

## הכנסה של לווה משחיקת הלוואה במט"ח – האם משחק הדמקא הוכרע?

מאת

אלכסנדר שפירא, עו"ד (רו"ח)

### מבוא

שאלת החבות במס של לווה בגין הכנסות שמקורן בהפרשי שער שליליים על הלוואה שקיבל נדונה על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים (השופט ד' מינץ) בעניין **חברת מגדניית הדר בע"מ**<sup>1</sup> ועל-ידי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט מ' אלטוביה) בעניין **ד.מ.ק.א.**<sup>2</sup> והוכרעה על-ידי בית-המשפט העליון בערעור שהוגש על-ידי שתי החברות.<sup>3</sup>

באותו מקרה, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך הדברים, קבע בית-המשפט העליון בפסק-דין בו נדונו ערעוריהן של שתי החברות, כי ההכנסות כאמור שנצמחו לאותן חברות נכללות, בנסיבות אותם מקרים, בגדר מקורות ההכנסה המנויים בסעיפים 2(1), 2(4) ו-2(10) לפקודת מס הכנסה.

בכך לכאורה הוכרעה גם השאלה מושא מאמר זה.

"לכאורה" אמרנו, שכן עיון בפסק-הדין מלמד על כך שלא רק שקביעותיו של בית-המשפט העליון יפות רק לנסיבות שני המקרים שהובאו בפניו וממילא ניתן לאבחן קביעות אלו ממקרים אחרים, אלא שבית-המשפט לא נדרש למספר טיעונים מהותיים אשר יש בהם, לשיטתנו, כדי לשנות ממסקנותיו האמורות.

הנה כי כן, מציאות החיים מטילה לפתחי בית-המשפט מצבים שמטיבם וטבעם אינם "שחור לבן", אלא גווני אפור - מצבים שפתרון מוחלט אינו הולם את מידתם.

מהלך הדיון יתנתב אפוא, כדלקמן:

בראשית הדברים, נציג את נסיבות עניינן של חברת מגדניית הדר ושל חברת ד.מ.ק.א. ואת פסקי-הדין של בתי-המשפט המחוזיים בעניינן.

- 
1. ע"מ (י-ם) 11-11-22037 **חברת מגדניית הדר בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים**, "מיסים" כז/2 (אפריל 2013) ה-334 (להלן: "עניין מגדניית הדר").
  2. ע"מ (ת"א) 09-1246 **חברת ד.מ.ק.א. נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 1**, "מיסים" כז/4 (אוגוסט 2013) ה-145 (להלן: "עניין ד.מ.ק.א.").
  3. ע"א 2810/13 **חברת מגדניית הדר בע"מ ואח' נ' פקיד שומה ירושלים**, "מיסים" כט/4 (אוגוסט 2015) ה-108 (להלן: "הלכת מגדניית הדר").

לאחר מכן, ננתח את פסק-הדין של בית-המשפט העליון בערעור שהוגש על-ידי שתי החברות.

ואילו בהמשך הדברים, נעמוד על ההבדלים המהותיים שעשויים להיות בין נסיבות שני הערעורים לבין נסיבותיהם של מקרים אחרים כמו גם על הטיעונים שלא נבחנו על-ידי בית-המשפט העליון ואשר עשויים היו לשנות ממסקנותיו.

כל ההדגשות בציטוטים שיובאו להלן במאמר זה אינן במקור, זולת אם יצוין אחרת.

## עניין חברת מגדניית הדר

### נסיבות המקרה

בשנת 2001 הקימה חברת מגדניית הדר בע"מ (להלן: "הדר") במסגרת עסקה משותפת עם חברת ריבוע כחול ישראל בע"מ מבנה מסחרי להשכרה באזור התעשייה תלפיות בירושלים, הידוע בשם המסחרי "קניון בית הדר" (להלן: "הקניון").

כל אחת מהשותפות החזיקה ב-50% מהזכויות בקניון ולצורך ניהולו הקימו חברת ניהול אשר הוחזקה על-ידיהן בבעלות משותפת.

בין הדר לבין המשיב, פקיד-שומה ירושלים, התגלעו מספר מחלוקות, כאשר זו שרלוונטית לענייננו מתייחסת להלוואה בנקאית בסך של כ-74 מיליון ש"ח, שהוצמדה בעיקר ליין היפני.

בשנים 2005-2007 חל ייסוף של השקל ביחס ליין היפני, שהוביל לקיטון בערך השקלי של ההלוואה ושינוי זה בשער המטבע הצמיח להדר הכנסות חשבונאיות בסך של כ-15 מיליון ש"ח.

בשנות-המס שבמחלוקת, רשמה הדר הכנסות אלו בדוחותיה הכספיים כהכנסות מימון, אך לא כהכנסות לצורכי מס.

לעומת זאת, עובר לשנים אלו, במהלך השנים 2001-2005, נקטה הדר בעמדה שונה ורשמה את ההכנסות שנוצרו לה כתוצאה מייסוף השקל אל מול היין היפני כהכנסות מימון גם לצורכי מס.

המשיב היה בדעה, כי יש לראות בעדכוני ההלוואות בעקבות התיסופים כהכנסות מימון גם לצורכי מס ועל כן חייבם במס לפי הוראות סעיפים (1)2 או (4)2 או (10)2 או 3(ב) לפקודה.

לטענתו, רווחיה של הדר באים בגדרו של סעיף (1)2 לפקודה בהיות ההלוואה חלק מעסקיה השוטפים והא לראיה שהיא ניכתה הוצאות שעה שחל פיחות בשקל והחזר ההלוואה גדל.

באשר לתחולתו של סעיף (4)2 כמקור להכנסה, נטען, כי אין סיבה להבחנה שמבקשת הדר לעשות בין רווחים שמפיק מ לווה מכספים שהלווה לבין רווחים שהפיק לווה מכספים שלווה, וכי התוצאה אליה היא חותרת לפיה לווה יוכל רק לנכות הוצאות שנגרמו לו כתוצאה

מנטילת הלוואה אך לא לשלם מס על רווחים שנוצרו לו מאותה הלוואה, היא תוצאה אבסורדית.

לשיטת המשיב, לשון החוק המגדירה "הפרשי הצמדה" כ"סכום נוסף" כוללת גם תוספת שלילית. פרשנות זו עולה גם בקנה אחד עם תכלית דיני המס והצורך בגביית מס אמת, המובילים למסקנה, כי יש למסות רווחים שמפיק לוה מקיטון בהלוואה שנטל כתוצאה מייסוף השקל ביחס למטבע-החוץ.

עוד טען המשיב, כי ניתן לראות בהכנסה זו כהכנסה לפי סעיף 102(10) העוסק ברווח "מכל מקור אחר" ולפי סעיף 3(ב) לפקודה העוסק במחילת חוב, אך טענות אלו נטענו בשפה רפה.

מנגד, הדר התייחסה בעיקר לסעיף 42(4) לפקודה וטענה כי הכנסתה מתייחסת בגין קיטון בערך ההלוואה אינה בגדר "הפרשי הצמדה" המחויבים במס לפי הוראת הסעיף האמור.

לשיטתה, הפרשי הצמדה והפרשי שער הינם רק אלה המתייחסים לתוספת לחוב, בעוד שבמקרה זה מדובר בהפחתה בחוב, מה גם שההוראות הקובעות חבות במס בגין הפרשי הצמדה, ובכלל זה הפרשי שער, מתייחסות אך ורק מנקודת המבט על הכנסותיו של המלווה שהוא בעל הנכס (הכסף) המצמיח לו הכנסה פירותית, ולא הלווה.

לדבריה, העובדה כי בשנים קודמות היא נהגה לדווח גם על הכנסות מקיטון בהלוואה אינה יכולה לחייב אותה להמשיך לדווח על הכנסות אלו שעה שנתברר לה בשלב מסוים מייעוץ שקיבלה, כי אין מדובר בהכנסה חייבת במס; מה גם שעמדת רשות המסים עצמה במקרים אחרים הייתה, כי אין לראות בהפסדים שמקורם בירידת שער החליפין הפסדים ברי קיזוז.

באשר למיסוי לפי סעיף 12(1) לפקודה טענה הדר, כי היא אינה עוסקת בעסק של הלוואות, ואילו ביחס למיסוי לפי סעיף 102(10) טענה, כי סעיף זה מתייחס להכנסות בעלות מקור שמקורן איננו מצוי בחלופות האחרות, ולא על הכנסות הוניות או על הכנסות שאינן בבסיס המס כבמקרה זה.

לבסוף טענה, כי גם לא ניתן לראות בקיטון בהלוואה כמחילת חוב לגביה, שעה שהיא השיבה לבנק את ההלוואה במלואה ואין מקום למסות אותה לפי סעיף 3(ב) לפקודה.

יצוין, כי הדר מכרה בינואר 2007 את חלקה בקניון.

#### **פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בירושלים**

בית-המשפט המחוזי, מפי השופט ד' מינץ, דחה את הערעור (למעט בשתי נקודות שאינן רלוונטיות לענייננו).

בהקשר של ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה, אומצה עמדת המשיב לעניין סעיפים 12(1) ו-42(4) לפקודת מס הכנסה: השופט מינץ קבע, כי כל אחד מסעיפים אלה מהווה מקור לחיוב במס של ההכנסות שנוצרו להדר כתוצאה מהפרשי הייסוף של השקל.

לעניין סעיף 12(1) לפקודת מס הכנסה - שלפיו הכנסה שנצמחה מ"עסק ומשלח יד" חייבת במס - נקבע, כי למרות שהדר אינה מנהלת עסק להלוואות, ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה היו אינטגרליות לפעילות העסקית. וכך קבע השופט מינץ:

"כאמור, המקור הראשון עליו הצביע המשיב הוא סעיף 12(1) לפקודה לפיו נקבע כי 'השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי' היא הכנסה החייבת במס הכנסה. לטענת המערער, אין אפשרות לחייב אותה במס לפי סעיף זה, שכן אין מחלוקת כי היא לא עוסקת בהלוואות, ונטילת ההלוואה הייתה לצורך בניית הקניון בלבד. 'הכנסות' אלו שנצמחו מהייסוף בשקל לעומת היין היפני אינן לשיטתה אינטגרליות לפעילותה בהתאם להלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין פלאזה (ע"א 638/85 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה בע"מ, פ"ד מד(4) 309).

אין לקבל טענה זו. שאלת היותה של הכנסה אינטגרלית לפעילות העסקית של הנישום, היא שאלה המערבת משפט ועובדה. יש לבחון האם הכספים נשוא ההכנסה משמשים חלק מהמנגנון העסקי של הנישום או שהם מנותקים ממנו. כספים שאין המנגנון העסקי יכול מלהתקיים בלתי, ושהפעילות המסחרית של הנישום מבוססת על קיומם ועל השימוש בהם, מהווים חלק ממחזור העסקים של הנישום ולכן יראו בהם כחלק אינטגרלי מפעילות הנישום (ע"מ (ת"א) 1129/02 חברת טלמנג'מנט סולושנז בע"מ נ' פקיד השומה חולון, 17.10.12). כפי שצוין, מבחינים שונים נקבעו לשם ההכרעה בשאלת האינטגרליות של הכנסה לפעילות העסקית של נישום (ראו למשל, ע"א 638/85 בעניין פלאזה). ברם, במקרה זה לא יכולה להיות מחלוקת כי הכספים שהניבו את ההכנסה הם כספים ששימשו לפעילות העסקית של המערער, שכן המערער מודה כי ההלוואה ניטלה לשם קידום פעילותה השוטפת בהקמת הקניון שהיא הייתה הפעילות היחידה, או לכל הפחות העיקרית של המערער לשמה נטלה את ההלוואה מלכתחילה. לכן פשיטא כי העובדה שהמערער לא עסקה בנתינת הלוואות או בנטילתן כעסקה הבלעדי אינה משנה לעניין סיווג הרווחים שעשתה המערער מתיסוף המטבע כהכנסת עבודה לפי סעיף 12(1) לפקודה, כאמור.<sup>4</sup>

באשר לסעיף 12(4) לפקודת מס הכנסה - שלפיו הכנסה שנצמחה מ"דיבידנד, ריבית והפרשי הצמדה" חייבת במס - קבע השופט מינץ, כי למרות הלשון החיובית בה נוקטת הפקודה (של "תוספת" לסכום), אין להבין את הגדרות "הפרשי הצמדה" ו"הפרשי שער" כמחריגות מתחולתן סכומים שליליים ש"נוספו" לקרן בשל שחיקתה.

עוד נקבע, כי אין הבדל מהותי בין מי שנתן הלוואה צמודה לשער מטבע-חוץ ונוצר לו רווח בעקבות פירות השקל, לבין מי שנטל הלוואה צמודה לשער מטבע-חוץ ונוצר לו רווח בעקבות ייסוף השקל.

על רקע תוצאה זו, נמנע השופט מינץ מלדון בסעיף 12(10) לפקודה כמקור נוסף לחיוב הדר במס.

4. לעיל הי"ש 1, בעמ' ה-338-339.

ואילו באשר לסעיף 3(ב), שגם הדיון בו היה בבחינת למעלה מן הצורך, התקבלה טענת הדר. נקבע, כי ההלוואה הוחזרה בשלמותה ולכן אין כאן מחילת חוב, אף אם המלווה קיבל פחות ממה שנתן להדר מלכתחילה.

## עניין חברת ד.מ.ק.א.

### נסיבות המקרה

בשנת 1997 רכשה חברת ד.מ.ק.א. בע"מ (להלן: "דמקא") נכס מקרקעין ברחוב המרד 25 בתל-אביב (להלן: "המקרקעין"), וזאת באמצעות הלוואה צמודה לשער הדולר.

בשנת 2003 חלה ירידה בערכו של שער החליפין של הדולר אל מול השקל החדש. ההלוואה שוערכה לצרכים חשבונאיים בספריה של דמקא, כך שנרשמה הכנסה חשבונאית שנבעה מההלוואה בסך 1,497,354 ש"ח.

בדוח ההתאמה לצורכי מס לשנת-המס 2003 שהגישה דמקא, הפרשי השער לא נכללו בהכנסתה החייבת לצורכי מס. חלף זאת, בדוח ההתאמה צוין כי "בשנת הדוח ירד שער הדולר, הפרשי השער בגין ירידת ערך הדולר מופחתים לצרכי מס מעלות הנכס (נדל"ן) שנרכש בהלוואה זו".

דמקא הפחיתה את סכומי הפחת להם הייתה זכאית בגין המקרקעין בהתאם לסכום הפרשי השער, וזאת במסגרת דוחות ההתאמה למס בשנים העוקבות.

בשנת 2004 חלה ירידה נוספת בשער הדולר. דמקא דיווחה על הפרשי השער שנצמחו על קרן ההלוואה כתוצאה מירידת שער הדולר בשנה זו כהכנסה חייבת והופחתו כנגד הוצאות ריבית שהיו לה.

בדוח ההתאמה לצורכי מס של דמקא צוין, כי "בשנת 2003 ירד שער הדולר בסך של 1,497 אלפי ש"ח. הפרשי השער בגין ירידת ערך הדולר נוכו לצורכי מס מעלות הנכס (נדל"ן) שנרכש בהלוואה זו. החל משנת 2004 מתואמות הוצאות הפחת הנובעות מהקטנת ערך הנכס הנ"ל לצורכי מס. בשנת 2004 הפרשי השער נזקפו כהכנסה רגילה".

בשנת 2005 חלה עלייה בשער הדולר ודמקא רשמה בספריה הוצאות מימון שנבעו מעליית השער כאמור ותבעה את הוצאות המימון הנ"ל בניכוי מהכנסתה החייבת.

דמקא מכרה את הנכס בשנת 2006. בדיווחיה למנהל מיסוי מקרקעין, הפרשי השער משנת 2003 לא הופחתו משווי הרכישה של המקרקעין לצורך חישוב השבת, כך שמש השבח שחושב ושולם על-ידי דמקא היה ללא כל הפחתות בשווי הרכישה.

בדומה לעניין מגדניית הדר, גם בעניין ד.מ.ק.א. היו הצדדים חלוקים בנוגע לשאלה, האם דמקא חייבת במס בגין שחיקת ערך ההלוואה שנטלה כתוצאה מירידת ערכו של מטבע-החוץ אליו הוצמדה?

בהקשר זה, העלה המשיב (פקיד-שומה תל-אביב 1) שלושה מקורות למיסוי ההכנסה משחיקת ערך ההלוואה על-פי פקודת מס הכנסה: הכנסה מהפרשי שער לפי סעיף 2(4) לפקודה; הכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) לפקודה; והכנסה ממקור אחר לפי סעיף 2(10) לפקודה.

### פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב

השופט מ' אלטוביה דחה את טענת דמקא שלפיה אין בנמצא התעשרות אמיתית מאחר ששחיקת ערך ההלוואה התקזזה כנגד ירידת ערך המקרקעין.

לעניין המקור מכוחו חייבת דמקא במס הכנסה, נקבע כי המקור היחיד הוא סעיף 2(1). זאת לנוכח היות ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה **אינטגרליות** לעסקה.

בהקשר זה הודגשה העובדה, כי בשנות-המס העוקבות לשנת-המס שבערעור, דרשה דמקא בניכוי את הוצאות הריבית והפרשי ההצמדה בגין ההלוואה שנטלה כהוצאה שהוצאה בייצור הכנסה. בכך, למעשה, דיווחה למשיב כי ההלוואה שלובה במנגנון ייצור ההכנסה שלה, ודיווח זה מחייב אותה.

בניגוד לעמדת השופט מינץ שדן בעניין **מגדניית הדר**, סבר השופט אלטוביה שדן בעניין **דמקא**, כי סעיף 2(4) אינו יכול לשמש מקור לחיובה במס. בכך התקבלה הטענה לפיה קיים הבדל בין מלווה ללווה: הראשון מעמיד את כספו לאחר, ומפיק רווח - החייב במס - בגין שירות המימון שהוא מספק. מקרה כזה בא בגדר סעיף 2(4).

אולם, "קשה לראות מהו גורם הייצור שהפעילה המערערת במקרה זה לשם הפקת ההתעשרות שצמחה לה. כאשר הלוואתו של לווה נשחקת כתוצאה משינוי שער החליפין, הוא אינו מספק כל שירות או טובין לאחר תמורת ההתעשרות שצמחה לו".<sup>5</sup>

המסקנה אליה הגיע השופט אלטוביה היא, כי התעשרות כזו - שלא נתקבלה בגין תמורה (נכס או שירות) שסיפק הנישום - היא מטיבה הכנסה נטולת מקור, וממילא סעיף 2(4) אינו חל בעניינה.

לבסוף, דחה השופט אלטוביה את טענת דמקא לפיה יש למסות את הפרשי ההצמדה רק במועד המימוש, דהיינו בעת מכירת הנכס בשנת 2006 או פירעון ההלוואה (להלן: "טענת המימוש").

זאת בעיקר על רקע השתרשות ההלכה שנקבעה בעניין **דפוס מרכז**,<sup>6</sup> וכן לנוכח הוראת סעיף 8 לפקודה.

5. לעיל ה"ש 2, בעמ' ה-151.

6. ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס מרכז, פד"א יב 6 (1982) ו"מיסים אונליין".

## פסק-הדין של בית-המשפט העליון

### כללי

ביום 2.6.2015 ניתן פסק-הדין של בית-המשפט העליון, מפי השופט נ' הנדל (בהסכמת השופטים נ' סולברג וא' שהם), בערעורים שהגישו דמקא והדר.<sup>7</sup>

בראשית הדברים, התייחס השופט הנדל לתורת המקור שנקלטה מהמשפט האנגלית ולפיה, מס הכנסה מוטל רק על תקבולים שניתן לשייכם למקור כלשהו שנקבע בפקודת מס הכנסה.

השופט הנדל ציין, כי תורת המקור ואימותה במשפטנו נחשפו לביקורת,<sup>8</sup> אך היא עודנה השיטה הקיימת בשיטתנו.<sup>9</sup>

לאחר מכן, נדרש השופט הנדל להבחנה בין סעיף 12(1) לפקודת מס הכנסה לבין סעיף 42(4) לפקודה, תוך שהוא מבהיר, כי הגם שאין מחלוקת בין הצדדים כי פעילות המערערות בקשר להכנסות שנבעו משחיקת ההלוואות אינה "עולה כדי עסק", במובנו המקובל, בכך לא סגי, שכן גם הכנסה שאינה נובעת מהפעילות השגרתית, הנמשכת והשיטתית של העסק עשויה להיות מסווגת כהכנסה מעסק - והדבר תלוי בשאלה האם הכנסה זו אינטגרלית לעסק, או שמא נוצרה במנותק ממנו.

השופט הנדל ציין, כי ההלכה המנחה בהקשר זה נקבעה בעניין **קי.בי.ע.**<sup>10</sup> שם התעוררה השאלה - האם הפרשי הצמדה שנצברו על אגרות-חוב, בהן השקיעה החברה את עודפי המזומנים שלה, מהווים "**הכנסה מעסק**"; וכי בבואו להכריע בשאלה, גיבש בית-המשפט העליון שני מבחנים: **הראשון**, מבחן האינטגרליות - האם הפעילות שהניבה את ההכנסה היא חלק אינטגרלי מעיסוקיה הרגילים של החברה; **והשני**, מבחן הניתוק - האם נותק הכסף שהושקע ממחזור העסקים של החברה. כאשר המענה למבחנים אלה הוא חיובי ושלישי, בהתאמה, אזי מדובר בהכנסה מעסק.<sup>11</sup>

עוד ציין, כי בפסק-דין מאוחר יותר,<sup>12</sup> שהתבסס על הלכת **קי.בי.ע.**, חזר בית-המשפט העליון על מבחן האינטגרליות, וכן התווה שלושה תנאים מצטברים הנדרשים על-מנת שיראו בהפרשי הצמדה וריבית כ"**הכנסה מעסק**": (א) ההון שהניב את הפרשי ההצמדה והריבית

- 
7. לעיל ה"ש 3.
  8. בעיקר מצד פרופ' יוסף אדרעי, ראו מאמרו "דוקטרינת המקור סוף הדרך: על הגדרת המונח 'הכנסה' בדין הישראלי הנוהג", **משפטים** יז 25 (תשמ"ז-תשמ"ח).
  9. ראו, למשל, דני"א 3962/93 **שלמה מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים ואח'**, פ"ד (4) 817 (1996), ו"מיסים" יא/1 (פברואר 1997) ה-94.
  10. ע"א 159/79 **קי.בי.ע. קבוצת בוני ערים בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים**, פ"ד לה (3) 572 (1981) ו"מיסים אונליין" (להלן: "**הלכת קי.בי.ע.**").
  11. לדיון במבחן האינטגרליות ובמבחן הניתוק, ראו אלכסנדר שפירא, **מיסוי שוק ההון** (מהדורה שלישית), בעמ' 247 ואילך (אפריל 2019).
  12. ע"א 638/85 **פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה בע"מ**, פ"ד מד (4) 309 (1990) ו"מיסים" ד/5 (אוקטובר 1990) ה-49 (להלן: "**הלכת מלון פלאזה**").

מקורו בהכנסות הנישום מפעילותו העיקרית; (ב) ההון המושקע צריך להיות קשור ישירות להתחייבויותיו של הנישום; (ג) משך ההשקעה הוא קצר ומימושה נועד לשימוש בפעילותו השוטפת של העסק.

השופט הנדל המשיך והתייחס להוראות סעיף 4(2) לפקודת מס הכנסה, תוך שהוא מתייחס להיסטוריה שקדמה לסעיף ולרקע לחקיקתו וכן לשאלת עיתוי החיוב במס של הכנסות מימון.

לדבריו, שאלת העיתוי כאמור ידעה תמורות שונות במהלך השנים: בתחילה, הכלל המקובל גם בהכנסות אלו היה "עקרון המימוש" לפיו, אין לחייב במס רווח רעיוני שלא מומש, וזאת לאור הרציונל שאין לשלם מס על תקבול כלשהו, אלא אם ישנה ודאות שיסתיים ברווח.

אולם, הוסיף וציין, הלכות שונות שהתפתחו בקשר לריבית, הפרשי הצמדה והפרשי שער כרסמו בכלל זה, ונקבע לגביהן כי יש לחייבן במס במועד הצטברותן, דהיינו, בעת שהבשילה הזכות לקבלן ולא בעת קבלת התשלום בפועל. בתחילה נפסק כך לעניין ריבית;<sup>13</sup> בהמשך הוחלה הלכה זו גם לעניין הפרשי הצמדה שהצטברו על אגרות-חוב לנישום המנהל פנקסיו לפי השיטה המסחרית,<sup>14</sup> והיא התפשטה גם לעניין הפרשי שער.<sup>15</sup> לאחר מכן אף חוקק סעיף 8 לפקודת מס הכנסה, המורה כי: "הכנסתו של אדם מהפרשי שער תיחשב כהכנסה בשנת המס שבה נצברה גם כשהדיווח הוא על בסיס מזומנים".

לגופם של דברים, ניתוחו של השופט הנדל כלל שני נדבכים: הראשון, ניתוח ההכנסות שנצמחו למערערות משחיקת ההלוואות כהכנסות אינטגרליות לעסק כאמור בסעיף 1(2) לפקודת מס הכנסה; השני, סיווג הכנסות אלו תחת סעיף 4(2) לפקודה. בנוסף, התייחס השופט הנדל לעיתוי החיוב במס (טענת המימוש).

נוכח, כי בתי-המשפט המחוזיים לא קיבלו את טענות המשיב לפיהן, ניתן לסווג את ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה גם תחת סעיף 1(2) או סעיף 3(ב) לפקודה.

עם זאת, לנוכח נימוקיו בסוגיות האחרות בהן נחלקו הצדדים (כמוסבר להלן), לא נדרש השופט הנדל להכריע בשאלות אלו.

#### סיווג ההכנסות שנצמחו למערערות משחיקת ההלוואות כהכנסות אינטגרליות לעסק

כאמור, בשני פסקי-הדין שנתנו בתי-המשפט המחוזיים נקבע, כי יש לראות בהכנסות שנוצרו למערערות משחיקת ערך ההלוואה כאינטגרליות לעסק, ולכן הן חייבות במס לפי סעיף 1(2) לפקודה.

13. ע"א 385/75 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' רפק אלקטרוניקה, פ"ד ל(1) 645 (1975) ו"מיסים אונליין".

14. ע"א 347/78 קופת עליה אגודה שיתופית לאשראי וחסכון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד לג(2) 525 (1979) ו"מיסים אונליין".

15. ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589 (1982) ו"מיסים אונליין".



השופט הנדל דחה את טענות המערערות כנגד קביעה זו ממספר טעמים:

**ראשית**, קבע ששאלת היותה של הכנסה אינטגרלית לפעילות העסקית של הנישום היא שאלה מעורבת של משפט ועובדה, ולצורך מענה עליה יש, כאמור, לבחון האם הכספים משמשים חלק מהמנגנון העסקי של הנישום או שהם מנותקים ממנו.

לדבריו, עיון בחומר הראיות מצביע על כך שההכנסות משחיקת ערך ההלוואה אכן אינטגרליות הן ביחס לעסקה של הדר והן ביחס לזה של דמקא.

כך, באשר להדר, ההלוואה ניטלה לשם קידום פעילותה השוטפת בהקמת קניון. פעילות זו הייתה, כפי שקבע בית-המשפט המחוזי, הפעילות היחידה - ולמצער העיקרית - של הדר, ולשמה נטלה את ההלוואה מלכתחילה.

גם בעניין **דמקא**, ניטלה ההלוואה לצורך רכישת הנכס על מנת להפיק ממנו (בדומה לנכסי מקרקעין אחרים שכבר החזיקה בהם) הכנסה, כחלק ממערך העסקים השוטף. תחום עיסוקה הכללי והיחיד של דמקא הינו - גם לשיטתה - החזקת משרדים והשכרתם. על רקע זה, יש לדחות גם את טענת דמקא לפיה אינה מקיימת פעילות עסקית כלל וגם ההכנסות שנבעו מההלוואה - שניטלה לצורך רכישת הנכס במטרה שייב הכנסות שכירות שוטפות בעסק - כפי שאכן הניב - הינן אינטגרליות לאותו עסק.

**שנית**, האינטגרליות של ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה לעסקן של המערערות משתקפת אף בהתנהלותן ודיווחיהן, שהרי דיווחיו של הנישום לרשות המסים מחייבים אותו, והכתוב בהם **"מצביע כמאה עדים"**.

השופט הנדל ציין, כי בשנות-מס קודמות או מאוחרות לשומות שהוצאו להן, כאשר חלה עלייה בשער המטבע הזר - דרשו כל אחת מהמערערות לנכות את הפרשי ההצמדה כהוצאה בייצור הכנסה, בהתאם לסעיף 17 לפקודה; וכי בנוסף, כאשר נוצר למערערות הפסד כתוצאה מהוצאות הפרשי ההצמדה שניכו, הן רשמו אותו כהפסד "עסקי" אשר קוזז בשנים לאחר מכן. זאת מכוח סעיף 28 לפקודה, הקובע כי רק הפסד ב"עסק" ניתן לקיזוז.

השופט הנדל הדגיש, כי:

**"אין להלום מצב שבו אופיים של הפרשי ההצמדה משתנה כרצות המערערות או כדבר הנתון ל'מזל' - פעם הוצאה מוכרת בניכוי או הפסד עסקי המותר בקיזוז, ופעם תקבל שנעדר מקור הכנסה בפקודה. גם אם ייתכנו מקרים בהם הפקודה נעדרת סימטריה בין ההכרה בהכנסה לבין ההכרה בהוצאה (ונראה לי כי מקרה זה אינו בא בגדרם), אין בכך לשנות את התוצאה. יש לזכור כי הפרשי ההצמדה שנוצרו לכל אחת מהמערערות - שלעיתים היו סכומים חיוביים ולעיתים שליליים - נבעו מאותה הלוואה שנטלה כל אחת מהן, והשינוי נבע מתנודות חיצוניות במטבע הזר בלבד."**<sup>16</sup>

**שלישית**, אמנם בנסיבות של הלכת **מלון פלאזה**<sup>17</sup> מדובר היה בהפרשי הצמדה וריבית שצמחו לנישום על כספי השקעתו בפיקדונות וכי המבחנים שהותוו במסגרת הלכה זו לעניין האינטגרליות, הותוו על רקע העובדות שם ומתאימים יותר לנסיבות של משקיע או מלווה.

אולם, גם אם קיים קושי מסוים בהחלת מבחני הלכת **מלון פלאזה** בנסיבותינו, הלכה זו התבססה על הלכת **ק.בי.ע.**<sup>18</sup> ועל מבחן האינטגרליות ה"כללי" יותר שנקבע בה לפיו, כאמור, יש לבחון האם הפעילות שהניבה את ההכנסה מהווה חלק אינטגרלי מעיסוקיה הרגילים של החברה ומפעילותה הנמשכת והשיטתית, או שמא מנותקת מהם.

בהתאם, קבע השופט הנדל, כי זהו העיקרון המנחה לאורו יש ללכת, ויישומו על עובדות הערעורים דנא מוביל, כאמור, למסקנה אליה הגיעו בתי-המשפט המחוזיים.

**לבסוף**, סיכם השופט הנדל את שאלת האינטגרליות, תוך שהוא מתייחס לטענה לפיה שאלה זו היא "שאלה מסדר שני":

"להשלמת התמונה, אתייחס בקצרה לטענה לפיה שאלת האינטגרליות היא 'שאלה מסדר שני'. כבר בפתח הדברים יצוין, כי משהגעתי לתוצאה לפיה גם סעיף 2(4) מהווה מקור לחיוב במס של המערערות, כפי שיבואר, הטענה נעדרת נפקות. ביסוד טענה זו עומדת ההנחה כי סעיף 2(4) אינו חל עליהן. אין זה המצב. בכל מקרה, בנסיבות הערעורים שבפנינו שבהן נלקחו הלוואות בסכומים משמעותיים מאוד, בולט במיוחד כי זוהי פעילות של העסק. כעת מתעוררת השאלה האם חרף סכומים אלה והיקפם ניתן לטעון כי אין מדובר בהכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) מאחר ואין למערערות עסק למתן הלוואות וגם אופי הפעילות אינו תואם את הסיווג. זוהי שאלה שיש להתמודד איתה. למעשה השאלה האם מדובר ברווח מעסקו של הנישום כלשון הסעיף. כאן מבחן האינטגרליות נועד לסייע לבית המשפט ואכן הוא מסייע.

התשובה לשאלה האמורה בהקשרנו היא שאין ניתוק בין הפרשי הצמדה שנבעו מהלוואות לבין עסקי המערערות - כפי שקבעו בתי המשפט קמא וכמובהר לעיל. דהיינו, ההלוואות שימשו את המערערות לצרכי עסקיהן השוטפים ואף התייחסות המערערות אל הכספים שצמחו להן (או נגרעו מהן) הייתה כאל כספים שמקורם עסקי. להדר גם היה חשבון בנק אחד בלבד ששימש בערבוביה את כספי ההלוואה וכספי השכירות כהכנסות, ומאותו חשבון גם שולמו כל ההוצאות [...]

מבחינה עיונית, איפוא, היסוד לחיוב במס הוא סעיף 2(1) - השתכרות או רווח מעסק - ונראה כי הדבר אינו מעורר קושי אמיתי במקרים דנן. משהוכחו הדרישות הפורמאליות של סעיף 2(1) עולה שההכנסות משחיקת ערך הלוואות קשורות לעסק ואינן מנותקות ממנו. מעבר לנסיבות מקרה זה, נדמה כי עמדת המערערות עלולה להביא לכך שאין משמעות למבחן האינטגרליות ולאין אותו. המבחן נועד לערוך בירור של הקשר בין הפעילות שהניבה את ההכנסה המסוימת לבין הפעילות הכללית של העסק. כך ניתן להכריע בדבר תחולתו של סעיף 2(1). אם עצם הדיון בשאלה מסווג

.17 לעיל ה"ש 12.

.18 לעיל ה"ש 10.

את המקור כסדר שני ולא סדר ראשון, ובכך נפל פסול כטענת הדר, אין משמעות לתוצאת הפעלת המבחן. המטרה אינה להחליף את המקור לחיוב במס, אלא לבחון את התאמתו לנסיבות. העיקר הוא בשמירה על תורת המקור - והפעם בדמות סעיף 2(1).<sup>19</sup>

#### סיווג ההכנסות שנצמחו למעוררות משחיקת ההלוואות תחת סעיף 2(4) לפקודה

בהמשך חוות-דעתו, נדרש השופט הנדל לטענת המערערות כי הלשון בה נקט המחוקק בהגדרת המונחים "הפרשי הצמדה" ו"הפרשי שער" - לשון של תוספת - אינה מאפשרת לראות בהכנסות שצמחו להן כחוסות תחת סעיף 2(4); וכי מבחינה מהותית, קיים הבדל בין מלווה ללווה ובין מתן הלוואה שבא בגדרי סעיף 2(4) לבין נטילתה - שמוחרגת ממנו.

השופט הנדל ציין, כי מדובר למעשה באותה טענה, ולפיה רק הפרשי הצמדה חיוביים שנוצרים למלווה בעקבות עליית השער יהיו חייבים במס; וכי יש לדחות טענה זו.

לעניין לשון הסעיף, ציין השופט הנדל, כי הוא מסכים עם בתי-המשפט קמא - שבהקשר הלשוני היו תמימי דעים - כי אין מניעה לראות בסעיף 2(4) כחולש גם על סכומים שליליים ש"נוספו" לקרן והביאו לשחיקתה. שכן, מטבע הדברים, הפרשי הצמדה ושער יכולים להיות חיוביים או שליליים, כתלות במגמת השינוי בערך המטבע הזר. כך, נכון להתייחס לתיבה "נוסף" בהגדרת הפרשי הצמדה כשיעור חיובי מנקודת מבטו של המלווה וכשיעור שלילי מנקודת מבטו של הלווה.

ואילו באשר לאבחנה הנטענת בין מלווה ללווה (אבחנה שאומצה בפסק-הדין בעניין ד.מ.ק.א.), ציין השופט הנדל, כי לשונו של סעיף 2(4) לפקודה ותכליתו אינן מגלות כל אבחנה בין מלווה ללווה.

לדבריו, עם חקיקתו של סעיף 2(4), נוצר מקור מתבקש להכנסות מימון, והפרשי הצמדה בכללם, וזאת בכפוף לסיווגם האפשרי של הכנסות אלה תחת סעיף 2(1). כשם שעליית שער המטבע הזר מביאה להכנסה אצל המלווה ולהוצאה אצל הלווה (הוצאה שהמערערות דרשו בניכוי) - כך ירידת שער המטבע הזר מביאה להכנסה אצל הלווה ולהוצאה אצל המלווה. "שני המקרים חוסים, בעיניי, תחת סעיף 2(4). שאם לא תאמר כן, תיווצר הפליה בלתי מוצדקת בין נישומים."<sup>20</sup>

השופט הנדל המשיך ונדרש לעמדתו של השופט אלטוביה בעניין ד.מ.ק.א., לפיה כאשר לווה נוטל הלוואה הוא אינו מעניק שירות או נכס שבגיננו מתקבלת תמורה החייבת במס לפי סעיף 2 לפקודת מס הכנסה.

19. לעיל ה"ש 3, בעמ' ה-119-120.

20. שם, בעמ' ה-121.

השופט הנדל נקט בעמדה שונה:

"בעניין דמקא, סבר כב' השופט אלטוביה אחרת. לעמדתו, כאשר לווה נוטל הלוואה הוא אינו מעמיד כל גורם ייצור לשימושו של אחר. במילים אחרות, הלווה אינו מעניק שירות או נכס שבגיניו מתקבלת תמורה החייבת במס לפי סעיף 2 לפקודה.

אין דעתי כדעתו. ראשית, המקורות בסעיף 2 מחולקים כאמור להכנסות אקטיביות ולהכנסות פסיביות. תיתכנה הכנסות המתקבלות אצל הנישום כאשר מידת ההשקעה שהשקיע או התרומה שנתן להפקתן היא נמוכה, אם בכלל קיימת, והן צמחו כולן כתשואה על נכס שעמד לרשותו. בהמשך לכך, נדמה כי אין הכרח שהנכס 'שעמד לרשות הנישום' יהיה בבעלותו. כך, למשל, נפסק כי הכנסות משכירות משנה חייבות במס הכנסה - למרות שהן מופקות מדירה שאינה בבעלות הנישום (ראו נמדר בעמ' 171 והאסמכתאות המובאות בה"ש 5'ב' שם). די בהחזקת הנכס על ידי הנישום לתקופת השכירות הראשית ובהעמדתו לרשות אחר לתקופת שכירות המשנה כדי שהנישום יחויב במס. בהיקש לענייננו - העובדה כי כספי הלוואה אינם בבעלות המערערות ועליהן להשיבם אינה שוללת את יכולתן להפיק מהם הכנסה. למעשה, ניתן לראות בכספי הלוואות עצמם כמקור שהצמיח למערערות את ההכנסות. בפרק הזמן הרלוונטי בו הניבו כספים אלה את הפרשי ההצמדה שבמחלוקת - הם היו בידי המערערות, גם אם לתקופה קצובה וב'משמרת'. גם יסוד ה'העמדה לרשות אחר' אינו נדרש בהכרח, שכן בשיטתנו ניתן לחייב במס מכוח סעיף 2 הכנסה זקופה ובהתקיים הוראה סטטוטורית - גם הכנסה רעיונית (להרחבה ראו רפאל, בעמ' 47-49 וכן עניין מינץ). מסקנתי היא, איפוא, כי אין מקום להבחין בין הכנסה שצומחת למלווה כתוצאה מעליית שער המטבע לבין הכנסה שצומחת ללווה כתוצאה מפיחות בו. על כן, גם סעיף 2(4) מהווה מקור לחיוב המערערות במס."<sup>21</sup>

#### עיתוי החיוב במס (טענת המימוש)

בחלקה האחרון של חוות-דעתנו בכל הקשור לשאלת החבות במס בגין שחיקת הלוואות, התייחס השופט הנדל לטענת דמקא, שיש מקום לשנות מההלכה לפיה הכנסות הנובעות מהפרשי הצמדה וריבית והפרשי שער תחויבנה במס בעת הצטברותן ולא במועד המימוש.

זאת, לאור השינוי במציאות הכלכלית בתקופתנו לעומת תקופת האינפלציה שבמהלכה הותוותה ההלכה.

השופט הנדל ציין, כי למרות שהצורך לבחון הלכות עבר הולך ומתחזק ככל שחולפות השנים, אין מקום לשנות מההלכה האמורה, וזאת מהטעם שעיון בפסקי-הדין שהתוו את אותה הלכה מעלה, כי קיים מכנה משותף לפיו הנישומים דיווחו בשיטה המצטברת ונראה כי הדבר היווה שיקול לחיובם במס במועד הצטברות.

השופט הנדל הוסיף וציין, כי מלאכת ההכרעה בעניינה של דמקא קלה יותר לנוכח התנהלותה.

ודוק: כפי שצוין, בשנים שונות ביקשה דמקא לנכות כהוצאה ואף לקזז כהפסד את הפרשי ההצמדה, כאשר חלה עלייה בשער המטבע אליו הוצמדה ההלוואה שנטלה; וכאשר עשתה כן, לא טענה כי יש להמתין עד למועד המימוש - דהיינו פירעון ההלוואה או מכירת הנכס.

היעדר עקביותה, כך ציין השופט הנדל, עומד לה לרועץ גם בהקשר זה ובנסיבות אלו, אין זה המקרה בו יש לבחון האם אמנם בשלה העת וראוי יהיה לסטות מההלכה לעניין עיתוי החיוב במס של הכנסות מימון.

לבסוף, התייחס השופט הנדל להוראות סעיף 8 לפקודת מס הכנסה ולנפקותן לסוגיה בכללותה ובנסיבות הקונקרטיות של המערערות.

לדבריו, הוראות אלו בתוקף גם במציאות הכלכלית של ימינו ותוקפן המחייב אינו מותנה במצב האינפלציוני, גם אם האחרון היה הזרז לחקיקתן.

עוד ציין השופט הנדל, כי אין הבדל כלכלי בין הפרשי שער שצמחו על הלוואה במטבע-חוץ לבין הפרשי הצמדה שצמחו על הלוואה שקלית הצמודה למטבע כאמור וכי ניתן לסווג את שני המצבים כהפרשי שער, ולו מן הטעם כי השער של מטבע-החוץ הוא המפתח אשר קובע בשני המקרים. בהתאם, קבע השופט הנדל, כי ניתן להחיל את הוראות סעיף 8 לפקודה גם על ההכנסות שנצמחו למערערות.

#### חוות-דעתו של השופט נ' סולברג

כאמור, פסק-הדין ניתן על-ידי השופט הנדל בהסכמתם של השופטים א' שהם ו-נ' סולברג.

השופט סולברג הוסיף וציין, כי ניתן היה להשתית את דחיית הערעורים גם על הוראות סעיף (10)2 לפקודת מס הכנסה.

וכך הוא קבע:

**"משנמצא כי שחיקת ערך ההלוואה שניטלה בשקלים, כפועל יוצא מירידת ערכו של מטבע חוץ שאליו הוצמדה ההלוואה - טומנת בחובה תועלת כלכלית, והריהי עניין עסקי; ללווה נוצר רווח במסגרת יחסיו עם המלווה, ולתועלת זו פוטנציאל חוזר ונשנה, כפי שגם ארע בפועל בכמה שנים עוקבות בשני העניינים שבמוקד הערעורים שעל הפרק; הרי שקיומו של מקור הוא ברור, וזוהי ההלוואה. לו יצויר, כי אין מקור לשחיקת ערך ההלוואה בעניינינו - לאותם 'הפרשי יסוף' - בהוראות סעיפים (1)2-(9) לפקודה, או אז ניתן לסווגה כהכנסה לפי סעיף (10)2<sup>22</sup>."**

## הפרשי שער שליליים שמקורם בהלוואה ששימשה לרכישת נכסים שאינם מניבים הכנסה

כללי

ראינו לעיל, כי על-פי פסק-הדין של בית-המשפט העליון, הכנסותיהן של הדר ודמקא חייבות במס הן לפי סעיף 12(1) לפקודת מס הכנסה והן מכוח סעיף 2(4) לפקודה<sup>23</sup> ואף, אליבא דהשופט סולברג, לפי סעיף 2(10)<sup>24</sup>.

מנגד, טענות פקיד-השומה לפיהן ניתן לסווג את ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה גם תחת סעיף 3(ב) לפקודה לא נתקבלו על-ידי בתי-המשפט המחוזיים ואף לא נדונו בבית-המשפט העליון, וזאת לנוכח מסקנות פסק-דינו, כאמור.

23. יצוין, כי מסקנתו של השופט הנדל לפיה ההכנסות משחיקת ערך ההלוואות קשורות לעסק ואינן מנותקות ממנו - ועל כן מדובר בהכנסות לפי סעיף 12(1) לפקודה - התבססה על חומר הראיות שהוצג בפניו. כך, לגבי הדר, ההלוואה ניטלה לשם קידום פעילותה השוטפת בהקמת קניון, תוך שפעילות זו הייתה, כפי שקבע בית-המשפט המחוזי בירושלים, הפעילות היחידה - ולמצער העיקרית - של הדר, ולשמה נטלה את ההלוואה מלכתחילה. גם בעניין דמקא, ניטלה ההלוואה לצורך רכישת הנכס על מנת להפיק ממנו (בדומה לנכסי מקרקעין אחרים שכבר החזיקה בהם) הכנסה, כחלק ממערך העסקים השוטף, תוך שתחום עיסוקה הכללי והיחיד הינו - גם לשיטתה - החזקת משרדים והשכרתם. לא כך הם פני הדברים מקום בו מדובר בלווה שההלוואה התקבלה בידי לצורך רכישת נכסים שאינם מהווים חלק מפעילות עסקית, שאז לא ניתן מלכתחילה לסווג את ההכנסות שתצמחנה לאותו לווה כתוצאה מייסוף השקל הישראלי אל מול מטבע-החוץ כהכנסה אינטגרלית לעסקו, בהיעדר, כאמור, פעילות עסקית. יתרה מזאת. השופט הנדל הדגיש, כי האינטגרליות של ההכנסות משחיקת ערך ההלוואה לעסקן של שתי החברות-המעוררות (הדר ודמקא) השתקפה אף בהתנהלותן ודיווחיהן. שכן, כאשר חלה עלייה בשער המטבע הזר, דרשו כל אחת מהחברות לנכות את הפרשי ההצמדה כהוצאה בייצור הכנסה; וכאשר נוצר להן הפסד כתוצאה מהוצאות הפרשי ההצמדה שניכו, הן רשמו אותו כהפסד "עסקי" אשר קוזז בשנים שלאחר מכן בהתאם להוראות סעיף 28 לפקודה.

24. כפי שראינו, בעוד שהשופט הנדל סיווג את הכנסותיהן של הדר ודמקא ככאלו הנכללות בגדר הוראות סעיפים 12(1) ו-2(4) לפקודה, השופט סולברג קבע, כי גם הוראות סעיף 2(10) רלוונטיות בעניין זה. עם זאת, קביעתו האמורה התבססה על כך ששחיקת ערך ההלוואה "טומנת בחובה תועלת כלכלית, והריהי עניין עסקי" (לעיל ה"ש 3, בעמ' ה-124). לאמור, השופט סולברג יצא מנקודת הנחה שמדובר בפעילות עסקית, וזאת, כאמור, בניגוד לנסיבות ענייננו. יתרה מזאת. בחוות-דעתו הקצרה, ציטט השופט סולברג מדברי השופט דורנר בפסק-הדין בעניין זילברשטיין (ע"א 533/89 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' אורי זילברשטיין ואח', "מיסים" ז' 5 (אוקטובר 1993) ה-55. וכך היא קבעה שם: "בסעיף 2 לפקודה ההכנסות משויכות לתשעה מקורות, שהמאפיין אותם הוא היותם מקורות עסקיים, להבדיל ממקורות בעלי אופי פרטי. על כן, אין ממסים טובת הנאה המתקבלת במישור הפרטי מחברים או מקרובים ואף מהמדינה. המקור העשירי הוא מקור עוללות, המוגדר בסעיף 2(10) לפקודה כ'השתכרות או רווח מכל מקור אחר שאינו כלול בפיסקאות (1) עד (9), אך לא הוצא מהם בפירוש ולא ניתן עליו פטור בפקודה זו או בכל דין אחר'. סעיף העוללות מקרב את שיטת המיסוי בישראל שנקלטה מתורת המקור במשפט האנגלי, לשיטת המיסוי האמריקאית, בה שולט הכלל הרחב כי כל התעשרות נחשבת להכנסה החייבת במס [...]. עם זאת, גם על המקור העשירי יש להחיל את המגבלה המתבקשת מאפיין המקורות המפורטים בסעיף 2(1) עד סעיף 2(10), ולהגבילו לעניינים עסקיים [...]" (שם, בעמ' ה-59). והדברים ברורים.

עם זאת, דומנו, כי אין חולק, כי ההכנסות כאמור אינן מהוות הכנסה ממחילת חוב כאמור באותו סעיף 3(ב) לפקודה.<sup>25</sup>

ערים אנו לכך, כי ידה של הלכת בית-המשפט העליון על העליונה ועלינו להרכין ראשינו אל מול פסיקה זאת.

אולם, ניתוח פסק-הדין, כפי שהובא לעיל, מצביע, לדעתנו, על כך שלא רק שהפסק התייחס לנסיבות הייחודיות של שתי המערערות באותו מקרה, אלא שבית-המשפט העליון לא נדרש למספר רציוליים אשר עשויים היו לשנות ממשקנותיו כפי שהובאו לעיל.

במה דברים אמורים?

השופט הנדל ראה אל נכון להכריע בשאלה שהייתה במוקד הערעור והיא - האם ההכנסות מהפרשי השער השליליים חייבות במס מכוח הוראות סעיפים 2(1) או 2(4) לפקודת מס הכנסה אם לאו, ובשאלה זו בלבד; וממילא השופט הנכבד לא נדרש להשלכות הגלומות במיסוי מכוח אותן הוראות, לא כל שכן למתווה מיסוי חלופי העשוי לאצור בחובו, בכל הכבוד, השלכות צודקות יותר.

כך גם, למעשה, היו פני הדברים בפסקי-הדין של בתי-המשפט המחוזיים, שכן גם שם נדרשו בתי-המשפט לשאלת סיווגן של ההכנסות מהפרשי השער השליליים ככאלו הנכללות בהוראות סעיפים 2(1), 2(4), 2(10) או 3(ב) לפקודת מס הכנסה, הא ותו לא.

מהו אפוא, אותו מתווה מיסוי חלופי שצוין לעיל?

אנו בדעה, כי בנסיבות בהן ענייננו בלווה אשר נטל הלוואה במטבע-חוץ והלוואה זו שימשה לרכישת נכסים<sup>26</sup> **שלא הניבו הכנסה**, הטיפול המיסוי הרצוי בהפרשי השער השליליים שמקורם בהלוואה אינו הכללתם במסגרת הוראות סעיף 2(1) או 2(4) לפקודת מס הכנסה

---

25. יפים לעניין זה דבריו של השופט מינץ בעניין מגדניית הדר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 341: "משגענו לכאן, פטור אני מלדון בתחולתם של סעיפים 2(10) ו-3(ב) לפקודה. עם זאת לשלמות התמונה אציין כי לא נראה על פניו שניתן להסמיך את המקור להכנסה החייבת של הפרשי השער השליליים על סעיף 3(ב) לפקודה. סעיף 3(ב)(1) לפקודה קובע כי 'אדם שבשנת מס פלונית נמחל לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מהוצאה שניכוייה הותר בבירור הכנסתו החייבת, יראו את החוב כחלק מהכנסתו באותה שנה', וסעיף 3(ב)(3) קובע כי 'אדם שבשנת מס פלונית נמחל או שומט לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד'. טענת המשיב הייתה כי אף אם במקרה זה לא נמחל חוב בצורתו הפורמאלית, הרי שסעיף 3(ב)(5) קובע כי 'לעניין סעיף קטן זה, מי שנמחל לו חוב - לרבות מי שנהג בחוב כאילו נמחל לו או מי ששומט חובו' ולכן גם במקרה זה מדובר במעין מחילת חוב. טענת המערערות הייתה כי ברור מאליה כי אין מדובר במחילת חוב, שכן הלוואה הושבה כולה לבנק והבנק לא מחל למערערות ולו על חלק קטן מההלוואה. בעניין זה די נהיר כי הצדק עם המערערות. מחילת חוב משמעה ויתור על חוב המגיע לפי המוסכם. החזר חוב בשלמותו כפי שנקבע, אינו יכול להתפרש על פי פשוטו של מקרא כמחילת חוב, אף אם המלווה זוכה לקבל פחות ממה שנתן ללווה מתחילה. וכך הוא המקרה שלפנינו. לית מאן דפליג שהמערערות עמדה בהחזר ההלוואה שנטלה, אף שבערכה השקלי החזירה פחות שקלים ממה שנטלה. משכך, אין המדובר במחילת החוב."

26. הכוונה לנכסים שאינם מהווים בגדר מלאי עסקי.

והכפפתם למס, אלא גריעתם (בניכוי הריבית) מהמחיר המקורי (דהיינו, העלות לצורכי מס) של הנכסים האמורים.

עמדתנו זו מתבססת על שלושה אדנים עיקריים:

**הראשון**, המתווה המוצע, כאמור, מתחייב מההבחנה הנעשית בין הוצאה פירותית המותרת בניכוי לפי סעיף 17 לפקודת מס הכנסה לבין הוצאה הונית אשר אינה מותרת בניכוי, אלא מתווספת לעלות הנכס;

**השני**, עמדתנו תואמת את כלל ההדדיות ועולה בקנה אחד עם עקרון השקילות הכלכלית;

**והשלישי**, תוצאת המתווה המוצע הינה מס אמת.

נפנה אפוא, לדיון באדנים אלה כסדרם.

## דין זהה להכנסות מימון ולהוצאות מימון

### התרת הוצאות - כללי

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".<sup>27</sup>

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: **הראשון**, כי ההוצאה שימשה לצורך ייצור ההכנסה; **והשני**, כי מדובר בהוצאה שוטפת פירותית ולא הונית.<sup>28</sup>

בכך, משקף כלל ניכוי ההוצאות הקבוע ברישא של סעיף 17 לפקודה את "עקרון ההקבלה", לפיו יש להקביל בין הכנסת הנישום לבין ההוצאה שהוצאה לצורך ייצורה.<sup>29</sup>

27. סעיף 1 לפקודת מס הכנסה; אהרן נמדר **מס הכנסה** (מהדורה רביעית, 2013), 267 (להלן: "נמדר").

28. ראו: ע"א 5468/12 **ניסים עופר יונסוף נ' פקיד שומה ירושלים**, פס' 40 "מיסים" כח/4 (אוגוסט 2014) ה-94; ע"א 6557/01 **פז גז חברה לשיווק בע"מ ואח' נ' פקיד השומה למפעלים גדולים**, פס' 33, "מיסים" כ/6 (דצמבר 2006) ה-51 (להלן: "עניין פז גז"); ע"א 3515/97 **פקיד שומה באר-שבע נ' בית מרקחת 'אילן בע"מ**, פ"ד נו" 311 ו"מיסים" ט/4 (אוגוסט 2002) ה-57 (להלן: "עניין אילן"); אמנון רפאל **מס הכנסה** (מהדורה רביעית, בהשתתפות שלומי לזר), 433 (2009) (להלן: "רפאל").

29. עניין **פז גז**, שם.



## ניכוי הוצאות מימון

בהמשכו של סעיף 17 מוסיפה פקודת מס הכנסה פירוט לגבי הוצאות ספציפיות המותרות בניכוי.

סוג הוצאות אחד הרלוונטי לענייננו, מוסדר בסעיף 17(א1) לפקודה, והוא הוצאות מימון.

לגבי הוצאות אלו קובעת הפקודה, כי הן תותרנה בניכוי ובלבד שהן השתלמו על "הון ששימש בהשגת הכנסה".

סעיף 17(א1) לפקודה מסדיר, אפוא, מצבים בהם הלוואה שנטל הנישום שימשה אותו לרכישת נכס, ואותו הנכס שימש בייצור הכנסה. בגדרו נקבע, כי במצבים אלה תנוכיה הוצאות המימון בגין הלוואה.

מאידך, אם באמצעות כספי הלוואה רכש הנישום נכס שאינו משמש, לעת הזו או בכלל, בייצור הכנסה, לא תותרנה הוצאות המימון בניכוי.<sup>30</sup>

יצוין מיד, כי אין הכרח שההכנסה אשר הושגה באמצעות הנכס שרכישתו מומנה על-ידי הלוואה, תהא דווקא אקטיבית (הכנסה מעסק או משלח יד לפי סעיף 12(1) לפקודה), וניתן לנכות את ההוצאות גם כאשר ההכנסה פסיבית, ובלבד שהניכוי ייעשה כנגד הכנסה מסוג זה בלבד.

כלומר, הוצאות מימון בגין הלוואה ששימשה לרכישת נכס אשר ייצר הכנסה פסיבית, תותרנה בניכוי רק כנגד אותה ההכנסה - ובאין הכנסה כזו, לא תנוכיה הוצאות כלל.<sup>31</sup>

עמד על כך השופט א' ויתקון בעניין נכסי כהנים, כדלהלן:

"ההלכה ברורה: אדם שלווה כספים מפלוני על מנת להלוותם לאלמוני, אם עשה כן במהלך עסקו - כי אז זכאי הוא לנכות את הריבית ששילם כהוצאה, אף כי הלוואה 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 12(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

30. השוו: עניין אילן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 316; נמדר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 347; רפאל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 450; קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החב"ק) ג-123.

31. נמדר, שם, בעמ' 349; ע"א 314/67 פקיד שומה ת"א 4 נ' נכסי כהנים בע"מ, פ"ד כא(2) 748 (1967) ו"מיסים אונליין" (להלן: "עניין נכסי כהנים"); ע"א 191/61 חברה לפיתוח טבריה בע"מ נ' פקיד השומה תל אביב, פ"ד טו 2459 (1961); ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" כט/4 (אוגוסט 2015) ה-125 (להלן: "עניין בראון-פישמן תקשורת").

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.<sup>32</sup>

התייחס לכך גם השופט ש' אשר בעניין מ.ד.מ.:

"השאלה החשובה האחרת, שנתעוררה בערעור הנוכחי, מתייחסת לריבית, ששולמה על-ידי המערער על הלוואה, שהיא קיבלה בבנק. [המערער] ביקשה לנכות סכומים אלה מההכנסה שנתקבלה באותן השנים כדיבידנד [...] אך המשיב לא הסכים להתיר לה ניכוי הוצאה זו [...] במקרה דנא, כך טוען בא-כוח המערער, נוכח פקיד השומה, שהסכום האמור שולם על-ידי המערער בתורת ריבית על הלוואה, וכן 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 ההוצאה היא, שגם ניכוי ההוצאה של ריבית יש להתירו."<sup>33</sup>

#### הוצאות מימון שאינן מותרות בניכוי תהווה לעלות הנכס

נמצאנו אפוא, למדים, כי במצב דברים רגיל בו נוצרה עלייה בהפרשי השער של המטבע מושא הלוואה שהוענקה לנישום-הלווה, אזי הפרשי השער מהווים הוצאות מימון בידיו, ועל-מנת שאלו תותרנה בניכוי לצורכי מס נדרש שהן תעמודנה בקריטריונים שנקבעו במסגרת הוראות סעיף 17 לפקודה ובפסיקה המתייחסת אליהם.

בהתאם, אם וככל שלא מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 17 לפקודה, לא יותרו הפרשי השער בניכוי, אלא ייחשבו להוצאות הוניות וייזקפו לנכס עצמו.

יפים לעניין זה דברי הנשיא (דאז) א' ברק בעניין מ.ל. השקעות:

"האם 'שווי הרכישה' כולל את הריבית הריאלית בגין רכישת המגרש והבנייה עליו. נראה לי, כי שווי הרכישה של המגרש כולל את הריבית הריאלית בגין רכישת המגרש. הריבית הריאלית בגין רכישת המגרש היא עלות מהותית שנושא בה הרוכש כדי לרכוש את המגרש. היא קשורה אינטגרלית לרכישתו של המגרש. נדרש לכלול אותה בשווי הרכישה כדי להגשים את תכליתו של החוק. החוק ביקש למסות את השבח, כלומר, את הרווח הכלכלי שצומח לבעל המקרקעין עקב עליית ערכם. הריבית

<sup>32</sup>. עניין נכסי כהנים, בעמ' 750.

<sup>33</sup>. ע"א 627/73 חברת מ.ד.מ. בע"מ נ' פקיד השומה, תל-אביב 2, פ"ד כח(2) 635, 639 (1974) ו"מיסים אונליין".

ששילם בעל המקרקעין לצורך רכישת המגרש היא עלות שקשורה קשר הדוק לרכישת המגרש, ומפחיתה את רווח הכלכלי של בעל המגרש מעליית ערכו. על כן, לשם הגשמת תכלית החוק בדבר מיסוי השבח בלבד, יש לכלול בגדר שווי הרכישה של המגרש את הריבית הריאלית ששולמה לצורך רכישתו. מסקנה זו מתבקשת גם כדי להגשים הרמוניה חקיקתית בין דיני מיסוי השבח על פי החוק, ובין דיני מיסוי רווחי הון על פי חלק ה' לפקודה, שבסיסם הרעיוני הוא אחד. שכן, גם בדיני מיסוי רווחי הון מצטרפת הריבית הריאלית, וגם הפרשי ההצמדה, ל'מחיר המקורי' שהוא שקול ל'שווי הרכישה'.<sup>34</sup>

קביעה זו יפה גם לעניין הוראות חלק ה' לפקודת מס הכנסה, דהיינו ביחס להוצאות מימון ששימשו לרכישת נכס שאינו זכות במקרקעין.

וכדברי הנשיאה (דאז) מ' נאור בעניין ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ,<sup>35</sup> הגם שבהקשר להוצאות הקמה ותוך שהיא מסכימה עם קביעתו של השופט י' עמית כי הוצאות כאמור מהוות הוצאות טרום-עסקיות הוניות שאינן מותרות בניכוי באופן שוטף:

"יש לזכור כי הצגת הדברים כ'אי-הכרה בניכוי של הוצאות טרום-עסקיות' אינה מציגה את תמונת הדברים במלואה. בהתאם לחלופה החמישית של הגדרת 'מחיר מקורי' שבסעיף 88 בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), המחיר המקורי 'בנכס שיצר הנישום - הסכום שהוציא הנישום ליצירת הנכס'; ובהתאם לסיפא של הגדרה זו, תתווספה למחיר המקורי 'הוצאות שהוציא הנישום להשבת הנכס או להחזקתו מיום שרכשו ועד יום מכירתו, ובלבד שלא הותרו בניכוי בעבר בחישוב הכנסתו החייבת של הנישום'. מטבע הדברים, הוספתן של הוצאות מגדילה את המחיר המקורי של הנכס ומקטינה את רווח ההון שנוצר ממכירתו. אף המדינה עצמה רמזה בדיון לפנינו לאפשרות זו (ראו פרוטוקול הדיון מיום 21.3.2016, בעמ' 5, ש' 9). הנה-כי-כן, חרף אי-ההכרה בהוצאות טרום-עסקיות במהלך חייו של העסק, הוא אינו ממוסה ב'יתר'."<sup>36</sup>

כך גם קובעים המלומדים אמנון רפאל ושלומי לזר בספרם:

"כאשר חברת החזקות מממנת את רכישת החברות-הבנות בהון זר, עולה שאלה לגבי התרתן בניכוי של הוצאות המימון ששימשו לרכישה. המפתח לסוגיה זו טמון באופי פעילותה של חברת החזקות. אם מדובר בחברת החזקות המנהלת עסק, יש להתיר בניכוי את הוצאות המימון שוטף. לעומת זאת, אם מדובר בפעולת החזקה

34. ע"א 4271/00 מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, "מיסים" יז/2 (אפריל 2003) ה-61, 63.

35. ע"א 8453/14 ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" ל/4 (אוגוסט 2016) ה-85.

36. שם, בעמ' ה-98.

**בעלת אופי הוני או פסיבי, לא תותרנה הוצאות המימון באופן שוטף ומן הראוי יהיה להוסיף לעלות ההשקעה בחברות המוחזקות.**<sup>37</sup>

כך גם קבעו רשויות המס בהוראה המקצועית שהוציאו בנושא "יחוס הוצאות מימון להשקעה שאינה משמשת ביצור הכנסה או להוצאה":

**"כאשר נישום לקח הלוואה ולאחר פרק זמן קצר רכש נכס להשקעה או הוציא הוצאה פרטית, במקום להחזיר את הלוואה, יש לייחס את הוצאות המימון על הלוואה לנכס או להוצאה הפרטית מיום רכישת נכס ההשקעה או ההוצאה הפרטית.**<sup>38</sup>

בהקשר זה ראוי להזכיר גם את פסק-הדין בעניין בראון-פישמן תקשורת.<sup>39</sup>

באותו מקרה, קיבל בית-המשפט העליון, מפי השופט צ' זילברטל (בהסכמת הנשיאה (דאז) מ' נאור והשופט א' שהם) את עמדת פקיד-השומה לפיה סעיף 18(ג) לפקודת מס הכנסה חל גם על הכנסות מדיבידנד בין חברות, שהן הכנסות "פטורות ממס" וכי סכום ההוצאות שנתר לאחר ניכוי כלל ההוצאות מההכנסה מדיבידנד אינו מוכר כהוצאה "עסקית" המותרת בניכוי לפי סעיף 17 לפקודה.

וכך קבע השופט זילברטל:

**"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 הלוואה 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.ד.מ.).**

הלכה למעשה, מצב הדברים שבו עסקינן דומה לזה שנדון בעניין מ.ד.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.ד.מ. נקבע, כי הנישומה זכאית לנכות את הוצאות המימון רק כנגד הכנסתה מדיבידנד. יתרה מזו, נאמר מפורשות, כי אילו

37. אמנון רפאל ושלומי לזר, מס הכנסה (כרך שני, מהדורה שנייה), 451 (2014).  
38. הי"ב 36/92 מיום 9.7.1992, "מיסים" ח/4 ג-129, 131 (סעיף-קטן 3.2 להוראה).  
39. לעיל הי"ש 31.

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.ד.מ, עמ' 114). והנה, היות שבעניינו יש למערערת הכנסות שנתיות מדיבידנד, המצב דומה לזה שנדון בעניין מ.ד.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 כהנים).<sup>40</sup>

לענייננו, חשובים דבריו של השופט זילברטל בהמשך הדברים, בהתייחסו לטענת המערערת, כי יש להוון את הוצאות המימון לעלות הנכס. השופט זילברטל אמנם דחה את הטענה האמורה, אך זאת מהטעם שקבלתה תרוקן מתוכן את סעיף 18(ג) לפקודה. הנה כי כן, השופט הנכבד ציין במפורש, כי לא כך היו הדברים בנסיבות שונות, דהיינו מקום בו לא נצמחו לחברה הכנסות מהנכס נשוא ההלוואה:

"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 [...]"<sup>41</sup>

ובהמשך הדברים:

"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 מעיני כי ייתכן שהיה קושי מסוים (מעשי, ולא בהכרח משפטי) לקבוע את הדברים ביחס למלוא הוצאות המימון [...]"

[...] 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).<sup>42</sup>

והדברים ברורים.

40. שם, בעמ' ה-138.

41. שם, בעמ' ה-141.

42. שם, בעמ' ה-142.

דברים דומים אמר השופט נ' הנדל בעניין ארקין תקשורת בע"מ:

"[...] 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))."<sup>43</sup>

#### מן הכלל אל הפרט

לדעתנו, כשם שהפרשי שער חיוביים בשל ההלוואה שקיבל הנישום (ככל שהיו נוצרים הפרשים כאמור) לא היו מותרים לו בניכוי לצורכי מס (באשר הם אינם עומדים בתנאי סעיף 17 לפקודה) ומהווים הוצאות הוניות שמצטרפות לעלות הנכסים (דהיינו, מהוונות לעלות זו), כך גם ראויים להיות פני הדברים באשר להכנסות הנובעות מהפרשי שער שליליים בגין ההלוואה: הכנסות אלו לא תיחשבנה להכנסה לצורכי מס אלא תיגרענה (בקיצוץ הריבית על ההלוואה) מעלות הנכסים עצמם.

**וידגש:** כל תוצאה אחרת תביא לחוסר סימטריה בין מצב של הפרשי שער חיוביים לבין מצב של הפרשי שער שליליים על אף שאין כל קשר בינם לבין ייצור ההכנסות בחברה.

### חיזוקין מכלל ההדדיות ומעקרון השקילות הכלכלית

#### כלל ההדדיות

בפסק-הדין בעניין **מודול בטון**<sup>44</sup> התייחס בית-המשפט העליון לשיקולים המצדיקים הרחבה של הזכות לקיצוץ הפסדים, ובכללם לכלל ההדדיות (Tax Symmetry).

43. ע"א 1525/17 ארקין תקשורת בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" לב/2 (יוני 2018) ה-186, 190.

44. ע"א 2895/08 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ, "מיסים" כד/2 (אפריל 2010) ה-118 (להלן: "עניין מודול בטון").

כלל ההדדיות (Tax Symmetry) - ששימש, לא למותר להזכיר, נימוק עיקרי בדברי בית-המשפט העליון בעניין **גולדשטיין**<sup>45</sup> - מחייב אפוא, היווצרותה של סימטריה בין מצב של הפרשי שער חיוביים לבין מצב של הפרשי שער שליליים.

לאמור: מתוך מגמה רצויה של הדדיות בהטלת המס מתחייב הדבר, כי הטיפול המיסוי בהפרשי שער חיוביים על הלוואה שקיבל הנישום-הלווה יתאם את הטיפול עת עסקין בהפרשי שער שליליים.

הנה כי כן, גם השופט הנדל ציין בהלכת **מגדניית הדר** את הצורך בסימטריה, וזאת בהתייחסו להכנסה אצל הלווה ולהוצאה אצל המלווה: **"כשם שעליית שער המטבע הזר מביאה להכנסה אצל המלווה ולהוצאה אצל הלווה (הוצאה שהמערערות דרשו בניכוי, כאמור) - כך ירידת שער המטבע הזר מביאה להכנסה אצל הלווה ולהוצאה אצל המלווה. שני המקרים חוסים, בעיניי, תחת סעיף 2(4). שאם לא תאמר כן, תיווצר הפליה בלתי מוצדקת בין נישומים.**"<sup>46</sup>

יפים לעניין זה גם דבריה של השופטת ארבל בעניין **שריג אלקטריק**:

**"לבסוף אציין שלדעתי הסימטריה מחייבת לקבל את טענת המשיב בדבר הצורך להגביל את ההכרה בהוצאות הריבית והפרשי ההצמדה דרך סעיף 17 רישא לפקודה, בכך שלא יותרו בניכוי סכומים השווים להכנסות שעליהן קיבלה המערערת פטור**

45. ע"א 615/85 פקיד שומה חיפה נ' א.ח.א. גולדשטיין בע"מ, פד"א יח 424 (1990) ו"מיסים" 6/ד (דצמבר 1990) ה-36. וכך נקבע שם, בעמ' 429: **"מתן אפשרות קיזוז הפסדים מול הכנסות מ'עסק אקראי בעל אופי מסחרי' משתלב עם המגמה הרצויה של הדדיות בהטלת המס, שאחרת מגיעים לתוצאה לפיה הכנסה מ'עסק אקראי בעל אופי מסחרי' תחויב במס לפי סעיף 1(2) לפקודה, ואילו הפסד מ'עסק אקראי בעל אופי מסחרי' לא יותר לקיזוז. למותר לציין שתוצאה זו אינה הוגנת ואינה ראויה."**

בדומה, קבע בית-המשפט העליון בע"א 8876/09 גזית החזקות (מגן מיסודה של גזית אינק) בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4, "מיסים" כ/2 (אפריל 2012) ה-71, 80, כי **"דברים אלה [דברי בית-המשפט העליון בעניין מודול בטון, שם, לפיהם נקודת המוצא היא כי כאשר קיים חוסר-בהירות בדבר היקף תחולת דיני קיזוז ההפסדים, יש לבכר, בדרך כלל, גישה המביאה להרחבת התחולה על-פני גישה המביאה לצמצומה - הח"מ] יפים גם לביטוי רעיון ההגינות ההדדית בעולם המיסוי, אותה 'סימטריה רעיונית' ראויה בין זכויות וחובות הנישום לבין 'זכויות וחובות' רשות המסים."**

דברים דומים מצאנו בפסק-הדין של השופט (כתוארו אז) י' אלון בעמ"ה (ב"ש) 535/03 חברת רהיטי עטרת הזהב בע"מ נ' פקיד שומה אשקלון, "מיסים" כ/2 (אפריל 2006) ה-164, 171, בהתייחס לשאלת מחילתו של חוב לעניין סעיף 3(ב)(2) לפקודה: **"בהינתן זהות המאטריה שבין שניים אלו ('החוב הרע' ו'מחילת החוב'), בהינתן הגיון המסחר והכלכלה המשותף לשניהם, ומתוך העקרון המובנה השואף להאחדה והרמוניזציה פרשנית לסיטואציות זהות או מקבילות בטיבן ובמהותן, המגמה המתבקשת היא לזיהוי רב ככל הניתן בין הקריטריונים שנידרש להם לקביעת טיבו של החוב ה'כאילו מחול' לאלו שאנו נדרשים להם בקביעת טיבו של 'החוב הרע' (הידוע גם כ'חוב האבוד'). תוצאה זו מתבקשת בראש וראשונה מתוך עקרונות הסימטריה וההגינות שרשות המס מצווה בהם ביחסה עם הנישום, שעה שקובעת היא את התייחסותה לאותו החוב עצמו כהוצאה אצל הנושה וכהכנסה אצל הלווה. לא ראוי לטעמי להלום מצב שבו רשות המס תתייחס אל אותו החוב גופו כחוב שנמחל לנישום האחד (הלווה) ותזקפהו לו כהכנסה החייבת במס, ובאותה נשימה לא תכיר רשות המס באותו החוב כ'חוב רע' שהנישום האחר (הנושה) זכאי לנכותו כהוצאה."**

46. לעיל הי"ש 3, בעמ' ה-121.

ממס לפי סעיף 9(24) לפקודה. סעיף זה קובע פטור ממס עבור הפרשי הצמדה וריבית שהתקבלו כתוצאה מתשלום מס יתר (להלן: ההגבלה) (הדרי חובות בגין מס הכנסה, עמוד 4). ההגבלה מתחייבת מכוח תכלית סעיף 17 רישא לפקודה שהינה, כאמור, קביעת שומת אמת. בנוסף ניתן ללמוד על הגבלה זאת מרצון המחוקק, שכן במקביל לחקיקתו של סעיף 17(10) לפקודה, אשר התיר בניכוי הוצאות ריבית והפרשי הצמדה בגין חובות מס, נחקק גם סעיף 160א לפקודה אשר קבע שהפרשי הצמדה וריבית שהתקבלו כתוצאה מתשלום מס יתר מחויבים במס. כאשר בוטל סעיף 17(10) לפקודה בוטל גם סעיף 160א לפקודה, ובמקומו חוקק סעיף 9(24) לפקודה אשר כאמור קבע את הפטור ממס, וכן את סעיף 17(1)(ב) הקובע 'נישום התובע ניכוי ריבית או הפרשי הצמדה על פי פסקת משנה (א) בשנה שבה קיבל ריבית או הפרשי הצמדה פטורים ממס על פי סעיף 9(24), לא יותר לו לניכוי סכום השווה לסכום הריבית והפרשי הצמדה הפטורים כאמור [...] מחיקוקים אלו ניתן להסיק שהמחוקק ניסה לשמור על סימטריה בין הוצאות וההכנסות של הנישום, ועל כן יש לשמור על סימטריה זאת גם כאשר מנכים את הוצאות הריבית והפרשי הצמדה דרך סעיף 17 רישא לפקודה, ולא רק דרך סעיף 17(1) לפקודה.<sup>47</sup>

והדברים מדברים בעד עצמם, ואינם צריכים ליבון, חיזוק או הבהרה.

## עקרון השקילות הכלכלית

### כללי

המתווה שהצענו לעיל מתחייב, לשיטתנו, ולמצער עולה בקנה אחד עם עקרון השקילות הכלכלית שהתווה בית-המשפט העליון בנושא שאלת התרתן בניכוי של הוצאות מימון שהוצאו בגין הלוואה ששימשה לחלוקת דיבידנד.

פסק-הדין הראשון הינו בעניין פז גז; השני, בעניין פי גלילות; והשלישי אף הוא בעניין פז גז, וזאת בעקבות הבקשה לקיים דיון נוסף באותו עניין.

ראשיתה של ההלכה בעניין ניכוי הוצאות מימון על הלוואות שניטלו לשם חלוקת דיבידנדים בפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, מפי השופטת ב' אופיר-תום, בעניין פז גז.<sup>48</sup>

באותו מקרה דובר בדיבידנד שחולק על רקע הליכי מיזוג. פז גז חברה לשיווק בע"מ ופטרוֹלגז חברה הגז הישראלית (1969) בע"מ (ביחד להלן: "החברות המתמזגות") ביצעו בתום שנת 1993 מהלך של פיצול עסקי הגז מכל אחת מהן. באותו מועד וכמהלך המשך, בוצע מיזוג של עסקי הגז המפוצלים במסגרת חברת פז גז 1993 בע"מ, אשר הוקמה במיוחד לצורך המיזוג

47. ע"א 10691/06 שריג אלקטריק בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים 1, "מיסים" כה/1-ה-70 (פברואר 2011) 87-86.

48. עמ"ה (ת"א) 23/95 פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" ט/4 (אוגוסט 2001) ה-91.



(להלן: "החברה החדשה"), ואשר אליה העבירו החברות המתמזגות נכסים, התחייבויות והון עצמי.

עובר למהלך הפיצול-מיזוג חילקו החברות המתמזגות דיבידנדים לבעלי מניותיהן, וזאת מתוך הרווחים שנמצאו אצל כל אחת מהן.

עוד עובר למהלך הפיצול-מיזוג נטלו החברות המתמזגות הלוואות, אשר נכללו בגדר ההתחייבויות שהועברו לחברה החדשה.

בשנת 1994, תבעה החברה החדשה כהוצאה שוטפת לצורכי מס את הוצאות המימון שנצמחו על ההתחייבויות שהועברו לה, ואשר ניצבו במאזנה כנגד נכסים ששימשו לה בהשגת הכנסתה.

בית-המשפט הכיר בגישה הכלכלית שהציגה פז גז וקבע, כי בבחינת הקשר המתחייב מכוח סעיף 17(1) לפקודה בין הוצאות המימון ובין תהליך ייצור ההכנסה בעסק, יש ליתן את הדעת למבנה המימוני הכולל בעסק, ואין להתמקד בבחינה צרה של הקשר המידי בין יעד ההלוואה ובין פעילות ייצור ההכנסה בעסק.

כמו-כן, קבע בית-המשפט, כי יש לאמץ את טענת השקילות הכלכלית אותה הציגה פז גז:

"מכל האמור עד כאן, יש להסיק לענייננו, כי אף שההלוואה נשוא הערעור, שימשה בפועל לגיוס מזומנים וחלוקתם כדיבידנדים לבעלי המניות בחברות המתמזגות - מהלך שאינו קשור מטבעו בייצור הכנסתה של הפירמה - אין בעובדה זו כדי ליתר הצורך בהסתכלות הכוללת על שהתרחש בחברה במישור הכלכלי, הפיננסי, כולל בחינת הרקע שהביא להיזקקותה להלוואה, וכולל, בחינתה של טענת השקילות הכלכלית שהתקיימה אליבא דמערערת, בין המצבים האפשריים השונים שתוארו לעיל [...] השאלה הנדרשת לדיון בנסיבות אלה, היא מכל מקום, האם ניתן להבחין בין חברה נישומה, שבקופתה נצטברו רווחים ראויים לחלוקה, במזומן, אותם חילקה לבעלי מניותיה כדיבידנדים, תוך נטילת הלוואה במקביל לצורך השגת הכנסתה; לבין חברה שהשתמשה ברווחיה לצורך השגת הכנסתה ובמקביל נטלה הלוואה לצורך חלוקת דיבידנדים? כפי שהובהר, מובילה התפישה לפיה אין לעקוב אחר הכסף, כמו גם ההיגיון הכלכלי לפיו אין הבדל בין יכולתה הכלכלית של זו לעומת זו, למסקנה, שאין להבחין בין החברות הנ"ל, לצורך התרתן בניכוי של הוצאות המימון על הלוואות שנטלה כל אחת מהן."<sup>49</sup>

בהתבססו על טענת השקילות הכלכלית והקשר הכולל המתקיים בין ההלוואה ובין מנגנון ייצור ההכנסה בעסק, התיר כאמור בית-המשפט המחוזי לפז גז את ניכוי של הוצאות המימון.

### פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בעניין פי גלילות

ביום 6.5.2004 נתן בית-המשפט המחוזי בתל-אביב פסק-הדין בעניינה של פי גלילות,<sup>50</sup> אף הוא על-ידי השופטת ב' אופיר-תום.

באותו עניין, העובדות היו פשוטות וברורות, ובית-המשפט המחוזי היטיב לתארן :

"**המערערת, כעולה ממסמך המוסכמות והפלוגתאות, חילקה דיבידנד לבעלי מניותיה, בשנות המס 1994 ו-1995. לצורך כך נטלה הלוואות, שבגינן נשאה בהוצאות מימון בשנים '94-'98, כמפורט בסעי' 1.2.1 באותו מסמך.**

אין חולק, כי מבחינת דיני החברות, רשאית היתה המערערת לחלק דיבידנד באותה עת, בלי קשר לתזרים המזומנים שלה בעת החלוקה. נתוני המאזנים הכספיים לשנים '92-'95, שצורפו למסמך המוסכמות והפלוגתאות, מראים כי בשנים '92 ו-'93 היוותה יתרת העודפים (הרווחים הראויים לחלוקה), שהיתה אמורה להיות מחולקת לבעלי המניות, מקור למימון נכסיה, כאשר בשנים '94 ו-'95 נטלה המערערת הלוואות על מנת לבצע אותה חלוקה.

לטענת המערערת עולה מן הנתונים שבתיק, כי הרווחים שימשו למימון ביניים של הנכסים בשנים '92-'93, ובשנים '94-'95 התחלף מימון הביניים בהון זר, בהתאם לקונסטרוקציה שהוצגה בפרשת פז גז, מבלי לחרוג מהתנאים שהוצגו בה, לשם התרת הוצאות המימון על ההון הזר. המשיב אינו חולק על האמור, והנתונים הכספיים אכן מלמדים כי מול הקיטון ביתרת העודפים בין השנים '93 ל-'94, גדלה יתרת ההון הזר בסכום דומה, דהיינו, שההון הזר החליף את מימון הביניים של הנכסים מעודפי המערערת, כאשר ההון הזר שנטלה המערערת בשנים '94-'95 לא עלה על הרווחים בשנתיים הקודמות.<sup>51</sup>

ומייד בהמשך דבריו קבע בית-המשפט כדלקמן :

"**די בכך לדעתי, על מנת שהוצאות המימון שנצמחו על ההון הזר, בהתאם לאמור, תותרנה בניכוי, כפי שקבעתי בפרשת פז גז.<sup>52</sup>**

הנה כי כן, בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעורה של פי גלילות והתיר לה את ניכוי הוצאות המימון בקובעו, כי אף הקונסטרוקציה הראשונה, שנקבעה על-ידו בעניין פז גז, בעניין מימון הביניים, נתקיימה בעניין פי גלילות.

50. עמ"ה (ת"א) 1009/99 פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" יח/3 (יוני 2004) ה-135.

51. שם, בעמ' ה-174.

52. שם, שם.

### פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין פז גז

על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין פז גז ערער פקיד-השומה לבית-המשפט העליון, וביום 20.11.2006 ניתן פסק-הדין בערעור, מפי השופטת ע' ארבל.<sup>53</sup>

בחלקו הראשון קבע בית-המשפט העליון את הכלל בעניין ניכוי הוצאות מימון, הוא כלל "הקשר הישיר", וכלשון בית-המשפט: "בסוגיה דנן אני סבורה שהן סעיף 17 לפקודה והן נימוקי מהות נוספים מצדיקים, ככלל, לבחון את התקיימותו של קשר ישיר בין הוצאה לייצור הכנסה ולא לאפשר ניכוי הוצאות על בסיס קשר עקיף בין השניים".<sup>54</sup>

בחלקו השני סייג בית-המשפט את "כלל הקשר הישיר" בקובעו, כי ייתכנו לכלל זה חריגים, לפיהם יותר ניכוי של הוצאות מימון על בסיס קיומו של קשר עקיף בין ההלוואות לבין ייצור ההכנסה, כאשר יש שיקולים שיצדיקו סטייה מן הכלל.

ביחס לחריגים אלה קבע בית-המשפט כדלהלן:

"לטעמי, חריגים אלו צריכים להיקבע ולהתפתח ממקרה למקרה, ככל שישנם שיקולים שיצדיקו סטייה מהכלל. כך למשל, יתכן ובמקרים בהם ישנה שקילות כלכלית בין מימון הוצאות פרטיות על ידי הון עצמי או על ידי הון זר כך שנוצר קשר עקיף בין כספי המימון לייצור הכנסה, אך מאידך עלות הבחירה של הנישום במימון באמצעות הון עצמי דווקא היא גבוהה, יהיה מקום להכיר במהות הכלכלית של העסקה ולהתיר בניכוי את הוצאות המימון על ההלוואה שנלקחה עבור מימון ההוצאות הפרטיות".<sup>55</sup>

אין זאת אלא, כי חריג לכלל שציין בית-המשפט הינו מצב דברים בו מחד-גיסא מתקיימת שקילות כלכלית בין הון עצמי והון זר, דהיינו - מצב בו הון עצמי, אשר מימן תחילה רכישת נכסים עסקיים, חלף שימוש בהון זר, הוחלף בהמשך בהון זר, כך שנוצר קשר לכאורה בין כספי המימון הזר לייצור ההכנסה; ומאידך-גיסא, עלות מימון חלוקת הדיבידנד באמצעות הון עצמי נגלית כיקרה יותר ממימון חלוקת הדיבידנד על-ידי הון זר.

בחלקו השלישי נקבע, כי מקרה פז גז אינו מהווה חריג לכלל ואינו מצדיק התרה של הוצאות המימון על-בסיס קיומו של קשר עקיף בין ההלוואות לבין ייצור ההכנסה בעסק.

שכן, לא התברר כובד הנטל שיוטל על פקיד-השומה בבחינת חריג זה, כגון בחינת השאלה, האם אכן קיימים רווחים ראויים לחלוקה מבחינת דיני התאגידים ודיני החשבונאות; וכך, לא התבררו השלכות נוספות שיכולות להיות לקבלת חריג זה, כגון השפעת חוק התיאומים.

.53 לעיל ה"ש 28.

.54 שם, בעמ' ה-92.

.55 שם, בעמ' ה-94.

על פסק-הדין של בית-המשפט העליון הגישה חברת פז גז עתירה לדיון נוסף.<sup>56</sup>

עוד טרם ניתנה ההכרעה בעתירה האמורה, פורסם פסק-דין של בית-המשפט העליון בעניין **פי גלילות**, ולפיכך נידרש לו תחילה.

### פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין פי גלילות

ביום 28.10.2007 נתן בית-המשפט העליון (שוב, מפיה של השופטת ע' ארבל), פסק-הדין בערעור שהגיש פקיד-השומה על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בעניין **פי גלילות**.<sup>57</sup>

בית-המשפט העליון קבע חד-משמעית, כי מקרה פי גלילות מהווה חריג לכלל שנקבע בעניין **פז גז** :

**"לאחר שבחנתי את נסיבות העניין שבפנינו שוכנעתי כי צודקת המערערת בהבחנה שיצרה בין עניין זה לעניין פז גז מהבחינה העובדתית, ולפיכך שוכנעתי כי מקרה זה יכול להיות מוכר כחריג לכלל שאינו מכיר בקשר עקיף בין הלוואה לייצור הכנסה."**<sup>58</sup>

בית-המשפט העליון מצא, כי הוכח שפי גלילות השתמשה במזומנים שנצטברו בקופתה, אשר נבעו מרווחיה הצבורים, לצורך מימון פעילותה השוטפת, ולאחר מכן נטלה הלוואות על מנת שישמשו מקור תזרימי לחלוקת דיבידנדים. מבחינה כלכלית, מצב זה שקול למצב בו הייתה פי גלילות מחלקת תחילה את רווחיה הצבורים כדיבידנדים, ואחר כך נוטלת הלוואות לשם מימון פעילותה השוטפת - שאז אין כל חולק, כי הוצאות המימון בגין ההלוואות היו מותרות בניכוי.

---

56. בעתירה זו טענה פז גז מספר טענות: ראשית, טענה ביחס לקביעת בית-המשפט, כי הכרה בהוצאות המימון דן תטיל נטל כבד מדי על פקיד-השומה. לשיטתה, קביעה זו סוטה סטייה של ממש מההלכות שנקבעו בפסקי-דין במקרים דומים באשר לאיזון בין זכויות הנישום, להוכיח את שומת האמת בה הוא חייב, לבין הנטל המוטל על הרשות הציבורית לבחון הוכחה זו, ובאשר לכללי הפרשנות המשמשים את בית-המשפט בהידרשו לפרשנות דברי חקיקה. עוד טענה, כי אף אם היה מקום להעדיף פרשנות שתפחית את העומס מן המערכת הציבורית, הרי שדווקא השיטה אותה היא מציעה (אשר נתקבלה בבית-המשפט המחוזי) - בחינה מאזנית של יתרות רווחים ונכסים תפעוליים בשנה בה נתבעות הוצאות המימון - הינה השיטה הפשוטה ביותר, המפחיתה את הנטל על המערכת הציבורית. קביעת בית-המשפט העליון בפסק-הדין מחייבת ניהול מעקב אחר הכספים המשמשים בעסק, תוך ניסיון "לצבוע" הלוואות ומזומנים ולייעדם בצורה נוקשה לצרכים מסוימים, תוך החובה לבחון את התכלית בנטילה או בפירעון של כל הלוואה והלוואה. קביעה זו היא שתטיל נטל קשה עד בלתי אפשרי הן על הפרמות והן על פקיד-השומה. כן טענה פז גז בעתירתה כנגד קביעות בית-המשפט בפסק-הדין, כאילו לכאורה לא הוכח קיומם של רווחים ראויים לחלוקה בפז גז ולא הוכחו השלכותיו של חוק התיאומים על הסוגיה, ואף יצאה חוצץ כנגד ההקבלה, השגויה לדדה, שערך בית-המשפט בין חלוקת דיבידנד לבין הוצאה שהוצאה לצרכים פרטיים. היא אף עמדה על השלכותיו הקשות ומרחיקות-הלכת של פסק-הדין, וביניהן העובדה שהוא יוצר תמריץ שלילי לחלוקת דיבידנדים בחברות, כמו גם להשקעה ולהקמה של חברות, באופן אשר עלול להוביל להצרת הפעילות הכלכלית במשק, ובסופו של יום להקטנת בסיס המס.

57. ע"א 8301/04 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ, "מיסים" כ/א/6 (דצמבר 2007) ה-98.

58. שם, בעמ' ה-110.

עוד הבהיר בית-המשפט העליון, כי מדוחותיה הכספיים של פי גלילות עלה ברורות, כי לו רצתה לחלק את הדיבידנד מהונה העצמי, הייתה נאלצת לממש נכסים קבועים בסכום גבוה ביותר, דבר שהיה מוביל לעלויות גבוהות של מימון הדיבידנד בהשוואה לנטילת הלוואות למימונו.

וכך סיכם בית-המשפט העליון את מסקנותיו:

"הצטרפותן של נסיבות אלו יחדיו במקרה זה, בו אין מחלוקת כלל בין הצדדים ואף ברור מקריאה פשוטה של הדוחות הכספיים של המערערת, כי למערערת היו רווחים הניתנים לחלוקה אשר הוצאו לצורך ייצור הכנסתה, ובשנים העוקבות היא חילקה דיבידנדים העומדים בתנאי דיני החברות והחשבונאות, ללא חולק, אשר מומנו בהון זר עקב יתרה מזערית של מזומנים, שהיתה מאלצת אותה לממש רכוש קבוע, מצדיקים לטעמי להחיל במקרה זה את החריג ולא את הכלל, ולאפשר למערערת לנכות את הוצאות המימון שנצמחו על ההלוואות שנטלה לצורך חלוקת הדיבידנדים."<sup>59</sup>

#### פסק-הדין בעתירה לדיון נוסף בעניין פז גז

יום לאחר פרסום פסק-הדין בעניין פי גלילות פורסם פסק-הדין בדיון הנוסף בעניין פז גז,<sup>60</sup> שניתן על-ידי המשנה לנשיאה (דאז), השופט א' ריבלין, אשר אזכר, ביסס ואישר את הקביעות בעניין פי גלילות.

בית-המשפט העליון קבע, כי הסיטואציה העובדתית בעניין פז גז שונה ומורכבת יותר מזו שבעניין פי גלילות, ונוכח הנסיבות החריגות בעניין פז גז, אין מקום לשינוי פסק-דינו בעניינה, ולהכיר אף בעניין פז גז, כבעניין פי גלילות, כחריג לכלל.<sup>61</sup>

59. שם, בעמ' ה-111.

60. דנ"א 10510/06 פז-גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים ואח', "מיסים" כא/6 (דצמבר 2007) ה-157.

61. וכלשון בית-המשפט, שם, בעמ' ה-158: "בעניין פז גז נפסק כי ככלל, לצורך ההכרעה בשאלה אם מותרת הוצאה כלשהי בניכוי, יש לבחון את התקיימותו של קשר ישיר בין ההוצאה לבין ייצור ההכנסה. אין לאפשר - כך נפסק - ניכוי של הוצאות על בסיס קשר עקיף בלבד בינן לבין ייצור הכנסה. בפסק הדין הועלה, בין השאר, החשש שמא אימוץ גישה המתירה ניכוי על יסוד קשר עקיף בלבד, יטיל נטל כבד על המערכת הציבורית ויגרום להתדיינויות רבות. עם זאת, נקבע - בהתבסס גם על פסיקה קודמת - כי לכלל זה יתכנו חריגים, שיפותחו בפסיקה בעתיד, שבהם מוצדק יהיה להתיר ניכוי גם בהתקיים קשר עקיף [...] בפרשת פז גז נמצא כי החריג אינו מתקיים, ולכן לא הותרו הוצאות המימון בניכוי. בפרשת פי גלילות נקבע כי בנסיבות העניין מתקיים החריג, וכי יש להתיר בניכוי הוצאות מימון בגין הלוואה שנלקחה לצורך חלוקת דיבידנד. בית המשפט - מפי השופטת ארבל - עמד על ההבדלים בין הנסיבות העובדתיות בפרשת פז גז מזה ובפרשת פי גלילות מזה. בעניין פי גלילות נקבע כי אין מחלוקת שלנישומה היו רווחים הניתנים לחלוקה, כי המזומנים בגינם הוצאו לצורך ייצור הכנסתה, וכי בשנים העוקבות היא חילקה דיבידנדים העומדים בתנאים שמציבים דיני החברות. כן נקבע כי לאור קיום יתרת מזומנים מזערית בעת חלוקת הדיבידנדים האמורים, היתה החברה נאלצת לממש רכוש קבוע לצורך מימון הדיבידנד שלא בהון זר. על רקע מצב דברים זה - כך נקבע - יש להחיל את החריג לכלל שנקבע בעניין פז גז, ולהתיר בניכוי את הוצאות המימון בגין הלוואה שנלקחה לצורך חלוקת הדיבידנדים."

בד בבד עם קביעה זו, חידד והבהיר בית-המשפט העליון את ההלכה הכללית, לפיה:

"יש להדגיש כי פסקי הדין בעניין פז גז ובעניין פי גלילות לא באו לקבוע נקודת איזון חדשה בהיבט של הנטלים המונחים על כתפיהם של פקיד השומה ושל הנישום... אם התבקש לעשות כן על ידי פקיד השומה, על הנישום להוכיח כי מדובר בהוצאה בייצור הכנסה, ובכלל זה להוכיח: קיום רווחים ראויים לחלוקה וחלוקת דיבידנד מרווחים אלו כדין, שימוש במזומנים שנבעו מהרווחים לצורך ייצור הכנסה ותכלית עסקית כלכלית לפעולות. אם לא ירים הנישום נטל זה - לא תותר בניכוי ההוצאה הנטענת. פסק הדין בעניין פז גז אינו חוסם בפני הנישומים את האפשרות לבקש התרת ההוצאה בניכוי ולהרים את נטל השכנוע בעניין, כפי שאכן נעשה בעניין פי גלילות. הנה כי-כן, מההלכות בעניין פז גז ובעניין פי גלילות, ניתן לסכם עקרונות אלו: במצב שבו לחברה הנישומה היו רווחים הניתנים לחלוקה, אשר המזומנים שנתקבלו בגינם שימשו לצורך ייצור הכנסתה, ולאחר מכן היא חילקה מרווחים אלו דיבידנדים העומדים בתנאי דיני החברות לחלוקת דיבידנד, יותרו בניכוי הוצאות המימון בגין הלוואה שנלקחה לצורך חלוקת הדיבידנד. זאת, ובלבד שמתקיימת שקילות כלכלית ברורה בין המצב המתואר - בו משמש ההון הזר לחלוקת דיבידנד ונתקיימו התנאים הנדרשים כאמור - לבין חלוקת דיבידנד מעודפים ומימון הפעילות העסקית על ידי הון זר. נטל ההוכחה כי מצב דברים זה מתקיים מוטל על הנישום."<sup>62</sup>

והדברים ברורים.

יצוין, כי פסקי-הדין בעניין פז גז ובעניין פי גלילות מהווים "תמונת ראיי" לפסיקה ותיקה יותר שניתנה בעניין אנג'ל,<sup>63</sup> מוראן הנדסה<sup>64</sup> ועניין אילן.<sup>65</sup>

אמנם, פסקי-הדין הישנים לא דיברו על "שקילות כלכלית" כפי שהיה בפסיקה החדשה יותר, אך המסר היה דומה, אם כי מהכיוון ההפוך: אם הוצאת הוצאות פרטיות תחילה גרמה לאחר מכן למחסור בהון עצמי ואילצה את הפירמה (באופן צפוי) לממן רכישת נכסים עסקיים בהון זר, אזי הוצאות המימון לא תותרנה בניכוי על אף השימוש הישיר בהלוואות לצרכים עסקיים.<sup>66</sup>

#### מהתם להכא

הארכנו קמעה בתיאור בפסקי-הדין בעניין פז גז ופי גלילות מהטעם שיישום העקרונות שנקבעו שם על-ידי בית-המשפט העליון מחזק, לדעתנו, את ההיגיון הגלום במתווה המיסוי שהצענו לעיל.

62. שם, בעמ' ה-159.

63. ע"א 425/79 שלמה אנג'ל בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פ"ד לו(ג) 829 (1982) ו"מיסים אונליין".

64. ע"א 787/86 מוראן הנדסת בנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 3, "מיסים" ה/5 (אוקטובר 1991) ה-52.

65. לעיל ה"ש 28.

66. ראו גם ע"מ (ת"א) 4338-12-14 מריה בן צבי ואח' נ' פקיד שומה חולון, "מיסים און ליין" (6.2.2018).

שהרי, כשם שנקבע, כי שימוש במזומנים אשר נבעו מרווחים צבורים לצורך מימון פעילות שוטפת ולאחר מכן נטילת הלוואה על-מנת שתשמש מקור תזרימי לחלוקת דיבידנד שקול מבחינה כלכלית למצב בו היו מחולקים תחילה הרווחים הצבורים כדיבידנדים ואחר כך נטילת הלוואה לשם מימון פעילותה השוטפת, כך גם אי-התרה בניכוי של הפרשי שער חיוביים על הלוואה שקיבל פלוני בנסיבות בהן כספי הלוואה לא שימשו בייצור הכנסה שקול מבחינה כלכלית לזקיפת מרכיב השחיקה של הלוואה זו להשקעה במקרה בו הפרשי השער שליליים.

### תוצאת המתווה המוצע הינה מס אמת

הבענו דעתנו, כי בנסיבות בהן ענייננו בלווה שרכש נכסים שאינם מייצרים הכנסה, הטיפול המיסוי הרצוי בהכנסותיו מהפרשי השער השליליים שמקורם בהלוואה שנטל אינו הכללתן במסגרת הוראות סעיף 12(1) או 2(4) לפקודת מס הכנסה וחיובן במס, אלא גריעתן (בניכוי הוצאות הריבית על הלוואה) מהמחיר המקורי (דהיינו, העלות לצורכי מס) של הנכסים.

הטיפול המוצע כאמור לא רק שמביא לסימטריה ראויה בין מצב בו הפרשי השער חיוביים למצב בו מדובר בהפרשי שער שליליים, ובכך, כאמור, עולה בקנה אחד עם עקרון השקילות הכלכלית, אלא גם שמבטיח שהנישום לא יישא במס שאיננו מס אמת.

שהרי, בעוד שיישום המתווה המוצע מביא ל"הפרש עיתוי" - באשר המחיר המקורי של הנכסים יפחת, אך בעת מימושם העתידי יובא בחשבון מרכיב השחיקה לעניין חישוב רווח/הפסד הון - הטלת מס על ההכנסות מהפרשי השער השליליים תביא ל"הפרש קבוע", שכן עלייה עתידית של הפרשי השער לא תגרור עמה ניכוי של אותם הפרשים לצורכי מס, אלא תחייב את היוונם לעלות ההשקעה, כמוסבר לעיל, וממילא גם אם ייווצר בעתיד הפסד הון ממימוש ההשקעה לא ניתן יהיה לקזזו לאחור כנגד ההכנסות מהפרשי השער השליליים.<sup>67</sup>

נזכיר, כי רעיון "מס האמת" ההוגן הוא עמוד הענן ועמוד האש<sup>68</sup> וכי חתירה למס אמת מבטאת לא רק אינטרס של הקופה הציבורית לגבות את מלוא המס המגיע מהנישום, "היא גם ערך חברתי-מוסרי המורה כי אין לגבות מהנישום מס העולה על השיעור המגיע ממנו בפועל. כללי הפרשנות, וכלי הפרשנות הנתונים בידינו, מאפשרים לנו לא רק לחתור להשגת התוצאה הראויה והצודקת, אלא גם להשיגה."<sup>69</sup>

בענייננו, כך דומנו, "כוכב צפון" זה של מס האמת ההוגן מורה בבירור לעבר המתווה שהצענו.

67. זאת, לאור פסק-הדין של בית-המשפט העליון בדנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות ואח' נ' אילנה דמארי ואח', "מיסים" לא/4 (דצמבר 2017) ה-79.

68. כדברי המשנה לנשיאה (דאז), השופט מ' רובינשטיין, בע"א 2495/14 י.א.נ.י יועצים בע"מ נ' מנהל מע"מ ת"א, "מיסים" ל/2 (אפריל 2016) ה-76.

69. ע"א 9333/02 מנהל מס ערך מוסף, טבריה נ' אבו סאלח חוסין, "מיסים" כד/3 (יוני 2010) ה-65, 85.

למעלה מן הצורך נזכיר, כי המתווה האמור לא נבחן על-ידי בתי-המשפט המחוזיים בעניין **מגדניית הדר** ובעניין **דמקא** וממילא גם לא עמד להכרעתו של בית-המשפט העליון בהלכת **הדר**.

הטעם לכך ברור: לא רק שהחברות-המערערות מכרו, עובר למתן פסק-הדין, את המקרקעין שבגינם ניטלו ההלוואות נשוא המחלוקת (הדר מכרה בינואר 2007 את חלקה בקניון ואילו דמקא מכרה את הנכס בשנת 2006), אלא שבשנות-מס קודמות או מאוחרות לשומות שהוצאו להן, כאשר חלה עליהן בשער המטבע הזר - דרשו כל אחת מהחברות-המערערות לנכות את הפרשי ההצמדה כהוצאה בייצור הכנסה, בהתאם לסעיף 17 לפקודה; וכי בנוסף, כאשר נוצר להן הפסד כתוצאה מהוצאות הפרשי ההצמדה שניכו, הן רשמו אותו כהפסד "עסקי" אשר קוזז בשנים לאחר מכן מכוח סעיף 28 לפקודה.

לאמור, תוצאת המס הקשה עליה הצבענו לעיל לא התקיימה כלל ביחס לאותן חברות, לא כל שכן לאור העובדה שלאותן חברות הייתה, כאמור, פעילות עסקית, על כל המשתמע מכך.

ואידך זיל גמור.