

הוצאות הנפקה - השלכות המס

מאת*

עו"ד רם יולוס רו"ח ירון שידלו

א. מבוא

סעיף 17 לפקודה המתיר את ניכויין של הוצאות שהוצאו בייצור ההכנסה טומן בחובו את האבחנה בין הוצאה שבפירות - המותרת בניכוי, להוצאה שבהון - שאינה מותרת בניכוי. עדיין, על אף שהבחנה בין הוצאה הונית להוצאה פירותית, בדומה להבחנה הדומה לעניין הכנסה הונית ופירותית, הינה בבחינת אושיות דיני המס, הרי שקו הגבול הנמתח בין השתיים אינו ברור די צורכו.

ככלל, מקובל לומר, כי הוצאה הונית הינה הוצאה ליצירת מקור ההכנסה, הוצאה המקנה לנישום יתרון של קבע. לעומתה, נהוג להגדיר הוצאה שבפירות כהוצאה מחזורית הבאה לשרת את ההון הקיים לנישום ולהחזיק את המנגנון הקיים לו (לנישום) במצב תקין.⁽¹⁾

לענייננו, אין חולק, כי הוצאות אשר הוצאו לצורך הנפקת מניות הינן בגדר הוצאות הקשורות למבנה ההוני של העסק וככאלו, בהעדר קביעה מפורשת של המחוקק - כדוגמת סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה (מיסים), התשכ"ט-1969 (להלן - "חוק עידוד התעשייה") - אינן מותרות בניכוי מן ההכנסה הפירותית של הנישום.

יתר על כן, להבדיל מהוצאה במישור ההון אשר מותרת לאורך זמן בדרך של ניכוי הוצאות פחת או בעתיד במועד המכירה של הנכס בגינו הוצאה ההוצאה, באמצעות הקטנת רווח ההון, אין הוצאות הנפקה מותרות בניכוי, באשר לא ניתן לזהותן עם נכס בר-פחת מסויים שבבעלות החברה (נכס אשר עלותו יכול ותנוכה באמצעות התרת הפחת), ולחילופין מאחר והחברה אינה בעלת המניות, הרי שבמועד המכירה לא ייוספו הוצאות אלו למחיר המקורי אשר יש בו כדי להפחית את רווח ההון במכירה.

קיימת אפשרות עקיפה לניכוי הוצאות הנפקה אף בחברה שאינה חברה תעשייתית, וזאת באמצעות גלגול הוצאות ההנפקה על בעלי המניות החדשים הרוכשים את המניות במסגרת ההנפקה בבורסה. על פי גישה זו, מאחר והחברה מוסיפה למחיר המניות היחסי את עלות הוצאות ההנפקה, הרי שכתוצאה מכך גדל מחירן המקורי של המניות בידי בעלי המניות החדשים. בעתיד, בעת שימכור בעל המניות, כאמור, את מניותיו, ייקטן רווח ההון בידיו באופן יחסי לעלות הוצאות ההנפקה המתואמות אשר גולגלו עליו.

* תוכן מאמר זה משקף את עמדתם האישית של המחברים.

לעניין זה מן הראוי להעיר מספר הערות:

א. ברי, כי ניכוי הוצאות הנפקה במועד המכירה, כאמור, רלוונטי רק לבעלי מניות אשר יתחייבו במס במועד המכירה מכוח סעיף 6 לחוק התיאומים או מכוח סעיף 2(1) לפקודה. לכל רוכש אחר לא קיים כל עניין במחיר המקורי של המניות שבידו, באשר רווח ההון במכירת מניותיו פטור ממס מכח צו מס הכנסה (פטור ממס על רווח הון במכירת מניות), תשמ"ב-1981.

ב. מן האמור עולה, כי בפועל, במקרים שבהם מדובר בחברה תעשייתית עליה חל סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה, יכולות הוצאות הנפקה בפועל להיות מנוכות פעמיים (או לפחות בחלקן).

הוצאות הנפקה - גישה חשבונאית

בתורת החשבונאות נהוגות, ככלל, שלוש שיטות עיקריות לטיפול בהוצאות הנפקה של מניות וזכויות:

1. הפחתה מהפרמיה אשר התקבלה בהנפקה. על פי גישה זו יש לנכות את הוצאות הנפקה כנגד הפרמיה באותה הנפקה. במקום שבו לא קיימת יתרת פרמיה מספקת, ייחשבו הוצאות הנפקה העודפות כהוצאות נדחות ויטופלו באחת הגישות האחרות.
2. רישום הוצאות הנפקה כהוצאה נדחית להפחתה - על פי גישה זו יופחתו הוצאות הנפקה על פני תקופת זמן סבירה ובהתאם לצפי ההכנסות.
3. זקיפה מיידית להוצאות - טיפול זה נדיר ביותר ונהוג רק באותם מקרים שבהם סכומי הוצאות הנפקה הינם זניחים.

ב. הוצאות הנפקה בחברה תעשייתית

ב1. הוצאות הנפקה בחברה תעשייתית - כללי

סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה קובע חריג לכלל האוסר ניכויין של הוצאות הנפקת מניות, וזאת בכל האמור להוצאות הנפקה אותן הוציאה "חברה תעשייתית" כמשמעה בסעיף 1 לחוק עידוד התעשייה.

חוק עידוד התעשייה חוקק במטרה ליצור הטבות במס לחברות תעשייתיות בעלות פעילות יצרנית, וזאת בכדי לעודד ענף חברות כאלו ביחס לענפים אחרים במשק. כדי להיכנס לתחולת החוק על החברה לעמוד בהגדרה של "חברה תעשייתית" כמשמעה בסעיף 2(1) לחוק.

חברה העומדת בתנאים אלו זכאית להטבות אותן מקנה החוק, שאחת מהן קבועה בפרק ב1, שעניינו ניכויים מיוחדים, והקובע בסעיף 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 שווים החל באותה שנה".

סעיף 5ב מהווה את אחד החריגים אותם קבע המחוקק במפורש לכלל האוסר ניכויין של הוצאות הוניות מן ההכנסה הפירותית. זאת, בדומה להוראה הקבועה בסעיף 20א לפקודה לעניין הוצאות מחקר ופיתוח, כמו גם בדומה לרעיון הגלום בסעיף 20 לפקודה המקנה לשר האוצר סמכות לקבוע כללים בדבר ניכוי הוצאות ובכלל זה הוצאות הוניות.

על מנת להבין את מטרתו ותכליתו של סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה, כאמור, שומה עלינו לפנות, בין היתר, להיסטוריה החקיקתית של הסעיף, וזאת מכוח עקרונות פרשנות אשר נתפתחו בדין ובפסיקה הישראלים⁽²⁾, אף כי חשוב לזכור שהיסטוריה חקיקתית זו לכשעצמה אינה מספקת בהיותה בגדר נקודות מוצא בלבד לפרשנותו של חוק - שהינו יצור דינמי המשתנה עם השתנות הסביבה בה הוא קיים⁽³⁾.

בהצעת החוק לתיקון מס' 6 לחוק עידוד התעשייה⁽⁴⁾ (להלן - "הצעת החוק") נאמר לעניין סעיף 5ב:

"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 הון. משום כך מוצע לאפשר למפעלים תעשייתיים לנכות את הוצאות ההנפקה בגיוס הון דרך הבורסה".

בדיון אשר נערך בהצעת החוק בכנסת, בקריאה ראשונה, אמר סגן שר האוצר דאז, ח"כ י. פלומין⁽⁵⁾:

"אחת ממטרות המדיניות הכלכלית של הממשלה היא הכוונת התעשייה לגייס הון מהציבור במקום לקבלו ממקורות ציבוריים. במסגרת מגמה זאת מוצע גם להקל מבחינת תשלום מס הכנסה על רווחי הון הנובעים מרישומן של מניות קיימות בבורסה... ההקלה שאנחנו נותנים לאותם מפעלים שהיום עומדים בפני בעיה של הוצאה רצינית לגיוס הון - 7%-6% מהסכום המגויס - היא שעד כה הסכום הזה לא היה מוכר כהוצאה, ועכשיו מסייעים להם בכך שהסכום יהיה מוכר כהוצאה לצורכי מס הכנסה".

ההסדר אותו קובע סעיף 5ב לעניין ניכוי הוצאות ההנפקה של חברה תעשייתית הינו התרת ניכויין של ההוצאות אותן הוציאה החברה בגיוס הון, מהכנסתה החייבת - "בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל באותה שנה".

יצויין, כי לשון הסעיף אינה ברורה דיה באשר היא אינה מבהירה את מועד תחילת התרת ההוצאה בניכוי, קרי, האם יותרו ההוצאות בניכוי כבר במועד בו הוצאו, או לחילופין במועד ההנפקה, מבלי להתייחס לשאלת עיתוי ההוצאה. ברי, כי שאלות אלו מקבלות משנה תוקף במקרים שבהם קודמת שנת ההוצאה לשנת ההנפקה או להפך.

מעבר לאמור לא קיימת בסעיף תשובה לשאלת מהות ההוצאה הניתנת לניכוי, קרי, האם כוונת הסעיף הינה רק להוצאה שהוצאה בפועל (בסיס מזומן) או שגם יצירת התחייבות יכולה לענות לדרישות הסעיף (בסיס מצטבר).

יצוין, כי לגישת נציבות מס הכנסה התרת ההוצאה תיעשה בשלושה תשלומים שנתיים שווים החל מן השנה בה הוצאו ההוצאות בפועל וללא כל התחשבות בשאלת מועד הוצאת הכספים במהלך השנה (לעניין תקופת החתך). יציאת ההנפקה אל הפועל היא עדיין תנאי הכרחי להתרת ההוצאה.

חשוב לציין לעניין זה, שישנם הסוברים, כי דרישת הוצאת הכספים בפועל אינה מעוגנת בלשון הסעיף, כלומר, עצם ההנפקה היא המקימה את הזכות לנכות את הוצאות ההנפקה העתידיות כבר באותה שנה, אף אם הללו טרם שולמו בפועל. יתר על כן, על פי גישת הנציבות משתמע לכאורה, כי אף במקרים שבהם יצאה ההנפקה אל הפועל לא תותר בניכוי הוצאה אשר נרשמה בספרי נישום המדווח על בסיס מצטבר, כל עוד לא שולמה זו בפועל. יצוין, כי קשה למצוא הגיון בגישה האמורה הסותרת את שיטת הדיווח של מרבית החברות התעשייתיות הנסחרות בבורסה בישראל (לגביהן חל סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה), למעט אולי חברות תוכנה.

