

## מיסוי עסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים הרלוונטיים לקביעת שווי העסקה

ליאור דוידאי\*

מאמר זה עוסק בניתוחו של דין המס הראוי ביחס לעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה הרלוונטיים לקביעת שוויה, דוגמת עסקות מסוג "חוזה עתידי" או עסקות מסוג "חוזה משתנה". בעסקות כגון אלה עולה שאלה כפולה: תחילה, כיצד ראוי לקבוע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס? ולאחר-מכן, כיצד ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס?

מטרת הדיון במאמר זה הינה לגבש תפיסה עקבית לסוגי מצבים משתנים בעלי בסיס רעיוני משותף, וזאת הן ביחס לקביעת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס והן ביחס לקביעת השווי הראוי לצורך חישוב של חבות המס.

המאמר מניח, כנקודת-מוצא, שכל המעורבים בפעילויות הכלכליות מדווחים לפי בסיס מצטבר. בהינתן עיקרון זה, ראוי לשיטתנו לקבוע את עיתוי היווצרותו של אירוע-המס לפי מועד הביצוע הכלכלי גם אם מדובר בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה. נוסף על כך, אנו מציעים לקבוע את שווי

\* בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; מרצה מן החוץ, האוניברסיטה העברית בירושלים. בוגר תואר ראשון (L.L.B.) במשפטים בהצטיינות באוניברסיטה העברית בירושלים; מוסמך לתואר שני (L.L.M.) במשפטים בהצטיינות באוניברסיטה העברית בירושלים; מוסמך לתואר שני (M.B.A.) במנהל עסקים בהצטיינות באוניברסיטה העברית בירושלים, במגמות מימון וחשבונאות. המאמר מבוסס על עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים הנעשית בהדרכתו של פרופסור ישי בר באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי העמוקה לפרופסור ישי בר על עזרתו הרבה לאורך המחקר ועל תמיכתו בחיבור העבודה. כמו-כן ברצוני להודות לעורכים גיא זיידמן ועו"ד ארוז שחם ולחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים, תומר גינזבורג ותמר פישר, על עבודת העריכה היסודית והמדויקת והערותיהם המועילות לרשימה זו. בנוסף, ברצוני להודות לקורא האנונימי על הערותיו החשובות והמחכימות.

העסקה לצורך חישוב של חבות המס לפי שווי השוק במועד הביצוע הכלכלי, וזאת גם אם שווי השוק במועד הביצוע הכלכלי שונה מהתמורה המוסכמת בין הצדדים, מהתמורה המתגבשת בגין העסקה או מהתמורה המשולמת בפועל בעסקה. דרך הניתוח המוצעת במאמר רואה בעסקות הנידונות, דוגמת עסקות מסוג "חוזה עתידי" או "חוזה משתנה", עסקות מורכבות שראוי לפצלן למרכיבין הבסיסיים. לשיטתנו, בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה ניתן לזהות – לצידה של ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים המתבצעת לפי שווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי – שני סוגים נוספים של התקשרות: האחת, התקשרות פיננסית המתארת מכלול סיכויים וסיכונים ביחס לשונות של שווי העסקה בשוק החופשי עד לביצוע הכלכלי (כפי שזה, למשל, במקרה של חוזה עתידי) או החל בביצוע הכלכלי (כפי שזה, למשל, במקרה של חוזה משתנה); והאחרת, עסקת אשראי המתארת פערי עיתוי בין המועד שבו התמורה אמורה להשתלם (בהתאם לעיתוי הביצוע הכלכלי) לבין המועד שבו התמורה משתלמת בפועל (כפי שהדבר, למשל, במקרה של חוזה משתנה או עסקות של תשלום דחוי ותשלום מקדמה). בהתאם לניתוח המפצל עסקות מורכבות למרכיבין היסודיים, כאמור, יהיה ניתן לזהות את תוצאות המס הראויות של העסקות הנידונות.

#### מבוא

פרק א: עקרון העל לצורך חישוב של חבות המס – שווי שוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי

פרק ב: פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי (חוזה עתידי)

פרק ג: פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה  
1. כללי

2. תיאום התמורה למועד הביצוע הכלכלי וגיבוש עסקת אשראי בין הצדדים

3. עסקות של תשלום דחוי

4. עסקות של תשלום מקדמה

פרק ד: פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (חוזה משתנה)

פרק ה: שינוי תוצאותיה הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי

פרק ו: אי-ודאות ביחס לסכום התמורה במועד הביצוע הכלכלי

פרק ז: סיכום

## מבוא

דין המס הנוהג כיום אינו מציע הסדר כולל לבעיות המס המיוחדות המתעוררות בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה. כך, מוכרות עסקות שמוסכם בהן בין הצדדים שהביצוע הכלכלי של העסקה יהיה במועד מאוחר להסכמה על שווי התמורה (אלה הן עסקות מסוג "חוזה עתידי")<sup>1</sup>. כזו היא, למשל, עסקה שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני בתמורה הנקבעת במועד של כריתת החוזה, אך לפי תנאי העסקה תיעשה העברת הזכויות בו במועד מאוחר יותר בהתאם לאותה תמורה מוסכמת מראש. בדומה לכך, מוכרות עסקות שמוסכם בהן בין הצדדים שהתמורה לעסקה תהיה בסכום משתנה האמור להיקבע באופן סופי במועד עתידי בהתאם לערכו של פרמטר מסוים המוגדר בהסכם (אלה הן עסקות מסוג "חוזה משתנה") (Contingent-Payment Transaction). כזו היא, למשל, עסקה שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני ומעביר לו את הזכויות בנכס במועד מסוים, אך לפי תנאי העסקה, התמורה אמורה להתגבש במועד מאוחר להעברת הזכויות בהתאם לערכו של הנכס נושא העסקה (או לפי ערכו של פרמטר מוסכם אחר) באותה נקודת-זמן עתידית. כזו היא גם עסקה שמוסכם בין הצדדים כי מקצת התמורה בעד רכישת נכס משולמת לשיעורין, בתשלומים תקופתיים משתנים הנקבעים כנגזרת מהתשואה המופקת מהנכס בכל תקופה, ללא הגבלת זמן וללא הגבלת סכום (כפי שהיה, למשל, בעניין *Burnet v. Logan*)<sup>2</sup>. בעסקות כגון אלה עולה שאלה כפולה: תחילה, כיצד ראוי לקבוע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס? ולאחר-מכן, כיצד ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס?

קיומם של פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה יוצר קשיים בניתוח דין המס. כך, למשל,

1 חוזה עתידי (Forward Contract) (המכונה לעיתים קרובות "חוזה אקדמה") הינו הסכם שהצדדים מתחייבים במסגרתו לבצע במועד עתידי מוסכם עסקה מסחרית מסוימת בהתאם למסכת תנאים הנקבעת מראש בעת כריתת החוזה ובתמורה למחיר מוסכם הקבוע מראש בחוזה. להגדרה מפורטת של חוזה עתידי ראו משה בן-חורין שוק ההון וניירות הערך (מהדורה ראשונה, 1996) 617-618. ראו גם: David F. Levy "Towards Equal Tax Treatment of Economically Equivalent Financial Instruments: Proposals for Taxing Prepaid Forward Contracts, Equity Swaps, and Certain Contingent Debt Instruments" 3 *Fla. Tax Rev.* (1997) 471, 478-483; Henry D. Shereff *Introduction to the Taxation of Financial Instruments: Federal Income Taxation of Capital Transactions in Securities, Straddles, Options, and Futures* (Philadelphia, 1990) 197-201. עוד ראו ע"א 7302/96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ער"ד יוסף לילוף, פ"ד נה(3) 200, 202-203; עמ"ה 155/97 צבי ברנר נ' פקיד שומה גוש דן, מיסים יג(2) ה'21. יצוין כי חוזה עתידי סטנדרטי הנסחר בבורסה שתנאיו המדויקים, למעט המחיר, נקבעים מראש על-ידי הבורסה מכונה חוזה עתידי (Future).

2 ראו: *Burnet, Commissioner of Internal Revenue, v. Logan*, 283 U.S. 404 (1931) (hereinafter: *Burnet v. Logan*). לסקירת פסק-הדין ראו להלן הדברים הנלווים להערות 86-87 ו'91-92, בפרק ד.

בפערי עיתוי המתקיימים בחוזה עתידי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי עשוי להיווצר הבדל בין התמורה החזוית המוסכמת מראש לבין שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי, וזאת בשל פעולתם של כוחות-השוק ביחס לשווי העסקה. פערי עיתוי אלה עשויים להשליך על שאלת השווי הראוי שיש לייחס לעסקה לצורך חישוב של חבות המס: היש לעשות כן לפי שווי התמורה המוסכם, או לפי שווי אחר? באופן דומה, בפערי עיתוי המתקיימים בחוזה משתנה בין הביצוע הכלכלי לבין התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי עשוי להיווצר הבדל בין שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי לבין סכום התמורה המתגבש בסופו של דבר. פערי עיתוי אלה עשויים להשליך הן על שאלת העיתוי שבו ראוי לקבוע כי נוצר אירוע-מס והן על שאלת השווי הראוי שיש לייחס לצורך חישוב של חבות המס. דין המס הנוהג בארצות-הברית, למשל, קובע בעניין זה שיש לדחות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס אם במועד הביצוע הכלכלי אין ודאות ביחס לאומדן של סכום ההכנסה.<sup>3</sup> מתעוררת אם-כן השאלה: האם כלל זה נכון וראוי?

מטרת דיוננו במאמר זה הינה לגבש תפיסה עקבית הן ביחס לקביעת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס והן ביחס לקביעת השווי הראוי לצורך חישוב של חבות המס, וזאת בסוגי מצבים משתנים בעלי בסיס רעיוני משותף, בכך שבכולם מתוארות עסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שווייה של העסקה.

בפתח הדברים מתבקשת הערה שתבהיר את המסגרת הכללית של הדיון שלהלן. מאמר זה אינו מיועד לבחון מהו הדין הראוי לקביעת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס. שאלה זו חורגת ממסגרת הדיון. הנחת-המוצא במאמר זה הינה כי שיטת המס הנוהגת מושתתת על עקרון המימוש,<sup>4</sup> שלפיו העיתוי שבו נוצר אירוע-מס נקבע בעת ביצוע עסקה להעברתו של נכס, למכירתו או להחלפתו בין צדדים בשוק החופשי או בעת ביצוע עסקה אחרת – ממשית (דוגמת פעולה בין קרובים ללא תמורה או בתמורה חלקית) או רעיונית (דוגמת שינוי ייעוד של נכס) שבאמצעותה הנישום מוציא, מן הכוח אל הפועל, את הערך המוסף הכלכלי שהוא צובר. הנחה נוספת המשמשת נקודת-מוצא למאמר הינה שכל המעורבים בפעילויות הכלכליות מדווחים לפי בסיס מצטבר (Accrual Method), הקובע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס במועד התרחשותם של כל האירועים המגבשים באופן סופי ומוחלט זכות לקבל תמורה (או חבות לשלם תמורה), אף אם טרם הגיע מועד הפירעון ('The All Events' Test).<sup>5</sup> (להבדיל משיטת דיווח על בסיס מזומנים, שהכנסות חייבות בה במס במועד שבו

3 לדין המס הנוהג בארצות-הברית ביחס לחוזה משתנה ראו להלן פרק ד.

4 ראו: *Eisner, Internal Revenue Collector v. Macomber*, 252 U.S. 189, 207 (1920). ראו גם: Bernard J. Grant "Recent Development: No Taxation Without Realization: Srivastava v. Commissioner, The Fifth Circuit's Answer to Tax Treatment of Attorney's Fees under a Contingency Fee Agreement" 32 *St. Mary's L. J.* (2001) 363. כן ראו אמיר גל ובעז שניצר "No Taxation Without Realization"? על מיסוי איגרות חוב קונצרניות המונפקות בניכיון" מיסים (תז) 2 א-72. לאימוץ דרישת המימוש בדין המס הישראלי ראו, למשל, ע"א 217/65 שלמה כהן נ' פקיד השומה גוש דן, רמת-גן, פ"ד כ(2) 421.

5 למועד שבו נוצר אירוע-מס במסגרת דיווח על בסיס מצטבר ראו הוראת סעיף 1.446- CFR

התמורה מתקבלת בידי הנישום, ובהתאמה, הוצאות מותרות בניכוי במועד שבו התמורה משולמת על-ידי הנישום).<sup>6</sup> בהתאם לבסיס מצטבר, המועד שבו מתרחשים כל האירועים המגבשים זכות לקבל (או חבות לשלם) את התמורה יהיה בעת הביצוע הכלכלי של החיובים המוטלים על הצדדים לחוזה (Economic Performance),<sup>7</sup> דהיינו במועד שבו הנכס נמסר<sup>8</sup>

(A)(ii)(1)(c) לתקנות המס האמריקאיות, הקובעת כדלקמן:

"Generally, under an accrual method, income is to be included for the taxable year when all the events have occurred that fix the right to receive the income and the amount of the income can be determined with reasonable accuracy. Under such a method, a liability is incurred, and generally is taken into account for Federal income tax purposes, in the taxable year in which all the events have occurred that establish the fact of the liability, the amount of the liability can be determined with reasonable accuracy..."

ראו גם הוראת סעיף IRC §461(h)(1) לקוד המס האמריקאי, הקובעת כדלקמן:

"In general. For purposes of this title, in determining whether an amount has been incurred with respect to any item during any taxable year, the all events test shall not be treated as met any earlier than when economic performance with respect to such item occurs."

6 לדיון כללי בהבחנה בין דיווח על בסיס מזומנים לבין דיווח על בסיס מצטבר ראו אלפרד ויתקון (בהשתתפות יעקב נאמן) דיני מסים – מסי הכנסה, עזבון ושבח (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, תשכ"ו) 101–102; אמנון רפאל (בהשתתפות ירון מהולל) מס הכנסה א (מהדורה שלישית מורחבת ומעודכנת, התשנ"ה), 431–437. ראו גם ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה וביטוחון בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 795; ע"א 421/78 פקיד השומה תל-אביב נ' חברת מ' מורצקיררון מהנדסים יועצים בע"מ, פ"ד לג(2) 456–457; ע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דיקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד נו(1) 1. עוד ראו חוזר מס הכנסה 39/93 (משפטית) "קריטריונים לקביעת צורת הדווח לצרכי מס – בסיס מצטבר או מזומן" מיסים ז(5) ג-24; חוזר מס הכנסה 12/94 (משפטית) "דווח לפי בסיס מזומן או מצטבר" מיסים ח(4) ג-17; חוזר מס הכנסה 12/2003 (משפטית) "דיווח בשיטת מזומן או מצטבר – עדכון" מיסים יז(5) ג-12; חוזר מס הכנסה 12/2004 (תכנון ומדיניות) "דיווח בשיטת מזומן או מצטבר – עדכון, תיקון לחוזר מס הכנסה 12/2003 בעניין התחולה" מיסים יח(4) ג-40.

7 עיגון לכלל זה ניתן למצוא, למשל, בהוראת סעיף IRC §461(h)(1) לקוד המס האמריקאי. ראו גם הוראת סעיף CFR §1.446–1(c)(ii) לתקנות המס האמריקאיות. כן ראו הוראות סעיפים CFR §1.461–4, CFR §1.461–5, CFR §1.461–6 לתקנות המס האמריקאיות, הדנות במועד התרחשותו של הביצוע הכלכלי.

8 בהתאם לבסיס מצטבר, העיתוי שבו נוצר אירוע מס בעסקות של מכירת נכס יהיה לפי המועד של העברת הנכס בין הצדדים לעסקה, מכיוון שבמועד זה מתרחש הביצוע הכלכלי בין הצדדים לעסקה ומתגבשת הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה. השוו להוראת IRC §461(h)(2)(A)(ii) לקוד המס האמריקאי. השוו גם להוראת סעיף 22 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח 52 (להלן: חוק מס ערך מוסף), הקובעת את מועד החיוב במס בעסקה של מכר טובין: "במכר טובין חל החיוב במס עם מסירתם לקונה; נמסרו הטובין חלקים חלקים – חל החיוב על כל חלק שנמסר...". השוו: Spring City Foundry Co. v. Commissioner of Internal Revenue, 292

או השירות ניתן.<sup>9,10</sup> מועד הביצוע הכלכלי מבטא את התרחשות כל האירועים, מכיוון שבנקודת-זמן זו מתגבשת הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה באופן מוחלט וסופי. לעומת זאת, כל עוד אין הנישום מקיים את ההתחייבויות המוטלות עליו במסגרת העסקה, אין משתכללת לו זכות לקבל (או חבות לשלם) את התמורה.

על רקע הנחות אלה המאמר מציע ניתוח כלכלי של עסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה. בפרק הראשון של המאמר נציג את עקרון-העל שלאורו ננתח את תוצאות המס של העסקות השונות. בהתאם לעיקרון המוצע, ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס לפי שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי, וזאת גם אם שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי שונה מהתמורה המוסכמת בין הצדדים, מהתמורה המתגבשת בגין העסקה או מהתמורה המשולמת בפועל בעסקה. בפרק השני של המאמר נדון בעסקות מסוג חווה עיתידי שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע

U.S. 182 (1934); *Knight – Ridder Newspapers Inc. v. United States of America*, 743 F. 2d 781 (1984). ראו גם עמ"ה (חי) 136/86 פרל מנדל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פד"א יז(4) 95; ע"פ 83/73 הנדסת חימום בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 657; עמ"ה 1200/01 פז פרי זהב גידול ושיווק פרי הדר בע"מ נ' פקיד שומה רחובות, מיסים יט(1) ה'21.

9 בהתאם לבסיס מצטבר, העיתוי שבו נוצר אירוע-מס בעסקות של מתן שירות יהיה לפי מועד הגמר של מתן השירות, מכיוון שבמועד זה מתרחש הביצוע הכלכלי בין הצדדים לעסקה ומתגבשת הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה. אולם אם מדובר במתן שירות מתמשך הניתן להפרדה לחלקים, ייווצר אירוע-מס בעת ביצוע כל אחד מחלקיו. השוו להוראות סעיפים IRC §451(f) ו-IRC §461(h)(2)(A)(i) לקוד המס האמריקאי. השוו גם להוראת סעיף CFR 1.461-4(d)(2) § לתקנות המס האמריקאיות. עוד השוו להוראת סעיף 24 לחוק מס ערך מוסף הקובעת את מועד החיוב במס בעסקה מסוג שירות: "בשירות חל החיוב במס עם נתינתו; ניתן השירות חלקים חלקים, חל החיוב על כל חלק שניתן, ובשירות שנתינתו מתמשכת ושלא ניתן להפריד בין חלקיו – עם גמר נתינתו." השוו גם להוראת סעיף 28(ב) לחוק מס ערך מוסף הקובעת כי "בעבודות בניה חל החיוב במס עם השלמת העבודה או העמדת המקרקעין שבהם נעשתה העבודה לרשות הקונה או לשימוש, לפי המוקדם; הועמד חלק מהמקרקעין לרשות הקונה, חל החיוב לגבי אותו חלק מאותה שעה."

10 בהתאם לבסיס מצטבר, העיתוי שבו נוצר אירוע-מס ביחס לעסקות שכירות או שימוש בנכס יהיה בחלוף תקופת זמן קצובה שבה הנכס עומד לשימוש של הצד האחר לעסקה או לחזקתו, בין אם דמי השכירות משולמים במועד זה ובין אם לאו. במועד זה מתרחש הביצוע הכלכלי, ובו מתגבשת הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה. דין דומה ראוי להחיל גם ביחס לעסקות פיננסיות פשוטות, שבהן ייווצר אירוע-מס בסיום כל תקופה שבה עומדת קרן ההלוואה לרשות הצד האחר לעסקה, בין אם סכום הריבית משולם במועד זה ובין אם סכום הריבית מצטבר על קרן האגרת וצובר ריבית דריבית. ראו ע"א 385/75 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' רפק אלקטרוניקה בע"מ, פ"ד לו(1) 645. כן ראו ע"א 510/80 פקיד השומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589; ע"א 347/78 קופת עליה אגודה שיתופית לאשראי וחסכון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לג(2) 525.

הכלכלי. נבחן כיצד ראוי לקבוע בעסקות אלה את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס, ובמיוחד נבחן כיצד ראוי לקבוע בעסקות אלה את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס. בפרק השלישי נדון בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין המועד של הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה. בפערי עיתוי אלה עשוי להיווצר הבדל בין שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לבין סכום התמורה המשולם בפועל בגין העסקה, בשל ערך הזמן של הכסף. נבחן כיצד ראוי לקבוע באותן עסקות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס, ובמיוחד נבחן כיצד ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב חבות המס. בפרק הרביעי של המאמר נדון בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. נבחן כיצד ראוי לקבוע בעסקות אלה את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס, וכן נבחן כיצד ראוי לקבוע במקרים אלה את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס. בפרק החמישי נדון בעסקות שחל בהן שינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי עקב התגבשות תשלומים נוספים בין הצדדים לעסקה. מדובר בתשלומים שלא ניתן לצפות את התרחשותם מראש, במועד הביצוע הכלכלי, ברמת ודאות סבירה (כפי שהדבר, למשל, כאשר הלקוח נותן, במועד מאוחר למועד שבו נוצר אירוע-מס, תשר בגין העסקה). במסגרת זו נבחן כיצד ראוי לקבוע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס ביחס להפרש בתוצאות הפיננסיות של עסקות מהסוג האמור. האם יש לייחס אותו למועד שבו נוצר אירוע-המס המקורי או שיש לראות בו יוצר של אירוע-מס נפרד? בפרק השישי נדון בעסקות שבהן לא ניתן להעריך את שווי העסקה ברמת דיוק סבירה במועד הביצוע הכלכלי (כפי שהדבר, למשל, כאשר נערכת עסקה להעברת מניות בחברת-הזנק (Start-Up) בתמורה לשווי המניות במועד עתידי, כאשר לא ניתן להעריך בצורה סבירה מהו שווי המניות במועד העברתן). במסגרת זו נבחן אם ראוי לקבוע באותם מקרים כלל מיוחד ביחס לעיתוי שבו נוצר אירוע-מס, וכן נבחן כיצד ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס.

## פרק א: עקרון-העל לצורך חישוב של חבות המס – שווי-שוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי

העיתוי שבו נוצר אירוע-מס בשל פעילות כלכלית מסוימת קובע את המועד שבו מתגבש דין המס הדרוש להכרעה בשאלת היווצרותו של אירוע-מס. נוסף על כך, הוא קובע את נקודת-הזמן שבה מתגבשת חבות המס החלה על הפעילות הכלכלית. לפיכך, לאחר ביסוסה של הכרעה שאכן נוצר אירוע-מס, חבות המס מחושבת בהתאם למכלול הכללים המשפטיים, הנתונים העובדתיים ושיעורי המס כפי שהם קיימים במועד שבו נוצר אירוע-מס. בעיתוי זה נקבע, בין היתר, השווי הראוי של העסקה לצורך חישוב הרווח (או ההפסד).<sup>11</sup>

11 ראו לעניין זה ע"א 489/89 אלדר שרון נ' המנהל לעניין חוק מס שבח מקרקעין, פ"ד מו(3) 366, 367, שבו נאמר: "לא ניתן לייחס יום מכירה אחד לצורך קביעת סכום המס (יום כריתת החוזה) ויום מכירה שני לצורך קביעת מועד תשלום המס (יום התקיימות התנאי המתלה)".

מכאן מתחייבת המסקנה כי ראוי לקבוע את מחיר העסקה לצורך חישוב של תוצאות המס לפי שווייהשוק במועד הביצוע הכלכלי. לשיטתנו, עיקרון זה אמור לחול גם אם שווייהשוק במועד הביצוע הכלכלי שונה מהתמורה המוסכמת בין הצדדים, מהתמורה המתגבשת בגין העסקה או מהתמורה המשולמת בפועל בעסקה.

לתפיסתנו, כאשר נקשרת בשוק החופשי עסקה שקיימים בה פערי עיתוי בין מועד ההתקשרות לבין מועד הביצוע הכלכלי (דהיינו עסקינן בחוזה עתידי) – תמחור התמורה נעשה, ex-ante, לפי הציפיות של הצדדים ביחס לשווי העסקה במועד הביצוע הכלכלי (ולא במועד ההתקשרות), והצדדים מוסיפים לסכום זה או מפחיתים ממנו ערך המתאר את מכלול הסיכויים והסיכונים לגבי השונות של שווי העסקה בשוק החופשי במועד ההתקשרות ועד לביצוע הכלכלי. באופן דומה, כאשר נקשרת בשוק החופשי עסקה שקיימים בה פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (דהיינו עסקינן בחוזה משתנה) – תמחור התמורה נעשה, ex-ante, לפי הציפיות של הצדדים ביחס לשווי העסקה במועד הביצוע הכלכלי (ולא במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי), והצדדים מוסיפים לסכום זה או מפחיתים ממנו ערך המתאר את מכלול הסיכויים והסיכונים לגבי השונות של שווי העסקה בשוק החופשי עד להתגבשותו של סכום התמורה באופן סופי.<sup>12</sup> תפיסה זו מתיישבת עם הגישה העקרונית הרואה את הפירמה הכלכלית כמי שפועלת בכל נקודת-זמן במהלך העסקים הרגיל לפי מחירייהשוק הנוהגים בעת הביצוע; דהיינו היא מבצעת עסקות שבתחום פעילותה הרגיל, והיא רוכשת תשומות הדרושות לצורך זה לפי שווייהשוק הקיים בזמן ביצוע העסקה.<sup>13</sup>

דרך הניתוח המוצעת במאמר זה רואה בעסקות הנידונות, דוגמת עסקות מסוג "חוזה עתידי" או "חוזה משתנה", עסקות מורכבות שראוי לפצלן למרכיביהן הבסיסיים. הדבר עולה בקנה אחד עם המגמה המוכרת בדיני המס לפצל מכשירים פיננסיים למרכיביהם

12 תפיסה זו עולה בקנה אחד עם הגישה המקובלת לגבי עסקות של תשלום דחוי או תשלום מקדמה שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה – שאז תמחור התמורה נעשה, ex-ante, לפי הציפיות של הצדדים ביחס לשווי העסקה במועד הביצוע הכלכלי (ולא במועד התשלום בפועל), והצדדים מוסיפים לסכום זה או מפחיתים ממנו ערך המתאר את דחיית התשלום או את הקדמתו בהתאם לערך הזמן של הכסף. ראו להלן בפרק ג.

13 השוו לכלל בדבר Marvin A. Chirelstein *Federal Income Taxation: Fair Market Value* (New York, 2002) 330–333. השוו לכלל שווייהשוק בדין המס האנגלי: *Halsbury's Laws of England, Capital Gains Taxation* §§41–45. ראו גם סעיף 85(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, דמ"נ 120 (להלן: פקודת מס הכנסה), הקובע כלל שווייהשוק ביחס לניהול מלאי בעסק; וכן ראו שם, הגדרת "תמורה" בסעיף 88, הקובעת כלל שווייהשוק ביחס למכירת נכס הון. להגדרת שווייהשוק ראו, למשל, ההגדרה שם, בסעיף 85(ג), הקובע כי 'סכום השווי' הינו 'הסכום שאפשר היה לקבל תמורת המלאי העסקי ממוכר מרצון לקונה מרצון כשהוא נקי מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה, או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום...".

