

## בבית המשפט המחוזי בירושלים

ע"מ 22037-11-11

בפני:

כב' השופט דוד מינץ

המערערת:

חברת מגדניית הדר בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד משה מזרחי ועמית קריגל

נגד

המשיב:

פקיד שומה ירושלים  
ע"י ב"כ עו"ד קמיל עטילה מפרקליטות המדינה

### פסק דין

ערעור על שומות מס שהוציא המשיב למערערת עבור השנים 2006-2009.

#### הרקע לערעור

1. המערערת, חברה פרטית, בעליה של חברת "מגדניית הדר (שיווק 1985) בע"מ" (להלן: "הדר שיווק"). בעלי המניות במערערת הם חברת "אמד פיתוח נדל"ן והשקעות בע"מ" (להלן: "אמד" או "חברת האם") המחזיקה ב-72% ממניות המערערת (אותן רכשה מהחברה לבנין ונכסים מישור החוף בע"מ, להלן: "מרל"ז", בשנת 2003), מר אהרון ליפמן ובני משפחתו המחזיקים ב-19% מהמניות ומר שמואל הרצברג ובני משפחתו המחזיקים ב-9% המניות הנוותרות.
2. בשנת 2001 הקימה המערערת במסגרת עסקה משותפת עם חברת "ריבוע כחול ישראל בע"מ" (להלן: "הריבוע הכחול") מבנה מסחרי להשכרה באזור התעשייה תלפיות בירושלים, הידוע בשם המסחרי "קניון בית הדר" (להלן: "הקניון"). כל אחת מהשותפות החזיקה ב-50% מהזכויות בקניון. לצורך ניהול הקניון הקימו המערערת והריבוע הכחול חברת ניהול אשר הוחזקה על ידם בבעלות משותפת (להלן: "חברת הניהול").
3. המחלוקת בין הצדדים נגעה להכנסות המערערת ממספר עסקאות שונות שביצעה, כמו גם למספר רכיבי הוצאה שניכתה, ואדון בהן אחת לאחת, כסדרן בנימוקי הערעור ובטיעוני הצדדים.

#### הכנסות המערערת ממכירת זכויותיה בקניון

4. ביום 18.1.07 מכרה המערערת את חלקה בקניון ואת מניותיה בחברת הניהול לחברת "אזו רייט הדר בע"מ" (להלן: "הרוכשת") בתמורה ל-31 מיליון \$.

במסגרת עסקה זו הרוכשת קיבלה לידיה את חלקה של המערערת במקרקעין ובבנוי עליהם, את חלקה בחברת הניהול ואת זכויות המערערת אל מול שוכרי החנויות והמשרדים בקניון. במסגרת הדיווח של המערערת על העסקה לרשויות המס, היא פיצלה את התמורה למרכיביה השונים באופן הבא: סך של 16.5 מיליון ש"ח יוחס כתמורה עבור "מחוברים" הניתנים להפרדה (להלן: "המיטלטלין"); סך של כ-4.3 מיליון ש"ח יוחס כתמורה למניות המערערת בחברת הניהול; סך של כ-21.5 מיליון ש"ח יוחס כתמורה עבור המחאת הסכמי השכירות; והיתרה בסך של 88.5 מיליון ש"ח יוחסה עבור הזכויות במקרקעין. המערערת דיווחה למנהל מיסוי מקרקעין על מכירת הזכויות במקרקעין בתמורה לסך של 88.5 מיליון ש"ח במסגרת שומה עצמית. ואולם, מנהל מיסוי מקרקעין דרש להוסיף גם את המיטלטלין בשווי של 16.5 מיליון ש"ח לשווי הזכויות במקרקעין. בהמשך לכך, ביום 15.10.07 נכרת הסכם שומה בין המערערת לבין מנהל מס שבח - ירושלים לפיו יתווסף לשווי הזכויות במקרקעין שנמכרו גם שווי המיטלטלין באופן שסך התמורה בגין הזכויות הנמכרות יועמד על סך של כ-105 מיליון ש"ח (להלן: "הסכם השומה"). בעקבות הסכם השומה, פנתה המערערת למשיב וביקשה ממנו לתקן את שומתה העצמית באופן שמרווח ההון שהוצהר על ידה יופחת סך של 16.5 מיליון ש"ח שהוצהר כרווח הון ממכירת המיטלטלין, לאחר שתמורה זו סווגה כאמור, כחלק ממכירת הזכות במקרקעין, ואולם המשיב לא תיקן את השומה כפי שנתבקש. המשיב גם קבע כי הכנסות המערערת ממכירת זכויותיה בחוזה השכירות יסווגו כהכנסה פירותית ויחויבו בשיעור המס הקבוע בסעיף 126(א) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) (להלן: "הפקודה"), הינו בשיעור של 29%, ולא בשיעור 25% שהוא שיעור המס החל על רווחי הון.

5. טענת המערערת בעניין המיסוי על הרווח ממכירת המיטלטלין הייתה כי למעשה היא שילמה מס כפול, שכן משעה שהמיטלטלין מצאו את מקומם במסגרת מיסוי הזכויות במקרקעין, אין מקום למסותה במס הכנסה בגין אותו רווח במסגרת רווח הון. הוראות חלק ה' לפקודה העוסקות במיסוי רווחי הון והוראות חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 הן הוראות חלופיות ואינן יכולות לדור בכפייה אחת בגין אותו רווח. ואולם, בסופו של יום, המערערת חזרה בה מטענותיה בעניין זה ואין אפוא, צורך לדון בטענתה זו, כמו גם בטענתה בדבר קיזוז הפסדיה במסגרת שומת מס שבת. המחלוקת היחידה שנתרה סביב רווחי המערערת ממכירת זכויותיה בקניון הייתה שאלת הרווחים ממכירת הזכויות מהסכמי השכירות. בעניין זה טענה המערערת כי אין המדובר בהכנסה פירותית כי אם בהכנסה הונית. הכנסה פירותית מנכס היא הכנסה בעלת אופי מחזורי, כדוגמת הכנסת בעל נכס מדמי שכירות, ואילו במקרה זה מדובר על מכירת הנכס עצמו, היינו מכירת מקור ההכנסה ולכן מדובר, אפוא, בהכנסה הונית. המערערת ציינה כי סעיף 88 לפקודה מגדיר "נכס" כ"כל רכוש, בין מקרקעין ובין מטלטלין וכל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות..." ובמסגרת הביטוי "זכות ראויה או מוחזקת" נכללת גם זכות הנובעת מחוזה. לטענת המערערת היא מכרה את חלקה בכל הזכויות בקניון, וכחלק מעסקה זו נמכרו גם הזכויות מהסכמי השכירות, כששוויין של זכויות אלו נעשה על יסוד היוון דמי השכירות העתידיים. המערערת הוסיפה כי עמדת המשיב בעניינה עומדת בסתירה לעמדת רשות המיסים לפיה יש לראות בהסכמי שכירות הנמכרים יחד עם מכירת מקרקעין כחלק ממכירת המקרקעין עצמם, כפי שהובאה עמדה זו על ידי רשות המיסים במסגרת הדיון בעניין **וילאר נכסים** (ע"א 6340/08 **וילאר נכסים** (1985) בע"מ נ' **מנהל מיסוי מקרקעין חיפה**, 10.6.10).

6. מנגד טען המשיב כי הפיצול בין מכירת הזכויות במקרקעין לבין מכירת הזכויות מדמי השכירות נעשה על ידי המערערת עצמה אשר ביקשה להקטין בכך את תשלום מס המכירה ומס שבח. בכך, שונה מקרה זה מהעובדות בפסק הדין בעניין **וילאר נכסים**. הוא הצביע על כך שהסך הכול שנקבע לזכויות מהסכמי השכירות הוא כ-21 מיליון שקלים, סכום השווה אך לדמי שכירות לקצת יותר משנה. לדבריו, מאחר ומדובר בתקופה קצרה, יש להתייחס לתמורה שניתנה בגין זכויות אלו כמעין הקדמת תשלום דמי השכירות, וכהכנסה פירונית.