יתר על כן, כפי שנראה בהמשך, סעיף 5ב על פי לשונו אינו מבהיר, האם תנאי להתרת ההוצאה הינו יציאת ההנפקה אל הפועל, או לחילופין, די בעצם הוצאת הכספים מתוך מטרה לצאת בהנפקה לציבור בכדי להתיר את ההוצאה, זאת אף אם בסופו של הליך לא יצאה ההוצאה אל הפועל.

באשר לעמדת הנציבות המתירה לנכות את התשלומים בשלושה שיעורים שווים, כאמור, ברצוננו להעיר, כי ניתן לדעתנו לאמץ פרשנות שונה, מקלה פחות, תוך הסתמכות על עקרונות חשבונאים הנוקטים בגישת רישום הוצאות ההנפקה כנכס נדחה להפחתה. על פי העקרונות, כאמור, יש לנקוט בגישת ההתאמה הנובעת מחלוקת דוחות החברה לתקופות חתך. מאחר ובפקודה או, לחילופין, בחוק עידוד התעשייה לא ניתן למצוא כל עיקרון הסותר עקרונות חשבונאים, כאמור, הרי לדעתנו, מכוח הלכות **טמבור, זיסו, גולדשטיין, קבוצת השומרים, ברנשטיין גיל ודפוס מרכז**⁽⁶⁾ יש לאמץ את העקרונות החשבונאים למקרה שלפנינו.

2. הוצאות הנפקת אופציות וזכויות בחברה תעשייתית

על פי לשונו, כפשוטה, קובע סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה את האפשרות לנכות הוצאות הנפקה רק במקום שבו מדובר בהנפקת מניות גרידא.

על פי פרשנות כאמור, שאומצה בעבר על ידי נציבות מס הכנסה, במקום שבו הנפיקה חברה תעשייתית אופציות או זכויות בבורסה, לא תהא החברה רשאית לנכות את הוצאות הנפקת אותן אופציות או זכויות בדרך הקבועה בסעיף 5ב האמור.

יתר על כן, על פי גישה כאמור, במקום שבו הנפיקה החברה במסגרת הנפקה אחת מספר סוגים של ניירות ערך ובכללם מניות, אופציות וזכויות כחבילה אחת, יש לייחס לכל סוג

נייר ערך בחבילה את הוצאות ההנפקה המתייחסות אליו על פי יחס שווי שוק כלל ניירות הערך מאותו הסוג לשווי שוק כלל החבילה. רק חלקן של הוצאות ההנפקה המתייחסות להנפקת מניות יותרו, על פי גישה זו, בניכוי.

ישנם הסוברים, כי גישה כאמור נוקטת פרשנות מצמצמת, שאינה עולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק עידוד התעשייה, בסעיף 5ב שבו, לעודד גיוס הון בידי חברות תעשייתיות⁽⁷⁾. על פי גישה כאמור לא קיים כל הבדל לעניין זה בין גיוס הון בדרך של הנפקת מניות לגיוס ההון בדרך של הנפקת זכויות או אופציות, המביאות שתיהן לתוצאה זהה - הגדלת יתרת המזומן בידי החברה. יתר על כן, חשוב לזכור, כי במקום שבו מומרות האופציות למניות לא נדרשה החברה לעמוד בכל הוצאה נוספת, באשר ההוצאה הוצאה במועד הנפקת האופציות.

תימוכין לגישה אחרונה זו ניתן למצוא בעובדה, כי אופציות - מעצם טיבן - מהוות זכות למניה. לעניין זה ניתן להיתלות בלשון הסעיף הדורש, כי החברה עמדה בהוצאות להנפקת מניות הנרשמות למסחר, אך זאת לאו דווקא כתוצאה מיידית של ההנפקה אלא כתוצאה סופית שלה. על פי גישה כאמור, אף הנפקה של אופציות, שבעתיד יכול שיומרו למניות, יכול שתעמוד בדרישת הסעיף.

מאידך, פרשנות לשונית של סעיף 5ב לחוק כפשוטו תביא למסקנה, כי אין להתיר בניכוי הוצאות הנפקה של אופציות וזכויות, וזאת בהסתמך על לשון הסעיף הנוקטת במונח "מניה" ואין בילתה. אין חולק, כי המונח "מניה" אינו כולל בחובו זכויות ואופציות. לראיה, משרצה המחוקק לכלול זכויות כאמור בגדר המונח "מניה" עשה זאת במפורש בסעיף 102 לפקודה כמו גם בסעיף 1 לצו מס הכנסה (פטור ממס על רווח הון במכירת מניות), התשמ"ב-1981.

יתר על כן, אף בחינת פרשנות המונח "מניה" בלשון בני אדם מלמדת, כי הלה אינו כולל בחובו אופציה או זכות⁽⁸⁾. על פרשנות המונח "מניה" בלשון בני אדם, כאמור, ניתן בין היתר ללמוד מהגדרת המונח במילון אבן שושן⁽⁹⁾.

"תעודת שותפות של אדם בהונה של חברה מסחרית בערבון מוגבל המזכה את נושאה לקבל דיבדנדים לפי אחוז מסוים מערך התעודה".

לאור האמור ניתן לראות, כי הגישה לפיה אין לכלול בגדר המונח "מניה" בסעיף 5ב אף אופציות וזכויות, על אף שיש לה על מה שתסמוך, בעיקר על פי עקרונות פרשניים, אינה זוכה לכל תימוכין במטרת החוק או בנייתו כלכלי. אשר על כן, יש לנקוט בגישה המתירה בניכוי הוצאות הנפקה של אופציות.

ניתן לשקול נקיטה בגישה עקבית לפיה בעתיד, במקום שבו יומרו האופציות למניות יש לערוך תיקון שומה ולהתיר את ניכוי הוצאות ההנפקה.

3. הוצאות הנפקת מניות חברה תעשייתית בחו"ל

שאלת אפשרות התרת הוצאות הנפקה של חברה תעשייתית בחו"ל, שאלה שעד לאחרונה כלל לא היתה שנויה במחלוקת, יכול ותתעורר מחדש לאור הלכת פס"ד לוי⁽¹⁰⁾ אשר עסק בשאלת תחולתו של סעיף 101 לפקודה בכל האמור לבורסה בחו"ל.

בפסק הדין קבע בית המשפט, כי "בורסה" לעניין סעיף 101 כוללת רק בורסה בארץ, באשר שר האוצר לא עשה שימוש בסמכות המוקנית לו ולא הכיר בכל "בורסה אחרת" כבורסה לצורכי סעיף 101.

הרחבת הלכה כאמור לעניין סעיף 55 לחוק עידוד התעשייה יכולה להביא למסקנה, כפי שזו אומצה על ידי נציבות מס הכנסה, לפיה הוצאות הנפקה בבורסה בחו"ל לא יותרו בניכוי על פי הוראת סעיף 55 לחוק עידוד התעשייה, שכן חוק עידוד התעשייה שואב את המונח "בורסה" מסעיף 1 לפקודת מס הכנסה, זאת מכח סעיף 1(1) לחוק האמור. הגדרת "בורסה" בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה כוללת רק בורסה בארץ, בהעדר הכרה של שר האוצר בכל בורסה אחרת.

יצוין, כי לדעת המחברים הרחבת הלכת לוי לעניין נשוא דיוננו מתחייבת מפסק הדין, במיוחד לאור העובדה כי בפסק הדין נדונה הגדרת בורסה לעניין חוק עידוד התעשייה עצמו. יתר על כן, פרשנות משפטית הגיונית מחייבת מתן משמעות זהה לאותו המונח בסעיפים שונים בחוק, וראה לעניין זה פסק דין בנדיטו⁽¹¹⁾.

עדיין, לדעתנו, אין ספק כי הפרשנות הראויה ללשון הסעיף מותנית במדיניות המשפטית בדבר הרצון לעודד הנפקת מניות בבורסות בחו"ל, מדיניות שראוי לה שתיגזר, בין היתר, מכוונת המחוקק בחקיקת סעיף 55 לחוק עידוד התעשייה. על כוונת המחוקק כאמור ניתן ללמוד, בין היתר, מהדיון בהצעת החוק בקריאה ראשונה⁽¹²⁾. מדברי ח"כ מ. וילנר וסגן שר האוצר י. פלומין ניתן ללמוד, כי מחוקק חוק עידוד התעשייה ובכללו סעיף 55 בו נתכוון לעודד הנפקות בבורסה לשם השקעת הון בארץ ולא בחו"ל. מכאן ייתכן, כי המבחן הראוי להתרת הוצאות הנפקה אינו מקום גיוס ההון אלא מקום הוצאת כספי הנפקה, בישראל או מחוצה לה. עדיין יש לזכור, כי גישה זו הינה בעייתית באשר לפיה אין, לדוגמא, להתיר בניכוי הוצאות הנפקה של חברה ישראלית המנפיקה בישראל ומוציאה את כספי הנפקה בחו"ל.

לסיכום הסוגייה אין לנו אלא לקרוא למחוקק להתערב בנושא זה ולהסדירו על פי שיקול דעתו ומדיניותו.

42. מיזוגים, העברות נכסים ופיצולים בחברה תעשייתית

סוגייה מעניינת מתעוררת בהקשר לחברות תעשייתיות בכל האמור לסעיפים 103-105 לפקודה (חלק 2 לפקודה - שינוי מבנה ומיזוג), וזאת במצב עובדתי שבו מתבצעים מיזוג, פיצול או העברת נכסים בין חברה בורסאית תעשייתית בעלת יתרת הוצאות הנפקה לניכוי לחברה אחרת.

השאלה - האם ניתן להמשיך לנכות את יתרת הוצאות ההנפקה בחברה החדשה, או שמא במועד המיזוג אבדה יתרת הוצאות ההנפקה.

סעיפים 103-105 לפקודה אינם נותנים פתרון לשאלה ואולם, לדעתנו, ניתן ללמוד על הפרשנות הראויה מתוך אנלוגיה לסעיף 21 לחוק עידוד התעשייה, לגביו נקבע מפורשות בסעיפים 103ה(ב), 104ה(ב) ו-105(ב), כי מיזוג, פיצול או העברת נכסים ייחשבו כמכירה לצורכי סעיף 21 לחוק עידוד התעשייה.

