



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3892/13

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

המערערת: בראון-פישמן תקשורת בע"מ

נגד

המשיב: פקיד השומה למפעלים גדולים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בתיק עמ"ה 1059/05, עמ"ה 1285/08 ועמ"ה 1305/09
שניתן ביום 8.1.2013 על ידי כב' השופט מגן אלטוביה

תאריך הישיבה: כ"ג בכסלו התשע"ה (15.12.14)

בשם המערערת: עו"ד ד"ר אמנון רפאל; עו"ד שלומי לזר

בשם המשיב: עו"ד קמיל עטילה

פסק-דין

השופט צ' זילברטל:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בעמ"ה
1059/05, 1285/08 ו-1305/09, שניתן ביום 8.1.2013 על-ידי כב' השופט מ' אלטוביה.

תמצית העובדות

2. המערערת, חברת "בראון-פישמן תקשורת בע"מ", היא חברת החזקות אשר
הוקמה בשנת 1977. בפרק הזמן שבין השנים 1999-2007 (להלן: תקופת ההחזקה)
החזיקה המערערת במניות של חברת ידיעות אחרונות בע"מ, במניות של חברת פולן

בע"מ ובזכויות למניות של חברת ידיעות תקשורת בע"מ (להלן: החברות המוחזקות). חלק מהשקעתה בוצע זמן רב לפני תקופת ההחזקה, אך יתרת ההשקעה, המהווה את מרביתה, בוצעה בין השנים 1997-2000, והיא מומנה בחלקה על-ידי הלוואות שנטלה המערערת, לזמן קצר ולזמן ארוך, בסך של כ-428,688,000 ש"ח (להלן: ההלוואות).

3. במהלך תקופת ההחזקה הפיקה המערערת הכנסות מדיבידנד שחולק לה, כבעלת מניות, על-ידי החברות המוחזקות (להלן: ההכנסה מדיבידנד). הכנסה זו, אשר הייתה ההכנסה היחידה של המערערת באותן שנים, הסתכמה בכ-120 מיליון ש"ח, והיא לא חויבה במס נוכח הוראת סעיף 126(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], (להלן: הפקודה), הקובעת כי דיבידנד כאמור בין חברות לא יכלל בחישוב ההכנסה החייבת של "חבר בני אדם". במקביל להכנסה מדיבידנד, צמחו למערערת בתקופת ההחזקה הוצאות מימון בגין ההלוואות וכן הוצאות נלוות שונות הכרוכות בהשקעה בחברות המוחזקות (להלן: הוצאות המימון ו-ההוצאות הנלוות; וביחד: ההוצאות). ההוצאות הסתכמו בכ-201,500,000 ש"ח.

4. בדיווחיה השנתיים לרשויות המס בתקופת ההחזקה דרשה המערערת מהמשיב להתיר בניכוי את מלוא ההוצאות לפי סעיף 17 לפקודה. ודוק, המערערת לא ייחסה את ההוצאות להכנסתה מדיבידנד לפי סעיף 18(ג) לפקודה – הסעיף אשר מסדיר ניכוי הוצאות שהוצאו לשם יצירת הכנסות "מועדפות", לרבות הכנסות "פטורות ממס" – אלא ביקשה לנכות את מלוא ההוצאות כהוצאות בעסק וכן להכיר בהן כ"הפסד עסקי" הניתן להעברה לשנים הבאות לפי הוראת סעיף 28 לפקודה. המערערת סברה כי אין לנכות את ההוצאות מהכנסתה מדיבידנד, שכן לעמדתה, הכנסה מדיבידנד בין חברות אינה "הכנסה פטורה" או "מועדפת", אלא תקבול אשר הוצא מבסיס המס מכוח סעיף 126(ב) לפקודה, ועל כן כלל אינו בא בגדר המונח "הכנסה", ומכאן שסעיף 18(ג) אינו חל לגביו.

5. המשיב, פקיד שומה למפעלים גדולים, דחה את דרישת המערערת במסגרת השומות השנתיות המתייחסות לתקופת ההחזקה. ראשית קבע המשיב, כי סעיף 18(ג) לפקודה חל גם על הכנסות מדיבידנד בין חברות, שהן הכנסות "פטורות ממס", ולפיכך ניתן לנכות מהן רק את ההוצאות שהוצאו לשם ייצורן. שנית קבע המשיב, ביחס לסכום ההוצאות שנותר לאחר ניכוי כלל ההוצאות מההכנסה מדיבידנד (להלן: יתרת ההוצאות), כי אין להכיר בו כהוצאה "עסקית" המותרת בניכוי לפי סעיף 17. קביעה זו נומקה בכך שההוצאות לא צמחו במסגרת פעילות בעסק, למען ייצור הכנסה בשנת המס ולשם כך בלבד, כדרישת הסעיף, אלא נועדו למימון רכישת ההשקעה בחברות

המוחזקות. מאותה הסיבה לא ניתן גם לקזזן לפי סעיף 28 לפקודה. עם זאת, ציין המשיב כי הוא נאות – לפנים משורת הדין – להתיר למערערת להוון את יתרת ההוצאות לעלות המניות שנרכשו בשנת 1998. לעניין זה אמורה להיות נפקות בעת מכירת המניות לצורך חישוב המס שיוטל על המכירה.

6. למען שלמות התמונה יצוין, כי בשנת 2003, במהלך תקופת ההחזקה, מכרה המערערת חלק מהשקעתה בחברות המוחזקות בתמורה לסך של 93,461,000 ש"ח, כאשר המחיר המקורי של החלק הנמכר היה 97,789,000 ש"ח (להלן: המימוש החלקי).

7. המערערת הגישה לבית המשפט המחוזי ערעורים כלפי השומות בתקופת ההחזקה, ובגדרם העלתה שלוש טענות מרכזיות: הטענה האחת, כי שגה המשיב בקבעו כי אין לסווג את השקעתה בחברות המוחזקות כפעילות "בעסק". נטען, כי ישום מבחני הפסיקה על נסיבות המקרה, מלמד כי פעילותה היא בגדר "עסק" ולמצער "עסק אקראי". בהתאם נטען, כי היה מקום להתיר למערערת לנכות את ההוצאות לפי סעיף 17 לפקודה ולרשום הפסד עסקי לפי סעיף 28 לפקודה. הטענה השנייה, כי שגה המשיב בקבעו שיש לייחס את הוצאות המימון להכנסה מדיבידנד. כאמור, המערערת סבורה כי דיבידנד בין חברתי אינו הכנסה "מועדפת", אלא תקבול שהוצא מבסיס המס בגדר סעיף 126(ב) לפקודה, ולכן לא חל לגביו סעיף 18(ג) לפקודה. הטענה השלישית, שנטענה כטענה חלופית, לפיה אם לא תתקבלנה יתר טענות המערערת ויקבע כי פעילותה היא במישור ההוני ואינה פעילות עסקית, יש להכיר בהפסד שנגרם לה כתוצאה מהמימוש החלקי כ"הפסד ריאלי" לפי סעיף 9(ג) לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: חוק התיאומים).

המשיב, מצדו, שב בפני בית משפט קמא על העמדה שפורטה בשומותיו.

8. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את הערעורים. ראשית נקבע, כי פעילות המערערת אינה בגדר "עסק" או "עסק אקראי", אלא מדובר בפעילות הונית. מסקנה זו נתמכה באינדיקציות רבות הנטועות בנסיבות המקרה המעידות על האופי ה"הוני" הגלום בפעילות המערערת, בהן – סוג הנכסים שהוחזקו על-ידה (מניות וזכויות למניות); פרק הזמן הארוך במהלכו הוחזקו המניות; התדירות הנמוכה של העסקאות והפעולות שבוצעו במניות; היעדר קיומו של מנגנון עסקי או ארגוני לניהול ההשקעה במניות; אופי ההצגה של ההשקעה בדוחותיה השנתיים; ועוד. כן ביסס בית המשפט את מסקנתו על דבריהם של מספר עדים שהעידו בפניו. בהתאם לכך נקבע, כי ההוצאות אינן מותרות בניכוי לפי סעיף 17 לפקודה כהוצאות עסקיות אקטיביות, ובנוסף כי לא

ניתן לקזוזן כהפסד לפי סעיף 28 לפקודה. שנית נפסק, בהתבסס על ההלכה שנקבעה בע"א 635/68 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל, חברה להשקעות בישראל בע"מ, פ"ד כג(1) 548 (1969), (להלן: עניין כלל), כי סעיף 18(ג) לפקודה חל על הכנסות מדיבידנד בין חברות הואיל ומדובר ב"הכנסה פטורה". זאת, אף שצוין כי אכן, הוראת סעיף 126(ב) לפקודה אינה נוקטת בלשון מפורשת המלמדת זאת. לבסוף, נדחתה גם טענתה החלופית של המערערת, מן הטעם שהוראת סעיף 9(ג) לחוק התיאומים לא חלה על נכסים מסוג ניירות ערך בשנים שקדמו ליום 1.1.2006; כלומר, לא חלה בענייננו.

טענות הצדדים

9. בערעור דנא שבה המערערת על שלוש טענותיה, הן לעניין סיווג פעילותה כ"עסק" והתרת ההוצאות וההפסד בניכוי ובקזוז לפי סעיפים 17 ו-28 לפקודה; הן לעניין היעדר תחולה לסעיף 18(ג) על הכנסות מדיבידנד בין חברות; והן לעניין תחולת סעיף 9(ג) לחוק התיאומים על ההפסד שנגרם לה במימוש החלקי, אם יקבע שפעילותה היא הונית. בפרט טוענת המערערת, לעניין תחולת סעיף 18(ג) לפקודה על הכנסות מדיבידנד בין חברות, כי שגה בית משפט קמא בכך שהתבסס במסקנתו על ההלכה שנקבעה בעניין כלל. בהקשר זה מוסבר, כי הלכת כלל ניתנה בתקופה שבה נהגה בישראל שיטת מיסוי חברות אחרת מזו הנוהגת כיום, ולכן אין להקיש ממנה לענייננו. בצד טענותיה המרכזיות שוטחת המערערת טענות נלוות נוספות, כפי שיפורט בהמשך.

