



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

בפני: ועדת הערר לפי חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963
שליד בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

11 ספטמבר 2023

כב' השופט ה' קירש, יו"ר ועדת הערר
רו"ח צבי פרידמן, חבר
רו"ח יהושע בליצקי, חבר

העוררת: אלדר נכסים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד זיו שרון, אורית קוך ומיכל רצ'ולסקי

- נ ג ד -

המשיב: מנהל מיסוי מקרקעין מחוז תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד יעל הרשמן מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

פסק דין

רו"ח צבי פרידמן, חבר:

פתח דבר

1. עניינו של הערר דנן בשומות מס שבח שהוציא המשיב לעוררת בשל מכירת מניות של חברת בת, הנחשבת כ-"איגוד מקרקעין", שנרכשו בשני מועדים (בשתי שכבות), בשאלת דרך חישוב השבח במקרה כאמור, ויישום הוראות סעיף 94ג לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן - "הפקודה" או "פקודת מס הכנסה") בשל חלוקת דיבידנד בתקופה של שנתיים עובר למכירה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

רקע עובדתי (שאינו שנוי במחלוקת):

2. העוררת, חברת אלדר נכסים בע"מ, הייתה, עובר למכירת חלק מהמניות בינואר 2018, הבעלים של מלוא הון המניות של חברת קניונים בישראל בע"מ (להלן: "חברת הבת"). חברת הבת הינה בעלת מלוא הזכויות בקניון הבנוי ברחוב יוספטל 92 בבת-ים (להלן: "קניון בת ים" ו/או "הקניון").
3. אין מחלוקת שחברת הבת הינה בגדר "איגוד מקרקעין".
4. מחצית מהון המניות של חברת הבת הוקצתה לעוררת עם הקמתה בשנת 1987 תמורת הערך הנקוב (5 מיליון ש"ח), ומחצית מהון המניות נרכשה על ידי העוררת בחודש אפריל 2008 מחברת שופרסל בע"מ תמורת סך של כ- 156.8 מיליון ש"ח (כ- 163.4 מיליון ש"ח בתוספת ריבית והצמדה).
5. ביום 24.1.2018 חתמה העוררת על הסכם למכירת מחצית מהון המניות של חברת הבת לחברת ביג מרכזי קניות בע"מ (להלן: "ביג" ו/או "הרוכשת") תמורת 124,812,500 ש"ח.
6. חברת הבת נהגה לחלק דיבידנדים באופן שוטף לחברת האם שלה (לעוררת). כך, למשל, בשנת 2008 חילקה חברת הבת 68 מיליון ש"ח ובשנת 2014 כ- 25 מיליון ש"ח. בהתאם לטופס 1214ב' של חברת הבת לשנים 2016 ו-2017, חולקו דיבידנדים כדלקמן: בשנת 2016 חולק דיבידנד בסכום של 27.2 מיליון ש"ח אשר יוחס בחלקו (21.033 מיליון ש"ח) לרווחים השוטפים, ואילו יתרת הסכום (6.167 מיליון ש"ח) יוחס לרווחי שנת 2015; בשנת 2017 חולק דיבידנד בסכום כולל של 31 מיליון ש"ח אשר יוחס בחלקו (20.768 מיליון ש"ח) לרווחים השוטפים, ואילו היתרה (10.232 מיליון ש"ח) לרווחים משנת 2016. חלק מהרווחים חולקו מתוך רווחי שערך הקניון שבעלות חברת הבת וחלקם מרווחים השוטפים שנצברו בחברת הבת מפעילות הפעלת הקניון.
7. העוררת חישבה את שומתה העצמית בגין מכירת המניות לביג בדרך של עריכת תחשיב אחד המפחית את כלל העלויות של העוררת משווי המכירה, תוך ייחוס שווי הרכישה פרו-רטה לשתי הרכישות, מבלי לפצל את החישוב לשתי עסקאות שונות. סכום המס לפי השומה העצמית הינו 3,093,418 ש"ח.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

8. בדו"ח הכספי של העוררת לשנת 2018 הוכר הרווח החשבונאי כרווח בדרך של מכירה פרו-רטה של שתי שכבות המניות.
9. המשיב ערך את השומה בשלב א' כדלקמן: בגין כלל העסקה יצאה שומה אחת בלבד הכוללת חישוב נפרד לכל רכישה ורכישה: רכישת 1987 כונתה "רכישה 1" ורכישת 2008 כונתה "רכישה 2". בטבלת "חישוב מס השבח" נקבע כי השבח מרכישה 1 הינו 59,156,624 ש"ח ואילו השבח מרכישה 2 הינו (מינוס) 15,620,038 ש"ח (הפסד). בהמשך החישוב נקבע בשומה כי קיים הפסד הון בגובה 15,620,038 ש"ח והפסד זה קוזז מהשבח בגין רכישה 1, באופן שנקבע בשומה כי השבח בעסקה הינו 43,536,586 ש"ח.
10. מאוחר יותר, במסגרת החלטתו בהשגה, קבע המשיב כי חישוב השבח שבוצע בשלב א' היה מוטעה וסירב להפחית את ההפסד מהשבח בהיעדר אישור פקיד השומה לקיזוז ההפסד, בנימוק שלפי הוראות 94 לפקודה יש ל"אייץ" את הפסד ההון (היות ובתקופה של 24 חודשים שלפני מכירת המניות חילקה חברת הבת דיבידנדים לעוררת בפטור ממס בסכומים העולים על הפסד ההון).
11. מבחינה טכנית, "איפס" המשיב את ההפסד בדרך של הקטנת שווי הרכישה של הרכישה משנת 2008.
12. יצוין כי בפני הוועדה הופיעו העדים הבאים (פרוטוקול הדיון מיום 25.5.2022): מטעם העוררת העיד מר דוד דולה (סמנכ"ל כספים של חברת האם של העוררת), ומטעם המשיב העיד מר שלומי צברי.

סלע המחלוקת

13. סלע המחלוקת שבין הצדדים מתמקד בשאלה כיצד יש לחשב לצרכי מס השבח את תוצאת המס ממכירת המניות, שנרכשו בשני מועדים שונים.
- הסוגיה אשר הצדדים העמידו להכרעת הוועדה הינה, האם מכירה של מניות בחברה הינה מכירה של מספר נכסים בהיות כל מניה ומניה נכס נפרד, כטענת המשיב, או שמא, לאור העובדה שמדובר בעסקת מכר אחת, יש לבצע חישוב סל אחד הכולל את סך כל התמורה בגין המניות בניכוי סך כל עלות הרכישה של כלל המניות. במילים אחרות: מהו הנכס הנמכר – האם חלק מהחברה בעסקת מכר אחת (כטענת העוררת) או מספר נכסים (כטענת המשיב).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

14. ככל שיקבע שיש לבצע חישובים נפרדים לכל שכבה ושכבה - האם יש מניעה מלקזז את ההפסד הנובע מאחת השכבות כנגד הרווח מהשכבה האחרת, וזאת לאור הוראות סעיף 94 לפקודה ה"מאין", בתנאים מסוימים, הפסד במידה וחולק דיבידנד תוך שנתיים עובר למועד המכירה.

15. ככל שיקבע שיש לבצע חישובים נפרדים לכל שכבה ושכבה ויש מניעה לקיזוז ההפסד - האם ניתן לייחס עלות לכל שכבה ושכבה בהתאם לשיטה שתקבע העוררת - במקרה דנן לפי שיטת "אחרון נכנס ראשון יוצא" (שיטת "ליפוי") - או במילים אחרות: האם ניתן לקבוע את זהות המניות הנמכרות בשיטה שתטיב עם העוררת, על אף שבשומתה העצמית ייחסה העוררת את זהות המניות לפי שיטת הפרו-רטת (עלות ממוצעת של שתי הרכישות).

טענות הצדדים (בתמצית):

16. לטענת העוררת, המשיב נקט בביצוע חישוב מאולץ ומלאכותי, תוך סטייה מהוראות החוק וסטייה מעמדת רשות המיסים עצמה, והכול במטרה לייצר הפסד מלאכותי בעסקה שהניבה לעוררת רווח. לאחר שייצר הפסד מלאכותי (לכאורה) משכבת מניות אחת והגדיל בצורה מלאכותית את הרווח בשכבה השנייה, מסרב המשיב לקזז את ההפסד המלאכותי כנגד הרווח המלאכותי, בטענה שיש להחיל בעניין זה את הוראות סעיף 94 לפקודה.

חישוב זה שערך המשיב, כך לטענת העוררת, מנוגד למהות הכלכלית האמיתית של העסקה, שכן המדובר בעסקה אחת – נעשתה מכירה אחת של מחצית ממניות החברה, ואין מקום לבצע פיצול מלאכותי של העסקה לשתי עסקאות נפרדות.

ממשיכה העוררת וטוענת, כי חישוב זה של המשיב חוטא לעקרונות יסוד בפסיקה של חתירה למס אמת. בשעה שהמדובר בעסקה אחת אשר נסתיימה ברווח, אין תחולה לסעיף 94 לפקודה, וזאת בפרט כאשר, בנוסף, אין מקום להחיל סעיף זה במסגרת חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישת), תשכ"ג-1963 ("חוק מיסוי מקרקעין"). לטענת העוררת, גם אם המדובר בשתי עסקאות נפרדות, אין להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה, היות ויש לבחון סעיף זה במשקפי עסקה מלאכותית (זאת לאור מטרתה ותכליתה של חקיקת סעיף זה), והרי אין כל מלאכותיות במעשי העוררת.

לחילופין טוענת העוררת, שככל שהמשיב טוען שהמדובר בשתי עסקאות נפרדות אשר לא ניתן לערוך קיזוז ביניהם, תהא העוררת רשאית לבחור באופן ספציפי אלו מניות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

היא מוכרת, ובמקרה האמור, תבחר העוררת למכור את קבוצת המניות שנרכשה בשנת 2008.

עוד מוסיפה העוררת וטוענת, שככל שיתקבלו טענות המשיב, ומאחר שחלק מהדיבידנדים מוסו במסגרת פשרה עם פקיד השומה, הרי יש לראות את הדיבידנדים ששולם עליהם מס כעומדים כנגד הפסד המס הנטען בערר זה. ומאחר שגובה הדיבידנדים עליו שולם המס גבוה מהסכום ההפסד, אין מקום להקטנת הפסד כלשהו במקרה דנן, ויש להשיב את התיק לשלב ההשגה על מנת לדון בטענה זו של העוררת. יוסבר לעניין זה, כי בהתאם להסכם הפשרה לשנות המס 2014-2017, אשר נחתם עם פקיד השומה בחודש פברואר 2023 (לאחר דיון ההוכחות), שילמה העוררת מס נוסף בסכום של 4,982,871 ש"ח (הסכום כולל ריבית והצמדה).

17. מאידך, לשיטתו של המשיב, מאחר שבעסקת המכירה לביג נמכרו 5,000,000 מניות (מחצית מהזכויות בחברת הבת), ומאחר שכל מניה הינה נכס נפרד, ומאחר והמניות כולן זהות ואין דרך להבחין ביניהן, הרי שיש לקבוע כי מחצית מהמניות שנמכרו לביג הן מחצית מהמניות שנרכשו בשנת 1987 (להלן-"מניות 1987") ומחציתן האחרת של המניות שנמכרו הינן מחצית מהמניות שנרכשו בשנת 2008 (להלן-"מניות 2008").

מאחר שהנתונים כולם זהים (מועד הרכישה, עלות, יום המכירה, תמורה וניכויים, תקופות השבח, הפיצול הליניארי, שיעורי המס וכיוצ"ב) בין כל אחת מהמניות בקבוצת "מניות 1987", והנתונים כולם זהים בין כל אחת מהמניות בקבוצת "מניות 2008", אזי טכנית החישוב נעשה לגבי כל אחת מקבוצת המניות הללו כקבוצה ולא באופן נפרד לכל מניה ומניה.

בגין מכירת "מניות 1987" – חישוב המס מוביל לתוצאה של שבת, ואילו בגין מכירת "מניות 2008" - חישוב המס מוביל לתוצאה של הפסד הון נומינלי בסכום של כ-15.6 מיליון ש"ח.

18. לטענת המשיב, ככל שהעוררת מבקשת לקזז את ההפסד כנגד השבח – עליה להמציא אישור מפקיד השומה על קיזוז הפסדים (בהתאם להוראות סעיף 48ב(א) לחוק מיסוי מקרקעין), ואישור כאמור לא הוצג עד למועד ההוכחות בערר זה. להבנת המשיב, הסיבה שבעטיה העוררת לא קיבלה אישור מפקיד השומה נובעת מיישום הוראת סעיף 94 לפקודה, בהינתן שחברת הבת חילקה לעוררת - חברת האם שלה - דיבידנדים (הפטורים ממס בידה) בסכום העולה על ההפסד ההון במהלך 24 החודשים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

שקדמו למועד המכירה. יתירה מזו, לטענת המשיב התחשבות בהפסד, בהתאם להוראות החוק, נעשית במונחים נומינליים, וכאשר "הקיצוץ" נעשה במסגרת חישוב אחד (כפי שערכה העוררת) הרי שההפסד מחושב במונחים ריאליים (הפסד ריאלי).

19. באשר לטענת העוררת, אשר מבקשת לטעון בשלב זה (ככל שטענותיה לא יתקבלו), שהמניות שנמכרו מושא ערר זה, הן כל המניות שנרכשו בשנת 2008, סבור המשיב שהטענה נוגדת את הדיווח של העוררת בשלב השומה העצמית: אין ייחוס כאמור בהסכם המכירה לביג, והעוררת לא הביאה כל ראיה לזיהוי של מניות ספציפיות שנמכרו בעסקת המכירה לביג. יתירה מזו, לטענת המשיב, אף במהות אין דרך לזהות את המניות שנמכרו ככאלו שנרכשו בשנת 2008 דווקא.

