



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 74/15

ע"א 1346/15

ע"א 6219/15

ע"א 8715/15

לפני : כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון

המערער בע"א 74/15 : מנהל מיסוי מקרקעין רחובות

המערערות בע"א 1346/15 : 1. מליסרון בע"מ
2. אשטרום נכסים בע"מ
3. עופר מרכזי מסחר בע"מ

המערער בע"א 6219/15 : מנהל מיסוי מקרקעין - תל אביב

המערערים בע"א 8715/15 : 1. סגל תרצה
2. רויכמן חנני

נ ג ד

המשיבים בע"א 74/15 : 1. גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ
2. שמואל אולפינר
3. זהר אולפינר ז"ל

המשיב בע"א 1346/15 : מנהל מיסוי מקרקעין חיפה

המשיבה בע"א 6219/15 : אלדר נכסים בע"מ

המשיב בע"א 8715/15 : מנהל מיסוי מקרקעין חדרה

ע"א 74/15 : ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 20.10.2014 בתיק ו"ע 1429/08 ובתיק וע 1454/08 שניתן על ידי כבוד היו"ר השופט ד' בר-אופיר והחברים : א' מונד ונ' הכהן

ע"א 1346/15 : ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 23.10.2014 בתיק ו"ע 54436-11-10 שניתן על ידי כבוד היו"ר השופט ר' סוקול והחברים : רו"ח ג' יחזקאל-ליגולן ורו"ח ש' פסטנברג

ע"א 6219/15 : ערעור על פסק דינה של ועדת הערר שעל יד

בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 23.7.2015 בתיק ו"ע
 329284-01-10 שניתן על ידי כב' היו"ר השופט מ'
 אלטוביה רו"ח צ' פרידמן ורו"ח א' מונד

ע"א 8715/15: ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
 בחיפה מיום 13.8.2015 בתיק ו"ע 18397-11-12 שניתן על
 ידי כבוד היו"ר השופט ר' סוקול והחברים: רו"ח ג'
 יחזקאל-גולן ורו"ח ש' פסטנברג

תאריך הישיבה: א' באייר התשע"ו (9.5.2016)
 כ"ה בתמוז התשע"ו (19.7.2016)

בשם המערער
 בע"א 74/15 ובע"א 6219/15
 והמשיב בע"א 1346/15 ובע"א
 : 8715/15

עו"ד עמנואל לינדר

בשם המערערת 1
 בע"א 1346/15:

עו"ד ישראל לשם; עו"ד עדי פרמדר

בשם המערערות 2-3
 בע"א 1346/15:

עו"ד אורית קוך

בשם המערערים
 בע"א 8715/15:

עו"ד אלכסנדר שפירא

בשם המשיבה 1
 בע"א 74/15:

עו"ד אופיר סעדון; עו"ד דורית בנימיני;
 עו"ד טלי יהושע

בשם המשיבים 2-3
 בע"א 74/15:

עו"ד ניר רבר

בשם המשיבה בע"א 6219/15: עו"ד זיו שרון

פסק דין

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

- 4 רקע
- 5 רקע עובדתי
- 5 א. ע"א 74/15 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ
- 9 ב. ע"א 1346/15 מליסרון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה
- 11 ג. ע"א 6219/15 מנהל מיסוי מקרקעין – תל-אביב נ' אלדר נכסים

15	ד. ע"א 8715/15 סגל נ' מנהל מיסוי מקרקעין חדרה
16	דיון והכרעה
16	גְדֵר המחלוקת
17	פרשנות דיני המס
18	תשתית חקיקתית והיסטורית
18	הגדרתו של "איגוד מקרקעין"
19	א. ההגדרה הבסיסית
25	ב. ההגדרה המרחיבה
29	מן הכלל אל הפרט
	א. האם "פעילות עסקית" (או "עסק חי") היא נכס (וגם: האם איגוד שהוא בעל
30	פעילות עסקית יכול להיחשב איגוד מקרקעין)?
61	ב. מוניטין
69	(ב1) ע"א 74/15 (עניין גזית גלוב)
73	(ב2) ע"א 1346/15 (עניין מליסרון)
75	(ב3) ע"א 6219/15 (עניין אלדר)
76	(ב4) ע"א 8715/15 (עניין סגל)
77	ג. נכסים נוספים
81	ד. סיכום ביניים
81	טענות נוספות
81	א. הקצאת מניות (ע"א 74/15)
90	ב. חלוקת חלקות (ע"א 8715/15)
90	ג. מועד אירוע-המס (ע"א 1346/15)
92	ד. קנסות (ע"א 74/15)
93	ה. מניעות (ע"א 1346/15, ע"א 6219/15)
95	בטרם נעילה
96	סוף דבר

לפנינו ארבעה ערעורים שעניינם מיסוי עסקות למכירתם של מרכזי קניות או להעברת זכויות בחברות שבבעלותן מרכזי קניות. השאלה העיקרית אשר מתעוררת בהם היא האם למרכז קניות או לחברה המחזיקה בו עשויים להיות נכסים בלתי־מוחשיים מסוגים שונים. להכרעה בשאלה זו מספר השלכות לעניין חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין או החוק).

1. חוק מיסוי מקרקעין עוסק בשני אירועי-מס: מכירתה או רכישתה של זכות במקרקעין ופעולה באיגוד מקרקעין (ראו סעיפים 6, 7, 9 (א) ו-9 (ב) בחוק), שבהתקיימם מוטלים כיום שני מסים: מס שבח על מוכר בגין השבח הטמון במכירה ומס רכישה על רוכש כשיעור משווי הרכישה (בעבר הוטל על מוכר גם מס מכירה כשיעור משווי המכירה. מס זה בוטל במסגרת חוק מיסוי מקרקעין (שבח מכירה ורכישה) (תיקון מס' 61), התשס"ח-2008, אך הוא רלוונטי לחלק מהעסקות מושא הערעורים שלפנינו, שבוצעו לפני ביטולו). לשני אירועי-המס ולשלושת המסים עשויה להיות רלוונטיות בעסקות הנוגעות למרכזי קניות: ניתן למכור מרכז קניות במישרין (כך ארע בעסקה מושא ע"א 8715/15). בעסקה מסוג זה עולה השאלה אם מלוא התמורה שולמה בגין מרכז הקניות, או שמא חלק מהתמורה שולם בגין נכסים אחרים שאינם ממוסים במסגרת חוק מיסוי מקרקעין מאחר שאינם זכויות במקרקעין. ככל שחלק מהתמורה שולם בגין נכסים אחרים, הרי שהמוכר לא יידרש לשלם בגין חלק זה מס שבח (ובעבר גם מס מכירה), אך יתכן שתצמח חבות בגינו במס רווח הון בהתאם לחלק ה' בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: פקודת מס הכנסה). בדומה, הרוכש לא יידרש לשלם בגין חלק זה מס רכישה. לחלופין, ניתן להעביר את הבעלות במניותיה של חברה (או של איגוד אחר) שבבעלותה מרכז קניות (כך ארע בעסקות מושא ע"א 74/15, ע"א 1346/15 וע"א 6219/15). בעסקה מסוג זה עולה השאלה אם לחברה זו יש נכסים שאינם זכויות במקרקעין. זאת משום שחוק מיסוי מקרקעין חל רק על העברתן של מניות ב"איגוד מקרקעין", המוגדר בסעיף 1 בחוק בתור "איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין", כשלעניין זה נאמר בסיפה ההגדרה כי "לא יראו כנכסיו של האיגוד – מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית." ככל שמוכח כי לחברה שבבעלותה מרכז קניות היו נכסים שאינם זכויות במקרקעין (בכפוף, כאמור, לסיפה של ההגדרה), היא לא תחשב איגוד מקרקעין וחוק מיסוי מקרקעין לא יחול על העברת מניותיה. כתוצאה מכך מעביר המניות לא יידרש לשלם מס שבח (ובעבר גם לא מכירה) בשל העברת המניות – שתמוסה במס רווח הון לפי פקודת מס הכנסה – ואילו מקבל המניות לא יידרש לשלם בגין העברת המניות מס רכישה.

2. נקל להיווכח כי לנישומים יש תמריץ כלכלי לנסות להוכיח כי למרכז קניות או לחברה שבבעלותה מרכז קניות יש נכסים שאינם זכויות במקרקעין. תמריץ זה אינו ייחודי לעסקות במרכזי קניות והוא קיים גם בעסקות אחרות. וכך, נדרש בית-משפט זה בעבר לשאלות קרובות לאלה שמתעוררות בענייננו (ראו, בעיקר: ע"א 924/12 מדינת ישראל מנהל מס שבח חיפה נ' אספן בניה ופיתוח בע"מ (13.1.2014) (להלן: עניין אספן) וע"א 6340/08 וילאר נכסים (1985) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה (10.6.2010) (להלן: עניין וילאר)). הליכים נוספים שבהם מתעוררות שאלות אלה תלויים ועומדים לא רק בפני ועדות הערר (למשל, ו"ע (מתוזזי חי') 61916-11-14 מרכזי מסחר (אזו-ריט) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה) אלא גם בפני בית-משפט זה (למשל, ע"א 1512/17), מרביתם ממתנינים להכרעה בערעורים שלפנינו (ראו: ע"א 189/16, החלטה מיום 30.10.2016; ע"א 1210/16, החלטה מיום 2.11.2016; ע"א 4166/15, החלטה מיום 20.2.2017; ע"א 9065/16, החלטה מיום 26.2.2017). ריבוי ההתדיינויות ביחס לשאלות פרשניות דומות באופיין – אף אם בכל מקרה מתעוררת זווית מעט שונה שלהן – אינו רצוי. יש להתוות באופן ברור ככל הניתן את גדריה של ההלכה ובכך להגביר את הוודאות ואת היציבות בשוק בכלל ובתחום המס בפרט (לעניין חשיבותן של הוודאות ושל היציבות בדיני המסים, ראו: ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נ' ניסים, פס' 22 בפסק-דיני (2.2.2014); ע"א 5083/13 פקיד שומה כפר סבא נ' ברנע, פס' 2 בפסק-דיני (10.8.2016) (להלן: עניין ברנע); דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי, פס' 48 בפסק-דיני (12.9.2017) (להלן: עניין דמארי)).

אעבור מכאן להצגה תמציתית של הרקע העובדתי, של השתלשלות ההליכים ושל טענות הצדדים בכל אחד מן הערעורים.

רקע עובדתי

א. ע"א 74/15 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ

3. ע"א 74/15 עוסק במרכז מסחרי ברחוב רוטשילד 45 בראשון-לציון, שנבנה על מקרקעין בשטח של 3,133 מ"ר (חלקה 243 בגוש 3934) וידוע בשם מרכז רוטשילד. מרכז רוטשילד היה בבעלותה של חברת מרכז רוטשילד – ראשון לציון בע"מ (ששמה שונה בינתיים לגי.אל.אי מרכז רוטשילד בע"מ; להלן: חברת מרכז רוטשילד) ונוהל על-ידי חברת מרכז רוטשילד (ניהול ואחזקות) (1993) בע"מ (ששמה שונה בינתיים לגי.אל.אי – ניהול נכסים בע"מ; להלן: חברת הניהול). חברת הניהול סיפקה שירותי

אחזקה, שמירה וניקיון והפעילה את החניון ואת הדוכנים במרכז. שתי החברות היו בבעלותם המלאה של המשיבים 2 ו-3, שמואל אולפינר וזוהר אולפינר ז"ל (להלן: אולפינר). בהתאם לדוחותיה הכספיים ליום 31.12.2004, היה לחברת מרכז רוטשילד גירעון בהון בסכום של כ-90.5 מיליון ש"ח: נכסים בסך של כ-129.5 מיליון ש"ח מול התחייבויות בסכום כולל של כ-220 מיליון ש"ח, כ-216 מיליון ש"ח מתוכם לבנק דיסקונט (לסכום האחרון אולפינר היו ערבים אישית). ביום 30.6.2005 נחתם הסכם להקצאת מניות בין המשיבה 1, גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ (להלן: גזית גלוב) לבין חברת מרכז רוטשילד, חברת הניהול ואולפינר. במסגרתה של העסקה הוקצו לגזית גלוב מניות שהקנו לה 99.9% מכלל הזכויות בחברת מרכז רוטשילד ובחברת הניהול. תמורת הקצאת המניות שילמה גזית גלוב לחברת מרכז רוטשילד את ערכן הנקוב של המניות (בסכום כולל של כ-202,000 ש"ח) והעמידה לטובתה הלוואת בעלים בסכום של כ-182.5 מיליון ש"ח. ההלוואה שימשה ברובה לפירעון מלוא ההתחייבויות לבנק דיסקונט, לאחר שהאחרון מחל לחברת מרכז רוטשילד על סכום של כ-51 מיליון ש"ח. פירעון ההתחייבויות לבנק דיסקונט הוביל לפקיעתן של הערבויות האישיות שהעמידו להן אולפינר, כפי שעולה גם מן ההסכם (מוצג נ/4, סעיף 5). גזית גלוב, אולפינר וחברת מרכז רוטשילד דיווחו על העסקה למנהל מיסוי מקרקעין רחובות (להלן: המנהל) בהתאם לסעיף 75(ג) בחוק מיסוי מקרקעין, המחייב להודיע למנהל על "הקצאה באיגוד מקרקעין, כמשמעותה בהגדרה 'פעולה באיגוד'... תוך 30 ימים מיום ההקצאה". הם עשו כן לשיטתם למען הזהירות בלבד, אף שסברו כי העסקה אינה מצמיחה חבות במס רכישה ובמס מכירה מאחר שלטענתם חברת מרכז רוטשילד אינה איגוד מקרקעין והקצאת המניות אינה "פעולה" באיגוד מקרקעין. המנהל לא קיבל את עמדתם והוציא להם שומות לפי מיטב השפיטה: שומת מס רכישה לגזית גלוב ושומת מס מכירה לאולפינר. לאחר שהשגותיהם נדחו, הגישו אולפינר וגזית גלוב עררים לוועדת הערר שליד בית-המשפט המחוזי תל-אביב-יפו.

ועדת הערר (סגן הנשיא (בדימ'), השופט ד' בראופיר, רו"ח א' מונד ורו"ח נ' הכהן) קיבלה פה-אחד את העררים (ו"ע (מחוזי ת"א) 1429/08, 1454/08 גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין רחובות (20.10.2014)). אף שהוועדה סברה כי הקצאת המניות מהווה "פעולה באיגוד" כהגדרתה בחוק מיסוי מקרקעין, היא קבעה כי חברת מרכז רוטשילד אינה איגוד מקרקעין מאחר שהיו בבעלותה נכסים שאינם זכויות במקרקעין: נכסים בלתי-מוחשיים והפסד מס ניתן לקיזוז שסכומו למעלה מ-50 מיליון ש"ח. עמדתה של ועדת הערר הייתה כי "לפי לשון החוק... מקום שיש בידי האיגוד נכסים בלתי מוחשיים, טפלים ככל שיהיו בהשוואה לזכויותיו במקרקעין, הרי

שדי בכך (לכאורה) כדי שלא ייחשב כאיגוד מקרקעין" (ההדגשה במקור – מ.ג.). הוועדה ציינה כי "אין בליב[ה] ספק שהיו בידי חברת [מרכז רוטשילד] נכסים בלתי מוחשיים (בנוסף להסכמי השכירות עם הדיירים)" וקיבלה את עדותה של המומחית מטעם המנהל – גב' מירב בן-דוד, שמאית מקרקעין ממחלקת שמאות מקרקעין ברשות המסים – "שהבהירה בחקירתה כי במקרה שבפנינו המדובר בקניון פעיל, וכי יש הבדל של ממש בין מקבץ חנויות אחד, שאינו נמצא תחת הנהלה אחת, לבין מקבץ חנויות אחר, הוזה לראשון בכל דבר ועניין שנמצא תחת הנהלה אחת (ורק השני ייחשב לקניון פעיל)" (ההדגשות במקור – מ.ג.). ועדת הערר דחתה גם הטענה שיש לראות בחברת מרכז רוטשילד איגוד מקרקעין מאחר שהחברה-האם של גזית גלוב ייחסה את כל עודף העלות שנוצר מרכישתן של המניות [קרי: הסכום שבו עולה התמורה על ערכן הנקוב של המניות] למקרקעין ולא למוניטין או לנכסים בלתי-מוחשיים אחרים. הוועדה קיבלה בהקשר זה את חוות-דעתו של המומחה מטעם גזית גלוב, פרופ' חיים אסיאג, שלפיה כללי החשבונאות באותה תקופה לא חייבו להפריד בין מקרקעין לבין נכסים בלתי-מוחשיים. מעבר לכך קבעה ועדת הערר כי אין בפועלה של החברה-האם כדי להשליך על עניינה של החברה-הבת.

4. בערעור כנגד פסק-דינה של ועדת הערר הציג המנהל ארבע טענות עיקריות. ראשית, הוא סבור כי ועדת הערר שגתה בקביעתה כי די בקיומם של נכסים בלתי-מוחשיים כדי להוציא איגוד מהגדרתו של איגוד מקרקעין. לשיטתו יש לנקוט פרשנות תכליתית להגדרתו של איגוד מקרקעין ועל רקע תכליתה האנטי-תכנונית לפרש את רשימת הנכסים המופיעה בה כרשימה פתוחה הכוללת גם נכסים בלתי-מוחשיים. המנהל טען כי "קביעה המחרגה נכסים כאלה עושה פלסטר את החלק המהותי של לשון... ההגדרה" וציין שהכרעתה של ועדת הערר מביאה לכך שחוק מיסוי מקרקעין לא יחול כלל על איגודי מקרקעין שיש להם שם טוב או מוניטין. טענתו השנייה היא כי לא הוכח כלל שלחברת מרכז רוטשילד היו מוניטין או נכס בלתי-מוחשי כל שהוא וכי "ההבחנה בין מה שמוגדר כ'קניון פעיל' ל'מקבץ חנויות'... אינה יכולה להוכיח קיומו של נכס בלתי מוחשי". המנהל סבור כי העדרם של נכסים בלתי-מוחשיים נלמד מכך שלפי חוות-דעת מומחה שניתנה לחברה-האם של גזית גלוב (9/נ) שוויה של הזכות במקרקעין של חברת מרכז רוטשילד זהה לסכום ששילמה גזית גלוב בגין המניות במסגרתה של העסקה, מההפסדים הניכרים שהיו לחברת מרכז רוטשילד, מן העובדה שלאחר הרכישה שופץ הקניון ושונן שמו של הקניון ואופן הפעלתו ומכך שבדוחותיה הכספיים של החברה-האם של גזית גלוב כל עודף העלות מהעסקה יוחס למקרקעין ולא

למוניטין. בהקשר זה נטען כי אין לבחון מה קבעו כללי החשבונאות באותה תקופה אלא יש להשקיף על כך כעל "ראיה חשובה" לאופן שבו ראו הגורמים הרלוונטיים את העסקה. שלישית, טען המנהל כי אף אם קיים למרכז רוטשילד מוניטין, יש לבחון אם המוניטין היה של חברת מרכז רוטשילד או של חברת הניהול שהפעילה אותו ואם המוניטין נמכר בכלל בעסקה הרלוונטית, שאלות שלא נבחנו בפסק-דינה של ועדת הערר. לבסוף נטען כי אין לראות בהפסד כנכס עצמאי המוציא איגוד מהגדרתו כאיגוד מקרקעין. אם לא נאמר כן, ייווצר לשיטתו מצב שכונה "איגוד מקרקעין מהבהב": בשנים שבהן יש לאיגוד הפסדים הוא לא ייחשב איגוד מקרקעין בעוד שבשנים שבהן אין לו הפסדים, הוא ייחשב איגוד מקרקעין.

5. המשיבים סבורים כי דין הערעור להידחות. לטענתה של גזית גלוב, חברת מרכז רוטשילד אינה איגוד מקרקעין משני נימוקים. ראשית, מאחר שיש לה נכסים בלתי-מוחשיים ובהם מוניטין, ערך העסק החי והפסדים. גזית גלוב סבורה כי מוניטין על-פי טיבו "אינו טפל למטרות האיגוד" ומהווה "נכס מרכזי המסייע [לו] להגשמת מטרותיו" ושוועדת הערר צדקה בקביעתה כי "די בעצם קיומו של המוניטין כדי להוציא את האיגוד מהגדרתו כ'איגוד מקרקעין'". בנסיבות המקרה נטען כי המוניטין של מרכז רוטשילד הוא בעל שווי ממשי של כ-25% משווי הכולל וכי כתוצאה ממנו ומערך העסק החי זוכה המרכז לשיעור תשואה גדול יותר. שנית, בשל העובדה שחברת מרכז רוטשילד מקיימת פעילות עסקית מהותית. לטענתה של גזית גלוב, תכליתו של חוק מיסוי מקרקעין היא להטיל מס רק על איגודי מקרקעין מובהקים ולא על איגודים עסקיים. איגוד המקיים "פעילות עסקית מהותית" אינו איגוד מקרקעין. היא מבקשת להבחין בין קניון לבין מקבץ חנויות "אקראי", כשלשיטתה קניון הוא עסק תפעולי הזוכה לתשואה עודפת כתוצאה מפעילותו העסקית על-פני התשואה המתקבלת אך מהשכרתם של הנכסים הכלולים בו. כפועל יוצא מכך "דמי השכירות של החנויות בקניון מחושבים על בסיס כפול: מחיר מוסכם למ"ר בתוספת אחוז מפדיון המכירות של החנויות בקניון". המסקנה שאיגוד עסקי אינו מהווה איגוד מקרקעין נתמכת לטענתה בהוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 8/2003 מעמדו של איגוד שבבעלותו זכויות במקרקעין שהנן מלאי עסקי (14.7.2003) (להלן: הוראת ביצוע 8/2003), בהחלטת מיסוי 38/07 הוצאת בית מלון מהגדרת איגוד מקרקעין (9.2.009) ובמאמר שפרסם לאחרונה יצחק הדרי "האם חברה בעלת קניון היא איגוד מקרקעין" מיסים כט/4 ה-1 (2015) (להלן: הדרי "קניון"). טענותיהם של אולפין דומות לאלה של גזית גלוב. הם הדגישו כי גם נקיטתה של פרשנות תכליתית, כטענת המנהל, אינה מובילה למסקנתו אלא תומכת בכך שאיגודים שלהם פעילות כלכלית מובהקת לא ייתפסו בהגדרה של איגוד

מקרקעין. עוד נטען כי לא ניתן לפרש את רשימת הנכסים שבהגדרתו של איגוד מקרקעין בתור רשימה פתוחה. בנסיבות המקרה טענו גם אולפינר כי למרכז רוטשילד יש מוניטין משמעותי וכי הסכום ששילמה גזית גלוב על המניות גבוה משמעותית משווים של המקרקעין.

באופן חלופי וככל שתדחה עמדתם שלפיה חברת מרכז רוטשילד אינה איגוד מקרקעין, חזרו גזית גלוב ואולפינר על הטענה כי הקצאת המניות בענייננו אינה מהווה "פעולה" באיגוד מקרקעין, וזאת בשים לב לכך שפעולה של "הקצאה" הוחרגה מן ההגדרה של "פעולה באיגוד מקרקעין". הם הדגישו כי הקצאת המניות אינה נגועה במלאכותיות וכי היא נועדה בענייננו להזרים הון חדש לחברת מרכז רוטשילד. עוד נטען כי אין לראות בשחרורם של אולפינר מערבותם האישית משום תמורה שקיבלו כנגד ההקצאה. המנהל סבור כי דין טענות אלה להידחות. לשיטתו במקרה הנוכחי לא הוקצו מניות לצורך הכנסתו של משקיע לחברת מרכז רוטשילד, אלא בוצעה "הקצאה והדחה" – הקצאתן של מניות למשקיע תוך דילולן של מניותיהם של הבעלים, דילול המביא לכך שהחזקתם של אולפינר אפסית ועומדת על 0.01% מהמניות. לפיכך יש לראות בכך משום מכירה.

בשולי הדברים טענו אולפינר כי לא היה מקום להטיל עליהם קנסות ולכן ככל שיתקבל הערעור, יש לבטל את חיובם בקנסות.

ב. ע"א 1346/15 מליסרון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה

6. ע"א 1346/15 עוסק במרכז קניות פתוח (מהסוג שנהוג לכנות strip mall, power center או retail park) במפרץ חיפה, המשתרע על-פני שטח של 146 דונמים וידוע בשם קניון חוצות המפרץ. במועדים הרלוונטיים כלל קניון חוצות המפרץ 12 מבנים בשטח כולל של כ-52,000 מ"ר ובהם כ-60 חנויות ועסקים. באותה עת היה הקניון בבעלותה של חברת א.כ.א לפיתוח בע"מ (ששינתה בינתיים את שמה לחוצות המפרץ בע"מ; להלן: חברת חוצות המפרץ). מניותיה של חברת חוצות המפרץ הוחזקו עד לשנת 2009 בחלקים שווים (שליש כל אחת) על-ידי כור נכסים בע"מ (להלן: כור) ועל-ידי המערערות 2 ו-3, אשטרום נכסים בע"מ (להלן: אשטרום) ועופר מרכזי מסחר בע"מ (להלן: עופר). בשנת 2009 רכשו אשטרום והמערערת 1, מליסרון בע"מ (להלן: מליסרון) את המניות שהוחזקו על-ידי כור ועל-ידי עופר במסגרת שתי עסקות נפרדות. בעסקה האחת מכרה כור את מלוא המניות של חברת חוצות המפרץ שהיו בידיה,

מחצית למליסרון ומחצית לאשטרום, תמורת סך כולל של כ-30.6 מיליון ש"ח. בעסקה השנייה מכרה עופר את כל מניותיה למליסרון בתמורה לסכום זהה. בנוסף לכך התחייבו מליסרון ואשטרום לפרוע הלוואות בעלים שכור ועופר נתנו לחברת חוצות המפרץ ולהעמיד במקומן הלוואות בעלים מטעמן או להשיג מימון בנקאי חלופי. בסופן של העסקות החזיקו מליסרון ואשטרום, כל אחת, ב-50% ממניותיה של חברת חוצות המפרץ. אף שאשטרום, מליסרון ועופר סברו כי חברת חוצות המפרץ אינה איגוד מקרקעין ולכן הן אינן חייבות במס רכישה ובמס שבח, הן דיווחו למנהל מיסוי מקרקעין חיפה על העסקות בהתאם לסעיף 16(ג) בחוק מיסוי מקרקעין, המחייב מסירת הצהרה על עשיית פעולה באיגוד אף אם הצדדים לפעולה סבורים כי אין מדובר באיגוד מקרקעין. המנהל לא קיבל את הטענה והוציא להן לבסוף שומות לפי מיטב השפיטה: שומת מס רכישה לאשטרום ולמליסרון בסך של 3,272,191 ש"ח לכל אחת ושומת מס שבח לעופר בסך של 7,333,279 ש"ח (לא הייתה חבות במס מכירה מאחר שהעסקות בוצעו לאחר ביטולו של מס זה). לסכומים אלה התווספו ריבית, הצמדה וקנסות. השגה שהגישו השלוש נדחתה והן הגישו ערר לוועדת הערר שליד בית-המשפט המחוזי חיפה.

ועדת הערר (השופט ר' סוקול, רו"ח ג' יחזקאל-גולן ורו"ח ש' פסטנברג) דחתה פה-אחד את הערר (ו"ע (מחוזי חי') 54436-11-10 מליסרון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה (23.10.2014)). עמדתה הייתה כי רשימת הנכסים שבהגדרת איגוד מקרקעין היא רשימה פתוחה הכוללת דוגמות וכי קיומה של פעילות עסקית אינו מוציא כשלעצמו איגוד מהגדרתו של איגוד מקרקעין, בשים לב לכך ש"אופי פעילותו של האיגוד וטיב ההחזקה, החזקה פאסיבית או אקטיבית בנכסים אינם רלבנטיים להגדרתו כאיגוד מקרקעין [...]". הוועדה ציינה כי במסגרת מיון הנכסים שמחזיק האיגוד לנכסי מקרקעין ולנכסים אחרים יש ראשית "לברר ולקבוע האם אותם נכסים אחרים הינם עצמאיים ונפרדים מנכסי המקרקעין או שמא הם נכסים שמהותם זכויות הנובעות [ו]המשולבות בזכויות במקרקעין ונצמחות מהן. רק נכסים נפרדים ועצמאיים עשויים להוציא את האיגוד מהגדרת איגוד מקרקעין ונכסים השלובים במקרקעין, זכויות הנובעות מהזכות במקרקעין, ייחשבו כחלק מנכסי המקרקעין של האיגוד." ועדת הערר דחתה את הטענה כי לחברת חוצות המפרץ יש נכסים בלתי-מוחשיים המוציאים אותה מהגדרת איגוד מקרקעין. היא קבעה כי מרבית הנכסים שלקיומם נטען – ובהם זכות למתן שירותי ניהול לשוכרים, זכות למכירת חשמל במתח נמוך, צבך לקוחות, הסכמי שכירות, ידע, שם מותג והון אנושי – כלל לא הוכחו וכי ההפרדה בין המקרקעין לבין נכסים אלה היא מלאכותית, שכן אין מדובר בנכסים עצמאיים. בעקבות ע"א 2587/12

מלונות צרפת ירושלים בע"מ נ' מנהל מס שבח אזור ירושלים (8.7.2013) (להלן: עניין מלונות צרפת) נקבע גם כי המעליות, מערכות מיזוג האוויר ושאר המיטלטלין שבקניון אינם נכסים נפרדים אלא חלק מהמקרקעין (בבחינת מחוברים).

7. בערעור שהגישו כנגד פסק-דינה של ועדת הערר טענו אשטרום, מליסרון ועופר כי יש ליתן פרשנות מצמצמת לתחולתו של מס רכישה ולקבוע כי חברה בעלת פעילות עסקית אינה נחשבת לאיגוד מקרקעין. לשיטתן, "תכליתו של חוק מיסוי מקרקעין לחול על העברת מקרקעין במסווה של מניות – בבחינת חברות פסיביות." הן חזרו על טענותיהן העובדתיות, שלפיהן לחברת חוצות המפרץ יש נכסים מוחשיים ובלתי מוחשיים המוציאים אותה מהגדרת איגוד מקרקעין: "העסק החי", מוניטין, מניותיה של חברת הניהול, זכות למכור חשמל ואופציה להארכת זכות חכירה במקרקעין. עוד נטען כי לא היה מקום להטיל עליהן קנסות, הפרשי הצמדה וריבית, אף שנושא זה לא עלה במסגרת פסק-דינה של ועדת הערר.

המנהל סבור כי דין הערעור להידחות. לשיטתו אין הצדקה להחריג מבסיס המס של מס הרכישה עסקות מהסוג שבו עסקינן. הוא הדגיש כי הטלתו של המס על איגוד מקרקעין לא מהווה נורמה אנטי-תכנונית אלא אחד מאירועי-המס שנקבעו בחוק מיסוי מקרקעין. התזה בנוגע להחרגתן של חברות עסקיות מהגדרתו של איגוד מקרקעין מנוגדת לטענתו ללשון החוק ואין לקבלה. במישור העובדתי סמך המנהל ידיו על הכרעתה של ועדת הערר כי אין לראות בנכסים הנטענים של חברת חוצות המפרץ ובהם פעילותה העסקית כנכסים נפרדים מהמקרקעין. בהסתמך על ע"א 3892/13 בראון-פישמן תקשורת בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פס' 29 (8.6.2015) (להלן: עניין בראון-פישמן) – שניתן לאחר פסק-הדין של ועדת הערר – טען המשיב כי יש לדחות את הערעור גם מאחר שמליסרון, אשטרום ועופר מנועות מלטעון טענות המנוגדות לאופן שבו הציגו את העסקות בספריהן ודיווחו עליהן לרשויות.

ג. ע"א 6219/15 מנהל מיסוי מקרקעין – תל-אביב נ' אלדר נכסים

8. ע"א 6219/15 עוסק בקניון הכולל מבנה בן שלוש קומות מסחריות, מרתף ושישה מפלסי חניה שהוקם במקרקעין בבתי-ים (גוש 7128, חלקה 319). הקניון, הידוע בשם קניון בתי-ים, מצוי בבעלותה של חברת קניונים לישראל בע"מ (להלן: קניונים לישראל). במועדים הרלוונטיים החזיקו במניותיה של קניונים לישראל, בחלקים שווים, שופרסל בע"מ (להלן: שופרסל) והמשיבה, אלדר נכסים בע"מ (להלן: אלדר). אלדר

החזיקה בזכות ראשונים לרכוש את חלקה של שופרסל בקניונים לישראל. ביום 13.3.2008 נכרת הסכם בין שופרסל לבין אמות השקעות בע"מ (להלן: אמות) למכירת חלקה של שופרסל בקניונים לישראל תמורת סך של 156.8 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ ובתוספת ריבית שנתית של 6%, החל מיום 1.1.2008. ביום 17.4.2008 הודיעה אלדר לשופרסל כי היא מממשת את זכות הראשונים שלה. ביום 24.6.2008 הושלמה העסקה בפועל, באותם התנאים שעליהם הוסכם בהסכם שנחתם בין שופרסל לבין אמות. שופרסל דיווחה למערער, מנהל מיסוי מקרקעין תל-אביב, על מכירת מניות באיגוד מקרקעין (סעיף 44 בהודעת הערעור מטעמו). בשונה מכך, הגישה לו אלדר הודעה (לפי סעיף 16(ג) בחוק) שלפיה קניונים לישראל אינה איגוד מקרקעין ושלפיכך היא אינה חייבת במס רכישה בגין רכישת המניות משופרסל. המנהל לא קיבל טענה זו והוציא לאלדר שומת מס רכישה. השגה שהגישה אלדר נדחתה והיא הגישה ערר לוועדת הערר שליד בית-המשפט המחוזי תל-אביב-יפו. ועדת הערר קיבלה ברוב דעות את הערר (ו"ע (מחוזי ת"א) 39284-01-10 אלדר נכסים בע"מ נ' מדינת ישראל (23.7.2015)).

בדעת הרוב (מפי רו"ח צ' פרידמן ובהסכמתו של רו"ח א' מונד) נקבע כי כוונת המחוקק הייתה להחיל את חוק מיסוי מקרקעין על איגודי מקרקעין מובהקים. בשונה מכך, מחזיק קניון פעיל – פרט לזכויות במקרקעין – גם ערך נוסף של העסק כ"עסק חיי". לשיטתה של דעת הרוב, "בין אם נראה את ערכו של העסק החי כחלק מהמוניטין ובין אם לאו, אין ספק שנכס בלתי מוחשי זה אינו חלק מהמקרקעין, והוא אינו טפל לייצור הכנסה של האיגוד שמחזיק בקניון, ודי בכך כדי להוציא את האיגוד מחזקת 'איגוד מקרקעין'... צודק [המנהל] בטענתו, ששאלת קיומה או אי-קיומה של פעילות עסקית לא רלוונטית להגדרת 'איגוד מקרקעין'. לפיכך, גם איגוד שנכסיו הינם מקרקעין המהווים מלאי עסקי, ייחשב כאיגוד מקרקעין וכנ"ל גם איגוד שהכנסות מדמי השכירות... [ש]הוא מניב הינן הכנסות מעסק שלפי סעיף 2(1) לפקודה. אולם על פי רוב חברה עסקית שרוב נכסיה הינם נכסי מקרקעין, לא תיחשב ל'איגוד מקרקעין' משום שבדרך כלל היא תחזיק נכסים אחרים, שאינם טפלים למטרותיה[...]. [הגדרת 'איגוד מקרקעין' כוללת רשימת נכסים שלא יראו אותם לעניין זה כנכסיו של האיגוד... (להלן – 'הנכסים הניטרליים'). אומנם המדובר ברשימה סגורה, אך לדעתי, המדובר ברשימה שהיא 'לדוגמא בלבד' וכי גם נכסים אחרים, לרבות נכסים בלתי מוחשיים שבידי האיגוד, עשויים להיחשב כ'נכסים ניטרליים', ואולם כל זאת, אם אותם נכסים אינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם טפלים למטרותיו העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה, ולא בדרך ארעית." על בסיסן של קביעות עקרוניות אלה קבעה דעת הרוב בהתבסס על העדויות ששמעה "כי לקניון בת-

ים, שהינו קניון פעיל ומשגשג, ישנו 'נכס' בלתי מוחשי, הקרוי 'העסק כעסק חי' ('Going concern') שמעלה את שוויו לעומת קניון חדש באותו מקום. ניתן לקרוא לנכס זה מוניטין, מותג, ידע, ניהול עודף, שותפות ברווחי הפדיון של החנ[ו]יות בקניון וכיוצ"ב... נכס זה הינו 'נכס' נפרד מהמקרקעין עצמם... הוא משמש את האיגוד... לייצור הכנסתו ואינו טפל למטרותיו העיקריות." ועדת הערר הוסיפה עוד שקשה לומר שקניונים לישראל היא איגוד מקרקעין שאליו כיוון המחוקק, בשים לב לכך שהיא מחזיקה "בקניון כדוגמת קניון בת-ים, עם ניהול מורכב ומסובך (הכולל צוות עובדים של כ-15 איש), עם פעילות עסקית ממשית, אקטיבית ובעלת ערך, עם ידע ייחודי שנצבר בניהול קניון כאמור, שיווק ופרסום, ארגון אטרקציות ומופעים לשם יצירת חווית קניה ומשיכת קונים, קניון פעיל עם 'עסק חי' ותוסס המניב רווחים נאים לבעליו." כפועל יוצא נקבע כי קניונים לישראל אינה איגוד מקרקעין.

השופט מ' אלטוביה סבר בדעת מיעוט כי קניונים לישראל מהווה איגוד מקרקעין. הוא ציין שלא זו בלבד שבהסכם המכר שבמסגרתו רכשה אלדר את מניותיה של קניונים לישראל לא באה לידי ביטוי העובדה שלאחרונה יש פעילות עסקית ענפה, אלא שכל "הנכסים שעליהם הצביעה [אלדר], בהם שירותי ניהול, הסכמי שכירות, ידע 'מותג' והון אנושי טבועים כולם בפעילות ההשכרה שהיא היא המטרה העסקית העיקרית אם לא היחידה של החברה, כבעלת קניון בת-ים... כל פעילות אחרת ככל שהייתה לחברה, הייתה טפלה לפעילות ו/או למטרה העיקרית של החברה בהחזקה והשכרת שטחים בקניון בת-ים." בשולי הדברים ציין השופט מ' אלטוביה כי לשיטתו יש להבחין בין קניון לבין בית-מלון, שכן בית-מלון מספק לאורחיו לא רק השכרת מקרקעין אלא גם שירותים נוספים.

9. בערעור שהגיש המנהל על פסק-דינה של ועדת הערר הוא ביקש בעיקרו-של-דבר לאמץ את עמדת המיעוט. לטענתו לא היה מקום לקבוע שכל איגוד בעל פעילות עסקית מהותית כעסק חי אינו מהווה איגוד מקרקעין מאחר שהיותו "עסק חי" מהווה נכס עצמאי. המנהל ציין שטענה זו כלל לא נטענה על-ידי אלדר אלא הועלתה באופן עצמאי על-ידי דעת הרוב. לגופם-של-דברים סבור המנהל כי ועדת הערר צדקה בכך שקבעה כי שאלת הפעילות העסקית או העדרה לא רלוונטית להגדרת איגוד מקרקעין וכי רשימת הנכסים המופיעים בהגדרה היא רשימה פתוחה. אולם, לשיטתו יש לבחון לגבי כל נכס אם הוא "אינו חלק מהזכות במקרקעין עצמה שאז הוא נבלע בזכות המקרקעין ואין צורך לבחון לפי המבחנים [שבהגדרת איגוד מקרקעין – מ.ג.], שכן מבחנים אלה עניינם הוא בנכסים שאינם חלק מזכות המקרקעין שבידי האיגוד." לטענת

המנהל, פרשנותה של דעת הרוב מרוקנת את חוק מיסוי מקרקעין מתוכן ומביאה לכך שמרבית האיגודים – כל אלה אשר יש להם פעילות עסקית באשר היא – יוצאו מהגדרתו של איגוד מקרקעין. פרשנות זו מנוגדת לטענתו לתכליתו של החוק, שהיא להטיל מס על איגודי מקרקעין. בנסיבות המקרה סבור המנהל כי "ממצאי ומסקנות דעת הרוב לעניין הנכסים הבלתי מוחשיים הנטענים ע"י אלדר אינם מאפשרים לבסס את הוצאת חברת קניונים לישראל מגדר של איגוד מקרקעין, "שכן כל הנכסים הללו הם חלק בלתי-נפרד מהזכות במקרקעין. לא הוכח לשיטתו שהיו לקניונים לישראל נכסים נוספים פרט למקרקעין וממילא לא הוכח כי נמכרו במסגרתה של העסקה נכסים כאלה. הוא נסמך לעניין זה על כך שהעסקה תומחרה על בסיס מחירם של הקרקע ושל הבנוי עליה ולא על בסיס קיומם של נכסים נוספים, על העובדה שאשטרום, החברה-האם של אלדר, הציגה בדוחותיה הכספיים את קניון בתים בתור נדל"ן להשקעה ועל כך שהמוכרת שופרסל דיווחה על העסקה כעל מכירת מניות באיגוד מקרקעין. גם במקרה זה סבור המנהל, בהתבסס על הכרעתו של בית משפט זה בעניין בראון-פישמן, כי נוצרה לנישומות מניעות לטעון טענות המנוגדות לאופן שבו הציגו את הדברים בדוחות הכספיים הרלוונטיים. בתשובתו הדגיש המנהל כי לשיטתו ההבחנה בין איגודים הנחשבים לאיגוד מקרקעין לבין אלה שאינם נחשבים לכזה נעוצה במטרתו של האיגוד ובאופיין של הכנסותיו: איגוד שמטרתו להשיא הכנסות משכירות ייחשב לאיגוד מקרקעין גם אם הכנסות אלה מושאות במסגרת פעילות עסקית, בעוד שאיגוד שהכנסותיו אינן משכירות – כגון בתי-מלון ודירור מוגן – לא ייחשב לאיגוד מקרקעין. המערער הדגיש כי כל הפעולות שמבצעת חברה המפעילה קניון מטרות אחת: להשיא את הכנסותיה משכירות.

