

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[9.4.87]

לפני הנשיא מ' שמגר והשופטים ד' לויק, א' גולדברג

ב

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], נ"ח 120, סעיפים 88, 92(א) — חוק הערכות, תשכ"ז—1967, ס"ח 46, סעיף 9.

הערעור נסב על השאלה, אם ניתן לראות בסכום, ששילם המשיב עקב מימוש ערכות שניתנה עליהן כערב אישי לחברה, הפסד הון, הניתן לקיומו כנגד רווח הון הנובע משבח מקרקעין.

ג

בית המשפט העליון פסק :

א. (1) זכות הערב לתבוע מן החייב את מה שנתן למילוי הערכות מכוח סעיף 9 לחוק הערכות, תשכ"ז—1967 — איננה זכות חדשה, שצמחה עם מילוי הערכות, אלא זוהי זכותו של הנושה, אשר הומחטה אל הערב מכוח הדין.

ד

(2) אם זכותו של הנושה היא „נכס“, וזכות זו הומחטה לערב, אף זכותו של הערב היא „נכס“, שהרי מדובר באותה זכות.

(3) השאלה, אם ייתכן שזכות זו תצמית רווח הון, צריכה להיבחן דרך משקפיו של הנושה ולא דרך משקפיו של הערב. לכן, אם זכותו של הנושה עשויה להצמית רווח הון, אף זכותו של הערב עשויה להצמית רווח הון, שהרי זכותו הומחטה אליו מן הנושה.

ה

(4) הבחנה בין הפסדיו של בעל החברה, אשר נגרמו בשל אי-פרעון „הלוואות בעלים“, לבין הפסדיו בשל תשלום סכום הערכות לנושה החברה עשויה להיות מלאכותית ומנוגדת למציאות הכלכלית שביסוד עיסקאות אלו.

(5) יש לבחון, אם הייתה ההלוואה עשויה להצמית רווח הון ברגע מתן ההלוואה עלייה הנושה ולא ברגע מילוי הערכות.

ו

(6) הלוואה לפי אופיה עשויה להצמית רווח הון. תכונה זו לא נשללה ממנה גם כאשר נכנסה החברה לפירוק, שהרי זו מהותה של זכות התחלוקה.

(7) היותה של החברה בפירוק איננה אלא הנסיבה, שהפכה את הלוואת הנושה, שהומחטה לערב, להפסד הון.

ז

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו :

[1] ד"נ 4/82 י' קוט נ' ד' קוט (קט"ו) באמצעות אימו עטי אקנין ואח', פ"ד לח(3) 197.

הנשיא מ' שמגר

פסקידין אמריקניים שאוזכרו:

[2] *Putnam v. Commissioner* 352 U.S. 82 (1956).

א

ערעור על פסקידינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט מ' אריאל) מיום 25.11.84 בעמ"ה 101/83. הערעור נדחה.

ע' חסון, מנהל המחלקה הפיסקאלית בפרקליטות המדינה — בשם המערער;

מ' לוינסון — בשם המשיב.

ב

פסק-דין

ג

הנשיא מ' שמגר: 1. זהו ערעור על פסקידינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, אשר לפיו נתקבל ערעורו של המשיב ונקבע, כי סכומים ששילם כערב לחובותיה של חברה, שחלקה בבעלותו, יותרו כניכוי כנגד רווחי הון שצמחו למשיב.

2. אלה עיקרי העובדות הצריכות לעניין:

ד

(א) בשנת 1978 הצטרף המשיב לחברת ב.ש.ב. — ישרו חברה להובלה וציוד בע"מ (להלן — החברה) כמנהל וכבעל מניות בשיעור 25%. כתמורה עבור המניות שהוקצו לו שילם המשיב סך של 17,300 שקלים ישנים, וסך של 30,000 שקלים ישנים היה עליו להפקיד בקופת החברה כ"הלוואת-בעלים".

ה

(ב) לצורך פעילותה השוטפת נזקקה החברה לאשראי ולהלוואות. המשיב, יחד עם שלושת המנהלים האחרים, ערב באופן אישי להלוואות שקיבלה החברה מבנק הפועלים ומחברת דיונגוף ושות' בע"מ.

ו

(ג) בשנת 1980 נקלעה החברה לקשיים כספיים, ומשלא עמדה בפרעון חובותיה מומשו הערבויות, והמשיב נאלץ לשלם סך של 557,857 שקלים ישנים מכוח היותו ערב כאמור (להלן — סכום הערבות).

(ד) ביום 18.9.80 מונה לחברה כונס נכסים, וביום 9.7.81 ניתן צו לפירוק החברה.

ז

(ה) בשנת המס 1980 מכר המשיב חלקת אדמה שבבעלותו, אשר הניבה למשיב רווח הון טעון מס. המשיב ביקש לקזז את הסכומים שהוציא למימוש ערבותו, וכן את סכומי השקעתו בחברה, אשר ירדו לטמיון, כנגד הרווח האמור.