#### הדין בסוגיה זו עם המערערת.

7. תוכנה הכלכלי של עסקה יבחן לפי המהות האמיתית שלה תוך בחינת המסמכים ומערכת ההסכמים ותוכנם (ע"א 614/82 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת ש.א.פ בע"מ**, פ"ד מא(3) 735; ע"א 265/79 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' בן עמי**, פ"ד לד(4) 701; ע"א 2330/04 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' מלוונות צרפת בע"מ**, 21.5.06). לכן בצדק טען ב"כ המערערת כי בדומה לעובדות פסק הדין בעניין **וילאר נכסים**, הגם שהצדדים ערכו הבחנה במסגרת ההסכם, כמו גם במסגרת הדיווח למיסוי מקרקעין בין התמורה שנתקבלה עבור הבעלות לבין התמורה שנתקבלה עבור הזכויות הנובעות מהסכמי השכירות, קבע בית המשפט כי חרף האבחנה המפורשת של הצדדים מדובר באבחנה מלאכותית וכי תוכנה הכלכלי האמיתי לא היה מכירה של שתי זכויות נפרדות אלא מכירת זכות אחת והיא הבעלות כולה במקרקעין, כששוויים של אלו נגזר, בין היתר, מהתמורות שצפויות היו להתקבל על פי הסכמי השכירות שנחתמו עם צד ג' ביחס למקרקעין שנמכרו. על פניו גם, הערך הכלכלי של העסקה כולה כלל את הסכמי השכירות כנכסים מניבים. פשיטא גם כי תמחור העסקה נעשה בהתחשב בנכסים שיועדו כולם להשכרה והעובדה שבעת ביצוע העסקה כבר הושכרו מספר נכסים היוותה נתון כלכלי בעל משמעות בתמחור. העובדה שהיוון דמי השכירות נעשה אך לגבי תקופה קצרה יחסית אינה משנה לעניין זה, וודאי נוכח ייעודו של הנכס כולו להשכרה. אדרבה, נוכח ייעודו של הנכס להשכרה, הערכת דמי השכירות המהוונים עבור מספר חוזי שכירות בודדים בסכום של כ-20% מכלל העסקה, הייתה הערכה גבוהה ואולי מעבר למחיר הריאלי של אותם חוזי שכירות. אך ודאי שלא ניתן ללמוד מכך, שמדובר בהכנסה פירונית.

#### הכנסות המערערת מתיסוף בשער המטבע

8. למרות שבסדר ההתייחסות בערעור סוגיה זו לא זכתה בבכורה, היא זכתה למרבית תשומת הלב של הצדדים והייתה הסוגיה העיקרית שהייתה שנויה במחלוקת, גם בשל ההיקף הכספי שבה. הנה כי כן, בשנת 2001 נטלה המערערת הלוואה בנקאית בסך של כ-74 מיליון ש"ח שהוצמדה בעיקרה ליין היפני (להלן: "ההלוואה"). כתוצאה מכך בשנים 2005-2007 נצמחו למערערת הכנסות חשבונאיות בסך של כ-15 מיליון ש"ח מתיסוף בשל קיטון בערך השקלי של ההלוואה. המערערת רשמה הכנסות אלו בדוחותיה הכספיים כהכנסות מימון אך לא כהכנסות לצרכי מס. עובר לשנים אלו במהלך השנים 2001-2005 נקטה המערערת בעמדה שונה ורשמה גם את ההכנסות שנוצרו לה כתוצאה מייסוף השקל אל מול היין היפני כהכנסות מימון גם לצרכי מס.

9. המשיב היה בדעה כי יש לראות בעדכוני ההלוואות בעקבות התיסופים כהכנסות מימון גם לצורכי מס ועל כן חייבם במס לפי הוראות סעיפים (1)2 או (4)2 או (10)2 או (ב)3 לפקודה על הכנסות בסך של 11,163,000 ש"ח לשנת 2006 ובסך של 3,781,000 ש"ח לשנת 2007. המשיב גם ציין בשומתו כי לא ניתן לתקן הכנסה לשנת מס שדווחה לו באמצעות התחשבות בדו"ח לשנת מס אחרת ולא היה מקום לתאם את הכנסות המימון לשנת 2005 בסך של 5,166 ש"ח במסגרת הדו"ח לשנת 2006, כפי שעשתה המערערת. בסיכומיו הטעים ב"כ המשיב כי רווחיה של המערערת באים בגדרו של סעיף (1)2 לפקודה בהיות ההלוואה חלק מעסקיה השוטפים של המערערת ועובדה היא שהיא ניכתה הוצאות שעה שחל פיחות בשקל והחזר ההלוואה גדל. באשר לתחולתו של סעיף (4)2 כמקור להכנסה, נטען כי אין סיבה להבחנה שמבקשת המערערת לעשות בין רווחים שמפיק מלווה מכספים שהלווה לבין רווחים שהפיק לווה מכספים שלווה, וכי התוצאה אליה חותרת המערערת לפיה לווה יוכל רק לנכות הוצאות שנגרמו לו כתוצאה מנטילת הלוואה אך לא לשלם מס על רווחים שנוצרו לו מאותה הלוואה, היא תוצאה אבסורדית. לדבריו, לשון החוק המגדירה "הפרשי הצמדה" כ"סכום נוסף" כוללת גם תוספת שלילית. פרשנות זו עולה גם בקנה אחד עם תכלית דיני המס והצורך בגביית מס אמת, המובילים למסקנה כי יש למסות רווחים שמפיק לווה מקיטון בהלוואה שנטל כתוצאה מייסוף השקל ביחס למטבע החוץ. גם כללי החשבונאות, שהם בדרך כלל "שמרניים", קובעים כי יש לרשום רווח שנצמח מייסוף שקלי בהלוואה שנלקחה. לדבריו גם, כאמור, ניתן לראות בהכנסה זו כהכנסה לפי סעיף (10)2 העוסק ברווח "מכל מקור אחר" ולפי סעיף (ב)3 לפקודה העוסק במחילת חוב, אך טענות אלו נטענו אך בשפה רפה.

10. מנגד, המערערת התייחסה בעיקר לסעיף (4)2 לפקודה והיא טענה כי הכנסתה מתיסוף בגין קיטון בערך ההלוואה אינה בגדר "הפרשי הצמדה" המחויבים במס לפי הוראת הסעיף האמור. הפרשי הצמדה והפרשי שער הינם רק אלו המתייחסים לתוספת לחוב או למלווה בעוד שבמקרה זה מדובר בהפחתה בחוב או בקרן המלווה. מה גם שההוראות הקובעות חבות במס בגין הפרשי הצמדה, ובכלל זה הפרשי שער, מתייחסות אך ורק מנקודת המבט על הכנסותיו של המלווה שהוא בעל הנכס (הכסף) המצמיח לו הכנסה פירותית, ולא הלווה. לדבריה, העובדה כי בשנים קודמות היא נהגה לדווח גם על הכנסות מקיטון בהלוואה אינה יכולה לחייב אותה להמשיך לדווח על הכנסות אלו שעה שנתברר לה בשלב מסוים מיעוץ שקיבלה כי אין מדובר בהכנסה חייבת במס. מה גם שעמדת רשות המיסים עצמה במקרים אחרים הייתה כי אין לראות בהפסדים שמקורם בירידת שער החליפין הפסדים ברי קיוזו. כך, למשל, קבעה רשות המיסים כי אין להתיר, לדוגמא, קיזוז הפסדים מירידת ערכו של פיקדון צמוד מט"ח בגין ירידה בערך המט"ח כנגד הכנסות הריבית שנצמחו בפיקדון. באשר למיסוי לפי סעיף (1)2 לפקודה נטען כי המערערת אינה עוסקת בעסק של הלוואות. גם אין מקום למסותה לפי סעיף (10)2 לפקודה, שכן סעיף זה מתייחס להכנסות בעלות מקור שמקורן איננו מצוי בחלופות האחרות, ולא על הכנסות הוניות או על הכנסות שאינן בבסיס המס כבמקרה זה. גם לא ניתן לראות בקיטון בהלוואה כמחילת חוב של המערערת שעה שהמערערת השיבה לבנק את ההלוואה במלואה ואין מקום למסות אותה לפי סעיף (ב)3 לפקודה.

