

מיסוי פעולה באיגוד מקרקעין - המצוי והרצוי

מאת

שלמה חסידים, רו"ח רם יולוס, עו"ד

1. מבוא

בימים אלו הרוחשים שינויים, תיקונים ורפורמות בחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963 (להלן - "החוק"), נדרשנו לבחינת ההסדר הקבוע בחוק בכל האמור למיסוי פעולות ב"איגוד מקרקעין".

כפי שנראה להלן, העלתה בדיקתנו, כי ההסדר הקבוע כיום בחוק ובמיוחד בסעיף 14 שבו אינו מספק בלשון המעטה. יתר על כן, כפי שנראה להלן, הסדר, כאמור, יוצר עיוותים הפוגעים חליפות ברשות מס הכנסה וחליפות בנישומים, וזאת בדרך של קביעת חסר מס ולחילופין כפל מס.

במאמרנו זה ננסה לבחון את כלל העיוותים הקיימים כיום בחוק בכל האמור למיסוי פעולות באיגוד מקרקעין ולהציע פתרונות אפשריים במסגרת החוק הקיים. כבר עתה נקדים ונאמר, כי כל פתרון באשר הוא הינו זמני ואין בו כדי להחליף את התערבותו הנדרשת של המחוקק. יתר על כן, ברצוננו להדגיש כבר עתה, כי הפתרונות המוצעים במאמרנו זה הינם על דעתנו בלבד ואין בהם, בשום מקרה, בכדי לשקף את דעת הנציבות.

2. איגוד מקרקעין - ההגדרות הרלוונטיות

חוק מס שבח בסעיף 7 שבו קובע את עיקרון הטלת המס על פעולה באיגוד. בסעיף בא לידי ביטוי רצון המחוקק למנוע התחמקות מתשלום מס שבח במכירות מקרקעין באמצעות שימוש בתאגידים בעלי הזכויות במקרקעין, באופן שמכירת המקרקעין תיעשה באמצעות מכירת המניות או לחילופין הקצאת מניות באותם תאגידים⁽¹⁾. מאפיין לרצונו זה של המחוקק למנוע התחמקות ממס ניתן למצוא, בין היתר, בהגדרות הרלוונטיות לנושא מיסוי איגודי מקרקעין ובהן הגדרת המונחים "זכות באיגוד" ו"פעולה באיגוד" אשר, כפי שנראה להלן, נוסחו בצורה רחבה ביותר.

כך בסעיף 1 לחוק מוגדר המונח "זכות באיגוד". מן ההגדרה עולה, כי המחוקק קבע שלושה תנאים מצטברים לקיומה של זכות באיגוד, והם:

א. המדובר בזכות המוענקת במסמכי ההתאגדות או על פיהם או בהסכם בין חברי האיגוד.

ב. הזכות היא מסוג הזכויות המנויות בסעיפים קטנים (1) עד (4) להגדרת המונח "זכות באיגוד" בסעיף 1, כאמור.

ג. הזכות המוענקת כאמור בסעיפים א' ו-ב' לעיל מקנה, או נותנת לבעליה את הזכות לדרוש, אחת משתיים:

1. טובת הנאה באיגוד מעבר לשכר סביר.

2. זכות לתפוס את נכסי האיגוד.

מלשון ההגדרה האמורה ניתן ללמוד, כי בהגדרת המונח "זכות באיגוד" נקט המחוקק לשון כוללנית, שנועדה לחול על מגוון מקרים ולמנוע בכך התחמקות מתשלום מס בעת ביצוע פעולה באיגוד. כן ייכללו בגדר המונח, בין היתר, זכות לניהול האיגוד, זכות לקבלת רווחיו, זכות לרווחיו בפירוק ואף זכויות אובליגטוריות לזכויות האמורות, היכולות לשמש, כל אחת מהן בנפרד, בגדר זכות באיגוד כהגדרתו בסעיף 1 לחוק(2).

באופן דומה, עיון בהגדרת המונח "פעולה באיגוד" בסעיף 1 לחוק מלמד כי המחוקק נקט, פעם נוספת, לשון כוללנית, הבאה לתפוס בגדר המונח "פעולה באיגוד" את מרבית הפעולות אותן ניתן לבצע במישרין או בעקיפין, בהווה או בעתיד, באופן אשר יש בו, כלכלית, כדי להשפיע על שיעור ההחזקה באיגוד, והכל בתמורה או שלא בתמורה.

כפי שנראה במאמרנו להלן, נקיטת לשון כוללנית כאמור, יחדיו עם הוראות חישוב השבח בפעולה באיגוד (סעיפים 12 ו-14 לחוק), יש בהם כדי להקים אפשרות למיסוי אנומלי של פעולות באיגוד מקרקעין - מיסוי אשר לעיתים אין בינו לבין המציאות הכלכלית ולא כלום. עדיין, במסגרת מאמרנו להלן בחרנו להרחיב את היריעה בכל האמור לסעיף 14 בלבד(3).

3. **השבח בפעולה באיגוד מקרקעין לפי סעיף 14 לחוק מס שבח - כרוניקה של כפל מס ידוע מראש**

סעיף 14 לחוק קובע את דרך חישוב השבח בפעולה באיגוד מקרקעין כדלקמן:

"(א) בכפוף להוראות סעיפים 38, 43 עד 45, השבח בפעולה באיגוד מקרקעין הוא חלק יחסי - כאמור בסעיף קטן (ג) - מהשבח שהיה לאיגוד לפי חוק זה אילו מכר את כל זכויותיו במקרקעין ביום הפעולה.

(ב) בחישוב השבח כאמור בסעיף קטן (א) יובא בחשבון גם חלק יחסי - כאמור בסעיף קטן (ג) - מהזכויות במקרקעין של איגוד מקרקעין שלאותו איגוד זכויות בו.

