

- א
1. אביהו הורוביץ
 2. אביהו ושות' בע"מ
 3. אגם הלוואות ושירותי מימון (1985) בע"מ
 4. י.ע.ף קידום מכירות בע"מ
 - ב
 5. אגם הלוואות ובטוחות בע"מ
- נגד
פקיד שומה ת"א 4

ג בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[24.1.2005]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים א' ריבלין, א' חיות

ד המערערות 2, 3 ו-4, חברות משפחתיות שהכנסותיהן מיוחסות למערער 1, קיבלו הלוואות מהמערערות 5, שהיא חברה פרטית בבעלות המערער 1. המערערות 5 קיבלה הלוואה מחברה נוספת. כל החברות נכנסו למצב של חדלות-פירעון, הפסיקו את פעילותן העסקית ולא פרעו את ההלוואות. המשיב הוציא למערערים שומה לפי מיטב השפיטה, ובה קבע כי יש לראות בחובותיהן של המערערות בגין הלוואות כתובות שנמחלו ולהחשיבם כהכנסה חייבת על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – הפקודה). השגת המערערים על השומה נדחתה. ערעור שהגישו המערערים לבית-המשפט המחוזי נדחה אף הוא. מכאן הערעור.

ה בית-המשפט העליון פסק:

ז (1) סעיף 3(ב)(3) לפקודה קובע כי נמצב שבו נמחל לנישום חוב הנובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסה מעסק או ממשלח יד, יראו בחוב כהכנסה שלו בשנה שבה נמחל. על-פי סעיף 3(ב)(5) לפקודה, מחילה יכולה להיות מוסקת מן הנסיבות ומהתנהגות הצדדים, כאשר אלה מלמדים כי החוב איננו רובץ על החייב עוד. לעניין זה נדרש שילוב רצונות, הבא ללמד כי שני הצדדים לחוב ינחו את הסיכוי ואת הרצון לפורעו. על-מנת לקבוע זאת יש לבחון, בין היתר, כיצד התייחסו הצדדים אל החוב, ומה הם האמצעים והמעשים שננקטו לפירעונו או לצורך ויתור עליו (360ה, ז – 361ב).

ט (2) אינסולבנטיות של החייב ושל הנושה היא אינדיקציה, בין יתר האינדיקציות, שעשויה ללמד על מחילת חוב במובן סעיף 3(ב) לפקודה. עם זאת בהתחשב באופייה כמצב נזיל,

גמיש ומשתנה, יש לשקול כל מצב של חדלות-פירעון לגופו ולראות את השלכותיו על חוב כזה או אחר של החברה אם הוא נמחל או לא (361 ד-1).
 (3) במקרה דנן הצטברות כלל הנסיבות, והאינסולבנטיות בכלל זה, מלמדת על גמירת-דעת משותפת למחילת החובות נושא הדיון, על-כן בצדק הטיל המשיב מס הכנסה על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה בגין מחילת החובות (362 א, ה-363 ב, ו-1).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

– פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיפים 2, 2(2), 3, 3(ב), 3(ב)(3), 3(ב)(5), 17(4), 64 א, 64 א(א).

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 217/65 כהן נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד כ(2) 421.
 [2] ע"א 597/75 ברנשטיין נ' פקיד השומה, פתח-תקווה, פ"ד לא(3) 472.
 [3] ע"א 136/67 ברזל נ' פקיד השומה, פתח-תקווה, פ"ד כא(2) 69.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [4] עמ"ה (ת"א) 609/68 משולם נ' פקיד השומה ת"א 1, פד"א ד 30.
 [5] עמ"ה (ת"א) 1264/63 "חזל-טוב" נ' פקיד שומה, פ"מ מג 225.
 [6] עמ"ה (ת"א) 138/97 י.ט.מ. יישומים טכנולוגיים בע"מ נ' פ"ש ת"א 1 (לא פורסם).
 [7] עמ"ה (ת"א) 91/96 אקטא סחר (1991) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 3, מיסים יב/2 (1998) ה-195.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [8] *Exchange Security Bank v. United States* 492 F. 2d 1096 (1974).
 [9] *Friedman v. C.I.R.* 216 F. 3d 537 (2000).
 [10] *Milenbach v. C.I.R.* 318 F. 3d 924 (2003).
 [11] *Miller v. C.I.R.* 76 T.C. 191 (1981).
 [12] *Lakeland Grocery Co. v. C.I.R.* 36 B.T.A. 289 (1937).
 [13] *Estate of Newman v. C.I.R.* 934 F. 2d 426 (1991).
 [14] *Gitlitz v. C.I.R.* 531 U.S. 206 (2001).