בענייננו, מאחר והמחוקק לא שלל מפורשות את המשך תחולתו של סעיף 5 בחברה החדשה (כפי שעשה בכל האמור לסעיף 21 כאמור), לא קיימת לדעתנו כל מניעה להמשיך ניכוי הוצאות ההנפקה, כאמור. תימוך נוסף לגישה זו ניתן אף למצוא בהגיון הכלכלי הקיים בסעיף 5 - הגיון שלא קיים היה בסעיף 21.

מעבר לכך, מן הראוי, לדעתנו, לבצע הפרדה עקרונית בנייתו כאמור בכל הנוגע לסעיף 104 - העברת נכסים - לעומת סעיפים 105, 103 - מיזוג ופיצול. בהעברת נכסים על פי סעיף 104 לא קיימת סכנה לקיומה המשפטי של החברה בעלת הוצאות ההנפקה, שנכסיה מועברים אך היא עצמה נותרה קיימת. מאידך, במיזוג ובפיצול יכול שהחברה בעלת הוצאות ההנפקה תתחסל, ומכאן שמשמעות הקביעה לפיה לא ניתן להעביר את יתרת הוצאות ההנפקה הינה כי הללו ירדו לטמיון.

ייתכן, כי פתרון לבעיה הקיימת בכל האמור לסעיפים 103 ו-105 לפקודה ניתן למצוא במסגרת סעיפים 103ה(א) ו-105(א) לפקודה, שעניינם דין נכס אשר הועבר במסגרת מיזוג או פיצול, בהתאמה. על פי הסעיפים האמורים מתאפשרת העברת נכסים הקיימים לחברה המתמזגת לחברה הקולטת או מהחברה המתפצלת לחברה החדשה. עדיין, תנאי מקדמי לתחולת הסעיפים, כאמור, הינו הכללת הוצאות ההנפקה בגדר המונח "נכס" כהגדרתו בסעיף 103 לפקודה:

"כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, בין שהן בישראל ובין שהם מחוץ לישראל".

על אפשרות הגדרת הוצאות הנפקה כ"נכס" ראה דיוננו בפרק ד להלן.

ג. הוצאות הנפקת אג"ח

הטיפול בהוצאות הנפקה של אג"ח שונה בין אג"ח המירה לאג"ח רגילה (STRAIT), וזאת כפי שנפרט להלן:

ג.1. הוצאות הנפקה באג"ח רגילה

הגישה החשבונאית

על פי הגישה החשבונאית נהוג לראות בהוצאות הנפקת אג"ח משום הוצאות נדחות אשר יופחתו, בדרך כלל, בשיטת הקו הישר - הפחתת ההוצאות על פני תקופת חיי האג"ח בשיעורים שנתיים שווים.

הטיפול לצורכי מס

על פי הגישה המקובלת באג"ח רגילה, יש לראות את הוצאות הנפקת האג"ח כחלק מן העלויות הכרוכות בגיוס הון אשר יותרו בניכוי לאורך חיי האג"ח, זאת בדומה לגישה החשבונאית בסוגייה.

במקום שבו תונפק האג"ח בניכיון או פרמיה ינוכו הללו אף הם לאורך תקופת חיי האג"ח, כך שבכל שנה תרשום החברה המנפיקה הוצאות או הכנסות מימון לפי העניין, זאת על פי אחת השיטות החשבונאיות הנהוגות לעניין זה, קרי, שיטת הקו הישר או שיטת הריבית.

יצויין, כי התרת הוצאות המימון שמקורן בהוצאות ההנפקה, כמו גם הפחתת הניכיון, מקורה בהוראת סעיף 17(1) לפקודה וראיית האג"ח משום הלוואה גרידא. מכאן, על פי הגישה המקובלת, שיש להחיל על הוצאות אלו את העקרונות החלים לעניין הוצאות מימון ובכללן הלכות פס"ד מוראן הנדסת בניין בע"מ ואנגל⁽¹³⁾, ובכלל זה דרישת היוון הוצאות ההנפקה לעלות הנכסים אשר נרכשו בתמורה אשר גויסה באמצעות האג"ח, והכל עד למועד הפעלת הנכסים.

יצויין, כי גישה עקבית מחייבת, כי במקום שבו יועדה תמורת ההנפקה או חלקה לרכישת מלאי מחייבת הלכת פס"ד טמבור⁽¹⁴⁾ את התרת ההוצאה מיידית, ללא התחשבות במועד מכירת המלאי (אם כי שאלת סוג המלאי עליו חלה הלכת טמבור שנויה במחלוקת).

ג.2. הוצאות הנפקה באג"ח המירה

הטיפול החשבונאי באג"ח להמרה מטופל בגילוי דעת 53 של לשכת רואי החשבון בישראל הקובע בסעיף 7(א):

"... הוצאות ההנפקה ייכללו בנפרד במאזן כהוצאה להפחתה".

כאשר האג"ח מומרות למניות, יטופלו הוצאות ההנפקה שטרם הופחתו לפי הגישות החשבונאיות המקובלות בטיפול בהוצאות הנפקה של מניות (כלומר, על פי גישה כאמור,

במועד המרת האג"ח למניות יש לממש חלק יחסי מיתרת הוצאות ההנפקה על פי החלק שהומר).

הטיפול לצורכי מס

להבדיל מהוצאות הנפקה המתייחסות לאג"ח רגילה, אין הדברים ברורים בכל האמור להוצאות הנפקה בקשר לאג"ח המירה למניות. הטיפול בהוצאות הנפקה המתייחסות לאג"ח, כאמור, צריך שיעשה מעין "הכלאה" בין הטיפול הנקט בכל האמור להוצאות הנפקת אג"ח רגילה והטיפול בהוצאות הנפקה של מניות, טיפול הנותן ביטוי לעובדה כי האג"ח מורכבת בפועל מהתחייבות ומהון גם יחד.

לעניין זה ניתן לחשוב על מספר דרכי טיפול:

דרך טיפול אחת הינה זו המפרידה בין הוצאות הנפקה המתייחסות לאופייה ההתחייבותי של האג"ח לבין הוצאות הנפקה המתייחסות לאופייה ההוני, כאמור.

במאמרו של **שי עינת**⁽¹⁵⁾ מזכיר המחבר את הגישה האמורה, תוך שהוא מכנה אותה **גישת הייחוס**, המפרידה באג"ח בין מרכיב ההתחייבות בגינו יותרו הוצאות ההנפקה בניכוי לבין מרכיב ההון בגינו אין להתיר את הוצאות ההנפקה (וזאת כל עוד אין המדובר בחברה תעשייתית).

יצויין, כי דרך זו, על אף היותה הנכונה ביותר תאורטית, קשה ליישום בחיי המעשה ועל כן אינה נהוגה.

מאידך, ניתן לשקול **דרך טיפול אחרת** השמה דגש על אופייה הדומיננטי של האג"ח כהון או כהתחייבות, אופי אשר ישפיע בהתאמה על הטיפול בהוצאות ההנפקה.

טיפול בהוצאות ההנפקה עפ"י ההנחה לעיל משמעו, כי כל עוד גובר צד ההתחייבות באג"ח על צד ההון, יטופלו הוצאות ההנפקה של האג"ח בהתאם לטיפול באג"ח רגילות, קרי, הוצאות ההנפקה יותרו על פני תקופת חיי האג"ח. כאשר מאידך גובר צד ההון באג"ח על צד ההתחייבות, יש לטפל בהוצאות הנפקת האג"ח בדרך הדומה לטיפול בהוצאות הנפקה של מניות.

בחינת אופי האג"ח כהתחייבות או כהון, כאמור, לצורכי מס, יכול להיעשות על פי מספר שיטות חשבונאיות, ששתיים מהן מאוזכרות במאמרו הנ"ל של שי עינת:

א. **גישת מועד הפדיון** - גישה השמה דגש על יום פדיון האג"ח. רק ביום הפדיון בפועל יותרו כל הוצאות ההנפקה. יצויין, כי על פי גישה כאמור מותנית התרת ההוצאה בפדיון האג"ח במועד הנקוב, באשר המרת האג"ח בתאריך קודם לתאריך הפדיון תשלול אפשרות התרת ההוצאה.

ב. **גישה השוטפת** - גישה המאמצת את המבחנים הנהוגים בג"ד 53 לעניין סיווג האג"ח כהתחייבות או כהון באותה שנה. בהתאם לגישה זו יטופלו הוצאות ההנפקה בכפוף

לסיווג האמור, והכל בכפוף לבחינת התנהגות האג"ח על פני הזמן. לפי גישה זו, כל עוד מתנהגת האג"ח כהתחייבות יותר הוצאות ההנפקה בשוטף. כאשר, מאידך, משנה האג"ח את אופייה או מומרת למניות מחויבת החברה להחזיר לרשויות המס את מלוא חסכון המס שמקורו בזקיפת הוצאות הריבית. יצוין, כי על פי גישה זו היא הטיפול קוהרנטי במקום שבו שינתה אג"ח את אופייה מהון להתחייבות, שאז ייווצר לנישום החזר מס.

ג. גישה נוספת אשר היתה נהוגה בעבר הינה בחינת האג"ח בכל שנת מס על פי הכללים החשבונאיים הנגזרים מג"ד 53 בכל האמור לסיווג האג"ח כהתחייבות או כהון. על פי גישה זו, במקום שבו, על פי כללים כאמור, יש לראות בשנת המס באג"ח משום התחייבות יותר הוצאות ההנפקה בגדר הוצאות מימון על פי סעיף 17(1) לפקודה. כאשר, מאידך, משנה האג"ח אופייה באופן שעל פי הכללים החשבונאיים יש לראותה כהון ויחולו הכללים הקבועים לעניין זה בפקודה, קרי, הוצאות ההנפקה יותר רק במקום שבו מדובר בחברה תעשייתית. גישה זו נכונה אף במצב ההפוך, קרי, במקום שבו שינתה האג"ח אופייה והפכה מהון להתחייבות.

להבדיל מן הגישה השניה שהוצגה לעיל, אין לבצע תיקון לאחור אם שינתה האג"ח אופייה והפכה להון או להיפך; קרי, אין נוצרים חובות מס או החזרי מס בגין שינוי האופי.

