

חברים יקרים:

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

את העוסק מתשלום מע"מ במסגרת ביצוע העסקה, ובה בעת מאפשר לעוסק לנכות את מע"מ התשומות ש"גולגל" עליו.

פינוי בינוי ותמ"א 38 כמעין עסקאות קומביניציה

עסקאות של פינוי בינוי ותמ"א 38 הן למעשה מעין עסקאות קומביניציה. לעניין זה יש להבחין בין עסקת קומביניציה מסוג "מכר חלקי", בה מוכרים הבעלים חלק מהמקרקעין תמורת שירותי בניה על החלק שנותר בידיהם; לבין עסקת קומביניציה מסוג "מכר מלא", בה מוכרים הבעלים את כל המקרקעין ומקבלים תמורתם מקרקעין אחרים – הדירות החדשות שנבנו. לצורך מע"מ, מדובר בשתי עסקאות, אשר בשתייהן חל מע"מ – הן על מכירת הזכות המקורית על ידי הבעלים, והן על מכירת הזכות החלופית או מתן שירותי הבניה על ידי היזם. ההטבה החדשה בדמות מע"מ בשיעור אפס ניתנת רק לגבי העסקה השנייה, כלומר, לגבי המכר או השירות שמבצע היזם. העסקה הראשונה אינה עסקה מוטבת, אלא מדובר ב"עסקת אקראי", בה אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין, מוכר מקרקעין לעוסק. בהתאם לתקנה 6ב לתקנות מס ערך מוסף, התשל"ו - 1976, בעסקת אקראי מסוג זה, מע"מ העסקאות מוטל על הרוכש (הוא היזם), אשר רשאי להוציא חשבונית עצמית ולנכות את מע"מ התשומות כנגד מע"מ העסקאות.

מס ערך מוסף: "מורה נבוכים בעסקאות תמ"א 38 ופינוי בינוי לאור תיקון 47 לחוק מע"מ והחלת מע"מ בשיעור אפס על עסקאות אלו"

פתח דבר

לאחרונה פורסם תיקון 47 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו - 1975 (להלן: "חוק מע"מ" או "החוק"), במסגרתו תוקנו סעיפים 31א ו-31ב לחוק. התיקון קובע, כי בעסקאות פינוי-בינוי ובעסקאות תמ"א 38 יוענק מע"מ בשיעור אפס, במקום פטור ממע"מ. בתיקון יש מספר חידושים, וכצפוי הוא מעורר בעיות שונות. בכך נדון להלן:

על מע"מ בשיעור אפס לעומת פטור ממע"מ

נבהיר, כי מע"מ בשיעור אפס אינו זהה לפטור ממע"מ, ומדובר בהטבה רחבה ו"משודרגת" של הפטור. סעיף 41 לחוק מע"מ קובע כי אין לנכות מע"מ על תשומות אלא אם התשומות הן לשימוש בעסקה החייבת במע"מ. כך, פטור ממע"מ אמנם מעניק לעוסק את הזכות שלא לשלם מע"מ בביצוע העסקה (ובכך לאפשר לו להוזיל את מחיר העסקה). יחד עם זאת, מאחר שעסקה זו אינה חייבת במע"מ, נמנעת ממנו היכולת לנכות את המע"מ על התשומות ששימשו אותו לצורך העסקה. דהיינו, את המע"מ ש"גולגל" עליו העוסק שמכר לו את התשומות. לעומת זאת, סעיף 30(2) לחוק מע"מ קובע כי עסקה החייבת במע"מ בשיעור אפס, כמוה כעסקה החייבת במע"מ. לפיכך, שיעור האפס פוטר

באשר לתמ"א 38, חוק מיסוי מקרקעין עורך הבחנה בין עסקה שבה היזם מעניק לדיירים שירותי חיזוק תמורת קבלת זכויות בניה (תמ"א 38/1) לבין עסקה שבה היזם הורס את הבניין הקיים ובונה בניין חדש תמורת קבלת זכויות בניה (תמ"א 38/2).

לצורך תמ"א 38/1, סעיף 49 לחוק מיסוי מקרקעין קובע כי מכירת זכות במקרקעין שהתמורה בעדה מושפעת מזכויות בניה הניתנות מכוח תמ"א 38, תהיה פטורה ממש שבח, עד לגובה שווי זכויות הבניה הנמכרות, ובתנאי שכנגד זכויות הבניה העניק היזם את השירותים הבאים: חיזוק המבנה מפני רעידות אדמה; הרחבת יחידות הדיור הקיימות של עד 25 מ"ר; התקנת מעלית; עיצוב ושיפוץ המבנה; הסדרת חניות; בניית מחסנים ומרפסות שמש; ותשלום לכיסוי הוצאות הכרוכות בשירותי הבנייה לפי תכנית החיזוק (שכ"ט יועצים, שכר דירה לתקופת השיפוץ, הוצאות הובלה). אם אגב העסקה, נמכרו זכויות בניה שאינן מכוח תמ"א 38, או שניתנה תמורה החורגת מהשירותים שצוינו לעיל, מרכיבים אלו לא יזכו לפטור ממש שבח.