10. המשיב סומך ידיו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בכלל הסוגיות שבנדון. המשיב מדגיש, כי הוא חולק על פרשנות המערערת לפיה הכנסות מדיבידנד בין חברות אינן חלק מבסיס המס, וטוען כי מדובר ב"הכנסה פטורה" אשר סעיף 18(ג) לפקודה חל עליה. לעניין ייחוס ההוצאות להכנסה מדיבידנד, מוסיף המשיב, כי ייתכן שממילא בענייננו אין הכרח להידרש לנתיב זה, היות שפעילות המערערת אינה ב"עסק" (לשיטת המשיב) והכנסתה היחידה היא מדיבידנד. במצב זה, הרי שאף אם ייקבע כי סעיף 18(ג) אינו חל על הכנסה זו, אין למערערת הכנסות אחרות לייחס להן את ההוצאות. בעניין זה ארחיב בהמשך.

דיון והכרעה

11. מהלך הדיון הוא כדלקמן: בחלקו הראשון של הדיון, יפורטו הוראות הפקודה הרלבנטיות, סעיפים 17, 17(1)(א), 18(ג) ו-28. תחילה יידונו סעיפים 17 ו-17(1)(א) לפקודה, המסדירים את כללי הניכוי של הוצאות הנישום. בשלב זה יוצג הכלל לגבי

ניכוי הוצאות מימון, וכן המקרה הפרטי של ניכוי הוצאות מימון אשר השתלמו על "הון ששימש בהשגת הכנסה" מסוג דיבידנד. בהמשך, אדון בסעיף 18(ג) לפקודה. כפי שיוסבר, סעיף זה מהווה מעין "סייג" או "חריג" המצטרף לכללי ניכוי ההוצאות הרגילים, במצבים שבהם ההכנסה היא "מועדפת". בדוננו בסעיף 18(ג), יוקדש מקום לשאלה האם הוא חל על הכנסות מדיבידנד בין חברתי, ואע"פ גם במסקנות המותב בעניין כלל בסוגיה זו. לבסוף, אדון בהוראת סעיף 28 לפקודה, הקובע את הכללים לגבי קיזוז הפסדים. בכך תושלם התמונה הנורמטיבית. בחלקו השני של הדיון, תיושמה המסקנות על נסיבות המקרה דנן. בחלקו השלישי של הדיון, אדון בקצרה בשלוש סוגיות נוספות שעלו במסגרת הערעור, האחת עניינה באפשרות להוון את הוצאות המימון לעלות המניות, השנייה עניינה בניכוי ההוצאות הנלוות והשלישית עניינה בתחולת הוראות חוק התיאומים על נסיבות המקרה דנן.

המסגרת הנורמטיבית

(א) סעיף 17 לפקודה – ניכוי הוצאות

12. כידוע, המס על הכנסתו של הנישום אינו מוטל על הכנסתו "הגולמית" אלא על הכנסתו "החייבת", כלומר על הכנסתו "לאחר הניכויים, הקיזוזים והפטורים שהותרו ממנה לפי כל דין" (סעיף 1 לפקודה; אהרן נמדר מס הכנסה 267 (מהדורה רביעית, 2013), (להלן: נמדר, מס הכנסה)). זאת, כאשר הוראות הפקודה השונות קובעות את הכללים לגבי הניכויים, הקיזוזים והפטורים בהם יש להתחשב. בכל הנוגע לניכוי הוצאות, הכלל הקבוע בסעיף 17 רישא לפקודה הוא, כי בחישוב ההכנסה החייבת של הנישום ינוכו הוצאות "שיצאו כולן בייצור הכנסתו בשנת המס ולשם כך בלבד". כלל זה קובע אפוא שני תנאים מרכזיים לניכוי ההוצאה של הנישום: האחד – כי ההוצאה שימשה לצורך ייצור ההכנסה; והשני – כי מדובר בהוצאה שוטפת פירותית ולא הונית (ראו: ע"א 5468/12 יונסוף נ' ירושלים פקיד שומה, פס' 40 (8.7.2014); ע"א 6557/01 פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פס' 33 (20.11.2006), (להלן: עניין פז גז); ע"א 3515/97 פקיד שומה באר-שבע נ' בית מרקחת 'אילן' בע"מ, פ"ד נו(5) 311 (2002), (להלן: עניין 'אילן'); אמנון רפאל מס הכנסה 433 (מהדורה רביעית, בהשתתפות שלומי לזר, 2009), (להלן: רפאל, מס הכנסה)). בכך, משקף כלל ניכוי ההוצאות הקבוע ברישא של סעיף 17 לפקודה את "עיקרון ההקבלה", לפיו יש להקביל בין הכנסת הנישום לבין ההוצאה שהוצאה לצורך ייצורה (עניין פז גז, שם).

13. בהמשכו של סעיף 17 מוסיפה הפקודה פירוט לגבי הוצאות ספציפיות המותרות בניכוי. סוג הוצאות אחד הרלבנטי לענייננו, מוסדר בסעיף 17(1)(א), והוא הוצאות מימון. לגבי הוצאות אלה קובעת הפקודה, כי הן תותרנה בניכוי ובלבד שהן השתלמו על "הון ששימש בהשגת הכנסה". סעיף 17(1)(א) מסדיר, אפוא, מצבים בהם הלוואה שנטל הנישום שימשה אותו לרכישת נכס, ואותו הנכס שימש בייצור הכנסה. בגדרו נקבע, כי במצבים אלה ינוכו הוצאות המימון בגין ההלוואה. מאידך, אם באמצעות כספי הלוואה רכש הנישום נכס שאינו משמש, לעת הזו או בכלל, לייצור הכנסה, לא ינוכו הוצאות המימון (השוו: עניין 'אילן', עמ' 316; נמדר, מס הכנסה, עמ' 347; רפאל, מס הכנסה, עמ' 450; קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק), ג-123). יודגש, כי אין הכרח שההכנסה אשר הושגה באמצעות הנכס שרכישתו מומנה על-ידי הלוואה, תהא דווקא אקטיבית (הכנסה מעסק או משלח יד לפי סעיף 2(1) לפקודה), וניתן לנכות את ההוצאות גם כאשר ההכנסה פאסיבית (ריבית, הפרשי הצמדה או דיבידנד, לפי סעיף 2(4) לפקודה), ובלבד שהניכוי ייעשה כנגד הכנסה מסוג זה בלבד. כלומר, הוצאות מימון בגין הלוואה ששימשה לרכישת נכס אשר ייצר הכנסה פאסיבית, תותרנה בניכוי רק כנגד אותה ההכנסה - ובאין הכנסה כזו, לא ינוכו ההוצאות כלל (נמדר, מס הכנסה, 349; ע"א 314/67 פקיד השומה, תל אביב 4 נ' נכסי כהנים בע"מ, פ"ד כא(2), 748 (1967), (להלן: עניין נכסי כהנים); ע"א 191/61 חברה לפיתוח טבריה בע"מ נ' פקיד השומה תל אביב, פ"ד טו 2459 (1961)). עמד על כך השופט א' ויתקון בעניין נכסי כהנים, כדלהלן:

"ההלכה ברורה: אדם שלוה כספים מפלוני על מנת להלוותם לאלמוני, אם עשה כן במהלך עסקו - כי אז זכאי הוא לנכות את הריבית ששילם כהוצאה, אף כי ההלוואה שנתן לא הכניסה לו הכנסה באותה שנה. אצל אדם כזה העוסק, למשל, בעסקי מימון ופיתוח (...) נזקפים כל תקבוליו והוצאותיו בחשבון מסחרי אחד, וניכוי ההוצאות ניתן לו על-פי סעיף 17 לפקודה. אבל אדם שהכנסתו אינה מעסק אלא, למשל, מריבית או דיבידנד, כאמור בסעיף 2(4) לפקודה, ואין לו הכנסה מאותו מקור באותה שנה, אין לו כל זכות לנכות את הריבית ששילם מהכנסותיו ממקור אחר. אין לו זכות כזאת במסגרת הסעיף 17, שכן ההוצאה לא הוצאה בייצור אותה הכנסה, ואף סעיף 28 אינו מועיל לו, כי סעיף זה אינו מתיר קיזוז של הפסד ממקור אחד כנגד הכנסה ממקור אחר אלא אם כן נבע ההפסד מעסק או משלח-יד" [ההדגשות הוספו - ז.ז.].