(ג) החלק היחסי כאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הוא כיחס החלק בנכסי איגוד המקרקעין שהזכות המוקנית מזכה את בעליה בנכסי אותו האיגוד בעת פירוקו, לכלל נכסי אותו האיגוד; ואם אין הזכות מזכה לחלק בנכסי האיגוד בעת פירוקו, יהיה החלק היחסי כיחס שבין אותה זכות לכלל הזכויות באיגוד מאותו סוג".

סעיף 14 לחוק מס שבח קובע את דרך חישוב המס בפעולה באיגוד מקרקעין בקובעו הליך תלת-שלבי לחישוב המס: (4)

א. שלב ראשון - רעיוני: חישוב השבח אילו היה האיגוד, ולא עושה הפעולה, מוכר את כל זכויותיו במקרקעין. בקביעת יום הרכישה לצורך חישוב, כאמור, ייעשה שימוש בסעיף 38 לחוק.

ב. שלב שני: חישוב חלקו היחסי של עושה הפעולה מהשבח על פי שיעור הזכות הנמכרת.

ג. שלב שלישי: חישוב המס החל על בעל המניות בהתאם לנתונו האישיים, ובכלל זאת שיעור המס או ניכויים הנגזרים, בין היתר, ממועד רכישת מניותיו באיגוד.

יצוין, כי הלבשת סעיף 38 על השלב הראשון הקבוע בסעיף 14 - שלב החישוב הרעיוני - נועד בעיקרו להתאים את חישוב השבח הרעיוני לנתוני מוכר מסוים. כך, שילוב הסעיפים כאמור, יש בו כדי ליצור הבחנה בחישוב השבח הרעיוני במכירת מניות באיגוד על ידי מספר בעלי מניות אשר רכשו את מניותיהם במועדים שונים. ברי, כי במצב, שבו, לדוגמא, נמכרו מניות באיגוד על ידי שלושה בעלי מניות אשר רכשו את מניותיהם בשלושה מועדים שונים, יש לבצע את החישוב הרעיוני שלוש פעמים בנפרד. בנוסף, יש בשילוב סעיפים 14 ו-38 כדי ליתן פתרון לחישוב השבח הרעיוני במכירת מניות באיגוד אשר רכש קרקעות שונות במועדים שונים, שאז יש לבצע חישוב שבח רעיוני בגין כל רכישה בנפרד.

במאמרנו זה שמנו לנו למטרה להיכנס לטכניקת חישוב השבח בהליך התלת-שלבי, כאמור, ובמיוחד בכל הנוגע לשאלת קביעתו של אותו חלק יחסי המאוזכר בסעיפים (א), (ב) ו-(ג) לסעיף 14 לחוק. ברי, כי קביעת שיעורו של החלק היחסי מכלל הזכויות המצויות בידי עושה הפעולה, או לחילופין מכלל הזכויות המרכיבות את הזכות הכוללת באיגוד, יש בה כדי לקבוע במישרין את שיעור השבח אשר ייחס לעושה הפעולה בגין פעולתו.

כפי שהראנו בדיוננו בהגדרת המונח "זכות באיגוד" בסעיף 3 לעיל, כוללת הגדרה זו מצבור זכויות היכולות לשמש כל אחת לכשעצמה מושא לפעולה באיגוד. יתר על כן, מגוון הזכויות באיגוד אותן ניתן ליצור, כאמור, רחב מרשימת הזכויות בתאגיד, שאותן ניתן להעניק על פי הוראות פקודת החברות.

המחוקק, בהיותו מודע לבעייתיות הקיימת בקביעת שיעור מכירת הזכות באיגוד, כאמור, בא בסעיף 14 לקבוע הסדר לחישוב שיעור הזכות הנמכרת, הסדר הנחלק בעיקרו לשניים:

א. **סעיף 14(ג) רישא לחוק** - לפיו במקום שבו, במסגרת פעולה אחת באיגוד, מוקנות זכויות בפירוק בלבד, או זכויות מסוגים שונים ובכלל זה זכויות בפירוק, יחושב השבח היחסי לפי **שיעור הזכויות בפירוק**.

כך, על פי ההסדר האמור, במקום שבו מוקנות זכויות מסוגים שונים באיגוד במסגרת פעולה אחת ובכלל זה זכויות בפירוק, יחושב השבח היחסי על פי זכויות לנכסים בפירוק בלבד, תוך התעלמות מוחלטת מיתרת הזכויות אשר הועברו, ומשיעורן.

ההגיון בהסתמכות זו על שיעור הזכויות לנכסי האיגוד בפירוק משמעה יצירת זיקה בין הזכות השיורית הקיימת לבעל המניות לקבל המקרקעין, פיסית, להבדיל מהזכות לדיבידנד המהווה זכות לתשואה על הנכסים הקיימים באיגוד ולענייננו נכסי המקרקעין. עדיין, חשוב לדעתנו לזכור, כי הזכות לקבלת נכסי האיגוד בפירוק הינה, לרוב, הזכות החלשה ביותר הקיימת לבעל מניות בחברה - זכות שלכשעצמה, בהיעדר כל זכויות אחרות, חסרה כל אפשרות השפעה על פעילות החברה ובכלל זה על האפשרות להביא לפירוק החברה ולקבלת המקרקעין בידי בעלי המניות.