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [15] א' נמדר דיני מסים [מסי הכנסה] (מהדורה 2, כרך א, תשנ"ג).
 [16] א' רפאל מס הכנסה (בהשתתפות י' מהולל, כרך א, תשנ"ה).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- א [17] י' אדרעי "דוקטרינת המקור – סוף הדרך; על הגדרת המונח 'הכנסה' בדין הישראלי הנוהג" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 25.
- [18] א' יורן "ארבעים שנה לדיני המסים" משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 755.
- [19] א' לפידות "גלגוליה של תורת 'המקור' בדיני מס הכנסה בארץ" הפרקליט כב (תשכ"ו) 53.
- ב [20] ר' יולוס, ש' עברון "תחולתו של סעיף 3(ב) לפקודת מס הכנסה בפירוק חברה" מיסים טו/4 (2001) א-90.

מאמרים זרים שאוזכרו:

- ג [21] B.I. Bittker, B.H. Thompson "Income From the Discharge of Indebtedness: The Progeny of *United States v. Kirby Lumber Co.*" 66 *Cal. L. Rev.* (1978) 1159.
- [22] T.P. Seto "The Function of the Discharge of Indebtedness Doctrine: Complete Accounting in the Federal Income Tax System" 51 *Tax L. Rev.* (1995-1996) 199.
- ד [23] S.M. Gianelli "Discharge of Indebtedness: Tax Effects of Cancellation of Debt Income and the Insolvency Exclusion on Pass-Through Entities and Related Basis Adjustments" 33 *Suffolk U. L. Rev.* (1999-2000) 361.

ה ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ש' זרנון) מיום 9.9.2003 בעמ"ה 1150/01, 1154. העדעור נדחה.

גיל כהן – בשם המערערים;

יהודה ליבליין, סגן בכיר א' לפרקליט המדינה – בשם המשיב.

ו

פסק-דין

הנשיא א' ברק

ז חברה קיבלה הלוואה. היא נכנסה למצב של חדלות-פירעון. היא הפסיקה את פעילותה העסקית. היא לא החזירה את ההלוואה במועדה. ביני לביני נכנס גם המלווה למצב של חדלות-פירעון והפסקת פעילות עסקית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם הדבר מהווה, בנסיבות המקרה שבפנינו, מחילת חובה של החברה, ויש לזקוף לה

הכנסה חייבת במס בהתאם לסעיף 3(ב)(3) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – הפקודה).

א

העובדות

1. המערערות 2, 3 ו-4 הן חברות משפחתיות במובן סעיף 64 לפקודה כנוסחו במועד הרלוונטי (להלן – החברות המשפחתיות). הכנסותיהן של החברות המשפחתיות מיוחסות למערער 1, בהתאם לסעיף 64א(א) לפקודה, בהיותו בעל החלק הגדול ביותר במניותיהן. המערערת 5 הינה חברה פרטית (להלן – החברה הפרטית), שנמצאת בבעלות המערער 1. עיקר עיסוקן של כל החברות המערערות הינו מתן הלוואות, מימון וייעוץ כלכלי.