20. עוד טוען המשיב, שתוצאת מכירת "מניות 2008" הינה הפסדית, לא מפני שמצבה העסקי של חברת הבת (חברת קניונים) התדרדר מאז רכישת המניות בשנת 2008 ועד למכירתן בשנת 2018 (על אף ששוויו של הקניון עלה בהתמדה לכל אורך תקופת ההחזקה של העוררת במניות), אלא נעוצה בעובדה שחברת הבת חילקה לעוררת (חברת האם שלה שהחזיקה את מלוא המניות בה) דיבידנדים בהיקפים שעולים משמעותית על סכום ההפסד.

לטענת המשיב, חלק מהדיבידנדים שחברת הבת חילקה חויבו במס במסגרת שומה לפי הסכם פשרה עם פקיד השומה (ראה לעיל סעיף 16), ואילו חלק אחר מהדיבידנדים שחולקו – בשיעור העולה על ההפסד המתקבל ממכירת המניות משכבת 2008 - לא חויב במס כלל.

עוד מוסיף המשיב, שגם מבחינת המהות הכלכלית, הקיצוץ שמבצעת העוררת בין ההפסד שנגרם לה בעקבות חלוקת הדיבידנדים בתקופה של 24 החודשים שקדמו למכירה, לבין השבח שהופק ממכירת מניות אחרות, הוא שאינו מביא למס אמת, אלא נועד להרחיק את הצדדים ממס אמת, זאת תוך עקיפת הוראות סעיף 94 לפקודה והוראות הקיצוץ הקבועות בה. לדעת המשיב, השומה מושא הערר שהוציא לעוררת היא שמביאה לחיוב במס על הרווח האמיתי, שכן יש להביא בחשבון, מבחינה כלכלית, מעבר לכסף שקיבלה העוררת תמורת המניות שמכרה, גם את הדיבידנדים שהמניות השיאו לה במהלך השנים ולא מוסו על ידה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

דיון ומסקנות

21. דרך הילוכינו בדיון בערר דגן תהיה כדלקמן:

- (א) ראשית נבחן את החלק הנורמטיבי – הוראות החוק הרלוונטיות בענייננו.
- (ב) נבחן את הטענה החילופית של העוררת בדבר האפשרות לייחס את מכירת המניות לרכישה משנת 2008 בלבד.
- (ג) נדון בשיטה הנכונה לחישוב השבח/רווח ההון במקרה של רכישת הנכס במספר שלבים: האם יש לפצל גם את שווי המכירה (התמורה) לגבי כל רכישה ורכישה, או שמא יש לערוך את החישוב בדרך של חישוב כולל, וזאת לפי שווי מכירה אחת ושווי רכישה משוקלל.
- (ד) תחולת הוראות סעיף 94 לפקודה - האם יש לוועדה סמכות לדון בנושא זה.
- (ה) האם ניתן לקזז הפסדי הון/שבח בערכים ריאליים או שמא במונחים נומינליים בלבד?
- (ו) יישום הוראות סעיף 94 לפקודה בענייננו במידה ויש סמכות לוועדה לדון בנושא זה.
- (ז) סוף דבר - מסקנות ותובנות.

החלק הנורמטיבי

22. סעיף 7א לחוק מיסוי מקרקעין קובע:

"(א) לענין חישוב מס השבח בפעולה באיגוד מקרקעין יחולו הוראות חלק ה' וחלק ה'2 לפקודה, בשינויים המחויבים לפי העניין ובכללם שווי הרכישה ויום הרכישה של זכות באיגוד מקרקעין יהיה המחיר המקורי לפי הוראות חלק ה' וחלק ה'2 האמורים.

(ב)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

(ג) לעניין פטור ממס ושיעור המס החל על פעולה
באיגוד מקרקעין, יחולו ההוראות לפי חוק זה.

(ד)

23. סעיף 94 לפקודת מס הכנסה קובע:

"במכירת מניה על ידי חבר בני אדם, יופחת מסכום
הפסד ההון בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל
חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים
שקדמו למכירה אך לא יותר מסכום הפסד; לעניין
זה:

'דיבידנד' – למעט דיבידנד ששולם עליו מס בשיעור
של 15% או יותר;

'מס' – למעט מס ששולם מחוץ לישראל."

סעיף 94 לפקודה חוקק במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132),
התשס"ב-2002 ("הרפורמה במס"), אשר נכנס לתוקפו ביום 1.1.2003.

בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 3156 מיום 8.7.2002, בעמוד 797) נאמר:

"בסעיף 94 לפקודה, מוצע לקבוע כי במכירת ניירות
ערך לא יותר בקיזוז הפסד... זאת כדי למנוע יצירת
הפסדים מלאכותיים במכירת ניירות ערך."

בדו"ח הוועדה לרפורמה במס ("ועדת רבינוביץ"), שעל בסיסה חוקקה הרפורמה במס,
נאמר בין היתר:

"חלוקת דיבידנד יש בה כדי להוריד את שווי החברה
שחילקה את הדיבידנד. במקרה שבו בסמוך לחלוקת
הדיבידנד, נמכרות מניות החברה שחילקה את
הדיבידנד עשוי להיווצר הפסד הון לחברה המוכרת
כתוצאה מחלוקת הדיבידנד... התוצאה היא יצירת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

הפסד יש מאיין... מוצע לקבוע כי אם נוצר הפסד עקב מכירת המניות של חברה ב' בתוך שנתיים...".

24. סעיף 48ב לחוק מיסוי מקרקעין קובע בין היתר:

"(א) לעניין שיעורי המס והזיכויים ממנו, יראו את השבח, כפי שנקבע על פי חוק זה, כחלק מההכנסה החייבת במס הכנסה בשנת המס שבה נעשתה המכירה, והוראות סעיף 91(ג), ד(3א), (ה) ו-(ז) לפקודת מס הכנסה יחולו עליו...

(1) המס שחייבים בו על פי חוק זה, יראוהו כמקדמה על חשבון מס הכנסה, זולת אם המציא המוכר אישור מפקיד השומה שלפיו יש להפחית מסכום השבח סכום כלשהו בשל קיזוז הפסדים, או שיש לזכות מהמס סכום כלשהו בשל זיכויים על פי פקודת מס הכנסה, ובמקרה זה יתאם המנהל את המס לפי זה והוראות חוק זה יחולו על גביית המקדמה;

"(2)..."

(ההדגשות אינן במקור)

25. סעיף 100א1 לפקודת מס הכנסה מפרט את הסדר המס בחלוקת דיבידנד שמקורו ברווחי שערות, וכך נאמר בו בין היתר:

"(ב) ביצעה חברה חלוקה מרווחי שערות, יראו את הנכס שבשלו נרשמו בדוחות הכספיים של החברה המחלקת רווחי השערות, כאילו נמכר ביום החלוקה....."

"רווחי שערות" מוגדרים בסעיף כ"עודפים שלא התחייבו במס חברות, מהסוג שקבע שר האוצר...". שר האוצר לא טרח עד עצם היום הזה לקבוע מהם רווחי השערות, ומשכך ההסדר שאומץ בסעיף 100א1 לפקודה טרם נכנס לתוקף.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

חישוב רווח או הפסד במכירת חלק מ"נכס" שנרכש במספר מועדים (מספר שכבות):

26. כאמור בפרק העובדות, מניות העוררת בחברת הבת נרכשו בשני מועדים שונים: מחצית מהמניות הוקצו לעוררת עם הקמת חברת הבת בשנת 1987 תמורת ערך הנקוב (5,000,000 ש"ח) והמחצית השנייה של המניות נרכשה על ידי העוררת בשנת 2008.

בינואר 2018, מכרה העוררת מחצית מהחזקותיה בחברת הבת לביג. העוררת חישה את שומתה העצמית, בגין המכירה האמורה, כעסקה אחת (מבלי לפצל את שווי המכירה לכל שכבה ושכבה), וזאת בדרך של תחשיב אחד המפחית את כלל העלויות משווי המכירה הכולל, תוך ייחוס שווי הרכישה פרו-רטה לשתי הרכישות (שיטת הממוצע המשוקלל).

27. המשיב לא קיבל את השומה העצמית של העוררת, וערך את חישוב המס כאילו המדובר בשתי עסקאות שונות: מכירה אחת של מניות שנת 1987 שבגין נוצר שבח/רווח הון, ומכירה אחת של מניות שנת 2008 שבגין נוצר הפסד הון. המשיב לא הכיר בהפסד ההון בהעדר אישור פקיד השומה בדבר ההפסד אשר לא ניתן, כך להבנתו, עקב הוראות סעיף 94 לפקודה (המבטל הפסד הון שנוצר במכירת מניות אם תוך שנתיים חולק דיבידנד ללא חיוב במס).

28. לחילופין, טוענת העוררת, כי אם תתקבלנה טענות המשיב, היא מעוניינת לחזור בה מהחישוב הממוצע שערכה בשומתה העצמית ולייחס את מכירת 50% מאחזקותיה בחברת הבת למחצית המניות שנרכשו בשנת 2008 שבגין יש הפסד. לטענתה, ההוראה היחידה בדין הקובעת את סדר בחירת המניות הנמכרות מתייחסת אך ורק למניות נסחרות בבורסה מכוח תקנה 5 לתקנות מס הכנסה (חישוב רווח הון, במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה, מילווה המדינה או יחידה בקרן נאמנות), תשס"ג-2002. לטענת העוררת, הן על פי הדין הקיים והן על פי הפרקטיקה הנהוגה במס הכנסה, בהיעדר כל הוראה אחרת ביחס למניות שאינן נסחרות בבורסה, רשאית העוררת לטעון כי המניות שנמכרו מקורן ברכישה ספציפית – במניות שנת 2008.

דחיית הטענה החילופית של העוררת

29. נדון תחילה בטענה חלופית זו של העוררת, שכן אם נקבל טענה זו יתייתר הדיון לגבי טענות המשיב באשר לחישוב שערך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

לדעתי, צודק המשיב בדחיית הטענה החילופית של העוררת במקרה הספציפי של הערר דנן, ואנמק:

(א) העוררת, בשומתה העצמית, דיווחה על מכירת המניות - מחציתן משכבה אחת ומחציתן מהשכבה השנייה (עקרון הפרו-רטה), וזאת משום שהייתה סבורה שזו הדרך הנכונה והכלכלית לחישוב השבח. וכך הצדיק זאת מר דולה (העד מטעם העוררת) בדיון ההוכחות:

"... נסתכל על זה כלכלית, ואפילו שהיועצים אומרים שאפשר לעשות..." (עמוד 32, שורות 32-33).

(ב) גם בדוחות הכספיים של העוררת דווח הרווח החשבונאי בהתאם לעקרון הפרו-רטה, והרי ידוע שכללי החשבונאים אמורים לשקף נכונה את הרווח הכלכלי הנאות של המדווח.

(ג) ניתן בהחלט להוכיח ולזהות את המניות הנמכרות באופן ספציפי בשיטת הליפו, אולם זאת כאשר יש הצדקה כלכלית לכך וכאשר הזיהוי הוא אמיתי ולא נעשה באופן שרירותי לצורך הפחתה במס.

(ד) בפסק הדין ע"א 345/04 משה וינברג ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, ניתן ביום 22.9.2008, נידון מקרה בו ייחס הנישום מכירת קרקע מסוימת לרכישה האחרונה שביצע. בית המשפט דחה (בדעת רוב) את טענת הנישום לאור הוראות סעיף 27 לחוק המקרקעין, זאת עקב חוסר המסוימות המונע מעצם היותו כזה ייחוס תאריך רכישה פלוני במכירתו של חלק בלתי מסוים אלמוני.

ראוי לציין את דבריו של כבוד השופט רובינשטיין, שהיה בדעת המיעוט:

"... על כן, דעתי היא כי במקרה בהם ביד הנישום להראות אל נכון כי העסקה שביצע משמעותה, מבחינה כלכלית, מכירת זכויות ספציפיות במקרקעין, יש מקום לחרוג משיטת החישוב הנקוטה בהלכת קלמס, וכי כך הדבר במקרה הנוכחי [הנכס הנרכש לאחרונה טרם נרשם בטאבו ועבר זמן קצר בין הרכישה האחרונה למכירה-צ.פ.]."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

...

לסיכומו של דבר, דעתי היא כי מבחינת הטעמים שביסוד הלכת קלמס – השאיפה לגביית מס אמת, והשלכות הוראות סעיף 27 לחוק המקרקעין - מביאים למסקנה שיש לאפשר לנישום להראות כי בעסקה מסוימת, מבחינת מהותה הכלכלית, מכר זכויות ספציפיות בנכס המקרקעין, ולא חלק יחסי מכלל החזקותיו. אם לא יוכל לעשות זאת, ויש להניח כי כך יהיה במרבית המקרים, תמשיך כמובן לנהוג שיטת החישוב הקבוע בהלכת קלמס...

(סעיפים ח' ו- יב' לחוות דעתו של השופט רובינשטיין; ההדגשות אינן במקור)

(ה) בערר דנו, כאשר כל המניות מוחזקות ביחד, כאשר כולן מייצגות זכויות זהות בחברה, אין כל משמעות כלכלית ועניינית לבחירה במניות מסוימות מלבד המשמעות המיסויית והפחתת המס הנובעת מכך.

העוררת לא הביאה מטעמה כל עדות או ראיה אחרת לתמיכה בטענתה החלופית. לכך יש להוסיף כי בחוזה המכירה לביג אין כל ייחוס ספציפי של המניות הנמכרות, והעוררת בעצמה יישמה בשומתה העצמית את עקרון הפרו-רטה משום שסברה שזו השיטה הכלכלית והראויה לחישוב המס, ונהגה כך גם בדיווח החשבונאי שלה האמור לשקף את הרווח הכלכלי הנאות.