יתר על כן נראה לנו, כי בחירת הזכות לקבלת נכסי האיגוד בפירוק כזכות העיקרית המשמשת מודד לשיעור המכירה כולו נסמכת, לדעתנו, בין היתר על עובדת קיומו של סעיף 71 לחוק המאפשר, בתנאים הנקובים בו, להעביר את הקרקע לבעלי המניות אגב פירוק האיגוד, וזאת ללא קיום חבות במס שבח. עדיין כיום כאשר נציבות מס הכנסה שוקלת ביצוע שינויים בסעיף 71, נראה לנו, כי אם תצא כוונה זו אל הפועל יביא הדבר לפיחות בשווי הזכות לנכסים בפירוק, פיחות שיחייב בחינת הצורך בשינוי סעיף 14 ושליחת מעמדה העודף של הזכות לפירוק. מאידך יש לזכור, כי אף אם יבוטל הפטור, תהיה זכות הפירוק זכות עיקרית שתשמש בידי בעל מניות ברצונו לתפוס פיסית בקרקע.

על פי לשון הסעיף, די בהעברת חלק מזכויות בעלי המניות לנכסי האיגוד בפירוק יחד עם זכויות אחרות בשיעור גבוה יותר, על מנת ליצור מצב לפיו שיעור הזכות המועברת יהא, כאמור, על פי זכויות הפירוק בלבד - עובדה היוצרת עיוות כלכלי וכר נרחב לתכנוני מס (ובמיוחד לאור העובדה, כי בפועל, כפי שצויין, מהווה זכות לקבלת נכסים בפירוק משום זכות זניחה ליתרת הזכויות בחברה).

כך, על פי הסדר כאמור, העברת מניות המקנות זכויות בפירוק בשיעור 5% יחד עם מניות המקנות זכויות לניהול החברה ולקבלת דיבידנד בשיעור 90% תביא, על פי לשון הסעיף כפשוטה, למיסוי מכירת 5% מן הזכויות בלבד.

תמיד קיימת לפקיד השומה האפשרות לנסות ולמנוע תכנוני מס, כאמור, באמצעות שימוש בסעיף 84 לחוק על כלל בעיות ההוכחה והיישום הקיימות בו.

ב. **סעיף 14(ג) סיפא לחוק** - אם בפעולה מוקנות זכויות באיגוד מסוג אחד או יותר, שאינן כוללות זכויות בפירוק, יחושב השבח היחסי על פי שיעור הזכות המוקנית מכלל הזכויות באיגוד מאותו סוג.

במצב דברים זה, בהיעדר זכות שיווית לפירוק בכלל הזכויות המועברות, קבע המחוקק, כי קביעת הזכות המועברת תיעשה על פי בחינת יחס הזכויות אשר הועברו בפועל.

כפי שניתן לראות, יוצרת שיטת חישוב השבח הקבועה בסעיף 14, כאמור, אפשרות ממשית לכל מס בגין מכירת זכויות באיגוד מקרקעין, זאת באותם המקרים בהם ביצוע פעולה באיגוד מקרקעין ייעשה בשלבים שונים, במסגרתם יועברו זכויות שונות באיגוד, בנפרד או בחלקים שאינם חלקים שווים.

ניקח לדוגמא, מקרה שבו בעל מניות אחד מחזיק את כל זכויות ההצבעה באיגוד ואותן בלבד. בעל מניות שני מחזיק את כל הזכויות לרווחים באיגוד ואותן בלבד. בעל מניות שלישי מחזיק את כל הזכויות לנכסי האיגוד בפירוק ואותן בלבד. לפי נוסח החוק, כאשר כל אחד מהם מוכר את מניותיו הוא מתחייב במס לפי 100% מהשבח, כך שלמעשה עשוי להשתלם מס על 300% מהשבח.

באופן דומה, בעל מניות המחזיק מניות שונות המקנות לו זכויות שליטה באיגוד ומניות אחרות המקנות לו זכות לדיבידנדים וזכות לנכסי האיגוד בפירוק עשוי להתחייב במס פעמיים בגין החזקתו, אם לא יתכנן צעדיו בקפידה וימכור את מניותיו בנפרד.

סעיף 14(ג) מביא, על פי לשונו, לאי בהירות נוספת מכיוון שמנוסח הסעיף עולות שתי פרשנויות חלופיות אפשריות:

א. מנוסח הסעיף ניתן להסיק, כי על פי לשונו נתכוון הסעיף לפרשנות בה נקטנו עד עתה, לפיה במכירת סוגי מניות שונים, כאשר כל מניה מקנה זכויות שונות באיגוד, יש לבדוק את כלל המניות כמיקשה אחת ולבחון, האם מכלל המניות, כאמור, נמכרו מניות המקנות זכויות לנכסים בפירוק, שאז ייקבע שיעור המכירה לפיהן.

ב. לחילופין ניתן לפרש את הסעיף על פי לשונו כמתווה עיקרון, לפיו בחינת הזכויות, כאמור, תהא לכל סוג מניות בנפרד. פרשנות זו נסמכת על לשון הסעיף הנוקט במינוח "זכות" ביחיד ולא זכויות ברבים. בכך - יחדיו עם העובדה, כי ניתן לראות בכל מניה בנפרד, או לחילופין כל סוג מניות, משום זכות באיגוד כהגדרת המונח בחוק - יש לכאורה כדי לתמוך בפרשנות זו. על פי דרך פרשנות זו, במצב שבו נמכרים שלושה סוגי מניות המקנים זכויות שונות, יש לראות בכך משום ביצוע שלוש פעולות שונות.

נראה לנו, כי נקיטה בדרך פרשנות שניה זו יש בה כדי להביא לאבסורד, שספק בעינינו אם אליו נתכוון המחוקק.

לשון סעיף 14 יוצרת בעיה נוספת לעניין קביעת שיעור המכירה במכירת זכויות שונות באיגוד, שאינן כוללות זכויות לנכסי האיגוד בפירוק.

נוסחו של סעיף 14 כפי שנתקבל בכנסת אינו זהה לנוסח הצעת החוק⁽⁵⁾ לפיה הוצע, כי בכל מצב שבו הוקנו זכויות מסוגים שונים בשיעורים שונים, ייעשה החישוב לפי הזכויות המוקנות ששיעורן הוא הגבוה ביותר. מאחר וכאמור הצעה זו לא התקבלה, אין כיום כל התייחסות לשאלה, מה הדין במקרה של הקניית זכויות באיגוד מסוגים שונים ובשיעורים שונים אשר אינן כוללות זכויות בפירוק.