הבודדים, כך שכל אחד מהם כולל אי־ודאות בודדת – מגמה המכונה Bifurcation. היטיב לבטא מגמה זו Shuldiner במאמרו:<sup>14</sup>

"[I]nstruments should initially be split into separate components each with single contingency... income should be accrued with respect to each separate component... gain or loss should be recognized whenever a contingency is resolved."

לשיטתנו, בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים במהלך חיי העסקה שהינם רלוונטיים לקביעת שוויה של העסקה ניתן לזהות – לצידה של ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים המתבצעת לפי שווי־השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי – שני סוגים נוספים של התקשרות:<sup>15</sup> האחת, התקשרות פיננסית המתארת מכלול סיכויים וסיכונים ביחס לשונו של שווי העסקה בשוק החופשי עד לביצוע הכלכלי (כפי שהדבר, למשל, במקרה של חוזה עתידי) או החל בביצוע הכלכלי (כפי שהדבר, למשל, במקרה של חוזה משתנה); והאחרת, עסקת אשראי המתארת פערי עיתוי בין המועד שבו התמורה אמורה להשתלם (בהתאם לעיתוי הביצוע הכלכלי) לבין המועד שבו התמורה משתלמת בפועל (כפי שהדבר, למשל, במקרה של חוזה משתנה או עסקות של תשלום דחוי ותשלום מקדמה). בהתאם לניתוח המפצל עסקות מורכבות למרכיביהן היסודיים, כאמור, יהיה ניתן לזהות את תוצאות המס הראויות של העסקות הנדונות.

בטרם נעבור לדיון עצמו, מתבקשת הבהרה מקדמית. הניתוחים המוצעים במאמר זה עשויים להביא לידי פיצול כל עסקה לכמה אירועי־מס – דבר הכרוך בעלות מנהלית של ממש. עם זאת, הם כפופים, מטבע הדברים, לשיקולים של יעילות מנהלית המחייבים לא ליישם כל אימת שהתועלת מהם אינה עולה על העלות הכרוכה בהם. כך, למשל, יהיה ניתן לוותר על אימוצם כאשר מדובר בהפרשי עיתוי קטנים יחסית או כאשר עסקינן בפעילויות כלכליות בעלות היקף כספי קטן יחסית (או כאשר הדבר מחייב ייחוס של תוצאות מס לשנת־מס סגורה שלא ניתן לפותחה). לעומת זאת, במקרים רבים אחרים ניתן לעשות שימוש בניתוחים המוצעים במאמר זה כדי לזהות את המציאות הכלכלית האמיתית, ובדרך זו לצמצם עיוותים שמוסכמת המימוש גורמת. הניתוחים המוצעים עולים בקנה אחד עם השאיפה ליצירת כלל אחיד ועקבי בדין המס להגדרת העיתוי שבו נוצר אירוע־מס, ובכך יתרונם.

14 ראו: Reed Shuldiner "A General Approach to the Taxation of Financial Instruments" 71 *Tex. L. Rev.* (1992) 243, 285, 287–288, 335–336. למגמה הכללית של פיצול עסקות מורכבות לעסקות־היסוד, ראו: David A. Weisbach "Tax Responses to Financial Contract Innovation" 50 *Tax L. Rev.* (1995) 491.

15 ראוי להבהיר, כי שני סוגי ההתקשרות המפורטים להלן עשויים להתגבש לצידה של ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים, אולם אין שניהם מחייבים בכל עסקה ועסקה, אלא הדבר נקבע בהתאם לרצון הצדדים וכוונתם המפורשת או המשתמעת בעת כריתת החוזה, כמבואר להלן.

## פרק ב: פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי (חוזה עתידי)

בסיס מצטבר קובע את עיתוי היווצרותו של אירוע־מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה גם אם קיימים פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי. לצורך קביעת העיתוי שבו נוצר אירוע־מס אין חשיבות מהותית לעיתוי של כריתת החוזה.

עם זאת, בפערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי עשוי להיווצר הבדל בין התמורה החוזית המוסכמת מראש לבין שווי־השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי בשל פעולתם של כוחות־השוק ביחס לשווי העסקה. כזו היא, למשל, עסקה שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני בתמורה הנקבעת במועד כריתת החוזה, אך העברת הזכויות בו נעשית במועד מאוחר יותר בהתאם לתמורה המוסכמת מראש<sup>16</sup> (חוזה עתידי).<sup>17,18</sup> כיצד ראוי לקבוע את שווי העסקה לצורך חישוב של חבות המס? האם יש לקבוע את שווי העסקה לפי התמורה המוסכמת מראש, כפי שמקובל לעשות בדין המס הנהוג,<sup>19</sup> או היש לעשות כן לפי שווי־השוק של העסקה כפי שיהיה במועד הביצוע הכלכלי? עקרונית, העיתוי שבו נוצר אירוע־מס מגבש את נקודת־הזמן שבה נקבע מחיר העסקה לצורך חישובו של הרווח (או ההפסד) שהנישום מפיק מהעסקה.<sup>20</sup> לפיכך ראוי לקבוע

16 התמורה בגין העסקה עשויה להיות משולמת במועד של העברת הזכויות, כפי שהיא עשויה להיות משולמת במועד מאוחר או מוקדם למועד של העברת הזכויות. בשלב זה של הניתוח אנו מתמקדים בקיומם של הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי מבלי לייחס חשיבות למועד של תשלום התמורה בפועל. בהמשך מאמר זה נוסיף לדיון את האפשרות שקיימים הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל, ראו להלן פרק ג. לפיכך, לצורך הנוחות, נניח בשלב זה כי התשלום בגין העסקה מתבצע יחד עם הביצוע הכלכלי.

17 להגדרה של חוזה עתידי ראו לעיל הערה 1.

18 לניתוח של תוצאות מס של עסקה כזו ראו להלן ניתוח דוגמה א בהמשך פרק זה.

19 ראו: Deborah H. Schenk "Taxation of Equity Derivatives: A Partial Integration", 50 *Tax L. Rev.* (1995) 571, 592–595; *Ibid.*, at p. 592 (example 8); למשל: ראו, David M. Hasen "A Realization-Based Approach to the Taxation of Financial Instruments" 57 *Tax L. Rev.* (2004) 397, 451–456 ("...the seller recognizes gain or loss equal to the difference between the sale price and the seller's adjusted basis... These results are no different from the sale of property under an ordinary contract in which execution and delivery are contemporaneous"). ראו גם אבי אלטר "עסקאות עתידיות (או עסקת FORWARD) ואופציות עתידיות מהיבט דיני המס (חלק א)" *מיסים* (ב) 3, א' 35, סעיף 8 למאמר; אייל רובין וגיא כץ "מועד המכירה לעניין מס רווח הון" *מיסים* (טו) 3, א' 42. לעיתים מובעת הדעה כי יש להוון את ערך התמורה למועד אירוע־המס.

20 ראו לעיל פרק א.

בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי כי החישוב של חבות המס יהיה בהתאם לשווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי גם אם קיים הבדל בינו לבין התמורה המוסכמת בחוזה. כפי שלעיתוי ההסכמה החוזית אין חשיבות מהותית לגבי היווצרותו של אירוע-מס כל עוד אין מתרחש ביצוע כלכלי, כך לסכום התמורה המוסכם בין הצדדים לא אמורה להיות חשיבות מהותית לצורך חישוב של חבות המס.

לתפיסתנו, ראוי לראות בהסכמה מראש על שווי התמורה, כאשר העסקה אמורה להתבצע במועד עתידי, התקשרות בעסקה פיננסית עתידית המתייחסת לשונות של שווי העסקה בשוק החופשי החל במועד של כריתת החוזה וכלה במועד הביצוע הכלכלי – כאשר התקשרות זו קיימת לצידה של ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים המתבצעת לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי. ההסכמה של הצדדים על שווי העסקה בטרם מתרחש הביצוע הכלכלי מהווה חריגה מהתפיסה הכלכלית העקרונית הרואה את הפירמה כפועלת בכל נקודת-זמן לפי מחירי-השוק הנוהגים בעת הביצוע. חריגה זו ממהלך העסקים הרגיל שקולה להתקשרות של הצדדים בהימור ביחס לשונות של שווי-השוק של העסקה בתקופה שבין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין המועד של הביצוע הכלכלי.

לשיטתנו, ראוי לנתח חוזה עתידי באופן זה למצב שבו היו הצדדים מסכימים על עריכת העסקה לפי שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי, ובמקביל כל אחד מהצדדים היה מתקשר עם צד שלישי – באותה נקודת-זמן שבה נכרת החוזה העתידי – בעסקה פיננסית עתידית המתארת את מכלול הסיכויים והסיכונים ביחס לשונות העתידית הצפויה בשווי העסקה העיקרית עד לביצוע הכלכלי. לעומת זאת, אם נצדד בגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש, ייווצר חוסר ניטרליות בין שתי חלופות כלכליות זהות: האחת, הצדדים כורתים חוזה עתידי לביצוע עסקה שהתמורה בו מוסכמת מראש; והאחרת, הצדדים כורתים באותו זמן חוזה עתידי לביצוע עסקה זהה באותו מועד, אלא שהתמורה מוגדרת בו לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי, ובד-בבד כל אחד מהם קושר הסכם עם צד שלישי שבו הוא מגדר או מבטח את התנודות בשווי-השוק של העסקה העיקרית ממועד ההתקשרות בה ועד למועד הביצוע הכלכלי שלה.<sup>21</sup>

21 טלו, למשל, את עובדות דוגמה א (המובאת להלן בסמוך לאחר הערה 33), שלפיהן בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירת חבילת המניות לתמיר. שוויה של חבילת המניות בשוק באותו זמן הינו 1,000 שקלים. לפי תנאי העסקה, בועז אמור להעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות שנה לאחר כריתת החוזה (ביום 1.1.01), ובאותו מועד גם אמורה להשתלם התמורה המוסכמת בסך של 1,100 שקלים. לשיטתנו, תוצאות המס של עסקה עתידית זו אמורות להיות זהות לתוצאות המס של מסכת העסקות הבאות. תחילה, בועז ותמיר כורתים ביום 1.1.00 חוזה למכירה של חבילת המניות בעוד שנה (ביום 1.1.01) תמורת שווי-השוק כפי שיהיה באותה נקודת-זמן. במקביל, כל אחד מהצדדים לחוזה קושר הסכם פיננסי עם צד שלישי שבו נערך הימור או גידור ביחס לשוויה של חבילת המניות בשוק בשנה הקרובה. כך, למשל, בועז קושר הסכם פיננסי עם צד שלישי ובו הוא מבטיח לעצמו כי יקבל בעוד שנה סכום של 1,100 שקלים בתמורה לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. לפי תנאי ההסכם הפיננסי, בועז מתחייב לשלם לצד השלישי את

פיצול עסקה שקיימים בה פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי להתקשרות עיקרית ולצידה התקשרות פינגסית הולם את המציאות הכלכלית. הוא מאפשר התייחסות ראויה לכל אחד ממרכיבי העסקה בהתאם לאופיו האמיתי. בדרך זו אנו מביאים לידי ביטוי את מכלול הסיכויים והסיכונים שכל אחד מהצדדים לעסקה רואה החל במועד של כריתת העסקה וכלה במועד הביצוע הכלכלי. הרי במועד ההסכמה על שווי התמורה הצדדים נוטלים על עצמם – לצד הסיכויים והסיכונים הרגילים הנובעים מביצועה של ההתקשרות העיקרית לפי שווי השוק במועד הביצוע, הקיימים באופן טבעי בכל עסקה ריאלית (דוגמת הסיכון לחדלות פירעון של אחד הצדדים לעסקה) – גם מכלול של סיכויים וסיכונים פינגסיים ביחס לשונות הצפויה בשווי השוק של העסקה מהמועד של כריתת החוזה ועד למועד הביצוע הכלכלי.

זאת ועוד, הניתוח המוצע מביא לידי יצירת ניטרליות במיטת עסקות כלכליות וזהות הנכרות במועדים שונים אך מתבצעות באותה נקודת-זמן. תוצאות המס של עסקות אלה יחושבו באופן אחיד ועקבי לפי שוויין בשוק במועד הביצוע הכלכלי (ללא תלות במועד ההתקשרות). בדרך זו יהיה ניתן להגשים את התפיסה העקרונית הרואה את הפרימה הכלכלית כמי שפועלת בכל נקודת-זמן במהלך העסקים הרגיל לפי מחירי-שוק הנוהגים בעת ביצוע העסקה. כתוצאה מכך ניצור רציפות בין תקופות המס ביחס לחישוב הרווח החייב במס, במובן זה ששווי המכירה של הנכס בידי המוכר יהיה שווה לעלות הרכישה של הנכס בידי הרוכש.<sup>22</sup> טלו, למשל, שלושה נישומים הרוכשים יחידה וזה באותו בניין

שווי השוק של חבילת המניות בעוד שנה, ובתמורה הצד השלישי מתחייב לשלם לבועז באותו זמן סכום של 1,100 שקלים. בדרך זו בועז מבטיח שמסכת העסקות שהוא התקשר בהן תניב לו סך של 1,100 שקלים בתמורה לחבילת המניות. בדומה לכך, תמיר קושר הסכם פינגסי עם צד שלישי ובו הוא מבטיח לעצמו כי יקבל בעוד שנה את שווי השוק של חבילת המניות בתמורה לסכום של 1,100 שקלים. לפי תנאי ההסכם הפינגסי, תמיר מתחייב לשלם לצד השלישי בעוד שנה סכום של 1,100 שקלים, ובתמורה הצד השלישי מתחייב לשלם לתמיר באותו זמן את שווי השוק של חבילת המניות בעוד שנה. בדרך זו תמיר מבטיח שמסכת העסקות שהוא התקשר בהן תניב לו עלות בסך של 1,100 שקלים בגין רכישתה של חבילת המניות. להבדיל מהגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש, תוצאות המס הנוצרות לפי שיטתנו יהיו זהות לאלה הנובעות ממסכת העסקות המתוארת כאן; ראו ניתוח דוגמה א, להלן סמוך להערות 34–42.

22 השוו לפסק-הדין בעניין *Tufts* שבו נידונה עסקת מכר של בניין דירות בתמורה להתחייבות של הרוכש לשאת בתשלומים הנובעים מהלוואת Non-Recourse שנטל המוכר כדי לממן את בניית הבניין, כשסכום ההלוואה (בסך של כ-1,851,500\$) היה גדול משווי הבניין באותה נקודת-זמן (כ-1,400,000\$): *Commissioner of Internal Revenue v. Tufts*, 461 U.S. 300 (1983). בית-המשפט העליון הפדרלי פסק, מפי השופט Blackmun, כי נישום המוכר נכס המכוסה על-ידי הלוואת Non-Recourse העולה בערכה על שווי השוק של הנכס הנמכר חייב לכלול את יתרת ההלוואה העוברת לכתפי הרוכש כהכנסה ממכירת הנכס. לפיכך נוצר למוכר אירוע-מס בהתאם לערך ההלוואה שהרוכש מתחייב לפרוע, ולא לפי שווי הבניין במועד העסקה. לשיטתנו, יש עניין דווקא בגישתה של השופטת O'Connor בפסק-הדין, שלפיה היא מציעה, בדעת יחיד, דרך

משרדים ואמורים לקבלה באותו מועד, אך נבדלים זה מזה במועד כריתת החוזה: הראשון רוכש את היחידה שנתיים לפני מועד מסירתה במחיר X; השני רוכש את היחידה שנה לפני מועד מסירתה במחיר Y; והשלישי רוכש את היחידה סמוך למועד מסירתה במחיר Z. לשיטתנו, ראוי לראות את שלושת הנישומים כמי שמקבלים את היחידה לידיהם בתמורה לשווי-השוק של היחידה במועד המסירה (דהיינו מחיר Z). אומנם, כל אחת מהעסקות מגלמת בחינה סיכויים וסיכונים שונים, אולם עיקר השונות בין העסקות אינו במרכיב הריאלי של העסקה המתייחס לרכישת יחידה וזה וקבלתה באותו מועד, אלא בסיכויים ובסיכונים הפיננסיים שכל אחד מהנישומים נוטל על עצמו ביחס לשונות של שווי-השוק של היחידה עד למועד המסירה. לכן, בהינתן עסקה לרכישת נכס וזה המתבצעת באותו מועד, ראוי לראותה כנעשית במחיר זהה. בהתאם לגישה זו, שלושת הנישומים יהיו רשאים לנכות פחת וזה משווי היחידה הנרכשת ללא תלות במועד של כריתת החוזה. דין אחר, המייחס לצדדים לחוזה עתידי תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש, פוגע בניטרליות של מערכת המס,<sup>23</sup> מכיוון שהוא יוצר דין מס שונה מזה שהיה חל אילו

אפשרית נוספת לניתוח העסקה. לשיטתה, ראוי עקרונית (אם כי לא באותו מקרה שלפניה, מסיבות שאינן מענייננו כאן) לפצל את העסקה בין הצדדים לשתי עסקות-משנה: האחת, התקשרות למכירת הנכס תמורת שווי-השוק שלו באותה נקודת-זמן (כאשר התקשרות זו מסווגת כאירוע-מס הוני); האחרת, התקשרות פיננסית המתארת את הרווח שהמוכר מפיק מסילוק ההלוואה לבנק בסכום נמוך מערכה באותה נקודת-זמן – ממש כפי שכל נישום מפיק רווח מבטול חוב (Cancellation of Indebtedness) (כאשר התקשרות זו מסווגת כאירוע-מס רגיל) (*Ibid*, at pp. 317–319) לדרך אחרת לניתוח פסק-הדין, ראו: Yishai Beer "Nonrecourse Chirelstein, Loans: Do Not Forget to Tax the Option" 53 *Tax Notes* (1991) 837 *supra* note 13, at pp. 314–318.

23 אחד מעקרונות-היסוד לעיצובה של שיטת מס נורמטיבית וראויה הוא עקרון הניטרליות הכלכלית (Economic Neutrality), העוסק בשאיפה ליצור שיטת מס החלה על הפעילויות הכלכליות במשק בצורה ניטרלית. בבסיסו של עיקרון זה עומדת התפיסה שכוחות השוק החופשי מביאים בדרך-כלל לידי הקצאת מקורות יעילה יותר מפעולות הממשלה, ואילו רשויות המדינה אמורות להתערב רק כדי לתקן כשלים בשוק. לפי תפיסה זו, ראוי שהסדרי מס לא ישפיעו על הקצאת מקורות במשק או על התנהגותם של פירמות כלכליות או פרטים במשק. הסדרים אלה אינם אמורים לשנות את היקף הפעילות הכלכלית העשויה להתרחש בעולם ללא מיסים. הנהגת ניטרליות כלכלית מבטיחה ששיטת המס אינה פוגעת ביעילות הכלכלית במשק או בנקודות שיווי משקל הנוצרות בעולם הכלכלה. לעומת זאת, בהיעדר ניטרליות, עלולים להיגרם עיוותים בהקצאת מקורות במשק. פירמות עלולות להסיט את פעילותן הכלכלית מהבחירה הכלכלית האופטימלית, המבקשת למקסם תשואה לפני מס, לזו שבה מושגת התשואה לאחר מס – אך לא בהכרח תשואה לפני מס – הגבוהה ביותר. דבר זה אינו רצוי משיקולים של יעילות כלכלית מצרפית. אחת ההשלכות המרכזיות של עקרון הניטרליות הכלכלית הינה מיסוי פעילויות כלכליות דומות באופן שווה, וזאת כדי למנוע בחירה של הפעילות הכלכלית לפי החלופה היוצרת את נטל המס הנמוך ביותר. היעדר ניטרליות כלכלית עשוי ליצור הזדמנויות לתמריצים ומניפולציות בביצוע עסקות כלכליות וזוהו היוצרות נטל מס שונה, ואף לתכנון

היה הרוכש בחוזה עתידי ממחה את הזכויות הנובעות לו מהחווה לפני ביצועו בהשוואה למצב שבו הוא היה שותף לביצוע החווה העתידי. דין מס המייחס לצדדים לחוזה עתידי תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש מאפשר לרוכש בחוזה העתידי – המחזיק בפוזיציה בעלת ערך חיובי במהלך חיי החווה (בשל עליית ערכו של הנכס נושא העסקה בשוק) – להמתין עד לביצוע העסקה, וכך ליהנות מדחיית מס בגין הרווח שנוצר לו מהחווה, וזאת בניגוד למצב שבו הוא ממחה את זכויותיו מהחווה לצד שלישי סמוך לפני הביצוע, שאז הוא ממוסה באופן מיידי בגין הרווח שהוא מפיק.<sup>24</sup> באופן דומה, דין מס המייחס לצדדים לחוזה עתידי תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש מאפשר לרוכש בחוזה העתידי – המחזיק בפוזיציה בעלת ערך שלילי במהלך חיי החווה (בשל ירידת ערכו של הנכס נושא העסקה בשוק) – להמחות את ההתחייבויות הנובעות לו מהחווה לצד שלישי סמוך לפני הביצוע, וכך ליהנות באופן מיידי מקיוויו ההפסד שנוצר לו, וזאת בניגוד למצב שבו הוא ממתיך עד לביצוע העסקה, שאז המועד שבו הוא רשאי לקזז את ההפסד שהוא

אסטרטגיות היווצרות ארביטראז' מס. ראו: Michael J. Graetz & Deborah H. Schenk *Federal Income Taxation – Principles and Policies* (New York, 3th ed., 1995) 31–32; William A. Klein, Boris I. Bittker & Lawrence M. Stone *Federal Income Taxation* (Boston, 1987) 23. יפים לעניין זה דבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן (בדעת המיעוט) בע"א 3489/99 מנהל מס שבח מקרקעין חיפה נ' אן מרי עברי, פ"ד נז"ד (5) 589, 615: "ערך אובייקטיבי נוסף שיש בפרשנותנו כדי לקדמו, הוא ערך הניטרליות של דיני המס... הפרשנות המוצעת, היא, איפוא, הפרשנות המגשימה מידה רבה יותר של ניטרליות ומצמצמת יותר את השפעת דיני המס על החלטותיו הלבד-פיסקליות של הנישום".

24 טלו, למשל, את עובדות דוגמה א (המובאת להלן סמוך לאחר הערה 33) שלפיהן בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירת חבילת המניות לתמיר. שווייה של חבילת המניות בשוק באותו זמן הינו 1,000 שקלים. לפי תנאי העסקה, בועז אמור להעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות שנה לאחר כריתת החווה (ביום 1.1.01), ובאותו מועד גם אמורה להשתלם התמורה המוסכמת בסך של 1,100 שקלים. אם נצדד בגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס בהתאם לתמורה המוסכמת מראש, ייווצר חוסר ניטרליות בין מצב שבו תמיר ממחה את הזכויות הנובעות לו מהחווה לפני ביצועו בהשוואה למצב שבו תמיר שותף לביצוע החווה העתידי. נבהיר את דברינו. נניח שבסמוך לפני העברת הזכויות בחבילת המניות עומד שווייה בשוק על סך של 1,500 שקלים. אם באותה נקודת-זמן תמיר ממחה את זכויותיו על-פי החווה לצד שלישי, הוא מקבל בגין זה סך של 400 שקלים בהתאם להפרש בין שוויי-השוק של חבילת המניות לבין מחיר המימוש בחווה (הלוא תמיר מחזיק בזכות לרכוש את חבילת המניות, ששווייה בשוק הינו 1,500 שקלים, תמורת סך של 1,100 שקלים בלבד). לפיכך, תמיר ממוסה על רווח פיננסי בסך של 400 שקלים שהוא מפיק מהחווה העתידי. לעומת זאת, אם תמיר ממתיך עד לביצוע העסקה ומקבל את חבילת המניות לידי תמורת סך של 1,100 שקלים, אין הוא ממוסה על הרווח הפיננסי שהוא מפיק מהפוזיציה שבה הוא מצוי עובר לביצוע הכלכלי של העסקה. השוו חוסר ניטרליות זה לניטרליות הנוצרת לשיטתנו בניתוח דוגמה א, להלן סמוך להערות 34–42.

מפיק מהחווה יידחה.<sup>25</sup> יוצא שהחלטת הרוכש בחווה עתידי – המתלבט אם לממש את זכויותיו על-פי החווה העתידי או להמחותן לפני מועד הביצוע הכלכלי – מושפעת, בין היתר, מתוצאות המס הצפויות לו בכל אחת מהחלופות הכלכליות.<sup>26</sup> לעומת זאת, הגישה שאנו מצדדים בה כאן מחילה דין אחד, בין אם הזכויות הנובעות לרוכש בחווה העתידי נמכרות לצד שלישי בטרם מתרחש הביצוע הכלכלי ובין אם הן נמכרות בחזרה לצד השני לעסקה במהלך הביצוע הכלכלי. למעשה, אנו רואים בביצוע חווה עתידי מקרה פרטי של עסקת מכירה רגילה של הזכויות או ההתחייבויות הנובעות לצדדים מהחווה העתידי, ממש כפי שהיה מתרחש אילו היו הצדדים עושים כן אל מול צד שלישי.<sup>27</sup> ללמדך כי הניטרליות הכלכלית תושג אם בעת ביצועו של החווה העתידי תישמר עצמאותה של ההתקשרות

25 בהמשך לעובדות דוגמה א (המובאות לעיל בהערה 24), נניח שבסמוך לפני העברת הזכויות בחבילת המניות עומד שוויה בשוק על סך של 800 שקלים. אם באותה נקודת-זמן תמיר ממחה את ההתחייבויות הנובעות לו מהחווה לצד שלישי, הוא משלם לו סך של כ-300 שקלים בהתאם להפרש בין מחיר המימוש בחווה לבין שווי-השוק של חבילת המניות (הלוא תמיר מחזיק בזכות לרכוש את חבילת המניות, ששוויה בשוק הינו 800 שקלים בלבד, תמורת סך של 1,100 שקלים). לפיכך, תמיר זוכה באפשרות לקזז מיידית הפסד פיננסי בסך של כ-300 שקלים שהוא מפיק מהחווה העתידי. לעומת זאת, אם תמיר ממתין עד לביצוע העסקה ורוכש את חבילת המניות מבעד תמורת סך של 1,100 שקלים, אין הוא זוכה לקזז את ההפסד הפיננסי שהוא מפיק מהפוזיציה שבה הוא מצוי עובר לביצוע הכלכלי של העסקה. השוו חוסר ניטרליות זה לניטרליות הנוצרת לשיטתנו בניתוח דוגמה א, להלן סמוך להערות 34–42.

