

21 המשקיע הזר ונדל"ן בישראל

היבטי מיסוי, פיקוח על המטבע ומינהל מקרקעי ישראל
דר' גדעון קלוגמן ודר' איל שנהב*

1. רקע כללי

בשנים האחרונות אנו עדים לגידול ניכר בהתעניינות של משקיעי חוץ ברכישת נדל"ן בישראל הן בתחום הנדל"ן המסחר והן בתחום הנדל"ן הפרטי. כך לדוגמא, אנו עדים לניסיונות של הנפקת חברות נדל"ן ישראליות בבורסות בחו"ל, ארגון כנסים בחו"ל בהם משווקות דירות מגורים למשקיעי חוץ ופרוייקטים של נדל"ן בהם חלק ניכר מן הרוכשים הינם תושבי חוץ.

ייצוג המשקיע הזר בעסקאות נדל"ן הינה משימה מורכבת ביותר שכן מהמייצג נדרשת ידיעה של היבטים משפטיים, מיסויים ועסקיים הנוגעים לעסקאות נדל"ן מקומיות (היינו עסקאות בהן כל הצדדים הינם תושבי ישראל) ועל מסד זה מצטרפים כנדבר נוסף היבטים הקשורים למשקיעים זרים. בין ההיבטים הייחודיים

* דר' גדעון קלוגמן מוסמך במשפטים מאוניברסיטת קולומביה בניו יורק, דוקטור למשפטים מאוניברסיטת הארוורד בבוסטון; שותף במשרד י' סלומון, ליפשיץ, ושות' בחיפה ות"א; מרצה בכיר לדיני מיסים במכללה האקדמית נתניה ומרצה מן החוץ בדרגת פרופסור, למסוי מקרקעין באוניברסיטת חיפה; חבר וועדות הערר לעניין מס שבח מקרקעין שליד בתי המשפט המחוזיים בת"א-יפו ובחיפה; חבר בלישכת עורכי-הדין של ניו-יורק, ויו"ר וועדת המשנה למיסוי בינ"ל ואמנות מס של לשכת עורכי-הדין.

דר' איל שנהב מרצה מן המניין במרכז הבינתחומי הרצליה, מרצה מן החוץ באוניברסיטת ת"א ויועץ למשרד יגאל ארנון ושות'; דוקטור (J.S.D) מאוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U); בשנים 1996-1992 היה ד"ר שנהב עו"ד במשרד דייוויס, פולק אנד ורדוול בניו יורק; חבר לישכת עורכי-הדין של ניו-יורק; חבר בוועדת המסים של לישכת עורכי-הדין.

למשקיעים זרים עולות סוגיות של פיקוח על המטבע וכללים של מינהל מקרקעי ישראל. בנוסף מעורר ייצוג משקיע זר סוגיות סבוכות של מיסוי, הדורשות התמצאות בהוראות של אמנות למניעת כפל מס והוראות מס פנימיות בארץ מושבו של המשקיע הזר.

מאמר זה מתמקד בסוגיות הייחודיות למשקיע הזר. הנחת המוצא היא, כי הקורא בקיא בכללי העסקאות במקרקעין, שבהן לא מעורב משקיע זר.

2. מיהו המשקיע הזר?

משמעותו והיקפו של המונח "משקיע זר" אינו מובן מאליו. כך למשל, האם אזרח ישראלי המתגורר מזה שנים רבות בארצות הברית למשקיע זר ייחשב? מערכות דינים שונות פועלות להגדיר מיהו "משקיע זר". במסגרת ההיבטים המיסויים של פרק זה אנו נתייחס למשקיע זר כאל מי שהוא "תושב חוץ" קרי איננו "תושב ישראלי" כמשמעות מונחים אלו **בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]**, **תשכ"א-1961**, ("פקודת מס הכנסה"). סעיף 1 לפקודת מס הכנסה קובע כי "תושב ישראלי" הינו לגבי חבר בני אדם: (1) חבר הרשום בישראל ועיקר פעילותו בישראל; ובלבד שאם הוא רשום בישראל כחברה נכרית יראהו כתושב ישראל רק אם ביקש זאת; (2) חבר שהשליטה על עסקיו וניהולם מופעלים מישראל.

בנוסף קובע סעיף 1 לפקודת מס הכנסה כי "יחיד" הינו תושב ישראל כאשר המדובר ב"יחיד היושב בישראל, ואינו נעדר ממנה אלא העדרי ארעי שהם לדעת פקיד השומה סבירים ואין בהם לסתור טענת אותו יחיד כי הוא יושב בישראל".

הוראות הפרשנות של נציבות מס הכנסה מבהירות, כי מבחן התושבות של יחיד נקבע לפי המקום שבו נמצא "מרכז חייו" של אותו יחיד. מבחן זה נגזר משורה של נסיבות עובדתיות כגון המקום שבו נמצא האדם באופן פיסי, המקום שבו גרה

משפחתו, מיקום בית המשפחה וכיוצא בזה.¹ הבחנה זו מבטאת יפה את תמצית הפסיקה הדלה יחסית בתחום זה.²

3. היבטי מס הכנסה ומס שבח מקרקעין הנוגעים למשקיע הזר

א. מיסוי הכנסות ממקרקעין על בסיס גישה טריטוריאלית בפקודת מס הכנסה ובחוק מס שבח מקרקעין

שיטת המס בישראל עוסקת במיסוי הכנסה ממקרקעין הן במסגרת פקודת מס הכנסה והן במסגרת חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 ("חוק מס שבח"). בעוד שפקודת מס הכנסה עוסקת בהכנסת פירות ו/או הכנסות מעסק, היינו הכנסות מפעילות של השכרת נדל"ן והכנסות מפעילות עסקית בתחום הנדל"ן,³ הרי שרווחים הוניים ממקרקעין בישראל, ובמקרים מסוימים בשטחי ישיע, ממוסים על פי חוק מס שבח.⁴

שיטת המס בישראל נוקטת עקרונית בגישה טריטוריאלית היינו כל הכנסה אשר מקורה בישראל חייבת מס בישראל. בנוסף חייבת במס גם כל הכנסה שנתקבלה בישראל אף אם מקורה מחוץ לישראל. גישה עקרונית זו באה לידי ביטוי

¹ ראה קובץ הפרשנות של נציבות מס הכנסה ("החבקי") סעיף 1.

² ראה כללית עמ"ה 19/27 שרמן נ' פ.ש. מיסים כרך ד(5), מדור ה', ע' 94, 96, עמ"ה 300/91 ב' נ' פ.ש. מיסים כרך י(1) מדור ה', ע' 104. עמ"ה (ת"א) 49/57 בעל בית נ' פקיד שומה תל-אביב צפון, קפ"ד ג(3) 78, ע"א 308/57 פקיד שומה תל-אביב צפון נ' מנחם, פ"ד יב(2) 881; עמ"ה (ת"א) 834/57 נישום נ' פקיד שומה ירושלים, קפ"ד ג(4) 168, עמ"ה (י-ם) 57/58 נישום נ' פקיד שומה ירושלים, קפ"ד ג(6) 322, עמ"ה (ת"א) 943/59 סטודנט נ' פקיד שומה נתניה, פ"מ כג 260; עמ"ה (ת"א) 1209/66 לב נ' פקיד שומה כפר סבא, קפ"ד ה(6) 49.

³ ראה סעיף (1)2 (וסעיף (6)2 לפקודה.

⁴ ראה חלופה (4) להגדרת "נכסי" בסעיף 88 לפקודה הממעט זכויות במקרקעין שעל מכירתן מוטל מס שבח מגדר רווחי ההון בפקודת מס הכנסה.

מובהק בסעיף 2 לפקודת מס הכנסה הקובע כי: "מס הכנסה יהא משתלם... על הכנסתו של אדם שנצמחה, שהופקה או שנתקבלה בישראל".

עולה מהאמור שהכנסות שמקורן בישראל יהיו חייבות במס בישראל ללא התחשבות בתושבתו הזרה של מפיק ההכנסה. כך למשל, הכנסות מהשכרת מקרקעין שמקורן בישראל חייבות במס ישראלי על פי סעיף 2(6) לפקודת מס הכנסה ללא תלות בתושבות המשכיר. הצד השני של הגישה הטריטוריאלית הינו, שאין תושב חוץ חב במס ישראלי אם הכנסתו לא נצמחה או הופקה (או נתקבלה) בישראל. כך למשל, תושב חוץ המוכר לתושב ישראל נכס המצוי מחוץ לישראל ואינו זכות, במישרין או בעקיפין, לנכס הנמצא בישראל, אינו חייב במס ישראלי⁵.