לחילופין נטען כי יש להתייחס להלוואה כמקשה אחת וכנכס כלכלי אחד ממועד נטילתה בשנת 2001 ועד למועד פירעונה בשנת 2007, אותו יש למסות במועד הפירעון בהתאם לקיטון נטל החוזר שחל בהלוואה בגין הפרשי השער, אם כי ייאמר מיד כי ב"כ המערער לא חזר על טענה זו במסגרת סיכומיו ומשכך אין מקום להתייחס אליה.

11. כאמור, השאלה העומדת להכרעה בעניין זה היא מה דינם של "הפרשי ייסוף", היינו, הרווח שנצמח לנישום בעקבות ייסוף השקל עקב ירידת ערכן השקלי של התחייבויותיו במטבע חוץ. עמדת המשיב היא כי הרווחים שנוצרו לנישום כתוצאה מהלוואות צמודות מט"ח בשל ייסוף השקל, חייבים במס, בעיקר מכוח סעיפים 2(1) ו-2(4) לפקודה, ואילו עמדת המערער היא כי אין מקור בפקודה לחיובה במס על תוספת זו לרווחיה.

12. אין מחלוקת כי הפקודה אינה דוגלת בשיטה האמריקאית לפיה "הכנסה" כוללת "כל מימוש תוספת לעושר" המגדילה את יכולתו הכלכלית של נישום, יהא מקורה אשר יהא. לו זו הייתה ההגדרה למונח "הכנסה" לא היה קשה לאמץ את עמדת המשיב כי הרווח שנצמח למערער כתוצאה מהייסוף בשקל ביחס לניין היפני הינו הכנסה החייבת במס. ואולם הפקודה אימצה את "דוקטרינת המקור" האנגלית, לפיה מס הכנסה מוטל אך ורק על הכנסה שניתן לשייכה למקור כלשהו שנקבע בפקודה. המונח "הכנסה" אינו מוגדר בפקודה בהגדרה עצמאית המפרטת את טיבה וטבעה של הכנסה עליה מוטל המס. תחת זאת נקבע כי הכנסה כוללת את כל הכנסותיו של אדם מן המקורות המפורשים בסעיפים 2 ו-3 לפקודה. עם זאת, יש לשייך הכנסה למקור לפי מהותה ותוצאתה הכלכלית ולא לפי הצורה הפורמאלית שהצדדים בחרו בה, ויש ליישם את "דוקטרינת המקור" בדרך המעניקה פירוש מרחיב לרשימת המקורות שבבסיסה על פי עקרונות רצויים של מדיניות מס ראויה (דנ"א 3962/93 **מינץ וזילברשטיין נ' פשמ"ג**, 4.12.96; אמנון רפאל, **מס הכנסה**, כרך ראשון (מהדורה רביעית, תש"ע), עמ' 67). אכן מוסכם, כי לפי כללי החשבונאות, שחיקת התחייבות במטבע זר הינה הכנסה שיש לתת לה ביטוי בדוחות הכספיים. אולם בצדק נטען כי ההלכה היא כי יש ליישם את הכללים מתורת החשבונאות לצורך חישוב רווח לעניין מס הכנסה, אך זאת רק מקום בו אין סתירה בין כללים אלה ובין דיני המס (ע"א 494/87 **חברת קבוצת השומרים נ' פקיד השומה למפעלים גדולים**, פ"ד מו(4) 795), וקשה אפוא, לקבל את הטענה כי כללי החשבונאות ישמשו כלי עזר פרשני בשאלות הנוגעות לקיומו של מקור המחייב במס (**רפאל**, בעמ' 205). מעתה יש לבחון אחד לאחד את המקורות עליהם הצביע המשיב כמקור המתאים למיסוי הרווח שנצמח למערער במקרה זה, כאשר שיוך הכנסה למקור צריך להיעשות על פי מהותה ותוצאתה האמיתית של העסקה (דנ"א 3962/93 **מינץ וזילברשטיין נ' פשמ"ג**, 4.12.96).

13. כאמור, המקור הראשון עליו הצביע המשיב הוא סעיף 2(1) לפקודה לפיו נקבע כי "השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי" היא הכנסה החייבת במס הכנסה. לטענת המערער, אין אפשרות לחייב אותה במס לפי סעיף זה, שכן אין מחלוקת כי היא לא עוסקת בהלוואות, ונטילת ההלוואה הייתה לצורך בניית הקניון בלבד. "הכנסות" אלו שנצמחו מהייסוף בשקל לעומת היין היפני אינן לשיטתה אינטגרליות לפעילותה בהתאם להלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין **פלאזה** (ע"א 638/85 **פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה בע"מ**, פ"ד מד(4) 309).

14. אין לקבל טענה זו. שאלת היותה של הכנסה אינטגראלית לפעילות העסקית של הנישום, היא שאלה המערבת משפט ועובדה. יש לבחון האם הכספים נשוא ההכנסה משמשים חלק מהמנגנון העסקי של הנישום או שהם מנותקים ממנו. כספים שאין המנגנון העסקי יכול מלהתקיים בלתי, ושהפעילות המסחרית של הנישום מבוססת על קיומם ועל השימוש בהם, מהווים חלק ממחזור העסקים של הנישום ולכן יראו בהם כחלק אינטגרלי מפעילות הנישום (ע"מ (ת"א) 1129/02 **חברת טלמנג'מנט סולושנז בע"מ נ' פקיד השומה חולון**, 17.10.12). כפי שצוין, מבחנים שונים נקבעו לשם ההכרעה בשאלת האינטגרליות של הכנסה לפעילות העסקית של נישום (ראו למשל, ע"א 638/85 בעניין **פלאזה**). ברם, במקרה זה לא יכולה להיות מחלוקת כי הכספים שהניבו את ההכנסה הם כספים ששימשו לפעילות העסקית של המערער, שכן המערער מודה כי ההלוואה ניטלה לשם קידום פעילותה השוטפת בהקמת הקניין שהיא הייתה הפעילות היחידה, או לכל הפחות העיקרית של המערער לשמה נטלה את ההלוואה מלכתחילה. לכן פשיטא כי העובדה שהמערער לא עסקה בנתינת הלוואות או בנטילתן כעסקה הבלעדי אינה משנה לעניין סיווג הרווחים שעשתה המערער מתיסוף המטבע כהכנסת עבודה לפי סעיף 1(2) לפקודה, כאמור.