התייחס לכך גם השופט ש' אשר בע"א 627/73 חברת מ.ד.מ בע"מ חברה רשומה

בישראל נ' פקיד השומה, תל אביב 2, פ"ד כח(2) 635, 639 (1974), (להלן: עניין מ.ד.מ.):

"השאלה החשובה האחרת, שנתעוררה בערעור הנוכחי, מתייחסת לריבית, ששולמה על-ידי המערערת על הלוואה, שהיא קיבלה בבנק. [המערערת] ביקשה לנכות סכומים אלה מההכנסה שנתקבלה באותן השנים כדיבידנד [...] אך המשיב לא הסכים להתיר לה ניכוי הוצאה זו. [...] במקרה דנא, כך טוען בא-כוח המערערת, נוכח פקיד השומה, שהסכום האמור שולם על-ידי המערערת בתורת ריבית על הלוואתה, וכך נוכח הוא, שאותה הלוואה נכללה בהון שהניב בסופו של דבר את ההכנסה בצורת דיבידנד. אי-לזאת יש להחיל כאן את הוראותיו של סעיף 17(1) הנ"ל ולהתיר את ההוצאה כמבוקש. [...] המקרה דנא [...] מתייחס לאדם שאינו מנהל עסק. אדם כזה, כפי שנאמר, יכול ותהיה לו הכנסה בשנה מסוימת מריבית או דיבידנד, ואז הוא רשאי לנכות מהכנסתו זו את הוצאות הריבית, שהוא עצמו שילם על הלוואה, אשר שימשה לייצור ההון. [...] רק אם לא היתה לנישום כנ"ל הכנסה באותה שנה מריבית או דיבידנד כאמור, לא יוכל לנכות את הוצאות הריבית מהכנסה אחרת כלשהי. הואיל ובמקרה שלנו היו למערערים בשנת המס 1969 הכנסות מדיבידנד, הרי התוצאה היא, שגם ניכוי ההוצאה של ריבית יש להתירו" [ההדגשה הוספה – צ.ז.].

14. להלכות שנקבעו בעניין נכסי כהנים ובעניין מ.ד.מ. עוד נשוב בהמשך, אך כבר כאן ברורה חשיבותן. ברי, כי לצורך בירור השאלה האם וכיצד ניתן יהיה לנכות הוצאות מימון שיצאו בגין הלוואה ששימשה לרכישת מניות אשר הפיקו דיבידנד, יש חשיבות לסיווג ההכנסה מדיבידנד כהכנסה אקטיבית "בעסק" לפי סעיף 2(1) או כהכנסה פאסיבית לפי סעיף 2(4). בהקשר זה, מקובל לומר כי סיווג ההכנסה כאקטיבית ייעשה כאשר ההכנסה נובעת מפעילות ממשית, נמשכת ושיטתית, שמטרתה מוגדרת ושל הפקתה נדרשת יגיעה אישית מצדו של בעל העסק, עובדיו או אחרים מטעמו. לעומת זאת, ההכנסה הפאסיבית מאופיינת בכך שהיא מהווה תשואה על הון מושקע ולא נדרשת יגיעה אישית להפקתה (השוו: ע"א 10251/05 ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת, פס' 9 (19.12.2007)). נזכיר, כי כאשר הסיווג הוא בין סעיף 2(1), כהכנסה מעסק, לבין סעיף 2(4), כהכנסה פאסיבית, צוינו בעבר בפסיקה מספר אלמנטים נוספים הדורשים בחינה. בין היתר, נאמר כי יש לבחון האם הפעילות בהון היא הפעילות העיקרית של הנישום; האם ישנו קשר ישיר בין התחייבויותיו של הנישום לבין אותו ההון; והאם משך הזמן בו הוחזקה ההשקעה הוא קצר, ומעיד על מימוש שוטף של ההשקעה כחלק מפעילות העסק (השוו: ע"א 638/85 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה תל-אביב בע"מ, פ"ד מד(4) 309, 317 (1990), (להלן: עניין פלאזה)).

15. מטבע הדברים, כאשר עסקינן בהכנסה מדיבידנד, הסיווג כהכנסה מ"עסק" או לא, קשור בטבורו לסיווג הפעילות במניות עצמן, כפעילות פירותית (סחר) או הונית (השקעה). בהקשר זה, נהוג להפעיל את מבחני העזר אשר נקבעו במהלך השנים בפסיקה, אותם הפעיל גם בית משפט קמא, והם: טיב הנכס או אופיו; תדירות העסקאות או הפעולות; ההיקף הכספי של העסקאות; אופן המימון של העסקאות; תקופת החזקה בנכסים; ייעוד התמורה; ידענותו ובקיאותו של הנישום; קיומו של מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת; פיתוח, טיפוח, השבחה, יזמות ושיווק ביחס לנכסים; הרישום במאזני החברה; ומעל הכול – מבחן ה"גג" של נסיבות העניין, הבוחר את העסקה ממבט "על" (ראו: ע"א 490/13 פלומין נ' פקיד השומה חיפה, פס' 93 (24.12.2014), (להלן: עניין פלומין); ע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח-תקוה, פס' 21-19 (16.3.2009); ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה, נתניה, פ"ד נט(5) 538, 563-562 (2005); נמדד, מס הכנסה, בעמ' 91; רפאל, מס הכנסה, בעמ' 76). זאת, כאשר ייאמר, כי במקרה הנוכחי הסיווג ייעשה בשים לב גם לכך שהמערערת היא חברת החזקות, ולכן יש לסווגה כחברה להחזקה בהשקעות – "Investment Holding Company", או כחברת סחר בהשקעות – "Risk Development Company" (ראו: ע"א 937/90 אוגדה השקעות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4, פ"ד מו(5) 288, 292-293 (1992); אליהו גילבאי מיטוי חברות החזקה ואשכול חברות 176 (2003), (להלן: גילבאי, מיטוי חברות החזקה)).

(ב) סעיף 18(ג) לפקודה – ניכוי הוצאות כאשר ההכנסה היא "מועדפת"

16. סעיף 18(ג) לפקודה, אשר כותרתו "סייגים לניכוי הוצאות מסוימות", 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". במילים אחרות, הוראת סעיף 18(ג) קובעת, כי במקרים שבהם יש להתיר את ניכוי ההוצאה לפי סעיף 17 לפקודה, אך הכנסת הנישום היא מועדפת, ניתן יהיה לנכות את ההוצאה שיצאה לצורך ייצור ההכנסה המועדפת - רק כנגדה. תכלית הסעיף היא למנוע מצב שבו הוצאה שבגינה יוצרה הכנסה "מועדפת" תיוחס להכנסה "רגילה", החייבת במס בשיעור מלא, ובכך יוקטן נטל מס על הנישום (ראו: עניין פלאזה, עמ' 320; עניין כלל; נמדד, מס הכנסה, 281; רפאל, מס הכנסה, בעמ' 715; קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק), ג-153). 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".

(ג) תחולת סעיף 18(ג) על הכנסה מדיבידנד בין-חברתי – עיון בהלכת "כלל"

17. 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 וכן לא תיכלל הכנסה שנקבע לגביה שיעור מס מיוחד". הסדר זה, לפיו אין להטיל מס על החברה שקיבלה את הדיבידנד, טעמו בכך שהחייב במס יוטל, ממילא, כאשר היא תחלק דיבידנד, על בעלי המניות שיקבלו 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 (השוו: אהרן נמדר "המס על הכנסות שוטפות של משקיע פרטי מניירות ערך הנסחרים בבורסה" מיסים ט(2) (1995); נמדר, מס הכנסה, 198; אסף חמדני וצילי דגן "מיסוי דיבידנדים והפחתת הון" משפט ועסקים ח 215-245 (2008); נדב שגיא "דיבידנד בין חברות בישראל - האמנם רווחים ראויים לחלוקה?" מיסים יז(4) (2003), (להלן: שגיא, דיבידנד בין חברות בישראל); גילבאי, מיסוי חברות החזקה עמ' 136).

18. השאלה היא אפוא זו: האם יש לפרש את סעיף 126(ב) כהסדר לפיו הדיבידנד הבין חברתי מהווה "הכנסה פטורה ממס", אשר סעיף 18(ג) חל עליה, או כהסדר שבגדרו ההכנסה מדיבידנד בין חברתי מוצאת מכל וכל מבסיס המס. כאמור, הפרשה המרכזית שבגדרה נדונה שאלה זו היא עניין כלל. באותו המקרה, המזכיר בנסיבותיו את מצב הדברים כאן, הפיקה חברת כלל, אשר הוגדרה כחברה להשקעות, הכנסה שנתית, כאשר חלקה נבע מדיבידנד שאינו חייב במס לפי סעיף 126(ב) לפקודה; בעוד שהיתרה נבעה ממקורות אחרים החייבים בשיעור מס רגיל. במקביל, צמחו לחברה הוצאות שנתיות. חברת כלל ביקשה לנכות את מלוא הוצאותיה כנגד הכנסתה החייבת בשיעור מס רגיל, בטענה שהכנסתה מדיבידנד אינה חלק מבסיס המס, ולכן סעיף 18(ג) אינו חל לגביה. בעוד שבית המשפט המחוזי קיבל את טענתה, בית משפט זה קבע, כי הכנסה מדיבידנדים בין חברות לפי סעיף 126(ב) היא בגדר הכנסה פטורה ממס, וכי חל לגביה סעיף 18(ג). לפיכך נפסק, כי חברת כלל תיחס להכנסתה מדיבידנד שיעור הוצאות חלקי אשר יצא בייצור אותה ההכנסה, ולא תוכל לנכות את מלוא הוצאותיה כנגד ההכנסה החייבת במס בשיעור מלא. כך ציין השופט י' קיסטר:

" ... סעיף 126(ב) אינו קובע אופן חישוב ההוצאות, אלא קובע כי הכנסות מסוימות לא תיכללנה 'כהכנסה חייבת' לגבי מס חברות, היינו: הכנסות אלו פטורות ממס חברות; לכן חלות כאן ההוראות בדבר הניכויים הכלולים בחלק ג' פרק שני, ובכללן הוראות סעיף 18. בהתאם לסעיף זה יש לייחס להכנסה הפטורה ממס חברות את ההוצאות שהוצאו להפקת אותה הכנסה."

ובהמשך פסק הדין הוסיף השופט א' ויתקון כי:

" ... סעיף 126(ב) פוטר הכנסה זו מהחייב במס חברות, ומכיוון שרק חברות חייבות במס זה, הרי זה פטור, כפשוטו וכמשמעו, המתייחס לאותה ההכנסה. כך השיג המחוקק את הרעיון הבריא וההגיוני שהוצאה על הכנסה, שכלל אינה חייבת במס, אין להקטין בה הכנסה אחרת החייבת במס" [ההדגשות הוספו – צ.ז.].

