



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

לפני כבוד השופט רון סוקול, סגן נשיא

המעוררים

אייל ישראלי, ת"ז 056740715
סמדר מושקוביץ, ת"ז 058894718
ע"י ב"כ עו"ד א' עבד אלעזיז

נגד

המשיב

פקיד שומה חיפה
ע"י ב"כ עו"ד ר' ליפשיץ מפרקליטות מחוז חיפה

פסק דין

1. המעוררים היו בעלי מניות ב-3 חברות שעיסוקן אחסנה והובלה של מטענים. בשנת 2006 נחתם הסכם מיזוג בדרך של החלפת מניות בין החברות הנ"ל לחברת מקס קרן להובלות בע"מ. בשנת 2010 מכרו המעוררים את מניותיהם בחברת מקס קרן להובלות בע"מ בהסכם שתנאיו הושלמו בשנת 2011. באותו מועד מכרו גם מניות בשתי חברות נוספות.

בתיק זה חלוקים הצדדים בשאלת חישוב רווח ההון שנצבר למעוררים במכירת מניות חברת מקס קרן להובלות בע"מ. הדיון מתמקד בעיקר בשאלת ייחוס התמורה שהתקבלה לחברות השונות ובנוגע למועד חישוב רווח ההון.

רקע

2. המעוררים, סמדר מושקוביץ (להלן: "סמדר") ואייל ישראלי (להלן: "אייל"), היו בעלי מניות בחלקים שווים בשלוש חברות;

(א) ס.מ.א אחזקה ולוגיסטיקה בע"מ, אשר הוקמה ביום 15/7/2001 ועסקה במתן שירותי אחסנה ריהוט, ריקון מכולות, מטענים, אריזות ולוגיסטיקה.

(ב) ס.מ.א שירותי תובלה בע"מ, אשר הוקמה ביום 25/12/1987, ועסקה במתן שירותי תובלה באמצעות רכב כבד ושינוע מטענים.

(ג) א.ס. מור אחזקות בע"מ, שהוקמה ביום 21/8/1997, ועסקה במתן שירותי תובלה והשכרת משאיות ל-ס.מ.א שירותי תובלה.

(כל שלושת החברות האמורות יכוננו להלן: "קבוצת ס.מ.א").



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

3. מקס קרן להובלות בע"מ (להלן: "מקס קרן") היא חברה שיוסדה על ידי מר מקס קרן ביום 19/6/1973, ועסקה במתן שירותי שינוע והובלה של מטענים. מניותיו של מקס קרן הועברו בחלקים שווים לבניו, אבי קרן (להלן: "אבי") וגיל קרן (להלן: "גיל").

4. בשנת 2006 החליטו המערערים, ביחד עם אבי וגיל, למזג את החברות שבשליטתם ואשר עסקו בתחומי עיסוק קרובים. ביום 9/11/2006 נערך בין הצדדים הסכם מיזוג בין החברות, בגדרו הסכימו הצדדים למזג את החברות בדרך של החלפת מניות. בעקבות החלפת המניות, הועברו כל המניות של החברות בקבוצת ס.מ.א לבעלות חברת מקס קרן, ולסמדר ואייל הוקצו מניות בחברת מקס קרן. כדי לקבוע את היחס המתאים, הוקצו לכל אחד מהארבעה מניות, כך שבעקבות עסקת המיזוג היה מבנה האחזקה של מניות מקס קרן כדלקמן:

שם	שיעור אחזקה (בהון ובהצבעה)	ע.נ.
אבי	31.5	6,676
גיל	31.5	6,676
סמדר	18.5	3,924
אייל	18.5	3,924

5. עם חתימת הסכם המיזוג, פנו המערערים באמצעות רו"ח זיצר למנהל רשות המסים, וביקשו לקבל אישור כי המיזוג עומד בתנאי סעיפים 103ג' ו-103כ' לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. הבקשה הוגשה לשם קבלת ההטבות על פי הוראות הפרק השני בחלק ה' לפקודה, שעיקרן פטור מתשלום מס בשל העברת המניות (סעיף 103ב' וסעיף 103כ(ב) לפקודה).

בבקשתם, על מנת לעמוד בהוראות הקבועות בסעיף 103ג' לפקודה, הצהירו המערערים כי החברות עוסקות באותו ענף וכי המיזוג נועד "[...] לספק מענה איכותי ובהיקפים גדולים יותר ללקוחות החברות, דבר שיוביל להגדלה בנפח הפעילות" (סעיף 1.19 בהחלטת המיסוי). כמו כן, הצהירו על הערכת שווי המניות בסמוך למועד המיזוג, כלומר ביום 29/10/2006. על פי הערכתם, שנשמכה על חוות דעת של רו"ח וכלכלן, מר גלעד ורדי, היה שווי החברות כדלקמן (באלפי שקלים):

ס.מ.א תובלה	1,019
מור	3,173
ס.מ.א אחסנה	1,051
מקס קרן	8,918

6. המשיב, לאחר שבחן את בקשת האישור, החליט לקבלה ולאשר את תכנית המיזוג, וביום 9/7/2009 ניתנה החלטת מיסוי בבקשה (להלן: "החלטת המיסוי"); צורפה כנספח א' להודעה על



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 16-07-12897 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 16-07-12918 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

עובדות מוסכמות). המשיב קבע כי מועד המיזוג יהא מועד החתימה על הסכם המיזוג (9/11/2006), כי "התקופה הנדרשת" לשם קבלת ההטבות, כקבוע בסעיף 103 לפקודה, תימנה החל מיום 31/12/2009, וכי החברות עומדות בתנאי הגודל, כנדרש על פי סעיף 103ג(6) לפקודה.

עוד ציין בסעיף 3.8 להחלטת המיזוג:

מובהר בזאת, כי במכירה עתידית של המניות המוקצות בחברה הקולטת, מחירן המקורי ייקבע בהתאם להודאות סעיף 1103 ויום רכישתן יהא מועד המיזוג. אולם, לעניין חישוב רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע יהא יום הרכישה של המניות המוקצות, יום הרכישה של המניות המועברות, כפי שהיו בידי בעלי המניות המעבירים.

7. בשים לב לאישור תכנית המיזוג על פי הוראות סעיפים 103ב' ו-103כ' לפקודה, לא נדרשו המערערים לשלם מס בהעברת המניות במיזוג.

8. בשנת 2010 החליטו סמדר ואייל למכור את מניותיהם בחברת מקס קרן. ביום 28/10/2010 נערכו ונחתמו הסכמי המכר, במסגרתם מכרה סמדר לגיל את כל מניותיה (3,924 מניות) תמורת סך של 1,675,000 ₪, ואייל מכר לגיל את מלוא מניותיו בחברת מקס קרן (3,924) תמורת סך זהה של 1,675,000 ₪ (להלן: "הסכמי המכר בחברת מקס קרן").

באותו מועד בוצעו עסקאות למכירת מניות בשתי חברות נוספות שמניותיהן הוחזקו על ידי סמדר ואייל. באחת מכרו המערערים לגיל 34 מניות כל אחת בחברת מקס קרן שינוע כבד בע"מ, וקיבלו בתמורה סך של 800,000 ₪ כל אחת. כן מכרו 189 מניות כל אחת בחברת המוסך שלנו בע"מ, וקיבלו בתמורה סך של 325,000 ₪ כל אחת (להלן: "הסכמי המכר בחברות הנוספות").

9. עם ביצוע כל ארבעת עסקאות המכר, הגישו המערערים הצהרה על רווח ההון שנצמח להם בהסכמי המכר למכירת מניות מקס קרן ובהסכמי המכר בחברות הנוספות.