ב

2. החברות המשפחתיות קיבלו במהלך שנות פעילותן מן החברה הפרטית הלוואות בסך כולל של 2,805,560 ש"ח. כן הלוו לה סך של 1,739,583 ש"ח כך שקיזוז ההלוואות מותר יתרת חוב של החברות המשפחתיות לחברה הפרטית על סך של 1,065,977 ש"ח. בנוסף קיבלה החברה הפרטית הלוואה מחברה אנגלית בשם Witechapel Trading LTD (להלן – החברה האנגלית) בסך 240,000 דולר בשנת 1987. כל החברות הנזכרות נכנסו למצב של חדלות-פירעון, הפסיקו את פעילותן העסקית עד שנת 1997 ולא פרעו את ההלוואות האמורות. נוסף על ההלוואות האמורות לא נפרעו הלוואות פנימיות שקיבלו החברות המשפחתיות זו מזו, אלא שקיזוז פנימי בין ההלוואות האלה מאפס אותן כך שלא נותרה כל יתרת חוב בהלוואות אלה במערכת היחסים הפנימיים בין החברות המשפחתיות לבין עצמן.

ג

ד

ה

3. בחודש מאי 2001 הוציא המשיב שומה לפי מיטב השפיטה עבור שנת המס 1997 לכל המערערים. בשומה זו קבע המשיב כי לנוכח חדלות-פירעונן והפסקת פעילותן של החברות המשפחתיות ושל החברה הפרטית הרי שהוא רואה בחובן של החברות המשפחתיות לחברה הפרטית חוב שנמחל על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה. לפיכך הוא קבע לחברות המשפחתיות תוספת הכנסה חייבת בגין מחילת חוב, על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה, בסך של 1,065,977 ש"ח, שיוחסה למערער בהיותו הנישום המייצג של החברות המשפחתיות. לאור זאת הוא גם הכיר בסכום זה כהוצאת חוב אבוד אצל החברה הפרטית על-פי סעיף 17(4) לפקודה, אך נוסף עליו הוא קבע כי לחברה הפרטית צמחה הכנסה על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה, משראה בחוב שלה כלפי החברה האנגלית (בסך של 240,000 דולר) חוב שנמחל אף הוא שיש לראות בו כהכנסה. התוצאה הסופית בשומת החברה הפרטית הייתה הפסד בסך 357,703 ש"ח. על שומה זו

ו

ז

השיגו המערערים בטענה כי אין לראות בחובות הגדונים כחובות שנמחלו, ולפיכך אין לזקוף הכנסות לחברות המשפחתיות ולחברה הפרטית על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה. משהשגתם נדחתה הם ערערו על כך לבית-המשפט המחוזי.

א

פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי

4. בית-המשפט המחוזי (השופטת ש' דותן) קיבל את טענת המשיב כי החברות המשפחתיות איבדו את הפוטנציאל לפירעון ההלוואות שלקחו מן החברה הפרטית, משנכנסו למצב של חדלות-פירעון וחדלו לפעול כלכלית זה שנים, וגם הנושה נכנס למצב דומה, ויש לראות בחובן כנמזל. הוא הוסיף וקבע באשר לחוב החברה הפרטית לחברה האנגלית כי בשנים 1987-1991 ניכתה החברה הפרטית הוצאות בגין ריבית ששולמה על ההלוואה, אולם החל משנת 1991 לא שילמה החברה הפרטית כל ריבית על ההלוואה. במקביל הסתייגו רואי-החשבון של החברה הפרטית מהלוואה זו בשל אי-קבלת אישורים על יתרת הלוואות מהגורם המלווה. עוד נקבע כי החל משנת 1997 לא נרשמה פעילות עסקית אצל החברה הפרטית, וכי התעוררו ספקות באשר להמשך קיומה כעסק חי לנוכח הפסדים צבורים וחובות החברות המשפחתיות כלפיה. זאת ועוד, נקבע כי נותק הקשר בין החברה הפרטית לחברה האנגלית. ניסיונותיה הראשוניים של המלווה לגבות את החוב עלו בתוהו, כאשר החברה הפרטית הבהירה לחברה האנגלית (ביום 25.1.1994) כי אין באפשרותה להחזיר את החוב בשעה זו, אך היא מצפה לעשות זאת בעתיד כאשר מצבה הכלכלי ישתפר. נקבע כי מאז נותק הקשר לא התקבלו דרישות תשלום, וההלוואה לא שולמה בסופו של דבר. כן נודע כי החברה האנגלית נמחקה מספרי רשם החברות באנגליה. על רקע כל זה קבע בית-המשפט המחוזי כי האפשרות הסבירה היחידה למצב זה היא כי החברה האנגלית נואשה מלגבות את חובה, ויש לראות במצב זה מחילת חוב עבור החברה הפרטית. משכך, יש להחשיב את ההלוואה שקיבלה כהכנסה על-פי סעיף 3(ג) לפקודה, משום שכעת אין עוד צורך להחזירה. לבסוף קבע בית-המשפט המחוזי כי המחילת אירעו בשנת 1997, ולפיכך השומה לפי מיטב השפיטה יצאה בזמן המותר. כן דחה את טענות המערערים על שלא ניתנה להם זכות טיעון, ועל שהמשיב נהג עמנו באופן שונה מחברות אחרות במצב דומה. לאור כל האמור דחה בית-המשפט המחוזי את ערעור המערערים. מכאן ערעורם בפנינו.