19. הלכת כלל זכתה להתייחסות בספרות המקצועית לאורך השנים. מן העבר האחד של המתרס, נאמר, בין היתר, כי אף ש"לכאורה נראית התוצאה שבית המשפט הגיע אליה רצויה", הרי שקיים ספק אם היא הולמת את לשונו הדווקנית של סעיף 126(ב) לפקודה (ראו: אריה לפידות המס על הכנסת החברה – סוגיות בהטלת המס על הכנסת החברה, השותפות ותאגידיים אחרים 41 (1971), (להלן: אריה לפידות, המס על הכנסת החברה); שגיא, דיבידנד בין חברות בישראל, עמ' 4; ולמאמר תגובה קצר למאמרו של שגיא, המתנגד לגישתו, ראו: צבי פרידמן "תגובה למאמר 'דיבידנד בין חברות בישראל – האמנם רווחים ראויים לחלוקה'" מיסים יז(5) (2003)). עוד נרמז, כי המסקנה שאין מדובר בהסדר "פְטור" מתחזקת נוכח ההבנה כי הוראת סעיף 126(ב) אינה בגדר "הטבת מס" לחברה המקבלת, אלא נועדה למנוע מיסוי יתר, ולכן יש לראותה כחלק נורמטיבי משיטת המס (אייל שנהב "הטבות מס (Tax Expenditures) במערכת המס בישראל – היבטים משפטיים, היבטים כלכליים וקווים לרפורמה" מיסים יב(2), 34 (1998)). לצד זאת, מפנים המסתייגים מהלכת כלל גם אל הוראות דין, קבצי פרשנות ופסיקות שונות, מהם עולה, לכאורה, כי ההתייחסות להסדר הקבוע בסעיף 126(ב) היא כאל הסדר המוציא את ההכנסות מדיבידנד בין חברתי מבסיס המס ולא כהסדר "פְטור" (כך, בין היתר, מפנה המערערת בהליך זה לקובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק) ז-10; ולהוראות האמנה בין מדינת ישראל לבין ממלכת הולנד בדבר מניעת מסי כפל ומניעת התחמקות ממס לגבי מסים על הכנסה והון, סעיף 26(ב)(2)).

20. מן העבר השני של המתרס, נאמר, בין השאר, כי במישור התוצאה, ייחוס הוצאות המימון לדיבידנד הוא צעד חיובי המונע עיוותי מס בשל בלימת אפשרותה של

החברה המקבלת דיבידנד לייחס הוצאות מימון הקשורות להפקת הדיבידנד להכנסות אחרות ששיעור המס עליהן הוא רגיל (ראו: אריה לפידות, המס על הכנסת החברה, שם). עוד הובעה הדעה, כי צעד זה חשוב במיוחד כאשר מדובר במשק ריכוזי אשר מבנהו כולל חברות "פירמידה" בעלות מבנה הון ואחזקות ממונף (ראו: רונית סגל פרנק "ייחוס הוצאות מימון לדיבידנד תחילה – צעד הכרחי אך לא מספיק לפירוקן של פירמידות" תאגידים ט(1) (2012) (להלן: סגל פרנק)). נאמר, כי החלטת המותב בעניין כלל, לייחס הוצאות דרך סעיף 18(ג) להכנסות מדיבידנד, מבוססת בעיקרה על "ההיבט הכלכלי של הדברים" (יוסף גרוס "השופט ד"ר אלפרד ויתקון עם פרישתו מבית המשפט העליון" עיוני משפט ז' 525 (1979)); והוסף, כי היא משקפת היטב את עקרון ההקבלה (ראו סגל פרנק, שם). טעם נוסף לסיווג התקבול מדיבידנד כ"הכנסה" בידי החברה, הוא הקושי לראותו כ"אין הכנסה" מניה וביה, שהרי, החברה המקבלת דיבידנד אינה מחויבת להעבירו מיד לבעלי מניותיה, ולמעשה היא יכולה להשתמש בתקבול זה לצרכיה לאורך זמן. מטבע הדברים, גם המצדדים בעמדה שנקבעה בעניין כלל, תומכים עמדתם בפסיקה, בספרות ובהוראות דין בהן ניכר כי ההתייחסות לסעיף 126(ב) היא כסעיף הקובע הסדר "פְטוּר" (כך, למשל, מפנה המשיב בהליך זה לאסמכתאות הבאות: ע"א 2965/08 סגנון שירותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, פס' 1 (21.6.2011); ע"מ (מחוזי-חיפה) 906/07 ברנע נ' פקיד שומה חיפה, פס' 43 (23.11.2010); נמדר, מס הכנסה, 197; דוד אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן 111 (2009)).

21. טענה אחת, שראוי להרחיב לגביה את היריעה, היא הטענה שלפיה הלכת כלל אינה תקפה לאחר תיקון 82 לפקודה שאירע לאחריה – בגדרו בוטל סעיף 127 לפקודה. ודוק: עובר לתיקון 82 לפקודה, משטר המס אשר חל על דיבידנד שקיבל חבר בני-אדם הוסדר בשני סעיפים עוקבים: הסעיף הראשון הוא סעיף 126 לפקודה, אשר הסדיר את שיעור מס החברות שהוטל על הכנסתו החייבת של חבר בני-האדם; והסעיף השני הוא סעיף 127 לפקודה אשר הסדיר את שיעור מס ההכנסה שהוטל על הכנסתו החייבת של חבר בני-האדם. באותן השנים קבעה הפקודה כי בחישוב ההכנסה החייבת לצורך מס חברות, לא תיכלל הכנסה מדיבידנד מחבר בני-אדם אחר החייב במס חברות (סעיף 126(ב), בדומה למצב השורר כיום). בצד זאת, קבעה הפקודה, כי בחישוב ההכנסה החייבת לצורך מס הכנסה ינוכו סכומים שהתקבלו כדיבידנד "ששולם בשנת המס מתוך הכנסתו שהייתה חייבת במס הכנסה לפני תשלומו של הדיבידנד" (סעיף 127(ב)(2) שהיה קיים דאז). כאמור, בתיקון 82 לפקודה בוטל סעיף 127, והטענה היא זו: הלכת כלל קבעה אמנם, כי החברה לא תוכל לנכות את הוצאות המימון שלה שבשלבן הופקה הכנסה פטורה כנגד הכנסה אחרת החייבת במס חברות, אלא רק כנגד ההכנסה הפטורה

ממס חברות; ואולם, היות שבאותה העת היה קיים סעיף 127 לפקודה, יכלה החברה "להשתמש" בהוצאות אלה לצורך ניכוי על-פי סעיף 127 לפקודה כנגד הכנסתה החייבת במס הכנסה. מכיוון שהמצב המשפטי השתנה עם ביטול סעיף 127, כך שלא קיימת עוד בידי חבר בני-האדם דרך זו, אין מקום להמשיך לפעול לפי הלכת כלל.

22. אמת נכון הדבר, שבמצב המשפטי אשר נהג בעת מתן פסק הדין בעניין כלל הייתה פתוחה לחברה הדרך לנכות את הוצאות המימון הקשורות בדיבידנד כנגד הכנסה החייבת במס הכנסה, בהינתן עמידה בתנאי סעיף 127 דאז. היבט זה קיבל ביטוי גם בפסק הדין בעניין כלל עצמו, בו ציין השופט קיסטר כי קבלת הטענה לגבי תחולת סעיף 18(ג) על דיבידנד שנתקבל לפי סעיף 126(ב), אינה מונעת מהחברה להביא את הוצאותיה "בחישוב מס לפי סעיף 127" (עניין כלל, 258). ואולם, קשה להלום את הטענה כי בשל התיקון לפקודה פג תוקפו של הניתוח אשר נערך בעניין כלל. כאמור, הלכת כלל, הקובעת כי סעיף 18(ג) חל על הכנסות מדיבידנד בין חברתי לפי סעיף 126(ב) לפקודה, נועדה בעיקרה למנוע מצב שבו החברה תיחס להכנסה החייבת במס חברות בשיעור רגיל, הוצאות שיצאו ביצירת הכנסה שאין משולם בגינה מס חברות. ודוק, בית משפט זה ביקש אפוא, באמצעות קביעתו, "למנוע עיוות מס במקרה בו הוצאה שהוצאה בפועל בגין תקבולי דיבידנד (שאינם כלולים בחישוב מס חברות), תקוזז למול הכנסה החייבת במס חברות" (זאב רבינוביץ "דיבידנד שהתקבל בידי מוסד כספי – סוגיית מיסוי במס רווח" מיסים טו(3) (2001)). 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 (וראו גם בהמשך מאמרו של רבינוביץ, המצוטט לעיל, בגדרו מוסיף המחבר כי אף שעמדתו היא שאין לקרוא את סעיף 126(ב) כהסדר "פְטוּר" - "אין בגישתי זו משום שלילת הוראות סעיף 18(ג) לפקודה...").

זאת ועוד. 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 והשכית, לא תהא פתוחה לנישום אפשרות לרתום את הוצאותיו שיצאו לשם יצירת ההכנסה המועדפת, לטובת הקטנת ההכנסה החייבת בשיעור מס רגיל. בהקשר זה ייאמר, כי אף שהמקרה דנן אינו המקרה "הקלאסי", שכן למערערת אין הכנסות נוספות פרט לדיבידנד, הרי שהניתוח העקרוני, לפיו סעיף 18(ג) חל על הכנסות מדיבידנד בין חברתי, אינו יכול להיות שונה. לפיכך, מסקנתי היא, כי אין יסוד לטענה לפיה רק בשל שינוי המצב המשפטי מאז עניין כלל, אין תוקף להלכה שנקבעה בו. זאת, אף שיודגש,

כי איני רואה צורך לטעת מסמרות בדבר, מאחר וממילא סבורני כי הדבר אינו נדרש בהכרח לשם הכרעה בענייננו, כפי שיפורט.

