

חברים יקרים:

הרינו מתכבדים לשלוח אליכם עדכונים, רשמים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

על הדבש ועל העוקץ - בשורת פס"ד יקותיאל

לעניין מיסוי עסקאות קומבינציה

פתח דבר

פסק הדין בעניין **יקותיאל** (ע"א 6672/19) עוסק בנושא שנדון פעמים רבות בפסיקה – קביעת שווי העסקה לעניין מס שבח בעסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי. עמדנו על כך בין היתר ב**רשומון מס מס' 93**. פסק הדין מציג בשורה חשובה לנישומים הן ביחס למחלוקת הכללית כיצד יש לחשב את שווי העסקה - האם על פי שווי שירותי הבניה שצפויים להינתן לבעל המקרקעין או על פי שווי הזכויות במקרקעין הנמכרות ליזם; והן ביחס למחלוקת על פרמטר חישובי – רכיב הרווח היזמי בשווי שירותי הבניה - שהעמדה לגביו בפסיקה לא הובנה כדי הצורך עד מועד זה. המאכזב הוא שבכל הקשור לסוגיה זו, דעת הרוב של בית המשפט העליון, הגם שהכריעה עקרונית כי רווח יזמי לא יחול בחישוב התמורה של בעלי הקרקע, נמנעה מלהרים את הכפפה במקרה הנדון ובחרה, באופן די תמוה, לאמץ את ה**וראת ביצוע 23/98** בדבר רווח קבלני סביר בשיעור של 15%-20%. **על כך ברשימה זו.**

עובדות פסק הדין

סיפורו של פסק הדין במר יקותיאל (העורר) אשר התקשר עם העוררת, חברה יזמית, בעסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי בשילוב תמ"א 38 (אשר הייתה ברקע בלבד ולא היה לה נפקות לפסיקה).

נזכיר כי עסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי הינה עסקת חליפין במסגרתה מוכר הבעלים ליזם חלק מזכויותיו במקרקעין, זאת בתמורה לכך שהיזם יבנה עבורו דירות מגורים, על המקרקעין שנשאר ברשותו. קרי, במסגרת העסקה, היזם והבעלים הופכים לשותפים בפרויקט הסופי שיוקם, חלקו על קרקע הבעלים וחלקו על קרקע שנמכרה ליזם. ברמה המיסוית קיים קושי מובנה בעסקאות קומבינציה שכן הן מהוות עסקת חליפין בה מועבר נכס (זכויות במקרקעין) בתמורה לשירות (עלויות הבניה). קרי, אין רכיב מזומן בעסקה המקל על קביעת שוויה לצרכי מס. כמו כן, על אף שלכאורה אמורים להיות שני צידי המשוואה שווים בעסקת חליפין, קרי שווי עלויות הבניה אמור להיות זהה לשווי הזכויות במקרקעין, פעמים רבות מוצאים שהערכת שווי העסקה לפי אומדן של עלויות הבניה מובילה לשווי עסקה לצרכי מס נמוך יותר ועדיף, מטבע הדברים, לנישומים.

רשות המיסים הביעה בעבר דעתה בעניין זה במסגרת ה**וראת ביצוע 23/98**, שם קבעה במפורש כי אופן קביעת השווי המועדף הינו על פי התמורה שמקבל בעל המקרקעין מהקבלן בעסקה, קרי, עלויות הבניה. אופן חישוב עלויות הבניה, הקבוע בהוראת הביצוע, כולל את: רכיב תשומות הבניה (חומרי גלם ועבודה) בתוספת עלויות תכנון ופיקוח בתוספת רווח קבלני מקובל (15%-20%) בתוספת

להלן נדון בשתי שאלות אלו בנפרד.

הסוגייה הראשונה - אופן הערכת שווי המכירה

בעסקת קומבינציה של מכר חלקי

דומה כי לאחר פסיקת בית המשפט בעניין כהנה (ע"א 12/3289) רווחה במסדרונות מיסוי מקרקעין העמדה כי נתונה בידיו של מנהל מיסוי מקרקעין הסמכות לשום את התמורה בין לפי שווי המקרקעין הנמכרים במסגרת עסקת הקומבינציה ובין אם לפי שווי שירותי התמורה, לפי שיקול דעתו. נזכיר כי ההגדרה של "שוויה של זכות" קבועה בסעיף 1 לחוק, כדלקמן: **"שווי של זכות פלונית" - הסכום שיש לצפות לו ממכירת אותה זכות על-ידי מוכר מרצון לקונה מרצון, ובלבד שבמכירות -**

(1) שנעשו בכתב ושבהן שוכנע המנהל כי התמורה בעד הזכות במקרקעין או בעד זכות באיגוד נקבעה בתום לב ובלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין - התמורה כאמור;

(2) שלגביהן נקבע בחוק זה אחרת - השווי כפי שנקבע בחוק זה".