15. המקור השני עליו הצביע המשיב כמקור לחיוב רווחי המערער מהפרשי הייסוף הוא סעיף 4(2) לפקודה. בסעיף זה נקבע כי מקור להכנסה החייבת יהיה גם הכנסה שנצמחה מ"דיבידנד, לרבות דיבידנד המשתלם מתוך רווחי הון של חברה, ריבית, הפרשי הצמדה או דמי ניכיון". לטענת המשיב, רווחי המערער עונים להגדרת רווח מ"הפרשי הצמדה" וזאת לאור הגדרת "הפרשי הצמדה" בסעיף ההגדרות בפקודה. "הפרשי הצמדה" מוגדרים בסעיף 1 לפקודה: "כל סכום שנוסף לחוב או לסכום תביעה - עקב הצמדה לשער המטבע, למדד המחירים לצרכן או למדד אחר, לרבות הפרשי שער". בהמשך מוגדרים "הפרשי שער" כ"סכום שנוסף עקב שינוי בשער החליפין לקרן מלווה, שהיא פיקדון במטבע חוץ או שהיא הלוואה שיש להחזירה במטבע חוץ". לפי גישתו של המשיב יש לפרש את המונח "סכום נוסף" באופן מרחיב, הכולל בתוכו גם סכומים שליליים ש"נוספו" לקרן, בשל שחיקתה. לעומת זאת, סבורה המערער כי פרשנות נכונה של הסעיף היא כי רק כאשר מדובר ב**תוספת** לקרן חוב או מלווה, שהנישום נתן לזולת, הנובעת משינוי **חיובי** במדד המטבע בו ניתנה ההלוואה או אליו הוצמדה. לעומת זאת, מקום בו הרווח צמח לנישום כתוצאה מייסוף השקל בהלוואות שנטל, רווח זה לא ימוסה. המערער הוסיפה כי הפקודה, לכל ארכה, מייחסת הכנסה אך למלווה ולא ללווה, שכן רק מלווה יש בידו נכס המפיק הכנסה פירותית. הפקודה, לדבריה, אינה מכירה בהכנסה מנטילת הלוואה. כראייה, הצביע ב"כ המערער על מכתבו של מר אוסקר אבורזק מיום 18.11.01 עת כיהן כסגן נציב מס הכנסה בו הביע את עמדתו כי "הכנסות מתיסוף" שנוצרו למקבל הלוואה כתוצאה מהתחזקות השקל ביחס לחלק ממטבעות החוץ, יש לראות כהכנסה לפי סעיפים 1(2) ולחילופין כהכנסה לפי סעיפים 1(2) ו-3(ב) לפקודה, אך מר אבורזק לא הזכיר את סעיף 4(2) כמקור אפשרי לחיוב.

16. עמדת המערער מבוססת על פרשנות לשונית של הפקודה המדברת על "סכום שנוסף" לחוב או לקרן מלווה, ולא על סכום שנגרע מהם. ואולם, חוקי המס ככל דבר חקיקה אחר מתפרשים בהתאם לתכלית שבבסיסם (ראו ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט(2) 70; ע"א 900/01 **קלס נ' פקיד שומה ת"א 4**, פ"ד נו(3) 750).

המטרות העיקריות שביסוד חקיקת המס הן הבטחת הכנסה לאוצר הרשות הציבורית, וחיוב הנישום בתשלום מס אמת (ראו דנ"א 3993/07 **פקיד שומה ירושלים נ' איקאפוד בע"מ**, 14.7.11). יש לבחון אפוא, האם כל אחת מהפרשנויות המוצעות עולה בקנה אחד עם תכליות דיני המיסים. בד בבד יש לזכור כי התכלית אינה חזות הכל. פרשנות תכליתית פירושה מתן פרשנות לדבר חקיקה שיש לה אחיזה בלשון החוק - אף אם היא אינה משמעותו הלשונית הפשוטה ו"הדווקנית" - אך אין פירושה מתן פרשנות שלשון החוק כלל אינה יכולה לשאת (ע"א 3067/11 **קיבוץ אילות נ' מנהל מע"מ אילת**, 20.11.12). היינו, בית המשפט אינו רשאי להעניק לחוק מס פרשנות שאין לה שום נקודת אחיזה, ולו אחיזה קלושה, בלשונו. זאת, אף אם בית המשפט סבור כי בפרשנות המוצעת קיים היגיון כלכלי ושהיא עשויה להגשים בצורה טובה יותר את תכלית החוק או להביא לתוצאה "הרמונית" או צודקת יותר (ע"א 8569/06 **מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי**, 28.5.08).

17. במקרה זה, די נהיר כי פרשנות תכליתית מובילה למסקנה כי הסעיף כולל גם רווח שנתקבל מתוספת שלילית לחוב או לקרן מלווה. אין הבדל מהותי בין אדם שנוצר לו רווח כתוצאה מעליית ערכה של ההלוואה שנתן בשל ההצמדה לשער מט"ח לבין אדם שנטל הלוואה וזו הצמיחה לו רווחים בשל התוספת לערך ההלוואה שנטל כתוצאה מירידת שער המט"ח. אכן, בדרך כלל, המלווה - בעל הממון - הוא זה שיצבור את הרווחים. ייתכן גם שהמחוקק ראה לנגד עיניו מציאות בה ערך המטבע הישראלי יורד ביחס למטבע הזר. ברם, כשם שיש הבחור להלוות את כספו תוך הצמדתו למטבע שהוא מעריך שערכו יעלה, לא מן הנמנע שיש מי שיבחר ללוות כספים ביחס למטבע שהוא מעריך שערכו ירד. לשניהם, נצמחו רווחים זהים (ראו משה אשר ואמיר כהן, "השלכות המיסוי של "המדדים השליליים", **מיסים** יב/4 (אוגוסט 1998) א-96; ארז עיני ומיכה דוד, "שחיקת התחייבויות - האומנם אין המדובר ב"הכנסה"?", **מיסים** טז/5 (אוקטובר 2002), א-153). בנסיבות אלו נדמה כי אין ליתן לשון "תוספת" בה נקט המחוקק בהגדרת הפרשי שער - "סכום שנוסף" כוונה דווקנית לתוספת חיובית. בצדק נטען כי מחלוקת דומה, אם כי לא זהה, נתגלעה באשר לפרשנות המונח "שיעור עליית המדד", שגם לגביו נטען כי הוא כולל רק את עליית המדד ולא את ירידתו. ובאותו עניין נתקבלה העמדה לפיה אין לתת משקל של ממש לשימוש במילה "עלייה", שכן תוכן הגדרת המונח הוא נוסחת חישוב מתמטית של ההפרש בין המדד בתחילת התקופה ובין המדד בסופה שתוצאתו עשויה להיות הן שלילית והן חיובית (ת"א (י-ם) 5664-02-11 **טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' מדינת ישראל - רשות המיסים - פקיד שומה ירושלים 1**, 23.12.12; ע"מ (י-ם) 35988-04-11 **ר-ס חברה לייבוא וייצור מזון בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים**, 7.2.13). אכן בניגוד למונח "שיעור עליית המדד" בו פירש המחוקק עצמו כי מדובר ב"הפרש בין המדד שפורסם לאחרונה לפני סוף התקופה לבין המדד שפורסם לאחרונה לפני תחילת התקופה, מחולק במדד שפורסם לאחרונה לפני תחילת התקופה", למילים "סכום שנוסף", לא ניתנה הגדרה המדברת על הפרש. אך נדמה כי גם בלא הרחבה מפורשת, ניתן להסיק מכך שהמחוקק לא ראה במונח "עליית" כמתייחס רק לעלייה אלא גם להפרש שלילי, כי גם השימוש במונח "נוסף" מתייחס גם הוא לתוספת שלילית.

18. משהגענו לכאן, פטור אני מלדון בתחולתם של סעיפים 2(10) ו-3(ב) לפקודה. עם זאת לשלמות התמונה אציין כי לא נראה על פניו שניתן להסמיך את המקור להכנסה החייבת של הפרשי השער השליליים על סעיף 3(ב) לפקודה. סעיף 3(ב)(1) לפקודה קובע כי "אדם שבשנת מס פלונית נמחל לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מהוצאה שניכויה הותר בבירור הכנסתו החייבת, יראו את החוב כחלק מהכנסתו באותה שנה", וסעיף 3(ב)(3) קובע כי "אדם שבשנת מס פלונית נמחל או שומט לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד". טענת המשיב הייתה כי אף אם במקרה זה לא נמחל חוב בצורתו הפורמאלית, הרי שסעיף 3(ב)(5) קובע כי "לעניין סעיף קטן זה, מי שנמחל לו חוב - לרבות מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו או מי ששומט חובו" ולכן גם במקרה זה מדובר במעין מחילת חוב. טענת המערער הייתה כי ברור מאילו כי אין מדובר במחילת חוב, שכן ההלוואה הושבה כולה לבנק והבנק לא מחל למערער ולו על חלק קטן מההלוואה.