26 כפי שרוכש בחווה עתידי המחזיק בפוזיציה בעלת ערך חיובי במהלך חיי החווה (בשל עליית ערכו של הנכס נושא העסקה בשוק) יכול להמתין עד לביצוע העסקה וכך ליהנות מדחיית מס בגין הרווח הנוצר לו מהחווה, כך יכול המוכר בחווה עתידי המחזיק בפוזיציה בעלת ערך חיובי במהלך חיי החווה (בשל ירידת ערכו של הנכס נושא העסקה בשוק) להמחות לצד שלישי את זכויותיו מהחווה בטרם ביצע. בדרך זו הוא עשוי לזכות בסיווג שונה של הרווח שנוצר לו מבחינה מהותית בהשוואה למצב שבו הוא ממתין עד לביצוע העסקה. נבחר את דברינו באמצעות עובדות דוגמה א המובאות לעיל בהערה 24. נניח שסמוך לפני העברת הזכויות בחבילת המניות עומד שוויה בשוק על סך של 800 שקלים. אם בועז ממתין עד לביצוע העסקה, ואז ימכור את חבילת המניות לתמיר תמורת סך של 1,100 שקלים, יראו סכום כולל זה כתמורה בגין חבילת המניות. לעומת זאת, אם סמוך לפני העברת הזכויות בחבילת המניות בועז ממחה את זכויותיו על-פי החווה לצד שלישי, הוא מקבל סך של כ-300 שקלים בהתאם להפרש בין מחיר המימוש בחווה לבין שווי-השוק של חבילת המניות (הלוא בועז מחזיק בזכות למכור את חבילת המניות, ששוויה בשוק הינו 800 שקלים בלבד, תמורת סך של 1,100 שקלים), וסכום זה אינו נחשב לתמורה בגין חבילת המניות, אלא לרווח פיננסי מחוזה עתידי. במקביל, בועז יכול למכור את חבילת המניות בשוק החופשי תמורת 800 שקלים. יוצא שבועז יכול לבחור לו את החלופה הכלכלית הנוחה לו מבחינת סיווגו המהותי של הרווח הנתון למיסוי. השוו חוסר ניטרליות זה לניטרליות הנוצרת לשיטתנו בניתוח דוגמה א, להלן סמוך להערות 34–42.

27 השוו לדבריו של בר במאמרו: ישי בר "מיסוי אופציות בעסקות-מקרקעין" משפטים כו (תשנ"ה) 15, 22–23.

הפיננסית המתייחסת לשוונות של שווי העסקה בשוק עד לביצוע הכלכלי.<sup>28</sup> לפיכך ראוי להבחין בין ההתקשרות הפיננסית העצמאית הגלומה בחוזה עתידי לבין ההתקשרות העיקרית הנכנסת לתוקף למעשה במועד הביצוע הכלכלי.<sup>29</sup>

יודגש כי ראוי להחיל את הניתוח המוצע כל אימת שהתועלת ממנו עולה על העלות הכרוכה בפיצולה של העסקה להתקשרות עיקרית ולהתקשרות פיננסית. לפיכך ניתן להחיל ניתוח זה ביחס לעסקות בעלות היקף כספי גדול שקיימים בהן הפרשי עיתוי משמעותיים בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי. לעומת זאת נראה כי ראוי להגביל את החלתו של הניתוח המוצע ביחס לעסקות עתידיות קצרות-מועד, דוגמת אשראי ספקים, וזאת כדי להקטין עלויות מנהליות הכרוכות בכך.

סיכומו של דבר, ראוי לנתח עסקה מסוג חוזה עתידי שקיימים בה פערי עיתוי בין מועד ההסכמה על שווי התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי כמגלמת שתי התקשרויות נפרדות החיות זו לצד זו במסגרתה. התקשרות אחת הינה אותה התקשרות עיקרית מוסכמת בין הצדדים, אלא שהתמורה של התקשרות זו נקבעת לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי (Economic Performance Price), יאה השווי אשר יאה.<sup>30</sup> לצד ההתקשרות העיקרית, גלומה בעסקה התקשרות נוספת, התקשרות פיננסית, המייצגת הימור של הצדדים ביחס לשוונות של שווי העסקה החל במועד ההסכמה על שווי התמורה וכלה במועד הביצוע הכלכלי. התקשרות זו מתייחסת להפרש בין התמורה החוזית המוסכמת מראש (Agreed Price) לבין שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי (Economic Performance Price). במהותה, ההתקשרות הפיננסית הינה חוזה עתידי האמור להיות מיושב בצורה כספית (Cash-Settled)<sup>31</sup> במועד הביצוע הכלכלי של ההתקשרות העיקרית. לפי תנאי ההתקשרות הפיננסית, הצדדים מתחייבים להחליף ביניהם את סכום התמורה המוסכם בחוזה ואת שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי: מצד אחד, מוכר הנכס

28 בדברים אלה אנו מקישים מדין המס הראוי ביחס להסכמי אופציה; ראו שם, בעמ' 36. ראוי לציין כי ניתן ליצור חוזה עתידי באמצעות שילוב של שני הסכמי אופציה: האחד, הסכם אופציה מסוג רכש, הנכתב על-ידי המוכר בחוזה העתידי והמוחזק על-ידי הרוכש בחוזה העתידי, והאחר, הסכם אופציה מסוג מכר, הנכתב על-ידי הרוכש בחוזה העתידי ומוחזק על-ידי המוכר בחוזה העתידי, כששני הסכמי האופציה כוללים מחיר מימוש זהה השווה למחיר המימוש הקבוע בחוזה העתידי (ראו להלן הערה 35).

29 ראו בר, לעיל הערה 27, בעמ' 33 ובעמ' 35-36.

30 להסבר מדוע שווי-השוק של העסקה במועד היווצרותו של אירוע-מס הוא השווי הרלוונטי לצורך חישוב של חבות המס גם אם שווי זה שונה מהתמורה המוסכמת בחוזה בין הצדדים ראו לעיל פרק א, וכן לעיל בגוף פרק זה.

31 בביטוי "חוזה עתידי האמור להיות מיושב בצורה כספית (Cash-Settled)" הכוונה היא להסכם שבו נקבע בין הצדדים כי ביצוע החוזה יהיה על דרך של סליקה כספית באמצעות תשלום סכום כספי מכותב האופציה לטובת רוכש האופציה, כשהסכום אמור להיות מחושב בהתאם לנוסחת הסליקה הקבועה בהסכם. זאת להבדיל מחוזה עתידי האמור להיות מבוצע בעין באמצעות העברה ממשיית (Actual Delivery) של נכס הבסיס בין הצדדים להסכם שאנו דנים בו בפרק זה.

או נותן השירות מתחייב לשלם לחברו, במועד הביצוע הכלכלי, את שווי-השוק של העסקה כפי שיהיה באותה נקודת-זמן (Economic Performance Price); ובתמורה, רוכש הנכס או מקבל השירות מתחייב לשלם לחברו, במועד הביצוע הכלכלי, את סכום התמורה המוסכם מראש בחוזה (Agreed Price).<sup>32</sup> חיבורה של התמורה בהתקשרות העיקרית (לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי) עם התמורה בהתקשרות הפיננסית (לפי ההפרש שבין סכום התמורה המוסכם לבין שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי) יהיה לעולם סכום התמורה המוסכם בין הצדדים.

בהתאם לניתוח המוצע, יש לייחס לצדדים אירועי-מס בהתאם לאופיה של כל אחת מן ההתקשרויות הגלומות בעסקה. תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לסך-כל תוצאות המס הנובעות מכל אחת מן ההתקשרויות הגלומות בה. תחילה יש לייחס לצדדים אירועי-מס בגין ההתקשרות העיקרית לפי מועד הביצוע הכלכלי ובהתאם לשווי-השוק של העסקה באותה נקודת-זמן.<sup>33</sup> לצידו של אירוע זה, יש לייחס לצדדים אירועי-מס בגין

32 תמחור התמורה המוסכמת בחוזה נעשה, ex-ante, לפי הציפיות של הצדדים ביחס לשווי העסקה במועד הביצוע הכלכלי (ולא במועד ההתקשרות), והצדדים מוסיפים לסכום המתקבל או מפחיתים ממנו ערך המתאר את מכלול הסיכויים והסיכונים לגבי השונות של שווי העסקה בשוק החופשי עד לביצוע הכלכלי.

33 אופי העסקה כשוטפת או הונית וסיווג העסקה לפי מקורות ההכנסה השוטפת אמורים להיעשות על-פי המבחנים הקבועים בגורם המהותי להיווצרותו של אירוע-מס. נושא זה חורג ממסגרת הדיון במאמר זה, ולפיכך איננו מרחיבים בו. ככלל, מס הכנסה שוטף מוטל על רווח שנוצר לנישום במהלך פעילות מסחרית שוטפת למכירת נכס או למתן שירות המיועדת להשיא רווחים של עושה הפעולה ומתבצעת על רקע קיומו-בכוח של "מקור" חוזר ונשנה לביצוע אותה פעילות. מס רווח הון חל על רווח הנוצר ממכירת נכס המצוי ברשותו של הנישום במסגרת פעילותו ההונית. ההבחנה בין רווח הון לבין הכנסה רגילה מבוססת על קיומו-בכוח של "מקור" העשוי לשמש בסיס להפקת רווחים באופן חוזר ונשנה. הפקת עושר, תוך שמירה של אמצעי הייצור או "המקור" העשוי להמשיך להפיק התעשרויות דומות בעתיד בידי הנישום, נחשבת להכנסה שוטפת (כגון רווח מעסק או ממשלח-יד, הכנסה ממשכורת, הכנסה מדיווידנד, הכנסה מריבית או הכנסה מדמי שכירות); ואילו מכירה של אמצעי הייצור או "המקור" על-ידי הנישום, מבלי שנותרת בידו יכולת להמשיך להפיק התעשרויות דומות בעתיד מאותו אמצעי ייצור, נחשבת לרווח הון. הדינים המתייחסים למס הכנסה שוטף קבועים בחלק ב לפקודת מס הכנסה, ואילו הדינים המתייחסים למס רווח הון קבועים בחלק ה לפקודת מס הכנסה ובחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, ס"ח 156. על אמות-המידה להבחנה בין רווח הון לבין הכנסה שוטפת ראו, למשל, ע"א 111/83 אלמור לניהול ונאמנות בע"מ נ' מנהל מע"מ, פ"ד לט(4) 1; ע"א 44/85 נווה אריאל בע"מ נ' מנהל מע"מ, פ"ד מא(3) 634; עמ"ה (י"ם) 35/82 מזרחי יצחק נ' פקיד השומה ירושלים, פס"מ תשמ"ד(ב) 338. יצוין כי ההבחנה בין מימוש של אמצעי ייצור, הנחשב כרווח הון, לבין הפקת עושר ממנו הנחשבת להכנסה שוטפת, עשויה להיות קשה להכרעה מבחינה משפטית. היא תלויה, במקרים רבים, בהגדרות שהצדדים נותנים לעסקה ובורם התשלומים המוסכם ביניהם. זאת ועוד, מבחינה כלכלית ניתן לחלוק על הגיונה של ההבחנה בין הכנסה שוטפת לבין הכנסה הונית. כידוע, ערכו של נכס שווה להיוון ורם המזומנים הצפוי ממנו. לפיכך, הסכמה בין צדדים לעסקה על מועדים לתורים

ההתקשרות הפיננסית לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית ובהתאם לתוצאותיה הפיננסיות.

טלו, למשל, עסקה שבה בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירתה של חבילת המניות לתמיר. נניח ששווי חבילת המניות בשוק באותו זמן הוא 1,000 שקלים. לפי תנאי העסקה, בועז אמור להעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות שנה לאחר כריתת החוזה (ביום 1.1.01), ובאותו מועד גם אמורה להשתלם התמורה המוסכמת מראש בסך של 1,100 שקלים. (להלן ולעיל: דוגמה א).

ניתן אומנם לסבור לכאורה כי לצדדים נוצר אירוע־מס במועד של ביצוע העסקה בהתאם לתמורה המוסכמת מראש, כפי שמקובל לקבוע בדין המס הנוהג.<sup>34</sup> אולם לשיטתנו, יש לראות את העסקה הנידונה ככוללת במועד של כריתת החוזה שתי התקשרויות נפרדות הגלומות בעסקה וחיות זו לצד זו במסגרתה. התקשרות ראשונה הינה התקשרות להעברת הזכויות בחבילת המניות לפי שווי־השוק במועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.01), יהא השווי אשר יהא. התקשרות שנייה הינה התקשרות פיננסית האמורה להיות

המזומנים המוחלף ביניהם עשויה לקבל חשיבות לעניין סיווג ההכנסה. אם תורים המזומנים אמור להיעשות בתשלום אחד, בסוף חיי העסקה או בכל נקודת־זמן אחרת, הוא עשוי להיחשב לרווח הון; ואילו אם הוא אמור להיעשות בסדרת תשלומים במהלך חיי העסקה, הוא עשוי להיחשב להכנסה שוטפת. מסיבות אלה קיימת לנישומים, לכאורה, יכולת להוון הכנסה שוטפת להונית או להמיר רווח הון בהכנסה שוטפת. ראו יוסף מ' אדרעי "בסיס מס כולל בישראל" משפטים יב (תשמ"ג) 431, 455-464. נוסף על כך, מקובל לסווג הכנסה שוטפת להכנסה פעילה או להכנסה סבילה. הכנסה פעילה הינה התעשרות שוטפת הכרוכה בביצוע אישית ובפעילות מאורגנת ושיטתית מצידו של הנישום. היא מופקת מעשיית שימוש באמצעי ייצור של הון אנושי (התעשרות כזו נחשבת להכנסה מעסק או ממשלח־יד), או מעשיית שימוש באמצעי ייצור של כוח־עבודה (התעשרות כזו נחשבת להכנסה מעבודה). לעומת זאת, הכנסה שוטפת סבילה הינה התעשרות שמופקת ללא מעורבות פעילה ויזומית מצידו של הנישום, אלא היא נובעת מעשיית שימוש באמצעי ייצור של הון מסוג של נכסים (התעשרות כזו נחשבת להכנסה מדמי שכירות או מתמלוגים) או מעשיית שימוש באמצעי ייצור של הון מסוג של כסף (התעשרות כזו נחשבת להכנסה מריבית, הפרשי הצמדה או דיווידנד). ליישום ההבחנה בין הכנסה פעילה לבין הכנסה סבילה ראו, למשל, ע"א 128/75 פקיד שומה נ' האחים מרק בע"מ, פ"ד ל(1) 557; עמ"ה (ת"א) 1018/69 מרכז הקרח בע"מ נ' פקיד שומה, פד"א ד(2) 15. על ההבחנה בין הכנסה הנובעת מפעילות פעילה לבין זו הנובעת מפעילות סבילה נמתחה ביקורת בספרות האקדמית, מאחר שאין בה ממש מבחנה כלכלית; ראו ישי בר "מיסוי מוסדות ציבור: הדין הנוהג והדין הראוי" משפטים כד (תשנ"ד) 283, 300-306; ישי בר "מיסוי אופציות סחירות – אתגר לדין המס הנוהג" משפטים כז (תשנ"ז) 451, 476-480 (להלן: בר, "מיסוי אופציות סחירות"). הקושי בסיווג ההכנסה השוטפת בין הכנסה פעילה ובין הכנסה סבילה בא לידי ביטוי בעמימות הפסיקה המתייחסת להבחנה זו; ראו, למשל, ע"א 576/66 פקיד השומה, פתח תקווה נ' "למען מכבי אבשלום" בע"מ, פ"ד כ(4) 809; ע"א 335/79 פקיד שומה כ"ס נ' אגודת ידידי האיניברסיטה העברית בע"מ, פד"א יא(4) 44. ראו גם ע"א 615/85 פקיד השומה חיפה נ' א.ח.א. גולדשטיין בע"מ, פד"א יח 424.

34 ראו לעיל הערה 19.

מיושבת בצורה כספית במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות. לפי תנאי ההתקשרות הפיננסית, הצדדים מתחייבים להחליף ביניהם במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.01) זרמי תשלומים כדלקמן: בועז מתחייב לשלם לתמיר את שווי-השוק של חבילת המניות באותו זמן, ובתמורה תמיר מתחייב לשלם לבועז את סכום התמורה המוסכם מראש בחוזה – סכום העומד על סך של 1,100 שקלים.<sup>35</sup> בהתאם לניתוח זה יש לקבוע את אירועי-המס הנוצרים בין הצדדים. תוצאות המס של העסקה ייקבעו לפי סך-כל תוצאות המס של ההתקשרויות הגלומות בה כאמור.

כך, למשל, אם במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות בין הצדדים עומד שוויה בשוק על סך של 1,500 שקלים, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל סכום זה מתמיר, באופן רעיוני, באותה נקודת-זמן, בתמורה להעברה של חבילת המניות במסגרת ההתקשרות העיקרית. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההעברה של חבילת המניות לפי המועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 1,500 שקלים). יוצא כי יש לחייב את בועז במס ביום 1.1.01 בשל היווצרות רווח בסך של 900 שקלים, בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה (שהינו 1,500 שקלים), לבין עלות רכישתה (שהינה 600 שקלים).<sup>36</sup> בהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידי הינה לפי סכום של 1,500 שקלים.<sup>37</sup> במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית ביניהם

35 ניתן להתייחס לחוזה העתידי הנקשר בין הצדדים בעסקה שבדוגמה א כמורכב משתי עסקות אופציה המיועדות לסליקה כספית (Cash-Settled) בין הצדדים במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות: עסקת אופציה ראשונה, שבה בועז כותב לתמיר אופציה המקנה לו זכות לקבל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו בעוד שנה) את הסכום שבו עולה שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (Future Price) על ערך התמורה המוסכם בחוזה (Agreed Price) (אם אכן מתרחש מצב כזה); ועסקת אופציה שנייה, שבה תמיר כותב לבועז אופציה המקנה לו זכות לקבל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו בעוד שנה) את הסכום שבו ערך התמורה המוסכם בחוזה (Agreed Price) עולה על שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (Future Price) (אם אכן מתרחש מצב כזה). ברור שרק אחת מעסקות האופציה יכולה לצאת בסופו של דבר אל הפועל – בהתאם ליחס שבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד כריתת החוזה לבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד הביצוע הכלכלי. מי שזוכה לקבל את הסכום הכספי, ממסה בהתאם לתוצאותיה של עסקת האופציה היוצאת אל הפועל, ועיתוי אירועי-המס יהיה לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהסכם האופציה.

36  $1,500 - 600 = 900$ . אופי הרווח הנוצר בידי בועז במסגרת ההתקשרות העיקרית, כשוטף או כהוני, ייעשה על-פי מאפייני עיסוקו של בועז ובהתאם למאפייני ההחזקה של חבילת המניות בידי, ראו לעיל הערה 33. כך, למשל, אם בועז הינו סוחר במניות, הרווח הנוצר לו ממכירתה של חבילת המניות ממסה כהכנסה שוטפת מעסק; ואילו אם הוא מחזיק בחבילת המניות כהשקעה, הרווח הנוצר לו ממכירתה של חבילת המניות ממסה כהכנסה הונית. ניתוח זה יהיה יפה גם ליתר הדוגמות המובאות בהמשך מאמר זה. הדיון בגורם המהותי להיווצרותו של אירועי-המס חורג ממסגרת הדיון במאמר זה, ולפיכך איננו מרחיבים בו.

37 אופי ההוצאה של תמיר במסגרת ההתקשרות העיקרית, כשוטפת או כהונית, ייעשה על-פי

לידי סיום. הצדדים אמורים לקזז ביניהם סכומים האמורים להיות משולמים זה לזה במסגרת ההתקשרות הפיננסית, ולכן נותר לבועז לשלם לתמיר, ביום 1.1.01, סך של 400 שקלים – בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות כפי שהוא באותה נקודת-זמן (שהינו 1,500 שקלים) לבין הסכום המוסכם בחוזה (שהינו 1,100 שקלים). לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות הפיננסית לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01). יוצא שיש לחייב את תמיר במס ביום 1.1.01 בשל רווח פיננסי בסך 400 שקלים;<sup>38</sup> ובהתאמה, יש להכיר לבועז באותה נקודת-זמן בהפסד פיננסי באותו סכום. ההפסד שנוצר לבועז במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא נאלץ לקבל 1,100 שקלים בלבד בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 1,500 שקלים.<sup>39</sup> סיכומו של דבר, התמורה בסך 1,500 שקלים שבועז מקבל במסגרת ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות והתשלום בסך של 400 שקלים שבו הוא חייב במסגרת ההתקשרות הפיננסית מסבירים את הסך של 1,100 שקלים שבועז מקבל בסופו של דבר מתמיר במסגרת העסקה – ממש כפי שמוסכם ביניהם בחוזה.

לעומת זאת, אם שוויה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה בין הצדדים עומד על סך של 800 שקלים, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל מתמיר, באופן רעיוני, באותה נקודת-זמן, סכום זה בתמורה להעברתה של חבילת המניות במסגרת ההתקשרות העיקרית. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין העברתה של חבילת המניות לפי המועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות כפי שהוא באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 800 שקלים). יוצא כי יש לחייב את בועז במס ביום 1.1.01 בשל היווצרות רווח בסך של 200 שקלים – בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה (שהינו 800 שקלים) לבין עלות רכישתה (600 שקלים).<sup>40</sup> בהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידי הינה לפי סכום של 800 שקלים. במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית ביניהם לידי סיום. הצדדים אמורים לקזז ביניהם את הסכומים האמורים להיות משולמים זה לזה במסגרת ההתקשרות הפיננסית, ולכן נותר לתמיר לשלם לבועז, ביום 1.1.01, סך של 300 שקלים – בהתאם להפרש בין הסכום המוסכם מראש בחוזה (שהינו 1,100 שקלים) לבין שווי-השוק של חבילת המניות כפי שהוא באותה נקודת-זמן (שהינו

מאפייני עיסוקו של תמיר ובהתאם למאפייני ההחזקה של חבילת המניות בידי. כך, למשל, אם תמיר הינו סוחר במניות, עלות הרכישה של חבילת המניות הינה בעלת אופי של רכישת מלאי; ואילו אם תמיר רוכש את חבילת המניות כהשקעה, עלות הרכישה של חבילת המניות הינה בעלת אופי הוני. ניתוח זה יהיה יפה גם ליתר הדוגמות המובאות בהמשך מאמר זה. הדיון בגורם המהותי להיווצרותו של אירוע-המס חורג ממסגרת הדיון במאמר זה, ולפיכך איננו מרחיבים בו.

$$38 \quad 1,500 - 1,100 = 400.$$

39 באופן דומה ניתן לומר כי הרווח שנוצר לתמיר במסגרת ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית נובע מכך שהוא משלם סך של 1,100 שקלים בלבד בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הוא 1,500 שקלים.

$$40 \quad 800 - 600 = 200.$$

800 שקלים). לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות הפיננסית לפי מועד סגירתה של הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01). יוצא כי יש לחייב את בועז במס ביום 1.1.01 בשל רווח פיננסי בסך של 300 שקלים;<sup>41</sup> ובהתאמה, יש להכיר לתמיר בהפסד פיננסי באותה נקודת-זמן באותו סכום. ההפסד שנוצר לתמיר במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא נאלץ לשלם 1,100 שקלים בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 800 שקלים בלבד.<sup>42</sup> סיכומו של דבר, התמורה בסך של 800 שקלים שבועז מקבל במסגרת ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות והרווח בסך של 300 שקלים שהוא מפיק במסגרת ההתקשרות הפיננסית מסבירים את הסך של 1,100 שקלים שבועז מקבל בסופו של דבר מתמיר במסגרת העסקה – ממש כפי שמוסכם ביניהם בחוזה.

## פרק ג: פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה

### 1. כללי

בסיס מצטבר קובע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה גם אם קיימים פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה.<sup>43</sup> לעניין זה אין לעיתוי של תשלום התמורה חשיבות מהותית לצורך היווצרותו של אירוע-מס.

עם זאת, בהתקיים פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה עשוי להיווצר הבדל בין שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לבין סכום התמורה המשולם בפועל בין הצדדים לעסקה בשל ערך הזמן של הכסף. כזו היא, למשל, עסקה של תשלום דחוי שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני בתמורה הנקבעת במועד של כריתת החוזה והוא מעביר לו את הזכויות בנכס במועד מסוים (מועד זה עשוי להיות במועד כריתת החוזה או מאוחר יותר), אך לפי תנאי העסקה התמורה המוסכמת אמורה להשתלם לפלוני

41  $1,100 - 800 = 300$ .

42 באופן דומה ניתן לומר כי הרווח שנוצר לבועז במסגרת ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית נובע מכך שהוא מקבל סך של 1,100 שקלים בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 800 שקלים בלבד.

43 השוו לכלל החיוב במס במקרה של תשלומים לשיעורין הקיים בהוראת סעיף 453 IRC לקוד המס האמריקאי (The Installment Sale Method). לפי כלל זה, יש לפרוס את החיוב במס לכל אחת מהתקופות שבה התשלומים נעשים. החיוב במס בכל תקופה נעשה בהתאם להפרש שבין התשלום המתקבל לבין החלק היחסי של עלות הרכישה. לדוגמה ראו: Chirelstein, *supra* note 13, at pp. 328–330.

במועד מאוחר להעברת הזכויות.<sup>44</sup> כזו היא גם עסקה של תשלום מקדמה שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני בתמורה הנקבעת במועד של כריתת החוזה, והוא מעביר לו את הזכויות בנכס במועד מסוים (מועד זה אמור להיות מאוחר לכריתת החוזה), אך לפי תנאי העסקה התמורה המוסכמת אמורה להשתלם לפלוני במועד מוקדם להעברת הזכויות (זהו תשלום מקדמה).<sup>45</sup> עולה אם-כן השאלה: כיצד ראוי לקבוע את מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס כאשר קיימים פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה?

כידוע, העיתוי שבו נוצר אירוע-מס מגבש את נקודת-הזמן שבה נקבע שווי העסקה לצורך חישובו של הרווח (או ההפסד) שהנישום מפיק מהעסקה.<sup>46</sup> לפיכך ראוי לקבוע בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה כי חישובה של חבות המס יהיה בהתאם לשווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי גם אם קיים הבדל בינו לבין התמורה המשולמת בפועל. כפי שלעיתוי התשלום אין חשיבות מהותית להיווצרותו של אירוע-מס כל עוד לא מתרחש ביצוע כלכלי, כך לסכום התמורה המשולם בין הצדדים לא אמורה להיות חשיבות מהותית לצורך חישוב של חבות המס.

לשיטתנו, הניתוח הראוי לעסקות אלה מחייב להביא לידי ביטוי את פערי העיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בשני מישורים: האחד, תיאום של סכום התמורה המשולם בפועל למועד הביצוע הכלכלי בהתאם לשיעור ריבית המקובל במשק בתקופה שבין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה, וזאת כדי לזהות התקשרות פיננסית הגלומה בעסקה העיקרית והמתארת את מכלול הסיכויים והסיכונים ביחס לשונות העתידית הצפויה בשווי העסקה העיקרית עד לביצוע הכלכלי; והאחר, ניתוח העסקה כמגלמת במסגרתה – לצידה של העסקה העיקרית שהצדדים מבצעים – עסקת אשראי המביאה לידי ביטוי את הקדמת המועד של תשלום התמורה או דחייתו.

## 2. תיאום התמורה למועד הביצוע הכלכלי וגיבוש עסקת אשראי בין הצדדים

הפרשי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין תשלום התמורה מחייבים לבצע תיאום של סכום התמורה המשולם בפועל למועד הביצוע הכלכלי. התיאום נעשה באמצעות ייחוס – לאחור או לפנים – של סכום התמורה המשולם בפועל לפי שיעור ריבית המקובל במשק בתקופה החולפת בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה.<sup>47</sup> הערך המתואם

44 לניתוח תוצאות מס של עסקות שקיים בהן תשלום דחוי ראו ניתוח דוגמה ב, להלן פרק ג(3). מסגרת הניתוח בפרק זה מתאימה, בשינויים המחויבים, גם לעסקות המיועדות לפירעון

בתשלומים. ראו גם: Chirelstein, *ibid*, at pp. 327–333.

