



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1525/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופטת י' וילנר

המערערת: ארקין תקשורת בע"מ

נגד

המשיב: פקיד שומה למפעלים גדולים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
מיום 20.07.2016 בתיק ע"מ 33215-11-12 שניתן על ידי  
כבוד השופט מ' אלטוביה

בשם המערערת: עו"ד ליאור נוימן; עו"ד זאב אוסלקה

בשם המשיב: עו"ד עמנואל לינדר

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

נישום נוטל הלוואה על מנת לרכוש מניות. המניות מניבות לנישום הכנסה מדיבידנד, ובסוף התקופה נמכרות ברווח. כיצד יוכרו הוצאות מימון כגון ריבית בגין הלוואה, ביחס להכנסות מדיבידנד ורווח ההון – האם בחלוקה לפי שנות מס; כמכלול באופן מצטבר; או כחלק מעלות המניות – זוהי השאלה שבמוקד ערעור זה.

1. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ע"מ 33215-11-12, כבוד השופט מ' אלטוביה), בגדרו נדחה ערעור המערערת על שומות שהוציא המשיב בעניינה.

המערערת הינה חברת השקעות, אשר החזיקה בכ-10% מהון המניות המונפק של חברת אפ.סב.אר החזקות בע"מ, שהינה חברה שקופה לצרכי מס בהתאם לאישור רשות המיסים, ובכ-20% מזכויות ההצבעה של החברה. מאחר שחברת אפ.סב.אר הינה שקופה לצרכי מס, הצדדים התעלמו מקיומה לצורך קביעת השומות והערעור עליהן, וכך נעשה גם בערעור זה. המערערת רכשה בשנת 2005 כ-30% ממניותיה של חברת בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: בזק), הרשומה למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב. בשנת 2008 רכשה המערערת מניות נוספות של בזק בשיעור של כ-10%. בשנים 2007-2009 קיבלה המערערת דיבידנדים בגין אחזקתה במניות בזק, ובשנים 2009-2010 קיבלה תמורה ממכירת המניות בעסקאות נפרדות. בכל אחת מהשנים 2007-2010 הוציאה המערערת הוצאות מימון בגין ההלוואה ששימשה לרכישת מניות בזק.

המערערת לא ניכתה את הוצאות המימון כל שנה, אלא היוונה אותן לעלות רכישת המניות, כך שיתרת המחיר המקורי במכירה גדלה, וכפועל יוצא מכך קטן רווח ההון החייב במס בשנים 2009-2010. כמו כן בדוחותיה החשיבה המערערת חלק מתמורת מכירת המניות בשנת 2010 כדיבידנד, והקטינה את תמורת המכירה בסכום זה.

המשיב לא קיבל את דיווחיה של המערערת. גישתו של המשיב בנוגע לניכוי הוצאות המימון הייתה שניתן לנכותן רק באופן שוטף, דהיינו שבכל שנה ניתן לנכות את הוצאות המימון של אותה שנה אל מול ההכנסה מדיבידנד באותה שנה. את הוצאות המימון שהוצאו בשנים 2009-2010, בהן בוצעה גם מכירת מניות, ניתן לגישת המשיב לנכות לפנים משורת הדין גם מרווחי ההון מהמכירה לפי הוראות סעיף 18(ג) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה), זאת על דרך של היוון לעלות הרכישה. המשיב גם דחה את גישת המערערת לפיה ניתן להכיר בחלק מתמורת מכירת המניות כדיבידנד, ואף קבע כי לא היו בבזק רווחים ראויים לחלוקה לפי סעיף 94ב לפקודה.

