

פרק 5

עסקאות קומבינציה - סעיף 19(4)

ד"ר אברהם אלטר

99	עסקת קומבינציה, נוסח הסעיף, יסודות ההקלה והסייגים לה	5.1
99	נוסח החוק	5.1.1
100	יסודות עסקת קומבינציה לפי סעיף 19(4)	5.1.2
101	מטרת החקיקה - זרוז חתימת עסקאות קומבינציה	5.1.3
101	סקירת יסודות הסעיף	5.2
101	קומבינציה רק בתקופה קובעת	5.2.1
102	התמורה בבניה על יתרת המקרקעין	5.2.2
103	היות הקרקע מלאי בידי הרוכש	5.2.3
104	המוכר אינו קרוב של הרוכש	5.2.4
108	אם בחר זאת המוכר	5.2.5
109	הודעה תוך 30 יום	5.2.6
109	הגדרת עסקת הקומבינציה	5.3
110	ההטבה: דחיית יום המכירה ליום סיום הבניה או מכירת יתרת הקרקע	5.4
110	חיוב במס עם סיום בניה	5.4.1
111	סיום בניה מהו	5.4.2
111	הגדרת סיום בניה בסעיף 19(4)(ב)(2):	5.4.3
111	מועד הסיום: סיום בניה או קבלת אישור	5.4.4
112	שווי בעסקת קומבינציה לפי סעיף 19	5.5

112	העקרון: השווי נקבע ביום המכירה כהגדרתו בסעיף, יום ארוע המס	5.5.1
112	שווי שיקבע ביום סיום הבניה או מכירת יתרת הזכויות כולן או מקצתן (להלן: "יום המכירה")	5.5.2
113	שווי הקרקע בלבד למועד ארוע המס	5.5.3
113	שווי: תמורת בניה - הוצאות הבניה של הקבלן על מקרקעי הבעלים	5.5.4
114	פטור דירת מגורים בקומבינציה לפי סעיף 19(4)	5.6
114	פטור לדירות לפני תחילת הקומבינציה	5.6.1
114	פטור לדירות בסוף הקומבינציה	5.6.2
115	עסקת קומבינציה לפי סעיף 19(4) ואופציות לפי סעיף 49 השילוב	5.7
115	עסקת קומבינציה על דרך הקצאה	5.8

5.1 עסקת קומבינציה¹, נוסח הסעיף, יסודות ההקלה והסייגים לה

5.1.1 נוסח החוק

נוסחו של סעיף 19(4) לחוק הינה כלהלן:

"(4) (א) במכירה בתקופה הקובעת של חלק מזכות במקרקעין, שתמורתה היא בניה על יתרת המקרקעין (להלן - עסקת קומבינציה) - יום מכירת החלק כאמור או אם בחר זאת המוכר - המוקדם מבין יום סיום הבניה או יום מכירת הזכויות בירת המקרקעין, כולן או מקצתן, על ידי המוכר (להלן - יום התקיים התנאי), ובלבד שהתקיימו כל אלה:

- (1) החל במועד ההתקשרות בעסקת הקומבינציה ועד למכירת הזכויות במקרקעין שבידי הרוכש, היו הזכויות האמורות מלאי עסקי בידי הרוכש;
- (2) המוכר אינו קרוב של הרוכש;
- (3) בתוך 30 ימים מיום עסקת הקומבינציה, מסר המוכר הודעה למנהל בהתאם לכללים שקבע המנהל, על בחירתו בהחלת הוראות פסקה זו;

(ב) לענין פסקה זו -

- (1) יראו את זכויותיו של המוכר במקרקעין הגובלים זה בזה כזכות אחת במקרקעין;
- (2) "סיום הבניה" - המועד המוקדם מבין אלה: המועד שבו הבנין או חלק הבנין, לפי הענין, שנבנה על יתרת המקרקעין, ראוי לשימוש, או מועד קבלת אישור לאספקת חשמל, מים או חיבור של טלפון לבנין, לפי סעיף 235 לחוק התכנון והבניה (להלן - אישור לאספקת שירותים);

1 באשר לדרך מיסויין של עסקאות קומבינציה עובר לתיקון ראה יצחק הדרי, מיסוי מקרקעין (כרך א', מהדורה שנייה, יונתן, תש"ס), 288 וכן אהרון נמדר, דיני מסים (מיסוי מקרקעין) (חושן למשפט, תשנ"א), 143.

(3) "קרוב", לענין המוכר - לרבות איגוד השולט בו ואיגוד שבשליטת השולט בו; ולענין זה, "שליטה" - כמשמעותה בסעיף 2 בשינויים אלה: בכל מקום בסעיף האמור, במקום "רובו של הון המניות" יבוא 20% או יותר של הון המניות ובמקום "את רובו של הסכום" יבוא "20% או יותר".

סעיף 19(4) הינו חלק מסעיף 19 לחוק הקובע יום מכירה מיוחד לגבי עסקאות מיוחדות².

ניסוח החוק סוטה מהמלצות הועדה ומחטיא את כוונתה. התיקון יכול היה להיות פריצת דרך בעסקאות קומבינציה. כוונת הועדה לאפשר מסלול אלטרנטיבי לדחיית מס כיום הינה למעשה פחות סבירה נוכח ניסוח הסעיף. איש עסקים סביר יתלבט רבות לפני שיבחר לערוך את עסקת הקומבינציה בדרך סעיף 19, דרך חתחתים שאיננה מאפשרת להלך בה בסבירות.

5.1.2 יסודות עסקת קומבינציה לפי סעיף 19(4)

- א. מכירה בתקופה קובעת.
- ב. מכירה של חלק מזכות במקרקעין.
- ג. התמורה היא בנייה על יתרת המקרקעין.
- ד. הזכויות הנרכשות הן מלאי אצל הרוכש.
- ה. המוכר איננו קרוב של הרוכש.
- ו. המוכר בחר בהקלה.

² סעיף 19 קובע כדלהלן:

- "יום המכירה" או "יום הפעולה" לענין חישוב השבח והמס הוא היום שבו נעשתה המכירה או הפעולה באיגוד, ואולם -
- (1) במכירה או בפעולה באיגוד באמצעות הליכי הוצאה לפועל - היום שבו הושלמה המכירה או הפעולה על ידי הרשות המוסמכת לכך;
 - (2) בהפקעה - היום שבו הועמד הפיצוי בעד הזכות שהופקעה לרשות מי שהזכות הופקעה ממנו; ואולם, אם נקבע על ידי בית משפט סופית כי הפיצוי שיש לשלמו בעד הזכות - למעט הריבית עליו - עולה ב-50% על הסכום שהועמד לרשות מי שהזכות הופקעה ממנו, יהיה יום המכירה יום מתן פסק הדין הסופי;
 - (3) במכירת זכות במקרקעין בידי מדינת ישראל, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל - יום אישור העסקה בידי מנהל מינהל מקרקעי ישראל או בידי מי שהוא הסמיך לכך.

