-ידי המשיב (חלקו של המשיב בהשקעה זו, קרי שני שלישים מתוך כלל הסכום של 300,739 דולר, יכונה להלן: סכום ההשקעה הראשון).

4. בשל דרישתו של הבנקאי השוויצרי לשמירה על סודיות ומניעת "נהירה" אל המניה – המשיב עצמו לא ידע את שם החברה שאת מניותיה יש כוונה לרכוש בבורסה.

5. כחלק מהוצאת תכנית הרכישה אל הפועל, המערער ורואי החשבון חתמו בתאריך 03.12.2004 על מזכר הבנות (להלן: מזכר ההבנות הראשון), אשר כלל, בין השאר, את הפרטים הבאים: סכום ההשקעה הכולל, משך ההשקעה (שלוש שנים) ואופן חלוקת ההשקעה בין הצדדים; מימון חלקם של רואי החשבון על-ידי המשיב ומשך זמן המימון וכן הבהרה לעניין הדיסקרטיות הנדרשת בקשר להשקעה וסיבותיה.

כמו-כן מזכר ההבנות הראשון קבע כי רואי החשבון ידאגו לפתיחת חשבון בנק בחוץ לארץ, אליו יועברו כספי ההשקעה ודרכו תתבצע ההשקעה, וכי רואי החשבון ישמשו מיופי-כוח לביצוע כלל הפעולות בחשבון. מזכר ההבנות הראשון קבע בנוסף כי המשיב יהיה רשאי בכל עת לבקש למכור את חלקו בהשקעה ולקבל את תמורתה בניכוי ההוצאות, וכי רואי החשבון רשאים גם הם, בהתאם לשיקוליהם, לאחר התייעצות עם גורמים נוספים, למכור בכל עת את ההשקעה במלואה, או בחלקה ולהחזיר למשקיע את חלקו (לרבות חלקו ברווחים שנוצרו).

6. בד-בבד עם חתימת מזכר ההבנות הראשון, המשיב העביר בתאריך 03.12.2004, מחשבונו לחשבון הבנק של רואי החשבון בישראל סך של 1,317,000 ש"ח (שווה ערך לסך של 300,739 דולר ארה"ב). השקלים, אשר הועברו על-ידי המשיב הומרו בחשבונם של רואי החשבון לדולרים, ומחשבון רואי החשבון בישראל הועברו לחשבון על שמם של רואי החשבון בבנק בשוויץ. מלבד למשיב – רואי החשבון הציעו למשקיעים נוספים להצטרף להשקעה וחלק ממשקיעים אלו העבירו סכומים בדולרים ישירות לחשבונם של רואי החשבון שבשוויץ.

7. בחשבון רואי החשבון שבשוויץ – הדולרים הומרו לליש"ט ושימשו לקניית מניות חברת XTL Bio Pharma (להלן: XTL), חברה ישראלית הנסחרת בבורסה של לונדון. סך הכל המערער ומשקיעים נוספים רכשו 1,150,000 מניות של חברת XTL, אשר הוחזקו בחשבון רואי החשבון שבשוויץ.

8. בהצהרת ההון של המשיב לתאריך 31.12.2004 – לא צוינה ההשקעה במניות חברת XTL [פיסקה 26 לפסק הדין].

9. כעבור מספר חודשים, בתאריך 17.02.2005, המערער ורואי החשבון חתמו על מזכר הבנות נוסף (להלן: מזכר ההבנות השני), אשר בו התחייב המשיב להשקיע סכום נוסף של 600,000 ש"ח (להלן: סכום ההשקעה השני).

מזכר ההבנות השני קבע כי ההשקעה תיעשה במסגרת קבוצת משקיעים, "באמצעות חברה זרה שתבצע פעולותיה בחשבון בנק משותף עם אחרים" [סעיף 1 למזכר ההבנות השני] (להלן: חברת ההשקעה).

10. בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל את עדותו של המשיב כי 600,000 ש"ח האמורים הופקדו בחשבונם של רואי החשבון, ומצא כי למרות חוסרים מסוימים בתיעוד מסלול העברת הכספים מהמשיב אל רואי החשבון, הוכח שסכום ההשקעה השני הועבר מחשבון רואי החשבון בארץ לחשבונם בשוויץ. בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל גם את עדותו של רואה החשבון דרור תמרי כי בתאריך 22.02.2005 נרכשו בסכום זה עבור המשיב 207,795 מניות XTL [פסקאות 17-18 לפסק הדין] (להלן: ההשקעה השנייה). לאחר ביצוע ההשקעה השנייה נערך מזכר הבנות נוסף (להלן: מזכר ההבנות השלישי), בו פורט מבנה חברת ההשקעה ונכללו בגדרו הוראות להעברת המניות שהוחזקו ע"י רואי החשבון אל חברת ההשקעה. מזכר ההבנות השלישי איננו נושא תאריך או את חתימתו של המשיב.

11. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי הוכח שמניות XTL, שהוחזקו בחשבונם של רואי החשבון, הועברו בתאריך 19.07.2005 מחשבון רואי החשבון – לחשבון חברת ההשקעה [פיסקה 19 לפסק הדין].

12. בהצהרת ההון של המשיב לשנת 2007 נכללה השקעתו במניות XTL [עמוד 21 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי].

13. בית המשפט המחוזי הנכבד מצא גם כי בתאריכים 19 ו-20 לחודש נובמבר 2008 מכרה חברת ההשקעה את כל מניות XTL שהוחזקו על ידה – בהם גם מניות המשיב – בהפסד [פסקאות 20-21 לפסק הדין].

14. בשנת המס 2008 הצהיר המשיב על הפסד הון ממכירת מניות של חברת XTL בסך 1,445,916 ש"ח, וקיזז סכום זה מהכנסותיו מדיבידנד שקיבל מחברה שבשליטתו.

המערער טען, כי לא הוצגו לו אסמכתאות המאמתות את היווצרותו של הפסד ההון האמור, סירב להתיר את הקיזוז האמור וקבע בהתאם את הכנסתו של המערער בצו לפי סעיף 152(ב) לפקודה.

על קביעת המערער הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי הנכבד.

15. בפתח דיון ההוכחות, הודיע בא-כוח המערער (עמ' 6 לפרוטוקול) כך:

"אין מחלוקת על כך שבאופן עקרוני ניתן לקזז הפסד ממכירת מניות באותה שנה", "אם הוא (המשיב כאן – ח"מ) היה מביא ראיה למכירה בהפסד של מניות באותה שנה הייתי מתיר את הקיזוז. באופן עקרוני".

נמצא, שהמחלוקת היא עובדתית-ראייתית: האם הוכיח המשיב את הפסדיו ממכירת מניות XTL? לשיטת המשיב – התשובה חיובית. לשיטת המערער – התשובה שלילית. זו השאלה שנדרשה להכרעה בפסק הדין, נושא הערעור שבפנינו.

16. בסיכום פסק הדין, נושא הערעור, נפסק כדלקמן:

"העדויות והראיות שהוצגו, גם אם אינן מלאות ושלמות, דיין להטות את כף מאזן ההסתברות הנדרש בערעור מס לכיוון גירסתו של המערער (המשיב כאן – ח"מ), ולמסקנה שאכן המערער (המשיב כאן – ח"מ) רכש מניות XTL בסכום המוצהר על ידו וכי אכן נגרם לו הפסד הנטען על ידו. בהקשר זה הודגש כי המשיב ביקש לקזז את סכום השקעתו שלו ולא את סכום השקעתם של תמרי-דביר שמומנה על ידו (במסגרת מזכר ההבנות הראשון), כלומר הוא ביקש לקזז שני שליש מסכום השקעתו הראשונה ואת מלוא סכום השקעתו השנייה."

17. בשולי פסק הדין ציין בית המשפט המחוזי הנכבד, המברר שאיננו מוצא צורך, במסגרת ההכרעה, להביע דעתו על השיקולים של המשיב ושל תמרי-דביר לפעול כפי

שפעלו, ועל מניעיהם, ואיננו מביע דעה בשאלה, מה היה הדין אם הם היו מדווחים למערער על רווחים במכירת המניות, אילו היו נוצרים. הודגש כי ההכרעה היא עובדתית בלבד, ומשהגיע בית המשפט לכלל מסקנה שאכן הדברים התרחשו כמתואר, המסקנה היא שיש להתיר את הקיזוז. מעבר לנדרש הוסף, כי על פני הדברים לא נראה שהמשיב ביקש להסתיר את השקעתו, שהרי העברת הכספים מחשבונו בארץ לחשבונם של תמדי-דביר בארץ נעשתה בצורה ברורה וגלויה ולא במחשכים.

18. אשר על כן, ערעורו של המשיב בבית המשפט המחוזי הנכבד התקבל, השומה שהוציא לו המערער בוטלה והמשיב נמצא זכאי לקזז את הפסדיו מהשקעתו במניות XTL. למרות תוצאה זו, מאחר והמשיב לא הצהיר על השקעתו בהצהרת ההון שהגיש, בין אם הדבר נעשה מתוך טעות ובין אם לאו – נפסקו לחובתו הוצאות בערכאה דלמטה.

מכאן הערעור שבפנינו.

תמצית טענות המערער

19. המערער טוען כי שגה בית המשפט המחוזי הנכבד כאשר התיר למשיב לקזז כנגד הכנסותיו שלו הפסד שנוצר, כביכול, לחברת ההשקעה עצמה בגין השקעתה במניות XTL. המערער מלין עוד כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד וטוען כי זה התעלם בפסק הדין מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומהוראות פקודת מס הכנסה, המלמדות כי הזכות לקזז הפסדים היא של אותו נישום וניתן לקזז את הפסד אך ורק מהכנסתו של אותו נישום ולא מהכנסתו של נישום אחר, וכן התעלם מ"עקרון המימוש" שאיננו מאפשר הכרה בהפסד לצורכי מס כתוצאה מירידת ערך המניות טרם שאלו נמכרות ונוצרת "סופיות" להפסד האמור.

20. ביחס להכרעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי הנכבד, המערער טוען כי גרסתו העובדתית של המשיב מעלה תהיות רבות ונראה כי: "רב המכוסה בה על הגלוי". המערער טוען כי בהליך בבית המשפט המחוזי נטען כי בתאריך 25.11.2008 שלחו רואי החשבון למשיב מכתב המדווח על השקעותיו במניות XTL (ראו: פסקה 3.ו.3 לפסק הדין); ברם, בפסק הדין מצוין כי מניות אלו נמכרו עוד קודם לכן בתאריך 20.11.2008 (ראו: פסקה ז' לפסק הדין). המערער טוען עוד כי בתצהירו של המשיב, אשר הוגש לבית המשפט המחוזי, אוזכרו שני מזכרי הבנות, ברם, בתצהירו של רואה החשבון דרור אוזכרו שלושה מזכרי הבנות בקשר עם ההשקעה במניות XTL. המערער גם טוען כי מספר

לא מבוטל של מסמכים, אשר הוגשו על-ידי המשיב לשם ביסוס גרסתו לבית המשפט המחוזי הנכבד, אינם נושאים תאריך כלל.