אלדר סבורה כי דין הערעור להידחות. לעמדתה טענותיו של המנהל נדונו ונדחו על-ידי ועדת הערר ואין מקום להתערב בקביעות אלה. עיקר טענותיה של אלדר ממוקדות במישור התכליתי ונוגעות לכך שחוק מיסוי מקרקעין לא התכוון, לשיטתה, להחיל את עצמו על חברות עסקיות המחזיקות נכסי מקרקעין אלא רק על חברות המחזיקות נכסים מסוג זה באופן פסיבי, קרי למטרות השקעה. לכן, כאשר מדובר בחברה אשר מנהלת פעילות עסקית כגון אלדר, אין היא נחשבת לאיגוד מקרקעין. אלדר סבורה כי תוצאה זו היא תוצאה צודקת, המונעת "עיוות" ומביאה ל"שומת אמת" (סעיף 49 בסיכומיה). אלדר סיכמה את טענותיה בכך שלשיטתה "הגיעה השעה להעניק פרשנות הולמת להוראת חוק מיושנת ואין ספק כי מבחן העסק החי מגשים את תכלית החוק."

ד. ע"א 8715/15 סגל נ' מנהל מיסוי מקרקעין חדרה

10. ע"א 8715/15 עוסק בקניון הממוקם על חלקות 6, 8, 10, 11 ו-475 בגוש 10037 בחדרה וידוע בשם קניון לב חדרה. את הקניון הקימו אביהם של המערערים ואָחיו. לאחר פטירתם ירשו המערערים תרצה סגל וחנוניה רויכמן (להלן יכוננו שניהם סגל) את זכויותיו של האב בעוד שאת זכויותיו של אָחיו ירש אברהם רויכמן (להלן: רויכמן). ביום 16.5.2006 רכשו סגל את זכויותיו של רויכמן במקרקעין. הרכישה בוצעה בשיתוף-פעולה עם חברת בריטיש ישראל מרכזי מסחר בע"מ, ששמה שונה בינתיים למרכזי מסחר (אזו-ריט) בע"מ (להלן: בריטיש). בהתאם להסכם שנחתם בין המערערים לבין בריטיש, רכשו המערערים את זכויותיו של רויכמן בנאמנות עבור בריטיש והעבירו אותן אליה מיד לאחר רכישתן. בהסכם הנאמנות ניתנה לבריטיש אופציה לרכוש את זכויותיהם של סגל (אופציית "put") ואילו לסגל ניתנה אופציה לכפות על בריטיש לרכוש את זכויותיהם (אופציית "call"). ביום 16.6.2011 הודיעה בריטיש לסגל על מימוש האופציה. ביום 30.6.2011 נחתם בין הצדדים הסכם ובמסגרתו הוסכם שבריטיש תשלם לסגל בגין חלקם בקניון לב חדרה כ-266.9 מיליון ש"ח, 5 מיליון ש"ח מתוכם עבור זכויותיהם בחברת הניהול של הקניון. בתצהיר שהגישו סגל למנהל מיסוי מקרקעין חדרה נטען כי מתוך התמורה כ-39 מיליון ש"ח שולמו בגין מוניטין וכ-6.8 מיליון ש"ח שולמו בגין מיטלטלין שבקניון ואשר אינם בבחינת מחוברים. עוד נטען כי יש לייחס את התמורה לחלקות השונות, שכן חלקה 10 וחלק מחלקה 11 נרכשו במועד שונה מאשר יתר החלקות שעליהן הוקם הקניון. המשיב דחה טענות אלה והוציא לסגל שומה שבה נדרשו לשלם מס שבח בסך של כ-30.2 מיליון ש"ח. השגה שהגישו סגל נדחתה. ערר שהגישו לוועדת הערר שליד בית-המשפט המחוזי חיפה (השופט ר' סוקול, רו"ח ג' יחזקאלייגולן ורו"ח ש' פסטנברג) נדחה אף הוא (ו"ע (מחוזי חי') 18397-11-12 סגל נ' מנהל מיסוי מקרקעין חדרה (13.8.2015)). ועדת הערר קבעה כי סגל לא הוכיחו כי התמורה המוסכמת כללה תשלום עבור מוניטין וכי אין לחלק את התמורה לחלקות השונות אלא לקבוע את התמורה לנכס כמכלול. הוועדה התייחסה בפסק-דינה בהרחבה לנושא של מוניטין בעסק מסוג מרכז קניות או קניון והדברים יובאו במלואם בהמשך. בתמצית, הודגש כי יש לבחון למי שייך המוניטין שלקיומו נטען: למרכז הקניות, לחנויות הפועלות בו, לבעליו של מרכז הקניות או לרוכש וכי על המוכר מוטל הנטל "לשכנע כי לנכס הנמכר היה מוניטין וכי הרוכש אכן קנה את המוניטין ושילם עבורו תמורה" (פס' 23). בנסיבות המקרה קבעה ועדת הערר כי לא הוכח: שהיה לקניון מוניטין, שבמסגרת העסקה עם בריטיש נמכר מוניטין ושהתמורה

העודפת על שווי השוק של המקרקעין ששילמה בריטיש על חלקם של סגל משקפת מוניטין.

11. בערעור שהגישו נגד הכרעתה של ועדת הערר טענו סגל כי למרכז קניות יכול להיות מוניטין הנפרד מהמוניטין של החנויות המצויות בו. בנסיבות המקרה נטען כי מוניטין שכזה הוכח, בין היתר לנוכח הפער המשמעותי שבין שווי השוק של המקרקעין לבין המחיר שהסכימה בריטיש לשלם בגינם. הם ציינו כי לא ניתן לקבוע כי עודף התמורה שהסכימה בריטיש לשלם נבע מקיומה של פרמיית שליטה, בשים לב לכך שהשליטה כבר הייתה בידיה מכוח הסכם השיתוף שנחתם בין הצדדים. סגל טענו עוד כי יש לחלק את התמורה בין החלקות השונות, חרף העובדה שהתמורה שולמה בגין המקרקעין כמכלול, בשים לב לכך שהם הוקמו על חלקות נפרדות, שנרכשו על-ידי סגל במועדים שונים ושוויין היה שונה. המשיב סבור כי דין הערעור להידחות וכי אין מקום להתערב בממצאיה העובדתיים של ועדת הערר. לשיטתו אין בעודף התמורה ששולמה בגין המקרקעין כדי להצביע על קיומו של מוניטין שבגינו הוא שולם. הוא טען כי בריטיש הסכימה לשלם תמורה עודפת בשל רצונה להחזיק במלוא הבעלות על הקניון, קרי: עודף התמורה משקף פרמיית שליטה. אשר לחלוקת המקרקעין לחלקות, טען המשיב כי המבחן הוא מבחן הנכסים ולא מבחן החלקות; ומאחר שמדובר בנכס אחד, כך היה גם למסותו ולבחון את שווי.

12. להשלמת התמונה אציין כי לצד ההליך בעניין חבותם של סגל במס שבת, התנהל גם הליך בנוגע למס הרכישה שנדרשה לשלם בריטיש. בהליך זה ניתן תוקף להסכם פשרה בין הצדדים, שלפיו תוצאתו של פסק-הדין בעניין סגל תחול גם לגביהם (ו"ע (מחוזי חי') 21347-08-12 מרכזי מסחר (אזו-ריט) בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין – חדרה (19.2.2013)). להכרעתנו בערעור זה יש השפעה אפוא גם ההליך בעניין בריטיש.

דיון והכרעה

גִּדְרֵר המחלוקת

13. השאלה המרכזית אשר מתעוררת בענייננו היא האם למרכזי הקניות יש נכסים שאינם זכויות במקרקעין. עלינו לקבוע אם הנכסים הנטענים – ובעיקר פעילות עסקית, "עסק חי" ומוניטין – קיימים בכלל ואם כן, האם הם נכסים עצמאיים או שמא חלק בלתי-נפרד מהזכות במקרקעין ו"נבלעים" בה. אם ייקבע כי אכן קיימים נכסים עצמאיים שאינם זכויות במקרקעין, ישליך הדבר על השאלה (המתעוררת בע"א

אם יש חלקים מהתמורה שאין לשלם בגינם מס רכישה ועל השאלה (המתעוררת בע"א 74/15, בע"א 1346/15 ובע"א 6219/15) האם איגוד שבבעלותו מרכז קניות נחשב לאיגוד מקרקעין, בשים לב לנכסים הנוספים שבבעלותו. לצורך הכרעה בשאלה האחרונה – האם החזקה בנכסים אלה עשויה באופן עקרוני להוציא איגודים מן ההגדרה של איגוד מקרקעין – נדרשים אנו להתייחס לשאלות הפרשניות שבמחלוקת: האם רשימת הנכסים המופיעה בהגדרה היא רשימה פתוחה או רשימה סגורה, האם נכללים ברשימה גם נכסים בלתי-מוחשיים וככל שכן, האם הם מקיימים את הסיפה של ההגדרה. בעניין פרשנות הגדרתו של "איגוד מקרקעין" הועלו כאמור טענות נוספות, בין היתר באשר לתחולתה על איגודים עסקיים המנהלים פעילות עסקית משמעותית. מעבר לכך, ישנן שאלות המתעוררות באופן פרטני בחלק מהערעורים. בע"א 74/15 האם הפסד הון שהיה לחברת מרכז רוטשילד הוא "נכס" המוציא אותה מהגדרתו של איגוד מקרקעין, האם הקצאת המניות לגזית גלוב מהווה "פעולה באיגוד מקרקעין" והאם יש מקום להתערב בקנסות שהושתו על אולפין; בע"א 1346/15 האם יש מקום להתערב בריבית, בהצמדה ובקנסות שהוטלו על המערערות (מליסרון, אשטרום ועופר); ובע"א 8715/15 האם יש לייחס את התמורה ששולמה לחלקות השונות שעליהן נבנה קניון לב חדרה, כטענת המערערים, או שמא יש להתייחס לעסקה כמכירתו של קניון אחד שהוא זכות אחת במקרקעין, כפי שקבעה ועדת הערר וכעמדת מנהל מיסוי מקרקעין.

פרשנות דיני המס

14. במוקד הערעורים שלפנינו מספר סוגיות פרשניות הנוגעות בעיקר לשני מונחים, "איגוד מקרקעין" ו"זכות במקרקעין". לדיני המס אין, כידוע, כללי פרשנות משלהם ופרשנותם מתבצעת בהתאם לכללי הפרשנות התכליתית המקובלים בשיטתנו (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985) (להלן: עניין קיבוץ חצור); אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כ"ח 425, 427 (1997); עניין דמארי, פס' 20 בפסק-דיני וההפניות שם). הכללים הם ברורים וידועים: בשים לב לכך ש"גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" (ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 827 (1999)), השלב הראשון הוא השלב הלשוני. במסגרתו יש לאתר את כל האפשרויות הפרשניות שיש להן ולו "נקודת אחיזה ארכימדית" בלשון החוק (ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 303 (2008)). בשלב השני נדרש הפרשן לאתר את תכליותיה של החקיקה ולבחור מבין הפרשנויות האפשריות את הפרשנות המגשימה אותן באופן מיטבי (עניין קיבוץ חצור,

בעמ' 75; עניין דמארי, פס' 20 בפסק-דיני. אפתח בהנחת התשתית החקיקתית וההיסטורית הרלוונטית.

תשתית חקיקתית והיסטורית

15. בשנת 1949 נחקק חוק מס שבח מקרקעים, התש"ט-1949, אשר במסגרתו הוטל לראשונה מיסוי הוני על השבח שבמכירת מקרקעין. בחוק זה היו פְּרָצוֹת רבות שהובילו לעקיפתו. תכנון-מס פשוט יחסית שהיה שכיח באותה עת אפשר להתחמק מחלותו של החוק: הנישומים העבירו מקרקעין לבעלותה של חברה והקצו לרוכש מניות בה, תוך הדחתן של המניות שהיו ברשותם כך שתהפוכנה חסרות שווי (אהרן נמדר מס שבח מקרקעין כרך א בסיס המס 550-551 (מהדורה שביעית, 2012) (להלן: נמדר); הדרי "קניון", בעמ' ה-2; אמנון רפאל ודוד אפרתי "ה'זכות' וה'מכירה' לצורך מס שבח מקרקעין" עיוני משפט ב 419, 424 (התשל"ב-התשל"ג) (להלן: רפאל ואפרתי); עניין אספן, פס' י"ד; ע"א 4666/06 נאות הארץ בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, פס' 6 ((11.3.2009)). אעיר כי מדובר לכאורה בטכניקה דומה לזו שננקטה בע"א 74/15, שם כזכור הוקצו לגזית גלוב 99.9% ממניותיה של חברת מרכז רוטשילד, כך שמניותיהם של אולפינר הפכו לחסרות כל משקל. כדי למנוע את תכנון-המס המתואר הוחלט להוסיף במסגרת חוק מיסוי מקרקעין שנחקק בשנת 1963 אירוע-מס נוסף של "פעולה באיגוד מקרקעין". כפי שציין בצדק המנהל, אירוע-המס מהווה חלק מבסיס המס שבחוק מיסוי מקרקעין, ולא רק נורמה אנטי-תכנונית כפי שביקשו להציגה הנישומים. אכן, תכליתו של אירוע-המס היא אנטי-תכנונית ולכן – כפי שגראה להלן – השתמש המחוקק בהגדרה רחבה למונח "איגוד מקרקעין". לא למותר להזכיר בהקשר זה, כפי שנפסק לא אחת, כי להגדרות הרחבות בחוק מיסוי מקרקעין יש ליתן פרשנות רחבה לשם הגשמת תכליותיהן (ע"א 7933/01 סלובר בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין באר שבע, פס' 18 (11.6.2008) (להלן: עניין סלובר)). כך במיוחד כשהתכלית כמו בענייננו היא אנטי-תכנונית (ראו והשוו: ע"א 10846/06 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין – רחובות, פס' 28 ((23.12.2011)).

הגדרתו של "איגוד מקרקעין"

16. במועדים הרלוונטיים לערעורים שלפנינו הוגדר איגוד מקרקעין במסגרת סעיף 1 בחוק מיסוי מקרקעין כך:

"איגוד מקרקעין" – איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין, למעט איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה כהגדרתה בפקודה; ולענין זה לא יראו כנכסיו של האיגוד – מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית."

ניתן לחלק את ההגדרה לשלושה חלקים. הראשון, ההגדרה הבסיסית של איגוד מקרקעין המופיעה ברישה: "איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין." לאחריה מופיעה הגדרה ממעטת: "למעט איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה כהגדרתה בפקודה" (הגדרה זו הורחבה במסגרת תיקון שהתקבל לאחרונה). פרשנותה של ההגדרה הממעטת אינה מתעוררת בענייננו. ולבסוף, בסיפה ישנה הגדרה מרחיבה (ראו: ו"ע (מחוזי חי') 44860-03-14 אחזקות ליגת בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה, פס' 19 (29.9.2016) (להלן: עניין ליגת)): "לא יראו כנכסיו של האיגוד [...]". נקל להיווכח במורכבותה של ההגדרה, אשר אף הושוותה בפסיקה למורכבותה של הגדרתה של "תאונת דרכים" בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (עניין אטון, פס' ט"ו; להגדרת "תאונת דרכים" ראו גם אליעזר ריבלין תאונת הדרכים 73 (מהדורה רביעית, 2012)). אתיחס עתה לפרשנותם של שני החלקים הרלוונטיים לענייננו: ההגדרה הבסיסית וההגדרה המרחיבה.

א. ההגדרה הבסיסית

17. לפי ההגדרה הבסיסית, איגוד מקרקעין הוא "איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין." במסגרת הגדרה זו יש להרכיב "רשימה" של כל הנכסים שבבעלותו של האיגוד – יהא סוגם אשר יהא – ולבחון אם כולם זכויות במקרקעין (שאו הוא יוגדר כאיגוד מקרקעין, בכפוף כמובן להגדרה הממעטת) אם לאו (שאו אין מדובר באיגוד מקרקעין לפי ההגדרה הבסיסית ויש לעבור לבחינתה של ההגדרה המרחיבה). די בקיומו של נכס אחד שאינו זכות במקרקעין כדי להוציא איגוד מתחולתה של ההגדרה הבסיסית. ואכן, מקרים שבהם הכירה רשות המסים בקיומם של נכסים נוספים כלל לא הגיעו לכדי התדיינויות משפטיות (ראו החלטות המיסוי הנסקרות בפס' 32 להלן). במקרים רבים אחרים נדרשה הפסיקה לשאלה אם יש להכיר ב"נכסים" שונים שלקיומם נטען. מפסיקה זו עולה כי בטרם יוכלל "נכס" פלוני ברשימת הנכסים של האיגוד לצורך ההגדרה הבסיסית יש לוודא כי "נכס" זה אכן קיים וכי מדובר בנכס עצמאי הנפרד מנכסיו האחרים של האיגוד – ובראשם מזכויותיו

במקרקעין (ראו, למשל: עניין וילאר נכסים; עניין אספן). במקרים רבים התברר כי ה"נכסים" שלקיומם נטען הם חלק בלתי-נפרד מזכויות במקרקעין, נטמעים בהן או שלובים בהן. פסיקה זו תוצג להלן בחלוקה לשלוש קבוצות.

18. "נכסים" לכאורה: במספר מקרים ניסו איגודים לטעון לקיומם של "נכסים" שהתברר שכלל אינם קיימים, כגון "תכניות" לבנות בעתיד על מקרקעין. מאחר שתכניות עתידיות אינן נכסים נפסק כי קיומן אינו שולל מאיגוד את היותו איגוד מקרקעין (עמ"ש (מחוזי ת"א) 53/79 דייכמן נ' מס שבח (לא פורסם); ו"ע (מחוזי ת"א) 1276/00 צאלה נכסים ואחזקות בע"מ נ' מס שבח רחובות (2.11.2003) (להלן: עניין צאלה); ו"ע (מחוזי ב"ש) 1023/01 קרני נ' מנהל מיסוי מקרקעין באר שבע, פס' 24 (31.10.2004) (להלן: עניין קרני); ו"ע (מחוזי חי') 6006/06 כרפיס נ' מיסוי מקרקעין חדרה, פס' 4 (20.9.2007) (להלן: עניין כרפיס) (בערעור הגיעו הצדדים לפשרה שניתן לה תוקף של פסק-דין: ע"א 9696/07 כרפיס נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה (13.9.2009)); ו"ע (מחוזי ת"א) 1086/03 לוי נ' מס שבח רחובות, פס' ה(2)(ה) (21.2.2010) (להלן: עניין לוי) (ערעור על פסק-הדין נדחה מבלי שבית-משפט זה נדרש לנושא: ע"א 2881/10 לוי נ' מנהל מס שבח רחובות, פס' ה' (23.4.2012)); יצחק הדרי מיסוי מקרקעין כרך ב – חלק ראשון 317 (מהדורה שנייה, 2003) (להלן: הדרי כרך ב – חלק ראשון); הדרי "קניון", בעמ' ה-2). ממילא אין מדובר בנכס עצמאי אלא בחלק בלתי-נפרד מהזכות במקרקעין, ששוויה נגזר בין היתר מהבניה המתוכננת על המקרקעין (ראו והשוו לע"א 7394/03 נכסי ד.ר.א.ד חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח רחובות, פ"ד סב(1) 57 (2006) (להלן: עניין ד.ר.א.ד), שם הגיע בית-המשפט למסקנה דומה ביחס לזכויות בניה). דוגמה נוספת מצויה בעניין קרני, שם נטען כי "מגעים" שקיים איגוד עם גורמים שונים בעניין פרויקט שביקש להקים בעתיד, הסכמים שאליהם הגיע עם בנק מלווה ועם משרד אדריכלים ופעולות אחרות שביצע הם נכסים השוללים את היותו איגוד מקרקעין. ועדת הערר דחתה את הטענה והדגישה כי "כל אלה בוודאי שאין בהם כדי להוות נכסים המשמשים לאיגוד לייצור הכנסה, כמוגדר בחוק" (שם, פס' 24). מפסיקה זו עולה כי לא כל "דבר", "פריט", "התנהלות", "פעולה" או "אמירה" הם נכס לצורך חוק מיסוי מקרקעין. ברי כי אין ליתן יד לניסיון ליצור "נכסים" באופן מלאכותי רק כדי להוציא איגוד מהגדרתו של איגוד מקרקעין, באופן החותר תחת התכלית האנטי-תכנונית הניצבת ביסודו. פעולות הקשורות בבניה על המקרקעין, במכירתם או בהשכרתם הן במרבית המקרים חלק בלתי-נפרד מהשימוש בזכות במקרקעין וכלולות בה. קרי, אף אם היה מדובר בנכס, לא היה מדובר בנכס נפרד מהזכות במקרקעין.

19. מחוברים: במספר מקרים נטען כי נכסים שחוברו למקרקעין הם נכסים נפרדים ועצמאיים. לשאלה אם נכס המחובר למקרקעין יסווג כמיטלטלין עצמאיים או כחלק מהמקרקעין יש נפקות רבה במישור המס (ראו, למשל: עמ"ה (מחוזי ת"א) 949/70 קולנוע "רינה" בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 3, פד"א ה' 158, 162 (1972) (להלן: עניין קולנוע "רינה") שאושר בבית-משפט זה (ע"א 406/72 קולנוע 'רנה' בחולון נ' פקיד השומה תל-אביב 3, פ"ד כז(2) 630, 634-635 (1973)); ע"א 412/86 מוריס נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד מג(3) 433, 435 (1986) (להלן: עניין מוריס)), במיוחד לעניין מיסוי מקרקעין: ראשית, מס רכישה משולם על רכישתן של זכויות במקרקעין בלבד ולא על סכומים ששולמו בגין רכישת מיטלטלין (ע"א 8817/04 עיריית רמת גן נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב, פס' 15 (8.3.2006) (להלן: עניין עיריית רמת גן); והשוו גם לעניין מלונות צרפת); שנית, קיומם של מיטלטלין באיגוד עשוי להוביל לכך שהוא לא ייחשב איגוד מקרקעין מאחר שלא כל נכסיו הם זכויות במקרקעין. על רקע האמור התייחס המחוקק לנושא של "מחוברים" במסגרת הגדרתם של "מקרקעין" בסעיף 1 בחוק מיסוי מקרקעין וכלל בה גם "דברים אחרים המחוברים לקרקע חיבור של קבע". השאלה מה הוא "חיבור של קבע" שבהתקיימו יסווגו מיטלטלין כחלק מהמקרקעין נדונה במספר פסקי-דין (ראו בעיקר עניין עיריית רמת גן ועניין מלונות צרפת; והשוו לעניין קולנוע "רינה") שמהם עולה כי המבחן העיקרי הוא "האם הייתה מלכתחילה כוונה לחיבור של קבע" (עניין מלונות צרפת, פס' 13 ו-21). במסגרת זו יש לבחון אם המיטלטלין אכן נפרדים מן המקרקעין או שמא מדובר במיטלטלין שהכוונה הייתה להטמיעם במקרקעין בתהליך הבנייה וכך אכן אירע בפועל. במסגרתו של תהליך הבנייה מעורבים מיטלטלין רבים ובהם חומרי-גלם (למשל, קורות עץ וברזל, מלט, לבני בטון ועוד) ומערכות שונות (מעליות, מיזוג אוויר ועוד) המוטמעים במבנה והופכים לחלק אינטגרלי ובלתי-נפרד ממנו. בנסיבות אלה, אף שהפרדתם של המיטלטלין מהמבנה היא אפשרית, יש בה כדי לשנות את אופיים ואת זהותם מן הקצה-אל-הקצה והיא מלאכותית. בכך הם נבדלים ממיטלטלין שלא הוטמעו ואשר ניתנים להפרדה בקלות, כגון פריטי ריהוט. מיטלטלין שהוטמעו במקרקעין נחשבים אפוא לחלק מן המקרקעין (עניין עיריית רמת גן, פס' 16; עניין מלונות צרפת, פס' 15 ו-22; ו"ע (מחוזי חי') 8086/07 באוהאז בע"מ נ' מיסוי מקרקעין חיפה, פס' 5-7 (20.11.2008) (להלן עניין באוהאז); ערעור שהוגש על פסק-הדין נמחק לבקשת הצדדים: ע"א 1875/09 באוהאז בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה (18.7.2010); ו"ע (מחוזי י"ם) 144/07 וילנר מלונות ישראל בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, פס' 16(ד) (26.11.2012) (להלן: עניין וילנר)). הוא הדין, כך דומה, גם ביחס למערכות אחרות שהוטמעו בקרקע, כגון מסילות ברזל

(רפאל ואפרתי, בעמ' 421) או לגידולים חקלאיים כגון פרדסים שנשתלו במקרקעין (הדרי כרך ב' – חלק ראשון, בעמ' 326).

20. זכויות ביחס למקרקעין שאינן "זכויות במקרקעין": במספר מקרים נוספים רכשו איגודים זכויות בזיקה למקרקעין וטענו כי הן (או חלקן) אינן זכויות במקרקעין. הפעם הראשונה הייתה בעמ"ש (מחוזי ת"א) 2770/96 משה"ב דיור מעולה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, פד"א כ"ו 16 (1997) (להלן: עניין משה"ב), שבו נטען כי האיגוד ביצע שתי עסקות נפרדות: האחת לרכישת הבעלות במקרקעין מבעליו והאחרת לרכישת זכות הדיירות המוגנת במקרקעין מהדיירים המוגנים. טענה זו הועלתה מאחר שזכות לדיירות מוגנת אינה זכות במקרקעין (ע"א 5925/15 אחים סבירסקי, שותפות ושומה נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב, פס' 23 וההפניות שם (25.12.2016); ע"א 583/90 מנהל מס שבח מקרקעין תל-אביב נ' גורפינקל, פס' 12 (12.10.1994); רפאל ואפרתי, בעמ' 423; והשוו גם לע"א 499/87 בטאט נ' "קרתא" חברה לפתוח מרכז ירושלים, פ"ד מד(1) 105, 111 (1989) ולע"א 130/81 פקיד שומה ת"א 2 נ' אשכנזי, פד"א י"ב 229, 230 (1983)). ועדת הערר דחתה את הטענה וקבעה כי ההפרדה בין העסקות הייתה מלאכותית וכי מבחינה כלכלית יש להשקיף על רכישתן של שתי הזכויות כעל עסקה אחת. בדומה, בעניין ה.א.ר.ד. התעוררה השאלה אם זכויות בניה נחשבות לזכויות במקרקעין, כך שעסקות למכירתן חייבות במס שבח ובמס רכישה. בית-משפט זה השיב על כך בחיוב וקבע כי "ה'קרקע' לצורך חוק המס היא, במידה רבה, זכויות הבנייה הניתנות לה על פי התוכנית הרלוונטית. אכן, קיומן או היעדרן של זכויות בנייה וכן היקפן של זכויות אלה בקרקע נתונה הינם ממאפייניה העיקריים של הקרקע. על פיהם נקבעות אפשרויות השימוש בה ועל פיהם נקבע שוויה. מנקודת ראות זו, מהוות זכויות הבנייה חלק בלתי נפרד ממהותה של ה'קרקע' במובן הכלכלי של מונח זה והמונח 'זכות במקרקעין' כולל, אפוא, גם את זכויות הבנייה הנתפשות לצורכי מס כחלק מאגד הזכויות המרכיבות את הבעלות או את החכירה" (שם, בעמ' 94). עולה, אפוא, כי מאפיינים המשפיעים על אופן השימוש במקרקעין וממילא על שוויים נכללים בגדרה של הזכות במקרקעין. למסקנה דומה הגיע בית-המשפט גם בעניין וילאר, שבו טענה המערערת כי היא נדרשת לשלם מס רכישה רק בגין הזכויות שרכשה במקרקעין ולא בגין זכויות נוספות מכוח הסכם שחתמה המוכרת עם עמידר. בית-משפט זה קבע כי "עצם העובדה שהצדדים בחרו להבחין בין התמורה בגין הבעלות לבין התמורה בגין הזכויות על פי הסכם עמידר אינה אלא אבחנה מלאכותית... תוכנה הכלכלי האמיתי [של העסקה – מ.נ.] הוא מכירת הבעלות כולה במקרקעין כאשר שוויים של אלו נגזר, בין היתר, מהסכם עמידר" (שם, פס' 26; ההדגשה הוספה – מ.נ.). בית-המשפט הוסיף וקבע

כי "משעה שנמכרה זכות הבעלות יחד עם הזכויות על פי הסכם עמידר לאותו גורם, הרי שאלה האחרונות נבלעות בזכות הבעלות" (שם, פס' 30; ההדגשה הוספה – מ.נ.; ראו גם: נמדר, בעמ' 136-137). לתוצאה זו הגיע בית-המשפט גם בעניין אפ"מ, שם היה מדובר בהסכם לרכישת מניותיו של איגוד שהחזיק, לצד מקרקעין, גם זכויות מכוח הסכמים עם משרד השיכון והבינוי. המערערת טענה כי בשל קיומן של הזכויות הנוספות האיגוד אינו נחשב לאיגוד מקרקעין. בית-המשפט דחה טענה זו וקבע: "עסקינן במכירתה של זכות אחת – הבעלות, ששוויה מקפל גם את זכויות השותפות לפי ההסכם עם משרד הבינוי והשיכון, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין וילאד. ממילא יש לדחות את טענת המשיבה כי 'הסכם שירותי הניהול וההשכרה מהווה נכס נפרד, שאינו מקרקעין'" (שם, פס' כ"א).

בשנים האחרונות יושמו הלכות אלה באופן עקבי בוועדות הערר. ראו, למשל: ר"ע (מחוזי מרכז) 14291-12-11 יבוליס ש. שרון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין – רחובות, פס' 47-57 (4.3.2015) (להלן: עניין יבוליס), שם נקבע כי הסכם להפעלת תחנת תדלוק אינו נחשב לנכס עצמאי; ר"ע (מחוזי ת"א) 9105-04-11 אנקום גרופ בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור מרכז, פס' 56 (26.11.2015) (להלן: עניין אנקום גרופ) (ערעור לבית-משפט זה תלוי ועומד וממתין כאמור להכרעה בערעורים שלפנינו: ע"א 189/16); ר"ע (מחוזי י"ם) 54914-05-12 רפאל פישר אחזקות בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור ירושלים, פס' 21-23 (17.7.2013) (להלן: עניין פישר אחזקות), שם נקבע כי זכות להשכרת הנכס נבלעה בזכות הבעלות בו (ערעור שהוגש על פסק-הדין נמחק לבקשת הצדדים: ע"א 5883/13 רפאל פישר אחזקות בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין אזור ירושלים (1.11.2015)); עניין באוהאוז, פס' 8; ע"מ (מחוזי י"ם) 33750-02-11 רויאל קונספט בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פס' 3 ו-14 (12.12.2012); עניין קרני, פס' 25, שם נקבע כי הסכמים למכירת דירות לרוכשים אינם נחשבים לנכסים נפרדים; פסק-הדין של ועדת הערר בעניין אלזר, פס' 65; עניין ליגת, פס' 94.

הלכות אלה יושמו גם בפסקי-הדין מושא הערעורים שלפנינו. כך, בפסק-הדין של ועדת הערר בעניין מליטרון, מושא ע"א 1346/15, ציינה ועדת הערר כי "ההבחנה בין נכסים וזכויות במקרקעין לבין נכסים אחרים מחייבת לברר ולקבוע האם אותם נכסים אחרים הינם עצמאיים ונפרדים מנכסי המקרקעין או שמא הם נכסים שמהותם זכויות הנובעות [ו]המשולבות בזכויות במקרקעין ונצמחות מהן. רק נכסים נפרדים ועצמאיים עשויים להוציא את האיגוד מהגדרת איגוד מקרקעין ונכסים השלובים במקרקעין, זכויות הנובעות מהזכות במקרקעין, ייחשבו כחלק מנכסי המקרקעין של

האיגוד" (שם, פס' 40). בנסיבות המקרה הגיעה כאמור הוועדה למסקנה כי מרבית הנכסים "העצמאיים" לכאורה שלקיומם טענה מליסרון לא היו למעשה נכסים עצמאיים, אלא נכסים נלווים למרכז הקניות המשפיעים על שוויו: "ההפרדה בין שווי הזכויות במקרקעין ליתרון הכלכלי הנובע מכך שהנכסים מושכרים הינה מלאכותית. הזכות במקרקעין מגלמת בתוכה את הזכות להשכירם וליהנות מההכנסות. הסכמי שכירות חתומים אינם זכות עצמאית אלא זוהי זכות הנובעת מזכות הבעלות במקרקעין" (שם, פס' 61). עמדה דומה ניתן למצוא בדעת המיעוט של השופט מ' אלטוביה בפסק-הדין של ועדת הערר בעניין אלדר, שציין כי "הנכסים [ש]עליהם מצביעה [אלדר], בהם: שירותי ניהול, הסכמי שכירות, ידע, 'מותג' והון אנושי טבועים כולם בפעילות ההשכרה שהיא היא המטרה העסקית העיקרית אם לא היחידה של החברה, כבעלת קניון בת-ים" (שם, פס' 5; ההדגשה הוספה – מ.נ.). לעמדתו של השופט מ' אלטוביה אין די אפוא בבחינה אם הנכסים המדוברים הם חלק מהזכות במקרקעין; גם אם מדובר בנכסים הטבועים בפעילות המבוצעת עם המקרקעין – קרי, בהשכרתם – יש להשקיף עליהם כנלווים למקרקעין וממילא ככאלה אשר אינם מוציאים את האיגוד מן ההגדרה של איגוד מקרקעין.

21. טיכום בנייים: מהפסיקה שנסקרה מזדקרת ההבנה ש"זכות במקרקעין" היא נכס מורכב, שאופן הניצול שלו ושוויו מושפעים מגורמים חיצוניים ובהם זכויות בניה, הסכמי שכירות, מיקום, נכסים אחרים שבסביבה, נגישות – ועוד. המונח "זכות במקרקעין" חולש לא רק על הקרקע ועל הבנוי עליה, אלא גם על "דברים המחוברים אליה חיבור של קבע" ועל זכויות אחרות, שניתן לומר כי הם נטמעו במקרקעין ומהווים חלק בלתי-נפרד מהם. יש לבחון זכויות במקרקעין ונכסים אחרים בהתאם למהות הכלכלית האמיתית שלהם. אין להפריד באופן מלאכותי בין נכסים שהם זכויות במקרקעין לבין נכסים אחרים הנבלעים בזכות במקרקעין או נטמעים בה ואשר משפיעים על שוויה. כוחם של דברים אלה יפה לשורה ארוכה של נכסים כגון מחוברים, זכויות ונכסים בלתי-מוחשיים אחרים. באותה מידה אין להפריד גם נכסים אחרים באופן מלאכותי למספר חלקים או למספר רכיבים. אין מקום גם להכיר באופן מלאכותי בפעולות או במעשים שונים כ"נכסים". המסקנה כי נכס פלוני נבלע למעשה בזכות במקרקעין או בנכס אחר והוא חלק ממנו משמעה כי הוא אינו נכס עצמאי וכי אין להכלילו ברשימת הנכסים של האיגוד (בשלב הראשון). כתוצאה מכך אין צורך לסווגו במסגרת מיון הנכסים (בשלב השני) כזכות במקרקעין או כנכס אחר; וממילא אין גם מקום לבחון אותו בהתאם למבחניה של ההגדרה המרבה (ראו והשוו: נמדר, בעמ' 613; סעיף 34 בסיכומיו של המנהל בע"א 6219/15).

אדגיש כי ההלכה האמורה שעולה מהפסיקה מתיישבת עם תכליתן האנטי-תכנונית של ההגדרות של זכות במקרקעין ושל איגוד מקרקעין. תמימת-דעים אני עם הצורך בפרשנות שלא תאפשר לאיגוד לחמוק מהיותו איגוד מקרקעין לפי ההגדרה הבסיסית (ובכפוף, כמובן, להגדרה המרחיבה) באמצעות הפרדה מלאכותית בין רכיבים או חלקים של נכס.

ב. ההגדרה המרחיבה

22. לאיגוד עשויים להיות נכסים נפרדים ועצמאיים שאינם זכויות במקרקעין. ככל שכך הדבר, האיגוד לא יקיים את ההגדרה הבסיסית של "איגוד מקרקעין" מאחר שלא כל נכסיו זכויות במקרקעין. במקרה כזה על-פני-הדברים מוצדק לא לראות באיגוד כאיגוד מקרקעין. ניתן לחשוב, לדוגמה, על מפעל שהוקם על מקרקעין שבבעלותו ואשר עוסק בפעילות ייצורית (מזון, אלקטרוניקה או כל דבר אחר) באמצעות מכונות, שהן ללא ספק נכס שאינו זכות במקרקעין. עשויות כמובן להיות דוגמות נוספות. עם זאת, עשויים להיות מקרים שבהם חרף קיומם של נכסים שאינם זכויות במקרקעין יהיה מוצדק להתייחס לאיגוד בכל זאת כאיגוד מקרקעין. בשל כך נכללה בסיפה הגדרתו של איגוד מקרקעין הגדרה מרחיבה, העוסקת בנכסים מסוימים שקיומם אינו מונע סיווגו של איגוד כאיגוד מקרקעין. ההגדרה המרחיבה מורה כי "לא יראו כנכסיו של האיגוד – מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית." במסגרתה של הגדרה זו קבע המחוקק כי קיומם של נכסים מסוימים שאינם זכויות מקרקעין לא יגרע מסיווגו של איגוד כאיגוד מקרקעין, ובלבד שהם "אינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסה". נהוג לכנות נכסים אלה נכסים ניטרליים (ראו, למשל: נמדר, בעמ' 603; הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 318; אבי גורמן ושי אהרונוביץ' מיסוי מקרקעין – פרשנות, הלכה ומעשה 179 (2017) (להלן: גורמן ואהרונוביץ')). אף אם הנכסים הללו משמשים לייצור הכנסתו של האיגוד, הם לא יגרעו מסיווגו כאיגוד מקרקעין אם הם מקיימים את מבחן הטפלות: "לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד." בשונה ממבחן הניטרליות עניינו של מבחן הטפלות אינו בהפקת הכנסותיו של האיגוד אלא במטרותיו העיקריות (נמדר, בעמ' 599-601). הצדדים מסכימים כי מטרתם העיקרית של האיגודים הרלוונטיים היא הפעלתם של מרכזי קניות, כשהמחלוקת היא אך באשר לאופייה (שאלה שאליה אדרש בהמשך). בנסיבות אלה אין לי צורך להתייחס לשאלה המורכבת של אופן קביעת מטרותיו העיקריות של האיגוד (נמדר, בעמ' 600). להשלמת התמונה אציין כי בספרות ישנן התייחסויות שונות לשאלה מתי ניתן לומר כי נכס מניב

הכנסה הוא טפל למטרותיו העיקריות של האיגוד. הדרי סבור כי "כאשר תרומתו של הנכס אינה סמלית והנכס חיוני לביצוע מטרות האיגוד, אין הנכס טפל, ולפיכך אין איגוד בעל הנכסים איגוד מקרקעין" (הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 325). נמדר ציין כי איגוד שבבעלותו פרדס מניב ייחשב איגוד מקרקעין אם יש בבעלותו גם "ציוד מינימלי, כגון צינורות השקייה"; אך לא ייחשב כזה אם בבעלותו ציוד משמעותי כגון "טרקטורים, כלים חקלאיים וכלי הובלה המשמשים לאיגוד בייצור הכנסתו" (נמדר, בעמ' 605). מכל מקום, ברי כי כל מקרה צריך להיבחן לגופו ובהתאם לנסיבותיו.

23. ההגדרה המרחיבה מעוררת שאלות פרשניות לא-פשוטות שנדונו בספרות (ראו, למשל: נמדר, בעמ' 597-604). השאלה המרכזית אשר מתעוררת בערעורים שלפנינו היא האם רשימת הנכסים שבהגדרה המרחיבה היא רשימה סגורה או רשימה פתוחה ובכלל זה האם ניתן לכלול בה גם נכסים בלתי-מוחשיים. רשימת הנכסים בהגדרה כוללת כזכור "מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין". לצורך ביסוס עמדתו כי נכסים בלתי-מוחשיים כלולים בה, טען המנהל כי מדובר ברשימה פתוחה של נכסים – עמדה שצידדו בה ועדות הערר בעניין מליסרון ובעניין אלדר, אך נדחתה על-ידי ועדת הערר בעניין גזית גלוב. השאלה אם רשימת הנכסים היא פתוחה או סגורה אינה שאלה פשוטה. קיימות בעניין זה בספרות שתי גישות מנוגדות. פרופ' הדרי סבור, מחד גיסא, כי מדובר ברשימה סגורה וכי "נכסים ערטילאיים (זכויות קניין רוחני, כגון מוניטין) אינם מנויים בחוק מיסוי מקרקעין בין הנכסים הניטרליים, ולפיכך ישלול קיומם מן האיגוד אופי של 'איגוד מקרקעין'... אם אותו נכס הוא בעל ערך משמעותי יחסית או שהוא מניב הכנסה משמעותית יחסית ונרכש בנסיבות שניתן להצדיקן מבחינה עסקית, יצליח הנישום, בדרך-כלל, לחרוג מתחום ההגדרה של איגוד מקרקעין" (הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 323). עם זאת וחרף עמדה חד-משמעית זו, מודע הדרי לכך שהדבר עשוי לפתוח פתח לניצול ולמניפולציה בקרב איגודים, שירכשו נכסים ערטילאיים כל שהם אך ורק כדי להוציא עצמם מן ההגדרה דנן. הפתרון במקרה כזה נעוץ לשיטתו בדיני העסקה המלאכותית: "[המנהל] יורשה... להתעלם מכך, להסתמך על סעיף 84 לחוק [המסמיך אותו להתעלם מעסקה מלאכותית – מ.נ.] ולקבוע שהאיגוד ייחשב ל'איגוד מקרקעין'" (שם). מאידך גיסא סבור פרופ' נמדר כי מדובר ברשימה פתוחה. "אימוץ הפירוש הרואה ברשימה האמורה כרשימה ממצה, למרות שהוא תואם את הנוסח המילולי של הסעיף, עשוי [לדעתו – מ.נ.] להכשיל את כוונת המחוקק. הדבר יגרום לכך שניתן יהיה להוציא את האיגוד מכלל איגוד מקרקעין על ידי פעולה פשוטה של הכנסה לאיגוד נכס שאינו מצוי ברשימה, ואפילו בכמות קטנה וטפלה שלא לצורכי ההכנסה של האיגוד... לדעתנו המחוקק התכוון לכלול

ברשימת הנכסים האמורה בהגדרה את כל הנכסים שאינם נכסי מקרקעין, והרשימה אינה משמשת אלא לדוגמא בלבד [...]” (נמדר, בעמ' 593-594, 603-604, 607-608; ראו גם: אהרן נמדר “חברה קבלנית כאיגוד מקרקעין” רואה החשבון נא/1 24 (2002) (להלן: נמדר “חברה קבלנית”). בעמדה זו מצדדים גם המלומדים גורמן ואהרונוביץ' (שם, בעמ' 180).

