

**B.O.T** (בנה-הפעל-העבר) [מיסוי מקרקעין]**1. כללי**

עסקה זו כשמה כן היא. יזם מגיע להסכם עם בעלים של מקרקעין שהוא יבנה על המקרקעין, מבנים ומתקנים שונים, יפעיל אותם במשך תקופה שתיקבע בין הצדדים והינו זכאי לגבות כספים ממשתמשי המבנים והמתקנים ובסופה יחזיר את המקרקעין על כל אשר בהם לבעלים.

את הזיכיון מקבל בדרך כלל היזם שהוא גוף פרטי מגוף ציבורי. אולם עסקאות מסוג זה מתפתחות גם בין חברות פרטיות. חברות מערביות גדולות מגיעות להסכמים עם חברות מאסיה לפיהם הן יקימו מבנים ומתקנים עבור החברות המערביות לתקופה קצובה, כאשר לאחרונות הזכות להעבירם לבעלותן בתנאים ובמחיר הנקובים בהסכמים.

מבנה העסקה הוא כזה שעל היזם לעמוד תחילה בעלויות גבוהות אולם יחזיר את השקעתו על ידי הפעלת המבנים והמתקנים. צורת העסקה מקלה על מימונה בידי בעלי המקרקעין וכן מקלה עליהם מבחינה לוגיסטית.

עסקאות כאלה מתקיימים בעיקר בפרוייקטים יקרים, כגון כבישי אגרה, בסיסים צבאיים, רכבות וכיו"ב.<sup>1</sup>

לצד עסקה זו קיימת גם עסקת BOOT (BUILD-OWN-OPERATE-TRANSFER), לפיה הבעלות בתקופת הזיכיון נמצאת בידי היזם.

**2. היבטי מס****מיסוי מקרקעין**

אם תקופת הזיכיון אינה עולה על 25 שנה אין בכך אירוע מס מצד הצדדים, גם אם תקופת הבניה על ידי היזם מאריכה את התקופה מעבר ל-25 שנה. אין בכך משום רכישת זכות במקרקעין כמשמעותה בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין, על ידי היזם ולא מכירתם על ידי הבעלים. החלטה ברוח זו התקבלה בהחלטת מיסוי מקדמית 24/06 כאשר **תקופת ההקמה בפרוייקט לעניין מכירת זכות במקרקעין נוטרלה ולא נחשבה כחלק מהתקופה**.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> דוגמאות לכך: הקמת כביש 6, כאשר החברה הפרטית דרך ארץ גובה אגרה במשך 30 שנה מהמשתמשים בכביש ובסופה תעבור הבעלות למדינה. בתקופת הזיכיון נקבע סכום מינימלי שאותו הזכייין אמור לקבל מהאגרות ואם לא ישיג זאת תשלם הממשלה חלק מסוים מההפרש ואמנם כך היה.

דוגמאות אחרות הן נמלי התעופה, הרכבת הקלה בירושלים, עיר הבה"דים, מנהרות הכרמל. הנתיב המהיר בכביש 1, חלק גדול ממתקני ההתפלה ועוד.

<sup>2</sup> בהחלטת מיסוי 24/06 (מופיע באתר המשפטי **מסטיקס** ובאתר רשות המסים) למבקש, מוסד להשכלה גבוהה מסוג ציבורי כהגדרתו בסעיף 2(9) לפקודה היתה זכות להחזיק ולהשתמש במקרקעין עליהם נמצאים מבני המוסד וחצריו והיה מעוניין להרחיב את פעילותו בדרך של הקמת מעונות לסטודנטים ולשם כך התקשר עם יזם בניה בפרוייקט הכולל חנות ספרים, חנות כלי כתיבה, בית קפה ומסעדה, מרכז ספורט, חנויות הלבשה והנעלה, שירותים בנקאיים חניון ועוד.