וכך העיד מר דולה - העד מטעם העוררת - בדיון ההוכחות מיום 25.5.2022:

"העד, מר דולה: ... כשאנחנו רואים את העסקה הזאת של המכירה... יש אפשרות להגיד 'בואו נשים מול התמורה את כל המניות שקנינו בשופרסל' ואז אני בהפסד. ובא ציון לגואל, אני לא צריך לשלם שום מס. נסתכל על זה כלכלית, ואפילו שהיועצים אומרים שאפשר לעשות, כי זו לא חברה ציבורית שבה, נניח, כתוב FIFO, נכנס ראשון יוצא ראשון. אני כיוון שהוא רואה את זה כלכלית, מסתכל על העניין והוא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

אומר '... לא נצהיר שמכרנו את המניות בסוף אלא נעשה ממוצע ואז מס הכנסה גם לא יידרש לשאלה הזו ויבין את העניין שהלכנו אתו בצורה (לא ברור)'. אני הנחתי שאם אני אגיד שאלה 50% האחרונים, מן הראוי יהיה דיון "למה זה 50% ולא אחרת". (עמוד 32, שורה 27 עד עמוד 33 שורה 6).

(ו) צודק המשיב בטענתו שהעוררות לא הוכיחה כלל, בראיות ברורות וברמה הנדרשת, שהיא מכרה מניות משכבת שנת 2008 בלבד. משכך דין טענתה החלופית להידחות (ראה גם דבריו של כבוד השופט רובינשטיין בפסק הדין בעניין וינברג, בסעיף 29(ד) לעיל).

(ז) לא זו אף זו, אם העוררת הייתה רוצה לחזור בה מהחישוב שערכה בשומתה העצמית, היה עליה לעשות זאת באמצעות תיקון שומתה העצמית בהתאם להוראות סעיף 85 לחוק מיסוי מקרקעין, ובכפוף לתנאים שנקבעו בסעיף האמור (כגון: גילויין של עובדות חדשות ועוד). העוררת לא נהגה כך, וגם אם הייתה נוהגת כך, ספק אם הייתה עומדת בתנאי הסעיף לתיקון השומה.

השיטה הנכונה לחישוב הרווח של "נכס" שנרכש במועדים שונים בחישוב לפי שיטת

הממוצע במקרה דנן

30. משהגענו לתובנה שיש לדחות את טענתה החלופית של העוררת, והחישוב הראוי לחישוב השבח הוא בשיטת ייחוס פרו-רטטה של שתי הרכישות, עולה השאלה מהי הדרך הנכונה לחישוב כאמור: האם יש צורך לפצל גם את שווי המכירה לכל חלק וחלק (טכנית, "כאילו" המדובר בשתי מכירות שונות), או שמא אין לפצל את שווי המכירה לכל חלק וחלק אלא רק לייחס את העלויות ושווי הרכישה לפי שיטת הפרו-רטטה.

לדעת העוררת, יש לבצע את החישוב באופן מאוחד לפי העלות הממוצעת של שתי הרכישות כעסקה אחת מבלי לפצל גם את שווי המכירה, ואילו לדעת המשיב יש לבצע את חישוב המס באופן בו כאילו מדובר בשתי מכירות שונות, שכן כל מניה היא נכס נפרד ואולם מכיוון שהנתונים זהים בין כל אחת מהמניות בקבוצת "מניות 1987" והנתונים כולם זהים בין כל אחת מהמניות בקבוצת "מניות 2008" אזי טכנית, כך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

לטענת המשיב, החישוב נעשה לגבי כל אחת מקבוצת המניות הללו כקבוצה ולא באופן נפרד לכל מניה ומניה.

31. לתימוכין בעמדתו זו מצטט המשיב בהרחבה את דברי המלומד אלכסנדר שפירא בספרו "מיסוי שוק ההון" (מהדורה שלישית, 2019), וכך כותב המלומד שפירא (בעמוד 444 ובעמוד 475):

"חלק ה' לפקודת מס הכנסה נעדר התייחסות מפורשת לדרך חישוב רווח ההון במכירת חבילת מניות נסחרות מסוג אחד שנרכשו במועדים שונים ובמחירים שונים. דרך אחת היא להשקיף על המניות הנמכרות כחטיבה אחת. קרי: לראות בתמורה המשתלמת בגין החבילה כתמורה כוללת (להלן: "הגישה הכוללנית"). דרך אחרת, מדויקת יותר, והיא המועדפת עלי, היא לפצל את העסקה לכמה עסקות כמספר הרכישות, כאשר ייחוס התמורה – ובכלל זה הוצאות המכירה – לכל עסקה תעשה לפי מספר המניות הכלולות בה (להלן: "הגישה הספציפית")..."

....

...כפי שבואר לעיל, חלק ה' לפקודת מס הכנסה אינו קובע כיצד יש לחשב את רווח ההון במכירת חבילת מניות נסחרות מסוג אחד שנרכשו במועדים שונים. הבעתי דעתי, כי יש להעדיף את הגישה הספציפית על פני הגישה הכוללנית, בהיותה מדויקת יותר. לפי שיטה זו יש לפצל את העסקה לכמה עסקות כמספר הרכישות, כאשר התמורה המיוחסת לכל עסקה תיקבע לפי מספר המניות הכלולות בה, לעומת זאת, לפי השיטה הכוללנית, רואים בסך התמורה המשתלמת בגין חבילת המניות כתמורה כוללת. נאמן לגישתו זו, סבורני, כי יש ליישם את הגישה הספציפית גם לצורך קביעת מחירן המקורי הבסיסי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

של המניות כאמור. דהיינו, העסקה הכוללת תפוצל למספר עסקות משנה כמספר הרכישות, כאשר יש לכל עסקת משנה ייחוס חלק יחסי מהמחיר המקורי הבסיסי של כל המניות, שהוא כיחס בין מספר המניות הכלולות בעסקת המשנה לבין מספר כלל המניות; ואילו יום הרכישה של המניות ייקבע בנפרד לכל עסקת משנה וזאת על פי הכלל הרגיל בדבר יום הרכישה. מהו הדין כאשר מדובר במכירה חלקית של מניות נסחרות מסוג אחד שנרכשו במועדים שונים? במקרה כזה, מחירן המקורי הבסיסי ויום הרכישה של המניות ייקבעו בהתאם לשיטה שנקטה לצורך ייחוס התמורה".

(ההדגשות אינן במקור)

לדעת המשיב, אומנם המלומד שפירא מתייחס בספרו למניות נסחרות, מאחר שאלו המניות שבהן הוא עוסק, אולם הגיונם של הדברים, כך לדעתו, נכון גם למניות שאינן נסחרות.

32. חיזוק נוסף לעמדתו רואה המשיב בסעיף 104ב לפקודה המאפשר למי שהם שותפים או בעלים בנכס, להעביר את זכויותיהם בנכס שבבעלותם המשותפת, בתמורה להקצאת מניות בחברה הנעברת בפטור ממס (בדחיית מס). לעניין העברת מניות בחברה מסוימת לחברה הנעברת, קובע הסעיף כי לעניין זה "יראו זכויות בחברה אחת כנכס אחד ואת בעלי הזכויות כשותפים בנכס זה" (סעיף 104ב(ג) לפקודה). לטענת המשיב, לולא חריג הקבוע במפורש בסעיף האמור הייתה העברת המניות חייבת במס, שכן כל אחד מהיחידים היה מעביר נכסים אחרים שהאחר לא היה שותף בהם עובר למועד העברה. לדעת המשיב, חריג זה חל רק לגבי סעיף 104ב לפקודה ולא לגבי אירועים אחרים.

33. מאידך, כפי שנאמר לעיל, עמדת העוררת הינה שעמדת המשיב, המבוססת בעיקרה על הטענה כי כל מניה הינה "נכס" עצמאי, עשויה להיות נכונה כשעוסקים במניה נסחרת בבורסה שבמהותה היא "נכס פיננסי" ולפיכך מוקד ה"נכס" הינו במניה עצמה, ועל כן ייתכן שמוצדק לראות כל מניה ומניה בנכס נפרד. שונים הדברים, כך לדעת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

העוררת, כשעוסקים במכירת מניותיה של חברה שאינה נסחרת (וכל שכן כאשר מדובר על מניות ב"איגוד מקרקעין"). במקרים אלה המניה איננה "נכס פיננסי", אלא מדובר בצורת ביטוי לבעלות בחברה והמוקד הנכסי הינו החברה הנמכרת. בעל המניות מוכר "חברה" ולא "מניה". החברה הנמכרת היא הנכס הנמכר ובמקרה דן העוררת מכרה 50% מזכויותיה בחברת הבת שהן נכס אחד שנרכש במספר רכישות (בשנת 1987 ובשנת 2008).

34. לחיזוק עמדתה מביאה העוררת גם היא את האמור בסעיף 104ב(ג) לפקודה, אשר לטעמה מחזק את עמדתה דווקא, היות והוא מבהיר את העמדה ביחס למניות של חברה. לשיטת העוררת מהוראותיו של הסעיף ניתן להבין כי אין היגיון והצדקה לראות בכל מניה ומניה כנכס נפרד (כאשר המדובר ב"נכס לא פיננסי"), באשר מוקד המכירה הינה החברה ונכסיה ולא המניה עצמה, ולכן במקרה זה מוצדק שלא להתייחס לכל מניה בנפרד.

35. לדעתי, הסוגייה אליה התייחסו הצדדים - האם יש לראות בכל מניה ומניה נכס נפרד (כטענת המשיב) או שיש לראות במכירת מניות חברת הבת כנכס אחד (כטענת העוררת) - הינה סוגיה רוחבית ויש לה פנים לכאן ולכאן, ואולם בערר דן היא אינה **דורשת הכרעה, היות ולפי שתי הגישות נגיע לתוצאה שיש לפצל גם את שווי המכירה לגבי כל שכבה ושכבה**. אנמק טעמי.

36. לפי עמדת המשיב, המתייחסת לכל מניה ומניה כנכס נפרד, **פשיטא** שיש לפצל גם את שווי המכירה (התמורה) לכל שכבה ושכבה. יחד עם זאת, במקרה דנן, גם אם נראה במכירת מניות חברת הבת כנכס אחד של מכירת מחצית מהחברה כעסקה אחת (כעמדת העוררת), אין מנוס מלפצל גם את שווי המכירה (התמורה) בהתאם לשכבות שנרכשו, לא מהנימוק שהמדובר בשתי עסקאות נפרדות אלא מהנימוקים שלהלן:

(א) כידוע, לפי סעיף 48א(ב1) לחוק מיסוי מקרקעין, מס השבח המוטל על היחיד יהיה בהתאם למועד שבו רכש את הזכות במקרקעין (או את הזכות באיגוד מקרקעין). בהתאם להוראות החוק, כאשר עסקינן במכירת זכות במקרקעין שיום רכישתה קדם ליום 7.11.2001, יחושב שיעור המס בחישוב ליניארי כדלהלן: לפני יום 7.11.2001, יחול שיעור מס שולי הגבוה לאותה שנה לפי סעיף 121 לפקודה; בין התאריכים 7.11.2001 - 31.12.2011 יחול שיעור מס של 20%, ולאחר יום 1.1.2012 ועד ליום המכירה - יחול שיעור מס של 25%, והכל בחישוב ליניארי (להלן - "**החישוב הליניארי**"). הוראות דומות ישנן גם בסעיף 91



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

לפקודת מס הכנסה לגבי מכירת נכסי הון החייבים במס לפי חלק ה' לפקודה.

וכיצד יחושב השבח/רווח ההון לגבי נכס שנרכש במספר שלבים כאשר יש שוני בשיעור המס שלפי החישוב הליניארי בין שכבה לשכבה? אומנם ניתן לשקלל את שיעור המס של כל השכבות, אך שקלול כאמור חייב להיעשות לגבי השבח/רווח ההון. וכיצד נחשב את הרווח לכל שכבה ושכבה? אין מנוס, אם כן, ליחס לכל שכבה ושכבה גם את שווי המכירה המתייחס אליה (היינו, פיצול שווי המכירה).

(ב) אומנם המדובר בחישוב המס אצל יחיד, שכן לגבי חברה שיעור המס הינו אחיד מבלי תלות במועד רכישת הנכס, אך שיטת חישוב המס לא אמורה להיות שונה בין יחיד לחברה.

(ג) לא זו אף זו, גם בחברה יתכן הפרש בשיעור המס לגבי מקרקעין שנרכשו במספר שלבים. ניקח לדוגמא מקרקעין שנרכשו בחלקם בין שנת 1948 לשנת 1960 (שהיו זכאים לשיעורי המס ההיסטוריים), ובחלקם לאחר שנת 1961. במקרה כזה, לגבי שכבת המקרקעין שנרכשה בין השנים 1948-1960, אין זכאות לחישוב סכום אינפלציוני פטור/חייב, ואין מנוס מלפצל גם את שווי המכירה; דוגמא נוספת: בתיקון מספר 55 לחוק מיסוי מקרקעין תוקן סעיף 48א(ד), והוענקו שיעורי מס מוטבים בשל מכירת מקרקעין שנרכשו בתקופה מסוימת (בתקופה ששוק הנדל"ן בארץ היה במיתון); או לדוגמא כיצד יחושב המס במקרה שבו עולה הסכום האינפלציוני הפטור באחת השכבות על הרווח מאותה שכבה? האם יוכר הפסד ההון הריאלי בשל אותה שכבה? (וראה לעניין זה פסק הדין בעניין סבו להלן).