בתחשיב רווח ההון שהגישו, חישובו המערערים את רווח ההון בהסכמי המכר בחברת מקס קרן תוך פיצול התמורה שקיבלו בין ארבעת החברות - ס.מ.א. תובלה, ס.מ.א. אחזקה, מור ומקס קרן. בחישובם (נספח ב' לעובדות המוסכמות), ציינו את הרווחים הראויים לחלוקה בכל אחת מהחברות המעבירות (קבוצת ס.מ.א.) לפני מועד המיזוג, את הרווח הראוי לחלוקה שנצבר בכל ארבעת החברות לאחר מועד המיזוג, וחישוב של המס על פי שיעור המס הקבוע לרווחים הראויים לחלוקה בכל החברות (10%) ושיעור המס לרווח הריאלי בחברות.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 16-07-12897 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 16-07-12918 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

10. המשיב לא קיבל את הצהרת המערערים ואת תחשיב רווח ההון שערכו. המשיב קבע כי את כל התמורה יש לפצל רק בין שלוש החברות המעבירות (קבוצת ס.מ.א) לפי יחס שווי החברות במועד המיזוג. המשיב קבע כי אין לייחס כל חלק מהתמורה לשווי החברה הקולטת - חברת מקס קרן.

11. חשוב להוסיף כי ביום 11/11/2010 חתמו המערערים וגיל על מסמך המכונה על ידם תוספת להסכמי המכר של המניות בחברת מקס קרן, והסכמי המכר בחברות הנוספות (להלן "התוספת להסכמי המכר"). בתוספת להסכמי המכר נאמר כי "בהתאם למוסכם והברור מאליו, על ה"ה גיל קרן להסיר את מלוא הערבויות מכל מין וסוג אשר ה"ה סמדר מושקוביץ ו/או אייל ישראלי ערבו לטובת החברות כלפי צדדי ג' [...] הסרת הערבויות לעיל הינה בבחינת תנאי מתלה להסכמי המכר מיום 28/10/2010. כלומר, רק עם קיום התנאי המתלה יהא ניתן להביא את ההסכם לכלל מימוש וקיום".

12. המערערים ראו בתוספת להסכמי המכר כתיקון ושינוי של הסכמי המכר והוספת תנאי מתלה שרק עם מימושו יכנסו הסכמי המכר לתוקף. על כן, הצהירו בהצהרתם על רווח ההון ממכירת המניות על פי הסכמי המכר כולם, כי הרווח נצמח עם השלמת התנאי - ביום 5/5/2011, ולא במועד החתימה - 28/10/2010. המשיב לא קיבל הצהרה זו, וקבע כי רווח ההון בגין כל הסכמי המכר נצמח במועד החתימה, 28/10/2010.

בהתאם לקביעתו הוציא המשיב למערערים צווי שומה, על פי סמכותו בסעיף 152(ב) לפקודה.

תמצית הטענות

13. על צווי השומה שהוציא המשיב הגישו המערערים השגות, ולאחר שאלו נדחו, הגישו את הערעורים שבפני, שהדיון בהם אוחד. ביום 26/2/2017 הגישו הצדדים את פירוט העובדות המוסכמות ואת הפלוגתאות שנותרו להכרעה.

המחלוקות שנותרו להכרעה מתייחסות לחישוב רווח ההון במכירת מניות מקס קרן, ולמועד שבו נצמח הרווח בכל העסקאות מושא הסכמי המכר.

14. לעניין חישוב רווח ההון במכירת מניות מקס קרן, הצדדים חלוקים כיצד לפצל את התמורה. האם לפצלה בין כל ארבע החברות המעורבות (קבוצת ס.מ.א ומקס קרן) או שמא יש לייחס את מלוא התמורה למניות החברות המעבירות - קבוצת ס.מ.א. עוד חלוקים הצדדים לעניין חישוב הרווחים הראויים לחלוקה בחברות, והאם יש לכלול בחישוב רווח ההון רווחים ראויים לחלוקה שנצברו בחברות קודם למועד המיזוג. הצדדים חלוקים גם ביחס לטענה חישובית שהעלו המערערים בחישוב רווח ההון בחברת מקס קרן. לבסוף, חלוקים הצדדים לעניין מועד המכירה לצורך חישוב רווח ההון



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

- האם יש לראות במועד החתימה על הסכמי המכר כמועד המכירה, או שמא במועד בו סולקו הערבויות שנתנו המערערים לחברות.

נפתח את הדיון בטענות לעניין חישוב רווח ההון במכירת מניות מקס קרן.

דיון והכרעה

15. חלק ה' לפקודת מס הכנסה קובע הוראות בדבר מיסוי רווח הון שנוצר לנישום ממכירת נכסים הוניים. ככלל, ניתן לומר כי על מנת שמכירת נכס תחויב במס רווחי הון על פי חלק ה' לפקודה, יש להצביע על התקיימותם של מספר רכיבים; הממכר הוא נכס במובן ההגדרה שבסעיף 88, דהיינו הוא "נכס הון" ומכירתו אינה חלק מפעילותו השוטפת של המוכר - אינו "נכס פירותי"; הנכס אינו זכות במקרקעין, שאז יחול חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; העסקה מהווה מכירה במובן הסעיף; העסקה מהווה מימוש של הרווח.

במכירת נכס יחושב "רווח ההון" בהתאם להפרש שבין סכום התמורה שהתקבלה במכירה לבין עלות רכישתו. מאחר ועלות הרכישה המקורית אינה משקפת את כל האירועים הרלבנטיים לקביעת רווח ההון, נקבע כי החישוב יעשה בין מחיר המכירה ליתרת מחיר הרכישה, דהיינו הדיון מחייב להתחשב בהשקעות שהשביחו את ערך הנכס לאחר מועד רכישתו, התחשבות בפחת שנוכה מהכנסותיו של הנישום וכדומה (ראו א' נמדר מס הכנסה - יסודות ועיקרים 560, 559 (2013); י' אדרעי מבוא לתורת המסים 147 (2008); ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקוה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89 (2001)).

16. כדי לחשב את רווח ההון עלינו לברר את מחיר המכירה – התמורה בעסקה מושא החיוב במס ואת מחיר הרכישה. סעיף 88 קובע כיצד ייקבע המחיר המקורי של הנכס במצבים שונים. הכלל הוא כי בנכס שנקנה, יהיה המחיר המקורי הסכום שהוציא הנישום לרכישתו.

גם הגדרת יום הרכישה מביאה בחשבון אפשרויות שונות, לרבות רכישת הנכס בדרך של ירושה. על פי ההגדרה, יום הרכישה כאשר המוריש נפטר לאחר 31/3/81, הוא היום שבו הגיע הנכס לידי המוריש.

17. לכאורה מכירת מניות אינה שונה ממכירת כל נכס אחר ועל-כן יחולו עליה הוראות המס בעניין רווח הון ממכירת נכסים. עם זאת, הפקודה קובעת הוראות מיוחדות לגבי מכירת מניות. כך נקבעו הוראות מיוחדות לגבי שיעור המס החל על מכירת מניות על ידי בעל מניות מהותי (סעיף 91(ב)(2)). נקבעו הוראות בדבר התחשבות ברווחים ראויים לחלוקה הצבורים בקופת החברה (סעיף 94' לפקודה) ועוד (ראו א' נמדר לעיל, עמ' 579 ואילך; ד' אלקינס מיסוי חברות ובעלי מניותיהן



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

כרך א' 353 (2009); ע"א 181/14 פגי נ' פקיד שומה חיפה (13/03/2016); ע"מ (חי') 15918-09-09 צילומעתיק החזקות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה חיפה (24/11/2013).