23. על כל פנים, ולסיכומה של נקודה זו, חרף הביקורות השונות שנשמעו ביחס להלכה שנקבעה בעניין כלל, ולמרות תיקוני החקיקה השונים, נראה כי הלכה זו עודנה תקפה והיא הקובעת ביחס למצב הדברים בו עסקינן. הטענות השונות שאותן העלתה המערערת בכתבי טענותיה מקבלות בעיקרן תשובה בנימוקי פסק הדין בעניין כלל. אכן, נדמה, כי אימוץ פרשנותה של 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). עם זאת, בנסיבות המקרה דנן לא סברתי כי יש מקום לקביעות נחרצות או לדיון מעמיק יותר בשאלה אם יש מקום לעיין מחדש בתוקפה של הלכת כלל. כפי שפירטתי לעיל, הסיבה לכך היא שלהשקפתי מהלך זה אינו נדרש לשם ההכרעה במקרה שלפנינו.

(ד) סעיף 28 לפקודה – קיזוז הפסדים

24. להשלמת התמונה הנורמטיבית אעמוד בקצרה גם על הוראת סעיף 28 לפקודה. הוראה זו קובעת, כי הפסד שהיה לאדם "בעסק או משלח יד" ניתן לקיזוז כנגד הכנסות באותה שנת מס או בשנים הבאות. הקיזוז מותר אפוא, כאשר ההוצאות שהובילו להפסד הן פירותיות ומקורן אקטיבי – "עסק או משלח יד" או "עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי" לפי סעיף 2(1) לפקודה. הפסדים הוניים לא יותרו בקיזוז, כאשר עניינם מוסדר בגדר סעיף 92 לפקודה. כמו כן, ככלל, הפסדים פאסיביים, כדוגמת הפסדים שמקורם בריבית או בהפרשי הצמדה לפי סעיף 2(4) לפקודה, לא יותרו בקיזוז (ראו: נמדר, מס הכנסה, 406; ע"א 615/85 פקיד השומה חיפה נ' א.ח.א. גולדשטיין בע"מ, פד"א י"ח 424 (1985); דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כ"א 531 (1991)). ודוק, לפי הוראות הפקודה, הפסדים שניתן לקזזם ניתנים לקיזוז באותה שנת מס כנגד כל מקור הכנסה, לרבות כנגד רווחי הון; ובשנות המס הבאות רק כנגד מקור הכנסה שהוא עסק או משלח יד, או כנגד הכנסה הונית הקשורה לעסק או למשלח היד (סעיף 28(ב); נמדר, מס הכנסה, שם). יוער, כי בניגוד לניכוי הוצאות, כאשר לנישום הכנסה מועדפת, אשר פטורה ממס או ששיעור המס עליה נמוך, עומדת לו זכות שלא לקזז את הפסדו האקטיבי באותה שנה נגד ההכנסה המועדפת, אלא להשתמש בזכות בשנים הבאות (נמדר, מס הכנסה, בעמ' 413; ע"א 2/69 לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה, תל אביב 7, פ"ד כג(1) 673 (1969)).

25. קביעתו הראשונה של בית המשפט המחוזי היא, כי השקעת המערערת במניות החברות המוחזקות לא נעשתה כחלק מפעילות מסחרית פירוטית אלא כפעילות הונית. קביעה זו נשענה על מספר אדנים שהם בעיקרם אדנים עובדתיים. כפי שנפסק לא אחת, גדר ההתערבות של ערכאת הערעור בקביעות הערכאה הדיונית בנדון מצומצמת ושמורה רק לנסיבות מיוחדות. הווי אומר, על-מנת שהקערה "תתהפך על פיה" ואנו נקבע עתה, בדוננו בערעור, כי פעילות המערערת במניות היא פירוטית, נדרשת המערערת לגלות טעמים של ממש המצדיקים זאת (נמדד, מס הכנסה, 107; עניין פלומין, פס' 94; ע"א 94/71 פרלוב נ' פקיד השומה תל אביב 1, פד"א ה 89 (1972)).

26. בית המשפט הנכבד הגיע לקביעתו האמורה לאחר שיישם את מבחני הפסיקה שפורטו לעיל. מסקנתו התבססה, בין היתר, על הנימוקים הבאים: (א) ראשית, החזקת המערערת במניות החברות המוחזקות הייתה לתקופת זמן ארוכה מאוד, של שנים. נאמר כי חלק מהמניות הוחזקו עוד לפני שנת 1999, לפרק זמן מצטבר של למעלה משלושים שנים; (ב) שנית, המערערת לא ביצעה פעולות מכירה וקניה במניות החברות המוחזקות במהלך התקופה. זאת, פרט לעסקת המכר במימוש החלקי, אשר גם לגביה נאמר כי היא בוצעה כחלק מהליך אותו ניהל הממונה על הגבלים עסקיים בעניינה של המערערת. צוין, כי אמנם נעשו ניסיונות מצד המערערת למכור את המניות בתקופת ההחזקה, ואולם אף שכך, אין ספק כי המניות הוחזקו לפרק זמן ארוך מאוד; (ג) שלישית, למערערת אין עובדים וממילא לא פועלים במסגרתה גורמים הבקיאיים בביצוע עסקאות סחר במניות. בהקשר זה דחה בית המשפט את הטענה כי מר אליעזר פישמן, המחזיק בחלק ממניות המערערת במישרין ובעקיפין (דרך חברות שבבעלותו), והוא רואה חשבון בהכשרתו, עסק במסגרת פעילות המערערת בניהול שוטף, ופעולות שביצע לכאורה מעידות על קיומה של ידענות ומומחיות במערערת עצמה; (ד) רביעית, למערערת אין מנגנון או פעילות קבועה ומתמשכת. נאמר כי למערערת אין אפילו משרד, כל שכן מערכת ארגונית לניהול עסק שוטף של סחר במניות; (ה) חמישית, למערערת לא הייתה "השפעה מהותית" בחברות המוחזקות. יתרה מכך, המערערת אף התחייבה, בהסכם שכרתה עם הממונה על הגבלים עסקיים בשנת 2004, שלא למנות דירקטור מטעמה בחברות המוחזקות; (ו) שישית, רישום ההשקעה בדוחות הכספיים השנתיים של המערערת מעיד על אופי הוני, כאשר ההשקעה לא הוצגה כרכוש שוטף או מלאי, ומנגד, כן הוצגה במסגרת הביאורים בדוחות כ"פעילות השקעה". זאת ועוד,

בדו"ח הכספי לשנת 2003 הוצג המימוש החלקי כ"הפסד הון". יוער, כי בית המשפט הגיע למסקנתו לא רק על יסוד הכתובים שנפרשו בפניו אלא גם לאחר ששמע עדויות.

27. המערערת העלתה מספר השגות כלפי קביעות אלה. בין היתר נטען, כי נפלה טעות בקביעה כי אין לה מנגנון עסקי, שכן בפועל ישנו מנגנון ניהולי-אדמיניסטרטיבי לפעילותה במשרדי "קבוצת פישמן" (הכוונה לחברת "בראון-פישמן אחזקות בע"מ", המחזיקה ב-99.6% ממניות המערערת), אליה היא משתייכת, אשר עומד לרשותה כל-העת. עוד נטען, כי ניתן ללמוד על קיומה של פעילות עסקית אינטנסיבית במערערת גם מהתנהלותם של מר אליעזר פישמן ומר ישראל ספיר (יועץ עסקאות הריבית והמט"ח של "קבוצת פישמן"), אשר ביצעו פעולות ניהוליות ותפעוליות שונות במטרה להשביח את שווי ההשקעות בחברות המוחזקות. כך, נאמר, כי מר פישמן יישב בעצמו מספר סכסוכים בין בעלי המניות בחברות המוחזקות לאורך השנים, וכי מר ספיר העניק ייעוץ מקצועי פיננסי לחברות המוחזקות. המערערת גורסת, כי פעולות אלה שיקפו מעורבות בפועל בחברות המוחזקות, ולכן אין זה משנה שלא הייתה לה "השפעה מהותית" במובן החשבונאי. לגבי מר פישמן ומר ספיר נטען עוד, כי אין חולק על בקיאותם ומומחיותם בעסקי הסחר במניות, כך שיש לדחות גם את הקביעה כי במערערת לא היה קיים ידע או מומחיות הנדרשים לניהול עסק. לצד זאת, מוסיפה המערערת כי לא היה מקום לתת משקל רב לכך שלא בוצעו עסקאות רבות במניות החברות המוחזקות, שכן אף שהדבר לא קרה במישור התוצאה, הרי שבמהלך תקופת ההחזקה נעשו מספר ניסיונות לביצוע עסקאות. עוד מוסיפה המערערת, כי אף שהשקעתה הוצגה בדוחות הכספיים כהשקעה הונית, אין לייחס לכך משמעות רבה, שכן הדבר אינו מהווה קריטריון חד משמעי לצורך סיווג ההשקעה, ונעשה רק בשל דרישות חשבונאיות. לבסוף נטען, כי קיימות אינדיקציות נוספות המעידות כי פעילותה של המערערת היא "עסקית", כגון ההיקף הכספי של ההשקעה וצורת המימון שלה, שכללה בין היתר נטילת הלוואות בהיקף גדול ובמטבע זר, לזמן קצר (הלוואות "On Call").