ו) המערער נעתר לבקשתו של המשיב, ככל שהיא נוגעת לסכומי החשד קעה בחברה, אך סירב להתיר למשיב לקזז את סכום הערבות.

ז) בית המשפט קמא קבע, כי המשיב זכאי לקזז אף את סכום הערבות. מכאן הערעור.

3. בערעור זה סבה המחלוקת על שאלה אחת, והיא, אם ניתן לראות בסכום הערבות, ששולם עקב מימוש הערבות שניתנה עלי ידי המשיב כערב אישי לחברה, הפסד הון, כאמור בסעיף 92(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – הפקודה), כך שניתן לקזזו כנגד רווח ההון הנובע משבח מקרקעין.

4. (א) טענתו הראשונה של המערער היא, שאין הערבות יכולה להיות „נכס”, כמוגדר בסעיף 88 לפקודה, שכן היא אינה אלא התחייבות של פלוני כלפי הנושה, ולפיכך אין להתחייבות ככזו יכולה להצמיח „רווח־הון” או „הפסד־הון” כהגדרתם בסעיף 92(א) לפקודה, הקובע:

„סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז תחילה כנגד ריווח ההון הריאלי... לענין זה רואים שבח והפסד כמשמעותם בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג–1963, כאילו היו ריווח או הפסד הון, לפי הענין”.

(ב) טענתו השנייה של המערער היא, כי סעיף 9 לחוק הערבות, תשכ"ז–1967 – הקובע כי „זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הערבות...” – מעניק לערב, אשר קיים את חיובו, זכות שיפוי, אשר אף אם תיחשב כ„נכס”, לעולם לא תצמיח רווח הון, ולפיכך אינה ממלאת את דרישות סעיף 92(א) לפקודה.

מטעם זה, מפנה הוא את ערעורו כלפי החלטת בית המשפט קמא, אשר קבע שאין מקום להבחין בין „הלוואות הבעלים” לבין סכום הערבות. לטענתו, הלוואה עשויה להצמיח רווח הון, בעוד ערבות לעולם לא תצמיח רווח הון.

(ג) לחלופין, טוען המערער, כי אף אם ייקבע, כי הערבות או זכות השיפוי הינן בגדר „נכס”, היכול להצמיח רווח הון, הרי עלי פי עובדות המקרה, משפורה החברה החייבת – לא יכול היה המשיב לתבוע חזרה את סכום הערבות. מכך מסיק המערער, כי במקרה ספציפי זה לא יכולות היו הערבות או זכות השיפוי להצמיח למשיב רווח הון.

(ד) טענה נוספת, אשר העלה המערער בסיכומיו, היא, כי אפילו טעה המערער והסכים לקיזוז בעניין ההלוואה, עדיין אין הוא מנוע מלסרב להכיר בהפסד הנובע ממימושה של הערבות. לטענה זו אין מקום להיזקק. המערער לא נימק כלל, מדוע

הנשיא מ' שמגר

„טעה“, כטענתה, ואף לא טען, כי ההלוואה קווצה שלא כדין. בהפוך הוא, המערער מנמק לכל אורך סיכומיו, מדוע יש לקזז את ההלוואה, אך לא את סכום הערבות.

א 5. ההכרעה בשאלת מעמדו של הערב, אשר פרע את חוב החייב, תחרוך את הדין בערצור זה. לפיכך נבחן שאלה זו ראשונה.

ב סעיף 9 לחוק הערבות קובע, כי הערב זכאי לחזור ולתבוע מן החייב את מה שנתן למילוי הערבות. זכות זו איננה זכות חדשה, שצמחה עם מילוי הערבות, אלא זוהי זכותו של הנושה, אשר הומחתה אל הערב מכוח הדין.

כך נפסק בבית-משפט זה בד"נ 4/82 (1), בעמ' 221:

„... הערב נכנס לנעליו של הנושה וזוכה במעמדו“.

ג בחיבורו של פרופ' ש' גינוסר, חוק הערבות, תשכ"ז—1967 פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ט), מביע המחבר, בעמ' 56, את העמדה, לפיה:

ד „... עקב מילוי הערבות עוברת זכותו של הנושה לערב מכוח הדין, כאילו נמחתה אליו מרצון, ביחד עם כל הערבות, השעבודים והזכויות האחרות הנלוות לה: העברה זו ידועה בשם תחלוף (סוברגציה בלע"ז).“

בדומה לכך מצאנו בפסיקתו של בית המשפט העליון בארצות-הברית:

ה “The familiar rule is that, *instantly* upon the payment by the guarantor of the debt, the debtor's obligation to the creditor becomes an obligation to the guarantor, not a new debt, but, by subrogation, the result of the shift of the original debt from the creditor to the guarantor who steps into the creditor's shoes” (*Putnam v. Commissioner* (1956) [2], at 85).

וראה גם B.T. Bittker, J.S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders* (Boston, 4th ed., 1979) 4—40.