לצורך תמ"א 38/2, סעיף 49 לחוק מיסוי מקרקעין, קובע כי מכירת זכות במקרקעין שהתמורה בעדה מושפעת מזכויות בניה מכוח תמ"א 38, תהיה פטורה ממש שבח עד לגובה שווי זכויות הבניה הנמכרות, ובתנאי שניתנה לדייר דירת מגורים חלופית אחת (או שתי דירות חלופיות באזור מוטב), אשר עונה/ות על אחד מהקריטריונים הבאים: (1) שטחה של הדירה (או שטחן המצטבר של שתי הדירות) אינו עולה על שטח דירת המגורים

פינוי בינוי ותמ"א 38 – הוראות חוק מיסוי

מקרקעין

חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג - 1963 (להלן: "**חוק מיסוי מקרקעין**") כולל פרקים העוסקים בפינוי בינוי (פרק חמישי 4) ובתמ"א 38 (פרק חמישי 5), ובהם מוענקים פטורים ייחודיים ממש שבח. סעיפי ההטבה בחוק מע"מ (סעיף 31א ו-31ב לחוק) מתבססים על הפטורים שנקבעו בחוק מיסוי מקרקעין. אי לכך, נעמוד בקצרה על הפטורים הללו.

בכל הנוגע לפינוי בינוי, קובע סעיף 49 לחוק מיסוי מקרקעין, כי דייר המוכר זכויות ביחידת מגורים, ותמורתה ניתנה לו זכות ביחידת מגורים חלופית אחת ותמורה כספית אחרת (בנוסף לתשלום עבור שכירות והוצאות נלוות בתקופת הבניה), יהיה זכאי לפטור ממש שבח, ובלבד ששווי הזכות והתמורה הכספית לא עלו על תקרת שווי, שהיא הגבוהה מבין החלופות הבאות:

1. 150% משווי יחידת המגורים הנמכרת, בניכוי שווי זכויות הבניה הנוספות;
2. שווי דירת מגורים באותו מתחם ששטחה 120 מ"ר;
3. שווי דירת מגורים באותו מתחם ששטחה 150% משטח היחידה הנמכרת, אך לא יותר מ- 200 מ"ר.

אם שווי הזכות החלופית עלתה על שווי התקרה, המרכיב שמעל שווי התקרה לא יזכה לפטור ממש שבח.

לאחר התיקון, מפנה כאמור סעיף 31ב המתוקן לחוק מע"מ גם לסעיף 1ג49 לחוק מיסוי מקרקעין, המעניק פטור ממס שבח בעסקאות תמ"א 38/2. הבעיה היא שהפטור הייחודי של סעיף 1ג49 לחוק מיסוי מקרקעין אינו חל על יזמי נדל"ן רבים – חלקם החלו בביצוע העסקאות טרם כניסתו לתוקף של הסעיף (ב-1 בינואר 2013), וחלקם בחרו שלא להשתמש בפטור, מכיוון שהוא מוגבל בהיקף שלו. לצורך חוק מיסוי מקרקעין, היזמים הנ"ל מבצעים עסקת קומבינציה "רגילה", ויכולים לנצל את ההטבות והפטורים "האישיים" ממס שבח של הדיירים, המוכרים דירות מגורים (ראו בעניין זה למשל את החלטת מיסוי 5887/11). לכאורה, בעסקאות אלו, אשר סעיף 1ג49 לחוק מיסוי מקרקעין אינו חל עליהם, אין זכאות למע"מ בשיעור אפס.