כך, לדוגמא, כאשר אדם מחזיק 20% מזכויות ההצבעה באיגוד ו-60% בזכויות לרווחים באיגוד ואינו מחזיק כלל זכויות בפירוק, לפי איזה מבין שני שיעורים אלו יחושב חלקו היחסי במכירת אותן זכויות?

לאור האמור לעיל ניתן לראות, כי לשון החוק יוצרת אפשרות ממשית למיסוי כפל על בעלי זכויות באיגוד מקרקעין - אפשרות שפתרון לה אינו מצוי בגדר סעיפי החוק העוסקים בהטלת המס על פעולה באיגוד מקרקעין.

אף כי נקיטה בפרשנות דווקנית של הסעיף יש בה כדי ליצור כפל מס, ספק לדעתנו אם לתוצאה זו כיוון המחוקק. עדיין יש לזכור, כי מעיון בדברי הכנסת⁽⁶⁾ עולה, שבעת הדיון בהצעת החוק היו חברי הכנסת מודעים לבעיית כפל המס אותה יוצר החוק.

3. כפל מס זכויות הנישום

מהאמור לעיל ניתן לראות, כי לשון סעיף 14 לחוק מס שבח וההסדר הקבוע בו למיסוי השבח בפעולה באיגוד מקרקעין יוצרים בעיה כפולה, היא בעיית ההימנעות ממס, מחד גיסא, וחמורה מכך בעיית הטלת כפל המס, מאידך גיסא.

בחינת אפשרות ממשית זו למיסוי כפל מן הראוי שתבחן לאור ההלכות המשפטיות והבסיס החוקי הקיים כיום, ובמיוחד לאור שינוי התשתית המשפטית שחלה בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁽⁷⁾ והנורמות המשפטיות המתחייבות ממנו (להלן: "חוק היסוד"). כך, לדעת פרופ' הדרי⁽⁸⁾, החלת חוק היסוד או לפחות הנורמות המשפטיות המתחייבות ממנו יביאו לפסילת כפל מס כזה, שכן הוא עומד בניגוד לזכות הקניין של האזרח ובוודאי מהווה פגיעה במידה העולה על הנדרש.

אף בטרם נחקק חוק היסוד שללו בתי המשפט בישראל את אפשרות השתת כפל מס על האזרחים.

כך, בפסק דין רימון ביטוח ופיננסים בע"מ⁽⁹⁾ קובע בית המשפט:

"פרשנות המביאה לתוצאה של מיסוי כפול וכזו היא פרשנותו של המשיב, היא בלתי רצויה. אין מנוס ממנה כשהמחוקק מביע את רצונו הברור לתוצאה שכזו אך המחוקק לא נתן לכך ביטוי בלשון הפקודה".

בפסק דין ארם משחקים⁽¹⁰⁾ קובע בית המשפט לעניין זה:

"את החקיקה הפיסקלית, כמו גם כל חוק אחר, יש לפרש בצורה הגיונית אחידה וקוהרנטית ובאופן שישרת את תכלית החקיקה".

לעניין זה יצויין, כי שלילת אפשרות לכפל מס, כאמור, עניינה, כדברי בית המשפט בעניין רימון, מקום בו מקורו של כפל המס בפרשנות החוק ולא בלשונו המפורשת של המחוקק. בענייננו, כפי שהצבענו להלן, קיים בסיס לטענה לפיה טבוע כפל המס בלשונו של סעיף 14 לחוק.

עם חקיקת חוק היסוד חל מפנה בכל האמור להגנת המדינה על זכויות יסוד של אזרחים בה, באשר שוב לא הופקד בית המשפט לבדו כמגן זכויות האזרחים ועתה נצרבו זכויות יסוד, כאמור, על מגילת ספר החוק במדינת ישראל.

סעיף 10 לחוק היסוד קובע, כי אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. עדיין, בית המשפט העליון ריכך אמירה זו בדנ"פ גנימת נ' מדינת ישראל⁽¹¹⁾ בקובעו, כי מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי כאשר ההקרנה אינה פוסחת על הדין הישן.

וקובע לעניין זה כבוד הנשיא ברק:

"אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא על כן חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן מפני הביטול. עומדת לו מטריה חוקתית המגנה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנר".

התנייחות ראשונה להשפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המס ועל פרשנותם הראויה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין ראובן יעקב⁽¹²⁾, שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון. באותו עניין, בהתייחסו לשאלת חובת הפקדת ערובה כתנאי לדיון בהשגה, קובע השופט ת. אור:

"כפי שכבר נרמז לעיל ספק בעיני אם עמדה זו עולה בקנה אחד עם פרשנות החוק המתחייבת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, חוק מס שבח אינו נתון להתקפה חוקתית, באשר הוא נחקק שנים רבות לפני קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10 לחוק היסוד). אך חוק היסוד משפיע על פרשנותו של הדין אשר קדם לו... יש הסבורים כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את

זכותו של האדם בישראל לפנות לערכאות שיפוטיות... שיקול זה גם הוא תומך, לכאורה בפרשנותו המילולית הפשוטה של חוק מס שבח".

לאור האמור לעיל, יש לשאוף לפרשנות החוק באופן אשר ימנע מיסוי כפל על הנישום באשר, לדעתנו, מיסוי כזה מנוגד לפרשנות הראויה העולה מחוק היסוד והעקרונות שבבסיסו. יתר על כן, על פי פסק דין רימון ניתן להניח, כי אף במקרה זה לא יאשר בית המשפט מיסוי כפל באשר זה אינו מעוגן מפורשות בלשון החוק אלא משתמע מהוראותיו ומדרך יישומן.

