

הגשמת מטרת המחוקק להרחבת היצע הדיור בישראל באמצעות הפחתת מס רכישה בהשקעה בקרנות להשקעות בנדל"ן

מאת

מאיר אקוניס, עו"ד ; קרן אלון, עו"ד¹

מבוא

כידוע קיימת מחלוקת ארוכת שנים בין רשות המיסים לבין בעלי חברות או שותפויות שיש בבעלותן נכסי מקרקעין, האם ומתי אותם גופים מהווים "איגוד מקרקעין" אם לאו בהתאם לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: "חוק מיסוי מקרקעין" או "החוק") וקיימת פסיקה ענפה בנושא. לתשובה לשאלה זו יש השלכות מיסוי רבות, שכן ככל שאותו איגוד² (קרי חברה פרטית או כל צורת התאגדות פרטית אחרת, כגון שותפות) יסווג כ"איגוד מקרקעין" לפי חוק מיסוי מקרקעין יחול מס שבח ומס רכישה במקרה של מכירת/רכישת מניות³ וכן יחול מס רכישה במקרה של הקצאת מניות למשקיע. כמו כן, ייתכן שיהיו קיימות גם השלכות הנוגעות לחבות במע"מ.

בשנים האחרונות אנו עדים, בין היתר, למקרים רבים של איגודים (לרוב צורת ההתאגדות הנפוצה היא באמצעות שותפויות, אך כמובן כל מקרה לגופו) שמוקמים במיוחד לצורך השקעה בפרויקטים של נדל"ן לבנייה ו/או להשכרה למגורים לטווח ארוך (להלן: "קרן השקעה בנדל"ן" או "הקרן"), אשר מעוניינים לגייס בשלב הראשון כסף מקבוצת משקיעים לצורך השקעה בפרויקטים אלו. כל עוד שלב הגיוס הראשוני של המשקיעים (להלן: "משקיעי היסוד") נעשה בזמן שלקרון אין מקרקעין ברשותה, הרי שניתן להקצות לאותם משקיעי יסוד זכויות ללא מגבלה מההיבט של חוק מיסוי מקרקעין, שכן אותה קרן השקעה בנדל"ן לא מהווה "איגוד מקרקעין" לעניין חוק מיסוי מקרקעין בשלב זה. העיוות המיסוי מתרחש כאשר אותה קרן כבר רוכשת מקרקעין ראשוני, מכספי הגיוס ההתחלתיים שקיבלה ומשלמת מס רכישה ואז בהמשך למרות שעדיין לא הסתיים שלב גיוס המשקיעים,

1. עו"ד מאיר אקוניס הוא שותף ועו"ד קרן אלון היא עורכת דין בכירה ממחלקת מיסים במשרד מיתר | עורכי דין.
2. "איגוד" מוגדר בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין כ"חברה וחברה נכרית כמשמעותן בפקודת החברות, אגודה רשומה כמשמעותה בפקודת האגודות השיתופיות, שותפות הרשומה לפי פקודת השותפויות, אגודה כמשמעותה בחוק העותמני על האגודות 1327";
3. בפועל המשמעות היא תשלום מס רכישה שכן המוכר ישלם בכל מקרה מס על הרווח הנובע מהמכירה, בין אם במסגרת מס רווח הון לפי פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 ובין אם מס שבח לפי חוק מיסוי מקרקעין.

הרי שמאחר שהקרן כבר רכשה מקרקעין היא נחשבת ל"איגוד מקרקעין" לפי חוק מיסוי מקרקעין, וכל משקיע יסוד שייכנס אליה עוד בשלב היסוד יהיה חייב בתשלום מס רכישה עקב השקעתו בה כנגד הקצאה של זכויות בה, ולמעשה מדובר בכפל מס רכישה.

תשלום מס רכישה, על ידי משקיעים בשלב הראשוני שלאחר הקמת קרן השקעה בנדל"ן ורכישת המקרקעין הראשוני על ידה מכביד במקרים מסוימים ומהווה למעשה כפל מס למשקיעי היסוד, שכן בהתאם להוראות חוק מיסוי מקרקעין והפסיקה⁴, התשלום ייקבע בהתאם ל"עקרון השיקוף", קרי בהתאם לשווי המקרקעין (ולא שווי המניות) שבבעלות הקרן, גם אם בבעלות עקיפה באמצעות איגוד מקרקעין נוסף, ולפי חלקו היחסי של אותו משקיע. יוצא אפוא, שהמשקיעים יחשבו פעמיים אם להיכנס להשקעות נדל"ן כאלה.

מטרת מאמר זה היא להצביע על העיוות המיסויי שקיים כיום בקרנות השקעה בנדל"ן בהיבט של הטלת מס רכישה כפול, במקרה המתואר לעיל, ומציע כי רשות המיסים תעדכן את הוראת ביצוע 8/2003 בעניין "מעמדו של איגוד מקרקעין שבבעלותו זכויות במקרקעין שהן מלאי עסקי" (להלן: "הוראת ביצוע 8/2003")⁵ שפרסמה, כך שתתאים למציאות הקיימת ותעניק פרשנות מקילה לתנאים שקבעה שם, על מנת שיותר איגודים חדשים שמוקמים לצורך הקמת פרויקט בנייה למכירה והמקרקעין מהווים אצלם מלאי עסקי יוכלו שלא להיחשב ל"איגוד מקרקעין", דבר שיאפשר להקים קרנות השקעה בנדל"ן מבלי להטיל מס רכישה נוסף על המשקיעים וכך גם יקל על גיוס הון עצמי לרבות ממשקיעים זרים. כמו כן מוצע לתקן את החקיקה, כך שלא יוטל מס רכישה נוסף על משקיעי היסוד עד לסגירת סיבוב ההשקעות הראשוני, גם אם הקרן תרכוש נדל"ן לבנייה או להשכרה למגורים לטווח ארוך, מכספי הגיוס ההתחלתיים שגייסה, והכל כדי להגשים את מטרת המחוקק להגדיל את היצע הדיור בישראל ולעודד משקיעים להשקיע בקרנות השקעה בנדל"ן.