התייחסות לשאלה זו ניתן למצוא בעניין אסוף. השופט א' רובינשטיין לא הכריע בין שתי הגישות אך הביע עמדתו כי מדובר ברשימה פתוחה וכי יש מקום להכליל בה נכסים ערטילאיים ובהם מוניטין: “בערעור דנא לא עלתה שאלת מקומם של נכסים ערטילאיים כמו מוניטין (או קניין רוחני) בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין; [...] עם זאת, ובלא לטעת מסמרות, נראית לי כשלעצמי עמדתו של המלומד נמדר... כי יש לכלול גם נכסים כאלה בהגדרה השיורית הרחבה של נכסי האיגוד; אין לדעתי טעם מבורר לומר, שדווקא נכסים כאלה, שבעולם דהאידינא דומה כי חלקם עולה ובולט, יוחרגו. יצוין כי אף המלומד הדדי שדעתו שונה... בשל פירוש דווקני יותר של לשון החוק, מציין כי אם ירכוש נישום נכס ערטילאי מעוט ערך רק כדי לחרוג מן התחולה של איגוד מקרקעין, מכל מקום אם לא נרכש זמן סביר לפני מכירתו, בידי המנהל לחרוג מכך, בגדרי סעיף 84 לחוק המסמיכו להתעלם מעסקות מסוימות. כאמור, כשלעצמי נוטה אני להגדרה הרחבה יותר” (שם, פס' ל"ד). השופטים י' דנציגר וד' ברק-ארוז סברו כי אין צורך להכריע בשאלה במקרה זה והשאירוה בצריך עיון. בפסקי-הדין מושא הערעורים שלפנינו נחלקו כאמור ועדות הערר בעמדותיהן בשאלה זו, אך כולן היו תמימות-דעים כי במקרה שלפניהן אין מנוס מלהכריע בה. זאת, בשים לב לכך שלחברות הרלוונטיות היו נכסים בלתי-מוחשיים, אשר אינם מנויים באופן מפורש ברשימת הנכסים שבהגדרה המרחיבה.

כשלעצמי אני סבורה כי גם בערעורים שלפנינו אין צורך להכריע בשאלה אם רשימת הנכסים היא סגורה או פתוחה וניתן להשאירה לעת מצוא. שכן, כפי שאראה להלן, על-פי נוסחה של ההגדרה כלולים בה נכסים בלתי-מוחשיים באופן מפורש.

24. המלומד נמדר ציין בספרו כי גם אם רשימת הנכסים היא סגורה, “יש לפרשה כך שהיא כוללת את כל הנכסים במשפט” וכי “נכסי קניין רוחני ומוניטין יש לכלול... בגדר מטלטלין” (שם, בעמ' 603-604). ואכן, “מיטלטלין” הם מונח שסתום המתייחס לסוגים שונים של נכסים העשויים להיכלל בו, למשל ריהוט; מכונות; כלי-רכב; ועוד. בחינה של ההיסטוריה החקיקתית מצביעה על כך שהמונח “מיטלטלין” בהקשר של חוק

מיסוי מקרקעין פורש כנפיו גם על נכסים בלתי־מוחשיים. בדומה למונחים נוספים, גם המונח "מיטלטלין" אינו מוגדר בחוק מיסוי מקרקעין. ניתן לאתר הגדרה למונח זה בחקיקה הכללית. ההגדרה המקובלת כיום למונח "מיטלטלין" היא "נכסים מוחשיים, למעט מקרקעין." הגדרה זו מצויה בסעיף 1 בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (להלן: פקודת הפרשנות), בסעיף 1 בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 ובסעיף 1 בחוק המיטלטלין, התשל"ג-1971. זו גם ההגדרה שבה התחשבה ועדת הערר בעניין גזית גלוב. דא עקא, בכך נפלה לדעתי ועדת הערר לידי טעות, שכן ההגדרה הרלוונטית לצורך חוק מיסוי מקרקעין אינה זו המקובלת כיום אלא זו שהייתה בתוקף בעת חקיקתו של חוק זה. חוק מיסוי מקרקעין נחקק כאמור בשנת 1963. מבין החוקים שפורטו לעיל ואשר מופיעה בהם הגדרה למונח "מיטלטלין" עמדה בתוקף באותה עת אך ורק פקודת הפרשנות. עיון בנוסח הפקודה שהיה בתוקף בשנת 1963 מלמד כי הגדרתו של המונח "מיטלטלין" הייתה אחרת: "כל נכס למינהו, חוץ ממקרקעין." בנוסח החוק כפי שפורסם בספר החוקים יש אף הפניה מפורשת להגדרה זו (ראו חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963, ס"ח 405, 156 (1963)). הגדרתו של המונח "מיטלטלין" שונתה בשנת 1971, שבה נחקק חוק המיטלטלין. בסעיף 1 בחוק המיטלטלין הוגדר לראשונה המונח "מיטלטלין" בתור "נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין" – קרי, ההגדרה המוכרת לנו כיום. בסעיף 15 בחוק המיטלטלין תוקנה בהתאמה גם הגדרת "מיטלטלין" בפקודת הפרשנות, כך שתהא בנוסח זהה. דא עקא, הודגש בסעיף זה כי שינוי ההגדרה יחול רק לגבי דברי חקיקה שיחוקקו מכאן ואילך וכי "מקום שהמלה 'מיטלטלין'... באה בחיקוק שניתן לפני תחילת חוק המיטלטלין, תשל"א-1971, תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אילולא החוק האמור" (ההדגשה הוספה – מ.נ.; ראו גם: הראל לוקר וניסים נאור "אחזקת קרקע בחו"ל – הוצאת איגוד מגדר הגדרת איגוד מקרקעין" מיסים יד/5 א-64, א' 66 (2000)). במילים אחרות: בחוקים שנחקקו לפני חוק המיטלטלין – ובהם חוק מיסוי מקרקעין, שנחקק כאמור בשנת 1963 – תמשיך לחול ההגדרה המקורית של המונח "מיטלטלין" שלפיה מדובר ב"כל נכס למינהו, חוץ ממקרקעין" (ההדגשה הוספה – מ.נ.). מעבר לכך שבהגדרה המקורית השתמש המחוקק במינוח רחב במיוחד: "כל נכס למינהו", ברי כי הלאו (בהגדרה העדכנית, אי־תחולה על נכסים בלתי־מוחשיים) מעיד על ההן (בהגדרה המקורית, תחולה גם על נכסים בלתי־מוחשיים). הנה־כִּי־כן, בהגדרה המקורית – שהיא, כאמור, ההגדרה הרלוונטית לענייננו – נכללו גם נכסים בלתי־מוחשיים (ראו והשוו: הערתו של השופט ח' מלצר בעניין מלונות צרפת וכן נמדר, בעמ' 603, הערה 65, הסבור אף הוא כי "... לפי פקודת הפרשנות יש לפרש את המונח 'מיטלטלין' הכלול בו [בחוק מיסוי מקרקעין – מ.נ.] לפי המשמעות של החוק עצמו"). תוצאה זו עולה בקנה־אחד עם תכלית מיסויין של פעולות באיגוד

מקרקעין. אכן, כפי שציין השופט א' רובינשטיין – בדעת יחיד אמנם – בעניין אפס, "אין... טעם מבורר לומר, שדווקא נכסים כאלה [נכסים בלתי-מוחשיים – מ.נ.], שבעולם דהאידידא דומה כי חלקם עולה ובולט, יוחרגו" (שם, פס' ל"ד). אילו היו מוחרגים נכסים בלתי-מוחשיים מהגדרתו של איגוד מקרקעין, היה עלינו להגיע למסקנה שאליה הגיע ועדת הערר בעניין אלדר, שלפיה "מקום שיש בידי האיגוד נכסים בלתי מוחשיים, טפלים ככל שיהיו בהשוואה לזכויותיו במקרקעין, הרי שדי בכך (לכאורה) כדי שלא ייחשב כאיגוד מקרקעין" (ההדגשה במקור – מ.נ.). לתוצאה שכזו קשה להסכים, באשר היא תוביל לכך שכל איגוד שבבעלותו מקרקעין ירכוש נכס בלתי-מוחשי – ולו בשווי טפל ובלתי-משמעותי בהשוואה למקרקעין שבבעלותו – ובכך יוציא עצמו כליל מן ההגדרה של "איגוד מקרקעין". תוצאה זו מנוגדת לתכלית האנטי-תכנונית שביסוד הגדרתו של איגוד מקרקעין. הנה-כי-כן, המחוקק לא התכוון להחריג נכסים בלתי-מוחשיים מהגדרתו של "איגוד מקרקעין" וממילא אין בעצם קיומם כדי להוציא באופן אוטומטי איגוד מהגדרה זו.

אדגיש: הקביעה שברשימת הנכסים הכלולים בהגדרה המרחיבה כלולים גם נכסים בלתי-מוחשיים אין משמעה שככל שיוכח קיומם יוצא האיגוד באופן אוטומטי מהגדרתו של איגוד מקרקעין. תחילה יש לבדוק כאמור אם אכן מדובר בנכסים אותנטיים ועצמאיים, להבדיל מנכסים שהם חלק בלתי-נפרד מהזכויות במקרקעין שבבעלותו של האיגוד. אם אכן מדובר בנכסים עצמאיים, יש לבדוק לגביהם את ההגדרה המרחיבה: רק אם הם "אינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית" – ייחשב האיגוד חרף קיומם איגוד מקרקעין.

מן הכלל אל הפרט

25. על רקע העיקרים הפרשניים שהותוו לעיל, יש לבחון תחילה אם הנכסים שלקיומם נטען במסגרת הערעורים שלפנינו הם אכן נכסים עצמאיים ונפרדים. הנכסים המרכזיים שהוצגו במרבית הערעורים שלפנינו הם המוניטין של מרכזי הקניות, קיומה של פעילות עסקית בהם וערכו של העסק כ"עסק חי" (לצד נכסים נוספים שנטענו בחלק מהערעורים ואלה ינותחו בנפרד). שלושת הנכסים האלה מייצגים במידה רבה שני צדדים של אותו המטבע, שהרי המוניטין הנטען נצבר כתוצאה מהפעלתו של מרכז הקניות, שפעילותו – כך נטען – תורגת מהשכרה גרידא של המקרקעין. על-פי הנטען, ערכו של "עסק חי" – קרי, כזה שיש בו פעילות עסקית "חיה ובוועטת" – מבטא "עודף

תמורה" שרוכש יהיה מוכן לשלם מעבֵר לשווי נכסיו בשל הפעילות העסקית האמורה. חרף הקרבה המרובה בין הפעילות העסקית וערכו של העסק כ"עסק חיי" לבין המוניטין, הוצגו בפנינו טענות נפרדות לגבי כל אחד מן הנכסים הללו. אף אנו נתייחס אפוא לטענות אלה בנפרד, אך נזכור כל העת שמדובר בשני צדיו של אותו מטבע.

א. האם "פעילות עסקית" (או "עסק חיי") היא נכס (וגם: האם איגוד שהוא בעל פעילות עסקית יכול להיחשב איגוד מקרקעין)?

26. במסגרת ההגדרה הבסיסית יש לאתר כאמור את כל הנכסים שיש לאיגוד ולמיינם. המוקד אפוא הוא ב"נכסיו" של האיגוד והשאלה ביחס לכל "נכס" נטען – בענייננו, "פעילות עסקית" (או "עסק חיי") – היא האם בהתאם לעיקרים הפרשניים שנסקרו לעיל הוא אכן נחשב ל"נכס". בנסיבות אלה, ניתן היה לצפות שהנישומים ימקדו טיעוניהם בלהוכיח כי "פעילות עסקית" אכן נחשבת ל"נכס". דא עקא, אחת הטענות המרכזיות של הנישומים בהקשר זה הייתה אחרת: לטענתם, הגדרתו של איגוד מקרקעין "לא נועדה" לחול על מה שהם כינו איגודים עסקיים, קרי כאלה שיש להם פעילות עסקית משמעותית כגון מרכזי הקניות שבענייננו. לפי קו-טיעון זה, הגדרתו של איגוד מקרקעין נועדה לחלוש רק על איגודים המחזיקים מקרקעין שבבעלותם באופן פסיבי, לשם השכרתם. על בסיס האמור טענו מליסרון, עופר ואשטרום (המערערות בע"א 1346/15) כי "תכליתו של חוק מיסוי מקרקעין לחול על העברת מקרקעין במסווה של מניות – בבחינת חברות פסיביות" (ראו סעיף 63 בסיכומיהן; ראו גם סעיף 8 בסיכומיהם של אולפינר). בדומה, טענה גזית גלוב כי יש לקבוע כי "איגוד המחזיק זכויות במקרקעין במסגרת פעילות עסקית לא ייחשב לאיגוד מקרקעין" (סעיף 37 בסיכומיה; ההדגשה במקור – מ.נ.). טענה נוספת שנטענה בהקשר זה היא כי כאשר הכנסותיו של האיגוד מהמקרקעין הן הכנסות עסקיות הממוסות לפי סעיף 2(1) בפקודת מס הכנסה ולא הכנסות מדמי שכירות לפי סעיף 2(6) בפקודה, אין מדובר באיגוד מקרקעין ואין מקום למסות עסקות למכירת מניותיו של האיגוד במסגרתו של חוק מיסוי מקרקעין (שם, סעיף 60). הנישומים הפנו להיסטוריה החקיקתית של חוק מיסוי מקרקעין, לפסיקה ולכתבי מלומדים, התומכים לשיטתם בעמדה זו.

מנהל מיסוי מקרקעין, מנגד, סבור כי שאלת קיומה של פעילות עסקית או העדרה כלל אינה רלוונטית להגדרת איגוד מקרקעין, בשים לב לכך שההגדרה – הבסיסית והמרחיבה – מעגנת את המבחן הנכסי ולא את מבחן הפעילות העסקית. נציין כבר עתה כי זו העמדה שננקטה על-ידי מרבית ועדות הערר בענייננו. כך, למשל, ציינה

ועדת הערר בעניין אלדר כי "שאלת קיומה או אי-קיומה של פעילות עסקית לא רלוונטית להגדרת 'איגוד מקרקעין'" (שם, פס' 82).

27. הטענה שלפיה הגדרתו של איגוד מקרקעין לא נועדה לחול על איגודים עסקיים המנהלים פעילות עסקית הוצגה בספרות (נמדר, בעמ' 604; הדרי כרך ב' חלק ראשון, בעמ' 318; אוסקר אבו-רוזק "חברה קבלנית כאיגוד מקרקעין – האמנם" מיסים ו/א 24, א-34 (1992) (להלן: אבו-רוזק); הדרי "קניון", בעמ' ה-7-ה-8) ובפסיקתן של ועדות הערר (עניין כרפיס, פס' 3; עמ"ש (מחוזי י"ם) 5177/98 שרגאי נ' מנהל מס שבח מקרקעין – מחוז ירושלים, מיסים טז/5 ה-367, ה-371 (2002)). היא הועלתה בפני בית-משפט זה בעניין אספן והושארה בצריך עיון, תוך שנאמרו בעניינה הדברים הבאים:

"לא נעלמה מעינינו טענת [אספן]... [ש]לפיה ההכנסה מפעילות השותפות סווגה לאורך השנים כהכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה, והשותפות גובה מע"מ ממשרד הבינוי והשיכון, עובדה המלמדת – כך נטען – כי אין מדובר בדמי שכירות בלבד. טענה זו לא התבררה כל צרכה בפנינו ועל כן אין בידינו לטעת בה מסמרות, אולם נציין את המובן מאליו – כי רשויות המס אינן רשאיות לדבר בשני קולות אלא אם כן בידן צידוק משפטי להבחנה" (שם, פס' כ"ה; ההדגשה הוספה – מ.נ.).

השאלה שבה לא הכריע בית-המשפט בעניין אספן – ואשר עומדת בפנינו – היא האם אכן מדוברת רשות המסים ב"שני קולות" מבלי שקיים "צידוק משפטי" לכך. השאלה היא האם איגודים עסקיים אינם נחשבים לאיגוד מקרקעין והאם סיווג הכנסותיהם של איגודים כהכנסה עסקית לפי סעיף 2(1) לצורך מס הכנסה – סיווג שבשלו הם מהווים לטענת הנישומים "איגודים עסקיים" – שולל חיובם במס רכישה ובמס שבח (ובעבר, כאמור, גם במס מכירה) בעסקה למכירת מניותיהם, תוך סיווגם כאיגודי מקרקעין.

כפי שאפרט להלן, דינן של טענות אלה להידחות. איני סבורה שעסקינן בדיבור בשני קולות, וממילא אין לדעתי נפקות לאופן שבו תסווגנה פעילותו של האיגוד (עסקית או פסיבית) והכנסותיו (עסקיות או אחרות).

28. אפתח בכך שההבחנה הנטענת בין איגודים שהחזקתם במקרקעין עסקית לבין איגודים שהחזקתם במקרקעין פסיבית ובין איגודים שהכנסותיהם מסווגות כעסקיות לבין איגודים שהכנסותיהם מסווגות באופן אחר – אינה קיימת בהגדרתו של איגוד

מקרקעין. אכן, אין חולק כי במקור נועדה הוספת אירוע-המס של "פעולה באיגוד מקרקעין" כדי להתמודד עם ניסיונות של נישומים להתחמק ממס השבח (מס המקרקעין היחיד שהיה קיים באותה תקופה) באמצעות הקמתם של תאגידים שזכו לכינוי של "חברות גוש-חלקה", כינוי שסימן את העובדה שכל פעילותם הסתכמה בהחזקה במקרקעין. אולם, אין במניע או ב"טריגר" להוספתו של אירוע-המס הנ"ל כדי להעיד כשלעצמו על כך שתחולתו הוגבלה רק לאיגודים המחזיקים במקרקעין באופן מסוים. כידוע, החזקה במקרקעין אינה חייבת להיות פסיבית. היא עשויה להיחשב עסקית ובהתאמה ההכנסות ממנה תסווגנה כפירותיות (עסקיות) ככל שמתקיימים בה המבחנים שאומצו בפסיקה ל"עסק" או להכנסה "פירותית", בהבדל מהכנסה הונית (ראו, למשל: עניין ברנע, פס' 20; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה דן, פ"ד סה (3) 636, 670-668 (2012); ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה, נתניה, פ"ד נט (5) 563-562 (2005)). זאת גם אם מדובר בהכנסות משכירות (ראו, למשל: ע"א 10251/05 ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת, פס' 11 (19.12.2007)). עוד נזכיר כי החזקה במקרקעין למטרות עסקיות אינה חייבת להיות לשם השכרתם של המקרקעין, והיא יכולה להיות גם לשימושים אחרים. לדוגמה: הפעלתו של עסק במקרקעין (למשל, מפעל או משרד) או חקלאות. חרף קיומם של שימושים אפשריים רבים במקרקעין, לא קיימת התייחסות בנוסח שאומץ להגדרתו של "איגוד מקרקעין" לאופן החזקתם של המקרקעין או לסוג השימוש בהם. העדרה של התייחסות כאמור מלמד כי המחוקק ביקש לא להגביל את תחולתה של ההגדרה אך ורק להחזקה פסיבית במקרקעין. בצדק ציינה ועדת הערר בעניין מליטרוון כי "הוראות חוק מיסוי מקרקעין והגדרתו של איגוד כאיגוד מקרקעין אינן מבוססות על טיב פעילותו של האיגוד ו[על] טיב החזקה של האיגוד במקרקעין, בין אם זו החזקה פסיבית ובין אם זו החזקה לצורך פעילות עסקית. ההבחנה בין סוגי האיגודים מבוססת על מבחן הנכסים, ולא על טיב פעילותו של האיגוד. איגוד שכל נכסיו הינם מקרקעין הינו איגוד מקרקעין" (שם, פס' 31; ראו עוד: ע"ש (מחוזי ת"א) 1036/04 מוסדן בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף – גבעתיים, פס' 4 (ב) (29.5.2008) (להלן: עניין מוסדן)). הנה-כך, לטענה זו של הנישומים אין עוגן לשוני ולו בסיסי או קלוש בלשון החוק ולכן אין לקבלה.

29. אף אם הייתי מניחה שקיים עוגן לשוני לטענתם של הנישומים, לא היה בכך כדי לשנות ממסקנתי. עמדתם הפרשנית של הנישומים אינה מתיישבת עם תכלית החוק. ביסוד ההגדרה של איגוד מקרקעין עומדת כאמור תכלית אנטי-תכנונית. קרי, המטרה היא למנוע התחמקות מתשלום מסי המקרקעין (מס שבח, מס רכישה ובעבר גם מס מכירה) בדרך של החזקת המקרקעין באמצעות איגוד ולא בידי הנישום. קבלת עמדתם

הפרשנית של הנישומים תביא לכך שעסקות למכירת מניותיהם של האיגודים המחזיקים במקרקעין באופן עסקי או אשר מקיימים בהם פעילות עסקית לא תהיינה חייבות בתשלום מסי המקרקעין, אף שאילו היו המקרקעין שבבעלותם נמכרים במישרין בידי אנשים פרטיים או בידי האיגוד הם היו חייבים במסים אלה. כפי שציינה ועדת הערר בעניין מליטרון, "אדם פרטי המחזיק בנכסי מקרקעין לצרכי עסקו ומוכר אותם מחויב במס שבח והרוכש מחויב במס רכישה. אדם פרטי חייב במס גם אם המקרקעין משמשים עבורו כעסק והכנסותיו מהמקרקעין הינן הכנסות אקטיביות מעסק ולא הכנסות פסיביות ממקרקעין. על כן אין סיבה לקבוע מבחן המבוסס על טיב הפעילות במקרקעין רק לגבי איגודים בעוד שלגבי פרטים אין רלבנטיות לטיב הפעילות [...]" (שם, פס' 32). אני מסכימה עם דברים אלה. הפרשנות שהציעו הנישומים אינה יכולה לעמוד אפוא גם במבחן התכלית. יתרה מכך: התכלית האנטי-תכנונית שעומדת ביסוד החוק תומכת באימוץ פרשנות רחבה להגדרה הרחבה שנקבעה בו לאיגוד מקרקעין (ראו: עניין סלובר, פס' 18). צמצום גֵּדֶר התפרסותה באמצעות הגבלתה רק לאיגודים שהחזקתם במקרקעין היא פסיבית מנוגד לכך. הוא יוביל לכך שאיגודים יאמצו סממנים עסקיים לפעילותם במטרה לחמוק מסיווגם כאיגודי מקרקעין (ראו והשוו: עמ"ה (מתוזי חי') 143/91 מרדכי נ' פקיד שומה חיפה (19.2.1995)), כך שעסקות למכירת מניותיהם לא תחויבנה במסי המקרקעין. גם מזווית זו של מבחן התכלית אין מקום אפוא לקבל את העמדה הפרשנית של הנישומים.

30. עמדתם הפרשנית של הנישומים אינה מתיישבת גם עם ההיסטוריה החקיקתית של חוק מיסוי מקרקעין, אשר מצביעה על כך שהמחוקק לא התכוון להגביל את המיסוי של איגודי מקרקעין רק לאיגודים שמחזיקים במקרקעין באופן פסיבי ואינם מנהלים בהם פעילות עסקית. בעת שהתקבל חוק מיסוי מקרקעין הוגדר "איגוד מקרקעין" כאיגוד שמרבית נכסיו ה[ם] זכויות במקרקעין" (ההדגשה הוספה – מ.נ.). המחוקק קבע מספר הוראות משלימות שנועדו להבטיח שהמס יוטל רק בנסיבות מוצדקות. ראשית, נקבע כי הנכסים היחידים של האיגוד שבהם יש להתחשב הם מקרקעין, מיטלטלין וזכויות באיגודים אחרים (ראו סעיפי-משנה (1) ו-(2) להגדרה המקורית של "איגוד מקרקעין"). שנית, נקבעו תנאים שונים שרק בהתקיים לפחות אחד מהם תחויב פעולה באיגוד מקרקעין במס שבח (סעיף 7 בחוק). לענייננו רלוונטי סעיף 7(3) שבו נקבע התנאי הבא: "מרבית המקרקעין שבהם יש זכות לאיגוד המקרקעין שבו נעשתה הפעולה משמשים למגורי יחידים או שהם משמשים רק לייצור הכנסה מן המקורות המפורטים בפסקאות (3) ו-(6) של סעיף 2 לפקודת מס הכנסה" (ההדגשה הוספה – מ.נ.). מכאן שבעת חקיקתו של חוק מיסוי מקרקעין לא היה מוטל על איגוד מקרקעין מס אם ההכנסות ממרבית המקרקעין שבהם הייתה לאיגוד זכות היו הכנסות עסקיות לפי סעיף

12) (1) בפקודת מס הכנסה (בכפוף כמובן לתנאים האחרים שבסעיף 7). תכליתה של הוראה זו הייתה לחייב במס שבח איגודים ש"מרבית נכסי המקרקעין [שלהם] הם בנינים המשמשים למגורים או להשכרה ואינם משמשים כמקום-עסק" (ד"כ 37, 2704 (התשכ"ג); ההדגשה הוספה – מ.נ.). הנהיג-כ"ן, בתחילת הדרך איגודים בעלי פעילות עסקית מהמקרקעין, שהכנסותיהם היו לפי סעיף 12) (1) בפקודה, לא מוסו כאיגודי מקרקעין.

דא עקא, דין זה במהרה השתנה. בסמוך לחקיקתו של חוק מיסוי מקרקעין הוחלט לתקן את הגדרתו של "איגוד מקרקעין" ואת התנאים בסעיף 7 אשר בהתקיימם יוטל המס על "פעולה באיגוד מקרקעין". השתלשלות החקיקה הייתה כדלקמן: בשנת 1964 פורסמה הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 5), התשכ"ד-1964, אשר במסגרתה ביקש המחוקק להוסיף לפקודת מס הכנסה את פרק ה' שעניינו מיסוי רווחי הון. להצעת החוק צורפו תיקונים משלימים שנדרש היה לעשות בדברי חקיקה נוספים. בין היתר ביקש המחוקק לקבוע "תחום בין מקרקעין שעל הריווח שנבע ממכירתם יוטל מס שבח... לבין מקרקעין שעל הריווח כאמור יחול מס רווחי הון" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק מס שבח מקרקעין (תיקון), התשכ"ד-1964, ה"ח 610, בעמ' 164). בהצעת החוק הוצע לשנות את התנאים הקבועים בסעיף 7, "במגמה להטיל לפיו מס על השבח העולה מפעולות באיגודי מקרקעין מובהקים (כגון, איגודי בית או מגרש)", בעוד ש"על ריווח הנובע לפעולות באיגודי מקרקעין מעורבים שמרבית רכושם איננו מקרקעין דווקא, וכן ריווח הנובע מפעולות באיגודי מקרקעין מובהקים שעוסקים במקרקעין (כגון איגוד העוסק בהשכרת בנינים) ושולטים בהם יותר מ-5 בני אדם, יוטל מס רווחי הון" (שם). הצעת החוק והתיקונים המשלימים אושרו בקריאה ראשונה והועברו לוועדת הכספים של הכנסת. בעקבות דיוניה של ועדת הכספים חלו שינויים בתיקונים שהוצעו לחוק מיסוי מקרקעין. בנוסח החוק שאושר בסופו-של-דבר בקריאה שנייה ושלישית לא הופיע עוד התיקון שהוצע לתנאים שבסעיף 7. חלף זאת החליט המחוקק להנהיג שינוי משמעותי במנגנון הטלת המס על איגודי מקרקעין. ראשית, הוחלט לשנות את הגדרתו של "איגוד מקרקעין" להגדרה המוכרת לנו כיום. במסגרת זו נקבע כי על "כל נכסיו" – ולא מרביתם – להיות זכויות במקרקעין, וממילא נמחקו תנאי-המשנה שלפיהם הוגבלו סוגי הנכסים של האיגוד שבהם יש להתחשב; שנית – וכפועל יוצא מן התיקון הקודם – מצא המחוקק לבטל את כל התנאים שנקבעו בסעיף 7 להטלת מס השבח על פעולה באיגוד מקרקעין (ראו חוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 1), התשכ"ד-1964). וכך, בנוסחו הנוכחי כל שנאמר בסעיף 7 הוא כי "המס יוטל על פעולה באיגוד מקרקעין" – מבלי להתנות באף תנאי שהוא את המקרים שבהם יוטל

המס. להשתלשלות המתוארת יש משמעות רבה לענייננו: לא זו בלבד שהמגבלה החקיקתית שמנעה חיובם של איגודים שמרבית הכנסותיהם הן לפי סעיף 2(1) בפקודת מס הכנסה במס שבח בוטלה, אלא שגם לא התקבלה ההצעה לקבוע תחום ברור בין עסקות שתחויבנה במס שבח לבין עסקות שתחויבנה במס רווח הון. המגמה שפורטה בהצעת החוק שהובילה לתיקון – "להטיל לפיו מס על השבח העולה מפעולות באיגודי מקרקעין מובהקים (כגון, איגודי בית או מגרש)" – לא עוגנה אפוא בסופר-של-דבר בחוק. השתלשלות זו מצביעה לדעתי על כוונתו המפורשת של המחוקק להטיל מס שבח (ובהמשך, כמובן, גם את מס הרכישה ואת מס המכירה) על פעולה באיגוד מקרקעין, גם כאשר ההכנסות שהפיק האיגוד מן המקרקעין היו הכנסות עסקיות.

ערה אני לכך שבפסק-דינה של ועדת הערר בעניין אלדר הגיעה דעת הרוב למסקנה שונה, שלפיה הביא התיקון המתואר דווקא ל"צמצום" גִּדְרֵ התפרסותו של "איגוד מקרקעין" (פס' 48). דא עקא, מסקנתה זו התבססה על האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, מבלי שהיא נדרשה לפערים המשמעותיים בין נוסח הסעיפים בהצעת החוק לבין הנוסח שאישר בסופר-של-דבר המחוקק. פערי הניסוח הנלמדים מן ההיסטוריה החקיקתית מעידים כי תיקון החוק לא נועד לצמצם את גִּדְרֵ התפרסותו של איגוד מקרקעין כי אם למקד יותר את המבחן הנכסי הקבוע בו ולתקן פְּשָׁל בְּנוֹסח הקודם (ראו סעיף 77 בסיכומיו של המנהל בע"א 6219/15).

31. ההיסטוריה החקיקתית שנסקרה לעיל נותנת מענה גם לטענתם של הנישומים כי יש להבחין בין איגודים שהכנסותיהם מהמקרקעין מסווגות כהכנסות מעסק (לפי סעיף 2(1) בפקודת מס הכנסה) לבין איגודים שהכנסותיהם מסווגות כהכנסות משכירות (לפי סעיף 2(6) בפקודה). כזכור, טענה זו הושארה בצריך עיון בעניין אספן, אך צוין כי אין לאפשר לרשות המסים לדבר ב"שני קולות" בהעדר הצדקה לכך (שם, פס' כ"ה). דא עקא, איני סבורה כי מדובר בדיבור ב"שני קולות". לאיגוד עשויות להיות הכנסות שוטפות (קרי, הכנסות פירותיות) מסוגים שונים, כגון הכנסות מהשכרת המקרקעין (שתסווגנה כהכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) בפקודה או כהכנסה משכירות לפי סעיף 2(6) בפקודה) או הכנסות הנובעות מהשימוש במקרקעין, לדוגמה מעסק המופעל על המקרקעין (לפי סעיף 2(1) בפקודה) או מגידולים חקלאיים על הקרקע (לפי סעיף 2(8) בפקודה). מֵעֵבָר לכך שסיווגן של הכנסות מהשכרת מקרקעין כהכנסות לפי סעיף 2(1) אינו בהכרח שולל את אופיין הבסיסי כהכנסות משכירות ואת היכולת לסווגן גם כהכנסה לפי סעיף 2(6) (ראו: ע"א 2810/13 חברת מגדניית הדר בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פס' 7 (2.6.2015); עמ"ה (מחוזי ת"א) 62/85 קריית יהודית פרק תעשייתי בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פד"א יד 24, 27-28 (1987); אך ראו מנגד: עמ"ה

(מחוזי ת"א) 1018/69 מרכז הקרח בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב, פס"מ עד 37, 41 (1970)); אופן הסיווג לפי פקודת מס הכנסה של ההכנסות השוטפות שמפיק האיגוד לשיטתי כלל אינו רלוונטי לעניין חיובן של עסקות במניותיו של האיגוד או של עסקות למכירת נכס המקרקעין שבבעלותו (בענייננו, מרכז הקניות) – שהן עסקות במישור ההוני. בהתאם לדין, עסקות כאלה מחויבות במסי המקרקעין (ככל שבוצעה פעולה באיגוד מקרקעין) או במס רווח הון. השאלה באילו מבין המסים תחוב העסקה טמונה בלשון החוק. בהתאם להגדרה הממעטת הרביעית שבהגדרת "נכס" בסעיף 88 בפקודת מס הכנסה, לא יוטל מס רווח הון על "זכויות במקרקעין וזכויות באיגוד כהגדרתן בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963, שעל מכירתן] מוטל מס שבח או שהיה עשוי להיות מוטל אילולא הפטור לפי החוק האמור" (ראו: ע"א 3721/12 תופאפ תעשיות נ' פקיד שומה, פס' 42 בפסק-דין (27.4.2014)). מכאן נובע שחוק מיסוי מקרקעין הוא שקיבל את הבכורה; ורק אם בהתאם לחוק זה לא מוטל על העסקה מס שבח ולא ניתן פטור ממס שבח, היא תחויב במס רווח הון. עלינו לבחון אפוא מה נקבע בהקשר זה בחוק מיסוי מקרקעין. כפי שצוין לעיל, לא נקבע בהגדרות של "איגוד מקרקעין" ושל "פעולה באיגוד מקרקעין" כי מס שבח – כמו גם מס רכישה (ובעבר גם מס מכירה) – יוטלו רק בעסקות במניות של איגודים שהכנסותיהם השוטפות מסווגות באופן מסוים. מכאן נובע שסיווגן של הכנסותיו השוטפות של האיגוד כלל אינו משליך על השאלה אם מכירת מניותיו של האיגוד תהא חייבת במסי המקרקעין. מסקנה זו נתמכת גם בהיסטוריה החקיקתית שתוארה לעיל, אשר מצביעה על כך שהעדר ההתייחסות לאופן הסיווג של ההכנסות השוטפות הוא מכונן. כפי שפירטתי בהרחבה, בעבר נקבע בסעיף 7 בחוק מיסוי מקרקעין כי פעולה באיגוד שהכנסותיו ממרבית המקרקעין שבבעלותו הן הכנסות עסקיות לא תחשב פעולה במקרקעין ולא תחוב במס שבח (מס המקרקעין היחיד שהיה קיים באותה עת). אולם סייג זה אינו קיים עוד, כך שגם איגוד שהכנסותיו עסקיות עשוי להיחשב איגוד מקרקעין, ככל שמתקיימת לגביו הגדרתו של איגוד מקרקעין.

הנהגה כ"כ, איגוד ייחשב איגוד מקרקעין בהתעלם מהאופן שסיווג הכנסותיו השוטפות, ככל שמתקיימים בו התנאים המופיעים בהגדרה של "איגוד מקרקעין". כפי שציננה ועדת הערר בעניין מליסרדון, "איגוד שכל נכסיו הינם בגדר נדל"ן מניב, והכנסותיו נובעות מהתשואה [ש]אותה הוא מקבל מהשכרת הנכסים, הינו בגדר איגוד מקרקעין אף אם הכנסותיו ימוסו כהכנסה מעסק על פי סעיף 2(2) [צ"ל 2(1) – מ.ג.] לפקודה" (שם, פס' 31). אוסיף ואומר כי גם אם הכנסותיו של האיגוד אינן מהשכרת הנכסים אלא מפעילות עסקית – לדוגמה, ממכירת גידולים חקלאיים מן הקרקע או ממפעל הממוקם על המקרקעין – עשוי האיגוד להיחשב איגוד מקרקעין ככל שאין הוא

מחזיק נכסים משמעותיים נוספים המשמשים להפקת הכנסותיו (ראו והשוו ביחס לפרדס: הדרי כרך ב' חלק ראשון, בעמ' 326). לסיכום, בהתאם להגדרתו של "איגוד מקרקעין" נעוץ המוקד בבחינת נכסיו של האיגוד ולא באופן הסיווג של ההכנסות שהוא מפיק.

32. בכך ניתן היה לחתום את הדיון בטענותיהם של הנישומים ביחס ל"אי-תחולתו" של חוק מיסוי מקרקעין על איגודים עסקיים. אך למען השלמת התמונה אתייחס למספר בעניינים נוספים שעלו בהקשר זה מטיעוני הצדדים. ראשית, נטען בפנינו כי הגדרתו של "איגוד מקרקעין" היא "הוראת חוק מיושנת שאינה תואמת את מציאות ימינו" וכי נדרשת "פרשנות עדכנית של הוראות החוק והתאמתן של מילות החוק, שנחקקו לפני עשרות שנים, למציאות של המאה ה-21", בשונה מפרשנותו של המנהל שהיא לפי הנטען "פרשנות ארכאית" (סעיף א' בסיכומיה של אלדר). באשר לצורך לאמץ פרשנות מודרנית לדברי חקיקה, הופנינו לע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (2003). אציין כי טענה זו מתכתבת עם ביקורת שהושמעה בספרות במשך השנים כלפי הגדרה זו (ראו, למשל: נמדר, בעמ' 554; רפאל ואפרתי, בעמ' 425 ו-429), בין היתר בנושא של איגודים עסקיים. דומה כי התפיסה המקובלת בספרות היא כי הגדרתו של איגוד מקרקעין אינה מתאימה לעולם העסקים המודרני, שהשתנה עד מאוד מאז נחקק חוק מיסוי מקרקעין ותוקנה הגדרתו של "איגוד מקרקעין" ועד היום (הדרי כרך ב' – חלק ראשון, בעמ' 318; הדרי "קניון", בעמ' ה-2; נמדר, בעמ' 594). אף נטען כי הגדרה זו יוצרת בעיות המעיקות על חיי הכלכלה (שם, בעמ' 606) ומהווה "כשל ניסוחי" של המחוקק (שם, בעמ' 615). אקדים ואומר כי אין בכוונתי לקבוע מסמרות בשאלה אם הגדרתו של "איגוד מקרקעין" אכן מעוררת קשיים או שהיא "ארכאית" כנטען. אף אם אניח לטובת הנישומים כי זה הוא המצב, הכתובת לטענותיהם בעניין זה היא המחוקק. כפי שעולה מן האמור עד כה, הפרשנות שלה טענו הנישומים בענייננו אינה אפשרית – לא בהתאם ללשון החוק, לא בהתאם לתכליתו ואף לא בשים לב להיסטוריה החקיקתית של חוק מיסוי מקרקעין. ככל שישנם נישומים הסבורים כי אין מקום לסווג סוגים מסוימים של איגודים כאיגודי מקרקעין או כי אין מקום לחייב במס לפי חוק מיסוי מקרקעין עסקות למכירת מניותיהם של איגודים מסוימים, פתוחה בפניהם הדרך לפנות למחוקק לשם שינויה של ההגדרה או כדי שתיקבע הוראת פטור ממס בעניינם. אולם, כל עוד אלה הן ההוראות הקבועות בחוק מיסוי מקרקעין וכל זמן שנוסח הגדרתו של איגוד מקרקעין הוא זה שפורט לעיל, נדרשים אנו לפרש את ההגדרה בהתאם לתכלית האנטי-תכנונית המונחת ביסודה. מעבר לכך, פרשנות החוק כידוע איננה סטטית אלא דינמית ונושמת. היא מתעדכנת עם שינוי

העתים. בניגוד לעמדתם של הנישומים, אני סבורה דווקא כי פרשנות ראויה של ההגדרה של איגוד מקרקעין צריכה להביא לכך שיתפסו בהגדרה איגודים שהנכס המרכזי שבבעלותם ואשר ממנו מופקות מרבית הכנסותיהם הוא מקרקעין, וזאת אף אם מדובר כהגדרת הנישומים ב"איגודים עסקיים", קרי שפעילותם עסקית. כך אף אם הייתי מקבלת את טענתם של הנישומים כי לא אלה היו האיגודים ה"קלאסיים" שעליהם חשב המחוקק עת הוספו ההוראות בעניין זה לחוק מיסוי מקרקעין – וכאמור, כפי שהראיתי, ההיסטוריה החקיקתית אינה תומכת בטענה זו.

שנית, חרף העקרוניות הרבה שבה ביקשו הנישומים "לעטוף" טענה זו, דומה כי עוקצה של הביקורת על הגדרתו של איגוד מקרקעין אינו רב. כפי שהובהר היטב בפסיקה ובספרות, למרבית האיגודים העסקיים יש נכסים משמעותיים שאינם זכויות במקרקעין אשר מוציאים אותם בפועל מן ההגדרה של איגוד מקרקעין (עניין מוסדון, פס' 4(ב); עניין כרפיס, פס' 3; ע"ש (מחוזי חי') 1441/95 גרמן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פד"א כ"ח 210, 211 (1999); הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 319; הדרי "קניון, בעמ' ה'7; נמדר, בעמ' 604 ו-608; פסק-הדין של ועדת הערר בעניין אלדר, פס' 82). זה הוא, למשל, המקרה של איגוד שבבעלותו מפעל המנהל פעילות ייצורית באמצעות מכונות שלא יסוג כאיגוד מקרקעין אם המכונות משמשות להפקת הכנסה ואינן טפלות למטרותיו. מנגד, כאשר איגוד שהכנסותיו הן עסקיות מחזיק רק זכויות במקרקעין, אין מניעה שייחשב איגוד מקרקעין ומכירת מניותיו תחוב במס רכישה ובמס שבח (ע"ש (מחוזי חי') 5017/97 בן אא"ט נ' מנהל מס שבח חיפה, פס' 6 (13.6.1999)). בנסיבות אלה, הרי שנפקותה האמיתית של טענתם זו של הנישומים היא אך ביחס לאיגודים עסקיים שאינם מחזיקים נכסים משמעותיים אחרים – ואלה כאמור בדיוק חלק מהאיגודים שהמחוקק ביקש לתפוס במסגרת הגדרתו הרחבה של איגוד מקרקעין.