בית המשפט המחוזי אימץ את גישת המשיב, ודחה את טענותיה החלופיות של המערערת לייחוס ההוצאות למחיר המקורי של רכישת המניות, ולניכוי הוצאות המימון באופן יחסי, ולא שנתי, באופן שכונה על ידה "יחס התמורות המצטבר". בדומה נדחתה גם טענתה של המערערת לפיה יש לבחון חלק מהתמורה בגין המכירה כדיבידנד שחולק, וכן נדחתה הטענה החלופית בדבר הפחתת סכום רווחים ראויים לחלוקה. קביעותיו אלה של בית המשפט המחוזי התבססו על פסקי הדין בפרשות בראון-פישמן וז'ובין שפורסמו תוך כדי ניהול ההליך קמא (ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת

בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים (8.6.2015) (להלן: בראון-פישמן); ע"א 7566/13 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' ז'ורבין (22.6.2015)).

2. בערעור שלפנינו מעלה המערערת שתי טענות חלופיות. ראשית, נטען כי יש לעיין מחדש בהלכת כלל, ולקבוע בהתאם כי ניתן להוון את מלוא הוצאות המימון לעלות המניות (ע"א 635/68 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל חברה להשקעות בישראל בע"מ, פ"ד כג(1) 548 (1969) (להלן: כלל)). נטען בהקשר זה שדיבידנד בין חברות אינו בגדר הכנסה פטורה, אלא הוא כלל אינו חלק מבסיס המס, ועל כן לא חלה עליו הוראת סעיף 18(ג) לפקודה בעניין הכנסה מועדפת. שנית, ולחלופין, נטען כי הפרשנות הראויה לסעיף 18(ג) היא שיש להכיר בהוצאות המימון לפי "יחס התמורות המצטבר" כך שחלק מההוצאות ינוכו אל מול ההכנסה מדיבידנד, וחלק ינוכה אל מול התמורה ממכירת המניות, שלא על בסיס שנתי אלא על בסיס מצטבר. בנוגע לטענה זו הדגישה המערערת את הצורך לבצע ייחוס הוגן ואמיתי של הוצאות המימון כנגד ההכנסות שהופקו באמצעות ההלוואה, ואת העובדה שבעת עריכת השומות כבר היו ידועים לשני הצדדים כל הנתונים הדרושים לצורך עריכת השומה בשיטה זו. במישור אחר טענה המערערת כי יש להכיר בדיבידנד שחילקה בזק לאחר מכירת המניות, כאילו חולק לפני המכירה, כך שהסכום שחולק לא ייחשב במסגרת התמורה שקיבלה המערערת ממכירת המניות. לגישתה, כבר טרם המכירה היא קיבלה את הזכות לקבלת דיבידנד, ופרשנות תכליתית מצדיקה את ניכוי זכות זו מתמורת המכירה.

דיון והכרעה

3. נפתח בטענת הצורך בעיון מחדש בהלכת כלל, וייחוס כל הוצאות המימון לעלות המניות. ראשית המערערת טענה כי העיון מחדש בהלכת כלל נחוץ עקב ביטולו של סעיף 127 לפקודה – בעניין זה אין לי אלא להפנות לנימוקי השופט צ' זילברטל בעניין בראון-פישמן, ובפרט לדבריו:

"במובן זה, דומה כי ביטולו של סעיף 127 לפקודה אינו מעלה ואינו מוריד מההיגיון שביסוד הניתוח, שכן הצורך למנוע עיוות בייחוס הוצאות ששימשו ביצירת הכנסות שאינן חייבות במס חברות, כלפי הכנסות שכן חייבות במס חברות, עודנו קיים" (עניין בראון-פישמן, בפס' 22).

מעבר לכך, המערערת לא הצביעה לטעמי על הצדקה יסודית לשינוי הלכת כלל, שהינה הלכה מושרשת בשיטתנו כיוכל. אכן, אין מן הנמנע שבית משפט זה יוציא ישן מפני חדש – אך זאת רק כאשר הדבר נדרש ומוצדק.