דהיינו, נקודת המוצא של המחוקק היא כי שוויה של זכות יקבע על פי מבחן אובייקטיבי, שווי השוק, דהיינו המחיר שהיה מתקבל בעסקה בין קונה מרצון למוכר מרצון. מבחן זה מתעלם לכאורה מהתמורה המוסכמת ומרצון הצדדים לעסקה והקביעה היא ככלל עניין של שמאות. עם זאת, כאמור לכלל קיים חריג, אשר חל אם הוכח כי התמורה המוסכמת נקבעה בתום לב ואינה מושפעת מיחסים מיוחדים.

מע"מ. על כך יש להוסיף לשווי המכירה כל תמורה נוספת שנתן הקבלן לבעלי הקרקע, ככל שנתן. המחלוקת בין הצדדים בפסק הדין **יקותיאלי** נעוצה הייתה בעובדה שמטבע הדברים, הוראת ביצוע משנת 98 לא תואמת את המצב בשוק הנדל"ן היום. כך, כיום, על פי רוב, הקבלן אינו מתקשר ישירות עם בעל הקרקע, שכן בעסקה קיים גורם שלישי מארגן – היזם, אשר בונה את העסקה, מתקשר עם בעל הקרקע, שוכר את הקבלן ונהנה בסוף מהרווחים שבמכירת הדירות. כמו כן, הרווח המקובל של קבלנים היום (על כך הסכימו הצדדים בפסק הדין) הינו מצומצם בהרבה מזה הקבוע בהוראת הביצוע ועומד על אחוזים בודדים בלבד. בשל האמור, בשנים האחרונות החלו משרדי מיסוי מקרקעין להוסיף לתחשיבי השווי בעסקאות הקומבינציה רכיב נוסף של רווח יזמי בסך של כ- 15%, זאת תוך שמירה גם על 15% הנוספים המיוחסים לקבלנים, רווח שכאמור, כבר אינו מקובל בשוק.

הערעור בעניין **יקותיאלי** עסק בדיוק בשאלות הללו – ראשית, האם, לצורך קביעת שווי המכירה בעסקת קומבינציה על דרך של מכר חלקי, לצרכי מיסוי מקרקעין, יש להעריך את שווי התמורה המשולמת לבעלי הקרקע במסגרת עלויות הבניה, או את שווי השוק של הזכויות במקרקעין הנמכרות ליזם?

שנית, במידה שמוסכם שאופן החישוב הנכון הוא זה המעריך את שווי עלויות הבניה – האם יש לכלול במסגרת עלויות אלו רכיב נוסף של רווח יזמי ובמקביל להפחית בצורה ניכרת את הרווח הקבלני שנקבע

בהוראת הביצוע 23/98

הזכויות שרכש. שתי הדרכים נראות ראויות באותה מידה. עם זאת, מאחר שלשון החוק מגדירה את שווי הזכות במקרקעין לפי "הסכום שיש לצפות לו ממכירתה" (סעיף 1 לחוק), נהוג לילך בדרך השניה, ולהעריך את שווי המכירה לפי שווי התמורה שקיבל בעל המקרקעין עבור מכר זכויותיו."

והנשיאה חיות מאשררת הלכה זו בין היתר על בסיס הלכת בית המשפט בעניין כספי (ע"א 7759/07) ולאחרונה בעניין חנין (ע"א 5738/17) –

"קביעתו של חברי השופט סולברג כי אין מקום לכלול רווח יזמי, כמובנו המקובל, בחישוב התמורה שנותן הקבלן לבעל המקרקעין בעסקת קומבינציה, הולכת בתלם ההלכה הפסוקה לפיה בעסקאות קומבינציה מסוג "מכר חלקי": "שווי המכירה יהא שווי התמורה המוסכמת, קרי, הבניה; שווי הבניה יחושב כשווי השוק של שירותי הבניה לבעלים בצירוף רווח קבלני מקובל ביום המכירה, אך ללא מרכיב הקרקע."

קרי נראה כי סוגיה הוכרעה ברמה העקרונית ובהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה מדובר בהלכה מחייבת ואין בילתה. מכאן המשיך הדיון הן בוועדת הערר והן בבית המשפט העליון בשאלה השנייה לעניין מקומו של הרווח היזמי בחישוב עלויות הבניה.