19. בעניין זה די נהיר כי הצדק עם המערער. מחילת חוב משמעה ויתור על חוב המגיע לפי המוסכם. החזר חוב בשלמותו כפי שנקבע, אינו יכול להתפרש על פי פשוטו של מקרא כמחילת חוב, אף אם המלווה זוכה לקבל פחות ממה שנתן ללווה מתחילה. וכך הוא המקרה שלפנינו. לית מאן דפליג שהמערער עמדה בהחזר ההלוואה שנטלה, אף שבערכה השקלי החזירה פחות שקלים ממה שנטלה. משכך, אין המדובר במחילת החוב.

#### **סיווג תשלומים שביצעה החברה לבעלי מניות המיעוט כהוצאה הונית או פירותית**

20. ביום 31.12.07 נכרת הסכם בין המערער לבין בעלי מניות המיעוט שבה, מכוחו שילמה החברה לבעלי מניות אלו סך של כ-2.3 מיליון ש"ח (סך של 1,245,250 ש"ח למר ליפמן וסך של 1,033,520 ש"ח למר הרצברג). סכומים אלו שולמו בנוסף למענק הפרישה ששולם לשניהם. לטענת המערער, בבסיס הפיצוי עמדה עילת תביעה לבעלי מניות המיעוט כנגדה בשל טענתם כי היא ויתרה בשנת 2003 על הלוואה שניתנה על ידה למרלי"ז בעת שזו הייתה בעלת שליטה במערער. בעלי מניות המיעוט טענו כי ויתור זה פוגע בזכויותיהם שלא בצדק. הפיצוי שניתן לבעלי מניות המיעוט שיקף את הערכות הצדדים בדבר כימות עילת התביעה שהייתה לבעלי מניות המיעוט כנגד המערער. יצוין כי בדוחותיהם האישיים של בעלי מניות המיעוט דווחו כספים אלו כהכנסה הונית ובשומות לפי מיטב השפיטה שהוצאו להם קבע המשיב כי מדובר בפיצויים ששולמו בגין סיום יחסי עובד-מעביד בינם ובין המערער והם חויבו במס שולי לפי סעיף 121 לפקודה.

21. במסגרת צו השומה שהוצא למערער קבע המשיב כי מדובר בהוצאה הונית של המערער שאינה מותרת בניכוי לפי סעיף 17 רישא וסעיף 32 לפקודה. לחילופין, אף אם היה מקום לסווגה כהוצאה פירותית, היא אינה מותרת בניכוי בשנת 2007 לפי סעיף 18(א) לפקודה, שכן ההוצאה מותרת בניכוי רק בשנת המס בה היא שולמה, במקרה זה שנת 2008, וכי בכל מקרה ניתן להתיר למערער לנכות רק את החלק בפיצויים שניתן בגין התקופה היחסית שבה עבדו בעלי המניות במערער במישרין (מר הרצברג מחודש ספטמבר 1967 עד חודש מאי 1994 ומר ליפמן ז"ל מחודש אוקטובר 1959 ועד לחודש מאי 1994).



22. לטענת המערערת, אין בהכרח סימטריה בין סיווג ההכנסה בידי בעלי מניות המיעוט לבין סיווגה אצל המערערת ואף אם ההכנסה בידי בעלי מניות המיעוט נחשבת הכנסה הונית, אין בכך כדי ללמד בהכרח על סיווג ההוצאה של המערערת כהונית. עם זאת, ככל שהמשיב עומד על טענתו בשומת בעלי מניות המיעוט כי מדובר במענק פרישה, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת שמדובר בהוצאה המותרת בניכוי בידי המערערת באותו אופן. בנוסף, גם אם ייקבע שאין מדובר במענק פרישה, יש להתיר לה את ניכוי הוצאה זו, שכן הפיצוי ששולם שיקף את הערכות הצדדים בדבר כימות עילת התביעה שעמדה לבעלי המניות כנגדה. בנסיבות אלו מדובר בהוצאה שנועדה ל"שמירה על הקיים", לצורך שימור מערכת יחסים תקינה עם בעלי מניות המיעוט שעבדו במערערת, שהיא הוצאה פירותית המותרת בקיזוז בהתאם להוראות סעיף 17 רישא לפקודה. בכל מקרה נטען, כי אף אם ההוצאה היא הונית, הרי שניתן לקזזה למול רווח ההון שנצמח למערערת ממכירת הקניון בשנת 2007.

23. מנגד טען ב"כ המשיב בסיכומיו כי חייבת להיות סימטריה בין סיווג ההוצאה אצל המערערת לבין סיווג ההכנסה של כספים אלו אצל מניות בעלי המיעוט. מאחר ובעלי מניות המיעוט התעקשו לראות בפיצויים שנתקבלו על ידם כהכנסה הונית, יש להתייחס אליה ככזו גם ביחס למערערת. הוא אף הצהיר בהקשר זה כי אם בית המשפט יפסוק שמדובר בהוצאה הונית של המערערת הוא יתייחס גם להכנסת בעלי מניות המיעוט כהכנסה הונית. בכל מקרה ב"כ המשיב הוסיף כי אין לקבל את טענת המערערת כי מדובר בהוצאה שנועדה ל"שמור על הקיים", שכן ההסכם בדבר הפיצויים נכרת שעה שהמערערת מכרה את הקניון ולא הייתה פעילה. הוא גם הצביע על כך שהלכה למעשה, טענות בעלי מניות המיעוט לא הופנו כנגד המערערת אלא כנגד מרל"ז, ובהסכם הפיצויים נכתב במפורש כי "החברה ו/או אמד ימשיכו את ההליכים המשפטיים כנגד מרל"ז, ואין באמור לעיל בהסכם זה כדי להוות ויתור על איזה מן הטענות כנגד מרל"ז", ואין, אפוא, ממש בטענות המערערת כי עם תשלום הפיצויים התביעה התבטלה.

24. ההבחנה בין הוצאה הונית להוצאה פירותית היא שהוצאה הונית היא הוצאה המשמשת ליצירת מקור הכנסה, שיש בה משום השגת יתרון תמידי, בעוד שהוצאה פירותית היא הוצאה מחזורית הבאה לשרת את ההון הקיים ולתחזק את מנגנון הייצור (ע"א 762/00 בן שלום נ' פ"ש כפר סבא, 5.2.03). במקרה זה טענת המערערת היא, כאמור, כי שילמה לבעלי מניות המיעוט את הפיצויים לצורך שימור מערכת יחסים תקינה עמם. ואולם לא זו בלבד שקשה לקבל טענה זו שעה שהחתימה על ההסכם עם בעלי מניות המיעוט הייתה בסוף שנת 2007 כשנה לאחר שהמערערת מכרה את זכויותיה בקניון ונתרו לה אך מספר חודשים לחיסול עסקיה. אלא שלאמתו של דבר, המטרה שההסכם בא לשרת הייתה הכשרת הוויתור על חובה של מרל"ז כלפי המערערת. הסכם זה נועד לאפשר למערערת לוותר על החוב של חברת מרל"ז כלפיה מבלי ליתן לבעלי מניות המיעוט - שלא נתנו את הסכמתם למהלך זה, להפריע לו. באותה שעה, עמדו הצדדים לפרק את החבילה המשותפת להם ממילא, וכל אחד מהם ביקש לילך לדרכו. לא הייתה למעשה כל מטרה לשמר על הקיים, אלא אדרבה, המטרה הייתה פרידה תוך תיקון קיפוח בעלי מניות המיעוט שנפגעו כתוצאה מהסכם מחילת החוב למרל"ז.