עקרון הטריטוריאליות נשחק בשנים האחרונות במידה רבה. שחיקה זאת מתבצעת על ידי פיקציות משפטיות שנקבעו בפקודת מס הכנסה וביסוסו כללי מקור גיאוגרפיים של הכנסות מסוימות על סטטוס התושבות של הנישום, קרי ראיית הכנסות שהופקו בחו"ל על ידי תושבי ישראל "כאילו" הופקו בישראל⁶. עם זאת בכל הנוגע להכנסה ממקרקעין בישראל נותרה השיטה הטריטוריאלית על כנה בצורתה הצרופה.

בדומה לפקודת מס הכנסה אף חוק מס שבח מקרקעין מטיל מס על בסיס גישה טריטוריאלית, היינו, רק על שבח מקרקעין אשר נצמח בישראל⁷. מסקנה זו נובעת מהגדרת "מקרקעין" בסעיף 1 לחוק מס שבח כ"קרקע בישראל" - לרבות

⁵ ראה סעיף 89(ב)2 לפקודת מס הכנסה.

⁶ ראה סעיף 15(1) לפקודת מס הכנסה, סעיף 89(ב)1 לפקודת מס הכנסה.

⁷ לתחולתו של חוק מס שבח על שטח ישראל בלבד חריג בודד המצוי בסעיף 16א לחוק מס שבח. סעיף 16א האמור מרחיב את תחולת חוק מס שבח, גם למקרקעין המצויים ב"אזור", היינו אזורי יהודה והשומרון, חבל עזה ושטחי הרשות הפלסטינאית כאשר המוכר או הרוכש של זכות במקרקעין הינו "אזרח ישראל" כמוגדר שם. בדרך כלל רווחי הון ממקרקעין באזור אינם ממוסים על ידי ישראל כאשר רווחים אלו מופקים על ידי תושב חוץ. תוצאה זו נכונה גם לגבי הכנסה פירותית המופקת באזור על ידי תושב חוץ (סעיף 3א לפקודת מס הכנסה), אולם, בשל נוסח הגדרת המונח "אזרח ישראל" בשני הסעיפים הנ"ל ייתכנו מצבים בהם "תושב חוץ" לצורכי מס יחוייב במס בישראל בשל רווחי הון ו/או הכנסה פירותית באזור.

בתיים, בניינים ודברים אחרים המחוברים לקרקע חיבור של קבע", ועל היות המס המוטל על "מכירת זכות במקרקעין" ועל "פעולה באיגוד מקרקעין המוגדר "כאיגוד שכל נכסיו הם זכויות במקרקעין"⁸. [הדגשות שלנו ג.ק, א.ש].

כפי שניתן לראות, תושבי חוץ אשר מפיקים הכנסה ממקרקעין בישראל, בין אם הכנסתם הונית ובין אם הכנסתם פירותית, נכנסים לרשת המס הישראלית על כל המשתמע מכך לעניין חבות במס שבח ו/או מס הכנסה. עצם הסטטוס כתושב חוץ אינו מעלה ואינו מוריד לעניין החבות העקרונית במס.

ב. פועלן של אמנות למניעת כפל מס - רקע כללי

בנוסף למערכת הדינים של המשפט הפנימי בישראל חלה על תושבי חוץ גם מערכת של אמנות למניעת כפל מס, זאת בהנחה כי תושב החוץ הינו תושב של מדינה, אשר התקשרה עם ישראל באמנה למניעת כפל מס והינו זכאי להנות מההטבות המוקנות על פי אמנה זו. במילים אחרות, בבירור תוצאות המס החלות על תושב החוץ יש לבחון הן את הוראות הדין הפנימי הישראלי, קרי הוראות חוק מס שבח ו/או פקודת מס הכנסה ותקנות המשנה שהותקנה מכוחן והן את הוראות האמנה למניעת כפל מס הנוגעת לעניין.

אמנה למניעת כפל מס הינה הסכם דו-צדדי בין שתי מדינות לגבי חלוקת עוגת המס בין שתי המדינות, ומתן הקלות שונות לתושבי מדינה אחת המשקיעים או מקיימים פעילות עסקית במדינה האחרת. מטרת האמנות למניעת כפל מס היא, כמובן, מניעת מסי כפל. בנוסף פועלות האמנות להקלת הסחר הבינלאומי על ידי הפחתת שיעור מס המוטל על הכנסות שונות על ידי המדינה בה נצמחת ההכנסה, מניעת אפליה בין תושבי חוץ לתושבים מקומיים ויצירת מנגנוני הידברות בין רשויות מס לרבות החלפת מידע בין רשויות מס⁹.

⁸ ראה סעיפים 6 ו-7 לחוק מס שבח והגדרת "איגוד מקרקעין" בסעיף 1 לחוק מס שבח.

⁹ ראה כללית ג. קלוגמן, מ. קפוטא, האמנה למניעת כפל מיסים בין ישראל לארצות הברית (1993) 3-40 (להלן: "קלוגמן וקפוטא").

אמנה למניעת כפל מס מקבלת תוקף בישראל בעת התקנת צו על ידי שר האוצר הקובע, כי מן המועיל ליתן לאמנה תוקף בישראל. משקבע שר האוצר בצו, כי לאמנה למניעת כפל מס יהיה תוקף בישראל, חלות הוראות האמנה על אף האמור בכל חיקוק¹⁰.

עד ל-1 לספטמבר 1997 חתמה ישראל על שורה של אמנות למניעת כפל מס עם המדינות הבאות: אוסטרליה, איטליה, אירלנד, ארצות הברית, בלגיה, בריטניה, גיאמיקה, גרמניה, דנמרק, דרום אפריקה, הודו, הולנד, הונגריה, טורקיה, יוון, יפן, נורבגיה, סין, סינגפור, פולין, פיליפינים, פינלנד, צ'כיה, צרפת, קנדה, רוסיה, שוודיה ותאילנד. מבין האמנות האמורות כל האמנות הינן בתוקף למעט האמנות עם טורקיה, יוון, פיליפינים, רוסיה ותאילנד.

אמנות למניעת כפל מס מעצם היותן הסכם בין שתי מדינות מביאות לידי ביטוי את התוצר הסופי של משא מתן בין נציגי שתי המדינות המתקשרות. לאור זאת לא קיימת זהות בהוראות של האמנות השונות. זאת בשונה מהסכמים רב לאומיים אחרים להם מספר רב של צדדים (למשל הסכם גטא"ט). עם זאת, במשך השנים התגבשו כללים שונים הבאים לידי ביטוי בכל האמנות למניעת כפל מס. הכללים המשותפים נובעים במידה רבה מכך שאמנות למניעת כפל מס מבוססות רובן ככולן, על מודל משותף הוא אמנת המודל של ארגון ה-OECD¹¹. המודל המשותף פועל להאחדה של הוראותיהן של אמנות שונות כך שהבדלי הנוסח בין אמנות אינו כה ניכר. בין המאפיינים הכלליים של אמנות למניעת כפל מס ניתן למנות את מאפיינים הבאים:

- א.** האמנה קובעת הגדרות מוסכמות שבעזרתן נקבעת תושבות הנישום ומקורן של הכנסות שונות בצורה אחידה ומוסכמת בין המדינות המתקשרות, אף אם קיים שוני בנושאים אלה בדיניהן הפנימיים של המדינות המתקשרות באמנה.
- ב.** האמנה קובעת כי הכנסה שמפיק תושב מדינה א' (מדינת התושבות) במדינה ב'

¹⁰ סעיף 196 לפקודת מס הכנסה.

¹¹ Organization for Economic Co-operation and Development, Model Tax Convention on Income and Capital ("אמנת ה-OECD").

ניהול נדל"ן

(מדינת המקור) תמוסה על ידי מדינת התושבות. עם זאת נשמרת למדינת המקור הזכות למסות את ההכנסה באופן ובשיעורים הקבועים באמנה.

ג. בעוד שאמנה למניעת כפל מס מאפשרת למדינת התושבות למסות הכנסות שהופקו במדינת המקור הרי שמדינת התושבות חייבת למנוע מיסוי כפל על ידי מתן זיכוי (או פטור) למיסי מדינת המקור. הדוגמא הבאה ממחישה את פועלה של שיטת הזיכוי:

הנח כי תושב ארצות הברית מפיק הכנסת שכירות של \$100 וכי על הכנסה זו מוטל מס ישראלי של 15% (\$15). בעוד שארצות הברית רשאית להטיל מס על הכנסת השכירות שהופקה בישראל היא מחוייבת ליתן זיכוי בגין המס הישראלי. לפיכך, אם המס האמריקאי המוטל בגין ההכנסה הינו 35% (\$35) הרי שלאחר מתן הזיכוי בגין המס הישראלי המס האמריקאי יהיה 20% (\$20) בלבד.