הגדרת "איגוד מקרקעין" ו"פעולה במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין

בטרם נצלול לסוגיה, לצורך הבנת המונחים "איגוד מקרקעין" ו-"פעולה באיגוד" נביא להלן את ההגדרות הרלוונטיות בחוק מיסוי מקרקעין.

"איגוד מקרקעין" מוגדר בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (בנוסחו כיום) כדלקמן:

"איגוד מקרקעין" - איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין למעט איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה כהגדרתה בפקודה ולמעט קרן להשקעות במקרקעין כהגדרתה בסעיף 2א64 לפקודה, בתקופה שעד למועד הרישום למסחר בבורסה כהגדרתו בסעיף 3א64(א)(2) לפקודה, ובלבד שמנייתיה נרשמו למסחר בבורסה כאמור באותו סעיף; ולענין זה לא יראו כנכסיו של האיגוד - מזומנים,

4. ראו לדוגמה, ו"ע 19-05-3307 סבא ונסה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב, "מיסים" ל/1 (מרץ 2022) ה-170 (להלן: "עניין סבא ונסה"); ו"ע 12-05-54914 רפאל פישר אחזקות בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, "מיסים" כז/4 (אוגוסט 2013) ה-303; ע"א 1210/16 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה ואח' נ' בריטיש ישראל השקעות בע"מ ואח', "מיסים" לה/3 (ספטמבר 2021) ה-99.

5. הוראת ביצוע 8/2003 "מעמדו של איגוד שבבעלותו זכויות במקרקעין שהן מלאי עסקי".

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;” [ההדגשות אינן במקור]

כלומר, ההגדרה קובעת כי איגוד מקרקעין הוא איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין⁶ (למעט אם נרשם למסחר בבורסה או שמדובר בקרן ריט שעתידה להירשם בבורסה). כמו כן, מובאת בהגדרה רשימה של “נכסים ניטרליים”⁷ שהם מזומנים, מניות, אג”ח, ני”ע אחרים ומיטלטלין (להלן: “נכסים ניטרליים”), שלא יובאו בחשבון בנכסי האיגוד ככל שהם לא משמשים אותו לייצור הכנסה; או אם הם משמשים את האיגוד לייצור הכנסה, אבל טפלים למטרותיו העיקריות. במקרה כזה על אף קיומם של נכסים אלו, עדיין ייחשב האיגוד כ”איגוד מקרקעין” לעניין חוק מיסוי מקרקעין. משמע, על דרך השלילה, על מנת שהאיגוד יחדל להיות “איגוד מקרקעין” צריכים להיות לו נכסים נפרדים עצמאיים⁸ שאינם נכסי מקרקעין, שמשמשים לייצור הכנסה ואינם טפלים למטרותיו העיקריות.

מן האמור עולה, כי כדי לקבוע האם בפנינו “איגוד מקרקעין” יש צורך במבחן המורכב ממספר שלבים, כדלקמן:

- שלב ראשון, איתור הנכסים של האיגוד.
- שלב שני, מיון הנכסים והבחנה בין נכסים הכלולים בהגדרת “זכות במקרקעין” בחוק מיסוי מקרקעין לבין נכסים אחרים.
- במסגרת השלב השלישי יבוצע מיון של הנכסים האחרים: בין נכסים שאינם משמשים לייצור הכנסה לבין נכסים המשמשים לייצור הכנסה. נכסים שאינם משמשים לייצור הכנסה, קרי “נכסים ניטרליים” אינם רלוונטיים להגדרה של “איגוד מקרקעין” וניתן להתעלם מהם.
- בשלב הרביעי, ייבחנו נכסים שמשמשים לייצור הכנסה והאם הם נכסים טפלים למטרות העיקריות של האיגוד או שמא הם נכסים הקשורים למטרותיו.

יובהר, כי רק אם מתברר כי לאיגוד יש בנוסף לנכסי המקרקעין נכסים נוספים עצמאיים שאינם ניטרליים ואינם טפלים, כלומר נכסים או פעילות המשמשים לייצור הכנסה וקשורים למטרות העיקריות, אזי הוא יוצא מגדרה של ההגדרה של “איגוד מקרקעין”.

כן יצוין, לעניין זה, כי יש מספר החלטות מיסוי שפרסמה רשות המיסים⁹, לפיהן נקבע כי אם שווי הנכסים שאינם זכויות במקרקעין עולה על 10% משווי החברה, יש לקבוע כי לא מדובר באיגוד מקרקעין.

6. כולל החזקה בעקיפין של זכויות במקרקעין באמצעות איגוד מקרקעין נוסף.

7. לעניין הסוגיה האם רשימת הנכסים הניטרליים בהגדרת איגוד מקרקעין מהווה רשימה פתוחה או סגורה - אין עמדה חד משמעית ויש דעות לכאן ולכאן של המלומדים ובית המשפט העליון בעניין גזית גלוב: ע”א 74/15 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות ואח’ נ’ גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע”מ ואח’, במיסים אונליין (14.12.17) (להלן: “עניין גזית גלוב”), לא הכריע בשאלה.