הטענות בערעור

ז

5. לטענת המערערים, מחילת חוב היא אקט חוזי דו-צדדי שלא אירע במקרה דנן. לטענתם, הט לא ביקשו למדול על חובם, וממילא הסכמת המלווים למחילה לא

ניתנה. עוד טענו כי אינסולבנטיות איננה יכולה להתפרש כבסיס למחילת חוב לפי סעיף 3(ב) לפקודה, שכן קביעה כי אינסולבנטיות תתפרש כמחילת חוב מסכלת את הבסיס הכלכלי לייזום הליכי חדלות-פירעון, משום שמסת הנכסים של החברה המתפרקת יעברו לרשויות המס ולא לנושים. בנוסף טענו המערערים כי גם אם היו מחילות, הרי שאלה התבצעו עובר לשנת 1996, השנה שבה נקבע כי המערערים חדלי-פירעון. משכך, השומות הוצאו באיחור והתיישנו לאור הוראת הפקודה המגבילה את התקופה שבגינה ניתן להוציא שומת מס לפי מיטב השפיטה. לבסוף טענו המערערים כי לא ניתנה להם זכות טיעון כנדרש, וכי במקרה דומה לגבי חברה אחרת של המערער נקט המשיב אופן טיפול שונה.

6. לעומתם טען המשיב כי פסק-הדין של בית-משפט קמא בדין יסודו. לשיטתו, אין מניעה להכריז על מחילת חובות גם בהיעדר אקט מפורש של מחילה. החברות המשפחתיות הן חדלות-פירעון ואינן מתפקדות עוד כעסק חי, ולכן, כך נטען, לא תוכלנה להחזיר את ההלוואות שלקחו מן החברה הפרטית, שאף היא הפסיקה לפעול. באשר לחוב החברה הפרטית לחברה האנגלית טען המשיב כי החברה האנגלית נואשה מהאפשרות כי ההלוואה תיפרע, והחברה האנגלית אף נמחקה מספרי רשם החברות באנגליה, וודאי שיש לראות בחוב החברה הפרטית כלפיה כחוב שנמחל לחברה הפרטית. עוד טען המשיב כי אין איחור במועד הוצאת השומות, שכן המחילה לחברות המערערות מוסקת מתוך התנהגות החברות. בחינה זו נעשית לאורך זמן, ומטבע הדברים קשה להצביע על מועד ספציפי שבו התבצעה המחילה. החברות הפסיקו את פעילותן ב-1997, וזהו המועד שנקבע למחילת החובות. מועד זה נמצא בתוך מיתחם הזמן המותר להוצאת שומה לפי מיטב השפיטה, ולפיכך דין טענת ההתיישנות להידחות. לבסוף טען המשיב כי יש לדחות את הטענות בדבר אי-מתן זכות טיעון וטיפול שונה במקרה דומה.