לדעתנו, תוצאה זו היא מוקשית ובלתי הוגנת, ואין הכרח לקרוא את סעיף 31ב לחוק מע"מ באופן האמור. לשון הסעיף היא "על מתן שירותי בנייה לפי תכנית החיזוק בתמורה למכירת הזכות הנמכרת הפטורה ממס בהתאם להוראות סעיפים 49ג ו-49ג49 לחוק מיסוי מקרקעין - יהיה מס בשיעור אפס". הסעיף נוקט בלשון "פטורה ממס", ולא בלשון "נתבקש פטור ממס" או "התקבל פטור ממס". כך, שלדעתנו בהחלט ניתן לקרוא את הסעיף כך שלא נדרשת עשיית שימוש בפועל בפטור שבסעיף, אלא די בכך שהייתה אפשרות להשתמש בו. גם בדברי ההסבר, אשר פורסמו יחד עם הצעת החוק לפני מספר חודשים, נאמר כי "מוצע לקבוע מס בשיעור

הנמכרת בתוספת 25 מ"ר; (2) שוויה של הדירה (או שווין המצטבר של שתי הדירות) אינו עולה על 1,996,700 ₪, או על שווי הדירה המקורית ללא זכויות בניה נוספות. לפטור יש להוסיף גם תשלום של דמי השכירות לתקופת הבניה וכיסוי הוצאות כרוכות. אם אגב העסקה, נמכרו זכויות בניה שאינן מכוח תמ"א 38, או שניתנה תמורה החורגת מהתקרות שצוינו לעיל, מרכיבים אלו לא יזכו לפטור ממס שבח.

פינוי בינוי ותמ"א 38 – הוראות חוק מע"מ

ובחזרה להוראות חוק מע"מ – סעיף 31א לחוק קובע כי מע"מ בשיעור אפס בעסקת פינוי בינוי יוענק בגין מחיר העסקה שאינו עולה על תקרת השווי הקבועה בסעיף 49 כב לחוק מיסוי מקרקעין. סעיף 31ב לחוק מע"מ קובע כי מע"מ בשיעור אפס בעסקאות תמ"א 38/1 ותמ"א 38/2 יוענק בגין מתן שירותי בניה לפי תכנית החיזוק, בתמורה למכירת זכות במקרקעין הפטורה ממס בהתאם לסעיפים 49ג ו-49ג49 לחוק מיסוי מקרקעין, בהתאמה. מבחינה זו קיים חידוש בהענקת מע"מ בשיעור אפס לעסקאות תמ"א 38/2, חידוש הטומן בחובו גם בעייתיות. עד לתיקון, הפנה סעיף 31ב לחוק מע"מ לסעיף 49ג לחוק מיסוי מקרקעין, המעניק פטור ממס שבח בעסקאות לפי תכנית החיזוק (תמ"א 38/1) בלבד. כלומר, עד לאחרונה, עסקאות לפי תכנית החיזוק בדרך של הריסה (תמ"א 38/2) לא היו פטורות ממע"מ עסקאות (ובמקביל לא חלו עליהן מגבלות של אי ניכוי מע"מ תשומות).

למעשה עסקת מקרקעין. לפי סעיפים 28(א) ו- 29(1) לחוק מע"מ, מועד החיוב במע"מ בעסקאות מקרקעין הוא המוקדם מבין הבאים: (1) מועד העמדת המקרקעין לרשות הקונה או לשימוש; (2) מועד רישום המקרקעין על שם הקונה; (3) לגבי סכומים ששולמו על חשבון התמורה – מועד התשלום. המועד המוקדם מביניהם הוא לפי החלופה השלישית, שהרי קבלת הזכויות במקרקעין על ידי היזם מהווה את התמורה המשולמת ליזם מראש. לכן, מועד החיוב במע"מ במכירת זכות ביחידת מגורים חלופית על ידי היזם יהיה ככלל מועד העמדת המקרקעין לרשות היזם.

דין דומה יחול בעסקת קומבינציה מסוג "מכר חלקי", כאשר היזם מעניק לדיירים שירותי בניה. לפי סעיפים 28(ב) ו- 29(1) לחוק מע"מ, בעבודות בניה מועד החיוב במע"מ הוא המוקדם מבין הבאים: (1) מועד השלמת עבודות הבניה; (2) מועד העמדת המקרקעין בהם נעשתה העבודה לרשות מקבל השירות או לשימוש; (3) לגבי סכומים ששולמו על חשבון התמורה – מועד התשלום. גם כאן, המועד המוקדם מביניהם הוא לפי החלופה השלישית, שכן קבלת הזכויות במקרקעין על ידי היזם מהווה את התמורה המשולמת ליזם מראש עבור שירותי הבניה. לכן, מועד החיוב במע"מ במכירת זכות ביחידת מגורים חלופית על ידי היזם יהיה שוב מועד העמדת המקרקעין לרשות היזם.

בהתאמה בע"א 108/82 ניכן נ' מנהל מע"מ, נקבע, כי בעסקאות קומבינציה, ככלל, מועד החיוב במע"מ הוא המועד שבו נמסרה הקרקע לרשותו של הקבלן,

אפס גם על מתן שירותי בניה במסגרת תמ"א 38/2, ללא אזכור של סעיפי הפטור בחוק מיסוי מקרקעין.