(ד) בע"א 208/78 מנהל מס שבח מקרקעין נ' יהודית סבו, ניתן ביום 26.10.1978, נידון מקרה בו נרכשה דירה (בדרך של הורשה) בשתי שכבות: האחת בשנת 1973 והשנייה בשנת 1975 (שולם מס עזבון בהתאם לשווי שהוערך לצורך מס העיזבון). הדירה נמכרה בשלהי שנת 1976. מנהל מיסוי מקרקעין פיצל את שווי המכירה לשניים בהתאם ליחס הרכישה וקבע את המס לגבי כל חלק בנפרד. ועדת הערר לא קיבלה דרך חישוב זו בקבעה כי יש אומנם מקום לפיצול וקביעת שווי הרכישה המתואם והעודף האינפלציוני של כל חלק מהנכס, אולם לדעתה היה מקום לחבר את כל הסכומים שהתקבלו ולהעמידם מול שווי המכירה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

הכולל. בית המשפט העליון קבע כי אין מנוס מחלוקת שווי המכירה בהתאם לחלקי הנכס כפי שנרכש, ועריכת חישוב נפרד לגבי כל חלק בהתאם להוראות החוק ושיעורי המס החלים לגביו. בין היתר, נאמר בפסק הדין כך:

"...מבחינה אריתמטית שתי השיטות אפשריות הן. אם הגעתי למסקנה ששיטת המנהל עדיפה מזו של הוועדה, הרי זה משני טעמים, טעם אחד הוא שבמקרה שלפנינו אין העודף האינפלציוני היוצא במכירת הנכס כולו מתייחס באופן שווה לשני חלקיו...העודף מתייחס ברובו לחלק האחרון - וזאת על חשבון השבח הריאלי היוצא ממכירת החלק הראשון....משמע הכנסה הזוכה לשיעור מס מועדף שלא נוצלה במלואה לעומת כלל ההכנסה...ואין צידוק [ל]מזג אותה עם השבח הריאלי או להקטין על-ידה את השבח הריאלי הטמון בעסקה כולה. הטעם השני הוא שבמקרה דנן אין אמנם נפקות להוראה הרואה את כל השבח כשבח ריאלי אם נמכרה הזכות תוך שנתיים מרכישתה, שכן, כאמור לעיל, החמרה זו אינה חלה על מכירת זכות שנרכשה בהורשה, אך נניח שהנכס נרכש מקצתו ביוני 1973 ומקצתו בינואר 1975 והוא נמכר כולו בדצמבר 1976, והוא נכס שאותה הוראה חלה עליו, כיצד מציעים המשיבים לערוך את החשבון? נדמה לי שבמקרה כזה אין מנוס מחלוקת שווי המכירה בהתאם לחלקי הנכס..."

(מתוך פסק הדין, מפיו של השופט ויתקון; ההדגשות אינן במקור)

דומה שדברים אלו של בית המשפט העליון יפים גם לענייננו, וכי עדיין לא נס ליחה של ההלכה שנפסקה שם והיא שרירה וקיימת גם היום.

יצוין, הצדדים לא התייחסו כלל לפסק הדין בעניין סבו (לא בדיון ההוכחות ולא בסיכומיהם), אך "התפלספו" עם ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בעניין ע"א 45/80 יואל קלמס נ' מנהל מס שבח מקרקעין נתניה, ניתן ביום 9.12.1982.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

בעניין זה נקבע כי אין בקרקע המוחזקת במושע בידי מספר שותפים, שנרכשה במועדים שונים, ונמכרו חלקים בלתי מסוימים בה, כדי לאפשר ייחוס ספציפי, וזאת לאור סעיף 27 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הקובע במפורש כי "מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם". אלא שעל הערר דנן (כמו גם הלכת סבו) אין רלוונטיות לסעיף 27 לחוק המקרקעין, ולכן אין להלכת קלמס כל רלוונטיות לעניינו.

(ה) **סיכום ביניים**: בין אם נקבל את גישת המשיב, לפיה כל מניה ומניה הינה נכס בנפרד, ובין אם נקבל את גישת העוררת, לפיה מדובר במכירת מחצית מהון המניות של חברת הבת (והמוקד הנכסי הינו החברה הנמכרת), הרי שלצורך שיטת חישוב המס במכירת מניות כאמור, שנרכשו במספר שלבים, מן הראוי לערוך את החישוב בדרך שהתווה המשיב. דהיינו, גם פיצול של תמורת המכירה (שווי המכירה) לכל שכבה ושכבה. יודגש, לפי אותה גישה, אין המדובר במספר עסקאות, אלא בעסקה אחת של מכירת נכס אחד, אלא שלצורך חישוב המס יש צורך לפצל את החישוב לכל שכבה ושכבה, הן לגבי שווי המכירה (התמורה) והן לגבי שווי הרכישה.

יישום הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה והאם יש סמכות לוועדה לדון בנושא זה:

37. לאור האמור לעיל, משהגענו לתובנה שיש לפצל גם את שווי המכירה, במקרה דנן, לרכישה משנת 1987 ולרכישה משנת 2008, וכתוצאה מכך נוצר הפסד במכירת הרכישה משנת 2008 מתעוררות השאלות הבאות:

(א) האם יש תחולה להוראות סעיף 94 לפקודה במקרה דנן, והאם יש סמכות לוועדה לדון בנושא זה בהיותו חלק מפקודת מס הכנסה?

(ב) במקרה ויש הפסד – האם יותר ההפסד הריאלי או שמא יותר ההפסד הנומינלי בלבד.

38. נדון תחילה בסמכות הוועדה לדון בסוגיה הנוגעת לסעיף 94 לפקודת מס הכנסה (חלק ה' לפקודה):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

לדעתי, התשובה הינה חיובית ואנמק:

(א) סעיף 7א לחוק מיסוי מקרקעין קובע, בין היתר, שלעניין חישוב מס השבח בפעולה באיגוד מקרקעין יחולו הוראות חלק ה' לפקודה, בשינויים המחויבים לפי העניין ובכללם שווי הרכישה ויום הרכישה על זכות באיגוד וכו'.

חלק ה' לפקודה כולל גם את סעיף 94ג (הפחתת הדיבידנד מהפסד ההון בתנאים מסוימים) וכן גם את סעיף 94ב לפקודה (שיעור המס החל על רווחים הראויים לחלוקה) ועוד. בבואו לחשב את מס השבח בפעולה באיגוד מקרקעין, על מנהל מיסוי מקרקעין ליישם הוראות אלו, ובכך הפכו סעיפים אלו מהפקודה, כאשר עסקינן בפעולה באיגוד מקרקעין, לחלק מחוק מיסוי מקרקעין. הטענה שסעיף 94 לפקודה לא חל על איגודי מקרקעין – אין לה על מה להתבסס.

(ב) בהחלטת המנהל בהשגה מיום 2.7.2019, במסגרתה החליט המנהל לדחות את השגת העוררת, נכתב בין היתר:

"במסגרת ההשגה, טענה המשיגה כי ההפסד (שנוצר בהפרש בין שווי המכירה לשווי הרכישה היחסי משנת 2008) צריך להיות מוכר בהתאם לערכו הריאלי/אינפלציוני ולא בערכיו הנומינליים.

לאחר בחינת טענות המשיגה, מצאנו כי אין להתיר בהפסד כלל, עד לגובה הדיבידנד שחולק על ידי החברה בשנתיים שקדמו למכירה, זאת בהתאם להוראות סעיף 94ג' לפקודת מס הכנסה, אנו זרים תחת הוראותיה בעסקה דנן.... משנמצא כי חולקו דיבידנדים בסכום העולה על הפסד ההון שנוצר במכירת המניות, קרי כי אין להתירו בניכוי כנגד השבח כלל. נציין כי מטעמים טכניים על מנת לשדר השומה ליתר הנתונים, בוטל ההפסד על דרך הכרה בשווי רכישה נמוך בגובה ההפסד הנומינלי ליום הרכישה השני (משנת 2008)... ככל ויוכח כי המשיגה עמדה בדרישות 94ג' תוכלו להגיש בקשה לתיקונו בשומה בהתאם להוראות סעיף 85 לפקודה..” (נספח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

ד' לכתב הערר, בעמודים 2 ו-3 להחלטה; ההדגשות
אינן במקור)

הנה כי כן, עינינו הרואות שהמשיב בהחלטתו בהשגה מיישם, הוא בעצמו, את הוראות סעיף 94 לפקודה כחלק אינטגרלי של מיסוי מקרקעין וכלשונו "בהתאם להוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה, שאנו דרים תחת הוראותיה בעסקה דנן...". בהחלטה בהשגה אין כל אזכור לצורך בהמצאת אישור פקיד השומה לקיזוז ההפסד.

מאוחר יותר שינה המשיב את גרסתו וכך הוא כותב בסיכומיו (בסעיף 3):

"... העוררת טוענת בסיכומיה לעניין (אי) תחולתו של סעיף 94 לפקודת מס הכנסה ... על מכירה של מניות באיגוד מקרקעין פורמלית, שאלה זו אינה מתעוררת במסגרת הערר שבכותרת, שכן המשיב אינו הגורם המוסמך בעניין החלת סעיף 94 לפקודה (אלא פקיד השומה), ולכן, הגם שסעיף 94 לפקודה נזכר בהחלטה מושא הערר, הרי שהחלטת המשיב אינה מבוססת על הכרעה בנושא תחולת הסעיף, אלא נכתב בה במפורש כי ככל שיומצא אישור פקיד השומה לקיזוז הפסד – תהיה העוררת רשאית לשוב ולפנות אל המשיב. כפי שהודיע המשיב למן תחילת ההליך שבכותרת - ככל שהעוררת תציג אישור פקיד השומה לביצוע קיזוז ההפסד מחלק מעסקאות מכירת המניות כנגד השבח שהפיקה מן החלק האחר של העסקאות במניות – המשיב יבצע את הקיזוז המבוקש. העוררת לא הציגה אישור פקיד השומה לביצוע קיזוז כאמור. עם זאת, ובבחינת למעלה מן הצריך – נתייחס בסיכומים אלו גם לנושא תחולת סעיף 94 לפקודה על מכירת מניות באיגוד מקרקעין נושא הערר, כאשר זהו הסעיף שבעטיו נשללת זכאותה של העוררת לקבלת אישור בדבר קיזוז הפסדיה כאמור..."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

אין לנו אלא להרים גבה על פניית הפרסה שביצע המשיב.

לדעתי, יש למשיב סמכות, וזו אף חובתו, ליישם את הוראות סעיף 94 לפקודה, כמו גם יישום הוראות סעיף 94 לפקודה במקרים הרלוונטיים (לנוכח האמור בסעיף 7 לחוק) - כפי שעשה זאת בהחלטתו בהשגה מיום 2.7.2019 (שאם לא כן החלטתו בהשגה ניתנה ללא סמכות ודינה להתבטל...).

(ג) **סיכום ביניים**: לוועדה יש סמכות לבחון את יישומו של 94 לפקודה בערר דן, ולהעביר תחת ביקורתה את החלטת המנהל בהשגה בעניין זה.

קיזוז הפסד בערכים נומינליים או בערכים ריאליים?

39. בטרם נדון בסוגיית יישום הוראות סעיף 94 בענייננו, נדון בשאלה האם הפסד הון מוכר בערכים ריאליים או שמא בערכים נומינליים בלבד, שכן גישת העוררת - לפיה חישוב המס נעשה מבלי לפצל את שווי המכירה (התמורה) לשתי השכבות שנרכשו - מביא למעשה לקיזוז של הפסד ההון במונחים ריאליים, כשהוא מתואם למועד המכירה.

העוררת טוענת בלשון רפה, כי הפסד הון מוכר בערכים ריאליים, שכן אחרת ייווצר עיוות מיסויי. מאידך, טוען המשיב כי הפסד הון מחושב בערכים נומינליים, זאת בהתאם להוראה מפורשת בפקודת מס הכנסה ובהתאם להלכה.

לדעתי, הצדק עם המשיב (מבלי להיכנס כאן להצדקה הכלכלית והמיסויית), ואסביר:

(א) סעיף 88 לפקודה מגדיר, בין היתר, את המונח "הפסד הון" כהאי לישנא: "הסכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי על התמורה". אין הגדרה של "הפסד הון ריאלי", וזאת בניגוד למונח "רווח הון ריאלי" המוגדר בסעיף כד: "ריווח ההון פחות הסכום האינפלציוני".

יתירה מזו, סעיף 9(ג) לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985 (להלן: "חוק התיאומים") קובע במפורש כי:

"במכירת נכס קבוע בר פחת.... וכן במכירת נכס קבוע שהוא נייר ערך, יראו הפסד ריאלי כהפסד הון לעניין סעיף 92 לפקודה; לעניין זה: 'הפסד ריאלי' – הסכום שבו נמוך רווח ההון או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

השבח מהסכום המתקבל מצירופם של שני
סכומים אלה:

(1) יתרת המחיר המקורי... כפול בשיעור
עליית המדד מהיום שבו הנכס הובא בחשבון
כנכס מוגן או כגריעה מההון... ועד יום
המכירה;
(2)....".

סעיף 9(ג) לחוק התיאומים חוקק בתיקון מספר 18 לחוק התיאומים ותחולתו
החל מיום 1.1.2006.

כידוע, תחולת חוק התיאומים הוגבלה לסוף שנת 2007 (ראה תיקון 20 לחוק
האמור), וסעיף 33א(6) לחוק התיאומים קבע בהוראת המעבר שסעיף 9(ג) לחוק
ימשיך לחול לגבי נכסים קבועים שבידי הנישום שהיו נכסים כאמור בידי בתום
שנת המס 2007 בלבד. נכסים שנרכשו בשנת המס 2008 ואילך שמכירתם הניבה
הפסדי הון יהיו זכאים להפסד הון נומינלי בלבד.

רוצה לומר, כאשר המחוקק רצה להעניק הכרה בהפסד הון ריאלי, הוא קבע
זאת במפורש בחוק התיאומים, וגם זאת לתקופה מסויימת, דבר שלא נעשה
בהגדרת "הפסד הון" שבחלק ה' לפקודת מס הכנסה.

גם בית המשפט העליון בפסק הדין ע"א 3555/15 עווד מוזס ואח' נ' פקיד שומה
למפעלים גדולים, ניתן ביום 12.9.2016 ("עניין מוזס"), קבע כי "...אין חולק על
כך שהפסד הון מוגדר בסעיף 88 לפקודה כערך נומינלי..." (שם, בפסקה 13),
ולכן נפסק כי גם קיזוז הפסד הון לפי הוראות סעיף 92(א) לפקודה ייעשה
בערכים נומינליים. בהמשך מסביר בית המשפט את הרציונל העומד מאחורי
הוראה זו.