משכך, אין יסוד לטענת המערערת שתשלום הפיצויים לבעלי מניות המיעוט היה אינצידנטלי וכרוך בפעילותה השוטפת והשגרתית של המערערת, כאשר בפעילות זו היו מעורבים גם בעלי מניות המיעוט, אשר עבדו במערערת ולצורך שימור מערכת היחסים התקינה איתם. לפיכך, אפוא, צדק המשיב כשסיווג את ההוצאה כהוצאה הונית. פועל יוצא ממסקנה זו, שעל המשיב - כהצהרת בא כוחו - להכיר בהכנסות בעלי מניות המיעוט כהכנסות הוניות. בשולי עניין זה יצוין כי המערערת טענה כי אם ייקבע כי מדובר בהוצאה הונית, יש לאפשר לה לקזז הוצאה זו כנגד רווח ההון שנצמח לה ממכירת הקניון בשנת 2007, ואילו המשיב שראה בהוצאה זו הוצאה פירוטית טען שהעובדה שהכספים שולמו בפועל לבעלי המניות רק בשנת 2008 לא מאפשרת קיזוז ההוצאה כנגד הכנסות המערערת בשנת 2007. ברם, המערערת לא שבה על טענתה זו במסגרת הסיכומים וממילא הטענה לא זכתה להתייחסות מצד המשיב. משכך, אין בידי להכריע במחלוקת זו.

### חבות במס בגין הכנסות מריבית בהלוואה שהעניקה המערערת למרל"ז

25. ביום 1.1.96 הנפיקה המערערת למרל"ז שטר הון על סך של 15,829,000 ש"ח (להלן: "שטר ההון"). בשטר ההון לא נקבע מועד פירעון הקרן והוא לא נשא ריבית ולא היה צמוד למדד. מנגד, ביום 18.2.99 העניקה המערערת למרל"ז הלוואה בתנאי שוק בסכום של 10 מיליון ש"ח (להלן: "ההלוואה") - היא אותה הלוואה עליה דובר בפרק הקודם ושבעלי מניות המיעוט קבלו בשל מחילת הפיצויים) אשר עמדה ביום 31.12.07 על סך של 16,471,000 ש"ח. במקביל להענקת ההלוואה למרל"ז, העניקה המערערת הלוואות גם ליתר בעלי המניות. מקור הכספים להלוואות היו בהלוואה אותה נטלה המערערת מבנק הפועלים, ותנאי השבת ההלוואה תאמו לתנאי החזרת ההלוואה של המערערת לבנק. ביום 9.9.03 נחתם הסכם בין אמד למרל"ז במסגרתו העבירה מרל"ז את כל מניותיה במערערת לאמד תמורת סך של 4 מיליון דולר. לטענת המערערת, בהסכם העברת המניות, שהמערערת אך נחזתה להיות צד לו, נקבע כי הצדדים מסכימים כי שטר ההון יקוזז כנגד ההלוואה. ואולם, כפי שפורט לעיל, בפועל לא בוטלה ההלוואה בשל התנגדות בעלי מניות המיעוט ועל כן עד לסיום שנת 2006 רשמה המערערת הכנסות מימון מההלוואה בהתאם לאישורים שקיבלה על יתרת ההלוואה בספרי מרל"ז. לעומת זאת, בשנת 2007 שעה שמרל"ז לא אישרה את יתרת הלוואה, ומשהתברר למערערת כי מרל"ז אינה מתכוונת לפרוע את ההלוואה, לא רשמה המערערת הכנסות מימון מהלוואה זו בין הכנסותיה. לאחר שהתנגדות בעלי המניות הוסרה בשל הפיצוי שקיבלו כאמור לפי הסכם הפיצוי מיום 31.12.07, נכרת הסכם בין מרל"ז לבין אמד לפיו הצדדים לו ויתרו על מכלול ההתחייבויות ביניהם, לאמור ההלוואה נמחקה וכך גם בוטל שטר ההון. בהמשך לכך, בשנת 2008 נמחקו מספרי המערערת, הן ההלוואה והן שטר ההון, והמערערת רשמה הפסד הון בסך של 642,000 ש"ח (הסכום בו עלתה יתרת ההלוואה על שטר ההון).

26. נוכח האמור, המשיב קבע כי בשנת 2007 ההלוואה בסך של 10 מיליון ש"ח טרם נמחלה אך המערערת לא רשמה בגינה הכנסות מריבית באותה שנה. לכן קבע המשיב בצו כי מדובר בהלוואה שאינה נושאת ריבית וייחס למערערת ריבית רעיונית בסך של 560,000 ש"ח בהתאם לסעיף 3(י) לפקודה וחיוב אותה במיסוי בשיעור של 40%. לחילופין טען המשיב כי לא ניתן לראות בהלוואה למרל"ז הלוואה שלא תוחזר ובד בבד להמשיך ולשמר את שטר ההון ככנס הוני לעניין חוק מס הכנסה (תיאומים) בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: "חוק התיאומים").

לדבריו, יש להניח כי קיימת סימטריה בין ההלוואה לשטר ההון, וככל שההערכה הייתה שמרל"ז לא תחזיר את ההלוואה שנטלה, היה על המערערת להימנע מלהחזיר את ההלוואה בגינה נרשם שטר ההון. משכך, אין לראות בשטר ההון פריט הוני באופן המגדיל את התוספת בשל אינפלציה של המערערת בשנת המס בסך של 538,000 ש"ח.

27. לעומת זאת, לטענת המערערת, אין מקום לתחולת סעיף 3(ו) לפקודה העוסק בהלוואה שלא נקבעה לה ריבית, מקום בו נקבע שיעור ריבית להלוואה שלא היה נמוך מהשיעור שנקבע לפי הפקודה. במקרה זה כל עוד היה צפוי שההלוואה תשולם נרשמו ההכנסות מריבית עד אשר התברר כי הריבית, כמו גם הקרן, לא תשולם. לדבריה, היא נקטה מדיניות זהירה ושמרנית לצרכי מס, שכן היא יכלה להקדים את מועד מחיקת ההלוואה ורישום הפסד הון בגינה כבר בשנת המס 2007 על מלוא סכום ההלוואה. בדרך זו היא הייתה רשאית לקזז הפסד זה כנגד רווח ההון ממכירת הקניון. באשר לטענתו החלופית של המשיב כי לא ניתן לראות את ההלוואה ככזו שלא תפרע ובד בבד להחזיק כנגדה את שטר ההון כפריט הוני, טענה המערערת כי לא זו בלבד ששטר ההון וההלוואה התבצעו במועדים שונים, הרי שטיבם שונה במובהק. שטר ההון מקורו בהשקעה של מרל"ז במערערת והמערערת אינה אמורה לפרוע השקעה זו עד לפירוקה, והיא גם לא יכולה הייתה לעשות זאת בלא הסכמתם של 85% מבעלי המניות ולפי שאר התנאים שנקבעו בשטר. לעומת זאת, ההלוואה הייתה הלוואה רגילה בתנאי השוק. משכך, אין בסיס להנחת המשיב בדבר "ביטול" שטר ההון, זכות שלא התגבשה עד להסכמות אליהן הגיעו הצדדים בשנת 2008 ולא ניתן היה לבצע "קיצוץ רעיוני" של שטר ההון אל מול התחייבות שונה על פי טיבה.

28. סעיף 3(ו)1 לפקודה מורה כך :

**"אדם שנתן הלוואה שנרשמה בפנקסי חשבונות שנוהלו לגבי הכנסה שלגביה היו חייבים לנהל פנקסים לפי שיטת החשבונאות הכפולה או חבר בני אדם שנתן הלוואה, וההלוואה היא ללא ריבית או בריבית נמוכה משיעור שקבע לעניין זה שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, יראו את הפרש הריבית כהכנסה לפי סעיף 2(4) בידי נותן ההלוואה, ובלבד שמתקיימים יחסים מיוחדים בין נותן ההלוואה לבין מקבל ההלוואה."**

אין מחלוקת כי בין המערערת ובין מרל"ז התקיימו "יחסים מיוחדים" כמשמעותם בהמשך אותו סעיף, ואין גם מחלוקת כי בספרי המערערת חויבה מרל"ז בריבית עד לשנת 2007. השאלה השנויה במחלוקת הייתה אך לגבי שנת 2007 בה המערערת לא חייבה את מרל"ז בריבית מחד גיסא, וטרם נמחלה ההלוואה עד ליום 15.4.08 מאידך גיסא. בקליפת האגוז, טענת המערערת היא שלא ניתן להסיק מההלוואה ניתנה ללא ריבית ומשכך קיימת תחולה לסעיף 3(ו) לפקודה דלעיל, רק מפני שבשנת 2007 המערערת לא רשמה את חיובי הריבית בגין שנה זו בספריה, וזאת משום שנתברר לה בשנה ההיא כי גם הקרן וגם הריבית לא ישולמו על ידי מרל"ז. ואילו לטענת המשיב קיים קשר בל יינתק בין שטר ההון שהנפיקה המערערת למרל"ז ובין ההלוואה שזו לקחה מאת המערערת, וכל אימת שהמערערת המשיכה להתייחס לשטר ההון והקטינה בגינו את התוספת בשל האינפלציה לשנת 2007, היא הייתה צריכה להתייחס להלוואה באותה מידה ולגבות בגינה תשלומי ריבית המחויבים במס. לשון אחר, המערערת אינה יכולה לאחוז את החבל משני קצותיו.