פסק הדין בעניין בראון-פישמן, שעיקריו יוצגו כעת, מסכם את הנושא לגבי ניכוי הוצאות המימון והלכת כלל, ואף שנסיבותיו שונות מעט מענייננו, עולה ממנו כי הדין עם המשיב. פרשת בראון-פישמן עסקה בחברת אחזקות אשר נטלה הלוואות ששימשו לרכישת מניות, בדומה לענייננו. המניות הפיקו לחברה הכנסות מדיבידנד במשך השנים, ובמקביל צמחו הוצאות מימון בגין ההלוואות. בשונה מענייננו, החברה ביקשה להכיר בהוצאות המימון כהפסד עסקי לפי סעיף 28 לפקודה. עוד יצוין כי הוצאות המימון עלו על גובה ההכנסות מדיבידנד במשך השנים. פקיד השומה סירב להכיר בהוצאות המימון כהפסד עסקי, כאשר לגישתו לפי סעיף 18(ג) ניתן היה לנכות את הוצאות המימון רק מול ההכנסה מדיבידנד. את יתרת ההוצאות, אשר חרגה מגובה הדיבידנד, הסכים פקיד השומה להוון לעלות רכישת המניות, בדומה לאופן בו הדבר נעשה בענייננו לגבי השנים 2009-2010, וזאת לטעמו לפנים משורת הדין.

בפסק דינו מפנה השופט צ' זילברטל להלכות נכסי כהנים ומ.ד.מ אשר עסקו בניכוי הוצאות מימון, והבהירו את הקשר הנדרש בין הוצאות המימון להכנסה פאסיבית ספציפית שהופקה בזכות המימון, לצורך הניכוי (ע"א 314/67 פקיד השומה, תל אביב 4 נ' נכסי כהנים בע"מ, פ"ד כא(2) 748 (1967) (להלן: נכסי כהנים); ע"א 627/73 חברת מ.ד.מ בע"מ נ' פקיד השומה, תל אביב 2, פ"ד כח(2) 635 (1974) (להלן: מ.ד.מ)). כדבריו:

"הוצאות המימון אשר הוצאו בגין ההלוואה ששימשה לרכישת המניות בגינן צמחה ההכנסה מדיבידנד, לא הוצאו במסגרת פעילות פירותית אקטיבית "בעסק", ולכן הן אינן מותרות בניכוי ככאלה לפי סעיף 17 רישא, ואף אינן מותרות בקיזוז לפי סעיף 28. ניכוי הוצאות המימון במקרה דנן יכול אפוא שייעשה רק דרך סעיף 17(1)(א). ואולם, הואיל והכנסת המערערת מדיבידנד היא פאסיבית, הרי שכאמור, הניכוי יותר רק נגד הכנסה מסוג זה (עניין נכסי כהנים; עניין מ.ד.מ) (עניין בראון-פישמן, פס' 32 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל).

אומנם המערערת הבחינה בין עניינה, בו ההכנסות הנדונות הן מדיבידנד וממכירת המניות בלבד, לבין פרשות כלל, מ.ד.מ, ונכסי כהנים – בהן היו לנישומים הכנסות עסקיות אחרות נוספות, אשר מולן ביקשו הנישומים לנכות את הוצאות המימון

ששימשו לרכישת המניות. אולם, ביחס לשאלת ניכוי ההוצאות אל מול ההכנסה מדיבידנד, או היוון לעלות רכישת המניות – הפרשות שהוזכרו אכן רלוונטיות, ותומכות בגישת המשיב. אף שבעניין בראון-פישמן השופט צ' זילברטל לא נדרש לדיון רחב בשאלה האם יש לעיין מחדש בהלכת כלל, הוא מצא לנכון לדחות את הגישה לפיה סעיף 18(ג) אינו חל על הכנסות מדיבידנד בין חברות (עניין בראון-פישמן, פס' 23 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל).