מחילת חובות כהכנסה

7. מס הכנסה כשמו כן. הוא מוטל על ה"הכנסה". "הכנסה" משמעותה "הכנסה ממקור" (סעיף 2 לפקודה) (ראו: י' אדרעי "דוקטרינת המקור – סוף הדרך; על הגדרת המונח 'הכנסה' בדין הישראלי הנוהג" [17]; א' יורן "ארבעים שנה לדיני המסים" [18], בעמ' 762-769; א' לפידות "גלגוליה של תורת 'המקור' בדיני מס הכנסה בארץ" [19]). על-פי הגדרה זו, שני יסודות ל"הכנסה": היסוד האחד: "הכנסה". נראה כי המשמעות של יסוד זה היא תוספת לעושר או התעשרות, שהרי לא תיתכן "הכנסה" בלי שתהיה תוספת לעושר. הפסיקה הוסיפה ודרשה כי תוספת לעושר זו תמומש כתנאי למיסויה

(ראו ע"א 217/65 כהן נ' פקיד השומה גוש דן [1], בעמ' 442). היסוד השני: "מקור". המקור הוא מעין עין אשר יש לו פוטנציאל להניב פירות באופן חוזר ונשנה, והפסיקה העמיקה בהגדרתו של המקור במקרים שונים (ראו, בין היתר: ע"א 597/75 ברנשטיין נ' פקיד השומה, פתח-תקווה [2]; ע"א 136/67 בזול נ' פקיד השומה, פתח-תקווה [3]; עמ"ה (ת"א) 609/68 משולם נ' פקיד השומה ת"א 1 [4]; עמ"ה (ת"א) 1264/63 "חזל-טוב" נ' פקיד שומה [5]). אם כן, על-פי התפיסה הבסיסית של הפקודה, "הכנסה" משמעותה התעשרות ממומשת ממקור.

א

ב

8. אחת ההרחבות של המונח "הכנסה" בשיטתנו מעוגנת בסעיף 3 לפקודה. עניינה של הוראה זו הוא "הכנסות אחרות". וכך, בין היתר, מורה סעיף 3(ב) לפקודה:

ג

"אדם שבשנת מס פלונית נמחל או שומט לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד... יראו את החוב כהכנסה בשנה שבה נמחל או שומט... ואותו אדם יהיה חייב עליהם במס בשיעור שלא יעלה על 50%.

...

ד

(5) לענין סעיף קטן זה, מי שנמחל לו חוב – לרבות מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו או מי ששומט חובו".

ה

נמצא כי סעיף 3(ב)(3) קובע כי במצב שבו נמחל לנישום חוב הנובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסה מעסק או ממשלח יד, יראו בחוב כהכנסה שלו בשנה שבה נמחל. זאת, ללא קיומו של מקור במובן סעיף 2 לפקודה, ובלבד שמדובר בחוב הנובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד. אך מובן כי אם מתקיים מקור למחילה, הרי שההכנסה מהמחילה היא הכנסה על-פי סעיף 2 לפקודה, ולא על-פי סעיף 3(ב) לפקודה. כך למשל עובד שנמחל לו חוב על-ידי מעבידו בגלל עבודתו, מפיק הכנסת עבודה על-פי סעיף 2(2) לפקודה בגובה מחילת החוב. אולם במקרה שבפנינו אין חולק כי אין "מקור" למחילה, והיא נשלטת על-ידי הוראות סעיף 3(ב)(3) לפקודה.

ו

9. על-פי סעיף 3(ב)(3) לפקודה, מחילה יכולה להיות מחילה מפורשת, כלומר אקט חוזי דו-צדדי שבו הנושה מביע בצורה מפורשת את רצונו למחול על החוב של החייב, אך סעיף 3(ב)(5) לפקודה מוסיף כי מחילה יכולה להיות מוסקת מן הנסיבות. לעניין זה די אם הצדדים נהגו בחוב כאילו נמחל (א' נמדר דיני מסים [מס' הכנסה] [15], בעמ' 198; א' רפאל מס הכנסה (כרך א) [16], בעמ' 160-164). בהיעדר מחילה מפורשת