29. על פניו נראה כי הצדק במחלוקת זו גם כן עם המשיב. הינה כי כן, ביום 9.9.03 הגיעו מרל"ז כמוכרת ואמד כקונה להסכם בדבר העברת המניות של מרל"ז במערערת. במסגרת הסכם זה הוצהר כי החברה הנפיקה למרל"ז את שטר ההון כנגד השקעותיה של מרל"ז במערערת (סעיף 2.12.1 להסכם) וכי מרל"ז קבלה את ההלוואה בסך של כעשרה מיליון שקלים מאת המערערת (סעיף 2.12.2 להסכם) הוסכם עוד בין הצדדים כי הם יפעלו לפי סעיף 3.4 להסכם בו הוסכם מפורשות כי שטר ההון מקוזז כנגד ההלוואה וכי מרל"ז לא תצטרך לשלם למערערת את סכום ההלוואה והמערערת לא תידרש בכל מקרה לפרוע את שטר ההון למרל"ז. רוצה לומר כי מלכתחילה - ולכל הפחות עם החלפת בעלי המניות במערערת - קשרו הצדדים את גורל ההלוואה בגורל שטר ההון. משכך, יש רגליים מוצקות לטענת המשיב כי שעה שהמערערת הגיעה לכלל מסקנה שההלוואה לא תוחזר והיא חדלה לדווח על הריבית שגבתה בגינה, שבאותה שעה ממש הייתה צריכה לדווח את מחילת שטר ההון. על פניו, אפוא, המערערת אחזה בחבל משני קצותיו. מצד אחד היא חדלה לדווח על חיובי הריבית ולשלם עליה מס, אך בעת ובעונה אחת המשיכה לבצע הפחתה בתוספת בשל האינפלציה בגין שטר ההון. אכן נכון בעלי מניות המיעוט בקשו לעכב את ביצוע הקיזוז בפועל, ברם להסכם עמם שנכרת ביום 31.12.07 אין השלכה על קשירת הסכם ההלוואה ושטר ההון בכל הנוגע למועדי הדיווח אודותיהם. בהתאם לכך, גם לא מצאתי ממש בטענה כאילו זכותה של מרל"ז עמדה רק עם פירוק המערערת ולכן אין מקום לקשור את גורל שטר ההון לגורל ההלוואה, שכן, כאמור, הצדדים קשרו במו ידיהם את גורל שני העניינים, כאמור. בצדק, אפוא, חייב המשיב את המערערת בהכנסה מריבית על ההלוואה בשנת 2007. ברם, לא היה מקום לחייבה בריבית רעיונית לפי סעיף 3(ג) לפקודה, שכן הפקודה עוסקת בהלוואה שלא נקבעה לה ריבית או שנקבעה לה ריבית נמוכה משנקבע לעניין זה בפקודה, בעוד במקרה זה נקבעה להלוואה ריבית. משכך, יש לחייב את המערערת בתשלום מס בגין הכנסותיה בשנת 2007 מריבית על ההלוואה בהתאם לשיעור הריבית שנקבע בה בפועל ולא בריבית רעיונית כאמור.

#### **ניכוי הוצאות דמי ניהול לחברת הדר שיווק בשנות המס 2006 ו-2007**

30. בשנים 2006 ו-2007 ניכתה המערערת הוצאות דמי ניהול בסך של 420,000 ש"ח ו-90,000 ש"ח בהתאמה, אשר שולמו לחברת הדר שיווק, שהיא כאמור חברת בת בבעלות מלאה של המערערת. המשיב לא התיר ניכוי הוצאות אלו בטענה כי לא הוכח כי הן שימשו בייצור הכנסת המערערת. לחילופין טען המשיב כי מדובר בעסקה מלאכותית כמשמעותה בסעיף 86 לפקודה.

31. בעניין זה טענה המערערת כי התשלום נעשה כנגד שירותים שהתקבלו בהתאם לתנאי השוק בגין העסקת עובדים, כפי שהדבר נהוג במשך שנים רבות, עוד בתקופה בה הייתה המערערת בעלת מפעל לייצור מאפים. בכל השנים, המערערת עסקה בהשבת הנכסים ופיתוחם, ואילו המשכורות לאנשי המנהלה אפשרו בפועל את פעילות המערערת ושולמו על ידי הדר שיווק.

המערערת הייתה מעבירה להדר שיווק את שכר העובדים בתוספת 15%. המשיב בחן מבנה עסקי זה עד לשנת 2005 ולא מצא בו כל פגם. המערערת שללה את הטענה בדבר קיומה של עסקה מלאכותית לצורך הפחתת מס בלתי נאותה, והיא הצביעה על כך שטענה בדבר הפחתת מס יכולה להתקיים רק מקום בו מועברות הכנסות מחברה מרוויחה לחברה מפסידה באופן שיש בו להפחית את המס בקבוצה כולה. במקרה זה לעומת זאת, השינויים בהיקף הרווח בהדר שיווק הושפעו במישרין מהיקף הפעילות בה כנותנת שירותים עבור המערערת. בשנים 2006 ו-2007 דיווחה המערערת מצדה על הפסדים עסקיים ניכרים ולא היה לה כל תמריץ להעביר את דמי הניהול מחברה בהפסדים ניכרים להדר שיווק שהייתה באותן שנים חברה מרוויחה או בעלת הפסדים זניחים. על כל אלו ציינה המערערת כי בצווי השומה תיאם המשיב דמי ניהול לשנת 2007 בסך של כ-395,000 ש"ח. אולם עיון בדוחות המערערת מעלה כי תשלום דמי הניהול להדר שיווק בשנת 2007 עמד על סך של 90,000 ש"ח בלבד, ועל כן בכל מקרה יש לתקן את הצו בהתאם.

32. הצדק בעניין זה עם המשיב כי המערערת לא עמדה בנטל להוכיח כי הוצאות דמי הניהול להן היא טוענת אכן הוצאו ושימשו בייצור הכנסתה. המערערת לא הציגה כל הסכם שנחתם בינה לבין הדר שיווק ממנו ניתן היה ללמוד על השירותים שנתנה הדר שיווק כמו גם על היקפם. גם לא הוצג פירוט של מסמכים וחשבוניות של שירותי ניהול עבורם שולמו דמי הניהול. עדותו של מר הרצברג אף היא לא שפכה אור בעניין זה. הצורך בהצגת הסכם מעין זה כמו גם מסמכים שיש בהם לתמוך בטענת המערערת בדבר העברת דמי ניהול קיבל חשיבות מיוחדת במקרה זה נוכח העובדה שבביאורים לדוחות הכספיים לשנת 2006 של הדר שיווק נרשם במפורש (בביאור 5) כי "בחדש יוני 2006 הסתיים הסכם דמי הניהול בין החברה לחברה האם". בנסיבות אלו גם אין מקום לקבל את הטענה כי מדובר בהסדר שהתקיים בין המערערת להדר שיווק במשך שנים והמשיב לא השיג עליו. מה גם, שהעובדה שהמשיב לא בחן את טיב התקשרות זו בשנים קודמות אינה מונעת ממנו לבחון את טיבה של התקשרות זו בשנים שלאחר מכן.