בכך יש גם מענה לטענת המערערת לפיה סעיף 18(ג) לפקודה לא חל בעניינה, מאחר שדיבידנד בין חברות אינו חלק מבסיס המס – גישה שאומנם הובעו לגביה דעות שונות בספרות (נדב שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל - האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" מיסים יז/ג 131, 135 (2003); דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן כרך 111 (2009) (להלן: מיסוי חברות)) – אך נראה כאמור שהיא נדחתה בפסיקה. ראו גם את הדברים הבאים:

"כזכור, המערערת טענה שתקבוליה מדיבידנד הוצאו מבסיס המס בגדר סעיף 126(ב) לפקודה, ועל כן הם כלל אינם מהווים "הכנסה", וממילא לא "הכנסה פטורה". כפי שנאמר לעיל, על-פניו, יש לדחות את טענתה זו, ולאמץ את עמדת המשיב ובית משפט קמא, כי סעיף 18(ג) חל על דיבידנד בין חברתי, כפי שנקבע בעניין כלל. משכך, יש לקבוע כי הוצאות המימון מותרות לניכוי רק כנגד הכנסה זו, משהיא הכנסה "מועדפת", ומכאן שדרישות המשיב בשומות השנתיות בתקופת ההחזקה, בדין יסודן" (עניין בראון-פישמן, פס' 35 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל).

4. בעניין בראון-פישמן נטענה הטענה, אשר רלוונטית במיוחד לענייננו, כי יש להוון את הוצאות המימון לעלות רכישת המניות (עניין בראון-פישמן, פס' 40 לפסק-הדין). לאחר ניתוח מקיף, קבע השופט צ' זילברטל כי ייחוס מלוא הוצאות המימון לעלות רכישת המניות חוטא לתכלית סעיף 18(ג), ועל כן פסק כי אין לאפשר ייחוס כזה. כדבריו:

"בהיבט העקרוני, אפשר שקבלת עמדה זו מרוקנת מתוכן את סעיף 18(ג). הרי מובן, כי נישום אשר יש לו הכנסה שאינה חייבת במס, יעדיף שלא לייחס לה את ההוצאה שיצאה בייצורה, אלא "להשתמש" בהוצאה זו על-ידי היוון לעלות הנכס. עוד מובן, כי מתן האפשרות לעשות כן, יוביל למצב שבו הנישום "ייהנה" פעמיים: פעם אחת, משהוא לא יחויב במס בגין ההכנסה המועדפת; ופעם שנייה, כאשר הוא ישתמש בהוצאות

שהוצאו לצורך ייצור ההכנסה המועדפת, בדרך של היוון לעלות הנכס. מובן כי למעשה מדובר בדיוק במצב שאותו ביקש המחוקק למנוע בסעיף 18(ג). במובן זה, מתן האפשרות להוון את עלות ההוצאות לנכס משול למתן אפשרות למערערת לנכות את ההוצאות כנגד הכנסה שאינה ההכנסה המועדפת. נדמה כי קשה להלום פרשנות זו ה"עוקפת", הלכה למעשה, את הוראת המחוקק המפורשת בסעיף 18(ג) "עניין בראון-פישמן, פס' 43 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל).

בכך יש בכדי לדחות את טענת המערערת בדבר ייחוס מלוא ההוצאות לעלות רכישת המניות. איננו אף עוסקים במצב בו דרש פקיד השומה לייחס את מלוא הוצאות המימון להכנסה מדיבידנד – מצב שלגביו צוין כי הוא עשוי לעורר חוסר נחת (עניין בראון-פישמן, פס' 45 לפסק-הדין). המשיב, בדומה לעניין בראון-פישמן, התיר למערערת לייחס חלק מהוצאות המימון שהוצאו בשנים 2009-2010 לעלות רכישת המניות, אף שהדבר לגישתו נעשה לפני משורת הדין.