4. פתרונות אפשריים

להלן נציע מספר פתרונות אפשריים לבעיית מיסוי הכפל או חסר המס, שמקורן בסעיף 14 והסדר המיסוי הקבוע בו. הרינו לציין לעניין זה, כי אף אחת מהשיטות אינה מקובלת כיום על ידי נציבות מס הכנסה ודברינו להלן אין בהם אלא משום ניתוח אקדמי גרידא. יתר על כן, בהצעת הפתרונות להלן ננסה לסקור את אפשרויות הפתרון המוצעות על יתרוניתיהן וחסרונותיהן.

שימוש בסעיף 55 לחוק למניעת כפל מס

סעיף 55 לחוק קובע:

"מכירת זכות במקרקעין או עשיית פעולה באיגוד תהיה פטורה ממס אם בעד מכירת אותה זכות לאותו קונה או בעד עשיית אותה פעולה שולם בעבר מס, והמוכר או עושה הפעולה לא הפך להיות שוב בעל הזכות במקרקעין או הזכות באיגוד בה נעשתה הפעולה לאחר המכירה או הפעולה הראשונה".

על פי הוראת סעיף 55 לחוק, עשיית פעולה באיגוד תהיה פטורה ממס אם בעד מכירת אותה זכות לאותו קונה או בעד עשיית אותה פעולה שולם בעבר מס, וזאת בתנאי שהקונה לא הפך להיות שוב בעל הזכות במקרקעין או הזכות באיגוד, שבה נעשתה הפעולה לאחר המכירה או הפעולה הראשונה.

דא עקא, הסעיף על פי נוסחו יוצר בעיה פרשנית באשר במקרים שבהם עשויה להתעורר בעיית כפל המס המדובר, לרוב, בפעולות נפרדות במניות בעלות זכויות שונות. עובדה זו מקימה בסיס לטענה לפיה לכאורה אין המדובר ב"אותה זכות" כמשמעה בסעיף. על פי פרשנות, כאמור, במקום שבו מכר בעל מניות באיגוד מקרקעין מניות המקנות זכות הנהלה בשיעור 50% וכעבור זמן מכר מניות המקנות זכות לנכסי האיגוד בפירוק בשיעור 50%, אין בסעיף 55 בכדי למנוע את מיסוי פעמיים על מכירת 50% מהמקרקעין (ובסה"כ 100%) באשר, שוב, אין המדובר במכירת אותה הזכות.

עדיין, לדעתנו, ניתן לפרש את הסעיף על פי לשונו פרשנות הגיונית יותר לפיה משמעות המונח "אותה זכות" הינה **לזכות המקורית** אותה החזיק בעל המניות באיגוד טרם החל למכור זכויותיו, ובתנאי שלא רכש בין מועד המכירה הראשונה למכירות

הבאות זכויות נוספות. משמע, על פי פרשנות כזו, במקום שבו בעל מניות אשר החזיק במקור 100% ממניות האיגוד, מכר זכויות הנהלה בשיעור 80%, ובשלב מאוחר יותר מכר זכויות לנכסי האיגוד בפירוק בשיעור 40%, אין למסותו אלא בגין 20% נוספים.

משמע, על פי פרשנות זו יראו בבעל המניות כמי שמכר את כל הזכויות באיגוד, וזאת על אף שמשפטית וכלכלית אין הדבר כך, וכתוצאה, מכירותיו הבאות של בעל המניות לא יחויבו במס. יצויין, כי פרשנות זו אינה מנוגדת להוראות החוק.

פרשנות אפשרית אחרת ללשון סעיף 55 הינה פרשנות לפיה, במקום שבו חויב בעל מניות המחזיק בכל הזכויות באיגוד בשיעור מכירה מסוים (נניח, לצורך הדוגמא - 80%) בגין מכירת מניות המקנות זכות לדיבידנדים ומכר בשלב מאוחר יותר מניות המקנות זכויות לנכסים בפירוק, בעל המניות לא ימוסה במס שבח בגין מכירת המניות כל עוד לא יעלה שיעור המכירה על 80% מסך כל המניות מכל סוג אחר המצוי בידי. בדרך זו יובטח, כי בעל המניות לא ימוסה בגין מכירת יותר מכלל זכויותו באיגוד, מחד, ויוקטן העיוות לפיו נותרות בידי בעל המניות זכויות שמכירתן לא תמוסה, מאידך.

עדיין, הפתרון שהוצע לעיל והמבוסס בעיקרו על השימוש בסעיף 55 הינו בעייתי בשל הסיבות הבאות:

א. בשיטת המיסוי האמורה לא נלקח בחשבון שוויין האמיתי של הזכויות הנמכרות.

ב. בעיה קשה יותר מקורה בעובדה, כי פתרון זה אינו ישים במקום שבו בעל המניות אינו מחזיק בכל המניות באיגוד או לפחות בשיעור שווה במניות המקנות זכויות מסוגים שונים. במקרים אלו אימוץ פתרון השימוש בסעיף 55 ביחס שבין כלל בעלי המניות יביא לכך, כי כל בעל מניות ימוסה על פי שיעור הזכות הגבוה ביותר שברשותו ואולם בסה"כ יוטל מס על מכירת זכויות ששוויין עולה על שווי המקרקעין.

יצויין, כי בהצעתנו האחרונה לעיל יש משום אימוץ חלקי של הצעת החוק⁽¹³⁾, אם כי בהצעת החוק לא היתה קיימת התייחסות למכירות עתידיות. יתר על כן, בהצעת החוק הוצע, כי כל מכירה תחויב על פי שיעור הזכות הגבוה, ללא התייחסות לזכויות לנכסים בפירוק דווקא.