ז

הרי שמחילה במובנו של סעיף 3(ב)(5) לפקודה מוסקת מן הנסיבות ומהתנהגות הצדדים, כאשר אלה מלמדים כי החוב איננו רובץ על החייב עוד (ראו: עמ"ה (ת"א) 138/97 י.ט.מ. יישומים טכנולוגיים בע"מ נ' פ"ש ת"א 1 [6]; *Exchange Security Bank v. United States* (1974) [8], at p. 1099; *Friedman v. C.I.R.* (2000) [9], at p. 546; [10] *Milenbach v. C.I.R.* (2003)). מובן כי אין לבחון אך את התנהגותו של החייב; נדרשת בחינת התנהגותם של שני הצדדים והתייחסות שניהם אל החוב. נדרש אפוא שילוב רצונות, הבא ללמד כי שני הצדדים לחוב זנחו את הסיכוי ואת הרצון לפורעו (ראו ר' יולוס, ש' עברון "תחולתו של סעיף 3(ב) לפקודת מס הכנסה בפירוק חברה" [20]. על-מנת לקבוע זאת יש לבחון, בין היתר, כיצד התייחסו הצדדים אל החוב, ומה הם האמצעים והמעשים שננקטו לפירעונו או לצורך ויתור עליו (עמ"ה (ת"א) 91/96 אקסא סחר (1991) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 3 [7]). לעתים קיימים ביטויים חזקים, אם כי לא בלעדיים, המעידים על מחילה משתמעת בלי שזו זכתה לעיגון פורמאלי. כך הוא המצב למשל כאשר בעל החוב מדווח על החוב כחוב אבוד. בדומה, ניתן ללמוד על מחילה בחלוף תקופת ההתיישנות לתביעת החוב (ראו: [11] *Miller v. C.I.R.* (1981)). (at pp. 195-197; 26 U.S.C.S 61, Sec. 281

10. כמו כן לדעתי ניתן ללמוד על "מחילה" מהאינסולבנטיות של החייב ושל הנושה. אינסולבנטיות היא אינדיקציה, בין יתר האינדיקציות, שעשויה ללמד על מחילת חוב במובן סעיף 3(ב) לפקודה, שכן אינסולבנטיות היא מצב של חדלות-פירעון שבו החייב מתקשה לעמוד בהתחייבויותיו, ולנוכח קשיים אלה יכול הדבר להוביל לאי-פירעון בפועל ולהתקדמות לקראת מחילה של החוב על-ידי הנושה משהוא נואש מפירעון החוב בשל הקשיים הנגזרים מהאינסולבנטיות. אכן, אינסולבנטיות היא נסיבה רלוונטית לקיומה או להיעדרה של מחילת חוב, ויש לשקול אותה בכובד ראש, אך יש גם להתחשב באופייה כמצב נזיל, גמיש ומשתנה, ושיש מרווח רחב של מצבי חדלות-פירעון השונים בעוצמתם ובהשלכתם על עתיד החברה, ולכן יש לשקול כל מצב חדלות-פירעון לגופו ולראות את השלכותיו על חוב כזה או אחר של החברה אם הוא נמחל או לא. ככל שחדלות-הפירעון היא קשה יותר ועמוקה יותר, הרי שהקשיים בגביית החוב מתעצמים, ואפשרות המחילה מצד הנושה קרובה יותר, משאין טעם בהשקעת מאמצים ועלויות לגביית חוב שסיכויי גבייתו קלושים. מובן כי עם הנסיבות הנבחנו ניתן למנות גם הליכי גבייה שנקט, או נוקט, הנושה כנגד חייב חדל-פירעון במסגרת הליכי פירוק, ככל שאלה מתקיימים. אכן, בדיקה נסיבתית כזו ממקרה למקרה נראית מתבקשת וטבעית בעניין כגון דא. מובן כי הנסיבות יכולות ללמד גם על מחילה חלקית של החוב.