5. אם כן, נותרנו עם טענתה החלופית של המערערת לפיה יש להתיר לפצל את הוצאות המימון באופן יחסי, כאשר חלק ינוכה אל מול ההכנסה מדיבידנד, וחלק יוכר כמרכיב בעלות רכישת המניות – או כלשונה "יחס התמורות המצטבר". גישה זו נבדלת מגישת המשיב בכך שהיא אינה מייחסת חשיבות לחלוקה לשנות מס, אלא בוחנת את פעילות המימון, רכישת המניות, והדיבידנד – כמכלול באופן מצטבר. אף שניתן להבין את ההיגיון שבטענתה זו של המערערת, נראה כי הוראות הפקודה והפסיקה תומכות בגישת המשיב, ושוללות את אפשרות הניכוי גם לפי "יחס התמורות המצטבר". טענה זו יש לדחות לטעמי מהסיבה שהיא מנוגדת לכללי ניכוי הוצאות מימון, ולכללי קיזוז ההפסדים והמסגרת של שנת מס – כפי שיוסבר כעת.

ראשית, בענייננו עסקינן בנכס מסוג מניות, אשר כבר התחיל להפיק הכנסה בדמות דיבידנד. במצב דברים זה כללי ניכוי הוצאות המימון, כפי שהתגבשו בפסיקה, קובעים כי הוצאות אלו ינוכו אל מול אותה הכנסה בשנת המס. אכן, במקרה בו הנכס לא התחיל עדיין להפיק הכנסה, ייתכן שיהיה ניתן לייחס את הוצאות המימון לעלות רכישת הנכס (ראו: אהרן נמדר מס הכנסה [יסודות ועיקרים] 348 (חושן למשפט, מהד' רביעית, 2013); ע"א 4271/00 מ.ל השקעות ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נז(2) 953 (2003)). בנקודה זו ראוי לעורר את השאלה האם אין זו בחירתו של הנישום לנכות את הוצאות המימון באופן שוטף, או שמא להכיר בהן כחלק מעלות הנכס? ייתכן שבמצב רגיל, בו אין מדובר בהכנסה מועדפת לפי סעיף 18(ג), אכן זכות הבחירה היא של הנישום. זאת בפרט לנוכח ההשוואה מול סעיף 39 א לחוק מיסוי

מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963, הקובע כי הוצאות ריבית שהוצאו לרכישת הזכות במקרקעין יותרו בניכוי מול רווח החייב במס השבח, המקביל למס רווח ההון, רק אם לא הותרו בניכוי לפי הפקודה (ראו גם: מיסוי חברות כרך א, בעמ' 311). הוראה דומה הייתה קיימת בעבר גם בנוגע לרווח הון, אולם בוטלה בתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22), תשל"ה-1975 (לדיון בנושא ראו: ע"א 94/63 פ"ה נתניה נ' בן משה, פ"ד יז 1768 (1963)). ברם, בענייננו ההכנסה מדיבידנד אינה חייבת במס, וכתוצאה מכך חל סעיף 18(ג) אשר מתיר לנכות את הוצאות המימון רק כנגד אותה הכנסה. נושא זה נדון בהרחבה בעניין בראון-פישמן, כפי שאף הובא לעיל (לדיון ודעה נוספת בהקשר זה ראו: אלכס שפירא מיסוי שוק ההון 447 (מהדורה שנייה, 2012)). מכאן שאין לנישום אפשרות בחירה, והוצאת המימון תנוכה אל מול ההכנסה המועדפת.