45 לניתוח תוצאות מס של עסקות שקיים בהן תשלום מקדמה ראו ניתוח דוגמה ג, להלן פרק ג(4).

46 ראו לעיל פרק א.

47 כדי להקטין את העלויות של חישוב הערך המתואם של הפרמיה ביחס לכל אחד מציבור

של התמורה אמור לשמש בסיס להשוואה אל מול שווייה השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לצורך זיהוי התקשרות פיננסית הגלומה בעסקה (אם בכלל) לצידה של ההתקשרות העיקרית.<sup>48</sup>

לצידה של פעולת התיאום של סכום התמורה למועד הביצוע הכלכלי יש לנתח את העסקה כמגלמת במסגרתה – לצידה של העסקה העיקרית שהצדדים מבצעים<sup>49</sup> עסקת אשראי המייצגת את הקדמת המועד של תשלום התמורה או דחייתו. עסקת אשראי זו נושאת תשואה תקופתית לפי שיעור ריבית המקובל במשק.<sup>50</sup> חיבור הערך המתואם של סכום התמורה המשולם בפועל לפי מועד הביצוע הכלכלי יחד עם התשואה הנובעת מעסקת האשראי (לפי ערך הזמן של הכסף) יהיה לעולם סכום התמורה המשולם בפועל בגין העסקה.

גיבוש של עסקת אשראי בין הצדדים כל אימת שקיימים הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה מבוסס על התפיסה העקרונית הרואה כל מצב שבו אדם מחזיק בכספי חברו כמצב של אשראי.<sup>51</sup> לעניין זה אין חשיבות אם הדבר נעשה בהסכמה אם לאו, כפי שאין חשיבות אם הדבר מוסכם מראש או נובע מהשתלשלות העניינים בדיעבד.<sup>52</sup> לפי התפיסה, ביצוע התחייבויות חוזיות המוטלות על מי שאמור לספק את הנכס או לתת את השירות מקים לו זכות לקבל את התמורה באותה נקודת-זמן. לפיכך, אם מדובר בתשלום דחוי, מתקיימת למעשה עסקת אשראי בין הספק (כמלווה) לבין הלקוח (כלווה) החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד התשלום בפועל כאילו שווי העסקה

הנישומים, יש לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי, כפי שדין המס עושה בנוגע לשיעור הריבית המיוחס למי שמקבל הלוואה מוטבת במסגרת מערכת יחסים עסקית; ראו הוראת תקנה 2(א) לתקנות מס הכנסה (קביעת שיעור ריבית), התשמ"ה-1985, ק"ת 1204, הקובעת כי "שיעור הריבית לענין סעיף 3(ט) לפקודה יהא שיעור עליית המדד בתוספת 4 אחוזים המוכפלים במספר הימים בתקופת הזקיפה ומחולקים בשלוש מאות ששים וחמש".

48 לדיון בהתקשרות הפיננסית הגלומה בעסקה – לצידה של ההתקשרות העיקרית – ראו לעיל פרק ב.

49 העסקה העיקרית עשויה לכלול – אם קיימים הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי – התקשרות עיקרית והתקשרות פיננסית; ראו לעיל פרק ב. לדוגמות המשלבות הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין המועד של הביצוע הכלכלי לצידם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד תשלום התמורה בפועל ראו דוגמה ב, להלן פרק ג(3), וכן דוגמה ג, להלן פרק ג(4).

50 כדי להקטין את עלויות חישובו של שיעור הריבית המקובל במשק ביחס לכל אחד מציבור הנישומים, יש לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישובו של שער הריבית שעסקת האשראי מבוצעת בו, כאמור לעיל בהערה 47.

51 ראו ע"א 32/86 רמון ביטוח ופיננסים נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד מו(1) 573; דנ"א 3962/93 זילברשטיין ומינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נ(4) 817.

52 ראו פסק-דינו של הנשיא שמגר בד"נ 16/82 פקיד השומה, תל-אביב נ' צבי לידור, פ"ד לט(2) 757, שבו נפסק כי הלוואה עשויה להיווצר גם בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות למעשה. באותו עניין ייחס הנשיא שמגר משמעות כלכלית ומשפטית להשתלשלות העובדתית הנוצרת בדיעבד בהתאם למהות הכלכלית האמיתית שלה כדי להסיק כי נוצרה בין הצדדים הלוואה נושאת ריבית.

במועד הביצוע הכלכלי משולם באותה נקודת-זמן על-ידי הלקוח, אך בד-בבד מוחזר לו סכום זהה כהלואה.<sup>53</sup> באופן דומה, אם מדובר בתשלום מקדמה, מתקיימת למעשה עסקת אשראי בין הלקוח (כמלווה) לבין הספק (כלווה) החל במועד התשלום בפועל וכלה במועד הביצוע הכלכלי כאילו תמורת העסקה משולמת על-ידי הלקוח לראשונה במועד הביצוע הכלכלי, ועד לאותה נקודת-זמן מדובר בהלוואה. גישה זו מתיישבת עם התפיסה הכללית הרואה בשווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי בסיס לחישוב של חבות המס. התעלמות מקיומה של עסקת אשראי כל אימת שקיימים פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל עשוי לפגוע בניטרליות הכלכלית.<sup>54</sup> הלא אין נפקא מנה אם התשלום בגין העסקה מוקדם או נדחה בעזרת אשראי ממוסד פיננסי או באמצעות הצד האחר לעסקה.<sup>55</sup> יפים לעניין זה דבריו של בר במאמרו:<sup>56</sup>

"...ההבחנה המלאכותית בין אשראי, הניתן כ'הלוואה' על-ידי מוסד פיננסי, המוכר בתור שכוה, ובין אשראי ספקים, הניתן על-ידי מוכר מוצר או נותן שירות, שאינו מוכר כהלוואה, פגעה ביעילות הכלכלית, בהעדיפה אפשרות אחת למימון עסקה על-פני חלופותיה. במקום ייעול בהקצאת המקורות, תוך צמצום תפקיד המתווכים הפיננסיים, מדרבנת הלכה זו [הלכת עזבון גורביץ] להיזקק לשירותיהם בנטילת

53 השוו לע"א 733/89 ארם משחקים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, גוש דן, פ"ד (מו) 562, שבו פסק בית-המשפט כי אין לחייב במס ערך מוסף תוספת של הפרשי הצמדה לתמורה המוסכמת – תוספת המשולמת בגין התקופה החולפת ממועד ביצועה של העסקה ועד למועד של קבלת התמורה, מכיוון שהחבות במס משולמת במועד ביצועה של העסקה.

54 לעקרון הניטרליות הכלכלית ראו לעיל הערה 23.

55 לדעה הדוגלת באימוץ גישה המפצלת את העסקה להתקשרות עיקרית כשלצידה עסקת אשראי ראו בר, "מיסוי אופציות סחירות", לעיל הערה 33, בהערות-שוליים 120. כמו-כן ראו Chirelstein, *supra* note 13, at pp. 327–328. ראו גם אימוץ גישה זו בפסיקה בעמ"ה 138/87 טמבור בע"מ נ' פקיד השומה חיפה, פד"א טז(11) 163, כן ראו ע"א 702/70 פקיד השומה חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"א ד(19) 263; עמ"ה 1059/98 צינומנטל בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, מיסים יט(2) ה'132, 186–187. אימוץ גישה המפצלת עסקה להתקשרות עיקרית ולעסקת אשראי באה לידי ביטוי, למשל, בהלוואות מוטבות בין צדדים למערכת יחסים מסחרית. בהלוואות אלה יש לראות את הצדדים כמבצעים עסקת אשראי בתנאי-שוק, ובד-בבד מעבירים ביניהם תשלום בשיעור ההטבה בהתאם למערכת היחסים העיקרית הקיימת ביניהם; ראו סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה והוראת סעיף 7872 IRC לקוד המס האמריקאי. לגישה אחרת, שאינה מכירה בפיצול העסקה להתקשרות עיקרית ולעסקת אשראי, ראו ע"א 304/66 מבצע צוואה ומנהל עזבון יונה גורביץ נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד (כ) 594. כן ראו עמ"ה 181/84 גיל ברנשטיין ואח' נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פד"א טו(12) 179, 188 ("אשראי ספקים אינו עסקת אשראי..."), אם כי בית-המשפט מכיר באותו עניין בריבית ובהפרשי הצמדה המשתלמים על המחיר במסגרת אשראי ספקים כהוצאות שעשויות להיות מותרות בניכוי לפי תנאי סעיף 17 לפקודת מס הכנסה (שם, בעמ' 188–190).

56 בר, "מיסוי אופציות סחירות", שם, שם.

האשראי – כדי שיוכר ככזה – ולא להיזקק לאשראי [הבלתי-מוכר] המוצע על-ידי הספק.

בהתאם לניתוח המוצע, יש לייחס לצדדים לעסקה שקיימים בה הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התשלום בפועל אירועי-מס בהתאם לאופיה של כל אחת מן ההתקשרויות הגלומות בה. תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לסך-כל תוצאות המס הנובעות מכל אחת מההתקשרויות הכלולות בה. נחלק את הדיון בהמשך פרק זה לעסקות שמתבצע בהן תשלום דחוי ולעסקות שמתבצע בהן תשלום מקדמה, ונדגים כל אחת מהן.

### 3. עסקות של תשלום דחוי

קיומה של עסקה שבה התמורה משולמת בפועל במועד מאוחר לביצוע הכלכלי מחייב לתת ביטוי לדחיית התשלום בשני מישורים. במישור הראשון יש לתאם את סכום התמורה המשולם בפועל למועד הביצוע הכלכלי לפי שיעור ריבית המקובל במשק בתקופה החולפת מהביצוע הכלכלי ועד לתשלום התמורה – פעולה המכונה ניכיון (Discount). פעולת הייחוס לאחור של התשלום הדחוי מתבצעת באמצעות חישוב הערך הנוכחי של סכום התמורה המשולם בפועל במועד עתידי (Discounted Value of Future Payment).<sup>57</sup> (להלן בסעיף זה: ערך התמורה המיוחסת לאחור). ערך התמורה המיוחסת לאחור אמור לשמש בסיס להשוואה אל מול שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לצורך זיהוי התקשרות פיננסית גלומה בעסקה (אם בכלל) לצד ההתקשרות העיקרית.

במישור השני יש לנתח את העסקה כמגלמת במסגרתה – לצידה של העסקה העיקרית שהצדדים מבצעים – עסקת אשראי בגין דחיית המועד של תשלום התמורה. לפי תנאיה של עסקת האשראי, רואים את הספק (דהיינו מוכר הנכס או נותן השירות) האמור לקבל את התמורה בגין העסקה במועד עתידי כמי שנותן ללקוח (דהיינו לרוכש הנכס או למקבל השירות) הלוואה נושאת ריבית לפי שיעור מקובל במשק. ההלוואה ניתנת במועד הביצוע הכלכלי של העסקה, והיא אמורה להיפרע במועד ביצועו של התשלום בפועל. הסכום של קרן ההלוואה בין הצדדים נקבע לפי הערך הנוכחי של סכום התמורה המשולם בפועל במועד עתידי (דהיינו ערך התמורה המיוחסת לאחור).<sup>58</sup>

57 הנוסחה לחישוב ערך נוכחי של תמורה האמורה להיות משולמת במועד עתידי הינה כדלקמן:

$\text{Discounted Value of Future Payment} = \text{Future Payment} / [(1 + R)^N]$ , כש- R מייצג את

שיעור הריבית השנתי המקובל במשק ו- N מייצג את מספר השנים החולפות בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל. ראו: Richard A. Brealey & Stewart C. Myres *Principles of Corporate Finance* (New York, 7th ed., 2003) 32–45. ניתן גם לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישוב ערך הזמן של הכסף, כאמור לעיל בהערה 47.

58 לאימוץ גישה דומה בפסיקה ישראלית שניתנה לאחרונה, ראו ו"ע 1289/01 המכון הגיאופיסי לישראל נ' מנהל מיסוי מקרקעין מרכז, מיסים כ(3) ה'37. באותו עניין נפסק כי בחווה של מכר בתשלומים מאוחרים ללא ריבית יש לקבוע את שווי העסקה במועד שבו נוצר אירוע-מס בהתאם לערך הנוכחי של התשלומים העתידיים הצפויים בין הצדדים, ולא בהתאם לתמורה

ההיגיון לניתוח העסקה כמגלמת במסגרתה עסקת אשראי בין הצדדים מצוי בתובנה כי ביצוע ההתחייבויות החוזיות המוטלות על מוכר הנכס או נותן השירות מקים לו זכות לקבל את התמורה באותה נקודת-זמן, כך שאם נדחה המועד לתשלום התמורה, הרי זו עסקת אשראי. למעשה, ניתן לראות צד לעסקה שאמור לשלם את התמורה במועד הביצוע הכלכלי, אך עושה כן מאוחר יותר, כאילו הוא אכן משלם לצד האחר לעסקה את ערך התמורה המיוחסת לאחור באותו זמן, אולם בד-בבד הוא מקבל הלוואה מהצד האחר בסכום זהה למשך התקופה החולפת מהביצוע הכלכלי ועד לתשלום בפועל. לפי ניתוח זה רואים את העסקה העיקרית כמושלמת למעשה במועד הביצוע הכלכלי – כאשר הביצוע כולל באופן רעיוני גם תשלום; ואילו מאותו רגע הצדדים נכנסים לעסקת אשראי בכשירות אחרת מזו שבה הם מצויים בעסקה העיקרית: הספק (דהיינו מוכר הנכס או נותן השירות) כנותן הלוואה, והלקוח (דהיינו רוכש הנכס או מקבל השירות) כמקבל הלוואה. המועד שבו נעשה התשלום בפועל נחשב למעשה למועד הפירעון של עסקת האשראי. הניתוח המתואר כאן מסביר לא רק את עסקת האשראי הקיימת בין הצדדים לפי ערך התמורה המיוחסת לאחור, אלא גם מדוע יש לבצע תיאום לאחור של סכום התמורה המשולם בפועל לצורך חישוב של חבות המס בעסקה העיקרית, וגם מדוע התמורה המשולמת בסופו של דבר בין הצדדים לעסקה גדולה מזו המיוחסת לעסקה העיקרית.

יוצא אם-כן שתוצאות המס של הצדדים לעסקה יכללו – נוסף לאלה הנובעות מביצוע העסקה העיקרית לפי ערך התמורה המיוחסת לאחור – גם את אלה הנובעות מעסקת אשראי. לפיכך יש לראות את נותן ההלוואה (דהיינו מוכר הנכס או נותן השירות) כמי שמפיק הכנסת ריבית רעיונית מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לרשות הצד האחר לעסקה בהתאם לשיעור הריבית שהוא אמור לקבל לפי תנאי-השוק. ההלוואה צוברת ריבית על קרן ההלוואה מדי תקופה (כך שהיא גדלה מדי תקופה ובהתאם לכך צוברת סכום ריבית גדול יותר בתקופה שלאחר-מכן – דבר המכונה ריבית דריבית). במקביל, יש לייחס למקבל ההלוואה (דהיינו לרוכש הנכס או מקבל השירות) הוצאת ריבית רעיונית מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לרשותו בהתאם לשיעור הריבית שהוא אמור לשלם לפי תנאי-השוק לצד האחר לעסקה. בדומה לנותן ההלוואה, גם ביחס למקבל ההלוואה יש לצבור ריבית על קרן ההלוואה מדי תקופה, כך שקרן ההלוואה גדלה מדי תקופה, ובהתאם לכך היא צוברת סכום ריבית גדול יותר בתקופה שלאחר-מכן (דבר המכונה ריבית דריבית). הוצאה זו אמורה להיות מותרת למקבל ההלוואה בניכוי מדי תקופה בהתאם לשימוש שהוא עושה בקרן ההלוואה.<sup>59</sup>

הנקובה בחוזה. אומנם, באותו מקרה היה מדובר בעסקת מקרקעין הוגנית, כך שאירוע-המס נוצר לפי המועד של כריתת החוזה בהתאם לשיטת דיווח על בסיס התקשרות הנוהגת בדיון המס בישראל; אולם ההיגיון העומד בבסיס הדברים יפה בשינויים המחויבים גם לענייננו. לפי דבריה של ועדת-הערר, שווי העסקה אינו לובש מלבוש אחד ופשוט מלבוש אחר רק בגלל השוני במימון של תשלום התמורה. בעמדה זוהי דוגלת גם החשבונאות הפיננסית. ראו גם עמ"ש 102/77 "תנובה" מרכז שיתופי בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פד"א ט(22-23) 360, 361; ע"א 481/86 רנה אסתר פיגין נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, מיסים (2) ה'38.

59 שאלת הזכות לנכות הוצאה רעיונית נידונה בפסיקה, אך טרם הוכרעה באופן סופי. ראו,

טלו, למשל, עסקה שבה בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירה של חבילת מניותיו לתמיר. נניח כי השווי של חבילת המניות בשוק באותו זמן הינו 1,000 שקלים. לפי תנאי העסקה, בועז אמור להעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות שנה לאחר כריתת החוזה (דהיינו ביום 1.1.01), ואילו התמורה המוסכמת, בסך של 1,210 שקלים, אמורה להשתלם שנה לאחר המועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.02). (להלן: דוגמה ב).

מכיוון שקיימים הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה, יש לייחס את התמורה האמורה להיות משולמת בפועל בסוף השנתיים (דהיינו ביום 1.1.02) למועד העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ליום 1.1.01). יוצא כי ערך התמורה המיוחסת לאחר הינו 1,100 שקלים.<sup>60</sup> ערך זה אמור לשמש בסיס להשוואה אל מול שווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לצורך זיהוי התקשרויות פיננסיות הגלומות בעסקה לצידה של ההתקשרות העיקרית.<sup>61</sup>

לפי הניתוח המוצע, יש לראות את העסקה הנדונה ככוללת שלוש התקשרויות נפרדות הגלומות בעסקה וחיות זו לצד זו במסגרתה. התקשרות ראשונה הינה התקשרות להעברת הזכויות בחבילת המניות לפי שווי השוק במועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.01), יהא השווי אשר יהא.<sup>62</sup> התקשרות שנייה הינה התקשרות פיננסית מסוג של חוזה עתידי האמור להיות מיושב בצורה כספית במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות. לפי

למשל, פסק הדין בעניין רמון, לעיל הערה 51; וכן פסק הדין בעניין זילברשטיין ומינץ, לעיל הערה 51. ראו גם פסק הדין בעניין צינומנטל, לעיל הערה 55, בעמ' 172-193. אנו מצדדים בגישה שיש להתיר ניכוי הוצאה רעיונית מכיוון שהיא מייצגת למעשה הוצאה בשווה-כסף. בגישה זו תומכים רוב המלומדים; ראו יוסף מ' אדרעי "מיסוי בעלי שליטה, נותני שירותים ובעלי עסקים בגין ריבית רעיונית - ניתוח משפטי וכלכלי" עיוני משפט יב(1) (1987) 145; דוד גליקסברג "אירועי מס רעיוניים: על ממדי השיח המסי והחוקתי" מיסים יז(4) א' 1; אהרן יורן "מיסוי כפול או הוצאה רעיונית" מיסים ו(2) א' 1; יצחק הדרי "הכנסה רעיונית, הוצאה רעיונית ודיבידנד" מיסים ח(5) א' 1. לתמיכה בגישה זו ראו גם ע"א 247/63 פקיד השומה פתח תקווה נ' רפאל שפר ויוסף שמרלינג, פ"ד יז 2713. ראו גם הוראת סעיף 7872 IRC לקוד המס האמריקאי.

$$60 \quad 1,210 / (1+10\%) = 1,100.$$

61 יצוין כי דוגמה ב כוללת - נוסף להפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל - גם הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין המועד של הביצוע הכלכלי. למעשה, דוגמה זו הינה הרכבה של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל על עובדות דוגמה א, לעיל פרק ב. לכן, גם כאן יש להדגיש כי ראוי להחיל את הניתוח המוצע לעיל בפרק ב - בדבר פיצולה של עסקה שקיימים בה הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי להתקשרות עיקרית והתקשרות פיננסית - כל אימת שהתועלת ממנו עולה על העלות הכרוכה בכך; ראו לעיל הדברים הנאמרים סמוך לאחר הערה 28 בפרק ב.

62 להסבר מדוע שווי השוק של העסקה במועד שבו נוצר אירוע המס הוא השווי הרלוונטי לצורך חישובה של חבות המס גם אם שווי זה שונה מהתמורה המוסכמת בחוזה וגם אם שווי זה שונה מהתמורה המשולמת בפועל בין הצדדים ראו לעיל פרקים א ו-ב.

תנאיו של החוזה העתידי, הצדדים מתחייבים להחליף ביניהם, ביום 1.1.01, זרמי תשלומים כדלקמן: בועז מתחייב לשלם לתמיר את שווי-השוק של חבילת המניות כפי שהוא יהיה במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות; ובתמורה, תמיר מתחייב לשלם לבועז את ערך התמורה המיוחסת לאחר - ערך העומד על סך 1,100 שקלים. לצידן של ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות וההתקשרות הפיננסית, יש לראות בין הצדדים התקשרות שלישית מסוג של עסקת אשראי הנמשכת ממועד הביצוע הכלכלי ועד למועד של תשלום התמורה בפועל. קרן ההלוואה במסגרתה של עסקת האשראי מורכבת מחיבור התמורה בגין ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות (השווה לשווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה) יחד עם התמורה בגין ההתקשרות הפיננסית (בהתאם להפרש בין ערך התמורה המיוחסת לאחר לבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד ההעברה של הזכויות בה) - סכום שיהיה שווה לעולם לערך התמורה המיוחסת לאחר.

בהתאם לניתוח זה יש לקבוע את אירועי-המס הנוצרים בין הצדדים. תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לסך-כל תוצאות המס של ההתקשרויות הגלומות בה כאמור. כך, למשל, אם במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות בין הצדדים עומד שווייה בשוק על סך של 1,500 שקלים, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל סכום זה מתמיר באופן רעיוני, באותה נקודת-זמן, בתמורה לחבילת המניות. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין העברתה של חבילת המניות לפי מועד ההעברה של הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות כפי שהוא באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 1,500 שקלים). יוצא כי במסגרת ההתקשרות העיקרית, יש לייחס לבועז, ביום 1.1.01, אירוע-מס שבו נוצר לו רווח של 900 שקלים;<sup>63</sup> ובהתאמה נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידיו הינה לפי סכום של 1,500 שקלים. במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית לידי סיום. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות הפיננסית לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד הביצוע הכלכלי (שהינו 1,500 שקלים) לבין ערך התמורה המיוחסת לאחר (שהינו 1,100 שקלים). יוצא כי יש לייחס לבועז, ביום 1.1.01, הפסד פיננסי בסך של 400 שקלים; ולתמיר יש לייחס באותה נקודת-זמן רווח פיננסי באותו סכום.<sup>64</sup> לצידן של ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות וההתקשרות הפיננסית, יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי ביחס לתמורה האמורה להשתלם במועד הביצוע הכלכלי. תמורה זו מורכבת מן ההפרש בין התמורה האמורה להשתלם לטובת בועז במסגרת ההתקשרות העיקרית להעברתה של

63  $1,500 - 600 = 900$ . להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 36-37 בפרק ב.

64  $1,500 - 1,100 = 400$ . ההפסד שנוצר לבועז במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא נאלץ לקבל 1,100 שקלים בלבד בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 1,500 שקלים. להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 38-39 בפרק ב.

חבילת המניות (שהינה בסך של 1,500 שקלים) לבין התמורה האמורה להשתלם לטובת תמיר במסגרת ההתקשרות הפיננסית (שהינה בסך של 400 שקלים). לפיכך יש לראות את בועז כמי שנותן לתמיר, ביום 1.1.01, הלוואה בסך של 1,100 שקלים.<sup>65</sup> עסקת האשראי אמורה להימשך שנה, החל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו מיום 1.1.01) ועד למועד תשלום התמורה בגין העסקה (דהיינו עד יום 1.1.02). יוצא כי יש לייחס לצדדים אירועי-מס הנובעים מעסקת האשראי הקיימת ביניהם מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לפי התשואה האמורה להשתלם לפי תנאי-השוק, בהתאם לניתוח זה, יש לייחס לבועז (כנותן האשראי, בסוף השנה השנייה לעסקה (דהיינו ביום 31.12.01), הכנסת ריבית בסך של 110 שקלים;<sup>66</sup> ובהתאמה, יש לייחס לתמיר (כמקבל האשראי), באותה נקודת-זמן, הוצאת ריבית באותו סכום.<sup>67</sup> סיכומו של דבר, הפירעון של קרן ההלוואה בסך 1,100 שקלים ותשלום הריבית בסך 110 שקלים, הנעשים ביום 1.1.02, מסתכמים בסך של 1,210 שקלים שתמיר משלם לבועז ביום 1.1.02 – ממש כפי שמוסכם ביניהם בחוזה.

לעומת זאת, אם במועד ההעברה של הזכויות בחבילת המניות בין הצדדים עומד שוויה בשוק על סך של 800 שקלים, ראוי במקרה זה לראות את בועז כמי שמקבל את השווי הזה מתמיר, באופן רעיוני, באותה נקודת-זמן, בתמורה לחבילת המניות. לפיכך יש לייחס לצדדים אירועי-מס בגין ההעברה של חבילת המניות לפי המועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 800 שקלים). יוצא כי במסגרת ההתקשרות העיקרית, יש לייחס לבועז, ביום 1.1.01, אירועי-מס שבו נוצר לו רווח של 200 שקלים;<sup>68</sup> ובהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידיו הינה לפי סכום של 800 שקלים. במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית לידי סיום. לפיכך יש לייחס לצדדים אירועי-מס בגין ההתקשרות הפיננסית לפי מועד הסגירה של הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם להפרש בין ערך התמורה המיוחסת לאחור (שהינו 1,100 שקלים) לבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד הביצוע הכלכלי (שהינו 800 שקלים). יוצא כי יש לייחס לבועז, ביום 1.1.01, רווח פיננסי בסך של 300 שקלים; ובהתאמה, יש לייחס לתמיר באותה נקודת-זמן הפסד פיננסי באותו סכום.<sup>69</sup> לצידן של ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות וההתקשרות הפיננסית, יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי ביחס לתמורה האמורה להשתלם בין הצדדים במועד הביצוע הכלכלי. תמורה זו מורכבת

<sup>65</sup>  $1,500 - 400 = 1,100$ .

<sup>66</sup>  $1,100 * 10\% = 110$ .

<sup>67</sup> הוצאה זו עשויה להיות מותרת לתמיר בניכוי מדי תקופה בהתאם לשימוש שהוא עושה בקרן ההלוואה.

<sup>68</sup>  $800 - 600 = 200$ . להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערה 40 בפרק ב.

<sup>69</sup>  $1,100 - 800 = 300$ . ההפסד שנוצר לתמיר במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא גאלץ לשלם 1,100 שקלים בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 800 שקלים בלבד. להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 41-42 בפרק ב.