אגב, עניין זה (של חישוב הפסד הון במונחים נומינליים) מחזק את הפרשנות
שבמכירת נכס שנרכש במספר שלבים, יש לפצל גם את התמורה (שווי המכירה)
בהתאם לשלבי הרכישה, שכן פירוש אחר יביא לתוצאה של קיזוז הפסד הון
בערכים ריאליים - בניגוד לרצון המחוקק כי קיזוז הפסד הון יעשה במונחים
נומינליים (וראה לעיל האמור בסעיף 36(ד) לחוות דעתי בעניין הלכת סבו).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

יישום הוראות סעיף 94 לפקודה בעניינינו:

40. הן המשיב והן העוררות הרבו לדון בסיכומיהם באשר ליישום הוראות סעיף 94 לפקודה במידה ואכן ייקבע כי יש לפצל גם את שווי המכירה (התמורה) לגבי כל שכבה ושכבה שנרכשה, וכתוצאה מכך ייוצר רווח בגין הרכישה משנת 1987 והפסד בגין הרכישה משנת 2008.

העוררת מעלה טענות מטענות שונות לאי-תחולתו של סעיף 94 לפקודה במקרה דנן, שתמציתן הינן כדלקמן:

(א) אין מקום להחיל את סעיף 94 לפקודה במסגרת חוק מיסוי מקרקעין.

(ב) ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 94 לפקודה: עיקר התופעה שהביאה לתיקון סעיף 94 היה ביחס למניות סחירות אשר נרכשו על ידי חברה לפני שהחברות שמניותיהן נרכשו עמדו לחלק דיבידנדים, ולאחר חלוקת הדיבידנד נמכרו המניות בהפסד שנבע בשל חלוקת הדיבידנד (רכישת מניות לפני היום ה-X לחלוקת הדיבידנד ומכירתן לאחר חלוקת הדיבידנד, כאשר הדיבידנד בידי החברה המקבלת פטור ממס). תופעה זו ידועה כתופעת ה-"DIVIDEND STRIPPING". בהצעת החוק לתיקון סעיף 94 לפקודה נאמר שמטרת התיקון הינה למנוע הפסדים מלאכותיים במכירת ניירות ערך.

לפיכך טוענת העוררת, כי הסעיף נועד למנוע הפסדים מלאכותיים וכי קיימת מטרה אנטי תכנונית בחקיקתו.

(ג) לטענת העוררת, יש לבחון את הערר דנן במשקפי המלאכותיות. ככל שיקבע כי אין מלאכותיות במעשי העוררת אזי אין להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה.

(ד) לטענת העוררת, ברור שהמחוקק לא התכוון להחיל את סעיף 94 לפקודה במקרה כמו של העוררת וממילא היה מחריג מקרה זה מן המקרים הראויים להיכנס לתחולת הסעיף, ולכן מדובר בלקונה. לפיכך, לטענתה, אין חובה להחיל את הוראות סעיף 94 הנ"ל בנסיבות העניין שלפנינו.

(ה) המהות הכלכלית האמיתית של העסקה דנן במכלול היא עסקת רווח, ורק בעקבות ההפרדה שערך המשיב לצורך חישוב השבח - נוצר הפסד לגבי מכירת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

המניות שנרכשו בשנת 2008. משכך, אין תחולה לסעיף 94 לפקודה במסגרת הפסד פנימי בעסקה אחת שתוצאתה הכוללת היא רווח.

(ו) אין מקום להחיל סעיף אנטי תכנוני זה במצב שבו חולקו דיבידנדים שנצברו **לאחר** רכישת המניות ובמהלך העסקים הרגיל. חלוקת דיבידנדים כזו לא מהווה חלק מתכנון מס, והיא לא זו שגורמת להפסד במניות החברה (ואם יש הפסד – הוא הפסד אמיתי ולגיטימי).

(ז) העוררת מפנה לפסק הדין ע"א 3129/19 **זנכלל נ' פקיד שומה חיפה**, ניתן ביום 25.8.2022 ("**עניין זנכלל**"), במסגרתו סטה בית המשפט העליון מלשון החוק לשם הגשמת התכלית.

(ח) ולסיום מעלה העוררת את הסכם הפשרה בעניין מיסוי הדיבידנדים (אשר נחתם בשלהי הגשת הסיכומים), לפיו חלק מהדיבידנדים מוסו במסגרת אותה פשרה, וגובה הדיבידנדים עליו שולם המס, כך לטענתה, גבוה מסכום ההפסד. לדעתה, יש לראותם סכומים אלו שחויבו במס כעומדים כנגד הפסד המס, ואין מקום להקטנת הפסד כלשהו במקרה דנן.

41. לעומת גישת העוררת עונה המשיב בהרחבה בסיכומיו כדלקמן:

(א) מקריאת המלצות "ועדת רבינוביץ", שבעקבותיה חוקק סעיף 94, עולה שלא נדרש אלמנט המלאכותיות, והם נכונים באותה מידה גם כאשר אין כל כוונה לייצור הפסד הון במכירה עתידית. שווי המניות יורד כתוצאה מחלוקת דיבידנד, בין אם הייתה כוונה להביא להפחתת מס ובין אם לא. הפסד ההון עשוי להיווצר - תהא אשר תהא כוונת החברה המחלקת.

(ב) סעיף 94 לפקודה אינו מוגבל לעסקאות בניירות ערך סחירים דווקא, כטענת העוררות, אלא נוקט בלשון "מניה", הכוללת את כל סוגי המניות. אין בו כל התייחסות למשך החזקת המניות; אין בו כל התייחסות לדפוס חלוקת דיבידנדים בתקופה הקודמת לפרק הזמן של 24 חודשים עובר למועד המכירה של המניות; או כל תנאי אחר שמנסה העוררת לקרוא אל תוך הסעיף, ללא כל עיגון בלשון הסעיף או כל ראייה אחרת. הסעיף אינו פוטר מתחולה את מי שהחזיק במניות פרק זמן ממושך קודם למכירה, או את מי שקיבל דיבידנדים באופן שוטף וקבוע על פני זמן. לכאורה, אם נהיה עקביים לשיטתה של העוררת, לו כל המניות נרכשו בשנת 2008, ולו העסקה ייצרה הפסד בעקבות דיבידנדים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

שחולקו באופן שוטף לאורך כל תקופת החזקה – גם אז לא היה מקום להפחית את הדיבידנדים שחולקו במהלך 24 החודשים שקדמו למכירה מן ההפסד (הלא כלכלי) שהיה נוצר. לגישה זו אין כל עיגון בלשון הסעיף, והיא מנוגדת ללשונו, כמו גם לתכליתו. העובדה שבמסגרת העסקה נמכרו גם מניות 1987 שהניבו שבח אינה גורעת מתחולתו של סעיף 94ג על מכירת המניות משכבת 2008 ועל ההפסד שנוצר כתוצאה ממנה, ואשר שיעורו הושפע מחלוקת הדיבידנד שקדמה למכירה.

(ג) עוד מוסיף וטוען המשיב, כי אין כל בסיס גם לטענה כאילו סעיף 94ג לפקודה אינו חל על עסקאות במניות איגוד מקרקעין. סעיף 7א(א) לחוק מיסוי מקרקעין קובע שחלק ה' לפקודה יחול גם על פעולות באיגוד מקרקעין בשינויים המחויבים. העוררת לא הצביעה על כל שינויים שהינם "מחויבים" בעניין זה, מלבד העובדה שהיעדר תחולה משרת את התוצאה שאליה היא מבקשת להגיע.

(ד) המשיב, בשלב הסיכומים, עדכן את הוועדה כי לאחרונה הסתיים ההליך שהתנהל בבית המשפט באשר למיסוי הדיבידנדים שקבלה העוררת, בהסכם פשרה. בהתאם להסכם הפשרה שילמה העוררת סכום מס נוסף בסך של 4,982,871 ש"ח בגין שנות המס 2014-2017. לדעת המשיב, אין להסכם הפשרה מול פקיד השומה השפעה על שומת מס השבח מושא ערר זה, וזאת מאחר שאמנם חלק מהדיבידנדים שחולקו מוסו (מאחר שמקורם ברווחי שערוד), אך ישנם דיבידנדים אחרים שגם לאחר הסכם הפשרה לא חויבו במס - בהיקף כזה שמביא לשחיקה מלאה של ההפסד ממכירת מניות 2008. כך או כך, עמדת המשיב כאן הייתה ונותרה, כי פקיד השומה הוא שבסמכותו לבחון את העמידה בתנאי קיזוז ההפסדים, וככל שהעוררת הייתה מביאה, גם בשלב מאוחר זה, אישור לקיזוז הפסד במכירת מניות 2008 כנגד הרווח ממכירת מניות 1987 – המשיב היה מכבד ומיישם אישור שכזה. אלא, שבשל המפורט לעיל, נקל לשער כי אישור שכזה לא יינתן לעוררת, מאחר שזו קיבלה דיבידנדים בעשרים וארבעה החודשים שקדמו למכירת המניות שלא חויבו במס, ולאור הוראת סעיף 94ג לפקודה.

(ה) לטענת המשיב, לשונו של סעיף 94ג לפקודה רחבה דייה כדי להחיל תחת כנפיו את הוראות הסעיף במקרה דנן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

42. לאחר שעיינתי היטב בטענות הצדדים לגבי תחולתו (או אי תחולתו) של סעיף 94 לפקודה בענייננו, הגעתי לכלל דעה, לאחר התלבטות לא קלה, שהן המשיב והן העוררת הרחיקו לכת בפרשנותם והבנתם סעיף זה, וכי הדרך הנכונה לפרש סעיף זה הינה בדרך "האמצע", כלומר פרשנות שתצמצם, ככל הניתן, את עיוותי המס המהותיים הנובעים מהפרשנות הרחבה של המשיב, ואשר עשויים לגרום למיסוי יתר ומיסוי כפול - לא לתוצאה זו התכוון המחוקק, ואם היה מודע ל"כשלים" אלה היה מחריגם מתחולת הסעיף. בטרם נפרט תובנה זו נצטט פעם נוספת את סעיף 94 לפקודה: **"במכירת מניה על ידי חבר בני אדם, יופחת הפסד ההון בשל מכירת המניה סכום דיבידנד שקיבל חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים שקדמו למכירה, אך לא יותר מסכום הפסד; לעניין זה - "דיבידנד" - למעט דיבידנד ששולם עליו מס בשיעור של 15%...".** נפרט.

43. (א) **באשר לטענות העוררת:** אינני מסכים עם הטענה, לפיה אין מקום להחיל את סעיף 94 במסגרת חוק מיסוי מקרקעין. סעיף 7א(א) לחוק קובע במפורש **"לעניין חישוב מס השבח בפעולה באיגוד מקרקעין יחולו הוראות חלק ה' וחלק ה2 לפקודה, בשינויים המחויבים לפי העניין ובכללם שווי הרכישה ויום הרכישה...".** הוראה זו כוללת, הן את הוראות סעיף 94 לפקודה והן את הוראות סעיף 94 לפקודה (הדן ב"רווחים הראויים לחלוקה"). סעיפים אלה הם חלק בלתי נפרד מחלק ה' לפקודה, ובאמצעות סעיף 7א לחוק מיסוי מקרקעין הם חלק בלתי נפרד מחוק מיסוי מקרקעין ומשתלבים בתוכו (ובצדק). מנהל מס שבח יכול להיעזר בשירותיו של פקיד השומה לגבי החישובים הנדרשים, אך הסמכות והאחריות ליישם סעיפים אלו בשומת מס השבח הינן על המנהל (המשיב).

(ב) מסכים אני עם טענת העוררת באשר להיסטוריה החקיקתית של הסעיף, לפיה מטרת חקיקתו הייתה למנוע הפסדים מלאכותיים במכירת ניירות ערך ויצירת הפסד "יש מאין" מבלי שנגרם הפסד כלכלי אמיתי.

(ג) מאידך, לשונו של סעיף 94 לפקודה רחבה מאוד, כך שטענת העוררת שאין להחיל את הוראות הסעיף במקרים שבהם מוכח שאין מלאכותיות אין לה על מה להתבסס. הסעיף אמור לחול גם כאשר מוכח שאין מלאכותיות אבל בפועל נגרם הפסד לא כלכלי בגין חלוקת הדיבידנד.

(ד) מסכים אני עם העוררת שאין כל הצדקה להחיל את הוראות הסעיף, שהוא סעיף אנטי תכנוני, במצב שבו חולקו דיבידנדים מרווחים שוטפים (שחברת הבת שילמה את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

המס בגינם) אשר נצברו בחברה המחלקת לאחר רכישת המניות על ידי חברת האם, ושאלו לא חולקו, היו מופחתים מהרווח הריאלי במסגרת הרווחים הראויים לחלוקה שבסעיף 94ב לפקודה. דיבידנדים אלו - שחולקו מתוך רווחים שנצברו לאחר תאריך הרכישה - לא הם הגורמים להפסד ההון.

(ה) באשר ליישום פסק הדין בעניין **זנבל**, במסגרתו סטה בית המשפט העליון מלשון החוק לשם הגשמת תכליתו כאשר לשון החוק מכשילה את המחוקק והליכה דווקנית עמה מביאה לתוצאה שבמובהק אינה מתיישבת עם כוונתו: יצוין כי גישה זו ננקטה בחוות דעתו של כבוד השופט גרוסקופף (השופט עמית הסכים לחוות הדעת), ואילו כבוד השופט שטיין, בחוות דעתו, הסתייג מאמירה זו וסבר כי "**...לשונו הברורה של החוק, שאינה משתמעת לשתי פנים, צריכה לקבל מעמד בכורה בכל מקרה ומקרה...במקרים כאלה, גם אם נמצא מתחת לידי המחוקק נפלה שגגה, אין זה מתפקידנו [של בית המשפט - צ.פ.] לתקנה בדרך של חקיקה שיפוטית. מלאכה זו עלינו להשאיר למחוקק, ככל שהוא סבור שהוא טעה...**". בסופו של דבר, גם השופט שטיין קיבל את עמדת פקיד השומה מנימוקים אחרים.