משמעות הדברים היא שמאחר שהמניות הן נכס שהפיק הכנסה, וסעיף 18(ג) חל בנושא, יש לנכות את הוצאות המימון אל מול הדיבידנד. הדבר אף מתחייב מכך שלא ניתן להעביר את הוצאות המימון לשנים הבאות. סעיף 17 מבהיר כי הוצאות ניתנות לניכוי רק בתוך אותה שנת מס שבה הוצאו: "לשם בירור הכנסתו החייבת של אדם ינוכו, זולת אם הניכוי הוגבל או לא הותר על פי סעיף 31, יציאות והוצאות שיצאו כולן בייצור הכנסתו בשנת המס ולשם כך בלבד". הוצאות שלא מנוכות עשויות להיות מקוזזות בשנים הבאות כהפסד, אך רק אם מדובר בהפסד מעסק או משלח יד. סעיף 28 לפקודה אינו מאפשר לקזז הכנסה מול הפסד פאסיבי, שאינו מעסק או משלח יד, אשר נוצר בשנים קודמות. למעשה, המערערת מבקשת להתבונן בארבע השנים 2007-2010 ממעוף הציפור, וכמכלול, כך שיותר לה לנכות את הוצאות המימון באופן יחסי מול הצטברות הדיבידנדים שקיבלה יחד עם התמורה ממכירת המניות. גישה כזו מתעלמת מהחלוקה המשורשת לשנות מס נפרדות, כאשר בתום כל שנת מס "ננעל" ההפסד של אותה שנה, והוא יקוזז מול הכנסות עתידיות אך ורק בהתאם לכללי הפקודה.

6. בשולי הדברים אעיר כי אינני מתעלם מכך שיש טעם בגישה לפיה ניתן לפצל באופן יחסי הוצאות מימון בגין הלוואה ששימשה לרכישת מניות, ולייחס אותן לדיבידנד ולמחיר המקורי של המניות, שלא בהכרח לפי שנות המס. בגישה כזו טמון היגיון של גביית מס אמת. בדומה, אינני מתעלם מכך שיש היגיון בעמדה ההפוכה העומדת על החלוקה לשנות מס. ההיגיון בעמדה זו נשען על מדיניות של סדר בגבייה, דהיינו לאפשר ניכוי הוצאות מסוימות רק בשנת המס בה הוצאו. הוראות שונות בפקודה נסבו סביב מדיניות זו של חלוקה ליחידות של שנת מס, זאת כדי ליצור ודאות ובהירות במלאכת הגבייה. בל נשכח כי קבלת עמדת המערערים עשויה להביא לפיצול הוצאת מימון שהוצאה בשנת מס, כך שחלקה ינוכה אל מול הכנסה פירותית באותה

שנה, וחלקה יוכר באופן הוני כחלק מעלות הנכס בשנת מס אחרת לצורך חישוב רווח הון. ועדיין, עיקרון מס אמת מושרש הוא, ואין לשלול בהכרח פתרונות אחרים מאלו שהוצעו.

המחלוקת בין הגישות – ניכוי על פי שנת המס כעמדת המשיב, וכמכלול באופן מצטבר כעמדת המערערים – קיימת. כפי שצוין לעיל, עולה כי הוראות הפקודה, ובפרט סעיפים 17, 18 (ג) ו-28, תומכות בגישת המשיב. המחוקק אמר את דברו בנושא, ולשון החוק מחייבת. אין בכך בכדי להביע כל עמדה באשר לדין הרצוי, לכאן או לכאן.

7. טרם סיום, בנוגע לטענת המערערת בדבר התייחסות לחלק מתמורת מכירת המניות כאל דיבידנד שחולק לפני המכירה, אין לי אלא להצטרף לנימוקי בית משפט קמא. אדגיש רק זאת – טענת המערערת לפיה הזכות המהותית לקבלת הדיבידנד הוענקה לה לפני מימוש העסקה, אינה תומכת בניכוי סכום הדיבידנד מתמורת המכירה. ניתן להתייחס לדבר כאילו זכות זו נמכרה יחד עם המניות, והראיה לכך היא שהדיבידנד שחולק לאחר העסקה לא הגיע לכיסה של החברה.

8. לנוכח האמור אציע לחבריי לדחות את הערעור, תוך חיוב המערערת בהוצאות המשיב בסך 22,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט



השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ד בסיון התשע"ח (28.5.2018).

שופטת

שופט

שופט