מחיבור התמורה האמורה להשתלם לטובת בועז במסגרת ההתקשרות העיקרית להעברתה של חבילת המניות (בסך של 800 שקלים) יחד עם התמורה האמורה להשתלם לטובתו של בועז במסגרת ההתקשרות הפיננסית (בסך של 300 שקלים). לפיכך יש לראות את בועז כמי שנותן לתמיר, ביום 1.1.01, הלוואה בסך של 1,100 שקלים.<sup>70</sup> עסקת האשראי אמורה להימשך שנה, החל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (ביום 1.1.01) וכלה במועד התשלום של התמורה בגין העסקה (ביום 1.1.02). יוצא שיש לייחס לצדדים אירועי-מס הנובעים מעסקת אשראי הקיימת ביניהם, מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת, לפי התשואה האמורה להשתלם לפי תנאי-השוק, בהתאם לניתוח זה, יש לייחס לבועז (כנותן האשראי), בסוף השנה השנייה לעסקה (דהיינו ביום 31.12.01), הכנסת ריבית בסך של 110 שקלים;<sup>71</sup> ובהתאמה, יש לייחס לתמיר (כמקבל האשראי), באותה נקודת-זמן, הוצאת ריבית באותו סכום. סיכומו של דבר, הפירעון של קרן ההלוואה בסך 1,100 שקלים ותשלום הריבית בסך 110 שקלים, הנעשים ביום 1.1.02, מסתכמים בסך של 1,210 – שקלים שתמיר משלם לבועז ביום 1.1.02 – ממש כפי שמוסכם ביניהם בחוזה.

#### 4. עסקות של תשלום מקדמה

קיומה של עסקה שהתמורה משולמת בה בפועל במועד מוקדם לביצוע הכלכלי מחייב לתת ביטוי להקדמת התשלום בשני מישורים. במישור הראשון יש לתאם את סכום התמורה המשולם בפועל למועד הביצוע הכלכלי לפי שיעור ריבית המקובל במשק בתקופה החולפת מתשלום התמורה ועד לביצוע הכלכלי. פעולת הייחוס לפנים של סכום המקדמה מתבצעת באמצעות חישוב הערך העתידי של סכום התמורה המשולם בפועל במועד נוכחי (Future Value of Present Payment;<sup>72</sup> (להלן בסעיף זה: ערך התמורה המיוחסת לפנים). ערך התמורה המיוחסת לפנים אמור לשמש בסיס להשוואה אל מול שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לצורך זיהוי התקשרות פיננסית הגלומה בעסקה (אם בכלל) לצידה של ההתקשרות העיקרית.

במישור השני יש לנתח את העסקה כמגלמת במסגרתה – לצידה של העסקה העיקרית שהצדדים מבצעים – עסקת אשראי בין הצדדים. לפי תנאיה של עסקת האשראי, רואים את הלקוח (דהיינו את רוכש הנכס או מקבל השירות) המשלם את התמורה בגין העסקה במועד נוכחי כמי שנותן לספק (דהיינו למוכר הנכס או לנותן השירות) הלוואה נושאת

$$1,100 = 300 + 800 \quad 70$$

$$110 = 10\% * 1,100 \quad 71$$

72 הנוסחה לחישוב ערך עתידי של תמורה המשולמת בפועל במועד נוכחי הינה כדלקמן: Future Value of Present Payment = Present Payment \* [(1 + R)<sup>N</sup>], כש-R מייצג את שיעור הריבית השנתי המקובל במשק ו-N מייצג את מספר השנים החולפות בין המועד של תשלום התמורה בפועל לבין מועד הביצוע הכלכלי. ראו: Brealey & Myres, *supra* note 57, *ibid*. ניתן גם לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישוב ערך הזמן של הכסף, כאמור לעיל בהערה 47.

ריבית לפי שיעור מקובל במשק. ההלוואה ניתנת במועד התשלום בפועל של התמורה, והיא אמורה להיפרע במועד הביצוע הכלכלי של העסקה. הסכום של קרן ההלוואה בין הצדדים נקבע לפי התמורה המשולמת בפועל במועד נוכחי (Present Payment). ההיגיון לניתוח העסקה כמגלמת במסגרתה עסקת אשראי בין הצדדים מצוי בתובנה כי תשלום תמורה במועד מוקדם לביצוע הכלכלי של העסקה, בטרם נוצרת למוכר הנכס או לנותן השירות זכות לקבל את התשלום, הינו בגדר עסקת אשראי.<sup>73</sup> לעומת זאת, כאשר מוכר הנכס או נותן השירות מקיים את חלקו לפי החוזה, המקדמה נהפכת בערכה המתואם לפרעון התמורה של העסקה. למעשה, ניתן לראות צד לעסקה המשלם תמורה במועד מוקדם לביצוע הכלכלי כאילו הוא משלם את התמורה לצד האחר לעסקה רק במועד הביצוע הכלכלי, אך לפי ערך התמורה המיוחסת לפנים (Future Value of Present Payment); אולם עוד קודם לכן, במועד התשלום של התמורה בפועל, הוא נותן הלוואה לצד האחר לעסקה בסכום התמורה המשולם בפועל למשך התקופה החולפת מהתשלום בפועל ועד לביצוע הכלכלי.<sup>74</sup> לפי ניתוח זה רואים את העסקה העיקרית כמשולמת למעשה רק במועד הביצוע הכלכלי, ועד לאותה נקודת-זמן הצדדים מצויים בעסקת אשראי בכשירות אחרת מזו שבה הם מצויים בעסקה העיקרית: הלקוח (דהיינו רוכש הנכס או מקבל השירות) כנותן הלוואה, והספק (דהיינו מוכר הנכס או נותן השירות) כמקבל הלוואה. יוצא אם-כן כי במועד שבו הביצוע הכלכלי נעשה מתרחש למעשה פירעון של עסקת האשראי, כשסכום הפירעון המגיע ללקוח בעסקת האשראי משמש לסילוק התמורה של העסקה העיקרית המגיעה לספק. הניתוח המתואר כאן מסביר לא רק את עסקת האשראי הקיימת בין הצדדים לפי סכום המקדמה המשולמת בפועל, אלא גם מדוע יש לבצע ייחוס לפנים של סכום התמורה המשולם בפועל לצורך חישוב של חבות המס ביחס לעסקה העיקרית, וגם מדוע התמורה המשולמת בפועל בין הצדדים במועד מוקדם לביצוע הכלכלי קטנה מזו המיוחסת לעסקה העיקרית.

73 אם הנישום לא יקיים את התחייבויותיו לפי החוזה, הוא אמור להחזיר את הכסף שקיבל; ראו הוראת סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16, הקובעת כי בעת הפרת חוזה המביאה לידי ביטולו על-ידי הנפגע, חייב כל צד להשיב לצד האחר את שקיבל במסגרת החוזה.

74 ניתן לראות את תשלום המקדמה כהלוואה מוסכמת בין הצדדים. לחלופין, ניתן לראות את תשלום המקדמה כמענה לדרישה של מוכר הנכס או נותן השירות לקבלת בטוחה המיועדת להבטיח את תשלום התמורה במועד עתידי. יהא הניתוח אשר יהא, כל זמן שמוכר הנכס או נותן השירות מחזיק בידי כספים של הצד האחר לעסקה במשך תקופת זמן קצובה בטרם הוא ממלא את חלקו בעסקה – הרי זו הלוואה. בספרות האמריקאית מקובלת הגישה שאנו מציעים, כי יש לפצל עסקה שנעשה בה תשלום מראש לגבי ביצוע עתידי – המכונה Prepaid Forward Contract – לחוזה עתידי ולהלוואה. ראו: Shuldiner, *supra* note 14, at p. 295, ובמיוחד ראו שם דוגמה 6; וכן ראו: Hasen, *supra* note 19, at pp. 457–459, ובמיוחד ראו שם דוגמה 9A. עוד ראו: Weissbach, *supra* note 14, at pp. 498–499, 507–526. עם זאת, גישתנו שונה מהגישה המוצגת שם בהצעה לנתח את תוצאות המס של חוזה עתידי בהתאם לשווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי, ולא לפי התמורה המוסכמת במועד של כריתת החוזה.

יוצא אם-כן שתוצאות המס של הצדדים לעסקה יכללו – נוסף לאלה הנובעות מביצוע העסקה העיקרית לפי ערך התמורה המיוחסת לפנים – גם את אלה הנובעות מעסקת אשראי בין הצדדים. לפיכך יש לראות את נותן ההלוואה (דהיינו את הלקוח) כמי שמפיק הכנסה של ריבית רעיונית מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לרשות הצד האחר לעסקה בהתאם לשיעור הריבית שהוא אמור לקבל לפי תנאי-השוק. קרן ההלוואה צוברת ריבית מדי תקופה (כך שהיא גדלה במשך הזמן, ובהתאם לכך צוברת סכום ריבית גדול יותר בתקופה שלאחר-מכן – דבר המכונה ריבית דריבית). במקביל, יש לייחס למקבל ההלוואה (דהיינו למוכר הנכס או נותן השירות) הוצאת ריבית רעיונית מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לרשותו לפי שיעור הריבית שהוא אמור לשלם לצד האחר לפי תנאי-השוק.<sup>75</sup> הוצאה זו מותרת לו בניכוי מדי תקופה לפי השימוש שהוא עושה בקרן ההלוואה.

טלו, למשל, עסקה שבה בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירה של חבילת מניותיו לתמיר תמורת 1,000 שקלים – בהתאם לשווייה של חבילת המניות בשוק באותו זמן. לפי המוסכם, סכום התמורה אמור להשתלם ביום כריתת החוזה (דהיינו ביום 1.1.00), אך בועז אמור להעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות בתום שנה ממועד כריתת החוזה (דהיינו ביום 1.1.01). (להלן: דוגמה ג).

מכיוון שקיימים הפרשי עיתוי בין מועד התשלום של התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי, יש לייחס את התמורה המשולמת בפועל בעת כריתת החוזה (דהיינו ביום 1.1.00) למועד העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ליום 1.1.01). יוצא כי ערך התמורה המיוחסת לפנים הינו 1,100 שקלים.<sup>76</sup> ערך זה אמור לשמש בסיס להשוואה אל מול שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לצורך זיהוי התקשרויות פיננסיות גלומות בעסקה לצידה של ההתקשרות העיקרית.<sup>77</sup>

לפי ניתוח זה, יש לראות את העסקה הנידונה ככוללת שלוש התקשרויות נפרדות הגלומות בעסקה וחיות זו לצד זו במסגרתה. התקשרות ראשונה הינה עסקת אשראי למשך שנה החל במועד התשלום בפועל (ביום 1.1.00) וכלה במועד הביצוע הכלכלי (ביום 1.1.01). קרן ההלוואה הינה בסכום התמורה המשולם בפועל במועד של כריתת החוזה – סכום

75 בדומה לנותן ההלוואה, גם ביחס למקבל ההלוואה יש לצבור ריבית על קרן ההלוואה מדי תקופה, כך שקרן ההלוואה גדלה מדי תקופה, ובהתאם לכך היא צוברת סכום ריבית גדול יותר בתקופה שלאחר-מכן (דבר המכונה ריבית דריבית).

76  $1,000 * (1+10\%) = 1,100$ .

77 דוגמה ג שונה מדוגמה ב בכך שהיא כוללת תשלום מקדמה, ולא תשלום דחוי. עם זאת, בדומה לדוגמה ב, גם דוגמה ג כוללת – נוסף להפרשי עיתוי בין מועד התשלום של התמורה בפועל לבין מועד הביצוע הכלכלי – גם הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי. למעשה, דוגמה זו הינה הרכבה של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התשלום של התמורה בפועל על עובדות דוגמה א, לעיל פרק ב. לכן, גם כאן יש להדגיש כי ראוי להחיל את הניתוח המוצע לעיל בפרק ב – בדבר פיצולה של עסקה שקיימים בה הפרשי עיתוי בין מועד ההסכמה על התמורה לבין מועד הביצוע הכלכלי להתקשרות עיקרית והתקשרות פיננסית – כל אימת שהתועלת ממנו עולה על העלות הכרוכה בכך; ראו לעיל הדברים הנאמרים סמוך לאחר הערה 29 בפרק ב.

העומד על סך של 1,000 שקלים. התקשרות שנייה הינה התקשרות להעברת הזכויות בחבילת המניות לפי שווי-השוק במועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.01), יהא השווי אשר יהא.<sup>78</sup> התקשרות שלישית הינה התקשרות פיננסית מסוג של חוזה עתידי האמור להיות מיושב במועד הביצוע הכלכלי בצורה כספית. לפי תנאי החוזה העתידי, הצדדים מתחייבים להתחילף ביניהם זרמי תשלומים כדלקמן: בועז מתחייב לשלם לתמיר בעוד שנה את שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן; ובתמורה, תמיר מתחייב לשלם לבעז בעוד שנה את ערך התמורה המיוחסת לפנים – סכום העומד על סך של 1,100 שקלים.

בהתאם לניתוח זה יש לקבוע את אירועי-המס הנוצרים בין הצדדים. תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לסך-כל תוצאות המס של ההתקשרויות הגלומות בה כאמור. ראשית, יש לנתח את העסקה כמגלמת עסקת אשראי בין הצדדים ביחס לסכום התמורה המשולם במועד של כריתת החוזה. לפיכך יש לראות את תמיר כמי שנותן לבעז, ביום 1.1.00, הלוואה בסך של 1,000 שקלים. עסקת האשראי אמורה להימשך שנה החל במועד של תשלום התמורה בגין העסקה (דהיינו מיום 1.1.00) וכלה במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו עד יום 1.1.01). יוצא כי יש לייחס לצדדים אירועי-מס הנובעים מעסקת אשראי הקיימת ביניהם, מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת, לפי התשואה האמורה להשתלם בגין ההלוואה לפי תנאי-השוק. בהתאם לניתוח זה יש לייחס לתמיר (כנותן האשראי) הכנסת ריבית בסוף השנה (דהיינו ביום 31.12.00) בסך של 100 שקלים;<sup>79</sup> ובהתאמה, יש לייחס לבעז (כמקבל האשראי) הוצאת ריבית באותה נקודת-זמן ובאותו סכום.<sup>80</sup> הפירעון של קרן ההלוואה בסך של 1,000 שקלים ותשלום הריבית בסך של 100 שקלים, הנעשים ביום 1.1.01, מסתכמים בסך של 1,100 שקלים. סכום זה הוא התמורה המשולמת לבעז לאמיתו של דבר בשל העברת הזכויות בחבילת המניות.

לצידה של עסקת האשראי, יש לייחס לצדדים התקשרות להעברת הזכויות בחבילת המניות לפי שווי-השוק במועד של העברת הזכויות, כשלצידה קיימת התקשרות פיננסית. כך, למשל, אם במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות בין הצדדים עומד שווי בשוק על סך של 1,500 שקלים, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל סכום זה מתמיר, באופן רעיוני באותה נקודת-זמן, בתמורה לחבילת המניות. לפיכך יש לייחס לצדדים אירועי-מס בגין

78 להסבר מדוע שווי-השוק של העסקה במועד שבו נוצר אירועי-המס הוא השווי הרלוונטי לצורך חישוב של חבות המס גם אם שווי זה שונה מהתמורה המוסכמת בחוזה וגם אם שווי זה שונה מהתמורה המשולמת בפועל בין הצדדים ראו לעיל, פרקים א ו-ב.

79  $1,000 * 10\% = 100$ .

80 הוצאה זו עשויה להיות מותרת לבעז בניכוי מדי תקופה בהתאם לשימוש שהוא עושה בקרן ההלוואה. כך, אם בועז עושה בקרן ההלוואה שימוש לצורך ייצור הכנסה (למשל לצורך תשלום משכורות לעובדים בעסקו), תהיה הוצאת הריבית מותרת בניכוי. לעומת זאת, אם בועז עושה בקרן ההלוואה שימוש שלא לצורך ייצור הכנסה (למשל לצורך צריכה במסגרת משק-הבית), לא תהיה הוצאת הריבית מותרת בניכוי. ניתוח זה יהיה יפה גם ליתר הדוגמות המובאות בהמשך מאמר זה. הדיון בגורם המהותי להיווצרותו של אירועי-מס חורג ממסגרת הדיון, ולפיכך איננו מרחיבים בו.

העברתה של חבילת המניות לפי המועד של העברת הזכויות (דהיינו ביום 1.1.01) בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 1,500 שקלים). יוצא כי במסגרת ההתקשרות העיקרית, יש לחייב את בועז במס, ביום 1.1.01, בגין רווח של 900 שקלים;<sup>81</sup> ובהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידי הינה לפי סך של 1,500 שקלים. במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית לידי סיום. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01) – בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד ההעברה של הזכויות (שהינו 1,500 שקלים) לבין ערך התמורה המיוחסת לפנים (שהינו 1,100 שקלים). יוצא כי יש לחייב את תמיר במס, ביום 1.1.01, בשל רווח פיננסי בסך של 400 שקלים; ובהתאמה, יש להכיר לבועז הפסד פיננסי באותה נקודת-זמן ובאותו סכום.<sup>82</sup>

לעומת זאת, אם שוויה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה בין הצדדים עומד על סך של 800 שקלים, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל שווי זה מתמיר, באופן רעיוני, באותה נקודת-זמן, בתמורה להעברה של חבילת המניות. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההעברה של חבילת המניות לפי המועד של העברת הזכויות (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 800 שקלים). יוצא כי במסגרת ההתקשרות העיקרית, יש לחייב את בועז במס, ביום 1.1.01, בגין רווח של 200 שקלים;<sup>83</sup> ובהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידי הינה לפי סכום של 800 שקלים. במקביל, הצדדים מביאים את ההתקשרות הפיננסית לידי סיום. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01) – בהתאם להפרש בין ערך התמורה המיוחסת לפנים (שהינו 1,100 שקלים) לבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות (שהינו 800 שקלים). יוצא כי יש לחייב את בועז במס, ביום 1.1.01, בגין רווח פיננסי בסך של 300 שקלים; ובהתאמה, יש להכיר לתמיר הפסד פיננסי באותה נקודת-זמן ובאותו סכום.<sup>84</sup>

81  $1,500 - 600 = 900$ . להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 36–37 בפרק ב.

82  $1,500 - 1,100 = 400$ . ההפסד שנוצר לבועז במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא נאלץ לקבל 1,100 שקלים בעד עבור נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 1,500 שקלים. להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 38–39 בפרק ב.

83  $800 - 600 = 200$ . להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערה 40 בפרק ב.

84  $1,100 - 800 = 300$ . ההפסד שנוצר לתמיר במסגרת ההתקשרות הפיננסית נובע מכך שהוא נאלץ לשלם 1,100 שקלים בעד נכס שערכו בשוק באותה נקודת-זמן הינו 800 שקלים בלבד. להסבר מפורט ראו ניתוח תוצאות המס של ההתקשרות הפיננסית הנלווית להתקשרות העיקרית בדוגמה א, לעיל הדברים הנלווים להערות 41–42 בפרק ב.

## פרק ד: פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (חוזת משתנה)

בסיס מצטבר קובע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה. האם עיקרון זה עומד בתוקפו גם בעסקות שבהן מוסכם בין הצדדים שסכום התמורה הינו ערך משתנה, האמור להתגבש באופן סופי במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בהתאם לערכו של פרמטר מסוים המוגדר בהסכם?<sup>85</sup>

כזו היא, למשל, עסקה שבה פלוני מוכר נכס לאלמוני, והוא מעביר לו את הזכויות בנכס במועד מסוים (מועד זה עשוי להתרחש עם כריתת העסקה, או מאוחר יותר), אך לפי תנאי העסקה התמורה אמורה להתגבש במועד מאוחר להעברת הזכויות בהתאם לערכו של הנכס נושא העסקה (או ערכו של פרמטר מוסכם אחר) בנקודת-זמן עתידית (Contingent Payment Transaction).<sup>86</sup> כזו היא גם עסקה שבה מוסכם בין הצדדים כי מקצת התמורה בעד רכישת נכס משולמת לשיעורין בתשלומים תקופתיים משתנים הנקבעים כנגזרת מהתשואה המופקת מהנכס בכל תקופה ללא הגבלת זמן או סכום, כפי שהיה למשל בעניין *Burnet v. Logan*.<sup>87</sup> באותו עניין נידון העיתוי שבו נוצר אירוע-מס ביחס לחוזת שנכרת בשנת 1916 למכירת מניות בחברה המחזיקה מכרה פחם. תמורת המניות היתה מורכבת משני חלקים: האחד, סכום מזומן קצוב בסך של \$137,000, המשולם מיידית עם העברת המניות, בשנת 1916; האחר, תמלוגים שנתיים בשיעור של 60 סנטיים בעד כל טונה פחם שעתידה להיות מופקת מהמכרה לאחר מכירת המניות ועד בכלל. כך, בשנים 1917–1920 קיבל מוכר המניות תמלוגים שנתיים בסך של כ-\$9,000 לשנה בממוצע בהתאם לנוסחה הקבועה בהסכם.<sup>88</sup>

בעסקות שמוסכם בהן בין הצדדים כי סכום התמורה הינו ערך משתנה, האמור להיקבע באופן סופי בהתאם לערכו העתידי של פרמטר מסוים המוגדר בהסכם, מתעוררות שתי שאלות השלובות זו בזו: האחת, מהו העיתוי הראוי שבו יש לייחס היווצרות של אירוע-מס? ובפרט, האם ראוי לקבוע במקרה זה חריג לשיטת הדיווח על בסיס מצטבר, כך שהעיתוי שבו נוצר אירוע-מס יידחה ממועד הביצוע הכלכלי עד למועד שבו סכום התמורה מתגבש

85 להבדיל מהגיתוח הנעשה לעיל בפרק ב, שבו עסקינן באירועים ששווי העסקה בהם נקבע באופן סופי מבלי שמתרחש עדיין הביצוע הכלכלי – כאן עסקינן באירועים שהביצוע הכלכלי מתרחש בהם מבלי ששווי העסקה מתגבש עדיין באופן סופי.

86 לדוגמה נוספת ראו הצעתה של חברת דוד לובינסקי, יבואנית כלי-רכב מסוג פיז'ו וסטרואן, למכור כלי-רכב לפי שער היורו שינהג שנה מאוחר יותר אם שער זה יהיה נמוך מהשער הנוהג בעת רכישת כלי-הרכב. ראו גיל מלמד "למהמרים: קנה פיז'ו או סטרואן ב-90% מהמחיר – ואת השאר בהתאם לכיוון היורו" מעריב (עסקים סופשבוע, 19.3.2004), 2. לדוגמות נוספות שבהן העסקה הינה בסכום משתנה האמור להיקבע בעתיד, ראו גם: Chirelstein, *supra*, note 13, at p. 330.

87 *Burnet v. Logan*, *supra* note 2.

88 לסקירת הפסיקה בעניין, ראו להלן הדברים הנלווים להערות 91–92.

באופן סופי ומוחלט? האחרת, כיצד ראוי לקבוע את מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס? ובפרט, האם יש לעשות כן לפי השווי המתגבש במועד מאוחר לביצוע הכלכלי, או שיש לעשות כן לפי שווי השוק במועד הביצוע הכלכלי?

ככלל, דין המס הנוהג מתנה את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי שיטת הדיווח על בסיס מצטבר לא רק בהתקיימות כל האירועים המקימים את הזכות לקבל (או את החבות לשלם) את התמורה, אלא גם בקיומה של יכולת לאמוד את סכום התמורה ברמת ודאות סבירה (Reasonable Accuracy).<sup>89</sup> גישה זו של דין המס נקבעה בעקבות התפיסה של החשבונאות על בסיס צבירה, הרואה ביכולת לקבוע את סכום התמורה ברמת דיוק סבירה תנאי להכרה בהכנסה (או בהוצאה) באותה נקודת-זמן.<sup>90</sup> לפי התפיסה החשבונאית, התגבשות מותנית של הזכות לקבל תמורה דוחה את מועד ההכרה ברווח, וכך יהיה גם ביחס להבטחת תמורה בשיעור משתנה הנקבע רק עם סיום העבודה או ההתחשבות על-פי היקף הביצוע או טיבו. בהתאם לכך, דין המס הנוהג קובע כי במקרים שלא ניתן בהם לאמוד את סכום התמורה בצורה ודאית, יש לדחות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס משלב הביצוע הכלכלי עד למועד שבו ניתן לבצע הערכה כלכלית של סכום התמורה ברמת דיוק סבירה. תוצאה זו מתיישבת עם גישתו של דין המס ביחס ל"עסקה פתוחה" ("The Open Transaction Approach", שלפיה מתירים לדחות הכרה בהכנסה כל עוד אי-אפשר לקבוע

89 גישה זו של שיטת דיווח על בסיס מצטבר, המחייבת שסכום התמורה יהיה ניתן לקביעה ברמת ודאות סבירה, באה לידי ביטוי בדין המס האמריקאי בהוראת סעיף IRC §461(h)(4) לקוד המס האמריקאי, וכן בהוראות סעיפים CFR §1.446-1(c)(1)(ii)(A) ו-CFR §1.451-1(a) לתקנות המס האמריקאיות. כך, למשל, קובעת הוראת סעיף CFR §1.451-1(a) לתקנות המס האמריקאיות:

"Where an amount of income is properly accrued on the basis of a reasonable estimate and the exact amount is subsequently determined, the difference, if any, shall be taken into account for the taxable year in which such determination is made..." [ההדגשות הוספו]. ראו גם: *United States v. Anderson*, 269 U.S. 422 (1926). כן ראו: William B. Barker "A Comparative Approach to Income Tax Law in the United Kingdom and the United States" 46 *Cath. U. L. Rev.* (1996) 34, 34-35. דברים ברוח הדרישה לקביעת סכום ההכנסה ברמת דיוק סבירה מאוזכרים גם בע"פ 83/73 הנדסת חימום בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 657, כדלקמן: "אמנם יתכנו מקרים מיוחדים, שבהם יש הצדקה לדחיית המועד שבו נצמחה ההכנסה, בגלל העדר האפשרות לקבוע מהו גודל ההכנסה..." (שם, בעמ' 665). השוו לגישת בית-המשפט העליון בע"א 7034/99 פקיד שומה כפר-סבא נ' יאיר דר, פ"ד נח(4) 913, שם נאמר: "...את דחיית המס הקבועה בסעיף 3(ט)(א) לפקודה יש לפרש באופן מצמצם המחיל את הדחייה רק על אופציות שאינן סחירות, אשר לגביהן קיים קושי לקבוע את שווייה של טובת ההנאה הניתנת לעובד במועד ההקצאה." (שם, בעמ' 929). ראו גם: Chirelstein, *supra* note 13, at pp. 390-392.

90 מקורו של כלל זה בעקרון השמרנות ובמגבלה של עלות תועלת. ראו יעקב ברקאי חשבונאות ודיווח כספי - סוגיות נבחרות (תשמ"ו) יט' 31.