18. הסדרים אלו חלים על מכירת מניות בחברה. הסדר מיוחד חל על מיזוג בין חברות, מיזוג שבגדרו עוברות מניות מיד ליד. הפרק השני בחלק ה'2 לפקודה, המכונה לעתים חוק המיזוגים, כולל בחובו הנחיות מיוחדות לעניין מיסוי העברת מניות בעסקאות מיזוג (ראו א' אבו רזק א' קסנר "על ה"שינויים המחויבים" במיזוג בדרך של החלפת מניות" מס' 1, א-64 (2009)).

הטבות מס במיזוג חברות

19. חיי המסחר וצרכים עסקיים שונים ומגוונים, עשויים להביא תאגידים לנקוט בהליכים לשינוי מבנה ובין היתר לשיתוף פעולה. שיתופי פעולה אלו עשויים ללוש צורות שונות ובהן שילוב במשאבים, הקמת גופים מאוחדים וכדומה. שילוב תאגידים למסגרת משותפת מאפשרת צמצום וחיסכון במשאבים, ניצול טוב ויעיל יותר של משאבים וכוח אדם, פיתוח עסקים חדשים, הרחבת שירותים ומוצרים, התמודדות טובה יותר בתחרות עם צדדים שלישיים וכדומה.

20. ביצוע שינוי מבנה, שילוב עסקים ואיחוד כוחות, עשויים לגרור חבויות שונות במס. בדרך כלל העברת נכסים וזכויות בין התאגידים תחשב אירוע של מימוש, שייכלל בהגדרת מכירה על פי דיני המס (ראו ד' אלקינס לעיל בעמ' 483; א' רפאל ש' לזר מס הכנסה כרך שני 473 (2014)).

המחוקק הישראלי, כמו מחוקקים רבים אחרים בעולם, סבר כי במצבים מסוימים ראוי לעודד שיתופי פעולה, שינוי מבנה ושילובי משאבים ועל-כן קבע הוראות המכירות בהטבות מס שיינתנו במקרים שכאלו. הטבות אלו כלולות בפרק המיזוגים בחלק ה'2 לפקודה.

21. לא כל שינוי מבנה ולא כל שיתוף פעולה בין תאגידים, יזכה להטבות המס. המחוקק ייחד את ההטבות לרשימה מוגדרת של פעולות כקבוע בפקודה (ראו גם ע"א 8454/01 מכתשים אגן תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פ"ד נז(3) 414 (2003); ע"א 9453/06 מנהל מע"מ ומס קניה תל-אביב נ' שופינג.קום בע"מ (11/8/2008)). בין הפעולות הזוכות להטבות מס מצויה גם פעולת המיזוג בין חברות.

מיזוג בין חברות עשוי להתבצע בדרכים שונות. המיזוג הקלאסי מתרחש כאשר חברה מעבירה את מלוא נכסיה, זכויותיה וחובותיה, לחברה קולטת, כאשר בסופו של ההליך החברה המעבירה מתחסלת. מיזוג כזה מוכר כמיזוג אופקי (ראו א' רפאל הנ"ל בעמ' 475). הבחירה מי מבין החברות המשתתפות במיזוג תהא החברה הקולטת ומי תהא החברה המעבירה היא בידי הנישומים (א' רפאל הנ"ל בעמ' 476). בשנת 2000 תוקנה הגדרת מיזוג והמחוקק הכיר בהטבות המס גם במצבים נוספים המוכרים כ"מיזוג אנכי", דהיינו מיזוג שבסופו של יום החברה הנעברת נותרת על כנה. במיזוג שכזה,



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

הנעשה דרך החלפת מניות, מעבירה החברה המתמזגת או בעלי מניותיה את מלוא מניותיה בחברה המתמזגת (החברה הנעברת) לחברה הקולטת, כך שבסופו של יום הופכת החברה הנעברת לחברת בת של החברה הקולטת. בתמורה מקבלים החברה המעבירה או בעלי מניותיה, מניות בחברה הקולטת, כך שבעלי המניות של שתי החברות המתמזגות במיזוג האנכי הופכים לבעלי המניות של חברת האם בלבד (החברה הקולטת) (א' רפאל הנ"ל בעמ' 477). גם פעולה כזו של החלפת מניות מוגדרת בחוק כמיזוג, שכן בסופו של ההליך משתלבים יחדיו הן השליטה והן הפעילות העסקית.

22. כדי לעודד פעילות מיזוג קבע המחוקק בסעיף 103ב' לפקודה, הוראת פטור והטבות במס (כנוסחו כיום):

(א) מכירת זכויות בחברה מעבירה אגב מיזוג, והעברת נכסי חברה מעבירה או התחייבויותיה לחברה קולטת אגב מיזוג, לא יחוייבו במס לפי פקודה זו, או לפי חוק מיסוי מקרקעין.

(ב) בכל מקום שבו לא מתחייבת מכירה במס על שבח מחמת האמור בסעיף קטן (א), תתחייב המכירה במס רכישה בשיעור של 0.5% משווייה.

הפטור הניתן לפי הוראות סעיף 103ב'(א), הוא פטור גורף לכל מס שבו עשויים להתחייב הצדדים לעסקת המיזוג, הן על פי פקודת מס הכנסה, הן על פי חוק מיסוי מקרקעין. הסייג היחיד לפטור גורף זה מצוי בס"ק (ב), שמשמעו כי הרוכש בעסקת המיזוג יחויב במס רכישה, אולם גם לחיוב זה ניתנה הטבה ומס הרכישה יהיה בשיעור מופחת.

כדי לזכות בהטבת המס, אין די בביצוע עסקת המיזוג, אלא יש לעמוד בתנאים השונים שנקבעו בחוק, כמפורט בסעיף 103ג' ובשאר הוראות הפקודה. כפי שנראה להלן, אין מדובר בפטור ממס אלא בדחיית מס עד למימוש מאוחר יותר.

23. תכליות הוראת הפטור ממס למיזוג והתנאים להענקת הפטור הן מגוונות; מחד גיסא למנוע מצב בו סוגיית המס תהייה שיקול המונע מיזוג בעל תכלית כלכלית עסקית, דהיינו שמירה על ניטרליות דיני המס בכל הנוגע לשיקולים בדבר מיזוג חברות; מאידך גיסא, המחוקק מעוניין שלא לעודד ושללא להעניק הטבות לעסקאות מיזוג נטולות שיקול עסקי כללי ואשר כל תכליתן היא הימנעות מתשלום מס. האיזון בין שתי תכליות אלו מתבטא בתנאים השונים שנקבעו בפקודה (ראו במיוחד סעיף 103ג(1)); למנוע חבות המס בטרם מימוש, שהרי ראינו כי חבות במס רווחי הון מותנית במימוש. הטלת חבות במס בעת מיזוג תחייב תשלום מס ללא מימוש.

מכירת מניות החברה הקולטת

24. עד כה התייחסנו לחבות המס בעת מיזוג, לרבות במקרה של מיזוג אנכי בו הועברו מניות החברה הנעברת לחברה הקולטת בתמורה להקצאת מניות בחברה הקולטת לבעלי מניותיה של



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 16-07-12897 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 16-07-12918 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

החברה הנעברת. ראינו כי על פי הפרק השני לחלק ה'2 לפקודה, סעיף 103ב', לא תחול חבות במס בעת ביצוע המיזוג והחלפת המניות. ההליך הנוכחי עוסק במכירת המניות של החברה הקולטת על ידי מי שהיו בעלי המניות בחברה הנעברת.