ד. האמנה אינה שוללת או פוגעת בכל הקלה, פטור, ניכוי או זיכוי הקיים בדין הפנימי. המשקיע הזר מקבל את הטוב שבשני העולמות הן על פי הדין הפנימי והן על פי האמנה. במילים אחרות, אמנות למניעת כפל מס מטרתן להקל ולסייע ואין הן גורעות מכל הקלה על פי הדין הפנימי. כך לדוגמא, יתכן ואמנה למניעת כפל מס מאפשרת לישראל למסות רווחי הון של תושבי חוץ לרבות רווח הון הנובע ממכירת דירת מגורים. יחד עם זאת יהינו תושבי החוץ מהפטור המוענק בחוק מס שבח במכירת דירת מגורים שכן האמנה רק מקנה לישראל את הזכות למסות אך הדין הפנימי לא מימש או יישם, הלכה למעשה, זכות זו. יחד עם זאת סוגיא פתוחה היא השאלה האם נישום אחד רשאי לברור ("to pick and choose") בין הוראות האמנה והוראות הדין הפנימי לגבי פריטי הכנסה שונים, או שמא עליו לנקוט במדיניות אחידה ביחס לכלל הכנסתו.

ג. מיסוי הכנסות ממקרקעין באמנות למניעת כפל מס

מיסוי הכנסות ממקרקעין זוכה לסעיף מיוחד באמנות למניעת כפל מס¹². הכלל הבסיסי הקבוע באמנות למניעת כפל מס הנו שלמדינה בה נמצאים המקרקעין,

¹² ראה למשל סעיף 6 לאמנת ה-OECD.

קרי מדינת המקור, יש זכות למסות הכנסות ממקרקעין שמפיק תושב המדינה האחרת. כלל זה חל הן על הכנסת פירות המקרקעין (דמי שכירות) והן על רווח הון ממכירת מקרקעין. הכנסה ממקרקעין כוללת, במרבית האמנות, אף הכנסה מניצול אוצרות טבע שמצויים במקרקעין, היינו הכנסות מקידוח נפט שעלה יפה ומפעילות של כריית מחצבים. כן מורחבת סמכות המיסוי של מדינת המקור גם לחלק ניכר מהמקרים בהם נמכרות מניות בחברות המהוות למעשה חברות אחזקה של מקרקעין המצויים בשטחה של מדינת המקור. כדוגמא להסדר הקבוע באמנות למניעת כפל מס ניתן להביא את סעיף 7 לאמנת כפל המס בין ישראל לארצות הברית הקובע כי:

1. הכנסה מנכסי מקרקעין, לרבות תמלוגים ותשלומים אחרים בעד ניצולם של אוצרות טבע, ורווחים ממכירה או חליפין של נכסים אלה, או של הזכות המשמשת מקור לתמלוגים או לתשלומים אחרים אלה, או מפעולה אחרת בנכסים או בזכויות אלו, רשאית המדינה המתקשרת שבה נמצאים אותם נכסים או אוצרות טבע להטיל עליהם מס.

2. סעיף קטן 1 יחול על הכנסה הנובעת מניצול משימוש ישיר, או מהשכרה של נכסי מקרקעין.

3. א. רווחים שהפיק תושב ישראל מהעברת זכות במקרקעין של ארצות הברית (United States Real Property Interest), או מהעברת זכות בשותפות, נאמנות או עיזבון, במידה שניתן ליחסם לזכות במקרקעין של ארה"ב (United States Real Property Interest), ניתן לחייבם במס בארצות הברית.

ב. רווחים שהפיק תושב ארצות הברית מהעברת זכות דומה במקרקעין בישראל, ניתן לחייבם במס בישראל. לעניין זה, המונח "זכות דומה במקרקעין בישראל" כולל זכויות בישות משפטית אשר מכירתן, לפי החוק הפנימי של ישראל, מתחייבות במס כמכירת זכויות במקרקעין. זכויות בכל ישות משפטית אחרת אשר 50% או יותר משווי השוק של נכסיה מורכבים, במישרין או בעקיפין, ממקרקעין הנמצאים בישראל, וכן זכויות בשותפות, נאמנות או עיזבון, במידה שהרווחים מהעברתן מתייחסים למקרקעין בישראל או לזכות דומה במקרקעין בישראל.

ד. מיסוי הכנסות ממקרקעין של תושב החוץ במצבים שונים

רקע כללי

- תושב חוץ המשקיע במקרקעין בישראל יכול לבצע השקעתו בארבע דרכים עיקריות:
- א. החזקה במישרין של מקרקעין על ידי תושב חוץ.
 - ב. רכישת המקרקעין על ידי חברה תושבת ישראל.
 - ג. רכישת המקרקעין על ידי חברה זרה.
 - ד. רכישת המקרקעין באמצעות שותפות או נאמנות.
- נבחן להלן את תוצאות המס בכל אחת מן החלופות השונות.

מיסוי תושב חוץ המחזיק במישרין במקרקעין בישראל

החזקה ישירה של מקרקעין על ידי תושב החוץ אינה מעוררת על פי רוב שאלות מיסוי מיוחדות. כמתואר לעיל, הן הכנסות פירותיות והן הכנסות הוניות של תושב החוץ, מנכסי מקרקעין בישראל, חייבות במס בישראל על בסיס הגישה הטריטוריאלית. תוצאת המס האמורה אינה משתנה בהוראות אמנות למניעת כפל מס.

ככלל חלות על הכנסות תושב החוץ מנכסי מקרקעין בישראל הוראות הדין הפנימי בישראל לרבות הוראות הניכוי, הזיכוי והפטור הקבועות בדין הפנימי. עם זאת, שיטת גביית המס שונה במקצת. כאשר מדובר בתושב חוץ המקבל הכנסה חייבת לפי פקודת מס הכנסה (במקרים בהם אנו עוסקים העניין רלבנטי בעיקר לדמי שכירות), שיטת הגבייה היא על דרך של ניכוי במקור בשיעור 25% במקרה של יחיד, ובשיעור של 36% במקרה של חברה. עם זאת פקיד השומה רשאי לקבוע שיעור ניכוי במקור נמוך יותר או לפטור את התשלום מניכוי מס לחלוטין¹³. במקרה של דמי שכירות המהווים הכנסה הונית אין ניכוי המס במקור פוטר את תושב החוץ מהגשת דו"ח שנתי על הכנסותיו¹⁴.

¹³ סעיף 170(א) לפקודת מס הכנסה.

¹⁴ תקנה 5 לתקנות מס הכנסה (פטור מהגשת דין וחשבו), התשמ"ח - 1988.

מיסוי תושב חוץ המחזיק במקרקעין בישראל באמצעות חברה ישראלית

הוראות הדין הפנימי בישראל - בחלק ניכר מן המקרים תושב החוץ אינו מחזיק במישרין במקרקעין בישראל אלא בוחר להשקיע באמצעות חברה ישראלית המחזיקה במקרקעין. במצב זה בעת שתושב החוץ רוצה לממש את אחזקתו הרי שלא מתבצעת פעולה של מכירת המקרקעין עצמם אלא של מניות בחברה המחזיקה במקרקעין. במילים אחרות, לא מתבצע שינוי בבעלות במקרקעין שהרי החברה הישראלית הייתה ונותרה בעלת המקרקעין. השינוי מתבטא בהעברת הבעלות במניות החברה המחזיקה במקרקעין.

על פי הדין הפנימי בישראל, מכירת מניות בחברה יוצרת על פי רוב חבות במס רווח הון על פי חלק ה' לפקודת מס הכנסה¹⁵. עם זאת כאשר המניות נמכרות בחברה המהווה "איגוד מקרקעין" לא יוטל מס רווח הון על פי חלק ה' לפקודת מס הכנסה כי אם מס שבח מקרקעין¹⁶. במילים אחרות, כאשר החברה הישראלית הינה איגוד מקרקעין הרי שמכירת המניה תהווה פעולה באיגוד המתחייבת במס שבח מקרקעין¹⁷ ואילו כאשר החברה הישראלית אינה איגוד מקרקעין הרי שהמכירה חייבת במס רווח הון על פי הוראות חלק ה' לפקודת מס הכנסה.

הדיון בשאלה אימתי חברה הינה איגוד מקרקעין חורג ממסגרת פרק זה, נדגיש עם זאת כי המונח "איגוד מקרקעין" מוגדר בסעיף 1 לחוק מס שבח -

¹⁵ סעיף 88 ואילך לפקודת מס הכנסה.

¹⁶ העקרון לפיו הוראות חוק מס שבח גוברות על חלק ה' לפקודת מס הכנסה עולה מהגדרת "נכס" בסעיף 48(4) לפקודת מס הכנסה הממעטת מתחולת פקודת מס הכנסה זכויות במקרקעין וזכויות באיגוד שעל מכירתן מוטל מס שבח על פי חוק מס שבח, או שעשוי היה להיות מוטל מס שבח אילולא הפטור לפי החוק האמור.