מהו הסכום שאמור להיות מופק מהעסקה.<sup>91</sup> גישת "העסקה הפתוחה" באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Burnet v. Logan*.<sup>92</sup> באותו מקרה ביקשו רשויות המס למסות את מכירת המניות במועד העברתן לפי הסכום הכולל שהמוכר אמור להפיק מן ההסכם. לשיטתן של רשויות המס, סכום זה מורכב מהמזומן שהמוכר מקבל בעסקה (בסך של \$137,000) בתוספת שווי-השוק הנוכחי של הזכות לקבל תמלוגים בעתיד לפי הערכה של כמות הפחם שניתן להפיק מהמכרה בארבעים וחמש השנים הבאות שבהן הוא צפוי להיות מופעל (זכות המוערכת בסך של כ-\$120,000). זאת ועוד, רשויות המס טענו כי מדי שנה שבה יתקבלו תמלוגים, יש לראותם כמורכבים מהחזר קרן בסכום של כ-\$2,667<sup>93</sup> ומתוספת רווח שעומד בשנים 1917-1920 על סכום של כ-\$6,333 בממוצע. בית-המשפט העליון האמריקאי דחה עמדה זו של רשויות המס בקובעו כי במועד העברתן של המניות לא ניתן להעריך בצורה ודאית מהו שווי הזכות העתידית לקבל תמלוגים, שכן מדובר ב"עסקה פתוחה" ("Not a closed transaction"). לפיכך פסק בית-המשפט כי אין לחייב את שווי הזכות לקבל תמלוגים בעתיד כחלק מאירוע-המס של מכירת המניות במועד העברתן (דהיינו בשנת 1916), אלא רק במועד קבלת התמלוגים (ובלבד שהסכום הראשוני שהתקבל במזומן וסכום התמלוגים השנתיים עולים על העלות של רכישת המניות). עולה אם-כן השאלה: האם כלל זה ראוי? האם על שיטת דיווח על בסיס מצטבר לדחות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס כל אימת שהתמורה בשל העסקה הינה סכום משתנה האמור להיקבע במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בהתאם לערכו של פרמטר מסוים הקבוע בהסכם בין הצדדים? נשיב על כך בשלילה.

העיקרון הקובע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אמור להתקיים, לפי דעתנו, גם בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו הסופי של סכום התמורה. לשיטתנו, ראוי לקבוע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אף אם במועד זה התמורה עדיין אינה מתגבשת באופן סופי. בהתאם לכך, ראוי לגזור את הרווח או ההפסד לצורך חישוב של חבות המס לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי אף שהוא עשוי להיות שונה מסכום התמורה המתגבש בסופו של דבר בין הצדדים.<sup>94</sup> נבהיר את דברינו.

הסיבה לאימוץ גישה זו טמון בשאיפה ליצור בדין המס כלל אחיד ועקבי להגדרת העיתוי להיווצרותו של אירוע-מס. נראה כי אין נימוק מיוחד לסתות משיטת דיווח על בסיס מצטבר כאשר הביצוע הכלכלי מתרחש בין הצדדים לעסקה אך סכום התמורה עדיין לא התגבש במלואו. מרכז-הכובד בניתוח העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי שיטת דיווח

91 ראו, למשל, דוגמה 9 אצל: Schenk, *supra* note 19, at p. 594.

92 ראו *Burnet v. Logan*, *supra* note 2. לסקירת העובדות בפסק-הדין ראו לעיל, הדברים הנלווים להערות 87-88.

93  $2,666.67 = 45 / 120,000$ .

94 העיקרון המתואר כאן – בדבר אי-התלות של הגדרת העיתוי להיווצרותו של אירוע-מס בהתגבשות של סכום התמורה באותה נקודת-זמן – הינו למעשה צידו האחר של העיקרון הקובע אי-תלות של הגדרת העיתוי להיווצרותו של אירוע-המס במועד ההסכמה על שווי התמורה, כפי שנידון לעיל בפרק ב.

על בסיס מצטבר הוא בהתרחשותו של ביצוע כלכלי ולא בהתגבשותו של סכום התמורה. הביצוע הכלכלי מביא לידי התגבשות הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה גם אם שווי התמורה אינו ידוע באותה נקודת-זמן. לדעתנו, במסגרתה של מסכת האירועים המביאה לידי היווצרותו של אירוע-מס, התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי מהווה שלב נוסף צפוי מראש במהלכו של אירוע-מס מתמשך שמרכזו הוא הביצוע הכלכלי. הוא מהווה חלק אינטגרלי ובולטי-נפרד מהביצוע הכלכלי, אך מבלי שיוכל להטות את מרכז-הכובד של אירוע-המס למועד שבו הוא מתרחש. לכן אין לייחס לאירוע ההתגבשות של סכום התמורה משקל מהותי היכול לעמוד בפני עצמו כאירוע-מס עצמאי ונפרד, או העשוי לגרום להעתקת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס ממועד הביצוע הכלכלי למועד שבו הוא מתרחש.<sup>95</sup>

לתפיסתנו, ראוי לראות בהסכמה על שווי תמורה משתנה לעסקה בהתאם לערכו העתידי של פרמטר מסוים המוגדר מראש – אף-על-פי שהביצוע הכלכלי של העסקה אמור להתרחש במועד מוקדם יותר – הסכמה של הצדדים על שכלול התקשרות פיננסית עתידית ביניהם המתייחסת לשוונות של שווי העסקה בשוק החופשי החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד ההתגבשות של סכום התמורה באופן סופי – כאשר התקשרות זו קיימת לצידה של ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים והמתבצעת לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי. ההסכמה של הצדדים על שווי עסקה משתנה מהווה חריגה מהתפיסה הכלכלית העקרונית הרואה את הפירמה כפועלת בכל נקודת-זמן לפי מחירי-שוק הנהוגים בעת הביצוע. חריגה זו ממהלך העסקים הרגיל שקולה להתקשרות בהימור ביחס לשוונות של שווי-השוק של העסקה החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד ההתגבשות של סכום התמורה.

לשיטתנו, ראוי לנתח חוזה משתנה באופן זהה למצב שבו היו הצדדים מסכימים על עריכת העסקה לפי שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי, ובמקביל היה כל אחד מהצדדים מתקשר עם צד שלישי – באותה נקודת-זמן שבה נכרת החוזה המשתנה – בעסקה פיננסית עתידית המתארת את מכלול הסיכויים והסיכונים ביחס לשוונות הצפויה בשווי העסקה העיקרית לאחר הביצוע הכלכלי. לעומת זאת, אם נצדד בגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס לפי העיתוי שבו סכום התמורה מתגבש באופן סופי ובהתאם לסכום זה, ייווצר חוסר ניטרליות בין שתי חלופות כלכליות זהות: האחת, הצדדים כורתים חוזה משתנה לביצוע עסקה שהתמורה מתגבשת בו במועד מאוחר לביצוע הכלכלי לפי ערכו של פרמטר מוסכם מראש; והאחרת, הצדדים כורתים באותו זמן חוזה לביצוע עסקה זהה באותו מועד, אלא שהתמורה מוגדרת בו לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי, ובד בבד כל אחד מהם קושר הסכם עם צד שלישי שבו הוא מהמר על השוונות בשווי-השוק של

95 נוסף על כך, הוזקה שבין דין המס לבין החשבונאות לעניין הוודאות באומדן של סכום התמורה כתנאי להיווצרותו של אירוע-מס אינה ראויה בשל השוני הקיים בין המטרות, הצרכים ועקרונות-היסוד של עולם דיני המס לבין אלה של החשבונאות. להרחבה בעניין זה, ראו: Thor Power Tool Co. v. Commissioner of Internal Revenue, 439 U.S. 522 (1979) 542–544.

העסקה העיקרית החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד שבו התמורה מתגבשת באופן סופי,<sup>96</sup>

פיצול עסקה שקיימים בה פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו הסופי של סכום התמורה להתקשרות עיקרית והתקשרות פיננסית הולם את המציאות הכלכלית. הוא מאפשר התייחסות ראויה לכל אחד ממרכיבי העסקה בהתאם לאופיו האמיתי. בדרך זו אנו מביאים לידי ביטוי את מכלול הסיכויים והסיכונים שכל אחד מהצדדים לעסקה רואה, החל בכריתת העסקה, עובר בביצוע הכלכלי וכלה בהתגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. הרי במועד ההתקשרות הצדדים נוטלים על עצמם – לצד הסיכויים והסיכונים הרגילים הנובעים מביצועה של ההתקשרות העיקרית לפי שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי, הקיימים באופן טבעי בכל עסקה ריאלית (דוגמת הסיכון לחדלות-פירעון של אחד הצדדים לעסקה) – גם מכלול של סיכויים וסיכונים פיננסיים ביחס לשונות הצפויה בשווי-השוק של העסקה עד למועד התגבשותו של סכום התמורה.

התפיסה העקרונית המוצגת כאן עשויה להביא לידי מדידה נכונה יותר של התוצאות הכלכליות האמיתיות הנובעות לצדדים לחוזה משתנה מכיוון שהיא נותנת ביטוי להקבלת הזמנים הקיימת בעולם המסחרי בין הכנסות לבין הוצאות המשמשות ביצירתן.

זאת ועוד, גישה שאינה מייחסת חשיבות ליכולת לאמוד את סכום התמורה אם מתרחש ביצוע כלכלי מביאה לידי יצירת ניטרליות בהתייחסות של דין המס לעסקות המתבצעות באותה נקודת-זמן, בין אם סכום התמורה מתגבש במקצתן במועד הביצוע הכלכלי ובין אם סכום התמורה אינו מתגבש באחרות אלא בנקודת-זמן מאוחרת יותר. תוצאות המס של עסקות אלה יחושבו באופן אחיד ועקבי לפי שוויין בשוק במועד הביצוע הכלכלי (ללא

96 טלו, למשל, את עובדות דוגמה ד (המובאת להלן סמוך לפני הערה 108) שלפיהן בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירה של חבילת מניותיו לתמיר. לפי המוסכם, בועז מעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות באותו מועד, אולם התמורה אמורה להשתלם לבועז בעוד שנה (דהיינו ביום 1.1.01) בהתאם לערכה של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. נניח כי ערכה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות הינו 1,000 שקלים. לשיטתנו, תוצאות המס של עסקה משתנה זו אמורות להיות זהות לתוצאות המס של מסכת העסקות הבאות. תחילה, בועז ותמיר כורתים, ביום 1.1.00, חוזה למכירתה של חבילת המניות תמורת שווי-השוק באותו זמן, העומד על סך של 1,000 שקלים. במקביל, כל אחד מהצדדים לחוזה קושר הסכם פיננסי עם צד שלישי שבו נערך הימור על שוויה של חבילת המניות בשוק בשנה הקרובה. כך, למשל, בועז קושר הסכם פיננסי עם צד שלישי שבו הוא מתחייב לשלם לו במועד ההתקשרות סכום של 1,000 שקלים, ובתמורה, הצד השלישי מתחייב לשלם לבועז בעוד שנה את שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. בדומה לכך, תמיר קושר הסכם פיננסי עם צד שלישי שבו הוא מתחייב לשלם לו בעוד שנה את שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן, ובתמורה, הצד השלישי מתחייב לשלם לתמיר במועד ההתקשרות סכום של 1,000 שקלים. להבדיל מהגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס לפי מועד ההתגבשות של סכום התמורה באופן סופי ובהתאם לסכום זה, תוצאות המס הנוצרות לפי שיטתנו יהיו זהות לאלה הנובעות ממסכת העסקות המתוארת כאן. ראו ניתוח דוגמה ד, להלן סמוך להערות 108-119.

תלות במועד ההתגבשות של סכום התמורה.<sup>97</sup> בדרך זו יהיה ניתן להגשים את התפיסה העקרונית שאנו מצדדים בה, הרואה את הפירמה הכלכלית כמי שפועלת בכל נקודת-זמן במהלך העסקים הרגיל לפי מחירי-שוק הנוהגים במועד הביצוע של העסקה.<sup>98</sup> דין אחר – המייחס לצדדים לחוזה משתנה תוצאות מס לפי העיתוי שבו סכום התמורה מתגבש באופן סופי ובהתאם לסכום זה – פוגע בניטרליות של מערכת המס<sup>99</sup> מכיוון שהוא יוצר דין מס שונה לגבי כל אחד מהצדדים אילו היה כל אחד מהם ממחה את הזכויות או ההתחייבויות הנובעות לו מהחוזה, לפי העניין, לאחר ביצועו, בהשוואה למצב שבו היו הצדדים ממתינים עד להתגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. דין מס המייחס לצדדים לחוזה משתנה תוצאות מס לפי העיתוי שבו סכום התמורה מתגבש באופן סופי ובהתאם לסכום זה מאפשר למוכר בחוזה משתנה להמתין עד להתגבשות של סכום התמורה באופן סופי, וכך ליהנות מדחיית העיתוי שבו נוצר אירוע-מס ביחס לעסקה שהוא מבצע, וזאת בניגוד למצב שבו הוא היה ממחה לצד שלישי את זכויותיו מהחוזה סמוך לאחר הביצוע הכלכלי, שאז נוצר לו אירוע-מס ביחס לעסקה שהוא מבצע באופן מיידי.<sup>100</sup> באופן דומה,

97 טלו, למשל, שלושה נישומים הרוכשים יחידה וזהה באותו בניין משרדים ואמורים לקבלה באותו מועד, אך נבדלים זה מזה בתמורה המוסכמת: הראשון רוכש את היחידה במחיר Z המשולם במועד של מסירת היחידה; השני רוכש את היחידה במחיר האמור להתגבש באופן סופי שנה לאחר מסירת היחידה; והשלישי רוכש את היחידה במחיר האמור להתגבש באופן סופי שנתיים לאחר מסירת היחידה. לשיטתנו, ראוי לראות את שלושת הנישומים כמי שקיבלו את היחידה לידיהם בתמורה לשווי-השוק של היחידה במועד המסירה (דהיינו מחיר Z). אומנם, כל אחת מהעסקות מגלמת בחובה סיכויים וסיכונים שונים, אולם עיקר השונות בין העסקות אינו במרכיב הריאלי של העסקה (דהיינו רכישת היחידה וקבלתה באותו מועד), אלא בסיכויים ובסיכונים הפיננסיים שכל אחד מהפרטים נוטל על עצמו (דהיינו בשונות של שווי-השוק של היחידה לאחר מועד המסירה). לכן, בהינתן עסקה לרכישת נכס וזה הנמסר באותו מועד, ראוי לראותה כנעשית במחיר זהה. בהתאם לגישה זו, שלושת הנישומים יהיו רשאים לנכות פחת זהה משווי היחידה הנרכשת.

98 לדיון רחב יותר בתפיסה זו ראו לעיל פרק א. ראו גם דיון בכלל של Fair Market Value אצל Chirelstein, *supra* note 13, at pp. 330–333. השוו לכלל שווי-שוק בדין המס האנגלי: *Halsbury's Laws of England, Taxation* §§41–45.

99 לעקרון הניטרליות הכלכלית ראו לעיל הערה 23.

100 טלו, למשל, את עובדות דוגמה ד (המובאת להלן סמוך לפני הערה 108), שלפיהן בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירתה של חבילת מניותיו לתמיר. לפי המוסכם, בועז מעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות באותו מועד, אולם התמורה אמורה להשתלם לבועז בעוד שנה (דהיינו ביום 1.1.01), בהתאם לערכה של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. אם נצדד בגישה המייחסת לצדדים תוצאות מס לפי העיתוי שבו מתגבש סכום התמורה באופן סופי ובהתאם לתמורה המתגבשת באותו זמן, ייווצר חוסר ניטרליות בין מצב שבו אחד הצדדים ממחה את הזכויות או ההתחייבויות הנובעות לו מהחוזה סמוך לאחר ביצועו בהשוואה למצב שבו הוא ממתינ עד להתגבשות של סכום התמורה באופן סופי. נבהיר את דברינו. נניח כי ערכה של חבילת המניות במועד ההעברה של הזכויות הינו 1,000 שקלים. אם סמוך לאחר העברת הזכויות בחבילת המניות בועז ממחה לצד שלישי את

דין מס המייחס לצדדים לחוזה משתנה תוצאות מס לפי העיתוי שבו סכום התמורה מתגבש באופן סופי ובהתאם לסכום זה מאפשר לרוכש בחוזה משתנה להמחות לצד שלישי את ההתחייבויות הנובעות לו מהחוזה סמוך לאחר הביצוע הכלכלי, וכך ליהנות מהקדמת העיתוי שבו נוצר לו אירוע מס ביחס לעסקה שהוא מבצע, וזאת בניגוד למצב שבו הוא היה ממתין עד להתגבשות של סכום התמורה באופן סופי, שאז אירוע המס ביחס לעסקה שהוא מבצע היה נדחה לאותו מועד.<sup>101</sup> יוצא כי החלטת כל אחד מהצדדים לחוזה משתנה – המתלבט לאחר הביצוע הכלכלי אם להמחות לצד שלישי את זכויותיו או התחייבויותיו, לפי העניין, או להמתין עד להתגבשות של סכום התמורה באופן סופי – מושפעת, בין היתר, מתוצאות המס הצפויות לו בכל אחת מהחלופות הכלכליות. לעומת זאת, הגישה שאנו מצדדים בה כאן מחילה דין אחיד, בין אם הזכויות או ההתחייבויות הנובעות מחוזה משתנה, לפי העניין, נמכרות לצד שלישי ובין אם הן נמכרות בחוזה לצד השני לעסקה בעת התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. למעשה, אנו רואים בהתגבשות של סכום התמורה באופן סופי מקרה פרטי של עסקת מכירה רגילה של הזכויות או ההתחייבויות הנובעות לצדדים מחוזה משתנה לאחר הביצוע הכלכלי, ממש כפי שהיה מתרחש אילו היו הצדדים עושים כן עם צד שלישי.<sup>102</sup> יוצא אם כן שהניטרליות הכלכלית תושג אם תישמר, במהלך חייו של חוזה משתנה, עצמאותה של ההתקשרות הפיננסית המתייחסת לשונות של שווי העסקה בשוק החופשי החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד גיבושו של סכום התמורה באופן סופי.<sup>103</sup> לפיכך ראוי להבחין בין ההתקשרות

זכותו על-פי החוזה לקבל בעוד שנה סך השווה לערכה של חבילת המניות באותה נקודת-זמן, הוא מקבל בשל כך סך של כ-1,000 שקלים בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. לפיכך, בועז ממוסה באותה נקודת-זמן על רווח בסך של כ-400 שקלים שהוא מפיק ממכירתה של חבילת המניות. לעומת זאת, אם בועז אינו ממחה את הזכות הנובעת לו מהחוזה המשתנה, אין הוא ממוסה על הרווח שהוא מפיק עד להתגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. השוו חוסר ניטרליות זה לניטרליות הנוצרת לשיטתנו בניתוח דוגמה ד, להלן סמוך להערות 108-119.

101 בהמשך לעובדות של דוגמה ד (המובאות לעיל בהערה 100), נניח כי ערכה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות הינו 1,000 שקלים. אם סמוך לאחר העברת הזכויות בחבילת המניות תמיר ממחה לצד שלישי את ההתחייבות המוטלת עליו על-פי החוזה לשלם בעוד שנה סך השווה לערכה של חבילת המניות באותה נקודת-זמן, הוא משלם בשל כך סך של כ-1,000 שקלים בהתאם לשווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן. לפיכך נראה את תמיר כמי שרוכש את חבילת המניות באותה נקודת-זמן בתמורה לסך של כ-1,000 שקלים. לעומת זאת, אם תמיר אינו ממחה את ההתחייבות המוטלת עליו בחוזה, יראו אותו כאילו הוא רוכש את חבילת המניות בעוד שנה תמורת הסכום המתגבש באופן סופי באותו זמן. השוו חוסר ניטרליות זה לניטרליות הנוצרת לשיטתנו בניתוח דוגמה ד, להלן סמוך להערות 108-119.

102 השוו לדבריו של בר, לעיל הערה 27, בעמ' 22-23.

103 בדברים אלה אנו עורכים היקש מדין המס הראוי ביחס להסכמי אופציה; ראו שם, בעמ' 36.

הפיננסית העצמאית הגלומה בחוזה משתנה לבין ההתקשרות העיקרית המסתיימת למעשה עם הביצוע הכלכלי.<sup>104</sup>

ללמדך כי ראוי לשנות את הכלל הקיים בדין המס הנוהג שלפיו העיתוי שבו נוצר אירוע־מס נדחה אם במועד הביצוע הכלכלי אין ודאות ביחס לאומדן של סכום ההכנסה. במקום כלל זה, ראוי לקבוע שגם אם סכום התמורה בעסקה הינו סכום משתנה, האמור להתגבש באופן סופי במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בהתאם לערכו של פרמטר מוסכם מראש בין הצדדים, יש להכיר בהיווצרותו של אירוע־מס לפי מועד הביצוע הכלכלי, ובהתאם לכך לקבוע את מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס לפי שווי־השוק באותה נקודת־זמן.<sup>105</sup>

סיכומו של דבר, יש לראות צדדים לעסקה שבה שווי התמורה הינו סכום משתנה האמור להיקבע בהתאם לערך עתידי של פרמטר מוגדר מראש כמי שמצויים בשלוש התקשרויות נפרדות הגלומות בעסקה וחיות זו לצד זו במסגרתה.<sup>106</sup> התקשרויות ראשונה הינה ההתקשרות העיקרית המוסכמת בין הצדדים, אלא שהתמורה של התקשרות זו נקבעת לפי שווי־השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי (Economic Performance Price), יהא השווי אשר יהא. התקשרות שנייה הינה עסקת אשראי המביאה לידי ביטוי פערי עיתוי הקיימים ביחס לתשלום שווי־השוק של ההתקשרות העיקרית במועד הביצוע הכלכלי, בהתאם לערך הזמן של הכסף החל ממועד הביצוע הכלכלי ועד למועד התגבשותו של סכום התמורה. והתקשרות שלישית הינה התקשרות פיננסית, שהיא במהותה עסקה עתידית המתייחסת לשוונות של שווי העסקה בשוק החופשי החל במועד של ביצוע העסקה וכלה במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. ההתקשרות הפיננסית הינה מסוג של חוזה עתידי האמור להיות מיושב בצורה כספית (Cash-Settled) במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. לפי תנאי החוזה העתידי, הצדדים מתחייבים להחליף ביניהם, במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי, זרמי תשלומים כדלקמן: הספק (דהיינו מוכר הנכס או נותן השירות) מתחייב לשלם ללקוח (דהיינו לרוכש הנכס או למקבל השירות) את הערך העתידי של שווי־השוק של ההתקשרות העיקרית במועד הביצוע הכלכלי, כשהוא מתואם מאותו מועד ועד

104 ראו בר, "מיסוי אופציות בעסקאות־מקרקעין", שם, בעמ' 33 ו־35-36.

105 ההנחה המונחת ביסוד הניתוח הנעשה בפרק זה הינה כי ניתן לאמוד את שווי־השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי ברמת ודאות סבירה (אף כי לא ניתן לאמוד את סכום התמורה הסופי ברמת ודאות סבירה). לדיון בעסקות שבהן לא ניתן לעשות כן, ראו להלן פרק ו.

106 התמורה בגין העסקה עשויה להיות משולמת במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי, והיא עשויה להיות משולמת במועד מאוחר יותר. במסגרת הניתוח הנערך כאן אנו מתמקדים בקיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי מבלי לייחס חשיבות למועד של תשלום התמורה בפועל. אם נוספים גם הפרשי עיתוי בין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי לבין המועד של תשלום התמורה בפועל, יש לראות את הצדדים כמי שמצויים בהתקשרות נוספת המייצגת עסקת אשראי ביחס לסכום התמורה המתגבש באותה נקודת־זמן. לגיבוש של עסקת אשראי בעסקות שקיים בהן תשלום דחוי ראו גם לעיל פרק ג(3). במסגרת הדיון בפרק זה נניח, לצורכי נוחות בלבד, כי התשלום בפועל מבוצע במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי.

להתגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (Future Value of Economic Performance Price)<sup>107</sup>; ובתמורה, הלקוח (דהיינו רוכש הנכס או מקבל השירות) מתחייב לשלם לספק (דהיינו למוכר הנכס או לנותן השירות) את סכום התמורה כפי שהוא עתיד להתגבש באופן סופי בנקודת-זמן עתידית (Future Price).

חיבור התמורה בהתקשרות העיקרית (בהתאם לשווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי), יחד עם התשואה בגין עסקת האשראי (בהתאם לשיעור הריבית המקובל במשק ביחס לשווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי החל במועד הביצוע הכלכלי וכלה בהתגבשותו של סכום התמורה), ויחד עם התמורה בהתקשרות הפיננסית (לפי ההפרש בין הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של ההתקשרות העיקרית במועד הביצוע הכלכלי לבין סכום התמורה כפי שהוא מתגבש באופן סופי בנקודת-זמן עתידית), יהיה לעולם סכום התמורה המתגבש בין הצדדים באופן סופי.

בהתאם לניתוח זה יש לקבוע את אירועי-המס הנוצרים בין הצדדים. תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לסך-כל תוצאות המס הנובעות מן ההתקשרויות הגלומות בה כאמור. כך, במסגרת ההתקשרות העיקרית ייווצר לצדדים אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה ובהתאם לשווי-השוק באותה נקודת-זמן. במסגרת עסקת האשראי ייווצרו לצדדים אירועי-מס בהתאם לשיעור הריבית המקובל במשק מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת לרשות הצד האחר; ובמסגרת ההתקשרות הפיננסית ייווצר לצדדים אירוע-מס במועד הסגירה של הפוזיציה הפיננסית בהתאם לתוצאותיו הפיננסיות של החוזה העתידי.

טלו, למשל, עסקה שבה בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירה של חבילת מניותיו לתמיר. לפי המוסכם, בועז מעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות באותו מועד, אולם התמורה אמורה להשתלם לבועז בעוד שנה (דהיינו ביום 1.1.01) בהתאם לערכה של חבילת המניות בשוק באותה נקודת-זמן. נניח כי ערכה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות הינו 1,000 שקלים וכי שיעור הריבית במשק הינו 10% (להלן: דוגמה ד).<sup>108</sup>

אומנם, במועד ביצועה של העסקה אין הצדדים יודעים מה יהיה שווייה בשוק בעוד שנה. לכן ניתן לסבור לכאורה כי לא נוצר לצדדים אירוע-מס עד ליום 1.1.01, שבו מחיר העסקה אמור להתברר באופן סופי – כפי שדין המס הנוהג קובע.<sup>109</sup> אולם לשיטתנו, נוצר לצדדים

107 הנוסחה לחישוב ערך עתידי של שווי-השוק של ההתקשרות העיקרית במועד הביצוע הכלכלי הינה כדלקמן:  $\text{Future Value of Economic Performance Price} = \text{Economic Performance} \times [(1 + R)^N]$ , כש-R מייצג את שיעור הריבית השנתי המקובל במשק ו-N מייצג את מספר השנים החולפות בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי. ראו: Brealey & Myres, *supra* note 57, *ibid*. ניתן גם לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישוב ערך הזמן של הכסף, כאמור לעיל בהערה 47 בפרק (ג2).

108 דוגמה ד שונה מדוגמה א במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות, ובעיקר בתמורה המוסכמת, שבדוגמה שלפנינו הינה בסכום משתנה בעוד שבדוגמה א הינה בסכום מוסכם מראש (1,100 שקלים). כל יתר פרטיות של העסקות שבדוגמות אלה זהים.

109 לסקירת דין המס הנוהג ביחס למצבים שבהם אין אפשרות לאמוד את סכום התמורה בצורה סבירה במועד הביצוע הכלכלי ראו לעיל הדברים הנלווים להערות 89-91.