מיסוי השווי הכלכלי של הזכות המועברת

הפתרון אותו מציעים מרבית המלומדים לפתרון בעיית כפל המס הגלומה בסעיף 14 לחוק הינו פתרון מיסוי השווי הכלכלי של הזכות הנמכרת מכלל הזכויות הנמכרות⁽¹⁴⁾, וראה לעניין זה פרופ' י. הדרי בספרו הגורס, כי הפרשנות הראויה היא זו שתוצאתה תביא למיסוי מלוא הזכויות הכלכליות על פי כל סוגי המניות הכלולות בעסקה, כך שלא יהיה מיסוי חסר, מחד ואף לא מיסוי יתר, מאידך. הפירוש הראוי, לדעתנו, הינו הפירוש לפיו עושה הפעולה באיגוד יחויב במס על השווי הכלכלי של זכויותו היחסיות באיגוד בלבד.

חיזוק נוסף לגישה זו ניתן למצוא במאמרם של ד"ר י. רוזנצווייג וע. שורר⁽¹⁵⁾ הגורסים, כי יש להטיל מס על רווח אמיתי.

עדיין, לדעתנו, פתרון זה, כפי שהוא מוצע, אינו ישים וכולל בחובו מספר בעיות:

א. פתרון זה אינו מעוגן בלשון החוק ואף מנוגד לה במקרים שבהם העיסקה כוללת מניות בעלות זכויות לפירוק. מכאן, שיישומו של פתרון זה, אם בכלל, מחייב תיקון החוק.

ב. הערכת שווי כלכלי של הזכות הנמכרת באיגוד אינה רלוונטית לפי הדין הקיים לצורכי קביעת השבח על פי ההסדר הקבוע בסעיף 14. בעוד ששווייה הכלכלי של הזכות לוקח בחשבון את כלל נכסי האיגוד והתחייבויותיו, הרי שאין הללו רלוונטיים לצורכי חישוב השבח הנקבע כפונקציה של שווי המקרקעין גרידא.

כך, הערכה כלכלית, כאמור, אינה יכולה להתבסס על השווי אותו קבעו ביניהם הצדדים (אף אם נניח, כי זה נקבע בתום לב וללא קיום יחסים מיוחדים), באשר שווי זה מגלם בתוכו נכסים שונים והתחייבויות, כאמור.

ג. הסתמכות על שווי השוק לכשעצמה אין בה כדי לפתור את בעיית כפל המס במישור בעלי מניות שונים, בשל הצורך בקביעת יחס החלק הנמכר לכלל הזכויות שבידי המוכר - זאת הן לצורכי מיסוי הפעולה הנוכחית והן לצורכי מיסוי מכירת עתידיות.

מהאמור לעיל עולה, כי קביעת שווי שוק הזכות הנמכרת אין כוונתה אלא לקביעת שוויה היחסי של זכות מסוימת לעומת כלל הזכויות אותן ניתן להעניק באיגוד, באופן שמכירת זכות, כאמור, תחוייב על פי חלקו של המוכר במניות מאותו סוג כמו גם על פי חלק הזכות, כאמור, יחסית לכלל הזכויות באיגוד. משמע, יישום שיטת שווי השוק מחייב, כי בכל מכירה של זכות באיגוד, אף הקטנה ביותר, יש לבצע הערכת שווי מפורטת של החברה ושל הזכויות השונות בה באותו זמן ובאותו הרכב אחזקות.

הדרך לקביעת שווי יחסי, כאמור, יכולה להיעשות באופן שרירותי בחוק עצמו ולמנוע וויכוחים, ואולם יש לזכור, כי שיעור הזכויות באיגוד אותן ניתן להעניק הינו רב ושוויה הכלכלי של כל אחת מהן שונה. מהאמור עולה, כי לדעתנו קיים ספק אם פתרון זה של שווי השוק הינו ישים.

מיסוי השווי הכלכלי באמצעות שימוש בסעיפים 12 ו-13 לחוק

סעיף 12 לחוק העוסק אף הוא בהטלת המס על פעולה באיגוד קובע:

"פעולה באיגוד מקרקעין שניתן לראות בה מבחינת תוכנה מכירת זכות במקרקעין, יראוה, לפי בקשת עושה הפעולה, כאילו היא מכירת הזכות במקרקעין בידי עושה הפעולה, ולעניין חישוב השבח והמס יחולו הוראות אלה:

סעיף זה קובע דרך אופציונאלית לסעיף 14 לחישוב המס לפעולה באיגוד. הסעיף אינו קובע בחובו כל דרך לחישוב שווי הזכות הנמכרת. כך, במקום שבו נמכרו 80% מן הזכויות לפירוק ו-20% מזכויות הניהול, לא ברור מהו שיעור הזכות הנמכרת על פי סעיף 12 (וזאת, כמובן, תחת הנחה, כי סעיף 12 חל במכירה כגון דא).

לאור האמור מתחייבת, לדעתנו, המסקנה לפיה נוקט סעיף 12 בדרך החישוב הכלכלית של הזכות הנמכרת.⁽¹⁶⁾

סעיף 13 לחוק דן בהקניית זכויות במקרקעין או זכויות באיגוד במספר שלבים המהווים כולם חלק מעסקה אחת, וקובע לעניין זה:

"(א) הוקנו לאדם בעסקאות נפרדות זכות באיגוד מקרקעין וזכות במקרקעין של אותו האיגוד, והיה המנהל סבור כי הם מהווים שלבים שונים של עסקה אחת, יראו את בעל הזכות באיגוד כאילו הוא הקנה את כל הזכויות שהוקנו והמס ישולם לפי מהותה של אותה עסקה.

(ב) לעניין סעיף קטן (א), אין נפקא מינה אם ההקניית היו במכירות בלבד או בפעולות באיגוד בלבד או בצירופן ואם היו על ידי האיגוד בלבד או על ידי בעל הזכות באיגוד בלבד או על ידי שניהם יחדיו.

(ג) פעולות באיגוד מקרקעין והקניית זכויות שסעיף קטן (א) חל עליהן, שניתן לראות בהן מכירה של זכות מסוימת במקרקעין, יראו אותן כמכירה אחת שתאריכה הוא יום המכירה לפי חוק זה שבו לדעת המנהל הושלמה המכירה".

סעיף 13 על פי לשונו נותן למנהל סמכות לראות במספר פעולות במקרקעין או במספר פעולות באיגוד או בעסקאות משולבות של פעולה באיגוד ופעולות במקרקעין משום עסקה אחת, וזאת בהתעלם מלבושן הפורמלי משפטי של העסקאות.⁽¹⁷⁾

פרופ' הדרי בספרו⁽¹⁸⁾ מציין, כי סעיף 13 לחוק יכול להוות סעיף משלים לסעיף 84 לחוק באשר הוא נותן בידי המנהל מכשיר למניעת תכנוני מס באמצעות הסמכות להתעלם מלבושן הפורמלי של עסקאות שונות ולראות בהן כולן כשלבים בעסקה כוללת אחת. שימוש בסעיף מותנה, לדעתו, בעובדה, כי המדובר אכן בעסקה אחת, ששלביה השונים סוכמו במועד אחד.

עיון בלשונם של סעיפים 12 ו-13 לחוק מלמדנו על הכרתו של המחוקק באפשרות של חישוב מס בהסתמך על שוויין הכלכלי של עסקאות ובהתעלם מלבושן הפורמלי. בעובדה זו לכשעצמה יש כדי לשמש מקור לאפשרות השימוש בפתרון כלכלי לסוגיות בחוק מס שבח, ובכללן לסוגייה שבפנינו.

יתר על כן, לדעתנו ניתן לעשות בלשון סעיף 13 עצמו שימוש לצורך פתרון הבעיה עליה הצבענו. על פי גישה, כאמור, ייעשה שימוש בסעיף לצורך מניעה של מיסוי כפל,

להבדיל מייעודו המקורי של הסעיף - מניעת תכנוני מס. מאחר והסעיף מאפשר על פי לשונו לראות במספר פעולות באיגוד מקרקעין כפעולה אחת, קמה למנהל הסמכות לצרף את כלל הזכויות אשר הועברו באיגוד לגדר עיסקה אחת כוללת אשר תמוסה על פי שוויה הכלכלי הכולל. עדיין, פתרון לגישה זו ישם בעיקר למקרים שבהם הועברו במסגרת עיסקה אחת סוגי זכויות שונים. במקרים אלו ניתן לראות את כלל העברות הזכויות כעיסקה כוללת, כדרישת הסעיף, ולמסותה על פי שוויה הכלכלי המתאים.

מאידך, במקרים שבהם מתעוררת בעיית מיסוי הכפל בשל מספר עסקאות נפרדות שאינן קשורות זו לזו, ספק לדעתנו אם ניתן להחיל את סעיף 13 על פי לשונו. ייתכן שניתן במקרים אלו לעשות שימוש בהגיון הכלכלי הטמון בו לצורך פתרון הבעיה.

יצוין, כי יישומו של סעיף 13 לפתרון הבעיה סובל עדיין מאותן הבעיות עליהן הצבענו בדיונונו בדרך הפתרון הכלכלית.

שימוש בסעיפים 22 ו-24 לחוק

דרך פתרון אחרת עליה ניתן לחשוב יכולה להיות באמצעות שימוש בסעיפים 22 ו-24 לחוק, או לפחות בהגיון הטמון בהם.

סעיף 22 לחוק דן ב**פיצול אופקי** של זכות במקרקעין וקובע את שווי הרכישה במכירת חלק בלתי מסוים במקרקעין. הסעיף קובע, כי שווי הרכישה במקרה האמור יחושב על פי הנוסחה הבאה:

$$\frac{\text{גודל השטח הנמכר}}{\text{שווי הרכישה}} * \text{גודל השטח כולו}$$

במקרים שבהם נרכשו הזכויות במקרקעין לשיעורין קבע בית המשפט בפסק הדין **יהודית סבו**⁽¹⁹⁾, כי שווי רכישת הזכות הינו סכום כל הרכישות יחד. מכאן, שבמכירת הזכות יש לחלק את שווי המכירה בהתאם לחלקי הנכס באופן יחסי כפי שנרכשו, ולחשב את השבח הראלי לגבי כל חלק בנפרד.

סעיף 24 לחוק דן ב**פיצול אנכי** של הזכות במקרקעין וקובע את שווי הרכישה במכירת חכירה על ידי בעלים של קרקע. הסעיף קובע, כי שווי הרכישה במקרה האמור יהא על פי הנוסחה הבאה:

$$\frac{\text{שווי מכירה של חכירה}}{\text{שווי רכישת הזכות}} * \text{שווי הזכות כולה}$$

מסעיפים 12 ו-24 ניתן לראות, כי במכירת חלקי זכויות בפיצול אנכי או בפיצול אופקי קבע המחוקק את שוויה הכלכלי של הזכות הנמכרת מכלל הזכויות כחלק יחסי משטח או כחלק יחסי משווי. נראה לנו, כי ניתן לאמץ הגיון זה למקרה שלפנינו.

על פי הצעה, כאמור, ייקבע השבח בפעולה באיגוד בהליך בעל שלושה שלבים:

- א. קביעת השבח במכירה רעיונית לפיה יראו באיגוד כמוכר את זכויותיו במקרקעין.
- ב. קביעת שווי שוק האיגוד בהתחשב בכלל נכסיו והתחייבויותיו.
- ג. בדיקת חלקה היחסי של שווי הזכות הנמכרת כיחס התמורה ששולמה עבור הזכות לכלל שווי האיגוד, והכפלת חלק זה בשבח אותו קבענו בשלב ראשון.

הבעיות הקיימות בהצעה אותה העלינו לעיל הינן:

- א. דרך זו מכפיפה את קביעת השבח לשווי שקבעו ביניהם הצדדים, דבר היכול לאפשר מניפולציות לצרכי הקטנת החבות במס. עדיין, במקום שבו קיים חשש למניפולציות, כאמור, פתוחה הדרך בפני המנהל לקבוע את שווי העיסקה למכירת הזכויות בעצמו (קביעה שנעשית על ידו לעתים ממילא).
- ב. דרך זו מכפיפה את שלטונות מס שבח לצורך בביצוע הערכת שווי האיגוד בכל פעולה שתבוצע. עדיין, הערכת שווי איגוד כמכלול קלה, לדעתנו, מהערכת שווי זכות אחת מכלל הזכויות באיגוד.

יש לזכור, כי דרך זו אשר שיש בה כדי למנוע כפל מס ברכישות במועדים שונים ואף בהחזקות שונות על ידי מספר בעלי מניות, אינה מעוגנת בלשון החוק.

4. סיכום

במאמרנו זה ניסינו להצביע על הבעיות הקיימות כיום במיסוי פעולות באיגוד מקרקעין על פי סעיף 14 לחוק. כפי שהראנו בדוגמאות אותן הבאנו, שימוש בסעיף 14 כפשוטו יש בו כדי ליצור חסר מס ולחילופין כפל מס, וזאת בהתעלם משוויין הכלכלי האמיתי של הזכויות המועברות.

הראנו להלן, כי כבר בעבר הביע בית המשפט את אי נוחות דעתו ממיסוי כפל - אי נוחות, שסביר כי תגבר לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - אך עדיין, כפי שצינינו, כי העיוות הגלום בסעיף 14 טבוע בלשון הסעיף, כך שניתן לחשוב על מקרים שבהם יתקשה בית המשפט למנוע את העיוות בדרך של פרשנות.

ניסינו במאמרנו זה להצביע על מספר פתרונות אפשריים לבעיה, ובהם שימוש בסעיפים 55 ו-13 לחוק או לחילופין אימוץ ההגיון הטמון בסעיפים 12, 13, 22 ו-24 לחוק, והכל במטרה למנוע מצב שבו ישולם מס שאינו נכון ואינו צודק. על אף מאמצינו מצאנו, כי כלל הפתרונות להלן אין בהם כדי ליתן תשובה מלאה לבעיות אותן העלינו. לסיכום, אין לנו אלא לשוב ולקרוא למחוקק לומר את דברו על ידי תיקון החוק ומניעת העיוות הקיים כיום.

הערות שוליים

1. לעניין תכלית הטלת המס על פעולה באיגוד ראה י. הדרי, **מס שבח מקרקעין** (תשנ"ג, כרך ב), 241, א. נמדר, **דיני מסים (מסוי מקרקעין)**(תשנ"ב), 73.
2. וראה לעניין זה פרופ' י. הדרי בספרו **מס שבח מקרקעין** (תשנ"ג, כרך ב) 258, ג. פרוקצ'יה "בשולי החקיקה - האם העברת שליטה באיגוד מקרקעין על ידי החלפת מנהלים טעונה תשלום מס שבח מקרקעין" **הפרקליט ב** (תשכ"ד) 74, ע"א 721/75 **מנהל מס שבח מקרקעין, חיפה נ' כרמליה, חברה להשקעות בע"מ**, פ"ד (3) 393.
3. לעניין מיסוי איגודי מקרקעין ראה ש. בורנשטיין, "מס שבח בשל פעולה באיגוד כשהזכות נתקבלה בפטור, "יום הרכישה" - אימתי?" **"מיסים"** 2ב/א-57.
4. לעניין דרך חישוב המס כאמור ראה ע"א 91/76 **פלוינווסט אסטבלישמנט נ' מנהל מס שבח**, פ"ד לא(1) 361, כמו גם י. הדרי **מס שבח מקרקעין** (תשנ"ה כרך ג) 411.
5. הצעת חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ב, 1962, ה"ח 279, 297.
6. דברי הכנסת.
7. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391 התשנ"ב, 150.
8. פרופ' י. הדרי בספרו **מס שבח מקרקעין** (תשנ"ה, כרך ג), 47.
9. ע"א 32/86 **רמון בטוח ופיננסים בע"מ נ' פ"ש ת"א 1**, "מיסים" 11/ב-39.
10. ע"א 733/89 **אדם משחקים נ' מנהל מע"מ**, "מיסים" 51/ה-341.
11. בדנ"פ 2316/95 **גנימת נ' מ"י**, פ"ד מט(4) 589.
12. ע"א 3115/93 **ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח חיפה**, פד"א כה, 50.
13. לעיל הערה 4.
13. לעיל הערה 7 בעמ' 46.
15. י. רוזנצווייג וע. שורר במאמרם "קביעת 'שווי' לצורך הטלת מס על פעולות באיגוד בכלל ולצורך הנפקת מניות לציבור של איגוד מקרקעין בפרט", "מיסים" 2/א-12.
16. על סעיף 12 והבעיות הקיימות בו יתקיים דיון במאמר נפרד בעתיד.

17. בעמ"ש (י-ם) 4/67 פינקלשטיין נ' מנהל מס רכוש, פד"א ד 25, התיר בית המשפט לעשות שימוש בסעיף 13 לחוק בעיסקה שבה בוצעו על אותה הקרקע פעולה במקרקעין ובשלב מאוחר יותר פעולה באיגוד.

18. לעיל הערה 7 בעמוד 73.

19. ע"א 208/78 מנהל מס שבח נ' יהודית סבו, פד"א י 54.