44. **באשר לטענות המשיב:** אני מסכים עם טענת המשיב, לפיה לשון סעיף 94 לפקודה רחבה מאוד וכוללת גם חלוקת דיבידנד, כאשר ניתן להוכיח שאין כל מלאכותיות במעשיו של הנישום, גם כאשר החזיק הנישום במניות פרק זמן ממושך קודם למכירה, וזאת בהעדר התייחסות למשך החזקת המניות, או מי שקיבל דיבידנדים באופן שוטף. זאת בהעדר התייחסות לדפוס חלוקת דיבידנדים בתקופה שקדמה לפרק הזמן של 24 חודשים עובר למועד המכירה של המניות. לשון סעיף 94 לפקודה רחבה דייה לכלול, על פניו **ולכאורה**, גם חלוקת דיבידנדים שהמחוקק לא התכוון אליה, ואם היה ער לכך היה מחריגם מתחולת הסעיף. כוונתי לחלוקת דיבידנד מתוך עודפים שנצברו בחברת הבת **לאחר** יום הרכישה, שבגינם שילמה חברת הבת מס כדין, ושאלו לא חולקו כדיבידנד היו מפחיתים את רווח ההון והשבח במסגרת הרווחים הראויים לחלוקה שלפי סעיף 94 לפקודת מס הכנסה. חלוקת עודפים כאמור שנצברו בחברת הבת **לאחר** תאריך הרכישה (ששולם עליהם מס כדין) - לא הם שגרמו להפסד ההון, היות שמצד אחד רווחים אלו (נטו-לאחר תשלום המס) העלו את ערך מניות חברת הבת, וחלוקתם כדיבידנד "הקטינה" עליית ערך זו. כוונת המחוקק בחוקקו את סעיף 94ג, הייתה למנוע מצב של רכישת מניות בחברה שצברה עודפים **עובר** לרכישתן ומכירתן לאחר חלוקת הדיבידנד, ובכך ליצור הפסד "יש מאיין". אין כל הצדקה כלכלית לשלול מחברת האם את זכותה הבסיסית לקבל כדיבידנד את הרווחים שהניבה השקעתה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

בחברת הבת בתקופה החזקתה בה. בנסיבות אלה מכירת המניות של חברת הבת בהפסד אינה יוצרת הפסד "יש מאיין" (הפסד מלאכותי) אלא מדובר בהפסד הנובע מתנאי השוק כגון ירידה במחירי הנדל"ן וכו'. לדוגמא: נניח שחברת אם הקימה חברת בת בתחילת שנת 2021 והשקיעה בה 100 מיליון שקלים בהון מניות. חברת הבת רכשה בסכום זה מספר קומות של משרדים כנדל"ן להשקעה. בשנים 2021 - 2022 הניבה השקעה זו רווחים (לאחר מס) בסכום של 15 מיליון שקלים אשר חולקו כדיבידנד לחברת האם בתחילת שנת 2023. בחודש יוני מכרה חברת האם את כל החזקותיה בחברת הבת לצד ג' בתמורה של 90 מיליון שקל. היינו, בהפסד הון של 10 מיליון שקל אשר נבע כתוצאה מירידה במחירי הנדל"ן המסחרי עקב העלייה בשיעור הריבית וחוסר הוודאות הכלכלית. כאמור לעיל, אין כל הצדקה לבטל את הפסד ההון הכלכלי והאמיתי שנבע לחברת האם. אי הכרה בהפסד כלכלי זה ושלילת האפשרות לקזז הפסד זה כנגד רווחי הון ושבת אחרים שיש לחברת האם - תגרום לתשלום מס ביתר וכמוהו כהטלת כפל מס.

כמו כן, איני מסכים גם עם טענת המשיב שאין להסכם הפשרה עם פקיד השומה (שנחתם לאחר הדיון בהוכחות בתיק זה) השפעה על שומת מס השבח מושא ערר זה. המשיב מנמק עמדתו בכך שלאחר שחלק מהדיבידנדים שחולקו מוסו (שמקורם ברווחי השערוך), ישנם דיבידנדים אחרים שגם לאחר הסכם הפשרה לא חויבו במס בהיקף כזה שמביא לשחיקה מלאה של ההפסד ממכירת שכבת המניות של שנת 2008. עמדתו של המשיב מביאה לתשלום מס ביתר ולמיסוי כפול, שכן כפי שאמרנו לעיל אין הצדקה להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה על רווחים שנצברו בחברת הבת לאחר תאריך הרכישה, ואשר בגינם שילמה חברת הבת מס כדון, והיו נכללים במסגרת הרווחים הראויים לחלוקה לפי סעיף 94 לפקודה ומפחיתים את הרווח/השבח הריאלי (אילו לא חולקו כדיבידנד). **לא נותר לי אלא להביע את תמיחתי הרבה על התעלמותו של המשיב מהטלת כפל מס, גם אם לשון החוק רחבה דייה ומאפשרת, לכאורה, הטלת מס כאמור (וראה גם בהמשך).** יתרה מכך, המשיב היה צריך להביא בחשבון רק 25% מהדיבידנדים שחולקו בשנתיים שקדמו למכירה, וזאת ביחס למחצית מהמניות שנרכשו בשנת 2008 (כלומר לגבי רבע מכלל המניות) שבגינן נוצר ההפסד. לו היה מביא זאת בחשבון, ספק רב אם היה יוצא בהצהרה לפיה הדיבידנדים שחולקו בשנתיים שקדמו למכירה יש בהם כדי ל"איין" לחלוטין את הפסד ההון (וזאת בהינתן שחלק מהדיבידנדים מיוחסים לרווחי השערוך שעליהם שילמה העוררת מס).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

45. **מיסוי כפול**: בפסק הדין ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד שומה, ניתן ביום 13.1.1992, קבע בית המשפט העליון עקרונות מיסוי במקרה בו תוצאת מס מביאה למיסוי כפול. וכך נאמר שם, בין היתר: **"מיסוי כפול הוא בלתי רצוי. תוצאותיו המזיקות ברורות. הוא מביא להעלמת הכנסות ולהשתמטות ממס. הוא מהווה תמריץ שלילי ליצור ולעבודה... הוא מכשול לצמיחה כלכלית. ... פרשנות המביאה לתוצאה של מיסוי כפול, וכזו היא פרשנותו של המשיב, היא לכן בלתי רצויה. אין מנוס ממנה כשהמחוקק מביע את רצונו הברור להביא לתוצאה כזו. אך המחוקק לא נתן כל ביטוי לכך בלשון הפקודה... כפל מס הוא אנומליה בשיטתנו. הוא אינו משתלב אתה באופן קוהרנטי. הוא נוגד את עקרונותיה. הוא אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות רצויה. כשהמחוקק לא גילה את כוונתו הברורה להביא לתוצאה של כפל מס לא נבוא אנו ונייחס לו כוונה כזו. ראה מדברי השופט ברק בע"א 16\82 קיבוץ חצור... :עליו (על הפרשן) להניח כי כוונתו (של המחוקק) הייתה ליצור כלי יעיל ולא חסר ערך. עליו להניח כי המגמה היא ליצור מערכת סבירה וקוהרנטית' ..."** (פסקה 7 לפסק הדין; ההדגשות אין במקור).

46. בפסק הדין ע"מ 15-03-38832 אורון אחזקות מלונאות ותיירות בע"מ נ' פקיד שומה, ניתן ביום 9.12.2018 ("עניין אורון אחזקות"), קבע כבוד השופט קירש כי רווחי השערוך שחולקו כדיבידנד על ידי חברת הבת (בעלת הנכס המשוער) לחברת האם שלה (אורון אחזקות) אינם מהווים הכנסה בידי חברת הבת בהעדר מימוש הנכס, ולפיכך יש לחייב במס חברות את חברת האם בשל הדיבידנד האמור (כל עוד ההסדר שבסעיף 1א100 לפקודה לא בתוקף בהעדר קביעה של שר האוצר של הגדרת רווחי שערוך). בעדותם בבית המשפט טענו נציגי פקיד השומה, שאין מניעה שיחול מיסוי כפול בעת חלוקת הדיבידנד ובעת מכירת הנכס בעתיד, ולפיכך הורה בית המשפט לפקיד השומה לשום כל מכירה עתידית של הנכס שבידי חברת הבת באופן המתחשב במיסוי הדיבידנד בידי חברת האם שמקורם ברווחי השערוך, אלא אם חברת האם חדלה מלהחזיק במניות של חברת הבת. הוראה זו תחול על פקיד השומה על אף הקושי ביישומו (וזאת כל עוד ההסדר שאומץ בסעיף 1א100 לפקודה אינו בתוקף וחברת האם לא מכרה את אחזקותיה בחברת הבת) (ראו סעיפים 81 – 87 לפסק הדין). וכך אומר בית המשפט, בין היתר: **"...אני מעדיף לתת הוראה הלוקה, אולי, בכלליות יתר, מאשר להימנע ממתן כל הוראה בשל החשש לקשיי יישום. לדעתי, אין להשאיר את אפשרות כפל המס - שהיא אמיתית - בלתי פתורה לחלוטין..."** (מתוך סעיף 87 לפסק הדין). במסגרת הערעור על פסק הדין (ע"א 2515\18 חברת אם. סי. אל קניון דרורים בע"מ ואח' נ' פקיד שומה פתח תקוה, ניתן ביום 17.6.2020), קבע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

בית המשפט העליון שאכן חברת האם אשר קיבלה דיבידנד שמקורם ברווחי השערוך של חברת הבת, שלא מוסו על ידה בהעדר מימוש הנכס המשוערך, תהא חייבת במס חברות בשל קבלת הדיבידנד האמור. בין היתר, התייחס בית המשפט העליון להתחשבות עתידית במס שהוטל, כאשר החברה המחלקת תממש בפועל את הנכס ששוערך. כבוד השופט מלצר סבר, כפי שסבר השופט קירש בבית משפט קמא, כי ראוי שרשות המיסים תביא בחשבון, במסגרת חישוב רווח ההון/השבח העתידי בעת מכירת הנכס בפועל על ידי חברת הבת, את העובדה שהדיבידנד שחולק מאותם שערוכים מוסה אצל החברה שקיבלה את הדיבידנד, ויימנע מלהטיל כפל מס בגין אותם רווחים (כל עוד חברת האם לא מכרה את החזקותיה בחברת הבת). מאידך, בדעת הרוב (השופטים מינץ ואלרון) נקבע כי הגם שאכן יש להימנע מכפל מס במקרה כאמור, אין מקום להידרש לסוגיה במסגרת פסק הדין, וכי על הדיון להיערך בעתיד - כאשר החברה המחלקת תמכור את הנכס ששוערך. יצוין, כי דעת הרוב לא דחתה את הפרשנות שאימץ בית המשפט קמא בעניין זה (על אף האפשרות שהמדובר בחקיקה שיפוטית), אלא כאמור לא ראו צורך לדון בכך בשלב זה.

ומה יהיה הדין כאשר חברת האם תמכור את החזקותיה בחברת הבת בטרם נמכר הנכס בחברת הבת? האם נוכל להשלים עם התוצאה של עיוות המס וכפל המס הנובע מהעובדה ששר האוצר טרם קבע את הגדרת "רווחי השערוך" לצורך כניסתו לתוקף של ההסדר שאומץ בסעיף 1א100 לפקודה? האם חברת האם לא תוכל להזדכות על המס ששילמה בגין הדיבידנדים שקבלה מחברת הבת שמקורם ברווחי השערוך? התשובה, לדעתי, היא שראוי במקרה כזה לראות בדיבידנדים שקיבלה חברת האם, שמקורם ברווחי שערוך, כחלק מהתמורה שקיבלה חברת האם בשל מכירת החזקותיה בחברת הבת, ובמקביל לזכותה בסכומי המס ששילמה בגין אותם דיבידנדים, והכל במונחים ריאליים. זאת היות והתמורה בגין מכירת המניות קטנה בעקבות הדיבידנדים שחולקו לה אשר מקורם ברווחי השערוך. וישאל השואל למאי נפקא מנה? התשובה היא כדלקמן: יתכן מצב, שעקב חלוקת הדיבידנדים מרווחי השערוך, תקטן התמורה בסכום אשר יגרום לתוצאה של הפסד הון. או אז לא תהא חברת האם זכאית ליהנות מהסכום האינפלציוני הפטור (שכן, הפסד הון מוכר בערכים נומינליים בלבד-ראה לעיל), לא תיהנה מסכום הרווחים הראויים לחלוקה שלפי סעיף 94 לפקודה, היות ואין לה רווח הון שממנו תוכל להפחית סכומים אלו, ותהא חשופה למחיקת הפסד ההון כתוצאה מהחלת הוראות סעיף 94 לפקודה במידה וחברת הבת חילקה כדיבידנד חלק מהרווחים השוטפים שבגינם שילמה מס בתקופה של 24 חודשים עובר למכירה ועוד.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

המדובר בתוצאה מעוותת ובלתי סבירה ועל הפרשן למצוא כל דרך למנוע תוצאה מיסויית זו שתמנע מיסוי כפול (ראה לעיל).

47. וכיצד ניתן למנוע תוצאה זו במקרה וחברת האם מכרה את החזקותיה בחברת הבת? התשובה היא, לדעתי, שמן הראוי להוסיף לתמורה שקיבלה חברת האם ממכירת מניותיה בחברת הבת את הדיבידנדים שקיבלה מחברת הבת (ואשר מתייחסים לחלק המניות שנמכר), ובמקביל לזכותה במס ששילמה בגין הדיבידנדים האמורים, והכל בערכים ריאליים. העיגון הלשוני, ולו המינימלי, לפרשנות זו הינו כדלקמן:
"הפסד הון" מוגדר בסעיף 88 לפקודה כ"**סכום שבו עולה יתרת המחיר המקורי על התמורה**", ו"**תמורה**" מוגדרת כ"**המחיר שיש לצפות לו במכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון... אולם אם פקיד השומה שוכנע, כי המחיר בעד הנכס נקבע בתום לב ... תהא התמורה המחיר שנקבע**".

התמורה הכוללת והכלכלית בגין מכירת הנכס שיש בה כדי לשקף את שווי השוק של הנכס הנמכר צריכה לכלול, לצרכי מס, גם את הדיבידנדים שקיבלה חברת האם מחברת הבת שלה שמקורם ברווחי השערך של הנכס אשר בגינם שולם מס. יש לראות את הדיבידנדים האמורים כמקדמה על חשבון תמורת המכירה העתידית ובאופן דומה את המס ששולם.