21. המערער טוען עוד כי בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל מספיק לעובדה כי המשיב לא דיווח על השקעות במניות XTL בהצהרת ההון שהגיש לסוף שנת 2004, והסתפק רק בעדות המשיב לפיה מדובר בטעות של מייצגו, כל זאת למרות שסעיף 144 לפקודת מס הכנסה קובע במפורש כי:

”דו”ח, אמרה או טופס, הנחזים כניתנים לפי פקודה זו על ידי אדם פלוני או בשמו, רואים אותם לכל ענין כאילו ניתנו על ידי אותו אדם או בהרשאתו, זולת אם הוכח היפוכו של דבר, וכל החתום על כל דו”ח, אמרה או טופס כאלה רואים אותו כמי שיודע כל ענין שבהם”.

22. הנה כי כן ביסודם של דברים – המערער טוען כי אין בעובדות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד כדי לחייב את המסקנה הכלולה בפסק הדין.

23. מלבד טענותיו במישור הקביעות העובדתיות – המערער מעלה טענות נוספות המתמקדות בשלושה נושאים משפטיים, שיפורטו מיד בסמוך.

חזית עקרון האישיות המשפטית הנפרדת

24. המערער טוען כי חברת ההשקעה היא זו אשר נשאה מבחינה משפטית בזכויות הנובעות מפעולות ההשקעה ובחובותיה. חברה זו היא אישיות משפטית נפרדת לעניין חישוב המס, ובהתאם לכך לא ניתן לייחס את תוצאותיה למשיב. המערער טוען כי לא ניתן כל הסבר מניח את הדעת בפסק הדין, או בטיעונו של המשיב, מדוע ראוי להתעלם מחברת ההשקעה ומפעולותיה, וכן לא הוצגה הוראת דין או הלכה המאפשרות לנהוג כך.

25. המערער טוען בנוסף כי לחברת ההשקעה, או מי שעמד מאחוריה (רואי החשבון), היה שיקול דעת עצמאי בהחלטה לגבי מימוש החזקות בחברה, כפי שאכן גם קרה בפועל – ולמשיב לא היתה השפעה על החלטה זו. משמעות הדברים היא כי חברת ההשקעה היתה גוף אוטונומי בעל שיקול דעת עצמאי, אשר לא ייתכן כי יקבע לגביו שהוא שקוף לחלוטין כלפי המשיב.

26. המערער טוען עוד כי חברת ההשקעה הוקמה במדינה המהווה מקלט-מס כדי לחמוק ממס, ולא ייתכן כי לצורך הימנעות ממס לגבי הרווחים – עקרון האישיות המשפטית חי וקיים, ואילו מהרגע שנתגלה כי אין רווחים אלא רק הפסדים, החברה הופכת "לשקופה" ומסך ההתאגדות איננו קיים יותר, כך שניתן לקזז את הפסדיה של החברה כנגד הכנסת המשיב. בהקשר זה, המערער טוען כי קבלת עמדה זו של המשיב חוטאת לעקרון ההגינות ותום הלב החלים על המשיב, ומובילה לתוצאה בגדרה "יוצא חוטא נשכר" וגם בשל כך אין להותירה על כנה.

27. המערער ממשיך וטוען כי למרות שמקביעותיו של בית משפט המחוזי הנכבד יכול להשתמע כי חברת ההשקעה מהווה נאמנות מסוג כלשהו ולפיכך יתכן ויש לייחס את הפסדיה למשיב, עניין זה לא התברר עד תום בהליך בבית המשפט המחוזי. בנוסף, המערער טוען כי המשיב עצמו לא גרס להתקיימות של נאמנות מכל סוג שהוא, ואף טוען במפורש כי אין מדובר בנאמנות, כהגדרתה בפקודת מס הכנסה. בדומה, גם רואה החשבון דרור תמיר העיד כי כל מטרתו בהקמת חברת ההשקעה היתה להימנע מתחולת חוק הנאמנות. המערער מדגיש בנוסף כי העובדה לפיה מניות XTL לא הועברו לחברת ההשקעה אלא נרכשו על-ידיה בבורסה ("רכישה בשוק החופשי", כלשונו של המערער [סעיף 38 לסיכומי המערער]) מצביעה על כך שאין מדובר בנאמנות אשר לרוב נוצרת בתהליך של "הקניה".

מעבר לאמור, לשיטתו גם התנאי אשר במסגרתו ניתן ליחס הפסד שנוצר בנאמנות לנהנה באותה הנאמנות, תנאי הדורש כי יהיה מדובר בסוף חייה של הנאמנות (סעיף 75 י"ד א) לפקודת מס הכנסה) איננו מתקיים במקרה דנן, שכן לא הוכח כי אכן חברת ההשקעה חדלה מפעילותה בשנת 2008, בה קיזז המשיב את ההפסד. בנוסף, פרק הנאמנות לפקודת מס הכנסה מחריג מתחולתו קרנות להשקעה משותפות מחוץ לישראל, וייתכן וחברת ההשקעה עולה כדי "קרן להשקעות משותפות מחוץ לישראל" ובשל כך מלכתחילה נשללת האפשרות ליחס הפסדי נאמנות לנהנה גם בסיום חייה של הנאמנות מכוח הוראות פרק זה.

חזית זכות הקיזוז

28. המערער טוען כי אף אחד מההסדרים הקבועים בפקודת מס הכנסה, שמכוחם ניתן לייחס תוצאה עסקית של נישום אחד לנישום אחר (למשל, חברה משפחתית, או

חברת בית – סעיפים 64 ו-64א לפקודת מס הכנסה, בהתאמה) – אינם מתקיימים במקרה זה.

29. המערער מוסיף וטוען כי גם אם נצא מנקודת הנחה שההפסד הנטען, אשר נוצר ממימוש מניות XTL בידי חברת ההשקעה שייך למשיב עצמו ולא לחברת ההשקעה, הרי שסעיף 92(א)(4) לפקודה ("היה לאדם הפסד הון במכירת נייר ערך בשנת המס [...]") מלמד מפורשות, לשיטתו, כי כדי שיותר בקיזוז הפסד ממכירת נייר ערך כנגד הכנסה מדיבידנד – על נייר הערך להיות בבעלות אותו הנישום, המבקש את הקיזוז, ולהימכר על ידו. תנאים אלו לא התקיימו בעניינו של המשיב, שכן מניות XTL היו בבעלות חברת ההשקעה ונמכרו על-ידה ולא על-ידי המשיב. לפיכך, גם אם ההפסד ישויך למשיב, הקיזוז אשר נעשה בידי המשיב – איננו מותר מכוח הסעיף האמור.

30. המערער טוען עוד כי גם אם המשיב יבקש להשקיף על מה שארע כאילו נגרם לו הפסד לאו דווקא ממכירת מניות, אלא מהשקעה אחרת שירדה לטמיון – בדמות מתן כסף לרואי החשבון שישקיעו עבורו – הרי שאין מדובר בהשקעה בניירות ערך שנמכרו בהפסד, ולפיכך לא ניתן לקזז הפסד זה כנגד הכנסה מדיבידנד על-פי סעיף 92(א)(4) לפקודת מס הכנסה.

31. לסיום תת פרק זה המערער טוען כי סעיף 92(א) לפקודת מס הכנסה מתיר קיזוז של הפסדים רק בתנאי שלפיו רק אם ההפסדים, אותם יש רצון לקזז, היו רווחים – הם היו חייבים במס בישראל. משבחר המשיב להשקיע במניות באמצעות חברת ההשקעה שהוקמה במדינה המשמשת כמקלט-מס (כך שככל שהיו צומחים לחברה רווחים אלה – הם לא היו חייבים במס בישראל), הרי שהוראות סעיף 92(א) לפקודת מס הכנסה מונעות את קיזוז ההפסד בידי המשיב.

חזית עקרון המימוש

32. המערער טוען כי לא ניתן לראות בירידת ערך חברת ההשקעה כתוצאה ממימוש בהפסד של מניות חברת XTL בידי חברת ההשקעה כנסיבה היוצרת הפסד למשיב, כל



זאת בגלל שהמשיב לא מימש את אחזקתו בחברת ההשקעה, ולפיכך, בהתאם לעקרון המימוש – המשיב לא יכול היה להכיר בהפסד.

33. על סמך פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, המערער טוען כי, ככל הנראה, המשיב עצמו כלל לא היה בעל מניות בחברת ההשקעה, זאת לאור סירובם של המשקיעים לקבל מניות בחברת ההשקעה ובעקבות סירוב זה – כל מניותיה של חברת ההשקעה נשארו רדומות [עמוד 9 לפרוטוקול הדיון בית המשפט המחוזי]. בהתאם להנחה זו, המשיב אינו יכול כלל להכיר בהפסד כתוצאה "מירידת ערך" של חברת ההשקעה, שכן איננו כלל בבחינת מחזיק במניות של חברת ההשקעה.

תמצית טענות המשיב בתגובה לטענות המערער

34. המשיב טוען כי בית המשפט המחוזי הנכבד התייחס לטענות המערער ודחה אותן, וכי השגותיו של המערער מכוונות בעיקרן כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, כאשר המערער מבקש כי בית משפט נכבד זה יתערב למעשה בקביעות אלו ובממצאים שנפסקו על-ידי בית המשפט המחוזי לאחר ששמע עדויות, התרשם באופן בלתי אמצעי מהעדים והכריע בין הגרסאות השונות.

35. המשיב ממשיך וטוען כי המערער מבקש לשנות את התשתית העובדתית הרלבנטית, חרף הראיות שעמדו בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, וזאת בטענות, חלקן חדשות, שאין בהן כדי ליצור עילה להתערבות בממצאיו של בית המשפט המחוזי, או בקביעותיו.

המשיב מלין בהקשר זה גם על ניסיון המערער "להשחיר" את המשיב ואת רואי החשבון בתקווה שבכך יקעקע את גרסתם העובדתית, ומפנה לקביעת בית המשפט המחוזי הנכבד כי עדותם של המשיב ורואי החשבון היתה "עקבית ואמינה" [פיסקה 23 לפסק הדין].

36. בדומה, המשיב מפנה גם להתייחסות בית המשפט המחוזי הנכבד לנסיבה שהביאה לאי-הכללת ההשקעה במניות XTL בהצהרת ההון של המשיב לשנת המס 2004. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי הנכבד מציין כי לא היה בכך כדי לערער את אמינות גרסתו של המשיב [פיסקה 26 לפסק הדין]. באשר לטענת המערער כי המשיב ביקש להסתיר את השקעתו במניות XTL – המשיב מפנה לפסק הדין, שם מציין בית המשפט

המחוזי הנכבד כי: "מעבר לנדרש אוסיף, כי על פניו, לא נראה שהמערער ביקש להסתיר את השקעתו, שהרי העברת הכספים מחשבוננו בארץ לחשבונם של תמרי-דביר בארץ נעשתה בצורה ברורה וגלויה ולא במחשכים" [פיסקה 29 לפסק הדין].

37. ביחס לטענתו של המערער כנגד אמינות המסכת העובדתית שהוצגה על-ידי המשיב, אשר התקבלה על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד, ובפרט באשר להשגה הגורסת כי לא ייתכן שבתאריך 25.11.2008 נשלח למשיב מכתב המדווח על השקעותיו במניות XTL, בעוד מניות אלו נמכרו עוד קודם לכן בתאריך 20.11.2008 – המשיב מביא את נוסחו המלא של המכתב המדובר, המלמד כי תאריך הוצאת המכתב הוא אכן 25.11.2008, ברם תוכן המכתב עוסק ביתרת השקעתו של המשיב נכון לתאריך 31.12.2007. בהמשך ישיר לכך, המשיב טוען כי השמטת פרט מהותי זה על-ידי המערער במסווה של "תהיות" כנגד המשיב גובלת בהטעיית בית המשפט הנכבד, או לכל הפחות ברשלנות של המערער, אשר אינה מתיישבת עם חובותיה של רשות מינהלית בכלל וכלפי בית המשפט בפרט.