25. ראינו כי במכירת נכס, לרבות מכירת מניות, יחושב רווח ההון כהפרש שבין התמורה שהתקבלה במכירה - מחיר מכירה, ליתרת מחיר הרכישה, כלומר, מחיר הרכישה בצירוף כל ההשקעות שנצברו בדרך.

26. מהו, אם כן, מחיר הרכישה של מניות שהוקצו לבעלי מניות במסגרת מיזוג אנכי - כלומר, מיזוג בדרך של החלפת מניות? מחד, ניתן היה לטעון כי מחיר הרכישה הוא מחיר ההקצאה של המניות בעסקת המיזוג. מנגד, ניתן לטעון כי מחיר הרכישה הוא מחיר רכישת המניות המקוריות, אשר הוחלפו בעסקת המיזוג במניות החברה הקולטת. שני הצדדים מסכימים כי מחיר הרכישה של המניות אינו מחיר ההקצאה, אלא יש להביא בחשבון את מחיר הרכישה של המניות בחברה הנעברת - לענייננו, מחיר הרכישה של המניות בקבוצת ס.מ.א..

27. מניות מקס קרן הוקצו למערערים במסגרת הסכם המיזוג והיוו תחליף לאחזקותיהם בחברות בקבוצת ס.מ.א.. סעיף 103ו' לפקודה קובע את ההוראות לעניין רווח ההון במכירת מניה של החברה הקולטת שהוקצתה במסגרת המיזוג, וכך נקבע:

במכירה מניות החברה הקולטת שהוקצו במיזוג (להלן – המניה החדשה) יחולו הוראות אלה:

(1) יראו כמחיר המקורי של המניה החדשה, את המחיר המקורי של הזכויות שהיו למעביר בחברה המעבירה (להלן – המניה הישנה), כשהוא מתואם לפי שיעור עליית המדד מיום רכישתה ועד למועד המיזוג, ובניכוי הפסד ריאלי שהיה אילו נמכרה המניה במועד המיזוג, ובלבד שלא יפחת מהמחיר המקורי של המניה הישנה (להלן – המחיר המתואם); ההפרש בין המחיר המקורי של המניה הישנה לבין המחיר המתואם ייקרא להלן "הפרש התיאום"; לענין זה, "הפסד ריאלי" – הסכום שבו נמוך שווי השוק של המניה מהמחיר המקורי המתואם שלה;

(2) הפרש התיאום המהווה חלק מן המחיר המקורי של המניות הנמכרות יתווסף לתמורה ממכירת המניות ויראו בו סכום אינפלציוני נוסף;

(3) יראו כמועד הרכישה של המניה החדשה את מועד המיזוג ואולם במכירת מניה חדשה שהתקבלה תמורת מניה ישנה אשר נרכשה עד מועד השינוי, יראו, לעניין החיוב במס על רווח ההון הריאלי לפי סעיף 91(ב1) או החיוב במס על השבח הריאלי לפי סעיף 48א(ב1) לחוק מיסוי מקרקעין, את יום הרכישה של המניה הישנה כיום הרכישה של המניה החדשה;

(4) היה בעל המניה תושב חוץ במועד המיזוג, והוא ביקש בעת המכירה של המניה החדשה כי יראו את שער המטבע שבו נרכשה



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

המניה הישנה כמדד לצורך חישוב המחיר המתואם, יהיה הפרש התיאום פטור ממס;

(א4) במכירת המניה החדשה, לראשונה, בידי מי שהיה בעל זכויות בחברה המעבירה ערב המיזוג, יחול פטור ממס כאמור בסעיף 97 או לפי סעיף 105(א), רק אם בעל הזכויות האמור היה זכאי עובר למועד המיזוג לפטור ממס כאמור, אילו מכר את המניה הישנה עובר למועד המיזוג; ואולם התנאי לפי פסקה זו לא יחול על פטור ממס כאמור בסעיף 97(א)(5);

(ב4) לא היה בעל הזכויות כאמור בפסקה (א4) זכאי, עובר למועד המיזוג, לפטור ממס כאמור באותה פסקה, והיה זכאי לפטור לפי סעיף 97(ב2) במועד מכירת המניה החדשה, יחויב במס בשיעור הקבוע בסעיף 91, חלק רווח ההון שהיה נצמח, אילו היתה המניה החדשה נמכרת לפני היום שבו היה זכאי בעל הזכויות האמור לפטור ממס לפי סעיף 97(ב2), ולא יותר מסכום רווח ההון במועד מכירת המניה;

(5) המנהל יקבע כללים לענין קביעת רווחים ראויים לחלוקה כמשמעותם בסעיף 94ב, שנצברו בחברה הקולטת או בחברה המעבירה עד למועד המיזוג, שיחושבו בחברה הקולטת.

28. סעיף 103ו' מתייחס גם לחישוב הרווח הריאלי וחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, ומסמך (בס"ק (5)) את שר האוצר לקבוע הוראות בדבר חישוב הרווחים הראויים לחלוקה.

הוראות כאלו נקבעו על ידי השר בכללי מס הכנסה (קביעת רווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד למועד המיזוג), התשנ"ה-1995 (להלן: "הכללים").

29. הכללים נועדו לקבוע מנגנון לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה, אולם אין בהם כדי לשנות את העיקרון ולפיו מחיר הרכישה של מניה שהוקצתה בחברה הקולטת יהיה מחירה של המניה בחברה הנעברת.

30. המערערים מבקשים לקבוע כי את התמורה שהתקבלה בגין מכירת מניות חברת מקס קרן יש לפצל בין שלושת חברות קבוצת ס.מ.א וחברת מקס קרן עצמה. לטענתם, רווח ההון שנצבר להם מורכב מרווח ההון שנצבר בגין עליית שווי כל אחת מארבע החברות.

טענה זו אין לקבל. כאמור, מחיר הרכישה של מניה שהוקצתה אגב מיזוג בחברה הקולטת הוא מחיר הרכישה המקורי של המניה שהייתה למוכר בחברה הנעברת. המערערים לא שילמו תמורה לרכישת מניות נוספות בחברת מקס קרן, וכל המניות שהוקצו להם הוקצו בתמורה למיזוג.

31. במקרה הנוכחי הועברו במיזוג לחברת מקס קרן מניות בשלוש חברות קבוצת ס.מ.א, ולמערערים הוקצו מניות בחברת מקס קרן בלבד. דהיינו, תמורת מניות בשלוש חברות קבוצת ס.מ.א קיבלו המערערים מניות בחברת מקס קרן. במצב זה, יש לקבוע מהו החלק מהתמורה אותו יש לייחס



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

לכל אחת מחברות קבוצת ס.מ.א, שהרי המניות הנמכרות התקבלו תמורת מניות שלוש החברות. המשיב בחר לחלק את התמורה בהתאם לשווי המוצהר של החברות במועד המיזוג.

הפקודה אינה מפרשת כיצד לפצל את התמורה שהתקבלה במכירת מניות החברה הקולטת, מקום שהמניות הנמכרות הוקצו בעקבות מיזוגן של מספר חברות נעברות, אולם דומה כי דרכו של המשיב היא המתוייגת ביותר עם תכלית ההוראות. הקצאת המניות בחברת מקס קרן נועדה לשקף את שווי המניות שהועברו על ידי המערערים במסגרת עסקת המיזוג. ההנחה היא כי שווי המניות בחברה הקולטת זהה לשווי המניות שהועברו במיזוג. השווי של החברות הנעברות - קבוצת ס.מ.א - במועד המיזוג, נקבע על ידי המערערים עצמם בחוות הדעת שצירפו לבקשתם לאישור תכנית המיזוג, ועל כן פיצול התמורה במכירה על פי השווי היחסי של כל אחת מהחברות מקבוצת ס.מ.א במועד המיזוג, משקף את שווי המניות שהוקצו למערערים ומתיישב עם העיקרון ולפיו התמורה שהתקבלה במיזוג (מניות בחברת מקס קרן) זהה לתמורה שניתנה (המניות בחברות קבוצת ס.מ.א).