28. לא התרשמתי כי יש בטענות אלה כדי לסדוק את מסקנת בית משפט קמא, כל שכן כדי להצדיק התערבות חריגה של ערכאת הערעור בה. עיון בפסק הדין מלמד כי מכלול הטענות האמורות נשקלו לעומק, ובית המשפט לא פסח על אף אחת מהן. כך, נשקלה לעומק טענת המערערת שנעשו מצדה מספר ניסיונות למכירת ההשקעה במניות (פס' 19 לפסק הדין), וכן טענותיה בנוגע להיקף הכספי של ההשקעה וצורת המימון שלה (פס' 17-18 לפסק הדין), תוך שאף נאמר כי לכאורה טענות אלה אכן תומכות בעמדתה. גם לא ראיתי כי נפל פגם לעניין המשקל היחסי שניתן לפרמטרים השונים. אכן, כפי שנפסק, העובדה כי ההשקעה במניות החברות המוחזקות מהווה השקעה

יחידה של המערערת, לצד פרק הזמן הארוך ביותר, של שנים רבות, במהלכו הוחזקה ההשקעה, מעידים על אופי הוני של הפעילות. אף אם נעשו מספר ניסיונות למכירת ההשקעה, איני סבור כי הם עולים כדי "סחר" במניות (השוו: עניין מ.ת.מ.; חוזר מס הכנסה 10/93 ההבחנה בין חברה למימון ולסחר בהשקעות לבין חברה להחזקה בהשקעות (1993)). לא התרשמתי גם מטענת המערערת בנוגע לקיומו של "מנגנון עסקי". בהקשר זה, מקובלת עליי עמדת המשיב כי אין לייחס למערערת את המנגנון הניהולי של קבוצת "פישמן", כאשר טענה זו לא הוכחה, וכאשר הכלל הוא שהמערערת עומדת בפני עצמה, ונבחנת כגוף "אוטונומי" נפרד מבעליה (השוו לעניין נכסי כהנים, עמ' 751). באותו אופן, נראה שאין מקום לייחס למערערת את המומחיות והבקיאות של מר פישמן ומר ספיר, מאותו נימוק שציין בית המשפט המחוזי, לפיו: "אדם בעל ידע כישורים ויכולות 'הבראה והשבחה' המחזיק באשכול של חברות המחזיקות בתוכן חברות, אין הכרח כי מומחיותו וכישוריו של אותו אדם צובעים את כל אשכול האחזקות כאחזקות עסקיות".

29. זאת ועוד, ולכך משקל רב, תמוהה בעיניי טענת המערערת כי פעילותה היא עסקית, מקום בו היא-עצמה הציגה את השקעתה בדוחות כפעילות הונית, כרכוש קבוע תחת הכותרת "השקעות", בנפרד מנכסיה השוטפים (דוחות כספיים לשנים 2000, 2003, 2005 ו-2007, מ/ש 1 - מ/ש 4). בהקשר זה, הכלל הוא, ואיני רואה סיבה לסטות ממנו, כי רישומו של נכס במאזן כ"רכוש קבוע" מהווה למצער ראיה לכאורית, ואף מעין "הודאת בעל דין", לכך שהפעילות בו היא הונית (נמדד, מס הכנסה, 101; רפאל, מס הכנסה, 97). יתרה מכך, במקרה דנן, להצגת ההשקעה במאזן מצטרף גם הדיווח על עסקת המימוש החלקי כעסקה הונית (ראו בדו"ח לשנת 2003, מ/ש 2; ובנספח לחישוב רווח הון לשנת 2003, מ/ש 10). בנסיבות אלה, אין להלום את טענת המערערת לגבי כך שאין לתת משקל להצגה במאזן, ויש לדחות גם את טענתה כי ההצגה נעשתה רק מטעמי תקינה חשבונאית. אף אם טענות מסוג זה עשויות להתקבל לעיתים, הרי שמובן כי בענייננו קשה ביותר לקבלן. ודוק, הצגת ההשקעה לא נתמצתה רק ברישום המאזני "הטכני" של המניות כרכוש קבוע, אלא כללה, כאמור, גם דיווח על עסקת המימוש החלקי, באופן שיש בו השפעה על החיוב האופרטיבי במס (וניתן אף להרהר האם עובדה זו כשלעצמה אינה מקימה "השתק שיפוטי" לגבי טענת המערערת. וראו, בשינויים המחייבים: ע"א 8659/12 דויכמן נ' פקיד שומה חיפה, פס' 19 (10.12.2014); ע"א 9056/12 קינג נ' פקיד השומה ירושלים, פס' 11 (4.8.2014)).

30. בשולי הדברים אטעים, כי אין בסיס גם לטענתה החלופית של המערערת לפיה ניתן לסווג את פעילותה כ"עסק אקראי". לאחרונה ציין בית משפט זה בעניין פלומין,

כי לאמיתו של דבר, לא קיימת הבחנה מהותית בין המקורות השונים המסווגים תחת סעיף 2(1) עצמו – והכוונה היא ל"עסק", "עסקה בעלת אופי מסחרי" ו-"עסק אקראי בעל אופי מסחרי". כפי שהוסבר בעניין פלומין, קיים קושי רב וממשי ליצוק תוכן נפרד ומובחן לכל אחד מהמקורות האמורים, ולכן הגישה הרווחת היא שההבחנה ביניהם היא מלאכותית (שם, בפסקה 105, ובאסמכתאות הרבות שהובאו במסגרתה; כן ראו: נמדד, מס הכנסה, 153). זאת ועוד, אף אם המערערת תעמוד על טענה זו ותבקש לבחון את עניינה במשקפיים של "עסק אקראי", ממילא אין להלום טענה כי פעילותה היא כזו. הנימוק לכך הוא, בעיקרו של דבר, שגם עסק אקראי נדרש לענות למאפיינים של "עסק" (נמדד, שם, 154), ובענייננו, כפי שצוין, המערערת אינה עומדת בתנאי זה. זאת, מה גם שאיני סבור כי פעילותה יכולה להיחשב כפעילות "אקראית", "מזדמנת", בשים לב למכלול הנסיבות ובראשן פרק הזמן הממושך במסגרתו התקיימה פעילותה.

31. נמצאנו למדים, כי קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה פעילות המערערת במניות אינה בגדר "עסק" או "עסק אקראי", אלא מדובר בפעילות הונית, בדין יסודה. התרשמתי כי לא קיימת עילה להתערב בקביעה זו, משהיא שעונה על אדנים עובדתיים מובהקים ומשלא נמצא פגם בקביעה זו.

32. כאמור, בנסיבות העניין, סיווג הפעילות במניות עצמן הולך יד ביד עם סיווג ההכנסה מדיבידנד כהכנסה פאסיבית לפי סעיף 2(4) ולא מעסק לפי סעיף 2(1). מסקנה זו נגזרת מסיווג המערערת כחברה החזקות העוסקת בהשקעה לטווח ארוך, ולא כחברה העוסקת בסחר שוטף במניות. הצד השני של אותו המטבע הוא, כי 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 שיעשה רק דרך סעיף 17(1)(א). ואולם, הואיל והכנסת המערערת מדיבידנד היא פאסיבית, הרי שכאמור, הניכוי יותר רק נגד הכנסה מסוג זה, ובאין כזו (שכן מדובר בדיבידנד בין חברתי), וזה העיקר, ההוצאות לא ינוכו כלל (עניין נכסי כהנים; עניין מ.ת.מ.).

33. הלכה למעשה, מצב הדברים שבו עסקינן דומה לזה שנדון בעניין מ.ת.מ. בדומה לאותו המקרה, גם בענייננו, המערערת אינה מנהלת עסק של סחר במניות, והיא הפיקה הכנסה פאסיבית מהמניות שהיא החזיקה בצורת דיבידנד. כמו-כן, בדומה לאותו המקרה, גם בענייננו, המערערת רכשה את המניות באמצעות הלוואה, ובגין כך צמחו לה הוצאות המימון. כזכור, בפסק בדין בעניין מ.ת.מ. נקבע, כי הנישומה זכאית לנכות

את הוצאות המימון רק כנגד הכנסתה מדיבידנד. יתרה מזו, נאמר מפורשות, כי אילו לא הייתה לחברה הכנסה מדיבידנד באותה השנה, לא היו מותרות הוצאות המימון בניכוי כלל. כמאמר השופט ש' אשר: "אם לא היתה לנישום כנ"ל הכנסה באותה שנה מריבית או דיווידנד כאמור, לא יוכל לנכות את הוצאות הריבית מהכנסה אחרת כלשהי" (עניין מ.ת.מ, עמ' 114). והנה, היות שבעניינו יש למערערת הכנסות שנתיות מדיבידנד, המצב דומה לזה שנדון בעניין מ.ת.מ. לכן, ניכוי הוצאות המימון שיצאו בגין ההלוואה ששימשה לרכישת המניות ייעשה כנגד ההכנסה השנתית הפאסיבית מהדיבידנד, ואחרת לא ייעשה כלל (להבדיל מכך, מצב העניינים אחר, שבו אין לחברה הכנסה פאסיבית לנכות כנגדה את ההוצאות הוא זה שנדון בעניין נכסי כהניס).

34. כפי שיפורט, נראה כי המסקנה שהמערערת זכאית לנכות הוצאות רק כנגד הכנסה פאסיבית, מייתרת למעשה את הדיון לגבי תחולת סעיף 18(ג), בנסיבות העניין.

35. 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 החזקה, בדין יסודן.