48. **סיכום ביניים**: מיסוי חברת אם בשל קבלת דיבידנד מחברת הבת שלה שמקורו ברווחי שערך, אי-כניסתו לתוקף של ההסדר שאומץ בסעיף 1א100 לפקודה ובשילוב עם הוראות סעיף 94 לפקודה, יוצר עיוותי מס רבים ומוביל למיסוי כפול. על המשמעות של מיסוי כפול הרחבנו בדיון לעיל, ועל הפרשן לעשות כל מאמץ למנוע מיסוי כפול ועיוותי מס בהתאם להלכות בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו למשל: ע"א 32/86 **רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד שומה**, ניתן ביום 13.1.1992; עניין **זנלכל**. כן ראו דברי כבוד השופט זוסמן בע"א 481/73 **אוסקר רוזנברג**, בתוקף תפקידו **כמנהל עזבון נ' שטסל**, ניתן ביום 17.10.1974; להלן - **"עניין רוזנברג"**: **"... החוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו"**).

49. לדעתי, ישנן שלוש אפשרויות בנסיבות הערר דגן למנוע את עיוותי המס עליהם הצבענו לעיל:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו'ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

הראשונה : לפרש את סעיף 94 לפקודה - לפיו יופחת הפסד הון בשל סכום דיבידנד שקיבל חבר בני האדם בשל המניה במשך 24 החודשים שקדמו למכירה - כמתייחס רק לדיבידנדים שחולקו שמקורם ברווחים בחברה המחלקת שנצברו **עובר** לרכישת המניה על ידי המוכר, שכן לא יעלה על הדעת שהמחוקק התכוון להחיל את הוראות סעיף 94 לפקודה גם לגבי רווחים שנצברו לאחר רכישת החברה. אכן, פרשנות מרחיבה זו עשויה להיחשב כחקיקה שיפוטית שנועדה לסתום "לאקונות", אך אין מנוס מכך. עלינו לזכור את דבריו של כבוד השופט זוסמן בעניין רוזנברג : **"החוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו"**. נציין גם שהשלמת "לאקונות" בדרך של חקיקה שיפוטית אינה זרה למערכת המס בישראל. כך לדוגמא לפי סעיף 64 לפקודה (עובר לתיקונו בתיקון מספר 245) הוענק לחברת בית פטור ממס על הדיבידנד שחילקה לבעלי מניותיה, מתוך רווחיה כחברת בית, למרות שתיקתו הרועמת של המחוקק בעניין זה. כנ"ל גם לעניין הפרשנות לגבי חברה משפחתית, שלפי סעיף 64א לפקודה, עובר לתיקונו בתיקון 197 לפקודה, לפיה יש לכלול בהכנסתה החייבת של החברה המשפחתית העוברת לנישום המייצג גם שבח מקרקעין, למרות ששבח מקרקעין אינו נחשב כ"הכנסה חייבת" לפי פקודת מס הכנסה. באופן דומה גם הפרשנות לעניין סעיף 3(ט) לפקודה לגבי מימוש אופציה למניה ששולם בגינה מס, שיש לראות בתשלום עבור האופציה כמקנה עלות חדשה למניה, וזאת על אף שתיקתו הרועמת של המחוקק בנושא זה ועוד.

במאמרם **"החקיקה השיפוטית בדיני חדלות פרעון"** סבורים המלומדים יורם דנציגר (שופט בית המשפט העליון בדימוס), יואב פויזנר ורענן בן ישי, בן היתר : **"...אנו סבורים כי החקיקה השיפוטית הנעשית בבתי המשפט המחוזיים היא תופעה מבורכת ורצויה, שכן בתחומים העסקיים הדינמיים אי-אפשר להמתין למחוקק שיאמר את דברו. אין ספק שהדין הרצוי והאידיאלי הוא קידום חקיקה ראשית, אחידה, מקיפה וברורה....אולם לנוכח קצב התקדמות החקיקה בתחום נראה כי השלמת מהלך חקיקתי כזה תארך עוד זמן רב. לפיכך, ועד אשר יואיל המחוקק לעגן את הדין הראוי בחוק, ניתן למצוא בחקיקה השיפוטית משום פתרון יעיל, איכותי וזמין לבעיות חדשות ומורכבות שהחוק הקיים אינו מספק להן פתרונות..."** (משפט ועסקים י"ג, ספטמבר 2010, בעמוד 62; הדברים נאמרו ביחס לדיני חדלות הפרעון אולם הרציונל חל גם בענייננו).

גם במשפט העברי ניתן למצוא התייחסות לשתיקת המחוקק, וכך נאמר בתלמוד ירושלמי במסכת ראש השנה פרק ג: **"תני בשם רבי נחמיה 'הייתה כאוניות סוחר ממרחק תביא לחמה' דברי תורה עניים במקומן ועשירים במקום אחר"**. רוצה לומר,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

יש למלא אותם על דרך הייבוא וההיקש ממקומות בהם דברי התורה נמצאים עשירים (מלאים), ובענייננו ההיקש הוא לרווחים הראויים לחלוקה שלפי 94 לפקודת מס הכנסה.

יצוין, כי במקרה דנן, כל הדיבידנדים שחולקו בשנתיים שקדמו למכירת המניות (2016 ו-2017) חולקו מרווחים שוטפים ומרווחים של שנת 2015 ו-2016 (ראה לעיל סעיף 6 בפרק העובדות). רוצה לומר, מתוך רווחים שנצברו בחברת הבת לאחר הרכישה משנת 2008.

השנייה: לצורך חישוב גובה הפסד ההון לעניין סעיף 94 לפקודה יש להוסיף לתמורה גם את הדיבידנדים שקיבלה חברת האם (העוררת) מחברת הבת, שמקורם ברווחי השערוך **המתייחסים לחלק הנמכר** (משכבת המניות של שנת 2008), ואשר מוסו במסגרת הסכם הפשרה עם פקיד השומה, והכל בערכים ריאליים. תוספת זו לתמורה אמורה להקטין את סכום הפסד ההון הנומינלי הנובע בגין הרכישה משנת 2008 לעניין החלת הוראות סעיף 94 לפקודה. יש להביא בחשבון שיש לייחס לתמורה את הדיבידנדים שמוסו רק לגבי מכירת המניות המתייחסת לשכבה משנת 2008 - היינו, 25% ולא את כל הדיבידנדים שחולקו מרווחי השערוך ואשר בגינם שילמה העוררת מס לפי הסכם הפשרה. נראה כי בדרך פרשנות זו, במקרה הייחודי של הערר דנן, ניתן להקטין רק חלק מהפסד ההון (ולא את כולו).

השלישית: אימוץ הגישה לפיה המדובר בעסקה אחת של מכירת מחצית מההחזקה של מניות חברת הבת. אומנם, חישוב הרווח/ההפסד נעשה בגין כל שכבת מניות שנרכשה (אשר בגין השכבה הראשונה התוצאה היא רווח/שבח ריאלי, ואילו בגין השכבה השנייה התוצאה היא הפסד הון נומינלי), אך המדובר בחישוב טכני לצורך חישוב המס. לפיכך, ביישום הוראות סעיף 94 לפקודה יש להביא בחשבון את התוצאה הכוללת שמסתיימת ברווח, ובשל כך אין להפעיל את הוראות סעיף 94 לפקודה.

סוף דבר

50. משהגענו לתובנות לפיהן יש לפצל את שווי המכירה (התמורה) בין שתי השכבות של רכישת המניות בחברת הבת (רכישה משנת 1987 ורכישה משנת 2008) בהתאם למתווה שערך המשיב, לפיו נוצר רווח הון (שבח) בשל השכבה משנת 1987 ו"הפסד" בגין השכבה משנת 2008, וכי הפסד ההון/שבח הינו במונחים נומינליים - עולה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

השאלה בדבר יישומן של הוראות 94 לפקודה המפחית את הפסד ההון בגובה הדיבידנדים שקיבלה העוררת מחברת הבת שלה. יצוין כי אין המדובר בשתי עסקאות, אלא בעסקה אחת של מכירת מחצית מהון המניות של חברת הבת, אלא שחישוב המס נעשה (טכנית) בשתי שכבות, ולכן גם במידה ונוצר הפסד הון בגין השכבה משנת 2008, ניתן לקזזו בקיזוז פנימי כנגד הרווח מהשכבה משנת 1987, ללא צורך באישור פקיד השומה.

51. ראינו את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 94 ועיוותי המס שהוא יוצר במידה וניישמו בצורה דווקנית בלשונו הרחבה. ראינו גם שלוועדה יש סמכות לדון בתחולתו של סעיף 94 לפקודה ואת האפשרויות הפרשניות השונות למנוע את עיוותי המס ואת כפל המס.

52. לנוכח הנסיבות הייחודיות של הערר דנן, ושילוב שלוש דרכי הפרשנויות שהוזכרו לעיל, הייתי מציע לחברי לקבל חלקית את הערר, כך שנקבל את חישוב המס של המשיב הן בעניין חלוקת שווי הרכישה והן שווי המכירה לשתי השכבות (השכבה הראשונה משנת 1987 והשכבה השנייה משנת 2008), והפסד ההון יחושב במונחים נומינליים, ומאידך לא יחולו הוראות סעיף 94 לפקודת מס הכנסה והפסד ההון הנומינלי (בגין השכבה משנת 2008) יקוזז במלואו כנגד השבח הריאלי הנובע מהשכבה הראשונה משנת 1987, בדרך של קיזוז פנימי.

הייתי מציע לחברי שלא להשית הוצאות על מי מהצדדים וכל צד יישא בהוצאותיו הוא, וזאת לאור תוצאת פסק הדין ומורכבות הנושא.

רו"ח יהושע בליצקי, חבר:

קראתי בעיון את חוות דעתו המלומדה של חברי רו"ח צבי פרידמן ואני מסכים עמה. באמרת אגב אציין שדעתי נוטה יותר לעמדת העוררת לפיה יש לראות בחבילת מניות לא סחירות של איגוד מקרקעין כמכירת נכס אחד לעומת מכירת מניות סחירות בבורסה שבו כל מניה ומניה מהווה נכס פיננסי נפרד, שעל פי תקנות מס הכנסה חישוב



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

המס בגינם יעשה לפי שיטת ה"פיפו" (נרכש ראשון נמכר ראשון) למעט אם ניתן לייחס ספציפית.

מחצית מהון המניות הוקצתה לעוררת עם הקמת החברה בשנת 1987 תמורת 5 מיליון ש"ח והמחצית השנייה נרכשה בשנת 2008 תמורת 156.8 מיליון ש"ח. עם השלמת הרכישה השנייה החברה הייתה בעלת המניות היחידה בחברה. הדבר דומה למעבר מאחזקת זכות במקרקעין ב"מושע" לאחזקת זכות בלבדית במקרקעין. התשלום עבור הרכישה השנייה כוללת גם פרמיית שליטה. כלומר ערך המניות מהרכישה הראשונה עלה. גם המשיב הבין כך, גם אם לא כתב כך, לכן בחר במכירה לחשב בשומה כמכר של 50% מהרכישה של שנת 1987 ומכר של 50% מהמכירה של שנת 2008. מדיניות המשיב, אילו היה מדובר בנכס פיננסי בלבד, היא לחשב בשיטת הפיפו. כלומר היה צריך לראות רק את המניות שנרכשו בשנת 1987 כנמכרות. מכיוון שאין חישוב שווי השבחת ערך המניות משנת 1987, היה מקום לחשב אותו בדרך שהציע העורר, ואני מסכים עם התוצאה אליה הגיע חברי.

השופט ה' קירש, יו"ר הוועדה:

1. עיינתי בחוות דעתו המקיפה של רו"ח צבי פרידמן, שכוללת, בין היתר, תובנות חשובות לגבי ההיבטים הכלכליים של הסוגיה הנדונה. אכן לאור נסיבות המקרה הנדון, אני מוצא לנכון להצטרף לתוצאה הסופית. עם זאת, ברצוני להתייחס בנפרד למספר נושאים, כמפורט בהמשך.
2. לדעתי, לצורך יישום חוקי המס, יש להביט על כל מניה כנכס בפני עצמו. הדבר מתבקש, להבנתי, הן לגבי המונח "נכס" המוגדר בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה והן לגבי המונח "זכות באיגוד" שבסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין. לפי גישה זו, ה"נכס" איננו מכלול המניות בחברה פלונית המוחזקות בידי הנישום בכל רגע נתון. דהיינו, "החזקה" בחברה איננה נכס אלא תופעה כלכלית שנובעת מהבעלות באוסף של מניות בודדות שהונפקו על ידי אותה חברה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

אמנם כל מניה בודדת מהווה "אגד זכויות" בתאגיד (למשל, הזכות לקבל דיבידנד, הזכות להצביע באסיפת בעלי המניות, הזכות לנכסים בפירוק), אולם בעיני חוקי המס "הנכס" הוא המניה.

3. לכל מניה תכונות משלה לשם יישום דיני המס: מועד רכישה ועלות רכישה, כמוכן, ולעיתים תכונות רלבנטיות אחרות (למשל, היותה רשומה למסחר בבורסה, היותה מניית הטבה או היותה מנייה הניתנת לפדיון). מכיוון שכך, תוצאות המס של מכירת מניה פלונית בחברה מסוימת אינן בהכרח זהות לתוצאות המס של מכירת מניה אלמונית באותה חברה.

4. להבנתי הגישה האמורה נאמנה יותר להוראותיהם של חוק החברות וחוקי המס.

יחידת הבעלות הבסיסית על פי חוק החברות, התשנ"ט-1999 היא "מניה", המוגדרת בסעיף 1 כ"אגד של זכויות בחברה הנקבעות בדין ובתקנון".

כמו כן, המונח "נייר ערך" מוגדר שם כדלקמן: "לרבות מניה, איגרת חוב, או זכויות לרכוש, להמיר או למסור כל אחת מאלה".

חוק החברות ממשיך וקובע כי:

" 176. בעל מניה בחברה פרטית הוא מי שרשום ככזה במרשם בעלי המניות.