38. המשיב טוען כי המערער מציג את פסק הדין כיוצר מצב משפטי חדש בו הותר קיזוז של הפסד של חברה אצל יחיד, ולא היא: בית המשפט המחוזי הנכבד בחן את מהימנות העדים מטעם המשיב וקיבל את המסכת העובדתית לפיה המניות לא היו שייכות לחברת ההשקעה, כפי שלא היו שייכות לרואי החשבון, אלא היו של המשיב, כאשר אופן רישום החזקתן לא העלה ולא הוריד מבחינת המשיב.

המשיב מוסיף וטוען כי סיכומיו, אשר הוגשו לבית המשפט המחוזי התייחסו להבדל שבין רישום הבעלות הפורמאלי במניות אל מול הבעלות המהותית, ברם המערער לא השיב לטיעונו אלה בבית המשפט המחוזי. המשיב גורס כי אף-על-פי-כן בית המשפט המחוזי הנכבד התייחס לסוגיה זו בפסק הדין וקבע כי המניות היו שייכות מהותית למשיב.

39. כנגד טענתו העיקרית של המערער כי ההפסד שנוצר ממכירת מניות XTL הוא של חברת ההשקעה ולא של המשיב – המשיב טוען כי השקעת המשיב בוצעה מראשיתו באמצעות חשבון בנק על שם רואי החשבון ולא באמצעות חשבון בנק על שמו, ולכן העברת המניות שביצעו רואי החשבון מחשבונם לחשבון חברת ההשקעה לא שינתה מאומה מבחינת המשיב.

בהתאם לכך, המשיב מפנה לקביעת בית המשפט המחוזי הנכבד כי אין ליחס כל משמעות לכך שהמניות הוחזקו על ידי חברת ההשקעה ונמכרו על-ידי חברת ההשקעה ולא על-ידי המשיב, מאחר ומבחינה מעשית – ההחזקה והמכירה היו של רואי החשבון בעבור המשקיעים ותוך ייחוס תוצאות פרטניות לכל משקיע ומשקיע בנפרד [פיסקה 24 לפסק הדין].

40. המשיב טוען כי טיעוני המערער בחזית "עקרון המימוש", לרבות הטענה כי תוצאת פסק הדין שקולה להכרה בהפסד מירידת ערך מניות מבלי לדרוש שהמניות תמומנה בידי מקזז ההפסד, הם ניסיון לקעקע את הכרעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי הנכבד כי מניות XTL הוחזקו בעבור המשיב (בתחילה על ידי רואי החשבון, ולאחר מכן על ידי חברת ההשקעה).

41. עתה לאחר שהצגתי את העובדות הרלבנטיות ואת טיעוני הצדדים – אעבור לליבון הדברים.

דיון והכרעה

42. טיעוניו של המערער נחלקים כאמור לשניים: חלקם הראשון מכוון כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, בראשן הקביעה בפסק הדין כי המשיב רכש מניות חברת XTL בסכום המוצהר על-ידו וכי אכן נגרם לו ההפסד הנטען על ידו.

חלקם השני מכוון כנגד המסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי הנכבד, לאחר שקיבל את המסכת העובדתית שהוצגה בידי המשיב, מכוחה למד כי המשיב רשאי לקזז את הפסדיו מהשקעתו במניות האמורות כנגד דיבידנד שהתקבל בידי מחברה אחרת שבשליטתו.

43. אקדים אחרית לראשית ואומר כי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד מקובלות עליי. ברם, מסקנתו של בית המשפט המחוזי הנכבד – כי המשיב רשאי לקזז את כל הפסדיו מהשקעתו במניות האמורות – איננה יכולה להישאר על כנה, ולשיטתי יש להתיר למשיב לקזז מהכנסתו מדיבידנד, אשר התקבלה בידי מחברה שבשליטתו בשנת 2008, רק את חלק ההפסד, אשר נגרם מההשקעה השנייה ולא את כל ההפסד אשר נגרם מההשקעה הכושלת במניות XTL.

אפתח בדיון בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד ולאחר מכן אדון במסקנותיו.

קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד

44. על אף שבית המשפט המחוזי הנכבד מצא שחלק מהעדויות והראיות שהוצגו בפניו אינן מלאות ושלמות, נקבע בפסק הדין כי: "דיין להטות את כף מאזן ההסתברות הנדרש בערעור מס לכיוון גרסתו של המערער, ולמסקנה שאכן המערער רכש מניות XTL בסכום המוצהר על-ידו וכי אכן נגרם לו ההפסד הנטען לו" [פיסקה 27 לפסק הדין].

45. המערער מעלה טענה כללית כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, וכפי שיפורט להלן אין הוא מצביע על ממצאים או עובדות פרטניים מהם התעלם בית המשפט המחוזי, או שבפרושם על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד ניתן להצביע על טעות, אשר מצריכה התערבות של ערכאת הערעור, ולהלן יפורטו הדברים:

(א) לעניין המכתב שנשלח בתאריך 25.11.2008 – לטענת המערער, כביכול לאחר שהמשיב כבר מימש את מניות XTL, הרי שעיון במכתב מלמד כי הצדק עם המשיב ותוכנו של מכתב זה עוסק ביתרת ההשקעה במניות לתאריך 31.12.2007, ולא לתאריך 25.11.2008, כפי שטען המערער, אף כי יתכן וראוי היה לציין בהערה שבינתיים (נכון למועד המכתב) המניות מומשו, כמו שנהוג לעשות לגבי אירועים מהותיים שהתרחשו לאחר תאריך המאזן.

(ב) לעניין מזכר ההבנות השלישי, מזכר שלא אוזכר בתצהיר המשיב, אך רואה החשבון דרור תמרי דיבר עליו בעדותו, כמסמך שעוסק בהסדרת יחסי חברת ההשקעה והמשיב – יש צורך בהבהרה. מזכר זה, אשר נושא – ככל הנראה – את חתימת רואה חשבון דרור תמרי כנציג חברת ההשקעה, אך אינו נושא תאריך או חתימה של המשיב, שימש את בית המשפט המחוזי הנכבד כחיזוק לקביעה כי כל מטרתה של חברת ההשקעה היתה להחזיק במניות XTL שהוחזקו קודם לכן על-ידי רואי החשבון [פסקה 24 לפסק הדין]. קביעתו זו של בית המשפט המחוזי לא התבססה על תוכן מזכר זה בלבד, אלא על עדותו של רואה חשבון דרור תמרי וגם על מזכר ההבנות האמור.

בהקשר זה, ניתן להעלות מספר השערות המסבירות מדוע המזכר האמור חסר את חתימתו הפורמלית של המשיב (וייתכן אף שהמשיב לא החזיק כלל עותק ממזכר זה), למשל – הכנתו על-ידי משרד רואי החשבון כחלק פורמאלי בהקמת חברת ההשקעה, אשר כבר הוסכם מהותית על הקמתה עת נחתם מזכר ההבנות השני. עם זאת ראוי לציין כי לתצהירו של רואה החשבון דרור תמרי צורף אישור מאת המשיב, הנושא את התאריך 16.08.2005 [נספח 5 לתצהיר רואה החשבון דרור תמרי, להלן: אישור המשיב למזכר ההבנות השלישי] ובו המשיב מתייחס במפורש למזכר ההבנות השלישי ומאשר את השקעתו בהתאם למזכר האמור וכן כי ההשקעה הועברה לחברת ההשקעה "המחזיקה במניות בנאמנות עפ"י מזכר ההבנות שנחתם עמה" [סעיף 4 לאישור המשיב למזכר ההבנות השלישי]. הנה כי כן התמיהה לגבי אי-אזכור מזכר ההבנות השלישי בתצהירו של המשיב – יש לה מקום, ואולם מהותית הדבר לא גרע מהממצאים שנקבעו, או סתר אותם.

ג) לעניין החוסר בתאריכים על חלק מהמסמכים, אשר הוגשו על-ידי המשיב לשם ביסוס גרסתו, אכן חלק מהמסמכים האמורים אינם נושאים תאריכים. בין השאר מסיבה זו – בית המשפט המחוזי הנכבד ציין בהכרעתו כי חלקן של הראיות, אשר הוצגו על-ידי המשיב אינן שלמות [פיסקה 27 לפסק הדין], ולמצער לגבי מסמך אחד בית המשפט המחוזי הנכבד אף ציין בפירוש בפסק הדין כי המסמך אינו נושא תאריך. למרות זאת בית המשפט המחוזי הנכבד סמך את קביעתו העובדתית כי המערער קיבל דיווח על השקעתו גם על מסמך זה (ראו בפסקה 22 לפסק הדין, לגבי דו"ח פירוט השקעה, אשר צורף כנספח 6 לתצהיר רואה חשבון דרור תמרי).

46. העולה מן המקובץ מלמד כי אין לקבל את טענותיו של המערער המכוונות כנגד המסכת העובדתית שנקבעה על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד ביחס למשיב.

בירור ההשגות המשפטיות

47. כעולה מהאמור לעיל – מקובלות עליי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, קרי, כי ההפסד, אשר נטען על-ידי המשיב במכירת מניות XTL הוכח על-ידו בהתאם למאזן ההסתברויות הנדרש בערעור מס [פיסקה 27 לפסק הדין].

ברם, מסקנתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, כי יש להתיר את קיזוז ההפסד האמור במלואו כנגד הכנסותיו של המשיב מדיבידנד שהתקבל בידיו מחברה שבשליטתו בשנת המס 2008 – איננה מקובלת עליי. הטעמים לכך יפורטו להלן.

48. המערער טוען כאמור כי חברת ההשקעה נושאת מבחינה משפטית בזכויות ובחובות הנובעות מפעילות ההשקעה, אשר התנהלה בצורה אוטונומית והינה אישיות משפטית נפרדת לעניין חישוב המס, ומשכך ההפסד, אשר נוצר לה כתוצאה מהחזקתה את מניות XTL – איננו יכול להיות מיוחס למשיב, שכן מדובר בשתי ישויות שונות.

49. המשיב טוען מנגד כי מניות XTL לא היו שייכות כלל לחברת ההשקעה, אלא היו שייכות למשיב, וממילא לא מדובר בייחוס הפסד – מחברת ההשקעה למשיב, אלא בהפסד אשר נוצר מלכתחילה בידי המשיב.

50. בית המשפט המחוזי הנכבד נדרש לשאלה זו וקבע כך:

“מכאן, שאין ליחס כל משמעות לכך שהמניות הוחזקו על ידי החברה ונמכרו על ידה, מאחר שמבחינה מעשית ואמתית ההחזקה והמכירה היו של תמרי-דביר. וכן אין ליחס משמעות לכך, שהחזקת המניות הייתה עבור 'קבוצת משקיעים', שכן על פי האמור לעיל, גם במזכר ההבנות השני (נספח ב' לתצהיר המערער) צוין במפורש שהטיפול של תמרי-דביר 'יאפשר הפרדה מלאה של כל הביצועים החשבונאיים של כל משקיע ומשקיע בנפרד', וכן ש'כל ההשקעות תבצענה באמצעות החברה, ותהיינה אישיות לכל אחד בנפרד'. תמרי העיד (עמ' 12) כי משרדם ניהל חשבון נפרד עבור כל משקיע." (פיסקה 25 לפסק הדין).

