

הנדון: ייחוס הוצאות מימון להכנסות מדיבינד לפי סעיף 18(ג) לפקודה- פס"ד בראון פישמן (ביהמ"ש העליון)

1. כללי:

בחוזר מיסים 7.2013 של משרדנו, שפורסם בפברואר 2013 הבאנו לידיעתכם את פסק-דינו של ביהמ"ש המחוזי בתל-אביב בעניין **בראון- פישמן**¹. על פסה"ד של ביהמ"ש המחוזי הוגש ערעור על-ידי החברה, וביום 8 ביוני 2015 ניתן **פסק-דינו של ביהמ"ש העליון** בתיק², במסגרתו נדחה הערעור וניתן משנה תוקף לפסק-דינו של ביהמ"ש המחוזי. **לפסק-הדין יש השלכות מרחיקות לכת על חברות המקבלות דיבינדים ובמיוחד על חברות החזקה.**

פסק-הדין עסק במספר נושאים בהם נקבע כדלקמן:

- 1.1 **בהלכת כלל³**, שניתנה לפני עשרות שנים- נקבע כי לפי סעיף 18(ג) לפקודת מס הכנסה, יש לייחס הוצאות מימון והוצאות הנהלה וכלליות גם להכנסות מדיבינד שקיבלה חברה, על אף שסעיף 126(ב) לפקודה הוציא הכנסות אלו מבסיס ההכנסה החייבת של החברה המקבלת. פסק הדין קובע כי גם לאחר תיקוני החקיקה שחלו מאז ניתנה הלכת כלל, אין יסוד לטענה לפיה רק בשל שינוי המצב המשפטי, אין כבר תוקף להלכה שנקבעה בו, אם כי "אין צורך לטעת מסמרות בדבר". על כן, חלק ההוצאות המיוחס להכנסות מדיבינד, לא יותר בניכוי מהכנסותיה החייבות במס, ואף לא ניתן להוון אותו לעלות השקעה במניות (אם כי את יתרת ההוצאות שלא יוחסה להכנסה מדיבינד ניתן יהיה להוון לעלות המניות).
- 1.2 בנסיבות העניין, לא הוכח שהשקעותיה של החברה הגיעו כדי פעילות מ"עסק" או "עסק אקראי" ועל כן אין להתיר את ההוצאות כהוצאות פירותיות היוצרות הפסד מעסק.
- 1.3 בשנת 2003 בה מכרה החברה מניות, לא ניתן לדרוש הפסד ריאלי לפי סעיף 9(ג) לחוק התיאומים בשל אינפלציה בשל מכירת המניות, מאחר שהחוק תוקן בנושא זה רק משנת 2006 ולא מדובר בתיקון מבהיר.

¹ עמ"ה 1059/05, 1285/08, 1305/09 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים.
² ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים.
³ ע"א 635/68 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל חברה להשקעות בישראל בע"מ.

תל אביב - משרד ראשי

מרכז עזריאלי 1 תל אביב, 6701101 ת.ד. 16593
תל אביב, 6116402 | טלפון: 03-6085555 | פקס: 03-6094022 | info@deloitte.co.il

Seker - Deloitte גיבורי ישראל 7 ת.ד. 8458 נתניה דרום, 4250407	Deloitte Analytics הסיבים 7 ת.ד. 7796 פתח תקווה, 4959368	טריגר פורסיט מקבוצת Deloitte מרכז עזריאלי 3 תל אביב, 6701101	משרד אילת המרכז העירוני ת.ד. 583 אילת, 8810402	משרד באר שבע אלומות 12 פארק התעשייה עומר ת.ד. 1369 עומר, 8496500	משרד חיפה מעלה השחרור 5 ת.ד. 5648 חיפה, 3105502	משרד ירושלים קרית המדע 3 מגדל הר חוצבים ירושלים, 9777603 ת.ח. 45396 ירושלים, 9145101
טלפון: 09-8922444 פקס: 09-8922440 info-seker@deloitte.co.il	טלפון: 077-8322221 פקס: 03-9190372 info@deloitte.co.il	טלפון: 03-6070500 פקס: 03-6070501 info@tfco.co.il	טלפון: 08-6375676 פקס: 08-6371628 info-ellat@deloitte.co.il	טלפון: 08-6909500 פקס: 08-6909600 info-beersheva@deloitte.co.il	טלפון: 04-8607333 פקס: 04-8672528 info-haifa@deloitte.co.il	טלפון: 02-5018888 פקס: 02-5374173 info-jer@deloitte.co.il