סוכם שהפרוייקט ייבנה בשיטת Built Operate Transfer כאשר התמורה לשירותי הבניה תהיה זכות היזם להפעיל את הפרוייקט, לנהלו, להשכירו ולקבל הכנסות פירותיות ממנו לתקופה של 299 חודשים (24 שנים ו-11 חודשים). זכות זו **תחל מהיום שבו תינתן למבנה של הפרוייקט תעודת גמר** כמשמעותה בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

תקופת הבניה היתה אמורה להימשך 24 חודשים, בהם תהיה ליוזם מעמד של "בר רשות". היזם רשאי להשתמש ולהחזיק במקרקעין ובמחוזים אליהם חיבור קבע לשם ביצוע הפרוייקט בלבד. רק בסיום התקופה, כאשר יינתנו לפרוייקט כל האישורים לפי חוק התכנון והבניה, יקבל היזם חזקה בקרקע לצורך הפעלת הפרוייקט לתקופה של 299 חודשים.

המבקש ביקש בהחלטת מיסוי לקבוע, שלא יחוייב במס שבח מקרקעין, וכי היזם לא יחוייב במס רכישה, היות והעמדת המקרקעין לרשות היזם אינה נחשבת ל"מכירה" כאמור בסעיף 1 לחוק. לשיטתו של המבקש, התקופה בה מעמדו של היזם הוא בר רשות אינה צריכה להיכלל במניין הימים בהם מחזיק היזם במקרקעין, ולכן סך הזמן בו היזם מחזיק במקרקעין פחות מ-25 שנים. בנסיבות אלו, לא התקיימה מכירה של זכות במקרקעין כאמור בסעיף 1 לחוק<sup>2</sup>, שכן המקרקעין לא הוחזרו ליוזם לתקופה העולה על 25 שנים.

העסקה שלפנינו מזכירה במקצתה עסקת קומבינציה. יש סממנים שדומים וסממנים השונים מאלו שבעסקת קומבינציה. השונה הוא, שבעסקת קומבינציה מקבל הקבלן זכות במקרקעין, קרי, שהוא רשאי למכור אותה, להשכירה או להשתמש בכל קשת הזכויות שעומדות למי שרכש בעלות בנכס. בענייננו, היזם לא קיבל את מכלול הזכויות המתלוות לזכות במקרקעין, שכן שכירותו מוגבלת ל-24 שנים ו-11 חודשים. משקבע המחוקק מספר קבוע של שנים לצורך הכללת הפיכת שכירות לחכירה המהווה זכות במקרקעין, הרי שתכנון מס כמו זה העומד בפנינו הינו לגיטימי. הדומה הוא, שבשני המקרים היזם/קבלן רשאי לבצע פעולות כלכליות במבנה המוגמר כבר בזמן הקמתו. בעסקת קומבינציה יכול הקבלן לחפש קונים כבר בזמן ההקמה, ואף לחתום עימם על הסכם ולקבל כספים, ובמקרה שלפנינו, יכול היזם להתחיל לחתום על הסכמים עם קבלני משנה ומפעילים ולקבל מהם כספים מראש<sup>1</sup>.

נושא B.O.T עלה בבית המשפט בענין חברות **מגדל בע"מ והמגן בע"מ**<sup>2</sup>, שבו היה צורך לסווג זכות חכירה שנרכשה בעסקת B.O.T.

העררים הוגשו בנוגע לזכויות חכירה במתחמי קריית הממשלה בחיפה ובבאר שבע. המדינה ביקשה הצעות להקמת מבנים במימון הזוכה שיחתום על 4 הסכמים<sup>3</sup>.

במכרז בבאר שבע זכתה חברת אשמורת תיכונה בע"מ (להלן - **אשמורת**) ובמכרז בחיפה זכו אשמורת ומבני תעשייה בע"מ יחדיו. הן הקימו את הבניינים וחתמו על הסכם חכירה עם המינהל והשכירו את המבנים, כאשר המדינה שכרה רק חלקים במבנים.

ביום 31.12.03 רכשו העוררות מגדל בע"מ והמגן בע"מ את מניותיהן של אשטרום וסקום באשמורת ושילמו סך של כ-352 מיליון ₪. בקשת העוררות לראות כאילו רכשו את הזכויות במקרקעין במישרין אושרה על ידי רשות המסים. בהסכם נוסף מאותו יום רכשו העוררות את זכויות חב' מבני תעשייה במקרקעין ושילמו את המס המתחייב.

<sup>1</sup> החלטת המיסוי קבעה שבנסיבות המתוארות לעיל, לא תקום במועד העסקה חבות במס שבח למוסד ו/או חבות במס רכישה ליזם, שכן תקופת ההקמה אינה צריכה לבוא במניין הזמן בו החזיק היזם במקרקעין לענין הגדרת "זכות במקרקעין" שבסעיף I לחוק. ליזם לא נמסרה כל זכות במקרקעין בתקופת ההקמה, והוא פועל בהם באותה תקופה מכוח היותו ברשות נותן שירותי בניה בלבד.

בסיס ההחלטה הוא, שיש להתחיל בספירת התקופה של 25 שנים לשם סיווג העסקה כמכירת זכות במקרקעין, מיום שמקבל הזכות יכול היה ליהנות מזכויותיו ממנה מבחינה כלכלית, גם אם הוא רשאי לעלות על הקרקע כבר רשות. זאת, למרות שהיזם רשאי להתחיל לעשות עסקאות בנוגע לחלקיו השונים של הפרויקט מראש לשוכרי משנה או לחתום על הסכמים עם מפעילים כבר בשלב ההקמה. בתקופה זו אין היזם יכול ליהנות מהמקרקעין, ולכן אין לומר כי הוא קיבל בהם זכות.

<sup>2</sup> פיצול העסקה לתקופת הקמה ולתקופת שימוש אינה מלאכותית לכשעצמה. הפיצול מבטא את היכולת של היזם ליהנות מהקרקע באופן מהותי, ויש לראות בתקופת ההקמה כתקופה בה היזם אכן נותן רק שירותי בנייה. בתקופה זו אין הוא יכול להשתמש במקרקעין בהתאם לזכויות שניתנו לו בקשר לתקופת השימוש, והוא נתון לפיקוח של המבקש. כך, אין הוא יכול להתחיל ולהפעיל את הפרויקט, כולו או חלקו, לפני תחילת תקופת השימוש. במקרה שכזה, יכול להיות מצב בו הקבלן סיים חלק מהפרויקט לפני תום תקופת ההקמה, והוא אינו יכול להתחיל להפעילו ולקבל הכנסות ממנו. פיצול זה פועל דווקא לטובת היזם והמבקש, שכן אם היה היזם מתחיל להפעיל חלק מהפרויקט לפני תום תקופת ההקמה, הרי שזמן זה היה מצטרף לתקופת השימוש ויכול היה להביא למצב בו השכירות של היזם, אשר מוגדרת כתקופה בה הוא רשאי לתפעל את הפרויקט, היתה מגיעה כדי חכירה לתקופה העולה על 25 שנים ולכן חייבת במס. טוב עשה המבקש, כאשר הגביל את היזם מלהתחיל לפעול לפני תום תקופת ההקמה, שכן אם לא היה עושה כן, היה יכול להתחייב במס שבח מקרקעין.

<sup>3</sup> נקודה נוספת, אשר היה בה כדי להכשיל את תכנון המס היא, במקרה בו היזם היה מקבל אופציה להארכת תקופת השכירות. במקרה שכזה, היתה תקופת האופציה נכללת בחישוב תקופת השימוש, ולכן היה בה פוטנציאל להפוך את העסקה לעסקת מכר של זכות במקרקעין החייבת במס.

<sup>2</sup> ע"א 7232/13 **מגדל בע"מ והמגן בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה** (22.3.15), האתר המשפטי **מסמקס**.  
<sup>3</sup> הסכם פיתוח עם המינהל עד להקמת המבנים, חכירה לדורות שבה יוחזרו לכוונה המגרש הבניינים שיוקמו לתקופה של 49 שנים עם אופציה להארכה לעוד 49 שנה, הסכם שכירות לפיו המדינה התחייבה לשכור מהזוכה חלקים מהמבנים (בבאר שבע - שכירות ל-10 שנים עם אופציה להארכת השכירות ל-10 שנים נוספות; בחיפה שכירות המבנה ל-20 שנה) והסכם אופציה לפיו הוענקה למדינה אופציה לרכוש את זכויות החכירה של הזוכה במכרז אליהם צורפו הסכמי מכר למכירת זכויות החכירה במקרה שהמדינה תממש את האופציה לפי כל אחד מהסכמי האופציה.

ביום 23.10.06 הודיעה המדינה על מימוש האופציה לרכישת הזכויות במתחם קריית הממשלה בבאר שבע כולו, שנשלחה למגדל ולאשמורת. ביום 21.12.06 פרסמה המדינה מכרז ובו הזמינה הצעות לרכישת הזכויות בקריית הממשלה בחיפה. ביום 26.2.07 נשלחה הודעה על מימוש האופציה לרכישה בקריית הממשלה בחיפה לגבי המושכר כולו. הודעות המימוש התייחסו רק לשטחים המושכרים למדינה ולא התייחסו לשטחים המסחריים במתחמים, שאותם השכירו העוררות בשכירות חופשית.

ביום 31.12.06 התקשרו העוררות בינן לבין עצמן בעסקת מיזוג לפי סעיף 103ג לפקודה. ביום 31.5.07 אישר מנהל רשות המסים את בקשת המיזוג לפי סמכותו בסעיף 103ט ו-158ג לפקודה (להלן - **החלטת המיסוי**).

בעקבות החלטת המיסוי הגישו העוררות הצהרות למנהלי מיסוי מקרקעין בבאר שבע ובחיפה וצירפו שומות עצמיות ולפיהן העריכו את הזכויות שהועברו מהמגן למגדל ב-80 מיליון ₪. המנהל קיבל שומות אלו והוציא שומת מס רכישה במיזוג בסך 0.5% מהעסקה.

ביום 23.8.07 הגישו העוררות בקשה לפי סעיף 85 לחוק מיסוי מקרקעין לתיקון השומות העצמיות בעסקת המיזוג והעלו לראשונה את הטענה שהזכויות שרכשו אשמורת ומבני תעשייה בעקבות זכייתן במכרזים אותן העבירו לעוררות אינן זכויות במקרקעין במובן חוק מיסוי מקרקעין<sup>1</sup>. ביום 27.8.08 נדחתה הבקשה לתיקון השומות בעסקת המניות ובעסקת מבני תעשייה<sup>2</sup>.

מוקד הדיון הוא טיב הזכויות שהוענקו לאשמורת ולמבני תעשייה, שאותן רכשו העוררות: האם בפנינו חכירה לתקופה קצרה, שאיננה בגדר זכות במקרקעין, בשל זכות הברירה למדינה להביא לסיומה או שבפנינו זכות חכירה לתקופה המרבית הכפופה לאופציית רכישה שהוענקה למדינה ושאינן בה לשנות את טיבה של הזכות. כן עולה שאלת נפקות העברת הזכויות מהעוררות למינהל והאם יש לראות בהן ביטול עסקה המקנה זכות להשבת מס ששולם או עסקת מכר.

הועדה דחתה את הערר משום שראתה בעסקה בין היזמים למדינה עסקת חכירה לתקופה העולה על 25 שנה ובתור שכזו זכות במקרקעין. הודעות מימוש האופציות אינן בגדר ביטול עסקה במקרקעין במובן סעיף 102 לחוק המקרקעין

<sup>1</sup> ביום 9.9.07 הגישו העוררות השגה על שומת מס רכישה במיזוג ונימוקיהן זהים לנימוקי הבקשה לביטול השומה. ביום 31.12.07 הגישו העוררות בקשה נוספת לתיקון שומות והפעם בקשה לתיקון שומת המס בעסקת המניות שבה רכשו את מניות אשמורת ועסקת מבני תעשייה. ביום 19.8.08 נדחתה ההשגה על שומת הרכישה במיזוג והבקשה לתיקון שומה במיזוג.

<sup>2</sup> להלן תרשים האהזקות והעסקה – לפני 31.12.03 ולאחריו:

1977	
↓	↓
סקום בע"מ	אשטרום בע"מ
	↓
מבנה תעשייה בע"מ	אשמורת בע"מ
זכויות חכירה קרית הממשלה בחיפה ובב"ש - זכות במקרקעין?	
31.12.03	
רכישת מניות אשמורת בע"מ וזכויות במבני תעשייה מאשטרום וסקום ע"י מגדל בע"מ והמגן בע"מ	
המגן בע"מ	מגדל בע"מ
מניות באשמורת בע"מ וזכויות במבני תעשייה	
↓	
זכויות חכירה קרית הממשלה בחיפה ובבאר שבע	

הועדה קבעה שהענקת זכות לתקופה מוגבלת שניתנת להארכה אינה כמו זכות חכירה לתקופה ארוכה הניתנת לקיצור או לביטול כמו במקרה זה. אין הגבלה זו מאיינת את הזכות. דומה הדבר לחוזה עם תנאי מפסיק, שהינו תקף לכל דבר, אף שבאחרון התנאי המפסיק הוא חיצוני לצדדים. לפנינו "תנאי מסיים", שפועל מרגע התקיימות התנאי ולעיתים ואינו כמו "תנאי מפקיע" שמשמעו שעם התקיימותו מתבטל ההסכם למפרע ליום כריתתו וכל צד חייב להשיב את אשר קיבל<sup>1</sup>.

חוזה החכירה ייבחן לפי התקופה המרבית הנתונה לחוכר על פיו כפי שמוגדרת במועד כריתת החוזה<sup>2</sup>.

חוזה החכירה של אשמורת ומבני תעשיה, אשר מגדל והמגן באו בנעליהן, היה ל-49 שנה עם אופציה לזים להאריכו לעוד 49 שנה, דהיינו מעל 25 שנה במובן חוק מיסוי מקרקעין.

מנוסח הסכמי האופציה עולה שקיצור או הארכת תקופת החכירה אינו על הפרק אלא רק הענקת זכות הברירה לרכוש את הזכויות במוחכר כעבור 5 שנים. מהותה של זכות החכירה לא השתנתה גם אם ההסכם העניק למדינה זכות לביטול או לקיצור תקופת החכירה.

מהותה של האופציה שניתנה למדינה היתה אופציית רכישה של המושכרים ולא אופציה לביטול החכירה. הודעות המימוש וחוזי המכר שנחתמו הינם חוזי מכר של זכויות החכירה ולא הסכמים לביטול או סיום החכירה. לכן אין העוררות זכאיות להשבת מס הרכישה ששולם על ידן לפי סעיף 102 לחוק.

הטעם בעסקה כפי שבוצעה B.O.T (Build Operate Transfer) (הקם, הפעל, מסור) הוא בד"כ ביצוע פרויקט ציבורי במימון חיצוני. עם זאת, תכלית העסקה אינה רק תכלית מימונית, אלא נועדה לאפשר לזים להנות מהפרויקט ולהפעילו ולקבל הכנסות, לתקופה מוסכמת שבסופה יעבור הנכס לרשות הציבורית, אף שהיתה זו המדינה ששכרה בעצמה חלק הארי של הנכס. כמו כן, דמי השכירות היו ריאליים ולא היה שום סימן או עדות על יחס הולם בין דמי השכירות לעלות המימון. כמו כן, תקופות השכירות היו קצרות מתקופת החכירה. משכך, תוכנה הכלכלי של העסקה אינו שונה מהמוסכם ואין לקבל את הטענה שתוכנה האמיתי של העסקה היה העמדת הלוואה למימון הבניה.

פסק דין על ערעור שהוגש לבית המשפט העליון היה לקוני:

"לאחר שיג ושיח נתקבלה על הצדדים הצעתנו כי יוחזרו למערערות 25% מן המס ששולם, בכפוף להתאמות ולתיקון שומות נחוי (לרבות שומות מס הכנסה) למניעת כפל החזר. האמור יבוא חלף פסק דינה של ועדת הערר. אין צו להוצאות בערכאתנו. ניתן היום, ב' בניסן התשע"ה (22.3.2015)."

מעניין כיצד זה אחרי כל כך הרבה שנים, בשנים 2009 ו-2010 נזכרו העוררות למחות נגד תשלומי מס הרכישה ששולמו ולבקשם בחזרה לפי סעיף 102 לחוק? אפשר שפסק דין

<sup>1</sup> ההלכה בנוגע לחוזה אופציה היא שיש שני חזים נפרדים: החוזה העיקרי המסדיר את ההתקשרות עם הצדדים והחוזה המעניק את זכות הברירה למתקשר (ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת נ' מנהל מס שבח מקרקעין נתניה (10.11.93)). האתר המשפטי **מסטקס**; פ"ד מז(5) 689. תוקפו של החוזה העיקרי תלוי בבחירתו של בעל זכות הבחירה. יש ו"אופציה חיובית" כאשר מאריכים את החוזה העיקרי ויש "אופציה שלילית" המביאה לסיום הסכם ההתקשרות.

<sup>2</sup> א. כאשר לחוכר נתונה זכות ברירה להארכת תקופת החכירה ייכללו כל התקופות האופציונליות בגדר התקופה המרבית; ב. כאשר למחכיר זכות ברירה להאריך את תקופת החכירה לא ייכללו תקופות אופציונליות אלו בתקופת החכירה; ג. כאשר למחכיר זכות ברירה לקצר את התקופה או להפסיק את החכירה יש לכלול בתקופה המרבית את כל התקופות הקבועות בחוזה. במקרה זה ניתן עם מימוש הזכות לביטול החכירה לדרוש השבה לפי סעיף 102 לחוק.

**בזק<sup>1</sup>**, אשר בו הורה בית המשפט להחזיר מס רכישה על עסקת החכרה עם אופציה שהיתה בגדר זכות במקרקעין עד אשר בעקבות מימוש האופציה שניתנה לחברת בזק היא קיצרה את התקופה, עורר את העוררות לעשות כן.

נראה, שעם כל אריכותו של פסק הדין ונימוקיו המפורטים, תחושת הצדק לא היתה שלמה עם תוצאות העסקה כפי שנקבעו בועדת הערר והיה דרוש איזון מסויים שירכך את התוצאה הקשה. האיזון ניתן בצורת ויתור על 25% ממס הרכישה שיוחזר למערערות, כפי שפסק בית המשפט העליון.

### **מס הכנסה**

השקעות רבות הדרושות למפעיל והכנסות בקצב איטי יותר צפויות לגרום להפסדים בתחילת הדרך, אשר יתייצבו עם הזמן. במקרה של קבלת מענק מהמדינה לגבי השלמת סכום הכנסה מינימלי יחול חיוב מידי במס הכנסה בהתאם לסעיף 3(ב) לפקודה.

---

<sup>1</sup> ע"א 10846/06 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' ממחל מס שבח מקרקעין (23.12.10), האתר המשפטי מסטקס.