51. כעולה מהאמור, בית המשפט המחוזי הנכבד הכריע עובדתית כי חברת ההשקעות החזיקה במניות XTL בעבור המשיב וכי אין ליחס משמעות למתכונת של החזקה זו.

52. משמעותה המשפטית של קביעה עובדתית זו של בית המשפט המחוזי הנכבד היא כי בין המשיב לבין רואי החשבון לבין חברת ההשקעה התקיימו יחסים משפטיים, אשר מביאים לכך שלמרות שהמניות הוחזקו ונמכרו על ידי חברת ההשקעה, מעשים אלו ותוצאותיהם מיוחסים במלואם למשיב.

המערער טען בסיכומיו כי פקודת מס ההכנסה מכירה במספר הסדרים, אשר יוצרים יחסים משפטיים כאמור, דא-עקא שאותם ההסדרים אינם יכולים לחול במקרה הנידון מסיבות שונות. זאת ועוד, המערער טען כי מפסק הדין נראה שהיחסים המשפטיים האמורים נחזים להיות כיחסי נאמנות [עמ' 2 לסיכומי המערער], אך המשיב עצמו לא טען לכך, וגם הסדר הנאמנות הקבוע בפקודת מס הכנסה איננו מאפשר, בנסיבות המקרה, את ייחוס ההפסד, כפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד. מנגד, המשיב בסיכומיו בערעור זה תמך יתדותיו בקביעותיו העובדתיות של פסק הדין, תוך חיזוקן בטענה על אודות ההבדל שנוצר בנסיבות בין רישום הבעלות הפורמאלית לבין הבעלות המהותית [סעיף 49 לסיכומי המשיב].

53. בית המשפט המחוזי הנכבד לא התייחס לסוגיה הנ"ל במפורש, לאור טענות המערערים שם: "כי לא ניתן לקבוע כי מדובר בנאמנות" [סעיף 36 לסיכומי המערער] ולאור טענות המשיב שם ש"אינו טוען כי מדובר בנאמנות כהגדרתה בפקודת מס הכנסה" [סעיף 41 לסיכומי התשובה שהוגשו לבית המשפט המחוזי]. מכאן שמשמעותן המשפטית של קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד בפסק הדין, ובפרט קביעותיו כי אין ליחס משמעות לכך שהמניות הוחזקו על-ידי חברת ההשקעה ונמכרו על-ידה, כמו גם שהחזקת המניות היתה עבור קבוצת משקיעים [פיסקאות 24-25 לפסק הדין], היא כי בין המשיב לרואי החשבון ולחברת ההשקעה התקיימו יחסי שליחות (ראו גם: ריקרדו בן-אוליאל "חוק השליחות" מאת נשיא בית-המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א' 180 (תש"ס) בעמ' 180 (להלן: בן-אוליאל)).

אגב כך, נציין עוד כי קיומם של יחסי שליחות נטענו על-ידי המשיב כאן במפורש בסיכומיו בבית המשפט המחוזי [ראו: סעיפים 38-39 לסיכומי המשיב, אשר הוגשו לבית המשפט המחוזי].

54. זה המקום להדגיש כי, בדומה לתחומים רבים בהם הוכרו ונידונו יחסי שליחות, גם מקומו של תחום המיסים לא נפקד וזאת עוד טרם חקיקתו של פרק הנאמנות בפקודה. כך, למשל, ב-עמ"ה 174/82 החברה לפיתוח קרית נורדאו בע"מ נ' פשמ"ג, מיסים א/3 (מאי 1987) עמ' ה-118 (להלן: עניין נורדאו) הכיר השופט א' פלפל באפשרות של קיום יחסי שולח-שלוח (ונהנה-נאמן) בין בעל מניה וחברת-מניות בקובעו כדלקמן:

"עפ"י עקרונות תורת החברות, חברה אינה משמשת כידוע *Ipsa Facto*, שלוחה ו/או נאמנה של בעלי מניותיה. עקרון האישיות המשפטית הנפרדת קיים מאז פס"ד 22 A. C. (1897) (Salomon v. Salomon), אולם אין כל מניעה ליצור בהסכם יחסי נאמנות ו/או שליחות

בין חברה לבעלי מניותיה. בסיטואציה מעין זו לבעלי המניות יהיו שתי כשירויות: האחת כבעלי מניות בחברה, והשניה כנהנים מפירות הנאמנות. (פיסקה 4 לעניין נורדאו. ההדגשות שלי – ח"מ).

בדומה, בפסק דין שניתן ב-ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 13-09-1742 חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלי גדולים (11.10.2018) נבו נידון מקרה של רכישת אג"ח נסחרות של חברת-האם בקבוצת הנדל"ן המניב "כלכלית ירושלים" על-ידי חברה-בת (להלן: עניין כלכלית ירושלים) מציין השופט ה' קירש:

"גם בדין הכללי ישנם כלים שונים המאפשרים רכישת נכס בידי אדם אחד עבור זולתו, כל כלי ומאפייניו והשלכותיו. בין היתר ניתן להזכיר את מוסד הנאמנות ואת מוסד השליחות. אינני מחווה דעה כאן אם שימוש בהסדר זה או אחר על פי הדין הכללי היה או לא היה משיג את התוצאה הרצויה של אי מחיקת אגרות החוב מן המסחר על פי כללי הבורסה. אולם כלכלית ירושלים והמערערת העדיפו שלא לעשות שימוש מפורש ומוסדר בכלים אלה ולכאורה בעלותה של המערערת באגרות החוב הייתה בלתי מסוייגת או מוגבלת (אמנם בהשגה שהוגשה מטעם המערערת בחודש נובמבר 2012 נכתב, בין היתר, כי: "בהתאם לחוק השליחות הרווח שייך לחברת האם", אולם נראה כי מאז טענת השליחות נזנחה). ובאשר למוסד השותפות, הרי פתרון זה אכן יושם בתקופה מאוחרת על ידי כלכלית ירושלים ואכן הביא לתוצאת המס המיוחלת (שאיננה שנויה במחלוקת)" (פיסקה 65 לעניין כלכלית ירושלים) (ההדגשות במקור – ח"מ).

אם כן, יחסי שליחות יכולים להתקיים גם "בספירת דיני-המיסים". הווה אומר, במציאות בה השולח והשלוח פועלים למען תכלית מסוימת (למשל, בעניין נורדאו – בפיתוח שטח של קק"ל בעיר נתניה, או בעניין כלכלית ירושלים – ברכישת אג"ח של חברת-האם), הרי בד-בבד השולח והשלוח הם גם שני נישומים שהתנהלותם יש לה נפקות משפטית אף כלפי רשות המיסים, אשר בהקשר זה היא בבחינת צד-שלישי. בהשלכותיו אשר של דין השליחות, במקרה שכזה נדון להלן.

55. יש לציין כי ראיית יחסי המשיב וחברת ההשקעה כיחסי שליחות איננה עומדת בסתירה לעובדה כי לחברת ההשקעה, או למי שעמד מאחוריה, היה שיקול דעת עצמאי בהחלטת מימוש החזקות החברה. לשלוח יכולות להיות הרשאות כאמור (ביחס ל"הסדרי כלאיים" השוו: ע"א 9225/01 ניימן נ' קומרון, פ"ד סב(1), 260 (2006), ועיינו גם: ע"א 3829/91 ואלס נ' גת, פ"ד מח(1), 801 (1994)). מזכרי ההשקעה מלמדים כי אכן ניתנו



הרשאות בנושאים אלה ואחרים – לחברת ההשקעות ולרואי החשבון, אשר פעלו בשמה (ראו, למשל, סעיף 7 הן במזכר ההבנות הראשון והן במזכר ההבנות השני).

56. עוד יצוין כי אין בקביעת יחסי שליחות בין המשיב לבין חברת ההשקעה משום הסרתו של "מסך ההתאגדות" של חברת ההשקעה והפיכתה "לשקופה", שכן יחסי שליחות אינם מבטלים את קיומה של חברת ההשקעה אלא גורמים לכך שפעולותיה של חברת ההשקעה בכובעה כשלוחה מיוחסות ככלל (ועוד נדון בכך להלן) – למשיב בכובעו כשולח.

ודוק: אין מדובר בייחוס כל תוצאות פעילות חברת ההשקעה למשיב, אלא כי תוצאות ההשקעה במניות חברת XTL הן עצמן, בכפוף לאמור להלן לגבי חריג השליחות-הנסתרת, הן של המשיב בלבד ולא של חברת ההשקעות (השוו: ע"א 1038/17 אור שרה בע"מ ואח' נ' פקיד השומה למפעלים גדולים ואח' מיסים לב/2 (יוני 2018), עמ' ה-16; [בפסק הדין נקבע לגבי חברה משפחתית כי קודם מבוצע כימות-הכנסה ברמת החברה (חישוב רווח ההון) ולאחר מכן רווח ההון ממוסה בידי בעלי-המניות בהתאם לשיעור המס השייך להם מכוח הסדר "החברה המשפחתית"].

57. בטרם נמשיך לפריסת המסגרת הנורמטיבית, נוסיף כי בעניין נורדאו, אשר נידון שנים רבות לפני שנחקק משטר מיסוי הנאמנויות הנוכחי (סעיפים 75ג עד 75יח לפקודת מס הכנסה), נידונה הן האפשרות להכיר ביחסי שליחות והן האפשרות להכיר ביחסי נאמנות – כשתי חלופות אשר בכוחן להביא לייחוס של תוצאות הפעילות של החברה לבעלי המניות שלה במישרין.

אכן שאלה מעניינת היא אם יחוס תוצאות פעילות כאמור יכול לצמוח גם תחת משטר המיסוי הנוכחי החל על נאמנויות, הקובע, בין השאר, כללים ותנאים לעניין ייחוס תוצאות נאמנות לנהנה, לרבות לעניין הפסדי הנאמנות (ראו למשל סעיף 75יד(א) לפקודת מס הכנסה). בד-בבד, לאור קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד ולאור טענות הצדדים שאין מדובר כאן בנאמנות, כמשמעה בפקודת מס הכנסה (ראו לעיל בפיסקה 52) – אין לנו צורך לדון ולהכריע בשאלה זו כעת ובתחולת הוראות המעבר הרלבנטיות (ואף לא בהשלכות אפשריות של שימוש במידע פנים זר – על המכלול). נוכל איפוא לייחד את המשך דיוננו ל-ד' אמות הסדר השליחות.

המסגרת הנורמטיבית לשליחות

58. סעיף 1 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק השליחות) מגדיר מהם "יחסי שליחות":

"(א) שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי.  
(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית."

הווה אומר כי יחסי שליחות הם יחסים המתקיימים בין צד א', אשר הוא השולח, המייפה את כוחו של צד ב', אשר הוא השלוח, לפעול בעבורו, כאשר כל פעולה משפטית שאין הכרח מהותי, או חובה על-פי דין לבצעה באופן אישי, כשרה לשמש כנושא לשליחות.

59. קולמוסים רבים נשברו בסוגיית גדרי תחולתו של חוק השליחות והוראותיו השונות (ראו לדוגמא: ע"א 166/77 נסים דדון נ' ברוך אברהם, פ"ד לג (3) 365 (1979) (להלן: עניין דדון) [האם דינו של מתווך מקרקעין כדיו שלוח]; רע"א 2281/05 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' משה קפלנסקי, פ"ד סב (3) 373 (2007) (להלן: עניין אריה) [תחולת דיני השליחות בקשר שבין סוכן הביטוח, חברת הביטוח והמבטח]).