2. פסק-דינו של ביהמ"ש העליון:

2.1. חברת בראון-פישמן תקשורת בע"מ ("המערערת") החזיקה בשנות המס 1999 עד 2007 במניות ידיעות תקשורת בע"מ ובמניות פולן בע"מ ("החברות המוחזקות"). המערערת דרשה בניכוי הוצאות מימון בגין הלוואות שנטלה למימון ההשקעה במניות החברות המוחזקות, וכן הוצאות משפטיות הכרוכות במניות. כמו כן, מכרה החברה בשנת 2003 חלק מהמניות המוחזקות ודרשה בגין המכירה הפסד ריאלי לפי סעיף 9(ג) לחוק התיאומים בשל אינפלציה.

2.2. ייחוס הוצאות מימון להכנסות מדיבידנד בין-חברתי לפי סעיף 18(ג) לפקודה:

ביהמ"ש העליון מתייחס תחילה לסעיפים 18(ג) ו-126(ב) לפקודה ולתכלית העומדת בבסיסם: סעיף 18(ג) לפקודה מהווה מעין "חריג" או "סייג" לסעיף 17 לפקודה. הסעיף עוסק במקרה שבו לנישום יש הכנסה "מועדפת" - כלומר, הכנסה שנקבע לגביה שיעור מס מיוחד או שהיא פטורה ממס. הסעיף קובע, כי במקרה זה: "ההוצאות שבהן עמד אותו אדם לשם השגת ההכנסה המועדפת יותרו לניכוי לפי סעיף 17 רק כנגד הכנסה זו". תכלית הסעיף היא למנוע מצב שבו הוצאה שבגינה יוצרה הכנסה "מועדפת" תיחס להכנסה "רגילה", החייבת במס בשיעור מלא, ובכך יוקטן נטל מס על הנישום. ייאמר, כי הסעיף נועד לפתור גם מצבים שבהם קיים קושי לקבוע מהו סכום ההוצאה המדויק שאותו יש לייחס להשגת ההכנסה המועדפת, בכך שנקבע בסיפא של הסעיף כי במצבים אלו: "ינוכה כנגד ההכנסה המועדפת חלק יחסי מן ההוצאות שבהן עמד בייצור כלל הכנסתו, כיחס ההכנסה המועדפת לכלל הכנסתו".

סעיף 126(ב) לפקודה מעגן את הכלל לפיו בחישוב ההכנסה החייבת של חבר בני-אדם "לא תיכלל הכנסה מחלוקת רווחים או מדיבידנד שמקורם בהכנסות שהופקו או שנצמחו בישראל שנתקבלו במישרין או בעקיפין מחבר-בני-אדם אחר החייב במס חברות". הסדר זה, לפיו אין להטיל מס על החברה שקיבלה את הדיבידנד, טעמו בכך שהחייב במס יוטל, ממילא, כאשר היא תחלק דיבידנד, על בעלי המניות היחידים שקיבלו אותו. הלכה למעשה, הפקודה "מבטלת" את תשלום המס בכל העברה של דיבידנד בין חברתי כאמור, ובמקום זאת מורה על הטלת המס בגין הדיבידנד פעם אחת בלבד, כאשר הוא מחולק למי שאינו חבר בני אדם.

תל אביב - משרד ראשי

מרכז עזריאלי 1 תל אביב, 6701101 ת.ד. 16593
תל אביב, 6116402 | טלפון: 03-6085555 | פקס: 03-6094022 | info@deloitte.co.il

משרד ירושלים	משרד חיפה	משרד באר שבע	משרד אילת	טריגר פורסייט	Deloitte Analytics	Seker - Deloitte
מקום המדע 3 ת.ד. 5648 ירושלים, 9777603 ת.ח. 45396 ירושלים, 9145101	מעלה השחרור 5 ת.ד. 5648 חיפה, 3105502	אלומות 12 פארק התעשייה עומר ת.ד. 1369 עומר, 8496500	המרכז העירוני ת.ד. 583 אילת, 8810402	מרכז עזריאלי 3 תל אביב, 6701101	הטיבים 7 ת.ד. 7796 פתח תקווה, 4959368	גיבורי ישראל 7 ת.ד. 8458 נתניה דרום, 4250407
טלפון: 02-5018888 פקס: 02-5374173 info-jer@deloitte.co.il	טלפון: 04-8607333 פקס: 04-8672528 info-haifa@deloitte.co.il	טלפון: 08-6909500 פקס: 08-6909600 info-beersheva@deloitte.co.il	טלפון: 08-6375676 פקס: 08-6371628 info-ellat@deloitte.co.il	טלפון: 03-6070500 פקס: 03-6070501 info@tfco.co.il	טלפון: 077-8322221 פקס: 03-9190372 info@deloitte.co.il	טלפון: 09-8922444 פקס: 09-8922440 info-seker@deloitte.co.il