לחלופין, אם לא תתקבל הפרשנות המוצעת, במקרים המתאימים יש להתיר ליזמי תמ"א 38/2 שלא השתמשו בפטור הייחודי ממס שבח, להמיר את המסלול בו בחרו לטובת הפטור הייחודי, וכתוצאה מכך להיות זכאים למע"מ בשיעור אפס. המרה זו תתבצע באמצעות סעיף 85 לחוק מיסוי מקרקעין, המאפשר תיקון שומת מס שבח בתוך ארבע שנים מיום עשייתה. בפסקי דין שונים (ראו למשל ו"ע 9094/08 אייל עזר נ' מנהל מיסוי מקרקעין) נקבע כי טעות בכדאיות העסקה עשויה להוות עילה לתיקון שומה כאמור. לגבי עסקאות עתידיות יעלה הצורך לבחון מהו הנתבי העדיף - שימוש בפטור הייחודי וקבלת מע"מ בשיעור אפס; או שימוש בהטבות המס האישיות של הדיירים תוך ביצוע של עסקת קומבינציה וחבות במע"מ עסקאות מלא בגין שירותי הבניה לדיירים (תוך ניכוי מע"מ תשומות).

פינוי בינוי ותמ"א 38 – מועד החיוב במע"מ

בתיקון 47 לחוק מע"מ נקבע גם, כי ההטבה האמורה של מע"מ בשיעור אפס (הן לגבי פינוי בינוי והן לגבי תמ"א 38) תחול לגבי מכירת זכות ביחידת מגורים חלופית או מתן שירותי בניה שמועד החיוב במע"מ לגביהם חל החל מיום 25 בנובמבר 2014. בעסקת קומבינציה מסוג "מכר מלא", כאשר היזם מוכר לדיירים זכות ביחידת מגורים חלופית, זו

לחלופין, טענו הנישומות, כי מועד החיוב במע"מ שנקבע על ידי המנהל אינו נכון, שכן המועד הרלוונטי הוא מועד העלייה על הקרקע (בשנת 2007), ולא מועד קבלת היתר הבניה (בשנת 2002).

בית המשפט המחוזי דחה את ערעורן של הנישומות. לעניין הפטור ממע"מ, קבע בית המשפט כי היות וההסכמים הרלוונטיים נחתמו בשנים 1999 – 2000, וסעיף 31א נכנס לתוקף רק בשנת 2002, הנישומות אינן זכאיות לפטור.

לעניין מועד החיוב במע"מ, קבע בית המשפט, כי לפי הסכמי הפינוי, הדיירים התחייבו לפנות את נכסיהם כנגד התחייבות הנישומות למתן שירותי בניה. להתחייבות הדיירים כשלעצמה יש בעיני בית המשפט ערך כלכלי. לדידו, כבר במועד חתימת ההסכמים, קיבלו הנישומות תמורה כנגד פינוי המקרקעין, ללא קשר למועד פינוי הדירות בפועל. לכל המאוחר, קיבלו הנישומות תמורה במועד הוצאת היתר הבניה, אשר הוצאתו נעשתה על יסוד ההתחייבויות שניתנו בהסכמי הפינוי. עם הוצאת היתר הבניה, הייתה בידי הנישומות הזכות לעלות על המקרקעין, וזו לשיטת בית המשפט הייתה תמורה ששולמה להן מראש.

הנישומות ערערו לבית המשפט העליון על שאלת מועד החיוב במע"מ, וערעורן בנקודה זו התקבל. בית המשפט חזר על הדין הקיים בדבר מועד החיוב במע"מ בעסקאות קומבינציה, וקבע כי הן בעסקת "מכר חלקי" והן בעסקת "מכר מלא", מועד החיוב במע"מ הוא מועד מסירת הקרקע ליזם. זאת,

וזאת הן בעסקת המכירה של הזכות במקרקעין והן בעסקת הגומלין של מתן שירותי הבניה או מכירת היחידה החלופית. היות שעסקאות פינוי בינוי ותמ"א 38 הן למעשה עסקאות קומבינציה, יחולו מועדי החיוב האמורים גם בעניינן. מסקנה זו קיבלה משנה תוקף לאחרונה בע"א 3678/13 פרידמן חכשורי נ' מנהל מע"מ, אשר עסק בעסקת פינוי בינוי.

ע"א 3678/13 פרידמן חכשורי נ' מנהל מע"מ (2014)

באותו מקרה, זכו החברות הנישומות במכרז של מינהל מקרקעי ישראל לביצוע פרויקט פינוי בינוי בתל אביב, במסגרתו חכרו הנישומות את המקרקעין מהמינהל לצורך בניה, והתחייבו לדאוג לפינוי התושבים שהתגוררו במתחם כברי רשות, תמורת דירות שתיבניה במתחם. הסכם הפיתוח עם המינהל נחתם בשנת 1999, והסכמי הפינוי עם הדיירים נחתמו בשנת 2000. מנהל מע"מ קבע כי הנישומות ביצעו שתי עסקאות: האחת, רכישת זכויות החכירה מהמינהל; השניה, פינוי הדיירים ובניית הדירות החלופיות, כאשר העסקה השניה משולה לעסקת קומבינציה, בה מעניק היזם שירותי בניה כנגד העברת זכויותיו של הדייר במקרקעין כבר רשות, ויש לחייב את היזם במע"מ על מתן שירותי הבניה. עוד קבע מנהל מע"מ כי מועד החיוב במע"מ בעסקה השניה הוא מועד הוצאת היתר הבניה.

הנישומות חלקו על שומת המנהל. הן טענו כי הן זכאיות לפטור ממע"מ מכוח סעיף 31א לחוק מע"מ.

מכוח סעיף 31א לחוק, טוב עשה המחוקק בכך שהכפיף את מועד תחולת המע"מ בשיעור אפס למועד החיוב במע"מ, ולא למועד חתימת ההסכמים. שכן, יציאתן לפועל (וכפועל יוצא מכך יצירת הערך המוסף) של עסקאות פינוי בינוי ותמ"א 38 עשויה להתרחש שנים מספר לאחר חתימת ההסכמים. כך, יוכלו להינות מההטבה החדשה של מע"מ בשיעור אפס גם יזמים אשר חתמו על הסכמים עובר ליום 25 בנובמבר 2014, אך המקרקעין נמסרו להם בתאריך זה, או לאחריו.

לסיכום, קביעת מע"מ בשיעור אפס בעסקאות פינוי בינוי ותמ"א 38 גוררת אחריה שאלות רבות, והעיקריות שבהן הן תחולת ההטבה על עסקאות תמ"א 38/2 בהן לא נוצל הפטור המקביל ממס שבח; ומועד תחולתה של ההטבה, אשר נכרך במועד החיוב במע"מ בעסקת שירותי הבניה/מכירת היחידה החלופית. לאור מורכבות הסוגיה, ובעיקר בשאלת תחולת ההטבה על עסקאות תמ"א 38/2, רצוי לקבל ייעוץ פרטני.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד מיכל זנקו, עו"ד (כלכלן) אדי רשקובן ועו"ד שי ארז.

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד www.ampeli-tax.co.il. אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתייעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.

בהסתמך על הלכת ניכן האמורה. בית המשפט הגיע למסקנה, כי היות שהדירות החלופיות שנמסרו לדיירים נבנו מחוץ למקרקעין בהם החזיקו אותם דיירים, אזי יש לראות את הסכמי הפינוי בינוי כעסקת קומבינציה מסוג "מכר מלא", של מכירת מקרקעין תמורת מקרקעין. לפיכך, מועד החיוב במע"מ חל בשנת 2007, אז החל אכלוס הבניין בו נכללו הדירות החלופיות, ואז גם פינו הדיירים את המקרקעין המפונים, והם נמסרו ליזם. בית המשפט דחה את טענת מנהל מע"מ, וקבע כי התחייבות הדיירים לפנות את המקרקעין במסגרת הסכמי הפינוי אינה בגדר "סכומים ששולמו על חשבון התמורה", ולכן אינה עונה על תנאי סעיף 29(1) לחוק מע"מ. גישה זו, קבע בית המשפט, מקדימה את מועד החיוב לשלב בו הנישומות טרם הפיקו ערך מוסף מהעסקה, ולפיכך מנוגדת לתכלית חוק מע"מ. לעניין מועד קבלת היתר הבניה, בית המשפט קבע כי מתן ההיתר לא הותנה בפינוי הדיירים מהמקרקעין, והוא בכלל ניתן על מקרקעין אחרים, ולכן אין לראות בו משום תמורה שקיבלו הנישומות, ומועד נתינתו אינו המועד המתאים לחיוב במע"מ.

סיכום

תיקון 47 לחוק מע"מ נושא עמו סוג של בשורה בדמות מע"מ בשיעור אפס בגין שירותי הבניה. ההטבה תחול על עסקאות פינוי בינוי ותמ"א 38, בהן נמסרו המקרקעין ליזם ביום 25 בנובמבר 2014, או לאחריו. נציין, כי לאור המחלוקת שעלתה בעניין פרידמן חכשורי בדבר תחולת הפטור ממע"מ