ז 6. משהגענו למסקנה, כי זכותו של הערב כלפי החייב היא זכותו של הנושה אשר הומחתה אליו, נוכל להשיב לטענותיו של המערער.

המערער הפנה את חיציו לעבר „הערבות“ ולעבר „זכות השיפוי“, אשר לטענתו אינן „נכס“, ואף אם בגדר „נכס“ הן, הרי שלעולם לא יצמיחו רווח הון. נקודת המוצא לטענות

הנשיא מ' שמגר

אלו היא ראיית "הערבות" או "זכות השיפוי" כזכות חדשה, אשר נוצרה עם מילוי הערבות.

אין הדבר כך. הערב עומד בנעליו של הנושה. לפיכך, אם זכותו של הנושה היא "נכס", וזכות זו הומחתה לערב, אף זכותו של הערב היא "נכס", שהרי מדובר באותה זכות.

השאלה, אם ייתכן שזכות זו תצמיח רווח הון, צריכה להיבחן דרך משקפיו של הנושה ולא דרך משקפיו של הערב. לכן, אם זכותו של הנושה עשויה להצמיח רווח הון, אף זכותו של הערב עשויה להצמיח רווח הון, שהרי זכותו הומחתה אליו מן הנושה.

הנושה הלווה לחייב, ומשפרע הערב את חובו של החייב, על-פי התחייבותו כערב, הוא עומד בנעליו הנושה כמלווה.

ההבחנה בין הפסדיו של בעל החברה, אשר נגרמו בשל אי-פרעון, הלוואת בעלים, לבין הפסדיו בשל חשלום סכום הערבות לנושה החברה עשויה להיות מלאכותית ומנוגדת למציאות הכלכלית שביסוד עיסקאות אלו.

ברוח זו נפסק בארצות-הברית בעניין Putnam [2], at 92–93, שניסבותיו דומות לענייננו:

"There is no real or economic difference between the loss of an investment made in the form of a direct loan to a corporation and one made indirectly in the form of guaranteed bank loan. The tax consequences should in all reason be the same...".

7. משבאנו עד כאן, לא נותרה לנו אלא טענתו האחרונה של המערער, לפיה המקרה הנדון מיוחד בשל היות החברה בפירוק. לטענתו, משפורקה החברה החייבת, לא יכול היה המשיב לגבות חזרה את סכום הערבות. לפיכך, הוא טוען, לא יכלו ה"ערבות" או "זכות השיפוי" להצמיח למשיב רווח הון. גם טענה זו, כאחרות שהעלה המערער, מקורה בתפיסתו את זכותו של הערב כזכות חדשה, שנוצרה עם מילוי הערבות. אולם, משקבענו שזכותו של הערב, שפרע את חובו של החייב, היא זכותו של הנושה ולא זכות חדשה, עלינו לבחון, אם הייתה ההלוואה עשויה להצמיח רווח הון ברגע מתן ההלוואה על-ידי הנושה (ולא ברגע מילוי הערבות).

ברגע מתן ההלוואה על-ידי הנושה לא הייתה החברה בפירוק, ולכן ניתן לומר, כי ההלוואה לפי אופיה עשויה הייתה להצמיח רווח הון.

הנשיא מ' שמגר

לפיכך, זכותו של הערב, שהומחתה אליו מן הנושה, נושאת את התכונה, שברגע שניתנה, עשויה הייתה להצמיח רווח הון. תכונה זו לא נשללה ממנה, גם כאשר נכנסה החברה לפירוק, שהרי זו מהותה של זכות התחלוף. לשון אחר, היותה של החברה בפירוק איננה אלא הנסיבה, שהפכה את הלוואת הנושה, שהומחתה לערב, להפסד הון.

גם בעניין [2] Putnam הנ"ל נטענה טענה דומה, שלגביה נאמר בפסק הדין, בעמ'

: 89—88

"Next it is assumed... that a new obligation arises in favor of the guarantor upon his payment to the creditor. From that premise it is argued that such a debt cannot 'become' worthless but is worthless from its origin... This misconceives the basis of the doctrine of subrogation... Under the doctrine of subrogation, payment by the guarantor, as we have seen, is treated not as creating a new debt and extinguishing the original debt, but as preserving the original debt and merely substituting the guarantor for the creditor".

ראה גם E.J. Brown, "Comment: Putnam וכן Bittker and Eustice, supra v. Commissioner — The Reimbursable Outlay Under the Tax Law" 6 Buffalo L. Rev. (1956—57) 283

8. אשר-עליכן הייתי דוחה את הערעור ומחייב את המערער בהוצאותיו של המשיב בלוויית הצמדה וריבית עד למועד התשלום בפועל בסכום של 3,000 שקלים חדשים.

השופט ד' לרין : אני מסכים.

השופט א' גולדברג : אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסקדינו של הנשיא.

ניתן היום, י' בניסן תשמ"ז (9.4.87).