36. על-כל-פנים, היעדר הצורך להידרש באופן מעמיק יותר לטענת המערערת לגבי סעיף 18(ג) טמון בכך, שאף אם היינו מקבלים את עמדתה, וקובעים כי תקבוליה מדיבידנד אינם מהווים "הכנסה", נדמה כי לא היה בזאת לסייע לה. כזכור, בנסיבות העניין תקבוליה היחידים של המערערת הם הדיבידנד. לאמיתו של דבר, במצב דברים זה אין משמעות רבה לשאלה האם סעיף 18(ג) חל על דיבידנד בין חברתי או לא, שכן תוצאות המס, מבחינת המערערת, תהא זהה בין אם יקבע כך או אחרת. ודוק: במצב הדברים הראשון – בו ההנחה היא כי יש תחולה לסעיף 18(ג) על ההכנסה מדיבידנד – הוצאות המימון ייוחסו להכנסה זו. ואולם, כיוון שהכנסה זו ממילא אינה חייבת במס, סכום המס בו תחויב המערערת, שממילא עומד על אפס, לא יופחת בפועל כתוצאה מייחוס ההוצאה. הוצאות המימון שצמחו למערערת לא יצמיחו לה הטבת מס מעשית. תוצאת מס דומה תתקבל גם במצב הדברים השני – בו ההנחה היא כי אין תחולה לסעיף 18(ג) על ההכנסה מדיבידנד, משום שלכאורה היא אינה חלק מבסיס המס. הסיבה היא, שבמצב זה, אין למערערת הכנסה אחרת (כל שכן, הכנסה פאסיבית) לנכות כנגדה את הוצאות המימון. היות שלמערערת אין הכנסה אחרת לבד מהדיבידנד, הרי

שאף אם הייתה מתקבלת טענתה כי הכנסה זו "אינה הכנסה", לא הייתה לה אפשרות לנכות את הוצאות המימון, משום שלא הייתה בידה הכנסה אחרת (זהו למעשה המקרה בעניין נכסי כהנים; וראו גם נמדר, מס הכנסה, 349). מכאן, שגם במצב דברים זה לא הייתה צומחת למערערת הטבת מס מעשית. עולה אפוא, שהמערערת הייתה מוצאת עצמה באותו המצב שבו הוצאות המימון אינן מסייעות לה להפחתת נטל המס המוטל עליה, בין אם היה נקבע כי יש תחולה לסעיף 18(ג) על דיבידנד בין חברתי; בין אם לא.

אכן, משנקבע כי המערערת אינה "עסק", ולכן היא אינה יכולה לנכות את ההוצאות או לקזון כהפסד ולהעבירן לשנים הבאות, כאילו הן צמחו "בעסק", לא נותרת עוד נפקות מעשית לשאלה האם סעיף 18(ג) חל על הכנסתה היחידה מדיבידנד או לא. כאמור, בין אם כך או אחרת, התוצאה האופרטיבית מבחינת המערערת תהא זהה. מטעם זה, הדיון בתחולתו העקרונית של סעיף 18(ג) על דיבידנד בין חברתי הופך במקרה דנא במידה רבה לדיון תיאורטי, ולכן סברתי כי אין צורך להיכנס לעובי הקורה ביחס אליו, או לטעת מסמרות בנדון, מעבר למה שנאמר לעיל.

37. הנה כי כן, מסקנתי היא, כי לא נמצאה עילה להתערב גם בקביעת בית משפט קמא לפיה סעיף 18(ג) לפקודה חל על דיבידנד בין חברתי החוסה תחת סעיף 126(ב). מעבר לכך שעל-פניו, ובלי לטעת מסמרות בדבר, קביעה זו נראית נכונה לגופה, התרשמתי כי הדיון בה אינו נדרש בהכרח לצורך ההכרעה דנא, וכי הכרעתי לא הייתה משתנה בין אם הייתי מקבל את טענות המערערת בסוגיה זו ובין אם לא.

38. במאמר מוסגר ראיתי להתייחס לטענה נוספת שעלתה מהכתובים. המערערת טענה כי פרשנות המתירה לייחס את הוצאת המימון לדיבידנד עשויה להוביל, במקרים עתידיים ולא במקרה דנן, לעיוות מס, ככל שמימוש המניות שהצמיחו את הדיבידנד יהיה כפוף להוראת סעיף 94 לפקודה. נזכיר, שסעיף 94 לפקודה קובע כי: "במכירת מניה על-ידי חבר בני אדם יופחת מסכום הפסד ההון בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים שקדמו למכירה אך לא יותר מסכום ההפסד". הוראה זו נועדה לסכל תכנון מס אפשרי על-ידי כך שהחברה האם "תמשוך" כספים הנמצאים בחברה הבת בדרך של דיבידנד (שאינו חייב במס), וסמוך לאחר מכן היא תמכור את מניות החברה הבת בהפסד תוך כדי הכרה בהפסד הון (השוו נמדר, מס הכנסה, 617). בשל כך, קובעת הפקודה, כי במצב דברים זה יוקטן הפסד ההון בסכום הדיבידנד שמשכה החברה האם עד לאיפוסו. למעשה, הפקודה "מבטלת" מבחינה רעיונית את הכנסת החברה האם מדיבידנד. טענת המערערת היא, שאם יצמחו לחברה הוצאות מימון באותן שנים בגין הדיבידנד, היא עדיין תידרש לנכותן כנגד

הדיבידנד, אף שלכאורה מבחינה מיסויית הדיבידנד "מבוטל". במבט ראשון נראה כי יש טעם מסוים בטענה זו. יחד עם זאת, איני רואה צורך להידרש אליה, ראשית, משום שמדובר בטענה תיאורטית, אשר מתייחסת למצב דברים שאינו רלבנטי לצורך ההכרעה במקרה הנוכחי; ושנית, משום שניכר כי אף המשיב עצמו מסכים לטענת המערערת האמורה, כאשר הוא אף ציין בסיכומיו כי "אם מכל סיבה שהיא אכן יתרחש המצב המתואר בעתיד, למשיב ברור כי יש להחיל את סעיף 18(ג) (סע' 48 לסיכומיו), ונראה שבכך ניתן מענה גם לטענה זו.

39. סיכומי של חלק זה, אציע לחבריי לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע לקביעת בית משפט קמא לגבי סיווג פעילות המערערת כפעילות הונית; וככל שהוא נוגע לקביעתו לגבי תחולת סעיף 18(ג) על הכנסת המערערת מדיבידנד בין חברתי.

הערות נוספות

(א) האפשרות להוון את הוצאות המימון לעלות הנכס

40. 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. טענה זו מבוססת על ההיגיון כי כאשר הנישום פועל לפי סעיף 18(ג), היינו מדובר בהכנסה שאינה חייבת במס, נוצר מצב שבו ייחס הוצאות אינו מוביל למעשה להפחתת נטל המס המוטל עליו, כך שלמעשה ההוצאות שהוציא "יורדות לטמיון". כך, אין הנישום "נהנה" מהוצאותיו, אף שאכן הן הוצאו מכיסו. לפיכך, גורסת המערערת, כי במצב זה, יש למצער לאפשר לה להוון את עלות ההוצאות לעלות רכישת המניות. במסגרת טענה זו מוסיפה המערערת כי ההוצאות לא יצאו "בייצור ההכנסה" מדיבידנד, אלא יצאו לצורך רכישת המניות. טענה זו נועדה לתמוך, לכאורה, בגישתה כי הוצאות המימון הן מטבען הוצאות הוניות ולא פירותיות, ובכך יש לחזק את המסקנה כי דינן להיות מהוונות לעלות הנכס.

41. טענה זו נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, בזו הלשון (פס' 30 לפסק הדין):

"אין מחלוקת כי הוצאות המימון כולן או חלקן שימשו בייצור הכנסה מדיבידנד (במובדל מעסק) כמצוות סעיף 17 לפקודה. משכך 'שימוש' נוסף בהם על דרך היוונם לעלות המניות אינו יכול שיעשה. אף אם ה'שימוש' בהם הוחרג מכוח סעיף 18(ג) האמור ולמעשה נוטרל. אם הוצאות אילו שימשו ביצירת הכנסה כאמור אין עוד

לראותם כחלק מן העלות של המניות. [...] דחית ניצול 'ההטבה' למועד המכירה תוך היוון הוצאות המימון לעלות תביא בדיוק לתוצאה ההפוכה שביקש המחוקק להגיע באמצעות סעיף 18(ג) הנ"ל" [ההדגשה במקור].

42. לאחר שהתלבטתי בדבר, הגעתי לכלל דעה, כי דין טענה זו של המערערת להידחות. ראשית אציין, כי אין בידי לקבל את טענת המערערת לפיה הוצאות המימון אינן יכולות להיות מנוכות כנגד ההכנסה מדיבידנד כיוון שהן לא יצאו "לצורך ייצור הכנסה" זו, אלא יצאו לצורך רכישת המניות. כאמור, ניכוי ההוצאות במקרה 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 (כאמור, הניתוח הוא אותו הניתוח שערך בית משפט זה במקרים דומים, כגון עניין מ.ד.מ ועניין נכסי כהנים. וראו גם: גילבאי, מיסוי חברות החזקה, 174)). זאת ועוד, בענייננו, אלמלא נטלה המערערת את ההלוואות ונשאה בהוצאות המימון, ספק אם היה באפשרותה לרכוש את המניות, וממילא נדמה שלא הייתה צומחת לה הכנסה מדיבידנד. זאת, מה גם שההכנסות שהפיקה המערערת מדיבידנד שימשו אותה לפירעון ההלוואות כך שקיים קשר מובהק בין ההכנסה מדיבידנד לבין ההלוואות. על-כן אני שותף לעמדת בית משפט קמא כי לפחות חלק מהוצאות המימון שימשו לייצור ההכנסה מדיבידנד. כפועל יוצא מכך, נדמה, כי "המיקום הגיאומטרי" של הוצאות המימון הוא אכן בסעיף 17(1)(א) לפקודה. מסיבה זו, אני שותף לעמדה כי מרגע שההוצאות הוגדרו כך, ולא כהוניות, אין מקום לשימוש "נוסף", "חלופי", בהן על דרך שינוי סיווגן והגדרתן מחדש ובדיעבד כהוצאות כהוניות.