חישוב רווח ההון

32. הוראות סעיף 103' לפקודה קובעות מנגנון לחישוב רווח ההון במכירת המניות בחברה הקולטת שהוקצו אגב המיזוג. ככלל, יחושב הרווח על פי שתי תקופות. האחת, תקופת האחזקה של המניות בחברה הנעברת עד למועד המיזוג, והשנייה, תקופת האחזקה במניות החברה הקולטת עד המכירה. עם זאת, כאשר בוחנים את הרווח שנצבר בכל תקופת אחזקה, מתברר כי המצב מורכב יותר, שכן בחישוב רווח ההון שנצבר יש לאתר את חלקו של המוכר ברווח לרבות ברווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברות.

כדי להבין את השאלות נקדים מספר הערות לגבי מיסוי רווח ההון במכירת מניות.

מיסוי רווח ההון במכירת מניות

33. ככלל, מכירת מניות של תאגיד כמוה כמכירת כל "נכס" ועל כן יחויב הנישום המוכר בתשלום מס על רווח ההון שהתקבל על ידו כתוצאה מהמכירה (אלא אם הנישום עסק במסחר במניות ואז יחויב במס על פי סעיף 12) לפקודה (ראו ד' אלקינס לעיל כרך א' 353; ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ (21/02/2010); אהרון נמדר מס הכנסה פרק 25 (מהדורה שלישית, 2010)).

מוכר המניות יחויב במס בגין הרווח שמומש על ידו, דהיינו בגין הפרש שבין עלות רכישת המניות לבין התמורה שקיבל במכירתן (ראו ע"א 10800/06 סלמן נ' פקיד שומה טבריה (13/7/2011); ד' אלקינס, מיסוי חברות ובעלי מניותיהם כרך א' 353 (2009); נמדר לעיל, 631). בהערת אגב נזכיר כי המחוקק הבחין בין הפרש השווי הנובע מעליית ערך הכסף- סכום אינפלציוני- לבין עליית הערך הריאלית של הנכס וקבע הטבות מס לעליית הערך האינפלציונית; תחילה נקבע שיעור מופחת של 10%



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

על הסכום האינפלציוני ומשנת 1994 הופטר הסכום האינפלציוני ממס (סעיף 91ג) לפקודה והגדרת הסכום האינפלציוני החייב בסעיף 88 לפקודה). קיימות גם הוראות נוספות שקובעות משטרי מס מיוחדים למכירת ניירות ערך בנסיבות מתאימות, אלא שאין צורך לדון בהסדרים מיוחדים אלו בתיק זה.

34. כלל זה ולפיו יראו בכל הרווח הממומש במכירת מניות של תאגיד כהכנסה חייבת במס יוצר קשיים, מקום שבו בקופת החברה, בעת מכירת מניותיה, מוחזקים רווחים הניתנים לחלוקה. אם יחולקו הרווחים לבעלי המניות טרם מכירת החברה, יחויבו בעלי המניות במס על דיבידנד, שהוא מס מופחת המהווה שלב במיסוי הדו-שלבי. אם יותירו בעלי המניות את הרווחים בקופת החברה, הרי שהתמורה שתתקבל ממכירת המניות תושפע מקיומם של אותם רווחים ורווח ההון שבגיניו ישולם מס יכלול את שוויים של הרווחים הצבורים. אם לא יקבעו הסדרים מיוחדים, הרי שאותם רווחים הצבורים בקופת החברה, ואשר לא נמשכו כדיבידנד, יכללו בתמורת המכירה ויחויבו במס בשיעור המס החל על רווח ההון. תוצאה זו עלולה להביא לעודף מס (אלקינס לעיל עמ' 354). כמו כן תוצאת מס זו עשויה להשפיע על התנהגות הצדדים ועל החלטותיהם בכל הנוגע לחלוקת רווחים ולמכירת המניות.

35. ניתן היה לחשוב על פתרונות שונים שימנעו עודף מס ויצמצמו את ההשפעה של דיני המס על התנהגות הנישומים (ראו אלקינס לעיל עמ' 352 ואילך). המחוקק הישראלי בחר לפתור את הקשיים בדרך של מתן הטבת מס בעת מכירת מניות חברה, לאותו חלק בתמורה המשקף את רווחיה הצבורים של החברה שאותם ניתן היה לחלק, ערב המכירה, כדיבידנד לבעלי המניות. באופן כללי ניתן לומר שהמחוקק קבע כי החלק בתמורה השווה לרווחים אותם יכול היה בעל המניות למשוך כדיבידנד, ימוסה בשיעור מס מופחת המשקף את שיעור המס שהיה מחויב בו אילו משך את הרווחים. באופן כזה נמנע עודף המס והמוכר יכול להותיר את הרווחים בקופת החברה על מנת שישמשו את החברה על פי שיקולי הרוכש.

המחוקק לא קבע משטר מס מיוחד לכל הרווחים שנצברו בחברה אלא צמצם את משטר המס המיוחד לרווחים שנצברו בתקופה מוגבלת. זאת ועוד, הואיל ומשטר המס לגבי מיסוי רווחי הון השתנה במהלך השנים, נדרשו גם התאמות בין ההסדר המיוחד לגבי רווח ההון בגין חלק התמורה השווה לרווחים הראויים לחלוקה לבין השינויים במשטר המס ולא תמיד נעשתה התאמה מלאה.

מיסוי רווח הון במכירת מניות כאשר בקופת החברה רווחים ראויים לחלוקה

36. ההוראה שנחקקה כדי לטפל בסוגיות מיסוי הרווחים שנצברו בחברה בעת מכירת מניות החברה, היא הוראת סעיף 94ב' לפקודה. בהוראה זו נעשו מספר שינויים במשך השנים.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

כאשר נחקק סעיף 94ב' הנ"ל לראשונה, הוטל על הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו בקופת החברה מס בשיעור 10%. הסעיף המקורי קבע כי הרווחים הראויים לחלוקה שבחברה ייחשבו כ"סכום אינפלציוני חייב" ששיעור המס עליו הוא 10%. הגדרה זו של הרווחים הראויים לחלוקה כסכום אינפלציוני חייב, הוגדרה על ידי בית המשפט כ"תקלה חקיקתית" (ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, 606 (2005); א' רפאל לעיל בעמ' 64).

ההוראה המקורית גם קבעה מגבלת עיתוי לצבירת הרווחים שיהנו מהטבת המס. נקבע, כי רווחים ראויים לחלוקה הם רווחים שנצברו מתום שנת המס שלפני מועד הרכישה ועד לתום שנת המס שלפני מועד המכירה, ובתנאי שלא תובא בחשבון תקופה העולה על שבע שנים שקדמו לשנת המכירה.

37. שינוי שיעורי המס על דיבידנד שחולק ושינוי משטר המס החל על רווח הון ממכירת נכסים, חייבו תיקון של הוראת סעיף 94ב' הנ"ל. בתיקון 132 לפקודה (מיום 4/8/2002) תוקן הסעיף, כך שהמס שיוטל על רווחים ראויים לחלוקה בעת מכירת מניות החברה השווה למס החל על דיבידנד חייב (ראו ע"א 10666/03 שטרית נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 4 (30/1/2006); ע"א 3266/08 טדן נ' פקיד שומה תל-אביב 1 (1/6/2011); ע"א 181/14 לעיל). כמו כן בוטלה מגבלת 7 השנים שלפני שנת המכירה ונקבע מועד קבוע לתחילת תקופת צבירת הרווחים הראויים לחלוקה. תחולת תיקון 132 היא מיום 1/1/2003. תיקונים נוספים נכללו בתיקון 147 מיום 10/8/2005 שתחולתו מיום 1/1/2006.