11. השאלה היא אם על-פי כלל הנסיבות, והאינסולבנטיות בכלל זה, מתקיימת מחילה במקרה שבפנינו. זו השאלה שהציבו לנו בעלי-הדין ואין בלתי. הם לא טענו ולא העלו את השאלה העקרונית וזקשה אם בכלל מוצדק להטיל מס הכנסה בגין מחילת חוב במצב של אינסולבנטיות של החייב. בעניין זה תאוריות שונות למיסוי מחילת חובות מובילות לכיוונים שונים: מחד, ניתן לומר כי גם מחילה במצב זה טומנת בחובה הטבה לנמחל, ויש הצדקה לראות בה הכנסה. מאידך, יש מקום לומר כי במצב זה המחילה רק מפחיתה את ההתחייבויות, והיא איננה מוסיפה לצד החיובי במאזנו של הנישום, ולכן איננה מוסיפה ליכולתו לשלם. כמו כן רצוי להעניק הזדמנות להבראת חברה בעלת פוטנציאל הבראה ולא לדחוף אותה לפירוק, ולאור זאת אין להטיל מס הכנסה בגין מחילה במצב אינסולבנטיות. דיון זה קשה במיוחד כאשר מדובר בחייב שהוא חברה משפחתית, שחבות המס שלה מיוחסת לנישום המייצג ולא לחברה עצמה (ראו: *Lakeland Grocery Co. v. C.I.R.* (1937) [12]; *Estate of Newman v. C.I.R.* (1991) [13]; *Giltitz v. C.I.R.* (2001) [14]; B.I. Bittker, B.H. Thompson "Income From the Discharge of Indebtedness: The Progeny of *United States v. Kirby Lumber Co.*" [21], at pp. 1182-1184; T.P. Seto "The Function of the Discharge of Indebtedness Doctrine: Complete Accounting in the Federal Income Tax System" [22]; S.M. Gianelli "Discharge of Indebtedness: Tax Effects of Cancellation of Debt Income and the Insolvency Exclusion on Pass-Through Entities and Related Basis Adjustments" [23]). כן אין עולה בפנינו השאלה אם אינסולבנטיות כשלעצמה, כלומר אינסולבנטיות "ערומה" או "טהורה", מהווה מחילה, מפני שהצטברות כלל הנסיבות במקרה דנן מלמדת לדעתי על גמירת-דעת משותפת למחילת החובות נושא הדין, כפי שאסביר מיד.

מחילת החובות בנסיבות המקרה

12. חוב החברות המשפחתיות לחברה הפרטית נמחל במקרה דנן על-פי כלל נסיבותיו, שכן ראשית, הן החברות המשפחתיות הן החברה הפרטית נמצאות במצב של חדלות-פירעון מתמשך. שנית, החברות המשפחתיות והחברה הפרטית הפסיקו לפעול משנת 1997 כך שהאינסולבנטיות לוותה גם בהפסקת פעילות עסקית, דבר המלמד על חומרתה של חדלות-הפירעון ועל עומקה, ודבר שמלמד על צמצום הסיכויים והרצון להבריא את החברה. הפסקת הפעילות הנמשכת מלמדת כי פוטנציאל ההבראה של החברות המשפחתיות הוא קטן עד אפסי, ולכן אין הצדקה לא למסות אותן כדי לתת להן סיכוי הבראה. שלישית, עברה תקופה ארוכה יחסית של שמונה שנים על החוב, נסיבה שניתן להסיק ממנה על מדוילה, בייחוד כשיש מקום גם לטעון כי עברה תקופת

ההתיישנות לתבוע את החוב או את חלקו. רביעית, לא הייתה כל דרישה לתשלום חוב זה, נסיבה המלמדת אף היא על מחילה. חמישית, אמנם הנושה הוא חברה פרטית, שהיא אישיות משפטית נפרדת, אך לא ניתן להתעלם מן העובדה כי גם חברה פרטית זו נמצאת בבעלותו של המערער שמחזיק במניותיהן של החברות המשפחתיות החייבות, ונראה כי יש בעובדה זו, לצד יתר העובדות והנסיבות, כדי ללמד על מחילת חוב מצדה של החברה הפרטית כלפי החברות המשפחתיות. לאור כל זאת מקובלת עלינו קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי חוב זה הוא חוב שנמחל במובן סעיף 3(ב) לפקודה, ויש בכך כדי להקים חבות במס הכנסה על החברות המשפחתיות. את החבות הזו יש לייחס למערער בהיותו הנישום המייצג של חברות משפחתיות אלה. המשיב הכיר בסכום זה גם כהוצאה בגין חוב אבוד לחברה הפרטית, ועניין זה איננו עומד במחלוקת בפנינו.