אירוע-מס בגין ההתקשרות העיקרית כבר ביום 1.1.00. מסקנה זו נובעת מניתוח העסקה ככוללת שלוש התקשרויות נפרדות הגלומות בעסקה וחיות זו לצד זו במסגרתה. התקשרות ראשונה הינה התקשרות עיקרית להעברת הזכויות בחבילת המניות בתמורה לשווי-השוק במועד של העברת הזכויות בה (דהיינו ביום 1.1.00) – שווי שעומד על סך של 1,000 שקלים. התקשרות שנייה הינה עסקת אשראי בין בועז לבין תמיר ביחס לתשלום שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה (העומד על סך של 1,000 שקלים). עסקת האשראי מתארת דחייה בתשלום סכום זה על-ידי תמיר במשך שנה, החל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו מיום 1.1.00) וכלה במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (דהיינו עד ליום 1.1.01). התקשרות שלישית הינה התקשרות פינגסית מסוג של חוזה עתידי האמור להיות מיושב בצורה כספית במועד התגבשות סכום התמורה באופן סופי (דהיינו ביום 1.1.01). לפי תנאיו של החוזה העתידי, הצדדים מתחייבים להחליף ביניהם, ביום 1.1.01, זרמי תשלומים כדלקמן: בועז מתחייב לשלם לתמיר את הערך העתידי של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה, כשהתאום נעשה ממועד הביצוע הכלכלי ועד למועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי – ערך העומד על סך של 1,100 שקלים;<sup>110</sup> ובתמורה, תמיר מתחייב לשלם לבועז את שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי.<sup>111</sup>

בהתאם לניתוח זה יש לקבוע את אירועי-המס הנוצרים לצדדים. תוצאות המס של העסקה ייקבעו לפי תוצאות המס של סך-כל ההתקשרויות הגלומות בה כאמור. בכל הנוגע

110 מכיוון ששיעור הריבית בשוק הינו 10%, הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הבעלות בהן שווה לסך של 1,100 שקלים:  $1,000 * (1 + 10\%) = 1,100$ .

111 ניתן להתייחס לחוזה העתידי הנקשר בין הצדדים בעסקה שבדוגמה ד כמורכב משתי עסקות אופציה המיועדות לסליקה כספית במועד התגבשותו של סכום התמורה: עסקת אופציה ראשונה, שבה בועז כותב לתמיר אופציה שלפיה הוא מתחייב לשלם לו במועד התגבשותו של סכום התמורה (דהיינו בעוד שנה) את הסכום שבו שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן עולה על הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה (אם אכן מתרחש מצב כזה) (מכיוון ששיעור הריבית בשוק הינו 10%, הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הבעלות בה שווה לסך של 1,100 שקלים; ראו לעיל הערה 110) ועסקת אופציה שנייה, שבה תמיר כותב לבועז אופציה שלפיה הוא מתחייב לשלם לו במועד התגבשותו של סכום התמורה (דהיינו בעוד שנה) את הסכום שבו הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה (שהינו 1,100 שקלים כאמור) עולה על שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה (אם אכן מתרחש מצב כזה). ברור כי רק אחת מעסקות האופציה יכולה לצאת בסופו של דבר אל הפועל – בהתאם ליחס שבין הערך העתידי המתואם של שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה לבין שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה. מי שזוכה לקבל את הסכום הכספי לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפינגסית הגלומה בהסכם האופציה ממוסה בהתאם לתוצאותיה של עסקת האופציה היוצאת אל הפועל.

בהתקשרות העיקרית, ראוי לראות את בועז כמי שמקבל מתמיר, באופן רעיוני, במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות, את שווי-השוק באותה נקודת-זמן – שווי העומד על סך של 1,000 שקלים. לפיכך יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות העיקרית לפי המועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00) ובהתאם לשווי-השוק באותה נקודת-זמן (העומד על סך של 1,000 שקלים). יוצא כי יש לחייב את בועז במס, ביום 1.1.00, בגין רווח בסך של 400 שקלים שנוצר לו במסגרת ההתקשרות העיקרית – בהתאם להפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות באותה נקודת-זמן (שהינו 1,000 שקלים) לבין עלות רכישתה (שהינה 600 שקלים).<sup>112</sup> בהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות שבידיו הינה לפי סך של 1,000 שקלים.<sup>113</sup>

לצידה של ההתקשרות העיקרית להעברת הזכויות בחבילת המניות יש לנתח את העסקה כמגלמת עסקת אשראי ביחס לשווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה, העומד על סך של 1,000 שקלים. למעשה, ניתן לראות את בועז כמי שמקבל באופן רעיוני את שווי-השוק של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות בה, אולם בד-בבד רואים אותו סכום כאילו מוחזר לתמיר כהלוואה. ההסכמה בין הצדדים על דחייתו של תשלום התמורה בגין ההתקשרות העיקרית שקולה למתן הלוואה. עסקת האשראי אמורה להימשך שנה, החל במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו מיום 1.1.00) וכלה במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי (דהיינו עד ליום 1.1.01). לפיכך יש לראות את בועז כמי שנותן לתמיר, ביום 1.1.00, הלוואה בסך של 1,000 שקלים למשך שנה. יוצא כי יש לייחס לצדדים אירועי-מס הנובעים מעסקת האשראי הקיימת ביניהם, מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת, לפי שיעור הריבית המקובל במשק. בהתאם לניתוח זה יש לייחס לבועז (כנותן האשראי) בסוף השנה (דהיינו ביום 31.12.00) הכנסת ריבית בסך של 100 שקלים;<sup>114</sup> ובהתאמה, יש לייחס לתמיר (כמקבל האשראי), באותה נקודת-זמן, הוצאת ריבית באותו סכום. סיכומו של דבר, ההחזר של קרן ההלוואה לבועז בסך של 1,000 שקלים והתשלום של סכום הריבית בסך של 100 שקלים שתמיר חייב בתשלומו, הנעשים

$$112 \quad 1,000 - 600 = 400.$$

113 כך, למשל, באותם מקרים שמדובר בהם בנכס בר-פחת עולה השאלה: האם רוכש הנכס יהיה רשאי לנכות פחת החל במועד של קבלת הזכויות בנכס או החל במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי? נוסף על כך עולה השאלה: מה יהיה סכום העלות לצורך ניכוי פחת? דין המס הנוהג מצדד, ככל הנראה, בניכוי פחת החל במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי, והבסיס לניכוי הפחת יהיה סכום התמורה המתגבש בסופו של דבר בין הצדדים. גישה זו עשויה להיות בעייתית כאשר קיימים הפרשי עיתוי משמעותיים בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי – שאז הרוכש אינו רשאי לכאורה לנכות פחת במשך תקופה זו אף אם הנכס משמש בייצור הכנסה (ואם נאמר כי הוא רשאי לעשות כן בשל קבלת הנכס והפעלתו לצורך ייצור הכנסה, עולה קושי ביחס לערך שהפחת מנוכה ממנו, שכן הסכום האמור להתגבש במועד עתידי אינו ידוע במשך תקופה זו). לעומת זאת, לפי הניתוח המוצג כאן יהיה רוכש הנכס רשאי לנכות פחת החל במועד של קבלת הזכויות בנכס, והבסיס לניכוי הפחת יהיה שווי-השוק של הנכס במועד זה.

$$114 \quad 1,000 * 10\% = 100.$$

ביום 1.1.01, מסתכמים בסך של 1,100 שקלים שתמיר משלם לבועז לטובת סילוקה של עסקת האשראי.<sup>115</sup>

במקביל לפירעון של עסקת האשראי, ההתקשרות הפיננסית מגיעה לידי סיום במועד התגבשותו של סכום התמורה. במסגרת התקשרות זו, הצדדים אמורים לקזז ביניהם את הסכומים האמורים להיות משולמים זה לזה, כך שנתור לתשלום ההפרש בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי לבין הערך העתידי של שווי-השוק של חבילת המניות במועד המניות של העברת הזכויות בה: הפרש חיובי משולם לבועז ואילו הפרש שלילי משולם לתמיר. כך, למשל, אם מתברר ביום 1.1.01 כי שוויה של חבילת המניות בשוק הינו 1,500 שקלים, תמיר חייב לשלם לבועז סכום של 400 שקלים לצורך סגירת ההתקשרות הפיננסית שביניהם בשל קיומו של הפרש חיובי בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה (שהינו 1,500 שקלים) לבין הערך העתידי של שווי-השוק של חבילת המניות במועד המניות בה (שהינו 1,100 שקלים). לפיכך, סגירת ההתקשרות הפיננסית מגדילה את הסכום המצוי בידי בועז במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי לסך של 1,500 שקלים<sup>116</sup> המשולמים בתמורה לחבילת המניות – בדיוק כפי שנקבע בחוזה ביניהם. יוצא כי יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות הפיננסית לפי המועד של סגירת הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01). בהתאם לכך, בועז חייב במס באותה נקודת-זמן בגין רווח פיננסי בסך של 400 שקלים;<sup>117</sup> ובהתאמה, ראוי להכיר לתמיר בהפסד פיננסי באותה נקודת-זמן באותו סכום. לעומת זאת, אם מתברר כי שווי-השוק של חבילת המניות ביום 1.1.01 הינו 800 שקלים, בועז חייב לשלם לתמיר סכום של 300 שקלים לצורך סגירת ההתקשרות הפיננסית ביניהם בשל קיומו של הפרש שלילי בין שווי-השוק של חבילת המניות במועד התגבשותו של סכום התמורה (שהינו 800 שקלים) לבין הערך העתידי של שווי-השוק של חבילת המניות במועד המניות בה (שהינו 1,100 שקלים). לפיכך, סגירת ההתקשרות הפיננסית מקטינה את הסכום המצוי בידי בועז במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי לסך של 800 שקלים<sup>118</sup> המשולמים בתמורה לחבילת המניות – בדיוק כפי שנקבע בחוזה ביניהם. יוצא כי יש לייחס לצדדים אירוע-מס בגין ההתקשרות הפיננסית

115 סכומים אלה עלינו לקזז מיתר התשלומים העוברים בין הצדדים ביום 1.1.01, כמבואר להלן.  
116 סכום זה בסך של 1,500 שקלים, המשולם על-ידי תמיר לבועז במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי, מורכב משני חלקים: חלק ראשון, סכום של 1,100 שקלים הנובע מפירעון של עסקת האשראי על-ידי תמיר (ראו לעיל הדברים הנלווים להערה 115); וחלק שני, סכום של 400 שקלים המשולם על-ידי תמיר לבועז בשל סגירת ההתקשרות הפיננסית שביניהם:  $1,500 = 400 + 1,100$ .

117  $400 = 1,100 - 1,500$

118 סכום זה בסך של 800 שקלים המשולם על-ידי תמיר לבועז במועד התגבשותו של סכום התמורה באופן סופי מורכב משני חלקים: החלק הראשון, סכום של 1,100 שקלים הנובע מפירעון של עסקת האשראי על-ידי תמיר (ראו לעיל הדברים הנלווים להערה 115); והחלק השני, סכום של 300 שקלים המשולם על-ידי בועז לתמיר בשל סגירת ההתקשרות הפיננסית ביניהם:  $800 = 300 - 1,100$ .

לפי מועד הסגירה של הפוזיציה הפיננסית הגלומה בהתקשרות זו (דהיינו ביום 1.1.01). בהתאם לכך, יש לחייב את תמיר במס, באותה נקודת-זמן, בגין רווח פיננסי בסך של 300 שקלים;<sup>119</sup> ובהתאמה, ראוי להכיר לבועז הפסד פיננסי באותה נקודת-זמן ובאותו סכום.

### פרק ה: שינוי תוצאותיה הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי

בסיס מצטבר קובע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה. מהו אם-כן הדין הראוי בעסקות שחל בהן שינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי? כיצד ראוי לקבוע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס ביחס להפרש בתוצאות הפיננסיות של העסקה? האם ראוי במקרים אלה לייחס את השינוי למועד הביצוע הכלכלי, כאילו במועד זה נוצר אירוע-מס הכולל גם את ההפרש בתוצאות הפיננסיות של העסקה, או האם יש לייחס את השינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה למועד שבו השינוי מתרחש, כאילו נוצר אירוע-מס חדש באותה נקודת-זמן?

שינוי התוצאות הפיננסיות של העסקה מתרחש עקב התגבשות תשלומים נוספים בין הצדדים לעסקה מבלי שניתן לצפות את התרחשותם במועד הביצוע הכלכלי ברמת ודאות סבירה. לעיתים הדבר גורם להגדלה של סכום התמורה ולעיתים להקטנתו. כך, עשויות להיות עסקות שהתמורה המוסכמת בהן בגין העסקה גדלה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בשל כך שתמורה נוספת לזו המוסכמת בין הצדדים לעסקה מועברת ביניהם, כפי שהדבר, למשל, בעסקות שבהן ניתן תשר על-ידי הלקוח לאחר הביצוע הכלכלי.<sup>120</sup> בצורה דומה

119  $1,100 - 800 = 300$ .

120 השוו, למשל, עמ"ה (ת"א) 223/57 רופא נ' פקיד שומה, רואה-החשבון ח (1957-1958) 213 (להלן: עניין רופא), שבו קיבל רופא בתקופת החגים תוצרת חקלאית מלקוח שלו על רקע היחסים המסחריים ביניהם ובתמורה לשירות שהוא נתן לאותו לקוח. באותו מקרה פסק בית-המשפט כי אין מדובר בתוספת הכנסה, מכיוון שמדובר בהבעת תודה בדיעבד, שאינה צפויה מראש. עם זאת, לפי דעתנו, ראוי לראות בכך הכנסה חייבת של הרופא, מכיוון שמדובר בתקבול שניתן לבעל משלח-יד בגין עבודתו (השוו לע"א 136/67 אליהו ברזל נ' פקיד שומה, פ"ד כא(2) 69). אם-כן יוצא שנותרת שאלת העיתוי שבו ראוי לחייב את הרופא במס בשל תוספת ההכנסה: האם יש לעשות כן במועד של מתן השירות העיקרי או במועד של קבלת התמורה הנוספת? ראו גם ת"פ (ת"א) 8601/84 מדינת ישראל נ' ליבוויץ, פד"א יד 153, שבו נפסק כי מלצר חייב במס על תשרים שהוא מקבל, שכן הדבר מהווה חלק אינטגרלי מעיסוקו וניתן לו בתמורה לשירות שהוא נותן ללקוחות וכחלק מציפיותיו, אף שהמלצר אינו יודע מראש מה יהיה גובה התשר שהוא עתיד לקבל בתום מתן השירות. גם במקרה זה עולה שאלה עקרונית בנוגע למועד שבו ראוי לחייב את התמורה הנוספת במס: האם יש לעשות כן במועד של מתן השירות או במועד של קבלת התמורה הנוספת? אומנם, לשאלה זו לא היתה נפקות

עשויות להיות עסקות שבהן אירועים מאוחרים לביצוע הכלכלי גורמים להקטנת התמורה בגין העסקה בשל כך שמקצת התמורה מוחזרת לצד המשלם בעסקה. כך הדבר, למשל, כאשר ספק נותן בדיעבד הנחות וזיכויים ללקוחות קבועים;<sup>121</sup> או כאשר מתבצעת השבה של מקצת התמורה בעקבות הסכמה בדיעבד של הצדדים לעסקה על ביצוע חלקי של החוזה.<sup>122</sup> ההכרעה ביחס לעיתוי היווצרותו של אירוע-מס בעסקות שהתוצאות הפיננסיות בהן משתנות במועד מאוחר לביצוע הכלכלי אמורה להיעשות, לפי דעתנו, בהיקש מדין המס הראוי ביחס לעסקות ששווי התמורה בהן הינו סכום משתנה.<sup>123</sup> ההיגיון החל באותה סוגיה יפה גם לענייננו. אין סיבה לסטות מהכלל הראוי להגדרתו של גורם העיתוי כאשר הביצוע הכלכלי מתרחש בין הצדדים לעסקה אולם תוצאותיה הפיננסיות משתנות במועד מאוחר יותר. לשיטתנו, התרחשותו של אירוע-המס המקורי במועד הביצוע הכלכלי פורשת את כנפיה גם ביחס לשינוי בתוצאותיה הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר יותר. לתפיסתנו, שינוי בסכום התמורה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי הינו חלק אינטגרלי ובלתי-נפרד מהביצוע הכלכלי המתרחש במועד מוקדם יותר. זה שלב נוסף במהלך של אירוע-מס מתמשך מבלי שהוא יכול לעמוד בפני עצמו כיוצר אירוע-מס נפרד. לכן ראוי לקבוע כי שינוי התוצאות הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי אינו משנה את התפיסה הרואה במועד הביצוע הכלכלי של העסקה את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס.<sup>124</sup> בהתאם לכך יש לייחס את השינוי בסכום התמורה למועד הביצוע הכלכלי באמצעות פעולת

בעניין ליבוויץ בשל סמיכות הזמנים בין המועד של מתן השירות לבין מועד התשלום של התשר, אולם הדבר עשוי לבוא לידי ביטוי במקרים אחרים. ראו גם להלן ניתוח דוגמה ה בגוף פרק זה.

121 השוו, למשל, ע"ש 544/01 (ח"י) כבישי הכרמל חוף הכרמל בע"מ נ' מנהל מע"מ, מיסים יז(5) ה-323 (להלן: עניין כבישי הכרמל). אף-על-פי שבאותו עניין נפסק כי ההנחות הניתנות אינן משנות את מידר העסקה עקב קיומם של יחסים מיוחדים בין הצדדים, דוגמה זו יפה לענייננו בשל האפשרות שמתן הנחות במועד מאוחר לביצוע הכלכלי עשוי לשנות את תוצאותיה הפיננסיות של העסקה. ראו גם להלן ניתוח דוגמה ו בגוף פרק זה.

122 ראו אמנון רפאל (בהשתתפות ירון מהולל) מס הכנסה א (מהדורה שלישית, התשנ"ה-1995) 592-593, לרבות הפסיקה המובאת שם.

123 לדין המס הראוי ביחס לעסקות שסכום התמורה בהן הינו סכום משתנה האמור להתגבש באופן סופי במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בהתאם לפרמטר מוסכם בין הצדדים ראו לעיל פרק ד.

124 השוו להוראת סעיף 1.451-1(a) CFR לתקנות המס האמריקאיות, הקובעת כדלקמן:

"Where an amount of income is properly accrued on the basis of a reasonable estimate and the exact amount is subsequently determined, the difference, if any, shall be taken into account for the taxable year in which such determination is made.... [ההדגשות הוספו]. יובהר כי לשיטתנו, ראוי להחיל את הניתוח המוצע כל אימת שהתועלת ממנו עולה על העלות הכרוכה בכך. למשל, ניתן להחיל ניתוח זה ביחס להפרש משמעותי בתוצאותיה הפיננסיות של העסקה או כאשר קיימים הפרשי עיתוי משמעותיים בין אירוע-המס המקורי לבין השינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה (אלא אם-כן מדובר בייחוס תוצאות מס לשנת-מס סגורה שלא ניתן לפותחה). ראו לעיל הדברים בפרק א.

ניכיון לאחר, כאילו התמורה הכוללת התקבלה באותו מועד בערך נמוך יותר בהתאם לשיעור ריבית המקובל במשק (Economic Performance Value of Future Payment).<sup>125</sup> כך, אף-על-פי שבמועד הביצוע הכלכלי לא ידוע אם עתיד להתרחש שינוי בתוצאותיה הפיננסיות של העסקה ומה יהיה שיעורו.<sup>126</sup>

לצידה של פעולת הייחוס לאחר יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי בשל קיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד השינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה. אומנם, עסקת האשראי בין הצדדים אינה מתוכננת מראש, אולם היא נובעת בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות – כפי שנעשה בפסק-הדין בעניין לידור.<sup>127</sup> לפי גישתו של הנשיא שמגר באותו עניין, יש לייחס להשתלשלות העובדתית הנוצרת בדיעבד משמעות כלכלית ומשפטית על-פי המהות האמיתית שלה. הדברים יפים גם לענייננו. בהתאם לניתוח זה יש לראות את השינוי המאוחר של התמורה כמגבש עסקת אשראי בדיעבד בין הצדדים.<sup>128</sup> לפיכך יש לייחס לצדדים אירועי-מס הנובעים מקיומה של עסקת אשראי מדי תקופה שבה ההלוואה עומדת, בהתאם לשיעור הריבית המקובל במשק. טלו, למשל, מקרה שבו מטופל משלם לרופא המטפל בו, תמורת ניתוח שהוא ביצע בו ביום 1.1.00, דמי טיפול מוסכמים בסך של 10,000 שקלים. התשלום לרופא נעשה בגמר

125 הנוסחה לחישוב ערך נוכחי של תמורה המשולמת במועד עתידי הינה כדלקמן: Economic Performance Value of Future Payment = Future Payment / [(1 + R)<sup>N</sup>], כש- R מייצג את שיעור הריבית השנתי המקובל במשק ו- N מייצג את מספר השנים החולפות בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד השינוי בתוצאותיה הפיננסיות של העסקה. ראו: Brealey & Myres, *supra* note 57, *ibid*. ניתן גם לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישוב ערך הזמן של הכסף, כאמור לעיל בהערה 47 לפרק ג(2). להדגמה ראו ניתוח דוגמה ב, לעיל פרק ג(3). השוו לדיון בייחוס התמורה למועד הביצוע הכלכלי בעת קיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד לתשלום התמורה, לעיל סעיפים ג(2) ו-ג(3).

126 הסליקה הכספית הנלווית לאירועים המשנים את תוצאותיה הפיננסיות של העסקה עשויה להתרחש במועד שבו השינוי מתרחש או במועד מאוחר יותר. במסגרת הניתוח הנערך כאן אנו מתמקדים בקיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד שבו מתרחשים אירועים המשנים את תוצאותיה הפיננסיות של העסקה מבלי לייחס חשיבות למועד הסליקה הכספית של הסכומים הנוספים. אם נוספים גם הפרשי עיתוי בין מועד ההתרחשות של האירועים המשנים את תוצאותיה הפיננסיות של העסקה לבין מועד הסליקה הכספית בשל כך, יש לראות את הצדדים כמי שמצויים בהתקשרות נוספת המייצגת עסקת אשראי ביחס לסכום השינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה. לדיון בגיבושה של עסקת אשראי בעסקות שקיים בהן תשלום דחוי ראו לעיל פרק ג(3). במסגרת הדיון בפרק זה נניח, לצורכי נוחות בלבד, כי התשלום בגין שינוי תוצאותיה הפיננסיות של העסקה מתבצע יחד עם האירוע היוצר את השינוי.

127 פסק-הדין בעניין לידור, לעיל הערה 52.

128 השוו לדיון בגיבוש של עסקת אשראי בעת קיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד לתשלום התמורה, לעיל סעיפים ג(2) ו-ג(3). ראו גם ניתוח דוגמה ב, לעיל פרק ג(3).

הניתוח. כעבור שנה, ביום 1.1.01, לאחר שהמטופל נוכח כי הניתוח אכן הצליח, הוא מעניק לרופא תוספת תמורה בשווי של 1,000 שקלים<sup>129</sup> (להלן: דוגמה ה).

לשיטתנו, ראוי במקרה זה לייחס לצדדים אירוע־מס בשל התמורה הנוספת לפי המועד של ביצוע הניתוח (דהיינו ביום 1.1.00), כאילו הרופא מקבל באותו מועד תוספת תמורה לדמי הטיפול המוסכמים. תוספת התמורה שיש לייחס למועד של ביצוע הניתוח תהיה בהתאם לערך המנוכה לאחר של התמורה הנוספת המתקבלת כעבור שנה – ערך העומד על סך של כ־909 שקלים.<sup>130</sup> לפיכך יש לייחס לרופא אירוע־מס ביום 1.1.00 בגין תוספת תמורה של כ־909 שקלים; ובהתאמה, יש לייחס למטופל, באותה נקודת־זמן, תשלום נוסף בגין ביצוע הניתוח לפי אותו סכום. אירוע־מס זה מיתוסף לזה שנוצר לרופא והמטופל במועד של ביצוע הניתוח בהתאם לתמורה המקורית המוסכמת בסך של 10,000 שקלים.

במקביל לפעולת הייחוס לאחר של התמורה הנוספת, יש לייחס לצדדים עסקת אשראי. לפי תנאיה של עסקת האשראי, הרופא מלווה למטופל ביום של ביצוע הניתוח (דהיינו ביום 1.1.00) סך של כ־909 שקלים למשך שנה.<sup>131</sup> עסקת האשראי נפרעת כעבור שנה (דהיינו ביום 1.1.01) תמורת סך של 1,000 שקלים.<sup>132</sup> אומנם, עסקת האשראי אינה מתוכננת בין הצדדים, אולם היא נובעת בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות. לפיכך יש לחייב את הרופא במס, בסוף השנה שבה ההלוואה עומדת (דהיינו ביום 31.12.00), בגין הכנסת ריבית בסך של כ־91 שקלים;<sup>133</sup> ובהתאמה, יש לייחס למטופל באותה נקודת־זמן הוצאת ריבית באותו סכום.

באופן דומה ראוי לנתח מקרה שבו התמורה בגין העסקה קטנה עקב מתן הנחה בדיעבד ללקוחות קבועים. טלו, למשל, עסקה שבה בנימין, בעלים של טובין שנרכשו בסכום של 6,000 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה למכירת הטובין לרוני בתמורה ל־10,000 שקלים – בהתאם לשווי הטובין בשוק באותו זמן. לפי תנאי העסקה, בנימין אמור להעביר לרוני את הזכויות בטובין במועד של כריתת החוזה. נניח כי בנימין מעביר את הזכויות כמסכם בחוזה, אולם בסוף השנה הוא מעניק לרוני הנחה בשיעור של 10% ממחיר העסקה (דהיינו בסך של 1,000 שקלים) בשל היותו לקוח קבוע.<sup>134</sup> (להלן: דוגמה ו).

לשיטתנו, ראוי במקרה זה לייחס את שינוי התמורה למועד של העברת הזכויות בטובין (דהיינו ליום 1.1.00), כאילו בנימין מקבל באותה נקודת־זמן תמורה נמוכה מזו המוסכמת מראש. הפחתת התמורה שיש לייחס למועד של העברת הזכויות בטובין תהיה בהתאם לערך המיוחס לאחר של ההנחה הניתנת לרוני כעבור שנה – ערך העומד על סך של כ־909

129 השוו לעובדות פסק־הדין בעניין רופא, לעיל הערה 120.

130 בהנחה ששיעור הריבית במשק הינו 10%, הערך הנוכחי של 1,000 שקלים המתקבלים כעבור שנה לאחר־מכן הינו כ־909 שקלים:  $1,000 / (1+10\%) = 909.09$ .

131 בהנחה ששיעור הריבית בשוק הינו 10%, הערך הנוכחי של 1,000 שקלים המותרים כעבור שנה לאחר־מכן הינו כ־909 שקלים:  $1,000 / (1+10\%) = 909.09$ .

132 סילוקה של עסקת האשראי מורכב מהחזר קרן בסך של כ־909 שקלים ומריבית בסך של כ־91 שקלים:  $909.09 * (1+10\%) = 1,000$ .

133  $909.09 * 10\% = 90.90$ .