אחד הדיונים העקרוניים עוסק בשאלה אם הוראות חוק השליחות חלות על פעולות משפטיות בלבד, או גם על פעולות מטריאליות (פעולות פיסיות, למשל: הפגשת צדדים לשם קיום עסקה (עניין אריה, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל)), וככל והוראות חוק השליחות חלות גם על פעולות שאינן-משפטיות – האם התחולה היא ישירה, או מכוח היקש. כן התעוררה מחלוקת בשאלת גדריה של "הפעולה המשפטית" עצמה (ראו למשל עניין דדון, פסקה 4 לפסק דינו של השופט מ' אלון), ובפרט התלהט הדיון בשאלה האם ניהול משא ומתן נחשב "פעולה משפטית", אשר תביא להחלת הוראות חוק השליחות (לסקירת הדעות השונות, ראו עניין אריה, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; וכן הערותיו של בן-אוליאל בעמ' 182-185).

כך או אחרת, אם נאמץ את תלמי-מחרשתו של בית המשפט המחוזי הנכבד בעניין נורדאו, בעניין כלכלית ירושלים וכאמור לעיל גם את קביעותיו העובדתיות בענייננו, הרי שהמסגרת הנורמטיבית המוכתבת לנו על-ידי חוק השליחות והוראותיו, חלה אף אגב יחסי הצדדים בפעולות המשפטיות הנולדות מהתנהגותם גם במסגרת משטר המיסים.

60. לאחר שחוק השליחות הגדיר מהם יחסי שליחות, הוא ממשיך בפירוט "דין השליחות", קרי התוצאות המשפטיות של פעולת השלוח (וראו גם אהרן ברק, חוק השליחות (1996) בעמ' 427 (להלן: ברק)).

סעיף 2 לחוק השליחות קובע איפוא לאמור כי:

"שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח."

לצד קביעת דין השליחות כנורמה בעלת תחולה רחבה (ראו אצל ברק, בעמ' 431-432 [שם נטען כי הכפילות הקיימת בהוראת הסעיף: "שלוחו של אדם כמותו", בד-בבד עם: "ופעולת השלוח, לרבות... את השולח", מלמדת שיש לפרש את תחולת משטר השליחות בהרחבה כך שיחול על כל שינוי במצב משפטי, ולא רק במקרים של יצירת זכויות כנגד יצירת חובות]), הרי שהיקף תחולתו של דין השליחות מסויג על-ידי מספר חריגים, כאשר לצורך ההכרעה בערעור זה, חשוב במיוחד החריג הקבוע בסעיף 7 לחוק השליחות, המטפל במקרה המיוחד של "שליחות נסתרת", ובו נדון מיד.

61. שליחות נסתרת מתארת מצב בו צד א' ממנה שלוח, אשר פועל משפטית כלפי צד שלישי, אשר אינו יודע על קיומה של השליחות, או שיודע על קיומה של השליחות, אך איננו יודע את זהות השולח.

לא ניתן להפריז באתגר הפרגמטי הנוצר ממתן תוקף משפטי לפעולות הנעשות תחת שליחות נסתרת, ובמיוחד בהקשר של דיני המיסים, אשר קובעים, ככלל, את שומת המס באופן רטרואפקטיבי.

בית משפט זה עמד בעבר על החשש מפני ייחוס-בדיעבד של הפסד ב-ע"א 5468/12 ניסים עופר יונסוף נ' ירושלים פקיד שומה (02.07.2014) (להלן: עניין יונסוף), עת נידונה שם שאלת ייחוסו של הפסד לחברה נישומה אל-מול אינדיקציות להתרחשותו בידי הנישום בעל-החברה, וכך נפסק, בין היתר, באותה פרשה:

"אף בהקשר זה ניתן להוסיף כמה מלים במבט הצופה פני עתיד. ככלל, על-מנת שהפסדים ייוחסו לעסק – ולא לבעלי המניות שלו – עליו להציג תיעוד ברור שנעשה בזמן אמת ושיש בו כדי ללמד כי אכן מדובר בהפסדים שנוצרו כתוצאה מן הפעילות העסקית שלו, היינו פעילות שאם הייתה צולחת הוא זה אשר היה משלם עליה מס הכנסה. אחרת, עלול להיווצר פתח לא רצוי לתכנון מס

”בדיעבד” בהתאם לתוצאות הפעילות העסקית, היינו ייחוסה של פעילות עסקית לבעל מניות או לעסק עצמו בזיקה לשאלה האם מדובר בפעילות רווחית או הפסדית.” (עניין יונסוף, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת ד’ ברק-ארז).

אמנם דברים אלו נאמרו שלא-בהקשר של יחסי שליחות, אך דומה שתוכנם יפה גם לענייננו.

62. דרך ההתמודדות עם האתגר אותו מציבה השליחות נסתרת בקרב מערכות המשפט השונות ברחבי העולם איננה אחידה, ומשתרעת בין שלילה גמורה של התוקף המשפטי של השליחות הנסתרת (במובן זה שפעולות השלוח אינן מחייבות ואינן מזכות את השולח הנסתר אל מול צד שלישי, אשר לא ידע על קיומה של השליחות או על זהות השולח), לבין הענקת תוקף מלא לשליחות נסתרת (במובן זה שפעולות השלוח מחייבות ומזכות את השולח) חרף היותו שולח-נסתר (להרחבה ראו ברק, בעמ’ 939-942). בתווך, עומד ההסדר, אשר אומץ בדין הישראלי עם חקיקת חוק השליחות, ואשר נתפס בשעתו גם כמקורי (ברק, בעמ’ 942; בן-אוליאל, בעמ’ 196).

63. סעיף 7 לחוק השליחות, מסדיר את פעולתה ונפקותה של השליחות הנסתרת בדין הישראלי, וקובע כדלקמן:

”לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, או לא ידע את זהותו של השולח, תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולחוד ותזכה את השלוח בלבד; אולם יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי, זולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות העניין.”

משמע, כי הדין הישראלי מכיר בשליחות נסתרת תוך קביעה כי לעניין חובה משפטית הצומחת כלפי צד שלישי מפעולתו של השלוח, החיוב המשפטי חל על השלוח והשולח יחד ולחוד; ואילו לעניין זכות משפטית הצומחת כאמור, השלוח לבדו מזוכה. ואולם, השולח-הנסתר יכול לאמץ לעצמו את זכות-השלוח כלפי הצד השלישי, ככל שהאימוץ האמור איננו נוגד את מהות הזכות, תנאיה, או נסיבות העניין.

64. אם ניישם את הוראות סעיף 7 לחוק השליחות בנסיבות בהן מתקיימת שליחות בהקשר העסקי, וכאשר ההתנהלות במסגרתה פועלת השליחות יש לה השלכות במישור המס ומקימה עקב כך שליחות נסתרת כלפי רשות המיסים (ועוד נדרש להלן להבחנה

מתי שליחות נחשבת כשליחות נסתרת בהקשר לדיני המס), הרי שלעניין התנהגות השלוח היוצרת חבות במס לזכות רשות המיסים – השולח והשלוח, יתחייבו יחד ולחוד. הוזה אומר, כי ראובן ושמעון הפועלים בשליחות נסתרת בניהול עסק, מחויבים, במישור העקרוני, ביחד ולחוד מכוח הוראות סעיף 7 לחוק השליחות בתשלום המס בגין רווחי העסק. באופן דומה, פעולות השלוח, אשר מקימות זכות כלפי רשות המיסים, למשל קבלת זיכוי מס או יכולת לקזז הפסד, מזכות את השלוח לבדו, אלא אם כן השולח אימץ את הזכות והדבר אינו נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה או נסיבות העניין. הוזה אומר, כי שמעון מזוכה, וראובן יוכל עקרונית, באם הדבר אינו נוגד את מהות הזכות, תנאיה, או נסיבות העניין, לאמץ את הזכות ולמעשה "להעבירה" לרשותו.

אולם, סעיף 7 לחוק השליחות קובע במפורש כי: "יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי" קרי, כי השולח-הנסתר איננו מזוכה בשל פעולת השלוח "מאליה ומיד", כפי שמתרחש במקרה של שליחות גלויה שלגביה קבע סעיף 2 לחוק השליחות כי "[ו]פעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח". בשליחות נסתרת השולח-המאמץ מעביר לרשותו זכות, אשר כבר התגבשה עקב השליחות בידי השלוח.

מסביר זאת פרופ' ברק כך:

"בשליחות הנסתרת מחייבת פעולת השלוח את השולח ואת השלוח "יחד ולחוד", אך מזכה את השלוח בלבד. השולח חייב אך אינו זכאי. אולם, הפיצול האמור בין בעלותו של השולח בזכות לבין חבותו, ייעלם אם השולח יאמץ לעצמו את זכויות השלוח כלפי הצד השלישי. בכך נבדלת השליחות הנסתרת מהשליחות הגלויה. בשליחות הגלויה פעולת השלוח מזכה מאליה ומיד את השולח, בלא שיעבור פרק זמן כל שהוא בין ביצוע הפעולה על ידי השלוח לבין קיום זכות בידי השולח. לא כן בשליחות הנסתרת. פעולתו של השלוח מזכה את השלוח. כדי שגם השולח יהיה מזוכה, עליו לעשות מעשה אימוץ. זאת ועוד: בשליחות הגלויה פעולת השלוח כשלעצמה מעניקה זכות לשולח. ואילו בשליחות הנסתרת דרושה פעולה נוספת, פעולת השולח, כדי שהזכות תהיה לשולח" (שם, בעמ' 993-994, ההדגשה שלי – ח"מ).

65. בהתאם לאמור לעיל, שולח-נסתר יכול להיות מזוכה בשל פעולת השלוח רק ככל וזו הביאה לגיבוש זכות לשלוח. באם הפעולה לא הביאה לגיבוש זכות לשלוח (לרבות בשל פסלות של השלוח – ראו גם אצל ברק, ה"ש 237 בעמ' 1005), כלל לא

מתקיימת זכות שאותה יכול השולח לאמץ (להלן: זכות בת-אימוץ). כלל זה צריך להנחות אותנו בבואנו לבחון את שאלת האימוץ גם בהקשר המיסוי.

עוד נוסיף כי מעבר לכך שצריכה להתקיים זכות בידי השלוח, אותה יוכל השולח-הנסתר לאמץ, ישנם שני מרכיבים נוספים שצריכים להתקיים כדי שהשולח יזוכה בהתקיים שליחות נסתרת:

המרכיב הראשון – כי השולח צריך לנקוט פעולת אימוץ;

והמרכיב השני – כי האימוץ צריך להיות כזה שאינו נוגד את מהות הזכות, תנאיה או נסיבות העניין.

נרחיב קמעה עתה על התנאים והדרישות אותם מציבים שני מרכיבים אלה במקרה הנידון, ובהקשר הרחב של דיני-המיסים.

66. חוק השליחות איננו מסביר מהו "אימוץ" ומהם דיניו (ראו: ברק, בעמ' 994) וכך גם הפסיקה הקיימת נתנה בו סימנים מעטים בלבד (ראו: ע"א 273/78 גרוסמן יוסף נ' כספי צבי, פ"ד לג(3) 300 (1979), פסקה 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק; ת"א (חיפה) 321/99 סמוליאנסקי בוריס נ' אוריאל גניזדוביץ (26.9.2006)).