ביהמ"ש העליון מציין כי השאלה היא אפוא: האם יש לפרש את סעיף 126(ב) לפקודה כהסדר לפיו הדיבידנד הבין חברתי מהווה "הכנסה פטורה ממס", אשר סעיף 18(ג) לפקודה חל עליה, או כהסדר שבגדרו ההכנסה מדיבידנד בין חברתי מוצאת מכל וכל מבסיס המס. ביהמ"ש מציין כי שאלה זו נדונה זה מכבר ע"י ביהמ"ש העליון בעניין כלל (ע"א 68/635), בו נקבע כי הכנסה מדיבידנדים בין חברות לפי סעיף 126(ב) לפקודה היא בגדר הכנסה פטורה ממס, וכי חל לגביה סעיף 18(ג). ביהמ"ש מציין כי שומה עלינו לזכור כי מצב הדברים "הקלאסי" אליו כיוונה הפקודה בסעיף 18(ג), הוא מצב הדברים שבו יש לחברה הכנסות ממספר מקורות, אשר ביניהם גם "הכנסה מועדפת". תכלית הסעיף היא להבטיח שבמצב דברים זה, הרווח והשכחה, לא תהא פתוחה לנישום אפשרות לרתום את הוצאותיו שיצאו לשם יצירת ההכנסה המועדפת, לטובת הקטנת ההכנסה החייבת בשיעור מס רגיל. לפיכך, קובע ביהמ"ש כי אין יסוד לטענה לפיה רק בשל שינוי המצב המשפטי מאז עניין כלל, אין תוקף להלכה שנקבעה בו.

עוד מציין ביהמ"ש העליון, כי חרף הביקורות השונות שנשמעו ביחס להלכה שנקבעה בעניין כלל, ולמרות תיקוני החקיקה השונים, נראה כי הלכה זו עודנה תקפה, אם כי "אין צורך לטעת מסמרות בדבר", שכן לא נדרשת הכרעה בתחולתו העקרונית של סעיף 18(ג) על דיבידנד בינחברתי, שכן הוא הופך לדין תיאורטי בלבד בנסיבות המקרה שלפנינו. אימוץ פרשנותה של החברה המערערת, לפיה סעיף 18(ג) לפקודה אינו חל על הכנסות מדיבידנד בין חברתי, כך שניתן יהיה לייחס הוצאות שיצאו בייצור הכנסה זו גם להכנסות אחרות החייבות במס חברות בשיעור רגיל, אינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההקבלה, וחוטא לכוונת המחוקק בסעיף 18(ג) לפקודה.

2.3 דחיית הטענה כי ההשקעות בחברות המוחזקות הגיעו כדי פעילות מ"עסק" או "עסק אקראי" ועל כן יש

להתיר את ההוצאות כהוצאות פירותיות היוצרות הפסד מעסק:

ביהמ"ש המחוזי קבע כי השקעת החברה המערערת במניות החברות המוחזקות לא נעשתה כחלק מפעילות מסחרית פירותית, אלא כפעילות הונית. ביהמ"ש העליון מציין כי קביעה זו של ביהמ"ש המחוזי נשענה על מספר אדנים, שהם בעיקרם אדנים עובדתיים, וכלל ידוע הוא כי גדר ההתערבות של ערכאת הערעור בקביעות הערכאה הדיונית מצומצמת ושמורה רק לנסיבות מיוחדות.