גישה זו אוצרת בחובה בעיות בכל האמור לחברה תעשייתית. על פי לשון סעיף 5 נדרש, כי ההוצאה תותר בשלושה שיעורים שנתיים שווים החל מאותה שנה. ברי, כי כאשר שינתה האג"ח אופייה לאחר חלוף שלוש שנים ממועד ההנפקה, קיים בסיס לטענה כי לא ניתן יהיה לנכות יותר את הוצאות ההנפקה על פי לשון סעיף 5. מאידך, גישה כלכלית יותר תבוא ותאמר, כי ההוצאה תותר בשלושה שיעורים שנתיים שווים מהמועד שבו ניתנה ההוצאה לניכוי.

ד. גישה נוספת הננקטת על ידי אגף מס הכנסה קובעת, כי הטיפול באג"ח המירות היא כטיפול באג"ח רגילה, כאשר בשנה בה יומרו האג"ח למניות תהווה יתרת הוצאות ההנפקה שלא הותרו עד אותו מועד משום הוצאה שאינה מותרת בניכוי (בחריג להוצאות הנפקה בחברה תעשייתית - ובכפוף לבעיה אותה הצגנו בסעיף הקודם באשר לחלוף משך הזמן של שלוש שנים).

לעניין זה חשוב לציין, כי על פי גישה זו, במקום שבו הומרו האג"ח למניות לא תותר בניכוי יתרת הוצאות ההנפקה לאותו מועד, אף כאשר עסקינן בחברה תעשייתית.

סוגיית הריבית לפדיון

סוגייה מעניינת מתעוררת במקרים שבהם על פי תנאי האג"ח נצברת הריבית על פני תקופת ההתחייבות ומשולמת רק בעת פדיון האג"ח. במקרים כאמור, כאשר מומרת האג"ח למניות לא תשולם הריבית שנצברה למחזיק האג"ח. במהלך תקופת חייה של האג"ח כהתחייבות נדרשו הוצאות הריבית בניכוי על ידי החברה בהתאם להלכות מורן ואנג'ל⁽¹⁶⁾, כאשר בפועל לא שולמה הריבית למחזיקי האג"ח, ואם תומר האג"ח

למניות גם לא תשולם. בעת ההמרה למניות, תזקוף החברה המנפיקה את הוצאות הריבית אשר נצברו על האג"ח לסעיף פרמיה במסגרת ההון העצמי, ומכאן והלאה תקבל החברה הגנה על ההון הכולל בתוכו את סכום הריבית שנצברה ולא שולמה.

השאלה, מה דינן של הוצאות הריבית אשר נדרשו כהוצאה לצרכי מס הכנסה ולא שולמו, בשל המרת האג"ח למניות?

בסוגייה בה עסקינן נוצר מצב שבו לכאורה אין החברה עומדת בתנאים הקבועים במסגרת סעיף 17(א) לפקודת מס הכנסה, הדורש, כתנאי לניכוי הוצאות הריבית, כי המדובר ב"סכומים המשתלמים בתור ריבית או הפרשי הצמדה". דהיינו, על פי הסעיף נדרש, כי הריבית אותה דרש הנישום בניכוי תשולם בפועל (במועד כלשהו), וללא קשר למועד דרישת ההוצאה המותנה בבסיס הדיווח של הנישום. מכאן, שבמקום שבו דרש הנישום הוצאות ריבית בניכוי בלא שבפועל, בסופו של דבר, הוציא הוצאות כאמור, אין הוצאות הריבית מותרות לו בניכוי. אשר על כן, על מנת לתקן עיוות זה יש לרשום את הוצאות הריבית שנדרשו ללא הצדקה, כאמור, כהכנסה לצורכי מס במועד ההמרה.

ג. הוצאות הנפקת חבילה

ככלל, לא ברורה דרך חלוקת ההוצאות במקרה של הנפקה משולבת של חבילה הכוללת בתוכה מניות ואג"ח כמו גם סדרת אג"ח. הבעיה אינה מתעוררת כאשר ההוצאות ניתנות לייחוס ספציפי. עדיין, כאשר לא ניתן לבצע ייחוס ספציפי, כאמור, מקובלת הגישה לפיה יש לחלק את ההוצאות בין סוגי החבילה השונים בהתאם לבסיס כלכלי סביר⁽¹⁷⁾. לעניין זה יצויין, כי לדעת הנציבות יש לחלק את הוצאות הנפקה לפי יחס שווי שוק של כלל ניירות הערך המחושב לפי יחס שווי שוק ניירות הערך בבורסה ביום המסחר הראשון לאחר ההנפקה. הטיפול בכל חלק מהוצאות הנפקה, שיוחס כאמור לעיל, ייעשה על פי הטיפול המקובל לאותו נייר כמפורט לעיל.

כאשר חברה מנפיקה סדרת אג"ח ובכללן אג"ח רגילות ואג"ח המירות, יש לייחס את הוצאות הנפקה באופן יחסי, כאמור, לכל סוג של אג"ח, כאשר לאחר הייחוס יהא הטיפול כמפורט במאמרנו זה.

ד. הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל

את דיוננו להלן נחלק לשני חלקים עיקריים:

א. הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל - כללי.

ב. הוצאות הנפקה של חברה תעשייתית אשר לא יצאו אל הפועל.

ניכוי הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל - כללי

במקום שבו הוצאה הוכרה בגדר הוצאה הונית, ייעשה הטיפול בה לפי כללי פרק ה' לפקודת הדין בהכנסות ובהוצאות שבהן. כאשר יוצאת עיסקה הונית אל הפועל קובעת ההלכה

הפסוקה, כי הוצאות אשר יצאו בייצור אותה עיסקה הונית יתווספו למחירו המקורי של הנכס.

כאשר, מאידך, לא יוצאת העיסקה אל הפועל, נראה לנו כי אין בעובדת אי יציאת ההנפקה אל הפועל כדי לשנות את מעמדן של ההוצאות הנלוות כהוצאות במישור ההוני.

השאלה הינה, מה מעמדן של הוצאות הוניות בעיסקה, שכאמור לא יצאה אל הפועל. האם יש לראות בהוצאות אלו משום הוצאות אשר הלכו לאיבוד ולא יוכלו להיות מנוכות מהכנסתו של הנישום, כגישת מס הכנסה? לחילופין נבחן דעה אחרת, אותה נציג להלן, לפיה תשלום הוצאות הנפקה אשר לא יצאה אל הפועל יש בו כדי ליצור לנישום הפסד הוני, הפסד אותו יוכל הנישום לקזז אל מול רווחי הון אשר יקומו לו בעתיד, והכל על פי הוראת סעיף 92 לפקודה.

לצורך קיומו של הפסד הון יש לעמוד בתנאים הקבועים בסעיף 92 לפקודה הקובע לעניין זה:

"(1) סכום הפסד הון שהיה לאדם בשנת מס פלונית ואילו היה ריווח הון היה מתחייב עליו במס, יקוזז..."

ניתוח הסעיף להלן מלמד, כי קבלת הגישה לפיה הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל יוצרות לנישום הפסד הון מחייבת קיומם של שלושה תנאים מצטברים והם:

- (א) קיומו של "נכס" כמשמעות המונח בסעיף 88 לפקודה. רק בקיום "נכס", כאמור, תמוסה העיסקה בגדר פרק ה' לפקודה, לרבות סעיף 92 בו;
- (ב) קיום "מכירה" כמשמעותה בסעיף 88 לפקודה. קיום מכירה הינו תנאי מקדמי לקיום אירוע מס, קרי, רווח או, לענייננו, הפסד הון;
- (ג) הפסד ההון, אילו היה רווח הון, היה מתחייב במס.

א. בחינת קיומו של נכס

נכס לפי סעיף 88 לפקודה כולל:

"כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות..."

ככלל, נטו בתי המשפט בישראל לתת למונח "נכס" פרשנות רחבה. בהתאם קבעו בתי המשפט, כי המונח "נכס" כולל בחובו אף זכות תביעה⁽¹⁸⁾ וכל זכות לפיה רשאי אדם לעשות דבר או להימנע מלעשות, וזאת כאשר לזכות זו יש שווי כספי⁽¹⁹⁾. עדיין, לענייננו, יש לבחון, האם ניתן לראות בהוצאות ההנפקה כמקיימות את הגדרת "נכס", כאמור?

מאחר ואין לראות בהוצאות ההנפקה משום מקרקעין, מיטלטלין או זכות מוחזקת, ברי כי אפשרות הכללת הוצאות הנפקה בגדר המונח "נכס" הינה באמצעות ראייתן כ"זכות ראויה" כמשמעות המונח בסעיף 88.

פרשנות המונח "זכות ראויה" נדונה בפסק הדין בעניין **מיטובה**⁽²⁰⁾, שם קבע בית המשפט כי זכות ראויה הינה זכות שהשגתה או מימושה מצריכים הגשת תביעה. מאחר ובענייננו עצם קיומן של הוצאות ההנפקה אינו מותנה בהגשת תביעה, הרי שעל פי הגישה האמורה אין לראות בהן משום נכס לצורכי סעיף 88. חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בפסה"ד בעניין **יחזקאל אברהם**⁽²¹⁾, שם נקבע כי תשלום בגין פינוי של מחזיק ברשות אינו מהווה תשלום בגין "נכס" כמשמעותו בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה, באשר הנישום לא רכש, ובהתאמה לא מכר, כל נכס כאמור.

מנגד עולה הטענה, כי "זכות" כמשמעותה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה אינה כוללת בהכרח רק זכות שהשגתה או מימושה מצריכים תביעה. סימוכין לגישה כאמור ניתן למצוא בפסה"ד בעניין **שלום אליהו**⁽²²⁾ שם קובע השופט בנטל:

"אף אילו הייתי מוצא כי התמורה שנתקבלה על ידי המערער לא ניתנה עבור זכות של ממש, לא היה בידי להתעלם מכך כי המערער קבל את התמורה עבור "זכות" ויהא תוכנה אשר יהא."