על-פי פרופ' ברק, אימוץ, ככלל, הוא פעולה משפטית חד-צדדית של השולח, ואשר לשם שכלולו לא נדרשת הסכמה של השלוח או של הצד השלישי, וכן לא נדרשת ידיעה של הצד השלישי, אך נדרש גילוי חיצוני לפעולת האימוץ (שם, בעמ' 997-999).

בהקשר זה נציין כי גם בעניין נורדאו וגם בעניין כלכלית ירושלים – שני מקרים, אשר עסקו כאמור בחברות עסקיות המחויבות בדיווח כספי, נדונה שאלת עובדת הדיווח על תוצאות הפעילות של השלוח בדוחותיו הכספיים של השולח, במקרים הנידונים. הכללת תוצאותיה של חברת-הבת בדוחות הסולו של חברת-האם, או היעדר דיווח שכזה, שימשה חלק מרכזי בפתרון סוגיית ההכרה בקיומם של יחסי שליחות ונאמנות בין הצדדים, אשר בכוחם להביא לייחוס תוצאות הפעילות של החברה-הבת לחברה-האם (עוד על המעמד של הביטוי החשבונאי במערכת המשפט הישראלית, לרבות במערכת המס, ראו: ישראל קליין "עד כמה נורמטיבי מעמדם הנורמטיבי? על כללי חשבונאות מקובלים והמשפט הישראלי" משפטים מח 271 (2018)).

עוד נציין כי בהקשר לתחום המיסים ישנם דיווחים בהם נדרש הנישום לתת גילוי המלמד על קיומו של אימוץ וממילא מתחייב הגילוי החיצוני הנדרש לפעולת האימוץ. אחד מאותם דיווחים הוא הצהרת-הון של הנישום, וכאשר נישום לא כלל שום ביטוי לתוצאות האימוץ בהצהרת-הון, הרי שנטל ההוכחה לנקיטה בפעולת האימוץ, אשר ממילא מונח על כתפי הנישום, יהיה כבד אף יותר (השוו: מנחם כהן, הצהרת הון 9 (2016); וכן יצחק מיוחס ואבי הלפרין הצהרת הון 62 (1983)).

67. מלבד נקיטה בפעולת-אימוץ, כדי שהשולח-הנסתר יזוכה, הזכות שהתגבשה אצל השלוח צריכה להיות זכות שהיא "זכות עבירה" בהתאם לדרישות סעיף 7 לחוק השליחות, שהרי כאמור:

"יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי, זולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות העניין".

הנה כי כן די בכך שהאימוץ "מתנגש" עם מהות הזכות, תנאיה או נסיבות העניין כדי שהשולח-הנסתר לא יוכל לאמץ את הזכות וזו תישאר של השלוח (השוו עם הדרישות שקובע סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, בכדי שזכות תהיה בת-המחאה: "זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה").

68. האם הזכות לקזז הפסד של נישום א', שהוא שלוח, היא זכות שאימוצה על-ידי נישום ב', שהוא שולח-נסתר, יכולה להיות נוגדת את מהות הזכות, תנאיה או הנסיבות? ייתכן והתשובה לשאלה זו תמצא מתוך קבלתה של הזכות לקזז הפסד – כזכות "אישית" (in persona). במובן זה, ניתן לראות בזכות לקזז הפסדים כמרכיב בזכות גדולה יותר של הנישום, לשלם אך ורק בהתאם לחבותו-במס, כפי שתקבע על-פי עקרון "היכולת לשלם". בהמשך לכך, נאמר כי זכות זו לא ניתנת לאימוץ על ידי שולח-נסתר, ובדומה היא לא ניתנת להמחאה מנישום א' לנישום ב', שכן דבר זה מנוגד למהות הזכות. קיזוז הפסד מרווח הוא חלק ממנגנון קביעת ההכנסה האבסולוטית של הנישום, אותה ראוי למסות בהתאם להתעשרותו שלו, וכל זאת במטרה לתת ביטוי ליכולתו של אותו נישום עצמו להשתתף בנטל המס הקולקטיבי.

ברם, אין לנו צורך לקבוע כעת מסמרות נוכח נסיבות המקרה שלפנינו, בתבניתה הכללית של פעולת האימוץ, או תנאיה, לרבות בשאלת טבעה של הזכות לקזז הפסדים

ויכולת אימוצה, וכן לקבוע בפסקנות באשר לנפקותו של סעיף 10(א) לחוק השליחות לענייננו, כמו גם ביחס לשאלה האם הפסד הוא בגדר "נכס" במשמעות הסעיף האמור, ולפיכך מוטב להשאיר סוגיות אלו כולן בצריך עיון.

מן הכלל אל הפרט

69. כאמור לעיל, משמעותן המשפטית של קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד בפסק הדין היא כי התקיימו פה יחסי שליחות בין המשיב, לבין רואי החשבון וחברת ההשקעה. יחסים אלו פעלו גם במישור יחסיהם של הצדדים כלפי רשות המיסים, אשר היא בבחינת צד שלישי לצורך הבדיקה אם התנהלות הנישומים במכלול היתה לה נפקות משפטית. עתה אגזור את המסקנות המתחייבות, אפרש ואפרט.

סכום ההשקעה הראשון

70. מהקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד עולה כי יחסי השליחות השתכללו בביצוע ההשקעה הראשונה במניות חברת XTL. קרי, בחתימת מזכר ההבנות הראשון בתאריך 03.12.2004 או מעט לפני כן. יחסי שליחות אלו חלו לגבי סכום ההשקעה הראשון.

בנקודת זמן כלשהי לאחר תאריך ביצוע ההשקעה הראשונה – המשיב הגיש למערערת דו"ח הצהרת הון לתאריך 31.12.2004, ובו לא כלל את השקעתו במניות חברת XTL. הווה אומר, כי המשיב לא חשף את קיומה של ההשקעה, למרות שהוא טוען כי היה הבעלים של ההשקעה (ראו בדומה: ע"א 7395/17 כהן נ. רשות המיסים (21.02.2019), בפיסקה 7). לשון אחר, יחסי השליחות במסגרתם בוצעה ההשקעה הראשונה קיבלו אופי של שליחות נסתרת במישור המס הישראלי, כאשר התנהלות השלוח יצרה פעילות משפטיות כלפי רשות המיסים, מבלי שהאחרונה תהיה מודעת לקיומה של השליחות.

מאחר וההשקעה הראשונה נעשתה במסגרת שליחות נסתרת, הזכות אשר צמחה במסגרת השליחות היא זכותה של חברת ההשקעה, אשר היא השלוח בענייננו. המשיב – אשר הוא השולח, רשאי היה, בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק השליחות, לאמץ את הזכות, ובכך להעביר את הזכות של חברת ההשקעה לידיו.



ברם, "תנאי-סף" לאימוץ, הוא התקיימות הזכות בידי של השלוח (לדיון באפשרות לאמץ זכות עוד לפני גיבושה בידי השולח, ראו: ברק, ה"ש 213 בעמ' 994 [שם נטען כי אין תוקף לאימוץ הנעשה קודם לגיבוש הזכות בידי השלוח]). בענייננו הזכות אותה מבקש המשיב לאמץ היא הזכות לקזז הפסד כנגד רשות-המיסים הישראלית, דא-עקא שזכות זו כלל לא התגבשה בידי של השלוח, שכן חברת ההשקעה כלל לא היתה כפופה אז לדיני המס הישראליים, וממילא לא התגבשה לה זכות לקזז הפסד כנגד רשות המיסים הישראלית.

מאחר וכלל לא התגבשה זכות בת-אימוץ בידיה של חברת ההשקעה, אין לנו צורך להמשיך ולדון אם ננקטה פעולת אימוץ ואם הדבר איננו נוגד את מהות הזכות, תנאיה או נסיבות העניין. יש לציין כי ייתכנו מקרים בהם תתגבש זכות בת-אימוץ בידי של שלוח אותה יבקש שולח-נסתר לאמץ, וייתכן והיה זה המקרה גם בענייננו באם חברת ההשקעה היתה נישומה בישראל ומזדכה ביכולת לקזז את הפסדיה אל מול רשות המיסים הישראלית, ואז במקרים שכאלו היינו נדרשים להמשיך ולדון אם אימוץ זה עומד ביתר דרישות סעיף 7 לחוק השליחות. ברם, אין זה המקרה בענייננו.

סכום ההשקעה השני

71. בכל הנוגע לסכום ההשקעה השני, יחסי השליחות בקשר להשקעה זו השתכללו בראשית שנת 2005. כזכור, מקביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד עולה כי בתאריך 17.02.2005, המערער ורואי החשבון חתמו על מזכר הבנות נוסף, אשר יצר הסדר השקעה חדש וכי בתאריך 22.02.2005 נרכשו בסכום זה מניות נוספות עבור המשיב.

בניגוד להשקעה הראשונה, אשר בוצעה עובר לתאריך הצהרת ההון (31.12.2004), ואשר אי-הכללתה בהצהרת ההון הביא לאפיון יחסי השליחות הקשורים בה כשליחות נסתרת, ההשקעה השנייה ויחסי השליחות הקשורים בה התגבשו לאחר תאריך הצהרת ההון, וממילא לא היה מקום לכלול אותם בהצהרת ההון לתאריך 31.12.2004. כאמור לעיל, בהצהרות ההון המאוחרות יותר, לשנת 2007, המשיב כבר כלל את כל ההשקעה בהצהרת ההון שלו, ולמרות שלא היה בכך כדי לאפיין מחדש את יחסי השליחות בקשר להשקעה הראשונה (עיינו הרחבה בהקשר זה בפיסקה 73 להלן), היה בכך כדי לאפיין את יחסי השליחות בקשר עם ההשקעה השנייה כשליחות גלויה.

72. מאחר וההשקעה השנייה נעשתה במסגרת שליחות גלויה, לא חל ביחסים אלו סעיף 7 לחוק השליחות, שדן בשליחות נסתרת כאמור, וממילא לא נדרשו אימוץ והתקיימות שאר תנאי הסף – ביחס להתממשות הזכות בידי השולח. לפיכך, בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק השליחות פעולות חברת ההשקעה (השלוח) זיכו מאליהן ומיד את המשיב (השולח). בהתאם לכך, כאשר חברת ההשקעה מימשה את המניות, מימוש זה נחשב כמימוש של המשיב ויצר אצלו זכות לקזז הפסד כנגד רשות המיסים הישראלית.

73. יש לציין כאן כי גם אם הנישום כלל בהצהרת ההון לשנת 2007 את כלל השקעתו במניות חברת XTL – אין בכך כדי לאפיין מחדש את יחסי השליחות, אשר חלו בהקשר להשקעה הראשונה. עסקינן במקרה של ייחוס הפסד, אשר נוצר כאמור מהשקעה, אשר נעשתה במסגרת שליחות-נסתרת. במקרה שכזה, ככל שמדובר בהימשכותה של אותה ההשקעה, והשינוי הוא רק בחשיפת קיומם של יחסי שליחות, יש לפרש את הוראות סעיף 7 לחוק השליחות במקרה הנידון כממשיכות לחול על תוצרי ההשקעה המקורית, אשר נעשתה תחת יחסי שליחות-נסתרת, וזאת גם אם לאחר אפיונה של השליחות כנסתרת, הנישום מדווח על קיומה של השליחות וכביכול מסווג אותה מחדש, הפעם כשליחות גלויה.