ביהמ"ש המחוזי הגיע לקביעתו האמורה בהתבסס, בין היתר, על הנימוקים הבאים: (א) החזקת החברה המערערת במניות החברות המוחזקות הייתה לתקופת זמן ארוכה מאוד; (ב) החברה המערערת לא ביצעה פעולות מכירה וקניה במניות החברות המוחזקות במהלך התקופה; (ג) לחברה המערערת אין עובדים וממילא לא פועלים במסגרתה גורמים הבקיאיים בביצוע עסקאות סחר במניות; (ד) לחברה המערערת אין מנגנון או פעילות קבועה ומתמשכת; (ה) לחברה המערערת לא הייתה "השפעה מהותית" בחברות המוחזקות; (ו) רישום ההשקעה בדוחות הכספיים השנתיים של החברה המערערת מעיד על אופי הוני, כאשר ההשקעה לא הוצגה כרכוש שוטף או מלאי, ומנגד, כן הוצגה במסגרת הביאורים בדוחות כ"פעילות השקעה"; (ז) כאשר נמכרו חלק מהמניות, המכירה דווחה כ"הפסד הון".

בהתאם, ביהמ"ש העליון קובע כי קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה פעילות החברה המערערת במניות אינה בגדר "עסק" או "עסק אקראי", אלא מדובר בפעילות הונית, בדין יסודה, ולא קיימת עילה להתערב בקביעה זו, משהיא שעונה על אדנים עובדתיים מובהקים ומשלא נמצא פגם בקביעה זו.

בנסיבות העניין, סיווג הפעילות במניות עצמן הולך יד ביד עם סיווג ההכנסה מדיבידנד כהכנסה פאסיבית לפי סעיף 2(4) לפקודה ולא כהכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) לפקודה. הצד השני של אותו המטבע הוא, כי הוצאות המימון אשר הוצאו בגין ההלוואה ששימשה לרכישת המניות בגין 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 לפקודה.

2.4. האפשרות להוון את הוצאות המימון לעלות הנכס:

אחת מהטענות החלופיות שהציגה המערערת היא, כי אם ייקבע שיש לייחס להכנסתה מדיבידנד את הוצאות המימון שלה לפי סעיף 18(ג) לפקודה, יש לאפשר לה להוון את הוצאות המימון לעלות רכישת המניות בחברות המוחזקות. טענה זו מבוססת על ההיגיון כי כאשר הנישום פועל לפי סעיף 18(ג) לפקודה, נוצר מצב שבו ייחוס ההוצאות אינו מוביל למעשה להפחתת נטל המס המוטל עליו, כך שלמעשה ההוצאות שהוציא "יורדות לטמיון". לפיכך, גרסה החברה המערערת, כי במצב זה, יש למצער לאפשר לה להוון את עלות ההוצאות לעלות רכישת המניות.

ביהמ"ש העליון קובע כי דין טענה זו להידחות. ראשית, ניכוי הוצאות מימון, כבמקרה דנן, אינו נסמך על סעיף 17 רישא, אלא על סעיף 17(1)(א), אשר מתיר את ניכוי הוצאות המימון אשר השתלמו "על הון ששימש בהשגת ההכנסה". לפיכך, העובדה כי ההלוואה שהצמיחה את הוצאות המימון שימשה לרכישת המניות, אינה חוסמת אפשרות לייחס את הוצאות המימון להכנסה מדיבידנד שצמחה מאותן המניות. על כן, אין מקום לשינוי סיווגן והגדרתן מחדש של הוצאות אלה כדיעבד כהוצאות כהוניות. זאת ועוד, אלמלא נטלה המערערת את ההלוואות, ספק אם באפשרותה לרכוש את המניות, ומימלא שלא היתה צומחת לה הכנסה מדיבידנד, מה גם שההכנסה מדיבידנד שימשה את המערערת לפירעון ההלוואות, כך שקיים קשר מובהק בין ההכנסה מדיבידנד לבין ההלוואות.

זאת ועוד, קשה לקבל את טענת המערערת ביחס לסעיף 18(ג) גם מן הטעם העקרוני, שכן 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) לפקודה.

מוסיף ביהמ"ש, כי ניתן להרהר בשאלה, האם כאשר הוצאות המימון הן בסכומים גדולים מאוד ביחס להכנסות מדיבידנד, האם עדיין יש לעמוד בדווקנות על התוצאה לפיה לא ניתן להתיר אפילו היוון של חלק מההוצאה לעלות הנכס. הדיון בעניין זה נחסך לעת הזו, בשל הפתרון המעשי אותו הציע פקיד השומה, לפיו המערערת **תוכל להוון לעלות המניות את יתרת ההוצאות**, שלא יוחסה להכנסות מדיבידנד, פתרון שביהמ"ש לא ראה לנכון להתערב בו והוא בעיניו הוגן בנסיבות העניין.