מקביעה זו אנו למדים כי "זכות" כמשמעותה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה כוללת, לדעת בית המשפט, גם זכות שאינה זכות של ממש ושאינה מחייבת הגשת תביעה לשם מימושה. על פי גישה זו יש להשקיף על הוצאות משפטיות או הוצאות נלוות אחרות בגין עיסקה הונית שלא יצאה אל הפועל (ובכלל זה הנפקה) כעל רכישת נכס הון, נכס שמשמעותו "זכות ראויה" לעשות שימוש בידע או בחוות הדעת שנתקבלה עובר להנפקה.

תימוך נוסף לגישה זו ניתן למצוא בכללי הסיווג של הוצאה כהוצאה הונית הרואה בהוצאה כאמור כיוצרת לנישום יתרון של קבע, להבדיל מיתרון זמני אותו יוצרת הוצאה שבפירות⁽²³⁾. על פי גישה זו, מעצם סיווג הוצאה כהוצאה הונית ניתן ללמוד, כי כבר במועד הוצאת הכספים רכש לו הנישום "נכס"/יתרון קבוע, שאחרת היתה ההוצאה מסווגת כפירותית ומותרת בניכוי במועד הוצאתה.

לדעתנו, אין לקבל את הגישה לפיה יש לראות בהוצאות ההנפקה משום "נכס", כאמור, באשר ייקשה עלינו לראות מהו אותו יתרון של קבע אותו יוצרות הוצאות ההנפקה. גישתנו זו מתחזקת לאור העובדה, כי במקום שבו תרצה החברה לצאת בהנפקה בשלב מאוחר יותר תיאלץ, ככל הנראה, להוציא את כלל ההוצאות מחדש. יתר על כן, כפי שהראינו לעיל, קיימות הלכות סותרות לפס"ד **שלום אליהו**, ומכאן שייקשה עלינו לבסס הלכה כה מרחיקת לכת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

ב. בחינת קיומה של "מכירה"

גם אם נניח כי אכן קיים בידי הנישום-החברה "נכס" כמשמעו בסעיף 88, עדיין, לצורכי יצירת הפסד, נדרש כי הנישום ביצע פעולת "מכירה" כמשמעות המונח בסעיף 88.

הגדרת המונח "מכירה" בסעיף 88 הינה רחבה וכוללת בפועל כל אירוע שבעקבותיו יצא נכס מרשותו של אדם, בין בתמורה ובין ללא תמורה. וקובע סעיף 88 לעניין זה:

"... כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותיהם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין".

כך בפס"ד אברך⁽²⁴⁾, שם ויתר הנישום על זכות תביעה שהיתה לו לפירוקה של החברה בתמורה לסכום כסף, קבע בית המשפט כי התבצעה מכירה לצורך חלק ה' לפקודה.

בהתאם, מגיעים אמנון רפאל וירון מהולל⁽²⁵⁾ למסקנה לפיה יראו בנישום המפקיר נכס בבעלותו ברשות הרבים כמי שביצע מכירה על פי סעיף 88.

לדעתם, יוכל נישום המבצע הפקרה של נכס להרוויח מהגדרתו הרחבה של המונח "מכירה" בסעיף, באשר אדם אשר הפקיר נכס, כאמור, יוכל לתבוע שהפקרה זו תוכר כמכירה של אותו נכס ובנסיבות מסוימות יילקח ההפסד שגרמה לו אותה עיסקה כנגד רווח שצמח לו ממכירה אחרת.

לענייננו, בהנחה כי המדובר ברכישת נכס (זכות ראויה) לצורך פרק ה' לפקודה, קיום מכירה מחייב ויתור על הנכס או הפקרתו, שאז ייווצר לנישום הפסד הון בגובה הוצאות ההנפקה שהוציא.

על פי סעיף 7 לחוק המיטלטלין (אשר חל בשינויים המחוייבים גם על זכויות), אובדן הבעלות על הנכס מחייב אובדן השליטה הפיסית בנכס יחד עם קיום היסוד הנפשי של הכוונה להפקיר את הנכס.

לעניין זה יש בעיה לקבוע את מועד המכירה במקרה הנדון, שכן ויתור על נכס או הפקרה תלויים ברצונו של הנישום בלבד.

יתר על כן, לדעתנו, בשונה מהפקרת מיטלטלין מוחשיים, בכל הנוגע להפקרת זכות לא קיימת כל משמעות לאובדן השליטה הפיזית בנכס. לאור האמור, ייתכן שקיומו של המרכיב הנפשי בלבד, היינו הרצון להפקיר את הזכות, מספיק לצורך קיומה של מכירה לפי חלק ה' לפקודה.

לפיכך, על פי גישה כאמור יראו את מועד המכירה כמועד שבו החליט הנישום שלא לעשות שימוש בזכות שניתנה לו. ייתכן שעל קיומו של המרכיב הנפשי האמור ניתן יהיה ללמוד מהצהרה אותה ימסור הנישום לשלטונות המס לפיה לא יעשה שימוש עתידי בזכות. יכול ויטען כי הצהרה כזו יש בה כדי לספק אמת מידה אובייקטיבית אשר תצביע על הרצון להפקיר את הזכות.

ג. הפסד ההון, אילו היה רווח הון, היה חייב במס

כפי שראינו, קיום הפסד הון, לכשעצמו, בהנחה שזה אכן קיים, אין בו כדי ליצור לנישום הפסד הון בר קיזוז לצורכי סעיף 92 לפקודה. קיומו של הפסד הון בר קיזוז מותנה במילוי התנאי הקבוע בסעיף 92 לפיו הפסד ההון, אילו היה רווח הון, היה מתחייב במס.

לענייננו אין ספק, כי ייקשה להבין דרישה זו בהקשר לעיסקה שלא יצאה אל הפועל, ולהוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל, באשר לא ברור מהי אותה עיסקה שיכולה היתה ליצור רווח להבדיל מהפסד.

אילו היתה ההנפקה יוצאת אל הפועל, לא היתה החברה מחוייבת ברווח הון באשר לא מכרה כל נכס. אומנם, יכול ורווח ההון יהיה קיים בידי בעלי המניות על פי הוראת סעיף 101 לפקודה או לחילופין בעתיד על פי סעיף 6 לחוק התיאומים, ואולם לענייננו המדובר במישור החברה התובעת את הוצאות ההנפקה ולא במישור בעל המניות.

עדיין ייתכן שניתן לראות בהוצאות ההנפקה משום הוצאות אותן מוציאה החברה עבור בעלי המניות הקיימים טרם ההנפקה, הוצאות שבעקבותיהן זוכים בעלי המניות להטבה שמשמעה הגדלת ערך המניות שבידם. על פי גישה זו, מאחר ומכוח סעיף 101 לפקודה יחויבו בעלי המניות במכירת המניות שקיימות היו בידיהם עובר להנפקה, יש לראות בעיסקה זו משום עיסקה שעשויה היתה להקים רווח הון כנדרש.

עדיין ניתן להעלות אפשרות פרשנית חלופית לפיה תילמד משמעות דרישת קיומו של רווח, כאמור, מפסיקת בתי המשפט לעניין ניכוי מס תשומות הגלום בהוצאות הנפקה לצורכי מע"מ על פי הוראת סעיף 41 לחוק מע"מ הקובע כי: "אין לנכות מס על תשומות אלא אם הן לשימוש בעסקה החייבת במס".

כפי שנראה להלן, פירשו בתי המשפט את דרישת סעיף 41 לחוק מע"מ כצופה פני העתיד. בית המשפט סירב לצמצם את פרשנותו של סעיף 41 לחוק כמתייחס לעיסקה הראשונה שבה מגייסת החברה את ההון מן הציבור וקבע, כי לצורך קביעת הזכאות לניכוי מס התשומות יש לבחון את עיסקאותיו העתידיות של העוסק וחובן או אי חובן של הללו במע"מ. על פי פרשנות כאמור, במקום שבו ישמשו כספי ההנפקה לביצוע עסקאות חייבות במס יש לראות את דרישת סעיף 92 כמקוימת.

אין בידינו להסכים לפרשנות דלעיל, ממספר נימוקים. ראשית, יש לזכור כי נוסח סעיף 41 לחוק מע"מ שונה מנוסחו של סעיף 92 לפקודה באופן המקשה על ביצוע הקשה כאמור. כך, בעוד שבסעיף 92 לפקודה הדרישה הינה כי המדובר יהיה ברווח הון, הרי בסעיף 41 לחוק מע"מ נדרש כי התשומות ישמשו לעיסקה חייבת, לאו דווקא עיסקת ההנפקה. יתר על כן, העיקרון בבסיס חוק מע"מ כמו גם טכניקת המיסוי הקבועה בו, שונים מהותית מפקודת מס הכנסה. ולבסוף, כפי שנראה להלן, חוק מע"מ עצמו אינו מתיר בניכוי תשומות אשר שימשו להנפקה אשר לא יצאה אל הפועל.

לסיכום נושא האפשרות לנכות הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל, הרי כפי שהראנו, ספק אם ניתן לראות בהוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל משום נכס (זכות ראויה) הקיימת לנישום. עדיין, במקום שבו ייקבע קיומו של נכס כאמור, ניתן לחשוב על אפשרות קיום "מכירה", שקיומה הכרחי אף הוא לצורך יצירת הפסד. גם בקיום שני התנאים ייקשה עלינו לראות, כיצד מתקיימת במקרה דנן דרישת סעיף 92 לפיה המדובר בהפסד, שאילו היה רווח היה חייב במס.

אפשרות ניכוי הוצאות הנפקה שלא יצאה אל הפועל בחברה תעשייתית

בנוסף על האמור להלן, הרי בהתייחס לחברה תעשייתית - הכרה בהפסד שמקורו בהתרת ההוצאה יש בה, לדעתנו, משום שימת דברי המחוקק לריק. מלשון סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה ניתן לכאורה ללמוד, כי המחוקק היה מעוניין בהתרת ההוצאה רק בקיום הנפקה ולא בעצם הניסיון.

עדיין יש לזכור, כי מתוך לשונו של סעיף 5ב לחוק עידוד התעשייה יכולה לעלות הטענה לפיה אין הסעיף דורש, כתנאי לניכוי הוצאות ההנפקה, כי הנפקת המניות יצאה אל הפועל. הסעיף על פי לשונו דורש, כי המניות נרשמו למסחר גרידא. עדיין רישום למסחר הינו שלב מקדמי להנפקה בכלל. כך, יכולה חברה לרשום מניותיה למסחר בבורסה בלא שההנפקה תצא אל הפועל. לאור האמור, די בעצם הרישום בכדי להתיר את ההוצאה.