כאמור לעיל, מדובר בענייננו בהימשכותה של אותה השקעה, אשר נוצרה במסגרת יחסי שליחות נסתרת מבלי שהתקיימו תנאי הייחוס (אף כי לו היה מדובר בהשקעה אשר מומשה ונרכשה מחדש, ייתכן והתוצאה היתה שונה).

סיכום ביניים

74. כאמור, לא ראיתי טעם מבורר לשנות מהכרעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד. משמעותן המשפטית של קביעות אלו, כפי שהובאו במסגרת פסק הדין, היא כי בין הצדדים התקיימו יחסי שליחות. בד-בבד, עובדת קיומה של שליחות זו לא הובאה לידיעת רשות המיסים בהצהרת ההון של המשיב לתאריך 31.12.2004; ומכאן שהשליחות בפעולותיה המשפטיות אל מול רשות המיסים כצד-שלישי התאפיינה כשליחות-נסתרת, אשר במסגרתה יכולתו של השולח לאמץ את זכות השלוח איננה מוחלטת, אלא תלויה בהתגבשות הזכות עובר-להעברתה. במקרה הנדון, בידי חברת ההשקעה, השלוח בענייננו, לא התגבשה כלל זכות לקזז-הפסד אל מול רשות המיסים ומכאן שהמשיב לא יכול היה לאמץ זכות זו.

דברים אלו יפים לעניין קיזוז חלק ההפסד, אשר נבע מההשקעה הראשונה. מאידך, ההשקעה השנייה, נעשתה גם היא במסגרת יחסי שליחות, אשר התגבשו לאחר הצהרת ההון של המשיב לתאריך 31.12.2004, ועובדת קיומה של ההשקעה כהשקעת המשיב גולתה בהצהרת ההון של המשיב לשנת 2007. בהתאם לכך, השליחות הקשורה בהשקעה השנייה התאפיינה כשליחות גלויה, אשר במסגרתה פעולות השלוח מזכות מאליהן ומיד את השולח, ללא תלות בהתגבשות מוקדמת של זכות אותה מאמץ השולח מאת השלוח. מכאן שמכירת מניות XTL, אשר נכללו בהשקעה השנייה גרמה מיד להיווצרות הפסד וזכות לקזז את ההפסד אל מול רשות המיסים – בידי של המשיב עצמו.

75. זה המקום להוסיף הערה כללית. כאשר הנישום מקים השקעה המבוצעת על-ידי אחרים מחוץ לגבולות המדינה, הרי שיכולתה האפקטיבית של רשות המיסים לשום את אותה ההשקעה תלויה רבות בדיווחיו של אותו הנישום, נוצרת איפוא פירצה. הדיווח הרטרופקטיבי על אודות תוצאות ההשקעה מאפשר דה-פקטו לנישום לחשוף את ההשקעה כאשר אחריתה הפסד, ומאידך לחטוא בהעלמתה כאשר נוצרים רווחים.

בדרך ניתוחנו לעיל, ובהחילנו את דיני השליחות על מקרים כבנידון, גדרנו פירצה זו באמצעות הקביעה כי אם יעלים הנישום את ההשקעה מדיווחיו – יחול עליו דין השליחות הנסתרת, ובכך החיוב במס יחול על הנישום, ברם זיכוי במס לא יעמוד לו. נמצא איפוא כי לא ימצא "חוטא נשכר". ברם, במסגרת ערעור זה דנו אך ורק במשמעות השמטת הדיווח מהצהרת ההון של הנישום, על אפיונם של יחסי השליחות כשליחות נסתרת, ולא בהיבטים נוספים שיכולים להיות כרוכים בכך לגבי חובות הדיווח השונות.

76. עוד יש לציין כי לצורך הכרעה בערעור זה, דנו בחריג אשר קבוע בסעיף 7 לחוק השליחות ואשר עוסק במקרה המיוחד של שליחות נסתרת. ברם, אין בכך משום מיצוי ההגבלות אשר עשויות לחול על תחולת דין השליחות והיקפה ביחסי הנישום, כשולח או כשלוח, בפעולותיו אל מול רשות המיסים.

לאור המגמה השולטת בהצרת הבחירות העומדות לנישום בעיצוב דרך מיסויו, ואשר מאפשרות ניצול לרעה של "תכונת השקיפות", לרבות יחוס תוצאות נישום אחד לנישום שני, ובפרט, יחיד ותאגיד שבבעלותו (ראו למשל תיקונים מס' 197 ו-מס' 245 לפקודת מס הכנסה [שצמצמו את אפשרות ההכרה בתאגידים כ-"חברות משפחתיות" ו-"חברות בית"]), ייתכן מאוד כי את תנאי ההכרה ביחסי שליחות בתחום דיני המיסים, כמו גם שאר היקף תחולתם, יש לפרש בצמצום.

כאמור לעיל, לתחולתה הכללית של הנורמה הקובעת כי "שלוחו של אדם כמותו" ישנם חריגים, בהם כאלה אשר ישפיעו על ההכרה ביחסי השליחות ובתחולתו של דין השליחות הכללי בדיני המיסים.

בהקשר זה, ובשל ההסדרה המיוחדת אשר נוצרה לפעולה דרך שליחות נסתרת, נציין את ההסדר הקיים במסגרת סעיפים 69 ו-73(ו) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין), במסגרתו מוסדר נושא המיסוי של עסקאות במקרקעין הנעשות לטובתו של אחר, ואשר מחייבות דיווח מיוחד ההופך שליחות נסתרת – לגלויה ("כל אדם המחזיק בשמו הוא בשביל פלוני בזכות במקרקעין ... יודיע למנהל, על אף האמור בכל דין, על כל מכירת זכות במקרקעין או פעולה באיגוד מקרקעין שכתוצאה ממנה הוא יחזיק באותה זכות" (סעיף 73(ו) לחוק מיסוי מקרקעין)).

77. זאת ועוד – אחרת. "נאמנות" ו-"נאמן" מוגדרים בסעיף 75ג לפקודת מס הכנסה כך:

"נאמנות" – הסדר שעל פיו מחזיק נאמן בנכסי הנאמן לטובת נהנה, שנעשה בישראל או מחוץ לישראל, בין אם הוא מוגדר על פי הדין החל עליו כנאמנות ובין אם הוא מוגדר אחרת."

"נאמן" – אדם שהוקנו לו נכסים או הכנסות מנכסים, או שהוא מחזיק בנכסים בנאמנות";

למרות שקיים הבדל עקרוני בין שלוח לבין נאמן (ראו: ברק, בעמ' 414-415 והשוו: שלמה כרם חוק הנאמנות, תשל"ט – 1979 (2004), בעמ' 216). ישנם מקרים בהם השלוח מתפקד גם כנאמן – למשל, לגבי כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות (סעיף 10 לחוק השליחות) "כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח"; וראו עוד אצל ברק, בעמ' 1119-1124 [אשר טוען כי תכלית החקיקה בסעיף 10(א) היתה להעניק לשולח זכות קניין בנכס, במקרים בהם חסר דין אחר מלבד סעיף 10(א) ליצירת זכות זו].

כאשר השלוח פועל במסגרת הסדר שעל-פיו הוא גם נאמן, אשר אף מחזיק בנכסי הנאמן לטובת נהנה, ואין אנחנו דנים כעת בדרישות אותה "החזקה", יתקיימו הגדרות סעיף 75ג לפקודת מס הכנסה, וככלל, יחול משטר מיסוי הנאמנויות הקבוע בפקודת מס הכנסה. ברם, לצורך ההכרעה בענייננו, אין לנו צורך להידרש לחריגים אלו ולאחרים הקיימים בדין, כמו גם לתנאי-השתכללותם של יחסי השליחות ופעולת דין השליחות בספירת המיסים, לרבות הגדרתם המדויקת של "הנאמן" ו-"הנאמנות" הקבועים בסעיף 75ג לפקודת מס הכנסה, ונוכל להשאיר גם את הדיון בכל אלה בצריך עיון.

78. זה המקום להדגיש שוב כי קביעת בית המשפט המחוזי הנכבד שחברת ההשקעות החזיקה במניות XTL בעבור המשיב וכי למתכונת המדויקת של החזקה זו אין ליחס משמעות – איננה עומדת בסתירה לעיקרון הישות המשפטית הנפרדת, שכן מניות XTL הוחזקו בידי חברת ההשקעה בעבור המשיב במתכונת של שליחות, ולכן ייחוס תוצאות המכירה של מניות אלו אל למשיב בשליחות הגלויה – צריך להיבחן לאור דיני השליחות הכלליים.

79. בשולי הדברים אציין עם זאת כי האמור לעיל אינו ממצה את הדיון בטיב היחסים המשפטיים, אשר שררו בין הצדדים השונים והחובות והזכויות אשר נגזרו מכך. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע הכריע בפסק הדין כי אין ליחס – במישור קיזוז הפסדי-המס – משמעות לכך שהמניות הוחזקו על ידי חברת ההשקעה ונמכרו על ידה [פיסקה 25 לפסק הדין]. לגישתי – הנפקות המשפטית בענייננו לקביעה זו הוא החזקה על דרך של שולח-שלוח. בד-בבד, לצד מערכת יחסי-שליחות, אין בקביעה זו משום שלילת האפשרות שהצדדים חבשו כובעים נוספים מלבד כובע השליחות (ראו בהקשר זה גם: ברק, בעמ' 415-422 [דיון במערכות דינים נוספות, כגון דיני השומרים ואחרות, אשר יחולו בד-בבד עם מערכת דיני השליחות]).

80. נותר לדון בשאלה: האם יש במסקנת בית המשפט המחוזי הנכבד משום סתירה לזכות קיזוז ההפסדים, כפי שמוסדרת בפקודת מס הכנסה ולעיקרון המימוש?

#### חזית קיזוז ההפסדים

81. כלל טיעוניו של המערער בחזית קיזוז ההפסדים משלבים הנחה כי ההפסד ממכירת מניות XTL נוצר בחברת ההשקעה ולאחר מכן הועבר למשיב וקוזז על-ידו. ברם, כאמור לעיל, בין המשיבה לבין חברת ההשקעה התקיימו יחסי שליחות, ובהתאם לכך אותו הפסד, אשר נוצר תחת יחסי שליחות-נסתרת ואשר נוצר בחזקת חברת ההשקעה, איננו בר-קיזוז אצל המשיב ואילו אותו הפסד אשר נוצר תחת יחסי שליחות-גלויה הוא הפסד, אשר נוצר אצל המשיב עצמו, שכן פעולת השלוח מזכה את השולח "מאליה ומיד". ממילא גם אין צורך בהסדר מיוחד לשם "השקפת" חברת ההשקעה והעברת תוצאותיה לחיקו של הנישום.