סעיף 94ב' לאחר שני תיקונים אלו קבע:

(א) במכירת מניה של חברה שמניותיה אינן רשומות למסחר בבורסה על ידי יחיד, אם יום רכישת המניות הנמכרות היה לפני המועד הקובע, או על ידי חבר-בני-אדם, יחולו הוראות אלה:

(1) שיעור המס על חלק רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה, כיחס שבין חלקו של המוכר בזכות לרווחים בחברה על פי המניה לכלל הזכויות לרווחים בחברה, יהיה שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד בסמוך לפני המכירה, לפי סעיפים 125ב או 126(ב), לפי הענין;

(2) על אף הוראות פסקה (1), שיעור המס על רווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה כאמור בפסקה (1) עד המועד הקובע, יהיה 10%; לענין סעיף זה, "הרווחים הראויים לחלוקה עד המועד הקובע" - הסכום שהיה נחשב כרווחים ראויים לחלוקה אילו נמכרה המניה במועד הקובע.

(א1) [...]

(ב) לענין סעיף קטן (א) -

(1) "רווחים ראויים לחלוקה" - רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק - עד ליום סיום הליכי הפירוק, ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכל



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהיונו; אולם סכומים שנצטברו בקרן לייצוב ההון כמשמעותה בסעיף 53 לחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, או סכומים שניכויים הותר על פי סעיף 53 לחוק האמור, או רווחים כאמור באגודה שיתופית באותן שנים שבהן חלו בחישוב הכנסתה סעיפים 56, 57, 61 ו-62 ואותם רווחים נכללו ביתרת המחיר המקורי, לא יהיו בגדר רווחים הראויים לחלוקה, וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא יקוזז ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו;

(2) [...]

(ג) הוראות סעיף קטן (א) יחולו אם המוכר המציא לפקיד השומה חישוב המראה את הרווחים הראויים לחלוקה כאמור בסעיף קטן (ב).

38. בעקבות תיקונים אלו נוצרו למעשה שלושה משטרי מס שונים החלים על אותו חלק מרווח ההון המוגדר כרווחים ראויים לחלוקה. רווחים ראויים לחלוקה שנצברו לפני 1/1/1996 אינם נהנים מכל הטבת מס ויחול עליהם מס רווחי הון בחישוב לינארי, כאמור בסעיף 91 לפקודה (תקופה זו להלן "התקופת הקודמת"). על רווחים ראויים לחלוקה שנצברו מיום 1/1/1996 ועד 31/12/2002 (כלומר עד תחילת תוקפו של תיקון 132), יחול שיעור המס המופחת של 10% בהתאם לסעיף 94ב(א)(2) לפקודה (תקופה זו להלן "תקופת ההטבה הראשונה"). רווחים ראויים לחלוקה שנצברו לאחר 1/1/2003, ייהנו מהטבת המס העדכנית, דהיינו יחויבו במס בשיעור המס החל על חלוקת דיבידנד, כאמור בסעיף 125ב' או 126ב' (לענייננו 25%) (תקופה זו להלן "תקופת ההטבה השנייה").

השאלה המרכזית העולה היא, כיצד ניחס את הרווחים הראויים לחלוקה שנצברו לכל אחת מהתקופות השונות בכל אחת מהחברות, החברות הנעברות והחברה הקולטת.

39. בטרם נבחן את השאלה האמורה, ראוי להזכיר כי הרווחים הראויים לחלוקה עליהן יחולו משטרי המס השונים על-פי תקופת צבירתם, הם רק אותם רווחים הכלולים בהגדרת רווחים ראויים לחלוקה כמופיע בסעיף 94ב(ב) שבפקודה. הגדרה זו אינה מאמצת את הכללים הקבועים לחישוב יתרת עודפים בחברה, אלא קובעת הוראות כיצד להגדיר רווחים ראויים לחלוקה. מגבלות אלו כוללות שני נדבכים; האחד, מגבלת עיתוי- רק רווחים שנצברו בתקופה שמתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניות ועד לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה. משמע, רווחים שנצברו לאחר תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה, לא נכללים בהגדרה ולא ייהנו מהטבת מס, אף אם הם נצברו עד ליום המכירה. ומאידך, גם רווחים שנצברו לפני מועד הרכישה, כלומר לפני שה"נכס" נשוא המכירה הגיע לידי בעל המניות המוכר יובאו בחשבון, אם נצברו מתום שנת המס שקדמה לשנת הרכישה.

מגבלה נוספת עוסקת באופן חישוב הרווחים. הסעיף קובע שתי חלופות חישוב; הרישא להגדרת רווחים ראויים לחלוקה קובעת את ה"חלופה החשבונאית", דהיינו הרווחים יחושבו על פי



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

מאזן החברה. הסיפא קובעת את "החלופה המיסויית", לפיה יובאו בחשבון רק רווחים שחויבו במס (כלומר היו נתונים למיסוי בשלב הראשון). ודוקו, תוצאת החישוב בכל אחת מהחלופות עשויה להיות שונה; לעיתים החלופה החשבונאית תכלול רווחים שלא יכללו בחלופה המיסויית ולעיתים להיפך (ראו למשל ע"מ (ת"א) 1346/08 מאיר נ' פקיד שומה רחובות (5/12/2012)). הרווחים הראויים לחלוקה שייחנו מהטבת המס על פי סעיף 94ב', יחושבו לפי הנמוכה בין שתי החלופות (בעניין זה נזכיר כי קיימת מחלוקת אילו רווחים יכללו בחלופה המיסויית, כמו למשל בכל הנוגע לרווחי שערך או לרווחי אקוויטי, ראו את הדיון בע"מ (ת"א) 29069-06-12 ז'ורבין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (28/07/2013); ע"מ (חי) 906/07 ברנע נ' פקיד שומה חיפה (23/11/2010)).

לאחר שקבענו את המסגרת המשפטית, נבחן את המקרה הנוכחי.

חישוב רווח ההון

40. שילוב ההוראה בדבר חישוב רווח ההון על פני שתי תקופות מחייבת קביעת הוראות בדבר הגדרת הרווח הריאלי, הגדרת הרווחים הראויים לחלוקה והגדרת הרווח האינפלציוני בכל תקופה.

סעיף 103ו(1) מורה כי בעת מכירת המניות בחברה הקולטת, יחושב מחיר הרכישה בהתאם למחיר הרכישה המקורי של המניות בחברה הנעברת כשהוא מתואם ליום המיזוג. סעיף 103ו(2) מבהיר כי הפרש התיאום יחושב כרווח אינפלציוני. בהתאם יחושב רווח ההון בתקופה השנייה, ממועד המיזוג ועד המכירה, כך שמחיר הרכישה בתקופה השנייה יהיה מחיר הרכישה המקורי כפי שתואם ליום המיזוג.

להוראה זו קיים סייג בסעיף 103ו(3). סייג זה מורה כי במקרה שבו נמכרת מניה חדשה, שניתנה תמורת מניה בחברה נעברת, אשר מועד רכישתה קדם ליום הקובע (1.1.2003) כמוגדר בסעיף 88 לפקודה), ייערך חישוב נפרד לגבי רווח ההון הריאלי. בחישוב רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע יראו ביום הרכישה המקורי של המניה בחברה הנעברת כיום הרכישה של המניה החדשה בחברה הקולטת.