8. עניין גזית גלוב, שם.

9. ראו למשל החלטות מיסוי 5687/12 “הגדרת איגוד מקרקעין - החלטת מיסוי בהסכם”; החלטת מיסוי 4253/11 “הגדרת איגוד מקרקעין - החלטת מיסוי בהסכם”; החלטת מיסוי 42/07 “מעמד של חברה כאיגוד רגיל - החלטת מיסוי בהסכם” מיום 9.2.09.

גם בעניין אספן¹⁰ קבעה ועדת ערר מיסוי מקרקעין בבית המשפט המחוזי בחיפה, כי שותפות ובה נכסים בלתי מוחשיים בשווי העולה על 10% מכלל נכסיה אינה נחשבת כאיגוד מקרקעין.

סעיף 7 לחוק מיסוי מקרקעין קובע כי "המס יוטל על פעולה באיגוד מקרקעין".

"פעולה באיגוד מקרקעין" מוגדרת¹¹ בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין כדלקמן ורלוונטית לעניין מס שבח:

"פעולה באיגוד" - הענקת זכות באיגוד, הסבתה, העברתה או ויתור עליה, שינוי בזכויות הנובעות מזכות באיגוד והכל בין בתמורה ובין בלא תמורה, אך למעט הקצאה; [ההדגשה אינה במקור]

"הקצאה" מוגדרת כהנפקה של זכויות באיגוד שלא נרכשו על ידי האיגוד קודם לכן, אשר תמורתה, כולה או חלקה, לא שולמה למי מבעלי הזכויות באיגוד, במישרין או בעקיפין;

כלומר, עניינו רואות שהקצאת מניות באיגוד מקרקעין הוחרגה מגדר "פעולה באיגוד מקרקעין" לעניין מס שבח, במסגרת תיקון מס' 50 לחוק מיסוי מקרקעין, וזאת בכפוף להתקיימות שני התנאים הבאים:

- א. הזכויות באיגוד מקרקעין לא נרכשו על ידי האיגוד מבעלי הזכויות קודם להקצאתן¹²;
ו-
- ב. לא שולמה למי מבעלי הזכויות באיגוד תמורה, במישרין או בעקיפין. קרי, כל עוד התמורה בגין ההקצאה תינתן לאיגוד עצמו, לא תיחשב ההקצאה כ"פעולה באיגוד". לעניין זה יש לפרש את המונח "תמורה" בפרשנות רחבה, ובכללה תשלום כסף או שווה כסף, מתן טובת הנאה וכיו"ב.¹³

הרציונל לקביעה כי הקצאה לא תיחשב כ"פעולה באיגוד מקרקעין" לעניין מס שבח, נובע מכך שככלל פעולת ההקצאה נעדרת מימוש כלכלי אמיתי, כך שאמנם לאחר ההקצאה קיים דילול בהחזקת בעלי המניות, אך שווי הזכויות של כל בעל מניות לא השתנה.

לעומת זאת, לעניין מס רכישה, המחוקק קבע במסגרת תיקון מס' 76 לחוק כי החל מיום 1.8.2013 פעולה של הקצאת מניות באיגוד מקרקעין כן תחייב את בעל הזכויות באיגוד לו הוקצו זכויות כאמור בתשלום מס רכישה¹⁴ ותוקן סעיף 9(ב)1 לחוק מיסוי מקרקעין בהתאם, אשר קובע כי:

10. ו"ע 615-03-10 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח חיפה, "מיסים" כה/5 (אוקטובר 2011) ה-348.

11. לאחר תיקון מס' 50 לחוק מיסוי מקרקעין (בתוקף מיום 24.5.2002 ויחול על עסקאות מיום 7.11.2001 ואילך).

12. ראו גם הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 9/2003 "הרפורמה במיסוי מקרקעין - איגודי מקרקעין" (להלן: "הוראת ביצוע 9/2003" והוראת ביצוע 9/2008 "הקצאת מניות באיגוד מקרקעין").

13. הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 9/2003.

14. בהתאם להוראות החב"ק (קובץ הפרשנות לחוק מס שבח מקרקעין (חבק מס שבח), הוצאת רוני) לסעיף 9 לחוק מיסוי מקרקעין, בנסיבות בהן בעקבות פעולת ההקצאה לא שונו שיעורי החזקה בחברה, קרי בוצעה הקצאה פרו-רטה, לא תקום חבות במס רכישה.

”9(ב)1 בפעולה באיגוד מקרקעין היא הרוכש חייב במס רכישה בסכום שהיתה חייבת בו מכירת זכות במקרקעין ששוויה הוא החלק היחסי כאמור בפסקה (א1) - משווי כלל הזכויות במקרקעין שבבעלות האיגוד;”

”לעניין סעיף קטן זה, ”פעולה באיגוד” - הענקת זכות באיגוד, לרבות הקצאתה, הסבתה, העברתה או ויתור עליה, שינוי בזכויות הנובעות מזכות באיגוד, והכול בין בתמורה ובין שלא בתמורה; לעניין זה, ”הקצאה” - כל הנפקה של זכויות באיגוד” [ההדגשה אינה במקור]

החלק היחסי מוגדר בסעיף 9(ב)1(א) לחוק מיסוי מקרקעין כדלקמן:

”1(א) החלק היחסי האמור בפסקה (1) הוא כיחס החלק של הזכויות הנמכרות באיגוד המקרקעין לכלל הזכויות באותו איגוד, ואם הזכויות הנמכרות, כולן או חלקן, מעניקות רק זכות לנכסי האיגוד בעת פירוקו (בסעיף זה - זכויות בפירוק) - כיחס האמור או כיחס שבין הזכויות בפירוק הנמכרות כאמור, לכלל הזכויות בפירוק, לפי הגבוה מביניהם;”

כלומר סעיף 9(ב) לחוק מיסוי מקרקעין קובע, כי יראו את רוכש הזכויות באיגוד מקרקעין כאילו רכש חלק יחסי מהמקרקעין עצמם ומס הרכישה יחושב לפי שווי המקרקעין (ולא שווי המניות, כפי שגם נקבע בפסקה)¹⁵.