שלישית, כדי שהתמונה הנורמטיבית תוצג במלואה, יש להתייחס להוראת ביצוע 8/2003 שעניינה איגודים העוסקים במסחר במקרקעין או בבניה עליהם ואשר פורסמה לאור מחלוקות בעניין החלתו של חוק מיסוי מקרקעין על איגודים אלה ולנוכח המורכבות שהיא מעוררת (ראו גם עניין יבולים, פס' 60). חרף העובדה שאיגודים העוסקים במסחר במקרקעין או בבניה עליהם מהווים או עשויים להיות "איגוד מקרקעין" בהתאם להגדרתו של מונח זה, החליטה רשות המסים לאמץ במסגרת הוראת הביצוע מדיניות פרשנית שלפיה יוחרגו מההגדרה של איגוד מקרקעין איגודים המנהלים פעילות עסקית ממשית מהסוגים שפורטו ואשר מסוגלים את המקרקעין בדוחותיהם כמלאי עסקי (שם, סעיף 1.3), בכפוף לתנאים שונים (סעיף 2 בהוראת הביצוע; עניין מוסדון,

פס' 4(ה); עניין יבולים, פס' 60-63; עניין לוי, פס' ה(2)(ג); עניין אנקום גרופ, פס' 56(א); ו"ע 1015/07 ש.י.י. נכסים בע"מ נ' מנהל מס שבח נתניה, מיסים כט/3 ה-288, ה-291-ה-292 (2015) (ערעור על פסק-הדין תלוי ועומד בפני בית-משפט זה וממתין להכרעה בערעורים שלפנינו: ע"א 4166/15)). נקל להיווכח כי החרגה זו מבוצעת מכוח מדיניות פנימית של הרשות ובהתאם לתנאים שנקבעו בהוראת ביצוע 8/2003. חרף האמור, נטען בפנינו כי העובדה שאחד מהתנאים שנכללו בהוראת ביצוע 8/2003 הוא שנדרשת להתקיים באיגודים העוסקים במקרקעין פעילות עסקית ממשית מעידה על כך שגם לעמדת רשות המסים לא נועדה ההגדרה של איגוד מקרקעין לחול על איגודים שלהם פעילות עסקית. אין לקבל טענה זו. הוראת הביצוע עוסקת באיגודים שסוגו בספריהם מקרקעין כמלאי עסקי. על-מנת להבטיח כי סיווג זה לא נעשה באופן מלאכותי תוך מניפולציה חשבונאית רק כדי לזכות בפטור ממס מכוח חוק מיסוי מקרקעין, הוסף התנאי שלפיו לאיגוד יש פעילות עסקית ממשית של מסחר במקרקעין או של קבלנות בניין, אשר מצדיקה סיווגם של מקרקעין כמלאי עסקי. מכך לא ניתן לגזור מסקנה גורפת המנוגדת ללשון החוק כפי שביקשו הנישומים בענייננו לגזור, קרי שקיומה של פעילות עסקית ממשית שולל תמיד את סיווגו של האיגוד כאיגוד מקרקעין.

לבסוף, הופנינו גם למספר החלטות מיסוי מהשנים האחרונות הנוגעות לסיווגם של איגודים כאיגודי מקרקעין. נטען בפנינו כי החלטות אלה מצביעות על עמדתה של רשות המסים שאיגודים בעלי פעילות עסקית אינם נחשבים לאיגודי מקרקעין. אלה הן ההחלטות: החלטת מיסוי 38/07 (שבה נקבע כי איגוד מסוים שבבעלותו בית-מלון פעיל אינו נחשב לאיגוד מקרקעין, תוך השקפה על בית-המלון בכללותו – על המקרקעין שעליהם הוקם ועל הציוד המשמש לפעילותו השוטפת – כנכס נפרד ועצמאי, שאינו מקרקעין ואשר משמש לייצור הכנסה שאינה טפלה למטרות האיגוד); החלטת מיסוי 4253/11 סיווג חברה כאיגוד מקרקעין (15.6.2011) (שבה נקבע כי חברה קבלנית מסוימת העוסקת בבנייה ובשיפוצים אינה איגוד מקרקעין מאחר שיש לה פעילות עסקית משמעותית נוספת של ביצוע פרויקטים וניהולם, שאינה קשורה למקרקעין שבבעלותה ולכן מהווה "נכס" נפרד); החלטת מיסוי 42/07 סיווג חברה כאיגוד מקרקעין (9.2.009) (שבה נקבע כי חברה מסוימת שבבעלותה פרט למקרקעין גם רכוש קבוע, ציוד הנדסי כבד ומניות של חברה נוספת, אשר מהם היא מפיקה הכנסות משמעותיות בשיעור של 46% מכלל הכנסותיה, אינה נחשבת לאיגוד מקרקעין); החלטת מיסוי 55/08 סיווג חברה כאיגוד מקרקעין (5.4.2009) (שבה נקבע כי חברה קבלנית העומדת בתנאים של הוראת ביצוע 8/2003 לא נחשבת לאיגוד מקרקעין) והחלטת מיסוי 5687/12 הגדרת איגוד מקרקעין (11.1.2012) (שבה נקבע כי איגוד

מסוים שבבעלותו מקרקעין כמו-גם מניות של חברה-בת שהיא חברה תעשייתית שלה פעילות תעשייתית ענפה, ששוויה למעלה מ-10% משווי כלל הנכסים של האיגוד, אינו נחשב לאיגוד מקרקעין). אציין כי בסיכומי התשובה הפנו מליסרון, עופר ואשטרום גם להחלטת מיסוי 2593/15 האם חברה המחזיקה בנכס זיור מוגן הינה איגוד מקרקעין – החלטת מיסוי בהסכם (שבה נקבע על יסוד הכרעתו של בית משפט זה בבג"ץ 438/10 עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל נ' משרד האוצר, פס' 11-12 (7.3.2012) כי חברות שבבעלותן דיור מוגן אינן איגודי מקרקעין מאחר שמתן השירותים הנוספים הוא "מהותי לפעילות החברות" ושלשם כך הן מחזיקות "במכלול" נכסים, המשמשים [אותן] לאספקת שירותים אלו". איני סבורה כי ניתן להסיק מהחלטות אלה את המסקנה שביקשו הנישומים ללמוד מהן. החלטות המיסוי אינן החלטות עקרוניות-כלליות אלא החלטות פרטניות שהתקבלו על רקע נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. קיים קושי עקרוני בניסיון להסיק מהן עמדה פרשנית גורפת, ניסיון שאילו התנגדה רשות המסים בצדק בערעורים שלפנינו. מכל מקום, יש לזכור כי בית-המשפט אינו כבול לעמדותיה הפרשניות של רשות המסים (בין אם אלה מבוטאות בקובצי הפרשנות שהיא מפרסמת, בין אם הן מובעות במסגרתן של החלטות מיסוי או בדרכים אחרות). לפיכך, אף אם החלטות המיסוי היו מצביעות על עמדה פרשנית גורפת של רשות המסים – וכאמור, לשיטתי אין כך הדבר – לא היה בכך כדי לשנות את הפרשנות הנכונה של הגדרתו של "איגוד מקרקעין", שעליה עמדתי בהרחבה לעיל.

33. סיכום ביניים: אסכם את העיקרים הפרשניים ביחס לאיגודים עסקיים, קרי כאלה שיש להם פעילות עסקית: הוראותיו של חוק מיסוי מקרקעין חלות ככלל גם איגודים המבצעים פעילות עסקית, לרבות על חברות קבלניות. איגודים "עסקיים" כמו-גם איגודים "רגילים" המחזיקים בזכויות במקרקעין לא ייחשבו לאיגוד מקרקעין אם יש להם נכסים משמעותיים שאינם זכויות במקרקעין אשר משמשים להם להפקת הכנסות ואינם טפלים למטרותיהם העיקריות, קרי לאור המבחן הנכסי הקבוע בהגדרתו של איגוד מקרקעין ולא בשל כך שההגדרה מוציאה מחובה מניה וביה איגודים "עסקיים" באשר הם. הן הוראת ביצוע 8/2003 הן החלטות המיסוי שנסקרו לעיל אינן מצביעות על סטייה ממבחן זה.

על רקע האמור ולאחר שהסרנו מעל הפרק את טענותיהם של הנישומים ביחס לאי-תחולתה של ההגדרה של איגוד מקרקעין על איגודים עסקיים, ניתן לשוב לשאלה שבה פתחנו ואשר היא המרכזית לענייננו בהקשר זה: האם גם "פעילות עסקית" או

"עסק חי" (Going concern) נחשבים ל"נכס" אשר עשוי להוציא נישומים מהגדרתו של איגוד מקרקעין?

34. העמדה שיש להכיר בנכס נפרד מהזכות במקרקעין מסוג של "פעילות עסקית" או של "עסק חי" אומצה על-ידי דעת הרוב בעניין אלדר, שציינה כי "אין ספק שערכו של קניון פעיל ומצליח כולל, בנוסף למקרקעין, גם ערך נוסף של העסק כ'עסק חי' ('Going concern value') (שם, פס' 70). בקביעתה זו נשענה ועדת הערר בין היתר על פסיקתו של בית-משפט זה ועל דברי מלומדים, שהכירו בקיומו של נכס שכזה בנפרד מהמוניטין של העסק (ראו: ע"א 5321/98 אינווסט אימפקט בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד נח(2) 241, 257-258 (2003) (להלן: עניין אינווסט)); דוד אלקינס "עידן חדש להוצאות טרום עסקיות" מיסים יח/2 א-20, א-23 (2004); דוד אלקינס מיסוי קניין רווחי 168 (1993) (להלן: אלקינס)). ועדת הערר תיארה נכס זה בתור "נכס בלתי מוחשי של 'ערך העסק כעסק חי' ('Going concern') (מוניטין), הגורם לתשואה העודפת על תשואה של השכרה פאסיבית של נכס מניב" (שם, פס' ז'; ראו גם סעיף 31 בסיכומיה של גזית גלוב). לשיטתה "ערכו של העסק החי... אינו חלק מהמקרקעין... אין ל'נכס' זה מאומה עם שווי המקרקעין עצמם" (שם, פס' 76).

35. הנישומים תומכים כמובן בעמדה זו. כך, למשל, טענה אלדר כי "פעילות עסקית, ממשית, אקטיבית, בעלת ערך" – תהא אשר תהא – "היא בבחינת 'נכס' המוציא את החברה מגדר 'איגוד מקרקעין'" (סעיפים 46 ו-48 בסיכומיה). כתימוכין לטענה זו הפנו הנישומים לפרסומים מקצועיים שונים של רשות המסים, שמהם עולה – כך לטענתם – כי עמדתה של רשות המסים היא כי "פעילות עסקית" או "עסק חי" הם נכסים שמכירתם חייבת ברווח הון (ראו: עמדת רשות המסים בדבר השלכות המס במקרה של שינוי מודל עסקי בחברות בעלות מפעל בתחומי הטכנולוגיה, פס' 4 (8.7.2010); חוזר מס הכנסה 9/97 – משפטית מוניטין, פס' 3 (1.5.1997); הוראת ביצוע 8/2003 (בדבר חברות קבלניות); החלטת מיסוי 38/07 (בדבר בתי-מלון); החלטת מיסוי 4253/11 (בדבר חברה שיש לה פעילות עסקית משמעותית של ביצוע פרויקטים וניהולם); קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה שם צוין בהתבסס על עמ"ה (מחוזי ת"א) 169/87 שנקר נ' פקיד השומה כפר-סבא, פד"א תש"ן(1) 450 (1989) כי "כל אשר הינו בעל ערך כלכלי מהווה נכס"; קובץ הפרשנות של מס שבח, שם צוין (בעמ' 16) כי "עקרונית יתכן, כי המוכר יקבל תמורה עבור מוניטין כאשר הוא מוכר עסק חי, והרוכש גם מתכוון להמשיך באותו סוג עסק"). על בסיס האמור הנישומים הקשו: כיצד נכס זה "יכול להיות נכס החייב במס רווח הון, אולם אינו נכס לעניין מבחן הנכסים שבהגדרת 'איגוד

מקרקעין'?" (סעיף 72 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר וסעיף 59 בסיכומיה של אלדר).

בסיכומיו לא שלל מנהל מיסוי מקרקעין באופן קטגורי את האפשרות שערכו של העסק כ"עסק חיי" או פעילות עסקית – בענייננו של מרכזי קניות – יעלו כדי "נכס". טענותיו המרכזיות בהקשר זה היו כי מדובר למעשה ב"אותה הגברת בשינוי אדרת" – קרי בניסוח באופן שונה של הטענה (שנדחתה, כאמור) ביחס לאי-חולתו של חוק מיסוי מקרקעין על איגודים עסקיים – וכי מכל מקום, כדי שאכן יהיה מדובר ב"נכס" נדרש להוכיח כי "הפעילות העסקית של האיגוד בהפעלת הנדל"ן המניב איננה חלק בלתי נפרד מנכס הנדל"ן המניב" (סעיף 67 בסיכומיו של המנהל בע"א 1346/15). לשיטתו, "פשיטא הוא שהפעילות העסקית הכרוכה בהפעלת נדל"ן מניב היא בדיוק כזו – 'כרוכה' בנכס המניב עצמו ואינה 'נכס נבדל' ממנו" (שם). נטען כי "המוניטין והעסק כעסק חיי הם חלק מהזכות [במקרקעין]" (סיכומי התשובה של המנהל בע"א 6219/15, סעיף 23). המנהל טען עוד כי יש להוכיח קיומו של נכס שכזה בראיות, שכן "יש מרחק רב מאד בין עצם היותו של קניון פעיל ואף מצליח לבין הקביעה שקיים נכס של 'העסק כעסק חיי' בכלל, ובפרט כזה שאינו חלק מהזכות במקרקעין [...]". (סיכומיו בע"א 6219/15, סעיף 68). כטענה חלופית נטען עוד כי אף אם קיים לאיגוד נכס מסוג "עסק חיי" או פעילות עסקית הנפרד מהמקרקעין, הרי שהוא טפל למטרותיו העיקריות – קרי, האיגוד צריך להיחשב כאיגוד מקרקעין בהתאם להגדרה המרחיבה.

36. השאלה אם "פעילות עסקית" של איגוד שבבעלותו מקרקעין עולה כדי נכס היא שאלה מורכבת. מורכבותה נובעת מן העובדה שפעילויות עסקיות אינן עשויות מקשה אחת. פעילות עסקית יכולה להתקיים במקרקעין שבבעלות האיגוד (ראו, למשל: ו"ע (מחוזי י"ם) 2034/01 עזריאל נ' מנהל מס שבח י"ם-23.8.2006) (להלן: עניין עזריאל)), אך כמובן גם במקומות אחרים. פעילות עסקית יכולה להיות הפעילות היחידה של האיגוד או להתקיים לצד פעילויות אחרות כדוגמת השכרתם של המקרקעין (שם, פס' 28), שאף היא יכולה להיחשב במצבים מסוימים כפעילות עסקית (פס' 28 לעיל וההפניות שם). כל אחת מן הפעילויות הללו – עסקיות או שאינן כאלה – יכולה להיות קשורה במקרקעין שבהם יש לאיגוד זכויות או פעילות עצמאית ונפרדת מהם. במצבים שבהם יש לאיגוד יותר מפעילות אחת, עשויות הפעילויות להיות קשורות האחת לשנייה או נפרדות. על בסיס המאפיינים הללו, ניתן לחשוב על סוגים רבים של איגודים עסקיים הפועלים ממקרקעין שבבעלותם: חברות קבלניות, הבונות על המקרקעין; חברות הסוחרות במקרקעין, המסווגים אצלן כמלאי עסקי; עסקים הפועלים ממקרקעין

שבבעלותם, למשל: עסקים הפועלים ממשרדים, מפעלים, תחנות דלק, סופרמרקטים, בנקים ועוד; ואף חברות כדוגמת אלה שבענייננו, המפעילות על המקרקעין עסק הכרוך בהשכרת מקרקעין – שבמסגרתו עשויים להינתן לשוכרים גם שירותים נוספים, בין אם נלווים בין אם עצמאיים – כגון מקבצי דיור, מרכזי קניות, דיור מוגן, בתי-מלון ועוד. מטבע הדברים קיימים הבדלים בין איגודים עסקיים שונים ובין פעילויות עסקיות שונות. באופן עקרוני פעילויותיו של כל איגוד עשויות להצמיח ניתוח שונה בהתאם לנסיבותיו של המקרה. על רקע האמור, אני סבורה כי אין מקום להכריע בענייננו בשאלה העקרונית אם "פעילות עסקית" עולה כדי נכס ואם כן, באילו נסיבות. לדעתי ראוי כי ההתקדמות בהקשר זה תהא "עקב בצד אגודל", כל מקרה שמובא בפני בית-המשפט לגופו, תוך צעידה אחר הקביעות שנקבעו במקרים הקודמים. אכן, במידה רבה אנו צועדים היום על קרקע שהחלה להיחרש בפסיקה קודמת (בעיקר עניין וילארד ועניין אטסן). אניח אפוא ש"פעילות עסקית" אכן עשויה להיות "נכס" בנסיבות מסוימות ואתמקד בשאלה אם יש מקום להכיר בענייננו בפעילויות העסקיות שבהן עסקו האיגודים הרלוונטיים כ"נכס".

37. הערעורים שלפנינו עוסקים במרכזי קניות המופעלים על מקרקעין שבבעלותם. אין מחלוקת כי מטיבם מרכזי הקניות הם נדל"ן מסחרי מניב שנועד להשיא הכנסות לבעליהם כתוצאה מהפעלתו. השאלה הצריכה לענייננו היא האם יש במרכזי קניות או כחלק מהפעלתם נכס של פעילות עסקית או של "עסק חי". שאלה זו צריכה להיבחן בראש ובראשונה בשים לב לכך שמרכז הקניות מופעל במקרקעין והוא עצמו מהווה חלק מהמקרקעין שבבעלותו של האיגוד. כאשר מדובר בפעילות עסקית המופעלת במקרקעין, עשויות להיות באופן עקרוני שתי אפשרויות להכרה בנכס מסוג פעילות עסקית: הראשונה, הכרה בשני נכסים נפרדים – האחד זכות במקרקעין (מרכז הקניות) והשני נכס של פעילות עסקית. הכרה בשני נכסים נפרדים אפשרית רק בהינתן שהפעילות העסקית הנטענת אינה קשורה למקרקעין שבבעלותו של האיגוד, לדוגמה שירותי ניהול הניתנים לצדדים שלישיים (ראו, למשל: החלטת מיסוי 4253/11, פס' 32 לעיל; עניין עזריאל). אפשרות שנייה היא הכרה בנכס אחד של פעילות עסקית, הכולל בתוכו את כל הנכסים של האיגוד ובהם המקרקעין. כך הכירה רשות המסים, למשל, בהחלטת מיסוי 38/07 בענייננו של איגוד המחזיק בית-מלון ובהחלטת מיסוי 2539/15 בעניין איגוד המחזיק דיור מוגן. מבין שתי האפשרויות, לדעתי יש להעדיף ככלל את האפשרות הראשונה, היוצרת הבחנה ברורה כנדרש בהגדרה הבסיסית של "איגוד מקרקעין" בין זכויות במקרקעין לבין נכסים שאינם זכויות במקרקעין. נקיטת האפשרות השנייה מנוגדת לכך ומטשטשת את ההבחנה בין סוגי הנכסים. היא מעוררת

קושי במיוחד במקרים שבהם עיקר השווי מיוחס לזכות במקרקעין, כגון במרכזי קניות, בבתי-מלון או בדיוור מוגן – להבדיל ממקרים שבהם הזכות במקרקעין היא חלק קטן יחסית מתוך השווי של הפעילות העסקית בכללותה.

38. הכרעה בשאלה אם יש מקום להכיר בנכס של פעילות עסקית בנפרד מהזכות במקרקעין מצריכה לבחון תחילה אם הפעילות העסקית היא אכן נפרדת ועצמאית, או שמא היא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין. זו כאמור ההלכה שנקבעה בפסיקתנו ביחס לבחינת קיומו של נכס עצמאי (ראו פס' 21 לעיל) וכוחה יפה גם לבחינת קיומו של נכס מסוג פעילות עסקית. באופן עקרוני לכל איגוד עשויה להיות פעילות עסקית נפרדת מהמקרקעין. לדוגמה: איגוד שבבעלותו בית-מלון עשוי להפעיל בו גם עסקים נוספים, כגון מסעדות, ספא ועוד (Peter Wolfman *Quantifying Net Income Attributable to Business Intangibles for a Hotel: Operated Full-Service Day Spa* A BUSINESS ENTERPRISE VALUE ANTHOLOGY 215 (David Lenhoff ed., Second Edition, 2011) (להלן יכונה הספר: BEV ANTHOLOGY)). בדומה, איגוד שבבעלותו מרכז קניות עשוי להפעיל עסקים שונים בו, למשל עסק להשכרת עגלות לתינוקות (*Lawrence v. Assocs. v. Lawrence Twp.*, 5 N.J. Tax 481, 557 (Tax Ct. July 6, 1983) (להלן: עניין Lawrence)). כל אלה הן פעילויות עסקיות עצמאיות, שאינן קשורות במקרקעין ולראיה הרווחים מהן הן ממכירת מזון, ממתן שירותי ספא ומהשכרת עגלות, בהתאמה – פעילויות שיכולות להתבצע באותה מידה בכל מקום אחר. אך האם בבית-מלון או במרכז קניות יש להכיר בעצם הפעלתם של בית-המלון או של מרכז הקניות כפעילות עסקית נפרדת ועצמאית מהמקרקעין? לשם הכרעה בכך עלינו לבחון את אופיין של פעולות אלה, ומטבע הדברים נתמקד באופייה של הפעילות הצריכה לענייננו – הפעלתו של מרכז קניות.

39. כאמור, ניתן להכיר בפעילות עסקית כנכס נפרד רק אם היא אינה קשורה למקרקעין שבבעלותו של האיגוד. לדעתי, פעילות עסקית קשורה במקרקעין בראש ובראשונה כאשר היא נוגעת לשימוש הרגיל במקרקעין, שניתן לעשותו גם באופן פסיבי וללא פעילות עסקית: מכירתם או השכרתם. זו היא פעילות הטבועה במקרקעין ואשר מהווה חלק בלתי-נפרד מזכות השימוש בהם ומהזכות ליהנות מפירותיהם (ראו דעת המיעוט של השופט מ' אלטוביה בפסק-הדין בעניין אלדר, פס' 4). מכירת המקרקעין נוגעת להפקת רווח חד-פעמי ממכירתם של המקרקעין, בעוד שבאמצעות השכרת מקרקעין מופקת מהמקרקעין הכנסה שוטפת בדמות דמי שכירות, המשולמים באופן עתי, מבלי שהיא כרוכה בהעברת הבעלות על המקרקעין. הנושא של מכירת מקרקעין

הוא נושא מורכב שאינו מתעורר בענייננו ולכן אותירו לעת מצוא (ראו והשוו בין היתר להוראות ביצוע 8/2003). ענייננו נוגע לפעילות של השכרת מקרקעין. אין מחלוקת אמיתית בענייננו כי מרכזי הקניות הם נדל"ן מסחרי מניב שנועד בין היתר להשיא הכנסות שוטפות לבעליהם כתוצאה מהשכרת שטחים בהם. בדוחות הכספיים של האיגודים הרלוונטיים סווגו מרכזי הקניות כנדל"ן להשקעה המוחזק לצורך הפקת דמי שכירות (דוחותיה הכספיים של חברת חוצות המפרץ לשנת 2009, מע/11, ביאור 2, סעיף 6) ו"מושכר לצדדים שלישיים" (דברים שנאמרו בהתייחס לקניון בתיים בדוחות הכספיים של קניונים לישראל לשנת 2008, ער/14, ביאור 4(2)). כפועל יוצא מכך, הוגדר עיסוקה של חברת חוצות המפרץ, לדוגמה, בתור הקמת נכסים באתר חוצות המפרץ והשכרתם (מע/11, ביאור 1). ואכן, הנכס המרכזי שבבעלותם של איגודים אלה הוא מרכז קניות, לקוחותיהם הם העסקים ששוכרים מהם שטחי מסחר בו ומרבית הכנסותיהם נבעו מהשכרת נכסים. מכל זווית שנביט, לפנינו אפוא פעילות של השכרת נכסים.

40. חרף העובדה שפעילותו של מרכז קניות היא במהותה השכרת שטחי מסחר, נטען בפנינו כי באיגוד שבבעלותו מרכז קניות יש להכיר בנכס בלתי-מוחשי, נפרד מהמקרקעין, שעניינו פעילות עסקית של הפעלת מרכז קניות. לפי קו-טיעון זה, הפעלת מרכז קניות היא פעילות החורגת מהשכרת נכסים. הנישומים הקדישו חלק ניכר מכתבי הטענות לתיאור הפעילות העסקית הענפה הכרוכה בהפעלתו של מרכז קניות, שנועדה "להגדלת מספר המבקרים בקניון ולהגדלת נפח המכירות בו" (סעיף א' בסיכומיה של אדלר; סעיף 3 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר). לשיטתם "ניהול קניון דורש הפעלה וניהול אקטיביים, שוטפים ויומיומיים, מבוססי ידע ומומחיות ספציפיים בתחום הקמעונאות, מאמצים המופנים כלפי קהל המבקרים בקניון ולא לשוכרי החנויות" (סעיף 9 בסיכומיה של אדלר וסעיף 18 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר; ההדגשה במקור – מ.ג.). פורטו בפנינו שורה של פעולות שהאיגוד מבצע: בחירת העסקים שייכללו במרכז הקניות, תוך שימת דגש על "תמהיל" מתאים; קביעת המיקום של כל עסק ועסק במרכז הקניות; השכרת שטחים לעסקים הנחשבים ל"מחוללי תנועה" ולמושכי קהל; סיוע לשוכרים בעיצובן של החנויות ובבחירתם של המוצרים שיימכרו בהן; עריכת פעולות שיווק ופרסום למשיכת לקוחות למרכזי הקניות; יצירת דרכי גישה נוחות למרכז הקניות; ותחזוקתו של מרכז הקניות (סעיף 17 בסיכומיה של אדלר וסעיף 26 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר). עוד נטען בענייננו כי "דמי השכירות המשולמים לבעל הקניון מגלמים במהותם בנוסף לשימוש בנדל"ן גם תשלום עבור פעילותו להגדלת פידיון החנויות, ועבור הזכות ליהנות מקהל

לקוחות של הקניון" (סעיף 24 בסיכומיה של אלדר) וכי "פעילות ניהול זו הינה ה'נכס' שעליו השוכרים מוכנים לשלם את העודף על שכר הדירה שהיו יכולים לחסוך בחנות ברחוב" (סעיף 28 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר). לטענתן מדובר ב"שירותים עודפים" שניתנים לשוכרים וחורגים מהפעילות הרגילה של בעל מקרקעין (שם, סעיף 31).

כאמור, המנהל סבור כי הפעילות הנטענת – על כל הפעולות שפורטו דכאן – היא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין ומהשכרתו. עלינו להכריע, אפוא, אם מדובר בפעילות עסקית הכרוכה במקרקעין ונטמעת בהם או בפעילות עסקית עצמאית ונפרדת. אף ששאלה זו מתעוררת לראשונה בפני בית-משפט זה, מסתבר כי אין מדובר בשאלה חדשה. היא נדונה בפסיקה זרה ובספרות זרה בעשורים האחרונים באופן אינטנסיבי. על-כן יהיה זה מועיל לבחון תחילה את אלה.

41. השיח על פעילות עסקית ועל נכסים בלתי-מוחשיים אחרים הגלומים בנכסים שונים ובפרט במקרקעין שבהם פועלים עסקים החל לצמוח למיטב ידיעתי בארצות-הברית. השאלה אם קיימים נכסים בלתי-מוחשיים (intangible assets) שיש "להפרידם" ולא להתחשב בהם במסגרת הערכת שווי של מקרקעין התעוררה בעיקר בנוגע למס רכוש (property tax) המוטל במרבית המדינות בארצות-הברית על נכסים ובעיקר על מקרקעין. במרבית המדינות נכסים בלתי-מוחשיים (מסוימים או כולם) אינם נכללים בבסיס המס של מס רכוש (International Association of Assessing Officers,) Understanding Intangible Assets and Real Estate: A Guide of Real Property Valuation Professionals 1 (2017) (להלן: Real Property Valuation Guide); וראו, למשל, באיווה: Iowa Code Section 441.21(2). בנסיבות אלה, שוויים של נכסים אלה לא ימוסה (Christina Berger *Determining Market Value: Reconciling the Three Approaches to Real Estate Valuation for Ad Valorem Taxes* 25 J. ST. TAX'N 31, 32 (2007) (להלן: Berger)) אלא אם הם מהווים חלק בלתי-נפרד מנכס אחר (בעיקר מקרקעין) שנכלל בבסיס המס ולכן יש להכלילם במסגרת הערכת שווי (Richard Smith *A Critique of "Enhancement" and Other Theories of Taxing Intangibles: Part I* BEV ANTHOLOGY 67, 68). בקליפורניה ישנה הוראת חוק מפורשת שלפיה מאחר שנכסים בלתי-מוחשיים אינם ממוסים אין גם לכלול אותם, באופן עקיף, במסגרת הערכת שווי של נכס מוחשי שנכלל בבסיס המס (California Code, Revenue and Taxation Code, RTC §110; לדיון בסעיף זה, ראו: *ELK Hills Power, LLC v. Bd. Of Equalization*, 57 Cal. 4th 593 (2013)). אך העדר הוראת חוק מפורשת במדינות אחרות

אינו מונע כמובן מנישומים לנסות להוכיח כי נכסים בלתי-מוחשיים מסוימים אינם "בלתי-נפרדים" מהמקרקעין, כדי ששוויים לא יכלל במסגרת הערכת השווי של המקרקעין והחבות במס רכוש בגינם תקטן (Berger, בעמ' 32; James McGettrick; *Valuating Real Property for Taxation: Some Current Issues and Basic Principles* 48 VA. Jeffrey Fisher and W. Kinnard *The Business Enterprise*; LAW. MAG. 28, 29 (2000) : (להלן): *Value Component of Operating Properties* 2 J. PROP. MANAG. 19, 19 (1990) (Fisher and Kinnard)).

42. שאלת קיומם של נכסים בלתי-מוחשיים שבהם יש (או אין) להתחשב במסגרת הערכת שווי של מקרקעין מתעוררת בעיקר במקרים שבהם מדובר במקרקעין מניבים, המוחזקים – כמו בענייננו – לצורך השאת הכנסות. אף שישנן באופן עקרוני שיטות שמאיות שונות להערכת שווי של נכסים, ככל שנוגע הדבר לנדל"ן מניב – בין אם כתוצאה מהשכרתו בין אם מעסק הפועל בשטחו – מקובל להעריכו לפי גישת ההכנסות (income approach), קרי על בסיס תזרים המזומנים הכולל הצפוי ממנו (Mark Kenny) *Quantifying Business Enterprise Value in Shopping Malls: Current Issues and Trends* 68 Jennifer Brooks and Ronald; (Kenny : (להלן): APPRAISAL JOURNAL 14, 15 (2000) Schultz *Market Theory: An Approach to Real Property Valuation for State and Local Tax Purposes* 45 TAX LAW. 339, 351-355 (1992). גישה זו אומצה גם בפסיקה, בין היתר בנוגע למרכזי קניות (ראו, למשל: *Eden Prairie Mall LLC v. County of Hennepin*, 2009 Minn. Ax Lexis 22, 25 (Minn. T.C. Oct. 212, 2009) (להלן: עניין *Eden Prairie*); *Merle Hay Mall v. City of Des Moines Bd. Of Review*, 564 N.W.2d 419, 422; (Mall County Bd. of Arlington v. Commonwealth Dep't; (Merle Hay Mall : עניין (להלן): (1997) *of Taxation*, 240 Va. 108, 113 (Va. June 8, 1990) (להלן: עניין RF&P)), מתוך תפיסה שההכנסה שמפיקים מרכזי הקניות מהחנויות היא במהותה דמי שכירות (ראו והשוו: *Montgomery Ward & Co. v. Cnty. Of Hennepin*, 482 N.W.2d 785, 788 (Minn. : (1992). לפי הגישה השמאית המקובלת, תזרים ההכנסות צריך להקיף את כל ההטבות הצפויות מהנכס בהתאם לשימוש המיטבי בו לשם הפקת הכנסות, אף כאלה הנובעות מנכסים בלתי-מוחשיים כגון זכויות בנייה או זכויות אוויר (air rights) – הנחשבות לחלק מסל הזכויות הכלולות בבעלות במקרקעין (Real Property Valuation Guide), בעמ' 17-19; והשוו גם לעניין T.א.א.7) – ואף כאלה הנובעות מהון, מכוח עבודה ומהמרכיב העסקי של הפעילות (עניין *Merle Hay Mall*, בעמ' 423; לאי-הכרה ב"הון אנושי" כנכס נפרד, ראו עוד: *Boise Cascade Corp. v. Dept. of Rev.*, 12 OTR 263, 270 : (להלן: עניין *Boise Cascade*); *SHC Half Moon Bay, LLC v. County of San* (1991)

(2014) 471 (4th App. Cal. 226) *Mateo*, (להלן: עניין *Half Moon Bay*). מכאן שגם הטבות צפויות כתוצאה מהפעלתם של נכסים בלתי-מוחשיים שונים צריכות להיכלל במסגרת הערכת שוויו של נכס.

דא עקא, ככל שנוגע הדבר למרכזי קניות (ובמידה רבה גם לבתי-מלון) – החלו להישמע בקהילת השמאים האמריקנית קולות אחרים. השיח בנושא הערכות שווי של מרכזי קניות החל כבר לפני כחמישים שנים (ראו, למשל: *Mark Ancel Determining Fair Market Value of a Shopping Center for Purposes of Property Tax Assessment* 196 U. James Gosset *The Myriad Problems of Shopping Center*; ILL. L.F. 253 (1965) (1985) 113 J. ST. TAX'N 4, 217 (1984) PROP. TAX J. 3). ההליך המשפטי הראשון בעניינם של מרכזי קניות היה למיטב ידיעתי בתחילת שנות השמונים, עניין *Lawrence* שהוזכר לעיל. הליך זה עסק באופן נרחב באופן הערכת השווי של מרכזי קניות והועלו בו טענות רבות בעניין זה, בין היתר כי יש לשייך חלקים משוויו של מרכז קניות למחוברים הניתנים להפרדה ולנכס בלתי-מוחשי בדמות ה"ניהול" של מרכז הקניות וכי בקביעת שוויו בגישת ההכנסות אין להתחשב בחלק מן ההכנסות שלא נבעו – כך לטענת החברה שמרכז הקניות היה בבעלותה – מהמקרקעין. הטענות הללו נדחו כולן. בית-המשפט קבע בין היתר כי ה"ניהול" הוא מרכיב נדרש כדי להביא את מרכז הקניות לשימושו המיטבי (ראו והשוו בהקשר זה גם ל- *Waste Management v. ABKA Ltd. P'ship v. Kenosha County Bd. Of Review*, 184 Wis. 2d 541, 568 (1994) (1999) 328, 341-342 Wis. 2d 231 *Bd. Of Review*, (להלן: עניין *ABKA*), שבהם הגיע בית-המשפט העליון של ויסקונסין למסקנה דומה ביחס למטמנת פסולת ולאחר נופש (resort) שהופעלו על המקרקעין). בדומה, במקרה אחר טען מרכז קניות כי יש לשייך חלק מערכו של מרכז הקניות ליתרונות שונים שלהם הוא זוכה עקב קיומן של חנויות עוגן, בין היתר לאור ההסכמים איתן. גם טענה זו נדחתה מכל וכל (*Equitable Life Assur. Soc'y of the United States v. County of Hennepin*, 1995 Minn. Tax Lexis 75, 24-26 (להלן: עניין *Southdale mall*)). ניתן להניח שבעליהם של מרכזי הקניות לא ראו נחת מהפסיקה האמורה שהובילה לתשלום גבוה יותר של מס רכוש בגינם.

43. בסוף המאה הקודמת החלה להישמע הטענה שדמי השכירות במרכזי קניות גבוהים יותר מאשר במקומות אחרים לא רק בשל מחירי השוק, מיקום ומאפיינים נוספים של המקרקעין, אלא בשל פעילות מיוחדת של ניהול (*supernormal management*) המבוצעת בהם. לפיכך נטען כי יש להכיר בנכס בלתי-מוחשי מסוג "עסק חי" שכונה *Business Enterprise Value (BEV)*. נכס זה דומה במאפייניו לנכס

שכונה בידי חלק מוועדות הערר בענייננו 'Going Concern' value והוא משקף את שוויים של הרכיבים העסקיים ובהם הארגון העסקי, הניהול, כוח העבודה המיומן, ההון האנושי וזכויות הנובעות משמות מסחר, מזיכיונות ומהסכמים. לפי קריטיעון שהוצג, במסגרת הערכת השווי של המקרקעין יש "להתעלם" משווי של נכס זה, דהיינו להפחיתו משוויים של המקרקעין (ראו, למשל: Kenny, בעמ' 15-17; (Appraisal Institute, *The Appraisal of Real Estate* 90-93 (11th ed., 1996). בעניין *Merle Hay Mall* התייחס בית-המשפט העליון באיווה לאופן צמיחתן של טענות אלה וציין כי "[...] תיאוריה זו עוצבה בסוף שנות השמונים על-ידי קבוצה של בעלים של מרכזי קניות בשיתוף-פעולה עם מערכי שווי של נדל"ן ועם פרופסורים העוסקים בנדל"ן במסגרת קבוצה בשם SCAN ('הרשת להערכת מרכזי קניות'). הצורך בפרויקט שכזה, לפי ראיות שונות, החריף כתוצאה מעלייה דרמטית בסכומים שתמורתם מרכזי קניות נמכרו" (שם, בעמ' 424; ראו גם: Real Property Valuation Guide, בעמ' 22). כחלק מפעילותה של קבוצה זו פורסמו במהלך שנות התשעים מחקרים רבים התומכים בתאוריה, בעיקר ביחס למרכזי קניות ולבתי-מלון (ראו כדוגמה בלתי-ממצה: Kenny; Fisher and Kinnard *The Business Value of Super-Regional Shopping Centers and Malls* 60 THE APPRAISAL JOURNAL 4 (1992) (להלן: Karvel and Patchin); Joan Youngman *Introduction to Legal Issues in Property*; Maxwell Ramsland, Jr.; *Valuation and Taxation* 1 ASSESSMENT JOURNAL 60 (1994) and William Kinnard, Jr. *Quantifying Business Enterprise Value of Malls* 67 THE APPRAISAL JOURNAL 157 (1999) (להלן: Ramsland and Kinnard); Mark T. Kenney; *Business Enterprise Value: The Debate Continues* 63 THE APPRAISAL JOURNAL 33 (1995); David C. Lennhoff, *Business Enterprise Value Debates: Still a Long Way to*; Robert Martin and Scott; *Reconciliation* 67 THE APPRAISAL JOURNAL 33 (1999) Nafe *Segregating Real Estate Value from Nonrealty Value in Shopping Centers* 64 THE APPRAISAL JOURNAL 1 (1996) (להלן: Martin and Nafe)) ואף נוהלו מספר הליכים משפטיים שנועדו להביא להכרה שיפוטית בה ביחס למרכזי קניות. יש לציין כי השיח בנושא זה ממשיך גם היום. לאחרונה פורסמה המהדורה השנייה של ספר מאמרים מקיף בנושא (BEV ANTHOLOGY שהוזכר לעיל) ובאחד המאמרים בו צוין כי נכון לשנת 2006 פורסמו כבר כמה מאות מאמרים הנוגעים לכך (Robert Owens *Contemplating the Future of Business Enterprise Valuation* BEV ANTHOLOGY 123, 124).

44. כפי שניתן להבין, קבלתה של תיאוריה זו הייתה מיטיבה עד-מאוד עם הנישומים ומובילה לכך שהם לא ישלמו מס רכוש בגין שווי של "העסק החי" (נכס ה-

(BEV). על רקע האמור, אין זה מפתיע כי הצלחה במשימה זו (להפחית נכסים בלתי-מוחשיים משווי של נכס בר-מיסוי) תוארה כ"גביע הקדוש" (holy grail) של עורכי-הדין העוסקים בתחום (William Siegel *Separating Business Enterprise Value from Real Estate Value* BEV Anthology 93, 93). למרות זאת, עיון בפסיקה מצביע על כך שבמרבית המקרים "הגביע הקדוש" נותר מעֵבֵר להישג-יד. בתי-המשפט הבחינו בין חברות שעיקר פעילותן הוא בהשכרת נכסים לבין חברות המקיימות פעילות עסקית אחרת ונפרדת במקרקעין. כאשר מבוצעת על המקרקעין פעילות עסקית שאינה קשורה במקרקעין – קרי כזו שאינה מסתכמת בהשכרת נכסים בלבד – היא עשויה להיות מושפעת מגורמים שונים שאינם קשורים לנדל"ן ולבנוי עליו, כגון הציוד שנעשה בו שימוש ואיכות השירותים שהחברה מספקת באמצעות עובדיה (עניין RF&P, בעמ' *State ex rel. N/S Assoc. v. Board of Review*, 164 Wis. 2d 32, 54 (Wis Ct. App. ; 113 July 23, 1991) (להלן: עניין *Southbridge mall*)). בתי-המשפט הכירו בקיומם של גורמים שכאלה בין היתר בחברת רכבות (עניין RF&P), בחברה לשידורי טלוויזיה בכבלים (*Heritage Cablevision v. Board of Review*, 457 N.W.2d 594, 598-599 (Iowa 1990)) ובחברה שהפעילה קומפלקס של בית-מלון, מסעדה וחנויות (*Madonna v. County of San Luis Obispo*, 39 Cal. App. 3d 57, 61 (1974)) וקבעו, לצורך מס רכוש, כי הכנסות שנבעו מפעילויות אלה לא תיכללנה בהערכת השווי של נכס המקרקעין אשר בו פעולות אלה התקיימו.