41. תיאום מחיר הרכישה המקורי והבחנה בין רווח ריאלי לרווח אינפלציוני אינם מספקים, שכן יש לבחון גם האם היו בחברה הנעברת, במועד המיזוג, רווחים ראויים לחלוקה במובן סעיף 94ב' לפקודה, אשר השפיעו על שווי המניות, ובהתאם על הקצאת המניות בחברה הקולטת.

סעיף 2(2) לכללים מורה, כי בעת חישוב רווח ההון במכירת המניות בחברה הקולטת, יש להתחשב ברווחים הראויים לחלוקה שנצברו בחברה הנעברת במועד המיזוג, וכך נאמר:

לגבי התקופה שבה היה בעל מניות בחברה המעבירה והיא במגבלת



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

התקופות המנויות בהגדרת רווחים ראויים לחלוקה שבסעיף 94ב לפקודה, יובאו בחשבון, בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), חלק הרווחים הראויים לחלוקה כחלקו של מוכר המניה ברווחים אילו מכר את מניותיו בחברה המעבירה במועד המיזוג, לרבות לגבי שנת המס המסתיימת במועד המיזוג.

חישוב רווח ההון לגבי רווחים ראויים לחלוקה שכאלו ייעשה על פי הוראות סעיף 94ב לפקודה.

42. משמע, שלב ראשון בחישוב רווח ההון מחייב קביעת מחיר הרכישה המקורי של החברה הנעברת ותיאומו ליום המיזוג. לאחר מכן יש לקבוע האם נצברו בחברה הנעברת קודם למיזוג רווחים ראויים לחלוקה, ולחשב את רווח ההון והמס המתייחס לרווח זה על פי הוראת סעיף 94ב. רווח ההון הריאלי במניות שנרכשו לפני היום הקובע, כמו במקרה שלפנינו, יחושב לפי יום הרכישה המקורי של המניה הנעברת.

43. לאחר קביעת מחיר הרכישה של מניות החברה הקולטת שהוקצו לבעל המניות בחברה הנעברת (כאמור, מחיר רכישה מקורי המתואם ליום המיזוג), ייערך חישוב רווח ההון בתקופת האחזקה במניות החברה הקולטת. בחישוב רווח הון יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה בחברה הקולטת בלבד מהתקופה שלאחר המיזוג, כלומר תקופה שבה החזיק המוכר מניות.

44. כאשר בוחנים את חישוב רווח ההון בעניינם של המערערים על פי עקרונות אלו, מתחייבת המסקנה כי דין ערעורם להידחות. ראשית, כפי שפורט לעיל, את חישוב רווח ההון יש לעשות בדרך של פיצול התמורה לשלוש חברות הנעברות בלבד, לפי שוויון היחסי במועד המיזוג. שנית, כפי שניתן לראות מחישוב המשיב בצווי השומה, המשיב פעל על פי עקרונות אלו. המס על הרווחים הראויים לחלוקה חושב על ידי המשיב לכל תקופה על פי הוראות סעיף 94ב לפקודה. המשיב מדגיש כי שיעור המס על הרווח הריאלי (25%) היה זהה לשיעור המס על הרווחים הראויים לחלוקה בחברה הקולטת לאחר המיזוג ועל כן לא היה צורך לערוך פיצול. מאחר ואין חולק על שיעורי המס, אין מקום להתערב בחישוב.

45. המערערים טוענים כי נפלה טעות חישוב אצל המשיב, כאשר חישוב את הרווחים הראויים לחלוקה בחברת מור לפי סך של 103,738 ₪ במקום 164,564 ₪. טענה זו לא מובנית לי, שכן גם המערערים בחישוב שערכו בנספח ב' לעובדות המוסכמות, ציינו כי הרווחים הראויים לחלוקה בחברת מור לאחר המועד הקובע היו 103,738 ₪. לא מצאתי על מה סומכים המערערים בטענה, כי הוסכם על סך של 164,564 ₪ ועל כן דין הטענה להידחות.

על כן טענות המערערים לעניין חישוב רווח ההון דינן להידחות.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

מועד הרווח

46. כפי שראינו, הצדדים חלוקים בשאלה מהו המועד שבו יחושב רווח ההון, מועד החתימה על הסכמי המכר, כטענת המשיב, או מועד השלמת המימוש, כטענת המערערים.

המערערים טוענים כי בתוספת להסכמי המכר הושגה הסכמה להתנות את תוקפם של הסכמי המכר במימוש ההסכמה בדבר הסרת הערבויות שנתנו המערערים לנושי החברות. המערערים מפנים לתוספת, שם נאמר מפורשות כי "הסרת הערבויות לעיל הינה בבחינת תנאי מתלה להסכמי המכר מיום 28.10.2010. כלומר, רק עם קיום התנאי המתלה יהא ניתן להביא את ההסכם לכלל מימוש וקיום".

47. עיון בהסכמי המכר מגלה כי נושא הסרת הערבויות לא נעלם מעיני הצדדים ובסעיף 6 נקבעו הוראות בדבר העברת המניות. וכך נאמר:

6.1 במעמד חתימת הסכם זה ייחתמו שטרי העברת המניות ע"ש הקונה, מאת המוכר/ת. שטרי העברה אלה יוחזקו בנאמנות בידי עו"ד אלעד לרון, עד הסרת מלוא הערבויות כלפי צדדי ג' ו/או בנקים אשר חתם/מה עליהן המוכר/ת, עבור החברה.

6.2 העברת המניות ע"ש הקונה ברשם החברות תעשה תוך 7 ימים מיום הסרת הערבויות, כאמור.

בהסכמי המכר אין כל הוראה המתנה את תוקפם של ההסכמים בהסרת הערבויות, אלא כלולה רק הוראה, כמפורט לעיל, המתנה את ביצוע העברת המניות ורישום ההעברה, בהסרת הערבויות. בסעיף 2.1 להסכם, המגדיר את מהות ההסכם, נאמר בלשון הווה כי "המוכר/ת מוכר/ת לקונה, והקונה קונה מהמוכר/ת [...]". עוד ניתן לראות כי התמורה שולמה לפני מועד החתימה ולא הותנתה בהסרת הערבויות (סעיף 5 להסכמי המכר). אין בהסכמי המכר כל תנאי בנוגע למועד העברת זכויות הניהול, ההצבעה או מועד העברת כל זכות אחרת, הנובעת ממכירת המניות לקונה וניתן להבין כי עם החתימה עברו כל הזכויות הנלוות להחזקה במניות לידי הקונה.

48. כזכור, הצדדים הסכימו על רשימת עובדות ופולגותאות. אין בפני כל ראיה לגבי העברתן בפועל של הזכויות בחברות, כגון ראיות לגבי ניהול החברות לאחר מועד החתימה על הסכמי המכר, ראיות על תשלומי דיבידנד בחברות, ראיות על אסיפות של בעלי מניות, מינוי דירקטורים ודומה. בהעדר ראיות סותרות, ההנחה היא כי הצדדים פעלו על פי האמור בהסכם, כלומר הזכויות הנלוות למניות הועברו לקונה עם החתימה ושטרי העברת המניות הוחזקו בנאמנות עד להסרת הערבויות.