13. באשר לחוב החברה הפרטית לחברה האנגלית, הרי שהן זו הן זו נמצאות במצב של חדלות-פירעון מתמשך, וסיכויי הבראתן קלושים ביותר. הדבר מהווה כאמור אחת האינדיקציות שניתן להסיק מהן על מחילת חוב והצדקה למסות מחילה זו. לכך מצטרפות נסיבות למכביר שמלמדות על מחילת חוב, ובכלל זה ההלוואה ניתנה בשנת 1987 ועבר זמן רב מאז. החברה האנגלית דרשה בשנת 1994 לפרוע את החוב, אבל לאחר קבלת מכתב תשובה תקיף המודיע לה שלא ניתן להחזיר את החוב בשלב זה, וכן עצה שלא לפתוח בהליכים משפטיים, חדלה החברה האנגלית מניסיונות הגבייה. זמן קצר לאחר מכן, כנראה בשנת 1995, נמחקה החברה מספרי רשם החברות באנגליה. מאז ועד היום, תשע שנים לאחר מחיקת החברה (17 שנים לאחר מתן ההלוואה), לא נתקבלו כל דרישות תשלום מנושיה של החברה האנגלית, אם היו כאלה, וטענת התיישנות יכולה כנראה לעמוד אל מול תביעות כאלה אף אם יהיו. אין בפנינו כל אינדיקציה על קיום הליכי גבייה במסגרת פירוק או בכל מסגרת אחרת. ממכלול הנסיבות עולה אפוא כי החברה האנגלית מחלה לחברה הפרטית על חובה, ולפיכך נוצרה הכנסה לחברה הפרטית בגין מחילת החוב על-פי סעיף 3(ב) לפקודה.

14. המסקנה המתבקשת מן האמור היא אפוא כי בנסיבות המיוחדות של המקרה בצדק הטיל המשיב מס הכנסה על-פי סעיף 3(ב)3 לפקודה בגין מחילת חוב החברות המשפחתיות לחברה הפרטית ובגין מחילת חוב החברה הפרטית לחברה האנגלית. השומה שהוצאה לפי מיטב השפיטה יצאה אפוא כדין, כפי שקבע גם בית-המשפט המחוזי. אין בידי לקבל את טענת המערערים כי עבר הזמן להוצאת שומה זו. מקובלת עליי קביעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי כי המחילה התרחשה בשנת 1997, ולפיכך טרם עבר הזמן להוצאת השומה לפי מיטב השפיטה. הקביעה מתי מתרחשת מחילה איננה קביעה מכנית. מועד המחילה מקום שזו נלמדת מתוך התנהגות הצדדים

א ומתוך הנסיבות נקבע על-פי מכלול הראיות המצביעות על התגבשותה, ומועד זה אכן נקבע על-ידי בית-משפט קמא לשנת 1997, על-פי כלל הנסיבות והראיות שהובאו בפניו. לא מצאנו טעם להתערב בקביעה זו. כן מקובלות עליי יתר קביעותיו של בית-משפט קמא בדבר זכות הטיעון והטיפול במקרים דומים, ולא נמצא מקום להתערב בקביעותיה של ערכאה קמא. לפיכך ריין טענות המערערים בדבר זכות הטיעון והטיפול השונה במקרה דומה להידחות. התוצאה היא שיש אפוא לדחות את ערעור המערערים.

ב הערעור נדחה. המערערים יישאו בהוצאות המשיב בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

השופט א' ריבלין

ג אני מסכים.

השופטת א' חיות

ד אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא ברק.

ה ניתן היום, י"ד בשבט תשס"ה (24.1.2005).

ו

ז