בשונה מכך, בתי-המשפט דחו באופן עקבי את התיאוריה ביחס לחברות שעיקר פעילותן הוא בהשכרת נכסים ובהן חברות המפעילות מרכזי קניות. בתי-המשפט ראו בפעילות המבוצעת במרכזי קניות ככזו שעניינה בעיקר השכרת נכסים וכפועל יוצא קבעו כי יש לשייך את כל השווי למרכז הקניות (קרי, למקרקעין) ולא לנכס של פעילות עסקית או של "עסק חי" (*Real Property Valuation Guide*, בעמ' 41). כזכור, בעניין *Lawrence* – שנפסק עוד בטרם "עוצבה" תיאוריה זו – קבע בית המשפט למסים בניו-יורק כי פעילות הניהול המבוצעת במרכזי הקניות נועדה להביאם לשימוש המיטבי שניתן לעשות בהם (כמרכזי קניות), קרי כדי למקסם את הרווחים מהם. בדומה, בעניין *Southbridge mall* ציין בית-המשפט לערעורים בוויסקונסין כי ה"raison d'etre" של מרכז הקניות הוא השכרת שטחי מסחר לשוכרים וביצוע פעולות הקשורות לכך וקבע כי שוויין של פעילויות אלה שלוב באופן שאינו ניתן להפרדה ("inextricably intertwined") במקרקעין שעליהם מצוי מרכז קניות (שם, בעמ' 55). עמדה זו מתיישבת עם התפיסה שלפיה "אף שמרכזי קניות מצליחים מופעלים על-ידי עסקים, שוויים מוערך על בסיס יכולתם לייצר דמי שכירות" (*Real Property Valuation Guide*, בעמ' 41). היא אומצה

בהמשך גם בכתי־משפט אחרים (ראו: עניין *Merle Hay Mall*, בעמ' 424 ; *GGP-Maine Mall, LLC v. City of South Portland*, Docket No. 2008-1, ¶¶24, 36 (17 Aug. 2011) (להלן: עניין *GGP-Maine Mall*)). בדומה, בעניין *Merle Hay Mall* דחה בית־המשפט העליון של איווה את הטענה כי יש להפחית משווי של מרכז קניות נכסים בלתי־מוחשיים בדמות כוח עבודה, שם מסחרי והיכולת למשוך "חנויות עוגן" (anchor stores) למרכז הקניות, המהווים כולם – כך נטען – את ערכו של מרכז הקניות כ"עסק חי". בית־המשפט קבע כי ניתן לכלול בשווי של מרכז קניות כל נכס בלתי־מוחשי המשפיע על שווי, אלא אם יש הוראת חוק האוסרת על כך (ראו והשוו גם לעניין *GGP-Maine Mall*, פס' 35-36) והדגיש כי תיאוריית ה־BVE כלל אינה שיטה מוכרת להערכת שווי, מועלית כמעט תמיד לצורכי מס ואינה משמשת להערכות שווי של מרכזי קניות לצרכים אחרים (עניין *Merle Hay Mall*, בעמ' 424-425 ; וראו גם: *Real Property Valuation Guide*, בעמ' 22 ו־27). ייאמר כבר עתה כי תופעה זו התחורה גם בפנינו, בשים לב לכך שכל הנישומים טענו לקיומם של נכסים בלתי־מוחשיים במרכזי הקניות לצורך הליכי המס מושא הערעורים שלפנינו, אך בהערכות השווי שהוכנו לצורך דוחותיהם הכספיים אין זכר לקיומם של נכסים אלה. למסקנות דומות שהובילו לאי־הכרה בתיאוריה זו הגיעו כאמור בתי־המשפט בשנים האחרונות גם במקרים נוספים, הן ביחס למרכזי קניות הן ביחס לבלתי־מלון (עניין *GGP-Maine Mall*, פס' 36 ו־39-42 וההפניות הרבות שם; עניין *Eden Prairie Mall*).

45. נקל להיווכח בדמיון הרב בין הטענות שהוצגו במשפט האמריקני לבין הטענות שהועלו בהליכים שלפנינו לראשונה בפני בתי־המשפט בישראל. לנוכח האמור, קשה שלא לתהות מדוע לא הופנינו לספרות הזרה ולפסיקה הזרה. מפרוטוקול הדיון בעניין אלדר עולה כי הנושא זכה להתייחסות־מה. המומחה שהעיד מטעם המנהל ציין בעדותו כי "קראתי קצת... פסיקה מארצות הברית, ששאלו את השאלות האלה על העניין האם לקניון יש נכסים בלתי מוחשיים... לעניין מס רכוש... ושם ניסו לעשות את הפיצול הזה בין המקרקעין לבין הנכסים הבלתי מוחשיים בקניון בארצות הברית ובית המשפט קבע שלקניון אין נכסים בלתי מוחשיים" (פרוטוקול הדיון מיום 9.4.2014, בעמ' 164, ש' 13-14), אך באת־כוחה של אלדר טענה כי יש להתעלם מכך מאחר שהמשפט האמריקני לא הוזכר בהכרעה בהשגה. אבהיר למען הסר ספק כי לדעתי אין באי־התייחסות לכך בהכרעה בהשגה כדי למנוע מרשות המסים לתמוך עמדתה במסגרת ההליכים המשפטיים גם במשפט משווה. במישור המהותי, אף שיש ככלל לנקוט משנה זהירות בשימוש במשפט משווה דיני המס לנוכח ההסדרים השונים שמאמצת כל מדינה

ומדינה (עניין דמארי, פס' 34 בפסק-דיני; ע"א 3721/12 תופאפ תעשיות נ' פקיד שומה, פס' 30 (27.4.2014)) – וערה אני לזהירות הנדרשת בענייננו, בשים לב לכך שעוסקים אנו במיסוי מקרקעין (המוטל על ביצוע עסקות במקרקעין) בעוד שהמשפט המשווה עסק בעיקר במס רכוש (המוטל בעיקר על החזקה בנכסים ובהם מקרקעין) – אני סבורה שניתן ללמוד רבות מהמשפט האמריקני לענייננו. זאת שכן הן לצורך מסי המקרקעין המוטלים בישראל הן לצורך מס רכוש בארצות-הברית מתעורר באופן מקדמי הצורך לבחון אילו נכסים נכללים במסגרת המקרקעין שעליו מוטל המס – וכך גם במקרים קודמים מצא בית-משפט זה ללמוד מהשוואה זו (ראו, למשל: עניין T.T.A., בעמ' 95-96). בעיקרו-של-דבר, הכרעותיהם של בתי-המשפט האמריקניים מקובלות עליי. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה אם יש מקום "לקלוט" את התיאוריה של "עסק חיי" לדיני המס בישראל, אני סבורה כי היא אינה ישימה למרכזי קניות שעיקר פעילותם הוא, כפי שצוין בצדק בפסיקה האמריקנית, השכרת נכסים. זה כאמור האופן שהחברות שבבעלותן מרכזי קניות אפיינו בענייננו את פעילותם של מרכזי קניות בדוחותיהן הכספיים (ראו פס' 39 לעיל). כפי שאראה להלן, אין מקום לקבל את הטענה שלפיה פעילותם של מרכזי קניות חורגת מהשכרת מקרקעין. הערכת שוויו של נדל"ן צריכה להתבצע בהתבסס על שווי השוק שלו, המתחשב בשימושו המיטבי (its highest and best use), במיקומו הספציפי (עניין RF&P, בעמ' 112; עניין *Southbridge mall*, בעמ' 53) ובכל הזכויות הטובות או הרעות הכרוכות בו ואשר נרכשות כחלק בלתי-נפרד מהמקרקעין (Real Property Valuation Guide, בעמ' 19). הניסיון לשייך חלק מזכויות אלה ל"עסק חיי" הוא עקר, בנסיבות כמו בענייננו שבהן הפעילות העסקית שבה מדובר היא שימוש בנכס מקרקעין והנאה מפירותיו באמצעות השכרתו. כפועל יוצא, יש למסות מרכזי קניות כמכלול, על בסיס תזרים המזומנים הצפוי ממנו (עניין *Merle Hay Mall*, בעמ' Karvel and Patchin; 422, בעמ' 3). אף שלדעתי הדברים ברורים ומובהקים, אדגיש: פעילות של השכרת מקרקעין טבועה במקרקעין והיא השימוש הרגיל המבוצע בהם. ככלל איגודים שפעילותם מאופיינת בהשכרת מקרקעין ראוי שייחשבו לאיגוד מקרקעין, וזאת אף אם הפעילות מסווגת כעסקית.

46. הנישומים הקדישו כאמור חלק ניכר מכתבי הטענות שלהם לפעילות המתקיימת במרכזי קניות שבבעלותם. לאור מאפיינים שונים וייחודיים שלשיטתם יש לפעילות זו, נטען כי יש להבחין בינה לבין פעילות "רגילה" של השכרת נכסים. כך, למשל, לשיטתה של אלדר "יש לראות בניהול הקניון ו[ב]מתן השירותים הנוספים כפעילות עסקית מהותית, שלא טפלה לפעילות ההשכרה, אלא מהווה את ליבת עסק החברה, ולכן מדובר בפעילות עסקית מהותית המוציאה את החברה מהגדרת 'איגוד

מקרקעין" (סעיף 50 בסיכומיה; ראו גם סעיף 26). ובמילים פשוטות, הטענה היא שהפעילות של הפעלת מרכז קניות חורגת מהשכרת מקרקעין. דא עקא, עמדה זו מנוגדת לעובדה שעיקר הפעילות במרכז קניות הוא השכרת נכסים, כפי שהודתה אלדר בהגינותה (סעיף 14 בסיכומיה) וכפי שעולה כאמור מהפסיקה האמריקנית. אזכיר כי הליכים הנוגעים לפעילות של השכרת נכסים מגיעים באופן תדיר לבתי-המשפט (גם עניין אספן ועניין וילאר עסקו בכך). כפי שאפרט להלן, חרף "המאפיינים הייחודיים" שלקיומם נטען והפעולות הנוספות המבוצעות לפי הנטען במרכז קניות, אין לדעתו הברל של ממש בין הפעילות המבוצעת בענייננו במרכזי הקניות לבין הפעילות המבוצעת באופן רגיל כחלק מהשכרת נכסים – בין אם מדובר בהשכרת נכסים בודדים בין אם מדובר בהשכרה של מספר גדול של נכסים, כמו במקבצי דיור או במרכזי קניות.

47. אופי ההשכרה: בחינת הפעילות המבוצעת במסגרת הפעלת מרכז קניות מצריכה אותנו לעמוד על אופי הפעילות המבוצעת במקרקעין. נטען בענייננו כי אופי ההשכרה בהליכים שלפנינו – של שטחי מסחר בנכס מניב מסוג מרכז קניות – מלמד על כך שהפעילות המבוצעת במרכזי קניות חורגת מהשכרת נכסים בלבד. באופן עקרוני, אופי ההשכרה מושפע ממאפיינים שונים ובהם משך ההשכרה (למשל, השכרה לטווח קצר או השכרה לטווח ארוך), זהות השוכרים (למשל, השכרה לאנשים פרטיים לעומת השכרה לתאגידים), אופי המקרקעין (בניין מגורים, בניין משרדים, מרכזי קניות ועוד) ואופי המושכר (למשל, השכרה של דירות מגורים או של נכסים מסחריים כגון משרדים או חנויות). דא עקא, יהיו אשר יהיו אופי ההשכרה ומאפייניה, איני סבורה כי הם רלוונטיים לעניין אופייה של הפעילות המבוצעת במקרקעין. בכל מקרה ומקרה עשויים אנו להיתקל באופי שונה של השכרה: ניתן להניח כי בבנייני מגורים המושכר יהיה לרוב דירות מגורים שתושכרנה לאנשים פרטיים ולזמן קצר יחסית, בעוד שבבנייני משרדים ובמרכזי קניות נצפה למצוא לרוב השכרה של נכסים מסחריים לאנשים פרטיים המפעילים עסק או פועלים במשלח-ידים או לתאגידים, לפרקי זמן לא-קצרים (לנוכח ההשקעות המרובות שלהן נצרך בעל עסק לשם פתיחת מקום-עיסוק ושיפוצו). אופי הפעילות המבוצעת במקרקעין נקבע באופן מהותי. השכרת נכסים היא השכרת נכסים, יהיו אשר יהיו סוג הנכסים ומאפייני ההשכרה. אין באופי המקרקעין ובמאפייני ההשכרה כדי לשנות מן העובדה שהשכרתם של מקרקעין – אף אם היא מבוצעת באופן עסקי ואף אם מדובר כמו בענייננו בנדל"ן מניב מסוג מרכזי קניות – נותרת השכרת מקרקעין, שהיא כאמור פעילות הטבועה במקרקעין ואינה נפרדת מהם.

48. דמי השכירות: גובהם של דמי השכירות יכול להיקבע באופנים שונים. לרוב נקבעים דמי השכירות כסכום קבוע המשולם באופן עתי (בעיקר אחת לחודש); אך כמובן שעשויים להיות מנגנונים אחרים לקביעתם של דמי השכירות. וכך, לדוגמה, בענייננו טענו חלק מהנישומים כי דמי השכירות נקבעים כסכום משתנה, הנקבע כשיעור מפדיונו של השוכר (ראו סעיף 15 בסיכומיה של אלדר). נראה כי זו דרך שכיחה ומקובלת לקביעת דמי שכירות במרכזי קניות (*John Murray Percentage Rent*) *Provisions in Shopping Center Leases: A Changing World?* 35 REAL PROP. PROB. & TR. J. 731 (2001) (להלן: Murray)). ניתן לחשוב כמובן על מנגנונים אחרים לקביעתו של הסכום המשתנה, למשל שיעור מרווחיו של השוכר או מהכנסות מסוימות שהוא מפיק (ראו, למשל: עמ"ה (מחוזי ת"א) 359/66 "למען מכבי אבשלום בע"מ" נ' פקיד השומה פתח-תקוה, פס"מ נב 349, 351 (1966) (להלן: עניין מכבי אבשלום; עניין *Eden Prairie Mall*, בעמ' 4), סכום קבוע בגין כל לקוח המבקר במרכז הקניות או בחנות או אשר רוכש בה – ועוד. על בסיס המנגנון שאומץ בענייננו לקביעתם של דמי השכירות (כמו גם על בסיס מעורבות נוספת של מרכזי הקניות בעסקים, כגון בעיצובם ובבחירת קר-המוצרים שיימכרו בהם), טענו הנישומים כי בכך הופך מרכז הקניות למעין "שותף" בעסקו של השוכר (ראו, למשל, סעיף 32 בסיכומיה של גזית גלוב וסעיף 26 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר). כפי שצוין בצדק בספרות (Murray, בעמ' 732, הערת שוליים 1), בטענה זו אין ממש. קביעתם של דמי השכירות בהתבסס על מנגנון או על נוסחה כאלה ואחרים היא החלטה כלכלית שנועדה להשיא את הרווחים המצרפיים של האיגוד מהשכרת השטחים במקרקעין שבבעלותו – ובענייננו במרכז הקניות. בנסיבות אלה, אין באופן קביעתם של דמי השכירות – יהא אשר יהא – כדי לשנות את אופיים כדמי שכירות המשולמים בגין השכרתם של מקרקעין (ראו והשוו: עניין מכבי אבשלום, בעמ' 351). הוא הדין גם ביחס לפעולות הנוספות שמבצעים מרכזי הקניות, אשר נובעות אף הן מהרצון להשיא הכנסות ומהוות ממילא, כפי שצוין לעיל, חלק מהמרכיבים המשפיעים על שוויו של מרכז הקניות. ברי כי אין בכך כדי להפוך את מקבל התקבולים ל"שותף" או ל"מעין שותף" בעסקו של השוכר. לכל היותר ניתן לומר כי לפנינו "מעין שותפות" ברווחים (הנובעת מאופן קביעת דמי השכירות), אך אין מדובר בשותפות בעסק, שהיא עניין שונה במהותו (ראו והשוו: עמ"ה (מחוזי ת"א) 583/73 אחים מרק בע"מ נ' פקיד השומה פתח-תקוה, פד"א ז 250, 252 (1974); עניין מכבי אבשלום, בעמ' 351). כך, למשל, על חברות המשכירות נכסים (בענייננו, במרכזי הקניות) לא מוטל כל סיכון עסקי להפסדים בעסקו של השוכר, אלא לכל היותר לקבלת דמי שכירות נמוכים יותר – סיכון שגם אותו הן נוהגות לגדר באמצעות קביעת דמי שכירות מינימליים (ראו: Murray), כפי שנהגו גם האיגודים הרלוונטיים בענייננו (ראו, למשל, בנוגע לקניונים לישראל שבבעלותה קניון בת"ים: סעיף 3.5.1 בחוות הדעת של

השמאי מטעמה, גדעון פרלמן, ליום 31.12.2017, שצורפה כנספח א' לחוות-הדעת מטעם המומחית מטעם המנהל, יהודית הילרוביץ).

49. פעולות נלוות להשכרת המקרקעין: כחלק בלתי-נפרד מרצונו המובן של בעל מקרקעין להשיא את הרווחים המצרפיים שלו ולמקסמם – וזאת במיוחד שעה שדמי השכירות המשולמים לו מבוססים כמו בענייננו על פדיונם של השוכרים – עליו לקבל החלטות כלכליות ותפעוליות רבות ולבצע פעולות שונות. אופי ההחלטות והפעולות ומהותן משתנים בהתאם לאופייה של ההשכרה ולמאפיינים המשפיעים עליה (ראו פס' 47 לעיל). לא דין הפעולות שנדרש לבצע בעל דירת מגורים אחת המושכרת לאדם פרטי כדין פעולות המבוצעות במרכז קניות שבו עשרות או מאות שטחי מסחר המושכרים לחנויות ולעסקים. כפועל יוצא, יש מקום לבחון באופן מהותי את הפעולות המבוצעות בכל מקרה לגופו. בענייננו הוצגו פעולות והחלטות שונות שבוצעו במרכזי הקניות: מתן הנחות לעסקים שונים (בעיקר לכאלה שכונו "מחוללי תנועה"), מעורבות בעיצוב החנויות, סיוע בהחלטות בעניין קו-המוצרים שיימכר בהן, קיום פעילויות שונות לרווחת המבקרים במרכז הקניות, עריכת מבצעים שונים וביצוע פעולות שיווקיות שונות כדי למשוך מבקרים והגדלת נגישותם של מרכזי הקניות. הטענה שהוצגה בפנינו היא שמכלול הפעולות שביצעו האיגודים עולה כדי פעילות עסקית של מרכז קניות, שאינה השכרת מקרקעין גרידא. עוד נטען בפנינו כי חלק מפעולות אלה – כגון מבצעים, פעולות שיווק וארגון אירועים – מהווה "שירותים עודפים" הניתנים לשוכרים.

לנוכח גודלם של מרכזי הקניות, כמות השוכרים בהם ואופי ההשכרה, מקובל עליי כי הפעלתם הצריכה התעסקות מרובה, העסקת עובדים והוצאת סכומי כסף לא-מבוטלים. אני מוכנה גם להניח כי כפי שנטען בפנינו, מדובר בפעילות מורכבת אשר בעקבותיה זכו מרכזי הקניות בפועל לתשואה גבוהה יותר מהשכרתן של החנויות, ביחס לתשואה שהייתה מתקבלת אילו לא היו מתבצעות פעולות אלה. חרף האמור, לדעתי אין בכל אלה כדי לשנות את אופי פעילותם של מרכזי הקניות, שהיא השכרת מקרקעין. כפי שציין בצדק המנהל בסיכומי התשובה שלו בע"א 6219/15, "בחירת בתי עסק מתאימים, בחירת תמהיל העסקים, ומיקום נכון הם שיקולים שעל כל בעל נכס נדל"ן מניב לשקול כאשר הוא מנסה להשיא את הכנסתו הכוללת מהשכרת הנכסים הנכללים באותו נכס" (שם, פס' 15; ההדגשה במקור – מ.ג.). דברים אלה נכונים גם ביחס לפעולות האחרות שתוארו לעיל, וזאת במיוחד על רקע המנגנון שנקבע לחישוב דמי השכירות. כאשר נקבעים דמי השכירות כמו בענייננו על בסיס הכנסותיו של השוכר,

עשוי המשכיר לבצע פעולות שונות כדי להבטיח כי אכן יועברו לו דמי השכירות המלאים. כך, לדוגמה, בעניין מכבי אבשלום העמידה המשכירה עובדים (שהיו למעשה מתנדבים מטעמה) לטובת העסק השוכר (בית-קולנוע) במטרה לפקח על פעילותו ולוודא כי לא מועלמות ממנה הכנסות שעל בסיסן משולמים דמי השכירות. בנסיבות אלה קבע בית-המשפט כי הפעולות נובעות מאופן קביעת דמי השכירות ואינן משנות את אופי הפעילות כהשכרת מקרקעין (שם, בעמ' 351). בדומה, בעניינו מחייבים האיגודים שבבעלותם מרכזי הקניות את השוכרים להגיש דוחות כספיים עתיים בנוגע לפעילותם, ויש להניח כי עובדים מטעמם של מרכזי הקניות בודקים את הדוחות ומוודאים כי דמי השכירות אכן שולמו במלואם. הפעולות הנדרשות כתוצאה מאופן קביעתם של דמי השכירות אינן מתמצות כמובן בבדיקה, בביקורת ובפיקוח. כאשר דמי השכירות נקבעים כשיעור מפדיונם של החנויות ושל העסקים, כמו בעניינו, יש לבעל המקרקעין אינטרס ישיר במקסום הפדיון של שוכריו – מה שיוביל מניה וביה למקסום הכנסותיו-הוא מהשכרת המקרקעין. בעל המקרקעין עשוי אפוא לנקוט פעולות שונות לשם כך. הפעולות שמבצעים מרכזי הקניות – פרסום, שיווק, פעילויות לרווחת המבקרים, מבצעים, בחירת תמהיל חנויות ועוד – נועדו כולן, בעיקר, לבדל את מרכזי הקניות ולגרום לצרכן להגיע דווקא למרכז קניות זה ולא לאחר (ראו עדותה של השמאית מטעם המנהל בפני ועדת הערר בעניין גזית גלוב, פרוטוקול הדיון מיום 4.3.2013, בעמ' 179 ש' 30-31 ובעמ' 180 ש' 1-4, שדבריה לא נסתרו), מתוך שאיפה שהדבר יוביל להגדלת הפדיון של החנויות וכפועל יוצא גם להגדלת דמי השכירות שישולמו למרכזי הקניות. גם מתן הנחות גדולות לעסקים שכוננו "מחוללי תנועה" משרת מטרה דומה. האינטרס הכלכלי של בעל המקרקעין נוגע להשאת התשואה הכוללת מהשכרת המקרקעין. השכרה מוזלת של שטחים לעסקים הנחשבים ל"מחוללי תנועה" מבוססת על הסכמתם להתחייב להסכמי שכירות ארוכי-טווח המבטיחים זרם הכנסות קבוע (Martin and Nafe, בעמ' 10), כמו-גם על ההנחה כי הימצאותם של עסקים אלה במרכז הקניות תתרום לתמהיל השוכרים (Karvel and Patchin, בעמ' 5), תמשוך שוכרים נוספים שמהם מרכז הקניות יוכל לגבות דמי שכירות גבוהים יותר (Martin and Nafe, בעמ' 6), תוביל להגדלת מספר הלקוחות המגיעים למרכז הקניות (לחשיבותן של חנויות עוגן (anchor stores) למשיכת קונים למרכזי קניות, ראו עניין Merle Hay Mall, בעמ' 421, Mark Eppli *Value Allocation in Regional Shopping Centers*; 66 APPRAISAL JOURNAL 198 (1998) (להלן: Eppli)) ותביא בסופו-של-דבר להגדלת פדיונם של העסקים בו ולמקסומה של התשואה הכוללת מהשכרתם של שטחי המסחר במרכז הקניות. הנישומים ביטאו שאיפה זאת במפורש (ראו, למשל, סעיף 17 בסיכומיה של אלדר). הנה-כייכן, נקיטתן של הפעולות שהוצגו בפנינו נבעה משיקוליהם

הכלכליים של מרכזי הקניות ושימשה להשאת הרווחים מהשכרת שטחי המסחר בהם. אין מדובר אפוא בפעולות נפרדות ועצמאיות. הן נטמעות בשימוש במקרקעין, נלוות להחזקה בהם, כרוכות בפעילות ההשכרה ואינטגרליות לה (ראו והשוו: ע"א 638/85 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה תל-אביב בע"מ, פ"ד(4) 309, 325-322 (1990) (להלן: עניין מלון פלאזה)). בסופו-של-דבר הן נובעות מאופן קביעת דמי השכירות ומהרצון להשיא את ההכנסה מהמקרקעין. ומזווית אחרת: פעולות אלה לא היו מבוצעות בהעדר פעילות של השכרת מקרקעין. בנסיבות אלה אין להתייחס לפעילות של הפעלת מרכז הקניות כאל נכס נפרד, אלא כפעילות שהיא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין עצמם.

מסקנה זו מובילה גם לדחיית הטענה שחלק מהפעולות המבוצעות בענייננו במסגרת מרכזי הקניות הן בבחינת "שירותים עודפים". לא ניתן להכיר בפעילות עסקית נוספת שעניינה מתן שירותים לשוכרים ואשר תחשב נכס נפרד – תוצאה שאליה כיוונו יש להניח הנישומים בכנותם שירותים אלה שירותים "עודפים" – כאשר מדובר כמו בענייננו בשירותים אינטגרליים לפעילות העיקרית של השכרת המקרקעין. כדי שתוכר פעילות עסקית נוספת כאמור, עליה לכלול מתן שירותים משמעותיים שהם נפרדים מהפעילות של השכרת המקרקעין ואשר בנתינתם עוטה המשכיר כובע נוסף של "נותן שירותים", כגון מתן שירותי ניקיון לפני החנויות במרכז קניות (פס' 26 בפסק-דינה של ועדת הערר בעניין מליטרון; והשוו גם לעניין מכבי אבשלום, בעמ' 351) או הפעלת עסקים של "ספא" או של מסעדה בבית-מלון, שעשויים לשרת גם (אך לא רק) את האורחים השוכרים בו חדרים (ראו פס' 38 לעיל וההפניות שם). אדגיש שכאשר מדובר בשירותים הניתנים לשוכרים בלבד ולא לציבור בכללותו, תגבר הנטייה לסווגם כשירותים שהם בלתי-נפרדים מהשכרת המקרקעין. כאמור, בענייננו אין מדובר בשירותים הניתנים לציבור בכללותו – אף שהציבור נהנה כמובן מחלק מהשירותים כגון מבצעים או פעילויות; כלל השירותים מסופקים בפועל לשוכרים בלבד והתשלום בגינם מגולם בדמי השכירות (אך ראו פס' 51 להלן בעניין שירותי ניהול שמעניקה אלדר גם לקניון נוסף הצמוד אליה).

50. הערכת שווי של פעילות עסקית: שיקול נוסף התומך במסקנה שאין להכיר בענייננו בפעילות העסקית ובשירותים הניתנים במסגרתה כנכס עצמאי נעוץ בהערכת שוויים. כידוע, לא די בהוכחת קיומו של נכס (כגון פעילות עסקית). יש להוכיח גם את שוויו. כאמור, נהוג להעריך שווי של נדל"ן מניב – ולמעשה, גם של פעילות עסקית – על בסיס גישת ההכנסות (היוון תזרימי המזומנים הצפויים להתקבל מהם בעתיד). אף

אם היינו מכירים בפעולות שבוצעו בענייננו כפעילות עסקית עצמאית ונפרדת מהמקרקעין – וכאמור, זו אינה עמדתי – נדרש היה להעריך את שוויה על בסיס תזרימי המזומנים הצפויים ממנה. דא עקא, תזרימי המזומנים מהפעילות העסקית אינם עצמאיים ונפרדים מהתשואה מהמקרקעין. כפי שציינו הנישומים בצדק רב (ראו, למשל, סעיף 23 בסיכומיה של אלדר וסעיף 36 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר), לא קיימת אפשרות מעשית להפריד בין התשואה המשקפת את דמי השכירות לבין התשואה המשקפת את הפעילות העסקית הנטענת. וכך, נטען כי עסקינן ב"עסקה המשלבת בין הזכות להפעיל חנות לבין עסקה למתן שירותים שמטרתם הגדלת פדיונות השוכר, והניסיון להפריד בין הדברים, אם במישור המשפטי, אם במישור הכלכלי, הוא מלאכותי" (סעיף 20 בסיכומיה של אלדר וסעיף 33 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ואלדר). בדומה, הדגיש המומחה מטעם המנהל רואה-חשבון שלומי שוב כי "המהות הכלכלית של הקניון כנדל"ן להשקעה משקפת תזרים מזומנים חזוי המגלם בחובו את כל מרכיבי הקניון [ש]מהם נהנים השוכרים. כך, מלבד רצפת הקניון וקירותיו, הנכס הכלכלי הנקרא 'קניון' כולל גם את מיקומו של הקניון, את השוכרים, פעילות השיווק, פעילות הניהול, עיצוב הקניון ומרכיבים נוספים, באופן שבו כל אלה מתנקזים לסדרה בודדת של תזרים מזומנים שחזוי להתקבל מהשוכרים בתמורה לזכות השימוש בחנויות" (סעיף 5.2 בחוות-דעתו). במילים אחרות, למרכז קניות יש תזרים מזומנים חזוי אחד הנובע מהשכרת השטחים ומהשירותים שניתנים במסגרתו לשוכרים ולא ניתן לשייך לפעילות העסקית תזרים מזומנים עצמאי (ראו והשוו לעניין מכבי אבשלום, בעמ' 351, שם נדונו סיטואציות נוספות שבהן לא נגבה בגין שירותים נלווים סכום נפרד מדמי השכירות). בנסיבות אלה קיים קושי ממשי לאמוד את שווייה של הפעילות העסקית הנטענת. קושי זה מתחדד על רקע העובדה שאת מכירותיהם של השוכרים – שעל בסיסם מחושבים הסכומים שהם משלמים למשכיר – ניתן לשייך לגורמים רבים, אך קשה לחלוק על כך שהן נובעות בעיקר מהמקרקעין עצמם וממאפייניהם השונים כגון מיקומם (Eppli, בעמ' 2). כפועל יוצא, התפיסה המקובלת היא שעיקר השווי של מרכז הקניות משויך למקרקעין (Ramsland and Kinnard, בעמ' 1). הַעדר האפשרות להעריך את שווי של הנכס – בענייננו של הפעילות העסקית – תומך במסקנה כי אין מדובר בנכס עצמאי, אלא בנכס הנטמע בנכס אחר, בענייננו בזכות במקרקעין. בהעדר אפשרות להעריך את שווי של הנכס הנטען, אין מנוס מלקבוע כי קיומו לא הוכח.

51. הסתייעות בצדדים שלישיים: אחדות מהפעולות שביצעו בענייננו מרכזי הקניות יכולות להתבצע כמוכן באמצעות צדדים שלישיים שיעניקו למרכזי הקניות שירותי ניהול. וכך, לדוגמה, אלדר מעניקה את שירותי הניהול שלה גם למרכז קניות נוסף. היא ביקשה ללמוד מכך "חיזוק" לטענה שהפעלת מרכז קניות עולה כדי עסק (סעיף 21

בסיכומיה). איני סבורה כי יש בכך חיזוק כלל ועיקר. בעולם המודרני שבו הזמן הוא המשאב המוגבל ביותר שיש לאדם (וכך גם בתאגיד, מוגבל הזמן של עובדיו), אין כמעט שירות שלא ניתן לרכוש – קרי לבצע לגביו "מיקור חוץ". עצם הבחירה לרכוש שירות במקום לבצעו באופן עצמאי – ולהיפך, עצם הבחירה ליתן שירות באופן עצמאי ולא באמצעות צד שלישי – אינה משנה את אופיו של הנכס שלגביו ניתן השירות (ראו והשוו: עמ"ה (מחוזי ת"א) 520/81 בית הכנסת הגדול בתל-אביב נ' פקיד שומה ת"א 4, פד"א יב 367, 368-369 (1984)). כל בעל מקרקעין יכול לרכוש שירותי ניהול לנכסו, כך גם אדם המחזיק בדירת מגורים בודדת המושכרת בשוק החופשי – פעילות שאין חולק שאינה פעילות עסקית וממילא אינה פעילות נפרדת מהמקרקעין אלא כלולה בהם. בעל מקרקעין רציונלי יסכים לשלם עבור שירותי ניהול במקום לבצעם בעצמו אם לדעתו הדבר משתלם לו, בין אם הוא חוסך בכך כסף או זמן בין אם רכישת השירותים תגדיל את תשואתו הכלכלית. עבור נותן השירות יתכן שמדובר בפעילות עסקית, אך עבור מקבל השירות זה הוא מיקור חוץ – הא ותו לא. אף שהדבר לא נטען בענייננו במישרין, אדגיש כי בנסיבות המקרה איני סבורה כי ניתן לראות בשירותי הניהול שנותנת אלדר למרכז הקניות הנוסף בתור פעילות עסקית עצמאית העולה כדי עסק. מרכז הקניות שלו ניתנים שירותי הניהול ממוקם בצמוד לקניון בתים ושירותי הניהול הללו ניתנים לו כחלק בלתי-נפרד מניהולו של קניון בתים. ניהולם של שני מרכזי הקניות מבוצע בצורה זהה (סעיף 87 בחוות-דעתו של המומחה מטעם המנהל, גבי ארביב) ומרכז הקניות שלו ניתנים שירותי הניהול "מהווה למעשה חלק מהקניון" (סעיף 6(ד) בחוות-הדעת של המומחית מטעם המנהל, יהודית הילרוביץ). מנכ"ל קניונים לישראל אף העיד בחקירה נגדית כי מבקר בקניון כלל לא יכול להבדיל בין החלק השייך לקניון בתים לבין החלק השייך לצדדים השלישיים (פרוטוקול הדיון מיום 10.3.2014, בעמ' 29 ש' 22-24). בנסיבות אלה, אף שאלדר זוכה מפעילות זו להכנסות לא-מבוטלות, קשה לדעתי להסתכל עליה כעל עסק בעל פעילות עצמאית ושווי ממשי של ניהולו של מרכז קניות נוסף ויש לראות את ההכנסות ממנו כחלק בלתי-נפרד מהכנסותיה מקניון בתים (ראו והשוו בהקשר זה לעניין *ABKA*, שבו הגיע בית-המשפט העליון של ויסקונסין למסקנה דומה ביחס לאתר נופש שנתן שירותי ניהול גם לבתי-נופש שהיו צמודים לו).

52. סיכום ביניים: כפי שעולה מן האמור עד וכה ועל רקע המשפט המשווה, הניסיון "לחלץ" נכס בלתי-מוחשי מסוג פעילות עסקית או "עסק חי" בחברות העוסקות בהשכרת מקרקעין כגון מרכזי קניות דינו להיכשל. לא שוכנעתי מטענותיהם של הנישומים בענייננו כי למרכזי הקניות שבהם עסקינן יש פעילות עסקית עצמאית

הנפרדת מהמקרקעין וחורגת מהשכרתם. בסופו־של־דבר וכפי שצינינו בצדק הצדדים, עלינו לבחון אם הפעולות שבוצעו חורגות מאלה המבוצעות על־ידי בעל מקרקעין לשם השכרתם ויוצרות עסק עצמאי, נפרד ושונה המעניק לשוכרים שירותים נפרדים ומשמעותיים פרט להשכרה ולכרוך בה. שאלה זו צריכה להיבחן לפי נסיבות המקרה. יש להתחשב באופי המקרקעין והבנוי עליו (בענייננו, מרכז קניות), בכמות השוכרים ובאופיים (בענייננו, עשרות ומאות עסקים) ובשירותים הנלווים שמצופה לספק כדי שמקרקעין מסוג זה יימלאו את ייעודם באופן נאות (ראו והשוו: עניין מלון פלאזה, בעמ' 322-325). כפי שכל אדם שביקר אי־פעם במרכז קניות יודע, מדובר לא רק בחניה ובשירותי ניקיון ואחזקה אלא גם באווירה, בפעילויות, באירועים ובמבצעים – אלה הם השירותים העיקריים שסיפקו בענייננו מרכזי הקניות (בין בעצמם, בין באמצעות חברה שבבעלותה מרכז הקניות, בין באמצעות חברת ניהול). בנסיבות אלה אני סבורה כי אין מנוס מלהתייחס לכל השירותים הללו כאל שירותים נלווים הכרחיים או שירותים אחרים הנובעים ממהות הקשר שבין בעלי המקרקעין לשוכריהם. הפעילות העסקית הכרוכה במתן שירותים אלה טבועה אפוא במרכז הקניות ומהווה חלק בלתי־נפרד מהמקרקעין.

53. בטרם סיום, ראוי להתייחס להיקש או להבחנה, לפי העניין, שבעלי־הדין ביקשו ללמוד בענייננו מהשוואה בין מרכז הקניות לבין איגודים העוסקים בפעילויות אחרות ובהן מקבצי דיור, דיור מוגן, מפעלים ובתי־מלון. אקדים ואומר כי עניינם של האיגודים האחרים אינו ניצב בפנינו במסגרתם של ערעורים אלה ולכן לא מצאתי לקבוע לגביהם מסמרות. באופן כללי וכפי שהציגה אלדר בתרשים שהגישה במסגרת הדיון שהתקיים ביום 19.7.2016 מצוי לפנינו ספקטרום: מצדו האחד של הספקטרום מצויים איגודי מקרקעין, בעוד שמצדו האחד של הספקטרום מצויים איגודים שאינם איגודי מקרקעין. קו־הגבול בין שני צדדיו של הספקטרום אינו ברור. ככל שמתקדמים מאיגודי המקרקעין המובהקים ביותר – אלה המחזיקים במקרקעין באופן פסיבי ומבלי לקיים בהם פעילות עסקית, כגון אותם איגודים שכוננו "חברות גוש־חלקה" – פוגשים אנו תחילה איגודים שמבצעים פעילות עסקית של השכרת מקרקעין מבלי ליתן בצדה שירותים נלווים כלל (או כמעט כלל), כגון מקבצי דיור. אלה נחשבים לפי הפסיקה איגודי מקרקעין ככל שהם עומדים במבחני ההגדרה (עניין אסו). בהמשך מופיעים איגודים שפעילותם העסקית חורגת לפי הנתען מהשכרת מקרקעין גרידא, כגון מרכזי קניות, דיור מוגן ובתי־מלון, בין היתר לאור שירותים נלווים שניתנים במסגרתם. כאמור, דיור מוגן ובתי־מלון אינם נמצאים בפנינו לאור החלטות מיסוי שבהן נקטה רשות המסים עמדה שלפיה אין מדובר באיגודי מקרקעין. מבלי לקבוע מסמרות בדבר

אדגיש כי עמדה זו אינה מוכַנֶת מאליה והפרשנות המובעת בה אינה מחייבת כמובן את בתי-המשפט, שבמקרים ככל שיגיעו בפניהם עשויים להגיע למסקנות אחרות. מרכזי הקניות, שאף אלדר הציגה אותם בתרשים שהגישה תחת סימן שאלה (האם מדובר באיגודי מקרקעין), הם כפי שראינו איגודי מקרקעין. בניגוד לעמדת הנישומים אין לדעתי הבדל ניכר בין מקבצי דיור ובנייני משרדים לבין מרכזי קניות. אף שהאחרונים מחייבים לאור אופיים מתן שירותים נוספים לשוכרים, תשואתם של כל אלה מקורה בהשכרת המקרקעין וזו כאמור הפעילות המרכזית הכרוכה בהפעלתם. בהמשך הספקטרום ישנם איגודים שפעילותם העסקית מבוצעת במקרקעין אך מנותקת ממנו, כגון מפעלים שונים. בשונה ממרכז קניות וממקבצי דיור, מפעל אינו מפיך את הכנסותיו מדמי שכירות אלא ממכירת מוצרים המיוצרים בו, באמצעות נכסים שאינם זכויות במקרקעין כגון מכונות או באמצעות פעילות עסקית נפרדת ועצמאית, שעשויה כאמור להיחשב לנכס בלתי מוחשי שאינו זכות במקרקעין. איגודים כגון מפעלים לא יהיו אפוא במרבית המקרים איגודי מקרקעין.

הצגת האיגודים השונים על גבי ספקטרום כמתואר ממחישה את ההבדלים הקיימים ביניהם ומצביעה על כך שבסופו-של-דבר עלינו לדבוק במבחן שהתווה המחוקק בהגדרתו של "איגוד מקרקעין", הוא המבחן הנכסי. עלינו תמיד לבחון אם קיימים נכסים נפרדים שאינם זכויות במקרקעין, תוך נקיטת פרשנות תכליתית למונח זכות במקרקעין שלפיה יכללו בה אותם נכסים או פעילויות שהם חלק בלתי נפרד ממנה. מסקנה זו תלוונו עתה במסגרת בחינתם של הנכסים הנוספים שלקיומם נטען בערעורים שלפנינו.

ב. מוניטין

54. כאמור, נכס נוסף שלקיומו טענו הנישומים בענייננו הוא מוניטין, אף שלא כולם הבחינו בינו לבין "פעילות עסקית" או "העסק החי" (ראו, למשל: סעיף 3 בסיכומיהן של מליסרון, אשטרום ועופר; חוות-הדעת של פרופ' אסיאג שהוגשה במסגרת ההליך בעניין סגל, מוצג 3 בכרך המוצגים מטעם סגל, בעמ' 12). מוניטין, כידוע, הוא נכס שקל לתארו אך קשה להגדירו (רע"א 371/99 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 315 (1990); ע"א 634/89 ריין נ' Fuji electronics mfg co'1, פ"ד מה(4) 837, 846 וההפניות שם (1991) (להלן: עניין ריין)). הוא "מבטא... את מכלול היתרונות שנצברו לעסק בשל תכונותיו – מיקומו, שמו הטוב, דימויו, איכות השירותים שהוא מציע ואיכות המוצרים שהוא מספק. העסק בעל המוניטין משמר את

הרגלם של לקוחותיו לשוב ולפקוד אותו" (עניין אינווסט, בעמ' 248-249; חוזר מ"ה 9/97, פס' 2). מוניטין עשוי להיות מגולם בנכסים בלתי-מוחשיים אחרים כגון סימן מסחר וסמליל (לוגו) (ע"א 749/13 תדיראן בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פס' 10-9 בפסק-דינה של השופטת א' חיות (27.9.2015) (להלן: עניין תדיראן); עניין אינווסט, בעמ' 249-250), אך גם בהעדרם עשוי כמובן להיות קיים מוניטין.