¹⁷ ראה סעיף 12 לחוק מס שבח לעקרון זה יש חריג המתייחס ל"איגוד מקרקעין של תושבי חוץ". סעיף 53 לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט - 1959. איגוד מקרקעין שבבעלות תושבי חוץ הינו איגוד מקרקעין שבבעלותם של לפחות 50 יחידים תושבי חוץ (שאף לא אחד מהם הוא בעל שליטה) ושעיקר עיסוקו בניית בתים, השכרתם או מכירתם ובעלותו 50 דירות לפחות. מכירת מניות באיגוד מקרקעין של תושבי חוץ על ידי תושב חוץ פטור ממס.

1. איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין, ולענין זה לא יראו כנכסיו של איגוד - מזומנים, 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.

הוראות אמנות למניעת כפל מס - כאמור לעיל כאשר אנו עוסקים בתושב חוץ יש לבחון בנוסף להוראות הדיון הפנימי את הוראות האמנה למניעת כפל מס בין ישראל למדינת התושבות של תושב החוץ והאם במסגרת האמנה לא ויתרה ישראל על זכותה למסות את התושב האמור.

על פי מרבית האמנות למניעת כפל מס רשאית רק מדינת התושבות למסות רווחי הון שמפיק תושב ממכירת מניות. במילים אחרות, המדינה שבה התאגדה החברה שמניותיה נמכרות אינה רשאית על פי רוב למסות רווחי הון של תושבי חוץ ממכירת מניות אלו¹⁸. מכאן, שבניגוד לכלל הרווח לגבי הכנסות ממקרקעין, המאפשר למדינת המקור למסות הכנסות ממקרקעין, רווחי הון ממכירת מניות אינם ממוסים, על פי רוב, על ידי מדינת המקור. באופן האמור יכול תושב החוץ, במקרים מסוימים, לחמוק מתחולת המס הישראלי על ידי מכירת מניות המקנות זכות כלכלית במקרקעין ללא מכירת המקרקעין עצמם, כך יהיה המצב בד"כ כאשר אחזקת המקרקעין אינה מגיעה לדרגה שתכניס את החברה לגדר "איגוד מקרקעין".

בחלק מאמנות כפל המס של ישראל לא קיימת הוראה המאפשרת לישראל למסות פעולות באיגוד מקרקעין המבוצעות על ידי תושבי חוץ. כך למשל רשאית ישראל, על פי האמנה למניעת כפל מס בין ישראל לאוסטריה להטיל מס מלא על

¹⁸ ראה למשל סעיף 13 לאמנת המודל של ה-OECD, סעיף 15 לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל להולנד, סעיף 8 לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לבריטניה. השווה לסעיף 15(ה) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית המאפשר לישראל מסות רווחי הון שהפיק תושב ארצות הברית ממכירת מניות בחברה ישראלית כאשר תושב ארצות הברית האמור החזיק במניות המקנות לפחות 10% מזכויות ההצבעה של החברה הישראלית במהלך 12 החודש שטרם הפקת רווח ההון.

מכירת מקרקעין הנמצאים בישראל על ידי תושב אוסטרי. עם זאת, לישראל זכות מוגבלת להטיל מס על מכירת מניות על ידי תושב אוסטריה אף אם המדובר במכירת מניות באיגוד מקרקעין¹⁹.

לעומת מצב דברים זה, קיימות במרבית אמנות אחרות הוראות מפורשות, שמטרתן לטשטש או לבטל לחלוטין את ההבחנה בין מכירה במישרין של מקרקעין לבין מכירה של מניות בחברה המחזיקה במקרקעין. לדוגמא, סעיף 8א(1) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל והממלכה המאוחדת הקובע כי: "רווחי הון מהעברת מקרקעין... או מהעברת מניות שאינן נסחרות בבורסה, בהיותן מניות בחברה שנכסיה מורכבים בעיקרם ממקרקעין, אפשר להטיל עליהם מס בארץ שבה נמצאים המקרקעין".

הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ובין השאר מקום תושבות תושב החוץ, נוסח אמנת המס בין מדינת המושב לישראל, שיעור המס המוטל על שבח המקרקעין וכיו"ב מכתיבים את תכנון המס האופטימלי למימוש הרווח העתידי. כך למשל, ייתכנו מצבים בהם עדיף שהחברה הישראלית תמכור את המקרקעין ישירות ובעל המניות הזר ימכור לאחר מכן את מניותיה, במקרים אחרים תהיה עדיפות לפירוק החברה ומכירת המקרקעין אח"כ. ייתכנו גם מצבים בהם כדאי לשקול שינוי של סטטוס החברה מאיגוד מקרקעין לחברה רגילה וכיו"ב.

הוראות האמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית - בנושא של מכירת מניות בחברה ישראלית על ידי תושב חוץ ראוי לציון מיוחד סעיף 7(3) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארה"ב. סעיף 7(3)(ב) קובע כאמור כי: "רווחים שהפיק תושב ארצות הברית מהעברת זכות דומה במקרקעין ניתן לחייבם במס בישראל. לעניין זה המונח 'זכות דומה במקרקעין בישראל' כולל זכויות ביישות משפטית אשר מכירתן, לפי החוק הפנימי של ישראל, מתחייבת במס כמכירת זכויות במקרקעין, זכויות בכל יישות משפטית אחרת אשר 50% משווי השוק של נכסיה מורכבים,

¹⁹ ראה סעיף 13 לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לאוסטריה. המס הישראלי על מכירת מניות מוגבל ל- 15%.

ניהול נדל"ן

במישרין או בעקיפין, ממקרקעין המצויים בישראל, וכן זכויות בשותפות, נאמנות או עזבון, במידה שהרווחים מהעברתן מתייחסים למקרקעין בישראל או לזכות דומה למקרקעין בישראל".

במונח "זכות דומה במקרקעין" הכוונה להפנות ל"זכות במקרקעין של ארצות הברית" המוגדרת בסעיף 7(3)(א) לאמנה, שצוטט לעיל, אך בהעדר מונח מקביל בדין הישראלי מפרט סעיף 7(3)(ב) את המקרים הנכללים בו²⁰. ניתן לראות כי סעיף 7(3)(ב) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית יוצר חבות במס ישראלי בשורה של מקרים שבהם לא נמכרים המקרקעין עצמם אלא זכויות בתאגידים המחזיקים במקרקעין. סעיף זה רחב יותר מהמקובל משום שהוא מקנה לישראל סמכות מיסוי גם מקום בו אין המדובר באיגוד מקרקעין כהגדרתו בחוק מס שבח מקרקעין. די בכך שלמעלה מ-50 אחוז משווי השוק של נכסי היישות שהזכות בה נמכרת, מתייחסים למקרקעין או שמדובר ב"יישות שקופה" לצורכי מס על מנת לאפשר הטלת מס על ידי ישראל. המקרים הנמנים על ידי הסעיף הינם לפיכך כדלקמן:

1. מכירת מניות המהוות זכות באיגוד מקרקעין ("מקרה א").
2. מכירת זכויות ביישות משפטית אחרת אשר אינה מהווה "איגוד מקרקעין" אך ש-50% או יותר משווי השוק של נכסיה, מורכב, במישרין או בעקיפין, מנכסי מקרקעין המצויים בישראל ("מקרה ב").
3. העברת זכויות בשותפויות, נאמנויות ו/או עזבונות להם נכסי מקרקעין בישראל ("מקרה ג").

נדון להלן בהרחבה בשלושת המקרים האמורים. מקרה א' וב' העוסקים במכירת מניות בחברה ינותחו בפסקאות הבאות ואילו מקרה ג' העוסק במכירת זכויות בגוף שאיננו חברה יידון בנפרד.

מקרה א' - מכירת מניות המהוות זכות באיגוד מקרקעין - מקרה א' (מכירת מניות באיגוד מקרקעין) אינו יוצר קושי ניכר שהרי משמעו, הלכה למעשה, הינו הפעלת הוראות חוק מס שבח על רווח ההון.

²⁰ ראה קלוגמן וקפוטא, (ה"ש 9 לעיל, בעמוד 131-132).