49. טענת המערערים לעניין מועד רווח ההון דינה להידחות. המערערים מבססים טענתם על הוראת התוספת, הקובעת כי הסרת הערבויות מהווה תנאי מתלה ומבקשים ללמוד מכך, כי כל עוד לא הוסרו הערבויות לא נכנסו הסכמי המכר לתוקף. טענה זו דינה להידחות מכמה טעמים.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 16-07-12897 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 16-07-12918 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

נוסח ההוראה בתוספת אינו תומך בטענת המערערים. בתוספת נאמר כי רק עם קיום התנאי המתלה [...] יהא ניתן להביא את ההסכם לכלל מימוש וקיום". משמע, אין בהוראת התוספת התניה על תוקפו של ההסכם אלא רק הוראה המתייחסת להשהיית מימושו. זאת ועוד, על ההסכמים יש להתבונן במבט כולל ואין לנתק את הוראות התוספת מהוראות הסכמי המכר. ראינו כי הסכמי המכר אינם כוללים כל התניה על תוקפם של ההסכמים, אלא רק מורים כי רישום העברת המניות יעוכב עד הסרת הערבויות. אילו ביקשו הצדדים לשנות את הוראות הסכמי המכר, היה עליהם לומר זאת מפורשות. אין זאת אלא שהתוספת נועדה להבהיר את שהוסכם, כלומר התניית העברת המניות ברשם החברות. נזכיר כי על פי ההסכמים שולמה כל התמורה לפני החתימה. אין ראייה כיצד נהגו הצדדים בפועל. מכאן שהמסקנה המתחייבת היא כי התוספת לא שינתה את העיקרון שנקבע בהסכם, לפיו מושהית רק העברת המניות ברשם החברות.

50. מסקנה זו מתיישבת גם עם הדין הכללי, שהרי נאמר לא אחת כי כבר מרגע הכריתה [...] חוזה על תנאי הוא חוזה שלם, בעל תוקף מלא, אלא שביצעו מותנה בתנאי" (ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אוויר בע"מ, פ"ד מז(2) 642, 649 (1993); ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון, בפסקה 8 לחוות דעת השופטת חיות (29.2.2016)). משמע, אפילו היה ניתן לפרש את הסכמי המכר והתוספת ככוללים תנאי מתלה כאמור בסעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, וכאמור איני סבור כך, הרי שלא היה בכך לשנות לגבי מועד תוקפם של ההסכמים.

51. חשוב לזכור גם כי סעיף 88 לפקודת מס הכנסה מגדיר את המונח "מכירה" בהגדרה רחבה ביותר, הכוללת בחובה כל העברה של נכס (ראו א' נמדר מס הכנסה- יסודות ועיקרים הנ"ל, בעמ' 556). הגדרה זו כוללת בחובה גם עסקה מותנית.

השאלה האם עסקה מותנית מהווה מכירה לצורך קביעת רווח הון והטלת חובת תשלום מס נדונה בהרחבה בעסקאות מקרקעין, בהן רווח ההון משולם על פי חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. כך בע"א 489/89 שרון נ' המנהל לעניין חוק מס שבח מקרקעין, פ"ד מו(3) 366 (1992) אומר בית המשפט, כי "בחווה המותנה בתנאי מתלה, "יום המכירה" לעניין החיוב במס שבח הוא יום כריתת החוזה" (שם עמ' 370) (ראו גם ע"א 10846/06 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין-רחובות (23/12/2011); "הדרי" מיסוי חוזה מכירה עם תנאי מתלה לפי חוק מס שבח מקרקעין" עיוני משפט יז 287 (תשנ"ג); ע"א 738/89 ינובסקי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מו(5) 541 (1992); ע"א 9559/11 מנהל מיסוי מקרקעין נ' שעלים ניהול נכסים (30/09/2013)).



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

52. עוד נזכיר את ההלכה ולפיה בפרשנות דיני המס יש לשאוף לפרשנות המקדמת את ה"הרמוניה החקיקתית", דהיינו עלינו לאתר את הפירוש שיתיישב עם הדין הכללי. דברים ברוח זו נאמרו בע"א 496/93 פקיד שומה חיפה נ' סמו, פ"ד נ(4) 432 (1996):

הכלל הוא, שיש לשאוף להרמוניה חקיקתית, הן בין דיני המס השונים בינם לבין עצמם והן בין דיני המס לבין הדין הכללי. יש להניח, שדיני המס משתלבים בדין הכללי.

"דבר החקיקה אינו עומד בבדידותו. הוא מהווה חלק ממערך החקיקה. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה חקיקתית. כל חוק אינו עומד בפני עצמו... החוקים כולם מהווים מערכת אחת, והם משתלבים בתוכה אלה באלה, תוך הרמוניה חקיקתית" (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 765).

על הפרשן להניח, כי מחוקק המס הניח את קיומו של דין כללי - כמו דיני קניין, נזיקין, חוזים, שטרות - וזה היה לנגד עיניו, וכי ביקש ליצור הרמוניה בין הדינים הכלליים ודיני המס. לפיכך, כשכוללת הוראה בחוק מס מונח או מושג אשר מצאו את ביטויים ומובנם במשפט הפרטי, יינתן להם, באין כוונה אחרת משתמעת על פי תכליתה של ההוראה בחוק המס, פירוש העולה בקנה אחד עם מובנם במשפט הפרטי.

"כאשר חוק מסוים בתחום המשפט הציבורי (כגון חוק פלילי או חוק מסים) מתייחס למושגים של המשפט הפרטי, החזקה היא שהוא מכוון אל משמעותם במשפט הפרטי" (ברק, פרשנות במשפט, כרך שני, פרשנות החקיקה, בעמוד 592).

ברוח זו, כשהתעוררה השאלה מהו "יום המכירה" לגבי עסקה במקרקעין לעניין חוק מס שבח מקרקעין, כשהחווה כלל תנאי מתלה, נזקק בית המשפט לשאלה מה דינו של חוזה כזה בדיני חוזים, ועל פי דינים אלה נקבע שהחווה השתכלל עם חתימתו (ע"א 489/89 שרון נ' המנהל לעניין חוק מס שבח מקרקעין, פ"ד מו(3) 366). באותו עניין אומר השופט שמגר:

"מסקנתי היא, כי יש לשאוף להרמוניה בין החוקים השונים. אין זה רצוי כי חוזה יחשב כחוזה שלם מההיבט החוזי ואילו לצורך חוק מס שבח נראה בו חוזה בלתי שלם ולא מחייב" (ע"א 489/89 שרון נ' המנהל לעניין חוק מס שבח מקרקעין, עמוד 369).

הדין הכללי מורה כי הסכם מותנה בתנאי מתלה הוא הסכם שלם ותקף. מכאן שגם לצורך קביעת יום המכירה לצורך חישוב רווח ההון, יש להעדיף את מועד ההסכם ולא את המועד שבו הושלמו הפעולות הנדרשות לשם מימושו של ההסכם.

סוף דבר

53. מן האמור מתבקשת המסקנה כי לא נפל פגם בחישוב רווח ההון שנצבר למערערים כפי שנערך על ידי המשיב. לא נפל פגם בפיצול התמורה בין שלושת החברות הנעברות בלבד, לא נפל פגם בחישוב רווח ההון ולא נפל פגם בקביעת יום החישוב ליום כריתת הסכמי המכר.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"מ 12897-07-16 ישראלי נ' פקיד שומה חיפה
ע"מ 12918-07-16 מושקוביץ נ' פקיד שומה חיפה

על כן אני דוחה את הערעורים.

המערערים ישלמו למשיב הוצאות הערעורים ושכר טרחה בסך כולל של 7,500 ₪ כל אחד.

ניתן היום, ז' אלול תשע"ז, 29 אוגוסט 2017, בהעדר הצדדים.

רון סוקול, סגן נשיא