לטענתם של הנישומים, למרכז הקניות או לחברה שבבעלותה מרכז הקניות יש מוניטין עצמאי, הנפרד מהמקרקעין. גם בספרות עלתה הטענה כי יש להכיר במוניטין כנכס שיכול להוציא חברה מהגדרתו של איגוד מקרקעין (קשת סירוטה-לוינר "האם מוניטין הוא נכס שיכול להוציא חברה מגדר הגדרת 'איגוד מקרקעין'? מיסים כח/1 א-90 (2014)). טענה זו הועלתה בעניין אספן שעסק בשאלה אם איגוד שבבעלותו מקבץ דיור הוא איגוד מקרקעין, אך בית-המשפט נמנע מלהכריע בה לנוכח קביעתו כי המוניטין שלקיומו נטען כלל אינו שייך לאיגוד (המשיבה דשם) אלא לחברת הניהול שתפעלה את מקבץ הדיור.

55. לכל עסק עשוי באופן עקרוני להיות מוניטין, כך גם לעסק המופעל בידי איגוד שבבעלותו מקרקעין. נטען בפנינו כי מוניטין יכול לצמוח גם לעסק העוסק בהשכרת נכסים, אף בהעדר פעילות מיוחדת של שיווק הנכסים או ניהולם (ראו עדות המומחה מטעם גזית גלוב, פרוטוקול הדיון מיום 28.2.2013, בעמ' 74 ש' 17 ובעמ' 75 ש' 1-3). התוחלת של טענה זו ברורה: בשים לב לכך שנכסים בלתי-מוחשיים ובהם מוניטין נכללים ברשימת הנכסים שבהגדרה המרחיבה של איגוד מקרקעין (ראו פס' 24 לעיל), הרי שאיגוד לא ייחשב לאיגוד מקרקעין אם יוכח שיש לו מוניטין המשמש להפקת הכנסותיו ואינו טפל למטרותיו העיקריות. השאלה המשפטית העקרונית המתעוררת בפנינו היא האם לעסק המופעל במקרקעין שבבעלותו ואשר כרוך בשימוש הרגיל שנעשה במקרקעין – בענייננו, הפעלתו של מרכז קניות שעיקרה כאמור הוא השכרת שטחים במקרקעין – עשוי בכלל לצמוח מוניטין, וככל שכן האם יש להכיר בו כנכס נפרד ועצמאי מהמקרקעין עצמם? אקדים ואומר כי במידה רבה דיון זה הוא בבחינת למעלה מן הצורך, שכן כפי שנראה בהמשך במסגרת הדיון הראיתי בהוכחת קיומו של מוניטין (ראו: אלקינס, בעמ' 143; עניין ריין, בעמ' 848-850) לא הוכח בענייננו קיומו של מוניטין, לא כל שכן שנמכר או מה היה שוויו. אך מכל מקום לנוכח המסגרת העקרונית שנפרסה בפנינו ובמטרה להבהיר את הכללים אפתח בכך.

56. כדי להשיב על השאלה המשפטית בעניין מוניטין ראוי לפנות תחילה להבחנה בין מוניטין לבין גורמים העשויים ליצור מוניטין. לעניין זה נאמר בחוזר מ"ה 9/97: "יש... להבחין היטב בין הגורמים היוצרים מוניטין, כגון מקום טוב, יחסים ארוכי טווח עם לקוחות, מבצעים ונסיונות אותם עשה הנישום ליצירת חוג הלקוחות, לבין הוכחת קיומו של המוניטין עצמו שאותם גורמים יכול וייצרו. אין בהוכחת הגורמים כאמור משום תנאי מספיק להוכחת קיומו של... מוניטין (שם טוב) שאת קיומו יש להוכיח בראיות של ממש" (שם, פס' 3). הבחנה זו חשובה לענייננו, בשים לב לכך שחלק מאותן תכונות שעשויות להעיד על קיומו של מוניטין הן כאלה שניתן לשייכן לא רק לעסק אלא גם למקרקעין. לדוגמה: מיקום. בהבמידה שמיקום אטרקטיבי ונגיש של עסק עשוי להקנות לו מוניטין, כך הוא מגדיל גם את שוויים של המקרקעין שבהם ממוקם העסק (ראו והשוו: ע"א 4975/09 פינטו נ' פקיד שומה עפולה, פס' 2 (10.4.2011) (להלן: עניין פינטו); עניין *Southbridge mall*, בעמ' 53; עניין *ABKA*, בעמ' 339). עשויות להיות לעסק תכונות נוספות אשר נובעות ממאפייניהם של המקרקעין, כגון סוג המבנה שבו ממוקם העסק (בבניין מגורים, בבניין משרדים, במרכז מסחרי או במרכז קניות), רמת בנייתו (מבנה ישן או חדש, בנייה ברמה בסיסית או בנייה יוקרתית), אופי האזור (אזור מגורים, אזור מסחר, אזור תעשייה, אזור חקלאי) ונגישותו (בסמוך לצירי תנועה מרכזיים או לתחבורה ציבורית נוחה או להבדיל במקום שקשה להגיע אליו). תכונות נוספות יכולות לנבוע מאופי פעילות ההשכרה המבוצעת במקרקעין, כגון זהות השוכרים, דמי השכירות, גודל המושכר, תקופות ההשכרה ועוד (ראו פס' 47-48 לעיל). תכונות אלה הוכרו בחוות־הדעת השמאיות שהוגשו מטעם הנישומים כ"גורמים ושיקולים כלליים" המשפיעים על שומת הנכס ועל אמידת שווי (ראו, למשל, חוות־הדעת בעניינו של מרכז רוטשילד שבהן הוזכרו בין היתר מיקומו של הנכס ונגישותו, רמת דמי השכירות, זהות השוכרים ותקופות השכירות. נ/11, בעמ' 20-21; נ/12, בעמ' 3; נ/13, בעמ' 15-17). כפועל יוצא, הרי שיש לבחון אם התכונות אשר מעניקות לעסק יתרונות שונים אכן מעידות על קיומו של מוניטין או שמא מדובר במאפיינים המשפיעים על שוויים של המקרקעין שמחזיק העסק ושבהם הוא פועל (לעניין ההתחשבות במאפיינים המשפיעים על שווי הזכויות במקרקעין, ראו עניין T.T.A., בעמ' 94).

57. דברים אלה מובילים אותנו להכרעתי הקודמת, שלפיה פעילות עסקית של הפעלתו של מרכז הקניות היא חלק בלתי־נפרד מהמקרקעין עצמו. מוניטין כידוע עשוי להימצא אך ורק בעסק ולא במקרקעין (Real Property Valuation Guide, בעמ' 20; עניין *Boise Cascade*, בעמ' 267). לכן, השאלה שיש לבחון היא אם יש לעסק – ולא

למקרקעין – מוניטין. הבה נניח לצורך הדיון כי אכן מצליח איגוד שבבעלותו עסק להשכרת מקרקעין, כגון מרכז קניות, להוכיח קיומו של מוניטין. עולה השאלה, מה טיבו של מוניטין זה בשים לב לכך שעסקו של האיגוד נטמע כאמור במקרקעין? האין בהכרה במוניטין נפרד משום "עקיפה" (והכנסה בדלת האחורית) של הקביעה (שדחינו בדלת הקדמית) כי הפעילות העסקית עניינה המקרקעין? הקושי בהכרה במוניטין בנסיבות אלה מובן ולכן אין זה מפתיע שהתפיסה המקובלת היא שמוניטין הוא מרכיב המשפיע על שווי של העסק רק ככל שהעסק הוא אכן נפרד מהמקרקעין ולא נטמע בו (Real Property Valuation Guide, בעמ' 4). לפיכך, אם העסק אינו נפרד מהמקרקעין כלל אין מקום, לכאורה, לבחון אם קיים מוניטין (וממילא אין צורך לבחון אם הוא נפרד מהמקרקעין או נטמע בהם). מזווית אחרת ניתן לומר שכאשר העסק או הפעילות העסקית הם חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין, גם אם יש להם מוניטין הרי שאף הוא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין, טבוע בהם כלשונו של השופט מ' אלטוביה בעניין אלדר.

58. מסקנה זו מתיישבת גם עם עיקרי הפסיקה האמריקנית. לעסק המופעל על מקרקעין עשוי להיות באופן עקרוני מוניטין שהוא נכס נפרד מהמקרקעין (ראו, למשל: *Huang v. Dep't of Revenue*, 20 OTR 1, 6 (Ore. Tax, 2009) (להלן: עניין Huang); עניין *Boise Cascade*, בעמ' 267). שונים הדברים ככל שנוגע הדבר לעסקים שעיקרם השכרתם של מקרקעין. למיטב ידיעתי ישנם שלושה מקרים שבהם הכירו בתי-המשפט בקיומו של נכס מסוג מוניטין הנפרד מהמקרקעין בעסקים מסוג זה (בשלושת המקרים היה מדובר בתי-מלון): *Sunwest Hotel Corp. by & through Chequers Inv. Assocs. II v. Board* (שבו נדון הנושא בעקיפין במסגרת הליך חדלות פירעון בפני בית-המשפט המחוזי של קנזס, שסבר כי אין מקום להבחין בין עסקים שעיקרם השכרתם של מקרקעין לבין עסקים "רגילים" הפועלים במקרקעין כגון מפעל, שבשניהם עשוי להיות מוניטין), עניין *Boise Cascade* (שבו הגיע בית-המשפט למסקנה דומה במסגרת "החלטה מקדמית" בעניין הדין החל, שלא התייחסה לעובדותיו של המקרה הנתון) ועניין *Half Moon Bay* (שבו קבע בית-המשפט לערעורים של קליפורניה כי בהתאם לחקיקה הייחודית הקיימת במדינה זו אין להכליל מוניטין של עסק שעניינו השכרת המקרקעין בשווי של מקרקעין. לעניין חקיקה זו, ראו פס' 41 לעיל). לעומת זאת, בכל יתר המקרים לא הכירו בתי-המשפט בקיומו של נכס מסוג מוניטין הנפרד מהמקרקעין בעסקים מסוגים שונים שעיקרם השכרתם של מקרקעין כגון בתי-מלון (*Lewis v. Department of Revenue* 10 OTR 128, 130-131 (1985) ; עניין *Hillard City Sch. Bd. Of Educ. V.* ; בעמ' 6 ; *Franklin Cty Bd. Of Revision*, 128 Ohio St. 3d 565, 571-572 (Ohio May 17, 2011)

(להלן: עניין Hillard), בנייני משרדים (State ex rel. Poe v. Jones, 51 Ohio St. 492,) (self-storage facility) ועסק להשכרת יחידות אחסנה (512-513 (Ohio June 19, 1894 St. Bernard Self-Storage, L.L.C. v. Hamilton County Bd. Of Revision, 115 Ohio St. 3d) (להלן: עניין St. Bernard) 365 (Ohio Oct. 10, 2007); השוו לעניין זה גם לעניין Lawrence, בעמ' 557 שם נקבע כי השכרת תאי-אחסון במרכז קניות נחשבת אף היא לחלק מהשימוש במקרקעין ולפיכך ההכנסות מפעילות זו צריכות להיכלל בהערכת שווי).
שווי).

59. בעניין Jones עמד בית-המשפט העליון באוהיו על הרציונל הטמון בכך: ככל שקיים מוניטין בעסק שכזה, הרי שהוא צמח מעצם השכרתם של המקרקעין ולכן יש לכלול את שווי בשווי של המקרקעין (שם, בעמ' 513). במילים אחרות, כאשר מדובר במוניטין שנצמח מעצם השימוש הרגיל במקרקעין, הרי שמדובר במוניטין הנטמע במקרקעין, משפיע על שוויים ומהווה חלק בלתי-נפרד מהם, "inextricably intertwined" אם להשתמש במונח ששימש את הפסיקה האמריקנית בנושא "העסק החי" (ראו פס' 44 לעיל וההפניות שם). עמדה זו עולה גם מחוות-הדעת שהוגשו בענייננו. כך, למשל, המומחה מטעם גזית גלוב פרופ' אסייג והמומחה מטעם המנהל רו"ח שוב היו תמימי-דעים ביחס לכך ש"המרכיב של... מוניטין לא יכול להתקיים עצמאית ללא מרכיב המקרקעין והמבנה הפיזי" (סעיפים 9.3 ו-5.2 בהתאמה בחוות-הדעתם). בלב ההצדקה להתייחס למוניטין בעסק שעיקרו השכרת מקרקעין כחלק בלתי-נפרד מהמקרקעין מצויים אפוא היחסים האמביוולנטיים ביניהם וצמיחתו של האחד (המוניטין) מהשני (המקרקעין). הצדקה זו מצביעה על הבחנה נוספת החשובה לענייננו הנוגעת לשווי המקרקעין: אין ספק שקיומו של מוניטין בעסק עשוי להעלות את שווי של המקרקעין שעליהם עסק מופעל (ראו, למשל, השוואה שנערכה בין עסקות למכירת בתי-מלון ממותגים לבין עסקות למכירת בתי-מלון שאינם ממותגים: John O'Neil The Effects of Hotel Brands on Market Values BEV Anthology 181). לפער כגון זה בין שווי המקרקעין לבין המחיר שניאותו לשלם הרוכשים בגין מרכזי הקניות בענייננו טענו גם מרבית הנישומים בענייננו. מבלי להיכנס בשלב זה לשאלה העובדתית אם פער זה הוכח בכלל, פשיטה כי אין בפער שכזה ככל שקיים כדי להצביע כשלעצמו על כך שיש להכיר בנכס של מוניטין הנפרד מהמקרקעין. ככל שקיים פער בשווי יהיה ניתן לשייכו למוניטין רק אם יוכח שקיים מוניטין נפרד מהמקרקעין המשתקף בפער האמור בשווי. לעומת זאת, ככל שהמוניטין הוא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין, הרי שפער זה ככל שקיים מהווה אף הוא חלק משווי המקרקעין.

60. הנישומים טענו בענייננו כי יש להכיר ב"מוניטין" של מרכז הקניות שאינו נכלל בזכות במקרקעין ואשר בא לידי ביטוי בין היתר בשמו המסחרי של מרכז הקניות, בידע שנצבר בהפעלתו ובהסכמי השכירות עם לקוחותיו. לפי קרטיצ'ון זה, "די בעידוד הציבור באמצעות הניהול לחזור ולבקר בחנויות הקניון כדי לבסס קיום מוניטין, הגורם לחזרה והגעה לעסקי השוכרים. די בכך ששוכרים מוכנים לשלם יותר מאשר בחנות ברחוב, כדי לבסס מוניטין. נכונות זו איננה בשל המיקום ככזה, אלא בשל המוניטין והחוויה שיוצר הבעלים" (סעיף 63 בסיכומיה של אלדר). במישור הכלכלי מוניטין זה מתבטא אפוא, לפי טענה זו, במוכנותם של השוכרים לשלם דמי שכירות גבוהים יותר (שבענייננו נגזרים כזכור מפדיונם) בשל ציפייתם להשיא תשואה גבוהה יותר מעסקם. מבלי להיכנס בשלב זה לסוגיה הראייתית בנוגע לכל אחד מהאיגודים הרלוונטיים, אין לקבל במישור העקרוני טענה זו. מוכנותם של השוכרים (ככל שקיימת) לשלם דמי שכירות גבוהים יותר בגין שטח מסחר במרכז קניות בהשוואה לסכום שהיו מוכנים לשלם בגין שטחים דומים במקומות אחרים, למשל ברחובות העיר אינה נובעת בהכרח ממוניטין. היא נובעת בראש ובראשונה מהבדלים במאפייניהם של הנכסים המושכרים: מיקומם, נגישותם, קיומם של מקומות חניה או העדרם, החנויות הסמוכות להם, גודלם, רמתם (בניה, שיפוץ) ועוד. כל אלה מאפיינים המשפיעים על גובהם של דמי השכירות ומהווים שיקול מרכזי בהחלטתם של שוכרים היכן למקם את עסקם וכמה הם מוכנים לשלם בגין שטח המסחר. במילים אחרות, מבלי לגרוע מיכולות הניהול של מרכזי הקניות הנדונים בענייננו ומהשירותים שהם נותנים במסגרת כך לשוכרים, ברי כי לצדם יש מאפיינים רבים נוספים המשפיעים על הצלחתו של מרכז הקניות ועל גובה דמי השכירות שייגבו בו. מאפיינים אלה כפי שניתן להבין אינם ייחודיים למרכזי קניות. כך בבנייני משרדים, כך בבנייני מגורים, כך במרכזי קניות, כך בכל נכס אחר. אף אם אכן נגבים דמי שכירות גבוהים יותר עקב הפעילות המבוצעת במרכז הקניות, הרי שזו כפי שקבעתי פעילות בלתי-נפרדת מהמקרקעין שנועדה מטיבה להביא למקסום התשואה שתופק מהם. בנסיבות אלה אין לקבל את הטענה כי פעילות זו יוצרת מוניטין נפרד מהמקרקעין (ראו פס' 57 לעיל).

61. כתימוכין לטענתם כי יש מקום להכיר במוניטין כנכס נפרד, הביאו הנישומים אסמכתות שונות שלפיהן מכירתו ממוסה באופן נפרד כרווח הון לפי חלק ה' בפקודת מס הכנסה. דומה שבכך לא דקו הנישומים פורתא בהוראותיה של פקודת מס הכנסה, שכן לא נקבע בה כי מכירתו של מוניטין תמיד חייבת במס רווח הון. לפי הגדרתו של "נכס" בסעיף 88 בפקודה, ישנם נכסים שלא מוטל מס רווח הון על מכירתם. בין היתר לא מוטל מס רווח הון על מכירתה של זכות במקרקעין לפי חוק מיסוי מקרקעין (ראו ההגדרה הממעטת הרביעית שבהגדרת "נכס" בסעיף 88). כפי שצינתי בתחילת

הדברים, משמעות הדבר ש"חוק מיסוי מקרקעין הוא שקיבל את הבכורה" (פס' 31 לעיל). ככל שנקבע כי מוניטין באיגוד מקרקעין הוא חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין ולכן הוא ממוסה במסגרת חוק מיסוי מקרקעין, הוא לא יחויב במס רווח הון לפי פקודת מס הכנסה. בנסיבות אלה אין אפוא כל בסיס לטענה שמיסוי מוניטין במקרים מסוימים לפי פקודת מס הכנסה גורר מניה וביה את המסקנה שהוא לעולם לא ימוסה לפי חוק מיסוי מקרקעין.

62. בטרם סיום אדגיש כי אין משמעות הדבר שלמרכזי קניות לעולם לא יכול להיות מוניטין נפרד מהמקרקעין. השאלה היא אם המוניטין נלווה לפעילות השכרת המקרקעין – שאז מדובר במוניטין שאינו נפרד מהמקרקעין – או שמא מדובר במוניטין הנובע מגורמים אחרים. ניקח, לדוגמה, רשת של מרכזי קניות שלה שם מותג משותף, שבו נעשה שימוש בכל מרכזי הקניות שבבעלותה. בשים לב לכך ששם מותג עשוי להיות "כלי קיבול" למוניטין, אין לשלול כי במקרה של מכירת מרכז קניות כזה או אחר יאות הרוכש להסכים לשלם סכום נפרד תמורת הזכות להמשיך להשתמש בשם המותג וזאת בין היתר לאור המוניטין הגלום בו (ראו והשוו: עניין תדיראן, פס' 15 בפסק-דינה של השופטת א' חיות). דא עקא, חשוב להדגיש כי בנסיבות מסוג זה יש צורך לבחון מי הגורם שלו שייך המוניטין: לרשת או למרכז הקניות עצמו (ראו והשוו לסעיפים 17 ו-47 בחוות-דעתו של המומחה גבי ארכיב מטעם המנהל בעניין אלדר). עוד יש להדגיש כי גם במקרה של תשלום נפרד בגין שם מותג, יש לבחון אם מדובר בתשלום אותנטי או בתשלום מלאכותי (עניין תדיראן, פס' 2 בפסק-דיני). שכן, במקרים רבים משויך שם המותג למרכז הקניות, מבוסס על מאפייניו ומשקף את מיקומו, כמו שניתן להיווכח בענייננו: שמו של מרכז רוטשילד מתייחס לרחוב שבו ממוקם מרכז הקניות, שמו של קניון חוצות המפרץ מתייחס למיקומו בחוצותיו של מפרץ חיפה, שמו של קניון בתיים מתייחס לעיר שבה הוא ממוקם ושמו של קניון לב חדרה מתייחס הן לעיר שבה הוא ממוקם הן למיקום בה (לב העיר, קרי במרכזה). במקרים כאלה שמו של מרכז הקניות עשוי להפוך כמובן למותג, אך לדעתי יש להשקיף על מותג זה – וממילא על המוניטין ככל שגלום בו – כחלק בלתי-נפרד ממרכז הקניות עצמו ואשר נכלל בו (ראו והשוו: Real Property Valuation Guide, בעמ' 3). זאת בין היתר עקב העובדה ששם זה אינו שמיש במנותק ממנו וקשה להעלות על הדעת מכירה של מרכז הקניות ללא שמו (ראו והשוו: עניין *Southbridge mall*, בעמ' 53-54).

63. על רקע מסקנותינו האמורות, יכולנו לסיים את דיוננו בהקשר המוניטין כאן, שכן אף בהנחה שקיים לאיגודים הרלוונטיים מוניטין – הרי שהוא אינו נפרד

מהמקרקעין. אך לאור הטענות שנטענו בעניין ובמידה רבה למען השלמת התמונה העובדתית והמשפטית הנרחבת שנפרסה בפנינו, אתיחס גם לסוגיות הראייתיות הכרוכות בענייננו בהוכחת קיומו של מוניטין באיגודים המפעילים מרכזי קניות. נפתח בדברים שציננה בהקשר זה ועדת הערר בעניין סגל, שבשל חשיבותם יובאו במלואם:

18" מרכז קניות הינו עסק מורכב. הוא כולל את המרכז עצמו שבו מצויים עסקים שונים. לכל אחד מהעסקים המצויים במרכז הקניות עשוי להיות מוניטין משל עצמו, דהיינו לעסקים במרכז ישנו פוטנציאל להמשך הגעתם של לקוחות. מוניטין זה עשוי לנבוע משם המותג של העסקים, מטיב המוצרים, מיחס ללקוחות וממיקומם בכלל או במרכז הקניות.

19. במקביל, עולה השאלה האם גם למרכז הקניות כשלעצמו מוניטין, הנפרד מזה של העסקים המצויים בו. המוניטין המצרפי של העסקים המצויים במרכז הקניות עשוי להשפיע אף הוא על נטייתם של לקוחות לפקוד את המרכז ועשוי להשפיע על נכונותו של מי שמעוניין לרכוש את הקניון לשלם מחיר הגבוה משווי נכסיו. ודוקו, במצב כזה עודף התמורה אינו נובע ממוניטין של הקניון אלא מהמוניטין המצרפי של העסקים המצויים בקניון ביום המכירה.

לקוחותיו של בעל מרכז הקניות הינם בעלי העסקים שמבקשים לשכור או לרכוש נכסים בתוך המרכז. אלו בוחנים האם הקמת עסק בתוך המרכז תביא להגדלת הכנסותיהם, המוניטין של מרכז הקניות ימצא אפוא בנכונותם של בעלי העסקים למקם ולהקים את עסקיהם במרכז.

20. גם כאשר בוחנים האם [יש] למרכז קניות מוניטין יש לברר האם מדובר במוניטין של העסק או במוניטין אישי של בעל העסק. כך למשל יתכן שלחברת הניהול או לבעלים של המרכז מוניטין אישי המבטיח המשך התקשרותם עם בעלי עסקים, וברי כי מוניטין זה אינו מועבר עם מכירת הזכויות במרכז המסחרי.

21. [...] לעתים דווקא לרוכש העסק מוניטין משל עצמו אותו הוא מביא עמו לעסק הנרכש. במקרה זה עשוי הרוכש לשלם תשלום העולה על שווי נכסי העסק הנרכש, מתוך צפייה כי יוכל לנצל את העסק ו[את] מתקניו למימוש הפוטנציאל הגלום במוניטין שלו עצמו. כך למשל בעל חנות הזוכה למוניטין יאות לשלם מחיר גבוה עבור חנות סמוכה, שכן הרכישה תאפשר לו להגדיל את חנותו ולהרחיב את חוג לקוחותיו שלו, ללא קשר למוניטין, אם קיים, לחנות הנרכשת. כך גם בעל רשת חנויות המעוניין להוסיף חנויות לעסקו יהיה מוכן לשלם מחיר גבוה כדי למקם חנות נוספת באזור חדש שבו לא הייתה לו דריסת רגל קודמת.

22. [...] לעתים מוכן רוכש נכס לשלם מחיר העולה על שווי בשוק החופשי רק על מנת למנוע את רכישתו על ידי מתחרה עסקי. מניעת התחרות עשויה להצדיק את

התשלום הגבוה וברי כי במצב שכזה עודף התמורה אינו משקף מוניטין שנרכש.
 23. [...] על מנת לשכנע כי מחיר ששולם כולל בחובו תשלום עבור מוניטין של העסק לא די בכך שהמחיר עולה על שוויים של נכסי העסק אלא על הטוען לקיומו של מוניטין ולמכירתו לשכנע כי לנכס הנמכר היה מוניטין וכי הרוכש אכן קנה את המוניטין ושילם עבורו תמורה. כדי להוכיח קיומו של מוניטין על הטוען זאת לשכנע כי קיימים סממנים המעידים כי לעסק היה מוניטין שנמכר. עודף המחיר אינו אלא סממן אחד שיכול לחזק סממנים אחרים אולם אינו סממן מספק להוכחת המוניטין הנטען.”

דברים אלה מקובלים עליי. הדרישה להוכיח בראיות מכירתו של מוניטין במקרה נתון אוצלת עצמה על כל ההיבטים שציינה ועדת הערר בפסק-דינה: על הוכחת קיומו של מוניטין, על הוכחת זהות בעליו, על הוכחת שוויו ועל הוכחת מכירתו תוך תשלום נפרד בגינו במקרה נתון. אין ספק כי יש בכך כדי להטיל נטל לא־פשוט על כתפיו של המוכר, אך הדבר מוצדק במיוחד לאור העובדה שהצדדים להסכם המכירה הם אדונו וביכולתם לעצב את תוכנו לפי שיקוליהם־הם, לרבות משיקולי מס. בנסיבות אלה יש להבטיח כי הטענה למכירתו של מוניטין משקפת את המציאות ואינה מוצגת משיקולי מס גרידא, כפי שפעמים רבות מתחוויר בפסיקה (ראו, למשל: עניין אינווסט, בעמ' 263-269; ע"א 4374/05 ראובני נ' פקיד שומה תל אביב 4 (19.9.2007) ע"א 4666/10 לנדאו נ' פקיד שומה תל אביב (28.6.2012); ע"א 5118/13 נסים נ' פקיד שומה גוש דן (24.12.2015); ע"מ (מחוזי י-ם) 5598-07-10 אש אורי בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים 1, פס' 40-35 (19.8.2013); עניין Villard; עניין Huang; עניין St. Bernard).

אקדים ואומר כי הנישומים בענייננו לא עמדו במשוכה הראייתית המוטלת לפתחם ולא הצליחו להוכיח לא קיומו של מוניטין, לא כי נמכר מוניטין, לא כל שכן את שוויו.

ב(1) ע"א 74/15 (עניין גזית גלוב)

64. פסק-דינה של ועדת הערר לא התייחס באופן ספציפי למוניטין, וכל שנקבע בו הוא: "אין בליבי ספק שהיו בידי חברת [מרכז רוטשילד] נכסים בלתי מוחשיים (בנוסף להסכמי השכירות עם הדיירים)" (פס' 12), מבלי לפרט את מהותם. בסיכומיהן טענו גזית גלוב ואולפינר לקיומו של מוניטין וביקשו ללמוד על כך מהסכום ששולם בגין רכישה של חברת מרכז רוטשילד: לשיטתם, סכום זה משקף שיעור תשואה נמוך יותר מאשר זה שלו היה לצפות בנכסים דומים שאינם מרכז קניות, מה שמגדיל את שוויו

(8.1% לעומת 10% שיעור התשואה מחושב באמצעות חלוקת התשואה השנתית בשווי המקרקעין – בענייננו 14,600,000/182,500,000). ההפרש בין שווי מרכז הקניות לבין שווי נכסים דומים בהתבסס על שיעורי התשואה הוא 34,500,000 ש"ח ולשיטתם סכום זה מהווה את מוניטין החברה.

קורטיעון זה לוקה בשני פגמים מהותיים. ראשית, כפי שציין בצדק המנהל, בטרם יוכח שוויו של מוניטין יש להוכיח את קיומו ואת העובדה כי הוא נמכר, בנפרד, במסגרת עסקה נתונה. הסכמתו של רוכש לשלם בגין מקרקעין או בגין מניות איגוד שבבעלותו מקרקעין סכום גבוה יותר משוויים אינה מצביעה על כך שהפער אכן נובע ממוניטין (סעיף 17 בחוות-דעתו של המומחה גבי ארביב מטעם המנהל בעניין אלדד). פער זה יכול לנבוע מסיבות שונות, למשל מהערכה שונה של הרוכש את שווי פעילות ההשכרה ואת הפוטנציאל הגלום בה (קרי, הערכה שבאפשרותו להגדיל את הרווחים באמצעות הגדלת ההכנסות והפחתת ההוצאות) או מסינרגיה שמבקש הרוכש לעשות, בענייננו בין מרכז הקניות שרכש לבין מרכזי קניות נוספים שבבעלותו (ראו והשוו: ערן בן חורין, ניר יוסף וטל מופקדי המדריך להערכת שווי חברות: תיאוריה, פרקטיקה ומה שבניהן 116-117 (2013); ראו גם: חוות-הדעת של פרופ' אסיאג שהוגשה במסגרת ההליך בעניין סגל, מוצג 3 בכרך המוצגים מטעם סגל, בעמ' 13). שנית, יש לזכור כי שווי השוק של נכסים דומים הוא שווי ממוצע, כשבפועל יהיו נכסים ששוויים יהיה גבוה יותר ויהיו נכסים ששוויים יהיה נמוך יותר. שוויו של כל נכס מושפע ממאפייניו הספציפיים. ככל שמדובר בנכס מניב, מאפיינים אלה משפיעים הן על ההכנסות הצפויות ממנו הן על שיעור התשואה. ברי כי שוויים של שני מרכזי קניות המפיקים הכנסות זהות, האחד בתל-אביב והשני בצפת, לא יהיה זהה לאור ההבדלים בשווי הקרקע ובמאפייניהם של מרכזי הקניות. שיעור התשואה שייקבע לכל אחד מהנכסים צריך להתחשב בכל אלה, מה שיוביל לשווי שונה (ראו, לעניין זה, סעיף 15 בחוות-הדעת של מר טיגרמן שהוגשה במסגרת ההליך בעניין סגל, מוצג 4 בכרך המוצגים מטעם סגל; והשוו גם לעניין *Southbridge mall*, בעמ' 53). כפי שצוין בחוות-דעת שניתנה לחברה-האם של גזית גלוב בעניין שוויו של מרכז רוטשילד (נ/9), "שוויים ממוצעים [שווי מרכזי קניות ושיעור התשואה שלהם] הם לאינדיקציה בלבד לאור השוני הרב בין הקניונים, גיל הבניינים, גודלם, מיקומם היחסי בערים, הניהול וכדומה." מאפיינים נוספים היכולים להשפיע על השווי הם מאפייני הבניה, מספר החנויות וסוגיהן ומאפיינים פיזיים אחרים (-632, 623, 2d Wis. 137 *Darcel Inc. v. Manitowoc of Review*, (1987) 635). על רקע ההבדלים הגדולים בין מרכזי קניות בהינתן מאפיינים אלה צוין בפסיקה האמריקנית כי "any comparative information about other shopping malls"

מאפייני נוסף אשר משפיע על שיעור התשואה ועל שוויו של מרכז הקניות הוא הפרמטר של אי-יודאות, הנעוץ בכך שהחוזים עם השוכרים הם למספר נתון של שנים ולא ניתן לדעת בוודאות מה יהיה לאחר מכן (פרוטוקול מיום 8.4.2014, בעמ' 59, ש' 11-21). קיומו של צָבֵר לקוחות מביא לכך שהתפוסה גבוהה יותר וחוסר הוודאות קטן (יש להניח שכפי שהתפוסה מלאה או כמעט מלאה כיום, כך יהיה גם בהמשך) ומשוקלל אף הוא בשיעור התשואה (שם, בעמ' 61, ש' 5-10). הנהגה כזו, לשיעורי התשואה השונים עשויים להיות הסברים מגוונים ואין להניח מראש כי פער בהם משקף מוניטין. לבסוף, יש לזכור כי השימוש בממוצע של שיעור תשואה המוסק מעסקות שבוצעו בנכסים דומים בעבר (שם, בעמ' 62, ש' 27-30) עשוי להוביל להעדר עדכניות. שכן, במקרים שבהם בתקופה שבין העסקות הנלקחות לצורך השוואה לבין הערכת השווי חלו עליית ערך או ירידת ערך בשוק, אלה לא תובאנה בחשבון במסגרת שיעור התשואה הממוצע. גם שינויים אלה שעשויים לחול עקב עבור הזמן עשויים להסביר הבדלים בין שיעור התשואה הממוצע לבין שיעור התשואה במסגרת עסקה נתונה.

65. גזית גלוב וואלפינר תמכו את קר-הטיעון בשתי חוות-דעת שהוגשו מטעמם. חוות-דעת אחת היא חוות-דעת שמאית של מר אהוד המאירי. אף שמסקנתה של חוות הדעת היא כי יש לשייך כ-30%-25% משוויו של מרכז הקניות למרכיב פעילות הניהול, שיווק ומוניטין – בפועל חוות-הדעת עוסקת בנושא של פעילות עסקית בלבד ואינה מתייחסת באופן מהותי לנושא המוניטין. כפועל יוצא אין בה כדי לתמוך בקיומו של מוניטין. בהמשך הוגשה חוות-דעת נוספת שנכתבה על-ידי מר יחיאל אבן ועסקה כולה בנושא המוניטין. בתמצית, מר אבן סבור כי לקניון מרכז רוטשילד יש מספר סוגים של מוניטין: מוניטין הנובע ממעמדו כקניון בהשוואה למקבץ חנויות, מוניטין מיוחד של הקניון עצמו (שני אלה משויכים לשיטתו לגורמים המנותקים מהמקרקעין, כגון ניהול ושיווק) וכן מוניטין הנובע מקיומם של הסכמי שכירות. לשיטתו, שוויים של מוניטין אלה, במצטבר, הוא 63-72 מיליון ש"ח. עמדה זו מעוררת שני קשיים נוספים. ראשית, לדעתי הפיצול בין סוגי מוניטין הוא מלאכותי. ככל שיש לעסק מוניטין, הרי שזה מוניטין מצרפי הנובע ממכלול התכונות של העסק, תהיינה הסיבות לצמיחתו אשר תהיינה. הפיצול אף מעורר את החשש ל"התחשבות כפולה" בגורמים המשפיעים לכאורה על שוויו של מוניטין בכל אחד מן הסוגים הנטענים. שנית וזה העיקר, הן הניהול והשיווק הן הסכמי השכירות הם כפי שקבענו גורמים בלתי-נפרדים מהמקרקעין. מר אבן סבור כי "איכות השוכרים", מהירות ההשכרה והשיעור הגבוה של תפסות במרכז הקניות משקפים מוניטין, אך כאמור אלה עשויים לנבוע ממאפיינים

רבים של המקרקעין כגון מיקומו, נגישותו ואיכותו. כל אלה באים כאמור גם לידי ביטוי במסגרת הפרמטר של אי-ודאות, המובא בחשבון בעת קביעת שיעור התשואה. גם ההשוואה בין מקבץ חנויות לבין מרכז קניות אינה במקומה, שכן מדובר בנכסים בעלי מאפיינים שונים במהותם ומובן כי שוויים יהיה שונה (ראו: עניין *Southdale mall*, בעמ' 26). התחושה המתקבלת מקריאת חוות-הדעת היא כי היא מבוססת על הנחת המבוקש, מבלי שנבחנות סיבות אחרות שיכולות להסביר את ההבדלים בשיעור התשואה או אם יש לפנינו מאפיינים שהם חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין.

66. קיימות בענייננו מספר אינדיקציות נוספות התומכות במסקנה שלחברת מרכז רוטשילד ולמרכז רוטשילד לא היה מוניטין נפרד ממרכז הקניות עצמו. ראשית, המנהל טען כי לאחר רכישתו של מרכז רוטשילד שינתה גזית גלוב את שמו. גזית גלוב לא סתרה טענה זו בסיכומיה ומחוות-דעת שמאיות שהוכנו לבקשת החברה-האם של גזית גלוב ואשר צורפו לכרך המוצגים מטעם המנהל עולה כי כיום שמו הוא G רוטשילד (נ/8-14/נ). שינוי שמו של עסק לאחר רכישתו מצביע על כך שלא היה לעסק שנרכש כל מוניטין (עניין *Huang*, בעמ' 7). אך מעבר לכך, גם בהנחה שקיים מוניטין – יש לבחון למי הוא שייך. בפסק-דינה בעניין סגל התייחסה ועדת הערר למקרה שהמוניטין מצוי דווקא בידי הרוכש, שסבור כי לנכס יש יותר פוטנציאל ושבאמצעות המוניטין שלו (קרי של הרוכש) באפשרותו להשיא הכנסות גבוהות יותר. זה בדיוק המקרה שלפנינו. כך ציין המומחה מטעם גזית גלוב: "אני חושב שאם גזית גלוב קנו את הקניון הם הניחו שהם יוכלו לשפר..." (פרוטוקול מיום 28.2.2013, בעמ' 102 ש' 3-4). ואכן, גזית גלוב שינתה את שמו של קניון מרכז רוטשילד וגם שיפצה אותו. מהדוחות הכספיים ומהערכות השווי של הקניון עולה כי היא אכן הצליחה במטרתה ושווי של הקניון (המבוסס כאמור על תזרים המזומנים הצפוי ממנו) עלה באופן משמעותי במשך השנים (נ/8-14/נ). שנית, גם אם קיים מוניטין יש כאמור להראות כי הוא אכן נמכר במסגרת העסקה. דא עקא, בהסכם בין אולפינר לבין גזית גלוב אין כל אזכור לקיומו של מוניטין במסגרת הנכסים שהועברו. מטעמים מובנים, ההסכם עוסק בעיקר בנכס המקרקעין שהוא מרכז רוטשילד ובכל הנוגע לו (נ/4, סעיפים 3.7-3.14). ממילא לא נכללה בו התייחסות לכך שסכום מסוים מתוך הסכום ששולם היה בגין מוניטין. שלישית, לפי חוות-דעת שניתנה לחברה-האם של גזית גלוב (נ/9) שווי נכס המקרקעין קניון מרכז רוטשילד נכון לשנת 2005 היה 185,000,000 ש"ח – סכום דומה מאוד לסכום ששילמה גזית גלוב בגין הקצאת המניות (סך של 182,702,000 ש"ח). ערה אני לטענתה של גזית גלוב שלפיה תקני החשבונאות לא חייבו הפרדה בין נדל"ן להשקעה לבין המוניטין שלו באותה תקופה, אולם יש לזכור כי מדובר בחוות-דעת שמאית של

נכס מקרקעין שהתבססה על מאפיינים שונים המשפיעים על שווי של מרכז רוטשילד ובהם מיקומו, היצע וביקוש, דמי שכירות צפויים ועוד. אין בה כל אינדיקציה לקיומם של נכסים בלתי-מוחשיים כגון פעילות עסקית או מוניטין המשפיעים על שווי של המקרקעין. כמו בכל הערכת שווי של נדל"ן מניב, זו התבססה על תזרים המזומנים הצפוי ממנו. על רקע כל האמור ובשים לב לכך שהסכום ששולם בגין הקצאת המניות חופף בעיקרו את הערכת השווי של המקרקעין, יש בכך למצער כדי להגביר את הנטל שבו צריכות היו גזית גלוב ואולפינר לעמוד כדי להוכיח כי למעשה הערכת השווי אינה משקפת רק את נכס המקרקעין שהוערך אלא גם נכסים אחרים. נטל זה לא הורם.

בסיכומם-של-דברים, גזית גלוב ואולפינר לא הוכיחו קיומו של מוניטין, לא כל שכן שהוא נמכר או את שווי.

ב(2) ע"א 1346/15 (עניין מליסרון)

67. לטענתן של מליסרון, אשטרום ועופר, פעילותו של מרכז הקניות היא "נכס" בין אם נראה בו 'מוניטין' ובין אם נראה בו 'עסק חי' (סעיף 3 בסיכומיהן). המוניטין טמון ב"יכולתה של [חברת חוצות המפרץ] לגרום לקהל הלקוחות לשוב ולהגיע אל הקניון" (שם, סעיף 76). הן ביקשו להקביל מוניטין זה למוניטין שעשוי להיות למנהל של תחנת דלק (עניין פינטו) או למפיץ של מוצר. נקל להיווכח כי טענות אלה הן במישור העקרוני גרידא. לא הופנינו בסיכומים לראיות המעידות על מוניטין שהיו לחברת חוצות המפרץ באופן ספציפי. מחוות-הדעת של רואה-החשבון שגיא בן שלוש עולה מדוע: לשיטתו המוניטין הוא למעשה "קטגוריה" שכלולים בה נכסים בלתי-מוחשיים אחרים: זכות למתן שירותי ניהול לשוכרים, זכות למכירת חשמל במתח נמוך, צָבֵר לקוחות, ידע (know how), שם / מותג והון אנושי (מע/4, סעיף 3.2). לפי קר-טיעון זה, המוניטין בא לידי ביטוי בנכסים אלה. דא עקא, כדי להוציא את חברת חוצות המפרץ מן ההגדרה של איגוד מקרקעין די למערערות להוכיח את קיומם של הנכסים הבלתי-מוחשיים ואין הן נצרכות לבסס את הטענה שהם משקפים מוניטין. בנסיבות אלה ניתן להבין מדוע לא נפרסה בפנינו תשתית ראייתית באשר לקיומו של מוניטין – ודי בכך כדי לקבוע כי לא הוכח בפנינו מוניטין, לא כל שכן כי הוא נמכר במסגרת העסקה או את שווי.