טענה זו יש לה על מה שתיסמך לאור לשונו של סעיף 5ב לחוק הקובע "... הנרשמות למסחר בבורסה..." להבדיל מניסוח אפשרי בו יכול היה המחוקק לנקוט ולפיו יחול הסעיף על מניות שנרשמו למסחר בבורסה - קרי לשון עבר.

תימוך לגישה האמורה ניתן למצוא אף בהשוואה לסעיף 21א(ב), שם קבע המחוקק את הדרישה לפיה המדובר יהיה במניות שנרשמו (בלשון עבר) להבדיל ממניות הנרשמות כלשון סעיף 5ב.

עדיין, לדעתנו, אין לקבל פרשנות כזו, שאינה עולה בקנה אחד עם מטרת החוק וכוונת המחוקק ואשר אינה מקובלת על אגף מס הכנסה.

ה. היבטי מע"מ בהנפקת מניות

הקשר בין חוק מע"מ לנושא הוצאות ההנפקה מתמקד בעיקרו בשאלת אפשרות התרת בניכוי של תשומות הגלומות בהוצאות הנפקה שהוציא עוסק (החברה המנפיקה) לצורכי היציאה לבורסה. דיוננו להלן יתמקד בשני מקרים עיקריים והם:

א. מס תשומות בגין הוצאות הנפקה אשר יצאה אל הפועל.

ב. מס תשומות בגין הוצאות הנפקה אשר לא יצאה אל הפועל.

למותר לציין, כי ניתוחנו להלן מתייחס לאותם המקרים שבהם קיים לחברה מס תשומות לניכוי בשל הוצאות ההנפקה. ברי, כי במקרים בהם השירותים הניתנים לחברה עובר להנפקה אינם חייבים במע"מ, לדוגמא בשל הוראות סעיף 30(א)(5) לחוק (שירותים הקשורים להנפקה הניתנים לתושב חוץ - לדוגמא חברה זרה המנפיקה בישראל), אין ניתוחנו להלן רלוונטי.

לעניין זה חשוב להזכיר, כי תחולת הפטור הקבוע בסעיף 30(א)(5) צומצמה לאחרונה במסגרת תיקון מס' 3 לתקנות מע"מ⁽²⁶⁾. הפטור בסעיף 30(א)(5) כפוף להוראות תקנה 12א לתקנות הדורשת, כתנאי למתן הפטור, בין היתר, כי השירות לא ניתן לגבי נכס המצוי בישראל. במסגרת תיקון מס' 3 לתקנות מס ערך מוסף הוספה לתקנה 12א הגדרה של המונח "נכס", הגדרה המרחיבה על הגדרת המונח "נכס" הקיימת בסעיף 1 לחוק והקובעת: "לעניין זה 'נכס' - לרבות זכויות בתאגיד, ניירות ערך ומסמכים סחירים וזכויות בהם". ברי, כי הגדרה רחבה זו של המונח "נכס" בתקנה 12 שוללת את האפשרות לראות את מרבית המקרים שבהם ניתנים שירותים הקשורים להנפקת מניות כשירותים שאינם ניתנים לגבי נכס המצוי בישראל, וככאלו - פטורים ממס מכוח סעיף 30(א)(5) לחוק.

10. מס תשומות בגין הוצאות הנפקה אשר יצאה אל הפועל⁽²⁷⁾

חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1976 (להלן - חוק מע"מ) קובע בסעיף 41 לחוק כלהלן:

"אין לנכות מס על תשומות אלא אם הן לשימוש בעסקה החייבת במס".

עינינו הרואות, כי סעיף 41 לחוק מציב, כתנאי לניכוי מס התשומות, דרישה שהתשומות ישמשו בעסקה חייבת במע"מ. לעניין זה מן הראוי לציין, כי סעיף 41 בנוסחו הקודם קבע דרישה שונה, ולפיה אין להתיר ניכוי של מס תשומות על "תשומות שמשו לעסקה הפטורה ממס". עדיין, בפס"ד רעננה קורקס בע"מ⁽²⁸⁾ קבע בית המשפט, כי אין הבדל ממשי בין שני נוסחי החוק, אם כי ייתכנו הבדלים מבחינת נטל ההוכחה. על פי הנוסח הנוכחי מוטל על העוסק להוכיח, כי התשומות שימשו בעסקה החייבת במס.

מהי אותה עסקה חייבת במע"מ אליה נתכוון סעיף 41?

"נכס" מוגדר בסעיף 1 לחוק ככולל טובין.

"טובין" מוגדרים בסעיף 1 לחוק:

... (1)

(2) זכות טובת הנאה ונכסים בלתי מוחשיים אחרים... ולמעט ניירות ערך ומסמכים סחירים וזכויות בהם".

"מקרקעין" מוגדרים בסעיף 1 לחוק:

"לרבות זכות במקרקעין ולרבות זכות באיגוד מקרקעין כמשמעותה בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963"

"מכר" מוגדר בסעיף 1 לחוק:

"לעניין נכס - לרבות השכרתו... ולעניין מקרקעין גם לרבות פעולה באיגוד מקרקעין כמשמעותם בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 ורישומם בבורסה של ניירות ערך שהנפיק איגוד מקרקעין כאמור בסעיף 8 לחוק האמור אך למעט פעולה בנייר ערך הנסחר בבורסה" (ההדגשות שלנו - ר.ג.)

מעיון בהגדרות לעיל ניתן ללמוד, כי זכויות באיגוד מקרקעין נכללות בגדר המונח "מקרקעין" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק, וכאלו מהוות נכס לצורכי חוק. יתר על כן, פעולה באיגוד מקרקעין מהווה מכר מפורשות לפי הריבוי בסיפא להגדרת "מכר" בסעיף 1 לחוק. מכאן, שתשומות הכלולות בהוצאות הנפקה של איגוד מקרקעין מותרות בניכוי באשר הללו משמשות לעיסקה החייבת במע"מ, כדרישת סעיף 41 לחוק, כפשוטה.

מאידך, עיון בהגדרת המונח "נכס" בסעיף 1 לחוק מלמדת, כי זכויות בתאגיד (למעט, כאמור, איגוד מקרקעין) ממועטות במפורש מהגדרת נכס לצורכי חוק מע"מ. מכאן, שפעולה בזכויות, כאמור, לרבות הנפקה בבורסה, אינה משום מכירה המקימה חבות במס לצורכי חוק מע"מ. מן האמור עולה, לכאורה, כי תשומות הכלולות בהנפקת תאגיד שאינו בגדר איגוד מקרקעין אינן ברות ניכוי, באשר לא מתמלאת לגביהן הדרישה הקבועה בסעיף 41 לחוק.

על אף האמור, פרשנות זו השוללת את זכות ניכוי מס התשומות הגלום בהוצאות הנפקה מהווה פרשנות מצרה של סעיף 41 לחוק, פרשנות הרואה את העיסקה אליה נתכוון הסעיף כצופה את ההווה. על פי פרשנות כאמור נדרש, כי עיסקת הנפקת המניות לכשעצמה תהא משום עיסקה חייבת במע"מ, על מנת שתקום לעוסק זכותו לניכוי מס התשומות.

במספר פסקי דין בהם נדרש בית המשפט לפרשנותו של סעיף 41 לחוק מע"מ סרבו בתי המשפט לאמץ את הפרשנות המצרה לסעיף 41 וכאמור קבעו, כי ההוראה שבסעיף 41 לחוק צופה פני העתיד. לדעת בית המשפט אין הוראת סעיף 41 מתייחסת לעיסקה שבה נרכשו התשומות אלא מטרתה לשלול את ניכוי מס התשומות במצב שבו רוכש התשומה יבצע בעתיד, באמצעות אותה תשומה, עיסקה הפטורה ממס. וראה לעניין זה פס"ד רעננה קורקס בע"מ⁽²⁹⁾ לעיל כמו גם פס"ד אינווסטמנט אימובילרס⁽³⁰⁾.

בפס"ד דנות⁽³¹⁾ רכשה המערערת מניות בעיסקה פטורה ממע"מ, וביקשה לנכות את מס התשומות בגין ההוצאות הקשורות לרכישה ובהן שכר טירחת עורך-דין ועמלות תיווך.

בית המשפט העליון, בדחותו את הערעור, פסק:

"יעוד התשומות מתגבש מיד עם רכישתן. מעצם הגדרתו מס התשומות צופה פני העתיד, דהיינו יש לבדוק את השימוש המיועד לתשומה בעסק. ברובם הגדול של המקרים ניתן לדעת בוודאות את יעוד התשומות בעת רכישתן. משאירע שינוי ביעוד התשומות, צריך עוסק לתקן את דיווחיו, אם ניכה מס תשומות על עסקה שאינה חייבת, או להפך, אם התברר שהעסקה חייבת - יוחזר לו מס התשומות".

מכאן, שלדעת בית המשפט סעיף 41 בא לבודד, מתוך כלל התשומות של העוסק, את אותן התשומות אשר אינן לשימוש בעיסקה החייבת במע"מ, ואת המס על תשומות אלה אין לנכות לפי הוראותיו של החוק. סעיף 41 לחוק צופה פני עתיד ולפיכך יש ליעד בהווה את התשומות לעיסקה, אשר במידה שהיא אינה חייבת במס, לא יותר ניכוי מס התשומות בגינה.

לגופו של עניין נפסק, כי מכיוון שהעיסקה הצפויה בעתיד היא מכירת אותן מניות בעיסקה הפטורה ממע"מ, הרי שהתשומות שנוצרו עתה בגין רכישת המניות אינן מותרות בניכוי.

בפס"ד עיס(32) נדון עניינה של המערערת אשר הנפיקה מניות לציבור. בכסף אותו גייסה המערערת היה בכוונתה לרכוש נכסים שונים אשר יסייעו בפעילות החברה.

בפסק הדין נדרש בית המשפט לשאלת אפשרות המערערת לנכות את מס התשומות שהיה כלול בחשבוניות המס אשר הוצאו לה על ידי נותני שירותים שונים בקשר עם הנפקת המניות.