177. בעל מניה בחברה ציבורית הוא אחד מאלה:

- (1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים;
- (2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות...

178. (א) בעל מניה שרשום במרשם בעלי המניות זכאי לקבל מהחברה תעודה המעידה על בעלותו במניה.

(ב) חברה לרישומים זכאית לקבל מהחברה תעודה המעידה על מספר המניות וסוג המניות הרשומות על שמה במרשם בעלי המניות."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

5. לעומת התייחסות זו למניה הבודדת כיחידה הבסיסית לחברות בחברה, חוק החברות משתמש במושג אחר על מנת לתאר אסופה ממשית של מניות: "דבוקת שליטה" מוגדרת בסעיף 1 כ"מניות המקנות עשרים וחמישה אחוזים או יותר מכלל זכויות ההצבעה באסיפה הכללית" (ויוער כי במקרה דנן, נמכרה "דבוקת שליטה" אולם לגישתי "דבוקה" כזו איננה מוכרת כ"נכס" בפני עצמו או כ"זכות באיגוד" לצורך יישום חוקי המס).

גם סעיף 295 לחוק החברות, הדן בנושא "בעלים משותפים", נסוב על המניה הבודדת:

"אין להעביר חלק ממניה, אך יכול שלמניה יהיו כמה בעלים במשותף, וכל אחד מהם זכאי להעביר את זכותו, אלא אם כן הוגבלה זכות זו בתקנון."

6. עוד יוער כי חוק החברות מגדיר את המונחים "החזקה" ו-"שליטה" על דרך ההפניה להגדרות מונחים אלה בחוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968 ותוכן ההגדרות שם איננו יכול ללמד את על קיומו של "נכס" לצורך חוקי המס.

7. אמנם המונח "חבילת מניות" מופיע בפרק שלישי 2 לחלק ד' לפקודת מס הכנסה – בהקשר הספציפי והמצומצם של "פטור השתתפות לחברת החזקות ישראלית" – אולם למיטב הבנתי מונח זה איננו מופיע בכל מקום אחר בחקיקה הישראלית.

8. לעומת זאת, בשתי ההוראות אחרות בפקודת מס הכנסה שהן קשורות (במישרין או בעקיפין) לסוגיה מושא הערר הנוכחי, נקודת הייחוס היא **המניה הבודדת**:

בסעיף 94 לפקודה נאמר "במכירת מניה" וכך גם בסעיף 94 ב – "במכירת מניה" (ויש מקומות נוספים בפקודה שהחוק מנוסח באופן דומה: ראו למשל סעיף 94 ("בפדיון מניה") וסעיף 97(ב3) ("במכירת נייר ערך"); כמו כן ראו הוראות תקנות מס הכנסה (חישוב רווח הון במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה, מילווה מדינה או יחידה בקרן נאמנות), התשס"ג-2002).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

9. אינני סבור כי בהקשר זה קיים הבדל בין מניות סתם ובין מניות שהן בבחינת "השקעה פיננסית". ללא קשר לכוונות מחזיק המניות, היחידה הרכושית הבסיסית שמהווה "נכס" (או "זכות באיגוד") לצורך יישום חוקי המס היא המניה הבודדת, ולא "ההחזקה" או "החבילה".

10. משמעות גישתי הנ"ל היא שבמקרה הנדון נמכרו 5,000,001 נכסים בודדים.

עם זאת, ניתן לחלק את כלל המניות לשתי קבוצות כאשר בתוך כל קבוצה כל מניה זהה בכל תכונותיה לחברותיה. כך **שלמעשה** מדובר בשני מאגרי נכסים בלבד (המניות שנרכשו בשנת 1987 והמניות שנרכשו בשנת 2008). אני אף מסכים כי בנסיבות המקרה הנוכחי יש לומר כי חלק יחסי (50%) מכל מאגר נמכר (ולא לאפשר לעוררת, בדיעבד ובניגוד לעמדתה המקורית, לקבוע כי רק מניות 2008 נמכרו).

11. אולם הגישה האמורה כן מובילה למסקנה המשפטית כי מניות 1987 נמכרו בשבח (רווח הון) ואילו מניות 2008 נמכרו בהפסד.

בדרך כלל במצב כגון זה הפרדה כאמור לא תהיה בעייתית – ההפסד יקוזז מן שבח ותתקבל תוצאה סופית כאילו מוסתה העסקה בכללותה, כמקשה אחת (דהיינו, לפי השבח המוקטן, לאחר הפחתת ההפסד).

12. דא עקא, במקרה הנוכחי ניצב קושי בדרך לקיזוז המתבקש: תחולתו המסתברת של סעיף 94 לפקודה. וכפי ששינונו, סעיף 94 חל "במכירת מניה".

13. בהחלט ניתן לסבור כי במישור הכלכלי והעסקי, אין כל מקום, מלכתחילה, לתחולתו של סעיף 94 בנסיבות כגון אלה.

הרי, כמוסבר, העסקה בכללותה הניבה שבח ולא הפסד ונמצא כי הצדדים לעסקה עצמם לא הבדילו כלל בין מניות 1987 ובין מניות 2008 וככל הנראה לא נתנו את הדעת למקורן של המניות הנמכרות והנפקות האפשרית בהיבט המיסוי.

אולם, הגישה (הנכונה בעיניי) שקובעת כי כל מניה היא נכס, ולפיכך במקרה הנוכחי נמכרו שתי קבוצות שונות ונבדלות של נכסים – גישה זו מחייבת את המסקנה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

המשפטית כי על קבוצת מניות 2008, שלגביה נוצר הפסד, יש לכאורה הכרח להפעיל את הוראות סעיף 94ג. כאמור, במבט-על כלכלי, זו תוצאה קשה ובלתי מוצדקת.

14. אני שותף לדעה כי אין להגביל את תחולתו של סעיף 94ג לאותם מקרים בהם הוכח, באופן פוזיטיבי, כי נעשתה פעולה מלאכותית על ידי הנישום המוכר. מעבר לזה שאין לצמצום זה עיגון מפורש בלשון הסעיף, לדעתי אין מקום לסייג כזה. המניע למכירת מניות בהפסד לאחר חלוקת דיבידנד (מתוך רווחים שהופקו על ידי החברה המוחזקת לפני רכישתה) **עשוי** להיות בלתי קשור לרצון ליצור יתרון מס יש מאין (למשל בשל אילוץ עסקי, הזדמנות עסקית, או נסיבה משפטית) – אולם עדיין תחולת הסעיף תהיה מוצדקת במישור הפיסקאלי. במקרה כגון זה חלק מעלות המניות בידי המוכרת נבע מקיום עודפים בידי החברה הנרכשת, וחלוקת העודפים כדיבידנד לא חוייבה במס (בזכות סעיף 126(ב) לפקודה). בעת המכירה נוצר לכאורה הפסד בר קיזוז. מדובר בחסר במיסוי, ללא קשר למניע לביצוע המכירה (אף אם המחוקק **הניח** כי המניע בדרך כלל יהיה קשור ליצירת יתרון המס עצמו).

15. אני אף שותף לדעתם של רו"ח פרידמן ורו"ח בליצקי לפיה אין הצדקה לתחולתו של סעיף 94ג כאשר הדיבידנד חולק מתוך רווחים שהופקו על ידי החברה המוחזקת **לאחר רכישתה** ("רווחים חדשים"). כפי שהוסבר והודגם היטב על ידס, במצב כגון זה אין חשש למיסוי חסר, וזאת מפני שעלות רכישת המניות לא גילמה עודפים צבורים בחברה הנרכשת. העודפים נצברו בתקופה לאחר הרכישה ושולם עליהם מס חברות בידי החברה המוחזקת (עובדה שהמשיב מדלג עליה בסעיפים 44 עד 46 לסיכומיו). חלוקת הדיבידנד כדין לא חוייבה במס. יוצא אפוא כי במקרה כגון זה כל הפסד שנוצר ממכירת המניות ינבע מגורמים אקסוגניים, ולא מתופעת ה-dividend stripping. הפעלת הסעיף בנסיבות אלה מביא למיסוי ביתר, כי נשלל הפסד בר קיזוז ללא סיבה פיסקאלית אמיתית.

16. הדבר נלמד אף מעיון בסעיף 94ב לפקודה (הדן כידוע ברווחים ראויים לחלוקה), שהוא למעשה מהווה "תמונת ראי" לסעיף 94ג. על פי הגדרתם של "רווחים ראויים לחלוקה" שם, הם רווחים "שנצברו בחברה [הנמכרת] מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה" – כלומר, רווחים ראויים לחלוקה אינם כוללים עודפים שהצטברו בעבר בחברה הנמכרת טרם רכישת המניות בה בידי בעל המניות המוכר. אותו הגיון פיסקאלי – בכיוון ההפוך –



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

אמור להביא לתוצאה כי הוראות סעיף 94 יחולו רק לגבי רווחים שהופקו לפני רכישת המניות, ולא אחריה.

17. ודוק: אי התאמתן של הוראות סעיף 94 למקרה של חלוקת דיבידנד מתוך רווחים שהופקו לאחר הרכישה איננה מוגבלת למקרה כגון זה שנדון בערר הנוכחי, בו קיום ההפסד עצמו הוא כמעט מקרי ונובע מן העובדה שבתוך חבילת המניות הנמכרות יש שתי עלויות שונות. הקושי הנ"ל מובנה בהוראות סעיף 94 והוא רחב וכללי יותר, וייתכן שהוא תולדה של אי תשומת לב של המחוקק לרוחב לשון הסעיף.

18. האם יש עיגון או אחיזה בנוסח סעיף 94 כדי לפרשו כלא חל על דיבידנדים שחולקו מתוך "רווחים חדשים"? במישור המילולי גרידא אכן קשה לומר כי עיגון כזה נמצא (לגבי בעיית רוחב-יתר של דבר חקיקה (over-broadness), ראו את דבריי בע"מ 69931-03-19 ג' אף איי סקיוריטיס לימיטד נ' מנהל מס ערך מוסף תל אביב מרכז, ניתן ביום 2.8.2021, בייחוד בסעיף 49. כמו כן, ראו את דברי כבוד השופט שטיין בנושא over-inclusiveness בסעיפים 56 עד 62 לחוות דעתו בע"א 9308/20 פקיד שומה עכו נ' בית חוסן בע"מ ואח', ניתן ביום 13.2.2023; בהתאם למושגים שנדונו שם, נמצא כי הכלל שאומץ במסגרת סעיף 94 לפקודה רחב וגורף יותר מן הסטנדרט המשפטי שהכלל בא לעגן ולפרוט).

יחד עם זאת, אם נגרוס כי קיימת חזקה פרשנית (canon of interpretation) שמצווה עלינו להימנע מפירוש חיקוק באופן שמביא למיסוי כפול או מיסוי יתר אזי ניתן, אולי, להגיע לתוצאה הפרשנית לפיה סעיף 94 איננו חל על דיבידנד מתוך רווחים חדשים. ויובהר – בעיית מיסוי היתר במקרה של דיבידנד מתוך רווחים חדשים איננה תלויה בנסיבות כל עסקה ועסקה אלא דומה כי היא מובנית במנגנון סעיף 94 – שאמור לחול לפי תכליתו רק על חלוקה מתוך עודפים שהצטברו לפני רכישת המניות.

19. אודה כי העדר העיגון המילולי לפרשנות המצמצמת מטריד.

בשל כך, לדעתי עדיף להעמיד את הסוגיה הכללית, בעלת השלכות רוחב הרבה מעבר לערר הנוכחי, למבחן בתיק אחר, בו אין נסיבות מיוחדות, ומכירת המניות הצמיחה הפסד כלכלי אמיתי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 20-09-6650 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

20. אולם במקרה דנן קיימת "מכה כפולה": מחד, קיום ההפסד הפיסקאלי הוא תוצאה של ניתוח משפטי בלתי נמנע, המפריד בין שתי קבוצות המניות, על אף שבמישור העסקי המכירה הניבה רווח מובהק; ומאידך, הפעלת סעיף 94 לפקודה בשל קיום אותו הפסד פיסקאלי תביא למיסוי יתר מפני שהדיבידנדים שחולקו בשנים 2016 ו-2017 מקורם ברווחים שהופקו על ידי חברת קניונים לישראל בע"מ לאחר שהיא נרכשה על ידי העוררת.

בשל נסיבות יוצאות דופן אלה אינני יכול לחלוק על התוצאה אליה הגיעו חבריי לוועדה, אם כי, כשלעצמי, הייתי משאיר את הסוגיה העקרונית הנוגעת להיקף תחולתו של סעיף 94 לעת מצוא.

21. כחיזוק נוסף למסקנה שאין להותיר את שומת המשיב על כנה, יצויין כי חלק לפחות מהדיבידנדים **חוייבו במס** בידי העוררת (על פי הסכם פשרה בינה ובין פקיד השומה).

כידוע, סעיף 94 חל רק לגבי דיבידנד שלא חוייב במס (או חוייב במס בשיעור של פחות מ-15%). דהיינו, לכל היותר, הסעיף אמור היה להיות מיושם כאן **באופן חלקי** בלבד, ולא מופרך לומר כי בידי העוררת זכות הבחירה להעמיד את ההפסד שנוצר מהמכירה **קודם** מול הדיבידנדים **שהתחייבו במס**, ורק אם דיבידנדים אלה אינם מגיעים לכדי גובה ההפסד, עליה להפעיל את הוראות סעיף 94 על יתרת ההפסד בלבד.

22. בכפוף להערות שפורטו לעיל, אני מצטרף לתוצאה הסופית, שהיא התוצאה הצודקת בנסיבות דנן.

* * * * *

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של רו"ח צבי פרידמן. אין צו להוצאות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ו"ע 6650-09-20 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב

ניתן היום, כ"ה אלול תשפ"ג, 11 ספטמבר 2023, בהעדר הצדדים.

הרי קירש, שופט

יהושע בליצקי, רו"ח
חבר

צבי פרידמן, רו"ח
חבר

ה' קירש, שופט
יו"ר