68. בשונה מההליך בפני ועדת הערר שבו טענו הנישומות לקיומם של כל ששת הנכסים הבלתי-מוחשיים שהוזכרו בפסקה הקודמת, בסיכומים שהגישו בערעור מיקדו

טענותיהן בשני הנכסים הראשונים בלבד: הזכות למתן שירותי ניהול והזכות למכירת חשמל. אתייחס אף אני רק לשני נכסים אלה. הן הזכות למתן שירותי ניהול הן הזכות למכירת חשמל דומות במהותן: במסגרת הסכמי השכירות חברת חוצות המפרץ מחייבת את השוכרים לשלם דמי ניהול בגין שירותי ניהול הניתנים להם בקניון חוצות המפרץ באמצעות חברת ניהול (המצויה בבעלותה המלאה של חברת חוצות המפרץ) וכן במקום לרכוש חשמל מחברת החשמל, לרכוש אותו ממנה (לאחר שהיא רוכשת אותו במתח גבוה מחברת החשמל וממירה אותו למתח נמוך כדי לספקו לשוכרים). מליסרון, אשטרום ועופר טענו כי מדובר בנכסים עצמאיים ונפרדים מהמקרקעין, פעילות עסקית שיכולה באותה מידה להתבצע על ידי צדדים שלישיים. הן סבורות כי מדובר בנכסים מהותיים ששוויים הוערך על-ידי המומחה מטעמן בכ-21 מיליון ש"ח (כ-7 מיליון ש"ח וכ-14 מיליון ש"ח, בהתאמה) ואשר אינם טפלים לפעילותה העיקרית של חברת חוצות המפרץ. קיצורו של-דבר, בשל נכסים אלה טענו הנישומות כי חברת חוצות המפרץ אינה נחשבת לאיגוד מקרקעין.

דעתי שונה. חברת חוצות המפרץ יכולה לספק את שירותי הניהול ולמכור חשמל רק לאור היותה משכירת המקרקעין. ניתן לומר כי היא מנצלת את כוחה כמשכירה כדי לאלץ את השוכרים לרכוש ממנה את השירותים הללו. מאחר שאֵלָה הם שירותים הנוגעים באופן ישיר למקרקעין וניתנים בקשר עמם, הם כונו בספרות "real estate services" (Kenny, בעמ' 21-22). כפי שציין בצדק המומחה מטעם המנהל, רו"ח לוריא, הזכות למכירת חשמל "קמה מתוך הבעלות על הנדל"ן ו[מ]היכולת להכתיב לשוכרים ממי לקבל שירות זה או אחר, מה שיוצר זיקה חזקה מאוד לנכס הנדל"ן עצמו. יכולת מכירת החשמל לשוכרים קיימת בכל נכס מושכר, בניין משרדים, קניון, מחסן לוגיסטי וכו', ואין בה [כדי ליצור נכס במנותק מהנדל"ן עצמו] (מע/7, סעיף 5(2)(3)). גישה זו עולה בקנה אחד עם הספרות, שבה צוין כי "מערכת חלוקת החשמל במרכז קניות היא חלק אינטגרלי מהמקרקעין. בעליו של מרכז הקניות לא מספק אף שירות שיש בו 'ערך מוסף' במסגרת הספקת חשמל לשוכרים" (Karvel and Patchin, בעמ' 8; ההדגשה הוספה – מ.ג.). דברים אלה מקובלים עליי במלואם. הם נכונים גם ביחס לזכות למתן שירותי ניהול, שקיימת אף היא בכל נכס מושכר. גם אם יש ערך מוסף מסוים לשוכרים במתן שירותי הניהול בידי בעליו של מרכז הקניות, אני סבורה כי הוא אינו כזה המצדיק להתייחס אליהם כאל נכס נפרד ממרכז הקניות עצמו, לנוכח הזיקה ההדוקה ביניהם לבין המקרקעין. מעבֵר לזיקה זו, אין לכתחילה שניתן היה לכלול את התשלום בגין השירותים השונים במסגרת דמי השכירות או לצדו והפרדתו נעשית פעמים רבות משיקולים חשבונאיים, מסיים או אחרים (Kenny, בעמ' 21-22).

וכך, לדוגמה, דמי הניהול הנגבים בקניון בתים – מושא ע"א 6219/15 – מכסים גם את הוצאות החשמל של השוכרים (סעיף 8(ד) בחוות-הדעת של המומחית מטעם המנהל). על רקע האמור נקבע בפסיקה האמריקנית כי כאשר השוכרים מחויבים לרכוש שירות מסוים מהמשכיר – באותו מקרה חשמל, מים ושירותי פינוי אשפה – יש לראות בתשלומים המשולמים בגין שירות זה כחלק בלתי-נפרד מתזרים ההכנסות מהמקרקעין במסגרת הערכת שוויים (עניין *Lawrence*, בעמ' 555). אני סבורה שכך ראוי לקבוע גם בענייננו. השוכרים מחויבים לרכוש את החשמל מחברת חוצות המפרץ ולקבל את שירותי הניהול מחברת הניהול שבבעלותה המלאה ועל-כן יש לראות בשירותים אלה ובהכנסות המתקבלות מהם חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין.

69. סיכום-של-דברים, לא הוכח בענייננו כי לחברת חוצות המפרץ היה מוניטין נפרד מקניון חוצות המפרץ שבבעלותה. השירותים הנלווים שהיא נותנת (בעצמה או באמצעות חברת הניהול שבה היא מחזיקה) – שירותי ניהול ומכירת חשמל – אינם שירותים עצמאיים אלא כאלה שהם בלתי-נפרדים מהחזקה במרכז הקניות ונובעים מניצול כוחה של חברת חוצות המפרץ כמשכירת השטחים בו. בנסיבות אלה אין לראות בהם נכסים נפרדים המוציאים אותה מהגדרתו של איגוד מקרקעין וממילא אין הם מצביעים כשלעצמם על קיומו של מוניטין.

ב(3) ע"א 6219/15 (עניין אלדר)

70. ועדת הערר בעניין אלדר לא התייחסה למוניטין באופן ספציפי. קביעתה הייתה, כזכור, כי "בין אם נראה את ערכו של העסק החי כחלק מהמוניטין ובין אם לאו, אין ספק שנכס בלתי מוחשי זה אינו חלק מהמקרקעין (פס' 75 בדעת הרוב). כאמור, דחינו טענה זו וקבענו כי אין מקום להכיר בנכס כזה כנכס נפרד מהמקרקעין במרכזי קניות. בנסיבות אלה אין נפקות לשאלה אם נכס מסוג זה הוא חלק מהמוניטין אם לאו. אך מכל מקום אדגיש כי במידה רבה ההכרעה בשאלת המוניטין בהליך זה קלה הרבה יותר מאשר בהליכים האחרים, שכן כזכור אין די בהוכחת קיומו של מוניטין ויש להוכיח גם את מכירתו. במקרה דנן מנכ"ל קניונים לישראל (שבבעלותה קניון בתים ואשר מניותיה נרכשו על-ידי אלדר) העיד באופן מפורש לגבי תמחור העסקה, כפי שצוטט בפסק-הדין של ועדת הערר: "לגבי ה-157 מיליון, זה אומר על חוסר מקצועיות של שופרסל, הם אף פעם לא חזו מה אפשרו לעשות בקניון הזה... שופרסל ראו רק קרקע ובטון ושום דבר אחר" (שם, פס' 61; ההדגשה הוספה – מ.נ.). האחראי מטעם אשטרום על קניון בתים אף הודה כי התשלום העודף בגין הקניון היה עקב פרמיית

השליטה שתושג בו (פרוטוקול מיום 8.4.2014, בעמ' 81, ש' 1) וצייין אף הוא שהרוכשים ראו בקניון "דברים אחרים" – קרי פוטנציאל ובדיעבד שיפרו אותם והצליחו (שם, ש' 6-8). דברים אלה מעידים כי בפועל לא נמכר כל מוניטין והתמחור נשען על שווי המקרקעין בלבד. ואכן, יש לציין כי בחוות-הדעת מטעם קניונים לישראל הוערך חלקה של שופרסל ב-167.8 מיליון ש"ח נכון ליום 31.12.2007 (סעיף 8.2 בחוות-הדעת של גדעון פרלמן, שהוכנה לבקשת חשבה של החברה לצורך דוחותיה הכספיים ואשר צורפה כנספח א' לחוות-הדעת של המומחית מטעמו של המנהל), קרי בסכום דומה לזה שבו חלק זה נמכר בעסקה.

ב(4) ע"א 8715/15 (עניין סגל)

71. עניין סגל הוא, כזכור, ההליך היחיד שאינו עוסק באיגוד מקרקעין. סגל החזיקו במחצית מקניון לב חדרה בעצמם ומכרו בעסקה הרלוונטית את זכויותיהם בו לבריטיש. הטענה שבה אחזו עוד מתחילת הדרך היא כי 15% מהתמורה – סך של כ-39 מיליון ש"ח – שולמו בגין מכירת המוניטין של הקניון. לשיטתם, זה הוא "עודף מחיר" ששילמה הרוכשת מעל לשווי השוק של מרכז הקניות ועל-כן הוא משקף מוניטין. ועדת הערר דחתה טענה זו וקבעה כי העסקה הייתה למכירת הזכויות במרכז הקניות, מבלי שהייתה כל התייחסות לנושא של מכירת מוניטין. ואכן, אין כל אסמכתה למכירת המוניטין – לא בהסכם המכירה ולא במקום אחר בכתובים – למעט בדיווח לרשויות המס. יתרה מכך: עיון בהסכמים מצביע על הבחנה שביצעו הצדדים בין הסכום המשולם בגין חברת הניהול לבין הסכום שמשולם בגין מרכז הקניות. הדעת נותנת כי אילו הייתה כוונה בזמן אמת לשייר סכומים מסוימים למוניטין, הם היו עושים זאת בדיוק כפי שעשו כן ביחס לחברת הניהול. בנסיבות אלה, קבעה בצדק הוועדה כי לא הוכח שאומדן-הדעת הצדדים היה למכור מוניטין, כי לא הובאו ראיות באשר לקיומו של מוניטין, כי הטענות בעניין מבוססות על "השערות" גרידא וכי לא הוכח שהפער ככל שקיים בין המחיר ששולם לבין שווי של מרכז הקניות אכן שיקף מוניטין. אוסיף: מסיכומיהם של סגל עולה כי הראיה המרכזית שעליה הם מתבססים לקיומו של מוניטין היא קיומו של פער בין המחיר ששולם לבין שווי של מרכז הקניות. דא עקא, איני משוכנעת כי הם ביססו די צורכו קיומו של פער כאמור – לא כל שכן את מקורו. אסביר: המומחה מטעמם, מר דוד טיגרמן, ערך השוואה בין שיעור התשואה שהשתקף בעסקה למכירת קניון לב חדרה לבין שיעור התשואה בעסקות למכירתם של מרכזי קניות אחרים. מרביתם של מרכזי הקניות שביחס אליהם נערכה ההשוואה (ראו סעיף 13 בחוות-הדעת) הם מרכזים מסחריים קטנים יחסית, שנמכרו בהתאם בסכומים נמוכים

במידה משמעותית מהסכום שבו נמכרה מחצית הקניון בענייננו. מעבר לכך, כפי שצינתי בתחילת דיוננו בנושא המוניטין, קיומו של פער בשיעורי התשואה אינו מעיד כשלעצמו על קיומו של מוניטין. זו היא המשימה המרכזית הניצבת על כתפיו של הנישום: לא רק להוכיח שקיים פער, אלא גם להוכיח שמקורו הוא במוניטין. זאת לא נעשה. חוות־הדעת מניחה את המבוקש, קרי שקיומו של פער בשיעורי התשואה מצביע על כך שבנכס גלום מוניטין (שם, סעיף 17). כאמור, גם אם יש פער בין השווי ההוגן של המקרקעין לבין הסכום ששולם, אין הכרח כי הוא נובע ממוניטין. פער זה יכול לנבוע מפרמיית שליטה, מטווח "סבירות" של שווי הוגן (מדובר בהערכה, ויתכן שהרוכשת העריכה את השווי ההוגן בִּתְרָה) ומגורמים אחרים. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, אין לשלול שבענייננו בריטיש אכן העריכה את השווי ההוגן בִּתְרָה: נראה כי הערכת השווי התבססה על הערכה ספקולטיבית שמגירעון בארבע השנים האחרונות (2007-2010) תעבור החברה לצמיחה ולרווח שיגדל באופן משמעותי משנה לשנה ועל הנחות חיוביות במיוחד של רווח חזוי של מיליון ש"ח לשנת 2013 ושל מכפיל 10. לנוכח כל האמור לעיל, אין לי אלא לקבל את קביעתה של ועדת הערר, שלפיה הטענות בנוגע לקיומו של מוניטין ולהכללתו של מוניטין במחיר העסקה מבוססות על השערות גרידא – הא ותו לא. משקבענו כי לא היה לקניון לב חדרה מוניטין, משמעות הדבר שמלוא הסכום ששילמה חברת בריטיש היה בגינו. כפועל יוצא, חבותם של סגל במס שבח היא בגין מלוא הסכום.

ג. נכסים נוספים

72. בחלק מהערעורים שלפנינו טענו הנישומים לקיומם של נכסים נוספים. להלן אתייחס בתמצית לנכסים אלה.

73. הפסדים צבורים: גזית גלוב ואולפינר, המשיבים בע"א 74/15, טענו כי לחברת מרכז רוטשילד יש נכס נוסף מסוג הפסדים צבורים, שבשלו אין היא נחשבת לאיגוד מקרקעין. בפסיקה אכן הובעה העמדה שלפיה הפסדים הם "נכסים" בעלי ערך כלכלי לנישום" (ע"א 8876/09 גזית החזקות (מגן מיסודה של גזית אינק) בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 4, פס' כ"ב, כ"ד ו"ל' (7.3.2012)); ע"א 10568/02 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד שחר הררי, מפרק החברה ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ (בפירוק), פ"ד נח(6) 673, 677 (2004); והשוו גם לע"א 7800/10 מטרי נ' אלקון (3.3.2014) ולע"א 9060/11 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד אייל ארנברג, הנאמן על נכסי החייב אברהם וייס (22.9.2014)). נראה כי התפיסה של הפסדים כ"נכס" מבוססת בעיקרה על ערכם הכלכלי לנישום, תחת ההנחה שיהיה באפשרותו לנצלם בעתיד בהינתן המגבלות

המוטלות על כך (עניין דמארי, פס' 15 בפסק-דיני). היא עולה בקנה-אחד גם עם כללי החשבונאות, המאפשרים במקרים מסוימים להכיר ב"נכס מס נדחה" בגין צפי לניצול הפסדים מועברים (סעיפים 34-35 בתקן בינלאומי מס' 12 מיסים על הכנסה; ראו גם: רשות ניירות ערך, החלטת אכיפה חשבונאית 1-16 הכרה בנכס מס נדחה בגין צפי לניצול הפסדים מועברים (אפריל 2016)). עם זאת, העובדה שהפסד מועבר לצורכי מס מהווה "נכס" אינה אומרת שמדובר בהכרה בנכס לצורך הגדרתו של "איגוד מקרקעין" (עניין ליגת, פס' 60). תחילה יש לבחון האם מדובר בכלל בנכס עצמאי, הנפרד מהמקרקעין. הפסד משקף במהותו ניכויים (הוצאות ופחת) שאין אפשרות לנצלם בשנת-מס נתונה מאחר שהם עולים על ההכנסות שהופקו בה (עניין דמארי, פס' 14 בפסק-דיני). לנוכח קביעתנו כי פעילותה של חברת מרכז רוטשילד היא השכרת נכסים מסחריים בקניון מרכז רוטשילד, הדעת נותנת כי אותם ניכויים שלא התאפשר לחברה לנכותם עקב העדרן של הכנסות מספקות נבעו אף הם מפעילות זו. בנסיבות אלה, נראה כי יש מקום להתייחס להפסד המועבר כחלק בלתי-נפרד ממרכז הקניות שמפעילותו הפסד זה צמח, או לחלופין לסווגו כ"זכות במקרקעין" לאור זיקתו ההדוקה אליה. אך גם אם היינו קובעים כי מדובר בנכס עצמאי הנפרד מהמקרקעין, לא היה בכך סוף הדרך שכן היה עלינו לבחון אם מדובר בנכס שיש להתעלם ממנו לפי ההגדרה המרחיבה. "כוחו" של הפסד וערכו הכלכלי נובעים כאמור מהאפשרות לקזז את הפסד בשנים הבאות. לא מדובר אפוא בנכס המשמש להפקת הכנסותיו של הנישום, אלא בנכס המקטין את חבות המס שלו (ראו והשוו: עניין ליגת, פס' 59). בנסיבות אלה יש לדעתי להשקיף עליו כ"נכס ניטרלי" שאין להתחשב בו לפי ההגדרה המרחיבה ואשר אין בקיומו כדי להוציא איגוד מהגדרתו של "איגוד מקרקעין".

בשולי הדברים: ועדת הערר ייחסה חשיבות לגובהו של הפסד המועבר, שהוא "בסכום העולה על סכום ההכנסה ממחילת החוב שמומשה בהסדר עם הבנק" (פס' 13 בפסק-הדין). אדגיש כי לגובהו של הפסד אין רלוונטיות לצורך אפיונו וסיווגו, הנובעים כאמור מאופיו ומאופן צמיחתו. רק אם הפסד היה מסווג כנכס עצמאי ונפרד מהמקרקעין המשמש להפקת הכנסתו של האיגוד, הייתה עשויה להיות רלוונטיות לגובהו במסגרת הבחינה אם מדובר בנכס טפל למטרותיו העיקריות של האיגוד. אולם משקבענו כי אין מדובר בנכס עצמאי ונפרד ואף אם כן אין מדובר בנכס המשמש להפקת הכנסתו של האיגוד – הרי שבפועל לגובהו של הפסד אין כל משמעות.

74. מניות: מליסרון, אשטרום ועופר, המערערות בע"א 1346/15, טענו כי בבעלותה של חברת חוצות המפרץ נכס נוסף, מלוא מניותיה של חברת הניהול המנהלת את קניון חוצות המפרץ, שבשלו אין היא נחשבת לאיגוד מקרקעין. ככלל מניותיה של חברה-בת אכן מהוות נכס של החברה-האם (רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פס' 40 בפסק-דיני וההפניות שם (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני)). עם זאת, יש לבחון תחילה אם המניות הן נכס מסוג "זכות במקרקעין". אף שמניות מופיעות ברשימת הנכסים שבהגדרה המרחיבה, אין בכך כדי להצביע מניה וביה כי הן תמיד תהיינה נכס שאינו זכות במקרקעין. סיווגן צריך להיעשות בהתאם למהותה של החברה שבמניותיה עסקינן, לאופייה, לפעילותה ולנכסיה. כך, למשל, מהפסיקה עולה שכאשר מדובר בהחזקה במניות של חברה שהיא איגוד מקרקעין, יש מקום לראות במניות "זכות במקרקעין" ובהחזקתן כהחזקה "בעקיפין" של זכות במקרקעין (ע"ש (מחוזי ב"ש) 7102/96 ישגב בנינים בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פס' 3-6 (7.1.1998); ו"ע (מחוזי ת"א) 1005/00 גני דולינגר חברה לבנין בע"מ נ' מנהל מס שבח מרכז, מיסים טו/4 ה-347, ה-348 (2001) (להלן: עניין גני דולינגר); עניין פישר אחזקות, פס' 29-30; הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 321-322; נמדר, בעמ' 612-613; גורמן ואהרונוביץ', בעמ' 180). בדומה, בענייננו מדובר במניות של חברה-בת שבבעלותה המלאה של החברה-האם ואשר מעניקה שירותים נלווים למקרקעין שמחזיקה החברה-האם. כפי שקבענו, שירותים אלה הם במהותם חלק בלתי-נפרד מהשכרת המקרקעין. לדעתי גם בנסיבות אלה יש לראות במניותיה של החברה-הבת כזכות במקרקעין. פרשנות זו עולה בקנה-אחד עם התכלית האנטי-תכנונית של המונחים "איגוד מקרקעין" ו"זכות במקרקעין". אילו היא לא הייתה ננקטת, היה הדבר מאפשר באמצעות תכנון-מס פשוט וקל של הקמת חברה-בת להפוך שירותים שהם חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין לנכס (מניותיה של החברה-הבת) שהוא נפרד מהמקרקעין, באופן שהיה מוביל לעקיפת החוק (ראו והשוו: עניין אינטרקולוני, פס' 42 בפסק-דיני). תוצאה זו אין לקבל.

בשולי הדברים: מליסרון, אשטרום ועופר הציגו את הטענה כי מניותיה של החברה-הבת הן נכס נפרד של החברה-האם כטענה חלופית, ככל שתידחה טענתם העיקרית כי מאחר שמדובר בחברה-בת שהיא בבעלותה המלאה של חברת חוצות המפרץ, "יש לראות את פעילותה של חברת הניהול כפעילותה של החברה עצמה" (סעיף 25 בסיכומיהן). מעבר לכך ששתי הטענות הללו סותרות האחת את השנייה ואינן יכולות לדור בכפיפה אחת, אין לכחד שהטענה העיקרית מצביעה על המידה הרבה של

הקרבה הקיימת אף לעמדת הנישומות בין פעילותה של חברת הניהול לבין פעילותה של החברה-הבת. יש בכך לדעתי כדי לחזק את המסקנה שלפיה יש לראות בנסיבות אלה את מניותיה של החברה-הבת כזכות במקרקעין.

75. זכויות חכירה: מליסרון, אשטרום ועופר טענו כי לחברת חוצות המפרץ היו גם זכויות חכירה שאינן עולות כדי זכויות במקרקעין. מדובר ב-25 דונמים שהם חלק בלתי-נפרד מהמתחם שבו מצוי קניון חוצות המפרץ ואשר תקופת החכירה ביחס אליהם הסתיימה וטרם חודשה (סעיף 92 בסיכומיהם). בהתאם להסכם החכירה נתונה לחברת חוצות המפרץ אופציה לחכור שטח זה לתקופה בת 49 שנים נוספות בתנאי השוק המקובלים. בנסיבות אלה זכויותיה של חברת חוצות המפרץ בשטח זה "התמצו באופציה להארכת החכירה בתנאים בלתי ידועים" ואלה אינן נחשבות, כך לטענתן, לזכות במקרקעין. דינה של טענה זו להידחות. לפי הגדרתה "זכות במקרקעין" כוללת גם חכירה. בהתאם לסיפה של ההגדרה תקופת החכירה היא "... התקופה המקסימלית שאליה יכולה החכירה להגיע לפי כל זכות שיש לחוכר או לקרובו מכוח הסכם או מכח זכות ברירה הנתונה לחוכר או לקרובו בהסכם." בנסיבות אלה הרי שלפי הסכם החכירה עצמו תקופת החכירה מלכתחילה הייתה בת 98 שנים (49 השנים של תקופת החכירה המקורית בצירוף לתקופת האופציה בת 49 השנים הנוספות). העובדה שתקופת האופציה טרם מומשה באופן מעשי אינה מעלה ואינה מורידה לשיטתי, בשים לב לכך שלחברת חוצות המפרץ עדיין יש חזקה בשטח – במיוחד כשמדובר בשטח שהוא כאמור חלק בלתי-נפרד מקניון חוצות המפרץ והשימוש שהיא עושה בו זהה אפוא לשימוש שבו היא עושה ביתר השטח. כפי שציננה ועדת הערר בצדק, לא נטען וממילא לא הוצגו ראיות שרשות מקרקעי ישראל דרשה מחברת חוצות המפרץ לפנות את השטח או סירבה לחדש את הסכמי החכירה. בשולי הדברים, לא מצאתי כי הפסיקה שאליה הפנו אשטרום ומליסרון רלוונטית לענייננו (ע"א 726/86 מנהל מס שבח מקרקעין נ' מחסרי, פ"ד מג(2) 98 (1989) (להלן: עניין מחסרי), ע"א 156/83 מנהל מס שבח נ' שרבט, פ"ד לז(4) 443 (1983) (להלן: עניין שרבט) ועמ"ש (מחוזי י"ם) 7/66 המשביר המרכזי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פס"מ סו 13 (1969) (להלן: עניין המשביר המרכזי)). שלושת פסקי-הדין הללו עסקו בנסיבות שונות בתכלית מענייננו: מקרה שבו בשונה מענייננו לא היה הסכם חכירה כתוב (עניין מחסרי) ומקרים שבהם בשונה מענייננו לא הייתה בהסכם החכירה אופציה להארכתה (עניין שרבט ועניין המשביר המרכזי).

76. מסקנתנו בפרקים הקודמים הייתה שלא הוכח קיומם של נכסים נפרדים במרכזי הקניות הרלוונטיים. ציינו שככלל הנכסים שלקיומם נטען בפנינו – פעילות עסקית, מוניטין, הפסדים, מניות וזכויות חכירה – הם חלק בלתי-נפרד מזכויות במקרקעין או למצער נכסים ניטרליים (הפסדים). בנסיבות אלה שלושת האיגודים הרלוונטיים לענייננו – חברת מרכז רוטשילד, שבבעלותה קניון מרכז רוטשילד (ע"א 74/15), חברת חוצות המפרץ, שבבעלותה קניון חוצות המפרץ (ע"א 1346/15) וקניונים לישראל, שבבעלותה קניון בתים (ע"א 6219/15) – הם איגודי מקרקעין. בע"א 1346/15 ובע"א 6219/15 לא הייתה מחלוקת בין הצדדים שמכירת המניות היא "פעולה באיגוד". משמע שבגין כל אחת מן העסקות חייבות הנישומות במסים הרלוונטיים לפי העניין – מס שבח, מס מכירה ומס רכישה – הכל בהתאם לשומות שהוציא להן המנהל. לעומת זאת, בע"א 74/15 הייתה מחלוקת אם הקצאת המניות היא פעולה באיגוד מקרקעין. שאלה זו תידון בפרק הבא אך אציין כבר עתה כי מסקנתי גם כאן היא שמדובר בפעולה באיגוד מקרקעין ולכן גם בגין עסקה זו חייבים הנישומים במסים הרלוונטיים בהתאם לשומות שהוצאו להם.

קביעותינו ביחס למוניטין אוצלות גם על קניון לב חדרה, מושא ע"א 8715/15. משמעותן שאין לסווג חלק מהתמורה ששולמה בגין קניון לב חדרה למוניטין, קרי כל התמורה שולמה בגין הקניון. כפועל יוצא, סגל חייבים בתשלום מס שבח בגין מלוא התמורה, כאמור בשומות שהוציא להם המנהל.

טענות נוספות

77. במסגרת הערעורים שלפנינו הועלו מספר טענות נוספות שאינן משותפות לכל הערעורים. טענות אלה תידונה להלן.

א. הקצאת מניות (ע"א 74/15)

78. העסקות הנוגעות לקניון חוצות המפרץ ולקניון בתים היו למכירת המניות של החברות שהחזיקו במרכזי קניות אלה: חברת חוצות המפרץ וקניונים לישראל, בהתאמה. כאמור, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים שמכירת המניות היא פעולה באיגוד מקרקעין, ככל שחברות אלה נחשבות לאיגודי מקרקעין. בשונה מכך, מניותיה של חברת מרכז רוטשילד שבבעלותה קניון מרכז רוטשילד לא נמכרו לגזית גלוב. חברת מרכז רוטשילד עצמה (ולא אולפינר, מי שהחזיקו במניותיה) הקצתה לגזית גלוב מניות שהקנו לה 99.9% מההחזקות בחברה זו, תוך דילול החזקותיהם של אולפינר. בין

הצדדים נטושה מחלוקת בשאלה אם הקצאת המניות בנסיבות המקרה מהווה פעולה באיגוד מקרקעין. מקורה של מחלוקת זו הוא בהגדרתה של "פעולה באיגוד מקרקעין" בסעיף 1 בחוק מיסוי מקרקעין. בעוד שבעבר נחשבה הקצאת מניות לפעולה באיגוד מקרקעין (ע"א 696/82 ג.ו.ב.ר. נכסים ובניה בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד לט(2) 666, 671-672 (1985); עניין גני דולינגר, בעמ' ה-349; הדרי כרך ב – חלק ראשון, בעמ' 300; מאיר הלר "הקצאת זכויות באיגוד מקרקעין לאור תיקון 50 לחוק מיסוי מקרקעין" מיסים יט/א-36, א-37 (2005) (להלן: ה"לר)), בשנת 2003 שונתה ההגדרה ונקבע בה כי בנסיבות מסוימות הקצאת מניות אינה פעולה באיגוד מקרקעין:

"פעולה באיגוד – הענקת זכות באיגוד, הסבתה, העברתה או ויתור עליה, שינוי בזכויות הנובעות מזכות באיגוד והכל בין בתמורה ובין בלא תמורה, אך למעט הקצאה; לענין זה, 'הקצאה' – הנפקה של זכויות באיגוד שלא נרכשו על ידי האיגוד קודם לכן, אשר תמורתה, כולה או חלקה, לא שולמה למי מבעלי הזכויות באיגוד, במישורין או בעקיפין" (ההדגשות הוספו – מ.ג.).

הצדדים חלוקים בענייננו באשר לשאלה אם בנסיבות המקרה לפנינו הקצאת מניות המוחרגת מן ההגדרה של פעולה באיגוד מקרקעין. אולפין וגזית גלוב טענו כי תכליתה של החרגה זו היא מימונית – להקל על הכנסתו של מימון חדש אל החברה – וכי זה בדיוק מה שארע בענייננו: "כתוצאה מהקצאת המניות לגזית גלוב, הוחלף ההון הזר של חברת [מרכז רוטשילד] בהון עצמי מצד בעלת המניות בחברה, והחלפה זו לא זו בלבד שהסירה מן החברה את נטל ההלוואה מהבנק, על הריבית שנלוותה לה, אלא אף הובילה לכך שבמסגרת זו מחל הבנק לחברה על חלק מחובתה – סך של 51 מיליון ₪, ובכך שופר מצבה המימונית" (סעיף 47 בסיכומיה של גזית גלוב). בנסיבות אלה נטען כי ההקצאה מקיימת את דרישות החוק. מנגד, המנהל סבור כי יש להבחין בין פעולות של הקצאת מניות שביסודן הכנסתו של משקיע לתאגיד, לבין הקצאת מניות שהיא בבחינת "הקצאה והדחה" – הקצאתן של מניות למשקיע תוך דילולן של מניותיהם של בעלי המניות הקיימים, דילול המביא לכך שהחזקתם היא אפסית. במקרה מסוג זה האחרון יש בהקצאת המניות למעשה משום מכירה. כך היה לשיטתו בענייננו, שעה שהוקצו לגזית גלוב 99.9% מהמניות, במיוחד על רקע שחרורם של אולפין מערבותם האישית.

79. אין חולק כי תכליתה של החרגה של "הקצאת מניות" מן ההגדרה של פעולה באיגוד מקרקעין היא אכן מימונית (ו"ע (מחוזי ת"א) 37199-03-10 גוב גיא בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, רחובות, פס' 16 (16.12.2014) (להלן: עניין גוב גיא)). החרגה זו

היא פרי המלצתה של ועדת רבינוביץ', שציינה בהקשר זה כי "הקצאת מניות בחברה שאינה איגוד אינה מקרקעין אינה נחשבת אירוע מס, בעוד שהקצאת מניות בחברה שהיא איגוד מקרקעין מהווה אירוע מס. מצב זה מקשה מצד אחד על ביצוע פעולות מימוניות שונות היכולות לתרום לקידום הפעילות בתחום המקרקעין, ומאידך [גיסא] אין בו תרומה של ממש להכנסות המדינה, מאחר שעקיפתו באמצעות תכנוני מס פשוטה יחסית, אם כי מכבידה וכרוכה בעלויות מיותרות" (דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במערכת מיסוי מקרקעין, פרק י"א (2001)). בעקבות המלצותיה של הוועדה התקבל תיקון מס' 50 לחוק מיסוי מקרקעין, שבמסגרתו הוספה ההחלטה האמורה. בדברי ההסבר צוין כי "הנפקה של זכויות באיגוד אשר תמורתה שולמה לאיגוד ולא למי לחברי האיגוד במישרין או בעקיפין לא תיחשב כ'הקצאה' לענין החוק, ובלבד שהזכויות המונפקות לא הוקצו בידי האיגוד קודם לכן. כתוצאה מכך הנפקה כזו לא תהא חייבת במס שבח ובמס רכישה."

80. בהוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 9/2003 הרפורמה במיסוי מקרקעין – איגודי מקרקעין (16.7.2003) (להלן: הוראת ביצוע 9/2003) – שפורסמה בעקבות חקיקתו של תיקון מס' 50 ועוסקת כעולה מכותרתה באיגודי מקרקעין – הוסבר כי הקצאת מניות היא "פעולה [ש] במסגרתה מקצה איגוד זכויות בו לרבות מניות לבעלי מניות קיימים ו/או חדשים כנגד תשלום ערכן הנקוב של הזכויות באיגוד לעתים גם כנגד פרמיה אשר הינה הסכום שבו עולה תמורת ההקצאה על ערכן הנקוב של המניות. כתוצאה מהקצאת מניות משתנה שיעור החזקותיהם של בעלי המניות באיגוד כך ששיעור החזקותיהם של בעלי מניות באיגוד שלא הוקצו להם מניות פוחת בעוד ששיעור החזקותיהם באיגוד של בעלי מניות שהוקצו להם מניות גדל" (שם, סעיף 2.2; ראו גם נמדר, בעמ' 627 וההפניות שם). כדי להגשים את התכלית המימונית ובהבטחת להבטיח כי החרגתה של הקצאת מניות לא תנוצל לרעה לשם התחמקות לא־נאותה ממס (הלר, בעמ' א-45; דורון לוי ודניאלה רוט "מהי 'תמורה' הניתנת לבעלי הזכויות באיגוד מקרקעין במסגרת הקצאת מניות (הרהורים בעקבות הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 9/2003)" מקרקעין ה/57 (2006) (להלן: לוי ורוט)), הוגדרה כאמור "הקצאה" במסגרת הגדרת "פעולה באיגוד" שבסעיף 1 בחוק בתור "הנפקה של זכויות באיגוד שלא נרכשו על ידי האיגוד קודם לכן, אשר תמורתה, כולה או חלקה, לא שולמה למי מבעלי הזכויות באיגוד, במישרין או בעקיפין." לפנינו אפוא שני תנאים מצטברים לכך שהקצאת מניות לא תחשב פעולה באיגוד מקרקעין: האחד, שהזכויות שהונפקו לא נרכשו קודם להנפקה על-ידי האיגוד (קרי, לא בוצעה רכישה עצמית של מניות; ראו לעניין זה הוראת ביצוע 9/2003, סעיף 2.2(א) וכן חוזר מ"ה 10/2001 מקצועית משפטית השפעת חוק החברות

החדש על דיני המס (26.12.2001); נמדר, בעמ' 628 וההפניות שם); השנייה, שהתמורה לא תשולם במישרין או בעקיפין לבעלי הזכויות באיגוד (מה שיכול להצביע על מכירה מוסווית). כפי שציינה בצדק ועדת הערר, "הקצאת זכויות על ידי תאגיד קיים, בתמורה שאינה מגיעה למי מבעלי הזכויות באיגוד (במישרין או בעקיפין), אינה אמורה להשפיע על מצבם הכלכלי של בעלי הזכויות הללו." מנגד, ככל שהתמורה מגיעה במישרין או בעקיפין לבעלי הזכויות באיגוד, דומה העסקה במהותה למכירה ועל-כן אין הצדקה מימונית לא למסותה (ראו והשוו: עמ"ה (מחוזי חי') 5105/97 ר. חיון בע"מ נ' פקיד שומה – חיפה, פס' ז(3) (19.3.2002); נמדר, בעמ' 629).

81. נבדוק אם תנאים אלה התקיימו בענייננו. התנאי הראשון אינו מעורר מורכבות מיוחדת. אין חולק כי הונפקו לגזית גלוב מניות חדשות, שטרם ההנפקה לא היו קיימות. אשר לתנאי השני, כאן מתפצלות עמדותיהם של הצדדים. תנאיה של הקצאת המניות היו כזכור כדלקמן: "תמורת הקצאת המניות שילמה גזית גלוב לחברת מרכז רוטשילד את ערכן הנקוב של המניות (בסכום כולל של כ-202,000 ש"ח) והעמידה לטובתה הלוואת בעלים בסכום של כ-182.5 מיליון ש"ח. ההלוואה שימשה ברובה לפירעון מלוא ההתחייבויות לבנק דיסקונט, לאחר שהאחרון מחל לחברת מרכז רוטשילד על סכום של כ-51 מיליון ש"ח. פירעון ההתחייבויות לבנק דיסקונט הוביל לפגיעתן של הערבויות האישיות שהעמידו להן אולפינר" (פס' 3 לעיל).

טענתו של המנהל בעניין זה היא כפולה: (א) הקצאת המניות בענייננו תוך שימוש בטכניקה הדומה ל"הקצאה והדחה" היא מלאכותית ושקולה למכירתן; (ב) פגיעת הערבויות האישיות שהעמידו אולפינר לטובת חברת מרכז רוטשילד היא התמורה שלה הם זכו, מה שמביא לכך שלמצער חלק מהתמורה שולם להם כבעלי-המניות של החברה. טענות אלה תידונה כסדרן.

82. הקצאה והדחה: כזכור, הפעולה של הקצאה והדחה הייתה תכנון-המס שבעקבותיו הוסף אירוע-המס של פעולה באיגוד מקרקעין לחוק (פס' 15 לעיל). נקיטתה של פעולה זו הייתה מובילה לכך שזכויותיו של בעל-המניות הפכו הלכה למעשה לחסרות שווי ממשי, באופן שהיה שקול למכירתן. האם כך גם ארע בענייננו? כידוע, יש לבחון עסקה לפי מהותה הכלכלית האמיתית ולא לפי הכינוי שהעניקו לה הצדדים (ע"א 6722/99 מנהל מס ערך מוסף תל אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, פ"ד נח(3) 341, 347 (2004); ע"א 6351/12 קימחי נ' מנהל מיסוי מקרקעין מרכז, פס' ח וההפניות שם (17.8.2014); ע"א 8453/14 ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד

השומה למפעלים גדולים, פס' 16 (5.6.2016)). בית-המשפט יכול לבחון את מהותה האמיתית של העסקה אף מבלי להכריז עליה כעל עסקה מלאכותית (ע"א 1381/13 לוקסמבורג פמול בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פס' 21 וההפניות שם (24.8.2015)); להבחנה בין סיווג מחדש של עסקה לפי מהותה לבין עסקה מלאכותית, ראו עוד: ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נז(5) 915, 922-923 (2003)). כפועל יוצא, אין אנו נדרשים להידרש לשאלה אם מדובר בעסקה מלאכותית, כפי שרמז המנהל. עלינו לבחון מה הייתה מהותה הכלכלית האמיתית של העסקה בנסיבות המקרה. כאמור, תכליתה של הקצאת מניות היא להזרים מימון חדש לחברה. כפועל יוצא, היא אינה אמורה לשנות את שווי הזכויות של בעל-המניות הקיים. נניח, למשל, שבעל-המניות הקיים מחזיק במלוא 10 המניות של חברה ששווייה 100 ש"ח. משמע, שוויין של המניות שבידו הוא 100 ש"ח. אם החברה תקצה 10 מניות לבעל-מניות חדש תמורת שוויין (100 ש"ח), יגדל שווייה של החברה ל-200 ש"ח (כתוצאה מתוספת המזומן של 100 ש"ח), כשכל אחד מבעלי-המניות יחזיק ב-50% מהמניות. נקל להיווכח שאף ששיעור החזקותיו של בעל-המניות הקיים (המקורי) הופחת ל-50%, שוויין נותר זהה. זו אפוא המהות הכלכלית האמיתית של הקצאת מניות, המצדיקה לא להתייחס אליה כאל פעולה באיגוד מקרקעין (גורמן ואהרונוביץ', בעמ' 47). בשונה מכך, "כאשר שווי הזכויות של בעל] המניות המקורי קטן כתוצאה מפעולת ההקצאה, הרי שמדובר בפעולה באיגוד [ש]בה בעל המניות המקורי מוכר את זכויותיו ובעל המניות החדש רוכש, בשווי ההפרש" (הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 9/2008 הקצאת מניות באיגוד מקרקעין, סעיף 2.2(א) (2008) (להלן: הוראת ביצוע 9/2008); ההדגשה הוספה – מ.נ.). הנהיג-כך, כדי לקבוע כיצד יש להתייחס להקצאת המניות, עלינו לבחון את תוצאותיה ואת השלכותיה.

נזכיר מה היו תוצאותיה של הקצאת המניות בענייננו: בטרם ההקצאה החזיקו אולפינר, בעלי המניות המקוריים, ב-100% מהמניות של חברת מרכז רוטשילד. שווייה של החברה – שמחושב כאמור לפי גישת ההכנסות בהתבסס על הכנסותיה – היה, ועל כך אין חולק, כ-182.5 מיליון ש"ח. לאחר הקצאת המניות דוללה החזקתם של אולפינר לכ-0.01% מהמניות. אין בפנינו נתונים מה היה שווי החברה לאחר ההקצאה, אם כי יש להניח כי הוא לא השתנה באופן מהותי בשים לב לכך שהכספים הוזרמו לחברה כהלוואת בעלים (למעט ערכן הנקוב של המניות במזומן) והם לא השפיעו על הכנסותיה, שאכן נותרו דומות בשנים העוקבות כפי שעולה מדוחותיה הכספיים. מכל מקום אין לנו צורך לקבוע מסמרות בעניין שכן אולפינר עצמם הודו כי שוויין של הזכויות שנותרו בידם לאחר ההקצאה הוא "מאות אלפי שקלים" (סעיף 54

בסיכומיהם), קרי פרומיל מאשר שוויין קודם להקצאה (כ-182.5 מיליון ש"ח). נתונים אלה מעידים על כך שמהותה הכלכלית האמיתית של העסקה הייתה, בפועל, מכירה. אכן, מהותה הכלכלית האמיתית של הקצאה של כמות כה גדולה של מניות לבעל-מניות חדש עד שמניותיהם של בעלי-המניות הקיימים הופכות להיות בעלות שווי אפסי היא סילוקם מהחברה, פי שציינה בצדק ועדת הערר (ראו גם עניין אנקום גרופ, פס' 61). מסקנה זו מתחזקת גם על רקע תנאיו של ההסכם, שבמסגרתו ויתרו אולפינר על זכויות הניהול של החברה ובין היתר על מינוי דירקטורים מטעמם. בנסיבות אלה עסקה זו שקולה במהותה למכירת המניות וכינויה כ"הקצאת מניות" אינו בעל משמעות כלכלית (ראו והשוו גם לסעיף 2.2(ב) בהוראת ביצוע 9/2003, שם ניתנה דוגמה של "הקצאה תוך דילול מלא של בעלי המניות הקיימים" למקרה שבו תסווג ההקצאה כאירוע-מס; וראו גם נמדר, בעמ' 632, המכנה זאת "הברחת מס"). אכן, "הקצאה שבה דוללו לחלוטין החזקותיהם של בעלי המניות הקודמים... אינה סוג ההקצאה שהוחרגה מהגדרת 'פעולה באיגוד'" (גורמן ואהרונוביץ', בעמ' 190).

אדגיש: מקובלת עליי העובדה שלעסקה היו יתרונות מימוניים לחברת מרכז רוטשילד בדמות החלפת מימון חיצוני בהלוואת בעלים ומחילה על חלק משמעותי מהחוב. אולם, לא זו בלבד שאין בכך כדי להגשים את התכלית המימונית שהיא הזרמת הון נוסף לחברה ולא להחליף הלוואה בהלוואה (ראו והשוו: עניין גוב גיא, פס' 25), אלא שאין בכך גם כדי לשנות את מהותה הכלכלית של העסקה המבוססת כאמור על בחינת תוצאותיה ומשמעויותיה הכלכליות.

83. פקיעת ערבויות כתמורה: גם אם הקצאת המניות בענייננו הייתה הקצאה אמיתית שאינה שקולה למכירה – וכאמור, זו אינה דעתי – עדיין היה עלינו לבחון מה התמורה שנתקבלה בגינה ומי היה זה שקיבל אותה. אקדים ואומר כי מקובלת עליי עמדתה של רשות המסים כפי שבאה לידי ביטוי בהוראת ביצוע 9/2003, שלפיה "יש לפרש את המונח תמורה בפרשנות רחבה ובכללה תשלום כסף או שווה כסף, מתן טובת הנאה, וכיוצ"ב" (שם, סעיף 2.2(ב)). נקיטתה של פרשנות רחבה מגשימה את התכלית האנטי-תכנונית של תנאי זה, להבטיח כי רק הקצאת מניות אותנטית, שמי שנהנה ממנה הוא החברה ולא בעלי-המניות שלה, תוחרג מן ההגדרה של פעולה באיגוד מקרקעין ולא תחוב במס (ראו והשוו: נמדר, בעמ' 622; לוי ורוט, סעיף ד').

מה הייתה, אפוא, התמורה בענייננו ומי נהנה ממנה? אין חולק כי התמורה הישירה שניתנה בענייננו היא הערך הנקוב של המניות שהוקצו ששולם לחברת מרכז

רוטשילד וכן העמדת הלוואת בעלים לטובתה (ראו סעיפים 7.2.1 ו-7.2.3 בהסכם ההקצאה, מוצג נ/4). תמורה זו שולמה לחברת מרכז רוטשילד. עם זאת, כפי שבואר לעיל, העמדת הלוואת הבעלים נועדה לשמש כדי לפרוע את התחייבויותיה של החברה לבנק דיסקונט, כפי שאף צוין במפורש בסעיף 5 בהסכם. מאחר שאולפינר היו ערבים באופן אישי להתחייבויות אלה, הרי שפירעונן הוביל בפועל לפקיעתן של ערבויותיהם האישיות (שם, סעיף 3.17; ראו והשוו לעניין גני דולינגר, בעמ' ה-353). על-פני הדברים פקיעת הערבויות הסבה לאולפינר למצער תועלת מסוימת, בכך שהם שוחררו מן הסכנה כי הם אלה שיהיו צריכים לפרוע את ההלוואה של חברת מרכז רוטשילד ככל שהיא לא תצליח להחזירה. עולה השאלה, האם יש בנסיבות אלה לראות בכך תמורה או טובת הנאה שהם קיבלו כנגד הקצאת המניות לגזית גלוב?

איני סבורה כי יש מקום ואף צורך לקבוע מראש כי שחרור מערבות אישית ייחשב תמיד לתמורה עקיפה וראוי לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו. מקובלת עליי הגישה כי באופן עקרוני עשויים להיות מקרים שבהם לא יהיה נכון לראות בכך תמורה (ראו והשוו לסעיף 2.2(ב) בהוראת ביצוע 9/2003, שם צוין כי "בתנאים מסויימים... הקטנת ערבויות בעלים כמהלך אחד עם הקצאת מניות, לא ייחשבו ל'פעולה באיגוד'"; ההדגשה הוספה – מ.ג.). עם זאת, איני מקבלת את הטענה המשתמעת מעמדתם של גזית ואולפינר, אף שיש לה תימוכין בספרות (לוי ורוט, סעיף ו'; הלר, בעמ' א-44-א-45), שלפיה שחרור מערבות אישית לעולם לא יוכל להיחשב תמורה. כאמור, לשונה של הגדרת הקצאה אינה מוגבלת ל"תמורה" מסוגים מסוימים וראוי להנהיג לה פרשנות מרחיבה. אף שהשאלה אם ערבות אכן הייתה ממומשת בפועל אילו בעל-המניות לא היה משוחרר ממנה היא ספקולטיבית ותיאורטית (לוי ורוט, סעיף ו'), אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהשחרור ממנה ייחשב לתמורה. למשל, בנסיבות שבהן מסתבר כי השחרור מערבות הקנה בפועל לבעל-המניות ערך או הסב לו טובת הנאה (ראו והשוו: עניין גוב גיא, פס' 13). הבחינה כפי שצינתי צריכה להיות לגופו של מקרה ובהתאם לנסיבותיו. אעבור אפוא לבחון את נסיבות ענייננו.

84. לשיטתם של גזית גלוב ואולפינר אין לראות בשחרורם של אולפינר מן הערבויות משום תמורה מאחר ששוויו של קניון מרכז רוטשילד היה כשווי החוב מושא הערבות האישית ולכן לא הייתה סכנה ממשית לכך שערבות זו אכן תמומש. איני מקבלת טענה זו. ראשית, אולפינר היו ערבים למלוא החוב לבנק דיסקונט, בסכום של כ-216 מיליון ש"ח. החוב נפרע לאחר שהבנק ניאות למחול לחברת מרכז רוטשילד על 51 מיליון ש"ח מהחוב. בהינתן ששווי הקניון היה כ-182.5 מיליון ש"ח, הרי שערבותם

הייתה גבוהה בכ־33.5 מיליון ש"ח משווי זה. מכאן שאין ממש בטענתם להעדר סכנה למימוש הערבות. ברי כי אם חברת מרכז רוטשילד לא הייתה יכולה לפרוע חובותיה וקניון מרכז רוטשילד היה נמכר, הרי שאף אם הוא היה נמכר במלוא שווי – וזו כשלעצמה הנחה מיטיבה, שהרי ידוע הוא שבעת כינוס נכסים וחדלות פירעון נכסים נמכרים לא אחת בסכומים הנמוכים משוויים בשוק הפתוח – עדיין היו ניצבים אולפינר בפני צורך לפרוע את יתרת הסכום מכוח ערבותם. שנית, טענתם של אולפינר שלפיה אין לראות בשחרורם מהערבות משום תמורה תוביל למסקנה שבעסקה זו הם הסכימו לדילול כמעט מוחלט של מניותיהם ולפגיעה משמעותית בשווי זכויותיהם מבלי שהם זכו לכל תמורה כנגד כך. זו היא כמובן התנהלות שאינה מתיישבת עם שורת ההיגיון העסקי ומנוגדת לאינטרס הכלכלי שלהם: מדוע שיסכימו לדלל את מניותיהם בצורה כה ניכרת ולהקטין במידה משמעותית את זכויותיה בחברה מבלי שיקבלו משהו בתמורה? הדעת נותנת שאם לא הייתה צומחת להם תועלת מן העסקה הם לא היו מתקשרים בה מלכתחילה, שהרי "ההנחה היא שאדם לא יוותר על זכויותיו הכלכליות ללא תמורה" (הוראת ביצוע 9/2008, סעיף 2.2(א)); השוו עוד לעמ"ש (מחוזי ת"א) 1771/95 אל זיו פרויקטים (1993) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין – אזור המרכז, פס' 19 (7.7.1999) (להלן: עניין אל זיו)). כאמור, אני סבורה שבנסיבות אלה התועלת הייתה ללא ספק בשחרורם מן הערבויות האישיות.

מסקנה זו מתיישבת לדעתי עם התכלית החקיקתית שהובילה להחרגתה של הקצאת מניות מהגדרתה של פעולה באיגוד מקרקעין ולא מנוגדת לה כפי שטענו גזית גלוב ואולפינר. כפי שצוין לעיל, התכלית המימונית לא הייתה התכלית היחידה שהנחיתה את המחוקק, שקבע תנאים ברורים שנועדו למנוע ניצול לרעה של החרגה זו. דהיינו, לפנינו תכלית מימונית המשולבת בתכלית אנטי־תכנונית. כאמור, בנסיבות המקרה התנאים שקבע המחוקק לא מתקיימים בשים לב לכך שאולפינר זכו לתמורה בגין הקצאת המניות. אך מעבר לכך, בפועל כלל אין בפנינו מקרה שבו מוכנס משקיע לחברה במטרה להזרים לה הון חדש: לפנינו מקרה שבו המשקיע שהוכנס החליף דה־פקטו את בעלי־המניות הקיימים ונכנס בנעליהם. אין שום הצדקה מימונית ליתן פטור ממש בביצוע הקצאת מניות בנסיבות אלה, השקולות כאמור למכירת מניותיה של החברה. אילו היינו אומרים אחרת, היה בכך כדי לאותת לשוק כי הוחזרה "עטרה ליושנה" וכי אותו תכנון־מס ותיק שחוק מיסוי מקרקעין ביקש למנוע אפשרי שוב.

85. בשולי הדברים: גזית גלוב ואולפינר הפנו לעניין זה לע"מ (מחוזי מר') 1218/01 פלקובי חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' פקיד שומה נתניה, פס' VI(3)

(15.12.2010), שם נקבע כי שחרור מערבות אינו נחשב להכנסה. אולם, יש לזכור כי "תמורה" ו"הכנסה" הם שני מונחים שונים. מעבר לכך, כפי שציין המנהל בצדק אותו מקרה עסק בנסיבות מיוחדות של חברות שהיו בבעלות משותפת של אותם בעלי-מניות ומכל מקום כלל לא התעוררה בו סיטואציה עובדתית של הקצאת מניות. בנסיבות אלה איני סבורה כי הוא רלוונטי לענייננו. הוא הדין גם באשר לטענתם כי לפי הוראת ביצוע 9/2003 עמדתו של המנהל היא כי שחרור מערבות אינו נחשב לתמורה. כפי שפורט לעיל, בהוראת הביצוע צוין כי בתנאים מסוימים שחרור מערבות עשוי לא להיחשב לתמורה. לא נאמר כי זה הוא המקרה תמיד. בכל מקרה, פרשנותה של רשות המסים לרבות בהוראת הביצוע שהיא מפרסמת אינה מחייבת כידוע את בית-המשפט.

בסיכומיהם התייחסו אולפין גם לתיקון מס' 76 לחוק מיסוי מקרקעין משנת 2013. במסגרתו של תיקון זה תוקנה הגדרתה של פעולה באיגוד מקרקעין לצורך מס רכישה שבסעיף 9(ב)(1) ונקבע כי היא כוללת גם הקצאה, כשלעניין זה הוגדרה הקצאה בתור "כל הנפקה של זכויות באיגוד". הם טענו כי העובדה שהמחוקק בחר להטיל מס רכישה על הקצאת מניות באיגוד מקרקעין מבלי לתקן את ההגדרה הכללית של פעולה באיגוד מקרקעין מצביעה על כך שפרשנותם היא הפרשנות הנכונה שיש ליתן להחרגה של הקצאה בהגדרה של פעולה באיגוד מקרקעין. דא עקא, איני סבורה כי התיקון רלוונטי לענייננו. במסגרתו של תיקון זה ביקש המחוקק לקבוע כי בגין הקצאת מניות באיגוד מקרקעין ישולם תמיד מס רכישה. לעומת זאת, ככל שנוגע הדבר למס שבח, הוא ישולם רק בגין הקצאות מסוימות – ויש לשים לב להבדלים בהגדרת "הקצאה" בין הסעיפים – ולא בגין הקצאות אחרות (ראו גם: הלר, בעמ' א'41). בניגוד לעמדתם של אולפין, אין התיקון מצביע על כך שהקצאת מניות לעולם לא תחוב במס שבח. זאת ועוד, בשים לב להבדלים השונים בין מס שבח לבין מס רכישה באיגוד מקרקעין – ובראש ובראשונה באופן חישובם, כשם שבח משולם באיגוד מקרקעין משווי המניות ("הרמת מסך") בעוד שם רכישה משולם משווי המקרקעין – ניתן להבין מדוע מוצא המחוקק לעתים לקבוע למונחים הגדרות שונות לצורך כל אחד מהמסים (ראו והשוו: עניין אל זיו, פס' 8).

86. סיכומם-של-דברים, הקצאת המניות בנסיבות המקרה מהווה פעולה באיגוד מקרקעין ומשכך חייבים בגינה גזית גלוב ואולפין במס רכישה ובמס שבח (בהתאמה).

87. סגל, המערערים בע"א 8175/15, טענו כי יש לפצל את התמורה בגין קניון לב חדרה בין החלקות השונות שעליהן הוא מצוי. לטענתם, כל חלקה מהווה יחידה רישומית נפרדת, שנרכשה במועדים נפרדים וששווייה שונה. במילים אחרות, לפי קר-טיעון זה יש לבצע חישוב נפרד לשבח שצמח בגין כל אחת מהחלקות הרלוונטיות. מטרתם בהעלאתה של טענה זו היא לבצע חישוב נפרד לחלקו החדש של הקניון (שנבנה על חלקה 10/11), ששווי לטענתם גבוה יותר. ועדת הערר דחתה טענה זו וקבעה כי "הקניון נמכר כיחידה אחת. אין טענה ואין ראיה כי ניתן להפרידו ליחידות נפרדות. חישוב שווי הקניון נערך על פי כלל שטח הקניון, ללא הבחנה בין חלקיו השונים" (פס' 52). קביעה זו מקובלת עליי. אין כל בסיס בהוראותיו של חוק מיסוי מקרקעין להפרדה המבוקשת. החוק מטיל מס שבח על מכירתן של זכויות במקרקעין. לא אחת מקרקעין מוקמים על מספר חלקות ומשיקולים כאלה ואחרים לא מבוצע איחוד של חלקות אלה. כאשר המקרקעין על החלקות נמכרים במאוחד, כנכס אחד, והשווי הוא אחד – יש לראות בכך מכירה אחת ונכס אחד. אוסיף כי שווי הקניון חושב כאמור על בסיס ההכנסות הצפויות ממנו. ניסיון לערוך "פיצול" בין ההכנסות הצפויות מהחנויות המצויות בכל חלק ועל בסיסו לגזור את שווי הוא מלאכותי בעיניי והוא מוצע כמובן משיקולי מס גרידא. אדגיש כי העובדה שחלוקה זו מופיעה בחוות-דעת המומחה שהגישו אינה מעידה כשלעצמה על כך שהיא הוכחה. השאלה אם ניתן לחלק את הנכס שנמכר לחלקים לצורך חישוב מס השבח היא שאלה משפטית שבית-המשפט הוא שאמור להכריע בה. כאמור, לכך אין לשיטתי מקום בענייננו. מס השבח צריך להשתלם בגין מכירת הקניון בכללותו.

ג. מועד אירוע-המס (ע"א 1346/15)

88. הצדדים בע"א 1346/15 חלוקים בעניין מועד אירוע-המס, עניין המשפיע על המועד שממנו יש לחשב את חבותן של הנישומות (מליסרון, אשטרום ועופר) בריבית, בהצמדה ובקנסות. סוגיה זו היא פרשנית במהותה ונוגעת לשילובן של מספר הוראות בחוק מיסוי מקרקעין, כפי שיפורט להלן. מועד אירוע-המס לעניין פעולה באיגוד מקרקעין הוא "יום הפעולה", שהוגדר בסעיף 19 בתור "היום שבו נעשתה... הפעולה באיגוד". על בסיס האמור נקבעו מספר הוראות הרלוונטיות לענייננו. ראשית נקבעו הוראות בעניין מועד ההצהרה על ביצוע פעולה באיגוד מקרקעין, שהוגדר בתור "תוך 30 ימים מיום עשיית הפעולה" (סעיף 73(ב)). המנהל נדרש לשלוח למוסר ההצהרה הודעה בדבר סכום המס בתוך 20 ימים מיום שנמסרה לו ההצהרה (סעיף 78(א)); שנית, נקבעו הוראות בנוגע למועד התשלום "תוך 60 ימים... מיום הפעולה באיגוד מקרקעין"

(סעיף 90א). סכומים שלא ישולמו עד למועד זה יישאו הפרשי הצמדה וריבית (סעיף 94א)) וכן קנס של 0.5% בגין כל שבוע פיגור אחרי מועד זה (סעיף 94בא)).

הוראות אלה נוגעות, כמבואר, לפעולה באיגוד מקרקעין. לעתים מבוצעות פעולות באיגודים בידי צדדים הסבורים כי האיגודים אינם איגודי מקרקעין. המנהל זקוק למידע על ביצוען של פעולות אלה כדי שיהיה בידי לבחון אם אכן אין מדובר באיגוד מקרקעין (יצחק הדרי מס שבח מקרקעין כרך ג' 276 (1995) (להלן: הדרי כרך ג')). כפועל יוצא נקבעה בסעיף 16(ג) הוראה המְתַנָּה את תוקפה של פעולה באיגוד בכך ש"מסר עושה הפעולה הודעה בדבר הפעולה שנעשתה וכן כי לדעתו האיגוד שבו נעשתה אינו איגוד מקרקעין". בהמשך הסעיף הודגש כי "אין בהוראה זו כדי לפגוע בחובתו של האיגוד או של עושה פעולה בו לגבי כל אחריות המוטלת עליהם לפי חוק זה, לרבות המס, אם יתברר כי הם חייבים בו." ככל שסבור המנהל כי אכן אין מדובר באיגוד מקרקעין, מורה סעיף 81 כך: "הוברר למנהל כי פעולה באיגוד שנמסרה עליה הודעה לפי סעיף 16(ג)... היא פעולה באיגוד מקרקעין שחייבים עליה במס, יודיע על כך לעושה הפעולה ולמי שהוקנתה לו הזכות באיגוד באותה פעולה, ומי שנמסרה לו הודעה כאמור יהא חייב במסירת הצהרות למנהל כאמור בסעיפים 72ח, 73 ו-75 כאילו עשו את הפעולה ביום שנמסרה להם הודעת המנהל לפי סעיף זה" (ההדגשות הוספו – מ.נ.). הצדדים חלוקים בענייננו באשר למשמעותו של החלק המודגש: הנישומות סבורות כי סעיף זה מביא לדחייתו של יום הפעולה וכפועל יוצא גם של מועד התשלום, אשר ממנו יש כאמור לחשב את חיובי הריבית, ההצמדה והקנסות, ליום שבו נמסרה הודעת המנהל. מנגד, סבור המנהל כי סעיף 81 אך דוחה את מועד ההצהרה, בעוד שיום הפעולה נותר על כנו כאמור בסעיף 16(ג)).

89. במחלוקת פרשנית זו דעתי כעמדת המנהל. סעיף 81 עוסק לפי לשונו במועד ההצהרה. ברגיל מועד ההצהרה הוא כאמור 30 ימים מיום עשיית הפעולה (סעיף 73(ב)). במרבית המקרים מועד זה יחלוף עד שתוגש הודעה לפי סעיף 16(ג) והמנהל יבחן אותה ויחליט אם להשתמש בסמכותו לפי סעיף 81. בנסיבות אלה נחוצה "הארכת מועד" שתקנה למי שנמסרה לו הודעת המנהל לפי סעיף זה די זמן כדי להגיש הצהרה כנדרש. זו היא אפוא תכליתו של סעיף 81 ועל רקעה יש להבין את החיוב "במסירת הצהרות למנהל... כאילו עשו את הפעולה ביום שנמסרה להם הודעת המנהל." פירושו של סעיף 81 כעוסק בדחיית מועד ההצהרה ולא בדחיית יום הפעולה מתיישב גם עם לשונו של סעיף 16(ג) סיפה, המורה כאמור כי אין בחיוב מתן ההודעה לפי סעיף זה "... כדי לפגוע בחובתו של האיגוד או של עושה פעולה בו לגבי כל אחריות המוטלת עליהם לפי חוק זה, לרבות המס, אם יתברר כי הם חייבים בו." במילים אחרות, סעיף

16(ג) – שעל רקעו מופעלת הסמכות לפי סעיף 81 – הוא סעיף העוסק אך במסירת ההודעה למנהל, מבלי שהדבר משפיע על אחריותו של הנישום או על חבות המס שלו. מטבע הדברים, אחריותו של הנישום משתרעת גם על תשלום המס במועד ועל החובה לשאת בהצמדה, בריבית ובקנסות ככל שהוא לא עמד בכך.

לא זו בלבד שעמדתן הפרשנית של הנישומות אינה תואמת את לשונו של סעיף 81, היא גם תביא כפי שצוין בצדק בספרות ל"תוצאה בלתי-סבירה, העומדת בסתירה לתכלית חוק מיסוי מקרקעין כולו... [ושת] גרור תכנוני מס שלפיהם תינתן קודם-כל הודעה לפי סעיף 16(ג) לחוק מס שבח, כדי שבעקבותיה תתקבל הודעת המנהל, והצדדים יזכו בדחיית מס כמתת שמים (או מתת של נסח החוק)" (הדרי כרך ג', בעמ' 170). תוצאה זו אין לקבל. העובדה שלדעת נישומים מסוימים עסקה אינה מהווה פעולה באיגוד מקרקעין אינה אמורה להעניק להם הטבת מס אם מתברר שעמדתם לא הייתה נכונה.

בשולי הדברים אציין כי עמדה פרשנית זו עולה בקנה-אחד עם הכרעתו של המנהל בהשגה שהגישו הנישומות, שם ציין כי "ראינו את מועד ההצהרה בהתאם לקבוע בסעיף 81" (מע/1, נספח א', סעיף 1; ההדגשה הוספה – מ.ג.). קרא: מועד ההצהרה ולא יום הפעולה או מועד התשלום. בנסיבות אלה אין ממש בטענת הנישומות לכך שהמנהל "מושק" מלהציג את עמדתו הפרשנית לאור הכרעתו בהשגה. כמבואר ההכרעה בהשגה נוגעת למועד ההצהרה והיא תואמת את עמדתו הפרשנית שהוצגה בערעור, כמו-גם משקפת את הפרשנות הנכונה שעליה עמדנו כאן.

סיכומם-של-דברים, דינה של טענה זו להידחות. חבותן של הנישומות בריבית, בהצמדה ובקנסות היא בהתאם למועדים הקבועים בסעיפים 94(א) ו-94(ב)(א).

ד. קנסות (ע"א 74/15)

90. בע"א 74/15 טענו אולפינר כטענה חלופית, ככל שיתקבל ערעור המנהל, כי לא היה מקום להטיל עליהם קנסות מאחר שהם דיווחו למנהל באופן מידי על העסקה ועל טענותיהם (המדובר בדיווח לפי סעיף 16(ג) בחוק) והציגו אותן במסגרת הליכים משפטיים. המנהל לא התייחס בסיכומיו לטענה זו, אך מכל מקום דינה להידחות. כפי שצוין לעיל, תכלית הוראותיו הרלוונטיות של חוק מיסוי מקרקעין היא לחייב בקנסות בשל אי-תשלום סכום מס במועד. זאת גם אם החיוב במס נבע משומה שהוציא המנהל,

כמו בענייננו (ראו סעיף 94ב(ב)), המורה ש"לענין קנס לפי סעיף זה בשל פיגור בתשלום המס יראו את תחילת תקופת הפיגור בתום 14 ימים מיום שבו נמסרה השומה לחייב"). אף שנישום רשאי כמובן לנקוט הליכים משפטיים – השגה וערר – והוא אף רשאי לשלם את המס רק לאחר ההכרעה בהם (סעיף 91(ב)), אין בחוק הוראה הפוטרת אותו מתשלום קנסות בנסיבות אלה. ההיגיון הטמון בכך ברור, שהרי אם היה ניתן פטור מקנסות לכל מי שהיה נוקט הליכים משפטיים היה הדבר מעודד נקיטתם של הליכים – לרבות הליכי סרק – בהעדר סיכון אמיתי (ראו והשוו לדבריו של הדרי שצוטטו בפסקה הקודמת באשר לסעיף 81). לצד זאת, הוענקה למנהל סמכות, "אם ראה סיבה מספקת לכך, לפטור אדם מתשלום הקנס שלפי סעיף 94ב, כולו או מקצתו" (סעיף 94ג). סמכות זו כמובן עומדת על מכונה ופתוחה הדרך בפניהם של אולפינר – כמו גם בפניהם של הנישומים האחרים – לפנות למנהל ככל שיימצאו לנכון ולבקש שישתמש בסמכותו האמורה. אדגיש כי איני קובעת מסמרות באשר לשאלה אם ראוי שיעשה שימוש בסמכות זו בנסיבות המקרה והמנהל יפעל כהבנתו ככל שתועבר לו פנייה כאמור ממי מהנישומים.

ה. מניעות (נ"א 1346/15, נ"א 6219/15)

91. במסגרת סיכומי התשובה בע"א 1346/15 טען המנהל כי יש לדחות את טענותיהן של הנישומות (מליסרון, אשטרום ועופר) לקיומם של נכסים נפרדים ממרכז הקניות גם מטעמי מניעות. המניעות צומחת לשיטת המנהל לאור העובדה שבספריהן ובדיווחיהן לרשויות הן דווחו על נכס אחד בלבד והוא מרכז הקניות (לסקירת הדיווחים, ראו פס' 34-35 בפסק-דינה של ועדת הערר). ועדת הערר דחתה את הטענה וקבעה: "דומה כי טענת המניעות כפשוטה דינה להידחות... אין כלל המשתיק בעל דין מלהעלות טענות הסותרים דיווחים שהגיש, בין אם הגישם לפקיד השומה, בין אם הגישם לבורסה לניירות ערך ובין אם כלל אותם בדיווחים לציבור. הסתירות בין ההצהרות השונות אינן צריכות להיבחן במישור המניעות אלא במישור המהימנות... אין בהצהרות אלו כדי להקים מחסום השולל מה[מעוררות] מלטעון כי טיב הנכסים ושווים שונה... אין לגזור בהכרח גזירה שווה מאופן הצגת נכסיו של נישום בדיווח על פי כללים חשבונאיים לצורך אחד, להגדרת הנכסים לצרכים אחרים. עם זאת, ברור כי ככל שלא ימצא הסבר מניח את הדעת לשוני באופן הצגת הנתונים והגדרת הנכסים בדיווחים השונים, תהא להצהרת הנישום בדו"חות הכספיים השפעה על הערכת גרסתו המאוחרת יותר ועל קביעת הממצאים על ידי בית המשפט" (פס' 37). עמדה זו אומצה על-ידי ועדת הערר גם בעניין אלדר. דא עקא, לאחר פסקי-דין של ועדות הערר פורסם פסק-דינו של בית-משפט זה בעניין בראון-פישמן, שבו נקבע:

"הכלל הוא, ואיני רואה סיבה לסטות ממנו, כי רישומו של נכס במאזן... מהווה למצער ראייה לכאורית, ואף מעין 'הודעת בעלת דין'... אין להלום את טענת המערערת לגבי כך שאין לתת משקל להצגה במאזן, ויש לדחות גם את טענתה כי ההצגה נעשתה רק מטעמי תקינה חשבונאית. אף אם טענות מסוג זה עשויות להתקבל לעיתים... בענייננו קשה ביותר לקבלן" (שם, פס' 29).

על רקע דברים אלה, מקובלת עליי טענת המנהל שבאופן עקרוני עשוי המצג שהציג הנישום בדוחותיו הכספיים או בדיווחים אחרים שמסר לרשויות למנוע ממנו את היכולת להציג טענות סותרות במסגרות אחרות, לרבות בהליכים משפטיים. עם זאת, לאור ההבדלים בין החשבונאות לבין דיני המסים (ראו, למשל: ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(4) 795, 800-801 (1992)), יש לבחון כל מקרה לגופו. עשויים כמובן להיות מקרים שבהם לא תצמח מניעות.

מכל מקום, לנוכח מסקנתנו כי הנכסים שלקיומם טענו הנישומים מהווים חלק בלתי-נפרד מהמקרקעין, אין לנו צורך להכריע בשאלה אם בנסיבות המקרה אכן חלה מניעות על הנישומים להציג טענות המנוגדות לאופן שבו דיווחו על הנכסים בדוחותיהם הכספיים. אציין רק זאת: האופן שבו בחרו החברות הרלוונטיות להציג בדוחותיהן הכספיים את מרכזי הקניות שירת את האינטרס הכלכלי שלהן, במובן זה שכך התאפשר להן להכיר בהכנסות של עשרות מיליוני שקלים מעליית השווי של מרכזי הקניות וכפועל יוצא לחלק דיבידנדים בסכומים ניכרים לבעלי-מניותיהן (לגבי חברת חוצות המפרץ שבבעלותה קניון חוצות המפרץ, ראו: מע' 11, בעמ' 4-5; מע' 20, בעמ' 4; לגבי קניונים לישראל שבבעלותה קניון בת-ים, ראו: ער' 13, בעמ' 4-5, 10 (ביאור 1(יד)), 12 (ביאור 3); ער' 14, בעמ' 4-5, 11 (ביאור 4), 18 (ביאור 12(ב)). גם הטענה כי יש להכיר בנכסים נוספים פרט למרכזי הקניות – אף שהדבר מנוגד לאופן שבו הם הוצגו בדוחות הכספיים – הועלתה בשל האינטרס הכלכלי של הנישומים וחסכון המס שיושג באמצעותו. אף שאיני יכולה לשלול שיהיו מצבים שבהם יהיה מוצדק לקבל טענה מסוג זה, נראה לי ששיקולי מדיניות מחייבים הצבת נטל גבוה על כתפיו של נישום אשר מבקש לשכנע כי יש לאפשר לו "לרקוד על שתי החתונות" וליהנות מהטבות כלכליות הן במישור החשבונאות הן במישור המס, חרף היותן מבוססות על מצגים עובדתיים מנוגדים. משקבענו בענייננו כי הנישומים לא הצליחו להוכיח כי אכן מדובר בנכסים נפרדים, ברי כי נטל זה לא הורם.

92. אלדר, המשיבה בע"א 6219/15, הגישה בקשה להוספת ראייה: חוות-דעת של רשות לניירות ערך בעניין הסיווג החשבונאי של נכסי מקרקעין מסוימים. לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, לא מצאתי מקום להיעתר לבקשה.

בטרם נעילה

93. הטענה המרכזית שהועלתה במרבית הערעורים שלפנינו היא כי לצד פעילות הקשורה במקרקעין שבבעלותם (בענייננו, השכרתם של שטחי מסחר) הייתה קיימת לאיגודים הרלוונטיים פעילות עצמאית שאינה קשורה במקרקעין (בענייננו, של הפעלת מרכז קניות). במקרה הנוכחי דחינו טענה זו מאחר שלא הוכח קיומה של פעילות עצמאית כאמור, אך כפי שראינו במקרים שבהם פרט לזכויות במקרקעין יש לאיגוד פעילות עסקית עצמאית ואותנטית שאינה קשורה במקרקעין – למשל ייצור קמח בטחנת קמח או פעילות ייצורית במפעל – הוא לא ייחשב לאיגוד מקרקעין ככל שהפעילות אכן משמשת להפקת הכנסות והיא אינה טפלה למטרותיו העיקרית של האיגוד. דא עקא, לא זו בלבד שאילולא קיומה של הפעילות הנוספת הוא היה נחשב לאיגוד מקרקעין ופעולות במניותיו היו חייבות במסים הרלוונטיים (מס שבח ומס רכישה – ובעבר גם מס מכירה), אלא שגם אם האיגוד היה מוכר במישרין את זכויותיו במקרקעין היו הצדדים לעסקה חייבים במסים אלה. תוצאה הפוטרת כליל את בעליהם של איגוד מקרקעין מתשלום המסים בשל קיומה של פעילות עסקית עצמאית שאינה קשורה במקרקעין לטעמי אינה מוצדקת. היא גם אינה עולה בקנה-אחד עם תכליתם של הכללים בדבר איגוד מקרקעין, שהיא להטיל מסים על מכירתן ועל רכישתן של זכויות במקרקעין גם כאשר אלה מבוצעות בעקיפין, קרי באמצעות עסקה במניותיו של איגוד המחזיק בזכויות במקרקעין. אין לכחד כי הדין הקיים מעודד איגודים המחזיקים בזכויות במקרקעין להכניס אליהם גם פעילויות עסקיות שאינן קשורות במקרקעין או נכסים אחרים שאינם זכויות במקרקעין אשר ישמשו להפקת הכנסות ויעמדו במבחן הטפלות, כדי לצאת מן ההגדרה של איגוד מקרקעין. ראוי שהמחוקק יבחן את הצורך בתיקון ההגדרות הסבוכות הקיימות בהקשר זה בחוק מיסוי מקרקעין, במטרה להביא לכך שכל עסקה במישרין או בעקיפין בזכויות במקרקעין אכן תמוסה. ניתן, למשל, להטיל את המס בגין פעולה בכל איגוד המחזיק בזכויות במקרקעין, בשיעור יחסי ליחס שבין שווי הזכויות במקרקעין לבין שווי האיגוד (ראו והשוו: גורמן ואהרונוביץ', בעמ' 48, 174 ו-183, הערה 124). לדוגמה: אם מניותיה של חברה שוות 1,000 ש"ח והחברה מחזיקה בנכס במקרקעין בשווי 500 ש"ח, הרי שבעת מכירת מניותיה יידרשו הרוכש

והמוכר לשלם מס רכישה ומס שבח (בהתאמה) בגין 50% (500/1000) מהמחיר ששולם תמורת המניות. כמובן שבמקרה כזה תידרשנה הוראות משלימות שתבטחנה שגם מס רווח הון יוטל רק על 50% מהמחיר ששולם, כדי למנוע הטלת כפל מס על המוכר. זה הוא כאמור עניין למחוקק לענות בו.

סוף דבר

94. התוצאה העולה מארבעת הערעורים שלפנינו היא כי אין להפריד בין מרכזי הקניות שבהם עסקינן לבין הנכסים שלקיומם טענו הנישומים, שכולם מהווים חלק בלתי-נפרד מן הזכויות במקרקעין. בנסיבות אלה יש לקבוע כי כל החברות בענייננו שבבעלותן מרכזי הקניות – חברת מרכז רוטשילד שבבעלותה קניון מרכז רוטשילד (ע"א 74/15), חברת חוצות המפרץ שבבעלותה קניון חוצות המפרץ (ע"א 1346/15) וקניונים לישראל שבבעלותה קניון בת-ים (ע"א 6219/15) – הן איגודי מקרקעין; ולפיכך כי הצדדים לעסקות להעברת המניות חייבים בכל המסוים שבהם חויבו בשומות שהוציא להן המנהל, לרבות ההצמדה, הריבית והקנסות הכרוכים בכך (ככל שחיובים אלה הוטלו). כמו-כן ובשים לב למסקנות אלה מלוא התמורה ששולמה לסגל בעסקה שבה מכרו את קניון לב חדרה (ע"א 8715/15) חייבת במס רכישה.

סיכום-של-דברים: הערעורים בע"א 74/15 ובע"א 6219/15 מתקבלים, בעוד שהערעורים בע"א 1346/15 ובע"א 8715/15 נדחים. הנישומים בכל אחד מהערעורים – קרי המשיבים בע"א 74/15 ובע"א 6219/15 והמערערים בע"א 1346/15 ובע"א 8715/15 – יישאו בהוצאות המנהל בסך של 100,000 ש"ח בכל ערעור.

הנשיאה (בדימ')

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של הנשיאה (בדימ') מ' נאור.

שׁוֹפֵט

השופטת ע' ברון:

הערעורים שלפנינו מעוררים סוגיה עקרונית שטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה, ונפרשה באופן מקיף וממצה בפסק דינה של הנשיאה (בדימ') מ' נאור. אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיעה חברתי, על נימוקיה.

בתמצית, השאלה שניצבת לפנינו היא אם חברה המחזיקה במרכז קניות (המופר לרוב כ"קניון") מהווה "איגוד מקרקעין" כהגדרתו בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין) – שאז מכירת מרכז הקניות, או ביצוע עסקה במניות החברה שמחזיקה במרכז הקניות, תגרוור חבות במס שבח ובמס רכישה (ובעבר גם במס מכירה). אין להיפלא אפוא כי עמדתן של החברות הנישומות במסגרת הערעורים שלפנינו, היתה כי הן אינן מהוות איגוד מקרקעין ועל כן אינן חבות בתשלום מס מכוח חוק מיסוי מקרקעין.

מן הראוי לשוב ולהביא את הגדרת איגוד מקרקעין, כלשונה במועדים הרלוונטיים לערעורים, המחילה על החברה מבחן נכסי (הן בעת הרלוונטית לערעור והן כיום):

"איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין, למעט איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה כהגדרתה בפקודה; ולענין זה לא יראו כנכסיו של האיגוד – מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית";

הנה כי כן, הגדרתו של איגוד מקרקעין נחלקת לשלושה חלקים. על פי ההגדרה הבסיסית, איגוד מקרקעין הוא "איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין". להגדרה זו מתווספת הגדרה ממצטת, שעניינה איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה, והיא אינה רלוונטית לענייננו. ולאחריה נמצא הגדרה מרחיבה, שלפיה לא יראו כנכסיו האיגוד "מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית" (ההדגשה הוספה-ע'ב').

הטענה המרכזית שנטענה בתיקים שלפנינו, היא שהחברות הנישומות מחזיקות בנכסים נוספים פרט לזכויות במקרקעין שעליהם הוקמו מרכזי הקניות – ועל כן הגדרת איגוד מקרקעין אינה חלה עליהם. בתוך כך נטען כי הפעילות העסקית המבוצעת על ידי החברות במרכזי הקניות מהווה נכס נוסף ונפרד מן הזכויות במקרקעין ("עסק חיי"); ובדומה לכך נטען עוד, כי הפעילות במרכזי הקניות הצמיחה לחברות מוניטין – שאף הם מהווים נכס נוסף ונפרד מן הזכויות במקרקעין. מדובר בטענה שובת לב במבט ראשון – שכן לכל הפחות מנקודת מבטו של הצרכן הפשוט, מרכז קניות אינו "רק" אוסף של חנויות המרוכזות תחת קורת גג אחת. זה מכבר הצליחו מרכזי הקניות למתג את עצמם כמי שמציעים לצרכן "חוויית בילוי", הכוללת פרט לעריכת קניות גם בילוי במסעדות, בתי קולנוע, פעילויות חינוכיות שונות, ועוד. מבין הצרכנים אף יהיו מי שיידעו להצביע על מאפיינים ייחודיים לחלק ממרכזי הקניות – כדוגמת תמהיל חנויות אטרקטיבי או כזה הפונה לקהל יעד מסוים, ושימוש יצירתי בחללים הציבוריים (למשל למיצגי אומנות ותערוכות שונות). ודומה כי מרכזי הקניות אמנם מאתגרים למצוא דרכים מקוריות וחדשניות במטרה למשוך צרכנים, להעמיק את הקשר עימם ולשמר את נאמנותם. לנוכח האמור ומבלי לטעת מסמרות, אינני שוללת כי ניהול של מרכז קניות עשוי בנסיבות מסוימות להצמיח למרכזי הקניות מוניטין עצמאי הנפרד מהמקרקעין. עם זאת, אין באמור כדי להוביל למסקנה שלפיה המבחן הנכסי הקבוע בחוק מיסוי מקרקעין אינו מתקיים בעניינן של חברות המחזיקות במרכזי קניות. זאת משום שגם אם נצא מנקודת הנחה שמרכז קניות הוא "עסק חיי", שאף נהנה ממוניטין עצמאי הנפרד מן המקרקעין, שותפה אני לדעתה של חברתי כי עסקינן בנכסים טפלים לעיסוק העיקרי של הנישומות. משכך, החברות המחזיקות במרכזי הקניות מהוות איגוד מקרקעין כהגדרתו בחוק.

בענייננו הוברר כי עיקר פעילותן העסקית של החברות המחזיקות במרכזי הקניות הוא השכרת מקרקעין. לקוחותיהם של חברות אלה הם בעלי העסקים השוכרים את שטחי המסחר במרכזי הקניות; והכנסותיהן של החברות נובעות מדמי השכירות שהן גובות. הפעילות העסקית הכרוכה בניהול מרכז קניות, מטרתה בסופו של יום היא למקסם את דמי השכירות – ואין זאת אלא שה"עסק החיי" נטמע בעצם הזכות במקרקעין, ומקדם את המטרה העסקית העיקרית של רווח מדמי שכירות. בהינתן האמור, אף אני סבורה כי ככלל הגדרת איגוד מקרקעין שבחוק מיסוי מקרקעין חלה על חברות המחזיקות במרכזי קניות. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם תכליתן של הוראות חוק מיסוי מקרקעין שעניינן איגודי מקרקעין – שהיא הטלת מס על מכירה ועל רכישה של זכויות במקרקעין, גם כאשר פעולות אלה מבוצעות בדרך של ביצוע עסקה במניות

החברה המחזיקה במקרקעין. סיכומו של דבר, כאמור בפתח הדברים, אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה (בדימ') מ' נאור.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשע"ח (14.12.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

הנשיאה (בדימ')