הסוגייה השנייה - שאלת רכיב הרווח היזמי בשווי המכירה בעסקת קומבינציה של מכר חלקי

במצבים אלו נקודת המוצא ככלל היא שהתמורה המוסכמת משקפת את מלוא עליית הערך עבור המוכר.

על רקע ההגדרה ובהתבסס על פסיקות קודמות קבעה ועדת הערר בעניין יקותיאל (ו"ע 17-09-860) שעסקה בעיקר בסוגיית שווי השוק בעסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי כי "בעסקאות קומבינציה, התמורה המוסכמת היא קבלת שירותי הבניה לבניית יחידות התמורה עבור המוכר. בהתאם, מקום שהתמורה, כלומר שירותי הבניה, נקבעה בתום לב וללא יחסים מיוחדים, ייקבע שווי הזכות הנמכרת על פי שוויים של שירותי הבניה."

קרי, עמדת ועדת הערר הינה כי שווי העסקה בעסקת קומבינציה ייקבע, בהתאם להוראות סעיף 1 לחוק, על פי שווי שירותי הבניה, המהווים את תמורת הבעלים בגין הזכויות במקרקעין הנמכרות על ידם ליזם.

עמדה עקרונית זו אושרה על ידי הרכב בית המשפט העליון. קרי, נראה שקיימת תמימות דעים עקרונית בין שלושת שופטי המותב, לגבי ההכרעה כי יש לבחון את שווי התמורה של בעלי הקרקע לפי שווי שירותי הבניה ולא לפי שווי הקרקע ובהמשך שהרווח היזמי הנצמח ממכירת דירות הפרויקט לצדדים שלישיים לא יכלל בשווי המכירה.

כך, לעניין הסוגיה של קביעת התמורה בעסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי קובע השופט סולברג כי "מבחינה עקרונית, אם כן, ניתן לאמוד את שווי העסקה הן לפי הממכר - לשום את שווי הזכויות במקרקעין שנמכרו לקבלן; הן לפי התמורה - לשום את מה שסיפק הקבלן לבעל המקרקעין, עבור

רשות המיסים עצמה, שכן היא מבוססת על תפיסה שגויה כאילו דירות התמורה של בעל הקרקע היו שייכות בשלב כלשהו ליזם. ברי כי תפיסה זו נוגדת את עקרונות עסקת המכר החלקי, לפיה בעל הקרקע משאיר בבעלותו את המקרקעין עליהן נבנות דירות התמורה וכל מה שהוא מקבל במסגרת העסקה הם שירותי הבניה. על כן אין להוסיף לשווי התמורה של בעל הקרקע מרכיב של רווח יזמי.

בשלב זה נפרד השופט **סולברג** מדעת הרוב בפסק הדין כאשר הוא ממשיך וקובע כי רכיב הרווח היזמי אינו כולל רק רווח ממכירת דירות בפרויקט – רכיב אשר קבע, כאמור, שאין להכלילו בשווי עלויות הבניה המשולמות לבעל הקרקע כתמורה, אלא גם תשלום נוסף ליזם בגין אותם השירותים שמעניק היזם לבעל הקרקע במסגרת הליך הקמת הפרויקט. שירותים אלו כוללים בין היתר ניהול של הפרויקט, תכנון אדריכלי והנדסי והליכים מול הרשויות. לדידו של השופט **סולברג** יש להוסיף את התשלום בגינם לשווי המכירה בעסקה. ובלשונו: "**בבואנו לתהות על קנקנו של הרווח היזמי, נתחיל בהיבט הראשון והמתבקש, הריהו שכר הטרחה שאותו מצפה היזם לקבל עבור שירותי הייזום שהוא מספק. ברי כי מלאכת הוצאתו לפועל של מיזם אינה מתמצית בבניית המבנים, בחומר ובלבנים. נדרש תכנון של הפרויקט ברמה האדריכלית וההנדסית; נדרשים הליכים אל מול רגולטורים שונים, דוגמת מוסדות התכנון, רשות מקרקעי ישראל וכיוצא בזה; נדרש מימון לתקופת הבניה; ועוד כהנה וכהנה. ... הבירוקרטיה וכל הנלווים לה, נחוצים לשם הקמת**

ועדת הערר העדיפה לעניין חישוב שווי עלויות הבניה את חוות דעת שמאי מיסוי מקרקעין, אשר התבססה על עלויות שנקבעו במחירון דקל, עסקאות דומות של יזמים אחרים והשוואה לשווי השוק של הזכויות במקרקעין הנמכרות על פני חוות הדעת שהגיש שמאי העוררת, שהתבססה על עלויות בניה של פרויקט מקביל אחד שביצעה העוררת עצמה.