יוער, כי מצב הדברים דנן נחזה להיות שונה ממצב שבו הוצאות המימון לא שימשו ביצירת ההכנסה, למשל כאשר הנכס אשר נרכש באמצעות ההלוואה הוא "נכס בהקמה" אשר טרם מניב הכנסה (למשל, במקרקעין), מצב דברים אשר ייתכן כי ידרוש ההתייחסות שונה (ראו: נמדד, מס הכנסה, 438; אליהו גילבאי ותומר גינל "היוון הכנסות מימון ריאליות לעלותם של נכסים קבועים - ההיבט המיסוי בעקבות תקן חשבוונאות מס' 3" מיסים יג(4) (1999); גילבאי, מיסוי חברות החזקה, 310)).

43. זאת ועוד, קשה לקבל את טענת המערערת ביחס לסעיף 18(ג) גם מן הטעם העקרוני. כאמור, נקודת המוצא לטענה זו היא כי אף אם נקבע שסעיף 18(ג) חל על הכנסות מדיבידנד יש להתיר להוון את ההוצאות לנכס, אחרת הן "ירדו לטמיון". טענה

זו נכונה, על-פניה, לגבי עוד מקרים המוסדרים בסעיף 18(ג) כאשר ההכנסה היא מועדפת או פטורה. 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). הדברים נכונים גם ביחס למקרה הייחודי והפרטי של הכנסה מדיבידנד בין חברתי החוסה תחת סעיף 126(ב), וזאת גם אם ניתן להעלות ביקורות שונות לגבי הסדר משפטי זה (והדברים פורטו בפסק דינו של בית משפט קמא, בפסקה 30).

44. מסיבות אלה, וכאמור לא בלי התלבטות, הגעתי לכלל מסקנה כי אין יסוד להתערב גם בקביעת בית המשפט המחוזי בסוגיה זו.

45. בשולי הדברים אעיר, כי ייתכן שמסקנתי בנקודה זו הייתה משתנה אילו היה מוכח שאין קשר בין הוצאות המימון לבין הדיבידנד שהופק מהן, כלומר שהוצאות אלו מלכתחילה לא היו נופלות תחת סעיף 17(1)(א). זאת ועוד, לא נעלם מעיניי כי ייתכן שהיה קושי מסוים (מעשי, ולא בהכרח משפטי) לקבוע את הדברים ביחס למלוא הוצאות המימון. הדברים בהקשר זה נאמרים בעיקר משנראה כי התוצאה האופרטיבית במקרה הפרטי של דיבידנד בין חברתי עשויה הייתה לעורר חוסר נחת אילו היה נקבע באופן גורף כי יש לייחס את מלוא הוצאות המימון אך ורק להכנסה מדיבידנד. אכן, ניתן להרהר האם כאשר הוצאות המימון הן בסכומים גדולים מאוד ביחס להכנסות מדיבידנד, עדיין יש לעמוד בדווקנות על התוצאה לפיה לא ניתן להתיר אפילו היוון של חלק מההוצאה לעלות הנכס. על-כל-פנים, דומני כי הדיון בהקשר זה נחסך לעת הזו, בשל הפתרון המעשי אותו הציע המשיב, לפיו המערערת תוכל להוון לעלות המניות את יתרת ההוצאות, פתרון שלא ראיתי לנכון להתערב בו והוא בעיניי הוגן בנסיבות העניין (ואעיר, בשולי הדברים, כי במישור המשפטי, נטיית ליבי הייתה לקבל את עמדת המשיב כי פעולה זו נעשתה לפנים משורת הדין).

46. הדיון שנערך לעיל התמקד בהוצאות המימון שצמחו למערערת. באשר להוצאות הנלוות, מדובר בהוצאות משפטיות (הנהלה וכלליות) בסכום של כ-1.5 מיליון דולר. בכתובים המונחים לפניי קיימת עמימות עובדתית מסוימת לגבי השאלה האם הוצאות אלה היו כרוכות בעסקת הרכישה של יתרת השקעה (קרי, ברכישת המניות והזכויות בין השנים 1997-2000). על כל פנים, לצורך הדיון, ובעיקר משום שהמשיב לא חלק על כך ולא טען אחרת, אניח כי התשובה לשאלה היא בחיוב. מתוך נקודת מוצא זו, נדמה כי ההוצאות הנלוות אינן יכולות להיות מטופלות בגדר סעיף 17 רישא משהן אינן הוצאות שוטפות פירותיות. כמו כן, הוצאות אלה אינן מטופלות בגדר סעיף 17(1)(א) שכן אין מדובר בהוצאות מימון. לכאורה נדמה, כי הוצאות אלה, בהנחה שהן אמנם הוצאו במסגרת עסקת רכישת הזכויות בחברות המוחזקות, הן הוצאות הוניות (השוו: ע"א 338/78 אלקו בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לג(2) 135 (1979); ע"א 358/82 אלקו בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לט(3) 316 (1985); נמדר, מס הכנסה, 313; גילבאי, מיסוי חברות החזקה, 186). לפיכך, קיימת הצדקה לטענה כי יש להוון אותן לעלות הנכס. מכל מקום, כאמור, בנסיבות העניין, החלק היחסי של ההוצאות הנלוות מכלל ההוצאות הוא שולי. בשים לב לכך שבסופו של דבר הותר למערערת להוון לעלות המניות את יתרת ההוצאות, סכום הגדול בהרבה מסכום ההוצאות הנלוות, מסקנתי היא כי בנסיבות העניין ניתן מענה הולם גם בסוגיה זו, ותוצאת פסק דיני לוקחת בחשבון גם את שאלת ההוצאות הנלוות.

(ג) תחולת סעיף 9 לחוק התיאומים על ההפסד שנבע מהמימוש החלקי

47. משראיתי לנכון לדחות את טענותיה המרכזיות של המערערת, נותר אפוא לדון בטענתה האחרונה, לפיה על המשיב היה להתיר לה להכיר ב"הפסד ריאלי" כמשמעו בסעיף 9(ג) לחוק התיאומים בגין ההפסד שצמח לה בעסקת המימוש החלקי. כזכור, המימוש החלקי בוצע בשנת 2003, אז מכרה המערערת חלק מהשקעתה בחברות המוחזקות בתמורה לסך של 93,461,000 ש"ח, כאשר המחיר המקורי של החלק הנמכר היה 97,789,000 ש"ח. הפסד ההון במכירה הסתכם בכ-4,328,000 ש"ח, אך המערערת דיווחה על הפסד הון "ריאלי" בסך כ-15,800,000 ש"ח. המשיב דחה את הדיווח וקבע, כי אין להתיר הפסד ריאלי במכירת המניות משום שסעיף 9(ג) לחוק התיאומים כנוסחו בשנת 2003 לא חל על במכירת ניירות ערך אלא רק "במכירת נכס קבוע בר פחת" (לשון הסעיף דאז). בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיב. בית המשפט ציין, 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 למערערת במימוש החלקי בשנת 2003. בתוך כך, דחה בית משפט קמא גם את טענת 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. לאחר שעיינתי בנוסחי חוק התיאומים לפני ואחרי התיקון, ולאחר שהתרשמתי מנימוקי הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי בנקודה זו, יש לאמץ את מסקנת בית המשפט המחוזי כפי שהיא ועל נימוקיה, משהיא מפורטת ואינה מגלה כל פגם גם לגופה. כך אציע לחבריי לקבוע.

סיכומם של דברים

48. לב-ליבו של ערעור זה היה טמון בשאלה, האם פעילות המערערת במניות שרכשה באמצעות נטילת הלוואות מבנק, היא בגדר "עסק" – כך שהוצאות המימון שצמחו לה בגין ההלוואות מותרות בניכוי עסקי לפי סעיף 17 לפקודה ובקיוזו כהפסד עסקי לפי סעיף 28 לפקודה; או שמא מדובר בפעילות הונית. כפי שפורט, לא התרשמתי כי קיימת עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי מדובר בפעילות הונית. משנקבע כך, נמצאנו למדים, על רקע הפסיקה, ובמרכזה ההלכות שנקבעו בעניין M.D.M. ובעניין נכסי כהנים, כי הוצאות המימון אשר צמחו למערערת ניתנות לניכוי רק כנגד הכנסה מדיבידנד אותה היא הפיקה מהמניות באותן השנים. בעניין זה אף הוסף, כי אין צורך להידרש לטענת המערערת כי התקבול מדיבידנד בין חברתי הוא למעשה אינו בגדר "הכנסה" משום שהוא הוצא מבסיס המס בגדר סעיף 126(ב) לפקודה, תוך שנאמר שבנסיבות העניין, גם אם הייתה מתקבלת טענה זו לא היה בכך כדי לשנות מתוצאות המס האופרטיבית (מה גם שלא ראיתי לקבל את הטענה). לצד זאת, לא ראיתי לנכון להתערב גם בקביעות נוספות של בית המשפט המחוזי, כפי שפורט.

התוצאה העולה ממכלול הדברים האמורים היא כי יש לדחות את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולו תישמע דעתי, כך יעשה, תוך חיוב המערערת בהוצאות המשיב בסך 40,000 ש"ח.

הנשיאה מ' נאור:

אני מסכימה.

נ ש י א ה

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, כא' בסיון התשע"ה (8.6.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה