

ניכוי הוצאות הנפקה במועד רכישה עצמית של מניות

מאת

עו"ד ורו"ח שחר שטראוס ; עו"ד שירן פולישוק*

א. מבוא

רכישה עצמית של מניות היא פעולה כלכלית, במסגרתה תאגיד רוכש מניות שהוא עצמו הנפיק בעבר. מבחינה חשבונאית, הסכום בו נרכשות חזרה המניות על ידי החברה מופחת מהונה העצמי. למרכיבי ההון העצמי מתווסף סעיף שערכו שלילי, אשר לרוב קרוי "מניות באוצר", והוא מייצג את הסכום שהוציאה החברה על הרכישה העצמית.

מכיוון שמניות מעניקות לבעליהן אגד של זכויות מהחברה, היות שחברה (ככל אדם אחר) אינה יכולה לחוב כלפי עצמה, המניות הנרכשות ברכישה עצמית הופכות למניות רדומות. מניות כאלו אינן מזכות בזכויות הצבעה באספה הכללית, בזכות לקבלת דיבידנד או בכל זכות אחרת.

המניות הנרכשות ברכישה עצמית מופחתות מההון העומד (outstanding shares) של החברה. בשל הפחתת ההון העצמי של החברה במאזן החשבונאי שלה - ההון העצמי לאחר הרכישה קטן יותר.

עובר לפעולת רכישת המניות קדם תהליך הנפקתן לציבור. תהליך זה עשוי להיות ארוך ומורכב. במסגרתו, החברה עשויה להידרש להוצאות רבות בקשר עם ההנפקה, כגון תשלום לחתם אחד או יותר, לעורכי דין, לרואי חשבון וכדומה.

במציאות הכלכלית של היום, רכישה עצמית של מניות הינה דבר שכיח בקרב חברות ציבוריות כחלק מניהול ההון שלהן ודרישותיהן הפיננסיות. בהקשר זה מתעוררת השאלה, האם ניתן לנכות לצורכי מס את הוצאות ההנפקה של המניות מהכנסתה החייבת של החברה המנפיקה במועד הרכישה העצמית? סוגיה זו הינה מורכבת, וטרם נאמרה בה המילה האחרונה.

בחשבונאות, עלויות הנפקת המניות אינן נרשמות כהוצאה, אלא כהפחתה מהתמורה עבור המניות המונפקות, למעט מקרים מסוימים, כגון: כאשר ההנפקה אינה יוצאת לפועל ובמקרה זה העלויות שלה ירשמו כהוצאה בדוח רווח והפסד. גם לצורכי מס מקובל לראות בהוצאות הנפקה של מניות כהוצאות הוניות שאינן מוכרות כהוצאה

* ממשרד בנימיני ושות' עורכי דין, המתמחה במיסוי ישראלי ומיסוי בינלאומי.

לצורכי מס במועד התהוותו, למעט שני חריגים: 1. חברות תעשייתיות (לרבות חברות הייטק) רשאיות להפחית את עלויות ההנפקה לצורכי מס בשלושה שיעורים שנתיים שווים; 2. קיימת הוראת שעה לשנים 2018-2020 המתירה לכל החברות שהנפיקו מניות בבורסה בישראל (אף אם הן אינן תעשייתיות), להפחית את מלוא עלויות ההנפקה בשנה בה היא בוצעה.

במאמר זה נבחן האם שני החריגים הללו מהווים הסדר שלילי לאפשרות לנכות הוצאות הנפקה של מניות במועד הרכישה העצמית, ואת שאלת ניכוי הוצאות ההנפקה במועד הרכישה העצמית, מכוח הדין הכללי בדבר ניכוי הוצאות הקבוע בסעיף 17 רישא לפקודת מס הכנסה¹.

ב. ניכוי הוצאות הנפקות מניות - בחינה לשונית

1. סעיף 17 לפקודה

בסעיפים 17 עד 33 לפקודת מס הכנסה ובתקנות השונות שהותקנו מכוח הוראות אלו, נקבעו הוראות שעניינן התרה בניכוי של הוצאות, לשם קביעת "הכנסתו החייבת" של הנישום, כבסיס להטלת מס אמת על רווחיו.

כאמור, סעיף 17 לפקודה מציב שני תנאים מרכזיים להתרת הוצאה בניכוי בעת חישוב ההכנסה החייבת: הראשון - שמדובר בהוצאה הקשורה במהלך עסקיו של הנישום, קרי הוצאה עסקית, להבדיל מהוצאה פרטית. השני - שההוצאה הינה פירותית שוטפת אשר נועדה לייצור הכנסה באותה שנת מס בלבד, להבדיל מהוצאה הונית.

היינו, הפרשנות המקובלת לסעיף 17 לפקודה הינה כי, ככלל, רק הוצאות במישור הפירותי יותרו לנישום בניכוי בשנת המס, אלא אם הפקודה התירה במפורש ניכוי של הוצאה הונית מסוימת ובתנאים שנקבעו, להבדיל מהוצאה במישור ההון אשר מותרת לאורך זמן בדרך של ניכוי הוצאות פחת או בעתיד במועד המכירה של הנכס.

סיווגה של פעולה כפירותית או הונית הינה פעולה מורכבת ולשם כך נקבעו בבתי המשפט מבחנים שונים שמטרתם לבחון האם מדובר בהוצאה ל"שמירה על הקיים" או שמא בהוצאה ל"יצירת נכס חדש" ("יתרון מתמיד").

כאשר מטרת החברה לייעד את התמורה שתתקבל מהנפקת המניות לצורכי פעילותה העסקית, הרי שההוצאות בגין הנפקתן עומדות בתנאי הראשון (הוצאה עסקית).

1. פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה" או "פקודת מס הכנסה").

אולם, הואיל והתמורה תשמש את החברה במשך מספר שנים שאינו ידוע מראש, אין ההוצאות עומדות בתנאי השני (הוצאה שנועדה לייצור הכנסה באותה שנת מס בלבד). עם זאת, אנו סבורים כי פרשנות התנאי השני בסעיף 17 רישא, אינה מובילה למסקנה כי הוצאה שנועדה לקדם את עסקיה של החברה לא תוכר כלל, אלא שהיא לא תוכר כל עוד היא ממשיכה ליצור לה יתרון מתמיד.

היינו, לטעמנו, במועד בו הוצאות ההנפקה חדלו מלהמשיך לייצר לחברה יתרון מתמיד, קרי, במועד רכישתן החוזרת של המניות על ידי החברה, אין לראות עוד בהוצאות אלו כהוצאות שיצרו לה יתרון מתמיד, ויש להתיר בניכוי.

הלכת פי גלילות

בעניין **פי גלילות**², המערערת ביקשה להכיר בהוצאות שהוצאו לביצוע סקירות כלכליות והנדסיות, הערכות שווי וכיוצא באלה, במהלך ניסיונותיה למצוא אתר חלופי למסוף גלילות. הנימוק לניכוי ההוצאה כפירותית לטענת המערערת היה, כי בסופו של דבר האתר לא נמצא, ואי התרת הוצאות אלו יוביל לכך שההוצאות ירדו לטמיון. בפסק הדין נפסק כי אף אם ההוצאה נועדה להניב יתרון לעסק, הרי שיש להתיר אותה במועד בו לא התממש היתרון האמור:

"רוצה לומר, גם אם מלכתחילה נועדה ההוצאה בענייננו - שיצאה על ביצוע סקרים ובדיקות - להניב יתרון לעסק לכל אורך הזמן בו נצפה כי ייעשה שימוש באותו אתר, הרי, כאשר מסתבר שאין לעשות עוד שימוש באתר, יש להתיר ההוצאה, באין מעוגן בה עוד, כל רכיב של יתרון לעתיד."³

גם בבית המשפט העליון⁴, חיזקה כב' השופטת ארבל את הקביעה בבית משפט קמא, וכדבריה:

"אני סבורה כי הקונסטרוקציה שבחר בה בית המשפט המחוזי הינה ראויה. ההתייחסות להוצאות לבדיקת ובחינת הנכס תהיה פר נכס. דהיינו, הוצאות לבדיקת נכס מסוים יצטרפו לעלות אותו נכס בלבד. אם הנכס לא נרכש בסופו של דבר יש להתייחס למצב כשינוי אומדן חשבונאי, דהיינו היתרה הבלתי מופחתת של הנכס, שהיא ההוצאות שהוצאו לבדיקתו, תופחת כליל בבת אחת באותה שנה בה הוחלט שלא לרכוש את הנכס (ראו סמט, בעמ' 1609). מאחר שגם המשיב מסכים כי הוצאות אלו היו מופחתות כהוצאות פחת משווי הנכס שהיה נרכש

2. עמ"ה 1009/99 פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" יח/3 (יוני 2004) ה-135.
3. ההדגשות במאמר זה אינן במקור, אלא אם כן נאמר אחרת.
4. ע"א 8301/04 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ, "מיסים" כא/6 (דצמבר 2007) ה-98.

בסופו של דבר, אין למעשה הבדל עקרוני בין שתי הגישות, אלא הבדל של תזמון הפחתת ההוצאות."

קרי, מצב בו מוציאה חברה הוצאות עסקיות שאינן פרטיות, ואף ממוסות בידי מקבלן, ורשויות המס מתעלמות מהן באופן שאינו מכיר בהוצאות הללו בניכוי אצל המשלמת לעולם, הוא תוצאה שאין הדעת סובלת והיא עומדת בסתירה לפסיקה.

למסקנה זה נותן להגיע מאופן הטיפול בהוצאות טרום עסקיות לצורכי מס. בתי המשפט קבעו בפסקי דין שונים, כי לא ניתן לנכות הוצאות טרום עסקיות במועד התהוותן, היות שאינן עומדות בתנאי סעיף 17 רישא לפקודה. מפסיקות אלו ניתן להסיק כי, ראוי להתיר את ניכוי של הוצאות טרום עסקיות במועד בו פסק להתקיים היתרון המתמיד שנוצר כתוצאה מהן.

כך פסק כבוד השופט מגן אלטוביה בעניין **שלמה חברה לביטוח**⁵, כאשר למערכת התהוו הוצאות בגין הקמת עסק חדש במשך למעלה משנה טרם מועד תחילת הפעילות העסקית:

"המערערת טוענת לחילופין כי במידה ויקבע שההוצאות שבמחלוקת הינן הוצאות הוניות יש להפחיתן לצרכי מס כבר בשנת 2008, בשל הטענה שבשנה זו מוצתה כל ההנאה הכלכלית מהן. הסיווג של ההוצאות שבמחלוקת להוצאות טרום הקמה משמעו שאותן הוצאות נצברות לנכס, הלא הוא העסק עצמו, ולפיכך אין בידי לקבל את טענה זו."

היות שלדעת בית המשפט יש להוון את ההוצאות הטרם עסקיות לעסק, הרי ככל שיימכר העסק, או כאשר החברה תפסיק את אותה פעילות עסקית, יוכרו ההוצאות הטרם עסקיות באותו מועד⁶. קרי, שלילת ניכוי ההוצאות הינה זמנית, ומסתיימת במועד בו הן פסקו לייצר יתרון מתמיד לחברה.

בערעור לבית המשפט העליון⁷, כב' השופט עמית עמד על הקושי בתוצאה לפיה, הוצאות הקמה מסוימות לא יותרו כלל בניכוי לאורך חיי העסק:

"לא אכחד כי התוצאה לפיה הוצאות הקמה מסוגים מסוימים אינן מוכרות כלל בניכוי לאורך כל חיי העסק, אינה קלה בעיני. זאת, לעומת הוצאות הקמה אחרות, שלמרות היותן הוצאה הונית, ניתנות הלכה

5. ע"מ 51006-07-12 ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, "מיסים" כח/6 (דצמבר 2014) ה-257.

6. קיימת גם גישה הגורסת, כי ניתן לראות בהוצאות טרום עסקיות כמוניטין שנרכש ולהפחיתו על פני 10 שנים.

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

למעשה לניכוי (הגם שלא כהוצאה פירותית), כמו הוצאות לבניית מבנה או לרכישת מכוונות למפעל, שאז ניתן לנכות לאורך מספר שנים את הפחת לגביהם. נוצר אפוא מצב א-נומלי לטעמי, על-פיו ניתן לנכות פחת של מכוונה חדשה שנרכשה להקמת מפעל, אך לא ניתן לנכות את ההוצאות הקשורות בהכשרת העובדים על המכוונה. אמנם סביר להניח שהוצאות הכשרת העובדים ייזקפו לערך החברה, ויטיבו עם בעלי מניותיה בעת מכירתה, ברם הן לא יותרו בניכוי..."

אליו הצטרף המשנה לנשיאה א' רובינשטיין :

"לעיצומם של דברים, הגיע חברי כאמור למסקנה כי על פי המצב החוקי דהאידינא, הוצאות טרום עסקיות אינן מותרות בניכוי בהיותן הוצאה הונית. עם זאת בהערתו בסיפת חוות הדעת (פסקה 21) ציין כי יש אנומליה במצב הקיים באשר לאי ההכרה בהוצאות אלה. אבקש להצטרף להערה זו, וביתר שאת. דומה, כי בדיני המס ראוי להידרש למבט רחב יותר, וגם צודק יותר, בהיבטים שונים ובין היתר, באשר לסיווג הכנסות והוצאות ולממשק בין סוגי הוצאות, ויתר על כן - בין שנים שונות ובין עבר, הווה ועתיד, על דרך של "חשיבה מחוץ לקופסה". ההגבלה לעניין הכרה בהוצאות טרום עסקיות מזכירה גם את ההגבלה בקיזוז הפסדים לאחר (ע"א 4157/13 וע"א 4489/13 דמארי והירשזון נ' פקיד השומה (2015)); תיק זה נמצא בדיון נוסף, ועל כן לא אכביר דברים..."

אטעים, איני מקל ראש כלל ועיקר בחשיבותה של ודאות ובנחיצותם של כללים ברורים; וכך הוא ככלל. אולם, פתח לגמישות ולחשיבה יצירתית גם הוא דרוש, שכן "כנודע המציאות האנושית והמשפטית...לא אחת אינה שחור ולבן אלא גוני אפור. עשיית צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי (הייתי שמח אילו נמצא לו מונח עברי מתאים) של 'הכל או לא כלום' (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל חיפה נ' עדן מלול (2010) פסקה א' לחוות דעתי, שאמנם נותרה בין דעות המיעוט שם)."

הנשיאה נאור הדגישה כי ישנה אפשרות שהוצאות טרום-עסקיות יותרו בניכוי בעת מכירתה העתידית של העסק או מכירת פעילותו העסקית, ככל שתתרחש :

"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 ביתר. משעסקינן בעיתוי ההכרה בהוצאה ולא בעצם השאלה אם היא תוכר אם לאו, מתקבל מענה נוסף לטענותיה של המערערת בדבר אי-הצדק שנגרם לה, לשיטתה, כתוצאה מכך;"

האמור לעיל אף קוהרנטי עם פסיקת בית המשפט העליון בעניין **סלון מרכזי**,⁸ שם נקבע כי **"ראוי יהיה אם רשויות המס ישאפו להימנע מהתוצאה הקשה של אי ניכוי בכלל"**.

כך גם בעניינו. גם אם מלכתחילה נועדו ההוצאות להניב יתרון כלכלי לחברה מעבר לשנת המס בה הוצאו, הרי שבנקודת זמן מאוחרת, קרי במועד רכישת המניות על ידי החברה, יש להתיר את ההוצאה באין מעוגן בה עוד כל רכיב של יתרון לעתיד. בסופו של יום, במועד רכישת המניות, לא נותר לחברה "נכס חדש", ומבנה ההון שלה זהה למבנה ההון שלה לפי ההנפקה, כפי שנפסק בהלכת פי גלילות.

ב2. סעיפים 31 ו-32 לפקודה

לאחר שראינו כי בהתאם לסעיף 17 רישא, ניתן לנכות את ההוצאות במועד הרכישה העצמית של המניות, אנו נדרשים לבדוק שההוצאות אינן מוגבלות או אסורות לניכוי מכוח סעיפים אחרים בפקודה.

סעיף 31 לפקודה מסמיך את שר האוצר להתקין תקנות בדבר הגבלה או אי התרה של ניכוי הוצאות מסוימות. בתקנות מכוח סעיף 31 לפקודה אין הוראה המגבילה את ההכרה בהוצאות בגין הנפקת מניות.

כמו כן, בסעיף 32 לפקודה שולל המחוקק ניכויים בשל הוצאות מסוימות, כגון: הוצאות שאינן כרוכות ושלובות בתהליך הפקת ההכנסה, הוצאות פרטיות, הוצאות הוניות ועוד. לענייננו רלוונטי סעיף 32(3) לפקודה, הקובע כך:

"(32) בבירור הכנסתו החייבת של אדם לא יותרו ניכויים בשל -

... (3) הון שניטל או סכום כסף המשמש, או נועד לשמש, הון;"

סעיף 32(3) לפקודה נמצא בנוסח המקורי של הפקודה משנת 1961 והינו למעשה ניסוח מחדש של סעיף 12(3) מפקודת מס הכנסה משנת 1947:

8. ע"א 8138/06 **סלון מרכזי למכוניות כביסה וטלויזיה בבית אל על בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין - אזור תל אביב**, "מיסים" כב/2 (אפריל 2008) ה-123.

12". לצורך בירור הכנסתו, העשוייה להיות מתחייבת במס של אדם כל-שהוא, לא יותרו ניכויים בגין:

...
(ג) הון כל-שהוא שלוקח חזרה או סך כל-שהוא המשמש או המכוון לשמש כהון;"

יובהר כי עד שנת 1999 חלו בישראל הוראות פקודת החברות⁹ בלבד, על פיה לא הייתה קיימת לחברות אפשרות לבצע רכישה עצמית של מניותיהן, כאשר פעולה זו הוסדרה לראשונה רק בחוק החברות¹⁰. על כן, נהיר כי הן המחוקק בשנת 1947 והן המחוקק בשנת 1961, לא צפו באותה עת כי בעוד מספר עשורים חברות יורשו לבצע רכישה של מניותיהן בחזרה. המסקנה המתבקשת הינה כי המחוקק, בחקיקתו את סעיף 32(3) לפקודה, לא התכוון למנוע הכרה בהוצאות שנגרמו בעת הנפקת הון, במועד בו הון החברה חזר לקדמותו.

לדעתנו, תכליתו של סעיף 32(3) לפקודה הינה להוות תמונת ראי לסעיף 17 רישא בציינו, כי לא ניתן להכיר בניכוי הוצאות היוצרות יתרון מתמיד לחברה. לאור האמור לעיל, אין בהוראות סעיף 32(3) לפקודה כדי למנוע את הכרת ההוצאות במועד בו לא מתקיים יותר יתרון מתמיד בחברה.

ב3. הוראות חוק עידוד התעשייה וחוק ניכוי הוצאות הנפקה

לאורך השנים נהוג היה להתייחס להוצאות הנפקה כסוג של הוצאה הונית, אשר רק חברות תעשייתיות רשאיות להפחיתן לצורכי מס, על פני שלוש שנים. כך קובע סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה¹¹:

"5ב. חברה תעשייתית שהוכיחה להנחת דעתו של פקיד השומה כי בשנת המס היו לה הוצאות להנפקת מניות הנרשמות למסחר בבורסה תהא זכאית לנכותן בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל באותה שנה."

הוראת חוק זו מתירה, למעשה, את ניכויין של הוצאות הנפקה שהיו לחברה תעשייתית אשר הנפיקה את מניותיה בבורסה, כאשר הניכוי נעשה בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל בשנת גיוס ההון.

בדברי ההסבר להצעת חוק עידוד התעשייה¹² שבמסגרתו חוקק סעיף 5ב האמור, נאמר:

9. פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (להלן: "פקודת החברות").
10. חוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").
11. חוק עידוד התעשייה (מיסים), תשכ"ט-1968 (להלן: "חוק עידוד התעשייה").
12. הצעת חוק עידוד התעשייה (מיסים) (תיקון מס' 6), תשל"ח-1978.

"אחת המטרות של המדיניות הכלכלית החדשה היא הכוונת התעשייה לגיוס הון מהציבור במקום לגייסו ממקורות ציבוריים. הוצאות הנפקה הן במהותן הוצאות הוניות ואינן מוכרות כהוצאה לעניין מס הכנסה, דבר המכביד על גיוס ההון. משום כך מוצע לאפשר למפעלים תעשייתיים לנכות את הוצאות ההנפקה בגיוס הון דרך הבורסה."

הנה כי כן, תכליתו של סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה היא להתיר בניכוי הוצאות גיוס הון, בסמוך למועד הנפקת המניות, בכדי להקל על גיוס ההון מהציבור.

בנוסף להוראת סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה, ביום 18 למרץ 2018 התפרסם חוק ניכוי הוצאות הנפקה¹³, הקובע כהוראת שעה לתקופה מיום 1 בינואר 2018 ועד 31 בדצמבר 2020¹⁴, כי חברה או שותפות תהינה זכאיות לנכות הוצאות שהיו להן להנפקת מניות או יחידות השתתפות, לפי העניין, הנרשמות למסחר בבורסה בישראל, בשנה שבה בוצעה ההנפקה:

"2. חברה או שותפות תהיה זכאית לנכות הוצאות שהיו לה להנפקת מניות או יחידות השתתפות, לפי העניין, הנרשמות למסחר בבורסה בישראל, בשנה שבה בוצעה ההנפקה."

המשמעות היא כי הוצאות של חברות ושותפויות שהוצאו לצורך הנפקה בבורסה בישראל, כגון התשלום לחתמים, עורכי דין, רואי חשבון, אגרות וכו', יוכרו במלואן כהוצאה לצורכי מס כבר בשנה שבה בוצעה ההנפקה.

כאמור, עובר לחוק ניכוי הוצאות הנפקה, רק חברה תעשייתית יכלה לנכות הוצאות להנפקת מניות הנרשמות למסחר בבורסה (לאו דווקא בישראל), וזאת בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל באותה שנה. התכלית שעמדה מאחוריו היא, לעודד רישום למסחר בבורסה בישראל ובכך לחזק את הבורסה ופעילותה.

לסיכום, הן סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה והן חוק הפחתת עלויות הנפקה מאפשרים לחברות שעומדות בקריטריונים להכיר בהוצאות הנפקת המניות, וזאת למרות אי עמידת ההוצאות בתנאי סעיף 17 רישא במועד זה. בעוד חוק עידוד התעשייה מאפשר לנכות את ההוצאות בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל משנת ההנפקה, חוק ניכוי הוצאות הנפקה מאפשר להכיר במלוא ההוצאות כבר בשנה שבה בוצעה ההנפקה.

אנו סבורים כי, אין בהטבה שנתן המחוקק לגבי הפחתת הוצאות הנפקת מניות כבר במועד הנפקתן (או במהלך שלוש השנים ממועד ההנפקה), בכדי להוות

13. חוק מס הכנסה (ניכוי הוצאות הנפקה)(הוראת שעה), התשע"ח-2018 (להלן: "חוק ניכוי הוצאות הנפקה").

14. שר האוצר, באישור ועדת הכספים, יהיה רשאי להאריך את תוקפו של החוק.

הסדר שלילי לעניין התרת הוצאות אלו במועד רכישה עצמית של המניות לגבי חברות אשר אינן עומדות בהוראות סעיף 5 לחוק עידוד התעשייה או בחוק לניכוי הוצאות הנפקה.

ניתן להסיק זאת גם מתוך דוגמאות רבות אחרות בפקודה, כגון: (1) חברה אשר איננה עומדת בתנאי סעיף 2 לחוק עידוד התעשייה לצורך הפחתת ידע רשאית לנכות את עלויות רכישת הידע במועד מכירתו או במועד בו חדל לשמש בעסק (כנ"ל לגבי מוניטין אשר לא ניתן להפחיתו בהתאם לתקנות); (2) בעל דירת מגורים אשר הפחית כנגד הכנסותיו משכירות הוצאות פחת רק בגין המבנה (ללא קרקע), היות שבחר שלא להחיל את תקנות מס הכנסה (שיעור פחת לדירה מושכרת למגורים), התשמ"ט-1989, יהיה רשאי להכיר בעלות הקרקע במועד בו יצא הנכס מרשותו.

לסיכום נקודה זו, מתן הטבה מיסוית לנישומים אינו מהווה הסדר שלילי לניכוי אותן הוצאות בהתאם לדין ולפסיקה.

ג. ניכוי הוצאות הנפקות מניות - בחינה תכליתית

ג.1. עניין צינומנטל

חיזוק משמעותי לטענתנו כי סעיף 17 רישא מאפשר התרת הוצאות הנפקה במועד הרכישה העצמית של המניות, ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **צינומנטל**¹⁵. בפסק הדין נידון עניינה של המערערת אשר הנפיקה לציבור חבילת ניירות ערך הכוללת מניות וכתבי אופציה.

במסגרת פסק הדין, ביקשה המערערת להכיר בהוצאות ההנפקה כהוצאה פירוטית, מכוח סעיף 17 לפקודה, המותרת בניכוי ככל הוצאה שוטפת אחרת במועד הנהגות. מנגד, לטענת פקיד שומה, הוצאות ההנפקה אינן מותרות בניכוי מכוח סעיף 17 רישא, משום שהינן הוצאות הונאות. בית המשפט המחוזי פסק כי הוצאות ההנפקה לא יותרו בניכוי על פי סעיף 17 לפקודה, שכן הנפקה נועדה ליצור מקור הוני, שאמור לשנות את מבנה ההון של החברה, ודבר זה מוציא את המקרה מגדר הוצאה פירוטית ומכניס את ההוצאה לתחום מישור ההון.

על אף שכב' השופטת ברכה אופיר-תום, בנסיבות פסק הדין, שללה את עמדת החברה כי עסקינן בהוצאות פירוטיות המותרות בניכוי במועד הנפקת המניות, ציינה השופטת כי לדעתה יש להתיר את ההוצאות בניכוי במועד בו המבנה

15. עמ"ה 1059/98 **צינומנטל בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים**, "מיסים" יט/2 (אפריל 2005) ה-132 (להלן: "**עניין צינומנטל**").

ההונוי שנוצר בעקבות ההנפקה חדל מלהתקיים, אם בעקבות פירוק ואם בעקבות שינוי אחר המאיינ את מבנה ההון :

"הוצאות אלה שהוציאה המערערת על ההנפקה, שינו כאמור את מיבנה ההון שלה, גם בסוף השנה השוטפת, כך שהוצאות ההנפקה היו בכל מקרה, הוצאות הונויות במהותן, שאין להתיר בניכוי שוטף. כך, גם אם יועדה תמורת ההנפקה לשימוש שוטף בעסק - מצב שלא הוכח בעניינו כלל, ולהיפך - וכך, גם אם יועדה התמורה לכיסוי חובותיה של המערערת, לבעלי חובה."

ובהמשך :

"אף ששאלה זו, נכבדה היא בעיני מאד, נראה לי, כי לא זה המקום לדון גם בה. לענייננו, די לי בקביעה שהוצאות ההנפקה שהוציאה המערערת, הוצאות הונויות הן, על פי הגדרתן, על מנת שדרישתה להתיר לה בניכוי שוטף תידחה, ולו, כל עוד מתקיים אותו מיבנה הונוי שנוצר בחברה בעקבות ההוצאות האמורות."

אפשר עם זאת, והדבר נראה סביר בעיני, שניתן להתיר בניכוי הוצאות הנפקה כאמור, כאשר המבנה ההונוי שנוצר בעקבות ההנפקה, חדל מהתקיים, אם בעקבות פירוק החברה ואם בעקבות שינוי אחר המאיינ את המיבנה האמור, אלא שגם בכך לא אוכל לדון במסגרת פסק דין זה."

כאמור, כב' השופטת ברכה אופיר-תום קבעה כי לא ניתן לנכות את הוצאות ההנפקה במועד התהוותן, משום שההנפקה נועדה ליצור מקור הונוי, שאמור לשנות את מבנה ההון של החברה, ולכן דבר זה מסווג את ההוצאות למישור ההון ולא למישור הפירותי. לעומת זאת, כאשר החברה מבצעת רכישה עצמית של אותן מניות, מבנה ההון שלה חוזר להיות זהה למבנה ההון המקורי, לפני הנפקת אותן מניות. כלומר, במועד רכישת המניות על ידי החברה "אין שינוי במבנה ההון" שלה בהשוואה למבנה ההון עובר להנפקה של אותן מניות.

כך, בעניין **צינומנטל**, תמכה כב' השופטת ברכה אופיר-תום בהתרת ניכוי של הוצאות הנפקה כאשר מבנה ההון שנוצר בעקבות ההנפקה חדל מהתקיים. יש לציין, שעניין **צינומנטל** נקבע לאורה של פקודת החברות, בעוד חוק החברות, אשר התיר לראשונה לחברות לבצע רכישה עצמית של מניות, נכנס לראשונה לתוקף לאחר השנים שבמחלוקת בעניין **צינומנטל**. לו המחלוקת בעניין **צינומנטל** הייתה בגין תקופה שלאחר חקיקת חוק החברות, סביר בעינינו כי בית המשפט היה רואה ברכישה עצמית של מניות דוגמה מובהקת לשינוי המאיינ את מבנה ההון של החברה הנוצר בעקבות ההנפקה, והיה מציין כי לדעתו יש להתיר את הוצאות ההנפקה גם במועד הרכישה העצמית.

2ג. הרמוניה חקיקתית

הגישה המקובלת בפרשנות הדינים בכלל ובדיני המס בפרט, לפיה במקרים בהם אין התייחסות מפורשת בפקודה, על הפרשן להיעזר בדין הכללי ככלי לפרשנות הפקודה. אם כך הדברים לעניין הדין הכללי, קל וחומר שניתן לפנות לחוקי מס אחרים.

עובר לעניין **צינומנטל**, ניתן פסק דין **עיט**¹⁶ בו נידון עניינה של המערערת אשר הנפיקה מניות לציבור לצורך מימון פעילותה העסקית. בכסף אותו גייסה היה בכוונתה לרכוש נכסים שונים אשר יסייעו לפעילות החברה. בפסק הדין נדרש בית המשפט לשאלת אפשרות המערערת לנכות את מס התשומות שהיה כלול בחשבוניות המס, אשר הוציאו לה נותני שירותים שונים בקשר עם הנפקת המניות.

סעיף 41 לחוק מע"מ¹⁷ קובע כי ניתן לנכות את מס התשומות רק אם הוא שימש בעסקה חייבת במס. על כן, בעניין **עיט** עלתה השאלה - האם ניתן לקשור בין ההוצאות בגין הנפקת המניות לבין הכנסותיה העסקיות של החברה? בית המשפט קשר בין הוצאות הנפקת המניות לעסק של החברה, וקיבל את טענת המערערת לניכוי מס התשומות, היות שתמורת ההנפקה נועדה לשמש למכירת מוצריה החייבים במע"מ:

"יש מקום לאמר הנעשית ע"י הנפקת המניות רוכשת החברה גורם יצור, שהרי ההון מיועד לשמש את החברה העסקית הון בידי החברה הוא גורם יצור כפי שמלאי, ציוד, ידע וכיו"ב הם גורמי יצור. הוצאות הכרוכות בהשגחת של גורמי יצור אלו אמנם לא ניתן לייחס לעיסקה ספציפית, אולם בעזרת גורמי ייצור אולי מייצרת החברה טובין או שירותים שמכירתם חייבת במס ערך מוסף. הוצאות אלו תורמות לתהליך הייצור של מוצרי החברה והן מגולמות כמוצרים אלו. והרי כבר נאמר לעיל, כי כל תשומה (לצרכי העסק אפילו אינה קשורה לעיסקה מסוימת ניתנת לניכוי כך שאף הוצאות לצרכי מימון ובכלל זה הוצאות הכרוכות בהנפקת מניות (שהיא פעולה של גיוס מימון) הן תשומות המשמשות בעיסקות חייבות במס ומן הראוי לכן להתיר את ניכויין."

היינו, בית המשפט קבע כי יש לאפשר לחברה לנכות מס תשומות בגין הוצאות לצורך הנפקת מניות, משום שתשומות אלו מהוות חלק אורגני מתהליך הייצור, הן תורמות לערך המוסף של החברה והן מגולמות במוצריה, שעסקאות בהם חייבות במע"מ. בנוסף, בית המשפט סבר כי הנפקת מניות הינה פעולה מימונית, ולאור האמור התיר לחברה לנכות את מס התשומות הכלול בהוצאות

16. ע"ש 869/83 **עיט ציוד צבאי ליצור בע"מ נ' מנהל המכס והבלוי** (7.10.87), "מיסים אונליין" (להלן: "**עניין עיט**").

17. חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975.

ההנפקה שהוצאו על ידה. פסק דין ע"ט מיושם על ידי רשות המסים משנות השמונים ועד היום.

בעקבות פסיקה זו פורסמה הוראת תאמ"ו 66.720(33), שכותרתה "שירותים בקשר להנפקת מניות לגיוס הון" הקובעת, כי כאשר המדובר בעוסק העושה עסקאות החייבות במע"מ ומנפיק את מניותיו בבורסה לצורכי גיוס הון לעסק, הוא יהא רשאי לנכות את מס התשומות על השירותים הקשורים בהנפקה.

הגם שמדובר בחוקי מס שונים, הרי קיים יתרון להרמוניה חקיקתית. כך קובע בית המשפט העליון בעניין **אלקה**¹⁸:

"תכליתה של חקיקה להשיג צדק, להיות סבירה, לדור בהרמוניה חקיקתית עם דברי חקיקה אחרים, להגשים זכויות יסוד - ביניהן זכות הקניין - ולשמור על ניטרליות המאפיינת דיני מס ראויים..."

בעניין **בלינקיס**¹⁹ ציטט בית המשפט מדבריו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק:

"חזקה היא שתכלית החוק היא לשאוף להרמוניה נורמטיבית. חוק מס אינו עומד בבדידותו. הוא משתלב עם חוקים אחרים המטילים מס דומה, ועם כלל חקיקת המס בישראל. יש לפרשו מתוך מגמה ליצור הרמוניה פנימית בתוך חקיקת המס. הרמוניה זו אינה מוגבלת אך להרמוניה "פנים-מיסית". על הפרשן לשאוף להרמוניה נורמטיבית כוללת. על כן חזקה היא כי דיני המס משתלבים בדין הכללי. על הפרשן להניח כי חוק המס מניח את קיומו של הדין הכללי - חוזים, נזיקין, קניין, שטרות - ומבקש הוא ליצור אינטגרציה בין הדין הכללי לדיני המס. על כן יש לצאת מתוך ההנחה - הנחה הניתנת כמובן לסתירה - כי מושגי יסוד במשפט הפרטי (כגון מכירה, שליחות, שטר, ערבות) משמעותם בדיני המס כמשמעותם בדין הכללי" (א' ברק, "פרשנות דיני המיסים", מיסים יא/4-א-1 (אוגוסט 1997))."

קרי, בהתאם לפסיקה נדרשת הרמוניה חקיקתית בין הדין הכללי לחוקי המס ובייחוד בין חוקי המס השונים. כשם שקבע בית המשפט בעניין ע"ט כי ניתן לקזז את מע"מ התשומות לאור השימוש העסקי בכספי התמורה - יש להתיר בניכוי את ההוצאות בגין הנפקת המניות לצורכי מס הכנסה. מבלי לסתור את מסקנתנו, לאור השוני בחוקי המס, ייתכן שיהיה שוני בין מועד קיזוז מע"מ התשומות למועד ההכרה בהוצאות לצורכי מס, כשם שמע"מ תשומות בגין רכישת רכוש קבוע מקוזז כולו במועד רכישת הנכס ואילו לצורכי מס הכנסה ההוצאה מופחתת לאורך שנים בהתאם לשיעורי הפחתה, אולם אין בשוני בין

18. ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, "מיסים" יג/6 (דצמבר 1999) ה-72.
19. ע"מ 1301/08 בלינקיס גל צבי ואח' נ' פקיד שומה תל אביב 1, "מיסים" כז/4 (אוגוסט 2013) ה-134.

החוקים כדי להגיע למסקנה, כי מע"מ התשומות ניתן לקיזוז במועד הנפקת המניות ולצורכי הפקודה ההוצאות בגין גיוס ההון לא יותרו לעולם.

למסקנה דומה הגיעה כבוד השופטת ברכה אופיר-תום בעניין **צינומנטל** אשר פסקה, כי בניגוד לחוק מע"מ, המאפשר קיזוז מע"מ תשומות בגין הוצאות הנפקה במועד ההנפקה, לא ניתן להכיר בהוצאות מכוח סעיף 17 לפקודה במועד התהוותן, אלא רק במועד בו ההון מההנפקה חדל להתקיים.

ג3. דוקטרינת "המהות הכלכלית"

בהתאם לדוקטרינת המהות הכלכלית, בוחנים את מהותה האמיתית של העסקה ותוכנה הכלכלי, תוך התעלמות מאופן הצגתה הפורמלי על ידי הצדדים ו"לבושה החיצוני-משפטי", וכדברי הנשיא ברק בעניין **משכנות כלל**²⁰:

"מהותה של עסקה נקבעת לצורך דיני המס על פי המהות הכלכלית האמיתית של העסקה."

באופן דומה נפסק גם בבית המשפט המחוזי בעניין **משה גוטמן**²¹:

"בחינת המהות האמיתית של העסקה אינה טענה שרק המשיב רשאי להעלותה או שהיא פועלת רק לצרכיו. בחינת המהות האמיתית, אינה בהכרח, כלי אנטי תכנוני. הרי זהו 'מבחן על' לשם הגעה אל המהות הכלכלית הממשית של עסקה ובהמשך לכך לשומת האמת."

מכוח הטיעון בדבר "שקילות כלכלית", שקנה לו שביתה בפסיקת בתי המשפט, יש להשוות את המצב הנתון למצב חלופי השקול לו במשתנים מסוימים, ולהחיל עליו את הסדר המס שמתחייב מהמצב החלופי. בהקשר זה, כתב צ' קניגסבוך במאמרו²², כך:

"בשנים האחרונות ניכרת מגמה בקרב בתי המשפט הדנים בענייני מס להעדיף גישה כלכלית מהותית על פני גישה משפטית פורמאלית... אכן במסגרת מלאכת יישומו של הטיעון הכלכלי נהגו לעיתים בתי המשפט להשוות את המצב הנתון בפניהם למצב חלופי שדומה במשתנים מסוימים (תזרים מזומנים, הסיכון להפסד והסיכוי לרווח, השגת מטרה כלכלית זהה) ולהחיל את הסדר המס שמתחייב מהמצב החלופי..."

20. ע"א 6722/99 מנהל מע"מ תל אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, "מיסים" יח/1 (פברואר 2004) ה-75.

21. עמ"ה 1013/01 גוטמן משה ואח' נ' פקיד שומה תל אביב יפו 3, "מיסים" כג/2 (אפריל 2009) ה-162.

22. צ' קניגסבוך, "על רטוריקה ודמגוגיה בדיני מיסים - בעקבות פסה"ד בעניין פז גז ופי גלילות", **עט ומס**, גיליון מס' 13, יוני 2008, עמ' 31.

נראה כי הטיעון בדבר שקילות כלכלית המחייבת זהות בתוצאות המס בין המקרה הנתון למקרה האפשרי - הוא טיעון בעל משקל הולך וגדל במערכת המס הישראלית.

במקרה דנן, מהותה האמיתית של עסקת הנפקת מניות לציבור ולאחר מכן רכישתן בחזרה על ידי החברה הינה גיוס כספים למימון פעילותה למשך תקופה מסוימת, המהווה דרך אלטרנטיבית ללקיחת הלוואה, כאשר שני ההבדלים העיקריים בין לקיחת הלוואה לבין הנפקת מניות ורכישתן לאחר מכן הינם כדלקמן:

(1) בהנפקת מניות ורכישתן לאחר מכן לא נקבע "מועד פירעון" במועד קבלת הכספים ו"הפירעון" נעשה בהתאם להחלטת החברה המנפיקה בעתיד. יחד עם זאת, גם בהסכמי הלוואה ניתן לשנות באמצעות הסכמת הצדדים את מועד פירעון ההלוואה (להקדים או לאחר) לאחר נתינתה.

(2) "הריבית" המשולמת בהנפקת הון הינה דיבידנדים המוכרזים על ידי החברה והכספים שהתקבלו בהנפקה "צמודים" לשער מניית החברה, לעומת הלוואה בה שיעור הריבית יותר צפוי ו/או ידוע, וזאת למרות שבחלק ניכר מההלוואות שיעור הריבית משתנה בהתאם לתנאי ההלוואה.

היות שרכישה עצמית של מניות נעשית בהתאם לצורכי המימון של החברה ושיקולי תשואה על ההון, באופן זהה לשיקולים בעת לקיחת הלוואות, ואף בית המשפט בעניין עיט ראה בהנפקת מניות כפעולה של גיוס מימון, אין לדעתנו בהבדלים שתוארו לעיל, בין הלוואה לבין הנפקת מניות ורכישתן במועד מאוחר, כדי להוביל לשוני פיסקלי כה משמעותי. בייחוד כאשר השוני הפיסקלי מוביל לתוצאה לפיה במקרה של גיוס כספים לעסק באמצעות הלוואה יוכרו לחברה כל הוצאות גיוס ההלוואה לאורך תקופת ההלוואה, ואילו בעת גיוס כספים לעסק באמצעות הנפקת מניות לא יוכרו לחברה הוצאות גיוס הכספים לעולם, גם במועד בו נרכשו המניות בחזרה וההון חזר לקדמותו.

בפסקי דין שונים של בית המשפט העליון נפסק כי אין לפרש חוק בהתאם למצב המשפטי ביום חקיקתו, אלא בהתאם למציאות כלכלית ומשפטית עכשווית²³. כך שאם בעבר היה נכון להבחין בין הוצאות בגין הנפקת מניות לבין הוצאות בגין גיוס הלוואה, באופן שהוצאות גיוס הלוואה יותרו בניכוי והוצאות גיוס הון לא יותרו לעולם, הרי שבמציאות הכלכלית והמשפטית העכשווית הבחנה כאמור חוטאת לעקרונות המס ומרחיקה את המס מהמציאות הכלכלית.

23. ראו ע"א 401/93 זהר גולדברג נ' פקיד שומה תל-אביב, "מיסים" יא/3 (יוני 1997) ה-69, ע"מ 54154-08-15 מעוף מתכות אל ברזליות בע"מ נ' פקיד שומה חיפה (6.8.17), "מיסים אונליין".

לעניין זה יפה פסק הדין בעניין **ברודקאסט**²⁴ שם נידונה השאלה - כיצד יש לסווג נכס שמתקיימת בו פעילות המכונה "פוסט פרודקשן" לקולנוע ולטלוויזיה לצורכי ארנונה. המחלוקת העיקרית בפסק הדין נסובה סביב השאלה האם פעילות של פוסט פרודקשן היא פעילות של "מלאכה ותעשייה" או שמא מדובר בפעילות של מתן שירותים. בפסק הדין ציינה כב' השופטת דפנה ברק-ארז את התמורות שחלו בתחומי הכלכלה והמסחר ב-20 השנים האחרונות:

"בבואו ליישם את המבחנים שתוארו לעיל על בית המשפט לתת משקל משמעותי לתמורות שחלו בתחומי הכלכלה, התעשייה, המסחר והתעסוקה מאז שמבחינים אלה הותוו. כמעט חצי יובל עבר מן המועד שבו ניתן פסק הדין בעניין רעיונות, וקשה להפריז בעוצמת השינויים שהביא עמו חלוף הזמן. פעולות שבעבר נעשו באמצעות מכונות תעשייתיות גדולות מתבצעות כיום על-ידי מחשבים. תחומי תעסוקה חדשים נוספו, ותחומים אחרים שינו את פניהם ללא הכר. אחד הביטויים לכך הוא צמצום הפעילות שסווגה באופן מסורתי כפעילות "יצרנית", והחלפתה במתכונת מודרנית מתקדמת. פעילות תעשייתית אינה מתקיימת עוד רק במתכונת של מפעלים עשנים. היא יכולה ללוש גם מתכונת "היי-טקית". את הדין יש לפרש אפוא באופן שיהלום את המציאות הטכנולוגית והכלכלית דהיום."

גישתה הפרשנית של כב' השופטת ברק-ארז מלמדת על תפישת עולם משפטי וחברתי, לפיה אין מכופפים את המציאות ללשון החוק, אלא מתאימים את לשון החוק למטרת החקיקה, אשר משתנה במקביל למציאות הדינמית שבה אנו חיים.

למעשה, בעקבות כניסת חוק החברות לתוקף, אשר אפשר לראשונה לחברות לבצע רכישה עצמית של מניותיהן, ולאור השימוש התדיר שעושות חברות בכלי זה בהתאם לצורכי המימון של החברה ושיקולי תשואה על הון, הרי שמבחינה מהותית רכישה עצמית של מניות מהווה פעולה מימונית לכל דבר ועניין, ואין שוני פיסקלי משמעותי בינה לבין פעולה של נטילת הלוואה.

ג. כללי העקיבה

כלל ידוע בדיני המס הוא, כי לרוב כל עוד אין סתירה בין כללי החשבונאות הפיננסית לבין הוראות דיני המס, ינהגו בתי המשפט גם בענייני מסים על פי הכללים המקובלים של החשבונאות הפיננסית.

24. בר"מ 1676/15 **ברודקאסט וידאו ש.ב בע"מ נ' מנהל הארנונה בתל אביב-יפו** (פורסם בנבו 9.6.16).

בהקשר זה, בבית המשפט המחוזי בעניין החברה האמריקאית²⁵ נקבע כי:

"בעקרון, נקבע בפסיקה שלנו כמו בפסיקה בחו"ל כי באין סתירה בין כללי החשבונאות הפיננסית לבין הוראות דיני המס, ינהג בית המשפט בהתאם לכללי החשבונאות המקובלים."

עם זאת, עיקרון פרשני קובע כי הגם שככלל ניתן להיעזר בכללי החשבונאות כדי לפרש את הוראות דיני המס, הרי שמקום בו כללי החשבונאות אינם עולים בקנה אחד עם תכלית חקיקת המס והמדיניות שהמחוקק ביקש לקדם, יש לפרש את הוראת המס תוך סטייה מכללי החשבונאות המקובלים. תימוכין לעניין זה ניתן למצוא בהלכת השומרים²⁶:

"כללי החשבונאות של ראית החשבון מטרותם פנימה - לשקף את פעילות העסק ואת מצבו הפיננסי, למען הנישום עצמו כדי שידע היכן הוא עומד ואיך לכלכל את עסקו, מה שדרוש לו ללא קשר עם חובת מס הכנסה. חשבונאות לצורך מס מטרתה החוצה - כלפי שלטונות המס, על מנת שיוכלו לקבוע את ההכנסה החייבת. ככלל אין פקודת מס הכנסה עוסקת בתורת החשבונאות. היא מקבלת את כללי החשבונאות הרגילים המקובלים בעולם המסחר, שרואי חשבון סומכים את ידם עליהם (ויתקון ונאמן, שם, בעמ' 118; ויתקון "פסקי דין של מס הכנסה ועקרונות חשבונאות" רואה החשבון ט"ו 5). אך אלה לא תמיד עולים בקנה אחד עם מדיניות המס של המחוקק המשתקפת בפקודה. במצב כזה נפרדות הדרכים וחשבונאות המס, המתאימה עצמה לדין, היא הקובעת (ראה השופט ויתקון בע"א 600/75 תל רונן קבלנים ובונים בע"מ נ' פקיד השומה תל-אביב פד"א ט' 86, 89-90; השופט שמגר (כתוארו אז) בע"א 347/78, המ' 914/78 קופת עליה אגודה שיתופית לאשראי וחסכון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים פד"א י' 132, 135). באין הוראות מחייבות בפקודה בדבר שיטת הרישום או העיתוי הקובע לענין הכנסה או ההוצאה מוסדר הנושא בכללי החשבונאות המקובלים על רואי חשבון."

בחינה של כללי החשבונאות בכל הנוגע להוצאות הנפקה מעלה כי גישת החשבונאות אינה עקבית בעניין זה. אמנם, תקן חשבונאות ישראלי מס' 22 (2017) (להלן: **"תקן 22"**) קובע בסעיף 37 כי באופן רגיל, עלויות עסקה בגין עסקה הונית מטופלות כניכוי מההון העצמי, אולם עוד נקבע שם כי עלויות עסקה המיוחסות לעסקה הונית שלא יצאה לפועל, יוכרו כהוצאה שוטפת²⁷.

25. עמ"ה 43/95 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" ט/5 (אוקטובר 2001), ה-96, ה-114.

26. ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ ואח' נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, "מיסים" ו/5 (אוקטובר 1992) ה-54.

27. הוראה זוהי קיימת בתקן חשבונאות בינלאומי מספר 32, החל על חברות ציבוריות המדווחות לפי ה-IFRS.

קרי, ישנם מקרים בהם כללי החשבונאות יובילו לרישום עלויות שנועדו להנפקת מניות כהוצאה בדוח הכספי.

עמדה זו מיושמת גם בכל הקשור לגיוס הון מהציבור באמצעות תשקיף מדף²⁸. בבחירה בדרך של תשקיף מדף נוצר מצב בו הוצאות ההנפקה נוצרות בשנה מסוימת, ואילו ההנפקות של ניירות הערך, על פי אותו תשקיף מדף, מבוצעות בשנים העוקבות. בהקשר הזה, קיימות פרשנויות ל-IFRS, שאותן ככל הנראה ניתן ליישם גם תחת תקן 22 הישראלי, לפיהן עלויות תשקיף המדף המתייחסות להנפקה צפויה בהסתברות הגבוהה מ-50% של הון או חוב חדשים יידחו כנכס וערכם יותאם בספרים לעלות ההון או החוב, בהתאמה, במועד ההנפקה. אולם, ככל שלא קיימת להנהלה ציפייה כי תבוצע הנפקה בהסתברות הגבוהה מ-50%, יוכרו עלויות תשקיף המדף כהוצאה בדוח רווח והפסד. במקרה זה, אם בשנים מאוחרות יותר תבוצע הנפקה בהתבסס על תשקיף המדף, אין לבטל למפרע את ההכרה בעלויות ההנפקה כהוצאה. באופן דומה, בהתאם לאותן פרשנויות, עלויות הקשורות לרכישה צפויה (מעל 50%) של מניות יידחו כנכס וייזקפו להון במועד הרכישה העצמית. ככל שהרכישה העצמית אינה צפויה בהסתברות של מעל 50%, עלויות אלו ייזקפו לרווח והפסד במועד התהוותן.

ראשית, בהתאם לפסיקה, ניתן לדעתנו לסטות מכללי החשבונאות לעניין ההכרה בהוצאות בגין רכישה עצמית של מניות, היות שעקיבה אחר כללי החשבונאות במקרה דנן תוביל לתוצאה אשר עומדת בניגוד למהותה הכלכלית של העסקה, מנוגדת לניטרליות המס, יוצרת חוסר הרמוניה בין חוקי מס ופוגעת בעקרון מס אמת.

שנית, חוסר העקביות והקוהרנטיות ביישום כללי החשבונאות הפיננסית בכל הקשור להוצאות הנפקה, אשר לעיתים מכירים בעלויות ההנפקה כחלק מהתמורה ההונית ולעיתים כהוצאה בדוח רווח והפסד, מקטין ומצמצם את החשיבות של עקרון העקיבה, ובהינתן טיפולים חשבונאיים שונים נטה להעדיף את המהות הכלכלית והוראות דיני מס הכנסה על פני כללי החשבונאות המקובלים באותם המצבים.

זאת ועוד, במועד הרכישה העצמית של המניות, המבנה ההוני שנוצר בעקבות ההנפקה חדל מלהתקיים ומבנה ההון של החברה חזר להיות זהה למבנה ההון המקורי עובר להנפקה. היינו, במועד הרכישה העצמית "אין שינוי במבנה ההון" של החברה בהשוואה למבנה ההון עובר להנפקה של אותן מניות, זאת בדומה למצב בו החברה מכריזה על הנפקה ו/או מפרסמת תשקיף מדף, אבל לבסוף ההנפקה לא יוצאת לפועל. עמדה זו נתמכת במאמרו של המלומד ד"ר גדעון

28. בהתאם לסעיף 23א לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, תשקיף מדף הינו תשקיף המאפשר לחברה לבצע מספר הנפקות של ניירות ערך במשך תקופה של 24-36 חודשים ממועד פרסומו.

קריב²⁹ הקובע, כי אין הבדל בין מניות שרכשה החברה המנפיקה לבין מניות שטרם הונפקו:

"מניה היא 'אגד של זכויות' של בעל המניות כלפי החברה ו'אגד של התחייבויות' של החברה כלפי בעלי מניותיה. כאשר מניה מועברת לבעלות החברה המנפיקה, 'הזכאי' (דהיינו - המחזיק במניה) 'והחייב' (דהיינו - החברה המנפיקה) מתמזגים לאחד. הואיל ואדם אינו יכול לחוב לטובת עצמו או לתבוע זכויות מעצמו, פוקע מאליו אגד הזכויות המהווה את המניה. כשם שמניה קודם להנפקתה (דהיינו - מניות המהוות חלק מן ההון הרשום שטרם הונפק) היא דבר חסר ערך, כך גם מניה שחזרה לבעלות המנפיקה בעקבות רכישתה העצמית היא חסרת כל ערך..."

רכישה עצמית מביאה לבטלותן של המניות הנרכשות. סעיף 308 לחוק החברות מורה, כי המניות ייחשבו לרדומות ולא יקנו כל זכויות. מניה היא חסרת כל ערך בלא הזכויות המוענקות על ידה, שהרי המניה איננה אלא "אגד של זכויות". כבר ראינו כי אין כל הבדל בין המניות שנרכשו על ידי החברה המנפיקה והפכו ל"רדומות", לבין מניות מתוך ההון הרשום של החברה שלא הונפקו מעולם.

לפיכך, כפי שהחשבוונאות רושמת כהוצאה את העלויות הכרוכות בהליך ההנפקה כאשר ההנפקה אינה יוצאת לפועל או בהיעדר צפי להנפקה, כך אנו סבורים כי מבחינה מיסוית ניתן להכיר בעלויות המיוחסות להנפקה כהוצאה עסקית במועד הרכישה העצמית של המניות.

ד. סיכום

הוצאות בגין הנפקת מניות עומדות בתנאי הראשון של סעיף 17 רישא לפקודה - הוצאה עסקית, כאשר מסקנה זו נתמכת בעניין עיט.

במועד רכישה עצמית של מניות עומדות ההוצאות גם בתנאי השני של סעיף 17 רישא לפקודה, היות שהן אינן ממשיכות ליצור יתרון מתמיד לחברה. מסקנה זו נתמכת בין היתר בעניין **צינומנטל פי גלילות**.

תכלית סעיף 32(3) לפקודה הינה להוות תמונת ראי לסעיף 17 רישא בציינו, כי לא ניתן להכיר בניכוי הוצאות היוצרות יתרון מתמיד לחברה, אולם אין בהוראות סעיף 32(3) לפקודה כדי למנוע את הכרת ההוצאות במועד בו לא מתקיים יותר יתרון מתמיד לחברה.

29. גדעון קריב, "רכישת מניות על ידי החברה המנפיקה כאירוע מס", "מיסים" טו/4 (אוגוסט 2001) א-72.

אין בהטבה שנתן המחוקק לגבי הפחתת הוצאות הנפקת מניות כבר במועד הנפקתן, בכדי להוות הסדר שלילי לגבי התרת הוצאות אלו לחברות אשר אינן עומדות בהוראות סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה או בחוק לניכוי הוצאות הנפקה, במועד רכישה עצמית של המניות.

בהתאם לפסיקה, נדרשת הרמוניה חקיקתית בין הדין הכללי לחוקי המס ובייחוד בין חוקי המס השונים. כשם שקבע בית המשפט בעניין **עייט** כי ניתן לקזז מס תשומות בגין שירותים שניתנו אגב הנפקה, וזאת לאור השימוש העסקי בכספים המתקבלים מהנפקת המניות - כך יש להתיר בניכוי את ההוצאות בגין הנפקת המניות לצורכי מס הכנסה. מבלי לסתור את מסקנתנו, ייתכן שיהיה שוני בין חוקי המס בין מועד קיזוז מע"מ התשומות לבין מועד ההכרה בהוצאות לצורכי מס.

מהותה האמיתית של עסקת הנפקת מניות לציבור ולאחר מכן רכישתן בחזרה על ידי החברה הינה גיוס כספים למימון פעילותה של החברה למשך תקופה מסוימת, המהווה דרך אלטרנטיבית לקליחת הלוואה. היות שרכישה עצמית של מניות נעשית בהתאם לצורכי המימון של החברה ושיקולי תשואה על ההון, באופן הזהה לשיקולים בעת לקליחת הלוואות, אין לדעתנו בהבדלים הקיימים בין הלוואה לבין הנפקת מניות ורכישתן במועד מאוחר, כדי להוביל לשוני פיסקלי כה משמעותי, שבמקרה של גיוס כספים לעסק באמצעות הלוואה יוכרו לחברה כל הוצאות גיוס ההלוואה לאורך תקופת ההלוואה ואילו בעת גיוס כספים לעסק באמצעות הנפקת מניות לא יוכרו לחברה ההוצאות שנלוו לגיוס הכספים לעולם, גם במועד בו נרכשו המניות בחזרה וההון חזר לקדמותו.

במאמר זה דנו בשאלה הכללית והרחבה - האם לאור סעיף 17 רישא לפקודה ניתן לנכות הוצאות של החברה לנותני שירותים אגב הנפקת מניות, במועד ביצוע רכישה עצמית. עם זאת, נציין כי כלל הנושא של ניכוי הוצאות הנפקה, על היבטיו השונים, מצריך דיון רחב ומעמיק יותר, כגון: דיון בשאלה אילו הוצאות יותרו בניכוי במצב בו החברה ביצעה מספר הנפקות לציבור לאורך השנים לפני הרכישה העצמית, כאשר נהיר כי היקף ההוצאות בהנפקה הראשונה היה משמעותי יותר מהיקפו בשאר ההנפקות. כמו כן, האם יש להכיר בהוצאות ההנפקה בסכומן הנומינלי או שמא ניתן להצמידן למדד המחירים לצרכן, וסוגיות נוספות שלא נכללו במאמרו.