בית המשפט, בקבלו את עמדת המערער, קבע, כי ניתן לנכות מס תשומות שניתנו לעסק בכללותו בלי שניתן לייחס אותן לייחוד מוצרים או שירותים מסוימים של החברה. הכוונה היא לאותן הוצאות כלליות או הוצאות מימון כגון: שירותי ראיית חשבון, עריכת דין, הדפסה ופרסום, שאין ליחסן לעיסקה ספציפית, ובכל זאת המס בגינן ניתן לניכוי. וכל כך למה? משום שתשומות אלו מהוות חלק אורגני מתהליך הייצור, הן תורמות לערך המוסף של החברה והן מגולמות במוצרי החברה, שעיסקאות בהם חייבות במס ערך מוסף. עדיין, על אף האמור, אם קיים קשר ישיר בין תשומות לבין עיסקה הפטורה ממס ערך מוסף, כי אז, כמצוותו של סעיף 41 לחוק, אין לנכות מס תשומות.

לדעת בית המשפט, פעולה של הנפקת מניות היא פעולה של גיוס הון. באמצעות הנפקת המניות רוכשת החברה גורם ייצור. הון בידי החברה הוא גורם ייצור כפי שמלאי, ציוד, ידע וכו' הם גורמי ייצור. אמנם לא ניתן לייחס את ההוצאות הכרוכות בהשגת גורמי ייצור אלו לעיסקה ספציפית, אולם הן תורמות לתהליך הייצור של מוצרי החברה, שמכירתם יוצרת עיסקאות החייבות במס.

לאור האמור התיר בית המשפט לחברה לנכות את מס התשומות הכלול בהוצאות ההנפקה שהוצאו על ידה.

מן האמור עולה, כי בית המשפט סירב לצמצם את פרשנותו של סעיף 41 לחוק כמתייחס לעיסקה הראשונה בה מגייסת החברה את ההון מן הציבור וקבע, כי לצורך קביעת הזכאות לניכוי מס התשומות יש לבחון את עיסקאותיו העתידיות של העוסק וחובן או אי חובן של הללו במע"מ.

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

כאשר מאידך המדובר הוא בעוסק שכל עיסוקו במסחר במניות, לא זכאי הנ"ל לנכות את מס התשומות בגין שירותים עובר להנפקה, באשר עיסקאותיו העתידיות של העוסק לא יהיו חייבות במע"מ.

ניכוי מס תשומות בגין הוצאות הנפקה שתמורתה מיועדת לעיסקאות חייבות ולעיסקאות פטורות כאחד

כפי שציין בית המשפט בפס"ד דנות⁽³⁴⁾, במצבים שבהם מיועדות התשומות בחברה לשמש במקביל לעיסקאות חייבות במע"מ ולעיסקאות פטורות, יותרו בניכוי חלקן היחסי של התשומות המתייחסות רק לעיסקאות החייבות.

הפרדת התשומות, כאמור, תיעשה על פי תקנה 18 לתקנות מס ערך מוסף, התשל"ו-1976 (להלן - "תקנות מע"מ") הקובעות את דרך ניכוי התשומות המשמשות לעיסקה מעורבת (חלקה חייבת וחלקה לא חייבת במע"מ).

יצוין, כי לצורך הפעלת שיקול דעתו בקביעת היחס בין התשומות יכול המנהל לעשות שימוש, בין היתר, בתשקיף ההנפקה בו מצויין לרוב, ייעודה של ההנפקה.

וראוי להזכיר לעניין זה את פס"ד לנדקו רובינשטיין⁽³⁵⁾ שם קבע בית המשפט, כי כאשר לחברה היו עיסקאות פטורות ועיסקאות חייבות כאחד, יותרו התשומות הכרוכות בהנפקת ההון על פי הוראת תקנה 18(ב)⁽³⁾ לתקנות מע"מ. וראה לעניין זה אף פס"ד בית אסיה בע"מ⁽³⁶⁾.

מס תשומות בגין הוצאות הנפקה אשר לא יצאה אל הפועל

כפי שניתן להבין מהאמור לעיל, ברי כי במקום שבו לא יוצאת ההנפקה אל הפועל, לא קיימת כל עיסקה אשר תוכל להיות בעתיד נשוא לחיוב במע"מ, ומכאן שלפי הוראת סעיף 41 לא ניתן לנכות תשומות הכלולות בהוצאות שאותן הוציא העוסק כהכנה לקראת ההנפקה, שלא יצאה בסופו של דבר אל הפועל.

1. הוצאות הנפקה וחוק מס שבח

סוגייה מעניינת מתעוררת בכל האמור בחוק מס שבח לגבי הנפקת איגוד מקרקעין. בעוד שבפקודת מס הכנסה קיימת הבחנה ברורה בין החברה הנושאת בהוצאות ההנפקה לבין בעלי המניות, הבחנה המקשה על גלגול ההוצאה על בעלי המניות, לא קיימת הבחנה ברורה כזו בכל הנוגע לאיגוד מקרקעין. יתר על כן, מסעיפים 43 ו-44 לחוק מס שבח ניתן ללמוד על אפשרות ייחוס הוצאות הנפקה בהן עמדה החברה לבעלי המניות. עדיין, מכיוון שלאחר ההנפקה, בכפוף להוראות סעיף 101, תהא מכירת המניות פטורה ממס בשל הוראות צו הפטור, חשיבות האמור כאן הינה לגבי בעלי המניות המקוריים, טרם יציאת האיגוד בהנפקה ראשונה לבורסה, בלבד.

2. הוצאות הנפקה וחוק התיאומים

תוספת ג לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 קובעת התייחסות ברורה וחד משמעית לנושא הוצאות ההנפקה, התייחסות המוצאת ביטויה בסעיף 1(1) לתוספת ג הקובע:

"סכומים שנתקבלו על חשבון הקצאת מניות שכנגדם הונפקו מניות עד להגשת הדו"ח בשנת המס לפי סעיף 131 לפקודה, או עד מועד מאוחר יותר, כפי שהתיר פקיד השומה, בניכוי ההוצאות שהוצאו בהנפקת המניות".

סעיף 2(1) מבהיר את אותו העיקרון לגבי הוצאות הנפקת אג"ח ואופציות בקובעו:

"סכומים שנתקבלו על חשבון שטרי הון ואגרות חוב, שהנפיק הנישום לתקופה של שנה אחת לפחות, ושהריבית השנתית עליהם אינה עולה על 30% משיעור עליית המדד בשנת המס, וכן סכומים שנתקבלו על חשבון אופציות שהנפיק הנישום בניכוי הוצאות שהוצאו בהנפקתן".

מלשון החוק עולה, כי המחוקק ביקש ליתן הגנה אינפלציונית לתמורה המתקבלת מהנפקתן של מניות ואופציות (להבדיל מאג"ח, לגביהן קבע המחוקק הסדר שונה, שבו נדון בנפרד) אותן הנפיק הנישום במהלך השנה, באשר תוספת ג רואה בסכומים אלו משום שינויים חיוביים (המגדילים את ההון). ההגנה המתקבלת הינה, כמובן, פונקציה של מועד קבלת הסכומים, באשר תיאום ההון נעשה החל ממועד זה.

ואולם המחוקק קבע בסעיפים הנ"ל, כי מן הסכום המקבל הגנה, כאמור, יש להפחית את הוצאות ההנפקה שהוציא הנישום להנפקת אותן מניות או אופציות, וזאת מתוך עיקרון לפיו מייצגים סכומים, כאמור, הקטנה של סכום התמורה (השינוי החיובי) אשר נתקבלה בהנפקה.

לעניין זה יש לציין, כי הוצאות ההנפקה מקטינות את סכום השינוי החיובי, בין אם הן מותרות בניכוי (בחברה תעשייתית) ובין אם אינן מותרות בניכוי, בין אם נרשמו בדוחות הכספיים בניכוי מן הפרמיה ובין אם נרשמו בדוחות הכספיים כהוצאה נדחית. לעצם שיטת

הרישום החשבונאי, אין בשנת ההנפקה כל נפקות מבחינת חוק התיאומים ואולם, כפי שנראה בהמשך, יש לדרך הרישום נפקות לגבי השנים הבאות.

בנוסף, חשוב לציין, כי לשון סעיפים 1(1) ו-1(2) לתוספת ג קובעת, כי השינוי החיובי ייעשה בסכום אחד (תמורה בניכוי הוצאות ההנפקה) במועד אחד - הוא מועד קבלת הסכומים מן ההנפקה (וראה הגדרת המונח "סכום שנתקבל" בתוספת ג), וזאת ללא הבחנה בין מועד קבלת תמורת הנפקה למועד תשלום הוצאות ההנפקה.

הבעייתיות בגישה זו נעוצה בעובדה, כי לרוב משולמות הוצאות ההנפקה במועד מאוחר למועד גיוס הכספים בבורסה, בין היתר בשל העובדה כי נהוג לחכות ולראות אם ההנפקה יוצאת, בסופו של דבר, לפועל או אם לאו.

מן האמור עולה, כי במקום שבו שולמו, לדוגמא, הכספים חודש לאחר מועד ההנפקה, אין הנישום מקבל את ההגנה המתחייבת לאור העובדה כי הכספים שולמו על ידו במועד שונה ממועד ההנפקה. בעוד שבמצב בו משלם נישום את הוצאות ההנפקה ללא הצמדה (בין מועד ההנפקה למועד התשלום) ניתן לומר, כי הנישום שחק את ההתחייבות שקמה לו ולכן, לכאורה, קמה לו הכנסה רעיונית אשר מתקזזת באופן החישוב, כאמור. כאשר, מאידך, משלם הנישום את הכספים כשהם צמודים, הרי שהוא משלם את הכספים בערכם הריאלי, ולכן העובדה כי חישוב השינוי השלילי נעשה ליום ההנפקה יש בה כדי לפגוע בנישום בהקטינה, שלא בצדק, את סכום השינוי החיובי המגיע לו.

השלכות חוק התיאומים בשל הוצאות הנפקה בשנים העוקבות לשנת ההנפקה

בשנים העוקבות לשנת ההנפקה בחינת מעמדו של הנישום לצורכי חוק התיאומים תיעשה בנפרד לנישומים בחברה רגילה ולנישומים בחברה תעשייתית.