2.5. דין ההוצאות המשפטיות הנלוות הכרוכות ברכישת מניות החברות המוחזקות:

ביהמ"ש העליון קובע כי קיימת עמימות עובדתית מסוימת לגבי השאלה האם ההוצאות המשפטיות היו כרוכות בעסקת הרכישה של מניות החברות המוחזקות, ומניח כי התשובה לשאלה היא בחיוב. מתוך נקודת מוצא זו, ביהמ"ש קובע כי ההוצאות הנלוות אינן יכולות להיות מטופלות בגדר סעיף 17 רישא לפקודה, משום שהן אינן הוצאות שוטפות פירותיות. כמו כן, הוצאות אלה אינן מטופלות בגדר סעיף 17(א) לפקודה, שכן אין מדובר בהוצאות מימון. לכאורה נדמה, כי הוצאות אלה, בהנחה שהן אמנם הוצאו במסגרת עסקת רכישת הזכויות בחברות המוחזקות, הן הוצאות הוניות. לפיכך, קובע ביהמ"ש העליון כי קיימת הצדקה לטענה כי יש להוון אותן לעלות הנכס.

2.6. תחולת סעיף 9 לחוק התיאומים על ההפסד שנבע מהמימוש החלקי של המניות:

החברה המערערת טענה כי היה צריך להתיר לה להכיר ב"הפסד ריאלי" כמשמעו בסעיף 9(ג) לחוק התיאומים בגין ההפסד שנצמח לה בעסקת מימוש חלקי של המניות המוחזקות בשנת 2003. טענה זו של החברה המערערת נדחתה על-ידי הפש"ג, שקבע כי אין להתיר הפסד ריאלי במכירת המניות משום שסעיף 9(ג) לחוק התיאומים כנוסחו בשנת 2003 לא חל על מכירת ניירות ערך אלא רק "במכירת נכס קבוע בר פחת" (לשון הסעיף דאז).

בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת פש"ג, וציון, כי אמנם, בשלב מאוחר יותר תוקן סעיף 9(ג) לחוק התיאומים, בגדר תיקון מספר 18 לחוק התיאומים, ונקבע כי הוא חל גם "במכירת נכס קבוע שהוא נייר ערך", אלא שתחולת התיקון הייתה רק מיום 1.1.2006. לכן, סעיף 9(ג) אינו חל על ההפסד שנגרם לחברה המערערת במימוש החלקי בשנת 2003. בתוך כך, דחה בית המשפט המחוזי גם את טענת החברה המערערת לפיה התיקון לחוק התיאומים היה בגדר "תיקון מבהיר", וממילא גם לפניו היה ניתן להכיר בפועל בהפסד ריאלי מניירות ערך. זאת, תוך שצוין, כי אין בנוסחו של סעיף 9(ג) עובר לתיקון כל אחיזה לפרשנות זו. **ביהמ"ש העליון קובע כי אף בעניין זה יש לאמץ את מסקנת בית המשפט המחוזי.**

3. מסקנות והמלצות

לפסק דין זה של בית המשפט העליון, ישנן השלכות עצומות לגבי כל חברה המקבלת דיבידנד. החשיפה גבוהה יותר אצל חברת החזקות, וכן ככל שהדיבידנד הינו בסכום גבוה יותר וככל שאין לחברה (כמעט) הכנסות נוספות.

אנו ממליצים לפנות אלינו לייעוץ, בכל הנוגע לטיפול המיסויי הראוי במקרה של קבלת דיבידנד בסכומים מהותיים, ובפרט בחברות החזקות.

לפרטים ומידע נוסף:

עו"ד ורו"ח דני גבאי, דירקטור, מנהל מחלקה מקצועית, חטיבת המס, בטלפון: 03-6085532, או בדוא"ל: dgabbay@deloitte.co.il

עו"ד ורו"ח לימור ליבוביץ-מלכא, מחלקת מיסויי ישראלי, חטיבת המס בטלפון: 03-7181709, או בדוא"ל: lileybovich@deloitte.co.il

אנו עומדים לרשותכם בכל הסבר נוסף ככל שיידרש.
אין להסתמך על תוכן חוזר זה ו/או לעשות בו שימוש כלשהו מבלי לקבל עצה מקצועית מתאימה שכן אין מטרת החוזר אלא להסב את תשומת לבך לאמור בו.

בכבוד רב,

בריטמן אלמגור זהר ושות'
רואי חשבון

Member of Deloitte Touche Tohmatsu Limited