כמו-כן, ומבלי להכריע לגופה של טענה, גם פרשנותו של המערער לתנאי סעיף 92(א)(4) לפקודת מס הכנסה ("היה לאדם הפסד הון במכירת נייר ערך בשנת המס") איננה

נתקלת בקשיי יישום לעניין קיזוז הפסד מההשקעה השנייה, שכן נקבע כי המשיב היה הבעלים של מניות XTL המדוברות ומכירת חברת ההשקעה זיכתה אותו עצמו. בדומה, המשיב איננו מבקש להשקיף על מה שארע כאילו נגרם לו הפסד מהשקעת כספו בידי רואי-החשבון, אלא מקזז הפסד, אשר נקבע כי נגרם לו מהשקעתו שלו במניות XTL. ממילא גם רווחים, אם היו נוצרים בידי המשיב, היו מחויבים במס בישראל ובהתאם לכך הפסדיו מותרים בקיזוז גם תחת פרשנות המערער לסעיף 92(א) לפקודת מס הכנסה.

בהתאם לאמור, טענות המערער בחזית זכות קיזוז ההפסדים – נדחות.

לעניין עקרון המימוש

82. כאמור לעיל, נקבע כי הפסד ממכירת מניות XTL במסגרת ההשקעה השנייה הוא הפסדו של המשיב. בהתאם לכך, הפסד זה, אשר קוזז בידי המשיב, איננו הפסד מירידת ערך של חברת ההשקעה, אלא הפסד ממכירתן של מניות XTL. ממילא גם אין כל משמעות לשאלה האם המשיב החזיק במניות חברת ההשקעה, אם לאו.

83. לאור כל האמור, הנני מציע כי נקבל את הערעור בחלקו, כך שלמשיב יותר לקזז את הפסד אשר נגרם לו מההשקעה השנייה, אך לא את הפסד אשר נגרם לו מההשקעה הראשונה.

84. בנסיבות העניין, בשים לב לתוצאה וכן לעובדה שהמשיב בחר שלא לכלול את ההשקעה הראשונה בהצהרת ההון שהגיש ואף לא נקט בגילוי מלא בהליכים – מוצע עוד כי המשיב ישא בהוצאות המערער בערעור בסך של 30,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ברון:

שותפה אני לדעתו של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, כי אין יסוד להתערבותנו בקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי; וכי משמעותן לענייננו היא כי בין המשיב לחברת ההשקעה התקיימו יחסי שליחות, שההשקעות במניות – הן הראשונה הן השניה – נעשו במסגרתם. כן מסכימה אני עם דרך הילוכו של חברי שלפיה במצב דברים זה ובהינתן התנהלות המשיב אל מול רשות המיסים, יש להשקיף על ההשקעה הראשונה

כשליחות נסתרת בעוד על ההשקעה השניה יש להשקיף כשליחות גלויה, והדבר משליך  
בנסיבות המקרה על זכאותו של המשיב לקיזוז הפסדי הון מההשקעה במניות. ומשכך,  
אני מצרפת את הסכמתי לתוצאה שאליה הגיע המשנה לנשיאה שלפיה הערעור יתקבל  
בחלקו תוך חיוב המשיב בהוצאות – קרי: יתאפשר למשיב לקזז את ההפסד שנגרם לו  
מההשקעה השניה, לא כן ההפסד שנגרם לו מההשקעה הראשונה.

## ש ו פ ט ת

### השופטת י' וילנר:

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיאה, עמדתי שונה.  
אני סבורה כי בית המשפט המחוזי לא השלים את מלאכתו בתיק האמור, וכי משכך אין  
מנוס מלהחזיר אליו את התיק על מנת שיעשה כן. אבהיר דבריי.

2. בית המשפט המחוזי ציין בפתח פסק דינו כי בא-כוח המערער הודיע במהלך דיון  
ההוכחות שהתקיים בפניו כלהלן: "אין מחלוקת על כך שבאופן עקרוני ניתן לקזז הפסד  
ממכירת מניות באותה שנה ... אם הוא [המשיב, י.ו.] היה מביא ראיה למכירה בהפסד  
של מניות באותה שנה הייתי מתיר את הקיזוז. באופן עקרוני". לנוכח הצהרתו זו של בא-  
כוח המערער, ציין בית המשפט המחוזי כי השאלה העומדת בפניו להכרעה היא עובדתית-  
ראייתית, היינו: אם המשיב הוכיח את הפסדיו ממכירת מניות XTL אם לאו (ראו בפסקה  
2 לפסק הדין קמא).

3. ואמנם, לאחר שניתח את הראיות שהובאו בפניו, קבע בית המשפט המחוזי כי  
מאזן הנוחות נוטה לקבלת גרסתו של המשיב, שלפיה הוא אכן רכש מניות של XTL  
בסכום המוצהר על ידו באמצעות רואי החשבון וחברת ההשקעה, וכי אכן נגרם לו ההפסד  
הנטען על ידו. אף אני, כמו חברי, המשנה לנשיאה, סבורה כי אין להתערב בממצאים  
העובדתיים שנקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי, מהטעמים המפורטים בחוות דעתו.

4. ואולם, לשיטתי, לא ניתן היה להסתפק בקביעה העובדתית שלפיה יש לקבל את  
גרסת המשיב באשר לאירועים שהובילו להפסדיו כתוצאה מהשקעתו במניות XTL.  
לאחר קביעה זו, בית המשפט המחוזי צריך היה להמשיך לבחון ולקבוע מהי מערכת  
היחסים המשפטית שהתקיימה בין משולש היחסים, המשיב, רואי החשבון וחברת  
ההשקעה – האם בין הצדדים התקיימו יחסי שליחות (כפי שקבע חברי, המשנה לנשיאה,

בחות דעתו), האם התקיימו ביניהם יחסי נאמנות, או שמא התקיימה ביניהם מערכת יחסים כפולה של שליחות ונאמנות (כפי שיפורט להלן). בהמשך לכך, על בית המשפט המחוזי היה לבחון ולהכריע מהן ההשלכות המשפטיות של סיווג היחסים האמורים על האפשרות לקזז את ההפסדים שנגרמו למשיב, וזאת בהתאם לדיני המס.

5. במילים אחרות: בית המשפט המחוזי אמנם הגיע למסקנה - העובדתית כאמור - כי המשיב השקיע מכספו שלו במניות XTL בהתאם להסכמים שנערכו בינו לבין רואי החשבון ולחברת ההשקעה, וכי מניות אלה נמכרו בהפסד, ומשכך קבע כי נגרם למשיב הפסד המותר בקיזוז. ואולם, ככל שמערכת היחסים שבין הצדדים תסווג כמערכת היחסים שבין נהנה לבין נאמן, השאלה אם ההפסד שנגרם למשיב מותר בקיזוז תלויה בקביעות עובדתיות נוספות בהתאם להוראות הרלוונטיות בפרק רביעי (2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. כמו כן, ככל שמערכת היחסים שבין הצדדים תסווג כמערכת יחסים שבין שולח לבין שלוח, הרי שגם לכך עשויות להיות השלכות שונות על האפשרות של המשיב לקזז הפסדיו, כפי שעולה מחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה.

6. בהקשר זה אבקש להעיר, כי המסקנה שאליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה, שלפיה מערכת היחסים המשפטית שהתקיימה בין המשיב לבין רואי החשבון וחברת ההשקעה היא מערכת יחסים של שליחות נראית לי תואמת את התשתית העובדתית הנדונה. ואולם, סעיף 10(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 קובע כלהלן:

”כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח; והוא, אף אם לא גילה השלוח לצד השלישי את קיומה של השליחות או את זהותו של השולח” (ההדגשה הוספה, י.ו.).

בענייננו, וזה העיקר לטעמי, נראה כי סכומי ההשקעה אשר הועברו מחשבון הבנק של המשיב לחשבון הבנק של רואי החשבון הם ”נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות”, ומשכך, לכאורה, יש לראות בהם כנכסים שהוחזקו בידי רואי החשבון כנאמנים של המשיב. על היחס שבין יחסי השליחות לבין יחסי הנאמנות כתוצאה מתחולת סעיף 10(א) לחוק השליחות עמד פרופ' ברק:

”מכוח הוראת חוק השליחות (סעיף 10(א)) רואים בשלוח כמי שמחזיק בכל נכס הבא לידי עקב השליחות כנאמן של השולח. חוק הנאמנות הוא הקובע את דיניה של נאמנות זו... נכס המגיע לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן. מחד גיסא המחזיק הוא שלוח, ומאידך גיסא המחזיק הוא נאמן. כשלוח, חלות עליו



הנורמות הקבועות בחוק השליחות. כנאמן, חלות עליו הנורמות הקבועות בחוק הנאמנות... אכן, על שלוח-נאמן יחולו דיני השליחות. כן יחולו עליו דיני הנאמנות, עד כמה שאינם סותרים את דיני השליחות" (אהרן ברק חוק השליחות 1121-1124 (כרך שני, 1996)).

7. במצב דברים זה, נראה כי יש להידרש לשאלה מהן ההשלכות האפשריות של סיווג מערכת היחסים שבין הצדדים כיחסי נאמנות על האפשרות של המשיב לקזז את ההפסדים שנגרמו כתוצאה מההשקעה במניות XTL. בתוך כך, יש ליתן את הדעת לטיעוניו של המערער בהקשר זה, ובין היתר לטענותיו כי: "על פי הוראות הפקודה ככלל לא ניתן לקזז הפסדי הנאמן עם הכנסות הנהנה אלא אם עסקינן בסיום חייה של הנאמנות, ולפנינו לא הועמדה כל הוכחה שאכן בשנה 2008 חדלה חברת CM מפעילותה. עוד יש לציין, כי לפי סעיף 75 לפקודה – הוראות פרק רביעי 2, הוא פרק הנאמנויות, לא יחולו על קרן להשקעות משותפות מחוץ לישראל ויתכן כי CM עולה כדי קרן להשקעות משותפות מחוץ לישראל" (ראו: פסקה 37 לסיכומי הערעור של המערער).

8. בהקשר זה אבקש להדגיש כי העובדה שהמשיב טען במסגרת סיכומי התשובה שהוגשו לבית המשפט המחוזי כי היחסים שבינו לבין רואי החשבון לא היו יחסי נאמנות אינם צריכים להעלות או להוריד בעניין זה. ככל שמבחינה מהותית היחסים המשפטיים בין הצדדים עלו כדי יחסי נאמנות או כדי יחסי שליחות שבמסגרתם כספי ההשקעה הגיעו לידי השלוח (רואי החשבון) עקב השליחות – הרי שיש לראות ביחסים שבין הצדדים כיחסי נאמנות, ולשאלה איך הם היו רוצים שיחסייהם יוגדרו מבחינה משפטית אין כל נפקות בהקשר זה.

9. על רקע כל האמור, אני סבורה כי בית המשפט המחוזי לא השלים את מלאכתו בתיק האמור, וכי לאחר שנקבעה על ידו התשתית העובדתית בנדון, היה עליו לבחון מהו הלבוש המשפטי המתאים למערכת היחסים שבין הצדדים, ומהן ההשלכות של הסיווג המשפטי שייקבע על ענייננו בהתאם להוראות הדין הרלוונטיות.

10. לנוכח האמור, לו תישמע דעתי, התיק יושב לבית המשפט המחוזי, על מנת שישלים את פסק דינו בשאלות האמורות ויכריע כחכמתו, ובתוך כך, יהיה רשאי, במידת הצורך, לאפשר לצדדים להשלים את טענותיהם בנדון.

הוחלט בדעת רוב של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר והשופטת ע' ברון, כנגד דעתה החולקת של השופטת י' וילנר, כאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר.

ניתן היום, ב' באב התשפ"א (11.07.2021).

שופטת

שופטת

המשנה לנשיאה (בדימ')

---

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> מה 17003880\_K16.docx