ועדת הערר אף ציינה במפורש, אך מבלי לנמק את עמדתה האמורה, כי בחוות הדעת השמאית שהוגשה על ידי מיסוי מקרקעין נכלל רווח קבלני בנוסף ליזמי וכי יש להכיר בשני סוגי הרווח – הקבלני והיזמי, במסגרת שווי העסקה.

מר יקותיאלי הגיש ערעור על פסיקת ועדת הערר לבית המשפט לעליון.

למרות קבלת העמדה העקרונית ביחס לשאלה הראשונה ותמימות הדעים העקרונית בין השופטים כי הרווח היזמי אינו צריך להיות כלול בשווי שירותי הבניה הניתנים לבעל המקרקעין בעסקת קומבינציה מסוג מכר חלקי, דחתה דעת הרוב בפסק של הנשיאה **חיות**, אליה הצטרף גם השופט **קרא**, את הערעור על דעתו החולקת של השופט **סולברג**.

לעניין זה השופט **סולברג** דוחה את עמדת רשות המיסים לפיה יש להעריך את שווי המכירה בעסקת קומבינציה על פי שווי הדירות שבונה היזם לבעל הקרקע, בניכוי רכיב הקרקע, קרי, לכלול בשווי העסקה את רכיב הרווח היזמי שיצמח בעת מכירת דירות היזם לצד שלישי.

לדידו של השופט **סולברג** עמדת רשות המיסים אינה תואמת את הפסיקה ואת הוראת הביצוע **23/98** של

ניהול הפרויקט (לפי משנתו של סולברג), אשר לדעתה אינו מקובל או מתומחר בשוק, אך יכלול את התוספת של רווח הקבלני הקבועה בהוראת הביצוע 23/98. ובלשונה: "לגישתי אין, אפוא, מקום לכלול בשווי התמורה רווח יזמי - בין רווח בגין שירותי יזמות (להבדיל מעלות שירותי היזום עצמם הכלולים, כאמור, בשירותי בנייה), ובין רווח יזמי הכלול בשווי מכירת הדירות. בקווים המנחים הנזכרים לעיל, צוין אמנם כי במקרה שבו הקבלן מספק גם שירותי יזום, מטשטשת ההבחנה בין רווח קבלני שאותו דורש הקבלן על ביצוע מלאכתו הקבלנית ובין הרווח בגין המלאכות היזמיות. אך ככל שרשויות המס סבורות כי המגמה של פיצול בין קבלן ליזם המסתמנת בשנים האחרונות, מחייבת שינויים והתאמות באשר לאופן חישוב התמורה על-פי הוראת ביצוע 23/98, עליהן לפעול לשינוי המדיניות בעניין זה בצורה גלויה ומפורשת - בשים לב להסתמכות הנישומים על הנחיותיהן - ולא בצורה נקודתית אגב בדיקת שומות של עסקה מסוימת (ראו גם פסקה 37 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג)."

לסיכום ועל אף שפסקה נגד עמדת רשות המיסים לעניין מרכיב הרווח היזמי, קובעת הנשיאה **חיות** כי יש לדחות את הערעור שכן בנסיבות המקרה, חוות הדעת השמאית של מיסוי מקרקעין, אשר הציגה ארבע שיטות שונות להערכת שווי התמורה לרבות שווי זכויות המקרקעין, הייתה עדיפה בעיניה על חוות הדעת השמאית שהציג מר יקותיאל.

כלל הדירות במיזם, לרבות הדירות שמקבל בעל המקרקעין בתמורה למכירת זכויותיו. מיזם אינו בא לעולם מתוך עצמו; מאן דהוא - צריך לנהלו ולפעול לקידומו, והדעת נותנת כי הוא גובה שכר טרחה עבור עמלו, ככל ספק שירות במיזם.

לעניין הרווח הקבלני והוראת ביצוע 23/98 קובע השופט **סולברג** כי קיימת הסכמה בין הצדדים שהוראת הביצוע כבר אינה משקפת את המצב המקובל בשוק. הוראת הביצוע אינה מתייחסת לשחקנים החדשים והמרכזיים בשוק - היזמים, וכמו כן רכיב הרווח הקבלני הקבוע בה גבוה משמעותי מזה המקובל בשוק עבור קבלנים מבצעים. לאור האמור, פוסק השופט **סולברג**, בדעת מיעוט, כי יש לקבל את הערעור ולהחזיר את התיק לוועדת הערר על מנת שתקבע מהו האחוז הנכון שיש לצרף לעלויות הבניה - הן ביחס לרווח קבלני והן ביחס לחלק הרווח יזמי המשולם בגין שירותי ניהול הפרויקט.