קרנות השקעה פרטיות בנדל"ן לבנייה או להשכרה למגורים לטווח ארוך

מאמר זה, כאמור, מתמקד במקרה של קרנות השקעה פרטיות בנדל"ן שמוקמות **במיוחד** לצורך השקעה בפרויקטים של נדל"ן לבנייה או להשכרה למגורים לטווח ארוך (special purpose entities). יצוין, כי קיימת עמדה של רשות המיסים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהוראת ביצוע 8/2003, שלמרות שהעמדה של רשות המיסים היא כי סיווג המקרקעין בידי האיגוד כמלאי עסקי או רכוש קבוע, אין בהם, כשלעצמם, כדי לפסול את האיגוד מלהיחשב כאיגוד מקרקעין, יש מקרים מסוימים שניתן להכיר בכך שאיגוד חדש, שהוקם לצורך הקמת פרויקט בנייה למכירה והמקרקעין מסווגים אצלו כמלאי עסקי וכן איגוד שבבעלותו זכויות במקרקעין המהווים מלאי עסקי ויש לו פעילות עסקית ממשית (כמו קבלן בניין או סוחר במקרקעין), לא בהכרח יסווג כ"איגוד מקרקעין" לפי חוק מיסוי מקרקעין, אך זאת רק בכפוף להתקיימות מספר תנאים טכניים ספציפיים שמנויים בהוראת ביצוע 8/2003.

כך למשל, נקבע בהוראת ביצוע 8/2003 לעניין איגודים חדשים שהוקמו במיוחד לצורך הקמת פרויקט בנייה למכירה:

2. איגודים שלא יחשבו כאיגוד מקרקעין

להלן פירוט המקרים והתנאים שבהם לא יראו באיגודים כאיגודי מקרקעין:

...

2.3 איגוד חדש שהוקם במיוחד לצורך הקמת פרויקט בניה למכירה והתקיימו בו כל המבחנים הבאים:

- א. האיגוד מחזיק במקרקעין המסווגים כמלאי עסקי, למעט משרדי האיגוד, המיועדים לבנייה ולמכירה (להלן: "הפרוייקט").
- ב. המקרקעין שבבעלות האיגוד לא נרכשו מגופים הקשורים שיש להם יחסים מיוחדים עם האיגוד או בעליו.
- ג. בסמוך לאחר הקמת האיגוד החלה בניית הפרוייקט ושיווק לרוכשים. הבנייה ושיווק הפרוייקט נעשו באופן רצוף וללא הפסקות.
- ד. בסמוך להתחלת בניית הפרוייקט ובמהלך הקמתו נחתמו חוזה מכירה עם רוכשים שאינם צדדים קשורים.
- ה. לפחות 12 חודשים לפני הפעולה באיגוד החלה בניית הפרוייקט ונחתמו חוזה מכירה עם רוכשים שאינם צדדים קשורים.
- ו. לאחר הפעולה בזכויות האיגוד, ייעודם של המקרקעין לא השתנה והאיגוד המשיך בפעילותו הקודמת.

לאור האמור, נמצאנו למדים כי רשות המיסים קבעה בהוראת ביצוע 8/2003 מספר תנאים מצטברים שרק בהתקיימם, יוציאו לעמדתה את אותו איגוד חדש שהוקם לצורך הקמת פרויקט בנייה מגדר "איגוד מקרקעין". הבחינה של מעמד האיגוד וסיווגו כאיגוד מקרקעין אם לאו תעשה במעמד העסקה, קרי ביום ביצוע הפעולה באיגוד.

יחד עם זאת, יש לקחת בחשבון כי ייתכנו מקרים שיהיה קשה, משיקולים אובייקטיביים שונים ותואמי מציאות, לעמוד בתנאים טכניים מצטברים אלו, שקבעה רשות המיסים על דעת עצמה, כמו למשל בתנאי "שלפחות 12 חודשים לפני הפעולה באיגוד החלה בניית הפרוייקט ונחתמו חוזה מכירה" ואין הצדקה שרק בשל כך תוגדר הקרן כ"איגוד מקרקעין", אם היא עומדת למשל ביתר תנאי הוראת ביצוע 8/2003. כמו כן, יש לזכור שמדובר בעמדה פרשנית בלבד של רשות המיסים והתנאים שנקבעו בהוראת ביצוע 8/2003 אינם קבועים בחוק.

יחד עם זאת, יוער, כי קיימת החלטת מיסוי מקרקעין בהסכם 55/08¹⁶, שבמסגרתה הסכימה רשות המיסים באופן חריג לסטות מעמדתה ביחס לקריטריונים שהיא קבעה בהוראת ביצוע 8/2003 ונתתה לבקשת החברה שלא לסווגה כ"איגוד מקרקעין", למרות שהיתר הבנייה היה אמור להתקבל רק בתוך פרק זמן קצר לאחר הפעולה באיגוד. באותו מקרה כפי שתואר בחלק העובדתי בהחלטת מיסוי 55/08, היו לחברה 13 פרויקטים ש-12 מתוכם עדיין אינם בשלבי בנייה - חלקם בהליכי תכנון, חלקם בשלבים להוצאת היתרי בנייה וחלקם התעכבו בשל בעיות שונות, כמו פינוי פולשים וזיהום קרקע. החברה וחברות הקבוצה פעלו בקרקעות אלה על מנת לקדם בנייה ושיווק של יחידות למגורים ויחידות מסחריות. מרבית זכויות החברה היו רשומות כמלאי עסקי¹⁷. כן צוין בהחלטת מיסוי 55/08, כי בשל פעילות קבלנית של הקבוצה, מדווחות החברות על הכנסותיהן לצורכי מס בהתאם להוראת ביצוע 8/2003. במאי 2008 נרכשו מקרקעין כמלאי עסקי שמיועדים לבניית בניין מגורים ומכירת דירות. באותו שלב, החלה מכירת הדירות בפועל של הפרויקט ובתוך תקופה של כחודשיים צוין כי יוצא היתר בנייה. רשות המיסים, הסכימה במסגרת החלטת מיסוי 55/08, לאשר כבקשת החברה כי משנת 2007 ועד פברואר 2008 לא תיחשב החברה כ"איגוד מקרקעין" לפי חוק מיסוי מקרקעין ועל כן מכירת מניותיה לא תחויב במס רכישה.

לעומת זאת, קיימת פסיקה של ועדת ערר מיסוי מקרקעין בבית המשפט המחוזי בתל-אביב אשר בחרה כן להיצמד להוראת ביצוע 8/2003 וקבעה, כי אם האיגוד לא עמד בכל תנאים המצטברים בהוראת ביצוע 8/2003, הרי שמדובר באיגוד מקרקעין, הכל כפי שיפורט להלן:

- כך למשל, בעניין ש.י.י. נכסים בע"מ¹⁸ נדונה השאלה - האם חברה שהוקמה למטרת ביצוע פרויקט בנייה מהווה איגוד מקרקעין אם לאו והאם חלה עליה הוראת ביצוע 8/2003 לצורך קביעה האם העוררת תחויב בתשלום מס רכישה בשל רכישת מניות החברה.

במקרה שנדון בפסק הדין בעניין ש.י.י. נכסים בע"מ, החברה התקשרה מיד לאחר הקמתה בהסכם קומבינציה לרכישת קרקע למטרת ביצוע פרויקט בנייה. כשמונה חודשים לאחר מכן בוצעה מכירה של מניות. לאחר כמעט שנה מיום הקמת החברה, היא הגישה בקשה להיתר בנייה, כאשר הבנייה החלה רק לאחר כמעט שנתיים מיום הקמתה, לרבות ביצוע פעולות השיווק של הדירות המתוכננות בפרויקט. ועדת הערר, לצורך קביעה האם החברה מהווה איגוד מקרקעין, התבססה על הוראת ביצוע 8/2003 והחליטה לדחות את הערר ולקבוע שכן מדובר באיגוד מקרקעין, בשל כך שהחברה לא עמדה בכל תנאי הוראת ביצוע 8/2003. וזו לשון הדברים:

"בנסיבות העניין מקובל עלינו כי כוונתה של נווה גן הייתה לבצע את מיזם הבניה. אולם בפועל לא נצפתה שום פעילות בשטח לפני שהעוררת רכשה את המניות בנווה גן מהחברה האם. ...

16. החלטת מיסוי בהסכם 55/08 "סיווג חברה כאיגוד מקרקעין - החלטת מיסוי בהסכם" (להלן: "החלטת מיסוי 55/08").

17. למעט מרכז מסחרי ושטחי חניה שנרשמו כרכוש קבוע, מאחר שהחברה מסיבות עסקיות העדיפה שלא לשווקם עד שלא תסיים את הבנייה למגורים באותו פרויקט.

18. ו"ע 1015-07 ש.י.י. נכסים נ' מנהל מס שבח נתניה, "מיסים" כט/3 (יוני 2015) ה-288 (להלן: "עניין ש.י.י. נכסים בע"מ").

הואיל והוראת הביצוע דורשת מפורשות התחלת בניית הפרוייקט וחתימת חוזה מכירה עם רוכשים, לפחות שניים עשר חודשים לפני הפעולה באיגוד, והואיל ואין מחלוקת כי הדרישה המפורשת לעיל לא התקיימה בפועל, אין מנוס מדחיית הערר.

יאמר כי אף אם העיכוב בהתחלת הבנייה בפועל מקורו באילוצים אובייקטיביים בלבד, אין בכך כדי לאפשר לעוררת לחסות בצילה של הוראת הביצוע. מסקנה זו מביאה לדחיית הערר.

כלומר ועדת הערר בעניין ש.י.י. נכסים בע"מ קבעה שמאחר שהעוררת לא עמדה בכל התנאים המצוינים בהוראת ביצוע 8/2003 ובפרט בתנאי "שלפחות 12 חודשים לפני הפעולה באיגוד, החלה בניית פרויקט ונחתמו חוזה מכירה עם רוכשים שאינם צדדים קשורים", אין היא פטורה מתשלום מס רכישה במועד רכישת המניות באיגוד מקרקעין ויש לדחות את הערר¹⁹.

• אף בעניין סבא ונסה²⁰ קבעה ועדת הערר, בין היתר, כי מאחר שהחברה העוררת רכשה מניות בשתי חברות שעסקו בפרוייקט תמ"א לאחר קבלת היתר בנייה, הרי שהיו בידי החברות הנרכשות זכויות במקרקעין באותו מועד, ולכן רכישת המניות מהווה "פעולה באיגוד מקרקעין" החייבת בתשלום מס רכישה. ועדת הערר קבעה, בין היתר, כי העוררת לא הרימה את נטל הראיה שאכן היו לחברות הנרכשות פעילות עסקית ממשית כקבלן בנייה ונכסים עצמאיים אחרים שאינם זכויות במקרקעין, עובר לרכישת מניותיהן על ידי העוררת כטענתה, וכן קבעה כי החברות לא עמדו בכל תנאי הוראת ביצוע 8/2003.

ואלו עיקרי הדברים ביחס לאי עמידה בתנאי הוראת ביצוע 8/2003 :

"הוראת הביצוע מתייחסת לחברה שיש לה פעילות של "קבלן בניין" בשנות המס שקדמו לשנת המס שבה נעשתה הפעולה באיגוד ולאגוד שנחשב כ"סוחר במקרקעין". לגבי איגוד חדש שהוקם במיוחד לצורך הקמת הפרוייקט: כדי שהוא לא יחשב כ"איגוד מקרקעין" עליו לעמוד במספר תנאים של תחילת הבניה, בסמוך לאחר הקמת הפרוייקט, חתימה על חוזה מכירת דירות לפחות 12 חודשים לפני הפעולה באיגוד, התחלת בניית הפרוייקט והחתמת חוזה מכירה עם רוכשים צד ג' (ראה גם סעיף 49 לעיל).

הן ברגסון 5 והן ברגסון 7 לא עמדו בכל תנאי הוראות הביצוע, שכן לא הייתה להן פעילות ממשית של "קבלן בניין" בשנות המס שקדמו לרכישת מניותיהן ע"י העוררת, וכן לא עמדו בתנאי כל הוראת הביצוע לגבי פעילות של איגוד חדש שהוקם לצורך הקמת הפרוייקט במועד עובר לפעולה באיגוד."

19. יוער, כי הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 4166/15), אך הערעור נמחק בהסכמת הצדדים.
20. עניין סבא ונסה, ה"ש 4 לעיל.

דא עקא, כשהפנו העוררות בפסקי דין שונים, כמו למשל בעניין ש.י.י. נכסים ועניין סבא ונסה, להחלטת המיסוי 55/08, שהוזכרה לעיל, ששם נאותה רשות המיסים לסטות מעמדתה הדווקנית ולקבוע שאין מדובר באיגוד מקרקעין, גם במקרה שלא עמדה המבקשת בכל הקריטריונים בהוראת ביצוע 8/2003, ולכן יש לפעול באותו אופן בנסיבות עניינן, השיבה רשות המיסים בעניין ש.י.י. נכסים כי "הגישה הליברלית שבה נהגה הרשות בהחלטת מיסוי 55/08 מקורה בנסיבות שונות מאלה שבפנינו" וכן צוין בעניין סבא ונסה כי "בנוגע להחלטת המיסוי 55/08: עניינה מקרה פרטי של איגוד אשר הייתה בו "פעילות קבלנית" עובר לרכישת המניות ואין המקרה שם דומה למקרה נשוא הערר דנן. כמו כן, לטענת המשיב, החלטת המיסוי האמורה ניתנה לפני הלכת גזית גלוב ועולה מדבריו כי יתכן שכיום החלטה זו לא הייתה ניתנת."

• גם בעניין יהבים ניהול פרויקטים²¹ קבעה ועדת ערר מיסוי מקרקעין בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בנסיבות דומות לפסק הדין בעניין סבא ונסה, כי העוררת רכשה מניות בחברה המהווה "איגוד מקרקעין", שכן בטרם מועד רכישת המניות, התקשרה כבר החברה הנרכשת בהסכם תמ"א עם בעלי הדירות וכבר התקבל היתר בנייה, ועל כן היו בידיה זכויות במקרקעין עובר מועד רכישת המניות. כמו כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין גזית גלוב, לא הצליחה העוררת להוכיח קיומם של נכסים עצמאיים אחרים, שאינם זכות במקרקעין ושלא "נבלעים" בה. לאור האמור, נקבע כי מדובר ב"פעולה באיגוד מקרקעין" החייבת בתשלום מס רכישה לפי הוראות סעיף 9(ב) לחוק מיסוי מקרקעין.

החלטת ועדת הערר לדחות את טענות העוררת ולקבוע כי מדובר ברכישת מניות באיגוד מקרקעין התבססה, בין היתר, גם על הנימוק כי לא התקיימו כל תנאי הוראת ביצוע 8/2003 והיא ציינה כי נכון למועד רכישת מניות החברה על ידי העוררת, טרם מכרה החברה הנרכשת את הדירות המתוכננות בפרויקט, טרם החלה במתן שירותי בנייה ולא הייתה בה פעילות עסקית ממשית לצד התכנון. על כן, נקבע כי לא עמדה בתנאי הוראת ביצוע 8/2003.

לאור האמור לעיל, נמצאנו למדים כי ועדות הערר בפסקי דין שונים, כאשר בחנו את השאלה אם חברה מסוימת מהווה "איגוד מקרקעין" או לא, החליטו להישען, בין היתר, על התנאים המצטברים שקבעה רשות המיסים במסגרת הוראת ביצוע 8/2003 כלשונם, וזאת למרות שבית המשפט אינו כבול לעמדותיה הפרשניות של רשות המיסים, כפי שגם ציין במפורש בית המשפט העליון בעניין גזית גלוב בהקשר אחר, כאשר ביקשה המערערת להישען על החלטות מיסוי שפורסמו כדי לנסות להצביע שגם בעניינה אין מדובר באיגוד מקרקעין:

"מכל מקום, יש לזכור כי בית-המשפט אינו כבול לעמדותיה הפרשניות של רשות המיסים (בין אם אלה מבוטאות בקובצי הפרשנות שהיא מפרסמת, בין אם הן מובעות במסגרתן של החלטות מיסוי או בדרכים אחרות)."

לדעתנו, ראוי היה אם ועדות הערר לא היו נשענות באופן בלעדי על התנאים הטכניים של הוראת ביצוע 8/2003 ללא אפשרות לסטות מהם במקרים המתאימים, גם אם לבסוף ייתכן שהיו מגיעות לאותה תוצאה כי מבחינה מהותית מדובר באיגוד מקרקעין.

21. ו"ע 17022-09-19 יהבים ניהול פרויקטים לבניה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין מחוז תל אביב, מיסים אונליין (30.11.2021).

יש לזכור, כי הוראות מקצועיות שמפרסמת רשות המיסים הן בבחינת הנחיות מנהליות אשר לא נקבעו בחקיקה ו/או הלכה פסוקה מחייבת של בית משפט העליון. על כן, כל עוד התנאים הטכניים שקבעה רשות המיסים בעצמה במסגרת הוראת ביצוע 8/2003 לא נקבעו בחקיקה, יש לראותם כהנחיה בלבד, שאינה מחייבת את בתי המשפט.

כאמור לעיל, בפרקטיקה, קיימים מקרים רבים של קרנות להשקעה בנדל"ן שמוקמות במיוחד לצורך השקעה בפרויקטים של נדל"ן לבנייה ו/או להשכרה למגורים לטווח ארוך, אשר מעוניינות לגייס כסף ממשקיעים לצורך השקעה בפרויקטים אלו. לעיתים הליך גיוס ההון ממשקיעים יכול לקחת זמן, במיוחד במקרים שתמהיל המשקיעים כולל גם משקיעים תושבי חוץ. ככל שאותה קרן, בטרם סיימה את הליך גיוס המשקיעים הסופי, מחליטה לרכוש, מההון הראשוני שגייסה, נכס מקרקעין כדי להתחיל בפעילותה, הקרן כבר "מתלככת" החל מאותו מועד ותיחשב כ"איגוד מקרקעין" לעניין חוק מיסוי מקרקעין. המשמעות המיסויית היא שלמרות שהקרן כבר שילמה מס רכישה בגין נכס המקרקעין שרכשה, בכל שלב שייכנס משקיע נוסף לקרן לאחר מכן, הוא יחויב בתשלום מס רכישה עקב השקעה כנגד הקצאה באיגוד מקרקעין לפי חוק מיסוי מקרקעין, כך שלמעשה מדובר בהטלת כפל מס רכישה בגין אותו נכס. באופן דומה, גם אם הקרן רכשה מקרקעין ראשוני לצורך התחלת פעילותה וסיווגה אותו בספריה כמלאי עסקי, ככל שאותה קרן תיחשב ל"איגוד מקרקעין", בגלל שלא עמדה בתנאי טכני מסוים שקבעה רשות המיסים בהוראת ביצוע 8/2003, הרי שגם במקרה הנ"ל יחויב כל משקיע נוסף בקרן (לאחר מועד רכישת המקרקעין על ידי הקרן וסיווגה כ"איגוד מקרקעין") בתשלום מס רכישה נוסף. ברור שהטלת מס רכישה על המשקיעים, במיוחד שמדובר בסכומים לא מבוטלים, עלול לפגוע בכדאיות העסקית שלהם מלהשקיע בפרויקטי נדל"ן, באמצעות קרנות להשקעה בנדל"ן, ובכך נחטיא את מטרת המחוקק לעידוד השקעה לבנייה לשם הגדלת היצע הנדל"ן בישראל.

כן יוער, כי בשנים האחרונות אנו עדים לכך שיש התעניינות רבה מצד משקיעים זרים להשקעה בנדל"ן מניב באמצעות קרנות השקעה בנדל"ן, במיוחד לצורך רכישת דירות מגורים להשכרה לטווח ארוך, והטלת כפל מס רכישה כאמור מפחיתה מהכדאיות שלהם בהשקעות אלה ואכן לראיה יש מיעוט של משקיעים זרים בקרנות השקעה בנדל"ן בארץ. כמו כן, בתקופה האחרונה קיים קושי לקבלנים להשיג הון עצמי ולכן גם מינוף. ככל שרשות המיסים תאפשר גמישות להקמת קרנות השקעה בנדל"ן מבלי להטיל מס רכישה נוסף על המשקיעים בשלב גיוס ההון הראשוני (גם אם הקרן כבר "התלככה" ונהפכה לאיגוד מקרקעין), האמור יאפשר לגייס הון עצמי, לרבות ממשקיעים זרים, וכך גם להגשים את מטרת המחוקק לעידוד בנייה.

כמו כן, כאמור לעיל, יש לקחת בחשבון כי קיים קושי במבחן המציאות לעמוד בתנאים הטכניים המצטברים שקבעה רשות המיסים על דעת עצמה בהוראת ביצוע 8/2003, כמו למשל בתנאי "שלפחות 12 חודשים לפני הפעולה באיגוד החלה בניית הפרויקט ונחתמו חוזה מכירה" ואין הצדקה שרק בשל כך תוגדר הקרן כ"איגוד מקרקעין", אם היא עומדת למשל ביתר תנאי הוראת ביצוע 8/2003. על כן ראוי במקרים אלו, כי רשות המיסים תיתן פרשנות מקילה ותאפשר גמישות, גם אם קרן להשקעה בנדל"ן לא תעמוד בתנאי טכני מסוים בהוראת ביצוע 8/2003 ו/או תאריך את המועדים המצוינים בה על מנת לאפשר ליותר קרנות להשקעה בנדל"ן להוכיח כי אכן יש להן פעילות עסקית ממשית ואין לסווגן כאיגוד מקרקעין.

הצעת תיקון לחקיקה

לאור האמור לעיל ועל מנת להגשים את מטרת המחוקק לעידוד השקעה בפרויקטים נדל"ניים תוך הרחבת היצע הדיור בישראל, מוצע לקבוע בחקיקה תקופה של מספר חודשים ממועד הקמת הקרן להשקעה בנדל"ן ועד סגירת סיבוב ההשקעות הראשוני, שבמסגרתה ניתן יהיה בשלב ההתחלתי לגייס כספים מקבוצת משקיעי היסוד ולהקצות להם זכויות בקרן, גם אם הקרן תרכוש נדל"ן לבנייה של דירות מגורים או להשכרה למגורים לטווח ארוך, וזאת מבלי שמשקיעי היסוד יחויבו במס רכישה נוסף. כמו כן מוצע, לעדכן את הוראת ביצוע 8/2003 כך שתתאים למציאות הקיימת ולהגמיש את התנאים שנקבעו במסגרתה.

סיכום

במאמר זה, ניסינו להצביע על הבעיה הקיימת כיום בהיבט של הטלת מס רכישה כפול במקרה שקרן השקעה בנדל"ן מתחילה לרכוש מקרקעין, מכספי הגיוס ההתחלתיים שקיבלה בטרם סגירת סיבוב ההשקעות הראשוני ממשקיעי היסוד (שעלול לקחת זמן), כדי להתחיל בפעילותה ומשלמת מס רכישה, אך מאחר שבמועד רכישת המקרקעין, הקרן כבר "מתלככת" ונהפכת לאיגוד מקרקעין לפי חוק מיסוי מקרקעין, הרי שכל הקצאה למשקיע הנחשב למשקיע יסוד החל ממועד זה ואילך מהווה "פעולה באיגוד מקרקעין" לפי חוק מיסוי מקרקעין, ועל כן יחויב אותו משקיע בתשלום מס רכישה פעם נוספת על הקצאת זכויות בגין השקעתו.

כמו כן, למרות שרשות המיסים נאותה לאפשר לאיגודים חדשים שמוקמים לצורך הקמת פרויקט בנייה והמקרקעין מסווגים אצלם כמלאי עסקי, שלא להיחשב כ"איגוד מקרקעין", הרי שזאת יעשה רק בכפוף להתקיימות של מספר תנאים טכניים מצטברים המצוינים בהוראת ביצוע 8/2003, שיש קושי במבחן המציאות לעמוד בהם. כמו כן, לעמדתנו, אין הצדקה שרק בשל אי עמידה בתנאי מסוים מתוך רשימת התנאים המנויים בהוראת ביצוע 8/2003, תוגדר הקרן כ"איגוד מקרקעין" ויש לזכור שמדובר בעמדה פרשנית בלבד של רשות המיסים ושהתנאים שנקבעו בהוראת ביצוע 8/2003 אינם קבועים בחוק ו/או אין מדובר בהלכה פסוקה מחייבת של בית משפט העליון. בנוסף, יש לזכור כי בתקופה האחרונה קיים קושי לקבלנים להשיג הון עצמי ולכן גם מינוף. ככל שרשות המיסים תגמיש את עמדותיה ותאפשר להקים קרנות השקעה בנדל"ן מבלי להטיל מס רכישה נוסף על המשקיעים בשלב גיוס ההון הראשוני (גם אם הקרן כבר נחשבת לאיגוד מקרקעין), האמור יאפשר לגייס הון עצמי, לרבות ממשקיעים זרים, וכך גם להגשים את מטרת המחוקק לעידוד בנייה.

לפיכך, ניסינו במאמרנו למצוא פתרונות כדי למנוע הטלת כפל מס רכישה ובכך גם להגשים את מטרת המחוקק להגדיל את היצע הדיור בישראל ולעודד משקיעים (לרבות משקיעים זרים) להשקיע בקרנות להשקעה בנדל"ן לבנייה ו/או להשכרה למגורים לטווח ארוך ומוצע כי: (א) רשות המיסים תאפשר גמישות ותעניק פרשנות מקילה לתנאים שקבעה במסגרת הוראת ביצוע 8/2003; (ב) כמו כן, מוצע לתקן את החקיקה, כך שייקבע "חלון הזדמנויות" למשך תקופה של מספר חודשים, ממועד הקמת הקרן להשקעה בנדל"ן ועד סגירת סיבוב ההשקעות הראשוני, שבמסגרתו ניתן יהיה לגייס כספים מקבוצת משקיעי היסוד ולהקצות להם זכויות בקרן, גם אם הקרן תרכוש מקרקעין, וזאת מבלי שמשקיעי היסוד יחויבו במס רכישה נוסף.