ז. המוכר ימסור הודעה תוך 30 יום למינהל.

אם נתקיימו כל היסודות הרי:

יום המכירה של הבעלים הוא המוקדם מבין שניים:

(1) יום סיום הבנייה.

(2) יום מכירת חלק מזכויות הבעלים ביתרת המקרקעין.

5.1.3 מטרת החקיקה - זרוז חתימת עסקאות קומבינציה

בדיוני הוועדה עלתה הבעיה כי עסקאות קומבינציה אינן נחתמות או נערכות, בין השאר בשל העובדה כי שומות נערכות על פי יום ההסכם, בעוד עסקת הקומבינציה עצמה מותלית בהפשרת מקרקעין, שינוי תב"ע, השגת אישורי בניה. פעולות אלו אורכות זמן רב, ושומות לפי יום ההסכם המנותקות ממציאות הנדל"ן, יכולות ליצור חוב מס בערך גבוה הרבה יותר מהתמורה בעסקה. כך היה בפרשת **דירום**³. באותו מקרה נקבעה שומת מס שבח נמוכה פי כמה וכמה מעלות הבניה של מקרקעי הבעלים, ולקבלן נוצר הפסד מביצוע הבניה בקומבינציה. פער זה בין שומת מס שבח למציאות הכלכלית, בין ששומת מס שבח היתה נמוכה מדי, כפי שייטכן שיטענו אחדים, בענין **דירום**, לבין שהעלות של דירות הבעלים היתה גבוהה מהערכות מס שבח, מוכיחה את הטענה שביסוד הנחות הוועדה. לפיכך, סברה הוועדה שאם ליזמים תינתן אפשרות לעריכת עסקת קומבינציה מיידית, בלי סיכוני שומה וחבויות מס מיידיות, אלא לפי תוצאת העסקה בעתיד. הדבר ימריץ יזמים לחתום על עסקאות קומבינציה רבות יותר, במיוחד בתקופה כלכלית כה קשה.

5.2 סקירת יסודות הסעיף

5.2.1 קומבינציה רק בתקופה קובעת

ההטבות ניתנות רק לעסקאות קומבינציה בתקופה הקובעת. הכוונה ליום החוזה ולא ליום המכירה. קרי, הוראות הסעיף מוגבלות להסכמים בתקופה הקובעת. חוזה שיחתם עד 31.12.03 יזכה להטבות בסעיף, לפי בחירת המוכר. חוזה שיחתם החל ב-2004 לא יהנה מהטבות המס.

3 ראה עמ"מ 1066/98 **דירום** (1971) בע"מ נ' פשמ"ג, מיסים טו/4-ה-19 (להלן: עמ"מ **דירום**).

לדעתנו, בתיקונים המתחייבים, ראוי כי הוראת חוק זו תוארך ותשאר בתוקף כחלק קבוע מחוק מיסוי מקרקעין.

5.2.2 התמורה בבניה על יתרת המקרקעין

5.2.2.1 כללי

לפי תנאי הסעיף נדרש כי התמורה תהיה בבניה על יתרת המקרקעין. ראוי לציין כי אין לדעתנו, כוונה לבניה בלבד. תנאי, כאמור, זה בלתי מציאותי ומעורר קשיים רבים. המחוקק באם רצה לקבוע בניה בלבד היה מציין זאת במפורש.

יתרה מזו, יתכן אולי לבצע פיצול במקרים שאינם טפילים לעסקת הקומבינציה. משמע, מקרים של תשלום בשם הבעלים, אין לדעתנו ספק כי נכלל בתיקון (ראה בהמשך), מקרים בהם עסקינן בעיסקה שחלקה קומבינציה וחלקה מזומן, יש לדעתנו להחיל את התיקון על מרכיב הקומבינציה.

5.2.2.2 מה דין החזר חובות הבעלים!?

קיימות עסקאות רבות בהן הקבלן נותן בתמורה כסף ולא רק בניה. לדוגמא, במקרים מקובלים לעסקאות קומבינציה, הקבלן נותן הלוואות לדייר לתשלום מיסים או הוצאות אחרות החלות על הדייר. תשלומי הטלי חובה של הדייר⁴ גם הן בבחינת שווה כסף ולא בניה⁵. האם בכך סוכלו למעשה כל עסקאות הקומבינציה. נראה לנו כי על המחוקק להבהיר כי גם תשלום בשווי כסף או פרעון חובות הבעלים כדוגמת הטלי השבחה, הטלי פיתוח ודמי הסכמה, כולם כנוהג היזמים, לא יפסול את כניסת העסקה בגדר סעיף 19(4). ראוי כי הנציבות תפרסם עמדה מקלה בנושא, שכן לא יעלה על הדעת שדרך עסקים ונוהג מושרש בעסקאות קומבינציה ישלול את תחולתו של התיקון.

4 השווה עמ"ש 1115/00 כץ ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין חדרה, תקליטור מיסים ועוד, שם נקבע כי מס השבח ודמי ההסכמה המשולמים ע"י הקונים יתווספו לתמורה לצורך תשלום מס הרכישה.

5 השווה במע"מ, בעקבות ע"א ניכנ (ע"א 108/82 ניכנ חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' מנהל מע"מ פי"ד ל"ט (1) 722), אשר קבעה כי מחירה של עסקת קומבינציה יהיה המחיר שהיה משתלם בעדה בתנאים רגילים את ע"ש 61/94 רמש"ד פיתוח ובנייה בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים, מיסים 1/ ה-29, שם נקבע כי תשלום חובות בעל קרקע אינם חלק ממחיר עסקת שירותי הבנייה ולכן אינם נושא לחבות במע"מ; ע"ש 233/93 יעד מהנדסים בע"מ נ' ממונה אזורי מע"מ חיפה, מיסים 1/ ה-27, שם נקבע כי אומנם עקרונית מקום בו רוכש המקרקעין משלם חוב מס שחל על המוכר הרי שתשלום זה מהווה חלק מהתמורה, אלא שלכך אין כל רלוונטיות כשהמחיר נקבע עפ"י שווי שוק; ע"ש 5004/96 פרינץ צבי בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, מיסים 6/ ה-188, שם נקבע כי חיוב במע"מ בעד התשלום למינהל מקרקעי ישראל, בנוסף לשווי שוק, המחליף את התמורה המוסכמת מכוחה של הוראת סעיף 10, יש בו משום כפל מס.

5.2.3 היות הקרקע מלאי בידי הרוכש

5.2.3.1 כללי - ביקורת

תנאי לבחירתו של המוכר בדחיית ארוע המס בקומבינציה הינו בעצם היות הקרקע מלאי עסקי בידי הרוכש. תנאי זה שלא היה קיים בהמלצות הועדה נוסף בעת הניסוח במשרד המשפטים, ולדעתנו הינו מיותר, לא קוהרנטי ולא מציאותי. ייתכן שהוא שם פלסטר את כוונת הועדה ומרוקן מתוכן את ההמלצה, לאור אופיין של עסקות הקומבינציה בדרך העסקים הרגילה. לא ברור למה נדרש תנאי זה. מה מבחין קבלן הבונה לרכוש קבוע מקבלן הבונה מלאי. מדוע קבלן שלא הצליח למכור מלאי וההופך אותו לרכוש קבוע להשכרה יחייב במס שבח את בעל הקרקע?

5.2.3.2 קבלן הבונה רכוש קבוע

מרבית הקבלנים העורכים עסקת קומבינציה נוהגים לבנות לעיתים חלק מהדירות, או המשרדים או החלקים המסחריים המהווים את חלק הקבלן בקומבינציה - כרכוש קבוע. אפשרות זו, שהופכת בלתי מעשית לענין עסקת קומבינציה לפי סעיף 19 לחוק, מסרבלת את יישומו של הסעיף בעסקאות רבות. כיצד? ובכן, לפי התיקון נדרש קבלן המתקשר עם בעל קרקע, כי זכויות המקרקעין של הקבלן הבונה יהיו מלאי בידו. חלק הנבנה כרכוש קבוע איננו מלאי ולפיכך תסוכל עסקה לפי סעיף 19, יוצא כי בעסקה בה מתעתד הקבלן לבנות דירה פרטית, או נכס (חנות או משרדים) להשכרה, כחלק מעסקת הקומבינציה, לא יוכל המוכר לבקש את תחולת הסעיף. יוצא שהבחירה ב-19(4) אמנם נתונה למוכר, אך הקונה יכול לשלול אותה ע"י בניית רכוש קבוע.

לא ברורה הסיבה למגבלה זו אותה דרשה נמ"ה ואנו מקווים כי ייטיב המחוקק לעשות אם יוותר על מגבלה זו בנוסחו של סעיף 19 לחוק!

נראה לנו כי את התיקון לכן יש לפרש גם במקרה זה, כמאפשר פיצול. משמע, על חלק העיסקה המיועד למלאי יחול התיקון ועל חלק המיועד לרכוש קבוע ישולם מס במועד העיסקה, בהתאם להוראות החוק עובר לתיקון.

5.2.3.3 "שינוי יעוד" כתכנון מס לפי סעיף 19(4)

א. מה יהיה הדין במצב בו קבלן משנה יעוד מקרקעין ממלאי לרכוש קבוע? שינוי כאמור יכול להגרם בשל סיבות מגוונות, לדוגמא חוסר יכולת למכור את הדירות שבנה בשל מצב השוק. לכאורה די בכך כדי להפקיע את דחיית המס למוכר לפי ניסוח סעיף 19(4)(א)(1). מה דינו של מוכר שסיכם בעסקת הקומבינציה, כי הקבלן

יצוג את המקרקעין כמלאי, אך הקבלן החליט לבסוף שחלקו בקומבינציה, כולו או חלקו, יהיה רכוש קבוע? גם כאן פוקעת זכות המוכר לדחיית המס שבסעיף 19. כאן לכאורה אם הקבלן הפר התחייבותו הקבועה כתנאי מתנאי עסקת הקומבינציה, תהיה למוכר זכות לתבוע ממנו פיצויים בגין הפרת הסכם.

ב. לעיתים שינוי יעוד יזום הינה דרך להשיג מיסוי נח יותר ויכול לשמש כתכנון מס מעולה. כיצד? אם ראו הקבלן ובעל הקרקע כי ערך המקרקעין עלה וכי מיסוי לפי סעיף 19(4) יוביל את המוכר למס גבוה יותר, הרי אז יוכלו בתאום ביניהם לשנות יעוד של חלק מהמלאי של הקבלן לרכוש קבוע וע"י כך להחזיר את יום המכירה ליום ההסכם. יום מכירה זה בתנאי שוק עולה עדיף בהרבה, ואם הדבר יעשה בדיעבד, נניח לאחר שהקבלן סיים הבניה על יתרת המקרקעין, יחסכו הן הקבלן והן היזם מס שבח ומס רכישה רב.

ג. תכנון כזה נראה לנו די מעשי, מאחר ואין בו אלמנט "אשם" ולפיכך לא יוטלו על המוכר קנסות, אלא רק הפרשי הצמדה וריבית. הפרשים אלו כיום אינם יקרים יותר מאשראי בשוק, וגם אינם כרוכים בשיעבוד הקרקע או במתן בטחונות או הון עצמי של הקבלן, ולפיכך מבחינת תזרים מזומנים בעסקה, התכנון טוב לשני הצדדים במידה שווה.

ד. נזכור כי דרך כלל ארוע מס בקומבינציה הינו עם העליה על הקרקע מכח סעיף 51, הן לענין מס שבח, מס רכישה, והן לענין מע"מ, ולפיכך התכנון שהוצא על פי סעיף 19(4) דוחה ב-3 עד 5 שנים את התשלום המס.

5.2.4 המוכר אינו קרוב של הרוכש

תנאי זה נזכר כאן כמו ביחס לסייגים הניתנים להנחות ממס רכישה במכירות לקרובים. קרוב מוגדר בסעיף קטן 19(4)(ב)3 כ"קרוב" לענין המוכר, לרבות איגוד השולט בו ואיגוד שבשליטת השולט בו.

קרוב מוגדר בסעיף 19(4) כך:

"קרוב", לענין המוכר - לרבות איגוד השולט בו ואיגוד שבשליטת השולט בו;

לענין זה, "שליטה" - כמשמעותה בסעיף 2, בשינויים אלה: בכל מקום בסעיף האמור, במקום "רובו של הון המניות" יבוא "20% או יותר של הון המניות", ובמקום "את רובו של הסכום" יבוא "20% או יותר".

5.2.4.1 קרוב לענין המוכר

לא ברור הנוסח העברי של המונח "קרוב לענין המוכר"! האם הכוונה היתה כי רק אם המוכר קרוב של הרוכש, הנחות המס לפי תיקון 50 לא יוענקו ואינן חלות. מה דינו של מקרה שהרוכש עונה על ההגדרה של קרוב ולא להיפך, האם ההנחות לפי התיקון יוענקו? נראה שהכוונה היתה שלא, אך לשון החוק חסרה ולכן יש לגרוס כי ההקלות יחולו (ראה בהמשך).

כמו כן, ניתן כללית לחלוק על היקף ההגדרה הרחבה, שנובעת יותר בשל מצוקת המחוקק מאי ידיעת ההיקף הצפוי של ניצול החוק לרעה וחששותיו מהצפוי, יותר מאשר בשל רצון מוגדר וממוקד למניעת עקיפת מטרת המחוקק בתיקון. משמע, כעין יריה באפלה בתקווה שתקלע למטרתה. ראה ביקורת עניינית בסעיפים שלהלן, וכאמור נראה שלמרות היריה הרחבה, בכל זאת עדיין קיימות פרצות בהגדרה.

בנוסף נציין כי קרוב מוגדר בסעיף 1 לחוק בהגדרה רחבה דיה. לא ברור מדוע דווקא בסעיף שמטרתו לקדם עסקאות בניה היה צורך בהרחבת הגדרה זו בצורה ניכרת ורחבה כל כך.

לא ברור מדוע לא יוענקו הטבות הסעיף לעסקת קומבינציה בין איגודים קרובים ובין קרובים בכלל. הסעיף נועד לעודד עסקאות ולכן דווקא בין קרובים היה סיכוי כי הועדה תגשים את מטרתה, לעודד עסקאות קומבינציה.

5.2.4.2 איגוד

"איגוד" - חברה וחברה נכרית כמשמעותן בפקודת החברות, אגודה רשומה כמשמעותה בפקודת האגודות השיתופיות, שותפות הרשומה לפי פקודת השותפויות, אגודה כמשמעותה בחוק העותומני על האגודות 1327;

יוצא כי תאגידיים רבים נעדרים מהגדרת איגוד ויוצאים, אפוא, מהרשימה של "קרוב". כך לדוגמא שותפות לא רשומה, או שותפות זרה, עמותה, תאגידיים זרים שהינם חברה כדוגמת אנשלוט, או עסקה משותפת, כולם לא יחשבו בגדר "איגוד". עסקאות קומבינציה נערכות לעיתים בדרך של עסקה משותפת, בעלת מספר מיוחד במע"מ, מבלי שנרשמה ברשם השותפויות. האם די בכך כדי לצאת מהגדרת "קרוב".

5.2.4.3 ביקורת על הגדרת איגוד

א. חקיקת טלאים

המחוקק אימץ הגדרות שונות לאיגוד, כאשר הוא מדבר על הקלות מס כדוגמת מתנות ההגדרה צרה, ראה סעיף 1 לחוק. כאשר מדובר ברווח הון ההגדרה שונה, ראה סעיף 88 לפקודה, אולם כאשר מדובר בהחמרות ההגדרה מקיפה ורחבה ומוגזמת. חקיקה זו לפי שיטת המקל או הגזר אינה יאה ויש להגדיר קרוב לכל המטרות באותו באופן.

ב. הפניות מיתרות

הגדרת קרוב בסעיף 19(4) בעייתית בניסוחה והפניותיה. קרוב לקוח מסעיף 1. שליטה לקוחה מסעיף 2. הגדרת איגוד לקוחה מסעיף 1. מדוע כל כך הרבה פניות שמיועדות להרכיב הגדרה חדשה? האם לא היה ניתן להסתפק בדרך חקיקה אלגנטית יותר?

ג. עברית לקויה

הניסוח כאמור מורכב ומסובך. לבד מההפניות לסעיף 1 וסעיף 2 נוקט המחוקק לשון כבדה ומסובכת, לדוגמא "קרוב - לענין המוכר", ובהמשך איגוד השולט בו ואיגוד שבשליטת השולט בו. השילוב שבין הנוסח המסורבל וההפניות הרבות יוצר אי בהירות למהותה של ההגדרה.

5.2.4.4 שולט בו ושליטה

הכוונה לאיגוד השולט במוכר. שליטה הינה כאמור בסעיף 2 בשינויים אלו:

במקום רובו של הון המניות יבוא 20% או יותר של הון המניות.

ובמקום רובו של הסכום יבוא 20% או יותר.

סעיף 2 בנוסח המשולב המיוחד לענין סעיף 19(4) יקרא כך:

"רואים אדם כשולט באיגוד אם לאותו אדם, לבדו או ביחד עם קרוביו (להלן - בעל השליטה), שליטה ישירה או עקיפה בענינים של האיגוד או שבעל השליטה יכול לשלוט או זכאי לרכוש שליטה כאמור, ובפרט - אך בלי לגרוע מן הכלל האמור - כשבעל השליטה מחזיק או רשאי לרכוש 20% או יותר של הון המניות או של כוח ההצבעה של האיגוד או 20% או יותר של הון המניות שהוצא או אותו חלק ממנו שהיה מזכהו, במקרה של חלוקת כל הכנסת האיגוד בין החברים, לקבל את 20% או יותר של הסכום המתחלק."

ניתן לחלוק על הקיצוניות של הגדרת שליטה בה נקט המחוקק. חששו של המחוקק מניצול לרעה של הסעיף, חשש שאיננו מבוסס כאמור, המריץ אותו לשים חסמים שלא נכללו בהמלצות הועדה ועומדות בניגוד גמור למגמת הרפורמה. במקום להפשיר נדל"ן, אפילו ע"י הקלות מס, הן ידחו עסקאות. בינינו לבינינו ניתן לומר כי, סעיף 19(4) איננו "מתנת מס" גדולה, ויש הגורסים כי אף אחד לא ישתמש בו, לרבות חברים בועדה הסוברים כך. מה מצאו נציגי נציבות המס ומשרד המשפטים להוסיף תנאים מגבילים כה קיצוניים. הגיון החוק דורש דווקא לעודד עסקאות מסוג 19(4) בין קרובים, וככל שיותר קרובים יעשו יותר עסקאות, כן ייטב לשוק הנדל"ן.

אולם אם לא די בכך, הוסיף המחוקק סייג וקבע כי שליטה איננה 75% או 50% כמקובל, אלא 20% די בהם. הקצנה זו של הגבלת "ההטבות" במס לפי סעיף 19, מופרזת ויש לתקנה בהקדם.

20% הינה דרישה נמוכה יותר מדי ליצירת שליטה, או חשש ניצול לרעה, ויכולה לגרום לעסקאות לגיטימיות להפסל, עקב הרחבת הגדרת קרוב. נראה כי רצון המחוקק למנוע עסקאות עלה על הנדרש וחותר תחת כוונה הרפורמה.

5.2.4.5 עסקאות בין "קרובים" שאינן פוסלות תחולת התיקון

עם הרחבת ההגדרה עדיין נפלו בה פרצות מהותיות. כל זאת היות והחוק מרחיב אך ורק בהגדרת קרוב של המוכר לענין גופים השולטים במוכר.

לאור זאת מקרה פשוט של יחיד המוכר לחברה בשליטתו למעשה אינו נפסל כמכירה בין קרובים.

קשר זה לא הוסף בתיקון אלא מופיע בהגדרת קרוב מקורית בסעיף 1 לחוק.

שם נקבע כי קרוב לאדם פלוני הוא בין השאר גם איגוד בשליטתו.

לכן איגוד בשליטה של יחיד לא יכול למכור ליחיד ולזכות בהטבות, אבל היחיד נראה שיכול למכור לאיגוד בשליטתו שכן אין כל מקום לא בסעיף 1 ולא בתיקון שקבע שהיחיד הוא קרוב של האיגוד (רק להפך).

מכאן יוצא שלאור ההגדרה המשוונה של קרוב לענין המוכר בלבד, ויחסים חד צדדיים בהגדרות של קרוב, נותרו מצבים בהם התכוון המחוקק לשלול הטבות אך לא שלל.

אין דברים אילו באים בכדי לעודד את המחוקק לאסור גם עליהם, אך נראה שראוי לפשט וליצור הגבלה בהגדרות של קרוב הן לענין מוכר והן לענין רוכש והן באופן דו סיטרי בין תאגיד ושולטיו.

אנו תקוה כי בחקיקה סופית משוכלל חלק זה, לא לתקופה המזכה בלבד, יסיר המחוקק את ההגבלות הרבות על עסקאות בין קרובים שכן אין כל סיבה כלכלית למנוע אותן לחילופין לא לעודדן באופן זה לעסקאות אחרות.

5.2.4.6 "במישרין או בעקיפין" העדרו ו"שליטה ישירה או עקיפה" משמעותה

קריאה משולבת של סעיף 19(4) עם סעיף 2 לחוק בשינויים מחוייבים, מביאה לכך כי ככל הנראה סעיף 2 הקובע שליטה ישירה או עקיפה איננו חל על שליטה ע"י קרוב, וזאת מאחר וברישא לסעיף 2 מפורט כי:

"רואים אדם כשולט באיגוד לבדו או ביחד עם קרובו (להלן: בעל שליטה) שליטה ישירה או עקיפה."

אנו רואים כי מקום שרק לקרוב שליטה, אין החוק רואה בזה שליטה עקיפה. לפיכך, בדיוק כפי שמקובל לגבי בעלי שליטה במס הכנסה, סעיף 9³², גם כאן נראה אם הקרוב לבדו מחזיק באיגוד, אין הוא נופל כלל בהגדרת בעל שליטה⁶.

5.2.5 אם בחר זאת המוכר⁷

5.2.5.1 הדדיות התלות בתחולת הסעיף

יסוד זה מתנה את תחולת הסעיף בבחירת המוכר. בחירה זו נובעת מהערכת הועדה שלתחולת הסעיף יש מגבלות רבות וחסרונות, עד כדי כך שהאטרקטיביות שלו היא בעייתית. כאמור, הסברנו לעיל, כי הסעיף יוצר תלות של הקבלן (חיוב במס רכישה לדוגמא) בהחלטת המוכר. הסברנו עוד כי גם הקונה יכול לגרום ליסודות הסעיף לפקוע, לדוגמא עקב שינוי יעוד על פי סעיף 85 ממלאי לרכוש קבוע. הבחירה בתחולת הסעיף דורשת שיתוף פעולה משני הצדדים לעסקה. שיתוף פעולה זה יכול להוביל לדחיית מס שבת, מסלול אופציונאלי ליום ארוע המס, או שינוי רטרואקטיבי בהיקף המס כפי שתואר לעיל.

6 בדומה, קובעת הגדרת "בעל שליטה" בסעיף 9³² לפקודה כי: **"בעל שליטה" - מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, לבדו או ביחד עם קרובו באחת מאלה.** טול דוגמא הבאה (כפי שמובאת בקובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (החבק) ג-253) - אברהם מנהל בחברה שלשרה אשתו 10% ממניותיה. אברהם איננו בעל-שליטה בחברה זו, שהרי במקרה זה אברהם איננו מחזיק כלל במניות החברה.

7 הניסוח בחוק הינו טעות וכנראה היה צריך להוריד את המילה "או", ראה חוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה) והוראת שעה, תשס"ב-2002, ס"ח 220, עמ' 223.

5.2.5.2 מתי יבחר מוכר בסעיף 19(4)

מקום בו המדובר בשוק מקרקעין בלתי וודאי ובעסקה שסיכוייה לא ברורים יכול המוכר לבחור בארוע מס נדחה לפי סעיף 19(4). כך לדוגמא, בעסקאות שנערכו בשנות ה-90 האחרונות, בחירה כזו היתה מובילה למס נמוך יותר.

לדעתנו, קיימים מוכרים רבים שחוששים לשלם מס גבוה יותר ממה שיקבלו בפועל ממכירת דירות - במיוחד במצב הנדל"ן כיום, ולפיכך אין לפסול אפשרות זו.

כמו כן יכול לשמש הסעיף כמנגנון לתכנון מס, במיוחד באופן רטרואקטיבי כפי שיתואר בהמשך פרק זה. גם תכנון מס זה יכול להוות סיבה לבחירה בסעיף 19(4) לחוק.

5.2.6 הודעה תוך 30 יום

תנאי לסעיף הינה הודעה למנהל מס שבח תוך 30 יום מיום חתימת הסכם הקומבינציה ולא מיום ארוע המס (סיום הדירות). תנאי דומה קיים גם ביחס למתן אופציות כפי שנידון בפרק חמישי 2. המנהל אמור לקבוע בתקנות את נוסח ההודעה. יש להקפיד על מסירת הודעה בזמן, כי הוא תנאי מהותי לדחיית המס. מסירתה באיחור תוליד שומות וקנסות, בניגוד לטפסי 50 שמבטלים קנסות במס שבח. הודעה באיחור על סעיף 19(4) לא תאפשר כניסה למסלול זה כלל ועיקר.

המחוקק, עד ליום כתיבת שורות אילו עדיין לא פרסם את הכללים למתן הודעה. לדעתנו גם בהעדר פרסום הכללים, יש לתת הודעה בכתב למינהל עד לפרסום הכללים.

5.3 הגדרת עסקת הקומבינציה

מכירת חלק מזכות במקרקעין כוללת דרך כלל את רוב עסקאות הקומבינציה. כמובן שיש עסקאות קומבינציה בהן נמכרת זכות א' כנגד בניה על זכות ב'. עסקה כזו נפקד מקומה בסעיף 19 וחבל. מאידך, בהגדרת זכות במקרקעין נכללות גם לפי סעיף 19(4)(ב) גם שתיים או יותר זכויות במקרקעין הגובלות זו בזו. השלמה לקומבינציה בחלקות סמוכות מצויה בסעיף 67 לחוק, ובנושא זה נדון בהמשך.

נזכיר כי לפי הילכת ג'מבה אסטבלישמנט וודוז⁸ בבית המשפט העליון, כל זכות כמוה כמעין אישיות משפטית נפרדת, כך שיש להתייחס לזכות במקרקעין כאל זכות המוגדרת ביחידת רישום ולא דווקא לחכירה המתפשטת על פני מספר חלקות. עם זאת, העתיד וודאי יעורר

8 ראה ע"א 616/79 ג'מבה אסטבלישמנט ודוז נ' מנהל מס שבח, פ"ד לה (3) 246.

בעיות רבות של הגדרת הזכות במקרקעין, שלא תהיה בעלות דווקא ולא תכלול מכירה של חלק בזכות, אלא לדוגמא מכירה של זכות משנה (שכירות) כנגד בניית קומה נוספת (פרשת **מנחם**⁹). עסקה כזו לכאורה איננה נכנסת בסעיף 19, מאחר ולא מדובר במכירת חלק מזכות אלא במכירת זכות שימוש כנגד בניית קומה נוספת. לא ברור גם אם עסקאות בינוי-פינוי באות בגדר סעיף 19.

לדעתנו, יש לתקן את סעיף 19(4) ולהרחיב אותו גם לקומבינציות מורכבות יותר של חכירות וזכות שימוש.

5.4 ההטבה: דחיית יום המכירה ליום סיום הבניה או מכירת יתרת הקרקע

לפי החוק נקבע כי בתקופה הקובעת, מכירה של חלק מזכות מקרקעין בתמורה לבניה על יתרת המקרקעין (להלן: "עסקת קומבינציה"), יום מכירת החלק כאמור, קרי יום ארוע המס בעסקה, אם בחר זאת המוכר, יהיה המוקדם מבין יום סיום הבניה, או יום מכירת הזכויות ב**יתרת המקרקעין כולן או מקצתן**¹⁰. אנו רואים כי דחיית יום ארוע המס, הינה לבחירת המוכר. דחיה זו היא ההטבה העיקרית שהחוק מעניק למוכר. דחיה זו מעוררת שורה של שאלות רבות עימן ננסה להתמודד בהמשך, ובין השאר - האם מאבד מוכר זכותו לפטור בגין דירת מגוריו לפי סעיף 49א(ב) לחוק?

5.4.1 חיוב במס עם סיום בניה

לא ברור אם חיוב במס רעיוני עם סיום הבניה מרע או מיטיב את מצב המוכר. המוכר יכול פעמים רבות לבקש תחולת הוראת הביצוע על דחיית חיוב בעסקאות קומבינציה¹¹ או להשיג דחיה, כמקובל בעסקאות, עד למכירות של חלקיו בעסקה¹².

-
- 9 ראה ע"א 308/57 **פקיד השומה ת"א, צפון נ' מנחם**, פ"ד יב 881.
- 10 ראה גם תיקון סעיף 67 לחוק בסעיף 21 לתיקון 50, שם נקבע כי הוראת הפטור (מכוחו של סעיף 67 (ב) תכלול אף עסקאות קומבינציה בחלקות גובלות.
- 11 ראה הוראת ביצוע מס שבח 7/98, הדנה בהוראת סעיף 91 המעניקה למנהל את הסמכות לדחות את מועד תשלום המס לתקופה שימצא לנכון, כאשר תכלית ההוראה היא לאפשר דחייה בתשלום המס, ביחוד בנסיבות של חליפין בהן אין זרימת מזומנים, דוגמת עסקת קומבינציה. כמו כן ראה הוראת ביצוע 22/96 יום המכירה ושווי בחוזה מותלה בתנאי מתלה. כמו כן ראה הוראת ביצוע מס שבח 14/97, "מיסוי באיחוד וחלוקה (לאור פס"ד שטיינברג)", מיסים יא/ג-81, המאפשרת דחיית תשלום המס באיחוד וחלוקה.
- 12 ראה הוראות קובץ הפרשנות לחוק מס שבח מקרקעין (החבק) לעניין סעיף 51. כמו כן ראה ע"א 127/82 + 71 **פוני נ' מנהל מס שבח**, פד"א יג 52, שם נקבע כי בעסקת קומבינציה מתמלאים תנאי סעיף 51 עם העמדת המגרש לרשות הקבלן ולכל המאוחר עם התחלת הבניה, שכן אין צורך שהחזקה תהא ייחודית.

5.4.2 סיום בניה מהו

נבחן, אפוא, מהו יום סיום הבניה. ראינו כי החיוב במס הינו עם יום סיום הבניה, משמעו יום היות הבניין ראוי למגורים. נבחן, אפוא, מהו יום סיום הבניה.

5.4.3 הגדרת סיום בניה בסעיף 19(4)(ב)2:

"סיום הבניה" - המועד המוקדם מבין אלה: המועד שבו הבנין או חלק הבנין, לפי הענין, שנבנה על יתרת המקרקעין, ראוי לשימוש, או מועד קבלת אישור לאספקת חשמל, מים או חיבור של טלפון לבנין, לפי סעיף 235 לחוק התכנון והבניה (להלן - אישור לאספקת שירותים);"

5.4.4 מועד הסיום: סיום בניה או קבלת אישור

מועד היום כאמור לעיל הינו המוקדם מבין שני אלו:

(א) מועד בו הבנין על חלקת הבעלים המוכר ראוי לשימוש.

(ב) מועד קבלת אישורי הספקת חשמל, מים או טלפון.

יוצא, אפוא, שדי בכך שאחד מארבעת מהתנאים הבאים קרו על מנת שתנאי סיום הבניה יתקיים:

(1) הבנין על קרקע המוכר ראוי לשימוש.

(2) נתקבל אישור לאספקת חשמל.

(3) נתקבל אישור על חיבור מים.

(4) נתקבל אישור על חיבור טלפון.

אישורים אלו ניתנים ד"כ יחד כך שבפועל מדובר בשני תנאים חילופיים. ראוי לשימוש הינו תנאי חילופי שאיננו ברור מנהלית, אלא נתון להערכות של פקידי המס ובתי המשפט. ניתן להקיש מפרשנות "דירה ראויה למגורים" שיאומץ המבחן האובייקטיבי לפיו, קיום מקור מים, שרותים, מקלחת ומקור חשמל, אפילו ללא חיבור כדין וללא אישור הרשויות, די בו כדי שאובייקטיבית יהיה הבניין ראוי לשימוש.

אם מדובר בבניין להשכרה ייתכן שדרישת המקלחות, מטבחים וחדרי שינה הקיימים לגבי דירת מגורים לא ידרשו כאן.

5.5

שווי בעסקת קומבינציה לפי סעיף 19¹³

5.5.1

העקרון: השווי נקבע ביום המכירה כהגדרתו בסעיף, יום ארוע המס

לא ברור מלשון הסעיף אם שווי המכירה כולל גם את הבנין הנמצא על מקרקעי הקבלן, למרות שברור כי הכוונה אינה לכך. יש לשים לב כי שווי המכירה מוגדר בחוק כשווי ביום המכירה. יום המכירה הוא יום סיום בניה על מקרקעי המוכר, או יום מכירת הזכויות ביתרת המקרקעין, אך החיוב במס הינה על מכירת מקרקעי הקבלן ע"י המוכר לקבלן. השאלה של שווי הקרקע שנמכרה במועד החיוב הינה שאלה מהותית, שכן הגיוני כי במהלך הזמן החל הקבלן בניית מקרקעיו הוא, או אפילו ייתכן וסיים את בנייתם. עם זאת, יש לשים לב להבדל בין בניית מקרקעי הבעלים עליהם נסוב הדיון בהגדרת סיום בניה, לבין שאלת הערכת השווי לגבי מקרקעי הקבלן, שעליהן נסוב החיוב במס. לא יעלה על הדעת שבקביעת שווי זה יש לצרף את שווי הבניה על מקרקעי הקבלן הרוכש.

5.5.2

שווי שיקבע ביום סיום הבניה או מכירת יתרת הזכויות כולן או מקצתן (להלן: "יום המכירה")

מהותית השווי צריך להיות שווה של אותה חלק מזכות המקרקעין שנמכרה לקבלן, כולל עליית ערכה באותה תקופה, אך לא כולל השבחות שביצע בה הרוכש. שווי זכות הקבלן בעת סיום הבניה, בהנחה שכל הפרוייקט הסתיים באותה עת, כולל גם בניה. האם הכוונה לשווי הקרקע כולל בניה? התשובה הסבירה כאמור הינה שלילית. יוצא, אפוא, כי מדידת שווי שוק של זכות המקרקעין הנמכרת לקבלן איננה מעשית.

13

באשר לשאלת שווי המכירה בעסקאות קומבינציה ראה: ע"א 503/77, 487 מנהל מס שבח מקרקעין נ' ברקאי בנין בע"מ ואח' (להלן: ע"א ברקאי), פ"ד לב (2) 121, שם נקבע כי שווי המכירה של הקרקע בעסקת קומבינציה ייקבע לפי התמורה הניתנת, שהיא ערכם של שירותי הבנייה (הכוללים רווח קבלני) הניתנים לבעל הקרקע על אותו חלק מהקרקע הנותר בידיו; ע"א 132/88 אידלשטיין נ' מנהל מס שבח, פד"א יח 472, שם נקבע כי שווי המכירה יהא שווי בניית הדירות; ע"ש 1/82 קרמר נ' מנהל מס שבח, חיימובסקי-רוסינסקי 177, שם נקבע כי שווי המכירה הוא עלות הבניה בתוספת רווח סביר; ע"א 595/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' יוניזדה, פד"א י"ג 197, שם נקבע, לעניין פטור לדירת מגורים, כי שווי המכירה כולל את מרכיב הקרקע; ע"א 552/82 אופיר נ' מנהל מס שבח, מיסים ב/6 ה-30, שם נקבע כי שווי המכר המשמש בסיס המיסוי יהא הערכה של השווי וההוצאות על בניית המבנה המובטח כתמורה לחלקה, כולל חישובו של רווח קבלני סביר.

השווה 119/87 מעוזי רביבים חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' מנהל מס שבח, שם נקבע כי שווי התמורה בעסקאות קומבינציה ייעשה על ידי הערכת שווי הדירות שמקבלים בעלי הקרקע בניכוי מרכיב הקרקע בדירות אלה.

כמו כן ראה הוראת ביצוע מס שבח 23/98.

הבניה שייכת לקבלן שבנה עליהם על פי ההסכם. ייתכן כי הקבלן כבר מכר אותם, כולם או חלקם לקוני דירות, כיצד איפוא ניתן יהיה לטעון כי המוכר הבעלים מכר מקרקעין מבונים? יותר מכך, כיצד ניתן יהיה להעריך את שווי הבניה? לבעלים אין קבלות על הבניה, כיצד יוכל לדרוש הוצאות בניה? הרי לא יעלה על הדעת שיחוייב במס על בניה לא לו, מבלי שיוכל לנכות הוצאות אותה בניה בטענה כי אין בידו קבלות (השווה הילכת רוזנטל¹⁴ במחוזי, שם נכון היה בית המשפט להגיע למסקנה קרובה לאמור לעיל, על אף התמיהה המובנית בה). ראה גם ביקורתו של נדב הכהן על הילכת רוזנטל¹⁵.

5.5.3 שווי הקרקע בלבד למועד ארוע המס

אפשרות נוספת בעייתית לא פחות הינה חיובם במס של מקרקעי הבעלים שנמכרו ליזם לפי שווים ביום ההסכם כשהוא צמוד, כפי שהוצא בחוזר מס הכנסה ביחס לעסקאות נדחות. לחילופין יש למצוא מדדים או קריטריונים מתאימים יותר לביצוע התאום למועד העיסקה על פי הסעיף. לחילופי חילופין יש להזדקק לשמאיות על מרכיב הקרקע בלבד.

5.5.4 שווי: תמורת בניה - הוצאות הבניה של הקבלן על מקרקעי הבעלים

האפשרות הרביעית והאחרונה אותה נזכיר, והיא הנראית לנו נכונה, היא הערכת התמורה בעלות בניה של בנין הבעלים שנבנה על קרקע הבעלים. אפשרות זו היא הריאלית והנכונה מכולם, תואמת אף את הפסיקה בנושא - ראה הילכת ברקאי¹⁶.

לפי אפשרות זו תוערך התמורה לפי עלות מספר מטרים שנבנו ע"י הקבלן עבור הבעלים על קרקע הבעלים, בתוספת רווח קבלני לפי הילכת ברקאי. השאלה שתתעורר בהקשר זה הינה האם לענין עלות הבניה יוכל הבעלים לקחת את קבלות הקבלן ששילם בפועל עבור ביתו, שכבר נסתיים, ולדרוש כי השומה תוצא לו לפי זה ולא על פי תחשיב תאורטי שיכול להיות שונה לחלוטין מעלות הבניה בפועל, כפי שהודגם בהילכת דירום¹⁷. נראה לנו כי הוצאות בפועל תמיד עדיפות על עלות תאורטית תחשיבית. לפיכך, דומני כי בית המשפט יעדיף לשם כימות תמורה על פי עסקת קומבינציה שקבועה בסעיף 19(4), את אומדן הוצאותיו בפועל של הקבלן, שניתנו כתמורה לבעלים בגין חלק הקרקע שנמכר. האם הוצאות הקבלן

14 ע"ש 1029/00 רוזנטל נ' מס שבח מקרקעין (טרם פורסם) (להלן: ע"ש רוזנטל), שם נקבע כי תשלום עבור תיקונים ושיפוצים, אשר הוצא ע"י חברה, גם אם היא בשליטת המוכר אינו מוכר לצורך חישוב המס של המוכר.

15 נדב הכהן "הכלבים נובחים מקרוב, והשיירה עוברת", גלובס (24.3.02).

16 ראה ע"א ברקאי (הערה 13 לעיל).

17 ראה עמ"ה דירום (הערה 3 לעיל).

יוצמדו, יוערכו לפי מחיר 1 מ"ר ליום סיום הבניה. האם לפי מחירון הקבלן, ההוצאה בפועל, מחירון כללי, או אומדן השוק.

5.6 פטור דירת מגורים בקומבינציה לפי סעיף 19(4)

5.6.1 פטור לדירות לפני תחילת הקומבינציה

נושא נוסף מעניין לא פחות, הדורש דיון נרחב הינה שאלת הפטור לגבי דירות מגורים שעמדו על המגרש טרום עסקת הקומבינציה. לכאורה ביום ארוע המס, דירות אלו אינן קיימות עוד ולפיכך לא יוכל הבעלים לדרוש פטור. דירות אלו נהרסו זה מזמן לפני מועד החיוב במס, שהינו עם תום בניית דירות הבעלים. התוצאה כי אם לא ינתן פטור לפני משורת הדין, יאבד הבעלים את זכותו לפטור לפי סעיף 49א(ב) רבתי. קשה לנו לראות מצב בו בתי המשפט יקבעו את מועד החיוב לפי יום סיום הבניה, אך את מועד הפטור ממס יקבעו אותם בתי משפט לפי יום חתימת ההסכם וזאת בפסיקה אחת.

5.6.2 פטור לדירות בסוף הקומבינציה

בין חברי הועדה היו שסברו כי יש לשלול את הפטור ממס במכירת הדירות על ידי בעלי הקרקע. כיום לפי הניסוחים, אם הבעלים הקפיד על התארגנות נכונה, ייתכן שלאור העדר הסייג המונע או שולל פטור ממס בקומבינציה לפי סעיף 19(4), מדירה פטורה לפי פרק חמישי 1, ניתן יהיה להגיע לתכנון מס מעניין ביותר, לפיו בעת ארוע המס יהנה הבעלים משורת פטורים רחבה ביותר לדירות מגורים.

אם אכן רואים את יום המכירה בסיום הבניה. ואם ביום סיום הבניה עומדות על חלק הקבלן, שנחשב כנמכר ע"י הבעלים דירות מגורים, ומספר דירות המגורים כמספר הבעלים של יתרת הקרקע, לכאורה שאלת הפטור לפי סעיף 49ב, פרק חמישי 1, עולה ומתעוררת. אין כל סיבה שימנע פטור בעסקאות קומבינציה כגון אלו שמוסדרות בסעיף 19(4). נושא זה רחב וודאי יזכה לדיון וליבון בנפרד במהדורה השניה של ספר זה.

5.7 עסקת קומבינציה לפי סעיף 19(4) ואופציות לפי סעיף 49 השילוב

קיימות שאלות מעניינות של שילוב עסקת קומבינציה עם אופציה לפי סעיף 49. נושא זה נסקר בהרחבה בפרק על אופציות. עם זאת, ראוי כי נעלה כמה שאלות גם כאן. האם מתן אופציה ע"י בעלים למחזיק ראשון, כהגדרתו בפרק חמישי 2, תחשב כמכירה לענין סעיף 19(4). קיימים נימוקים רבים לכך שאופציה לא תחשב למכירה, ובין השאר העובדה כי היא חייבת במס רווח הון (סעיף 49(ב)). הפטור ממס שבח אמנם הינו בגדר פטור ולא העדר חיוב, אך מאחר וזהו הסעיף היחידי בחוק מס שבח הקובע חיוב במס הכנסה, ניתן לראות בו בהקשר כולל סעיף אי חיוב. יותר מכך, לפי פס"ד בר¹⁸, אין האופציה בגדר מכירה. כך גם לפי החב"ק, קובץ הנחיות פנימיות של רשויות מס שבח. התוצאה כי שילוב של פרק חמישי 1, פרק חמישי 2 וסעיף 19(4) יכול להוביל לשיווק כל דירות הבעלים מראש, על ידי אופציות, השגת פטור יחסי לבעלים בהתאם לפרק חמישי 1, על פי מספר הבעלים לחלק במספר דירות הקבלן, וכל זאת אודות לשילוב ארוע המס מכח סעיף 19(4) בעת סיום הבניה של דירות הבעלים, שיהיה זמן קצר אחרי סיום הבניה של דירות הקבלן.

5.8 עסקת קומבינציה על דרך הקצאה

ניתן להשתמש בסעיף 7א במקום סעיף 19(4) בדרך הבאה. עסקת קומבינציה במהותה הינה חלוקת רווחים. יש כיום אפשרות להגיע לחלוקה זו בדרך של הקצאת מניות בחברת בעל הקרקע. אם הקרקע במישור היחיד ניתן להעבירה לחברה ע"י סעיף 70 לחוק, או שימוש בפרק מיזוגים ופיצולים. הקצאת המניות לקבלן איננה ארוע מס, אך כנראה חייבת מס בולים (ראה פרק 3) ומס רכישה. הבעיה היחידה שתיוותר בדרך זו היא התחייבות הקבלן להון עצמי בגובה בלתי ידוע בעת ההקצאה. כך נוצר מצב שהקבלן ובעל הקרקע יוצרים שותפות בגובה אחוזי הקומבינציה המוסכמים. דרך זו הינה דרך עוקפת חיוב מס שבח ובדיוני הועדה היא עלתה, נידונה ולא נפסלה כתכנון מס בלתי לגיטימי. ייתכן אפילו שהמרצת שוק הנדל"ן בדרך של הקצאת מניות היא הדרך שתביא להתעוררות מסוימת אם בכלל של שוק הנדל"ן בימים אלו.

18 ראה ע"א בר (הערה 1, פרק 8 להלן).