לעומת השופט **סולברג** הגורס שיש לסטות מהנחיות הוראת הביצוע ולהתאים את חישוב שווי המכירה בעסקת קומבנציה לאחוזים המקובלים בשוק, הנשיאה **חיות** מציגה בפסק דינה, באופן תמוה, גישה דווקנית ביחס להוראת הביצוע 23/98 וקובעת כי כל עוד ההוראה לא תשונה, רשות המיסים אינה רשאית לסטות מהקבוע בה, שכן הדבר פוגע בעקרונות ההסתמכות של הנישומים. בהתאמה, היא קובעת כי נכון להיום, שווי המכירה בעסקת קומבנציה ממכר חלקי יקבע - ללא רכיב הרווח היזמי הנגזר ממכירת דירות ואינו קיים במועד החתימה על הסכם הקומבנציה, ללא רכיב הרווח היזמי בגין שירותי

המיסים, משקל נורמטיבי מצומצם אם בכלל, לבטח בנסיבות אשר מרעות ללא כל סיבה את מצבו של הנישום (ראו למשל רע"א 3527/96, ע"א 976/06, ע"א 6159/05, ע"א 7726/10).

כמו כן, דווקא חוות הדעת מטעם שמאי מיסוי מקרקעין, אשר הגיעה לשווי מכירה גבוה בצורה ניכרת מזו של המערערים, על סמך ארבע שיטות חישוב שונות וביניהן שווי זכויות המקרקעין שנמכרו ואשר בחלקן אף כללו את הרווח היזמי, יכולה הייתה להרים גבה אצל שופטי בית המשפט העליון, שמא המטרה נקבעה מראש וכל השיטות שיושמו בחוות דעת של השמאי הנכבד, נועדו להצדיק בדיעבד את השווי שנקבע על ידי מיסוי מקרקעין.

בכל מקרה, נראה כי לאור ההסכמה הברורה שהוצגה בפסק הדין בנוגע לכך שאחוזי הרווח הקבלני הקבועים בהוראת הביצוע 23/98 (בשיעור של 15%-20%) אינם משקפים את המציאות בשוק, ניתן יהיה לערער עליהם בעתיד מול משרדי מיסוי מקרקעין, מבלי לחשוש לתוספת שווי בדמות הרווח היזמי.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות: עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד דנה הלר, עו"ד אנה צברי, עו"ד שלומי שלו, ועו"ד (רו"ח) ניב בלכר. הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד.

אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתיעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.

הרהורים, מחשבות וביקורת לסיום:

ההלכה שיוצאת אפוא מפסיקת בית המשפט העליון בעניין יקותיאל מלווה בתחושות מעורבות. מחד, מדובר בפסק דין הקובע ומאשרר באופן חד משמעי כי יש לבחון את שווי המכירה בעסקאות קומביניציה מסוג מכר חלקי לפי שירותי הבניה הניתנים לבעל הקרקע. ההלכה אף מבהירה כי רשות המיסים אינה רשאית להוסיף את הרווח היזמי בפרויקט ממכירת הדירות לשווי העסקה; מנגד, ובכל הכבוד לא נהירה לנו כלל ועיקר ההכרעה שעשתה דעת הרוב בעניין יקותיאל אשר בחרה לדבוק באופן דווקני בעמדת הוראת ביצוע 23/98, משל מדובר היה ב"דברי אלוהים חיים" וזאת על אף שאין עוררין כי הוראת הביצוע לעניין שיעורי הרווח הקבלני ארכאית ואינה מייצגת את המציאות בפועל. לא ניתן להתעלם לעניין זה מדבריו של כב' השופט סולברג אשר הקשה והדגיש כי: "הואיל ואין מחלוקת על כך שהרווח של קבלני ביצוע עומד על אחוזים בודדים, על שום מה נייחס לנישומים תוספת של "15%-20" בגין "רווח קבלני"? עסקינן בשיעור מופרז, החורג משיעור הרווח הקבלני המשולם ברגיל עבור מכר הזכויות במקרקעין, ומכאן שהטלת מס בגינו - אין לה הצדקה. מסקנתה-זו של חברתי הנשיאה מתירה אפוא לרשויות המס, הלכה למעשה, לגבות מס שבח ורכישה בגין תמורה שלא שולמה עבור מכר הזכויות, בניגוד לחוק ובלי סמכות."

אדרבה, בחירתה של הנשיאה חיות להיצמד להוראת הביצוע מנוגדת לעמדת בית המשפט העליון אשר באופן מסורתי מייחס להוראות הפרשנות של רשות