134 השוו פסק־הדין בעניין כבישי הכרמל, לעיל הערה 121.

שקלים.<sup>135</sup> לפיכך יש לראות את בנימין כמי שמקבל בדיעבד סך של כ-9,091 שקלים בלבד – ולא סך של 10,000 שקלים – בגין העברת הזכויות בטובין.<sup>136</sup> יוצא כי יש לתקן את תוצאות המס המתייחסות למועד של העברת הזכויות בטובין (ביום 1.1.00), כך שהרווח המיוחס לבנימין באותו זמן, בסך של 4,000 שקלים (בטרם ניתנה הנחה בסך של 1,000 שקלים),<sup>137</sup> יתוקן לרווח של כ-3,091 שקלים בלבד.<sup>138</sup> כתוצאה מכך יהיה בנימין זכאי לקבל במועד של מתן ההנחה (דהיינו ביום 1.1.01) החזר של מקצת סכום המס ששילם בִּיתר במועד של העברת הזכויות בטובין, והחזר המס אמור לשאת ריבית מהמועד של תשלום המס ועד למועד החזרתו.<sup>139</sup> בהתאמה, יש להקטין את העלות של רכישת הטובין בידי רוני לסך של כ-9,091 שקלים בלבד.<sup>140</sup>

במקביל לפעולת הייחוס לאחור של שינוי סכום התמורה, יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי הנובעת בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות. לפי תנאיה של עסקת האשראי, רוני מלווה לבנימין, ביום העברת הזכויות בטובין (דהיינו ביום 1.1.00), סך של כ-909 שקלים למשך שנה.<sup>141</sup> עסקת האשראי נפרעת כעבור שנה (דהיינו ביום 1.1.01)

135 בהנחה ששיעור הריבית בשוק הינו 10%, הערך הנוכחי של 1,000 שקלים המוחזרים כעבור שנה

הינו כ-909 שקלים:  $1,000 / (1+10\%) = 909.09$ .

136  $9,090.90 = 10,000 - 909.09$ .

137  $4,000 = 6,000 - 10,000$ .

138  $3,090.90 = 6,000 - 9,090.90$ .

139 כך, למשל, אם היה בנימין מצוי בשנת 2000 בשיעור מס שולי של 40% – הוא חויב במס ביום 1.1.00 בגין רווח שנוצר לו ממכירת הטובין בסך של 4,000 שקלים (בטרם ניתנה ההנחה בסכום של 1,000 שקלים), כך שחבות המס הינה בסך של 1,600 שקלים  $(4,000 * 40\%) = 1,600$ . לעומת זאת, לאחר ייחוס השינוי בתמורה למועד של העברת הזכויות בטובין, בנימין אמור להיות מחויב, ביום 1.1.00, במס על רווח של 3,909.09 שקלים בלבד. לפיכך, סכום המס עומד על סך של כ-1,236 שקלים בלבד  $(3,909.09 * 40\%) = 1,236.36$ . יוצא אם-כן שבנימין יהיה זכאי לקבל החזר מס בסך של כ-364 שקלים  $(909.09 * 40\%) = 363.63$ , כשהוא נושא ריבית במשך התקופה שבין מועד התשלום של סכום המס המקורי לבין מועד התשלום של החזר המס.

140 אם מדובר בנכס הון בר-פחת בידי רוני, יהיה עליו לתקן בדיעבד את ניכוי הפחת לשנת 2000. כך, למשל, אם מדובר בנכס שמותר בגינו ניכוי פחת בשיעור של 20% לכל שנה, יהיה על רוני לתקן את ניכוי הפחת לשנת 2000 לסכום של כ-1,818 שקלים בלבד  $(10,000 * 20\%) = 2,000$ . וזאת במקום ניכוי פחת בסכום של 2,000 שקלים  $(10,000 * 20\%) = 2,000$ . לפיכך, יהיה על רוני לשלם תוספת מס בשנת 2000 בגין הפרש הפחת שנוכה בִּיתר. כך, אם רוני מצוי בשנת 2000 בשיעור מס שולי של 40%, יהיה עליו לשלם תוספת מס ביחס לשנת 2000 בסך של כ-73 שקלים  $((1,818.18 - 2,000) * 40\%) = 72.72$ , כשתוספת זו נושאת ריבית ממועד הניכוי של הפחת בִּיתר ועד למועד שבו משולמת תוספת המס בגין תיקון של ניכוי הפחת.

141 בהנחה ששיעור הריבית בשוק הינו 10%, הערך הנוכחי של 1,000 שקלים המוחזרים כעבור שנה

לאחר-מכן הינו כ-909 שקלים:  $1,000 / (1+10\%) = 909.09$ .

תמורת סך של 1,000 שקלים.<sup>142</sup> לפיכך יש לחייב את רוני במס בסוף השנה שבה ההלוואה עומדת (דהיינו ביום 31.12.00) בגין הכנסת ריבית בסך של כ-91 שקלים;<sup>143</sup> ובהתאמה, יש לייחס לבנימין באותה נקודת-זמן הוצאת ריבית באותו סכום.

## פרק ו: אי-ודאות ביחס לסכום התמורה במועד הביצוע הכלכלי

בסיס מצטבר קובע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה. בהתאם לכך, מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס אמור להיקבע לפי שווי-השוק במועד הביצוע הכלכלי. קושי ביישום עיקרון זה מתעורר בעסקות שלא ניתן לאמוד בהן את שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי ברמת דיוק סבירה. כך הדבר, למשל, כאשר נערכת עסקה להעברת מניות בחברת-הזנק (Start-Up) בתמורה למחיר המניות במועד עתידי כשלא ניתן להעריך בצורה סבירה מהו שווי המניות במועד העברתן.<sup>144</sup> במקרים אלה עולות שתי שאלות השלובות זו בזו: הראשונה, מהו הדין הראוי ביחס לעיתוי היווצרותו של אירוע-מס? האם יש לקבוע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אף שלא ניתן לאמוד את שווי-השוק של העסקה באותה נקודת-זמן? או האם יש לקבוע באותם מקרים כלל מיוחד, כך שהעיתוי שבו נוצר אירוע-מס יידחה למועד שבו ניתן לאמוד את שווי-השוק של העסקה? השנייה, כיצד יש לקבוע באותם מקרים את מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס?<sup>145</sup>

לדעתנו, הניתוח הראוי לעסקות אלה מצדיק לקבוע כי הכלל המגדיר את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אמור להתקיים גם אם קיים קושי לקבוע מהו שווי-השוק של העסקה באותה נקודת-זמן. אומנם, בשל הקושי להעריך את שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי לא ניתן לחשב את תוצאות המס של העסקה באותה נקודת-זמן. אולם לשיטתנו, ראוי להמתין עד למועד המוקדם ביותר שבו ניתן להעריך את שווי-השוק של העסקה, ואז לבצע ייחוס של אותו ערך למועד הביצוע הכלכלי. הייחוס

<sup>142</sup> סילוקה של עסקת האשראי מורכב מהחזר קרן של כ-909 שקלים ומריבית בסך של כ-91 שקלים:  $909.09 * (1+10\%) = 1,000$ .

<sup>143</sup>  $909.09 * 10\% = 90.90$ .

<sup>144</sup> ראו גם מקרה שבו חברה מחליטה בתחילת השנה כי דייווידנד יחולק בין כלל בעלי-מניותיה בסוף שנת הכספים בשיעור של 50% מהרווח הנקי שהיא עתידה להפיק באותה שנה. זכותו של כל בעל-מניות לקבל את הדייווידנד נוצרת עם סיום שנת-הכספים, אולם אומדן ההכנסה עשוי להתברר רק במועד מאוחר יותר, עם בירור התוצאות של פעילותה העסקית של החברה.

<sup>145</sup> להצגת הכללים הנוהגים בשיטת דיווח על בסיס מצטבר ביחס למקרים שבהם אין האומדן של סכום התמורה ודאי בשלב הביצוע בשל אי-יכולת לבצע הערכה כלכלית סבירה ראו לעיל הדברים הנלווים להערות 89-91 בפרק ד.

לאחר מביא לידי כך שרואים את סכום התמורה כאילו התקבל במועד הביצוע הכלכלי בערך נמוך יותר, כמתחייב משיעור הריבית המקובל במשק, אף-על-פי שבאותה נקודת-זמן לא ניתן לקבוע מהו שווי-השוק של העסקה. ייחוס שווי-השוק של העסקה – כפי שהוא מתברר במועד מאוחר לביצוע הכלכלי – נעשה באמצעותה של פעולת ניכיון לאחר של סכום השווי החל מהמועד המוקדם ביותר שבו ניתן לקבוע מהו שווי-השוק של העסקה ועד למועד הביצוע הכלכלי (Present Value of Future Price),<sup>146</sup> תוצאות המס של העסקה ייקבעו בהתאם לערך הנוכחי של שווי-השוק. כך, למשל, אם הביצוע הכלכלי בעסקה מסוימת מתרחש ביום 1.1.00, אולם שווי העסקה ניתן להערכה רק כעבור שנה לפי סכום של 1,000 שקלים, ראוי לייחס את סכום התמורה לאחר לתקופה של שנה, שכן אז נעשה הביצוע הכלכלי של העסקה. בהנחה ששיעור הריבית במשק הינו 10%, יש לייחס למועד הביצוע הכלכלי ערך תמורה של כ-909 שקלים.<sup>147</sup> לצידה של פעולת הייחוס לאחר יש לגבש עסקת אשראי בין הצדדים, בהתאם לשיעור ריבית המקובל במשק, בשל קיומם של פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד שבו שווי-השוק של העסקה מתברר.<sup>148</sup> אומנם, עסקת האשראי בין הצדדים אינה מתוכננת מראש, אולם היא נובעת בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות.<sup>149</sup>

הסיבה לאימוץ גישה הקובעת את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי מצויה בשאיפה ליצור כלל אחיד ועקבי בדיון המס להגדרתו של גורם העיתוי. אין סיבה לסטות מכלל זה כאשר הביצוע הכלכלי מתרחש בין הצדדים לעסקה אך לא ניתן לקבוע ברמת ודאות סבירה מהו שווי-השוק של העסקה באותה נקודת-זמן. גישה זו מבוססת על התפיסה העקרונית שאנו מצדדים בה, הרואה במועד הביצוע הכלכלי את

146 הנוסחה לחישוב ערך נוכחי של תמורה האמורה להיות משולמת במועד עתידי הינה כדלקמן:  $Present\ Value\ of\ Future\ Price = Future\ Price / [(1 + R)^N]$ , כש- $R$  מייצג את שיעור הריבית השנתי המקובל במשק ו- $N$  מייצג את מספר השנים החולפות בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד שבו ניתן לקבוע מהו שווי-השוק של העסקה. ראו: Brealey & Myres, *supra* note 57, *ibid*. ניתן גם לקבוע שיעור ריבית סטטוטורי לחישובו של ערך הזמן של הכסף, כאמור לעיל בהערה 47 לפרק ג(2).

147  $1,000 / (1 + 10\%) = 909.09$ . השוו להלן לניתוח דוגמה 2 בהמשך פרק זה. השוו לדיון בייחוס התמורה למועד הביצוע הכלכלי בעת קיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה, לעיל פרק ג(2), ובמיוחד השוו לדיון בייחוסו של תשלום דחוי למועד הביצוע הכלכלי, לעיל פרק ג(3). ראו גם ניתוח דוגמה ב, לעיל פרק ג(3).

148 השוו לדיון בגיבושה של עסקת אשראי בעת קיומם של הפרשי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד של תשלום התמורה, לעיל פרק ג(2), ובמיוחד השוו לדיון בגיבושה של עסקת אשראי בעסקה שקיים בה תשלום דחוי, לעיל פרק ג(3). ראו גם ניתוח דוגמה ב, לעיל פרק ג(3).

149 גישה המגבשת בין הצדדים עסקת אשראי שאינה מתוכננת מראש, אלא נובעת בדיעבד כתוצאה נגזרת של הנסיבות המתבררות, מאומצת בפסק-דינו של הנשיא שמגר בעניין לידור, לעיל הערה 52. הנשיא שמגר מייחס להשתלשלות העובדתית הנוצרת בדיעבד משמעות כלכלית ומשפטית על-פי המהות הכלכלית האמיתית שלה.

העיתוי שמגבש את הזכות (או החבות) של הנישום לקבל (או לשלם) את התמורה גם אם שוויה אינו ידוע באותה נקודת-זמן. היכולת להעריך במועד מאוחר לביצוע הכלכלי מהו שווי-השוק של העסקה מהווה שלב נוסף במהלך אותו אירוע-מס שעיתוי היווצרותו במועד הביצוע הכלכלי, אך מבלי שהוא יכול לעמוד בפני עצמו כאירוע-מס נפרד. מן הראוי לציין כי ייתכן שראוי להתיר במקרים אלה דחייה של המועד לתשלום המס עד למועד שבו ניתן לקבוע את שווי-השוק של העסקה ברמת ודאות סבירה (תוך חיובה של חבות המס בריבית בשיעור המקובל במשק ממועד הביצוע הכלכלי ועד למועד של תשלום המס). אולם אין אנו דנים כאן בקביעת המועד לתשלום המס, אלא בהגדרת העיתוי להיווצרותו של אירוע-מס, האמור להמשיך להיקבע לפי מועד הביצוע הכלכלי.

אומנם, הגישה המתוארת כאן אינה מביאה לידי יצירת ניטרליות מוחלטת בין עסקות שונות המתבצעות באותו מועד; הלוא שווי-השוק של העסקה עשוי להשתנות בצורה שונה מערך הזמן של הכסף בין מועד הביצוע הכלכלי לבין המועד המוקדם ביותר שבו ניתן להעריך את שווי-השוק של העסקה. אולם התפיסה שאנו מצדדים בה עדיפה על גישה המייחסת אירוע-מס למועד שבו ניתן לבצע הערכת-שווי לעסקה והמחשבת את תוצאות המס בהתאם לשווי-השוק של העסקה באותו זמן. לשיטתנו, הפתרון שאנו מציעים הוא הפתרון הטוב ביותר שניתן ליישום בנסיבות העניין, בבחינת הרע במיעוטו, מכיוון שהוא מקטין את אי-הדיוק במיסוי הנוצר בשל כך שלא ניתן לקבוע ברמת ודאות סבירה מהו שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי. בהתאם לתפיסה המוצעת יהיה ניתן להביא לידי מדידה נכונה יותר של התוצאות הכלכליות האמיתיות הנובעות לנישום, מכיוון שהיא נותנת ביטוי להקבלה הכרונולוגית הקיימת בין הכנסות לבין הוצאות המשמשות ליצירתן. טלו, למשל, עסקה שבה בועז, בעלים של חבילת מניות שרכש בסכום של 600 שקלים, כורת ביום 1.1.00 חוזה עם תמיר למכירתה של חבילת המניות. לפי המוסכם, בועז מעביר לתמיר את הזכויות בחבילת המניות במועד של כריתת החוזה (דהיינו ביום 1.1.00). לפי תנאי העסקה, התמורה אמורה להשתלם לבועז בעוד שנה (דהיינו ביום 1.1.01) לפי ערכה של חבילת המניות באותו זמן. נניח כי מדובר בחברת-הזנק (Start-Up) שלא ניתן להעריך את שוויה בצורה סבירה, ולכן ערכה של חבילת המניות במועד של העברת הזכויות אינו ידוע (להלן: דוגמה ז).<sup>150</sup>

לפי שיטתנו, ראוי במקרה זה לייחס לבועז אירוע-מס לפי המועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00), כאילו הוא מוכר אותה באותו יום תמורת הערך הנוכחי של שווי-השוק במועד עתידי שבו ניתן להעריך את שוויה של חבילת המניות. אם נניח, למשל, שכעבור שנה ניתן להעריך את שווי-השוק של חבילת המניות לפי סך של 1,500 שקלים, כי אז רואים את בועז כאילו הוא מעביר את הזכויות בחבילת המניות תמורת סך של כ-1,364 שקלים, המייצגים ערך נוכחי של שווי זה.<sup>151</sup> לפיכך יש לייחס לבועז במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00) רווח בסך של

150 דוגמה ז וזה לדוגמה ד, אלא שבדוגמה שלפנינו לא ניתן להעריך במועד של ביצוע העסקה את שוויה של חבילת המניות ברמת ודאות סבירה, בעוד שבעובדות דוגמה ד היה ניתן לעשות כן.

151  $1,363.63 = (1+10\%) / 1,500$

כ"764 שקלים;<sup>152</sup> ובהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידיו הינה לפי סכום של כ"1,364 שקלים. במקביל, יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי שלפיה בועז מלווה לתמיר במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00) סכום של כ"1,364 שקלים למשך שנה. ההלוואה נפרעת כעבור שנה תמורת סך של 1,500 שקלים.<sup>153</sup> סכום זה מייצג החזר קרן של כ"1,364 שקלים וריבית בסך של כ"136 שקלים.<sup>154</sup> לפיכך יש לייחס לבועז בסוף השנה הכנסת ריבית בסכום של כ"136 שקלים, ובהתאמה נייחס לתמיר באותה נקודת-זמן הוצאת ריבית באותו סכום.

באופן דומה, אם נניח שכעבור שנה ערכה של חבילת המניות הינו סך של 800 שקלים, כי אז רואים את בועז כאילו הוא מעביר את הזכויות בחבילת המניות תמורת סך של כ"727 שקלים, המייצגים ערך נוכחי של שווי זה.<sup>155</sup> לפיכך יש לייחס לבועז במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00) רווח בסך של כ"127 שקלים;<sup>156</sup> ובהתאמה, נראה את תמיר כמי שעלות הרכישה של חבילת המניות בידיו הינה לפי סכום של כ"727 שקלים. במקביל, יש לגבש בין הצדדים עסקת אשראי שלפיה בועז מלווה לתמיר במועד של העברת הזכויות בחבילת המניות (דהיינו ביום 1.1.00) סכום של כ"727 שקלים למשך שנה. ההלוואה נפרעת כעבור שנה תמורת סך של 800 שקלים.<sup>157</sup> סכום זה מייצג החזר קרן של כ"727 שקלים וריבית בסך של כ"73 שקלים.<sup>158</sup> לפיכך יש לייחס לבועז בסוף השנה הכנסת ריבית בסכום של כ"73 שקלים, ובהתאמה נייחס לתמיר באותה נקודת-זמן הוצאת ריבית באותו סכום.<sup>159</sup>

## פרק ז: סיכום

בסיס מצטבר קובע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי של העסקה. עיקרון זה אמור להישמר במסכת מצבים שקיימים בהם פערי עיתוי בין מועד

152 בהתאם להפרש בין הערך הנוכחי של שווי-השוק של חבילת המניות ביום 1.1.00 (בסך של 1,363.63) שקלים לבין עלות רכישתה (בסך של 600 שקלים):  $1,363.63 - 600 = 763.63$ .

153  $1,363.63 * (1+10\%) = 1,500$ .

154  $1,363.63 * 10\% = 136.36$ .

155  $727.27 = (1+10\%) / 800$ .

156 בהתאם להפרש בין הערך הנוכחי של שווי-השוק של חבילת המניות ביום 1.1.00 (בסך של 727.27 שקלים) לבין עלות רכישתה (בסך של 600 שקלים):  $727.27 - 600 = 127.27$ .

157  $727.27 * (1+10\%) = 800$ .

158  $727.27 * 10\% = 72.72$ .

159 השוו לניתוח של תוצאות המס של עסקה דומה בדוגמה ד, לעיל פרק ד. הניתוח הנעשה שם ראוי יותר, אולם הוא מותנה באפשרות להעריך את שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי – דבר שאינו מתקיים בדוגמה ז.

הביצוע הכלכלי לבין מועדים רלוונטיים שונים במהלך חיי העסקה. עיקרון זה אמור לחול גם בעסקות מסוג חוזה עתידי שמועד הביצוע הכלכלי מתרחש בהן מאוחר למועד ההסכמה על שווי התמורה; גם בעסקות של תשלום דחוי או תשלום מקדמה שבמועד הביצוע הכלכלי בהן אין משולמת התמורה בפועל (בין אם התמורה משולמת מוקדם יותר או מאוחר יותר); גם בעסקות מסוג חוזה משתנה שסכום התמורה מתגבש בהן באופן סופי במועד מאוחר לביצוע הכלכלי בהתאם לערכו של פרמטר מסוים המוסכם מראש; גם אם חל שינוי בתוצאות הפיננסיות של העסקה במועד מאוחר לביצוע הכלכלי עקב התגבשות תשלומים נוספים בין הצדדים לעסקה; וגם כאשר מדובר בעסקות שלא ניתן לאמוד בהן את שווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי ברמת דיוק סבירה.

בהתאם לכך, העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אמור לגבש את מחיר העסקה לצורך חישוב של חבות המס. עיקרון זה אמור לחול גם אם שווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי שונה מהתמורה המוסכמת מראש בין הצדדים, מהתמורה המשולמת בפועל בין הצדדים או מהתמורה המתגבשת בסופו של דבר בין הצדדים. הריג היחיד הראוי להכיר לעיקרון זה חל במקרים שלא ניתן להעריך בהם בצורה סבירה מהו שווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי, שאז יש לייחס את שווי העסקה, כפי שהוא מתברר בנקודת-זמן מאוחרת יותר, למועד הביצוע הכלכלי.

אומנם, יישומו של העיקרון המנחה לצורך קביעת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי, ולשם חישוב של חבות המס בהתאם לשווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי, עשוי להביא לידי פיצול העסקה לכמה אירועי-מס, דבר שעתידי ליצור אירועי-מס רבים יותר מאלה הנוצרים לפי דין המס הנוהג. בכך יש כדי לפגוע לכאורה בעקרון היעילות המנהלית. עם זאת, אימוץ תפיסה הרואה במועד הביצוע הכלכלי את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס בפעילויות כלכליות שונות, ובהתאם לכך מכירה בשווי השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי כמחיר הרלוונטי לצורך חישוב של חבות המס, מוצדק לדעתנו מכמה טעמים. ראשית, תפיסה זו עולה בקנה אחד עם השאיפה ליצירת כלל אחיד ועקבי בדין המס להגדרת העיתוי שבו נוצר אירוע-מס. מרכז הכובד בניתוח העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי שיטת דיווח על בסיס מצטבר הוא בהתרחשותו של ביצוע כלכלי המביא לידי התגבשות הזכות לקבל (או החבות לשלם) את התמורה, ולא במועדים אחרים במהלך חייה של העסקה. שנית, תפיסה זו הולמת את המהות הכלכלית האמיתית שבמסגרתה רואים את הפירמה כפועלת בכל נקודת-זמן לפי מחירי השוק הנוהגים בעת הביצוע, כשכל חריגה ממהלך העסקים הרגיל שקולה להתקשרות פיננסית עתידית. בדרך זו אנו מביאים לידי ביטוי את מכלול הסיכויים והסיכונים שכל אחד מהצדדים רואה במהלך חיי העסקה, החל במועד כריתתה, עובר במועד הביצוע הכלכלי וכלה במועד סיומה. באמצעות תפיסה זו ניתן לאפשר התייחסות הולמת לכל אחד ממרכיבי העסקה בהתאם לאופיו האמיתי. נוסף על כך ניתן להגיע למדידה נכונה יותר של התוצאות הכלכליות האמיתיות הנובעות לצדדים ולתת ביטוי להקבלת הזמנים הקיימת בעולם המסחרי בין הכנסות לבין הוצאות המשמשות ביצירתן. שלישית, תפיסה זו יוצרת ניטרליות בהתייחסות של דין המס לעסקות כלכליות זהות המתבצעות באותה נקודת-זמן אף אם הן שונות זו מזו במועד ההסכמה על מחיר העסקה, במועד של תשלום התמורה בגין העסקה או במועד התגבשותו הסופי של סכום

התמורה. תוצאות המס של עסקות אלה יחושבו באופן אחיד ועקבי לפי שוויין בשוק במועד הביצוע הכלכלי ללא תלות במשתנים אחרים המוסכמים בין הצדדים אשר יבואו לידי ביטוי בשכלול התקשרויות פיננסיות ביניהם. רביעית, תפיסה זו עולה בקנה אחד עם ניתוח דין המס של חלופות כלכליות זהות לעסקות המתוארות במאמר זה. כך, למשל, הניתוח המוצע ביחס לחווה עתידי שהתמורה בו מוסכמת מראש זהה לניתוח הנעשה ביחס לחלופה כלכלית זהה שהצדדים מסכימים במסגרתה על ביצוע העסקה במועד עתידי לפי שוויי-השוק באותו זמן, ובמקביל, כל אחד מהצדדים מתקשר עם צד שלישי בעסקה פיננסית עתידית המתייחסת לשוונות הצפויה בשווי העסקה עד לביצוע הכלכלי. בדומה לכך, הניתוח המוצע ביחס לחווה משתנה זהה לניתוח הנעשה ביחס לחלופה כלכלית זהה שהצדדים מסכימים במסגרתה על ביצוע העסקה לפי שוויי-השוק באותו זמן, ובמקביל, כל אחד מהצדדים מתקשר עם צד שלישי בעסקה פיננסית עתידית המתייחסת לשוונות הצפויה בשווי העסקה לאחר הביצוע הכלכלי. חמישית, תפיסה זו יוצרת דין מס אחיד וניטרלי בין אם הזכויות (או ההתחייבויות) הנובעות לכל אחד מהצדדים לעסקה נמכרות לצד שלישי ובין אם הן נמכרות בחזרה לצד השני לעסקה במהלך ביצועה. אם לא נעשה כן, החלטתו של כל אחד מהצדדים לעסקה, המתלבט אם לממש את זכויותיו (או התחייבויותיו) על-פי העסקה או להמתנות במהלך חיי העסקה, תושפע מתוצאות המס הצפויות לו בכל אחת מהחלופות. ושישית, תפיסה זו מגשימה את השאיפה לצמצום חסרונותיה של מוסכמת המימוש. דרישת המימוש מהווה, בפני עצמה, פשרה בשל נימוקים של נוחות מנהלתית. לכן, בהינתן דרישת המימוש, שומה עלינו לפעול כדי לנטרל עד כמה שניתן את יכולתם של נישומים לשלוט בחבות המס החלה על הפעילות הכלכלית שהם מבצעים גם אם הדבר כרוך בעלות מנהלתית מסוימת. אימוץ עיקרון המגדיר את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי, מבלי לדחות עיתוי זה כאשר מחיר העסקה טרם משולם או מתגבש, הוא שמאזן נכונה בין הנוחות באימוץ של דרישת המימוש לבין השאיפה לצמצום פגמים המלווים אותה. לאחר שנעשתה הפשרה המנהלתית המשמעותית באימוצה של מוסכמת המימוש, ראוי לדעתנו לאזנה בניתוח כלכלי מדויק.

יתר על כן, גם יישום של תפיסה הרואה בשוויי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי ערך שהינו רלוונטי לצורך חישוב של חבות המס כפוף לשיקולים של יעילות מנהלתית. לפיכך ניתן לוותר על אימוצו כאשר מדובר בהפרשי עיתוי קטנים יחסית או כאשר עסקינן בפעילויות כלכליות בעלות היקף כספי קטן יחסית. מכוח אותו היגיון הצענו לסייג את תחולתה של התפיסה הנדונה כאשר קיים קושי של ממש להעריך במועד הביצוע הכלכלי, בצורה סבירה, מהו שוויי-השוק של העסקה.