#### ניכוי הוצאות תפעול בשנות המס 2008 ו-2009

33. בשנים 2008 ו-2009 ניכתה המערערת הוצאות תפעול בסך של 516,000 ש"ח ו-114,000 ש"ח בהתאמה. הוצאות התפעול כוללות בעיקרן תשלום לעורכי דין, לרואי חשבון לצורך הגשת דוחותיה של המערערת שאת דוחותיה המבוקרים יש לכלול במסגרת דוחות חברת האם שלה, אמד, שהוחזקה בידי חברה ציבורית. המשיב קבע כי אין להתיר ניכוי הוצאות אלו, שכן למערערת לא היו הכנסות מעסק בשנים אלו.

34. לטענת המערערת, הוצאות אלו שימשו בעיקרן להמשך פעילותה הסדירה של המערערת עד לסגירתה והן התחייבו לשם "שמירה על הקיים". המערערת ציינה כי עיקר הוצאותיה בשנת 2008 (סך של 366 אלפי ש"ח) מקורן בתשלום לאמד ומר הרצברג בגין שירותי ניהול שניתנו לה על ידם.

35. ברם, גם בעניין זה המערערת לא הרימה את הנטל להוכיח את דבר קיומן של ההוצאות שניכתה כמו גם את העובדה שהן שימשו אותה בייצור הכנסתה.

לעניין זה בצדק העיר ב"כ המשיב כי המערערת מכרה את הקניון בראשית שנת 2007 והצורך בהוכחה כי בחלוף שנתיים ושלוש מסיום פעילותה העסקית היא נאלצה להוציא הוצאות בייצור הכנסתה מקבלת משנה חשיבות. אכן, המערערת צרפה לתצהירה מסמך המוכתר בשם "פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה" מיום 7.7.08 בו הוחלט על תשלום דמי ניהול לאמד ולמר הרצברג בסך כולל של 350,000 ש"ח בצירוף מע"מ. ואולם, לא זו בלבד שהמסמך אינו חתום, אלא שלא הוגש כל מסמך המלמד על העברת הכספים בפועל, ובצדק אפוא, לא הכיר המשיב גם בניכוי הוצאות אלו.

### קנס גירעון

36. במסגרת צו השומה השית המשיב על המערערת קנס גירעון מכוח סעיף 191 לפקודה: סך של 191,210 ש"ח לשנת 2006; סך של 3,074 לשנת 2008; וסך של 2,565 ש"ח לשנת 2009. המערערת ציינה כי קנס הגרעון לא הושת במסגרת השומה לפי מיטב השפיטה שהוצאה למערערת בהתאם לסעיף 145(א)(2)(ב) לפקודה וכי המשיב לא הבהיר מהם הטעמים בגינם הוטל הקנס, כמו גם מה השינוי שחל בעניין זה בין הליך השומה בשלב א' להליך השומה בשלב ב' שהביא להטלת הקנס.

37. לטענת המערערת, לא הועלתה כל טענה בדבר קבילות פנקסיה, והיא לא התרשלה בהגשת דוחותיה שנערכו על ידי מיטב רואי החשבון. מה גם שהיא לא העלימה דבר מהמשיב וכל הסוגיות השנויות במחלוקת במסגרת ערעור זה עלו מתוך דיווחיה שלה לרשות המיסים. אף לא אחת מהפעולות בגינן חלוקים הצדדים חייבה דיווח נוסף מכוח סעיף 131(ז) לפקודה ותקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח) (הוראת שעה), התשס"ז-2006.

38. מנגד, ב"כ המשיב ציין בסיכומיו כי אין מחלוקת שבשומה העצמית של המערערת לעומת השומה שבצו נוצר גרעון. בנסיבות אלו על המערערת הנטל להוכיח שלא התרשלה. לדבריו, לא זו בלבד שלא עשתה זאת, אלא שמהתמונה כולה עלה שבהתנהלות המערערת נפלו מספר ליקויים מהותיים. כך, היא לא רשמה את הכנסותיה מייסוף השקל בהלוואה שנטלה על אף ששעה שהיה פחות בשקל היא ניכתה זאת כהוצאה, ובכך נהגה שלא בתום לב. גם בשאר הסוגיות, המערערת בחרה בדרך הנוחה לה ולא חתרה לתשלום מס אמת, כמו למשל בסוגיית פיצול התמורה בגין המקרקעין והמיטלטלין המחוברים להם, עניין שכאמור, בסופו של יום המערערת חזרה בה מהשגתה בעניין זה כנגד המשיב. בנסיבות אלו נטען שאין מקום להתערב בשיקול דעתו של המשיב שהפעיל את סמכותו להטיל קנס גרעון בשיעור שנקבע בדיון.

39. אכן, העובדה שהמס שבו נישום אדם, ואשר נקבע לפי מיטב שפיטתו של פקיד השומה עולה על סכום המס לפי ההצהרה איננה כשלעצמה סיבה מספקת להטלת קנס גרעון. התנאי להפעלת הסמכות הוא כי הנישום התרשל בעריכת הדו"ח, ונטל הראיה שלא הייתה התרשלות הוא על הנישום (עמ"ה (מחוזי ת"א) 139/87 סמואי נ' פקיד שומה גוש דן, 17.11.87). במקרה זה, עיקרו של קנס הגרעון הוטל בגין ההכנסות שנצמחו למערערת מהייסוף בשער השקל אל מול היין היפני.

נדמה כי בנסיבות העניין אין זה נכון לראות את המערערת כמי שהתרשלה בעריכת הדו"ח בעניין זה, שכן כאמור, אף המשיב עצמו התקשה להצביע במדויק על המקור אותו יש לראות כמחייב במס. בד בבד, המערערת מצדה לא העלימה את העובדה כי בהתאם לחוות דעת מקצועית שקיבלה היא הפסיקה לדווח על הכנסותיה אלו כהכנסה לצורכי מס כפי שנהגה בעבר. לא היה, אפוא, מקום להשית על המערערת קנס גרעון בכל הנוגע לאי הכללת ההכנסה מייסוף השקל בין הכנסותיה החייבות. עם זאת, יתרת הקנס שהושת על המערערת לשנת המס 2006 על מחדלה בניכוי דמי הניהול כמו גם הקנס לשנות המס 2008 ו-2009 הוטל כדין.

#### סיכום

40. סופו של יום, אפוא, הצדק עם המשיב במחלוקתו העיקרית עם המערערת, כי היה על המערערת לזקוף בין הכנסותיה החייבות גם את הכנסותיה כתוצאה מייסוף השקל לעומת היין היפני. כך גם, הצדק עם המשיב כי היה על המערערת לשלם מס על הכנסותיה מהריבית (המוסכמת) שנצמחה לה מההלוואה שהעניקה למרל"ז. הדין עם המשיב גם בסיווג הפיזיו ששילמה המערערת לבעלי מניות המיעוט כהוצאה הונית ובאי הכרתו בהוצאות דמי הניהול להדר שיווק בשנות המס 2006 ו-2007 ובהוצאות התפעול בשנות המס 2008 ו-2009. מאידך, דינו של ערעור המערערת להתקבל בכל הנוגע לסיווג הכנסותיה ממכירת הזכויות מהסכמי השכירות בקניון כהכנסה הונית, כמו גם ערעורה באשר להשתת קנס הגרעון בכל הנוגע לאי דיווח על ההכנסות מייסוף השקל כהכנסה חייבת. קנס הגרעון על שאר מחדלי המערערת יוותר על כנו.

התוצאה היא כי עיקרו ורובו של הערעור, הן מבחינת הנושאים השנויים במחלוקת והן מבחינת ההיקף הכספי, נדחה. על כן המערערת תישא, נוכח סכום המס השנוי במחלוקת, בהוצאות המשיב בסך של 100,000 ש"ח.

ניתן היום, י"ז באדר תשע"ג (27 בפברואר 2013), בהעדר הצדדים.

○ ( - ) שופט