מקרה ב' - מכירת מניות בחברות אשר אינן מהוות "איגוד מקרקעין" אך ש- 50% או יותר משווי השוק של נכסיהן, מורכבים, במישרין או בעקיפין, מנכסי מקרקעין המצויים בישראל - מקרה ב' מרחיב את תחולת המס הישראלי מעבר להוראות חוק מס שבת. על פי חוק מס שבת רק חברה שכל רכושה, הלכה למעשה, הינו זכויות במקרקעין תחשב לאיגוד מקרקעין ואילו האמנה בין ישראל לארצות הברית נוקטת במבחן של 50% ומעלה, משווי השוק של הנכסים. דומה כי ההרחבה האמורה עלולה לכלול בכנפיה חברות מסחריות ותעשיות רבות. כך למשל, ניתן לתאר מצב שבו רשת בתי מלון תיתפס בגדרו של ההרחבה האמורה באשר שווי נכסי המקרקעין שבבעלות הרשת עולה על שאר נכסי הרשת (מוניטין, מלאי, מזומנים, רכוש קבוע וכיוצא בזה). בדומה יתכן ורשת של חנויות (כגון רשת של חנויות מזון) או חברת דלק שהיא בעלת תחנות דלק רבות תיתפס בגדר הסעיף לאור היקף נכסי המקרקעין המוחזקים על ידי חברות אלו. ויודגש כאשר נתפסת המכירה בגדר סעיף 37(3) האמור יוטל מס ישראלי על מלוא הרווח ללא קשר לשיעור המקרקעין בכלל הנכסים. כך למשל, אם מופק רווח הון ממכירת מניות בחברה ש- 60% משווי נכסיה הינו מקרקעין המצויים בישראל, מלוא רווח ההון מחויב במס ישראל ולא רק 60% מרווח ההון. שאלה נוספת המתעוררת מנוסח האמנה שצוטט לעיל הינה כיצד ייקבע שווי שוק של נכס ובמיוחד האם יש להתחשב בשעבודים המוטלים על אותו נכס. התחשבות או אי התחשבות בשעבודים יכולה לשנות מהותית את התקיימותו של מבחן ה- 50%. לדוגמא הנח כי לחברה פלונית הנכסים והתחייבויות הבאות:

<u>התחייבויות</u>		<u>נכסים (שווי ללא שעבודים)</u>	
100	חוב שוטף לבנקים	100	מזומן
300	משכנתא בגין נכס בישראל	100	מלאי
		200	מוניטין
		500	מקרקעין בישראל
		<u>100</u>	מקרקעין בחו"ל
		1,000	סה"כ שווי נכסים

ניהול נדל"ן

במקרה זה, המקרקעין הם 50% משווי הנקי של נכסי החברה (500 מתוך 1,000). עם זאת, על המקרקעין מוטלת משכנתא כך ששווי "נטו" של המקרקעין לרוכש המניות של החברה הינו רק 200 בעוד שהשווי נטו של נכסי החברה הינו 600 (1,000 נכסים פחות 400 התחייבויות). התוצאה היא, כי השווי נטו של המקרקעין נמוך מ- 50% משווי החברה. ניתן לתאר מצב הפוך, שבו התחשבות בהתחייבויות תגרום לחברה לעמוד במבחן ה-50%, כאשר שווי המקרקעין שבישראל נמוך מ-50% משווי הנכסים הכולל, אך על המקרקעין בישראל לא קיימות התחייבויות ושעבודים, בעוד שעל נכסים אחרים מוטלים שעבודים והתחייבויות. הואיל וסעיף 7(3) לאמנה בין ישראל לארה"ב דן בשווי השוק של נכסים, ניתן לטעון, כי יש לבחון את תחולת הסעיף ללא התחשבות בשעבודים הרובצים על הנכסים. עם זאת למיטב ידיעתנו טרם נקבעה הלכה או הובעה עמדה של שלטונות המס בעניין זה.

העברת זכויות בשותפויות, נאמנויות ו/או עזבונות להם נכסי מקרקעין בישראל

פעמים רבות מחזיק תושב חוץ במקרקעין בישראל באמצעות שותפות, נאמנות או עיזבון. כאשר השותפות, הנאמנות או העיזבון מוכרים את המקרקעין חלות הוראות חוק מס שבח. עם זאת, כאשר מועברות זכויות בשותפות, בנאמנות או בעיזבון ספק אם ניתן להטיל מס שבח. מס שבח מקרקעין מוטל, בין היתר, על "פעולה באיגוד". יש ספק אם עיזבון, נאמנות או שותפות זרה הינם בגדר איגוד, ומכאן שאין הפעולה בהם יוצרת חבות במס שבח. יש גם ספק אם הפעולה של העברת זכות בשותפות, בנאמנות או בעיזבון כפופה להוראות חלק ה' לפקודת מס הכנסה, אולם, כאשר זכות כזו מבטאת זכות לנכס הנמצא בישראל קרוב לוודאי, כי מבחינת הדין הישראלי הפנימי יוטל מס על רווח ההון בדרך זו או אחרת.

הסדר ממצה בשאלות של העברת זכויות בשותפות, נאמנות ועיזבון אנו מוצאים באמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית. ההסדר האמור מאפשר לישראל להטיל מס במקרים רבים יותר מאשר ההסדר החל על העברת מניות בחברה. בעוד שלגבי העברת מניות חברות התנאי לתחולת המס הישראלי הינה כי מעל ל-50% משווי נכסי החברה יהיו נכסי המקרקעין, אזי כאשר עסקינן בשותפות, נאמנות או עיזבון, לא מופעל הסף של 50%. מכאן, שאף אם חלק קטן מנכסי

השותפות הינו מקרקעין בישראל נוצרת חבות מס בישראל. לדוגמא, נניח כי לשותפות מסוימת נכסים בסך של \$600,000 מתוכם \$200,000 הינם מגרש בישראל ו- \$400,000 הינם מקרקעין מחוץ לישראל. מכירת הזכויות בשותפות יוצרות חבות במס ישראלי.

שאלה פתוחה הינה אופן קביעת החבות במס הישראלי במקרה של מכירת זכויות בשותפות, נאמנות או עיזבון שבין נכסיהם מקרקעין בישראל. אפשרות אחת היא לקבוע כי הרווח החייב מס בישראל ייחשב כחלק הפרופורציונאלי של הרווח הכולל ממכירת הזכות ("הגישה הכוללת"). כך למשל, אם הרווח הכולל של מוכר הזכות הינו \$100,000 והנכסים בישראל מהווים $\frac{1}{4}$ מנכסי הישות המשפטית שהזכויות בה מועברות הרי שהרווח המיוחס לישראל יהיה \$25,000.

בניגוד לגישה הכוללת ניתן לנקוט בגישה המבודדת את הנכס הישראלי מכלל נכסי הישות המשפטית ובוחנת אם נצמח רווח הון בגין מכירת הזכות הכלכלית לנכס המצוי בישראל ("גישת הייחוס"). כך למשל, ייתכן שרווח ההון נובע כל כולו מעליית ערכם של נכסי מקרקעין בארצות הברית ללא שחלה עלייה בערך הנכסים בישראל, במקרה כזה גישת הייחוס תמנע הטלת מס ישראלי בעוד שעל פי הגישה הכוללת יוטל מס ישראלי. כמובן, שייתכנו מקרים הפוכים בהם דווקא הנכס הישראלי הוא שגרם או תרם תרומה מכרעת לרווח ההון, במקרה כזה המס הישראלי על פי הגישה הכוללת יהיה נמוך מהמס הישראלי על פי גישת הייחוס.²¹ יודגש, כי בכל מקרה רווח ההון מהעברת הזכויות בשותפות, נאמנות, או עיזבון, הנתון למס בישראל מוגבל לאותו חלק מהרווח המתייחס למקרקעין בישראל.

מיסוי תושב חוץ המחזיק מקרקעין בישראל באמצעות חברה תושבת חוץ

לעתים מחזיק תושב חוץ במקרקעין בישראל באמצעות חברה תושבת חוץ. הכנסות שכירות שתפיק חברת החוץ תהיינה חייבות מס בישראל על פי סעיף 6(2) לפקודת מס הכנסה, או על פי סעיף 1(2) לפקודת מס הכנסה כאשר הם חלק מהכנסתה העסקית של החברה. רווחי הון שתפיק חברת החוץ ממכירת המקרקעין

²¹ שם.

ניהול נדל"ן

יהיו חייבים במס שבח או ייחשבו כהכנסה עסקית החייבת במס הכנסה לפי נסיבות העניין.

כאשר נמכרת מניה בחברת החוץ, תוצאת המס דומה לזו שתוארה לעיל. חברת החוץ היא "איגוד"²² ומכאן שאם נכסי חברת החוץ הינם רובם ככולם נכסי מקרקעין בישראל יוקנה לחברת החוץ הסטטוס של איגוד מקרקעין. הפועל היוצא הוא שהעברת מניות בחברת החוץ יכולה להיחשב לפעולה באיגוד ולהתחייב במס שבח מקרקעין. כמו כן, האמנות למניעת כפל מס, המאפשרות למסות מכירת מניות שהן הלכה למעשה זכות במקרקעין (ראה למשל סעיף 37(3) לאמנת כפל המס בין ישראל לארצות הברית), אינן מייחדות אפשרות זו רק להעברת מניות בחברות התושבות במקום הימצא המקרקעין. במילים אחרות, הדין בעניין העברת מניות בחברה אמריקאית, המחזיקה במקרקעין בישראל, דומה לדין העברת מניות בחברה ישראלית, המחזיקה בנכסי מקרקעין, (זאת כל עוד 50% או יותר משווי השוק של נכסי החברה מורכבים, במישרין או בעקיפין, ממקרקעין הנמצאים בישראל).

כאשר מדובר בחברת תושבת חוץ המחזיקה במקרקעין בישראל, אך אינה מגיעה לגדר "איגוד מקרקעין" לעניין מס שבח, יוטל מס ישראלי על פי הדין הפנימי על מכירת מניותיה אם נכסיה נמצאים בישראל או הם זכות במישרין או בעקיפין לנכסים הנמצאים בישראל.²³ סמכות מיסוי פנימית זו נשמרת לעתים גם במקרה של קיום אמנת מס בין ישראל ומדינת תושבות מוכר המניות.²⁴

תושב חוץ המנהל עסק בישראל

הכללים שפורטו לעיל בעניין מיסוי הכנסות תושב חוץ ממקרקעין המצויים

²² ראה הגדרת איגוד בסעיף 1 לחוק מס שבח ככולל "חברה נכרית".

²³ סעיף 89(ב) לפקודת מס הכנסה.

²⁴ דוגמא מעניינת היא האמנה עם ארה"ב שם מוקנית סמכות המיסוי לישראל מכח ס' 37(3) לאמנה גם אם החברה אינה איגוד מקרקעין ובלבד ש- 50% או יותר משווי השוק של נכסי החברה מורכבים, במישרין או בעקיפין ממקרקעין הנמצאים בישראל ואילו מקום שחלקם היחסי של המקרקעין בישראל נופל מהשיעור הנ"ל מוקנית סמכות המיסוי לישראל מקום בו מתקיימים תנאי סעיף 15(1)(ה) לאמנה.

בישראל שונים כאשר תושב החוץ מקיים בישראל פעילות עסקית. אמנות למניעת כפל מס קובעות, כי פעילות עסקית של תושב מדינה אחת במדינה האחרת (מדינת המקור) יוצרת חבות מס במדינת המקור כאשר היא מבוצעת באמצעות "מוסד קבע" או כאשר פעילות זו יוצרת "מוסד קבע" במדינת המקור. מוסד קבע הינו מקום עסקים קבוע שבאמצעותו עוסק תושב של מדינה אחת בפעילות תעשייתית או מסחרית במדינה האחרת.²⁵ המונח מקום עסקים קבוע כולל בין היתר: סניף, משרד, בית חרושת, מחסן, בית מלאכה, חוה או מטע, חנות או מקום מכירות אחר, ומכרה, מחצבה או מקום אחר להפקת אוצרות טבע.

האמנות למניעת כפל מס קובעות, כי אתר בנייה או פרויקט לבינוי או הרכבה (ולעיתים אף פעילות פיקוח הקשורה בהם) הם מוסד קבע אם הם נמשכים מעל לתקופה הקצובה באמנה. לעניין זה יש אמנות, הקוצבות תקופה של ששה חודשים,²⁶ ולעומתן יש אמנות למניעת כפל מס הקוצבות תקופה של שניים עשר חודש.²⁷ כמו כן פעילויות מסוימות ובעיקר פעילויות באמצעות סוכנים תלויים הן לכשעצמן מוסד קבע.

כאשר לתושב החוץ מוסד קבע בישראל, אזי הכנסתו הינה הכנסה מעסק ומיסויה מקביל לאופן המיסוי של תושב ישראל המקיים עסק שכזה. כך למשל, תושב חוץ, המבצע פעילות קבלנית בישראל, ימוסה כפי שממוסה קבלן ישראלי.

ה. כללים מיוחדים לתושבי חוץ

מערכת המיסוי של תושבי חוץ מפעילות במקרקעין מאופיינת בהטלת מס ישראלי הדומה במידה רבה למערכת המס החלה לגבי תושב ישראל. עם זאת, ניתן למצוא מספר הבדלים בין מיסוי תושב החוץ למיסוי תושב ישראל. הבדלים אלו מתבטאים, בין היתר, בנקודות הבאות:

²⁵ ראה למשל סעיף 15(א) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית.
²⁶ ראה למשל סעיף 5(2)(ט) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית.
²⁷ ראה למשל סעיף 5(2)(ח) לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל להולנד.

ניהול נדל"ן

- * אפשרותו של תושב החוץ לחשב הכנסתו על בסיס דולרי ולא על בסיס שקלי;
- * חובות ניכוי במקור מתושבי חוץ;
- * הוראות מיוחדות בחוק לעידוד השקעות הון לעניין הטבות מס המוקנות למי שעיסוקו בהשכרת בניינים;
- * הוראות מיוחדות לגבי היקף הפטור ממס שבח במכירת "דירת מגורים מזכה".

אפשרותו של תושב חוץ לחשב הכנסתו על בסיס דולרי

כפי שפורט בפרק העוסק במיסוי מקרקעין בעת חישובו של מס השבח נעשית הבחנה בין שבח ריאלי לבין הסכום האינפלציוני. תושב חוץ, אשר רכש זכויות במקרקעין או זכויות באיגוד מקרקעין, רשאי לבקש שחישוב השבח יעשה על בסיס מטבע חוץ, למשל, חישוב השבח על בסיס דולרי. מכיוון שהחישוב במטבע חוץ הינו אופציונאלי ראוי בכל מקרה של חיוב תושב חוץ במס שבח לבצע חישוב של חבות המס הן על בסיס חישוב שקלי והן על בסיס מטבע חוץ תוך תשלום המס הנמוך מבין השניים.²⁸

ניכויים במקור מתושב חוץ

לאור העובדה שתושב החוץ אינו נוכח בישראל או שנוכחותו בישראל הינה מוגבלת, נקבע משטר מיוחד של ניכוי במקור מתושב החוץ. משטר זה בא לידי ביטוי בסעיף 170 לפקודת מס הכנסה הקובע כי:

170. כל המשלם לאדם שאיננו תושב ישראל, לו או לאחר בשבילו, כל הכנסה חייבת לפי פקודה זו... חייב לנכות מאותה הכנסה, בעת תשלומה, מס של 25 אגורות לכל לירה, אם מקבל התשלום הוא יחיד, ומס בשיעור המוטל על פי סעיפים 126 ו- 127 [36% ג.ק. א.ש.] אם מקבל התשלום הוא חבר בני אדם, או שיעור אחר שיקבע להם פקיד שומה בהודעה בכתב, אך רשאי פקיד השומה להתיר את תשלום ההכנסה ללא ניכוי מס, אם הוכח להנחת דעתו, כי המס כבר שולם או ישולם בדרך אחרת.

²⁸ ראה כללית סעיף 47 לחוק מס שבח, וכן הפרק בספר זה העוסק בחישוב השבח.

הוראות מיוחדות לתושבי חוץ בעניין הטבות במס לגבי בניינים להשכרה

ככלל, הוראות הדין הפנימי הישראלי החלות על תושב חוץ המבצע עסקאות במקרקעין הינן אותן הוראות החלות על תושב ישראל. ההבדלים בין תושב החוץ לתושב ישראל באים לידי ביטוי, אם בכלל, על ידי הוראות האמנה למניעת כפל מס בין ישראל למדינת התושבות של תושב החוץ. למרות האמור במקרים בודדים נקבע הסדר ייחודי לתושבי ישראל או לתושבי חוץ.

הסדר ייחודי על בסיס תושבות אנו מוצאים בחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט - 1959. החוק לעידוד השקעות הון, קובע שורה ארוכה של הטבות לרבות הקלות מס ומענקים. בין היתר קובע החוק לעידוד השקעות הון הקלות מס מיוחדות ל"חברת משקיעי חוץ" שהיא חברה שבה השקיע תושב חוץ השקעה במטבע חוץ המקנה לו זכויות ברווחי החברה, כוח הצבעה ומינוי מנהלים.²⁹

הקלות המס מביאות להפחתת המס אשר מוטל על רווחי חברה בהשקעת חוץ (מ- 36% לחברה רגילה ו- 25% לחברה שלה מפעל מאושר) לשיעורים הבאים: ³⁰ 20% - במקרה שבו השקעת החוץ הינה בין 49% ל- 74% מכלל ההשקעה; 15% - במקרה שבו השקעת החוץ הינה בין 74% ל- 90% מכלל ההשקעה; 10% - במקרה שבו השקעת החוץ הינה 90% או יותר מכלל ההשקעה.

פרק 1ז לחוק לעידוד השקעות הון קובע שורה של הטבות מס ל"בניין להשכרה" (המוגדר באופן כללי כבניין אשר לפחות מחצית משטחו מיועדת להשכרה למגורים ושאושר על ידי מנהלת מרכז ההשקעות).³¹ הטבות המס לבניין להשכרה כוללות פחת מואץ, הפחתת מס בגין מכירת בנין להשכרה או חלק ממנו³² פטור ממס רכוש ואגרת בניה.³³

²⁹ סעיף 53ח לחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט - 1959.

³⁰ סעיף 47א(1) לחוק לעידוד השקעות הון.

³¹ ראה כללית סעיפים 53 ו- 53ב לחוק לעידוד השקעות הון.

³² סעיף 53ג לחוק לעידוד השקעות הון.

³³ אמנת המס עם ארה"ב קובעת בס' 14א(3)א) שיעור מירבי של 12.5% למס סניף מהסוג המתואר כאן.

ניהול נדל"ן

כאשר חברה תושבת חוץ מוכרת בנין להשכרה שיעורי המס הינם על פי השיעורים שפורטו לעיל החלים על חברת משקיעי חוץ (היינו בין 10% ל-20% בהתאם לשיעור השקעת החוץ). עם זאת מוטל מס נוסף בשיעור של 15% מיתרת התמורה לאחר מס ממכירת הבניין להשכרה. זאת, אף אם החברה אינה מחלקת את רווחיה. לדוגמא במקרה שחברת חוץ, שכל מניותיה מוחזקות על ידי תושבי חוץ, מוכרת בניין להשכרה יוטל על המכירה מס של 10% וכן מס נוסף של 15% מיתרת התמורה לאחר מס. מכאן, שאם מופק על ידי חברה תושבת חוץ רווח של \$100 ממכירת בניין להשכרה, יוטלו המסים בגין רווח זה באופן הבא:

שיעור השקעת החוץ	49 - 74 %	74 - 90 %	100 % - 90
1. רווח	100	100	100
2. מס חברות	(10)	(15)	(20)
3. הכנסת לאחר מס חברות	90	85	80
4. מס נוסף (15% משורה 3)	(13.5)	(12.75)	(12)
5. נטו לאחר מס	<u>76.5</u>	<u>72.25</u>	<u>68</u>
6. מס כולל	23.5	27.75	32

שיעור המס הנוסף (15%) המכונה בתחום המיסוי הבינלאומי "מס סניף" עשוי להיות מופחת באמצעות אמנת מס.³⁴

הראות מיוחדות לעניין הפטור ממס שבח במכירת דירת מגורים מזכה

סעיף 49 לחוק מס שבח מאפשר למכור בפטור ממס שבח "דירת מגורים מזכה". הפטור במכירת דירת מגורים מזכה ניתן במספר מקרים ביניהם מכירת דירת מגורים מזכה אחת לארבע שנים (ראה סעיף 49ב(1) לחוק מס שבח), מכירת דירת מגורים מזכה אשר היא דירתו היחידה של המוכר אחת לשמונה עשר חודש

³⁴ ראה למשל סעיף 14א לאמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות הברית.

(סעיף 49ב(2) לחוק מס שבח) ומכירת דירת מגורים מזכה שנתקבלה בירושה (סעיף 49ב(5) לחוק מס שבח).

סעיף 49 לחוק מס שבח מקנה פטור נוסף בעת מכירת שתי דירות מגורים מזכות בסמיכות זמנים, כאשר תמורת המכירה משמשת לרכישת דירה חדשה. ביתר פירוט יינתן פטור ממס שבח על פי ההוראה האמורה כאשר:

1. המוכר מכר בפטור ממס דירה אחרת בתוך שנים עשר החודשים שקדמו למכירה (להלן - "הדירה הראשונה").
2. סכום השווי של הדירה הנמכרת ("הדירה השנייה") והדירה הראשונה ביחד אינו עלה על מיליון ומאתיים אלף ש"ח.
3. המוכר רכש בשנה לפני מכירת הדירה השנייה או ירכוש בשנה לאחריה דירה אחרת בסכום השווה לשלושה רבעים לפחות משווי שתי הדירות שפורטו לעיל. עם זאת הפטור המתואר ניתן אך ורק לתושבי ישראל ואיננו ניתן לתושבי חוץ. מטרת הפטור הייתה כנראה, בין השאר, לאפשר לזוגות צעירים אשר לכל אחד מבני הזוג דירת מגורים למכור את שתי דירות המגורים ולרכוש דירת מגורים אחת גדולה יותר. המחוקק לא ראה לנכון ליתן הקלה שכזו לתושבי חוץ. מן הראוי לשים לב שבאמנות למניעת כפל מס מצויה הוראה האוסרת על אפליה בין תושבי ישראל לתושבי מדינות אמנה. שאלה היא, אם אין הוראות איסור הפליה שבאמנות למניעת כפל מס גוברות על הוראות סעיף 49 לחוק מס שבח ומאפשרות גם לתושבי מדינת אמנה ליהנות מהוראות סעיף 49 לחוק מס שבח.

4. חוק הפיקוח על המטבע

א. מבוא

המסגרת הכללית של הפיקוח על המטבע בנויה בדרך של קביעת שורת איסורים גורפים בחוק הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978, ("חוק הפיקוח"), ולצדו שורת היתרים לביצוע חלק מפעולות אסורות אלה בתנאים מסוימים. ההיתר

הבסיסי הנו **היתר הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978**, ("ההיתר הכללי"). בנוסף לכך פורסמו היתרים לסוגים שאפשרו לסוגים מסוימים של ישויות משפטיות או לצורך הוצאה לפועל של עסקאות מסוימות, ביצוע של פעולות האסורות על פי חוק הפיקוח. להשלמת התמונה יש להזכיר את ההיתרים האישיים המוענקים לישויות משפטיות, (כולל יחידים) על פי מדיניות המשתנה מעת לעת, והמתירים לישויות אלה נקיטה בפעולות האסורות על פי חוק הפיקוח ואינן מותרות בפירוש על ידי ההיתר הכללי או אחד מההיתרים לסוגים.

מהלך דיני הפיקוח על המטבע, בעניין השקעת תושבי חוץ במקרקעין בישראל, דומה למהלך הכללי שלהם שתואר לעיל, היינו, קביעת איסור כללי ולצדו היתרים.

ב. האיסור לבצע עסקה במקרקעין בישראל שתושב חוץ צד לה

סעיף 5 לחוק הפיקוח קובע בחלקו הרלבנטי לעניינינו כי: "עסקה במקרקעין המצויים בישראל שתושב חוץ צד לה" טעונה היתר. נוסח הוראה זו מחייב התייחסות למספר נושאים. הגדרת המונח "עסקה" בסעיף 1 לחוק הנה רחבה ביותר. כך למשל, היא כוללת "פעולה שיש בה ליצור זכויות או חובות בנכס", וככזו יפלו ברשתה, בין השאר, גם הענקת זיקת הנאה במקרקעין או יצירת שעבוד קבוע עליהם. המונח "מקרקעין" אינו מוגדר בחוק הפיקוח והיזקקות לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 מובילה למסקנה כי המדובר בקרקע וכל המחובר אליה חיבור של קבע. המונח "ישראל" אף הוא אינו מוגדר בחוק הפיקוח, אם כי לפחות ביחס להיתרים הכלולים בהיתר הכללי נראה כי ההתייחסות במונח זה הנה גם לשטחי יש"ע.³⁵ המונח "תושב חוץ" מוגדר בסעיף 1 לחוק הפיקוח, וכולל ארבע חלופות, כדלקמן:

- (1) מי שאינו אזרח ישראלי ואינו נמצא בישראל.
- (2) מי שנמצא בישראל על פי אשרה ורשיון לישיבת מעבר או על פי אשרה ורשיון לישיבת ביקור.

³⁵ ראה הגדרת המונח "חוץ לארץ" בסעיף 1 להיתר הכללי וסעיף 32 לשם.

(3) תאגיד שמשדרו הרשום איננו בישראל ומקום עסקיו העיקרי איננו בישראל, והוא איננו רשום בישראל כחברה נכרית, ואיננו נציגות, סניף או סוכנות בישראל של תאגיד כאמור.

(4) מי שמתקיימים בו התנאים שקבע שר האוצר בתקנות שלפיהם יש לראותו כתושב חוץ לעניין חוק זה או התקנות על פיו. (חלופה זו מתייחסת לדיפלומטים ועובדי או"ם).³⁶

העולה מן המקובץ הנו כי תושבי חוץ כהגדרתם דלעיל, אינם יכולים לבצע קשת רחבה מאוד של עסקאות במקרקעין בישראל ובשטחי יש"ע אם אין העסקה המתוכננת מותרת על פי היתר מסוג כלשהו (ההיתר הכללי, לסוג או היתר אישי).

ג. ההיתר לבצע עסקאות במקרקעין בישראל

סעיף 37(3) להיתר הכללי קובע: "מותר לתושב חוץ לקנות, למכור, להחכיר ולחכור מקרקעין בישראל, ובלבד שהתשלומים בקשר לעסקה ייעשו באמצעות סוחר מוסמך".

היתר זה שהנו רחב יחסית ומותנה לכאורה רק בטכניקת ביצוע התשלומים יוצר שני קשיים. הקושי האחד הנו שההיתר מדבר על שני הסוגים "הכבדים" של עסקאות במקרקעין: עסקת רכישה ועסקת החכרה. לעומת זאת הגדרת "עסקה" בסעיף 1 לחוק הפיקוח, שהנה רחבה מני ים, כוללת מספר רב הרבה יותר של עסקאות. טכניקה חקיקה מוצלחת יותר הייתה מציבה אל מול האיסור הגורף שיוחד בסעיף 5 לעסקאות במקרקעין את כל אותן עסקאות שמותר לבצען במקרקעין. אין הדבר אומר שבמצב הנוכחי עסקאות "קלות" יותר במקרקעין אינן מותרות אלא שיש לתור אחרי ההיתר, אם הוא קיים, במרחבי ההיתר הכללי או לבקש היתר אישי. הקושי השני הנו שהמונח "חכירה" אינו מונח המוגדר בחוק הפיקוח ובדיני המקרקעין הוא מוגדר כשכירות של למעלה מחמש שנים³⁷ עם זאת הפרקטיקה הנוהגת היא, כמובן, כי ניתן לבצע עסקאות שכירות ללא צורך באישור

³⁶ ראה הגדרת המונח "תושב חוץ" גם בסעיף 1 להיתר הכללי.

³⁷ ראה סעיף לחוק המקרקעין, התשכ"ג-1969.

מבנק ישראל.³⁸

ד. היתרים נגזרים מההיתר לעשות עסקאות

כפועל יוצא ומשלים מההיתר לבצע עסקאות קניה, מכירה, החכרה וחכירה במקרקעין בישראל, מתיר ההיתר הכללי, לתושב חוץ, לעשות שימוש חופשי (להפקיד בפיקדון לא תושב) בכספים המתקבלים כתוצאה מעסקאות אלה ובאופן ספציפי, ההתייחסות היא לכספי התמורה ממכירת או החכרת המקרקעין ולהכנסות המתקבלות מהם.³⁹ על מנת ליהנות מהיתרים אלה על תושב החוץ לעמוד בתנאים מסוימים שעיקרם הוכחה בדבר מקור כספי רכישת המקרקעין (במקרה של כספי תמורת מכירתם או החכרתם) ודרך קבלת המקרקעין (במקרה של כספי הכנסה מהמקרקעין). כן נדרש תושב החוץ, במקרה שהוא מבקש להפקיד את כספי תמורת המכירה או ההחכרה של המקרקעין, להציג מסמכים מוגדרים שמטרתם להצביע על כך שהעסקה אכן בוצעה.⁴⁰

ה. עסקאות בניירות ערך המייצגים זכות במקרקעין

בעוד שבדיני המס מצוי הסדר ספציפי לטפל במכירת זכויות בחברות, שמקרקעין מהווים חלק מהותי מנכסיהן,⁴¹ אין הדבר כן במסגרת דיני הפיקוח על מטבע חוץ. נראה כי במסגרת זו, עסקאות בזכויות כאמור תטופלנה באורח זהה לעסקאות בזכויות של חברות אחרות.⁴² במסגרת זו הותרו לתושבי חוץ היתרים מסוימים וביניהם היתר לקנות ולמכור ניירות ערך ישראלים, והיתרים להפקיד

³⁸ ראה י. שפט וז. הנדלר, הפיקוח על מטבע חוץ, (מהדורה שניה הוצאת אדמית, ירושלים, 1996) כרך א' ע' 346 (להלן: "שפט והנדלר").

³⁹ ראה סעיפים 9 ו-10 להיתר הכללי.

⁴⁰ שם: וכן ראה סעיף 15 להיתר הכללי.

⁴¹ ראה 3.4.3 ו-3.4.5 לעיל.

⁴² אנו מצטרפים בעניין זה עם כל הכבוד, לדעה המובעת ע"י שפט והנדלר (ה"ש 38 לעיל, כרך א' ע' 337 - 338).

בפיקדון לא תושב את התמורה ממכירתם ומהכנסה מהם.⁴³ היתרים אלה מותנים בקיומם של תנאים מסוימים. המקרה היחיד במסגרת זו בו יש התייחסות מפורשת למקרקעין הינו הקביעה כי "מקרקעין שקיבל בעל מניות שהוא תושב חוץ כתוצאה מפירוק חברה שאוגדה ונרשמה בישראל, ייחשבו כאילו נרכשו ביום קבלתם כאמור, בדרך בה נרכשו המניות בחברה שפורקה".⁴⁴ למרות שהוראה זו מדברת על "מקרקעין" באופן כללי הנפקות המעשית שלה לגבי תושבי חוץ הנה לגבי מקרקעין בישראל.

5. מינהל מקרקעי ישראל

א. העיקרון - אי הקניית או העברת זכויות במקרקעין לזר

מנהל מקרקעי ישראל קבע בהחלטותיו, כי הוא לא יקנה זכויות במקרקעין ולא יסכים להעברת זכויות במקרקעין לזר, אלא בהתקיים תנאים מסוימים.⁴⁵ הגדרת "זר" לעניין זה כוללת כל יחיד שאינו אחד מאלה:

(א) אזרח ישראל.

(ב) עולה לפי חוק השבות התשי"ב-1950 ("חוק השבות") שמסר הצהרה לפי סעיף 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (הצהרה כי אין ברצונו להיות אזרח ישראלי).

(ג) זכאי לאשרת עולה או לתעודת עולה לפי חוק השבות שקיבל במקומה אשרה ורשיון לישיבת ארעי כעולה בכוח, מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.⁴⁶

הגדרת "זכות במקרקעין" כוללת בעלות או שכירות לתקופה העולה על חמש

⁴³ סעיפים 11, 13 ו-14 להיתר הכללי.

⁴⁴ סעיף 13(ב) להיתר הכללי.

⁴⁵ החלטות 342 ו-371 מובאות אצל ח. שבתאי מקרקעין בישראל חקיקה ודינים (הוצאת תמר, חיפה, 1994) עמוד 108.

⁴⁶ אשרה מסוג א/1 - ראה תקנה 6(א) לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד - 1974.

שנים. עניין משך התקופה נבחן תוך לקיחה בחשבון של התקופה הכוללת הנכללת בזכות ברירה (אופציה).⁴⁷ ההחלטה קובעת כי "זכויות במקרקעין" הינן לרבות:

1. זכות על פי התחייבות להקנות בעלות או שכירות לתקופה כאמור ברישא.
2. זכות באיגוד מקרקעין, בפסקה זו - "איגוד מקרקעין", "זכות באיגוד" - כמשמעותם בחוק מס שבח מקרקעין התשכ"ג-1963.

ההפניה לחוק מס שבח יוצרת בעיה מסוימת. אין זהות בין הגדרת "זכות במקרקעין" על פי חוק מס שבח ועל פי החלטת מינהל מקרקעי ישראל. על ידי אימוץ הגדרת "איגוד מקרקעין" שבחוק מס שבח נוצר לכאורה מצב שתחולת ההחלטה תהיה שונה במקרה של זכויות המוחזקות בעקיפין באמצעות החזקה בזכות באיגוד מקרקעין על פי חוק מס שבח, מאשר במקרה של זכויות המוחזקות ישירות.

ב. המקרים בהם יוקנו או יועברו זכויות במקרקעין לזר

החלטות מינהל מקרקעי ישראל מונות שלושה מקרים בהם המינהל יקנה זכויות במקרקעין לזר או יסכים להעברת זכויות כאמור. בכל שלושת המקרים נדרש אישור יו"ר מועצת מקרקעין ישראל. במקרה הראשון מדובר בזר, ואישור כאמור יכול שיינתן על פי המלצת הוועדה לקרקע עירונית או הוועדה לקרקע חקלאית. במקרה השני מדובר במי שזכאי לעלות לישראל עפ"י חוק השבות⁴⁸ או במי שקיבל המלצה משרים מסוימים או מי שהוסמך על ידם, והכוונה היא לשר האוצר או לשר המסחר והתעשייה - לגבי מקרים שבטיפול מרכז השקעות או רשות ההשקעות, לשר התעשייה והמסחר לגבי קרקע לתעשייה, למלאכה או למסחר, ולשר התיירות לגבי קרקע למלון או למוטל. במקרה השלישי מדובר ב"מוסדות בעלי זיקה לארגונים דתיים" ועניינם מועבר ליו"ר המועצה, כמו במקרה של זר רגיל, רק לאחר העברה לחוות דעת והתייחסות שרי הדתות, החינוך והתרבות, הביטחון, המשפטים והחוץ וההחלטה קובעת נוהל במקרה של הסתייגות אחד השרים הנ"ל.⁴⁹

⁴⁷ השווה הגדרת המונח "חכירה לתקופה" בסעיף 1 לחוק מס שבח.

⁴⁸ בסעיף 1 לחוק נקבע: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה".

⁴⁹ משום מה מתייחסת החלטה זו רק "להקניית זכויות לזרים" ולא להסכמה להעברת זכויות לזרים.