נישומים בחברה רגילה

מעמד נישומים אלו לצורכי חוק התיאומים אינו מושפע מדרך הטיפול החשבונאי בו יבחרו להציג את הוצאות ההנפקה - כהוצאות נדחות או בניכוי מן הפרמיה - באשר בשתי הדרכים תתקבל תוצאה זהה.

כאשר בוחרת החברה להציג את הוצאות ההנפקה בניכוי מן הפרמיה, מושגת התוצאה לפיה מוקטן ההון של החברה הזכאי לניכוי בסכום הניכוי האמור בסעיף 1א(א)(2) לתוספת א לחוק.

כאשר, מאידך, בחרה החברה להציג את הוצאות ההנפקה כהוצאות נדחות, יהא הון החברה הזכאי להגנה על פי תוספת א' בסכום המלא, ללא ניכוי הוצאות ההנפקה (בשל העובדה כי נתוני ההון נלקחים, כאמור, מן הדוחות החשבונאיים). ואולם, במקביל, הצגת הוצאות ההנפקה כהוצאות נדחות יש בה כדי לגרום להגדלת סכום הנכסים הקבועים של החברה ולפגיעה בחברה בהתאמה, וזאת לאור הגדרת "נכסים קבועים" בתוספת ב הקובעת בסעיף 1(1):

"נכס כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה לרבות הוצאות נדחות שאינן מותרות בניכוי ושאין מסים".

ומכאן, שמעמד הנישום בכל אחת משתי הדרכים בהן יבחר יהא זהה.

נישום בחברה תעשייתית

בכל האמור לחברה תעשייתית, רישום הוצאות ההנפקה כהוצאות נדחות ייתן לחברה הגנה מלאה על הון שמקורו בהנפקה, באשר הוצאות ההנפקה, לא ייחשבו כנכס קבוע לאור העובדה כי בחברה תעשייתית מותרות הוצאות אלו בניכוי.

מנגד, מצבו של נישום אשר רשם את הוצאות ההנפקה בניכוי מהפרמיה נחות ממצבו של נישום שרשם את הוצאות ההנפקה כהוצאה נדחית - זאת בגובה יתרת הוצאות ההנפקה שטרם הופחתו.

לעמדתנו, ניתן לאמץ גישה המשווה בין מצבם של שני הנישומים כאמור, ולאפשר לנישום, אשר רשם את הוצאות ההנפקה בניכוי מהפרמיה, לקבל הגנה על ההון בגובה הוצאות ההנפקה אשר טרם הופחתו אילו היו נרשמות הוצאות ההנפקה כהוצאה נדחית. קביעה זו מתיישבת עם קביעת כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בעניין **רחמים מיכאל**⁽³⁷⁾ אשר קובעת לעניין חוק המיסוי בתנאי אינפלציה, כי:

"יש להתחקות אחר תכליתו של החוק, אותו יש לפרש באופן שתהיה לו משמעות סבירה וקוהרנטית".

ח. הוצאות הנפקה וחוק עידוד השקעות הון

חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן - "חוק עידוד השקעות הון") קובע, בין היתר, בפרק השישי לחוק בסעיף 40(א)(2) העוסק בנושא מענקים, כי סכום המענק, מענק ההשקעה, מוגבל לסכום שהושקע בהון המניית, לרבות פרמיות, בגינן הוקצו מניות במסגרת התוכנית המאושרת.

מהאמור לעיל עולה, כי חברה המעוניינת לקבל מענקים על פי חוק עידוד השקעות הון מחויבת במימון 30% מתוכניתה בהון מניות, קרי, להנפיק הון מניות.

כפי שהראנו במאמר זה, יש לראות את הסכומים אשר הוציאה החברה לצורכי ההנפקה משום הוצאות הוניות, שכלל אינן מותרות לחברה בניכוי. לאחרונה נחשפו המחברים לטענה לפיה ניתן לראות בהוצאות הנפקה כאמור ככרוכות בהשגת המענק ולא במבנה ההוני. על פי טענה כאמור, יש להפחית מסכום המענק לו זוכה הנישום את סכומי ההוצאות בהן עמד הנישום להנפקת המניות, כך שבפועל יוקטן סכום המענק המנוכה מעלות הנכסים המאושרים אותם רוכש המפעל המאושר וכתוצאה גדל סכום הפחת המותר בגין נכסים אלו.

יצויין, כי אין המחברים מסכימים לגישה זו, על אף ההגיון הכלכלי הקיים בה, וזאת בהיותה מנוגדת לכללים חשבונאיים מחד כמו גם לעקרונות דיני המיסים הרואים בהוצאות ההנפקה משום הוצאות המתייחסות למבנה ההוני של העסק.

הערות שוליים

- (1) על ההבחנה בין הוצאה הונית לפירותית ראה בין היתר ע"א 35/67 שתדלן נ' פ"ש ת"א 4, פ"ד כא(1) 455.
- (2) וראה לעניין זה דברי בית המשפט בדנ"א בנק הפועלים בע"מ נ' שמעון כהן, תק - על 95, 3 (790) "... הכלל הפרשני אשר נקבע על ידי בית משפט זה בעבר, לפיו יש לפרש הוראות חוק על רקע הוראות החוק בכללותה".
- ראה לעניין זה גם דברי בית המשפט בע"א 26/54 בנדיטו אלונזו נ' בן דרור, פד"א י' 97, 104.
- (3) ראה דברי בית המשפט בע"א 401/93 גולדברג נ' פ"ש ת"א, "מיסים" יא3/ה-65.
- (4) הצעת חוק עידוד השקעות הון (מיסים) (תיקון מס' 6), תשל"ח-1978, הצעות חוק תשל"ח, 164.
- (5) דברי הכנסת תשל"ח, כרך 82 עמוד 2201.
- (6) ע"א 494/87 קבוצת השומרים בע"מ נ' פשמ"ג, "מיסים" 51/ה-54, ע"א 14/85 פקיד שומה נ' זיסו גולדשטיין, "מיסים" א3/ה-40, עמ"ה (ת"א) 138/87 טמבור בע"מ נ' פקיד השומה, "מיסים" 52/ה-97, עמ"ה 181/84 ברנשטיין גיל נ' פ"ש ת"א 4, "מיסים" ב1/ה-116, עמ"ה 29/79 דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ נ' פ"ש ירושלים, פ"מ תשמ"ה (א) 45.
- (7) הערות 4, 5 לעיל.

- (8) דוגמא לשימוש בפרשנות הלשונית בדיני מיסים ראה עמ"ה 114/89 **ברונפמן דב נ' פ"ש נתניה, "מיסים"** 11/ה-7, שם סרב בית המשפט להרחיב את פרשנות המונח "נתקבלה" מעבר למשמעותו הלשונית, על אף הפרצה הקיימת להתחמקות ממס.
- (9) אברהם אבן שושן, **המילון החדש**, הוצאת קריית ספר בע"מ תשנ"ב.
- (10) עמ"ה 48/94 **לוי נ' פ"ש ת"א, "מיסים"** 6/ה-122.
- (11) הערה 3 לעיל.
- (12) הערה 5 לעיל.
- (13) עמ"ה 171/83 **מוראן הנדסת בניין בע"מ נ' פ"ש ת"א 4, "מיסים"** 1/ה-53, ע"א 425/79 **אנגל נ' פ"ה י-ם, פ"ד לו(3) 829**, תקליטור "מיסים ועוד".
- (14) עמ"ה 138/87 **טמבור בע"מ נ' פ"ש חיפה, "מיסים"** 5/ה-97.
- (15) **"מיסים"** 42/ (אוגוסט 1993) עמ' א-26.
- (16) ראה הערה 13 לעיל.
- (17) לעניין הטיפול בהנפקות חבילה ראה מ. ברנר, י. סוארי, היבטים חשבונאיים וכלכליים בהנפקות חבילה ובהנפקות לעובדים, מכון יוסף קסירר לחקר בחשבונאות אוקטובר 1991.
- (18) ע"א 182/72 **אברך צבי נ' פ"ש ת"א 3, פד"א ו 241**.
- (19) עמ"ה 169/87 **שמחה שנקר נ' פ"ש כפר סבא, "מיסים"** 41/ (יולי 1989) עמ' ה-139.
- (20) ע"א 89/51 **מיטובה נ' ז'ק קזם, פד"י ו' 4(1)**.
- (21) עמ"ה 108/72 **יחזקאל אברהם נ' פקיד שומה ירושלים, פד"א ד 35**.
- (22) עמ"ה 33/76 **שלום אליהו נ' פקיד שומה כפר סבא, פד"א ט' ע' 45**.
- (23) דוגמא להבחנה כאמור בין הוצאה היוצרת לנישום יתרון של קבע להוצאה כאמור היוצרת יתרון זמני ראה ע"א 346/70 **פ"ש נ' עוף חיפה בע"מ, פ"ד כה(1) 539**.
- (24) הערה 17 לעיל.
- (25) אמנון רפאל וירון מהולל.
- (26) תקנות מס ערך מוסף (תיקון מס' 3), התשנ"ז-1997, ס"ח התשל"ז, עמ' 52.

- (27) בחלק זה של מאמרנו מצאנו לעזר רב את מאמרו של ז. פליטר היבטי מס ערך מוסף המתייחסים להנפקת ורכישת מניות, "מיסים" ח 3/א-19.
- (28) בע"ש 459/81 רעננה קורקס בע"מ נ' מנהל מע"מ, תקליטור "מיסים ועוד".
- (29) הערה 23 לעיל.
- (30) ע"ש 33/77 אינווסטמנט אימובילרס.
- (31) ע"א 125/83 דנות חברה להשקעות בע"מ נ' מנהל המכס והבלו "מיסים" א 2/ה-23.
- (32) ע"ש (ת"א) 869/83 עיט ציוד צבאי ליצוא בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, שפט, מס ערך מוסף, פסיקה א', 391 א, תקליטור "מיסים ועוד".
- (33) הוראת תאמ"ו 66.720.
- (34) הערה 28 לעיל.
- (35) ע"ש 877/83 לנדקו-רובינשטיין השקעות בע"מ נ' מנהל מע"מ, "מיסים" א 1/ה-159.
- (36) ע"א 711/89 בית אסיה בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, "מיסים" 5/ (אוקטובר 1992) עמ' ה-119.
- (37) ע"א 699/92 פקיד שומה תל-אביב 2 נ' רחמים מיכאל, "מיסים" יא 2/ה-72.